HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第66巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 66(5)
Issue Date	2016-01-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60608
Type	journal
File Information	lawreview_vol66no5.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 66 巻　第 5 号

論　説

中世後期ドイツの国王宮廷における非訟事件 …… 田　口　正　樹　1
一部無効の本質と射程（2）
—— 一部無効論における当事者の意思の意義を通じて ——
…… 酒　巻　修　也　23
保険契約における因果関係についての一考察 …… 山　本　哲　生　486[1]
損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（2）
…… 濱　口　弘太郎　412[75]
法と情報空間（4）
—— 近代日本における法情報の構築と変容 ——
…… 郭　　薇　356[131]

講　演

補償の政治領域 ——The Political Field of Reparations——
…… ジョン・トーピー　107
吉田　邦彦　監訳
角本　和理　訳

研究ノート

行政活動の「自在幅」
—— 裁量・統制・責任 —— …… 村　上　裕　一　129
事後強盗罪における暴行の判断基準について …… 瀬　川　行　太　290[197]
自招防衛論の再構成（2）
——「必要性」要件の再検討 —— …… 瀧　本　京太朗　256[231]

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉
国会審議の効率性と代表性
—— 国会審議をどのように変えるべきか ——
…… 武　蔵　勝　宏　186[301]

雑　報

北海道大学法学会記事 …… 155

2016（平成28）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）
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）
奥田　安弘（国際私法）
神原　勝（行政学）
小木曽　芳太郎（法史学）
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）
高見澤　進（民事訴訟法）
道幸　哲也（労働法）
中村　研一（国際政治）
中村　睦男（憲法）
長井　長信（刑法）
畠山　武道（行政法）
林田　清明（法社会学）
稗貫　俊文（経済法）
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（比較政治経済学）
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）

教授

會澤　恒（比較法）
池田　清治（民法）
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　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）
田村　善之（知的財産法）
辻　康夫（政治学）*
常本　照樹（憲法）
ディヴィット・A・ウェルチ（国際政治）

中川　寛子（経済法）
長谷川　晃（法哲学）
林　誠司（民法）
藤原　正則（民法）
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　徹（ヨーロッパ政治史）

特任教授

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）

米田　雅宏（行政法）

准教授

悠（労働法）
○池田　一（国際法）*
伊藤　頼舜（法制度論）
郭　力（商法）
川村　明香（民法）
櫛橋　伸輔（民事訴訟法）
栗原　祥子（アメリカ政治史）*

佐藤　陽子（刑法）
田中　啓之（行政法）*
中川　晶比兒（経済法）
中島　岳志（アジア政治論）*
西村　裕一（憲法）
根本　尚徳（民法）
ハズハ・プラニスラブ（知的財産法）
前田　亮介（日本政治史）
三宅　新（商法）
村上　裕一（行政学）*
山木戸　勇一郎（民事訴訟法）
○山本　周平（民法）

講師

石神　圭子（アメリカ政治史）
高　影娥（民法）
白鳥　潤一郎（国際政治）
トビアス・A・シュトレッカ（国際仲裁・国際取引法）

助教

小幡　宣和（行政法）
郭　薇（法社会学）
川村　行論（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・ゾル（日本政治史）
瀬川　航太（刑法）
千田　文杰（比較政治学）
丁　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）

雑誌編集委員　○　印
*は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

中世後期ドイツの国王宮廷における非訟事件

田口正樹

はじめに

西洋中世における非訟事件の処理に関しては、近年日本でも関心が向けられてきている。[1] そうした関心の背景には、

一般的に言って、当該社会の中で法的行為の効果を安定的なものとするための仕組みやその機能に対する問いかけが存するように思われる。本稿は、そうした関心方向を共有しつつ、中世後期ドイツの皇帝・国王宮廷を対象としてとりあげて、そこに非訟事件がどの程度持ち出されており、当事者等の点でどのような特徴が見いだされるかを、明らかにしようとするものである。(2)

日本の学界における関心の高まりに反して、近年のドイツでは、中世の非訟事件に関して詳しい研究がなされているわけではない。(3) 周知のとおり、広く非訟事件としてくくられる中でも、後見人の選定、相続人の認定と遺産帰属の確定、法的行為の確認と宣言など、いくつかの種類を区別することができる。これらの事柄は、中世後期以降、領邦や都市の各種裁判所で扱われてきた。(4) また、教会裁判所は非訟事件を扱う重要な機関であり、各地の司教代理裁判所 Offizialatsgericht における非訟事件の処理と証書発行は、学識法継受の一つのルートであった。(5) 最近の個別研究によれば、状況は都市によっても異なり、司教代理裁判所が主に非訟事件を取り扱っている都市と、都市参事会もかなり証書を発行している都市とがあったことが指摘されている。(6) その後、近世の領邦での立法により、通常の裁判とは異なる特殊な手続法が形成されていくことになる。(7)

王権と非訟事件との関係については、古くは古代末期のメロヴィング朝フランク後期にいくつかの事例があることが知られている。メロヴィング朝フランクにおけるいわゆる仮装訴訟と呼ばれるものであるが、(8) この現象はその後カロリング期には消滅したとされている。本稿が対象とする中世後期ドイツの国王裁判権については、フリードリヒ・バッテンベルクが、一四世紀半ば以降、国王特権状やラント裁判所の判決の確認および認証が数多く行われたことなどから、(9) 国王宮廷裁判所がますます多くの公証的ないし擬似公証的機能を引き受けていったと指摘している。(10) また、ベルンハルト・ディーステルカンプは近著で、そうしたラント裁判所の判決確認の中に単なる確認にとどまらない作用を認め、そ

れを審級構造形成の萌芽と評価している。[11] また、近世ドイツでは、帝国最高法院と帝国宮内法院が帝国直属身分の非訟事案 Extrajudizialgeschäfte を管轄し、後見人指定、禁治産宣告、養子縁組、成年認定、遺言作成・確認、契約の確認、和解の確認などの事項について、多くの事案を処理していたことが知られている。[12]

以上のように、ドイツのいくつかの研究は、一四世紀半ば以降、皇帝・国王の宮廷において非訟事件の処理活動が幅広く展開されていく傾向を把握しているものの、その歴史的意義を個別の事案の検討を通じて十分に明らかにしているわけではない。そこで本稿では、中世後期ドイツの皇帝・国王宮廷の裁判活動に関する史料要録[13]から関連史料を収集して、そこに現れる特徴を見ていきたい。順序としては、まず一二七三年（ルードルフ一世即位）から一三七八年（カール四世死）までの全般的な推移を確認する。先に触れた従来の研究でも、一四世紀半ばから始まるカール四世治世がこの分野における変化の始まりであったことが認識されているので、ひとまず彼の時代が終わるまでの傾向をおさえておくことには意味があろう。そのうえで本稿では、一二七三年から一三四七年（ルートヴィヒ四世死）までの期間について、個々の事例を紹介しつつ、立ち入った検討を行う。それゆえ本稿は、一四世紀半ば以降の展開の前提を明らかにしておくという意味を持つことになろう。

一．国王宮廷と非訟事件（一二七三年から一三七八年）

前述の史料要録から関連史料を拾い出してみると、まず明らかなのは、対象期間を通して、国王宮廷における非訟事件処理ないし類似の活動は数としてそれほど多くないということである。非訟事件処理に対する「需要」の大半は、司教代理裁判所、都市参事会、公証人、領邦・地方レベルの裁判所などで満たされていたものと思われる。

両当事者が宮廷に出頭して、国王や宮廷裁判官の前で、譲渡、贈与、権利放棄などの法的行為を行うケースをいわば純然たる非訟事件として、法的行為や証書が国王や宮廷裁判官によって確認されるケースから区別すれば、その件数はごく少ない。史料要録の各巻が含む年代ごとに関連証書の数をあげれば、一二七三－一二九一年：一[14]、一二九二－一三一三年：四[15]、一三一四－一三四七年：八[16]、一三四六－一三五五年：〇[17]、一三五五－五九年：〇[18]、一三六〇－一三六四年：〇[19]、一三六五－一三七一年：四[20]、一三七二－一三七八年：二[21]となる。ルートヴィヒ四世期（一三一四－一三四七年）からかなり多くの史料が伝わっているが、後述のようにこの中には対立国王フリードリヒ関係の史料三点が含まれていることは考慮されるべきかもしれない。一方、カール四世の登場とともにこの種の事例が一旦見られなくなり、彼の治世後半になって再び出現してくるのは特徴的な推移である。

これに対して、法的行為や証書の確認は、より多く見られる。皇帝・国王による確認行為について、同様の区分で、印章の付与など類似した効果を持つケースも含め、また判別の難しいものも含めておおよそ関連史料の数を示せば、一二七三－一二九一年：一[22]、一二九二－一三一三年：一[23]、一三一四－一三四七年：二〇[24]、一三四六－一三五五年：一五[25]、一三五五－一三五九年：二[26]、一三六〇－一三六四年：一〇[27]、一三六五－一三七一年：一[28]、一三七二－一三七八年：九[29]となる。もっとも、史料要録の一冊が平均五〇〇前後の史料を含んでいることを考えれば、こうした数値はやはりそれほど多いともいえないものである。

確認行為としてはこうした支配者本人によるものに加えて、宮廷裁判官や支配者に代わる裁判官が、宮廷裁判所印章を用いて証書発行して行うものがある。その件数の推移は、一二七三－一二九一年：〇、一二九二－一三一三年：〇、一三一四－一三四七年：七[30]、一三四六－一三五五年：七[31]、一三五五－一三五九年：八[32]、一三六〇－一三六四年：二四[33]、一三六五－一三七一年：六[34]、一三七二－一三七八年：一八[35]である。この種の活動がルートヴィヒ四世期から始まって、

カール四世期に本格化することがわかる。このうち一三六五－一三七一年の数が非常に多いのは、同一の当事者（ニュルンベルクのブルクグラーフ、カイスハイム Kaisheim 修道院、ニュルンベルク市など）が多数の証書の確認をまとめて得ていることが原因である。また、おおよそ一三五〇年代以降になると確認のために出される証書の形式が定型化してきていることも、史料要録から容易に見て取れる。上述のようなバッテンベルクの指摘の基礎にも、このタイプの確認行為への注目があったものと思われる。

以上のような時期的変遷を大まかにとらえると、「純然たる」非訟事件と宮廷裁判官等による確認行為が入れ替わるようになっており、ルートヴィヒ四世治世が過渡的な交代期にあたっているという所見が得られよう。こうした所見をふまえつつ本稿では次に、ルートヴィヒ四世死までの「純然たる」非訟事件を個別的に取り上げて見ていくことにしたい。そこには明らかな特徴が現れている。

二　西・南ドイツの中級貴族と王権

一二七七年一一月にスイスのマイエンリート Meienried で発行された証書は、ハプスブルク家分家のハプスブルク・キーブルク Kyburg・ラウフェンブルク Laufenburg 伯エーバーハルトとその妻アンナによる、ハプスブルク家本家の国王ルードルフ一世の息子たちに対する所領譲渡を記す[36]。譲渡された所領にはとりわけ重要な都市フリブール Fribourg（フライブルク・イム・ユヒトラント Freiburg im Üchtland）が含まれていた。伯エーバーハルトは、ヴィーンで法廷に座した国王の前において所領の譲渡を願い出て、居合わせた諸侯・貴族の判決により国王から譲渡の許可を与えられた。伯は同年七月にヴィーンにいたことがわかっているので[37]、この手続もおそらくその頃に行われたのであろ

う。この許可は、その後一一月にマイエンリートで開かれた裁判の場における判決で、集まった人々によって法にかなったものとして認められた。こうした次第を記した本証書は、ローザンヌ司教ヴィルヘルムとクーノ・フォン・クラムブルク Kuno von Kramburg によって発行され、彼らの印章も付されている。この件では、所領を処分しているのが国王の甥にあたるエーバーハルトであり[38]、処分の受益者はまさに国王の息子たちであって、国王とかかわりの深い案件である。ルードルフ一世は国王即位前からアンナの後見人であり、アンナとエーバーハルトを結婚させた後は、サヴォワ伯の支配拡大に対抗してフライブルクを保護下に置くなどしていた[39]。また、譲渡には伯エーバーハルトの未成年の子どもたちの同意が欠けていることも言及されている[40]。通常であれば、相続権のある親族等の同意も得て所領が譲渡されるところ、未成年のためそうした手順を踏めなかったという事情が、法廷における判決という形式をとらせたのではないかと思われる。

国王アードルフの治世においては、一二九二年八月におそらくケルンで出された証書が、ユッタ・フォン・モンジョワ Montjoie（モンシャウ Monschau）による所領譲渡を記す[41]。彼女の亡夫ヴァルラム六世・フォン・モンジョワは、かつてヴェストファーレンのヴェヒタ Vechta をミュンスター司教教会に売却し、その売却から六〇〇〇マルクをモルゲンガーベ Morgengabe として得たが、その金額を他の物件に投資することをいったん約束していた。ところが、それを他の債務の返済にまわさねばならなかったため、アーヘンの南東に位置するモンジョワ Montjoie を彼女に質入し、またそれを彼女に授封するよう、封主のリンブルク Limburg 公ヴァルラム四世に働きかけることも約束し、実際にリンブルク公による授封も行われた。モンジョワに対する実質的支配はしかし現在彼女の甥にあたるヴァルラム・フォン・ファルケンブルク Valkenburg の手中にあるが[42]、ユッタはそれを、彼女の親戚にあたるウタとその夫ヨハン・フォン・リンブルクに譲渡する。証書には、国王アードルフの他に、マインツ大司教ゲアハルトとトリーア大司教ボエムントが

印章を付している。裁判の形式こそとっていないが、先のハプスブルク・キーブルク・ラウフェンブルク伯の場合と同様、国王の前で貴族間の所領譲渡が行われている。譲受人の一人ヨハンの姉妹が国王アードルフの妻イマギナ Imagina であったことが、この件が国王のもとへ持ち出された理由であろう[43]。また譲渡者であるユッタが女性であることも、譲渡行為が国王臨席のもとに行われ、国王証書化された要因であったと思われる。

また、一二九三年九月の国王アードルフの証書は、国王が主催する裁判の場において、ホーエンベルク Hohenberg 伯アルブレヒトの娘アグネスが、父に対して金銭と所領を贈与したことを述べる[44]。すなわち、アグネスは、ケルンテン公マインハルトの息子アルブレヒトと結婚していたが、夫の死後、ホーエンベルク伯により嫁資 Mitgift として与えられていた一五〇〇マルクと、モルゲンガーベとして夫により指定されていた一〇〇マルクおよびモンタニ Montani 城を、父に贈与したのである。いずれもアグネスの婚姻にかかわる財産であったが、嫁資は伯アルブレヒトのもとに復帰し、加えてケルンテン公に由来する部分もホーエンベルク伯の支配下に統合されたのであった。ホーエンベルク伯・ケルンテン公ともにハプスブルク家の国王ルードルフ一世の近い親戚で、ルードルフ時代の国王宮廷と密接な関係にあった[45]。問題の法行為はやはり女性によってなされており、その点が国王宮廷の裁判の場で遂行され証書化されたことの一因であったと思われる。

一二九六年六月のラインヴグラーフ Rheingraf・ジークフリートの名で出された証書は、国王証書ではないが、国王アードルフが主催する裁判の席における法行為を伝えている[46]。すなわちフランクフルトで開かれていた国王法廷で、ラインヴグラーフは国王から封として得ていたガイゼンハイム Geisenheim の流通税を国王アードルフに対して放棄し、国王はそれを六年間の期間でオッペンハイムのユダヤ人アンゼルム Anselm に質入した。ジークフリートとその相続人たちがアンゼルムとその相続人たちの流通税に対する権利を害してはならないことも判決によって決定された[47]。この点が

特に決定されていることは、既にライングラーフとアンゼルムの間で紛争が生じていた可能性を推測させる。また、質入は国王によって行われているので、質入の効果を確保することは国王の利害にも適っていた。おそらくこうした事情から、法廷における譲渡とその証書化という手続がふまれたのであろう。オッペンハイムのユダヤ人アンゼルムは、既にルードルフ一世のもとで一二八〇年代に、国王に対する債権者として登場していた[48]。ガイゼンハイムにおけるライン川の流通税徴収権は、既に一三世紀初めからライングラーフの手中にあったが[49]、一方で一二一一年一月にはそれが帝国レーンであることが中ライン地方の貴族たちによる仲裁判決で確認されていた[50]。ライングラーフ・ジークフリートは、一二六〇年九月には妻アグネスの寡婦産 Wittum として、ガイゼンハイムの流通税収入から二五〇マルクを割り当て[51]、また兄弟ヴェルナーとともに流通税免除を認めていた[52]。このように、長くライングラーフ家が保有していた権利がこのとき放棄されているのである。

国王アルブレヒト一世の治世からは、一三〇三年八月に国王に代わる裁判官ゴットフリート・フォン・ブラウネック Gottfried von Brauneck によって発行された証書が伝わる[53]。それによれば、ゴットフリートが主催する裁判の場において、ディーポルト・フォン・ベルンハウゼン Diepold von Bernhausen が、ヴュルテンベルク伯エーバーハルトに対して、ボッペンヴァイラー Boppenweiler の荘園を、彼がエーバーハルト・トゥオゼ Eberhard der Tuose から裁判で獲得した諸権利など付属する一切の権利を含めて自発的に譲渡した。譲渡はまたディーポルトの妻の名によってもなされた。以上のことを証言すべくゴットフリートにより裁判証書が発行されたのである[54]。貴族間の所領譲渡であるが、譲渡対象の中に他の裁判において獲得された権利が含まれていたことは、この譲渡自体を法廷で行わせる背景となったのかもしれない。

一三一四年の国王選挙は二重選挙となり、ヴィッテルスバッハ家のルートヴィヒとハプスブルク家のフリードリヒが

それぞれ国王に選出された。一三一五年六月七日にスイスのバーデンでハプスブルク・ラウフェンブルク伯ヨハンが、親戚であるホーエンベルク伯ヴェルナーとハルス Hals 伯アルブレヒトの助言を得て発行した証書[55]は、彼と彼の継母で故ハプスブルク・ラウフェンブルク伯ルードルフ（三世）の妻であったマリア（父はエッティンゲン Öttingen 伯フリードリヒ）との和解を伝えるが、それによればマリアによる権利放棄は国王フリードリヒの法廷で行われた[56]。ハプスブルク家の親戚の貴族たちの間での相続問題の解決が国王法廷における法行為を通じてなされた事例である。また、放棄主体であるマリアが女性であることも、国王法廷での行為という手続をふませた要因であったと思われる。

ハプスブルク・ラウフェンブルク伯家に関して、更に国王フリードリヒは、一三一五年六月一一日にコンスタンツで発行した証書で、彼の前で行われた所領交換の次第を述べている[57]。すなわち国王の前でホーエンベルク伯ヴェルナーとハプスブルク・ラウフェンブルク伯ヨハンが、それぞれの保有する諸権利と帝国レーンを、国王の手を通して交換した[58]。ただしその際伯ヴェルナーは将来の結婚の際に返戻金 Widerlage とモルゲンガーベを譲渡したレーンから指定する権利を留保した[59]。また伯ヨハンが未成年であるという点については、国王の大権と国王宮廷裁判所の判決により、ヨハンは有効な契約を締結しうる年齢に達したものと見なされた[60]。このときの交換行為は実質的には相続契約としての意味を持つものであったが[61]、この場合も両当事者はハプスブルク家の親戚、つまり国王の親族であり、この法行為の成立には国王自身関心を持っていたであろう。また交換自体は裁判の形式をとっていないが、伯ヨハンの未成年という瑕疵を治癒するために、宮廷裁判所の判決という手続がふまれている。ヨハンの未成年という事情は、この行為が国王の前で行われることを促した要因でもあったと思われる。

この件に関しては更に一三二一年二月にもコルマールでフリードリヒにより国王証書が出された[62]。それによれば、上述のハプスブルク・ラウフェンブルク伯ヨハンと、この間に亡くなったホーエンベルク伯ヴェルナーの子で未成年の伯

ヴェルナーが、国王の前へ来た。その際伯ヴェルナーはプフィルト Pfirt 伯ウルリヒにより代理されていたが、それはヴェルナーが未成年のため、親戚として本来代理人をつとめるはずの伯ヨハンに代わって国王のもとでの判決により指定されたことであった[63]。そのうえで両者はそれぞれが保有する帝国レーンを死亡時には贈与することを互いに約した。このうち伯ヴェルナーへの帝国レーンの授封は、代理であるプフィルト伯を介してまさにこのときに行われた。このときの行為は前年のホーエンベルク伯ヴェルナーの早死によって、上述の一三一五年の相続契約を結び直す必要が生じたために行われたものであったが[64]、ここで登場する伯たちもすべてハプスブルク家の親戚であり、また今度はホーエンベルク伯ヴェルナーの方が未成年である。こうした状況は一三一五年のケースと共通しており、本件が国王の前で行われた要因となったと思われる。

ルートヴィヒとフリードリヒの二人の国王の争いは、一三二二年のミュールドルフ Mühldorf の戦いで前者が勝利して事実上決着するが、ルートヴィヒのもとでは、一三三二年五月に彼の宮廷裁判官コンラート・フォン・グンデルフィンゲン Konrad von Gundelfingen が上シュヴァーベンのラーフェンスブルク Ravensburg で宮廷裁判所の印章を付して発行した証書が非訟事件にかかわる[65]。それによれば、モントフォルト Montfort（・フェルトキルヒ Feldkirch）伯ルードルフ四世がその妻アンナへの返戻金の割り当てを、判決によって許可するよう求めた[66]。それを受けて宮廷裁判所は、問題の財産は伯のアイゲンなので、伯は割り当てをなしうるという判決を出した。そのうえで、伯から妻への引渡しが皇帝に代わる宮廷裁判官の手を経て行われ、また伯の放棄は教えられた言葉でもって宮廷の法に沿うかたちでなされた[67]。この行為が集まった彼らの友人たちの助言を得てなされたものであることも言及されている[68]。モントフォルト伯も属する上シュヴァーベン・スイスの貴族世界と国王宮廷裁判所の結びつきをうかがわせる言及である。モントフォルト伯家は元来ハプスブルク家との関係が深く、同家出身のコンスタンツ司教ルードルフは王位争いではハプスブルク派

の有力者であったが、ちょうどこの一三三二年ごろには皇帝と和解してルートヴィヒ四世に接近していた[69]。ルートヴィヒの宮廷でこの譲渡行為がなされたのには、そうした政治状況も関係していたであろう。

一三三七年七月にはロットヴァイルの皇帝ルートヴィヒ四世が主催する法廷で、ホーエンベルク伯フーゴーとその妻ウルズラによる権利放棄が行われた[70]。すなわち、彼らはエッティンゲン伯ルートヴィヒを代理人に指名したうえで、ウルズラの亡父プフィルト伯ウルリヒの遺産に対するすべての権利を、オーストリア公アルブレヒト（二世）とその妻ヨハンナのために放棄したのである。国王の問いに答えて法廷はこの放棄を有効と判決した。ヨハンナとウルズラは姉妹であり、この放棄によってエルザスにあったプフィルト伯家領はハプスブルク家の手中に入った。代理人となったエッティンゲン伯も含めてエルザスからシュヴァーベンのグラーフたちの世界が背景にある。ハプスブルク家もここではこの世界に属していると考えられる。放棄を行ったのがウルズラという女性であったことは、やはりこの件が皇帝の前で実行されたことの要因となったであろう。

一三四一年五月には国王に代わる裁判官としてオルテンブルク Ortenburg 伯ハインリヒが、ランズフートで、宮廷裁判所印章付きの証書を発行している[71]。証書は、オルラミュンデ Orlamünde 女伯ポディカ Podika（ポスケ・フォン・シャウンベルク Poske von Schaunberg の娘）が騎士ポスケ・フォン・スヴェレディッツ Poske von Swerediczを代弁人 Fürsprecher に指定し、彼の権限が判決によって確認された後、ニュルンベルクのブルクグラーフ・ヨハンおよびその妻クニグンデとの間で和解が成立したことを記す。クニグンデの前夫はオルラミュンデ伯オットーであり、つまりオルラミュンデ伯の遺産の帰属が問題であった。ポディカは一五〇〇ショックの金額と引き換えに、すべての権利を放棄し、それが判決によって確認されたのであった[72]。当事者はフランケンからテューリンゲンの貴族たちであり[73]、またやはり女性による権利放棄が問題となっている。受益者であるニュルンベルクのブルクグラーフは、ルートヴィヒ四世の

宮廷と密接な関係を保っていた。(74)

一三四一年八月のテック Teck 公ルートヴィヒの証書は、彼がオーストリア公アルブレヒト（二世）に対して有する請求権を、皇帝宮廷裁判所において、テック公コンラートに譲渡したことを記す。(75) テック公ルートヴィヒは、一三三〇年代以降、宮廷裁判官や皇帝に代わる裁判官として頻出する人物であり、権利譲渡を宮廷裁判所で行うのは自然である。(76) 証書には彼だけでなく、やはり皇帝ルートヴィヒの側近であったグライスバッハ Graisbach 伯ベルトルト（フォン・ノイフェン Neuffen）の印章も付されており、皇帝に近い貴族たちの間の行為という性格を際立たせている。

以上、一二七三年から一三四七年までの期間に国王宮廷で扱われた「純然たる」非訟事件を観察してきたが、結果はいくつかの点で明確であり、はっきりとある一定のタイプを指し示すものであった。すなわち、登場する当事者はすべて世俗貴族であり、それも身分的には諸侯や下級貴族でなく、その間に位置する中級貴族つまりグラーフやヘルたちである。(77) 彼らが所領を持っていたのはドイツ西南部から、西部、南部、中部であり、しかも彼らは国王と親戚関係などで結ばれている場合が多く、概して国王宮廷と密接な関係を持っていた。また彼らの間の法的行為の効力を強化することが国王自身の利害に適うことも多かった。法的行為を遂行する当事者としては、女性や未成年者が問題となっており、何らかの方法で当該法的行為の効力を安定化して後に生じうる問題に備えるという必要性が存した。上述の国王宮廷との密接な関係を前提に、この必要性が、宮廷における裁判ないし類似の手続によって満たされたものと考えられるのである。

おわりに

一二七三年以後の国王宮廷で扱われた非訟事件が示した以上のような特徴は、この時期の王権の性格ともよく対応するものであったと思われる。故ペーター・モーラフは、ルードルフ一世以下ハインリヒ七世までの国王たちを、「小さな国王」として特徴づけた[78]。ハプスブルク家の「二代目」であったアルブレヒト一世を別にして、いずれももとはグラーフであった一貴族が国王に選出されたのであり、西欧や南欧の王たちに比べれば彼らが営んだ宮廷の規模もささやかなものであった。父ルードルフ一世の国王即位前を知っていたアルブレヒト一世も含めて、彼らはドイツ西部・南部の中級貴族の世界と近しい王たちであった[79]。こうした状況のもと、続くルートヴィヒ四世の時代まで、中級貴族を当事者とする非訟事件が宮廷で扱われていったものと思われる。

しかし、ルートヴィヒ四世時代からは、こうした貴族の世界とは別の文脈の事例も伝わる。一三三三年五月にルートヴィヒがローテンブルクで発行した証書は、同市の女性市民ヴェルントルート・ハイン Werntrud Hein が売買証書と和解証書を皇帝に示したうえでそれらの確認を求め、皇帝が求めに応じて確認したことを記す[80]。裁判の形式はとられていないが、女性市民が私証書の効力強化のために、皇帝に頼った例として興味深い。この事例は、おそらく、ルートヴィヒ四世時代にやはりローテンブルク市およびその市民に関して、宮廷裁判所による確認行為が出現してくることとの関係で理解することができるのではないかと思われる[81]。カール四世治世末期になって再出現する「純然たる」非訟事件の中にも、宮廷裁判所において獲得された諸権利をやはり宮廷裁判所で譲渡する事例が見られることも含めて[82]、ルートヴィヒ四世期にフランケン地方から始まり、カール四世期により組織的に進められた、宮廷裁判所の活動強化と裁判所間の関係の明確化の動きとの関係が想定されるが[83]、そうした問題は続稿での更なる検討にゆだねることとしたい。

（1）例えば、岡崎敦「教会訴訟外裁治権の形成（一二世紀）――パリ司教文書の分析――」『史淵』一四七号（二〇一〇年）一四一－一七一頁、同「パリにおける教会非訟事項裁治権と司教代理判事制度の生成（一三世紀はじめ）」『史淵』一五〇号（二〇一三年）九五－一二八頁、同「一二世紀北フランスにおける私的な法行為の認証について」『史淵』一五一号（二〇一四年）八五－一〇九頁、山田雅彦「中世後期アミアンにおける契約登記簿の誕生――都市自治体による非訟裁治権〈jurisdiction gracieuse〉の行使を軸として」『史窓』六八号（二〇一一年）二七－五〇頁、臼井佐知子他編『契約と紛争の比較史料学――中近世における社会秩序と文書』（二〇一四年　吉川弘文館）など。

（2）本文で述べたような関心方向の点で、本稿は、公証人を扱った筆者の前稿に接続するものである。拙稿「中世後期ドイツの国王裁判権と公証人」『北大法学論集』六五巻五号（二〇一五年）一－六〇頁および拙訳「帝国公証人条令（一五一二年）邦訳」『北大法学論集』六五巻六号（二〇一五年）二四八－二六六頁を参照。

（3）ドイツにおける、非訟事件に関する裁判所の活動の歴史について、一般的には、E. Döring, Art. Freiwillige Gerichtsbarkeit, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl., Bd. 1, Berlin 1971, Sp. 1252-1262; Ina Ebert, Art. Freiwillige Gerichtsbarkeit, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 2008, Sp. 1784-1786.

（4）ザクセンシュピーゲルなどの法書史料から知られる展開については、J. W. Planck, Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen, Bd. 2, Braunschweig 1879, S. 157 ff., 193 ff. を参照。

（5）Winfried Trusen, Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption, (Recht und Geschichte, Bd. 1), Wiesbaden 1962, S. 63-68.

（6）Helen Wanke, Zwischen geistlichem Gericht und Stadtrat. Urkunden, Personen und Orte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Straßburg, Speyer und Worms im 13. und 14. Jahrhundert, (Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte, Bd. 119), Mainz 2007 を参照。シュトラースブルク（およびヴォルムス）は前者の、シュパイアーは後者の例である。

（7）近世のポリツァイ条令における規制について、Gustaf Klemens Schmelzeisen, Polizeiordnungen und Privatrecht, (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 3), Münster-Köln 1955, S. 93 ff.（後見）, 156 ff.（遺言など）, 180 ff.（遺産）.

（8）加納修「フランク時代の仮装訴訟とは何か――メロヴィング朝後期の国王法廷の役割に関する一考察」『史学雑誌』一一〇編三号（二〇〇一年）四一―六二頁を参照。

（9）宮廷裁判所が発行する確認・認証証書については、Friedrich Battenberg, Das Hofgerichtssiegel der deutschen Kaiser und Könige 1235-1451, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 6), Köln-Wien 1979, S. 149 f. も参照。

（10）Friedrich Battenberg, Die königlichen Hofrichter vom 13. bis 15. Jahrhundert. Eine Untersuchung zur sozialen und funktionalen Einbindung der Hofgerichtsbarkeit in den Königshof, in: Peter Moraw (Hg.), Deutscher Königshof, Hoftag und Reichstag im späteren Mittelalter, (Vorträge und Forschungen, Bd. 48), Stuttgart 2002, S. 239-290, S. 289.

（11）Bernhard Diestelkamp, Vom einstufigen Gericht zur obersten Rechtsmittelinstanz. Die deutsche Königsgerichtsbarkeit und die Verdichtung der Reichsverfassung im Spätmittelalter, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 64), Köln u. a. 2014, S. 46 ff.

（12）Wolfgang Sellert, Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht, (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, NF, Bd. 4), Aalen 1965, S. 98-111.

（13）Bernhard Diestelkamp (Hg.), Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Sonderreihe), Köln u. a. 1986 ff. これの史料要録が非訟事件関係の史料も含んでいることについては、Bernhard Diestelkamp und Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit von Konrad I. bis Heinrich VI. 911-1197, (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451, Bd. 1), Köln-Wien 1988, S. XXV.

（14）Bernhard Diestelkamp und Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Rudolfs von Habsburg 1273 - 1291, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Sonderreihe, Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 3), (=UR3), Köln/Wien 1986, Nr. 157.

（15）Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Adolfs von Nassau, Albrechts I. von Habsburg, Heinrichs von Luxemburg 1292 - 1313, (Urkundenregesten ... Bd. 4), (=UR4), Köln u. a. 1992, Nr. 13, 58, 116, 329.

(16) Friedrich Battenberg (Bearb.), Die Zeit Ludwigs des Bayern und Friedrichs des Schönen 1314-1347, (Urkundenregesten ... Bd. 5), (=UR5), Köln u. a. 1987, Nr. 7, 8, 44, 168, 194, 293, 403, 428.

(17) Friedrich Battenberg (Bearb.), Die Königszeit Karls IV. (1346 - 1355 März), (Urkundenregesten ... Bd. 6), (=UR6), Köln u. a. 1990.

(18) Friedrich Battenberg (Bearb.), Die Zeit Karls IV. (1355 April - 1359), (Urkundenregesten ... Bd. 7), (=UR7), Köln u. a. 1994.

(19) Ronald Neumann (Bearb.), Die Zeit Karls IV. (1360-1364), (Urkundenregesten ... Bd. 8), (=UR8), Köln u. a. 1996.

(20) Ronald Neumann und Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1365-1371, (Urkundenregesten ... Bd. 9), (=UR9), Köln u. a. 2003, Nr. 169, 179, 238, 356.

(21) Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1372-1378, (Urkundenregesten ... Bd. 10), (=UR10), Köln u. a. 2014, Nr. 211, 303, 479.

(22) UR3, Nr. 22, 73, 184, 262, 456, 459, 539, 550, 585, 588, 607.

(23) UR4, Nr. 46, 74, 103, 122, 265, 275, 276, 389, 424, 425, 502.

(24) UR5, Nr. 47, 52, 53, 61, 95, 161, 165, 175, 183, 230, 258, 260, 269, 292, 355, 361, 397, 421, 530, 557a.

(25) UR6, Nr. 14, 37, 104, 109, 142, 150, 198, 262, 410, 463, 517, 524, 525, 559, 560.

(26) UR7, Nr. 12, 13, 32, 117, 118, 119, 159, 271, 344, 351, 352, 380, 381, 391, 419, 420, 432, 443, 453, 482, 486, 493.

(27) UR8, Nr. 79, 83, 154, 169, 294, 378, 379, 397, 428, 433.

(28) UR9, Nr. 32, 67, 68, 132, 136, 151, 158, 168, 245, 277, 395, 413.

(29) UR10, Nr. 39, 58, 59, 159, 205, 211, 282, 284, 438.

(30) UR5, Nr. 5, 188, 346, 507, 529, 534, 539.

(31) UR6, Nr. 181, 189, 272, 286, 314, 418, 448.

(32) UR7, Nr. 61, 114, 120, 127, 457, 458, 500, 502.

(33) UR8, Nr. 8, 14, 34, 96, 107, 122, 123, 124, 143, 167, 197, 198, 199, 330, 342, 345, 347, 424, 449, 450, 455, 456, 457, 461.

（34）UR9, Nr. 1, 2, 29, 34, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 80, 81, 115, 117, 127, 130, 131, 133, 159, 160, 166, 187, 199, 200, 201, 211, 226, 323, 324, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 362, 363, 364, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 462.

（35）UR10, Nr. 26, 64, 65, 200, 202, 254, 292, 293, 311, 357, 390, 391, 476, 477, 482, 483, 499, 502.

（36）UR3, Nr. 157; Fontes rerum Bernensium. Bern's Geschichtsquellen, Bd.3, Bern 1880, Nr. 227. また´ Oswald Redlich, Rudolf von Habsburg. Das deutsche Reich nach dem Untergange des alten Kaisertums, Innsbruck 1903 (ND Aalen 1965), S. 593 f.

（37）一二七七年七月一一日にヴィーンで出された証書（ザルツブルク大司教フリードリヒが大司教座の教会レーンを国王の息子たちに授封する）の証人欄に登場する。Johann Friedrich Böhmer und Oswald Redlich (Hg.), Regesta imperii, VI, 1: Die Regesten des Kaiserreiches unter Rudolf, Adolf, Albrecht, Heinrich VII. 1273-1313, Innsbruck 1898 (ND Hildesheim-New York 1969), Nr. 828.

（38）ハプスブルク本流の分家であるハプスブルク・キーブルク・ラウフェンブルク伯家については´ Christoph H. Brunner, Zur Geschichte der Grafen von Habsburg-Laufenburg. Aspekte einer süddeutschen Dynastie im späten Mittelalter, (Diss. phil. Zürich), Samedan 1969.

（39）O. Redlich, Rudolf von Habsburg（注36）, S. 100 ff., 124f.; Pascal Ladner, Politische Geschichte und Verfassungsentwicklung Freiburgs bis zum Ausgang des Mittelalters, in: Geschichte des Kantons Freiburg, Bd. 1, S. 167-205, S. 172 f.

（40）Fontes rerum Bernensium, Nr. 227, S. 217, "... quod etiam liberis nostris impuberibus irrequistis nec consensum adhibentibus ...".

（41）UR4, Nr. 13.

（42）いったんユッタによって継承されたモンショワに対する支配が´ヴァルラムに移行したことについては´ Elmar Neuss, Der Übergang der Herrschaft Monschau an die Herren von Valkenburg in den Jahren 1269/1270, in: Annalen des Historischen Vereins für den Niederrhein insbesondere das alte Erzbistum Köln 200 (1997), S. 23-37.

(43) E. Neuss, a. a. O.(注42), S. 29.

(44) UR4, Nr. 58; Ludwig Schmid (Hg.), Monumenta Hohenbergica. Urkundenbuch zur Geschichte der Grafen von Zollern=Hohenberg und ihrer Grafschaft, Stuttgart 1862, Nr. 141.

(45) 国王ルードルフの妻ゲルトルートはホーエンベルク伯アルブレヒトの姉妹，ケルンテン公・ティロール伯マインハルトの娘エリーザベトは国王の長子アルブレヒト（後の国王アルブレヒト一世）の妻であった。有能な領邦君主でライと政治においても活躍したマインハルトについては，Hermann Wiesflecker, Meinhard der Zweite. Tirol, Kärnten und ihre Nachbarländer am Ende des 13. Jahrhunderts, (Veröffentlichungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, Bd. 16), Innsbruck 1955 も参照。

(46) UR4, Nr. 116; W. Sauer (Bearb.), Nassauisches Urkundenbuch, Bd. 1: Die Urkunden des ehemals kurmainzischen Gebiets, einschließlich der Herrschaften Eppenstein, Königstein und Falkenstein; der Niedergrafschaft Katzenelnbogen und des kurpfälzischen Amts Caub, Teil 2, Wiesbaden 1886, Nr. 1210.

(47) "Preterea idem teloneum sibi fuerat ex parte regis et nostra obligatum, prout domini et milites iudicio circumstantes sententialiter asserebant, obligando, quod nec ego Sifridus predictus et mei heredes singuli et universi, cuiuscunque sint conditionis et nominis, ipsum Anselmum et suos heredes in predicto teloneo nullatenus impediremus nec impedire presumeremus ullo modo, ...".

(48) UR3, Nr. 464, Anm.; Eduard Winkelmann (Hg.), Acta imperii inedita saeculi XIII et XIV. Urkunden und Briefe zur Geschichte des Kaiserreichs und des Königreichs Sizilien, Bd. 2: In den Jahren 1200 bis 1400, Innsbruck 1885, (ND Aalen 1964), Nr. 1066 (1285. 8. 22).

(49) 一三世紀初めのものと思われる証書で，ライングラーフ・ヴェルナーはヒンメローデ Himmerode 修道院にガイゼンハイムでの税徴収を免除している。W. Sauer (Bearb.), Nassauisches Urkundenbuch, Bd. 1, Teil 1, Wiesbaden 1885, Nr. 307.

(50) Ebenda, Nr. 325, "..., quod theloneum in Gysenheim cum conductu feodum sit imperii". 仲裁判決は，ライングラーフ・ヴェルナーとヴォルフラムの兄弟間でのガイゼンハイムの流通税徴収権をめぐる争いに関して出され，ヴォルフラムの権利を承認した。その後権利はヴォルフラムの息子たちエミヒョ Emicho とヴェルナーに継承された。Ebenda, Nr. 393 (1223.

6. 24)（ヨハニスベルク Johannisberg 修道院のための流通税免除）．シークフリートはエンヒェの息子であった。

（51）W. Sauer, a. a. O., Bd. 1, T. 2（注46）, Nr. 703.

（52）Ebenda, Nr. 779（一一五一－六七年の証書と推測される。オーバーヴェーゼル近郊の Allerheiligen 女子修道院のための免除）.

（53）UR4, Nr. 329; Jacob Schwalm (Hg.), Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, T. 4, 2, Hannover/Leipzig 1906, (ND Hannover 1981), Nr. 1073.

（54）"... daz Diepolt von Bernhusen kom fur gerihte und gap graven Eberhart von Wirtenberk můtwilleclich den hof ze Boppenwiler unde swaz darzů hǒret in allem dem rehte, alse er in hat anbehebt Eberhart dem Tůse mit rehtem gerihte. Es sol ǒch Diepolt von Bernhusen den vorgenannten hof unde swaz darzů hǒret vertigen von siner elichen wirtin, so er beste kan oder mag, graven Eberharte von Wirtenberg. Des gib ich ze gezuge des gerihtes brief. "

（55）UR5, Nr. 7; Rudolf Thommen (Hg.), Urkunden zur Schweizer Geschichte aus österrerichischen Archiven, Bd. 1: 765-1370, Basel 1899, Nr. 233. この証書については、Kurt Hodapp (Bearb.), Beiträge zur Geschichte der Landgrafschaft Klettgau, Grafen von Sulz, Gemeinde Jestetten. Teil A: Die Landgrafschaft Klettgau bis 1408, Waldshut-Tiengen 1998/1999, S. 107-109.

（56）"... mit des vogenanden unsers vogtes hant vor dem vorgenanden Roemischen kunge, der hierumb ze gericht saz ...".

（57）UR5, Nr. 8; Jacob Schwalm (Hg.), Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, T. 5, Hannover/Leipzig 1909-13, (ND Hannover 1981), Nr. 292. この証書については、K. Hodapp, a. a. O.（注55）, S. 112-114 も参照。

（58）"... prefatus Wernherus theloneum in Fluolen sive ius quod in ipso theloneo habere dinoscitur prefato Iohanni et viceversa idem Iohannes ipsi Wernhero comitatum suum in Kletgǒwe ac advocaciam in Rynowe et generaliter omnia alia feoda, que a nobis et imperio dicti comites tenent et possident et tenere ac habere debent, accedente ad hoc nostro consensu et auctoritate expressis, per manus nostras regales unus alteri pepigit et legavit, quod vulgariter dicitur ain gemaechd.".

(59) “Reservavit tamen sibi prefatus Wernherus, qui nondum uxoratus existit, quod de feodis suis predictis uxori, cum qua ipsum matrimonialiter contrahere continget, donacionem propter nupcias et morgonaticam valeat assignare.”.

(60) “Omnem nichilhominus defectum, si quis in huiusmodi contractu esse posset propter minoritatem annorum prefati Iohannis patruelis nostri, supplentes de plenitudine regie potestatis, presertim cum in iudicio curie nostre foret obtentum, prefatum Iohannem adeo in annis processisse, quod contractus secum celebrati firmi debent et validi merito reputari.”.

(61) ホーエンベルク伯ヴェルナーの妻も伯ヨハンの姉妹であり，つまり二人は義理の兄弟でもあった。K. Hodapp, a. a. O.(注55), S. 113.

(62) UR5, Nr. 44; MGH Const., 5(注57), Nr. 614. また K. Hodapp, a. a. O.(注55), S. 113.

(63) “... mit unserm ôheim graf Ulrich von Phirtte, der im ze vogt vor uns mit urteil als recht waz gegeben wart, wan der selbe Wernher zu sinen tagen nit komen waz, und geschach daz von dem vorgenanten graf Johansen, der des selben knaben rechter vogt ist, ...”.

(64) K. Hodapp, a. a. O.(注55), S. 113.

(65) UR5, Nr. 168.

(66) “... und bat ervaren an einer urtail mit sinem fůrsprechen ...”. モントフォルト伯家の歴史については，Karl Heinz Burmeister, Die Grafen von Montfort. Geschichte, Recht, Kultur, Konstanz 1996 も参照。

(67) “... nach urtail mit miner hant an mins herren stat des kaisers ... und verzeh sich des mit gelerten worten, als des hofs reht ist ...”.

(68) “... des alles ze urkůnd und ze stetigůn, wan si ez mit verdachtem můt veriahen und stet gelobten ze haben und mit rat irre friund, der vil da engagen waren, ...”.

(69) K. H. Burmeister, a. a. O.(注66), S. 207.

(70) UR5, Nr. 293.

(71) UR5, Nr. 403; Rudolph Freiherr von Stillfried und Traugott Märcker (Hg.), Monumenta Zollerana. Urkundenbuch zur Geschichte des Hauses Hohenzollern, Bd. 3: Urkunden der fränkischen Linie 1332-1363, Berlin 1857, Nr. 78.

(72) "... und verzeh sich, als mit urteil erteilt wart, in des gerichts hant fůr sich und die obgenannt frawen Podika und alle ir erben aller der recht, ... nimmermer kein ansprach noch reht haben noch gewinnen sullen ...".

(73) オルラミュンデ伯家のテューリンゲンにおける歴史については、さしあたり、Hans Patze u. Walter Schlesinger (Hg.), Geschichte Thüringens, Bd. 2, T. 1: Hohes und spätes Mittelalter, Köln-Wien 1974, S. 155-162.

(74) さしあたり、Markus Twellenkamp, Die Burggrafen von Nürnberg und das deutsche Königtum (1273-1417), (Nürnberger Werkstücke zur Stadt- und Landesgeschichte, Bd.54), Nürnberg 1994, S. 49-69.

(75) UR5, Nr. 428, "... und daz haben wir alles getan mit unsers herren des chaysers hofgerict ...".

(76) シュヴァーベンの中級貴族であったテック公（公のタイトルを用いるが諸侯身分には属さない）については、Irene Gründer, Studien zur Geschichte der Herrschaft Teck, (Schriften zur südwestdeutschen Landeskunde, Bd. 1), Stuttgart 1963.

(77) この階層については、Kurt Andermann u. Clemens Joos (Hg.), Grafen und Herren in Südwestdeutschland vom 12. bis ins 17. Jahrhundert, (Kraichtaler Kolloquium, Bd. 5), Epfendorf 2006 も参照。

(78) Peter Moraw, Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung. Das Reich im späten Mittelalter 1250 bis 1490, (Propyläen Geschichte Deutschlands, Bd. 3), Berlin 1985, S. 211-228; Ders., Rudolf von Habsburg: Der 'kleine' König im europäischen Vergleich, in: Egon Boshof und Franz-Reiner Erkens (Hg.), Rudolf von Habsburg 1273-1291. Eine Königsherrschaft zwischen Tradition und Wandel, Köln u. a., 1993, S. 185-208.

(79) ただしハインリヒ七世の治世から「純然たる」非訟事件の事例が知られないのは、彼の孫カール四世の時代にそれがいったん消滅することを考えると、偶然でないかもしれない。もっとも、ハインリヒ七世の治世の短さ（一三〇九－一三一三年）、とくに彼のドイツにおける活動期間の短さ（一三一〇年末には皇帝戴冠のためにイタリアへ向かう）は考慮に入れる必要があろう。

(80) UR5, Nr. 194.

(81) UR5, Nr. 5, 346, 507, 529.

(82) UR9, Nr. 169, 179, 238.

（83）「小さな国王」たちに対するカール四世の「覇権的王権 Hegemoniales Königtum」については、さしあたり、P. Moraw, Von offener Verfassung（注78）, S. 240-259.

論　説

一部無効の本質と射程（二）

――一部無効論における当事者の意思の意義を通じて――

酒巻修也

目　次

序章　問題の所在
第一節　一部無効による契約の修正とその問題点
第二節　本稿の目的・分析の視角

（以上、六六巻四号）

第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立
　第一節　一部無効論の萌芽
　　第一款　民法典制定時における一部無効概念の不在
　　第二款　民法典制定時における民法典九〇〇条の意義
　　第三款　判例による民法典九〇〇条の厳格な適用の回避
　　第四款　本節のまとめ
　第二節　伝統的な一部無効論の構造
　第三節　一部無効の本質の探究　―目的論的基準―
　第四節　本章のまとめ
第二章　フランス法における一部無効の本質と当事者の意思の意義
結章　日本法への示唆

（以上、本号）

第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立

〈本章の課題、叙述の順序〉

本章では、フランスにおける一部無効論の理論的な対立を概観することで、一部無効の本質とは何かを明確にしていくことを課題とする。つまり、伝統的な一部無効論とそれに対する批判を展開した有力な学説はともに、無効の本質という点から、一部無効を正当化し一部無効論を展開する。しかし、伝統的な一部無効論は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を原則的な基準であるとする。これに対して、有力な学説は、無効の範囲を画定するにあたり当事者

の意思を考慮されないものであるとする。この対立を詳細に分析することにより、一部無効の本質とは何か、一部無効の本質という点に鑑みれば、一部無効論において当事者の意思の考慮はどのような位置づけを与えられるべきかという問題に答えることを試みたい。

ところで、フランスにおいては、無効の範囲がいかにして画定されるかを定める一般規定が存在しない。それでは、フランス法上、どのようにして一部無効論が形成されるに至ったのであろうか。一部無効論の萌芽は、贈与や遺贈（以下、贈与と遺贈の双方を指すときは、「恵与（libéralité）[1]」とする。）に付された不法条件等を書かれざるものとみなす旨を規定した民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の登場だといわれている。この判例法理にまで遡りその意義を明らかにすることは、本稿にとって無用なことではない。なぜなら、伝統的な一部無効論は、この判例法理をひとつの素材として、無効の範囲の画定にあたり当事者の意思が原則的な基準であるとし、また、それが幅広い事例においても通用しうるとするのであるが、上記判例法理における当事者の意思の内実や役割と伝統的な一部無効論におけるそれらとが異なるように思われるからである。そこで第一に、一部無効論の萌芽とされる判例法理を検討する[2]（第一節）。

その後、伝統的な一部無効論は、恵与以外のさまざまな事案で無効の範囲が問題となること、および、そこでは原則として当事者の意思が基準となり無効の範囲が画定されることを主張する。その際、動因的かつ決定的な条件概念（condition implusive et déterminante）や不可分性概念（indivisibilité）など、それらの事案で判例が用いる諸概念は一様ではないものの、それらの諸概念の意味するところの共通性を指摘し、当事者の意思を考慮して無効の範囲が画定されると主張したのであった。では、伝統的な一部無効論は、どのような事案について、いかなる概念を通じて、当事者の意思が考慮されていることを主張し、そして当事者の意思の考慮をどのように位置づけていたのであろうか。第二章で事案類型ごとに当事者の意思が考慮されることの意義や一部無効の本質との関係を探っていくためにも、やや詳細に

この作業を行うことにしたい（第二節）。

最後に、伝統的な一部無効論に対する理論的な批判として登場した学説を検討する。この検討を通じて、一部無効の本質とは何であり、それによれば伝統的な一部無効論にどのような問題があるかを明らかにしていこう（第三節）。

第一節　一部無効論の萌芽

フランスにおいて一部無効論の萌芽とされるものは、不法条件等が付されていた場合の恵与の帰趨について規定した民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の登場である。

まず、民法典九〇〇条の規定を確認しておこう。同条は、恵与に不能、不法または良俗に反する条件が付されていた場合について、次のように規定する。

> 九〇〇条「生存者間の、または遺言によるすべての処分において、不能条件または法律もしくは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

民法典九〇〇条によれば、不能条件、不法条件または良俗に反する条件が恵与に付されていた場合、当該条件のみが書かれざるものとみなされる。

ところで、序章でも指摘したとおり、フランスでは、契約の一部が無効となるということは、かねてより認識されていたわけではない。一部無効概念を注目させるに至らしめたのは、シムレールによる『法律行為に関する一部無効』[3]と

題されるテーズであり、同テーズが出版されたのは一九六九年のことであった。そうすると、ある条項のみを無効とする（書かれざるものとみなす）[4]旨を規定した民法典九〇〇条が民法典制定時から存在していたにもかかわらず、なぜ二〇世紀中葉まで一部無効論がほとんど議論されてこなかったのかという疑問が生じよう。今日の学説によれば、その理由として、第一に、九〇〇条の民法典制定時における意義が非常に特殊なものであったことが、第二に、一九世紀に支配的であった古典的無効論によれば全部無効が要請されると考えられることが挙げられている[5]。

もっとも、次第に判例は、民法典九〇〇条の厳格な適用をしなくなっていく。その際、判例が恵与の全部無効を言い渡すために用いたのが、「動因的かつ決定的なコーズ（cause implusive et déterminante）」という概念であった。そして学説は、判決の判示内容や同概念の意義の探究を通じて、無効の範囲が、当事者の意思により画定されていることを指摘するに至った。これが、一部無効論の萌芽の概要である。

そこで本節では、以上の一部無効論の萌芽とされた判例法理を、次のように検討していく。まず、フランスにおいて一部無効という概念が長くにわたり提唱されてこなかった理由を検討する。すなわち、一九世紀に支配的であった古典的無効論のもとで無効の範囲という考えがなぜ生じなかったかを（第一款）、また、民法典制定時において民法典九〇〇条の意義がどのようなものであったかを検討することで（第二款）、上記理由を明らかにしていこう。次いで、九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の内容、およびそこで用いられた概念の意義に関する学説の議論をみていくこととしたい（第三款）。

第一款　民法典制定時における一部無効概念の不在

フランスにおける無効論は、二〇世紀初頭に理論的な変容を迎えた[6]。今日の学説によると、この理論的変容のもとに形成された無効論は新理論（théorie moderne）と称され（以下、これを「新無効論」という。）、理論的変容を被る前の一九世紀の註釈学派[7]により形成された無効論は古典理論（théorie classique）と称される（以下、これを「古典的無効論」という。）。そして、一部無効は、新無効論によってその正当性が担保されていた。これに対して、古典的無効論によれば、無効の範囲という問題が生じえなかったとされている。そこで、本款では、無効論に生じた理論的な変容を概観し、古典的無効論において、なぜ無効の範囲という問題が生じえないとされていたかをみていくこととしよう。

一　古典的無効論の形成

（一）民法典と「無効または取消し訴権」

一九世紀の註釈学派が無効をどのように捉えていたかを概観する前に、無効に関する規定を確認する[8]。

民法典一二三四条は、債務の消滅（extinction des obligations）原因を列挙し、その諸原因のひとつとして「無効または取消し（la nullité ou la rescision）」を挙げる。もっとも、無効や取消しとは何かが、民法典上、明確に定められているわけではない。無効の理論化を試みた古典的無効論の形成にとって重要な役割を果たす条文は、無効または取消し訴権の消滅時効を通常よりも短期の一〇年とする旨を規定した一三〇四条（原始規定[9]）、無効または取消し訴権が認められる債務の追認を認める一三三八条、そして、条文の順番が前後するが、無効または取消し訴権とは異なる「当然に無効（nulle de plein droit）」という文言を用いる一一一七条である。

一一一七条「錯誤、強迫または詐欺により締結された合意は、当然に無効（nulle de plein droit）なのではなく、

それは、唯一、その場合に、無効訴権または取消し訴権の原因となる（以下略）。」

旧一三〇四条第一項［原始規定］「特別の法律が合意の無効または取消し訴権を、これより短い期間に限定していないすべての場合において、無効または取消し訴権は、一〇年間存続する。」

一三三八条第一項「法律によって無効または取消し訴権が認められた債務の追認または確認証書は、その債務の内容、取消し訴権の理由の記載およびその訴権の原因の瑕疵を治癒する意図がそこに見出されるときでなければ、有効でない。」

一方で、民法典旧一三〇四条および一三三八条の文言に着目をするならば、民法典は、債務の消滅原因である無効または取消しとなる場合を区別することなく、それに関する規律に服せしめている、とも解されよう。他方で、一一一七条は、無効または取消し訴権とは異なる、「当然に無効（nulle de plein droit）」という表現を用いている。このような用語法の曖昧さゆえ、あるいは効力が否定される場合のすべてが無効または取消し訴権を要するのか、あるいは無効または取消し訴権を必要とせずに効力が否定される場合がありうるのか、民法典の解釈には困難を伴った。そのため、一九世紀の註釈学派の諸学説のなかでは無効に関する理解は一致しておらず、民法典制定後すぐに無効に関する理論が形成されたわけではなかった[10]。古典的無効論と称される理論が形成されたのは、一九世紀末であったといわれる[11]。この無効の理論化にあたり大きな影響を及ぼすことになったのは、訴えを要しない無効類型として把握される「不存在（inexistence）」と呼ばれる概念であり、古典的無効論における無効の本質を析出するにあたっても、同概念が重要な意義を有する[12]。そこで以下では、不存在概念に関する検討を通じて、無効の本質の変容を概観する。

（二）不存在概念の無効論への影響

(1)　不存在概念の起源

不存在概念は、婚姻の無効に関する問題に答えるために主張されはじめたものだといわれている[13]。すなわち、婚姻については、民法典一八〇条以下が、婚姻の無効事由を規定する。しかし、同性による婚姻[14]、同意が完全に欠如した婚姻、および民事身分吏（officier de l'état civil）による挙式（célébration）が欠如した婚姻につき、無効とされることが規定されていない。他方で、婚姻の分野において、「法文がなければ無効はない（Pas de nullité sans texte）」という法諺があり、これに従えば、裁判所が婚姻を無効としうるのは、条文によりそれが明記されている場合だけである[15]。そうすると、先の婚姻の諸類型は、無効にならないのであろうか。この問題を解決するために依拠されたのが、ドイツの法学者であるツァハリエ（K.S.Zachariä）が著したフランス法の体系書の記述であった[16]。

ツァハリエは、婚姻の諸要件を、婚姻の存在に基本的な要件と、単に婚姻が有効であるために必要な要件とに区別した。そしてツァハリエは、法哲学および実定法によれば、次の三つが婚姻の存在に基本的な要件であるとする。第一は、民事身分（état civil）を享受する異性の当事者が能力（capacité）を有することである。第二は、両当事者の相互の同意である。第三は、方式に適った挙式（célébration solennelle）である。ツァハリエによれば、これらの三つの要件のいずれかを欠く場合には、婚姻は存在しない（non avenu）。これに対し、有効要件を欠くにすぎない場合には、婚姻は、判決により無効が言い渡されることにより消滅するとした[17]。

このような理解をもとに[18]、たとえば、ドゥモロンブ（C.Demolombe）は、次のように述べ、同性の当事者による婚姻を不存在だとする。

「私は、〔婚姻に〕必要な要件の主要な種類として将来の夫婦間の性別が異なることを規定する必要がある、と述べようか。ナポレオン法典それ自身は、それ〔配偶者間の性が異なることを規定すること〕は、素直なやり方であると考えていたと思われる。というのも、民法典一四四条〔引用者注：男性と女性とで異なる婚姻可能年齢を定めた原始規定[19]〕は、それを要求していないとはいえ、本質的に、この条件を前提としている……。

それゆえ、同性の二人の人間の婚姻は、根本的に不可能である。……この婚姻と称されるもの（prétendu mariage）は、単に、無効とされうるもの（annulable）ではないであろう。これは、無（néant）としての無効（nul）であろう[20]。」

このように婚姻の無効に関して、条文に規定されていない婚姻の無効原因の存在を見出すために、ある種の婚姻は存在していないと主張された。

その後、不存在概念は、契約の分野でもその意義が見出されることとなる[21]。もっとも、契約の分野で不存在概念が語られるとき、「法文がなければ無効はない」という法諺により生ずる問題を解決するためではない。契約の分野においては、あらゆる効力否定原因に無効または取消し訴権に関する諸規定が適用されるかという問題に答えるために、不存在概念が重要な役割を果たす。そして古典的無効論における無効の本質という視角から重要であるのは、不存在（inexistence）と無効（nullité）との区別の基準をいかなる点に求めていたかである。そこで、この点に着目をしながら、新無効論により批判の矛先が向けられた古典的無効論を形成したといわれるドゥモロンブとロラン（F.Laurent）の見解をみてみよう。なお、論者によって、本稿が用いる不存在と無効という区別に対応する語が異なる点に注意されたい。

(2)　ドゥモロンブによる無効（nullité）と無効化可能性（annulabilité）

古典的無効論の代表的な論者であるドゥモロンブは、婚姻の無効を論じる際に採用した無効な行為、および無効とされうる行為という区別を、「債務の消滅」の章に置かれた民法典旧一三〇四条の解説の際にも言及する。

「論理的に検討される〔ならば、〕合意は、無効（nulle）または無効とされうるもの（annulable）でありうる。／それ〔合意〕は、当該合意が成立および存在に係る基本的な要件のひとつを絶対的に欠くとき、無効である。／それ〔合意〕は、あらゆる要件が具備されているが、そのうちのひとつが適法ではない、または不完全であるとき、無効とされうるものである……。

われわれが無効と呼ぶ合意は、実際には、真の合意（une convention）ではない。／……それは、法的には存在しない。それは、事実でしかない。[22]」［筆者注：「／」は改行を示す。］

ドゥモロンブは、このように契約を、無効な契約（les contrats nuls）と、無効とされうる契約（les contrats annulables）とに区別した。これを正当化するにあたり、ドゥモロンブは、民法典の起草過程での議論からも同様の理解が見出されることに言及する。そこで参照されるのは、民法典旧一三〇四条、および一三三八条に関する護民院（Tribunat）でなされたジョベール（F.Jaubert）の報告であった。[23]

第一に、民法典旧一三〇四条に関する説明をみよう。ジョベールは、無効または取消し訴権を説明するにあたり、まず、合意の基本的な要件について言及した。すなわち、「合意が拘束力を有するためには、それが合意の外観を有する、つまり当該分野において定められる方式を備えているだけでは十分ではない。要は、そこ〔合意〕に、合意の実在

性（realité）に必要なあらゆる事柄が見出されなければならない」とし、合意の基本的な要件として、義務を負う当事者の同意(consentement de la partie qui s'oblige)、契約を締結する能力、確実な目的(objet certain)、適法なコーズ(cause licite)の四つを挙げた。そして、これらの要件を欠く場合につき、次のように説明する。

「不法なコーズは、……合意を瑕疵あるものにし、時の経過はそれを有効なものとしない。契約はなかったのである。合意が目的を欠く場合、ここでも、何時も、それが債務を生ぜしめることは不可能である。それは、もはや契約ではない。」(24)

このように、適法なコーズ、および確実な目的に関する説明から始め、これらの要件を欠く場合、契約がないことを理由に、時の経過により有効にはならないとする。これに対して、同意、および契約を締結する能力については異なる説明をし、無効または取消し訴権はこの二つの要件を欠く場合にのみ適用されるものだという。

「制限行為能力者（les incapables）は、彼らの意に反して、彼らの約務（engagement）を履行することを強制されえない。／彼らは、それを無効化する権限を有する。／しかし、それは、その行使が法律により制限される権限でしかない。／彼らがその行使を放棄する場合、または法律により要求された方式や期間になさない場合には、約務は、履行されなければならない。

最後に、同意が錯誤によってしか与えられなかった場合、または強迫により無理やりさせられた、あるいは詐欺によりだまされてさせられた場合、有効な同意はなかった。／しかし、……〔それを〕主張する者は、それを証明

しなければならない。それゆえ、彼が用いることができるのは、抗弁（exception）である。そして、彼が法律の文言に適したかたちで（aux termes des lois）それを用いない場合、約務は、すべての効力を有して存続する。

それゆえ、無効または取消し訴権は、合意が訴権を生ぜしめ、それが抗弁により排斥されうる場合にのみ適用される。すなわち、第一に、制限行為能力の場合、第二に、同意の欠如（défaut de consentement）の場合である。[25]」

このようにジョベールは、契約が存在しているといいうるかにより、民法典旧一三〇四条の適用の有無を区別した。すなわち、目的またはコーズがなかった場合、および不法なコーズであった場合には契約が存在せず、約務から解放されるためには、裁判所で訴える必要がないという。これらの場合、当該行為は、「契約と誤って性質決定され、どんな訴権も生ぜしめない[26]」。これに対し、制限行為能力者の場合、および同意の欠如の場合につき、債務それ自体は正当に存在する。これらの場合、「約務に同意をした者は約務から解放されうると述べるにとどめなければならない[27]」という。

第二に、民法典一三三八条に関する説明をみよう。一方で、無効または取消し訴権が認められる債務につき、一三三八条は、追認証書（acte de confirmation）により瑕疵が治癒されうることを認める。他方で、一三三九条は、贈与が法律上要求された方式を備えていない場合、いかなる追認証書によってもその瑕疵が治癒されない旨を規定する[28]。

その理由につき、ジョベールは、次のように説明した。まず、どのような行為が追認されうるか等を論ずるにあたり、無効に関する分析が必要であったという。すなわち、無効には、どんな訴権も生ぜしめないものと、単に抗弁を与えるにすぎないものとがある。そして、現実には存在するが、何らかの瑕疵により効力を欠く行為だけが、追認されうる。これに対し、法律が決してその存在を認めなかった合意は、追認されえない。一三三九条は、贈与に関する証書の重要性、つまり無償でなされる所有権（propriété）の移転の特徴から、方式上無効な贈与につき、追認証書による瑕疵の

治癒を認めなかったとした。[29]

ドゥモロンブに再び目を戻すと、これらのジョベールの言説を参照し、次のように結論づけた。民法典旧一三〇四条の文言によれば、無効または取消し訴権は合意のみを対象にしているため、同条は、無効となりうる合意についてのみ適用される。これに対して、無効な合意には適用されない。[30]そして、無効と無効化可能性は、それを主張しうる者の範囲、追認の可否、時の経過による治癒の可否という三つの点で異なる。すなわち、無効は、あらゆる利害関係人により対抗されうる（peut en être opposée）。そして、無効は、追認や確認がなされうるものではなく、また、時の経過によっても治癒されえない。これに対して、無効化可能性は、特定の者によってしか主張されえない。そして、無効化可能性は、追認または確認されうるものであり、一定の期間の経過により治癒されうる。[31]

さて、ドゥモロンブは、このように無効な合意と無効となりうる合意とに区別をし、それにより異なる結論に至ることを説明するのであるが、ここで、その区別の基準は何かという問題に焦点を合わせることとしたい。先に述べたとおり、ドゥモロンブは、合意は「当該合意が成立および存在に係る基本的な要件のひとつを欠くとき、無効である」[32]としていた。この指摘から、ドゥモロンブが、無効と無効化可能性との区別の基準を、合意の成立に係る基本的な要件が欠如しているか否かに求めていたことがわかる。もっとも、具体的にいかなる場合が合意の成立に係る基本的な要件の欠如に該当するかについては、明確な基準が提示されているとはいいがたい。たとえば、ドゥモロンブは、民法典一一〇八条に定められた合意の基本的な有効要件のうち[33]、同意が完全に欠如していた場合[34]、および目的が欠如していた場合については、合意があるとはいえず、存在要件の欠如の場合と位置づける。なぜなら、当事者の同意と目的の必要性は自然法（droit naturel）に由来し、あらゆる場所、あらゆる時代に見出されるものだからである。これに対して、当事者の能力やコーズは実定法（droit positif）に由来するものであり、変動的であり、当事者の同意や目的とは性格を異にするという。[35]

それゆえ、当事者が能力を欠く場合には、時効にかかる[36]。ただし、適法なコーズを欠く場合については、一一三一条により適法なコーズを欠く債務が「いかなる効果も有しえない（ne peut avoir aucun effet）」と規定されていることから、当然に無効である、つまり、無効訴権を生ぜしめないとするのであった[37]。

このようにドゥモロンブは、合意に係る要件を、あらゆる場所、あらゆる時代に見出されるものであるか、変動的なものであるかにより区別した。しかし、ある行為が無効か無効化可能なものかは、この区別に完全に依拠していたわけではなかったのであり、ドゥモロンブが無効と無効化可能性とを区別する基準は、不明瞭であったといえよう。

(3)　ロランによる不存在論

合意に係る要件のうち、いかなる要件が存在要件であり、その基準は何か。この問題についてより詳細な説明を加える学説として、ロランを挙げることができる。

ロランもまた、効力を否定される行為には、不存在な行為と無効な行為があるとする。これらは、ドゥモロンブにより無効および無効化可能性と称された類型の内容にそれぞれ対応する。

すなわち、一方で、行為が、それがなければ法的に存在が認められない要件を満たしていない場合には、不存在であり、無（néant）であるという。そして、「無は、いかなる効果も生ぜしめない。無効が要求される必要なしに、行為は法律の名において当然に無効である（nul de plein droit en vertu de la loi）。それ〔その行為〕は、どんな訴権も引き起こさない」とし、不存在の場合につき、追認により瑕疵が治癒されることも、時効により有効になることもないとする。他方で、行為が無効である場合には、無効訴権の原因になるとする。無効な行為につき、訴えが提起されず裁判官が無効を言い渡していない場合には、当該行為は、法律が完全に有効な行為に認めるあらゆる効果を生ぜしめる。この

とき、追認により行為を有効なものとすることも、無効訴権が時効となり行為が有効になることもありうるとする。[38]

このようにロランも、存在要件と不存在とを結びつけ、不存在と無効とを対置した。では、具体的に何が存在要件であり、それはなぜか。ロランが合意の存在要件として挙げる、同意、目的、コーズ、要式契約における方式（solennité dans les contrats solennels）の四つの要件に関する説明をみていこう。[39]

第一に、同意についてである。合意は、債権者と債務者の意思の合致であることから、契約をする意思を示す（stipuler）債権者も、義務の負担を約束する（promettre）債務者もいない場合、つまり同意がない場合には、合意は存在しないとする。[40]もっとも、ロランは、同意の不存在と、同意の瑕疵または制限行為能力とを混同してはならないとする。

同意に瑕疵があった場合、つまり錯誤、強迫または詐欺があった場合には、民法典一一一七条が、合意を当然に無効にするのではなく、単に無効訴権の原因になるにすぎないと規定する。ロランは、その理由を、これが単に個人的利益（intérêt privé）の問題だからであり、立法者は、錯誤等により締結された合意を当然無効（＝不存在）と決めてかかることはできず、また、そうしてはならないと説明する。これに対して、同意の不存在の場合には、合意に対してどんな効果も与えられず、立法者は、無に対してサンクションを課すことができないという。[41]

続いて、行為能力を合意の存在に必要な要件としない理由について、ロランによれば、幼児のように当然に契約を締結する能力がない場合には同意があったとはいえないが、その他の、未成年者のような制限行為能力者の場合には、法律が、取引経験（expérience des affaires）等を理由に行為能力を制限しているにすぎず、契約を締結する能力自体はある。それゆえ、不存在とする理由はないという。[42]

第二に、目的についてである。ロランは、契約が物（les choses）を手に入れる唯一の手段であることから、合意が目的を欠く場合、契約は存在しないという。[43]

第三に、コーズについてである。ロランは、コーズを、双務契約では、契約を締結するための法的な動機（motif juridique）であると定義する。そして、この動機がなければ、債務は存在理由を失うため、不存在だとする。また、コーズが存在しない場合だけでなく、それが不法であった場合にも、契約は不存在だとする。ロランによれば、不法なコーズに関する民法典一一三三条は自然法（droit naturel）の表れであり、不法なコーズに基づく債務は、どんな効果も生ぜしめることができない[44]。不法なコーズとされる場合を具体的にみていくならば、コーズが法律に反するとき、立法者はその行為に効果を認めることができず、行為は当然無効（＝不存在）でなければならない。コーズが良俗に反するとき、神がわれわれの胸に刻んだ法律（lois que Dieu a gravée dans nos coeur）により契約締結の自由が制限されているのであり、不道徳な合意は当然無効でなければならない。コーズが公序に反するとき、合意により一般利益（intérêt général）が害されているのであり、この利益を保護するには、この契約を無効とされうるとするだけでは十分ではなく、法的に存在しなかったとする必要がある[45]。このような説明により、ロランは、コーズがなかった場合、および不法なコーズであった場合には、合意は存在しないとした。

最後に、要式契約における方式についてである。ロランによれば、要式契約において、適法な方式により同意が示されていなかった場合には、同意は存在しなかったものとみなされなければならない。この意味で、要式契約では、方式は同意と一つになるという[46]。それゆえ、要式契約において適法な方式により同意がなされなかった場合には、契約は存在しないこととなる。

このように四つの要件がなぜ存在要件とされるかが説明された。その説明によれば、存在要件には、一方で、合意の本質という観点から導かれているものもあれば、他方で、違反された法または法律の目的や利益という要素から導かれるものもあることがわかる。

このことは、ロランと同様の区別をするボドリ＝ラカンティヌリ＆バルド（G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde）の見解をみると、いっそう明白になろう。すなわち、不存在な行為とは、事実上は形づくられてはいるが、法的に存在しない行為であるとし、その例として、次の二つの場合があるとする。第一は、契約の成立に基本的な要素を欠いている場合であり、同意の完全な欠如、目的の欠如、コーズの不存在あるいは誤ったコーズ、または要式契約における方式違背が列挙される。第二は、契約が公序を根拠とする法律の規定（prescription）[47]または禁止に違反している場合である[48]。それゆえ、不存在と無効とに区別をする見解がいう存在要件とは、それが満たされていなければ法的に存在が認められない要件であり、以上でみた二つの特徴を有する要件が包含されていたといえよう。

(4) 一九世紀の学説の混迷と二分法の通説化

先にみたように、古典的無効論の代表的な論者であるドゥモロンブとロランは、用いる用語に差異がみられるものの、不存在概念を契約の領域にも妥当するものとして説明するにあたり、合意の存在要件を欠く場合が不存在であり、有効要件を欠く場合が無効である、という二分法を採用した。

もっとも、一九世紀の学説をみるならば、この二分法とは異なり、不存在とされる行為をより制限的に解する学説も存在していた。オブリ＆ロー（C.Aubry et C.Rau）が、その学説として知られる。

オブリ＆ローは、ドゥモロンブやロランと同様に、無効と不存在とは混同されてはならないとし、それぞれ次のように説明する。無効は、行為が法律の定め（commandement）または禁止（défense）に違反する場合に被る効力の否定である。これに対して、不存在は、行為の存在を認めることが論理的に不可能な事実に関する諸要素が欠如した行為、ならびに実定法の文言または精神によってその存在に不可欠な要件および方式を備えていない行為のことを指す。不存

在である行為は、「もはや単に無効ではなく、存在しない（non avenu）ものと考えられなければならない」という。[49]

不存在の例として、当事者間で同意の合致がない合意や、目的物または代金を欠く売買が挙げられる。

オブリ&ローのこの分類によると、不存在とされるのは存在要件を満たしていない場合であるということができるが、その中身は、ロランのそれとは異なる。つまり、ロランは、合意の本質上、存在が認められない場合のほか、法律上、存在を認めるべきではないと考えられる場合にも、行為は不存在であるとしていた。これに対して、オブリ&ローは、「法律の定めまたは禁止に反する場合」を無効とし、とりわけ公序に反する場合など、立法者が特定の者に無効の主張を制限していない場合を、絶対無効（nullité absolue）であるとする。そして、「無効」と称される場合と不存在の場合とでは、効力を否定するにあたり、裁判官による無効の言い渡しの必要性という点で差異が生ずるという。[50]

「あらゆる無効は、一般に、判決により言い渡されなければならない。この点で、法律がある行為に対して無効訴権を開くだけにとどめる場合と、あるいは純粋かつ単純に、あるいは法律上（de droit）、または法律上当然（de plein droit）にという用語を伴い法律が無効と表明する場合とを、区別する理由はない。それゆえ、無効に付された諸行為（les actes entachés de nullité）は、無効化（l'annulation）が裁判官により言い渡されない限りは、有効なままである。[51]」

あらゆる利害関係人が主張しうる絶対無効であれ、特定の者にしか主張が認められない相対無効（nullité relative）であれ、「無効」と称される場合には、裁判官による無効の言い渡しが必要である。これに対し、不存在の場合には、裁判官による言い渡しを必要としない。その結果、無効だけが、無効または取消し訴権に関する民法典旧一三〇四条（短

期消滅時効）、および一三三八条（追認）が適用される。[52]

もっとも、そうすると、絶対無効と相対無効とが区別されることなく短期の消滅時効にかかり、また、追認が可能であるとされることになる。オブリ&ロー自身、絶対無効か相対無効かという特徴は、短期消滅時効や追認に関する規定の適否にあたり重要ではないと指摘する。[53] しかし、このように述べた後、「このルールは例外を受け入れる」として、三つの例外を挙げる。第一は、公序に反することを理由に無効とされる場合であり、このとき、当事者の意思は債務に付された瑕疵を消すことに無力である。第二は、第三者の利益のために定められた手続き（formalités établies dans l'intérêt des tiers）が遵守されていないことを理由とする無効である。第三は、生存者間における贈与が適法な方式を備えていなかったことを理由とする無効である。[54] このように、一定の無効については、機械的に民法典旧一三〇四条および一三三八条が適用されるとは考えていなかった。

さて、これらの例外が絶対無効に対応すると考えることが可能であれば、[55] オブリ&ローは、効力が否定される原因により、不存在、絶対無効、および相対無効とに分類し、それらに異なる制度を割り当てていた、と解することができよう。不存在と絶対無効は、民法典旧一三〇四条および一三三八条の適用の可否の点では差異がなくなるものの、裁判官による無効の言い渡しの必要性という点で決定的に異なるものであった。[56]

しかしながら、不存在と絶対無効とを区別する基準に目を向けると、一貫しない点がみられるように思われる。すなわち、無効は「法律の定めまたは禁止に違反した場合」に課されるものであったとされていたが、そうであれば、コーズが不法であった場合、絶対無効となるはずである。[57] しかしながら、オブリ&ローは、不存在の例として、コーズが不法である場合を挙げる。[58] その理由が具体的に示されているわけではないが、おそらく、不法なコーズに基づく債務は「いかなる効果も有することができない」と規定する民法典一一三一条の文言にあるように思われる。[59] しかし、学説のなか

には、コーズが不法である場合につき、当該行為は法的に成立しており、不存在ではなく、無効であると指摘するものがある(60)。それゆえオブリ&ローの見解は、法律の定めまたは禁止に違反した場合を無効であるとしながらも、一定の場合には不存在となることを認めていたため、その区別の基準は不明瞭なものであったといえよう(61)。

実際、このような不存在とは区別された絶対無効類型を見出す学説に対しては、否定的な態度をとる学説が多かった。たとえば、ボドリ＝ラカンティヌリ&バルドによれば、事実的要素の欠如であれ、法的要素の欠如であれ、一方で不存在とされる行為は事物の力により、他方で絶対無効であるとされる行為は法律の意志（la volonté de la loi）により、効力を否定することの重要性が同様に認められるという。すなわち、たしかに、効力が否定される原因に関していえば、オブリ&ローにおけるような厳格な意味での不存在の場合には、契約の成立に必要な要素の欠如により効力が否定されるのに対して、絶対無効の場合には、法律の意志により効力が否定される。しかしながら、法的な状態としてみるならば、状況は全く異ならない。両者において、契約は存在しないのである(62)。このようにして、絶対無効は不存在の類型に包含され、二分法を採用する学説が当時の通説となっていった(63)。

（三）無効論の本質とその変容

これまで、一九世紀の註釈学派の代表的な学説を取り上げることで、当時の無効論を素描することを試みた。最後に、新無効論により、古典的無効論の本質がどのように理解され、批判されるに至ったのか、その本質がどのように変容したのかを考察することとしたい。

(1)　古典的無効論の定式と無効の本質

古典的無効論は、行為に存する瑕疵が合意の存在要件に係るものか否かにより、不存在とされる行為と無効とされうる行為とに分類した。このような無効論は、無効を有機体のように（organique）捉えていると評価される[64]。実際、ドゥモロンブは、無効論を人間の誕生に例え、次のように説明していた。絶対無効ないし不存在は、死産であって、誰からでも援用されうるが、追認により生き返らせることができない。これに対して、無効とされうる行為は、病気であり、追認により治癒されることもあれば、無効訴権により無効となり死亡することもある[65]。

そこで一九世紀の学説は、不存在である契約と無効とされうる契約との区別から、ある与えられた状況がいずれの類型に属するかにより、追認の可否や訴権の要否などを解決しうるものだとしていた。古典的無効論は、一般に、次のように定式される[66]。

一方で、契約に存する瑕疵が重大なものではないとき、その契約は無効とされうるものである。このとき、当該契約は追認されうるものであり、契約を消滅させるためには、裁判所における訴えが必要である。当該契約は、民法典旧一三〇四条に規定された時効にかかる。そして、唯一、法が保護しようとした者のみが当該訴権を行使しうる。

これに対して、契約に存する瑕疵が重大なものであるとき、その契約は不存在である。契約が不存在である場合には、法的に考慮される必要のない単なる事実ないし外観しかない。これは、どんな効果も生ぜしめない。行為の不存在は、あらゆる利害関係人（tout intéressé）により、期間の制限なく主張されうる。また、追認も考えられない。なぜなら、人は存在しないものを追認しえないからである。そして、不存在は、自明の理により認められるため、裁判官に訴えることも必要でない。

このように古典的無効論では、行為に存する瑕疵が法的な存在を妨げるほどの重大なものであったか否かにより、つまり、行為の状態により、不存在な行為か無効にされうる行為かが区別されていた[67]。

以上の定式によれば、古典的無効論は、明確な帰結をもたらしうる理論であるようにも思われる。しかし、仔細にその内容をみるならば、第一に、何を存在要件とするかという点で学説が完全に一致をしておらず、第二に、それによりあらゆる問題に解答しうるものではなかった。いくつか例を挙げるならば、次のとおりである。

第一の、何が存在要件であるかという点についてである。たとえば、当事者の一方が心神喪失（démence）状態または酩酊（ivresse）状態の場合に、彼らがなした行為の帰趨について規定する条文は存在しない。そこで、同意は完全に存在していないのか、または同意の瑕疵に相当するか、つまり無効とされうるものであるかにつき、学説は対立していた。一方で、ドゥモロンブは、心神喪失者または酩酊者には契約を締結する能力が物理的に存在しない（incapacité physique de consentir）として、心神喪失者または酩酊者によりなされた行為は存在しないとする[68]。他方で、オブリ＆ローは、同意の瑕疵でしかないとし、相対無効であるとする[69]。

また、同意に錯誤があった場合についても、解釈が分かれていた。民法典一一一〇条は、「錯誤は、それが合意の目的（objet）である物の本質（substnace）そのものに関するときに限り、合意の無効原因となる」と規定する。また、一一一七条は、詐欺または強迫の場合と同様に、錯誤は、合意を当然に無効とするのではなく、無効訴権の原因になると規定する。それゆえツァハリエは、錯誤につき、本来であれば、事実上、あらゆる同意を認めないものであるとしながらも、法律上、無効訴権が開かれると規定されているのであり、錯誤による同意に法的存在が認められるのは明らかであるとする[70]。これに対し、ボドリ＝ラカンティヌリ（G.Baudry-Lacantinerie）は、一定の錯誤の場合には契約は不存在であるとし、その場合として、合意の性質（nature de la convntion）に関する錯誤の場合[71]、合意の目的（objet）に関する錯誤の場合、および債務のコーズの存在に関する錯誤の場合があるとする[72][73]。

続いて、第二の、不存在と無効との区別があらゆる問題を解決しうるものではないという点についてである。たとえ

ば、古典的無効論によると、贈与者の死亡後、その相続人が無効な贈与を追認しうると規定する民法典一三四〇条をいかに説明するかが問題となった[74]。すなわち、一三三九条が適法な方式によりなされなかった贈与につき追認しえないとするにもかかわらず、一三四〇条は、その相続人が贈与者の死亡後には当該贈与を追認しうる旨を規定する。それゆえ、方式違背の贈与が不存在であるためにそれを追認しえないとして一三三九条を説明する場合、一三四〇条によれば相続人がなぜ当該贈与を追認しうるのかを説明することが難しい。なぜなら、不存在である行為は、無であり、追認されえないはずだからである[75]。

このように、古典的無効論によれば、具体的な問題に対する解決が必ずしも一致せず、また、民法典と整合的な理論であるともいいがたいものであった。それゆえ、二〇世紀に入ると、古典的無効論は批判にさらされ、新たな無効論が形成されていくこととなる。

(2) 新無効論による無効の本質の変容

古典的無効論に対する批判的な流れは、一九〇二年に出されたドルグル（F.Drougoul）の『無効に関する一般理論の試み（*Essai d'une théorie générale des nullités*）』[76]と題されるテーズに始まるとされている[77]。もっとも、古典的無効論から新無効論への変容において重要な役割を担った学者は、その直後に現れた、ジャピオ（R.Japiot）およびE．ゴドゥメ（E.Gaudemet）であった[78][79]。その変容の決定的な内容のひとつが、無効の本質を、行為状態ではなく、契約締結時になされた規定の違反に対するサンクションであるとしたことにある。そしてこのことが、一部無効を理論的に是認するにあたっても重要な要因となった。そこで、簡単に、新無効論が無効の本質をどのように変容させたかを概観しよう。

ジャピオは、古典的無効論について、それが歴史的な基礎に基づいていないこと[80]、およびそれが統一性を欠いており、

有機体的な無効の捉え方をレトリックの類が有する価値以上の価値を有さないことを理由に批判した[81]。既に指摘したように、一九世紀の諸学説は、一貫した無効論を有していなかった[82]。つまり、いかなる場合が不存在であり、または無効であるかにつき一貫性を欠いており、また、不存在と無効との区別はあらゆる問題を説明しうるものではなかった。

そこで、ジャピオは、無効の本質を行為状態であると捉えることをやめ、無効をサンクションであると捉え、行為がもたらす帰結を除去するための攻撃権（droit de critique）であると定義する。

「無効とはサンクションである。サンクションは、その遵守を確保するために当該サンクションが設けられた規範の目的に適うものでなければならない。また、それが実際に発動される状況に見合うものでなければならない。われわれの論文の全ての要素は、この根本的な思想に立脚している[83]。」

「われわれは、無効を、それ自体として考慮された行為の状態であるとする古典的思考を、別の思考に置き換えることを提案する。すなわち、行為の効果（les effets）に対して向けられる攻撃権という観念である[84]。」

このようにジャピオは、古典的無効論とは異なり、無効の本質をサンクションであると捉えた。ジャピオの無効論そのものについては、彼が無効を攻撃権と捉えたことや[85]、無効または取消し訴権を無意味なものとしたことなどにつき批判がなされ[86]、今日の無効論が、ジャピオの無効論に完全に依拠しているわけではない[87]。しかし、無効の本質を、行為の状態としてではなく、サンクションであると捉える点は、今日の無効論の基礎をなしている。

(3)　古典的無効論における無効の本質と全部無効との接合

最後に、古典的無効論における無効の本質に再び目を戻し、本稿の検討課題である一部無効論に関連づけることとしたい。既に述べたとおり、一部無効論の先駆者であるシムレールをはじめ、今日の学説は、無効がサンクションであると捉えられることから、一部無効を正当化していた。では、古典的無効論においてはどうであったのだろうか。当時の学説からその解答を得ることは難しいが、現在の学説は、古典的無効論においてはその本質上、無効の範囲という思考が生じなかったと指摘する。その理由は、次のとおりである。

行為は、一般に、契約者の意思の不可分な創作物（creation indivisible）であると考えられていた。そのため、合意は、成立に係る要件を充足しているのであれば、あらゆる効果を生じさせ、充足していないのであれば、あらゆる効果を生じさせないとされた(88)。そして、古典的無効論においては、無効が行為の状態として捉えられていたため、行為のすべてが無効な状態であったということになり、一部のみを無効とすることができなかった。一部無効という概念が定着するには、無効論の変容を待たなければならなかった。無効論の変容により無効がサンクションであると捉えられるようになったために、違反された規定の目的に適するように、行為の一部の効果を無効とすることが可能になったのである(89)。

(4) 小括

以上のように、古典的無効論においては、無効の本質は行為の状態にあり、一般に、一部無効という概念は認知されていなかった。しかし、そうすると、不法条件等が付された恵与につき当該条件のみを書かれざるものとみなす旨を規定する民法典九〇〇条は、行為の一部を無効とするという思考をなぜ与えなかったのであろうか。次款では、民法典制定時における九〇〇条の意義を探ることとしよう。

（1）恵与とは、あらゆる無償処分（toute disposition à titre gratuit）のことを指し、贈与と遺贈を含意する（Association Henri Capitant, *Vocaburaire juridique*, dir.G.Cornu, 9e éd., PUF, 2011, v° Libéralité.）。

（2）それゆえ、本稿のいう「一部無効論の萌芽」は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が考慮されはじめた事案類型を意味する。ただし、今日の学説が基準として挙げる法の目的の実効性（efficacité）という基準に目を転ずると（フランスの一部無効論の概要については、本稿（一）序章第二節も参照。また、一部無効の本質と法の目的の実効性との関係については、第一章第三節で詳述する。）、後述するように、民法典九〇〇条が法の目的の実効性を考慮して規定されたものであったという意味でも一部無効（論）の萌芽であったといえよう（J.Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2e éd., LGDJ, 1988, n° 880.）。

（3）Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969.

（4）近年、学説には、「一部無効」と「書かれざるものとみなされる」とが異なるサンクションであると主張するものが現れている（詳しくは、本稿第二章で扱う。）。たとえば、S. ゴドゥメ（S.Gaudemet）は、この点につき、通史的な検討や今日の判例による「書かれざるものとみなす」というサンクションの用いられ方を分析し、同概念の独自性を主張する（S.Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, thèse, Economica, 2006.）。このような学説が登場するまで、学説上、両者が異なるサンクションであるという認識はほとんどされてこなかった。

それゆえ、本稿は、「書かれざるものとみなされる」というサンクションが一部無効と同視されている文脈では、これを無効の範囲の問題であるとする。

（5）O.Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse, PUAM, 1999, n°s 516 et s.

（6）フランスにおける無効論の変容を扱った日本の論稿としては、鎌田薫「いわゆる『相対的無効について』―フランス法を中心に」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、二〇〇一年）二二七頁（以下、鎌田「相対無効」と引用する。）、齋藤哲志「フランス法における返還請求の諸法理（四）～（七）―原状回復と不当利得―」法協一三〇巻二号（二〇一三年）二〇四頁、同三号（二〇一三年）九七頁、同五号（二〇一三年）一三六頁、同六号（二〇一三年）一五六頁（以下、齋藤「フランス法における返還請求の諸法理（四）～（七）」と引用する。）がある。齋藤哲志准教授の同論稿では、訴権の要否という観点から、民法典制定前に存在していた取消し状（lettre de rescision）制度の廃止が無効論にいかなる影響

を及ぼし、民法典制定後の無効論がどのようなものであったかについて詳細に論じられている。それゆえ、本稿で行う無効論の変容に関する記述の大部分は、齋藤准教授の論稿により既に分析されている。もっとも、本稿は、無効論に生じた理論的な変容を、一部無効という観点から論じる。一部無効論がその正当性を新無効論に求めていたことから、無効論に対する検討も、通史的な概観というより、古典的無効論に大きな影響を与えた本文後述の不存在（inexistance）概念がいかにして無効論に内包され、それが理由でどのような評価を受けるに至ったか、そして一部無効論にどのような影響を与えたとされているかに焦点が合わせられる。

（7）一九世紀の学説は、法律問題の解決は法典の条文から抽出されなければならない、と考えていた。このような註釈学派は、一九世紀中葉から末にかけて絶頂を極めたといわれる（一九世紀におけるフランス民法学の発達については、福井裕次郎編譯『仏蘭西法學の諸相』（日本評論社、一九四三年）三頁を参照。）。この時期に、古典的無効論が形成されていく。

（8）本稿では取り上げなかったが、民法典制定前の無効に関する規律について、ここで補足しておきたい。

民法典が制定される前の古法時代では、取消し状（lettre de rescision）制度という制度的差異に支えられ、取消し状に基づく取消し（rescision）と当然無効（nullité de plein droit）とが区別されていた（古法時代の無効に関する規律については、参照、C.Demolombe, *Cours de Code Napoleon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 3, 3e éd., Paris, 1872, n^{os} 4 et s; M.Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, thèse, LGDJ, 2002. また、取消し状制度や古法時代の学説については、齋藤・前掲注（6）「フランス法における返還請求の諸法理（四）」二〇五頁以下が詳しい。）。

すなわち、一方で、ローマ法上の無効または取消し事由であったレジオンおよび錯誤、詐欺または強迫という合意の瑕疵があった場合については、小尚書局（petites Cancelleries）により発行される取消し状に基づいて、取消しが可能であるとされていた。他方で、あらゆる無効原因について、取消し状が必要とされていたわけではなかった。王令または慣習法に基づく無効原因については、取消し状を要さず、法律上当然に（de plein droit）無効であった（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause−Les nullités, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 2096.）。

しかし、革命時、一七九〇年一一月七日および一一日の法律により取消し状制度が廃止され、当然無効と取消しとの区

別は消失していった。

（9）今日では、無効または取消し訴権の消滅時効の期間は五年と改正されている。また、一般的な訴権の消滅時効に関する規定も、二〇〇八年六月一七日の法律により改正されて、現在では民法典二二二四条に規定されている。原始規定である旧二二六二条は、次のように規定していた。

旧二二六二条「対物訴権であれ、対人訴権であれ、すべての訴権は、三〇年で時効にかかる。」

その後、二〇〇八年六月一七日の法律により、民法典二二二四条は、対人または動産訴権について時効期間を五年とした。もっとも、あらゆる対物訴権の時効期間が五年であるとされたのではなく、二二二七条により、所有権が消滅時効にかからないことが確認され、その他の不動産訴権については、時効期間が三〇年とされている。

（10）M.Cumyn, *op.cit.*, thèse, n° 39; M.Boudot, Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19e et 20e siecles, in dir. M.Boudot et P.-M.Vecchi, *La théorie des nullités*, LGDJ, 2008, p.79, spéc, n^{os} 2 et s.

（11）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 2102.

本稿は、本款において、民法典制定当時になぜ一部無効という概念が生じなかったかを明らかにすることを課題とする。そして、この課題に取り組むには、古典的無効論の本質が何であったかを明らかにする必要があった。それゆえ本稿は、その限りで必要な一九世紀の無効論にのみ言及する。

一九世紀の無効論については、齋藤・前掲注（6）「フランス法における返還請求の諸法理（六）」一三七頁以下が詳細な検討を行っている。

（12）フランスの不存在概念について論じた論稿として、たとえば、熊谷芝青「フランス民法における『無効』と『不成立』の関係」田山輝明ほか編『民法学の新たな展開』（成文堂、一九九三年）六五頁（以下、熊谷「無効と不成立」と引用する。）、鎌田・前掲注（6）「相対無効」一三九頁、齋藤・前掲注（6）「フランス法における返還請求の諸法理（六）」一五三頁以下がある。

本稿の不存在概念に関する記述は、これらの論稿と重なる部分が大きいが、無効の本質の変容という視角から整理をしている点で、なお意義を有していると考える。

（13）しかし、近時では、絶対無効類型の一貫性の欠如ゆえに不存在概念が創出されたと指摘する学説もある（M.Cumyn, *op.cit.*, thèse, n° 43.）。

（14）現在では二〇一三年五月一七日の法律により、民法典一四三条が同性間の婚姻を認めている。一四三条は、次のように規定する。

一四三条「婚姻は、異なる性の、または同一の性の二人により締結される。」

（15）G.Durry, L'inexistence, nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, in *Travaux de l'Association Capitant*, tome 14, Librairie Dalloz, 1965, p.611, spéc., p.615.

（16）O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 49.

なお、熊谷・前掲注（12）「無効と不成立」六九頁も参照。本稿は、ツァハリエによるフランス民法典に関する体系書の、フランス語に翻訳されたものを参照している（たとえば、C.S.Zachariae, *Cours de droit civil français*, trad.C.Aubry et C. Rau, tome 2, 2e éd, Bruxelles, 1850.）。熊谷芝青教授は、ツァハリエの体系書として Handbuch des franzcsischen Civilrechts, 1808；5. Aufl., 1853. を参照し、ドイツ語とフランス語の違いに着目をして、フランスの学説（とりわけオブリ＆ロー（C. Aubry et C.Rau））がツァハリエの不存在概念をどのように変容させたと考えられるかなど、興味深い指摘をする。

（17）C.S.Zachariae, *op.cit.*, trad.C.Aubry et C.Rau, tome 2, § 450.［筆者注：ツァハリエのスペルは、著書記載に従っている。］

（18）ドゥモロンブは、本稿が引用した言説のなかではツァハリエの体系書を引用していない（C.Demolombe, *Cours de Code Napoleon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 1, 4e éd., Paris, 1869, n° 11）。しかし、同一の巻の別の章で、婚姻には不存在であるものと、無効とされうるものがあるという議論を展開するにあたりツァハリエを引用しており、その影響が窺える（C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 1, n^{os} 237 et s.）。

（19）民法典制定時、民法典旧一四四条は、次のように定め、男性と女性との間で婚姻可能な年齢を区別していた。

旧一四四条［原始規定］「一八歳未満の男性、一五歳未満の女性は、婚姻を締結することができない。」

しかし、二〇〇六年四月四日の法律により、婚姻可能な年齢につき男性と女性との間で区別をしないこととした。現民法典一四四条は、二〇一三年五月一七日の法律によりさらに文言が修正され、次のように規定する。

一四四条「婚姻は、一八歳未満においては、締結されえない。」

（20）C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 1, n° 11.

（21）O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 50.

（22）C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, Paris, 1876, n^os^ 21 et 22.

（23）M.le baron Locré, *Les législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, tome 12, Paris, 1828, pp.491 et s.

民法典一三〇四条に関するジョベールの報告については、齋藤・前掲注（6）「フランス法における返還請求の諸法理（六）」一四一頁以下も参照。

（24）M.le baron Locré, *op.cit.*, tome 12, p.491.

（25）M.le baron Locré, *op.cit.*, tome 12, pp.491 et 492.

（26）M.le baron Locré, *op.cit.*, tome 12, p.492.

（27）M.le baron Locré, *op.cit.*, tome 12, pp.492 et 493.

（28）一三三九条「贈与者は、いかなる追認証書によっても、形式上無効な生存者間の贈与の瑕疵を治癒することはできない。贈与は、適法な方式で再びなされなければならない。」

（29）P.-A.Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 13, réed., Osnabrück, 1968, pp.393 et s.

（30）C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n^os^ 48 et s.

（31）C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n^os^ 23 et 24.

（32）C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n° 21.

（33）一一〇八条「合意の有効性にとって、以下の四つの条件が基本的なものである。

義務を負う当事者の同意

その者の契約を締結する能力

約務の内容を形成する確定した目的

債務における適法な原因」

（34）判例や裁判例にも、この旨を判示するものがある。

たとえば、トゥールーズ控訴院一八八五年一月二一日（C.A. Toulouse, 21 janvier 1885, D.P. 1986, II, 73.）は、「同意の欠如による無効は、同意の瑕疵と混同されてはならない。第一の場合〔同意の欠如の場合〕において、契約は当然に無効（nul de plein droit）であり、不存在とみなされる。これに対して、第二〔の場合〕において、それ〔同意に瑕疵がある契約〕は、無効とされうるだけである」と判示する。

また、破毀院予審部一八八〇年六月二一日（Cass.req., 21 juin 1880, D.P. 1881, I, 108.）は、同意を欠く取引が単なる計画（simple projet）にすぎないか否かの評価については事実審裁判官の専権に属するとし、単なる計画にすぎないと評価される場合には、民法典旧一三〇四条の適用がないとする。

（35）C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, Paris, 1868, n° 42.

（36）C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 6, n^{os} 52 et s.

（37）C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, n° 381.

（38）F.Laurent, *Principes de droit civil français*, tome 15, 3^{e} éd., Bruxelles, 1878, n° 451.

（39）F.Laurent, *op.cit.*, tome 15, n° 452.

（40）F.Laurent, *op.cit.*, tome 15, n° 453.

（41）F.Laurent, *op.cit.*, tome 15, n° 453.

（42）F.Laurent, *op.cit.*, tome 15, n° 454.

(43) F.Laurent, *op.cit.*, tome 15, n° 455.
(44) 一一三三条「コーズは、法律によって禁止されるとき、善良の風俗または公の秩序に反するときは、不法である。」
(45) F.Laurent, *op.cit.*, tome 15, n° 456.
(46) F.Laurent, *op.cit.*, tome 15, n° 457.
(47) 通常、《prescription》は「時効」を意味することが多いが、ここでは文脈から「規定」と訳した。
(48) G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 3, 3e éd., Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du Journal du palais, 1908, n° 1930.
(49) C.Aubry et C.Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 1, 4e éd., Paris, 1869, § 37.
(50) C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 1, § 37.
(51) C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 1, § 37.
(52) C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 1, § 37 ; C.Aubry et C.Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 3, 4e éd., Paris, 1871, § 337 et 339.
(53) C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 3, § 337 et 339
(54) この例示は、追認に関する説明の際に挙げられたものである（C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 3, § 337.）。
　短期消滅時効の適用の可否にあたっては、「無効が追認により治癒されうるものであれば」、絶対無効か相対無効かといった無効の特徴は民法典旧一三〇四条の適用に影響をしないとしており、追認と同様の例外を認めている（C.Aubry et C. Rau, *op.cit.*, tome 3, § 339.）
(55) オブリ&ローが絶対無効を民法典旧一三〇四条および一三三八条の適用されない類型として位置づけていると指摘するものとして、M.Cumyn, *op.cit.*, thèse, n° 50.
(56) 齋藤准教授は、オブリ&ローが無効または取消し訴権に関する規律の適用にあたり、無効とされるもののなかに例外を認めている点で、「彼らの類型化の体系性は確保されず、説明力を減殺されざるを得ない」と評価する（齋藤・前掲注（6）「フランス法における返還請求の諸法理（六）」一五九頁。）。

（57）オブリ&ローの説明によれば不法なコーズの場合には絶対無効になることを指摘するものとして、O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 58.

（58）C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 3, § 337.

（59）C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 3, § 345.

なお、民法典一一三一条は、次のように規定する。

一一三一条「コーズがない債務、または虚偽のコーズ（fausse cause）もしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

（60）A.Tissier, note, S. 1903, I, p.257.

（61）オブリ&ローは、行為の存在を認めることが論理的に不可能な事実に関する諸要素が欠如した行為、および実定法の文言または精神によってその存在に不可欠な要件および方式を備えていない行為を不存在としていた（C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 1, § 37.）。それゆえ、後者の場合と絶対無効とが、いずれも法律の違反にかかわることから、どのような場合に不存在になり、または絶対無効になるかが不明瞭であった。

なお、熊谷・前掲注（12）「無効と不成立」六九頁以下は、ツァハリエが絶対無効を不存在と捉えていたと考えられるという。

（62）G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 3, 3e éd., Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du Journal du palais, 1908, n° 1931.

（63）O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 60 ; G.Durry, op.cit., p.611.

（64）R.Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : Essai d'une theorie nouvelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, pp.123 et 124.

ただし、古典的無効論の論者の多くが無効を有機体のように捉えていたわけではなく、有機体的であるという評価は誇張されたものだとも指摘されている（M.Boudot, op.cit., n° 18.）。

（65）C.Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 3, 1re éd., 1854, n° (os) 236 et s.

(66) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2104.
(67) R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.270.
(68) C.Demolombe, *op.cit.*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, n^{os} 81 et 82.
(69) C.Aubry et C.Rau, *op.cit.*, tome 3, § 343.
　オブリ&ローは二分法を採用しないが、二分法による不存在概念が絶対無効を包摂したものであるとすれば、オブリ&ローのこの指摘は、二分法においても当てはまると思われる。
(70) C.-S.Zachariæ, *Cours de droit civil français*, trad.C.Aubry et C.Rau, tome 1, 2^{e} éd., Bruxelles, 1850, § 343.
(71) 具体例として、一方当事者Aが、他方当事者Bに対して、ある物をある価格で売却すると申し込んだのに対し、Bは、AがBに当該物を贈与すると理解した場合が挙げられる（G.Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome 2, 3^{e} éd., Librairie de la société du Recueil Sirey, 1925, n° 35.）。
(72) G.Baudry-Lacantinerie, *op.cit.*, tome 2, n° 35.
(73) 合意の性質に関する錯誤と目的（objet）に関する錯誤は、今日でも、合意を阻却する錯誤（erreur-obstacle）と称され、この場合には合意に瑕疵があるのではなく、合意が不存在であると指摘されることがある（たとえば、Fr.Terré, Ph. Simler, Y.Lequette, *Les obligations*, 10^{e} éd., Dalloz, 2009, n^{os} 210 et s; Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4^{e} éd., Defrénois, 2009, n° 503.）。もっとも、近時の判例によると、合意を阻却する錯誤に該当する錯誤があった場合に課されるサンクションは相対無効であると判示されている。すなわち、破毀院第三民事部二〇一三年六月二六日（Cass.civ. 3^{e}, 26 juin 2013, Gaz.Pal. 2013, p.3231, chron. D.Houtcieff ; D. 2013, p.2548, note V.Guillaudier.）は、売買の目的（objet）のなかに売主が売却するつもりのなかった不動産の区画が含まれていた場合（目的に関する錯誤であり、合意を阻却する錯誤に位置づけられる。）における錯誤無効の主張と消滅時効との関係につき、当該錯誤無効が一般利益（intérêt général）を侵害しないことから、相対無効であり、二〇〇八年六月一七日の法律による改正前の民法典一三〇四条が適用され五年の消滅時効にかかる旨を判示する。
(74) 一三四〇条「贈与者の死亡後における、贈与者の相続人または承継人による贈与の追認もしくは確認、または任意の履行は、方式の瑕疵、その他のあらゆる抗弁に関する対抗の放棄をもたらす。」

（75）R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.276.
（76）F.Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse, Paris, 1902.
（77）O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 76.
（78）R.Japiot, *op.cit.*, *Des nullitiés en matière d'actes juridiques : Essai d'une theorie nouvelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.
（79）E.Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, réed., Dalloz, 2004, p.150.
（80）ジャピオは、ローマ法上の、行為の効力を否定する訴権を詳細に検討し、古典的無効論の基礎がローマ法に正確に基づいたものではないとして古典的無効論を批判する（R.Japiot, *op.cit.*, thèse, pp.51 et s）。
（81）R.Japiot, *op.cit.*, thèse, pp.119 et 271 et s.
（82）M.Boudot, *op.cit.*, n° 18.
（83）R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.13.
（84）R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.284.
（85）無効を攻撃権と捉えることに対する批判として、C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, LGDJ, 1992, n^{os} 347 et s.
（86）R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.405.
無効または取消し訴権を無意味なものとしたことに対する批判として、E.Gaudemet, *op.cit.*, p.150.
（87）今日でも、判例は、無効とは異なる不存在という語を用いることがあることに注意をしなければならない。たとえば、不存在に言及をした近時の判例として、破毀院第三民事部二〇一四年五月二一日（Cass.civ. 3^{e}, 21 mai 2014, R.D.C.2014, 4, p.605, note Th.Genicon.）がある。同判決の事案は次のとおりである。裁判上の清算（liquidation judiciaire）の際、組合持分（parts socials）がある夫婦から第一譲受人に譲渡され、次いで同持分につき第二、第三の譲渡がなされたところ、裁判所が定めた清算人（liquidateur judiciaire）が、この第一、および第二の譲渡につき、実際には第一譲受人の署名が偽物で第一譲受人が同意をしていなかったと主張した。控訴院は、無効訴権の消滅時効である五年を経過した後になされたこの請求につき、行為の不存在を確認するためになされた訴権には合意の瑕疵を対象とする民法典一三〇四条による五年の消

滅時効の適用はないとして、これを認容した。これに対し、同意の不存在に基づくものであっても無効訴権の消滅時効が五年であることを理由に破毀申立てがなされた。破毀院は、第一、第二の譲渡には、第一譲受人が同意をした署名がなかったことから、裁判所が定めた清算人による訴権は普通法（droit commun）の消滅時効期間が適用され、無効訴権の短期消滅時効期間である五年ではないとした（もっとも、控訴院が、第三の譲渡の譲受人に訴訟が提起されていないにもかかわらず第三の譲渡までも無効を言い渡していたことから、民事訴訟法典一四条および一六条に反することを理由に破毀されている。）。

このように近時の判例は、一定の事案については、無効訴権ではなく行為の不存在の確認訴権であるとし、無効訴権に適用される短期消滅時効の適用がないとする（二〇〇八年六月一七日の改正により今日では普通法の時効期間も五年（民法典二二二四条）となっており時効期間の点では統一されることとなるが、出訴権者や追認の可否の点で、これらの訴権を区別する意義が残されている可能性があろう。）。

ただし、古典的無効論の論者によれば不存在と位置づけられる合意を阻却する錯誤につき、近時の判例は、相対無効が課されるとする（前掲注（73）を参照。）。それゆえ、先の破毀院第三民事部二〇一四年五月二一日の評釈をしたジェニコン（Th.Genicon）は、非常に制限的に不存在に固有の領域が認められるべきだという（Th.Genicon, op.cit., note, p.608.）。判例上、行為が不存在とされる事案があるとしても、一九世紀の学説がいう不存在と同一ではないであろう。

（88）M-S.Khalil, *Le dirigisme économique et les contrat : Etude de droit comparé*, thèse, LGDJ, 1967, n° 425.

また、一部無効を課すことが「自由に合意された契約の拘束力に関する基本的な原則を基礎から揺るがす」と指摘するものとして、F.Geny, La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, *R. T.D.civ.* 1926, p.630.

（89）O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 520.

第二款　民法典制定当時における民法典九〇〇条の意義

民法典九〇〇条は、不法条件等が付された無償の行為につき、当該条件のみが書かれざるものとみなされると規定する[90]。このように条件のみの効力を否定することは、一九世紀の無効観であった古典的無効論からすれば、奇妙なようにも思える。すなわち、古典的無効論によれば、無効とは行為状態のことを指し、その行為は不可分なものとして捉えられていた。そうであれば、無償行為に不法条件等が付されていた場合には、当該行為の全体を無効とする方が自然であろう[91]。しかしながら、実際には、九〇〇条は、当該条件のみを書かれざるものとみなすと規定したのであった。その理由は、同条が、一七九一年九月五日および一二日の法律に由来し[92]、政策的な配慮のもとに規定されたものであったことにある。つまり、その日付からも窺えるように、その直前の一七九一年九月三日に制定された一七九一年憲法における諸原則を尊重し、アンシャン・レジームへの復帰を嫌って、九〇〇条の起源となった法律が制定されたのであった[93]。

一　一七九一年九月五日および一二日の法律

一七九一年九月五日および一二日の法律は、遺贈、贈与およびその他の行為に、とりわけアンシャン・レジームにおける身分制度を想起させるような条項（clause）[94]が付されていた場合について、次のように規定する。

「法律および良俗に反した〔命令をする、もしくは禁止をする条項〕、受贈者、相続人もしくは受遺者の宗教の自由に反した〔命令をする、もしくは禁止をする条項〕、しかじかの人と結婚する、もしくはしかじかの立場、仕事、職業を選択する（embrasser）自由を妨げる〔命令をする、もしくは禁止をする条項〕、または憲法により

能動市民および被選挙資格のある市民（citoyens actifs et éligibles）に課された義務の遂行および付託された職務（les fonctions）の従事を妨げる、あらゆる命令をする、もしくは禁止をする条項（toute clause impérative ou prohibitive）は、書かれざるものとみなされる。」[95]

一七九一年九月五日および一二日の法律の意義については、憲法制定議会（l'Assemblée Constituante）において、バレール（Barère）が行った報告により敷衍されている。この報告をみると、一七九一年九月五日および一二日の法律が政治的な影響ならびに革命時の影響を受けて制定されたものであることは明らかであろう。そこでは、不法な条項等の効力を否定することが、一七九一年憲法の諸原則の遵守に資すると考えられていたのである。

「同条〔同法律〕の採択を要求するのは、私ではない。それは、憲法それ自身であり、憲法上の諸原則（maximes）を確保しその精神（esprit）を明示する必要性である。……革命に対する反発が、瀕死の者（mourants）の意思および贈与者の高潔さ（générosité）の遵守というかたちのもとに潜む。旧体制支持派（aristocrate）や、われわれの憲法の諸原則に不寛容な者、敵対する者は、なおも墓の中で〔革命に対する反発を〕命ずる。政治的法律（lois pilitiques）と市民の法律（lois civils）との間の、個人の意思と一般意思との間の顕著な対立をやめさせるのは、あなたがたである。唯一、憲法が支配的でなければならない。」[96][97]

一七九一年九月五日および一二日の法律において、法律または良俗に反した一定の条項が恵与に付されていた場合に当該条項のみが書かれざるものとみなされる理由は、革命前の制度に対する反発にあった。そこでは、宗教の自由を制

限する条項や、婚姻の自由、職業の自由を妨げる条項など、アンシャン・レジームの身分制度を想起させるような条項が念頭に置かれ、憲法上の諸原則が違反されることにより革命前の制度に戻ることが恐れられたため、これらの条項は書かれざるものとみなされたのである。これらの条項を書かれざるものとみなすと規定することにより、受益者は恵与によって得た利得を失わないため、不法性の摘示が促されることになるからである。

ところで、民法典九〇〇条は、より一般的に、不能、不法および良俗に反する条件について規定したものであり、一七九一年九月五日および一二日の法律と完全に同じ規定ではない。たとえば、一七九一年九月五日および一二日の法律では、不能条件はその対象ではなかった。そこで、九〇〇条が一七九一年九月五日および一二日の法律と同じ影響のもとで規定されたものか否かが問われなければならないが、起草過程においては、九〇〇条について詳しく議論されることはなかったようである[98]。そのため、われわれが確認しうるのは、民法典制定後の学説が民法典制定時の同条の意義をどのように理解していたかということである。それらによれば、たしかに九〇〇条が強行法規性を有することに反対する学説もあったが、多くの学説は、同条を、強行法規性を有する条文であると理解していた。

すなわち、一部の学説は、次のような理由から、民法典九〇〇条につき、強行法規性はなく、処分者の推定された意思に基づいて規定されたものであると主張する[99]。一般的に、処分者は何よりも恵与の実現を意図しており、処分者にとって条件は付随的な特徴を有するものでしかない。それゆえ、同条は、この推定の結果にすぎない。これに対して、処分者が恵与の存在を条件の成就に委ねる意思を表明していた場合には、無効とされなければならないのは、行為そのものであるとする。

しかしながら、以上の解釈は、民法典制定時の同条の解釈として多くの賛同を得なかった[100]。その理由としては、次の三点が挙げられる[101]。第一に、一七九一年九月五日および一二日の法律が有効であった民法典の起草過程の時点において、

一七九一年九月五日および一二日の法律と同様の文言を用いて、しかし同法律とは正反対の原則を置くことを起草者が意図していたとは考えにくい。第二に、贈与に関する規定である民法典旧八九六条は、継伝処分（substitution）[102]を原則として禁止していた。同条は、革命により尊重されなければならないとされた平等原則を遵守するという理念の影響のもとに規定されたものであり、起草に際し革命の影響があったことを窺わせる。第三に、裁判所は、恵与者が恵与を不法条件等の成就に依拠させることを明示していた場合であっても、九〇〇条を適用していた[103]。

それゆえ、当時の多くの論者によれば、民法典制定時においては、今日的な是非は別として、民法典九〇〇条は強行法規性を有したものであるとされていた。

（90）九〇〇条［再掲］「生存者間の、または遺言によるすべての処分において、不能条件または法律もしくは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

（91）このように指摘するものとして、G.Baudry-Lacantinerie et M.Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, 3e éd., Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du Journal du palais, 1905, n° 65.

（92）一七九一年九月五日および一二日の法律について、法令集においては、「デクレ（décret）」という語が用いられている（Lois annotées ou lois, décrets, ordonnances, avis du conseil d'état, et c..., 1789 à 1830, I, p.154.）。ところで、革命期において、デクレは、議会が議決した法律ではあるが国王がまだ裁可していないものを指す（革命期のデクレについては、一七八九年一一月九日の法律が定義している。）。また、この時代においては、ほとんどの法律が、法令集において、議会が議決した日付で「デクレ」として記載されていたとの事情があり、今日において大統領や首相が行う一方的な行政行為である命令一般であるデクレとは異なる。学説上も、一七九一年九月五日および一二日の法律につき「法律（loi）」という語が用い

られることが多いことから、本稿では、デクレではなく「法律」とした。なお、革命期のデクレ概念については、中村義孝「フランスの裁判制度（一）」立命館法学二〇一一年一号一一頁注（5）を参照。

（93）民法典九〇〇条の制定時の意義について扱った日本の論稿として、森山浩江「恵与における不法の条件」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、二〇一二年）一〇八頁がある。なお、後にみるように、九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理においては、「動因的かつ決定的なコーズ」という概念を用いられるのであるが、森山教授の同論稿は、この概念を最初に用いたとされる破毀院予審部一八六三年六月三日（Cass.req., 3 juin 1863, D.P. 1863, I, 429 ; S. 1864, I, 269）の判例を通じて、上記判例法理について検討をしたものである。

（94）同法律の文言によれば「条項（clause）」と記載されているが、同法律について敷衍した憲法制定議会でのバレールの報告によれば、「条件（conditions）」とされており、同法が対象としていたものが、条件か条項か、そのいずれもかについては、明確ではない。

（95）Lois annotées ou lois, décrets, ordonnances, avis du conseil d'état, etc..., 1789 à 1830, I, p.154.

（96）M.Merlin, *Questions de droit*, tome 2, 4e éd. Paris, 1827, Condition, § 1, p.487.

（97）なお、同法律は、本文で述べた一条からなるものである。それゆえ、当該引用部分の冒頭において「同条」という言葉を用いているものと思われる。

（98）起草過程の資料によれば、民法典九〇〇条の原案に対して、「第五条［引用者注：九〇〇条の原案］が議論され、採択された」という記述が残されているだけである（P.A.Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 12, rééd., Osnabrück, 1968, p.297.）。なお、参照：Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 39.

（99）C.Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, Imprimerie Générale, 1876, n^{os} 202 et s.

（100）M.Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, 9e éd., LGDJ, 1924, n° 3029 ; A.Colin, H.Capitant et L.-J.de La Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., tome 3, 1950, n° 1391 ; G.Ripert et J.Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complete*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1951, n° 3528 ; H.et L.Mazeaud, J.Mazeaud et Fr.Chabas, *Leçons de droit civil*, tome 4, Successions-Libéralités, 5e éd., Montchrestien, 1999, n° 1397.

（101）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 40.

(102) 旧八九六条「第一項　継伝処分は、禁止される。
　第二項　受贈者、指定相続人または受遺者が保存し第三者に渡す負担を課される処分はすべて、受贈者、指定相続人または受遺者との関係においても無効である。」

　継伝処分とは、民法典旧八九六条第二項に定義されている処分、すなわち、処分者が、継伝義務者に財産を与えこれを保存させ、継伝義務者の死亡時に継伝指定者に引き渡すという負担を付した処分のことである。もっとも、例外的に、処分者の子を継伝義務者に、その孫を継伝指定者に指名する場合（旧一〇四八条）などには、継伝処分が認められていた。
　なお、今日では、二〇〇六年六月二三日の法律による改正により、民法典八九六条は、継伝処分が法律により認められている場合には効果が生ずる旨を規定する。二〇〇六年六月二三日の法律による改正で継伝処分禁止の原則がどのように変容したかについては、足立公志朗「フランスにおける信託的な贈与・遺贈の現代的展開（一）（二・完）――『段階的継伝負担付恵与』・『残存物継伝負担付恵与』と相続法上の公序――」民商一三九巻四・五号（二〇〇九年）二八頁、同六号（二〇〇九年）二七頁が詳しい。

(103) G.Ripert et J.Boulanger, *op.cit.*, n°. 3535.
　なお、リペール＆ブーランジェ（G.Ripert et J.Boulanger）により具体的な判例として挙げられるのは、本文後掲の破毀院民事部一八六八年七月七日（〔仏5〕）および破毀院民事部一八八三年七月一七日（〔仏12〕）である。

第三款　判例による民法典九〇〇条の厳格な適用の回避

　しかしながら、民法典制定当時に考えられていた意義に反して、判例は、次第に民法典九〇〇条の厳格な適用をしなくなっていく。学説によれば、その理由は、恵与において民法典制定時に指摘されていたような政策的配慮の必要性が

薄れていったことにあるとされる[104]。そこで、判例がいかなる手段を用いて同条の適用を回避したか、そしてこれを学説はどのように評価していたかを確認しよう。

なお、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理について、今日の多くの体系書では、それが一部無効論の萌芽的な法理であること、およびそこでは動因的かつ決定的なコーズ（cause implusive et déterminante）という概念を通じて当事者の意思が考慮されていることが指摘されている[105]。実際、伝統的な一部無効論は、この判例法理をひとつの素材とし、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が考慮されることを指摘した。そして、伝統的な一部無効論は、本章第二節でみるように、九〇〇条と無関係な事例においても当事者の意思により無効の範囲が画定されるという主張を展開することとなる。無効の範囲が問題となるあらゆる事案で、「当事者の意思の考慮」が無効の範囲を画定するための原則的な基準であるとして一部無効論を形成していくのであった。しかし、私見によれば、この伝統的な一部無効論の形成過程で、各事案類型において当事者の意思の内実や役割が異なるにもかかわらず、それが変容させられてしまったのではないかと思われる。そのため、一部無効論の萌芽とされる判例法理についても詳細に検討していく必要がある。

一　民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理

不法条件等が付された恵与につき、判例が民法典九〇〇条を厳格に適用していたのは、およそ一九世紀前半までであったとされている[106]。その後、判例は、恵与に対して不法な条件等が付されていた場合に、当該条件のみを書かれざるものとみなすのではなく、恵与そのものを無効とする場合があることを認めた。このような判例は、次の二つの構成により、恵与者が当該条件の実現を重要なものと考えていたことが明白である場合には、九〇〇条の適用を制限して行為全体を無効であるとする。まず、当該条件が付された恵与と称される行為を有償行為と性質決定するという構成が採られた。

しかし、この構成は、理由は明らかではないがすぐ採用されなくなり、動因的かつ決定的なコーズという概念による解決が一般に受け入れられるようになる。

第一の、条件または負担が付された恵与と称される行為を有償行為として性質決定するという構成についてみていこう。この構成によれば、処分者にとって条件または負担が重要なものであった場合、すなわち、当該条件または負担の実現が妨げられることを処分者が知っていれば当該恵与をしなかったであろう場合には、当該条件または負担は、いわば処分の反対給付であるという。このような条件等が付された行為は、無償行為ではない。この行為は、有償の行為であり、それゆえ、当該条件が不法であった場合等においては、有償行為に不法条件等が付されていた場合に合意が無効となる旨を規定する民法典一一七二条が適用されるのだという[107]。

このようなアプローチを採用した最初の裁判例は、一八五二年のオルレアン控訴院判決であったとされている。

［仏1］　オルレアン控訴院一八五二年三月二〇日[108]

【事案】　A夫婦は、その娘Bの初婚の相手との間に生まれた孫娘Cと、再婚後の相手との間に生まれた孫娘Dおよび今後生まれてくるであろう孫に不動産を残したいと考えた[109]。そこで、Aは、将来の相続の前渡し（avancement sur leurs sucsessions futures）として、Bに対してほぼすべての不動産についての虚有権（nue propriété）[110]を贈与し、既に産まれている、または今後産まれてくる孫らにそれらの不動産を引き渡すという負担を付した。さらに当該贈与には、相続財産における自由分（quotité disponible）[111]について定める民法典九一三条［原始規定］の規定の援用を受贈者たるBおよびその夫が放棄する旨の条項が付されていた[112]。

原告、被告が誰かについては明らかではないが（このような場合、当事者をX（原告）、Y（被告）と表記せず、「A、

B、…」と表記する。）、本件では、民法典旧九一三条の規定の援用を放棄する旨の条項が旧一一三〇条により禁止される将来の相続に関する約定に相当し無効であるところ[113]、九〇〇条が適用されて当該条項のみが書かれざるものとみなされるかが争われた。

【判旨】（不明（誰が控訴したかが資料からは不明であった。以下、同様の場合には「（不明）」と表記する。））オルレアン控訴院は、当該条項を、当該行為にとって基本的かつ明白な条件であり、恵与の対価であることに鑑みて、当該贈与と称される行為につき、恵与としての特徴が失われ、有償行為に不法条件等が付されていた場合の帰趨について規定する民法典一一七二条の適用を受ける行為になると判示した。

このように、同判決は、自由分に関する規定の援用を受贈者が放棄する旨の条項が付された処分行為につき、無償行為たる恵与としての特徴を有していないとし、有償行為に不法条件等が付されていた場合に適用される民法典一一七二条を適用した。

同様の構成を採用する破毀院判決が、その後、いくつか現れる。

［仏２］　破毀院予審部一八六七年一一月一二日[114]

【事案】　父Ａの死亡による動産に係る相続財産の額の計算を法定後見人（母）Ｙが行い、一〇三六四九フランと確定したのち、一八五九年に、Ｙが、相続の前渡しとして、娘のＸに対して贈与と称された行為をした。当該行為には、後見の計算（compte de tutelle）[115]についてＸがいずれの方法によっても批判することができない旨の約定があった。その後、相続財産の額が実際には一八六九三四フランであったことがわかった。民法典四七二条［原始規定］によれば、詳

細な計算書の提示および証明書（pièces justificatives）の交付があらかじめなされなければ、成年者になった未成年者と後見人との間の取り決め（traité）は無効であると規定されているため、Xは、後見の計算を放棄することができないとして後見の計算を争った。Yは、そうであれば、当該行為全体の無効とされなければならないと主張した。

控訴院は、Yのした行為が、一方で、Xに利益を付与し、他方で、明白な条件のもとで相続財産の数額の計算をYに請求することを放棄させたことに鑑みて、無償行為と有償行為との混合契約（contrat mixte）であったとして、また、それらが、行為の全部が維持されるか、または無効とされなければならない不可分な家族協定（pacte de famille）であったとして、Xの請求を認めなかった。これに対して、Xが、民法典九〇〇条などに反することを理由に破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、まず、民法典九〇〇条は恵与に関する規定であり、交換契約（contrats commutatifs）については一一七二条が規定していること、控訴院が当該行為を混合契約であり、また、全てが履行されるか無効とされなければならない不可分な家族協定であったと評価したことを確認した。そして、これらの評価が事実審裁判官の専権事項であるとして、控訴院が九〇〇条およびその他の条文に反したとはいえず、一一七二条を正当に適用したと判示した。

［仏3］　破毀院予審部一八六九年一二月二一日[116]

【事案】　後見人（母）Yが、一八五七年に、被後見人（娘）Xに対し一〇〇〇〇フランを贈与したのであるが、当該贈与には、一八四〇年にXの父親が死亡した際にYによりなされた相続財産に関する後見の計算につき、Xがそれを確認したとする旨の条項が置かれていた。Xが、当該条項を不法であるとして、民法典九〇〇条により当該贈与のみが維持されると主張したところ、控訴院は、これを認めなかった。そこで、Xが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、次のように判示し、破毀申立てを棄却した。まず、民法典九〇〇条は不法条件等が贈与または遺贈に付されていた場合に、当該条件のみを書かれざるものとみなす旨を規定するが、同様の条件が有償行為に付されていた場合には、一一七二条が合意が無効となる旨を規定する。そして、原審が、一八五七年の行為およびあらゆる他の文書をもとに贈与者Yの意図を探究し、Xに対しなされた金銭の分与（attribution）が純粋な恵与ではなく、清算行為の確認（ratification）の対価に等しいものと評価したことを確認した。そこで破毀院は、当該金銭の分与を、恵与の特徴というより、有償の交換的契約（un contrat commutatif）としての特徴を示すものであるとして、一一七二条を適用した原審は法律に違反していないと判示した。

当初、判例は、贈与者が重要であると考えていた条件または負担が贈与の対価であったと考えられる場合には、贈与と称されていた行為を有償行為であるとして、民法典一一七二条の適用を認めていた。このような、ある行為が恵与と称されていたとしても、事案を考慮して有償行為であるとする構成は、後述するように、現在でも有力な学説により支持されている[117]。

しかしながら、不法条件等が当事者にとって重要であった場合に、当該条件が付された恵与を有償行為と性質決定するという構成は、批判にさらされたわけではないが、すぐに採用されなくなった。一般に判例は、同様の事案につき、民法典一一七二条ではなく、コーズに関する規定である一一三一条ないし一一三三条を適用し、または条文を挙げることなく、「動因的かつ決定的なコーズ（cause impulsive et déterminante）」という概念を用いて解決を図るようになる。つまり判例は、ある恵与につき、それに付された条件または負担が動因的かつ決定的なコーズであった場合には、当該

処分の全体を無効とする。

動因的かつ決定的なコーズ概念に基づいて解決を図った最初の判例は、一八六三年の破毀院判決であるとされる。なお、コーズとは何かについては、判例を確認した後に説明することとしたい。

［仏４］　破毀院予審部一八六三年六月三日[118]

【事案】　母Y_1が、複数の子および孫らに対して、一八五一年四月一六日に、自身の財を贈与した。当該贈与にあたっては、Y_1の面前で、かつY_1の同意のもとで、子および孫らの間で分割(partage)されることが条件とされていた。そして、子および孫らにより、本件贈与に続いて、贈与と同日に、また同一の証書により分割がなされた。しかし、本件分割において、Y_1の子のひとりであるX_1につき書き落とし（omission）があった。Yらによれば、X_1がその遺留分を超える額を相続分の先渡し（avancement d'hoirie）として既に受け取っていたためにそうされたという。

そこで、X_1は、本件贈与分割が、処分者の子全員によってなされなかったとして（当時の民法典旧一〇七八条は、贈与分割は、処分者の子全員によりなされなければ無効であるとしていた。）、本件分割の無効を求めて訴えを提起した。これに対し、Y_1は、本件分割が無効である場合には、本件贈与も無効であると主張した。なお、本稿では取り上げないが、本件事案では、Y_1の子のひとりであるB（死亡）の孫X_2らが、Bがしたの兄Y_2に対する権利の譲渡のレジオンに基づく取消し（rescision）等を主張している。

控訴院は、本件分割を、X_1の書き落としを理由に無効とし、それにより、本件贈与も無効であるとした。これに対し、X_2らが、民法典九〇〇条によれば条件が法律に反するとき、当該条件は書かれざるものとみなされるため、分割が恵与に結びついた条件であったということはできず、あらゆる権利承継人の間で分割をやり直す必要があったとして、破

毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、本件贈与が、分割を条件になされたことに鑑みて、本件分割が贈与とは切り離されないものであるとした。そして、本件分割の無効により、贈与が存続することはありえないとして、原審が本件贈与につき無効を言い渡したことを正当であったとした。

さらに、破毀院は、以上のことは、民法典九〇〇条により条件が公序に反するものとして書かれざるものとみなされなければならない場合であっても同様であると判示した。なぜなら、本件のように、条件が恵与の動因的かつ決定的なコーズであったと認められる場合には、法律に反する条件の無効が、それが付された贈与の無効をもたらすことは、確かなことだからであるという。

以上の理由で、破毀院は、破毀申立てを棄却した。

同判決は、子のひとりにつき書き落としがあったために無効とされた分割が本件贈与と切り離すことのできない条件であったとして、贈与そのものの無効を認めた。そして、ある条件が動因的かつ決定的なコーズであった場合には、民法典九〇〇条が適用される場合であっても、法律に反する条件の無効が贈与そのものの無効をもたらすとしたのであった。

もっとも、本件を解決するにあたり、民法典九〇〇条への言及が不可欠であったかは明らかでない。学説によれば、本件は、厳密には、九〇〇条の適用の如何が争われるべき事案ではなく、贈与が所定の場合にしか撤回されえない旨を規定した九五三条の適用が問題にされるべき事案であったとされる[119][120]。なぜなら、本件において無効であったのは子

のひとりにつき書き落としがあった分割であり、分割を条件とするという条件自体が無効であったわけではないからである。[121]

同判決そのものに対してはこのような指摘は存するものの、同判決による、「条件が恵与の動因的かつ決定的なコーズであったと認められる場合には、法律に反する条件の無効が、それが付された贈与の無効をもたらす」との判示は、不法条件等が付された恵与の事例において、繰り返し用いられるようになる。たとえば、遺贈の事案でも、次のような判例や裁判例がある。

［仏5］　破毀院民事部一八六八年七月七日[122]

【事案】　遺贈者Aが、社会福祉事務所(bureau de bienfaisance)Xにいくつかの不動産を包括遺贈した。当該遺贈には、遺贈された不動産を売却してはならない旨の条項が付されていた。Xが、Aの相続人Yに分割請求をしたところ、Yが、当該条項が無効であり、さらに、当該条項が遺言で明示されているため動因的かつ決定的なコーズであるから、遺贈全体が無効である等と主張した。

控訴院がYの主張を認めなかったため、Yは、控訴院の判断が民法典一一三一条、一一七二条、九〇〇条および九一〇条に反すること等を理由に破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、当該条件のみを無効とするにあたり、当該条件が付随的なものでしかなく、恵与の意思がコーズとして残っていたと評価していることに鑑みれば、民法典一一三一条、一一七二条、九〇〇条および九一〇条に違反していないと判示した。[123]

［仏６］ディジョン控訴院一八七一年一二月七日[124]

【事案】Ａは、遺言により、甥、姪および彼らの卑属Ｂらに対して、あらゆる財を遺贈した。当該遺贈には、この財により、主に彼ら家族のために、養護施設（la maison de son secours）を建設するよう記載されていた。その後の経緯や利害関係は明らかではないが、当該施設の管理等から生ずる負担を考慮し、受遺者らがみな、この施設の建設を実現できないとしたために、相続分割の方法をめぐり当該遺贈そのものが無効とされるかが問題となった。

【判旨】（不明）

破毀院は、遺言により相続人が個人として相続財産の何らかの部分を受けとることが望まれたのではないこと、Ｂらがまとめて（en bloc）指名されたとしても、それは彼らに無償で与える（gratifier）ためではなく、遺贈者の意思の実現への協力を確実にさせるためになされたことといった事情を挙げ、本件遺贈の決定的なコーズは、施設の設立であるとして、その計画（施設の設立）が実現できなかったのであれば、これを実現するための手段も無効であるとした。そして、相続分割は、遺言がなかった場合と同様になされなければならないと判示した。

このように、法律に反する条件等が恵与に付されていた場合、判例および裁判例は、それが動因的かつ決定的なコーズであったか否かにより、恵与そのものが無効とされるか、不法条件等のみが書かれざるものとみなされるかを判断していた。すなわち、恵与に付された条件や負担の実現が動因的かつ決定的なコーズであれば、民法典一一三一条ないし一一三三条を適用して、または条文を挙げずに恵与全体の無効を認めていた（前掲［仏４］判決、［仏６］判決。）。これに対して、恵与の意図がコーズであったといいうる場合には、九〇〇条を適用して当該条件のみの無効を認めていた

（前掲［仏5］判決。）。

最後に、恵与に付された不法条件等が動因的かつ決定的なコーズであったか否かにより解決が図られた典型例を挙げておこう。しばしば問題となる事案としては、第一に、受贈者の結婚を禁止する旨の条項（結婚禁止条項）が付されていた事案、第二に、恵与の対象となる財（le bien）の譲渡を一定の期間禁ずる旨の条項（譲渡禁止条項）が付されていた事案が挙げられる(125)。

〈結婚禁止条項が付されていた事案〉

［仏7］破毀院予審部一九一三年四月八日(126)

【事案】Aは、婚姻関係にあったXと離婚し、Xに対して毎年二〇〇〇〇フランの年金（rente annuelle）を贈与することとした。当該贈与には、Xの再婚により、この年金はXが婚姻しうる日から当然に消滅する旨が約定されていた。その余の事実関係は明らかではないが、Aの死亡後、Xは、Aの相続人であるYに対して、当該条項が良俗に反すること、および民法典九〇〇条の適用により当該条項のみが書かれざるものとみなされなければならないことを主張した。控訴院がこのXの請求を認容したため、Yは、当該条件が、民法典により禁止されているものではなく、良俗に反していないとして破毀申立てをした(127)。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、結婚禁止条項そのものは道徳に反するものであるとはいえないとする一方で、本件では、控訴院によれば、年金の支払い方法につき、Aのもとで（chez le donateur）、Aの死後においては公証人（notaire）のもとでなされる旨が約定されていたことから、当該条項により、Xがかつ Aと関係があったことを示す状況にとどまることを、Aが

望んでいたことが明らかであったことが認められるとした。そして、当該条項につき、非難に値する感情に従って置かれ、道徳に反する特徴を有するとして、民法典九〇〇条を適用した控訴院判決を正当なものとした。

［仏8］　破毀院民事部一九三九年一〇月二四日[128]

【事案】　Aが、妻Bに対してあらゆる財の用益権（usufruit）[129]を遺言により遺贈した。同遺言には、Bが再婚をした場合には当該遺贈を解除（résolution）する旨の条項が付されていた。その余の事実関係は明らかではないが、当該条項および遺贈の無効が争われた。

控訴院は、民法典九〇〇条を適用して、当該条項のみを書かれざるものとみなした。これに対し、破毀申立てがなされた。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、本件においてはAに子がいないこと、Bがまだ若いこと、遺贈の目的（objet）が用益権であることから、当該条項が置かれたのは、遺贈者の受遺者に対する尊重されるべき配慮（préoccupation）によるものではなく、もっぱら遺贈者の死後の嫉妬という非難されるべき考えによるものであったと評価したことを確認した。そして、この遺贈者の意思の推定に関する評価は破毀院のコントロールを免れるとして、破毀申立てを棄却した。

［仏9］　破毀院第一民事部一九六五年一一月八日[130]

【事案】　事案の詳細は明らかではないが、被相続人が遺言をした際、姉（sœur）がある特定の者と結婚した場合には彼女につき相続廃除をし、この場合には他に包括受遺者（légataire universel）が指定される旨の条項が置かれており、

当該条項の有効性、および無効の範囲が問題とされた。控訴院は、民法典九〇〇条を適用せず、遺贈全体を無効とした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、遺贈者が特定の者に対する個人的な恨みを満たすために遺言中にその者との結婚を妨げる旨の条項を挿入したこと、および当該条件が包括遺贈の動因的かつ決定的なコーズであったことを確認していたことから、遺贈の無効を言い渡すことができたと判示した。

〈譲渡禁止条項が付されていた事案[131]〉

前述した［仏5］判決のほか、たとえば次のものがある。

［仏10］　破毀院予審部一八九六年一一月一〇日[132]

【事案】　遺贈者Aは、地方自治体Bに対して、遺言により不動産を遺贈した。本件遺言によれば、Bが、遺贈された不動産を譲渡することができない等とされていた。その余の事実関係は資料からは不明であるが、不動産の譲渡を禁ずる旨の条項の有効性、および当該遺贈の有効性が争われた。

控訴院が、民法典九〇〇条を適用し当該条項のみを書かれざるものとみなしたところ、破毀申立てがなされた。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、事実審裁判官が、当該条件が不法であったこと、および専権的な評価により、当該条件が純粋に付随的なものであったことを認めていたと確認し、Aの動因的かつ決定的なコーズは地方自治体およびその住民のための慈善の気持ち（pensée de bienfaisance）であった、そして、控訴院は法律に違反していなかったと判示した。

［仏11］ 破毀院民事部一九四九年三月二三日(133)

【事案】 Ａは、姪Ｂに対していくつかの財を遺贈しようと遺言を作成した。当該遺言によれば、当該遺贈の対象となる財を譲渡してはならない旨の譲渡禁止条項が付されていた。その余の事実関係等は不明であるが、Ａの利害関係人とＢとの間で譲渡禁止条項の不法性により遺贈そのものが無効となるかが争われたようである。

控訴院は、当該遺贈に含まれた条件が動因的かつ決定的なコーズであったという証明が与えられていなかったとして、民法典九〇〇条を適用して当該条項のみを書かれざるものとみなした。これに対し、遺言に当該条項が明示されており、控訴院の判断により当該条項が変性（dénaturation）されていることを理由に破毀申立てがなされた。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、破毀申立て理由に対して、当該行為が不法なコーズを有するか否かの評価にあたり、事実審裁判官が、原則として、当該行為の言明を越えて、法律によって是認されたあらゆる証明の方法に頼ることができるとした。それゆえ、遺言に含まれた条項が変性されておらず、また、遺言者の意思の評価は事実審裁判官の専権事項だとして、控訴院は正当に判決を下したと判示した。

これらの判例をみるかぎり、恵与に同種の条項が付されていた場合であっても、当該条項の無効による恵与の帰趨について、判例の態度は分かれている。一方で、あるいは当該条項が動因的かつ決定的なコーズではないとして、あるいはそれに言及せず、民法典九〇〇条により当該条項のみを書かれざるものとみなすものがある（前掲［仏５］判決、［仏７］判決、［仏８］判決、［仏10］判決、［仏11］判決。）。他方で、当該条項が動因的かつ決定的なコーズであるとして、九〇〇条を適用せず、恵与全体の無効を認めるものがある（前掲［仏４］判決、［仏６］判決、［仏９］判決。）。ただし、

恵与全体の無効を認めるとき、一一三一条ないし一一三三条を挙げる判例もあれば、単に九〇〇条が適用されないとするにとどまる判例もある。このことは、後述するように、動因的かつ決定的なコーズという概念に関する学説の理解を困難なものとした。

このような判例の状況に対して、学説のなかには批判的な態度をとるものがある。たとえば、ユエ（A.Huet）は、恵与に受贈者の結婚を禁止する条項が付されていた場合に恵与の無効を認める判例に対して、結婚禁止条項のみの無効を認めるべきだという。

「〔条件のみを無効とするならば当事者の意思が害されるというが、〕しかし、意思が公序および良俗と衝突するとき、誰が意思の不公平な扱い（iniquité）または歪曲（travestissement）をもたらすのか。行為者は、自分をしか非難しえない。ある無効な条件を書かれざるものとみなし、それが付された法律行為（acte juridique）を維持することは、この『切除（découpage）〔条件のみを書かれざるものとみなすこと〕』が公序および良俗に対する侵害を予防し、またそれに対しサンクションを課しうる唯一の手段である限り、われわれには大いに望ましく思われる。[134]」

ユエは、公序および良俗に対する侵害の予防という観点から、不法または不道徳な条件のみを除去すべきであるとする。このような法に対する違反の予防という観点は、詳細は本章第三節で検討するが、場合によっては考慮されなければならない観点であろう。実際、結婚禁止条項に関する前掲〔仏7〕判決や〔仏8〕判決は、当該条項の恵与者にとっての重要性には触れずに、民法典九〇〇条を適用して当該条項を書かれざるものとみなした。しかし、類似の事案にお

いて、前掲［仏9］判決が、当該条項が動因的かつ決定的なコーズであったことから当該恵与の無効を認めていた。これらの判例が法に対する違反の予防という観点を考慮していたかは、判示内容からは明らかではなかった。

これに対して、シムレールは、結婚禁止条項についていえば、これを禁ずる公序および良俗は、条項のみを書かれざるものとして恵与の維持を要請するものではなく、条項が動因的かつ決定的なコーズであったか否かにより、事案ごとの解決がなされるべきであるとする[135]。その理由は、これらの条件等が、何らかの積極的な目的を達成するための法律により禁止されたものではないという点に求められよう。つまり、シムレールは、公序により無効の範囲が画定されるか否かの基準につき、当該公序が法律により禁止されたものであって、積極的な目的の達成を企図しているか、または裁判官により禁止されたものであって、良俗の一部をなし、他者の自由の保護のためにある者の自由を制限することを本質的な目的としているにすぎないかにより区別する。そして、前者の場合には、その法律の目的に従い無効の範囲が画定されるのに対して、後者の場合には、当事者の意思に基づき無効の範囲が画定されるとしたのであった[136]。シムレールは、このような区別を採用するため、配偶者の再婚の禁止などは法律により禁止されたものではなく、積極的な目的の達成を企図していないとして、ユエとは異なり、当事者の意思に基づき無効の範囲が画定されると考えていると思われる。

法律によりある条件等が禁止されているのではなく、裁判官により禁止されているにすぎない場合に、当該公序の特徴をいかに解するかという点それ自体は、非常に興味深い問題である。しかし、本稿の目的は、「一部無効とはどのような制度か」という基本的な問題の探求にあり、これを解明するために、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思がどのような意義を有しているかという問題に取り組む必要があった。そこで、一部無効の萌芽である民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理とその意義の検討、つまり、不法条件等が恵与に付されていた場合にその帰趨を分かつ「動因的かつ決定的なコーズ」とは何を意味するかについての検討を通じて、そこから析出される当事者の意思の考

慮がどのように位置づけられているかを明らかにしていくことが、より重要な課題となる。そこで、先の問題についてはここでは深く立ち入らず、以下では、「動因的かつ決定的なコーズ」とは何かについて、学説の議論をみていくこととしたい。

二　「動因的かつ決定的なコーズ（cause implusive et déterminante）」の意義

以上のように判例は、恵与に不法条件等が付されていたとき、当該条件が恵与の動因的かつ決定的なコーズであると認められる場合には、恵与全体の無効を認めるに至った。では、この「動因的かつ決定的なコーズ」という概念は、いかなる意義を有するものであろうか。

学説は、同概念に「コーズ（cause）」という語が用いられていることから、コーズ概念との異同を問題にする。大別すれば、三つの学説に分類できる。議論の展開に沿ってそれらを並べると、次のとおりである。学説は、まず、①恵与のコーズを恵与の意図とする古典的コーズ論の観点から、恵与という性質決定をしながら、ある条件が動因的かつ決定的なコーズとすることの矛盾を指摘した。もっとも、コーズ概念そのものが批判にさらされ、学説の分析は、その後にコーズの有用性を指摘する新コーズ論に基づいてなされるようになる。②新コーズ論によれば、とりわけコーズの適法性の評価にあたっては、当事者の具体的な目的がコーズに包摂され、ある条件が動因的かつ決定的なコーズである場合、その条件の実現が恵与のコーズになりうることとなる。しかし、③この新コーズ論のもとでのコーズによる解決に対しては、コーズを用いた解決をすべきではないとの主張がなされている。

コーズとは何かについて簡単に説明した後で、より詳細に、これらの学説を検討しよう。

（一）コーズ概念の概要[137]

コーズとは、法律行為の有効要件のひとつである（民法典一一〇八条[138]）。コーズについては、次のように民法典一一三一条ないし一一三三条により規定されるが、その定義がなされているわけではない。

一一三一条「コーズがない債務、または虚偽のコーズ（fausse cause）もしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

一一三二条「合意は、そのコーズが表明されていなくても、なお有効である。」

一一三三条「コーズは、法律によって禁止されるとき、善良の風俗または公の秩序に反するときは、不法である。」

学説上も、コーズとは何かについて、当事者が契約により追求した目的（but）や契約に至った論拠（raison）などといわれることがあるが[139]、明確な定義はなされていない。コーズ概念は、フランス法上、最も難解な概念のひとつであるといわれている[140]。しかし、コーズ論を大別するならば、大きく、古典的コーズ論と、カピタン（H.Capitant）をはじめとして主張される新コーズ論とがあるとされている[141]。

古典的コーズ論は、コーズを、契約類型ごとに一定なものであるとする。双務契約においては、反対給付が、たとえば売買契約の売主にとっては物の引渡しに対する代金が、コーズであるという。これに対し、恵与は片務的な無償行為であり、反対給付は存在しない。そこで、古典的コーズ論は、恵与のコーズを恵与の意図（l'intention libérale）にあるとする。このように古典的コーズ論においては、コーズは、契約類型ごとに一定であり、客観的かつ抽象的な内容を有するものであった[142]。

古典的コーズ論に対しては、その後、コーズ概念を不要とする学説が現れるが[143]、本稿の問題関心から重要であるのは、このコーズ不要論の後に現れた、コーズの有用性を主張する新コーズ論である。新コーズ論といっても、大きく、カピタンに代表される、コーズ概念を媒介にして当事者の主観的、個別的な意思を考慮し、コーズを一元的に把握する見解と[144]、モーリー（J.Maury）やリペール＆ブーランジェ（G.Ripert et J.Boulanger）に代表される、コーズの二元的把握、すなわち、コーズの存在については客観的かつ抽象的に把握し、コーズの適法性については主観的かつ具体的に把握するという見解とがある。後者が現在の通説であるといわれる[145]。もっとも、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理と新コーズ論との接合という観点からすれば、コーズの不法性が問題となるために、コーズを一元的に把握する学説によっても、二元的に把握する学説によっても、説明は異ならない。

すなわち、一方で、カピタンのコーズ論をみるならば、その特徴として、しばしば、次の二つが指摘される[146]。第一は、コーズを、双務契約における相互の債務の牽連性を示すものであるとしたこと、第二は、コーズを、具体的な目的であると捉えたことである。このうち、動因的かつ決定的なコーズ概念との関係でいえば、後者が重要である。「コーズとは、行為者の目的（but）である」という理解について敷衍すると、カピタンは、契約者の目的は、抽象的なものではありえないとした。すなわち、目的（but）に一定の動機（motif）を統合しようとした。もっとも、カピタンは、あらゆる動機が法的な考慮に値する目的になるとするのではなく、当事者にとって決定的かつ共通の動機がコーズとして考慮されるという。

他方で、コーズを二元的に把握する見解をみるならば、コーズは二つの機能を有するとされる。第一は、契約当事者個人を保護する機能であり、コーズの存在の問題に対応する。第二は、社会秩序を保護する機能であり、コーズの不法性の問題に対応する。そして、前者では、コーズは抽象的かつ客観的に把握されるのに対して、後者では、当事者の主

観的要素が考慮され具体的に把握される。

このように、コーズの二元的把握においても、コーズの不法性が問題となる局面においては、コーズは広く主観的要素を含むものと解され、カピタンのコーズ論と接近する。実際、後述するように、シムレールは、コーズを一元的に把握するカピタンやジョスラン（L.Josserand）のコーズ論を参照して民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理を説明するのに対し、リペール&ブーランジェも、彼らによるコーズの二元的な把握に依拠しながら、判例法理についてシムレールと同様の説明をするのである。

簡単ではあるが、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理に対する学説の評価との関係で必要なコーズ概念の議論については、以上のとおりである。早速、動因的かつ決定的なコーズ概念に関する学説を検討していこう。

（二）古典的コーズ論と動因的かつ決定的なコーズ概念

古典的コーズ論によれば、恵与におけるコーズは、恵与の意図にあるとされる。そうすると、次の二つの帰結が導かれることとなる[147]。第一に、恵与がコーズの不在によって無効となりえても、不法または不道徳なコーズが問題となることはありえない。なぜなら、恵与の意図が存在する場合には、恵与の意図自体は必ず正当なものだからである。第二に、条件または負担が恵与のコーズであることはない。なぜなら、もしある行為において条件または負担がコーズであるとされるなら、恵与の意図がコーズではないため、当該行為は恵与ではないからである。

ところで、動因的かつ決定的なコーズを用いて事案の解決を図る判例および裁判例においては、当事者により恵与と称された行為が、実際には恵与と性質決定されるものか有償行為と性質決定されるものかが問題とされることはなかった。それゆえ、学説のなかには、一方で恵与と性質決定しながら、他方で条件または負担をコーズとみなすことについ

て疑問を呈する見解がある。たとえば、ベルギーの学者であるが、ダバン（J.Dabin）は、次のようにいう。

「破毀院は、条件が『恵与の動因的かつ決定的なコーズ』であるとき、これ〔恵与〕が有償の行為に変わり、そして条件がコーズに変わるとは主張していない……。／また、破毀院は、コーズが不法なものであったことを理由に、つまり―恵与の意図は不法でありえないため―決定的な動機（motif déterminant）が不法なものであったことを理由に、贈与が消え去るとは主張していない。不法な条件は、不法な動機と混同されない。

われわれが検討するこの〔判例の〕理論において、〔当事者の〕活動（opération）は―当事者の見解と同様、裁判官の見解では―条件付きの恵与である。……贈与者は条件の成就に贈与の有効性を従属させることを望まなかった……場合、贈与は存続する。唯一、条件のみが除去される。反対に、条件が贈与者を決定させたものである場合―または、より正確には、贈与者の精神（esprit）において条件が不可欠なもの（essentielle）であるとき、活動全体が無効とされなければならない。したがって、〔判例の理論は行為を恵与として扱うため、〕問題は、九〇〇条の領域に置かれ、一一三一ないし三三または一一七二条の領域ではない。／この〔判例の〕理論は、法理論と正反対なものとなる。[148]」

ダバンは、ある行為が恵与と性質決定されるのであれば、その条件が恵与の動因的かつ決定的なコーズであるとされても当該行為は恵与であり、それに不法な条件が付されていたときには民法典九〇〇条が問題となると指摘する。そうすると、九〇〇条が強行法規であり、恵与に付されたあらゆる条件に適用されると考える場合には、判例法理はそれに反することになる。

では、ある条件が動因的かつ決定的なコーズとされるとき、これは何を意味しているか。ダバンは、条件を動因的かつ決定的なコーズであるとしたところで恵与であることに変わりないと考えるため、同概念を批判する。そして、コーズという語を用い、ある条件をコーズであるとすることで恵与ではなく交換的契約とし、不法なコーズにより当該行為全体を無効とすべきことを主張する(149)。

他の学説も同様、動因的かつ決定的なコーズ概念を直接に批判せずとも、ある条件が動因的かつ決定的なコーズであるとされるとき、この定式の意義が当該条件の付された行為を有償行為とすることにあると指摘するものが多い。たとえば、ボドリ＝ラカンティヌリ＆コラン（G.Baudry-Lacantinerie et M.Colin）は、条件が動因的かつ決定的なコーズであるとき、当事者により恵与と称された処分（disposition）は「恵与の外観しか有していない」という。処分者は恵与の意図を有しておらず、恵与と称された行為は、当該条件の対価でしかない。それゆえ、適用されるのは一一七二条だと指摘する(150)。

このように、恵与のコーズを恵与の意図であるとすれば、恵与と称された行為に付された不法条件等が動因的かつ決定的なコーズであった場合、通常、恵与の意図が存在しないため、当該行為を恵与とすることはできないと考えられていた。

もっとも、古典的コーズ論と異なり、とりわけその不法性の局面ではコーズを具体的かつ主観的に把握する新たなコーズ論によれば、恵与に付された条件または負担の実現が目的である場合、恵与と性質決定されたまま当該条件または負担の実現がコーズになりうる。それでは、新コーズ論との関係では、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理がどのように捉えられていたのだろうか。

（三）新コーズ論と動因的かつ決定的なコーズ概念(151)

コーズの把握にあたり当事者の個人的な動機を考慮する場合、恵与のコーズが不法でありうることになる。たとえば、コーズを二元的に捉えるリペール＆ブーランジェは、「〔恵与の〕コーズが単に恵与の意図である場合、それは不法となりえなかった。しかし、授恵する意思（volonté de gratifier）は、抽象的な意思ではない」として、不法または不道徳な動機が恵与の動因的かつ決定的なコーズであった場合、恵与が無効とされなければならないとする(152)。そして、条件や負担の実現が恵与の決定的な動機であった場合には、恵与は不法または不道徳なものとなりうるとし、前掲［仏4］判決、［仏5］判決や後述の［仏12］判決等を挙げ、「判例は民法典九〇〇条の適用をコーズ論により修正した」と評価する。すなわち、リペール＆ブーランジェは、不法条件等が恵与の動因的かつ決定的なコーズであった場合には、「恵与は、不法または不道徳なコーズを有し、その結果、無効とされなければならない」とし、不法なコーズを有する恵与であるために当該恵与が無効であるとする(153)。

また、シムレールも、一部の判例による動因的かつ決定的なコーズの捉え方は、カピタンのコーズ概念と同一であると評価する。もっとも、彼自身の見解はというと、このような判例の動因的かつ決定的なコーズ概念の用い方に懐疑的であることに留意されたい。シムレールは、ある条件が動因的かつ決定的なコーズである場合に民法典一一三一条を適用し、動因的かつ決定的なコーズ概念とコーズ概念とを同視する判例として、次のものを挙げる。

［仏12］破毀院民事部一八八三年七月一七日(154)

【事案】　AとBは、結婚をするにあたり、AがBに対して終身年金（rente annuelle et viagère）として年額一〇〇〇フランを支払う旨の契約を締結した。当該契約には、Aの死後、年金の支払いは遺留分を有する相続人（héritier à

réserve）の負担とすること、および相続財産の自由分（quotité disponible）を遺贈された受遺者は当該負担を免れる旨の条項が置かれていた。同条項を置いたのは、次のような理由による。すなわち、Ａには非嫡出子Ｙがおり、Ａは、一方でＹを包括受遺者に指定し、他方で嫡出子にＢへの恵与をさせようと考えていたのであった。その後、Ａが死亡し、遺言によりＹが遺贈を受けたところ、Ｂは、嫡出子として産まれていたＸの名で、恵与に付された当該条項が不法であるとして、民法典九〇〇条により当該条項を書かれざるものとみなされなければならないこと、およびＹがＢに対する恵与を行うよう請求した。これに対して、Ｙは、適用されるべきは九〇〇条ではなく一一七二条であり、恵与が無効とされなければならないと主張した。

控訴院は、民法典九〇〇条が、条件がどのように表明されているとしても、また、贈与者の意思がどのようなものであっても、あらゆる条件に適用されるものであることから、同条を適用し、不法な条項のみを書かれざるものとみなして恵与そのものを存続させた。これに対して、Ｙが破毀申立てをした。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、一般論として、次のように判示した。一方で、民法典九〇〇条によれば、法律に反する諸条件は書かれざるものとみなされると規定されている。恵与者がある条件に恵与を従属させることを表明していた場合であっても、それを例外とすることはできない。他方で、不法な条件が決定的なコーズであった、そして処分（disposition）の目的であった場合には事情が異なり、適法なコーズの不存在により一一三一条が適用され債務からあらゆる効果が取り除かれる。

もっとも、破毀院は、本件事案のもとでは、Ｙにより、当該恵与がＡのＢに対する慈善（bienfaisance）とは異なるコーズを有していたことが主張されていないことから、控訴院は民法典九〇〇条を正当に適用したと判示した。

同判決は、一般論として、一方で、恵与に不法条件等が付されていた場合には民法典九〇〇条の適用により当該条件が書かれざるものとみなされることを認め、他方で、当該不法条件等が行為のコーズであるとされる場合には、コーズに関する規定である一一三一条ないし一一三三条の適用を認めた。シムレールは、同判決によれば、適用条文として民法典一一三一条が挙げられていることからも明らかであるように、動因的かつ決定的なコーズとは、まさにカピタンのコーズ論におけるコーズのことであり、両者は同視されているという(155)。

このように、コーズを当事者の個人的な目的であると捉えた場合、ある行為が恵与と性質決定されながら、それに付された条件等の実現がコーズとなりうる。そして、当該条件が不法なものであった場合には不法なコーズとなる。そこで学説は、ある行為を恵与と性質決定しながらも、コーズ論により、民法典九〇〇条の適用を回避して恵与全体の無効を導くことが可能だとしたのであった。

それでは、ある条件が動因的かつ決定的なコーズではないことは、何を意味しているのだろうか。一部無効が理論化される前の学説の多くは、民法典九〇〇条の存在ゆえに、その意義を突きつめて考えていなかったように思われる(156)。実際、学説は、コーズにより恵与全体の無効を認める判例法理が登場したことで、九〇〇条が単に当事者の意思を推定した規定にすぎないと考えたかつての見解を判例が採用したとは考えなかった。たとえば、プラニオル（M.Planiol）は、前掲［仏5］、［仏12］判決を挙げ、たとえ譲与者が恵与の効果を条件の成就に従属させることを表明していたとしても条件のみが書かれざるものとみなされる場合があることを指摘する(157)。また、ブダン（Ch.Beudant）は、一方で、条件が恵与のコーズであった、つまり譲与者が恵与をすることにより達成しようとした目的であれば、一一三一条ないし一一三三条が適用され、他方で、単なる条件であった場合には、九〇〇条が適用されるとする(158)。このように、なぜ九〇〇条により条件のみが書かれざるものとみなされるかを、当事者の意思という観点から説明することはなかった。

それゆえ、これらの学説を踏まえると、判例法理につき、ある不法条件等が動因的かつ決定的なコーズであった場合、つまりそれが恵与者の目的であった場合には、不法なコーズにより恵与全体が無効になること以上に、何らかの意義を見出すことは難しい。なぜなら、第一に、恵与の効果を条件の成就等に従属させることを譲与者が表明していたとしても、それにより動因的かつ決定的なコーズになるのではなかった。第二に、ある条件が動因的かつ決定的なコーズであるというのは当該条件の実現こそが恵与者の目的である場合のことを指し、当事者の意思により恵与全体の無効が課されえた。判例法理およびそれに従う学説からは、たしかに当事者の意思が考慮されてはいるものの、それは不法条件等の実現が恵与者の目的であったかという意味でしかなかった、そして、当事者の意思において決定的ではない場合に、なぜ当該条件のみを無効としてよいかは、民法典九〇〇条の存在ゆえに注視されていなかったように思われる。

（四）民法典九〇〇条の強行法規性を否定する見解

ところで、コーズによる解決をする判例法理および学説に対しては、反論がみられる。たとえばシムレールは、先にみたようにカピタンのコーズ論によれば動因的かつ決定的なコーズ概念をコーズ概念として理解することができると評価しながらも、はたしてコーズ概念に頼る必要があるのか疑問を呈し、判例法理とは異なる自説を展開していく[159]。

シムレールによれば、判例や裁判例には、たしかに一方で、民法典一一三一条ないし一一三三条を適用し恵与全体の無効を認めるものがあるが、他方で、参照条文として九〇〇条を挙げるのみで一一三一条ないし一一三三条を適用しないものもある。そして、後者においては、より明確に、恵与者の意思が参照されており、コーズに頼る必要はないという。たとえば、次の破毀院判決を、民法典一一三一条ないし一一三三条を挙げずに解決をした判例として挙げる。

［仏13］　破毀院予審部一九〇一年五月八日[160]

【事案】　遺言により養護施設（hospice）に遺贈がなされたこと以外、事実関係の詳細は資料からは不明であった。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、無効な諸条件が遺贈を無効に至らしめるのは、唯一、当該諸条件が遺贈の決定的なコーズであった場合だけであり、この観点において、事実審裁判所には、専権的に遺言者の意図を評価する義務があると判示した。そして、控訴院が当該条項を解釈したところ、当該条項は曖昧な表現であって、ある二つの意味で解されうるとして、当該条項を動因的かつ決定的なコーズではないと判示したことを確認した。これらのことから、破毀院は、これにより当該条項が変性させられていなかったとし、破毀申立てにより挙げられた諸条文（民法典九〇〇条、一一三一条、一一三四条および一三一五条）に違反していないとした[161]。

［仏14］　破毀院予審部一九〇五年一一月二〇日[162]

【事案】　一八六五年、ある地方自治体で、公立学校を建設するために寄付金を募っていたところ、Aが公立学校を建設するための土地を寄付することを申し出た。当該土地の贈与には、いくつか条件が付されており、そのなかには、学校の管理を、司教区（diocèse）の聖職者（ordre agrée）が行うというものがあった。その後、一九〇二年に、一八六年一〇月三〇日の法律に基づき知事が公立学校を世俗化したため、当該条件の履行が不可能となった。これを理由に、Aの相続人Xが、当該贈与の撤回（révocation）を求めて訴えた。

控訴院が当該条件がAの動因的かつ決定的なコーズではなかったとしてXの主張を認めなかったため、Xは、破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、一八六五年の行為および事案の状況に基づいた評価により、Aの主要な関心事が学校の建設であった、および学校の宗教的特徴がAにとって副次的なものであったと判断したことを確認した。そして破毀院は、この評価が事実審裁判官の専権事項であるため、控訴院が民法典九〇〇条を適用して当該条項のみを書かれざるものとみなし、贈与を維持することができたと判示した。

［仏13］判決は、無効な条件が動因的かつ決定的なコーズであった場合には遺贈そのものが無効になることを認め、そのために、遺言者の意思が問題とされねばならないと判示した。さらに、［仏14］判決は、動因的かつ決定的なコーズであるか否かという定式を用いることなく、贈与者の意思を問題とした。もっとも、シムレールは、これらの裁判例を挙げ、民法典一一三一条ないし一一三三条を挙げない傾向にあるとして評価するが、私見によれば、九〇〇条が適用された事案であるので、わざわざ一一三一条ないし一一三三条を挙げる必要はなかった事案であったように思われる。

ところで、ここで想起されなければならないのは、民法典九〇〇条の意義である。同条は、アンシャン・レジームへの回帰を防ぐために、不法条件等のみを書かれざるものとみなすことで不法条件等の摘示を促すという趣旨のもとに規定されたものであり、強行法規性を有すると解されていた[163]。しかし、シムレールは、ある不法条件等が動因的かつ決定的なコーズであるとして恵与全体の無効を認めることと九〇〇条の強行法規性とは矛盾する関係にあるとする[164]。九〇〇条の適用によれば当事者の意思が退けられるにもかかわらず、動因的かつ決定的なコーズという当事者の意思の媒介により九〇〇条を退けるからである[165]。そして実際に、前掲［仏13］、［仏14］判決のように一一三一条ないし一一三三条を挙げずに当事者の意思を考慮するのが判例の傾向であると評価し、シムレールは、九〇〇条が強行法規性を失っており、

単に当事者の意思に基づいて無効の範囲が画定されるのだと主張する。[166] それゆえ、コーズ概念を用いる必要もなくなる。そこでシムレールは、恵与と性質決定される場合には、無償の利益を付与する意思がコーズであるとし、それに付された条件または負担がそのための必要条件（condition sine qua non）であったか否かにより無効の範囲が異なるとした。[167] したがって、一方で、一定の場合には有償行為と性質決定して一一七二条により全部無効が言い渡されるべきとするが、他方で、恵与と性質決定される場合であっても、当事者の意思においてある条件が必要条件であったか否かにより、行為全体の無効となるか、または当該条件のみが無効となるかが画定されるとしたのであった。[168]

最後に、シムレールの見解の特徴を、新コーズ論におけるコーズ概念による解決をする見解と比較し明らかにしておこう。

一見すると、コーズ概念を用いた説明とシムレールの説明との違いは、そこまで大きくないようにもみえる。すなわち、いずれの見解においても、当事者の意思においてある不法条件等が決定的なものであったか否かにより、全部無効となるか一部無効となるかが区別されていると思われるからである。しかし、ある条件をコーズにより捉えることができないということ、つまりある条件が決定的ではないということが何を意味するかについては、コーズ概念により恵与の全部無効が認められうることを認める学説では鮮明に現れることはなかった。それは、民法典九〇〇条の存在ゆえ、条件のみを無効とすることに説明を加える必要がなかったためであろう。では、シムレールのいう、ある条件が必要条件ではなかったというのは何を意味するのであろうか。この点については、九〇〇条の強行法規性が失われているとし、当事者の意思を理由に条件のみが無効になることを正当化しようと試みていたこと以外には、先にみたシムレールの主張からは明らかではない。シムレールが当事者の意思が無効の範囲の基準となりうるとすることの意義については、彼の一部無効論の全体を明らかにすることなしには論じえず、次節に先送りされる。

（五）小括

以上が、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理とその意義を探求する諸学説の状況であった。もっとも、これらの検討に入る前に指摘したとおり、多くの体系書では、この判例法理により解決されていた事例が一部無効論の萌芽的事例であったこと、および、そこでは当事者の意思が考慮されていたことの二点が挙げられるのみであった。この判例法理が無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮していることについては、日本の一部無効論の議論を念頭に置くと[169]、当事者が当初意図していなかった契約内容を彼らに押しつけることを正当化するために当事者の意思が考慮されているという印象を受ける。しかし、九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理の意義を検討する諸学説によれば、動因的かつ決定的なコーズ概念を通じて現れていた当事者の意思という要素は、日本の学説が考えているような意義を有するものではなかったといえよう。これまでの学説の議論を整理しながら、その意義を再度、確認していこう。

当初の学説のなかには、動因的かつ決定的なコーズ概念を、古典的コーズ論におけるコーズ論と相いれないものであると指摘し、ある条件が動因的かつ決定的なコーズであるとされるとき、当該条件の付された行為は恵与ではなく、有償行為だと主張するものもあった。しかし、このような主張は、カピタンのコーズ論をはじめとする新コーズ論の台頭により、注目を集めることはなかった。

その後、新コーズ論により、とりわけコーズの不法性の局面において主観的な要素がコーズに取り込まれると、ある不法な条件が動因的かつ決定的なコーズであった、つまり当該条件の実現こそがまさに行為の目的であった場合、恵与と性質決定しながらもそれを不法なコーズであると考えうることになる。そこでは、当事者の具体的な意思という要素は、当該行為におけるコーズとは何かを判断するにあたり考慮されていたのである。民法典九〇〇条の存在ゆえではあるが、当事者に当該条件のない恵与を課すことを正当化するために当事者の意思が考慮されていたわけではなかった。

これに対し、シムレールは、民法典九〇〇条の強行法規性を否定した。それにより、当事者の意思に基づいて無効の範囲が画定されるということが何を意味するのかという問題が顕在化したように思われる。

(104) J.Flour, J.-L.Aubert, E.Savaux, *Droit civil, Les obligations*, tome 1, L'acte juridique,15e éd., Sirey, 2012, n° 358.

(105) J.Flour, J.-L.Aubert, E.Savaux, *op.cit.*, tome 1, L'acte juridique, nos 358 et 359 ; Fr.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, *Les obligations*, 11e éd, Dalloz, 2013, n° 420.

(106) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 40.

(107) 一一七二条「不能の事柄、または良俗に反した、もしくは法律によって禁じられた事柄に関する条件は無効であり、それに依拠する（dépend）合意を無効とする。」

(108) C.A.Orléans, 20 mars 1852, S. 1853, II, 13.

(109) 当時、継伝処分は原則として禁止されていたが（民法典旧八九六条）、継伝義務者を処分者の子とし、継伝指定者を処分者の孫とする継伝処分は許容されていた（旧一〇四八条）。なお、継伝処分につき前掲注（102）も参照されたい。

(110)「虚有権（nue propriété）」とは、虚有権者に対し、ある物を使用し収益する権利は与えないが、処分する権利を与える物権である（中村紘一・新倉修・今関源成『フランス法律用語辞典（第二版）』（三省堂、二〇〇二年）二一三頁（以下、中村＝新倉＝今関『フランス法律用語辞典』と引用する。））。所有権の構造に即して敷衍すると、所有権は、使用、収益、処分の三つの要素から構成される。このうち、使用収益をする権利である用益権が設定された場合、所有権は、処分の権能のみが残ることになる。この処分の権能のみを有する物権が虚有権であり、処分権能を有するため、虚有権は依然として所有権である。

なお、虚有権と対置される用益権について、その利用実態から用益権概念の把握を試みるものとして、齋藤哲志「用益権の法的性質　―終身性と分肢権性」日仏法学二八巻（二〇一五年）四三頁がある。

(111)「自由分」とは、遺留分を有する相続権者がいる場合に、贈与または遺言により自由に処分することができる財産の部分

のことをいう（中村＝新倉＝今関・前掲注（110）『フランス法律用語辞典』二五七頁。）。

（112）民法典九一三条は、一八九六年三月二五日の法律、一九七二年一月三日の法律、二〇〇一年一二月三日の法律、二〇〇五年七月四日の法律、および二〇〇六年六月二三日の法律により、現在に至るまで何度か修正されている。

オルレアン控訴院判決が出された当時の、原始規定である民法典旧九一三条によれば、次のように規定されていた。

旧九一三条［原始規定］「あるいは生存者間でなされた行為（actes entre vifs）により、あるいは遺言（testament）によりなされた恵与は、処分者の死亡時に子が一人いる場合には処分者の財の二分の一を、子が二人いる場合には〔処分者の財の〕三分の一を、子が三人またはそれ以上いる場合には〔処分者の財の〕四分の一を超えることができない。」

（113）旧一一三〇条「第一項　将来の物も債務の目的（objet）となりうる。

第二項　しかし、たとえ相続に係る者の同意を伴うとしても、まだ開始されていない相続を放棄することも、このような相続についていかなる約定をすることもできない。」

なお、現行の民法典一一三〇条は、二〇〇六年六月二三日の法律により修正され、法律で規定された諸条件に従う場合には、まだ開始されていない相続の放棄等が可能である旨を規定する。

（114）Cass.req., 12 novembre 1867, D.P. 1869. I . 528.

（115）後見の計算（le compte de tutelle）とは、未成年者または成年被後見人の後見人が各年および後見終了時に行わなければならない管理勘定（compte de gestion）のことである（Association Henri Capitant, *op.cit.*, *Vocaburaire juridique*, v°. Compte de tutelle.）。

（116）Cass.req., 21 décembre 1869, S. 1870, I, 130 ; D.P. 1870, I, 308.

（117）たとえば、J.Ghestin, *op.cit.*, *Le contrat : formation*, n° 887.

なお、学説によれば、あらゆる負担付き贈与が有償行為と性質決定されるわけではない。この問題につき詳細な検討をするデュペイルー（J.-J.Dupeyroux）の見解をみてみよう（J.-J.Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, LGDJ, 1955, pp.197 et 198.）。

デュペイルーは、まず、有償行為と無償行為とをどのように区別するかにつき次のように主張する（なお、デュペイルーは、これまで有償行為と無償行為との区別の基準として挙げられていた、行為者の主観的な意図という基準、および、客観的または主観的均衡（équivalence）という基準につきそれぞれ批判を展開しているが、本稿ではその詳細に立ち入らない。デュペイルーにより展開された批判の内容については、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、一九九七年）九四頁以下を参照されたい。）

デュペイルーは、有償行為と無償行為との区別の基準を考察するにあたり、判例を重視した。そして、贈与に付されていた負担には、それが受益者の利益になる場合と、贈与者または第三者の利益になる場合とがあり、判例は前者を無償行為とし、後者を有償行為であるとする傾向にあるとして、これらを説明しうる基準とは何かを思考した（J.-J.Dupeyroux, *op.cit.*, thèse, n° 125 et Conclusion sur le fondement de la distinction entre titre gratuit et titre onéreux (p.159)）。デュペイルーによれば、受益者の利益となる負担と贈与者または第三者に排他的に利益となる負担とを区別する基準は、意図的な損害（préjudice）、つまり、犠牲（sacrifice）にあるという。この犠牲とは、金銭的な評価が可能である必要はない。贈与に付された負担がそれを行う者にどんな犠牲も生ぜしめない場合、この負担によりたとえ贈与者が精神的または物質的な利益を求めていたとしても、当該贈与は無償である。これに対して、ある負担がそれを行う者の犠牲を伴うとき、当該負担の付された行為は有償である。このように犠牲という基準から、ある負担付き贈与が有償行為となるか無償行為となるかを説明した（J.-J.Dupeyroux, *op.cit.*, thèse, Conclusion sur le fondement de la distinction entre titre gratuit et titre onéreux (p.159)）。そして、有償行為と無償行為とは、次のように区別される。一方で、当事者間の相対立する犠牲（sacrifices antagonistes）が客観的または主観的に均衡（équivalence objective ou subjective）している場合には、当該行為は有償である。他方で、当事者の一方に与えられた利益が、客観的にも主観的にも犠牲の代償（compensation）とならない場合には、当該行為は無償である（J.-J.Dupeyroux, *op.cit.*, thèse, Conclusion sur le fondement de la distinction entre titre gratuit et titre onéreux (p.160)）。それゆえ、贈与と称される行為に付された負担が贈与者または第三者の利益になるものであった場合には、この行為を有償行為と性質決定せずに解決をすべきでないと批判を呈したのであった（J.-J.Dupeyroux, *op.cit.*, thèse, n° 182）。

負担付き贈与と有償行為、無償行為との関係については、シムレールもデュペイルーと同様の指摘をする。シムレール

の見解については、後掲本稿注（168）を参照されたい。

（118）Cass.req., 3 juin 1863, D.P. 1863, I, 429 ; S. 1864, I, 269.

なお、同判決については、森山・前掲注（93）「恵与における不法の条件」一〇八頁で検討されており、同判決の訳にあたって参考にした。

（119）九五三条「生存者間の贈与は、それのもとで贈与が行われた条件の不履行を事由として、忘恩（ingratitude）を事由として、および子の事後出生（survenance）を事由としてしか、撤回されえない。」

［筆者注：二〇〇六年六月二三日の法律によって、同条が置かれた章の名称が「生存者間の贈与および遺贈」から「恵与」へと変更されたが、条文の文言は改正されていない。］

（120）贈与分割とは、尊属が卑属に対して行う財産の分割と無償処分とを不可分の形で含む行為である尊属分割（partages d'ascendants）の一種であり、尊属が、卑属や推定相続人に対して財産の贈与および分割を行うことである（Association Henri Capitant, *op.cit.*, *Vocabuaire juridique*, v° Donation-partage. なお、尊属分割については、参照、原田純孝「相続・贈与遺贈および夫婦財産制 ―家族財産法」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六年）二八一頁°）。

（121）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 41.

（122）Cass.civ., 7 juillet 1868, S.1868, I, 435; D.P. 1868, I, 446.

（123）九一〇条［原始規定］「施療院、市町村の貧困者または公益に属する諸施設のための、生存者間の、もしくは遺言による処分は、それらが国王のオルドナンスによって許可された場合にのみ効力を有する。」

一一三一条［再掲］「コーズがない債務、または虚偽のコーズもしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

一一七二条［再掲］「不能の事柄、または良俗に反した、もしくは法律によって禁じられた事柄に関する条件は無効であり、それに依拠する（dépend）合意を無効とする。」

（124）C.A.Dijon, 7 decembre 1871, D.P. 1873, II, 177.

（125）これらの条項は、必ず無効であるとされるものではない（Ph.Simler, *op.cit.*, these, n° 47 et 48）°。

第一に、結婚禁止条項は、それが死後の嫉妬のような不当な目的による場合、または不義の子を嫡出子とすることを不

可能ならしめるような有害な帰結に至る場合においてのみ、無効であるとされる。

第二に、譲渡禁止条項は、非譲渡期間が一時的であり、かつ重大な利益により正当化されるものである場合には、有効である。なお、譲渡禁止条項が有効になりうる場合について、今日では民法典九〇〇条の一により明文化されている（後掲本稿注（131）を参照。）。

（126）Cass. req., 8 avril 1913, D.P. 1915, I, 29.

（127）本判決では、当該約定が条件ではなく期限（terme）である旨の破毀申立てもなされた。この点について、破毀院は、それが期限か条件かは事実審裁判官の専権によるものだとし、破毀申立てには理由がないとした。

（128）Cass.civ., 24 octobre 1939, D.H. 1940, p.1 ; S. 1940, I, 32.

（129）「用益権（usufruit）」は、民法典五七八条で、次のように定義される（なお、所有権と用益権、虚有権との関係については、本稿注（110）も参照。）。

五七八条「用益権は、他の者が所有権を有する者を、所有権者自身と同様に、ただし、その本質を保存することを負担として、使用収益する権利である。」

（130）Cass.civ. 1re, 8 novembre 1965, Bull. 1965, I, n° 593 ; D. 1966, Somm., p.33 ; G.P. 1966, I, 55 ; R.T.D.civ. 1966, p.332, obs. R.Savatier.

（131）譲渡禁止条項については、二〇〇六年六月二三日の法律により、民法典九〇〇条の一として、それがいかなる場合に無効となるかが明文化されている。

九〇〇条の一第一項「贈与財産または遺贈財産にかかわる譲渡禁止条項は、それが一時的であり、かつ重大かつ正当な利益によって相当とされる場合でなければ、有効でない。この場合であっても、その条項を相当とした利益が消滅した場合、またはより重要な利益がそれを要求するに至る場合には、受贈者または受遺者には、その財産を処分することを裁判上許可することができる。」

九〇〇条の一に関する検討をした論稿として、石綿はる美「財の譲渡禁止条項についての一考察（一・未完）―フランス民法典九〇〇条の一の検討―」法学七八巻六号（二〇一四年）一頁がある。

(132) Cass.req., 10 novembre 1896, D.P. 1897, I, 51.

(133) Cass.civ., 23 mars 1949, G.P. 1949, I, 281 ; S. 1949, I, 167.

(134) A.Huet, Les atteintes à la liberté nupitale dans les actes juridiques, *R.T.D.civ.* 1967, p.80.

(135) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 47.

(136) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{os} 327 et s.

(137) フランスのコーズ論を扱った日本の研究としては、稲葉彬「フランス契約法におけるCauseの理論」法学新報七九巻二号（一九七二年）八五頁、岸上晴志「契約の目的についての覚書（一）（二）」中京法学一六巻一号（一九八一年）五一頁、同二号（一九八一年）七頁、森山浩江「恵与における『目的』概念 ―コーズ理論を手掛かりに―」九大法学六四号（一九九二年）一頁、小粥太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」早法七〇巻三号（一九九五年）一頁、竹中悟人「契約の成立とコーズ（一）～（八・完）」法協一一六巻一二号（二〇〇九年）一頁、一二七巻一号（二〇一〇年）一頁、同二号（二〇一〇年）一頁、同三号（二〇一〇年）一頁、同四号（二〇一〇年）八二頁、同五号（二〇一〇年）一頁、同六号（二〇一〇年）三七頁、同七号（二〇一〇年）一頁、山代忠邦「契約の性質決定と内容調整（一・未完） ―フランス法における典型契約とコーズの関係を手がかりにして―」法学論叢一七七巻三号（二〇一五年）四九頁などがある。

(138) 民法典一一〇八条によれば、法律行為の有効要件としては、当事者の同意（consentement）、契約を締結する能力、目的（onjet）、適法なコーズの四つが挙げられる。一一〇八条の規定については、本稿注（33）を参照。

(139) Fr.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, *oo.cit.*, n° 332.

(140) J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit.*, tome 1, L'acte juridique, n° 253.

(141) コーズ論については今日でも議論が展開されており、古典的コーズ論と、カピタンらを中心に主張された新コーズ論という対比では、フランスのコーズ論を正確に把握することはできないであろう。しかし、民法典九〇〇条の厳格な適用の判例による回避という点でいえば、問題となるのがコーズの不法性であることもあり（ただし、恵与と称される行為の有償行為化を主張する学説のなかには、コーズと性質決定との関連性を指摘するものがあるが、ここでは、コーズの不法性

が問題となっているわけではない。）、この限りで、古典的コーズ論、新コーズ論との対比により学説を把握することが許されよう。

(142) 古典的コーズ論については、小粥・前掲注（137）「フランス契約法におけるコーズの理論」五二頁、竹中・前掲注（137）「契約の成立とコーズ（一）」二五頁などが詳しい。

(143) アンチ・コーザリストの代表的な論者として知られるのは、プラニオル（M.Planiol）である（M.Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 8e éd., LGDJ, 1921, n^{os} 1037 et s ; M.Planiol et G.Ripert, *Traité élémentaire de droit civil français*, tome 6, obligation, LGDJ, 1930, n^{o} 260.）。プラニオルは、双務契約において両当事者の債務が同時に発生する場合、一方の債務が他方の債務のコーズであるということは不可能であることや、他の概念により代替可能である（たとえば、双務契約におけるコーズの不存在、不法性は、それぞれ目的（objet）の不存在、不法性で説明可能だとする。）ことなどを理由に、コーズ概念を批判した。

(144) H.Capitant, *De la cause des obligations*, 3e éd., Dalloz, 1927.

(145) Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, 2009, n^{os} 621 et s.

(146) Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n^{os} 619 et s.

(147) J.Dabin, *La théorie de la cause, Article 1131-1133 du Code civil : Etude d'histoire et de jurisprudence*, thèse, Bruxelles, 1919, n^{os} 237 et 238 ; G.Ripert et J.Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, refondu et complete*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1951, n^{o} 3523 ; G.Baudry-Lacantinerie et M.Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, 3e éd., Librairie de la société du Recueil général des lois et arrêts, 1905, n^{o} 110.

(148) J.Dabin, *op.cit.*, thèse, n^{os} 237 et 238.

(149) J.Dabin, *op.cit.*, thèse, n^{os} 236 et s.

(150) G.Baudry-Lacantinerie et M.Colin, *op.cit., Des donations entre vifs et des testaments*, tome 1, n^{os} 110 et s.

そのほか、同旨の主著をする著名な学説として、参照、E.Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœur*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1887, p.387.

(151) 竹中・前掲注（137）「契約の成立とコーズ（一）」三二頁以下が、カピタンのコーズ論と負担付き贈与との関係について

詳細な分析を行っている。

また、竹中・前掲注（137）「契約の成立とコーズ（三）」三八頁以下は、無償契約におけるコーズを「経済的均衡の欲された欠如」とするモーリー（J.Maury）の見解との関係で、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理（もっとも、モーリーが想定している判例法理は、負担付き贈与の場合には当該行為を有償契約として性質決定し、一一七二条を適用するというものである。）について触れる。モーリーは、判例による恵与と称される行為が無償行為と性質決定されるか有償行為と性質決定とされるかの判断の分かれ目が当該条項を決定的なものであると考えていたかという処分者の意思であると評価する。そしてこの判断枠組みに対して、処分者の意思に対して過大な位置づけを与え、裁判官の判断を恣意的なものとすると批判する。そこでモーリーは、上記判断枠組みに代わる基準として、「経済的均衡の有無」によって区別を図ることを提唱したのであった。

（152）G.Ripert et J.Boulanger, *op.cit.*, tome 3, n^{os} 3521 et 3523.

（153）G.Ripert et J.Boulanger, *op.cit.*, tome 3, n^{os} 3525 et 3541.

（154）Cass.civ., 17 juillet 1883, S. 1884, I. 305, note J.-E.Labbé.

（155）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{o} 266.

（156）今日では、多様な解釈が存在する。たとえば、本文で指摘するように民法典九〇〇条の強行法規性を否定する学説もあれば、不法条件等が動因的かつ決定的なコーズであるか否かの違いは、恵与者の意思の考慮というよりも公序の考慮により評価されていると指摘する学説もある（H.et L.Mazeaud, J.Mazeaud et Fr.Chabas, *op.cit.*, tome 4, Successions-Libéralités, n^{o} 1398.）。

（157）M.Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, 9^{e} éd., LGDJ, 1924, n^{o} 3037.

（158）Ch.Beudant, *Cours de droit civil français*, tome VI, Les donations entre vifs et les testaments, 2^{e} éd., Rousseau & C^{ie}, 1934, n^{o} 50.

（159）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{o} 264.

（160）Cass.req., 8 mai 1901, D.P. 1902, I. 220.

（161）一一三四条第一項「適法に形成された合意は、それを行った者に対して法律に代わる。」

一三一五条「第一項　債務の履行を要求する者は、その債務を証明しなければならない。第二項　同様に、解放を主張する者は、弁済または債務の消滅をもたらした事実を証明しなければならない。」

(162) Cass.req., 20 novembre 1905, S. 1906, I, 171.

(163) 詳しくは、前述の第一章第一節第二款を参照されたい。

(164) このような指摘は、古典的コーズ論のもとでも指摘されていた。たとえば、バルタン（E.Bartin）は、「〔諸判決は、〕この条文〔民法典九〇〇条〕が強行法規（un texte impératif）であること、つまり譲与者が形式上この条文の適用を除外し、回避することができないことを認める。次いで、その異常さがわれわれにさらなる論証〔の必要性〕を与える矛盾により、諸判決は、〔譲与者の〕黙示の意思に従い、彼の思考においては、彼が付した条件でしか生命を得ない恵与を、決して維持しない〔条件なしではなされなかった恵与を無効とする〕」とし、民法典九〇〇条と判例法理との矛盾を指摘していた（E.Bartin, *op.cit.*, thèse, p.360.）。もっとも、バルタンは古典的コーズ論に依拠して議論を展開していた、つまり、恵与のコーズを恵与の意図であると考えていたため（E.Bartin, *op.cit.*, thèse, p.387.）、バルタンの問題提起は、その後の学説の注目を集めることはなかったとされる（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 268.）。

(165) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 268.

(166) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{os} 268 et 279.

(167) Ph.Simler. *op.cit.*, thèse, n° 270.

(168) シムレールが具体的にいかなる行為を有償行為と性質決定されるべきだと主張していたかは、次のとおりである（Ph. Simler, *op.cit.*, thèse, n^{os} 273 et s. 同旨の主張をする著名な学説として、参照：J.-J.Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, LGDJ. 1955, pp.197 et 198 ; J.Ghestin, *op.cit., Le contrat : formation*, n° 887. なお、デュペイルーの見解につき、本稿・前掲注（117）も参照。）。

カピタンのコーズ論によれば、古典的コーズ論のように抽象的にコーズが把握されるのではなく、贈与と性質決定された行為の真の目的（but）が何かが問題となる。それゆえ、たとえば内縁の夫婦間でなされた贈与について、コーズが恵与の意図にある場合には、コーズは正当なものであるため、当該贈与は有効である。これに対して、当事者により探究された目的が不貞関係の獲得または維持である場合には、コーズが不法なものであるため、当該贈与は無効である（なお、近年、

不貞関係の相手方に対してなされた遺贈を、良俗に反して無効となるとはしなかった破毀院大法廷二〇〇四年一〇月二九日（Bull.civ. ass.plén. 29 octobre 2004, D. 2004, p.3175.）が出ていることに注意が必要である。同判決については、森山浩江「不貞関係の相手方に対する遺贈の効力」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、二〇一二年）一一五頁が検討を行っている。）。ここで、シムレールは、後者の例につき、問題とされる行為が実際には取引（marché）ではないかと問う。しかしながら、裁判所は、性質決定の問題を取り上げない。この理由につき、シムレールは、当事者により恵与と称された行為を有償行為と性質決定するか無償行為と性質決定するかにかかわらず、最終的な解決が同じであるからだという。これに対して、同様の問題は負担や条件の付された場合にも当てはまるが、このとき、性質決定の問題が、民法典九〇〇条の適用の問題となるか、一一七二条の適用の問題となるかという違いを生じさせることになると指摘する（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 274）。

そして、負担または条件から利益を受ける者が、受贈者自身か、贈与者または第三者かにより、区別する必要があるとし、次のようにいう。まず、非常に稀ではあるがある条件が贈与者または第三者の利益にならない場合があり、このとき、シムレールは、ある条件または負担の実現が贈与者にとってコーズであるとしても、なお贈与と性質決定しうるとする。たとえば、贈与者が受贈者に対して贈与した物をある特定の方法により利用させる旨の条件または負担を課す場合である。このとき、この条件または負担が贈与者の目的であった場合には、それが贈与のコーズであるものの、当該行為は無償である。その理由につき、贈与者がある自治体に対し、学校や病院を建てるという負担付きで金銭等を贈与するという事案を例に説明する。贈与に付された学校や病院の建設という負担が贈与者の目的であり、当該負担がコーズであっても、自治体は無償で資産を増やしており、当該行為は贈与である。贈与者自身が学校や病院を建てた後に贈与する場合を想定すれば結果が同じであることを踏まえれば、この帰結は納得しうるものであるとする（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 274）。これに対して、ある条件や負担が贈与者または第三者の利益になるとき、当該負担等は反対給付となる。このとき、贈与と性質決定をしながら条件または負担を動因的かつ決定的なコーズとすることは矛盾しているとし、適用されるべきは一一七二条だという（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 274）。

（169）日本の議論状況については、本稿（一）序章第一節を参照。また、フランスの伝統的な一部無効論は、統一的な一部無効論の形成にあたって、当事者の意思を、「ある当事者が無効事由の存する一部なくして契約を締結したであろうか」とい

う、一方当事者の仮定的な意思として捉えるようになっていく。このような把握に至る過程については、本章第二節で明らかにしていく。

第四款　本節のまとめ

本節においては、一部無効の萌芽的事例とされる、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避するための判例法理を中心にみてきた。

民法典九〇〇条は、恵与に不法条件等が付されていた場合において、当該条件を書かれざるものとみなす旨を規定する。同条の存在にもかかわらず、フランス法上、無効の範囲という意識が民法典制定当時になかったのは、古典的無効論の影響のほか、九〇〇条の意義がアンシャン・レジームへの復帰へと至らしめる条件を否定するという非常に政策的な意図を帯びたものであったという理由があった。

その政策的な必要性が次第に薄れていき、恵与においても、判例により全部無効が認められるようになった。もっとも、不法条件等の存するあらゆる恵与が全部無効とされたのではなかった。判例によれば、不法条件等が、恵与者にとって「動因的かつ決定的なコーズ」であったか否かにより、恵与とされる行為が全部無効となるか、当該条件のみが書かれざるものとみなされるかが決せられた。

この動因的かつ決定的なコーズ概念の意義をめぐって展開された学説の議論を踏まえると、恵与に不法な条件等が付されていた場合において、無効の範囲を画定するにあたり考慮される当事者の意思の位置づけを、次のように評価することが許されよう。

すなわち、学説の議論からは、先の判例法理が用いる動因的かつ決定的なコーズという概念を通じて考慮される当事者の意思とは、コーズとは何かを評価するにあたり考慮された当事者の具体的な目的であった。それゆえ、この判例法理において、無効の範囲を画定するにあたり「当事者の意思が考慮される」といわれるとき、それは、「無効原因の存する一部を除いた部分であっても当事者がその修正された内容で締結したであろう」という意味ではなかったように思われる。このことは、日本の一部無効論に関する議論や後に検討するフランスの伝統的な一部無効論との関係、また、一部無効の本質と当事者の意思との関係という本稿の中心的課題にとって、重要な意味を有する。もっとも、恵与とされる行為に不法条件等が付されており、かつ、当該条件が動因的かつ決定的コーズではない場合に、なぜ条件のみが無効とされるかについて、フランスでは、九〇〇条の存在ゆえに突きつめて考えられることがなかった点に留意しなければならない。フランスに特殊な事情として、フランス民法典には九〇〇条の規定があることから、恵与についての全部無効の可能性が模索されたのであり、「ある不法な条件のみをなぜ取り除けるのか」という問題意識は、一部無効論の萌芽とされる事例では生じていなかったといえよう。

しかし、シムレールは、民法典九〇〇条の強行法規性を否定した。それにより、当事者の意思により契約の一部の無効が課されるのはなぜかという問いに答える必要が生じた。シムレールは、恵与以外の事例においても無効の範囲が問題となっていること、そして当事者の意思が無効の範囲を画定する原則的な基準であることを指摘し、なぜ当事者の意思が基準となるかを説明する。彼によれば無効の範囲の画定にあたり考慮される当事者の意思の内実が何であり、いかなる役割が担わされていたかは、彼の一部無効論の全体を検討しなければ明らかにならない。そこで次節では、シムレールの見解を中心に検討をし、伝統的な一部無効論において当事者の意思が果たした役割を明らかにしていこう。

〔未完〕

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一五年三月二五日授与）「一部無効の本質と射程　――一部無効論における当事者の意思の意義を通じて――」に加筆・修正をしたものである。

講　演

補償の政治領域

―― The Political Field of Reparations ――

ジョン・トーピー（講演）
［John TORPEY］
吉田　邦彦（監訳）
角本　和理（訳）

一．はじめに

第二次世界大戦におけるヨーロッパ系ユダヤ人の大量虐殺に関して、補償が支払われ、膨大な記憶構築〔事件に関する多数の証言の集積など〕の結果を機縁に、近年、「過去と折り合いをつける」という課題が、ヨリ望ましく民主的な政治的・社会的関係形成への進歩のための決定的な要素であるとされるに至っている。この、「過去との対話」に向けての広範な潮流と対応して、過去に国家などに不法に侵害されたものに対する「補償」（reparations）[1]がなされるべきであるという期待が広く共有されるようになってきている。

二〇世紀のヨーロッパの歴史や一般的な外交問題に詳しい者にとって、ここで「補償」の語の使用が新奇な試みであることは直ちに明らかとなるだろう。せいぜいここ二十年より前には、国際紛争において補償の語は、ある国が紛争・戦争で生じた損害の賠償として他の国に対して支払わなければならない義務〔注：傍点訳者〕として言及された〔にすぎない〕。〔一方で、〕この用語の現代的な使用法は、人々の（基本的）人権の蹂躙を修復する努力の意味であり、それが全く新しいもので、それはまた、人間的な社会生活についての考え方の重要な変化を反映してもいる。

以下では、人権侵害の〔被害者個人に対する〕補償の要求の今日における普及と、その要求が含意するものについて考察し、さらにこの新たな展開の諸要因を探求する。本稿の主たる主張は、人権侵害に対する〔現代的な意味での〕補償の期待の出現は、第二次大戦後の国際問題の法化、つまり、国際的な政治問題が法的問題に段々と変容することから生じているということである。そしてその「法化」の意味は広く理解されなければならず、単に法的な舞台を厳密に指すのみならず、準司法的な機構のほとんど全てを含めており、例えば、真実和解委員会、争いがある事実を確証する歴史法廷、国際刑事裁判所などにも及ぼしている。国際問題の法化の分析において、私は、マイケル・マンが明らかに

した[1]〟社会的力（social power）〟の四つの領域に即して法化の発展を考察する。その四つの領域とは、思想的（ideological）、経済的（economic）、軍事的（military）、政治的（political）領域である。そして最後に、広い意味での補償要求や人権実現に関して、我々が向かうところを示して、本稿を締めくくる。

二　人権蹂躙補償というアイデアの制度化

〔人権侵害に対する〕「補償」のアイデアの現代的普及は、多くの地域で進行し、とくに中国における〝08憲章[ii]〟でさえも反映されていることからも窺える。それは、二〇〇八年に中国のリベラルな団体によって伝播された文書で、「法の支配」に統治されたヨリ民主的な政治秩序のための多くの要求を提出するものである。08憲章は、そのほかの場合でもなじみある言葉で、「関係和解における真実」を要求している。

> 我々は、過去の政治運動における政治的スティグマに苛まれたり、思想や言論や信条の故に犯罪者としてラベリングされたりした者たち及びその家族の名誉回復をしなければならない。国家はこれらの人々に補償をしなければならない……。過去の不正義や虐殺・非道についての事実を発見し、その責任を決定し、正義を追求し、それに基づいて、社会的な関係和解を求める責任を負った「真実調査委員会」が必要である[2]。

明らかに、これらはすべて、いわゆる大躍進政策の間に起きた世界史上おそらく最も酷い飢饉や、文化大革命に伴う残虐行為、一九八九年の天安門事件によって引き起こされた殺戮や逮捕監禁を踏まえたものであり、現代の中国におい

てはかなり急進的な要求である。とはいえ、過去と折り合いをつけるという要求は、民主主義国家においても必ずしも常に成功してきたわけではないけれども、それを合理的に期待できるのは民主主義においてだけである。つまり、これらの要求は中国では近いうちには達成されそうにはない。

中国の08憲章における、過去と折り合いをつけるための要求の様々な要素は、国連の「人権侵害の被害者に対する「補償」（reparation）の定義――それは、「金銭賠償」（reparations）の意味ではない――がいくつかの異なった次元をもっていることを思い起こさせる。数年にわたる議論の末二〇〇五年一二月に採択された、「重大な国際人権法違反および深刻な国際人道法違反の被害者のための救済と補償を受ける権利についての基本原則及びガイドライン」（The Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law）[iii]（以下、ガイドラインとする）[3]は、これらの悪事の被害者は以下のような方式の「補償」の権利を有するべきであるとしている。

・原状回復［restitution］
・賠償［compensation］
・社会復帰・リハビリテーション［rehabilitation］
・満足［satisfaction］
・（不正義の）繰り返しの防止の保証［guarantees of non-repetition］

これらのうち二つしか経済的（金銭的）な考慮に関わっていないことに我々は留意しなければならず、そのうちの「原

状回復」ですら、国連が定義したものとしても、金銭とは比較的関連がない。「原状回復」という用語は、ガイドラインにおいては、「自由・人権の享有・アイデンティティ・家族生活・市民権（公民権）の原状回復、居住地への帰還、仕事への復帰、そして財産の返還」として定義されているのである。また、「リハビリテーション」は主に必要な医学的、法的、社会的なサービスの提供に言及しており、「繰り返しの防止」は、攻撃の回帰的発生を抑える制度的な変革に言及する。さらに「満足」という、より理解しづらい観念は、不正義の背後の事実の証明や開示、不正の犠牲者名を明らかにし、謝罪、そして犠牲者の供養など、様々な手段を意味する。従って、真実委員会は、過去と折り合いをつけるために好まれる牽引車であるので、「満足」の範疇に概して位置するだろう。同委員会は過去と折り合いをつけ、過去の不正義に対する補償を為すための象徴的な地位を呈するようになってきており、世界各地に波及してきた[4]。合衆国においては、近年の（現在進行中の）金融危機による経済的な危害に注意を喚起する真実委員会の創設が宗教的指導者によって試みられているのである。

つまり、「補償」の語は、（そのスペルが、単数形（reparation）であれ、複数形（reparations）であれ、）国際法や人権の用語法において様々な意味を持っており、金銭賠償に関係のある部分は比較的小さいのである。この事実は、補償請求する者が、しばしば「お金の問題ではない」ということにも対応している。このような者にとっては、非経済的な補償で十分なのである。しかしながら、「補償」の語は従来のいくつかの過去の悪行に対する、金銭賠償と広く結び付けて理解されることも確かである。とくに合衆国では、「奴隷制補償」がある種の金銭的補償を伴うものと一般に考えられているから、そういえるであろう。真に、アフリカ系アメリカ人のための補償の擁護者は、主として奴隷制や人種差別の経済的な結果に焦点を合わせてきた（傍点訳者）。そしてそれ故に、彼らは、今日のアメリカで経済的に最も不利な立場にある黒人たちの状況を改善する、補償の在り方に注視してきた。〔だから〕この運動は補償の非経済的な

側面とはほとんど関係がない。〔しかし、〕こうした事例は、補償請求のヨリ広い領域の場面、例えば、国家やその他の主体から危害を加えられたため、被害生存者がそれらの主体に対して、改善を求めるような補償請求から見れば、例外的なものなのである。ガイドラインの言及する「補償」は、主として非人道的な扱いを受けてなお生存している犠牲者のためのそれを意味しており、比較的前に死んだ先祖になされた悪行の賠償を求める子孫のためのそれを意味していない。しかし、奴隷補償のケースは、非道な過去が今現在においてなお持続しているといえることを反映しているとも言える。(iv) 最近の、サウスキャロライナにおける人種差別主義者による九名の黒人礼拝者の殺害と、(v) （黒人差別の象徴とされた）南部連合の旗の拒絶の波は、奴隷制の過去がアメリカ人の生活に忍び込んでいることを不幸にも思い出させてくれる。この悲劇の余波の最中において、あるコメンテイターが次のように提案した。(5) 国を癒すにはシンプルな謝罪ではなかなかこの国（アメリカ合衆国）の傷を癒すには程遠いとした。確かに、謝罪は悪くはないが、アメリカの生活において奴隷制が作った――そして今なお作り続けている――傷を元通りにすることができるまでには、まだ道のりは長いといえるだろう。

三　国際問題の法化とその諸要因

これらすべての補償の議論はどこからやってくるのか。補償の要求を生む文脈は様々だけれど、それらはすべて政治生活を法的方式に変容させるという共通の傾向の反映でもある。この傾向はおそらく、アレクシス・ド・トクヴィル（Alexis de Tocqueville）のアメリカの生活に関する有名な旅行記によってはじめて明らかにされた。彼の古典的研究『アメリカの民主政治』の第一巻において、トクヴィルは以下のように書いている。「合衆国には、遅かれ早かれ司法の問

題として解決されない政治的な問題はおおよそない。[6]」このことは、トクヴィルがこれを書いた当時の合衆国においては真実だったかもしれないが、その潮流は世界のその他の国々においては、第二次世界大戦後、国連及びその準政府的な（quasi-governmental）組織の創設や、とくに冷戦の終焉以降まで、地歩を固めることはなかった。しかし、それ以降、この潮流は非常に迅速に広まった。法学者であるキャレン・オルター（Karen Alter）によると、一九八九年には六の常設国際裁判所があるに過ぎなかったが、現在では二五を超える裁判所が、全体として二万七千以上の法的決定を下している。[7]例えば、特別国際法廷は最近、リベリアの大統領であるチャールズ・テーラー（Charles Taylor）[vi]に対して、一九九〇年代のシエラ・レオネにおける残忍な軍事行動によって戦争犯罪や人道に対する罪を犯したとして、有罪判決を下した。一九九〇年代のボスニアにおける残虐行為について責任のある者たちや、ダルフールの残虐行為に対するスーダンの指導者オマル・バシャル（Omar Bashir）など、指導的な戦争犯罪者の起訴は多くなされているが、テーラーはこのような犯罪について有罪判決を受けた最初の国家元首である。これらは、様々な国際問題の法化の現象の一つである。明らかに、こうした事例は、国際裁判所や犯罪法廷、国際行政裁判所などといった名前を挙げれば、こうしたリストは膨大なものになる。

それでは、どのようにして法化のプロセスは起きたのか。本稿ではいくつかの要因について考察したい。それは、思想的、経済的、軍事的、政治的な要因に分けられる。

三－一　思想的要因

一八九八年、社会学者エミール・デュルケーム（Emile Durkheim）は、ドレフュス事件[vii]に関する文脈において、「個

人信仰」（cult of the individual）が近代社会に出現したと述べた。この点、彼は、その同胞であるトクヴィルがアメリカの共通善を台無しにする力として恐れた「個人主義」（individualism）に言及したのに対して、個人を個人として人間賞揚する、そのような個人信仰に言及したのであった。「人の生や自由、名誉に対して、人生を賭す者は、個人崇拝者がその偶像が冒涜されるときに経験するのと同様の恐怖感をわれわれに植え付ける」とデュルケームは書いている。[8] 確かに、アメリカにおける個人主義の問題に関するトクヴィルの懸念[9]にもかかわらず、デュルケームもまた、社会的組織の伝統的な形式からの、ヨリ自律的な個人が突き抜けることにより、新しい類型の人間連帯に繋がるだろうことを見て取った。この新たな連帯意識には、封建制度下のように個人に対する忠誠はあまりなく、人間性全般に対する誠実さが見受けられるとする。この新種の連帯概念は、普遍的な人間の救済というキリスト教徒の考えの世俗化した形態としてみる見解はありうるし、確かにそれは支持できる。いずれにせよ、この個人信仰というアイデアには、個人の神聖化および自身の人格は守られるという観念が必然的に伴った。換言するならば、それは人権思想を必然的に伴ったのである。

人権思想は、フランス革命及び人権宣言〔人間と市民の権利の宣言〕の心臓部であり、ここから、フランス人の権利や人間一般の権利は同時に一つの文書で宣言できるとする。しかし、第二次世界大戦におけるヨーロッパの経験をもとに、ハンナ・アーレント（Hannah Arendt）は、人権は国家法により保護実施されないかぎり存在しないものであることを示した。しかし同時に、人権侵害や人道に対する罪も、それらの行為がある所与の国家の境界内でなされる限り罰せられないことが、しばしば起きることもまた真実であると指摘した。[10] いくつかの国家は、国境内の人権の価値を強調し、その国境外の価値については、少なくとも言葉の上では肯定する。しかし、国家は常に偏狭な利害関係を持っている。

国家間の特定の利害関係を超越するために存在するようになったのは、国連といった政府間の準国家的なもの（quasi-states）や、順を追って形成されてきた、「ソフトロー（soft law）」[(viii)]としてとくに知られているものを奨励する準司法的

（quasi-judicial）な機構である。ソフトローはたいてい、個人の取扱いや幸福に関する問題の望ましい状態についての非強制的な声明や原則を指している。人権蹂躙に対する補償のガイドラインもこのような声明である。これらのものが問題の望ましい状態をもたらすためにできることは多くはないが、それに従わないものを強く非難する基準を構築する。しかし、これらの声明や原則は今日の国際的世論の思潮の重要な部分を構成する。国連の議席につく国の指導者としては、普通は、民主主義の規範、法の支配、人権の尊重への支持を前提条件とする国際社会の善い地位にあるメンバーの一員であると見られることを望む。そして、現在と将来を人権達成のための唯一の適切な期間であるとみる者もいる反面で、多くの者は、過去を現在の不平等や不正義の起源とし、遠い過去の悪事の救済として現在を改善しようと考えるようになっている。このことから、これらの一見区別される時間的差異は混ざり合うようになり、その区分は難しいものとなるが、それにより、人によっては長らく忘れられていた事件についての救済要求を行う扉が開かれることにもなる。

三―二　経済的要因

人権思想と補償を促進する、経済的に起こった重要な変化は、工業が支配的であった時代から脱工業社会（post-industrial society）[ix]へと推移したことであった。工業社会（industrial society）では、とくにその「フォーディスト（Fordist）」[x]のそれでは、たくさんの交替可能な人員が詰め込まれた巨大な工場の創設を伴った。従って、労使闘争は通例、賃金や労働環境等に異議を唱える大勢の労働者をまとめ上げる、労働組合の形式をとった。ソヴィエト型の社会も、労働市場の排除にもかかわらず、おおよそこの組織の基本的な枠組に従っており、児童の保育から墓場の準備まで、多様な労働者のニーズに対応する巨大産業結合によって、工業社会の典型例となった。〔しかし〕一九八九年までには、この「フォー

ディスト」モデルは、ちょっとしたアイデア商品が人々の生活様式を変容させる「サービス経済」の挑戦を受けて、葬り去られることとなった。

すなわち、電子・マイクロチップ革命は大量生産経済を圧倒し、少なくとも心理的には、人々はコミュニケーション・センターに変わった。コンピュータ化は、先進諸国世界においては、工場雇用衰退後に広く認められる、個人主義化に向けての動きを強化した。コンピュータやインターネットへの転換は、労働者階級の連帯意識や経済的正義に関する考え方を、顕著に空洞化させることとなった。今や、皆が皆コンサルタントやフリーランサー、企業家である（か、そうであることを期待されるよう）になったようだ。戦後フォーディストとケインズ経済学の社会学的取り決めを支持した中産階級の「黄金時代」[11]は、合衆国やその他の国の事業者団体や保守的シンクタンクによる攻撃を受け、自由市場の原則や実践を望ましいとする、いわゆる「ワシントン・コンセンサス（Washington Consensus）」のグローバルな優勢に繋がった。団体的な労働交渉の協約でかつて可能とされた福祉の享受に換えて、労働者は徐々に先祖返りしていった。〔そして一方では、〕ますます新しいアイデアや新しいデバイス、新しいアプリが富を生むようになった。知的資本をもつこと、およびを重視することが、今日の秩序となった。これらの事情すべてにより、個人はヨリ市場に曝され、ヨリそのサービスに依存させられ、プライベートなニーズですら、それらに依存するようになった[12]。

このような事情を背景として、人権と補償の考え方（過去の悪事の賠償としてのそれ）は、ここ三〇年余りの間教養のあるエリートの感性を支配してきた、広義の「新自由主義（neo-liberal）」と個人主義的な考え方に、対応するものがある。金銭的な補償が目的である限り、歴史的不正義の補償のアイデアは、コミュニティのメンバーシップというよりもむしろ個人の「デザート」（資格、属性）に価値を割り当てる、リーガルな考え方に適合する。それはまた、正義の公共観念よりも、「被害者の権利」志向の個人主義的な正義に向けての規律化の一般的な潮流に調和する[13]。過去の不

正義への補償のアイデアは悪いものであるというわけでは決してなく、国家的な包括的な公民権というよりも、ヨリ薄い市民権概念に向けての一般的な動きの一部として補償現象を捉えうるということなのである。

多くの補償の請求者たちの中には、先住民、海外の植民地主義の被害者、奴隷の子孫といったグループのメンバーも含まれると定義され、かつて彼らを苦しめた者たちから非金銭的なものを求めようとする場合もある。しかし、その場合には金銭は、しばしば修復のための手段として、もし土地が収奪され、人々が殺され、文化が崩壊させられている場合などには、その後始末をするその他の方法がないのである。強制収容された（監禁された）日系アメリカ人たちは第二次大戦中の虐待について、合衆国政府に対して謝罪を要求し（そしてこれを得）たが、彼らはまた、アメリカがこの不正をただすことに真剣であることを明らかにする手段として、一人あたり二万ドルを得たのであった。

三－三　軍事的要因

軍事的な発展に関しては、大規模な徴兵制から、（滅多に使われない）核兵器の威嚇、高度に職業化された奇襲部隊、戦闘の無人化・抽象化（例えば、ドローン[xi]やサイバー戦争[xii]）の結合へという、決定的な変遷が起きた。フランス革命は、「国民皆兵（*levée en masse*）」という、敵対者からその革命を守ることがフランス市民（シトワイヤン）の義務であるという考えを導入した。一般市民から募集され結成された市民軍という考えは、このように、近代の国民国家の一般的考え方となった。しかし、国家間の征服を目指した、大量の兵士による最後の軍事的衝突である第二次世界大戦は、従来型の軍隊の敗北及び先例のない殲滅力をもった核兵器の使用によって終結した。それ以降は、世界は、一方では「核拡散」問題、他方では内戦及びゲリラ戦争に傾注させられることとなった。ベトナム、ユーゴスラビア、ルワンダ、そして広

義の中東地域や北アフリカ地域に至るまで、様々な種類の「国内」戦争の蔓延ゆえに、国家間の戦争は明白に減少した。

世界の先進的な地域では、徴兵制は次々と廃棄され、多くの経済的にゆとりのあるメンバーは、軍隊生活への参加をほとんど想像できないという事態になってきた。他方で、世界の貧しい地域の住民たちは、軍人の略奪や兵役や国際警官への強制徴用に曝されることになった。その結果として、我々が伝統的に知っているタイプの戦争は、貧しく教育を受けてない人々によって担われ、ヨリよい放牧地や、有益な鉱物、密輸ルートの管理、あるいは伝統的な政府戦利品を求めて争われることとなった。戦争や残虐行為は、世界の繁栄している民主国家の人々にとっては、しばしば奇妙で理解しがたいものに見えるようになってきている。〔にもかかわらず、いやだからこそ〕この状況下では、無益な苦難を受けた者に補償がなされるべきであるということは、戦争を遠い昔の野蛮人のすることであると思う人々に対しては言わずもがなであるように思われる。〔そこでは〕戦争や残虐行為がはびこる地域においては、人権侵害の被害者のための補償はなかなか得られないものであるという事実は、必ずしも議論の射程に入ってこない。〔だから〕補償は被害者に得られるものだと期待する者があるかもしれないが、様々の補償プログラムに必要な資力や政治的意思が欠けている場合に、どのように補償が実現されるのかは、明らかというわけではない。

三－四　政治的要因

人権規範のアイデアと過去の犯罪の賠償としての補償のアイデアの普及に際しては、ひとつの主要な政治的要因が、その他の要因を圧倒している。それはすなわち、第二次大戦後の国際問題におけるアメリカ合衆国の地政学的優越性である。イギリスやフランスと違って、戦後の合衆国は、広大な植民地帝国における、かつての宗主国に今後なるだろう

国家に対する植民地の多くの不平という重荷を負わされていなかった。合衆国は特に、最初の（イギリスからの）革命による脱植民地主義国家という自身の遺産に基づいて、世界の脱植民地化を支援することができた。また、合衆国は国際連合の創設に極めて重大な役割を果たし、冷戦構造の出現の影響のもとでジェノサイド（虐殺）の定義を厳密にナチの残虐行為に限定しようとするソヴィエト連邦の努力を拒絶するよう、国連を説得するのを援助した[14]。かくして、R・レムキン（Raphael Lemkin）[xiii]によって概説されたジェノサイドのアイデアは、ソヴィエトが戦後初期の国際問題にもっと影響力を行使したならばありえないほどの注目を集めた。それでもなお、ソヴィエトの挑戦によって、それがない場合に比べて、アメリカは人種的不平等に対する顧慮に真摯に取り組むようになった。市民権や政治的権利の付与によって――通常の意味の補償が余儀なくされるというわけではないものの、――「積極的是正措置（アファーマティブ・アクション）」の措置が議論されるようになったのである[15]。「しかし、」ポスト・ソヴィエト時代となり、アメリカの影響力がさらに高まると、第二次世界大戦やその他の過去の調査を可能とする記録保管所の開設につながり、とくに先の共産主義世界における不快な過去と折り合いをつけるための様々な要求を次々と促した。

人権と補償の請求の普及におけるアメリカの優越性の重要なもう一つの側面は、補償のための国際的な運動家が、世界の他の地域でなされた行為に基づく訴訟に対してアメリカの裁判所が受け付けるのに積極的（好意的）であるという利点を活かしたということである。例えば、「外国人不法行為請求権法（Alien Tort Statute）[xiv]」は、合衆国の裁判所が世界の他の地域でなされた恥ずべき犯罪のための訴訟の審理を行うことを可能にするものであるが、これは、本問題において重要なツールとなった。シェル・オイル社の活動を妨害したことで公訴されたナイジェリアの活動家は、彼らのリーダーであるケン・サロ＝ウィワ（Ken Saro-Wiwa）が一九九〇年代に殺されたときの和解を促進するためにこの法律を利用した[16]。このことは、何も合衆国が人権の記録という点から決して完璧だと言えるわけではなく、他の国々に言

葉の上だけで期待できても、対応できていない場合に、しばしば合衆国が対応することを余儀なくされたと言うわけである。

しかしながら、世界におけるアメリカの影響力は弱くなってきており、合衆国は今や、勢力や吸引力に関する多くの異なった地域的中心を持つ世界に直面している[17]。この変動する現実を反映する安全保障理事会の再調整を求める増大するプレッシャーに伴って、国際的な評議会においてますます大きな影響力を得ているBRICS[xv]のような国々と、アメリカとの間の国際的な政策決定における同格性が、今後より大きくなると考えられる。しかし、シリア騒乱のケースからわかるように、ありうるかも知れないロシアや中国の支配によるグローバルな秩序では、人権や過去の不正義の補償が大きな注目を受けるようなものになりそうもない。ヨーロッパ諸国の間での人権への広範な支援は、確かに人権革命を維持するのに役立っており、特定のケースにおける補償に対するプレッシャーにもなっている。しかし、ヨーロッパの影響はアメリカのそれと比べると限定されたままであり、予見可能な将来においても、ノルウェーやデンマークなどの人権保障に関して傑出した国を除いては、このままだろう。

四．むすびにかえて――補償の未来

これまでの議論は、人権蹂躙の被害者のための補償に関する新たな期待にいくつかの深遠な諸要因があることを示している。この補償観念は今や、少なくとも国連の〝ソフトロー〟のレベルでは、制度化された。この補償の用語は研究者やＮＧＯの活動家や政治家の間では――必ずしも熱っぽく語られないにしても――よく知られるようになった。しかし《政治の法化》は、必ずしも確固たる地歩があるとして確立されているわけではない。例えば、アメリカ合衆国にお

ける奴隷制に対する補償の運動が、二〇〇一年九月一一日の攻撃〔アメリカ同時多発テロ事件〕によって耐え難い打撃を受けたことは疑いがない。この運動は当時、重要な国民的関心を集めはじめていたにもかかわらず、アメリカ人の関心は急速にアルカイダや広域中東圏（the greater Middle East）に移り、国内的な歴史的不正義の問題からは離れてしまった。それ以来この運動に関するよいニュースをあまり聞かなくなってしまった。しかし、それはアメリカの内政の問題であり、二〇〇五年の人権蹂躙の補償に関する国連のガイドラインの採択に示されているように、九・一一は補償請求の世界的な普及をほとんど頓挫させなかった。

それにもかかわらず、この例は、《政治の法化》がその美徳の中に欠点を持っているという問題を示している。つまり、法化は政治問題を裁判所や準裁判所的な舞台に移し、それらは暴力的な衝突の鎮静に役立つのであるけれども、法廷や国連の審判室は所詮エリートの領分なのであり、性質上紛争現場の広い当事者を反映するとは限らない。例えば、アフリカ系アメリカ人に対する補償に関して、しばしば、裁判所が黒人の利益を助長する重要な舞台となってきたと言われる。金銭的な補償を追求する活動家が示したように、彼らを支持する裁判所の判決はより広い立法的な圧力を引き起こすのに役立った。しかしここのところ黒人のための補償が、政治的なサポートをあまり受けていないのは、おそらく部分的には、賠償の分配に必然的に伴う複雑性のゆえであろう。ワシントンDC.の博物館地区（モール）に作られたアフリカ系アメリカ人の歴史・文化に関する新しい国立博物館に関して、主として経済的な意味での人種的不平等を憂慮する者にとって、その点での改善がなされると考えることはないであろう。

また、大規模な残虐行為のケースにおいては、しばしば、戦争で疲弊した経済の再構築や、それ自体で機能する政治的・司法的システムの創設の試みがなされている場合に、補償メカニズムが構築できるかという実践上の問題がある。チャールズ・テーラーの判決の後に、この裁判はアフリカにおける「デモンストレーション効果」の限られた、遠く離

れたハーグにおいてなされるよりも、アフリカにおいてなされた方がよかっただろう、と主張した者がいた。彼らはまた、その訴訟において使われた多大なコスト――数年にわたる二億五千万ドル以上の費用――はシエラ・レオネの再建に支払われた方がよかっただろうと指摘した。最も問題なのは、この判決が、悪党の起訴の限定に関する「国際社会」の新たな批判を生んだことである。このような国際司法機構を設立歴史的役割にもかかわらず、批判者は、アメリカの利益に反することになるかもしれない紛争指導者の起訴は、特別法廷のためのアメリカの資金の打ち切りという結果をもたらすだろうと注意を喚起する。

選挙は時として不正が行われる一方で、たしかに、正義が権力のある者の選好によって汚染される危険も常にある。国際政治の法化は、人権蹂躙の被害者は色々な種類の補償に値するとの観念の確立の助けとなった。しかし、政治問題の法化によっても、必ずしも補償の観念を効果的に実現することができず、率直にそれだけの保護価値があると思われる〔人権侵害の〕補償の要求さえも、国内的レベルでも、国際的レベルにおいても、実際のところいつまでも「政治的な対立」問題に晒されることとなる。国際紛争や過去の不正義を取り扱うための法的機構の普及は、人権問題の処理の前進を意味する。しかし我々は、政治の継続以外に、何か手段があるなどと思い違いをするべきではない。

最後に、過去の悪事にはどうしても元通りにできないこともある。かつてある著者が述べたように、[xxi]「殺害された人々は、事実、殺害されたのである（The slain are truly slain.）。」彼らを生き返らせることはできない。金銭は助けとなるだろうが、しかし、生命の意義を求める生き物としては、〔過去に関する〕弁明（explanation）がより重要となるだろう。犠牲者のみがどちらが自身にとって重要であるかを決定することができる。そして、彼らはしばしば粉々となったものすべてを無傷な状態にしようとする努力に満足しないだろう。

【訳注】

（i）日本における民法学的見地からの「補償」問題に関する論考としては、吉田邦彦教授による一連の著作があげられる。例えば、同「いわゆる『補償』問題へのアプローチに関する一考察（上）（下）――民族間抗争の不法行為の救済方法（日米比較を中心として）」法律時報七六巻一号、二号（二〇〇四）（同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（有斐閣、二〇〇六）に所収）、さらにはその発展としての、同「戦後補償の民法的諸問題（特に、「従軍慰安婦」（日本軍慰安婦）問題）」判例時報一九七六号、一九七七号（同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（有斐閣、二〇一一）に所収）、同・アイヌ民族の先住補償問題――民法学の見地から（さっぽろ自由学校「遊」、二〇一二）（同・東アジアの民法学と居住・災害・民族補償（前編）（信山社、二〇一五）に所収）等参照。

（ii）08憲章の英語翻訳としては、注2参照。

そのほか、中国語（繁体字）のものとしては、「零八憲章全文」〈http://08charter-tw.pbworks.com/w/page/661827/%E9%9B%B6%E5%85%AB%E6%86%B2%E7%AB%A0%E5%85%A8%E6%96%87〉（最終アクセス二〇一五年七月一一日）。

また、日本語のものとして、例えば、「08憲章全文（日本語）」〈http://www.a-daichi.com/freetibet/charter08/〉（最終アクセス二〇一五年七月一一日）。

（iii）この原文として、Theo van Boven, *The Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*〈http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf〉（最終アクセス二〇一五年七月一一日）。

（iv）このあたりは、トーピー教授の補償に関する分類、すなわち、《経済的・反システム的補償》（anti-systemic/ economic reparations）と《象徴的・歴史刻印的補償》（commemorative/symbolic reparations）という補償の分類論（そして奴隷補償は前者とされ、日系アメリカ人の補償などは後者とされる）を念頭に置かれている。この分類論については、John Torpey ed., Politics and the Past: On Repairing Historical Injustices (Rowman & Littlefield, 2003)10-; do., Making Whole What Has Been Smashed: On Reparations Politics (Harvard U.P., 2006) 54- 参照。

（v）二〇一五年六月一七日夜に、サウスキャロライナ州チャールストンのエマニュエル・アフリカン・エピスコパル（監督派）教会というアフリカ系アメリカ人の教会で、人種差別主義者の二一歳の白人が、そこでの聖書学習会に入り込んで、黒人

（アフリカ系アメリカ人）を軒並み銃殺したという悲劇。奴隷制からくる人種偏見・人種差別構造が解決されていないことを思い知らされた事件である。

（vi）リベリア共和国第二二代大統領であったチャールズ・マッカーサー・ガンケイ・テーラー（Charles MacArthur Ghankay Taylor）は、無論、カナダの著名な政治哲学者であるチャールズ・テイラー（Charles Margrave Taylor）とは別人である。本稿では、両者の無用な混同ないし誤解を防ぐため、前者について、［Taylor］を「テーラー」と表記した。

（vii）一八九四年にフランスで生じた、当時仏陸軍参謀本部に勤務した大尉のユダヤ人アルフレド・ドレフュスがスパイ容疑で逮捕された冤罪事件。ユダヤ人差別及び軍事秘密の壁に対して、ドレフュスは司法で無実を勝ち取った。

（viii）ソフトローの実態・構造に関する日本における研究として、例えば、中山信弘（編集代表）・藤田友敬（編）『ソフトローの基礎理論（ソフトロー研究叢書 第一巻）』（有斐閣、二〇〇八）。また、北海道大学民事法研究会において近年開催された、ソフトローの（国際商事法における）機能に着目した講演の翻訳として、ヘンリー・D・ゲイブリエル（Henry Deeb GABRIEL）、木戸茜（訳）「普遍的なソフトロー原則の展開――国際商事法におけるその利用――」北大法学論集六五巻二号（二〇一四）一三三頁以下。わが国での紹介は、商事法的偏りがあるが、本来は、本稿で見られるような、もっと国際人権的な意味合いも強い。

（ix）post-industrial society の語については、「脱工業化社会」、あるいは「脱産業（化）社会」、「ポスト工業（化）社会」などとも翻訳されるが、ここでは、Daniel Bell, the Coming of Post-Industrial Society: a Venture in Social Forecasting (Basic Books, 1973) の邦訳である、内田忠夫ほか（訳）『脱工業社会の到来――社会予測の一つの試み（上・下）』（ダイヤモンド社、一九七五年）を参照し、「脱工業社会」とした。

（x）H・フォード（一八六三～一九四七）（フォード社の創立者）が、作り出したモデルT車に典型的に現れているような、大量生産、流れ作業で、効率的な工業生産を導くシステムを履践するもの。この生産・労働条件ないし消費システム（フォーディズム）は、二〇世紀特殊の工業生産ないし管理ないし大量消費方式として、注目された。

（xi）ドローンとは、人が搭乗していない、無人での飛行が可能な航空機のことを指す。無人航空機［Unmanned aerial vehicle］ともいう。ドローンには全幅三〇メートルを越える大型から手の上に乗る小型までの様々な大きさのものが存在し、軍用・民間用いずれも実用化されているが、ここでは特に軍用の偵察機や攻撃機を指す。

（xii）サイバー戦争とは、インターネット及びコンピュータ上で行われる戦争行為――国家によって組織された部隊やクラッカー等の集団により、敵対する国家、企業、集団、個人等のサーバやコンピュータを攻撃する行為――を指す。

（xiii）ベラルーシ出身のポーランド系ユダヤ人の法律家（一九〇〇～一九五九）で、一九四一年にアメリカ合衆国に移民し、一九四四年の作品（Axis Rule of Occupied Europe）で初めて、ジェノサイドという言葉を用い、ジェノサイド会議を組織し、これがその後一九四八年の国連総会での承認に繋がった。

（xiv）Alien Tort Claims Act とも言い、一七八九年司法府法（Judiciary Act of 1789）の一部で、「合衆国の地方裁判所は、国際法または条約に違反して行われた不法行為に限り、外国人によって提起される民事訴訟の第一審管轄権を有する。」（28 U.S.C. §1350 The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.）なる文言を含み、これが一九八〇年以来国際人権法で活用されるようになり、補償領域でも注目されるようになった。

（xv）二一世紀になり、―その土地・人材・資源及び諸改革から―経済成長が注目されている新興国としてのブラジル、ロシア、インド、中国の四ヶ国に、二〇一〇年代には南アフリカ共和国が加わりＢＲＩＣＳとなった。グローバル経済における新たな組織原理を示すなどとされる。

（xvi）これは、M・ホルクハイマーが、一九三七年のW・ベンヤミンとのやり取りの中で述べたことである。彼は、過去の不正義は、塡補できるものではなく、そのように考えることは「理想的」ないし「神学的」だとする。これに対して、ベンヤミンは、歴史は単なる科学ではなく、記憶を扱うものであり、神学的要素があると言う。Critical Theory: Selected Essays（Continuum Pub, 1982）に収められている。

（1）Michael Mann, The Sources of Social Powoer vol. I: A History of Power from the Beginning to A. D. 1760 (Cambridge U. P., 1986). 邦訳として、森本醇・君塚直隆（訳）『ソーシャル・パワー――社会的な〈力〉の世界歴史（一）先史からヨーロッパ文明の形成へ』（ＮＴＴ出版、二〇〇二）。Michael Mann, The Sources of Social Powoer vol. 2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914 (Cambridge U. P., 1993). 邦訳として、森本醇・君塚直隆（訳）『ソーシャル・パワー――社

会的な〈力〉の世界歴史（二）階層と国民国家の「長い一九世紀」（上・下）』（NTT出版、二〇〇五）。

（2）Perry Link (translator), *China's Charter 2008* 〈http://en.rsf.org/IMG/pdf/Charter08-2.pdf〉, The New York Review of Books, January 15th, 2009.

（3）現代の人権パラダイムの多くの要素と同様に、本原則の起草者も法律家だったのであり、このことは関連する文書や制度の用語法や見解に非常に反映していることに留意されたい。「バッショーニ原則」としてかねがね知られている、このガイドラインは、オランダの人権派法律家テオ・ヴァン・ボーヴェン［Theo van Boven］によってかなり発展させられてはいるが、その主唱者である、法学教授シェリフ・バッショーニ［Cherif Bassiouni］にならったものなのである。

（4）See, Priscilla B. Hayner, Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions (2nd ed.) (Routledge, 2010).

（5）Tim Egan, *Apologize for Slavery*, The New York Times, June 19, 2015; http://www.nytimes.com/2015/06/19/opinion/an-apology-for-slavery.html.

（6）Alexis de Tocqueville, Democracy in America (edited and translated by Harvey Mansfield and Delba Winthrop) (U. Chicago P., 2000) 257. 邦訳として、井伊 玄太郎（訳）『アメリカの民主政治（全三巻）』（講談社、一九八七）、松本礼二（訳）『アメリカのデモクラシー（全四巻）』（岩波書店、二〇〇五、二〇〇八）がある。

（7）Karen J. Alter, *The Global Spread of European STyle International Courts*, West European Politics 35.1 (2012), at 135-154.

（8）Emile Durkheim, Individualism and the Intellectuals, in: Emile Durkheim, Emile Durkheim on Morality and Society (edited by Robert Bellah) (U. of Chicago Press, 1973) 46.

（9）Tocqueville, *supra* note 6, at 535-539.

（10）Hannah Arendt, The Human Condition (University of Chicago Press, 1958(1998)). 英語版の邦訳として、志水速雄（訳）『人間の条件』（中央公論社、一九七三／筑摩書房、一九九四）。独語版の邦訳として、森一郎（訳）『活動的生』（みすず書房、二〇一五）。

（11）Eric John Ernest Hobsbawm, Age of Extremes: A History of the World, 1914-1991 (Vintage, 1994). 邦訳として、河合秀和（訳）『二〇世紀の歴史――極端な時代（上・下）』（三省堂、一九九六）。

(12) Arlie Russell Hochschild, the Outsourced Self: Intimate Life in Market Times (Metropolitan Books,2012).
(13) See, David Garland, The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society (University of Chicago Press, 2001) 11-12.
(14) Peter Novick, The Holocaust in American Life (Houghton Mifflin, 1999) 100.
(15) Mary L. Dudziak, Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy (Princeton U.P., 2002).
(16) See, Jad Mouawad, *Shell to Pay $15.5 Million to Settle Nigerian Case*, The New York Times, June 8th, 2009; Peter Weiss, *Should Corporation Have More Leeway to Kill Than People Do?*, The New York Times, February 24th, 2012.
(17) Charles A. Kupchan, No One's World: the West, the Rising Rest, and the Coming Global Turn (Oxford U.P., 2012).

【訳者後記】

本稿は、二〇一五年六月二九日に北海道大学トップコラボ事業の一環として開かれた、北大法学会・民法理論研究会・法理論研究会・高等法政教育研究センター共催の研究会（これについては、北大法学論集六六巻四号（二〇一五）の「雑報」〔文責吉田邦彦〕も参照）における、ジョン・トーピー（John TORPEY）先生の講演原稿を訳出したものである。先生は、ニューヨーク市立大学（City University of New York; CUNY）社会学部大学院の社会学・歴史学教授であり、同大学院付属のラルフ・バンチ国際学研究所（Ralph Bunche Institute for International Studies）の所長も務められている。本稿の翻訳にあたって、拙訳を補訂し多くのご助言をくださった吉田邦彦教授（北海道大学）に、この場を借りてお礼申し上げる。

研究ノート

行政活動の「自在幅」

――裁量・統制・責任――

村上裕一

目次

序章
第一章　行政裁量の概念的・実体的広がり
（一）　行政史の中の行政裁量

（二）行政裁量論
（三）「自在幅」としての行政裁量
第二章　「自在幅」と行政統制・責任論
（一）行政統制・責任論
（二）「自在幅」との関係
（三）論点整理
第三章　具体的事例に即した考察・検討
（一）安全規制等の策定・実施
（二）独立性を付与された規制機関
（三）内閣府における戦略や計画の策定
終　章

序　章

行政責任・行政統制と行政裁量（administrative discretion）とは、ある局面では相互補完的関係に立ち、また別の局面では背反的関係に立つ。すなわち、行政統制を強化し行政裁量を狭めることは、行政責任の確保にプラスにもマイナスにも作用し得る。ただいずれにしてもこれらは何らかの形で連動していることから、行政責任・行政統制を論じる上ではまず行政裁量の態様を探ることが重要となる。

本稿では、まず、一九世紀以降現在に至るまで、行政活動の範囲が広がるのに伴って行政裁量は実体的に拡大してきている一方、歴史的にはそれに制約を加える議会・裁判所による統制やグローバル規制等の要素もあったという大きな流れについて、ヨーロッパ・アメリカ・日本の例を引きつつ様々な観点から述べ、さらに、多様なアクターが公共サービスの提供に寄与し、多様なプロセスが政策形成のシステムを構成する「ガバナ

ンス」の社会における行政裁量の態様を捉える際には、行政裁量を「行政活動の自在幅」にまで概念的に拡張し、それを行政（官僚）の自律性とその（狭義の）裁量とに分けて考えることが便宜的であり得ることを説明する（第一章）。続いて、近年注目すべき行政手続法や内閣機能強化を通じた行政統制と、「市場化」の中の行政責任・行政統制について、先行研究や制度改革の動向を述べ、さらに行政活動の「自在幅」と行政責任・行政統制とが相互補完的関係に立つ場面と背反的関係に立つ場面をある程度具体的に想定した上で、①各事例における「自在幅」の態様、②その「自在幅」に対する行政統制の手法、③行政が果たすべき責任とはいかなるもので、その責任をどのようにして果たしていくべきか、という論点を設定する（第二章）。そして、それらの論点について、①安全規制等の策定・実施、②独立性を付与された規制機関、③内閣府における戦略や計画の策定という事例を素材として検討・考察する（第三章）。

第一章　行政裁量の概念的・実体的広がり

（一）行政史の中の行政裁量

(1)　行政国家化との関係

一九世紀から二〇世紀にかけて、選挙権者の範囲拡大、政党政治の出現・浸透、産業化と都市化の進展が政府の社会に対する活動の範囲を拡大させた。総力戦の第一次大戦を経て、世界大恐慌はケインズ経済学に基づく政策や金融規制へと繋がった。第二次大戦後から一九七〇年代にかけては、ヨーロッパ等において、政府が民間にかなりの自由を認めながらも、実効的な規制を課したり戦略や計画を立てて社会を制御したりする国が多く見られるようになった。しかし一九七〇年代後半になると、エネルギー危機から来る経済不況や政府の財政難等の事情により、アメリカ等のように規制緩和や民営化、行政手続の簡素化に取り組む国々が現れ、一九九〇年代にかけてのグローバル化に伴ってその傾向は加速した。同時期には、国境を跨いで活動する民間企業が行う国際的取引による Lex mercatoria のような民間の法的レジームが形成され、国家間で締結される国際的なルールを凌駕するものも現れた。一九八〇年から九〇年代にかけての規制緩和は、一九三〇年から七〇年代にかけての規制強化と正反対の流れであったと言える。とはいえ、政府による規制は依然として重要であり続け、世界規模での金融危機は政府による規制や各種介入の正当化要因となり実際にその役割が拡大したため、現状はむしろ再規制 re-regulation と評さ

れている。ただし、その規制は以前とは異なり、EC（European Community）・EU（European Union）のような地域や、GATT（General Agreement on Tariffs and Trade）・WTO（World Trade Organization：国際貿易機関）のような分野ごとのセクター別のものであって、それは一九九〇年代までに形成されていた民間の法的レジームの自律性を相対的に弱めることとなった[1]。

行政がステークホルダーの利害の評価・比較に基づいてある決定をする権限は、二〇世紀前半の行政国家化に伴って強化された。しかし二〇世紀後半になると、議会や裁判所、そして準司法権を有し政治からの独立を第一義とした独立行政組織が、特に経済的規制分野では経済的利益や私的財産保護を根拠として、徐々に行政の裁量行使を制約し統制するようになっていった。また、グローバルな秩序形成をする国際組織も、例えばWTOによる勧告が各国政府に合理的・客観的・不偏的な法適用を義務付けているように、各国政府の行政裁量を相当程度制約するようになっている。許認可行政における裁量も、単なる事実への法の当てはめの占める部分が大きくなり、その際の裁量がかなり縮減されるばかりでなく、許認可権限行使の際の基準の客観性・透明性・無差別原則がかなり厳格に適用されたり、事前許可制が届出制や事後規制に改められ行政が許認可しない余地が極めて小さくされたりして、総じて行政裁量に制約を課す大きな流れがあると言える。

(2) 日本の官僚像との関係

戦後日本の官僚制像の変遷は、次のように描出されている。それは、本稿の検討の対象である、行政（官僚）が政治（家）や社会に対してどれほどの裁量を有しているかという問題ともかなり連動していよう。

真渕によれば、一九六〇年代までのキャリア官僚像としてあるのが「国士型官僚」であり、行政（官僚）は政治家や社会（利益団体）と距離を置き、唯一公共の利益の観点から自律的に政策を推し進めるべきとの自覚を持って、実際にもそのように働いていた。続いて一九七〇年代以降、自民党政権が長期化し利益団体の活動が活発化してくると、「調整型官僚」が登場し、社会集団によって表出される諸利益を調整することを自らの役割として認識して実行した。そして一九八〇年代中頃になると、行政（官僚）に対する政治や社会の圧力がさらに強まり、官僚の方でも自身の自律性を確保し、自己防衛をし、決定や調整に伴う責任を回避しようとするようになって、公益というものにも極めて消極的にしか関わろうとしない「吏員型官僚」が台頭

したというわけである。[2] 官僚と政治家との関係に関しては、J・アバーバックが示した大枠の中で、その属人的・属地的環境に影響されて揺れ動いているとも言えよう。[3]

さて、このうち「国士型」に関しては、行政（官僚）の意思決定や政策展開の自由度が相対的に大きいと言えよう。しかし、様々な利害が政治・行政空間に表出されそれらの調整が複雑・困難になるにつれて、官僚はその活動の自由度を強制的に奪われ（あるいは自発的に放棄し）、現在に至っていると解される。そもそもこの整理自体が、少なくとも終戦直後の官僚が戦前の優越的地位を多かれ少なかれ温存・継承していたということ、戦後一九七〇年代頃まで我が国が他国にない急速なスピードで高度成長を遂げたこと、一九九〇年代の官僚スキャンダルが「調整型官僚の罠」によってかなり説明可能であることからも、かなりの説得性を有していると考えられる。

(3) 環境変化と行政裁量

概ね二〇〇〇年頃以降、ヨーロッパ諸国において、「ポストNPM（New Public Management）」の新たなレジームとして「NPG（New Public Governance）」が出現しているとの指摘がある。それが描き出すのは、独立した多様なアクターが公共サービスの提供に寄与し、多様なプロセスが政策形成のシステムを構成する社会である。このNPGにおける行政活動は、ステークホルダーの管理、越境する事態に対する境界保持、公共政策とサービスの持続可能性に向けて行われる。NPMでは行政組織自体の持てる資源やパフォーマンスの管理に重きが置かれてきたが、NPGでは、アクターとプロセスとが多様化・多元化する中で、公共管理におけるステークホルダーの加入と脱退、交渉の場やそこでのアジェンダ設定等という意味での管理・枠付けが問題となる。行政（官僚）は、自らの裁量を行使するための各種情報を調達するためにも、またステークホルダーの合意を取り付け、行政を穏便に執り行っていくためにも、右記のような意味での「管理」を通して民間（被規制者）とも連携・協働していく必要性を認識しつつあると言うのである。[4]

こうした観点で「規制空間（regulatory space：規制の政策プロセス、制度、運用、様々な主体、各々の規範、態度、アイディア、コントロールの多様なメカニズムの総体）」を見た場合、[5] そこには国際調和化、技術情報の分散化、官民関係の多元化という環境変化を指摘することができるとともに、そうした環境変化の中での行政（官僚）の変化を考察することには理論的意義も見出せる。[6] そのうち行政統制・責任との関係で重要なのは、第一に、規制空間において行政（官僚）は何（誰）の

期待に応えなければならないのかという問題、第二に、アクターやプロセスが多元化し委任関係も連鎖・輻輳する中で、それらの統制・問責関係はどのように変化しているのかという問題、第三に、そうした環境変化の中で、行政（官僚）はいかなるところに自らの裁量を見出しているのかという問題、と言えよう。

（二）行政裁量論

嶋田の執行過程に関する行政学の論考は、かなり普遍的な意味の行政裁量の態様と、その準則・ルールである「プログラム」の機能について論じている[7]。それは、まず「プログラム」を「何らかの政策目的を実現するための執行活動に関する客観的なルール・準則」、「いかなる場合に、いかなる行動をとるべきかについて、その全部もしくは一部を定めたルール・準則」と定義した上で、それが、政策実施の場面において、職員行動の統制、組織内調整の促進、能率的な事務処理を可能にする「マネジメント機能」と、所要の手段・権限を確保し、行政による問題解決と目標実現を可能にする「エンパワメント機能」を有するものと整理した。さらに政策実施においては、アドホックで恣意的な活動を統制し、場合によっては責任を問う根拠にもなり得る「プログラムに忠実な執行」と、時と場合によって裁量的で柔軟な「適応的執行」とのバランスをいかにとるかが重要になってくると指摘した。そうすると、確かにプログラムは重要であるものの、常に一定の裁量が残らざるを得ない。行政裁量が拡大する中での「準則の定立と公開」の要請と「行政の柔軟性」の要請の矛盾をどう解するべきかを論じた西尾勝とも[8]、問題意識は共通していると考えられる。

他方、行政法学における行政裁量は、「法律が行政庁に認めた一定の判断余地」を指し、それは立法権や司法権に対して行政権にどれだけの判断余地があるか（逆に言うと、立法権や司法権が、行政権による活動をどれほど規律できるか）ということを問題にする。原島と筑紫によれば、行政法学で（も）長い歴史をもつ行政裁量論は、伝統的には、裁量（何らかの限界を有する選択の余地）概念に関して「自由」の側面に着目してきた。すなわち、限界という「枠」の中にとどまる限り裁量行使は「自由」だとの説明が行われてきた。これに対し、最近の行政法学では、行政機関は事案ごとに法律の趣旨に則した誠実な決定を行い、それが熟慮に基づく決定であることを説明しなければならないと、「義務」の側面が強調されているという[9]。同書では、最近になって、例えば立法上解釈上考慮が禁止される事項以外のあらゆる事項を考慮する義務、個別事案の特殊事情

を考慮する義務、裁量の判断条件を充足する義務、法治国家における説明責任が問われるようになっていると指摘されている。

このように、行政裁量の捉え方は一様ではないが、本稿では、後述するように、この裁量概念を広く解し、行政（規制行政機関等）が、事実行為も含めたその活動の中で、他（民間、被規制者、政治家等）と裁量（自由度）をどのように分け合っているかを問題にする。したがって、ここでは、例えば、規制者に残ったり、規制者以外のステークホルダー（被規制者のみならず、「協働」の相手方である政治家や裁判所、その他の関係者）に移ったりする裁量について検討するとともに、その際、規制行政機関等にその活動（手段選択や基準の線引き等）や利益配分の仕方、目標の立て方等の自由度がどれほど認められるかに注目することになる。

ただし、これに関して三つの留意点がある。第一に、本節で論じてきた行政裁量には、いわば行政法学的な行政庁（各府省大臣を筆頭とする「組織」）の立法や処分に際しての裁量から、行政学的な行政官（官僚「個人」）にとっての政策実施や規制執行に際しての裁量まで、もしくは、執政のレベルから管理や業務のレベルまで、様々な次元の様々な性格のものが含まれており、混同しないように注意しなければならない。もっとも、そうであるからこそ、両者に通底する行政裁量の概念を導き出すことが有益であり、またそれが求められるとも言える。第二に、以上の議論は、何（誰）に対する裁量かという点においても様々なものが含まれている。後述する通り、本稿ではあくまで裁量を行政（官僚）にとっての活動の自由度（自在幅）と、機能面に着目して包括的に捉えるため、さしあたりその点は突き詰めずにいられるものの、次章で行政統制・責任を考えるに当たっては、何（誰）により統制されるか、何（誰）に対する責任かを検討しなければならないため、やはりそれを区別せずに済ませることはできない。第三に、本稿の趣旨にも強く関わるが、ここでは裁量の広狭もさることながら、裁量の質にも注意する必要がある。本章では、行政国家化によって行政の活動範囲は劇的に広がったが、裁判所によるものにせよ、政治家によるものにせよ、その他諸々の外部環境によるものにせよ、行政にとっての裁量は様々な制約を受けていると述べた。こうした中で、行政裁量の態様を広狭の一元的な尺度の中で捉えることは容易ではないし、適切でもないように思われる。したがって、行政裁量の広狭のみならずその実質的性格にも一定の配慮をする必要がある。

（三）「自在幅」としての行政裁量

(1) 規制行政を素材として

規制行政で許認可の基準が法令で定められている場合、その基準の各項目を具体化する技術基準等、数値基準の設定は行政内部で行われることになる。特に、基準そのものが細目的で技術的なものについては法律で直接定めることが困難であるし、そればかりでなく、規制が目指す状況（ミッション達成）を脅かす要因は常に新たに発見され認識されるため、これに対処するための基準やそれへの適合性評価手法は常に更新される必要がある。この評価基準は日々進歩する技術開発に対応したものである必要があり、変化に富む事項への対応は規制行政機関が処理せざるを得ない。規制行政機関は、根拠をその活動の大枠を与える法律に求めつつも、社会環境の変化に応じた適切な基準の設定・改定を柔軟に行っていく必要があり、ここに政治的要素と技術的要素とが判別不能な形で強く絡んでくることもあって、広範な裁量が残されることになる。

そこでの裁量の態様を知る上で、行政（規制機関）が基準設定や規制実施においていかなる事項（例えば、事故発生率、その重大性、規制対象技術の性格、周辺にある補完的な制度の存否、執行の便宜等）を考慮して、目標達成のための手段を選択しているのかというところに注目することが重要である。さらに規制行政機関は、必ずしも常に完璧な規制を目標とするわけではなく、あくまで適切なレベルでの規制が可能となるよう、様々な考慮要素を加味し得る。その際、すべての採り得る選択肢とその帰結を見通せるわけでもない。一定の不確実性の中で、様々な考慮事項を総合的に勘案した上で、一定の妥協が生じることもあり得る。その際の優先順位のつけ方も、ここでは問題となる。

例えばJ・D・ドナヒューとR・J・ゼックハウザーは、現実の行政における行政（規制者）対民間（被規制者）の関係は、両者で実体面と手続面において裁量（活動や利益配分等の自由度）を分け合った状態であり、それにもバリエーションが多数存在すると捉える[10]。行政システムは、そうした裁量共有スペクトラムの基本単位が組み合わさった、官民の複雑な役割分担によりでき上がっていると考えることができる。その裁量を行政から民間に委譲することは、政府が考える生産性や効率性を一部損なうことがあるが、それにより民間に対する応答性は高まり得る。その意味において、規制の生産性と応答性とは理論上、トレードオフの関係にあって、そうであるからこそ、どの程度の裁量を民間に委譲することが総体として行政責任を果たして

いく上で最も有効かを検討する必要がある。本稿では後程、これを「自在幅」として概念化したい。

この時に注意すべきは、第一に、行政と民間の間には実体面と手続面において多様な裁量が存在している可能性があるということ。第二に、裁量の与え方にも様々なやり方があり得、それによって生じ得る便益と費用の存在が示唆される。第三に、行政がミッションを果たしていくために最適な裁量幅を考えるに当たっては、行政と民間の間で様々な裁量が多元的・重層的に積み重なり複雑に絡み合っていることからして、一定程度の裁量を相手方に譲り渡さざるを得ない状況下でも、他のどのような裁量をどの程度掴むことが可能であり、また有効なのかを考えなければならない。

(2) 裁量、自律性、自在幅

さらに、M・F・キュエラーの整理を参考に、行政裁量を捉え分析してみよう。すなわちそれは、議会（国会）議員や国民（さらに、それにより構成される産業界）という本人（principal）に対して規制者（agency）を代理人（agent）と捉える本人・代理人関係モデル（principal-agent model）では、様々な形態のキャプチャが発生し得る規制の実態を捉えきれないと指摘する。そこでキュエラーは、まず「裁量（discretion）」と「自律性（autonomy）」とを区別する。そして、「裁量」は本人・代理人関係モデルに親和的であり、既存の規制レジーム（最たるものは議会・国会が制定した法制度）の下で、規制者（規制機関）がどれほどの権限を与えられ、どのようにそれを行使するかということであるのに対して、「自律性」はそうしたレジームを超えて、規制者が活動するに当たってより広い文脈に働き掛け、法制度や政策そのものをどのように変えていくかということであるとする。[11] したがって、従来の本人・代理人関係モデルではどのような裁量をどの程度与えるかということが問題になっていたが、ここでは、代理人たる規制機関が、本人たる政治家や国民の存在や彼らが作る枠組みを必ずしも前提とせず、規制者自身と彼らとの関係性や彼らのインセンティブ（背後にある費用・便益）構造を大元から再構成する状況をも想定することになる。規制空間で現に起こり得るそうした事態は、確かに民主的統制の観点から疑義がないわけではないが、キュエラーによれば、規制者はそうした自律性を有しつつも、あくまで政治家や国民、産業界、学界等、その外部環境と手を携えているのであり、必ずしも独善的ではないということになる。[12]

規制の国際調和化、技術情報の分散化、官民関係の多元化の中で、行政（官僚）の活動や利益配分等の自由度（狭義の「裁

量」）が縮小せざるを得ない分、行政（官僚）はこの「自律性」を拡大することで対処していると捉えられる。ここで狭義の「裁量」と「自律性」を包含する概念として新たに「自在幅」を設定するならば、行政（官僚）はこの「自在幅」を確保する戦略をとっていると言える。ただし「自在幅」、なかんずく「自律性」を確保・拡張する余地がどれほどあるかは、行政の中でも執政・管理・業務の各レベルで異なるし、NPMの行政改革や近年の政治主導等によっても変化し得る。

(3) 規制空間における「自在幅」

行政には、科学的な根拠に基づいて導かれた、国民の安全が守られる（と推定される）数値の範囲で、社会へのインパクトも考慮に入れて判断を下す余地が与えられ、様々な方法で公益を実現していくというミッションがある。このとき、リスク管理の場面において、リスク評価で得られた情報のうち何を用いて、何を根拠として、何を考慮に含めて、どこに線引きをするのか、さらには、それをいつから施行するのかというのが「自在幅」となる。リスク評価においてさえ、例えば諮問委員会を立ち上げるとしたとき、どういった専門家を、どういう割合で招聘するのか、何を科学的データとしてリスク評価に用いるのか等には選択の自由度があり、ここにも「自在幅」が生じることになる。

ルール（規定）の書き方にも、「仕様規定」（法規の目的を達成するための方法を、材料の種類・寸法・形状、製作方法等の形で直接記述する）、「性能規定」（達成すべき目的を正確かつ測定可能な言葉・物理的に意味のある数値・試験の測定値等で記述する）、「目的規定」（達成すべき最終目標を言葉で記述する）があり、それぞれに「自在幅」が異なる。すなわち、一般論としては、規制者が仕様までも規定する「仕様規定」では被規制者に対して規制者の「自在幅」が大きく、「目的規定」では、具体的な実現方法を自ら決められるという意味において、規制者よりも被規制者の「自在幅」が大きくなる。「性能規定」を採ることによって、一定の「自在幅」を得る被規制者において技術的なイノベーションを起こすことが期待され、近年、建築規制をはじめとして、仕様規定と目的規定の長所を併せ持つ性能規定への移行が見られる。他にも、ポジティブ・リスト方式（法規制の対象物をリストアップして規制する方式）かネガティブ・リスト方式（法規制の対象にならないものを予めリストアップして、それ以外のもの全てを規制の対象にする方式）かというカテゴリーもある。

規制の実施において、行政と民間とが分け合う「自在幅」も

ある。すなわち、行政がいかなるツールによって、他者をコントロールするか、予算・決算や人員、設定目標、その達成度の監査といったツールの用い方や制度設計のあり方に関する「自在幅」である。法律上は同じ許認可でも、免許制から許可制への変更は規制執行における規制者側の裁量の縮小、もしくは審査に当たっての考慮事項の変更等を意味する。また、立法実務においては、登録・確認・認定・認証という用語が規制者側の裁量を限定する場合に用いられる傾向にある。基準認証や検査機関の第三者性をいかに担保するか等、要件の課し方によっても裁量に程度の差が生じることになる。例えば、検査機関に公益法人要件を課し公益法人のみが申請できるようにするか、公益法人要件を課さずに自らが所管する法令で別の要件を課し審査するかによっても裁量が異なる。基準適合性審査が、製品を対象とするのか、製造事業者の資質（製造プロセス）を対象にするのかといったところにも違いが出る。

さらに、アジェンダ設定や時にトレードオフの関係に立つ諸価値の狭間での行政活動にも「自在幅」があり得る。ステークホルダー各々が表明・主張する「公益」自体に争いが生じる可能性があり、高い不確実性の中では、ステークホルダー間の公益観や価値尺度（フレーム）自体の衝突に対して、何らかの働き掛けをする余地が行政に生じることになる。基準設定は合意形成・意思決定の場面であり事実発見 fact-finding の場でもあるが、そうした政策プロセスでは一般的に、複数のフレーム frames（何を当該政策の中心的な問題として位置付けるかに関する見方や枠付け、さらには、価値判断の尺度）が併存し得る中で、ステークホルダーそれぞれが自分の利害に親和的なフレームを前面に押し出して、自らの主張がいかに重要であり正当であるかを示そうとすることが想定される。そうした中では規制行政機関もステークホルダーの一つになるが、規制行政機関としては、基準設定という政策過程における中心的な問題を様々な形で再フレーミング reframing して合意形成を進めていくという戦略を採ることが考えられ、現実の政策プロセスにおいてもその重要性が指摘されている。行政は、そうして合意形成・意思決定プロセスを管理することが可能であり、そこに「自在幅」が生まれる。ある政策課題を再フレーミングすることは、その見方や枠付け、価値判断の尺度を変化させ、またそれによって様々な形でトレードオフとなる多様な価値とのいわば対応・順応可能性も高まって、当該政策に対するステークホルダーの態度の変化にもつながり得る。あるいは、それによってステークホルダーの範囲や外延が変わってくる可能性もある。こうし

た観点で事例を観察することは、従来の行政裁量論の枠には収まりきらない。

（再）フレーミングは当然、併存するフレームの次元や規模によっては「政治」の領域でなされる場合もあるが、「行政」の領域で企てられることもある。それによって特定の意思決定につながるステークホルダー（官民を問わず、政策の実現に向けて連携すべき相手）や政策課題の選別も可能となるため、それこそ強力な働き掛けになり得る。政策プロセスを管理する規制行政機関の再フレーミングの巧拙は、多様なステークホルダーの間でたとえ個別論点に関する対立が依然として残存していたとしても、一定のフレームの中でステークホルダーに協力関係が生まれる可能性、さらには（少なくとも暫定的な）合意に至る可能性とも連動している。

第二章　「自在幅」と行政統制・責任論

（一）行政統制・責任論

さて、行政責任の態様としては、国民（本人）と官僚（代理人）との間に①任務的責任、②応答的責任、③弁明的責任、④受難的責任の四局面があり、行政統制のチャンネルは、C・ギルバートの構図（制度的・非制度的、外在的・内在的）によって整理されている[13]。委任と分業が多元的に埋め込まれた現代社会において[14]、こうした様々な意味における統制・責任の問題は、政治・行政空間の様々な次元において存在している。

(1)　行政手続法による統制

近年の行政統制・責任に関する動きとして、第一に、行政手続法の施行（一九九四年）とそれ以後の改革を特筆すべきであろう。「処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする」（第一条）同法は、例えば、処分の審査基準の制定と公表、標準処理期間の設定と公表、許認可等を拒否する処分を行う際の理由の提示、不利益処分に係る聴聞手続、行政指導に際しての責任者の明示、口頭による行政指導を行った際に相手方からその旨を記載した書面の交付を求められた時にはこの書面を交付すること、等を義務付けている。なかでも利害の調整・統合機能、法令の執行円滑化・補完的機能、権力の緩和と行政手続的機能、新規施策の実験的機能、臨時応急対策機能を有する行政指導は[15]、行政裁量の中で行われるものであり、それによって「官民の相互依存の中

にできあがる社会管理のシステム」を形成してきたが[16]、行政手続法は、少なくとも行政（官僚）のマインドのレベルで、これに一定の統制・制約を課したと言える。ちなみに、行政手続法の制定過程自体も直接・間接に影響を受けていたように[17]、グローバル化は、行政指導の主体（行政）と客体（民間）の環境条件とその行動原理にかなりの影響を与えたと考えられる[18]。なお、これに関連して、国家公務員倫理法（一九九九年制定）、パブリック・コメント制度（一九九九年閣議決定）、情報公開法（一九九九年制定）なども、行政統制を強め行政責任を問う方向に作用するものである。

(2) 内閣機能強化による統制

第二に、近年の政治主導（内閣主導）の潮流、なかでも中央省庁等改革（二〇〇一年）は、内閣による行政統制を強化するものと考えられる。例えば、その一環として設置され「内閣の重要政策に関する内閣の事務を助けることを任務とする」（設置法第三条一項）内閣府は、各省庁よりも高い立場から強力な調整機能を果たすことが期待されている。また、国家行政組織法では、「国の行政機関は、内閣の統轄の下に、その政策について、自ら評価し、企画及び立案を行い、並びに国の行政機関相互の調整を図るとともに、その相互の連絡を図り、すべて、一体として、行政機能を発揮するようにしなければならない。内閣府との政策についての調整及び連絡についても、同様とする」（第二条二項）とした上で、「各省大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の任務を遂行するため政策について行政機関相互の調整を図る必要があると認めるときは、その必要性を明らかにした上で、関係行政機関の長に対し、必要な資料の提出及び説明を求め、並びに当該関係行政機関の政策に関し意見を述べることができる」（第一五条）という規定が改正・新設され、内閣を頂点とした行政内部の統制に対する期待の高まりが見られる[19]。

(3) 「市場化」の中の行政統制

森田は、一九八〇年代以降の行政活動への市場メカニズム導入という変化に伴い、行政責任についても、「選挙を通した政治による政策決定、行政組織によるその実施という形態」から「市場を通して直接国民の要望に応える形態」へとシフトしているとした[20]。そうした行政活動の変化により、行政サービスの供給に効率化をもたらし、消費者意思の尊重と結果責任の論理によって、国民の要望に即したサービスを供給できる可能性は確かに高まり得る、その一方、市場では顧慮されない少数の社会的弱者の利益への配慮が十分にできなくなるのではないかと

の懸念が示されている。その上で、政府内部の政治過程においてなされてきた諸価値観の調整は、市場に委ねることによって有効になされ得るか。その懸念に応えるべく政治的・行政的介入・関与が過剰に行われると、市場を介した新しいシステムのメリットが却って喪失されるのではないか。多様な分野において、行政活動の的確な客観的評価が可能か。またその最終的責任を誰が負うかという課題が提起されている。この指摘からすると、社会の変化に伴う行政統制・責任のあり方の変化は、むしろ伝統的な統制チャンネルが形骸化しているという現実と、それを何らかの形で補完するものをいかに発見し再構築していくかという論点を提起しているように思える。

（二）「自在幅」との関係

西尾隆は、行政裁量が、ある局面では行政責任・行政統制と相互補完的関係に立ち、また別の局面ではそれらと背反的関係に立つと整理する[21]。すなわち、行政統制を強化し行政活動の裁量を縮小することは、ある面において、行政の恣意性を抑制し、その作為・不作為について行政責任の追及にも繋がり得るが、他の面において、行政がそのミッションを果たすための柔軟性が低下し、行政は社会のニーズに応答的であるべしという意味での責任を果たしにくくなる。ここで言う「統制の原理」は行政の客観的・可視的領域に、「責任の原理」は行政の主観的・内面的な領域にそれぞれ関わる。そして、強過ぎる行政統制が官僚制的無責任（事勿れ主義や法律万能主義）を生むケースや、行政が統制原理の重力場から遠ざかり自由度を増すにつれて、行政の自律的な責任性が深まる一方、同時に行政が独断に陥る危険も現れてくるようなケースが起こり得る。

これは、行政（官僚）がいかなる行動原理を持つか、さらにそれがいかなる場面に遭遇するか、また消極的な行政を想定するか、積極的な行政を想定するかにもよる。ある社会問題が目の前に生起した時、それを自らの所管として何らかの手を打とうと様々な可能性から有効な手段を模索するか、自らの組織法令を読み直し、その字句を広く解釈して境界領域にある問題をも自らの所管として取り組もうとするか、それとも狭く解釈して境界領域にある問題を自らの所管外として無視するか。常に無謬だとは限らない行政に対し、常時一定のプレッシャーを与えることは当事者における多少の緊張感に繋がり得るが、それが行き過ぎると、過誤や非難を回避するべく不作為の戦略が採られ[22]、その結果、作為の場合よりも行政への責任追及が困難になるばかりでなく、中長期的に公益に資さない結果が生じる

ことさえあり得る。これは、組織法令を含むプログラム一般の文言の粒度や「本人」である国民や政治家からの様々なインプット、行政に注がれる監視の目などによることから、行政統制の問題であるとともに、ここで言う行政活動の「自在幅」や社会問題に直面した官僚個人の使命感・能力によることから、行政責任の問題でもある。

（三）論点整理

以上、本稿では、様々な環境変化に伴い概念的・実体的広がりが認められる行政裁量を行政活動の「自在幅」と捉え直した上で、行政統制・責任に関する様々な議論と「自在幅」との間にある相互補完的関係と背反的関係について、論じてきた。

それを踏まえて、以下では、具体的事例に即した考察・検討を行う。論点は大きく次の三点となる。

第一に、各事例において「自在幅」はどういったところにあるかという点である。本稿において、行政裁量を広く解したことにより、例えば、規制改革によって仕様規定から性能規定へ、許可制から届出制へ、政府認証から第三者・自己認証へという形で一定の裁量が民間（被規制者）や立法者等、他に移ったという場合にも、環境変化とも相俟って、公益に関する再フレーミング、ステークホルダーの範囲画定、規制のシステムやプロセスの管理等の形で、それとは異質の行政裁量（自律性）を維持、拡大するということが考えられる。

第二に、そうした行政裁量の量的・質的変化に対して、行政統制がどのように行われ、行政責任はどのようにして問われているかという点である。前述の通り、グローバル化等の環境変化や一九九〇年代以降の様々な政治・行政改革の中で、法制度面で行政統制や行政責任のあり方に変化が認められるとともに、本稿では、そうした法制度面での行政統制強化（行政手続法、内閣機能の強化）に対して、それとは別種の統制ルート（科学的根拠を伴う説明の要求、適正な手続やガバナンスの要求、規制間競争の原理・仕組み）が見出せることについて論じてみたい。

第三に、具体的事例に即した考察・検討の結果を踏まえて、行政が果たすべき責任の内容と問責の方法についても検討したい。これは、特に行政責任論に関して、選挙の洗礼を直接に受けない官僚の活動を制度的・非制度的、外在的・内在的に統制し、それにより行政は信頼を獲得すべきという「規範」が付きまとうためである。

第三章　具体的事例に即した考察・検討

本稿では、こうした問題意識から、行政活動の「自在幅」について、現代の行政責任・行政統制と対置させつつ、具体的な事例に注目して検討する。事例には安全規制等の策定・実施（一）、独立性を付与された規制機関（二）、内閣府等における戦略や計画の策定（三）を取り上げて、検討したい。

（一）安全規制等の策定・実施

安全規制の行政システムは、基準の国際調和化、技術情報の分散化、官民関係の多元化の中で、官民が相互に作用・依存し合う規制空間を構成している。その中で、規制行政機関はその裁量行使が難しくなっているようにも見えるが、我が国の産業を代表する品目（例えば木造建築、自動車、電気用品）に対する安全規制の事例研究をした結果、規制行政機関の裁量は次のような特徴を持っており、それは（量的に縮減というよりは）むしろ質的に変容しているということが窺われた。

すなわち、規制行政機関は、自らの責務を果たしていくに当たって、政策や規制に直接働き掛けるよりもむしろ規制プロセス全体を見渡し、官民・民間にある協調・対抗関係を利用しつつ、規制システムを管理・制御する役割を果たしており、そうして規制空間へのコミットメントを担保してその役割や裁量は形を変えて、むしろ大きくなってさえいる。このとき、規制行政機関自ら、専門技術者等との連携により技術情報の確保にも努めている。規制行政機関が自律的に行使し得る裁量として特に際立つのは、例えば、①いかに政策プロセスのアジェンダやフレーム（重視すべき価値）、スケジュールを設定するかや、どのステークホルダーに政策プロセスへの参加を認め、規制を円滑に進めるために自分が誰と組むのかという「調整の場やプロセスの管理」に関する裁量、②どの国際基準や民間の仕様書・規格をどういった手続・交渉によって法令システムの中に取り込むのか（そうして法令の外延を拡張するのか）や、どのような法規制と民間規格等との分担管理のシステムを作るのかという「法令システム・インフラの整備」に関する裁量、③自己・第三者認証、自主規制団体の活動に自らがいかなる方法で関与をすることによって、自らが果たすべきミッションである規制の実効性を高めていくかという「規制実施手段の制度・仕組みの選択」に関する裁量である。[23]

この種の裁量（本稿で言う「自在幅」）は、時に行政統制の域を超え極めて強力なものとなり得るため、いかなる場合にい

かなる裁量を行使しなければならないかというところに、行政は客観・主観両面での責任を問われるということになろう。

(1) 公共的責任の分担

事例からは、第一に、様々な国際機関や民間アクターが、規制という、一定の公共性を有する活動そのものに参画してきており、従来の政府・規制行政機関に加え、それらにもある程度の公共的責任を分担して問う向きがあるということを指摘できる。例えば木造建築では、戦後以降、防火規制の策定に日本損害保険協会や日本火災学会といった研究機関が関与してきたし、いわゆる「木造禁止の決議」を出した日本建築学会は、多様な建築手法に関する技術的な議論・検討の場として機能し、従後の技術開発や規制のあり方をかなり方向付けた。それはアドボカシーも含みつつ、それのみを目的とした参画では必ずしもなく、規制策定に際しての事実発見や規制の執行可能性・実効性向上のための関与でもあったと考えられる。

(2) 適正な手続やガバナンスの要請

第二に、そうした公共的役割を担う多様なアクターやプロセスが、たとえ民間由来のものであっても、政府・規制行政機関が求められるのと負けずとも劣らぬ適正性を求められており、それがある種の統制原理として機能しているということを指摘できる。例えば自動車では、自動車工業会が多くの場合において自動車業界の利害調整を行うが、その際、露骨に特定のメーカーの利益を擁護することは同会自体の対外的な信用を害し得るし、また利害調整の際にメーカーの技術情報等、営業秘密を守る仕組みが整えられていなければ、そうした場へのメーカーの参加インセンティブも減じることになる。そうした手続やガバナンスの適正性は、規制の策定や実施に関する主張や決定が一定の科学的根拠によって支えられているかということを問うている場合もある。

(3) 規制間の競争と淘汰

第三に、法規制と（複数の）自主規制が併存する状況において、ある規制が機能し存在意義を保てるかは、消費者（もしくは小売業者）の選択に依っている部分があるということである。例えば電気用品では、その安全性等に関する複数の民間（自主）規制が重複している部分があるが、潜在的な規制者（メーカー）がどの規制スキームに乗ろうとするか（基準適合性を示すマークを付与してもらうべく、基準に適合しようとするか）は、消費者がその規制を信頼し、そのマークが貼られていることを確認して当該製品を買うかどうかにかなり依っていると考えられる。

また近年、電気用品安全法で民間（自主）規制のスキームをもその傘下に収めようとする（具体的には、法規制の解釈基準に民間基準を用いる、もしくは民間の規制スキームを法規制に代替できるようにする）制度改革が進められているが[24]、その是認プロセスでは、民間（自主）規制間の競争や淘汰のプロセスの存在が認められる。是認の根拠は、技術的理由のほか、その策定・実施過程や運用主体のガバナンスの適正性などが挙げられる。こうした意味において、規制空間の行政システムを統制する原理も多様化していると考えられる。

（二）独立性を付与された規制機関

行政の組織や活動の「独立性」の問題が近年、政策決定の分離や新たな規制機関の制度設計等を巡って盛んに議論されている。行政の独立性は、①政府他部局や②政治（党派性等）のほか、③活動の相手方からの独立性という意味合いで論じられている。そして、行政の独立性は、「①財政的資源、②法的権限、③人的資源・組織、④情報といった行政資源に関する他への『非依存性』」と捉えることができる[25]。

(1) 適切な「距離」感

規制行政機関の独立性は、規制の実効性や信頼に繋がり得る。他方、規制行政機関の独立性と、民主的正統性、事後的な責任追及、専門技術性の調達、政策の一貫性・総合性の保持等の必要性とは両立し難い場合があり、実際には、様々な要素が背反する中で、行政の組織や活動と他との適切な「距離」やバランスのとれた関係性の築き方を検討することが求められる。独立性を突き詰めて内閣等の統制が及ばないということになれば、行政権が内閣に属しその行使について国会が責任を負っていることを潜脱することになるのではないか。行政組織の独立性や分離を徹底することで、行政を支える専門性や人材といった資源の利用が冗長になり非効率を生じるのではないか。独立性が尊重され内部だけで判断が自己完結するということは本来の意味のガバナンスの機能不全にもつながり得るので、独立性そのものへの期待は裏切られる可能性さえある。そうした観点からこれまで、人事院等のように内閣の所轄下に位置付ける、国家公安委員会のように大臣委員会とする、行政権を統治・執政の作用と法律を執行する作用とで二元的に捉えて前者にのみ統制を及ぼす等の方法で折り合いをつける、あるいは、独立性に込められた趣旨・目的（公正性、不偏性、専門性等）に応じて、例えば財政面での依存性を意思決定プロセスや体制設計等の独立性によって補完するといった工夫が見られる[26]。

では、規制の実効性や信頼性を志向した独立の規制行政機関について、誰（何）にその統制を求めればよいのだろうか。独立性を標榜した規制行政機関はある極端なケースであって、程度の違いこそあれ行政一般にも当てはまることであるが、例えば、当該機関に関する透明性の向上、科学や専門性に根拠を求める意思決定の徹底、あるいは逆に他者からの多少の統制（コントロール）を組み込みながら、一定の独立性が保持されるようファイアウォールを整備するといった方策があり得る。

(2) 科学的根拠を伴う説明責任

原子力規制委員会などは「何ものにもとらわれず、科学的・技術的な見地から、独立して意思決定を行う」ことを活動原則に掲げており、「科学的・技術的な見地」にのみ統制されることを謳っている。また、規制の全般的強化が進む船舶に関しては、ＦＳＡ（Formal Safety Assessment：総合安全評価）と呼ばれる、他のオプションとの比較の上で提案された規制手法に明確な正当性を付与し、また透明性のある意思決定にも資するツールが、規制項目の選別と優先順位付けに一定の役割を果たすようになっている。ＦＳＡはＩＭＯ（International Maritime Organization：国際海事機関）において、「船舶活動に関係するリスクや、そうしたリスクを減らすためにＩＭＯが採るオプションの費用・便益を評価する合理的かつ体系的なプロセス」と定義され、新たな規制の評価や複数の規制改訂案の比較を助けるツールであり、規制の技術面と運用面を含めた費用対効果のバランスを検討するものである。ＦＳＡは、実際に起こった事故のデータに基づくこれまでの後追い的な規制に対し、潜在的なハザードに事前に根拠を持って対処することが可能になり、合意形成の可能性を高め「想定外」の範囲を狭めることができ、その意味で規制の質の向上に資することが期待されている。それに加え、船舶規制の全般的強化の中で、海事産業の保護育成という使命を（も）負ったＩＭＯが新規制の経済合理性に関する説明責任を問われているという背景もあるものと考えられる[27]。

同様の傾向は、最近二〇年間の独占禁止法等、市場規制に関しても指摘されている[28]。すなわち、規制者には、その規制活動を、ＲＩＡ（Regulatory Impact Analysis：規制インパクト分析）の手法を用い、合理的な理由によって正当化することが求められるようになっている。アメリカ・イギリス・カナダ・ＥＵで導入されているＲＩＡでは、関係団体への聞き取りを通して当該規制導入の必要性を評価し、不作為という選択肢も含めてまず様々なオプションを列挙する。それで規制が必要という

ことになれば、ＲＩＡによって規制目的への適合性や規制対象者に課される制約のより小さい手段の有無を評価する。ＥＵ指令では、域内市場において申請者（サービス供給者）の負担が過大な許認可スキームを除去すべきとし、新たな許認可を設ける場合には、それがより大きな公益に資するものであること、制限のより小さい手段が他にないことを要件に掲げている。ＷＴＯのＴＢＴ協定（Agreement on Technical Barriers to Trade：貿易の技術的障害に関する協定）は、国際貿易において、工業製品等の規格やそれへの適合性評価手続が不要な貿易障害を起こさないようにすることを目的とし、客観的で透明性のある必要性と十分性のクライテリアに基づかない不必要な貿易障壁になる技術基準や許認可は認めない。実際上、それは裁判例によって定式化され、事後的かつ個別的に事例に適用される比例原則が、新規制の一般的な成立条件になっているわけである。

(3) 統制の限界

ただし、科学性や専門性、合理性といったもの自体が必ずしも一義的ではなく、むしろ多義的であり、様々な解釈があり得るため、唯一の真実というものを規制空間における統制原理にすることはほとんど不可能である（ただし、それが一定の科学的根拠を伴っているという形式を求めるものであれば、統制は可能である）。また、できる限りその真実に接近するべく多大なコストをかけて実験を繰り返したり、複数の科学的根拠の中での一定の政策を民主的に決定したりすることにも、様々な難しさがある。科学性や専門性、合理性は、行政統制の原理として一定程度有効であり得るが、その限界も理解しておく必要があると言えよう。

（三）内閣府における戦略や計画の策定

中央省庁等改革で最も重要な柱とされた「内閣機能の強化」の観点から、内閣と総理大臣を助ける「知恵の場」として、総理や内閣官房長官を議長とし関係大臣と有識者からなる五つの「重要政策に関する会議」が設置された（現状は、経済財政諮問会議、総合科学技術・イノベーション会議（ＣＳＴＩ：Council for Science, Technology and Innovation）、国家戦略特別区域諮問会議、中央防災会議、男女共同参画会議）。

ＣＳＴＩの前身である総合科学技術会議（ＣＳＴＰ：Council for Science, Technology Policy）は、科学技術政策に関し、予算・計画・評価といった手段を用いながら「総合調整」機能を発揮することが期待された。そうした性格のＣＳＴＰを「特定総合

調整機構」と呼び、科学技術予算の優先順位付けを通じた「予算による調整」と科学技術基本計画策定を通じた「計画による調整」という二つの側面から分析した伊藤[29]は、ＣＳＴＰについて、調整機能に各種の限界を抱えながらも、行政資源の「選択と集中」の実効性という面で「特定総合調整機構」としての制度化が進んでいるとの指摘をした。内閣府にはこれらの会議の事務局が置かれていることから、そこでかなり実質的に「骨太の方針」や科学技術基本計画のような戦略や計画が練られている。

我が国の科学技術政策推進体制が整備された一九五〇年代（科学技術行政協議会（ＳＴＡＣ：Scientific Technical Administration Committee）と科学技術庁・科学技術会議）とその司令塔機能が強化された二〇〇〇年代（ＣＳＴＰとＣＳＴＩ）の経緯を比較した場合、いずれも経済・産業界からの後押しが体制整備の強力な原動力になったという共通性が見出せる。他方、原子力等隣接領域との関係、及び、計画策定と資源配分に関する「総合調整」を志向するか、内閣によるリーダーシップを伴う「司令塔」を目指すかというところに多少の違いがあると考えられる[30]。

(1)　内閣による行政統制の強化

ＣＳＴＩの司令塔機能強化は、第一に、内閣主導に向けた改革の成果の一つであり、内閣による行政統制を強化するものだと評価できる。すなわち、二〇一四年四月の法改正では、第一にイノベーション創出の促進に関する総合調整機能等の強化が図られた。従来の「科学技術の振興」に加えて、「研究開発の成果の実用化によるイノベーションの創出の促進を図るための環境の総合的な整備」に関する企画・立案及び総合調整事務を内閣府に追加するとともに、当該事項に関する重要事項についての調査審議事務をＣＳＴＰに追加した。第二に、ＣＳＴＰが改組されてできたＣＳＴＩは、総理大臣（議長）等の諮問に応じ、科学技術の総合的かつ計画的な振興を図るための基本的な政策、科学技術に関する予算、人材等の資源の配分の方針、その他の科学技術の振興に関する重要事項について調査審議するとともに、科学技術に関する大規模な研究開発その他の国家的に重要な研究開発を評価し、それらに関して必要な場合には、諮問を待たず総理大臣等に対し意見具申することとした。第三に、新たに内閣府に「研究開発の成果の実用化によるイノベーションの創出の促進を図るための環境の総合的な整備に関する施策の推進に関する事務」を追加することで、科学技術イノベーション施策の推進機能を抜本的に強化した。第四に、府省の枠

や旧来の分野の枠を超えた戦略的イノベーション創造プログラムを創設し、「科学技術基本計画の策定及び推進に関する事務」、「科学技術に関する関係行政機関の経費の見積りの方針の調整に関する事務」を文部科学省から内閣府に移管した。

この司令塔機能強化は、政府外アクターのインセンティブにも適っており、行政の応答性を向上させるものでもある。すなわち、政策を政府にインプットする際、検討過程で多くの拒否点の出現が見込まれる担当原局・原課経由のインプットよりも、司令塔（及びその議長である総理）に直接アプローチしインプットした方が、政策の実現可能性は劇的に高まる（もっとも、現実のルートはリダンダントだろう）。司令塔機能強化が望まれる背景には、政策の戦略的・即時的展開の必要性に加えて、こうした政府外アクターの便宜もあると考えるべきであろう[31]。

(2) 省庁共同体からの「距離」

第二に、いわゆる省庁共同体の中で懸念されるcorrosive capture（規制行政機関が被規制者の虜になり、規制が被規制者の規制対応コストを小さくする一方、公益に資さないものになってしまう一種の腐敗に至る囚虜）が、執政（内閣）レベルからのレビューによって防止され得るということである。D・カーペンターとD・A・モスは、社会的規制において発生してしまうcorrosive captureの予防方策の一つとして、ホワイトハウスのOIRA（the Office of Information and Regulatory Affairs）によるレビューを挙げている[32]。科学技術政策を所管し利害関係者ともかなり近い文部科学省及びその省庁共同体から多少の距離を置いた、執政（内閣）レベルからのcorrosive captureへの統制には、一定の有効性が期待される。

ただし、内閣機能強化の中で内閣府が設置されて以降、「司令塔」とは明示しないまでも、府省間調整が困難であったり即時対応が必要であったりした政策課題が内閣府へと持ち込まれ、その組織構造を複雑化させたとの解釈も可能である（二〇一五年一月の閣議決定「内閣官房及び内閣府の業務の見直しについて」を参照[33]）。そうして最終的には大臣等による政治的決着が求められ、確かにそれが奏功した部分もかなりあると思われるが、内閣府（事務局）職員の一定数が各省からの出向者で占められていることからして、結局それでは各府省の縦割りやそれらの対立が内閣府に持ち上げられ、さらには各司令塔の縦割りやそれらの対立を生じさせただけではないかとも考え得る[34]。内閣レベルからの統制の評価は、「官房型官僚」の受動的・能動的振る舞い等の実態とその解釈によると言えよう。

(3) 統制と不確実性のある「政治」

第三に、戦略や計画の策定という活動の特性上、極めて多様で多数の政策をいわば上から眺め、その帰結を予測しながら選択肢の取捨と優先順位付けをすることになる。すると、科学技術のように技術的・社会的不確定要素が多い政策領域においては、的確な資源配分を特定すること自体が困難であるし、内閣府が「政治」と比較的近いことは、決定が別の文脈から来る政治的な環境変動や撹乱要因に翻弄される恐れに繋がり得る(35)。

これは、ある理解によれば行政統制が効いているということになるが、政策の安定性や継続性、さらにはそうしてでき上がった戦略や計画自体の妥当性という意味でも、デメリットは小さくない。ただ、中央省庁等改革がそもそもそれを志向したように、国会や内閣によるいわば伝統的な行政統制の強化・実質化は（良くも悪くも）認められるということであろう。

終　章

本稿では、行政統制・行政責任が行政裁量と相互補完的・背反的関係に立つことを踏まえて、まず、行政裁量の実体的・概念的広がりを行政活動の「自在幅」として整理して論じた（第一章）。続いて、行政手続法や内閣機能強化、「市場化」を通じた行政統制・行政責任について、先行研究や制度改革の動向を述べた上で、①各事例における「自在幅」の態様、②「自在幅」に対する行政統制の手法、③行政が果たすべき責任の内容といった論点を設定し（第二章）、それらについて三つの事例を素材に検討・考察した（第三章）。

事例からは、行政手続法や内閣機能強化といった動きがそもそもそれを志向したように、国会や内閣による伝統的な行政統制の強化・実質化が認められる一方、様々な国際機関や民間アクターが公共的活動に参画してきていることにより、それらにも多少の公共的責任を分担して問う向きがあること、さらに、そうした「ガバナンス」の空間では、裁量行使に際して科学的根拠を求めること、及び、ある種の市場的メカニズム（消費者による選択行動や行政スキーム間の競争・淘汰のプロセス）といったものが、新たな行政統制原理として見出せることを論じた。

それでは、この現状において、行政が果たすべき責任とはいかなるもので、その責任をどのようにして問うていくべきか。本稿が検討したように、行政活動の「自在幅」は通常想定される以上に大きい。すると、西尾勝の言う「準則の定立と公開」(36)、すなわち透明化や情報公開を通して市民が行政統制と責任追及

をするということもさることながら、やはりある程度行政（官僚）の主観の部分、すなわち使命感や責任感、公益観の涵養、官僚制集団での「倫理 ethics」[37]やたしなみの共有、そのための人材育成にも、相当の重要性があるように思えてならない（確かに様々な「公益」があり得るが、少なくとも、本稿で指摘した、様々な行政統制メカニズムが機能するための環境の整備は、そのミッションに含まれよう）。ただしそれは、行政内部で完結することではなく、「官僚バッシング」や行政を担う人材の育成・供給といった社会との関係性によっても、規定されるはずのものである。

今後の研究課題としては、①官僚の属性（執政、管理、業務）による「自在幅」の量的質的異同の析出、②行政活動の「自在幅」の変化とその要因についての考察、③その「自在幅」に対する統制と行政活動のパフォーマンスとの関係に関する分析が挙げられる。

謝　辞

本稿は、平成二五～二七年度 科学研究費補助金（若手Ｂ）「官民が協働する規制システムの行政学的研究」の助成を受けて行った研究の成果の一部をまとめたもので、平成二七年度日本行政学会研究会・分科会Ａ（行政責任・行政統制をめぐる変容）における口頭発表の内容に加筆・修整を施したものである。本研究の遂行にご指導・ご支援くださっている北海道大学内外の教職員・メンバーのほか、匿名のインタビュイーの皆様にも深く御礼申し上げる。また、同分科会を企画してくださった松田憲忠先生（青山学院大学）、裁量概念について貴重なコメントをくださった討論者の飯尾潤先生（政策研究大学院大学）と、交告尚史先生（東京大学）にも、心より御礼申し上げる次第である。

（1）D'Alberti, M. (2010). Administrative Law and the Public Regulation of Markets in a Global Age. In Rose-Ackerman, S., & Lindseth, P.L. (eds.). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA: Edward Elgar. p.68.

（2）真渕勝（二〇〇九）『行政学』有斐閣、四九六～五〇〇頁。

（3）山口二郎（二〇〇八）「政治家と官僚：誰が政策を決めるのか」辻康夫＝松浦正孝＝宮本太郎（編著）『政治

学のエッセンシャルズ』北海道大学出版会、一八～二六頁。

(4) Osborne, S.P. (ed.). (2010). *The New Public Governance? Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*. Routledge.

(5) Scott, C. (2001). Analyzing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design. *Public Law (Summer 2001)*. pp.329-353.

(6) 村上裕一（二〇一三）「規制空間の構造変容と官僚制の裁量行使戦略（一～六・完）」『国家学会雑誌（第一二六巻 第一・二～一一・一二号）』。

(7) 嶋田暁文（二〇一〇）「政策実施とプログラム」大橋洋一（編著）『政策実施』ミネルヴァ書房、一九一～二一二頁、及び、嶋田暁文（二〇一〇）「執行過程の諸相」大橋洋一（編著）『政策実施』ミネルヴァ書房、二一三～二四〇頁。

(8) 西尾勝（一九九〇）「行政裁量」『行政学の基礎概念』東京大学出版会。

(9) 原島良成＝筑紫圭一（二〇一一）『行政裁量論』財団法人放送大学教育振興会、二七～二八頁。

(10) Donahue, J.D., & Zeckhauser, R.J. (2006). Public-Private Collaboration. In Moran, M., Rein, M., & Goodin, R.E. (eds.). *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford University Press.

(11) Cuéllar, M.-F. (2014). Coalitions, Autonomy, and Regulatory Bargains in Public Health Law, in Carpenter, D., and Moss, D.A. (eds.). *Preventing Regulatory Capture*. New York: Cambridge Univ. Press. pp. 360-361.

(12) Cuéllar・前掲注（11）論文。

(13) 西尾勝（二〇〇一）『新版 行政学』有斐閣、三八一～四〇六頁、及び、真渕・前掲注（2）書、二五八～二三〇九頁。

(14) 曽我謙悟（二〇一三）『行政学』有斐閣アルマ、三頁。

(15) 成田頼明（一九八一）「行政指導の機能と功罪」『ジュリスト（七四一）』三九～四四頁。

(16) 森田朗（一九九四）「行政学的思考と行政法学的思考」『年報行政研究（第二九号）』ぎょうせい。

(17) 西尾・前掲注（13）書、三九二頁。

(18) 村上・前掲注（6）論文。

(19) 原島＝筑紫・前掲注（9）書、一五六頁。

(20) 森田朗（一九九八）「行政責任」森田朗編『行政学の基礎』岩波書店。

(21) 西尾隆（一九九五）「行政統制と行政責任」西尾勝＝村松岐夫（編）『講座 行政学（第六巻）』有斐閣、二六八～二六九頁。

(22) 手塚洋輔（二〇一〇）『戦後行政の構造とディレンマ：予防接種行政の変遷』藤原書店。
(23) 村上・前掲注（6）論文。
(24) 村上裕一（二〇一二）「『法規制化』と業界自主規制の遷移」『計画行政（第三五巻第三号）』、四四～五一頁。
(25) 村上裕一（二〇一三）「行政の組織や活動の『独立性』について」『社会技術研究論文集（Vol.10）』一一七～一二七頁。
(26) 村上・前掲注（25）論文。
(27) 村上裕一（二〇一四）「船舶の国際規制の特徴：他の産業分野との比較研究に向けた論点整理」『日本海洋政策学会誌（第四号）』一二七～一三八頁。
(28) D'Alberti・前掲注（1）論文、六七頁。
(29) 伊藤正次（二〇〇六）「『特定総合調整機構』としての総合科学技術会議：『予算による調整』と『計画による調整』をめぐって」『公共政策研究（第六号）』四三～五五頁。
(30) 村上裕一（二〇一五）「『司令塔機能強化』のデジャ・ヴュ：我が国の科学技術政策推進体制の整備を例に」『年報 公共政策学（第九号）』一四三～一六八頁。
(31) 村上・前掲注（30）論文。
(32) Carpenter, D., & Moss, D.A. (eds). (2014). *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*. New York: Cambridge University Press. pp. 458-464.
(33) 村上・前掲注（30）論文。
(34) 牧原出（二〇〇三）『内閣政治と「大蔵省支配」：政治主導の条件』中公叢書。
(35) 村上裕一＝横山悠里恵＝平石章（二〇一〇）「先進技術の導入・普及政策における『メタガヴァナー』の役割とその限界：燃料電池自動車（FCV）の事例を素材として」『社会技術研究論文集（Vol.7）』一八二～一九七頁。
(36) 西尾・前掲注（8）論文。
(37) 牧原・前掲注（34）書。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇一五年九月二八日（月）　午後二時より

第一報告「私たちのものが欲しい（We Want What's Ours）：尊厳収用とその回復（Dignity Taking and Dignity Restoration）――南アフリカの土地回復請求の事例から」

報告者　B・アツアヘネ教授（シカゴ・ケント・ロースクール）

＊参考文献：Bernadette Atuahene, We Want What's Ours (Oxford U.P., 2014)

第二報告「補償と修復的正義（Reparations and Restorative Justice Repairing the Broken Pieces）――社会的支配の問題（The Problem of Social Dominance）」

報告者　C・ウォーターハウス教授（インディアナ大学ロースクール）

＊参考文献：Carlton Waterhouse, The Good, The Bad, and The Ugly: Moral agency and The Role of Victims in Reparations Programs, 31 U. PA. J. INT'L. L. 257 (2009); do., Total Recall: Restoring the Public Memory of Enslaved African-Americans and the American System of Slavery through Rectificatory Justice and Reparations, 14 J.GENDER RACE & JUST. 703 (2011)

出席者　一五名

一．トップコラボ研究会の第三弾で、報告者は、新進気鋭の補償法学研究者を招聘してのもので、アツアヘネ教授は、南アフリカのポスト・アパルトヘイト補償について、地元住民から一五〇もの実証的聞き取りを基とする著作を近時刊行しているが（参考文献参照）、特にそこで展開される『尊厳収用（dignity taking）』及び『尊厳回復（dignity restoration）』の概念は、近時アメリカ法学で注目を浴びている。その汎用性は高く、二〇一五年度のアメリカ「法と社会」年次大会では、終日かけて、世界各国の補償専門家が集って、様々な具体的問題を持ち寄って彼女の枠組みについて、議論された。彼女は、その理論がまさしく妥当するアイヌ問題についても熱いまなざしを注い

でいる。

　他方でウォーターハウス教授は、補償問題を原理的に分析しようとする理論派であり、対象としては、奴隷補償の問題を最大課題としているが、国際的関心も広く、ポスト・アパルトヘイト問題以外に、アルゼンチンなど南アメリカ諸国の補償及び慰安婦問題も扱っており、東アジア問題にも関心は高い。当日の研究会には、新たなペーパーを用意して臨まれ、そこでは、社会心理学の領域で出された『社会的支配の理論』を応用して、補償問題の状況を説明しようとする野心的な取り組みの報告を展開された。＊なおそのペーパーについては、別途翻訳を予定しており、近刊の本誌に掲載する予定である。

二．まず、アツアヘネ報告では、『尊厳的収用』とは、南アフリカでアパルトヘイト期になされた黒人居住の排除問題で典型的に現れるような、そこには単なる財産問題のみならず、（居住者の夢・願望・希望を奪うような）人格無視・非人間化を伴う所有権奪取であり、その『尊厳回復』には経済的塡補では汲み取れない救済方法が求められる（例えばそれは、コミュニティの回復や能力回復である）。同国では、一九九〇年代半ば前には、人口の一〇％未満の白人が国土の八七％を所有するという状況だったのである。

　これに対して、ポスト・アパルトヘイト期の土地回復は、「土地再分配」（land redistribution）、「土地賃貸借改革」（land tenure reform）（賃借人から所有者への格上げ）、「土地回復」（land restitution）というやり方によりなされ（それぞれ、南アフリカ憲法二五条五項、六項、七項による）、当初は裁判所によったが、これでは対処できないことがわかり、一九九八年からは委員会方式によることになった（それでも、被害三一〇万件の内、八万件しか請求されていない）。その実証的考察からわかることとして、補償プロセスの重要性ということ

であり（そのプロセスとは、①「請求」（lodgment）、②「請求の有効性確認」（validation）、③「請求者・遺族の資格確認」（verification）、④「交渉（金銭賠償か土地回復か、その他の救済方法かの選択）」（negotiation）、⑤「救済の中身（賠償額など）の決定」（valuation）という流れである）、また《関係当事者間の交流の重要性》（それは、関係当事者の参加、尊重、コミュニティとのつながり、迅速な解決、帰結の望ましさなどからもたらされる）ということであった。しかし土地回復救済は重要だが、全体の八割は、損害賠償によっており、しかも立場による格差も大きく（すなわち、過去の所有者は、象徴的な賠償にとどまるのに対し、現在の所有者は市場価値の賠償が得られる）、黒人側の要望としては、その三分の二は、土地返還を求めていて、要望と現実との間のギャップも大きいことも示された。

アツアヘネ教授の近著は、その南アフリカの補償状況の実証的分析も貴重だが、『尊厳収用』及び『尊厳回復』を分析軸として、様々な世界的な歴史的不正義について、再考するという理論的意義も提示する。例えば、ルワンダのツチ族・フツ族間の悲劇、イラクにおけるクルド人の悲劇、イスラエルにおけるベドウィン族の問題、原住アメリカ人の財産奪取について、そしてわが国ではアイヌ民族の北海道征服に関する回復方法についても示唆を与えるものである。

三．他方で、ウォーターハウス報告は、補償理論として、かねてその基礎理論につき、しばしば正義論として言われる「分配的正義」（distributive justice）や「応報的正義」（retributive justice）よりも、「矯正的正義」（rectificatory justice）に注目して、被害者の観点を重視し、その尊厳、人間性の承認・回復にも留意すべきだとし、こうした観点から、ホロコースト補償が最も包括的で、南アフリカ共和国や南アメリカ（アルゼンチンなど）の補償も制度的になされて被害者志向的に相当のところまで行っていると評価し、他方で、慰安婦補償ないし原住アメリカ人に対する補償状況は、被害者への配慮は低いという意味で《悪い》（奴隷補償に至ってはそもそも成果の結実度は低く、その可否について意見が分断している状況だ）としていた（参考文献参照）。

それを踏まえて、世界的に補償状況につきばらつきが出ることの背景説明として、集団相互の関係分析に関する《社会的支配理論》（theory of social dominance）（そこでは、年齢、性、国籍、人種・民族、階級、財産、宗教などが指標とされる）を応用しようとするアイデアについて検討することに、法学会での報告の主眼は置かれた。

すなわち、「社会ヒエラルキー促進・補強的イデオロギー」（social hierarchy-enhancing ideology）（雇用、住宅、市場、医療、教育における差別実践）と「社会ヒエラルキー抑制的なイデオロギー」（social hierarchy-attenuating ideology）（人権思想、補償運動、アファーマティブ・アクション、人種的プライドの増進、フェミニズム・批判人種法学など）との闘ぎあいにより、例えば、一方でホロコースト補償の先進性、他方で、奴隷補償の遅れ、先住民族補償の遅れなどの各地の補償状況の偏差が説明できるとされる。

四．質疑では、例えば、ウォーターハウス報告については、そのような記述的な説明からどのような規範的な指針が出てくるのか、特にわが国のコンテクストとの関係で、例えばアイヌ補償の立ち遅れについて、どのように対処していったらよいかという処方箋が尋ねられた。それについては、奴隷制補償・アフリカ系アメリカ人の補償も同様だが、そうした差別を受けている集団の構成員の尊重、集団的価値を高めるような動員が必要だろう。またアイヌ民族の組織の強化が必要だろうという回答であった。

なお、両教授の報告は、韓国の済州大学でも行われた（一〇月二日三時半から）が、韓国のコンテクストの下で、議論がなされた。例えば、慰安婦問題については、日本の支配的階級、そして韓国のそれも抑圧的影響力を行使する状況については、特に日本においては、被害者状況に敏感な有力者の言説ないし教育により、若者の歴史認識を刷新していくことの意義が説かれた。また済州島の悲劇に関するアメリカの責任問題の追及ないし米韓の関係和解に関しては、未だこの歴史的不正義に関する認識刷新、意識喚起の段階だとのことであった。また謝罪の意義についても議論され、被害者の尊厳回復に留意したものでなければいけないことも強調

された（この点で、例えば、アジア女性基金を運営された大沼保昭教授が、例えば、基金授受行為により首相は道義的責任を認めているとして同基金を正当化されていて（「歴史認識」とは何か（中公新書）（中央公論、二〇一五）一三九頁参照）、お詫びの前提ないしその質を問題にされない（例えば、安倍首相は、国会討議で、慰安婦を公娼類似のような言い方をすることが慰安婦ハルモニをどれだけ傷つけるかという被害者サイドへの配慮は弱いように思われる）のはいかがなものであろうか（もっとも同教授個人としては、こうした被害者への配慮を示すが（同書一五八－一五九頁）、そうした配慮がない者と妥協してアジア女性基金制度を作り上げたことに、その失敗原因があるように思われる）。

五．両教授とは、学内でこのような有益な討論がなされたが、さらに、札幌では、北海道アイヌ協会本部での面談、またソウルでは、挺対協での関係者との面談、済州島では、四・三事件平和財団での面談もなされて、国際的連携の方途、研究者の役割なども含めて、幅広く議論がなされた。こうした新進気鋭の補償法学の中堅トップランナーの今回の東アジア訪問は、招聘された両人にとっても大変感銘深かったようで、北大法学部のグローバルな活動の幅広さについて好印象を与えて、トップコラボ研究会を行った意義は十二分に感ぜられた。

（文責　吉田邦彦）

北海道アイヌ協会本部にて

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 66 No. 5 (2016)
SUMMARY OF CONTENTS

Freiwillige Gerichtsbarkeit an Herrscherhof im deutschen Spätmittelalter

Masaki TAGUCHI*

Der vorliegende Aufsatz stellt zuerst für den Zeitraum von 1273 bis 1378 die wandelnden Zahlen der Urkunden fest, die sich auf die freiwillige Gerichtsbarkeit im engeren Sinne und die Bestätigungs- und Beglaubigungstätigkeit am Herrscherhof beziehen. Die einschlägigen Quellen zur "eigentlichen" freiwilligen Gerichtsbarkeit sind insgesamt eher wenig. Sie sind nach der Thronbesteigung Karls IV. einmal verschwunden und erst später wieder aufgetaucht. Man findet die Bestätigungs- und Beglaubigungsfälle öfter, und zwar gerade in der Zeit Karls IV. Besonders auffällig sind unter ihm zahlreiche Bestätigungen, die von dem Hofgericht gegeben wurden. Der Aufsatz betrachtet dann die Urkunden der freiwillgen Gerichtsbarkeit im engeren Sinne eingehend und stellt dabei heraus, dass sie eine bestimmte Tendenz zeigen. Die Fälle hatten nämlich mit denjenigen Grafen und Herren im Süden und Westen des Reiches zu tun, die mit dem Herrscherhof enge Kontakte hielten oder sogar selber Verwandte des Herrschers waren. Da vor allem "kleine Könige" nach dem Interregnum den Grafen und Herren nahe standen, spiegeln die hier behandelten Beispiele die gemeinsame Welt des Königs einerseits und der Grafen und Herren andererseits wider.

* Professor of School of Law, Hokkaido University

Administrative Discretion: Its Autonomy, Control, and Responsibility

Yuichi MURAKAMI, Ph.D.*

There is a two-sided relationship between administrative discretion and control/responsibility; wide discretion for bureaucrats is argued by some to enable them to do their best to complete their missions, while others argue that it gives them 'free hands' to behave on their own without any consideration of the public interest.

This paper firstly focuses on a substantive and conceptual enhancement of administrative discretion in history, despite some judicial and de-facto restrictions on bureaucrats from its circumstances, and it defines administrative discretion as a combination of administrative (1) 'autonomy' and (2) 'discretion' (in a narrower sense, under the delegation of the Cabinet and the Parliament).

Case studies were performed on (1) the technical standard-setting process of safety regulations, (2) the organizational design of independent regulatory agencies, and (3) the executive planning and budgeting of science and technology policy. The studies show that bureaucrats today manage to maintain or even widen their discretion (as a whole) by means of making the most of their autonomy and through regulation of regulation, or 'meta-regulation'.

Although recent administrative reform strengthened administrative control from the Cabinet and the Parliament as aimed, administrative responsibility has also been actually fulfilled through various international organizations, private actors, and a kind of market mechanism, as they are also important in satisfying the procedural requirements of preparing scientific evidence when making decisions, and in winning consumers' selection and 'competition' among various regulatory schemes (whether public or private).

* Associate Professor at Hokkaido University Public Policy School

It is true that the government should pursue transparency to be accountable and be controlled by other institutions as widely discussed in academia, but this paper argues for widening administrative discretion for bureaucrats, on the contrary, with a sense of their mission, responsibility, and public interest in mind and a focus on a sort of bureaucratic ethics in relation to ministers, politicians, and citizens.

論　　説

保険契約における因果関係についての一考察

山　本　哲　生

目　　次

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　原因の競合についての基本的考え方
Ⅲ　リベラル・アプローチの射程
Ⅳ　因果連鎖型と同時協働型の区別
Ⅴ　約款規定との関係
Ⅵ　整理と検討

Ⅰ　はじめに

保険契約において因果関係が問題となる局面の１つとして、担保事由と免責事由とが競合して結果が発生した場合に、保険者は保険金支払義務を負うかどうかという場面がある。原因の競合については、代表的には、２つの事案類型があることが指摘されている。１つは、疾病により自動車運転中に意識を失い、交通事故による傷害の結果死亡したというような、先行事由が後行事由を惹起し、結果につながったという類型で、前後継起的因果関係（本稿では、主に因果連鎖という）などといわれる。もう１つは、台風による強風で家屋が倒壊したが、家屋は建築上の瑕疵により風に対する強度が不足しており、建築上の瑕疵がなければ倒壊していなかったというように、複数の原因のうちの１つだけでは倒壊という損害は発生しなかったが、両者が協働することで損害が生じたという

類型で、補完的因果関係（本稿では、主に同時協働的因果関係という）などといわれる[1]。

このような原因の競合に関して、海上保険においては膨大な議論の蓄積がある。もっとも、海上保険における議論では、たとえば、前後継起的因果関係において、約款である事由を特定して明示的に担保範囲から外す旨が明記された免責事由（明示的免責事由という）がどこかに存在していれば免責とする見解が多いところ、そのように明示的免責事由を優先して考えることに対しては、疑義が示されることもある[2]。また、海上保険についての議論が他の種類の保険にも妥当するのかという問題意識が示されることもある[3]。そこで、本稿では、原因の競合について、明示的免責事由を優先する考え方が有力ではないアメリカの議論を概観し[4]、判断の枠組みについて若干の検討を行う。

原因の競合は損害保険、生命保険、傷害保険など種々の保険で問題になり、各種の保険で同様に考えてよいかということは問題になりうる。アメリカでは、保険の種類ごとの議論がなされないわけではないが、大きくは一般論の形で議論されることが多いので、ここでもさしあたり一般論という形でみていくこととする。ただし、直接には損害保険に即して論じられることが多いので、議論の主な対象は損害保険になる。

なお、原因の競合が問題になる局面の類型として、１つの保険における担保の有無が問題となる事例と複数の保険者間での分担、どちらが担保するかが問題となる事例があるとの指摘がある[5]。ただし、この類型の

---

[1] 事案の類型は必ずしもこの２つに尽きるわけではない。

[2] 山下友信『保険法』（有斐閣、2005年）385頁。

[3] 梅津昭彦「陸上保険契約法における因果関係論再考」保険学雑誌598号（2007年）96頁。海上保険と火災保険で区別する見解として、たとえば、加藤由作『海上危険新論』（春秋社、1961年）257 ～ 258頁、葛城照三「海上保険における相当因果関係説を論ず」同『海上保険論集第３巻』（損害保険事業研究所、1977年）20頁以下。

[4] アメリカの議論につき検討したものとして、梅津昭彦「アメリカ保険法における因果関係論の展開」損保研究70巻２号（2008年）31頁。

[5] Erik S. Knutsen, Confusion about Causation in Insurance: Solutions for Catastrophic Losses, 61 Ala. L. Rev. 957, 966 (2010).

違いによって考え方を分けるということまで意図されているわけではないようであり、以下では、この類型の違いにはこだわらないこととする。

さらに、損害保険における因果関係という場合、何と何の間の因果関係かということも問題となる。たとえば、保険事故の原因である危険事情と保険事故の間と、保険事故と損害の間のそれぞれの因果関係を問題とする立場と、危険事情と保険事故を包括して危険という概念を用い、担保危険と損害との因果関係を問題とする立場があるとされる[6]。この点につき、アメリカでは、保険事故と危険事情を明確に区別して議論することはあまりされていない[7]。以下でも、基本的には危険事情と保険事故というような区別はせず、担保事由ないし担保危険と、免責事由ないし免責危険との競合という形で議論をみていく。

また、先ほど、約款で明示的に担保範囲から外す旨が明記された免責事由を明示的免責事由というと述べたが、日本では、特に海上保険における議論において、明示的免責事由を免責事由といい、これに対して、免責という形が明示されているわけではないが、担保事由に含まれていない事由を非担保事由といい、両者を区別することが多い。しかし、アメリカでは、このような区別をする考え方が一般的であるわけではない。そこで、以下では、特にどちらかにはこだわらずに免責事由という言葉を用い、区別する場面では、明示的免責事由と非担保事由という語を用いることとする。

原因の競合についてのアメリカの判例は一貫性がないという点は強く指摘されているところであり[8]、本稿でも、判例の傾向を分析することはしない。判例は多様であることを前提として、どういう視角で論じられているかをみていく[9]。

---

[6] 田辺康平『新版保険法』（文眞堂、1995年）120頁。

[7] これらの点を区別する議論もあるが、一般的には、そのような区別は重視されていない。この点については、後掲Ⅴ１参照。

[8] ROBERT H. JERRY, Ⅱ & DOUGLAS R. RICHMOND, UNDERSTANDING INSURANCE LAW (5th ed. 2012) 533.

[9] アメリカにおいて、因果関係に関して、最近もっとも論じられているのは、ハリケーン・カトリーナ等による災害に対する保険担保が認められるかという問題における、免責事由がわずかでも損害発生に関与していれば免責とする

Ⅱ　原因の競合についての基本的考え方

1　保守的アプローチ

後述のように、アメリカにおいても、因果関係が問題となる事案の類型に応じた分析がなされてきているが、判例では、類型に応じた判断が明示的になされることは通例ではない。事案の類型との対応は措くとして、原因の競合が問題になる場合の判例のアプローチとしては、主に３つがあげられる[10]。すなわち、保守的アプローチ、近因アプローチ、リベラル・アプローチである[11]。

保守的アプローチは、複数の事由の中に免責事由が１つでもあれば免責というものである[12]。最近では、これはアメリカでは少数派のようで

ような約款の解釈、効力であろう。この点につき、TOM BAKER & KYLE D. LOUGE, INSURANCE LAW AND POLICY (3d ed. 2013) 133 et seq. しかし、本稿では具体的な約款解釈、約款の効力の問題は扱わない。

[10] 当然のことながら、原因の競合をどう処理するかが約款の文言に影響を受けることはある。たとえば、担保事由による直接の損害（direct loss）と規定されている場合に、文字通り担保事由から直接に生じた損害のみが保険によるてん補対象になるのかが問題になる。判例の多くは、直接の損害は近因を指すと解しているとされる。R. Dennis Withers, Proximate Cause and Multiple Causation in First-Party Insurance Cases, 20 Forum 256, 265 (1985). 本稿では、一般に約款の文言が決め手となったものとしては位置づけられていない判例をとりあげている。

[11] 用語は、Knutsen, supra note 5, at 973 et. seq. 等による。

[12] Lydick v. Ins. Co. of North America, 187 N.W.2d 602 (Neb. 1971). 家畜についての保険で、暴風等による直接の損害を付保するとされていた。寒気、氷、雪等による（caused directly or indirectly by）損害についての免責条項あり。1969年１月、99頭の牛が飼育場の凍っていた池に落ち、溺れて死んでいた。天候は非常に寒く、強い風が吹いており、それを避けるために牛は池のある避難場所に行っていた。凍った池は雪で覆われていた。判旨は、一般的ルールとしては、暴風が明示で免責された危険事情と結合して、損害を生じさせた場合は、被保険者は保険金を取得できないと述べている。もっとも、判旨は、その前に、暴風以外に、損害発生についての多くの先行要素、競合要素があり、風は牛が氷の上を歩き回る前提条件を作り出したに過ぎず、寒気と雪が事故を引き起こ

ある。保守的アプローチの考え方は一言でいえば、免責条項を置いた保険者の意図を重視するというものである。保険者は部分的にでも免責危険によって生じた損害については支払うことを契約していないのだから、担保危険と免責危険が協働したときは、免責となるとする[13]。もちろん、免責条項をこのように解釈することの合理性は問題になるが、平均的保険購入者の期待という観点からして、事前に原因が競合する可能性が実際に考慮されたかは疑わしく、専門家からみた合理的解釈としては、このようなルールは十分に予測可能であるといわれる[14]。また、このアプローチの利点として、確実性を増すこと、保険者が予期しないリスクにさらされることはないので、低い保険料につながることがあげられる[15]。

なお、保険者は担保原因によって生じた部分の損害のみを担保するのであり、被保険者は損害のうちどれが担保原因によって生じたかを証明しなければならず、証明できなければ保険金を取得できないともいわれる[16]。

保守的アプローチに立つ者は、明示的免責事由（excluded cause）と非担保事由（noncovered cause）を区別する[17]。明示的免責事由とは、約款である事由を特定して明示的に担保範囲から外す旨が明記された免責

した支配的要因であろうと述べている。

[13] Brendan R. Vaughan, Watered Down: Are Insurance Companies Getting Hosed in the Wind vs. Water Controversy? 2008 U. Ill. L. Rev. 777, 797. See Randall L. Smith & Fred A. Simpson, Causation in Insurance Law, 48 S. Tex. L. Rev. 305, 315 (2006); Richrd A. Fierce, Insurance Law-Concurrent Causation: Examination of Alternative Approaches, 10 S. Ill. U. L. J. 527, 542 (1985); Knutsen, supra note 5, at 974.

[14] William Conant Brewer, Jr., Concurrent Causation in Insurance Contracts, 59 Mich. L. Rev. 1141, 1172 〜 1173 (1961).

[15] Fierce, supra note 13, at 542.

[16] Jacqueline Young, Efficient Proximate Cause: Is California Headed for a Katrina - Scale Disaster in the Same Leaky Boat?, 62 Hastings L. J. 757, 761 (2011). Travelers Indemnity Co. v. McKillip, 469 S.W.2d 160 (Tex. 1971).

[17] See JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 541; Vaughan, supra note 13, at 797.

事由のことであり、非担保事由とは、特定して担保範囲から外すことが明示されていないが、担保範囲に含まれていないものである。たとえば、火災保険において爆発による損害については保険金を支払わないと規定されていれば、爆発は免責事由となる。これに対して、特に爆発による損害については保険金を支払わないという規定はなく、単に火災による損害について保険金を支払うとのみ規定されていたとすると、爆発は非担保事由となる。

保守的アプローチの論者は、明示的免責危険と担保危険の協働であれば免責となるが、非担保危険と担保危険の協働であれば有責となるとする。契約当事者の意思として、特定して担保範囲から除外した事由が部分的にであれ結果発生に寄与している場合には、保険者は責任を負わないが、特定して担保範囲から除かれていない事由についてはそうはいえないと考えるようである[18]。

---

[18] Brewer, supra note 14, at 1176; John P. Gorman, A Reply to "Proximate Cause – First Party Coverage", 34 Ins. Counsel J. 98, 105 (1967). これに対して、契約当事者の意思という点からすれば、非担保事由についても免責事由と同様に、保険者は担保するという意思を示していないのだから、免責となるのが論理的であるといわれることもある。Knutsen, supra note 5, at 974 (そのように解釈するべきであると主張しているわけではない).

契約当事者の意思との関係では、次のような主張も興味深い。まず、免責事由につき、原因の競合の場合に免責とするべき合理性について、原因の競合が起こりそうなものであれば免責とすることは合理的であるとする。例として、火災保険における洪水免責をあげ、洪水が火災に先立つ場合の免責は防火装置の損傷等からすれば理解できるが、火災の後の、あるいは火災による洪水免責については、そのようなことはせいぜいたまに起こるにすぎず、免責を支持する理由はないとする。Brewer, supra note 14, at 1164. 次に、非担保事由との競合の場合について、競合によって危険が増加する、損害が拡大することが分かっているのであれば、競合の場合に免責としたいのでれば、特定の免責を置くべきであるとする。例として、火災保険における暴風による損害につき、火災で建物の一部が滅失し、残った部分が暴風で倒れた場合につき、暴風は火災の危険を増す、あるいは火災による損害を増やすことは分かっているのだから、暴風が要因である損害を排除したいのであれば、特定の免責を置くべきであるとする。Id., at 1185. ただ、競合することがあまり考えられない非担保事由をどう解するかは定かではない。

最近では、保守的アプローチはあまり支持されていないようであり、その最も大きな理由は、被保険者の合理的期待を裏切るということであろう[19]。現実に被保険者が保険に加入する際に、原因の競合の事例を想定したかといえば、想定していないのが実情だとしても、基本的には保険事故が発生すれば保険金が支払われるだろうというのが被保険者の意識であり、免責事由が保険事故発生に部分的にかかわっているだけで保険金が支払われないとすると、被保険者の合理的な期待に反するということであろう。また、保険業に対する信頼を促進せず、十分にリスクを分散しないともいわれる[20]。さらに、免責事由が担保事由と何らかの形で協働しているからといって、なぜ通常は担保される事象が担保されないことになるのかといわれる[21]。

2　近因アプローチ

（1）近因の意義

（ア）不法行為における近因との異同

近因アプローチは、アメリカで最も主流を占めるものである。複数の原因のうち、近因であるものに従うということであり、担保事由が近因

---

[19] Peter Nash Swisher, Insurance Causation Issues: The Legacy of Bird v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 2 Nev. L. J. 351, 370 (2002) (hereinafter cited as Swisher Ⅰ); Peter Nash Swisher, "Why Won't My Homeowners Insurance Cover My Loss?: Reassessing Property Insurance Concurrent Causation Coverage Disputes, 88 Tul. L. Rev. 515, 532 (2014) (hereinafter cited as Swisher Ⅱ); Fierce, supra note 13, at 542. 次のようにいわれることもある。保守的アプローチは少なくとも部分的には、イギリスの保険の歴史と保険者が約款制定過程につきそれほど影響力、支配力がなかった時代の遺物として説明できる。前近代の海上保険においては、保険者は運送人に対して情報的に劣位だったため、運送人に不利に解されていた。今日では、保険者は交渉力をもっており、したがって、保険者不利に解することが支持される。Mark M. Bell, A Concurrent Mess and a Call for Clarity in First-Party Property Insurance Coverage Analysis, 18 Conn. Ins. L. J. 73, 79 (2011).

[20] Fierce, supra note 13, at 543.

[21] Knutsen, supra note 5, at 984.

であれば保険者有責であり、免責事由が近因であれば保険者免責となる。近因アプローチで、まず問題になるのは、近因とは何かである。

この点に関連して、まず、不法行為における近因との異同について簡単に触れておくこととする。周知の通り、因果関係につき近因で判断するという考え方はもともとは不法行為における因果関係論でできたものである。保険契約における因果関係において何が近因かで判断するという考え方もおそらく当初は不法行為の考え方を借りるという形であったものと推測される[22]。しかし、その後は不法行為における近因の考え方と保険契約における近因の考え方は必ずしも同じであるとは考えられていない。この点に関して、次のような理解については、実質的には大よそ一致しているように思われる。すなわち、ある結果（損害等）について、事実的因果関係のある原因の中から近因を選び出す点は、不法行為でも保険契約でも同じである。ただ、不法行為では、近因を選択する作業は、非難すべき行為と損害についての責任を結びつけるためのものであり、何を近因とみるかにはそのような見地から、政策的考慮が反映されるのに対し、保険では近因の選択は、保険契約の担保範囲に含まれるかどうかを判断するためであり、単にどのようにして結果が生じたのかが問題となる、あるいは政策的考慮の内容が不法行為とは異なる[23]。

ただし、不法行為の近因と保険契約における近因は同じであるといわれることもある。同じであるといわれたり、異なるといわれたりするのは、１つには、どのレベルをとらえて比較するかにより[24]、１つには、

---

[22] Joseph Lavitt, The Doctrine of Efficient Proximate Cause, The Katrina Disaster, Prosser's Folly, And the Third Restatement of Torts: Cracking the Conundrum, 54 Loy. L. Rev. 1, 10. Waters v. Merchants' Louisville Ins. Co., 36 U.S. 213 (U.S. 1837).

[23] LEE R. RUSS & THOMAS F. SEGALLA, 7 COUCH ON INSURANCE 3D §101:40 (2006) (by Steven Plitt, Daniel Maldonado & Joshua D. Rogers); Brewer, supra note 14, at 1155; Sidney I. Simon, Proximate Cause in Insurance, 10 Am. Bus. L. J. 33, 34 (1972); Smith & Simpson, supra note 13, at 309; Knutsen, supra note 5, at 969; Gorman, supra note 18, at 100.

[24] たとえば、事実的因果関係のある原因から近因を選択するという枠組みをとらえれば、同じである。Bert W. Levit, Proximate Cause − First Party

近因を選択する背後にある考え方は異なるとしても、後述のように、そもそも近因の概念自体が明確ではないこともあり、具体的に近因の内容をどう理解するかが不法行為と保険契約で異なるかどうかは必ずしも明らかではないことによるように思われる[25] [26]。

（イ）起動的近因と支配的近因

次に、保険契約において、具体的に、近因をどのように捉えるかについては、周知の通り、もともとは時間的に結果ともっとも近接した原因が近因と理解されていたが、現在ではそのような理解ではない。判例でもよくみられる理解の１つに、後続の危険事故を生じさせた原因というものがある（これを、起動的近因ということとする）[27]。つまり、結果へ

Coverage, 521 Ins. L. J. 40, 46 (1966).

[25] See ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW 556 ～ 559 (1988). Also see Brewer, supra note 14, at 1167; Swisher Ⅱ, supra note 19, at 520; Gorman, supra note 18, at 99.

[26] 具体的な違いとしてあげられる点として、次のものがある。保険契約では予見可能性は重要ではない。Fierce, supra note 13, at 531; Smith & Simpson, supra note 13, at 309. 不法行為の方がより遡った原因が近因とされることがある。Fierce, supra note 13, at 531. この点に関して、不法行為では因果関係分析は損害から不法な行為へと連鎖を遡っていくのに対して、保険では、分析過程は逆であり、保険者が危険を引き受けることに合意した事故かどうかから始まって、その後、事故から損害までの因果関係を検討するとの指摘がある。Banks McDowell, Causation in Contracts and Insurance, 20 Conn. L. Rev. 569, 576 (1987-1988).

[27] Graham v. Public Employees Mut. Ins. Co., 656 P.2d 1077 (Wash. 1983). 火山の噴火により、山に積もった雪氷、付近の渓谷の氷河が溶け、また、噴火により近くの湖の水が流れ出し、火砕流がこれらと一緒になって泥流となり、20 ～ 25マイル離れた家が泥流によって破壊された。住宅総合保険（homeowners policy）では地盤の動き（earth movement）から生じた（resulting directly or indirectly from）損害についての免責条項があったが、地盤の動きから生じた（resulting from）爆発による直接の損害（direct loss by）は担保されていた。判旨は、噴火が地盤の動きによる爆発であるとすると、損害が爆発の直接の結果かどうかという問題が生じるとして、直接の結果かどうかの判断において、損害の直近の物理的原因ではなく、起動させた原因を近因とするべきであるとし、

と至る因果の連鎖の起点となる原因を近因とする理解である。この他に、結果発生について支配的な原因を近因とする理解もある（これを支配的近因（predominant cause, dominant cause）[28]ということとする）[29]。支配的近因とは、端的にいえば、損害を生じさせた最大の要因である[30]。この点につき、後続の危険に先行し、後続の危険がそれに影響を受けた危険であり、他の危険が損害発生につき近接していても、損害発生を法的に帰責できる危険、あるいは、その危険だけでも損害を生じさせるに十分であったであろう危険で、新たな介入原因なしで損害を生じさせる危険といわれる[31]。また、予見できない状況が加わらなければ結果が予測できるものといわれることもある[32]。ただし、予見可能性については、

噴火が損害の近因であるとしても合理的であったであろうとし、これらの判断につき差し戻した。

[28] 効果的近因（efficient proximate cause）という語もよく用いられる。内容としては、支配的近因と異ならないと思われる。See Smith & Simpson, supra note 13, at 354.

[29] もっとも、支配的近因の内容が起動的近因のように説明されることもあり、用語法は混乱している。See Swisher Ⅱ, supra note 19, at 520.

[30] Smith & Simpson, supra note 13, at 352.

[31] Smith & Simpson, supra note 13, at 367. Beattie Bonded Warehouse Co. v. General Accident Fire & Life Assurance Corp., 315 F.Supp. 996 (D.C.S.C. 1970). 倉庫についての暴風等による直接の損害（direct loss by）を付保する保険。倒壊した倉庫の柱は程度は不明だが乾腐病、シロアリの被害にあっており、倒壊前から倉庫は傾いており、倒壊時の風は必ずしも強くはなかったという事案において、他の寄与原因はあるかもしれないが、保険金請求権が認められるためには暴風が損害の支配的で効果的な原因でなければならないとして、風が支配的な原因であるとは認めなかった。

[32] Simon, supra note 23, at 36; Swisher Ⅰ, supra note 19, at 364. Pennsylvania Fire Ins. Co. v. Sikes, 168 P.2d 1016 (Okl. 1946). 家財の保険と自動車の保険。洪水や雨等による（occasioned directly or indirectly by or through・・tidal wave, high water, overflow ; nor for any loss or damage, caused by water or rain, whether driven by wind or not）損害についての免責条項あり。暴風により家が土台から離れ、窓やドアも飛ばされた。家が飛ばされた先に大雨による洪水の水が来ており、そこで家は風または洪水により押し動かされた。トラックも同様の状況。判旨は次のように述べ、保険者の責任を認めた。洪水の影響

不法行為とは違って保険契約においては重要ではないともいわれている[33]。

なお、起動的近因と支配的近因について、妥当する事案の類型が異なるという、次のような指摘もある。起動的近因のテストは、複数の、相互依存的な危険事故によって損害が生じた場合に限られる。相互依存的であるとは、先行の危険事故が作り上げた条件を基にして、後続の危険事故が損害を発生させるように作用した場合である。つまり、因果連鎖の場合に起動的近因は妥当する[34]。この他に、多くの判例は、複数の原因が時間的空間的に協働した場合にのみ支配的近因を論じる。また、判例は時間的な近因が免責危険であるときにも支配的近因を用いる[35]。

起動的近因という考え方は、その内容からして、因果連鎖のケースにしか妥当しない。したがって、起動的近因のテストがそのような場合に限られるという指摘はもっともなものである。このことからすると、因果連鎖ではない場合に、支配的近因が問題とされることも、少なくとも起動的近因とは異なる考え方が必要になるという点ではもっともなことといえる。ただ、支配的近因の内容は必ずしも明確ではないようである。たとえば、前述のように、支配的近因は、その危険だけでも損害を生じさせるに十分であったであろう危険で、新たな介入原因なしで損害を生じさせる危険といわれることもあるが、このような考え方では、単独では損害を生じさせることのない複数の原因が同時に協働して損害を発生させた場合には、支配的近因はないことになる。しかし、このような場合も支配的近因の考え方が妥当する場合とされているようであり[36]、そ

を受けたのは風で飛ばされたからであり、洪水による損害は付随的なものである。一般的な経験と理解力からすれば、この種の家財が水に飛ばされれば、何らかの水による損害が生じることは分かる。

[33] Swisher Ⅱ, supra note 19, at 522; Fierce, supra note 13, at 531.

[34] Smith & Simpson, supra note 13, at 355, 356. また、Ⅳ２参照。

[35] Smith & Simpson, supra note 13, at 367.

[36] Shinrone v. Ins. Co. of North America, 570 F.2d 715 (8th Cir. 1978). 家畜についての暴風による死亡等を付保する保険。湿気、極端な気温による（caused by）損害についての免責条項あり。1973年４月８日、激しい風雪の嵐があった。嵐の前の天候は季節外れに暖かく、湿っており、それによって極度にぬかるん

の場合には、事故発生についての最大の要因というようなことしかいえないであろう。

また、因果連鎖ケースにおいて時間的な近因が免責危険である場合にも、支配的近因が問題とされることもあることが指摘されている。これは、たとえば、因果連鎖的にみて結果からかなり遠い担保危険をとらえて保険者の責任を認めるときに、単に起動させた原因だからという説明ではなく、支配的な原因であるということで説明することが支持されることによるようである[37]。

ただし、このように事案類型によって起動的原因と支配的原因が使い分けられているという理解が確立しているわけではなさそうである[38]。もっとも、後述のように、最近では、近因の内容をどう理解するかということに限られず、原因の競合の問題を、因果連鎖型の場合と、同時協働型の場合に分けて論じることが多くなっている。

だ状態になっていた。166頭の子牛を含めた牛が死亡。獣医は、①風、②気温の下降、③雪、④牛の大きさと年齢、⑤極度にぬかるんだ状態、⑥風に対する十分な防御がなかったこと、の６つの要因が協働して死亡が生じたとした。また、風はもっとも重要な要因であるが、風だけでは動物は死亡しなかったであろうとした。判旨は、原審の近因による判断は判例法上許容されるものであり、本件について合理的なものであるとし、嵐を近因とする原審の判断を支持した。

[37] Smith & Simpson, supra note 13, at 367, 368.Goodman v. Fireman's Fund Ins. Co., 600 F.2d 1040 (4th Cir. 1979). ヨットについての船舶保険。凍結による（through）損害についての免責条項あり。冬の間、船を係留しておく作業の際に冷却装置から海水を抜かず、また、冷却装置に海水を入れるバルブを閉めなかったため、冷却装置のフィルター内に海水が入ったままになっていた。冬の間に、フィルター内の海水が凍ったことによりフィルターが破損したため、海水が船体に流れ込むようになり、船は沈んだ。判旨は、凍結を引き起こしたのは係留のための作業における過失であり、凍結と過失が結合して沈没が生じたとし、複数の原因が協働して損害を惹起した場合、担保原因が支配的効果的原因でなければ損害は担保されないが、過失が支配的効果的原因であるとした。ただし、結論としてはワランティ違反で保険者免責を認めている。

[38] 起動的原因のような表現をする判例も、結局は、当該事案において、支配的な原因は何かという事実についての判断の帰結を示すものにすぎないとするものとして、Mark D. Wuerfel & Mark Koop, "Efficient Proximate Causation" in the Context of Property Insurance Claims, 65 Defense Cousel J. 400, 402 (1998).

以上が、近因についての非常に簡単な概略である。まとめると、次のようにいえよう。保険契約における近因の問題は、保険担保範囲の問題であり、行為者の有責性と関わる不法行為における近因とは異なる。ただし、近因の具体的内容が不法行為と保険契約で異なるかどうかは明らかではない。近因の内容としては、大きくは、起動的近因と支配的近因という理解がある。起動的近因という考え方は因果連鎖ケースにしか妥当しないとしても、因果連鎖ケースがすべて起動的近因の考え方で処理されているわけではない。また、支配的近因の内容が明確にされているわけでもない。

（2）近因アプローチと契約当事者の合理的期待

このように、近因によって処理するとしても、近因とは何かの理解は確立したものとはいえない。ただ、近因で処理することの意義に関連して、重要な判決として、Bird v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co. 判決[39]がある。A保険会社は、船舶の火災損害についての保険契約をBと締結した。1916年７月30日、ニュー・ヨークの港にある鉄道会社の貨車置場にあった貨車の下から発火し、少なくとも30分間燃え続けた後、貨車に積まれていた爆発物が爆発した。この爆発により他の火災が発生し、その火災がまた別の火災および貨車置場にあった大量のダイナマイト等の爆発物の大爆発を引き起こした。この爆発により大気が振動し、1000フィート離れたBの船に675ドルの損害を与えた。火は船には達していない。第二の爆発による振動のみで損害は生じた。この損害は火災保険でカバーされるかが問題となった。原審ではBが勝訴し、A社が上訴した。

Cardozo 判事は、本件の船舶の損害が火災による損害といえるかにつき、空間の要素、すなわち船舶が火災現場から離れていたことが考慮されるかどうかが問題であるとして、大要、次のように述べた。近因の一般的定義は助けにならない。指標となるのは、通常のビジネスマンが通常のビジネスの契約をするときの合理的期待と目的である。重要なのは、表示された、あるいは公正に推測される、その意思である。問題は契約当事者がどこまで含めることを意図していたかである。人生と経験が距

[39] 120 N.E. 86 (N.Y. 1918).

離を考慮すべきであると告げているのであれば、距離を考慮すべきでないと論じることは無益である。問題は何を原因と考えるべきかではなく、何を原因と考えているかである。

結論として、契約の想定の範囲内であるものだけが近因であるから、火災は保険目的物に達するか、直接または間接の損害が発生することが合理的である程度に目的物に近接しなければならないとして、本件の損害は、本件の保険契約での意味における火災による損害であるとはいえないとした。

本判決の特徴は、近因の問題を契約当事者の合理的期待の問題と位置付けたところである。この点で、Bird 判決に対して、この判決は近因のルールに代わるものであり、何が原因かではなく、何を原因と考えるべきかを問題にするものであるという評価がある[40]。この評価は、近因の問題は事実として、どのような因果経過で結果が生じたかについての法的評価の問題であるという理解に基づいて、契約当事者の合理的期待に基づいて近因を判断することは、本来の近因の問題とは異なるという趣旨のようにみえる。

契約当事者の合理的期待の問題という位置づけは、契約解釈の問題という視角と整合的である。Bird 判決の事案は、火災という担保危険→爆発→火災→爆発→振動→損害という形であり、担保危険から明示的に免責されていない非担保危険（爆発）が生じたという因果連鎖のケースであるという見方もありうるが、問題になっているのは、空間的に離れた場所での火災を損害の原因ということができるかであり、遠隔性が問題になっているように思われる[41]。Bird 判決が行っているのは、保険契約における火災による損害に、空間的に離れた火災による損害が含まれるかを、契約解釈として契約当事者の合理的期待から判断するというこ

[40] Withers, supra note 10, at 260. この判決は覆されていないし、しばしば近因の問題を解決する際に引用されるが、自己の有利に用いているのであり、多くの判例は Cardozo 判事の思考には従っていないともいう。Id., at 261.

[41] JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 548; Swisher I , supra note 19, at 367; Smith & Simpson, supra note 13, at 355.

とである[42]。保険契約の担保条項はどこまでを含んでいるかが問題なのであるから、これはまさに契約解釈の問題である。このように因果関係の問題も、担保条項がどのような因果関係の状態までを想定しているかという形で問題設定すれば、契約解釈の問題であるから、契約当事者の合理的期待により解釈することはおかしなことではない[43]。

もっとも、因果関係の問題のすべてを、担保条項がどこまで想定しているかという形で設定できるかは明らかではない。たとえば、担保事由と免責事由のどちらが支配的近因かという点は、事実の評価の問題であるとも考えられる[44]。そうすると、理論的には、契約者の合理的期待によって判断するということは少なくとも当然には出て来ない。近因アプローチにおける契約者の合理的期待の理論的な位置づけについては、一口に因果関係の問題といっても、その中で何がどういう形で問題とされているのかを明確にしないと正確な議論はできないであろう。

---

[42] 火災が損害の直接の原因ではない場合に火災による損害に当たるかどうかはいろいろな事案で問題になる。Bird 判決については、そこで問題になった爆発がブラックトム島（爆発が起こった場所）の惨事といわれる有名な、最も大規模な災害の１つであることに影響されているとの指摘がある。EDWIN W. PATTERSON, ESSENTIALS OF INSURANCE LAW 270 (2nd ed. 1957). つまり、通常の爆発ではないよほどの大規模な爆発であったために生じた損害だから、例外的なものとして保険担保の範囲内とはいえないと考えられたのではないかということであろう。

[43] たとえば、保険契約における近因に関して最もよく引用される判例の１つといわれ、起動的近因を近因とした Lynn Gas & Electric Co. v. Meriden Fire Ins. Co., 33 N.E. 690 (Mass. 1893) の事案は、発電設備のある建物の、建物、機械、備品等を目的物とする火災保険につき、火災により電気のショートが発生し、ショートにより電気で作動していたベルト車に力がかかったため、破損し、飛び散った破片により発電装置の機関が壊れたというもので、これが火災による（by）損害に該当するかが問題になった。判旨は、起動的近因を近因として、火災を近因とした。ただ、その説示において、保険者は建物が発電設備を有していることを認識しており、火災が発電設備に与える影響を考慮していたはずであり、保険者が想像した通りに火災が作用したとして、契約当事者が本件のような事故を想定していたであろうことを強調している。

[44] 7 COUCH ON INSURANCE, supra note 23, § 101:59.

（3）近因アプローチの評価

いずれにせよ、最近では、原因の競合を近因アプローチで処理することの大きな長所は保険契約者の合理的期待に沿うところであるという評価が多いようである[45] [46]。また、裁判所にとっても、何が近因かを選択することは、ある程度の衡平さを伴う決定的な選択という感覚をもたらすため、魅力的にみえるともいわれる[47]。

近時、契約当事者の合理的期待という見地から、近因アプローチによる解決を強く支持するのがSwisherであり、次のように述べる。近因アプローチは契約者の合理的期待を尊重し、保険者に非良心的な利益を許さないことだけでなく、あいまいさは被保険者に有利に、保険者に不利に解釈することの合理性からも正当化される[48]。明確なルールではないが、保険者よりの保守的ルールと被保険者よりのリベラル・ルールの現実的な中間的な妥協点を示す[49]。なお、どちらの原因も支配的ではないことがありうることは認め、その場合には、損害は担保危険に帰せられるであろうとする[50]。

---

[45] Fierce, supra note 13, at 545. 判例として、たとえば、Standard Oil Co. v. U.S., 340 U.S. 54 (1950) がある。事案としては、蒸気タンカーと海軍の掃海艇が衝突したことによるタンカーの損害が、戦争危険を担保する保険でカバーされるかどうかが問題となったものである。原審は、掃海艇の活動という戦争行為（warlike operation）と、船の航行についての過失につき、戦争行為的な側面が近因ではないとして保険金請求を認めなかった。判旨は、近因による解決を支持し、何が近因かの判断については事実認定として原審の判断によるとした。近因による解決を支持する中で、契約当事者の合理的期待に合致するものであると述べている。

[46] 近因アプローチについては、主な因果のつながりのあるリスクを引き受けることに合意した保険者のみが、損失をカバーするコストを負担するべきであるという認識があるともいわれる。Knutsen, supra note 5, at 976.

[47] Knutsen, supra note 5, at 976（批判的文脈で述べられる）.

[48] Swisher Ⅰ, supra note 19, at 372; Swisher Ⅱ, supra note 19, at 534.

[49] Swisher Ⅱ, supra note 19, at 535.

[50] Swisher Ⅰ, supra note 19, at 371; Swisher Ⅱ, supra note 19, at 534. Also see JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 551. ただし、裁判所が近因を特定できないとして、どちらも支配的ではないとすることはほとんどないであろうと

しかし、近因による解決については、その不明確性、恣意性に対する強い批判があり、次のようにいわれる。因果経過の中から１つの原因を近因として選ぶことは、しばしば、衡平に基づいた正義の感覚を忍び込ませ、結果の予測可能性に影響を与える[51]。近因の選択に一貫性がないため、体系的なレベルでは、まったく公正ではない。何が近因かの答えは、損害につながる事実についてのストーリーがいかに語られるかによって異なる。支配的とは観察者からみて、であることがほとんどである[52]。

これに対して、近因アプローチの支持者からは、次のようにいわれる。近因アプローチは契約当事者の合理的期待を有効にするための柔軟な解釈ルールである。因果関係の問題は最終的には常識と合理的判断によって解決されねばならないものであり、素人が経験を積んだ裁判官と同様に有能である問題であるとして、むしろ柔軟性を積極的に評価する[53]。また、保険契約が当事者にとって不公正であると考えられるのであれば、裁判官は多くの契約的救済をすることは認められているのであり、因果関係原則を通じてでも、裁判官が保険契約者にとって不公正な結果が生じないようにすることは認められる[54]。

この議論をみても、契約者の合理的期待の位置づけについては注意が必要であるように思われる。保守的アプローチをとるか、リベラル・アプローチをとるか、近因アプローチをとるかという問題は、これを保険契約で定められた因果関係の内容の問題であると位置付ければ、契約解

批判される。Knutsen, supra note 5, at 975 n.54。

[51] Knutsen, supra note 5, at 975; Christopher C. French, The “Ensuing Loss” Clause in Insurance Policies: The Forgotten and Misunderstood Antidote to Anti-Concurrent Causation Exclusions, 13 Nev. L. J. 215, 245 (2012).

[52] Knutsen, supra note 5, at 976. 何が近因かの判断は陪審に委ねられる問題であるとされることも多く、そのことから一層判断に偏りが生じるともいわれる。Julie A. Passa, Insurance Law－Property Insurance: Adopting the Efficient Proximate Cause Doctrine, But Saying No to Contracting Out of It, 79 N.D.L. Rev. 561, 585 (2003); Rob Risley, Landslide Peril And Homeowners’ Insurance in California, 40 UCLA L. Rev. 1145, 1163 (1993).

[53] Swisher I , supra note 19, at 386.

[54] Swisher I , supra note 19, at 373.

釈の問題ということは可能であろう。このような立場からすれば、近因アプローチをとることを契約者の合理的期待から説明することはありうる。しかし、何を近因として選択するかが契約当事者の合理的意思に沿うという形で契約者の合理的意思が持ち出される場合、Bird 判決のような問題設定を前提とすれば、やはり契約解釈の問題であるが、事実としてどちらが支配的近因かを問題とするという問題設定であれば、これは契約解釈の問題ではない。もっとも、事実としてどちらが支配的近因かという問題だとしても、契約者の合理的期待が出てくることが当然に不当であることになるわけではない。どちらが支配的近因かということを客観的に評価するのは困難であることも多いと思われるところ、その判断は結局常識的判断という形でなされるのであり、これは契約者の合理的期待に合致するということであれば、この説明はおかしなものではない。ただ、このことを契約解釈のあり方の問題として説明するのは適切ではない。

3　リベラル・アプローチ

リベラル・アプローチは、複数の原因のうち、担保事由が１つでもあれば保険者の責任を認めるものである[55]。もっとも、担保事由がごくわ

[55] General American Transportation Corp. v. Sun Ins. Office, 239 F.Supp. 844 (D.C.Tenn. 1965), aff'd 369 F.2d 906 (6th Cir. 1966). ジェットエンジンの実験施設の建築作業中に、作業のための支持設備が倒壊した。支持設備を設置し、作業を行っていた下請け業者の、支持設備を付保する保険についての保険金請求。内在的欠陥、隠れた瑕疵による（due to）損害についての免責条項あり。判旨は、少なくとも下請け業者の過失を含んだいくつかの原因が協働して損害が生じたとし、明示で担保された原因による損害につき、他の免責された要素が損害に寄与する原因であったとしても、担保は認められるとした。

Essex House v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 404 F.Supp. 978 (D.C.Ohio 1975)（傍論）. 建物から多くのレンガが崩落したという損害についての保険金請求。設計の不良、不適切な建築作業、非常に熱い天候とエアコンにより冷やされた内部気温との差による壁の膨張と縮小の動きによって崩落が生じた。隠れた瑕疵による（caused by）損害についての免責条項があり、隠れた瑕疵が損害の原因の１つかが争われ、これは否定された。その上で、判旨は免責原因が

ずかにでも損害発生に寄与していればよいというものではなく、損害を発生させるに十分なほどに寄与していることは必要である[56]。いうまでもなく、リベラル・アプローチは被保険者にとって最も有利である。リベラル・アプローチの射程については、カリフォルニア州判例における興味深い変遷がある。この点については後述する。

リベラル・アプローチの一般的な利点として、被保険者にとっては支配的な近因を示す必要がないこと[57]、結論が一定しているという正確性により費用を削減すること、被保険者の合理的期待がかなえられることも多いことがあげられる[58]。また、保険者が免責危険との間の、必要で十分な事実上の因果関係を確立することができないのであれば、保険担保を認めることは、健全な引き受けの原則とも一致するともいわれる[59]。このルールは保険契約者（担保原因に帰せられる損害についての担保に保険料を払っている）と保険者（担保原因を付保するための保険料を収受している）の双方の期待に合致する[60]。

他方、欠点として、保険者はそのような広い担保を意図していなかったこと[61]、免責条項を注意して読んでいた被保険者に合理的期待がなく

寄与していたとしても保険担保は認められるとした。

[56] Swisher Ⅰ, supra note 19, at 370; Swisher Ⅱ, supra note 19, at 533; Bell, supra note 19, at 84. 支配的近因である必要はない。単独で損害を生じさせるに十分なほどに支配的でなければならないという理解もある。Smith & Simpson, supra note 13, at 339. このようにいうと、同時協働的因果関係ではリベラル・アプローチは使えないことになる。

[57] Swisher Ⅰ, supra note 19, at 370; Swisher Ⅱ, supra note 19, at 533. 因果関係の判断に実質的な判断を持ち込むことに強く反対するとするものとして、Lavitt, supra note 22, at 37 ～ 39, 60.

[58] Fierce, supra note 13, at 543.

[59] オール・リスク保険についてであるが、Lavitt, supra note 22, at 58.

[60] 第三当事者保険についてであるが、Robert P. Dahlquist, Perspectives on Subsidence Exclusions And the Role of Concurrent Causation in Earth Movement Cases, 37 Tort & Ins. L. J. 949, 964 (2002).

[61] Swisher Ⅰ, supra note 19, at 370; Swisher Ⅱ, supra note 19, at 533; Fierce, supra note 13, at 543; Vaughan, supra note 13, at 796.

ても補償が認められることがあげられる[62]。また、免責条項の種類によっては、保険担保を認めることで逆選択を招くこともあるとされる[63]。

費用については、保険者にとっては、結論が明確であるから訴訟等の費用は削減されるのに対して、近因アプローチ等と比べて支払保険金額は増えるので、その点では費用は増加する[64]。その結果、保険料が上昇し、消費者が担保範囲の制限された安い保険を購入する機会をなくすともいわれる[65]。

この点で、全体としてのコスト削減を強調する見解は次のように述べる[66]。近因による場合には保険者が責任を負うかどうかの予測がつかないので、訴訟に関するコストを含めて保険金請求処理にかかる管理コストが非常に大きくなる。リベラル・アプローチによれば、保険者が保険金を支払わなければならない場合は増加するが、支払わなければならないことは明確なので、保険金請求処理にかかる管理コストは大幅に削減される。また、リスク評価が容易になるので、同時協働的因果関係の事案を担保するために必要な保険料を正確に算定することができる。管理コストに資源を費やすよりも、損失分担をした方がよい。

また、次のようにも述べる[67]。近因アプローチ等によれば特定のリスクについて保険料を得た保険者は損害を負担せず、保険者は利益を得る一方で残った損害はシステムのどこか他で救済されなければならない。

---

[62] Fierce, supra note 13, at 543; Risley, supra note 52, at 1159.

[63] 地盤の動きによる損害についての免責条項につき、Lawrence Alan Wans, Washington's Judicial Invalidation of Unambiguous Exclusion Clauses in Multiple Causation Insurance Cases, 67 Wash. L. Rev. 215, 232 (1992)（保険者を有責とすることについて）. また、特に地盤の動きによる損害についての免責条項について、地盤の不安定な地域を安易に開発するインセンティブを生み出すともいわれる。Risley, supra note 52, at 1163.

[64] カリフォルニアの地震を想定すると、リベラル・アプローチをとらないことは理解できるなどといわれる。JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 541; Vaughan, supra note 13, at 796.

[65] 直接にはリベラル・アプローチに対するものではないが、Wans, supra note 63, at 229, 232.

[66] Knutsen, supra note 5, at 986.

[67] Knutsen, supra note 5, at 1019.

（交通事故で加害者の責任保険が免責となったような場合であれば）それは他の保険の供給源である、被害者の第一当事者保険、長期就業不能保険、健康保険、社会保障等ということになる。損害負担に合意した者が、近因とされる同時存在的な付保されない原因があるという偶然のために、損害を負担しないことになる。

４　割合的アプローチ

これ以外に割合的アプローチが主張されることがある。割合的アプローチは、各原因が損害発生に寄与した割合に応じて保険者の責任を認めるものである。被保険者の合理的期待には最も適するといわれる[68]。このアプローチに対しては、正確性が減少する、コストがかかるといわれるが[69]、同様のことは比較過失において行われているといわれる[70]。

また、近因アプローチや保守的アプローチよりもコストはかからないという次のような指摘もある。割合の評価のために保険者等は情報収集、評価の実施にコストをかけるが、そのコストは短期的にも、オール・オア・ナッシングの近因アプローチや保守的アプローチを採用した場合の保険市場全体にかかるコストより非常に小さい。近因アプローチや保守的アプローチでは、免責約款の文言が無視されることが多く、また、被保険者が保険料を支払い、期待し、保険者は保険料を獲得し、引き受けた損害についての担保が認められないことも多い[71]。さらに、保険者間での分担が問題になる場合には、保険担保の重複が起こることはなくなる。担保が認められるために、複数の原因から担保原因を取り出して原因であるとする必要もないので、長期的には訴訟コストも減少する[72]。ただし、理論的には、保険契約による義務は合意に基づくものであり、

---

[68] Fierce, supra note 13, at 545; Mark Y. Umeda, Concurrent Proximate Causes in Insurance Disputes: After Garvey, What Will Policyholders Expect? 29 Santa Clara L. Rev. 423, 452 ～ 454 (1989).

[69] Fierce, supra note 13, at 545.

[70] Fierce, supra note 13, at 544; Knutsen, supra note 5, at 979.

[71] Knutsen, supra note 5, at 1010（因果連鎖型について）.

[72] Knutsen, supra note 5, at 1011.

契約が補償を認めるか認めないかを記載しているのであれば、その中間を認める法原理は契約法の伝統的観念に反するともいわれる[73]。

割合的アプローチをとる判例としてあげられるものとして、Wallis v. United Services Automobile Ass'n 判決[74]がある。住宅の土台の損害が地盤沈下（免責事由）によって生じたのか、排水管の漏れも損害発生に寄与したかが問題となった事案である。判旨は、担保危険と免責危険が結合して損害を生じさせたときは、被保険者は担保危険によって生じた損害部分についてのみ権利があり、被保険者は陪審が担保危険に帰することのできる損害を分割できる証拠を示さなければならないとして、本件ではその証拠がないとした。事案の詳細が不明なので、評価しづらいところがあるが、議論の形は排水管の漏れによって地盤沈下が進んだということではなく、それぞれが損害に寄与したというものである。仮に、それぞれが協働して作用した結果損害が生じたという場合に（こういう事案ではないのかもしれない）、損害を分割してそれぞれの原因に帰すべき部分を示す証拠が必要なのだとすると、現実的には保険者免責を認めるに等しいようにも思われる[75]。

Ⅲ　リベラル・アプローチの射程

1　カリフォルニア州判例の動き

（1）Partridge 判決

リベラル・アプローチを採用し、後に、その射程を限定したことで、

---

[73] Fierce, supra note 13, at 544.

[74] 2 S.W.3d 300 (Tex.App. 1999).

[75] この他に、Fiess v. State Farm Lloyds, 392 F.3d 802 (5th Cir. 2004). 洪水（免責事由）で浸水した後にカビによる被害が発見されたが、調査により、洪水前から水漏れ（担保事由）でカビが発生していたという事案。判旨はカビの70%は洪水とは無関係という専門家の調査を信頼できるとして、70% についての責任を認めた。水漏れによって発生したカビと洪水によって発生したカビを分けたというものか、洪水後の状態につき、洪水による浸水と水漏れが協働して発生したカビを含めて、水漏れの寄与が70% としたものかははっきりしない。

アメリカでの議論に大きな影響を与えたのが、カリフォルニア州の判例である[76]。まず、リベラル・アプローチを採用した判例として著名なのが、State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Partridge 判決[77]である。事案は次のようなものである。Aはピストルの引き金がすぐひかれる状態になるようにピストルを調整していた。Aは友人B等を自動車に載せて運転しながら、野うさぎを撃っていた。荒地に乗り入れ、自動車が地面のこぶにぶつかったときに、膝またはハンドルの上に置いていたピストルが発射され、Bが撃たれた。Aは自動車保険と住宅総合保険に加入していた。住宅総合保険の責任保険には自動車の所有、使用等から生じた（arising out of the ownership, maintenance, operation, use・・・of・・・any motor vehicle owned or operated by・・any insured）事故による人身傷害を免責とする自動車免責条項があった。自動車保険の保険金の上限は15000ドルで、住宅総合保険の上限は25000ドルであった。各保険会社は、さしあたり合計15000ドルをBに支払い、各保険会社の責任につき確認の訴えを提起し、支払うべき保険金の上限額を支払うことで合意した。保険会社によるAとBを相手とする確認の訴えが、本件訴訟である。問題となったのは、自動車保険でのみ担保されるのか、両方の保険で担保されるのかである。A、Bは、ピストルを改造したことと、過失ある運転の両方が協働的原因であるとして、両方の保険で担保されると主張した。

カリフォルニア州最高裁は次のように述べて、両方の保険会社の責任を認めた。「被保険者の責任が非自動車関連行為から生じ、かつ、自動車の使用とは独立して存在している限り、住宅総合保険はその責任をカバーする。」「改造銃を友達に貸したところ、友達が自動車を過失があるように運転し、銃が発射され、同乗者を傷つけたとする。Aと友達は伝統的な共同不法行為者であり、両者が責任を負う。この場合、Aの責任は住宅総合保険でカバーされ、友達の責任は友達の自動車保険でカバー

[76] これ以前にリベラル・アプローチをとっている判例がないわけではない。Fireman's Fund Ins. Co. v. Hanley, 252 F.2d 780 (6th Cir. 1958); Essex House v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 404 F.Supp. 978 (D.C.Ohio 1975)（傍論）.

[77] 514 P.2d 123 (Cal. 1973).

される。この点からみると、原告は単に両方の過失行為が一人の不法行為者によって行われたことを理由として住宅総合保険における責任を逃れようとしているということができる。このような偶然によって非自動車関連のリスクから生じた被保険者の責任をてん補する保険者の義務が否定されることはない。」「２つの別の保険を購入することで、被保険者は異なる原因から生じる責任についての担保を得る。住宅総合保険では非自動車関連リスクから生じる責任についての補償。自動車保険では、自動車関連リスクから生じる補償。本件での被保険者の責任は自動車関連の原因と非自動車関連の原因から生じているのだから、保険者は両方の契約で責任を負う。」

カリフォルニア州では、Partridge 判決以前に、排水管の破損による水漏れ（担保事由）が地盤沈下（地盤沈下による（by）損害は免責）を引き起こし、それにより家が損害を受けたという事案で、排水管の破損による水漏れを近因として担保を認めた Sabella v. Wisler 判決[78]があった。Partridge 判決は、Sabella 判決につき、Sabella 判決の事案ではパイプの破損が地盤沈下という他の原因を生じさせたのだから、効果的原因という用語法は、有効であるが、本件では、両方の原因が互いに独立しているから、その用語法は有効ではないとした。

（２）Garvey 判決

Partridge 判決の後に、リベラル・アプローチの適用範囲を限定した判例として著名なのが、Garvey v. State Farm Fire & Cas. Co. 判決[79]である。家の増築部分が本体から離れ始めているなどの家屋の損害が発生した。この損害は建物の土台が十分に地中深くに固定されていなかったことと、地盤沈下ないしは下降漸動が協働して発生したものである。住宅総合保険には、地盤の動きにより生じた（caused by, resulting from, contributed to）、あるいは悪化した損害は免責という免責条項があった。被保険者はこの免責条項はあるが、建築業者の過失は担保されているとして、保険金支払等を求めて提訴した。第１審では被保険者が勝訴し、

[78] 377 P.2d 889 (Cal. 1963).

[79] 770 P.2d 704 (Cal. 1989).

原審では保険者が勝訴した。

カリフォルニア州最高裁は、何が近因かによって判断されるべきであるとして、差し戻した。近因によって判断するということで、リベラル・アプローチはとっていない。判旨は、まず、責任保険と第一当事者財産保険を区別し、次のように述べる。財産保険では損害は種々の危険によって生じるので、どの危険について担保するかしないかが契約で示され、損害の原因が担保範囲に含まれるかどうかが問題になるのに対して、責任保険では、被保険者の過失による責任を担保するのであり、保険者は過失による責任を担保することに合意することで、幅広い、多様な危険を引き受けることに合意している。ほとんどの場合に何らかの担保原因が損害発生に寄与しているということはできるのであり、Partridge 判決のルールが第一当事者保険に拡張されれば、いかに軽微なものであれ、そのような原因が存在していれば、担保が認められることになる。

次に、判旨は、原審の Partridge 判決の理解につき、Partridge 判決は担保危険と免責危険は発生と作用において独立していなければならないとするものであり、Partridge 判決の事案では、それぞれの行為が他方の存在とは無関係に損害を引き起こしたであろうから、互いに独立したものであると理解するものと位置づける。そして、原審によれば、Partridge 判決のどちらの原因も、必然的に他の原因が作り出した条件に基づいて作用するものでも、他の原因を促進するものでも、他の原因に内在する損害の可能性を現実化するものでもないと指摘する。その上で、堤防が作られていたが、洪水のために堤防も破壊され、洪水による損害が生じた場合に、洪水免責と洪水に対する防災設備の維持・管理における過失担保が問題となった事案において、Partridge 判決のルールを適用した Guyton 判決[80]につき、古典的な従属的因果関係のケースであるから、近因によって判断した Sabella 判決のルールによるべきであったとし、本件も Sabella 判決のケースであり、近因によるべきであるとした。

Garvey 判決のポイントは、責任保険と第一当事者財産保険の区別と、Sabella 判決と Partridge 判決の事案の区別である。前者については、

[80] Safeco Ins. Co. v. Guyton, 692 F.2d 551 (9th Cir. 1982).

判例上、このような区別によってリベラル・アプローチの適用を分けることが明示されることはあまりない。ただ、判例の傾向として、第一当事者保険では近因アプローチによるが、第三当事者保険ではリベラル・アプローチによるといわれることもある[81]。また、リベラル・アプローチの適否に結びつけるかどうかは別として[82]、責任保険と第一当事者保険でこのような違いがあること自体は支持されているようである[83]。

後者については、Partridge 判決自身、Sabella 判決の事案との違いを指摘していたところであるが、問題になるのは、何が違うと理解するのかである。Garvey 判決では、Partridge 判決は複数の原因が発生と作用において独立していなければならないとするものという原審の理解を挙げ、結論として本件は Sabella 判決と同じ事案とする。Partridge 判決は、Sabella 判決の事案は、担保原因（パイプの破損）が免責原因（地盤沈下）を生じさせたものであることを指摘して、事案が異なるとする。この点からみれば、Garvey 判決の事案は、建築業者の過失により、地盤の動きが生じたものでも、逆でもない。建築業者の過失により建物が地盤の動きに耐えられなかったというものである。これは、建築業者の過失と地盤の動きはそれぞれ独立した原因であるともいえそうである。しかし、Garvey 判決はそのような見方をするものではない。ポイントは、複数

[81] 7 COUCH ON INSURANCE, supra note 23, §101:56; Dahlquist, supra note 60, at 963. Partridge 判決の射程は責任保険に限られるとするものとして、Warrilow v. Norrell, 791 S.W.2d 515 (Tex.App. 1989).

[82] リベラル・アプローチを第三当事者保険に限ることに疑問を示すものとして、JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 541.

[83] 第一当事者保険と第三当事者保険では事情が異なることを指摘するものとして、Knutsen, supra note 5, at 978; Smith & Simpson, supra note 13, at 342; McDowell, supra note 26, at 592. 第一当事者保険にリベラル・アプローチを適用することを批判するものとして、Michael E. Bragg, Concurrent Causation and the Art of Policy Drafting: New Perils for Property Insurers, 20 Forum 385, 387 et seq. (1985). 第三当事者保険でリベラル・アプローチを適用することにつき、Garvey 判決があげる点の他に、善良な被害者の保護、第三当事者保険では複数の保険のどちらが適用されるかが問題となることが多いことなどの政策的要素を含めた衡量によるともいわれる。Dahlquist, supra note 60, at 964.

の原因が「必然的に他の原因が作り出した条件に基づいて作用するもの、他の原因を促進するもの、他の原因に内在する損害の可能性を現実化するもの」であれば、独立していないというところである。このような関係があれば、一方が他方を生じさせたという関係がなくても、独立しているとはいえないとみるのであり、建物の強度不足という建築業者の過失は、必然的に地盤の動きに基づいて作用する、あるいは地盤の動きに内在する危険を現実化するものとみているということであろう。

2　独立性

（1）独立性の考え方

（ア）独立性の要件の位置づけ

リベラル・アプローチが適用されるのは、複数の原因が独立している場合であるという理解は Garvey 判決以外でも多くの判例によって示されている。ただ、独立していることの意味は必ずしも明らかではない[84]。独立性の意味を考える手がかりとして、リベラル・アプローチは一定の場合に適用されるという考え方を図式的にいうと、次のように分けることができる。

まず、保険者の責任を認めるべき何らかの積極的理由がある場合に、リベラル・アプローチを適用するという考え方がありうる。この見方からすると、独立性の内容は、保険者の責任を認めるべき積極的理由を反映することになる。これと別の見方として、担保事由を優先するべき特段の理由、あるいは免責事由を優先すべき特段の理由がない中立的な場合には、原則リベラル・アプローチを適用するとして、リベラル・アプローチによって当然に保険者の責任を認める処理ではなく、別の判断枠組みで処理すべき積極的理由がある場合に、リベラル・アプローチを否定するという考え方がありうる。この場合には、独立性がないことに積極的な意味があることになる。

この図式は、考え方の方向性として、どこに力点を置いて考えるかということに関するものである。これからみていくように、独立性にはこ

[84] Risley, supra note 52, at 1161.

の２つの考え方が混在しているように思われる。

（イ）責任肯定要件としての独立性

まず、前者の立場から、独立性の内容として、どのようなことが考えられるであろうか。この点から理解できるものとして、判例でよくみられるのは、それ自体で請求権を基礎づけることができる、それ自体で訴訟を基礎づけるに足る（actionable）場合には独立しているという考え方である[85]。請求権を基礎づけることができるという表現は責任保険には馴染みやすい[86]。責任保険では被保険者が第三者に対して負担する損害賠償責任が対象となるので、免責事由と担保事由が協働して損害賠償責任が発生した場合において、担保事由だけで損害賠償責任の発生を基礎づけることができるのであれば、免責事由に関わらない損害賠償責任とみて保険担保を認めるという説明が考えられる。Partridge 判決における、「被保険者の責任が非自動車関連行為から生じ、かつ、自動車の使用とは独立して存在している限り、住宅総合保険はその責任をカバーする。」という判旨はこのように理解することもできる。

もっとも、形式的にいえば、Partridge 判決の事案においても、担保事由だけで請求権を基礎づけることができるとはいえないともいえる。この事案でも、実際には、自動車の使用が事故のきっかけになっている。引き金はひかれやすくなるよう細工されており、自動車の使用によらずとも何らかの衝撃で引き金はひかれる状態になっていたのであるから、そういう意味では引き金を細工したことは自動車の使用とは独立している。ただ、現実には自動車使用が原因となっており、荒っぽい運転をし

[85] U. S. Fidelity & Guaranty Co. v. St. Elizabeth Medical Center, 716 N.E.2d 1201 (Ohio App. 1998); Varda v. Acuity, 702 N.W.2d 65 (Wis.App. 2005); American Family Mut. Ins. Co. v. Co Fat Le, 439 F.3d 436 (8th Cir. 2006); Siebert v. Wisconsin American Mut. Ins. Co., 797 N.W.2d 484 (Wis. 2011); Intermed Ins. Co. v. Hill, 367 S.W.3d 84 (Mo.App. 2012). もっとも、判例では、責任肯定の積極的要件が問題となっているときにのみ、請求権を基礎づけることができるという表現が用いられるわけではない。

[86] ただし、責任保険についてだけいわれるわけではない。American Family Mut. Ins. Co. v. Schmitz, 793 N.W.2d 111 (Wis.App. 2010).

なければ、少なくともその時点で事故が発生することはなかったといえる。損害賠償請求との関係では、引き金の細工により損害が生じたことを示すために、自動車の運転との関係で引き金がひかれたことを示すことになる。こういういい方をすれば、免責事由と独立して責任負担するものではないともいえる。つまり、担保事由がそれ自体で訴訟を基礎づけるに足るという表現だけで、それがどういう場合かが当然に確定できるわけではない[87]。

ただし、実質的にみれば、Partridge 判決の事案からすると、保険者の責任を認めるべき独立性がある場合について次のような仮説が考えられる。自動車の運転の振動により銃の引き金がひかれたのだから、自動車の運転と引き金の細工の両方が結果に寄与している。しかし、どの事由の危険が現実化したのかと考えると、引き金を細工したことで少しの振動で銃が発射される状態であったという危険が、たまたま自動車の振動を契機として現実化したとみるのが合理的であろう。銃をもって歩いていて、つまづいて転んだ際に引き金がひかれるなど、細工された引き金がひかれる契機は何でもありえるところ、実際には自動車の運転の振動が契機となっただけである。

担保事由、免責事由はそれぞれ危険を引き受ける範囲、引き受けない範囲を画定するものであるから、形式的にはそれぞれの事由が協働している場合であっても、危険の現実化という観点からは、一方の危険が現実化したものであると評価することができる場合には、その危険に則して考えることが合理的である。その危険が担保事由であれば保険担保を認めるべきである[88]。これは担保事由と免責事由が相互に独立している

[87] このようにみれば、複数の原因が完全に独立していることはほとんどないことから、結局、Partridge 判決の意味するところは、原因が独立していようとしていまいと、原因の１つが担保事由であれば保険担保を認めることであるとするものとして、JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 540.

[88] なお、自動車保険は自動車の運転に内在する危険のみを担保するものであるとすれば、この考え方からすれば Partridge 判決の事案では、自動車保険では免責とするべきことになる。しかし、自動車保険はより広く自動車に関わる事故の危険を担保するものだとすると、自動車保険と住宅総合保険の両方で保険担保が認められることになる。一般的には、自動車保険の担保条項は広く解

というよりは、実質的に問題となっている危険は１つといえる場合である。ただ、自動車運転の危険は実質的には考慮する必要はないという意味で、引き金の細工という危険は自動車運転から独立しているということもできる。いずれにせよ、Partridge 判決からすると、このような仮説が考えられる。

（ウ）当然に責任を肯定しない要件としての独立性

次に、後者の立場、すなわち、リベラル・アプローチを否定する要件として、独立性がないことに意味があるという立場から、独立性がないことの内容として、どのようなことが考えられるであろうか。Garvey 判決を参考にすると、１つの仮説が考えられる。Garvey 判決は Sabella 判決等から因果連鎖の事案にはリベラル・アプローチは適用されないとしている。Sabella 判決の事案は、担保事由が免責事由を発生させたという因果の連鎖（発生に関する相互関係）がある事案である。因果連鎖の場合にはリベラル・アプローチは適用されないということは、発生に関する相互関係があればリベラル・アプローチは適用されないと言い換えることができる。そして、Sabella 判決では、起動的近因を近因として近因アプローチによって判断されている。このことは発生に関する相互関係がある場合には、リベラル・アプローチを適用せず、協働した複数の原因を比較して、選ばれた原因に則して保険者の責任を判断すると言い換えることができる。Sabella 判決では、比較の基準が起点となる事由かどうかであるということである。

Garvey 判決の事案は、過失ある建築（担保事由）と地盤の動き（免責事由）が協働して損害を発生させたという事案であり、担保事由と免責事由の間に発生に関する相互関係はない。相互関係という点からみると、協働して損害を発生させたという点で作用に関する相互関係はある[89]。ただ、作用に関する相互関係は、形式的には Partridge 判決の事案でも

され、住宅総合保険等の自動車免責条項は狭く解されるようである。Smith & Simpson, supra note 13, at 396 ～ 397.

[89] 発生における相互関係と作用における相互関係という区別につき、Fierce, supra note 13, at 533; Smith & Simpson, supra note 13, at 424.

みられるのであり、この相互関係だけでリベラル・アプローチの適用を否定することはできない。そこで、さらにSabella判決の事案に引き寄せて、リベラル・アプローチを否定すべき類型と位置づけるに足る相互関係として、「必然的に他の原因が作り出した条件に基づいて作用するもの、他の原因を促進するもの、他の原因に内在する損害の可能性を現実化するもの」という性質上の相互関係があれば、その相互関係に関する何らかの基準により協働した複数の原因を比較することで保険者の責任の有無を判断し、当然に保険者の責任を肯定するリベラル・アプローチの適用を否定するということが考えられる。

この仮説からすれば、当然にリベラル・アプローチを適用すべきではなく、複数の原因を比較して保険者の責任を判断すべきであるといえる、相互関係はどのようなものかが問題になる。相互関係があれば、複数の原因を比較するという枠組みからすれば、ここで問題となる相互関係は、比較することで複数の原因の１つを選択することが可能になる要件であるといえる。Sabella判決は、起動的近因で判断するという判断基準を採用しているが、起動的近因という判断基準を用いることができるのは、因果連鎖という発生に関する相互作用があるケースだからであるといえよう。Garvey判決では、上記のようにリベラル・アプローチを否定する要素として注目されているのは、因果連鎖という要素ではない。そうすると、リベラル・アプローチを否定した場合に、用いる判断基準はSabella判決とは異なってくる。Garvey判決では、効果的近因によって決めるとするが、当該事案において何が効果的近因かは陪審が決めるものとしている。効果的近因の内容が明らかにされているわけではないが、どちらが支配的かというものだとすると、複数の原因間に上記のような相互関係があれば、この相互関係から、どちらかを支配的な原因と評価することが可能になるというふうに考えられる[90]。

[90] ただし、後掲注105と本文参照。なお、相互関係に着目することからすれば、理論的には、相互関係に基づいてどちらの原因に則して考えるかを検討するのが合理的であろう。しかし、Garvey判決を素直にみれば、相互関係がある場合に、相互関係とは関係のないどちらが支配的かという基準で判断するもののようにみえる。

（エ）まとめ

リベラル・アプローチが適用される範囲を画する要件としての独立性の意味を一般的に考えると、上記のようなことが考えられる。しかし、これはあくまで仮説であり、このような観点から独立性の内容を明確にするという形の議論がなされているわけではない[91]。

当然に責任を肯定しないための要件という角度からみた場合、上記の仮説によれば、因果連鎖の場合または Garvey 判決がいう相互関係がある場合には、複数の原因を比較することで判断するのが妥当であるのに対し、特に比較を可能にするような相互関係がない場合には、リベラル・アプローチを支持するということになる。そして、複数の原因が独立しているとは、比較を可能にする相互関係がない場合を指すということになる。他方、責任肯定要件という角度からみた場合、実質的には担保事由が表わす危険のみが現実化したといえる場合にも、独立性があるとして、ここでは当然に保険者の責任を認めることになる。これが Partridge 判決のケースである。

これをまとめると、保険者の責任を肯定する場合には、３通りあることになる。①担保事由が表わす危険が現実化したから当然に担保を認めるべき場合（独立性がある）、②担保事由と免責事由のそれぞれの危険が協働したときに（①のような場合ではない）、担保事由と免責事由の比較の結果､担保事由に則して判断すべきといえる場合（独立性はない）、③担保事由と免責事由のそれぞれの危険が協働し、比較を可能とする相互関係もないときに、そのような場合の処理としてリベラル・アプローチを支持する結果、保険者の責任を認めるという場合（①②に該当しない場合にリベラル・アプローチを適用する立場からは、独立性があるも

[91] 独立して請求権を基礎づけること、訴訟を維持できること以外に独立性の内容としてあげられるものとして、たとえば、次のようなものがある。損害の独立した原因とするものとして、Guaranty National Ins. Co. v. North River Ins. Co., 909 F.2d 133 (5th Cir. 1990); Bituminous Casualty Corp. v. Maxey, 110 S.W.3d 203 (Tex.App. 2003). 独立して存在する行為とするものとして、State Farm Fire Casualty Co. v. Estate of Evoniuk, 681 F.Supp. 662 (D.C.Cal. 1988). 必然的な関連にないものとするものとして、State Farm Ins. Co. v. Seefeld, 472 N.W.2d 170 (Minn.App. 1991).

のとされる）である。

これに対応して、保険者免責を認める場合を考えると、次の２通りがある。①´ 免責事由について①のことがいえる場合、すなわち、免責事由の表す危険が現実化したから、当然に免責とすべき場合、②´ 担保事由と免責事由のそれぞれの危険が協働したときに、担保事由と免責事由の比較の結果、免責事由に則して判断すべきといえる場合、である。

なお、Garvey 判決は、②または②´ に該当する場合であることまでを判断した、つまり、比較によって判断すべき事案であることまで判断し、担保事由と免責事由のどちらに則して判断すべきか、どちらを近因とみるかについては判断していない。ただし、後述のように、判例では独立性を否定した結果、保険者免責を認めるものが多い。これは①´ に当たるか、②´ の結論まで判断した、つまり、比較によって判断すべき場合であり、免責事由に則して考えるべきであることまで判断したかのどちらかといえよう。

以下では、免責事由の表わす危険が現実化したかどうかが問題となっている事例[92]（①´ に該当する、あるいは該当しない結果③）と、担保事由と免責事由の表わす危険がそれぞれ協働した事例（②ないし②´ に該当する、あるいは該当しない結果③）に分けて、具体的にどういう場合に、保険者の責任が認められ、あるいは否定されているかをみていく。なお、前述のように、アメリカにおいてこのような角度からの議論がなされているわけではない。また、Partridge 判決や Garvey 判決が一般的に上記の仮説のように理解されているというわけでもない[93]。したがって、以下の分析は判例の見方の１つであり、アメリカにおける議論状況を反映したものではない。

（２）独立性に関する判例

（ア）免責事由の表す危険の現実化

まず、免責事由の表す危険が現実化したものといえるかどうかが問題

---

[92] 担保事由の表す危険が現実化した例は、Partridge 判決である。

[93] 当該事案における近因の違いを表すものとみるものとして、Wuerfel & Koop, supra note 38, at 401 ～ 402.

となったといえる事例をとりあげる。この場合に免責が認められる典型例といってよいと思われるのが、Safeco Ins. Co. v. Gilstrap 判決[94]である。未成年者である子供が兄のオートバイを運転し交通事故を起こしたことによる、親の損害賠償責任につき、自動車の使用等から生じた（arising out of）人身傷害を免責とする自動車免責条項により、住宅総合保険の保険担保が否定されることになるかが問題となった。親の過失としては、オートバイを子供が使用したことにつき、オートバイを子供に委ねたことの過失がとりあげられている。この判決は、Partridge 判決において問題となった独立した行為は引き金の細工であり、これは自動車の使用と関係のない行為であるのに対し、本件での被保険者の義務、オートバイを子供に委ねないように注意する義務、はオートバイの使用と独立した行為から生じるものではないとする。オートバイを委ねる行為とオートバイの使用は分離することはできないとして、保険者免責を認めた。

この判決を保険担保の観点からみると、次のような説明が可能であろう。拳銃の引き金を細工することの危険は自動車運転に関連した危険ではない。Partridge 判決では、引き金を細工することの危険が自動車運転の過失により現実化したわけであるが、それはたまたま自動車運転がきっかけになっただけであって、引き金の細工の危険が自動車運転と関連性をもっているわけではない。これに対して、自動車を子供に委ねることの危険は自動車運転の危険と直結している。自動車を運転するという行為自体ではなくても、子供に自動車を委ねることの危険性は子供が自動車を運転することの危険性であるから、まさに自動車運転の危険に関する行為である。これは免責事由が表わしている危険が現実化した事案といえる[95]。

---

[94] 190 Cal.Rptr. 425 (Ct.App. 1983).

[95] このような観点から、独立性を否定したものと位置付けることができる判例として、たとえば、次のものがある。① Smith v. State Farm Fire & Cas. Co., 531 N.W.2d 376 (Wis. 1995). 数時間にわたり飲酒した後で、ヘルメットをかぶらせずに子供を乗せてスノーモービルを運転し、事故を起こした。死亡等した子供の親による運転者に対する損害賠償請求に関して、運転者の住宅総合保険で担保されるかが問題となった。自動車免責条項はあるが、運転者が過度に飲

これに対して、免責事由の表す危険が現実化したものとは認めらな

酒していたこと、酩酊状態を分かっていたこと、子供にヘルメットなしで乗ることを認めたことが、事故の独立した協働の原因として保険担保が認められるかが問題となった。判旨は、酩酊とヘルメットを着けさせなかったことは、スノーモービルの運転がなければ、問題にならないとして、免責を認めた。

② Siebert v. Wisconsin American Mut. Ins. Co., 797 N.W.2d 484 (Wis. 2011). 友人に食料品店に行って帰ってくるならということで自動車の運転を許可したところ、食料品店には行かずにパーティーに行き、その途中で交通事故を起こした。運転者の被害者に対する損害賠償責任について、運転を許可した者が被保険者となっている自動車保険で担保されるかが問題となった。許可を超えた運転における過失は免責事由であるが、運転の許可は担保事由であるとして、原因の協働が問題とされた。判旨は、過失ある運転がなければ、過失ある委託は責任を発生させないとして免責を認めた。

③ State Farm Ins. Co. v. Seefeld, 472 N.W.2d 170 (Minn.App. 1991). 建造中のトレイラーを自動車で牽引して走行中に、トレイラーをつないでいたボルトが外れ、トレイラーが離れたため事故を起こし、トレイラーに乗っていたBが傷害を負った。Bとその父は、運転者Aと、トレイラーを設計し、製造していたCに対して損害賠償請求した。自動車免責条項のあるAの住宅総合保険で担保されるかが問題となり、Cにつき、トレイラーの設計と製造における過失と、自動車運転との競合が問題となった。判旨は、次のように述べて免責を認めた。免責となるには損害が自動車使用の自然で、合理的な結果であれば十分であり、トレイラーの設計と製造は自動車の所有と使用の両方に関連するものだから、保険担保はない。事故は設計と製造がなければ生じなかった。したがって、非自動車関連の原因は自動車関連の原因と独立していない。設計上の過失についての責任は必然的に自動車の運行または使用から生じる。

④ Burlington Ins. Co. v. Mexican American Unity Council, 905 S.W.2d 359 (Ct.App.Tex. 1995). ユース・ホステルの滞在者が、住居の外で見知らぬ者から身体的、性的暴行を受けた。被害者は、ユース・ホステルの経営者は住居の外に出ることを許可したことに過失があるとして、経営者に対して損害賠償請求した。経営者が加入していた家主責任保険（Owners', Landlords' and Tenants' Liability Insurance Policy）で、担保されるかが問題となった。暴行から生じた（arising out of）人身傷害については免責とする免責条項があり、暴行と外出許可の協働が問題となった。判旨は、暴行がなければ傷害はないとして免責を認めた。

⑤ State Farm Mut. Ins. Co. v. Roberts, 697 A.2d 667 (Vt. 1997). AとBが、BがAにあげた自動車のエンジンを、Bのトラックから Aのガレージに降ろす

かった結果として保険者の責任が肯定された事例といえるものとして、Centermark Properties v. Home Indemnity Co. 判決[96]がある。事案は必ずしも明らかではないが、おそらく警備会社の警備員が不審者に自動車を奪われ、その不審者が自動車運転中に事故を起こしたというものだと思われる。交通事故の被害者に対する警備会社の責任について、商業総合責任保険（Commercial General Liability Policy）の、自動車の所有、使用等から生じた（arising out of）人身傷害を免責とする自動車免責条項で免責になるかどうかが問題となった。ここで警備会社の過失としてあげられたのは、警備員が不審者に対応するときの手続を守らなかったことに関して、警備員を雇う際の慣行、訓練の方針および計画が適切かつ十分ではなかったことである。これと自動車の使用との関係が問題になった。判旨は、これは自動車の使用とは別の免責されていない原因に当たるとして保険者の責任を認めた。

ここでは警備会社の訓練等についての過失は、警備員が自動車を奪われたという点で、自動車の運転の危険と事実上のつながりがないわけではない。しかし、警備員に対する訓練等が十分ではないことの危険は不審者等への対応の際の危険であり、自動車運転上の過失に関連するものではないと考えられる[97]。訓練等が十分であれば、自動車を奪われることもなく、その結果、交通事故も発生しなかったとみれば、訓練等の過

作業をしているときに事故が起こり、Bは傷害を負った。トラックの最後部にベニヤ板を立て掛け、傾斜を作って、それにエンジンを載せて降ろそうとしたところ、板がずれて、板に片足を載せていたBは落ちて、ガレージの壁と床にぶつかり、また、エンジンが手の上に転がってきたために、傷害を負った。AのBに対する損害賠償責任が、Aの住宅総合保険で担保されるかが問題となった。自動車の荷降ろしから生じる損害を免責とする自動車免責条項があるところ、Bの傷害は、ベニヤ板を床の凍った部分に置くように指示したというAの過失の結果生じたと主張され、原因の協働が問題となった。判旨は、トラックからの荷降ろしは明示的に免責されており、Aの指示という過失行為を免責条項から分離することはできないとして、免責を認めた。

[96] 897 S.W.2d 98 (Mo.App. 1995).

[97] 日本的にいえば、相当因果関係があるかどうかも問題になりうる事案であろう。

失と交通事故の因果関係がないわけではないが、危険の関連性という観点で、独立性を認めたものといえよう。

本件は交通事故の事案であるから、自動車運転の危険も損害発生に寄与している。この点で、Partridge 判決のように、担保事由が表わす危険のみが現実化したものとはいいにくい事案である。しかし、担保事由と免責事由の比較を可能にする関連性がないので、その場合にリベラル・アプローチを用いるということで保険者の責任を認めた事例といえよう。

上記のような自動車を委ねたことの過失と自動車使用の関係の例と、警備員の訓練等の過失と自動車使用の関係の例は、免責事由が表す危険の現実化という観点からした場合、それぞれ独立性を否定しやすいケースと独立性を肯定しやすいケースといえるが、判断が微妙と思われるケースとして次のような事例がある。U. S. Fidelity & Guaranty Co. v. St. Elizabeth Medical Center 判決[98]では、医者の医療過誤に関する医療機関の損害賠償責任についての責任保険の保険者の責任が問題となった。保険契約では医療行為による（due to）人身傷害についての免責条項があったが、医療機関が当該医者をスタッフとし続け、病院の特権も与え続けたことで、その信用を保証したことが過失であると主張された。判旨は、その行為がそれ自体で請求権を基礎づけることが可能であり、かつ、訴訟を基礎づけるに足るのに免責危険の発生を必要としない場合にのみ、独立しているとした上で、過失ある信用保証はそれ自体で請求権を基礎づけることができるが、傷害が病院のスタッフの医療行為または不作為によることを証明しなければ訴訟は維持できないため、過失ある信用保証による損害は、医療行為等による損害から独立していないとした。

Intermed Ins. Co. v. Hill 判決[99]では、医者のアシスタントによる患者に対する性的暴行に関する医療機関の損害賠償責任についての、専門家責任保険の保険者の責任が問題となった。保険契約では、性的行為から生じる（arising from）責任については免責とされていたが、アシスタントに対する監督について過失があり、過失は免責とされていないと主張

[98] 716 N.E.2d 1201 (Ohio App. 1998).

[99] 367 S.W.3d 84 (Mo.App. 2012).

された。判旨は、損害の原因である過失についての請求の本質的要素が、異なる請求（性的暴行についての請求）の本質的要素に関係なく述べることができるものであれば、それぞれの原因は他の原因と独立した別個のものであるとした上で、過失ある監督の証明は違法な接触行為の証明を必要としないから、これらは別個であるとした。また、監督は不適切な医療行為を防ぐためのものであり、適切な監督は内在的に性的暴行の防止に関連しているわけではないとした。

免責事由が表す危険の現実化という観点で、これらの判決をみると、St. Elizabeth 判決は、スタッフとすることについての過失がもつ危険は、医療過誤を起こすような者をスタッフとするという危険で、医療過誤と関連のある過失であると評価したものといえる。これに対して Hill 判決は、アシスタントに対する監督上の過失がもつ危険は専ら医療過誤等に関する危険であり、性的暴行とは関係がないと評価したものといえる。しかし、監督を性的暴行と関連させずに評価することが妥当かどうかについては意見が分かれうるところであろう[100]。

（イ）危険の協働

次に、担保事由または免責事由が表わす危険が現実化したものかどうかは問題にならず、両方の危険が協働したといえる場合に、どのような判断がなされているかをみる。この場合、前述の仮説からすれば、担保事由と免責事由を比較することができる相互関係があれば、それに基づいて判断がなされ、相互関係がなければリベラル・アプローチで保険者の責任が認められることになる。まず、American Family Mut. Ins. Co.

[100] この２つの判決については、形式的には次のような区別も可能である。St. Elizabeth 判決は訴訟を基礎づけるに足ることまで要求している点で、Hill 判決と異なる。訴訟を維持するには損害発生が必要であることからすると（故意の場合を除く）、損害があったというためには医療過誤を主張するしかない。Hill 判決は、請求の本質的要素が無関係であれば足りるとしているので、損害との関係で性的暴行を主張しなければならないということは問題にならない。ただ、このような視点がリベラル・アプローチの適用範囲とどのような関係があるかの説明は困難であろう。

v. Schmitz 判決[101]がある。新しい地下室を作るために、家の後部の地面が掘られており、家の土台のまわりの土が取り除かれ、現在の土台と新しい地下室の壁との間に空間ができていたにもかかわらず擁壁はなく、これは法令違反であった。豪雨により、掘られた部分から水が流れ込み、家の基礎の下から土を流しだし、土台が崩壊した。法令違反の欠陥のある建築方法のために、家屋が豪雨により倒壊したという事案であり、住宅総合保険の水による（caused directly or indirectly by）損害についての免責条項との関係で免責になるかどうかが問題となった。判旨は、欠陥のある建築方法がなければ豪雨でも倒壊しなかったという判断を前提として、水がこなければ欠陥のある建築方法は問題にならなかった、つまり、免責危険の発生がなければ、担保危険は訴訟ができるものではなかったとして免責を認めた。

これに対して、Wallach v. Rosenberg 判決[102]は、嵐による水が防波堤の下の土に染み込み、圧力がかかったことで防波堤が倒壊し、崩れた防波堤とつながっていた隣人の防波堤も崩れたという事案である。防波堤の支持棒がきちんとしていれば、倒壊しなかったという事案であり、隣人に対する損害賠償責任につき、住宅総合保険の保険者は水による（resulting directly or indirectly from）損害についての免責条項との関係で免責になるかどうかが問題となった。判旨は、Partridge 判決をあげ、免責原因と担保原因が協働した場合には担保が認められるとした。

これらは Garvey 判決と類似の事案であり、免責事由と担保事由が補完的に協働し、損害が発生したというものである。また、いずれも建築方法や管理が適切ではなかったということと、自然の作用が協働して建物等の損害を引き起こしたという事案である。ただ、もう少し詳しく、建築方法等の瑕疵と、自然の作用との関係をいえば、次のように考えられる。Garvey 判決については、土台が十分に深く固定されていなかったことは、地盤の動きのみに関するものではないとしても、地盤の動きに耐えることができないという危険に関するものであるといってよいように思われる。Schmitz 判決では、擁壁がなかったことの危険と豪雨に

[101] 793 N.W.2d 111 (Wis.App. 2010).

[102] 527 So.2d 1386 (D.C.App.Fla. 1988).

より土が流れ出して倒壊するという危険との関係が問題となる。擁壁があれば倒壊しなかったとされているのだから、事実上関連性があることは確かであるが、問題は、擁壁の設置は、豪雨で土が流れ出すという状況を通常想定して求められるものかどうかであり、これは筆者には判断がつかない。Wallach 判決では、壁を支える支持棒が整備されていなかったことが問題となったところ、支持棒は嵐により水が染み込んだ土の圧力だけに対応するものではないとしても、直感的には、このような状況にも対応することは想定されているといってよいように思われる。このように事案をより細かくみていくと、それぞれに違いがあり、また、担保事由の表す危険と免責事由の表す危険の関連性をどのように評価するかも微妙である[103]。

ここで、注意すべきは、担保事由と免責事由の表す危険に関連性があるといえるとしても、どちらを主として考えるべきかという判断ができなければ、関連性から結論を導くことはできない点である。この点で、たとえば、Garvey 判決の事案につき、建物の強度不足という建築業者の過失は、必然的に地盤の動きに基づいて作用する、あるいは地盤の動きに内在する危険を現実化するともいえるが、建物の強度が十分であれば影響しない程度の地盤の動きであることからすれば、この程度の地盤の動きは必然的に建築業者の過失に基づいて作用する、強度不足という建築業者の過失に内在する危険を現実化するものという逆の表現もできると考えると、関連性はあるといっても、この関連性から、担保事由に則して責任を肯定するのか、免責事由に則して責任を否定するのかの結論を導くことはできない。

これに対して、土台が十分に深く固定されていなかったという瑕疵は、その瑕疵のみで損害をもたらすことはほとんどなく、主に想定されるの

[103] なお、Schmitz 判決や Wallach 判決の判旨の表現は、協働した事由の客観的な関連性を問題とするというアプローチを示しているわけではない。たとえば、Schmitz 判決は、水がこなければ擁壁がないことは関係がなかったのであり、免責危険の発生がなければ、担保危険は訴訟ができるものではなかったと述べている。こういう表現だけからすると、たとえば、同時協働的因果関係の場合に、独立性が認められることはありえなくなるようにみえる。

は地盤の動きと協働することにより損害をもたらすことだとすると、このような建築上の瑕疵を担保するということは、地盤の動きと協働することによる損害を担保するものだと解釈することが考えられる[104]。このように、客観的な危険の関連性ということだけでは、結論を導くことができない場合に、担保条項等の趣旨の解釈という形で、結論を導くことができる場合もある。もちろん、担保条項の趣旨という形でも判断が困難な場合もあるであろう[105]。担保事由と免責事由との関連性に着目するというアプローチをするのであれば、微妙な事例が生じるのはやむを得ないところであろう[106]。

---

[104] これは最終的には約款解釈という形で結論を導いている。担保事由の表わす危険と免責事由の表わす危険の客観的な相互関係のみからどちらに即して考えるのが妥当かという結論を出すのではなく、客観的な相互関係を基礎に、当該保険の趣旨等を考慮して、そのような相互関係のある危険の競合の事例につき保険担保を認めるかどうかを判断するもので、このような場合には判断の中に約款解釈の要素も入ってくる。

なお、このような説明をすると、結論としては、担保事由の表す危険が現実化したものとみるということであり、この点では、Partridge 判決と同じことになるともいえる。ただし、Partridge 判決の事案は、担保事由と免責事由の相互関係を比較することによって結論が導かれたわけではない。これに対して、Garvey 判決の事案は、担保事由と免責事由の関連性から、どちらに則して考えるべきかというところで、担保事由が表す危険は何かを担保事由と免責事由の関連性を考慮して解釈したというものであり、担保事由と免責事由の関連性に基づく解釈が必要になるという点で、Partridge 判決とは異なる。

[105] 上記の Garvey 判決の事案についての解釈も 1 つの考え方というだけで、建築上の瑕疵に即して考えることが当然に合理的な解釈とまでいえるものではない。上記の解釈は、建築上の瑕疵を土台が十分に深く固定されていない瑕疵というところまで具体化し、この瑕疵は担保することを前提として解釈したものである。問題は、土台が十分に深く固定されていないという建築上の瑕疵を担保するものかということであり、地盤の動きと連動するような建築上の瑕疵はすべて免責とする趣旨と解釈することも考えられる。これは最終的には住宅総合保険の趣旨等から、合理的解釈としてどちらかの解釈が妥当かを導くことができるかという問題であり、決め手がなければ、危険に関連性がないものとして扱うことになる。なお、Garvey 判決自体については前掲注90）参照。

[106] 独立性を肯定した判例として、たとえば、次のものがある。① Waseca

（3）協働の形態と危険の性質

Mut. Ins. Co. v. Noska, 331 N.W.2d 917 (Minn. 1983). 焼いた木の枝などの燃え殻を入れた樽を載せたトレイラーを、トラックでけん引して、ごみ投棄場に向かっていた。燃え殻の炭のいくつかは熱いままであり、トラックが動いたことにより空気が送られたことで再び燃え出し、トラックからこぼれおち、道路に隣接した広範囲の地面に火をつけた。火は少なくとも９日間燃え続け数千エーカーの土地に広がり、多くの農家の施設や家に損害を与えた。自動車免責条項のある住宅総合保険で、この損害賠償責任が担保されるかが問題となった。判旨は、次のように述べて、保険担保を認めた。損害の原因の１つは、まだ消えていない燃えさしを樽に入れたという過失行為である。ただし、燃えさしを運ぶために車をつかわなければ、広範な火災は起こらなかった。したがって、火災は自動車の使用からも生じた。２つの別個の独立した行為が協働して事故を生じさせたのであり、損害発生には、それぞれの行為が必要だった。

② Guaranty National Ins. Co. v. North River Ins. Co., 909 F.2d 133 (5th Cir. 1990). Ａは精神的治療のため、Ｂ病院に入院した。その際に、閉鎖された部屋に入れるようにという指示があったが、満室だったため、閉鎖されていない部屋に入れられた。翌日、Ａは窓から飛び降りて死亡した。Ｂが加入していた責任保険の１つに、専門的サービスの提供または不提供による（due to）人身傷害についての免責条項があり、この保険で、Ａの遺族に対するＢの損害賠償責任が担保されるかが問題となった。Ａを適切に監視しなかったことの他に、窓を安全にしなかったことが原因であるとして、原因の協働が問題となった。判旨は、窓の強化をどのように行うかは管理的、ビジネス的判断であり、専門的、医学的判断ではないので免責条項には該当しないとした上で、窓の管理の失敗と適切に監視しなかったことは、陪審がそれぞれが別個にＡの死亡の近因であると判断しているのだから、独立した原因であるとして、保険担保を認めた。

独立性を否定した判例として、たとえば、次のものがある。① Insured Titles v. McDonald, 911 P.2d 209 (Mont. 1996). ＡはＢに12.63エーカーの土地のうち２エーカーを譲渡した。しかし、カウンティ（county）は誤って土地全体の譲渡として扱い、土地全体についての不動産税の通知をＢに送っていた。Ｂは不動産税を滞納し、カウンティによる公売においてＣが買受人となった。ＡのＣに対する土地の権原をめぐる訴訟では、ＡからＢへの譲渡についての権限担保捺印証書（warranty deed）は無効であり、Ｃには権原がないとされた。Ｃの権原が、権原保険で担保されるかが問題となった。免責条項により、土地の分筆等を規制する法令違反につき免責とされていたところ、ＡからＢへの土地の一部の譲渡は、モンタナ州土地分筆・区画法（Montana Subdivision and Platting Act）違反でなされたものであった。Ｃは権限担保捺印証書が無効であるのは、証書

以上からすると、リベラル・アプローチの射程という議論で考慮される要素には、大きく分けると、協働の形態と危険の性質という２つの要素がある。協働の形態とは、因果連鎖か同時協働的因果関係かということで、発生における相互関係か、作用における相互関係かということで

の不明確さと法令違反という２つの独立した原因によるものであるから、保険担保は認められると主張した。判旨は、証書が不明確であるのは、法令違反により生じたものであるから、２つの原因は独立しておらず、法令違反が無効の原因であるとして、免責を認めた。

② Bituminous Casualty Corp. v. Maxey, 110 S.W.3d 203 (Tex.App. 2003). トレイラーをつけたトラックによる交通事故。自動車免責条項のある商業総合責任保険で担保されるかが問題となった。トレイラーをリースしていた、トラックの整備担当者等の損害賠償責任につき、事故の原因はトラックのブレーキの整備不良のために、トラックが衝突する前に停止できなかったことであり、整備不良と過失ある運転の協働が問題となった。判旨は、間に合うように停止しなかったことと、ブレーキの不良の両方が事故の近因であり、これらは別個の独立した原因ではないとして、免責を認めた。

③ American Family Mut. Ins. Co. v. Co Fat Le, 439 F.3d 436 (8th Cir. 2006). Ａの息子Ｂは、Ａのガレージに車を停め、友人を乗せ、エアコンをつけ、エンジンをかけたままでガレージを閉めた。翌朝、二酸化炭素中毒で全員が死亡しているのが発見された。Ａ等の損害賠償責任が、自動車免責条項のある住宅総合保険で担保されるかが問題となった。住居を安全でないままにし、二酸化炭素中毒につき警告しなかったことが、自動車使用と独立の原因かどうかが問題となった。判旨は次のように述べ、免責を認めた。住居の安全でない状態とは換気が不十分なガレージと閉められたガレージで自動車のエンジンをかけたままにしたことである。前者はガレージのドアが閉められている間にエンジンをかけたままにしているときにのみ危険になるのであり、固有の危険な状態ではない。換気の不十分なガレージでエンジンをかけたままにしたという状態は、自動車の使用と独立したものではない。さらに、閉められたガレージでエンジンをかけっぱなしにしなければ損害はなかった。したがって、これらは死亡の独立した原因ではない。次に、警告しなかったことについては、ミズーリ州では、立入を許可された者が閉められたガレージでエンジンをかけたままであるという状況でなければ、財産の所有者にそのような危険を立入を許可された者に告げる義務を課していない。また、閉められたガレージでエンジンをかけっぱなしにしなければ損害はなかった。よって、警告しなかったことは死亡の独立した原因ではない。

ある。危険の性質は、２つの形で問題になる。１つは、担保事由と免責事由の表す危険のどちらかが現実化したものといえるかどうかである。もう１つは、担保事由と免責事由の関連性を評価して、どちらに則して考えるべきかである。

まず、協働の形態につき、因果連鎖すなわち発生における相互関係があれば、ひとまずリベラル･アプローチは採用されない（Sabella 判決）。しかし､この場合にも危険の性質から判断できるのであれば､それによって判断することになる[107]。危険の性質から判断できない場合は、発生における相互関係の比較によって決まる（Sabella 判決によれば、起動的近因）。いずれにせよ､発生における相互関係があれば､当然にリベラル･アプローチを適用することにはならない。

因果連鎖であればリベラル･アプローチは適用しないこととの関係で、少し微妙なのが、未成年者に自動車を委ねた結果、自動車事故が発生したというようなケースである。このようなケースは自動車を委ねなければ、自動車を運転することもなかったという意味では、自動車を委ねたことが、運転上の過失を引き起こしたといえるが、自動車を委ねたことが直接の原因となって過失ある運転が引き起こされたわけではない。自動車を委ねても過失ある運転をしないことはありうるのであって、具体的な過失運転の原因が自動車を委ねたことであるわけではない。自動車を委ねたことが、前提となっているという意味では、因果の連鎖はあるが、具体的な原因となっているという因果連鎖はない。Centermark Properties 判決のように、このような関係があるだけで、当然にリベラル・アプローチを適用しないという扱いになっているわけではない。つまり、協働の形態が前提条件というにすぎないのであれば、そのことだけでリベラル・アプローチを適用しないことにはならない。この場合には、協働の形態は結論に影響しない。

しかし、危険の性質から、担保事由と免責事由のどちらかで考えるべきであるという判断ができるのであれば、それによって判断されることになる（Gilstrap 判決）。危険の性質から判断することができない場合に

[107] 独立性を否定して保険者免責を認めた例として、Insured Titles v. McDonald, 911 P.2d 209 (Mont. 1996).

は、その場合に、リベラル・アプローチを適用するという立場からすれば、保険者の責任は肯定される（Centermark Properties 判決）。

次に、同時協働的因果関係については、関連の形態としては、作用における相互関係がある。作用における相互関係があるだけでは、リベラル・アプローチは否定されない。つまり、協働の形態という観点から結論は導かれない。後は、協働の形態が前提条件の場合と同じであり、危険の性質という観点から、判断できる場合には、それによって判断される（Partridge 判決、Garvey 判決）。危険の性質から判断できない場合には、その場合にリベラル・アプローチを採用するという立場からすれば、リベラル・アプローチによることになる。

Ⅳ　因果連鎖型と同時協働型の区別

1　二重フィルターの枠組み

最近の議論としては、因果連鎖のケースと同時協働のケースを分けて議論するというものが多い。次に、そのような議論をみていく。まず、Jerry は明示的に因果連鎖型と同時協働型で分けるといっているわけではないが、実質的には、そのように位置づけることができるように思われる。Jerry は二重フィルターの枠組みを提示する[108]。第一のフィルターは遠因を排除するとし、第二のフィルターでは、近因アプローチ、リベラル・アプローチ、保守的アプローチなどによって処理するとする。ただ、第一のフィルターでは、遠因を排除することだけではなく、因果連鎖において何を原因とするかを問題としているようである。すなわち、第一のフィルターにつき、先行事由と後行事由のどちらで保険者の責任を判断するかについては被保険者に有利な扱いがなされることが多いとし、担保事由から免責事由が生じた場合には、損害から遠い担保事由を見つけることによって保険者有責とし、免責事由から担保事由が生じた場合には、損害に近い担保事由を原因として保険者有責とする傾向があるとする。この第一のフィルターと第二のフィルターを分けていること

[108] JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 550.

からすると、第二のフィルターは同時協働型でどう考えるかという場面で問題になるように思われる。ただ、Jerry においてはそれぞれのフィルターにおける考え方が示されているわけではなく、因果連鎖型につき妥当する基準と同時協働型につき妥当する基準は別個のものであることを指摘する点に意味があるものと思われる[109]。

2　近因の区別

Bell は因果連鎖型では起動的原因により、同時協働型では支配的原因によるとする[110]。因果連鎖型において、起動的原因で考えるべき理由は明らかではない。判例において近因の内容としてあげられることも多い起動的原因が馴染むのは因果連鎖型に限られるということなのかもしれない。同時協働型で支配的原因で考えるべき理由としては、一方の原因だけで損害全体を引き起こすことができる場合には、他方の原因も損害に関与していたことから、保険者の責任が影響を受けることは妥当ではないとした上で、どちらの危険も独立では損害を生じさせなかったのであれば、公正の観点からすれば、どちらが支配的原因かを決めることが求められるとする[111]。明らかではないが、この見解の背後には、近因で処理するべきであるという理解があり、それに基づいて、近因として、因果連鎖型では起動的原因が適切であり、同時協働型では支配的原因が適切であると考えているように思われる。

3　近因を排斥する見解

（1）Knutsen

これに対して、近因という考え方を徹底的に排除する方向で考えるのが、Knutsen と Lavitt である。Knutsen の考え方は次のようなもので

[109] JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 551. どちらの場面でも近因の語が用いられるが、内容が異なることも指摘する。
[110] Bell, supra note 19, at 99, 101.
[111] Bell, supra note 19, at 102.

ある。まず、ある原因が損害発生に不可欠に関与したかどうか、損害発生に必要であったかによって、因果関係の有無を判断する。ここでの考え方のポイントは、保険契約における因果関係は不法行為における因果関係のような帰責の問題、規範的問題ではないので、あくまで事実として損害発生に不可欠に関わったかどうかを問題とすることである。このことによって、予見可能性や必然性で判断する近因の考え方を避けることができる。また、損害に直接に関与していなければ原因とみる必要はなく、これによって、時間的に前の原因まで不必要に遡ることを避けることができる。このような観点から、損害の一部の発生に寄与した場合でも因果関係を認める、分損後に別の原因によって全損が生じた場合には、後続原因のみが原因であるなどの結論を導く[112]。

次に、損害発生に関与した、必要な原因につき、さらに損害発生に十分なものかどうかで選別する。強調されているのは、十分さとは、有責性を判断するものではないことと、原因相互の優劣を判断するものではないことである。このような判断方法は不法行為や、近因による判断で用いられているものであり、一貫性のない、予測不可能な結論を導くとして排除される。ここでいう十分さは損害を発生させるのに十分かどうかで、十分である場合として、別々の原因がそれぞれ損害を発生させるのに十分である場合、複数の原因がそれぞれ損害の一部を発生させるのに十分であり、それらの損害が集積して損害全体が形成された場合、複数の原因がそれぞれ単独では損害を惹起しなかったが、協働して損害全体を惹起させた場合などがあげられる[113]。

Knutsen は基本的にはこのように、損害に関与した、損害発生に必要な原因のうち、十分なものを考慮すべき原因とする。ただ、複数の原因がどちらも考慮すべき原因である場合には、これだけでは答えは出ない。まず、因果連鎖型では割合的アプローチを採用するようである[114]。理由

---

[112] Knutsen, supra note 5, at 1003 ～ 1005.

[113] Knutsen, supra note 5, at 1006 ～ 1008.

[114] 連続的または並行的な別個の原因による損害については、割合的アプローチを支持するという。Knutsen, supra note 5, at 1010. 連続的または並行的な別個の原因による損害というケースが因果連鎖を含むものかは判然としないが、

として、次のことをあげる。損害を分割することは可能だから、原因を区別し、損害をそれぞれの原因に割り当てるコストは低い[115]。これに対して、同時協働型では、リベラル・アプローチを支持する。理由としては、次のように述べる。このようなケースでは損害を分割することはほぼ不可能であり、分割しようとすれば予測不可能で、非効率的になる。リベラル・アプローチは全体としてのコスト削減に資する[116]。

この見解につき、疑問に思われるのは、因果連鎖型では、損害を分割することは可能であり、コストもかからないとするのに対して、同時協働型では分割することはできないとする点である。考え方としては、同時協働型では複数の原因が結びついているのでその割合を考えることはできないが、因果連鎖型では、それぞれの原因が損害に関与している（とみるのではないか）ので、分割は可能であるということではないかと推測される。つまり、割合的な因果関係を認めるというよりは、別個の原因がそれぞれ損害を生じさせていて、その割合を評価するという考え方ではないかと思われる。しかし、因果連鎖において、それぞれの原因と損害との因果関係という考え方が当然にできるわけではなく、因果連鎖を割合的に考えるのであれば、同時協働型に割合的な因果関係という考え方を導入することが当然に否定されるわけでもないであろう。このような区別は論理必然的なものではなく、また、実質的にも、割合の評価は因果連鎖型では可能であるが、同時協働型では不可能とはいえないのではなかろうか。

別個の原因の例としてあげられているのは、ハリケーンによる洪水や火山の噴火による泥流の事案であり、連続的な別個の原因による損害とは、因果連鎖を指すのではないかと思われる。Id., at 1007 n.121. 別個の原因であるとは、同時協働型のように、相互に作用することで初めて損害が生じるというケースではないことを指すように思われる。なお、並行的な別個の原因による損害も割合的アプローチで処理するのであり、正確には因果連鎖だけをとりあげているわけではない。

[115] Knutsen, supra note 5, at 1010. コストが低いことにつき、前掲注71、72と本文参照。

[116] Knutsen, supra note 5, at 1013 〜 1015. 詳しくは、前掲注66、67と本文参照。

（2）Lavitt

Lavitt は直接的にはオール・リスク保険に即してではあるが、次のように論じる。基本的に因果関係の有無は but for テスト（あれなければこれなし）で判断する。but for テストによれば因果関係が認められる事実（結果発生に必要な事実）の中から、さらに実質的要因であるものを選別することはしない。実質的要因のテストは不法行為における因果関係の判断でいわれることのあるものであるが、事実上の因果関係の判断において、実質的要因かどうかというような規範的な判断を持ち込むことで、結果発生にわずかに寄与した原因が排除されるようなことは起こらなくなる[117]。

but for テストで因果関係が認められた原因につき、リスク・スタンダードで判断する[118]。すなわち、担保事実と損害に but for による因果関係がある場合、その事実により作り出されたリスクの射程内の損害については責任を負う。リスクの射程内にあるかどうかの判断に用いる材料は近因の判断材料と似ているところがあり、たとえば、後続の事象がありそうにないことかどうかは考慮してよく、また、損害発生にあまりに軽微な寄与しかしていない事由は原因とみなくてもよく、損害発生の危険を増さない行為は考慮の対象から外してよい。原因の相互の関連を考慮することを排除するわけではないが、複数の原因の重要さを相対的に評価することは、あいまいさをもたらすものであり、そのような考慮はしない[119]。

この枠組みにより、因果連鎖の場合について検討する。まず、免責事由→担保事由→損害の場合につき、有責とする。この点については、必

---

[117] Lavitt, supra note 22, at 34 ～ 37. 同時協働的因果関係は but for テストでは判断できない例外とする。Id., at 36.

[118] リスク・スタンダードの考え方については、不法行為のリステイトメント第３版に依拠している。そこでは、一般的にいえば、行為者の行為を不法なもの（tortious）としたリスクは何か、賠償が求められている損害は、そのリスクの結果かどうかで判断するとされている。1 RESTATEMENT (3d) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM §29 comment d (2010).

[119] Lavitt, supra note 22, at 40 ～ 44.

要で、十分な（それだけで損害を惹起できる）担保事象により実際に生じた損害は、不十分な先行事象によって、それが必要な因果の要素であるとしても、免責になることは認められないとする[120]。これについては詳しい説明はないが、おそらく、リスク・スンダードの考え方により、担保事実についてのリスクは引き受けているのだから、免責事実によって担保事実が生じた場合でも引き受けたリスクの射程内であると考えているということではないかと思われる。

次に、担保事由→免責事由→損害の場合につき、免責事由によって生じた損害が、契約で排除されていない、損害発生に必要な事由によって作り出された危険の範囲内でない限り、免責とする。免責された必要で十分な事象が、先行する、必要であるが、不十分な担保事象によって作り出された危険の範囲にあるかどうかを考える[121]。形式的には免責された事象によって損害が発生した場合でも、実質的には担保事由が表すリスクによって損害が発生したといえるのであれば、そのようなリスクは担保されているのだから、保険者の責任を認めるということであろう。

担保事由と免責事由のリスクの関連を考える点につき、そのこととの関連であげられるのが、Julian v. Hartford Underwriters Ins. Co. 判決[122]である。この事案は、豪雨の後で起こった地滑りにより家が損害を受けたというものであり、直接的には、住宅総合保険の、地滑りによる損害を免責とし、天候は他の免責事由とともに損害発生に寄与した（contribute in any way with a cause or event excluded・・・to produce the loss）場合にのみ免責とする免責条項が、効果的近因の原理に反するかどうかが問題になったものである。つまり、この免責条項により、損害はほぼ天候（豪雨）によって生じ、地滑りが寄与した部分はわずかであるような場合も免責になるとすると、効果的近因の原理に反するのではないかが問題になった。判旨は、次のように述べて、効果的近因の原理に反するものではないとした。雨と地滑りに直接の因果関係があることはしばしばあり、このような因果関係があることは容易に

[120] Lavitt, supra note 22, at 52.

[121] Lavitt, supra note 22, at 53, 54.

[122] 110 P.3d 903 (Cal. 2005).

理解される。本件の地滑りは豪雨という天候に依存していた。合理的な保険契約者は天候のみによって生じた損害と地滑りを引き起こす天候によって生じた損害の違いを容易に把握できる。したがって、地滑りを起こす雨という特定の危険を免責する限りで、効果的近因の法理の違反はない。

この判決は、直接には、上記の免責条項は、雨による損害は担保するが、地滑りを起こす雨を免責にするものと解釈することができ、それであれば効果的近因の法理に反することもないとしたものである。Lavittの見解との関係では、複数の事由を結び付けて担保範囲を決めるという考え方を明示しているところが重要となる[123]。たとえば、雨による損害は担保するという条項と、地滑りによる損害は免責とするという条項がある場合に、雨によって地滑りが起こったことによる損害につき、免責と解するかどうかが因果連鎖の問題である。ここで地滑りと雨はしばしば結びついているから、地滑りを免責とすることは当然に雨による地滑りも免責していると解釈するのがリスクの射程内かどうかの判断である。つまり、雨は担保事由であるが、地滑りを起こす雨というリスクは地滑りを免責とする条項の射程内であり、このケースは免責となるということである[124]。

このようなリスクの射程という考え方の具体例として、リスクの範囲内ではないというものであるが、Lorio v. Aetna Ins. Co. 判決[125]があげられる[126]。台風による（directly resulting from or made necessary by）損害についての保険で、種馬の死亡が付保されていた。ハリケーンにより納屋の一部が倒壊したため、食糧小屋の隣の小屋にこの馬を入れた。４日後、馬は小屋で横たわっており、蹄葉炎にかかっていた。小麦を食べるために、小屋の壁の２つの板が馬にけり倒されていた。馬はこの病気により死亡した。直接的には小麦の食べ過ぎが病気の原因である。判

[123] Lavitt, supra note 22, at 54 ～ 55.

[124] もっとも、これはLavittがいう、担保事由のリスクの射程に免責事由が含まれるので、担保を認めるのとは逆のケースということになる。

[125] 232 So.2d 490 (La. 1970).

[126] Lavitt, supra note 22, at 55.

旨は何が近因かが問題であるとした上で、直接の原因は小麦の食べ過ぎであり、嵐が損害発生を促進したことの証拠はないとした。この事例につき、保険者が風によって引き起こされた食べ過ぎによって死亡が発生することを予測し、明示的に除外することができたと想定することは不合理であり、このリスクは風によって引き起こされた損害のリスクの範囲内ではないとする。

因果連鎖型については、このように述べるが、当然に生じる疑問は、免責事由→担保事由→損害の場合は、当然に有責とするのに対し、担保事由→免責事由→損害の場合は当然に免責とするのではなく、担保事由のリスクの射程内かどうかを考慮することが妥当かということであろう。この点につき、特に説明はないが、この結論からすると、担保事由を起点に考えるということのようにみえる。つまり、担保事由は保険者が引き受けている以上は、その原因が何であろうと、担保事由によって生じた損害については有責であると考えるので、前者は有責となる[127]。そして、やはり担保事由を起点に考えるので、後者については、免責事由が間に介在していても、損害が担保事由のリスクの射程内かどうかを考慮すべきということになる。仮に、そうだとして、もちろんこのような考え方の当否は問題になる。

次に、同時協働型については、有責とする。すなわち、リベラル・アプローチの結論をとる。理由は以下のようなものである。軽微でも必要な因果要素であれば、保険者がその作用により生じた損害について支払うことを合意しているのであれば、保険者は有責とすべきである。ささいなつながりで責任は認めるべきでないという反論は、事実的因果関係について実質的要因のテストを持ち込むことになる。必要だが不十分な担保原因との同時協働に帰せられる損害を免責としないことは、実質性の概念を用いない事実的因果関係についての考え方と一致する。また、この考え方は、明示的に免責された、必要で十分な事象によって損害が生じた場合にのみ、免責となるとの原則に基づいている。保険者が免責事由と損害との、必要で十分な事実上の因果関係を確立することができ

[127] この点に関して、オール・リスク保険であることが強調される。Lavitt, supra note 22, at 50.

ないことから、有責とすることは健全な引き受けの原則とも一致する[128]。

ここでも担保事由を中心に考えるという姿勢が表れているようにみえる。実質的要因のテストとの関係は、担保事由と損害との因果関係が軽微であっても、必要なものであれば、担保事由と損害との不十分な因果関係によって免責されることは実質的要因かどうかを考慮するに等しいということではないかと思われる。これも逆に免責事由からみれば、免責事由と結果発生に必要であるという因果関係があるのに、免責事由との不十分な因果関係によって免責されないということになるが、そういう方向では考えない。担保事由については結果発生に必要であるという因果関係があればよいが、免責事由については、必要で、十分な関係でなければならないことになっている。

なお、ほぼすべての損害は、不十分であるが必要な担保条件に帰せしめることができるが、すべての場合に保険者有責となるわけではないとする。必要な担保条件は、損害発生のリスクを増やさないものであれば、裁判所によって、因果要素のセットから排除されるべきであるとし、これによって、異例な結果を生み出す遠因まで因果の連鎖をたどることは防がれる[129]。

Ⅴ　約款規定との関係

1　Patterson の分類

免責条項の分類として著名なものに、Patterson による分類がある。保険事故の原因についての免責（exceptions）と、保険事故についての免責（exclusions）と、保険事故の結果についての免責に分ける[130]。免責条項がこのように区別できることには一定の支持はある[131]。ただ、この

[128] Lavitt, supra note 22, at 56 ～ 58.

[129] Lavitt, supra note 22, at 59.

[130] PATTERSON, supra note 42, at 249.

[131] Brewer, supra note 14, at 1163; Fierce, supra note 13, at 543; Simon, supra

分類に対して、免責条項の法的効果からみた分類であるとの評価がなされ、事故の免責であれば免責事由に該当する以上は保険者が責任を負うことはないのに対して、原因の免責であれば、他の原因によって事故が発生したときは保険者は責任を負うといわれる。たとえば、海上保険で、だ捕によって生じた損害については責任を負わないと規定されているとき、これが保険事故についての免責であれば、だ捕が起こった以上、他の海上危険のためにだ捕されることになったとしても保険者の責任は発生しない。これに対して、これが原因についての免責であれば、担保事由である暴風の結果としてだ捕された場合には保険者は責任を負うといわれる[132]。このような理解から、絶対的（conclusive）免責条項と限定的（inconclusive）免責条項といういい方がなされ[133]、そこから、原因の競合の場合に、絶対的免責条項であれば保険者は免責され、限定的免責条項であれば、他の原因によって事故が発生したのであれば保険者は有責になるといわれる[134]。

そして、絶対的免責条項、限定的免責条項という分類については、ある条項がどちらに当たると解釈するべきかがまさに問題になるところであり、この分類は結果を示すだけであり、ある条項をどちらに解するべきかの基準を示すものではないから、このような分類が原因競合の問題の解決に役立つわけではないといわれる[135]。また、契約者の合理的期待という見地からすれば、このような区別によって合理的期待の保護に資することはないといわれる[136]。

---

note 23, at 36. ただし、exceptions と exclusions という語の用法としては、一般的に保険約款においてみられる用語法とは異なっている。Brewer, supra note 14, at 1163; KEETON & WIDISS, supra note 25, at 547.

[132] JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 546; Robert E. Keeton, Recent Books, 36 Tex. L. Rev. 545, 548 (1958).

[133] KEETON & WIDISS, supra note 25, at 547.

[134] KEETON & WIDISS, supra note 25, at 548; JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 546.

[135] Keeton, supra note 132, at 548; JERRY & RICHMOND, supra note 8, at 546; Fierce, supra note 13, at 543.

[136] Fierce, supra note 13, at 543.

2　契約解釈の問題としての位置づけ

因果関係の問題が契約解釈の問題なのか、そうではない問題なのかという視点が出されることがある。たとえば、次のようにいわれる。保険契約における因果関係に関する議論には、ある出来事と損害の関係についてのものと、ある出来事と担保条項等との関係についてのものがある。後者は当該出来事について保険者は責任を引き受けているかどうかに関するもので契約解釈の問題である。保険者が責任を引き受けている出来事であるとされると、その出来事が法的責任を生じさせるかどうかという問題が生じる。これが本来の因果関係の問題である[137]。

免責条項の意味の問題と、その免責条項が当該事案において法的に意味をもつか（ある出来事が免責条項に該当し、それによって損害が発生したのであれば、すなわち、因果関係があれば、その免責条項に基づいて保険者の責任が否定される）の問題を区別する見解もある[138]。因果関係の問題、具体的には原因の競合の問題は法的ルールにより解決されるもので、契約解釈とは異なる問題であり、考慮要素が異なるとする。具体的には因果関係の問題においては、免責条項の目的は関係しないとす

---

[137] McDowell, supra note 26, at 576.

[138] Knutsen, supra note 5, at 1020, n.134. 担保条項や免責条項が何を意味するかは契約解釈の問題であり、これらの条項の意味が確定した後の、これらの条項が始動する（be triggered）かどうかが因果関係の問題であると述べている。必ずしも定かではないが、本文のような趣旨ではないかと思われる。

このような趣旨であるとすると、McDowell の区分との違いは、McDowell は担保条項等に該当するかまでを１つの問題としているのに対し、Knutsen は担保条項等の意味の確定までを１つの問題とし、ある事実がそのような意味の担保条項に該当するかと、該当した場合の、その事実と損害との因果関係をまとめて１つの問題としている点にある。契約解釈かどうかの区分という観点からすると、意味内容が確定した条項への事実の当てはめは、意味内容が規範的要素を含んでいなければ事実の問題であるから、因果関係が契約解釈の問題ではないとすれば、Knutsen の区分が正確であるとはいえる。しかし、因果関係の問題は何の問題かを論じるには、因果関係だけをまとめている McDowell の区分の方が分かりやすい。

る[139]。この見解は原因の競合の問題において免責条項の目的を考慮すると、担保条項よりも免責条項を重視することになりやすく、それは免責条項は限定的に解釈するという考え方に適合しないことを問題とする[140]。

また、因果関係の問題と契約解釈との関係については、原因の競合につき、２つの原因の１つを選択するときに、保険契約のあいまいさに関するルールが役に立つのかという疑問がありうるといわれることもある[141]。

これらの点につき、ある出来事が担保条項や免責条項に該当するかどうかの問題と、それらの条項と損害（結果）との因果関係の問題は別であるというのは、基本的にはその通りだと思われる[142]。前者はどういう出来事が担保条項等に含まれるかという契約解釈の問題であり[143]、後者は担保条項等に該当した出来事が保険給付の対象となる結果を生じさせたかという問題である。少なくとも形式的にはこのような区別は可能であるとして、問題は、複数の原因が協働した場合にどのような処理をするかを契約解釈の問題とみるかどうかである。ただ、これが契約解釈の問題なのかどうかについては、上記の他に突っ込んだ議論がなされているわけではない[144]。

---

[139] Knutsen, supra note 5, at 1020, n.134. ただし、契約者の合理的期待という要素を排斥するわけではない。Id., at 1021.

[140] Knutsen, supra note 5, at 1020.

[141] Brewer, supra note 14, at 1179. 協働的原因が存在することによって、あいまいさが生じるわけではないともいう。Id., at 1184.

[142] Patterson のいう保険事故の結果の免責であげられる、損害が免責されている場合には、免責条項に該当すれば、損害との因果関係の問題は残らないが、そういう場合でなければ、ある出来事が各条項に該当するかどうかと、その出来事と結果の因果関係は区別できよう。

[143] 正確にいえば、どういう出来事が担保条項等に含まれるかという契約解釈とその意味への事実の当てはめの問題である。前掲注138）参照。

[144] 契約解釈の問題であることを強調し、判例は、あいまいさに関する解釈原則の見地からもっともよく理解できるとするものとして、KEETON & WIDISS, supra note 25, at 559.

Ⅵ　整理と検討

1　契約解釈という視角

（1）契約解釈と任意法規範

最後に、アメリカでの議論につき、注目される点を簡単にまとめつつ、若干の検討を行う。まず、因果関係の問題は契約解釈の問題なのかどうかという点を確認しておく。アメリカでは、契約者の合理的期待保護という約款解釈についての考え方から近因アプローチを正当化することが妥当か、原因の協働の問題の解決に当たり免責条項の趣旨を考慮すべきかどうかという点に関して、因果関係は契約解釈の問題ではないといわれることがある。ここで契約解釈の問題かという観点から、因果関係に関する問題を整理しておく。

まず、出発点として、当該事案において、担保事由、免責事由に該当する事実が存在しているかどうかが問題になる。これは担保事由等の解釈を基礎として、それに当てはまる事実があるかどうかの問題である。担保事由等に該当する事実があったとして、それらの事実と損害との間の因果関係が問題となる。ここで、大まかにいうと、保険者の責任が生じるためには担保事由と損害の間に、もしくは保険者の責任が否定されるためには免責事由と損害の間に、どのような因果関係が必要か、原因の協働の場合にこの点はどのように解されるかが問題になる。

これはどのような場合に保険金を支払うかという問題の１つであるから、契約で定めるべき問題であるといえる。契約でこの点が明示的に規定されていれば、原則としては、それに従うことになる[145]。したがって、まずは、具体的な約款条項の内容から、解釈を試みるべきである。次に、約款で原因の競合の場合の扱いを明記していない場合に、どのように解釈するかが問題となる。

約款では、少なくとも、たとえば火災保険では火災による損害につき保険金を支払うという程度では因果関係について規定されているのであり、直接的には、このような規定の解釈問題となるから、やはり契約解

[145] 約款の効力の問題は本稿では扱わない。

釈の問題であるといえる[146]。また、後述のように、原因の競合について直接の規定はなくとも、当該保険の趣旨等から、免責事由と担保事由の関係を考えるべきであるとすると、第一次的には契約解釈の問題であることは重要である。

ただ、当該保険の趣旨等を考慮しても決め手はないという場合に、これが契約解釈の問題かどうかは微妙である。まず、保険法でも保険事故と免責事由は定められているのであり、担保事由と免責事由が協働した場合に、保険事故が発生したといえるか、保険事故により損害が発生したといえるかということは一般的な任意法規範としても問題になるといえる[147]。ここで、単に「による」程度の定めしかない約款は保険法と同旨のことを示す趣旨であると解釈するのが合理的であるとすると、実質的に問題になるのは、任意法規範の解釈ということになる。あるいは、因果関係についての約款の定めは原因の競合を念頭においたものではないといえば、任意法規範が直接適用されるということもありえる。他方、この場合も補充的契約解釈の問題であるといえば、契約解釈の問題ということになる。

このように純粋に理論的にみれば、原因の競合をどのように位置づけるかはかなり微妙な問題である。ただ、これを契約解釈の問題とみても、任意法規範の解釈とみても、約款に手がかりがないことを前提とすれば、

---

[146] 大森忠夫『保険法（補訂版）』（有斐閣、1985年）152頁、小町谷操三『海上保険法各論二　海商法要義下巻七』（岩波書店、1961年）186頁、葛城・前掲注３）32頁参照。

[147] 保険事故の内容として、一定の事由を担保から排除するような内容を定めた場合、そのような免責事由と担保事由の協働は保険法では規律がない。したがって、そのような事由の協働につき、契約で明示の定めがないときは、あくまで契約の合理的解釈、補充的解釈の問題になる。ただ、それについても保険法の保険事故と免責事由の協働と同様に扱う趣旨と解釈するのが合理的解釈だといえば、実質的には任意法規範の問題になる。

保険事故の原因である危険事情における免責事由・担保事由と、事故自体についての免責事由・担保事由かで、協働の際のルールを異にするものとして、小路丸正夫「保険における因果関係の研究」損保研究71巻２号（2009年）235 ～ 236頁、同「保険における因果関係理論についての考察」海事法研究会誌209号（2011年）56 ～ 59頁。

ここで行う作業は契約当事者にとって合理的なルールを考えることであり、考慮要素はあまり変わらないように思われる[148]。

たとえば、作成者不利の原則やアメリカにおける契約当事者の合理的期待保護のような契約解釈特有の解釈原則を用いるかどうかの点は、一般論としては契約解釈の問題というかどうかで異なる。もっとも、約款に手がかりがない場合なので、当然に保険者にとってもっとも不利なルールを採用するという形の解釈にはならないのではなかろうか[149]。また、当事者の合理的期待といっても、約款に手がかりがない場合であるから、約款に反することを行うわけではなく、また、任意法規範の考慮として、保険契約者の客観的な合理的期待に沿うようなルールが妥当であるという考慮が許されないわけではない。このようにみると、契約解釈の問題として位置づけることは、保険契約者の合理的期待保護というようなルールを当然に当てはめやすくするということはいえるとしても、決定的な違いをもたらすものではないように思われる。

もっとも、契約解釈といえば、海上保険と火災保険では異なるというように保険の種類ごとに違うという考慮はしやすくなる。こういう意識をもつという点において、契約解釈の問題として扱うことは適切であるように思われる。ただ、これも任意法規範の解釈であれば不可能というわけではない。

（2）免責事由の解釈

アメリカでは因果関係の問題について免責条項の趣旨を考慮することは妥当ではないといわれることがあるが、これは、免責条項があることから、当然に免責条項を優先して解釈するべきではないという趣旨のよ

---

[148] たとえば、因果関係論自体が客観的にみた当事者意思の探究が目的で、当事者の意思が明らかでないからこそ因果関係理論によるといわれることがある。葛城・前掲注３）27頁。

[149] これは作成者不利の原則を認めるとして、その妥当範囲の問題であり、ここではこれ以上立ち入らない。なお、任意法規範の設定の仕方としても、保険者に不利な内容で設定することが合理的であるという考え方もある。See Ian Ayres & Robert Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 Yale L. J. 87 (1989).

うである。ただ、このことのために因果関係の問題は契約解釈の問題ではないという必要はない。合理的解釈のあり方として、当然に免責条項を優先することが妥当かどうかを問題にするべきであろう。

この点に関し、日本では、因果連鎖のケースにおいて、明示的に免責された免責事由（明示的免責事由という）が、因果連鎖のどこかに存在していれば保険者免責とする見解が、主に海上保険に関する議論において根強い[150]。このように解する理由は、明示的免責条項を置いたということは、そのような趣旨であるということであり[151]、そうだとすると、理論的には第一次的には明示的免責事由の趣旨をどのように解釈するかという契約解釈の問題といえる[152]。したがって、まずは具体的な保険の内容に即して考えるべき問題であり、少なくとも最初から保険一般に共通するルールという方向で考えるべきではない[153]。具体的に考えても特

---

[150] 葛城照三「危険普遍の原則から見た自然成り行き説」同『海上保険論集第１巻』（損害保険事業研究所、1977年）221 ～ 224頁、横尾登米雄「近因単数説の欠陥」保険学雑誌401号（1958年）57頁、今村有『海上保険契約法論下』（損害保険事業研究所、1980年）113頁、松島恵「海上保険における因果関係についての省察」損保研究71巻４号（2010年）18頁以下、大谷孝一「海上保険契約における因果関係の諸相」損保研究65巻１＝２号（2003年）185 ～ 186頁、木村治郎『海上保険実務の基本問題』（保険研究所、1978年）275頁、279頁、小路丸・前掲注147）「保険における因果関係理論についての考察」56 ～ 57頁。

[151] 葛城・前掲注150）213頁、223頁、木村治郎・前掲注150）275頁、松島・前掲注150）21頁、大谷孝一「火災保険契約における相当因果関係説について」早稲田商学386号（2000年）15頁、同「海上保険契約における因果関係理論の適用について」早稲田商学415号（2008年）５頁。

[152] アメリカの保守的アプローチの根拠としても、免責条項を置いた趣旨があげられる。Ⅱ１参照。

[153] 山下・前掲注２）386頁参照。木村治郎は、免責危険と非担保危険の区別に関する論述では、担保危険と免責危険の優劣は条項の作り方並びにその用法に依存するとしているが、因果関係についての論述では因果連鎖において免責事由が介在していれば原則として免責危険は担保危険に優先するから免責とする。木村・前掲注150）163頁、275頁。松島は、純理上は担保規定と免責規定のどちらが優先的効果をもつかによって決まるが、一般的には免責規定が優先されることになっているとする。松島・前掲注150）22頁。横尾登米雄「複数危険不可分協力の場における因果関係理論」保険学雑誌414号（1961年）15 ～ 16

に手がかりがない場合は、前述のように、契約解釈の問題といっても、任意法規範の問題といっても考慮要素は似てくる。このレベルで契約の種類ごとに解釈を変えるという可能性もある[154]。

約款に手がかりがない場合の一般論として、明示的免責条項を優先するという理解はありえるが、アメリカでは保守的アプローチは有力ではないことからも分かるように、明示的免責条項を優先すべきことが自明であるわけではない。特定の危険を免責している以上は免責とすべきだといわれるが、しかし、免責事由と担保事由が協働しているのだとみることが可能なのであれば、担保している危険が関連しているといえる以上、当然に免責となるとはいえないという説明も可能であろう[155]。後述するが、因果連鎖においても、保守的アプローチか、リベラル・アプローチか、近因アプローチか、割合的アプローチかを検討すべき場合はありうる[156]。

頁は、一般的には担保危険の例外として免責危険が規定されるという意味で免責危険は担保危険に優先するが、逆もありうるとする。

これらの表現からすると、一般論としては契約解釈の問題であること自体は認められているといえる。問題は具体的な解釈のレベルで、明示的免責条項が優先されることが半ば自明のことのように扱われることが多いことであろう。しかし、たとえば、傷害保険における、外来の作用（担保事由）と疾病（免責事由）の競合につき、傷害事故→疾病→身体障害等という因果連鎖ケースは担保を認めるのが一般的である。山下・前掲注２）480頁。これは疾病免責条項の趣旨をそのように理解するからである。東京海上火災保険株式会社編『新損害保険実務講座９』（有斐閣、1965年）15頁［奥川昇＝渋江克彦］。

154 たとえば、事業者間の海上保険と、消費者向けの保険では、異なった解釈をすることもありえよう。

155 Ⅱ３参照。また、アメリカでは、免責条項を保険事故の原因についての免責と、保険事故についての免責と、保険事故の結果についての免責と区別すること、絶対的免責条項と限定的免責条項に区別することは、免責条項の解釈の結果であり、区別の基準は示されていないといわれる。Ⅴ１参照。

156 後述のように、一方の事由が他方の事由が表す危険の範囲内にある、あるいは競合した事由の比較を可能にするような危険の性質についての相互関係があれば、これらの危険の性質に応じた解釈をするのが妥当であるように思われる。

なお、日本では、明示で免責されているわけではないが、担保事由ではない事由である非担保事由を明示的免責事由と区別する見解も根強い。たとえば、因果連鎖のケースにおいて、担保事由と明示的免責事由の協働であれば免責となり、担保事由と非担保事由の協働であれば有責となるなどと主張される[157]。明示的免責条項を絶対的に優先するものと解さないとしても、そのことから当然に明示的免責事由と非担保事由を区別しないことになるわけではない。たとえば、因果連鎖のケースにおいて、担保事由と非担保事由が協働している場合には、担保事由が生じている以上、非担保事由は保険者の責任を否定する意味をもたないものとして、当然に保険者の責任を認めるという形で明示的免責事由と非担保事由を区別することはありえよう[158]。

2　危険の性質による判断

（1）因果連鎖型と同時協働型の区別の理由

次に、因果連鎖型と同時協働型で、判断枠組みを変えるという点をとりあげる。アメリカでは、従来は、少なくとも明示的にはこのような事案の類型による区別はされていなかったが、近時は、これらの類型を区別する考え方が多くなってきている。このような類型に分けることは日本でもかなり以前から行われている。そもそも、因果連鎖型と同時協働型で区別するという考え方が出てくるのはなぜかというと、単純に考えれば、同時協働型では、どちらか１つの事由によって損害が生じたとい

---

[157] 葛城・前掲注150）215頁、松島・前掲注150）19頁、木村治郎・前掲注150）267 ～ 273頁。

[158] 結果に対する法的原因とされるものが担保事由かどうかという視角からすると、法的原因が担保されていなければ、保険者は責任を負わないのであり、真の原因が非担保事由であれば保険者は免責されるという考え方がありうる。たとえば、今村・前掲注150）108頁以下参照。これに対して、保険契約で保険金請求権の発生要件とされた事由が存在すれば、保険者は責任を負うと考えれば、担保事由と損害の間に必要な因果関係があれば、非担保事由は関係ないことになる。木村治郎・前掲注150）268頁、271頁。また、横尾登米雄「近因原則の考察」保険学雑誌395号（1956年）46 ～ 48頁、同・前掲注153）６頁。

うことが困難だからであろう。

因果連鎖のケースでは、いろいろな事象が結果発生までに連鎖しているとしても、たとえば、火災→爆発→損害というケースで、最初の事由である火災をとらえて、火災が起点となって損害が生じたのだから、火災によって損害が生じたのである、あるいは損害の直前の事由である爆発をとらえて、直接的には爆発によって損害が生じたのだから、爆発によって損害が生じたのであるというように、とにかく１つの事由が原因であるという説明をすることは困難ではない。これに対して、同時協働型では、たとえば、建物の建築上の不備と、強風が協働して初めて建物が倒壊したというケースで、どちらか１つが原因だという説明は困難であることが多い。

したがって、因果連鎖型では、何らかの理論によって、１つの事由をとらえて保険者の責任の有無を判断したとして、同じ理論によって同時協働型を処理することはできないと考えられるために、両者を区別するということになるのであろう。この点、日本では因果連鎖型では明示的免責事由が介在していれば保険者免責とする考え方が多いが、同時協働型では、分担する、保険者免責など考え方が分かれている[159]。明示的免責事由を重視するとしても、同時協働型では、免責事由のみによって損害が発生したとはいいにくいので、当然に免責ともいえないのであろう。

（２）アメリカの議論のまとめ

アメリカでは、因果連鎖のケースであっても、免責事由を重視する保守的アプローチは有力ではない。それでは、アメリカでは、因果連鎖型と同時協働型を区別する考え方においては、どのような区別がなされていたであろうか。たとえば、Jerry は因果連鎖型については、遠因を排除するとしつつ、先行事由と後行事由のどちらで保険者の責任を判断するかについては被保険者に有利な扱いがなされることが多いとしている。そして、同時協働型については、リベラル・アプローチか、近因アプローチか等が問題になるとする。Bell は、因果連鎖型では起動的近因

[159] 学説につき、松島恵「火災保険における因果関係」田辺康平＝石田満編『新損害保険双書１火災保険（補正版）』（文眞堂、1990年）324頁。

により判断するとし、同時協働型では支配的原因によるとする。

まず、因果連鎖の場合に、どのようにして判断するかについていうと、これらの見解では、因果連鎖では、損害とのつながりにおける距離、時間等が考慮要素となっている。因果連鎖とは、先行の担保事由または免責事由により、後行の免責事由または担保事由が惹起され、その後行事由から直接または間接に損害が惹起されたというケースである。このように、競合する原因の間に、先行、後行という関係があるので、損害までの距離、時間、損害発生への寄与の仕方等の点で、損害とのつながりに違いがある。そのつながりの違いから判断する[160]。

これに対して、同時協働型では、担保事由と免責事由が同時に協働して損害が発生しているので、それぞれの事由と損害とのつながりは、損害までの距離、時間の点では等しいと考えられる。そのため、これらの点ではこの損害までのつながりを評価することはできないため、因果連鎖とは異なる考え方をする必要がある。上記の見解では、どちらが支配的近因かによる、あるいはリベラル・アプローチによるというような処理がなされる。

因果連鎖につき、異なる視角から処理するのが、Lavitt の見解である[161]。Lavitt は因果連鎖のケースを、損害が担保事由により作り出されたリスクの射程内にあるかというリスク・スタンダードで判断する。担保事由→免責事由→損害の場合、損害が担保事由のリスクの範囲内であれば担保を認める。ここで免責事由が担保事由の表わすリスクの範囲内かどうかを問題とする。これに対して同時協働型のケースはリベラル・アプローチで判断する。同時協働型につき、リスク・スタンダードを用いないのは、協働した複数の事由の相互関係として、因果連鎖のように一方が他方を惹起したという関係がないため、やはり、それぞれの事由が表すリスクが発現して損害が発生したというしかないと考えられてい

[160] Jerry の指摘は、これが被保険者に有利になるように用いられているというものといえよう。Ⅳ１参照。

[161] Knutsen は、損害を割合的に分割できるかどうかという点で、因果連鎖型と同時協働型を区別するもので、この観点も独特である。ただし、因果連鎖であれば分割できるという考え方が合理的であるとは思われない。Ⅳ３（１）参照。

るからではないかと思われる。Lavitt においては、因果連鎖では、たとえば､担保事由が免責事由を惹起したという発生における関連性があり、そのことから、実質的には損害は担保事由の表す危険によって発生したという評価が可能であることが、因果連鎖型と同時協働型の区別につながっているように思われる。

リベラル・アプローチが適用されるのは複数の原因が相互に独立している場合に限られるという判例は、Lavitt の見解と共通するところがあるものと整理することも可能である。因果連鎖は独立性が認められない典型例であり、このような判例によれば、因果連鎖はリベラル･アプローチが適用されないものとされている。そして、Garvey 判決によれば、リベラル・アプローチが適用されないのは、因果連鎖の場合に限られるわけではない。この Garvey 判決の考え方に関する仮説を、もう一度簡単にいうと、次のようになる。Sabella 判決等から、発生における関連性がある因果連鎖の事案にはリベラル・アプローチは適用されない。複数の事由を比較して判断することを可能にする相互関係、すなわち発生に関する関連性があれば、保険者の責任の有無は、複数の事由の比較により判断する。Garvey 判決の事案は、同時協働型の事案であり、発生に関する関連性はない。しかし、Sabella 判決と同様に、リベラル・アプローチを適用しない類型と位置づけられるだけの相互関係として、「必然的に他の原因が作り出した条件に基づいて作用するもの、他の原因を促進するもの､他の原因に内在する損害の可能性を現実化するもの」という性質上の相互関係があれば、複数の原因を比較することで保険者の責任の有無を判断し、当然に保険者の責任を肯定するリベラル・アプローチの適用を否定する。

さらに、Partridge 判決からの仮説では、形式的には担保事由と免責事由が協働しているが、実質的には担保事由の表わす危険が現実化したものといえる場合には、保険担保を認めるべきことになる。これと同様に、逆に、免責事由の表わす危険が現実化した場合には免責を認めるべきことになる。

これらの仮説によれば、因果連鎖の場合に限られずに、複数の事由の間に、上記のような性質上の相互関係がある場合には、比較によって判断する、あるいはどちらの事由の表わす危険が現実化したかによって判

断するという枠組みが示されており、大きくいえば危険の性質に着目して判断するという枠組みが示されている。これは、Lavitt の、危険の範囲内にあるかどうかという関係に着目するということと類似のものといえよう。もちろん、Lavitt の見解は因果連鎖の場合につきリスク・スタンダードによるというものであり、Garvey 判決等は因果連鎖のケースではない点等で異なるものであるが、考え方に共通性があるということである。

（3）判断の枠組み

因果連鎖型と同時協働型の区別に関するアメリカの学説、判例を簡単にまとめると以上のようにいえる。これを踏まえて若干の検討を行う。まず、因果連鎖をとりあげると、因果連鎖において一律に明示的免責事由を重視するのではないとすると、先行事由が後行事由を惹起し、損害まで連鎖したという場合に、先行事由と後行事由のどちらに則して保険者の責任を考えるかの判断において、どういう点に着目するかがポイントになる。

まず、損害までのつながりにおける距離、時間等については、損害からみて、あまりに遠い先行事由は考慮の対象としないことはある種の常識的な判断といえよう。アメリカでいえば、あまりに遠い原因は考慮の対象から外すということである。日本でいえば、この意味で、損害から相当因果関係の範囲内にあるかどうかを問題とするというような形になる。どこまでの範囲のものが考慮の対象になるかという判断のあり方については本稿では扱わない[162]。担保事由も免責事由も考慮の範囲内であるとすると、原因の競合をどのように処理すべきかという問題になる[163]。

---

[162] 日本での議論につき、木村栄一＝大谷孝一＝落合誠一編『海上保険の理論と実務』（弘文堂、2011年）183頁以下［中出哲］参照。

[163] 結果から相当因果関係の範囲内にあるかどうかの問題と原因の競合の問題の区別を強調するものとして、今村・前掲注150）81頁。また、木村治郎・前掲注150）246頁。

なお、たとえば、相当因果関係でいうと、担保事由と損害の間に相当因果関係があれば保険金請求権の発生要件を満たし、免責事由と損害の間に相当因果

この原因の競合についての判断枠組みが本稿で扱ってきた問題である。この点につき、まず、損害までのつながりにおける距離、時間等の関係から複数の事由を比較することにより、判断することについては、何らかの明確な基準をたてるということ以外に合理性は見いだせないように思われる。たとえば、起動的近因のように、何であれ起点となった事由に則して考えることに、基準の明確化以外の合理性があるようには思われない[164]。

実質的に合理的な判断要素としては、Lavitt がいうような、複数の事由のうち、一方が他方の危険の射程内に含まれているかどうかが考えられる。もっとも、Lavitt は直接的には近時の不法行為における議論を参照してリスク・スタンダードを導入しようとするものであり、この点は妥当ではない。近因の議論にあったように、不法行為では、典型的には

関係があれば保険者免責の要件を満たすとすると、免責事由は保険金請求権の発生要件を満たす場合でも免責とするものであるという位置づけを前提とすると、結論は保険者免責ということになる。葛城・前掲注３）25頁はこの意か。また、今泉敬忠＝大谷孝一＝中出哲『海上保険法概論（改訂第４版）』（損害保険事業総合研究所、2014年）127 ～ 128頁参照。これを妥当であると考えないとすると、たとえば、相当因果関係はあくまで遠因を排除するための概念であり、原因の競合を処理するのは別の考え方であるなどとする必要がある。

[164] 因果連鎖のケースにつき、結果の発生に欠くことのできない条件のうち、自然の成行において、一般に予想される結果を発生させる条件を原因とし、結果から遡って時間的に最も遠い相当条件が法的原因であるとするものとして、今村・前掲注150）109 ～ 110頁（明示的免責事由ではない非担保事由との競合の場合）。また、結論は異にするが、大谷・前掲注151）「海上保険契約」６頁参照。後行事由が先行事由の避けがたい結果または自然の成行と認められる場合には先行事由を原因と認めるもの（自然成行説）として、加藤・前掲注３）270頁。先行原因が発生したとき、後行事由を経由する形での損害を生ぜしめることが蓋然的に予想されたかどうかによって決定すべきとするもの（蓋然説）として、木村栄一『海上保険』（千倉書房、1978年）140頁（明示的免責事由との競合の場合）。これらの考え方が、後述する、後行事由が先行事由の表わす危険の範囲内にあるかどうかの判断において、自然の成行等の判断基準を用いているのであれば、実質的な考え方は妥当である。しかし、単に形式的に、このような関係があれば先行事由を原因とするというものであれば、実質的な合理性は基準の明確化以外には見出せないと思われる。

過失行為に対して賠償責任を負わせることの妥当性において因果関係が問題になるのに対し、保険契約では保険者が保険契約上の保険金支払義務を負うかの問題であるので、仮に結果的には同様の考え方になったとしても、出発点は異なる。

保険契約における原因の競合についての判断基準となると考えられる、危険の射程内かどうかという視角は、結局、保険者が担保している危険の範囲内にあるといえるかどうかという角度で考えるということである。保険者が保険金支払義務を負うかが問題なのであるから、少なくとも抽象的には、担保危険の範囲内にあるかどうかという角度で考えることは妥当である。形式的には免責事由と担保事由の両方が協働しているといえる場合であっても、たとえば、担保事由によって免責事由が発生し、損害につながったときに、当該事案においては免責事由は実は担保事由がカバーしている危険の射程内にあるといえるのであれば、保険者の責任を認めるべきであるといえる。逆に、免責事由によって担保事由が生じたときに、担保事由が免責事由が排除しようとしている危険の射程内にあれば、保険者は免責されるべきである。

これは独立性について述べた、担保事由または免責事由が示す危険の現実化と同様のことといえよう。このように考えると、Partridge 判決が示すように、危険の射程内あるいは危険の現実化という観点は因果連鎖の場合に限られるものではないといえる。さらに、危険の現実化に限られず、Garvey 判決が示すように、担保事由の表わす危険と免責事由の表わす危険に、比較を可能とするような関連性があるといえるときは、その関連性に基づいて判断することが妥当であろう[165]。保険金支払義務

[165] 危険の関連性という視角は、ある意味では因果関係を問題とするものではない。つまり、担保事由と免責事由がどのような形で協働して損害発生につながったかを評価するものではない。もちろん事実上何らかの形で協働した事案であることは前提であるが、危険の関連性という視角自体は担保事由と免責事由が表す危険の性質上のつながりを評価するものである。なお、こういう意味では、従来の因果関係学説も、法的評価としての因果関係を論じるものであり、たとえば、自然成行説や蓋然説は、複数の事象の客観的なつながりを評価するものといえる。横尾登米雄「保険法における因果関係論の構想」保険学雑誌406号（1959年）14頁参照。

が生じるかどうかの問題なのであるから、保険者が担保している危険と排除している危険の性質上の関連性から、どちらに則して考えるべきかを判断することができるのであれば、その関連性に基づく判断に従うのが合理的である。

問題は、このような判断を具体的にどのように行うかである。これは具体的な事故の態様、担保事由、免責事由をみながら、どういう危険が現実化したのか、当該保険契約はどういう危険を担保し、排除しようとしているのかを検討していくほかなく、一般論を展開することは困難であろう。ただ、アメリカにおける独立性に関する裁判例は、どのような形で問題になるのかということの参考になる。また、Partridge 判決や Garvey 判決は、どういう考え方をするかの参考になろう。

ここで注意すべきは、前述のように、Garvey 判決がいうような危険の関連性は、本来は、その関連性により、担保事由と免責事由のどちらに依拠するべきかを判断できるものでないと有用ではないと考えられることである。この点で、客観的な危険の関連性だけでなく、そもそも担保事由や免責事由がどういう危険を表すものかという担保条項等の趣旨の解釈も関連してくる[166] [167]。たとえば、免責事由の解釈についての次のような考え方は、この場面で用いることができよう[168]。免責条項が、免責事由と他の事由が協働した場合も免責の対象とする趣旨かどうかを考える際には、協働の問題が起こりそうかどうかを考えればよい。起こりそうになければ免責の対象と解する必要はない。たとえば、火災による損害は担保するという条項と、洪水による損害は免責とするという条項がある場合を考える。洪水が起こった後で生じた火災につき、洪水によ

[166] Garvey 判決についての、前掲注104)、105) と本文参照。また、野津務「保険法上の因果関係」同『保険法上の因果関係』(損害保険事業研究所、1976年) 33頁 (Ehrenzweig の所説の紹介) 参照。

[167] アメリカにおける、リベラル・アプローチは第三当事者保険に限られるという考え方も、その当否は別として、責任保険ではそもそも保険者は多様な危険を引き受けているという保険の種類に応じた担保条項の解釈の問題と位置づけることができよう。

[168] 危険の射程内かどうかという形ではないが、免責条項の解釈として、述べられたものである。Brewer, supra note 14, at 1164.

る損害拡大を免責する必要性は防火装置の損傷等からすれば理解できる。つまり、洪水によって防火装置等が損傷したことにより、火災による損害が拡大した場合に、免責とするものと考えられる。これに対して、火災の後に洪水が生じた場合、あるいは火災による施設の滅失によって洪水が生じたというケースはせいぜいたまに起こるにすぎず、免責を支持する理由はない[169] [170]。

この例が妥当かどうかは別としても、このようなことも含めて、担保事由と免責事由の相互関係について解釈し、比較を可能とする危険の関連性があるといえる場合には[171]、中心となる危険は免責事由か担保事由かによって判断すること考えられる。また、担保事由と免責事由のどちらかが表わす危険が現実化したといえる場合には、その事由によって判断することも考えられる。このような危険の性質に着目して判断するのが原因の競合の問題を処理する１つの視角であると思われる。

３　危険の性質により判断できない場合

危険の性質から判断することができない場合には、どのように考えるべきかという問題が残る。因果連鎖であれば、一方が他方の危険の射程内であるという関係、あるいは、比較を可能にする相互関係がない場合

[169] Julian 判決についての、前掲注124）の本文で述べられている解釈方法も参照。

[170] 海上保険における因果関係学説として述べられる、不可避説、自然成行説、蓋然説の考え方は、このような角度から考慮要素として取り入れることができよう。前掲注164）参照。たとえば、先行事由から後行事由が発生することが不可避である場合、後行事由は先行事由が表す危険の射程内にあるといえるのではないか、先行事由から後行事由が発生することが自然の成行きといえるような関係である場合（ここでは事実上自然の成行きというようなつながりだったかどうかではなく、客観的に自然の成行きとして連鎖する関係だったかを考えている）、先行事由はそういう場合も含めて担保・免責しようとしているといえるのではないかというようなことが考慮されることになる。

[171] 客観的な危険の関連性はあるが、どちらが主かの判断はできないという場合については、比較を可能とする関連性はないということで、一般原則に戻ることになろう。

には、危険という点では後行事由の危険が現実化したものといえる場合が多いのではないかと推測される[172]。その場合には、後行事由に則して判断される。これに対して、同時協働型の場合には、このような危険の関係がない場合に、どちらの危険が現実化したかという判断は困難である。また、因果連鎖において、このような危険の関係はなく、後行の事由の危険のみが現実化したものともいえず、先行事由の危険と後行事由の危険の両方が発現したことによる損害であるという場合には、どちらの事由によって判断するかを決めるのは困難である。これらのケースでは、危険の性質では判断できない場合にどのように解するかを、一般論として考えることになる。ここで、近因アプローチ、リベラル・アプローチ、保守的アプローチ、割合的アプローチ[173]等から、どの考え方が妥当かを検討することになる。

一般的にいうと、一方が他方の危険の射程内という関係および原因を比較することを可能とする相互関係がなく、具体的な約款条項から直接に具体的な解釈を導くことができない場合で、かつ、一方の事由の危険が現実化したものとはいえない場合（上記のように、因果連鎖において、相互関係がなく、後行事由の危険が現実化したものといえる場合には、後行事由に則して判断すべきである）には、近因アプローチ、リベラル・アプローチ、保守的アプローチ、割合的アプローチのどれが妥当かが問題になる。アメリカでは、ここで、常識的解決、合理的期待という見地から近因アプローチを支持する考え方と、恣意的な解決を避け、予測可能性を高めるという見地からリベラル・アプローチを支持する考え方が有力である。予測可能性という見地からすれば、保守的アプローチも明確であるが、保険契約者への不利益が大きいとしてあまり支持されていない。また、常識的解決という点からは、割合的アプローチも常識的解決に資すると思われるが、そのように解する根拠がないということから、

[172] Lorio 判決についての、前掲注126）の本文参照。

[173] 因果連鎖においても、割合的アプローチという考え方がありうることにつき、木村栄一「保険法における因果関係」一橋論叢41巻２号（1959年）53頁以下（グーグレの所説の紹介）。なお、遠山聡「交通事故における『急激性』」交通法研究38号（2010年）42頁参照。

あまり支持されていない。

日本では、因果連鎖では前述のように免責事由を優先するという考え方が有力であるので、同時協働的因果関係についてみると[174]、近因アプローチに対しては、判断基準の不明確さ等から批判が強いが[175]、分担主義は従来から有力に主張されていた[176] [177]。近因アプローチが常識的解決に資するといっても、同時協働的因果関係では、どちらか一方を近因とすること自体が困難である[178]。そういう場合には、分担主義の方が常識的な解決であろう。また、割合的アプローチも比較的最近は有力といえよう[179]。割合的アプローチと分担主義を比較すれば、割合的アプローチでは割合の決め方が恣意的になるという問題があるが、その反面、より当事者の常識に合致する処理が可能になるという側面もある。この点で、

---

[174] 本稿の立場からは、以下の考慮は、同時協働的因果関係に限るべきではない。

[175] 恣意性や基準の不明確さを問題とするものとして、今村・前掲注150）92頁、木村栄一・前掲注164）134頁、横尾・前掲注150）50頁以下。この点から、割合的アプローチに対する批判として、大谷・前掲注151）「火災保険契約」11頁。これに対して、常識的、合理的解決という点から近因アプローチを支持するものとして、野津・前掲注166）44頁。また、椎名幾三郎「保険における因果関係」同『海上保険の諸問題－椎名先生古稀記念論集』（関西学院同窓会出版部、1967年）269頁、281頁参照。自然成行説について、具体的妥当性の尊重を強調するものとして、今泉＝大谷＝中出・前掲注163）121頁。

[176] 松島・前掲注150）32頁（担保危険と免責危険の協働の場合）、横尾・前掲注153）24頁、26頁、小町谷・前掲注146）196頁。寄与の度合いに顕著な差があれば、有力な危険を原因とし、顕著な差がみられない場合は、分担とするものとして、木村治郎・前掲注150）294頁、299頁、304頁。

[177] それぞれが独力でも損害を発生させることのできる原因が競合した場合（重複的因果関係）についても、分担主義は有力に主張されている。今村・前掲注150）134頁、横尾・前掲注153）24頁、松島・前掲注159）327頁。また、木村治郎・前掲注150）299頁。

[178] 今村・前掲注150）92頁。

[179] 割合的アプローチを支持するものとして、今村・前掲注150）122頁（非担保条件との競合の場合。免責条件との競合では免責の趣旨により免責もありうる）、潮海一雄「地震火災保険訴訟と割合的解決」佐藤進＝齋藤修編集代表『西原道雄先生古稀記念　現代民事法学の理論上』（信山社、2001年）10頁、山下・前掲注２）387頁。

消費者向けの保険ではより常識的解決を志向し、事業者向けの保険では予測可能性を高めることも志向することはありえよう[180]。

ただし、分担主義や割合的アプローチにつき、もっとも問題とされるのは理論的根拠である[181]。この点については、仮に割合的解決が因果関係理論に馴染まないとしても[182]、約款に特に原因の競合に関する規定がない場合には、補充的解釈という形で分担主義や割合的アプローチを持ち込むことができるかどうかも検討に値するのではなかろうか[183]。

分担主義や割合的アプローチを採用することが困難であり、予測可能性を重視するとすれば、リベラル・アプローチか保守的アプローチかが問題になる。この点については、少なくとも消費者向けの保険においては、最近の裁判例の傾向からすると、保守的アプローチはあまり受け入れられないのではないかと思われる[184]。もっとも、理論的には、任意法規範あるいは契約解釈として契約者の合理的期待保護をどのように評価すべきか等を検討する必要があろう。

4　結語

以上、アメリカでの議論を契機として、若干の検討を行った。上記の考え方を一般化すると次のようにいえる。複数の事由が協働して損害が生じた場合、それらの事由の相互関係に着目して、保険者の責任の有無

---

[180] 保険の類型という点では、オール・リスク型かそうではないかで区別するべきかどうかも問題となりえる。Lavitt はオール・リスクを念頭において論じている（Ⅳ３（２））。また、日本でも、従来からこのような区別をする見解がある。葛城・前掲注３）20 ～ 21頁、加藤・前掲注３）257 ～ 258頁。

[181] 大谷・前掲注151）「海上保険契約」31頁。定額保険につき、倉沢康一郎「自動車傷害保険における事故の程度と因果関係」『自動車保険をめぐる諸問題の検討』（道路経済研究所、1988年）135頁。

[182] 火災保険につき、この点で割合的解決を支持するものとして、潮海・前掲注179）10頁。

[183] 非担保危険との競合については、保険者有責とすべきではないかということは、なお、問題となる。松島・前掲注150）26頁参照。

[184] たとえば、榎本光宏・判批・法曹時報66巻６号（2014年）1572頁参照。

を判断することが考えられる。その場合、どういう相互関係に着目するべきかが、問題となる。上記で示したのは危険の性質である。次に、危険の性質から判断することができない場合にどのように処理するかが問題になる。これが、一般論としての、リベラル・アプローチ、近因アプローチ等の適否の問題である。

なお、ここでの検討は考え方の１つの枠組みを示したものに過ぎず、危険の性質のみが考慮要素であることを主張するものではない。また、危険の性質による判断は困難であることも多く、危険の性質によって処理できる場合は非常に限られる可能性もあるため、この視角を取り入れることで、因果関係の問題がすべてきれいに処理できるようになるというものではない。さらに、ここまでの記述でも明らかなように、ここでの検討は基本的には一般的な検討に止まっている。本来であれば、このような視角を基礎として、具体的な事案に即して因果関係の問題の処理を検討することによって、このような視角が適切なものかどうかの検討を行うことが必要である。この点で、本稿の検討は試論にとどまるものにすぎない。

＊本論文は、科学研究費補助金（基盤研究（C））24530076による研究成果の一部である。

論　　説

損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（２）

濱　口　弘太郎

目　　次

序章
　１　本稿の目的
　２　検討対象
　３　検討の視点と順序
第１章　日本の判例および学説
　第１節　はじめに
　第２節　損益相殺理論の流れ
　　第１　損益相殺の紹介
　　第２　学説の発展―相当因果関係説とその批判―
　　第３　判例の出現
　　第４　澤井説（法的同質性説）
　　第５　判例の展開
　　第６　学説における填補性・同質性基準
　　第７　重複填補
　　第８　現在の判例
　　第９　現在の学説
　　第10　小括
　第３節　次章以降との関係　　（以上66巻４号）
第２章　歴史的に見た損益相殺
　第１節　はじめに
　第２節　十二表法とアクィーリウス法
　第３節　古典期の法文
　　第１　日本における先行研究―坂論文と澤井論文―

第２　ドイツにおける研究その１―狭義の損益相殺―
第３　ドイツにおける研究その２―損害賠償法以外の損益相殺―
第４　小活
第４節　古典期後と卑俗法
第５節　中世の法解釈
第６節　近代の法解釈と立法
第７節　19世紀
第１　はじめに
第２　立法
第３　学説
第４　判例
第８節　小活
第９節　Walsmann と Oertmann －損失説と後の議論への影響
（以上本号）
第３章　比較法的に見た損益相殺
第４章　基本的な考え方の検討
第５章　事案の類型的検討
第６章　まとめ

第２章　歴史的に見た損益相殺

第１節　はじめに

第１章で見たように、石坂は、ドイツでの議論を受けて日本に損益相殺概念を紹介したとみられることから、損益相殺概念は、おそくとも20世紀初頭のドイツ法において承認されていたといえよう。では、損益相殺の考え方はさらに遡ることができるか。損益相殺に関する歴史的な議論を参照しておくことは、いつ、どうして、損益相殺という原則が確立されたのかを明らかにするために、ひいては、損益相殺の基本的な考え方を明らかにするためにも、必要不可欠な作業である。

損益相殺の歴史について、かつて、日本の学説継受期には、ローマ法に由来するものと説かれた。そもそも、損益相殺という言葉は、ドイツ語の Vorteilsausgleichung（直訳すると、「利益の調整」または「利益の

差し引き」）ではなく、ラテン語の compensatio lucri cum damno に由来する。しかし、澤井は、損益相殺がローマ法に由来することに疑問を呈した。現在の日本の文献において、ローマ法における損益相殺について明確に述べるものは見当たらない。もっとも、日本の学説継受前のドイツ法において損益相殺の議論がなされていたことは確実である。どのような経緯で、ドイツ法において損益相殺が議論されるようになったかを確認しておくことは、損益相殺のあり方を検討する上で、有意義であると思われる。

そこで、ローマ法を中心に、古代ローマから、近代のドイツに至るまでの、損益相殺に関する歴史的な経緯を検討することとする。

ここで特にドイツを取り上げるのは、以下の理由によるものである。１つ目は、既に述べたように、日本法はドイツ法から損益相殺概念を継受したため、ドイツにおける損益相殺の歴史的な経緯を検討することは、日本における損益相殺について、歴史的な経緯を知ることにもなるからである。２つ目は、歴史的な議論をするためには、その始点をローマ法におかなければならないが、ドイツにおいては、ローマ法が普通法という形で、比較的最近まで適用され、今日においても、ローマ法研究が盛んであるためである。３つ目は、ドイツの隣国であり、ローマ法を継受したはずのフランスでは損益相殺に相当する統一概念は存在しないことである。これは、ローマ法において承認されていた損益相殺概念をフランス法が忘却したためであるとも考えられるが、損益相殺はドイツ法が創造した概念であるという可能性も考慮しなければならない。もし、後者であれば、損益相殺はドイツのいかなる状況下で創造されたものかを確認する必要があろう。

さて、ローマ法と一口に言っても、その歴史は長い。ローマ自体も、伝説のロムルス王に始まり、共和制や帝政への移行を経て、最終的に、1453年に東ローマ帝国が滅亡するまで、2000年以上の歴史を持っている。ローマ法は、ローマ帝国滅亡後も、使用され続けたのであって、国家としてのローマよりも長い歴史を持っているといえる。この長い歴史を持つローマ法を一体として捉えるのは不可能であり、適宜の歴史区分に応じて検討する必要がある。これから検討する事項を、ローマ法の歴史とともに説明すると以下のようになる。

よく知られているように、ローマは都市国家から発達し、世界帝国となった。本稿では、まず、古代の立法として、十二表法及びその改革としてのアクィーリウス法を取り上げる。その後、先行研究において取り上げられてきた、「古典期」の法文について検討する。「古典期」は、概ね元首政期に対応する[1]が、ローマの最盛期であるこの時代に、ローマ法も最も組織的な発展を遂げたのである[2]。もっとも、この当時のローマ法を直接伝える資料は、ほとんど存在せず、その最も重要な資料はユスティニアヌス法典である。この有名な法典は、古典期から数百年も後に編纂されたものであり、また、古典主義の下とはいえ、現行の法典として機能させるため、インテルポラティーオ（interpolatio）とよばれる修正を行っている[3]。それゆえ、法文について検討する際にも、修正の可能性を考慮しなければならないのであるが、詳しくは問題の箇所で取り扱う。

古典期後のローマにおいては、社会の衰退や専主政による皇帝や官僚の権限の強化により、古典的な法の創造は衰退した。代わって、法の卑俗化（Vulgarisierung）といわれる現象が進行した。卑俗化した法を卑俗法（Vulgarrecht）[4]という。卑俗化は、特に西ローマで顕著であり、西ローマ帝国滅亡後、ゲルマンの諸国家に継承されたのは、実際には卑俗法であった。Levy の言葉を借りれば、「古典法のワインは、実際には、大量の通俗的な水と混じり合っていた」[5]のである。一方、東ローマ帝国においては、古典主義（Klassizismus）によって、卑俗化は食い止められたが、もはや古典的な法の発展は見られなかった。

西ローマにおいては、ローマ法は、西ローマ帝国の滅亡後もなお存続し、ゲルマンの部族法と融合し、法典化された。これによって、「蛮族」

---

[1] 論者によって時代区分に若干差があるが、例えば、紀元前50年ころから紀元後230年ころまでがこれに当たるとされる。ウルリッヒ・マンテ著、田中実＝瀧澤栄治訳『ローマ法の歴史』（ミネルヴァ書房、2008年）92頁。

[2] 船田享二『ローマ法第一巻』（岩波書店、改版、1968年）８頁。

[3] 船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』462頁。

[4] 卑俗化したローマ法であるので、正確には「ローマ卑俗法」と呼ぶべきかもしれないが、本稿では単に「卑俗法」という。

[5] Ernst Levy, West roman vulgar law: the law of property, 1951, p.8.

の法律家がローマ法の担い手となった。この当時の法典のうち、主要なものは、東ゴート王の告示 the Edicts of the Ostrogothic kings[6]や、「ブルグンドのローマ人法」Lex Romana Burgundionum[7]や、西ゴートのローマ人法である、いわゆるアラリック抄典 Breviarium Alaricianum[8]である。もっとも、これらの法典は、「ローマの器に一乱暴に混ぜられた一伝統的なゲルマン法と、偽りのローマ法が保存された」[9]ものに過ぎなかった。

西ヨーロッパにおいては、形式的にはローマ法が存続し、中世には、各地の法学校においてローマ法の研究が続けられた。その大部分が、古代ローマ帝国の領域ではなかったドイツにおいても、ローマ法は、14世紀にドイツ皇帝の法という形で継受されるに至った。もっとも、ここで継受された法は、ユスティニアヌス法典を基に、注釈学派が注釈を行った「ローマ法」であった[10]。このようなローマ法が通用する状態は、15世紀には一般的なものとなった。かくして、ローマ法は、ドイツにおいて、普通法（gemeines Recht）となったのである。このような状態は，最終的に、1900年にドイツ民法典（以下では、ドイツ民法典を「BGB」とよぶ。）が施行されるまで継続した。

本稿では、このような、十二表法から、卑俗法やユスティニアヌス法典を経て、19世紀のドイツ法までの議論について、検討する[11]。BGB 施行後のドイツ法については、もはやローマ法の法源性が認められないことから、本章ではなく、次章において比較法の対象として検討することとする。

なお、日本法との関係でいうと、石坂が損益相殺を紹介した際に、参

---

[6] 東ゴート王テオドリック（454－526）の立法。

[7] ５世紀末のブルグンド王グンバードが発布したもの。

[8] 西ゴート王アラリック２世が506年に発布したもの。

[9] Hans Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 2004, S.102.

[10] 船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』542頁。

[11] 検討の便宜上、古代ローマ（十二表法とアクィーリウス法、古典期、古典期後）と中世（概ね、西ローマ帝国滅亡（476年）から東ローマ帝国滅亡（1453年）まで）、近代（概ね、東ローマ帝国滅亡から18世紀まで）、19世紀に区分した。

照したのは、Walsmann[12]と Oertmann[13]の論文である。これらが、1900年と1901年に出版されていることから、日本に紹介された損益相殺の議論は、BGB 施行後の議論の影響をほとんど受けていないものと考えられる。そのため、19世紀までのドイツ法の議論を検討することは、日本の損益相殺の議論の出発点を確認するためにも重要であるということができる。

第２節　十二表法とアクィーリウス法

まず、ローマ法は、一般的な損害概念を知らず、ローマ法においては、全ての違法な損害惹起行為が賠償義務につながるわけでもなく、また、常に原状回復思想を指向したわけでもなかったということが知られている[14]。

この傾向は、十二表法にも現れている。十二表法には、不法行為の場合の原状回復を命じると見られる規定もあるが、その内容は必ずしも明らかではない[15]。動物の所有者は、その動物が他人に危害を加えた場合は、その動物を被害者に引き渡すか、損害を賠償しなければならなかったようである[16]。一方で、十二表法は、しばしば、損害の倍額の支払いを命じている。例えば、窃盗（非現行盗）は、その損害の倍額の支払を命じられ[17]、その家から盗品が発見された者は、盗品所持盗として盗品の３倍額の支払を命じられた[18]。そもそも、当時の法律においては、現

---

[12] Hans Walsmann, Compensatio lucri cum damno, 1900.

[13] Paul Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901.

[14] Gregor Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S.116.

[15] 佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』（早稲田大学比較法研究所、1993年）156頁。

[16] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』158頁。

[17] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』176頁。

[18] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び

行法とは異なる思想の下で、制裁が規定されており、例えば、放火をした者は、故意の場合は火刑に処され、過失の場合は損害賠償が命じられ、貧困の場合は、軽い懲罰を受けるものとされている[19]。このような法体制の下では、刑罰と損害賠償とを峻別し、損害賠償から懲罰的要素を排除して、損害賠償は、原状回復のみを目的とし、損害賠償による被害者の利得は禁止されるという考え方を採ることは困難であろう。

十二表法には、知られている限り、損害賠償における利得の取扱に関する規定は存在しない。十二表法は、その一部が歴史の中で失われてしまい、その内容の全部が明らかになっているわけではないが、このような十二表法の傾向を見る限り、十二表法において、今日の損益相殺に対応する概念が存在したということは困難であるように思われる。この傾向は、次に検討する、アクィーリウス法（lex Aquilia）においても同様である。

紀元前３世紀に制定された、アクィーリウス法は、損害賠償について十二表法を修正し、その内容を具体化している。その内容は、次の通りである。

１「もしある者が他人の奴隷男もしくは奴隷女又は他人の家畜たる四足動物を違法に殺害したならば、〔殺害の〕当該年においてその物が有していた最高価格につき、相当する金銭を所有者に与える責めあるものとされよ。もし否認したならば、二倍額を与える責あるものとされよ。」

２「もし参加要約人が要約者に詐欺をはたらいて〔諾約者の〕債務額を受領されたものとしたならば、その物が有する価格につき、相当する金銭を要約者に与える責めあるものとされよ。もし否認したならば、二倍額を与える責あるものとされよ。」

３「もしある者が他人の財産を違法に焼却、破損又は破壊したことにより他人に損害を与えたならば、最近三〇日の内にその物が有すべき価格につき、相当する金銭を所有者に与える責あるものとさ

解説』172頁。

[19] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』164頁。

れよ。もし否認したならば、二倍額を与える責あるものとされよ。」[20]

このように、アクィーリウス法は、一定の場合の損害額の算定方法を規定するとともに、賠償義務者が訴訟において否認した場合に、二倍額の賠償を命じている。アクィーリウス法においては、十二表法に見られる損害賠償額の法定（例えば、十二表法においては、他人の奴隷を骨折させた者は150アスの罰金の支払いを命じられた[21]。）は放棄されている。損害賠償額の法定は、原始的な法律に見られる傾向があるが、経済情勢の変動に対応することができない。アクィーリウス法は、そのものの価値を基準に損害賠償を規定した点では十二表法より進歩している。しかし、このアクィーリウス法においても、損害賠償における利益の取扱については、規定されていない。

そもそも、アクィーリウス法は厳密な損害算定を規定したものとは言えない。第１の規定は、過去１年間における最高価格を基準として賠償がなされることを定める。しかし、奴隷や家畜が侵害の数ヶ月前に疾病等によって障害を負い、その価値が低下することもあり得る。この場合は、障害を負った奴隷や家畜を殺害した者は、健康な奴隷や家畜の価値を賠償する責任を負うことになる。これは、今日の観点で言えば、過剰補償である。一方で、この規定は、逸失利益を賠償の対象から排除するものと考えられている[22]。この点では、過小補償となり得る。そもそも、奴隷や家畜の価値に大きな変動が無い場合でも、所有者は殺害された家畜の皮を販売して利益を得ることもできるはずであり、それにもかかわらず、「その物が有していた最高価格」について賠償を命じるのは、やはり、過剰であろう。おそらく、アクィーリウス法は、訴訟における審判人の能力の問題もあって、ある程度大雑把な損害の算定方法を指示したのではなかろうか（アクィーリウス法が、平民層の慣行として、以前

[20] 以上のアクィーリウス法の法文は、西村隆誉志『ローマ損害賠償法理論史－法律論の歴史過程－』（愛媛大学法文学部総合政策学科、1999年）３頁によった。

[21] 佐藤・前掲注（15）『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳及び解説』152頁。

[22] 西村・前掲注（20）『ローマ損害賠償法理論史－法律論の歴史過程－』20頁。

から存在し、平民会議決として確定したという可能性[23]はこの推測と矛盾するものではない。)。もしそうであれば、アクィーリウス法の損害算定においては、被害者に生じた利益は考慮の対象とならないことになる。

十二表法においても、アクィーリウス法においても、ドイツの差額説（Differenzhypothese）に見られるような財産の総額を捉えて、その変動を基準に賠償を行うという発想は見られない。ここで見られるのは、個別の損害についての賠償の基準のみである。そして、このような発想に立つ限りは、損益相殺という概念が生じないとしても当然であろう。

古代の代表的な法文として、十二表法とアクィーリウス法を取り上げたが、このいずれにも損益相殺をうかがわせるような規定は存在せず、むしろ、利益の考慮について否定的である。

第３節　古典期の法文

第１　日本における先行研究―坂論文と澤井論文―

ここでは、古典期のローマ法について、学説彙纂（digesta）の法文を取り上げる。これは、坂論文の中核であり[24]、澤井論文においても検討されたところである[25]。もっとも、前者は、「余ハ羅馬法ニ於テハ損益相殺ヲ認メ且此等各種ノ法源ハ互ニ矛盾スルモノニ非スト解ス」[26]と結論づけているのに対して、後者は、「近代的意味での損益相殺……については、この存在を証明する何らの証拠も見いだされていない」としている。このように、２つの先行研究が正反対の結論を示しているので、まずは、先行研究の内容を検討するところからはじめる。

まず、坂論文について検討する。坂論文は、損益相殺に関する法源として、事務管理に関する法源（D.3.5.10[27]）、相続財産の法源（D.5.3.36.5）、

---

[23] 西村・前掲注（20）『ローマ損害賠償法理論史－法律論の歴史過程－』22頁。

[24] 坂千秋「損益相殺ニ就テ（三完）」法学協会雑誌37巻７号1107頁（1919年）。

[25] 澤井裕「損益相殺（一）」関西大学法学論集８巻３号303頁（1958年）。

[26] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1112頁。

[27] この法文については、「D.3.5.10」と「D.3.5.11」、２つの表記が存在するが、本稿では、「D.3.5.10」と表記することにする。内容については、本文を参照。なお、そのため、本稿で「D.3.5.10」と表記している箇所について、参考文献や

組合契約に関する法源、賃貸借に関する法源（D.19.2.24.4）、追奪に関する法源（D.21.2.47）を指摘する（組合契約に関しては、後述の４つの法源を指摘する。）。そして、これらの法源のうち、事務管理に関する法源、相続財産の法源と組合契約に関する法源の一部については、「恰モ損益相殺ノ行ハルルヲ是認スルモノノ如ク、之ニ反シテ爾余ノ諸法源ニ於テハ其等各種ノ場合ニ於テ発生スル利益ト損失トハ互イニ関係スルトコロナシトスルハ恰モ損益相殺ヲ否認スルノ意味ナリト解スヘキニ似タリ」という。その上で、坂は、まず、相続財産に関する法源、賃貸借に関する法源及び追奪に関する法源を検討し、これらは「損益相殺ノ認否ヲ決スルニ付キ積極ニモ消極ニモ充分ノ根拠ト爲スニ足ラス」とする。その上で、坂は、核心とされる、事務管理に関する法源と組合契約に関する法源の解釈を行う。

坂は、このうち、矛盾するかに見える組合契約に関する法源を検討する。組合契約に関する法源のうち一部（D.17.2.30）は損益相殺を肯定するように見えるが、他の法源（D.17.2.23.1、D.17.2.25及びD.17.2.26）は、これを否定するように見える。これを調和的に理解できるかが問題となるが、坂は、損益相殺を肯定するかに見える法源は、損害賠償の損益相殺ではなく、組合における損益計算を規定するものであるという。即ち、「組合ノ業務執行カ或ル場合ニハ組合ノ利益ト為リ或ル場合ニハ損失トナルコトアリ此等ノ利益ト損失トヲ差引勘定シテ結局組合ノ損益ヲ決済スヘシト謂フニ過キス、所謂損益相殺ノ問題ト何ラ関与スルトコロアルニ非ス」。このようにして、坂は、組合契約に関する法源は、損害賠償法における損益相殺と無関係のものを別にすれば、損益相殺を否定するものであると考えた。

その上で、坂は、事務管理に関する法源と組合に関する法源との調和的な解釈を検討した。坂はドイツにおける諸説を検討した上で、最終的にMommsenの見解[28]を採用している。これによれば、損益相殺が成立するためには、「利益ト損害トカ同一ノ損害賠償義務発生ノ原因タル事実ヨリ生シタルコト」が必要である。「組合契約ノ法源ニ於テ格別ノ原

引用元等では、「D.3.5.11」と表記している場合がある。

[28] Friedrich Mommsen, Zur Lehre vom dem Interesse, 1855, S.193ff.

因行為ヨリ生シタル利益ト損害トノ相殺ヲ許ササルハ寧ロ理論ノ当然」であるという。一方、事務管理の場合は、個別の「事務ヲ包括シテ一個ノ事實ト観念スル」ことが、最も経済上及び社会上の観念に適合するという。それゆえ、事務管理の場合は、損害と利益とは、「事務管理ナル同一ノ損害賠償義務ノ発生原因ヨリ生シタル」ものであるという。

このように、坂は、損益相殺と損益計算とを区別した上で、Mommsen の見解に従い、事務管理を「一個ノ事實」と観念することで、ローマ法において損益相殺が認められていたとの結論を導いている。

これに対して、澤井は、坂論文の８つの法文に加えて、さらに２つの法文を検討している。それは、売買訴権に関する法文（D.19.1.42）及び解放奴隷に関する法文（D.19.5.5）である。もっとも、この２つの法文は澤井論文の検討において、あまり重要な役割を演じていない。特に、解放奴隷に関する法文については、澤井は、「この法文は……Oertmann が損益相殺に関する法文だとしてかかげたものの１つだが、前後の関係が判らず、内容が良く把握できない。」「事実がはつきりしない。」「とにかく控除を拒否しているから損益相殺を認めた決定的根拠にはなりえないように思う。」[29]としている。

澤井が重視したのは、損益相殺と損益計算との区別である。澤井は、坂がその根拠とした事務管理に関する法文についての、Oertmann の説明を引用した上で、「Oertmann は……全体として一つのものと見ることにより、“利益と損失は一つの事実から生じた”という結論を導き出そうとしているが、これは全く無理である。」[30]と断じている。澤井は、組合契約に関して、損益相殺を肯定するかのよう見える法文（D.17.2.30）については、坂同様、損益相殺ではなく損益計算に関するものであるという。そして、澤井は、坂と異なり、事務管理に関する法文も、損益相殺ではなく、損益計算であるという。もっとも、組合契約では、「損益計算の残高には関係なく、組合員は個々の取引における有責の損失については責任を負わねばならない」が、事務管理においては、管理者は、個別の取引の損益を計算した後の残高についてのみ、責任を負う。これ

[29] 澤井・前掲注（25）「損益相殺（一）」305頁。
[30] 澤井・前掲注（25）「損益相殺（一）」308頁。

は、「事務管理ではその制度の性質上、管理者の保護に傾いている」からであるという。それゆえ、事務管理に関する法文は、「損益相殺の原理を宣言したものではなく、事務管理の特質から特に認められた衡平の制度だと考えるのが妥当である」とする。もっとも、このように「衡平の観点から損益計算が『責任』の領域に入り込んだということは将来、近代法的損益相殺を生み出すべき意識の萌芽がここにあるといえよう」として、損益相殺との関係で一定の意義があることは認めている。

澤井は、前述の、解放奴隷に関する法文（D.19.5.5）についても検討しているが、これも損益計算の問題であるとして、簡単に退けている。

このように、坂論文と澤井論文との結論の差異は、主として、事務管理に関する法文の解釈の違いによるものである。すなわち、坂は、事務管理行為を一つの行為と見る解釈を採った上で、事務管理の個別行為によって利益と損失とが生じた場合に、これを相殺することは損益相殺であるとする。一方、澤井は、この法文も損益計算に分類した上で、損益相殺の萌芽が見られるに過ぎないという。

いずれの解釈が正しいのかは、私の乏しいローマ法の知識では、俄に判断することができない。もっとも、坂も澤井もドイツにおけるローマ法の議論を参照して検討している。そこで、ドイツにおけるローマ法の議論を紹介しておくこともそれなりに有意義であると考える。ここでは、Gregor Thüsing「Wertende Schadensberechnung」（2001）S. 119ff. において検討されている法文を取り上げる。

第２　ドイツにおける研究その１―狭義の損益相殺―

Thüsing は、ローマ法の法文を、狭義の損益相殺[31]と損害賠償法以外の損益相殺[32]に分けて、検討している。前者から紹介する。

Thüsing が、狭義の損益相殺の法文として指摘するのは、後見人による財産管理の懈怠を理由とする損害賠償における損益相殺（D.38.17.2.44）、後見人による貸金返還請求の懈怠を原因とする損害賠償における損益相殺（D.26.7.39.14）及び作業のその他の方法の使用につい

[31] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.119ff.

[32] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.123ff.

ての損益相殺（D.19.2.19.9 u.10）の３つである。順に説明する。

まず、後見人による財産管理の懈怠を理由とする損害賠償における損益相殺に関する法文（D.38.17.2.44）について説明する。

D.38.17.2.44

"Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub condicione sit relictum "si tutores non habuerit" et propterea ei mater non petierit, ne condicione deficeretur, an constitutio cesset. Et puto cessare si damnum minus sit cumulo legati. Quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum: et putat dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno quam in legato. Nisi forte quis putet condicionem hanc quasi utilitati publicae obpugnantem remittendam ut alias plerasque: aut uerba cauillatus imputauerit matri, cur curatores non petierit. Finge autem plenius condictionem conscriptam: nonne erit matri ignoscendum? Aut hoc imputatur matri, cur non desiderauit a principe condicionem remitti? Et puto non esse imputandum."

これは、子供のために適正な後見人を請求しなかった母親の損害賠償義務に関するもののようである[33]。巨額の遺産が子供に、後見人がいな

[33]（仮訳）「以下の問いを適切に立てることができる：多額の遺贈が、未成年後見に服すべき者に『もし後見人を持たないならば』という条件のもとでなされ、そのため、母が当該条件に反することにならないよう、いかなる後見人も請求しなかった場合に、当該勅法は適用されないだろうか？　私の考えでは、遺贈の増加額より損害額が小さい場合は勅法は適用されない。このことは、テルトゥリアヌス元老院議決において、都市官吏との関連でも扱われている：当該議決は都市官吏の場合にも、損害額が遺贈額より大きい限りにおいて訴権が与えられると考えている。さもなければ、この半ば公共の利益を害する条件は他の多くのものと同様に免除されるべきであった、と考える者もいるかもしれない。あるいは『なぜ保佐人を請求しなかったのか』という嘲笑の言葉が母に投げつけられるであろう。しかし、当該条件が詳細に記載されているということを考えてみよ。母は容赦されるべきではないのか？　あるいは、皇帝に当該条件が免除されるよう嘆願しなかったことの責は母に帰せしめられる、ということになるのか？　私は、母は責を帰せしめられるべきでないと考える。」。vgl. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.120.　この法文の訳については、Karl Eduard Otto/

い状態で残された。子供の母親は、後見人の選任を請求する義務があったにもかかわらず、これを怠った。この場合、母親は子供に対して損害賠償義務を負うが、同時に、母親は元老院決議（Senatus consultum）に基づく、相続権を喪失する。そうすると、母親が相続権を喪失したことにより、結果として、子供は多くの財産を相続することとなる。そのため、損害賠償と、相続権喪失による利益との間で損益相殺の問題が生じうることとなる。なお、同様のことは、現在の日本法においても、遺言書の偽造・変造・破棄・隠匿による損害賠償とこれによる相続欠格について生じうる（民法891条５号参照）。

もっとも、ローマ法は、一定の場合に、後見人の選任を請求しなかったことによって子供に発生する損害が遺贈の額を上回らない限り、母親が相続権を保持することを認めていたようである。ここから、Ulpiausは、この思想を損害賠償法上の損益相殺に関する事例に転用したようである[34]。Ulpiausは、この事案において、母親の損害賠償義務は、母親が受けるはずであった遺産の分だけ減少するものとしている。

この法文について、Oertmannは、当該結論をこの事案の特殊性によるものと考え、それゆえ、他の事例には適用することができないとしている[35]。一方、Eichhochは、この法文を、利益が帰属可能であり、それゆえ、少なくとも個別の事例においては損益相殺が承認されなければならないことを確認する「卓越した地位」であるという[36]。これに対して、Walsmannは、この法文について２つの解釈の可能性を指摘している。１つ目は、被相続人が、受遺者には後見人を付けるべきではないとし、対応する条件を付けた遺贈を通じて、この目的を達成しようとした場合である。この条件は、善良の風俗に違反し無効であり、それゆえ、この法文とは、異なった結論になるという。もう１つの解釈は、被相続人は

Bruno Schilling/Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das Corpus iuris civilis (Romani), Band 3, 1984, S.1011. 及び Theodor Mommsen/Alan Watson, THE DIGEST OF JUSTINIAN, vol.3, 1985, P.372. を参考にした。また、法文の訳、全般に関して、水野浩二北海道大学教授から多大なるご教示を得た。

[34] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.120.

[35] Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.89.

[36] Ernst Eichhoff, Über compensatio lucri cum damno, 1898, S.15.

被後見人の世話をしようと思い、遺産をそのような条件下で遺贈したということである。この場合は、第三者が不法行為の被害者に同情の気持ちで贈与をした場合と同様であるという。この場合も、この法文とは異なり、控除がなされないという結論になる。それゆえ、法文の判断に異議を唱えるか、法文を独自の見解と見なければならないという。ありうるとすれば、結局、Ulpiaus は、その見解に従い、被相続人は、同時に、政務官の利益を考慮しているとの理由で、控除を行おうとし、遺産の支払を、賠償義務に対する第三者の履行行為とみなそうとしたということであるとする[37]。

これらの解釈に共通しているのは、この法文は特殊な状況に関するものであり、容易に一般化することができないということである。古典期のローマ法が損益相殺を承認していたかについては、法文の紹介が終わった後に検討するが、少なくともこの法文だけによって、損益相殺を承認していたとすることはできないと考える。

次に、後見人による貸金返還請求の懈怠を原因とする損害賠償における損益相殺に関する法文（D.26.7.39.14）について説明する。

D.26.7.39.14

"Neglegentiae tutorum periculo nominum, quae pater usuris maioribus fecit, adscripto pupilla quidem actionem calendarii praestare cogitur, exactas autem usuras tutelae tempore citra ullam compensationem retinet"

これは、高金利で金員を貸し付けた者が、貸金を回収する前に死亡し、この債権が娘に相続されたところ、娘の後見人が債権の回収を怠り、その結果、高利の金利を得たものの、債権自体は回収不能になったという事案のようである[38]。法文は、債権の回収を怠ったことにより増加した

[37] Walsmann, a.a.O. (Fn. 12), S.62.

[38] 仮訳「父が高利にて行った消費貸借の損失が後見人たちの過失に帰せしめられる場合は、女性被後見人は、貸付金帳簿に基づく訴権を（後見人たちに）譲渡しなければならない。しかし、後見期間中に徴収された利息はいかなる相殺もなく当該被後見人が保持する。」。vgl. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.121. 訳に関しては、Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler/Okko Behrends, Corpus Iuris Civilis, Band 4, 2005, S.407. 及び Theodor Mommsen/

利息（利得）と、債権が回収不能になったことによる損害賠償との損益相殺を否定している。Oertmann は、このことを、既に貸金は、父（貸付を行った者）の死ぬ前に満期となっており、それゆえ、後見人の義務違反によって発生したのではない利息が問題となっているということによって説明しようとした[39]。これに対して、Thüsing は、Oertmann の説明にある、貸金は父が死ぬ前に満期になっていたという限定は、法文からは読み取ることができないと指摘する[40]。後見人が被後見人の利益を横領した場合は、後見人は被後見人に対して、後見人計算訴権（actio rationibus distrahensis）によって、横領したものに対応する責任を負う。さらに、自ら横領したのではない後見人も、少なくとも後古典期には、過失がある場合は、後見訴権によって連帯債務を負担したようである[41]。Thüsing は、このイメージは、義務違反によって発生する利益を損害賠償請求権から控除しないことと適合とすると指摘する。さらに、ローマ法に関する近代ドイツの学説は、後見に関する特別な規律を無視し、当該規律についての研究を行っていないという。Thüsing は、Oertmann の解釈を否定しており、このことは現在のドイツの、他の論文も同様であるという[42]。

そこで、Oertmann の解釈を排除して考えると、この法文は、債権の回収を怠ったという同一の行為によって生じた損害と利益との損益相殺を否定したものということができる。そうすると、この法文は、古典期のローマ法が損益相殺を否定していたことを示す資料であるということができる。

最後に、他で働いた場合における損益相殺に関する法文（D.19.2.19.9 u.10）について説明する。

D.19.2.19.9 u.10

Alan Watson, THE DIGEST OF JUSTINIAN, vol2, P.768. を参照した。

[39] Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S. 15.

[40] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.122.

[41] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.121. Max Kaser, Das Römisches Privatrecht, Bd.1, 1971, S.365f.

[42] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.121f.

"Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, Imperator Antoninus cum diuo Seuero rescripsit ad libellum exceptoris in haec uerba: Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solueres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

Papinianus quoque libro quatro responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt"

これは、雇用契約が締結されたものの、契約期間が終了する前に使用者が死亡したという事案のようである[43]。法文は、使用者の死後、労働給付をそれ以上提供することができなかった場合でも、被用者が他から給与を受けていない場合は、報酬請求権は存続するものとしている。若干のドイツの学説は、これを損益相殺の例と考えている[44]。しかし、これはいわゆる危険負担の問題であり、損害賠償請求権に関するものではない。損益相殺を損害賠償に限定することなく、広く捉えるのであれば、これも損益相殺の例と言うことができるかもしれない。もっとも、この法文から、少なくとも損害賠償においてローマ法は損益相殺を認めていたということは困難であろう。一般的に、ドイツの損害賠償法の文献も、

[43] 仮訳「ある書記が自らの労務を提供していたが、その労務を使用していた者が死亡した。アントニヌス（カラカラ）帝は神皇セウェルスと共に以下の文言で書記の陳情書に返書した：『あなたが述べるところでは、契約に基づく労務をアントニウス・アクィラにあなたが履行しなかったことはあなたの責任ではなかったのであるから、その年に他の者からあなたが（雇用による）報酬を受領していなかった場合は、契約が守られることが衡平である』。
パピニアヌスも回答書第四巻に以下のように記している。『皇帝属州総督が死亡した場合、従者たちに残りの期間の給料が支払われるべきである。もし従者たちが当該期間において他の者の従者となっていなかった場合には』。」。vgl. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.122f. 訳に関しては、Okko Behrends/ Rolf Knütel/ Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler, Corpus Iuris Civilis, Band 3, 1999, S.569. 及び Mommsen/Watoson, supra note 38, at 564. を参照した。

[44] 例えば、Julius Larenz, Compensatio lucri cum damno, 1896, S. 23.

この法文を損益相殺の例としては取り上げていない[45]。

第３　ドイツにおける研究その２―損害賠償法以外の損益相殺―

Thüsing が、損害賠償法以外の損益相殺としてあげているのは、組合における利益と損失との調整（D.17.2.23.1, D.17.2.25, D.17.2.26）及び事務管理における利益と損失との調整（D.3.5.10）である。なお、ここで挙げる法文の訳は、すべて坂論文からの引用である。

まず、組合に関する法文から見ていく。

D.17.2.23.1

"Idem (Pomponius) quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait compensandum. Quod non est uerum, nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit, si seruus unius ex sociis societati a domino praepositus neglegenter uersatus sit, dominum societati qui praeposuerit praestaturum nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno: et ita diuum Marcum (dc. Marc Aurel) pronuntiasse, nec posse dici socio: , abstine commodo, quod per seruum accessit, si damnum petis'."

「同人（ポンポニウス）問ふて曰く加入を許されたる組合員の作成したる利益は其の者の過失に因りて生したる損害と相殺せらるへきにあらさる乎と、而して曰く然り相殺せらるへきものなりと。然れとも是れ謬れりマルケルスも亦其のディゲスタ第六巻に叙述せる如く組合員の奴隷か主人の命を受けて組合事務を司り、過失ありたる時は、主人は之に付きて組合に對して責任あり、而して其の奴隷に依り組合に歸屬せしめられたる利益は損害と相殺せらるゝこと無し是れマルクス皇帝も亦裁斷せるところにして吾人は組合員に對し汝か損害の賠償を得むと欲すれは奴隷の作成せる利益を放棄せよと云ふことを得さるなり」[46]

D.17.2.25

[45] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.123, Anmerk. 38.

[46] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1108頁。

"Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod neglegentia eius perisset, quod in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset: et hoc ex appellatione imperator pronuntiauit"

「組合員の過失に因り物の喪失せる時は他の場合に彼の努力に因りて組合から多くの利得を爲したりと謂ふ理由にて其の責任を輕減することを得す、皇帝は上訴に對し斯くの如く裁斷せり」[47]

D.17.2.26

"Et ideo si socius quaedam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negelegentia, ut Marcellus libro sexto digestorum scribsit"

「若し一組合員か或る場合に組合に對して過失あり他の多くの場合に之に利益を與へたる時は其の過失とは相殺せられるゝこと無かるへし（non compensatur compendium cum negligentia）是れマルケルスかディゲスタ第六巻に於て述へたるところなり」[48]

ここで挙げた３つの法文のうち、D.17.2.25と D.17.2.26は、組合員が組合にとって損害となる行為を行うとともに、組合にとって利益となる行為を行った場合に関するものである。いずれも、利益と損害との差し引きを行うことを否定している。D.17.2.23.1は、組合員の奴隷の行為に関する法文であり、特殊な点があるが、やはり、利益と損害とを差し引き計算することを否定している。

坂論文は損益相殺が成立するためには、利益と損害とが「同一ノ損害賠償義務発生ノ原因タル事実ヨリ生シタルコトヲ必要ト」することを前提に、これらの法文は、「各別ノ原因行為ヨリ生シタル利益ト損害」が問題となった事例であり、「相殺ヲ許ササルコトハ寧ロ理論ノ當然」としている[49]。澤井論文も、坂論文と同様に、「損失と利益とは夫々別個の行為乃至取引から惹起されたのであつて、近代法的意義における損益相

[47] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1109頁。
[48] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1109頁。
[49] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1118頁。

殺とは関係がない」と指摘している[50]。

両者が前提としているのは、損益相殺は同一の原因から損害と利益とが生じた場合に関する問題であり、これらの法文はいずれも損害（損失）と利益とが別個の原因から発生した事例であるという認識である。果たして、このように言うことに疑問の余地はないのであろうか。

これらの法文のうち、D.17.2.25と D.17.2.26は、組合員の過失行為による損害と、それとは別の適正な業務執行行為による利益とが問題になっている。それゆえ、この２つの法文については、坂や澤井のようにいうことができよう。これと同様の見解は、ドイツ民法第１草案理由書（以下では、これを「Motive」という。）にも現れている。

「普通法から引き続き、現在の立法において、組合員がその過失により組合に損害を発生させた場合は、当該損失と、その組合員が他の事例において、注意深く組合に与えた利益とを差引勘定することは許されないことが確認されている。その負担する義務に違反し、損害賠償を義務づけられた者は、同一の法律関係に基づく他の義務を完全かつ最善の結果で履行したことによって、その義務を回避することは許されないという、一般的な原則が問題となっている。これについては、賠償されるべき損害の算定が問題となる限り、義務違反に起因する利益が賠償額から控除されるべきことは、自ずから理解される。」[51]

これに対して、D.17.2.23.1は、D.17.2.25や D.17.2.26とは異なる点が指摘されている。まず目に付く点は、D.17.2.23.1は、組合員の奴隷の過失行為が問題となっている点である。D.17.2.23.1では、直接には組合員の行為が問題となっているわけではない。もっとも、奴隷の行為について、その主人が責任を負うべきであると考えれば、過失行為を行ったのが組合員自身であるか、その奴隷であるかは、大した問題ではない。重要であるのは、D17.2.23.1では、新しい組合員を受け入れたことが義務に違反する行為であり、それによって損害賠償義務が発生し、受け入れられた組合員による、有利な取引も不利な取引も、受入行為に還元されると

[50] 澤井・前掲注(25)「損益相殺（一）」305頁。さらに Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.10.
[51] Motive Bd.Ⅱ, S.608.

の指摘である[52]。この指摘によれば、損害賠償義務の原因である受入行為によって、損害（不利な取引の結果）と利益（有利な取引の結果）が発生しているということができることになる。そうすると、坂論文、澤井論文及び上記の Motive の説明によって、この利益を損益相殺の対象から排除することはできないことになる。では、D17.2.23.1が、損益相殺を否定している根拠をどのように考えるべきであろうか。

これについて、Medicus は、組合訴権（actio pro socio）も、清算の訴え（Abrechnungsklage）であり、それゆえ、清算の際に生じる残高に焦点が当てられることになる。そのため、利益と損失との調整は、初めから容易に思い浮かぶことであるという[53]。そして、Medicus は、D17.2.23.1においては、被告の組合員が、独断で他の組合員の加入を許可したという違法行為が問題となっている。この独断がなければあったはずの状態を回復するために賠償を算定するのであれば、損害と利益とを調整することが当然、行われるであろう。しかし、古典法の下で支配的であり、マルクス・アウレリウス帝が認めたものは、これとは逆の結論であるという[54]。そこで、Medicus は、D17.2.23.1は、損害算定の方法が現在とは異なるものであると考えている。即ち、ここでの損害の填補は、違法な行為がなかったとすればあったはずの状態を回復するものではなく、個別の部分損害に向けられたものである。独断で組合員の加入を許可したという行為から離れて、個別の損害費目ごとの損害額の和が、組合員が賠償するべき損害額になっている。Medicus は、この方法では、独断で組合員加入の許可をした組合員が他の組合員に生じさせた利益の考慮は、対抗計算（Gegenrechnung）によってのみ行われうるとしている[55]。そのため、これが衡平に反するのではないかとの疑問が生じ、法文にあるように、Pomponius と他の学者との間で意見の対立が見られるところである。もっとも、Medicus は、D17.2.23.1が、より深刻な損

[52] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.126. 原文には「D.17.2.25.1」とあるが、「D.17.2.23.1」の誤りと考える。

[53] Dieter Medicus, Id quod interest, 1962, S. 203.

[54] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S. 204.

[55] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S. 204.

害算定方法についての意見の対立を反映していると考えることには根拠がないとしている[56]。

ドイツの学説の古い見解（例えば、Windscheid）は、D17.2.23.1における Ulpian の結論を、組合員の加入を許可した組合員は、片面的に、新規加入者の行為について、自らの行為と同様に責任を負わなければならないと説明する[57]。これによれば、当該組合員の責任は、無断で新規組合員の加入を認めたことによる責任というよりも、新規組合員が個別の取引により、組合に損害を生じさせたことによる責任として把握されることになる。このように考えれば、D17.2.23.1は、D.17.2.25や D.17.2.26と実質的に異なることはないことになろう。Motive がいうように、組合員が過失により生じさせた損害を、注意深い業務執行によって利益を生じさせたことを理由に減額することはできない。これについて、Thüsing は、Ulpian は、片面的に受け入れられた組合員についての説明において、奴隷についての場合とパラレルな推論のみに依拠しているため、比較の観点が制限されたことにより、帰責の根拠が不足し、それによって、ある行為と、さらなる損害及び利益を生じさせる行為との区別が失われてしまったのかもしれないと指摘する[58]。

一方、Honsell は、Ulpian の見解によっても、無断で受け入れられた者が行った取引による利益は、他の組合員の利益にならないという。Honsell は、そのような者は、組合員ではなく、表見組合員に過ぎず、その者の行為は組合のためになされるものではないとする[59]。この説明は明快であるが、表見組合員の行為の結果は、組合には帰属しないものと考えれば、表見組合員は自ら発生させた損害について責任を負うと同時に、利益を享受することになる。そうすると、D.17.2.25や D.17.2.26と異なり、D17.2.23.1においては、組合契約と異なる理由から、損益相殺

[56] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S. 204.

[57] Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.Ⅱ, 9. Aufl., 1906. S.58. Fn 4.

[58] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.126f.

[59] Heinrich Honsell, Quod interest im bonae-fidei-judicium, 1969, S. 164f.

を否定していることになる可能性がある[60]。

いずれにせよ、組合に関する法文には、これまで見てきたように、特にD17.2.23.1に関して様々な解釈の余地があるところである。しかし、結論としては、D17.2.23.1は損益相殺を否定した法文と見る余地がある他は、これらの法文はいずれも損害賠償法上の損益相殺とは無関係である。要するに、組合に関する法文は、ローマ法が損益相殺を否定した根拠となる可能性はあるものの、これを損益相殺が認められた根拠とすることはできない。

最後に、事務管理に関する法文を検討する。

D.3.5.10

"Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, ueluti si nouum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: ueluti uenales nouicios coemendo uel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te (sc. gerentem) sequetur, lucrum uero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet"

「若し爾か不在者にして且事實を知らさる者の事務を管理する時は爾は故意及ひ過失に付きて責あり然れともプロクルスは『事變に付きても責に任すへき場合あり例へは賣買せられへき小奴隷の購入又は其の他不在者か平素爲ささりし取引を彼の名に於て爲す時の如し』と謂へり、蓋し右の事實より損害を生すれは爾の責任と為り利益は不在者に歸屬するか故なり然れとも或る場合には利益を生し他の場合には損害を生したる時は不在者は利益と損害とを相殺せさる

[60] もちろん、この場合も複数の取引が行われているので、損害賠償法上の損益相殺に当たらないとすることも充分説得力がある。しかし、坂論文が、D.3.5.10について行ったように、表見組合員関係を全体として一つの行為と見ることができるのであれば、D17.2.23.1も損得計算ではなく、損益相殺に関する法文であると読むこともできるかもしれない。もっとも、その場合は、組合契約とは異なる理由で損益相殺が否定されたことになろう。

へからす」[61]

この法文も、組合に関する法文と同様、複数の取引を行った場合に、その一部で損害が生じ、一部では利益が生じたという事例に関するものである。前述の通り、この法文は、かつて日本において、ローマ法は損益相殺を承認していたことの根拠とされた法文である。

内容についてみると、複数の取引を行ったという点では、組合に関する法文と同じであるにもかかわらず、この法文においては、損益相殺を肯定している点が目に付く。そのため、しばしば、当該箇所は後に修正（interpolatio）された可能性が有力に主張されている[62]。しかし、Medicus は、これに反対している。D.17.2.23.1にあるように、Pomponius は、古典期の他の学説とは異なり、actio pro socio（組合員訴権）の場合にも損益相殺を肯定している。彼がこの解釈を actio negotirum gestorum（事務管理訴権）においても主張しても何ら不思議なことではない。他の古典期の学者が、Pomponius の見解に反対していたとしても、D.3.5.10自体は真正なものであろうという[63]。Honsell も、この結論に賛成している[64]。

私には、interpolatio の有無について判断する能力が無いので、この問題については棚上げせざるをえない。仮に、この法文が修正されたものであるならば、坂論文はその根拠を失うことになる。一方、澤井論文は、この法文が修正されたものであるかを問題にすることなく、この法文を前提にして、ローマ法は損益相殺を認めていたとはいえないとの結論に至っている。そこで、本稿では、interpolatio についてはひとまず棚上げして、この法文が真正なものであると仮定した場合にどのようなことがいえるのか見ていくこととする。

Medicus は、この法文を、損害を侵害後の財産状態と侵害が無かった場合の財産状態との差額として理解するのではなく、利益（lucri）と損

---

[61] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1107頁。

[62] Gerhard Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 4 Heft, 1920, S. 201.

[63] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S.208f.

[64] Honsell, a.a.O. (Fn. 59), S.165.

害（damno）の形で把握され、その差額を損害とすることの例と評価した[65]。Honsell は、そのように差額を損害とした理由として、ただ一つの行為、つまり、不在者が通常行わない冒険的な取引が、利益と損害とをもたらしたということを挙げている。Honsell が、組合に関する法文とこの法文とで結論を異にするに至った理由として挙げているのは、組合の場合は、利益を目的とする通常の行為がなされたのに対し、この法文で問題となっている冒険的な取引においては、利益が生じるのはむしろ異常な場合であるということである。Honsell は、この場合は、利益と損害との調整が行われるのは自然であるとしており、Pomponius のみが利益と損害との調整を主張していた訳ではないであろうとしている[66]。

Honsell に類似した見解は、パンデクテン法学において多数主張されている。例えば、Cohnfeldt は、当該行為が任意でなされたものか、義務づけられたものかという点で、組合に関する法文と事務管理に関する法文とを区別している[67]。Eichhoff は、過失責任と無過失責任という点で、両者を区別する。過失責任の場合は損益相殺は認められないが、無過失責任の場合は、損益相殺に寛容であったというのである[68]。このように、組合に関する前述の法文と、事務管理に関する D.3.5.10とを区別し、D.3.5.10については、奴隷の購入といった一連の取引を単一の取引の実行として扱うことは、パンデクテン法学においては一般的なものであった[69]。坂論文は、この当時のドイツの学説（具体的には、Fritz、Dernburg、Cohnfeldt、Mommsen）を検討し、Mommsen の説に賛成している[70]。この説が区別の基準としたのは、同一の損害賠償義務発生原因事実から損害と利益とが生じたかどうかという点である。この説によると、「組合契約ノ法源ニ於テ格別ノ原因行為ヨリ生シタル利益ト損害

[65] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S.209.

[66] Honsell, a.a.O. (Fn. 59), S.165f.

[67] Richard Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht, 1865, S.171.

[68] Eichhoff, a.a.O. (Fn. 36), S.50ff.

[69] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.129f.

[70] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1116頁。

トノ相殺ヲ許ササルハ寧ロ理論ノ當然」であるという。一方、事務管理については、「此等各般ノ事務ヲ包括シテ一箇ノ事實ト觀念スルハ最モ經濟上及ヒ社會上ノ觀念ニ適合ス」る。それゆえ、事務管理を同一損害賠償義務発生原因事実とみるべきであるという[71]。この見解にも見られるように、損益相殺をするためには、個別の取引の関係がある程度密接でなければならないと考えられていた。もっとも、どの程度密接である必要があるのかについては、見解は一致していなかった。既に述べたように、Mommsen は、事務管理については、個別の取引の根底にある事務管理によって、この密接性は満たされているものとしている[72]。一方、Eichhoff は、取引に何らの「確実な統一性」が無い場合に、損益相殺を認めることは善良の風俗に反するとして、この密接性を厳格に判断した[73]。

これらパンデクテン法学の学説は、差額説を前提にしているためか[74]、D.3.5.10を損益相殺を承認した法文と見ることに積極的である。しかし、Thüsing も指摘するように[75]、この法文は、損害賠償法ではなく、委託に近い方向を示している。古典期のローマ法においては、委託がないにもかかわらず、本人の名前で取引が行われた場合は、その取引が利益を生じる場合は、本人は、取引を承認することで、取引を行った者に利益を引き渡すように請求することができる。逆に、取引によって、本人に損

---

[71] 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1118頁。

[72] Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S.193.

[73] Eichhoff, a.a.O. (Fn. 36), S.45.

[74] 坂論文にもこの傾向が見られる。例えば、坂千秋「損益相殺ニ就テ（二）」法学協会雑誌37巻６号952頁（1919年）は、損益相殺の例として、競馬の騎手が馬を激しく鞭打ったため、競争に勝って馬の所有者は償金を得たものの、馬は死亡したという騎手事例を挙げている。しかし、既に検討したアクィーリウス法によれば、騎手はその馬の過去１年間の最高価格を賠償することになるのであって、損益相殺が問題となる余地はない。差額説のように全財産の変動を捉えて損害の有無を検討する立場と、アクィーリウス法のように個別の侵害の結果を損害と捉える立場とが存在するが、騎手事例は、前者を前提とする場合にのみ損益相殺の問題となる。それゆえ、坂論文は差額説またはこれに類似の立場を当然の前提として書かれているということができる。

[75] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.130.

害が生じた場合は、本人は、取引を行った者に対して損害賠償を請求することができる[76]。もちろん、本人は、あえて取引を承認することで、自ら損害を負担することもできる。無委託の取引が複数回行われ、ある取引では利益が生じ、別の取引では損害が生じた場合に、本人がすべての取引を承認したときは、本人は、利益の引渡請求権を有することとなる一方で、自ら損害を負担することとなる。問題は、事務管理者が複数の取引を行った場合に、その一部だけを承認し、一部の承認を拒絶することができるかである。Proculus は、このような一部だけを承認することを認めているようであるが、この法文は、これを否定し、その結果、全部の取引を承認することとなった本人について、利益と損害とを差し引きすることを命じているものと理解することができる[77]。この利益と損害は、ともに、本人の計算に属する以上、両者を差引計算することは可能であろう。しかし、このように理解する限り、この法文は、損害賠償法の損益相殺とは無関係であるということになる。

第４　小活

損益相殺は賠償されるべき損害の範囲に関する問題であるが、ローマ法は統一的な損害概念を知らなかったことが知られている[78]。十二表法やアクィーリウス法の検討においてみたように、初期のローマ法においては、損害について非常に素朴な感覚があるように思われる。アクィーリウス法は、他人の家畜を不法に殺した者は、その家畜の価格を賠償することを命じる（但し、前述の通り、否認した場合は二倍額の支払いを命じる。）。ここでは、家畜を殺害したことにより、家畜の所有者に生じる利益は考えられておらず、そもそも家畜の所有者の他の財産の状況を把握しようとする発想も読み取れない。

現在のドイツの通説は、損益相殺は差額説の当然の帰結であると説明する[79]。これは、抽象的な差額説においては、損害を把握するために全

[76] Kaser, a.a.O. (Fn. 41), Bd.1, S.586ff.
[77] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.130.
[78] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.116.
[79] Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3., Aufl., 2003, S.486.

財産の状況を問題にするためである。即ち、被害者の現実の財産の状況と侵害行為がなかったらあったであろう状況とを比較して、現実の財産の方が少ない場合にその差額を損害と認識するのである。このように考えれば、論理的には、侵害行為と関係のある、全ての利益が損益相殺の対象となることになろう[80]。

一方、侵害行為の直接の結果のみを損害と考えれば、考慮されうる利益は限りなく狭くなるであろう。他人の家畜を殺した者は、家畜の価格を賠償せよという、非常に単純で素朴な発想の下では、家畜の所有者に生じた利益を考慮しようとするのは不自然である。そして、十二表法やアクィーリウス法は、このような発想の下で制定された法律なのである。

ここでは、十二表法から数百年後の、古典期の法文を検討したが、ここでも、抽象的な差額説のような全財産の変動を考慮しようとする態度は見られなかった。ここで検討した法文の中であえて損益相殺に好意的な法文を挙げるとすれば、後見人の選任を懈怠したことに関する、D.38.17.2.44であろう。しかし、ドイツの研究者の言葉を信じるのであれば、この法文は特殊な事案に関するものであって、一般的な立場を表明したものではない。一方、後見人による貸金返還請求の懈怠に関するD.26.7.39.14は、明確に、請求の懈怠による、利益（利息）と損害（貸金の回収不能）との相殺を否定している。組合契約にする３つの法文のうち、D.17.2.23.1は損益相殺を否定する趣旨と余地がある。かつて、ローマ法が損益相殺を承認していたと主張する見解が根拠としていたD.3.5.10は、interpolatio の疑いがある上に、その法文自体も損益相殺を承認するものといえるか疑問である。

もちろん、法文にないからといって直ちに古典期のローマ法は損益相殺を否定していたということはできない。現在の日本法にもドイツ法にも明文の損益相殺の規定は存在しないが、一定の場合に、損益相殺が認められることについてはほぼ異論が無い。しかし、このことは古典期のローマ法が損益相殺を承認していたということとは別問題である。法文の中には、損益相殺に好意的なものもあるが、損益相殺を否定している

[80] ただし、現実にはこのような考え方は採られていない。これについては、次章において検討する。

ものもある。そもそも、損益相殺に関して指摘される法文は、後見、組合及び委託に関するものに限定されている。このような限定された法文を基に、古典期のローマ法が損益相殺を承認していたということができるのかという疑問もある。

ドイツの研究を見ると、そのほとんどの研究は、古典期のローマ法において損益相殺という体系が承認されていたということはできないという点で一致している[81]。これらの研究は、利益と損失とを定型的に対置することは古典期後の発想であるものと考えている。例えば、Kunkel は、「損益相殺は、大半の事例では、真正のものではないように思われる」[82]として、上記の損益相殺を認めているかのように見える法文は interpolatio によるものであると考えている。Medicus は、「ローマ人が、概してこの問題と quod interest との間に、観念的なつながりがあると考えていたことを示す徴候は、全く存在しない」[83]としている（なお、「quod interest」とは、債務不履行による損害賠償において、損害賠償額決定の基準となる、債権者の有する利益のことである[84]。）。ドイツ以外の研究においても、損益相殺は古典期後のものであるとされている[85]。一方、Kaser は、損益相殺の思想は、古典期以後のものではないとするが、法源をさらに検討するべきであるとして、結論を留保している[86]。

程度の差こそあれ、これらの研究の中に、古典期のローマ法が損益相

---

[81] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.131f.

[82] Wolfgang Kunkel, Diligentia, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 45, 1925, S. 325.

[83] Medicus, a.a.O. (Fn. 53), S.310.

[84] 船田享二『ローマ法第三巻』（岩波書店、改版、1970年）506頁。

[85] 私には読解することができないため、未確認ではあるが、Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.131によれば、Camillo Lazzara, Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito la c.d. compensatio lucri cum damno, in: Studie Gaetano Zingali Bd. Ⅶ, S. 438は、損益相殺は古典期の思想ではあるが体系的なものではないとし、Biondo Biondi, La compensatione nel diritto romano, in: Annali del Seminario Giuridico dell Universita di Palermo, Cortona 1929, S.429. は、損益相殺自体を古典期後のものであるとみなしているようである。

[86] Max Kaser, Das Römisches Privatrecht, Bd.2, 1975, S.327. Fn 9.

殺という体系を承認していたとする見解はない。Thüsing は、ここで損益相殺として検討されているのは、統一された思想体系であり、損益相殺が古典期以後のものであるか、単に古典期のローマ法にその体系を見いだすことができないにすぎないのかという見解の対立が、根本的に異なる認識を明らかにするものであるかは疑問であるという[87]。

本稿は、本格的なローマ法研究を目的とするものではない。それゆえ、ここで紹介したローマ法研究の結論を確認して、次に進むこととする。即ち、ローマ法の法文の中には損益相殺を承認したと見る余地があるものもあるが、interpolatio の可能性もあり、それが真正なものであるかははっきりしない。損益相殺は古典期以降の発想によるものであるとする見解が有力に主張されており、また、損益相殺を古典期の思想であるとする見解も古典期のローマ法が損益相殺という体系を承認していたことまで主張するものではない。そうすると、古典期のローマ法においては、損益相殺は存在しないか、未発達であったということになる。損益相殺は、（主に）古典期以後の法の発達によるものであるということができる。この古典期以後のローマ法の発達については、以下で検討する。

第４節　古典期後と卑俗法

前述のように、古典期が終わると、法の卑俗化が始まった。この動きは、債権法や損害賠償法にも影響を与えた。訴権を中心とする体系は克服され、古典期のローマ法の下では異なる訴訟の根拠と責任結果とされたものが同化した。ほとんどの契約も、訴求可能なものとなった[88]。不法行為法においては、私法上の、民事訴訟による贖罪金（Buße）の請求権は、強力な専制国家による刑事訴追や政治上の責任追及によって、厳しく制限された。ユスティニアヌス法典の、古典的な訴権体系への復帰の動きも、現実には、犯罪についての私的な追及が国家によって制限されたという点では、この流れと異なるものではなかった。その結果、卑俗法においては、私法上の不法行為請求権が認められた限度で、贖罪金

[87] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.131f.

[88] Kaser, a.a.O. (Fn. 86), S.322ff. Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.133.

も、賠償給付（Ersatzleistung）の性質を承認された[89]。

このような法の卑俗化によって、「損害」概念は曖昧なものとなった。古典期において損害を決定するため重要な役割を果たした、債権者の利益（Interesse）も、伝統的なドグマの構造が失われた。Levy は、「利益（Interesse）は、法律家の技術の集積から無くなったように思える」[90]という。特に卑俗化が顕著であった西ローマにおいて、古典期の損害理解が失われた。かつての精密な損害理解を、卑俗法は、素朴な発想で、簡単に補充した。

有力な見解は、損益相殺はこの当時に生じたものであるという。例えば、ユスティニアヌス法典においても、勅法彙纂（Codex Justinianus）において、損害と利益とを対置するものが見られるようである[91]。同様の損害と利益との対置は、西ローマの卑俗法やテオドシウス法典（Codex Theodosii）においても見られるようであり[92]、この当時の一般的な傾向ということができる。

Levy は、古典期においては「利益（lucrum）と損失（damnum）とを画一的に扱うことは、具体的な法律関係を支配する原則または……特約よりも優先する、包括的な準則には見られなかった。このような取扱いは、後の時代に初めて生じ、それによって、利益と損害とが対応するという、大いに異なる結果を正当化することとなった」という[93]。

もっとも、この時期の法文にも、明確に損益相殺を認めたものは見られないようである。Thüsing は、この一般的な傾向が損害賠償法において現れたのかは不確実であると指摘する[94]。

この時期の法文の研究からいうことができることは、２点ある。１つ

---

[89] Kaser, a.a.O. (Fn. 86), S.328.

[90] Ernst Levy, Weströmisches Vulgarrecht Das Obligationenrecht, 1956, S. 125.

[91] C 6.2.22.31. 賃貸借において、借主の占有下にあった目的物が盗まれたが、貸主において、盗人に対する目的物の回収と損害賠償の請求に成功したという事案のようである。この法文は、獲得した賠償金を所有者に引き渡す必要はないとしている。

[92] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.134f.

[93] Levy, a.a.O. (Fn. 90), S. 243.

[94] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.135.

は、この時期に、損害賠償法上の損益相殺が認められるようになったかどうかは不確実であるものの、その萌芽というべき、損害と利益とを対置するという思想がこの時期に生まれたものと見られていることである。そして、もう１つは、この損害と利益との対置という思想は、古典期のローマ法には見られなかったということである。

損益相殺は、損害と利益が生じたときに、損害から利益を控除することが可能であることをその論理的前提としている。これは、（方向性は違うものの）損害と利益とを同質のものと見ていることに他ならない。そして、この思想は、古典期後に生じた可能性が高いのである。

第５節　中世の法解釈

中世の法解釈は、古典期ローマ法（特に『学説彙纂』）の解釈を中心に展開した。その中で、注目されるのは、前に検討した損益相殺に関係する、法文の整合的な解釈を試みていることである。具体的には、D.3.5.10（事務管理に関する法文）と D17.2.23.1（組合に関する法文）の検討が中心となったようである[95]。なお、組合に関する法文と事務管理に関する法文とをいかに整合的に解釈するかは、前述の通り、坂論文でも検討されている。ローマ法の法文において、損益相殺が認められているか否かという問題について、これらの法文を中心に検討するという立場は、中世の法解釈に由来するということができる。

その中世の法解釈であるが、Wieling によれば、Summa Trecensis[96]は、組合関係の場合を除き（これは、D17.2.23.1があるためであろう。）、一般的に利益の控除を許したようである。組合関係においてのみ、利益の控除が許されない理由は、組合員は、利益を生じさせることが義務づけられているためであるようである。この点は、Accursius[97]も強調した

[95] Hans Josef Wieling, Interesse und Privatstrafe vom mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1970, S. 216.

[96] 時に注釈学派の始祖であるイルネリウス（Irnerius）の作とされた。船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』526頁。

[97] 1182-1260。船田・前掲注（２）『ローマ法第一巻』509頁は、「先進学者の業績

ようである[98]。

一方で、Rogerius は、事業主が承認しない取引を行った者は、不慮の出来事についても責任を負うことを理由に、利益の差し引きが行われるのは事務管理の場合だけであると主張したようである[99]。

これに対して、Azo は、ある面では、Summa Trecensis の見解に従ったが、Accursius によれば、過失による損害と無過失による損害とを区別していたとされる[100]。

このように、中世の法学は、ユスティニアヌス法典の整合的な理解という観点から、後の損益相殺につながる議論を行っている。

もっとも、これによって中世の法学は損益相殺を承認していたと考えるのは早急であろう。当時の法学では、損害賠償法は、損害の填補の他に、贖罪や懲罰機能が維持されていたようである。被害者の利得禁止も明確なものではなく、しばしば、損害を上回る責任が加害者の悪意によって説明されたという[101]。

第６節　近代の法解釈と立法

これに対して、近代に入ると、ようやく、損益相殺を支える差額説や損害賠償法における利得禁止が明確になる。

Wieling によれば、16世紀の学者である、Franz Hotman[102]の著作に、今日の差額説と同じ損害の定義が見られる。そして、Hotman 自身は、その定義を従来の定義を改良しただけで、従前の解釈と逸脱するものとは思っていなかった。また、当時の他の学者も、これについて支持をしたり、批判したりする者は無かったという。Wieling は、当時の学者は、この Hotman の定義を正しいが、特に重要なものとはみなしていなかっ

を抜萃・編集して注釈学派の事業を完成した」という。

98 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.216f.

99 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.217.

100 Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.217.

101 Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.137.

102 1524-1590.

たという[103]。

この Wieling の説明によれば、16世紀の学者は、既に今日のドイツの差額説と類似の見解に立っており、差額説による定義に対しても違和感を持たなかったことになる。おそらく、一般的な16世紀の学者の見解は、Hotman とは若干異なるものであったのであろう。しかし、この Hotman の定義は、Mommsen に引用され、今日の差額説につながるのである[104]。

さらに、v. Pufendorf は、後の時代に大きな影響を与える、利得禁止思想を明確に定式化したようである。それによれば、侵害行為の結果としての、被害者の利益を賠償請求権から控除するので、被害者は利益を受けることはない[105]。

もちろん、古典期の法文の解釈を巡る争いは続いていた。

Bruennemann は、D3.5.10と D17.2.23とを、任意性で区別したようである。つまり、加害者が取引を任意で行った場合は、利益と損害との調整が許される。一方、組合員のように、取引を行うことが義務であった場合は、調整は許されないというのである[106]。

一方で、Lauterbach、Gothofredus や Samuel Cocceji は、過失責任と無過失責任との違いから、結論を導いたようである。即ち、利益と損害との調整は、無過失責任の場合にのみ許されるのである[107]。

これに対して、v. Pufendorf のような自然法学者は、法文から離れて、この問題を損害算定の問題とみなしたようである。被害者は、加害行為によって利得するべきではない。それゆえ、利益の控除が原則としてなされる[108]。

このように、近代の法学は、ローマ法を引用して議論しつつも、被害者の利得禁止という新たな観点を導入して、議論を行った。一方で、18

---

[103] Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.18f.

[104] Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S. 4 Anmerk.1.

[105] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.141.

[106] Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.219.

[107] Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.218.

[108] Wieling, a.a.O. (Fn. 95), S.219.

世紀に入ると、各国で法典編纂が始まり、ドイツでも、1756年のバイエルン法典（Codex Maxmilianeus Bavaricus civilis）や1794年に成立したプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten。以下では、「ALR」という。）などが見られる。当時のドイツにおける法の理解を知るためには、これらの法典の内容を検討することが有意義であろう。ここでは、これらのうち、ドイツのかなり広い範囲で適用されたALRの条文を見ることにする。

まず、この当時でさえも既に長い議論の歴史を持つ、ユスティニアヌス法典の規律は、ALRにおいても維持された。

ALR第1部13章

§253　Wer nach obigen Grundsätzen, wegen der Einmischung in fremde Geschäfte, einem Andern zur Schadloshaltung verhaftet wird, ist allemal befugt, den demselben verschaften Vortheil in Gegenrechnung zu bringen.

253条　上記の原則[109]に従い、通常は行わない取引を行ったことにより、他人に損害を填補する責任を負う者は、常に、当該他人に提供した利益を控除する資格がある。

ALR第1部17章

§215　Ein Gesellschafter kann sich von seiner Verbindlichkeit zum Schadensersatze dadurch nicht befreyen, daß er der Gesellschaft in andern Fällen besondere Vortheile erworben hat.

215条　組合員は、他の事例で組合に特別な利益を生じさせたことを理由に、損害賠償義務を免れることはできない。

これと同様の規律は他の法典でも見られる[110]。それゆえ、このローマ

[109] 249条から252条を指す。これらの条文は、本人の意思に反して、他人と取引を行った場合について規定している。

[110] 例えば、オーストリア一般民法典（ABGB）1191条。Jedes Mitglied haftet für den Schaden, den es der Gesellschaft durch sein Verschulden zugefügt hat. Dieser Schaden läßt sich mit dem Nutzen, den es der Gesellschaft sonst verschaffte, nicht ausgleichen. Hat aber ein Mitglied durch ein eigenmächtig unternommenes neues Geschäft der Gesellschaft von einer Seite Schaden, und von der andern Nutzen verursacht; so soll eine verhältnißmäßige

法の法文は、当時の一般的な理解であったということができよう[111]。

ローマ法とは別に、ALR は具体的な場面における、損益相殺についても規定している。以下は、不法行為で人を死亡させた場合の規定の抜粋である。

ALR 第1部6章

An der Person.

人に対する（不法行為）

1）Durch Tödtung.

1）人を死亡させることによる（不法行為）

§ 98. Wer widerrechtlich einen Menschen ums Leben bringt, muß in allen Fällen der hinterlassenen Frau, und den Kindern des Entleibten die Kosten der etwanigen Cur, ingleichen die Begräbniß- und Trauerkosten ersetzen.

98条　違法に人の生命を侵害した者は、いかなる場合においても、残された妻及び被殺者の子供に対して、万一の必要な治療費と、同様に、葬儀費用及び服喪費用を賠償しなければならない。

a）Wenn dieselbe aus Vorsatz oder grobem Versehen.

a）人を死亡させることが故意または重大な過失による場合

§ 99. Außerdem ist, wenn die Entleibung and (=aus) Vorsatz oder grobem Versehen erfolgt, der Beschädiger verbunden, der Wittwe und den Kindern des Entleibten standesmäßigen Unterhalt, auch deletztern (=denletztern) dergleichen Erziehung und Ausstattung, als sie von dem Vater nach dessen Stand und Vermögen erwarten konnten, zu gewähren.

99条　その他に、人を死亡させたことが、故意または重大な過失に

Ausgleichung Statt finden.（いかなる組合員も、その責任によって組合に生じさせた損害を賠償する責任を負う。この損害は、他の組合に生じさせた利益と差し引きされない。組合員が、独断で行った新しい取引によって組合に、ある面では損害が生じ、他の面では利益が生じた場合は、相当な調整がなされなければならない。）。

[111] 前注の ABGB のように、現在でも効力を持つ法典もある。

よって生じた場合は、侵害者は、死亡した者の未亡人及び子供に対して、その水準に応じた扶養を、後者には、その父によってその地位と財産に従い期待することが可能な限度で、教育と持参金をも与える義務を負う。

§ 100. Dabey wird auf das von dem Entleibten hinterlaßne Vermögen, ingleichen auf die Unterstützungen, welche der Wittwe und den Kindern von dem Staat oder anders wo her angedeihen, keine Rücksicht genommen.

100条　その際、死亡した者が残した財産、同様に、当該未亡人及び子供が国またはその他のものから与えられる援助を考慮しない。

b) wenn sie aus mäßigem Versehen.

b) 人を死亡させたことが通常の過失による場合

§ 103. Ist die Entleibung nur durch ein mäßiges Versehen verursacht worden, so muß der Beschädiger für eine nach Verhältniß des Standes nothdürftige Verpflegung der Wittwe und Kinder des Entleibten, und für eine dergleichen Erziehung der letztern in so weit sorgen, als die Kosten dazu aus den Einkünften des hinterlassenen Vermögens und den Beyträgen des Staats oder eines Dritten nicht aufgebracht werden können.

103条　人を死亡させたことが、通常の過失のみによって惹起された場合は、侵害者は、そのための費用を、残された財産からの収入や国または第三者の援助から調達することができない限度で、その地位の状況と比べて不足する食糧を、死亡した者の未亡人及び子供に給付し、後者にはそのような教育を給付しなければならない。

このように、ALR は、人を死亡させた場合に、常に賠償される損害、故意または重過失の場合にのみ賠償される損害、軽過失の場合に賠償される損害の３種類に分けて規定している。特に後２者を比較すると、軽過失の場合には、遺産から得られる利益や国等の援助で賄うことができない費用についてのみ賠償すれば足りるのに対して、故意または重過失の場合は、これらの利益を考慮することが禁止されている。軽過失の場合には損益相殺が指示されているのに、故意または重過失の場合は、これが否定されているということができる。

これまで見てきたように、近代の法学は、現代の損益相殺の基礎を築いたということができる。もっとも、ALR から分かるように、具体的な場面における損益相殺の適用に関しては、充分、その思想が浸透していたとは言い難い。具体的な場面について、損益相殺の考え方が浸透するためには、19世紀を待たなければならなかったのである。

第７節　19世紀

第１　はじめに

19世紀には、多くの国で民法典が編纂され、それによって、長く続いたローマ法の適用は終焉を迎えた。早くも1804年には、フランス民法典（Code civil）が成立し、1811年には、オーストリアでも民法典が完成した（以下、オーストリア一般民法典を「ABGB」という。）。かなり遅れて、ドイツにおいても、1900年に BGB が施行されるに至った。

BGB の内容については、次章において検討するので、ここでは立ち入らないが、ここでは、これらの立法において見られる損益相殺に対する態度や判例および学説について検討する。なお、既に述べたように、Walsmann と Oertmann の見解は、石坂を通じて、日本における損益相殺の議論に大きな影響を与えた。このうち、Walsmann の論文は、1900年に出されたものであるが、両者は実際には１年しか違わない上に、内容においても類似している。また、石坂を通じて、日本法に影響を及ぼしたという点でも、両者に顕著な違いはない[112]。さらに、Oertmann の見解は、ドイツの判例においても引用されるなど、両者の見解は、ドイツ法の議論にも大きな影響を与えている。そこで、Walsmann と

[112] 石坂音四郎『日本民法債権総論（上）』（有斐閣、1916年）329頁など。また、損害論に関して、奥田昌道編『新版　注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣、2011年）266頁（北川善太郎・潮見佳男）は、「当時のドイツで差額説が既に通説としての地位を占めていたにもかかわらず、当時のわが国の学説において差額説一辺倒の見解が提示されなかったのは、文献の引用状況から判断すると、当時のドイツの有力な民法学者であるエルトマンの教科書がわが国において注目され、かつ、損失説に立つヴァルスマンの論文が当時のわが国において脚光を浴びたところが大きいように思われる」という。

Oertmann の見解は、その他の19世紀の議論とは分離して、第９節において検討することにする。

いずれにせよ、これから見ていく19世紀の議論の結果が、BGB や Oertmann、Walsmann の見解につながり、20世紀のドイツや日本の損益相殺の議論につながっていくのである。

第２　立法

19世紀に入ると、各国で法典編纂の動きが活発化した。前述のように、19世紀初頭には、フランス民法典や ABGB が成立した。ドイツにおいても、1863年には、ザクセン民法典（Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen）が成立し、1865年から施行された。

前述の通り、ALR は、人を死亡させた場合の損害賠償について、加害者の主観によって、賠償の範囲を区別していた。ザクセン民法典においては、このような区別は排除され、故意と過失の均質化が進んでいる。

ザクセン民法典

§1492. War der Getödtete zur Ernährung eines Anderen verpflichtet, so erstreckt sich der Schadenersatz auch auf den dem Letzteren entgehenden Unterhalt, dessen Höhe nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist. Diser Schadenersatz is so lange zu leisten, als der Getötete, wenn er gelebt hätte, zur Ernährung der betreffenden Person verpflichtet gewesen wäre und keines Falles über die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten hinaus. Bei Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes ist auf die Erwerbsfähigkeit des Getödteten zur Zeit der Tödtung und auf das Bedürfniß des Ersatzberechtigten Rücksicht zu nehmen. Insbesondere steht der Anspruch auf diesen Schadenersatz der Wittwe des Getödteten blos soweit, als die Nutzungen ihres eigenen Vermögens, und anderen Personen blos soweit zu, als die ihnen in Folge des Ablebens des Getödteten etwa zukommenden Vermögensmittel zu deren Unterhalte nicht ausreichen.

1492条　死亡した者が他人を扶養する義務を負っていた場合は、損害賠償は、その他人が失った扶養についても及び、その額は、裁判

所の評価によって決定される。この損害賠償は、死亡した者が、生存していたとしたら、当該他人の扶養義務を負ったであろう限度でなされなければならないが、死亡した者の推定生存期間を超える期間については、決してなされない。損害賠償額の評価においては、死亡した者が死亡時に有していた就労能力及び賠償権利者の必要性を斟酌しなければならない。特に、この損害賠償請求権は、死亡した者の未亡人には、その独自の財産の収益が扶養に充分ではない限度で認められ、その他の者には、死亡した者の死の結果当然帰属する財産がその扶養に充分ではない限度で認められる。

1871年にドイツ帝国が成立すると、このような領邦国家における立法とは異なり、ドイツ全体に適用される法典（BGB）の編纂が進んだ[113]。この頃になると、損益相殺についての議論も深まっていた。詳しくは、以下で検討するが、この時点で、BGB の起草者らは重要な態度決定をしている。Motive は、次のようにいう。

「損害賠償請求権につき、損害を生じさせた事情により被害者に帰属した利益を賠償額から控除するべきか否か、またその範囲をどのようにするか（compensatio lucri et damni）という問題を決定することは、学説及び実務に委ねられなければならない。ある面では、自己の負った義務に違反したために損害賠償義務を負う者は、この義務を排除するために、同一の法律関係に起因する他の義務を完全に、かつ、最良の結果で履行したことを主張することはできないが、他面、そのものがなすべき同一の処分または数個の処分により有害な結果と有益な結果が発生した場合は、これを分離することなくその結果全体を観察するべきであることは自明のことである。しかし、法律に規定することで、この問題を決定しようとすることは、特に不法行為事例について、疑問である。この問題の解決は、損害概念の確認と本質的に結びついているし、そうでなくても、全ての起こりうる面やその他の不確実な面について、全ての事

[113]「1871年、ドイツ帝国の創建が成るや、民法典が国民の法的統合の象徴として希求され、その成立が熱烈な賛美でもって歓迎された」（石部雅亮「ドイツ民法編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999年）３頁）。

例のために法律で解決することは不可能である。それゆえ、この疑問の解説たるや重きに法律をもって全ての場合のためになすことはできない。法律でこの問題を解決しようとすると、詳細に様々な場合を列挙することにならざるをえないが、満足すべき結果を得ることはできないであろう。実務は、法律の規定に制約されることなしに、個別の事例について、将来、適切な解決を見つけるであろう」[114]。

BGB は、損益相殺について、若干の個別の規定は存在するものの、包括的な規定はおいていない。それは、BGB の起草者が損益相殺を知らなかったためでも、その重要性を認めなかったためでもなく、法律で規定することを不適当と認めたためである。このことには特に注意する必要がある。

第３　学説

この時代の学説は、損益相殺（compensatio lucri cum damno）という問題を統一的に解決しようと努力した。Mommsen が確立した「差額説」（Differenztheorie）は、加害行為がなければあったであろう被害者の財産状態と、現実の財産状態との差額を損害として把握する。損益相殺は、差額説の論理的帰結である。Mommsen は、「利益の填補の唯一の目的は、被害者から損害を除去することである」にもかかわらず、損益相殺をしなければ、「利益を填補することによって、被害者に利益を分与することになる」[115]という。

もっとも、当時の学説が前提としていたのは、普通法としてのローマ法である。そのため、純理論的見地とは別に２つの特徴が見られる。

１つ目の特徴は、損益相殺の基準である。事務管理に関する D3.5.10は、損益相殺を認めるものであると考えられていたのに対して、D17.2.23などの組合契約に関する法文は、損益相殺を否定するものと考えられていた。それゆえ、これらの法文の整合的な解釈という中世以来の課題を克服しない限り、損益相殺の議論をすることはできなかった。ここでも、

---

[114] Motive, Bd.Ⅱ. S. 18f. なお、訳に当たっては、『独逸民法草案第２編理由書』上巻（司法省、1889年）31頁を参考にした。

[115] Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S.192.

多くの解釈が見られる。あるものは、過失責任と危険責任によって損益相殺の有無を区別し、あるものは、利益を惹起する行為が任意のものか義務的なものかによって区別した[116]。後の時代に大きな影響を与えたのは、Mommsen の解釈である。Mommsen は、利益と損害とが、「単一かつ同一の事実の結果」（Folge ein und derselben Thatsache）に基づくものである場合に損益相殺がなされるものと説いた[117]。これは、利益の原因が、損害の発生原因、すなわち、加害行為と同一であるかを問題とするものである。この考え方は、結局のところ、加害行為と利益との因果関係（条件関係）を問題とするものであるので、本稿では、この考え方を条件説とよぶことにする[118]。もっとも、条件説を採用することは、ただちに、法文の整合的な解釈につながるわけではない。Mommsen は、組合の場合は複数の取引を同じ行為の結果と見ることはできないが、事務管理は１つの行為の結果であるという。それによって、事務管理については、損益相殺が認められ、組合の場合は、損益相殺が認められないという法文を説明している。

２つ目の特徴は、損益相殺の議論の前提である。この当時の学説は、独立した損害と独立した利益が存在することが、損益相殺の前提であると考えていた[119]。この独立性（Selbständigkeit）は厳密に定義されたものではないが、これは、被侵害法益以外の法益に関する利益、または、契約以外の利益と関連する利益を意図するものであるようである[120]。例えば、「燒失セル家屋ノ灰燼」「殺サレタル動物ノ死骸」は、利益ではないとされる。これらの物に価値がある場合でも、火災や殺害によって、家

[116] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.144. 坂・前掲注（24）「損益相殺ニ就テ（三完）」1118頁。
[117] Mommsen, a.a.O. (Fn. 28), S.193ff.
[118] 既に見たように、後の日本においても、利益の原因を問題にする考え方はしばしば見られる。しかし、そこでは、単純な因果関係が問題になっているわけではないので、Mommsenn の条件説とは区別する。
[119] 例えば、Cohnfeldt, a.a.O. (Fn. 67), S169. は、「この利益と損害との差し引きは、それ自体として存在する（für sich bestehenden）損害とそれ自体として存在する利益とを前提としている」という。
[120] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.144. 坂・前掲注（74）「損益相殺ニ就テ（二）」956頁。

屋や動物の価値が減少したにすぎないからである[121]。一見もっともな議論のようにも思えるが、独立性を要求することは差額説とは無関係であり、むしろ、矛盾する恐れすらある。即ち、損害を、現実の財産状態と加害行為がなかった場合の仮定的な財産状態との差額と理解するのであれば、利益の発生も「差額」算定の問題に取り込まれ、その独立性を問題にする余地はないはずである。しかし、現実には、当時の学説は、損害と利益の独立性を前提として、損益相殺を議論していた。これも、解釈の前提となったローマ法の法文の影響が大きいものと思われる。つまり、度々述べているように、当時の議論で損益相殺の根拠とされたのは、組合に関する法文と事務管理に関する法文であるが、これらは全て複数の取引を行い、ある取引では利益を上げたが、他の取引では損失を生じたというものである。この法文を前提に議論をすれば、利益と損害とが独立した形で認識されていることを前提にするのが自然であろう。それゆえ、当時の学説の議論していた損益相殺は、加害行為があったものの、被害者がなんらかの利益を得たため、財産的な損害が発生しなかった（あるいは、利益の分だけ減少した形で発生した）というものではない。被害者には、明確な形で損害が発生したものの、それとは別に利益も発生した場合に、これを損害から控除するかという問題なのである。両者は、差額説、特に、被害者の全財産の変化を損害と捉える立場からは、区別されない。しかし、この当時の学説は、両者を区別し、後者のみを損益相殺の問題と考えていたことには留意する必要がある。

一方、ローマ法から離れるが、当時の特徴的な見解として、Scherer の保険に関する言及がある。Scherer は、「他人を違法に侵害した者は、その行為によって、名目上、被害者にもたらされた利得を相殺するように請求する権利を有しない」として、損益相殺を否定した。その理由として、Scherer は「そうでなければ、例えば、高額の保険の掛けられた大酒飲みを殺害した者に対して、殺された者の妻は、謝礼を支払わなければならないことになる」と述べている[122]。ここでは、損益相殺、及び、

[121] 石坂・前掲注（112）『日本民法債権総論（上）』329頁。

[122] Martin Georg Viktor Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, zu §252 Nr.3. ただ

その根底にある損害賠償法における利得禁止原則に対する批判が現れている。

このように、損害賠償における利得禁止について、学説が議論をしている中で、判例は具体的な事例に対して、学説とは異なる議論を展開した。

第4　判例

1　損害の不顕現

損益相殺に関する学説の議論は判例にも影響を与えた。しかし、これから述べる判例の事例は、当時の学説が議論していなかった問題である。

加害行為によって、違法な侵害が行われ、通常であれば損害が発生する場合であっても、特殊な事情によって、現実には、被害者に財産的損害が発生しないことがある。例えば、小麦粉の売買契約において、売主が買主に契約で規定された水準に満たない小麦粉を引き渡したものの、買主がそのことに気づかないままこれを転売し、転売先からも特に抗議がなかったという場合は、買主には目に見える形の損害は生じていない。あるいは、加害者が被害者に暴行を加えて負傷させたが、被害者が友人の医師に無料で治療してもらった場合は、被害者は治療費について現実の支出をしていない。このように、特殊な事情によって、被害者に現実の損害が発生しなかった場合を損害の不顕現類型ということにする。

ドイツの支配的見解である抽象的な差額説は、「当該被害者の具体的事情を顧慮し実際に発生した個別の損害項目を調査する」ことによって損害を算定する方法（具体的損害計算。これに対して、「被害者の具体的事情を捨象して客観的な方法で」損害を「調査・確定する方法」を抽象的損害計算という。）に馴染むものである[123]。すなわち、損害とは、侵害が無ければあったはずの財産状態と現実の財産状態との差額であると

し、当該文献を入手することができなかったため、Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.27 f. の引用部分に基づく。

[123] 奥田・前掲注（112）『新版　注釈民法（10）Ⅱ』317頁（北川善太郎・潮見佳男）。若林三奈「法的概念としての『損害の意義（一）－ドイツにおける判例の検討を中心に－』立命館法学248号689頁（1996年）。

いう公式をそのままこの場合に適用すると、損害の不顕現は損害の不存在を意味することになる。しかし、19世紀のドイツの裁判所は、事件によっては、これとは異なる結論を採用した。具体的に見ていこう。

OAG Darmstadt　1855年５月12日判決[124]

〔事案〕

耕作地の賃貸借契約において、契約終了時に、畑に秋まき小麦を植えておくことが約定されていた。ところが、賃借人は契約に違反し、秋まき小麦を栽培することなく、土地を所有者に返還した。そこで、所有者が賃借人に損害賠償を請求した。訴訟において、所有者は春まき小麦を栽培することができるとの抗弁が認められるかが問題となった。

〔判旨〕

裁判所は、所有者には土地に種をまくことが義務づけられておらず、損害を回避するための積極的な活動をする義務はないとの理由で、上記抗弁を排斥した。しかし、現実に、所有者が春まき小麦の種をまいて利益を得たことが立証されれば、賠償額は軽減されるとした。

この判決は、原告が作付けをする義務を否定したものの、現実に作付けをしたことは考慮の対象としている。すなわち、この判決においては、具体的損害計算を優先するという傾向が現れているということができる。もっとも、原告が作付けを行う義務を問題としたことは、後の損害軽減義務を基準に損害額を算定する法理につながり、抽象的損害計算の萌芽を内包しているものということができる。

ROHG　1877年４月11日判決[125]

〔事案〕

原告は、被告から馬を330ターラー（Thaler）で購入した。その馬は元気であれば、330ターラーから340ターラーの価値があったが、実際には病的な息切れを起こす馬であり、122.5ターラーの価値しかなかった。

[124] SeuffArch 9, Nr. 273, S. 359.

[125] ROHGE 22, 35.

そこで、原告は被告に対して、207.5ターラーの損害賠償を請求した。これに対して、被告は、原告はその馬を280ターラーで第三者に再売却したと主張し、かかる主張が抗弁としての意味を持つかが問題となった。

〔判旨〕

価格減少に関する請求権は、再売買によって影響を受けない。再売買は第一売主と買主との間の法律関係を変更させない、他人間の行為に該当するので、第一売主には、その利益も損害も及ぶことはない。それゆえ、原告が馬を売却した価格によって、原告の被告に対する請求権が増減することはない。

この判決は、明確に、抽象的損害計算を指向している。再売買によって原告が得た利益（及び損失）が損害賠償に与える影響を排除することによって、抽象的な、売買代金額と当該目的物の価値との差額を損害としているのである。

OLG Braunschweig　1891年１月26日判決[126]

〔事案〕

原告はパン屋であり、被告はパン焼き職人である。原被告は、６年間取引を続けてきたが、その取引は、原告が被告に毎日、その日の小麦粉を渡し、これを被告がパンに加工して、原告が報酬を支払うというものであった。しかし、被告は渡された小麦粉の全部を使い切らず、残った小麦粉を横領していた。原告が、被告に対して損害賠償を請求した。これに対して、被告は、被告が焼いた、やや小さなパンは、完全な大きさのパンと同じ値段で売られていたのだから、原告には損害が生じていないと主張した。

〔判旨〕

被告が、小麦粉を横領し、自己の用益に供したことにより、被告はその価値について利得し、原告は、本来より少ない数のパン、または、本来より小さいパンを販売したことによって、その分だけ損害を被った。この損害が、他の、被告の行為と無関係の原因によって、認識できない

[126] SeuffArch 46, Nr. 173, S.272.

ものとなり、または、後で調整されるべき場合は、被告の賠償義務は、完全に疑問の余地無く認められる。そして、当該損害とともに、他の損害の賠償を請求することができる場合にも、被害者の請求権は残存するので、さしあたり、全ての盗品及びその付加物を返還すること、これが不可能な場合にはその価値を返還することを請求することができる。

原告は、その物の横領が無かったとすれば、その価値に対応する使用又は用益を行ったこと、または、原告がその物を使用することができなかったことによって、損害を被ったことについて、合理的な立証をする義務を負わない。

この判決は、パン職人事例（Bäckerfall）といわれる、ドイツの有名な損益相殺事例に関するものである。この判決でも、具体的損害計算は排除されている。より正確には、被告は横領した小麦粉（またはその価値）を原告に返還する義務を負うこととされており、原告が被告の作ったパンを通常と同じ価格で販売したという事情は考慮されていない。

これらの判決のうち、OAG Darmstadt 判決については、現在の判例とは異なる立場で判断している。今日では、損害軽減義務を基準に損益相殺を検討するという判例法理が確立されている（詳しくは、次章で取り上げる。）。しかし、既に述べたように、この判決も原告の損害軽減義務を問題としており、それゆえ、単純に具体的損害計算を行ったわけではないことに留意しなければならない。

ROHG 判決及び OLG Braunschweig 判決は、今日でも同様の法理論が維持されている[127]。判決の趣旨は、要するに、被害者と第三者との取引は、加害者には関係が無いことであるから、被害者が第三者との取引によって利益を得ても、損害賠償義務は軽減されないというものである。被害者が第三者との取引によって損失を被ることもあり得ることを考えれば、このような抽象的損害計算にも合理性があるようにも思える。

しかし、判例は、第三者との取引を一切考慮しなかったわけではない。

[127] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.145f.

RG 1886年３月２日判決[128]

〔事案〕

原告は、ベルギー国鉄当局との間で、オーク材の厚板を販売する契約を締結した。原告は、この厚板を被告から購入するとの契約を締結した。ところが、被告による厚板の納入が遅滞したため、原告は、ベルギー国有鉄道との契約を履行するため、第三者から厚板を填補購入（Deckungskauf）した。原告は、被告の履行遅滞によって生じた損害として、填補売買の購入代金等を訴求した。

〔判旨〕

（填補購入の代金の請求について）原告は、填補購入の締結と実行によって被った、実在する損害についてのみ請求することができる。この反対請求権の額は、当然に、填補購入に基づく損害賠償請求権まで、減少する。この場合、損害は、填補売買による利益を差し引く形で理解される。

この判決以前に、ROHG 1877年６月６日判決[129]も、同様に、売主の債務不履行の場合に、買主が填補購入を行ったという事例において、原被告間の売買契約の代金と填補購入による代金の差額を損害と判断している。それゆえ、このような場合には、損害の算定において、填補購入を考慮するのが当時の判例の立場であったといってよい。即ち、既に19世紀のドイツの判例は、損害額の算定において、填補購入の場合は、当該取引を考慮するという定式を確立していたということができる。

２　利益の獲得

損害は発生したものの、被害者が侵害行為と関連して利益を獲得することがある。例えば、加害者が被害者に暴行を加えたため、被害者は負傷したが、これによって被害者の加入していた私保険から保険金が給付されたという事例がこれに当たる。この類型を利益の獲得とよぶことにする。これも差額説の見地からは、侵害が無ければあったはずの財産状

[128] RGZ 15, 65.

[129] ROHGE 22, 184.

態と現実の財産状態との差額が（わずかしか）存在しない以上、損害が存在しないことになる可能性がある。そうはいっても、この類型の場合は、損害の不顕現類型と異なり、損害を算定すること自体に支障は無い。すなわち、損害の不顕現類型では、具体的な取引の価格とは異なる、抽象的な目的物の価額を設定しない限り、差額計算による損害算定によって、損害を認めることはできない。一方、利益の獲得類型では、明確な形で損害が発生し、これを算定することに支障はないものの、別に、被害者が利益を得たために、これを損害算定において考慮するかどうかが問題となっているのである。

この利益の獲得類型についても、次の通り、判例は利益の考慮に否定的である。

Oberste LG Bayern 1887年２月11日判決[130]

〔事案〕

原告は、被告に融資を行い、その際、被告の所有する不動産に抵当権を設定した。被告が返済をしないので、原告は抵当権を実行し、競売が実施された。この競売においては、原告自身が、通常より安い価格で当該不動産を競落した。原告は、競売によって回収することができなかった不足分の賠償を求めて、訴えを提起した。原審は、競売によって、通常より安く不動産を取得したことによる利益（剰余価値）は、貸付元本の不足分から控除されなければならないとして、原告の請求を棄却した。

〔判旨〕

原審は、損害の填補が、剰余価値の現実化、即ち、再売却によってのみ可能であることを看過している。この再売却によって、計算上の剰余価値が現実化するかは疑わしく、再売却は、もっぱら原告の投機行為である。その損失を原告が負担するのと同様に、剰余価値は、正当な利益とみなされ、その利益が実現化したとしても、不当な利得と解釈されるべきではない。それゆえ、被告が、原告には損害賠償請求権がないと主張することは許されない。

[130] SeuffArch 43, Nr. 177, S.262f.

ここでは判決は、不動産投資は投機行為であり、原告が不動産を売却したことによる損害及び利益は、被告に対する損害賠償請求権に影響しないとしている。一方、次の事例は、被害者に確定的に利益が生じた場合に関する判例である。

RG 1899年９月29日[131]

〔事案〕

原告が被告に対して、損害賠償を請求した。これに対して、被告は、原告は自ら締結した事故保険（Unfallversicherung）に基づき、保険組合連合から、保険金を受領しており、これを賠償額から控除するべきであると主張した。

〔判旨〕

２つの差し引きされるべき請求権は、完全に異なる法的根拠に基づくものであるので、事故と外形上の関連があるとしても、両者の間には、法的意味における関係が欠如している。

特に、保険金請求権は、当該事故やそれによって生じた損害に基づくものではなく、保険契約に基づくものである。その契約は、純粋な損害賠償請求権を生じさせるものではなく、危険な法律行為に基づく財産上の利益を生じさせるものである。保険契約は、単に支払われた保険料の額だけを指向する。上告人が主張するように、これは生命保険のみに妥当するということは正しいとはいえない；事故保険の場合も、保険者の給付は、実際に発生した損害に限定されるものではなく、それはむしろ、支払われた保険料の額に対応する、保険金額において存在する。保険金額は、実際に生じる損害を下回ることがあるのと同様に、それを上回ることもあり得る。それゆえ、特定の保険の種類（火災保険やそのようなもの）について、二重保険の事例において、二重の損害填補（doppelten Schadensregulierung）の否定が認められる、要するに、そのような損害填補が、具体的な保険取引の性質と矛盾するという見解は、正当ではない。

[131] SeuffArch 55, Nr. 74, S.154f.

保険法の観点から見て、この判例のいうことが適切であるかどうかはともかく、被害者が受領した保険金については損益相殺を行わないということは、この当時の圧倒的多数の判決によって確認された。Oertmann が指摘しているだけでも、11の判例が存在する[132]。Thüsing によれば、この結論に明確に反対しているのは、Hamburg Handelsgericht 1868年３月16日判決[133]のみであり[134]、保険金について損益相殺を行わないことは、実務上の扱いとして、ほとんど異論のないところであったといえる。

それゆえ、保険金の受領という、被害者が確定的に利益を受ける場合であっても、当時の判例は損益相殺を認めていたわけではない。

３　判例のまとめ

一見して明らかなように、学説が、損害賠償法における利得禁止を説いたにもかかわらず、判例は、ほとんどの事例で、被害者に生じた利益の控除を否定している。特に、学説が問題とした、独立した損害と利益が発生する類型、すなわち、利益の獲得類型においては、判例は、利益の控除を認めていない。判例が、利益の控除を認めたのは、学説が検討していなかった損害の不顕現類型のうちの填補売買についてである。

このように、19世紀のドイツ法の判例は、学説とはかなり異なる立場に立っていたのである。

第８節　小活

これまで検討したところによれば、古典期のローマ法において、損益相殺概念が認められていたということは困難であるように思われる。法文解釈上の困難さに加えて、interpolatio の可能性も指摘されている。ドイツの学説によれば、損益相殺の前提となる利益と損害とを対置するという考えは古典期ではなく、古典期後に生じたものである。それゆえ、

[132] Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.111ff.

[133] Hamburg Handelsgericht Gerichtszeitung 1868, Beiblatt Nr.12.

[134] Thüsing, a.a.O. (Fn. 14), S.146.

損益相殺概念の起源は、古典期より後の時代に求めなければならない。このことは、損益相殺とは普遍的な概念ではなく、損害賠償法における損害概念に依存する概念であるということを示唆している。

古典期後の、法の卑俗化において、古典期の損害概念は曖昧なものとなった。そして、ドイツの有力な見解によれば、これによって初めて利益と損害とが対応するという発想が生じたのである。もっとも、この時代に損益相殺が認められたかは未だ不確実である。

中世の法学は、古典期ローマ法の解釈を行い、特に、D.3.5.10（事務管理に関する法文）と D17.2.23.1（組合に関する法文）の整合的な解釈を試みた。しかし、これも直ちに損益相殺につながるわけではない。中世の学問は、損害賠償法の問題を解決しようとしたわけではなく、法文の整合的な理解を試みたにすぎないからである。

確実に損益相殺と結びつくのは、近代の学説である。16世紀の文献には、今日の差額説と同じ損害の定義が見られる。そして、近代の自然法学者は、ローマ法の法文から離れて、被害者は加害行為によって利得するべきではないという利得禁止思想を定式化し、それゆえ、被害者の受けた利益は損害額から控除されると説いたのである。ここに至って初めて、確実な損益相殺の定式化が見られる。もっとも、ALR に見られるように、いまだ、損益相殺は法原則として根付いていたわけではない。ALR は、加害者の主観面の悪性によって、賠償される損害を区別しており、損益相殺の可否もそれによって区別されていた。

19世紀になるとようやく損益相殺思想は一般的に受け入れられるようになる。この時代の学説は、損害概念について、差額説を完成させた。差額説が通説化したことにより、差額説の論理的帰結である損益相殺思想もまた一般的なものとなった。中世以来続いていたローマ法の法文の解釈が、これと結びついた。即ち、損益相殺をローマ法の法文から読み取ることができないかという試みがなされたのである。その一方で、この当時の議論は、既に損益相殺の対象とならない利益が存在することを承認していた。それゆえ、1900年から施行された BGB は、あえて損益相殺についての一般的な規定を置かず、問題の解決を学説及び実務に委ねたのである。

もっとも、19世紀の学説と判例との間には大きな隔たりがあった。学

説は、独立した損害と独立した利益が存在することを前提に、損益相殺を原則と考えていた。しかし、判例は、独立した損害と利益が存在する利益の獲得類型においては、損益相殺を認めなかった。その一方で、学説が検討しなかった損害の不顕現事例のうちの一部で損益相殺を認めた。判例を全体としてみれば、損益相殺を否定した類型が多数を占めている。

このような学説及び判例を前提する限り、19世紀のドイツにおいては、損益相殺という原則が承認されていたと、単純にいうことはできない。Motive は、「法律でこの問題を解決しようとすると、詳細に様々な場合を列挙することにならざるをえないが、満足すべき結果を得ることはできないであろう」という。これが、19世紀のドイツ法の到達点である。

ローマ法から、19世紀ドイツ法までの議論を概観すると、損益相殺という問題は、若い問題領域であり、同時に、洗練された議論ではないことが分かる。損益相殺概念は、差額説の完成によって、19世紀にようやく一般化したが、そこで議論されたことは、差額説からの利益控除の要請と、伝統的なローマ法の法文の解釈が融合したものであった。実務は、填補売買の類型では、損益相殺を承認したものの、その他の多くの類型では、損益相殺を否定した。損益相殺の研究者が、その根拠というべき差額説に疑問を抱くのは、むしろ当然であろう。この傾向は、既に、Walsmann と Oertmann において現れている。

第９節　Walsmann と Oertmann －損失説と後の議論への影響

Walsmann は1900年に、Oertmann は1901年に、それぞれ、損益相殺の論文を発表した。Oertmann の論文は、20世紀に入ってからのものであるが、両者の論文は発表時期が近接しているだけでなく、その内容もよく似ているため、両者を併せて、ここで検討することとする。

Walsmann と Oertmann の論文は、ドイツ法においても、日本法においても、その後の損益相殺の議論に大きな影響を与えている。日本の研究者が損益相殺概念を、この２つの論文から学んだことは前述の通りである。ドイツ法に対する影響は、Oertmann の論文の表題「Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und

deutschen bürgerlichen Recht」（直訳すると、「ローマとドイツの民法における、損害賠償についての利益の調整」となる。）にあるVorteilsausgleichungが、今日のドイツ法において、一般的に損益相殺を指すものとして用いられていることからも知ることができる。

WalsmannとOertmannの論文は、ローマ法の法文や独立した利益と独立した損害を議論の前提とするなど、19世紀のドイツの学説の特徴を残している。しかし、特に、Oertmannの論文は、損失説や相当因果関係論の採用という点で、後の議論に大きな影響を与えた。

この２つの論文は、当時、既にドイツで支配的となっていた差額説ではなく、損害を具体的な事実と捉える損失説を採用している[135]。損害を財産の差額として抽象的に把握する差額説に対して、損失説は、損害を具体的な損失として把握する。損失説は、当時の学説が議論の前提としていた、独立した損害と独立した利益が存在するという状況に整合的な損害理解である。もっとも、有力な学者であったOertmannが採用したにもかかわらず、今日に至るまで、ドイツの支配的な損害理解は差額説である。一方、日本法においては、損失説は差額説と対立する有力な見解として受け取られ、両者を併用する形で損害概念が理解されていった[136]。今日の日本法においては、損失説は、伝統的な損害理解の中に取り込まれているといえる[137]。

一方、Oertmannによる相当因果関係論の損益相殺への適用は、ドイツ法においても、日本法においても採用された。日本法における相当因果関係説は、前章の通りである。また、ドイツ法における相当因果関係論については、次章で詳しく取り扱うので、ここでは取り扱わない。注目すべきは、控除されるべき利益についても、損害と同様の相当因果関係を要求している点、及び、損益相殺に関しては「柔軟な基準」を採用し、必ずしも相当因果関係に基づかない解決を認めている点である。前者は、利益を損害と同様のものと考えていることを示唆している。一方で、後者は、利益について、損害と同様に考えることの限界を示唆している。

---

[135] Walsmann, a.a.O. (Fn. 12), S. 10. Oertmann, a.a.O. (Fn. 13), S.6.

[136] 石坂・前掲注（112）『日本民法債権総論（上）』284頁など。

[137] 奥田・前掲注（112）『新版　注釈民法（10）Ⅱ』266頁（北川善太郎・潮見佳男）。

いずれにせよ、このような議論を前提として、日本とドイツで、それぞれ、損益相殺に関する議論が行われていったのである。

※　本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究」（2015年３月25日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり JSPS25・2206の助成を受けた。

論　　説

法と情報空間（4）

―― 近代日本における法情報の構築と変容 ――

郭　　薇

目　次

序章　法的コミュニケーションの研究とその意義
第一章　情報としての法－法的コミュニケーションの研究
（以上、66巻２号）
第一部　メデイア主導の法情報
第二章　マスコミにおける法的問題の構築―新聞を素材に
第三章　雑誌における法的問題の構築―『法律時報」の事例研究を兼ねて
第一節　法律雑誌というメディア
（以上、66巻３号）
第二節　法律雑誌の大衆化は可能なのか
第三節　法律雑誌と立法
第四章　　法情報の性質―社会性と専門性の間
（以上、66巻４号）
第二部　ユーザ主導の法情報―2010年公訴時効改正を素材として
第五章　2010年公訴時効改正の法制審議会における世論の役割
第六章　裁判の言説と世論の言説―足立区女性教員殺害事件を素材として
第七章　公訴時効をめぐる各メデイアの言説
第一節　時効報道の背景
第二節　マスメディアの時効報道
（以上、66巻５号）
第八章　「世論」という情報―ユーザ視点の法情報をめぐる概念
結論　法情報の受容

第二部　ユーザ主導の法情報
―2011年公訴時効改正を素材として

第２部では、特定の立法事例を通して、異なる性質の法情報あるいは言説間の相互作用を検討する。具体的には、立法審議、裁判またはメディアにおける法情報の取得、編集、また使用の状況を解明し、その関係を検討する。その狙いは、実際の立法過程における社会構成員が発す情報の効果を解明することにある。ここでは、社会構成員の法言説に関する研究アプローチをユーザの視点と呼ぶ。

現在、情報公開制度などの改革によって、非法律専門家の社会構成員も以前と比べて法情報にアクセスしやすくなった。ただし、法情報へのアクセスの向上は必ずしも法制度への信頼を導くものではなかった。2005年に公表された日本社会全体を対象とした法意識調査の結果を1975年の調査結果と比較すると、日本社会における一般人の法意識は、厳罰化を志向する傾向が高まっており、実務における法運用の柔軟的対応（法解釈）に対する不信感も依然として強いことが確認される[1]。この現象には様々な社会背景が考えられるが、少なくとも、法情報空間の拡大が社会の法理解を変化させたという従来の法情報に関する自明な前提は支持されていない。言い換えれば、情報収集の改善が、直ちに既存の法システムや法理論への理解を向上するまでは至っていない。情報使用者の声をいかに抽出し、またはいかに制度設計に活かすかという立案過程の作業も、法情報の効果を検討するために重要であると考えられる。

第２部の分析は、研究の一貫性を保つため、同じく第１部の実証研究（新聞や法律雑誌における立法特集）で検討された刑事法改正の現象を中心に展開する。具体的には、2010年の公訴時効改正を事件研究の対象とする。2010年の公訴時効改正における以下の特徴によって、その事例研究は異なる法情報間の相互作用、特に従来の法的思考との衝突および法形成への影響を知るために役立つからである。

---

[1] 木下麻奈子「日本人の法に対する態度の構造と変容―30年間で人びとの考え方はどのように変化したか－」村山眞維＝松村良之『現代日本の紛争処理と民事司法』（東京大学出版会、2010）３-20頁を参照。

第一には、公訴時効改正は特別法ではなく、基本法である刑事訴訟法の改正である[2]。少年法など特別法は、特定な問題や事件を扱うことから立法による個別の措置を求める圧力が基本法より強いように思われる。そこでは、立法を動員する戦略として報道言説を利用する傾向があり、さらに政治的な意図が反映されやすい議員立法も多くみられ、法学者の意見を相対的に抑えやすくしておこうとするものと推測される。それに対して基本法の場合は、法学の蓄積があることから、一般的に伝統的に専門家の意見を重視する。従って、そうした基本法の改正における法情報の状況は、既存の立法過程に対する法情報空間の変化にもたらす影響をより浮き彫りにすることが期待される。

第二には、法制審議会議事録の公開、パブリックオピニオンの実施などの法務省の一連の動きによって、公訴時効改正はこれまでの立法過程と比べて、より社会に開かれたプロセスになるはずであった。そうすることで、法制度に関する理解・評価（法意識）が日本の法実務家あるいは法学の研究者に基づくのみではなく、一般市民の間のものであっても、実際の立法審議に影響を与える可能性が見込まれた。1990年代以後、法制度の立法による改革が頻繁に行われてきた。同時に、世論や社会的な言説の立法過程への影響が強くなってきた。2010年の公訴時効改正は、まさにそのような背景を典型的に表す立法事例である。

第三には、情報技術の発展によって、より多様な情報の形式が平成の立法期に見られる。前述のように、明治期の立法から戦後の改革までは、新聞、雑誌など紙メディアが社会における主な情報源であった。これに対して、平成の立法過程における法情報発信は、ネット空間を含めより

[2] ここで問題とする「基本法」とは題名に「基本法」という名称や指導法・指針となる原則的な内容を含むものではなく、刑法や刑事訴訟法など法分野の基本領域を規定する法律のことを指す。それに対して「特別法」とは、特定の団体や人、特定の場面（事件・現象）を規制の対象とする法律であり、個別的法律の問題として議論されるものである。「基本法」と「特別法」の議論については、川崎政司「基本法再考―基本法の意義・機能・問題性」自治研究81巻８号（2005年）、「立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方：法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、それらへの対応」慶應法学12巻（2009年）48-49頁を参照。

多様なメディア手段が選べるようになった。異なるメディアの法情報の効果を同時に検討できるという意味では、この時期の立法は非常に興味深い。

次に、2010年公訴時効改正の経緯とその議論状況について概要する。

日本の公訴時効制度は、治罪法（明治13年）において、法定刑による罪種区分に定められた一定の期間が経過すると公訴権が消滅する「期満免除」という名称の制度として導入された。その後、旧々刑事訴訟法（明治23年）において時効という名称に変更され、公訴時効に関する改正は現行刑法（明治40年）、旧刑事訴訟法（大正11年）や、現行刑事訴訟法（昭和23年）制定の際に、数回に渡って行われている。また、平成16年には、刑法等の一部を改正する法律（平成16年法律第156号）により、死刑又は無期若しくは長期15年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪について、公訴時効を延長する改正が行われた。従って、現在の公訴時効制度は、すべての犯罪に適用されることが前提とされ、法定刑の軽重を基準として公訴時効期間を定めてきたといえよう。

2010年４月27日、第147回国会においては、「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」（平成22年法律第26号）が成立し、同日公布された。この法律は、刑法及び刑事訴訟法を改正し、人を死亡させた犯罪の公訴時効に関する規定や、刑の時効に関する規定等を整備するものである。成立までの経緯については、以下のように整理することができる。

①2009年１月から、法務省は省内勉強会を開催して、公訴時効のあり方等について検討を行ってきた。

②2009年３月末までに、公訴時効制度の趣旨や、公訴時効に関連する事件の実情等を確認するとともに、検討の結果を中間的な取りまとめとして公表した。同年７月、最終的な結果として、殺人等凶悪・重大犯罪においては、その事案の真相を明らかにし、刑事責任を追及する機会をより広く確保するため、公訴時効制度の在り方等を見直す必要があるという方向性を示すに至った。

③2009年10月28日、法務大臣が法制審議会に対し、必要な法整備について諮問を行った。同年11月から2010年２月までの間に、法制審議会に設けられた刑事法（公訴時効関係）部会は合計８回にわたって開かれ、学者、裁判官、検察官、弁護士等の実務家のほか、被害者団体の関係者

も加えて審議・検討を重ねた上で、人を死亡させた罪のうち法定刑に死刑が定められているものについて公訴時効の対象から除外するとともに、これらの犯罪のうち法定刑に懲役若しくは禁錮に当たる罪について公訴時効の期間を２倍延長する等を内容とする整備要綱の骨子を策定し、2010年２月、法務大臣に答申した。

④これと並行して、2009年11月から同年12月までの間に内閣府の実施した世論調査や同年12月から2010年１月までの間に法務省の実施した意見募集手続において、公訴時効制度に対する国民の意識の調査等を行ってきた。そしてこれらの結果等については、法制審議会の会議資料として審議委員に配分するとされた。

⑤法務省は、この答申等に基づき立案作業を進め、2010年３月12日、第174回国会に法律案を提出した。この法律案は、参議院先議で審議が進められ、両院における審議の結果、2010年４月27日、衆議院本会議において可決、成立した。法律の内容について、法制審議会の骨子案の結論と一致したとみられている。

以上の内容を踏まえて、まず短期間に集中的な議論が行われてきたことは2010年公訴時効改正の特徴として挙げることができる。その社会的背景については、現実に犯罪が急増したというより、被害に対する感受性の拡大が動因になって推進されたとの指摘がなされている[3]。それは、

[3] 今回の法改正について、多くの法学者は消極的な評価を与えた。このような批判的意見としては、白取祐司「公訴時効制度『見直し』法案への疑問」法律時報82巻５号（2010）２頁以下、三島聡「『逆風』のなかの公訴時効――『見えにくい』利益の保護をめぐって」法律時報81巻９号（2009）１頁以下、松宮孝明「刑事時効見直しの動きと問題点――公訴時効と刑の時効を含めて」刑事弁護62号（2010）８頁以下、河合幹雄「公訴時効廃止は被害者のためになるのか」世界796号（2009）57頁以下、道谷卓「公訴時効をめぐる最近の動向――法務省・公訴時効勉強会の最終報告について」姫路法学50号（2009）５頁以下など。さらに、刑事法ジャーナル18号には特集「公訴時効のあり方」がある。そこでは、今回の法改正に対してより積極的な立場から、主に公訴時効制度に関する外国の立法例が紹介されている。また、法改正の後に公表されたものとして、新倉修「公訴時効論（１）～（６）―公訴時効の廃止・再延長と遡及適用―」青山法学論集52巻１号（2010）33頁以下、52巻２号（2010）１頁以下、52巻３号（2010）１頁以下、52巻４号（2011）35頁以下、53巻２号（2011）１頁以下、53巻４号（2012年）

審議会が「国民意識の変化」を取り上げ、従来の公訴時効制度の存在理由である「処罰感情の希薄化」が必ずしも当てはまらなくなってきている、という立法趣旨につながるものと思われる[4]。内閣府の世論調査によると、その「国民意識」の内実は、公訴時効制度によって処罰に値する犯罪者が罪を免れることに不正を感じることであるとのことであった[5]。法学者は、被害感情を満足させることを狙った点を批判し、今回の公訴時効改正については「感情立法」として位置づけていた[6]。

公訴時効を含め2000年以後の刑事法改正には、専門家よりも素人の感覚、つまり「世論」を根拠にした刑事法の積極的な規制を求めるものが多く見られる[7]。今回の公訴時効改正には、専門的理論の弱体化と被害者意識の強調という、二つの側面が見られる。

こうした現象は、すなわち法の変更・形成が、既存の法の領域で想定されない「外」の原理によって変化していることを示している。まさに、「世論」とは「外」の原理が現れた一つの形式にすぎないという見方も可

４頁以下は法制審議会の論点を詳細に整理した。大澤裕「人を死亡させた罪の公訴時効の改正」ジュリスト1404号（2010）52 頁以下、原田和往「公訴時効制度見直し論の今後」刑事法ジャーナル26号（2010）19頁以下、小池信太郎「人を死亡させた罪の公訴時効の廃止･延長と遡及処罰禁止の妥当範囲」刑事法ジャーナル26号（2010）25頁以下も公訴時効改正の動向とその効果を言及した。また、金子章「公訴時効制度の存在理由についての一考察―公訴時効制度の見直しをめぐる近時の議論を契機として―」横浜国際経済法学19巻３号（2010）23頁以下は公訴時効制度の趣旨に関する議論状況とその意義を提示したものである。萩原滋「公訴時効の延長・廃止と罪刑法定主義」白山法学７号（2011）１頁以下はドイツとアメリカの議論を参考に、公訴時効改正以後の遡及適用を考察した。原田和往「公訴時効制度に関する実体法説的説明について」岡山大学法学会雑誌64巻２号（2014）348頁以下は時の経過と刑罰権実現の必要性との関係を論じている。

[4] 公訴時効制度の趣旨 http://www.moj.go.jp/SHINGI2/091116-1-1.txt（2015年９月現在）

[5] 内閣府「基本法制度に関する世論調査」（平成21年12月調査）。http://www8.cao.go.jp/survey/h21/h21-houseido/index.html（2015年９月現在）。

[6] 例えば前注３・白取、または前注３・松宮＝９頁を参照。

[7] 前注４・公訴時効制度趣旨を参照。

能であろう。従って、法社会学の観点からみると、立法における世論の問題とは、法的な「閉じたループ」を超えた外的なファクターの導入が法の形成にいかなる効果を有するか、ということを意味する。

2010年の公訴時効改正における世論の構造については、以下の三つに区分けすることができる。第一に、審議の際に提供された世論である。その世論の表現様式に関しては、被害者団体のヒアリング、被害者団体委員の発言がみられる。そのような世論は、直接に法制審議会の審議に沿って提供され、審議の中に情報提供者と直接に対話できるものである。第二に、メディアにおける「報道世論」によって、公訴時効をめぐる世論の内容を立法審議の参加者以外の社会的構成員にも伝えることができる。「報道世論」は、社会の構成員であれば誰でもメディアを通して接触できる情報であり、その受け手は実際の立法審議と関わっている人に限らない。第三に、「世論」に対する理解である。そうした世論は、立法審議のみならず、司法過程やメデイアや個人の会話まで広く見られる。さらに、新しい世論を形成させるリソースでもある。

以上の状況を踏まえつつ、本論は、具体的に、「世論」を通じて現れてくる法に関する情報が公訴時効の立法過程においてどのような役割を担ったかについて検討する。2010年の公訴時効改正における世論を、複数の形を分けて、すなわち法制審議会における立法の世論、裁判と立法の世論、メディアと立法の世論という三つの角度から公訴時効改正の世論形成を考察する。第２部での事例分析[8]は、次の問題を解明してゆく。

①（第５章）立法の審議において、どのような「世論」の情報が採用され、またその情報はどのように位置づけられたか。

②（第６章）司法において、「世論」の情報は判決に配慮されたか、またそれと立法過程における世論の作用は異なるものか。

③（第７章）複数のメディアにおいて「世論」の情報はどのように形成、編集されたか。もしメディアに「世論」の情報の形成・編集が異なるとしたら、その原因はどこにあるか。

[8] 本稿の第５章、第６章の第２節そして第７章は旧稿「日本における『世論』と法―公訴時効に関する言説の交錯を中心に―」（北大法政ジャーナル No.18、149-178頁）を改訂したものによる。

④（第８章）従来の法と世論の理論は、以上のような「世論」の情報およびその効果を説明できるか。もし出来なかったら、そうした情報の性質をいかに位置づけるのか。

第五章　法制審議会における世論の役割

第一節　問題の背景

第一款　問題の設定

現在の法制審議会[9]は、法務大臣の諮問に応じて、民事法、刑事法その他法務に関する基本的な事項を調査審議すること等を目的とするものである[10]。1949年に、法務省設置法13条およびその別表２、また法制審議会令（1949年政令134条）に基づき、法制審議会は設置された[11]。法制審議会は、一般的に法務省の所管する法律を審議の対象とする。ただし、戦後国内法整備のニーズに応じて、広く基本法の制定を審議した実態もあったことが指摘されている[12]。

---

[9] 法制審議会の経緯は、大正時代まで遡ることができる。大正８年７月に、内閣臨時法制審議会が設けられ、民法親族編・相続編改正の要綱を審議し、また大正15年に刑法改正の綱領に関しても決議した。昭和４年10月に臨時法制審議会に代わって、「法制審議会」という組織が設置された。戦後は、憲法の改正に伴う多数の法改正を円滑に行うため、内閣に臨時法制調査会が成立された。また、それらとは別に、司法制度改革に関して、司法大臣の諮問機関としての「司法法制審議会」も作られ、上述の臨時法制審議会とともに、終戦後の民法の改正、刑法の改正、裁判所法の制定等に関わった。

[10] 法務省組織令第58条第１款を参照。

[11] 当時から、法務総裁（のち法務大臣）を会長とし30人以内の委員により構成される「大臣自ら主催する審議会」として運営されてきたが、2000年の改正において、「法務大臣を会長とする」旨の条項が削除され、委員二十人以内で組織することになった。委員は、「学識経験のある者のうちから、法務大臣が任命する。」（法制審議会令第２条）。

[12] 我妻栄等『立法過程における法制審議会の役割』（座談会）法律時報30巻７号（1958）45頁を参照。特に、当時内閣法制局長官であった林修三の発言はその点について言及したものであった。

法制審議会の役割は、まず諮問に応じて、法制定に関する情報の収集することにある。少なくとも80年代まで、法制審議会の運営は法技術に精通した専門家によってなされており、世論の傾向や政治活動に対応する議会での審議に対して、将来の裁判活動に適するよう、特に具体的な紛争処理を念頭に制度設計を行っていたように思われる。例えば、元法務省顧問の我妻栄は、法制審議会と議会の関係について「議会での審議を意識する関係官庁の職人があるが、学者／法律家の観点から法制審議会はあくまで中立的な立場から決めて、理想・合理的状態に近いものを提供すべき」、または「法制審議会としてはマハトではなくてレヒトということを中心に考えるべき」ことを強調した[13]。

ただ、近年、法務省の内部機関であるにもかかわらず、法制審議会は、「重要事項に関する調査審議」という「諮問機能」、または「不服審査その他の処理」という、いわゆる「参与機能」を果たしている[14]。

法制審議会刑事会に関する研究では、立法趣旨の解明または立法効果について検討したものがしばしばみられる[15]。近年、市民参加を求めることから、審議枠組の変化[16]が見られる。そこで問題になったのは、国

[13] 前注11・法制審議会座談会、56-58頁を参照。

[14] ダニエル・H・フット「審議会の参与観察」太田勝造等編『法社会学の新世代』（有斐閣、2009）27頁を参照。フットの論文は、法科大学院いわゆるロースグール制度をめぐる法制審議会の審議、通称司法制度改革審議会を素材にしたものであった。その審議を経て、2001年６月司法制度改革審議会意見書が公開された。

[15] 例えば、中山研一「法定刑の大幅引き上げに関する刑法改正について、法制審議会刑事法部会の議事録の検討」判例時報1917（2006）３-15頁は、審議過程の「公開性」を中心に考察する。また、岩田研二郎「刑事訴訟における被害者参加制度の問題点 – 法制審議会刑事法部会の審議を中心に」法律時報79巻５号（2007）84-89頁は、審議の特徴に着目し、被害者制度の社会的意義を指摘した。そして、平成16年の公訴時効改正について、道谷卓は「公訴時効の本質 – 平成一七年公訴時効規定改正をふまえて」姫路法学45（2006）51-122頁において、審議の現実志向が公訴時効の制度趣旨に影響を与えることを論じている。なお、今回の刑事法改正審議の構成また議題の設定に問題があることを指摘したものとして、例えば前注３・白取＝３頁を参照。

[16] 例えば、多様な委員構成、議事録のネット上での公開、そしてヒアリングなどの機会を設けることである。

民に向けた「公開性」と「冷静な議論」である専門的な議論との間でどのようにバランスをとるのかといったことである[17]。具体的には、利益団体が審議に加わるかどうかに応じて、どのような議論が審議においてなされるのかという点についての分析がある[18]。公訴時効制度についても、論議の参加者である被害者団体と対立する団体が存在しないため、彼らの言説への有力な反論を形成しにくかったという指摘がある[19]。こうした専門家と非専門家の「ギャップ」は公訴時効改正以後の法制審議会でもみられ、一部の法律家もそうした審議のあり方を問題視している[20]。一方、法制審議会に参加した非専門家の委員から、法律学の論証方法に対する疑問が呈された。ジャーナリストである安岡崇志は、法制審議会の議論について、「（対立した論点）双方とも、定性的定量的に実証された実状分析に立脚しないので、議論は漂流してしまい」、または「刑訴法の名宛人である司法関係者たちが刑訴法をただ単に職務遂行の準則と捉えるがゆえに、法の解釈運用の実状調査・実証研究が行われないのかもしれない」、と法学者による論理に違和感を示した[21]。

これらの研究を踏まえた上で、本章では審議会で行った審議の進行や審議会委員の発言に注目し、特に各言説の特徴を検討したいと思う。法

---

[17] 前注14・フット29頁。

[18] 例えば、フットは法科大学院関する法制審議会を観察対象とし、大学院生という利益団体の不在が審議に対する影響を示してきた。前注14・フットを参照。

[19] 高見勝利「『より良き立法』へのプロジェクト－ハート・サックス "THE LEGAL PROCESS" 再読」（特集 立法学の新展開）ジュリスト1369（2008）20頁。

[20] 例えば、2011年６月29日から2014年７月９日に渡って行われた法制審議会・新時代の刑事司法特別部会の審議について、「非法律家である有識者の発言を法律「論」を盾にして、ことごとく潰していく一部の「学者」委員」。時には権力の意を代弁して有識者の提示する疑問を論難・排除する。例えば有識者の事前全面開示論に対して、学者委員は、「いわゆる事前全面開示論については、十分な議論を踏まえた上で、はっきりとその考え方は妥当でない、採らないということで、法律として国会が制定したものだ。」と刑法学者である白取祐司が指摘した。白取祐司「法制審特別部会は課題に答えたか」法律時報86巻10号（2014）９頁を参照。

[21] 安岡崇志「雪と玫瑰（ハマナス）と―特別部会に明治から未来を見た」法律時報86巻10号（2014）15頁を参照。

制度のあり方をめぐる内容が多く含まれているため、本論では、そうした言説を「法情報」の一種として扱う。公訴時効の改正には、一方で社会の関心が集まり、他方で公訴権の消滅をめぐる専門的な知識も必要とされた[22]。公訴時効制度、特に制度の目的については、〈日常経験〉と〈専門性〉の間に異なる解釈が見られる。本論の序章で述べたように、法情報論の観点は、解釈図式の齟齬を法情報類型の形成、伝達または適用の状況に関わる現象として考えられる。以上の新聞（第２章）と雑誌（第３章）で法情報の分析から、いずれも、情報類型の変化は立法報道における問題関心の変化と連動していることが分かる。

第二部の冒頭で言及した通り、近年日本の立法は、情報公開、情報収集発信の拡大を介して、法制度の正当性を「世論」によって担保させようと検討してきた。このように、立法過程（会議議論）についても、情報公開やメディア報道のあり方を意識し運営しなければならない状況が作り出されている[23]。その上、司法過程のように、判定者たる裁判官の中立的判断や証拠法上の事実基準を持たないゆえに、社会的言説の選別が、立法過程審議の難点となる。本章では、立法審議という場を対象に、公訴時効の審議に言及した「世論」の内実を解明していくことにしたい。

第二款　「公訴時効関係部会」審議の概要

（１）審議の大枠

法制審議会刑事法（公訴時効関係）部会は、諮問第89号の調査審議を行うため、新たに設置されたものである。具体的な議題は、次のように

---

[22] 社会関心への配慮は、審議会においても一貫して意識されている（法制審議会公訴時効部会議事録第１回会議 http://www.moj.go.jp/shingi1/091116-1-1.txt）。

[23] 議事録とは、審議内容や審議過程での委員の発言の記録として、重要な会議で作成されたものである。ただ、議事録は原則的に会議の発言をそのまま、客観的な記録と位置づけられているが、発言の加工あるいは修正する場合もあることが指摘されている（森田朗『会議の政治学』（慈学選書、2006）133-139頁を参照）。ただ、修正が記録の読み手に便宜を図るものであることから、審議会の発信機能を考察の対象とする本論に与える影響は限定的であると考えている。

分けられている。

第一に、公訴時効見直しの必要性、妥当性について、以下の三つのテーマで議論がなされた。

①公訴時効見直しの必要性

②公訴時効見直しの必要性と公訴時効制度の趣旨との関係

③平成16年改正と今回の法改正の関係

それについての議論は、特に第一回会議（平成21年11月16日）の前半そして第三回会議（平成21年12月９日）の冒頭に集中して行われた。

第二に、凶悪・重大犯罪の公訴時効見直しの具体的在り方についての議論がなされた。

①公訴時効制度を見直す場合の方策[24]

②見直しの対象範囲

各議題についての議論は、第３回会議以後審議の中心になった[25]。

第三に、現に時効が進行中の事件の取扱いが問題になった。そこでは、特に、日本国憲法39条との関係をめぐる議論が中心に展開され、第３回会議の後半においても議論されることになった。

第四に、刑の時効見直しの必要性・具体的な在り方に関する議論が行われた。事務当局による配布資料によると、この点についての具体的なテーマは提示されていないが、実際には、公訴時効見直しと併せて刑の時効を見直すことの必要があるか無いかについての議論がなされたようである。このことについては、第５回会議以後に集中して行われた[26]。

（２）審議の構成

刑事法（公訴時効関係）部会に出席したのは、23人の委員、と法務省特別顧問である一人であった。その構成は、学者８人、実務関係６人、被害者代表１人、事務関係の８人である。

---

[24] Ａ案：一定の犯罪について公訴時効を廃止すること；Ｂ案：一定の犯罪について公訴時効期間をより長い期間とすること；Ｃ案：個別の事件の公訴時効の進行について特別の取扱いをすること。

[25] 具体的には、被疑者の人権保障（防御権の問題）、犯人性の特定そして見直しの対象範囲（法定刑との調整など）について、議論が行われた。

[26] 第３回会議の最後には、時効制度における刑罰権の消滅を問題視する姿勢を示していた。

今回の審議は、部会の構成員の間の意見交換に留めず、議論の公開性を高め、部会内の意見以外の要素も議論の中に導入する姿勢を示した。第一には、ヒアリングの導入である。第２回会議ではヒアリングとして、被害者団体から直接意見を聞く機会が設けられた。そこでは、従来の議題に従って審議を行う方法ではなく、直接被害者団体を会議に招き、被害者側の立場と意見をアピールしてもらうという形がとられた。第二には、配布資料として、意見募集すなわちパブリックコメント（第５回会議）、また世論調査の資料（第８回会議）が配布されたことである。それらは、各会議の冒頭に事務当局から説明され、世論調査の結果を踏まえた審議を行うことが求められた。

一般的に、条文の意味を確認した上で、その意味に沿って事案の分析を行うことは法学の典型的な手法である。川島武宜は、それを「言葉的技術」と呼び、「概念の明確性」を特性とする法学は「多義的な不明確な日常的な言葉＝概念に対して特別の合理的な技術概念を分化しなければならない」と指摘した[27]。つまり、法学の議論において、用語の使用は、単なる発話者の個人偏向ではなく、専門的な判断に基づくものでなければならない。それゆえ、同じ「時効」の言葉を複数の文脈で扱っていたのであれば、本来法律問題の議論にとって望ましい状態ではないと思われる。ここでは、公訴時効法制審議会の議題の中でも最も「世論の変化」と関わるテーマであった、公訴時効の存在理由に関する用語状況に着目する。以下では、次の二つの仮説に基づき検討する。

①同じ主題をめぐって、法学的な概念を超えて、多様な語彙が使われていた。

②仮説①が成立する場合、法学以外の語彙は、「世論」に特有の論理文法（文脈）で法学の概念を置き換えていることになる。

そして、上記の仮説を検証するため、時効の存在理由をめぐる論議において用語の使用状況を分析する。まず、仮説①について、語彙の使用頻度と話題の主題（subject）を特定し、検討を進める。次いで、仮説②について、会話の内容そして表現において、テキストで言及される個々の「主題」がいかに構成されているのかをみることにしよう。

---

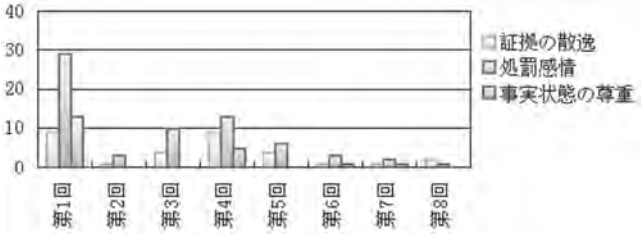
[27] 川島武宜『科学としての法律学』（岩波書店・1987）53頁を参照。

第二節　審議の言説類型

第一款　語彙としての「処罰感情」

「時効」の問題点について、最初の三回は公訴時効見直しの必要性および妥当性、という問題に議論が集中した。事務局は、「証拠の散逸」、「処罰感情の希薄化」そして「事実状態の尊重」の三点を、公訴時効制度の主たる存在理由として示した[28]。そこで、これらの語について検索すると、今回の審議におけるそれらの使用頻度は図１の通りである。

図１



総計にすると、「処罰感情」が67ヵ所、「証拠の散逸」が49ヶ所または「事実状態の尊重」が31ヵ所という状態になっている。そのうち、表現の使用は、前半の会議、特に第１回会議に集中して、審議会の後半に入ると同時に、上記三つの語の使用も少なくなってきた。その傾向は、上述の議題構成と連動しているようにみえる。法的な物事の存在理由を語る場合には、専門用語以外の表現を使う可能性も考えられる。従って、公訴時効の存在理由の言説を把握するためには、専門語彙以外の表現（以下関連用語という）の使用状況も検討しなければならない。それゆえ、ここでは、まず、「事実状態の尊重」、「処罰感情」、「証拠の散逸」三つの語彙を分解し、以上の結果を踏まえてまたキーワード検索を行った。

第一に、「事実状態の尊重」について、「事実状態」と「尊重」を分けて検討したところ、全体会議において「事実状態」は31ヵ所で現れたが、その全てが「事実状態の尊重」という形でのものだった。また、「尊重」

[28] 法制審議会公訴時効部会第１回会議議事録第８頁。

と「事実状態の尊重」を対比すると、「尊重」の使用回数は34回で「事実状態の尊重」とほぼ一致しているが、三ヵ所では異なる意味で使われていたことが分かった[29]。

第二に、同じ手法で「証拠の散逸」について検索したところ、まず、「散逸」について[30]、単なる「散逸」という言葉は、法律と無関係の語彙であるが、今回審議において現れた49ヶ所は、全部「証拠の散逸」としてのものだった。一方、「証拠」という表現は、「証拠の散逸」と異なる場面にもに現れているが、346ヵ所のいずれも法律上の証拠状態を指しており、公訴時効における証拠面の議論に関わるものということができる[31]。

第三に、「処罰感情」の使用状態について、まずは、「処罰感情」と関連する「感情」から整理を行ったところ、「感情」をキーワードとした検索結果は、以下のように類型化することができた。総計131 ヵ所で現れた「感情」には、複数の意味が含まれており、「処罰感情」が用いられる際には以下のような多様性が見られた（下記、図２を参照）。

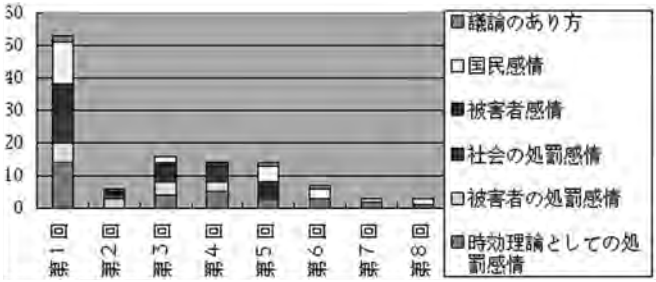
---

[29] それは、①第１回会議では、「被害者権利の尊重」という表現が現れた；②第２回会議において「被害者と司法を考える会」の発言では、「法律制度をお互いに尊重して生きていく市民」という表現を用いている。それは、その法律制度とお互い尊重のもとに、公訴時効と憲法39条の関係を慎重に検討すべきという意味で使っている；③第７回会議で、その表現は、公訴時効制度において従来の立法者意思はいかにして受け取られるべきか、という議論で扱われた。

[30] 元々「散逸」は書面語であることから日常会話で現れる可能性は低い。そのため、審議において本来の意味ではなく、法的語彙（証拠の散逸）と連動した形で現れる頻度が高い、という仮説の下で考察した。

[31] 「証拠」の使用頻度は、第１回で52回、第２回では７回、第３回には68回、第４回には91回、第５回には47回、第６回には９回、第７回には60回そして第８回には30回になっていた。

図2



①時効理論としての処罰感情：「処罰感情」は公訴時効制度の存在理由を説明するものとして中立的に使われている。例えば、第１回会議で事務局側は、従来公訴時効制度の趣旨について説明した際に、「処罰感情の希薄化」を従来の公訴時効存在理由とした。

②被害者の処罰感情；処罰感情が被害者（遺族）の個人感情として使われている場合がある。特に、第２回会議で現れた「処罰感情」の多くはそのカテゴリーに属する。そこでの「処罰感情」とは、被害者（遺族）が処罰を求める心情として理解されている。

③社会の処罰感情：被害者の処罰感情と異なり、社会一般が犯罪に対して抱いている感情を指す。

④被害者「感情」:「被害者感情」と「被害者の処罰感情」は相当程度において共通の意味で使われている。ただ、その用法は、「処罰」に対する態度だけではなく、広い意味での被害者救済に関係している[32]。

⑤国民「感情」:存在理由をめぐる議論の中でこの言葉が使われる場合、具体的な処罰を離れ、法制度に対する一般的な社会通念という意味合いも含めて用いられている。

⑥議論のあり方を示すものとして：「感情的な」論理と「冷静な」論理を分けて議論するといった形で使われていることが認められた。なお、このような意味での「感情的な」と「冷静な」という区別については、ま

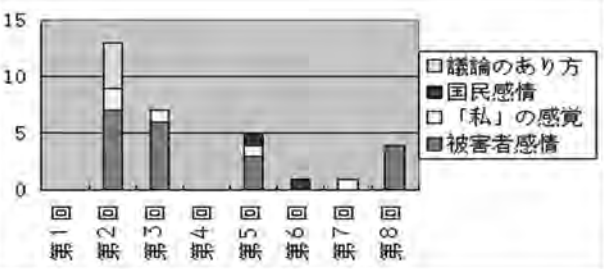
[32] 例えば、「……『この国が理不尽そのものを許していることになる。』など、国民の意識や被害者感情を考慮すべきとの意見が見られた」（法制審議会公訴時効部会第５回会議）。

た第３節ヒアリングの部分で詳しく分析したい。

図２と図１によって、「感情」の語彙は、存在理由（特に「処罰感情」）と同じように、審議の前半に集中しており、審議が進むに連れて、使用頻度が減少している。また、図２によれば、「感情」の語は、「処罰感情」の意で用いられている例が多数を占めていることが分かる。さらに、「処罰感情」には「被害者」と［社会」、二つの側面がある。審議においては、「被害者」と「社会」という表現を加えて、処罰感情の意味を区別しようという現象も確認される。つまり、そこでの「処罰感情」という語彙は、公訴時効の存在理由としてのそれよりも曖昧かつ多義的に用いられていることが窺える。

ところで、図１と一致するが、第２回会議（被害者団体のヒアリング）においては「感情」の使用頻度が相対的に少ない。ヒアリングにおいて、被害者遺族は、「被害者の処罰感情」について、自分の心情で語ることが多く[33]。「社会」を語る場合にも、被害者の体験を背景として議論が展開される傾向がある。すなわち、第２回会議において、被害者の感情は重要な意義をもっているが、「処罰感情」あるいは「感情」だけではなく、「気持ち」など異なる表現もよく使われているのである。

図３



そこで、「気持ち」という語彙の検索を行ったものが図３である。今

[33]「……今年の年末で９年になりますが、処罰感情のみならず、悼む思い、４人への思いはまったく色あせることがありません」（法制審議会公訴時効部会第２回会議）。

回の審議において、「気持ち」という語彙の使用回数は総計28回になっている。そこでは、「処罰感情」（特に社会の「処罰感情」）の意味で用いられている例は発見されなかった。「気持ち」を使用が審議の議題と直結する傾向は確認されなかった。そもそも、この語彙が用いられているのは、特に被害者団体のそれとして第２回会議に集中している（11回）。

また、全体的に、「気持ち」は被害者個人の心情に限定されることが多いが、「世論調査の語彙として捉えられる場合もある。そこでは、被害者個人の感情という意味を指している[34]。つまり、感情（処罰感情）と違って、［気持ち］という表現を使った発言者は、個人の体験や思いと直結した議論をしているように思われる[35]。

以上、「処罰感情」を中心として、関連用語の使用状況について整理の作業を行った。その結果、次のような特徴を見出すことができる。

まず、法制審議会の審議には、専門用語としての「処罰感情」だけではなく、関連する日常用語としての「感情」を混用する現象も現れている。また、執行面の可能性をめぐる議論が中心になった後半では、「処罰感情」への言及は少なくなってきたことも分かる。要するに、当該用語の頻度と議題の設定に連動することが見られる。

また、用語の類型について、発言者の立場によっては、同じテーマに関する議論を行うときであっても、異なる語を用いる場合がある。特に、専門家と非専門家の間に用語の差異が存在する。第２回会議と他の会議を比べると、専門用語ではない、例えば「気持ち」といった語が議論に現れる傾向が見られた[36]。

---

[34] 関連資料として配布された「公訴時効制度に関する世論調査の結果」（http://survey.gov-online.go.jp/h21/h21-houseido/2-3.html）による。最終確認2015年９月

[35] 例えば、被害者団体の「宙の会」は、次のように述べていた「……被害者遺族といたしまして公訴時効見直しに向けた率直な気持ちを訴えさせていただきたいと存じます。」（法制審議会公訴時効部会第２回会議）。

[36] 逆に、第１回会議は、被害者団体の代表を欠席し、法律専門家と行政側の委員のみという構成になっている。被害者の処罰感情は、ヒアリングと違い、直接被害者遺族本人から語られたものではなかった。

もちろん、用語の出所を確認することができるが、具体的な文脈における「処罰感情」の意味を確認する場合において、出現回数と分布だけは不十分で、会話の文脈を離れる可能性がある[37]。従って、以上の結果を補足するため、次に具体的な議論の流れに沿って、「処罰感情」の意味を検討してきたい。

第二款　「時効」の世論化

本款では、具体的な文脈に則して「処罰感情」の意味を確認する。上述の分析が示すように、「処罰感情」に関する議論は主として第１回会議に集中しており、法改正の必要性が最初の議題として扱われている。「見直す必要性、妥当性」について、審議では、処罰感情の変化をめぐる見解の相違に、論争の重点は置かれた。上述の用語頻度の変容は、その論争の展開と密接に関わっているものと考えられる。以下で、「処罰感情」の理解の仕方の代表的なものを分析し、いずれも「社会の処罰感情」すなわち「世論」と結びついていった様子を明らかにする。

（１）「社会の処罰感情」と「被害者の処罰感情」

法制審議会公訴時効第１回会議では、「処罰感情」という概念の意味をめぐって、「社会の処罰感情」と「被害者の処罰感情」の関係が議論の焦点となっている。

ただ、従来の法学理論における「処罰感情」は、社会の集合意識であり、個人的な被害者感情と直結するものではない。法制審議会における論争ではその考えを引き継ぐ傾向がみられる。例えば、発言の中では、犯罪被害者等基本法の立法を引きつつ、「処罰感情」をめぐる議論は、単なる被害者の心理状態ではなく、社会全体の問題として議論されるべきである、と指摘された（第１会議議事録14頁）。いずれにしても、「感情的」な議論（図２・議論のあり方）を排除するため、審議会では「処罰感情」という概念は、集合意識のレベルで論じられるものであった。ただ、抽

[37] 例えば、発言者の偏向によって、「処罰感情」といった語は頻繁に使われていたが、話の相手が「処抜感情」とまったく別の話を取り上げることによって、実際の議論が「処罰感情」と無関係の方向に向かっていくような場合も考えられる。

象的な概念である「処罰感情」を、どのような形で具体的に捉えているのかが自明なわけではない。

①被害者感情の社会化

立法趣旨という意味で「処罰感情」は、公訴時効の社会問題化、つまり社会関心の高まりを通して理解されることとなった。

「今度の議論の前提として、先ほど○○幹事が言われたように、もうすぐ時効が来る、そうなったら大変だというような時効完成が迫っている遺族のつらい立場・状況などの報道があって、そういう背景の中で、海外では公訴時効を廃止している国があるのだというような報道もなされて、公訴時効が完成した場合の不条理さがかなり国民の中に共有されることによって、被害者遺族だけでなくて、国民の間にも本当に公訴時効というのは廃止されなくていいのかというような考えが相当広まってきているなという感じはしております」（第１会議議事録17頁）。

以上の発言では、公訴時効に関し、報道と国民意識の変化との連動が意識されていた。そのため、処罰感情が「被害者の処罰感情」（「遺族のつらい立場・状況」）として具現化されることになった。ただ、報道における「処罰感情」の言説は、「処罰感情」という概念の特徴を説明するのではなく、「被害者の処罰感情」の表現をクローズ・アップすることによって「処罰感情」の実態を発信する。その結果、報道は、被害者に関する取材という意味で「被害者の処罰感情」の受け手であるが、「被害者の処罰感情」を社会問題化させるという意味で処罰感情の送り手でもある。上記の発言者は、まさに報道を素材にして、公訴時効に関する社会認識を確認していたとみられる。

②「処罰感情」の予防効果

「処罰感情」について、別の角度からその社会影響を理解しようという主張も見られる。すなわち、「処罰感情の希薄化」を公訴時効の存在理由と主張する被害者の論理に対して、予防論は違う観点から時効制度を正当化する。ある委員は、以下のように述べていた。

「……刑はもちろん応報だけではなくて一般予防とか特別予防というと

ころがあるわけで、そういうところが見えなくなってしまう。被害者であるがゆえに見えなくなる部分もあると思うのです。そういう被害者の意見が非常に強いと言って、それで立法動機が変わるのかという疑問があります。」

通常、犯人を処罰することによって社会を威嚇するという意味で、刑罰の「一般予防」機能に注目するのであれば、長期間が経過するとともに犯罪が社会の記憶から消えてしまうという観点から、社会の威嚇としての意味をなさず、応報の必要性が消滅すると説明されることがある。また、「特別予防」の点からみると、犯人に刑罰を科すことによって再犯を防ぐという主張もある[38]。いずれにしても、そこで用いられている「予防」とは、伝統的な刑法観に立つものである。その刑法観は、刑罰という害による恐怖や功利的な計算を働かせることで、現実のまたは潜在的な犯罪者の行動をコントロールしようという発想に立つものである。「予防」を今後の犯罪の予防という意味で理解した場合、刑罰とは結果を惹起する行為が生じる前に、そうした犯罪行為を思い留まらせるよう働くものでなければならないはずだ、ということになる。従って、「予防」という発想によって、「被害者感情」のような犯罪後の影響を配慮するには、多くの場合で困難が伴うことが予想される。

実際、ある委員は次のように述べていた。

「いつまでたっても処罰を免れないとすることは応報目的だけでなく、そうでなくて何年かたったら逃げおおせるというふうな形で一般の人たちがとらえるとすれば、一般予防効果の点について問題があるだろうという感じはいたします」（第１回会議議事録19頁）。

つまり、ここで被害者感情が強調するのは、未来に向けた犯罪の予防だけでなく、過去の犯罪についても追及せよ、という現時点における社

[38] 今の説明の中に、法律が単なる時の経過だけで犯人の改善を求めていないため、特別予防には不都合を生じることも指摘されている。前注15・道谷、56-57頁を参照。

会的効果である。社会にとって好ましくない行為を処罰することで、人々の中にある規範意識、または規範そのものが維持されるとする考え方が、ここに示されている。そして、そこには社会構成員を潜在的犯罪者と見なす、という意味が含まれている。ただ、刑罰の正当化根拠は、法を否定した行為である犯罪に対して刑罰を科すといった「応報」ではなく、「規範の維持」という点に変容されている。処罰の機能とは、事実としての犯罪行為ではなく、規範すなわち社会の正義感覚を維持・共有する観点から定立する必要があると捉えられている。結果的に、犯罪者の「逃げ得」に対する処罰は、犯罪予防の実態によってではなく、集合的な観念・態度等、すなわち「世論」と連動させる「秩序の維持」という機能につながる。

③「世論」と「処罰感情」

立法動機と見られる「処罰感情」は、公訴時効制度を設ける理由として形成され、かつその合理性を支える社会状況を指すものでなければならない。今回法制審議会の審議では、その認識は一貫しているが、その社会状況に関する説明は、従来法学的な議論と離れる傾向が見られる。

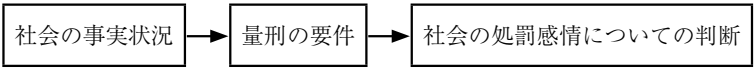
法学的に社会状況をみるなら、それは世論調査で反映される調査結果などではなく、具体的な裁判がどのように影響したかという点から判断されることになる。ある発言者は、「量刑判断」をキーワードとして、そのような考えを示していた

「そこで言う『感情』という言葉の意味がワードとしてあまり適切でないせいなのか分かりませんが、それが一つの原因となって、被害者の側から見れば被害感情もそうだし、社会の被害感情もちっとも希薄化していないという話になるのですね。だけど、そうではなくて、通常量刑判断でやっているときにどのように考えられているかといいますと、被害者団体からは怒られるかもしれませんが、いわゆる被害感情というものを全面的にまず第一に考えるべきものだとは考えていないのです。」（第３回会議議事録34頁）

つまり、法的な議論における「処罰感情」は、裁判での解釈に委ねられ、被害事実を規範の要件に照らし、各事件の特性に基づき判断されるもの

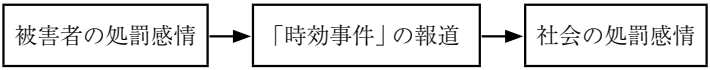
である（以下は要件型処罰感情と呼ぶ）。

＜要件型の処罰感情＞



それに対して、世論化された「処罰感情」は、制度の存在理由だけではなく、国民認識による評価つまり「世論」としての面を持つことになる。「世論」の変化は、対応すべき国民意識の状況として扱われる[39]。そうすると、ここでの処罰感情（以下は＜報道型の処罰感情＞と呼ぶ）は、「被害者の処罰感情」の類似物として判断されることになった。

＜報道型の処罰感情＞



ある発言者は、ドイツと日本における公訴時効制度の改正背景を比較し、公訴時効制度の「処罰感情」という言葉に政治的なアピールの意味がある、と指摘していた。ただ、日本には、「ナチス犯罪の追及という非常に大きな、世界史的な物語」というドイツにおける立法背景は存在しない。「新聞などが熱心に報道したために、時効についての議論が盛り上がり、そして、被害感情というのは、決して、刑訴法学者が言っているように、時間によって薄らぐようなものではないということは社会の共通認識になってきた」[40]、という実相を指摘した。従って、「公訴時効見直し」の必要性は、公訴時効制度に対する違和感つまり一般人の法

[39] 被害者（遺族）団体の委員は「理解」について次のように述べていた。「その方（被害者遺族）が一生懸命私たちの運動でビラ配りをやってくれたというのは、30年たったから忘れたのではないです。忘れられない、時とともに悔しさが募るから寒い中をビラ配りに協力するのです。昨日もビラ配りに来てくれておりました。そういう心情を是非理解していただきたいのです。一般の人はよく理解してくれます。ところが法律家がどうしても理解してくれない」（法制審議会公訴時効部会第８回会議）。

[40] 法制審議会公訴時効部会第１回会議議事録30頁。

理解から生じたものだとされた[41]。公訴時効制度の問題点は、具体的な事件の救済ではなく、犯罪への追及という象徴機能を果たすのか、ということになる。その象徴は、上述のように、まさに報道等問題の社会化になる「世論」の言説で大きく取り上げられた。

その結果、公訴時効改正の必要性は、法学的な論理より世論調査や被害者の「共通認識」が優先されたことに求められるのかもしれない。そこには、公訴時効の改正によって、裁判に即した当事者の救済問題よりも、世論が納得できるような解決を立法で現実させようとした姿勢が窺える[42]。

このように、今回の審議において、「処罰感情」は複数の意味で用いられているが、いずれも、犯行の社会的影響や、被害者を中心としながらも国民の間で共有されるに至った認識、すなわち「世論形成」と深く関係づいて理解することができる。

「処罰感情」の理解は、発言者によって異なっており、単一の意味に定義されることはできないが、以下のように多数の言説間での媒介機能を果たしている。

①混同。「処罰感情」には、被害者の処罰感情と社会の処罰感情という対立の構図が見られた。そこでは、報道を通して、被害者の感情が強調されて、国民の間で共有されることになった。従って、被害者感情は社会の共感になり、社会の処罰感情の中心になっている。つまり、社会の処罰感情といっても、その内容は被害者感情と共通することがある。

②変換。社会の処罰感情を把握するため、審議会では世論調査を取り扱っている。そこで、「世論」は「処罰感情」の現れとして議論に入り込

[41] そうした考えは、次の発言にも現れている。「その時点での国民の意識・感覚によっていたということだと思うのですけれども、その評価が変わってきたと考えれば、説明はつくようにも思うのですが。」（法制審議会公訴時効部会第１回会議議事録32頁）。

[42] 刑の時効については、公訴時効との間で異なる趣旨が含まれていることや、適用場面の異なる場合がある点で理論上問題だが、国民にはあまり意識されていないため、公訴時効のように国民の意識変化という立法事実があるわけでもない。また、刑の時効の改正は単なる「理念的なバランス」の産物にすぎないという反論も現れた（法制審議会公訴時効部会第１回会議議事録31頁参照）。

んできた。ただ、そこで最も重要なのは、単なる世論調査からの情報として世論が理解されたのではなく、公訴時効の存在理由になる世間の評価としての世論をみるべきだ、という論理構造が示されたことである。この論理により、図２と図３で示したように、審議会の後半では「社会の処罰感情」と「被害者の処罰感情」という表現の対立は殆どみられなくなり、逆に「国民感情」または「被害者感情」の使用が増えてくる傾向がみられた。「処罰感情」は、量刑判断の因子という司法の解釈から、被害者の感情を意味する「世論」―日常生活の情報に関わりやすいもの―へと傾くことになった。

③対立。上述のように、「処罰感情」の定義をめぐって、予防論と被害者感情論には異なる論理構造がある。その差異は、「現実」に関する認識の相違であるのかもしれない。予防論での「処罰感情」における「現実」は具体的な事実と行動の効果にあるが、「世論」に応じた「処罰感情」における「現実」は被害者の心情または「世論」として現れてきた。

［小括］

以上の整理によって、審議会での議論について、以下の結論を導くことができる。

今回の公訴時効制度改正において、改正の必要性は、現実への応答として取り扱う傾向がみられた。その現実は、「処罰感情」＝「世論」の形で現れていた。ただ、その「現実」では、審議参加者における認識図式の相違がみられた。

先述した二つの異なる「現実」観には、専門性（法学）による構造的なズレが現れている。被害者感情論では被害者感情の共感を重視し、社会的な処罰感情は被害者感情の類似物として理解されている。しかし、法的な議論では、犯罪という結果を起こさない条件を設定する（「予防」）、あるいは社会的な影響といった事実を法律要件の形で加算し（「量刑判断」）、社会的処罰感情の理解を「客観的」に理解しようとする。処罰感情を解明するたにあたって、前者は一般的な情報提供機関である報道の役割を強調しているが、後者は裁判の事実認定あるいは法解釈での推定に依存することとなっている。

第三節　ヒアリングの言説

第二節では、「処罰感情」というテーマを中心に、公訴時効部会での審議を追ってきた。そこでも述べたように、「処罰感情」には、学説の理論を超えて、「世論」の論理も大きく働いていた。法制審議会は、「被害者団体の方から直接この場で御意見を拝聴する機会」（法制審議会第１回会議議事録、38頁）を設けるために被害者団体のヒアリングが行われたことを受けて、「被害者感情」を「世論」として捉えていた。そこで本節では、「世論」と法学の専門的知識とをすり合わせるという立法過程での課題が、論議の参与者たち自身によってどのように果たされたのか、という点を検討する。

ヒアリングは、各被害者団体からのプレゼンテーションとその後の質疑応答、からなる。よって、第２回会議は、自然の会話ではなく、定め計画された枠組みに従って委員と被害者団体との間で交わされた対話という形で行われた。前節での分析から、第２回の会議において、法律用語の使用回数が相対的に少なかったことは明らかである。そこで以下、公訴時効について、被害者団体がいかに自分の言葉で語ったのかということ、また法学専門家といかに対話したかを検討する。

第一款　プレゼンテーションの発話

今回の審議において、ヒアリングを実施した被害者団体は七つある。その中で、実際にプレゼンテーションを行ったのは、殺人事件被害者遺族の会（宙の会）、被害者と司法を考える会、犯罪被害者家族の会Poena、全国交通事故遺族の会、TAV（交通死被害者の会）、交通事故被害者遺族の声を届ける会である。また、地下鉄サリン事件被害者の会が、ヒアリングに代えて意見書を提出している[43]。

公訴時効改正に対する態度によって、以下では各被害者団体の意見を

[43] 地下鉄サリン事件被害者の会については会場で意見書が読み上げられたものの、質疑と応答は行われなかった。委員がいかに反応したのかという本稿にとって重要な点を確認することができないので、地下鉄サリン事件被害者の会については検討の対象外とする。

「賛成側」と「反対側」に分けて考察する。

（１）賛成側

ヒアリングにおいて、公訴時効改正を促進していた被害者（遺族）団体は宙の会（法制審議会第２回会議議事録、２～５頁。以下、法制審議会第２回会議議事録を引用する場合、「同○○頁」に省略する）、犯罪被害者家族の会 poena（同12 ～ 16頁）、全国交通事故遺族の会、交通死被害者の会、交通事故被害者遺族の声を届ける会（同16 ～ 28頁）である。その特徴を以下に整理しておく。

①「私」の事件と処罰感情

発話者は全員被害者遺族であり、冒頭に自分が経験した事件を紹介しつつ、その体験を語りながら議論を展開している。そこで用いられた「逃げ得を許さない」という発言は「処罰感情」を意味し、自身の心情を語っていることが多い。例えば、以下のような発言がある。

「私は時効になった遺族として心情を申し上げますと、私たちはこうして母の死、その死に方について一生悔しい思いをして、こうやって暮らさなければなりません。死ぬまでこの気持ちは続くと思います。しかし、時効になって犯人は、もう何事もなく平和に暮らしていると思うと、悔しくてなりません。こんな不公平が世の中にあっていいのでしょうか。」（同20頁）

②公訴時効の改正

改正の目的について、被害者団体は公訴時効制度の「不条理」を強調してきた。「不条理」については、特に被害者（遺族）心情への無神経という点から説明されていた。

「その心の区切りを法によって区切られるというのは、納得がいかないことではないかと思います。」（同５頁）

さらに、「無くなった命の権利の問題」という表現を用いて、時効制度は「法の下の平等」という大きな主題と繋がることがある[44]。失われた「命」を等しく尊重するなら、時効が関わる事件には、異なる時効期

間ではなく、被害者の苦痛を解消するため広汎な配慮が必要であるという主張である。

③社会との連帯

例えば、宙の会は、署名活動を通じて、「時効制度撤廃」を求めるイベントを開催した。その活動の目的は、公訴時効に包含されている「不条理」が「（社会の）深い共感から生じる産物である」ことを示すことである（同第２頁）。また、公訴時効改正の動きに対して、自らの出発点が被害者感情からの願望（これ以上被害者遺族を増やさない）だけではなく、「凶悪犯罪を未然に抑止し、安心･安全な国家の実現に近づくもの」という「社会的使命」によるものだということである。

ただ、全国交通事故遺族の会、交通死被害者の会、交通事故被害者遺族の声を届ける会などは、公訴時効見直しの妥当性について、社会的な処罰感情の変化を強調することによるのではなく、実際的に被害予防の手段として必要になるとの見解を示した[45]。特に論点になったのは捜査についてである。

（２）反対側（被害者と司法を考える会[46]）

「被害者と司法を考える会」の意見は、「改善」と裁判の実現とを繋げて語っていたのも特徴である。裁判に対する期待は、事件をめぐる現実の問題をすべて解決することではなく、刑事裁判という場を通して自分の苦しみを他人に伝えることにある[47]。被害者は、裁判で「このような被害者を出さないような社会に近づいていく」といった感覚を身に付け、個人の救済が社会への改善に繋がっていくことを望んでいる。それに対して、被害者（遺族）の不安状態は、捜査により生み出され、継続され

[44] そこで、「法」には、主張された「無くなった命の権利の問題」が固有のものという考えが含まれることになる。「法はもともと私から言わせると、犯罪防止のために本来存在すべきもので、残念ながら被害者も更生を願ってはいけないのだろうけれども、再犯を防ぐためにはそれも考えざるを得ないだろう」（法制審議会公訴時効部会第２回会議議事録15頁）

[45] 法制審議会公訴時効部会第２回会議議事録第22頁。

[46] 法制審議会公訴時効部会第２回会議議事録第７-12頁。

[47] 法制審議会公訴時効部会第２回会議議事録第９頁。

ていくという面もあるとする[48]。

［小括］

以上の整理により、被害者団体のプレゼンテーションには以下のような特徴がある。

①被害者団体の言説は、個人的な体験に基づく議論という形を取っていた。その「私の事件」パターンとは、制度の妥当性を語る場合に、被害者の言葉、行動またエピソードを論拠として持ち上げ、受け手の共感を求める傾向である。

②被害者団体の言説は、個人的な経験を一般化する傾向がある。被害者団体の発言における処罰感情には、個人の体験にもかかわらず、「社会の処罰感情」に直結する傾向が見られる。

③「被害者間のバランス」の問題に関心が集まっている。「被害者間のバランス」の問題とは、事件類型による法定刑の相違は、被害者（遺族）の間に異なる法的効果の帰結をもたらすことである。もっとも、被害者は法による救済に対して、形式的な統一性を求めてもいる。例えば、交通事故被害者の遺族は、「法の平等」などの表現を用いて、異なる性質の犯罪についても「同じ命」という観点に基づき、時効の廃止を求めたことなどが挙げられよう。

第二款　質問と応答

ヒアリングの第２回会議においては、各被害者団体のプレゼンテーションをメインとして議論が進められているが、質問と応答の機会も設けられている。だが、議事録によると、質問と応答の時間はかなり限られていたようである[49]。

質問と応答は、基本的には両者の「問い－答え」のシークエンスから構成されるが、「趣旨の確認」が主目的となる以上、そこには日常会話と異なった特徴も見られた。ヒアリングを行うに足りる「価値がある」

---

[48] 法制審議会公訴時効部会第２回会議議事録第８頁。

[49] 各被害者団体の質問と応答に当たる議事録の内容は、字数から2500字以内に収められているが、少ない場合では（「全国交通事故遺族の会」）、1000字以内に収まっているものもある。

情報が含まれていることを、その質問と応答から明らかにする必要もあった。従って、質問者は、意見交換というより、基本的に「聞き役」として意見確認する例が多く見られた。

すなわち、それは会話の流れに一定の影響を及ぼしたと思われる。第２回会議における質疑応答には、以下のような傾向が見られる。

一つには、単純な事実の確認にしても、質問者が会話の流れをコントロールし、応答者の情報を選別する傾向がみられた。

事実の確認について、特に各被害者団体の沿革、メンバーの構成またはイベントの状況に関する質問は頻繁になされる。それによって、人数、時間など問われた相手については容易にわかる。また、質問する側によって想定される事柄を問うていることが普通である。その特徴は、例えば以下の被害者遺族委員が「被害者と司法を考える会」に対しての質問に現れていた。「被害者と司法を考える会」は、当日のヒアリングの中に、唯一公訴時効の改正に対して反対意見を示した団体である。

C は質問者、A は応答者

1C　インターネットで見た38人の運営委員の中では、あなたとあなた以外にもう一人しか被害者はいないのかなと思うのですが。

2A　いや、そんなことはございません。

3C　この公表された運営委員の中に、いますか。

4A　御自身が犯罪被害者であるということを言いたいというお考えと、会に参加をして活動をされたいということとは、全く一致をしないと考えております。

5C　いやいや、数をインターネットで見るとあなたと小林美佳さんと二人だけかなと思ったので。

6A　いや、そのようなことはございません。

7C　ほかにもいらっしゃる。

8A　はい。

9C　それでは、殺人の被害者の遺族とか、そういう方は会員にいますか。

10A　ちょっとこの今回の趣旨とは一致するとは思えないのですけれども、どのような趣旨でお尋ねになっているかよく分からないのですが、その辺の統計は取っておりません。

11C　統計は取らなくても、未解決事件の殺人の被害者の意見を聞いた上で、会員の中にそんな人がいらっしゃって、今おっしゃったような意見を言われたのか、ちょっと聞きたいので。
12A　先ほど御説明させていただいたように、未解決事件、殺人事件の被害者の支援を数多くやってまいりましたので。
13C　いや、会員の中にいらっしゃるかということを聞いているのですが。
14A　統計を取っておりませんので、お答えはできかねます。
15C　では、致死事件の被害者はいらっしゃいますか。あなたは交通事故の過失傷害致死。それ以外の致死事件の被害者はいらっしゃいますか。
16A　かなりおられると思います。
17C　ああ、そうですか。終わります。（第２回会議、10 ～ 11頁）

まず、質問者の内容を整理すると、1C、3C、9C、15C などの問いかけは、被害者の人数または被害者の事情に関する確認のためのものである。特に、11C の問いかけは、A からの反発に対し、C が質問の趣旨を説明しようとしている発話のようである。その趣旨は、一体どのような人の関心を集約して反対意見を出しているかという点にある。「被害者と司法を考える会」の会員状況についての確認（1C と9C）を通して、「応答者の発言＝被害者意見」という理解を、会員状況に基づいて確かめるという志向が表示されていた（「未解決事件の殺人の被害者の意見を聞いたい」）。後に、その論理を一貫して、質問者は応答者 A の反発にもかかわらず（12A）、また被害者の類型をより詳しく確認する作業を続けていることを明らかにした（15C）。

その問いかけに対して、受け手の側の反応は次のように展開されている。まず、受け手側は、質問者と同じく、「被害者の身分」を重視する姿勢を示してきた。それは、2A、6A、16A において、被害者身分の疑いに関する C の質問に対して、A は断固に否定することが分かる。さらに、A 自身が、質問者と違って、別の手段で（被害者支援の活動）被害者意見を収集することを示していた（4A、12A）。たが、質問者（C）の発話（「いやいや」5C、15C）は、その説明を排除し、再び会員状況の確認（15C）に戻って、やりとりの結末をつけることになった。そこでは、

応答者の論理が切断され、全体の会話の流れが質問者の意向に従う傾向が見られる。

二つには、質問者は、発言の再構成を通して、応答者の意味を読み取ることにした。いわゆる、「定式化（formulating）」という作業がここで行われている。定式化とは、「情報提供者のこれまでの話を要約したり、別な言葉で置き換えたり、要点をさらに展開させたりする作業」を指す[50]。以下、二つの質問を対象にして、会話の流れを具体的に検討してみる。

①プレゼンテーションの発話に関する内容の確認として、「TAV（交通死被害者の会）」に対して、会部長は、次のような質問を出していた。

…最後のところでは、公訴時効期間の延長を主張されておられるわけですが、この御趣旨は、撤廃が望ましいのだけれども、現実的に考えて、まずせめて公訴時効期間を延長してほしいと、そういう御趣旨でしょうか。（25頁）

上記の発言では、被害者遺族の発言に対して、内容の「趣旨」を読み取ろうとしたことが分かる。「趣旨」の確認では、発言者が、被害者遺族のプレゼンテーションを法改正の提案として扱っていた。プレゼンテーションの内容は、「撤廃」と「延長」という本来審議の論点に収められたものである。そこでは、発言者は被害者遺族の個人的な被害体験を、専門家委員の解釈の枠に、公訴時効のあり方で収束する工夫がみられる。

②プレゼンテーションの発言の流れから、質問者自らの関心による問いかけがある。例えば、量刑判断については、以下のような質問がなされていた。

「１点だけよろしいですか。お話の途中で、そもそも交通事故に対する法定刑の上限、これが軽過ぎるという話がありまして、どのくらいというのは難しいと思うのですが、要望としてはどのようなことを考えてお

[50] 山田富秋「会話分析の方法」『岩波講座現代社会学第３巻　他者. 関係. コミュニケーション』（岩波書店、1995）129頁を参照。

られるのかというのをお聞きしたいのですが。」（同25頁）

上記質問者の発話は、被害者に対する量刑判断と私的見解（「要望」）という二重構造になっている。量刑判断について、「どのくらいというのは難しいと思うのですが」という表現を使って、質問者は、被害者の発言と規範の構成とが直結した討論に展開していくのを抑える。そして、被害者の立場は、専門的な意見と区別された、私見（「要望」）という位置づけに固定されている。

「私見」と専門意見との非対称性は、被害者（遺族）団体の応答で量刑判断に対する配慮を通し、顕在化された。応答者は、具体的な提案（「理想的なことを申し上げますと、危険運転致死傷罪が現在20年となっております」同25頁）をしているが、「素人の意見」という表現で、法定刑に関する審議と距離を置くことにした。

［小括］

以上のように、プレゼンテーションの発話によると、殆どの発言者は、公訴時効制度に対して、制度の妥当性いわゆる存在理由を中心に議論を展開していることが分かる。そこで、被害者団体は、「命」「魂」など自らの経験によって、改正の必要性を強調する姿勢を示しているが、具体的な法制度の在り方について、被害者団体の発言は曖昧である。それと同じように、質疑応答の部分は、内容的に質問が制度の妥当性に集中し、また被害者自身の経験を重視する姿勢も現れていた。

ただ、被害者団体の意見・主張については、それを具体的な制度の構成と直結するのではなく、審議委員である質問者の解釈枠組に収まるような形式によって対処されている。そこでは、発言の内容は被害者団体の文脈から切り離されて、専門家の「翻訳」により法的な提案に転換する、という作業がみられる。興味深いのは、被害者団体自身も、私的なトークの区別を意識しつつ、法規制の設定への介入に距離を置いていたことである。

第六章　裁判的言説と世論―足立区女性教員殺害事件を素材として

第一節　問題の背景

司法裁判における「現実」とは、具体的な事件・紛争でありながら、証拠などを踏まえた裁判所の解釈と判断を通して姿を現れるものである。つまり、それは、一定の時間的･空間的制約の下に、法律家集団（裁判官、検察官または法学者など専門家）が一定の基準に従って発見したものともいえる。従って、裁判所の「事実」認定には、客観的現象に関する描写のみではなく、学者や法実務家の主観的な判断も反映される。

また、裁判における法的言説の対象は、単なる具体的な当事者の状況にとどまらず､政策形成にも関わっていることがわかる。これについて、現代型訴訟[51]といった法運動を代表格として挙げることができる。こうした社会運動や権利運動[52]は、裁判を、市民みずから法制度の変更をもたらす有効なプロセスとして、つまり社会運動の目的を達成する重要な資源として捉えるものである。こうした法律の改正を狙う政策形成の裁判を通じて、訴訟当事者を含めた裁判内外の紛争関係者は、結果として勝訴であれ敗訴であれ､当該訴訟に対する社会の関心度､またそれによって行政の対応こそが狙っている。その狙いを「世論の表出」と呼び、情報価値の持つは情報としての法的コミュニケーションにとって検討すべき場面であるように思われる。

ここでの法をめぐる「議論」は、社会運動の中に「社会的実在感」を求め、まず訴訟のプロセスで当事者自身が、個別の紛争に応じて具体的・個別的な規範について話し合う場を創出するという「フォーラム・セッ

[51] 70年代後半以降の薬害・公害に関わる団体訴訟を指す。そこで現れた政策形成志向は、従来の訴訟が目的とした当事者の救済や紛争処理と一線を画している。

[52] 権利運動は、日本戦後法社会学の研究活動の中に重要な研究対象の一つとして位置付けられてきた。高度経済成長を通じて日本社会の近代化はもたらされたが、一方で自動的に日本社会に権利が根付くということにならない。

ティング機能」を持っている[53]。言い換えれば、裁判を「世論の表出」手段として扱うことも可能である。同時に、政策・制度形成である以上、法制度をめぐるコミュニケーションが専門家の枠を超え、流動的に様々な資源―例えばマスコミの言説―を調達する必要性が現れてくる。この文脈において、裁判が発したメッセージとは何か、また社会に受け入れるかどうかについての関心は本論にある。

以下では、まず公訴時効改正における注目された事件―足立区女性教員殺害事件―の裁判を取り上げ、判決の特徴を分析する。その上で、同じ事件をめぐる法制審議会での議論と比較しながら、世論への応答という観点から裁判的言説の可能性と限界を指摘する。いうまでもなく、そうした考察は、活発な法改正が継続している現在、司法と立法それぞれ対応の違いを理解する際にも有用である。

第二節　足立区女性教員殺害事件の裁判

足立区女性教員殺害事件（以下は本件と呼ぶ）は、時効が関わる事件の特質とされる「逃げ得」の点で、社会的関心、特に遺族への同情を集めてきた。また、その裁判は、不法行為に基づく損害賠償請求権と除斥期間のあり方（民法724条後段）に、疑問[54]を投げかけることにもなった。本件に関しては、主要な判例雑誌および法律雑誌に評釈が掲載され、法学者の間での関心も高まっていた[55]。他方で、本件の判決には「国民感情」

[53] 和田仁孝『民事紛争処理論』（信山社、1994）165－167頁を参照。

[54] 要するに、除斥期間の適用による利益を得られるような、加害者の不当な先行行為の存在は、除斥期間の適用にいかなる影響を及ぼすか、という問題である。結果として、最高裁は、前記のような特殊な事情の下で、時効停止である民法160条の趣旨等を考慮して、除斥期間の例外を認めたものと解される（最三小判平21・4・28判時2046号70頁）。

[55] 本件判決の評釈として、中村肇「民法160条の法意による民法724条後段の効果の制限」法学セミナー（以下法セ）656号（2009）136頁以下、松本克美「民法160条の法意に照らし民法724条後段の20年の除斥期間の効果を制限するとした事例〈民事判例研究〉」法律時報（以下法時）81巻（2009）13号379頁以下、齋藤由起「民法160条の法意による民法724条後段の効果の制限」判例セレクト353号

に応える志向もみられたことから[56]、世論の風潮を意識したものである

（2009）22頁以下、久須本かおり「民法724条後段の適用制限について：最高裁平成21年４月28日第三小法廷判決平成20年（受）第804号損害賠償請求事件」愛知大学法学部法経論集183号（2009）63頁以下、吉村良一「被害者を殺害した加害者が被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出したため相続人がその事実を知ることができなかった場合における上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権と民法724条後段の除斥期間〈判例批評〉」民商法雑誌141巻（2009）４～５号466頁以下、辻伸行「被害者を殺害した加害者が被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出したため相続人がその事実を知ることができなかった場合における上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権と民法724条後段の除斥期間〈判例評論615／最新判例批評27〉」判例時報（以下判時）2069号（2010）191頁以下、大坂恵里「民法160条の法意に照らし民法724条後段の除斥期間の効果は生じないとされた事例〈日本法律家協会民事法判例研究会判例研究〉」法の支配157号（2014）77頁以下、松久三四彦「〔平成21年度重要判例解説〕民法160条の法意に照らした同法724条後段の効果の制限」ジュリスト臨時増刊1398号103頁以下、仮屋篤子「殺人事件に係る損害賠償請求権について、民法724条後段の適用が制限された事例」速報判例解説（法セ増刊）６号（2010）87頁、石綿はる美「被害者を殺害した加害者が被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出したため相続人がその事実を知ることができなかった場合における右殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権と民法724条後段の除斥期間〈最高裁判所民事判例研究17〉法学協会雑誌（下記法協）127巻３号（2010）268頁以下および「最高裁判所民事判例研究（民集六三巻四号）一七　被害者を殺害した加害者が被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出したため相続人がその事実を知ることができなかった場合における右殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権と民法七二四条後段の除斥期間」法協128巻３号（2012）826頁以下、橋本佳幸「殺人事件の加害者が被害者の相続人において死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出した場合における不法行為に基づく損害賠償請求権と民法七二四条後段の除斥期間」私法判例リマークス41号（2010）66頁以下、飯田恭示「被害者を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出したため、被害者の相続人がその事実を知り得ないまま20年以上が経過した後の損害賠償請求につき、民法724条後段の除斥期間の適用はないとされた事例」別冊判タ29号（2010）128頁（平成21年度主要民事判例解説）以下、中村心「被害者を殺害した加害者が被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出したため相続人がその事実を知ることができなかった場

ともいえる。

第一款　事案の概要

昭和53年８月14日、東京足立区の小学校の警備員（以下Ａという）が、同じ小学校に勤めている女性教師（以下Ｙという）を殺害した[57]。裁判の認定事実をもとに、加害者Ａと被害者遺族の行動を分けて、事件から裁判までの経過を紹介する[58]。

まず、Ａの行動を整理する。Ａは、事件当日午後４時半頃、小学校の廊下において、Ｙの首を絞めて殺害した。その殺害に至る経緯、動機については、それを認定すべき客観的な証拠はないと、裁判所は判示している。

殺害後に、Ａは、Ｙの死体を自宅の床下に穴を掘って埋めた。また、死体を隠匿した自宅の周囲は、高いブロックで囲まれ、監視カメラやサーチライトが設置される。その行動によって、Ａの自宅は「容易に人が近付き難しい状況」になっていると１審では判決が下された。

また、平成６年Ａの自宅は道路拡張のための土地区画整理事業の対

合における上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権と民法724条後段の除斥期間〈最高裁判所判例解説／民事関係17〉」法曹時報64巻１号（2012）145頁以下。

[56] 本件の２審判決については、「国民感情」に応えるものとして高く評価されるべきであろう。最判についてこれを指摘するものとして、田中広治「殺害され、隠匿されて二〇年以上経過しても、その間に相続人が確定せず、相続人が確定した時から六か月内に損害賠償請求権を行使したときは、民法724条後段の効果は生じないとされた事例」判時2030号（2009）162頁以下を参照。

[57] 被害者と加害者について、Ａは、会社勤務、自衛隊入隊、刑務所の看守、タクシー運転等を経て、事件を起こした小学校の学校警備主事として勤務していた。Ａは、小学校の教職員と言い合いとなるけんかをしたこと等、かつ職務上円滑ではなかったことが裁判所によって認められた。ただ、Ａより他の職員の生命、身体に具体的な危険性についてその認識に至っている状況ではない、と判示している。Ｙは、同じ小学校の図工科専科教諭であり、殺害された前の４月12日には、ヨーロッパ研修旅行から帰国した。

[58] 東京地裁平18・9・26判タ1222号90頁（１審）、東京高判平20・1・31判タ1268号208頁（２審）または最三小判平21・4・28判時2046号70頁を参照。

象となった。Ａは「年寄りの不便」を理由として、用地買収の求めに応じなかったが、周囲が立ち退くなかで自身も立ち退きを余儀なくされ、平成16年に転居することになった。同時に、事業で自宅を解体する際に、Ｙの遺体が発見されることもやむなしと考えたＡは、平成16年Ｙの殺害と隠匿行為につき、警察に自首した。そして、自首時点で既に刑事の公訴時効が成立しており、刑事責任を免れる状態になっていた。

殺害後の被害者遺族の行動を追ってみよう。事件後の４月23日に、学校としてはＹの実家に連絡した。同月24日、遺族は学校側から経過に関する説明を受けて、その後（同年９月11日、16日）、遺族（Ｙの父親）は警察に捜索を依頼し、自宅住所の周辺を探索した。

さらに、10年後の1987年の大韓航空機爆破事件において、北朝鮮工作員の日本語教師がＹに似ていると特定失踪者問題調査会から指摘を受け、遺族は北朝鮮に拉致された日本人を救出するための全国協議会に参加することになった。

なお、2006年に、地方公務員災害補償基金東京都支部は女性教諭Ｙについて公務上の労働災害であることを認定し、遺族補償を支給すると通知した。新聞報道によれば、2007年、１審判決で棄却された足立区に対する請求は、２審の約１ヶ月前に和解へと至った。それは、東京高裁において区が遺族に2500万円を支払うことを条件に成立し、また遺族に哀悼の意を表すことや、再発防止への努力も和解条項には盛り込まれた[59]。また、犯罪被害者家族の会（公訴時効のヒアリングにも参加）が、みずから「時効の壁に挑戦する」ため、本件をめぐる社会運動にも参加していた[60]。

第二款　裁判所の判断

[59] 毎日新聞夕刊2007年12月19日９頁、同じく夕刊2007年12月20日13頁。

[60] 本件に関して犯罪被害者家族の会がとった行動は、主に裁判所などへの要望書の提出と、報道関係者を交えた論議をするよう要求することであった。また、東京都労災基金と接触しホームページ上において、署名活動を行った。本件を通じて、犯罪被害者家族の会は足立区や裁判所と交渉し、「弁護士にすべてを任せるだけではなく、人として家族として積極的な戦い」を展開してきたといえる。（http://www.ll.em-net.ne.jp/~deguchi/）最終確認2015年９月。

本件では、死亡したＹの両親から損害賠償請求権を相続した２人の子が原告となり、ＡとＡを雇用していた足立区に対し、総計１億８千万円余の損害賠償を請求したものである[61]。

１審は、原告の足立区に対する請求は認めなかったが、Ａに対する請求のみを一部認容した（東京地裁平18･9･26判タ1222号90頁）。判決で、Ａの殺害行為は不法行為としたが、それに基づく損害賠償請求は、民法724条後段の適用により、既に20年の除斥期間が経過していることで認められないとした。ただ、Ｙの遺体を隠匿し続ける行為は死者を弔いまたは遺骨を祀る機会を奪い、遺族の感情を害するという個別の不法行為であり、遺体発見時を除斥期間の起算点とすべきであるとして、原告らの請求を各自110万円の限度で認容した。

２審の判決（東京高判平20・1・31判タ1268号208頁）は、その遺体の隠匿を続けた行為が別個の不法行為を構成するものではないとした上で、原告らは、遺体が確認された日から三ヶ月を経てその相続人が確定した時から六ヶ月以内に訴えを提起したため、「相続財産に関しては、相続人が確定した時……から六ヶ月を経過するまでの間は、時効は完成しない」という民法160条の法意に照らし、Ｙの損害賠償請求権が除斥期間の経過によって消滅したということはできないと認定した[62]。

除斥期間の適用[63]について、原告らは、民法724条後段に対し、信義則違反ないし権利濫用法理の適用があると主張した。これに対して、１

---

[61] 請求された損害額は、Ｙの死亡による逸失利益と慰謝料の相続分、または原告らの固有の慰謝料などを含めて加算したものである。

[62] 最高裁は、２審の判断を是認し、要旨は、次のように判示した（本判決には意見もある）。「被害者を殺害した加害者が、被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま上記殺害の時から20年が経過した場合において、その後相続人が確定した時から六ヶ月内に相続人が上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法160条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないものと解するのが相当である。」（最三小判平21・4・28判時2046号70頁）

[63] 本件の争点は、除斥期間の適用と不法行為の起算点に分けている。起算点についての分析は、前注56･松本･法時81巻（2009）13号379頁による評釈を参照。

審は「民法724条後段の20年の期間」は、被害者側の認識のいかんを問わず、一定の時の経過によって法律関係を確定させるため請求権の存在期間を画一的に定めたものであり、除斥期間の性質を有するものと判示した。従って、裁判所は当事者の主張がなくとも、除斥期間が経過している場合は、請求権が消滅したものと判断すべきであり、除斥期間を適用することが信義則に反する権利の濫用であるなどの主張は、主張自体失当となるものと解され、これに反する原告らの主張は採用しないと最高裁が判示した。その論理は平成元年12月21日第一小法廷判決（民集43巻12号2209頁）（以下「平成元年判決」という）において初めて示された論理であり、今回裁判所はその論理を維持することにした。本件殺害行為に基づく損害賠償請求権は、20年の除斥期間の経過によって消滅しており、また、そこに信義則違反ないし権利濫用の法理を適用する余地はない、という点において、１審の判断はそのまま一貫している。

２審と最高裁で問題になったのは、除斥期間の適用についてである。２審は、本件に「正義・公正の理念」から、除斥期間の適用例外を認めた平成10年判決[64]を前提としつつ、民法160条に則して適用することとした。従って、殺害されたＹが自分の死亡について有する損害賠償請求は、相続人が確定してから６ヶ月を経過するまで除斥期間が満了しないということになったことで、被害者の救済が可能になるのは６ヶ月以内に限定されることになった。こうしたことから、２審と最高裁の判決は、平成元年判決の枠組みに従い、本件の特異性を考量して、除斥期間の例外を認めたものであるといえよう[65]。

---

[64] 民法160条は、相続財産に属する権利や相続財産に対する権利が、相続人不確定ないし相続財産の管理体制不備の間には、消滅時効が完成しないことを定めた「時効の停止」についての規定である。ただ、時効の停止を消滅時効のみならず、除斥期間についても適用を認めたのは、ここで「平成10年判例」と呼ぶ判例である。その内容は、予防接種を原因として事理弁識能力を欠く被害者が、不法行為のときから20年を経過する六ヶ月内において法定代理人を有していなかった場合に民法158条１項を実質的に準用したと最高裁が判示した（最二小判平10・6・12判タ980号85頁）。

[65] ただ、最高裁では、民法724条後段の法的性質について、田原睦夫判事から、除斥期間ではなく、時効と解すべき、との少数意見も表明された。その狙いは、

本件の判決で、公訴時効制度の是非に関する検討はなされなかった。それは、民事事件の性質に鑑みて当然ともいえるだろう。ただし、田原判事の少数意見によれば、「現在、法務省において債権法の改正作業が開始されているところ、時効制度の見直しに当たっては、かかる観点を踏まえた見直しがなされることを望む」とあり、当時の債権法改正における時効制度の見直しについて言及したところがある。なお、本件は、公訴時効の経過によって刑事訴訟を起こすことができず、代わりに被害者遺族が民事訴訟を起こしたという経緯があったことから、一般向けの新聞報道における本件の記事では公訴時効改正の議題が言及された[66]。従って、本件の司法判断は、公訴時効改正をめぐる世論の形成にも一定の影響を与えたものと考えられる。

第三款　本件についての評釈

本件は、民法724条後段の除斥期間に２つ目の例外を認めたものであることから、理論上も実務上も重要な意義を有しており、これまでの判例評釈などにおいては、除斥期間の在り方についての細かな法解釈学上の議論が展開されている。それゆえ、本稿では、民法上の問題として除斥期間を構成するのではなく、本件事案の特質とみられる「逃げ得」―本件で除斥期間の適用による利益を得られるような、加害者の不当な先行行為の存在―という問題がいかに位置づけられるのかを検討する。つまり、本件のような場合において、「逃げ得」のような問題を法学はどのように扱うのかをみる。

上述の判決のように、１審では平成元年判例の枠組[67]のもとで、法的

除斥期間より柔軟な運用のある時効制度を用いて、「損害賠償請求権という個別性の強い事案において、当該事案に応じた社会的に妥当な解決を導くことができる」というところにある。

[66] 主要紙である朝日新聞、毎日新聞や読売新聞を調べたところ、2004年から2009年までででは訴訟経過も含め本件についての報道は、複数回掲載されている。それぞれの記事数は、朝日新聞12件、読売新聞20件、毎日新聞20件である。記事の特徴については改めて第７章で検討する。

[67] 平成元年判例の一般枠組みは、①民法724条後段の法的性質は、除斥期間と解する②除斥期間の適用は、当事者の主張を待つことなく、裁判所がなしうる

安定性を維持しようとする意図が窺える。本件の特異性について、原告は信義則違反ないし権利の濫用、あるいは正義・衡平の原理に当たる事情として、除斥期間の適用を主張していたことに対して、裁判所は、平成元年判決の変更という解釈を採用しなかった。そして２審以後は、民法160条を用いて、除斥期間の硬直的な適用を回避し、実質的な解決に導いた。評釈では、「最判平元・12・21の硬直的解決が妥当でない場面の存在を認め、当事者の権利行使可能性に焦点を当てるなど実質的な例外規範を構築することが要請されるように思われる」という理解が通説である[68]。特に二審判決の評釈では、その判決が実際の解決策としての有力さを認めるが、法理論（除斥期間の一般論）の構想として議論の余地が残ると考えられていた。例えば、二審判決は、事件の特異性を捉え、実際に解決を見るに導いた点を見る限りかなりの説得力を持つが、「東京高等裁判所は、平成元年判例の除斥期間についての一般論の枠組みを崩さないために、『民法160条の法意』を、巧妙に、かつ多少無理して技巧的に使っている、との感を個人的に免れない」という指摘がある[69]。他方、「『国民感情』に応えたもの」と２審判決を肯定したが、しかし「『国民感情』は被害者側に大きく傾く」という背景の下、和解の金額も加えて考えれば、本件における賠償の金額は実際の損害とやや離れることを指摘され、さらに「被害者の権利は期間制限には掛からない」という恐れがあるとの指摘もなされている[70]。

本判決では、本件事案の特質と考えられる「逃げ得」が意識されたものの、実際には、具体的な問題の解決に目を向けている傾向が認められる。「逃げ得」に対しては一般的な理解を構成することより、除斥期間

ものである。従って、③一般に、除斥期間の適用につき、権利濫用や信義則違反は問題とならないものである。この点に言及したものとして、加藤雅信「殺人後、26年間遺体を自宅の床下に隠匿し続けた者に対する、不法行為による損害賠償請求権の除斥期間の経過を認めなかった事例」判タ1284号（2009）83頁以下を参照。

[68] 前注55・中村肇・法時81巻13号136頁。

[69] 前注68・加藤・判タ1284号87頁。

[70] 前注56・田中・判時2030号163頁。

の一般論の例外として工夫するものになっているといえよう。それゆえ、従来の制度運用を修正し具体的妥当な解決を図ろうとする解決策に対する判例評釈の評価は、おおむね慎重である。

先行行為の「逃げ得」に対しては、裁判所もその行為自体が「著しい正義と公平」を反するものであることを認めるが、２審または最高裁の判決では、「国民感情」に応じるため、法解釈における比附（Analogy）の技法を用いて、除斥期間停止という法的構成による運用をしたものとして評価することができる。

「比附とは、当面するケース（まま）について制定法の条文・慣習法・判例法が欠けている場合に、『諸事情』を参照して、ある制定法の条文・慣習法・判例（一つないし複数）から、不当でない範囲でより一般的な内容の法命題を取り出して適用する技法」のことである[71]。加害者の不当な先行行為（逃げ得）を念頭に置きつつ、裁判所は相続人の不確定という本案の事情を考慮し「民法160条の法意」による救済を導いた。その論理には、二つの視点が含まれている。一つは、「法の安定」である。裁判所は除斥期間の一般論を修正して解釈することに対して非常に慎重な構えをみせた。もう一つは、衡平への配慮である。本件において、裁判所は除斥期間の一般論を修正するより、正義感情（国民感情）のため個別の手当が必要であると考えていた。要するに、「逃げ得」に対応するに際して、裁判所は個別の事案に則した特殊的措置を取ることで対応したわけである。

被疑者が特定できない未解決事件に対し、そのような対応できる場合は極めて限られることになるだろう。その論理構造に従えば、（仮に被疑者が特定できた場合）各事案にとっても救済ができるものと期待されるが、もっとも、ヒアリングで言及された「不平等」、いわゆる各被害者（遺族）の間に事案から生まれる差異は残るかもしれない。

ヒアリングで主張された「魂」あるいは「人」といった論理には、被害者の個別利益の上、救済策の普遍性を重視されている。上述のように、被害者にとって、裁判は実際の解決だけではなく、他人あるいは社会との繋がりを構築することにも重要な意義である。その繋がりは、原告の

[71] 笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009）127頁を参照。

要請にも現れている。原告は、民法724条後段の除斥期間に対し、信義則違反ないし権利濫用法理の適用を要請した。そうすることで、原告は、その適用を通じて除斥期間一般論の解釈を修正すること（平成元年判決の変更）を求め、実際の損害填補状況より、「正義」などの抽象的な原則に従った解釈を望んだと解することができる。そこでの正義とはまさに「逃げ得を許さない」という社会のあるべき姿を意味する。また、２審と最高裁は、そうした「正義」に照らして、救済されるべき人を救済する、すなわち法の「衡平」[72]機能を発動させることかもしれない。ただ、その扱い方は、ヒアリングによる「被害者のバランス」に基づいた「平等」の実現というよりは、あくまでも例外という形で行う当事者に対する救済措置である。

被害者遺族と判決の言説とも「逃げ得」という不道徳を問題視している。除斥期間は、消滅時効のように権利の不行使の状態に意味を付与するのではなく、権利の性質や公益上の必要から権利関係の速やかな確定のために権利の期間を制限したものである[73]、と考えられる。つまり、除斥期間は固定的であり、公的な性質を持っている。被害者（遺族）は、具体的な勝利または救済の提供より、正義感覚と一貫する公的評価、普遍性を重視する姿勢を示していた。それを踏まえながら、民法724条後段を時効ではなく、除斥期間と解した本件の判決は、文言解釈としての評価はともかくとしても[74]、被害者（遺族）の感覚と一致する点があると評価することができる。

しかし、個人の救済を実現するため、法解釈の技術によって「国民感情」に応えようとした本判決は、皮肉な効果を招くことになった。「逃げ得」

---

[72] そこでの衡平とは、「各人にかれのものを帰属させる」という意味で用いられている。前注73・笹倉『法解釈講義』（東京大学出版会、2009）173頁を参照する。

[73] 消滅時効と除斥期間の法的性質に関しては、四宮和夫『民法総則（第４補正版）』（有斐閣、1996）287頁を参照。

[74] 本件が引用された先例においていずれ被告は国である。その中、被告と原告との間にある地位の格差は本件と異なる。それに対して、本件の被告人は確かに殺害事実を発覚されないために隠蔽作業を実施したが、国による証拠の偽装・隠蔽と相当する程度のものかについては議論の余地があると思われる（前注57・久須本・愛知大学法学部法経論集183号（2009）89頁を参照）。

に対して、裁判所は世論の批判を無視したわけではない。ただ、判断の枠組として、信義則違反・権利濫用の不問を維持しつつ、特段の事情による具体的正義・公正の理念から除斥期間の適用を否定するという手法を採用したが、そうした射程の極めて狭い判決は、倫理的視点から「逃げ得」に対する共通の社会批判（世論）との間に距離がある。というと、前章第三節で整理した通り、被害者遺族が期待したのは、個人への救済のみではなく、自分らの被害感情に対する社会全体あるいは共同体の理解あるいは承諾である。つまり。そこで問題の解決策にシンボリック的な効果を求める傾向が考えられる。懸命に具体的な救済の実現を努める裁判所は、判例との関係・法的安定性に縛られ、被害者（遺族）や「国民感情」と称した世論の意図を十分反映することができなかったと思われる。こうした点は、本件と思われる事例に関する立法審議の状況をみることによって一層明らかになると思われる。そこで次に、そうした法制審議会の議論状況を整理してみることにしたい。

第四節　「世論」の判断

第５章で述べたように、法制審議会公訴時効部会の審議は、基本的には事前に設定された議題に従って、議論の流れが進む形を取っている。そこで､現実の事件についての意見交換が行われることはかなり少ない。上述の「逃げ得」事案（以下では本件と呼ぶ）はわずか一つの例である。今回の審議において、本件は２ヵ所で論じられている。

まず、本件については、事務局から「近年における凶悪・重大犯罪をめぐる諸事情」の説明がなされた[75]。

そこでは、本件が「逃げ得」――特に殺人事件について犯人が明らかになったのに公訴時効の完成により処罰し得ない事態――の典型例になったことについて、事務局から先述した裁判が紹介されることになっていた。特に、本件に則して議論がなされたり、具体的な事情について言及されたりすることはなかった。そして、判決については、「民事上も時の経過による法律効果について特別の取扱いがなされる例」（第１

[75] 法制審議会公訴時効部会第１回会議、10－11頁。

回会議、11頁）という表現を用いているが、当該裁判について、後の審議で触れられることはなかった[76]。

また、既存の制度の下で事件の「解決」を導くものであったかどうか、という観点から本件が扱われたこともある。本裁判では、まさに公訴時効になった殺人行為から生じる「不都合」を解消し、結果的に裁判所は個別的案件として問題の解決（原告の主張）を実現することもできた。だが、法制審議会において問題になったのは、公訴時効制度の妥当性ではなく、公訴時効と関わる事件の解決方法である。そこで本件について、第４回会議で意見交換が行われた[77]。以下、主としてその議論に則し、整理していきたいと思う。

まず、そこで、問題視されたのは、公訴時効の完成により犯人が名乗り出るという点である。具体的にいうと、時効完成の効果には、二つの可能性があるという。まず、犯人と思われる人物が判明しても訴追し処罰することができない可能性、そして、真犯人が名乗り出ることによって真相が明らかになる可能性である。実際に、ある委員は、公訴時効制度には真相解明の機能がある、と主張していた（第５回会議、12頁）。もっとも、ある被害者委員は以下のように述べていた。

今おっしゃったように、名乗り出た方がいいではありませんかということになったら、その場合でもやはり犯人を知ったから、犯人が分かったから、分からないよりはいいと言ったので、それは追いかけてもらう方がずっといいのです。（第５回会議、12頁）

そこで、被害者側は、議論を「真相の解明」に限定せず、「追いかけ」

[76] また、配分資料の「意見募集」においては、現に時効が進行中の事件の取扱いについて、「自己の行為は25年隠し通せれば処罰を免れるという信頼は保護する必要ない」など意見がある。その言説の背後には、話題になっている本件をイメージしているかもしれないが。意見の提供者に関する情報が少ないため、その関連性を断言することはできない。「凶悪・重大犯罪の公訴時効の在り方等について（意見募集）」（平成21年12月22日から平成22年１月17日まで実施）の結果 http://www.moj.go.jp/content/000023352.pdf 最終確認2015年９月。

[77] 法制審議会公訴時効部会第５回会議、11－14頁。

という別な側面についても触れている。従って、公訴時効には真相解明の機能を認めるが、その論点について、二段階に分けて論じていた。そして、被害者遺族は、「名乗り出る」というメリットより、「追いかけ」る方を重視する姿勢を示している。

遺族としては真相を知りたい、しかし時効が完成することによって捜査してもらえなくなる、したがって真相も明らかにならなくなる、そういうことについてのやるせなさというのを述べる意見が多くあると思っております。（第５回会議、12頁）

このように、「追いかけ」ることには、現実に問題が解決する場合だけではなく、「やるせなさ」という心情とも表裏一体の関係にあることが窺える。また、真相解明されるかどうかは捜査の進展に依存せざるを得ない、といった被害者遺族が置かれている状況を垣間みることができる。

一方、制度趣旨の観点から見れば、真相解明という論点にも問題がある。それは、公訴時効制度は、時効の完成によって犯人が、名乗り出るようなインセンティブを与えていないということである。だから、「真相解明」は公訴時効制度の必要性という議論の論点になり得ないといった指摘もある（第５回会議、13頁）。他方、論点の提供者は、真相解明が公訴時効制度の「積極的な目的ではない」ことを認めつつも、「消極的な理由」として現実的にその機能を果たすことが重視されるべきだという。

続く、議論の争点は、真相解明の実現可能性に移る。そこでは、被害者遺族と制度運用、という二つの視点が現れた。

①被害者遺族は、真相解明は論理的な仮説に過ぎない、と主張していた。

余り捜査を続けると真犯人が出てこないから捜査をやめてくれ、こう思っている人は一人もいません、私の知っている範囲内では。もしそういうふうに思う方がいらっしゃるとすると、これは全く頭の中で被害者と関係なくつくられた議論だと私は思います。（第５回会議、13頁）

そこで、反論を支えるのは個人の情報である。被害者（遺族）は、理論的な構造（「頭の中」）ではなく、被害者全体の状況と直結する自分の経験に応じることを求めている。逆に、経験に現れていない仮説に対して、その正当性を疑うようになっていく。

②制度運用の面では、真相解明という機能は非現実的であると批判された。まず、本件のような事件は、実際問題として稀である。また、本件は、公訴時効制度からのインセンティブより、周辺建設工事によって遺骨が先に発見されてしまう恐れがあるから自ら名乗り出てくるというケースであった。そうすると、真相解明を検証する素材として本件は不適切ないのではないか、ということになった（第５回会議、13頁）。

真相解明として公訴時効のメリットを論じた言説と、断固としてそれを否定する言説の論争には、求められている利益に相違が見られる。

①の被害者委員は、本件で現れた公訴時効のメリットとしての「真相解明」に対して違和感を示している。被害者（遺族）側は、真相解明以外のものを求めている。これまでにみた上記の発言によって、彼は「捜査をしてもらいたい」と主張した。捜査では、真実の追究ではなくて、加害者への「追いかけ」という意味が含まれていた。同様に、事務局の説明は「やるせなさ」という表現を用いていた。両者とも、真実より、被害者遺族の苦しみを解消する志向を示していたことが分かる。

また、それに対する警察側の委員は、現状改善として公訴時効改正の無力さを指摘していた。いずれ公訴時効が改正されたとしても、捜査をする側にとって、被疑者を特定することに伴う困難が解消されるわけではない。従って、「追いかけ」は、実際の事件解決ではなく、解決へのイメージを求めているにすぎない。また、被害者遺族が否定したのは、「真相解明」という点だけではなく、真相解明によってもたらされることが期待される癒しの効用である。もとより、真相の解明によって、被害者の怒りと苦しみが解消されることはないのかもしれない。

このような「追いかけてもらいたい」という被害者において共有される願望と、捜査が難航するという現実には乖離がある。ただ、「追いかけ」ることによって、「法」というシステムに基づく要件が揃えば、評価としての裁判によって効果を得られることが期待されるのに対し、真相解明が実現したとしても、それは、過去の事件に対するある種の追認以上

のものではない。

「被害」という現実はいかに社会的に構成されるか。この点について、近年の研究では「被害の心理学化」といった現象が取り上げられている。「被害の心理学化」とは、「被害を構成する上で『感情』がより重要な言語的資源となり、被害とは何よりも心理的なものであるという了解がドミナントになりつつある」[78]ということである。その傾向は、以上の審議にも現れている。つまり、被害者言説における被害の「現実」には、被害者が置かれた社会環境ではなく、本人の心理的側面が有力となり、制度の解釈を紡いでいく。そこで被害者（遺族）は、問題の解決を「真相解明」ではなく、国家による処罰権の行使という形で求めることにした。いうまでもなく、国家の処罰権は、捜査または裁判など特定の国家機関によって具現化される。だが、真相解明では、裁判を通じての国家による犯罪者の処罰が不可能になる。裁判による救済は、国家という、いわば抽象的な社会に問題を置くことで、個人の外部で解決を求めるという面がある。従って、被害者が捜査または裁判で求めているのは、国家機関や制度の運用を通じて投影された、社会という対象の自己理解であると考えられる。仮に、公訴時効によって処罰されないにもかかわらず、事件の真相が明らかになるような場合には、裁判のような自己の外部からの作用がもたらされないので、被害者が抱えた精神的重荷は被害者自身にしか解き放つことはできない。要するに、個人の問題として、みずから解決しなければならない。このように、「追いかけ」ることの目的は、公的制裁の象徴である法システムの判断、すなわち裁判を通じての処罰である。また、法システムを通じて、被害者は事件の解決を目指すだけではなく、社会へ苦しみを語る空間も手に入れる。逆に、「真相解明」では、被害者がみずからの体験を外へ語る機会が与えられるわけではない。従って、仮に「真相解明」をもって被害の救済であるとするならば、そのような救済には感情という「被害現実」が置き去りにされることになる。

②制度趣旨また法実務においては、「真相解明」という論点には問題

[78] 野口祐二「被害と克服へのナラティヴ・アプローチ」法社会学60（有斐閣、2004）140頁を参照。

がある。そもそも真相解明は公訴時効制度の趣旨ではない。また、公訴時効が真相解明のインセンティブになるわけでもない。それゆえ、「真相解明」を主張する意味は、「現実的にはない」（第５回会議、13頁）。そこでの現実とは、公訴時効における「真相解明」の一般化であり、個別事件の「真相解明」を制度の機能として認めることはできない。

［小括］

法制審議会においては、「処罰感情」あるいは「感情」という用語に「世論」という側面も含まれていた。「世論」を導入しているのは、議論の立て方として公訴時効部会での特徴であるといえる[79]。第５章では、議事録の解読を通じて、議論の立て方を検討した。そこでは、「世論」が「処罰感情」を媒介にして、法改正の必要性をめぐる論争へと浸透していったことを明らかにした。本章では、具体的な事件の議論を介して、被害者感情と被害事実に関する議論の立て方を考察してきた。そこでは、法実務の言説と被害者遺族の言説の間に論理構造の差異が確認された。被害者遺族には、個人の心情が処罰感情と一体化されている。ただ、その心情は「私」のものに限られるのではなく、直接的に「社会の現実」として取り上げられていた。従って、被害者遺族は、世論化された「私」の苦しみへの報い、いわゆる処罰を法システムに求めることになった。それに対して、法学者または法実務の言説には、社会の現実とは事件の案件ごとに個別的に解決することであるみる傾向が強い。

第七章　公訴時効をめぐる各メデイアの報道

遺族らは「（被害者の）無念が晴らせた」と涙を見せながら喜びを語り、「何より世論の力が大きかった」と感謝の言葉を繰り返した。[80]

---

[79] 白取祐司、岩村智文など「座談会 公訴時効廃止法批判 -- こんな拙速な立法でよいのか」世界805（2010）71頁を参照。

[80] 第２章と同じように、本章ではメディア記事に関する引用部分をイタリック体（斜字）にする。それは、言説分析（ツイーターも含め）の対象である記事を他の引用と区別するための工夫でもある。

――「毎日新聞」2010年４月28日

これまでみてきたように、法制審議会における「世論」は、「処罰感情」など概念の再構成を通じて立法審議の進行に影響を与えてきた。そこで、（被害者）処罰感情に同調する「世論」の背後に、マスコミ報道の影響を指摘する場面もある[81]。しかし、その理解は、果たして正しいかどうか。本章では、複数のメディアの報道過程に照らしてこの点を検証する。

第５章や第６章における公訴時効に関する議論と違って、報道は、被害者（遺族）本人も専門家もなく、もっぱら第三者としての報道機関によってなされるものである。この場合の報道言説とは、法制度の利害関係者（被害者あるいは被害者遺族）または法専門家よりも、社会一般構成員を読者にしている点から、その内容が「世論」と意味的には近いものがあると考えられる。ただし、第１部で述べたように、「社会」という表現は、多々ある中でも各メディアの特性によって大きく影響されるものである[82]。本章は、各メディアの報道特性を重視し、「処罰感情」という概念を持つ社会の効果を検討する。ただ、世論と公訴時効制度との関係を検証するには、長期間に渡って関連データの処理が必要となる。本章での分析は、主に2009年～ 2010年の間に公刊された公訴時効改正にかかわる複数のメディアの報道や議論を対象とする。その狙いは、複数のメディアにおける報道の関心や作法を整理し検討することで、具体的な時効報道の例に沿って解釈レパートリーを図式化し、審議会におけ

[81] 法制審議会公訴時効部会第１回会議議事録30-31頁を参照。

[82] 世論の形成は、従来マスコミの機能という見地から検討されていた。W.リップマンの『世論』（1922）は、擬似環境性を念頭において、マスコミを意見の形成にリーターの役割を果たす、といった認識を提起した。従って、マスメデイアが外的現実と個人の認識をどう媒介し、個人の現実像をどう形成しているか、とは伝統的問題としてその検討が今でも続けられている。特に、メデイアの議題設定機能と培養機能、二つの仮説は擬似環境論の伝統を引き続けるものとみられる。後者は、制度と文化など集合意識レベルでマスコミ世論の効果を注目している。そこでの検討は、殆ど量的な研究ではなく、観察と解釈学的分析の方法で行われている（竹下俊郎『メデイアの議題設定機能― メディア効果研究における理論と実証』（学文社、1998）第２、４章）を参照。

る「世論」と比較をする点にある。

第一節　時効報道の背景

第一款　報道の定義

本章では「時効報道」とは、情報伝達の意図を有するか否かにはかかわらず、公訴時効という公共的関心事項に関する出来事を記述し、効果的に不特定、多数の人に対して発信することとする。そうすると、伝統的な報道機関または規則的な報道活動だけではなく、非組織的または非継続的な情報発信活動（インターネット上の言説）も「報道」に含めて考えることになる。

第２章の冒頭で説明した通り、近代の報道は、基本的に事実を基礎にして発信する行為と捉えられている。報道に対する読者の信頼は、「精密な情報交換」から生み出す中立、客観という感覚に基づいている[83]。しかし、実際には、送り手の立場から情報を鮮明に受け手に伝えるため、各自情報の選択と処理という編集の活動も報道活動においては不可欠となっている。要するに、「基本事実」は、報道の技術によって発信されることになる。従って、法律学において解釈が核心的な技術であることは前章での裁判の言説から確認された通りだが、解釈という作業は少なくとも報道の活動においても生じている。

報道が社会の出来事を機械的に集積したものではないということは、読者・視聴者の反応からも確かめられる。例えば、本章の検討時期である2009年の「全国メディア接触．評価調査」によると、各メディアに対するイメージは、情報伝達の側面に基づく評価に限らない。「物事の全体像を把握することができる」、「情報の重要度がよく分かる」、「分かりやすい」、「親しみやすい」といった編集手法と関連する項目への重視も見られる[84]。

---

[83] ジャーナリズムの「中立客観」という理念と記事の言語構造との関係については、玉木明『言語としてのニュージャーナリズム』（学芸書林、1992）15－17頁を参照。

[84]「2009年全国メディア接触．評価調査」26－27頁または51頁を参照。その調

内容の繰り返しになるが、新聞などのマスメディアは、透明な情報発信の手段ではなく、独自のニュアンスに基づき情報の意味の形成を行っている。上述の「情報の重要度」、「わかりやすさ」や「親しみやすさ」はまさに情報内容自体の特徴ではなく、伝達過程への評価である。さらに、その伝達過程は、時に社会問題への意見形成にも影響を与えている。例えば、ドイツの哲学者 Norbert Bolz は、消費社会におけるメデイアの変容に関して、読者は情報から自分の意見を形成するのではなく、「マスメディアの毎日の合いことばを口にするしかない」という「意見の消費」を行っていると指摘した[85]。

こうした報道における事実志向の弱体化は、特に公訴時効をめぐるマス・メデイアの報道でより深刻な問題となっている。また、それと犯罪報道自体の特性、さらに日本の報道事情との関係も考察に値する。次に、先行研究の整理も兼ねて、犯罪報道と日本の状況について少し敷衍してみる。

第二款　犯罪報道

公訴時効制度は、「犯罪」という行為を追及する際の、起訴条件に関する制度のことである。多くの場合、時効に関する報道（以下は「時効報道」とする）には、犯罪事件とその捜査または裁判の経過など関連の情報が含まれている。その意味で、「犯罪報道」の有り様は時効報道の在り方にも影響を及ぼしている。そこで現在の「犯罪報道」研究の到達点を簡単に確認しておこう。

査は、NHK 放送文化研究がテレビ視聴行動や視聴意識の長期的な変化をとらえるため1985年から５年ごとに実施している調査である。調査対象は全国の16歳以上の国民である。調査方法について、配付回収法と個人面接法二つ使用していた。配付回収法の場合には、調査相手が3,600人（住民基本台帳から層化無作為二段抽出（300地点×12人）そして有効数（率）が2,710人（75.3％）になっている。時系列比較のため実施した個人面接法には調査相手が1,800人（住民基本台帳から層化無作為二段抽出（150地点×12人）そして有効数（率）が1,046人（58.1％）であった。なお、以上のデータについては、http://www.pressnet.or.jp/adarc/data/research/media.html を参照する（最終確認2015年９月）

[85] Norbert Bolz『意味に餓える社会』（東京大学出版会、1998）第231頁を参照。

第２章の冒頭で述べた通り、「犯罪報道」は最も古い報道のジャンルであり、これまで歴史学、社会学や法学など様々な角度から犯罪報道の形成、効果についての検討がなされてきた。本章は、特にメディア論の観点から近時の犯罪報道と法改正の関係を注目する。その点については、司法などでみられる個別的な案件の解決ではなく、道徳的評価の点から非難を加える「gonzo justice」と呼ばれる犯罪報道のレトリックについて言及しておく必要がある。アメリカのメディア論者 Altheide は、犯罪・非行に関する報道内容の分析を通じて、そこでは、行政・司法手続また法的権利に関する知識ではなく、道徳的基準またはそうした行為に対する規制の見直しなど、価値言説を優先させる傾向があるとの指摘をした[86]。また、こうした手法を使った報道は、現代社会における犯罪行為を統制する文化的な装置であり[87]、読者・視聴者個人の共感を喚起するものが多いことも分かる[88]。このような犯罪報道に関わる知見は、序章で検討した Pratt による厳罰化のポピラリスム理論と親和性があるように思われる。つまり、文化的なコントロールとして社会統制の機能を果たした現代メディアこそ、近時の刑事政策過程に強い影響を与えることができたと考えられる。

日本の犯罪報道にも類似した点がいくつか見られる。それについて、次のように整理することができる。

①報道機関における報道の懲罰言説化。特に人権と報道の研究においては、その観点が多く見られる。早期の研究として、日弁連「人権と報道」（1976年）と浅野健一「犯罪報道の犯罪」（1984年）が報道機関による事件当事者の被害を指摘していた。その時期、加害者とその家族も含む、犯罪報道による侵害の実態及びその救済と匿名報道の必要性について、数

[86] David L.Altheide (1992) *Gonzo Justice*, Symbolic Interaction,15 (1):69-86.

[87] R.J.Maratea=Brian A.Monahan (2013) *Crime Control as Mediated Spectacle: The Institutionalization of Gonzo Rhetoric in Modern Media and Politics*, Symbolic Interaction, 36 (3):271-272.

[88] Steven A. Kohm (2009) *Naming, shaming and criminal justice: Mass-mediated humiliation as entertainment and punishment*, Crime Media Culture 2009 (5) :190-192.

多くの報告や分析が行われた[89]。報道編集により、「歴史的な観点からのニュース判断力が衰弱している」こと[90]や、具体的な現実感に乏しい「なれなれしさ」が氾濫していることが指摘された[91]。

②犯罪報道の構造について、「事実報道」重視から「情緒的アイテム」重視への報道モデルの変容が指摘された。五十嵐二葉は、1991年に出版した「犯罪報道」で日本とアメリカの犯罪報道における記事構造の比較研究を行った。そこでは、「情緒的アイテム」と「事実報道」の区別が提示されていた。「情緒的アイテム」とは、苦しみや悲しみをクローズ・アップして、逮捕または判決の際に、被害者また遺族の情緒を大きく取り上げることである。それに対して、事実報道とは、事件の解決と関係する情報を重視することである[92]。

③情報収集について、警察側情報のバイアス、または被害者遺族と新聞記者の間の認識のギャップが検証された。それは、近時の変化より、公的機関の情報に依存する従来の日本の報道スタイルから引き継いだものといえるだろう。前者のバイアスとは、記者クラブを介した警察とマスコミとの恒常的な接触が偏った「引きつき報道」や「情報操作」を生み出す、ということである[93]。後者の現象が発生する原因については、私人間の付き合いを重視し、被害心情への理解を求める被害者遺族側と、記事の評判に関心を持つ記者側の間にズレが生じる、と指摘される[94]。

---

[89] 横山晃一郎は「裁判以前に確かな手続きも踏まないで勝手に制裁を加える」と報道側に批判した（横山晃一郎「シンポジウム、人権と報道を考える（上）」法セ370号（1985）における発言。その他、「人権と報道連絡会」が編集した、著者自身の訴訟経験を踏まえた報道の諸問題について論じた『報道の人権侵害と闘う本』（三一書房、1995）もある。

[90] 喜田村洋一『報道被害者と報道の自由』（白水社、1999）125－172頁を参照。公訴時効部会の審議においても、報道機関の事前判断に対して慎重な姿勢が見られる（法制審議会公訴時効部会第５回会議議事録６頁）。

[91] 佐藤雅美「犯罪報道を支えるもの」「市民社会と刑事法の交錯－横山晃一郎先生追悼論文集」（成文堂・1997）第130頁を参照。

[92] 五十嵐二葉「犯罪報道」『岩波ブックレット192』（岩波書店、1991）４－14頁を参照。

[93] 前注・五十嵐、10－14頁を参照。

[94] 青山真由美、白井明美または小西聖子「被害者遺族が受ける報道被害と新聞

近年、上記のような問題点を念頭において、報道機関または関連研究では新犯罪報道のあり方を追求する動きが進んでいる。その特徴は、人権保護を鍵理念とした上で、被害者による情報収集に力を注ぐことにある[95]。

犯罪報道の先行研究で示したように、情報源とその表現手法に関する分析は、報道言説を解読する際に重要な切り口となる。それに従って、以下ではマスメディアのような伝統的な報道とソーシャルメディアのような新たな形式を分けて整理する。

第二節　マスメディアの時効報道

上述のように、マスメディアでの報道は、記者が多数の「関係者」の話を積み重ね、集めた資料とそれに突き合わせた情報の発信を行う。これまでの研究は、そうした伝統的な報道を想定し、特に事件報道を中心として犯罪報道の構造を検討してきた。管見の限り、時効事件および法改正の報道を直接対象とした研究は見当たらなかった。

ただ、時効報道は、時間の扱い方の点で、上記の犯罪報道とはかなり異なったものでもある。その相違は、時効報道の事件は長い時間の経過が想定されていることにあり、その特性に応じた報道にならざるを得ないことによる。

第一款　新聞報道―活字記事を中心に

第２章の第２節においては、朝日新聞を対象に、刑事訴訟法改正をめぐる報道構成の変容を検討した。そこで明らかになったのは、公訴時効改正をめぐる報道活動が2009 ～ 2011年の間､特に法改正審議の間にピークを迎えていたことであった[96]。また、そうした報道の集中傾向は、他

記者の認識－配慮ある取材関係の構築に向けて」被害者学研究19号（2009）44－45頁を参照。

[95] 富田信穂「犯罪報道と被害者保護」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第１巻：犯罪被害者論の新動向』（成文堂、2000）294－295頁を参照。

[96]「公訴時効」と「法改正」をキーワードに、朝日新聞のデータベース（聞蔵Ⅱ）

の新聞にも見られた[97]。そして、記事の類型からみると、同じく第２章の第２節で述べた通り、法改正の法務省・国会の審議ではなく、具体的な事件および被害者（遺族）の言説が多く取り上げられている[98]。ちなみに、今回の法改正審議（国会）においては、野党と与党の意見がほぼ一致しており、政治的話題として大きな争点にならなかった[99]。

①「乏しい情報」

伝統的な報道は、情報を正確、かつ即時に受け手へ伝える機能を持ち、現時点の出来事をめぐる情報収集と整理作業をベースとして成り立っている。しかし、時効報道の場合、報道の時点で事件捜査の進行は殆ど止まっている。事件当時の報道と比べて、事件自体に関する新しい情報の入手はかなり困難ともいえるだろう。

時効報道においては、被害者遺族の情報が大きな役割を果たしている。例えば、「忘れない『未解決』を歩く」という毎日新聞の時効事件特集[100]には、ア）「捜査が続く主な最近の未解決事件」、イ）「忘れない『未解決』

で検索を行った結果、2008年に４件、2009年に14件、2010年に41件、2011年に10件の記事が抽出された。

[97] 他の新聞を対象に前注と同じの検索を行った。毎日新聞の場合、2008年に１件、2009年に27件、2010年に44件と2011年に７件の記事が見つけたが、読売新聞の場合、2008年に2件、2009年に14件、2010年に36件と2011年に15件の記事が掲載された。そして、経済分野に報道の重点を置く日本経済新聞でさえ、2010年に公訴時効改正関連の記事を29件まで掲載したことが分かる。

[98] 前注96のキーワード検索結果を元に、その時期の記事類型を簡単に整理したところ、社会面の記事には事件や裁判を題材としたものが多く掲載され、立法審議に参加する人ではなく、事件当事者の言説を通して法改正への意見を示そうとする形式がみられた。また、法改正後の記事（2010年４月以後）には全国版ではなく、地方面での報道が中心となっている。

[99] 政治動向と報道言説の関係は重要な論点だが、本論の主な問題関心とは離れるため、ここでは省略する。ただ、利益集団間の調整が不要であった今回の法改正は、世論に適合的であろうという判断は当時の国会にあったかもしれない。

[100] 公訴時効部会で言及された毎日新聞の世論調査は、「忘れない『未解決』を歩く」という未解決事件に関する特集の一環であった（http://mainichi.jp/feature/wasurenai/ 最終確認2015年９月）。

を歩くアーカイブ」、ウ）「忘れない『時効』よ止まれ」といった三つの項目が設けられている。その中、ア）は主に警察による情報、イ）は被害者遺族の生活ぶりと捜査活動、ウ）は制度の改正に関する動きと各方の反応が取り上げられている。捜査難航のため、警察側は、事件の実態よりも、捜査の決意あるいは努力を語ることが多いようである。被害者の情報には、法制審議会でみられた被害者遺族の発言のように、みずからの心理的な体験が強調される傾向にある。つまり、時効報道では、警察側と被害者遺族側の活動を伝えるというよりも、取材対象の心理状態に関する記述が多くみられる。心理状態については、被害者（遺族）意見の引用を通して表現される場合が多い。一方、被害者（遺族）の生活ぶりを追跡し、現在の日常における事件の影響を表現するという手法が採用されることも珍しくはない[101]。

さらに、逮捕あるいは裁判のような明確な時系列に沿って、一般の犯罪報道は事件を伝えていくが、「未解決事件」の場合、事件の区切りとなる分節がみえないため、事件の情報における時間的な区分も曖昧となっている。そして、心理状態の情報とともに、事件の情報が、現在という時間次元で語られてしまう。従って、報道において、時効といった概念にある時間経過の効果を表現するには、かなりリソースが限られていることになる。

②「薄れる関心」

公訴時効制度の存在理由である「処罰感情の鎮静化」には、事件に対する特定被害者遺族の被害苦痛の希薄化ではなく、社会における裁判救済への関心の希薄化という予測が含まれている。つまり、法学の言説は、公訴時効が「薄れる関心」という論理で正当化されている。しかし、時効報道では、「薄れる関心」に言及される場合は少ない。ある記者は、時効事件の記事の最後に、以下のように語っている。

…親族は古傷をかばうように戸を閉めた。癒えない悲しみの深さを物語っていた。記者の胸にこみ上げたのは今も息を潜めて時効の瞬間を待

[101]「乏しい情報　月命日現場に線香」毎日新聞の西部朝刊12版（2008年4月26日）。

つ犯人への怒りだった。[102]

ここには、被害者の「癒えない悲しみ」から記者の個人的な「怒り」へ、という感情の連鎖が表れている。「時効か捜査か」といった二項対立的パラダイムは、被害者自身の語りで構成されたものではなく、被害者の語りと遭遇した記者の問題関心であった。そこでの記者は、報道の生産者と、被害者言説の読者という二重の身分をもって、また新聞の読者の体験と重なり合うことになった。

上記のような時効報道は、時間の経過による「薄れる関心」という事実状態に無関心である。報道における処罰への「関心」は、事実の記述ではなく、積極的に関心を惹起させようとする側面（共感モデル）を持っている。

第二款　映像報道

以上の分析が示すように、時間の経過をめぐる問題は、活字による報道では構造的に表現しにくい。それゆえ、別の報道手法である「映像」についても考察の視野に入れることにしたい。ここでの映像とは、写真（still image）やビデオ（moving image）等事実や感情を収集、記録する視覚的（visual）道具のことを指す[103]。

まず、新聞写真についてである。時効報道には、しばしば写真が掲載されるが、その対象は主に被害者（遺族）とその取材の様子、捜査員や

[102]「薄れる関心　捜査14年迫る時効」毎日新聞の西部朝刊12版（2008年４月26日）。

[103] 1990年以後、日本も含め先進国では、テレビや映画等視覚メディアに加え、カメラ付きの携帯が社会に普及し、写真やビデオ等の使用が日常的になった。そうした背景の下、社会学、心理学、人類学による視覚的な経験の研究が進んでいたが、法律学においては、法と文学といった批判法学の一部として、法と映像や法と流行文化の研究に映像を取り入れたものもあった。映像研究の経緯に関しては、石田佐恵子「ムービング・イメージと社会」社会学評論60号（2009）７-12頁を参照。また、法学における映像研究の性質について、拙稿「映像（image）を通して「法」を理解する」（透過映像理解“法”）清華法律評論2016年４月号刊行予定。

捜査活動に関わるものであった。法改正以前の2010年１月20日付の日本経済新聞には「95年､西成の看護師殺人未遂　迫る時効『逃げ得許さぬ』」の記事が掲載され、事件現場で時効廃止について語る被害者の夫の様子や、警察が公開した容疑者とみられる写真が用いられている。縦に配置した被害者遺族の写真と容疑者の写真の間に「25日期限　夫、撤廃訴え続け」の見出しが挿入されている（下図４）。記事の内容を読まず、画像と見出しの組み合わせのみを通じて、「公訴時効の廃止こそ当事者の望みである」といった記事のメッセージを表現するような工夫が施されているものであることが分かるだろう。また、捜査活動について、例えば法改正成立後の記事として、朝日新聞2010年９月25日朝刊（和歌山３）で掲載された「湯浅スポーツ店主殺害15年　時効廃止『情報を』」は、時効廃止以後警察の取り組みを取り上げるものであった。そこでは事件現場近くの現場で買い者客に情報提供を呼び掛けた警察官の姿が写真に

図４

95年、西成の看護師殺人未遂

迫る時効「逃げ得許さぬ」

25日期限 夫、撤廃訴え続け

よって描写されている。

また、文字ではなく、画像を中心に構成した時効報道もある。2010年４月12日読売新聞東京夕刊は「『ズームアップ』遺族に時効はない」と題した五つの写真を含む記事を一面で掲載した（図５）。具体的には、①京成線柴又駅までの道をひとり歩く被害者遺族、写真に関する説明では「被害者の娘と一緒に歩いた思い出が詰まっている」と記述した（左上）、②捜査活動と思われる捜査員の姿である。説明では「1995年７月、東京都八王子市のスーパー『ナンペイ』でアルバイトの女子高生ら３人が射殺された事件。時効が３か月後に迫る中、現場付近では今も捜査が続けられている」との記述がある（右上）、③息子一家４人が殺害された被害者遺族。居間には遺影、本棚に孫の遺品などが残されている（右下）、④放火され、全焼した自宅で焼け残った被害者の写真とパスポートが写されている（左中）、⑤仏壇に供えた料理の写真（左下）について、「『唯

図５

一の功徳だから……』と内村和代さんは毎日、作った料理を夫の仏壇に供えてから食事をしている」とある。

最も大きな①は被害者遺族の父親の写真であり、被害者への思いが現在まで日常生活（公的交通機関としての駅を使用）の中に漂っていることを表現している。その他の被害者遺族に関する写真③④⑤には人物ではなく、物を中心とした紙面構成になっている。そこには、もちろん被害者の情報が記されているわけだが、前述したように、時の経過によって事件の調査が困難になり、社会の記憶が薄れていくという公訴時効制度の存在理由を意識すると、被害者（遺族）個人ではなく、客観的な物を通して「被害者の情報」を記録する写真の手法は興味深いものといえる。要するに、社会の記憶はこうした物を「みる」ということによって喚起できるのだ、という主張をそこに読み取ることができるだろう。②の写真は捜査活動に関するものの、人物の顔が映っていないことに注意すべきである。もし特定の事件ではなく、捜査活動の一般性を意図的に描写していたとすれば、第５、６章で検討した被害者（遺族）言説が求めている「社会の理解」や「普遍性」を代弁する公的機関の姿勢をそこから読み取ることができるかもしれない[104]。

また、映像情報が中心となるテレビの報道特集について、報道の解説方法をみてみたい。以下は、日本テレビのニュース番組「ZERO」[105]で

[104] 映像資料を分析する際に、読み手の主観性をいかに排除するかは難題である。これまでの研究で客観性を担保した技法は未だ開発されていない。本論では、映像人類学の知見（例えば、港千尋等『映像人類学の冒険』（せりか書房、1999））を参考に、当該記事の文字部分、当時読売新聞での公訴時報報道の方針、また公訴時効改正の内容と争点など複数の視点を突合し、映像による報道の効果を分析した。もちろん、この方法によって主観性の問題を完全に排除できたわけではなく、引き続き今後の課題である。

[105] ニュース番組「ZERO」は、2006年９月29日に「日テレ・きょうの出来事」が52年間の長寿番組を終了し、それに代わる日本テレビの最終版ニュース番組として放送が開始された。代表的な夜のニュースとして「ZERO」の視聴率は同時間帯で夜のニュース枠首位となり、週平均の視聴率が10% を超えることもある。番組のコンセプトは「ゼロから始める、革命的ニュースショー」で、いわ

2009年４月15日（水）に放送された「科学捜査の進歩が、「時効」を止める」の特集に基づく。

この特集は、総計９分35秒の VTR において、妻を失ってから10年間、犯行現場についた犯人の血痕を残し続ける遺族の物語を中心に収められたものである。報道の枠組は、以下の通りである。

①事件の概要（03´03）
証拠に関する被害者の語り（血痕を残っている現場映像、または現場でのインタビュー）
事件のあらすじ（当時のニュース映像）
被害者の情報（個人撮影の家族映像）
生活ぶり（事件後１年の取材映像）
②人的証拠（01´17）
法務省関係者の語り（室内でのインタビュー）
解説（イメージ図）
③物的証拠（03´41）
DNA の証拠能力（番組自ら行った DNA 鑑定）
物的証拠の保存（警視庁科学捜査研究所の取材映像）
科学捜査の進歩（警視庁科学捜査研究所研究員のコメントとイメージ図）
公訴時効改正における DNA 証拠の位置づけ[106]（イメージ図）

ゆる「全ての情報を、ZERO から考えなおす」ニュースの分かりやすさを重視している番組でもあるとされる。そのニュースの特集を例として、情報処理という報道の機能に立脚し、時効報道の分析を試みたいと思う。ここで使われている素材は、テレビ局主導のインターネット動画配信サービス第２日本テレビで公開される映像である。その映像は、報道のみで、キャスターのコメントが含まれていないものもある。映像データについて、番組の公式サイト http://www.ntv.co.jp/zero/feature/2009/04/post-43.html を参照（最終確認2015年９月）。

[106] それは、公訴時効制度見直しにおいて、事務局が提供したイメージ案Ｃのことを指す（「凶悪・重大犯罪の公訴時効見直しの具体的在り方に関するイメージ案」（http://www.moj.go.jp/content/000023352.pdf　最終確認2015年９月）。

④解決への願望（01 ´ 27）
時間の経過（被害者子供のインタビュー）
被害者遺族の願い（被害者遺族のインタビュー）

報道では、「証拠の散逸」を二つのテーマに分けて紹介している。いわゆる、「人的証拠」と「物的証拠」、という二つの証拠類型である。

報道において、「人的証拠」については、「証拠の散逸」が可能とされ、公訴時効の必要性を認めるが、「物的証拠」については、科学捜査の進歩により「証拠の散逸」はあり得ない、との主張がなされた。表現の形式を比較すると、①時間面について、「物の証拠」は「人的証拠」の２倍以上の長さがある。②解説の手法について、「人的証拠」では、＜有識者＋図式＞の形を採用しているのに対して、「物の証拠」では番組自らDNA 鑑定などの実験過程を展示している。③映像と内容の関連性について、「人的証拠」での解説は音声を中心に、インタビューの内容を説明する。従って、インタビューを行う場所、刑務所の建物など流れされた映像には、情報内容と関連ないバックグラウンドにすぎない。それに対して、「物の証拠」では、実験の経過そして結果は映像を通じて表現されている。

また、科学の発展と証拠の保存との関係以外に、被害者事情の紹介もその特集におけるもう一つ重要な情報源となっている。その際に採用されているのは主にインタビューの手法であり、事件や捜査上の取り調べ以外、遺族の生活（子育てのシーン）までもが取り上げられていた。ここでは、特に映像表現の特徴に注目したい。

第一に、映像全体の色を状況や場面に応じて変更することにより、報道として生活における時間の経過を客観的に確認することができる。①で被害者情報では、取材映像ではなく当時の家庭映像や撮影が使用されるのに対して、④の映像では、現在取材者が撮ったものであることから、

このことについて、番組では「事件から一定時間を済む時効を迎える。しかし、DNA が現場に残っていた事件に限っては犯人が分からなくても DNA 自体を犯人を見出し、起訴するという案だ。そうすると、事実上時効が停止され何時までも続けられる」との表現が与えられている。

同じ被害者遺族の外見上の容貌変化を確認することができる。

第二に、映像の中には、事実の確認をすることに加えて、叙情的な手法も取られている。例えば、①の事件後１年を経た取材映像の中に、３歳になる被害者の子どもがカメラに向かって、「ママ…ママ…ママなぜ死んじゃった…ママが死んだ。ママが死んじゃった…」と部屋を一人走り回るシーンが10秒前後の時間を割かれてクローズ･アップされている。一般の事実に関わる報道では、最大限の情報量をカバーしようとするため、画面のカットオーバーは概して短いものであることから、ここでのクローズ・アップの使用は、単に事実を確認し伝えること以上の意味を持たされている。

［小括］

先行研究で問題視された「共感のモデル」は、本来的に出来事の事実を中心に展開するはずの報道が、事実の進行と直接関連の薄い人物の生活ぶりに重点を移した報道を指す。以上の新聞もテレビも、公訴時効を報道する際には、事件の基本的な推移よりも捜査の難航に伴う苦労や苦しみ、不満がクローズ・アップされていた。また、報道される時点での被害者（遺族）の生活や捜査関係者の仕事ぶりなどが描かれていた。それは、まさに相手の共感を呼び起こしやすい素材を用いた、「共感モデル」型の報道と重なる。

さらに、テレビの報道においては明快に表現されたように、時間の経過に関わらず、処罰感情の不変性が、映像の演出を通して表現できたことも確認できる。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「法と情報空間―現在日本における法情報の構築と変容」（2014年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、日本学術振興会「特別研究員奨励費　研究課題：『感情立法』の形成とその限界―公訴時効をめぐる法の存在形態をてがかりに（2012 ～ 2013年度）」（課題番号24・5204）の助成を受けた。

研究ノート

事後強盗罪における暴行の判断基準について

瀬　川　行　太

目　次

Ⅰ：問題の所在
Ⅱ：判例の概観
（A）被害者側の事情を考慮していないもの
（B）被害者側の事情を、間接事実として考慮しているもの
（C）被害者側の事情を、具体的行為状況の一要素として考慮しているもの
Ⅲ：判例の分析・強盗罪との相違
Ⅳ：事後強盗罪における暴行の判断基準について

Ⅰ：問題の所在

一般に、事後強盗罪は「強盗として論ずる」と規定されていることから、本罪の暴行の程度は強盗罪の場合と同様に、反抗を抑圧する程度のものでなければならないとされている。但し、事後強盗罪は、窃盗犯人が238条所定の目的で、窃盗犯行後に暴行を加えることから、財物を奪取するために暴行を加える通常の強盗罪とは、暴行の目的が異なる。それゆえに、事後強盗罪における暴行の程度を判断する際に、強盗罪の場合と完全にパラレルに考えることが可能なのかどうかが問題になる。この問題を考えるにあたっては、平成16年の刑法改正により、強盗致傷罪の法定刑の下限が７年から６年に引き下げられたため、酌量減軽により処断刑が３年となり、執行猶予を付与することが可能になったた

め、現在では、(事後) 強盗致傷罪を認める場合と、窃盗罪と傷害罪の併合罪を認める場合とで量刑上の大きな差異は存在しないという事情も考慮にいれる必要があろう。

判例においては、大判昭和8・7・18刑集12巻1344頁[1]では、「強盗罪トノ権衡上相手方ノ反抗ヲ抑制スル程度ノモノナルコトヲ要スト解セラルルヲ一般トス・・刑法二百三十八條ノ罪ノ成立ニ必要ナル手段トシテノ暴行ハ所論ノ如ク被害者ノ反抗を抑圧スヘキ行為ヲ云フモノナルモ所論ノ如ク必ズシモ傷害ヲ生セシムルニ足ル行為タルコトヲ要スルモノニハ非ス・・逮捕ヲ免ルル為同人ノ右前膊部ニ噛付キタルカ如キハ是レ即チ敍上ノ暴行ニ該當シ右刑法第二百三十八條ノ罪ヲ構成スルコト勿論ナリ」と判示され、事後強盗罪における暴行の程度は、前述のように強盗罪の場合と同様のものが要求されている。その後、大判昭和19・2・8刑集23巻1号1頁[2]では、「被告人ガ當時満十七年六月ノ少年タルニ反シAハ三十三歳ノ強壯ナル農夫ニシテ且上海事變ニ従軍シ歸還シタル兵士タル事實ニ鑑ミルトキハ被告人ノ加エタル右ノ暴行ハAノ逮捕力を抑壓スル二足ル程度ノモノニ達セザルモノト認ムベキモノトス。思フニ刑法238條ニ所謂暴行ハ相手方ノ反抗ヲ抑圧スベキ程度ノモノタルヲ要スルコト本院判例ノ示ストコロニシテ而シテ其ノ果タシテ反抗ヲ抑圧スベキ程度ノモノナリヤ否ハ之ヲ抽象的ニ決スベキニアラズシテ逮捕セラレントスル具体的状況ニ徴シ果シテ當該逮捕ノ攻撃力ヲ抑圧スルニ足リル程度ノモノナリヤ否ニヨリテ決スベキモノトス」と判示され、事後強盗罪の成立を否定した。前掲大判昭和19・2・8は、当該暴行の反抗抑圧の有無は抽象的に判断されるのではなく、具体的状況に即して判断されるべきであると述べた上で、具体的状況として、「被

[1] 本件は、下宿先で、隣室に宿泊している者の手提鞄と書籍を窃取し、手提鞄は自身の上着に隠し、書籍は自身の風呂敷包に包んで逃走した被告人が、被告人を捕まえるために追跡してきた下宿先主人に対し、逮捕を免れるために右前腕部に噛みついたという事案である。そして、被告人には事後強盗罪の成立が認められている。

[2] 本件は、西瓜を盗んだ被告人（17歳・男性）が、A（33歳・男性・兵士の経験あり）に見つかり、追跡されて一旦抑えられ、Aが被告人の右手を捉えたままの状態で、被告人の草履を直そうとした際に、被告人はAに捉えられていた手を振り放したため、Aはその場に押し倒されたが、Aは被告人を再度組み敷いて逮捕した事案である。

告人と被害者の年齢・体格差」、「被告人は手を振り払ったに過ぎず、被告人は再度逮捕されている」点を指摘し、強盗致傷罪の成立を否定した店に特徴がある。そして、前掲大判昭和19・2・8の立場である、「具体的行為状況に即して当該暴行が相手方の反抗を抑圧するに足りるか否か」という判断枠組みが、以後の判例にも踏襲されているが、「具体的行為状況に即して」という言葉が意味する実質的な基準とは何かが問題になる。

判例が指摘する「具体的行為状況」の考慮要素としては、(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「被害者と犯人の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」、(ⅳ)「被害者側の事情(逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等)」という４つが挙げられる。しかし、この４つの要素が、判例上どのような形で考慮されているのかは、これまで詳細な検討がなされてこなかったといえる。

そこで、本稿では、事後強盗罪の成否が問題になった判例を、時系列ではなく、具体的行為状況として挙げられる、(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「被害者と犯人の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」、(ⅳ)「被害者側の事情(逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等)」という４要素が、判例上どのように考慮されているかという観点から分類し、考察することを試みる。その上で、事後強盗罪と強盗罪との関係や、平成16年の刑法改正との関係についても検討し、事後強盗罪における暴行の判断基準としてどのようなものが望ましいかを明らかにすることとしたい。

Ⅱ：判例の概観

(A) 被害者側の事情を考慮していないもの

(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「被害者と犯人の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素から判断して、被告人の暴行行為の反抗抑圧性が明白なことから、(ⅳ)「被害者側の事情(逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等)」を考慮せずに、(事後)強盗致傷罪の成立が認められたものとして、以下の判例が挙げられる。

①神戸地判平成14・11・14（裁判所ウエブサイト）は、CDショップからコンパクトディスク３点を窃取した被告人が、同店に設置された防犯センサーが作動し、同店店員２名（Ｉ及びＪ）に追跡され、両名から取り押さえられたため、被告人は逮捕を免れるために、所携のウエストポーチから取り出した催涙スプレーを両名の顔面に向けて、被告人の右肩越しに各１回吹き付ける暴行を加えた事案について、本判決は、「被告人は、その右後方から前記Ｉに、その左後方から前記Ｊにそれぞれ押さえ付けられ、Ｉ及びＪの身体が非常に接近し、その肩越し約20ないし30センチメートルの位置に前記両名の顔面があるという状況において、前記両名の顔面付近に向けて、唐辛子の辛味成分であるカプサイシン及びジヒドロカプサイシンを含有し、人や動物に局所投与すると激痛を引き起こす判示催涙スプレーを吹き付ける行為に及んだものと認められるところ、このような犯行当時の具体的状況を前提に検討すると、被害者らの顔面に催涙スプレーを吹き付けた被告人の行為は、被害者らの反抗を抑圧するに足りる程度の暴行であると優に認められる」として、強盗致傷罪の成立が認められている。

②岡山地判平成15・2・5（裁判所ウエブサイト）は、株式会社Ａにおいて、くん煙殺虫剤、大人用紙おむつ等合計４点を窃取した被告人が、同店駐車場に停めていた自動車に乗車し、逃走しようとしたところ、同店店長の求めに応じた同店の客が被告人の前に立ちはだかったため、被告人は、逮捕を免れるために、同車直前に立っている客に向かって自動車を発進させ、いったん停止した後、同人がけがをしてもかまわないと考え、同人の左足を同車前部バンパー下方に巻き込みながら、約15メートルにわたり走行させ、同人を同所に転倒させる暴行を加え、同人に安静加療約２週間を要する左足関節捻挫、左膝関節捻挫等の傷害を負わせた事案につき、強盗致傷罪の成立が認められている。

③横浜地判平成21・10・22（LEX/DB 25460257、裁判員裁判）は、CDを万引きした被告人が、追跡してきた警備員に逮捕されそうになったため、逮捕を免れる目的で、警備員に馬乗りになって同人の頸部を意識が失われるほど両手で強く締め付け、右手でその口をふさぐなどの暴行を加え、全治約２週間を要する頸部圧外傷・顔面打撲の傷害を負わせた事案であるが、強盗致傷罪の成立が認められている。

④さいたま地判平成21・11・19（LEX/DB 25460276、裁判員裁判）は、中古ゲームソフト販売店でゲームソフトを万引きした被告人が、同店経営者に発見

され、逮捕されそうになったため、経営者の左腕をつかんで投げ飛ばしその頭部等を床に打ち付ける暴行を加え、加療約20日間を要する頭蓋骨骨折・顔面打撲等の傷害を負わせた事案であるが、強盗致傷罪の成立が認められている。

⑤さいたま地判平成22・2・25（裁判所ウエブサイト）は、店においてバンセンカッターを窃取した被告人が、駐車しておいた被告人の車で逃走しようとする際に、同店防犯カメラで被告人の窃取を確認し追跡してきたAが被告人車両運転席の右横に立ち、右手でフロントガラスを押さえて被告人車両の発信を阻止し、被告人を逮捕しようとしたことから、被告人はアクセルを踏んで車両を発進させ、加速して右方向に走行するなどの暴行を加えたため、ピラー部分を押さえながら被告人車両と並走したAを駐車場出入り口付近で転倒させ、全治約１週間を要する骨盤打撲の傷害を負わせた事案につき、本判決は、「被告人が車両を発進走行させ、被害者を転倒させた行為は、普通の人であれば逮捕遂行の意思を制圧されるに足りる程度のものといえるかどうかが問題になる。本件においては、被害者が運転席脇という至近距離でピラー部分に手を掛けて追いすがっているにもかかわらず、アクセルを踏んで、わずか５メートルの間に平均時速約18キロメートルという決して遅くないスピードで車両を発進させている上、さらに被害者が右脇に存在するにもかかわらず、右にハンドルを切って走行している。そして、現に自動車の勢いに振り切られて被害者は転倒し、追跡を断念しているのであって、自動車対生身の人間という圧倒的な力関係をも勘案すると、普通の人であれば逮捕を遂行する意思を制圧されるに足りる程度の暴行であったものと十分評価することができる」として、強盗致傷罪の成立を認めている。

⑥松山地判平成22・4・28（裁判所ウエブサイト、裁判員裁判）は、大型小売店においてダウンジャケット等７点を窃取した被告人は、A（同店店長・男性）及びB（警備員・女性）に追跡されたため、被告人の着衣等を両手でつかんでいるB及びAに対し、両者の顔面をこぶしで殴るなどの暴行を加え、Aに対して加療約１週間を要する頭皮裂傷及び頸椎捻挫等の傷害を、Bに対して加療約20日間を要する鼻骨骨折及び左眼球打撲傷等の傷害を負わせた事案につき、本判決は、「男性店長と女性警備員に対し、握りこぶしでその顔面などを複数回殴りつけるという激しいもので、特に女性警備員の顔面を手加減することなく殴った行為は悪質である」として、強盗致傷罪の成立を認めている。

⑦名古屋地判平成24・4・26（LEX/DB 25481216、裁判員裁判）は、株式会

社Ｚ店において帽子１個を窃取し自動車で逃走しようとした被告人が、自動車の前に立ちふさがった被害店の店員であるＡ・Ｂに対し自動車を衝突させ、これによってＡの右膝付近及びＢの右膝付近に同車前部を衝突させる暴行を加え、よってＡに加療約２週間、Ｂに加療約２日間を要する右膝挫傷の傷害を負わせ、更に犯行から２分後、被告人の犯行に気付いて被告人の自動車を追跡し、同車の直前に立ちふさがった被害店店員Ｃに対しても、同車前部をＣの腹部に衝突させる暴行を加え、加療約５日間を要する腹部打撲の傷害を負わせた事案につき、強盗致傷罪の成立を認めている。

⑧津地判平成24・7・13（LEX/DB 25482435、裁判員裁判）は、生活保護を受給できなかったことから、包丁を使って何か大きな事件を起こしてやろうと考えた被告人は、着用していたジャンパーの内側に包丁を隠し持って、スーパーマーケットで寿司パック等を盗んだが、同店店長並びに副店長に見つかり、被告人は両腕を店長並びに副店長につかまれて同店バックヤード内事務所に連行されたところ、被告人は逮捕を免れるため、隠し持っていた包丁を振り下ろし、副店長の右手甲を切りつける暴行を加え、加療約２ヶ月を要する右手手背挫創等の傷害を負わせ、店長に対しても、「殺したるぞ」と怒号して脅迫した事案につき、強盗致傷罪の成立を認めている。

反対に、（ⅰ）「暴行の態様」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素から判断すると、被告人の行為は防御的動作をしたにすぎないことから、強盗致傷罪の成立が否定されたものとして、⑨東京高判昭和61・4・17判タ622号237頁がある。本件は、パチンコ店でパチンコ玉を窃取した被告人は、店員にこれを発見されたため逃走しようとしたが、店の前の路上で追跡してきた店員に追いつかれたため、逮捕を免れるために暴行を加えて傷害を負わせた事案であるが、本判決は、「本件のように、窃盗犯人が、逃走中に、追跡してきたその犯人を背後から抱きかかえ、逮捕しようとした者に対し、投げ飛ばすなどの積極的、攻撃的な暴行を加える意思がなく、ただ逃げたい一心から、相手の腕を振りほどいて逮捕を免れようとし、上半身を前に倒して前かがみとなり、右肩を左下方向にひねるという防御的な動作をしたにすぎないときは、たとえそのはずみで相手が勢い余つて転倒し、傷害を負うという事態が発生したとしても、その行為は、不法な有形力の行使とはいえるがいまだ相手の逮捕遂行の意思を制圧するに足りる程度の暴行の域にまでは達していないものと解するのが相当である。本件におい

ては、右の傷害が意外に重く、また、被告人の右行為により一時的に逮捕が妨げられてはいるが、これらの結果から、本件行為の性質についての評価が変わるものとは思われない。」と判示し、強盗致傷罪の成立を否定した。

（B）被害者側の事情を、間接事実として考慮しているもの

（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素から判断すると、被告人の行為の反抗抑圧性の有無が不明確であることから、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」という要素も間接事実として考慮し、（事後）強盗致傷罪の成立を判断したものとして、以下の判例が挙げられる。

⑩大阪地判昭和44・8・8判タ240号295頁は、窃盗未遂犯人である被告人が逮捕を免れようとして、追跡してきたＡの手を払いのける際に、ドライバーを持った右手を振り下ろしたため、ドライバーの先端をＡの左手に接触させ、その結果相手に長さ約３センチメートルの浅い傷を負わせた事案であるが、本判決は、「逮捕を免れるための強盗（事後強盗）致傷罪が成立するための暴行は、相手方の逮捕力を抑圧すべき程度に達していることが要件とされているが、この程度は抽象的に決すべきでなく、窃盗犯人が逮捕を免れようとしたときの具体的情況に照らしてこれを決すべきところ・・被告人はＡおよび野球用バットと木刀をそれぞれ携えたＢほか一名の者によつて追跡され・・被告人が公訴事実記載のごとく右ドライバーを持つて同人に突きかかり、或いは同人を刺した事実はなく、同人の蒙つた左上腕挫創は後記の如く同人が被告人をタツクルにより倒した際に生じたものであること、しかも被告人が同人に右暴行を加えたときにはその背後約10メートルないし20メートルの地点に上記の如く野球用バツトなどを携えたＢらが迫つており、被告人もＡもこれを認識していたこと、右暴行を受けた後Ａは掴んでいた被告人の左手を離したうえ、すばやく両手でタツクルしたうえ、被告人をその場に仰向けに倒し、その場にかけつけ所携のバツトで被告人を殴打したＢらと協力して被告人の両手を後ろにねじ上げ、その右手から前記ドライバーを取り上げたこと、かくて被告人は、完全に逃走をあきらめ、おとなしくＡらによつて現行犯逮捕されたことを認めることができ、これらの事実に照らすと、被告人の・・Ａに対する暴行が、同人の逮捕力を制圧するに足りる程度に達していたものとはたやすく認めることはできない」と判示

し、強盗致傷罪の成立を否定した。この判例では、被告人はドライバーを持って被害者に突きかかった又は突き刺したわけではないという被告人の行為の危険性の低さ、被告人と被害者の人数の差、そして最終的に被害者が被告人を現行犯逮捕した点が、強盗致傷罪を否定する要素となっている。

⑪福岡地判昭和62・2・9判タ632号256頁は、コンビニエンス・ストアーでサラミ３本を窃取した被告人が、同店従業員Ａに店舗外路上で捕まえられそうになったため、右手で同人のカッターシャツの襟元付近をつかんで押し返すなどの暴行を加え、よつて同人に対し加療約１週間を要する前頸部挫傷の傷害を負わせた事案であるが、本判決は、「事後強盗罪における暴行の程度は、同罪が強盗をもつて論ぜられる以上、強盗罪におけると同程度のものであることを要するのであるが、強盗罪の暴行とはその目的、態様を異にすることから事後強盗罪にあつては、逮捕者の逮捕行為あるいは財物取還を図る者の財物取還行為を抑圧するに足りる程度の暴行であることを要すると解されるところ・・本件暴行の現場は、銀行、会社事務所、飲食店等が密集して立ち並ぶ通称『天神西通り』沿いの歩道上で、昼夜を問わず交通量や人の往来が多く、本件犯行は８月15日の午後３時55分ころで、これを見守る車が停車し、周囲に人だかりができる状況であつた・・被害者Ａは、判示コンビニエンス・ストアーに昭和60年４月から勤務していたが、この間でも５、６回万引犯人を逮捕した経験を有し・・同人が過去に空手の修行を積んでいたことも相まつて、Ａには被告人を逮捕する相当の自信と余裕があつたことが窺われる・・数分の間、激しいもみ合いの状況となつたが、この間、Ａは終始被告人を離そうとせず・・最後まで被告人を自分ひとりで取り押さえる自信があつたことから、周囲の通行人らに積極的に加勢を求めることもなく、結局、被告人は前記態勢のままＡひとりに取り押さえられた形で逃走を断念せざるをえなかった・・Ａはそのカッターシャツの襟元部分を10センチメートル余り破られ、前頸部に表皮剥離と皮下出血の挫傷を負つてはいるものの・・これらは前記のような激しいもみ合いの過程で自然に生じたものとみられる・・右のような諸事情を総合考慮すると、被告人の本件暴行は、いまだ逮捕行為、財物取還行為を抑圧するに足りる程度のものと認めるのは困難であるといわざるをえない」と判示し、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の暴行はシャツの襟元を押し返したにすぎない点、被害者が過去に万引き犯人を捕まえた経験を有し、空手の修行を積んでいたことから、被告人を逮捕するに相当の自信と余裕があった点が考慮され、

強盗致傷罪の成立が否定されている。

⑫浦和地判平成2・12・20判時1377号145頁は、民家に侵入し金員を窃取しようとした被告人が、その家の長男Aが学校から帰宅したため、その目的を遂げず逃走しようとしたところ、AとBから追跡され取り押さえられたが、逮捕を免れる目的で、被告人がBの左腕を前方に引っ張り、Aの顔面を左手拳で一回殴打し、更に逃げ込んだ空地で、Aの顔面を手拳で殴打し、Bの顔面を肘で殴打するなどの暴行を加え、Bに対して加療三週間を要する顔面打撲、Aに全治一週間を要する頭部打撲・擦過傷・鼻出血等を負わせた事案であるが、「逮捕を免れる目的での事後強盗致傷罪が成立するための暴行は、事後強盗罪が強盗を以て論ずとされていることからして、相手方の逮捕力を抑圧すべき程度に達していることが要件とされるべきであるが、この程度は一般抽象的に決すべきではなく、窃盗犯人が逮捕を免れようとしたときの具体的情況に照らしてこれを決すべきものである・・Aは・・被告人に顔面を殴打されて左目がかすんだものの、被告人が逃げるのを見てすぐに追いかけ・・被告人に再度顔面を殴打されたにもかかわらず、『暴れると殴るぞ。』と被告人を威圧していること、Bは・・被告人に左腕を強く前方に引っ張られ、以前脱臼したことのある左肩関節を脱臼したものの、ほどなく自ら関節を元通りに入れて被告人を追いかけ・・被告人と揉み合っているAの応援に駆けつけていること、被告人は・・右両名にうつ伏せにされ顔面を土中に埋められる程に制圧され、逮捕されていること、被害者はそれぞれ加療約三週間、全治約一週間の傷害を負ってはいるが、被告人の暴行それ自体はそれ程ひどいものではないこと、被害者と被告人は二対一であり、被告人は炭鉱夫、土工などして鍛えてあるとはいえ66歳という高齢であるのに対して、Aは30歳で高校時代にレスリングの経験があり、Bは18歳の高校生であって、彼我の体力差があることなどが認められ、これらの事実に照らすと、被告人の判示第二のA及びBに対する暴行が、右両名の逮捕力を抑圧するに足りる程度に達していたものとは認められないというべきである」と判示し、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人と被害者の人数差や年齢差を考慮すると、被告人の暴行それ自体はそれほどひどいものではない点、被害者が被告人を捕まえている点が考慮されて、強盗致傷罪の成立が否定されている。

⑬甲府地判平成14・10・24（LEX/DB 28085075）は、ショッピングセンターでDVD1個を万引きをした被告人が、警備員にこれを現認され、警備員が被告

人を呼びとめ両腕を掴んだところ、被告人は逮捕を免れるため、その両腕を強く振り払い、警備員の両肩を自己の両手で強く後方に突き飛ばし、地面に転倒させるなどの暴行を加え、全治１週間を要する右前腕挫創、右手首捻挫の傷害を負わせた事案であるが、本判決は、「被告人は、本件犯行において、その両腕を掴んだ警備員を約２、３メートル後方の地面上に転倒させるほどの力で突き飛ばした上、その後自宅まで逃走することにより逮捕を免れているのであるから、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行であることも認められる」として、強盗致傷罪の成立を認めた。本件では、被告人の行為の危険性と、被告人が暴行行為後に自宅までの逃走が成功した点が考慮されて、強盗致傷罪の成立が認められている。

⑭東京地判平成15・3・31判タ1126号287頁は、他人の住居に侵入して現金及びネックレス等を窃取した被告人（男性・身長163cm・体重63kg）が、その居住者の孫Ａ（男性・身長182cm・体重84kg）に発見されたため逃走したが、追いつかれたため、逮捕を免れるべく、住居侵入のために所持していたバールで同人の胸部及び顔面を数回殴打するなどの暴行を加え、同人に全治約10日間の前胸部打撲傷の傷害を負わせた事案につき、本判決は、「被告人の所持していたバールは、元々は住居侵入のための用具で、全長23.5cm の比較的小振りのものであり、被告人は、その柄の部分を持ち、Ａとお互いに前屈みで向かい合う姿勢になって、柄から直角に曲がった釘抜き部の上部の平らな面で立て続けにＡの胸部を突き上げたと認められる。バールの打撃面に一定程度の面積があることや打撃の体勢及び態様からすれば、この打撃が格別強力なものであったとは考えにくく、実際にも胸部の打撲傷は、暫くの間発赤しただけで、あざや痛みが残ることもなく、特に治療の必要もない程度のものに止まっている・・Ａは、この暴行の際にＢが近づいて来るのを認識し、その後ほとんど同人の存在が意識からなくなっていたとはいえ、直後にその加勢を得て、被告人を完全に動けない状態にして取り押さえたものである。この間、Ａは、上記暴行を受けても、なお被告人を逃すまいとして、その肩をつかんだ手を離すことはなかった・・他方、被告人は、Ａの胸を突いた後も倒れ込むまでバールを手にし続けていたものの、その暴行以外に殊更Ａに攻撃を加えようとした事実は認められない。またＡは、身長182cm で体重84kg、被告人は身長163cm で体重63kg であるから、両者の体格差は顕著である。なお、顔面挫創の傷害は、もみあいの際に被告人のバールを使用した何らかの暴行により生じたものと推認される

が、当のＡでさえいつどのように生じたものかを全く認識していない以上、これを逮捕意思制圧の程度を考察する上で重視することはできない・・」として、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人と被害者の年齢差・体力差が顕著である点、被告人の暴行の態様が格別強力ではない点、被害者が被告人を取り押さえている点が考慮され、強盗致傷罪の成立が否定されている。

⑮千葉地判平成21・9・18（裁判所ホームページ）は、民家からブラジャー等３点を窃取した被告人（48歳・男性）が逃走のために、路上に駐車してあった自動車に乗り込んで立ち去ろうとしたところ、犯行を目撃したＡ（33歳・男性）が運転席ドアを開けた状態で被告人の胸ぐらを左手でつかみ降車させようとしたため、被告人は逮捕を免れるために、Ａの左手中指・左前腕・左上腕に噛みつき、Ａがなお離さないことから、Ａに胸ぐらをつかまれた状態で自動車を発進させる行為を行い逃走し、全治約５日間を要する傷害を負わせた事案で、本判決は、被告人が被害者に噛みついた行為については、「・・この傷の程度によれば、被告人がかなり強く、力一杯噛んだことが認められること、日々の生活に照らすと、噛みつくこと自体が異常な行為であり、被害者の恐怖心を煽るものであること、連続して、広範囲に噛みついていることなどからすれば、噛みついた行為が引き起こす痛みと恐怖は大きく、一般の人であるならば、『犯人を捕まえることをあきらめさせるのに十分な強さ』があると疑いなく認められる結論に達した・・被害者が被告人を逮捕しようとする意思を放棄していないことは認められるが、被害者がたまたま剛胆な人物であったというにすぎず、一般の人であるならば、『犯人を捕まえることをあきらめさせるのに十分な強さ』がある以上、結局は、噛みついた行為に犯人逮捕をあきらめさせる危険が存在したということができるのであって、強盗罪の暴行に当たることは間違いないとの結論に達した」として、被告人が被害者に胸ぐらを掴まれたまま状態のまま車を発進させた行為についても、「犯人を捕まえることをあきらめさせる十分な強さであると認められる」と評価し、強盗致傷罪の成立を認めた。

⑯大分地判平成25・1・18（LEX/DB25445388、裁判員裁判）は、被告人がスーパーマーケットにおいて、夕方頃、同店店長の管理に係る消臭芳香剤等４点を窃取したが、同日時頃、同店東側駐車場において、上記犯行を目撃した同店保安員Ａ（51歳、男性）が背後から肩に手をかけてきたので、被告人はその手を振り払って逃げようとし、振り向きざまに右ひじを突き出し、Ａの左こめかみ付近に当て、Ａの顔面ないし頭部を数回手拳で殴り、Ａに胸部をつかまれた状

態で、前屈みになったAの後頭部を数回手で殴り、更に、被告人は、Aの胸部付近を膝で２回蹴り、逃げようとして、地面に両膝・両肘をついたAを引きずった。以上の暴行により、被告人はAに加療約７日間を要する頭部挫創、両側上肢挫創、左膝蓋部挫創等の傷害を負わせた事案につき、本判決は、「強盗致傷罪が成立するためには、本件暴行が、普通なら万引き犯人の逮捕をあきらめるであろうといえる程度の暴行に当たらなければならない・・本件暴行は長くても２分程度のものである。そして、被告人は、本件暴行を加えている間、無我夢中で逃げようとしていたものと認められ、相手を傷つけようという積極的な意思で暴行を加えたわけではない。個々の暴行をみても、肘を被害者に当てた暴行については、被害者はかなりの衝撃があったと供述するものの、その後すぐに被告人の方に向かってきている・・被害者の左頬の傷害は明確なはれや赤みを伴うものとはいえない。その後の顔面ないし頭部を殴った暴行については、相互の体勢や位置関係などからすれば、それほど強く殴ることはできなかったものと認められる。被害者は被告人を逃がすまいとしていたとはいえ、頭をかばうなどしておらず、このことも殴打の威力が強いものであったとはいえないことを示すと考えられる・・以上によれば、本件暴行は、検察官のいうような執拗で強度なものであったとはいえず、これが、夕方のまだ明るい時間帯に、国道に面したスーパーマーケットの駐車場において、なお壮年といえる男性の被害者に加えられたものであることからも、普通なら万引き犯人の逮捕をあきらめるであろうといえる程度の暴行であるとは認められない。」として、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の暴行の態様は比較的軽いものである点や、被害者が被告人を逃すまいとしていた点、犯行時間・場所が夕方・スーパーマーケットの駐車場である点が考慮されて、強盗致傷罪の成立が否定されている。

（C）被害者側の事情を、具体的行為状況の一要素として考慮しているもの

（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素から判断すると、被告人の暴行行為の反抗抑圧性が肯定できるようにも思われるが、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」という要素を間接事実としてではなく、具体的行為状況の一要素として考慮することで、（事後）強盗致傷

罪の成立を否定した判例としては、以下のものが挙げられる。

⑰京都地判昭和53・1・24判時894号129頁は、電気器具販売店であるＡ方でラジオカセット１台を窃取した被告人は、窃取の事実をＡに発見され追跡を受け、Ａから左腕をつかまれるや、逮捕を免れるため、手拳で同人の後頭部、下顎部を殴打して暴行を加えた事案であるが、本判決は、「一般に逮捕者の顔面を手拳で殴打する行為は一般私人の逮捕遂行の意欲を制圧するに足りる程度の暴行であると認められる場合が多く、また準強盗罪の成立には現実に逮捕者の逮捕意思が制圧されたことを要しないとされているけれども、なお、右暴行が逮捕者の逮捕遂行の意思を制圧するに足りる程度のものかどうかは、これを抽象的に決すべきではなく、逮捕を免れようとしたときの具体的情況に徴してこれを決すべきであるし、また現実に逮捕意思が制圧されたか否かは、暴行の程度を判断する上で重要な事情になると思料されるところ・・逮捕者であるＡ自身暴行を受けた時の状況について『私は殴られましたが、相手が弱そうなので別段痛いとも思わず、またこわいとも思いませんでした。・・』旨供述しているところから、現実には逮捕意思を制圧されていなかったものと認められるほか、本件犯行の時刻が午前11時45分ごろであり、場所は公道上で人通りもあり、現に自転車に乗った通行人及びＡの知人１名が被告人の逃走を妨害する行為に出ているような状況のもとで、逮捕者の顔面及び頭部を二回ないし三回なぐりつける行為は、逮捕者が年令30才のかつて陸上競技の選手をしていたことのある男子であり、かけつけた警察官二名の姿を認めたためとはいえ、被告人は一、二分で抵抗をやめていること、殴打の結果も軽微に終わっていることなどの諸事実に徴すれば、本件被告人の暴行が、逮捕者の逮捕意思を制圧するに足りる程度に達していたと断定することは困難である。」と判示し、強盗致傷罪の成立を否定した。この判例は、逮捕者の顔面を殴打する行為は一般私人の逮捕遂行の意欲を抑圧するに足りる場合もあることを認めながらも、被害者が現実には逮捕意思を制圧されていない点、被害者の年齢、通行人および逮捕者の知人が被告人の逃走を妨害する行為に出ている点を考慮し、強盗致傷罪の成立を否定している。

⑱大阪高判平成7・6・6判時1554号160頁は、被告人（男性・36歳・180cm）が女友達Ａと共にスーパーで食料品や日用雑貨など42点を買物用カートに入れた上、人目を忍んでＡ持参のボストンバック内に詰め込み、ボストンバックに入りきらない商品を同店のマーク入りビニール袋二袋に詰め込んだ後、Ａはボ

ストンバックを、被告人はビニール袋二袋を持ち店外に出たところ、保安係（男性・62歳・170cm）から声をかけられたため、いきなり同人の胸部をサンダル履きの足の裏で思い切り踏み付けるように一回蹴り、その場に仰向けに転倒させる暴行を加えた事案であるが、本判決は、「本件暴行が積極的な先制攻撃であること」、「その結果被害者が地面に仰向けに倒れたこと」、「当時周囲には被告人の逃走を防止できるのは、被害者以外にいなかったこと」、「被告人と被害者の年齢差や体格差がある点」に鑑みると、原判決（事後強盗罪の成立を肯定）の判断にも理由があるように思われないわけではないと述べつつも、「（１）本件暴行は、両手がビニール袋等でふさがった状態でサンダル履きの足を高く上げ、その足の裏で被害者の正面から胸の下付近を踏み付けるように一回蹴っただけのものであり、それ自体としては、さほど重い傷害を与える性質のものではないこと、（２）被告人の意図も、被害者が転倒している隙にＡを連れて逃走しようというものであって、右暴行によって被害者の逮捕意思を制圧しようというものではなかったこと、（３）被害者と被告人間には前示のような年齢差、体格の違いがあるが、他方で、被害者は、同店の保安係として二年の経験を有し、声を掛けるまでの対応や転倒後の対応も落ち着いている上、体格も比較的大柄で、空手を学んだ経験もあったこと、（４）当時周囲には被告人らの逃走を防ごうとする者がいなかったにせよ、現場は大規模スーパーマーケットの広大な敷地内の通路上で、近くには自動車駐車場や自転車駐車場等があり、時間帯から見ても、被害者の逮捕意思等を低下させる事情はなかったこと、（５）被害者がそれ以上被告人を追跡しなかったのも、Ａが傍らに座り込んでいたため、既に共犯者の一人を確保できたも同然であったことが大きい理由であったと解されること等の事情が認められ、これらを総合考慮すると、被告人の本件暴行は、いまだ被害者の反抗を抑圧するに足りる程度には至っていなかったと解するのが相当である。」と判示して、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の暴行がそれ自体としては、さほど重い傷害を与える性質のものではない点、被告人と被害者の間には年齢差や体格差が存在するが、被害者が保安係として二年の経験を有し、声をかけるまでの対応並びに転倒後の対応も落ち着いていて、過去に空手を学んだ経験もある点、共犯者を既に確保でき、犯行当時の周囲の状況が、スーパーマーケット敷地上の通路であり、時間帯も午後３時であることから、被害者の逮捕意思を低下させるような事情はなかった点が考慮され、強盗致傷罪の成立が否定されている。

⑲東京地判平成13・10・29判時1825号160頁は、スーパーで、手袋や食料品等を手提げバックの中に入れた被告人（女性・39歳・157cm）が店外へ出ようとしたところ、同店の警備員A（女性・69歳・155cm）に声をかけられたため、逃走しようとしたところ、Aに腕をつかまれるなどして捕まりそうになったことから、被告人は体を捻ったり自分の手を引くなどしてAの手を振り払おうとしているうちに、Aの左腕がちょうど被告人の面前に来たため、その前腕部にかみつく暴行を加えて、Aに全治約８週間の傷害を負わせた事案であるが、本判決は、「Aの傷害の程度、被告人が、青果担当の男性二人が駆け付けるまで、Aの左腕を噛み続けていたもので、・・その暴行は瞬間的なものではなく、ある程度の時間継続していたと認められることからすれば、被告人の暴行は相当強度なものであったと推認されるし、これに、Aが一人では対応することができずに青果担当の男性二人に応援を求めていること、被告人及びAの年齢なども併せて考慮すると、検察官の主張するように、被告人の暴行は、Aの反抗を抑圧する程度に至っていると評価する余地がないわけではない・・しかしながら、次の諸事情を考えると、被告人の暴行は、いまだAの反抗を抑圧するに至っていたとは認め難いと考えられる。すなわち、（１）・・上記男性二人が駆け付けた時点においても、Aは、いまだ被告人のリュックサックの肩ひもから手を離さず、被告人を捕まえようとしていたのであり、さらに、その後も、上記男性二人に被告人への対応を任せてしまうのではなく、A自らが上記男性とともに、二階事務所まで、被告人を連れて行っていることなどを考えると、Aは、被告人の暴行を受けても、主観的に被告人を捕まえることをあきらめておらず、捕まえる意思を強く持ち続けていたものと推認されるし、客観的にも被告人を離しておらずなお被告人を確保していたと認めることができる。（２）・・犯行時刻は平日の昼間であり、買い物客などの人通りも多かったものと推認されることからすると、店員や買物客がAと被告人のもみ合いに気づく可能性は十分にあり、そうした店員や買物客がAの応援に入ることも考えられる状況にあったといえるし、A自身、その警備員としての経験からすれば、こうした事情を十分認識していたものと推認される。（３）さらに、Aは、万引き犯人から噛まれたのは本件が初めてであるとはいえ、警備中に何度も万引き犯人から暴行を受けた経験があった旨供述していることに照らせば、被告人から抵抗を受け何らかの暴行を加えられる可能性があるかもしれないことは予想できたはずであるし、Aが、被告人の行動をある程度の時間注視した上で、被告人に声をか

けたという経緯を考えれば、Aにはそれなりの心の準備があったこともうかがわれる。（4）そして被告人の暴行は、相当強度であったことが推認されるとはいえ、凶器を用いたものではない・・実際にも被告人はAに腕やリュックサックの肩ひもをつかまれ、それを振りほどこうとして抵抗してもAの手は離れなかったことなどを考えると、被告人とAの年齢から一般的に推測されるほど、被告人とAとの間に力の差はなかったものと考えられる」として、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の暴行は被害者の反抗を抑圧する程度に至っていると評価する余地がないわけではないと述べつつも、被害者は被告人の暴行を受けても、主観的に被告人を捕まえることをあきらめておらず、客観的にも被告人を確保した点、周囲の者が被害者の応援に入る可能性もありえたのであり、被害者もそのことを認識していた点、被害者は過去に警備中に何度も万引き犯人から暴行を受けた経験があったことから、被告人から暴行をうけることについてもそれなりの心の準備があったことがうかがわれる点が考慮されて、強盗致傷罪の成立が否定されている。

⑳大阪高判平成16・2・19判時1878号155頁は、コンビニエンス・ストアーでパン等を窃取した被告人が、これを現認した同店店員に現行犯逮捕され、通報を受けて駆け付けた司法巡査Aに身柄を引き渡される際に、Aに対し胸倉等をつかんで押し、さらにAの右腰のホルスターに装着されていた拳銃を、ホルスターのカバーを外すなどして抜き取った上、銃把を握り、Aから右手で押さえられるなどしたものの、多数回にわたり拳銃を強くひっぱるなどの暴行を加え、加療約７日間を要する右手打撲擦過傷の傷害を負わせた事案であり、原審は、「実包が装填されたけん銃を強い力で引っ張り合えば、一歩間違えば暴発して弾が発射されるなどする可能性は十分に存在し、当該暴行が繁華街の往来のただなかで行われていることも勘案すれば、極めて危険な行為というほかない」、「たとえ、けん銃を奪った上で暴行脅迫を加える目的がなかったとしても、奪取目的を達成した上で被告人がけん銃を投げ捨てるなどすれば、警察官は当然けん銃の確保を優先し、被告人の逃走に対応することはおよそ困難になること」、「被告人は10回ぐらいにわたり、引っぱり合いをしなければ確保できない程の力でけん銃を奪おうとしていたのであり、手加減なく強い力を込めてけん銃に手を掛けていることからすれば、投機目的であるにせよ、警察官からけん銃を奪取しようとして被告人が加えた暴行が、相手方である警察官の反抗を抑圧するに足りる暴行であることは明らかである」ことを指摘して強盗致傷罪の

成立を認めたのに対し、本判決は、「・・本件のように、けん銃を引っ張り合うだけの状況では、いまだ上記暴発等の危険は抽象的な可能性にとどまっており、そのことによって相手方警察官が被告人の逮捕を思いとどまるといった事態はおよそ考え難いというべきである。そもそも、警察官から銃を奪い取ろうとすれば、当然のことながら、相手方警察官はこれを奪われまいと抵抗することになるのであって、その行為自体が相手方警察官の反抗を抑圧するとは想定し難いところであり、実際、本件においても、A巡査は、何らひるむことなく被告人を制圧し、けん銃の奪取を防いだ（しかも、その間、撃鉄部分を押さえるなどして、暴発防止のための措置をとる余裕もあった）というのであるから、ごく常識的に考えても、本件暴行は、A巡査の反抗を抑圧するものではなかったことは明らかである・・けん銃が奪取されて投棄されれば犯人の逃走に対応することが困難になるという点については、確かに、けん銃の有する殺傷力の強さからすると、それを奪取するだけでも、相手方の反抗を抑圧するに足りると評価できる場合もあり得るところではあるが、いずれにせよ、本件ではけん銃の奪取にまでは至っていないのであるから、そのような仮定に基づいて強盗致傷罪の成立を論じるのは妥当ではない。そして、・・被告人が強い力でけん銃を引っ張ったという点についても、上記のとおり、それが相手方の生命身体に直接向けられていたのではなく、専らけん銃を奪い取る手段として行われていたことにかんがみると、やはり、そのことから直ちに、本件暴行が相手方の反抗を抑圧するものと評価することはできないと考えられる」として、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の暴行行為である、拳銃を取り上げるために、拳銃を強く引っぱり合い暴行を加えた行為それ自体の危険性はそれ程高くない（なお、原審では、暴発の危険性を考慮すれば、危険性の高い行為と評価されていた）点、被害者である司法巡査Aが被告人によるけん銃の奪取を防いだ点、被告人がけん銃を引っぱった行為は、相手の生命身体に向けられていたのではなく、専らけん銃を奪い取る手段として行われていた点が考慮され、強盗致傷罪の成立が否定されている。

㉑神戸地判平成17・7・11（裁判所ウエブサイト）は、スーパーマーケットにおいて胡瓜２本等を窃取した被告人が、犯行を目撃した警備員A（女性・54歳）から呼び止められるや、逮捕を免れるため、Aを路上に仰向けに押し倒し、被告人もこれに覆いかぶさるような格好で警備員の上に倒れこみ、手で頸部を押さえつけるなどの暴行を加え、加療約１週間を要する頸椎捻挫、両肘打撲の傷

害を負わせた事案であるが、本判決は、「（１）被害者は身長152cm ないし153cm の54歳女性であり、一方、被告人は167cm、体重63kg の40歳の女性であって、ある程度の体格差があるけれども、被害者は、警備員として２年余りの経験があり、万引き犯人への対処方法につき、警備員として必要な素養を有していたものと考えられるところ、被告人を捕まえようとした場合には、被告人に抵抗され、何らかの暴行を加えられるかもしれないことを十分に予想していたであろうし、被告人の行動をある程度注視した上で被告人に声を掛けていることから、被害者にはそれなりの心の準備があったものと認められる。（２）被告人の暴行の態様をみると、・・（２）被害者を仰向けに押し倒した点については・・被告人がそれほど強い力で押し倒したものとは認められず、被害者が激しく転倒したものとも認められない。また、手で被害者の首の辺りを押さえつけたり、手を被害者の顔面に押し当てるなどした点については、その部位からすれば、軽微な暴行とはいい難いものの、これにより、被害者が掛けていた眼鏡が外れるようなことはなかったこと、その際に負傷したと思われる頚椎捻挫は約１週間の安静加療を要する程度にとどまっていること・・（３）・・被害者が被告人から前記のような暴行を受けても、なおも被告人のリュックサックの肩掛けをつかむなどして被害者を逃がさないようにしていたこと、被害者は、54歳の女性とはいえ、警備員として必要な訓練を受けていたと思われることからすると、被告人と被害者の間に前示のような年齢差や体格の違いがあるとしても、両者の力の差はさほど大きなものでなかったとみることができるし・・副店長と共にともに被害店舗の事務所まで被告人を連れて行くなどしていることも考え合わせると、被告人の暴行によって、被害者の逮捕遂行の意思が弱められる状況になっていなかったものと認められる。（４）・・犯行現場は、被害店舗付近の歩道上であり、被告人を捕まえるのに、被害店舗の関係者らの協力を求めるのは容易であるといってよく、被害者がそのことを十分に認識していたことは、転倒後、実際に店長らの応援を求めていることから明らかである・・以上の諸点を総合勘案すると、被告人の暴行は、被害者の反抗を抑圧するに足りる程度に至っていたとは認め難いから、被告人を強盗致傷罪に問うことはできない」と判示して、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の行為は積極的攻撃的な暴行とは同視できない点、被告人と被害者の間にはある程度の体格差が存在するが、被害者が警備員として２年余りの経験を有することから、被告人から何らかの暴行を加えられる可能性を十分に予想し、それなりの

心の準備があったと認められる点、犯行現場は歩道であり、関係者らの協力を得るのは容易であり、被害者もこのことを認識していた点が考慮されて、強盗致傷罪の成立が否定されている。

㉒さいたま地判平成22・2・26（LEX/DB 25471079、裁判員裁判）は、駐車場の自動車内からＸ所有の現金を窃取した被告人が、Ｙに対して、「刺すぞ」と言いながら持っていたはさみを前に出して左右に振った上、その左前腕部を切りつけるなどして、もって凶器を示して暴行及び脅迫を加え、Ｙに全治約19日間の左前腕挫傷の傷害を負わせた事案であり、本判決は「本件行為は、それ自体、相手方の身体を傷つける危険性が高く相手方に恐怖心を抱かせる性質の態様である・・しかし、他方で、本件時、被告人は66歳、被害者は24歳と大きな年齢差があること、・・被告人は右足の膝に怪我の後遺症を抱え、犯行当時においても歩行に支障があったのではないかとも思われること・・被害者は、本件行為を受けながらも現に逮捕を諦めていないこと、本件行為後、被害者よりもむしろ被告人が劣勢となり、最終的には被害者らが被告人を取り押さえたことといった各事実も認められる・・以上の各事実を総合的に検討し、本件行為は社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行脅迫に当たるのではないかという強い疑いは抱きつつも、結果的に、その程度の暴行脅迫にあたるとの確信を得るまでには至らなかった」と判示し、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の行為自体の危険性が高いことを認めつつも、被告人と被害者の年齢差が大きい点、被害者は本件行為を受けながらも現に逮捕をあきらめていない点、最終的には被害者が被告人を取り押さえた点が考慮され、被害者の逮捕意思は制圧されていなかったとして、強盗致傷罪の成立が否定されている。

㉓東京地立川支判平成22・7・1（LEX/DB 25471077、裁判員裁判）は、コンビニエンスストアでライター付きタバコ１箱を万引きした被告人が、店長Ｂ（45歳）に見つかり追いかけられて、店長から胸辺りの着衣を左手でつかまれるや、店長の左肩付近を右手でつかみ、その状態で左右に振って揺さぶり、その手を前に出して多数回同人の顔面を殴るなどの暴行を加え、約10日間を要する打撲傷を負わせた事案であり、本判決は、「逮捕を免れる目的で行った被告人の暴行といえるのは、被害者の左肩付近をつかんでもみ合いをしたことを除けば、もみ合いを続ける中で、被害者の左肩付近をつかんでいた右手を、何度となく、前に突き出すようにして、被害者の顔面を殴り、また、左右に振って揺さぶっ

たというものである。これらの暴行は、かなりの強度でなされており、しかも、時間的にも回数的にも散発的なものではないが、あくまでも、被害者が被告人を逃すまいとその胸辺りをつかみ、他方、被告人が逃げるためにこれを振りほどこうと被害者の左肩付近をつかんで、双方がもみ合う中でのものであり、検察官が主張するような、一方的、積極的、攻撃的な暴行であるとか、被害者が防戦一方であったとかいうようなものとは思われない。被告人にしてみれば、上記のようなもみ合いを続ける中で、いわば抵抗する術としてやむに止まれずに出た行動といえなくもない。被告人の暴行内容以外についてみると、被害者は、被告人の暴行を受けながらも、被告人の胸辺りをつかんでいた手を最後まで離していないのであって、心理的余裕がどの程度あったかはともかく、少なくとも被告人を捕まえる意思を終始失っていなかったことがみてとれる。しかも、本件現場は、A駅前の歩道上であり、通行人も少なからずおり、また、被告人と被害者がもみあっている際には、女性店員や近くの駐車場の男性従業員が被害者に加勢している。以上のような点を総合すれば、被告人の暴行が被害者の逮捕意思を制圧するに足りる程度であったとは認めがたい」と判示し、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の暴行はかなりの強度でなされているが、積極的・攻撃的な暴行ではなく抵抗する術としてのやむを得ない行為であった点、被害者が被告人の暴行を受けながらも、最後まで被告人の胸辺りを掴んでいた手を放していないことから逮捕意思を制圧されていない点、通行人が被害者に加勢している点が考慮されて、強盗致傷罪の成立が否定されている。

㉔静岡地判平成24・7・5（公刊物未登載[3]、裁判員裁判）は、スーパーマーケットで食品を万引きした被告人（63歳・男性）は、保安員に見つかり店舗屋上駐車場で声をかけられたため、自動車に乗り込んでエンジンをかけようとしたが、保安員は開いていた運転席ドアと車体の間に立ち、被告人の手を押さえエンジンがかけられないよう阻止したので、被告人は保安員の膝下辺りを数回足の裏で蹴り、さらに運転席を降りて保安員の胸ぐらをつかんだところ、保安員につかみ返され、その場で２人で回るようになって転倒した後、被告人は再びエンジンをかけようとしたが再び保安員に阻止されたため、保安員の右手親指を噛み、全治約17日間の右第一指咬傷を負わせた事案（なお、保安員の供述によれ

[3] 神村昌通「判研」研修782号（誌友会事務局研修編集部・2013年）29頁以下参照。

ば、噛まれた際に「痛い」と叫んだところ、被告人の手がゆるんだので、エンジンキーを取り上げ、最終的に被告人の身柄を確保したこと、及び、保安員が暴行を受けたとき、屋上駐車場には被告人と保安員しかおらず、また、前記咬傷の治療においては、５針縫う処置を受けたという事情が存在する）であり、本判決は、蹴ったり、胸ぐらをつかんだ行為等は、それほど強いものではなく、転倒したのも意図的な振り回しがあったというわけではなく、噛んだ行為は相当強度の暴行であるといえるが、とっさに出た一瞬のものであること、被害者と犯人の間に体格・体力の差があるとは思われないこと、白昼のスーパーマーケットの屋上駐車場で、人通りが予想できなくはなく、誰が伝えたかは定かではないものの、実際、店長にも被害者と被告人がもめているとの情報は伝わっていたこと、被害者は、からまれた後も、ひるむことなくエンジンキーを被告人から取り上げており、逃走を防ごうとの意思を失うに至っていないことを挙げて、「被害者の主観はもとより、客観的にも被告人の暴行は被害者の反抗を抑圧する程度のもの、すなわち、犯人の言うとおりにしないと身体や自由に重大な危害が加えられるかもしれないと思い、犯人を捕まえようとしたり、奪われた財物を取り返そうとできなくなるであろう行為に当たるとはいえない」として、強盗致傷罪の成立を否定した。本件では、被告人の暴行はかなりの強度でなされているが、積極的・攻撃的な暴行ではなく抵抗する術としてのやむを得ない行為であった点、被害者が被告人の暴行を受けながらも、最後まで被告人の胸辺りを掴んでいた手を放していないことから逮捕意思を制圧されていない点が考慮されて、強盗致傷罪の成立が否定されている。

Ⅲ：判例の分析・強盗罪との相違

Ⅱで見たように、判例が、当該暴行の反抗抑圧性の有無を、具体的行為状況に即して判断する際の、「具体的行為状況」として指摘される４要素としては、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」が挙げられる。そして、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」という要素を考慮するのかしないか、仮に考

慮するとした場合に、どのように考慮するのかによって、判例は大別して３つのケースに分類されることになる。

まず、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素から被告人の暴行の反抗抑圧性の有無を判断し、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」を考慮しないケースについては、被告人が凶器を使用している又は暴行の態様・程度が激しい、あるいは逆に、凶器を使用せず暴行の態様も防御的動作にとどまるなどの特徴を有することから、被告人の暴行の反抗抑圧性の有無が明白な場合が多く、（事後）強盗致傷罪の成否を判断する際に特段の問題は生じないといえる。

他方で、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素から判断すると、被告人の暴行の反抗抑圧性の有無が不明確なことから、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」を考慮するケースについては、別途検討が必要である。なぜなら、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」という要素を考慮する際に、間接事実としての考慮にとどまっているものと、具体的行為状況の一要素として考慮するものが混在しているため、安定的な運用が行われているとはいえないからである。加えて、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」を具体的行為状況の一要素として考慮するケースは、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素から判断すると、被告人の暴行の反抗抑圧性が肯定されるようにも見えるケースでもあることから、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」をどのように考慮すべきかは、慎重に考える必要があろう。

そこで、本稿は、この問題を考えるにあたって、事後強盗罪は強盗罪として論じると条文上規定されていることから、事後強盗罪を強盗罪との関係から再度考察してみたい。そもそも、事後強盗罪における暴行脅迫の程度と、強盗罪

における暴行脅迫の程度は異なるのであろうか。学説では、具体的行為状況に即して考えると、既に他人の財物を取得している犯人が、それを確保するために行う暴行・脅迫と他人の財物を奪取しようとして行われる暴行・脅迫との間には、おのずからニュアンスの違いがあり、本罪における暴行・脅迫は、強盗罪の暴行・脅迫よりも僅かながら軽い程度のものでも足りる場合があることを指摘する見解[4]がある。確かに、この見解が指摘するように、事後強盗罪と強盗罪では暴行・脅迫の目的は異なる。しかし、その差はわずかなものであり、この見解自体も、「本罪が強盗として論ぜられる以上、その暴行・脅迫が強盗罪におけるのと同じ程度のものであるべきことは当然である」と述べている[5]ことから、事後強盗罪と強盗罪とで暴行・脅迫の程度を区別すべき差が存在するとは考えていないといえよう。あくまでケースバイケースで、事後強盗罪では強盗罪よりも軽い程度の暴行で足りることがあるという趣旨だと推測されるが､事後強盗罪も強盗罪の一種とされていることに変わりはないのであるから、事後強盗罪における暴行・脅迫が、強盗罪における暴行・脅迫よりも軽くて良いということはできないだろう。

他方で、判例の中には、暴行の程度を厳しく認定し事後強盗罪の成立を否定したものも散見されることから（この見解が指摘する判例として、本稿判例⑨東京高判昭和61・4・17判タ622号237頁、⑪福岡地判昭和62・2・9判タ632号256頁、⑱大阪高判平成7・6・6判時1554号160頁、⑲東京地判平成13・10・29判時1825号160頁、⑳大阪高判平成16・2・19判時1878号155頁）判例は事後強盗罪においては、強盗罪における暴行・脅迫よりも強度の暴行脅迫を要求していると指摘する見解もある[6]。この見解は、事後強盗に該当すると、傷害を負わせているため、法定刑の下限が７年の強盗傷人罪が適用されることへの配慮から、判例は事後強盗罪における暴行に関する反抗抑圧の程度を厳しく認定してきたと主張する。

---

[4] 大塚仁『刑法概説各論（第三版増補版）』（有斐閣・2005年）222頁。

[5] 大塚・前掲注（４）222頁。

[6] 前田雅英『刑法各論講義［第６版］』（東京大学出版会・2015年）203頁。なお、この見解は、同203頁では、「法改正により、問題はかなり解消するものと思われる」と主張するが、量刑の問題と犯罪論の問題は別個のものであり、事後強盗罪か窃盗罪と傷害罪かを区別すべき必然性は依然として存在すると思われる。

確かに、この見解が指摘する、「強盗致傷罪の重い法定刑への配慮」という側面も否定できないだろう。しかし、判例が暴行の程度を厳しく認定しているように見える実質的理由は、事後強盗罪と強盗罪との背景事情の相違に基づくものではないだろうか。事後強盗罪は強盗罪と異なり、被害者の属性が体格・体力に優れた若い男性や、被害店舗の店員のケースが多いこと、事後強盗罪は、日中の人が通る場所で行われることが多く、判例はこれらの事情を総合考慮して被害者の逮捕意思を抑圧するレベルの暴行がなされたかを判断するため、被害者に女性が多く犯行が夜間の人通りの少ない場所でなされる強盗罪に比べれば、強度の暴行を要求しているように見えるだけであり、判例が事後強盗罪においては強盗罪よりも強度の暴行を要求しているわけではないと思われる[7]。

それゆえに、事後強盗罪における暴行の程度は、強盗罪における暴行の程度と同様に考えるべきであり、判例も前掲大判昭和8・7・18刑集12巻1344頁でそのように述べている。しかし、事後強盗罪と強盗罪で要求される暴行の程度の大きさは同じであるとしながら、判例が強盗罪において暴行の程度を判断する枠組みと、事後強盗罪において暴行の程度を判断する枠組みには相違が見られる。

強盗罪においては、判例は、「強盗罪の成立には被告人が社会通念上被害者の反抗を抑圧するに足る暴行又は脅迫を加え、それに因って被害者から財物を強取した事実が存すれば足りるのであって、所論のごとく被害者が被告人の暴行脅迫に因ってその精神及び身体の自由を完全に制圧されることを必要としない」（最判昭和23・11・18刑集２巻12号1614頁）と判示し、「他人に暴行又は脅迫を加えて財物を奪取した場合に、それが恐喝罪となるか強盗罪となるかどうかは、その暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によって決せられるのであって、具体的事案の被害者の主観を基準としてその被害者の反抗を抑圧する程度であったかどうかと云うことによって決せられるものではない」（最判昭和24・2・8刑集３巻２号75頁）と判示している。

つまり、強盗罪における暴行の程度は、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するものであれば足り、被害者の反抗を現実に抑圧したか否かは重要ではな

[7] このような指摘をするものとして、長井秀典ほか「強盗罪（中）〈裁判員裁判における法律概念に関する諸問題３〉」判例タイムズ1352号（2011年）101頁以下。

いことになる[8]。そして、当該暴行が一般的客観的に被害者の反抗を抑圧するものか否かは、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別の考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」などの具体的事情に関する３要素を考慮することによって決められることになる[9]。

他方、事後強盗罪においては、強盗罪と同様に、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」という３つの要素に加えて、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」が考慮されている。

そして、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」が、事後強盗罪において当該暴行が逮捕意思を制圧するに足りるか否かを判断するに当たり、判例上重要な要素となっている。前述の通り、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別の考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」という、３つの要素だけでは、当該暴行が被害者の逮捕意思を制圧するに足りるか否かが判然としない場合に、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」の１つである、被害者側の逮捕意思が制圧されていないことを間接事実として考慮することで強盗致傷罪を否定するものや、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」という３つの要素だけで判断すれば当該暴行が被害者の逮捕意思を制圧するに足りるように見えるケースでも、（ⅳ）「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」の１つである、被害者側の逮捕意思が制圧されていないことを、具体的行為状況の

[8] 嶋矢貴之「恐喝罪から見た強盗罪の基本構造」『山口厚先生献呈論文集』（有斐閣・2014年）280頁でも、「最高裁の判例は暴行脅迫一元説的理解（客観的に反抗抑圧に足る暴行脅迫のみを要求し、実際の被害者の反抗抑圧は不要とする見解）に立っていると理解せざるを得ないであろう」と指摘されている。

[9] このような指摘をするものとして、長井秀典ほか「強盗罪（上）〈裁判員裁判における法律概念に関する諸問題２〉」判例タイムズ1351号（2011年）80頁以下。

一要素として重点的に考慮することで、強盗致傷罪の成立を否定したものが散見される。

但し、(iv)「被害者側の事情(逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等)」という要素を重視していくと、「被害者の逮捕意思を制圧するに足る暴行が加えられたか否か」という判断から、「現に被害者の反抗を抑圧する暴行が加えられたか」という判断へ移行することになり、強盗罪の局面で判例が述べている「被害者の反抗を抑圧するに足りる暴行が加えられたか」という一般的類型的判断から離れるおそれがある。つまり、強盗罪においては「被害者の反抗を抑圧するに足りる暴行が加えられたか否か」を一般人基準で判断することになるが、事後強盗罪においては「現に被害者の反抗を抑圧する暴行がなされたか」を被害者基準で判断することに近づく傾向になる[10]。勿論、判例も判旨では「被害者の逮捕意思を制圧するに足りる暴行が加えられたといえる又はいえない」と述べているため、被害者側の事情は、当該暴行が一般人基準で逮捕意思を制圧するに足りる程度のものといえるかどうかを判断するための一要素にすぎないと考えているとも解釈できるが、当該暴行を被害者基準で判断するおそれがあることは否定できないだろう[11]。

Ⅳ：事後強盗罪における暴行の判断基準について

このように考えると、事後強盗罪の暴行の判断において、(iv)「被害者側の事情(逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、

[10] 安井哲章「事後強盗罪の基本概念」法學新報113巻１・２号（2006年）374頁以下でも、「近時の裁判例は、暴行・脅迫の程度を一般的抽象的にではなく具体的状況に徴して判断している点で先例の判断枠組みを踏襲しているが、具体的諸事情を当該事案に即して判断しているため、『足りる』という言葉に象徴的に現れていた類型的判断から離れ、実質的に暴行・脅迫の程度を判断しているといえよう。したがって、『相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫』から『足りる』という要素が実質的には外されることになり、『相手方の反抗を抑圧した暴行・脅迫がなされたか否か』を基準に判断しているように解される」という指摘がなされている。

[11] このような指摘をするものとして、神村・前掲注（３）32頁。

被害者が最終的に犯人を逮捕した等)」という要素を具体的行為状況の一要素として考慮することは問題ではないだろうか。確かに、「被害者が現実に逮捕意思を制圧されている」=「被害者の反抗を抑圧するに足りる暴行」という等式が成立する場合もあるだろう。他方で、事後強盗罪の被害者は、被害店舗の店員や保安員の場合が多く、判例上問題になったケースでは「暴行を加えられても、犯人を逮捕することをあきらめない」ケースが多い。そして、被害者側の事情は、判例では、強盗致傷罪の成立を否定する方向で考慮されている。現に、本稿判例⑲の判旨では、「被害者は過去に万引き犯人から何度も暴行を受けた経験があることから、被告人から何らかの暴行を加えられることを予想できた」ことが指摘されている。しかし、被害者が過去に万引き犯人から何度も暴行を受けた経験があれば、被告人から暴行を加えられることが予想できるため、事後強盗罪を認めるために要求される暴行の程度も高くなるという論理必然的な関係は何ら存在しない。仮に、このような解釈を推し進めれば、例えば、同じ保安員であっても、過去に万引き犯人から何度も暴行を受けた経験がある者とない者とでは、事後強盗罪を認めるための暴行の程度は異なることになるが、それは妥当ではないだろう。事後強盗罪における暴行の程度は、やはり、一般人基準で反抗を抑圧する程度の暴行がなされたか否かを基にして判断すべきであり、被害者が過去に万引き犯人から暴行を受けた経験がある場合や勇敢な保安員である場合に、反抗を抑圧する暴行の程度は高度なものが要求されると解すべきではない[12]。

このような判例の判断枠組みは、法定刑改正前であれば、前述のように事後強盗罪が成立すると執行猶予を付与することができないため、事後強盗罪を限定的に解するために、用いられてきたと解釈することも不可能ではない。しかし、法定刑改正後の現在では、このような解釈は不可能であり、被害者側の事情を、事後強盗罪を否定する方向で考慮することは許されないのではないだろうか。

なお、反抗抑圧の有無に関する事後強盗罪の成否は、裁判員裁判でも問題になる。そこで、大阪実務研究会による、事後強盗罪に関する裁判員に対する説

[12] 被害者が空手の経験者やレスリングの経験者であったという事実は、「被告人と被害者の体格差」という要素に還元される限りで、なお考慮することが可能であると考える。

明試案を見ると、身体抑圧型のケースでは、「そのような暴行を加えられたら、常識的に考えて、普通の人であれば、犯人を捕まえようとしたり奪われた財物を取り返そうとしたりしても、体が動かなくなるような行為」、意思抑圧型のケースでは、「犯人がしたことが事後強盗罪に当たるというためには、窃盗（又は窃盗未遂）の犯人が、捕まらないように、又は、盗んだ金銭や物品を取り返されないように、被害者に暴力を振るったり脅迫をしたりすることが必要です。しかも、その暴力や脅迫はどんなものでもよいというわけではありません。常識的に考えて、普通の人であれば、犯人を捕まえようとしたり盗まれた金品を取り返そうとしたりしたら本当に殺されたり体に重大な危害が加えられたりするかもしれないと思うようなものでなければなりません。常識的に考えて普通の人であればというのは、仮に皆さんが被害者と同じ立場、同じ状況に置かれたら、普通そのように思うだろうという意味です。被害者が実際にどのように感じたのか、現に犯人を捕まえることなどをあきらめたのかということは、1つの参考にすぎません」と述べられている[13]（下線部は筆者）。つまり、裁判員に対する説明試案からは、身体抑圧型並びに意思抑圧型のケース共に、当該暴行が被害者の反抗を抑圧する程度に達しているか否かは、一般人を基準に客観的に判断されることが読み取れ、強盗罪における暴行の反抗抑圧の有無の判断枠組みと同様のものといえる（いわゆる客観説）。しかし、実際の裁判員裁判対象事件を見ると、（iv）被害者側の事情を重視したように見える判例（本稿判例㉓・㉔[14]）が散見され、上記の裁判員に対する説明案の中で述べられていた

[13] 長井・前掲注（7）105頁以下。なお、長井・前掲注（9）79頁以下では、「反抗抑圧の具体的な意味は、犯人の加える暴行・脅迫がどのようにして被害者の妨害を排除しようとするものであるのかによって変わってくる」と指摘した上で、殺害する、暴行を加えて意識を失わせる、傷害を負わせて痛みのために動けないようにする等の「身体抑圧型」のケースと、被害者に暴行脅迫を加えて畏怖させ、その意思を抑圧して財物を奪取する「意思抑圧型」のケースに分けて、裁判員に対する説明試案を論じている。

[14] 例えば、本稿判例㉔静岡地判平成24・7・5（公刊物未登載）では、「被害者の主観はもとより、客観的にも、被告人の暴行は、被害者の反抗を抑圧する程度のもの、すなわち犯人の言う通りにしないと身体や自由に重大な危害が加えられるかもしれないと思い、犯人を捕まえようとしたり、奪われた財物を取り返そうとできなくなるであろう行為」と述べられており、裁判員に対する説明

「被害者側の事情は、１つの参考にすぎない」という点は、反映されていないといえる。

事後強盗罪において、被害者側の事情を具体的行為状況の一要素として考慮するという判断枠組みを採用することは、前述のように、強盗罪の局面で判例が行っている一般的類型的判断から離れ、「被害者の反抗を抑圧するに足りる暴行がなされたか」という判断ではなく、「現実に被害者の反抗を抑圧する暴行がなされたか否か」という判断に陥る危険がある。このような判断を推し進めれば、例えば暴行を受けた被害者が最後まで犯人を逮捕しようとする限りは、被害者の反抗が抑圧されていない以上、事後強盗罪の成立は認められないことになる。しかし、事後強盗罪も強盗罪の一種である以上、強盗罪で要求される暴行・脅迫と同程度の同暴行脅迫が要求されると解するならば、その判断枠組みも強盗罪と事後強盗罪で同様に解すべきではないだろうか[15]。つまり、具体

案と同様の説明がなされているようにも思われる。しかし、「犯人の言う通りにしないと身体や自由に重大な危害が加えられるかもしれないと思い、犯人を捕まえようとしたり、奪われた財物を取り返そうとできなくなるであろう行為」という判旨からは、「被害者が犯人逮捕をあきらめていない」＝「犯人の言う通りにしないことによる、身体や自由への重大な危害は加えられていない」という判断がなされる虞があり、妥当ではないように思われる。実際に、この事案でも、このような判断がなされ、強盗致傷罪の成立が否定されたといえる。

[15] なお、強盗罪における当該暴行の反抗抑圧の有無の判断において、判例が被害者側の事情を全く考慮していないわけではない。例えば、広島高判昭和45・7・6判タ255号276頁では、「現金を奪われまいとした被害者が、現金の入った風呂敷包みを手に持って離さず、被告人に渡そうとしなかった」という事情、札幌地判平成4・12・18判タ817号215頁では、「被告人が被害者の口を左手で塞ぎ、その直後に転倒した際に、被害者が抵抗し大声を上げた」という事情、東京高判平成13・9・12東高刑時報52巻１～12号47頁では、「被害者が、被告人達に対して、お金を持っていないと嘘を言い、明日取りに来てくださいと言うことで、被害店舗から出ていくように仕向けたこと」という事情が考慮されて、強盗罪の成立がそれぞれ否定されている。しかし、広島高判昭和45・7・6判タ255号276頁では、「・・被告人が『その包みをかせ』と要求しても、『これは書類ですよ』などと言ってこれを被告人に渡そうとしなかったことが認められ、また同女の当審公判廷における供述によると、被告人が右風呂敷包を奪取した態様も、助手席にいた同女が最初は風呂敷包を被告人に渡すまいと拒んでいたが、被告人から重ねて『見せてみい』と要求された末、『ほじゃ見なさい』と言っ

的事情を基礎にして、一般的類型的に当該暴行が反抗を抑圧するか否かを判断すべきである[16]。

て仕方なく風呂敷包を手放したのを被告人が取り上げたというのであるし、もともと、被害者に対する脅迫自体、刃物を示すとか暴行を加えるとかの手段を伴ったものではないことに徴すると、原判示が前示脅迫行為をもつて被害者の反抗を抑圧するに足りる程度に達していたものと認めるに足らないと判断しているのも是認し得られないわけではない」と述べられており、札幌地判平成4・12・18判タ817号215頁でも、「・・被告人が被害者を押し込んだ距離はせいぜい数メートルで、暴行自体も短時間で終了している。被告人は、被害者の口を塞いだものの、その直後に二人で同時に転倒し、被害者の抵抗にもあって、結果的に手を離さざるをえなくなり、被害者は大声を上げて助けを求めることができた。被告人は、何ら凶器を使用していないし、前述のとおり、故意に被害者を押し倒したり、殴打や足蹴りなどの攻撃的な暴行を加えてはいない。本件は住宅密集地にある被害者の自宅での昼間の犯行であり、二階には被害者の夫も在宅し、近所では庭作業をしている者もいた。しかも、被告人自身、家人の気配を察知して、あわてて逃走している。以上の諸点を総合すると、本件の暴行は、客観的にみて、反抗を抑圧するに足りない程度であったと認めるのが相当である」と述べられており、東京高判平成13・9・12東高刑時報52巻1～12号47頁でも、「・・特に、被告人らが被害者に加えた暴行の態様、被告人らは『殴り殺す。』などと被害者を脅迫してはいるが、それに見合うような強烈な暴行は加えていないこと、複数の女性従業員が被告人らの本件犯行を言葉や行動で制止しようとしていたこと、被害者は被告人らにうそを言って金員を渡さず、本件店舗から出て行くように被告人らを仕向けるなど、全般的に緊迫性に欠けており、被害者はある程度の余裕をもって行動していたことなどの事情を考慮すると、被告人らが被害者に対して加えた暴行及び脅迫が被害者の反抗を抑圧するに足りる程度であったとは認め難く、結局本件については、恐喝未遂罪と傷害罪が成立するにとどまるというべきである」と述べていることに鑑みると、これらの判例は、(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「被害者と犯人の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」という3つの要素を主に考慮することによって強盗罪の成立を否定しているのであり、上述した被害者側の事情は、当該暴行の反抗抑圧の有無を判断する際の、間接事実としての考慮にとどまっているといえる。

[16] 西田眞基「恐喝と強盗の区別」『刑事事実認定重要判決50選(下)[第2版]』(立花書房・2013年) 25頁以下でも、強盗罪の暴行の反抗抑圧の有無に関する判例の中には、被害者側の事情が考慮されているものも存在することを指摘した上

それでは、判例が事後強盗罪において、被害者側の事情を具体的行為状況の一要素として考慮するのはなぜだろうか。まず１つ目に考えられる理由は、強盗罪における被害者の反抗抑圧に着目すれば、被害者は一定の義務なきことを受任しなければならないことから、強盗罪の保護法益には、被害者の意思決定の自由も含まれると考え、事後強盗罪においても、強盗罪と同様に被害者の意思決定の自由の側面に着目し、被害者側の事情を具体的行為状況の一要素として考慮するというものである[17]。しかし、この理由は妥当ではないだろう。なぜならば、被害者の意思に反するという点は、あらゆる個人的法益の侵害において問題になることに鑑みれば、被害者の意思決定の自由が侵害されていることを根拠に、強盗罪固有の重罰性の根拠は説明できないからである[18]。

２つ目に考えられる理由は、反抗抑圧と生命身体への危険状況を一致させて、強盗罪において反抗抑圧こそが生命身体への重大な危険性を担保する要件であると考え、事後強盗においても逮捕意思制圧を生命身体への重大な危険性を担保する要件として要求する必要があることから、被害者側の事情を具体的行為状況の一要素として考慮するというものである[19]。しかし、この理由も妥当ではないだろう。なぜならば、この理由によれば、泥酔している人を軽く押さえつけてポケットから財物を奪取する場合でも、現に被害者の反抗が抑圧されている以上は強盗罪を認めることになるが、この事例では、軽微な暴行が認められるにすぎず、被害者の生命身体への危険性も低いことから、強盗罪を認める

で、「あくまで、反抗を抑圧するに足りるか否かは客観的判断であって、被害者個人を標準とするのではなく、被害者の立場に置かれた一般人を標準とすべきであるから、被害者の対応は一判断要素としての意味を有するにすぎないことに留意する必要がある」と述べられており、本稿もこの見解に賛同するものである。

[17] 本稿が検討対象とする強盗罪と事後強盗罪との関係においてではなく、強盗罪と恐喝罪との関係における、強盗罪の反抗抑圧概念の意義に関して、このような指摘をするものとして、嶋矢・前掲注（８）272頁以下及び358頁。

[18] このような指摘をするものとして、嶋矢・前掲注（８）358頁。

[19] 本稿が検討対象とする強盗罪と事後強盗罪との関係においてではなく、強盗罪と恐喝罪との関係における、強盗罪の反抗抑圧概念の意義に関して、このような指摘をするものとして、嶋矢・前掲注（８）361頁。

べきではないからである[20]。

3つ目に考えられる理由は、強盗罪と事後強盗罪の罪質の違いを端的に認めるというものである。すなわち、事後強盗罪では、同罪の未遂・既遂の有無が、当該窃盗の未遂・既遂に依存するために、窃盗が既遂になれば、事後強盗も必然的に既遂になるという事情が存在する。そして、事後強盗の成否が問題になる多くのケースでは、先行犯罪の窃盗は既遂に達している以上、必然的に事後強盗が肯定されることになるため、強盗罪とは異なって、被害者側の事情を具体的行為状況の一要素として考慮するというものである。しかし、この理由も妥当ではないだろう。なぜならば、この理由に依拠すると、事後強盗罪を規定した238条の「強盗として論ずる」という文言と齟齬が生じるからである。確かに、事後強盗罪では、財物奪還防止目的や逮捕免脱目的や罪跡隠滅目的で暴行脅迫を加えることから、財物奪取目的で暴行脅迫を加える強盗罪とは異なる。しかし、その一方で、事後強盗罪では、財物奪取行為と暴行脅迫との間に密接な関連性が認められる、いわば「窃盗の機会」に暴行脅迫がなされれば、財物奪取目的での暴行脅迫と同視できることから、238条は「強盗として論ずる」と規定していると考えれば、やはり強盗罪と事後強盗罪の罪質の違いを認めるのは妥当ではないだろう。

4つ目に考えられる理由は、強盗罪と事後強盗罪が、それぞれ問題になる局面での具体的事情が異なるというものである。すなわち、事後強盗罪では、「強盗罪と異なり、被告人は凶器を持たないケースが多いこと」、「強盗罪では、犯人である被告人が、被害者である相手を選択する（目星をつける）という側面があるが、事後強盗罪では、被告人は相手を選択できず、不意に被害者に見つかるケースが多いこと、（加えて場合によっては、相手の方が屈強であること）」、「被告人の側としては、逃げることができれば暴行をすぐやめることから、暴行時間が短時間となるケースが多いこと」などの事情から、（ⅰ）「暴行の態様・程度」、（ⅱ）「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、（ⅲ）「犯行場所・時間・周囲の状況」という3つの要素だけでは、当該暴行が被害者の反抗を抑圧するものか否かを判断するのが困難であるため、被害者側の事情を具体的行為状況の一要素として考慮するというものである。確かに、事後強盗罪においては、このような事実認定上の困難さが存在するのは事実で

[20] このような指摘をするものとして、嶋矢・前掲注（8）361頁。

ある。しかし、このような事情が存在することが、強盗罪と事後強盗罪とで解釈論上の帰結を異なって解する積極的理由にはならないはずである。加えて、被害者側の事情は、事後強盗罪の場合には、前述のように被害者が保安員や被害店店員であることが多く、犯人逮捕をあきらめないケースが多いため、事後強盗を否定する要素に陥りやすい点に鑑みると、事実認定上の困難さが、被告人に不利益な解釈を導くことになるが、このような帰結は是認されるべきではないだろう[21]。「被害者が犯人を逮捕した」＝「犯人の暴行は、被害者の反抗を抑圧する程度ではなかった」という等式は、必ずしも成り立つわけではないのである。

このように見てくると、(ⅳ)「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」を、具体的行為状況の一要素として考慮すべき理由は、やはり存在しないように思われる。むしろ、(ⅳ)「被害者側の事情（逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等）」を、具体的行為状況の一要素として考慮すると、事後強盗罪を否定する方向で作用する傾向が多い。そして、残されたのは、(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「被害者と犯人の体格差（年齢・性別を考慮）・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素であるが、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」という要素は、事後強盗罪は人通りが多い日中若しくは夕方に行われることが多いため、事後強盗罪を否定する要素として働きやすい。とすれば、仮に(ⅱ)「被害者と犯人の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」の検討の際に、被害者と犯人の年齢や体格差が大きくないと判断されれば、(ⅰ)「暴行の態様・程度」が積極的かつ重傷害を負わせるようなもの（例えば、被告人が逃走のために車を急発進して被害者に傷害を負わせるレベル）でないと、事後強盗罪を肯定することは難しくなると思われる。しかし、(ⅳ)「被害者側の事情（逮

[21] 神村・前掲注（３）36頁では、「被害者の精神力については、それが特別に脆弱な場合には、暴行に対する畏怖が問題となって脅迫と類似の効果をもたらすのであり、犯人の認識を前提に考慮（「反抗（逮捕遂行の意思）を抑圧するに足りる程度」の基準を引き下げる方向での考慮）されることはあり得るであろうが、被害者の精神力が特別に強力な場合に、『反抗（逮捕遂行の意思）を抑圧するに足りる程度』の基準を引き上げる方向に考慮することはすべきでないと思われる」と述べられており、同様の指摘がなされている。

捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等)」という要素も、(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「被害者と犯人の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」の３要素と同等的に又はそれ以上に重点的に考慮して判断する手法は、一般に反抗を抑圧する程度の暴行が加えられても、なお(事後)強盗致傷罪を否定する可能性があり、事後強盗罪は強盗罪の一種であるとされながらも、強盗罪からかけ離れていく危険性が高い。

以上の考察を踏まえると、(ⅳ)「被害者側の事情(逮捕意思の制圧の有無、犯人から暴行を加えられることを予見していた、被害者が最終的に犯人を逮捕した等)」という要素は、あくまで当該行為が反抗を抑圧する暴行か否かを判断するための間接事実として考慮するにとどめるべきであり、(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「被害者と犯人の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」、の主要考慮要素と同等に扱うことは避けるべきであると思われる。この限りにおいて、本稿判例⑮千葉地判平成21・9・18(裁判所ホームページ)の「被害者が被告人を逮捕しようとする意思を放棄していないことは認められるが、被害者がたまたま剛胆な人物であったにすぎず、一般の人であるならば、犯人を捕まえることをあきらめさせるのに十分な強さがある以上、結局は噛みついた行為に犯人を捕まえることをあきらめさせる危険が存在したということができるのであって、強盗罪の暴行に当たることは間違いない」という判旨が妥当である。事後強盗罪における暴行の程度は、強盗罪と同様に、(ⅰ)「暴行の態様・程度」、(ⅱ)「犯人と被害者の体格差(年齢・性別を考慮)・人数差」、(ⅲ)「犯行場所・時間・周囲の状況」、という３つの要素を基準として一般的類型的に判断されるべきであると思われる。

研究ノート

自招防衛論の再構成（２）

――「必要性」要件の再検討――

瀧　本　京太朗

目　次

序章　問題の所在
第１章　自招防衛に関する日本の学説　（以上、66巻４号）
第２章　自招防衛に関する日本の判例・裁判例
　第１節　昭和52年決定以前の判例・裁判例
　第２節　最決昭和52年７月21日刑集31巻４号747頁
　　第１項　事実の概要
　　第２項　決定要旨
　　第３項　検討
　第３節　昭和52年決定から平成20年決定までの裁判例
　　第１項　事例の紹介・検討
　　第２項　⑩～⑱事件から読み解けること
　第４節　最決平成20年５月20日刑集62巻６号1786頁
　　第１項　事実の概要
　　第２項　裁判の展開
　　第３項　学説による分析・検討
　第５節　平成20年決定以降の裁判例
　　第１項　自招防衛に関する事例
　　第２項　積極的加害意思及び喧嘩闘争に関する事例
　　第３項　検討――判断枠組みは変わったか――
　第６節　小括　（以上、本号）
第３章　ドイツにおける学説及び判例
第４章　必要性要件の再検討
終章

第２章　自招防衛に関する日本の判例・裁判例

第１章では、自招防衛に関する刑法の条文の変遷と、旧刑法時代から現在までに唱えられてきた日本の学説について概観してきた。続く本章では、これまでに自招防衛が問題とされた、日本の判例・裁判例について検討を加える。大審院時代から平成27年現在までに出された事例を検討していくが、自招防衛論を考える上で特に重要と思われる最決昭和52年７月21日刑集31巻４号747頁（以下、「昭和52年決定」とする）及び最決平成20年５月20日刑集62巻６号1786頁（以下、「平成20年決定」とする）については、節を改めて検討する。

本章の本来の目的は自招防衛に関する事例を検討することであるが、昭和52年決定は積極的加害意思が問題とされた事案について判断したものであり、自招防衛が問題となっているわけではない。しかし、昭和52年決定が出される前と後とでは、自招防衛の事案に対する裁判所の態度は明らかに変化しており、同決定が自招防衛の判断枠組みに何らかの影響を与えたことは否定できないと本稿は考えているため、この点について説明することとした。また、平成20年決定を分析する文献の多くが昭和52年決定を参照し、２つの「決定」がどのような関係にあるのかを検討していることから、本稿でも昭和52年決定を分析・検討し、平成20年決定に対する学説・実務の分析が妥当であるかを論ずることは必須であると考え、昭和52年決定についても検討することとした。

さらに、平成20年決定の第１審判決は、同決定の事案を「喧嘩闘争」の事案であると述べていることから、本章では喧嘩闘争に関する事例も簡潔に紹介している。

なお、本稿内の下線や傍点はすべて筆者によるものである。

第１節　昭和52年決定以前の判例・裁判例

まずは、昭和52年決定が出されるまでの事案を検討する。この時期の判例・裁判例の特徴として指摘できるのは、裁判所は、侵害を自招したという事情を、刑法36条１項の要件とは結びつけずに正当防衛の成否を判断しているということである。

①　大判大正３年９月25日刑録20輯1648頁

本件の事実関係は明らかではないが、被告人と被害者の闘争状況が問題となっている。被告人は傷害致死罪で起訴されたが、先に被害者が首を絞めてきたので、これに対抗するために、持っていた箸で被害者の右眼下を刺し、手が緩んだ間隙を縫って被害者を突き飛ばして逃走したと主張した。しかし大審院は、被害者が先に手を出したという事実は原審では認定されていないとして被告人の主張を退け、傷害致死罪の成立を肯定した。そして、その際傍論として、「刑法第三十六條ノ規定ニ依レハ不正ノ行為ニ因リ自ラ侵害ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テモ仍ホ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ妨ケサル」と判示している。傍論ではあるが、この文を素直に読む限り、自招行為があったとしても急迫性が否定されることはない、ということが読み取れよう[1]。もっとも、この事件では、被害者による急迫不正の侵害の存在がすでに疑われている。すなわち、本件は単なる傷害致死の事案であり、正当防衛の成否ははじめから問題とされていない。

また、本判決は刑法改正があってから間もない時期に出されたものであるが、この頃から早くも、自招防衛に関する立法者意思とは異なる解釈がなされていることが分かる。第１章で述べたように、立法者は不正の行為により自ら招いた侵害については「急迫不正の侵害」の要件を欠くとしていたのである。

② 大判大正14年６月３日刑集４巻354頁

【事実の概要】

以前から被告人甲及び同乙に恨みを抱いていた被害者が、両被告人を殴打して痛めつける計画を立てていたところ、それが被告人らにばれて口論となり、甲は被害者を殴打した。被害者はますます憤激し、その翌日夜、夜学に通っていた乙を棒で殴打して「今夜は待っているから来い」と言って、闘争を挑んだ。乙は直ちに甲のもとへ赴いて事情を告げ、被告人らはそれぞれ凶器を携えて現場へと赴き、被害者と闘争を開始した。闘争の途中、被害者が乙を押し倒して、匕首で乙の腹部を斬りつけたため、甲は乙を守るために、所持していた匕首で被害者の頸部を斬り付け、出血多量で死亡させ、被告人らは傷害致死罪に問わ

[1] 急迫性について明言しているわけではないが、正当防衛は急迫不正の侵害に対する防衛行為の違法性を阻却するものであるから、正当防衛権の行使が妨げられないというとき、少なくとも急迫性は肯定されると考えられよう。

れた。

【判旨】

「被告〔甲〕ハ被告〔乙〕ト共ニ當初ヨリ爭闘ヲ爲シテ相手方ニ暴行ヲ加フル意思ニ出テ之ヲ實行シテ終ニ相手方ヲ死ニ致シタルモノニ外ナラス其ノ爭闘ノ行爲ハ總テ防衛上ノ必要ニ出タルモノニ非スシテ相手方ニ暴行ヲ加ヘンカ爲各自己ヲ危險ニ曝シタルモノナルカ故ニ共同暴行者ノ一人カ危險ニ瀕シタリトスルモ之カ爲他ノ一人ノ相手方ニ對スル暴行カ直ニ正當防衛ト爲ルヘキモノニ非ス」

【検討】

本件は、いわゆる喧嘩闘争として処理された事案であると思われる。

喧嘩闘争については、判例の態度は以下のような変遷が見られる。まず、最判昭和23年６月22日刑集２巻７号694頁は、喧嘩闘争について「闘争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し正当防衛を行うの観を呈することがあつても、闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がないものと言わなければならない。」として、喧嘩闘争についてはおよそ正当防衛が成立しないと解されていた。しかし、最判昭和32年１月22日刑集11巻１号31頁は、「闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもつぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあつても、闘争の全般からみては、刑法三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合があるというのであるから、法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によつて事を判断してはならないということと、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得るという両面を含むものと解することができる。」と判示し、喧嘩闘争の場合でも正当防衛の余地があることを認めるようになった。

このほか、③名古屋高判昭和25年３月９日高等裁判所刑事判決特報６号117頁は、被告人と被害者が路上でぶつかり、被告人が「何か文句があるか」などと怒鳴って被害者を脅迫し、さらに連行しようとしたため、被害者が被告人に殴り掛かったところ、被告人は被害者を突き飛ばしたり蹴ったりして傷害を負わせたという事案である。名古屋高裁は、「被告人の方で爭斗を誘発し、相手

方と喧嘩して、相手方に傷害を與えたような場合は、急迫不正の侵害に対し、自己を防衛するため、やむことを得ず爲した反撃とは、認められないので、原審が被告人の右所為を正当防衛と認定しなかつたのは正当と謂うべく、論旨は、理由がない。」と判示した。判旨からも分かるように、本件も喧嘩闘争の事案であると判断されている[2]。また、名古屋高裁は、正当防衛の成立要件をすべて列挙した上で正当防衛の成立を否定しており、これらの中で特にどの要件が欠けるのかを明示していない。喧嘩闘争においても正当防衛が認められる余地があると判示されたのは昭和32年であることや、掲載誌の表題をも併せて考慮すると、類型的に正当防衛の観念を容れる余地がないと判断したと考えるのが自然であろう。

次に④仙台高判昭和27年３月15日高等裁判所刑事判決特報22号111頁は、傷害罪が問題となった事案において、「債権者より支払の請求を受けて拒絶する場合には相手方が納得するに足る誠意ある言動に出づべきが条理上当然であるのに却つて嘲笑的態度に出で敢て相手方の憤激を誘致し、之が爲相手方に畜生呼ばわりをされたからとて、直ちに之に対し暴力に出るに至つては到底止むを得ざるに出でたる防衛権の行使とは認め難い。」旨判示した。「止むを得ざるに出でたる防衛権の行使」という文言があるが、そのように解する根拠は示されていないため、36条１項との結びつきは依然として不明である。また、本件では被害者の行為は畜生呼ばわりというような、侵害性がまったく存在しないと言っても構わないようなものであり、現に仙台高裁も、被告人の態度が誘致したのは「憤激」であって、「侵害」とは述べていないことからすれば、本件ではそもそも正当防衛について判断する余地が全く存在しないと判断したと解することも可能であろう。

⑤大阪地判昭和33年11月20日判時169号32頁は、労働争議において組合員らが待機場所として使用していた工場を閉鎖しようと企図したＸが、雇った警備員らに指示して組合員を追い出そうとしたが、抵抗した組合員がスクラムを組んでＸおよび警備員らに反撃し、その過程で複数人が傷害を負ったという事案である。裁判ではＸのみならず組合員らも被告人とされ、Ｘは組合員の抵抗に対する正当防衛を、組合員らも「会社側が、組合側を挑発し、組合幹部を現場から外す目的で、事前通告もなく、突然判示工場の閉鎖を敢行しようと

[2] 判例集の表題にも、「喧嘩と正当防衛」と表記されている。

したので、右工場に生活の本拠を有する組合員として、その居住権を防衛するため行つた正当防衛行為である」と主張した。大阪地裁はまず、会社側の立場にあった被告人及び警備員らの主張に対しては、工場を閉鎖する理由がないにもかかわらず突如閉鎖したために反撃を受けたのであるから、「いわば自ら組合員等の前示行動を誘発したもの」であり、「被告人等の当時の立場、その行動等に徴すれば、被告人等は単に工場の占有を確保するためよりは、むしろ本件労働争議に際し組合側に対抗するためのみの会社側への過当な忠誠心…にかられ、攻撃的意図をもつて判示所為に及んだことが窺知せられるから、同被告人等の所為は到底正当防衛行為とは認め難い。」と判示し、正当防衛の成立を否定した。また、組合員らの行為についても、閉鎖行為が急迫不正の侵害であるとしても工場にとどまり続ける利益はなかったし、組合員らの行為は「会社側の挑発によるものとは言え、結局その挑発行為に反発し、あくまで右工場の確保を企図して、会社側の前記暴力に対し等しく暴力をもつて対抗し、互に為した斗争行為の一環を為すものと考えられるから、防衛行為としての適格性を欠くものと解せざるを得ない」と判示した。本件でも、組合員の抵抗は被告人が誘発したものであると指摘されている。さらに、被告人には攻撃的意図があったということが認定され、組合員の抵抗を誘発したことと併せて「到底正当防衛行為とは認め難い」とされており、36条１項の具体的要件との関連は明らかでない。また、工場の閉鎖行為自体は刑法上の犯罪に問われるような違法行為ではないように思われるが、大阪地裁はこれを急迫不正の侵害と仮定した上で、組合員側の正当防衛の成否を判断している[3]。

[3] また、攻撃的意図については、「何故同工場を閉鎖したかというと、組合員がこの工場で寝起きしていたので、この南門を閉じて夜にでも組合員が其処から入つてくれば不法侵入なり或は立入禁止の裁判沙汰にするための餌をやつたものとしか私としては考えられません」という警備員の供述が援用されていることからすれば、X らの行った工場閉鎖行為は、組合員らによる急迫不正の侵害を意図的に引き起こす狙いがあったと言え、本事案は意図的挑発類型に属するものであると言えよう。組合員らの行為については「防衛行為としての適格性を欠く」という表現があり、一見するとこれは「防衛ノ為メ」の要件を否定しているようにも読めるが、闘争行為の一環を為すという理由で正当防衛の成立を否定していることや、X らについて判断する際にも正当防衛の要件を特に示していないことからすれば、ここでも類型的に正当防衛の観念を容れる余地が

最後に、⑥熊本地判昭和35年７月27日判時236号６頁は、労働争議の激化に伴い、炭坑の旧労組の組員が新労組の組員やその家族に対して暴力行為を行うという事件が急増したため、被告人らは協議の上、自動車で市内を宣伝行進する計画を立て、120 ～ 130名ほどで行進を決行し、旧労組員らに対しては暴力中止の勧告、争議解決への説得を、新労組員らに対しては支持激励の宣伝を行いながら行進したが、行進中に、旧労組のピケ隊に遭遇し、悪罵の応酬に至った。その際被告人らは、つるはしを持って、乗っていた自動車から降りたため、ピケ隊と衝突して紛争となり、ピケ隊のうち数名に傷害を負わせたという事案である。熊本地裁は、「…被告人らは…ピケ隊との悪罵の応酬、…争議激化の実情…等からして被告人らの右行動がピケ隊側との争闘を惹起するに至ることは当然予期していたものと認められるので、被告人らは他の自動車行進参加者らと共に自ら本件乱闘を誘発し、又は自ら争闘の禍中にその身をおいたものというのほかはない。してみると被告人らは、その各々に加えられたピケ隊側の侵害が不正なものであつたとしてもこれを未然に防ぎ得たにも拘らずいずれも自らを危険にさらしたものであるから、右被告人らの所為の一駒が前記のとおりあたかも防衛行為の観を呈することがあつたとしても、事案の全般からみてこれをもつて正当防衛行為とみることは到底不可能である[4]。」と判示し、ここでも36条１項との関連を明らかにしないまま正当防衛の成立を否定している。

【検討】

以上のように、昭和52年決定以前の判例・裁判例の流れを見ると、嘲笑的態度により侵害を誘致したという事情を考慮した④事件や、「攻撃的意図」があったことを理由として正当防衛を否定した⑤事件、そして自らの行動が侵害を惹起することを「当然予期していた」と指摘した⑥事件は、現在の議論枠組みに対して、多分に示唆的な判示をしていることが分かる。すなわち、④事件は社会倫理的に非難すべき挑発行為であれば正当防衛の成立を制限することが可能であることを示唆しており、⑤、⑥事件の各文言は、この後に検討する積極的加害意思の一内容となっているのである。積極的加害意思論は昭和52年決定に

ないと判断されているものと思われる。

[4] この判示部分は、喧嘩闘争に関する昭和23年判決及び昭和32年判決の流れを引くものである。

おいて突如現れたわけではなく、このような事例の集積によって体系化されたと言えよう。

大審院においては、侵害を自招した場合でも、これに対する正当防衛権が認められる可能性があると判示されていたが、実際には、この時期に自招防衛の事案において正当防衛の成立が認められた事例は見当たらない。また、③～⑥事件において正当防衛を否定するに際して、「誘発」や「誘致」という文言が共通して用いられており、被告人が侵害を惹起したという点が強調されているが、この点は現在の議論においても同様である。しかし、①～⑥事件のいずれにおいても、各事例における被告人の行為が、刑法36条１項のいずれの要件を欠くことになるかは明らかにされていない。

ここで、昭和52年決定の検討に移る前に、急迫性要件に関する判例の基本的理解について概観する。昭和52年決定以前にも、大審院及び最高裁は急迫性要件に関する判例を出しており、同決定を理解するためにはこれらの先例を検討することが不可欠なのである。

まず、⑦大判大正14年６月27日法律新聞2423号５頁は、過去のＡとのトラブルから、再びＡの襲撃を受けることを恐れた被告人が、事前に匕首を購入して侵害に備えていたところ、果たして実際にＡが被告人を背後から出刃包丁で突き刺してきたため、被告人は予め準備していた匕首でＡを殺害したという事案であった。予め侵害に備えていたことが法的にどのように評価されるかが問題となったが、大審院は、未来の侵害に対して予め防衛行為を行うことは違法であるが、「未來ノ侵害ヲ慮リテ防衛ノ準備ヲ爲スコトハ固ヨリ正當」であり、襲撃に備えて匕首を準備することはまさに未来の侵害を憂慮して行った防衛の準備に他ならないから、本件のような事案ではＡによる侵害はもちろん急迫不正のものであると判示した。

次に⑧最決昭和30年10月25日刑集９巻11号2295頁は、飲食店でトラブルとなり一旦は退避した被告人が、被害者Ｂに対して謝罪させるために現場に立ち戻り、その際Ｂが再び攻撃してきたときに備えて日本刀を準備していた。被告人が飲食店の外の叢で様子をうかがっているとＢが現れ、被告人を見るなり出刃包丁で襲いかかってきたため、被告人はＢを日本刀で数回斬りつけて死亡させたという事案である。最高裁は、「被告人が右の叢に身をひそめ様子を窺ううちＢが出て来て矢庭に出刃庖丁をもつて被告人に突きかかつて来た

際においては、被告人はこのＢの不正の侵害については早くから、充分の予期を持ち且つこれに応じて立ち向い敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて進んでＢと対面すべく右叢附近に赴き彼の様子を窺つていた訳であるから、Ｂのこの不正の侵害は被告人にとつては急迫のものというべからざるものであり、又被告人がＢに加えた判示傷害行為は権利防衛のため止むを得ざるに出でたものというべからざるものである。」と判示し、正当防衛の主張を退けた。弁護人は⑦事件を援用して判例違反を主張したが、最高裁は、⑦事件は匕首を携えていた事案ではあるものの、被告人が被害者からの飲酒強要を拒否して立ち去った時点では、「被告人は最早被害者が襲撃して来るであろうことの予想を持つていたとは認められないのに、意外にも被害者が背後から突如突刺した」という事案であり、Ｂによる不正の侵害を早くから充分に予期して日本刀を携えていた本件とは異なるとして、この点の主張も退けた。

また、⑨最判昭和46年11月16日刑集25巻８号996頁は、止宿先で同宿人のＣとトラブルになった被告人は一旦宿を立ち去ったが、仲直りしようと思い再び宿に立ち戻ったところ、Ｃから加療約10日を要するほどの暴行を受けた。被告人は後ずさりして宿の一室に入った際、同室にくり小刀を隠していたのを思い出し、とっさにくり小刀を取り出してＣの胸部に突き刺して殺害したという事案であった。原審では、被告人はＣの侵害を予期していたのであるから急迫性が欠けるとして正当防衛の成立を否定したが、最高裁は急迫性の判断方法につき、「刑法三六条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫つていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」と判示した。

⑦事件については⑧事件の最高裁が言及するように、侵害を予期していなかった事案である。⑧事件と⑨事件はいずれも侵害を予期していた事案であるが、急迫性の認定に関する結論は分かれている。判断の分かれ目となったのは、予期された侵害に対して予め準備をした上で現場に赴いたかどうかであろう。⑧事件では日本刀を準備して侵害に備えていたが、⑨事件では、被告人は侵害を受けている最中にくり小刀の存在を思い出したとされており、侵害を予期してくり小刀を準備したわけではなかった。

第２節　最決昭和52年７月21日刑集31巻４号747頁[5]

以上のような判例・裁判例の流れの中、最高裁はいわゆる「積極的加害意思」という概念を用いて、予期された侵害に対して積極的加害の意思で臨んだときは、侵害の急迫性の要件を欠くとして、正当防衛の成立を否定するに至ったのである。

第１項　事実の概要

被告人らはいわゆる中核派に属する者達であったが、福岡県教育会館において政治集会を開催するにあたって、同派の学生ら約10数名と共謀して、同会館内において、かねてより対立関係にあった革マル派の学生らの生命、身体に対して共同して加害する目的を持って、中核派の学生らと共に多数の木刀、鍬の柄、ホッケーのスティック、鉄パイプ等を凶器として集合し、押し掛けてきた革マル派学生10数名を、凶器を用いて撃退した。しかし、被告人らは、革マル派の学生らが体制を整えて再び襲撃してくることは必至であると考え、集会場の出入口に机や椅子でバリケードを構築した。果たして革マル派の学生らは再び集会場を襲撃し、バリケードのすき間から鉄パイプを投げ込んだり、工事用の、長さ２メートルほどの鉄棒を突き出したり投げ込んだりするのに対し、被告人らもバリケード越しに鉄パイプを投げたり、投げ込まれた鉄棒で突き返す

[5] 本件の評釈として、香城敏磨「判解」ジュリスト653号（1977年）79頁、東條伸一郎「判批」研修357号（1978年）59頁、安富潔「判批」法研51巻４号（1978年）80頁、曽根威彦「判批」判例評論233号（1978年）44頁、小暮得雄「判批」ジュリスト693号（1979年）159頁、香城敏磨「判解」法曹時報32巻４号（1980年）133頁、前田雅英「判批」警察研究52巻２号（1981年）66頁、香川達夫「判批」LS53号18頁、大越義久「判批」別冊ジュリスト82号（1984年）72頁、西田典之「判批」別冊ジュリスト111号（1991年）50頁、同「判批」別冊ジュリスト142号（1997年）48頁、曽根威彦「判批」別冊ジュリスト166号（2003年）46頁、遠藤浩一「判批」研修694号（2006年）107頁、松宮孝明「判批」別冊ジュリスト189号（2008年）48頁、安里全勝「判批」山口経済学雑誌58巻３号（2009年）143頁、今井猛嘉「判批」別冊ジュリスト220号（2014年）48頁、香城敏磨「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和52年度235頁がある。なお、本稿における調査官解説の引用は、すべて最高裁判所判例解説刑事篇昭和52年度からのものである。

などして応戦した。

第１審の福岡地裁[6]は、「本件においては、被告人らが現実に本件革マル派の者らに対しとつた行動が正当防衛の要件を備えていると認めうる一応の根拠があり、本件全証拠によるもその要件の欠けることを積極的に認定しうるだけの資料はないというべきである。」として、一部の者について正当防衛の成立を認めたが、控訴審の福岡高裁[7]は、被告人らについて、「革マル派の者が中核派主催の政治集会を妨害しようとして来襲すれば、共同してこれを迎撃し、その身体に対し害を加えるべき積極的闘争加害の意図をもつて兇器を準備し、前記県教育会館三階大ホールに結集し」ており、革マル派の者の第一の襲来に対しては誰も周章狼狽せずに立ち向かい、特に被告人らは「革マル派の者らを一階まで追いかけて居り、これらの行為は、明かにかねて予期していた攻撃、加害の意図の具体的顕現と見得るところであつて、偶発的なものと見ることはできない。」と指摘した。さらに、バリケードの構築についても、「これは明かに革マル派の再度の来襲を意識した行動であつて、…前記のような共同加害の意図の存在することにかんがみるとき、革マル派の第二の攻撃は、被告人らが当然に予想していたものといわねばならない。」とした上で、「被告人らに積極的攻撃ないし加害の意思はなく、専ら防衛意思のみであつたとは、到底認め難いところであつて、寧ろ、明白に積極的攻撃、闘争、加害の意図を肯認し得るところであり、かつ、革マル派の第二の攻撃は被告人らが当然に予想していたところであつて、不正の侵害であつても、急迫性はなかつたものといわねばならない。」と判示して正当防衛の成立を否定し、原判決を破棄し、福岡地裁に差し戻した。これに対して、被告人らが上告した。

第２項　決定要旨

「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣

[6] 福岡地判昭和49年10月15日刑集31巻４号765頁参照。
[7] 福岡高判昭和51年２月９日刑集31巻４号788頁参照。

旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。そうして、原判決によると、被告人…は、相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもつて臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきであつて、その旨の原判断は、結論において正当である。」

第３項　検討

まず指摘しなければならないのは、本件は、被告人らが侵害を自招したという事案ではないという点である。先に述べたように、本決定も自招防衛の事案であるとする学説からの指摘もあるが[8]、妥当でないように思われる（本章第４節第３項参照）。

本決定は⑨事件の要旨を用いて、侵害の確実な予期がただちに急迫性の否定を導くわけではないとしつつ、それに「その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思」（積極的加害意思）が加わった場合は、急迫性が否定されるとしたのである。

ここでは、同じく急迫性を否定した⑧事件との関係が問題となり得よう。⑧事件では侵害の予期と、「反撃の傷害を加え得べき充分の用意」という客観的な状況が根拠とされているが、仮にこのような客観的状況から積極的加害意思の存在を判断するのであれば、⑧事件と本決定は基本的には大きく異なるものではないとも考えられる。そうであればわざわざ本決定で積極的加害意思という概念を用いず、充分な反撃準備という客観的状況を指摘しさえすれば事案の解決にとっては必要十分なはずであるが、本決定の調査官解説は、過去の判例を検討した上で、「判例は、予期された侵害の機会を利用して積極的に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、相手に対する行為を防衛行為とは認めないという立場であり、本最高裁決定は、この立場を急迫性の要件の

[8] 橋爪隆「判批」ジュリスト1391号（2009年）160頁。また、大杉一之「自招侵害における自招行為と侵害行為との関連性について」北九州市立大学法政論集38巻４号（2011年）５頁も、「これまでの最高裁判例は、自招侵害の事案を積極的加害意思という被侵害者の主観的要素の問題と捉え」ているとしている。

点から総括したものと理解することができると思う」と説明している[9]。すなわち、例えば⑧事件においても、明確な説明はなされていないが、侵害の予期と、それに対する客観的な準備状況が認められれば、積極的加害意思の存在が推認されるということになろう。

しかし、次節で紹介するように、これ以降の裁判例においては、突発的に生じた喧嘩のような、事前の反撃準備がないような事案であっても積極的加害意思が認定された事例があり、必ずしも客観的な準備状況が積極的加害意思の認定にとって必須の要件とはされていないように思われるから、調査官解説を完全に鵜呑みにすることには慎重になるべきであろう。

また、本項の冒頭で述べたとおり、⑦〜⑨事件や昭和52年決定は自招防衛が問題となったものではないから、本来、これらの判例が自招防衛の解決に指針を与えているわけではないはずである[10][11]。にもかかわらず、特にこれ以降の裁判例では、自招防衛の事案を解決するときは、これまでのように要件論に立ち入らずに正当防衛の成立を否定するのではなく、刑法36条１項所定の要件のいずれかと関連付けた上で正当防衛の成否が判断されるようになったのである。

もちろん、昭和52年決定がそのような傾向に直接影響を及ぼしたかは定かでない。なぜなら、同決定を契機としなくても、自然と裁判所の自招防衛に対する姿勢が変化していったということも十分考えられるからである。しかしながら、昭和52年決定が、「急迫不正の侵害」という要件を規範的に解釈したという点は、重要な示唆を与えているように思われる。すなわち、昭和52年決定以降の裁判例が刑法36条１項の要件論に立ち入って解釈をするようになったのは、昭和52年決定において最高裁が、急迫性要件について規範的な解釈を行っ

---

[9] 香城・前掲注（５）246頁以下。

[10] 本件の調査官解説でも、積極的加害意思が問題となる場面類型として、①侵害の予期のみで急迫性が失われるか、②積極的加害意思で侵害に臨んだ場合はどうか、③侵害を挑発又は誘導した場合はどうか、という３つの場面が考えられるとしつつ、本件で問題となるのは①と②であるとされている。このことから、調査官解説も、本件は自招防衛の事案ではないとみなしていることが窺える。香城・前掲注（５）239頁以下。

[11] 本稿は、意図的挑発の場合は積極的加害意思論に解消させるべきであり、自招防衛の枠組みで意図的挑発を考慮する必要はないと解している（第１章第２節第５款、同章第３節参照）。

たために、そのような「方法論」が下級審裁判所にも浸透していった結果として、自招防衛に関しても内部的解決が図られるようになったと考えることは可能ではないだろうか。そして、このように考えるのであれば、昭和52年決定が自招防衛論に対して与えたインパクトというのは、積極的加害意思論それ自体ではなく、そのような概念を案出した方法論であると言えよう。すなわち、昭和52年決定の枠組みそれ自体は自招防衛の解決に対して特別な影響力を有していなかったのではないか、という仮説が立つのである。

第３節　昭和52年決定から平成20年決定までの裁判例[12]

第１項　事例の紹介・検討

昭和52年決定以降、自招防衛の事案について判断した裁判所は、これまでとは異なり、刑法36条１項の要件と自招防衛を結び付けるようになった。そこで共通しているのは、被告人あるいは一般人における侵害の予期を前提とし、挑発行為が不正であると指摘されていることである。侵害を自ら招いている点で昭和52年決定とは事案が異なり、従って、そこで用いられている判断枠組みも当然、昭和52年決定とは異なるものである[13]。しかし、裁判例に多く見られるのは急迫性を否定した事例であるが、それのみならず、少数ではあるが、侵害の不正性を否定するものや相当性を制限した事例も見られ、結局のところ、判断枠組みは統一されていない。

⑩　東京高判昭和60年６月20日判時1162号168頁

【事実の概要】

被告人は、以前から知っていた被害者と口論となり、被害者が被告人の膝を１回蹴ったことから、「てめえやるか。」と言って、被害者の胸ぐらをつかみ、喧嘩闘争に発展した。その過程で被告人は被害者を投げ飛ばし、被害者が無抵抗となってからも暴行を加え続けた。

---

[12] 自招防衛が問題となった最高裁判例として確認できるのは、平成20年決定のみである（平成27年現在）。

[13] ⑦～⑨事件で見たように、侵害の予期という要素は、昭和52年決定に特有のものではない。

【判旨】

「被告人は、『てめえやるか。』と言つて座つている被害者の胸ぐらを掴んで同人を引き立たせた際、被害者がこれに挑発されて攻撃してくるであろうことを予期し、その機会を利用して、被告人自身も積極的に被害者に対して加害する意思で本件行為に及んだものであると認められるから、本件は、正当防衛における侵害の急迫性に欠けるというべきである。」

【検討】

本件は、積極的加害意思論を用いて自招防衛を処理した事案である。昭和52年決定と若干の相違があるのは、被害者が被告人の行為に「挑発されて」攻撃してくるであろうことを予期していたと指摘している点であり、意図的挑発類型に属する事例であると思われる[14]。本件では、被害者が先に攻撃を加えているが[15]、この点について東京高裁は特に問題としていない。

本件の正当防衛状況は突発的に生じた口論に端を発して生じたものであり、被告人があらかじめ反撃のための準備を整えていたという事情は認定されていない。そのため、本件は⑧事件の枠組みから正当防衛の成立を否定することは不可能であると思われ、積極的加害意思論があってはじめて正当防衛の成立を否定し得た事例であると言えよう。また、積極的加害意思論を否定的に解する立場からは、急迫性は認められることとなろうが、本件を意図的挑発の事案と捉えるのであれば、第１章で検討した各見解に基づいて、正当防衛の成立は否定されよう。

この他に、挑発的な言動のあった事案で積極的加害意思論による解決が図られた事案としては、東京高判昭和60年８月20日判時1183号163頁などがある。

---

[14] ただし、意図的挑発の意思が挑発行為時以前に生じていなければならないのか、あるいは本件のように挑発行為を行った時点で生じていればよいのかという点については、これまで自覚的な議論はされてこなかったように思われる。積極的加害意思論を肯定するのであれば、いずれにせよ急迫性が否定されることになるであろうが、積極的加害意思論に批判的な立場がどのように答えるのであろうか。

[15] 東京高裁は、被害者の攻撃は１回きりで、それ以上の暴行に発展する可能性は無かったと指摘し、その後の被告人の行為を自招行為であるというような認定をしているが、「それ以上の暴行に発展する可能性」の有無で、これに続く行為すべてが自招行為となるわけではないと思われる。

この事件でも、被告人は被害者に「表へ出ろ」と言って挑発し、凶器を予め所持して侵害に臨んでおり、東京高裁は積極的加害意思の存在を指摘し、急迫性を否定している。

⑪　福岡高判昭和60年７月８日刑裁月報17巻７＝８号635頁

【事実の概要】

被告人の妻Ｂから悪口を浴びせられた被害者Ａは、午後10時頃、Ｂを追って被告人方へ上がり込んだところ、被告人に暴行を加えられ、その間無抵抗であったＡは一旦自宅へと退避した。ところがＡは憤懣やる方なくなり、被告人に謝罪させるため、万一の用意に自宅から包丁を持ち出して、同日午後10時20分頃、被告人宅に引き返したが、被告人は、Ａが戻ってくることを予測した上で玄関を施錠していた。このためＡは被告人方に入ることが出来ず、５～10分間にわたって「開けろ」「開けんかこの野郎」「二人で俺を馬鹿にしやがつて」などと怒鳴りながら、玄関戸を蹴っていた。被告人は、Ａが包丁を所持していることに気づいたが、このまま放置しておけばＡは勝手に帰るだろうと認識していた。しかし、日頃の鬱憤をはらすべく、被告人は窓から竹棒を突き出して、Ａの頭部に傷害を負わせた。

【判旨】

「〔Ａの行為は〕住居の平穏を侵害する行為にあたり、その行為に正当性を認めることはできないから、右は不正の侵害に該当するものと解すべきである。しかし、相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできないものと解すべきであるとともに、そのような場合に積極的に対抗行為をすることは、先行する自己の侵害行為の不法性との均衡上許されないものというべきであるから、これをもつて防衛のための已むを得ない行為（防衛行為）にあたるとすることもできないものと解するのが相当である。これを右各認定事実について見ると、Ａの行為に先行する被告人の行為が理不尽かつ相当強い暴行、すなわち身体に対する侵害であるのに対し、それに対するＡの行為は、屋内にいる被告人に向けて、屋外から住居の平穏を害する行為を五分ないし一〇分間にわたつて続けたに過

ぎないものであつて、Aにおいて包丁を所持していたとはいえ、未だ、それによつて被告人らの身体等に危害が及ぶという危険が切迫した状態にもなかつたことを考慮すると、Aの右行為については、未だこれを被告人に対する急迫の侵害にあたるものと認めることはできないし、右状況の下で、Aの身体に対し竹棒で突くという、傷害を負わせる危険性の高い暴行を加えて対抗することは、Aの行為を排除する目的を併せ有するものであることを考慮しても、自己の先行行為のもつ不法性との均衡上、これを防衛のための已むを得ない行為（防衛行為）にあたるものと評価することもできない（従つて、過剰防衛にもあたらない。）。」

【検討】

本件では、被告人が最初に被害者を暴行し、それに憤激した被害者が被告人に侵害を加えようとした事案であり、昭和52年決定以降に出された、意図的挑発ではない自招防衛の事例としては最初の事例であると思われる。福岡高裁は、本件の解決に際しては、積極的加害意思論には依拠せずに、①自招行為の違法性、②時間的接着性、③自招行為と予期される侵害の均衡、そして④侵害の軽微性という４つの要素を指摘して、侵害の急迫性が否定されると判示したのであるが、これらの要素は昭和52年決定の枠組みから導かれるものではないであろう。

本件では、まず①自招行為は理不尽かつ強い暴行であるとされており、自招行為に対して正当防衛をすることも可能であっただろう。②時間的接着性については、自招行為が行われてから侵害行為が行われるまでに20分ほどの時間が空いているが、福岡高裁は自ら規範を定立したにもかかわらず、あてはめを行っていないことから、時間的接着性の存在は本件においては所与の前提であると考えられているのであろう。次に③自招行為と予期された侵害の均衡については、「通常予期される態様及び程度」という判示からすれば、どのような自招行為からどのような侵害行為が予想されるかは客観的に決まると解されているように思われ、具体的な行為者の主観面が考慮されるのかどうか、また、考慮されるとしても、どの程度なされるかは、ここからは明らかにならない[16]。そ

[16] また、どのような自招行為がどのような侵害をもたらすか、というのは、単に類型化できるようなものではなく、個別具体的に判断されるべきであろう。同一の自招行為であっても、侵害者が素手であった場合と、凶器を所持してい

して、④侵害の軽微性を要件として入れたのは、おそらく、予期された侵害が生命侵害、あるいは身体の重大な傷害などであったような場合を考慮したためであると思われる。すなわち、自招行為が生命侵害を招致するようなものであり、実際に生命侵害行為が行われた場合にまで、自招行為者に防衛行為を許さないという趣旨ではない、ということであろう。

本件では、①～④に該当する場合には防衛行為性も否定されると述べられているが、すでに急迫性が否定される以上、防衛行為性に関する判示は不要だったように思われる。この点の福岡高裁の意図は明らかでないが[17]、侵害が急迫性を欠く以上、防衛行為が「やむを得ずにした」と言えないのは当然である、という趣旨を示したと考えることは可能であろう[18]。また、そこでは「積極的に」対抗行為をすることは許されないと判示されているが、「積極的に」というのは、積極的加害意思のことを指すのではなく、ドイツで言うところの「反撃防衛（Trutzwehr）」のような意味に理解すべきであろう。

⑫　東京地判昭和63年４月５日判タ668号223頁

【事実の概要】

新聞拡張員をしていた被告人は、雇い主であった被害者から借金の清算を迫られたが、被害者を脅迫して借金を棒引きさせようと思って被害者宅へ上がり込み、被害者を怒鳴りつけ、突き飛ばして転倒させたところ、被害者が傍らにあった置物の石塊大小２個を続けざまに投げつけてきて、これらが被告人の頭部に当たった。被告人はこれに激高して、被害者を殺害した。

た場合とでは、予想しうる侵害行為は異なると思われるからである。

[17]「先行する自己の侵害行為の不法性との均衡」を超えるような侵害が発生した場合は侵害の軽微性が失われることになり、急迫性が認められることになるが、自招行為との関係で過剰防衛の成立が認められやすくなるという趣旨と理解することも不可能ではない。しかし、福岡高裁は「このような場合」（①～④が満たされ、急迫性が否定される場合）には防衛行為性がないとするにとどめており、急迫性が認められる場合に防衛行為の範囲が制限を受けるかについては何も述べていない。

[18] 本件以降の事例でも、急迫性と「やむを得ずにした行為」の両方に言及する事例が少なくない。しかし、理論面での検討は深くなされていないことからすれば、本文で述べたような趣旨に理解するのが自然であろう。

【判旨】

「…しかしながら、被害者の被告人に対するこれらの侵害行為は、被害者に対し被告人が判示のとおりの脅迫や暴行を加えたことに対して、直接惹起された反撃行為であることは明らかである。被害者は、被告人に対しあらかじめ敵対心を抱いていたわけではなく、深夜一人でいるところで、何の落度もないのに思いもかけず､一方的に脅迫されたうえかなり強い暴行を受けたのであるから、被告人に対して反撃行為に出るのは無理もないところである。また、その態様や程度も、…被告人がそれまで加えていた暴行脅迫の程度と比較して過剰なものではなく、投石という手段によるかどうかはともかく、被告人の先行行為に対して通常予想される範囲内のものであるにとどまる。そうすると、被害者から受けた侵害は、被告人自らの故意による違法な行為から生じた相応の結果として自らが作り出した状況とみなければならず、被告人が防衛行為に出ることを正当化するほどの違法性をもたないというべきである。」「したがつて、被害者の侵害は、違法な先行行為をした被告人との関係においては、刑法三六条における『不正』の要件を欠き、これに対しては正当防衛はもとより過剰防衛も成立する余地はないと解するのが相当であ」る。

【検討】

本件の特徴は、正当防衛の成立を否定するに際して、侵害の不正性を欠くとした点である。自招防衛を検討する際の枠組みとしては、自招行為と侵害行為の均衡の観点のみが挙げられているが、時間的接着性が存在していたことについては自明であるし、侵害が重大なものでなかったため、前記⑪事件において設定されていた要件②と④については特に触れなかったものと思われ、判断構造としては⑪事件とほぼ同様であると言えよう。

本件において、東京地裁が侵害の急迫性ではなく不正性を否定した理由については、被告人には積極的加害意思が認められず、また、急迫性に関する判例との矛盾を避けるためであろうと分析されている[19]。しかし、被害者の行為が正当防衛に該当するのであれば格別、そうでないのに不正性の要件を否定するのは困難ではなかろうか。「不正」の侵害とは、単に、違法な侵害のことであ

[19] 大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法［総論］』（青林書院、2001年）120頁（的場＝川本執筆）。

ると解されており[20]、相対的に決せられるものではないと思われるからである（第１章第２節第２項参照）。また、確かにこの事件において積極的加害意思を認めることはできないという点は正しいが、本件で用いられている判断枠組みは、先の⑪事件のものと大差はないように思われる。従って、本件でも急迫性を否定することは十分可能であっただろう。

⑬　大阪高判平成７年３月31日判タ887号259頁

【事実の概要】

友人らと飲酒し、路上を歩いていた被告人は、行き会った被害者ら数名に対して罵声を浴びせたところ、つかみ合いの喧嘩に発展した。被害者らは、被告人の友人Ａに対して激しい暴行を加えたため、被告人は「すいません、止めてください」などと言って謝罪したが、逆に被告人が無抵抗のまま暴行を受けることとなった。その後被告人は一旦現場から退避し、周囲の人間に警察を呼ぶよう要請したが断られ、このままではＡが死んでしまうので、近くにあったビール瓶の底を割って凶器にし、Ａが暴行を受けている現場へと向かった。その途中で被害者と遭遇した被告人は、割れたビール瓶で被害者の首を刺し、失血死させた。第１審は、被告人につき傷害の故意を認めた上、正当防衛も過剰防衛も否定し、さらに期待可能性についてもないとはいえないとした。

【判旨】

「…本件の発端は、被告人が挑発的な罵声を発したことにあるが、その後の経緯、特に…相手方の暴行がＡや被告人らの予期、予測を遥かに超える激しいものであったことなどを考えると、Ａに対する急迫不正の侵害があったと認めることができる。」

【検討】

本件でも、自招行為と侵害行為の均衡が第一に考えられている。しかし本件では、「通常予期される」とか「通常予想される」という文言ではなく「被告人らの予期、予測」という文言が用いられているように、被告人自身がどのような侵害を予測していたかが問題とされている。「通常予期される」というような、一般人を基準として判断していると思われる前記⑪事件とは、微細ではあるが異なっていると言えよう。また、本件では最終的に相当性が否定され、過

[20] 大判昭和８年９月27日大審院刑事判例集12巻1654頁参照。

剰防衛の成立が肯定されているが、その判断に際しては、侵害を自招した点には触れられておらず、相当性判断に影響があったかは不明である。

しかし、――自招防衛が問題となるかどうかにかかわらず――そもそも「予期される侵害の程度」という量的な事情を、どのような人物を基準として判断すべきかという点は、必ずしも深く検討されてはこなかったと言えよう。

この点については、⑪、⑫事件のように通常人を基準として「通常予期される」かどうかを判断するものと、⑩、⑬事件のように挑発者自身を基準とするものに分かれているが、事例を一見すると、いずれの基準を用いても各裁判例の結論に達することが可能であるように思われる。すなわち、⑩～⑬事件では、挑発者自身と通常人の間には、質的な差は無いと考えられる。その限りでは、いずれを基準とすべきかについて検討する意義は乏しいと言えるかもしれない。しかし、（1）通常人であれば予期できるような侵害を挑発者自身が予期できなかった場合や、（2）通常人は予期できないが、挑発者自身は予期していたという場合はもちろん考えられる。

本稿は、自招防衛が問題となる際、侵害の予期という要素は、少なくとも急迫性要件との関連においては不要であると解している[21]が、仮に判例の枠組みに従うのであれば、いずれを基準とすべきかが問題となる。その際、侵害の予期を急迫性要件の下で考慮するという前提に立つのであれば、被侵害者（自招防衛の場合は挑発者）を基準とするのが自然な考え方であろう。すなわち、挑発者といえども、自身が予期していなかったというのであれば、侵害はまさに切迫していると言えるから急迫性は肯定されるが、通常人は予期できたとして急迫性を否定するのは不当である。自招防衛の事案と否とにかかわらず、侵害は通常人ではなく被侵害者そのものに及んでいるのであるから、――たとえ挑発者の軽率さが原因となって侵害を予期できなかったのだとしても――侵害の予期は挑発者自身を基準にして判断すべきである。また、（2）のように、挑発者自身が侵害を予期していたのであれば、急迫性を否定すべき事情として考

[21] 自招防衛論とは本来、侵害を予期できなかった（侵害の急迫性が肯定される）としても正当防衛の成立を制限ないし否定すべき場合を検討すべきものと理解すべきであろう。従って、自招防衛論において、侵害の予期と急迫性を結び付けるべきではない。ただし、本稿は、急迫性以外の要件の中で「通常人の予見可能性」を考慮するものである。本稿の見解については第4章で明らかにする。

慮しても差し支えないように思われる[22]。もっとも、先に述べたとおり、特別な事情のない限りは通常人と挑発者の「侵害の予期」に差異はない場合がほとんどであろう。⑭～⑱事件でも侵害の予期に関する言及がなされているが、「特別な事情」はないように思われる。

⑭　東京高判平成８年２月７日判時1568号145頁

【事実の概要】

被告人は、JR の駅構内を移動中、階段で衝突した被害者に謝罪を求めたが、被害者がこれに応じずに立ち去ろうとしたため、被害者を追って「ちょっと待て、謝れ」などと言って謝罪を求め、被害者の腕を強くつかみながら駅長室へ連行しようとした（第１暴行）。先を急いでいた被害者は「放せ、放せ」などと言いながら力を込めて右腕を前後に振り、被告人の手を振りほどこうとしたが、被告人は放そうとしなかった。被害者はそのため、平手で被告人の左右顔面を押すように数回叩き、被告人は全治５日間程度の傷害を負った。これに対して被告人は、被害者が着用していたポロシャツの右袖口付近をつかんで引っ張り転倒させ（第２暴行）、被告人は暴行罪に問われた。

【判旨】

東京高裁はまず、第１暴行について暴行罪が成立すると判示し、次いで、第２暴行における正当防衛の成否について、「被害者が…被告人の左右顔面を平手でたたいて反撃したのは、若干行過ぎであるが、これに対し、被告人が…ポロシャツをつかんで引っ張るなどした行為についても、暴行罪が成立するものといわざるを得ない。…被告人が被害者に対し違法な暴行を開始して継続中、これから逃れるため被害者が防衛の程度をわずかに超えて素手で反撃したが、被告人が違法な暴行を中止しさえすれば被害者による反撃が直ちに止むという関係のあったことが明らかである。このような場合には、更に反撃に出なくても被告人が暴行を中止しさえすれば被害者による反撃は直ちに止むのであるから、被告人が被害者に新たな暴行を加える行為は、防衛のためやむを得ずにした行為とは認められないばかりでなく、被害者による反撃は、自ら違法に招いたもので通常予想される範囲内にとどまるから、急迫性にも欠けると解するの

[22] ただし、侵害を予期していただけでは急迫性は否定されないことは、先に見たとおりである。

が相当である。したがって、〔被告人の第２暴行は〕正当防衛に当たらず、また過剰防衛にも当たらないというべきである。」と判示した。

なお、被害者には傷害罪により罰金10万円の、被告人には暴行罪により罰金８万円の刑がそれぞれ科せられている。

【検討】

本件では被告人よりも被害者の方が重く処罰されており、被害者からの侵害の程度が大きかったということが窺われる。東京高裁は、第１暴行に対する被害者の反撃が過剰防衛になることを示唆しつつも、被告人が第１暴行を継続していたことを考慮して正当防衛の成否を判断しているが、そこではやむを得ずにした行為と急迫性の双方が否定されている。⑪事件でも述べたが、刑法36条１項のいずれか１つの要件を欠けば正当防衛は成立しなくなるから、複数の要件を否定する必要は本来ないはずであり、東京高裁がいずれを重視して正当防衛の成立を否定したかは明らかでない。ただし、やむを得ずにした行為を否定する根拠は被告人が第１暴行を継続していたという点に、そして、急迫性を否定する根拠は通常予想される範囲内の侵害（反撃）を自招したという点に求められており、本件におけるどの事情がどの要件と結びつくのかは明らかになっている。しかし、東京高裁のように複数の要件を検討するのであれば、少なくとも⑪事件のように、正当防衛の成立要件の順に検討を行い、まずは急迫性の要件が否定されることを確認し、次に、仮に急迫性が肯定されてもやむを得ずにした行為とは言えないと判示するべきであっただろう。

本件で急迫性を否定する際も、東京高裁は⑪事件で示された要件のうち、②時間的接着性、④侵害の軽微性については触れておらず、要件①、③のみを理由としているが、⑫事件と同様、事案を見れば時間的接着性（要件②）があるのは明らかであり、要件④についても、被害者の反撃は過剰防衛であるものの、反撃は素手でなされているものであることから、特に言及する必要がなかったものと考えられる[23]。

⑮　大阪高判平成12年６月22日判タ1067号276頁

[23] もちろん⑪事件が他の事例に対して拘束力を有しているわけではないが、本件も含め多くの裁判例は⑪事件と類似の文言を用いて事案を処理しており、一定の説得力を有していることは否定できないように思われる。

【事実の概要】

被告人は、行きつけのパブで飲酒中、相客であった被害者（酩酊状態）の言動にいら立ち、「男だったら、はっきりせんかい」などと言って、傍らにあった椅子を被害者の方に向けて蹴りつけ、これにより椅子２脚が被害者の方に向けて将棋倒しになった。その直後、被告人は店主から促されて店を出ようとしたが、出入り口付近で背後から迫ってくる人の気配を感じて振り向くと、被害者が身体をやや前屈みにした体勢で左手拳を力なく突き出し、被告人に殴り掛かろうとしていた。そこで、被告人は、その手拳をかわしながら左掌を突き出し、被害者の顔面を一回突いたところ、被害者は尻餅を突きながら後方に転倒し、頭部を床面等で強打したことにより、死亡した。第１審の大阪地裁は、「被告人が被害者の攻撃を予測していたというには合理的な疑いが残る。」として、被害者の攻撃は急迫不正の侵害に該当すると認めた上、防衛の意思及び防衛行為としての相当性も肯定し、正当防衛の成立を認めて被告人を無罪とした。これに対して検察が控訴し、急迫性について「甲野は、被告人から椅子を蹴り付けられるという暴行を加えられ、そのような違法な先制攻撃を受けたことに誘発されて被告人に殴り掛かったものであり、しかも、甲野による暴行の態様及び程度は、椅子を蹴り付けるという暴行を加えられた者の反撃行為として通常予期し得る態様及び程度に止まるものであったから、これをもって被告人に対する急迫の侵害と認めることはできない」と主張した。

【判旨】

大阪高裁は、まず急迫性の認定について、「被告人が前記のように侮辱的な言辞とともに椅子を蹴り付けた行為が、通常、他人を立腹させるのに十分な行為であることに照らせば、被告人が、いくら甲野はその痩せた体つきや、大人しそうな人柄から、とても反撃してくるような人物には見えなかった旨供述しているとはいえ、甲野に向けて椅子を蹴り付けた時点においては、甲野が右行為に対し何らかの反撃をしてくるかも知れないと認識したとしても、何ら不自然ではなかったものと推認される。」としたが、被告人と被害者の間にはこれまでに遺恨や因縁はなかったこと、被告人の攻撃は椅子を蹴るという間接的なもので、一回限りのものであったこと、先行行為を行った際に被害者が何ら反撃、反論をしてこなかったことに加え、両者の間で一触即発の緊迫した状況には至らなかったことを考慮すると、「被告人が甲野に向けて椅子を蹴り付けた行為が、所論の主張するような積極的な挑発行為であり、これにより両名の間

に喧嘩闘争状態が出現したとまでは認められない。」と判示した上で、「被告人が退店を決意して出入口の方に歩いて行った時点以降については、甲野が反撃してくることは予期していなかった旨の被告人の弁解を無下に排斥することはできないというべきである。そして、この判断は、右のように被告人が退店しようとしていたことなどの事実関係に照らすと、被告人が椅子を蹴り付けてから甲野を突き倒すに至るまでの経過が…時間的、場所的に一連のものであったことによっても変わらないということができる。そうすると、右時点以降においては、被告人が甲野の反撃を予期していたとは認められず、かつ、その反撃を予期することが可能であったとも断定できない。」として、侵害の急迫性を肯定した。

次に相当性については、被告人の行為は危険性の高いものであったと指摘した上で、「しかも、被告人は、前記のとおり、甲野に比べ、体格及び攻撃防衛能力において格段に勝っていた上、被告人が甲野から受けた攻撃は弱いものであったから、これを容易に回避することができたのに、手加減を加えることもなく、同人をかなり強く突き倒したものであ」るから、相当性を欠くと判示した。さらに、本件においては「急迫性などの正当防衛状況がなかったとまでは断定できないとしても、被告人を殴打しようとした甲野の行為が、これより先に被告人が甲野に向けて椅子を蹴り付けた行為により誘発されたものであることは動かし難い事実であるから、被告人の反撃について、防衛行為としての相当性の有無を判断するに当たっては、本件事案を全体として見た上での保護法益の均衡という視点から、右のような誘発行為の存しない場合に比し、相当性が認められる範囲がより限定されるものと考えられるので、そのことをも勘案すると、右の結論は、より一層肯定されるというべきである。」と指摘して相当性を否定し、過剰防衛の成立を肯定した。

【検討】

本件は、自招防衛において相当性を制限することによって正当防衛の成立を否定した事案である。大阪高裁は、被告人の先行行為は通常他人を立腹させるのに十分な行為であると指摘し、先行行為の時点では、被告人は侵害を予期していた可能性があったとしている。従って、仮に被害者が先行行為の直後に侵害を加えていた場合には、急迫性が否定されていたものと考えられる。しかし、被告人が退店しようとした時点以降は、侵害の予期や、予期の可能性はなかったとされ、急迫性が肯定されているのである。判決によれば、先行行為と侵害

は時間的、場所的に一連のものであったとされており、この点はむしろ急迫性を否定する事情として考慮すべきようにも思われるが、先行行為の時点で一旦状況が収まったことを重視して、時間的に一連であったとしても、先行行為時と侵害時を区別して、異なる判断をしたのであろう[24]。

次に相当性の判断にあたっても自招防衛が問題とされているものの、被告人が侵害を自招したことを考慮すると過剰防衛の結論は「より一層肯定される」とされているように、大阪高裁は、自招防衛の点を中心的な根拠として、相当性の制限を導いているわけではないと言うべきであろう。甲野の侵害と被告人の防衛行為はそもそも均衡を欠いているため、侵害を自招した点を強調しなくても過剰防衛の結論を導くことは可能である。実際に大阪高裁も、主に被告人と被害者の体格差や、防衛行為の強度を考慮して相当性を否定しているのである。自招防衛の点は、本件では過剰防衛という結論を補強する意図で言及されていると言えよう。

⑯　大阪高判平成14年12月３日刑集59巻９号1467頁参照[25]

【事実の概要】

被告人と被害者は以前から反目し合っていたが、ある日被害者が駐車場で電話していたところ、被告人運転の自動車がいきなり突っ込んできた。被害者が身をかわすと、被告人は凶器を持って自動車を降りてきたため、被害者は身の危険を感じたが、被告人は自動車に戻り、数十メートル進んでから、被害者に「こっち来い」と言って手招きした。被害者は被告人に挑発されたと思い憤慨して、自動車で被告人車を追跡し、故意に数回追突させて、被告人車を横転させた。被告人は身の危険を感じ、ダッシュボードにあったナイフを取り出したが、駆けつけた警察官に発見され、銃刀法違反の容疑で現行犯逮捕された。

【判旨】

「〔侵害の背景は、〕もっぱら被告人の方から、私用電話中であった被害者に対

[24] 本件の匿名解説は、先行行為と侵害行為の時点が「ごくわずかな時間的間隔であることからすれば、事実認定上微妙な事案であったとの見方もできよう」と述べている。判タ1067号（2001年）277頁。

[25] 本件は上告審まで進んだ事案であるが、上告審では自招防衛の点については争われていない。

し、…激しく挑発する行動に出たことから、これに我慢し切れなくなった被害者が…一連の行動に出たものであり、被害者の被告人に対する攻撃は、被告人が自ら招いたもので、その予期するところであったというべきである。してみると、車を衝突させた被害者の前記攻撃は、被告人にとっては、正当防衛における急迫性の要件に欠けるものであり、被害者との喧嘩闘争に備えた被告人の本件刃物の持ち出し行為が、正当行為であるとも到底認められな」い。

【検討】

本件では、自動車で被害者に突進するという非常に違法性の高いと思われる先行行為が存在していた。その後被告人はさらに挑発的な言動をしており、――実際に防衛行為は行われていないが――意図的挑発に近い事例であると言えよう。大阪高裁は、侵害は「被告人が自ら招いたもので、その予期するところであった」としており、侵害の予期は挑発者自身を基準として判断されている。しかし、侵害行為においては、被告人車が横転させられており、本当にそこまでの予期が可能であったかについては、論者によって見解の分かれるところであろう。

⑰　仙台地判平成18年10月23日判タ1230号348頁

【事実の概要】

被告人は、以前から暴力癖のあった父親である被害者との金銭問題で、自宅内で口論となり、出刃包丁を被害者に向けたところ、被害者から「やる気か、この野郎」などと怒鳴られ、被告人は階段で下に降りようとした。被告人が階段を数段下りたとき、被害者が被告人の襟首を後ろから左手でつかんで押さえ込み、さらに右手を被告人の頸部を押さえつけたところ、被告人は、包丁を被害者に多数回突き刺して殺害した。

【判旨】

「被告人が、被害者に追いかけられている間に、洋出刃包丁を持ち出して被害者に示した行為は、上記被告人を捕まえようとした被害者の行為に比べて、明らかに質的に過剰な行為であり、被告人が被害者の暴力癖を熟知していたことを併せ考慮すると、被害者が２度目に被告人の頸部を押さえつけた行為は、被告人にとって十分に予測可能なもので、いわば自らの行為によって招いた結果であるから、被害者の行為は急迫性を欠き、これに対する被告人の行為は、防衛のためにやむを得ずにした行為とは認め難い。」

⑱　長崎地判平成19年11月20日判タ1276号341頁

【事実の概要】

被告人が被害者Ａの妻Ｅと次女Ｆに対してくすくす笑いをし、Ｅらが被告人に詰め寄ったところ、被告人はＥらにボイスレコーダーを突きつけたことで、被告人らは口論になった。Ａは長女Ｇに呼ばれて現場に駆け付けたが、その際被告人は、近隣住民のＨが運転する車にわざとぶつかり、「あっ当たった」と言ったのを目撃した。被告人が自分で勝手に車にぶつかったにもかかわらず、Ｅに押されて車に当たったかのように振る舞ったと考えたＡは激怒し、被告人の腕や胸ぐらをつかみ、顔面を殴打するなどの暴行を行い、さらに両肩をつかんで下に押し付け、被告人はしゃがむような体勢をとらされた。その際被告人は、Ａの力が抜けたすきに飛び上がり、Ａの胸の辺りに頭突きをして、打撲傷を負わせた。

なお、被告人は過去にＡと目が合った際、「おじさん、あんまり人を見るとストーカーになるよ」と言ったり、タクシー待ちをしていたＡに懐中電灯で顔を照らされたりしたことがあった。

【判旨】

長崎地裁はまず急迫性の存否について検討を加え、被告人につき積極的加害意思がなかったことを認めてこれを肯定し、その次に、自招防衛の点を検討している。

「Ａが被告人に暴行を加えるきっかけとなったのは、被告人がＨ車にぶつかった際に、『あっ当たった』とあたかも妻Ｅに押されて当たったかのような発言（以下『本件発言』という。）をしたことで、被告人に対する怒りを爆発させたからである。すると、Ａの被告人に対する暴行は、被告人の言動によって引き起こされたものであるから、なお『急迫不正の侵害』の要件を満たさないのではないか一応問題となり得る。」「しかしながら、被告人は、本件発言をする際、Ａが自宅から出てきていることに気が付いていなかったのであり、本件発言はＡに直接向けられたものではなかった。また、本件発言の内容が、被告人に対する侵害行為の惹起を意図したり、容認したりする内容とも認められない。さらに、被告人は平成18年１月ころ及び同年８月ころＡに対して同人の神経を逆なでする非礼な言動をとってはいるものの、その非礼な言動の時期・内容・程度からすれば、そのことを考慮しても、本件発言を聞いたＡにおいて被告人に暴行を加えることが、社会通念上、通常のこととして予想されるとま

で認めることはできない。」「なお、A 自身は目撃していないものの、被告人は、本件発言の前に、妻らの方に向かってクスクス笑ったり、本件ボイスレコーダーを突きつけたりしており、これらは他人の神経を逆なでする行為と評価できる。しかし、これらの行為を受けた相手方において被告人の身体への侵害行為に及ぶことが、社会通念上、通常のこととして予想できるとまではいえない。」「そうすると、A と被告人との間で、相互に身体の安全を侵害し合うという利益衝突状況を作出した第１次的責任は A にあると言わざるを得ないから、本件暴行について『急迫不正の侵害』の要件を満たさないということはいえない。」

その後、長崎地裁は相当性についても肯定し、正当防衛の成立を肯定した。

【検討】

本件では、急迫性の判断が２段階に分けられており、示唆的な裁判例である。長崎地裁は、まず積極的加害意思論に基づいた判断を行い、次に自招防衛によって急迫性が否定されないかを検証しているのである。この判示からは、長崎地裁は、積極的加害意思論と自招防衛論は別個の枠組みによって解決されるものと理解しているということが読み取れよう。また、侵害を招く契機となった被告人の行為は A の存在を認識せずに行われたものであり、被告人の主観面は過失的挑発に近いと言えよう。挑発的言動の内容が「被告人に対する侵害行為の惹起を意図したり、容認したりする内容とも認められない」という判示は、意図的挑発と故意的挑発を否定する趣旨と理解することが可能である。

自招防衛の判断基準については、ここでも⑪事件の要件③（自招行為と予期された侵害の均衡）が中心となっている。本件においては、自招行為は非礼な言動にとどまり、違法な行為ではない。これは、ドイツにおいては「社会倫理に違反する行為」と評価されるものと考えられる。ドイツの判例によれば、社会倫理違反行為であれば自招防衛として正当防衛権を制限する契機となり得るが（第３章参照）、本件行為は、制限の契機とはされなかった[26]。そして、挑発的言動に対する侵害行為は身体への侵害行為であり、そのような言動が身体への侵害をもたらすことは通常予期されないとして、長崎地裁は急迫性を肯定して正当防衛の成立を肯定しているが、「これらの行為を受けた相手方において

[26] ドイツの判例においても、社会倫理違反の程度は高度のものが求められており、ほとんど違法と言える程度でなければならないとされているから、本件の程度ではなお正当防衛権を制限するには十分でないと判断される余地もあろう。

被告人の身体への侵害行為に及ぶことが」社会通念上通常予想できるとは言えない旨判示しているように、これは事例判断である。挑発的言動から身体への暴行を招来することはままある事態であり、長崎地裁は一般論として非礼な言行から侵害を招いた場合はおよそ急迫性が肯定されるという規範を立てているわけではない。

第２項　⑩～⑱事件から読み解けること

以上の事例はすべて自招防衛が問題となった事案であるが、この中で積極的加害意思論を用いて解決したとみられるのは⑩事件のみである[27]。その他の事例では、特に急迫性を否定する場合には、挑発行為から発生した侵害が通常、あるいは挑発者において予期されるものかどうかが問われているが、そのような判断方法は昭和52年決定から導き出されたものではないと言わなければならない。なぜなら同決定は、被告人が挑発行為を行ったとは認定されていない事案であり、挑発行為と侵害の関係については何も述べていないからである。

もっとも、昭和52年決定の事例においても、例えば被告人が予期していたよりも重大な侵害が発生していたら、なお急迫性を肯定することもあり得たであろう。そのように解するなら、昭和52年決定における「予期」と、前項で検討した事例の「予期」の内容は大きく異なるわけではないことになる。昭和52年決定の事例において、被告人らはバリケードを構築するなどして侵害に備えているが、その際被告人らは、相手方がどのような侵害をしてくるかを当然予想した上で、それに対抗しうるような防衛手段を整えていたと考えるのが自然であろう。なので、相手方が、例えば戦車や装甲車などのような、被告人らの構築した防衛手段では到底防ぐことのできない手段で侵害をしてきたのであれば、積極的加害意思があっても、なお急迫性が肯定される余地は十分あったであろう。

しかし、前項で検討した事例は防衛の準備を整えていた事案ではなく、⑩事件以外は積極的加害意思を有していた事案でもない。そもそも、侵害の予期という要素は昭和52年決定に特有のものではないはずである。⑦事件から⑨事件

[27] ⑩事件では、被告人が被害者の胸ぐらを掴んだのは被害者に蹴られたからという喧嘩闘争の事案であるから、自招防衛の事案としてよいかについては見解の分かれるところであろう。

にかけての判例において、すでに侵害の予期への言及があるのであるから、昭和52年決定が自招防衛に対して特別の影響を与えていると言うことはできないのではないだろうか。さらに、⑪事件が挙げたような、挑発行為の違法性、挑発と侵害の間の時間的接着性や侵害の軽微性という基準は、昭和52年決定からは明らかに出てこない基準であろう。

⑪事件は、①挑発行為の違法性、②挑発と侵害の間の時間的接着性、③挑発と予期される侵害の均衡性、及び④侵害の軽微性という４つの要素を示して自招防衛の事案を処理したが、それ以降の裁判例は概ねこれに追従しているように思われ、特に挑発と侵害の均衡性については明文で言及されている。①については、自招行為の違法性を明言するものと、明言しないまま、先行行為が侵害を自招するものであることを指摘するものに分かれている。しかし、明言しない裁判例においても、少なくとも被害者の身体に対する有形力の行使が見られる。③と④は同様のことを述べているようにも思われるが、例えば、拳銃を所持している者を挑発したために拳銃による侵害を招いたというような場合には、③は満たされるが④が否定され、正当防衛権が認められるということも考えられよう。その際、①～④の関係、すなわちどの要素が最も重要なのかが問題となるが、⑪事件の判旨を読む限り、４つの要素をすべて満たしていなければ急迫性は否定されないと理解すべきであろう。

このような状況の中で平成20年決定が出され、自招防衛に関する議論はさらに活発化したのである。次節では、平成20年決定の詳細について分析・検討する。

第４節　最決平成20年５月20日刑集62巻６号1786頁[28]

[28] 本件の評釈等として、本田稔「判批」法学セミナー644号（2008年）135頁、赤松亨太「判批」研修723号（2008年）21頁、吉田宣之「判批」判時2025号（2009年）５頁、井上宜裕「判批」法教342号（判例セレクト2008）（2009年）28頁、「最高裁新判例紹介」法律時報81巻３号（2009年）129頁、橋爪隆「判批」ジュリスト臨時増刊1376号（平成20年度重要判例解説）（2009年）174頁、照沼亮介「判批」刑事法ジャーナル16号（2009年）13頁、林幹人「判批」刑事法ジャーナル19号（2009年）45頁、橋爪・前掲注（８）159頁、明沼博明「判批」判時2057号（2010年）197頁（判例評論611号27頁）、三原憲三＝大矢武史「判批」朝日法学論集39巻（2010年）229頁、川瀬雅彦「判批」慶應法学20巻（2011年）293頁、三浦透「判解」ジュリスト1436号（2012年）102頁、木崎峻輔「正当防衛状況という判断基準につ

第１項　事実の概要

最高裁が認定した詳細な事実関係は、概ね以下の通りである。

被害者（侵害者）であるＡ（当時51歳）は、本件当日午後７時30分ころ、自転車にまたがったまま歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人（当時41歳）がＡの姿を不審に感じて声を掛けるなどしたことから、両名は言い争いとなり、被告人はいきなりＡの左ほおを手けんで１回殴打し、直後に走って立ち去った（第１暴行）。Ａは、「待て」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、殴打現場から約26.5m先を左折して約60m進んだ歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した（第２暴行）。被告人はＡの攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、Ａに対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え（第３暴行）、よって、同人に加療約３週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

第２項　裁判の展開

（１）東京地八王子支判平成18年７月５日刑集62巻６号1794頁参照

第１審では、弁護人は、被告人が行ったとされる第１暴行の事実を否認したが、裁判所は、「Ａが先行する被告人を追いかけ、これほど強烈な暴行を加えるとは通常考えられない。本件集積所と本件犯行現場は、90メートル近く離れており、Ａが自転車で追いかけたことも併せ考えると、被告人は相当のスピードで逃げ出したことを窺わせる。被告人自身、全速力ではないが小走りより速い速度で走り始めたと自認している。このことは、Ａが追いかけてくることを予期していたものと推認するのが相当である。すなわち、被告人はＡとの口論で立腹し、Ａに対し、暴行を加えたため、Ａが反撃するかも知れないと

いて（１）（２・完）―最高裁平成20年５月20日決定を契機として―」早稲田大学大学院法研論集140号（2011年）53頁、141号（2012年）53頁、橋田久「判批」名古屋大学法政論集244号（2012年）131頁、三浦透「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（平成20年度）404頁、髙山佳奈子「判批」別冊ジュリスト220号（刑法判例百選Ⅰ［第７版］）（2014年）54頁、岸洋介「正当防衛に関する近時の判例の動向及び捜査実務上の留意点（第１回）」捜査研究771号（2015年）２頁がある。

考えていたと認定して誤りないというべきである。」として第１暴行の事実を認定した。また、弁護人は正当防衛を主張したが、裁判所は「被告人は、自分が先に手を出して逃走中に殴打されたものであり、被告人自身もＡが追いかけてくる可能性を認識していたものと推認されるから、たとえ、本件集積所と本件犯行現場が約90メートル離れていたとしても、全体的にみると、本件は一連の喧嘩闘争というべきである。したがって、原則的に正当防衛の観念を入れる余地はない。そして、Ａの攻撃が強烈なものであったとしても、素手での攻撃に過ぎず、これに対し、被告人は、いわゆる武器である特殊警棒を用いているのであるから、この点からも正当防衛を論ずることはできない。」として、正当防衛の成立を否定した。

（２）東京高判平成18年11月29日刑集62巻６号1802頁参照

原審の東京高裁は、弁護人が提起した事実誤認の主張をすべて退けた。また、正当防衛の主張については、「被告人は、本件集積所でＡとの間で言い争いを起こす中で、Ａに対して第１暴行を加え、その直後、走って立ち去ったのであって、被告人からＡに対して挑発的な有形力を行使したと認められる。また、Ａに暴行を加えた際にはもちろん、走り去る途中でも、Ａが被告人の挑発を受けて報復攻撃に出ることを十分予期していたものと推認できる。実際、Ａは、被告人から暴行を加えられたため、やられたらやり返すとの思いから、被告人を直ぐさま自転車で追い掛けて行き、約90メートル先で追い付いて、第２暴行を加えており、Ａの被告人に対する第２暴行は、被告人がＡに対して第１暴行を加えたことによって招いたものといわざるを得ない。加えて、第２暴行は、第１暴行と時間的にも場所的にも接着しており、事態にも継続性があり、第２暴行の内容も、相当強烈であったものの、素手による１回限りの殴打に過ぎず、第１暴行との関係で通常予想される範囲を超えるとまでは言い難いものである。結局、Ａによる第２暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない。したがって、これに対応した被告人の本件特殊警棒による殴打行為について正当防衛は成立しないといわなければならない。」と判示し、第１審の判断を維持し、控訴を棄却した。

（３）最決平成20年５月20日刑集62巻６号1786頁

最高裁は先の事実関係を認定した上で、「被告人は、Ａから攻撃されるに先

立ち、Ａに対して暴行を加えているのであって、Ａの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Ａの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」と判示し、上告を棄却した。

第３項　学説による分析・検討

本決定の問題点は、最高裁がこの事案で正当防衛の成立を否定するにあたり、いかなる判断枠組みを用いたのかが不明確であるという点である。学説は、従来の判例の判断枠組みと本決定をどのように整合させるかという視点から、様々な見解を主張している。それらを大別すると、平成20年決定は、（１）昭和52年決定や従来の判例理論の延長線上にあるとする見解と、（２）従来の判例理論とは異なり、自招防衛の解決につき新たな基準を示したとする見解というように、２つの方向に分けることができる。以下、これらの見解を順に検討していく。

（１）従来の判例理論の延長線上に位置づける見解

平成20年決定は従来の判断枠組みの延長線上にあるとする見解は、その中でもさらに２つの見解に分かれている。それぞれ具体的内容も異なるので、個別に検討を加えることとする。

①　客観的違法性が主観面の認定を「免除」すると考える見解

一つ目の見解は、客観的違法性が主観面の認定を「免除」すると考えるものである[29]。この見解は、昭和52年決定の事案は、被告人らによる自招行為があったとも評価し得るという理解に立ち、平成20年決定の事案も、基本的には昭和52年決定の枠組みを適用することが可能だったという前提の下で構成されている。すなわち、この見解を唱える論者は、平成20年決定は積極的加害意思を認

[29] 橋爪・前掲注（８）160頁。

定していないが、過去の下級審裁判例の中には、積極的加害意思が認定されずとも、予期された侵害を回避すべき状況にもかかわらず、あえてこれを受け入れて対抗行為に及んだという事実関係に着目して侵害の急迫性を否定した事例があるとする[30]。その上で論者は、積極的加害意思の存否も客観的事情から判断されるものであり、結局、侵害に敢えて立ち向かったという客観的状況が急迫性を否定するための要素で、積極的加害意思というものは、あえて侵害に対峙するときに事実上認められる意思に過ぎないと指摘する。そのような事情を踏まえ、論者は、昭和52年決定は主観面を重視したものではあるが、下級審裁判例の傾向に鑑みれば、昭和52年決定と平成20年決定の距離はそれほど遠いものではなく、平成20年決定は「違法な暴行行為によって直接的に相手の侵害を招致したという密接な関連性にかんがみ、被告人の主観面の認定をいわば『免除』したものとして、昭和52年決定の適用に関する特別ルールの１つ」と理解できるとした上で、２つの判例の異同について、「ともに、私人による実力行使を正当化するような緊急状況性を否定したものとして、同一の要件論、すなわち急迫性の問題に位置づけることも十分に可能であり、むしろ、それが好ましかったようにも思われる」として、本決定を急迫性要件と結びつけて分析すべきことを主張している。

もっとも、この見解の論者は、平成20年決定は「昭和52年決定の具体化ではなく、それとは別の論理によって、正当防衛の成立を否定しようとしたことは明らかである」と分析しており、以上の見解は平成20年決定の批判的検討という観点の下で展開されているものであることには留意しておかねばならないだろう。つまり、論者自身は昭和52年決定と平成20年決定は異なる判断枠組みを用いていると分析した上で、それを批判し、後者を前者の延長線上に位置づけるべきであると主張しているのである。

しかし、昭和52年決定を自招防衛の事案と解することには慎重にならなければならない。昭和52年決定では、被告人らが侵害を自招したという点は一切認定されておらず、この見解の前提に賛同することには困難があるように思われる。平成20年決定と昭和52年決定はそもそも異なる論点を問題とするものであ

[30] そのような例として、大阪高判昭和56年１月20日判タ441号152頁、大阪高判昭和62年４月15日判時1254号140頁、大阪高判平成13年１月30日判時1745号150頁等が挙げられている。

り、前者を後者に対する特例と解することはできないのではないだろうか。

また、侵害に敢えて立ち向かったという客観的状況が急迫性を否定するための要素であるとの主張には説得力があるように思われるが、⑧事件のような、侵害の予期を超えた積極的加害意思が認定されずとも、客観的な迎撃準備状況から急迫性が否定されている事例に鑑みれば、このことは、言わば当然のことであるとも言えよう。すなわち、①積極的加害意思の存在が認められる事例というのは、あくまで急迫性が否定される場面類型の一つに過ぎず、②積極的加害意思の存在が認められなくとも、迎撃準備状況の存在が客観的に認められる場合には、積極的加害意思論を経由することなく急迫性が否定されると理解することは十分可能であるし、実際にもそう解すべきではないだろうか[31]。

確かに、昭和52年決定以降は客観的な迎撃態勢が積極的加害意思を認定する手がかりとされる傾向が強いという指摘は、実情を精確に指摘するものであると本稿は考えるが[32]、これまでの学説（や判例）は、昭和52年決定を必要以上に意識したあまり、規範的観点から急迫性を否定しようとするときは必ず積極的加害意思論を経由しなければならないと考え、その結果として、積極的加害意思は主に客観的状況を手がかりとして判断されるようになったのではないだろうか。しかし、そこへと至る道筋が妥当であると、果たして言うことができるであろうか。

上記のような「結果」自体に誤りはない。なぜなら、本稿の見解を前提としても、積極的加害意思の存在を肯定するためには、被告人の供述等が得られなければ、客観的な状況を手がかりとしなければならないことは当然であるからである。しかしながら、そこでいう客観的状況とは、必ずしも「迎撃態勢」を一義的に意味するものではない。迎撃態勢が客観的に認められなくとも、防衛行為へと至る契機や被告人の言動等から積極的加害意思が肯定されることは考えられよう。他方で、被告人が積極的加害意思を有していたとまでは認定でき

[31] 山口厚「正当防衛論の新展開」曹時61巻２号（2009年）312頁も、「もちろん、侵害の急迫性は、侵害の予期に加えて積極的加害意思がある場合にだけ否定されるというのは、その必然的な解釈だというわけではなく、他に侵害の急迫性が否定される場合を認めることが全く不可能というわけではない」と指摘している。

[32] 栃木力「正当防衛における急迫性」小林＝植村編『刑事事実認定重要判決50選（上）（第２版）』（立花書房、2013年）79頁以下。

なかったとしても、⑧事件に鑑み、侵害の予期に加えて客観的な迎撃態勢が認められるのであれば、敢えてこれを「積極的加害意思」と呼ばずとも、具体的事情を勘案しつつ急迫性を否定することは可能であるように思われる。

侵害の確実な予期を前提としても、客観的な迎撃準備状況が存在していることと、積極的加害意思が存在していることは、イコールではない。例えば、――退避義務に関しては措き――自宅宛てに襲撃の予告があり迎撃準備を整えたところ、実際に襲撃があったような場合に、迎撃準備状況の存在のみから積極的加害意思を肯定することは不可能である。これを肯定するためには、――まさに結果無価値論の立場から批判されている点であるが――防衛行為者の主観面（心情）を立証するのに十分な、迎撃準備状況とは別の客観的証拠が求められよう。本稿ではこれ以上立ち入らないが、迎撃準備状況の存在を基に積極的加害意思を認定するという手法が妥当であるかについては、議論の余地があるように思われる。本稿は積極的加害意思論を承認することを前提として、上記の①と②は場合分けして検討すべきものと理解しているが、積極的加害意思は一定の客観的状況が存する場合に「事実上」認められるものに過ぎないという論者の見解を前提としたときは、急迫性の存否を判断する際は、もっぱら②の判断手法を採るべきこととなろう。

② 侵害の予期の可能性を要求する見解

二つ目の見解は、挑発行為時に侵害の予期の可能性があることを要求するものである。このような見解を主張する論者は、平成20年決定と昭和52年決定の棲み分けを考えるに当たり、積極的加害意思論との均衡を主張している。すなわち論者は、行為者が積極的加害意思を有している場合は、行為者と被害者の事前の事情を前提として、被害者による不正な侵害の予期が存在しているが、自招防衛の場合は、「積極的加害意思まで認められないとしても、相手の侵害を不正に自招したという、同じく事前の事情を理由として正当防衛を否定すべきものであるからには、この２つの場合は、整合性を有するものであるべき」と言うのである。そして、そのための条件として、自招防衛の場合には、自招行為時において「少なくとも被害者の不正侵害について、予期の可能性を要件とするべきものと思われる」と主張する[33]。その理由としては、積極的加害意思

[33] 林・前掲注（28）49頁。

があるときは、被告人には「高度の主観的違法性」が認められるため、客観的違法性（自招行為）がない場合でも急迫性が否定されるが、自招防衛の場合には「高度の客観的違法性」が認められることから、「主観的には予期の可能性で足りるということになる」と説明されている[34]。

平成20年決定について見ると、論者は、同決定が認定した「A の暴行の程度が、被告人の暴行の程度を大きく超えるものでないという事情」は、言い換えれば「相手から同じ程度の暴行が返ってくるということが予測できるということ」であると理解している。そして論者は、被告人には自招行為という客観的違法性と侵害の予期の可能性という主観的違法性が存在しているため、昭和52年決定との整合的理解という視点に立てば、本決定においても急迫性が否定されていると分析している。

この見解に対しては、まず、客観的違法性が高いと主観的違法性の要求されるレベルが低くてもよいという点につき、より詳細な説明が要求されることになろう。また、論者としても、あらゆる挑発行為に高度の客観的違法性を肯定するという趣旨でこの見解を主張しているわけではないであろう。そうであれば、どの程度の挑発があれば高度の客観的違法性が肯定されるのかという点と、客観的違法性の程度と主観的違法性の相関関係、すなわち、挑発の程度が弱ければ、それだけ高度の主観的違法性が要求されることになるのか、さらに、客観的違法性や主観的違法性を定量的に観念することが可能なのか、という点についても明らかにする必要があろう。

また、論者は最高裁の認定した先行行為と侵害の程度の釣り合いを、被告人自身が侵害を予期していたというような言い換えをしているが、そうであれば最高裁は、これまでの下級審裁判例で判示してきたように「予期」という文言をどこかで用いていたであろう。しかし、そのような文言を用いなかった以上、最高裁は自招防衛の判断枠組みから主観的な要素を排したと考えなければならないように思われる。侵害の予期の「可能性」という概念はそのような点を考慮したことから出てきたと評価することも可能であるが、最高裁は予期すらも問題としていないと考えるべきではないだろうか。

（２）従来の判断枠組みとは異なる基準を示したとする見解

[34] 林・前掲注（28）52頁。

次に検討するのは、平成20年決定はこれまでの自招防衛に関する判断枠組みとは異なる、新たな基準を提示したと考える見解である。平成20年決定に関する論考を見る限りでは、このような見解が多数であると思われる。

多くの学説がこのように考える根拠としては、原判決との関係における、決定要旨の文言を理由とするものが多い。というのは、原判決は「A による第２暴行は不正な侵害であるにしても、これが被告人にとって急迫性のある侵害とは認めることはできない。」と判示し、被害者による侵害行為は急迫性を欠くということを明示しているが、それに対して平成20年決定は「正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」と判示し、急迫性については何ら言及していないことから、最高裁は原判決の判断枠組みを是認していないと理解することが可能であるからである。

それでは、具体的にはどのような見解が主張されているのであろうか。

① 裁判員裁判との関連性を指摘する見解

まず、同決定が出された翌年から始まった、いわゆる「裁判員裁判制度」との関連性を指摘する見解が、複数の論者から主張されている。

例えば本決定の調査官解説は、本決定を急迫性の問題に位置づけようとする見解に触れつつ、「ただ、本決定が、原判決の認定と対照的に、客観的事実を挙げるにとどめ、侵害の予期やその可能性について全く触れていないことは、やはり押さえておかなければならない」と述べており、さらに、「急迫性の問題とすることに分かりやすさ等の点において難点があ」り、「客観的な間接事実によって主観的要件を推認するという方法は、裁判員裁判においては出来るだけ避けるべきであるとの指摘があ」ることについても言及している[35]。このように、裁判員裁判との関連において本決定を理解しようとする見解は、従来見られなかった、新しいものであると思われる。

また、ある論者は、平成20年決定が昭和52年決定の趣旨を顕在化させたものであるとしつつ、本決定が従来の判例と異なる論理によって正当防衛を否定した理由につき、「積極的加害意思論の難解さを克服する」という意図があると指摘する。すなわち、この論者も、平成20年決定は裁判員裁判を踏まえ、「従来の判例理論によれば急迫性が否定される状況について、『積極的加害意思』

[35] 三浦・前掲注（28）最高裁判所判例解説433頁。

という、その具体的な内容も、どのように作用して急迫性を失わせるのかも不明確な文言を用いずに、端的に『反撃行為に出ることが正当とされる状況』が失われると判示することで、積極的加害意思論の難解さという問題を克服したもの」であるとしているのである[36]。

さらに別の論者は、本件では被告人について侵害の予見可能性は肯定し得るとしても、侵害を確実に予期していたとか、積極的加害意思まで有していたとは言えないため、「本決定が侵害の予期について言及せず、侵害の急迫性を否定するという論法を用いなかったことは理解でき」るとした上で、「自招侵害の問題の本質は、侵害を予期していたかどうかではなく、自ら招致した侵害に対して正当防衛をもって対抗することが不当だと評価されることにある」という理由で、最高裁が侵害の予期について言及せずに正当防衛の成立を否定した点については好意的に受け止めている。そして、平成20年決定の採用した論理については、同決定が「正当防衛の要件論に立ち入ることなく正当防衛の成立を否定している」とし、「その論理は、結局、正当防衛状況の不存在ないし緊急行為性の不存在、つまりは、そもそも正当防衛の規定の適用が問題となるような前提状況を欠くということに帰する」と指摘している。ここで、「正当防衛の要件論に立ち入ることなく」というのは、「正当防衛の入口論」で処理したということであり、論者は「裁判員裁判を前提とした場合に裁判員にも理解しやすい思考方法であって、今後裁判員裁判における正当防衛の成否の判断手法につき一定の方向性を示している」と評価している[37]。この見解の背景にも、積極的加害意思という概念が裁判員にとって理解しがたいものであるという懸念があり、裁判員裁判という裁判形態が、最高裁の法解釈に一定の影響を与えて

[36] 木崎･前掲注（28）（２･完）69頁以下。また、裁判員裁判の開始を前にして、「積極的加害意思や防衛の意思といった主観的要件によって正当防衛の限界を画する従来の解釈から最高裁が距離を置こうとしている可能性もあるように思われる。…故意のように主観的要件であることが不可欠なものであればともかく、そうでないのであれば、解釈でわざわざ認定の困難な主観的要件を設ける必要はない」と述べ、平成20年決定がそのような方向性を示しているのであれば積極的に評価すべきとする見解として、佐伯仁志『刑法総論の考え方･楽しみ方』（有斐閣、2013年）157頁以下。

[37] 川瀬・前掲注（28）304頁以下。

いる、という分析がなされているのである[38]。

もっとも、「裁判員裁判」という説明は、本決定を分析するに際して必須のものというわけではない。この点を指摘せずとも、昭和52年決定とは異なる基準を立てたとする帰結を導き出すことは十分可能である。また、裁判員裁判制度が判決の文言にある程度影響を与えるのはやむを得ないとしても、法解釈とは本来関係のない裁判制度が法解釈を変更させ得るかについては議論があろう。

② 上記以外の見解

もちろん、裁判員裁判制度に特に言及することなく、決定要旨の文言等から昭和52年決定との異同を検討する見解も提唱されている。

ある論者は、本決定が侵害の急迫性を否定する趣旨かは不明であるとしつつも、「侵害の予期が認められなくとも正当防衛の成立が否定されることを明示したものとして理解することができる」と指摘する。論者は次に、本決定は正当防衛を否定する基準として「不正な自招行為」という基準を新たに用いたが、これは「刑法36条１項の規定する要件の範囲を超え、正当防衛の要件論の次元を超えた領域において解決を図ろうとするものである」と言うのである[39]。その適否についての具体的な記述はなされていないが、本決定については、「少なくとも過剰防衛…の成立を検討する余地は十分にあったといえる」という疑問を呈しており、その論理は刑法36条１項の急迫性要件に類似したものとなっている。すなわち論者は、「挑発者による行為が終了している場合、被挑発者の攻撃がそれに触発され、時間的・場所的に見て一連の事態をなしていようとも、被挑発者は過去の挑発に対して正当防衛をすることは許され」ず、「挑発行為が終了した後の被挑発者の攻撃は、それが自救行為や現行犯逮捕などによって正当化される場合を除いて違法であ」るとし、そのような場合には、「挑発者は防衛のための行為に出ることが正当とされる状況にあるといえる」と主張す

[38] ただし、井上宜裕「正当防衛論」法教418号（2015年）８頁は、そもそも正当防衛が「難解な法律概念」かどうかは定かではなく、「急迫不正の侵害に対する反撃という事象は単純かつ明瞭で、容易に理解されうるものである。いうなれば、難解なのは正当防衛概念それ自体ではなく、正当防衛をめぐる裁判実務ではなかろうか」と指摘している。

[39] 三原＝大矢・前掲注（28）242頁以下。

るのである[40]。これは、本件における被告人はＡに暴行を加えた後に逃走していることから、Ａが侵害を加える時点では、被告人の不正な挑発行為はすでに終了していたという点を捉えて主張されているものと思われる。

実務家の見解も、本決定と昭和52年決定とは異なるものであるという理解を示している。すなわち、検察官の立場からは、積極的加害意思論とは「被侵害者が防衛行為をなす時点におけるその者の主観的意思等を問題とするものであ」り、これに対して自招防衛とは、「防衛行為がなされる以前の時間的段階でなされた挑発行為者による行為を理由として正当防衛の成立を否定することができるかの問題であ」るから、両者は別の問題であるとする。その上で、本決定の事実関係を分析するにあたっては、Ａによる侵害をみると、急迫性に欠けるとすることはできないと指摘し、これはこれまでの判例の考え方からすれば整合的であるとしている。そして、本決定は、自招防衛の解決につき、「けんか闘争に関する従前の判例・裁判例の中で採られていたものに近い考え方によったものであるように思われる」と考察している[41]。

昭和52年決定との関係について学説上見解が分かれているのは、本決定の「読み方」の相違に原因があると言えよう。すなわち、平成20年決定を昭和52年決定の延長線上に位置づける見解は、これまでの裁判実務で問題とされてきた「侵害の予期（の可能性）」について本決定が触れていないのは、事実関係を分析すれば、侵害の予期（の可能性）が被告人に存在したのは、いわば「自明」であると評価しているのに対して、平成20年決定に新たな意義を見出そうとする見解は、最高裁が侵害の予期（の可能性）に一切言及しなかったという点を強調して、「侵害の予期（の可能性）がなくとも正当防衛を否定したということは、それまでの判例理論とは異なる判断を示したということである」と理解しているのである。

第４項　本稿の見解

（１）昭和52年決定との関係性――延長線上か、別物か？――

平成20年決定を考えるにあたってまず問題となるのは昭和52年決定との関係

[40] 同旨の見解として、井上・前掲注（28）28頁、本田・前掲注（28）135頁。
[41] 赤松・前掲注（28）25頁以下。

であるが、本稿は、平成20年決定を昭和52年決定の延長線上のものと位置づけるのは困難であり、平成20年決定は昭和52年決定の枠組みとは異なる論理構成で本件の事案を解決しているものと考える。延長線上に位置づける見解は、「事前の事情」の類似性という観点から、積極的加害意思が問題となる事案と整合的な解決をすべきであると主張しており、確かにこの主張は軽々に否定できないであろう。侵害の発生がほぼ確実であり、かつ積極的加害意思を有していた場合には高度の違法性があると言え、急迫性が否定されるという点に異論はない。しかし、先に述べたように、自招行為には様々な行為態様が考えられるところであり、侵害を自招したからと言って、ただちに高度の違法性が認められるわけではないように思われる。また、積極的加害意思と整合させるための要素として「侵害の予期の可能性」という概念を設定することについても、その概念の不明確さを指摘し、批判することが可能であろう。

さらに、事前の事情に着目しているという点のみを強調して、積極的加害意思の事案と自招防衛の事案をパラレルに考えるという必然性も乏しいように思われる。積極的加害意思の事案では、事前の事情というものが、必ずしもいわゆる「相互闘争状況」にあるわけではない。予期された侵害の機会を利用して、積極的に相手方に対して加害行為をする意思が被侵害者に備わっていれば、事前の事情がどのようなものであれ、積極的加害意思は少なくとも理論上は認められるのであるから、（自招行為という）事前の事情が必ず存在している自招防衛の事案とは、性質を異にすると言うことも可能である。また、客観的違法性が備わっていれば主観的違法性の立証が免除されるという点についても、その具体的な根拠については、より詳細な説明が必要であろう。主観面の認定をせずに正当防衛を否定するという構造は、すでに積極的加害意思論の理論構造からは相当遠ざかっており、仮に本決定が急迫性を欠くことを理由として正当防衛の成立を否定したのだとしても、本決定が昭和52年決定の「延長線上」に位置していると解する必然性は無いであろう。

以上の理由から、平成20年決定が昭和52年決定の延長線上にあるという見解を採ることは難しいように思われる。

しかしながら、平成20年決定に新たな意義を見出そうとする見解のうち、裁判員裁判という裁判形態に言及して、同決定における最高裁の判断を肯定的に捉える見解については疑問が残る。確かに、法律に馴染みの薄い裁判員にとって「急迫性」や「積極的加害意思」といった概念は容易に理解しがたく、裁判員

にわかりやすい説明の仕方が求められているという事情は十分に理解し得るところである。しかし、だからと言って、そのために最高裁がわざわざこのような表現を用いることで、裁判員裁判に配慮したのだとしても、さらに進んで法解釈を変更したとまで考えるべきではないであろう。先に述べたように、刑事裁判のあり方と法解釈は本来異なる次元で議論されなければならないものであるから、裁判員裁判という裁判形態が法解釈の議論に影響を及ぼしたと考えることは妥当ではない。

この点につき、学説・実務においては早くから、裁判員裁判の実施に際し、裁判員にとって難解な法律概念をどのように説明を行っていくべきかについて入念な検討が繰り返されてきたのは周知の通りである。これにつき最も重要な資料として参照されているのが、2009年に公刊された司法研究報告書「難解な法律概念と裁判員裁判」である[42]。そこでは、裁判員に分かりやすい審理とは「単に専門用語を分かりやすい言葉に置き換えた審理をすることを意味しない」とされ、「本研究は、裁判員に分かりやすい審理の実現のために、専門用語の平易化という道を選ぶのではなく、各用語・法律概念の本当に意味するところを、刑事法に関するこれまでの研究成果と裁判例を分析することによって検討するものであ」り、「…これまで実務で蓄積された判断の内容や手法について、なぜそのように判断してきたのかという実質的なところを説明することによって、実務において用いられてきた物差しを示した上、…場合によってはその物差しの当否をも検討する」ことで、充実した審理・評議を目指すと述べられているのである[43]。

その上で、正当防衛に関しては、特に侵害の予期や積極的加害意思といった概念が問題とされ、裁判員に説明する際は、「急迫性の要件を段階的思考に沿って検討したり、積極的加害意思と専ら攻撃の意思を殊更に区別して検討することを求めるのではなく、…『正当防衛が認められるような状況にあったか否か』（正当防衛状況性）という大きな判断対象を提示し、これを念頭に置いて検討を求めることが適当」であると述べられている[44]。また、喧嘩闘争や自招防衛の場合においても、正当防衛状況性という判断対象を示すことが適当であるとさ

[42] 司法研修所「難解な法律概念と裁判員裁判」司法研究報告書61輯１号（2009年）。
[43] 前掲注（42）「はじめに～研究の目的と趣旨」参照。
[44] 前掲注（42）26頁。

れている[45]。

上記司法研究は、専門用語を平易化させることは目的ではないとし、法律概念の真の意味を明らかにしようとするものであるが、これがこれまでの法解釈に変更を迫るものであるかは、なお明らかではない。というのは、「真の意味」を明らかにするというのであれば、それは解釈を変更したことにはならないと言えるが、他方で、実際に判決書等で用いられる表現が従来と異なっていることからすれば、事実上解釈が変わっているものと考えることも可能であるからである。いずれの考え方を採るかは論者によって異なるであろうが、本稿は、先に述べたような理由から、裁判員裁判によってもなお法解釈に変更はなされていないと考えている。

また、そもそも、平成20年決定を検討する際に、積極的加害意思論を参照することに意味があるのだろうか。平成20年決定は積極的加害意思が問題となった事案ではないのであるから、同決定に「積極的加害意思論の難解さを克服する」意図があるとは到底思われない。そのような意図は、積極的加害意思が問題となった事案において、平成20年決定のような文言が採用されて初めて看取できるものであろう。例えば⑪事件などで見てきたように、平成20年決定類似の枠組みはこれまでの裁判例においても示されてきたのであるから、最高裁がそのような裁判例の状況を踏まえて判断したと考えることも十分可能であろうし、本稿もそのように考えている。裁判員裁判を見据えた決定であることは否定できないとしても、必ずしもそれのみが理由であるわけではないように思われる。

本件においては自招行為が、急迫性との関係では既に終了しているという理由で過剰防衛を検討する余地があったと主張する見解については、確かにそのように考えることは可能である。しかし、自招行為が常に違法な行為であるべきかという点については、必ずしも見解が一致しているわけではない。また、自招防衛においては、侵害者の行為が違法であったとしても、それに対する防衛行為を許さないということがあり得るかどうかがまさに問題となっているのであるから、自招行為それ自体の急迫性が終了したかどうかという点は、自招

[45] 前掲注（42）30頁。和田＝野口＝増尾「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題⑪　大阪刑事実務研究会　正当防衛について（上）」判タ1365号（2012年）59頁も、司法研究の立場を支持している。

防衛を考えるにあたっては問題とならないことは、先に述べたとおりである。

（２）平成20年決定と刑法36条１項

しかしながら、平成20年決定が昭和52年決定とは別物であると述べただけでは、平成20年決定が刑法36条１項所定の要件とどのような関係にあるかを検討したことにはならない。本稿の見解によれば、２つの「決定」はそもそも事案を異にする以上、平成20年決定が昭和52年決定とは異なる枠組みで急迫性を否定したと考えることは可能だからである。

最高裁は「被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と判示し、正当防衛状況性を否定することで正当防衛の成立を否定している。これまでの判断枠組みが主に急迫性を否定してきたことや、最高裁が原審の判断を「結論において相当」としていることからすれば、平成20年決定が急迫性とは異なる要件を否定したということは明らかであろう。平成20年決定の読み方としては、前項（２）で見たような見解が妥当であると思われる。しかし、最高裁が示した枠組みのいずれかを欠き、正当防衛状況が認められる場合にはどのように判断されるのだろうか。この点については学説においても詳細に検討されていないが、もし急迫性が肯定されるというのであれば、最高裁が否定した正当防衛状況とは急迫性を言い換えたものということになり、入口論で正当防衛を否定したという見解は否定されるべきこととなろう[46]。刑法36条１項が正当防衛成立の要件を明文で定めている以上、正当防衛を成立させようとするのであれば当然すべての要件が満たされることを明らかにしなければならない。従って、自招防衛の場合において、例えば挑発をはるかに上回る侵害が生じた場合には、仮に裁判所が「正当防衛状況が存在する」と判示したとしても、そこには当然「急迫性」

[46] これに対しては、「入口」論と急迫性を別物として考え、「入口」が開いた場合には急迫性の有無が検討される、という反論もあるかもしれないが、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」があるにもかかわらず急迫性が否定されるという場合はあり得ないであろう。ただし、最高裁の思考方法からいったん離れ、急迫性要件から規範的要素を除外し、客観的に急迫性の有無を判断することを前提とすれば、「急迫性は肯定されるが正当防衛状況性は否定される」という場合は考えられよう。この点については、次節第１項の⑳事件及び㉒事件において検討する。

の要素が含まれていると理解しなければならないであろう。

正当防衛の成立を否定する際は、論理構造さえ明確になっていれば、要件論に立ち入らずに「正当防衛状況」がないとして処理することも、あるいは不可能ではないのかもしれない。しかし、正当防衛の成立を肯定するときには急迫性要件が要求されていることに鑑みるならば、成立を否定する際も急迫性要件が考慮されていると考えなければ一貫しないのではないだろうか。従って本稿は、平成20年決定の読み方としては入口論で正当防衛を否定したのではなく、「正当防衛状況」という文言を用いて「急迫性」を否定したものと解すべきであると考える[47]。

ただし、本稿の主張を前提として、平成20年決定が急迫性を否定したものと理解したとしても、急迫性を否定するための判断構造までもがこれまでの事例と同一であると解しているわけではない。これまでの裁判例の多くは、主に被侵害者が侵害を予期していたという事情を考慮した上で急迫性を否定してきたが、平成20年決定では、予期については一切触れられていない。この点に、平成20年決定の特徴的な点があり、本稿も、自招防衛の判断枠組みにおいて侵害の予期を検討せずに正当防衛の成否を判断することについては支持し得るものと解している[48]。

第５節　平成20年決定以降の裁判例

平成20年決定が出されてから平成27年現在までの間、自招防衛に関する最高裁の判例は出されていない。しかし、下級審レベルでは、自招防衛に言及した若干の裁判例が出されている。これらの事例を検討すると、平成20年決定が裁判実務にどのような影響を与えたかを読み取ることができよう。

また、先に見た司法研究によれば、「正当防衛状況」という考え方は、積極

[47] ただし、本稿のような主張を前提としても、最高裁があえて「急迫性」という文言を「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」と言い換えていることは、無視することはできないであろう。この点については次節第２項で述べる。

[48] あくまで自招防衛論において予期を考慮しなかった点を評価しているのであり、あらゆる場合に、急迫性要件において侵害の予期を考慮すべきでないと解しているわけではない。

的加害意思や喧嘩闘争が問題となる事案に妥当するとされているが、平成20年決定以降、これらの事案はどのような枠組みで判断されているのであろうか。本節では第１項で自招防衛の、第２項では積極的加害意思及び喧嘩闘争の裁判例について見ていくこととする。そして第３項で、平成20年決定が及ぼした影響について検討する。

第１項　自招防衛に関する事例

⑲　東京高判平成20年５月29日判時2010号47頁[49]

【事実の概要】

都立高校の教諭であった被告人は、平成16年３月に行われる予定であった高校の卒業式への参列を希望し、これが認められたため、卒業式に来賓として招かれたが、東京都では、都教育委員会から通達が発出されており、同通達によれば、「同校の卒業式において、国歌斉唱の際、生徒、教職員を始め、来賓や保護者にも起立を求める」こととなっていた。被告人は当日午前９時30分頃に、本件卒業式が実施される体育館に赴いた。そして、本件卒業式の開式前に、体育館の中央付近に配置された保護者席を歩いて回り、ビラを配り始めた。それを知った教頭が被告人にビラ配布を止めるよう求めたが、被告人はそれに応じず、国歌斉唱の際は着席していてほしいなどと保護者席に向かって叫び、教頭が被告人を移動させようとしたところ、被告人は怒鳴り声を上げながら抵抗した。このような騒動によって、同校の卒業式の開式が２分ほど遅れることとなり、被告人は威力業務妨害罪の嫌疑で起訴された。

公判では、被告人は自身の行為が「教職員及び保護者の思想良心の自由を、都教委及びｄらによる侵害行為から防衛するためになされたもの」であるから正当防衛に当たる、と主張した。

【判旨】

「被告人の保護者に対する呼びかけは、威力業務妨害罪の構成要件に該当する上、正当行為とも正当防衛とも認められず、したがって、違法な行為である。そして、被告人がｄやｃから退場要求を受けたのは、被告人が、ｃの制止にもかかわらず、上記のとおり、違法な保護者への呼びかけを行ったことによるの

[49] 本件は上告審まで進んだ事案であるが、そこでは正当防衛については論じられていない。最決平成23年７月７日判時2130号144頁。

であるから、ｄらの退場要求は、被告人が自らの違法な行為によって招いたものと評価するのが相当である。結局、ｄらによる退場要求は、仮にそれが被告人の何らかの権利・利益に対する「侵害」であるとしても、被告人が自ら招いたものであるから急迫性を欠くことは明らかである。」

【検討】

本件は、平成20年決定の９日後に出された裁判例であるため、判旨の文言が平成20年決定の影響を受けたかどうか､直ちには判断できない。判旨を見ると、刑法36条１項との関係では急迫性を欠くとされており、平成20年決定の判断枠組みとは異なっていることが分かるが、被告人において侵害を予期していたとか、予期の可能性があったとかというような主観面については触れられていないという点では、平成20年決定の判断手法と類似していると言えよう。もっとも、本件においてはそもそも「退場要求が急迫不正の侵害である」という点から否定されており、自招防衛の点についての判示は、ほとんど傍論に近いものであると言えよう。

⑳　大阪地判平成23年７月22日判タ1359号251頁[50]（裁判員裁判）

【事実の概要】

被告人とその弟Ａが喧嘩をした際、被告人はＡが使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、Ａの携帯電話を二つに折って投げ捨てたため、Ａは被告人に駆け寄り、手拳で1回その顔面を殴打し、さらに、後退しつつ前かがみになった被告人の顔面等を手拳で複数回殴打し、被告人の右奥歯を１本折った。その後被告人とＡはもみあいとなり、被告人はＡの首を絞めて死亡させた。公判ではＡの首を絞めているという認識の有無と正当防衛ないし誤想防衛の成否が争われたが、前者についてはその認識は無かったとされ、後者については以下のように判示し、誤想防衛の成立を肯定し、被告人を無罪とした。

【判旨】

「被告人は、被害者が使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、被害者の携帯電話を二つに折って投げ捨てており（以

[50] 穴沢大輔「判批」刑事法ジャーナル33号（2012年）95頁、前田雅英「誤想過剰防衛」警察学論集65巻５号（2012年）156頁。

下、これら被告人の一連の行為を「本件先行行為」という。）、これが被害者の怒りを一定程度誘発するべき違法行為であったことは否定できない。しかし、被害者はこれに対して、被告人に上記のような暴行を加えているのであり、物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、被害者の行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。」「また、本件先行行為は、上記のとおり、被害者の怒りを誘発し得るものであったが、被告人と被害者が七、八年間、殴り合いの喧嘩をしておらず、その間、被告人と被害者との間で暴力が振るわれたという事実は認められないことからすると、被告人にとって、被害者が本件先行行為に応じて、被告人の歯が折れるほどの暴力を振るうなどということは、予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、被害者の攻撃を予期していたという事実は認められない。」（中略）「以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。」

【検討】

本件では自招行為と侵害の程度が比較され、侵害の程度が自招行為の程度を大きく超えているとされた。従って、平成20年決定の枠組みによれば、この時点で正当防衛状況が肯定されることになろう。しかし大阪地裁は侵害の予期についても言及しており、平成20年決定の枠組みと完全に軌を一にしているわけではない。

さらに本件では、急迫不正の侵害と正当防衛状況が区別されている点が注目に値しよう。判示を読む限り、急迫不正の侵害があったとしてもなお反撃が正当化される状況にない場合というものが考えられることになる。大阪地裁は判旨のどの部分がどの要素と関連付けられるかを明言していないが、過去の事例から考えれば、侵害が先行行為の違法性を大きく超える点は正当防衛状況と、侵害の予期がなかった点は急迫性と、それぞれ関連を有していると言えよう。

このように急迫性と正当防衛状況を区別するのであれば、本件において被告人が侵害を予期していた場合には、急迫性が否定される余地も残されていると考えられる。すなわち、侵害の違法の程度が先行行為のそれを「大きく超える」場合であっても、そのような侵害を予期していたのであれば、急迫性が否定される余地もあるのではないだろうか。つまり、自招防衛の場合に、①侵害の予期はなかったが侵害が先行行為の程度を「大きく超えるものでない」ときは正

当防衛状況が否定され、②侵害が先行行為の程度を「大きく超える」ものだったが、そのような侵害を予期していたときは急迫性が否定されるということも考えられよう[51][52]。ただし、どれだけの程度差があれば「大きく超える」場合と言えるかについては、学説によってもなお深い検討がなされておらず、容易に結論は出ないように思われる。本件においても、目の前で他人の物を損壊すれば他人の暴行を招くことは一般的に予期し得ると言うことも可能であっただろう。最終的には事例ごとの判断に委ねられることになろうが、個別の事例において、防衛行為者がどのような侵害を予期していたかという点を明らかにすることも容易ではなかろう。

㉑　佐賀地判平成25年９月17日 LEX/DB25503819（裁判員裁判）

【事実の概要】

被告人は、平成24年10月27日午前２時40分頃、佐賀県内の路上において、B

[51] 穴沢・前掲注（50）97頁、山口・前掲注（31）315頁以下。

[52] 例えば東京高判平成21年10月８日東京高等裁判所刑事判決時報60巻142頁は、被告人は、自分が実母のいるマンションへ赴けば実母の再婚相手である被害者から暴行を受けることを予期しながら、果物ナイフを準備してマンションへ赴き、予想どおりの暴行を受けたため果物ナイフで被害者を刺し、殺人未遂罪に問われたという事件であるが、東京高裁は「現実に被害者が本件殺人未遂の犯行直前に被告人に加えた暴行は、被告人の予想の範囲・程度にとどまるものであった」としてから、「単に侵害が予期されただけでなく、被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができたにもかかわらず、侵害があれば反撃する意思で、自ら侵害が予想される状況に臨み、反撃行為に及んだという場合には、実際に受けた侵害が事前の予想の範囲・程度を大きく超えるものであったなどの特段の事情がない限り、『急迫不正の侵害』があるということはできないし、また反撃行為に出ることが正当とされる状況にあったとはいえない」と判示して、正当防衛の成立を否定している（本件においては専ら正当防衛状況性が実質的に問題とされていると分析するものとして、島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える（第３版）』（有斐閣、2014年）227頁（執筆：小林）。）。ここでは平成20年決定とは異なり、被告人自身の「予想の範囲・程度」を大きく超えていなかったことが指摘されている。

また、本件の意義としては、積極的加害意思を有している場合であっても、予想を大きく超える侵害がなされた場合には急迫性を肯定する余地があることを認めたという点を挙げることができよう。

の運転するタクシーが歩いていた被告人のごく近くを通過したとして腹を立て、同車の後部を足で小突いて同車を停車させ、運転席に座るＢを車外に引きずり出し、Ｂの胸元をつかんで道路際のフェンスに押し付け頭を握り拳で殴るなどした上、仲裁に入ったＣの胸元をつかんでフェンスに押しつけた。その際、Ｃを助けるため被告人の右腕をつかみＣから引き離そうとしたＢに対し、その手を振りほどいて同人をはね除けるため、Ｂの体めがけ右腕を力強く振り同人の胸に当てて殴打する暴行を加えて同人を路上に転倒させ、腕による胸への打撃によって生じた心臓震盪に基づく心停止状態に陥らせ、大孔ヘルニアによる脳機能障害により死亡させた。

本件は裁判員裁判によって審理され、公判では因果関係等のほか、正当防衛状況の有無が争われた。

【判旨】

「…現場目撃者の公判廷における各供述によれば、被告人は、Ｂがタクシーの内側から開かれまいと押さえていたにもかかわらずドア内側の取っ手が外れるほどの強い力でドアを無理やり開け､Ｂの体をつかんで車内から引きずり出し、Ｂの胸元をつかんでフェンスに押し付け頭を握り拳で殴るなどし、Ｂの助けに入ったＣに対しても、胸元をつかんで傷跡が残るほど強い力でフェンスに押し付けたと認められる。そして、Ｂは、なお被告人の攻撃下にあるＣを助けるため、被告人とＣの間に割って入り、被告人の腕をつかんだものと認められる。」「Ｂが被告人の腕をつかんだ行為は、これら被告人のＢ及びＣに対する行為があればその先に通常起きうると予想される範囲内にあり被告人の不正の行為により自ら招いたものといえるから、被告人の本件殴打は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない。また、Ｂが被告人の腕をつかんだ行為は、被告人のＣに対する攻撃からＣを助ける意思に基づくものであり､相当な範囲の行為にとどまっているから、正当防衛として違法性を欠き（刑法36条１項）、被告人に対する不正の侵害とはいえない。」

【検討】

本件の判示は、平成20年決定の枠組みにある程度沿って判断したものであることが分かるが、「通常起きうると予想される範囲内」というように侵害の予期についても言及しており、平成20年決定と完全に同一の枠組みを用いているわけではない。時間的・場所的接着性については一切述べられていないが、事

案の性質上明らかに接着性が認められると判断されたからであろう。

もっとも、Bの行為が正当防衛――厳密に言えば他人防衛（緊急救助=Nothilfe）――であるということは、被告人の本件暴行によるCに対する急迫不正の侵害が継続していたということを意味するものである。そうすると、正当防衛に対する正当防衛は許容されないのであるから[53]、そもそも自招侵害の点について言及する必要はなかったとも考えられよう。

㉒　横浜地判平成25年10月31日 LEX/DB25446095

【事実の概要】

A、B、C、Dらは、被告人が店長を務めていた飲食店に入店したが、店にいたイラン人グループがAらの態度について苦情を述べてきた。被告人はAと知り合いの従業員Eを通じて注意してビールをおごったが、それでも態度を改めなかったため、被告人自らAらに退店を要求し、Aらは一時退店したが、態度を改めることを条件として店内に戻ることを許した。しかし、Aらの態度は改まらなかったため、被告人はまずCに対して店から出て行くよう伝え、さらにAに近づこうとしたところ、Cからうなじの辺りを力一杯叩かれたので、Cを店から追い出すため、その腕を掴んで店外に出た。Cは階段の所で被告人に対して「殺す」と脅してきたが、意味のない言葉だと思い、「殺せるもんなら殺してみろ」などと言い返したりした。

Cを店外に出したときにCが殴り掛かってきたため、被告人はこれに応戦したが、Bに首を絞められるなどして、地面に倒された。被告人が立ち上がるとAが殴り掛かってきたため、被告人はこれに反応し、Aの顔面をげんこつで多数回殴るなどし、よって、同人に全治約1か月間を要する右前頭骨骨折、右眼窩骨折の傷害を負わせた。

被告人はAに対する傷害罪として起訴され、公判では正当防衛の成否が争点となったが、横浜地裁は急迫性と正当防衛状況の存在を区別した上で両方肯定し、被告人を無罪とした。

【判旨】

[53] 挑発行為自体が急迫不正の侵害である場合は、被挑発者の侵害は正当防衛行為と捉えられるから、それに対する反撃が正当防衛にならないことは、すでに第1章で指摘した通りである。

「（１）急迫不正の侵害等について

本件暴行の直前に、Ａが被告人に殴り掛かろうとしていたのであるから、基本的に急迫不正の侵害が存在したというべきである。

ところで、被告人は、Ａの顔面を１回殴打した後、Ａが全く抵抗しないのに、さらにその顔を数回殴っている。しかし、１回殴打した後、Ａの反撃が全く不可能になったとも、Ａの反撃意思が消失したともいえないのであるから、その後も侵害は継続していたと認められる。

（２）正当防衛状況の有無について

被告人は、客同士のトラブルを避けるため、Ａらを退店させようとしたところ、店内でＣから暴行を受け、さらに路上でもＣから殴られそうになったため、Ｃの顔面を殴り、その後にＢに押し倒されて起き上がったところ、Ａから暴行を受けそうになったため、本件暴行に及んだものである。

確かに被告人は、本件暴行の前に、Ｃを殴打し、Ｂともみ合うなどしており、さらに、その前にＣの脅し文句に言い返すなどしている。しかし、本件は、酔ったＡらの店内での言動が他の客とのトラブルを招きそうになったことが発端となっており、被告人は店長として、これを避けるためＡらを退店させようとしたのであるから、被告人の行動に非があったといえないことは明らかである。被告人がＣとの喧嘩に応じるような言葉を発したのも、Ｃらに退店してもらうためであったと解する余地がある。

したがって、本件暴行は、自招侵害によるものとも、単なる喧嘩闘争中のものともいえず、正当防衛が成立し得る状況にはなかったとは認められない。」

【検討】

本件は、急迫性と正当防衛状況を、⑳事件よりも明確に区別している点で、示唆的な裁判例である。急迫不正の侵害が「基本的に」存在していたと述べ、その後正当防衛状況について判断していることからすれば、急迫性が存在している場合であっても、正当防衛状況が存在せず、正当防衛の成立が否定されるという場合が考えられることになろう。横浜地裁が行った急迫性判断について見ると、事実として侵害が現在ないし切迫していたかどうかを客観的に判断しており、規範的な考慮は専ら「正当防衛状況」の判断の中で行われているのである。このような判断枠組みから平成20年決定を見たときは、同決定は入口論で正当防衛を否定したわけではなく、急迫性については肯定した上で、正当防衛状況性を否定したと理解すべきことになろう。

急迫性要件から規範的考慮を除外すべきと考えるのであれば、このような判断手法は有効であると評する余地もあろう。しかし、新たに正当防衛状況性という要件を擁するのであれば、刑法36条１項のいずれの要件の問題であるかが別途問題となることには注意を要する。おそらく横浜地裁も、急迫性と正当防衛状況性を区別してはいるものの、急迫性の判断対象を純客観的なものに限定し、正当防衛状況性を新たな要件として捉えているのではなく、正当防衛状況性をいわば「規範的な急迫性」として捉え、その有無を判断しているのではないだろうか。

㉓　千葉地判平成26年10月22日 LEX/DB25505268（裁判員裁判）

【事実の概要】

暴力団員であったＣに金銭を貸していた被告人は、平成26年１月２日午後８時48分頃、Ｃに金銭の返還を求めて暴力団事務所に電話したところ、暴力団員のＤ（被害者）及びＥは被告人が正月早々電話してきたことに立腹し、電話で被告人を怒鳴りつけたところ、被告人はＤ及びＥに対し、両名の所属するＢ一家を軽んずるような発言や「今から来い」という趣旨の発言をした。これに憤激したＤ及びＥは、Ｃを呼び出して被告人方まで案内させ、到着するや否や、Ｄは被告人方敷地内にいたＭに激しい暴行を加え、その物音を聞きつけてやってきた被告人に対しては、Ｅ及びＣが同様の暴行を加えた。被告人はＭの受傷状況を見てＭの身の危険を感じ、家屋内に予め置いてあったシースナイフを持ち出し、Ｄの右腹部を突き刺して殺害した。

【判旨】

検察官は、被告人の言動が侵害を招いたこと、被告人は侵害を予期していたこと、及び本件は喧嘩闘争の事案であるから正当防衛状況が存在しなかったと主張した。しかし千葉地裁は、「被告人は被害者らに対して、Ｂ一家を軽んずるような発言及び「今から来い」という趣旨の発言をしたことが認められ、かかる発言が被害者らによる暴行を招く要因となったことは明らかである。」「しかし、被害者らは本件当時相当酒に酔っていたと証拠上うかがえること、本件電話の直前に被害者側から被告人に電話がかけられていること、被告人はＵとの電話での会話の中では特にけんか腰の対応をしていたとは認められないことに照らすと、被告人が正月に本部事務所に電話をかけたことに腹を立てた被害者らの方から先に被告人に対し荒っぽい言葉や激しい口調で被告人に絡んで

いったという流れは何ら不自然ではない。これに加えて、被告人は被害者らが暴力団組員であることを認識していたとしても、それまで何ら面識もない人物であり、被告人としては、被害者らが被告人方の場所を知らないと考えても不自然ではないことも考え合わせると、被告人の上記発言は、被告人からけんかを売ったというよりは、被告人から見れば理不尽な怒りに基づく被害者らの発言に対して、いわば売り言葉に買い言葉として誘発されたものと見る余地が多分にあるというべきである。」「したがって、被告人の上記発言をもって、被告人の方から被害者らに対し挑発を仕掛けたものとは認められず、自ら侵害を招いたものとして正当防衛が許される状況にはなかったというべき根拠となるほどの落ち度とは評価できない。」と判示した。また、侵害の予期や喧嘩闘争の主張についても順次退け、結論として過剰防衛の成立を肯定し、被告人を懲役７年６月に処した。

【検討】

本件で問題となる条文はもちろん刑法36条１項であるが、本件は㉑事件と同じく、自己防衛ではなく、他人防衛（緊急救助）の事案である。もっとも、千葉地裁はこの点を特に重視しているわけではなく、自己防衛であると他人防衛であるとを問わず、自招防衛に関しては同一の判断枠組みが用いられるということが前提とされているように思われる。

しかし、自己防衛の場合と他人防衛の場合を同一に扱ってよいかどうかは、議論の余地があろう。本件では自招性が否定されているため問題とならなかったが、仮にこれが肯定された場合であっても、他人を救助するのであれば正当化の余地が残されていると考えることは可能であろう。本件の事例を例にすれば、被告人の先行行為が原因となってＭに対する侵害が生じたような場合に、侵害を自招したという理由で被告人がＭを救助することが正当化されないというのでは、Ｍは何らの落ち度もないにもかかわらず侵害に晒され、あまつさえ、最も救助してくれる可能性のある者からも救助されないという結果となり、不当な結論をもたらすこととなろう。先行行為に自招性があるときに、自己防衛権が制限されることには異論がないが、そこから直ちに緊急救助権までもが制限されるということにはならないように思われる[54]。

[54] むしろ、一定の場合には緊急救助を行うことが義務となる場合も考えられよう。Vgl. Armin Engländer, Die Pflicht zur Notwehrhilfe, in: Manfred Heinrich u.a.

自招防衛と緊急救助の関係については、日本では積極的な検討がなされていない。ドイツの学説においては若干の先行研究が見られるが[55]、それらの概要に関しては第３章で検討する。

㉔　神戸地判平成26年12月16日 LEX/DB25447069[56]

【事実の概要】

被告人が自車を運転していたところ、C 運転の自動車とぶつかりそうになり、これに腹を立てた被告人は C 車を追い抜いて停止させ、「危ないやないか」などと大声で言ったところ、C も自動車から降りてきてその場で口論となった。口論の最中、被告人は C の言動や着ていた作業着の「E」との刺繍を見て、C が暴力団関係者ではないかと考え、逃げたほうがよいと思い、「もうええわ」などと言いながら自車の方に戻り、運転席に乗り込んで自車を発進させようとした。しかし、C は被告人の後を追いかけて被告人車の運転席側に行き、ドアが開いた状態で運転席に座った被告人の襟首や胸ぐらをつかみ、激しく揺さぶったり、エンジンキーの取り合いになるなどした。この時点では被告人は C に対し恐怖心を抱き、「ごめん、ごめん」と言うなどしていた。また、この頃、D が被告人車の方にやって来たが、被告人は、C らの言動から同人らが知人同士であることが分かった。被告人はその場から逃走しようと考え自車を発進させようとしたが、進路前方に別の車両が止まっていたため自車を後退させて発進し、その際 C 及び D に傷害を負わせた。

【判旨】

「被告人は C から襟首や胸ぐらをつかまれ激しく揺さぶられるなどし、更には仲間を呼ばれれば拉致されたり袋だたきにされたりするかもしれないと考え、その場から逃走するために本件犯行に及んだと認められるが、被告人がそのような事態に陥った原因は、C の運転態度に腹を立てた被告人が路外のパチ

(Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin/New York, 2011, S. 664.

[55] Vgl. Wolfgang Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S.533-546; Walter Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, 2014, §32 Rn. 61a.

[56] 門田成人「判批」法学セミナー 726号（2015年）129頁、警察公論78巻８号（2015年）付録「平成27年版警察実務重要裁判例」79頁。

ンコ店に入ったＣ車をわざわざ追いかけて停止させた上、自車を降りてＣ車の運転席付近まで行き大声で文句を言ったことによるものである。この点、…被告人が胸ぐらをつかむなど被告人の方から先にＣに暴行を加えたとは認められないが、交通トラブルに関し相手方に大声で文句を言えば、相手方の対応によっては口論から素手のつかみ合いなどに発展することは通常予想できる範囲内のことであるから、前記Ｃの攻撃は被告人が自らの行為により招いたものといわざるを得ず、被告人においてＣに対する正当防衛をなし得る立場になかったことは明らかである。」

【検討】

本件でも「通常予想できる範囲内」という文言が用いられており、平成20年決定とは表現が異なるが、㉑事件でも同様の判示がなされていることからすれば、下級審は、平成20年決定の「大きく超えるものでない」という部分は「通常の予期」と同内容であると理解しているように思われる。しかし、通常予期されるかどうかという判断の方法それ自体に明確な基準があるわけではなく、場合によってはその判断が困難になることもあろう。本件の事実関係を見ても、被告人はＣに対して暴行を行ったわけではなく、先行行為は口論にとどまる。それに対してＣは「襟首や胸ぐらをつかみ、激しく揺さぶったり、エンジンキーの取り合い」をしたというのであって、誰もが「通常予期される」と考えるかは疑問の余地がある。これに対して平成20年決定の枠組みであれば、予期という主観的要素を排し、専ら先行行為と侵害の程度を比較考量した上で「大きく超えるものでない」かが判断される。先にも挙げたが、拳銃を所持している者を侮辱して拳銃による侵害を招いた場合は、当該侵害行為は通常予期されると言えるが、先行行為の程度を大きく超えることになるから、急迫性は肯定されると判断することができよう。

もっとも、通常の予期を指摘した⑪事件は、それに加えて侵害の軽微性を指摘しているため、上記の例では通常の予期があっても侵害の軽微性が否定され、結局急迫性は肯定されることになろう。しかし、本件では軽微性について言及がなく、判断枠組みとして考慮されているのか明らかでない。通常の予期を指摘するのであれば、同時に侵害の軽微性にまで言及すべきであろう。

㉕　横浜地判平成27年３月13日 LEX/DB25447224（裁判員裁判）

【事実の概要】

医者から飲酒を制限されていた息子Aは、平成25年頃から暴行事件、タクシー内でのトラブル、自傷行為を繰り返すようになったため、家族はAに飲酒させないよう申し合わせていたが、あるとき、Aを不憫に思った被告人は、Aを誘い食事に出かけた。その際Aは飲酒をしたが、酔って他の客に絡みはじめたため、被告人はタクシーを呼び、Aと共に乗り込んだ。しかし、タクシーが発車する前後、Aが暴れ出したため、被告人はタクシー後部座席でAの身体を押さえつけたが、その際被告人はAの頸部などを圧迫し続けたため、Aは窒息死し、被告人は傷害致死罪に問われた。

【判旨】

横浜地裁はまず、Aの暴れる行為は「急迫不正の侵害に当たることが明らかである」とし、「…検察官は、これまでの経緯から、被告人は被害者が酒に酔えば暴れることを分かっていながら自らそのような事態を招いたのであるから、侵害の急迫性がなかった旨主張する。しかしながら、被害者は酒を飲めば必ず暴れるわけではなかったこと等の事実も考慮すると、被告人は被害者が暴れることを確実に予期していたとまでは認められないし、そもそも侵害を予期していたというだけで急迫性が失われるものでもなく、被害者を保護監督する必要のある被告人にタクシーの利用を回避する義務が課せられるわけでもない…（もっとも、上記のような事情は、後述のとおり、防衛行為の相当性の判断において、一定の意味を持つものと考えられる。）」と判示した。

次に相当性については、「正当防衛の判断にあっては、緊急状況下の行為であるが故に、防衛行為の相当性を厳格に判断するのは酷であると解されているところであるが、本件では、犯行に至る経緯において示したとおり、被告人は、飲酒に関し重大な問題を抱える被害者を、それと知りながらあえて飲酒に連れ出し、自ら積極的に飲ませこそしないものの、同人が好きなように飲むに任せ、その結果、被害者は自傷他害行為を行う具体的なおそれのある泥酔状態に至ったという事情がある。すなわち、被告人は、単に、被害者による自傷他害行為を相応に予期していたのみならず、そのような状況を引き起こすについて少なからぬ責任があったというべきであって、このような被告人が、被害者の急迫不正の侵害に対して自己又は第三者の権利を防衛するためにした行為について、その相当性を判断するに当たっては、そのような事情のない通常の場合に比して、より厳格な判断が求められるものと解される。」とした上で、本件では「あえてそのような危険性の高い行為に出ずとも、被害者の胸など上半身の

別の部位を押さえるなど、より危険性の低い方法で対応することは十分に可能であった」などとして、被告人につき過剰防衛の成立を肯定した。

【検討】

本件の被告人の行為は「挑発」と呼べるようなものではないが、あえて挑発と言うなら、過失的挑発に近いものと言えよう。酒を飲ませることについては勿論認識していたであろうが、そこから侵害を生ずることまで認容していたとは言えないため、故意的挑発類型には当たらない。

本件では急迫性判断に際し、被告人がＡの侵害を確実に予期していたとは認められず、予期していたとしても急迫性は失われないと判断されるにとどまっており、侵害を自招した点は相当性の問題であるとされ、明らかに平成20年決定の枠組みからは外れている。そして、相当性の検討に際しては、Ａの酒癖の悪さを知りながら飲酒させて侵害を招いたことから、被告人は自招他害行為を相応に予期し、かつ侵害惹起に対する責任があると判断されている。相応の予期と確実な予期がどの程度異なるのかは明らかでないが、相当性判断の中心になっているのは被告人がＡに飲酒させたという事情であることは間違いなかろう。そのような事情が相当性判断を厳格にし、本件では過剰防衛の成立が肯定されたのである。

㉖　東京高判平成27年６月5日 LEX/DB25540577

本件は、先に検討した㉓事件の控訴審であり、同様の事実認定がなされている。原審では過剰防衛の成立が認められたが、東京高裁は、原判決は経験則等に照らして不合理であるとして、被告人を懲役７年６月とした原判決を破棄し、懲役13年の判決を言い渡した。

【判旨】

「被告人が、暴力をいとわない暴力団組織に所属している被害者らに対して、その暴力団組織を軽んずる発言をしている状況で『こっちに来い』という趣旨の発言をしたということからすると、この発言は、被告人と被害者らがけんか腰の会話を交わしている際に、暴力沙汰のけんかをしかけるものといえる。そうすると、被告人が被害者らの発言によって感情を高ぶらせてそのような発言をしたものであったとしても、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招いたものである。」

「本件電話における被告人の上記発言は、上記のとおり、被害者らに対して暴

力沙汰のけんかをしかけるものであり、被告人に暴力を加えるために被告人方に来るよう被害者らを挑発したものといえるから、被告人としては、暴力団員である被害者らがこれに応じて被告人方に来て暴力を加えてくる可能性が高いと認識していたと推認できる。」「しかも、被告人は、被害者らが被告人方に来るのに対処するために、本件電話後直ちに、被害者らとは別の暴力団に所属するEに電話をかけ、折り返し電話をかけてきたEに事情を伝えて被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シースナイフを外から戻って取りやすい勝手口付近に置いて準備しており、これらのことからしても、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと被告人が認識していたとの上記推認が補強されているといえる。」

「上記のとおり、本件において、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招き、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと認識していながら、そのような事態を招いた自らの発言について被害者らに謝罪の意向を伝えて、そのような事態を解消するよう努めたり、そのような事態になっていることを警察に告げて救助を求めたりなどすることが可能であったのに、そのような対応をとることなく、被害者らが暴行を加えてきた場合には反撃するつもりで、被害者らとは別の暴力団に属するEを被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シースナイフを反撃するのに持ち出しやすい場所に置いて準備して対応し、被害者らから暴行を受けたことから、これに対する反撃として本件刺突行為に及んだものであり、被害者らによるE及び被告人に対する暴行が被告人らの予期していた暴行の内容、程度を超えるものでないことをも踏まえると、本件刺突行為については、正当防衛・過剰防衛の成立に必要な急迫性を欠くものといえる。」

【検討】

東京高裁の解釈によれば、本件は意図的挑発類型にかなり近いものと解されるが、そもそもB一家に電話をかけたのは、金銭の返還を要求するためであったことからすれば、意図的挑発というよりは突発的に生じた喧嘩闘争と理解するほうが分かりやすいであろう。本件では積極的加害意思という文言は用いられていないものの、反撃するつもりでEを呼び、シースナイフを準備しているという事情は、積極的加害意思を認定するのには十分な事情であっただろう。

本件では、被告人自身の予期が問題とされ、その程度を超える暴行がなかったことから、被告人の防衛行為は急迫性を欠くと判断されていることからすれ

ば、平成20年決定の枠組みと本件の枠組みが同一でないことは明らかである。また、挑発行為の不正性についても特に言及されていないことに鑑みると、侵害に先行する挑発行為が不正でなくとも正当防衛を制限しうると判断したと考えることも不可能ではないが、本件では喧嘩闘争（あるいは意図的挑発）という側面があることからすれば、挑発行為の法的性質を深く検討する必要はなかったと言えよう。

特に本件では、平成20年決定や原審が用いた「正当防衛状況」という文言すら用いられておらず、これまでの枠組みのように、「急迫性」という文言に立ち戻ってしまっている。このことからすれば、東京高裁は「正当防衛状況」を「急迫性」と同義とみなしているのではないだろうか。

㉗　静岡地浜松支判平成27年７月１日 LEX/DB25540736

【事実の概要】

暴力団員であるＢと知り合った被告人は、Ｂの斡旋で建築作業の仕事をするようになったが、Ｂとの交際費が多額になっていったことから、Ｂとの関係を絶つことを決意した。被告人がＢに仕事を辞める旨伝えたところ、その翌日に、Ｂから電話で居酒屋Ｃに来るよう要求された。被告人はホームセンターでナイフを購入して衣服の中に隠し持ってＣへと向かった。

被告人がＣに到着すると、Ｂはいきなり右手の平で被告人の左頬を殴打したため、被告人はナイフを取り出し、Ｂの胸倉をつかんだ。その後両者は店外に出て、Ｂは自動車からゴルフクラブ３本を取り出し、１本をそばにいた友人に渡し、２本を両手で持って被告人を殴打し、傷害を負わせた。その際ゴルフクラブが折れたので、Ｂは友人からゴルフクラブを受け取ってさらに被告人を殴打し、自動車にゴルフクラブを取りに行こうとしたが、被告人は持っていたナイフでＢの左頚部を突き刺し、傷害を負わせた。

【判旨】

静岡地裁浜松支部は、まず急迫性について検討し、本件傷害行為がなければＢが残りのゴルフクラブを用いてさらなる攻撃行為に出ることが可能であったとして客観的な急迫性を肯定し、次に検察官が主張した積極的加害意思の点についても、積極的加害意思があったのであれば、Ｂが素手で平手打ちをした時点でナイフを用いて攻撃していたはずであると判示するなどして、検察官の主張を退けた。また、防衛の意思や相当性についても肯定されるとした上で、最

後に、検察官が主張した、本件は喧嘩闘争であるとの点に関しては以下のように判示し、被告人を銃刀法違反により罰金20万円に処し、傷害罪については無罪とした。

「確かに、被告人がＢにナイフを示すなどしたことでＢの怒りを増幅させ、その後のＢによる侵害を招いた側面があるところ、被告人が、自己の不正の行為により自ら相手方の侵害を招いたといえ、かつ、相手方の攻撃が被告人の行為の程度を大きく超えるものでないなどの事情が認められれば、被告人がした本件傷害行為について、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況（以下「正当防衛状況」という。）における行為とはいえず、正当防衛の成立が否定される余地が生じる（最高裁平成18年（あ）第2618号平成20年５月20日第二小法廷決定・刑集62巻６号1786頁参照）。

そこで検討するに、被告人は、Ｂからいきなり左頬を平手で殴打されるという急迫不正の侵害を受け、それに対応してナイフを取出して右手で右腰辺りに構えて持ち、左手でＢの服の胸倉をつかんだものである。被告人の上記行為は、それ自体暴行、脅迫と評価する余地があるとしても、防御的な行動にとどまるものであり、防衛の意思をもってなされた、防衛行為として相当性を有する行為であると認められ、正当防衛が成立するというべきである。したがって、被告人が不正の行為によりＢによるその後の侵害を招いたとはいえない。そして、Ｂがゴルフクラブで被告人の頭部等を３回にわたり殴打した行為は、危険性、執拗性の点において、被告人の上記行為の程度を大きく超えるものであることは明らかである。以上からすれば、被告人がした本件傷害行為は、正当防衛状況における行為といえ、これについて正当防衛の成立は否定されない。」

【検討】

検察官は、本件は喧嘩闘争の事案であると主張したが、静岡地裁浜松支部は、被告人がナイフを持って胸倉をつかんだことが自招防衛における先行行為と言えるかを問題としており、本件は自招防衛の問題と理解されているようである。同支部は平成20年決定の判断枠組みに沿って、先行行為が不正であったか、侵害行為の程度が先行行為の程度を大きく超えるものであったかを検討している。さらに、被告人自身、あるいは一般人における侵害の予期についても言及されておらず、平成20年決定の影響が色濃く現れていると言えよう。

しかし、自招防衛の点は、正当防衛の一般的成立要件が検討された後で、最後に判断されている。このような判断枠組みは、刑法36条１項所定の要件に関

して言及しなかった平成20年決定とは明らかに異なっており、また、同決定が「入口論」で正当防衛の成立を否定したとする見解とも相容れないであろう。「入口」で正当防衛の成立を否定するのであれば、刑法36条１項所定の要件について検討する必要はないからである。他方、権利濫用説の一部で主張されているように、形式的には正当防衛が成立するということを前置きした上で実質的な観点から正当防衛の成立を否定する見解からは、肯定的に捉えられることになろう。結局、本件は、自招防衛の判断方法は平成20年決定と同一であるが、その体系的理解については、同決定とは異なっているように思われる。

第２項　積極的加害意思及び喧嘩闘争に関する事例

本項では、平成20年決定以降、裁判所が積極的加害意思や喧嘩闘争が問題となった事例をどのように判断しているかを概観する。

まず、鹿児島地判平成24年２月７日 LEX/DB25444383（裁判員裁判）は、包丁を所持していたＡに蹴られそうになった被告人が、所持していた金属バットでＡを多数回殴打して殺害したという事例であった。検察官は、本件は喧嘩闘争であるなどと主張したが、鹿児島地裁は「正当防衛による対抗が許されないといえるか（急迫性等）」という項目の下で、「〈１〉本件は相互に攻撃を予定したような喧嘩とはいえないから、金属バットによる暴行が喧嘩相手に対する攻撃にすぎないとみることはできない。また、〈２〉被告人が金属バットを持ち出したのはあくまで説得目的であり、包丁を手にして近付いてくる被害者と相対しても、金属バットを構えることすらしていないことがうかがえ、被告人が積極的に被害者を『返り討ち』にするつもりだったと決めつけることもできない（積極的加害意図の不存在）。」と判示し、結論としては過剰防衛の成立を肯定し、被告人を懲役３年に処した。

次に前橋地判平成24年10月11日 LEX/DB25483148は、かねてより妻Ｂから、トラブルがある度に包丁で肩や腕などを突かれ、多数の刺し傷を負っていた被告人が、あるときＢと再びトラブルになり、Ｂに小指を包丁で突かれて立腹し、ナイフをジャンパーのポケットに入れて口論したが、Ｂに侮辱されたことで被告人は怒りを発し、Ｂをナイフで刺して傷害を負わせたという事案である。検察官は、被告人に積極的加害意思があったため急迫性が否定されると主張したが、前橋地裁は、被告人とＢが敵対関係にあったわけではなく、被告人はＢの機先を制するためにナイフを用意していたわけではないから、「本件ナイフ

をポケットに入れてＢと向き合ったのは、あくまでもＢの刃物による攻撃に対して防御をするためと考えられる。したがって、被告人にＢからの攻撃の機会を利用して積極的にＢに対して加害行為を加えるという積極的加害意思があったものとは認められない。」として積極的加害意思の存在を否定し、結論としては過剰防衛の成立を肯定した。

最後にさいたま地判平成24年７月４日 LEX/DB25482350（裁判員裁判）は、被告人が自動車でＡ公園に向かう際、被害者運転の対向車とすれ違い、どちらが道を譲るべきかで口論となった。被告人は口論を打ち切ってＡ公園へ向かったが、被害者も被告人を追跡してＡ公園に赴き、被告人に「けんかをしにきた」などと言ったため、両者はグランドへ移動して喧嘩闘争状態となった。被告人は被害者から顔面を１回殴られた後、被害者の顔面を１回殴り、被害者が倒れて起き上がれなくなったのを見て現場を立ち去り、被害者は急性硬膜下血腫により脳死亡したという事案である。さいたま地裁は、「被告人は、グランドで被害者と対峙した時点においては、被害者からの暴行を十分に予期し、それに応じて自ら積極的に被害者に暴行を加えようとの意思から、被害者の暴行を迎え撃って自ら被害者に暴行を加えたものと認められるから、被告人の本件暴行は、何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況の下における行為とはいえず、本件では正当防衛は成立しない。」と判示し、控訴審の東京高判平成25年２月19日 LEX/DB25540327も、さいたま地裁の判断を是認した。特に控訴審では、弁護人は、平成19年度司法研究が「裁判例を見ると、上記二つの意思〔積極的加害意思と専らの攻撃意思：筆者注〕が認められる場合の多くは、正当な理由もないのに殺傷能力のある凶器を持参して侵害に臨んだ例や軽微な侵害を怖いとも思わず意図的に過剰な行為に及んだ例である。…これらは、いずれも相手方の行為をきっかけとした単なる加害意思というべきもので、被告人の行為が正当防衛であるとして法的な保護を及ぼすのが相当でないと考えられるような場合であるといえる」と記載している箇所[57]を捉え、本件では積極的加害意思を否定すべきと主張したが、東京高裁は「本件は典型的なけんか闘争であって、弁護人が引用した箇所の記述は本件には当てはまらない。むしろ、平成19年度司法研究29頁には、『典型的なけんか闘争についていえば、双方が相手方の侵害を予期していて、相手方に対してその機会を利用して相互に単な

[57] 前掲注（42）26頁。

る加害行為に及ぶものであるから、正当防衛、過剰防衛の成立する余地がない。』との記述があるが、当裁判所が是認する原判決の見解も、この記述と同趣旨を説いたに過ぎ」ないと判示して、この主張を退けている。

平成20年決定が出されてからも、積極的加害意思論は、以上のように用語の上でも用いられ続けており、また、体系的位置づけの上でも、主に急迫性要件との関連において論じられていることが分かる。

３件目の事例では、さいたま地裁は積極的加害意思の存在を肯定して、正当防衛状況性を否定している。さいたま地裁も東京高裁も、本件を喧嘩闘争の事案と捉えており、従来の枠組みとは異なり正当防衛状況を否定したことからすれば、平成20年決定の影響を考慮することも不可能ではないが、積極的加害意思や喧嘩闘争という状況を認めておらず、行為者の主観面についても言及していない同決定が、積極的加害意思や喧嘩闘争の事例に影響を与えたとは考え難いであろう。司法研究においても、喧嘩闘争の場合にも正当防衛状況性が欠けると考えられており、仮に平成20年決定が存在していなくとも、本件のような判示は十分あり得たであろう[58]。従って、やはり、平成20年決定の射程は自招防衛が問題となる事案に限られていると理解すべきである。

第３項　検討――判断枠組みは変わったか――

本節では平成20年決定以降に出された⑲～㉗事件、及び積極的加害意思や喧嘩闘争が問題となったいくつかの事例を検討してきたが、これらの事例は平成20年決定の影響をどの程度受けているのであろうか。

ここで注目すべきなのは、正当防衛状況に関する点である。⑳、㉑、㉓事件では、それぞれ「急迫不正の侵害に当たる被害者の攻撃に対して反撃が正当化される状況」、「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」、「被告人においてＣに対する正当防衛をなし得る立場」という文言が用いられており、特に㉑、㉓事件では平成20年決定と同様に、急迫性について明言することなく正当防衛の成立を否定している。平成20年決定以前の事例では明文で急迫性が否定されていたことに鑑みれば、これらの裁判例は明らかに平成

[58] 前掲東京高判平成21年10月８日も、積極的加害意思が問題となった事案において、（急迫性とともに）正当防衛状況性を否定している。

20年決定の影響を受けていると言わなければならないであろう。

しかし、その他の点が変化したと言えるかについては疑問符がつく。

平成20年決定の文言をいくつかの要素に分解すると、決定要旨には①先行行為の違法性、②先行行為と侵害の一体性、及び③先行行為と侵害の程度の均衡、の３つの要素が含まれていると言えるが、これらはいずれも、すでに⑪事件で指摘されている要素である。同事件の判旨は「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであつて、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできない」とされているが、平成20年決定の枠組みとの違いは、「通常予期される態様及び程度」という文言が「〔A の〕攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」という文言に、そして先に述べたように「急迫性」が、「正当防衛状況」に変わったのみである。さらに、平成20年決定以降の裁判例にあっても侵害の予期という概念がなお用いられている点に鑑みれば、最高裁が示した③に関する客観的な判断基準も、下級審から見れば「通常予期される」という基準とほぼ同義とみなされているのだとすると、平成20年決定の「真新しさ」は一層失われる結果となろう。さらに本稿は、先に指摘したように、平成20年決定における「正当防衛状況」は「急迫性」の意味に解すべきと主張しているのであるから、そうすると、平成20年決定はこれまでの下級審裁判例の基準を追認し、最高裁レベルで自招防衛について判断した事例という以上の意味を持たないことになる。従って、本稿の理解によれば、平成20年決定は、これまでの自招防衛の判断枠組みを大きく変えるものではなかったということになろう。実際にも、㉖事件では被告人自身の予期が問題とされ、そこでは「正当防衛状況」ではなく「急迫性」が否定されている。この点も、本稿の理解を補強しているように思われるのである。

ただし、本稿の主張はさておき、最高裁が「急迫性」という文言を用いなかったことは重く受け止めるべきであろう。前節第３項において、本稿は、平成20年決定の文言が裁判員裁判を考慮して出されたとする見解に疑問を呈したが、本稿のように「正当防衛状況」に特別な意味を見出さず、急迫性要件を否定することを言い換えたものであると理解すれば、なぜ言い換えを行ったのかについて理由がなければならないことになろう。その際、急迫性という難解な概念

を裁判員に分かりやすく説明する必要があるというのであれば、「裁判員裁判への配慮」という説明は、一応は可能であるように思われる。また、前記司法研究のように、急迫性という要件に内在する真の意味を明らかにするために、正当防衛状況という文言を用いたと説明することも可能であろう。

第６節　小括

本章では、古くは大正時代の大審院判例から平成27年現在までの、主に自招防衛に関する事例を分析・検討した。昭和52年決定が出されるまでは、自招防衛が問題となった事例で正当防衛の成立が否定されるときは刑法36条１項のいずれの要件が否定されるのかが明示されず、喧嘩闘争のように、類型的に正当防衛の観念を容れる余地がないとか、全体的に正当防衛でないという趣旨の判示がなされてきた。その後、昭和52年決定が出されてからは、自招防衛の事案を処理した裁判例は、違法な先行行為によって侵害を自ら招いた点を指摘し、刑法36条１項所定の要件のいずれかと関連づけて正当防衛の成否を判断するようになった。昭和52年決定を契機として判断の傾向に変化が見られたのは、昭和52年決定が急迫性要件を規範的に解釈したことから、そのような規範的解釈という方法論が下級審にも浸透したためであると本稿は考える。

昭和52年決定以降の裁判例は、急迫性のみならず不正性や相当性といった要件と自招防衛を結びつけてきたが、それらの中で自招防衛に関する枠組みについて詳細な規範を定立したのは、前掲福岡高判昭和60年７月８日刑裁月報17巻７＝８号635頁（⑪事件）であった。そこでは、①先行行為の違法性、②挑発と侵害の間の時間的接着性、③挑発と予期される侵害の均衡性、及び④侵害の軽微性という要素が示され、これらを満たした場合には急迫性が否定されるとされた。その後出された平成20年決定では、このうち③についてはより客観的に判断されるようになり、④については言及されていないが[59]、平成20年決定はこの⑪事件の判断枠組みと、かなりの程度で類似していると言えよう。

[59] 仮に最高裁が④を考慮しているとしても、この要素は、平成20年決定の「大きく超えるものでない」という文言に解消されることになろう。なぜなら、違法な先行行為の程度を大きく超えるものでなければ通常侵害は軽微であると言えるであろうからである。

また、平成20年決定の分析に際しては昭和52年決定との関係が問題とされ、そこでは２つの「決定」が同趣旨に立つものか否かが問われてきた。学説の多数は、平成20年決定は昭和52年決定と異なる枠組みを示したと考えているようであるが、そもそも両者は事案をまったく異にするものであるから枠組みが異なるのは当然であり、平成20年決定を分析する際に昭和52年決定を参考とすること自体の妥当性が問われなければならないであろう。両決定に共通する部分があるとしても、事案を異にする以上は個別に判断すべきである。すなわち、平成20年決定が出されたからといって、積極的加害意思が問題となる事案も正当防衛状況というような文言が用いられるかは、まったく明らかにならないであろう。積極的加害意思論が今後どのように変容していくかを、平成20年決定を用いて占うことはできない。積極的加害意思論の難解さの克服は、積極的加害意思が問題となった事案を解決する中で行うべきであろう。

さらに、平成20年決定の「正当防衛状況」という文言が何を意味するかについても問題となった。原審は「急迫性」という文言を用いて正当防衛の成立を否定したが、最高裁は、あえてこの文言を用いず、原審を「結論において正当」と評価していることに鑑みれば、最高裁が本件を急迫性要件の中で処理しようとしていないことは明らかであると思われるが、本稿は、平成20年決定と昭和52年決定はそれぞれ異なる次元に位置する判例ではあるものの、平成20年決定は「正当防衛状況」という文言を用いて、侵害の予期という主観的事情を考慮することなく、専ら客観的事情に基いて急迫性要件を否定したものと解すべきであると考える。

資　　料

〈北大立法過程研究会報告〉

国会審議の効率性と代表性

―― 国会審議をどのように変えるべきか ――

武　蔵　勝　宏

はじめに

日本の国会では、1990年代の政治改革を契機に、様々な国会改革を導入してきた（**表１参照**）。1999年に国会審議活性化法を制定し、官僚による答弁を認めてきた政府委員制度を廃止し、政治家による討論を実現するために副大臣制の導入やクエスチョンタイムをモデルとした党首討論を開始した。また、国政調査権を機能させるために、1997年から衆議院に予備的調査制度が導入され、議員立法の活性化のために、機関承認の見直しや党議拘束の緩和も検討されてきた。これらの改革は、政府と野党の政治家同士の討論を通じて、国会審議の活性化を図ることや、議員立法の推進や行政監視機能の強化による国会の権限強化がその目的とされていた。こうした国会改革の諸制度や運用は、その導入後、20年近くが経過し、実際の国会審議においても一定の慣行として定着しているといえる。2009年に誕生した民主党政権では、さらにドラスティックな国会審議活性化法改正案が提案され、内閣法制局長官の答弁禁止や政府参考人制度の廃止が盛り込まれ、首相の国会出席の制限なども検討された。2013年の参議院選挙でねじれ国会が解消して以降は、衆議院の与野党７党の間で、党首討論の毎月実施や、提出議案の速やかな付託、議員立法の積極的議論、首相の国会出席の軽減、副大臣・政務官による国会対応などの申し合わせが行われている[1]。これらの最近の国会改革案は、議員立法の審議充実を除けば、政府与党

側に有利に作用する国会審議の効率化に焦点があるともいえるだろう。

表１　1990年代後半以降の主な国会改革による手続き的変化（年代順）

変化のカテゴリー	具体的な改革
党議拘束の緩和	臓器移植法案で自由投票を実施
国政調査権の補強	予備的調査制度の導入
行政監視機能の強化	衆院決算行政監視委員会、参院行政監視委員会設置
参議院改革・透明化	参議院本会議押しボタン式投票導入
国会情報公開	衆院・参院インターネット審議中継
政治家同士の討論の活性化	政府委員制度の廃止・副大臣制の導入
同上	国家基本政策委員会設置・党首討論の導入
常任委員会の効率化	衆参両院常任委員会を省庁再編に対応して再編
政府与党一体化	与党議員の議員立法原則禁止（鳩山政権時）
政治家同士の討論の活性化	内閣法制局長官の答弁禁止、副大臣・政務官増員
同上	政府参考人制度廃止・意見聴取会新設提案（未実現）
政治家同士の討論の活性化	党首討論を毎月実施（申し合わせ）
審議の充実	委員会定例日の原則開催（同）
審議の効率化・討議の充実	提出議案を速やかに付託、議員立法の積極的議論（同）
政府の負担軽減	首相の国会出席軽減､副大臣等による大臣の代理出席（同）
審議の効率化	速やかな質問通告（同）

そもそも日本の国会は、諸外国の議会と比べて、細切れの会期制をとっているため、会期による時間的制約が大きい。行政機能の拡大とともに、その根拠法となる法律の制定数は年間130件強に上り、政府にとっては、国会の限られた時間内で大量の法案を効率的に処理することが必要となっている。つまり、日本の国会は、法案を遅滞なく成立させるという政府の統治にとっての効率性が求められることになるのである。

他方で、国会は選挙によって選出された議員を構成員とすることによって、多様な国民の民意や選好を反映・代表する。国会の審議、決定においては、少数派の野党に対しても、十分な意見表明の機会を与え、その決定過程に参加さ

[1] 自民、民主、維新、公明、みんな、結い、改革、与野党７党国会対策委員長「国会審議の充実に関する申し合わせ」文書、2014年５月27日。

せることで、国会が多様な利益や意見を代表することが可能となる。つまり、国会は効率性の追求とともに代表性の多元化（換言すれば開放性）を満たすことも求められるのである。

ところで、この効率性の追求と代表性の多元化は互いに相反するトレードオフの関係にもなる[2]。国会が効率的に立法を行うためには、多数派が議事運営権を独占し、多数派に有利な採決ルールを採用することが必要である。しかし、このような決定過程において代表される利益は多数派のものに偏ってしまい、代表性の欠如の問題が生じる。そこで、議事運営権への関与を少数派にも認め、採決においても少数派の拒否権を部分的に認める分権化を進めることで、代表性を高めることが可能となる。ところが、多数派と少数派の利害が対立した場合、こうした分権化された手続きでは、利害調整が難しくなり、結果的に、効率性が低下することになりかねない[3]。多数派に依拠する政府与党の立場に立てば、国会改革は効率性の追求が重視され、少数派の野党の立場に立てば、代表性の多元化が要求される。両者を両立させるような国会改革は果たして可能であろうか。

そこで、本報告では、日本の国会の制度とその運用の理論的動向を効率性と代表性の観点から説明する。そのうえで、政権交代やねじれ国会を経た現在の日本の国会において、国会審議やその決定の結果がどのような現状にあるのか、そうした実態のもとで国会審議をどのように変えていくべきか、検討を行うこととする。

1．ヴィスコスティから見た日本の国会

日本の国会は1946年の憲法の制定に際し、衆議院に内閣の基盤を置く議院内閣制を採用した。立法に関する憲法の規定は、国会を国の唯一の立法機関とし、法律案は、両議院で可決したとき法律となると定めている（59条１項）。日本の両院制では、衆議院で可決し、参議院でこれと異なつた議決をした法律案は、

[2] Kenneth A. Shepsle, “Representation and Governance: The Great Legislative Trade-off,” *Political Science Quarterly*, Vol.103, No.3, 1988, pp.461-484.

[3] 岡田浩・松田憲忠編著『現代日本の政治―政治過程の理論と実際』ミネルヴァ書房、2010年、58-59頁。

衆議院で出席議員の３分の２以上の多数で再び可決したときは、法律となり、参議院が、衆議院の可決した法律案を受け取った後、国会休会中の期間を除いて60日以内に、議決しないときは、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなすことができるとしている。このとから、日本の国会は、衆議院では、イギリス型の議会制度（いわゆるウェストミンスターモデル）を採用したものの、両院制に関しては、法律案に関して参議院が衆議院とほぼ対等なアメリカ型の議会制度を採用するというアンビバレントな仕組みを導入することとなった[4]。日本の国会では、1955年体制の成立以降、与党の自民党が衆参両院で安定多数を長期間維持する傾向が続いたため、内閣提出法案（以下、閣法と略す）の平均成立率は９割近くに達している。そうした点で、日本の国会は他の議院内閣制諸国と同様に、立法の主導権を政府与党が握る内閣優位であることに変わりはない。もっとも、ねじれ国会の出現を契機に、近年の閣法の平均修正率は約１割強となっている。未成立に終わる閣法や修正される閣法の割合は合計して２割にのぼり、日本の国会の変換機能は決して低いわけではない。

このように、日本の国会が決してラバースタンプではなかったのは、国会の制度や慣行が野党に有利に働いていると考えるのが，ヴィスコシティ（粘着性）論である。数で劣勢な野党が与党に対抗できたのは、日本の国会の時間的制約と自民党の一党優位政党制時代において野党に融和的な世論が存在していたからである。モチヅキらは、日本の国会にヴィスコシティを与えている制度や慣行について、①本会議の運営を決める議院運営委員会理事会や委員会の運営を決める各委員会の理事会が、全会一致ルールによって運営されているため、少数派である野党が審議入りや採決の日程について拒否権を有すること、②国会の活動期間が細切れの会期制によって時間的制約があり、会期終了日までに成立しない法案は会期不継続の原則により廃案となること、③委員会制のもとで意思決定が分権的になる結果、野党の介入点が多くなり、党派間の妥協が生ま

[4] レイプハルトは、日本の二院制について、権限関係において両院がほぼ対等であり、ともに直接議員が選ばれる点で対称的であり、両院の選挙制度に起因する構成が類似したものであることから調和的な二院制であるとして、中程度に強い二院制（対称的・調和な両院関係）に位置付けている（Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2nd ed., New Haven: Yale University Press, 2012, pp.305-309.）。

れやすくなること、④二院制によって、衆議院と同じ法案審議を参議院においても繰り返さなければならないことなどを指摘している[5]。これらの制度や慣行を利用し、野党は審議入りや審議そのものを引き延ばし、会期末ぎりぎりになっても法案が未成立の状態に政府与党を追い込むことを常套手段としていた。自民党の長期政権が継続していた55年体制（1955－1993年）では、野党を支持する少数派の要求は，政府を通じて実現することは困難であった。そのため、世論も国民の幅広い利害を政策決定に反映させるための便法として、野党の抵抗戦術に対して比較的寛容であった。また、与党の強行採決に対しては、不正常な国会審議として野党との話し合いを求めた。残り少ない会期と世論の反応を睨みながら、採決を強行するか、話し合いによって、野党の要求を部分的に取り入れた修正を行うかの決断を政府与党に強いてきたのである。閣法の修正や廃案の割合が提出法案の２割に上るのは、こうしたヴィスコシティ論を裏付けるものであり、55年体制が終焉し、野党第一党が民主党や自民党に代わっても、法案の対決度が増すほど、こうした野党の抵抗戦術が復活し、決してなくなることはない。

２．国会の制度は多数決型か

こうしたヴィスコシティ論に対して、日本の国会制度が戦後の憲法、国会法の制定当初から多数決型の要素を持つものとして位置づけられてきたとの指摘も見られる。増山は、日本の国会を、①公式な制度として議院運営委員会があり、全会一致が尊重されるものの制度的には議院多数に依拠する議長の決裁権が規定されていること、②憲法上予算の編成・提出権は内閣に専属し、予算を伴う議員立法には発議における賛同要件が加重されているなど、予算関連法案に関する政府特権はかなり強いものであること、③委員会理事会が委員会議事を決定しているが、議院には中間報告によって委員会審議を経なくても最終的な議決を行うことが保証されており、法案の付託撤回権をもつ議院の議事運営機関が委員会議事を決定すること、④質疑や討論の終局動議は多数決によって

[5] Mike Mochizuki, *Managing and Influencing the Japanese Legislative Process: the Role of Parties and the National Diet*, Ph.D. Dissertation, Harvard University, 1982.

おり、また、議長の職務権限として、質疑や討論、投票に時間制限を課すことが認められており、議院の多数が法案審議における妨害を排除できることを指摘し、日本の国会の制度構造は議事運営の制度的権限を与党が掌握するという意味において、多数主義的な議事運営を制度的に保証しているとの視点を提示している[6]。

実際に、55年体制が終焉すると同時に、1996年の総選挙から小選挙区比例代表並立制が導入されると、衆議院の有効議会政党数が、平均で3.0から2.3に減少し、二大政党制に移行することとなった。野党第一党は、審議拒否よりも閣法の対案の提出を活発に行い、表決に至るまでの説明や質疑、討論に力を入れるようになった。与党側も、委員長や議長の議事運営権を用い、野党が審議に抵抗する場合には、多数決採決も辞さない対応を取るようなった。かつての55年体制当時の全会一致ルールは紳士協定化し、現在では本来の採決ルールに基づく決定がなされるようになっているのである[7]。また、小選挙区制の導入は、派閥や族議員レベルに分権化された自民党内の意思決定権限を、候補者公認権やポスト配分権を持つ党執行部に一元化させ、委員会における委員の自律性も党執行部の統制のもとで制約されることとなった。委員会レベルでの党派間の妥協は党執行部の方針に依拠することをより強めることとなったのである。会期制による時間的制約も会期の延長や臨時国会の召集などで実質的な通年国会化が図られている[8]。こうしたことから、野党に有利な国会の制度や慣行は、必ずしも与党に不利なわけではなく、与党が国会運営において強硬路線を採る場合の立法的・非立法的コストを勘案し、限定的に野党に譲歩した場合にみられるものであるともいえる[9]。もっとも、ねじれ国会の場合には、与野党が逆転した参議院における多数決は、与党側ではなく、野党側に有利に働くのであり、日本の国会における議事運営権や採決ルールはともに議院における多数派が有利に行使しうるものなのである。

---

[6] 増山幹高『議会制度と日本政治―議事運営の計量政治学』木鐸社、2003年、61-68頁。

[7] 川人貞史『日本の国会制度と政党政治』東京大学出版会、2005年、171頁。

[8] 1995年から2014年の20年間の国会の年間会期日数の平均は236日となっている。

[9] 増山・前掲書212頁。

3．国会審議の効率性と代表性

このように、国会の制度やその運営は、1990年代後半以降、選挙制度改革による二大政党化が進む中で、野党に有利なヴィスコスティ中心から、多数決型の傾向を増しているように想定される。国会のヴィスコスティやねじれ国会におけるコンセンサス型が代表性の多元化をもたらし、多数決型が効率的な統治をもたらすとすれば、日本の国会審議は、効率性と代表性のいずれの面をより反映するようになっているだろうか。

本分析では、本会議・委員会の開会回数や会期日数、首相の国会出席日数、閣法の修正率や議員立法の成立数が少なく、閣法の成立率が高い場合を政府にとって効率的であると仮定し、逆に、本会議・委員会の開会回数や会期日数、首相の国会出席日数、閣法の修正率や議員立法の成立数が多く、閣法の成立率が低い場合に、野党にとって代表性が高まると仮定した。新進党や民主党が結党され、自民党と野党第一党との間で二大政党制への移行がみられるようになった1995年から2014年までの20年間（暦年）を対象期間とし、項目別に各年の数値を算出し、その相関を示した（**表２**）。

表２　効率性と代表性の相関関係

		閣法成立率	閣法修正率	本会議・委員会の開会回数	会期日数	首相の国会出席日数	議員立法の成立数
閣法成立率	Pearson の相関係数	1	−.487*	.615**	−.115	.122	−.119
	有意確率（両側）		.029	.004	.630	.609	.618
	度数	20	20	20	20	20	20
閣法修正率	Pearson の相関係数	−.487*	1	−.592**	.218	−.080	.275
	有意確率（両側）	.029		.006	.356	.737	.241
	度数	20	20	20	20	20	20
本会議・委員会の開会回数	Pearson の相関係数	.615**	−.592**	1	.190	.166	.191
	有意確率（両側）	.004	.006		.424	.484	.421
	度数	20	20	20	20	20	20
会期日数	Pearson の相関係数	−.115	.218	.190	1	.170	.558*
	有意確率（両側）	.630	.356	.424		.474	.010
	度数	20	20	20	20	20	20
首相の国会出席日数	Pearson の相関係数	.122	−.080	.166	.170	1	−.079
	有意確率（両側）	.609	.737	.484	.474		.741
	度数	20	20	20	20	20	20
議員立法の成立数	Pearson の相関係数	−.119	.275	.191	.558*	−.079	1
	有意確率（両側）	.618	.241	.421	.010	.741	
	度数	20	20	20	20	20	20

*. 相関係数は５％水準で有意（両側）。
**. 相関係数は１％水準で有意（両側）。

分析の結果、閣法の成立率と閣法の修正率には中程度の負の相関関係がみられた（r＝−.49, p＜.05）。つまり、閣法の成立率が高い場合は修正率が低く、逆に成立率が低い場合は、修正率が高いということになる。このことは、効率性と代表性のトレードオフの関係を示唆しているともいえる。では、こうした閣法の成立率や修正率はどのような変数によって説明可能となるのだろうか。閣法の成立率、修正率ともに相関関係にあるのは、本会議・委員会の開会回数である（**図１**）。本会議･委員会の開会回数が多い場合、閣法成立率も高く（r＝.62, p＜.01）、逆に、本会議･委員会の開会回数が少ない場合、閣法修正率は高い（r＝−.59, p＜.01）。このことは､本会議や委員会を開催し､閣法を審議することで、法案を処理するために必要な審議時間を満たすことが、閣法の採決のための条件となっていることを示唆している。問題のない法案においては、平均１～２日、重要法案の場合は、過去の同様の重要法案の審議時間が参考とされ、与党側が採決を行う理由としている慣行とも符合する。逆に、野党側としては、審議時間が満たない場合には､採決を拒否する理由となり､こうしたことからも、審議時間を規定する開会回数が閣法の成立率に関係していることは興味深い。他方で、本会議や委員会の開会回数が少ないことが、閣法の修正率が高いことと相関があることは、衆議院段階で修正を行うことで、参議院での与野党間の対決度や重要性が低下したことの現れとも考えられる。しかし、衆議院と参議院の本会議・委員会開会回数は強い相関があり（r＝.88, p＜.01）、参議院でも、野党は与党に対して一定の審議日数を要求する。とするならば、与野党の対決度が強まり、野党の審議拒否などの抵抗によって審議日程が窮屈になることで与党側が修正に応じるというヴィスコシティ的な対応が依然として存在しているというよりも、むしろねじれ国会の場合には、当初から修正を想定して、委員会審議と並行して委員会外の理事会等で実質的な修正交渉を優先していることが、開会回数の減少の要因とも考えられよう。いずれにせよ、本会議や委員会の開会回数を増やすことが閣法の成立率を高めるとすれば、効率性とは単に審議日数を切り詰め、国会にかける政府側の資源を省略することとは異なるものであるといえる。なお、議員立法の成立数と会期日数にも一定の相関がみられる（r＝.56, p＜.05）。通常国会の会期の前半は予算関連法案の処理に充てられ、議員立法が審議されるのは会期後半にならざるをえない。会期末には、積み残しの閣法の処理に追われ、会期延長や臨時国会を召集しないと議員立法の処理に充てられる日数が確保できないことが影響しているとも考えられる。

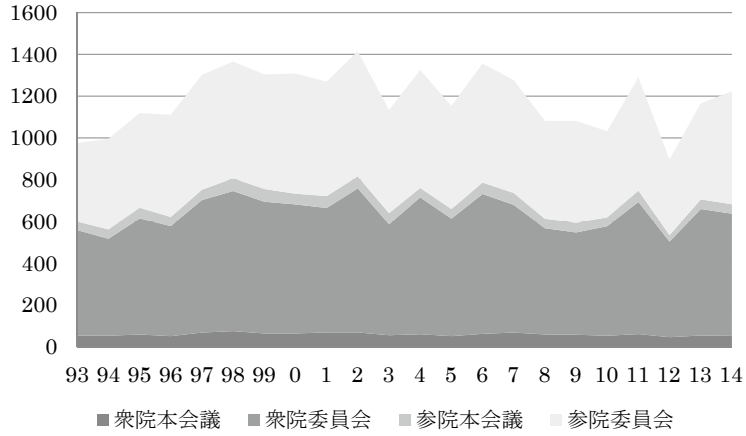


図１　本会議・委員会の開会回数

４．ねじれ国会は効率性と代表性に影響するか

１）閣法の成立率と修正率

ところで、閣法の成立率と修正率には、衆参両院で多数派が異なるねじれ国会が影響を及ぼしていると考えられる。日本の国会における衆議院による再可決や両院協議会は比較制度的には、ナベットシステムに相当するものである[10]。このナベットシステムの下では、上院の影響力はアジェンダの支配の有無や意思決定ルールによって規定される[11]。野党がアジェンダを支配できるのは、与党が衆議院で３分の２の議席を有しておらず、与党による参議院での多数派の形成が不可能な場合である。この場合を完全ねじれ国会と呼ぶこととする。特に、参議院で野党第一党が過半数を占めている場合、野党第一党が拒否権を持つことになる。この場合を「強い相違」と呼ぶことにする。また、野党第一党が参議院で過半数に満たなくとも第一党の場合、議長、主要常任委員長のポスト占めることで、議事運営権を行使することが可能となり、依然として野党第

[10] George Tsebelis and Jeannette Money, *Bicameralism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p.60.

[11] ジョージ・ツェベリス（眞柄秀子・井戸正伸監訳）『拒否権プレイヤー』早稲田大学出版部、2009年、186頁。

一党がアジェンダを支配することができる。この場合を「中程度に強い相違」と呼ぶこととする。他方で、野党第一党が参議院の第一党ではなく、議事運営権を与党が保持している場合、野党第二党以下の賛成を取り付けることができれば、参議院の過半数を与党が確保することも可能となる。この場合、与党と野党第二党以下がアジェンダを支配することになる。この場合を「弱い相違」と呼ぶことにする。これに対して、与党が衆議院で３分の２の議席を有しており、参議院で否決されても衆議院で再可決が可能な場合には、与党がアジェンダを支配できる。この場合を不完全ねじれ国会と呼ぶこととする。

表３　55年体制以降のねじれ国会

期間	内閣	政権	形態	相違	成立率	修正率
1989-1993年	海部・宮澤	自民党	**完全ねじれ**	弱い相違	99.2%	12.1%
1998-1999年	小渕	自民党→自自連立	**完全ねじれ**	弱い相違	100%	13.3%
2007-2009年	福田・麻生	自公連立	不完全ねじれ	**強い相違**	90.2%	26.8%
2010-2012年	菅・野田	民国連立	**完全ねじれ**	**中程度に強い相違**	80.8%	34.5%
2012-2013年	第二次安倍	自公連立	不完全ねじれ	**中程度に強い相違**	84%	22.2%

注）成立率は閣法新規提出件数に対する継続を含む成立件数。修正率は閣法成立法案中の修正成立件数。

55年体制の確立により、日本では、自民党の一党優位政党制が長期間継続されたが、1989年参議院選挙を嚆矢に、その後、しばしば、ねじれ国会が生じている。上記ねじれ国会の期間の閣法の成立率と修正率を比較したのが、**表３**である。1990年代までのねじれ国会で閣法の成立率が高く、閣法の修正率が相対的に低かったのは、与党が参議院の第一党を占める弱い相違であり、過半数議席の不足を補う中間政党が野党に存在したからである。1989年から93年までは、公明党、民社党が、1998年から1999年では、自由党、公明党が補完政党の役割を果たした。しかし、自民、民主両党が衆議院の議席の８割以上を占める二大政党制が出現することにより、野党第二勢力が縮小し、参議院の過半数を満たす補完政党を確保することが、自民、民主両党とも困難になってきた。政権獲得を巡って、自民、民主両党が敵対的対立の関係になると、野党第一党が参議院の第一党を占める強い相違や中程度に強い相違のねじれ国会では、法案成立

率の低下と修正率の増加が顕著になるようになったのである。

1995年から2014年までの国会で、ねじれ国会であった時期と非ねじれ国会であった時期を比較すると、ねじれ国会であった時期の閣法の成立率は88.8% であるのに対し、ねじれ国会でなかった時期の閣法の成立率は95.5% であった。また、ねじれ国会であった時期の閣法の修正率は26.1% であるのに対し、ねじれ国会でなかった時期の閣法の修正率は8.0% であった。閣法の成立率や修正率は与党が衆参両院の多数を握っていた時期にはほぼ一定の水準であるのに対し、参議院で与党が多数を失った時期には、完全ねじれ国会が不完全国会よりも、強い相違や中程度に強い相違がある場合が、弱い相違がある場合よりも、閣法成立率の低下や、閣法修正率の増加がより顕著に表れている。このように、ねじれ国会は国会審議の効率性を低下させるものの、代表性の多元化を増すことになるのである。

自公連立政権の福田内閣（168回・169回国会）、麻生内閣（170回・171回国会）、第二次安倍内閣（183回国会）の時期は、不完全ねじれ国会（2007年８月－2009年７月[12]、2012年12月－2013年６月[13]）であり、強い相違または中程度に強い相違があった。同時期では、衆議院での再可決が可能なことから、与党の立場から見れば、与党が絶対に成立させたいものは再可決で成立し、譲ってもよいものや野党も賛成するものは、話し合いで成立させることになったと考えられる[14]。与党と民主党が対立し、妥協が困難な法案に関して、憲法第59条第２項の規定により衆議院で再可決した閣法は12件、憲法第59条第４項の規定により否決とみなし、同条第２項の規定により衆議院で再可決した閣法は６件であった。これらの法案に対して、野党第一党の民主党はすべての法案に反対または

[12] 168回国会最終日における参議院での与党の議席は総定数242名に対し、自民党84名、公明党21名の計105名であった。議長、議院運営委員長に加え常任委員長ポストも総務、外交防衛、財政金融、厚生労働、農林水産、経済産業、国家基本政策、決算の各委員長職を民主党が占めていた。

[13] 183回国会最終日における参議院での与党の議席は総定数242名（欠員５名）に対し、自民党83名、公明党19名の計102名であった。議長に加え常任委員長ポストも内閣、外交防衛、財政金融、厚生労働、農林水産、経済産業、予算、懲罰の各委員長職を民主党が占めていた。

[14] 川人貞史「第５章衆参ねじれ国会と政権の運営」西原博史編『立法学のフロンティア２立法システムの再構築』ナカニシヤ出版、2014年、124頁。

採決を拒否している。この与野党対立法案18件の衆議院と参議院の委員会の実質審議日数には強い相関があり（r＝.71, p＜.01）、衆議院の平均実質審議日数（趣旨説明のみの審議日を除く）は4.1日、参議院の平均実質審議日数は4.7日であった。これらの法案のうち、第二次安倍内閣での衆院小選挙区区割り法案で、参議院において委員会での趣旨説明聴取すら行われることなく、みなし否決によって衆議院の再可決が行われた事例はむしろ例外であった。つまり、たとえ、衆議院での再可決が可能である不完全ねじれ国会であったとしても、参議院でも衆議院とほぼ同数かそれを上回る審議回数が確保されており、みなし否決までの60日ルールを利用して野党が参議院側で審議を意図的に引き延ばすために審議を拒否する戦術は例外的であるといえよう。このことは不完全ねじれ国会下であっても野党の国会戦術は審議の引き延ばしよりも、充実に向けられており、国会審議の充足を損なうものではないといえよう。

他方で、民主党連立政権の菅内閣（175回･176回･177回国会）、野田内閣（178回・179回・180回・181回国会）の時期（2010年７月－2012年11月[15]）は、完全ねじれ国会であり、中程度に強い相違があった。同時期では、参議院での与野党対立は閣法の未成立を意味した。そのため、衆議院において与野党間で修正合意できるかが法案審議の焦点となり、民主、自民、公明の三党によって、法案修正の交渉がしはしば行われた。その結果、自公両党主導の閣法修正や議員立法が多く成立し、政府与党にとっての効率性は低下したものの、代表性の多元化がより増すこととなった。しかし、対決法案をめぐっては三党の協調体制はくずれ、菅内閣においては、第二次補正予算と赤字国債発行法案、再生可能エネルギー法案の成立と引き換えに菅首相が退陣し、野田内閣も消費税増税法案成立時の近いうちに解散との言質に拘束され、赤字国債発行法案の成立と引き換えに、敗北することが確実に予想される衆議院解散を余儀なくされた。衆議院で与党が３分の２の議席を有しない完全なねじれ国会では、与党は野党との協議に重点を置き、合意できたものだけが成立することとなったのである[16]。

---

[15] 175回国会最終日における参議院での与党の議席は総定数242名に対し、民主党106名、国民新党３名の計109名であった。議院運営委員長に加え常任委員長ポストも法務、文教科学、国土交通、環境、国家基本政策、決算、行政監視の各委員長職を自民党または公明党が占めていた。

[16] 川人・前掲「第５章衆参ねじれ国会と政権の運営」130頁。

2）野党主導の議員立法の可決数

一方、ねじれ国会の有無は議員立法の成立数との間に相関はない。ところが、議員立法のうち、野党主導の議員立法の可決数についてみた場合、ねじれ国会では野党提出の議員立法の可決数が急増する（**図2図3**）。98年の金融国会では、野党提出の金融再生法案を与党が丸呑みで成立させ、07年から09年のねじれ国会では、民主党を中心とする野党提出の議員立法が与野党逆転した参議院において年間平均で10件近く可決されることとなった。11年の震災復興国会（177回国会）では、自公両党の主導で多くの震災復興法案が議員立法や修正案で提出され、与野党協議の結果、与党も賛成することによって、政府立法を補完・代替する役割を担った[17]。

ところで、ねじれ国会では、野党は衆議院と参議院のいずれにおいて、自らの政策を議員立法または修正案として提出し、政策のアピールをしているだろうか。野党時代の民主党は閣法や与党案の対案となる議員立法や修正案は先議院である衆議院に提出し、閣法修正や与野党共同の委員長提出にこぎつけることを重視した。ところが、閣法等の対案でない独自の新規提出法案（先行法案）の場合、衆議院に提出しても審議されることはほとんどない。これは、与党側が衆議院の議事運営権を握っているため、閣法等の対案関係にない野党提出の新規提出法案（先行法案）の審議を意図的に回避しているためである。このことは衆議院においてはねじれ国会、非ねじれ国会においても同様である（**図4**）。そのため、野党は、新規提出法案（先行法案）の場合、衆議院を提出院とせず、

[17] 衆法では、閣法の対案の東日本大震災復興再生基本法案が委員長提出として、同じく閣法の対案の東日本大震災により生じた災害廃棄物の処理に関する特別措置法案が委員長提出として成立した。また、閣法の原子力損害賠償支援機構法案が野党の要求を受けて与野党共同で修正し成立した。参法では平成二十三年原子力事故による被害に係る緊急措置に関する法律案を衆議院において与野党共同で修正して成立した。同じく参法の株式会社東日本大震災事業者再生支援機構法案は177回国会では衆議院継続となったが、179回国会において与野党共同で修正し成立した。野田内閣時の179回国会では、閣法の東日本大震災復興特別区域法案と対案の参議院自民党提出の東日本大震災に係る災害復旧及び災害からの復興のための臨時の交付金の交付に関する法律案の両案について衆議院で与野党協議を行い、与野党共同で閣法の修正を行い成立した。同じく閣法の復興庁設置法案も与野党共同で修正し成立した。

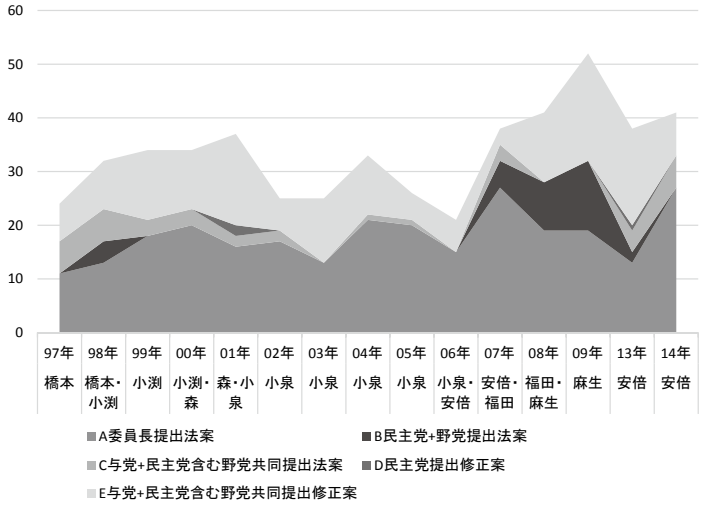


図２　野党時代の民主党が関与した議員立法および法案修正の可決件数

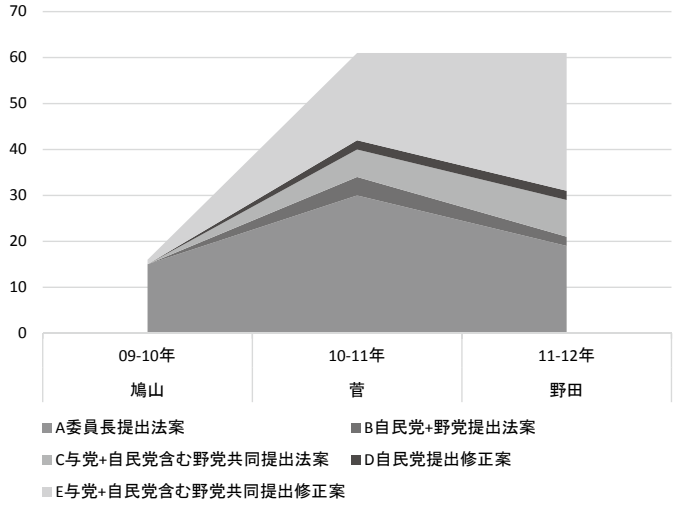


図３　野党時代の自民党が関与した議員立法および法案修正の可決件数

野党委員長を通じて議事運営権を行使できる参議院を提出院として選択し、参議院で審議可決することによって、その政策の内容や与党に対する先行性を有

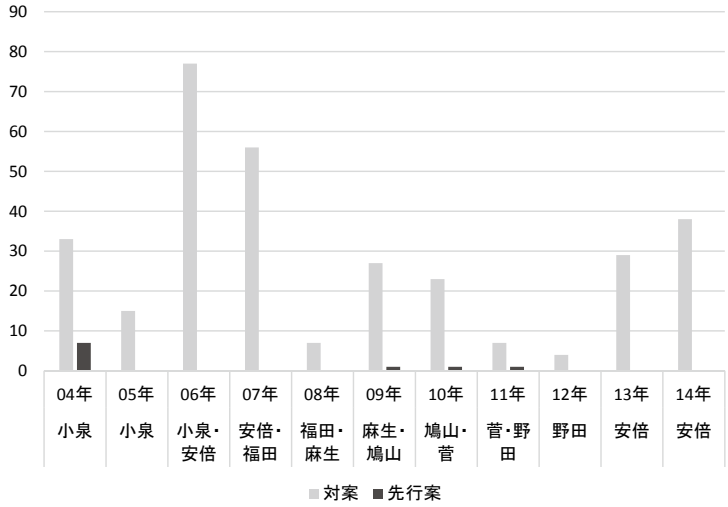


図４　野党単独提出議員立法の衆議院における実質審議日数（衆法）

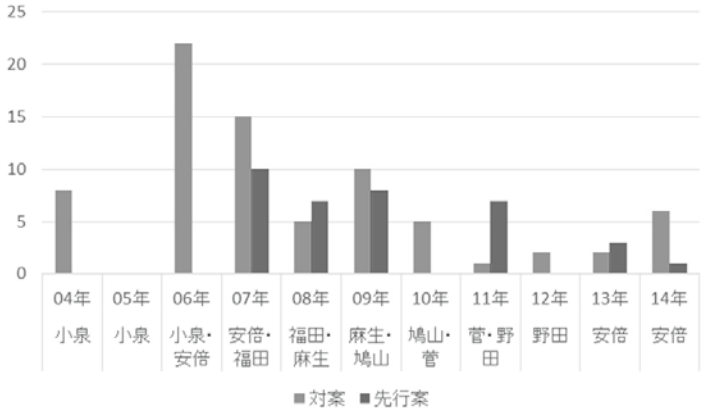


図５　野党単独提出議員立法の参議院における実質審議日数（参法）

権者にアピールすることを図っていると考えられる（**図５**）。実際に、自公政権時のねじれ国会（福田・麻生内閣）で民主党が提出し、委員会で審議・可決された参議院議員提出法案の約７割は民主党委員長の委員会であった。また、参議院で可決された民主党提出の参法の内、閣法の対案と新規提出法案（先行

法案）の比率は１対９で圧倒的に新規提出法案であった[18]。

一方、自民党が野党に転じた後のねじれ国会では、震災関連法案に限定されるものの、参議院に法案を提出し、与党側に受け入れさせ共同で成立させる事例が増えたことは不完全ねじれ国会と完全ねじれ国会での野党の交渉力の差を反映するものであろう。このように、野党が議員立法や修正案をねじれ国会において戦略的に活用し、衆議院では対案審議による政策の部分的実現を、参議院では審議と可決による政策のアピールを図っていることは、国会がその代表性の多元化を増すことに寄与するものとなっている。もっとも、ねじれ国会が解消すると、野党の新規提出法案（先行法案）は、参議院においても、審議されることがなくなり、野党の新規の政策のアピールの機会が著しく低下することになっているのである。

５．国会審議にはどのようなパターンがあるのか

このようにねじれ国会は、閣法の修正率を高め、政府の立場から見れば統治の効率性を低下させるが、他方で、野党の立場からは、代表性の多元化を増すことになる。55年体制時においては、衆参両院において与党が多数を占めていたため、審議が遅らされるが、政治的な重要性は中間程度に低下している「粘着型」の審議パターンが５割近くを占めていたものの、1989年のねじれ国会を契機に、1990年代に２割程度に激減し、代わりに審議は速く短く進んで粘着性がなく、議論も少なく、野党もあまり反対しない「標準型」の審議パターンが７から８割を占めるようになったとの指摘がある[19]。**表４**は55年体制時と二大政党制移行後の国会審議パターンを整理したものである。ラバースタンプ型は、標準型に相当するものであり、与野党間に当初から政策上の差異がなく、形式的な法案審議で成立に至る審議パターンである。手続き的には、閣法に対して

[18] 対案関係にある野党提出の参法を可決した場合、財政運営に必要な財源の確保を図るための公債の発行及び財政投融資特別会計からの繰入れの特例に関する法律案（171回国会閣法）の事例では、参議院で否決され返付された閣法を衆議院で再可決して成立させている。

[19] 福元健太郎『日本の国会政治―全政府立法の分析』東京大学出版会、2000年、110頁。

表４　国会審議パターンの比較

タイプ	政党システム	対象法案	与野党関係の主舞台	審議過程のパターン	立法結果	重視される国会機能	効率性と代表性
ラバースタンプ型	自民一党優位政党制・二大政党制の下での与党優位	閣法	委員会・本会議⇒政府与党主導の場	政府に対する野党の質疑と大臣の答弁・形式的審議	閣法の高成立率	正統化機能	効率性
ヴィスコシティ型	自民一党優位政党制の下での与野党対立	閣法	議運理事会・委員会理事会・本会議⇒政党間の議事日程対決の場	野党による審議入り阻止・審議引き延ばし・採決阻止	閣法の高修正率	決定阻止機能	代表性
多数決型	二大政党制の下での与野党競合	閣法対議員立法	委員会・本会議⇒政党間の意見表明・表決の場	与野党による討論（政策論争）と与党による議事統制権・表決権の行使	閣法の高成立率	立場表明・争点明示・決定機能	効率性
コンセンサス型	穏健な多党制の下での与野党協調	閣法＋修正案	委員会理事会・与野党協議⇒政党間の調整の場	与野党による修正協議重視	閣法の高修正率	合意形成機能	代表性

野党第一党が対案も提出することなく法案に賛成して可決された事例が該当すると仮定する。これに対し、ヴィスコシティ型は、粘着型に相当するものであり、野党が政府案の廃案や部分利益の実現を求め、政府案に対して反対のために審議引き延ばしを行使する審議パターンである。手続き的には、閣法に対して野党第一党が法案の審議入りや採決に抵抗し、法案が継続や廃案もしくは修正された事例が該当する。55年体制においては、福元が指摘するように、両者の審議パターンが顕著であった。

これに対し、二大政党制では与党と野党第一党が政策的に競合することによって、国会審議のパターンも変化することとなった。多数決型は、政府から提出された対決法案に対抗して野党が対案を提示し、委員会や本会議を舞台として政策論争を闘わせる審議パターンであり、手続き的には、閣法に対して野党第一党が対案となる議員提出法案または修正案を提出して採決において反対した事例が該当すると仮定する。二大政党制においては、与党が多数を形成していることから、与党の単独で法案を可決成立させることが容易になる。したがって、対決法案をめぐって野党が反対しても、与党側が多数決によって最終的な決着を図ることが可能であり、野党第一党が強く抵抗する場合には、与党が議事運営権を行使して強行採決や中間報告などの質疑打ち切りによって法案を可決することもありうる。これに対し、コンセンサス型は、政府案と野党の代替案の間で、合意形成を図るための修正協議が重視され、与野党間で合意が形成される審議パターンであり、閣法に対して、野党第一党が与党との間で内容修正に合意し、採決において賛成した事例が該当すると仮定する。衆議院で

二大政党化が進み、与党が多数を形成しても、参議院においては、野党の勢力が与党を上回るねじれ国会は解消されない。その結果、参議院での野党の合意を取り付けるために、衆議院段階において野党との合意を重視した国会対策が与党によって行使されることとなる。コンセンサス型の審議パターンはこうしたねじれ国会において特に顕著になるといえる。

これらの国会審議パターンのうち、政府与党にとってもっとも効率的であるのはラバースタンプ型であるが、文字通り国会の存在理由は希薄となり、単なる通過儀礼に過ぎなくなる。これに対し、ヴィスコシティ型は閣法が修正されることによって結果として代表性の多元化に寄与するものの、そのプロセスとしての審議は形骸化し、国会の争点明示機能は発揮されない。国会審議における意見表明や争点明示機能に重みを置く多数決型または合意形成機能に重みを置くコンセンサス型が国会審議における討議の実現という点からは、55年体制時の審議パターンより望ましいといえる。

そこで、1996年の橋本内閣から2009年と2012年の二度の政権交代を経た2014年の第二次安倍内閣までの期間を対象に、歴代内閣の閣法に対する野党第一党と与党の対応から、委員会での法案審議パターンを多数決型とコンセンサス型に分類し、その頻度を比較することとした（**表５**）。

表５　衆議院における委員会別の審議パターンの変化

	内閣		総務		法務		外務		財務金融		文部科学		厚生労働		農林水産		経済産業		国土交通		環境		安全保障		合計	
審議様式	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型	多数決型	コンセンサス型
橋本					1				2					3					1						4	3
小渕	2	3	1	1		3			6	2			1	2	1	1	2	1	1			1	1		15	14
森						1					1			1	1			2		2					2	6
小泉	4	3	5	4	5	8			6	1	1	2	8	10	4	3	1	4	3	2	4		3	2	44	39
安倍	1			1	2	1					2		3										1		9	2
福田		1		3		1		1					1		4		1			1			3		9	7
麻生		5		1	1					1		2	1	4		2		1		3		1	2	1	4	21
鳩山	1		1								1			2		1			1		1				5	3
菅		1	1	4						2		2		3		3		2							1	17
野田		2		4		2		1		5		1		11		1		1		3				1	0	32
安倍	1	8	2	2	1				1		1	1	1	5	1	2		3				2			8	23
計	9	23	10	20	10	16	0	2	15	11	6	8	15	41	11	13	4	14	6	11	5	4	10	4	101	167

注）１．関連法案が一括提案されて審議採決された場合は合せて１件としてカウントした。
２．特別委員会に付託された法案については法案の所管省庁に対応する常任委員会に含めた。
３．第二次安倍内閣は2014年187回臨時国会までのデータ。

両者の類型化については、閣法に対して衆議院の委員会審議において野党第一党が対案となる議員提出法案または修正案を提出して採決において反対した審議パターンを多数決型とし、同じく閣法に対して衆議院の委員会審議において野党第一党が与党との間で内容修正に合意し、採決において賛成した審議パターンをコンセンサス型とした。

分析の結果、橋本内閣から小泉内閣の郵政解散までの国会では、多数決型とコンセンサス型は56件対62件でほぼ均衡していた。多数決型とコンセンサス型の対比が明瞭になったのは、2005年の郵政解散以降、第一次安倍内閣の2007年まで、与党が衆議院の３分の２を占め、圧倒的な優位性を有するようになったことと連動している。同時期では多数決型が22件対４件で圧倒することになる。2006年３月に就任した小沢一郎代表のもとで、野党の民主党が対案の提出を活発化させ、与党との差異を強調するポジショニングを重視したことの現れでもある。民主党のこの対決型の方針は、2007年参議院選挙でねじれ国会になって以降、参議院で野党提出の法案を通過させ、与党との違いをアピールする「法案の嵐」作戦としてより強化されていくことになる。

もっとも、政府与党側から見た場合、ねじれ国会は、閣法の成立に野党との合意形成が不可欠になる。その結果、ねじれ国会となった2007年の福田内閣から2010年の菅内閣を経て、2013年の参議院選挙前の第二次安倍内閣までの期間（鳩山内閣の時期を除く）は、閣法審議において、多数決型18件に対して92件とコンセンサス型が逆に圧倒し、与党の自公両党と野党の民主党または与党の民主党と野党の自公両党が、国会審議を通じて、法案の修正合意に至ったことを示している。

なお、衆参で多数を保持していた第一次安倍内閣や鳩山内閣では、多数決型が上回っており、教育基本法改正案や公務員制度改革法案などの対決法案をめぐり強行採決が頻繁に繰り返された。2013年の参議院選挙でねじれを解消した第二次安倍内閣では、第一次安倍内閣と比較して対決型の国会運営は抑制されているものの、特定秘密保護法案や安全保障関連法案などの対決法案で強行採決が再び行われた。他方で、野党に戻った民主党や維新から対案が提出され、閣法に反対する多数決型のパターンが復活するようになっている。

このように、国会審議のパターンは、野党が対案提出とその審議による立場表明を重視するか、与党との合意形成を目指して修正協議に重点をおくかという野党の国会戦術により影響を受けるとともに、与党側も、野党に対して、衆

参両院（特に参議院）の議席でどの程度の優位性をもっているかで多数決型かコンセンサス型かが規定されるといえる。

6．国会審議をどのように変えるべきか

以上みてきたとおり、2005年の郵政解散選挙以降、与党が衆議院の圧倒的多数を支配し、同時に参議院では野党が多数派を握るねじれ国会と非ねじれ国会が交互に出現している。ねじれ国会は、国会審議パターンをコンセンサス型とし、国会における野党の影響力を高め、国会における代表性の多元化を強化することに寄与している。他方で、非ねじれ国会では、重要法案を除いて、野党の抵抗は弱まり、閣法成立促進の効率性が優先されるようになる。閣法の修正率は低下し、野党提出の議員立法も対案を除いて審議されることなく、与野党間の争点明示機能も低下せざるをえなくなる。

国会審議の活性化を目的に、1990年代後半から2000年代にかけて導入された国会改革では、官僚による答弁を認めてきた政府委員制度を廃止し、政治家による討論を実現するために副大臣制や党首討論を導入した。また、国政調査権を機能させるために、衆議院議員40人以上の要求で下調査を可能とする予備的調査制度を衆議院に導入した。これらの成果として、官僚答弁が大幅に減少し、大臣、副大臣、政務官による政治家の答弁がスタンダードになった。予備的調査制度も民主党によって盛んに行使され、政府を追及する行政監視機能の有力な手段となった。しかし、こうした活性化のための改革も、野党勢力が減少し、自民党を中心とする与党の一強多弱政党制のもとで、特に予備的調査制度の不活性化や野党単独提出の議員立法の審議日数の減少などによって機能不全に陥りがちとなっている[20]。

ねじれ国会解消後の186回通常国会（2014年）において与野党７党の間で合意した国会審議の充実の申し合わせは、閣法の即時付託や常任委員会の定例日原

[20] 民主党が野党第一党の時代（1998年－2009年）の民主党からの予備的調査の要求件数は合計42件（ほかに自民党要求１件、委員会の議決に基づくもの２件）に達したが、自民党が野党第一党になった時代（2009年－2012年）の要求件数はわずか１件に過ぎない。2012年に民主党が再び野党第一党になって以降は2014年まで要求件数は０件となっている。

則開催、首相の国会出席軽減など、議員立法の積極的議論を含むものの、代表性の多元化よりも、審議の効率化に重点が置かれた、多数決型により適合的な内容が含まれている。

こうした国会改革案が合意された背景には、自公両党に加えて民主党も政権担当経験を経て、政府与党の立場からの国会の効率化への一定の理解が与野党間に醸成されたことがあろう。当初の改革の提案者が、日本維新の会であったこともこうした国会の効率化志向のきっかけとなった。もっとも、ねじれ国会の解消後も、本当に日本の国会が多数決型として効率性が重視されるように転換したかは議論の分かれるところである。

ヨーロッパの議会の類型化を行ったギャラハーらは、議事コントロール、主要な活動機関、委員会付託前の本会議による拘束の３つの指標から、英仏等の議会を多数決型に、独墺伊等の議会をコンセンサス型に位置づけている[21]。英仏議会においては、政府の対議会権限は強く、議事コントロールは政府主導であるのに対し、ドイツの議会では、政府の対議会権限は間接的で多数派の規律に依存せざるを得ない[22]。日本も同様に、政府は制度的に法案提出以後、国会の議事運営に関与することができず、与党に国会対策を依存せざるを得ない。そのためすべての閣法について与党の事前審査を行い、政府と与党の意思を統一して、国会対応にあたる。その結果、政府は与党の国会対策委員会を通じて、間接的に議事コントロールを行うことになっている。

一方、ギャラハーらが指摘するように、多数決型の議会では、主要な活動機関は本会議であり、本会議による委員会の拘束が強い。そのため、本会議においては、与野党間の討論機能が重視され、また、与党による事前審査を経ていないので、委員会において与党による政府提出法案の修正も少なくない。これに対して、日本では、委員会が活動の中心であるものの、与党の影響力行使は事前審査において実質的に終了しており、委員会は主に野党が政府を追及し、与野党が採決をめぐり駆け引きを行う場になっている。これまで委員会は、理

[21] Michael Gallagher, Michael Laver and Peter Mair, *Representative Government in Modern Europe*, 5th ed., Maidenhead: McGraw-Hill Higher Education, 2011, pp.53-58.

[22] 野中尚人『さらばガラパゴス政治―決められる日本に作り直す』日本経済新聞出版社、2013年、21頁。

事会における全会一致ルールに基づき、与野党間の合意を得ながら議事運営を行うという点で、コンセンサス型の特徴を有してきた。1990年代の政権交代を経て、この全会一致ルールは、与党の多数主義によって、しはしば破られてきたのも事実である。しかし、与党が衆参両院の多数を占めている状況においても、対決法案を除いて、委員長が与野党間の協調によって委員会を運営してきたスタイルに変わりはない。そのため、委員会で野党が抵抗を示した場合、野党の要求を与党が修正や政府答弁等の形で一部受け入れることで法案の通過を確実にするというヴィスコスティ型やコンセンサス型の特徴を示すことになりやすい。本会議はこうした与野党間で決着のついた委員会の決定を追認するだけのものになり、その審議時間は極めて少ない。こうした形骸化した本会議は、国会の討論機能を著しく阻害することになっているのである。つまり、国会の制度や慣習は、多数決型に適合的というよりも、なお依然としてヴィスコスティ型やコンセンサス型の運営が継続されているのである。こうした傾向はねじれ国会においてより顕著となり、このような国会運営は、多数決型の国会と比べた場合、政府から見た法案成立の効率性を阻害し、与野党間の争点明示機能も十分に担保されないままであるといえる。

こうした国会の非効率性に対する認識が、2014年の与野党７党による国会審議の充実の申し合わせに帰結したとも考えることができよう。では、このような効率性をさらに強化する改革案は、妥当なものといえるだろうか。たとえば、与野党間の政策的な立場表明を党首間の討論の形で公開し、争点の明示化を図ると考えられる党首討論も、与野党のそれぞれの思惑によって、2014年までで年間平均3.75回（過去５年間では2.4回）と極めて非活発なまま推移している。党首討論の毎月実施との交換関係にある首相の国会出席回数の軽減も、首相の外国訪問が年間約70日近くに達する状態[23]で、国会審議に長期間、首相を拘束することは日本の外交政策の遂行上に支障を及ぼしているとすれば効果的であるといえるかもしれない。しかし、現実には、首相の国会出席日数は年間で80日程度であり、会期中ずっと拘束しているわけではない。むしろ、党首討論の導入によって、首相の国会負担は減少しているのが事実である。首相の国会発

[23] 2012年12月26日から2014年１月24日までの延べ日数（衆議院議員鈴木貴子君提出安倍晋三内閣総理大臣の外遊に関する質問に対する答弁書内閣衆質186第21号2014年２月12日）。

言日数（出席日数とほぼ同じ）は、1999年の党首討論の導入に伴う首相の国会出席制限の申し合わせ[24]により、年間平均130回程度から、80回程度と約４割も減少することになっているのである（**図６**）。こうした傾向は民主党連立政権において、東日本大震災復興特別委員会や社会保障と税の一体改革特別委員会において出席日数が増加し、一時的に増加したものの、自公連立政権の復活以降は、また元の水準に戻ってしまっている。なお、首相の本会議出席は閣法の趣旨説明、委員会出席は予算委員会が中心で、そのほかの委員会出席は最重要法案に限定されるため、衆参両院の出席日数にはほとんど差異はない。ねじれ国会であるということが首相の出席日数を増大させることに直接つながっているわけではないのである。こうしたことから、首相の国会出席義務の軽減は、政府与党にとっての省力化には寄与するが、首相の説明責任が低下し、国会の行政監督機能や争点明示機能を損なうだけである。

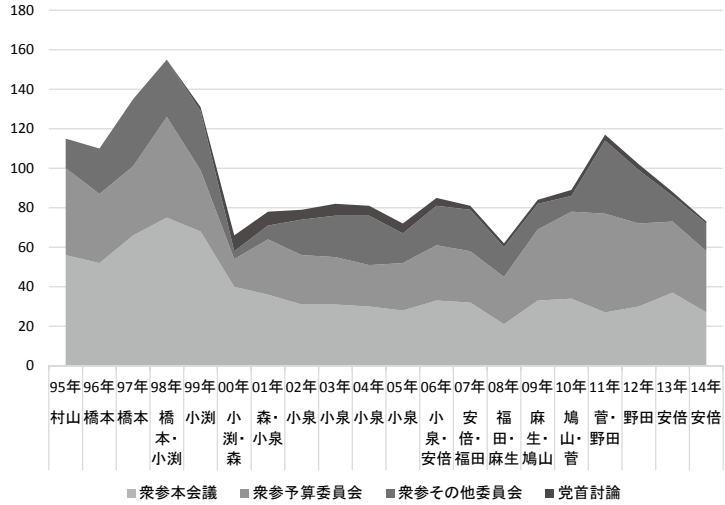


図６　首相の国会出席回数の変化（暦年別）

[24] 2000年２月16日の「国家基本政策委員会合同審査会の運営についての申合せ」では、党首討論を会期中、毎週一回行うことが合意されたものの、総理が衆参の本会議、予算委員会、重要広範議案審査の委員会に出席する週には開会しないことが合意された（大西勉「党首討論をめぐる若干の問題」中村睦男・大石真編『上田章先生喜寿記念論文集・立法の実務と理論』信山社、2005年、878～879頁）。

一方、閣法の委員会即時付託や議員立法の審議機会の確保は、野党の抵抗による日程闘争やその対抗としての与党による野党の法案の封じ込めを排除し、国会の審議機能の量的質的改善につながることとなろう。しかし、閣法の即時付託は、吊るし戦術を対決法案の審議入り阻止の有効な手段としている野党内に反対があり、その実効性が問われる。同様に、野党の新規提出（先行法案）の議員立法を未付託のまま放置しているのが現状であり、与党側の対応を変えることも容易ではない。実際に、衆議院では非自民連立政権の細川内閣に対抗する形で、当時野党となった自民党がすべての閣法に対して趣旨説明聴取要求を行った1994年頃から現在に至るまで、ほぼすべての法案に吊るしの要求がつけられており[25]、同様に、議員立法も委員会への即時付託は行われていない。ねじれ国会によって、参議院で委員会運営の主導権を握った場合を除いて、対案関係にない野党の新規提出法案（先行法案）は、そもそも審議されないという現実はほとんど変わっていないのである[26]。

その一方で、閣法の審議日程に関して、政府側にイニシアティブが与えられておらず、与野党間の日程協議に依存せざるを得ない現行の制度や運用の見直しは不可欠である。閣法の即時付託と委員会定例日の原則開催が必要とされるのも、閣法の審議日程の決定に政府側が関与できないことを原因とするものであるともいえる。政府の提出による閣法に関しては、その重要度に応じて、政府側は法案の提出時期を通じて、国会の審議日程における優先順位をあらかじめ設定することができる。しかし、法案提出後は、委員会の付託時期や委員会での審議日程が、与野党間の交渉による理事会協議に委ねられるため、政府側が設定した重要度に関係なく、法案の成立時期や成立の可否が国会によってコントロールされている。このことが、与党の事前審査制度や党議拘束を厳格な

[25] 向大野新治『衆議院―そのシステムとメカニズム』東信堂、2002年、110頁。159回国会（2004年）から187回国会（2014年）までの間で、閣法が提出日に衆議院の委員会に即日付託された件数はわずか２件、翌日に付託された件数も14件に過ぎない。

[26] 2004年から2014年までで参法の新規提出法案（先行法案）が審議されたのはほぼすべてがねじれ国会下であり、ねじれ国会でなく審議されたのは187回国会のインターネット等を通じて国外から行われる役務の提供に対する消費税課税の適正化のための措置に関する法律案（民主党・維新の党・元気にする会共同提出）の１件に過ぎない。

ものとし、政府が与党の国会でのフリーハンドを拘束することにつながっているともいえる。結果的に、国会は政府与党と野党が対峙し、法案の審議日程を中心に駆け引きをする場に陥る原因となっているのである。重要な歳入法案や予算に関係する法案の審議日程については、政府側にイニシアティブを与え、その代わりに与党は野党とともに委員会において政府に対する監督機能を十分に果たすべきである。このように、政府からの与党の自律性を高めることで、委員会や本会議の審議を充実させるとともに、最終的な決定段階では、政府が与党議員に対して党議拘束をかけることで、政党規律を確保することも可能であろう。

他方で、完全ねじれ国会になることによって、野党がアジェンダ設定を支配することになり、与野党間の合意形成機能が高まったとしても、非ねじれ国会になると、その反動として、与党がアジェンダ設定者として、野党の影響力を多数決で排除する国会に転じるのが現状であろう。このように与野党間のアジェンダ支配の所在によって、国会の審議の密度やその機能の濃淡が変化する脆弱な国会ではなく、効率的でかつ多元的な代表性を反映できるような、恒常的な国会の制度、運用を求めなければならないだろう。

その一案として、ねじれ国会にだけ依存しない衆参両院の機能の役割分担を図ることで、効率性と代表性の両面から機能する国会改革を実現しうるのではないだろうか。衆議院では、重要法案に関して、野党も対案を提出し、首相や閣僚の出席のもとで、政府与党と野党との間でアリーナ型の論戦を深め、討論機能や争点明示機能を重視することとする。そして、参議院においては、対決型の論戦から一歩下がって、国政調査や法案の逐条審査などの精査に重点を置き、行政監視機能を高めるべきではないか。野党の新規提出法案（先行法案）も、参議院においてまず自由討議を含む審議を行い、与党側に共同提案を働きかけていくことも検討すべきであろう[27]。この場合、参議院では、閣僚の出席よりも、

[27] 2014年の与野党７党による国会審議の充実に関する申し合わせでは、議員提出議案を自由討議の活用も含めて積極的に各委員会で議論するとして、各党議員から提出された法案を速やかに委員会付託し、各委員会の理事会で取り扱う議案を協議の上、各党からの法案の説明（提言）、討議（必要があれば対政府）を自由討議の形で行い、合意した場合には、委員会で趣旨説明・質疑・採決を行い、合意しない場合には継続審査または廃案とする議員立法の流れが合意された。

各府省の高官や有識者、利害関係者を参考人として招致し、衆議院とは異なった視点での審査を行うこととする。現状では、ねじれ国会における重要法案の成立の遅れなどから国政が停滞し、衆議院の再議決要件の緩和などの立法過程の「単純化」も論じられることが多い。しかし、ねじれ国会が解消した時点での国会の形骸化こそより問題が深刻なのであり、効率性だけではなく、代表性や開放性の充実も踏まえた国会改革が必要であるといえるだろう。

（注）本稿は、2015年３月９日に実施された科学研究費基盤研究（A）「二院制に関する動態論と規範論の交差的研究」2014年度国際シンポジウム「二院制の比較研究」Ⅱ京都セミナーでの筆者の口頭報告をもとに加筆・修正を行ったものである。有益なコメントをいただいたカルロ･フザーロ教授、イェンス･ヴェルク准教授、ソフィー・ボアロン上級講師、矢内勇生特命講師に記して謝意を表したい。

執筆者紹介（掲載順）

田口正樹　北海道大学大学院法学研究科教授
酒巻修也　北海道大学大学院法学研究科助教
山本哲生　北海道大学大学院法学研究科教授
濱口弘太郎　北海道大学大学院法学研究科助教
郭薇　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
ジョン・トーピー　ニューヨーク市立大学社会学部大学院教授
吉田邦彦　北海道大学大学院法学研究科教授
角本和理　北海道大学大学院法学研究科博士課程
村上裕一　北海道大学大学院公共政策学連携研究部准教授
瀬川行太　北海道大学大学院法学研究科助教
瀧本京太朗　北海道大学大学院法学研究科博士課程
武蔵勝宏　同志社大学政策学部教授

平成28年１月22日　印　刷
平成28年１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 January 2016 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

Freiwillige Gerichtsbarkeit an Herrscherhof im deutschen Spätmittelalter ☆ ····· Masaki TAGUCHI 1

L'essence et la portée de la nullité partielle (2) : Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie de la nullité partielle ····· Naoya SAKAMAKI 23

Concurrent Causation in Insurance Contracts ····· Tetsuo YAMAMOTO 486[1]

Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz (2) ····· Kotaro HAMAGUCHI 412[75]

Law and Information Sphere − Construction and Transformation in Legal Information of Modern Japan (4) ····· Wei GUO 356[131]

LECTURE

The Political Field of Reparations ····· John TORPEY 107
Translated by Kazumasa KAKUMOTO
Translation Supervised by Kunihiko YOSHIDA

NOTES

Administrative Discretion: Its Autonomy, Control, and Responsibility ☆ ····· Yuichi MURAKAMI 129

The Criteria for Assault of Constructive Robbery ····· Kouta SEGAWA 290[197]

Rekonstruktion der Notwehrprovokationstheorie (2) —— Revision der Erforderlichkeit der Notwehr —— ····· Kyotaro TAKIMOTO 256[231]

MATERIAL

The Efficiency and Representativeness of the Diet Deliberation : How Should Diet Deliberations Be Changed? ····· Katsuhiro MUSASHI 186[301]

[ ]…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