HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第66巻 第1号 全1冊
Citation	北大法学論集, 66(1)
Issue Date	2015-05-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59203
Type	journal
File Information	lawreview_vol66no1.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 66 巻　　第 1 号

論　　説

脱警察化と行政機関に対する警察の役割（２・完）
——「隙間なき危険防御」の法的位置づけ——
…… 米　田　雅　宏　　1

罪数論と一事不再理効の関係の再構成（２）
——「かすがい」、集合犯を中心として——
…… 倪　　潤　232[　1]

個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（３）
…… 佐　藤　結　美　188[45]

講　　演

私的所有権侵害に関する欧州人権裁判所判例の影響
——公権力による不動産考古学遺跡の強制取得問題を題材に——
…… ルネ・オスティウ　140[93]
津田　智成（訳）

資　　料

独占禁止法における企業結合規制の若干の事例分析
…… 厚　谷　襄　児　　55

判 例 研 究

民事判例研究 …… 角　本　和　理　126[107]

雑　　報

北海道大学法学会記事 …… 95

2015（平成27）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）
伊藤　大一（行政学）
今井　弘道（法哲学）
臼杵　知史（国際法）
岡田　信弘（憲法）
大塚　龍児（商法）
小川　晃一（政治思想史）
小川　浩三（法史学）
小木曽　芳太郎（法史学）
奥田　安弘（国際私法）
神原　勝（行政学）
木佐　茂男（行政法）
小山　昇（民事訴訟法）
近藤　弘二（商法）
笹田　栄司（憲法）
東海林　邦彦（民法）
白取　祐司（刑事訴訟法）
鈴木　賢（比較法）
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）
高見　進（民事訴訟法）
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）
林田　清明（法社会学）
林　鴻潤（商法）

教授

稗貫　俊文（経済法）
深瀬　忠一（憲法）
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）
松久　三四彦（民法）
宮本　太郎（比較政治経済）
山口　二郎（行政学）
山畠　正男（民法）
吉田　克己（民法）
亘理　格（行政法）
會澤　恒（比較法）
池田　清治（民法）
上田　信太郎（刑事訴訟法）
遠藤　乾（国際政治）＊
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）
○桑原　朝子（日本法制史）
児矢野　マリ（国際法）
権左　武志（政治思想史）
○佐々木　雅寿（憲法）
嶋田　拓哉（国際私法）
城下　裕二（刑法）
鈴木　一人（国際政治経済学）
曽野　裕夫（民法）＊
空井　護（現代政治分析）
田口　正樹（法史学）
村　善之（知的財産法）

特任教授

辻　康夫（政治学）＊
常本　照樹（憲法）
中川　寛子（経済法）
長谷川　晃（法哲学）
林　誠司（民法）
藤原　正則（日本政治思想史）
眞壁　仁（日本政治思想史）
町村　泰貴（民事訴訟法）
水野　浩二（法史学）
宮脇　淳（行政学）
山崎　幹根（行政学）
山下　竜一（行政法）
山本　哲生（商法）
吉田　邦彦（民法）
吉田　広志（知的財産法）

准教授

池田　茂徳（法実務基礎）
磯部　真士（刑事実務）
榎本　光宏（民事実務）
岡田　信弘（憲法）
木下　尊氏（民事実務）
西村　恵三子（刑事実務）
橋場　弘之（法実務基礎）
林田　清明（法社会学）
○池田　悠（労働法）＊
伊藤　一頼（国際法）＊
郭　舜（法制度論）
櫛橋　明力（商法）
栗原　伸輔（民事訴訟法）
小濵　祥子（アメリカ政治史）＊

講師

高　影娥（民法）
白鳥　潤一郎（国際政治）
米田　雅宏（行政法）
○吉田　徹（ヨーロッパ政治）＊
○山本戸　勇一郎（民事訴訟法）
前田　亮介（日本政治史）
三宅　新（商法）
村上　裕一（行政学）＊
根本　尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラフ（知的財産法）
西村　裕一（憲法）
中島　岳志（アジア政治論）＊
中川　晶比兒（経済法）
田中　啓之（行政法）＊
佐藤　陽子（刑法）

助教

石神　圭子（アメリカ政治史）
小幡　宣和（行政法）
郭　薇（法社会学）
川村　論（社会保障法）
姜　連甲（経済法）
酒巻　修也（民法）
ジョナサン・エドワード・ブル（日本政治史）
千田　航（比較政治学）
丁　文杰（知的財産法）
橋場　典子（法社会学）
濱口　弘太郎（民法）
李　妍淑（比較法）

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

雑誌編集委員　○印

論　説

脱警察化と行政機関に対する警察の役割（二・完）

――「隙間なき危険防御」の法的位置づけ――

米田雅宏

目　次

はじめに
第一節　問題設定
　第一項　立法原則としての警察消極目的の原則？

第二項　問題の再定式化―警察任務一般条項論
第二節　ドイツ警察・秩序法の任務配分原理―分析視角
第一項　脱警察化
第一　「警察行政庁」―プロイセン警察行政法一四条
第二　脱警察化の法的含意
第二項　警察と秩序行政庁の役割分担と協働
第一　危険防御任務における管轄配分―補完性原理
（1）概要
（2）要件と効果（以上、第二六五巻第五号）
第二　その他の任務―執行援助・職務共助
第三項　小括
第三節　分析視角に基づく我が国の警察法秩序の検証
第一項　我が国における脱警察化の法的評価
第二項　実定法の検証―危険防御任務における管轄配分
第一　警察任務一般条項論の〝合理的再構成〟
第二　「隙間なき危険防御」の法的位置づけ
補論　行政機関の職務執行時における警察の援助とその限界
第三項　小括
おわりに―分断的規律と解釈構成

第二　その他の任務―執行援助・職務共助

一　秩序行政庁に対する警察の役割としては、警察の緊急権限の他に、さらに危険防御以外の任務の履行も挙げられる。執行援助（Vollzughilfe）がそれである。

（一）秩序行政庁は、多くの場合、独自の執行職員を有していないことから、実力組織である警察を組織上分離してしまうと、秩序行政庁は自ら下した行政行為を執行できない状況に陥りうる。特にこのような問題が生じるのは、実力行使が必要とされる直接強制を行う場合である。そこで、直接強制が実施されるべき状況ではあるが秩序行政庁自らがこれを執行することができない場合、警察は秩序行政庁からの要請に基づいて当該執行の援助、つまり直接強制を行うことが認められている[165]。これは、確実な義務履行による法的安定性の確保という法治国家的要請に基づくものであり、警察の任務を規定するMEPolG一条三項は、この執行援助を警察固有の事務として明記している。執行援助の要件効果を具体的に定めるMEPolG二五条を示せば、次の通りである。

MEPolG二五条

一項　警察は、直接強制を実施すべきであり、かつ、他の行政庁がそれに必要な執行力を用いることができない、又はその措置を他の方法では実施することができないときは、他の行政庁の要請に応じて執行援助を行う。

二項　警察は、実施の種類及び方法についてのみ責任を負う。その他の点においては、職務共助の諸原則が準用される。

三項　職務共助の義務は、これを妨げない。

この執行援助は他の行政庁からの要請に基づき行われるものであるが、警察は当該行政庁によって発せられた措置の執行に関してのみ援助するのであって、執行すべき措置それ自体は行政庁自らが下す。ゆえに、執行援助によって実現されるべき措置の適法性は要請する行政庁が責任を負い、要請される警察は執行援助の実施の種類や方法についてのみ責任を負うことになる（同条二項）[166]。執行援助が認められる要件が厳しく限定されているのは（同条一項）、一つに、警察は本来、差し迫った危険の防御、犯罪対策・秩序違反対策に集中すべきであり、警察に馴染みのない任務を負わせることで過剰な負担がかかるのを避けるため（従って、執行援助は直接強制に限られ、代執行や強制賦課金のような他の強制措置を行うことは、同規定により排除される。）、もう一つに、本来、秩序行政庁は自らに委託された任務を自らの人的並びに物的手段でもって履行するのが原則とされていることから（権限の自己行使の原則）[167]、執行援助を広範囲に認めることで秩序行政庁が簡単に必要な執行力を放棄することのないようにするため、とされている（加えて、執行援助の内容が実力行使を伴う直接強制であり、権利侵害の程度が大きいということも挙げられる）[168]。

ちなみにここで注意を要するのは、①警察が行う執行援助と、②秩序行政庁が自ら下した措置を自らの力で強制的に実施する際において、これを円滑に行うために警察が講じる保護の供与[169]とは、区別される点である[170]。直接強制が実施されなければならない場合、秩序行政庁には、通常、二つの選択肢が存在する。一つは、秩序行政庁が行政行為を自ら執行するが、その際執行職員が妨害にさらされることのないよう警察に保護してもらう方法と、警察に直接、執行援助を要請する方法である[171]。執行職員に差し迫る危険に対処することは、警察が行う通常の危険防御措置であることから、保護の供与は「執行時における保護（Vollstreckungsschutz）」であり、執行援助は「執行の援助（Vollstreckungshilfe）」である、と整理されることになる。執行時における保護においては警察は、秩序行政庁による執行手続において、秩序行政庁の職員と相並ぶ形で援助活動を行うのである[172]。

（二）ところでMEPolG二五条二項二文によれば、執行援助には職務共助（Amtshilfe）の諸原則（連邦行政手続法（VwVfG）七条）が「準用される」と規定されており、執行援助と職務共助との間に密接な関連性があることが示されている。職務共助とは、独立分離した行政庁が行政効率の向上のため互いに補完し合う憲法上の制度であり（基本法三五条）、個別ケース毎に、援助を要請された行政庁が、援助を要請する行政庁の職務活動を補佐する事実的あるいは法的活動をいう[173]。例えば、書類の閲覧・提出、コピーの送付、建物や機器、人員（特に事務員や専門家）の手配、技術的援助等が典型例であり、直接外部に作用することのない、従って侵害的特徴を持たない内部的な措置が中心となる[174]。この職務共助は、連邦と州のすべての行政庁に要請される措置であると解されているため（基本法三五条一項並びに連邦行政手続法四条以下）、当然、警察と秩序行政庁との関係にも妥当することになる。ところが、執行援助も職務共助も共に秩序行政庁からの〝要請〟に基づいて行われるものであるため、当該要請が果たして執行援助を求めるものなのか、それとも職務共助を求めるものなのか、明確にされなければならない。

この点、一部の学説は、執行援助に関する規律を職務共助の規律に参照せしめていることを理由に、執行援助を職務共助の下位分類、つまり職務共助の特殊形態（直接強制を対象とする職務共助）として位置づけている[175]。しかしこの見解に対する支持は少数に止まっている。行政手続法四条二項によれば、その援助活動が、要請された行政庁の固有の事務として既に義務付けられている場合には職務共助とはみなされないとされているところ、まさに警察の執行援助はMEPolG一条三項に基づき固有の事務として割り当てられているからである[176]。実際、執行援助は、職務共助とは異なり、秩序行政庁が行う実力行使レヴェルでの援助である点にその特徴がある。ゆえに多くの学説は、警察上の執行援助を職務共助とは異なる制度として位置づけている[177]。ともあれ、「職務共助の諸原則」が執行援助にも準用されることになっていることから、ここで同原則について簡単に確認しておきたい[178]。というのも、同原則は、秩序行政庁と警察の法的関

係を考察する上で、重要な視点を含んでいるからである。

二（一）先に述べたように、そもそも職務共助とは憲法上の制度であり、基本法二〇条二項に基づく権力分立の原則と連邦共和国の連邦制度と密接に結びついている（基本法三五条）[179]。権力分立の原則や連邦制度は、本来、国家権力の一体性の現れである「法的主体の一体性」を意図的に妨げようとするものであるが、それでもなお、国家機関は公共の利益の実現のため、同時に「国家作用の一体性」も追求しなければならない[180]。ゆえに、基本法三五条一項は、職務共助という相互の共助システムを導入することによって、権力分立から生じる障害（任務不履行の危険）を克服することを意図しているのである（「法的主体の一体性」の部分的回復）[181]。もっとも職務共助は、国家権力を抑制し個人の自由を保護する役割を果たす、権力分立と連邦制を裏から堀崩すようなものであってはならないため、職務共助を認めるにあたっては、常に国家機能を高める機能的・組織法的側面と、権力分立や機能分離を通じた市民の自由保護の側面の、二つの要素が考慮に入れられなければならない[182]。かくして、過剰な権力から個人を保護するための管轄配分を維持しつつ、国家作用の一体性を部分的に回復する職務共助の機能（調整機能）を詳細に定めているのが、行政手続法四条以下（あるいはそれに対応する州の行政手続法の規定[183]。）が規定する「職務共助の諸原則」ということになる。同法四条は「職務共助義務」の内容を、五条は「職務共助の前提条件と限界」を、そして六条以下は職務共助実施の細目を定めている（六条（複数の行政庁の選択基準）、七条（職務共助の実施において適用される法令など）、八条（職務共助の費用[184]））。その中から、特に重要と思われる規定を取り上げれば、以下の通りである[185]。

（二）①同法四条一項によれば、職務共助は、他の行政庁に対して常に補完的特徴を有するものでなければならず、また援助によって実現されるべき措置の適法性についての責任は、要請する行政庁が負うものでなければならない、とされている（七条二項）。これは、あくまで自らに課せられた任務の履行は行政庁自らが実施すべきものであり、援助が実

施される場合でも、それは補完的なものに留まり、行政庁の権限にとって代わるものではないことを確認したものである。また、②この場合の補完的活動は継続的な措置としてではなく、個別ケース毎に想定されるものであり、従って職務共助が行われるためには、まず援助を求める行政庁からの個別的な要請が存在しなければならない、とされている。仮にこの職務共助が継続的措置として行使されるのであれば、事実上、その共助活動は要請される行政庁の固有の任務に属することになり、かくして職務共助は問題にならないことになるからである（四条二項二文）。従って、例えば、他の行政庁のデータベースに独自にオンライン接続するようなことは、個別毎の要請の欠如、また継続的な措置であるという二つの理由から職務共助の限界を超えるということになる[186]。さらに③法律適合性原理からの当然の要請として、要請する行政庁は、職務共助という方法で自己の任務範囲を拡大することは許されず、あくまで予め定められた法律上の任務の範囲を超えてはならない。また同様に、要請された行政庁も、その共助活動において、法律上付与された権限の範囲内に止まらなければならない。要請される行政庁が、職務共助を通じて自らの任務並びに権限を拡大することができるとなると、権力分立ないし法治国家的管轄配分秩序の意義を潜脱することになるからである。任務と権限を職務共助の方法を通じて任意に結びつけることは、任務規範から権限規範を推論すること（警察国家的推論）を意味し、法治国家的警察法の歴史的展開（任務と権限の厳格な分離）に逆行することになる。

三　かくして、執行援助や職務共助といった共助のシステムが―法治国家的管轄配分秩序を維持しつつ―権限の分散化による行政の機能不全を回避し、国家作用の一体性、任務履行の実効性を支えていることが分かる。特に、秩序行政庁から実力行使を担う執行機関が分離されたことに対する手当て（「執行の担い手」の確保）が、法律上、警察任務の中に詳細に明記されている点は、我が国には認められない大きな特徴と言うことができよう。

(165) もっとも、州法の規定によっては、「執行警察官吏が持つ特別な能力、知識あるいは手段が必要とされる限りで」あらゆる執行活動ができるとしているものもあるが（バーデン＝ヴェルテンベアク州警察法（BWPolG）六〇条五項。〝広い意味における執行援助〟と呼ばれる。）、多くの州は模範草案と同じく直接強制の適用に限定している（〝狭い意味における執行援助〟と呼ばれる。）Vgl. Denninger, Polizeiaufgaben, in : Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 271.

(166) よって、秩序行政庁からの要請に対して、警察は当該行政庁が下した命令（例えば立ち退き命令）が―無効でない限り―適法か否かについて独自の審査義務ないし審査権限はないと解されている。W. Schenke/R. Schenke, Polizei -und Ordnungsrecht, in : U. Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2006, S. 298f.

(167) Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrengesetz, 7. Aufl. 2008, § 5, Rn. 4. これを明示的に規定するのは、ニーダーザクセン州公共の安全秩序法(Nds.SOG)五〇条、ノルドライン＝ヴェストファーレン州秩序行政庁法(NWOBG)一三条、等。

(168) Vgl. Lorentz-Link, Verhältnis zwischen Polizei- und Ordnungsbehörden, 1998, S. 177f.

(169) これを明示的に規定するものとして、バーデン＝ヴェルテンベアク州行政執行法（BWL）七条、ノルドライン＝ヴェストファーレン州行政執行法（NwVwVG）六五条二項二文。

(170) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 1995, Rn. 85.

(171) Vgl. Kay, Amts- und Vollzugshilfe als polizeiliche Aufgabe, Die Polizei 1982, S. 109.

(172) Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 188.

(173) なお職務共助は、裁判所からの援助的活動を意味する法的共助（GVG 一五六条）とは区別される。

(174) Vgl. Martens, Polizeiliche Amts- und Vollzugshilfe, JR, 1981, S. 354, Würtenberger, Polizei- und Ordnungsrecht, in : Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, Rn.130ff. 我が国において、同制度を詳細に紹介・分析するものとして、古屋等「行政機関相互の協力関係―ドイツ行政手続法（VwVfG）における職務共助（Amtshilfe）をめぐって」茨城大学人文学部紀要社会科学論集三一巻（一九九八）八三頁以下。

(175) 例えば、Leinius, Zum Verhältnis von Sitzungspolizei, Hausrecht, Polizeigewalt, Amts- und Vollzugshilfe, NJW 1973, S. 448, Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl. 1978, S. 27, Kay, a. a. O, S. 107. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 7. Aufl. 2012, S. 82. も同旨か。

（176）また訓令関係（指揮監督関係）の枠組みの中で行われる援助は職務共助と評価されないため（連邦行政手続法四条二項一号）、検察官の指揮に基づいた刑事訴訟上の捜査活動への協力も、職務共助とは位置づけられないことになる。

（177）Vgl. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2002, S. 68f. さらに警察法は、職務共助の諸原則の「準用」と規定していること、またMEPolG二五条三項が執行援助を職務共助に対する固有の事務として明確に示していることも、執行援助は職務共助の下位類型であることを否定する根拠とされている（執行援助が職務共助の下位類型であるならばこの規律は不要となるからである）。Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 177.

（178）古屋・前掲八三頁以下。

（179）この制度確立までの歴史並びにその意義については、Vgl. Schlink, Die Amtshilfe, 1982, S. 344ff. 古屋・前掲八七頁以下。

（180）なお、これら「一体性」の法的意味が、論理的にも歴史的にも多義的であることにつき、磯村篤範「行政機関相互間の協力関係と法的問題点の所在（Ⅰ）」大阪教育大学紀要第Ⅱ部門四一巻二号（一九九三）八〇頁以下。

（181）Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 141.

（182）Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 141ff.

（183）州による連邦行政手続法の実施において、既に州に行政手続法が制定されている場合には、連邦法は適用されないことになっているが（連邦行政手続法一条三項）、職務共助に関する規定に関しては、州の行政手続法は連邦の行政手続法にほぼ準拠する形となっている。

（184）詳細については、古屋・前掲八九頁以下を参照。

（185）以下、Vgl. Denninger, a. a. O., S. 273ff.

（186）情報提供（情報共助 informationshilfe）を内容とする職務共助がもたらす意義とその法的問題点については、参照、古屋等「職務共助の要件と情報提供の限界」茨城大学人文学部紀要社会科学論集三三巻（一九九九）一二三頁以下。

第三項　小括

一　以上、ドイツ警察・秩序法における警察と秩序行政庁の関係について概観してきた。ドイツの法制度と我が国の法制度を単純に比較することはできないが、それでも脱警察化の経緯、またこれを踏まえて制定された実定法の規定の在り様などを踏まえると、ドイツ警察・秩序法の特徴、並びに我が国の警察法秩序を評価分析するための重要な視点を、いくつか指摘することができる。

第一に、ドイツで行われた脱警察化は、かつての警察任務を単に他の行政機関に移譲するという消極的観点からのみ実施されているのではなく、警察と秩序行政庁の組織・権限の特性を考慮に入れた上で、それぞれの機関の特性に適合的な任務を配分しているという点である。確かに機関の特性に応じた任務配分の要請は、何も警察や秩序行政庁のみならず、すべての国家機関の任務配分を考える上でも妥当する。しかし特に警察に配分される任務は、秩序行政庁と同じく危険防御の任務を担いつつ、行政機関が適時に行動できない場合などに限り権限行使が認められるという管轄配分を採用する点において、他の行政機関同士の間には見られない特徴が認められる[187]。これは一方で、行政機関は専門的知見に裏付けられた危険防御を行うべきこと、他方で、警察はその機動性・即応性に基づいた緊急権限の行使により〝隙間なき危険防御〟を行うべきという規範的要請を伴うものである[188]。そしてこの役割分担が現実にも適切に機能するためには、互いの情報交換、とりわけ警察から秩序行政庁への情報提供が特に重要となることを踏まえ、補完性原理を規定する条文には常に報告義務規定が用意されている点も見逃せない。互いの連絡体制の存在があって初めて、警察と秩序行政庁との適切な役割分担、つまり実効的な危険防御が完全なものとなる、と認識されているのである。

第二に、危険防御の任務を警察と秩序行政庁夫々に割り当てたことによるデメリットへの手当てが、警察の緊急権限

の行使のほか、執行援助ないし職務共助の制度を通じて講じられている点である。むろん、我が国のように、旧警察法が有していた非効率な警察活動の問題点を克服すべく、自治体警察の廃止・都道府県警察の新設を柱とする現行警察法の制定（旧警察法の改正）も、分権化・分散化への対応という意味において同様の問題意識に基づくものであったと言える。しかし、権限分散化による危険防御の機能不全を阻止する、これらドイツの制度が、権力分立や連邦制度が持つ権力抑制機能を維持する形で、また同時に、警察を、他の行政機関の外部業務を一手に引き受ける「雑用係（Mädchen für alles）[180]」としないよう配慮する形で、一定の限界を伴って用意されていることは、確認されてよい。特に注目すべきなのは、危険防御の実効性と自由保護との調整が行政手続法といった一般法のレヴェルで立法において行われている点である。執行援助を認める諸要件、そして詳細な「職務共助の諸原則」の規定は、共助システムにおいて侵犯されやすい法治国家的要請を改めて確認するものであった。

いずれも、我が国において近時盛んにその重要性が指摘されている、警察とその他の機関（民間も含む）の連携（多機関連携）を考える上で、重要な視点となりえよう。

二　しかし、このような、警察と秩序行政庁の整序された法関係にもかかわらず、警察が事実上、秩序行政庁の全管轄（Allzuständigkeit）をカヴァーしてしまうことに対する警戒感が示されていることも、同時に確認しておかなければならない[190]。例えば、ベーレンデス（Behrendes）は、本来警察の緊急権限というのは時間的要素のみを考慮に入れるものであったにもかかわらず、一九八六年のMEPolG改訂によって、さらに秩序行政庁による事実上の不可能性も加味されることになったことで、行政庁の権限が「知らぬ間に（auf kaltem Wege）」警察に移行するのではないか、と懸念を示している[191]。というのも、警察は人的物的手段の投入によって新たな任務領域を〝推論〟することができ、他方、秩序行政庁は人的物的手段の撤収によって割り当てられた任務から引き上げ、警察にその履行を完全に委ねる、ないし押し付ける

ことができるようになるからである。[192] 確かに、現場に赴かない秩序行政庁が警察が活動する恒常的な緊急ケースを実質上規定し、法律上の管轄配分を事実上変更することになってしまえば、立法者が予め規律した管轄配分規定並びに補完性規定の趣旨が没却されるおそれがある。ゆえにベーレンデスは、立法者はこのような事態を回避すべく、法治国家に反する〝権限＝権限（Kompetenz-Kompetenz）〟の可能性を警察に与えることのないよう、財政的手当て等を通じて行政機関に必要な人的物的手段を手配しなければならない、というのである。[193] また、デニンガー／ポッシャーも、秩序行政庁への危険防御権限の移譲は専門領域に対応する新たな〝監督〟行政庁の創出によって進められた一方、実力行使が事実上〝執行〟領域に集中することで警察の介入権限が広く認められる傾向にあるとし、将来、警察は固有の執行力を放棄した秩序行政庁の援助機関となるだろう、との見方を示している。そしてデニンガー／ポッシャーは、このような事実上の権力集中は、所管原理（Ressortprinzip）に反すると指摘するのであった。[194]

もっとも実際上、法律で予め定められた管轄配分に反して警察活動が行われ、これが裁判で争われたというようなケースはドイツではあまり存在しないようである。実際、「裁判実務におけるその（危険防御における秩序行政庁と警察の管轄配分の―筆者註）意味は、事案の再現において必然的に伴う難しさに直面すると、それほど大きくない可能性があり、・・加えて、実務においては、疑わしいケースにおいて、猶予可能な措置であるか否か、また誰が事案に最も早く適切に介入することができるか、ということについて、警察と行政庁との間で予め了解し合っているのがおそらく通例である」[195]との評価も存在するところである。[196] しかし、秩序行政庁の危険防御権限（専門家による質の高い危険防御）と即時的・機動的な活動を展開しうる警察との適切な役割分担の在り様を確認しておくことは、我が国における行政機関と警察との管轄配分を考察する上で、決して無意味ではないだろう。次節ではこれらの一応の観察結果を分析視角として、行政機関に対する警察の役割と限界を、我が国の現行警察法秩序に照らして具体的に検証してみることにしたい。

（187）島田茂「憲法改正と最近の警察法学の動向」法の科学三八号（二〇〇七）三八頁以下は、ドイツの〝執行警察〟という概念に注目し、同概念は「単に、制度として存在している警察機関の組織と権限を説明するためにつくられたものではなく、「警察の政治的中立性、機能的観点からの規制権力の分散、警察権の発動の予測可能性の確保などの自由主義的な諸要請に適合的な警察の概念定義としてつくられたものである」として、同概念そのものにも市民法治国的原理を見い出している。

（188）これを国内治安の確保という憲法上の要請として理解するものとして、Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 421. またさらに、国家の基本権保護義務からこれを説明しようとするものとして、Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 233.

（189）Denninger, Polizeiaufgaben, in : Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 271.

（190）Vgl. Lange, Sicherheitskooperationen und Sicherheitsnetzwerke in der eingreifenden Verwaltung－Zum Verhältnis von Polizei und Ordnungsverwaltug, in : Lenk/Prätorius (Hrsg.), Eingriffsstaat und öffentliche Sicherheit, 1998, S. 83.

（191）Vgl. Behrendes, Von der Eilzuständigkeit zur Allzuständigkeit ?, Die Polizei, 1988, S. 227.

（192）Behrendes, a. a. O., S. 227.

（193）これを踏まえベーレンデスは、秩序行政庁には組織上、最低限次のような装備が用意される必要性があることを唱える。すなわち、第一に、秩序行政庁が市民や警察と常に電話で連絡が取れる状態にあること（緊急業務体制の整備）、第二に、特別な専門知識が必要とされるような、現場での緊急業務のために、常時、十分な人的・物的装備を備えること、第三に、その対応に専門的知識が必要となる、現に具体的な危険状況が発生中である場所において、常時のプレゼンスを確保すること（例えば街頭補導など）、である。Behrendes, Polizeiliche Zusammenarbeit mit Ordnungsbehörden und sozial Diensten im Rahmen der Gefahrenabwehr und eines ganzheitlichen Präventionsansatzes, in : Kniesel/Kube/Murck (Hrsg.), Handbuch für Führungskräfte der Polizei, 1996, S. 175.

（194）Denninger/Poscher, Die Polizei im Verfassungsgefüge, in : Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 101.

（195）Huber, Die Unaufschiebbarkeit－Rechtmäßigkeitsvoraussetzung polizeilicher Maßnahmen, BayVBl. 1989, S. 5.

（196）Vahle, Polizeiliche Aufgaben und Subsidiaritätsgrundsatz, Verwaltungsrundschau, 1991, S. 203. は、秩序行政庁に代わ

り警察の介入を必要とするような緊急ケースの存在を個別ケースにおいて判断することは―実務的には大きな問題であるにもかかわらず―非常に難しいという。両機関の管轄配分に関する問題が、法律問題としてではなく政策的（組織運用的）な問題として論じられる傾向があるのも、このような事情が背景にあるものと思われる。

第三節　分析視角に基づく我が国の警察法秩序の検証

第一項　我が国における脱警察化の法的評価

一　ドイツ警察法史において形成されてきた、警察と秩序行政庁の役割分担、ないし管轄配分を分析視角として、我が国における警察と行政機関のそれを見た場合、果たして、またどのような評価が可能であろうか。

既に言及したように、我が国における戦前の警察の任務は、プロイセン警察行政と同様、保安警察のみならず、建築警察・衛生警察・産業警察など多くの行政警察権限を伴うものであった[197]。かつての警察組織は、内務省官制、警視庁官制、地方官官制など主として官制の形式で多数に散在し、警察以外の他の行政組織と特に分離されず規定されていた[198]。もちろんこれらの警察組織も厳密にいうと任務領域に応じて細かく細分化されていたが[199]、各種行政警察権限は最終的には行政執行法を通じて、警察官吏によって履行される体制にあった。田中二郎もある対談において「内務省のほかの局所管の行政をやってゆく場合でも、こと命令強制等の執行面では警察の力を借りる必要がありましたし、ほかの省がどんな政策を実施する場合でも、こと権力的にこれを実施するに当たっては警察の力を借りなければならなかった[200]」と評

している。

しかし、第二次世界大戦後、我が国の警察制度は画期的な変革を受けた[201]。昭和二〇年八月に発表された「降伏後における米国の初期の対日方針」（SWNCC150）に基づき、まずは政治警察・特高が、そして昭和二〇年一二月一〇日「地方勤労行政機構の改正、整備に関する件」（内務次官通牒）で、勤労行政及び社会保険行政が警察行政から除外された（脱警察化）。もっともこのような脱警察化はすべて右方針に基づいた個別の対応措置であって、これが規範的に統一的に整理されたのは、昭和二二年三月七日に施行された旧警察法一条がはじめてであった。旧警察法は、「警察は、国民の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の捜査、被疑者の逮捕及び公安の維持に当たることを以てその責務とする」と定めるとともに、「公共の秩序の維持」「生命及び財産の保護」「犯罪の予防及び鎮圧」「犯罪の捜査及び被疑者の逮捕」「交通の取締」「逮捕状、拘留状の執行その他の裁判所、裁判官又は検察官の命ずる事務で法律をもって定めるもの」を警察の責務とした（同法二条）。警察の責務がこのように限定されたのは、占領当局が我が国の警察改革の方向を探るために策定したヴァレンタイン報告書（昭和二一年六月九日）が「警察部から直接警察の職務に属しない事項はすべて分離す可きである」とし、警察の責務から新聞紙検閲、保健、厚生、衛生等を除外し、「（一）治安の維持、（二）生命、財産の保護、（三）法規違反者の逮捕、（四）犯罪の予防捜査、（五）其の他の法令の施行」に限るべきことを勧告したことに基づく。そして昭和二二年四月一二日、警察行政事務の大幅な整理と将来警察が保有する行政権限に関し根本方針を定めた「行政警察法規の改正及び事務の移譲について」（次官通牒）により、以後、行政警察分野における権限が他の行政庁へ次々と移譲されることになったのである[202]。しかし本稿冒頭で既に述べたように、対日方針発令から旧警察法の制定に至るまでの過程において、警察と行政機関の管轄配分について十分に議論された形跡は認められない。警察から非警察的任務を分離すべきという占領当局の改革方針に沿うことが中心の中にあって、旧警察法と改正ないし新たに制

定されることとなった行政警察関連立法が有機的・規範的に結びつけられることはなかったのである。[203]

二　もっとも、ヴァレンタインによる調査と並行して行われた内務省による警察制度改革において、脱警察化のドグマティシュな姿が一部示されていたことは注目されてよい。内務省警保局が中心となって作成した「警察制度改革試案（二一、七。警保局）」では、脱警察化による関係法令整備の全体像が―おそらく初めて体系的に―示されている。[204]同試案に付された「参考　行政警察関係事務中次の要領で之を警察部以外での委譲を考慮する。」によれば、「（一）都、道、府、県の他の部又は、市、町、村に於いてなさしむるを可とするもの」「（二）通常事務は委譲するが権限の一部（例へば臨検等）を警察に留保すべきもの」「（三）市に対しては消防の外左の事務を担当させ、その警察取締をもなさしめる。」「（四）行政警察関係事務中警察に事務を留保すべきもの。」「（五）法令又は取締を廃止すべきもの。」の計五つの観点から、在るべき行政警察関係事務の委譲が整理されている。また、警察制度改革に関する内務大臣からの諮問に対して警察制度審議会（審議会では、内務省の警察制度改革の案が参考案として提出された[205]）が示した答申に基づき、警保局が作成した「警察法案（一二、一、一五）」においても、行政警察関連事務の委譲に関する部分につき次のような条項が設けられている。

「警察法案（一二、一、一五）

・・・・

第一章　総則

第一款　警察の職務及び権限

第一条　警察は公共の安寧秩序を維持し、生命及び身体並びに財産に対する障害を除きその安全を保護することを趣意とする。・・・・

第二款　警察官の職務心得

・・・・・

第三款　他の行政庁との関係

第一六条　特殊の警察職務を執行するために特別行政庁をおく場合は、別に法律を以って定めるものの外本法を準用する。

第一七条　法令の違反取締に関して必要あるときは警察の趣意に反しない限り、当該行政庁は警視庁の協力を求めることができる。」

この警察法案では、「第一款　警察の職務及び権限」に加え、MEPolG 一ａ条（他の行政庁との関係）と同じように、「第三款　他の行政庁との関係」という節目が用意されている点が注目される。つまりここでは、警察と、警察の組織とは区別された他の行政庁との関係、並びに法律の適用関係等を、警察法という一般法の中で規範的に整理しようという意図が法案作成者にあったことが明確に覗える。しかし、同法案はＧＨＱから承認を受けることはなかった。戦後混乱期における治安確保のため、従来の警察制度から漸次的な改革を志向した同法案に対し[206]、ＧＨＱは戦前の警察体制を残す中途半端な改革案を是としなかったのである。この後に、旧警察法制定の直接的な切っ掛けとなる、かのマッカーサー書簡（片山総理宛書簡）が出された[207]。これにより、警察と行政機関との関係について規範的に整理する視点は、旧警察法制定にかかる政治的駆け引きの中で見失われてしまったのである[208]。

もっとも警察法はあくまで組織法であり、警察の具体的な権限を規定することについては最初から想定されていなかったということも考えられよう。事実、既に警察法の立法過程において、行政警察全般を網羅した警察の職務権限を定める権限法の立案が考えられていたようであり、この段階において改めて警察と行政機関の具体的な管轄配分を規定

することが予定されていたのかもしれない。しかし、憲法施行に伴い急を要したこと、個人の生命、身体及び財産の保護、公共の秩序の維持にあたる行政警察作用が極めて多岐にわたりこれを網羅的に定めることが技術的に困難であること、また、戦前の警察権の濫用の歴史から警察権限を定めることに対する警戒感も強かったことから、結局、同権限法（つまり、警察官等職務執行法）は必要最小限度の事項を定めることを目的として立案されることになったことは、周知の通りである。[209] このような事実は、警察の責務並びに権限と、移譲された他の行政機関の危険防御権限との管轄配分について自覚的に検討されなかったことを推認させるものでもある。

三　では、なぜ、警察と行政機関の管轄配分について法律で規律されることがなかったのだろうか。一つの、しかし重要な理由として考えられるのは、我が国ではドイツと異なり、警察一般条項に体現されるような法治国家的警察法体系が存在していなかったという点である。既に第一章で見たように、ドイツにおいても戦後は形式的意味における警察法は大きな改革を迫られたが、占領終了後再びドイツが主権を回復すると、多くの州は―秩序行政庁と警察を組織的に分離する体制は維持しつつも―再びプロイセン警察法の法体系を採用した。かくして、プロイセン警察行政法では想定されていなかった、秩序行政庁と警察のそれぞれの法的根拠をめぐる議論が（過去の法体系との連続性の確保という意味において）自然に登場することとなった。これに対し我が国では、もともとプロイセン警察行政法のような、警察一般条項を含む法治国家的警察法体系そのものが存在せず、個別の法律毎の規律が中心であったため、行政機関と警察の関係性について論じる動機付け、ないし問題意識が―一部警察法案に現れることはあったものの―弱かった。かくして先述の通り、警察官吏の具体的権限を定める警職法もまた、戦後混乱期において既に行われていた最低限度の警察活動にとりあえず法的根拠を与えるという意図の下で緊急的・暫定的に制定されることになった（またそれが可能だった）と考えられるのである。[210] このような事情を背景にすると、我が国において、行政機関と警察との管轄配分の在り様について議論す

る土壌が存在しなかったのは、やむを得ないとも言えよう。

もっとも学説においては、旧警察法の規範構造を行政警察規則との対比において深く洞察し、警察と行政機関の法関係を説く見解もあった。例えば須貝脩一は、「舊い警察組織が多数の諸官制に散在し、警察以外の他の行政組織と特に分離せられずに規定されて」おり、「警察が国家行政の推進者として比較的廣汎な職務の範囲を認められるとともに組織上も他の行政から特に分離せられることなく一般行政組織の一部をな」していたのに対し、「新しい警察組織が一個の統一的立法によって、警察以外の他の行政組織と分離して全く獨立に規定せられることになったのは、警察の職務を比較的狭い範囲に制限するとともに他種の国家行政作用との関連を一應切断し、組織上も一般行政組織から分離獨立せしめることとなったのに照應する」（強調－筆者）と見解を披露していたところである[211]。しかし脱警察化のドグマーティシュな意味を探るこのような見解はむしろ例外であった[212]。

では、脱警察化のドグマーティシュな意義を我が国の警察法秩序において見出す方法は、これにより完全に閉ざされたのであろうか。危険防御任務における警察と行政機関の関係を現行警察法秩序において規範的に整理・調整する余地はもはや残されていないのだろうか。そこで以下では、ドイツ警察・秩序法の分析で得た視角に基づき、我が国警察法秩序においてドイツ警察・秩序法にいう補完性原理が、果たして、またどの程度妥当するかを、本稿第一節第二項で見た〝警察任務一般条項論〟の妥当性の検証という形を通じて明らかにしたい（第二項第一、第二）。そして補論として、我が国の警察法秩序で、ドイツでいう執行援助ないし職務共助の類いの規定がどのように位置づけられるのかを見た上で、行政機関と警察の規範的な関係を我が国の警察法秩序の中に位置づけることを試みたい（第三項）。

(197) 参照、警察制度調査会編『警察制度百年史』（警察制度調査会・一九七五）一二一頁以下。
(198) 須貝脩一『警察法逐条解説』（法律文化社・一九四八）二頁以下。
(199) 詳細については、警察制度調査会編・前掲一二一頁以下、由井正臣・大日方純夫『官僚制　警察』（岩波書店・一九九〇）四八七頁以下。
(200) 大霞会編『内務省史第四巻』（地方財務協会・一九七一）二五八頁。
(201) 詳細については、古川純「警察改革」法学セミナー増刊総合特集シリーズ一三号（一九八〇）一九二頁以下、三浦陽一「占領下警察改革の一断面」歴史学研究第四九八号（一九八一）四七頁以下、武藤誠「占領下における日本警察―GHQ資料にみる戦後警察制度の改革（上）（中）（下）」警察学論集三五巻一号七六頁以下、二号一〇四頁以下、三号（一九八二）一〇一頁以下、西村めぐみ「対日占領下における警察制度改革」一橋論叢一〇九巻一号（一九九三）九八頁以下、小倉裕児「マッカーサーと四七年警察改革」関東学院大学『経済系』一八八集（一九九六）一七四頁以下などを参照。
(202) また、従来の警察法令（閣令、省令、庁府県令）の殆どが法律の根拠を持たない省令又は道府縣令であったため、昭和二二年四月一八日「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」（法律七二号）が施行され、同年十二月三一日限りで失効されることとなった。もっとも、その中の必要なものは新たに特別法として制定されることになったが、宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一五三頁によれば、この新たな特別法の制定により、行政事務移譲の方針は「別な観点から」検討を加えられることにもなった、という。しかし、そこでいう「別な観点」が意味するものについては示されてはいない。
(203) 昭和二二年の警察改革における、警察権限の縮小をめぐるGHQの態度と国内動向を詳細に検討するものとして、福沢真一「占領改革と警察権限の縮小―昭和二二年警察改革の政治過程を中心に―」政治経済史学三九九号（一九九九）二六頁以下。
(204) 自治大学校編『戦後自治史第五巻（警察および消防制度の改革）』（文生書院・一九七七）四九頁以下。
(205) 諮問の第一には「憲法及び地方制度の改正に伴ひ実施すべき警察制度改革の根本方針を如何に定むべきか、その要綱を示されたい」と記されており、実際の調査審議では「従来の警察で取り扱っていた犯罪の予防検挙、公共の安寧秩序の維持等警察本来の任務以外の事項を整理すること。その際委譲する事務は、警察以外のどういう機関に取り扱わせることが

適当か。」が検討されている。そしてこの審議において参考案として示された、内務省の警察制度改革の案（警察制度改革の方向性）には、「(二) 警察事務の整理　警察事務を再検討し、警察事務中本来の職務に関係の薄い事務（所謂行政警察事務の大部分）を整理して他の委譲し、警察は本来の任務たる犯罪の防圧、個人の生命財産の保護治安の維持に専念させることとし、従来の警察の概念を整理し新しい警察の概念をうちたてる。」との記述がある。参照、自治大学校編・前掲五八頁以下。

(206) 参照、田中八郎「戦後の警察制度の変遷」警察研究四五巻七号（一九七四）六三頁。

(207) このあたりの詳細な経緯については、参照、警察庁警察史編さん委員会編『戦後警察史』（警察協会・一九七七）一頁以下、田中二郎ほか「現行警察法制定二十年の回顧と展望」警察研究四五巻七号（一九七四）三頁以下、上原誠一郎「マッカーサー書簡前後（一）～（三・完）」警察研究四五巻七号七五頁以下、八号九一頁以下、九号（一九七四）六八頁以下。

(208) もっとも旧警察法の施行日から、「警察法の施行に伴う関係法律の整理に関する法律」が施行されている。この法律については内務局長官から通達が出されているが、その中で「(関係法令の) 改正の趣旨」を「従来警察になおその職務権限を留保されていた若干の関係法律の一部の事務を、警察法第一条の趣旨に鑑み、今後完全に警察の手を離して夫々主務庁に移譲しようとするものである」とした上で、「各庁に於ては警察法施行と同時に速かに事務の部外移譲、事務組織の整理改廃を行ない、警察事務の円滑なる執行に支障ないよう各庁に於ては警察法施行と同時に速かに事務の部外移譲、事務組織の整理改廃を行ない、警察事務の円滑なる執行に支障ないよう御配慮願いたい」と記していた。しかし、「警察事務の円滑なる執行に支障のないよう」留意して行われた（はずの）「部外移譲、事務組織の整理改廃」が、実際上、果たして、またどのような規範的観点に基づき行われたのか、確認することはできない。荻野徹「警察事務の範囲と分担」安藤忠夫ほか編『警察の進路』（東京法令出版・二〇〇八）七二〇頁以下は、警察制度改革の過程では「行政警察という概念を用いてあるべき事務の範囲を検討しているわけではない」と述べ、やはり規範的・体系的な整理が行われなかったことを指摘している。

(209) 上原誠一郎『警察官等職務執行法解説』（立花書房・一九四八）二四頁。

(210) 参照、上原・前掲二〇頁以下、同「警察官等職務執行法について（上）」警察研究一九巻一〇号（一九四八）一二四頁以下。

(211) 須貝・前掲三頁。

(212) もっとも近時、消防法を例にしつつ、我が国の法制度の変容に即した脱警察化の意義を「取締りをもっぱらとする行政

活動から、アメリカ法の影響を受け、危険の発生を『予防』する目的を明確にした規制的予防的行政活動と危険を除去する権力的な行政活動を組み合わせた行政活動・行政分野を形成する契機となった」と評価分析するものとして、須藤陽子「『行政調査に関する一考察』―警察権の分散と規制的予防的行政活動の導入」立命館法学三二〇号（二〇〇八）二三頁以下（同『行政強制と行政調査』（法律文化社・二〇一四）九五頁も参照。）。

第二項　実定法の検証―危険防御任務における管轄配分

第一　警察任務一般条項論の〝合理的再構成〟

一　我が国の警察法秩序において、危険防御任務における警察と行政機関の関係は、どのように規範的に整理・調整されるだろうか。戦後警察改革の指導的方針であった脱警察化を踏まえつつ、この問題に早くから注目したのは、本稿冒頭で紹介した宮崎清文であった。

宮崎は、警察の任務範囲を縮小させるという旧警察法の立法経緯からすれば、行政機関が新たに担うことになった任務領域では警察の権限は排除される、と主張した[213]。すなわち「（新たに制定された）特別法は、具体的には、広義の警察権を分掌している個々の特別警察機関の、各々の権能の根拠を為しているのであるが、同時に一般警察機関のそれ等に対する職権行使の限界をも、直接間接に規定しているわけであって、その限りに於ては、これ亦実定法上の警察権の限界を意味するものたることを失わない」、と。つまり宮崎によれば、警察からの権限の移譲に基づいて設置されたものは、特定の行政機関のみが特別法に基づき付与された行政的権限を行使することになるのであって、その限りにおい

て警察の職権行使はその管轄領域においては全面的に排除されると解釈されているのである。[214] 従って「将来特別法によりかかる範囲外の行政的権限が一般警察機関に包括的に与えられた場合のことが予想される」としても、宮崎によれば、それは「実質的には警察法違反であり、かかる権限を一般警察機関が行使することは、目的よりする処の限界を逸脱したもの」[215]となる。もっとも、警察もまた警察法に基づき、公共の秩序の維持、生命財産の保護という責務を有し、更に警職法は警察官吏に各種危険防御権限を認めているため、これらの権限の行使が特別法により行政機関に付与された危険防御権限とどのような関係に立つのかが問題となる。しかしこれについても宮崎は、警職法は「飽く迄も警察法に規定する警察官等の職務執行に際しての基準とその限界を示したものであって、これを以て直ちに特別法においても二次的に職権を行い得ると為すのは当を得たものではない」[216]と断じる。確かに現行法には一部に特別法の中で一般警察機関に対して協力義務や個別的権限を定めるものもあるが、このような「協力関係を規定せる特別法の方が寧ろ例外的であ」[217]って、「行政事務の移譲が、一般警察機関が本来かかる行政事務を担当すべきではないと云う根本的な理由に基いて行われた以上、今日そのような特別法の分野に於て何等権限が規定されていないのは当然のこと」とするのである。以上要するに、ここでは、警察事務の移譲により行政機関に設置され又は権限を付与されたものについては、危険防御任務の分散化・専門性の確保という意味において、警察の権限は一切排除されると理解されている。[218]

二（一）しかしながら時を経て田村正博は、他の機関の職員が有する権限行使との関係を、警職法四条一項（避難等の措置）の適用において次のように説いているのが注目される。

「警察官の権限を認めた法律の特別の規定が他にある場合には、特別の規定に基づく権限が行使され、この規定（警察官職務執行法四条一項（避難等の措置）―筆者註）に基づく権限は補充的に行使されるのにとどまる。一方、危険な事態が現実に生じた場合に対

処する権限が他の機関（の職員）に与えられている場合でも、警察としての権限と責任とが失われるものではなく、警察は、関係機関と連絡をとりつつ、必要に応じて、警察官職務執行法等に基づく権限を行使することとなる（・・）。他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させるという特別の規定がない限り、警察の権限と他の機関の権限との間に優劣の差はない。[219]」

右説明は、本稿冒頭で紹介した〝警察任務一般条項論〟を具体的に展開したものと見ることが可能であろう。特別法あるいは他の機関に定められている権限行使にあっても、警察としての責任と権限が失われるものではない、とされているからである。

（二）田村の右説明において特に注目すべきなのは、第一に、「法律の特別の規定が他にある場合に」「（警職法四条一項に基づく警察官の）権限は補完的に行使されるのにとどまる」の意味、第二に、「他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させるという特別の規定がない限り」「危険な事態が現実に生じた場合に」「警察は、関係機関と連絡をとりつつ、必要に応じて、警察官職務執行法等に基づく権限を行使することになる」の意味である。

まず第一の点についてであるが、本来、特別の規定が他にある場合は特別の規定に基づく権限が行使されることで事足りるはずであり、しかしそれでもなお警職法に基づく権限行使が「補完的に行使される」というのは、どのような理由によるものか、明らかにされなければならない。しかしそれ以上に第二の点について、「危険な事態が現実に生じた場合に対処する権限が他の機関（の職員）に与えられている場合」は通常、法律が他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させようとしていると解釈することが通例であり、通常はこれで事足りるはずであるが、なぜ、さらに警察としての権限について言及する必要があるのか明らかにされなければならない。「危険な事態が現実に生じた場合に対処する権限が他の機関（の職員）に与えられている」のは、法律がまさに当該職員に権限行使を行わせるためであ

り、その当該法律の趣旨目的を踏まえるならば、「他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させる」ために常に「特別の規定」が必要とされるとは限らない。このように見ると、右見解は―少なくとも文言上においては―「警察としての権限と責任とが失われない」という前提から警察の権限関与を各方面に展開させる解釈であると言うことも不可能ではないだろう。

（三）しかし、ドイツ警察・秩序法で得た分析視角に基づくならば、田村の右見解は合理的に再構成されうる余地がある。つまり、ドイツ警察・秩序法に通底する補完性原理の考え方によれば、危険防御の任務に関しては原則として秩序行政庁が権限を行使しつつも、危険防御が秩序行政庁によっては不可能若しくは適時には不可能であると認められるケースには、その限りで警察が（暫定的に）固有の危険防御権限を行使することが許された。これはすなわち、危険防御機関の組織上の分離によって効果的な危険防御が損なわれるのを防ぐ目的に基づくものであった。この考え方に従って〝「他の機関の職員の権限行使を警察の権限行使に優先させるという特別の規定がない限り」「危険な事態が現実に生じた場合に」「警察は、関係機関と連絡をとりつつ、必要に応じて、警察官職務執行法等に基づく権限を行使する」〟という見解を改めて合理的に再構成するならば、〝警察は、他の機関（の職員）による権限行使が不可能もしくは適時に行使することが不可能であると認められる場合に限り、警察官職務執行法等に基づく権限を行使することができる〟と言い換えることもできよう[220]。「危険な事態が現実に生じた場合」とはたいていの場合、緊急に対応すべき事情と考えられ、またその場合には既に行政機関（の職員）による（適時な）対応が困難であることが推定されるからである。田村の言う、「警察としての権限と責任とが失われない」という意味を〝危険防御の任務が隙間なく確実に履行されなければならない〟という意味で理解するのであれば、「警察の権限と他の機関の権限との間に優劣の差はない」という見方も、成り立たないわけではない。この場合の警察の活動はあくまで警察の判断に基づいた独自の権限（警職法）に基づくものであり、

秩序行政庁と主従の関係にあるわけではないからである。実際、田村も別の箇所において「他の機関の任務と権限に属することは、それぞれの機関の責任において対処されるべきことであるが、警察は、実際に危険な事態が生じている場合に通報を受けて警察官職務執行法等に基づいて現場的一時的な措置を講ずるほか、必要に応じて、関係機関に意見を伝え、行動を求めるべき立場にある」[221]と、右結論と同様の見解を述べている。これは要するに、「危険な事態が生じている場合」においては、行政機関と警察とで権限行使の要件がしばしば重複すること、その限りで即応力・機動力のある警察は多くの場合、行政機関の管轄領域内であっても権限を行使できる状況にあることが、このような評価を可能にしているものと思われる（警察は、事実上現場における最初の権限者である。）。〝執行〟警察としての組織的特徴を踏まえた見解と言えよう[222]。

三　このように合理的に再構成された警察任務一般条項論を踏まえた場合、宮崎の見解は、どのように評価されるべきだろうか。警察事務の移譲により警察官の権限が全面的に排除されたと見る宮崎の見解は、実効的な危険防御という視点からすると、狭く厳格な見解とも言え、行政機関による危険防御が完全に実効的に行いうるという前提がない限り現実的とは言えないだろう。その意味において直ちに採用することは難しいように思われる。しかしながら他方で、危険防御の実効性を過大に評価し「危険な事態が現実に生じた場合」の警察の権限行使に注目しすぎることにも、慎重である必要がある。「危険な事態が現実に生じた場合」と「行政機関（の職員）による（適時な）対応が困難である」を同列に論じることは、行政機関の管轄領域の存在を見失うおそれがあるからである。次に記すように、補完性原理を規定するMEPolG一a条の（個別）理由書においても、この点は、同条文を適用するに当たって特に注意喚起されているところである。

「この条文は内容的には、警察は猶予不可能で必要であると認められる措置について権限を有すると定める現行の警察法に倣ったものである。しかし、管轄を境界付けるためには、措置の緊急性に着目するよりも、他の行政機関が全く、又は適時に行動できないか否かに着目することの方がより適切である」[223]（強調―筆者）

宮崎は、行政機関による危険防御を脱警察化の理念として捉えていたのであって、警察の緊急的権限を認めるにしても、行政機関による権限行使の範囲を常に意識する姿勢は見落とされてはならないであろう。

（213）宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一七七頁。

（214）宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一六五頁以下。そして宮崎はこれを論証すべく、従来警察の監督・取締を受けてきた建築、食品衛生、興業場、旅館、公衆浴場等が現行法ではそれぞれ特定行政庁、食品衛生監視員、環境衛生監視員等の指導・監督の下に置かれていても、これ等の機関の有する監督権限は主として建築並びに衛生的見地からの臨検・検査・物件の収去等であって、事実、現行法規には警察に関する規定を何等設けていないと述べる。

（215）宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一八九頁。しかし宮崎は続けて、「（しかしながら）、形式的には有効と解せざるを得ない。」とも述べている。

（216）宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一六六頁。

（217）宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一九三頁。

(218) 宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』(立花書房・一九五〇) 一六二頁は、これを「極めて当然」と述べている。

(219) 田村正博『全訂警察行政法解説』(東京法令出版・二〇一一) 二二一頁、同『現場警察官権限解説 (第三版) 上巻』(立花書房・二〇一四) 四六頁。

(220) そしてドイツの実定法の仕組みに依るならば、さらにこの場合の権限行使は一時的・補完的なものに限定され、権限行使終了後には、行政機関にこれを報告することが義務付けられるという流れになる。

(221) 田村正博『全訂警察行政法解説』(東京法令出版・二〇一一) 六〇頁。

(222) 高木光「行政介入請求権」三辺夏雄ほか編『原田尚彦先生古稀記念　法治国家と行政訴訟』(有斐閣・二〇〇四) 一二九頁は、組織としての警察について、現場でのマンパワーを多く有し、また「差し迫った危険」＝「切迫した危険」に対処することが責務とされている行政組織と表現している。

(223) Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl. 1978, S. 29.

第二　「隙間なき危険防御」の法的位置づけ

一　ところで、警察任務一般条項論を右に見たように合理的に再構成したとしても、これを我が国の警察法秩序においてどのように位置づけるかは、一つの問題である。というのも、そもそも我が国ではドイツのような補完性原理をMEPolG一a条のような形で明文化しているわけではないため、直ちにドイツと同列に論じることはできないように思われるからである。しかし補完性原理が、戦後の脱警察化を踏まえつつも「隙間なき危険防御」を遂行するという理念に支えられていることを踏まえるならば、同じく脱警察化を経験した我が国の警察法秩序が、ドイツと全く異なる土俵

に立っているというわけでもなかろう。明文の条文規定が存在しないという事実は、脱警察化のドグマーティシュな意味が認められない、ということを直ちに結論づけるものではない。むしろ、個別の現行法令の中に現れた僅かな規範の中から、行政機関と警察との適切な管轄配分の要請を読み取り、警察法秩序の中に整合的に位置づける可能性は残されているようにも思われる。実際、我が国の現行法令の中に、補完性原理類似の管轄配分を規定する立法が存在する。災害対策に関連する一連の立法がそれである。

（一）災害対策基本法（昭和三六年一一月一五日法律二二三号。以下、災対法と略）六〇条一項は「災害が発生し、又は発生するおそれがある場合において、人の生命又は身体を災害から保護し、その他災害の拡大を防止するため特に必要があると認めるときは、市町村長は、必要と認める地域の居住者等に対し、避難のための立退きを勧告し、及び急を要すると認めるときは、これらの者に対し、避難のための立退きを指示することができる。」と規定しつつ、六一条一項で「前条第一項・・・の場合において、市町村長が同条第一項に規定する避難のための立退き・・・を指示することができないと認めるとき、又は市町村長から要求があつたときは、警察官又は海上保安官は、必要と認める地域の居住者等に対し、避難のための立退き・・・を指示することができる。」と規定している。そして続けて三項で「警察官又は海上保安官は、第一項の規定により避難のための立退き・・・を指示したときは、直ちに、その旨を市町村長に通知しなければならない。」と定めている。同様の条文構造は、同法六三条（市町村の警戒区域設定権等）一項、二項にも見られるが、さらに原子力災害対策特別措置法（平成一一年一二月一七日法律第百五六号）第二七条の二第一項（市町村長の避難の指示等）と第二七条の三第一項（警察官等の避難の指示）並びに、第二七条の六第一項（市町村長の警戒区域設定権等）と第二項においても見られる。これらの条文構造は、MEPolG 一ａ条と類似していると言えよう。

もっとも、災対法六一条一項の規定は、ドイツの補完性原理に比べると変則的な規定振りとなっていることにも注意

が必要である。第一に、警察が市町村長に代わって立退き指示をすることができる要件として「市町村長が同条第一項に規定する避難のための立退き・・を指示することができないと認めるとき」（要件①）の他に、「市町村長から要求があつたとき」（要件②）という要件も定めている。②の要件には全く条件が付されていないことからすると、市町村長の権限を安易に放棄してしまうおそれがあるが、ただ要件①とのバランスを考えると、これは要件①の認定を行いやすいように市町村から警察への通報と理解する余地があろう[224]。また第二に、本来、要件①に該当するような場合には、警察官が警職法に基づいて自らの任務として権限を行使するのがドイツの補完性原理の姿であるが、しかし災対法の規定によれば警察による立退きの指示権限は同法六一条一項で定めている権限であり、警職法四条一項に基づく避難等の権限ではない。このような規定の存在は、災対法が警察に（緊急のケースにあっても）同法上の権限行使のみを認めたという意味において、主たる権限行使者はあくまで基礎的自治体の市町村長であるという同法の基本的立場と整合性を保ったもの[225]と理解することができよう。いずれにせよこれら条項は、ドイツの補完性原理の条項と類似したものであり[226]、同規定は、我が国において補完性原理の考えが条文の形で示された数少ない規定と言うことができる。

（二）しかし災対法に見られるような考え方は、我が国の警察法秩序では一般的な原理として承認されているわけではなく、あくまで個別法による例外規定と見なされている[227]。例えば、古谷洋一編『注釈警察官職務執行法（四訂版）』（二〇一四）は、警職法四条の解釈適用の解説において一般法と特別法の関係を重視する（従来の警察実務でもある）見解に否定的な観点から、「一つの事項について、合理的な理由がある場合に複数の行政機関が重畳的に関与することはあり得るのであって、利用可能なあらゆる手段を用いての対応が求められる危険な事態における措置については、関係機関の活動の一元化が特に求められる場合として明文で優先関係が規定されている場合のほかは、各機関がそれぞれの権限を適切に行使して対処することが予定されているものと解すべきである[228]」と論じている。「関係機関の活動の一元化が

特に求められる場合」とはここでは災対法が想定されているが、このような特段の事例に該当しない限り重層的な関与が認められるとする立場は、時に「具体的な危険を避けるために必要やむを得ないような事態」という解釈一本で、警察が他の行政機関の管轄領域に介入し、一時的・暫定的な措置であるべきという視点が見失われないとも限らない。今一度確認するに、補完性原理とは、「隙間なき危険防御」という要請と同時に、権限が事実上競合する場合であっても特別法によって付与された秩序行政庁による権限行使がまずは適用されるべきであり、警察が他の行政機関の管轄領域に関与することができるのは、あくまで〝危険防御が秩序行政庁によっては不可能である、もしくは適時に不可能であると思われるケース〟で、しかも〝秩序行政庁が改めて任務履行ができる体制が整うまでの暫定的・一時的措置に限る〟、という内容を含むものである。[229] 同原理の右規範的意味を再確認するのであれば、《行政機関の管轄領域における危険防御任務の履行においては、行政機関に付与された権限が主たる役割を果たす》という言い回し・表現は―たとえ警察が緊急ケースにおいて権限行使する場合があったとしても―決して過小評価されるべきではないだろう。[230] 脱警察化のドグマーティシュな意味は、まさにここに認められるからである。（新）警察法が制定されてまだ間もない頃、出射義夫『警察権限詳論』（一九五九）は、「明文のない警察官の援助その他」の見出しの下で次のように解説していた。

「警察官との関係について規定のない行政取締法規であってしかも実質的には各種の行政警察の概念に属するものについて、警察官との関係の規定を欠くからといって、警察官は無関係であるわけにはゆかない。・・国民の生命、身体又は財産の保護と公共の秩序の維持の責務を持つ警察官は、これらの警察官の援助に関する規定のない行政取締法の対象となっている事柄について、国民の権利が危殆に陥り又は社会公共の秩序（法的秩序）が乱れようとしている場合には、本来の警察官の職権職務が発動されなければならない。

この関係については・・警察所管以外の行政警察においては、その所管官署が第一次的に監督行政の責任を負うこととし、警察権

と競合する場合は原則として、所管官署の要求又は連絡によって警察官の職権を行使することになっているのである。即ち、警察官はその固有の権限の行使を二次的なものとしているのである。これは、広義の行政警察を戦後の民主化と事務の効率化の要請に基いて警察の責務を限定しようとしたための行政体系なのである。」[231]（強調―筆者）

しかし、脱警察化をこのようにドグマーティシュな形で提示した見解は、これまで十分に評価されてきたとは言えない。我が国の警察法秩序においても「戦後の民主化と事務の効率化の要請に基づいて警察の責務を限定しようとした」「行政体系」を、補完性原理という形で改めて明確に提示することは十分可能と考えられるのではないだろうか。[232]

（224）なお、原子力災害対策特別措置法二七条の三第一項は「（市町村長による措置を）待ついとまがないと認めるとき、又は市町村長から要求があったとき」に警察官の活動を認めるということで、一定の条件（時間的な緊急ケース）を付しているが、災対法六一条一項は「市町村長が同条第一項に規定する避難のための立退き…を指示することができないと認めるとき」と定めるのみで、その理由（時間的緊急ケースなのか事項的緊急ケースなのか）は明示していない。

（225）参照、淺見勝也「災害対策基本法と警察の任務、権限について」警察研究三二巻一二号（一九六一）五九頁以下。

（226）さらに災対法六一条一項は、警察官吏による要件存否の認定に関し、MEPoIG 一 a 条と同様「認めるとき」と定めている点でも、補完性原理条項と類似している。

（227）田村正博『全訂警察行政法解説』（東京法令出版・二〇一一）二二一頁註七二は、同条項を、行政庁の職員の権限が警察官の権限に優先することを法律上明示的に定めている特別な規定として挙げている。このような評価も、戦後我が国の脱警察化が執行警察と行政庁との役割分担を十分に検討したものではなかったことを踏まえると、無理もないと言える。

（228）古谷洋一編『注解警察官職務執行法（四訂版）』（立花書房・二〇一四）二七二頁註五。

(229) 田中二郎「新行政執行制度の概観（二）」警察研究一九巻一二号（一九四八）八頁も、警職法四条が定める避難等の措置に関連して次のように述べていた。「かような危険事態の生じた場合の措置については、災害救助法、消防法、地方自治法等他の法令にも種々の定めがあり、これらの法令に基き、當該公務員が、その措置を講ずべき第一次の責任者になっているが、個々の警察官等も亦、それらの者が、それらの措置を講ずるまでの、應急的・第二次的責任者として、・・・諸措置を講ずることができるのである。」（強調―原文、下線―筆者）

(230) 田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院・一九九三）三〇頁は、警察権を規律する主な法原理の一つとして「警察補充の原則」を挙げ、これを「警察権を発動するのはなるべく最後の手段であることが望ましい。また、それぞれ専門の行政組織が効果的に警察障害に対処する制度のほうが望ましい。何故なら、警察組織の権限の肥大化を回避することは、人権尊重を求める憲法上の一政策でもあるからである」と、警察の権力抑制に比較的重点を置いた法原理として捉えている。

(231) 出射義夫『警察権限詳論』（警察時報社・一九五九）二八三頁以下。また既に上原誠一郎『警察官等職務執行法』（立花書房・一九四八）一二九頁も、次のように述べていたところである。「犯罪を豫防し鎮壓することは警察の責務の最も重要なものであり、これに関する種々の取締法規において、それを直接に執行する任にある當該官吏又は吏員の力が及ばない場合においては、それを最終的に執行するのは警察官であることを銘記しなければならない。」（強調―筆者）。警察法制定間もない時期から既に警察実務において同様の理解が示されていた点は、注目すべき点である。この場合、「力が及ばない場合」とは如何なる場合かが、法解釈上極めて重要な論点になることは言うまでもない。

(232) もっともこのような見解は、藤田宙靖「二一世紀の社会の安全と警察活動」警察政策四巻一号（二〇〇二）九頁以下（同『行政法の基礎理解上巻』（有斐閣・二〇〇五）四三〇頁以下所収）を通じ、学説並びに実務においても徐々に浸透しつつあるように思われる。参照、白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究六九号（二〇〇四）六一頁、荻野徹「新しい『警察法学』の構想」関根謙一ほか編『講座警察法第一巻』（立花書房・二〇一四）四一頁。

補論　行政機関の職務執行時における警察の援助とその限界

一　我が国の警察法秩序は、警察と行政機関の関係を一般的に規律する補完性原理について明文の規定を設けていないが、他方で、危険状況に直ちに対応できるように、警察が行政機関からの要請に基づき行政機関による職務執行（例えば、立入調査や臨検等）を援助することを規定した一連の個別規定が存在する。もっともこの援助は、ドイツ警察・秩序法にいう執行援助のように警察自らが直接強制を実施するものではない[233]。そうではなく、行政機関の職員の力ではその職務遂行が不十分な場合に、警察において付与されている権限を行使することで、円滑な職務執行を支えることを目的とするものである。行政機関に対する警察の役割として、我が国で典型的な例として挙げられるのは、このような、行政機関の職務執行時における援助である[234]。

例えば、高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律（平成一七年一一月九日法律第一二四号）一一条一項は「市町村長は、養護者による高齢者虐待により高齢者の生命又は身体に重大な危険が生じているおそれがあると認めるときは、・・地域包括支援センターの職員その他の高齢者の福祉に関する事務に従事する職員をして、当該高齢者の住所又は居所に立ち入り、必要な調査又は質問をさせることができる」と規定し、一二条一項で「市町村長は、前条第一項の規定による立入り及び調査又は質問をさせようとする場合において、これらの職務の執行に際し必要があると認めるときは、当該高齢者の住所又は居所の所在地を管轄する警察署長に対し援助を求めることができる。」と定めている。また同二項では「市町村長は、高齢者の生命又は身体の安全の確保に万全を期する観点から、必要に応じ適切に、前項の規定により警察署長に対し援助を求めなければならない。」とした上で、さらに第三項で「警察署長は、第一項の規定による援助の求めを受けた場合において、高齢者の生命又は身体の安全を確保するため必要と認めるとき

は、速やかに、所属の警察官に、同項の職務の執行を援助するために必要な警察官職務執行法（昭和二三年法律第一三六号）その他の法令の定めるところによる措置を講じさせるよう努めなければならない。」と定めている。同様の規定は、児童虐待の防止等に関する法律（平成一二年五月二四日法律第八十二号）にも認められる。児童虐待に関し児童相談所が児童の安全の確認を行う場合あるいは知事が児童相談所職員等に立入調査をさせる場合には、警察署長に援助を求めることができると定められている（同法一〇条）。援助に当たる警察官は、立入りに同行し、保護者が児童相談所職員や児童に対して危害をまさに与えようとしている場合には、警職法に基づく各種危険防御権限を行使することとされている。また、知事は裁判官の許可状を得て児童相談所職員等に臨検・捜索させることができるが（同法九条の三）、この場合にも警察は、援助の求めを受けたときは、相談所職員に対する妨害行為を阻止すべく迅速に対応措置を講ずることになっている[235]。以上要するにこれらの規定は、既にその事案の性格上、行政機関の職務執行の過程で危険な事態が発生する可能性があることを前提に、行政機関が警察に援助を要請することができる旨を法律で予め規定し、不測の事態に備えるものと解することができよう。この場合の警察活動は、行政機関の権限を行政機関に代わって行使するというのではなく、あくまで警察に付与されている権限を行使するに止まる。これは、ドイツ警察・秩序法で言うところの〝執行時における保護〟に該当すると言えよう（執行援助ではない）。警察の個別権限を規定する行政機関所管の法律は本稿の対象ではないが、これまでの検討を踏まえ、警察に法律上認められた援助権限の行使の在り様について簡単に触れておきたい。

二　行政機関からの要請に基づく警察の援助を考察する上で特に注目すべきは、児童虐待への対応のような事例でしばしば生じる、警察の権限行使と行政機関の職務執行との鋭い緊張関係である。一般に、警察と児童相談所（以下、児相と略す。）との間で連携・協力が求められる場合においても、両機関には、安易に接触することに対する警戒感があると言われている。これは特に児相の側から、一種の〝相互不干渉の原則〟が主張されることに現れているが[236]、その理由は、

児童虐待という同一課題に対し、警察と児相との間で異なるアプローチがとられることにある。これを単純化すれば、〝警察は保護者が犯した問題に対応するのに対して（刑事司法的アプローチ）、児相は保護者・家族がかかえている問題に対応する〟（福祉的アプローチ）という図式である。[237] しかし、およそ児童虐待に対する対応は児童保護・家族の再統合の観点から講じられるものであるとするならば、警察活動もまた右観点に服する必要があり、[238] 警察は、自己の判断のみに基づき警察措置、とりわけ犯罪捜査を行うことで児相の福祉的任務を妨げることのないよう、慎重な対応が求められることになる。このような主張は、児相の管轄領域を一般的に《警察から自由な空間》としてみなすことを警察側に求めるものと捉えることもできよう。しかし《警察から自由な空間》は《法的に自由な空間》を意味するものではない。具体的な犯罪行為の発生において、あるいは児童の安全確保において警察による措置が必要と認められる場合には、たとえ家庭内であっても警察の活動領域に開かれることになる。各々の機関が独自のアプローチに基づく活動により被害児童が両機関の任務の谷間に陥ってしまうことの問題性は、これまでも繰り返し指摘されてきた通りである。児童の安全確保（危険の防御）という目的の追求においては一致をしている以上、両機関の連携が是非とも必要となるのである。このような認識は―既に数次にわたる法律改正ないし通達・指針の通知等[239]を通じて―今日広く共有されていると言ってよいだろう。問題は、連携の具体的な姿、連携の最も基本的な体制の在り方にある。というのも、両機関のそれぞれの役割が明確に認識されない結果、連携が中途半端なもの、あるいは不安定なものになっている現状が認められるからである。

三（一）児童虐待対応の現場からは、「どういう場合に警察の手を借りて、どういう場合には福祉のみで対応するかということに関する、一貫したビジョンが不在である[240]」との指摘がなされている。これは一方で児相職員による福祉的アプローチのみでは実効的な立入り調査ができず、警察の積極的な介入を期待せざる得ない部分があること、しかし他方

で警察が積極的に介入すると児童虐待についての知識がないまま児童に対する聴取や近隣住民への聞き取りなどを先行すると、児相による福祉的政策を阻害する、という事態が、ビジョン不存在の原因となっている。[241] そこでこのようなジレンマを解消すべく、例えば、児相においては、職員が実効的な立入り調査が可能となるように、警護術の研修を受けるなど警察と同様の機能を担おうとする努力が行われるほか、[242] また警察においても、福祉的アプローチに対する十分な知識の習得に加え、児童虐待に特化した専従のチームを設けるなど、[243] 両機関の歩み寄りが見られる。[244] また近時では、各機関が集う専門的な部署を設け、日頃からの情報共有を含め、統一的・一体的な運用を確保する取り組みも行われているところである。[245] 一つのビジョンの下に関係機関が連携する仕組みの構築は、全体として改善傾向にあると言えよう。

（二）しかし他方において、統一的・一体的な運用は、同時に互いの管轄を不鮮明にし、時に、捜査権という執行力を背景とした「警察官の意向」[246] に事実上福祉が従うといったことならないよう、連携の基本的なコンセプトを明確にしておく必要がある。特に警察によるその主体的な取組みは―その必要性は認めつつも―他方で各々の機関が本来担うべき任務遂行とのバランスを崩し、引いては互いに責任を転嫁するなど円滑な連携を阻害する原因ともなりかねない。この問題は、既にベーレンデスが危惧していたところである。つまり、警察は人的・物的手段の投入によって新たな任務領域を〝推論〟することができ、他方、秩序行政庁は人的物的手段の撤収により割り当てられた任務から引き上げ、警察にその履行を完全に委ねる、ないし押し付けることができるようになる、と。[247] その意味では、統一的・一体的な運用を図る場合も、互いの機関がそれぞれどのような任務を担い、またこれを履行するためにどのような組織的特徴を備えるものであるのか、明確な認識が必要となる。[248] この観点からすると連携の基本的な体制としては、やはり専門的知見を有する児相が、児童虐待対応にかかる全体の司令塔となり専門的な判断を行うこととし、この児相が示した全体の方針の下で各種機関、つまり警察であれば、その機動力、即応力を活かした被害児童の迅速な安全確保という任務に徹して行

動するというのが、見通しのよい連携の姿であると言えよう[249]。専門的知見をもって慎重な対応が求められる社会的症例に対し、執行警察上の手段のみでもって対処することの問題性[250]は、親密圏内で起きる加害行為や虐待行為に対する警察介入に現場から注目し続けている警察実務家の青山彩の指摘にも見られる。青山は、第一次的な責任官署の意向に先んじて警察が権限行使（被害者の保護）する場合があっても補完性原則が活動の範囲を画すことに留意すべきである指摘した上で、次のように述べている。

「・・警察の補完あるいは副次的な活動が仮に常態となるのであれば、それはシステム自体がうまく機能していないのだから、個別の立法で警察の権限を追認すべきという議論にもなりうる。児童虐待の例で言えば、児相の在り方について、より専門性を高めるべきとか司法的アプローチをとるべきなど様々な評価があるのと絡めて、警察についても『援助』ではなく、通告受理や立入調査の直接の主体とすべきという立法論、政策論もありうる。

ただし、この種の家族間事案の解決を考える際には、加害者を立件することや、加害者からの被害者の分離に成功したことをもってよしとするのでは足りず、その先の被害者（場合によっては加害者を含む家族全体）の心理面・経済面などトータルな救済や支援に息長く取り組む必要があることを無視できない。各機関の責務に応じて関与の濃淡はあっても、実効ある多機関連携の構築が急務であり、目的を同じくする範囲内で各機関・団体が持つ情報をできるだけ共有し合い、被害者が加害者の客観的な現状を踏まえて最善の措置をとることが求められる[251]。」（強調―筆者）

警察の補完的な活動を実質的に恒常的なものとしてしまうことは、法律上の管轄配分システムを事実上変更することに繋がりかねない[252]。連携の基本体制としては、児相は専門的福祉的権限の遂行、警察は迅速性を活かした緊急権限の行

使という認識がまずは基本に据えられるべきであり、連携を円滑にするための各種仕組み（例えば情報共有や児相への警察官OBの配置や、各機関のインターフェースの機能を有する制度の設置など）[253]も、まずはこのような認識を前提とした上で整えられるべき（連携の基本設計に肉付けられていくべき）であろう[254]。補完性原理において警察が行使しうる権限が一時的・暫定的なものでなければならないとされていたのと同じ理由において、ここでも援助を求められた警察は、あくまで行政機関の権限が優先的に行使されるよう配慮して行動することが求められるのである。この問題はさらに個別事例を素材としながら具体的に論ずる必要があるが[255]、警察の援助活動は、専門性に裏付けられた行政機関による職務遂行を補完する措置であるべきという視点は、警察と行政機関の役割分担を考える上で、やはり基本となるべき認識のように思われる[256]。

（233）もっとも戦前は、旧伝染病予防法に基づく人に対する隔離処分や物に対する消毒等の処分といった直接強制の実施に、警察官吏が関与していたとされる。参照、須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社・二〇一四）一九八頁以下。

（234）この問題について初期に注目した論考として、園部敏「行政上の共助―行政機関の『実力による応援』―」『行政法の諸問題』（有信堂・一九五四）七一頁以下。

（235）参照、田村正博『全訂警察行政法解説』（立花書房・二〇一一）二三五頁以下。

（236）参照、高橋幸成「警察と児童相談所」町野朔・岩瀬徹編『児童虐待の防止』（有斐閣・二〇一二）二四六頁。

（237）山田不二子「子供虐待対応における警察の役割」警察政策一三号（二〇一一）三一頁以下は、警察・児童相談所の職責・関心が異なることを、《警察は誰が何をしたのかという過去の方向に目を向けるのに対して、児童相談所は子や子の家族に何が必要かという未来の方向に目が向いている》と説明する。

（238）従って立入りの際、援助内容と離れて犯罪資料を収集することなど（写真撮影など）はもとより認められない。民事執

行法六条に基づき執行官から援助要請を受けた警察活動の限界については、綾部弘ほか「改正民事執行法の運用状況について（2）」NiBEN Frontier（二〇〇七）六月号一六頁以下、また、二四一頁註九。

(239)「少年警察活動推進上の留意事項について」（依命通達・平成一九年一〇月三一日）、「児童の安全の確認及び安全の確保を最優先とした児童虐待への対応について」（生活安全局長・刑事局長通達・平成一八年九月二六日）、「児童虐待への対応における警察との連携について」（厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知・平成一八年九月二六日）、「『虐待通告のあった児童の安全確認の手引き』について」（厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知・平成二二年九月三〇日）等。

(240) 刑事政策研究会「座談会・児童虐待」ジュリスト一四二六号（二〇一一）一一五頁（西澤哲発言）

(241) 刑事政策研究会・前掲一二七頁以下（岩佐嘉彦発言）。

(242) 刑事政策研究会・前掲一二七頁（岩佐嘉彦発言）。

(243) 大阪府警察本部生活安全部少年課に設置された「児童虐待対策班（愛称「チャイルド・レスキュー・チーム」）」などの設置。参照、高橋・前掲二四三頁。

(244) 山田・前掲三三頁以下は、警察と児相のアプローチに違いによる歪みを除去すべく、警察に対しては児童相談所の職員の職責を侵害しないように求める一方、児童相談所に対しては警察の職務（証拠保全・証拠収集・事情聴取等）について十分に理解し、案件によっては早めに警察への通報を講じること等を求めている。

(245) 同一建物内に、児童相談センター、少年センター、教育相談センターを集約し、情報交換・共有を一層円滑にすることを目的とした東京都子供家庭総合センターの設置など。参照、高橋・前掲二四七頁。

(246) 刑事政策研究会・前掲一二七頁（岩佐嘉彦発言）では、警察が立入調査の際、児相職員に同行するとしても、児相職員は果たして警察と対等な立場を現実に保つことができるか、という問題意識が示されている。その上で、警察官の援助を増やす場合の前提として、児相は、児童相談所でしっかり対応できる専門性をもっと強化する必要があると主張されている。

(247) 第二節第三項、参照。

(248) 平成一六年の児童虐待防止法改正により「警察官の援助」から「警察署長に対する援助要請等」に改められたことについても、この警察署長を中心とした「行政機関（行政官庁）」としての警察行政機関が、緊急権限を行使する「警察官」との関係においてどのような意味を有するか、慎重に検討しなければならない。右法改正は、機動的な警察活動を確保する

ため、「組織」として対応することを明確にするためと解されており（「児童虐待の防止等に関する法律の一部を改正する法律の施行について」（平成一六年九月二一日警察庁生活安全局長・長官官房長・刑事局長通知）、その趣旨は是認しうるものであるが、児童虐待への対応とは別に、警察側の対応が、今後、緊急権限を行使する警察官から警察署長に重点が移動することに対する長期的な影響についても検討の余地があるかもしれない。その取扱いに高度の配慮が求められる専門的知見を警察側に要求することは、即時強制を担う警察官の組織的特徴を変質させ（戦後、警察の改革対象とされた）一般行政機関としての性格を正面から担う契機ともなり得るからである。小林博志は、戦後の警察改革は、警察官を法令執行機関と位置付けるものであったのに対し、現在は、これを行政庁の執行機関という地位に結びつける傾向があると、その問題性を指摘している（小林博志『行政組織と行政訴訟』（成文堂・二〇〇〇）一二五頁以下）。つまり「警察官の法令執行機関と行政庁の執行機関という地位は基本的に異なるものであり」「戦後改革の基本は前者にあった」ことからすると、警察官の二つの地位を結びつけることは問題である、と。その上で小林は、警察機関、特に警察官については、行政庁を中心とする補助機関、執行機関、諮問機関という「行政庁」概念及び行政官庁理論と、法令執行機関という二つの道具概念を使ってとらえる必要性があると主張する。

(249) 参照、高橋・前掲一三九頁。

(250) 警察との連携に関する児童相談所に対するアンケート結果によれば、警察は虐待に対する理解や判断が十分でなく捜査的動きが先行し福祉的配慮に欠ける、といった意見が出されている。詳細については、高橋・前掲一四六頁、参照。

(251) 青山彩子「家族・近親者からの被害防止」大沢秀介ほか編『社会の安全と法』（立花書房・二〇一三）二二二頁以下。

(252) Vgl. Behrendes, Polizeiliche Zusammenarbeit mit Ordnungsbehörden und sozialen Diensten im Rahmen der Gefahrenabwehr und eines ganzheitlichen Präventionsansatzes, in : Kniesel/Kube/Murck (Hrsg.), Handbuch für Führungskräfte der Polizei, 1996, S. 175.

(253) 警察の、他の行政機関には認められない特性（迅速性）や犯罪捜査の特徴を踏まえつつ、他機関連携をスムーズに行うインターフェースとして、他機関にとって分かりやすい非警察的な体質を持つ組織を警察内部に設けることの必要性を論ずるものとして、田村正博「警察の組織と行動の特性と他機関連携のための施策について」早稲田教育評論二六巻一号（二〇一二）二六四頁以下。

（254）青山・前掲二二三頁は、現在の連携の機能不全を過渡的なものとして捉え、将来的に連携の仕組みが成熟するまでの間は、個人の保護に総合的に任ずる存在である警察に期待が寄せられているとする。

（255）この分野における最も詳細かつ有益な研究成果として、田村・前掲二五七頁以下。

（256）田村正博『全訂警察行政法解説』（立花書房・二〇一一）六〇頁以下もまた、警察機関の他の行政機関に対する役割を考える際、「それぞれの機関の特性を踏まえて、どの機関が効果的かつ効率的にその事務の処理ができるかという面と、他の事務との一体的な運用による利点と欠点（権力集中による弊害の防止を含む。）という面とを、総合的に判断して決すべきものである」と的確に述べている。

第三項　小括

一　ドイツ警察・秩序法に規定されている補完性原理を、脱警察化のドグマーティシュな評価を通じて、我が国の警察法秩序にも整合的に位置づけることが可能か。この問題を探ってきたこれまでの考察によれば、脱警察化には、行政機関による（質の高い）危険防御の確保、並びに迅速な執行警察による活動とその限界という規範的要素が存在することが明らかとなった。我が国においてもドイツと同様、脱警察化を経て警察法が制定された経緯を踏まえると、警察実務において現在支配的な見解、つまり、《他の行政機関の権限であると定められている場合でも、それが警察の責務から明確に排除されない限り、警察活動の対象となる》という命題（警察任務一般条項論）は、脱警察化のドグマーティシュな意義を確認した上で《他の行政機関の権限であると定められている場合には、原則として当該行政機関が権限を行使しなければならないが、行政機関によっては危険防御が不可能もしくは適時には不可能であると認められる限りにおい

て、警察が暫定的な措置を講じる》という命題に再構成する余地があるように思われる。右再構成により、従来の実務的慣行を正面から否定することなく、また、行政機関の任務に対する警察のアドホックな関与を回避しながら、両者のより質の高い連携を構築することが可能になると考えられるのである。

二　もっとも、これを実際上においても実現するためには、行政機関による危険防御の体制が十分に整えられていなければならない。脱警察化の理念を踏まえた警察法の解釈を展開した宮崎は、当時の行政機関による危険防御の体制に言及しつつ、次のように説いていた。

「今日に在つては、一般警察機関より権限の移譲を受けた行政機関の側で、受入態勢が未だ十分整つておらぬ処が少なからず存し、警察官等が事実上本来の責務を超えた活動を余儀なくされていることが多い。又これに対する輿論と云うものも、一般警察機関のかかる活動の限界を厳密に批判し得る迄には向上していないのが実情のようである。併しそれは飽く迄も過渡的な現象に過ぎぬのであつて、法治主義の徹底した現行憲法下に在つては、公安の維持或いは犯罪の予防と云うような漠然とした行政的権限を行使する場合は極めて慎重たるを要するのであり、社会通念に基いた厳密なる客観的事実認定を俟たずしては、決してみだりに警察権を発動してはならないのである。」[257]（強調―筆者）

これは、「警察官等が事実上本来の責務を超えた活動を余儀なくされていること」を「過渡的な現象」と捉えた上で、事実から規範命題の導出を戒めたものとも評しうるが、併し近時では、現在の行政組織は、安全と秩序を害する危険・障害の増大に対し有効・適切に対応できていないという事実認識に基づき、警察に一定の（場合によっては、本来の責務を超えうる）活動が要請されるに至っている。[258] 警察実務家である荻野は、現状を次のように述べている。「具体的な状況

の下で求められるのは、各機関の権限の境界や優先劣後を再確認し、これに従って整然と行動することではなく、法的な『趣旨目的』はどうであれ、『事実上の』効果として被害者・相談者にとって望ましい措置が『実際に』発動されることである。[259]」、と。確かに事実において、現実の社会おいて対応すべき事態は時間とともに刻々と変化するのであり、警察が活動すべき条件も常に予め一義的に明らかであるわけではない。警察と行政機関との間の静態的な管轄配分に従って紛争が生じるのではなく、紛争に対応すべくその時々で権限が行使されるのである。児童虐待やDV、ストーカー事件など現代的な課題にも対応可能なように、「占領法制の特徴であるプリミティブな『民主化と分権化』理念[260]」をより実効的なものにすべきと主張されるのも、以上のような認識に立つものと言えよう。[261]

しかし警察活動の現実の必要性を強調することは、明確な自覚がないまま警察の権限が拡大するおそれがあることにも注意しなければならない。[262] 行政機関は徐々に事務作業が中心となり、自らに課された危険防御の任務を主として書面手続において履行する一方、警察は、行政機関による対応不備を補うべく馴染みのない行政任務を引き受けることで、本来課されている以上の任務を負う傾向にある。しかもそれは、明確な法律変更（管轄変更）というよりも、むしろ現実の必要性を背景として事実上行われるという特徴がある。[263] しかし、行政機関に対する警察のこのような〝リザーブ機能〟を事実上のものとして認めてしまうと、国家機関同士の権限紛争の原因となるほか、管轄規定を定めた立法による法治国家的保障を弱体化してしまう原因にもなり得よう。[264] ここで注意しなければならないのは、このような〝静かな権限移動〟に対する明確な認識と、この権限移動を防ぐ具体的な体制整備である。警察の役割の拡大は、行政機関の専門的知識の欠如（あるいは、行政機関による政策の失敗）ないし執行体制の不十分性と表裏一体の関係にある。[265] その意味において、我が国の現行警察法秩序において、果たしてまたどの程度まで行政機関による危険防御体制が重視されているのか、改めて検討されなければならない。[266]

三　この点に関連し我が国では、行政刑罰の適用における行政機関と警察との協働にからみ、生活経済事犯への対応が問題実例として挙げられることがある。警察実務家の四方光の分析によれば、通常、監督庁が独自に指導や行政処分を行って違法状態を解消しているのであれば問題がないところ、実際には、行政処分件数よりも警察による送致件数の方が多いという。そして、これは、当該行政法の執行体制の構造として、法秩序維持の一定部分を警察に依存している、と理解することができるという[267]。四方は、行政刑罰に違反して事業活動を展開する犯人グループ、とりわけ行政指導・行政処分には従おうとしないが犯罪者グループほど悪質ではない企業（第三類型）への対応が最も重要であるとの認識を示した上で、次のように述べている。

「警察の方では、警察は行政法施行の肩代わりをする責任も権限もないと考えており、犯罪の構成要件を満たし可罰性もある事案でなければ捜査に着手しないので、行政部局の方では『警察が協力してくれない』という不満を言うだけでは自らは何も進めないというものである。・・・行政機構の設計上、第三類型の事業者への対応全体を警察の責任・権限に属させるという選択肢は、理論的にはあり得ても、実際にそのような選択をすれば、警察は著しく肥大し、それこそ警察国家になってしまう[268]。」

右指摘は、生活経済事犯に関し、産業振興型の従来の行政手法では対応が難しい案件への行政部局への執行体制を問うたものであるが[269]、しかし同指摘は危険防御の領域おいても当てはまると考えられる。仮に行政機関による対応の不備を理由に警察が対応しなければならないとするならば、警察に過重な負担を課すのみならず、行政機関は危険防御の任務において主要な責務を果たすという視点も、また警察は一時的・仮の措置に留まらなければならない、という脱警察化のドグマーティシュな視点も見失われてしまう[270]。このような見地からすると、行政機関においても危険防御の任務が

明確に存在することを改めて確認する意義は小さくないように思われる。[271] この点、田村正博は、公共の安全秩序の維持のための各種の事業規制は、これまで事業所管の行政機関が産業の振興と併せて担当するのが一般的であり、他の行政目的（産業保安、保健衛生、経済発展など）のための規制が実質的に犯罪予防に寄与していたにすぎなかったが、近年では安全確保目的や犯罪予防目的を重視し、犯罪予防目的を事業の健全な発展と並ぶ位置付けとして警察が援助を行うこと等を定める不正アクセス禁止法やピッキング防止法、またいわゆる安全安心まちづくり条例が制定されていることを好意的に評価している。[272] これらの近時の法制度の運用実態については改めて慎重な検討が必要であるとはいえ、確かに、かつて産業警察・衛生警察・建築警察と呼ばれていた任務がそれぞれ専門の行政機関によって担わされる一方、社会の発展とともに危険防御以外の任務も同時に担うことになった結果、本来の危険防御の任務が執行体制も含め相対的に後景に退くことになったことは否定できない。[273]「犯罪予防を他の目的の制度の付随的なものとしてきたそれまでの立法政策」[274]では、危険の迅速な認知という観点からも、また執行体制の整備という観点からも不十分という評価が下されることになろう。[275] しかし、目前に迫った危険ではない、対処の難しい危険の防御（犯罪予防を含む）を実施しうるのは、本来、独自の専門的知見（行政ノウハウ）を有している行政機関である。[276]《目前に危険が迫っている事態に限られない、行政庁による専門的知見に基づいた危険防御と、緊急の場合に市民（あるいは時には被害者）を保護する機動的な警察活動を実現する仕組み》を構築するためには、行政機関の側でも危険防御任務を自らの任務として引き受ける体制が整えられなければならない。[277] 現場対応を重視し、その場での判断が常態化・固定化することのないよう、行政機関による危険防御体制を含め、両者の関係を改めて適切に位置づける必要があるように思われるのである。荻野徹もまた「多機関連携を実効あらしめるには、これを、追い詰められた現場担当者の機転に丸投げするのではなく、平素の準備段階から、関係機関相互の協力が円滑に行われるような事務配分の在り方を模索すべき」であり、「各機関の権限配分に関する規

範についても、領土専管的・排他的・固定的なものではなく、一種の相互乗り入れ的な業務運営を可能とするような規定振りないし解釈態度が必要となるのではないか」と今後の課題を提示していた。ドイツ警察・秩序法の分析において明らかになったのは、専門的知見を用いた行政機関による質の高い危険防御と、緊急時における警察による迅速な措置という、〝両者の権限が連動した隙間なき危険防御〟の姿である。本稿が取り扱った補完性原理は、「相互乗り入れ的な業務運営を可能とするような規定振り」の候補たりうるのではないだろうか(278)。

(257) 宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一九四頁以下。

(258) 参照、田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院・一九九三）五九頁以下。

(259) 荻野徹「新しい『警察法学』の構想」関根謙一ほか編『講座警察法第一巻』（立花書房・二〇一四）四一頁。

(260) 櫻井敬子「犯罪予防と行政法」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂・二〇〇八）九六頁。

(261) 田村正博『全訂警察行政法解説』（立花書房・二〇一一）六二頁は、行政の力が弱まり、自由化が進んだ社会においては、行政機関の役割分担においても現実の執行がどのようにして確保されるかという点を踏まえて検討しなければならず、社会的な状況の変化を無視して既存の理論だけを語ることは弊害が大きいとする。

(262) Vahle, Polizeiliche Aufgaben und Subsidiaritätsgrundsatz, Verwaltungsrundschau, 1991, S. 205.

(263) Vgl. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, S. 4f.; Finke/Sundermann/Vahle, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1992, S. 113. は、管轄の移動は法律によってのみ許されるとする。

(264) しかし、かつて土屋正三「広義の警察と狭義の警察」警察研究二八巻四号（一九五七）二四頁は、我が国の法律はドイツと異なり、執行警察と行政警察の区分が明瞭ではない、とした上で、「行政庁が一々直属の執行機関を有することなく、原則としてはその決定を警察をして執行せしめるとしたならば、ひとり行政の経済化であるのみならず、警察と国民生活

とを緊密に結びつける利益は少なからざるものがあろう」という見方も示していた。

(265) 例えば、本来、社会的発展に伴う危険や妨害の除去は行政庁の対象であるところ、行政庁の施策の失敗により住居が十分に供給されないことから住宅難が発生し、この住宅難から警察が対応すべき住居の不法占拠が発生する、といった具合いにである。Vgl. Gusy, a. a. O., S. 4f.

(266) また須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社・二〇一四）二〇〇頁も、「『強制』を担保する人的環境が戦前・戦後で大きく変わっている」とした上で、「法律上の『強制』の仕組みを明確化するのみならず、行政目的を実現する事実行為としての『執行』の在り方、『執行の担い手』、警察組織の関与の在り方に注目するべき」と述べている。

(267) 四方光「罰則適用過程からみる行政法―生活経済事犯の取締りを中心に―」警察政策一一号（二〇〇九）二三〇頁。

(268) 四方・前掲二四七頁。

(269) その上で四方・前掲二四八頁以下は、具体的に、行政機関と警察との理想的な役割分担を実現するためには、第一に行政部局内に専門的な技能・経験を有する担当者又はチームを設置すること（例えば『監視Gメン』のような活動部隊を持つこと）、第二に、警察では少なくとも行政部局からの通報・告発に対応できるだけの取締体制を整備すること、第三に、行政部局内部及び警察との間における緊密な連絡体制を確立することが必要、と提言する。先に紹介したベーレンデスの主張と共通する点も多い。本稿註一九三、参照。

(270) 一般行政の機能不全・執行不全・実効性確保手段の不備を、警察活動の拡大が必要であることの理由とすべきでないことにつき、白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究六九号（二〇〇七）六一頁も参照。

(271) 野口貴公美「秩序違反行為の『行政手法による取締り』―軽犯罪法を契機として―」警察政策一二巻（二〇一〇）一〇九頁が、秩序違反行為の「行政（とりわけ、地方自治体の）手法による取締り」の可能性を理論的に整序することによって行政刑罰の濫用（インフレ）の解消につながると述べている点は、このコンテクストにおいても、傾聴に値する。

(272) 田村・前掲二八頁。

(273) 四方・前掲二四六頁は、事態対応に対する行政部局の危機意識の欠如を懸念している。

(274) 田村・前掲二八頁。

(275) このような事情は、行政機関による規制権限の不行使という今日的問題にも間接的に関わっている、というのが筆者の

見立てである。この問題の一部については、近く検討予定である。

(276) 行政機関の権限が適切に行使されなかったことを理由とする損害賠償請求事件として、高松地判平成一七年四月二〇日判時一八九七号五五頁がある（評釈として、横田光平「判批」自治研究八四巻五号（二〇〇八）一三〇頁以下）。同事件は、認可外保育施設で乳幼児が施設長の虐待行為により死亡したことにつき、同保育施設に対する県知事並びに県警察の対応不備の違法性が問われた事件である。その中で高松地裁は、警察権限の不行使については、犯罪捜査権限を行使すべき状況ではなかったとして違法性を否定する一方、県知事の施設に対する指導監督権限についてはその違法性を認定しているが、その中で、次のような判断が示されている。「児童の生命や身体の安全が確保されるべきことへの期待は一般的に大きいといえることから、警察権限を含む一般的な行政権限の行使の場面とは若干異なる視点、すなわち、同法（児童福祉法―筆者）が第一義的な目的と定める児童の福祉の保障をより重視した運用が求められる。」（強調－筆者）、と。行政機関の専門性に基づいた規制権限の必要性を、警察権限を含む一般的な行政権限と対比させている点は、注目に値しよう。

(277) 櫻井敬子「行政法の観点から見た組織犯罪対策」警察学論集六一巻四号（二〇〇八）七七頁以下は、組織犯罪対策においては「司法警察から行政警察への重点移動」が重要であるとし、行政機関による行政警察活動への期待を語る。また同「犯罪予防と行政法」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂・二〇〇八）九八頁は、「犯罪予防が秩序維持という行政の中核的領域に属する問題と位置づけられる以上、警察組織以外の他の行政機関の役割が相対的に重要」なのであって、また生活安全条例の策定にあっても「発想が司法警察的にならないよう、施策が偏らないよう留意すべきである」とする。

(278) そして本稿では十分に検討できなかったが、これに法理論的な裏付けをより明確に与えるとするならば、任務（Aufgabe）、権限（Befugnis）、権限（Kompetenz）、管轄（Zuständigkeit）、執行官吏（Vollzugsbeamte）といった行政組織法上の基礎概念を明晰にする作業が不可欠となろう。Vgl. Fügemann, Zuständigkeit als organisationsrechtliche Kategorie, 2004, S. 9ff. 今後の課題としたい。

おわりに―分断的規律と解釈構成

一　本稿を閉じるにあたり、最後に、筆者が当初より抱いていた問題意識について触れておきたい。

我が国の警察法秩序において行政機関に対する警察の役割を考察しようとする時、特に注目せざるを得ないのは、危険防御を担う両機関の役割分担について明確な法規定が存在しないという事実である。ドイツにおいてそれは、警察・秩序法や行政手続法という一般法によって明示的に規律されているが、我が国の場合、多くは特別法の中で個別に規定されており、規律断片的でアドホックといい得る。ドイツでは、警察と秩序行政庁に適用される法規定をそれぞれ明確に区別しようとする議論があり、また、脱警察化の流れの中にあっても危険防御の隙間を埋めるべく、両機関の役割分担につき明確な法規定が用意されたことも想起するならば、我が国のような規律断片的な法規定の姿は、危険防御の実効性という点においても（規範断片・規律の隙間は執行の欠缺を生み出す）、また法治国家的法秩序における法規定の有り様（明確性・予見可能性・法的安定性の確保）という点においても、決して望ましいものとは言えない。確かにドイツの場合は既に警察一般条項が存在し、脱警察化後も、その適用の有無との関連において警察と行政機関との関係が論じられたのに対し（その意味において法的安定性・連続性が存在していた。[279]）、我が国においてはこのような事情が存在しなかったため、個別法毎に分断的に考察せざるを得ない歴史的・政治的事情があった。そして、このような規律断片的な規定は、行政執行法の廃止などを通じてむしろ脱警察化が意図したところでもあった。[280] しかし、特別法の規律などを通じて警察官の個別権限を規定するといった立法技術の多用は、不透明な警察法令の適用を招き、[281] 機動的な警察活動やその見通しよい統制を妨げる原因にもなりうる。[282] 法的枠組みに基づく警察活動の透明性が確保されない限り、また行政機関と警察の連携の限界が明確にされない限り、行政機関の執行体制の欠如という事実を前に、警察は、その求めに応じて、いわばな

し崩し的に行政機関の事務に関わることにもなろう。現代国家の進展による分業体制の要請とともに、いわば必然的に、秩序行政庁の執行機能が後退し、また警察に期待される範囲が、事実上（本来の範囲を超えて）拡大してくることを直視するならば、警察法秩序が両機関の境界を明確に定めることの意味は、その意識的な歯止めという観点においても、また、執行機関としての警察に最も期待される職責をより実効的なものにするという観点においても、小さくないように思われるのである。

二　しかしながらこの問題は、単に立法による対応の必要性を唱えるだけでは十分ではない。これまでの我が国の歴史を振り返ると警察法関連の法律改正は容易ではないし、また仮に立法化されたとしても、その中身は、ドグマーティクに裏打ちされた、明確な輪廓を持つ法概念の束を通じて実現されるものでなければならないからである。[283] このような観点からすれば―立法化を論ずる前に―既存の分断的規定の中から警察活動にかかる法治国家的要請を見出し、これに明確な法的輪郭を与えた上で〝体系化〟すること、そして将来の立法化に備えることも、一つの有力な選択肢としてあり得るであろう。本稿で明らかにしたように、我が国では脱警察化はただ消極的な組織分離のみが注目され、危険防御の隙間に対する問題意識が見失われていた。そして事実上、警察官吏による警職法上の（しかもその発動要件が必ずしも明確とは言えない）個別権限に期待が寄せられる結果となっていた。しかし、脱警察化の歴史は法治国家進展の歴史と無関係ではない以上、既存の法秩序を前提にした上でもなお、法治国家原則が命ずるところに従い、行政機関と警察の管轄配分を―占領下における歴史的産物としてではなく―ドグマーティシュに解釈することは不可能ではないように思われる。事実、警察実務においても既に古くから、行政機関による力が及ばない場合の警察官吏による活動について語られてきたところであるし、[284] また補完性原理の考えを一部表出させていた災害対策基本法の規定（六〇条・六一条。より具体的には警察官の権限行使の要件）は、本来、一般法である警職法（昭和三三年警職法改正法案）の中で実現させることが想定

されていたものであり、ただ警察権限拡大に対する懸念に配慮するという政治的事情から、警職法ではなく災害対策基本法の中で（一部）実現されることになったという経緯があったことにも注目したい。[285] いずれにせよここで重要なのは、分断的規律を前提に（いわば制定法準拠主義の如く）個別の条文解釈に取り組むことではなく、警察活動を規律する法体系全体の内在的分析を行うことで、法の隙間を埋めること、つまり、警察活動に係る法治国家的要請を現行警察法秩序の中に適切に位置づけ、体系化しようとする態度である。これは、すなわち、僅かな条文を手がかりに法治国家的警察法理論を〝解釈構成（Dogmatik）〟[286]する作業とも言いうるだろう。[287] このような作業によってはじめて、我が国の警察法秩序において、明確性と予見可能性、そして法的安定性を確保することが可能になり、延いては将来の立法化への橋渡しにもなると考えられるのである。

もっとも、分断された法の隙間を解釈上どのようにして埋めるかという問いは、法適用権者の解釈作法をめぐる問題と密接不可分であり、容易ではない。執行警察活動固有の統制法理を単純な個別法律の解釈問題として捨象することなく、また、嘗て行われたような、講学上の警察概念による〝悪しき体系化〟に陥ることないよう、如何に断片的規律の背後にある法体系をドグマーティクの定礎の上に組み立てるか、が鍵である。[288] この問題は、長年の課題である、我が国の法治国家的警察法理論の再構成の方法論とも深く結びついていると考えられるが、本稿ではこれ以上論ずることはできない。次に取り組むべき課題を示したということで、ひとまず本稿を閉じたい。

（279）第二節第一項第二、参照。

（280）成田頼明「警察法五〇年の回顧と展望」警察学論集五七巻七号（二〇〇四）五三頁は「警職法の不備は、・・個別法の特

別規定によってその例外を定めるバイパス方式によって補完されている」と評したが、このような規律構造の複雑さは、歴史的経緯を強く反映した我が国警察法秩序の一つの特徴である。

(281) 警職法は行政執行法の一部を取り入れるものであった一方、本来警職法で規律される予定だった銃砲刀剣類の一時保管権限は、銃砲刀剣類所持等取締法で規定されることになるなど、警察官吏の権限にかかる法規定の制定・改正は常に政治情勢の影響を受けるものであった。雄川一郎ほか『行政強制（ジュリスト増刊）』（有斐閣・一九七七）二九頁、参照。

(282) このような意味において、配偶者暴力防止法のような警察官の権限規定の定め方（警察法、警察官職務執行法の適用を注意的確認的に規定する立法手法）についても―当該事案に見合った権限発動要件を定める形となっていない点において（また警察官吏の権限行使が十分に規律されていないという点において）―疑問なしとしない。

(283) 参照、雄川一郎ほか編・前掲三一頁以下。

(284) 上原誠一郎『警察官等職務執行法』（立花書房・一九四八）一一九頁、参照。

(285) この点については古谷洋一「警察官権限法の整備に関する一考察」「警察行政の新たなる展開」編集委員会編『警察行政の新たなる展開上巻』（東京法令出版・二〇〇一）三三七頁以下、参照。その意味において、警察官の権限行使要件（警職法四条）の緩和が補完性原理の中で実現したということは、警察の緊急権限の性格に注目したという点で興味深い。

(286) ここで用いるDogmatikの用語に〝解釈構成〟という訳語を当てる際、守矢健一「日本における解釈構成探求の一例―磯村哲の法理論の形成過程―」松本博之ほか編『法発展における法ドグマーティクの意義』（信山社・二〇一一）三頁以下を参考とした。

(287) 危険防御の法分野においてドグマーティシュな提案を実践する論考として、ラルフ・ポッシャー／拙訳「国内治安法制における介入閾―最近の憲法判例に照らして見たその体系―」北大法学論集六五巻四号（二〇一四）一三一頁以下。

(288) 我が国の警察法秩序を前提に、危険防御の法体系の一部を簡潔に示したものとして、拙稿「警察規制の概念と手法」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四）二四二頁以下。

本稿はもともと新正幸教授・畑安次教授・細川俊彦教授の金沢大学退職を記念して刊行された記念論文集（金沢法学五三巻二号）

に寄稿することを予定して構想されたものであった。勤務先の異動とその後に続いた在外研究により大幅に時期が遅れてしまったことをお詫びするとともに、金沢大学在職時の学恩に、改めて心から御礼申し上げたい。

なお本稿は、平成二四年度～二六年度文部省科学研究費補助金（若手Ｂ）の助成を受けた研究成果の一部である。

資　料

独占禁止法における企業結合規制の若干の事例分析

厚谷襄児

目　次

はじめに
第一　個別事例の検討
一　企業結合により一定の取引分野において会社が一社ないし実質的に一社となる事例
1　パナソニック・三洋電機事例（円筒形二酸化マンガンリチウム電池［住宅用火災警報器用］）

2　パナソニック・三洋電機事例（ニッケル水素電池［自動車用］）
3　北越紀州製紙・東洋ファイバー事例（バルカナイズドファイバー）
二　企業結合により一定の取引分野における会社が二社ないし三社となった事例
1　新日本製鐵・住友金属工業事例（無方向性電磁鋼板）
2　三菱ケミカルホールディングス・三菱レイヨン事例（アクリルアミド）
3　新日本石油・新日鉱ホールディングス事例（ニードルコークス）
三　その他
1　三井金属鉱業・住友金属鉱山事例（伸銅品）
2　古河スカイ・住友軽金属工業事例（エンド・タブ材）
第二　企業結合により一定の取引分野における会社が一社ないし実質的に一社となった事例への対応
第三　問題解消措置
一　問題解消措置の意義
二　問題解消措置の類型
三　問題解消措置の実際
四　問題解消措置の事例（1）原則・事業譲渡
五　問題解消措置の事例（2）生産・販売部門のうち販売部門の分離
六　問題解消措置の事例（3）コストベース引取権の設定
七　問題解消措置に伴う問題
むすび

はじめに

公正取引委員会は、毎年、「主要な企業結合事例について」を公表している。それは、公正取引委員会が、事前相談または届出に基づいて審査した企業結合事例[1]のうち、主要なものを透明性と予測可能性を高める観点から行っているものである。企業結合規制の透明性と予測可能性を高める観点から事例を検討するには三つの視点が重要でないかと思う。その一は公正取引委員会が公表している「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（以下「企業結合ガイドライン」、「ガイドライン」[2]）に照らし、事例の処理が整合性を保っているか、そうでないとしたら、その事例の特異性はなにか。その二は処理された事例が先例に照らし整合的に処理されているか、そうでないとしたら、その理由はなにか。その三は個別の事例に係る公表文[3]の説明が法的処理として論理的、説得的か、ということである。

本稿は、平成二〇年度から平成二四年度までの主要な水平型企業結合事例のうち、企業結合後の市場集中度が高い若干の事例について、右記の観点から整理しようというものである。

（1）企業結合の事前相談制度は、平成二三年七月一日に廃止され、それ以後は、届出受理後に審査している。

（2）企業結合ガイドラインは、平成一六年五月三一日に定められ、その後随時改定されているが、最終の改定は、平成二三年六月一四日である。企業結合ガイドラインについては、川濵昇他『企業結合ガイドラインの解説と分析』（商事法務、二〇〇八年）参照。

（3）「主要な企業結合事例について」の公表文を以下では、単に「公表文」という。

第一　個別事例の検討

一　企業結合により一定の取引分野において会社が一社ないし実質的に一社となる事例

企業結合により一定の取引分野において会社が一社ないし実質的に一社[4]となる事例が三件あった。一定の取引分野において会社が一社になるということは「独占」状態になることである。八幡製鉄・富士製鉄合併事件同意審決において、「ある事業者が、市場を独占することとなったり、・・これによって、競争事業

者が自主的な事業活動を行ないえないこととなる場合には、右の特定の事業者は、その市場における支配的地位を獲得することとなるとみるべきである」と判示している。[5] そうであるなら、市場において一社となる企業結合は禁止されるか、何らかの対応策を要するはずである。そのようにして処理した事例もある。ところが必ずしもそうではない。どのように処理されたかが関心事である。

①パナソニックによる三洋電機の株式取得・円筒形二酸化マンガンリチウム電池（住宅用火災警報器用）―平成二一年度事例7（以下「パナソニック・三洋電機事例（円筒形二酸化マンガンリチウム電池［住宅用火災警報器用］[6][7]）」）

②パナソニックによる三洋電機の株式取得・ニッケル水素電池（自動車用）―平成二一年度事例7（以下「パナソニック・三洋電機事例（ニッケル水素電池［自動車用］[8]）」）

③北越紀州製紙による東洋ファイバーの株式取得・バルカナイズドファイバー―平成二二年度事例2（以下「北越紀州製紙・東洋ファイバー事例[9][10]」）

（4）実質的に一社というのは、市場シェアが〇～五％の会社が存続しているが、その市場シェアを事例の処理において考慮しなかった事例である。例えば、パナソニックによる三洋電機の株式取得・円筒形二酸化マンガンリチウム電池（住宅用火災警報器用）におけるA社。

（5）昭和四四年一〇月三〇日同意審決、審決集一六巻六五～六六頁）。

（6）本件及びパナソニック・三洋電機事例（ニッケル水素電池［自動車用］）は、パナソニックが三洋電機の発行する株式に係る議決権の過半数を取得し、三洋電機を子会社とするものである。

（7）工藤俊和『企業結合案件における企業の対応　パナソニックによる三洋電機子会社化案件を事例に』（日本経済法学会年報三三号一〇二頁、有斐閣、二〇一二年）、古川博一ほか『平成二二年度における主要な企業結合事例について』（公正取引七一八号四四～四五頁）。

（8）工藤俊和・前掲（7）一〇二頁、古川博一ほか・前掲（7）四四～四五頁。

（9）本件は、洋紙、板紙その他の紙製品の製造販売事業を営む北越紀州製紙がバルカナイズドファイバー及び特殊紙の製造販売事業を営む東洋ファイバーの全株式を取得するもの。

（10）本事例については、白石忠志『平成二二年度企業結合事例集の検討』（公正取引七三三号六四～六五頁）。

1　パナソニック・三洋電機事例（円筒形二酸化マンガンリチウム電池［住宅用火災警報器用］）

（一）本件行為が競争に与える影響

市場シェアは、三洋約七〇％、パナソニック約三〇％、A社〇～五％であり、当事会社の合算約一〇〇％である。

競争に与える影響として、①競争事業者の状況では市場シェア一〇％超の有力な競争事業者は存在しないし、②輸入圧力は弱く、③参入圧力は存在せず、④需要者からの競争圧力は存在しない。

（二）公正取引委員会による独占禁止法上の評価

右記（一）の①から④までの状況からみて、本件行為により当事会社の単独行動又は当事会社と他の競争事業者との協調行動により、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなるおそれがある。

（三）問題解消措置と公正取引委員会による評価

問題解消措置の対象は、三洋電機の鳥取工場の製造設備、人員、取引先との契約等を内容とする譲渡、すなわち「製造ライン及びそれに付随する商権が譲渡される」という生産・販売部門の譲渡である。

公正取引委員会は、譲受会社に対して製造ライン及びそれに付随する商権が譲渡されることから、譲受会社は主体的に事業を行うことができるので、有力な競争事業者となり得るものと評価した上で、競争を実質的に制限することとはならないと判断した。

（四）本件の論点

本件行為後の市場構造について、A社〇～五％が存在するにもかかわらず、当事会社の合算する市場シェアが一〇〇％になるという。他方、「需要者からの競争圧力」では、「市場における事業者は当事会社を含めた三社しかおらず」としてA社の存在を認めている。本件行為後は、ほぼ市場独占となる。そこで、単独行動により、というのは当然であるが、さらに、他の競争事業者との協調的行動により、一定の取引分野における競争の実質的制限となることとなると判断している。他の競争事業者というのは、A社であろうが、一方でA社の市場シェアを無視し、他方で、A社の存在を評価しているのは整合的とはいえない。A社のように市場シェアが〇～五％と微小なときに競争事業者として、それとの協調的行動を評価することを要するのか疑問である。なお、本件の問題解消措置については、後に検討する。

2　パナソニック・三洋電機事例（ニッケル水素電池［自動車用］）

（一）本件行為が競争に与える影響

市場シェアは、パナソニックＥＶエナジーが約九〇％、パナソニックが約一〇％、三洋電機が〇～五％であり、当事会社が合算約一〇〇％である。①隣接市場からの競争圧力は、リチウムイオン二次電池（自動車用）が、「パワー密度や充電効率に優れている、メモリー効果がない、高効率である、耐久性に優れているなどの利点がある」ということで、今後、「実用化及び量産化への代替が急速に進むと考えられる」とし、②需要者からの競争圧力は、ユーザー（自動車メーカー）からの競争圧力が存在するとする[11]。

（二）公正取引委員会による独占禁止法上の評価

（一）の①及び②の状況を鑑みれば、本件行為により、当事会社の単独行為によって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにはならないと判断した。

（三）本件の論点

ア　本件の焦点は、リチウムイオン二次電池（自動車用）の評価にある。「今後、各自動車メーカーから、順次、リチウムイオン二次電池（自動車用）を搭載した電気自動車等の販売も予定されており、こうしたリチウムイオン二次電池（自動車用）の実用化及び量産化への代替が急速に進むと考えられる」という。これは将来のことである。「リチウムイオン二次電池（自動車用）は、ニッケル水素電池の市場における当事会社の価格引上げに対する牽制力となっており、隣接市場からの競争圧力が存在すると認められる」というが、これは現時点での評価である。この時間差を埋めたのは、技術革新の動向を考慮したことによる[12][13]。

ニッケル水素電池（自動車用）とリチウムイオン二次電池（自動車用）は、同一の取引分野を形成しない。「隣接市場からの競争圧力」は、リチウムイオン二次電池（自動車用）からの直接の競争圧力であるのか、リチウムイオン二次電池（自動車用）が搭載された電気自動車とニッケル水素電池が搭載されたハイブリッド車とが競合して、その反映としてリチウムイオン電池に需要が移行するのか、はっきりしない。後者であるなら、両電池の直接の価格競争のみでなく、搭載車間の競争の反映となり、その評価に関心が集まるのでないか。公表文は、それには触れていない。

イ　本件は、パナソニックＥＶとパナソニックを一体とし

て捉え、それと三洋電機との企業結合として審査している。公表文の本件（注）によると、パナソニックＥＶは、「大手自動車メーカーが六〇％、パナソニックが四〇％を出資している」と記述しており、それ以外に何らの摘示がない。パナソニックＥＶにおけるパナソニックと大手自動車メーカーとの関係は、垂直的であるが、本件ではパナソニックＥＶは、パナソニックが単に水平的に拡大したと評価し、一体と判断したのであろう。一体として処理したとする基準が明らかでなく、理由の説明がない。新しい事例であるから、説明を加えることが望ましい。[14][15]

（11）田辺治ほか『企業結合ガイドライン』一四六頁（商事法務、二〇一四年）。

（12）古川博一ほか・前掲（7）四四頁～四五頁は、本件を将来の技術革新の動向を考慮した事例であるとする。なお、公正取引委員会は、平成二三年六月の企業結合ガイドラインの改定に当たり、「将来の隣接市場からの競争圧力」として、本件のような事例の存在を基に、「近い将来において競合品が当該商品に対する需要を代替する蓋然性が高い場合には、一定の取引分野における競争を促進する要素として評価し得る場合があることを明示した」とある（小林渉『企業結合の見直しについて』（公正取引七二九号八頁））。

（13）リチウムイオン二次電池（自動車用）は、今日でもあまり普及していないのではないか。日経二〇一三年一二月一九日朝刊は、「増産するニッケル水素電池は『プリウス』など幅広いＨＶ車種で採用されている。電気自動車（ＥＶ）で使われるリチウム電池と比べ、小型化・軽量化が難しい半面、コスト面や安全面などに優れ、ＨＶの基幹電池と位置づけている」。

（14）川島富士雄『企業結合規制に関する国際的協力及び調整』（日本経済法学会年報第三四号「競争法の国際的執行」、有斐閣、二〇一三年）によると、本件は中国において、問題疑されたという。

「・・パナソニックによる三洋電機買収の審査において、・・自動車用ニッケル水素二次電池に関しては、・・中国商務部のみがパナソニックの湘南工場の売却及びトヨタとの合併企業『ＰＥＶＥ』への出資引下げなどの問題解消措置を条件として付した。・・中国商務部の決定においては、隣接市場からの競争圧力等を考慮した形跡がない。この要因の取扱いの違いが中国とそれ以外の競争当局の処理の違いを導いたと考えられる」（四五～四六頁）。「・・中国商務部独占禁止局の尚明局長は、本

件での処理の差異について、各国の市場状況が異なることが重要であり、特に中国においてはニッケル電池からリチウムイオン電池への転換が遅れている事情があるため、リチウムイオン電池からの競争圧力が有効であると判断することはできなかったと説明する。‥」（五四頁）。

(15) 王暁曄（翻訳　陳丹舟）『中国反壟断法の域外適用―理論と実践―』（日本経済法学会年報第三四号「競争法の国際的執行」、有斐閣、二〇一三年）も、本件の中国での扱いに触れている。

3　北越紀州製紙・東洋ファイバー事例（バルカナイズドファイバー(16)）

（一）本件合意が競争に与える影響(17)

本件取得後の当事会社の市場シェアは一〇〇％であり、新規参入は容易であるが、蓋然性が低い。

（二）隣接市場からの競争圧力(18)

バルカナイズドファイバーの主要な用途として、電気絶縁用途と研磨ディスク用途があり、いずれも代替品がある。

ア　電気絶縁用途

細目用途があり、それぞれに、汎用の工業用ＰＥＴ、ガラスポリエステル、ベークライト等が代替的に用いられる。電気絶縁用途では、バルカナイズドファイバーでなければ満たせないような要求特性は特にない。工業用ＰＥＴ等の他素材に切り替えられ、新規の電気機器においては、当初から工業用ＰＥＴ等が電気絶縁材として選択されており、このような傾向は続くと考えられる。

イ　研磨ディスク用途

バルカナイズドファイバーは、ファイバーディスク等の研磨製品を製造販売する研磨製品メーカー（バルカナイズドファイバーの直接ユーザー）によって、ファイバーディスクの基材として使用される。それには代替的素材はない。ファイバーディスクのユーザー（バルカナイズドファイバーの間接ユーザー）である造船業、自動車メーカー等からみると、ファイバーディスクとフラップディスクは、金属、石材、強化プラスティック等の研磨という同じ用途に使用することができる。フラップディスクは、長時間の研削でも能力が衰え難く、仕上がりが滑らかで、価格も低下しているので、ファイバーディスクの需要が奪われ、この傾向は今後も続くであろう。

（三）公正取引委員会による独占禁止法上の評価

輸入の可能性は低く、新規参入の蓋然性が低い。用途ごとに代替品を隣接市場としてその競争の実態をみると、電気絶縁用途では工業用ＰＥＴ等が、軽量で絶縁性も高く価格も低下しているので、バルカナイズドファイバーからの切り替えが着実に進行し、今後も続くとみられる。「仮に本件株式取得後に当事会社がバルカナイズドファイバーの価格を引き上げたり、その品質改善を怠ったりすれば、電気絶縁用途においてはバルカナイズドファイバーから工業用ＰＥＴ等への切替えがますます促進されることになり、また、研磨ディスク用途においても、間接ユーザーに対して供給されるファイバーディスクの価格が上昇したり、品質が向上しないことで、ファイバーディスクからフラップディスク等への切替えが促進されることになるため、本件行為後に当事会社はそのような行為を行うこととはならないと考えられる」ということで、「当事会社の単独行動によって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとはならないと判断した」。

（四）本件の論点

本件は、隣接市場からの代替品による競争圧力が存在する。電気絶縁用途では「仮に・・価格を引き上げたり、その品質改善を怠ったりすれば」、研磨ディスクでは「・・価格が上昇したり、品質が向上しないことで」代替品に切り替えられるという市場環境に置かれている。通常と異なる表現をしたのは、市場に独占体が現出する、つまり、市場支配力が形成されるが、いずれの用途においても、それを行使できないということを表現しようとしたのか。言わば、弊害規制的な特異な考え方であろう。

ただし、企業結合ガイドラインの平成二三年改定（第４―２（４））で、「隣接市場からの競争圧力」において、「需要の減少により市場が縮小している商品について、競合品が当該商品に対する需要を代替する蓋然性が高い場合」には、「競争を促進する要素として評価し得る場合がある」とする。このように改めたのは、本件を参照にしたものである。[19]

この改定では、本件の特異性を一般化し、独占体の現出でも市場支配力が形成されないというのであるなら、本件の考え方と径庭があるであろう。

（16）バルカナイズドファイバーとは、コットンパルプや木材パルプを原料として、抄紙機により製造したファイバー原紙に化学処理を施し、積層・圧着・乾燥成形して

得られる工業用材料であり、電気絶縁性、耐熱性及び強靱性を有する。

(17) 白石忠志・前掲（10）六四頁

(18) 田辺治ほか・前掲（11）一四五頁

(19) 小林渉・前掲（12）九頁「ここで想定されている需要の縮小とは、主として、競合品の需要が大きくなっており、これにより、当該商品の需要が縮小している場合を念頭においている。例えば、当事会社グループが当該商品の価格を引き上げれば、当該商品の需要が更に競合品に移ることが考えられ、このような競合品が当該商品に対する需要を代替する蓋然性が高い場合には、当該商品の取引分野における競争を促進する要素として評価し得ることから、企業結合ガイドラインにその旨を記載した」とある。

二　企業結合により一定の取引分野における会社が二社ないし三社となった事例

企業結合により複占となった事例には、新日本製鐵と住友金属工業との合併（無方向性電磁鋼板）があり、また、四社から三社になった事例として、三菱ケミカルホールディングスによる三菱レイヨンの株式取得（アクリルアミド）及び新日本石油と新日鉱ホールディングスの経営統合（ニードルコークス）がある。いずれも、競争の実質的制限となるおそれがあるとされ、問題解消措置を申し出たところ、競争の実質的制限となるおそれがないものとされた事例である。

④新日本製鐵と住友金属工業との合併（無方向性電磁鋼板）―平成二三年度事例２（以下、「新日鐵・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）[20][21]」）。

⑤三菱ケミカルホールディングスによる三菱レイヨンの株式取得（アクリルアミド）―平成二一年度事例１（以下、「三菱ケミカルＨＤ・三菱レイヨン（アクリルアミド）[22]」）。

⑥新日本石油と新日鉱ホールディングスの経営統合（ニードルコークス）―平成二一年度事例２（以下、「新日本石油・新日鉱（ニードルコークス）[23]」）。

(20) 本件は、新日本製鐵と住友金属工業との間の平成二四年一〇月一日の合併計画である。なお、当事会社（結合関係にある会社を含む。）において競合する商品・役務について、約三〇の取引分野を画定したが、そのうち競

争を実質的に制限するおそれがあるとしたのは、無方向性電磁鋼板と高圧ガス導管エンジニアリング業務である。

(21) 深町正徳『新日本製鐵と住友金属工業の合併計画に関する審査結果の概要』（商事法務一九九五号二二頁）、深町正徳『新日鉄と住友金属の合併計画に関する審査結果の概要について』（ＮＢＬ九七〇号三〇頁）、小林渉ほか二名『最近の大型企業結合事例について』（公正取引七三九号二頁）、武田邦宣『最近の主要な企業結合規制事例の研究』（公正取引七三九号一六頁）、川合弘造ほか『改正企業結合届出手続下における巨大統合案件の実務―新日本製鐵および住友金属工業の合併を中心に』（商事法務一九五七号二六頁）、根岸哲『独禁法事例速報』（ジュリスト一四三八号四頁）、林秀弥『企業結合の正式審査において排除措置命令を行わないとされた事例―新日本製鐵と住友金属工業の合併計画に関する審査結果』（平成二四度重要判例解説二五〇頁）、川濵昇『新日本製鐵株式会社と住友金属工業株式会社の合併計画に関する審査結果について』（ＮＢＬ九八〇号七九頁）、平林英勝『新日鉄・住金合併事件審査結果の検討／八幡製鉄・富士製鉄合併事件との比較において』（中央ロージャーナル九巻一号七九頁）、武田邦宣『鐵鋼会社間の大型合併が問題解消措置を前提として認められた事例』（新・判例解説Ｗａｔｃｈ二〇一二年一〇月号二〇一頁）。

(22) 本件は、化学品の製造販売業を営む三菱化学等を子会社とする三菱ケミカルホールディングスが、化学品の同業を営む三菱レイヨンの発行済株式の全部を取得し、子会社とするものである。

(23) 本件は、石油製品の製造販売業を営む新日本石油と同業を営むジャパンエナジー等を子会社とする新日鉱ホールディングスが、持株会社を設立し経営統合するものである。

1 新日鐵・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）[24]

（一） 本件合併による市場構造の変化及び問題の所在

市場シェアは、新日鐵は約四〇％、Ａ社約四〇％、住友金属約一五％、輸入約五％であり、当事会社の合計約九五％である。

（二） 従来の競争状況

「・・住友金属は他の二社と異なる行動をとっていると認められるが、合併会社・・は新日鉄と同様の性質を有する会社になることから、住友金属がとっていたような価格戦略をとらなくなると考えられる。」

①各事業者の供給余力は、十分な供給余力を有しないし、②

高グレード製品には輸入圧力は働いていないし、低グレード製品にはある程度働いているが、必ずしも強くなく、③需要者からの競争圧力は働いているとは認められない。[25]

（三）独占禁止法上の評価

ア　単独行動による競争の実質的制限

①当事会社の市場シェア約五五％、有力な競争事業者が存在するが十分な供給圧力を有していないし、②高グレード製品は、国内ユーザーが国内拠点において求めるような高品質な製品を海外メーカーは製造しておらず、輸入圧力はないし、③国内ユーザーにとって調達先メーカーの変更は容易ではなく、④需要者の競争圧力も認められない。したがって、本件合併により高グレード製品において顕著に、当事会社グループが単独で価格等をある程度自由に左右することができる状態が容易に現出できることから、本件合併が競争を実質的に制限することとなると考える。

イ　協調的行動による競争の実質的制限

本件合併により無方向性電磁鋼板の国内市場は三社から二社に減少し、合併前と比較して、協調的行動をとりやすくなると認められる。

また、住友金属は、方向性電磁鋼板の取扱いの有無、生産基盤の強弱という点において、新日鉄及びA社と異なっており、実際の価格戦略について新日鉄及びA社とは異なると認められるところ、本件合併後には同質的な二社が市場をほぼ二分することとなるため、互いの行動を高い確度で予測することができるようになると考えられる。

そのような状況のなかで、高グレード製品について輸入圧力が認められず、また、需要者からの競争圧力も認められない。したがって、本件合併後、高グレード製品において、顕著に、当事会社グループとその競争事業者が協調的行動をとることにより、価格等をある程度自由に左右することができる状態を容易に現出し得ることから、本件合併が競争を実質に制限することとなると考える。

（四）問題解消措置と公正取引委員会の評価

ア　本事例の問題解消措置の主要な内容は、次の三点である。

①「合併後五年間、住友商事に対し、国内ユーザー向けに住友金属が現在販売している全グレードの製品について、住友金属の直近五年間（・・）における国内年間販売数量の最大値を上限として、合併会社の無方向性電磁鋼板のフルコストベースで計算した平均生産費用に相当する価格で無方向性

電磁鋼板を供給すること」。

②「住友商事に対し、住友金属の無方向性電磁鋼板に関する国内ユーザー向け商圏を譲渡する。具体的には、顧客名簿の引継ぎに加えて、国内ユーザーとの取引関係（契約関係及び協定仕様書を含む。）を譲渡し、当該譲渡について、国内ユーザーの理解を得られるよう最大限努力する。さらに、納入仕様の決定やクレーム対応に関する技術サポートを行うほか、スリット後の品質を確保するために、当事会社が技術指導を行った全国各地に所在するスリットセンターを住友商事が利用できるように適切な引継ぎ等の措置を講じる。

③合併後五年間、一事業年度に一回、前記措置の実施状況を公正取引委員会に報告する。

イ　公正取引委員会による問題解消措置の評価

公正取引委員会は、コストベースの引取権の設定について、「一定期間経過後には輸入圧力が相当程度高まると考えられることから、競争の実質的制限の状態が永続するとは合理的には予想されず、問題解消措置として恒久的な措置は不可欠であるとはいえない」とする。引取権の設定先の事業者は、合併会社の平均生産費用に相当する価格で供給を受けることから、引取権により「住友金属よりも有力な事業者が創出されるという側面」があり、「本件においては、コストベース引取権が妥当な条件により設定されれば、適切な問題解消措置となり得ると考えられる」という。

そこで、「当事会社が提案するコストベースの引取権の設定に関する具体的条件について、その妥当性を検討する」ということになる。

これについて、「住友商事は、：商社として、国内メーカーと国内ユーザーとの価格交渉において、国内メーカーに同行し、又は国内メーカーを代行するなどして販売業務に関わっており、商品知識、販売ノウハウ等の販売能力面で支障はない。また、合併後、合併会社の住友商事に対する議決権保有比率及び住友商事の合併会社に対する議決権保有比率はいずれも数％となる予定であり、両社の間には役員兼任もないこと等から、資本関係及び人的関係いずれの観点からも当事会社から独立した事業者であり、新規参入者として当事会社に対する有効な牽制力となり得ると考えられる」と評価した。

（五）本件の論点

公正取引委員会は、問題解消措置の引取権の設定について、住友商事を「新規参入者として当事会社に対する有効な牽制力となり得ると考えられる」と評価した。

ア　これは、住友商事が単独で当事会社に対し、有効な牽制力となり得るということであろう。そうであるから、公表文ではA社の牽制力については触れていないのであるが、A社には牽制力の存在が認められてないのか。

イ　ところで、合併当事会社は、問題解消措置として、「住友商事に対し、住友金属の無方向性電磁鋼板に関する国内ユーザー向けの商圏を譲渡する」との措置を申し出ているが、公表文では、この措置について全く触れていない。

公正取引委員会事務総局の企業結合業務担当官の解説では、引取権の設定について、「本件のように、商圏の譲渡等の事業譲渡類似の行為や技術サポート等の措置も組み合わせつつ、引取権の設定先が有力な競争者となるための措置が併せて採られるような場合に、有効な措置として認められることになると考えられる」という[26]。

この解説は、本件事例における住友金属の商圏の譲渡を評価したのか、商圏譲渡の事例一般に係るものか明確でないが、この解説では、商圏の譲渡は、二つのことを意味する。その一は、商圏の譲渡は事業譲渡類似の行為であること。ただし、事業譲渡類似行為が事業譲渡そのものとどのように異なるのか触れていない。その二は、引取権の設定が他の措置と組み合わせることが予定されているのでないか。しかし、本件は、コストベース引取権の設定のみで評価している。公表文における住友商事の販売能力の評価が商圏の譲渡を前提としたとするなら、それについて全く触れていないのはどうしてであろう。

ウ　本件は、コストベース引取権の期間を五年間としている。しかし、五年後の合併当事会社の市場における状況は、本件合併の影響によるものなのか、本件合併と係わりのない市場環境の変化によりもたらされるのか判断が不明となろう。合併事例での時限的措置については、後に触れる。

(24)　無方向性電磁鋼板とは、鉄にケイ素等を添加することにより製造される電磁鋼板の一種であり、鉄損値（コア［鉄芯］に磁場を与えた場合に熱エネルギーとして消費される電力損失の値）が小さいなど磁器特性に優れており、所定の形式に打ち抜き、積層し、プレス加工を施すなどしてモーター等のコアに用いられる。

(25)　田辺治ほか・前掲（11）一五四頁　無方向性電磁鋼板が需要者からの競争圧力が認められないのは、「・・規格が同じでもメーカーによって微妙な違いが存在し、

メーカーの変更が容易ではない。アンケート調査の結果においては、国内ユーザーが調達先を切り替えるには規格ごとの特性を評価・試験する必要があり、多大な時間とコストが掛かるという意見が多く、高グレードの製品及び低グレードの製品とも調達先メーカーの変更が困難であるとの回答が大部分であった。」ということによる。

(26) 田辺治ほか・前掲(11)二二五頁「本件では、コストベース引取権の設定と併せて、住友金属工業の無方向性電磁鋼板に関する国内ユーザー向けの商権(顧客名簿や国内ユーザーとの取引関係(契約関係及び協定仕様書を含む。))を譲渡することとされ、これにより、従来の住友金属工業が販売していた製品がより確実に住友商事からの販売に振り替えられることとなる。さらに、本件では、納入仕様の決定やクレーム対応に関する技術サポート等も行われることとなった。

事業譲渡に代表されるaの措置と比較した場合、コストベース引取権の設定は、コスト構造が共通化する等のために有力な競争者を創出する効果が限定的であることが多く、また、履行状況を監視するコストがかかるとともに履行状況を完全に監視することが必ずしも容易ではないという状況にあることから、本件のように「特段の事情が認められる場合」に認められる措置である。また、本件のように、商圏の譲渡等の事業譲渡類似の行為や技術サポート等の措置も組み合わせつつ、引取権の設定先が有力な競争者となるための措置が併せて採られるような場合に、有効な措置として認められることになると考えられる」。

2 三菱ケミカルHD・三菱レイヨン事例(アクリルアミド(27))

(一) 本件行為が競争に与える影響

ア 一定の取引分野と市場シェア

本件の対象となるアクリルアミドの地理的範囲を日本全国と画定し、その市場シェアは、三菱ケミカルHD約四五%、D社約三五%、三菱レイヨン約一五%、E社〇~五%、当事会社約六〇%、合計一〇〇%である。

イ 競争事業者の状況、輸入及び参入

①市場シェアが一〇%を超える有力な競争事業者が存在するが、市場における事業者数は四社から三社に減少し、②輸入圧力は存在しないし、③参入圧力が存在しない。

ウ 公正取引委員会による独占禁止法上の評価

イの①から③までの状況に鑑みれば、本件行為により、当事会社の単独行動又は当事会社と他の競争事業者との協調的行動によって、一定の取引分野にける競争を実質的に制限することとなるおそれがある。

エ　問題解消措置

三菱レイヨンの紙力増強剤向けのアクリルアミド販売事業を当事会社と資本関係にない「アクリルアミド等を原料とする高分子凝集剤に特化した世界最大級の水処理用高分子ポリマーメーカー（海外）の子会社であり、その日本国内における販売拠点として高分子凝集剤を中心とした化学品の輸入販売を行っている」会社に譲渡するものである。これには「当事会社は、紙力増強材向けのアクリルアミドを、譲受会社の求めに応じてその必要とする数量を適切な条件で提供」という条件がついている。

オ　公正取引委員会による本件問題解消措置の評価

公正取引委員会は、当事会社が申し出た問題解消措置が確実に履行されれば、譲受会社は、有力な競争事業者となり得るものと評価できる。譲受会社に対するアクリルアミドの提供を条件付けているのは、販売部門の譲渡と対をなしているといえよう。

（二）本件の論点

ア　本件は市場シェアが一〇％超の有力な事業者が存在するが、事業者数が四社から三社に減少し、輸入圧力、参入圧力がないなら、それが直ちに競争を実質的に制限するおそれとなるという。存続する事業者の一の市場シェアは〇～五％であるから、実質的には複占となる。簡易な市場構造的評価のみである。本件の市場構造は、新日鉄・住金（無方向性電磁鋼板）事例と似たものであるが、新日鉄・住金（無方向性電磁鋼板）事例では、合併により、既存企業との較差が拡大すること、また、既存企業とでは、市場行動の分析を通じて独占禁止法上の評価をしている。それに比すると、企業結合後の市場行動の分析が全くなく、これが前例であると評価されるなら、企業結合は市場構造分析のみで判断されると思われるおそれがあるのでないか。

イ　本件の問題解消措置は、三菱レイヨンの紙力増強剤向けのアクリルアミド販売事業を当事会社と資本関係にない会社に譲渡するものである。新日鉄・住金(無方向性電磁鋼板)では、住金の商圏を住友商事に譲渡することを提示したが、担当官の解説では、販売事業の譲渡は、事業譲渡類似行為としか評価していない[28]。それに照らすなら、本件問題解消措置

は十分であると評価できるかという疑問が残る（ただ、本件は、新日鉄・住金事例（無方向性電磁鋼板）より以前の事例であるから、本件のような措置で足るというのであろうか。）

（27）アクリルアミドは、アクリルニトリルの誘導品であり、主に、紙力増強剤として紙の繊維の結合力を強め、紙の強度を高める。

（28）田辺治ほか・前掲（11）二五頁

3　新日本石油・新日鉱ホールディングス事例（ニードルコークス）[29]

（一）一定の取引分野

本件は、日本全国の石油系ニードルコークスと石炭系ニードルコークスをあわせたものを一定の取引分野として画定している。

（二）本件行為が競争に与える影響

ア　市場シェア

新日鉱約三五％、H社約二五％、新日石約二〇％、I社約二〇％で、当事会社合算約五五％で、合計一〇〇％である。

イ　競争事業者の状況

①市場シェアが一〇％超の有力な競争事業者が複数存在するが、市場における事業者数は四社から三社に減少し、人造黒鉛電極に使用可能な原料はニードルコークスのみ、②競争事業者の供給余力は十分に存在しなく、③輸入圧力は弱く、④参入圧力は存在しなく、⑤隣接市場からの競争圧力は存在しない。

（三）独占禁止法上の評価

①から⑤の状況に鑑みれば、本件行為により、当事会社の単独行動又は当事会社と他の競争事業者との協調的行動によって一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなるおそれがある。

（四）問題解消措置

ア　問題解消措置は、いずれかの当事会社のニードルコークス事業を当事会社とは別のニードルコークス製造会社に分離した上で、当事会社が保有するニードルコークス製造会社の議決権を第三者に譲渡し、当該第三者が保有するニードルコークス製造会社の議決権保有比を九〇％以上とし、議決権

の譲渡先は、現在、ニードルコークスを、当事会社又はその関連会社のいずれかから購入し、国内外のユーザーに対して販売を行っている大手商社（「譲受会社」）とするというものである。

その上で、「問題解消措置の実効性を担保する措置」として、①ニードルコークス製造会社が希望する場合、製油所全体の操業上、合理的に供給可能な品質及び数量の生コークスを、適切な価格で供給すること、②譲受会社が希望する場合、ニードルコークスの製造を適切な条件で受託すること、③ニードルコークス製造会社との間で、ニードルコークス事業における競争上有意な情報が交換されることがないよう、適切な情報遮断措置を採ること、④譲受会社が希望する場合、本件譲渡実行時点までに、ニードルコークス事業に関して培ってきた研究開発成果やノウハウについて、適切な条件で提供すること」とした。

（五）公正取引委員会による本件問題解消措置の評価

公正取引委員会は、本件問題解消措置について、「ニードルコークスを含む石油製品は、同一原料（原油）から同時に生産される連産品であり、当事会社の石油製品全体の生産計画に基づいて生産されていること、また、ニードルコークス製造設備が当事会社の製油所の製造設備全体の一部として運営されていることから、ニードルコークス事業のみを切り離すことは困難である（技術的事由）。しかし、問題解消措置及びその実効性を担保する措置により、ニードルコークス事業の譲渡先が、主体的にニードルコークス事業を行うことができるものと考えられる。したがって、当事会社が申し出た問題解消措置が確実に履行されれば、譲受会社は有力な競争事業者となり得るものと評価できる」という。

ニードルコークスを販売している第三者たる大手商社がニードルコークス製造会社の株式を九〇％取得して、ニードルコークスを製造し、販売するのであるから、当事会社の製造設備が増大しない。大手商社による上流への進出である。その上、①ニードルコークス製造会社が希望する場合、製油所全体の操業上、合理的に供給可能な品質及び数量の生コークス（ニードルコークスの原料）を、適切な価格で供給すること、②譲受会社が希望する場合、ニードルコークスの製造を適切な条件で受託すること、③ニードルコークス製造会社との間で、ニードルコークス事業における競争上有意な情報が交換されることがないよう、適切な情報遮断措置を採ること、④譲受会社が希望する場合、本件譲渡実行時点までに、ニードルコークス事業に関して

培ってきた研究開発成果・ノウハウを適切な条件で提供するというのであるから、譲受会社は、有力な競争事業者となり得ると評価できるというのである。

（六）本件の論点

ア　本件は、四社から三社に減少し、存続する競争業者が他に二社あるが、輸入、参入、隣接市場からの競争圧力がないなら、その市場構造の変化それ自体で単独においても、他の競争事業者との協調でも競争の実質的制限のおそれがあるということになるという。この判断は、表現上単なる市場構造規制であると思料されるおそれがある。本件の取扱い自体は、特段異論はないとしても、判断過程を明らかにすることが重要であるし、予測可能性の見地から事例の処理過程を公表するのであるから、市場構造に加えて、市場行動分析にも及ぶ必要があろう。本件により、当事会社とその他の会社との市場シェアの格差は拡がり、当事会社の価格交渉力が強化され、あるいは生産数量の操作が容易にならないかなどの検討が補われることが望ましい。

イ　本件問題解消措置は、その内容と問題解消措置の実効性を担保する措置に分け、周到なものであるといえよう。この問題解消措置は、ニードルコークス事業のみを切り離すことは困難である（技術的事由）ことを前提に、製品製造の一連の過程における製造設備を分離し、経営の独立を保ちつつ、製造設備の運営の一環性を維持しようとするものといえよう。ただ、譲り受けるのは大手商社であることと、製造設備が製油所の運営に繰り込まれていることから、問題解消措置の実効性を担保する措置が加えられたのであろうが、評価に値するといえよう。本件のような石油精製所とかコンビナートなどにおける問題解消措置として、前例となろう。

（29）ニードルコークスは、炭素の固形物である生コークスを煅焼（蒸し焼き）したもののうち、炭素が縦方向に発達し針状性（針状の組織）を有するものをいう。

三　その他

その他として、次の二件を検討する。三井金属鉱業と住友金属鉱山による伸銅品事業の統合事例は、競争を実質的に制限するおそれがあるとして、問題解消措置により許容したものであ

り、古河スカイと住友軽金属工業の合併（アルミニウム板製品［エンド・タブ材］）事例は、競争を実質的に制限するおそれがないとして許容したものであるが、いずれにもその判断に疑問があるので検討しようとするものである。

⑦三井金属鉱業と住友金属鉱山による伸銅品事業の統合―平成二一年度事例３（以下「三井金属・住友鉱山事例（伸銅品[30]）」）

⑧古河スカイと住友軽金属工業の合併（アルミニウム板製品［エンド・タブ材］）―平成二四年度事例３（以下「古河・住友軽金属事例（エンド・タブ材[31][32]）」）

（30）本件は、三井金属鉱業が、その営む伸銅品事業を、住友金属鉱山の子会社で同業を営む住友金属鉱山伸銅に統合するものである。

（31）本件は、アルミニウム圧延品の製造販売業等を営む古川スカイとアルミニウム圧延品の製造販売業等を営む住友軽金属工業が、平成二五年一〇月一日に合併することの計画である。

（32）飯嶌宏之・菊池寛晃『古河スカイと住友軽金属の合併計画に関する審査結果について』（公正取引七五二号六六頁）

1　三井金属・住友金属鉱山事例（伸銅品[33][34]）

（一）一定の取引分野

当事会社は、伸銅品事業を営むことを目的として、共同出資することにより、当事会社間には共同出資会社を通じた結合関係が形成され、本件行為による競争上の影響が生じるものと考えられる。電気銅[35]は、伸銅品にとっての不可欠の原材料であり、電気銅の約四〇％は伸銅品に使用され、電気銅メーカーにとって伸銅品メーカーは重要な顧客となっていることから、電気銅と伸銅品は密接に関連する商品であると認められる。

本件行為における競争上の懸念は、本件行為によって当事会社間で電気銅地金に関する情報が共有化されることであり、これを防ぐためには、いずれかの当事会社の電気銅事業と伸銅品事業との間で情報遮断を徹底し、両事業の間の人的関係を制限することが必要である。

（二）本件行為が競争に与える影響

伸銅品については、純銅条など五商品いずれも、本件行為後のＨＨＩの水準及び本件行為によるＨＨＩの増分が水平型企業結合のセーフハーバー基準に該当する。

①電気銅地金の市場シェア。三井金属三五％、住友金属鉱山

約二〇％、A社約一五％、B社約一〇％、C社約一〇％、D社約五％、輸入約一〇％、当事会社合算約五五％。②競争事業者の状況。市場シェアが一〇％超の有力な競争事業者が複数存在し、③輸入圧力は弱いものと認められ、④参入は容易ではなく、過去四〇年間新規参入はなく、⑤隣接市場からの競争圧力は弱く、⑥需要者からの競争圧力が弱い。

（三）独占禁止法上の評価

右記②から⑥までの状況に鑑みれば、本件による当事会社間における電気銅地金に関する情報の共有化により、当事会社の単独又は当事会社と他の競争事業者との協調的行動によって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなるおそれがある。

（四）問題解消措置と公正取引委員会の評価

ア　問題解消措置の内容

①三井金属及び本件出資会社は、本件行為により、当事会社間で電気銅地金に関する情報が共有されることを防ぐため、情報遮断措置の設計、実行及び監視を、責任を持って行う体制を構築すること。

②三井金属及び本件共同出資会社は、電気銅に係る秘密情報（電気銅の研究、開発、製造、販売及びマーケティングに係る非公知の情報をいう。）に接する必要性のある者（「アクセス者」）がそれ以外の者に対して電気銅に対する秘密情報を開示又は漏洩すること及び目的外に使用することを禁止するとともに、アクセス者以外の者による電気銅に係る秘密情報へのアクセスを禁止し、パスワード管理、施錠管理等により、アクセス者以外の者によるアクセスを防止する。

③当事会社は、右記②に違反した者に対する懲戒事項をもうけること。

④当事会社は、パンパシフィック・カッパー株式会社と本件共同出資会社との間で、一方の会社の役員である者（過去に役員であった者を含む。）を他方の役員に選任しないこと及び一方の会社のアクセス者のうち電気銅に係る秘密情報を知得した者は、他方に出向又は転籍させないこと。

イ　公正取引員会による問題解消措置の評価

本件行為における競争上の懸念は、本件行為によって当事会社間で電気銅地金に関する情報が共有化されることである。このような情報の共有化を防ぐためには、いずれかの当事会社の電気銅事業と伸銅品事業との間に情報遮断を徹底し、両事業の間の人的関係を制限することが必要である。

当事会社が申し出た問題解消措置が確実に実施された場合

には、本件行為による当事会社間の電気銅地金に関する情報の共有化により、当事会社の単独行動又は当事会社と他の競争事業者との協調的行動によって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとならないと判断した。

（五）本件の論点

本件は、平成二一年度の事前相談に係る事例である。届出を要した伸銅品事業の共同事業については、独占禁止法上の問題はなかった。ところが、電気銅について、情報が共有化されるので、競争上の影響が生じるとして独占禁止法上の検討を行った。

そこで、「本件行為による当事会社間における電気銅地金に関する情報の共有化により、当事会社の単独行動又は当事会社と他の競争事業者との協調的行動によって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなるおそれがある」と決めつけることは、あまりにも論拠に乏しい。

先ず、情報の共有化というが、情報の範囲が広く、その共有による市場への影響はまちまちであるから、情報の共有による「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなるおそれがある」と一般論でいうことが有意義ではないし、情報を共有することは、競争上好ましいことも多い。問題となるとしたら、当事会社間の価格、数量等不当な取引制限に該当するような情報の共有であり、その懸念があるなら、不当な取引制限として処理すべきでことである。

当事会社の単独行動というが、当事会社それぞれの行動であろう。これは、企業結合と関係がないし、単独の行動によって競争制限ができるものでない。また、他の競争事業者との協調的行動というが、当事会社が情報を共有し、それにより他の競争事業者との協調的行動ということはあり得るのか。

また、問題解消措置では「秘密情報」の遮断をしようとするものであるが、「秘密情報」は、そもそも遮断されているものであるから、改めてそれを遮断するという措置の意味が不明である。

このように本件処理は、独占禁止法上の取扱いを逸脱している。

（33）三井金属は、同社が約三四％を出資するパンパシフィック・カッパー株式会社において、住友金属鉱山は、自ら、それぞれ電気銅事業を営む。

（34）伸銅品―住友金属鉱山は、伸銅品の条［コイル状に巻

かれた形状の製品で、厚さ0.1～3.0㎜以下のもの」のみを、三井金属は、条、板、棒及び線を製造販売。

(35) 電気銅は、電解精製等により銅成分九九．九九％以上の銅製品をいう。電気銅事業は、三井金属は約三四％出資するパシフィック・カッパー株式会社において、住友金属鉱山は自ら営む。

2 古河スカイ・住友軽金属事例（エンド・タブ材）(36)(37)

（一）一定の取引分野と市場シェア

商品範囲は板製品のうちエンド・タブ材であり、地理的範囲は日本全国である。

市場シェアは、住友軽金属約四〇％、E社約三〇％、古河アルミ約三〇％、合計一〇〇％であり、当事会社合算約七〇％である。

（二）競争事業者の状況

E社は、一定の市場シェアを有しているが、製造設備の稼働率が高水準にあるため供給余力は有していない。

（三）需要者からの競争圧力

需要者は飲料用缶メーカーであり、エンド・タブ材とボディ材を併せて購入している。

なお、ボディ材については、輸入品が国内市場で流通している。仮に、合併会社がエンド・タブ材の価格を引き上げようとした場合、エンド・タブ材とボディ材の両方を購入している飲料用缶メーカーは、ボディ材の購入先をB社（板製品［一般材］メーカー）若しくはE社に切り替える又は東アジア地域のアルミメーカーから輸入する旨を主張することによって、合併会社の価格引上げを牽制すること可能であると認められる。また、エンド・タブ材のみを購入している飲料用缶メーカーは、．．東アジア地域のアルミメーカーからの輸入を検討する旨を主張することによって、合併会社による価格引上げを牽制することが可能であると認められる。したがって、需要者からの競争圧力が働いていると認められる。

（四）輸入圧力

現状では輸入実績はないものの、東アジア地域のアルミメーカーのエンド・タブ材の評価が日本のアルミメーカーのそれに比べて低いこと以外には輸入を妨げる特段の要因は認められない。このため、競争環境の変化により飲料用缶メーカーの輸入品に対する評価が変化すればエンド・タブ材の輸入が行われるようになる可能性はあると認められる。

（五）独占禁止法上の評価

ア　単独行動による競争の実質的制限

本件合併により合併会社の市場シェアは約七〇％となるが、需要者からの競争圧力が働いていていると認められること、一定の市場シェアを有する競争事業者が存在すること及び現状では輸入実績はないものの競争環境の変化により飲料用缶メーカーの輸入品に対する評価が変化すれば輸入が行われるようになる可能性があることから、合併会社が単独で価格等をある程度自由に左右することができる状態を現出するおそれはなく、本件合併が競争を実質的に制限することとはならないと考える。

イ　協調的行動による競争の実質的制限

本件合併後、エンド・タブ材市場における事業者は三社から二社に減少するものの、需要者である飲料用缶メーカーがエンド・タブ材の価格交渉においてボディ材の購入量を背景とした強い価格交渉力を有していると認められるため、合併会社と競争事業者が協調的行動をとることが困難であると考えられること、及び現状では輸入実績はないものの競争環境の変化により飲料用缶メーカーの輸入品に対する評価が変化すれば輸入が行われるようになる可能性があることから、合併会社と競争事業者が協調的行動をとることにより、価格等をある程度自由に左右することができる状態を現出するおそれはなく、本件合併が競争を実質的に制限することとはならないと考える。

（六）本件の論点

ア　本件合併により当事会社の市場シェアは約七〇％で複占となる。市場構造をみると新日鉄・住友金属（無方向性電磁鋼板）よりＨＨＩは高い。単独行動による競争の実質的制限にならない論拠として、需要者らの競争圧力を挙げる。「仮に、合併会社がエンド・タブ材の価格を引き上げようとした場合、エンド・タブ材とボディ材の両方を購入している飲料用缶メーカーは、ボディ材の購入先をＢ社若しくはＥ社に切り替える又は東アジア地域のアルミメーカーから輸入する旨を主張することによって、合併会社による価格引上げを牽制することが可能であると認められる」からである。(38)

①この説明は「仮」の帰結が「可能」にとどまり、現実がどうなるか不明でありながら、「需要者からの競争圧力が働いていると認められる」と現時点での判断をする。これは論理として矛盾している。

②当事会社がエンド・タブ材の価格を引き上げようとした

ときに、飲料用缶メーカーが、対抗してボディ材の購入先を他社に切り替えることにより牽制できるとする。しかし、当事会社は、エンド・タブ材の供給も拒否するであろから、困るのは飲料用缶メーカーである。したがって、飲料用缶メーカーは、他社からボディ材を購入すると主張しても意味がないので、右記の論拠は成り立たない。

③合併会社から「板製品（エンド・タブ材）のみを購入している飲料用缶メーカーは、・東アジア地域のアルミメーカーから輸入する旨を主張することによって、合併会社による価格引上げを牽制することが可能であると認められる」という。「当事会社から提出された資料によると、東アジア地域のアルミメーカーの板製品（エンド・タブ材）の品質は、当事会社の製品と遜色がないことが認められる」とある。しかし、アルミニウム板製品の一定の取引分野の画定において、当事会社が「地理的範囲」を「日本と東アジア地域を併せた地域」を主張した理由の一は、「⑦アルミニウム板製品の品質は日本を含むどの国においても大きく異ならない等」である。これに対し、公正取引委員会は、「⑦については、需要者の多くは、日本のアルミメーカーの製品と輸入品が同程度の品質であるとは認識していないということができ、⑦の主張については妥当とはいえない」として、「日本全国」を画定する根拠の一とした。この判断と右記エンド・タブ材の輸入の判断は矛盾していないか。

イ　①「輸入圧力」の評価において、「当事会社から提出された資料によると、東アジア地域のアルミメーカーの板製品（エンド・タブ材）の品質は、当事会社の製品と遜色がないことが認められる。」としている。他方、現状においては、「飲料用缶メーカーは、ヒアリングによると、東アジア地域のアルミメーカーの板製品（エンド・タブ材）は品質及び調達の安定性について不安があるとして、板製品（エンド・タブ材）を輸入していない」のである。エンド・タブ材を輸入するのは、飲料用缶メーカーであり、それが東アジアのエンド・タブ材の品質が不安であるというのであるから、当事会社の提出した資料の評価に問題がないのか疑問である。

当事会社から提出された資料によると、「調達の安定性については、飲料用缶メーカーは、東アジア地域のアルミメーカーからボディ材を輸入している実績があるため、エンド・タブ材を輸入することに特段の支障はないことが認められる」というが、他方、飲料用缶メーカーが調達の安定に不安があってエンド・タブ材を輸入していないとしているのに、

どうして当事会社の主張を容認するのか理由が不明である。

②当事会社から提出された資料に依拠して、「東アジア地域で製造されたアルミニウム缶入り飲料は、日本国内で製造されたアルミニウム缶入り飲料と同じように日本国内で販売されており、支障なく流通していること等から、東アジア地域のアルミメーカーの製品で製造されたアルミニウム缶との機能差は、ほとんどないことが認められる」と評価する。問題は、アルミニウム缶飲料メーカーがエンド・タブ材そのものの品質をどう評価するかである。東アジア地域で製造されたアルミニウム缶入り飲料を輸入しているのは商社であり、需要者は消費者である。これは、飲料用缶メーカーの需要の判断基準とアルミニウム飲料缶を商社が輸入する判断基準が異なる。それは、「機能差」の問題でなく、判断基準の差異であるから、アルミニウム缶飲料メーカーが東アジア地域製のエンド・タブ材を輸入すると即断できないであろう。

③「現状では輸入実績はないものの、東アジア地域のアルミメーカーの板製品（エンド・タブ材）に対する飲料用缶メーカーの評価が日本のアルミメーカーの板製品（エンド・タブ材）に比べて低いこと以外には輸入を妨げる特段の要因は認められない」。しかし、これがエンド・タブ材の輸入実績がない決定的要因でないか。したがって、「このため、競争環境の変化により飲料用缶メーカーの輸入品に対する評価が変化すれば板製品（エンド・タブ材）の輸入が行われるようになる可能性はあると考えられる」ことには結びつかないのでないか。しかも、競争環境の変化により飲料用缶メーカーの輸入品に対する評価が変化するならば、と二重の仮定を前提として、はじめて輸入の可能性が生まれるという。輸入するのは、飲料用缶メーカーである。問題は、「競争環境」であるが、その実体が不明であり、それがどのように変化をすれば、評価が変化するのか。評価が変化するというのは、「競争環境」ではなく、品質が同じになるということではないか。そうなって輸入が行われる可能性が出てくる。しかし、それは、本件処理の判断を超えているのでないか。

(36) 板製品であり、飲料用缶の蓋及びプルトップに用いる。

(37) エンド・タブ材は、板製品のうち需要者からみた代替性が認められず、製造設備は一定以上の規模を要するほか、飲料の接触による腐食を防ぐための保護剤を塗装する工程を要するため、供給者にも代替性がない。

(38) 田辺治ほか・前掲（11）、一五三～一五四頁

第二　企業結合により一定の取引分野における会社が一社ないし実質的に一社となった事例への対応

本稿において検討した企業結合事例のうち、一定の取引分野における会社が一社ないし実質的に一社となった事例が三件あった。これらは、市場において「独占」状態になることである。市場における「独占」状態は、八幡製鉄・富士製鉄合併事件同意審決が、「その市場における支配的地位を獲得することとなるとみるべきである」と判示している。

前述のとおり、パナソニック・三洋事例（円筒形マンガンリチウム電池〔住宅用火災警報器用〕）は、問題解消措置を講じて企業結合は実行された。しかし、パナソニック・三洋電機事例（ニッケル水素電池）と北越紀州製紙・東洋ファイバー事例（バルカナイズドファイバー）は、隣接市場からの競争があるということで、問題解消措置を講ずることなく企業結合が実現した。

ただ、隣接市場からの競争圧力のあり方が異なる。北越紀州製紙・東洋ファイバー事例（バルカナイズドファイバー）は、電気絶縁用途では「仮に・・価格を引き上げたり、その品質改善を怠ったりすれば、」とあり、研磨ディスクでは「・・価格が上昇したり、品質が向上しないことで」とあり、これは、隣接市場を含めた市場環境からみて、市場支配力の行使ができないという判断を右記のように表現したのであろう。パナソニック・三洋電機事例（ニッケル電池）は、近い将来において、リチウムイオン二次電池（自動車用）への代替が急速に進むという想定のもとに合併が許容された。しかし、次のような考え方もありえよう。

パナソニックとパナソニックＥＶエナジーを一体とみるなら、市場シェアは当初から約一〇〇％であり、三洋電機のシェアは〇～五％である。とするなら、合併前からパナソニックの市場支配力は形成されており、三洋電機との合併により、それが僅かに強化されるだけである。企業結合の前後で一定の取引分野における競争状況がほぼ変わらないといえないか。そうであるなら、独占禁止法（以下「法」という）一五条一項の「当該合併によって・・・一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる」ということにならないといえないか（傍点執筆者）。

第三　問題解消措置

企業結合審査において、その企業結合計画が一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれがあるとされた事例で、問題解消措置を提出し、その審査の結果、競争の実質的制限のおそれが解消したとされる若干の事例について、その問題解消措置を検討する。(39)

一　問題解消措置の意義

企業結合計画の事前相談において、あるいは事前相談制度が廃止された後において、公正取引委員会から、その企業結合計画が一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなるおそれがあるとされた場合、企業結合計画の当事者が任意にその問題点を解消するための措置を「問題解消措置」という。その企業結合計画における問題が解消するなら、排除措置命令がとられずに、その企業結合計画を実行できる（問題解消措置の法的性質の検討は、残された問題である。）。

二　問題解消措置の類型

1　企業結合ガイドラインによると、「問題解消措置は、事業譲渡等構造的な措置が原則であり、当事会社グループが価格等をある程度自由に左右することができないように、企業結合によって失われる競争を回復することができるものであることが基本となる」（第6―1）という。そして、問題解消措置の類型として、「事業譲渡等」が原則なのは、「企業結合によって一定の取引分野における競争が実質的に制限されることとなるという問題を解消するために最も有効な措置は、新規の独立した競争者を創出し、あるいは、既存の競争者が有効な牽制力を有することとなるよう強化する措置」であるからである。(40)

このような措置としては、当事会社グループの事業部門の全部又は一部の譲渡、当事会社グループと結合関係にある会社の結合関係の解消（議決権保有の取止め又は議決権保有比率の引下げ、役員兼任の取止め等）、第三者との業務提携の解消などがある」（企業結合ガイドライン第6―2（1））。

構造措置の代表である事業譲渡は次の特長を有するという。(41)

①一回きりの行為で完結する。

②当事会社グループの事業能力（供給能力）を切り出し、当該能力を第三者に付け替える。

③②により、新規の独立した競争者を創出する（又は、既存の競争者を強化する）効果を有する（その結果、市場構造は企

業結合前後で実質的に変化しないケースも多い）。

④③の結果、当事会社グループが当該市場構造の下で自由に振る舞う（利潤最大化行動を採る。）としても、競争上の弊害が生じない。

構造措置を右記のように理解するなら、法的に重要なのは、②及び③であろう。②は事業譲渡の内容で、「評価の対象」であり、③は「対象に対する評価」である。性格が異なる。③は②を評価することによる有効な牽制力を有する競争事業者の創出である。

企業結合ガイドラインでいうなら、②により「新規の独立した競争者を創出し、あるいは、既存の競争者が有効な牽制力を有することとなるよう強化する」措置であり、これにより、競争を実質的に制限することとなることがないとの判断となる。

法一五条の規定の解釈としては、市場構造が企業結合前後で実質的に変化しないことであるなら、「合併により、・・」という合併行為と競争を実質的に制限することとなるという要件、つまり因果関係を充たさないということになる。

他方、「輸入・参入を促進する措置等」として「需要が減少傾向にある等のために、当事会社グループの事業部門の全部又は一部の譲受先が容易に現出する状況にないなどの理由から、事業譲渡等を問題解消措置として講じることができないと認められる場合には、例外的に輸入・参入を促進すること等によって、企業結合によって一定の取引分野における競争を実質的に制限されることとなるという問題を解消することができると判断される場合がある（企業結合ガイドライン第6―2(2)ア）。そのほか、当事会社グループの行動に関する措置による場合があることを摘示している（企業結合ガイドライン第6―2(2)イ）。この措置を行動措置という。

三　問題解消措置の実際

個々の事例における構造措置の具体的内容は、①事業譲渡の対象、②事業の譲受先（経営基盤が確立している事業者）、③問題解消措置の実効性を担保する措置及び④事業譲渡の時期などである。これに対し、企業結合ガイドラインによると、「新規の独立した競争者を創出し、あるいは、既存の競争者が有効な牽制力を有することとなるよう強化する措置である」といい、譲受先事業者の主体性及び譲受先である事業者が、有効な牽制力を有する事業者であるかを判断している。

(39) 問題解消措置については、泉水文雄『企業結合規制における救済措置の設計と手続のあり方』（日本経済法学会年報二四号七五頁、二〇〇七年）、滝澤紗矢子『企業結合規制における問題解消措置を通じたソフトロー形成に関する一考察』（ソフトロー研究叢書3「政府規制とソフトロー」一二一頁、二〇〇八年、有斐閣）。

(40) 企業結合ガイドラインは、「新規の独立した競争者を創出し、あるいは、既存の競争者が有効な牽制力を有することとなるよう強化する措置である」とあり、「有効な牽制力を有する」という文言は、「新規の独立した競争者」には係らないような表現であるが、実務的には、「新規の独立した競争者」の「牽制力」も評価されている（例　新日鉄・住友金属事例［無方向性電磁鋼板］）における住友商事）。

(41) 田辺治ほか・前掲（11）、二一六～二一七頁）

四　問題解消措置の事例（1）―原則・事業譲渡

1　パナソニック・三洋電機事例（円筒形マンガンリチウム電池［住宅用火災警報器用］）の問題解消措置の対象は、三洋電機の鳥取工場の製造設備、人員、取引先との契約等を内容とする譲渡、すなわち「製造ライン及びそれに付随する商権が譲渡される」という生産・販売部門である。公正取引委員会は、譲受会社に対して製造ライン及びそれに付随する商権が譲渡されることから、譲受会社は主体的に事業を行うことができるので、有力な競争事業者となり得るものと評価した上で、競争を実質的に制限することとならないと判断した。この問題解消措置は、企業結合ガイドラインに沿った事業譲渡タイプといえよう。

2　キリンググループ・協和発酵グループ資本提携事例（遺伝子組換え型ヒト顆粒球コロニー形成刺激因子製剤（G―CFS））平成二〇年度事例1（以下、キリン・協和事例[42]）において問題となったのは、「遺伝子組換え型ヒト顆粒球コロニー形成刺激因子製剤（G―CFS[43]）」である。この事例における問題解消措置は、「協和発酵キリンが製造販売しているノイアップ[44]固有の研究開発及びノイアップの製造販売に係る権利等（薬事法上の製造販売承認取得者の地位を含む。）を第三者たる製薬会社に可能な限り速やかに譲渡」するものである。「独占禁止法上の評価」として、「当該問題解消措置により、譲受先は、確実にノイアップの事業を引き継ぐことができ、G―CSFの

取引分野における新規の競争者として独立して事業を行うことが可能となり、本件企業結合前の競争状況をほぼ回復できると評価される」としている。

これを法的にみるなら、「本件企業結合前の競争状況をほぼ回復できると評価される」というのであるから、法一五条一項の「当該合併によって」市場構造に変化がないので、その取引分野における競争の実質的制限となるおそれがないとした先例といえる。

(42) 本件は、酒類事業、医薬品事業、食品事業等を営むキリンHDが同種の事業を営む協和発酵の株式を五〇％超取得し、キリンHDの一〇〇％子会社であり、医薬品事業を営むキリンファーマを協和発酵の一〇〇％子会社とした上で、協和発酵とキリンファーマが合併したものである。

(43) G―CSは、白血球の一種である好中球の分化・増殖を促進する効果を有する薬剤であり、抗がん剤投与による好中球減少症や、造血幹細胞移植時の好中球の増加促進に用いられる。

(44) キリンが製造している遺伝子組換え型ヒト顆粒球コロニー形成刺激因子製剤（G―CFS）の商品名

3 新日本石油・新日鉱ホールディングス事例（ニードルコークス）における問題解消措置は、次の点において特色があり、先例として重要であると思料する。

①いずれかの当事会社のニードルコークス事業を別のニードルコークス製造会社に分離した上で、そのニードルコークス製造会社の議決権の九〇％以上を第三者に譲渡する。これを実質的に事業譲渡であると評価できること。

②技術的事由から、製造設備の運営は、当事会社の製油所の製造設備全体の一部として運営されるが、問題解消措置の実効性担保措置として、①ニードルコークス製造会社が希望する場合、製油所全体の操業上、合理的に供給可能な品質及び数量の生コークスを、適切な価格で供給すること、②譲受会社が希望する場合、ニードルコークスの製造を適切な条件で受託すること、③ニードルコークス製造会社との間で、ニードルコークス事業における競争上有意な情報が交換されることがないよう、適切な情報遮断措置を採ること、④譲受会社が希望する場合、本件譲渡実行時点までに、ニードルコークス事業に関連して

培ってきた研究開発成果やノウハウについて、適切な条件で提供すること。

本件も、当事会社の一方のニードルコークス事業の会社を設立しそれに事業を譲渡し、その会社の議決権の九〇％を他の会社に譲渡するというのであるから、他方の当事会社の生産能力は増大せず、市場構造に殆ど変化がないのであるから、本件の法的評価としては、「当該合併によって」市場構造が変わらないものといえよう。

五　問題解消措置の事例（2）―生産・販売部門のうち販売部門の分離

三菱ケミカルHD・三菱レイヨン事例（アクリルアミド）における問題解消措置は、三菱レイヨンの紙力増強剤向けのアクリルアミド販売事業を当事会社と資本関係にない、「アクリルアミド等を原料とする高分子凝集剤に特化した世界最大級の水処理用高分子ポリマーメーカー（海外）の子会社であり、その日本国内における販売拠点として高分子凝集剤を中心とした化学品の輸入販売を行っている」会社に譲渡するものである。これには「当事会社は、紙力増強材向けのアクリルアミドを、譲受会社の求めに応じてその必要とする数量を適切な条件で提供」という条件がついている。

この事例と係わるのは、三菱レイヨンの販売部門の譲渡の評価である。企業結合ガイドラインには、製造会社の販売部門ないし商圏の譲渡自体に触れていない。企業結合業務の担当官の摘示によるなら、メーカーの販売部門の譲渡を本件の商圏の譲渡のように事業譲渡類似とみる[45]。この事業譲渡「類似」の意味が重要である。「類似」しているから、販売部門ないし商圏の譲渡をその受け手が有力な牽制力のある事業者であると評価できるのか、「類似」に過ぎないから、他に補完する措置を要するとするのかである。本事例では、「当事会社は、紙力増強材向けのアクリルアミドを、譲受会社の求めに応じてその必要とする数量を適切な条件で提供」という補完措置がついているところをみると、販売部門の譲渡のみでは十分でないと評価しているといえよう。

六　問題解消措置の事例（3）―コストベース引取権の設定

1　コストベース引取権の設定が問題解消措置としたのは、

新日鉄・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）である。

公正取引委員会は、このコストベースの引取権の設定を「住友金属よりも有力な事業者が創出されるという側面」があり、「本件においては、コストベース引取権が妥当な条件により設定されれば、適切な問題解消措置となり得ると考えられる。」というのである。市場構造の変動に匹敵する評価を与える。(46)

ただ、企業結合ガイドラインでは引取権の設定については、「・・需要が減少傾向にあるなどのために、当事会社グループの事業部門（たとえば、製造販売・開発部門）の全部又は一部の譲受先が容易に現出する状況になく、商品が成熟しており、研究開発、需要者の要求に応じた商品の改良などのサービス当事会社が競争上あまり重要でないなど特段の事情が認められる場合には、競争者に対して当該商品の生産費用に相当する価格での引取権を設定する（長期的供給契約を締結する）ことを問題解消措置とすることが有効であると判断されるときもある。」と限定的である。この記述と本件の引取権設定の扱いとでは乖離がないか。

2　合併当事会社は、問題解消措置として、住友商事に対し、住友金属の無方向性電磁鋼板に関する国内ユーザー向けの商圏の譲渡を提示した。この点ついて、公正取引委員会事務総局の企業結合業務担当官の解説では、「本件のように、商圏の譲渡等の事業譲渡類似の行為や技術サポート等の措置も組み合わせつつ、引取権の設定先が有力な競争者となるための措置が併せて採られるような場合に、有効な措置として認められることになると考えられる(47)」、という。引取権の設定は、商圏の譲渡と併せて「有効な措置」として評価するというのであろう。しかし、公正取引委員会の公表文では、商圏の譲渡に全く触れていないので、この評価と結びついていない。

(45)　田辺治ほか・前掲（11）二二五頁

(46)　川濵昇・ＮＢＬ九八〇号七七頁は、本件引取権について「長期的には輸入圧力が市場を競争的にできるという前提で、そのような限定された期間の価格競争を回復できることを重視したものである。本件の引取権が従来の一方当事者より費用面では有利であり、その結果生み出される競争単位が行動の独立性および協調的行動に反する独自性が期待できるため、十分な措置としたのであろう。それなりに合理的な結論であろう。」。

(47)　田辺治ほか・前掲（11）二二五頁「本件では、コストベー

ス引取権の設定と併せて、住友金属の無方向性電磁鋼板に関する国内ユーザー向けの商権（顧客名簿や国内ユーザーとの取引関係（契約関係及び協定仕様書を含む。））を譲渡することとされ、これにより、従来の住友金属が販売していた製品がより確実に住友商事からの販売に振り替えられることとなる。さらに、本件では、納入仕様の決定やクレーム対応に関する技術サポート等も行われることとなった。

事業譲渡に代表されるaの措置と比較した場合、コストベース引取権の設定は、コスト構造が共通化する等のために有力な競争者を創出する効果が限定的であることが多く、また、履行状況を監視するコストがかかるとともに履行状況を完全に監視することが必ずしも容易ではないという状況にあることから、本件のように「特段の事情が認められる場合」に認められる措置である。また、本件のように、商圏の譲渡等の事業譲渡類似の行為や技術サポート等の措置も組み合わせつつ、引取権の設定先が有力な競争者となるための措置が併せて採られるような場合に、有効な措置として認められることになると考えられる。」。

七　問題解消措置に伴う問題

1　「牽制力ある有力な競争事業者」と「有力な競争事業者」

（一）企業結合ガイドラインによるなら、「問題解消措置の類型」（第6―2）として「・・問題を解消するために最も有効な措置は、新規の独立した競争者を創出し、あるいは、既存の競争者が有効な牽制力を有することとなるよう強化する措置である」とする。企業結合規制基準として、「牽制力」概念が採り入れられたのは、八幡製鉄・富士製鉄合併事件同意審決においてである。[48]

公正取引委員会の公表文に個別事例で「有効な牽制力ある競争事業者」の現出がその企業結合を許容する基準とされているのがある。[49]「有効な牽制力ある競争事業者」を規制基準とするなら、市場が複占となっても、企業結合を許容することになろう。[50]「牽制力」が有効に機能するには、支配的事業者の価格引上げに対し、競争事業者が増産により対抗する能力とインセンティブを備えていなければならない。[51]

他方、問題解消措置の評価で、「有力な競争事業者」の現出が規制基準とされる事例がみられる。[52]たまたま「有力な競争事業者」と表現しているのではなく、複数の事例においてこの概念を用いているなら、「牽制力ある有力な競争事業者」とは異

なることを意味すると理解されることになる。

さらに、新日鉄・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）の公表文において、市場シェア約四〇％の「有力な競争事業者」であるA社が存在したが、十分な供給余力がないというので、合併当事会社が単独で価格等をある程度自由に左右できる状態を現出できる重要な要因とされた。この場合のA社についての「有力な競争事業者」は、右記の「牽制力ある有力な競争事業者」とは異なり、「牽制力」がないと理解される。「有力な競争事業者」という表現でも意味が異なる。それぞれの文脈で理解すべきであるとも言えようが、むしろ公表文において同一の表現で意味が異なるならそれぞれ異なった表現をすべきであろう。

(48) 審決集一六巻四六頁

(49) たとえば、新日鉄・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）では、住友商事について「新規参入者として当事会社に対する有効な牽制力となり得ると考える」とする。

(50) 基準によるなら、「複占」まで許容されるというのが、八幡製鉄・富士製鉄合併事件同意審決に対する批判である。根岸哲は、「学説は、一般に、有効な牽制力ある競争者が一社でも存在すれば当該合併を適法とし、実効性ある競争が期待できなくなる状態をもたらす非競争的な市場構造となる複占をも容認することであるとして、強く批判した」という（厚谷ほか編『条解独占禁止法』三七六頁（弘文堂、一九九七年）。

(51) 林秀弥『企業結合規制―独占禁止法による競争評価の理論』五八四～五八五頁（商事法務、二〇一一年）、川濵昇・前掲（2）四一頁、池田千鶴『経済法判例・審決百選』一〇一頁。

(52) たとえば、パナソニック・三洋電機事例（円筒形マンガンリチウム電池［住宅用火災警報器用］）、三菱ケミカルHD・三菱レイヨン事例（アクリルアミド）

2　市場シェア〇～五％の会社の扱い

（一）　企業結合計画事例には、しばしば市場シェア〇～五％の会社が登場するが、その局面が異なるからであろう取扱いに違いがある。

パナソニック・三洋電機事例をみると、詳細審査の対象となったのは、円筒形二酸化マンガンリチウム電池（住宅用火災警報器用）事例、リチウムイオン二次電池（民生用）事例及びニッ

ケル水素電池（自動車用）事例。その何れにも市場シェア〇～五％の会社が存在していた。ただ、局面が異なる。

①円筒形二酸化マンガンリチウム電池（住宅用火災警報器用）事例では会社数三社のうち市場シェア三位の会社、②リチウムイオン二次電池（民生用）事例では会社数八社のうち輸入品を取扱う三社、及び③ニッケル水素電池（自動車用）事例では三位の三洋電機である。

ア　円筒形二酸化マンガンリチウム電池（住宅用火災警報器用）事例では、三洋（約七〇％）、パナソニック（約三〇％）とあり、既に両社で一〇〇％とした上で、A社の市場シェアを〇～五％として、独占禁止法上の評価として、「本件行為により、単独行動又は当事会社と他の競争事業者との協調的行動によって、」競争を実質的に制限することとなるおそれがあるという。ここでの「他の競争事業者」は、文言からみてA社（市場シェア〇～五％）であろうが、一方でA社の市場シェアを無視していることからみて整合的扱いではない。

イ　リチウムイオン二次電池（民生用）事例では会社数八社のうち輸入品取扱い三社の市場シェアがそれぞれ〇～五％である。これについては、「韓国及び中国から輸入があり、これらの輸入品を評価するユーザーも多数存在する」というように市場シェア〇～五％の会社の市場での競争が有意義であることを認めている。

ウ　ニッケル水素電池（自動車用）事例では当事会社である三洋電機が三位で〇～五％である。この場合、市場におけるシェアが、パナソニックＥＶエナジーが約九〇％、パナソニック約一〇％であり、しかも両社を一体として扱っているので、実質的には両社と三洋電機の合併であり、市場シェアは両社で約一〇〇％である。本件でのＨＨＩの増分が約二〇〇であることから、セーフハーバー基準に該当しないということで詳細審査とされた。この場合、合併以前に既に競争の実質的制限の状態にあり、合併によりそれが強化されるとしても微々たるものであるので合併行為と競争の実質的制限との間に因果関係がないといえないか。

右記のように市場シェア〇～五％の会社の評価は局面により、まちまちである。したがって、それぞれの状況に応じて適切に評価すべきであろうが、その評価の理由を摘示することが望まれる。

（二）新日鉄・住友金属（鋼矢板）事例で、新日鉄・住友金属の合併により四社から三社となる事例であり、両社の合計シェアは約六五％で、他にC社の市場シェアが約三〇％であり、D

社が〇～五％である。D社は電炉メーカーであり、当事会社から鋼矢板を購入している需要者（建設業者及び重仮設業者）に対するアンケート調査の結果においては、「電炉メーカー品の価格面や品質面での評価について、肯定的な意見が多かったことから、電炉メーカー品も、需要者の選択肢となっていると認められる」という。

この事例ではD社は、市場における競争事業者として評価されている。これは、パナソニック・三洋電機（リチウムイオン二次電池（民生用）事例と同様の扱いである。競争業者の認識が要因であり、今後の在り方を示すものといえようか。

（三）三菱ケミカルHD・三菱レイヨン（アクリルアミド）事例では、当事会社（一位と三位）の市場シェアは、合算して約六〇％、D社（二位）が約三五％である。E社（四位）のシェアが〇～五％である。市場における事業者数は四社から三社に減少するとしている。

この事例では、当事会社とD社のシェアを合算すると約九五％であり、E社の五％を加えて一〇〇％としている。この点、パナソニック・三洋電機（円筒形二酸化マンガンリチウム電池（住宅用火災警報器用））事例と異なる。公表文では取扱いの違いの理由が不明である。

3　時限的問題解消措置

（一）企業結合ガイドラインにおいて、問題解消措置の時間経過について「当事会社グループの申出に基づき、企業結合後の競争条件の変化を踏まえ、当該措置を継続する必要性を評価した結果、当該措置の内容を変更または終了しても競争を実質的に制限することとなるおそれがない状況になったと判断される場合には、問題解消措置の内容を変更又は問題解消措置を終了することを認めることがある」（企業結合ガイドライン第6―1）とある。この考え方では、問題解消措置は基本的に時限がなく、措置の実施後に内容の変更または終了をするというものである。

（二）たとえば、JX日鉱日石エネルギー・三井丸紅液化ガスによる液化石油ガス事業の結合事例[53]において、ブタンについて、東北ブロックにおける問題解消措置として「当事会社が保有する東北ブロックの出荷基地からバーター取引によりブタンの供給を受けている他の元売業者（以下「取引相手方」という。）から要請があれば、引き続き、取引相手方のブタンに係るバーター取引の現状を維持する」というものである。これには、時限的限定がない。

（三）新日鉄・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）における問題解消措置には、①フルコストベース引取権の設定を五年間とし、また、②合併後五年間、一事業年度に一回、措置の実施状況の公正取引委員会へ報告、がある。いずれも五年間の時限付き問題解消措置であり、①は実体的措置に対し、②は監視的措置に対してである。

新日鉄・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）で①について時限が設けられたのは、「一定期間経過後には輸入圧力が相当程度高まると考えられることから、競争の実質的制限の状態が永続するとは合理的には予想されず、問題解消措置として恒久的な措置が不可欠であるとはいえない」ということである。

このように措置に時限を付したのは、あらかじめ五年経過するなら実体的に競争を実質的に制限することとはならないと判断し、そうなるなら、それを監視する必要がないということであろう。このような考え方は、右記の企業結合ガイドラインと平仄が合うか。整合するなら、むしろ、時限を付すのを原則としてもよいのでないか。

また、新日鉄・住友金属事例（無方向性電磁鋼板）を前提とするなら、時限的措置は、合併あるいは他の企業結合形態を含めて、それらによる影響のタイムスパンが五年といえようか。

このような考え方は、たとえ企業結合規制の問題措置として時限が付されていなくとも、五年を経過するなら問題解消措置としての効力が消滅し、その後、その問題解消措置に係ることが独占禁止法上問われても、それ自体の問題として処理されることとなるのでないか。

そこで、ＪＸ日鉱日石エネルギー・三井丸紅液化ガス事例のように、時限を付していない場合に、無限に問題解消措置の効力が続くのか。

合併、株式取得という企業結合については、それらの行為と一定の取引分野における競争を実質的に制限することとの間に因果関係を要するものと理解される。その企業結合も五年を経過するなら、市場環境が変動し、そこで競争制限現象が生じても、それは企業結合によるものか、新たな行為によるものか不明であろう。そうであるなら、問題解消措置について、時限が付さなくても、少なくとも五年を経過するなら、その企業結合との因果関係を立証することが困難になるといえよう。とするなら、問題解消措置に時限が付されていなくとも、五年を経過したなら、効力を失い、その後に問題が生じたなら、独占禁止法違反として処理すべきでないか。

（53）本件は、ＬＰガスの元売事業を営むＪＸ日鉱日石エネルギーが、同社のＬＰガス事業を分割し、同事業を営む三井丸紅液化ガスに吸収させた上で、三井丸紅液化ガスの議決権の五〇％を取得するものである。

むすび

本稿では、①企業結合により一定の取引分野における企業が独占となる事例、②企業結合により高度寡占となる場合の若干の問題解消措置、③処理の根拠に疑問を抱く事例のほか若干の共通した課題を検討してきた。

企業結合事例の当事会社（代理人を含め）は、公正取引委員会にその事例を届け出るなら、その事例が許容されるか、あるいは問題解消措置に焦点が置かれ、公正取引委員会がその事例をどのような法律構成により処理したのかについては、あまり関心がないのでないかと思われる

しかし、主要な企業結合の事例に係る公正取引委員会の公表が、後続の企業結合を検討する際の重要な前例となることを考えるなら、公表された事例の事実の取り上げ方、事例の説明の適切性、問題解消措置適合性、共通課題の整合性などに関心を注ぐことが重要であろう。

本稿は、それへのささやかな試みである。このような検討が企業結合事例の透明性・予測可能性を一層高めることに寄与できるのであることを願っている。

参考文献

山根裕子『合併審査　米欧の事例と日本の課題』（ＮＴＴ出版、二〇〇二年）

池田千鶴『競争法における合併規制の目的と根拠―ＥＵ競争法における混合合併規制の展開を中心として』（商事法務、二〇〇八年）

川濵　昇ほか『企業結合ガイドラインの解説と分析』（商事法務、二〇〇八年）

上杉秋則ほか『独禁法によるＭ＆Ａ規制の理論と実務』（商事法務、二〇一〇年）

林　秀哉『企業結合規制―独占禁止法による競争評価の理論』（商事法務、二〇一一年）

田辺　治・深町正徳編著『企業結合ガイトライン』（商事法務、二〇一四年）

日本経済法学会編『企業結合規制の再検討』

（日本経済法学会年報第二四号、有斐閣）

掲載の各論文

特に泉水文雄『企業結合規制における救済措置の設計と手続のあり方』

平林英勝『わが国における企業結合規制の進展と課題』

日本経済法学会編『企業結合の新たな課題』（日本経済法学会年報第三三号、有斐閣）

掲載の各論文

特に工藤俊和『企業結合案件における企業の対応―パナソニックによる三洋電機子会社化案件を事例に―』

日本経済法学会編『競争法の国際執行』（日本経済法学会年報第三四号、有斐閣）

掲載の次の論文

川島富士雄『企業結合規制に関する国際的協力及び調整―成果と残された課題』

王　暁『中国反壟断法の域外適用－理論と実践』

公正取引委員会『企業結合審査の事後的検証報告書について』二〇〇七年六月二二日報道発表

五十嵐俊子『企業結合審査の事後的検証報告書について』（公正取引六八五号三三頁）

田辺　治『企業結合審査における「結合関係」概念』（商事法務一九九一号四頁）

小林　渉『企業結合規制の見直しについて』（公正取引七二九号二頁）

池田千鶴『企業結合規制（審査手続及び審査基準）の見直し』（公正取引七二九号一一頁）

白石忠志『平成二二年度企業結合事例集の検討』（公正取引七三三号六四～六五頁）

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇一四年十二月十八日（木）午後三時半より

「全国政治の始動―帝国議会開設と藩閥体制の変容、一八九〇―一八九九―」

報告者　前田　亮介

出席者　三十六名

本報告の内容は、『全国政治の始動』（東京大学出版会、二〇一六年三月刊行予定）に公表される予定である。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 66 No. 1 (2015)
SUMMARY OF CONTENTS

Some Case Analysis on Merger Control under the Antimonopoly Act in Japan

Joji ATSUYA*

Introduction

Chapter 1 Case Analysis

Ⅰ. Cases where the Parties would be, or substantially be, the only one company in the relevant field of trade through the merger

1. Panasonic Corporation / SANYO Electric Co,.Ltd. Case : Cylindrical Type Lithium Manganese Dioxide Battery (for the use of Residential Fire Alarm Devices) Case

2. Panasonic Corporation / SANYO Electric Co,.Ltd. Case: Nickel-Metal Hydride Battery (for the use of Automobile) Case

3. Hokuriku Kishu Paper Co,.Ltd. / Toyo Fibre Co,.Ltd. Case: Vulcanized Fibre Case

Ⅱ. Cases where there are one or two other competitors other than the Parties in the relevant field of trade through the merger

1. Nippon Steel Corporation / Sumitomo Metal Industries, Ltd. Case: Non-Oriented Electrical Steel Sheets Case

2. Mitsubishi Chemical Holdings Corporation / Mitsubishi Rayon Co,.Ltd. Case: Acrylamide Case

* Professor Emeritus, Hokkaido University

3. Nippon Oil Corporation / Nippon Mining Holdings, Inc. Case: Needle Coke Case

Ⅲ. Other Cases

1. Mitsui Mining & Smelting Co.Ltd. / Sumitomo Metal Mining Co,.Ltd. Case: Copper Foil / Sheet Cases

2. Furukawa-Sky Aluminum Corp. / Sumitomo Light Metal Industries, Ltd. Case: Aluminum Sheets for End / Tab Material

Chapter 2 Dealing with the Cases where the Parties would be, or substantially be, the only one company in the relevant field of trade through the merger

Chapter 3 Remedies

1. Meaning of remedies

2. Categorization of remedies

3. Practice regarding remedies

4. Example of remedies (1) − Principle: Divestitures

5. Example of remedies (2) − Transfer of the manufacturing business from the manufacturing and sales business

6. Example of remedies (3) − Giving competitors buying rights at a price equivalent to the production cost of the goods

7. Issues regarding remedies

Conclusion

Entpolizeilichung und Subsidiaritätsprinzip im japanischen Polizeirecht

Masahiro YONEDA*

Abstract

Der Aufsatz untersucht die Struktur der Entpolizeilichung und des Subsidiaritätsprinzips im japanischen Polizeirecht und geht der Frage nach, ob und wie das Subsidiaritätsprinzip im japanischen Polizeirecht gilt.

Dabei wird zunächst betont, dass Entpolizeilichung in Japan nicht im dogmatischen Sinn, sondern nur im politischen Sinn, also auf Gewaltentrennung und Demokratie gerichtet, verstanden wird. Im japanischen Polizeirecht ist nicht gesetzlich geregelt, ob eine Verwaltungsbehörde und, gegebenenfalls, welche im Fall einer Aufgabenkollision zurücktritt. Deswegen erfüllen Polizei und allgemeine Verwaltungsbehörde de facto in gleichberechtigter Zusammenarbeit ihre gemeinsame Aufgabe. In Deutschland ist dagegen der Fall, dass sich die Aufgaben der Polizei und die einer anderen Verwaltungsbehördes überschneiden, durch die Kollisionsnorm des §1 a MEPolG klar geregelt. Die Polizei wird demnach nur tätig, soweit die Abwehr der Gefahr durch eine andere Behörde als nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.

Der Beitrag zeigt unter Berücksichtigung der rechtstaatlichen Bedeutung von Entpolizeilichung, dass das Subsidiaritätsprinzip auch im japanischen Polizeirecht gelten kann und sollte.

* Professor (Associate Professor) für Verwaltungsrecht, Hokkaido Universität (Japan)

論　　説

罪数論と一事不再理効の関係の再構成（２）

――「かすがい」、集合犯を中心として――

倪　　潤

目　次

第一章　序論
　一、問題の所在
　二、研究の対象とその視角
　三、本研究の意義

第二章　公訴事実（所為）単一性の判断基準
　一、日本法――公訴事実の単一性
　　（一）、学説の整理
　　１、伝統的な観点
　　２、批判
　　３、近時の新な見解
　　（二）、判例の観点：「訴因基準説」
　二、ドイツ法――「所為の単一性」（Einheit der Tat）
　　（一）、学説の整理
　　１、「行為説」
　　２、「法益侵害説」
　　３、「行為経過の択一説」
　　４、「総合説」
　　５、「起訴状限定説」
　　６、小括
　　（二）、判例の観点：行為単一と所為単一の制度目的の相違

三、私見　（以上、65巻６号）

第三章　「かすがい」と一事不再理効
一、日本法の考察
(一)、問題の所在
(二)、学説の整理
１、刑法上の学説
（１）積極説
（２）消極説
（３）折衷説
２、刑事訴訟法上の学説
（１）鈴木説
（２）辻本説
３、評価
(三)、判例の整理
１、刑法上の代表例
（１）「かすがい」を肯定した判例
（２）「かすがい」を否定した判例
２、刑事訴訟法上の代表例
（１）「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例
（２）「かすがい」の一事不再理効を否定した判例
（３）訴因的な解決
３、評価
二、ドイツ法の考察
(一)、学説の整理
１、刑法上の学説
（１）競合理論に関する通説に基づく解決
（ａ）観念的競合による解決
（ｂ）実質的競合による解決
（ｃ）優先の原則
（２）行為に対する新たな解釈および「かすがい」に対する影響
（ａ）Eb.Schmidt による「前法律的な、社会的な理解」
（ｂ）Puppe による「違法行為の接近性」
２、刑事訴訟法上の学説
（１）所為複数説
（２）所為単一説
（３）折衷説

（二）、判例の整理
１、「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例
２、「かすがい」の一事不再理効を否定した判例
３、評価
三、私見　　（以上、本号）

第四章　集合犯と一事不再理効
一、日本法の考察
（一）、問題の所在
（二）、学説の整理
１、実体法的な見解
２、訴訟法的な見解
（三）、判例の整理：「心証基準説」から「訴因基準説」への転換
二、ドイツ法の考察
（一）、集合犯の概念と歴史的沿革
（二）、学説の整理
１、刑法上の学説
２、刑事訴訟法上の学説
３、小括
（三）、判例の整理：実体的正義実現の方向へ
１、訴訟法的な解決方法
２、刑法的な解決方法
三、私見

第五章　結論
一、解釈論：「制度目的対応説」
二、立法論：集合犯の廃止

第三章　「かすがい」と一事不再理効

一、日本法の考察

（一）問題の所在

「かすがい現象」（Klammerwirkung, Verklammerung）とは、本来、併合罪となるべき数罪（A 罪と B 罪）が、それぞれある罪と観念的競合

または牽連犯の関係にあることにより、数罪全体が科刑上一罪として処断されることをいう[1]。この場合、A 罪と B 罪は観念的競合でも牽連犯でもないから、それは、いわば解釈上作り出された科刑上一罪ということになる。日本の判例は、このような理論を採用することを明示的には示してはいないものの、大審院以来、結論としては、それを認める判示を行ってきた（詳しくは後述）[2]。

この「かすがい」理論において、刑法上では不合理な処断刑について、また、訴訟法上では「かすがい現象」の一事不再理効について問題点がいくつ指摘されている。訴訟法では、一罪の範囲にある事実について一事不再理効が及ぶとする判例・通説の見解を前提とすると、「かすがい」理論によれば、本来は併合罪であって一事不再理効が及ばないはずの事実についても、他の罪が加わったことによってそれが及ぶことになり、事案によっては不当な帰結が生じる。この不都合を回避するため、実務においては、検察官がそもそも「かすがい」となりうる犯罪については起訴しない、すなわち、一罪の一部を起訴するという運用がなされることがある。では、このような運用が許容されるのか、また、裁判所はこのような措置に拘束されるのか、という点が問題となる。

また、近時、最高裁平成22年２月17日第二小法廷決定において、「かすがい現象」を訴因として提示されるとしても、時間的に近接し同一建物への二つの住居侵入が包括一罪かどうかが問題となった事案について、最高裁は、住居侵入の二つの訴因を比較対照するのみならず、実体に立ち入って包括一罪性を否定した。これは具体的な解決として適当であるが、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決（訴因基準説）との整合性に疑問が生じる[3]。

---

[1] 山中敬一『刑法総論（第２版）』（成文堂、2008年）1007頁、川端博『刑法総論講義（第２版）』（成文堂、2006年）636頁、大塚仁『刑法概説総論（第４版）』（有斐閣、2008年）504頁など。

[2] 川出敏裕「いわゆる『かすがい』理論」『刑法判例百選Ⅰ・総論（第５版）』（有斐閣、2003年）206頁。

[3] 白取祐司『刑事訴訟法（第７版）』（日本評論社、2012年）452頁。

（二）学説の整理

1、刑法上の学説

刑法上、「かすがい現象」について多く論じられている。「かすがい現象」による処断刑の不均衡をめぐって、積極説は、量刑上の運用で解決を図るべきこと指摘しているのに対して、消極説は、「かすがい外し」の試みを行っている。

（1）積極説

①大塚説

大塚仁は、「かすがい」を認めたうえで、次のように主張する。彼は、ドイツ法において「刑の軽重」という基準[4]が有力に主張されるが、日本においても、「理論上は同様に解することには合理性があるであろう。ただ、実際問題として、日本法においては、刑法典の定める法定刑の幅が大きいことと、裁判所による量刑が一般的に法定刑の下限に近いところで行われていることによって、具体的な不都合はおおむね回避されえている」と主張する[5]。

②前田説

前田雅英は、「かすがい」を認めたうえで、「かすがい」による処断刑の不均衡による不合理性を指摘して、「『かすがい』を認めるにしても、『かすがい』となる犯罪類型に比較して、『かすがい』により結び付けられる犯罪の法定刑が重い場合には、日本の広い法定刑の幅の中でバランスのとれた処断刑を採用すべきである」とする[6]。

③大谷説

大谷実は、「かすがい」を認めたうえで、次のように主張する。「『かすがい』的効果を認めると刑が軽くなって不当な場合もありうるが、現行法上はこれを認めるほかはない。なお、刑法典の定める法定刑の幅が

---

[4] ドイツの「刑の軽重」という基準とは、「かすがい」によって結び付けられる犯罪の方が、「かすがい」の役割を演ずる犯罪よりも本質的により強い不法内容を有する場合には、「かすがい」による観念的競合を否定するとする見解。

[5] 大塚・前掲注（1）、504頁以下。

[6] 前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（東京大学出版社、2008年）568頁。

広いことなどから、実際上の処理としては格別の支障をきたさない」[7]。

④川端説

川端博も、大谷と同様に、「『かすがい』を認めると刑が軽くなって不当な結果をもたらす場合が生じ得るが、現行法の解釈論としてはこれを認めるほかはないであろう。すなわち、『かすがい』を肯定したうえで、量刑において具体的妥当性を追及すべきなのである」と主張する[8]。

（２）消極説

①宮本説

この見解は、Ａ・Ｃ・Ｂ罪が順次牽連する場合に、Ａ罪、Ｂ罪、Ｃ罪の順に重いときには、Ｃ罪とＡ罪、Ｃ罪とＢ罪の２個の牽連関係は択一的な関係に立ち、いずれか重い方の牽連一罪だけが成立し、これともう１つは併合罪となる、とするものである[9]。

②内田説

この説は、「かすがい」となる罪と他の罪のうち、最初に成立する罪との間にのみ科刑上一罪を認めるものである。この所説を「先行先取り説」という。内田文昭は、「野外で３人を殺せば併合罪であるのに、住居侵入を犯したうえで３人を殺せば牽連犯であるという判例は、いかにも不合理である。日本の現行法の解釈としては、甲・乙・丙を殺したとして、住居侵入と甲殺しにつき牽連犯を認め、これと乙殺し・丙殺しの３個を併合罪とするか、住居侵入・甲殺し、住居侵入・乙殺し、住居侵入・丙殺しの３個を併合罪とするか、ということになろうが、この場合は前者をもって正当とするべきではあるまいか。」と主張する[10]。

③山火説および山口説

この説は、観念的競合による「かすがい」関係について「全面併合罪説」を採り、牽連犯による「かすがい」関係について「先行先取り説」を採るものである。山火正則は「『かすがい』となるＣ罪と、これを構成する

---

[7] 大谷実『刑法講義総論（第４版）』（成文堂、2012年）497頁以下。

[8] 川端・前掲注（１）641頁。

[9] 宮本英脩『宮本英脩著作集第２巻（「刑法学粋」第５版）』（成文堂、1985年）466頁以下。

[10] 内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（青林書院、1986年）355頁以下。

個別的行為がA、B罪にふれた場合、その罪数処理は、C・A・B罪の併合罪として処理されるべきである。また、C罪とA罪が牽連犯の関係にあり、C罪とB罪との間には形式的な牽連関係があるにすぎない場合、その競合関係は、C罪とA罪との牽連犯の関係と、B罪との併合罪として処理されるべきである。」と主張する[11]。

また、山口厚は、「包括一罪を構成する個別行為との観念的競合により『かすがい』が生じる場合には、観念的競合の成立を認めた上で、併合罪の処理を行うべきであろう（『かすがい』となるC罪が最も重い刑であれば包括一罪となる）。A行為とB行為の遂行の間に1個の意思決定に準じる関係はないからである。また、牽連犯により『かすがい』が生じる場合には、1個の意思決定に準じる関係に立つ最初の犯罪行為との間でのみ牽連犯関係を肯定し、後の行為との間では併合罪とすることが妥当である」と主張する[12]。

（3）折衷説

①中野説

この説は、罪数問題における「かすがい現象」を認めるが、処断刑について、「かすがい」となる罪の法定刑と他の罪の併合刑とを比較してその重い刑を基準として定めるものである。この所説を「処断刑修正説」という。中野次雄は、「『かすがい』によって一罪に結びつけられているとはいっても、これを構成する罪すべての間に可罰評価の重複があるわけではなく、A罪とB罪との関係は全くそのような重複のないいわば併合罪的なものである。つまり、この一罪は、実質的にみれば狭義の科刑上の一罪と併合罪とが結合された一種の科刑上の一罪にほかならないのであり、それゆえにこそこれに対する可罰評価の中に併合罪的可罰評価が含まれているのは当然である。そして、それはそのほかにA･C、B･Cに対する狭義の科刑上の一罪としての可罰評価をも包含しているから、その全体が科刑上の一罪として統一刑が要請される以上、そこにはA･Bの併合刑とA･C、B･Cの『最も重い刑』とを重ね合わせたもの、すなわち、『妥当な処断刑』が処断刑として形成せらるべきことになる」

[11] 山火正則「科刑上一罪について」刑法雑誌23巻1＝2号（1979年）33頁。

[12] 山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣、2007年）382頁以下。

と主張する[13]。

②中山説

この見解は、観念的競合による「かすがい」の場合にのみ否定して、「かすがい」となる罪がほかの罪との関係で分断されるとする「かすがい罪分断説」である。中山善房は、観念的競合による「かすがい」の場合に、次のように主張する。「包括一罪・集合犯は、観念的競合・牽連犯と同様に『数罪＝一処罰』の場合であるとみることができるであろう。このことを前提とした上で、包括一罪・集合犯となるべき数罪が他の罪と関連し合う場合についてみると、この場合に、関連し合うほかの罪から右の数罪を切り離した上で、これを刑罰適用１回の処罰によると解することには、相当疑問があるのではないかと思われる。それは、１回の処罰によると解される理由の中で重要な要素である各犯行間の密接な関連性という観点からすると包括一罪・集合犯となるべき数罪の相互間におけるよりも、むしろ右の数罪と他の罪との間におけるほうが行為の単一性により結合していると解されるので、より密接な関連性があるというべきだからである。このように解すると、包括一罪・集合犯となるべき数罪がほかの罪と関連し合う場合には、同罪との関連において処断されるべきものであるから、その結果、併合罪的に処断される場合のあることは当然であって、これを包括一罪・集合犯の二度処罰の問題としてとりあげることはそもそもあたらないというべきであろう」[14]。

③鈴木説

この見解は、犯罪Ａ・Ｂ・Ｃが存在する場合に、Ａ・Ｂ・Ｃ数罪全体として科刑上一罪か併合罪かという形で罪数を論じる必要はなく、A･B、B・C、C・A、それぞれの間にどのような犯罪関係が存するかさえ確定すればよいのであって、あとは、これらの関係をふまえて、一定の法律的観点からＡ・Ｂ・Ｃ全体につきどのように扱ったらよいのかを、端的に問題とすれば足りると主張する「相対的罪数説」である[15]。Ａ・Ｂが観

[13] 中野次雄「併合罪と科刑上の一罪との競合」刑法雑誌22巻３＝４号29頁。

[14] 中山善房「観念的競合と牽連犯」『判例刑法研究』４巻（有斐閣、1981年）338頁以下。

[15] 鈴木茂嗣「いわゆる『かすがい』理論について」法曹時報33巻８号（1981年）13頁。

念的競合、A･C、B･C がそれぞれ牽連犯関係にある場合に、たとえば、住居侵入罪と殺人罪の事例について、「殺人罪相互間には併合罪関係があるから、殺人罪につき自由刑を選択する場合には併合罪加重をした刑が処断の基準となり、また各殺人罪と住居侵入罪との間には牽連関係があるから、その重い殺人罪の刑が処断の基準となる。したがって、これらを総合して、結局、殺人罪の併合罪加重刑で処断すればよい」[16]。

また、「A_1と B_1、A_2と B_2とが科刑上一罪、たとえば観念的競合の関係にあり、A_1・A_2、B_1・B_2はそれぞれ包括一罪であるという場合に、一般的には包括一罪の判断を先行させ、A_1・A_2、B_1・B_2の包括一罪とが観念的競合の関係に立つとして、全体を科刑上一罪として認めてもよい。なぜなら、この場合、たとえば、A_1と B_2とは、単に A_2を介して間接的に関連するのもならず、B_1を介しても間接的な関連性を有している。そこが、いわゆる通常の『かすがい』の場合とは異なるのである。比喩的にいえば、『かすがい』の場合、いわば間接的な『片手つなぎ』にすぎないのに対して、この場合は、間接的ではあるが、『両手つなぎ』なのである。間接性は、『両手つなぎ』であることによって補完されているといえよう。両者の間の関連はかすがいの場合に比較して強固であって、それゆえにこの関連を被告人に利益な範囲で科刑上一罪に準じて扱うことには、十分の合理性があるといってよいであろう」とされる[17]。

２、刑訴法上の学説

刑法上激しく対立している学説に対して、訴訟法上では、「かすがい現象」の一事不再理効に関する学説は少ない。その中で代表的なものとしては、鈴木茂嗣の見解と辻本典央の見解がある。

（１）鈴木説

鈴木茂嗣は、先の刑法的解決とは別に、刑事訴訟法上の解決も提示している。鈴木によると、「C と A、C と B はそれぞれ牽連犯関係にあり、また A と B とは、併合罪関係にある場合、A のみにつき確定判決があったとすれば、この判決の一事不再理効は、A と牽連関係にある C には

[16] 鈴木茂嗣『刑法総論（第２版）』（成文堂、2011年）291頁。

[17] 鈴木・前掲注（15）17頁以下。

及ぶが、単に併合罪関係に立つにすぎないＢには及ばないと解すべきことになり、またＣのみにつき確定判決があった場合に、これと牽連関係に立つＡにもＢにも一事不再理効が及ぶと解すべきである。また、集合犯ＣがC_1、C_2の個別行為から構成され、これらがそれぞれＡ・Ｂにもふれる場合、Ａ・Ｂ間、Ａ・C_2間、Ｂ・C_1間の併合罪関係、Ａ・C_1間、Ｂ・C_2間の観念的競合関係、C_1・C_2間の集合一罪関係を端的に前提とし、この実態に即した法的処理を正面から問題とすべきである。たとえば、Ａについての確定判決の一事不再理効は、C_1にのみ及びC_2・Ｂには及ばないし、C_1の確定判決の効力は、Ａ およびC_2には及ぶがＢには及ばないと解すべきことになる」とする[18]。

（２）辻本説

この見解によれば、本来、実体法上一罪を構成しうる各事実が、検察官の起訴の時点でその一部をいわば「呑んで」併合罪として起訴されたような場合に、なおも公訴事実の単一性を肯定することは可能である、とされる[19]。すなわち、検察官が「細切れ的起訴」を提起する際に、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶと解するのである。

３、評価

以上のように、刑法上の学説について、主に量刑上の運用で解決を図る積極説に対して、消極説と折衷説は様々な観点から理論的解決を図ろうと苦心しており、見解が激しく対立している。それにもかかわらず、上述の見解は、いずれも、通説である積極説を覆すには至っていない。積極説では、「刑法典の定める法定刑の幅が大きいことと、裁判所による量刑が一般的に法定刑の下限に近いところで行われていることによって、具体的な不都合はおおむね回避され得ている」という理由をあげるが、これにも問題がある。なぜなら、多くの場合、検察官が「かすがい」となる罪を起訴しないため、罪数判断においては訴因に明示されていない事実をも考慮するとの見解に立てば、実際上の不都合はなお残ってい

[18] 鈴木・前掲注（15）12頁、16頁。

[19] 辻本典央「公訴事実の同一性概念について（３）」近畿大学法学55巻２号（2007年）168頁。

るからである。消極説では、処断刑の不均衡を回避するために、本来は認められるべき科刑上一罪の関係を否定するという点に問題がある。また、消極説のうち内田説、山火説および山口説は、牽連犯による「かすがい」関係において、「先行先取り説」を採る理由は明示されていないため、同説の恣意性が問題となろう。折衷説では、中野次雄による「処断刑修正説」は、技巧的な処断刑の決定方法といえるが、理論的根拠を見出すことが困難である。また、「処断刑修正説」は、「かすがい」の一事不再理効の不合理性を解消することもできない。さらに、中山説は、観念的競合による「かすがい作用」にのみ有効な解決策であり、しかも、他の罪との観念的競合の成立により包括一罪が分断されると解する論拠が乏しい[20]。

刑訴法上の学説について、鈴木説によれば、直接的な科刑上一罪関係に立つ場合にのみ、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ。辻本説によれば、検察官が前訴の起訴の時点で「かすがい」が介入する数罪の一部をいわば「呑んで」併合罪として起訴したような場合に、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ。しかし、検察官が前訴の起訴の時点で「かすがい」が介入することを知ったのかに対する証明は困難であろう。また、鈴木説と辻本説は、「かすがい」そのものの量刑の軽重を考慮していない。さらに、刑法上の学説のうち、消極説と折衷説の一部は、「かすがい」の一事不再理効について、正義の実現を利するにもかかわらず、上述のように、それらに対して問題が残っている。

（三）判例の整理

１、刑法上の代表例

（１）「かすがい」を肯定した判例

①大審院第二刑事部明治45年３月28日判決刑録18輯383頁

【事実の概要】

被告人は日本刀を持って住居に侵入して１人を殺害し、さらに３人に対して殺人未遂を行ったとして起訴された。原判決は、家宅侵入の所為

[20] 大塚仁［ほか］編『大コンメンタール刑法（第４巻）』（青林書院、2003年）360頁［中谷雄二郎執筆］。

は殺人罪および殺人未遂罪の手段として、刑法54條第１項による重い殺人罪および各殺人未遂罪の刑に従うべきと判断したが、結局殺人未遂の各所為につき累犯加重を適用した。

【判決】

大審院第二刑事部は、「一箇ノ殺人罪及ヒ三箇ノ殺人未遂罪ヲ行フ手段トシテ一箇ノ家宅侵入罪ヲ犯シタルトキハ其各行為ハ刑法54條第１項[21]後段ニ依リ重キ殺人罪ヲ以テ処断スヘキ一罪ヲ構成スルモノトス。従テ軽キ家宅侵入及ヒ殺人未遂ノ各行為ハ独立シテ累犯加重ノ受クヘキモノ二非ス」と判示した。

②大審院第六刑事部大正14年５月26日判決刑集４巻342頁

【事実の概要】

被告人は大正13年５月以来、門市内において行政庁の免許を受けないまま、業として古物商を営んでいた者であるが、同年６月下旬から８月30日までの間に、被告人は同所において、盗品であることを知りながら、銅線約50貫を十数回にわたって売り受けた。

【判決】

大審院第六刑事部は「元来古物商取締法ハ物品ノ不正処分其ノ他ノ取締ヲ目的トスルモノ。・・・古物商ニシテ贓物ヲ買受ケ若ハ交換シタルトキノ場合ニ於テ古物商取締法ニ触ルル行為トス。・・・行政庁ノ免許ヲ受ケスシテ古物ノ売買交換ヲ業トシテ者カ贓物タルノ情ヲ知リテ之ヲ買受ケタルトキハ其ノ行為ハ刑法54條第１項前段ヲ適用シテ処断スヘキコト。・・・免許ヲ受ケスシテ古物ノ売買交換ヲ業ト為ス者カ贓物ヲ故買スルハ無免許古物商営業及贓物故買ノ罪名ニ触ルル一行為ナリ」と判示して、無許可古物商営業の罪を「かすがい」とする同罪と数個の盗品など有償譲受罪との観念的競合を認めた。

③大審院第三刑事部昭和５年11月22日判決刑集９巻823頁

【事実の概要】

被告人は、煙草小売商を営み、孤独の生活を暮らしている被害者の住居に侵入して、窃盗未遂の後に強盗殺人を犯し、その後被害者の住居に

[21] 旧刑法54條１項「一箇ノ行為二シテ数箇ノ罪名二触れ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為二シテ他ノ罪名二触ルルトキ其最モ重キ刑ヲ以テ処断ス」。

放火して、被害者の死体を損壊した。

【判決】

大審院第三刑事部は次のように判示した。「住居侵入ハ強盗若ハ放火ニ対シ通常用キラルヘキ手段ナルヲ以テ住居ニ侵入シテ強盗若ハ放火ヲ為シタル場合ニハ右住居侵入ハ強盗若ハ放火ニ対シ刑法54條ニ所謂手段結果ノ関係アルモノトス。・・・窃盗未遂ト強盗殺人トハ連続犯トシテ死体損壊トハ一箇ノ行為ニシテ二箇ノ罪名ニ触ルルヲ以テ刑法54條第１項前段ニ依リ重キ放火罪ノ刑ニ従ヒ建造物損壊住居侵入及強盗殺人トノ間住居侵入及放火トノ間ニハ手段結果ノ関係アルヲ以テ結局最モ重キ右強盗殺人罪ノ刑ニ従ヒ同條所定ノ死刑ヲ選択シテ被告人ヲ処断シタルハ擬律上正当ナリ・・・同法56條ノ趣旨ニ従ヒ累犯ノ法條ヲ適用スヘカラサル場合ニ至リタルモノトス論旨理由ナシ」。

④大審院第二刑事部昭和７年４月11日判決刑集11巻349頁

【事実の概要】

被告人は、他人の株券を占有する者が、自己の債務の担保に供するために、株券の名義書換の委任状及び処分承諾を偽造し、これを株券とともに債権者に交付した。

【判決】

大審院第二刑事部は、「債権者ニ対シ自己所有ノ建物上ニ根抵当権ヲ設定スルニ因リ債務ノ支拂ヲ延期アリタキ旨申詐キ虚無ノ建物ヲ実在スル如ク装ヒ裁判所ニ対シ債権者ノ為根抵当権設定登記ノ申請ヲ為シ登記官吏ヲシテ登記簿原本ニ其ノ旨不実ノ記載ヲ為シメ之ヲ同所ニ備付ケシメタル上債権者ヲシテ債務ノ支拂ヲ延期セシメタルトキハ公正証書原本不実記載行使ニ因ル詐欺ノ牽連一罪成立ス。他人所有ノ株券ヲ占有スル者カ擅ニ之ヲ自己ノ債務ノ担保ニ供スル為右株券ノ名義か書換ニ関スル其ノ他人名義ノ委任状及び株式処分承諾書ヲ偽造シ該文書ト共ニ株券ヲ担保トシテ債権者二交付シタルトキハ右株券ノ横領ト右両文書偽造行使トノ間ニハ一行為数罪名二触ルル関係アルモノトス」と判示して、私文書偽造罪と同行行使罪が牽連犯の関係にあり、同行使罪と横領罪とは観念的競合の関係に立つものであることから、偽造私文書行使罪を「かすがい」として、全体を一罪として判断した。

⑤最高裁第一小法廷昭和29年５月27日決定刑集８巻５号741頁

【事実の概要】

被告人は、Ａ女と結婚した後、Ａの母親Ｂと不仲になり、しかも勤務先で公金横領などの行為をしたことを原因として、Ａと離婚した。その後被告人は、Ａが、かねてから噂のあったＤと親しげに話しているのを見て立腹し、Ａ殺害を決意した。そして被告人は、Ａを殺害する目的で、夜間にＡが居住しているＢ宅に鉈を持って侵入し、就寝中のＡ、Ｂを殺害した後、さらにＢの傍で寝ていた子供Ｃをも殺害した。第１審は、「住居侵入の点は、刑法130条、罰金等臨時措置法２条、３条に、・・・殺人の点は、刑法199条に各該当するが、以上は手段結果の関係にあるから刑法第54条第１項後段、第10条を適用して重い殺人の罪に従って処断することとし、全体は同法第45条前段の併合罪であるが、･･･犯情の最も重い子供Ｃに対する殺人につきその所定刑中死刑を選択し、同法46条第１項本文に従い他の刑を併科せず、被告人を死刑に処する」と判示した。控訴審でもこの判断が維持されたため、弁護人は、本件の各殺人罪は併合罪ではなく、一罪の関係にあり、大審院昭和５年11月22日判決の判例違反及び法令適用の誤りを主張して、上告した。

【決定】

最高裁は、「判例違反をいうけれども、原審で主張されず従ってその判断を経っていない事項を主張するものであって刑訴法405条の上告理由として採るを得ない」と判示した上で､法令適用の誤りの点について、次のように判断を示した。すなわち､「事実審の確定した事実によれば所論３個の殺人の所為は所論１個の住居侵入の所為とそれぞれ牽連犯の関係にあり刑法54条１項後段、10条を適用し一罪としてその最も重き罪の刑に従い処断すべきであり、従って第１審判決にはこの点に関し法条適用につき誤謬あること所論のとおりであるが、右判決は結局被害者Ｃに対する殺人罪につき所定刑中死刑を選択し同法46条１項に従い処断しているのであるから、該法令違反あるにもかかわらず原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは言い得ない」。

⑥最高裁第二小法廷平成21年７月７日決定刑集63巻６号507頁

【事実の概要】

（１）当初の公訴事実は、「被告人は、前後11回にわたり、３名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD－R合計11枚及びわ

いせつ図画であるDVD－R合計25枚を不特定又は多数の者に販売して提供した。」というものであった。

（2）検察官は、（1）の提供行為を維持したままで、さらに5回の提供行為を追加し、「被告人は、前後16回にわたり、4名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD－R合計21枚及びわいせつ図画であるDVD－R合計67枚を不特定又は多数の者に販売して提供した。」とする訴因変更を請求し、第1審裁判所はこれを許可した。

（3）さらに検察官は、（2）の提供行為を維持したまま所持行為を新たに追加し、「被告人は、（ア）前後16回にわたり、4名の者に対し、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD－R合計21枚及びわいせつ図画であるDVD－R合計67枚を不特定又は多数の者に販売して提供し、（イ）自宅において、児童ポルノでありわいせつ図画であるDVD－R合計20枚及びわいせつ図画であるDVD－R合計136枚を不特定若しくは多数の者に提供又は販売する目的で所持した。」とする訴因変更を請求し、第1審裁判所はこれを許可した上で、最終的に訴因どおりの事実を認定した。

【決定】

「『児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律』2条3項にいう児童ポルノを、不特定または多数の者に提供するとともに、不特定または多数の者に提供する目的で所持した場合には、児童の権利を擁護しようとする同法の立法趣旨に照らし、同法7条4項の児童ポルノ提供罪と同条5項の同提供目的所持罪とは併合罪の関係にあると解される。しかし、児童ポルノであり、かつ刑法175条のわいせつ物でもある物を、他のわいせつ物である物も含め、不特定又は多数の者に販売・提供するとともに、不特定又は多数の者への販売・提供の目的で所持した場合について、わいせつ物販売と同販売目的所持が包括一罪を構成し、その一部であるわいせつ物販売と児童ポルノ提供・同販売目的所持と児童ポルノ提供目的所持は、それぞれ同一の行為であって観念的競合の関係に立つとして、結局全体が一罪となるものと解することが相当である」。

（2）「かすがい」を否定した判例

①高松高裁昭和26年4月27日判決高集4巻13号1697頁

【事実の概要】

被告人は、医師でないのに、医業として、昭和23年５月下旬から同年６月下旬までの間に、麻薬を患者に対して数回施用した。

【判決】

高松高裁は、数個の麻薬施用行為を非医者医業罪として包括一罪であり、同罪と数個の麻薬施用罪とは観念的競合の関係にあるともしながら、数個の麻薬取締規則違反行為の間には併合罪の規定を適用すべきであると判断した。すなわち、「被告人の本件麻薬取締規則違反及び国民医療法違反の犯行は数個の麻薬取締規則違反行為で、全体として国民医療法違反の一罪に該当する非医師の医業行為であるが、国民医療法違反の一罪に該当しているからといって、各個の麻薬施用者でも麻薬取扱者でもないのに麻薬を使用した麻薬取締規則違反行為が刑法45条前段の併合罪の関係を保ち、…両罪が一対一で刑法第１項前段のいわゆる想像的競合の関係に立つ場合と同一視することはできない。・・・仮に本件の場合数個の麻薬取締規則違反の間に刑法の併合罪の規定を適用すべきでないものとすれば、・・・麻薬使用罪の点については軽い刑罰を以って臨むと言ふ不合理な結果となるのである」。

②最高裁第一法廷昭和35年４月28日判決刑集14巻６号822頁

【事実の概要】

被告人は、昭和33年10月１日に施行された和歌山県日高町長選挙に立候補した者の選挙運動者であるが、同選挙の告示前である同年８月中頃および同年９月20日頃の二回にわたり、被告人は有権者二名に投票を依頼し、その報酬として、それぞれに対して金員を供与して買収し、又はその申込みを行った。

【判決】

最高裁は、「事前運動禁止の規定は、常時選挙運動が行われることに伴う弊害を防止し選挙の公正を期するため選挙運動の時期を制限したに過ぎないものであるから、買収犯の如く法定の期間内であると否とに拘わらずそれ自体違法な選挙運動行為が数個ある場合には、事前運動の場合でも各行為毎に犯罪が成立するものと解するのが相当である」と判示して、個々の買収罪とその際の事前運動罪とが観念的競合の関係に立ち、それらは併合罪として処断すべきであると判断した。

２、訴訟法上の代表例

（１）「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例

①最高裁第三小法廷昭和33年５月６日判決刑集12巻７号1297頁

【事実の概要】

被告人は、法定の除外事由がないのに、業として多数回にわたり多数の婦女を売春業者に接客婦として斡旋し、雇主から紹介手数料として金員を受領し利益を得た。

【判決】

最高裁は次のように判示した。すなわち、「職権で調査をするに、原判決は同一の婦女に関する『労働基準法』（以下『労基法』という）６条中間搾取罪と『職業安定法』（以下『職安法』という）63条２項『職安法』違反罪とは、刑法54条１項前段の１個の行為にして２個の罪名に触れる場合に当たるものと解すべきではないとの見解に基づき、これと反対の見解の下に、原判示第１、２の罪につき免訴、第３の罪につき有罪を言い渡した第一審判決を全部破棄したものである。けれども、『労基法』６条の規定は『何人も法律に基づいて許される場合のほか、業として他人の就業に介入して利益を得てはならない』というのであり、『職安法』63条２項の規定は『公衆衛生または公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で職業紹介、労働者の募集もしくは労働者の供給を行った者またはこれらに従事した者』は、これを所定の懲役または罰金に処するというのであって、両者はその構成要件の中核をなす他人の就業への介入という部分において重なり合うものであるから、１個の行為であって両者に該当する場合のあり得ることを否定することはできない。そうして、これを本件についてみると、原判示第１、第２の各所為はいずれも、被告人が法定の除外事由なくして業として同一の婦女を、公衆衛生または公衆道徳上有害な売春婦の業に就かせる目的で、婦女に売淫をさせることを業としている者に、接客婦として就業を斡旋し、雇主から紹介手数料として金員を受領し利益を得たというのである。したがって、それが『労基法』６条、『職安法』63条２項に該当することは明白であるが、その所為は、これを社会的事実として観察するときは、１個の行為を認められるのであって、刑法54条１項前段の解釈としても、１個の行為にして『労基法』違反と『職安法』違反との２個の罪名に触れる場合に当たるもの

と認めるのが相当である。・・・略式命令により『職安法』63条２項の罪について有罪として処断されたのである。・・・略式命令の既判力は原判示第１、第２の各『職安法』違反罪に及ぶものといわなければならない」。

（２）「かすがい」の一事不再理効を否定した判例

①広島高裁平成21年４月28日判決判タ1335号91頁[22]

【事実の概要】

被告人は2007年３月17日午後10時55分ころ、A社事務所内に侵入し、同所で現金等を窃取したとして、建造物侵入、窃盗被告事件で起訴された（119号事件）。更に被告人は２件の窃盗被告事件で起訴され、119号事件と併合審理された（119号等事件）。その後、被告人は2007年３月17日に、A社事務所を全焼させたとして、本件非現住建造物等放火被告事件により起訴された。そして、119号等事件について合議体により審理、裁判する旨の決定がなされるとともに、119号等事件に本件が併合された。

第一審において、弁護人は119号等事件と本件との分離を請求し（検察官は反対意見を述べた）、弁論の分離が決定された。119号等事件は別の裁判所によって審理され、被告人は有罪判決を言い渡された。その後、本件の証拠調べが行われ、結審後に弁論が再開されて行われた公判期日において、弁護人が本件については119号等事件と公訴事実の単一性が認められ、確定判決の一事不再理の効力が及んでいるから免訴を言い渡すべきであると主張した。第一審判決である山口地裁平成20年10月31日判決（判タ1335号96頁）は、本件放火が再侵入の際に実行されたものであると認定し、さらに最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決の「訴因基準説」を引用して、「犯行の手段となった再侵入行為は、両訴因を通じて訴訟手続に上程されていないから、公訴事実の単一性を判断するにあったてこの事実を基礎とすることは相当でなく、119号等事件の確定判決の一事不再理効は、本件に及ばない」と判示した。そこで被告人が控訴を提起した。

【判決】

[22] 判例時報2096号（匿名解説）152頁以下、岡田悦典「弁論分離とかすがい現象における一事不再理の効力」刑事法ジャーナル21巻91頁以下、豊崎七絵「弁論分離と一事不再理の効力」法セ658号120頁などに参考した。

広島高裁は、「X は初回侵入した際、窃盗だけでなく放火行為にも及び、自動車に戻った後、首尾よく火が燃えているのかを確認するために本件建造物に再侵入したという可能性がないとはいえないから、再侵入した際に放火したとまで認定するのは困難である。X が本件建造物に初回侵入した際に放火したことを前提に、処断刑において、X にとって有利である『かすがい現象』による刑法54条１項後段による適用できる。そして、以上の事実認定を前提に、119号等事件の建造物侵入と本件放火は牽連犯関係にあり、前訴の訴因と後訴の訴因には公訴事実の単一性がある。しかし、第一に、弁護人は、弁論の分離を請求して以後、前訴が確定するまで、一貫して、両者の弁論を分離して別々に審理することを求めており、本件について有罪無罪の判断が示されることを当然の前提にしていたにもかかわらず、前訴の確定判決の一事不再理効を主張して免訴を求めるのは、権利の濫用である。第二に、前訴の窃盗の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とは、『かすがい』である前訴の建造物侵入の訴因を介しなければ、本来的には併合罪の関係にある。弁護人は119号等事件の建造物侵入と本件放火を別々に審理、判決することをあえて選択したことなど、実質的にみて、前訴の確定判決の一事不再理効は本件に及ばない」

しかし広島高裁は、「本件の審理経過等をみると、前訴である119号等事件と後訴である本件非現住建造物等放火被告事件とは、もともと弁論が併合されていたにもかかわらず、弁護人の請求により、原裁判所が弁論を分離し、その後の前訴の審理においても、検察官の弁論併合請求が却下されたため、両者は別々に審理されて判決を言い渡されたという経緯がある。弁護人は、弁論の分離を請求して以後、一貫して、両者の弁論を分離して別々に審理することを求めていたのであるから、その時点では、両者を分離し、そのそれぞれについて審理がなされて判決が言い渡されることを当然の前提としていたと考えられる。そして、本件非現住建造物等放火被告事件の公判手続更新の状況や、第９回公判期日における弁論の内容、弁論再開後の第10回公判期日において、初めて一事不再理の効力に関する当事者の意見が述べられていることなどに照らすと、弁護人は、本件非現住建造物等放火被告事件について、判決で有罪無罪の判断が示されることを求めていたのであって、119号等事件との

弁論の分離を請求した時点においてはもとより、第９回公判期日において弁論が終結された時点においても、一事不再理の効力を主張して免訴を求めることを全く考えていなかったことは明らかである。それにもかかわらず、前訴につき言い渡された有罪判決が先に確定したからといって、後訴において、前訴の確定判決の一事不再理の効力を主張して免訴を求めるのは、権利の濫用というほかなく、弁論の分離を請求した弁護人の意図がどのようなものであったかにかかわらず、刑事訴訟規則１条２項の法意に照らし許されないというべきである。

加えて、前訴の窃盗の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とは、かすがいである前訴の建造物侵入の訴因を介しなければ、本来的には併合罪の関係にあり、前訴の建造物侵入の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とは、牽連犯として科刑上一罪の関係にあるものの、本来的には別罪であること、一事不再理の効力が前訴の公訴事実の同一性の範囲内の事実に及ぶと解されている法的根拠については、前訴の公訴事実の同一性の範囲で、潜在的に審判の可能性があったことや被告人が危険にさらされたことに求める見解が有力であるが、いずれの見地に立って検討しても、上記のとおり、弁護人が、前訴の建造物侵入、窃盗の訴因と後訴の非現住建造物等放火の訴因とを分離して別々に審理し、判決の言渡しを受ける途を敢えて選択したことなど、本件の事実関係の下では、両訴因が公訴事実の同一性の範囲内にあったとしても、実質的にみて、前訴の確定判決の一事不再理の効力を後訴に及ぼすべき場面であると解することはできない。」と判示して、弁護人の権利濫用を理由として、本件への一事不再理効を否定した。

（３）訴因的な解決

①東京高裁平成17年12月26日判決判時1918号122頁[23]

【事実の概要】

被告人は、平成16年12月２日から同17年２月17日までの間に、６回にわたって実行した、児童ポルノ製造罪で起訴された。しかし、それより

[23] 判例時報1918号（匿名解説）122頁以下、辻本典央「罪数論と手続法との交錯――かすがい現象について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集［下巻］（成文堂、2007年）541頁以下などに参考した。

前に、別件において、被告人が平成17年３月26日に実行した児童淫行罪により家裁に起訴された後、原審（静岡地裁平成17年７月15日判決公刊物未登載）は、本件と別件の児童淫行罪とは併合罪の関係にあり、ゆえに二重起訴にあたらないとして有罪判決を下した。被告人から控訴を提起した。

【判決】

東京高裁は原判決を破棄して、次のように判示した。すなわち、「かすがい現象を承認すべきかどうかは大きな問題であるが、その当否はおくとして、かかる場合でも、検察官がかすがいに当たる児童淫行罪をあえて訴因に掲げないで、当該児童ポルノ製造罪を地方裁判所に、別件児童淫行罪を家庭裁判所に起訴する合理的な理由があれば、そのような措置も是認できるというべきである。一般的に言えば、検察官として、当該児童に対する児童淫行が証拠上明らかに認められるからといって、すべてを起訴すべき義務はないというべきである…。そして、児童淫行罪が児童ポルノ製造罪に比べて、法定刑の上限はもとより、量刑上の犯情においても格段と重いことは明らかである。そうすると、検察官が児童淫行罪の訴因について、証拠上も確実なものに限るのはもとより、被害児童の心情を考慮して、その一部に限定して起訴するのは、合理的であるといわなければならない。また、そのほうが被告人にとっても一般的に有利であるといえる。ただ、そうした場合には、児童ポルノ製造罪と別件淫行罪とが別々の裁判所に起訴されることになるから、所論も強調するように、併合の利益が失われたり、二重評価の危険性が生じて、被告人には必要以上に重罰になる可能性もある。そうすると、裁判所としては、かすがいになる児童淫行罪が起訴されないことになり、必要以上に被告人が量刑上不利益になることは回避すべきである。そこで、児童ポルノ製造罪の量刑に当たっては、別件淫行罪との併合の利益を考慮し、かつ、量刑上の二重評価を防ぐような配慮をすべきである。そう解するのであれば、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置も十分是認することができる。」

３、判例の分析

「かすがい現象」に関する日本の判例は、罪数論において「かすがい現

象」を認めることを明示的には示していないが、大審院以来、結論としては、それを認める判示を行ってきた。観念的競合の場合においても、牽連犯の場合と同様に、「かすがい現象」の存在を是認するのが、大審院以来の判例の主流であり、前掲高松高裁昭和26年４月27日判決と、前掲最高裁第一法廷昭和35年４月28日判決が、わずかにこの流れに抗している[24]。このような判例の状況に対しては批判がなされている。

第一に、本来併合罪となるべき数個の殺人罪が、住居侵入罪が「かすがい」となることによって、全体が科刑上一罪とされることになるが、数個の殺人罪の相互間には一罪処理を相当とする密接な関連性が認められないため、この処理は公平性を欠く。

第二に、新たな犯罪が加わったにもかかわらず、処断刑が軽くなることがある。たとえば、同一の機会において数人に傷害を負わせた場合、路上で犯行に及ぶよりも住居に侵入した上での犯行を行う方が、犯情が重いにもかかわらず、処断刑の上限は、路上の場合が併合罪加重により懲役15年となるが、住居内の場合は懲役10年となり、逆転することになる。また、住居侵入後に殺人等の罪を犯した、という重大事犯について、全体を科刑上一罪とすると、懲役15年を超える有期懲役を量刑する余地が失われることとなるのである[25]。この状況に対応して、近時、住居侵入後に殺人等の罪を犯した重大事犯について、は「かすがい」となる住居侵入罪を起訴する例が極めて少なくなっている。しかし、「かすがい」となる犯罪を起訴しないというような運用方針は、検察官の恣意により、不当に処断刑の上限を上下し得ることを黙認することにつながる[26]。

第三に、訴訟法上においては、一事不再理効の範囲が不当に拡張する恐れがある。前掲最高裁第三小法廷昭和33年５月６日判決のように、職業安定法63条２項の罪は、斡旋した婦女ごとに成立するにもかかわらず、集合犯である中間搾取罪（労働基準法６条、118条）を「かすがい」として、全体として一罪の関係に立つため、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ。

---

[24] 中山・前掲注（14）336頁。

[25] 川端博［ほか］編『裁判例コンメンタール刑法』第１巻（立花書房、2006年）498頁以下［木山暢郎執筆］；大塚・前掲注（20）356頁以下［中谷雄二郎執筆］。

[26] 大塚・前掲注（20）356頁以下［中谷雄二郎執筆］。

しかし、本稿第四章で分析するように、集合犯そのものが行為刑法の性質を有しているため、集合犯の中の個々の犯行が、それぞれ独立した特徴を有しているから、集合犯全体を「かすがい」として扱うことについては疑問がある。そのため、前掲東京高裁平成17年12月26日判決は、「審判権限が検察官の主張する訴因事実に拘束されるという訴因対象説を前提に、訴因以外の事実を審理に取り込むべきではない」として、「かすがい」にあたる児童淫行罪を起訴しないという検察官の措置を是認し、二重起訴にあたらないと判断したのである。以上からみれば、量刑不当に対応しても、不当に拡張される一事不再理効の範囲に対応しても、検察官が「かすがい」となる犯罪を起訴しないという運用は実務上でなされている。

さらに、近時、「かすがい」の一事不再理効について、最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定（第一審：前掲山口地方裁判所平成20年10月31日判決、原審：前掲広島高裁平成21年４月28日判決）が注目された。原審は、初回侵入の際に放火したという事実を認定したうえで、建造物侵入罪が「かすがい現象」であると認めたが、弁護人の弁論分離の請求（119号等事件と本件）が権利濫用であり、実質的に見て前訴因および後訴因が別罪であることを理由として、「かすがい現象」の一事不再理効を否定した。これに対して最高裁は、「かすがい現象」の一事不再理効を回避して、第一審判決の事実認定（再侵入の際に放火した）を認めたが、第一審とは異なる方法で（再侵入の際に新たな犯意が存在していたと認定した）、両侵入行為の関連性を否定して、前訴の一事不再理効は後訴に及ばないと判断したのである。では、なぜ最高裁は、第一審とも、原審とも異なる判断手法を用いたにもかかわらず、第一審及び控訴審と同じ結論を導き出したのか。

思うに、まず、日本においては、「かすがい現象」を是認する判例に対する批判が強いにもかかわらず、これが大審院以来の判例の主流である。批判の理由は、「かすがい現象」を認めると、一事不再理効の範囲が不当に拡張することになるからである。原審はこの問題に対応し、「かすがい現象」を認めながらも、その一事不再理効を否定した。このような大胆な手法は、現在の判例の流れとは異なるものであり、また、「かすがい現象」の一事不再理効に関する学説が乏しく、現行法規定を前提

に、いかにして合理的な限定解釈を施すか、という点を十分に検討する必要性がある。そのため、現状では、原審の大胆な手法に直ちに賛成することはできないように思われる。

次に、第一審判決で引用された訴因基準説の射程には疑問がある。最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決は、「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗を常習の発露という面に着目して一罪として、これを構成する各窃盗行為間に本来的な結びつきはない。前訴が単純窃盗、後訴も単純窃盗である場合に、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しない。前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。」と判示した。すなわち、「一罪性の強弱」という基準が、本判決における理論的射程となっている。各訴因の間の「一罪性」が弱いときは、訴因基準説を適用することができるといえよう。しかし、本事案において、両訴因は、犯行日と犯行場所が共通している。しかも、第一審は、再侵入行為は証拠隠滅を目的とするから、両侵入行為は包括評価できると判示している。この場合に、前訴の建造物侵入罪、窃盗罪と本件の放火罪は、結局一罪となる。しかし本件では、「一罪性」が弱いとはいえないのではないだろうか[27]。ゆえに、私見によれば、「一罪性」が強い本事案において、訴因基準説を適用する第一審の判断には疑問がある。また、訴因基準説そのものの妥当性に対しても、「本来常習一罪にあたる数罪を、検察官の裁量で一事不再理効を制限するような分断的起訴を許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまう」[28]などといった批判が提起されている。このため最高裁は、第一審判決の事実認定を認めたにもかかわらず、訴因基準説という公訴事実の単一性の判断方法を回避したのだと思われる。以上のように、本事案において、第一審と原審の判断手法には疑問があったため、最高裁は、正義の実現を念頭に置きつつ、再侵入が新たな犯意によるものであるとして、両侵入行為の関連性を否定することで、前訴の一事不再理効が後訴に及ばないという結論づけた。

---

[27] 宇藤崇「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」ジュリ1269号（2004年）202頁以下。
[28] 白取・前掲注（３）452頁。

しかし、再侵入が新たな犯意によるものかどうかについては、検討の余地があるように思われる。

二、ドイツ法の考察

（一）学説の整理

以下では、ドイツの学説が「かすがい」をめぐってどのような議論がなされているのかを見ていくことにしよう。[29]

1、刑法上の学説

（1）競合理論に関する通説に基づく解決

（a）「観念的競合による解決（die Idealkonkurrenzlösung）」

「かすがい外し」（Entklammerung）を肯定した判例においては、ただ一回だけ実施され、それが継続しているC行為が複数回にわたって評価され、それとA行為とB行為とをそれぞれ観念的競合として形成する。Wahle, Puppe, Eb.Schmidtは、「かすがい外し」を肯定した判例におけるC行為に対する重複評価が本質的で、かつ構造的な矛盾であり[30]、また、量刑の点からみれば、「責任主義」に違反する（gegen das Schuldprinzip Verstoße）と批判した[31]。

しかし、なぜこれが「責任主義」に違反するのだろうか。その理由は以下のとおりである。

量刑上からみると、「かすがい外し」を肯定した判例において、観念的競合のC行為が附属品（Annex）と見なされるとしても、ただちに見逃される（übergehen）べきではない。C行為を複数回考慮しなければ、

---

[29] 本章のドイツ学説の整理について、Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Diss., 1981, S.82ff; Sebastian Cording, Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, Duncker & Humblot, 1993, S.213ff などに参考した。

[30] Wahle, GA 1968, 106; Puppe, S.201f; Eb.Schmidt, JZ 1951, 23.

[31] Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, §52 Rdn.19., 8.Aufl., Berlin : Luchterhand, 2001.

行為者の犯した不法性を完全に記述できない。具体的に言えば、過失殺人事件の量刑過程からみれば、付随原因となる運転中の飲酒Ｃは刑罰加重の要素となる。「かすがい外し」を肯定した判例において、観念的競合のＣ行為だからこそ刑罰が加重されなければならないということは言及されていないとしても、観念的競合のＣ行為を考慮することが許容されている（darf）[32]、あるいは、考慮しうる（kann）[33]ということが明確であろう。それにもかかわらず、刑罰の加重は裁判官の自由裁量に委ねることまでは意味していない[34]。

裁判官が行為責任を特徴とするすべての状況（alle die Tatschuld kennzeichnenden Umstände）を考慮しなければ、行為者の責任を正確に測定した刑罰を下すことができないという結論が得られた。上述の結論に基づけば、「かすがい外し」を肯定した判例において、観念的競合のＣ行為が重い犯罪の附属品（Annex）ではない。なぜなら、最も重い犯罪の中に観念的競合のＣ行為を算入しなければ、行為の不法性（Unrecht）と責任（Schuld）を完全に記述することができないからである。もしＣ行為を算入すれば、行為の不法内容（Unrechtsgehalt der Tat）と責任内容（Schuldgehalt der Tat）が強化され、通常は刑罰が加重される[35]。その上、「かすがい外し」の場合において、Ｃ行為が一回のみではなく、複数回評価される。そうすると、Ｃ行為の責任が複数回加重される。その上で、行為者の上述の不利益の結果をいかに回避するのかは現在もまだ解決されていない。それゆえ、「かすがい外し」を肯定した判例において、Ｃ行為に対する重複評価が量刑上からみれば、「責任主義」に違反したといえるから、「観念的競合による解決」を主張する。

「観念的競合による解決」は「責任主義」に違反せず、しかもＣ行為の重複評価を回避するものである。さらに、Puppe，Eb.Schmidt のよう

[32] BGH, VRS 22, 121, 124.

[33] BGH, VRS 21, 45.

[34] Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2.Aufl., Köln: Heymann, 1974, S.87ff.

[35] Vgl. Bruns, a.a.O (34)., S.468.

な論者も、当該解決に対して若干の修正を作った[36]。それにもかかわらず、当該解決は行為者にとって有利に過ぎ、不公平である。なぜなら、行為者は独立して犯罪を犯したのみならず、継続しているＣ犯罪をも実施したからである[37]。

（ｂ）「実在的競合による解決（die Realkonkurrenzlösung）」

R.Schmitt[38]、Schmidhäuser[39]、Stratenwerth[40]は「実在的競合による解決」を主張した。彼らの見解によれば、Ａ行為、Ｂ行為、Ｃ行為をそれぞれ単独刑（eine Einzelstrafe）に処してから、併合刑（Gesamtstrafe）として処罰する。その上で、「かすがい」を原則とし、「かすがい外し」を例外とする通説を放棄した。なぜなら、実務上「かすがい外し」は頻繁に用いられているため、「かすがい」に対応する原則と例外は、実際には逆にされたと考えられるからである。

しかし、「実在的競合による解決」の構造と観念的競合の基本的前提は互いに矛盾している（widerspricht）。なぜなら、一方で、「実在的競合による解決方法」の論者自身は実行行為の部分的同一性を持つ２個の行為を観念的競合とする通説に賛成し、他方で、「かすがい」事例において、継続しているＣ行為さえあれば、行為単一が行為複数に転じると考えているからである。すなわち、「Ａ行為とＣ行為」の観念的競合および「Ｂ行為とＣ行為」の観念的競合が「Ａ行為、Ｂ行為、Ｃ行為」の実在的競合に転じ、併合刑として処罰されることになる。しかし、このような変な転換を、適切な理由で説明できない。言い換えれば、「実在的競合による解決」は解釈論上の欠陥（dogmatisch fehlerhaft）があり、実行行為の部分的同一性を持つ２個の行為を観念的競合とする通説を否定しなければ、構造上の欠陥により、当該解決方法を援用することがで

---

[36] Puppe, Eb.Schmidt の見解を後述を参照されたい。

[37] Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Diss., 1981.S.86.

[38] ZStW 75 (1963), 48.

[39] Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Tübingen, 1975, 18/41.

[40] Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil Ⅰ, 2.Aufl., Köln : Heymann, 1976, Rdn.1244.

きないのである[41]。

この欠陥に対して、「実在的競合による解決」を主張する論者は反駁をしなかった。彼らの見解によると、行為者が不当な利益を得ないために、観念的競合の「A 行為と C 行為」および「B 行為と C 行為」をそれぞれ刑法52条により最も重い刑に処してから併合刑として処罰する（この場合、C 行為が複数回評価される）というより、むしろ直接に刑法53条により「A 行為、B 行為、C 行為」三者をそれぞれ単独刑と処してから併合刑（行為複数―併合刑）として処罰すべきであるとする。R. Schmitt はこれを『実行行為の部分的同一性――観念的競合』原則の例外と呼んでもよい、と指摘した。彼の観点によると、この例外が可能でろう。その理由として、１個の構成要件のまとめを通じて、事実上の複数の行為を１個の単一行為に合併することができるからには[42]、逆に、実体的正義と刑事政策上で説得力がある理由に基づき、１個の単一行為を強制的に行為複数に分離することができる（eine Handlungseinheit zu sprengen）[43]。

「実在的競合による解決」は「A 行為、B 行為、C 行為」三者をそれぞれ単独刑に処してから併合刑として処罰するため、結局、行為者に重い刑罰を科すというかなり重大な危険に導く傾向がある。裁判官は比較的に軽い併合刑（durch eine niedrigere Gesamtstrafe）を科さなければ、責任に応じた刑罰を下すことができない。つまり、数個の単独刑のため生じる欠陥を調整することができない[44]。

以上からみれば、「実在的競合による解決」は１個の「かすがい」行為に通じて、独立した２個の行為を１個の行為に合併することを阻止したため、行為者が不当な利益を得ないというメリットがあるが、解釈論上で、実行行為の部分的同一性を持つ２個の行為を観念的競合とする通説

[41] Gerhard Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Duncker & Humblot, Diss., 1981.S.87.

[42] 例えば、連続犯。R.Schmitt の主張を提出した時、ドイツでは連続犯はまだ放棄されていなかった。

[43] ZStW 75 (1963), 48.

[44] Vgl. Gerhard Werle, a.a.O (41)., S.88.

と矛盾している[45]ため、実用性につき疑問が残る。

（ｃ）「優先の原則」（das Vorrangsprinzip）

ドイツ刑法52条２項１号は「数個の刑罰法規が侵害されたときは、刑は、最も重い刑が定められた条文に従って決定される。」と規定する。この条文によると、侵害された最も重い条文は主導的な作用を果たしている。すなわち、いずれの侵害された刑罰法規が刑の処罰範囲に算入することを決めるときに鍵となるのは、侵害された最も重い刑罰法規である。しかし、ドイツ刑法52条２項１号には隠れた前提がある。それは、刑罰法規を侵害した数罪は、実行行為の同一性を備えているということである[46]。少なくとも、実行行為の部分的同一性を備えていなければならない。なぜなら、もし実行行為の部分的同一性がなければ、数罪の刑の軽重を問わず、併合罪として処されるからである。実行行為の部分的同一性はドイツ刑法52条２項１号に適用される、最も優先的な原則である。

「優先の原則」を念頭に置きつつ、もう一度「かすがい現象」を考えてみよう[47]。

（１）「かすがい」とするＣ罪が最も重い場合、すなわちC>A>B もしくはC>B>A

この場合（たとえば、C>A>B）は、ＣとＡは実行行為の部分的同一性を備え、またＣはＡより重いから、刑法52条により、Ｃ罪だけが処罰される。同様に、ＣとＢはＣ罪だけが処罰される。しかしＣ罪を２回計算してはいけないから、最終的にはＣ罪だけが処罰されることになる。

（２）「かすがい」とするＣ罪の量刑がＡ罪とＢ罪の間にある場合、すなわちA>C>B もしくはB>C>A

この場合（たとえば、A>C>B）は、ＣとＡは実行行為の部分的同一

[45] Vgl. Gerhard Werle, a.a.O (41)., S.88.

[46] Eberhard Struensee, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 89) Ludwig Röhrscheid, 1971, S.28.

[47] Vgl. Struensee, a.a.O (46)., S.28, 29. Struensee の論説でＢを「かすがい」とするが、本論文で一律にＣを「かすがい」とする。

性を備え、またＡはＣより重いから、刑法52条により、Ａ罪だけが処罰される。同じ理由で、ＣとＢはＣ罪だけが処罰される。このとき、ABCの３罪はＡ罪とＣ罪の２罪になる。しかし、Ａ罪とＣ罪は実行行為の部分的同一性を備え、同時に処罰してはいけないから、刑法52条により、Ａ罪だけが処罰されることになる。

（３）「かすがい」とするＣ罪が最も軽い場合、すなわちA>B>Cもしくは B>A>C

この場合（たとえば、A>B>C）は、ＣとＡは実行行為の部分的同一性を備え、またＡはＣより重いから、刑法52条により、Ａ罪だけが処罰される。同じ理由で、ＣとＢはＢ罪だけが処罰される。この時、ABCの３罪はＡ罪とＢ罪の２罪になる。しかし、Ａ罪とＢ罪は実行行為の部分的同一性を備えないから、刑法52条を適用する余地がない。そのため、最後はＡ罪とＢ罪の併合罪として処理されることになる。

「優先の原則」から得られた結論は、ドイツ連邦通常裁判所が実体法上の「刑の軽重」という基準による得られた結論と等しい。つまり、「かすがい」となるＣ罪が最も軽い場合にしか、Ａ罪とＢ罪の併合罪と処されない。他の場合は、最も重い罪だけが処罰される。

（２）「行為」に対する新たな解釈および「かすがい」に対する影響

Puppe、Eb.Schmidtなどの論者は「行為」に対する新たな解釈を通じて、「観念的競合の解決」に対して若干の修正を作った。

（ａ）Eb.Schmidtによる「前法律的な、かつ社会的な理解」（vorjuristische soziale Sinnerfassung）

Eb.Schmidtの見解によると、「競合（罪数）の形式」は自然の意味での行為に決定されるわけではなく、「前法律的な、かつ社会的な理解」により決定される[48]。すなわち、決定的なのは時間と空間での身体運動の数ではなく、同視しうる社会的な意味での単一行為の数（die Zahl der identifizierbaren sozialen Sinneinheiten）なのである。

例えば、強盗殺人事件（Raubmordfällen）において、２人が殺害された場合、Eb.Schmidtの見解によると、当該事件での暴力の使用を２回に分け、それぞれを異なった社会的な意味での単一行為に実現する。強

[48] JZ1951, 23.

盗行為において、暴力の使用はただ抵抗を排除する意味での奪取手段にのみ関係し、それに対して、殺人行為において、暴力の使用はただ生命の消滅にのみ関係する。当該事例からみれば、身体運動は社会的な共存の意味で可分の機能を持ち（trennbare Funktionen im sozialen Zusammenleben）、強盗行為と殺人行為が実質的競合の関係であるということが分かる[49]。

（ｂ）Puppe による「不法の近縁性」（Lehre von der Unrechtsverwandtschaft）

Puppe の見解によると、「実行行為の全部の同一性および部分的同一性」は観念的競合の十分条件でもなく、必要条件でもない。彼の「解剖の方法（mit der Zerlegungsmethode）」に通じて、「かすがい」事例における連続犯、継続犯など反復的な時間上延ばした犯罪（hinsichtlich iterativer zeitlich gestreckter Delikte）が分離された。具体的に言えば、彼は継続犯を真正継続犯と不真正継続犯に区別し、例えば、被告人は、そもそもコレクションで拳銃を所持していた。しかし、ある時点で他者の殺意を決意し、さらにこれを実行した。殺意を決意した時点で、拳銃所持という継続犯の性質が変質したため、実体法上の単一性が否定される[50]。また、交通犯罪において、交通事故が挟まれば酒酔い運転（継続犯）は分離され、構成要件的な一体性も失われる。なぜなら、ひき逃げの決意はその前の運転の決意と異なるからである[51]。

また、「解剖の方法」のほか、Puppe は「不法の近縁性」に基づき、みずから独特な行為概念を主張し、「時間上延ばした結果犯」を「かすがい」とする場合に対応する。「時間上延ばした結果犯」は主に両行為犯または多行為犯（im wesentlichen zwei - und mehraktige Taten）を指すことである。例えば、殴打と強姦に伴う意思に反した誘拐である。Puppe の「不法の近縁性」理論によると、意に反した誘拐（C）のうち、反抗を

---

[49] Vgl.a.a.O (48).

[50] Ingeborg Puppe, Anm., JR 1986, 205.

[51] Claus Roxin, Strafrecht AT Ⅱ : Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck München, 2003, S.829 ; クラウス・ロクシン（著）山中敬一（監訳）『刑法総論第２巻・犯罪の特別現象形態』翻訳第２分冊（信山社、2012年）452頁以下。

抑圧し、かつその後の強姦（B）を実施するために、被害者を殴った（A）場合、「身体の傷害」というメルクマールが強姦（B）と殴打（A）いずれの構成要件にも存在しているから、両者の構成要件は、不法内容（身体の傷害）において近縁であり、相互に特徴づけあっている（mitqualifiziert）。殴打（A）は誘拐（C）を複雑にさせる（erschwere）。誘拐（C）は被害者を車に引っ張り込んだから始まり、強姦の時点で終了する[52]。

Puppe の「不法の近縁性」理論によって、実行行為の同一性あるいは部分的同一性ではなく、実現された構成要件の「不法の近縁性」が観念的競合の基準となる。例えば、不真正文書を用いた詐欺行為の例において、Puppe も観念的競合を認める。そうなるのは、263条の欺罔行為と267条による行使とが同一の行為によって行われたからではなく、「欺罔」というメルクマールがいずれの構成要件にもあるからである。このことによって、この二つの構成要件は、不法において近縁であり、相互に特徴づけあっている。その結果、最も重い刑を予定する構成要件による一回の処罰で、制裁としては十分だということになる[53]。

Puppe は、刑法52条の目的を「１個の行為に対する二重評価を禁止し、また近縁性を有する不法内容（der Zusammenfassung verwandter Unrechtssachverhalte）をまとめること」と考える。「不法の近縁性」という解決方法は、ただ「かすがい行為」C の量刑の軽重のみに着目する伝統的な観点と異なり、「A 行為、B 行為、C 行為」三者を総合的に考慮するものである。

２、刑訴法上の学説

刑法上の各々の解決方法に対して、訴訟法上では「かすがい現象」の一事不再理効に対応する学説が少ない。

（１）「所為複数説」（Tatmehrheit）

Krauth, Neuhaus は、実行行為の部分的同一性を備える観念的競合で

[52] Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, Duncker & Humblot, Habili., 1979.S.209.

[53] Vgl. Roxin, a.a.O (51)., S.818ff；山中敬一（監訳）・前掲注（51）438頁以下。

も、必ず訴訟上の所為単一を構成するわけではないからには、「かすがい」が存在する場合、もちろん訴訟上の所為単一を必ず構成するわけではないと主張する。

連邦通常裁判所刑事第四部1969年11月５日判決（BGHSt.23, 141）と連邦通常裁判所刑事第三部1980年６月11日判決（BGHSt.29, 288）は、「かすがい外し」の場合に、数個の訴訟上所為が存在するという（本章のドイツ判例の整理を参照する）。数名の論者は判例の立場を認め、このような扱い方は二重評価の禁止に違反しないと主張した[54]。というのは、実務上、軽微犯罪の継続犯に対する二重評価そのものは量刑の枠（im Rahmen der Strafenbildung）に与える影響が大きくない[55]からである。また、自然的観察（natürliche Betrachtung）により同じ結論が得られるからである[56]。

（２）「所為単一説」（Tatidentitat）

通説は従来の判例[57]に賛成し、実体法上で「かすがい外し」が存在するが、これは訴訟法上の行為の判断と関係なく、実体法上で「かすがい外し」を認めても、訴訟法上相変わらず一つの所為しか成立しないという立場を取る[58]。その理由は主に以下のとおりである。犯罪行為Ａと軽微の継続犯罪Ｃが観念上の競合関係にある場合は、一つしか訴訟手続で判決されない。同様に、犯罪行為Ｂと軽微の継続犯Ｃが観念上の競合関係にある場合も、一つしか訴訟手続で判決されない。したがって、犯罪行為ＡとＢは必ず一つの訴訟手続だけで判決されるため、ＡとＢとＣは訴訟法上一つの所為である。

しかし、訴訟法上の所為単一を認めれば、犯罪行為Ａもしくはが、犯罪行為Ｃに対する判決の後で発見された場合、Ｃに対する判決の一事不再理効の範囲に含められるかどうかということが問題（unlösbare

[54] Kleinknecht/Meyer, §264 Rdnr 6; Fleische, NJW 1979, S.249; Roxin, Strafverfarensrecht, §20 B.I.3.c)

[55] Werle, JR 1979, S.98.

[56] Kleinknecht/Meyer, §264 Rdnr 6.

[57] Entscheidungen der OLG und BGH, VRS 21, 341.

[58] Grünwald, JZ 1970, S.330.

Probleme）になる。なぜなら、犯罪行為ＡとＢを２つの異なった訴訟上の所為とする場合にのみ、犯罪行為Ａもしくは Ｂのいずれかが、Ｃに対する判決の一事不再理効の範囲に含められないからである。犯罪行為ＡとＢの所為単一を認めれば、前判決が犯罪行為Ｃだけを審判対象としても、犯罪行為Ａもしくは ＢがＣに対する判決の一事不再理効に含められるべきであろう。それに対して、犯罪行為者はある継続犯より重い犯罪（Ａもしくは Ｂ）で判決を受けた後、公訴消滅が重い犯罪（Ａもしくは Ｂ）にのみ及ぶ。前者（軽微の継続犯罪Ｃの判決の後、Ｃと観念的競合のすべての犯罪に対して公訴できない、というような広い範囲での公訴消滅）と後者（狭い範囲での公訴権消滅）は評価上矛盾している（ein Wertungswiderspruch）。なぜなら、後者はより重い犯罪（例えば、Ａ）でより重い刑罰を受けた後、再訴追されうるという結果となるからである[59]。

（３）「折衷説」（die vermittelnde Position）

Gollwitzer と Hürxthal は、原則として、実体法上「かすがい」と「かすがい外し」を区別する思考方法は訴訟法上の所為概念の判断に用いることができないが、個別の事例において、自然の観察方法により訴訟法上の数個の所為という結論を出すことができると主張する。例えば、「かすがい」以外の犯罪の量刑が「かすがい」となる犯罪より著しく重い場合や、継続犯の量刑が著しく重い時、それらを分割してそれぞれ評価すれば、単一の生活経歴を不自然に割ると認められる場合である[60]。

（二）判例の整理――「かすがい外し」適用の拡張へ[61]

１、「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例

①連邦通常裁判所刑事第四部1973年２月22日判決（MDR1973, 556）

---

[59] Grünwald, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, S.743; Werle, JR 1979, S.98.

[60] KK-Hürxthal, §264 Rdnr.8; LR-Gollwitzer, §264 Rdnr.7.

[61] 伊藤利明「ドイツの判例における『かすがい』理論」法学59巻５号（1996）647頁以下、辻本典央「公訴事実の同一性概念について（１）」近畿大学法学54巻２号（2005年）174頁以下などに参考した。

【事実の概要】

被告人は、知り合いになった女性を家まで送ると騙して、自己の車に誘った。その後、人気のない野道に連れ込み、強姦しようとした。被告人はその間、その自動車を無免許で運転していた。前訴において、被告人は、無免許運転罪で有罪判決を受けた。

【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。自然的な観察によれば、無免許運転と強姦未遂は、実体法上の独立な、かつ可罰的な行為である。しかし､本件において､不同意誘拐によって両者が結ばれることとなる。ここでは、不同意誘拐は女性の助けのない状況での場所移動と、当該状況を利用して、猥褻という２個の行為から構成される。…不同意誘拐の刑は強姦未遂より軽いが、無免許運転よりは重いため、両者は不同意誘拐によって、１個の行為に結ばれる。本件の公訴権は消滅した。

②連邦通常裁判所刑事第四部1981年１月15日判決（StV 1981, 116）

【事実の概要】

被告人は共同被告人と共に被害者を車に誘い、酒酔い運転の途中、共同被告人と共に強姦を試みたが、被害者の抵抗のため、未遂になった。その後、被告人は酒酔い運転を再開し、人気がない農家に連れ込み、共同被告人と共に被害者を強姦した。前訴において、被告人は、刑法316条２項の罪（飲酒により運転不能な状態での過失による運転）により有罪判決を受けた。後訴において、裁判所は、被告人が強姦罪の共同正犯として有責であると判断したが、前訴判決の既判力が後訴の強姦罪にも及ぶから、本件を打ち切ると判示した。

【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。第２の強姦現場までの運転行為は､過失による酒酔い運転のみならず､不同意誘拐罪にも該当する。強姦未遂の後の運転行為は、被告人が暴行を手段として、被害者の意思に反して、第２の強姦現場まで運んだものといえる。また、そのような一連の行為により、過失による酒酔い運転罪と不同意誘拐罪は観念的競合の関係となる。さらに、誘拐罪は、強姦罪と過失による酒酔い運転罪よりも刑の軽い犯罪とは認められないので､「かすがい現象」が認められる。本件の公訴権は消滅した。

③連邦通常裁判所1983年８月９日判決（StV 1983, 457）

【事実の概要】

被告人は、共同被告人と共に自動車窃盗を行った後、無免許運転の途中、３名の娼婦を車内に誘い込んだ。その後、３名の娼婦に対して、金銭を脅し取り、さらに、そのうちの１名に対して、強姦と性的強要を行った。被告人は、前訴において、自動車窃盗と無免許運転との観念的競合により、有罪判決を受けた。後訴において、強姦罪並びに性的強要罪の成立のため、有罪判決を受けた。

【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。被告人の無免許運転の目的は被害者を強姦現場まで運ぶことであり、これは誘拐罪にも該当する。また、強姦並びに性的強要は、誘拐行為を通じて行われたものである。誘拐行為は、前訴において起訴されていたが、これと無免許運転、強姦並びに性的強要は、刑法上１個の行為に結びつけることが可能である。前訴において、被告人は無免許運転により、有罪判決を受けた。既判力を有する無免許運転に関する前訴判決は、本件において確定された法律侵害を１個の行為、かつ１個の所為に結びつけている。本件の公訴権は消滅した。

２、「かすがい」の一事不再理効を否定した判例

①連邦通常裁判所刑事第二部1950年12月19日判決（BGHSt.1, 67）

【事実の概要】

被告人は、実質的競合の関係にある５件の文書偽造を行ったとして、有罪判決を受けた。被告人は、本件文書偽造と、前訴で訴追され有罪判決を受けた文書偽造行為とは連続犯（管理委員会法18号13条違反）を構成するから、本件の公訴権は消滅したと主張して上告した。

【判決】

連邦通常裁判所は、「行為者が行われた数個の可罰的行為は同時により軽い可罰的な連続的行為として認められる。この軽い刑罰規範を考慮せず、現行法に基づき、個々の犯行に対してそれぞれを適当な刑罰を科し、さらに併合罪として処罰するべきである。そうすると、被告人の責任が正当に償われることができる。…しかし、複数の犯行を１個の犯行

と認めると、彼の責任が軽くなる。これは現実をゆがめる解釈であろう。…より重い可罰的行為である数個の事件が、より軽い犯罪行為である１個の事件に従属させられるとするならば、人間の態度に対する社会的・倫理的評価を逆転させてしまう。本件の公訴権は消滅していない」と判示した。

②連邦通常裁判所刑事第四部1952年８月29日判決（BGHSt.3, 165）

【事実の概要】

被告人は、前訴において、「卑金属の無許可営業罪」と「未成年者からの卑金属取得罪」との観念的競合によって罰金刑に処された。後訴である本件では、被告人が同時期に行った「卑金属の犯罪隠匿罪」に対する公訴権の存否が問題となったが、原判決は、無許可取得営業罪を「かすがい」として、前訴の対象たる無許可取得営業罪（連続犯）と本件の対象たる「卑金属の犯罪隠匿罪」が刑法上１個の行為となり、本件の公訴権は消滅したと判示した。

【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。前訴において、「卑金属の無許可営業罪」と「未成年者からの卑金属取得罪」が観念的競合となり、本件において、「卑金属の犯罪隠匿罪」と「卑金属の無許可営業罪」が観念的競合となる。しかし、前訴の「卑金属の無許可営業罪」と本件の「卑金属の無許可営業罪」との間においては連続犯の関係を否定すべきであり、さもなければ、自然的観察および生活の需要の結果に反する。また、量刑の点において「卑金属の犯罪隠匿罪」は「卑金属の無許可営業罪」より重く、より軽い犯罪によって他の重い罪が結合されることはないから、「卑金属の犯罪隠匿罪」の独立性は失われない。本件の公訴権は消滅していない。

③連邦通常裁判所刑事第四部1969年11月５日判決（BGHSt.23, 141）

【事実の概要】

被告人は、酒酔い運転のため、別の乗用車に衝突させ、重大な被害を与えたにもかかわらず、事故惹起の責任を免れるべく、その場から逃走した。その後、街路樹に衝突させ、同乗者に傷害を負わせた。前訴において、被告人は、第２の事故に関して、「過失による身体傷害罪」と「飲酒による過失往来危険罪」との観念的競合により有罪判決を受けた。後

訴においては、第１の事故に関して、「飲酒による過失往来危険罪」およびひき逃げ罪の成否が問題とされている。

【判決】

連邦通常裁判所は、次のように判示した。前訴判決により明示的に有罪と判断されたのは「過失による身体傷害罪」と「飲酒による過失往来危険罪」のみであるが、公訴権消滅との関係においては、「飲酒による過失往来危険罪」と法条競合の関係に立つため適用されていない「運転不能状態における過失による運転罪」をも考慮する必要がある。「運転不能状態における過失による運転罪」は２件の事故双方にまたがり継続して成立しているものと認め得るが、この刑が「過失による身体傷害罪」とひき逃げ罪より軽いため、これによって全体を１個の行為として認めない。本件の公訴権は消滅していない。

④連邦通常裁判所刑事第三部1980年６月11日判決（BGHSt.29, 288）および連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）[62]

近時、禁止結社への構成員としての関与の罪について、以下の判例がみられる（BGHSt.29, 288の判旨に従う）。

⑤連邦通常裁判所刑事第三部2001年３月30日判決（NJW2001, 2643）

【事実の概要】

被告人は、1990年以来ドイツで禁止されていた国際的政治結社の構成員として活動していた。1997年４月25日の午後、結社の宣伝活動のため、飲食店を訪れた。同店でいさかいが生じ、報復のために、その日のうちに同店を襲撃することを計画した。店主が店に戻ってきたため、当初の襲撃計画にはなかった店主の殺人を実行した。

【判決】

連邦通常裁判所は、４月25日の行為は全体にわたり禁止結社構成員罪との間で実体法上単一の関係にあると認めつつ、BverfGE 56, 22とBverfGE 56, 22の判旨を援用し、「実体法上の１個の行為が常に訴訟法上の１個の所為であるが、両者の機能は異なっているから、これ以上の対応関係はない」と指摘し、さらに禁止結社構成員罪と謀殺罪は１個の行為であるにもかかわらず、量刑の点において禁止結社構成員罪よりも

[62] 第二章二、ドイツ法（二）判例の観点を参照されたい。

重い、店主に対する謀殺罪については、公訴権は消滅していない、と判示した。

⑥連邦通常裁判所刑事第三部2001年３月30日決定（BGHSt 46, 349）

【事実の概要】

被告人は、1975年以降、テロ組織「RZ」の構成員として同年の爆弾事件に関与していた。その後、1985年から1990年までテロ組織「RZ ベルリン支部」の構成員として、1987年の爆弾事件にも関与した。

【判決】

連邦通常裁判所は、「RZ」と「RZ ベルリン支部」の連続性を否定した。さらに、次のように判示した。仮に連続性が肯定されるとしても、従来の判例によれば、組織の構成員の個々の活動だけが前訴における公訴および判決の対象であり、被告人が前訴により組織のための全ての関与活動が包括して処理されたことについてもやむをえない場合を除いて、前訴と後訴の所為複数を肯定すべきである。

３、小括

（１）BGHSt.29, 288と BverfGE 56, 22に対する評価

リーディングケースである BGHSt.29, 288と BverfGE 56, 22両判決は、組織犯罪の領域において、実体法上行為単一の場合常に訴訟法上も単一の所為であるという原則に対して例外があるということを認めた。これは、訴訟法上の所為にめぐる新たな議論である。両判決は結論として刑事政策的に望ましいものであるとはいえるが、次の批判がなされていた。例えば、Peter Rieß は、連邦通常裁判所は、刑法129条の特殊性を強調するが、連邦憲法裁判所の判示からは、むしろ例外が一般化されるおそれもある[63]。

Gerald Grünwald も、大体 Rieß と同じような批判を行う。その上、実体法上行為単一については刑罰が一個しか科されないという刑法の原則からみれば、両判例の結論も妥当ではないと主張する。また、後訴において犯罪の軽重により所為概念の範囲が決定されることになること

[63] Peter Rieß, Anm., NStZ 1981, 74.

も、従来の理論とは異なるものであると指摘した[64]。

Karl Heinz Gössel は、結論には賛成しつつ、その理由について反対する。彼は、保護法益の視角から、刑法129条の保護法益は、構成員が組織の目的のため実行した殺人罪などの具体的法益侵害を包括するものではないため、法益侵害の異質性という観点から行為単一および所為単一が検討されるべきであると主張する[65]。

Gerhard Werle は、この問題について、BGHSt.29, 288が一事不再理効を否定した結論を支持するものの、実体法上行為単一の関係を認めつつ訴訟法の場面での分割を導く理論構成を批判し、むしろ、実体法上の行為単一を否定する方向で基礎付けるべきであると主張する[66]。

Gerhard Fezer は、この問題を解決するために、立法論から方法を求めるべきであると主張する。Fezer は、立法者は刑法129条の制定に際し訴訟における一事不再理効という問題を十分意識していなかったとして、立法上の不備を指摘しつつ、刑法129条の廃止を主張する[67]。

（２）「刑の軽重」という基準の分析

上述の判例からみれば、実体的正義を実現するために、ドイツ連邦通常裁判所は実体法上の「刑の軽重」という基準を借用し、訴訟法上において、「かすがい外し」の適用を拡張した。すなわち、「かすがい」となる罪が他の罪よりも法定刑が軽い場合は「かすがい」を認めず、前訴の一事不再理効は、後訴には及ばない。

「刑の軽重」という基準はもともと実体法上において、量刑の不均衡を回避するために、「かすがい」を否定する方法である。では、具体的にみれば、「刑の軽重」という基準はどのように機能しているのか。以下の分析を見よう。

①もし「かすがい」を認めたとすれば、Ａ罪とＣ罪（かすがい）とＢ

---

[64] Gerald Grünwald, Anm., StV 1981, 326.

[65] Karl Heinz Gössel, Anm., JR 1982, 108.

[66] Gerhard Werle, Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW 1980, 2671.

[67] Gerhard Fezer, §§129, 129a und der strafprozessuale Tatbegriff, in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S.125.

罪の観念的競合を認めて、ドイツ刑法52条（旧刑法73条）により、これらの犯罪の法定刑のうちで最も重いものから宣告刑に導く。C 罪の法定刑が A 罪と B 罪の両方より軽い場合（A>C かつ B>C）、処断刑は A 罪と B 罪の中の最も重い法定刑により決定される。（AorB）

②逆に、「かすがい」を認めないとすれば、A 罪と B 罪は実質的競合関係にある。ドイツ現行刑法53条（旧刑法74条）により、処断刑は両者を合算して決める。（A＋B）

そのゆえに、「かすがい」を認めれば、量刑が軽すぎる恐れがある（（A＋B）＞（AorB））ため、ドイツ裁判所は「刑の軽重」という基準を採用した。すなわち、A 罪と B 罪のいずれかさえ C 罪の法定刑より重ければ、「かすがい外し」になる。逆に、C 罪の法定刑が A 罪と B 罪のいずれよりも重ければ、「かすがい」と認めるのである。

これを加えて、ドイツ連邦通常裁判所刑事第二部1982年３月26日決定（BGHSt31, 29）は、「刑の軽重」という基準を発展した。この判例によると、他の二つの犯罪の一つのみが、「かすがい」となる犯罪よりも重いときは「かすがい作用」をも認めた。すなわち、「かすがい」となる犯罪は必ずしも他の二つの犯罪よりも重い場合にしか、「かすがい作用」が認められないわけではない。（A>C>B（C＝かすがい）→「かすがい作用」をも認めた）

そしてこの判例は、「刑の軽重」という基準とは矛盾しない。理由は以下のとおりである。法定刑の重さが A>C>B（C ＝かすがい）のとき、

①もし「かすがい」を認めたとすれば、処断刑は A である。

②もし「かすがい」を認めないとすれば、併合罪になり、A>C → A, C>B → C、処断刑は A ＋ C になる。しかし、A と C は科刑上一罪のため、最後の結果は A ＋ C になったら、実は一罪を二重評価することになる。

以上から見れば、この場合、もし「かすがい」を認めないとすれば、二重評価になるため、やはり「かすがい」を認めるほうが妥当である。

三、私見―制度目的対応説

現在の通説によれば、一事不再理の制度目的は、一つの事件に対する

二重の危険を禁止することである。これに対して罪数論の制度目的は、一つの行為に対する二重評価を禁止することである。両者は類似しているから、一事不再理の「一事」を判断する時に、罪数論の判断基準を借用することが可能である。

しかし、このような借用は集合犯の場合には成立しえない。なぜなら、集合犯の制度目的は一つの行為に対する二重評価を禁止することではないからである。したがって、罪数論の判断基準をそのまま集合犯の一事不再理効を判断する場合に借用すれば、不合理な結果がもたらされることになる。

これに対して、このような借用関係は観念的競合と牽連犯の場合には成立しうる。というのは、観念的競合と牽連犯の制度目的と、一事不再理の制度目的は類似しているからである。

私見によれば、「かすがい」が介入する場合には、一事不再理の「一事」を判断する際に、実体法における罪数論の判断基準をも借用することができる。なぜなら、集合犯と異なり、「かすがい」の罪数論上の制度目的と訴訟法上の一事不再理の制度目的は類似しているからである。理由は以下のとおりである。

ドイツ連邦通常裁判所が採用した「刑の軽重」という基準は以下の二つの難点を解決することができる。すなわち、一罪か併合罪かは重なる部分が犯罪中の比率のいかんにより決定される。重なる部分が小さい場合、併合罪と評価される。なぜなら、この場合、二重評価の恐れがないからである。

法定刑の重さが A>C かつ B>C（C＝かすがい）のとき、最終的な結果は A＋B になる（併合罪の計算）。すなわち、この場合、併合罪と評価しても、C 罪は二重評価されていない。

例えば、１回の住居侵入で２人を強姦した事件は、二つの強姦罪と評価されるべきである。日本の住居侵入をして三人を殺害した場合、科刑上一罪とみなす判例は、ドイツの「刑の軽重」という基準の適用により、併合罪となり、他の二つの殺人行為も刑罰に処される。

逆に、重なる部分が大きい場合には、併合罪と評価されれば、二重評価の恐れがあるから、二重評価を避けるために、「かすがい」全体が一罪と評価される。

法定刑の重さがC>A かつ C>B（C＝かすがい）のとき、最終的な結果C罪は二重評価されてしまう（併合罪の計算）。この状態を避けるため、C罪は１回しか評価されない。

極端な例として、１回住居侵入を行って、窃盗を２回したが、毎回100円しか窃盗しないという事件は、一つの住居侵入罪と評価されるべきである。

同じように、訴訟法上でも、実体法と類似する二つの難点を解決するべきである。すなわち、第一に、重なる部分があるため二重の危険が発生するのを回避することであり、第二に、重ならない部分を起訴しない、ということを避けることである。この点については、ドイツ連邦通常裁判所がやはり上述の「刑の軽重」という基準を利用して、判断している。重なる部分が小さい場合、例えば、１回住居侵入をしてから２人を強姦した事件で、最初は一人を強姦したことしか判明しなかったため、一回の強姦罪として起訴されたが、判決が下された後になって、もう一人を強姦したこたが判明した場合、もう一度強姦罪として被告人を起訴することができるだろうか。この場合、「刑の軽重」という基準によれば、起訴することは可能である。逆に、重なる部分が大きい場合、極端な例として、１回住居侵入をしてから窃盗を２回したが、毎回100円しか窃盗しなかったという事件は、実体法上１つの行為と評価すべきであるため、住居侵入罪としていったん起訴されれば、再び起訴することはできない。すなわち、「かすがい」につき、ドイツで、実体法と訴訟法が対応している。

思うに、上述の実体法上の難点に対し、通説である積極説は量刑上の運用で解決を図るべきことを指摘しているが、それに対する疑問も有力であり、そのほか、消極説や折衷説といった見解も存在しており、議論は一致していない。また、判例においても統一的な基準はまだ存在していない。このような状況を鑑みると、上述の分析の上で、ドイツ法の「刑の軽重」という基準を、日本において参考にすることが可能であると考えられる。同様に、実体法の当該基準も「かすがい」が介入する場合、訴訟法上の一事不再理効の範囲を判断するときに適用できよう。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日

授与）「罪数論と一事不再理効の関係の再構成――『かすがい』、集合犯を中心として」に加筆・修正したものである。本稿の作成にあたり、指導教員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の瀧本京太郎氏には日本語の訂正をしていただいた。心からの感謝を申し上げる次第である。

論　　説

個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（３）

佐　藤　結　美

目　　次

第１章　はじめに
　第１節　問題の所在
　第２節　研究方法

第２章　日本法における個人情報保護の現状
　第１節　秘密漏示罪
　第２節　信書開封罪
　第３節　支払用カード電磁的記録不正作出準備罪
　第４節　不正指令電磁的記録に関する罪
　第５節　不正アクセス禁止法
　第６節　個人情報保護法
　　第１項　成立過程と概要
　　第２項　罰則の方式に関する議論
　　第１款　個人情報保護検討部会の議論
　　第２款　個人情報保護法制化専門委員会の議論
　第７節　小括　　（以上、65巻３号）

第３章　イギリス法における個人情報保護
　第１節　1998年データ保護法の概要
　　第１項　基本事項について
　　第２項　データ保護原則（Data Protection Principle）について
　　第３項　罰則について
　　第１款　データ保護原則の違反

第２款　個人データの不法取得等の罪
第２節　個人データの不法な取得等に対する直接罰規定について
第１項　1998年データ保護法55条の制定過程と行為態様
第２項　55条違反の犯罪の主観的要素
第３節　情報コミッショナーによる個人情報保護の現状について
第１項　報告書「プライヴァシーの価値とは何か？
（What price privacy?）」
第２項　第２報告書「続・プライヴァシーの価値とは何か？
（What price privacy now?）」
第３項　金銭的制裁について
第４節　センシティブな個人データ（sensitive personal data）に
関する法的規制
第１項　センシティブな個人データに含まれるデータについて
第２項　データの取り扱いの条件
第５節　小括　（以上、65巻４号）

第４章　フランス法における個人情報保護
第１節　1978年情報処理・情報ファイル及び諸自由に関する法律の
概要
第１項　基本事項について
第２項　情報処理・全国自由委員会（CNIL）
第３項　刑法典における処罰規定
第２節　刑事罰について
第１項　詐欺的・不誠実・不正な手段による情報収集の罪
（刑法226－18条）
第２項　市場調査等のための情報処理の罪（刑法226－18－１条）
第３項　センシティブ情報の入力・保存の罪（刑法226－19条）
第１款　刑法226－19条・1978年法８条の成立過程と憲法院判決
について
第２款　226－19条の罪の成立要素について
第４項　本人への敬意・私生活の内奥を侵害する情報漏洩の罪
（刑法226－22条）
第３節　CNIL による制裁について
第１項　CNIL による制裁の実態
第２項　CNIL の制裁と刑事罰
第４節　小括　（以上、本号）

第５章　ドイツ法における個人情報保護
　第１節　連邦データ保護法の概要
　第２節　データ保護法における過料と刑事罰について
　第３節　監督官庁による規制の実態
　第４節　小括

第６章　保護法益としての個人情報と規制方法
　第１節　個人情報の法益性
　第２節　個人情報の侵害に対する妥当な規制のあり方
　第３節　小括

第７章　おわりに

第４章　フランス法における個人情報保護

本章では、フランスにおける情報処理・情報ファイル及び諸自由に関する法律（Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés）について扱う。この法律は1978年に制定され、2004年８月、2011年５月・７月、2013年10月、2014年３月に改正されているが、1978年法と呼ばれている。

具体的な検討に入る前に、1978年法が成立するまでの背景とその後の改正の流れについて述べる[1]。フランスにおいて、プライヴァシー（la vie priveé）や人格（la personalité）の保護の必要性が自覚されるようになったのは1960年から1970年代である。報道機関によってプライヴァシーが侵害される事例が増加したことを受けて、1970年７月17日の法律は、私的生活の尊重に対する権利（droit au respect de la vie priveé）を設けた。

[1] 立法の流れについては、多賀谷一照「フランスのプライバシー保護立法と運用の実態」『情報公開・プライバシー』（ジュリスト臨時増刊・1981年）248～249頁、Agathe Lepage, Patrick Maistre du Chambon, Renaud Salomon, Droit pénal des affaires 3e édition, Lexis Nexis, 2013, p.207-211, Guillaume Desgens-Pasanau, La protection des données à caractère personnel La loi «Informatique et libertés», LexisNexis, 2012, p.3-4.

1970年代は、個人の自由に対する脅威となり得るほどに情報科学の発展した時代でもあった。行政のファイルと個人の目録のために自動化されたシステム（système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus. 略称はSAFARI）の計画のあることが、1974年３月21日のル・モンド紙の記事によって明らかになったが、市民を番号によって識別し、行政が保有する個人の情報を統合してデータベース化するこの計画は大衆の強い批判を受けた。批判を鎮めようとして、政府は1974年12月、法務大臣（garde des Sceaux）の支配下に「情報処理と自由委員会（Commission informatique et libertés）」を設けた。この委員会は、個人の自由に対して危険を及ぼすことなく情報科学を発展させるための措置を提案することを義務付けられていた。この委員会は、コンセイユ･デタ（Conseil d'État）の副院長が委員長を務め、司法関係者･学識経験者等の12名の委員で構成された。委員会は1975年６月に報告書を作成し、政府はこの報告に基本的に従う形の法案を1976年に国民議会に上程した。この法案が両院で審議され、調整を経て可決された。

1970年に新設されたフランス民法典９条１項は、「何人も自己の私生活を尊重される権利を有する」と規定し、２項では「裁判官は、被った損害の補償は別として（sans préjudice de la réparation du dommage subi）、係争物寄託（séquestre）、差押え（saisie）の他、私生活の内奥に対する侵害を回避する又は停止させるのに適切なすべての措置を命ずることができる。緊急の場合は、これらの措置は急速審理（référé）によって命じられる」[2]とされている。このように、1978年法以前にも、私生活の尊重に関する権利を定める法律は存在していたが、情報の問題は技術的な性格を有する。その上、個人情報には、性別、人種的または民族的出自、職業に関する情報、仕事で用いるメールアドレスなど様々なものがあるので、情報処理の局面においては、ただプライヴァシーの問題のみを検討すればよいものではなくなっていた。このことから、委員会は立法によって行政委員会を創設することを提案する。この提案によって、

[2] フランス民法９条の邦訳は、稲本洋之助「フランス民法典第１篇―その原始規定（1804）と現行規定（1971）―」（東京大学社会科学研究所「家」制度研究会･1972年）６頁を参照した。

情報に対する規制を行う独立行政機関として、情報処理・自由全国委員会（Commission nationale de l'informatique et des libertés. 以下、CNILと略す）が1978年法に規定されることとなった。

1978年法はフランスにおける国内的な要請を受けて成立したが、1980年代から1990年代にかけて、個人情報保護の問題が国際的に議論されるようになった。情報科学技術の発展、特にインターネットの発展は情報流通を容易にしたが、このような技術の発展によって情報が売却や取引の対象となり、諸外国と同様に、情報は財産的価値を有するに至った。そして、膨大な量の情報を取り扱う企業にとっても、情報は重要な関心事となった。このような国際的な情勢から1995年にＥＵデータ保護指令が出され、2004年に法改正が行われた。当初の1978年法に比して、CNILの権限が強化されている。

第１節　1978年情報処理・情報ファイル及び諸自由に関する法律の概要

本節では、フランス1978年法における情報処理の諸規則とCNILの権限､そして刑法における情報侵害行為の処罰規定について概要を述べる。

第１項　基本事項について

（１）法律の目的、規制対象

1978年法１条は、法律の目的を以下のように規定する。

「情報処理は、市民の各々に奉仕するものでなければならない。情報処理の促進は、国際協力において行われなければならない。情報処理は、人間のアイデンティティ（identité humaine）、人権（droits de l'homme）、私生活（la vie privée）、個人の自由または公的な自由（libertés individuelles ou publiques）を侵害してはならない」[3]。

[3] 1978年法の邦訳は、清田雄治「フランスにおける個人情報保護法制の現況―2004年フランス新個人情報保護法の成立と憲法院判決―」愛知教育大学社会科学論集42・43号（2005年）277 ～ 312頁、「諸外国等における個人情報保護制度の実態調査に関する検討委員会報告書（平成20年３月）」におけるフランスの章（下井康史執筆）を参照した（http://www.caa.go.jp/seikatsu/kojin/h21report2.

本法の保護対象である個人情報（données à caractère personnel）は、「自然人に関するあらゆる情報のうち、識別番号または個人に固有の一つ若しくは複数の要素を参照することで、直接または間接に個人を識別しまたは識別可能なもの」と定義されている（第２条）[4]。

本法で「個人情報処理」という行為は、「個人情報に関わる全ての操作または操作の全体、特に収集（collecte）、記録（enregistrement）、編集（organisation）、保存（conservation）、適用（adaptation）、もしくは修正（modification）、抽出（extraction）、閲覧（consultation）、利用（utilisation）、転送（transmission）、配布（diffusion）、もしくは他の方法による伝達（communication）、結合（rapprochement）、相互接続（interconnexion）、アクセス停止（verrouillage）、消去（effacement）、または破棄（destruction）のような、情報に関する操作または操作の全体」として定義されている（第２条）。

（２）個人情報処理責任者の定義とその義務

そして、個人情報処理責任者（le responsable d'un traitement de données à caractère personnel）は、情報処理の目的と方法を決定する個人、あるいは公的な機関、部局、組織であると規定されている（第３条１項）。

情報処理が適法とされるためには、第２条において「処理の対象となる情報に関係を有する個人」と規定されている関係者（la personnne concernée）の同意を得るか、以下の５つの要件のうち１つを満たさなければならない（第７条）。

---

pdf）。

[4] 第３章で扱ったイギリス1998年データ保護法では、「個人データ」の定義として「個人に関する意見の表明及び個人に関するデータ管理者若しくは他の者の意向の表示」が含まれており、日本の個人情報保護法における個人情報の定義よりも広いので、personal data を「個人データ」と表記した。一方、フランス1978年第２条における “données à caractère personnel” の定義には意図の表示や評価といったものは含まれておらず、日本の個人情報保護法における「個人情報」の定義に近く、脚注３で列記した文献を含む多くの論稿が「個人情報」と訳出しているので、本章でも「個人情報」と表記する。

① 個人情報処理責任者に課せられる法的義務の尊重
② 関係者の生命の保護
③ 個人情報処理責任者または個人情報処理の名宛人（destinataire）[5]の行う公的な役務上の任務遂行
④ 関係者が当事者となる契約または関係者の要請に基づく契約前の措置の遂行
⑤ 関係者の基本的利益、権利、自由を尊重するという条件下で、処理責任者または名宛人の追求する正当な利益の実現

上記のように、情報処理の適法化要件の一つとして個人情報処理責任者の法的義務が挙げられているが、法的義務として（1）情報提供者に対する告知義務、（2）情報収集を行わない場合の告知義務、（3）安全措置等が規定されている。

まず、（1）情報提供者に対する告知義務について述べる。1978年法32条1項によると、情報収集の対象者は、前もって知らされている場合を除き、個人情報処理責任者またはその代理人（son représentant）から、①個人情報処理責任者、または代理人の身元、②情報処理の目的、③回答の義務的または任意的性格、④回答がなかった場合に発生し得る結果、⑤名宛人または名宛人の範疇、⑥この章の第2節に規定されている個人の権利、⑦EU域外への情報の転送について告知される。

続いて、（2）情報収集しない場合の告知義務について、1978年法32条3項は「個人情報処理責任者または代理人は、情報の記録または第三者への伝達が検討されている場合には、32条1項に列挙された事項を、遅くとも情報の最初の伝達の際に告知するべきである」と定める。犯罪の予防や捜査、立証または起訴を目的とした情報処理の場合、告知義務に関する32条の規定は適用されない（32条6項）。

そして（3）安全措置について、34条は「処理責任者は、情報の安全を保持するため、特に情報の歪曲、破損、または許可されていない第三者によるアクセスを排除するために、情報の性質と情報処理から生じる

[5] 個人情報処理の名宛人は、3条2項において「関係者、個人情報処理責任者、下請および職務上の理由で情報処理を担当する者以外で、情報伝達を受ける資格のある全ての者」と規定されている。

危険性の観点から、あらゆる有効な予防措置を行わなければならない」と定めている。以上が個人情報処理責任者の法的義務であり、これらの義務の全てを履行すれば個人情報処理が適法なものとして認められる。

（３）センシティブ情報の定義と収集の適法化要件

（２）で述べたように、1978年法では個人情報処理の適法化要件が規定されているが、本法８条では、特別な保護を要するものとして「センシティブ情報（données sensibles）」の定義とその収集の適法化要件が定められている。８条１項では、人種的または民族的出自、政治的・哲学的・宗教的意見、労働組合への所属が直接的に、または間接的に明らかになる個人情報と、健康もしくは性生活に関する個人情報を収集したり処理したりすることが原則的に禁止されている。

８条２項では、このようなセンシティブ情報の処理が認められるための例外的な場合について以下のように規定する。

① 関係者が情報処理について明示的な同意（consentement exprès）を与えている場合（関係者の同意によっても、８条１項に規定されている禁止が解除され得ないことを法律が予定しているような場合を除く）。

② 情報処理が人の生命の保護のために必要であるが、関係者が法的無能力または物理的な不可能によって同意を与えることができない場合。

③ 営利を目的としない宗教、哲学、政治、労働組合の結社またはその他のあらゆる組織によって行われる情報処理であり、この結社・組織の目的に対応する情報を対象とし、その結社・組織の構成員または定期的にその結社・組織と接触する個人のみに関するものであり、関係者の明示的な同意がなければ第三者に伝達されない場合。

④ 関係者によって公表されている個人情報に対する処理が行われる場合。

⑤ 裁判上の権利の証明、行使または防御に必要な処理が行われる場合。

⑥ 医療専門職または刑法226－13条が規定する職業上の守秘義務を有する者によって、予防医療（médecine préventive）、医学的診断

（diagnostics médicaux）、看護または治療の提供（administration de soins ou de traitements）[6]、健康サービスの管理（gestion de services de santé）の目的のために必要な処理が行われる場合。

⑦　統計に関する義務、連携および秘密に関する1951年６月７日法を遵守し、統計情報国家評議会（Conseil national de l'information statistique）の意見を受けて、本法25条の定める条件下で、国立統計経済研究所（l'Iinstitut national de la statistiques et des études économiques：INSEE）または省の統計部局が実施する統計処理が行われる場合。

⑧　医療分野の研究のために必要な処理であり、本法第９章に定める方式に従う場合。

続いて、８条３項と４項も、情報処理が例外的に認められる場合について定めている。８条３項は、CNIL が情報処理の目的を考慮して、本法に適合することを事前に承認した匿名化の方法による短期間の処理が行われる場合について、８条４項は、公益上の必要性があり、CNIL が情報処理を許可した場合はセンシティブ情報の処理が適法化されることを規定する。

（４）犯罪等に関わる情報と収集の適法化要件

また、1978年法では上記のセンシティブ情報の他に、犯罪（infractions）、有罪判決（condamnations）、保安処分（mesures de sûreté）に関する個人情報も、原則的に処理が禁止されている。本法９条によると、情報処理が例外的に認められるのは以下の場合である。

①　司法機関、公的機関、公的サービスを管理する法人が、その法的な権限の枠内で情報処理をする場合

[6] 清田・前掲注（３）291頁は「看護もしくは処置の管理」と訳出し、下井・前掲注（３）90頁は「診療又は治療のための投薬」と訳出しているが、EU データ保護指令８条を受けて1978年法８条が改正されており、EU 指令における該当箇所の条文の英語が "the provision of care or treatment" となっていることから、ここでは英語の表記に近い「看護または治療の提供」と訳出する。

② 司法補助職に就く者が、法律の定める任務の遂行のために必要最低限の範囲で情報処理する場合

③ 知的財産権法321－１条および331－１条所定の法人が、その管理する権利資格者として情報処理を実施する場合、または、同法Ⅰ、Ⅱ、およびⅢ部Ⅱに規定されている権利の防御の確保のため、当該権利を侵害された被害者のために情報処理を実施する場合

なお、現在の９条２項と３項の間に、「犯罪の被害者である法人、もしくは当該法律に定められた要件において、その予防、不正行為の摘発および被った損害の回復という厳格な目的で、上記被害者のために活動する法人が情報処理を行う場合」という例外規定が存在したが、2004年７月29日の憲法院の違憲判決[7]によって削除された。

このように、1978年法では一般的な個人情報とは区別された枠組として、センシティブ情報と、犯罪等に関する情報があり、これらの情報の処理の適法化要件は、一般的な個人情報のそれに比して厳格で具体的である。

（５）個人の権利

続いて、1978年法における個人の権利について概観する。本法38条によると、「すべての自然人は正当な理由（des motifs légitimes）がある場合、自己に関する個人情報が処理の対象となることを拒否する権利を有する」。一般的な情報処理に対する拒否には「正当な理由」が求められる一方で、個人情報が市場調査や販売目的に利用される場合には、負担を負うことなく（sans frais）これを拒否する権利が認められる（38条）。

このような拒否権の他に、個人には情報に関する質問権や、情報の訂正・利用停止・消去を要求する権利なども認められている。本法39条１項によると、全ての自然人は自己の身元を証明した上で、以下のことを得るために、個人情報処理責任者に対して質問することができる。

① 自己の個人情報が当該情報処理の対象になっているか否かの確認。

② 当該処理の目的、処理される個人情報の範疇、個人情報が開示される名宛人あるいはその名宛人の範疇についての情報。

[7] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

③　必要に応じて、EU 非加盟国に在住する者に対する個人情報の転送についての情報。

④　自己の個人情報、およびその出所に関する利用可能な全ての情報をアクセス可能な形態で伝達されること。

⑤　自己に対して法的効力を有する決定が、自己の個人情報の自動処理に基づいてなされた場合、当該自動処理の基礎となった論理（logique）を知ることができ、それに異議を申し立てることを可能にするような情報。ただし、個人に知らされる情報は知的財産法所定の著作権を侵害するものであってはならない。

また、個人情報処理責任者に対して自己の個人情報の複写を要求する権利も認められている（39条１項）が、当該質問や要求が、その数（nombre）・反復性（caractère répétitif）・体系性（caractère systématique）から見て不当なものであることが明らかな場合は、個人情報処理責任者はそれらを拒否することができる（39条２項）。

続いて、40条では「全ての自然人は、自己の身元を証明した上で個人情報処理責任者に対して、情報が不正確・不完全・不明確・あるいは過去のものであるか、収集や利用、提供、保存が禁止されている場合に、情報の訂正・修正・更新・利用停止・消去を求めることができる」とされている。このような請求がなされた場合、個人情報処理責任者は個人に費用の負担をさせることなく必要な処理を行ったことを証明しなければならない（40条）。

以上、1978年法が定める基本事項について概観した。次項では、フランス個人情報保護法制における重要な第三者機関である CNIL の概要について述べる。

第２項　情報処理・全国自由委員会（CNIL）

（１）独立性とメンバー構成

イギリス1998年データ保護法と同様、フランス1978年法にも情報の取り扱いを規制する第三者機関に関する規定がある。この第三者機関は情報処理・自由全国委員会（Commission nationale de l'informatique et des libertés）であり、CNIL と略される。CNIL の主な権限は、事前規制、義務違反行為に対する制裁、政府および民間団体への助言等であり（11

条)、これらの権限の行使にあたり、CNIL の委員はいかなる機関からの指図 (instruction) を受けず (21条)、独立した機関であることが保障されている。

CNIL は、次の17名のメンバーで構成される (13条１項)。

① 国民議会 (フランスの下院 l'Assemblée nationale) および元老院 (フランスの上院 le Sénat) によって任命された議員各２名

② 経済・社会・環境評議会 (Conseil économique, social et environnemental) の総会で選出された委員２名

③ コンセイユ・デタ (Conseil d'État) の総会で選出された現職の構成員または元構成員２名

④ 破毀院 (Cour de cassation) 総会で選出された現職の構成員または元構成員２名

⑤ 会計院 (Cour des comptes) 総会で選出された現職の構成員または元構成員２名

⑥ デクレ (décret) によって任命される、情報処理または個人の自由に関する有識者３名

⑦ 国民議会および元老院議長によって任命される、情報処理に関する有識者２名

（２）事前規制

CNIL は、個人情報の取り扱いに対して事前規制と事後規制を行う。まず、1978年法における事前規制は届出 (déclaration) と許可 (autorisation) の２つに分かれている。

Ⅰ 届出

個人情報を自動化処理する際には、原則として CNIL に届出をしなければならない (22条１項)。通常の届出は23条に定められているが、個人情報処理が日常的 (courantes) なものであり、プライヴァシーや個人の自由を侵害しないと考えられるものについては24条所定の簡易届出 (déclaration simplifiée) の対象となる。CNIL が、処理される情報の種類や処理目的などの簡易化基準 (normes simplifiée) を公示し、基準の中の一つに合致する情報処理は簡易届出の対象となる。その一方で、23条による通常の届出では、処理責任者の身元と住所、情報処理の目的、

処理の対象となる個人情報、処理される情報の保存期間などの多くの事項を CNIL に申告することが義務付けられる。

Ⅱ　許可

CNIL による許可を必要とする情報処理の主なものは、以下の通りである（25条１項）。

① 自動処理か否かを問わず、８条所定のセンシティブ情報の処理のうち、１）国立統計経済研究所または省の統計関係部局の一つが行う統計処理（８条２項７号）、２）短期匿名処理（bref délai d'un procédé d'anonymisation）の対象となるもの（８条３項）、３）公益（l'intérêt public）を理由とするもの（８条４項）

② 遺伝学的情報（des données génétiques）に関する自動処理。ただし、医師や生物学者による情報処理で、予防医療、医学的診断、診療や治療のための投薬を目的とするものを除く。

③ 自動処理か否かを問わず、犯罪・有罪判決・保安処分に関する情報処理。ただし、情報の関係者の保護という司法補助者の任務に必要な情報処理を除く。

④ 情報処理の性質（nature）、範囲（portée）、目的（finalités）から、法的利益（bénéfice d'un droit）や給付（prestation）の利益、契約（contrat）の利益を個人から剥奪するおそれがあるものの、法令の規定が欠如している場合の情報処理

⑤ 公的なサービスを管理する法人（または複数の法人）に属し、かつ異なる公益に関する目的を有するファイルの相互接続（interconnexion）、および、別の個人に属し、かつ主たる処理目的が異なるファイルとの相互接続

⑥ 個人識別全国名簿における個人登録番号を記載した個人情報に関する処理、および個人登録番号を含まないものの同名簿の参照を必要とする処理

⑦ 個人の社会的困窮に関する評価（appréciations sur les difficulties sociales）を含む情報の自動処理

⑧ 個人の調査に必要な、生物測定学的な（biométriques）情報を含む自動処理

以上のような、センシティブ情報やそれに類似した情報に関わる情報

処理を行う場合には届出以前にCNILから許可を得る必要があり、その意味で一般的な情報よりも手厚く保護されている。

（３）事後規制

ここからは、違反に対する事後規制について概観する。情報処理責任者が1978年法に違反した場合、CNILによる制裁の対象になる。まず、CNILは義務を履行しない情報処理責任者に対して、対審手続の上で（après une procédure contradictoire）警告（avertissement）を発することができる（45条１項）。この警告が制裁としての性質を有する（Cet avertissement a le caractère d'une sanction）ことも併せて規定されている。また、CNILは期限を定めて違反を止めるよう催告する（mettre en demeure）こともできる。個人情報処理責任者が、自己に出された催告に従えば制裁の手続は終了するが、個人情報処理責任者が催告に従わなかった場合、CNILは対審手続を経て、次のような制裁（sanction）を行うことができる。

① 国家による情報処理の場合を除き、金銭的制裁（sanction pécuniaire）を科すことができる。制裁の金額は、違反の重大性と、違反によって得られた利益を比較衡量して決定される。初回の違反であれば、150000ユーロ、５年以内に違反が繰り返された場合は（En cas de manquement réitéré）300000ユーロが制裁金の上限である。一方、企業が対象となる場合は、300000ユーロを上限として、総売上額の最大５％までとされている。刑事裁判が同一事実または付帯事実について判断するのに先立ってCNILが金銭的制裁を確定させた場合、CNILによる制裁金額は、刑事裁判の確定した金額から控除され得る（47条）。

② 22条の届出の対象となる処理の場合は処理中止命令（injonction de cesser le traitement）を、25条による許可決定の場合には撤回（retrait）を命じることができる（45条１項２号）。

③ 情報処理の実行または処理された情報の利用が、本法１条に規定される権利と自由の侵害をもたらす場合に、CNILは対審手続を経て、国務院（Conseil d'Etat）のデクレ（décret）によって定義される緊急の手続（une procédure d'urgence）を開始することができる（45

条２項)。

本条にいう「緊急の手続」には、１）最大３か月までの処理実施の中断の決定（décider l'interruption de la mise en œuvre du traitement)、２）最大３か月までの一定の個人情報に対するアクセス停止（verrouillage)、３）１条に規定されている権利と自由に対する侵害が重大で差し迫っている（grave et immédiate）場合、急速審理（référé）によって、必要に応じては罰金強制（astreinte）を用いて権利と自由の保護に必要な措置を採ることなどがある（45条２・３項)。

これらの制裁に加えて、1978年法51条ではCNILの活動を妨害する行為が処罰の対象となっている。犯罪類型は、１）任務遂行の拒否、２）文書の提出拒否、隠匿、消去、３）虚偽情報の提示、直接のアクセスが可能な形式において（記録の）内容を含まない情報を提示する行為であり、１年以下の拘禁刑と15000ユーロ以下の罰金が科される。

このように、1978年法はCNILからの制裁と、CNILに関する犯罪について規定している。CNILは広範な権限を有しているものの、法律違反に対して直ちに強い制裁を科すのではなく、催告に従わなかった場合に初めて金銭制裁を科すというのがフランス個人情報保護法の特徴である。後述するように、個人情報処理者にとっては刑罰よりもCNILによる制裁の方が影響力を有している。

第３項　刑法典における処罰規定

続いて、1978年法50条は「本法の規定に関する犯罪は、刑法226－16条から226－24条において予定され、抑止される」と規定しているので、個人情報の侵害行為を処罰する規定は刑法典設けられている。刑法典に規定されている主な犯罪類型を、以下列記する。

① 刑法226－16条　1978年法の定める事前手続に違反して個人情報を処理したり、処理を行わせたりする行為は、故意ではなく怠慢（négligence）による場合も含めて５年以下の拘禁刑および300000ユーロ以下の罰金が科される（226－16条から226－24条まで、法定刑は全て共通している[8])。1978年法45条１項２号についても同様。

[8] 2004年の改正の際、当初は刑罰を軽くして、懲役３年および45000ユーロの

② 226－16－１－Ａ条　1978年法24条Ⅰ・Ⅱの条件下で個人情報の処理を行ったり行わせたりした場合、簡易化基準（les normes simplifiées）または免除基準（les normes d'exonératon）に対する違反は怠慢による行為も含めて処罰される。

③ 226－16－１条　1978年法の条件下で認められた処理が行われた場合を除いて、個人識別全国名簿（répertoire national d'identification des personnes physiques）における個人登録番号（le numéro d'inscription des personnes）を含んだ情報を処理したり処理させたりする行為は処罰される。

④ 226－17条　1978年法34条の定める安全措置を採ることなく個人情報を処理したり処理させたりする行為は処罰される。

⑤ 226－18条　詐欺的（frauduleux）、あるいは不誠実な（déloyal）、不正な（illicite）手段で個人情報を収集する行為は処罰される。

⑥ 226－18－１条　本人が反対しているにもかかわらず（malgré l'opposition de cette personne）、市場調査、特に販売目的のために個人情報を処理する行為、または正当な理由に基づき反対している場合に個人情報を処理する行為は処罰される。

⑦ 226－19条　法律が規定している場合を除き、利害関係者の明示的な同意（consentement exprès de l'intéressé）なく、人種的または民族的出自、政治的・哲学的または宗教的意見、労働組合への所属が直接または間接的に明らかになる個人情報、または健康もしくは性的指向（orientation sexuelle）または性同一性（identité sexuelle）に関する情報をコンピュータ・メモリー（mémoire informatisée）に入力または保存する行為は処罰される。

同様に、法律が規定している場合を除き、犯罪、有罪判決、保安処分に関する情報をコンピュータ・メモリーに入力または保存する行為は処罰される。

罰金を上限にすることが議論されていた。しかし、CNIL がこれに反対し、刑罰を軽くしないばかりではなく、逆に加重することを主張したので、改正によって、大多数の犯罪は５年以下の懲役および300000ユーロ以下の罰金が上限となった（Lepage et al, supra note 1, p.214）。

⑧　226－19－１条　健康の分野における研究の目的で、１）情報収集もしくは情報の対象となった個人にアクセス権、訂正権、拒否権、伝達される情報の性質およびその名宛人について予め告知せず情報処理をする行為と、２）関係者が反対している場合、または法律の定める説明された上での明示的な同意がない場合、あるいは本人が死亡していて遺族が明示的に拒否している場合に情報処理をする行為は処罰される。

⑨　226－20条　法令によって、許可または意見の申請（la demande d'autorisation ou d'avis）によって、またはCNILへの事前の届出によって定められた期間を越えて個人情報を保存する行為は処罰される。しかし、法律によって定められた条件に従って、歴史的・統計的・科学的目的のために情報の保存が行われた場合を除く。

法律によって定められた場合を除いて、所定の期間を越えて歴史的・統計的・科学的な目的以外の目的によって情報を処理する行為も処罰される。

⑩　226－21条　個人情報の登録（enregistrement）、分類（classement）、転送（transmission）またはその他の処理の際に、個人情報を保有する者が、情報の自動処理を許可する法律の規定やCNILの活動・決定、あるいは情報処理のための事前届出に定められた目的を逸脱する行為は処罰される。

⑪　226－22条　情報の登録、分類、転送またはその他のすべての情報処理の際に、漏洩すれば本人への敬意（considération）や私生活の内奥（l'intimité de sa vie privée）を侵害するような情報を収集した上で、本人の許可なく、情報を受け取る資格がない第三者に知らせる行為は処罰される。

そして、軽率または怠慢によって（par imprudence ou négligence）上記の漏洩をする行為は３年の拘禁刑および100000ユーロの罰金刑を科される。

このように、1978年法に規定された情報処理のための手続等に違反する行為の他、不正に情報を収集したり漏洩したりする行為が処罰の対象となっている。

以上、フランスの1978年法の概要について整理した。1978年法について、次のことが問題となる。

第１に、フランス刑法典における個人情報侵害の罪の成立要素が問題となる。フランス刑法226－16条から226－24条では、1978年法に関する犯罪について規定されており、その中で情報の不正な取り扱いを直接処罰する規定は226－18条（詐欺的・不誠実・不正な手段による情報収集の罪）、226－18－１条（本人の拒否にもかかわらず市場調査のために行う情報処理の罪）、226－19条（センシティブ情報の入力・保存についての独立した処罰規定）、226－22条（本人への敬意や私生活の内奥を侵害する情報を無権限の第三者に知らせる罪）である。個人情報の侵害に対する妥当な処罰のあり方を検討するために、フランス刑法における上記犯罪の成立要素と射程範囲に関する分析を行う（第２節）。

第２に、CNIL が法律違反に対して制裁権を有しており、その中には金銭制裁も含まれている。CNIL による金銭制裁と刑罰はいかなる関係にあるのかということについて、CNIL の位置づけも含めて検討する（第３節）。

第２節　刑事罰について

本節では、個人情報の不正な取り扱いを直接処罰するフランス刑法の犯罪類型について分析する。

第１項　詐欺的・不誠実・不正な手段による情報収集の罪（刑法226－18条）

フランス刑法226－18条では、詐欺的・不誠実・不正な手段による情報収集が処罰されることは前節で述べた通りである。そこで、本項では226－18条の犯罪の構成要素や射程範囲等について扱う。

本罪は故意犯なので、行為者は情報収集の方法が詐欺的、不誠実、または不正であることを認容していなければならない[9]。

続いて、本罪の行為態様についての議論がある。破毀院（la Cour de cassation）は、本罪の前身である法改正前の1978年法42条の犯罪が成立

[9] Lepage et al, supra note 1, p.234-235.

するためには「当該情報が詐欺的、不誠実、不正な手段によって収集されたということのみならず、当該情報が自動処理か否かを問わず、ファイルに記録されるか保存されていなければならない」と判断した[10]。この事件では、債権取立会社の管理人である Riou が、債務者の氏名や住所などの情報を自動処理していたことに加え、債務者の住む不動産の所有者・管理人などに対して、債務者の仕事や交友関係、両親について、支払い能力についての詳細を知らせるように要求する手紙を送り、債務者の返済能力についての記録を収集していた。CNIL の要請により、Riou は1978年法に定められている CNIL への事前の届出をせずに情報処理を行い、不誠実な手段によって情報を収集したとして軽罪裁判所（tribunal correctionnel）に訴追された。破毀院は情報収集の方法の争点につき、「不誠実な方法」によって収集された情報はファイルに記録も保存もされていなかったことから、不誠実な収集の罪について無罪を言い渡し、原判決を破毀した。226－18条所定の「収集する（collecter）」という文言からは、単に何らかの情報を見たり記憶したりすることによって当該個人情報の内容を知るに留まる行為も「収集する」に該当するのではないかとの広い解釈も可能となり得る。しかし、ファイルへの記録または保存という客観的な行為がなされて初めて「収集」がなされたとの破毀院の解釈により、構成要件が明確化され、処罰範囲の過度の拡大が制限されているという点で妥当である。

更に、「詐欺的・不誠実・不正な手段」の意義も問題となる。条文におけるこれらの文言は曖昧であり、判例においてもこれらの文言の明確な定義付けがなされていないものの、判例が226－18条の罪を成立させた事例の集積によって、その内容を窺い知ることができる。判例によると、保険業者が情報の関係者に無断で（à l'insu de la personne concernée）フランス電力・ガス会社（EDF－GDF）から新規契約者の住所の情報を購入する行為は、買収（corruption）を手段として用いていることから、不誠実な手段による情報収集行為とされる[11]。また、匿名の政治的な調査を装って、調査に関する電子メールをインターネット利

[10] Cass.crim., 3 nov 1987 : Bull.crim.1987, n° 382.

[11] TGI Paris, 16 déc.1994 : JurisData n° 1994-600554.

用者に送ったが、実際は調査に対する回答は回答者のメールアドレスと共にファイルに保存されていたという事件につき、ナンテール軽罪裁判所は「不誠実な方法」による情報収集であると判断した[12]。つまり、情報収集にあたって本人に対して正確な告知をせず、本人の不知を利用するような性質の行為が「不誠実」な情報収集であると解していると思われる。

続いて、オフィスオートメーションサービス協会（Alliance Bureautique Services. 以下、ABS）は2002年と2003年に、インターネットを通じてメールアドレスを入手した個人に対して、個人がメールの受け取りを希望していないにもかかわらず宣伝のための電子メール（スパムメール）を送ったところ、CNIL の要請により、刑法226－18条の罪にあたるとして訴追されたという事件がある。ABS は情報を収集するために、＜ Robot Mail ＞と＜ Freeprospect ＞という、インターネットを通して情報を「取り込む（aspirer）」ことのできるソフトウェアを用いていた。

この事件につき、パリ控訴院は、ABS は情報の関係者に無断で情報を収集するという不誠実な手段を用いており、それによって情報関係者が情報処理に対する拒否権を行使することができなくなったとして、刑法226－18条の罪が成立すると判断しており、破毀院も控訴院の判断を肯定して、被告人の上告を棄却した[13]。ここでは、情報収集について本人に告知せず、本人の拒否権行使を妨害する結果となったことが「不誠実」な方法による情報収集であると解された。情報処理責任者は情報処理にあたり、本人に告知をする義務があるのは第１節で述べた通りである。告知義務に違反したり、または不十分な告知によって情報収集したりするような行為は226－18条における処罰の対象となり得る。

---

[12] Tribunal correctionnel de Nanterre, 4 juin 2004. 公刊物未登載であり、Fabrice Mattatia, CNIL et tribunaux : concurrence ou complementarite dans la repression des infractions a là loi informatique et libertes? : Rev. sc. crim. 2009, p323の脚注18によれば、CNIL の web サイトに詳細が記載されているとのことである。しかし、“Condamnation définitive d'une société qui, à travers un sondage prétendument anonyme, avait collecté des données personnelles sensibles.”と題する当該記事は2015年３月31日現在、閲覧不可となっている。したがって、判決の詳細は Mattatia 論文 p323本文の記述によるものである。

[13] Cass.crim., 14 mars 2006 : Bull.crim.2006 n° 69.

第２項　市場調査等のための情報処理の罪（刑法226－18－１条）

本条では、①本人が反対しているにもかかわらず、市場調査、特に販売目的のために個人情報を処理する行為、または②正当な理由に基づいて反対している場合に、個人情報を処理する行為が処罰される。本罪は故意犯である[14]。第１節の第１項で述べたように、1978年法38条では、個人は正当な理由のある場合に情報処理を拒否する権利があり、情報処理が市場調査や商業目的によるものである場合には、個人は何らの負担をすることなく情報処理を拒否する権利があることが規定されている。刑法226－18－１条と1978年法38条は共に、個人の拒否権を保護しているといえる。

情報処理に対して反対の意思表示をするためには、情報処理を告知されている必要があるが、告知がなされていないために情報処理が行われていることを知らない場合は本罪の対象となるのか否かが問題となっている。

情報処理に対する反対の意思表示がなかった場合の犯罪の成否が問題になったケースには、以下のものがある。２つの金融機関が本人に知らせずに、本人の信用に関係する情報を経済利益団体である「未払情報処理中央機関（Groupement d'intérêt économique《Centrale Professionnelle d'Information sur les Impayés》）」に転送して、当該団体がこの情報の記載されたファイルの情報処理を行ったところ、ファイルに個人の信用や返済についての情報が記載されていた。そこで、本人はクレジットカードの交付を拒否された際に、自分の信用情報がファイルに記載されていることを知ったというケースである。このように、本人に知らせず情報処理をする行為が1978年法の42条と改正前の刑法226－18条の罪に該当するとして、CNIL の要請により、上記の経済利益団体の代表者が訴追された。

パリ控訴院は、本人の反対にもかかわらず個人情報を処理する犯罪（改正前の226－18条）が成立することを肯定した。控訴院によると、改正前の1978年法26条は、情報がファイルに記載される前に、当該情報が処理の対象となることを本人に告知することを想定しており、本人が情報処理について告知されていないゆえに拒否の意思表示をすることができ

[14] Lepage et al, supra note 1, p245.

ないとしても犯罪が成立するが、破毀院は、1978年法（改正前）は、第三者を通して（auprès de tiers）情報収集する個人情報処理責任者に対して、処理について関係者に告知するいかなる義務も設けていないとして控訴院の判決を破毀した[15]。

実際に、改正前の1978年法は、個人情報処理責任者に対して、直接的にではなく第三者から間接的に収集された情報について告知するいかなる義務も設けていなかった。一方、2004年法による1978年法の改正以来、情報収集が直接的であるか間接的であるかということにかかわらず、告知義務が予定されるようになったが、情報が第三者を通して収集されたことについての告知がされなかった場合、告知がなかった以上、本人は拒否の意思表示をすることができず、拒否権を行使できないということになるのかという問題が生じる。確かに、情報処理に関する事前の告知の欠如は、明らかに拒否権の行使を妨害するものであるが、刑法226－18－１条は、本人の拒否にもかかわらず情報を処理する行為のみを処罰する規定であって、拒否が示されることを前提としていることから、本人に無断で情報処理を行うことによる拒否権行使の妨害は、それ自体で226－18－１条における処罰の対象とはならず、不誠実な方法による情報収集ということで226－18条の対象になり得る[16]。そのように解すれば、個人情報処理責任者の告知義務の有無や程度にかかわらず、情報の関係者が処理に対して反対の意思表示を示していない限り、226－18―１条の成否はおよそ問題にならない。本人が反対意思を表示できなかった場合にも226－18－１条の犯罪が成立するとなれば、226－18条との区別が曖昧になり、両者が別個の犯罪規定として設けられている意義も小さいものになるだろう。

したがって、226－18条と226－18－１条は共に個人の意思に反する情報処理を処罰する犯罪であるが、条文の文言上も解釈上も226－18－１条は、226－18条とはその射程範囲が明確に区別された規定であり、本人が反対意思を表示した場合の情報処理に限って成立の余地があるといえる。

---

[15] Cass. crim., 25 oct 1995 : Bull. crim. 1995 n° 320.

[16] Lepage et al, supra note 1, p.244.

第３項　センシティブ情報の入力・保存の罪（刑法226－19条）

本条では、利害関係者の明示的な同意なく、人種的または民族的出自、政治的・哲学的または宗教的意見、労働組合への所属が直接または間接的に明らかになる情報等のセンシティブ情報をコンピュータ・メモリーに入力または保存する行為が処罰される。このようにセンシティブ情報の不正な取り扱いを処罰する独立した規定を設けていることは、フランス情報法の特色であるといえる。そこで、本項では第一に、刑法226－19条と、その前提となっている1978年法８条の成立過程と、８条について問題となった憲法院判決について概観することで、センシティブ情報をめぐる議論を整理した後、判例等を通して本罪の成立要素について述べる。

第１款　刑法226－19条・1978年法８条の成立過程と憲法院判決について

（１）成立過程

現行刑法226－19条の前身は、改正前の1978年法31条と42条である。改正前の1978年法31条は、センシティブ情報の取り扱いについて以下のように規定する。

「１　利害関係者の明示的な同意（accord exprès de l'intéressé）のある場合を除き、人種的出自、政治的、哲学的もしくは宗教的意見、労働組合への所属を直接的に、もしくは間接的に明らかにするような記名情報（données nominatives）を、コンピュータ・メモリー（mémoire informatisée）に入力または保存することを禁止する。

２　しかし、教会または宗教的、哲学的、政治的団体もしくは労働組合は、その構成員または通信相手（correspondant）を、自動処理によって登録することができる。この点につき、いかなる監督（contrôle）もされない。

３　公共の利益（intérêt public）のため、コンセイユ・デタのデクレに基づき、委員会の提案（proposition）もしくは適合意見（avis conforme）により、上記の禁止に例外を設けることができる」。

センシティブ情報の取り扱いを原則的に禁止することを定め、２・３項が例外について規定する旧法31条は、現行1978年法８条と同様の構成となっている。そして、旧法42条において、31条違反の行為が処罰の対

象となる旨が規定される。旧法ではセンシティブ情報の取り扱いについての原則と例外のほか、違反に対する罰則が同一の法律で定められていたが、1992年の新刑法典および新刑事訴訟法の実施に関する法律（Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992）41条により、1978年法の規定に関する犯罪は現行刑法典の226－16条から226－24条によって処罰されることとなった。

そして、旧1978年法31条も、1995年 EU データ保護指令８条に準拠する形で2004年に改正された。EU 指令８条１項では、加盟国はセンシティブ情報の取り扱いを禁止しなければならない旨を規定する。２項（a）以降では例外が設けられている。２項（a）は、データ主体（data subject）の明示的な同意のある場合は情報処理が認められるが、データ主体の同意があったとしても、センシティブ情報の取り扱いの禁止が解除されないことが加盟国の法律によって規定されている場合を除くとされている。この規定は現行1978年法８条２項１号に受け継がれている。

EU 指令８条２項（c）は、データ主体または他の者の生命の保護のために情報処理が必要であるが、本人の法的または物理的な無能力のために同意を与えることができない場合を例外として規定しており、現行1978年法８条２項２号に受け継がれている。

EU 指令８条２項（d）は、財団、協会その他の非営利の政治的、哲学的、宗教的な団体、もしくは労働組合の目的のための団体によって行われる適法な活動であり、適切な保障を与えられる範囲内において情報処理が必要な場合が例外的に認められると定める。ただし、当該情報処理が上記の団体の構成員のみに関するものであるか、または団体の目的に関連した定期的な契約を締結している者のみに関するものであり、当該データが本人の同意なしに第三者に提供されないことを条件とする。この規定は現行1978年法８条２項３号に受け継がれている。

EU 指令８条２項（e）では、情報処理が、明らかに本人によって公表されたデータに関する場合、または裁判における権利の確認、行使もしくは防御のために必要な場合は処理が認められる。この規定は現行1978年法８条２項４・５号に受け継がれている。

EU 指令８条３項は、データ処理が予防医療、看護または治療の提供、健康サービスの管理のために必要な場合、ならびに国内法もしくは国の

管轄機関が決めた規則により職業上の守秘義務を負う医療専門職者により、もしくは同等の守秘義務を負うものによってデータ処理が行われる場合には例外的に認められると規定する。この規定は現行1978年法８条２項６号に受け継がれている。

EU 指令８条４項は、「適切な保障の留保のもとで、加盟国は重要な公共の利益を理由にして、国の法律もしくは監督機関の決定により、第２項所定のもの以外の適用除外を定めることができる」と規定する。これは、公益上の必要があり、CNIL が情報処理を許可した場合はセンシティブ情報の処理が適法化されることを定める現行1978年法８条４項に引き継がれている。

EU 指令８条５項は、「犯罪、有罪判決、保安処分に関するデータの処理は、公共機関の監督のもとでのみ、または適切かつ独自の保障を定める国内の規定に基づき加盟国が適用除外を定めた場合は、その適切かつ独自の保障が国内法により定められた時に限って行うことができる。ただし、刑事の有罪判決データの網羅的な収集は、公共機関の管理のもとでのみ行われる。加盟国は、行政罰もしくは民事の判決に関するデータについても、公共機関の管理のもとで処理されることを規定することができる」と定めている。この規定における「犯罪、有罪判決、保安処分に関するデータの処理」についての箇所は、そのまま導入する形ではないものの、現行1978年法９条１項に受け継がれている。

このように、センシティブ情報を他の一般的な情報と区別して保護するという考え方は、EU 指令以前のフランス1978年法に導入されていたが、EU 指令８条を全面的に受け入れることによって現行の条文となっている。EU 指令以前に「センシティブ情報」という考え方を導入している点はフランスの特徴である。フランス法には、人種や政治的思想、宗教などによって個人が不利益を被ることを予防・禁止するという問題意識が歴史的に存在する。それがセンシティブ情報を他の個人情報と区別するという法的な発想につながっているのではないだろうか。

まず、1939年４月21日のデクレ・ロワによって、1881年出版自由法に、人種または宗教を理由とする名誉毀損罪と侮辱罪という概念が導入された。次に、「人種差別との戦いに関する1972年の法律（Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme）」によって、1881年出

版自由法の名誉毀損罪・侮辱罪に関する規定が改正され、出生または特定の民族、国家、人種もしくは宗教への帰属の有無を理由とする差別、憎悪、暴力を教唆する言論と（24条）、出自または特定の民族・国家・人種･宗教に帰属しているか否かを理由とする名誉毀損（32条）と侮辱（33条）が犯罪化された[17]。また、フランス刑法225－１条と225－２条では、出身、性別、家庭環境、政治的意見、組合活動、人種などを理由とした差別によって財物・役務の提供を拒否したり、採用を拒否したりする行為が処罰の対象となっている。これらの規定からわかるように、フランス法には、差別を法的に予防・禁止するという独自の問題意識がある。センシティブ情報に含まれる人種や政治的思想、宗教などに関する情報は、取り扱い次第では差別につながり得ることから、（センシティブ情報以外の一般的な個人情報に関する罪と法定刑が同一であるとはいえ）センシティブ情報に対する侵害行為を独自の犯罪類型として位置付けているのではないだろうか。

（２）2004年憲法院判決

ここまでは、センシティブ情報の取り扱いに関する現行1978年法８条と、８条違反を処罰する刑法226－19条が成立するまでの大まかな流れを確認した。旧法31条から現行法８条への改正により、センシティブ情報の取り扱いが認められる例外事項が具体的に、詳細になっている。そして、これらの例外は刑法226－19条における「法律の定めによる場合」に該当することになるが、現行法８条と「私生活を尊重される権利」との適合性が問題となったケースとして、2004年７月29日憲法院判決[18]がある。現行法８条１項はセンシティブ情報の収集や処理を原則的に禁止しており、８条２項５号は裁判上の権利の証明、その行使、防御のために必要な場合には情報処理が認められる旨を規定しているが、私生活を尊重される権利を侵害するとの提訴[19]が憲法院に対してなされた。この

[17] Jean Pradel, Michel Danti-Juan, Manuel de droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires 3e édition, Cujas, 2004, p.297.

[18] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004

[19] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004

提訴に対して憲法院は、「共和国は、欧州共同体および欧州連合に加盟する。欧州共同体と欧州連合は、それらを設立する条約に基づき、一定の権限を共同で行使することを自由に選択した諸国家によって構成される」と規定するフランス憲法88－１条[20]を参照する。この条文により、「共同体指令を国内法に導入することは、憲法上の要請であり、それを拒否することができるのは、憲法上の明確な反対の規定（disposition expresse contraire）がある場合に限られる」ということを前提とした上で、そのような規定が存在しない場合には、管轄権は共同体裁判官（juge communautaire）にのみ属すると判断した[21]。

続いて憲法院は、問題となっている規定は、1995年10月24日の95/46/EU 指令８条２項（e）の規定から必要な帰結（conséquences nécessaires）を導き出したものにすぎないので、８条の規定は私生活を尊重される権利を侵害するという不服に対して判断する権限は憲法院にはない[22]として、８条に関する提訴を退けた。

2004年憲法院判決は、現行法８条２項５号の合憲性を憲法院が正面から判断することを拒否するものである。本件に対しては、旧法30条と31条よりもセンシティブ情報の処理が認められる基準が緩やかな EU 指令８条に沿って1978年法の改正が行われたので、結果的に現行法では旧法よりもセンシティブ情報の保護が薄くなっているという指摘がある[23]。前述の通り、現行1978年法８条は EU 指令８条をほぼ全面的に取り入れたものであり、法改正の際には EU 指令の国内法化の要請が重要な意味を有していた[24]ので、旧法31条と現行法８条を比較することに妥当性はないとも思われる。

---

[20] 現在では、「共和国は、2007年12月13日にリスボンで署名された欧州連合条約および欧州連合運営条約に従い、一定の権限を共同行使することを自由に選択した諸国によって構成される欧州連合に加盟する」という条文になっている。

[21] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004

[22] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004

[23] Alexandre Mairot de la Motte, La réforme de la loi informatique et libertés et la droit au respect de la vie privée, AJDA.29 novembre 2004, p.2271.

[24] 市川直子「フランスにおける個人データ保護法制」城西大学経済経営紀要23巻（2005年）57頁。

しかし、法改正により、センシティブ情報の処理が認められる例外の範囲が拡大したことは事実である。また、現行法26条２項は、８条１項所定のセンシティブ情報に関する処理はCNILの理由付きの意見が公表された後に、コンセイユ・デタのデクレによって許可されることが定められている。この規定は旧法31条３項と同趣旨であるが、センシティブ情報の処理それ自体を法律ではなく、CNILやコンセイユ・デタという行政機関の判断に基づくデクレに委ねることには批判[25]もある。

もちろん、CNILもコンセイユ・デタも、センシティブ情報の取り扱いを例外的に認めるデクレを無限定に発することはできないが、このような裁量は現行法８条２項以降の例外規定と相俟って、センシティブ情報に対する保護を薄くする結果を導くだろう。そうであれば、センシティブ情報はその他の一般的な個人情報よりも重要なものであるからこそ、情報処理が認められるための規則も一般的な個人情報に対するそれと区別するという立法趣旨も、単なる確認規定以上の意義を有しないものになっており、センシティブ情報という概念そのものの意義も揺らぐことになるのではないだろうか。

それに伴い、刑法226－19条における「法律が規定している場合」の範囲も拡大することになる。CNILの意見とコンセイユ・デタのデクレによって処理が許可され得ることが、1978年法26条２項で定められているので、CNILやコンセイユ・デタの判断によってこの要件が左右される可能性もある。このようなデクレはセンシティブ情報の処理の例外を認めるので、処罰範囲の縮小を後押しするものではあるものの、行政機関の判断によって、処罰範囲が左右されるという事態が果たして妥当であるかは疑問である。

第２款　226－19条の罪の成立要素について

ここでは、刑法226－19条の罪の成立要素について扱う。本条では個人についての上記のセンシティブな属性を直接的または間接的に明らか

[25] Rémi Pellet, La vidéo-surveillance et l'application de la loi “informatique et libertés, Revue administratif, n° 285, p247-248, 清田雄治「フランスにおける個人情報保護の憲法的保障」政策科学13巻３号（2006年）55頁。

にする情報が対象となっているが、特に「間接的に明らかにする情報」の意義が問題となる。過去の判例では、アルジェリア戦争でフランス側についたアルジェリア人兵士とその家族であるアルキ（harki）に与えられた援助についてのファイルは、彼らの宗教的信念を間接的に明らかにする情報であるとされた[26]。一方、2004年法による改正前の226－19条について、個人の性的指向には言及していないものの、フランスの有料テレビ放送の「カナルプリュス（Canal+）」の加入者がポルノ映画を購入したという情報をコンピュータ・メモリーに入力する行為が問題となり、裁判所はポルノ映画の購入情報によって当該加入者の個人的な趣味嗜好を直接的に明らかにすることはできず、間接的に明らかにすることさえできないとして226－19条の対象から除外した[27]。1978年法は、センシティブ情報の処理に対して本人の「明示的な同意」のあることを適法化要件のひとつとして規定していることにより、刑法226－19条の犯罪にも「本人の明示的な同意」が存在しないことが求められている。

本罪は故意犯なので、行為者は、関係者の明示的な同意がないにもかかわらずセンシティブ情報をコンピュータ・メモリーに入力または保存しているということを認識していなければ、本罪は成立しない[28]。

第４項　本人への敬意・私生活の内奥を侵害する情報漏洩の罪（刑法226－22条）

本罪では、情報の登録、分類、転送またはその他のすべての情報処理の際に、本人への敬意や私生活の内奥を侵害するような情報を収集した上で、本人の許可なく、情報を受け取る資格がない第三者に漏洩する行為が処罰の対象となる。そして、情報に関する他の犯罪類型とは異なり、本罪は軽率または怠慢による漏洩も処罰され得る。

次の判例が示すように、「名声」や「私生活」という文言の意義については、名誉毀損罪と民法９条（私生活の保護）・刑法226－１条（私生活の侵害に関する犯罪）に関する判例が提示する意義と必ずしも一致する

[26] CE, 5 juin 1987 : JurisData n° 2005-068122 ; JCP G 1988, Ⅱ, 20997.

[27] CE, 9 févr.2005 : JurisData n° 2005-068122.

[28] Lepage et al, supra note 1, p.250.

わけではないようである。EDF-GDF（フランス電力・ガス会社）の従業員が、新しい使用契約者の氏名と住所の情報を売却したという事件につき、個人の住所は民法９条による「私生活の秘密の保護」の対象となるにもかかわらず、裁判所は刑法226－22条の罪の成立を肯定しなかった[29]。住所が本罪の客体とならなかったのは、刑法226－22条が単なる「私生活」を侵害するような情報の収集を対象としているのではなく、私生活の「内奥」に対する侵害を対象としていることによると考えられる。

また、一つの情報処理によって、刑法における情報に関する複数の罰条に触れる場合がある。金融会社（établissement de credit）が、地元の300人の商業者に対して氏名・住所・口座番号に関する情報処理のリストを送ったところ、その情報は経済的に問題のある900人に関するものであったという行為につき、裁判所は、①銀行に関する法律で規定された職業上の守秘義務に違反する罪、②改正前の1978年法42条における、情報処理の際の安全措置義務違反の罪、③改正前の1978年法43条１項における、個人の評判（réputation）や名声を傷つけるような記名情報を漏洩する罪の違反があったことを指摘し、特に③の罪につき金融機関が漏洩した情報は正真正銘のブラックリスト（vélitable liste noires）であることから、個人の名声や評価を下げる種類の情報であると判断している[30]。

続いて、「公証人の被害者を保護するヨーロッパ連盟（Ligue européenne de défense des victimes de notaires）」の代表者の指示で運営されているインターネット上のサイトに、犯罪や問題行為について非難された公証人の記名情報が記載されたところ、情報公開について関係のある公証人からの反対があったにもかかわらず、団体の代表者はこれに応じず、さらに記載された情報は誤りであったという事件でも、一つの情報公開という行為が複数の罰条に触れている。裁判所は、①情報処理に際してCNILに届出をしなかったことで、法律に規定されている手続を遵守しなかった罪（226－16条）、②情報の関係者の正当な拒否があるにもかかわらず、情報公開を中止しない罪（226－18－１条）、③犯罪に関する情

[29] TGI Paris, 16 déc 1994 : JurisData1994-600554.

[30] CA Rennes 13 janv.1992, D.1993 somm. p.54.

報を入力する罪（226－19条２項）、④個人の名声や評判を傷つける情報を漏洩する罪（226－22条）の違反があったと判断した[31]。特に、この事件において関係する公証人は、たとえ情報が誤っていたとしても犯罪や問題行動について公然と非難されていることから、公開された情報は226－19条２項の客体であるのみならず、公証人の名声を侵害する性質を有する情報であると解されている。

このように、事案によっては刑法226-19条の罪と刑法226－22条の罪、刑法226－13条における職業上の守秘義務違反（violation du secret professionnel）の罪と、1881年７月29日出版自由法29条における名誉毀損罪（diffamation）の４つは重なり合うところが多く、各々の犯罪規定の存在意義が問われ得る。しかし、フランス刑法において別個の犯罪規定として存在している以上、名誉を侵害する罪と秘密を侵害する罪、そして情報を漏洩するなどして不正に取り扱う罪は、それぞれ別個の法的位置づけを有しており、名誉と秘密、そして個人情報は異なる法的な利益として解されているのではないだろうか。

なお、前述の通り本罪では故意行為のみならず、軽率（imprudence）または怠慢（négligence）による過失行為も処罰の対象となるので、ここでは軽率ないし怠慢による過失の概要について述べる。

まず、フランス刑法121－３条１項[32]では「罪を犯す意思（intention de

[31] CA Bourges, 11 janv 2007 : Comm.com. électr.2007, comm.126.

[32] フランス刑法121－３条は1994年の新刑法典成立以来、1996年と2000年に２度の改正が行われて、現在の条文に至っている。1994年段階では121－３条は以下のように規定されていた。「１　重罪または軽罪は、それを行う意思がない場合には成立しない。２　ただし、法律に特別の規定がある場合、軽率、怠慢、または他者の身体を意図的に危険にさらす時には軽罪が成立する。３　不可抗力の場合、違警罪は成立しない」。1996年の改正では121－３条２項が次の条文に変えられた。121－３条２項「ただし、法律に特別の規定がある場合、他者の身体を意図的に危険にさらすときは軽罪が成立する」、121－３条３項「同様に、法律に特別の規定がある場合、軽率、怠慢、または法律もしくは規則によって規定された注意義務もしくは安全義務に違反するとき、行為者が場合によっては、その任務または職務の性質、権限や行為者の能力や手段を考慮して、通常の注意を払った場合を除いて軽罪が成立する」。1996年改正により、刑法上の過失と免責の基準が明確化された。そして、2000年改正では121－３条３

le commettre）がなければ重罪（crime）も軽罪（délit）も成立しない」とされ、故意犯処罰の原則が掲げられている。次に、121－３条２項は、「前項の規定にかかわらず、法律が定める場合、他人を意図的に危険にさらすときは軽罪が成立する（il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui）」と定める。

続いて、121－３条３項には「法律の定めによる場合（lorsque la loi le prévoit）、軽率（imprudence）、怠慢（négligence）、または法律もしくは規則によって定められた注意義務（une obligation de prudence）、もしくは安全義務（obligation de sécurité）に違反するという過失によるときは、行為主体がその任務（ses missions）または職務（ses fonctions）の性質、権限（ses compétences）、同じく当該行為主体が有する能力（pouvoir）と手段（moyens）から導かれる通常の注意（diligences normales）をしなかったことが証明された場合、同じく軽罪が成立する」と規定されており、これが刑事の過失（faute pénal）を処罰する根拠条文となる。そして、121－３条４項は「前項に規定された場合で、損害（dommage）を直接惹起することはなかったものの、損害の発生を実現し得る状況を作出し、もしくは作出させ、または損害発生を回避するための措置を採らなかった自然人（personnes physiques）は、法律または規則によって規定された注意義務もしくは安全義務に明確な意思の下で（de façon manifestement délibérée）違反したか、明確に特徴づけられた過失（faute caractérisée）を犯し、その過失が、無視することのできない特に重大な危険（risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer）に他者をさらすものであることが証明された場合に、刑事責任を負う」と規定する。行為の違法・責任の程度は結果発生の予見可能性の大小と関係し、因果関係が間接的な場合に行為者の刑事責任が認められるためには特に高度な過失の存在が必要であるという観点から、４項の規定は相当因果関係を立法化したものであるという指摘がなされている[33]。

項が上記のように修正され、121－３条４項が新設された。

[33] 末道康之「過失犯規定に関するフランスの刑法改正について」捜査研究591号（2001年）65頁。論者は、当該行為から当該結果が発生することが経験上予

軽率または怠慢による過失と注意義務・安全義務違反は、非故意犯罪において行為者への非難が認められるための心理的要素である。刑法226－22条との関係では、「軽率または怠慢による過失」の意義が問題となる。

刑事の過失（faute pénal）は、行為者が自己の行為によって損害結果（conséquences dommageable）が生じることを予見していなかった場合や、損害結果が発生することを考えなかった場合や、または行為者が結果発生を回避するために必要な用心をしていなかった（ne pas prendre les précautions nécessaires pour les empêcher de survenir）場合に成立する[34]。過失はさらに「認識ある過失（faute consciente）」と「認識なき過失（faute inconsciente）」に二分される[35]。認識ある過失は、行為者が結果発生の危険性を認識していたが、結果が発生しないと信じていた場合である[36]。フランス刑法では結果発生を意欲していなければ故意が認められないので、いわゆる「未必の故意（dol éventuel）」は認識ある過失として扱われる[37]。一方、認識なき過失は、行為者が結果発生の危険性を予見していなかった場合である。

このように、フランス刑法における過失は結果発生の危険性についての認識の有無で分けられるが、「軽率」「怠慢」による過失はいずれに該当するのであろうか。認識ある過失と同様に扱われる未必の故意について「認識ある軽率（imprudence consciente）が問題となる」「未必の故意は軽率（imprudence）に相当する」と述べることで、《imprudence》と

想できる、という意味ではなく、当該行為の危険性が結果に実現したという意味で「相当因果関係」をとらえていると思われる。

[34] Jean Pradel, Droit pénal général, Cujas, 20éd, 2014, p.470, André Vitu et Roger Merle, Traité de Droit criminel tome1, Cujas, 7éd, 1997, p.757.

[35] Pradel, supra note 34, p.470, Vitu et al, supra note 34, p.758.

[36] Pradel, supra note 34, p.470, Vitu et al, supra note 34, p.758. 未必の故意の位置づけについて紹介・検討する邦語論文として、井上宜裕「フランス刑法における未必の故意」法政研究76巻４号（2010年）545 ～ 561頁がある。

[37] Henri Donnedieu de Vabres, Traité de Droit criminel et de legislation pénale comparée, Sirey, 3éd, 1947, p.81.

いう用語を用いる見解[38]からは、軽率による過失は「認識ある過失」であり、怠慢による過失が「認識なき過失」に該当するのではないかとも思われる。実際に、フランス刑法では未必の故意が認識ある過失として扱われていることを紹介する際に、《imprudence consciente》という用語を「認識ある過失」と訳出する日本の学説[39]もある。

しかし、軽率と怠慢の２つの用語は同じであり、行為者は損害の発生を予見せず、必要な事前措置を講じないところに意思の怠惰（inertie）があるとする学説[40]もあることから、「軽率＝認識ある過失」「怠慢＝認識なき過失」という単純な対応関係にあるとはいえず、「軽率または怠慢による過失（faute d'imprudence ou négligence）」という包括的な概念が「認識ある過失」「認識なき過失」に二分されていると解する余地もある。いずれと解するにせよ、刑法226－22条は「軽率または怠慢によって（par imprudence ou négligence）」と規定することにより、認識なき過失によって所定の情報が漏洩された場合も処罰の対象としており、故意行為のみを処罰する他の犯罪類型よりも違法性の程度が重いと解されていることは間違いないだろう[41]。

以上、本節では個人情報の不正な取り扱いを処罰する刑法の規定について分析した。1978年法は技術的・専門的であるので、情報について専門的な知識の乏しい裁判官には理解が難しいことから、刑事罰が科される件数が少ないことが指摘されている[42]。

第３節　CNIL による制裁について

第１項　CNIL による制裁の実態

本節では、CNIL によって行われている制裁の現状について扱う。

---

[38] Donnedieu de Vabres, supra note 37, p.81.

[39] 木村亀二（著）阿部純二（増補）『刑法総論（増補版）』（有斐閣・1978年）210頁。

[40] Pradel, supra note 34, p.469.

[41] フランス刑法における過失論の詳細については、本研究では立ち入らず、今後の研究に委ねる。

[42] Agathe Lepage, Informatique et Liberté : Comm. com. électr. 2006, comm 131, p44.

2004年の法改正により、CNILは違反に対する制裁権を有するようになった。本項では、CNILが毎年提出している活動報告書（rapport d'activité）に基づき、初めて制裁が行われた2006年から2013年[43]までの毎年の変化を確認しながら、CNILの制裁がどのように運用されているのかということについて分析する。

2006年のCNIL報告書によると、2006年６月28日に、CNILによる最初の制裁が行われた。100件を超える制裁手続のうち、金銭的な制裁（sanctions financières）は11件で、処理中止または是正の指示（injonctions）は７件であった。金銭的制裁の金額は、300ユーロから45000ユーロの間で推移している。制裁の決定件数が少ないのは、CNILの催告（mise en demeure）に従う団体が多いからであると説明されている。2006年には73件の催告があり、催告の対象となった機関の82％がCNILの要請に従ったので、CNILは制裁手続を終わらせた[44]。制裁手続の対象となり得る主な機関または活動領域のうちの40％は商業、36％が銀行、残りは私立探偵、報道、テレコム、各種協会、政治である。そして、制裁手続の対象となり得る法律違反の21％は個人のクレジット返済事故に関するファイル（fichier national des Incidents de remboursement des Crédits aux particuliers. 略称はFICP）と消費のクレジット事故に関するファイル（fichier des incidents de crédits à la consommation. 略称はFCC）に関する問題であり、16％が私生活の内奥に対する重大な侵害（atteinte grave à l'intimité de la vie privée）、９％がセンシティブ情報について、８％が情報処理の拒否権についてである[45]。

2006年にCNILによって発動された制裁の中で特に重いものは、Crédit LyonnaisとCrédit Agricoleという２つの銀行に対して、それぞれ45000ユーロ、20000ユーロの金銭制裁を科したケースである[46]。前者

[43] 本稿執筆の2015年３月31日現在、2014年の活動報告書は未発表である。

[44] 27ème rapport d'activité 2006 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, p.23（http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000422/0000.pdf. 2015年３月31日最終閲覧。本章で引用するフランス1978年法に関するweb上の他の資料についても同様。）

[45] 27ème rapport d'activité, supra note 44, p.24.

[46] 27ème rapport d'activité, supra note 44, p.23.

の事件では、銀行の顧客からCNILに対して、借金を返済したにもかかわらず､銀行における信用のトラブルのリストに情報が記載されている、返済トラブルがなかったにもかかわらずキャッシュカードの取り消しの対象となったという苦情が寄せられた。CNILは銀行に説明を求める等の対策を行ったが、銀行から全ての回答を得ることはできず、銀行はCNILの活動に協力しなかった。そこで、CNILは、CNILの活動への妨害と、不正確なデータをファイル内に記載していたことを理由に銀行に対して45000ユーロの制裁を発動した[47]。後者の事件でも同様に、銀行の顧客の側から返済トラブルのファイルに誤って情報が記載されているという類似の苦情がCNILに寄せられた。銀行が取り扱った情報は正確ではなく、無権限の第三者がデータにアクセスするのを回避するための義務が履行されていないことが調査により明らかになり、CNILの催告を受けた銀行は誤ったデータを修正した。しかし、同様の違反が繰り返されないと考えるだけの対策が提示されていなかったので、CNILは当該銀行に対して20000ユーロの制裁を発動した[48]。2006年の報告書では、これらの金銭制裁について、すべての個人情報処理責任者にはCNILの活動に協力する義務と、情報処理に関する透明性（transparence）を担保する義務があることから、CNILへの協力が不足している場合は制裁の対象になると説明されている[49]。

2007年は、101件の催告があり、警告が５件、金銭制裁は９件であった[50]。金銭制裁の対象になるのは、主に債務者の情報を入手しようとする会社である[51]。2007年報告書においても､違反の抑止に対するCNILの重要性が述べられており、80％の関係機関が問題となっている違反を中止していることが指摘されている[52]。

---

[47] Mattatia, supra note 12, p324-325.

[48] Mattatia, supra note 12, p.325.

[49] 27ème rapport d'activité 2006, supra note 44, p.24.

[50] 28ème rapport d'activité 2007 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, 47p. (http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL-28erapport-2007.pdf)

[51] 28ème rapport d'activité 2007, supra note 50, p.48.

[52] 28ème rapport d'activité 2007, supra note 50, p.47.

2008年は、催告が126件、警告が１件、金銭制裁が９件である。2006年、2007年に比して CNIL の処理する制裁手続の件数は多いものの、ここでも CNIL の要請に短期間で従う機関が多いことから、制裁手続がすぐに終了する件数も増えている[53]。2008年には、事前の同意なく広告のファックスや大量のメールを送信したり、または拒否権の実際の行使（un réel exercice du droit d'opposition）を認めることなく商業的な内容の電話をかけたりする多くの企業が CNIL による制裁の対象となった[54]。

また、2008年は、インターネット上における個人情報の公開や再利用についての多数の法律違反が制裁の対象とされた年であると位置づけられている。フランスの教員評価サイトである《note2be》につき、1978年法の違反が問題となった。CNIL は、サイト上に記載されている評価は、権限があるとは断言できない第三者による主観的なものであり、このサイトは教員の公的な評価における混乱を発生させると判断した上で、教員には情報がサイトに掲載される前に同意を表明する機会が与えられるべきであったことから、当該サイトに対して是正のための催告を行った[55]。同様に CNIL は、関係者に告知せず、不動産業者に転売するためにインターネットを通して個人の不動産の広告を収集した会社に対して、このような不誠実な情報収集（ces collectes déloyales）を中止するようにとの催告を行った[56]。

2009年は、催告が91件、警告が４件、金銭制裁が５件であり、前年までと同様に金銭制裁の件数は少ない。違反の中で特に多いのは、事前手続の欠如と、個人の情報へのアクセス権や、情報処理への拒否権に関することと、無権限の第三者に情報を提供することである[57]。

---

[53] 29ème rapport d'activité 2008 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, 47p. (http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000211/0000.pdf)

[54] 29ème rapport d'activité 2008, supra note 53, p.48.

[55] 29ème rapport d'activité 2008, supra note 53, p.48.

[56] 29ème rapport d'activité 2008, supra note 53, p.48.

[57] 30ème rapport d'activité 2009 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, 52p (http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL-30erapport_2009.pdf).

2010年は、催告が111件、警告が４件、金銭制裁が４件である。2010年報告書によると、CNIL に持ち込まれる手続は2009年の段階では減少しているものの、2007年から一定程度の増加傾向にある[58]。しかし、CNIL の催告による要請が遵守される割合と、それに伴う手続の終了の割合が高いのは例年通りであることから、催告手続の教育的性格（caractère pédagogique）と有効性（efficacité）がうかがえるとの指摘がある[59]。

また、グーグル社のストリートビュー撮影車が、データ撮影の際に、セキュリティ対策の不十分な無線ネットワークから、関係者に知らせずメールやインターネット閲覧記録などの個人情報を収集した事件につき、CNIL が2011年３月に100000ユーロの罰金をグーグル社に科したことが記載されている。CNIL は金銭制裁を科す前の2010年５月に、グーグル社に対して是正を求める催告を行っているが、グーグル社がこの要請に従わなかったので金銭制裁を発動するに至っている[60]。この事件は、1978年法の違反に対して直ちに金銭制裁が科されるのではなく、催告に従わない悪質なケースのみが金銭制裁の対象になるという CNIL の実務の傾向の好例である。

2011年は、催告が65件、警告が13件、金銭制裁が５件、処理中止命令が１件である。報告書によると、制裁手続の終了件数が2009 ～ 2010年より多いことが2011年の特徴であり、手続終了の割合は、CNIL の催告が情報処理機関に対して1978年法への注意を払わせ、法律違反の状態を是正させる効力を有していることの表れである[61]。実際に、警告は催告が事前に出されたか否かにかかわらず行われる一方で、金銭制裁は催告に従わないことをもって初めて適用されることから、CNIL による取り締まりの効力の程度は金銭制裁の件数よりも警告の件数に反映される。

---

[58] 31ème rapport d'activité 2010 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, 23p. (http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL_rapport_annuel_%202010.pdf)

[59] 31ème rapport d'activité 2010, supra note 58, p.23.

[60] 31ème rapport d'activité 2010, supra note 58, p.22.

[61] 32ème rapport d'activité 2011 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, 79p (http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/RA2011_CNIL_FR.pdf).

そして、2011年は不誠実な方法による情報収集の他、情報関係者の情報処理への拒否権の侵害に対して10000 ～ 100000ユーロの金銭制裁が科されている[62]。

2012年は、催告が43件で、警告が９件、金銭制裁が４件、処理中止命令が１件であった。不誠実な方法による情報収集や拒否権の侵害などが、金銭制裁の対象になっている[63]。

2013年は、催告が57件で、警告が５件、金銭制裁が７件である[64]。CNIL の催告に従う機関が多く、金銭制裁の対象となるケースが少ないのは例年同様の傾向であるが、定められた事前手続に従うことなくビデオ監視（vidéosurveillance）を行い、CNIL の催告に従わなかった場合に金銭制裁が科されることが多いのが2013年の特徴である。

以上、CNIL の制裁実務につき、毎年の変化を概観した。CNIL による制裁の中で最も重いのは金銭的な制裁であり、次項で述べる刑事罰との関係が問われるところであるが、警告や催告の段階で CNIL の要請に従う情報処理者が多いことから、金銭制裁が発動される割合はすべての年度において少ない。したがって、CNIL による取り締まりは一定以上の効果を上げていると考えられる。

第２項　CNIL の制裁と刑事罰

前項では、CNIL による制裁の運用のあり方について概観した。CNIL によって金銭制裁が発動される件数は少ないものの、金銭制裁と裁判所による刑罰との関係が問題となる。

1978年法に違反してセンシティブ情報を収集した企業について、CNIL からの金銭制裁と刑事裁判所からの罰金の両方を科されたケースがある。まず、同一の企業が1978年法の違反を２度行った例について見

---

[62] 32ème rapport d'activité 2011, supra note 61, p.80.

[63] 33ème rapport d'activité 2012 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, 58p (http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL_RA2012_web.pdf).

[64] 34ème rapport d'activité 2013 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, 53p (http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL_34e_Rapport_annuel_2013.pdf).

ていくことにする。

（１）複数回の違反が行われた事例

2002年の大統領選以来、Impact Net 社はインターネット利用者に対して政治調査（世論調査）を行うようになった。この調査は匿名ということになっていたが、インターネット利用者に対して、いずれの候補者に投票しようと考えているのか、生まれた年、職業、メールアドレス等を正確に知らせるように求めていた。しかし、実際には調査への回答と共にメールアドレスが同一ファイルの中に集積されており、政治的な考え方についての情報は匿名化されていなかったことになる。この事件についてのナンテール軽罪裁判所判決によると、メールアドレス等の情報は回答者を特定し得るので、調査対象者に対して、調査が個人を特定するものではないと信じ込ませたことは、刑法226－18条所定の不誠実な方法による情報収集にあたる。続いて、収集された情報は政治に関わるものであるから、刑法226－19条の罪にも該当しており、当該企業は CNIL に情報取り扱いの届出をしていたものの、届出内容と実際の取り扱いとは一致しておらず、目的を逸脱した情報処理であったということで、刑法226－21条にも違反すると判断された。以上の罪により、Impact Net 社の社長は5000ユーロの罰金を科された[65]。

上記の刑事裁判後に、Impact Net 社は再び1978年法に違反してセンシティブ情報を処理したということで、最終的に CNIL による金銭制裁を科された。FAC インターナショナル社は、主に外国出身者に関する保険サービスを行う会社であり、Impact Net 社との契約に基づき、個人情報が Impact Net 社から FAC インターナショナル社に転送されていた。転送された情報には、アフリカのマグレブ（Maghreb）出身のフランス在住者の住所の情報が含まれており、これが個人の出自に関するセンシティブ情報であるとして、1978年法８条に違反しているのではないかとされた。CNIL は Impact Net 社に対して催告を出して、次のことを要請した。第一に、アフリカのマグレブ出身のフランス在住者に関する情報をどのように収集したのかを全て説明することである。第二に、

[65] 脚注12を参照。

当該情報の取り扱いが、個人の人種的・民族的出自を直接的または間接的に明らかにするものではないと解するに足りる弁明をCNILに対して行うことである。Impact Net社はこの催告を受けて、CNILに回答を行った。その回答によると、FACインターナショナル社は当該個人に関係するデータベースを使用することを希望していたので、Impact Net社はFACインターナショナル社に対して電話帳のファイルを貸していたということが判明した。しかし、Impact Net社は、CNILの上記の催告による説明要求があったにもかかわらず、当該情報処理が個人の人種的・民族的出自を直接的にまたは間接的に明らかにするものではないと認められるに足りる弁明をすることができなかったので、CNILの催告に従わなかったとして15000ユーロの金銭制裁を科せられた[66]。

このように、Impact Net社は1978年法について二度の違反を行い、一つ目の違反には裁判所による罰金刑が科され、二つ目の違反にはCNILによる金銭制裁が科された。CNILによる制裁金は15000ユーロであり、裁判所による罰金刑の金額より高額になっているので、このような状況は、刑法における累犯（récidive）または1978年法47条における「繰り返された違反（manquement réitéré）」に該当するのだろうか。まず、フランス刑法132－13条１項は、「自然人の場合は100000ユーロ以下の罰金に問われる重罪または軽罪についての確定判決を受けた法人が、刑の満了（expiration）または時効（prescription）から数えて10年以内に、同じ軽罪で刑事責任を問われた場合、法律がその罪に対して予定している刑罰の10倍の刑が適用され得る」と規定し、刑法132－14条は「ある軽罪で確定判決を受けた法人が、刑の満了または時効から数えて５年以内に、同じ軽罪または累犯の規則（règles de la récidive）から見て類似の軽罪で刑事責任を問われた場合、法律が自然人について当該軽罪に予定している刑罰の10倍の刑が適用され得る」と規定することによって、累犯の場合に刑を加重している。

続いて、1978年法47条によると、初犯であれば150000ユーロ、５年以内に違反が繰り返された場合は300000ユーロが制裁金の上限とされており、金額が加重されている。しかし、このImpact Net社のケースは刑

[66] Délibération CNIL du 31 janv.2008.

法における累犯でも、1978年法における「繰り返された違反」でもない。CNIL は、ナンテール軽罪裁判所での判決を把握していたものの、1978年法47条に規定されている「繰り返された違反」は、すでに企業がCNIL からの制裁を受けた場合のみに適用されると解した[67]。同様に、裁判所の判決の側から見ても、法人の累犯について規定する刑法132－13条と132－14条は、重罪または軽罪が繰り返された場合を想定して刑の加重について規定しているので、刑事裁判の前に CNIL が金銭制裁を行ったとしても、刑法における累犯にはならない[68]。CNIL による金銭制裁は行政的な制裁であって、刑罰ではないので、後に行われたいずれか一方が、前に行われたもう一方による罰金額または制裁金額を参照した上で金額を加重するという関係にはならないといえる。したがって、１回目の違反について罰金刑が科された後、再度の違反に対する CNIL の制裁金の金額が増えるのは法によって予定されていることではない。同一の情報処理主体が複数回の違反を行った場合、CNIL または刑事裁判所は、前の違反の際の制裁金額または罰金刑の金額を参照することなく金額を算定する裁量が認められているといえるだろう。

（２）同一の違反に対する金銭制裁と罰金刑

また、上記のケースでは同一の企業が２回の違反を行い、それぞれ裁判所による罰金と CNIL による金銭制裁を受けたが、同一の企業による一つの違反に対して裁判所による罰金刑と CNIL による金銭制裁の両方が科された場合、これは「二重処罰の禁止」に反するだろうか。1978年法47条は、「刑事裁判が同一事実または付帯事実について判断するのに先立って CNIL が金銭的制裁を確定させた場合、CNIL による制裁金額は、刑事裁判の確定した金額から控除され得る」と規定している。この条文から見れば、CNIL による制裁と裁判所による罰金刑は、一方が他方を排除する関係には立っていないようである。一つの違反事実に対して金銭制裁と罰金刑が併科されることは法的に否定されないが、47条はこの２つの金額の調整について、一つの方法を提示しているのである。

[67] Mattatia, supra note 12, p.324.

[68] Mattatia, supra note 12, p.324.

例えばCNILが３万ユーロの金銭制裁を確定した後、刑事裁判官の決定した罰金額が５万ユーロであったとする。この際、刑事裁判官はその裁量によって、５万ユーロの罰金額から３万ユーロの金銭制裁額を引いて、最終的に２万ユーロの罰金刑とすることができるということである。金額の控除はあくまでも裁判官の裁量なので、金銭制裁額を割り引くことなく、３万ユーロの金銭制裁とは別に５万ユーロの罰金刑を科すことにも法的な問題はないといえる。このように、47条の条文によれば２つの金額調整を可能にしつつ、併科することも法的に排除されない。

また、コンセイユ・デタは、「CNILは、その性質・構成・職務権限から見て、『公正な裁判を受ける権利』を規定する人権と基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約）６－１条における裁判所（tribunal）として認められる行政機関である」と判断しているものの、1978年法45条以下において、CNILの催告に従わなかった場合でなければ金銭制裁を科すことができないと定められていることから、CNILを法律違反の罪名決定（qualification）について判断する機関としてみることはできないと判断する[69]。このことから、コンセイユ･デタはCNILを刑事裁判所とは別個の性格を有する機関であると解しているように思われる。CNILが刑事裁判所ではなく、行政的な組織である以上、やはりCNILによる金銭制裁は刑罰ではなく、両方を科すことには法的な問題はないだろう。併科することが個人情報保護の法政策上妥当であるか否かは、また別の問題である。

このように、1978年法の違反にはCNILによる金銭制裁と刑事罰の両方が予定されている。この二つを併科するか否かということは別として、刑事裁判所による罰金よりも、CNILによる金銭制裁の金額の方が高額であることが指摘されている[70]。論者はその理由を２つ挙げている。一つは、1978年法の違反によってCNILから注意を受ける個人情報処理責任者は、CNILの催告に従うことによって制裁を回避することが可能であり、制裁は警告や催告に従わなかった場合に発動されるからである。もう一つは、刑事裁判官にとって、1978年法違反の犯罪は、それまで裁

[69] CE référé n° 311974 du 19 février 2008.

[70] Mattatia, supra note 12, p.328.

判官が取り扱ってきた一般的な犯罪に比して軽微であると考えられているのではないかということである。1978年法違反の犯罪によって個人に対する物理的な侵害が発生するわけではなく、犯罪による損害の量を判断するのは容易ではないことから、裁判官は判断に際して慎重な態度を採っているのではないかとの分析が加えられている[71]。

第４節　小括

本章では、フランス1978年法における情報処理のための諸規則と、様々な行為態様の情報侵害を処罰する刑法の重要な規定の意義と射程範囲、そして情報処理の取り締まりにつき強力な権限を有するCNILの実務の実態について検討してきた。

フランスの個人情報保護法制において、情報の不正な取り扱いに対して抑止力となり得るのは、刑法による処罰とCNILによる制裁である。刑事罰の規定について、本研究では、いわゆる情報窃盗や無断の第三者提供などの行為を直接的に処罰する規定を設けることの妥当性を検討するという問題意識から、刑法226－16条以下の規定の中でも、不正手段による情報収集の罪（226－18条）、本人の拒否にもかかわらず情報処理をする罪（226－18－１条）、センシティブ情報の処理の罪（226－19条）、本人への敬意や私生活の内奥を侵害する情報の第三者提供の罪（226－22条）を中心的に取り上げた。この中で、情報窃盗を処罰する規定として典型的なのは226－18条である。この規定は、「詐欺的、あるいは不誠実、不正な手段」による情報収集を広くカヴァーするものであるので、本人の同意なく、あるいは本人に告知せず個人情報を入手するという、個人情報の侵害の中で最も頻繁に発生する違反行為に対する抑止が期待される。

この226－18条のみで情報侵害のケースの大半をカヴァーできるようにも思われるが、行為態様や対象となる情報の種類によって犯罪規定を細分化するのがフランス個人情報法制の特徴である。226－19条では、政治的・宗教的意見や人種的・民族的出自などの、いわゆるセンシティ

[71] Mattatia, supra note 12, p.328.

ブ情報といわれる個人情報を、本人の明示的な同意なく入力・保存する行為が処罰の対象となる。この規定は、センシティブ情報はその重要性ゆえに他の一般的な個人情報とは区別されるべきであるという趣旨に照らして、1978年法８条が本人の単なる同意では足りず、明示的な同意のある場合に処理を認めていることに従っている。

しかし、本章第２節第３項第１款でも述べたように、現行1978年法８条は本人の明示的な同意のある場合以外にも、センシティブ情報の処理が認められるための例外を数多く認めているので、このことに応じて226－19条の処罰範囲も限定的なものになっている。処理が認められる例外を多くすることによって、センシティブ情報という特別なカテゴリーの存在意義が希薄になっている。1995年のEUデータ保護指令８条に従ってセンシティブ情報の取り扱いについての規則を定めたという点ではイギリスの1998年データ保護法と同様であるが、本研究第２章で検討した通り、イギリス法ではセンシティブ情報の不正な取り扱いを個別に処罰する規定は存在せず、データの不正取得等を処罰する55条が一括してカヴァーする形になっている[72]。このようなイギリスの刑事罰規定と比較しつつ、フランス刑法226－19条の存在意義も見直されるべきであろう。

そして、本人の名声や私生活の内奥を侵害するような情報を無権限の第三者に提供する行為が226－22条で処罰される。この規定は、226－18条などの犯罪類型と異なり、故意のみならず過失（軽率または怠慢）による行為も処罰の対象となる。フランス刑法における「軽率または怠慢による過失」という概念は、「認識ある過失」と「認識なき過失」の両方を含んでいるので、226－22条の枠組では、ある個人の前科や、社会からは受け入れられないような奇妙な生活習慣などの個人情報の処理の後に、情報を知る権利のない第三者に不用意に漏らしてしまう行為までもが処罰の対象となる。このように、226－22条が認識なき過失の場合まで処罰の対象としている理由の一つは、情報の重要性であろう。「本人の名声や私生活の内奥を侵害」し得る情報に該当するのは、住所や年齢

[72] 佐藤結美「個人情報の刑法的保護の可能性と限界（２）」北大法学論集65巻４号（2014年）287～286頁。

などの基本的な個人情報ではなく、過去の問題行動や前科、出自、親類に犯罪者が存在することといった内部的な情報であると思われる。そのように解すれば、226－22条が対象とする情報は226－19条におけるセンシティブ情報とも重複する部分があり、本人の名声や私生活の内奥を侵害する情報を第三者に漏洩するという行為は、フランス1881年出版自由法29条の名誉毀損罪とも重複する部分がある。これらの複数の罰条に該当し得る、違法性の高い行為であるからこそ、認識なき過失まで処罰されているのではないだろうか。第二に、センシティブ情報の取り扱いに関する例外は1978年法８条により多く認められており、その収集や保存などが可能になる余地は少なくないが、センシティブ情報を無権限の第三者に提供することが正当化される余地は狭いということである。したがって、重要性の高い情報を無権限の第三者に提供するという行為の違法性は高くなるだろう。そのように解すれば、226－19条とは別に、226－22条が独立した処罰規定として存在する意義は否定できるものではないと思われる。

このように、フランス刑法では様々な情報侵害行為が処罰の対象となっている。しかし、裁判所による刑事罰よりも、CNIL の制裁の方が1978年法違反の行為の防止に重要な役割を果たしているようである。CNIL は情報処理を取り締まる専門機関であり、日常的に情報の取り扱い状況を観察したり、必要があれば調査したりしている。CNIL は1978年法の違反を発見すると、直ちに金銭制裁を科すのではなく、まず催告をして改善を促すことが1978年法45条に規定されている。CNIL の年次報告書では、催告や警告、金銭制裁の件数が記載されていたが、催告を受けて多くの情報処理者や企業が指示に従うという状況で一貫している。催告に従わない等の悪質なケースのみが金銭制裁の対象となるので、金銭制裁は少数にとどまっている。このことから、情報処理者にとって CNIL による金銭制裁は脅威であることがわかる。その一方で、裁判所による刑事罰が果たす役割は CNIL の制裁に比して小さいようである。法律上、同一の違反に対して CNIL の金銭制裁と刑事裁判による罰金刑の両方を科すことは排除されていないものの、罰金の金額は CNIL の金銭制裁よりも低い傾向にある。そして、実際に刑事罰が科される件数が少ないことが指摘されている。このような実態は、刑事裁判官は CNIL

に比して情報法に関する知識や経験が乏しいことと、情報に関する犯罪は殺人や傷害などの従来型の犯罪に比して、被害の程度を算定することが困難であることにより、刑事裁判官が1978年法の違反行為を処罰することに謙抑的になっているのではないかという分析がなされているのは、本章第３節で述べた通りである。

CNIL は、処理中止命令や警告などの強力な権限を与えられている。そして、CNIL の制裁の中でも金銭制裁は重大の脅威となっている。CNIL の専門性と権限により、法律違反の抑止に対する重要性は裁判所を上回っているが、悪質なケースについては刑事罰が適用される余地がある。このような役割分担によって、刑法の謙抑性が結果的に尊重されているように思われる。本研究第１章で検討した通り、日本の個人情報保護法制定のために設けられた個人情報保護検討部会と個人情報保護法制化専門委員会では、一定以上の個人情報侵害行為につき罰則を設けることが議論されたものの、個人情報の「質」と情報侵害の「行為態様」に応じた構成要件化が困難であることから、情報窃盗などの行為を直接的に処罰する規定を創設するに至らなかった[73]。しかし、フランス1978年法のように、情報に関する専門的な知見を有する第三者機関が取り締まりの権限を有していれば、個人情報の「質」と情報侵害の「行為態様」と均衡のとれた妥当な規制を行うことが可能となり、刑罰が濫用されるおそれもなくなるだろう。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日授与）「個人情報の刑法的保護の可能性と限界について」に加筆・修正したものである。

[73] 佐藤結美「個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（１）」北大法学論集65巻３号（2014年）273 ～ 265頁。

講　　演

私的所有権侵害に関する欧州人権裁判所判例の影響

—— 公権力による不動産考古学遺跡の強制取得問題を題材に ——[i]

ルネ・オスティウ
［René Hostiou］[ii]
津田　智成（訳）

「人権及び基本的自由の保護のための欧州条約第１追加議定書第１条の文言により保障されているような財産の尊重への権利［droit au respect des biens］が財物行政法［droit administratif des biens］に及ぼした影響は、人々がそう主張するほど〔同法に〕動揺を与えるものではありません[1]」[iii]。

この発言は〔人々を〕安心させようとするものでありますが、周知のように、かかる楽観主義的な考え方が万人により共有されているわけではありません。それどころか逆に、欧州人権裁判所の判例による災禍を強調する人々もいます。欧州人権裁判所の判例は、非常に多くの場合、〔国内の財物行政法に〕動揺を与えるものとみなされており、時には極めて「偶像破壊的な［iconoclaste］」ものとすらみなされているのです。しかしながら、周知のとおり、国内の裁判所は、多くの場合、欧州人権条約の諸規定を適用すること——そして、そのような場合に優先させること——を求められるたびに、ためらいを見せています。

[1] Mattias Guyomar, «Les incidences du droit « au respect des biens» sur le droit administratif des biens», in *Droit administratif des biens et droits de l'homme*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 14, 2005, p. 81.

かかるためらいは、例えば、国内の裁判所が、ストラスブールに拠点を置く欧州人権裁判所に訴訟が係属した場合に国家当局に対して下される可能性のある有責判決を、さらに時おりほぼ確実でさえある有責判決を先取りし、自ら同様の判決を下すといった点において見られるものであります。

2012年４月24日の文化・通信大臣対マテ・デュメーヌ［Ministre de la culture et de la communication c/ Mathé-Dumaine］判決[iv]において、コンセイユ・デタは、ある法制度の条約適合性について含みのある判決を下しました。その法制度とは、私有地の地下で発見される可能性のある不動産考古学遺跡の所有権に関して2001年に創設された制度であります。本判決は、以上のような状況において、――全くもって特殊な――問題が存在することをはっきりと示しています。この問題は、国内法に対する欧州条約の優位性に起因するものであり、またそればかりでなく、その法的構造が生ぜしめる困難性にも起因するものであります。かかる事情により、越権訴訟を担当する裁判官は、国内法に由来する諸規定が欧州条約の諸要請に適合しているか否かについて判決を下し、また、国内法についても欧州条約についても欧州人権裁判所の判例に照らして解釈することを余儀なくされているのです。

2001年１月17日の法律の法的仕組み

地下に存する不動産考古学遺跡の所有権は、2001年に、ショーヴェ洞窟［la grotte Chauvet］の収用に起因する補償金請求訴訟[2]の中で提起された疑問に応じて、公権力をして1941年９月27日のカルコピーノ法［loi Carcopino］に基づく制度を見直すに至らせました。当該法制度は、完全に民法典第552条に依拠するものでありました。民法典第552条は、「土地を所有する者は、天頂に至り、地底に達するまで所有者なり[v]［cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos］」というラテン語の格言に従い、土地の所有権が――地底の最深部までの――地下の所有権と――天空の最高度までの――地上の所有権とを含む

[2] Cour d'appel de Toulouse 26 mars 2001, *Helly et autres, Et. Fonc.* 2001, n° 90, p. 6, obs. René Hostiou ; *Les Petites Affiches* (L.P.A.) 13 août 2001, n° 160, p. 10, note Pierre Cabrol ; Sandrine Cortembert, «La grotte Chauvet (ou la protection des intérêts financiers de l'État sous le couvert de celle d'un site paléolithique)», *L.P.A.* 7 avril 1997, n° 42, p. 11.

と規定しています。

2001年の法律第13条は、この民法典第552条を極めて明示的に「無力化し［neutraliser］」ようとするものでありました。この2001年の法律第13条は、次のような修正案に由来するものであります。すなわち、その修正案とは、事前考古学［archéologie préventive］[vi]についての法律に係る国民議会第１読会における審議の際に提案され、政府によって「正義への配慮のために［dans un souci de justice］」（原文ママ［sic］）修正されたものであります。この修正がなされた理由は、民法典第552条によって定められた推定が「所有者もその祖先も取得したことがなく又は譲渡されたことのない財産を当該所有者が享受することを許容する」効果をもたらしてしまうから、というものでありました。〔この2001年の法律第13条は、次のように規定しています。〕

「不動産考古学遺跡については、民法典第552条の諸規定の適用除外とする。国は、不動産考古学遺跡が所在する土地の所有者に対して、当該遺跡にアクセスする［accéder］に当たって当該所有者に生じうる損害を填補するための補償金を支払う。協議による合意が得られない場合、補償金に関する訴訟は司法裁判官に提起される」。〔この規定は、現在、文化遺産法典法律篇第541-1条に編纂されています。〕

これらの諸規定は、事前考古学についての行政上及び財政上の手続に関する2004年６月３日のデクレ第2004-490号第63条が定める枠組みにおいて適用されることとなりました。この2004年のデクレ第63条によって、以下のような著しく巧妙で、ひどく手の込んだ計略が公権力により巡らされました。すなわち、それは、不動産考古学遺跡を含む土地の所有者が、自身が当該遺跡の所有者であることを立証することに成功した場合を除き――こうした証明は、土地の所有者が法的権原［titre juridique］も、仮に発見されるまでその存在を人に知られなかった財産が問題となる場合には取得時効の効果も決して主張しえないことが明らかであることから、「悪魔の証明［probatio diabolica］」に属するものであるといえます――、当該財産は、「主〔＝所有者〕なきもの［sans maître］」としてみなされ、当該財産が所在する地域を管轄するコミューンに帰属するものとしてみなされるというものであります。そして、当該財産の所有権は、上記コミューンが自己の権利行使を放棄する場合には、当然に［de plein droit］

国に移転することとなり（民法典第713条）、その場合、州知事［préfet de Région］には係争財産が「国の所有財産［propriété de l'État］」になったことを「確認する［constater］」権限が付与されています。したがって、国は、それ自身いささかの証拠も提出するまでもなく、国の全土で発見されることとなるあらゆる不動産考古学遺跡の所有者となることができるのです。この法的仕組みは、国にとって非常に安上がりなものであるといえます。なぜなら、国は、もっぱら不動産考古学遺跡が存する土地の所有者に対して当該遺跡にアクセスするに当たって当該所有者に生じうる損害を填補するための補償金の支払いを求められるだけにすぎないからであります。

人々が係争事件において目の当たりにしたのは、このようなシナリオ〔＝筋書〕でありました。〔原告である〕マテ・デュメーヌ氏は、シャラント［Charente］県ヴィロヌール［Vilhonneur］町のタルドワール［Tardoire］渓谷にある５ヘクタールの森林地〔＝植林地〕の所有者でした。彼の通報に基づいて、一つの洞窟学者のチームが、2005年12月８日に、――およそ地下20メートルの地点で――回廊網［réseau de galeries］と、とりわけ後期旧石器時代に起源を有しうるものとして考えられる洞窟壁画の跡がある複数の部屋［salles］を発見しました。この重大な発見――この「顔洞窟［la grotte au visage］」という名の洞窟には、およそ紀元前27000年にさかのぼるグラベット文化期［période du Gravettien］の人の顔の肖像が描かれています――は、早速、翌日の12月９日に国家当局に知らせられることとなりました。ヴィロヌール町議会は、2006年４月７日付けの議決により、――国が、上記洞窟に「ヴィロヌール洞窟［Grotte de Vilhonneur］」という公式の名称を付与し、かつ、非商業的な使用のためにその画像［image］〔の使用権〕を町に無償で譲渡するという条件の下――当該財産に対して自己の権利を行使することを放棄する旨の決定を行いました。当該財産は、この議決をもって直ちに国の所有財産となりました。その結果、組み合わされた上記諸規定（文化遺産法典法律篇第541-1条、民法典第713条、2004年６月３日のデクレ第63条）に基づいて、ヴィエンヌ県［Vienne］の知事でもある、ポワトゥー＝シャラント州［Région Poitou-Charentes］の知事が、2006年５月12日にアレテを発することにより、この法状況を「確認し」、「ヴィロヌール洞窟」という名の不動産遺跡が国の公有財産に編入されることを宣言したのです。

かかる法的仕組みが欧州人権条約に適合するものであるか否かという問題

は、以上のような法的措置によって生じた訴訟の中で提起されたものであります。以下のことが事実として認められます。すなわち、事実審が、この法的仕組みが――欧州人権条約に由来する――各人が有する自己の財産の尊重への権利の要請に全面的に反するものであると明示したのに対して、コンセイユ・デタは、逆に、その問題についてはるかに慎重な姿勢を示そうとしたということであります。以上のことは、同時にかつ競合的に［tout à la fois et concurremment］、欧州の多様な法制度を統合するファクターとしての欧州人権条約に内在する潜在能力を明らかにします。これらの法制度の各々は、今後、共通ではあるが同時に未決定の余白部分［marge d'indétermination］も含む諸規定に直面させられることとなります。この未決定の余白部分というのは、国内の裁判所が欧州人権裁判所の前哨［avant-postes］として位置づけられている、裁判審査の構造によって不可避的に生ぜしめられるものであります。というのも、国内の裁判所は、時に欧州人権裁判所の諸要請に適合しないような解釈を維持するリスクを冒して裁判審査を行うことがあるからです。

事実審による分析：2001年の法律の全面的な条約不適合性

〔前述のような〕行政主体の決定に直面した土地の所有者〔マテ・デュメーヌ氏〕は、知事に対して非訟的な異議申立てを行いましたが、知事がこれに応じなかったため、ポワチエ［Poitiers］行政裁判所に――当該異議申立てに対する拒絶を示す黙示的決定と2006年５月12日の知事によるアレテとを同時に対象とする――訴訟を提起しました。行政裁判所は、多くの場合、この種の主張［argumentaire］に対しては非常に及び腰になるのですが、〔本件訴訟においては〕めったに見せない大胆さを見せました。すなわち、同裁判所は、国によって適用された諸規定が「あらゆる自然人又は法人は、自己の財産の尊重への権利を有する」と規定する欧州人権条約第１追加議定書第１条の諸規定に反するとして、上記の２つの決定を取り消したのです[3]。

〔これに対して、〕国が控訴し、今度はボルドー［Bordeaux］行政控訴院が、この訴訟事件の審理を行うべきこととなりました。報告官のジュパン［D. Zupan］は、第一審において考慮された取消理由の代わりに、他の理由、すな

[3] Tribunal administratif (T.A.) de Poitiers 20 novembre 2008, *Mathé-Dumaine*, inédit.

わち、知事の決定が遅延したという理由を援用しました（2006年５月12日付けでなされた当該決定が所有者に正式に通知されたのは、７月10日、すなわち、2004年６月３日のデクレ第63条によって規定された――「遺跡の発見から［à compter de la découverte du vestige］」――６か月の期間を経過した後でありました）。これに対して、行政控訴院は、第一審の裁判官らによる分析を完全に維持すべきであると解しました。行政控訴院は、同様のケースにおいて欧州人権裁判所が行っている比例性の審査［contrôle de proportionnalité］[4]を採用し、以下の点を強調しました。すなわち、係争中の諸規定は、「先に自身が土地の所有者であったという事実のみに基づき地下構成物の所有権を立証するという手段を土地所有者から奪う点において」、「土地の所有者の諸権利と国の諸権利との間の適切な均衡状態を創り出す」ものとしてみなされえない。また、当該諸規定は、いかなる金銭的な補償もなく、所有する土地の地下に存する考古学遺跡の所有権を当該土地の所有者から奪う点において、「一般利益の要請と所有権保護の要請との間の適切な均衡」を図ったものとはいえない。したがって、当該諸規定は、欧州人権条約第１追加議定書第１条の諸規定に反する。以上のことから、ポワトゥー＝シャラント州の知事は、法律上、上記アレテによって「ヴィロヌール遺跡」という名の遺跡が国の所有財産となったことを確認するに当たって、また、国の公有財産に当該遺跡を編入するに当たって、当該諸規定をその根拠とすることはできない、と[5]。本判決の評釈を書いた論者は、「捕らえようと思っていた者が捕らえられる〔＝ミイラ取りがミイラになる〕［Tel est pris qui croyait prendre］[vii]」と実に適切に指摘しました。かかる指摘は、本判決を機として、国家権力による自由侵害行為［comportements liberticides］を防ぐために欧州人権条約が有している潜在能力――それは、非

[4] Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, série A, n° 52, p. 29, § 69 ; Frédéric Sudre, «Le droit au respect de ses biens au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme», in *Droit administratif des biens et droits de l'homme,* préc. pp. 67 et s., spéc. p. 77.

[5] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 23 décembre 2010, *Ministre de la culture et de la communication c/ Mathé-Dumaine*, req. n° 09BX00104, *Actualité juridique-Droit administratif* (A.J.D.A.) 2011, p. 1381, note Stéphane Manson ; Juris-Data n° 2010-026758.

常に多くの場合、国内の裁判所により無視されています――を示唆するものであります。

コンセイユ・デタによる分析：2001年の法律の相対的な条約不適合性

コンセイユ・デタ――破毀審判事――による分析は、事実審の判事らによる分析よりも含みのあるものです。コンセイユ・デタは、この事件における係争中の諸規定の適用が条約上の諸要請に十分に応えるものでないことを認めてはいるものの、その分析に重大な限定――係争財産の所有権がいつ取得されたかに応じてなされる限定――を付しています。このことは、我々をして欧州人権裁判所の判例に照らして当該限定が適切であるか否か――つまり、有効であるか否か――を自問するに至らせるものであるといえます。

コンセイユ・デタによれば、当該諸規定が、2001年１月17日の法律第13条の効力が発生する前に土地を取得した所有者から、当該財産の地下物［tréfonds］に対する権利、すなわち、当該土地が含みうる不動産考古学遺跡に対する権利を剥奪することを目的としたものであり、かつ、――そのような効果を生ぜしめる――限りにおいて、当該諸規定は、欧州人権条約第１追加議定書第１条に反することとなるといいます。欧州人権裁判所の用語を引き継いで言うならば、各人が有する自己の財産の尊重への権利に対して明白に「不当な干渉［ingérence］」となる諸規定については、周知のように、当該諸規定は、一方での共同体の一般利益の要請――国の歴史的・文化的遺産の保護は、疑問の余地なく、この一般利益にあずかるものであるといえます――[6]と、他方での個人の基本的権利の保護の要請との間の「適切な均衡［un juste équilibre］」を図るものでなければなりません。所有権を剥奪する法的措置が正当な目的を追求するものであるというだけでは十分ではなく、さらに、用いられる手段と実現させようとする目的の間に「合理的な比例関係［rapport raisonnable de proportionnalité］」が存在しなければならないのです[7]。そして、特に、係争措

[6] C.E.D.H. Grande Chambre 19 février 2009, *Kozacioglu c/ Turquie*, req. n° 2334/03, § 53, *A.J.D.A.* 2009, p. 872, chron. Jean-François Flauss ; *Actualité juridique-Droit immobilier* 2010, p. 113, chron. Simon Gilbert ; *Revue trimestrielle de droit civil* 2009, p. 683, obs. Jean-Pierre Marguénaud.

[7] C.E.D.H. 21 février 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni*, série A, n° 98, § 50.

置が上記の「適切な均衡」を尊重しているかどうか、つまり、当該措置が被害者に「過度の〔＝不釣合いな〕[disproportionnée]」負担を負わせるようなものでないかどうか、を評価するためには、被害者に支払われる補償金の問題が極めて重要となります。当該財産の価値と「合理的にみて均衡のとれた[raisonnablement en rapport]」金銭の支払いがなければ、その所有権の剥奪は通常「過大な[excessive]」侵害となります。また、欧州人権条約第１追加議定書第１条は、毎回常に全面的な補償に対する権利を保障しうるものではありませんが――公益性に関する正当な諸目的があれば、係争財産の商品価値の満額よりも低い額の補償を行うことができます[8]――、完全な無補償は、「特段の事情がない限り」正当化されえないのです[9]。したがって、以下のように考えるよう促されることとなります。すなわち、以上の最初の点――2001年以前に取得された財産であるという原告の利害に極めて直接的に関わる点――に関しては、ポワチエ行政裁判所及びボルドー行政控訴院による分析を正当であると判断している点において、コンセイユ・デタの判決が、欧州人権条約の諸要請を完璧に理解した上で、当該諸要請に非常に正確に応えたということであります。この種の訴訟事件は、下流、つまり、ストラスブールの裁判官の面前よりもむしろ上流で――すなわち国内レベルで――取り扱われる方が望ましいように思われうる限りにおいて、このコンセイユ・デタの判決は、多くのケースにおいて、そのモデルとして役立つことさえありうるでしょう。この判決はまた、国家当局に欧州法の諸規準〔＝諸原則〕[canons]に対してより注意深くあるよう促すことに寄与しました。当該諸規準〔＝諸原則〕は、各人が有する自己の財産の尊重への権利を遵守することを求めるという点において、しばしば、より要求の厳しいものとなっています。こうした傾向は、特に近年見られるようになってきているものであり、とりわけ収用に関して見られるものであります[10]。

---

[8] C.E.D.H. 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, série A, n° 102, pp. 50-51, § 121.

[9] C.E.D.H. 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c/ Grèce*, req. n° 13092/87, § 71, *A.J.D.A.* 1995, p. 212, chron. Jean-François Flauss ; D. 1996, p. 329, note Dominique Fiorina ; C.E.D.H. 23 novembre 2000, *Ex-roi de Grèce et autres c/ Grèce, req.* n° 25701/94, § 89, *A.J.D.A.* 2000, p. 1006 et 2001, p. 1060, chron. Jean-François Flauss.

[10] この点については、ジャン・フランソワ・ストゥルイユ氏のテーズを参照

コンセイユ・デタは、――ここでもまた欧州人権条約第１追加議定書第１条に照らして――、破毀審判事が持ち込むべきだと考えた限定の正当性について自問し続けています。その限定とは、本件事案のように2001年の法律の効力が発生する前に土地の所有権を取得した者が問題となる場合ではなく、同法の効力が発生した後に土地の所有権を取得した者が問題となる場合に関して破毀審判事が持ち込むべきだと考えたものであります。コンセイユ・デタは、以下の点を強調しています。すなわち、後者の者たちに関しては、これらの者が有償によってであれ無償によってであれ当該土地の所有者になったとしても、上記法律の諸規定により、以後、それらの者は、当該遺跡の所有権を主張するために民法典第552条によって定められた推定を援用することはできず、また、かかる状況にある者に対して文化遺産法典法律篇第541-1条を適用することは、上記条約の規定の意味において「財産を剥奪するものとはみなされ」えない、と。

最高行政裁判所〔＝コンセイユ・デタ〕が次のような配慮を示していることが見事にわかります。すなわち、その配慮とは、立法府の意向に明らかに反する判例の射程を限定することに努め、また、公金の浪費と受け取られかねないものから納税者を保護しようとする配慮であります。さらに、次のように主張したがる人々もいます。すなわち、こうしたケースにおいては、土地の取得者が、自身が当該土地の所有者になったとしても2001年の法律のまさにその効力によって同法の施行後に発見されることとなった不動産考古学遺跡の所有権を取得することはありえないという事実を知っているであろうし、少なくとも知っているべきであった――何人も法を知らざるものとはみなされず［nemo censetur ignorare legem］[viii]――、と。しかしながら、その立論〔＝言い分〕は全く決定的なものではありません。というのも、ある法的措置が国内法に照らして適法であるという事実のみでは、それが条約に適合しているということの証明には全くならないからであります。また、他方、「欧州人権条約第１追加議定書第１条前段第２文の意味における所有権の剥奪」が問題となるたびに、欧州人権裁判所が、当該剥奪の被害者に対してどの程度の補償金を支払うか、

（Jean-François Struillou, *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique. Contribution à l'étude de l'évolution du droit français au regard des principes dégagés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 1996.）。

という点について国家当局に一定の「評価の余地［marge d'appréciation］」を残すべきであると考えているとしても[11]、先のケースにおけるのと同じように、このケースにおいても以下の点については同じことがいえます。すなわち、「当該遺跡にアクセスするに当たって」当該土地の所有者に生じる損害に相当する補償の他には何らの補償もなされないということは、欧州人権裁判所が解釈しているような意味内容での条約上の要請に照らすと、上記限定の条約適合性について疑念を漂わせる性質を有しているという点であります。それどころか欧州人権裁判所が非常に強い自由主義的な考え方をもって≪財産［bien］≫概念を解釈していることを知っている者からすると、このようなモデルケースにおいて、かかる問題が生じないという考え方、つまり、土地の所有者はいかなる財産も奪われていないというような考え方をするということは、欧州人権裁判所の判例について全くもって危うい読み方を行っていると考えざるをえないのです。したがって、より単純に言えば、この判決については、次のような理解を排除することはできないでしょう。すなわち、この判決が、以上のような議論に終止符を打ったと言うには程遠いものであり、それどころか今回ストラスブールに向かって新たな訴訟提起の可能性をもたらすことを後押しするような性質を有しているという理解であります。

【参照条文】（本文登場順）

①人権及び基本的自由の保護のための欧州条約第１追加議定書第１条

あらゆる自然人又は法人は、自己の財産の尊重への権利を有する。いかなる者も、公益を理由とし、かつ、法律及び国際法の一般原則が定める諸要件に適合する場合でない限り、自己の財産を剥奪されえない。

ただし、前段の規定は、国家が有する権利、すなわち、一般利益に従って財産の利用を規制するために、又は、租税、その他の負担金若しくは罰金の支払いを確保するために必要であると考える法律を施行する権利を侵すものではない。

---

[11] この意味において、C.E.D.H. 4 novembre 2010, *Dervaux c/ France*, req. n° 40975/07, *A.J.D.A.* 2010, p. 2493, note René Hostiou. を参照。また、より最近下されたショーヴェ洞窟に明確に関連する判決として、C.E.D.H. 11 octobre 2011, *Helly et autres c/ France*, req. n° 28216/09. を参照。

②民法典第552条

土地の所有権は、地上及び地下の所有権を含む。

所有者は、地上に、適当と考えるあらゆる植栽及び建設を行うことができる。ただし、“地役又は土地役務”の章に定められている例外に該当する場合には、その限りでない。

所有者は、地下に、適当と考えるあらゆる建設及び掘削を行うことができ、また、当該掘削により産出しうるあらゆる産物をそこから引き出すことができる。ただし、鉱山に関する法令及び警察に関する法令による変更がある場合には、その限りでない。

③事前考古学[ix]に関する2001年１月17日の法律第2001-44号第13条

前記1941年９月27日の法律第18条のあとに、次のように定められた第18-1条を追加する。

“第18-1条――不動産考古学遺跡については、民法典第552条の諸規定の適用除外とする。

国は、不動産考古学遺跡が所在する土地の所有者に対して、当該遺跡にアクセスするに当たって当該所有者に生じうる損害を填補するための補償金を支払う。協議による合意が得られない場合、補償金に関する訴訟は司法裁判官に提起される。

不動産考古学遺跡が偶然に発見され、それにより開発が行われる場合、当該開発を行う者は、発見者に一括補償金を支払い、さもなければ、発見者に当該遺跡の開発による利益を分配する。当該一括補償金及び利益分配は、発見物の考古学的価値に応じて、コンセイユ・デタの議を経たデクレによって定められた上限及び方式に従って算定される。”

④文化遺産法典法律篇第541-1条

土地所有者の諸権利に関する民法典第552条の諸規定は、不動産考古学遺跡には適用されない。

国は、不動産考古学遺跡が所在する土地の所有者に対して、当該遺跡にアクセスするに当たって当該所有者に生じうる損害を填補するための補償金を支払う。協議による合意が得られない場合、補償金に関する訴訟は司法裁判官に提起される。

不動産考古学遺跡が偶然に発見され、それにより開発が行われる場合、当該開発を行う者は、発見者に一括補償金を支払い、さもなければ、発見者に当該

遺跡の開発による利益を分配する。当該一括補償金及び利益分配は、発見物の考古学的価値に応じて、コンセイユ・デタの議を経たデクレによって定められた上限及び方式に従って算定される。

⑤事前考古学についての行政上及び財政上の手続に関する2004年６月３日のデクレ第2004-490号第63条

発掘又は偶然の発見に由来する不動産考古学遺跡を含む土地の所有者が、自身が当該遺跡の所有者であることを立証する場合を除き、州知事のアレテは、文化遺産法典法律篇第541-1条第１項及び民法典第713条の規定の効力により当該遺跡が国の所有財産となることを確認する。当該アレテは、一般法の諸要件に従い抵当権保存所に備え付けられている不動産登記簿の索引［fichier immobilier de la conservation des hypothèques］に公示される。

不動産考古学遺跡の考古学的価値がそれを正当化する場合、州知事は、地域間考古学調査委員会［commission interrégionale de la recherche archéologique］の答申を経た上で、文化担当省に割り当てられた公有財産への当該財産の編入を許可する。

不動産考古学遺跡が公有財産に編入されない場合、国有財産法典命令篇第129条第６項に定められた諸要件に従い、国は協議による合意の上で当該遺跡を譲渡することができる。

不動産考古学遺跡の発見から６か月の期間内に、州知事が、当該遺跡を国の公有財産に編入することも、協議による合意に基づく譲渡をなすことも行わなかった場合には、国は、当該遺跡の所有権を放棄したものとみなされる。当該土地の所有者は、上記期間経過後はいつでも、州知事に対して、一般法の諸要件に従い抵当権保存所に備え付けられている不動産登記簿の索引に公示するという行為によって当該放棄を確認するよう請求することができる。

⑥民法典第713条

主を有しない財産は、当該財産が所在する地域を管轄するコミューンに帰属する。しかしながら、当該コミューンが自己の権利を行使することを放棄する場合には、その所有権は当然に国に移転する。

【訳注】

[i] 凡例（○○）：原文ママ、［○○］：原語併記、〔○○〕：訳語の補充、〔＝○○〕：訳語の言い換え

[ii] ナント大学（フランス）法学部名誉教授。

[iii] この発言は、2003年10月17日にナントで開催された「財物行政法と人権」をテーマにしたシンポジウムにおいてなされたものである。詳しくは原注（1）の論文を参照。

[iv] Conseil d'État 24 avril 2012, *Ministre de la culture et de la communication c/ Mathé-Dumaine*, Rec. 172 ; *A.J.D.A.* 2012, p. 1345, note René Hostiou ; *Revue française de droit administratif* 2012, p. 893, note Anne Foubert ; *Jurisclasseur périodique (Le Semaine juridique), édition Administrations et collectivités territoriales* 2012, n° 2391, note Hélène Pauliat ; *Revue de droit immobilier* 2012, p. 451, note Norbert Foulquier.

[v] このラテン語の格言の翻訳については、山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会・2002年）637頁を参照した。

[vi]「事前考古学［archéologie préventive］」という訳語については、稲田孝司『日本とフランスの遺跡保護――考古学と法・行政・市民運動――』（岩波書店・2014年）308-309頁（初出：同「事前考古学に関するフランスの新しい法律――事前発掘調査における原因者負担制度の法的確立――」考古学研究48巻1号（2001年）40-41頁）を参照した。少し長くなるが、参考になると思われるので該当部分を以下に引用する。すなわち、「事前考古学の原文 archéologie préventive は、直訳すると「予防考古学」になる。開発事業にともなう調査が問題にされだした当初、それは一般に救急考古学 archéologie de sauvetage と呼ばれていた。現在の文化省は、開発工事の前におこなう調査だからという理由で préventive という用語を使っている。しかし、日本語で「予防」と訳すると、その調査であたかも遺跡の破壊が予防されるかのような印象を与えてしまう。実態はそうではない。日本の多くの事前発掘調査と同じく、調査をおこなったうえで破壊するということだ。日本語の「事前発掘調査」という言葉の「事前」も、正確には「工事前」ないし「破壊前」ということである。直截にそういったのでは印象がきついから、婉曲に事前と表現している。巧みな官庁用語だ。フランスの「予防」の訳語には、関係者以外には分かりにくいけれども、日本の「事前」をあてておくのがいまのところ妥当だろう」、「また、事前「考古学」という言い方は、日本の考古学研究者・埋蔵文化財関係者には奇異に映るかもしれない。日本の文化財保護法や文化財行政では、考古学という学問と埋蔵文化財行政とを峻別する立場をとっている。そのため、通常の考古学調査であっても行政上必要となった調査は、考古学とはいわず埋蔵文化財調査と表現する。フランスでは考古学という学問を法的・行政的な管理のもとに置いてきた永い歴史経過があり、学術的な動機の調査であろうと開発理由の調査であろうと、それらを考古学という言葉で表現することに少しも違和感がない。フランス人からみれば、日本の用語法の方が奇異に感じるはずだ…。日本の実情にあわせれば「事前発掘調査」あるいは「事前考古学調査」などと訳することも可能だが、それで

はフランスの固有の内容と表現が失われるのであえて「事前考古学」とした」。

[vii] [Tel est pris qui croyait prendre] という表現は、直訳すると「捕らえようと思っていた者が捕らえられる」と訳すことができ、若干のニュアンスの違いはあるが、わが国における「ミイラ取りがミイラになる」という諺に類似するものであるといえる（渡辺高明＝田中貞夫編『フランス語ことわざ辞典』（白水社・1977年）213頁、調佳智雄＝ジャン-マリ・ルールム『フランス語ことわざ用法辞典』（大学書林・1995年）330-332頁参照）。この表現は、17世紀のフランスの詩人であるジャン・ドゥ・ラ・フォンテーヌ［Jean de La Fontaine］によって書かれた「鼠と牡蠣［Le Rat et l'Huître］」という寓話に出てくる一節である。簡単に要約すると、この寓話は、海岸で口を開け日向ぼっこのようなことをしていた牡蠣を食べようとした鼠が、牡蠣に近づき首を伸ばしたところ、突然口を閉じた牡蠣に挟まれてしまうという話である。要するに、「捕らえようと思っていた者」というのは、この寓話においては蠣を食べようとした“鼠”であり、本稿においては上述の法的仕組みにより不動産考古学遺跡の所有権を取得しようとした“国”なのである。なお、ラ・フォンテーヌ／今野一雄（訳）『寓話（下）』（岩波書店・1972年）97頁では、「してやるつもりでいた者がしてやられる」という訳がなされている。

[viii] このラテン語の格言の翻訳については、山口・前掲643頁を参照した。

[ix] 訳注vi参照。

【訳者後記】本稿は、2013年10月25日に北海道大学で開催された研究会においてルネ・オスティウ教授（ナント大学）がなされた報告の原稿を訳出したものである。本報告は、本文でも紹介した「文化・通信大臣対マテ・デュメーヌ判決」についてオスティウ教授が書かれた評釈（訳注iv参照）を基にしたものである。なお、上記研究会は、科学研究費助成事業基盤研究 A「関係性及び連携と連帯に着目した新たな行政観の構築可能性とその具体像に関する研究」（研究課題番号：22243003／研究代表者：亘理格教授）と北海道大学公法研究会との共催により開かれたものである。

本稿の翻訳に当たって、訳者の疑問に懇切丁寧に回答し多大な御教示を下さったオスティウ教授と、拙訳を補訂し多くの御助言を下さった亘理格教授（中央大学）に、この場を借りて心より御礼を申し上げる。

判例研究

民事判例研究

角本和理

最判平成26年７月17日（裁時1608号１頁、判時2235号14頁、判タ1406号59頁、金判1453号14頁）

民法772条により嫡出の推定を受ける子と母の夫との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかである等の事情がある場合における親子関係不存在確認の訴えの許否

１．事実の概要

民法制定当初と異なり、今日では、DNA 検査技術の進歩により、生物学上の父子関係を科学的客観的に明らかにできるようになっている。本稿で扱う二つの判決は、このような社会状況の変化に応じて民法772条の嫡出推定が及ぶ範囲を再検討すべきかについて、最高裁の立場を明らかにしたものと評価しうる[1]。また、それだけにとどまらず、多種多様な情報の分析に基づいて新たな利益を創出するビッグデータ時代の到来が広く喧伝される昨今においては、個人に関する様々な情報の利活用の促進とプライバシーの保護の両立の問題に関す

[1] 本件最高裁判決の評釈として、安達敏男・吉川樹士「本件判批」戸時715号（2014）38頁以下、窪田充見「法における親子の意味――最高裁平成26年７月17日判決を契機に」ジュリ1471号（2014）66頁以下、村重慶一「本件判批」戸時716号（2014）73頁以下、飛澤知行「本件調査官解説」ジュリ1474号（2014）112頁以下、水野紀子「本件判批」法教411号（2014）42頁以下、木村敦子「本件判批」ひろば67巻12号（2014）62頁以下、松久和彦「本件判批」月報司法書士514号（2014）78頁以下、澤田省三「本件判批」戸籍905号（2014）12頁以下、小林史人「本件判批」法セ721号（2015）15頁以下、松尾弘「本件判批」法セ721号（2015）112頁以下がある。

る議論への示唆も、少なからずあるように思われる。

（1）旭川ケース（平成24年（受）第1402号）

（a）事案

Y_1男（上告人）とA_1女は、平成11年、婚姻の届出をした。平成20年頃から、A_1女はB_1男と交際を始め、性的関係を持つようになった。しかし、Y_1男とA_1女は同居を続け、夫婦の実態が失われることはなかった。

平成21年、A_1女は妊娠したことを知ったが、その子がB_1男との間の子であると思っていたことから、妊娠したことをY_1男に言わなかった。同年A_1女は、Y_1男に黙って病院に行き、X_1（被上告人）を出産した。

その後、Y_1男は、入院中のA_1女を探し出した。Y_1男がA_1女に対してX_1が誰の子であるかを尋ねたところ、A_1女は、「２、３回しか会ったことのない男の人」等と答えた。同月、Y_1男は、X_1をY_1男とA_1女の長女とする出生届を提出し、その後、X_1を自らの子として監護養育した。

平成22年、Y_1男とA_1女は、X_1の親権者をA_1女と定めて協議離婚をした。A_1女とX_1は、現在、B_1男と共に生活している。

X_1側で私的に行ったDNA検査の結果によれば、B_1男がX_1の生物学上の父である確率は99.999998％であるとされている。

平成23年６月、A_1女は、X_1の法定代理人として、本件親子関係不存在確認の訴えを提起した。

（b）第一審（旭川家判平成23年12月12日）X_1の請求認容。

①X_1は、Y_1男とA_1女が婚姻中に懐胎した子であり、しかも、その当時Y_1男とA_1女は同居しており、夫婦としての実態が失われていたというような事情はうかがわれない一方で、②A_1女がX_1を懐胎した当時、Y_1男とA_1女との間には妊娠に至るような性交渉がないためX_1がY_1男の子である可能性が低く、A_1女はX_1がY_1男の子でないと確信し、Y_1男もX_1が自分の子であるか疑っていた。③さらに、DNA鑑定の結果からA_1女が交際していたB_1男がX_1の父である可能性が極めて高いこと等に照らすと、X_1とY_1男との間には、生物学的観点からの親子関係は存在しないことは明らかである。④そのうえ、Y_1男とA_1女はすでに離婚しており、現在、X_1、A_1女及びB_1男は一緒に暮らしていて子供の養育環境の安定が害されるとはいえない。以上からすると、本件で772

条の嫡出推定を排除しても同制度の趣旨に反するとまではいえない。

（c）原審（札幌高判平成24年３月29日） Y_1男による控訴棄却、X_1の請求認容。

本件では、① Y_1男と X_1との間の生物学上の親子関係の不存在が科学的証拠により客観的かつ明白に証明されており、② Y_1男と A_1女は既に離婚して別居し、X_1が親権者である A_1女の下で監護されているという事情が認められる。この点、民法が婚姻関係にある母の出産した子について父子関係を争うことを厳格に制限しようとした趣旨は、家庭内の秘密や平穏を保護するとともに、平穏な家庭で養育を受けるべき子の利益が不当に害されることを防止することにあると解されるから、このような趣旨が損なわれないような特段の事情が認められ、かつ、生物学上の親子関係の不存在が客観的に明らかな場合においては、嫡出推定が排除されるべきである。

（2）大阪ケース（平成25年（受）第233号）

（a）事案

Y_2男（上告人）と A_2女は、平成16年、婚姻の届出をした。平成19年から、Y_2男は単身赴任をしていたが、月に２、３回程度 A_2女の居住する自宅に帰っていた。

平成19年、A_2女は B_2男と知り合い、B_2男と親密に交際するようになった。しかし、A_2女は、その頃も Y_2男と共に旅行をする等し、Y_2男と A_2女の夫婦の実態が失われることはなかった。

平成20年、Y_2男は、A_2女から妊娠している旨の報告を受けた。

平成21年、A_2女は、X_2（被上告人）を出産した。Y_2男は、X_2のために保育園の行事に参加する等して、X_2を監護養育していた。

平成23年、Y_2男は、A_2女と B_2男の交際を知った。同年、A_2女は、X_2を連れて自宅を出て Y_2男と別居し、その後は X_2と共に、B_2男及びその前妻との間の子２人と同居している。X_2は、B_2男を「お父さん」と呼んで、順調に成長している。

X_2側で平成23年に私的に行ったDNA検査の結果によれば、B_2男が X_2の生物学上の父である確率は99.99％であるとされている。

平成23年12月、A_2女は、X_2の法定代理人として、本件訴えを提起した。

また、A_2女は、Y_2男に対し、平成24年４月頃に離婚調停を申し立てたが、

同年５月に不成立となり、同年６月に離婚訴訟を提起している。

（ｂ）第一審（大阪家判平成24年４月10日） X_2の請求認容。

①長期在監の事実等、X_2懐胎の頃 A_2女と Y_2男との間で Y_2男が X_2の生物学上の父である蓋然性が否定されるような例示的・定型的事実が存したとはいい難い。②しかし、DNA 鑑定自体の外形的証明力及びこれによって導かれる今日の DNA 鑑定の信用力を併せ考慮すると、X_2が Y_2男の生物学上の子でないことは明白である。③この点、不貞を行った A_2女とその相手である B_2男が、Y_2男の関与する余地のない DNA 鑑定の結果を突き付けて X_2との親子関係を否定することが許されるかどうかという問題も存し、権利濫用的要素も考慮に値するが、X_2に対してなお父として振る舞うことを Y_2男に強要するのは酷であり、また、X_2にとっても Y_2男に父として振る舞われることは酷であると言わざるを得ない。

以上より、DNA 鑑定は嫡出推定を覆す。

（ｃ）原審（大阪高判平成24年11月２日） Y_2男による控訴棄却、X_2の請求認容。

① DNA 検査の結果によれば、X_2が Y_2男の生物学上の子でないことは明白である。② Y_2男も X_2の生物学上の父が B_2男であること自体について積極的に争っていない。③現在、X_2は、A_2女と B_2男に育てられ、順調に成長している。④本件訴えは X_2の真実の親子関係を確認するという X_2の利益のためになされたものであり、その目的の重要性・公益性からすると、権利濫用には当たらない。

以上から、民法772条の嫡出推定が及ばない特段の事情がある。

２．判旨　破棄自判

民法772条により嫡出の推定を受ける子につきその嫡出であることを否認するためには、夫からの嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、同訴えにつき１年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から合理性を有するものということができる（最高裁昭和54年（オ）第1331号同55年３月27日第一小法廷判決・裁判集民事129号353頁、最高裁平成８年（オ）第380号同12年３月14日第三小法廷判決・裁判集民事197号375頁参照）。そして、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らか

であり、（※筆者注：以下、旭川ケースについて）夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、（※筆者注：以下、大阪ケースについて）子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても、（※筆者注：以下、双方の事案において）子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である（下線判決文ママ）。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。

もっとも、民法772条２項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるということができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である（最高裁昭和43年（オ）第1184号同44年５月29日第一小法廷判決・民集23巻６号1064頁、最高裁平成７年（オ）第2178号同10年８月31日第二小法廷判決・裁判集民事189号497頁、前掲最高裁平成12年３月14日第三小法廷判決参照）。

しかしながら、本件においては、A 女が X を懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない[2]。

なお、本判決には、櫻井龍子裁判官、山浦善樹裁判官の補足意見と、金築誠

[2] 最高裁第一小法廷は、本件各判決と同日、戸籍上の父が子に対して嫡出否認の訴えの出訴期間の経過後に提起した親子関係不存在確認の訴えを却下すべきものとした原判決に対して父側から提起された上告受理申し立て（平成26年（オ）第226号、民法777条の憲法違反等をいうもの）について、これを不受理とし、上告を棄却している。

志裁判官、白木勇裁判官の反対意見が付されている（その内容の紹介・分析は評釈の中で随時行う）。

３．評釈

３．１　はじめに

民法上の実親子関係のうち、母子関係については、棄子等を除き基本的には懐胎・分娩という事実から明確にすることができる。その一方で、父子関係を明確にすることは、難しい問題とされてきた。この点、通常、母が婚姻している場合には、母の夫が子の父であろう蓋然性が極めて高いことから、民法772条は「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と規定している。

しかし、772条は生物学的な親子関係を前提とするものではないことから、実際には推定される関係が事実と異なる場合が生ずることがある。このような場合、772条により推定される嫡出子につき、夫が自分と血縁関係にある実子であることについて否認することが認められる（774条）。この否認については、夫が子の出生を知った時から１年以内との出訴期間の制限がある（777条）。

また、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子供の場合等、772条で嫡出推定がされない子や推定の及ばない子については、「嫡出否認の訴え」ではなく「親子関係不存在確認の訴え」によることになる（人事訴訟法２条）。こちらについては期間の制限はなく、訴権者も父に限られない。

このような法制度のもとで、民法772条により嫡出の推定を受ける子と母の夫との間に生物学上の父子関係が認められないことがDNA鑑定等の科学的証拠により明らかである等の事情がある場合において、嫡出推定が排除されるかについては、かねてより学説において争われてきた[3]。

このような状況の下で、本件各事案では、法律上の父子関係の維持を望んでいる戸籍上の父に対して、子の側からDNA鑑定の結果を根拠のひとつとして親子関係不存在確認の請求がなされた。

---

[3] 772条の立法趣旨、戦前・戦後の判例及び下級審の流れ、学説の対立等を解説したものとして、阿部徹「民法772条・774条（嫡出推定・嫡出否認）」広中俊雄・星野英一（編）『民法典の百年Ⅳ』（有斐閣、1998）53頁以下、中川善之助・米倉明（編）『新版注釈民法（23）親族（３）』（有斐閣、2001）148頁以下〔高梨公之・高梨俊一〕等。

そして、本判決はこの請求に対し、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかである等の事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、772条による嫡出の推定が及ばなくなるとはいえないとした。これは、科学技術の発展という社会状況の変化に応じて、民法772条の嫡出推定が及ぶ範囲を再検討すべきかについて、最高裁の立場を明らかにしたものと評価しうる。

この点、現代社会は、単にDNA情報を正確かつ詳細に分析できるようになりつつあるのみならず、DNA情報それ自体や、DNA鑑定を利用したという顧客情報を大規模に集積し、利活用することで、医療技術の発展や新たな商業サービスの創出等、より一層の公共的利益を享受せんとする段階に至っている。しかし、これまでの実親子法における議論では、科学技術の進歩の結果、生物学上の父子関係が明らかになるようになったことを法がどう受けとめるかについては考慮されているものの、当該鑑定によって得られた当事者のDNA情報及び鑑定の利用に関する顧客情報が、情報通信技術の発達の結果、その後どのように再利用されうるようになったか、そしてそれによってどのような利益や問題が生じうるかを重視した検討は、現在のところなされていないように思われる。そのため、このことを踏まえた議論を展開する必要もあるように思われる。

本稿では、このような検討視角もあわせて、本判決の意義を探究していく。以下では、本判決の位置づけ（3．2）、学説における議論の状況（3．3）を検討したうえで、本判決の意義（3．4）や射程（3．5）、近時の他判決との整合性（3．6）を分析していく。

3．2　本判決の位置づけ――法的実父子関係に関する従来の判例の状況

法的実父子関係について、最高裁はこれまで、子から（血縁上の）父に対する認知請求に関するⓐ最判昭和44年5月29日・民集23巻6号1064頁・判時559号45頁、ⓑ最判昭和44年9月4日・裁判集民事96号485頁・判時572号26頁において、形式的には戸籍上の父の子としての民法772条の推定要件を充たしていても、戸籍上の両親が離婚の届出に先立ち約2ないし2年半前から事実上の離婚をして別居し、夫婦の実態が失われていた場合には、子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子というべく、戸籍上の父からの嫡出否認を待つまでもなく、（血縁上の）父に対して認知の請求ができると判示していた。

上記ⓐⓑ最判を受けて、親子関係不存在確認等に関するかつての下級審裁判例では、妻懐胎時の夫婦の外観を重視しつつその例外を広げることで請求を認容するものが多かった[4]。が、やがて、懐胎時を基準とすることの限界を感ずるようになったのか、当事者の事情のうち、紛争時の家庭の破綻状況の有無を重要な基準として当該父子関係存否を判断するようになる[5]。

---

[4] 子から戸籍上の父に対する訴えとしては、①福岡家審昭和44年12月11日家月22巻６号93頁（正常な婚姻的共同関係にある純粋の日本人夫婦から歴然たる黒人との混血児が生まれたが、その後その子について養子縁組が成立し、養親に帰国命令が出たところ、実父母がそろっている場合には養子に入国査証を得られない恐れがあった事案）、②大阪高判昭和51年９月21日判時847号61頁（母が子を連れて別居及び離婚し、血縁上の父と再婚している事案）、③東京家審昭和58年６月10日家月36巻８号120頁（母の懐胎当時戸籍上の父は精管切断術により精管は閉塞状態にあったものと認められ、離婚後は母が親権者となり子育てをしている事案）があげられる。

また、戸籍上の父から子に対する訴えとしては、④奈良家審昭和53年５月19日家月30巻11号62頁（調停における当事者間の合意に基づき、民法777条の「夫が子の出生を知った時」というのは、単に夫が子の出生事実を知った時というのではなく、夫が否認の原因となる事実を知った時と解するのが相当であるとし、子が戸籍上の父の嫡出子であることを否認した事案）があげられる。

[5] 子から戸籍上の父に対する訴えとしては、⑤東京家審昭和50年７月14日判タ332号347頁（出訴期間内に離婚が成立しており、子の母が子の父と目される他男と婚姻するに至った事案）、⑥東京家審昭和51年５月28日判例タ348号295頁（母が血縁上の父と再婚して子育てをしている事案）、⑦東京家審昭和52年３月５日家月29巻10号154頁（戸籍上の父母が別居状態にあり、母が血縁上の父と同居、共同して子育てしている事案）、⑧札幌家審昭和61年９月22日家月39巻３号57頁（離婚後は母が親権者となり子育てをしており、戸籍上の父が子に関心がないといえる事案）があげられる。

また、戸籍上の父から子に対する訴えとしては、⑨大阪地判昭和58年12月26日家月36巻11号145頁（父および母子共に形式的身分関係の消滅を望んでおり、本訴の結論を待って離婚する予定の事案）、⑩津家四日市審昭和59年７月18日家月37巻５号63頁（父が無精子症であり、離婚後は、母が親権者となり子育てをしており、当事者のいずれもが真実に合致しない形式的身分関係の消滅を望んでいる事案）、⑪東京地判平成２年10月29日判タ763号260頁（離婚後は、母が親権者になり子育てをしており、戸籍上の父と子の親子の交流がないといえる事案）、⑫神戸地判平成３年３月11日判タ768号214頁（離婚後は、母が親権者と

この点、この時期の下級審裁判例は、当事者間に（ⅰ）親子関係不存在確認の訴えの前の家事調停における夫と妻との間での当該不存在の合意、（ⅱ）合意に相当する審判をすることに対しての合意、（ⅲ）家事審判において、事実の確認として科学的鑑定をすることについての合意がそれぞれ存在する事案について、判断したものであった。そのため、これらの判決は当事者間の争いを裁断したものではなく、当事者間の合意に基づいて確認的に親子関係不存在を認めたものであったといえる。

しかしその後の下級審裁判例では、これら三つの当事者間の合意が存しない事案も見受けられるようになる[6]。そしてそのような場合にも、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認の訴えを家庭の破綻状況を基準に認容したものもあった。そのため、戸籍上の父が紛争時に故意に家庭の破綻を作出して子との法的親子関係を切断する可能性があるという問題が顕在化し、子の福祉の観点から妥当であるのか、議論を呼んでいた（この点に関する学説における議論については後述）。

このように、下級審がかつての最高裁の判断枠組みとは異なる基準を採用するようになった一方で、ⓒ最判平成10年８月31日・裁判集民事189号497頁・判時1655号128頁では、夫が死亡した後、その遺産相続をめぐって紛争が生じ、夫の養子が夫の実子に対し、夫と実子の間の親子関係不存在確認を求めた事案において、以下のように判示した。すなわち、妻が懐胎した当時、夫が出征中だった場合、実子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子であり、夫の養子が亡夫と実子との間の父子関係の存否を争うことが権利の濫用に当たる

なり子育てをしており、父が真実に合致しない形式的身分関係の消滅を望んでいる事案）があげられる。

[6] そのうち、親子関係不存在確認等を認めたものとしては、⑬神戸地判平成３年11月26日家月45巻７号76頁（母死亡後、子は児童養護施設で育っている事案）、⑭東京高判平成６年３月28日家月47巻２号165頁（離婚後、妻は男性と同居し、子育てをしている事案）があげられる。これらは、戸籍上の父から子に対する訴えを家庭の破綻状況を基準に容認するものであった。これに対し、請求を認めなかったものとしては、戸籍上の父から子に対する訴えとして、⑮東京高判平成７年１月30日判時1551号73頁（離婚後、母が親権者となり単独で養育している事案）、生物学上の父であると称する者からの訴えとして、⑯東京高判平成10年３月10日判時1655号135頁があげられる。

と認められるような特段の事情の存しない場合には、養子は、親子関係不存在確認の訴えをもって、夫と実子との間の父子関係の存否を争うことができる。この判決は、養子と実子の相続争いというある種特殊な事案ではあるものの、従来の最高裁の基準を繰り返したのである。

そして、ⓓ最判平成12年３月14日・裁判集民事197号375頁は、子の親権者を母と定めて協議離婚をしたうえで、戸籍上の父が子に対して親子関係不存在確認の請求をした事案について、これまでの下級審の傾向を採用して家庭の破綻を基準にこれを認容した原審（東京高判平成７年10月25日）の判断を否定し、上記ⓐⓑⓒの各最高裁判決を集約するかたちで、以下のように判示した。

すなわち、「夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起し得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。もっとも、民法772条２項所定の期間内に妻が出産した子について、妻が右子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、右子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるということができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、夫は右子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である」。そして、「本件においては、右のような事情は認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない」として、これを認めなかった。

以上より、これまで公表されている下級審を含めた（本件最高裁判決を除く）裁判例を整理すると、子から戸籍上の父に対する親子関係不存在確認の訴えは、当事者（父母）間に法的父子関係の不存在に関する合意があったり、父子の双方が親子の交流を望んでいなかったり、新たな父となる者が子の養育に参加していたりする等の事情もあったため、おおよそ認容されてきたといえる[7]。また、

[7] 最判についてこれを指摘するものとして、前田陽一「民法772条をめぐる解釈論・立法論に関する２、３の疑問」判タ1301号（2009）61頁、62頁の図表２。下級審を含めた公表裁判例においてこの傾向があることを指摘するものとして、二宮周平「子の福祉と嫡出推定～外観説の射程」戸時692号（2013）11頁。

親子関係不存在を認めなかった事案も、子の福祉を重視して、戸籍上の父や第三者からの親子関係不存在確認の請求を否定したものであった。

その一方で、家裁の実務では、いわゆる合意に相当する審判が最高裁と矛盾しない形で運用されてきている。具体的には、父母の一方が親子関係不存在確認の訴えを申し立てた場合、調停前置による家事調停において、父子関係不存在の合意、家事事件手続法277条（旧・家事審判法23条）の審判をする旨の合意が成立すれば、事実上離婚や別居認定を緩和し、審判において科学的認定を行い、親子関係不存在確認の審判を出して紛争を解決しているのである[8]。

このような状況のもとで、本件では、法律上の父子関係の維持を望んでいる戸籍上の父に対して、子の側から親子関係不存在確認の請求がなされ、下級審ではその訴えが認められたものの、最高裁はこれを認めなかったのであった。そこでは、①夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであることに加えて、②夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があるか、②′ 子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではなく、嫡出推定を覆すことはできないとされた。もっとも、民法772条２項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである等の事情がある場合は別であるとして、ⓐⓒⓓ判決が引用されている。

法律上の父子関係の維持を望んでいる戸籍上の父に対して、子の側からDNA 鑑定の結果を根拠のひとつとして親子関係不存在確認の請求がなされ、これについて消極的な判断が下されたという意味で、本判決は従来の判例に見られない、新しい判断であるといえよう。

３．３　学説における議論の状況

[8] 詳しくは、岡部喜代子「いわゆる推定の及ばない嫡出子の手続き的側面」判タ1301号（2009）47－48頁、澤井真一「実父子関係の成立を巡る実務上の諸問題」判タ1301号（2009）51頁、大沼洋一「嫡出否認の訴えと親子関係不存在確認請求訴訟」野田愛子他（編）『新家族法実務体系２』（新日本法規、2008）163－165頁等参照。

（1）嫡出推定の排除に関する議論

本件において認定されている三つの事情、①夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであることに加えて、②夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があるか、②′ 子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長しているという事情が認められる場合、嫡出推定の排除はなされるべきであろうか。ここでは、従来の学説における議論を検討していく。

772条の解釈論としては、伝統的には、嫡出推定制度の趣旨は家庭の平和と夫婦間のプライバシーを保護することにあり、国家は夫婦生活の秘事には立ち入るべきではないとし、夫の出征・外国滞在・収監あるいは事実上の離婚等、夫婦間に子が産まれないことが外観上明白な場合には、本条の推定を排除する見解（外観説）[9]が通説である。前述最高裁も、外観を重視することから、この見解に立っていると一般に評価されている[10]。この見解に立つと、本件各事案では、妻の懐胎時に正常な夫婦としての外観が維持されていた以上、嫡出確定は覆らないことになる。

一方で、反対説として、血液型の不一致等、科学的・客観的にみて妻が夫の子を懐胎することがありえないことが証明される等、個別具体的な審査の結果客観的に血縁関係が存在しないことが明らかな場合には、嫡出推定は排除されるとする見解（血縁説）も主張されている[11]。この見解に従うと、DNA 鑑定によって親子関係の不存在が明らかにされている本件各事案では、子の請求が認められることになろう。しかし、この理解に立つと、DNA 鑑定等の科学的技術が進歩した現代の状況では、科学的鑑定の実施が担保できることを条件に、

---

[9] 我妻栄『親族法〈法律学全集〉』（有斐閣、1961）221頁。また、修正外観説と呼びうる見解もある。例えば、宮崎幹朗「嫡出推定規定の意義と問題点」有地亨（編）『現代家族法の諸問題』（弘文堂、1990）286頁等。

[10] しかし、近時、その見直しを迫る検討もなされている。石井美智子「実親子関係法の再検討――近年の最高裁判決を通して――」法律論叢第81巻第２・３合併号（2009）31頁以下。

[11] 中川善之助『新訂家族法』（青林書院、1965）365頁。近時のものとして、田村五郎『親子の裁判ここ30年』（中央大学出版部、1996）、泉久雄『親族法』（有斐閣、1997）196頁、山口純夫「判批」判タ786号（1992）81頁等。

嫡出否認制度は意味を失うことになるため、解釈論としては採ることが難しい。

他方で、折衷的見解として、外観説のいう家庭の平和の尊重と、血縁説のいう科学的親子関係の尊重の二者択一ではなく、家庭の破綻の有無を基準に両者の調和を図るべきものとするもの（家庭破綻説）や、全当事者（子と母とその夫）の合意がある場合は、嫡出推定が排除され親子関係不存在確認の訴えが提起できるとするもの（合意説）、合意のある場合のほか、子の利益の見地から直接かつ明白な必要性がある場合にも推定排除が認められねばならないとするもの（子の利益重視説）等が主張されてきた。

このうち、家庭破綻説は、家庭の破綻がない場合は、家庭の平和を維持するために、たとえ血縁上の親子関係がなかったとしても嫡出推定の効力は認められるが、すでに家庭が破綻している場合は、もはや守るべき家庭の平和もないのだから科学的真実を優先させて、血縁主義による嫡出推定の排除を認めるとするものである[12]。この見解は、夫婦と子が平和な家庭生活を営んでいる場合に第三者が血縁関係の不存在を理由にこの親子関係を否定することを防止できるという点で、血縁説の一つの弱点を克服しているといえる。

また、合意説は、嫡出否認訴訟の根拠である家庭の平和の維持、夫婦間の秘事の不公開等は当該夫婦と子の合意があれば保護の必要がないし、早期に嫡出子であることを確定させることにより子が受ける利益も、当事者の処分を否定しなければならないほどのものではないと主張する[13]。

さらに、子の利益説は、推定排除の理論が、単に夫による否認権行使の可能性を拡大するのみならず、夫以外の者（とくに子）からの親子関係不存在確認の余地を認める意味を持つことを指摘するものである[14]。

かつて下級審裁判例では、前述のように、外観説に立ちながら、例外的に推定の排除される場合を拡張する判断が多かった。それが、学界における有力化に伴ってのことか、徐々に家庭破綻説を採るものが増えていく。この点、外観

---

[12] 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」法時45巻14号（1973）130頁、同「嫡出推定と子の幸福」窪田隼人（編）『末川博追悼論集：法と権利（２）』（有斐閣、1978）83頁、梶村太市「婚姻共同生活中の出生子の嫡出推定と親子関係不存在確認」ジュリ631号（1977）128頁等。

[13] 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」加藤一郎・岡垣学・野田愛子（編）『家族法の理論と実務（別冊判タ８号）』（判例タイムズ、1980）254頁。

[14] 山畠正男「嫡出否認」法セミ330号（1982）108頁。

説に立つものも、家庭破綻説に立つものも、前述のとおり、当初は①親子関係不存在確認の訴えの前の家事調停における､夫と妻との間で当該不存在の合意、②合意に相当する審判をすることに対しての合意、③家事審判において、事実の確認として、科学的鑑定をすることについての合意がすべてあり、いわば確認的に訴訟を行った事案であった。

しかし、この下級審の家庭破綻説採用の傾向は、上記①から③の合意がない場合における、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認の事案にまで及ぶようになる。そこに到って家庭破綻説の子の福祉の観点からの欠点が明らかになり､この点に関する批判が学説から猛烈になされた[15]。この批判は､まず､家庭破綻説は事実上夫に対し血縁による父子関係否定権を与え、嫡出否認制度を空洞化しているが、嫡出推定制度が持つ子の安全な成長の保護という目的を無視すべきではないとする。そして、家庭の平和についても、懐胎時の家庭の平和は重要だが、夫の否認時（紛争時）の家庭の平和をいうことに意味があるのかとし、現行法の解釈としては、さしあたり外観説及び合意説の限度にとどめるべきであると主張する。

また、家庭破綻説について、夫婦関係の破綻から家庭の平和を結論づけ、それを親子関係に投影していることを批判し、議論の焦点は、まさに父子関係にこそ当てられねばならない、とする批判もなされた[16]。家庭破綻説によると、妻が夫と違う別の男性によって懐胎するという事実が、夫婦関係の破綻の原因または結果でない場合は例外的であろうから、妻が夫によらずに産んだ子はほとんどすべての場合に、家庭の崩壊を理由にして、それまでの「父」から引き離されることになる。それに対して、この見解は、776条における父の「承認」の有無をフランス法の身分占有に相当するような推定の一要素を盛り込んで解釈して重要な基準とし、嫡出推定の排除をこの「承認」があったとは認められない場合に限るべきであるとする。

このような学説の状況に応じたのか、最判平成12年は、家庭の破綻状況を重視して親子関係不存在を認容した原審を破棄し、家庭破綻説を採用しないことを明言し、外観を重視する姿勢を維持した。その一方で、前述のとおり、合意に相当する審判が最高裁と矛盾しない形で運用されてきている。

---

[15] 水野紀子「嫡出推定・否認制度の将来」ジュリ1059号（1995）115頁。

[16] 伊藤昌司「実親子法解釈学への疑問」九大法政61巻３＝４号(1995)612頁以下。

その後も、家庭破綻説の欠点を克服するために、学説では様々な観点から検討が加えられ、家庭破綻説を一定程度修正した見解（新家庭形成説）が次第に有力化してきた[17]。この見解は、婚姻解消後300日以内に出生した子であっても、母と戸籍上の父との家庭の破綻、母・子と真実の父等との新家庭の形成、真実の父による認知の約束等があって、それを認めることが子の利益に合致するという特段の事情がある場合には、民法772条の嫡出推定は排除され、裁判所は血縁上の父子関係の存否に関する実質審理に入ることができる、と解する[18]。その根拠としては、嫡出推定否認制度の目的は主として、一つには家庭の平和の維持と夫婦間の秘事の公開防止があり、他には父子関係の早期確定による子の養育確保にあると解せられるが、その根本は子の利益の保護にあるというべきことに求められる。

本件下級審判決は、この新家庭形成説を好意的に評価しているものであるといえる。しかし、本件夫婦は妻の懐胎時に客観的には正常な夫婦関係を維持していたため、最高裁は結論的には従来通りその外観を重視し、嫡出推定の排除を認めなかったのである。

（2）DNA 鑑定の取扱いに関する議論

また、親子関係の（不）存在を証明する DNA 鑑定の結果を、実親子法がどう受けとめるかという問題に関する法的研究も、1990年代中頃から盛んになされている[19]。ここでは、そのうち、①当事者の行為規制、②鑑定の実施機関、

---

[17] その他に、戸籍上の父からの不存在確認の訴えについては前述父子関係重視説により、子からの訴えについては、子の養育環境を確保できるという子の利益が明確である場合には、嫡出推定が及ばないと解する見解もある（二宮・前掲注７・16頁）。ただし、このような解釈をするのは、正面から否認権者を子に拡大した上で、父子としての養育の実績がある場合には、一方からの否認権の行使を制限するなどの改正（二宮周平「立法提案～改正の方向性」家族〈社会と法〉28号（2012）86-87頁）をするまでのことである、との留保が付されている。

[18] 梶村太市「嫡出子否認の訴えと親子関係不存在確認の訴え」判タ934号（1997）35頁以下。とくに、43-44頁。

[19] 例えば、第13回日本家族〈社会と法〉学会学術大会の資料である、特集「実親子関係と DNA 鑑定」ジュリ1099号（1996）29頁以下。ここでは、欧米各国の法制に関する比較法研究や日本の家裁実務に関する検討などがなされている。

③ DNA 鑑定の訴訟への採り入れの基準に関する議論を見ていく[20]。

まず、そもそも、親子関係不存在確認請求の当事者に、自身ないし家族・親族の DNA 鑑定をする自由ないし権利はあるのだろうか。

この点、近時の検討によると、日本法においては、DNA 鑑定に対する厳格な規制がないため、興味本位や不注意で、親子関係が否定される可能性が常にあり、平和に暮らしている親子関係を踏みにじってしまうような影響を当事者に与えることになりかねない。そのため、血縁には基づかない、愛情に基づく親子関係をも法的に安定したものにする必要性があるという[21]。このように DNA 鑑定の利用に慎重な見解がある一方で、ドイツ法やスイス法を比較対象とした研究から、日本においても父子関係の確定のために DNA 鑑定等を積極的に利用すべきであるとの提言もなされている[22]。

また、DNA 鑑定の実施は、国家的な認可を受けている国家機関や大学病院の法医学教室等に限られるべきか、あるいは商業ベースの鑑定も自由に認められるべきか。

この問題について、DNA 鑑定を認可済みの機関のみが行うわけでもなく、商業ベースで行う企業もよく見かける日本の状況は、当事者に与える影響の重大性を考慮すれば疑問であるとの指摘がなされている[23]。そこでは、DNA 鑑定の扱いは慎重になされるべきであり、裁判を避ける目的で安易に利用されることは危険であるとされる。そして、当事者で簡単に親子関係の争いに決着がつくという利点があることは否定できないが、長年かけて築かれてきた親子関係

---

[20] 本稿の検討視角や本判決の争点との関係で省略するが、裁判所による鑑定の強制の当否も重要な問題の一つである。この点に関する学説のうち、直接強制説として、松倉耕作『血統訴訟論』（一粒社、1995）29頁以下。直接強制説に対する批判として、水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察」中川良延ほか（編）『星野英一先生古稀祝賀：日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣、1996）1131頁以下、松川正毅「フランス法における DNA 鑑定と親子法」ジュリ1099号（1996）50頁以下等。間接強制説として、春日偉知郎「父子関係訴訟における証明問題と鑑定強制」法曹時報49巻２号（1997）１頁以下。

[21] 松川正毅「DNA 鑑定の放任とその問題点」同『医学の発展と親子法』（有斐閣、2008）329頁以下〔初出、2005〕。

[22] 松倉・前掲書注20・２頁以下。

[23] 松川・前掲注21・331-332頁。

を一瞬にして崩してしまうこともありうるとし、真実の波に対する防波堤が法律上しっかりしていない以上、DNA 鑑定を野放しにしているわが国の状況は果たして許されるべきであろうか、と問題提起がなされている。そこで、DNA という個人にとって最も重要といえる情報に関しては、厳格な規制が行われる必要があるとの主張もある[24]。

さらに、DNA 鑑定の訴訟への採り入れ基準に関する以下のような問題提起がなされている[25]。すなわち、問題なのは、科学的進歩を本問題に取り入れるかどうかということではなく、DNA 鑑定の利用の条件の議論が行われてこなかったために、日本人が一般に有する血縁主義的発想と結びついてむしろ安易に利用される傾向にあることである。そこで、科学的鑑定を裁判に利用するにあたっては、血縁上の親子関係が明らかになることで争いに決着がつく訴訟類型でありかつそれを明らかにすることが子の福祉を害さない親子関係の争い、つまり科学的鑑定を利用することができる親子関係の争いを明確に限定することをまずしなければならない。そのような争い以外では、そもそも科学的鑑定を主張することが許されるべきではなく、既に確立している法的親子関係を争う場合の多くは、その許されない場合に入るだろうという。

この問題提起に対し、新家庭形成説を前提としつつ、DNA 鑑定の訴訟での採り入れ基準の検討が行われている[26]。この見解は、供述証拠等だけでは父子関係不存在を認定判断する無理があってなお補強証拠が必要であり、その方法として科学的鑑定が不可欠であるというようなケースにおいて、はじめて DNA 鑑定を実施することができるとする。

もっとも、これには例外があり、例えば問題となっている事案の特殊事情から夫の生殖能力等夫婦間のプライバシーに深くかかわり、むしろ身体的欠陥や寝室の秘事を暴くよりも、かえって科学的鑑定を実施したほうがよいというような場合で、当事者の同意があるような場合は、むしろ細部の供述証拠等を収集するよりも、端的に DNA 鑑定等を実施するほうがベターである場合もある

---

[24] 大村敦志「親子（その１）――DNA 鑑定」法教278号（2003）54頁。

[25] 水野紀子「判批」判評435号（1995）55頁。また、この問題についてフランス法を比較対象として検討した近時の論考として、吉澤香織「フランス親子関係法における生物学的真実へのアクセス」一橋法学４巻２号（2005）197頁以下。

[26] 梶村・前掲注18・45頁。

と考えられるともいう。

しかしいずれにせよ、親子関係不存在確認訴訟の実体審理に入った以後の段階において、その立証方法を科学的鑑定に限定することは、一種の証拠制限ないし法定証拠ともいうべき証拠法則を打ち立てることになり、明文の規定を欠く現行法の解釈としては相当に無理があるといえるとする[27]。

一方で、嫡出否認訴訟や認知訴訟等における血液検査ないし鑑定への協力義務の必要性を訴える比較法研究もある[28]。この見解は、検査協力義務を採用するメリットとして、父子鑑定がより容易になること、とくに認知訴訟における立証要件が簡素化されること、認知訴訟に際し被告男性からいわゆる不貞の抗弁が主張かつ立証された場合でも、検査義務が採用されていれば子側は苦も無く対応できること、離婚訴訟における不貞の証明が可能な場合があり、その際の立証にも役立ちうることを挙げる[29]。

以上のように、実親子法の分野における DNA 鑑定の利用について、学説では積極、消極に二分された立場から、さまざまな検討がなされている。現状においては、本問題における DNA 鑑定の利用について消極的な見解が学界において有力であるといえる。しかし、下級審の実務では、鑑定の利用等に関する当事者間の合意がある場合は積極的にこれを活用しているようであり、消極説もこの場合についてまで利用を否定するわけではない。ただ、本件ではこの合意がまさに存在しなかったのである。

この点、積極・消極双方の見解ともに、実親子関係の確定という、DNA 情報の一次的な使用とは異なる、様々なかたちの二次的な利活用と公共的な利益の創出という、ビッグデータ時代に即した観点をも考慮した検討はされていないといえることには、留意する必要がある。

（3）ビッグデータ時代における実親子法解釈の必要性？

今日では、情報通信技術の進展により、多種多様な情報の集合体であるいわゆるビッグデータの分析が可能になり、新たな利益の創出が期待されている。具体的に本件と関連性のある例をあげると、DNA 情報等の各種の個人遺伝情

---

[27] 梶村太市「家裁実務における DNA 鑑定」ジュリ1009号（1996）86頁。
[28] 松倉・前掲書注20・29頁以下。
[29] 同前、68-69頁。

報や、そのような情報を得るための検査・鑑定を利用したという一種の顧客情報（パーソナルデータ）が、医療の向上や健康サービス産業等に幅広く用いられようとしている[30]。

例えば、わが国では、文部科学省の委託事業「オーダーメイド医療の実現プログラム」が2003年から推進されている[31]。この下に組織されたバイオバンク・ジャパンは、すでに約20万人の患者から提供されたDNAや生活習慣の情報、カルテ情報などを保管・管理し、病気のかかりやすさや薬の効きやすさ、そして副作用の出やすさに関連する遺伝子を発見する研究に利用しているという[32]。

この点、とくに個人遺伝情報は、個人だけでなく血縁者の遺伝的素因も明らかにするため、その利活用にあたって、倫理的・法的・社会的問題が生ずる可能性がある。そこで、個人遺伝情報は、本人及び血縁者の人権が保障され、社会の理解を得た上で、厳格な管理の下で取扱われる必要がある。

そのため、DNA鑑定を含む個人遺伝情報の利活用については、現在、個人遺伝情報保護ガイドライン[33]に基づいて、経済産業分野のうち個人遺伝情報又は匿名化された遺伝情報を用いる事業分野の法人の法定義務と努力義務が定められている。

このガイドラインでは、経済産業分野の事業者が、①インフォームド・コンセント、②情報の匿名化、③遺伝カウンセリング、④個人遺伝情報取扱審査委員会の設置等を行うことが重視されている。そして、この規定に従わなかった場合、個人情報保護法違反と判断される場合があるとされている。

---

[30] ビッグデータないしビッグデータ時代について論じたものとして、例えば、ビクター・マイヤー・ショーンベルガー、ケネス・クキエ（著）、斎藤栄一郎（訳）『ビッグデータの正体情報の産業革命が世界のすべてを変える』（講談社、2013）、パハリア・ラジャット（著）、稲垣みどり（訳）『ビッグデータ時代襲来 顧客ロイヤルティ戦略はこう変わる』（アルファポリス、2014）等。

[31] 詳しくは「オーダーメイド医療の実現プログラム」のホームページ参照。〈http://www.biobankjp.org/index.html〉（最終アクセス2015年1月13日）

[32] 「疾患別IC取得数（平成25年1月までの総計）」〈http://www.biobankjp.org/info/pdf/IC2013_01.pdf〉（最終アクセス2015年1月13日）

[33] 正式名：「経済産業分野のうち個人遺伝情報を用いた事業分野における個人情報保護ガイドライン」

しかし、近年、個人情報保護法それ自体がそもそも社会状況の変化に対応できなくなってきていることが意識されるようになり、目下法改正に関する議論が進行中である[34]。

そこでは、主としてパーソナルデータの利活用の促進と個人のプライバシー保護との両立を可能とする環境整備が志されている。つまり、少なくともDNA鑑定を利用したという情報の利活用は（匿名化等の条件はあるが）肯定される見込みであるといえるように思われる。

この点、個人に関する情報が様々な形で利活用されるようになっている社会状況の変化に応じて、今日では、伝統的なプライバシー概念の見直しを図る検討も数多くなされている[35]。そこでは、パーソナルデータの利活用による公益

---

[34] ビッグデータないしパーソナルデータの利活用に関する個人情報保護法の改正の動向に関する近時の論考として、特集「ビッグデータの利活用に向けた法的課題」ジュリ1464号（2014）11頁以下があげられる。これは、データの利活用を巡る法的課題と、ルール作りについて、欧米の状況等も含め、概観するものである。また、「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し方針」について検討しつつ、立法論的提言も見られるものとして、岡村久道「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し検討課題（上）（中）（下）」NBL1019号（2014）17頁以下、1020号（2014）68頁以下、1021号（2014）49頁以下等。とくに、医療情報の保護と利活用の問題に関するものとして、宇賀克也「医療情報の保護と利用」情報公開・個人情報保護vol.51（2013）55頁以下、樋口範雄「ビッグデータと個人情報保護――医療情報等個別法を論ずる前提として」長谷部恭男ほか（編）『高橋和之先生古希記念：現代立憲主義の諸相（下）』（有斐閣、2013）231頁以下等。

[35] 例えば、個人に関する各種情報（パーソナルデータ）の法的保護に関する問題につき、いわゆる情報プライバシー権の財産権化に関する検討を行うものとして、藤原静雄「個人データの保護」岩村雅彦ほか（編）『岩波講座　現代の法10　情報と法』（岩波書店、1997）187頁以下、中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」岩村雅彦ほか（編）『岩波講座　現代の法10　情報と法』（岩波書店、1997）267頁以下、橋本誠志『電子的個人データ保護の方法』（信山社、2007）、阪本昌成「情報財の保護か、知識の自由な流通か――プライバシーの権利と個人情報の保護」同『表現権論』（信山社、2011）〔初出、2008〕47頁以下、林紘一郎「『個人データ』の法的保護：情報法の客体論・序説」情報セキュリティ総合科学第一号（2009）67頁以下、石井夏生利「ライフログをめぐる法的諸問題の検討」情報ネットワーク・ローレビュー９巻１号（2010）１頁以下、高崎晴夫

性と、個人のプライバシーの保護の調整を通じて、伝統的プライバシー概念の大きな変革を迫る見解も見られるようになっている。

例えば樋口範雄は、ビッグデータ時代の情報保護について、以下のような問題点があることを挙げる[36]。

第一に、ビッグデータを活用する企業自体予めどのような情報が得られるかわからないケースが多いため、前もって十分な説明をしようにもそれができず、第二に、その結果、対象となる個人も、意味のある同意はできないことになり、第三に、従来の個人情報保護法は、まさに個人の情報（あるいは個人を識別できる情報）を対象としていたが、ビッグデータに基づく情報は、ある意味では最後まで匿名化されており、あるグループについてのプロファイリングであって、EU 指令や規則案が想定しているような情報ではそもそもないこと等である[37]。

そこで、新たな視点からの情報保護法制として、何よりも個人の様々な情報を、それぞれの個人を中心として収集し、安全に管理する情報基盤が必要となり、さらに、すべての個人がそれらを管理することは不可能であるから、それら個人に代わって、当該個人の利益を図る忠実義務を負うような事業者が必要となるとする[38]。さらに、従来の個人情報保護法では、個人情報利用の目的が開示されることがまず必要であり、その目的外の利用には「同意」という原則が建てられていたが、これはビッグデータ・ビジネスをかえって阻害する。そ

「パーソナライゼーションサービスにおける個人情報保護について――新しい制度的提案に関する考察――」情報ネットワーク・ローレビュー９巻１号（2010）67頁以下、新保史生「ライフログの定義と法的責任―個人の行動履歴を営利目的で利用することの妥当性」情報管理53巻６号（2010）295頁以下、村上康二郎「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界――米国における議論の紹介と検討――」Info Com REVIE55号（2011）45頁以下、湯淺墾道「位置情報の法的性質――United States v. Jones 判決を手がかりに――」情報セキュリティ総合科学４号（2012）171頁以下等。

[36] 樋口・前掲注34。この論考は、アメリカのルービンスタイン（Ira Rubinstein）の見解を検討し、そこから日本における医療情報等個別法の立法への示唆を得ようとするものである。

[37] 同前、243頁。

[38] 同前、245-246頁。

のため、ビッグデータ時代には、むしろ個人情報の利用を促進させるために、個人情報取扱事業者に対しては単なる情報「開示」ではなく、個人もまた利用できるような形での情報提供を義務付けるとともに、ビッグデータによって何らかの利益が生じた場合には、個人もまたその利益に与ることのできるような方向性を打ち出して、そのような意味での「同意原則」の強化を図るべきであるとする[39]。

また、現代において求められているのは、古典的なプライバシーの保護ではなく、情報を極力提供しあい共有したうえで様々な利活用をして公共的な利益を生みつつも、爾後的に当事者の権益を不当に侵害しないこと、いうなればその自己決定を侵害しないような社会づくりであるとする見解も注目に値する[40]。この見解は、DNA 情報や医療情報等のセンシティブさの程度の高い情報の利活用については、プライバシー保護を重視して一律に禁止するのではなく、公衆衛生等の公共の利益にかなう一定の利活用を前提に、商業的な二次的利活用を制限して当事者の自己決定を尊重することを主張する。

このような議論は、実親子法解釈における前述の問題意識――DNA 検査の悪用によって当事者のプライバシーが侵害され平和な家族が破壊されるのではないかという恐れ――にまさにリンクし、示唆を与えるのではないだろうか。さらに言えば、実親子関係にまつわる解釈論においても、プライバシー概念や情報の利活用に関する合意概念の解釈の変化が求められているといえるのではないだろうか。

以上のような観点から、実親子法解釈のいくつかについて若干の検討をしてみると、ビッグデータ時代における各見解の評価には、いくばくかの変容がみられるように思われる。

---

[39] 同前、246頁。

[40] このような主張を行うものとして、アメリカのアミタイ・エツィオーニ（Amitai Etzioni）の見解がある。その近時の論考としては、Amitai Etzioni, *A Cyber Age Privacy Doctrine: A Liberal Communitarian Approach*, 10ISJLP. 641 (2014) があげられる。この点、彼は必ずしもいわゆる自己決定（autonomy）ではなく、私的選択（private choice）の保護を重視する（ただ、両者はほぼ同義であるように思われる）点と、彼の検討は多岐にわたり、必ずしも親子関係の確定のための DNA 鑑定利用の問題について検討しているわけではない点については、留意すべきである。

まず、外観説は、本件のような場合に血縁関係のみに基づいた親子関係不存在確認が認められないため、技術の発展の結果利用できるようになった情報を自由に利活用する社会を目指す方向からは消極的に評価されうることになる。その一方で、実親子関係確定のために国家ないし企業に対して個人遺伝情報及びパーソナルデータを不必要に提供しない、あるいはそれを利用されないという選択の余地が個人にはあり、情報の利活用を前提とした世の中においても、夫婦の秘事はなおプライバシーとして保護されるべきであると改めて主張する面があるともいえる。

次に、血縁説は、親子関係の確定という大多数の人々にとって避けられない場面で科学的鑑定を利用させることで、萌芽的事業であるDNA鑑定ないしその情報を分析・再利用する事業を殖産し、ひいては社会全体に利する面があるといえる一方、当該情報に起因する個人に対する何らかの不合理な取扱いを生んだり、国家、企業への情報の提供を望まない国民に対してもこれを義務付けたりする面があるように思われる。

そして、家庭破綻説、新家庭形成説は、DNA鑑定の訴訟における利用に際して、夫婦関係の破綻、生物学上の父との間での新家庭の形成等といった限定的な要件を設けるがゆえに、情報の利活用の促進への影響は必ずしも大きくないといえる。にもかかわらず、そのような特徴的な要件があるがゆえに、本問題でDNA鑑定を利用する国民の情報にある種の識別子[41]が設けられることになり、たとえDNA鑑定に関する情報が匿名化されても、流通の過程での再識別化が比較的容易となり、何らかの差別的取扱い等、悪用に繋がるリスクが増すように思われる。

また、合意説は、家事審判においてDNA鑑定を利用する場面を当事者に合意がある場合に限っているので、鑑定の義務化を推し進める見解と比べると当事者の自己決定に配慮しているといえる。しかし一方で、樋口の指摘するように、ビッグデータ時代においては、当事者の当初の合意を拡大して解釈すべき場面があるといえるかもしれない。他方で、当事者間に合意があればDNA情

[41] 識別子とは、簡単には、特定の個人を識別することを可能とする住所や氏名等の情報を指す。今日ではそれ以外にも、特定の日時に特定の場所にいたこと（GPSの位置情報）や、特定のサービスを利用していること（顧客情報）等も、その他の情報と組み合わせることによって、個人を特定する識別子となりうる。

報の保護の必要性がないといえるのか、情報の二次的利活用によって爾後的に当事者の権益が侵害された場合に、DNA 鑑定に同意していたことを以てその権益の包括的放棄とみなしてよいのか、という残された課題もあるように思われる。

この点、本問題において DNA 鑑定を積極的に使うことを認める見解は、意識するとしないにかかわらず現状においては情報の利活用を一定程度促進する立場であり、一方で情報を訴訟で利用することに積極的意義を見出さない立場は、利活用に反対ないし静観する立場と評価できるのではないだろうか。また逆に、情報の利活用による新たな利益の創出が時代の趨勢であり、あらゆる問題についてこれを推進するべきであるとすれば、本事案でも DNA 鑑定を重視する立場に近づき、この時代の趨勢を必ずしも積極的に評価しないのであれば、本問題についても鑑定を重視しない立場に近づくことになろう。

以上のように、実親子関係についても、ビッグデータの利活用という社会状況の変化にあわせて、法解釈を再検討することが求められているのではないだろうか。

３．４　本判決の意義

ここでは、本判決の意義を、親子関係不存在確認における DNA 情報の取扱いないし情報の利活用とプライバシー保護の在り方の問題に重点を置きつつ検討していく。

かつて、平成12年最判は、「夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではない」と判示し、いわゆる家庭破綻説を否定した。

これに加え、本判決は、①「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかである」ことに加えて、②「夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されている」という事情があるか、②′「子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長している」という事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではなく、嫡出推定を覆すことはできないとした。もっとも、民法772条２項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである等の事情がある場合は別であるとして、従来の判例を引

用する。

本判決の多数意見は、近時有力となっていた新家庭形成説を最高裁として採用しないことを明らかにしたものといえる。この点、櫻井・山浦両補足意見においては、子が成長して適切な判断力を備えた後に、自ら父子関係を訴訟において争う機会を立法によって設ける必要性が示唆されている。

一方で、金築反対意見は、本件のように、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており、かつ、生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという要件を充たす場合には、DNA 鑑定の結果を重視し、親子関係不存在確認の訴えを認めてよいのではないかとする。また、白木反対意見は、金築意見に同調しつつ、民法の規定する嫡出推定の制度ないし仕組みと、真実の父子の血縁関係を戸籍にも反映させたいと願う人情との調和の実現について、さしあたって個々の事案ごとに適切妥当な解決策を見出していくことの必要性も否定できないことを強調する。

これに対し、とくに山浦意見は、年齢的に見て子の意思を確認することができない段階で、これまで父としての自覚と責任感に基づいて子を育ててきた者の意思を無視して、DNA 検査の結果に基づき、子の将来を決めてしまうことには躊躇を覚えるとする。とりわけ、法律上の父と母との間においてまだ離婚ないしは婚姻破綻にまつわる感情的な対立が続いている状態で、子の意思を確認することもなく、その父子関係を決めるのは適切ではないという。

この点、本判決が外観説を維持し、DNA 鑑定の結果を重視しなかったということは、無論、血縁説を採らなかったということである。ビッグデータ時代という社会状況の変化に応じてその評価・解釈を行うと、これは、情報の大規模利活用の場への国民の DNA 情報の提供を、司法は少なくとも本場面では積極的に促進しないということを意味している。

また、ビッグデータ時代においては、事実として子の出生の秘密が露わになっているかどうかということと、それが鑑定によって DNA のレベルで明らかになっているかどうかということは、まったく別の問題として考えなければならない。そのため、金築・白木両意見に一定の合理性があるにもかかわらず、多数意見が新家庭形成説を採らないことを明らかにしたことは、本問題における（潜在的な）DNA 鑑定利用者の情報に特殊な識別子を設けることを回避することで、当事者の情報にまつわる権益の保護を行ったものとも読めるように思われる。

さらに、本件二つの事案は、子から父に対する親子関係不存在確認の請求であって、当事者間に法的親子関係不存在の合意がなく、戸籍上の父が法律上の父子関係の維持を望んでいる事案である。

このことと従来の家裁における合意に相当する審判の運用とを勘案すると、本判決は父子間の法的親子関係不存在に関する法律上の父母の合意がない限り、DNA 鑑定の結果を訴訟にて重視することはできないとした判示と読める。これは、本問題に関する訴訟における DNA 鑑定の利用について、当該情報主及び血縁者の同意ではなく、法律上の親の同意が必要であることを明らかにしたものといえる。そして、そのような同意がない場合には、当事者に DNA 鑑定をさせないインセンティブを与えようとするものであると評し得る。

このような場合に夫婦のプライバシーを守ることは、外観説にとってはある意味では至極当然のことではある。しかし、DNA 情報の利活用とプライバシー保護の問題にとっては、父子鑑定において、情報主（子）個人及びその血縁者（血縁上の父、母）の同意ではなく、子が現在帰属する法律上の家族（とくに戸籍上の父）の同意も求められることを最高裁として明らかにしたという意味で、示唆があるのではないだろうか。この点、戸籍上の父の同意といっても、単なる恣意的な同意不同意の問題ではなく、親子関係不存在確認の結果いかんによって、子との面接交渉、相続、扶養の問題といった、センシティブな利益がかかわっているがゆえに同意が求められる点には、注意を要する。ここでは、戸籍上の父の家族形成の自己決定が問題となっており、本判決（とくに山浦補足意見）はその保護を重視しているように思われる。

他方で、補足意見は、あくまで立法論としてではあるが、子が成長して適切な判断力を備えた後に自ら DNA 鑑定の結果を根拠に父子関係を争うことについて、肯定的である。これは、当事者（戸籍上の父、母、子）間の合意がなくても、子の自律的な自己決定のためなら、国家は子が現在帰属する法律上の家族に介入しうるということであり、伝統的学説の想定するプライバシー概念に変化の兆しが見られているようにも思われる。

３．５　本判決の射程

繰り返すように、本件は、子から戸籍上の父に対する親子関係不存在確認の訴えであって、法的親子関係不存在について当事者に合意がなく、戸籍上の父が法的父子関係の維持を望んでいる、という事情があり、従来あまり見られな

かった類型であるといえる。そのため、当事者間に法的親子関係不存在の合意がある場合については、本判決の射程は及ばないと考えられる。

そうであるならば、これまでの家裁による合意に相当する審判の運用については、必ずしも否定されたわけではないと言えるだろう。しかし、このような合意に相当する審判においても、裁判所は情報の利活用に関する社会状況の変化について無頓着であってよいというわけではなく、例えば情報の二次的利活用によって爾後的に当事者の権益が侵害された場合に、DNA 鑑定に同意していたことを以てその権益の包括的放棄とみなし、何らの救済も与えないという対応は少なくともすべきではないだろう。

一方で、戸籍上の父から子に対する親子関係不存在確認請求については、法的父子関係の不存在に関する当事者間の合意がない場合は、仮に DNA 鑑定によって血縁関係がないことが明らかになっていても、従来の判例の傾向通り、子の福祉を重視する観点から、法的父子関係の継続が重視されるのではないだろうか[42]。その意味で、本判決とは結論において矛盾しないものとなるため、このような事案についても本判決の射程は及ぶといえるだろう。

また、本件は、子の法定代理人たる母が戸籍上の父に対して親子関係不存在確認を請求した事案である。そのため、子が成長して適切な判断力を備えた後に自ら父子関係を訴訟において争う場合については、本判決の射程は及ばないとも考えられる。しかし、このような場合については、前述のとおり、櫻井・山浦補足意見が立法による対応の必要性を示唆している。これを重視するならば、本判決の射程はこのような場合にも及び、子による請求も司法においては認められないといえるかもしれない。しかし、この点については、一律に立法の問題としてしまうのは硬直的に過ぎ、司法によって柔軟に解決する必要性も残されているというべきではないだろうか。

最後に、本判決は、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが「科学的証拠」により明らかであっても、それだけでは法的父子関係の不存在を認めないとしたものである。そのため、その射程は DNA 鑑定に限られず、様々な医療情報、例えば、下級審に表れていた精子欠乏症の診療情報等についても及ぶものであり、訴訟に際して改めてこれらの検査を（当事者間の合意に

[42] 父からの親子関係不存在確認請求が棄却された同日付の判決（平成26年（オ）第226号）は実質上このような判断であったと評し得る。

基づかず）行うインセンティブを当事者に与えないものであると考えることもできるのではないだろうか。個人に関する様々な情報を利活用する社会にあっては、この文言の意義は比較的広く捉えることが求められているように思われるのである。

３．６　法的実父子関係に関する近時の他判決との整合性

本判決の論理は、近時の他判決とも整合性があるように思われる。なぜなら、本判決を含めた近時の判決は、以下のように、子の福祉を重視したうえで、父の意思をも勘案していると評価できるからである。

例えば、認知無効に関する直近の判例として、最判平成26年１月14日（民集68巻１号１頁）が、「認知者は、民法786条に規定する利害関係人に当たり、自らした認知の無効を主張することができ、この理は、認知者が血縁上の父子関係がないことを知りながら認知をした場合においても異ならない」と判示したこととも、矛盾しないように思われる。なぜなら、この事案では、実父の存在が明らかになっており、子の保護の観点からも、あえて認知者自身による無効の主張を一律に制限すべき理由に乏しいとされたからである。

また、最判平成25年12月10日が、性同一性障害特例法３条１項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子は、民法772条の規定により夫の子と推定されるのであり、夫が妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に実質的に同条の推定を受けないということはできないとしたことも同様である。なぜなら、そうすることが子にとって利益があり、かつ当該父が子との法的父子関係の構築を望んでいたといえる事案だからである。

さらに、夫との間に法律上の親子関係はあるが、妻が婚姻中に夫以外の男性との間にもうけた子について、妻が夫に対し離婚後の監護費用の分担を求めた事案に対し、最判平成23年３月18日がこれを権利の濫用に当たるとしたことも、同様である。ここでは、①妻が、出産後程なく当該子と夫との間に自然的血縁関係がないことを知ったのに、そのことを夫に告げなかったため、夫は当該子との親子関係を否定する法的手段を失ったこと、②夫は、婚姻中、相当に高額な生活費を妻に交付するなどして、当該子の養育・監護のための費用を十分に分担してきたこと、③離婚後の当該子の監護費用を専ら妻において分担することができないような事情はうかがわれないことが重視されており、子の福祉と

父の意思が考慮されているのである。

本判決を含めた一連の判決は、科学技術が発展した結果、一方では血縁上の父子関係を客観的に明らかにできるようになり、他方では生物学上の父子関係がありえないながらも父子関係を認めるべき場面が生じているという社会状況の変化があるがゆえに、必ずしも血縁に基づかない法的実父子関係を認める日本法においては、その関係を形成する父の意思が改めて重要性を増していることを示しているのではないだろうか（しかし、この点に関する学説の批判は根強い[43]）。この点、父の意思の重視といっても、必ずしもかつての家父長権のように絶対的な構成となっているのではなく、子の福祉や自己決定の観点から、父子関係を修正することにも配慮がなされた、現代社会における要請に応じたものであるといえることには留意すべきである。

４．むすびにかえて

以上、本稿では、DNA 鑑定で生物学上の父子関係が否定されるような場合に、嫡出推定が覆り、親子関係不存在の確認請求が認められるのか、という問題に対して、消極判断を下した最判平成26年７月17日について検討を行ってきた。

本稿の検討によって、一見すると、新たな家族に対する法的援助という個別的正義を重視する判断に反するような多数意見の結論も、ビッグデータ時代の情報管理のあり方という法政策問題と交錯させながら分析すると、積極的に評価できる面もあることが明らかになったように思われる。このことからも、本問題は、単に実親子関係にまつわる家族法上の問題としてミクロに検討するのみならず、ビッグデータ時代における情報法政策問題の一環として、マクロに位置づけたうえで検討する必要もあることが明らかになったのではないだろうか。

付記：脱稿後、以下の論考に触れた。松倉耕作「父子関係についての二つの最

[43] 本判決に関する評釈のうち、判例による当事者の合意に基づく解決と権利濫用を理由とする介入に関する批判として、水野・前掲注１・46-48頁。また、本件旭川ケースや嫡出否認一般における父の意思の重視に対する批判として、窪田・前掲注１・71頁。

高裁判決と真実志向」名城法学64巻１・２号（2014）137頁以下、浅井弘章「本件判批」銀法784号（2015）121頁以下、柳本祐加子「本件判批」季教184号（2015）78頁以下、羽生香織「本件判批」法セ増新・判例解説 Watch 16号（2015）109頁以下、二宮周平「本件判批」ジュリ1479号（平26重判解）（2015）81頁以下、木村敦子「本件判批」別ジュリ225号（民法判例百選Ⅲ親族・相続）（2015）56頁以下、同「本件判批」法教413号（別セレクト '14（Ⅰ））（2015）20頁。

執筆者紹介（掲載順）

米田雅宏　北海道大学大学院法学研究科准教授
倪潤　中国司法文明協同創新センター講師／中国政法大学訴訟法学研究院講師
佐藤結美　上智大学法学部准教授
ルネ・オスティウナント　大学名誉教授
津田智成　日本学術振興会特別研究員
厚谷襄児　北海道大学名誉教授
角本和理　北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成27年５月22日　印刷
平成27年５月29日　発行

編集人　桑原朝子
発行人　北海道大学大学院法学研究科長　長谷川晃
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. 66 May 2015 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Entpolizeilichung und Subsidiaritätsprinzip im japanischen Polizeirecht (2) ☆ ····· Masahiro YONEDA 1

Rekonstruktion des Verhältnisses der Konkurrenzlehre und ne bis in idem (2) —— Fokus auf Klammerwirkung und Kollektivdelikte —— ····· Run NI 232[1]

The possibilities and the limits of personal data protection under Japanese criminal law (3) ····· Yumi SATO 188[45]

LECTURE

Les incidences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'atteintes à la propriété privée. Le problème de l'acquisition forcée de vestiges archéologiques immobiliers par les pouvoirs publics. ····· René HOSTIOU 140[93]
Translated by Tomonari TSUDA

MATERIAL

Some Case Analysis on Merger Control under the Antimonopoly Act in Japan ☆ ····· Joji ATSUYA 55

CASE NOTE

Note on Civil Law Case ····· Kazumasa KAKUMOTO 126[107]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan