HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第68巻 第4号 全1冊
Citation	北大法学論集, 68(4)
Issue Date	2017-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/67725
Type	journal
File Information	lawreview_vol68no4.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 68 巻　第 4 号

論　説

一部無効の本質と射程（6）
——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　1

結合取引の準拠法
——第三者信用販売取引を中心に据えて——
……嶋　拓　哉　276[1]

法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」について・再論
……厚　谷　襄　児　232[45]

子どもの自己決定と憲法（5）
——米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較——
……宋　峻　杰　214[63]

シンポジウム

マグナ・カルタと中国憲法学の伝統 ……韓　大　元　154[123]
松井　直之（訳）

研究ノート

「法の抑止」と「法的社会化」……松　村　良　之　142[135]

身分犯概念の再構成とその具体的内容をめぐる考察（1）
……岡　部　天　俊　130[147]

判例研究

刑事判例研究 ……堀　田　尚　徳　76[201]

2017（平成29）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

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
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）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
林貫俊文（経済法）

教授

人見剛（行政法）
○田口正樹（法史学）
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）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）
會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷將（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）*
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
○齊藤正彰（憲法）
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）*
○田村善之（知的財産法）
辻康夫（政治学）*
常本照樹（憲法）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
野田耕志（商法）
△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）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）
池田悠（労働法）

准教授

伊藤一頼（国際法）*
○岩川隆（民法）
○郭舜（法制度論）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
小濵祥子（アメリカ政治史）*
佐藤陽子（刑法）
田中啓之（行政法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
馬場香織（比較政治）
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）
花形拓（国際私法）
橋場弘之（法実務基礎）
藏重有紀（刑事実務）
磯部真士（刑事実務）
朝倉靖（民事実務）
村井壮太郎（民事実務）

特任教授

講師

郭薇（法社会学）

助教

木戸茜（民法）
呉逸寧（比較法）
津田智成（行政法）
西村曜子（民法）
堀田尚徳（刑事訴訟法）
松本彩花（政治思想史）

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
△は理事（副学長）

論　説

一部無効の本質と射程（六）

――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
　第一節　契約における特定の条項の無効に関する事例
　　第一款　法規範の実効性という観点の浸透
　　一　法の目的の考慮の定着
　　二　契約条項の積極的な修正と一部無効の本質との関係
　　三　小括
　　第二款　契約における特定の条項の無効に対する当事者の意思の役割
　　一　当事者意思の考慮の可能性
　　二　当事者意思の役割と一部無効の本質との関係
　　三　小括
　　第三款　本節のまとめ
　第二節　複合的な契約におけるひとつの契約の無効に関する事例
　第三節　代金等の縮減に関する事例
　第四節　本章のまとめ　―一部無効論における当事者の意思の意義に関する検討―
結章　日本法への示唆

（以上、六六巻五号）
（以上、六六巻六号）
（以上、六七巻一号）
（以上、六八巻一号）
（以上、本号）

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

第一節　契約における特定の条項の無効に関する事例

第二款　契約における特定の条項の無効に対する当事者の意思の役割

前款で確認した判例や学説によると、契約における特定の条項に無効原因が存する場合、違反された法規範の目的を考慮して、無効の範囲が画定されていた。他方で、改正後の民法典に無効の範囲に関する一般規定を導入するにあたり、民法典新一一八四条第一項は、「無効原因が契約の一条項またはいくつかの条項に存するとき、これは、当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする」と規定する[1]。この規定は、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思が基準となりうることを示しているのだろうか。つまり、無効および一部無効の、「違反された合法性を回復するための客観的なサンクションである」という本質は、単なる理念にすぎず、シムレール（Ph.Simler）が指摘するように、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を考慮し無効の範囲が画定される場合があることを、先の規定は意味していると解すべきなのだろうか。

さて、本稿は、これまでの検討により、一部無効を「違反された合法性を回復するための客観的なサンクションである」と捉えることの説得性、および不法性の範囲を画定した後で当事者の意思を考慮し無効の範囲を画定することの問題を明らかにしてきた。以下では、これを前提としながら、契約における特定の条項に無効原因が存する場合に、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が有しうる役割を示していこう。具体的には、シムレールの指摘する当事者の

意思の内実とは異なる意味で、無効の範囲を画定するにあたり考慮されるべき当事者の意思を捉える学説がある（一）。この学説のいう当事者の意思によれば、当事者の意思には、不法性の範囲を画定した後に当事者の意思を考慮し無効の範囲を画定するというシムレールの一部無効の判断構造とは異なる役割が与えられているように思われる（二）。本款では、これらの考察を通じて、契約における特定の条項の無効が問題となる場合に当事者の意思が有しうる役割を明らかにしていく。

一　当事者意思の考慮の可能性

契約における特定の条項に無効原因が存する場合に、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うることが、民法典新一一八四条第一項により規定されたと解されている。後述するように、同条は、一般に、これまでの、無効の範囲を画定するにあたり一方で当事者の意思を参照し、他方で違反された規定の目的を考慮する判例理論を明文化したものであると理解されている。

さて、これまでの一部無効に関する判例理論における当事者の意思の位置づけについて、学説には、一方で、判例が当事者の意思という文言のもとで違反された法規範の目的を考慮しているとする見解もあるが、他方で、判例が当事者の意思を考慮することに意義を見出す見解も存在する。もっとも、そのなかには、前章で確認したシムレールのように当事者の意思を位置づける見解があるものの、これを批判し、異なる位置づけを含意する当事者の意思の捉え方を主張する見解も存在する。この後者の見解によれば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がどのように理解されているかを明らかにすることは、民法典新一一八四条第一項の意義や、一部無効の本質と当事者の意思との関係を検討するうえで、本稿に重要な示唆を与えよう。

（一）民法典新一一八四条の概要

債務法を改正するための二〇一六年二月一〇日のオルドナンスにより、フランス民法典に、無効の範囲に関する規定が導入された。民法典新一一八四条は、順番が前後するが、一方で、第二項において、契約の特定の条項に無効原因が存するとき、「法律がある条項を書かれざるものとみなす場合、または違反された規定の目的が契約の維持を要求する場合、契約は維持される」と規定した。他方で、同条第一項は、無効原因の存する条項が「約務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする」と規定する。

民法典新一一八四条第一項と第二項との関係につき、たとえば、デシャイエ&ジュニコン&レティエ（O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M.Laithier）は、次のように説明する。同条第一項は、当事者の意思の考慮という主観的な基準を採用した規定であり、同条第二項は、違反された法規範の目的の考慮という客観的な基準を採用した規定である。そして、これらの基準がどのように適用されるかを指摘することは非常に難しいと留保を付しながらも、「主観的な基準が介入しうるのは、契約がその全部において除去されるか否か（le contrat tombe en son entier ou non）が、［違反された］規定の実効性にとって無関係な場合だけである。それはつまり、主観的な基準が、予備的なもの（subsidiaire）だということである」[2]と、両者の関係を指摘する。

このように、民法典新一一八四条の新設により、いかなる場合に同条第一項が適用されるかについては議論の余地があるものの、当事者の意思が無効の範囲に影響を及ぼしうると理解されている。もっとも、このことから、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという一部無効の本質が単に理念にすぎなかったと評価するのは、早計であるように思われる。その理由は、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るとする多くの学説が、無効の範囲画定の判断構造を明確にしていない点、および、当事者意思の考慮にあたり、コーズ概念[3]、動因的

かつ決定的な条件概念、不可分性概念[4]、契約のエコノミー（économie du contrat）概念[5]を媒介にしている点にある。

シムレールは、たしかに、コーズ概念や動因的かつ決定的な条件概念、不可分性概念等の分析を通じて、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うることを指摘した。もっとも、そこで考慮されるべきは一方当事者の仮定的な意思であるとして、無効の範囲画定の構造を、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を考慮することにより無効の範囲が画定されるものとしたことは、既述のとおりである[6]。これに対して、先の諸概念から抽出される当事者の意思とは、はたして、シムレールのように捉えることが可能な内実のものだったのであろうか。

（二）当事者の意思の客観的把握

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について、判例をもとに、無効の範囲画定へのその影響を認めながらも、シムレールのように捉えることに批判をする見解が登場する[7]。たとえば、判例でしばしば用いられる「契約のエコノミー」という語に着目をした、ウサール（E.Houssard）やピモン（S.Pimont）、アルサック・リベロル（A.Arsac-Ribeyrolles）がそれである。

(1)「契約のエコノミー」の定義の難しさ[8]

ウサールらが無効の範囲がどのように画定されると考えているかをみる前に、まずは、「契約のエコノミー」概念そのものについて概観しておこう。

「契約のエコノミー」は、判例においてしばしば用いられる語である。もっとも、契約のエコノミーとは何かを定義することは難しい。なぜなら、法律によっても、判例や学説によっても、契約のエコノミーとは何かについて、明確に

示されていないからである。[9] 契約のエコノミーに関する議論が蓄積されつつある現在でも、契約のエコノミーについて統一的な定義があるとは言いがたい。

たとえば、ゲスタン（J.Ghestin）は、まず、アンリ・カピタン協会の法律用語辞典により示された「内的秩序（ordre interne）、構造（structure）、全体的組成（organisation d'ensemble）」[10]という「エコノミー（économie）」の定義を引き、これらの定義から、契約のエコノミーを次のように説明する。「契約のエコノミーの考慮は、すべてのものとして組成、秩序立てがなされた、……全体的構造（structure globale）、一貫した全体（ensemble cohérent）が重要であることを強調している」[11]。また、ウサールは、契約のエコノミーを、「両当事者によって意図された契約の具体的な機能」であると定義し[12]、アルサック・リベロルは、契約取引の利益（intérêt de l'opération contractuelle）を意味するものだと指摘する[13]。

このように、契約のエコノミーという概念は、学説によって明確に定義されているわけではない。定義の難しさの理由として、次の二点を指摘しておこう。

第一は、判例により契約のエコノミーが参照される事案が多岐にわたるという点である。後述するように、無効の範囲が問題となった事案においても、判例が契約のエコノミーを参照することがあるが、たとえば、契約のエコノミーに関する近年の活発な議論を引き起こすきっかけとなった判例として知られる破毀院第一民事部一九九六年七月三日は、コーズの存在の有無が問題となった事案であった[14]。同判決は、レンタルビデオ店の開設のためにビデオカセットの賃貸借契約が締結されたものの、この目的が本件地域（人口一三一五人）では達成できないことから、「両当事者によって意図されたエコノミー（économie voulue par les parties）」の実現が不可能であったとして、コーズの不存在を理由に、賃貸借契約の無効を言い渡した。このようなコーズの存在という局面のほかにも、契約の解釈や、契約の解除、不予見

(imprévision) 論（事情変更）など、契約のエコノミーという概念は、非常に広範な領域で参照されている。[15]

第二は、契約のエコノミーへの参照を無用である、または危険であるとする見解が存するという点である。[16] ムストル（J.Mestre）は、先の破毀院第一民事部一九九六年七月三日が、契約の有効性を、目先の利害損得により変容しうる（sonnante et trébuchante）反対給付に従属させていると否定的に評価する。そして、契約のエコノミー概念により解決しようとする事柄については、両当事者の法律（loi des parties）や、誠実（bonne foi）、契約の本性（nature du contrat）など、既に民法典に道具が用意されており、必然的に主観的で明確でない契約のエコノミー概念を導入することは、予想外の結論に至り取引の安全を害するという。[17] また、ムーリー（J.Moury）による契約のエコノミーに対する批判をいくつか列挙するならば、たとえば、契約のエコノミーを、当事者によって意図されたものであると解するのであれば、それは民法典一一三四条第一項[18]や一一三五条[19]によって規律できるため、契約のエコノミーを用いる必要はないし、契約のエコノミーを客観的な均衡と解するのであれば、レジオンによる取消しが例外的にしか認められていないことなどに鑑みると、危険なアプローチであるという。[20]

このような現状においては、契約のエコノミー概念を検討する意義に疑問が生ずるかもしれない。もっとも、本稿が契約のエコノミーの検討によって明らかにすることを試みる対象は、契約のエコノミーという概念それ自体の是非ではない。つまり、無効の範囲を画定するにあたり、あるいは契約のエコノミーという概念を通じて解決すべきか、あるいはコーズ概念や不可分性概念等によって解決すべきかではなく、そこで考慮されている当事者の意思の内実であり、その役割である。このような視角から、無効の範囲画定という場面において、契約のエコノミーがどのように用いられているかを確認し、その意義を明らかにすることは、契約のエコノミー概念それ自体に対する先のような学説の議論状況を踏まえても、なお重要な作業であると考える。

(2)　客観的な当事者意思の考慮

無効の範囲画定における契約のエコノミーの影響について、学説は、前掲［仏15］判決や、破毀院第三民事部一九七一年六月二四日に着目をし、それを指摘する。

［仏49］　破毀院第三民事部一九七一年六月二四日[21]

【事案】　AB間で売買契約がなされたところ、本件売買契約中には代金が金の価格に応じて変動する旨のスライド条項が付されており、本件売買契約は、数年の間、履行されていなかった。なお、一九五八年一二月三〇日のオルドナンスによると、スライド条項の指数が契約の目的または当事者の一方の活動と直接関係のある場合を除いて、スライド条項の使用が禁止されている。その余の事実関係は不明であるが、当該スライド条項の無効が売買契約を無効とするかが争われた。

控訴院が、スライド条項の無効により売買契約全体が無効になると判示したところ、両当事者が契約締結時において当該条項を契約締結にとっての動因的かつ決定的なものとしていたかを控訴院が具体的に探求していなかったとして、破毀申立てがなされた。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、まず、民法典一一七二条の文言によると、法律に違反する事柄に関するあらゆる条件が無効であり、それに依拠する合意は無効になること、少なくとも、不法な条項が両当事者の考えにおいて意思の合致の基本的な条件であり、その結果、当該条項を取り除くことが契約のエコノミーを覆滅させたであろう場合には同様に解されることを確認した。そして、本件では、不法な条項が、両当事者の共通の意図において、合意に関する動因的かつ決定的な特徴を示

していたことから、原審判決を正当なものと判示した。

［仏49］判決の判示内容から[22]、たとえばウサールは、契約のエコノミーに対して条項が基本的な性格を有する場合と、当事者の同意にとって条項が決定的な特徴を有する場合とを、混同してはならないと指摘する。つまり、当該条項を取り除くことによる契約のエコノミーの覆滅の有無は、両当事者が無効原因の存する条項がなければ契約を締結したであろうかという、多かれ少なかれ予言のような方法（de façon plus ou moins divinatoire）によって判断されるのではない。契約が、その一般的な均衡において、当該条項が取り除かれることで極度に修正されるであろうかという、客観的な方法によって判断されるのだという[23]。

ピモンも同様、契約のエコノミーにおける当事者の意思は客観的に把握されるものであると指摘し、シムレールのように、考慮されるべき当事者の意思を一方当事者の仮定的な意思であると捉えることに対して、次のように批判する。すなわち、ピモンによると、契約を創造する役割を果たす当初の現実の意図（volonté réelle initiale dans son rôle fondateur）に代わり仮定的な意思を考慮するということは、判事が他人の契約自由を用いているということであり、意思の結合の内容（matière）を無視するに至る。そして、取引の安全を過度に侵害しないためにも、両当事者の法律（loi des parties）の具体化である契約のエコノミーにより判断をするほうが、より合理的であろうと主張するのであった[24]。

では、「契約のエコノミー」という語のなかで客観的に評価される当事者の意思とは、どのような内実のものなのであろうか。先に指摘したように、その定義は困難を極めるが、次の二点を指摘しておきたい。第一は、先のピモンの指摘からも明らかなように、契約のエコノミーの判断において考慮される当事者の意思とは、両当事者の現実の当初意思であり、一方当事者の仮定的な意思ではないという点である。第二は、契約のエコノミーとは、両当事者が合意したす

べてではないという点である。

たとえば、ピモンによると、ここで評価されるべきは、契約の残部の有用性であって、ある条項を取り除いたとき、もはや残部の契約では両当事者が共有した目的（but partagé par les parties）を実現できない場合には、契約全体が無効とされなければならない。契約のエコノミーとは、契約上の残部の有用性を評価する道具であると指摘する[25]。

アルサック・リベロルも、契約のエコノミーとは、契約の有用性を、つまり契約取引の利益を保証するものであるという[26]。契約取引の利益とは、当該契約上の履行から通常期待される経済的かつ構造的な効果の実現のことであり、これは、契約に内在する、当該契約により目指された目的である[27]。なぜなら、契約とは、経済的な取引の、法的な具体化だからである[28]。したがって、契約が利益を示さないのであれば、契約が消滅することになる。

このように、無効の範囲を画定するにあたり判例でしばしば参照される「契約のエコノミー」に着目する学説によると、契約のエコノミーを通じて考慮される当事者の意思とは、当事者がある条項を重要だと考えていたかどうかという主観的な内実を有するものではなく、当該契約により両当事者が追求した目的が、ある条項のみを無効とすることで実現できなくなるか、換言すると、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性が残されているかという客観的な評価によるものであることが強調される。このことを良く示す判例として、先の学説の後に出された判決であるが、破毀院第一民事部二〇〇八年五月一五日を挙げることができるように思われる。

［仏50］ 破毀院第一民事部二〇〇八年五月一五日[29]

【事案】 一九九八年九月一九日、X_1は、Yに対して、X_2社の株式四九九〇株のうち五〇〇株を譲渡した。同日、X_1とYは、株主間契約（pacte d'actionnaires）を締結し、これをX_2社に提出して、本件契約における当事者間の権利

義務関係が確定された。本件契約には、仲裁条項が含まれていた。もっとも、民法典二〇六一条によると、「特別法で定められた場合を除き、仲裁条項は、職業的活動に基づいて締結された契約において有効である」と規定されている。[30]そこで、本件仲裁条項の無効等を理由として、二〇〇四年一月、X_1およびX_2社は、Yに対して、本件契約の無効、およびYが不当に受け取った配当金の返還を請求した。なお、Xらは、仲裁条項の無効以外についても無効原因を挙げる等をしているが、無効原因として認められたのは仲裁条項についてであり、以下では、これと無効の範囲との問題についてのみ取り上げる。

控訴院は、仲裁条項の無効は株主間契約を無効としないとして、Xらの請求を棄却した。これに対し、Xらは、本件契約の一一条によると、本件契約中の一つの条項の無効が契約全体を無効とする旨の約定がなされていることから、控訴院が民法典一一三四条および民事訴訟法典一四四二条[31]に違反したとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、仲裁条項、つまり訴訟手続きに関する条項（clause procédurale）は契約に付随的なものであり、行為のコーズではないことから、たとえ株主間契約の一一条によって、ある一つの条項の無効が当該契約を無効とすると約定されていたとしても、契約に対する条項の自律性（autonomie de la clause）により、当該条項の無効が契約全体を無効とすることを認めることはできないとした控訴院の判断を正当であったと判示した。

［仏50］判決の特徴的な点は、株主間契約中の仲裁条項が無効であり、当該契約には一つの条項の無効が契約全体を無効とする旨の約定があったにもかかわらず、仲裁条項は付随的な条項であって行為のコーズではないことを理由に、当該条項のみが無効となると判示した点である。すなわち、仲裁条項は、伝統的な学説によると、「当事者の意思にお

いて通常は付随的である」条項であるにすぎず、当該条項を無効とする規定の目的は無効の範囲とは無関係であることから、当事者の意思によって無効の範囲が画定される場合の典型例として挙げられていた[32]。しかし、同判決は、一つの条項の無効が契約全体を無効とする旨を当事者が定めていたにもかかわらず、これを考慮しなかったのである。

学説のなかには、［仏50］判決は、仲裁条項を、当事者の意思により不可分とされえない、契約から自律したものとして位置づけたと評価するものがある[33]。契約から自律していると評価しうる理由につき、コッテ（M.Cottet）は、契約の機能と仲裁条項の機能とが自律したものであることから、条項が契約から自律しているといえると指摘し、条項の消滅が契約に及ぼす影響を否定する[34]。

［仏50］判決の理由づけやこれらの議論を踏まえると、同判決の判旨では「契約のエコノミー」という文言が用いられているわけではないが、ここで考慮されているのは、当事者がある条項を重要であると考えていたかどうかではなく、客観的に評価される両当事者が追求した契約の利益ないし有用性であるといえるように思われる。

以上のように、近時の学説には、無効の範囲画定にあたり当事者の意思の影響を是認しながらも、伝統的な一部無効論がいう当事者の意思とはその内実の違いを指摘する学説が現れている。このように解する理由のひとつとして、仮定的な意思を考慮することが必然的に恣意的な評価に至る、という伝統的な一部無効論に対する批判の回避という点が指摘されていた。もっとも、当事者の意思を客観的に捉えることの意義は、それに尽きるものではない。項を改めて、当事者の意思の客観的な考慮が一部無効論にもたらす影響を考察することとしたい。

（三）小括

以上では、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内実につき、一方当事者の仮定的な意思と捉え

ることにつき批判を呈し、契約のエコノミーという観点から当事者の意思の内実を論ずる見解が、それをいかに解しているかをみた。というのも、民法典新一一八四条の新設により、同条第二項が、無効の範囲を画定するにあたり違反された法規範の目的を考慮しなければならないと規定した。これは、無効および一部無効とは、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという無効論の影響であるといえよう。しかし、同条第一項は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が影響すると解されうる規定を置く。したがって、同条第一項の位置づけが問題となるからである。

もっとも、本稿の関心から重要であるのは、無効の範囲を画定するにあたり影響しうる当事者の意思の内実を、客観的に評価される契約の利益ないし有用性であるとする見解によれば、契約の利益ないし有用性が、無効および一部無効の本質との関係でどのように位置づけられるかである。次に、この問題を学説がどのように扱っているかをみていくことにしよう。

二　当事者意思の役割と一部無効の本質との関係

契約のエコノミーという観点から、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を捉える見解によると、シムレールのいう、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定する、という一部無効の判断構造は、変容を被ることになるという。もっとも、シムレールとは異なる一部無効の判断構造を示すことが可能であるとしても、なぜ、無効の範囲を画定するにあたり契約の利益ないし有用性が考慮されうるかという問題が残される。以下、順に検討することで、契約の利益ないし有用性と無効の範囲との関係を明らかにしていきたい。

（一）一部無効の判断構造の再考

先述のとおり、ピモンは、契約のエコノミーという観点から無効の範囲画定にあたり考慮される当事者の意思を把握すべきであると主張した。そして、シムレールをはじめとする伝統的な学説による一部無効の判断構造、とりわけ不可分性の判断構造を批判する。

ピモンの見解をみる前に、伝統的な学説による不可分性の判断構造を再度確認しておこう。伝統的な学説は、無効の範囲画定にあたり当事者の意思が決定的な役割を有していることを指摘するにあたり、前掲［仏15］判決の判旨を引用し、そこから無効の範囲の判断構造を指摘する。

前掲［仏15］判決の判旨を確認するならば、次のとおりである。すなわち、［仏15］判決は、「たとえ事実審判事には、付随的な特徴を有するために合意のエコノミーが侵害されることなく消滅しうるであろう不法な条項のみを契約から取り除き、したがって残部としてそれを維持する権限があるとしても、原審は、両当事者の意思において当該不法な条項が副次的な性質を有するものか本質的な性質を有するものかを一切評価をしていないため、法的根拠を欠いていた」と判示した。

既にみたとおり、前掲［仏15］判決の判旨をもとに、伝統的な学説は、無効の範囲を画定するにあたり次の二つの段階があると指摘した。第一は、事物の性質上、ある条項が不可分であるか否かを判断する段階である。これには、物理的な不可分性と、客観的な不可分性とがあった。第二は、事物の性質上、ある条項が可分である場合に、当該条項が当事者の意思において不可分であるか否かを判断する段階である。(35)

ピモンによると、契約のエコノミーの機能は、第一の段階において果たされる、つまり、事物の性質上、ある条項が不可分であるか否かを明らかにすることにあるとし、(36)伝統的な学説による不可分性の二つの段階の区別につき、このよ

うな区別は不自然であり、契約のエコノミーの分析が、ある条項が当事者の意思において可分か否かを示すのに十分であると主張する。実際、不可分性の判断にあたり、たとえば、スーブ（J.-B.Seube）は、『不可分性と法律行為（*L'indivisibilité et les actes juridiques*）』と題するテーズのなかで、主観的不可分性と契約のエコノミーの観点からの不可分性とを区別せずに論ずる。つまり、契約のエコノミーは、主観的な不可分性を評価するための手段であると指摘する[37]。このスーブの見解を引用し、ピモンは、「われわれは、契約における諸条項の不可分性が、契約のエコノミーに基づいた契約の結果（effet du contrat d'après son économie）であることを承認することができる」と主張する[38]。

すなわち、ピモンによると、まず、不可分性を用いることは、「〔一方当事者の意思ではなく、または仮定的な意思ではなく〕法律行為を単位として捉えることを意味する」[39]という。実際、シムレールも、「われわれは、ある条項が契約の残部から分離しうるかを判断するために、行為それ自体を起点とする」[40]と指摘していた。ピモンによれば、このような探求をする目的は、常に、ある条項を取り除いた場合における契約の残部の有用性を測定することにあり、ここで、契約上の残部の有用性を評価する道具である契約のエコノミーが所を得る。あるいは、ある条項を取り除いたとき、もはや残部の契約では両当事者が共有した目的を実現できない場合には、契約全体が無効とされなければならない。あるいは、反対に、当該条項を取り除いても当該契約の経済的かつ構造的目的（but économique）が達せられるのであれば、当該契約は効果を生じ続ける。つまり、「契約の当初のエコノミー（économie originaire du contrat）に一致する契約上の残部のみが、維持されなければならない[41]」のである。

このように、ピモンは、契約のエコノミーが機能する段階につき、不可分性を二つの段階に分ける学説と対比して、第一の段階で機能をする、つまり、事物の性質による不可分性の判断にあたり影響するものであると指摘し、二つの段階に区別する学説を批判した。

このピモンの指摘は、一方で、無効の範囲画定にあたり当事者の意思の影響を認めながらも、他方で、伝統的な一部無効論による無効の範囲画定の判断構造とは異なる判断構造を示している点で、示唆に富む。つまり、ある条項が無効であり、当該条項を取り除くことで両当事者が追求した契約の目的を達成することができないのであれば、不法性の範囲は、当該契約それ自体に及ぶと解することができるからである。

実際、ティビエルジュは、前章第三節でも確認したとおり、有償行為に不法条件等が付されていた場合にそれに依存する（dépend）合意を無効とする旨を定めた民法典一一七二条につき、次のように、自説との整合性を説明していた。すなわち、同条は、不法条件等に依存する合意を無効とするが、この条件と合意との間の依存関係は、当事者の意思において重要であったかという主観的な依存関係を示すものではない。合意が依存する条件とは、行為の本質的部分（essence）にかかわるものであることを意味する。これらは、客観的な依存関係にある。したがって、このような条件が不法であるとき、行為全体が不法だということになると主張した(42)。

以上の議論によると、一部無効の本質という観点から、契約のエコノミーとして考慮される当事者の意思の位置づけを、次のように整理することが可能であろう。まず、契約のエコノミーとして考慮される当事者の意思とは、ある条項を取り除いたとき、両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性を実現できるかという内実のものであり、それが実現できないのであれば、当該条項は、契約の本質的部分を構成しているといえよう。そして、この契約の本質的部分が不法だということは、行為全体が不法だと評価できるのである。

ところで、これらの学説によれば違反された合法性を回復するために契約の利益ないし有用性が考慮されると解されているとはいえ、そもそも、なぜ違反された合法性を回復するために契約の利益ないし有用性が考慮されるかは、これまでの議論からは明らかではない。すなわち、違反された合法性を回復するためには、一方で、これまで明らかにして

きたように、違反された規定の目的を考慮し、不法性の範囲を画定していた。したがって、違反された規定の目的を達成するためには、当該条項そのものを無効とし契約を維持すべきであると考えられる場合、当該条項が無効となる。他方で、ある条項を取り除いたとき、両当事者が意図した契約目的を達成することができない場合、違反された合法性を回復するために契約の全部無効が必要となると考える理由はどこにあろうか。最後に、この問題につき、学説でどのような議論が展開されているかを概観し、無効または一部無効の本質との整合性を明らかにしていきたい。

（二）無効というサンクションにおける契約の利益ないし有用性の位置づけ

契約の利益ないし有用性を考慮すべき理由については、大きく、次の二つの観点から説明されている。第一は、当事者の意思が契約の動力源であるという観点である。もっとも、この第一の観点からの説明によると、契約の利益ないし有用性を考慮することと公序との関係ついては検討が及んでいない。第二は、サンクションという観点である。この第二の観点からの説明は、無効および一部無効の本質が法的なサンクションであることを前提に、契約の利益ないし有用性を考慮する可能性を指摘するものであり、興味深い。それぞれの観点から、契約の利益ないし有用性を考慮すべき理由がどのように説明されているかをみていこう。

(1)　契約の動力源としての当事者意思への配慮

①　実質的な理由づけ

第一に、契約を創造するのは当事者の意思であるという観点からの説明である。

ウサールは、契約のエコノミーが覆滅する場合に契約の全部無効が認められるべき理由として、次のように述べる。

「この〔契約のエコノミーの覆滅の有無による無効の範囲画定の〕アプローチは、十分に論理的である。条項を取り除くことによって、契約がその客観的な均衡において極度に修正される場合、それが〔契約全体を〕無効とするのを拒否することは、実際、〔両当事者によって締結された契約が〕新たな契約によって替えられるに等しい。これは、両当事者自身の権限に属するものでしかない。たとえ判事が、両当事者が当該新たな契約を締結したであろうということに本当に納得することができたとしても、いかなる基礎が、当事者に代わってそうすることを可能にしようか。[43]」

ウサールは、ある無効原因の存する条項を取り除くことで契約のエコノミーが覆滅する場合、それにもかかわらず契約を存続させることは、当事者によってしかなされえないはずの契約の締結を強制することになるとして、全部無効を言い渡すべきだと主張する。

また、ピモンは、仮定的な当事者の意思の考慮を批判し、契約のエコノミーとしての当事者の意思を考慮すべきである旨を主張するに際して、仮定的な意思を考慮することは、「判事が他人の契約自由（liberté contractuelle d'autrui）を遡って用いている」と指摘する[44]。そして、ピモン自身が展開する事情変更の場合における判事の権限（不予見論）や解除とその範囲に関する次のような議論を参照して、ある条項を取り除くことで契約のエコノミーが覆滅する場合には、契約全体の消滅が、自然なサンクションであるという[45]。

すなわち、一方で、不予見論における、契約内容を変更後の事情に適合させる判事の権限について、ある契約条項を修正しうるとしても、それを根本的に変える（refaire）ことはできない、換言すると、当初の契約を、新しい契約に変えることはできない。契約を根本的に変えないために、判事には、契約の本質的な効果（les effets essentiels du

contrat）を、すなわち、それなしでは両当事者が意図した契約の経済的かつ構造的機能の実現が不可能になる部分を尊重する義務が課せられる[46]。他方で、契約の解除について、「契約のエコノミーは、両当事者の法律の機能的な具体化である。……したがって、全部の不履行または部分的な不履行が契約のエコノミーの覆滅に至る場合、契約は、存在理由を奪われ、あらゆる拘束力を失わなければならない。……反対に、行為の経済的かつ構造的機能がなお実現しうるのであれば、両当事者が意図したエコノミーに従った履行がまだ可能であり、契約は、解除される理由がない[47]」。

これらの一連の指摘を踏まえれば、ピモンも、ウサールと同様、契約の本質的な効果については両当事者の意思の合致がなければならず、それを判事が変更することはできないと考えているといえよう。無効原因によるのであれ、不履行によるのであれ、その本質的な効果を実現することができないのであれば、契約としての存在理由を失い、契約全体を消滅させる必要があると考えているように思われる。

② 民法典による契約の利益ないし有用性の考慮

ところで、契約の利益ないし有用性に言及をする規定は、民法典にないのだろうか。この点については、学説により評価が分かれている。

一方で、契約の有効要件として置かれている、コーズ概念や目的（objet）概念[48]に、当事者が契約に見出していた利益を結びつける見解がある。

まず、コーズ概念との関係である。

たとえば、ロシュフェルト（J.Rochfeld）は、彼女の提唱する典型契約におけるコーズ（典型コーズ：cause typique）と、非典型契約におけるコーズ（非典型コーズ：cause atypique）それぞれについて、次のように説明し、当事者が契約に

見出していた利益とコーズとを結びつける。[49] 典型コーズとは、個々の契約類型における一定の典型的な契約利益を意味しており、典型コーズには次の二つの機能がある。第一は、当事者が一定の契約類型を選択することで、その類型の契約の形成にあたり必要な要素と、その契約により実現される典型的な利益が自動的に明らかになるという機能である。[50] 第二は、その契約において追求された典型的な契約利益を達成するために必要な最小限の内容を明らかにし、当事者によりそれが侵害されるのを妨げるという機能である。[51] これに対して、非典型コーズとは、当事者において個別的に追求される契約利益を意味する。非典型契約においては、あらかじめ定立された契約類型とそれに関する典型的な契約利益への依拠が見出されない。[52] 非典型契約の例としては、全く新しい契約を創造する場合や、節税の目的での売買契約といったような典型契約に非典型的な契約目的が付加される場合が挙げられる。[53] 典型契約にせよ、非典型契約にせよ、ロシュフェルトによると、コーズ概念は、契約により追求される利益と結びつけられて定義される。[54][55] そして、この利益の実現が不可能である場合には、コーズが存在せず、契約が無効になる。

また、コーズ概念に、目的因（cause finale）としての性格を認める見解によれば、コーズとは、契約当事者のそれぞれが約務を負うことを決定するに至らせた利益のことを意味する。[56] 実際、民法典改正の議論のなかで、二〇〇八年の司法省草案は、契約の有効要件からコーズ概念を削除し、その代わりに、契約への利益（intérêt au contrat）概念を導入することで、コーズ概念が担ってきた機能を維持することを試みた。[57] 結局、二〇一六年二月一〇日のオルドナンスでは、契約の有効要件からコーズ概念が削除された一方で、契約への利益に関する規定も置かれることはなかったが、先の議論からは、コーズ概念と利益とが結びつけられて考えられていたことが窺える。[58]

次に、目的概念との関係である。

目的（objet）とは何かについて、簡単に説明しておこう。合意が有効であるための一つの要件として、「約務の内容

を形成する確定した目的」が必要であると規定される（民法典一一〇八条）。目的に関する規定が民法典一一二六条以下に置かれ、民法典一一二六条は、「あらゆる契約は、当事者が与える債務を負うものを、または当事者がなす債務もしくはなさない債務を負うもの（chose）を目的とする」と規定する[59]。

それゆえ、学説によると、債務の目的[60]とは、給付（prestation）のことであると定義され[61]、売買契約を例にするならば、売主の債務の目的は、目的物の引渡しであり、買主の債務の目的は、代金の支払いである。この債務の目的は、古くから学説によって、債権者が債務から得る利益や有用性を示しているといわれている[62]。

これらの見解によれば、コーズまたは目的に関する規定は、契約の利益ないし有用性を契約の有効要件として考慮している規定であり、これらの規定の違反があった場合には、つまり契約の利益ないし有用性がない場合には、契約全体が無効になると考えていると理解することができよう[63]。また、同様の趣旨を民法典一一七二条にも見出すことができるとするのが、ティビエルジュの同条の解釈であったといえよう。

他方で、コーズ概念や目的概念によっては、両当事者が意図した目的のすべてを包摂することができない、または適切でないと指摘する学説もある。

たとえば、コーズ概念につき、ピモンは、まず、無効の範囲の問題につきコーズ概念を用いて解決する判例を、次のように批判する。コーズによる説明は、ある条項の無効が契約の無効に至りうるすべての事案を説明することができない。たとえば、スライド条項は、契約において本質的な重要性（importance essentielle）を有するが、当事者は、スライド化させるという目的で契約を締結するわけではない。したがって、コーズではないが、契約の本質的な部分でありうると指摘する[64]。

次に、目的概念について、ピモンは、債務から得られる利益と、契約の利益とは異なると指摘する[65]。なぜなら、契約

は全体としての利益（intérêt global）を示すため、債務のひとつの目的が示す利益に還元されえない[66]。たとえば、寄託契約では、その経済的かつ構造的機能（fonction économique）として、受託者は、物を保管する債務を負うが、この債務はいくつかのなす債務、なさない債務によって構成されており、また、物の返還債務を負う。債務の目的は、ある経済的かつ構造的機能を実現するために複雑な法的関係を有する契約の構造の、一要素でしかないという[67]。

このように、契約の利益ないし有用性がない場合のすべてにつき民法典の規定で解決できるかについては、学説の評価が分かれている状況にある。ただし、少なくとも、学説によると、契約の利益ないし有用性は、民法典によって、または判例によって、契約の有効性の判断にあたり考慮されると考えられているように思われる。

そうすると、契約の利益や有用性がない場合には、無効とすべきは契約全体であると考えることもできよう。ただし、契約の有効性の判断にあたって、契約の利益ないし有用性にも配慮されているということができるとはいえ、契約における特定の条項が公序に関する規定に反して不法である場合に、契約の利益ないし有用性がいかに位置づけられるかは、依然として問題となりうると考えられる。たとえば、ピモン自身、特別法が一部無効を認める場合には、契約のエコノミーを保護するために一部無効が課される場合もあるが、保護すべき者のためにそれを修正する場合もあることから、契約のエコノミーが唯一の基準ではありえないと自認している[68]。

そうであれば、違反された規定の目的と契約の利益ないし有用性との関係が、いかに解されるべきものかを論じる必要があろう。この問題に対して、サンクションという観点から契約の利益ないし有用性を考慮すべきであると指摘する見解が、本稿に重要な示唆を提供する。

(2)　サンクションにおける契約の利益ないし有用性の位置づけ

サンクションという観点から契約の利益ないし有用性が考慮されうると主張する学説として、オベール・ドゥ・バンセル（C.Aubert de Vincelles）[69]の見解と、メキ（M.Mekki）の見解がある。オベール・ドゥ・バンセルは、民事上のサンクションという性質から、契約の利益ないし有用性を考慮することが必要であるとする。メキは、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという無効および一部無効の本質から出発し、契約の利益ないし有用性を考慮する可能性を指摘する。それぞれの見解をみることで、無効または一部無効というサンクションとの関係で、契約の利益ないし有用性を考慮することの意味を明らかにしていこう。

① サンクションの実効性と契約の利益ないし有用性

まず、オベール・ドゥ・バンセルの見解をみていこう。

オベール・ドゥ・バンセルの見解は、無効というサンクションに焦点を合わせたものではない。そのテーズのタイトル『同意の変性と契約上のサンクションの実効性（*Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*）』からも窺えるように、契約上のサンクション一般について考察をしたものである。彼女によると、ある規定を順守させるには、それに適したサンクションを課す必要があると指摘する[70]。そして、これを評価するには、サンクションの目的と、それに対して実際に課すサンクションが適切なものかを評価しなければならないという。

まず、サンクションの目的について、民事上のサンクションか刑事上のそれかを問わず、サンクションは、その規定を順守させることを目的とする。そのため、サンクションであれば、当該規定の違反を抑止させる（dissuasion）という機能を有することになる[71]。そして、民事上のサンクションに特有の主要な目的は、違反された合法性の回復であり、これは、違反によって生じた結果を回復すること（réparation）[72]によって達せられるとする。したがって、ある規定の

違反によって生じた被害者への影響を考慮しなければならない。当該規定が順守されていたならば被害者が置かれていたであろう状況に回復することが、最も実効的な回復である。たとえば、ある条項の使用を禁ずる規定の違反があった場合には、この違反による被害者への影響は、禁止された条項が実際に存することである。このとき、当該条項を取り除くことが、当該規定が順守されたならば被害者が置かれたであろう状況への回復にあたると主張する[73]。

なお、オベール・ドゥ・バンセルによると、ある規定の違反によって生じた当事者の状況を考慮することは、刑事上のサンクションとの混同を防ぐために必要だという。すなわち、被害（dommage）なくしてある規定の違反にサンクションを課す場合、それは、違反行為それ自体をサンクションの対象としている。このようなサンクションは、違反の行為者に向けられた処罰的な（punitive）サンクションである。これに対して、民事上のサンクションの回復という目的においては、規定の違反によって被害者の状況に実際に影響が生じている必要があるのだという[74]。

次に、その目的に対して、実際に課されるサンクションが適切かどうかである。民事上のサンクションにおける、違反された合法性の回復という目的について、その適切性は、課されるサンクションの効果と規定の違反によって当事者に生じた影響との間に求められる[75]。

サンクションに関する以上の理解を前提として、オベール・ドゥ・バンセルは、無効や一部無効というサンクションについて、次のような指摘をしている。

まず、無効についてである。無効の主たる効果は、契約関係を取り除くことである。契約とは、両当事者が利益を満たすための手段であるから、あらゆる契約関係において、契約の有用性がキー概念（notion clef）となり[76]、そして、契約の有用性の有無が、無効というサンクションが回復という目的に対して実効的かを判断する基準となる[77]。つまり、ある規定の違反にもかかわらず契約締結によって被害者が求めていた利益が存するのであれば、契約の無効というサンク

ションは実効的なものではない。これに対して、無用な契約を締結した場合や契約内容それ自体は有用ではあるがその実現が不可能であった場合など、被害者にとって契約が有用でなかった場合には、契約の無効というサンクションは実効的であるとする(78)。

次に、一部無効についてである。一部無効の判断基準について、学説には、当事者の意思を考慮する見解と、違反された規定の目的を考慮する見解とがあった。サンクションの実効性という観点からは、当事者の意思によるよりも、違反された規定の目的を考慮するほうがよいとする。もっとも、違反された規定の目的により無効の範囲を画定する見解に対しては、その規定の違反によって生じた結果を考慮していない点で、サンクションの実効性の確保にとって不十分であると指摘する(79)。

以上のように、オベール・ドゥ・バンセルは、サンクションの実効性という観点から、民事上のサンクションであれば、ある規定の違反によって実際に当事者に生じた影響を考慮する必要があると指摘する。そして、契約の無効というサンクションの実効性においては契約の有用性の有無が重要であり、一部無効というサンクションにおいても、規定の違反によって生じた実際の影響を考慮しなければならないとした。

さて、オベール・ドゥ・バンセルが、民事上のサンクションの実効性という観点からは、実際に当事者が置かれている状況に対して適切なサンクションを課す必要があり、とりわけ無効というサンクションが実効的かどうかは契約の有用性の有無によるとの指摘は、注目に値しよう。今日の学説には、無効が法的なサンクションであることから、そのサンクションが実効的なものかを考慮しなければならないと指摘するものも多い(80)。

もっとも、オベール・ドゥ・バンセルの見解に対しては、次のような疑問が生ずる。すなわち、彼女の主張は、民事上の各サンクションの制度的な差異に着目をせずに、実効的なサンクションの探求を目的としたものである。そし

て、彼女は、民事上の各サンクションの実効性について論じたうえでサンクションの再構築を試み、それらを、「適正化（régularisation）」と「無効」とに区別する。彼女のいう「適正化」とは、瑕疵のある契約を修復し、違反された規定に合致したものとして契約を維持することをいう[81]。したがって、一部無効も、無効としての性質を有するサンクションではなく、適正化に分類される一つのサンクションとなり、行為者に対するサンクション（主観的なサンクション）として位置づけられていた不法行為責任などと同じ分類のもとで論じられる[82]。ここでは、無効や一部無効の客観的性格は維持されていない。しかし、各サンクションの制度的差異を考慮せずに、とりわけ被害者にとってのサンクションの実効性という観点のみから、彼女の主張する分類のもとでサンクションを選択してよいかは慎重な判断を要する問題であろう。今日の学説に目を向けると、一方で、先に述べたとおり、サンクションの実効性を考慮すべきであることが指摘されているものの、他方で、彼女のようにサンクションを分類することが受容されているとは言い難い。

そこで、次に、無効および一部無効の本質という観点から、両当事者の利益を考慮する必要があると指摘するメキの見解に目を向けてみたい。

② 合法性（légalité）と契約の利益ないし有用性

メキは、ティビエルジュの無効および一部無効の捉え方を好意的に評価し、これを満足のいくしかるべき出発点（un point de départ satisfaisant et adapté）であるとして議論を展開する。もっとも、ティビエルジュによる、契約締結時に違反された合法性を回復するために必要な範囲で法的効果を除去する、という無効の定義には、今日における法規範の柔軟性という特徴を前にすると、次の二つの点で不十分であると指摘する[83]。

第一に、合法性（legalité）の問題を、法律違背の有無と捉えている点である。より具体的に、以下の三点を指摘する。

一点目は、合法性の問題が、法律（loi）にのみかかわるものではなく、公序の問題として、基本権のような超法律的規範（normes supra-légales）が存在することである[84]。

二点目は、契約の有効性の判断には、適法性（licéité）、つまり法律の順守のみが参照されているわけではないことである[85]。すなわち、契約の有効性は、法律の順守という意味で形式的な（formelle）問題でもあり、法律に限らない超法律的規範による諸価値を参照するという意味で価値論的な（axiologique）問題でもあり、さらに、追求した目的をより少ない経済的、社会的費用によって達成しうるか、つまり有用性を有するかという意味で経験的な（empirique）問題でもあるという[86]。契約の有効性は、これらのいずれかによって確認されるのではなく、これらを同時に満たす必要がある[87]。したがって、法律への適合だけでなく、無効が実際に課される環境（milieu）や、違反された法規範の目的に関する利益を考慮することも、契約の合法性のコントロールの一要素であるとする[88]。

三点目は、以上のように契約の合法性の問題が法律への適合の問題に解消されないことから、違反された合法性の回復は、形式的な作業によるのではなく、プラグマティックな問題だということである[89]。

このように、メキは、契約の有効性の問題とは契約が法律に適合しているかという問題に限るものではないと指摘し、これを、無効の問題にも反映させる必要があると説いた。

第二に、契約の有効性の問題を、契約の成立の問題に限定している点である。

たとえば、ある約定の効果が公序に関する規定に違反する場合、当該約定が無効となるのは、公序に関する規定に違反するからであって、契約の成立に関する規定に違反するからではない。また、とりわけ競業避止特約の有効性の問題については、当該条項の援用時における比例性（proportionnalité）が問題となっているという[90]。

これらのメキの指摘のうち、契約の有効性の問題を判断するにあたり、契約成立後の事情を考慮してよいかについて

は、契約締結後の事情を考慮し契約条項の目的外の使用を否定する濫用法理との関係を整理したうえで検討する必要があるように思え、直ちには首肯しがたい[91]。もっとも、契約の有効性の問題を単なる法律への適合の問題として捉えるのではなく、その多面性を指摘し、それを無効論に反映させようと試みている点で、示唆に富むものであろう[92]。なぜなら、これまでの本稿の検討によれば、一方で、違反された規定の目的を考慮しなければならないと指摘され、他方で、契約の利益ないし有用性を考慮する必要があると指摘されており、しかし、両者の関係が不明なままであった。メキの指摘は、まさに、この点を克服しうるようにみえるからである。

そこで、メキが無効の範囲の問題についていかなる主張を展開しているかをみるならば、メキは、以上の点を踏まえ、次のように論を進める。

まず、無効は、合法性を必要な範囲で回復しなければならず、一部無効は、まさに無効の本質に一致するサンクションであるという[93]。つまり、ティビエルジュの指摘する無効および一部無効の本質を維持している。

そのうえで、無効の範囲の判断基準について、違反された規定の目的のみを考慮して無効の範囲を画定するティビエルジュの見解を批判する。すなわち、メキによれば、違反された合法性の回復は、当該事案に存するあらゆる利益を考慮して具体的になされなければならず、その諸利益のなかには、契約に対する両当事者の利益も含まれる。それゆえ、一方で、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益（intérêts extérieurs et supérieurs）に対する侵害によって無効が問題となる場合、両当事者の利益を一要素として考慮して無効の範囲を画定する。他方で、両当事者の利益よりも上位の利益に対する侵害がない場合には、両当事者の利益が無効の範囲を画定する基準となる[94]。

以上が、メキによって主張された無効および一部無効論である。メキの主張は、契約の有効性を、形式的、価値論的、かつ経験的な問題であるとする近時の法規範の有効性（validité des normes juridiques）に関する見解に依拠して

いる。[95] この法規範の有効性に関する見解それ自体の検討は、慎重に扱うべき問題であり、本稿で行うことはできない。しかし、契約の有効性の場面に限るならば、後述するように、違反された合法性を回復するためには、両当事者の利益や契約の有用性をも考慮する必要があるという理解は、これまでの判例を積極的に説明することができ、判例と整合的なものであるように思われる。[96]

このように、違反された合法性を回復するにあたり、契約の利益ないし有用性も考慮されうるとすれば、これまでの本稿の検討に対し、メキの主張は、次の二つの重要な視点を提供すると考えられる。

第一は、繰り返しになるが、契約の合法性の問題には、形式的、価値論的、そして経験的な問題が含まれることから、契約の利益ないし有用性を、違反された合法性を必要な範囲で回復するにあたり考慮されるものとして位置づけている点である。契約の利益ないし有用性が無効の範囲を画定する考慮要素となる、または基準となる理由を、違反された合法性の回復という観点から説明し、無効論と相いれるように説明を試みており、参考になろう。

第二は、契約の利益ないし有用性の考慮という問題からは逸れるが、違反された公序に関する規定の目的からは、これまでの学説によれば無効の範囲が積極的に要求されていないような場合においても、尊重されるべき諸価値が存することを指摘した点である。たとえば、これまでの学説には、仲裁条項を無効とする規定（民法典二〇六一条）の趣旨は無効の範囲とは無関係であり、当事者の意思が無効の範囲を画定すると指摘するものがあった。しかし、基本権という両当事者の利益に対して外在的かつ上位の価値に鑑みると、不法な仲裁条項が問題となる場合、司法へのアクセスに関する権利が妨げられていることになる。このように両当事者の利益に対して外在的かつ上位にある価値が問題となっている場合において、その規定が無効の範囲を積極的に要求していないとして当事者意思の考慮による全部無効の可能性を認めると、結局、一方当事者が不法性の摘示を手控え、当該権利が侵害される結果となってしまう。それゆえ、当該

条項のみの無効を課す必要がある。最近では、契約における基本権の問題を検討する学説により、このような説明がなされるようになっている。[97]

(3)　私見による補足と整理

これまで、当事者の意思を契約の利益ないし有用性と捉える場合、無効の範囲の問題との関係で契約の利益ないし有用性がいかに位置づけられているかについて、学説の議論を概観してきた。無効の範囲において契約の利益ないし有用性を考慮すべき理由につき、現時点では学説の議論が成熟しているとはいえず、本稿では、学説を、大きく二つの観点から素描するにとどまらざるをえなかった。しかし、これらの議論を通じて、契約の利益ないし有用性が、伝統的な一部無効論における当事者の意思とは異なる位置づけを付与されるべきものとして捉えられていたと評することはできよう。

すなわち、本款で検討した学説によると、当事者の意思の内実は、一方当事者の仮定的な意思ではなく、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性であると解することができた。

そして、違反された合法性を回復するために考慮される法規範の目的と、契約の利益ないし有用性との関係をいかに解すべきかについては、これをサンクションという観点から論ずる学説が参考になった。もっとも、これらの学説の指摘は抽象的なものであった。また、メキによると、とりわけ両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益が侵害されていない場合について、このような場合は非常に稀であるとの指摘にとどまり[98]、いかなる場合がこれに該当するかは、明らかでなかった。そこで、第一に、これまで本稿がみてきた判例との整合性について、第二に、同意の瑕疵に関する規定や行為能力に関する規定の違反があった場合が、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益が侵害されていな

い場合に該当するかについて、私見により補足を試みる(99)。

第一に、判例との整合性である。これまで本稿は、特定の契約条項が公序に関する規定に違反していた場合についての判例を中心に検討してきた。前款で確認したとおり、これらの場合には、近時の判例や学説は、公序に関する規定が個人の利益を保護する規定か一般利益を保護する規定かを問わず、違反された法規範の目的を達成するように無効の範囲を画定していた。そして、違反された法規範の目的を考慮する必要性は、たとえば、仲裁条項を一定の場合に無効とする規定（民法典二〇六一条）の違反があった場合のように、当該規定が積極的に無効の範囲を要求しているとはいえない場合であっても、同様である。この場合には、一方当事者の、司法へのアクセスに関する権利が妨げられているが、全部無効を認めるならば、当事者が不法性の摘示を手控え、先の権利が害されることになる。したがって、シムレールらによる、公序の性質によっては、違反された法規範の目的を考慮しなくてよい場合があるとの指摘には、首肯することができない。

もっとも、公序に関する規定の違反が問題となる場合であっても、オベール・ドゥ・バンセルやメキによれば、契約の利益ないし有用性を考慮する必要があった。これまでの判例と比較するならば、ここで考慮される契約の利益ないし有用性には、次の二つの意義を見出すことができ、判例と整合的に理解しうるように思われる。

まず、前掲［仏44］ないし［仏48］判決などにみられるように、判例や学説は、一方で違反された法の目的を考慮し、他方で契約のエコノミーを考慮して、契約条項そのものを無効とするのではなく、契約条項の積極的な修正を認めていた。これは、違反された法の目的だけでなく、両当事者の利益をも参照して、違反された合法性を必要な範囲で回復していたと評価できよう。

次に、前掲［仏43］判決のように、一般的には一部無効が課されることによって違反された法の目的を達成しうる場

合であっても、具体的な事案を考慮するならば、当該当事者にとって契約が有用なものではなく、契約の全部無効が望まれる場合があるということである。このような場合にまで一律に一部無効を課すとするならば、かえって不法性が摘示されない結果となり、サンクションの実効的な発動が阻害される。ここでは、違反された法の目的の達成のために実効的であるのは、契約全体の無効である。無効および一部無効のサンクションという性質に鑑みれば、契約の有用性が存しない場合には契約全体を無効にすべしということができるように思われる。

続いて、第二に、同意の瑕疵に関する規定や行為能力に関する規定の違反があった場合についてである。結論を先に述べるならば、これらの場合につき、両当事者の利益よりも外在的かつ上位の利益の侵害がなされていない場合に該当するとしてよいかは疑わしい。

たとえば、契約の有効性に関するメキの主張の基礎にあるオスト&バン・ドゥ・ケルコフ（Fr.Ost et M.van de Kerchove）によると、同意の瑕疵や行為能力に関する問題は、形式的な有効性の問題である[100]。彼らの見解をみるかぎりその理由は明確でないものの、一方で、同意の瑕疵について、メキは、同意の問題は手続き的有効性（validité procédurale）の問題であるという[101]。ゲスタンも同様、同意に瑕疵がないことが、契約が手続き的に公正であることを示すという[102]。他方で、行為能力について、フルール&オベール&サヴォー（J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux）は、「合理的に、［契約を締結する権利の］行使に関するあらゆる制限（toute incapacité d'exercice）[103]は、同意の瑕疵の推定（présomption）として分析されうる。［これは］……覆すことのできない推定である」[104]と指摘している[105]。そして、これらの規定と無効の範囲との関係につき、たとえばラロメ&ブロ（Ch.Larroumet et S.Bros）は、「契約の成立要件（condition de formation）が満たされていない場合、われわれは、契約が無効であると認めなければならない。……われわれは、たとえば同意が存在しないとき、または同意の瑕疵があるとき、ある契約の特定の約定が維持されるとは思えない。こ

のような場合には、契約関係の全体が、成立要件の不存在により汚染されるのである（infectée）」と指摘する。[106]

これらの指摘を踏まえると、同意の瑕疵や行為能力に関する規定の違反があった場合とは、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の利益が侵害されている、つまり契約成立の手続き的正当性が侵害されている場合であり、これらの規定の趣旨によれば、違反された合法性を回復するには契約全体の無効を要すると考えられているように思われる。[107]

議論の性質上、あらゆる具体的な事案を検討することは難しいが、これまでの検討によれば、無効および一部無効を、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであると捉えることと、契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思を考慮することは、必ずしも矛盾するものではないように思われる。ただし、無効および一部無効の本質を維持したうえで考慮されうる当事者の意思は、伝統的な一部無効論とはその内実および役割を異にしていたことに注意しなければならない。

（三）小括

民法典が改正され、民法典新一一八四条第一項が、無効原因の存する条項が「約務の決定的な要素であった」場合には契約が無効になる旨を規定するに至った。一見すると、同条第一項は、本稿が前章で明らかにした一部無効の本質と相いれるものではなく、伝統的な一部無効論と親和的なようにも解されうる。そこで、本款では、一部無効の本質という観点からはあらゆる当事者の意思が考慮されえないのかを、無効の範囲を画定するにあたり伝統的な一部無効論とは異なる内実の当事者意思を考慮する学説の検討を通じて明らかにすることを試みた。

本款での検討によると、無効および一部無効を「違反された合法性を回復するための客観的なサンクションである」と解することは、あらゆる当事者の意思の考慮を排斥するわけではない。学説のなかには、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を、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性という意味で捉えているものがあったが、このような契約の利益ないし有用性は、一部無効の本質という観点からも考慮されうるものであったように思われる。

すなわち、違反された合法性を回復するには、場合によっては、契約の利益ないし有用性を考慮する必要がある。無効および一部無効の本質を意識しながらそれに言及をする学説によると、その理由の第一は、サンクションの実効性の確保という観点から、契約の有用性がない場合にまで一部無効を課すのであれば、かえって不法性の摘示を手控え、違反された規定の目的が達成されない結果となってしまうという点であった。その第二は、契約の有効性を判断するにあたり契約の利益ないし有用性をも考慮していることから、違反された合法性を回復するにあたっても、それを考慮する必要があるという点であった。私見によると、これらの理由から契約の有用性を考慮することは、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効および一部無効の本質と相いれうるだけでなく、これまでに検討した判例とも整合的であったように思われる(108)。

本節や前章第三節の検討を踏まえると、改正後の民法典には、無効原因の存する条項が「約務の決定的な要素であった」場合には契約が無効になる旨の規定（新一一八四条第一項）が置かれることになるが、その意味については、伝統的な一部無効論のような内実や役割を有するものではなく、当該条項を取り除いた場合に両当事者が追求する契約の利益ないし有用性が存するかという意味で解すべきであると考える。

（1）新一一八四条［再掲］「第一項　無効原因が契約の一条項またはいくつかの条項に存するとき、これは、当該条項または

諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする。

第二項　法律がある条項を書かれざるものとみなす場合、または違反された規定の目的が契約の維持を要求する場合、契約は維持される。」

（2）O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, pp.341 et s.

（3）Ch.Larroumet et S.Bros, *Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations – Les Contrat, 8e éd., Economica, 2016, n° 567.

（4）J.-B.Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, thèse, Litec, 1999, n° 268.

（5）E.Houssard, L'économie du contrat, Revue juridique de l'Ouest, 2002, p.7, spéc. n° 11 et s ; S.Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, PUAM, 2004, n° 513 et s ; A.Arsac-Ribeyrolles, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse, l'Université Clermont I, 2005, n° 290 et s.

（6）本稿第一章第二節を参照。

（7）契約のエコノミーを論ずる学説のなかに、シムレールの一部無効論との対比を行っている学説があるため、以下ではこれらの学説を中心に取り上げるが、同旨の指摘は、かつてからなされていたように思われる。たとえば、参照、A. Barathon, *De la divisibilité des clauses du contrat de mariage*, thèse, A.Rousseau, 1913, p.59. また、本稿第一章第二節第三款も参照。

（8）契約のエコノミー論については、既に日本でも紹介がなされている。とりわけ森田修教授が、フランスにおける契約のエコノミー論について、その内容や学説における評価を非常に詳細に論じている。契約のエコノミーが契約規範論へもたらしうる影響については、森田修『契約規範の法学的構造』（商事法務、二〇一六年）三三二頁以下を参照されたい。

これに対し、本稿の主眼は、学説によれば、契約のエコノミーが無効の範囲を画定するにあたりいかなる意義を有すると考えられているかを明らかにしたうえで、それとシムレールの一部無効の判断構造とを比較することにある（したがって、本稿は、契約のエコノミーをコーズ概念や目的（objet）概念などと比較し、契約のエコノミーそれ自体の有益性や、契約法における位置づけを検討するものではない。）。本稿でも扱うウサールやピモンの見解の内容は既に森田修教授により紹介されているものの、以上の点で、本稿が、契約のエコノミーと無効の範囲との関係を扱うことの意義も残されていよう。

（9）E.Houssard, op.cit., n° 42.

（10）Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dirigé par G.Cornu, 3e éd., PUF, 1992, v° économie (cité par 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° 661 note 206.)。なお、アンリカピタン協会の法律用語辞典の最新版である第一一版においても、同様の定義がなされている（Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dirigé par G.Cornu, 11e éd., PUF, 2015, v° économie.）。

（11）J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 661.

（12）E.Houssard, op.cit., n° 49.

（13）A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n° 512.

（14）Cass.civ.1re, 3 juillet 1996, D.1997, p.500, note Ph.Reigné ; RTD.civ. 1996, p.903. note J.Mestre.

（15）E.Houssard, op.cit., pp.13 et s ; S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 276 et s. また、参照、森田・前掲注（8）『契約規範の法学的構造』三八二頁以下。

（16）ムストル（J.Mestre）やムーリー（J.Moury）による契約のエコノミーに対する批判については、森田・前掲注（8）『契約規範の法学的構造』五〇二頁以下が詳しい。

（17）J.Mestre, op.cit., note sous Cass.civ.1re, 3 juillet 1996, pp.903 et 904.

（18）一一三四条第一項［再掲］「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。」

（19）一一三五条「合意は、それにおいて明示されていることだけでなく、債務の本性に従って衡平、慣習または法律がその債務に与えるすべての帰結についても、義務を生ぜしめる。」

［筆者注：民法典の改正により、一一三五条と同旨の規定である新一一九二条が、「契約の効果」に関する章のなかにある、「拘束力（force obligatoire）」と題された小節に置かれている。もっとも、新一一九二条の文言は、一一三五条とは若干異なっており、「契約は、それにおいて明示されていることだけでなく、衡平、慣習または法律がそれに与えるすべての帰結についても、義務を生ぜしめる」となった。］

（20）J.Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, D. 2000, p.382, spéc., n° 3 et s.

(21) Cass.civ.3e, 24 juin 1971, Bull.civ.III, n° 405 ; JCP 1972, II, 17191, note J.Ghestin ; D. 1971, somm, p.131.
(22) 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、それに依存する（dépend）合意を無効とする。」
(23) E.Houssard, op.cit., n° 12.
(24) S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 525.
(25) S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 522.
(26) A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n°a 427 et s.
(27) A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n°a 441 et 451.
(28) A.Arsac-Ribeyrolles, *op.cit.*, thèse, n° 508.
(29) Cass.civ.1re, 15 mai 2008, RDC 2008, 1122, note Th.Genicon.
(30) かつて、仲裁条項は、定型化した条項によって、弱い立場にある一方当事者が国家の裁判所を利用する機会を奪われることをおそれ、原則として無効であるとされていた（民法典旧二〇六一条「仲裁条項は、法律により別に定められていない場合には無効である」）。しかし、これにはかなりの例外があり、二〇〇一年五月一五日の法律により、現行の規定に改められた。フランスの仲裁条項については、参照、エマニュエル・ジュラン（小川健訳）「フランスにおける仲裁契約」慶應法学一〇号（二〇〇八年）三四七頁、特に三五四頁。
(31) 民事訴訟法典一四四二条「仲裁条項は、契約の当事者が当該契約に関して生じうる紛争を仲裁に付すことを約する合意である。」
(32) Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969, n° 85.
(33) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 2600.
(34) M.Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 2013, n°s 462 et s.
(35) シムレールによる不可分性概念と当事者の意思との関係については、本稿第一章第二節第三款を参照。
(36) S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 520.
(37) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n°s 417 et s.

（38）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{os} 520 et 521.
（39）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{o} 522.
（40）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{o} 312.
（41）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{o} 522.
（42）C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse, LGDJ, 1992, n^{o} 495.
（43）E.Houssard, op.cit., n^{o} 13.
（44）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{o} 525.
（45）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{o} 524.
（46）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{o}a 333 et s, n^{os} 419 et s.
（47）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{o} 448.
（48）一一〇八条［再掲］「合意の有効性にとって、以下の四つの要件が本質的なものである。
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コーズ」
［筆者注：契約の有効要件についても、債務法の改正によって修正された。新一一二八条は、契約の有効性に必要な要件として、両当事者の同意、契約を締結する能力、適法かつ確実な内容という三つを規定する。このようにコーズ概念と目的概念については契約の有効要件から削除されたのであるが、契約の内容に関する諸規定（新一一六二条以下）のなかには、コーズ概念や目的概念のもとで論じられていた議論が反映されているものがある（たとえば、参照：Ph.Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n^{os} 35 et s ; N.Dissaux et Ch.Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, pp. 56 et s ; O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, pp.260 et s.）。］

（49）ロシュフェルトのコーズ論について、ここでは本稿の問題関心に沿った説明のみを行うが、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、二〇一〇年）四二七頁が詳細に分析を行っている。

（50）J.Rochfeld, *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999, n° 156.

（51）J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n° 166.

（52）J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n^{os} 230 et s.

（53）J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n^{os} 56 et 61.

（54）ロシュフェルトは、契約の無効以外にも、典型契約の場合には、①契約の性質決定の変性（dénaturation）や②縮減による転換（conversion par réduction）、③両当事者が追求した目的と相いれない条項を書かれざるものとみなすというサンクションの可能性を検討する（J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n^{os} 426 et s.）。そして、前二者については、契約の性質を変えてしまうと、両当事者が選択した典型契約の目的を達成できないことなどを理由に、実際には変性後の契約類型を両当事者が意図していた場合といった例外的な場合を除き、これらを認めることはできないとする（J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n^{os} 431 et s. et n^{os} 435 et s.）。これに対し、後者については、両当事者が選択した契約類型の目的の達成を妨げる要素を取り除き、その達成に向けられているとして、これを認める（J.Rochfeld, *op.cit.*, thèse, n^{os} 439 et s.）。

（55）通常、コーズは、その存否が問題となる場合には債務に見出されるが、コーズは、双務契約では、反対給付を意味し、両当事者の債務の牽連性を示すものとなる。したがって、一方の債務のコーズが不存在となれば、他方の債務も消滅することになる（ピモンは、このようなコーズの役割と契約のエコノミーとの競合を指摘する（S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 428 et n^{os} 444 et s.））。

また、ラロメ＆ブロ（Ch.Larroumet et S.Bros）は、ある条項の無効と契約の無効とを結びつけるのは、コーズに関する規定であり、それゆえ、判例がコーズを用いて解決をしていたことはまったく論理を欠くわけではないと指摘する（Ch. Larroumet et S.Bros, *Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations – Le Contrat, 8^{e} éd. Economica, 2016, n° 567.）。

（56）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n^{os} 551 et s.

（57）契約への利益という概念は、各当事者の約務を正当化するものであり（二〇〇八年司法省草案八五条）、ロシュフェルト

のコーズ論において展開されているものだと説明されている（D.Fenouillet, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, RDC 2009, p.297.）。

二〇〇八年司法省草案八五条「各当事者は、約務を正当化する契約への利益を有さなければならない。」同草案八六条「有償契約は、当初から、約務を負う者のために合意された反対給付が無内容、または無価値（illusoire ou dérisoire）であるとき、利益を欠き、無効である。」

（58）石川・前掲注（49）『「契約の本性」の法理論』四四七頁以下は、本質的債務論という観点から、債務法改正に関するいくつかの法律案を分析する。そのなかで、二〇〇八年の司法省草案についても取り上げている。

（59）債務法の改正により、目的に関する規定は削除されたが、「適法かつ確実な内容」という新たな契約の有効要件（民法典新一一二八条）のなかに、目的に関するこれまでの議論が反映されている（前掲注（48）を参照）。たとえば、「契約の内容」と題された小節に置かれている民法典新一一六三条第一項は、「債務は、現在または将来の給付を目的とする」と規定する。また、代金が決定されていない場合についての扱いも、これまでは目的の確定性との関係で論じられてきたが、この問題については、債務法の改正後は契約の内容に関する問題として、新一一六四条が明文化している。

（60）目的概念については、民法典の条文には、約務または債務の目的と表現するものもあれば（民法典一一二九条、一一三〇条）、合意または契約の目的と表現するものもある（一一二六条ないし一一二八条）。それゆえ、民法典の文言上は、いずれの目的かは明確ではない。しかし、学説によると、伝統的には、目的は債務に見出されると考えられている。たとえば、民法典一一二六条は、「あらゆる契約は、……を目的とする」と規定しているが、実際には、債務者が何についての約務を負っているか、つまり、与える債務、なす、またはなさない債務かという、債務の目的に関して定めていると指摘する（J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, Sirey, 14e éd, 2010, n° 234 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd, Defrénois, 2009, n° 596.）。

しかし、契約の目的（objet du contrat）を考慮すべしと主張する学説も存在する（たとえば、A.-S.Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse, LGDJ, 2005.）。ルカ・ピュジェ（A.-S.Lucas-Puget）は、契約が単に債務の総和（somme

des ses obligations）ではないことを指摘し、両当事者により意図された具体的な法的取引のレベルで目的を捉えるべきであるとする（A.-S.Lucas-Puget, *op.cit.*, thèse, n° 23 et s, n° 499.）。

債務のレベルではなく、法的取引のレベルで目的を捉える学説の契約法上の意義については、今後の課題にしたい。なお、契約のエコノミー概念を論ずる学説の検討を通じて、森田修教授が、フランスにおける契約の捉え方の変容とその意義を分析している（森田・前掲注（∞）『契約規範の法学的構造』三三八頁以下）。

（61）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 43 et s.

（62）J.Carbonnier, *Droit civil*, tome 4, Les obligations, 19e éd., PUF, 1995, n° 55.

（63）ただし、債務の目的がない場合については、コーズ概念をどのように理解するかによって、学説の理解が異なる。

たとえば、サヴォー（E.Savaux）によると、債務の目的がない場合、ただちに契約が無効となるわけではない。つまり、債務の目的がない場合につき、「民法典が契約の成立要件のなかにコーズを記載しなかったなら、無効は、目的を欠く債務にしか課されなかったであろう。他方の債務は、存続したままであろう。……コーズの伝統的な概念が避けることを可能にするのは、まさにこのようなちぐはぐな結論である。これ〔コーズ〕は、双務契約において、二つの債務が単に併置されているのではなく、相互依存的であるという理解を示している。一方〔の債務〕が目的の不存在または不法な目的により無効であるとき、他方は、コーズを欠き無効となる、そして契約が全体として崩れるのである」という（J.Flour, J.-L. Aubert et E.Savaux, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, Sirey, 15e éd, 2012, n° 275.）。

これに対して、アンチ・コーザリストであるプラニオル（M.Planiol）は、「われわれは、牽連性のある給付を想定している単なる契約の双務的性質により、コーズの思考（idée）を介入させることなく〔コーズによる帰結と〕同様の帰結へと至りうる」という（M.Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 8e éd., LGDJ, 1921, n° 1037 et s.）。

（64）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 518.

同様の指摘をする学説として、参照；Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 284 et s ; J.Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2e éd., LGDJ, 1988, n° 887.

（65）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 172.

（66）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 183.

（67）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 186.
同様の指摘をする見解として、参照、A.-S.Lucas-Puget, *op.cit.*, thèse, n^{os} 23 et s.

（68）S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n^{os} 526 et 527.

（69）名前について注記する。オベール・ドゥ・バンセルの執筆したテーズ『同意の変性と契約上のサンクションの実効性（*Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*）』では、名前の表記は、《Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles》であったが、現在では、《Carole Aubert de Vincelles》となっている（https://www.u-cergy.fr/fr/_plugins/mypage/mypage/content/caubertd.html, 二〇一七年六月六日最終閲覧）。そこで本稿では、現在の名前の表記に合わせることにした。

（70）C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Dalloz, 2002, n° 2.

（71）C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n^{os} 19 et 23.
それゆえ、オベール・ドゥ・バンセルによると、抑止（dissuasion）と抑圧（répression）とは同視されるものではない。民事上のサンクションであっても、後述する、民事上のサンクションに特有の「回復（réparation）」という機能に抑止という効果が付随しており、回復が、抑止的な効果を生じさせるという（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 23.）。
同様の指摘をする学説として、参照、M.-E.Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, thèse, LGDJ, 1974, p.117.

（72）訳語について注記する。《réparation》とは、たとえば、《réparation en nature》を「現物賠償（または現実賠償）」と、《réparation en équivalent》を「等価賠償」といったように、一般に、「賠償」という訳が当てられる（たとえば、大澤逸平「フランス不法行為法における現実賠償概念―『賠償』をめぐる被害者、責任主体、一般利益の交錯―」専修ロージャーナル九号（二〇一三年）七九頁）。これに対し、オベール・ドゥ・バンセルは、《réparation》を、民事責任の領域に限定せず、「違反がなかったならば被害者が置かれていたであろう状況に回復させる（rétablir）こと」という意味で用いている（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 21.）。そこで、本稿では、彼女の用いる《réparation》を、「賠償」ではなく、「回復」と訳すことにした。

(73) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 21.
(74) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 21.
(75) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 26.
(76) オベール・ドゥ・バンセルによれば、契約により追求される利益、つまり契約の有用性とは、客観的コーズと主観的コーズとを統合したものに匹敵しうるものだという（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 39.）。
(77) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n^{os} 39 et 40.
(78) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n^{os} 41 et s.
(79) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n° 102.
(80) たとえば、参照：J.Ghestin, *op.cit.*, *Les obligations, Le contrat : formation*, n° 895 ; M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, LGDJ, 2004, n° 987 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n^{os} 2626 et s.
(81) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n^{os} 510 et s.
(82) C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *op.cit.*, thèse, n^{os} 514 et s, et n° 547.
(83) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n^{os} 972 et 973.
　なお、本稿は、主にメキによるテーズ『一般利益と契約―私法における諸利益の階層化の研究への寄与』をもとに、一部無効論において彼の主張が有する意義を検討するが、これは、メキの主張のなかの極一部にすぎない。メキのテーズの全体像については、吉田克己「紹介　ムスタファ・メキ『一般利益と契約』」新世代法政策学研究一号（二〇〇九年）九一頁で紹介されている。
(84) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 976.
(85) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 977.
(86) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 82 ; M.Mekki, Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires, RDC 2006, p.679, spéc., p.681.
(87) M.Mekki, op.cit., Nullité et validité en droit des contrats, p.681.

（88）M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 977.
（89）M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 978.
（90）M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n^{os} 979 et 980. ただし、当該条項の援用時において競業避止特約の不当性を問題とする場合、これを当該条項の有効性の問題として扱うべきかについては、無効の問題と濫用法理の問題との関係を検討する必要があるように思われる。
（91）契約条項の目的外の使用につき、濫用法理に基づいて解決する学説として、参照：Ph.Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, thèse, 2000, n^{os} 634 et s.
（92）たとえば、スリネは、メキの合法性の捉え方を参照し、無効を、「契約締結時になされた合法性に対する違反のサンクションである」とする（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 2013.）。
（93）M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n^{os} 984 et 985.
（94）M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n^{os} 995 et 996.
なお、メキは、両当事者の利益を考慮するにあたり、当事者の意思を媒介とする旨を指摘する（M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 995.）。もっとも、メキは、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内実に注意を払っておらず、また、彼自身がそこで考慮されるべき当事者の意思の内実をいかに考えているかは明らかでない。そこで、本稿では、彼の表現に従えば、両当事者の意思を媒介として両当事者の利益を考慮すると指摘されている箇所を、単に、両当事者の利益を考慮すると表記している。
（95）メキが依拠する学説として、参照：Fr.Ost et M.van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.
（96）メキのように契約の有効性の問題を把握する見解として、参照：J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 2013.
（97）L.Maurin, *Contrat et droit fondamentaux*, thèse, LGDJ, 2013, n° 367.
モーラン（L.Maurin）によると、土地管轄に関する規定に抵触するあらゆる条項を一定の場合を除いて書かれざるもの

とみなす旨を規定する民事訴訟法典四八条も、同様に考えられるという（L.Maurin, *op.cit.*, thèse, n° 367.）。

民事訴訟法典四八条［再掲］「直接的または間接的に土地管轄に関する規定に抵触するあらゆる条項は、書かれざるものとみなされる。ただし、その条項が商人の資格で契約した者の間で合意されており、かつ、それをもって対抗される当事者の約務において、非常に明白に特記されているときは、この限りでない。」

（98）M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 996.

（99）なお、不能条件があった場合も、両当事者の利益に対して外在的かつ上位の価値が侵害されていない場合に該当するかが問題となろう。ただし、改正後の民法典において、不能条件に関する規定が削除されることになった（債務法の改正後、民法典一一七二条にあたる条文とされる新一三〇四条の一は、「条件は適法なものでなければならない。そうでなければ、債務は無効となる」と規定する。）。また、不能条件といってもあらゆる不能条件を同列に扱うことが難しいと指摘されている。議論の混乱を避けるために、本稿では注で補足するにとどめる。

第一に、不能条件については、学説により、それが停止条件であるか、または解除条件であるかにより区別すべきであり、それぞれについて検討をすると、不能条件が付された合意が無効となるかは疑わしいと指摘されている。たとえば、債務法の改正にあたり、民法典新一三〇四条の一が不能条件に言及しなかった理由につき、学説は、不能条件が停止条件の場合、それに依拠する債務が生じることはなく、解除条件の場合、契約の効果が再検討されることはないと説明する（Fr. Ghénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, n° 41.31.）。

第二に、不能条件と不法条件とを区別できないと指摘する学説もある。たとえば、破毀院第三民事部一九八二年二月三日（Cass.civ.3e, 3 février 1982, Gaz.Pal. 20 juillet 1982, Panorama, note J.D.）は、土地の売買にあたり、買主がそこに集合住宅を建築し、その数室に売主らを無償で居住させる旨の契約を締結したところ、地方自治体の復興開発計画に反し建築の許可が下りなかった事案である。同判決は、建築の許可を停止条件とし、民法典一一七二条により、当初から不能な停止条件が契約全体を無効とするとした原審判決を是認した。これに対し、学説には、このような条件を、たしかに不能条件であるが、しかし、都市計画の規定による不能なのであり、不法条件と混同される傾向にあると指摘するものがある（Fr.

Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 1224 (p.1210) , note 2.)。公法上の規定の違反があった場合における私法上の効果の問題や、当該規定の違反を不法条件と同様に扱ってよいかなど、多くの問題を含んでいるものと思われる。また、メキの指摘との関係でいえば、これらのことは、不能条件があった場合に両当事者の利益に外在的かつ上位の価値が侵害されていない場合に該当するかという問題にもかかわる。

本稿では、不能条件に関しては、その複雑さゆえ問題点の指摘にとどめ、詳細な検討は、今後の課題としたい。

(100) Fr.Ost et M.van de Kerchove, *op.cit.*, p.339.

(101) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 1237.

(102) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 455.

(103) 学説によると、《incapacité》は、《incapacité d'exercice》と《incapacité de jouissance》とに区別される。前者は、ある者が有する権利を行使することに対する制限であるのに対して、後者は、権利の名宛人になることができないという意味での制限である（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 96.）。

(104) J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, 15e éd, Sirey, 2012, n° 228.

(105) 同旨の指摘をする学説として、たとえば、参照、M.Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, tome 1, Contrat et engagement unilatéral, Puf, 2008, n° 121 ; Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 94 ; D.Sadi, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, mare&martin, thèse, 2015, n°s 327 et s.

(106) Ch.Larroumet et S.Bros, *op.cit.*, tome 3, Les obligations – Les Contrat, n° 565.

(107) 無効の範囲に関する規定を同意の瑕疵に関する規定の違反があった場合に適用しうるかについては、テレ草案の「契約の成立規定のサンクション」に関する趣旨説明においてではあるが、ウシェフ（D.Houtcieff）はこれを否定する。すなわち、ヨーロッパ契約法原則【4：105】（後掲）は、錯誤の場合における契約の適合（adaptation）に関する規定を提案する。これに対し、ウシェフは、一部無効を定めるテレ草案八六条については、無効とは「違反された規定に比例したサンクションである」としてこれを説明する一方で、錯誤の場合における契約の適合に関する規定には否定的である。そして、契約の適合に関する規定を拒否する理由として、契約の適合が、当事者の意思の代わりに裁判官の意思を用いるに至らせると

いう点や、このような適合が、適法である範囲で当事者の意思に自由な領域を与えることが望まれる法には合致するものではないという点などを指摘する（D.Houtcieff, Les sanctions des régles de formation des contrats, in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p.223, spéc., pp.229 et s.）。

ヨーロッパ契約法原則【4:105】「第一項　当事者の一方が錯誤を理由として契約を取り消す権限を有する場合において、相手方が取消権者の理解していた内容で契約を履行する意思を示し、またはその内容で現に履行するとき、当該契約は、取消権者が理解していた契約内容で締結されたものとみなされる。相手方は、取消権者が理解していた契約内容について通知された後、ただちに、かつ、取消権者が取消しの通知をしたことを信頼して行動する前に、履行する意思を示し、または履行をしなければならない。

第二項　前項の表示または履行がされた後は、取消権は失われ、それまでにされた取消しの通知は効力を有しない。

第三項　当事者双方が同一の錯誤に陥った場合、裁判所は、当事者の一方からの請求により、当該契約を、合理的にみて、錯誤がなければ合意されたであろうと考えられる内容のものに改訂することができる。」

テレ草案八六条［再掲］「第一項　無効原因が契約の一条項にのみ存するとき、当該条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、それが行為全体を無効とする。

第二項　しかしながら、契約は、法律がある条項を書かれざるものとみなすとき、または違反された規定の目的がその維持を要求するとき、維持される。

第三項　（省略）」

（108）なお、無効の範囲画定にあたり、契約のエコノミーという意味での当事者の意思を考慮すべしとする見解や、メキのような無効論の捉え方によると、契約の一部を無効とすることで両当事者が目的とした契約の利益ないし有用性がなくなる場合、契約全部を無効とする可能性があった。このような主張が妥当することがないかというと、そうではないように思われる。ピモンによると、経済かつ構造上、双務的な契約関係においては、契約に、機能的な統一性（unité fonctionnelle）があるという。そして、契約の一部を無効とすることで契約のエコノミーが覆滅する場合、当該要素を除いては全体としての取引が実現できない、つまりその統一性が失われる（S.Pimont, *op.cit.*, thèse, n° 230）。したがって、

たとえば、売買契約の目的物そのものが取引の対象となりえないものであった場合に、目的物の引渡し債務のみを無効とし代金の支払い債務のみを存続させるならば、売買契約という双務的な契約関係の統一性が失われる。それゆえ、この場合には、契約全部を無効とする。このような説明もありえよう。契約の一部の無効による契約の性質決定の変更の可否と公序との関係については、今後の課題としたい。

これに対して、本節で扱った契約の特定の条項の無効が問題となる場合についてみると、そこでは、契約目的そのものを規制する法律の違反が問題となっているとはいえず、それゆえ、契約のエコノミーという意味での当事者の意思のみを基準として無効の範囲を画定するという先の議論が妥当しないのだと思われる。

第三款　本節のまとめ

本節では、契約における特定の条項に無効原因が存する事例において、近時の学説や判例の検討を通じて、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという無効および一部無効の本質が妥当しているといいうるかを検討した。

契約における特定の条項に無効原因が存する場合で、かつ無効の範囲が争われる事案の多くは、当該条項が公序に関する規定に違反していた場合である。そして、このような場合には、近時の判例や学説は、違反された規定の目的を考慮して無効の範囲を画定する傾向にあった。実際、判例のなかには、一方当事者により、ある条項が当事者の意思において決定的であったという主張がなされたにもかかわらず、それを考慮する必要がないとして無効の範囲を画定するものがあった（前掲［仏37］判決等）。違反された規定の目的がさまざまであるために一般化することは難しいが、学説も、

違反された規定の目的が達成されるためには不法性が摘示される必要があるなどの理由から、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定することを批判するものが多かった。

伝統的な一部無効論と比するならば、このような判例や学説の傾向が、公序の種類を問わず見出されている点に、近時の判例や学説の意義を見出すことができよう。たとえば、仲裁条項が無効である場合について、かつての学説は、違反された規定の趣旨が無効の範囲を積極的に要求しておらず、したがって無効の範囲が当事者の意思を考慮して画定されるべき事案の典型例として挙げていた。これに対して、前掲［仏50］判決は、契約全部を無効とする旨の約定の存在や一方当事者の主張にもかかわらず、仲裁条項の無効が契約全体を無効としないと判示した。この判例については、一方で、後述する契約の利益ないし有用性という観点からも説明しうるように思われるが、他方で、司法へのアクセスに関する権利の侵害という観点からも、一部無効とすべき理由が説明されていた。本節での検討によれば、公序に関する規定が個人的な利益を保護するものか、もしくは一般的な利益を保護するものか、または経済的公序か否かを問わず、違反された法規範の目的が考慮されていると評価できよう。

もっとも、判例や学説が、当事者の意思に無関心であるかというと、そうではない。たとえば、判例により契約条項の積極的な修正がなされる場合、そこでは、違反された規定の目的を考慮する一方で、両当事者が当初追求した契約の利益にも配慮されていた（前掲［仏44］ないし［仏48］判決）。また、具体的な事案において、契約の有用性が存しない場合には、他の類似の事案では当該条項のみの無効が言い渡されていても、当該事案では契約全体の無効が言い渡されていた（前掲［仏43］判決）。ただし、これらの事案で考慮されている当事者の意思の内実や役割は、伝統的な一部無効論のそれとは異なり、無効および一部無効の本質を、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであると捉えることと、相いれると考えられた。

すなわち、本節で検討した判例や学説によると、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内実とは、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性といえるものであった。そして、それが無効の範囲を画定するにあたり考慮される理由は、たとえば、契約条項を積極的に修正して違反された合法性を必要な範囲で回復するためであり、または契約の有用性が存しない場合に契約全体を無効とすることで不法性の摘示を促し違反された法の目的の達成を確保するためであった。それゆえ、違反された合法性を回復するための客観的なサンクションであるという無効および一部無効の本質という観点からも、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性は、場合によっては考慮されうるものであったと評価できるのである。

さて、次に検討をする、複合的な契約におけるひとつの契約が無効であった事例では、当事者の意思の内実に関しては、本節と同様の議論が展開されているといえる。しかし、本節でみた契約における特定の条項が無効であった事例と同様に理解してよいかというと、そうではないように思われる。次節では、複合的な契約におけるひとつの契約が無効であった事例の検討を通じて、その特徴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。加筆・修正にあたって、文科省科学研究費助成金「若手研究（B）」（二〇一六～二〇一八年度）（課題番号：JP16K17015）の交付を受けている。

論　　説

結合取引の準拠法

―― 第三者信用販売取引を中心に据えて ――

嶋　　拓哉

1．概要

（1）問題意識

契約結合は、複数の事業者が単一の経済目的を共有しその目的に沿った取引を形成するために、互いに業務を分担し、主として顧客等との間で各々相対契約を締結する取引現象を指す。事業者が顧客等との間で締結する複数の契約により形成される取引のことを結合取引ということがあるが、欧州では、結合取引が実際の取引社会において次第に重要な地位を占めるに至ったことから、その実体法的規律のあり方が議論されてきた[1]。結合取引では、個別の相対契約の問題として完結する法律問題が存在する一方で、複数の契約に跨がる法律問題（典型的には、抗弁権の接続・切断の問題）が生じ得るが、とりわけ後者の問題を処理するに当たり契約結合に特有の視点を導入する必要があるか否かが論じられてきた。さらに抵触法の領域においても、近時漸く、同様の問題意識を持って、こうした類型に属する取引を如何に規律すべきかという視点を盛り込んだ論稿が見受けられるに至っている。但し、これら抵触法上の研究

[1] 例えば、千葉恵美子「『多数当事者の取引関係』をみる視点」『椿寿夫教授古稀記念　現代取引法の基礎的課題』（有斐閣、1999年）161頁以下、グンター・トイブナー（藤原正則訳）『契約結合としてのネットワーク』（信山社、2016年）等では、そうした問題意識が明確に示されている。

は、実体法の領域にもまして成果の蓄積がいまだ乏しく、また結合取引という一語で纏めるにしても、第三者信用販売取引、ファイナンス・リース取引、フランチャイズ取引など多様な形態を採ることから、果たして結合取引という事象を統一的に論じることが可能かという点にも、定かな見極めが付いていないのが現状である。

他方において、実際の取引社会では、いまや結合取引の存在が必要不可欠である。例えば、身近にあるコンビニエンス・ストアは本部と複数の加盟店の間で締結されるフランチャイズ契約を基盤として成立しているし、リース会社は、ファイナンス・リース取引を多用することで資金運用実績を着実に伸ばしており、特に先進国では大きな市場規模に成長している[2]。また、第三者信用販売取引は、物品売買契約と金銭消費貸借契約が一体となり形成されるが、特に欧州等では、事業者のみならず消費者を顧客（買主兼借り手）とする事案も顕著である。こうした現状を踏まえると、これら結合取引の法的取扱いについては、実体法のみならず、並行的に抵触法の領域でも検証を進めていくことが肝要であり、その研究成果の実際的な意義は決して小さいものではない、と思われる。

（2）問題設定

本稿では、結合取引に関する抵触法上の検討を題目の中心に据えるが、既述のとおり、その形態は一様ではない。ややもすると抽象的になりがちな抵触法の議論では、具体的な事例を想定したうえで検討を進めるのが理解を得易いであろう。ここでは、物品売買契約と金銭消費貸借契約から構成される第三者信用販売取引に焦点を当てて欧州における議論状況を概観し、自身の考察の一助にしたい。そこでの議論のポイントは、①契約準拠法に関するローマⅠ規則（以下「ローマⅠ規則」という）[3]等の

[2] リースの市場規模は、米国が2,000億ドル程度、次いで日本（700億ドル程度）、ドイツ（500億ドル程度）、フランス、イタリア（各250億ドル程度）と考えられている（加藤建治『最新リース取引の基本と仕組みがよ～くわかる本』（秀和システム、2006年）145頁）。これらは、現在より10年ほど前の数字であり、現時点における実際の市場規模はこれを上回っているものと推察されるほか、今後、新興国を中心に更なる市場規模の拡大が予想される。

[3] Regulation (EC) No.593/2008 of the European Parliament and of the Council

抵触法体系の中で契約結合という事象を如何に位置付けるべきか、②結合取引の抵触法上の処理に当たり消費者保護の要請に如何に配慮を払うべきか、という二点に尽きる。

なお、これらの議論を行うためにも、第三者信用販売取引として、次のとおり具体的な事例設定を行いたい。

Aが、ドイツにおいてB社との間で物品売買契約を締結し、その資金調達のために英国所在のC銀行と金銭消費貸借契約を締結したが、Aの購入後にその物品に重大な欠陥があることが判明した、という事案を想定する。さらに、この事案において、物品売買契約の準拠法をドイツ法、金銭消費貸借契約の準拠法を英国法とする主観的法選択があったとすれば、どのような法的処理が図られるであろうか。物品売買契約の準拠法（ドイツ法）によれば、買主Aは売主Bによって物品の追完がなされないときに限り、貸し手であるCに対する返済を拒めるとされる（ドイツ民法［以下、条項前は「BGB」という］359条第3文[4]）。これに対して、金銭消費貸借契約の準拠法（英国法）によれば、物品の欠陥を以て直ちに、買主Aは売主Bのみならず貸し手Cにも対抗でき、BCは連帯してAに責任を負うとされる（1974年消費者信用法［Consumer Credit Act

---

of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2008], OJ L 177/6.

[4] BGB359条は次のとおり。なお、改正前の本条文の邦訳については、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版会、2002年）212頁を参照。また同条文の簡略な説明は、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003年）374頁を参照。

Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag geschlossen hat, zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden. Dies gilt nicht bei Einwendungen, die auf einer Vertragsänderung beruhen, welche zwischen diesem Unternehmer und dem Verbraucher nach Abschluss des Darlehensvertrags vereinbart wurde. Kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, so kann er die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist.

(1974)〕75条１項[5])。つまり、ドイツ法に従えば、買主Ａは貸し手Ｃに弁済の拒絶を行う前に売主Ｂに追完の機会を与える必要があるのに対して、英国法に従えば、買主Ａは直ちに貸し手Ｃへの弁済を中断することが可能であることから、二つの契約準拠法の間で結論に矛盾が生じかねない。そもそも欧州連合では、消費者信用に関する指令（以下「消費者信用指令」という）[6]15条２項が抗弁権の接続の問題を規定しており、具体的には、上記事案において買主Ａは売主Ｂに対して物品売買契約の本旨に沿った履行を求めたものの満足な結果を得られなかった場合に初めてＡが貸し手Ｃに対抗し得る旨を規定する[7]。もっとも、ＡがＣに

---

[5] Consumer Credit Act (1974) 75条１項は次のとおり。
If the debtor under a debtor-creditor-supplier agreement falling within section 12 (b) or (c) has, in relation to a transaction financed by the agreement, any claim against the supplier in respect of a misrepresentation or breach of contract, he shall have a like claim against the creditor, who, with the supplier, shall accordingly be jointly and severally liable to the debtor.

[6] Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive of 87/102/EEC [2008], OJ L 133/66. なお欧州では、古くは1986年12月に消費者信用に関する最初の指令（Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit [1987], OJ L 42/48）が採択されていたが、これを改める形で2008年に新たな上記指令が採択された。こうした経緯については、谷本佳子「2008年ヨーロッパ消費者信用指令（2008/48/EC）について」立命館法学336号441頁以下（2011年）を参照。

[7] 消費者信用指令15条２項は次のとおり。
Where the goods or services covered by a linked credit agreement are not supplied, or are supplied only in part, or are not in conformity with the contract for the supply thereof, the consumer shall have the right to pursue remedies against the creditor if the consumer has pursued his remedies against the supplier but has failed to obtain the satisfaction to which he is entitled according to the law or the contract for the supply of goods or services. Member States shall determine to what extent and under what conditions those remedies shall be exercisable.

対抗できる範囲やそのための前提条件は各国の判断に委ねられている[8]ことから、ドイツはこの指令と同じく抗弁接続の補充性を認める一方で、英国はかかる補充性を否定するなど、欧州連合域内であっても抗弁権の接続を巡る国内法規定が微妙に異なっているのが実情である。

さらに、この事例を少し変更して、いずれかの契約（例えば、物品売買契約）の準拠法所属国が欧州以外の国（例えば、甲国）であり、かつ甲国法では抗弁権の接続が一切認められていないとすれば、どうであろうか。ドイツ法と英国法ではいずれも抗弁権の接続を肯定しており、問題の所在はその要件を巡る相違にあるに過ぎなかったが、ここに至って事態は一層深刻である。金銭消費貸借契約の準拠法（英国法）では抗弁権の接続が無条件に認められるが、物品売買契約の準拠法（甲国法）に拠れば抗弁権の接続が一切認められず、買主Ａの法的地位は、いずれの法を優先するかによって大きく左右されることになってしまう。

こうした事象は、一連の取引が複数の契約から構成されることに由来し生じるものであるが、複数の契約が結合することにより生じる矛盾を回避するためにも、欧州の現行法体系を前提として契約結合を巡る抵触法上の処理のあり方を検証するのが本稿の主眼である。

２．主観的法選択がある場合における結合取引の準拠法

（１）一般準則

ローマⅠ規則３条１項は「契約は当事者によって選択された法に拠る。その選択は契約条項もしくは事案の状況により明示的にあるいは明確に示されていなければならない。当事者はその選択により、契約の全部もしくは一部のみについて準拠法を指定することができる」旨を規定する。従って、当事者による主観的法選択が存在する場合には、その選択された法が準拠法として契約に適用される。これは一般に、当事者自治の原則を規定したものと捉えられるが、ローマⅠ規則の前文（11）において、当事者自治の原則が「契約上の債権債務関係を巡る抵触法体系の基礎（cornerstone）」として位置付けられているほか、明確な法選択の存在

[8] 消費者信用指令15条２項第２文を参照。

が当事者間における予見可能性（Voraussehbarkeit）の向上、および法的安定性（Rechtssicherheit）の確保に資することから、契約準拠法を巡る当事者間の紛争を回避するための最良の方策と考えられている[9]。ローマⅠ規則の施行前の段階から既に、当事者自治の原則は契約を巡る抵触準則として幅広く受け入れられてきた[10]が、同規則の下でも引続き、契約に関して当事者自治の原則が広範に妥当すると考えるべきである[11]。

また、ローマⅠ規則３条１項第２文によれば、契約条項に明記されている場合のみならず、事案の諸事情を勘案すれば当事者間に準拠法に関する合意があったことが明確である場合にも、主観的法選択の存在が認められる。一般に黙示の法選択と言われるものであるが、その認定に当たっては、一般的な当事者を想定し仮定的な意思を推認する手法は許されない[12]。複数の間接事実を積み重ねることを通じて、契約締結時に当事者の間に契約準拠法を選択する意思の合致が実際に存在していたこと

---

[9] T. Rauscher (Hrsg.), EuZPR･EuIPR, Band III [Rom I-VO, Rom II-VO], 4. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2016), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 1 [J. von Hein]; F. Ferrari/E-M. Kieninger/P. Mankowski/K. Otte/I. Saenger/G. Schulze/A. Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. (C. H. Beck, 2012), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 5 [F. Ferrari].

[10] ローマⅠ規則が施行される前は、ドイツ国際私法（条項番号前は「EGBGB」という）27条が当事者自治の原則を規定していたが、その当時既に契約を巡る抵触準則として当事者自治の原則が広く受容されていたことにつき、Soergel BGB, a.a.O. 12. Aufl. (W. Kohlhammer, 1996), EGBGB Art. 27 Rdn. 4 [B. von Hoffmann]; Erman BGB, 12. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art. 27 Rdn. 7 [G. Hohloch] を参照。

[11] F. Ferrari/E-M. Kieninger/P. Mankowski/K. Otte/I. Saenger/G. Schulze/A. Staudinger, a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 4f. [F. Ferrari]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2010), Rdn. 85ff. [D. Martiny].

[12] BAG RIW 2008, 644, 646; Palandt BGB, 72. Aufl. (C.H. Beck, 2013), Rom I Art. 3 Rdn. 6 [K. Thorn]; T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 11 [J. von Hein]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 114 [D. Martiny].

を立証することが求められる[13]。なお、例えば消費者保護や労働者保護といった弱者保護を巡る法政策的視点は、黙示意思の認定に当たって考慮されるべきではないとされる[14]。

（2）通説的見解

通説的な見解に拠れば、仮令結合取引を構成する契約であったとしても、その契約の当事者間に主観的法選択が存在する場合には、当事者自治の原則が妥当するとの結論に変わりはない。上記１．（２）の事例に即せば、物品売買契約の当事者（A と B）および金銭消費貸借契約の当事者（A と C）は各契約につき別個に準拠法を明示的に指定することが可能である。

これに対して、問題になるのは黙示の法選択の場合であろう。一般的に言えば、仮令各契約の当事者が異なる場合であっても、複数契約間における密接な結び付きが黙示の法選択を根拠付ける間接事実になることがあり得る[15]。即ち、結合取引を構成する一の契約の準拠法が甲国法に定まる場合には、双方の契約が密接な連関を有していることを根拠に、もう一つの契約の準拠法も黙示の法選択により甲国法に定まるとの帰結が肯定される可能性がある。具体的には、建築請負契約と建築設計契約の連動の下にドイツでの建築計画が実施される場合において、前者の契約で明示的に法選択がなされているときには、その法選択が後者の契約における黙示の法選択を認定するに当たり間接事実を構成するとした事例[16]、雇用契約と関連する金銭消費貸借契約の貸付額が被雇用者により派遣国で支払われるべき所得税額に相当する場合に、後者の契約も前者の契約準拠法に従うとした事例[17]、船舶の建造請負契約と関連する手数料契約について、黙示の法選択に基づき前者の契約準拠法に拠るとした

[13] C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 114 [D. Martiny].
[14] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 19 [J. von Hein].
[15] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 31 [J. von Hein].
[16] BGH NJW 2001, 1936=IPRspr 2000, Nr. 133.
[17] RIW 2013, 250=IPRspr 2012, Nr. 66.

事例[18]等はその好例である。もっとも、複数の契約が単に経済的な要素により結合している場合に一の契約における法選択を以て他の契約における黙示の法選択を根拠付けることが可能かという点を巡っては、争いがある。これを肯定する見解もある[19]が、他方で、結合関係にある複数の契約のうち一の契約の準拠法に他の契約を拠らしめるためには、単に共通の経済的利害の存在だけでは足りず、一定の計画の実現（あるいは特定目標の到達）に向けて各契約内容の調整が図られ、その実施や変更に各契約の当事者による相互の協働があることが求められるとして、これに否定的な見解も存在する[20]。上記の三つの裁判例をみても、後者の見解が論じるように、単なる経済的な結合要素の存在を以て黙示の法選択を肯定しているわけではなく、飽くまで複数契約相互の実際的な連携の有無を基に、黙示的ではあれ、当事者間で法選択の合意が現実に存在したことを認定し得るか否かを問題にしているように思われる[21]。上記１．（２）の事例に即せば、金銭消費貸借契約の中で当該契約による資金調達の対象となる物品売買契約の類型が列挙されていれば、双方の契約の経済的一体性は肯定され得るかもしれないが、後者の見解に拠る限り、この程度では双方の契約につき連動性を肯定し黙示の法選択を認定することは困難との結論に至るであろう[22]。後者の見解に即して複数契

[18] Fr Lürssen Werft GmbH & Co. KG. v Halle [2010] Lloyd's L Rep. 20=[2009] EWHC 2607 (Comm).

[19] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 31 [J. von Hein].

[20] M. Kaspers, Die gemischten und verbundenen Verträge im Internationalen Privatrecht (P. Lang, 2015), 139; W-H Roth, Zur Stillschweigenden Rechtswahl in einem Künftigen EU-Gemeinschaftsinstrument über das internationale Schuldvertragsrecht, in Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag (2005), 905, 917.

[21] W-H Roth, a.a.O. (Fn. 20), 905, 917.

[22] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 139. なお、複数契約の間に経済的な結合が存在する場合には、その一事を以て直ちに黙示意思の存在を認定することはできないにしても、契約当事者と同じ立場にいる一般的な人間を想定し客観的な基準に基づきその仮定的な意思の存在を推定することは可能である。この場合に、現実に黙示意思が存在しない以上、ローマⅠ規則３条を根拠に主観的法選択を基礎付けることは困難であるが、複数契約間において経済的結合が存在してい

約の連動性が肯定され得るのは、B が AC 間の仲介・斡旋を行うなど A との契約締結過程において BC 間で協働がなされる場合や、二つの契約が BC 間の意思疎通を通じ内容等を調整する形で締結される場合等に限定されると考えられる。

（3）近時の見解

上記（2）で説明したとおり、通説的見解に拠れば、複数の契約が結合関係にあるにしても、当事者自治の原則に基づき、主観的法選択によりそれら契約毎に区々準拠法を指定することが許容されることに変わりはない[23]。しかしながら、かかる複数の契約が結合して単一の取引システムを構築しているケースでは、それを構成する複数の契約が相互に経済的および法的な観点で密接に連関している以上、各契約について別個に準拠法を指定することを認めれば、解決不能な矛盾を生ぜしめる可能性がある。その典型例が上記１．（2）で説明した「抗弁権の接続・切断」の問題である。AB 間の物品売買契約と AC 間の金銭消費貸借契約につき、各々異なる国の法（前者はドイツ法、後者は英国法）を準拠法として指定した結果、AB 間の物品売買契約における B の債務不履行により、A は C に対する金銭支払債務の履行につき如何なる要件の下で抗弁権の接続を主張し得るかが問題になる。これを B による物品売買契約上の債務不履行の効果の問題として捉えれば、その債務準拠法であるドイツ法に拠るとも考えられる。また他方で、C に対する A の金銭支払債務に付着する抗弁の問題として捉えれば、その債務準拠法である英国法に拠ると構成することも可能である。こうした問題は謂うまでもなく、複数の契約が結合して単一の取引システムを構築することにより生じる、結合取引特有の問題である。いずれの契約準拠法の適用も肯定することが可能であるから、抵触法で言うところの「調整問題

るという事実は、客観連結を検討するに当たり、同規則４条３項の回避条項（die Ausweichklausel）の中で考慮要素の一つとして位置付けられることになる（W-H Roth, a.a.O. (Fn. 20), 905, 917）。

[23] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 147.

（Anpassungsproblem）」または「適応問題（Angleichungsproblem）」[24]が生じていると考えられるであろう。

ドイツでは近時、通説的見解ではこのような法的問題 —— 結合関係にある複数の契約に跨がる法律問題 —— を有効に解決し得ないとの問題意識に基づき、複数の契約が結合し形成する一つの経済的・法的統合体を念頭に置いたうえで、その構成単位である個々の契約を切り離して別個に異なる準拠法を選択することにつき懐疑的・批判的な見解が提唱されている。この見解は、如何なる場合であっても、契約単位で準拠法を指定することに固執するのではなく、複数の契約が結合関係にある場合に、契約単位で主観的法選択を認めることが実質的な正当性を有し得るかという視点から、その可否を問うていけばよい、と考えるのである。

こうした近時の見解は、契約結合により形成される取引システムの分割可能性（abspaltbarkeit）の有無を問うものであるが、そこでの立論のために、分割指定の内在的制約に関する議論を持ち出す。ドイツでは一般に、分割指定には内在的な制約が存在するとして、部分問題として分割可能（abspaltbar）であること、換言すれば準拠法の分割指定が実質的な観点から正当性を有することを要件として求める見解が有力である[25]。契約結合を巡る近時の見解に拠れば、結合関係にある複数の契約について各々別個に準拠法を指定する場合と、一の契約につき分割して準拠法を指定する場合では問題状況に大きな質的相違はないとし、分割指定における内在的制約を巡る議論を結合取引にも応用することを示唆

[24] 調整問題について簡潔に解説したものとして、櫻田嘉章『国際私法〔第６版〕』（有斐閣、2012年）146頁以下、山田鐐一『国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2004年）165頁以下、溜池良夫『国際私法講義〔第３版〕』（有斐閣、2005年）234頁以下。

[25] H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), BGB, Band 3, 3. Aufl. (C. H. Beck, 2012), Rom I-VO Art.3 Rdn. 28 [A. Spickhoff]; Münchener Kommentar BGB, Band 10, 6. Aufl. (C. H. Beck, 2015), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 70 [D. Martiny]; F. Ferrari/E-M. Kieninger/P. Mankowski/K. Otte/I. Saenger/G. Schulze/A. Staudinger, a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 39 [F. Ferrari]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 12), Rom I Art. 3 Rdn. 10 [K. Thorn]; J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 462; T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 75f. [J. von Hein].

するのである[26]。とりわけ前述の抗弁権の接続や解除権の行使を巡る問題に関しては、各国毎に異なる実質法上の制度が形成されてきたことを踏まえると、この問題を契約結合に極めて特徴的な事項と捉えたうえで、複数の契約につき異なる準拠法を指定すれば解消不能な矛盾した結論を惹起する場合には、結合取引の分割可能性を否定し、抵触法上その一体的な取扱いを主張する、というのがその立論の骨子である。

ここで、近時の見解が依拠する、分割指定の内在的制約を巡る欧州での議論につき、若干の補足説明を加えておきたい。ローマⅠ規則３条１項第３文では契約全体のみならず契約の一部分について準拠法指定を行い得ることが明示的に規定されているが、このことは主観的法選択に当たって契約を如何に分割するかという問題をも契約当事者に委ねることを意味する[27]。もっとも、分割指定を行うことにより重大な調整問題を引き起こすリスクがある以上、黙示の法選択による分割指定の認定に当たっては慎重な姿勢が求められるのであって、これが許容されるのは特に顕著な間接事実が存在している場合に限るとするのが一般的である[28]。そうすると、分割指定は多くの場合に明示の指定によることになるが、これに対する制約は一切ないのであろうか。ドイツの学説では、分割指定を認めるに当たり、そこには内在的な制約が存在するとして、部分問題として分割可能（abspaltbar）であること、換言すれば準拠法の分割指定が実質的な観点から正当性を有していることを要件として求める見解が多数を占める[29]。これら多数説が持ち出す一例は、国際売買

[26] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 141-142.

[27] H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 25), Rom I-VO Art.3 Rdn. 27 [A. Spickhoff].

[28] Staudinger BGB, Einleitung zur Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (de Gruyter, 2016), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 96 [U. Magnus]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 189. [D. Martiny].

[29] H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 25), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 28 [A. Spickhoff]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 70 [D. Martiny]; F. Ferrari/E-H. Kieninger/P. Mankowski/K. Otte/I. Saenger/G. Schulze/A. Staudinger, a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 39 [F. Ferrari]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 12), Rom I Art. 3 Rdn. 10 [K. Thorn]; J. Kropholler, a.a.O

契約において買主と売主が各自の債務につき各自の常居所地国法を準拠法とする旨を合意した事案である[30]。売買契約に代表される双務契約では一般に双方の債務が機能的な相互連動関係（funktionelle Synallagma）にあるため、買主の債務不履行が直ちに売主の契約解除権を生ぜしめるか否か、売主に解除権を認めるとして他に追加的な条件を要するか否かを巡り、各々の債務準拠法で結論が異なる場合があり得る。この場合に売主の解除権につき双方の債務準拠法をいわば累積的に（kumulativ）適用したのでは一致した結論が得られず、解消できない矛盾が生じることになる。学説の多くは、こうした結論における矛盾が生じた原因は専ら契約の分割指定を行ったことにあるとして、かかる矛盾を惹起する場合には、当該契約の分割可能性（abspaltbarkeit）を否定するのである。

（4）主観的法選択に対する外在的制約（消費者契約特有の議論）

（イ）ドイツ国際私法46b 条

上記１．（２）の事例においてＡが消費者である場合には特に、主観的法選択の外在的制約として、消費者法分野における欧州連合指令の存在が問題となり得る。一般的に消費者契約に対する欧州連合の規制水準が高い[31]ため、契約の相手方である事業者（ＢおよびＣ）は、何らの消費者保護規定も有しない（あるいは欧州に比べて保護水準が低い）第三国の法を準拠法に指定しこの潜脱を目論むことがあり得る。しかしながら、仮に事業者サイドの主導による主観的法選択を以て欧州連合指令の適用

(Fn. 25), 462; T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 75f. [J. von Hein].

[30] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn.77 [J. von Hein]. なお、これら学説が例として持ち出すもう一つの事例は、契約締結時における申込みと承諾である。契約締結の合意はこれを申込みと承諾に分割して各々を別個の法に委ねるのは適当でないと考えて分割可能性を否定する（T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 77 [J. von Hein]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 12), Rom I Art. 3 Rdn. 10 [K. Thorn]; Soergel BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 27 Rdn. 58ff. [B. von Hoffmann]; T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (C. F. Müller, 2012) Rdn. 1150）。

[31] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 79ff.

を回避できるとなれば、欧州連合域内で構築されている標準的な保護水準の維持が妨げられることになる[32]。こうした事態を回避するためにも、欧州連合指令を属地的に適用しその消費者保護の水準確保を図る必要がある。これを実現するための抵触規則がドイツ国際私法（以下、条項番号前は「EGBGB」という）46b 条である[33]。同条では、契約が欧州連合加盟国および欧州経済圏に属する国[34]と実質的に密接な関連を有する場合には、仮令当事者が契約準拠法として第三国の法を選択したときであっても、消費者保護に関する欧州連合指令を実施するためにこれらの国が施行している法律を適用することが求められている。本稿で取り上げてきた消費者信用指令も同条により適用される欧州連合指令に含まれている[35]。

欧州連合各国では、消費者保護に関する欧州連合指令の実効性を確保するために国内法の制定を進めてきたが、中には、国内法において欧州連合指令の水準を超える形で消費者保護規定を整備しているケースが存在する。例えば、BGB358条１項および２項は、消費者が消費者信用契約の締結に関する意思表示を有効に撤回した場合には、この契約と結合関係にある物品売買契約の締結に関する意思表示にもはや拘束されない旨を規定するが、このことは消費者信用指令15条１項[36]自体には規定さ

---

[32] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 142.

[33] Münchener Kommentar BGB, Band 11, 6. Aufl. (C. H. Beck, 2015), EGBGB Art. 46b Rdn. 2 [D. Martiny]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4236ff. [D. Martiny]; Staudinger BGB, Art 11-29 Rom I-VO; Art 46b, c EGBGB (de Gruyter, 2016), EGBGB Art. 46b Rdn. 1 [U. Magnus]; H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 46b Rdn. 1 [A. Spickhoff]; Erman BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 29a Rdn. 1 [G. Hohloch].

[34] 欧州経済圏（European Economic Area）は、欧州自由貿易連合（EFTA）加盟国が欧州連合（EU）に加盟することなく、欧州連合の単一市場に参加することができるように、1994年に欧州自由貿易連合と欧州連合の間で発効した協定に基づいて設置された枠組みである。これにより欧州連合の単一市場に参加し得る国は具体的には、アイスランド、ノルウェー、リヒテンシュタインの３か国である。

[35] EGBGB46b 条３項４号を参照。

[36] 消費者信用指令15条１項は、「消費者が商品またはサービスの供給契約に関

れていない。EGBGB46b 条との関係においてかかる国内法を如何に取扱うべきかを巡っては議論がある。EGBGB46b 条が欧州連合域内における統一的な消費者保護体系を創出することを主眼にしていることを理由に、欧州連合指令が設定する保護水準を超える各国の消費者保護規定を同条の射程外とする見解[37]もあるが、こうした各国の保護規定もEGBGB46b 条の対象に含めるとする見解[38]が通説的理解であると見做してよいであろう。後者の通説的な見解では、仮に前者の見解に依拠するとすれば、各国の実質法適用に当たってその保護を元来の欧州連合指令の水準にまで引き下げる必要があるが、それは実際には各国において施行されていない法規範を作出することになるほか、どこまで保護水準を引き下げればよいのか実際には判断に窮しかねないといった実務上の問題点を指摘する[39]。そのうえで、最終的に、EGBGB46b 条の適用に当たっては、各国で実際に施行されている国内法に基づき消費者保護を図るほかないと結論付けるのである。

（ロ）ローマⅠ規則６条２項

ローマⅠ規則６条２項は、消費者と事業者との間で契約（消費者契約）が締結された場合であっても、当事者による主観的法選択を許容しているが、他方において主観的法選択を行うことで、消費者の常居所地国法のうち強行規定に基づき付与される保護を消費者から奪うことを許容し

連して、共同体法に基づき撤回権を行使した場合には、それと結合関係にある信用契約にもはや拘束されない」と規定するものの、その逆の場合については規定していない。

[37] R. Michaels/H-G. Kamann, Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR, JZ 1997, 601, 605.

[38] Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 74 [D. Martiny]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 53 [U. Magnus]; R. Freitag/S. Leible, Ergänzung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes durch Art. 29a EGBGB, EWS 2000, 342, 346.

[39] Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 74 [D. Martiny].

てはいない[40]。つまり、消費者契約という特定の契約類型については、主観的法選択によりその常居所地国の強行法規による消費者保護の枠組みを潜脱することを認めないというのが同条の趣旨であり[41]、市場における弱者保護を目的とした特別規定である[42]。ローマⅠ規則６条２項が対象とする消費者の常居所地国の強行規定は、それが必ずしも保護対象を消費者に限定したものである必要はなく、属性を考慮せず一般的に契約当事者を保護するための規定をも含む趣旨である[43]。ドイツ民法を例に採れば、普通契約約款に関する規定（BGB305条以下）[44]、訪問・通信販売に関する規定（同312条以下）[45]、消費動産売買に関する規定（同474条以下）、消費者信用契約に関する規定（同491条以下）、旅行契約に関する規定（同651a 条以下）などと並んで、消費者契約における撤回権に関する規定（同355条以下）もこの対象範囲に含まれる[46]。

ローマⅠ規則６条２項は、主観的に選択された契約準拠法の如何に拘らず、消費者の常居所地国の強行規定を制約なく適用することを予定し

---

[40] なお、ローマⅠ規則６条４項には、同条２項の適用除外が認められる場合が列挙されている。本稿との関係では、同条４項（a）、（c）および（d）の規定内容が問題となり得るが、この点については後述する（４．（２）を参照）。

[41] C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4204ff. [D. Martiny].

[42] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 1 [U. Magnus]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 12), Rom I Art. 6 Rdn. 2 [K. Thorn]; H. E. Kroeger, Der Schutz der "marktschwächeren" Partei im internationalen Vertragsrecht (A. Metzner, 1984), 80; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4204 [D. Martiny]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 1 [D. Martiny]; Dicey/Morris/Collins, The Conflict of Laws, 15th ed. (Sweet & Maxwell, 2012), §33-126.

[43] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 55 [B. Heiderhoff]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4204 [D. Martiny].

[44] LG Heilbronn vom 13. 4. 2006, IPRspr. 2006 Nr. 10.

[45] BGH vom 26. 10. 1993, BGHZ 123, 380.

[46] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 140 [U. Magnus]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4205 [D. Martiny]. その他には、公序良俗違反に関する一般規定や、責任制限・免責に関する一般規定等が含まれる。

ているが、それは消費者に対してその常居所地国法の水準を下回る保護を与えてはならず、むしろ同国の法が保護の最低水準を画すべきことを要求している[47]。従って、消費者契約について主観的に選択された契約準拠法が消費者の常居所地国法よりも消費者に厚い保護を予定している場合には、優遇原則（Günstigkeitsprinzip）に基づいて前者が適用されるとの帰結に至る[48]。主観的に選択された契約準拠法が付与する保護を消費者から剥奪することを正当化する明白な根拠もなく、また消費者の保護を最大限に図るという観点からもかかる解釈論は広く支持されている[49]。優遇比較（Günstigkeitsgleich）に当たっては、契約準拠法と消費者の常居所地国法の規定体系の総体ではなく、事案における具体的な争点に対応する個別の規定内容を以て比較すべきものと考えられている[50]。

なお、仮令消費者契約に該当する場合であっても、ローマⅠ規則６条４項に規定する事案類型に該当するときには、同条２項は適用されない。

---

[47] Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 51 [D. Martiny]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4206 [D. Martiny].

[48] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 56 [B. Heiderhoff]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 143 [U. Magnus]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 51 [D. Martiny]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4206 [D. Martiny].

[49] もっとも、立法論レベルの議論になると、現行の規定のあり方を支持する見解ばかりという訳ではない。優遇原則に対しては、これが“Law-Mix”と言われる状況を生み出すが、必ずしも法的安定性や予見可能性の観点から望ましいものではなく、正当性の観点からも支持されないといった批判が寄せられている。こうした見解の中には、立法論として、消費者契約については、主観的法選択を完全に排除し消費者の常居所地国法への客観連結を提唱するものもある（T. Heidel/R. Hüßtege/H-P. Mansel/U. Noack (Hrsg.), Anwaltlkommentar BGB, Allgemeiner Teil mit EGBGB, Band 1 (Deutscher Anwalt Verlag, 2005), EGBGB Art. 29, Rdn. 64 [S. Leible]）。

[50] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 144 [U. Magnus]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 52 [D. Martiny]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 4206 [D. Martiny]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 12), Rom I Art. 6 Rdn. 8 [K. Thorn].

AB 間の物品売買契約および AC 間の金銭消費貸借契約が同条４項の事案類型に該当するか否かの検討については、後述する（４．（２）を参照）。

（ハ）ドイツ国際私法46b 条とローマⅠ規則６条２項との関係

EGBGB46b 条とローマⅠ規則６条２項が競合する状況が生じ得るのは次の五つの要件をすべて満たす場合に限られる。即ち、①当事者が主観的法選択により欧州経済圏以外の国の法を契約準拠法に指定していること、②事業者が事業活動を消費者の常居所地国で行うか、もしくはその国に向けて事業活動を行っていること、③ローマⅠ規則６条４項が掲げる例外的な事案類型に該当しないこと、④契約自体は欧州経済圏に属する国と密接な関係があること、⑤ EGBGB46b 条３項に掲げる欧州連合指令を転換し国内で実施するための各国法規定が適用されること、である[51]。もっとも、EGBGB46b 条は消費者契約が最も密接な関係を有する欧州経済圏所属国の法を指示する一方、ローマⅠ規則６条２項は消費者の常居所地国法の適用を指示するが、仮に上記五要件をすべて充足した場合であっても実際にはこれら両者が同一国法になるケースが殆どであろう[52]。それは、消費者の常居所地国が欧州経済圏に属する場合であって、事業者が消費者の常居所地国で事業活動を行うか、もしくはその国に向けて事業活動を行うときには、EGBGB46b 条２項に拠れば当該国との密接関連性の存在が推定されるからである。以上のことを踏まえると、EGBGB46b 条とローマⅠ規則６条２項がそれぞれ指示する法が異なり両者が競合するケースは実際には想定し難いであろう。

他方において、理論的には EGBGB46b 条とローマⅠ規則６条２項では、適用要件が完全に一致していない以上、各々異なる国の法を指定することがあり得るのも事実である[53]。例えば、問題となっている消費者

---

[51] I. Ludwig/M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth (Hrsg.), JurisPraxiskommentar BGB, Band 6, 6. Aufl. (Juris-GmbH, 2013), EGBGB Art 46b Rdn. 8 [F. Limbach]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 11 [U. Magnus]; M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 145.

[52] I. Ludwig/M. Herberger/H. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 51), EGBGB Art 46b Rdn. 9 [F. Limbach]; M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 145.

[53] Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 111 [D.

契約が欧州経済圏所属国と密接な関係を有する一方で、消費者の常居所地が欧州以外の国に所在するようなケースでは、EGBGB46b 条は前者の欧州経済圏所属国法の適用を、ローマⅠ規則６条２項は後者の消費者の常居所地国法の適用を、それぞれ指示すると考えられる。とりわけこの場合には、EGBGB46b 条とローマⅠ規則６条２項の優先関係を整理する必要がある。

この点に関して、まずEGBGB46b 条とローマⅠ規則６条２項が同一国法の適用を指示する場合は、前者を優先的に適用すべきであると考えられている[54]。この論拠は、ローマⅠ規則23条が、同規則が契約債務に関する抵触ルールを定めた他の欧州連合法規の適用を妨げない旨を規定していること等に求められる。これに対して、EGBGB46b 条とローマⅠ規則６条２項が各々異なる国の法の適用を指示する場合 —— 多くの場合にはこれら二つの抵触規定は同一国法の適用を指示するが、理論上両者が異なる国の法の適用を指示する事態が生じ得ることは、既に説明したとおり —— には、その異なる二つの国の実質法規定を比較して消費者により有利な保護水準を規定する国の法が優先される、と考えられている[55]。仮に EGBGB46b 条を契約準拠法の如何に拘らず最密接関係地国法の強行法規の無条件適用を命じるものとして捉えれば、その適用要件を満たす場合には同条に基づき直ちに欧州連合指令を実施するための同国国内法が適用される一方、ローマⅠ規則６条２項および同条項に基づき指定される国の実質法規定の適用はもはや想定され得ないことになる。このことは、EGBGB46b 条がローマⅠ規則６条２項による修正可能性の有無を顧慮することなく主観的法選択に基づき指定された契約準拠法を排除することを意味するが、他方において、ローマⅠ規則６条２項に基づき指定される国の法がより手厚い消費者保護規定を設けている

Martiny]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 26 [U. Magnus].

[54] Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 111 [D. Martiny]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 26 [U. Magnus].

[55] Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 112 [D. Martiny]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 26 [U. Magnus]; M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 147.

とすれば、消費者がその恩恵を受ける機会を奪うことになり、結果として消費者に実質的な不利益が生じかねない、といった立論がなされるのである[56]。

（二）補足的説明

これまでの検討内容を大まかに纏めると、消費者契約の準拠法との関係では、ローマⅠ規則６条２項に基づき消費者の常居所地国法の強行法規の適用を検討する必要があるほか、欧州経済圏以外の第三国法が準拠法となる場合にはEGBGB46b条に基づき欧州連合指令による修正的介入も問題となり得る。いずれの規定も、通常連結に対する外在的制約として機能しており、消費者保護という実体的価値を抵触法上の処理に反映させるための規定として位置付けられる。

欧州連合域内では、実質法領域において消費者保護規定の全面的調和・統一化がいち早く進められた結果、その領域における抵触規定の重要性が低下してきたことは事実である[57]が、それは飽くまで欧州連合域内に限られた話である[58]。少なくとも、欧州連合域外との関係では、引続き抵触規則であるローマⅠ規則６条２項およびEGBGB46b条が重要性を有していると考えるべきであろう。もっとも、ローマⅠ規則６条２項を例に採れば、同条項は消費者契約に関連して、消費者に対してその常居所地国法が規定する保護を付与するものの、このことは同条項が第三者信用販売取引総てをカバーすることを意味しない。当然のことではあるが、第三者信用販売取引のうち、買主（借り手）Aが消費者である場合にはローマⅠ規則６条２項の適用があるが、それ以外の場合には同条項の適用はないということに留意すべきである[59]。

なお、契約一般にはローマⅠ規則９条が適用されるが、同条２項では

---

[56] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 147.

[57] J. Clausnitzer/H. Woopen, Internationale Vertragsgestaltung - Die neue EG-Verordnung für grenzüberschreitende Verträge (Rom I-VO), BB 2008, 1798, 1802.

[58] M. Berger, Zu europäischen Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und im Verbraucherschutz, ZEup 2009, 451, 452f.

[59] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 150.

法廷地の国際的強行法規（[international zwingendes Recht] あるいは介入規範 [Eingriffsnorm] ともいう）の適用が規定されているほか、同条３項では履行地国の国際的強行法規の効力に関する規定が設けられている。消費者契約に関しては、EGBGB46b 条とローマⅠ規則６条２項に加えて、ローマⅠ規則９条が適用される事態も想定され得るが、一般論として、前二者が対象とする消費者保護規定は後者が対象とする国際的強行法規としての性格を有していないと考えられている[60]。このため、前二者と後者では、対象とする実質法規定を異にすることから、基本的に相互独立の関係にあり競合は生じないとされる[61]。また、法廷地の国際的強行法規の保護水準が契約準拠法よりも低い場合には、ローマⅠ規則９条２項の優先度が相対化され、より高い保護水準を備えた後者（即ち、契約準拠法）が適用されることになる[62]。

３．主観的法選択が存在しない場合における結合取引の準拠法 ー消費者契約に該当しないケース

当事者間に主観的法選択が存在しない場合には、契約準拠法は客観連結に拠り定まる。ローマⅠ規則４条はそうした客観連結の一般準則を規定する。但し、同条の適用に当たり「同規則５条から８条（に規定する特別類型）に該当しない限りにおいて」（丸括弧内は執筆者による補記）という留保が付されている。この留保条項のうち本稿との関係で問題となり得るのは同規則６条が規定する消費者契約類型であろう[63]。即ち、

---

[60] もっとも、消費者保護に関する実質法規定が多くの場合に国際的強行法規に該当しないにしても、中には、公益の目的が前面に強く顕れている実質法規定もあり、これらに限り国際的強行法規性を肯定する見解が有力である。この点に関しては、嶋拓哉「ドイツ抵触法上の消費者保護規定と介入規範に関する一考察－連邦最高裁判決を足掛かりとして」北大法学論集60巻６号439頁以下（2010年）を参照。

[61] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 33), EGBGB Art. 46b Rdn. 27 [U. Magnus]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 34 [U. Magnus].

[62] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 34 [U. Magnus].

[63] ローマⅠ規則４条の適用要件は、規定の文言上では５条から８条で規定す

上記１．（２）の事例においてＡが消費者である場合には、AB 間の物品売買契約、AC 間の金銭消費貸借契約ともに消費者契約という特別類型に該当することとなり、その結果、ローマⅠ規則６条に基づきこれら契約の客観連結が行われる。これに対して、Ａが消費者に該当しない場合（即ち、AB 間の物品売買契約および AC 間の金銭消費貸借契約ともに消費者契約に該当しない場合）には、ローマⅠ規則４条に基づいて、これら契約の準拠法が指定されることになる。

このうち、ローマⅠ規則６条が規定する消費者契約に該当するケースについては次章（４.）に譲ることとし、ここでは同規則４条（客観連結の一般準則）に基づき準拠法が指定されるケースについて説明を行う。

（１）一般準則

主観的法選択が存在しない場合に、契約準拠法は客観連結に拠り定まる。ローマⅠ規則ではその４条が客観連結の一般準則を規定する。同条について簡単に説明を行っておきたい。契約の客観連結においては特に、予見可能性（Vorhersehbarkeit）や法的安定性（Rechtssicherheit）の確保という要請がある一方で、具体的な最密接関係性（engste Beziehung）の探求が要請される[64]が、同条はこれら二つの相反する要請の均衡を図る形で客観連結に関する抵触ルールを規定している[65]。ローマⅠ規則４条では、第１項で代表的な契約類型を列挙し、それぞれの類型について固定的な連結点を指定する[66]。例えば、動産売買契約については売主の

る契約類型に該当しないことであるが、５条は運送契約、７条は保険契約、８条は個別雇用契約を対象とする特別規定である。これら３つの契約類型はいずれも、第三者信用販売取引とは関係が生じ得ない。関係があり得るとすれば、消費者契約に関する特別規定たる６条のみである。

[64] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 14 [K. Thorn].

[65] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 14 [K. Thorn]; U. Magnus/P. Mankowski (ed.), European Commentaries on Private International Law, Vol. II [Rome I Regulation] (Dr. Otto Scmidt, 2017), Art. 4. Para. 6 [U.Magnus].

[66] Erman BGB, 14. Aufl.(Dr. Otto Schmidt, 2014), Rom I Art. 4 Rdn. 2 [G. Hohloch]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 12), Rom I Art. 4 Rdn. 2 [K. Thorn].

常居所地を、サービス提供契約については提供者の常居所地を、不動産の所有権や賃貸借に関する契約については不動産の所在地を、それぞれ連結点として指定するが如くである[67]。また第２項で、第１項に規定する個別類型に包摂されない契約や複数の類型に跨がる契約について、特徴的給付を行う当事者の常居所地を連結点として指定する。もっとも、第１項および第２項の規定内容は明確（clear cut）であるものの、常に最密接関係地への連結という結論を導くことが出来るとは限らない[68]。個々の事案における最密接関係地を探求することは結果として当事者の予見可能性の確保に繋がる側面を有することから、追加的に柔軟な準拠法の決定プロセスを設けて、具体的事案における妥当性（kollisionsrechtliche Einzelfallgerechtigkeit）を確保する必要がある[69]。このような目的を有する規定が第３項および第４項である。とりわけ第３項では、事案のあらゆる事情を勘案した結果、前二項が指し示す国以外に明らかにより密接な関連性を有する他の国が存在する場合には、当該他の国の法を適用する旨を規定する。これは回避条項（Ausweichklausel, escape clause）であり、最密接関係地を探求することによって、第１項または第２項で得られた結論を覆す効力を有することから、客観連結の基本的視座が飽くまでも最密接関係地の探求にあることを強く示唆するものと位置付けられる[70]。

---

[67] ローマⅠ規則４条１項（a），（b），（c）を参照。

[68] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 134 [K. Thorn]; U. Magnus/P. Mankowski (ed.), supra note (65), Art. 4 Para. 24 [U.Magnus].

[69] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 134 [K. Thorn]; U. Magnus/P. Mankowski (ed.), supra note (65), Art. 4 Para. 24 [U.Magnus].

[70] なお、ローマⅠ規則４条４項は、「第１項および第２項によれば準拠法が定まらない場合には、契約は最密接関係地国法に拠る」旨を規定する。これは稀ではあるが、交換契約やジョイント・ベンチャー契約等では、時として第１項および第２項の clear-cut rule では準拠法が定まらない事態が想定されるが、こうした場合には、第３項の回避条項に拠らず、第４項に基づき、最密接関係地国法が契約準拠法として指定されるとの結論に至る（Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 144 [U. Magnus]）。

（2）通説的見解

通説的見解に拠れば、第三者信用販売取引を構成する個別契約（AB間の物品売買契約とAC間の金銭消費貸借契約）について当事者による法選択がない場合であって、ローマⅠ規則6条に規定する消費者契約に該当しないときには、ローマⅠ規則4条に規定する客観連結規則に基づき、これら契約毎に区々準拠法が決定されることになる。

二つの契約につき別個に準拠法を決定するとすれば、物品売買契約の当事者は買主Aと売主Bであるが、対象物品が動産であって両当事者が異なる国に所在する場合には、ローマⅠ規則4条1項(a)に基づいて、同契約は売主Bの所在地国[71]（上記1.（2）の事案に即せばドイツである）に客観連結する[72]。他方、対象物品が不動産である場合には、同項（c）に基づいて、不動産の所在地国に客観連結する。通説的見解によれば、物品売買契約の客観連結に関するこれらの結論には異論を見ない。

他方において、金銭消費貸借契約の当事者は借り手Aと貸し手Cであるが、通説的見解に拠れば、ローマⅠ規則4条2項に基づき、同契約は特徴的給付者であるCの所在地国（事案に即せば英国である）に客観連結する[73]との結論に至る。金銭消費貸借契約では、有償無償の別を問

---

[71] 売主Bは通常企業体であるが、その場合の常居所地は、ローマⅠ規則19条に基づき決定される。仮に契約が売主企業の一の事業所の業務として締結されたものであれば、同4条1項（a）にいう常居所地は、契約締結時における当該事務所の所在地を指す（同19条2項および3項）。それ以外の場合には、売主企業の中心的業務地（本拠地）がその常居所地とされる（同19条1項）。

[72] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 29 [K. Thorn]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 36 [U. Magnus]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 29 [D. Martiny].

[73] 金銭消費貸借契約においては、貸し手が資金を自由処分しその対価として借り手から利息を受領することから、通常は貸り手が特徴的給付者として位置付けられる（OLG Frankfurt vom 20. 11. 2012, IPRspr 2012, Nr. 42; OLG Celle vom 11. 11. 1998, IPRax 1999, 456; Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 213 [D. Martiny]; T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 99 [K. Thorn]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 450 [U. Magnus]）。

わず、貸付金員の引渡しこそが決定的であり、同契約を特徴付けるものと考えられていることから、銀行による営業上の貸付の場合には銀行所在地国法に拠る[74]。なお一部には、C の所在地国に客観連結するとの結論には異論を見ないものの、金銭消費貸借契約の客観連結の根拠を同規則４条１項（b）に求める見解もある[75]。

（３）近時の見解

複数の契約が結合関係にある場合であっても、ローマⅠ規則４条に沿って各々の契約毎に客観連結を行い個別に準拠法を決定していくというのが、通説的見解の立場であることは既述のとおりである。

これに対して、近時の学説は、この点についても新たな視点を提示する。

（イ）性質決定の段階における操作可能性

まず、既に論じたとおり（上記２．（３）を参照）、近時では、結合取引を構成する個々の契約について別個に準拠法を決定することに疑問を呈する見解がある。とりわけ欧州連合加盟国間では、消費者信用指令をはじめとする消費者保護関連の指令に基づき国内法を整備する過程で、必ずしも同じ要件や保護水準を以て実質法規定の整備が進められたわけではなく、実質法レベルで各加盟国国内法の規定内容に差違が生じているのも事実である。そうした状況の下で、結合取引を構成する個々の契約につき準拠法を別個に決定するとすれば、抗弁権の接続・切断の問題に代表されるような矛盾が生じ、調整問題（die Anpassungsproblem）が発生するであろう。結合取引を分割して契約単位で準拠法を決することに否定的な見解は、こうした事態を想定したうえで、調整問題の解決方策としては、一般に抵触法および実質法レベルでの個別操作が想定さ

[74] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 456 [U. Magnus]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 213 [D. Martiny]; T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 48a [K. Thorn].

[75] C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 1267 [R. Freitag].

れる[76]が、抵触法レベルでは性質決定の段階で操作を行い、結合関係にある契約を個々に分解することなく、相互に結合する法律関係を単一の準拠法により律することができるように一体的な客観連結処理を図るべきである、との主張を展開するのである[77]。

（ロ）回避条項の活用（附従的連結の可能性）

また近時の見解は、かかる調整問題発生を避けるために、上記（イ）のような性質決定段階での操作に加えて、ローマⅠ規則４条３項に掲げる回避条項を活用すべきであると主張する[78]。ローマⅠ規則４条３項は「事案のすべての事情を踏まえれば、契約が前二項の指し示す国以外のその他の国との間に明らかに密接な関係を有する場合には、当該他の国の法を適用する」旨を規定している。同条項は、抵触法上個別妥当な処理を図るために、契約に最も密接な関係がある法の適用を確保することを目的とするが、近時の見解は、その一類型として、複数の個別契約が互いに結び付き密接な経済的関連性を通じて統合体を構成している状態（die akzessorische Verträge）を取り上げ、その附従的連結の可能性に言及する。

もっとも、通説的見解に拠れば、上記１.（２）で示した第三者信用販売取引の事例において附従的連結が認められる余地はさほど大きくはない。第一に、通説的見解の中には、附従的連結が成立するのは基本的に複数契約の当事者が同一である場合に限られるとするものがある[79]。

---

[76] B. von Hoffmann/K. Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2007), §6 Rdn. 35ff.

[77] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 152-153.

[78] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 153ff.

[79] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 150 [K. Thorn]; Soergel BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 28 Rdn. 116 [B. von Hoffmann]. なおこの見解に拠れば、仮に AB 間の物品売買契約が主契約であるとして、同契約の第三者でありかつ AC 間の金銭消費貸借契約の当事者である C が進んで自ら主契約の準拠法に従う場合には、附従的連結の成立を認めてよいとする。確かに、この見解によれば、従契約の一方当事者 A の選択意思がない場合であっ

主契約の当事者以外の第三者が従契約の当事者である場合に、その第三者に無条件で主契約の準拠法が適用されるとすれば、それは抵触法レベルで第三者を不利益に扱うことに他ならないと考える故である。従って、この見解に拠れば、仮にAB間の物品売買契約が主契約（der Hauptvertrag）として位置付けられたとしても、Cは金銭消費貸借契約の当事者ではあっても物品売買契約の当事者ではないことから、附従的連結に基づき物品売買契約の準拠法に服するといった結論には至らないであろう。第二に、仮に当事者が同一ではない複数の契約について附従的連結の成立を認める余地があるとの見解に立脚したとしても[80]、結合取引を構成する複数契約のうちいずれが主契約であるかを決するのは困難を極め、実際にはその判断が付かないことが多いと指摘し、第三者が当事者になっている契約にまで附従的連結の範囲を拡張することに否定

ても、Cの選択意思のみを根拠に従契約を主契約準拠法に拠らしめることが可能であるから、単純にAC間で法選択に関する黙示的合意があったケースとまでは必ずしも言い切れまい。しかしながら、こうした事案では多くの場合に、従契約の一方当事者Aの黙示意思を認定する余地や、あるいは従契約の客観連結の認定においてCの選択意思を考慮する余地があり得ると思われる。そうすることにより、必ずしも附従的連結を持ち出さなくて同じ結論を得ることは可能とも考えられる。

[80] 附従的連結が成立するための必須要件として、複数の契約がいずれも同一の当事者によって締結されていることを要求するか否かについては、ドイツでも見解が分かれる。Thorn博士は当事者の同一性を必須要件（zwingende Voraussetzung）と位置付ける（T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 150 [K. Thorn]）ほか、von Hoffmann博士もこれに近い立場である（Soergel BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 28 Rdn. 116 [B. von Hoffmann]）ことは既に説明済みである（上記脚注79を参照）。他方で、当事者の同一性が附従的連結成立の必須要件ではないとの見解が有力に提唱されている（C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 174 [D. Martiny]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 136 [U. Magnus]; M. McParland, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Oxford Univ. Pr., 2015), §10.383; D. Güllemann, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. (F. Vahlen, 2014), S. 61-62等）。後者の見解に拠れば、上記1.（2）の第三者信用販売取引の事例においても、AB間の物品売買契約とAC間の金銭消費貸借契約との間で附従的連結が認められる余地があることになろう。

的な見解もある[81]。

これに対して、近時の見解は、複数の契約から生じる三当事者（あるいはそれ以上）からなる法律関係が、経済上の同一目的を実現するための統合的な性格を有するものとして位置付けられるのであれば、附従的連結を活用すること等を通じてその法律関係全体を統一的に同一の準拠法の下で律すべき旨を提唱する[82]。この見解は、かかる状況下で附従的連結を用いるメリットとして、①三当事者間の法律関係相互において法的判断の統一性を確保し得ること[83]、②複数の準拠法候補がある場合とは異なり、単一の法の下で統一的な事案処理が図られることから、実質法レベルでの具体的な結論が予見可能になり延いては法的安定性の確保に貢献し得ること[84]、を掲げている。また、近時の見解の中には、立論のさらなる精緻化、厳格化を図る動きも見受けられる。これによれば、附従的連結を広く用いて第三者を無条件に主契約準拠法に服せしめるとすれば当該第三者に抵触法レベルで不当にも不利益をもたらすことになるとして、通説的見解に一定の理解が示される。そのうえで、上記１.（２）の事例では、ＣがＡとの間で金銭消費貸借契約を締結する過程でＢの協働を得ている場合等に限り、三当事者間の法律関係全体を一体的に処理すべき必要性を認め附従的連結の適用可能性を肯定するのが適当と考えるのである[85]。

---

[81] 例えば、ファイナンス・リース取引における物品売買契約とリース契約につき、主従の関係を結論付けるのは困難であると主張するものとして、C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 1132 [C. Dageförde]。

[82] K. Kreutzer, Know-how-Verträge im deutschen internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag (J.C.B.Mohr, 1978), 705, 719; H-P. Mansel, Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess, in: Einheit in der Vielfalt. Professor Dr. Hermann Weitnauer zum 75. Geburtstag (Heidelberg, 1985), 33, 53; C. von der Seipen, Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse (C. Winter, 1989), 55.

[83] C. von der Seipen, a.a.O. (Fn. 82), 55ff.

[84] C. von der Seipen, a.a.O. (Fn. 82), 60ff.

[85] M. Kaspers, a.a.O. (Fn. 20), 155-157.

４．主観的法選択が存在しない場合における結合取引の準拠法 ー消費者契約に該当するケース

次に、結合関係にある複数の契約がローマⅠ規則６条に規定する消費者契約に該当する場合（即ち、上記１．（２）の事例でＡが消費者である場合）に、これら契約の客観連結について説明を加える。

ここで一点、説明に当たって留保しなければならないことがある。これまで、主観的法選択が存在するケース（上記２.）、主観的法選択が存在しない場合であって消費者契約に該当しないケース（上記３.）各々について、通説的見解、近時の見解に分けて整理を行ってきた。しかしながら、主観的法選択が存在しない場合であって消費者契約に該当するケースについては、通説的見解から具体的な準拠法決定のあり方が提示されているものの、近時の見解の提唱者からは準拠法決定に関する具体的な方針が明確に示されていないように思われる。そこで、以下では通説的見解に沿ってローマⅠ規則６条の適用について説明を行うに止めることとする。

（１）ローマⅠ規則６条１項

ローマⅠ規則６条１項は、「自然人（消費者）が自身の事業外または職業外と評価される目的において、自身の事業または職業として行動する者（事業者）と契約を締結する場合に、その契約は消費者の常居所地国法に拠る」旨を規定する。これは消費者契約が消費者の常居所地国に客観連結することを認める規定である[86]が、同条項では、かかる抵触準則が適用されるための前提として、「(a) 事業者が消費者の常居所地国において、自身の事業または職業上の活動を行っているか、または (b) 何らかの方法を通じて、そうした活動を消費者の常居所地国またはその国を含む複数の国に向けて行っているかいずれかであって、かつ問題とされる消費者契約がこうした活動の範囲に含まれること」を要求している。

このようにローマⅠ規則６条１項では、消費者契約に関する特別規定を設け、その適用要件として、上述の (a) と (b) という二つの異なる

[86] M. McParland, supra note (80), §12.191.

要件を選択的に課しているが、(b) の要件は (a) の要件を包含し、(a) の要件に該当すれば自動的に (b) の要件をも満たすことから、実際にはこれら二つの要件を厳密に区別して論じる必要はないと考えられている[87]。もっとも、一般的には (a) の要件を充足するためには、事業者は消費者の常居所地国に事務所等を設ける必要はないものの、事業者もしくはその従業員が消費者の常居所地国に物理的に存在し、当該国で実際に事業活動を展開する必要があると考えられている[88]。B または C の担当者が A の常居所地国を実際に訪れ、そこで契約に関する交渉その他のやり取りを行った場合には、この要件を満たすであろう。他方で、(b) の要件は、隔地間契約を念頭に置いたもの[89]であり、B または C が物理的に A の常居所地国を訪れなくとも、A に対して事業活動に属する行為（典型的には勧誘行為である）を行うケースを想定している。B または C がその所在地国から広告やダイレクトメール、電話、テレビ・ラジオ放送、そしてインターネット等による勧誘行為を行い契約締結に至った事案等がこの要件を満たすことに異論はない[90]。

（2）適用除外

ローマⅠ規則６条４項では、同条１項（および２項）の適用が除外される場合を列挙しているが、第三者信用販売取引との関係で問題となり得るのは、同項 (a)、(c) および (d) である。

（イ）物品売買契約に関する適用除外

ローマⅠ規則６条４項 (c) は AB 間の物品売買契約との関係で問題となり得る。同項 (c) では、「タイムシェアにより不動産を利用する権利を除き、不動産を巡る物的権利に関する契約および不動産賃貸借に関す

[87] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 106 [U. Magnus].

[88] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 32 [B. Heiderhoff]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 107 [U. Magnus].

[89] U. Magnus/P. Mankowski (ed.), supra note (65), Art. 6 Para. 55 [M.Wilderspin].

[90] U. Magnus/P. Mankowski (ed.), supra note (65), Art. 6 Para. 55 [M.Wilderspin]; T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 33 [B. Heiderhoff]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 113 [U. Magnus].

る契約」をこの適用除外の対象に定めている[91]。AB 間の物品売買契約が不動産を対象とするものであれば、この適用除外に該当することから、ローマⅠ規則６条１項は適用されない（従って、この場合には、同規則４条に基づいて客観連結の処理が行われる。詳細は上記３．（２）を参照）。

（ロ）金銭消費貸借契約に関する適用除外

他方で、AC 間の金銭消費貸借契約との関係で問題となり得るのは、ローマⅠ規則６条４項（a）および（d）である。

このうち同項（d）では「金融商品（financial instrument）を構成する権利義務、流通証券の発行または公募および公開買付の約定条件を構成する権利・義務、及び集団的な投資引受における単位償還であって、これらの活動が金融サービスの提供に該当しない場合」には、ローマⅠ規則６条１項の適用除外が認められている。ここで同項（d）に規定する「金融商品」の具体的な内容が問題となるが、これに関連してローマⅠ規則前文（30）では、金融商品市場指令[92]（Markets in Financial Instruments Directive, 以下「MiFID」という）４条を参照すべき旨の言及がなされている。MiFID ４条１項および Annex I Section C では金融商品の定義および詳細が規定されているが、ここでいう「金融商品」とは要するに、典型的には発行者と権利者との間における契約上の権利義務の一群から

---

[91] ここにいう「タイムシェアにより不動産を利用する権利」は、タイムシェアによる不動産の利用権購入を巡る契約的側面に関する購入者の保護に関する欧州連合指令（Directive 94/47/EC on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis [1994] OJ L 280/83）２条に規定するものを指す。もっとも、タイムシェア形態で不動産を利用する権利のうち、具体的にどの範囲までがこの概念に含まれるのかについては、今以て明確な見解が示されているわけではない（U. Magnus/P. Mankowski (ed.), supra note (65), Art. 6 Para. 41 [M.Wilderspin]）。

[92] Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC [2004], OJ L 145/ 1.

成るもので、それ自体資産として譲渡可能と位置付けられるものである[93]。即ち、MiFID の定義規定の中では、「金融商品」として、流通証券、譲渡性預金（CD）、コマーシャル・ペーパー（CP）のほかに、オプション、先物、スワップ、フォワードその他金融派生商品といった極めて包括的な言及が行われており、将来において開発される可能性のある類似の商品も含め広範囲にわたる金融商品をカバーしていると評価される[94]。もっとも、以上の説明から明らかであるが、上記１．（２）の事例に見受けられるような単純な金銭消費貸借契約は、ローマⅠ規則６条４項（d）にいう「金融商品」には該当しないと考えられる。

他方で、ローマⅠ規則６条４項（a）では、同じく同条１項の適用が除外されるケースとして、「サービス提供契約であって、そのサービスが専ら消費者の常居所地国以外の国において提供される場合」を別途規定する。銀行は、消費者との間で締結する金銭消費貸借契約において、単に貸金の提供だけでなく、返済口座の管理や様々な情報提供を行っており、これらを総体としてみれば、ローマⅠ規則６条４項（a）にいう「サービス提供契約」に該当することについては、異論を見ない[95]。そうであるとすれば、上記１．（２）の事例における AC 間の金銭消費貸借契約がローマⅠ規則６条４項（d）の「金融商品」に該当しないにしても、C は銀行として、A との間で様々な指図の授受やその他事務処理等を行うことから、同項（a）との関係において、C が専ら A の常居所地国以外の国（英国）においてサービスの提供を行っている事案に該当するか否かが問題となり得る。この点について、上記１．（２）の事例のような典型的な銀行業務を念頭に置いた上で、かかる銀行業務には顧客へのサービス提供のために様々な指図の授受や事務処理を伴うのが必然であるから、こうした事務等が顧客の常居所地国以外の国にて行われるので

---

[93] M. McParland, supra note (80), § 12.238.

[94] Services of the Commission, Council Document 7418/07 (15 March 2007), 3ff. なお、U. Magnus/P. Mankowski (ed.), supra note (65), Art. 6 Para. 45 [M.Wilderspin]; Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 92 [U. Magnus] も参照。

[95] Staudinger BGB, a.a.O (Fn. 28), Rom I-VO Art. 6 Rdn. 70 [U. Magnus]; D. Einsele, Auswirkungen der Rom I-Verordnung auf Finanzdienstleistung, WM 2009, 289, 294.

あれば、ローマⅠ規則６条４項 (a) が想定しているケースに該当する（従って、この場合には同条１項〔および２項〕は適用されない）と考える見解がある[96]。他方で、顧客と銀行間における指図の授受や事務処理は銀行が提供するサービスにとって付随的なものでしかなく、それ自体によってローマⅠ規則６条４項 (a) の適用が左右されるのは適当ではないとする見解[97]も表明されている。この後者の見解によれば、ローマⅠ規則６条４項(a)の該当性を肯定し同条１項の適用を排除すべき事案は、サービスの本質的部分が顧客の常居所地国以外で提供されている場合、またはサービス全体からすれば無視し得る程度の部分が顧客の常居所地国で提供されるに止まる場合であると考えられる。

以上のことから、上記１．（２）の事例に即せば、AC 間の金銭消費貸借契約がローマⅠ規則６条４項 (a) に該当するか否かについては学説の間でも争いがあり、見解が定まっていない。C がその所在地国（英国）において A との取引のために様々な事務処理サービスを実施していることを以て、ローマⅠ規則６条４項 (a) への該当性を肯定する見解に依拠すれば、同規則４条に従って、AC 間の金銭消費貸借契約の準拠法が指定される（この場合の具体的な処理については、上記３．（２）を参照）。他方で、C がその所在地国で A との取引にかかる事務処理サービスを実施したとしても、それは AC 間の金銭消費貸借契約がローマⅠ規則６条４項 (a) に該当することを基礎付けないとする見解に依拠すれば、消費者契約として同規則６条１項に沿って準拠法が決定されることになる（その場合の具体的な処理については、上記４．（１）を参照）。

５．結合取引の準拠法を巡る近時の見解に対する評価

（１）通説的見解からの批判

結合取引の準拠法を巡る近時の見解は、抵触法においても、複数の契約が形成する統合的な取引システムとしての性格を正面から捉え、これ

[96] C. Proctor, The Law and Practice of International Banking (Oxford Univ. Pr., 2010), § 41.37.

[97] M. McParland, supra note (80), § 12.204.

に即した準拠法決定のあり方を模索する点において、新たな視点を提示するものである。その目的は、そうした取引システム内部における法的判断の統一性、および当事者の予見可能性の確保に求められるが、一般論として、かかる見解が有する問題意識そのものに異論を挟む余地はないであろう。

また、取引社会の実情を見ても、複数の企業体は顧客との間で相対の契約を締結することを通じて取引リスクの分散を図ることを検討するが、こうした帰結を無条件に認めるとすれば、それは最終的に顧客に不利益となって跳ね返ってくる惧れがある。第三者信用販売取引において、買主である消費者Ａが売主Ｂ社に修補請求を行ったものの、Ｂがこれに応じない場合に、仮にこれを以て貸し手であるＣ銀行との関係で抗弁権の接続が認められないとすれば、結局のところ、Ａに対して、物品の瑕疵に伴うコストを負わせるとの帰結に至るであろう。複数の企業体は顧客との相対契約を繰返すことにより、取引システム内部でリスク分散を図り、全体としての収益極大化を目論むことも可能である。こうした取引の歪みを是正するためにも、相対契約に着目し「顧客対個別企業」という関係で法的検証を行うのではなく、「顧客対取引システムを構築した企業群」という視点で、取引を巡るリスクと収益のバランスを捉え直すのも大切ではないであろうか。こうした立場を採るならば、上記２．（３）および３．（３）で紹介した近時の新たな見解には傾聴に値する着眼点が内包されていると言うべきであろう。

しかしながら、ローマⅠ規則は契約準拠法を飽くまでも契約単位で決定するとの前提を採用しているが、近時の見解はこのこととの関係で整合性を確保できない惧れが高い。通説的な見解は、一般論として、個別問題に対する評価矛盾を予め回避するために一体的連結（einheitliche Anknüpfung）あるいは附従的連結（akzessorische Anknüpfung）が選択肢の一つと成り得ることを認めつつも[98]、近時の見解が導出する結論に

[98] G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 25), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 80 [A. Spickhoff]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 174 [D. Martiny].

は総じて否定的である[99]。例えば、K. Thorn 博士は、ファイナンス・リース取引を例に採り、物品売買契約の準拠法にリース契約を附従的に連結させることについて、当事者の同一性がないこと（der fehlenden Personenidentität）を理由に、これを否定する[100]。また C. Dageförde 博士は、結合取引一般について、複数の契約関係が相互に法的に独立していること、および契約毎に利害とリスクの状況が異なっていることを根拠に、その一体的あるいは附従的な連結を否定するのである[101]。抵触法上契約の単位につき固定的な基準を定立することには困難を伴うが、しかしながら、第三者信用販売取引を構成する物品売買契約と金銭消費貸借契約では、当事者も異なるうえに、両方の契約に跨がらない個別契約に閉じた法的問題も多く、これらの問題では二つの契約を巡る利害状況が連動しないことが通常であろう[102]。確かに、結合関係にある複数契約に跨がる法的問題については、調整問題と言われる厄介な事象が生じ得るが、その一事を以て、抵触法上の処理として、これら複数の契約を一括して準拠法決定を行うというのはやや乱暴な議論のように思われる。また、仮に近時の見解を受け入れるにしても、第三者信用販売取引を巡る当事者の法律関係について、物品購入（物品売買契約）と資金提供（金銭消費貸借契約）のいずれに重点が所在するのかを決定しなければなら

[99] Münchener Kommentar BGB, a.a.O (Fn. 25), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 53 [D. Martiny]; C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 174 [D. Martiny]; G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 25), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 80 [A. Spickhoff].

[100] T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 4 Rdn. 94 und Rdn. 150 [K. Thorn]. なお、附従的連結が成立するための必須要件として、複数の契約がいずれも同一の当事者によって締結されていることを要求するか否かについては、ドイツでも見解が分かれる。この点については、前掲注（80）を参照。

[101] C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 1132 [C. Dageförde].

[102] 例えば、金銭消費貸借契約において、借り手である消費者の金銭支払債務について支払通貨が争点になったり、履行期が問題になったりすることがあっても、それは物品売買契約との関係では全く関連性を有しない。他方で、物品売買契約における売主の物品引渡債務について具体的な履行地や提供すべき物品の品質が問題になったとしても、そのことは金銭消費貸借契約とは基本的に無関係である。

ないが、取引を巡る当事者の利害が多様であり、かつこれら利害が複雑に絡み合っている実情を踏まえると、それは実際には殆ど不可能であろう[103]。むしろ、ローマⅠ規則における規定内容等も踏まえれば、結合関係にある契約であっても個別に準拠法を定めたうえで、複数の契約に跨がる法律問題については、その都度、具体的な内容に即して法の適用関係を調整していくのが現実的な処理ではないかと思われる。

（2）近時見解の立論に対する内在的批判

学説の多くは、分割指定に対する内在的制約として「部分問題としての分割可能性（abspaltbarkeit）」という議論を持ち出すが、近時の見解は、この基本的な考え方を契約結合により形成される取引システムにも応用し、仮令結合関係にある契約につき主観的法選択が存在する場合であったとしても、取引システムに分割可能性がないと結論付けることで、契約単位の法選択を否定し、当該システム全体を纏めて単一の準拠法に拠らしめるべきとの立論を行う。こうした議論のあり方自体を否定するつもりはないが、分割指定に関する従前の見解を詳細に見ればその立論が粗く、十分な批判に耐え得るものとは言い難いことが分かってくる。

ドイツの学説では、分割指定を認めるに当たって、部分問題として分割可能（abspaltbar）であることを要件として求める見解が有力である。これら学説が持ち出す一例は、国際売買契約において買主と売主が各自の債務につき各自の常居所地国法を準拠法とする旨を合意した事案である。売買契約に代表される双務契約では一般に双方の債務が機能的な相互連動関係（funktionelle Synallagma）にあるため、買主の債務不履行が直ちに売主の契約解除権を生ぜしめるか否か、売主の解除権を認めるとして他に追加的な条件を要するか否かを巡り、各々の債務準拠法で結論が異なる場合があり得る。この場合に売主の解除権につき双方の債務準拠法をいわば累積的に（kumulativ）適用したのでは一致した結論が得られず、解消できない矛盾が生じることになる。以上は総て既述のとおりである（2．（3）参照）が、重要なのはここから先の議論である。大

[103] ファイナンス・リース契約について同様の指摘を行うものとして、C. Reithmann/D. Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 1132 [C. Dageförde] がある。

半の学説では、上記の国際売買契約の事例に即せば、売主および買主の給付債務の内容等については飽くまでも分割指定を許容し主観的法選択により指定された法（つまり、各自の常居所地国法）が適用されるものの、双方の債務に跨がる問題に限っては、分割指定を否定し客観連結に拠るか、あるいは調整問題として処理を図ることを提唱する[104]。双方の債務に跨がる問題につき分割指定を否定し客観連結に委ねることを主張する代表者は、B. von Hoffmann 博士である。同博士は、双方の債務間の機能的相互連動関係に限っては、客観連結により売主（特徴的給付者）の常居所地国法が優先的に適用されるべきであるとし、買主の債務不履行時に売主が解除権を行使し得るか否かは同法によって決すべきとするが、他方で各契約債務に閉じた問題（履行地、履行期、免責事由等）については、主観的選択により指定された法に準拠すればよいと考える[105]。これに対して、調整問題としての処理を主張するのが G. Hohloch 博士である。同博士は、この問題の解決のためには、抵触法のレベルにおいて準拠法の適用範囲を有理的に画定させることを通じて処理を図り、さもなくば実質法のレベルにおいて処理を図るという見解を示すのである[106]。

結合取引に関する近時の学説は、分割指定における議論を援用したうえで、結合関係にある契約それぞれについて異なる準拠法指定を行った場合には、抗弁権の接続・切断の問題において準拠法間で矛盾した結論が生じるリスクがあることを理由に、契約毎に別個の準拠法指定を行うことを一律に否定する。しかしながら、分割指定に関する従前の学説を

---

[104] J. Kropholler, a.a.O (Fn. 25), 462-463; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 12), Rom I Art. 3 Rdn. 10 [K. Thorn]; B. von Hoffmann/K. Thorn, a.a.O. (Fn. 76), §10 Rdn. 39; F. Ferrari/E-M. Kieninger/P. Mankowski/K. Otte/I. Saenger/G. Schulze/A. Staudinger, a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn. 39ff. [F. Ferrari]; T. Rauscher (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 9), Rom I-VO Art. 3 Rdn.77 [J. von Hein]; Dicey/Morris/Collins, supra note (42), §32-052; M. McParland, supra note (80), §9.140; Soergel BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 27 Rdn. 56ff. [B. von Hoffmann]; Erman BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 27 Rdn. 21 [G. Hohloch].

[105] Soergel BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 27 Rdn. 59ff. [B. von Hoffmann].

[106] Erman BGB, a.a.O. (Fn. 10), EGBGB Art. 27 Rdn. 21 [G. Hohloch].

見ると、分割指定の内在的制約として「分割可能性」を持ち出すものの、分割指定を行うことで相容れない二つの結論が生じる場合には、その矛盾する結論が生じる限りにおいて分割指定を否定する、あるいは矛盾箇所についてのみ調整問題として処理を行うに止まるのであって、一部に解決不能な矛盾が生じるという一事を以て、分割指定を一切許容しないといった頑なな姿勢は採用していない。仮に結合取引について分割指定に関する従前の見解を踏まえた議論を展開するのであれば、結合関係にある各契約について別個に主観的法選択を行うこと自体は許容しつつも、抗弁権の接続・切断に代表されるような、複数の契約に跨がる問題に限って、かかる主観的法選択を否定し客観連結に拠るなり、調整問題として個別事案毎に妥当な処理を模索すれば足りるというべきではないであろうか。結合取引に関する近時の学説は、分割指定に関する従前の見解を援用するとしつつも、実際にはその議論の枠組みを超える形で独自の立論を展開しているが、そうであれば、その論拠について説得的な理由付けを用意すべきであろうと思われる。

（3）消費者契約の特別連結準則との整合性の欠如

A（買主兼借り手）が消費者である場合には、AB 間の物品売買契約、AC 間の金銭消費貸借契約ともに消費者契約に該当する。従って、これらの契約の準拠法を決定するに当たっては、消費者契約のための特別な連結準則たるローマⅠ規則６条が適用される。具体的には、主観的法選択がある場合には同条２項が、主観的法選択がない場合には同条１項が、それぞれ適用される（２．（４）（ロ）、および４．（１））が、これら条項の適用に当たっては、「ローマⅠ規則６条４項に掲げる事案類型に該当しないこと」という重大な留保条件が付されている（４．（２））。

契約結合に関する近時の見解は、結合関係にある複数の契約が単一の取引システムを構成している場合には、抵触法上これら契約を一体として取扱うことを目指すが、これら契約が消費者契約に該当する場合には、ローマⅠ規則６条４項との関係において準拠法決定に関する有効な枠組みを提示できていない。ローマⅠ規則６条４項が特定の契約類型を念頭に置いて、詳細な形で同条１項および２項の適用除外を規定しているが、近時の見解がこの規定との関係で整合性を欠いていることは明白であろ

う。既に説明したとおり、例えば、ローマⅠ規則６条４項（c）は不動産を巡る物的権利に関する契約および不動産賃貸借に関する契約を、同項（a）はサービス提供契約に関する適用除外を、各々規定する。このようにローマⅠ規則６条４項は、個々の契約が特定の契約類型に該当するか否かを検証することを通じて、消費者契約に関する特別準則（ローマⅠ規則６条１項および２項）の適用除外を認めるか否かを決する、という判断枠組みを採用している。

通説的見解によれば、結合関係にある複数の契約についても、こうした判断枠組みに沿って、契約単位で適用除外該当性を個別に判断していくことになろう。それ故に、第三者信用販売取引において、AB 間の物品売買契約はローマⅠ規則６条４項が規定する適用除外類型に該当しないが、AC 間の金銭消費貸借契約はその適用除外類型に該当する、といった如く、結合関係にある複数契約の間で適用除外の該当性に関する判断が分かれ、延いてはこれら二つの契約を巡る法適用関係が異なる可能性がある。こうした通説的見解に沿った処理に関して、近時の見解からは有効な対案が示されていない。近時の見解が主張するように、結合関係にある複数の契約を一体として処理するとすれば、とりわけローマⅠ規則６条４項が用意する判断枠組みから大きく逸脱することになるが、明文の法規定と乖離する解釈論を展開することについて合理的な説明が示されていない中で、こうした処理が一般的に受け入れられるとは思えない。

（４）「抗弁権の接続」の問題

これまでの検討結果からも明らかであるが、結合関係にある契約であっても個別に準拠法を定めたうえで、複数の契約に跨がる法律問題については、その都度、具体的な内容に即して法の適用関係を調整していくのが現実的な処理である。では、複数の契約に跨がる法律問題は具体的に如何なる方針に沿って処理を図るのが適当なのだろうか。本稿の冒頭で説明したが、買主（借り手）A が売主 B 社から満足な形で物品の給付を受けていない場合に、このことを理由として、貸し手 C 銀行への弁済につき免責を受けることができるか（あるいは可能であるとしても、その免責を受けるための法的要件は何か）という問題があり、実際に争

点として顕現化し得る。所謂「抗弁権の接続」の問題であるが、この問題は何も第三者信用販売取引に限ったものではなく、ファイナンス・リース取引をはじめ多くの結合取引において生じ得る[107]。

この問題は、Bが物品売買契約上の債務履行を怠ったことの効果として、AのCに対する貸金返済債務の履行の要否が問題になっていると考えれば、物品売買契約の準拠法に拠ると考えられる。他方で、AがCに負っている金銭消費貸借契約上の債務履行の要件の問題、あるいは抗弁の問題として捉えれば、金銭消費貸借契約の準拠法に拠るとも考えられる。いずれにしても、この問題を巡っては、「調整問題」として如何なる抵触法上の処理を行うべきかが問われることになる。調整問題の具体的な処理に当たっては、一般的な準則があるわけではなく、具体的な事案に即して、抵触法ならびに実質法上の諸利益を衡量して、不当な結果を回避するために適切な個別措置が講じられるに過ぎない[108]。

そもそも二当事者間契約という形態を採らず、二つの契約に基づく三当事者間関係の構築を主導したのは売主Bと貸し手Cである。そこには、分業による事務負担の分散等様々な動機付けが働いているが、BとCが契約結合によりかかる体制を構築したことで、それに伴うリスクが買主兼借り手Aに皺寄せされる事態は回避すべきである。複数の契約により形成される取引システムでは、顧客との間のリスク管理は相対契約を通じて各事業者に委ねられる一方で、システム内部における収益分配はこれと切り離される形で行われることが多い[109]。少なくとも二つの

[107] ファイナンス・リース取引における「抗弁権の接続」問題について、抵触法上の検討を加えるものとして、嶋拓哉「ファイナンス・リース取引の抵触法上の取扱いについて－ドイツの学説を中心に」（仮題、近時公表予定）がある。

[108] T. Rauscher, a.a.O (Fn. 30), Rdn. 569ff.; B. von Hoffmann/K. Thorn, a.a.O. (Fn. 76), §6 Rdn. 35ff. なお、わが国の学説でも事情は同様である。山田・前掲注（24）166-167頁以下、櫻田・前掲注（24）148-149頁を参照。

[109] この点は、フランチャイズ取引を見れば明らかであろう。顧客との関係はフランチャイジーに委ねられることが多く、そこで生じる法的紛争は顧客とフランチャイジーの売買契約等に基づいて両者の間で処理がなされるが、他方で、フランチャイズ・システム内部での収益分配はこれとは切り離されて、フランチャイザーとフランチャイジーとの間の契約に基づき行われている。こうした

契約に跨がることに起因してAの権利行使に支障が生じるなど、Aに不利益が生じる局面では、個別契約関係に着眼するのではなく、「顧客(A)」と「物品・サービスの提供者側(BおよびC)」という対立構造で利害関係を把握することにより、具体的な事案処理における実質的な妥当性を確保できるのではないか、と思われる[110]。

そうした基本的な視座を踏まえると、第三者信用販売取引における抗弁権の接続・切断の問題を巡る処理としては、物品売買契約と金銭消費貸借契約の準拠法のうち、Aに有利な方[111]を適用すればよいのではないかと思われる。Cにしても、BがAに物品を提供することを了知しその購入に特定した形で与信を行っている以上、AC間の金銭消費貸借契約の準拠法ではなく、AB間の物品売買契約の準拠法を適用されたとしても予見可能性を害されるわけではない。むしろ、CはBと協働してAとの間で第三者信用販売取引を行い、その中でAに対する物品･サービスの提供を行うためにBと密接不可分の関係で役割分担を行う以上は、抵触法上の取扱いにおいても、当該取引に伴う事業者側のリスクをBとともに負うのが妥当ではないか、と考えられる[112]。

状況の下では、フランチャイジーは個々の取引に伴うリスクや費用を負担しつつも、それに見合った収益分配に与っていると言えるかは大いに疑問である。グンター・トイブナー(藤原正則訳)・前掲注(1)を参照。

[110] トイブナーは、フランチャイズ取引について、「ネット外部からの直接請求」という概念を用いて同様の議論を展開する(グンター・トイブナー(藤原正則訳)・前掲注(1)192頁以下)。

[111] もっとも、物品売買契約および金銭消費貸借契約の準拠法における抗弁権に関する実質法規定を比較して、いずれがユーザーにとって有利であるかを判断するのは、要件および効果を幅広く比較し、また時にはこれらの要素を総合的に勘案することを要するため、謂うは易いが実際に行うは難し、であろう。

[112] 他方で、本文中のような解釈論を展開したところで、物品・サービスの提供者側(BおよびC)としては、顧客(A)との各契約の中で、抗弁権の接続・切断の問題については○○法を準拠法とする旨の分割指定を行うことにより、かかる解釈論に伴う抵触法上のリスクを軽減することは可能である。もちろん、こうした分割指定についてもEGBGB46b条やローマⅠ規則6条2項の適用があることは言うまでもない。

6．結語

欧州では、第三者信用販売取引やファイナンス・リース取引に見られるように、結合関係にある複数の契約を抵触法上如何に取扱うべきかについて、不十分ではあるものの、新たな視点に立脚した見解が示され、通説的見解との間で意見交換がなされている。契約により多数の当事者で構築されるネットワークは、いまや現在の市場・社会の重要な構成体として位置付けられるようになっており、相対の契約関係に着目するだけでは、そのリスクと収益の分配構造を的確に把握することが困難になっている。単に契約相手方単体の責任を問うだけでは、顧客の法的保護が十分に図れない惧れがあることを認識し、保護の実効性を確保するためにも、局面によっては、複数の契約により一連の取引システムを構築した企業群の集合責任を問う形で議論を進めていく必要があろう。この点、結合取引の準拠法に関する近時の見解は、市場･社会で顕著になっている契約結合という法的事象を正面から取り上げ、既存の抵触法体系に対して新たな問題意識を提示するという意味で、重要な役割を果たし得ると考えられる。即ち、こうした近時の見解そのものは、ややもすると乱暴な立論に終始しており、抵触法とても実定法領域の一部であることを踏まえるとその内容をそのまま無批判に受け入れることは困難である。しかしながら、それが持つ問題意識には首肯できる要素が含まれており、これを何らかの形で抵触法上の解釈論に反映させていく必要があるだろう。近時の見解が提示した問題意識を抵触法上の解釈論に如何に盛り込んでいくかという課題について、本稿では「抗弁権の接続」に関する議論の中で、簡単ではあるが言及したつもりである。現行の抵触法では、契約を基礎単位として準則が設けられていることから、契約結合を巡っては、近時の見解が提唱するように単位法律関係のレベルで操作を加えることには自ずと限界がある。しかしながら､結合取引の複相性･多層性および契約の統合化という現象を認識したうえで、準拠法を特定する段階では可能な範囲で実体的な価値判断を織り込み、調整問題の解決に向けて抵触法上の操作を模索する必要があると思われる。

第三者信用販売取引では、それを構成する複数の契約各々について相対性の原則が認められる一方で、これら複数の契約の間には、債権債務

関係に相互依存関係をもたらす結合要素（これら契約に共通する実質的結合理由）が存在しており、この側面を強調していけば、契約の統合化という現象を看取することができるはずである。第三者信用販売取引を構成する物品売買契約と金銭消費貸借契約とは契約当事者こそ一致しないものの、これら二つの契約に共通する取引要素が存在することにより、契約結合を通じて単一の取引システムが形成される。そうであれば、仮令各契約の当事者間において個別に特約が定められ、かつ双方の契約内容が互いに抵触・矛盾する事態が生じたとしても、第三者信用販売取引がその成立に当たり拠って立つ結合要素こそが、双方の契約間で生じる抵触・矛盾を解消し契約内容を合理的な内容へと導くための適正化基準として機能することが期待されるであろう[113]。そして、こうした基本的な視座は実体法の領域に止まらず、抵触法の領域でも妥当するものと考えられる。本稿では、第三者信用販売取引を念頭に置いて議論を進めてきたが、改めて指摘しておきたいのは、準拠法の決定に当たっても、物品売買契約と金銭消費貸借契約を別個の契約としてその相互独立性を認めることは可能、ということである。例えば、契約債務の履行地、履行日時をはじめ各契約に閉じた法律問題については、各契約の準拠法をそのまま適用すればよいであろう。従って、結合取引を構成する複数の契約について準拠法を一体的に決定すべきといった極端な見解を採る必要は全くない。もっとも、双方の契約に跨がる法律問題（典型的には、抗弁権の接続・切断の問題）について双方の契約準拠法を適用すれば、その適用結果に矛盾・齟齬が生じる惧れがあるのも事実である。このような矛盾が生じ得るのは契約の相対性原則、延いては当事者自治の原則を愚直に貫こうとしたことに原因があると言わざるを得ない。この限りにおいて、意思自治の原則のコロラリーとして主張されてきた契約の相対性原則[114]は、契約結合が依拠する共通目的、契約の統合化の要請との関

[113] 実体法の領域において、こうした主張を行うものとして、千葉·前掲注（1）195-199頁を参照。

[114] 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『基本法学4〔契約〕』（岩波書店、1983年）14頁、千葉恵美子「割賦販売法上の抗弁接続規定と民法」民商法雑誌93巻臨時増刊号2〔創刊50周年記念論文Ⅱ〕（1986年）302頁以下。

係において修正を余儀なくされると考えられる。関連する複数の契約準拠法の適用結果に抵触・矛盾が生じる事態に至った場合において、とりわけ抵触法の領域では、契約の統合化を推し進めた結合要素の存在およびその内容に沿って、準拠法を巡る二つの契約内容の間で適正な調整を図ることが求められると考えるべきであろう。

（以　　上）

（追記）本稿は、科学研究費補助金（25380056、15H01927、17K03379）および公益財団法人KDDI財団2016年度調査研究助成による成果の一部である。

論　　説

法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」について・再論

厚　谷　襄　児

目　　次

はじめに
第１　21年改正法における法定不公正な取引方法の規定の定め方
第２　法定不公正な取引方法と指定不公正な取引方法との差異
第３　主要な学説における法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の位置づけ
第４　主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱い
むすび

はじめに

本稿は、平成21年独占禁止法改正法[1] ２条９項に規定された不公正な取引方法のうち、同項１～５号の各規定に同項６号[2]に規定する「公正な

[1] 平成21年独占禁止法改正法（平成21年法律第51号）を、「21年改正法」といい、その改正を「21年改正」という。それ以前の独占禁止法を「21年改正前法」という。独占禁止法は平成25年にも改正されているので、平成25年改正後の独占禁止法を単に「独占禁止法」、「現行独占禁止法」ないし単に「法」という。

[2] 本稿では、法２条９項１～５号に規定する不公正な取引方法を「法定不公正な取引方法」という。同項６号の規定は、公正取引委員会が不公正な取引方法を「指定」する根拠規定である。不公正な取引方法は、特段の摘示しない限り、「一般指定」をいう。なお、一般指定のうち、昭和28年告示第11号を「元一般指定」

競争を阻害するおそれ」という規定あるいは「公正競争阻害性」[3]という概念が当て嵌まるか、という課題を検討するものである。

筆者は、既に、この課題について、法２条９項６号に規定される「公正な競争を阻害するおそれ」という定めも「公正競争阻害性」という概念も、同項１～５号の規定には当て嵌まらないと論じた[4]が、主要な学説はこれに与みしない。

そこで本稿においては、２条９項１号から５号までの規定には、「公正競争阻害性」という概念が当て嵌まらないとする論拠を提示し、次いで、「公正競争阻害性」が当て嵌まるとする主要な学説への疑問を提示して再論しようとするものである。

本稿では、先ず、21年改正法における法定不公正な取引方法の規定の定め方（第１）を述べ、次いで、法定不公正な取引方法と指定不公正な取引方法との差異（第２）に触れ、その後、主要な学説における21年改正法の「公正競争阻害性」の位置づけ（第３）を検討した上で、主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱いについての疑問を提示する（第４）こととする。

といい、昭和57年告示第15号を「旧一般指定」といい、21年改正法に伴い改正された一般指定（平成21年10月28日告示第15号）を「現行一般指定」ないし「現行指定」という。また、「法定不公正な取引方法」との対比ということで「指定不公正な取引方法」という。

[3]「公正競争阻害性」という文言は、現行独占禁止法２条９項６号に規定する「公正な競争を阻害するおそれ」に併せて競争の減殺、不当な競争手段及び自由な競争基盤の侵害を包含することを意味する。これは、昭和57年の独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」に由来し、その考え方は旧一般指定に織り込まれた。なお、田中寿編著・不公正な取引方法―新一般指定の解説（別冊 NBL９号）（商事法務研究会1982）参照。ただし、本稿で２条９項１～５号の規定との係わりで「公正競争阻害性」というのは、「公正な競争を阻害するおそれ」に競争の減殺と自由な競争基盤の侵害を併せた意味である。

[4] NBL966号26頁以下。これを「旧稿」という。本稿は、旧稿のⅤ「法定不公正な取引方法における『公正競争阻害性』についての主要な学説」及びⅥ「法定不公正な取引方法にける『公正競争阻害性』についての考え方の整理」に係るものであり、その内容が重複するところがあるが、論じ方が異なっていることをお断りする。

第１　21年改正法における法定不公正な取引方法の規定の定め方

１　21年改正法は、「この法律において不公正な取引方法とは、次の各号いずれかに該当する行為をいう」と定め（２条９項）、その２条９項の規定うち、１号から５号までの各号の不公正な取引方法の規定には「公正な競争を阻害するおそれ」という文言がない。同項６号の規定に「前各号に掲げるもののほか、次のいずれかに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの」とある。この規定が公正取引委員会による不公正な取引方法の「指定」の根拠規定であり、今日、「公正な競争を阻害するおそれ」という文言は、「公正競争阻害性」を意味するものと理解されている。

２条９項６号の規定に「前各号に掲げるもののほか」とあるから、明文上、同項１号から５号までの規定、つまり法定不公正な取引方法に係る規定が除かれる。そこで、同項６号の規定に基いて指定されたのが、現行一般指定であり、そこで定められている不公正な取引方法の各規定に該当する行為は、「公正な競争を阻害するおそれ」、すなわち「公正競争阻害性」のうちの競争の減殺、競争手段の不正又は自由な競争基盤の侵害という性格のいずれかを具有するとして違法とされる。他方、２条９項１号～５号の不公正な取引方法は、同項６号に規定する「公正な競争を阻害するおそれ」、すなわち「公正競争阻害性」を具有しなければならないのか。すなわち、２条９項６号に定められている「公正な競争を阻害するおそれ」という文言が２条９項１号から５号までの規定に当て嵌められるのか、そうでないとしても「公正競争阻害性」を具有することを要件としているのかが論点であり、取り分け解釈論として２条９項１号から５号までの規定に定められている「正当な理由がないのに」、「不当に」の解釈を「公正競争阻害性」から導き得るのかが論議の原点といえよう[5]。

[5] 21年改正前には、法定される不公正な取引方法の定めはなく、全ての不公正な取引方法が「公正競争阻害性」を具有するものとして「指定」されていた。し

2　日本経済法学会平成21（2009）年度シンポジウム「不公正な取引方法規制の再検討」において、筆者は、「平成21年の独禁法の改正で、法定の不公正な取引方法について、『公正な競争を阻害するおそれ』というのが外れています。そこで、法定の不公正な取引方法についても公正競争阻害性が要件としてかぶってくるのかどうか、山部会員にお聞きしたいのです。もし、それがかぶってくるのだとしたら、独禁法上どこを根拠にしてどういう論理過程でそれを導き出すのかという点をお尋ねしたいと思います」と問うたところ、次のように答えられた[6]。

山部会員「年報（30号・注）の19頁で、『公正な競争を阻害するおそれ』の要件は２条９項６号において条文上最初に登場して、その前にある１号から５号までの法定の不公正な取引方法の類型にも及ぶと書いています。その根拠は何かというご質問かと思いますけれども、これは論理的に言えるかどうかわかりませんが、これは『改正の経緯に照らして』と言わざるをえないと思います。平成21年改正は基本的にこれまでの考え方や解釈を変更するものではないという改正の経緯に照らして、２条９項６号で『公正な競争を阻害するおそれ』が後から出てくるにもかかわらず、やはり最初の方にもかかるという、そういう根拠であります。」

司会者は、根岸会員にもコメントを求め、それに対する発言は次のとおりである[7]。

根岸哲会員（甲南大学）「私も基本的にそのような考えでよろしいんだと思います。それから一般指定の規定の一部が法定化されることによって一般指定が歯抜けになるわけですね。ですから、もう法定化部分は従来の一般指定のそれを引き継いだものとしか考えようがないと私は思います。それから、条文上確かに形式的には『公正な競争を阻

たがって、本稿で論じるような問題はなかった。

[6] 山部俊文会員（一橋大）は、本シンポジウムにおいて「公正競争阻害性・再論」と題し報告。山部会員の回答は、日本経済法学会年報第31号（2010年）平成21（2009）年度シンポジウム「不公正な取引方法規制の再検討」記録146頁。

[7] 根岸会員の発言は、前掲６、146～７頁。

害するおそれ』は、２条９項１号から５号までにはないように見えますが、しかし、２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになりますから、『公正な競争を阻害するおそれ』は当然要件であるし、これまで積み重ねてきた解釈論、運用というのは基本的に引き継ぐということです。もちろんそのこと自体の是非については、これから論ずる必要が有りますけれども、基本的には引き継ぐものだと、このように私は理解しております。」

３　両会員の見解は、法２条９項６号に定める「公正な競争を阻害するおそれ」という規定は、法定不公正な取引方法に当て嵌まるというものである。その根拠は「改正の経緯に照らして」（山部会員）、あるいは「法定化部分は従来の一般指定のそれを引き継いだものとしか考えようがない」（根岸会員）というものであり、いずれも同じ考え方といえよう。これを本稿では、「経緯説」ということとする。

経緯説によるなら、旧不公正な取引方法の一般指定のうち、共同の取引拒絶（旧１項）の一部が法２条９項１号に、差別価格（旧３項）が同項２号に、不当廉売（旧６項）が同項３号に、再販売価格の拘束（旧12項）が同項４号に及び取引上の優越した地位の濫用（旧14項）が同項号に単に移行したに過ぎないということになる。

第２　法定不公正な取引方法と指定不公正な取引方法との差異

１　２条９項６号の規定に定める「前各号に掲げるもののほか」という用語は、それ前の各号に定めた規定には適用しないという意味に用いられるのであるから、特段の理由がなければ、不公正な取引方法は、法２条９項１号から５号までの各不公正な取引方法を一括りとして、同項６号の不公正な取引方法とは別の定め方をしたものと解される。

２　２条９項６号において不公正な取引方法の指定制度が採られているのは、①予測可能性を大きくするため禁止行為の内容をより具体的に定める必要があるためと、②禁止すべき内容は経済実態の変化に対応して変動するが、指定方式によると事態の変化に機動的に対応できる

ためである[8]。

ところで、不公正な取引方法の規定が法定されるということは、一行政機関である公正取引委員会による「指定」という行為により定められるのとは異なり、国会の議決により制定される法律により定められるという規制する意義の重みが異なるのである。このことは、規制の定め方に影響を及ぼす。

経済社会の状況が変わっても、国会において法改正がなされるまで不公正な取引方法の内容を改めることができない。したがって、恒常的に不公正な取引方法として規制されるべき類型について、それに相応しい行為要件等を定める必要がある。21年改正により法定された不公正な取引方法は、法定される契機が課徴金の賦課ということであったので、法的制度としては、不公正な取引方法として恒常的に規制されるべき類型について、課徴金を賦課するに相応しい行為要件等を定めたものといえる。このように、法定不公正な取引方法は、指定不公正な取引方法とは法の定め方の性格が異なっているといえる。

課徴金を賦課するには、財政法３条の規定により「租税を除く外、國が国権に基いて収納する課徴金・・については、すべて法律又は国会の議決に基いて定めなければならない」のである。課徴金の賦課は、金銭上の負担を課すので法律事項であるから、課徴金の賦課に適合するような規定の仕方をしなければならない。そこで、法定化の対象について、指定当時の規定が、どのように課徴金を賦課するに相応しいように法的要件を定めているかをみてみよう。

① 共同の取引拒絶（旧一般指定１項）のうち、「供給」の拒絶のみを法定（１号）した。

② 差別対価（旧一般指定３項）の内容を限定して、「継続して供給することであって、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」を法定（２号）した。

③ 不当廉売（旧一般指定６項）うち、「正当な理由のない」不当廉売のみを法定（３号）した。

[8] 実方謙二・独占禁止法（第４版）（有斐閣法学叢書４）260頁有斐閣1998）。このような指摘は、多くの論者によってなされている。

④　再販売価格拘束行為（旧一般指定12項）を法定（４号）した。

⑤　優越的地位の濫用（旧一般指定14項）では、指定14項５号を法定とせず、また同項３号及び４号を合わせた上で具体的行為を法定（５号）している。

上記のように、法定不公正な取引方法の各条項を整備している。

3　それでは、法定不公正な取引方法の各規定の違法性は、どこに求められるか。不公正な取引方法は多様な行為類型が定められているが、法定不公正な取引方法のうち、共同の取引拒絶（１号）、差別対価（２号）及び不当廉売（３号）の違法性は他の事業者の市場からの排除（市場の閉鎖性）並びに再販売価格拘束行為（４号）は競争の回避であるといえよう。また、取引上の優越した地位の濫用の違法性は、市場から閉じ込められている取引当事者間において取引上優越した事業者が相手方に不当な不利益を課すという問題であり、市場競争への影響を問うものでない。

4　次に、法定不公正な取引方法には、共同の取引拒絶（１号）、不当廉売（３号）及び再販売価格拘束行為（４号）には「正当な理由なく」と、並びに差別対価（２号）及び取引上の優越した地位の濫用行為（５号）には「不当に」という不確定概念が定められている。これをどのように解すべきか。

（１）　共同の取引拒絶（１号）は、事業者が共同して行うものであり、行為要件として「ある事業者から商品・・供給を受けることを拒絶し・・」「自己と競争関係にある他の事業者・・と共同して」と行為要件しか定めていない。これは、共同の拒絶を行うなら、他の事業者が市場から排除されるというという考え方からであろう。したがって「正当な理由がないのに」と定めたものであろう。

（２）「不当廉売」（３号）については、行為要件のほかに「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」と具体的に他の事業者の市場からの排除を要件として定めている。そうであるから、「正当な理由がないのに」と定めたのであろう。

（３）「差別対価」（２号）については、行為要件のほかに「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」と定めているから、他の事業者を市場から排除するという市場への影響を違法成

立の要件としている。そうであるなら、「差別対価」については「不当に」という不確定概念を定めているが、実質的には「正当な理由がないのに」に近いものといえよう。

（4）「再販売価格拘束行為」（4号）については、自己の供給する商品を購入する相手方に、「その販売する当該商品の販売価格を定めて相手方をして当該事業者にこれを維持させることその他相手方をして当該事業者の当該商品の販売価格の自由な決定を拘束されること」と定めている。この定め方は、行為要件のみである。それは、価格拘束行為は行為により取引の相手方間の競争を回避させるという競争への影響をもたらす。したがって、「正当な理由がないのに」という定め方をしているのであろう。

（5） 取引上の優越した地位の濫用については、違法性は、「正常な商慣習に照らし不当」ということであるが、これは取引上の優越した地位にある取引当事者が相手方に対し、「正常な商慣習に照らして」行為の妥当性を判断するので、その基準は「不当」か否かということになるのである。

5　これまで述べてきた観点に立った場合に、法定不公正な取引方法において、「公正競争阻害性」という概念を採り容れたとしたら、どのような判断をするかということに触れる。

（1） 公正競争阻害性は三つの側面があるという。競争の減殺、不正な競争手段及び市場競争基盤である。このうち、法定不公正な取引方法には、不正な競争手段にかかるものはないので、これとの係わりはない。

（2） 取引上の優越した地位の濫用に係る公正競争阻害性ついて、今村博士は、「‥独占禁止政策の上からは、「公正且つ自由な競争」の確保がその眼目であるが、現にそれが機能しないために生じている不当な結果をも、規制の対象に採り入れようとすることは何ら背理あるいは不自然なことではない。むしろ「国民経済の民主的で健全な発達」という経済民主主義の立場からは必要な規制といてよういのである。そしてこれを、不公正な取引方法の一つとすることに言葉の上での違和感はないからこのような定めがなされたものと思うが、不公正な取引方法を、公正競争阻害性を有す

るものとして特徴づける上からは、些か、体系的な整合性を欠くものとなっているのである。」[9]　この今村博士の見解に照らすなら、取引上の優越した地位の濫用に係る規定を法定不公正な取引方法として定めたことは、その規定を「公正競争阻害性」から解放した定め方をしたといえるのであるから、このような定め方の方がより適切なものといえよう[10]。

（３）　法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」というのは、取引上の優越した地位の濫用（５号）を除くと、競争の減殺と観点からものだけとなるのであるから、法的不公正な取引方法に限るなら、「公正競争阻害性」概念は、広すぎるものとなる。

そうであるなら、２条９項１号～４号の規定に「公正競争阻害性」概念に依ることなく「正当な理由ないのに」・「不当に」の解釈・判断を基本的には独占禁止法の目的規定に定められている「公正かつ自由な競争の促進」という視点から直裁かつ簡潔に解釈・判断すれば足るということになるのでないか。

第３　主要な学説における法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の位置づけ

法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の位置づけ等について、いくつかの主要な学説がどのように理解しているのかをみてみる。

１　根岸・舟田説[11]

（１）　根岸・舟田説は次のとおりである。

「独禁法２条９項と一般指定の各号における『正当な理由がない

---

[9] 今村成和・独占禁止法入門（４版）166頁（有斐閣1993）。

[10] 白石教授は、優越的地位の濫用に係る公正競争阻害性について「従来の実務を維持しつつ説明を直截で簡素なものとするために、２条９項５号の『正常な商慣習に照らして不当に』については、条文上公正競争阻害性の文言が被らなく成った平成21年改正を機に、公正競争阻害性とは関係のない要件であると説明するのは１つの方法であろう」という（白石忠志・独占禁止法（３版）341～342頁（有斐閣2016））。

[11] 根岸哲・舟田正之・独占禁止法概説（第５版）175頁（有斐閣2015）。

のに』・『不当に』という文言の意味内容は、法９条６号柱書の「公正な競争を阻害するおそれがある」＝『公正競争阻害性』と同義であると解される。・・・（改行）右のことは、平成21年改正前は法２条９項の規定の仕方から無理のない解釈であった。しかし、同改正によって、法２条９項１号～５号は、『正当な理由がないのに』・『不当に』等という文言が付されるにとどまり、同項６号ではじめて、従来からの『公正な競争を阻害するおそれ』という文言が出てくる、という形になっている。しかし、本改正においては、課徴金を課すにあたって、公取委の『告示』という形式に基づくだけでよいのか、という疑問があり、直接、法律に基づいて不公正な取引方法の諸類型を規定した上で課徴金を課す形式を変えたものである。したがって、２条９項１～５号の新設と一般指定の改正は、上記のような改正の経緯からも課徴金についての規定を加えるためのものであって、不公正な取引方法の実体法としての内容に変化はないと考えられる」[12]。

（２） 根岸・舟田説への疑問は、次の点にある。

① 根岸・舟田説によると、「・・本改正においては、課徴金を課すにあたって、公取委の『告示』という形式に基づくだけでよいのか、という疑問があり、直接、法律に基づいて不公正な取引方法の諸類型を規定した上で課徴金を課す形式を変えたものである」とある。

不公正な取引方法の一部の行為に課徴金を課すのは、財政法によると法律事項であるから、当然法定しなければならない。公取委の『告示』という形式に基づいていることができなかったのであるから、上記の説明の仕方に疑問がある。

② 不公正な取引方法を法定するための改正は、「・・改正の経緯からも課徴金についての規定を加えるためのものであって、不公正な取引方法の実体法としての内容に変化はないと考えられる」という。

課徴金を課すので不公正な取引方法の規定を法定したということは、法定化の契機であり、不公正な取引方法という規制対象行為を一行政機関の指定という形式から、法律の定めとしたことは、「不

[12] 前掲11、178 ～ 179頁。

公正な取引方法の実体法としての内容に変化はない」とはいえない。不当な差別対価の規定について、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」を付加して法定（２号）し、優越的地位の濫用（旧一般指定14項）では、指定14項３号及び４号を合わせた上で具体的行為を例示して法定（５号）しているのは、課徴金を賦課するのに相応しく実体規定を改めたものである[13]。

２　根岸説

①　日本経済法学会での私の質問に答えて、次のように述べられた。

「条文上確かに形式的には『公正な競争を阻害するおそれ』は、２条９項１号から５号までにはないように見えますが、しかし、２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになりますから、『公正な競争を阻害するおそれ』は当然要件であるし、これまで積み重ねてきた解釈論、運用というのは基本的に引き継ぐということです。」[14]

次いで、注釈独占禁止法[15]では、次のように論じておられる。

---

[13] 不当廉売の成立要件として「正当な理由がないのに、商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給することであって、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」（２条９項３号）が定められている。根岸・舟田説は、「すべての不公正な取引方法につき、行為要件と『公正競争阻害性』要件に分けるという整理の仕方を採っており、これによると」（前掲12、213頁）、前記の「商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給することであって」は、「廉売の態様」であるので行為要件に、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」を「公正競争阻害性」の内容に含まれるとしている（同、213頁）。

この説明によるなら、「正当な理由がないのに」も「公正競争阻害性」という概念に含まれるので、「公正競争阻害性」が２つに分化していることになる。「正当な理由がないのに」は、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」という要件を評価の対象とする対象の評価の基準ということとなり、一の法概念の中に、別箇の機能を有する要件を含むことにならないか。

[14] 前掲６、146～７頁。

[15] 根岸哲編・注釈独占禁止法877頁（根岸哲執筆）（有斐閣2009）。

「・・課徴金の対象となる不公正な取引方法の法定化の立法過程、法定五類型の不公正な取引方法と公取委の指定によって具体化される不公正な取引方法と不公正取引方法の一般指定の改廃の関係などに照らして、『正当な理由がないのに』、『不当に』などが公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）があることを意味することを初めとして、従来、不公正な取引方法の一般指定において採られ定着してきた解釈論は、そのまま法定五類型の不公正な取引方法にも引き継がれるべきものと解される。」

また、「不公正な取引方法は、法定類型、指定類型を問わず、『公正な競争を阻害するおそれ（以下「公正競争阻害性」という。）がある』行為である点で共通している。」と述べる[16]。

② 根岸教授の考え方は、「不公正な取引方法は、法定類型、指定類型を問わず、『公正な競争を阻害するおそれ（以下「公正競争阻害性」という。）がある』行為である点で共通している。」「２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになりますから、『公正な競争を阻害するおそれ』は当然要件であるし」「従来、不公正な取引方法の一般指定において採られ定着してきた解釈論は、そのまま法定五類型の不公正な取引方法にも引き継がれるべきものと解される。」といえよう。

③ 上記の考え方であるとするなら、法定類型も「公正な競争を阻害するおそれ」は当然要件である」、「２条９項は不公正な取引方法の定義規定です。定義規定でそれぞれ定義の違うというのは非常におかしいわけで、やはり全体としてこの不公正な取引方法を解釈するということになります」ということにより、「公正な阻害するおそれ」という文言は２条９項６号の規定が当て嵌まるということなのか。そうであるなら、明示の文言に反することにならないか。そうでないとすると、「『公正な競争を阻害するおそれ』

[16] 不公正な取引方法と競争の減殺を意味する公正競争阻害性（石川正先生古稀記念論文集「経済社会と法の役割」）487頁以下（商事法務2013）。

は当然要件である」ということは、「公正競争阻害性」が規範概念であるということであるから、法定類型に対する「公正競争阻害性」の法的根拠を求めなければならないであろう。それをどこに求められるのかが明確でない。その根拠が曖昧であるなら、「公正競争阻害性」は規範性を失い、説明概念ということになろう。

3　白石説

（1）　白石教授は、先ず、独占禁止法における違反要件について、「行為による市場での弊害に着目した違反類型では、市場での弊害を示す条文上の文言として『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』または『公正な競争を阻害するおそれ』が使われている。便宜上、まとめて『弊害要件』と呼ぶ」といい[17]、後者の文言が登場する違反類型は、不公正な取引方法（２条９項）であるという[18]。

その上で、「形式的には、『公正な競争を阻害するおそれ』という文言が登場するのは２条９項各号のうち６号のみであるが、法解釈により、他の号でも意味を持つ概念であると考えられる（後記341頁）」と述べ[19]、先ず、「条文に登場する『公正な競争を阻害するおそれ』の略称として『公正競争阻害性』というものが広く用いられており、本書でもそれに倣う」[20]とし、「条文の状況」について、次のように論ずる[21]。

「平成21年改正後、２条９項と一般指定のうち、公正競争阻害性を明文で規定しているのは２条９項６号柱書のみである。２条９項１～５号や一般指定各項など、実際の事例において前面に登場する規定には、『正当な理由がないのに』『不当に』といった文書があるだけであり、公正競争阻害性という文言が明記されてい

[17] 前掲10、17頁、21～22頁、341頁（有斐閣2016）。
[18] 前掲10、22頁。
[19] 前掲10、22頁。
[20] 前掲10、340～341頁。
[21] 前掲10、341頁。

るわけではない。一般指定は、２条９項６号柱書の委任を受けているものであるので、公正競争阻害性が要件となる範囲で規定されなければならない。しかし、２条９項１～５号については、法令上当然には、公正競争阻害性が要件となるとはいえない。公正競争阻害性が要件となるか否かは、以下のように、解釈論に委ねられる。

（３）『正当な理由がないのに』『不当に』の解釈

① 公正競争阻害性との関係　解釈論のレベルでは２条９項１～５号についても、平成21年改正前と同様の解釈が維持されている。

そして、平成21年改正前は、一般指定に規定された『正当な理由がないのに』や『不当に』は、公正競争阻害性と同義だとされていた。

したがって、平成21年改正後も、２条９項１号～５号であるか一般指定であるかを問わず、同様の考え方がとられるということになる。」[22]

（２） 白石説には、次のような論点が残るように思われる。

① 平成21年改正前は、一般指定に規定された「正当な理由がないのに」や「不当に」は、公正競争阻害性と同義だとされていたとしても、平成21年改正後も、２条９項１号～５号であるか一般指定であるかを問わず、同様の考え方がとられるという必然性がなく、したがって、論理的に「公正競争阻害性」概念を導き出せないのでないか。

② 白石説では、２条９項１－５号の規定の「正当な理由がないのに」、「不当に」の解釈については、21年改正前の公正競争阻害性の解釈と同じであるというのであって、「公正競争阻害性」そのものから解釈を引き出しているのでない。そうであるなら、法定不公正な取引方法の各規定に、「公正競争阻害性」概念を当て嵌めたものではない。論理が逆になっていないか。

③ （２）の考え方であっても「公正競争阻害性が要件となるか否か

[22] 前掲９、342頁。

は、‥解釈論に委ねられる」という点で、白石説は、「要件」となる、と理解しておられるのか。

しかし、白石説における「公正競争阻害性」概念は、「要件」とはいえないのではないか。つまり、規範性は持ち得ないのでないか。

第４　主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱い

これまでみてきた主要な学説における法定不公正な取引方法に係る「公正競争阻害性」の扱いのうち主なものを摘示し、それへの疑点をまとめてみよう。

（１）　舟田・根岸説、舟田説あるいは白石説にあっては、「経緯説」によって、指定不公正な取引方法から法定不公正な取引方法に移されたのは課徴金を賦課するためであるという経緯から、公正競争阻害性が法定不公正な取引方法にも当て嵌まるという。経緯説は、21年改正前に一般指定の対象であった規定の一部がその規定が課徴金の賦課の対象となるので法律の規定に移されることとなった契機であるといえるが、さらに、21年改正後に一行政機関の指定と法律に規定するということでは、全く法形式が異なり、単なる移行ではないのであるから、経緯説によって、「公正競争阻害性」の原則が法定不公正な取引方法にも当て嵌まるということはできないであろう。

（２）　法定不公正な取引方法に対し「公正競争阻害性」を当て嵌めるとしても、その法的根拠が明解でない。白石説のように解釈から引き出された「公正競争阻害性」によっては、法定不公正な取引方法に当て嵌めることはできであろう。

（３）　法定不公正な取引方法に対する「公正競争阻害性」の法的根拠を２条９項６号の「公正な競争を阻害するおそれ」に求めようとしても、同条の「前各号に掲げるもののほか」という文言がそれを妨げる。そこで、それを別箇に求めようとしても、それが明確でないが、それを措いて求めることがきるとしよう。そうであるなら、「公正競争阻害性」によって判断しようとするのは、２条

９項１号ないし５号に定められている「正当な理由ないのに」、「不当に」の文言であり、あるいは、市場への影響である。２条９項６号の規定では、公正取引委員会による「指定」により定められた「正当な理由がないのに」、「不当に」である。これを法の形式という観点からみると、前者は法律段階での当て嵌めであり、後者は法律の委任による一行政機関による法規制定によるものであり、法段階が異なる。法段階が異なる基準を同一の法概念で一括することができるか疑問である。

（４） 法概念の性格という観点からみると、指定不公正な取引方法は２条９項６号に根拠を有するので、その「公正競争阻害性」は、規範概念である。他方、法定不公正な取引方法における「公正競争阻害性」の法的根拠が明確でないので、その「公正競争阻害性」は規範性を有しないのでないか。それは説明概念でないか。そうであるなら、同じ「公正競争阻害性」といっても、異なった性格の概念が包含されているということは、法概念として疑問である。

むすび

本稿において述べたことの主な点を纏めると次のようになろう。

① 規範概念としての「公正競争阻害性」が当て嵌るのは、法２条９項６号の規定により「公正な競争を阻害するおそれがあるもの」として指定している不公正な取引方法に対してである。

② 「公正競争阻害性」の当て嵌めを法定不公正な取引方法に拡張しようとするなら、その法的根拠を明らかにすることが求められるが、その根拠が曖昧である。

③ 「公正競争阻害性」という法概念を、形式からみて段階の異なる指定不公正な取引方法と法定不公正な取引方法に当て嵌めることは、法操作として疑問である。

④ 「公正競争阻害性」は、法２条９項６号の規定により指定される不公正な取引方法に対する当て嵌めでは、規範性を有するが、法定不公正な取引方法に対する当て嵌めでは規範性が消失し、規範概念ではなく説明概念となっている。

⑤　法定不公正な取引方法に対し、規範的に上位概念となるのは、目的規定（１条）である「公正かつ自由な競争を促進し」ということであり、この規定を基準に法定不公正な取引方法に定められている「正当な理由がないのに」・「不当に」を判断することができる。

本稿は異説の論述であるが、本稿の課題に関心が広まり、一層の論議が展開されることを願っている。

追記　本稿は、2017年５月12日、北海道大学経済法研究会において発表したものである。同研究会において、北海学園大学稗貫俊文教授、小樽商科大学和田建夫教授、北海学園大学向田直範名誉教授及び北海道大学中川晶比児教授からご教示を頂いたことを記し、感謝する次第である。

論　　説

子どもの自己決定と憲法（5）

―― 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ――

宋　　峻　杰

目　次

序　研究動機及び内容の構成
　第一節　問題意識
　第二節　成長発達権の概念からのアプローチ
第Ⅰ部　家族
第一章　アメリカ合衆国
　第一節　「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在
　第二節　性的結合行為と子ども　（以上、61巻１号）
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　医療行為と子ども
　第五節　家庭内暴力と子ども
　第六節　小括
第二章　台湾
　第一節　台湾における家族像への接近　（以上、62巻３号）
　第二節　性的結合行為と子ども
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　家庭内暴力と子ども
　第五節　小括
第三章　日本
　第一節　家族像の推移　（以上、62巻４号）
　第二節　性的結合行為と子ども
　第三節　社会的身分と子ども
　第四節　医療行為・家庭内暴力と子ども

第五節　小括
第四章　第Ⅰ部の考察を経て　（以上、67巻３号）
第Ⅱ部　教育
第五章　アメリカ合衆国
第一節　教育に関する形態の変遷と子ども
第一項　植民地時代から語る
第二項　『アメリカ合衆国』の独立と成文憲法典の登場
第一目　『アメリカ合衆国憲法』が成立する前の邦憲法
第二目　『アメリカ合衆国憲法』が成立する後の州憲法
一、『アメリカ合衆国憲法』と教育
二、「州憲法」と教育
第三項　連邦最高裁判決による示唆
第一目　子どもには教育を受ける権利があるのか
第二目　子どもには教育を受けない権利があるのか
第二節　教育制度における子どもと親の位置づけ
第一項　論点の概要
第二項　就学をめぐって
第一目　州の権限
一、パレンス・パトリエの法理
二、公権力による介入の限界
第二目　就学を許可すること
一、居住地
二、不法移民
第三目　教育を受けること
一、私立学校
二、ホーム・スクーリング
第三項　カリキュラムの実施
第一目　親によるカリキュラムの拒否
第二目　カリキュラムで使われる本
第三節　学校管理と子どもの自律
第一項　論点の概要
第二項　個人の外見
第一目　服装
第二目　髪形
第三項　生徒の身体や持ち物に対する検査
第一目　先例となる一九八五年 New Jersey v. T.L.O 判決
第二目　薬物検査をめぐる連邦最高裁の判断　（以上、本号）

第四節　教育をめぐる連邦政府の働き
第五節　小括
第六章　台湾
第一節　教育に関する法的枠組み
第二節　教育に対する権利意識の発生
第三節　教育制度における子どもと親の位置づけ
第四節　教育行政と子ども
第五節　小括
第七章　日本
第一節　教育に関する法的構図の再編
第二節　子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点
第三節　小括
第八章　第Ⅱ部の考察を経て
結びに代えて　ライフサイクルにおける子どもの自己決定

第Ⅱ部　教育

一七世紀の末に、フランスの学者で革命家でもあったMarie-Jean-Antoine-Nicolas Caritat, marquis de Condorcet（以下、「Condorcet」）が、「男女平等に開放され、完全無償とさるべき」である国民教育制度をフランスの立法府において提案した[1]。彼は公権力による教育の整備を人民の権利自由を確実に保障し得る憲法の存立と関連することを考え、「…社会の全階級に同じ権利を享受させている本当に自由な憲法というものは、もしも一部の国民が、無知なために権利の本質と限界とを知ることができなかったり、自分たちの知らないことについて語ることを強いられたり、自分たちが判断できないときに選択することを余儀なくされたりするというのであれば、存立することはできない」[2]、と語った[3]。

他方、Ellwood P. Cubberley（以下、「Cubberley」）も紹介しているように、Condorcetが予想していた教育の効果とは、「一人ひとりが自律

[1] E・P・カバリー著・川崎源訳『カバリー教育史』（大和書房・1985年）371頁。
[2] 松島鈞訳『公教育の原理』（明治図書・1962年）29頁。
[3] 松島鈞訳・前掲書注（2）33～36頁。

的に行動し、自己の権利の充足を図るように」し得ることであり[4]、そして、小学校や中学校という教育機関において行われる教育活動が人々の「自由と平等の永続」を守れる砦でもある[5]。従って、安易な推測になるかもしれないが、教育を通して、個々人の自律・自立が形成され、やがて現在の我々が認識している民主主義の下で個々人の権利自由が一層厚い保障される憲法を支える存在になる人間像はCondorcetの思想の中にはあるのではないか、と考えている。無論、民主主義の原理自体に沿い、そのような人間像を求めること自体が容認されるべきであろうかの問題について更なる議論がないとは言えない[6]が、本論の研究対象とされる三つの国及び地域において施行されている教育制度の働きによって、どこまでCondorcetが想定する人間像に接近しているのか、或いは疎遠になっているのかというマクロ的な基準を設定しながら、教育と係る様々なテーマに対し、子どもが如何なる程度まで自分の意思に基づいて大人と対等的に対話することができるかどうかの問題を考察することには差し支えないことであろう。

第五章　アメリカ合衆国

「自分の子どもの教育を監督する親の権利は、アメリカのコモンローにより自然権として永い伝統を有する」[7]、との見方がある。ところが、本論の第一部第一章で紹介したMorganによる研究の中で示されたのは子どもの教育に対して親が権利を持つと言うより、むしろ義務として負

[4] 松島鈞訳・前掲書注（2）132 ～ 133頁。

[5] Condorcetが起草した公教育に関する法案の中では、「小学校」の部分において第８条として、「小学校教育しか受けられない田舎の人々および都市の市民のために、読本が作られる。これらの書物は、年齢および性別によって異なり、各人に、自分の権利、義務、および社会において従事する職務に必用とされる知識を想起させる」、と訴えている。E・P・カバリー著・川崎源訳・前掲書注（1）371頁。松島鈞訳・前掲書注（2）180 ～ 181頁。

[6] 内野正幸『民主制の欠点』（日本評論社・2005年）30頁。

[7] 松元忠士「アメリカ憲法の公教育における親の教育権、子どもの学習権」『季刊教育法　第79号』（1990年）58頁。

われるイメージが強く受け止めている[8]。

一六四二年にMassachusetts植民地議会によって制定した教育法（The Massachusetts Law of 1642）において、親か奉公先の親方のような大人たちは子どもの教育に対する避けられない義務を負うことが強調されている[9]。そして、後に例え植民地議会のような政治的組織が形成されていても、教育の運営は始めから統一性を求める公権力の主導の下に置かれるものではないことである[10]。これは、後ほど制定された合衆国憲法においては教育に関する条項を設けていないことや、教育に対する地方当局の権力が南北戦争までになお強力なものである事実[11]などからも傍証され得よう。

第一節　教育に関する形態の変遷と子ども

欧米社会において「私教育は、一八七〇年代以降二〇世紀の初めにかけて公教育に移行し、…欧米における近代憲法にもとづく国民の『教育の自由』―『思想信条の自由』―『宗教の自由』と『親の教育の自由』の観念の下で、私教育（制度）が歴史的存在していたことは、日本の教育史にはない特徴としてまず第一に確認しておく必要」[12]がある。

他方、アメリカ合衆国においては、前述した一六四二年に制定された教育法も含めて、一六四七年には二つ目の教育法の成立に伴い、教育の形に変化の要素が注入され、公の組織的な力によって子どもの教育を施

---

[8] Edmund S. Morgan, *The Puritan Family* (New York, 1966), at 87. 久保義三『教育の経済的生産性と公共性―ホレース・マンとアメリカ公教育思想』（東信堂・2004年）40～41頁。

[9] 藤本茂生『アメリカ史のなかの子ども』（彩流社・2002年）59～60頁。Edmund S. Morgan, *op. cit. supra* note 8, at 87.

[10] 論者によれば、「アメリカでは、一九〇〇年頃までは家庭教育が主要な教育形態であった」、と明確に示したことがあり、一つの証にもなることができよう。米沢広一「義務教育と家庭教育―アメリカ教育法研究（1）」『大阪市立大学法学雑誌　第39巻第3・4号』（1993年）548頁（注の（2））。

[11] 社会部・文教課「アメリカにおける公教育の連邦管理」『レファレンス　第79号』（1957年）83頁。

[12] 今橋盛勝『教育法と法社会学』（三省堂・1983年）165頁。

し、監督する傾向がより強く見られている。後に邦（州）が組成され、連邦政府が成立されてもその傾向はなお持続していることも言えよう。例えば、一八六七年に連邦レベルで設置された教育局は一九五三年に昇格させて保健教育福祉省（Department of Health, Education and Welfare）の一部となり、一九八〇年に至って大統領の閣僚の一員となる長官を有する教育省まで改編させられること[13]がその一つの現れだと言えよう[14]。かようなアメリカ合衆国も含めた欧米社会は私教育制度から公教育制度への移行は必ずしも順調ではなかったらしい[15]。そのような歴史的流れにおける子ども像も次のような各項目に沿いながら、鳥瞰してみたい。

第一項　植民地時代から語る

ヨーロッパからアメリカという新大陸に移住してきたプロテスタント達は教育の必要性を、「…プロテスタントによって宣言された個人の判断と個人の責任という新しい説のもとでは、万人が神の言葉、すなわち聖書を読むことができ、教会の礼拝に知性的に参加し、自分で納得のいく人生をきずくことが、天なる父の指図に合致する」[16]ことに求められる。

このような思想の持ち主達は信仰の自由を求め[17]、「…アメリカに渡ってきて、荒野に新しい家を建て、自分たちの教会を設けた」[18]、という。しかし、当然だと言えばそうであるかもしれないが、アメリカのような広大な土地に入ってから、すべての移住者が一つのところに止まること

---

[13] Martha M. McCarthy・Nelda H. Cambron-McCabe 著・平原春好・青木宏治訳『アメリカ教育法　教師と生徒の権利』（三省堂・1991年）25頁。

[14] 同省に定められた役割は「以前は主に統計、調査、情報の収集といったものであったが、近年は国防教育法（National Defense Education Act）の制定（一九五八年）や、各州に対する連邦補助金交付の増加などもあって、その機能の重要性と積極化が指摘されており、…ある程度中央集権化的動向を強めているようである」と論者の指摘がある。伊藤公一『教育法の研究』（法律文化社・1981年）123 ～ 124頁。

[15] 今橋盛勝・前掲書注（12）167頁。

[16] E・P・カバリー著・川崎源訳・前掲書注（1）217頁。

[17] 大木秀夫『ピューリタン』（中央公論社・1975年）85 ～ 86頁。

[18] E・P・カバリー著・川崎源訳・前掲書注（1）252頁。

ではない[19]。かように、「各々の集団は、定住した植民地にそれぞれ事実上、小さな宗教国をつくりあげ、それを通して彼らがそのために故国をあとにした宗教上の主義を永存させることができた」[20]、と言われる。一方、このような環境に囲まれる子どもらは「…同種の人々から成る小さな集団のコミュニティの中で成長し、政治的・経済的のみならず、教育という知的な『壁』によっても、外界から守られていたのである。そして各々のコミュニティの中にすっかり浸り、そのコミュニティの中の教会に行き、そしてそのコミュニティの農場で働くか、両親または親方と並んで働いたのである」[21]、という生き様が紹介される。その中、移住者らは「学校教育は荒野との絶えざる闘いの中で宗教についで重要な堡塁として考えられるようになった」[22]、と言う。このような考え方が更に実行に移し、出来ていたのは後にアメリカにおける公教育制度の原型だと評価される Massachusetts に移住するピューリタン達によって制定された一連の教育に関する法令である[23]。

まず一六三四年と一六三八年の Massachusetts 植民地法（the Massachusetts laws of 1634 and 1638）によって、無月謝学校を維持するために土地に課税する制度が採用されることになった[24]。そして、前述したように子どもたちを教育する義務を負うべきである親や奉公先の親方らはその開拓事業の難しさや辛さによって子どもたちの教育に段々無関心となる故、植民地議会が一六四二年の殖民地法（the Massachusetts Law of 1642）（以下、「四二年法」）を制定した。同法は

[19] E・P・カバリー著・川崎源訳・前掲書注（1）252 ～ 253頁。Ellwood P. Cubberley, *Public Education In the United States* (U.S.A, 1947), at 12.

[20] E・P・カバリー著・川崎源訳・前掲書注（1）253頁。

[21] 藤本茂生・前掲書注（9）60 ～ 61頁。

[22] 藤本茂生・前掲書注（9）57頁。Ellwood P. Cubberley, *op. cit. supra* note 19, at 17.

[23] Ellwood P. Cubberley, *op. cit. supra* note 19, at 14. 大島佳代子「公教育と親の教育権（一）―アメリカ合衆国におけるその保障と制約原理―」『北大法学論集　第42巻第1号』（1995年）77 ～ 78頁。

[24] 久保義三・前掲書注（8）41頁。Ellwood P. Cubberley, *op. cit. supra* note 19, at 14.

世界最初と言われる明確な義務教育の規定が設けられていたが、「…その内容は両親および親方に対して、その子弟を学問や賃金労働その他の仕事に向かって訓練させることを義務付け、タウンの行政委員に対し、養育能力を欠く親たちの子どもを徒弟に出す権限を付与するものである」[25]、と明かされる。ところで、同法は具体的な法文の中では、「学校もしくは教員に関しては何ら言及するところがなかったので、民衆は依然として、家庭教育や家庭教師を雇ったり、その他かれら自身で設立する私立学校でかれらの子どもたちを教育することが継続された」[26]、と言う。これを受け、植民地議会は学校を設置する義務や教員の職務などを明示する一六四七年の植民地法（the Massachusetts Law of 1647）（以下、「四七年法」）を制定した[27]。この四七年法は「他のニューイングランドの植民地に多大なる影響を及ぼし、一六七一年までに、ロードアイランドを除く全ての植民地は義務教育制度の下におかれた」[28]のである。

このようなMassachusetts植民地で展開していた教育法制をアメリカの教育史の中で重要なポストに占めていることを認識しながら、「（その）依拠された思想とは、パターナリズムではなければ社会主義でもなかった。これらの立法によって子どもが教育されるべきである最大の理由は子ども個人の利益を促進させることではなくて、彼らが教育されなければ国がそれによる不利益を被らせてしまうことに対する危惧の排除であった。そして、国が学校という機関を提供する目的は、親を子どもに対する教育の義務から解放させることや家庭教育を否定することではなく、反って、親にその教育の義務をより真剣に果たすべきだと促すことであった」[29]、と語った論者の言葉がある[30]。

---

[25] 大島佳代子・前掲論文注（23）78頁。Ellwood P. Cubberley, *op. cit. supra* note 19, at 17. 久保義三・前掲書注（8）42頁。

[26] 久保義三・前掲書注（8）42 ～ 43頁。Ellwood P. Cubberley, *op. cit. supra* note 19, at 17-18.

[27] 久保義三・前掲書注（8）43頁。

[28] 大島佳代子・前掲論文注（23）78頁。

[29] Ellwood P. Cubberley, *op. cit. supra* note 21, at 19.

[30] 千葉卓『教育をうける権利』（北海道大学図書刊行会・1990年）14頁。中嶋博『アメリカ教育思想の展開』（刀江書院・1959年）7頁。久保義三・前掲書注（8）

第二項　『アメリカ合衆国』の独立と成文憲法典の登場

四七年法の制定を機に、公立学校の数は増えていくことになった[31]が、学校へ行ける子どもの数は少ないや教師も学校を運営する資金も不足していた[32]状況が続いていたらしい[33]。その後の一七七六年に各植民地の代表が集結した大陸会議において、諸議員はイギリス政府による軍事的鎮圧行動に向かって、毅然と植民地のイギリスからの独立を正式に宣言した[34]ことにより、教育の重要性が説かされ、国民教育制度案も提起されていた[35]。

第一目　『アメリカ合衆国憲法』が成立する前の邦憲法

合衆国憲法の採択と批准を完了するまでに、Connecticut 及び Rhode Island を除いて、すべての邦が憲法典を持っていた[36]。だが、Delaware や Maryland を含む七つの邦のものには教育に関する規定を置かなかったことに対し、North Carolina、Pennsylvania、Geogia と Massachusetts の四つの邦しか書かれていなかった[37]。その中、一七七六年に制定した Pennsylvania の『第一憲法』や North Carolina の邦憲法に置かれた教育規定は「保守的」か「消極的」だと評され[38]、Georgia の『第一憲法』に定

---

44 ～ 45頁。

[31] 藤本茂生・前掲書注（９）57頁。

[32] 藤本茂生・前掲書注（９）58 ～ 59頁。

[33] 藤本茂生・前掲書注（９）59頁。大島佳代子・前掲論文注（23）78頁。中嶋博・前掲書注（30）７～ 12頁。

[34] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会・1994年）25 ～ 26頁。

[35] 久保義三・前掲書注（８）52頁。

[36] 上原貞雄『アメリカ合衆国州憲法の教育規定』（風間書房・1981年）６頁。

[37] その原因について、上原貞雄が「おそらくは、…従来大部分の地方において概して私教育の伝統が強く、世俗政府が教育に関与することには大きな抵抗があったこと、しかも当時は独立戦争のさなかにあって、教育問題に対して（邦）政府がとるべき新たな態度について改めて真剣に論議するほどの余裕をもっていなかったなどの事情によって、…大方説明されうる」、と説かれている。上原貞雄・前掲書注（36）７頁。

[38] 上原貞雄・前掲書注（36）18 ～ 19頁。

められた教育規定も簡潔なものであった[39]と見られることに対し、前記の諸邦より遅い時期に制定されたMassachusettsの邦憲法であるが、それに基づいて同邦で展開されたコモン・スクールの整備が後にアメリカ全土に普及した公教育制度全体に対して大きな影響を与えた、と言われている[40]。

そのMassachusettsの邦憲法の第二部に、「英知、知識および徳行が（邦）民の間に一般的に普及されることは、権利と自由の保持のために必要であり、このことは（邦）の各地方に、また（邦）民の各層の間に教育の機会と利益とを拡充することいかんにかかっているので、文学および科学の関心とそれらのためのあらゆるセミナリー、特にケンブリッジにある大学、タウンにある公立学校およびグラマー・スクールを奨励すること、（邦）の農業、学芸、商業、貿易、製造工業および博物の促進のために褒賞と課税免除によって私立団体および公立機関を振興すること、（邦）民の行動にヒューマニティと仁愛、公私の慈善、勤勉と質素、正直ときちょうめんさを、そして（邦）民の間に誠実、良きユーモア、社会的愛情および寛大な感情を奨励し教えこむこと、これらのことは、（邦）の将来を通じて、（邦）議会および知事の責務でなければならない」[41]、と定められることにより、「…同じくピューリタンにより久しく公教育の伝統を培ってきたニュー・イングランド諸（邦）のなかで最もすぐれた教育規定を有していたといえる」[42]、と分析されている。

第二目　『アメリカ合衆国憲法』が成立する後の州憲法

周知のように、合衆国の憲法草案の発効後に、「権利章典は最初の修正一〇ヶ条として憲法に書き加えられる」[43]ことになった。しかし、この権利章典には「教育」に関する規定が一つも設けられていなかった[44]

[39] 上原貞雄・前掲書注（36）9～10頁。
[40] 久保義三・前掲書注（8）87頁。上原貞雄・前掲書注（36）13頁。
[41] 上原貞雄・前掲書注（36）12頁。
[42] 上原貞雄・前掲書注（36）13頁。
[43] 阿川尚之『憲法で読むアメリカ史　上』（PHP研究所・2004年）77頁。
[44] 大島佳代子・前掲論文注（23）78頁。中嶋博・前掲書注（30）15頁。千葉卓・前掲書注（30）17頁。上原貞雄・前掲書注（36）4頁。

（なお、合衆国憲法の成立によって、連邦政府が設立される故、前記の各邦を現在使われる訳語のように「各州」と称す。そして、「邦憲法」も「州憲法」として表記する）。更に、修正一〇条に基づいて、「教育」に関する諸事項が各州に留保された固有の権限によって運営すべきだと唱えている。従って、連邦政府と各州の政府が代表される二つの憲法体制がそれぞれ「教育」との関係が如何なるものであるかのことを一先ず整理する。

一、『アメリカ合衆国憲法』と教育

合衆国憲法に教育規定は設けられなかった理由として、「第一は、憲法制定当時はできるだけ制限的な連邦政府の樹立を立憲精神としたことである。…。第二は、州自体、憲法制定当時は公立学校制度の確立を意図していなかったことである」、という論者による明快な解説があった。前者について、一七九一年に追加された権利章典の修正一〇条の規定によってより明確化されていた[45]。そして、後者について、「（合衆国憲法）制定の当時において、…『教育はほとんどどこでもまだ私事であって、まったく全般的に教会の支配下にあった』ので、教育を世俗政府の関心事と考えるまでにいたっていなかったし、また…諸州の間でも、中部と南部とでみられるように、教育問題に対する態度がそれぞれちがっていたことである」[46]、という指摘に当てはまることになる。

しかしながら、Philadelphia に集結した諸英知が決して「教育」に対して無関心ではなかった[47]。このように認識し得る一つの重要な根拠は合衆国憲法一条八節一項の規定に求められる。要するに、同項目には「合衆国議会は、次の権限を有する。合衆国の債務を弁済し、その共同の防衛と一般的福祉のために、租税、関税、輸入課徴金及び消費税を賦課し徴収すること。ただし、関税、輸入課徴金及び消費税は、すべて合衆国を通じて均一でなければならない」[48]、と定められているから、「…公教

[45] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（34）39 ～ 40頁。
[46] 上原貞雄・前掲書注（36）4 頁。
[47] 中嶋博・前掲書注（30）16頁。
[48] 土井真一訳・解説「アメリカ」高橋和之編『新版　世界憲法集』（岩波書店・2007年）56 ～ 57頁。

育は社会目的の範囲に含まれる以上、公教育のために課税する権限は連邦議会が有すると解することにより、課税権の範囲で連邦の公教育に対する関与が可能とされ、その結果、連邦が公教育に対する財政援助を行うことが容認されたのである」[49]、と解されている。また、一八〇三年のMarbury v. Madison (5. U.S (1 Cranch) 137 [1803]) 事件を契機に連邦最高裁による違憲立法審査制度が樹立させたことに加えて[50]、南北戦争以降、新たに付け加えれた修正一四条の「適正的手続き」(due process clause) 及び「平等保護」(equal protection clause) に基づいて、「私立学校、宗教教育、アカデミック・フリーダム、黒人分離教育などをめぐる各州の重大な教育問題に関して数々の連邦判例(連邦最高裁判例など)が積み重ねられてきた」[51]事実がある。従って、合衆国憲法には明確的な教育規定を持っていなくても、「教育」について連邦政府が決して遠く離れている存在ではないと言えよう。

二、「州憲法」と教育

合衆国憲法の修正一〇条の規定に基づいて、「教育は州の機能に属する」と解釈されるのは一般的である[52]。しかし、前述したように、旧一三邦の中で邦憲法を持っている一一邦のうち、わずかながら、四邦しか教育規定が憲法典に設けられてはいなかった。ところが、その後、様々な経緯を経て[53]、現在われわれが認識しているアメリカの五〇州と一特別区が形成されたことに伴い、義務教育制度の定立[54]、公教育制度の充実やアメリカ化運動 (Americanization) なども含まれ[55]、いくつか重要な出来事を経験しながら、現在では殆どの州が成文憲法典を持ち、その中には何らかの教育規定が設けられることになっていた[56]。そこで、本論と

[49] 千葉卓・前掲書注 (30) 17 ～ 18頁。上原貞雄・前掲書注 (36) 4 ～ 5 頁。
[50] 田中英夫『英米法総論　上』(東京大学出版会・1980年) 239頁。
[51] 上原貞雄・前掲書注 (36) 5 頁。
[52] 大島佳代子・前掲論文注 (23) 78頁。上原貞雄・前掲書注 (36) 5 頁。
[53] 阿川尚之・前掲書注 (43) 200頁。
[54] 千葉卓・前掲書注 (30) 21頁。
[55] 上原貞雄・前掲書注 (36) 36頁。
[56] 上原貞雄・前掲書注 (36) 50 ～ 51頁。

して重要だと考える点を取り上げてみたい。

①、一八二〇年を目処にして、当時のアメリカは二三州を持っていた。この二三州のうち、前記の四州も含まれて、計一三州が自らの憲法典において教育規定が設けられている[57]。この中で、Massachusetts 州のように「宗教と一体の関連において公教育普及が強調されていた」[58]こともあれば、「大胆に信教の自由および政教分離原則の強調、もしくは万人に差別なく解放されたタウンシップ・スクールから州立大学にいたる公立学校制度を憲法において規定して」いる Ohio 州と Indiana 州の実例も存在していた[59]。この時点において、少なくとも州政府が公教育に乗り出して、自分の職務だと認識し始める傾向があったと判断することができる[60]。

②、一八二九年にジャクスニアン・デモクラシー（Jacksonian Democracy）の到来に伴う政治的改革の中で、「州憲法の長文詳密化」が特徴となり[61]、「…（州憲法におかれる教育規定の長文化は）マン（H. Mann）やバーナード (H. Barnard) など当時のすぐれた教育指導者たちの献身的努力を通じてなされた、各州における、いわば教育民主化への大きな動向としての公教育制度の発達とも密接な関係にある」[62]と考える論者がいる。ところが、このような教育規定の長文化傾向に対して、凡そ一世紀を渡ってから漸次に修正困難の故、反って教育の発達が阻害されていることになるとの指摘が見られていた[63]。そこで、一九二一年

---

[57] 上原貞雄・前掲書注（36）８頁。

[58] 上原貞雄・前掲書注（36）20頁。

[59] 上原貞雄・前掲書注（36）14頁；20 ～ 21頁。

[60] 上原貞雄・前掲書注（36）21頁。

[61] 上原貞雄・前掲書注（36）28頁。田中英夫・前掲書注（50）260頁。

[62] 例として、1848年に制定された Wisconsin 州憲法10条１節のところに、「公教育の監督権は、州教育長と、州議会の命ずる他の官吏とに与えられる」、と言い、第３節において、「州議会は、ディストリクト・スクールの設立を法律でさだめなければならない。この学校は、四歳から二〇歳までの全児童に対して、無償かつ授業料負担なしとする。しかも、そこでは、宗派的教育は許されないものとする」、と定められている。上原貞雄・前掲書注（36）29頁；37頁。

[63] 上原貞雄・前掲書注（36）42頁。

に「全国都市連盟」（National Municipal League）が州憲法の短文化を提唱する「模範州憲法」（Model State Constitution）の公刊に伴い、各州に一定の程度まで影響を与えた[64]。その「模範州憲法」に提示される教育規定は、「州議会は、州の全児童に開放された無償の公立学校制度の維持と財政的保障とを規定し、かつ公立の高等教育機関を含めて、望ましいその他の公教育機関を設立し財政的に保障すべきものとする」[65]、となる故、二〇世紀前半に入って各州の教育規定が簡略化の進行により、教育の事項に対する州政府の権限を大幅に認める傾向が一つの特徴として指摘されている[66]。

③、現行のアメリカ各州憲法の中では教育における差別禁止の条項が見られる外、「教育をうける権利」を基本的人権の一つとして見做して、積極的に定めている例も見受けられている[67]。例えば、一九七一年の時点に施行されている North Carolina 州憲法一条一五節に「州民は教育の大権への権利を有し、かつこの権利を守り維持することは、この州の責務である」、と述べている。また、一八九〇年に制定された Wyoming 州憲法一条二三節において、「教育の機会への市民の権利は、実際に認めなければならない」、と訴えている[68]。しかしながら、このように教育を個人の基本的人権として見做すことがあくまでも五〇州の憲法典の中で一つの考え方であり、アメリカ全土を共通する概念とは言い切れない。むしろ、「…各州憲法教育規定のそのような相違が建国以来の依然強固な州権主義ないしは地方分権主義の伝統」[69]の強さから導いた一つの結果として理解する方が正解であるかもしれない。

第三項　連邦最高裁判決による示唆

数多くの研究から示されたように、連邦最高裁が州の権限事項だとさ

---

64 上原貞雄・前掲書注（36）42 ～ 43頁。
65 上原貞雄・前掲書注（36）43頁。
66 上原貞雄・前掲書注（36）45頁。
67 上原貞雄・前掲書注（36）65頁。
68 上原貞雄・前掲書注（36）66頁。
69 上原貞雄・前掲書注（36）69頁。

れる教育と係わる諸問題に対して、決して積極的に判断を下すわけではなかった。それどころか、事実上白人と有色人種（黒人など）を不平等に扱うことを容認する「分離すれども平等（separate but equal）」法理を打ち出して[70]、教育の分野における人種差別の状況をある時期[71]に至ったまでに加担している。しかしながら、人種差別の問題から離れて連邦最高裁の判決を検証すれば、一九四三年に下された West Virginia State Board of Education v. Barnette (319 U.S. 624 [1943]) 判決のように、公教育を施す学校の現場に入っても子どもは依然に合衆国憲法によって自分の思想や精神の自由が保障されると宣言する[72]など優れる裁判例を見つけられる。従って、この項目において次のような二つの設問に沿い、連邦最高裁が教育における子どもの位置づけに関して如何なる考え方を示しているのかを検討する。

第一目　子どもには教育を受ける権利があるのか

同国の NGO 団体から出版した生徒の権利に関する手引書の中で、この項目の設問に対して、明快に「ある」、と答えている[73]。すなわち、「この国のすべての子どもは、無償で教育を受ける権利と、学校に就学する義務との両方をもっている。学校に通う権利は、就学すべき法的義務が終了しても続く」[74]、という説明を立てた。他方、連邦最高裁も一九五四年に出された Brown v. Board of Education of Topeka (Brown Ⅰ) (347 U.S. 483 [1954]) 判決を参照して、「生徒が16歳か17歳に達した後に、学

[70] すなわち、1896年に出されたかの Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537 [1896]) 判決である。千葉卓・前掲書注（30）28頁。M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（34）186頁。

[71] M.L. ベネディクト著・常本照樹訳・前掲書注（34）189頁。

[72] 土屋英雄『自由と忠誠―「靖国」「日の丸・君が代」そして「星条旗」』（尚学社・2002年）141 ～ 144頁。千葉卓・前掲書注（30）48 ～ 49頁。

[73] 但し、アメリカ自由人権協会の設問は「生徒には、通学の権利があるか？」、となっている故、そもそも論として、本項目の設問とは異なると認識してもあり得よう。アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳『生徒の権利』（教育史料出版会・1991年）17頁。

[74] アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）17頁。

校が生徒を学校から放り出そうとすることがあるが、これは退学処分にあたり、無償で公教育を受ける生徒の権利を否定することになる」[75]、と述べている[76]。

そのような連邦最高裁の動きを追うと、まず一九二五年に下したPierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510 [1925]) 判決を取り上げられる[77]。この判決において、同裁判所は他の判決で確認した合衆国憲法修正一四条が親の「自己の子どもの教育をコントロールする」権限を持つ法理に従い[78]、当時 Oregon 州の義務教育法の内容を「自己のコントロール下にある子どもの養育と教育の内容を決定する親と後見人の自由を不合理に侵害する」ものとした[79]。そして、「合衆国内のいかなる政府によっても依拠されねばならない自由の基本理論は、公立学校の教師だけから授業をうけるよう強制することによって子どもの規格化する州の一般的権限を排除する。子どもは州の単なる創造物ではない。子どもを養育しその運命を決定する者は、高度の義務と結合した形で、子どもにいっそうの責務を認識させそれに備えさせる権利を有する」[80]、とも判断していた。但し、この判決において「親の養教育権は、子どもの利益保護や子どもの見解の尊重という見地から、どのような制限をうけるのか」、或いは「親の権利として、…私立学校を選択する権利が認められているが、それ以外に、公教育において認められる親の養教育権の具体的内容は何

---

[75] アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）17頁。

[76] 但し、州レベルの裁判例を注目する学界による研究から違う評価もあった。例えば、1992年に出された Alabama 州の Craig v. Selma City School Board (801 F.Supp. 585 [1992]) 判決、或いは1993年に Mississippi 州の Hill by and through Hill v. Rankin county, Mississippi School District (843 F.Supp. 1112 [1993]) 判決のように、「個人の教育を受ける権利について憲法的保障が受けられていないから、（懲戒的停学処分を生徒に課しても）合法的理由に基づく場合、ある個人を学校から追い出しても違憲とは言えない」、との論理が見られる。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *Chiildren's Rights in the United States In Search of a National Poicy* (U.S.A 1999) at 173.

[77] *Id.* at 174.

[78] 米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣・1992年）８頁。

[79] 268 U.S. at 534-535. 米沢広一・前掲書注（78）９頁。

[80] *Id.* at 535. 米沢広一・前掲書注（78）９頁。

であるのか」などの問題が残されている[81]。

次は一九七二年の Wisconsin v. Yoder (406 U.S. 205 [1975]) 判決である[82]。この判決において、連邦最高裁はアーミッシュ教徒である親たちが合衆国憲法修正一条及び一四条による保障を受けて、自分の子どもを公立学校で行われる八年間の初等教育を受けさせた後、宗派の伝統的生活様式を勉強させるために中等教育を受けさせない利益があると認め、Wisconsin 州法は適用違憲だと判断した[83]。

この二つの判決を見て、子どもの教育を受ける権利について明示的ではないが、「すくなくとも、成年に達するまでの間に（修正一四条の）平等保護条項が重要な働きがしている」[84]、と見る論者がいる[85]。また、連邦最高裁は子どもが教育を受ける権利を享有することをなぜ明言しないかの背景には、一九七三年に同裁判所はもう一つの答えを出したからのではないかと考えられる。すなわち、San Antonio Independent School District v. Rodriguez (411 U.S. 1 [1973]) 判決において、同裁判所は初等や中等教育に対する連邦資金の注入を要求することが個人の基本的権利ではないと宣言したのである[86]。確かに、同判決の法廷意見は一定の教授内容が含まれる教育を受ける機会を保障するものとして、教育を受ける権利自体への承認の可能性を排除していない[87]と見る可能性がある。しかしながら、「我々は公的資金を使い、個々の子どもに最低限の生きるための技術を習得させる機会を保障せよと指示していない」ことは法廷意見も述べられている[88]故、現状的に「教育を受ける権利が憲法上保

---

[81] 米沢広一・前掲書注 (78) 9頁。

[82] Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *op. cit. supra* note 76, at 174.

[83] 米沢広一・前掲書注 (78) 12 ～ 13頁。

[84] Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *op. cit. supra* note 76, at 174.

[85] *Ibid.*

[86] John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law, 7th ed.,* (U.S, 2004), at 1092.

[87] *Id.* at 1093.

[88] *Ibid.*

障された基本権であるとはいえない」[89]と解するのは妥当であろう。

それにしても、連邦最高裁自身は教育における子どもの主体性を無視することではないと考えられる。その一因として、前記の Yoder 判決の Douglas 裁判官による一部反対意見である。Yoder 判決の真の当事者はアーミッシュ教徒の親たちというよりその親たちの一四歳から一五歳の子どもであろうと、Douglas 裁判官が考えているらしい[90]。従って、彼は「もし、子どもが高校に通いたいと望み、その望みを尊重すべきくらい十分に成熟していたならば、州は、親の反対に対抗できる」[91]、と言う。このような主張がなぜなされるのかのことについて、Douglas 裁判官はいろいろな説明をなさっていたが、その中で、彼が Haley v. Ohio (332 U.S. 596) 判決、In re Gault (387 U.S. 1) 判決、及び In re Winship (397 U.S. 358) 判決を取り上げて、「この子どもたちは明らかにわれわれの憲法に定められる権利章典に言う『個人』である」[92]、と宣言するところが最も重要だと考えている。また、脚注３のところにおいて、Douglas 裁判官が心理学及び社会学の研究を通して凡そ一四歳の子どもが形成する道徳的・知的成熟度が大人に近い報告を取り上げて[93]、子どもの見解を聞くための聴聞を行わなければならないと主張している[94]ところも見逃してはいけないのだろう。

第二目　子どもには教育を受けない権利があるのか

論者の研究によれば、「…アメリカの子どもたちには教育を拒絶する権利が認められない」[95]らしい。しかし、教育を受けることを拒めないが、

---

[89] 戸松秀典「平等保護と司法審査（二）―合衆国憲法の平等保護条項に関する司法の役割の研究―」『国家学会雑誌　第91巻第１・２号』（1978年）９頁。

[90] 406 U.S. at 242-243.

[91] *Id.* at 242. 中川律「Yoder 判決を考える―アメリカの公教育における子どもの利益と市民育成」『法学研究論集　第26号』（明治大学大学院・2007年）７頁。

[92] *supra* note 90, at 243.

[93] *Id.* at 245.

[94] *Id.* at 244. 米沢広一・前掲論文注（10）192頁。

[95] 藤本茂生・前掲書注（９）66頁。Nancy E. Walker and Catherine M. Brooks and Lawrence S. Wrightsman, *op. cit. supra* note 76, at 174-175.

如何なる場所や方法で教育を受けることにはいくつかの選択肢が州によって用意されているらしい。大雑把なことを整理すると、まず場所に関しては凡そ公立学校、私立学校及び家庭内、いずれの場所を選択する余地が提供されている。次に、教育を施す方法について、明示的に公立学校と同様な教育プログラムに沿い、子どもに教育をうけさせるか、法律には書かれなくて行政機関によって定められる基準まで満たせるような教育プログラムの実施が要求されるかの内容を示している[96]。

他方、州レベルの判決においても同様な論理を確認することができる。例えば、一九九五年に Maryland 州に設置される連邦地裁から出された Battles v. Anne Arundel County BD. of Educ. (904 F.Supp. 471 [1995]) 判決である。同判決は同州法によって親に負わせる子どもの就学義務や教育を家庭内で親自ら施す場合に設定された基準や条件について、いずれも合衆国憲法修正一条か『一九九三年の宗教自由法（the Religious Freedom Restoration Act of 1993）』に違反しないと判断した。そして、原告の公立学校で施されている教育活動が自分の子どもに反キリスト教的な思想を吹き込むことになり、自分の信教の自由が侵害されるという主張に対して、裁判所も理由が不十分として棄却した[97]。論者はこの判決を反面解釈して、やはりアメリカにおける子どもたちが教育を受けることについて拒否することができないと語っている[98]。

しかしながら、子どもが如何なる年齢においても、如何なる教育の内容に対しても拒否することができないのかが一つの疑問点となろう。例えば、前記の Yoder 判決の Douglas 裁判官の反対意見によると、原告の一人である Jonas Yoder の娘 Frieda Yoder の意見を聴聞した結果、彼女自身も親と同調し、高校教育を拒否する経緯が紹介された[99]。勿論、Douglas 裁判官自身も多数意見と同じく本項目に設定する二つの問題に対してはいずれも正面から判断していないが、子どもの意思を尊重すべ

---

[96] 土屋和代「社会保障」矢口祐人・吉原真理『現代アメリカのキーワード』（中公新書・2006年）290頁。*Id.* at 175-176.

[97] 904 F.Supp. at 474-478. *Id.* at 176.

[98] *Ibid.*

[99] *supra* note 90, at 243. 中川律・前掲論文注（91）７頁。

きだと主張する Douglas 裁判官の論理に沿って考えれば、一定の年齢に達した子どもには如何なる教育の内容に対して意見を表明することが認められることになろう。そうだとすれば、当該教育に対しては拒否することもできるはずだと考える方がより素直であろう。

第二節　教育制度における子どもと親の位置づけ

子どもは、教育を受ける主体であると同時に、親と同様に合衆国憲法により基本的人権が保障されている主体でもある。そのため、一旦義務教育制度の枠内に入った後、子どもと親がそれぞれ保障される基本的人権について如何に考えるべきであろうか。そして、制限を加えようとする場合、如何なる場面において許されえるのか、また如何なる程度までなされ得るのかなどの問題について、判例法を検討する手法を用いて、試みに分析するのは本節の目的である。

第一項　論点の概要

教育を受けることは個人の生得権であるという思想は、Mann のような教育家達によって提唱された歴史があるが、そのような考え方に基づいて義務教育制度が整備された訳ではない。むしろ、「…従来、生徒は、コモン・ロー上の法理である『親代わり原理』（in loco parentis）に依拠する学校・教師のもとにあって、…みずからの意思の尊重・反映の仕組みを決定的に欠落させられた状態にあった。いわば、子どもが物（thing）・物産 (chattel) に等しい認識を基調としていた」[100]ことが認識される。ところで、一九六〇年代から子ども（生徒）の権利論が大いに議論され、裁判所の間にも、例えば、一九七六年の California 州の Serrano v. Priest (18 Cal.3d 728 [1976]) 判決において、「教育が生徒個人の将来の経済的・社会的成長に不可欠であるとして、それが生徒にとって州憲法の保障する基本的権利（fundamental right）である」[101]、という文言が見られている。

---

[100] 田辺俊治「アメリカにおける〈生徒の権利〉（その１）―カリフォルニア州教育法を中心に―」『武蔵野女子大学紀要19号』（1984年）78頁。

[101] 田辺俊治・前掲論文注（100）79頁。

しかしながら、第一部で検討したように、凡そ親の存在を抜きにして、子どもだけ主語にして問題を見るには必ず十分とは言えないことが教育の領域においても同様だと考えられる[102]。従って、以下に挙げる項目毎に親と子どもの位置づけについて検討していきたい。

第二項　就学をめぐって

本項目において、教育を司る公権力は無制限だと認められているのか。そして、具体的に公教育制度を受けさせる条件とは如何なるものであろうか。更に、子どもに教育を受けさせることができるのは公立学校しかできないのであろうか。公立学校以外に、私立学校やホーム・スクーリングにて教育を受けるということについて、親若しくは子ども自身にそれを選択する権利が認められているのか等の問題意識を念頭に置きながら、検討を進めていきたい。

第一目　州の権限

政府の教育権限を正当化する理論には、「親代わり論（in loco parentis）」、「ポリス・パワー（policy power）」と「パレンス・パトリエ（parens patriae）」の三つのアプローチがある。連邦最高裁は、Ingraham v. Wright (430 U.S. 651 [1977]) 判決や New Jersey v. T. L. O. (469 U.S. 325 [1985]) 判決において、「親代り論は義務教育制度と必ずしも調和するものではない」[103]、と判断しているが、「公衆の衛生、安全、モラル、一般福祉を促進するための政府の全権的権限である」[104]というポリス・パワー理論や、「自らの最善の利益となるよう行為する能力に欠ける子どもや精神障害者のような人々を保護するための政府の限定的保護主義的（paternalistic）権限」[105]だと認識されるパレンス・パトリエ

---

[102] Kern Alexander and M. David Alexander, *the Law of Schools, Students and Teachers In a Nutshell, 3rd ed.,* (U.S.A 2003), at 334. 大島佳代子・前掲論文注（23）67 ～ 77頁。

[103] 米沢広一・前掲書注（78）27頁。

[104] 米沢広一・前掲書注（78）27頁。

[105] 米沢広一・前掲書注（78）27頁。

理論に対しては未だに明確的な拒絶反応が起こっていないらしい[106]。

一、パレンス・パトリエの法理

公権力による教育への介入を具体化する義務就学法の合憲性について、裁判所や学説はコモン・ロー上に存するパレンス・パトリエの法理を以て説明する傾向がある[107]。例えば、学説では「…義務就学法は州の権限の必要不可欠な行使であってそれを逸脱するものではないために親の権利や個人的権利に何ら反しておらず、それがすべての人に平等に適用され、その適用が不合理でない限り合憲・合法である」[108]、という持論の展開が見られている。

そして判例法を見ると、まず一八八二年の County of Mclean v. Humphreys (104 Ill. 378 [1882]) 判決において、Illinois 州の裁判所はパレンス・パトリエの法理について「あらゆる啓蒙された政府にとって、（パレンス・パトリエとは）疑念を抱くことがない権限であり、回避されられない重要な責務でもある。そして政府はすべての人民に対して、安楽及び繁栄の社会を提供・保護することがパレンス・パトリエの法理を容認する主な理由である。…また、パレンス・パトリエの法理に基づく権限の行使は政府が負う様々な機能の中で最も重要視されるべきである。その適正的且つ合法的な営みを図るために、憲法から示される諸原則は遵守されなければならない」[109]、と説いている。

このように、裁判所は概ね同見解に基づいて、義務就学法の合憲性を論じている[110]。また、教育の問題と直結する事件ではないが、連邦最高裁は一九四四年の Prince v. Massachusetts (321 U.S 158 [1944]) 判決において、子どもにも大人と同様に基本的人権が保障されるとの考え方を示す一方、「家庭の内部事項だと見做されていても、公共的利益の追求

---

[106] 米沢広一・前掲書注（78）28頁。

[107] 大島佳代子・前掲論文注（23）80 ～ 81頁。Kern Alexander and M. David Alexander, *the Law of Schools, op. cit. supra* note 102, at 15.

[108] 大島佳代子・前掲論文注（23）81頁。

[109] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 15.

[110] 大島佳代子・前掲論文注（23）80 ～ 81頁。

による制限が課される場合もある。…例えば、子どもの福祉を図ることがその一つである。州はパレンス・パトリエの法理に基づいて親が享有する権利を越えて、子どもの就学を要求したり、或いは、子どもを適切ではない労働活動から解放したりするなどの手段を用いることができる」[111]、と説いている。一九六二年の Ford v. Ford (371 U.S 187 [1962]) 判決においても、「子どもの監護を如何に決まるのは子どもの幸福と福祉に深く係わっているので、経験則から見ても、そのような事項を一方的に親の権利に任せるのは決して十分ではないと示されている」[112]、と述べ、公権力による介入の必要性を認めている。

このように、教育と係わる事項については州の権限を認める内容の議論が概ね定着していることが認識し得よう。とは言っても、前述した一九四四年の Prince 判決から打ち出された法理を維持するために裁判所は、度々「教育」と他の憲法上保障される利益とを比較衡量しなければならない局面を迎えている。

例えば、親は修正一条によって保障される信教の自由を主張して義務就学法を攻撃する場合がある。まず、Minnesota 州の裁判所は一九九一年の Matter of Welfare of T.K. & W.K. (475 N.W.2d 88 [1991]) 判決において「教育は州にとって重要な利益 (compelling interest of the state) と係わる事項である」、と語っている[113]。そして、後述の「家庭教育」とも関連するが、Maine 州の州法は自分の家で子どもを教育しようと考える親に対して、その認可を得るために、いくつかの情報を予め教育委員会に提出しなければならないと要求している故、自らの信仰に基づいて当該州側の要請を拒否している親の例がある。すなわち、一九八八年の Blount v. Department of Education & Cultural Services (551 A.2d 1377 [1988]) 判決において、Maine 州の裁判所は州法に定められている規定の合理性を肯認する前提に立ち、例えば親が自らの真摯な信仰に従って州と争う姿勢をとったとしても、依然として州側からの要請を果たさな

---

[111] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 16. 321 U.S. at166.

[112] *Id.* at 15-16. 371 U.S. at193.

[113] *Id.* at 19.

ければならないと述べている。その理由は、州側の享有する教育に関する公益（public interest in education）が親の一個人で享有する宗教的信仰から形成される利益よりも重要視すべきだと裁判所が示されている。

二、公権力による介入の限界

一九二五年に連邦最高裁によって出されたPierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510 [1925]) 判決は多くの論者によって取り上げ、教育と関わる公権力（特に、州の）による介入の限界が論じられる。

要するに、当時のOregon州は八歳から一六歳までの子どもを公立学校にのみ通学させる立法を制定した。しかし、州内で二つの私立学校を経営する組織が、同法によって従来の財産を取得する手段をデュー・プロセスを経ずに公権力によって閉ざされた、と主張したものである。つまり、当該組織は、州内で私立学校を運営すると共に二つのビルも所有し、同ビルを維持する費用並びに人事費のすべてが私立学校で施される教育的なプログラムから徴収された金額で賄われているのである。そして、このような運営方法で今まで成功を収めてこられたのは、教師や生徒の親たちと長期契約を結んだ結果である。そのため、同法の施行は、確実に今までの学校経営に避けられえない衝撃をもたらすことになるのである[114]。従って、同組織が「同法は親の学校選択権、親の学校選択に影響を与える子どもの権利、私学教育にたずさわる学校と教師の権利を侵害し、修正一四条のデュー・プロセス条項に違反するとして、同法の差止を求めて出訴した」[115]、という。

これらの主張に対して、まず連邦最高裁は同法の施行によってOregon州がデュー・プロセスを経ずに当該私立学校の資産を奪う結果になることを認めている。そして、当該資産の取得も学校を経営していく以上合理的に獲得する権利だと解されている。また、親や後見人は自ら享有する自由権の一表現として、如何なる環境や教師の下で自分の子どもに教育を施すのかを選択することができるとも判断している[116]。そ

[114] *Id.* at 20.

[115] 米沢広一・前掲書注（78）9頁。

[116] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 20-21.

れを前提にして、同最高裁が同法は親の持っている子どもに対する養教育権を侵害することになり、「合衆国内のいかなる政府によっても依拠されねばならない自由の基本理論は、公立学校の教師だけから授業をうけるよう強制することによって子どもを規格化する州の一般的権限を排除する」[117]ことを宣言する[118]。

このように、論者は、Pierce 判決を通じて私立学校の資産が認められた外、公立学校以外の教育を選択して自分の子どもに受けさせる親の権利利益も保障されることになると見ている[119]。

第二目　就学を許可すること

今まで検討してきた通り、州の教育権限は司法の側から見ても概ね認められているが、州の権限は安易に親や私立学校が持っている固有の権利（親の養教育権か私立学校の財産権など）を侵害することが許されないことにしたり、修正一四条の下である特定される年齢集団に対して人種差別を促進させるような州の教育的権限の行使も容認されなかったりする[120]。例えば、連邦最高裁は一九六四年の Griffin V. County School Board of Prince Edward County (377 U.S. 218 [1964]) 判決において、州はある学区に設けられている公立学校を閉校させ、公的資金でバウ

---

[117] 米沢広一・前掲書注（78）９頁。

[118] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 21.

[119] *Ibid.*

[120] 修正14条と人種差別の撤廃と直結させる著名な連邦最高裁判決は Brown v. Board of Education of Topeka (Brown Ⅰ) (347 U.S. 483 [1954]) 判決及び Brown v. Board of Education of Topeka (Brown Ⅱ) (349 U.S. 294 [1955]) 判決である。藤倉皓一郎も「Brown Ⅰ判決は（修正14条に基づいて）人種別学制度を違憲とし、Brown Ⅱ判決は別学制度を撤廃するための枠組みを示した」、と分析している。しかしながら、千葉卓の研究によると、「修正一四条が人種統合を要求しているか否かの問題について…判決の傾向をみると、ブラウン判決後しばらくは、否定説の立場に立つ下級審判決が多くあらわれた」、と言う。但し、「…一九六〇年代終わりには、下級審判決はほぼ肯定説に固まりつつある」傾向も指摘されている。藤倉皓一郎「公立学校における人種別学制度の違憲性」『別冊ジュリスト139号　英米判例百選（第三版）』（有斐閣・1996年）63頁。千葉卓・前掲書注（30）167頁。

チャー制をとり、「選択の自由」を口実に、子どもたちを特定の私立学校に流出させ、結果的に人種差別の実現に向かって働くことが許されないと判断している[121]。本項目では、就学を巡って子どもは如何なる状況に置かれるのかの問題への検討を行う。

一、居住地

就学と係わる二つ目の要件は州によって設定される通学区域[122]に属するかどうかの居住地というものである。そして、子どもがどの通学区域に属するのかは、当人は親や後見人と共に生活する居住地によって判断されることが通常である[123]。

一九七一年の Starns v. Malkerson (401 U.S. 985 [1971]) 判決は大学の就学を巡る事案を取り扱うが、まず連邦最高裁は、居住地による通学地域の区別が違憲の疑いの強い分類（suspect classification）に属するとは認めなかったため、厳格審査（strict scrutiny）基準を適用する必要がないという判断を注目する必要がある。また、同判決において連邦裁判所は「真正な住居（bona fide domiciliary）」という言葉をキーワードにし、同人は当該地域に住んでいるという事実だけではなく、「真正な住居（bona fide domiciliary）」の要件を満たすためには、同人は単に当該大学に入学する目的で同州に移住してきたことが証明され得ればいいという説示も重要だと思われる[124]。一方、一九七三年の Vlandis v. Kline (412 U.S. 441 [1973]) 判決において、連邦最高裁は州が個人の居住地に基づいて州民を定義した上で反駁不可能な推定（irrebuttable presumption）を

---

[121] 377 U.S. at 221-222. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 6.

[122] 千葉卓・前掲書注（30）150頁。*Id.* at 8.

[123] *Ibid.*

[124] なお、1973年の Sturgis v. Washington (414 U.S. 1057 [1973]) 判決に照らし、Alexander らは、「真正な住居（bona fide domiciliary）」の内容が実は「住所（domicile）」と同様であることを述べ、実定法には residence か domicile のいずれを使うことになるが、「一人の人間は二つの residence を持つが、一つの domicile しかない」、という認識に基づき、最も重要なのは「居残る意図（intention to remain）」の判断だと主張する。*Id.* at 11.

創出してしまえば、当該州法の違憲の疑いが強くなり得ることを示し、係争される Connecticut 州法がある個人について「真正な住居（bona fide domiciliary）」の要件を満たすかどうかを判断する際、当該個人による弁明の機会が保障されていないため、修正一四条のデュー・プロセス条項に違反する、と判断した[125]。

この要件を巡る争いにつき、下級審の判決の殆んどが連邦最高裁によって敷かれた法理に基づいて解決を図っている。また、州法及び判例法は、いずれも法的監護を未だに要する子どもの居住地を当人の親や後見人の居住地と同一視する傾向が多い[126]。しかしながら、子どもが当該地域に移住する主な目的は無料の公立学校に就学することではない場合もある。そのため、同学校に就学することが子どもの「最善の利益（best interest）」に資するのであれば、州は積極的に就学を首肯すべきだと判断する下級審も見られる。その一例として、一九八八年に Arizona 州から出された Sleeseman v. State Bd. of Educ. (753 P.2d 186 [1988]) 判決がある[127]。

この Sleeseman 判決の主人公は当時一五歳の Melanie Sleeseman（以下、「Melanie」）と一二歳の Phillip Madrid[128]二人だが、同判決で取扱う対象は主に前者である。要するに、当時一五歳の Melanie は祖母と一緒に Phoenix Union 高校が設立された学区の地域に生活していたが、生みの父の身分が不明であり、母親の住所も最終的に確定することができなくなっている。しかし、祖母は Melanie の法定後見人ではないため、法的に Melanie は同学区に属する住民ではないと判断され、当該高校に就学することが認められなかった。ところが、後に中間上訴裁判所は係争される州法の規定（A.R.S. §15-823 (E)）に対し、Arizona 州の立法府が、「如何なる証拠に基づいて合衆国の国民である子どもは祖父母、兄弟姉妹、継父、継兄弟、叔母或いは叔父と一緒に生活するのが当人の心理的、

---

[125] *Id.* at 452-454. 461 U.S. at 322-323. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 8-11.

[126] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 8.

[127] *Id.* at 9. 753 P.2d at 186-189.

[128] 753 P.2d at 187.

身体的そして感情的などあらゆる側面に対して最善的に資することだと判断され得る上、子どもと共に生活する相手も州内の学区の住民だとすれば、子どもは両親や後見人の事情によって非州民だとされても授業料が免除させる公立学校に就学することを教育委員会が首肯することができる」[129]、という拡張的解釈をした経緯があったと把握したため、Melanie にも同州法が適用でき当該高校に就学することができると判断し、Melanie の状況は同州の教育サービスを受けることが主な目的ではないため、「真正な住居（bona fide domiciliary）」の要件に違反しないとも述べられている[130]。

二、不法移民

前項の要件を分析し、州側が居住地の要件を満たさない子どもに対して、例え州内にあるすべての学区に設立された学校への就学を全面的に禁止する規定を制定したとすれば、合衆国憲法に違反する疑いが強いと論者による見解がある[131]。その合理性を支える判例法的根拠として一九八二年の Plyer v. Doe (457 U.S. 202 [1982]) 判決が取り上げられている。

要するに、同判決で係争された当時の Texas 州法は、不法移民の子どもに対して公的資金で賄う公教育サービスの提供を拒否し、各地方教育委員会に対しても当該子どもたちの入学許可を与えない[132]としている[133]。そこで、連邦最高裁はまず一八八六年の Yick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356 [1886]) 判決、一八九六年の Wong Wing v. United States (163 U.S. 228 [1896]) 判決、及び一九五三年の Shaughnessy v. Mezei (345 U.S. 206 [1953]) 判決を引き合わせて修正一四条に書かれている「何人」の文言に不法移民の人々も含まれているとする解釈を再確認し、訴訟と係わ

---

[129] *Id.* at 188.

[130] *Id.* at 188-189.

[131] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 12. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *op. cit. supra* note 86, at 1093.

[132] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 12-13.

[133] 457 U.S. at 205.

る原告らは修正五条や修正一四条による保障も当然認められると述べている[134]。そして、子どもが不法移民となる原因は、概ね子ども当人の働きによって如何なる影響も与えられることができない親の行動によるものであると説示した上、連邦最高裁は、一九七七年の Trimble v. Gordon (430 U.S. 762 [1977]) 判決を用いてその点を再確認し、親の不法的行いによって直ちにその当人の子どもに対して差別的扱いが許されるものではないと判断している[135]。

かような前提に立ちながら、連邦最高裁は例え在留資格を持たない外国人に対する区別的扱いをすることが違憲の疑いの強い差別（suspect class）ではなく、教育を受けることも合衆国憲法に認められる基本的権利ではないであっても、Texas 州法のような立法が一個人を困苦たる生涯に陥れることになると見ている。従って、同最高裁は個人に対して公教育サービスの提供を拒否することは、その外の公共的サービスの拒否と同一視することができない[136]と説示しながら、不法に合衆国に在留する子どもたちに対して公教育を受ける機会を奪うことは許されないとし、市民権を持つ市民や在留資格を持つ外国人と同様に無償で公教育を与えるよう合衆国憲法は学区に対し義務付けているという結論が付けられた[137]。

第三目　教育を受けること

前記の Plyler 判決において、連邦最高裁は「…教育が持つ諸般の役割の中には、我々の社会の基盤を維持させるということがある。…（また）我々の政治的、文化的伝統を受け継がせていくこともその一つであるため、特定されたあるグループの子どもたちをそのような教育から放り出すことは、明らかに政府が非合理的に個人の利益の向上を阻害すること

---

[134] *Id.* at 210.

[135] *Id.* at 219-220.

[136] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 13.

[137] *supra* note 135, at 228-230. アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）18頁。

を禁ずる（合衆国憲法の）平等保護条項と対峙することになる」[138]、と説いている。勿論、すべての子どもに教育をうけさせようと政府側に求める姿勢に異論がない[139]が、教育にアクセスする方法が公立学校しか用意されていないのは良いことなのであろうか。また、学校という場所の外に、植民地時代から既に伝統を持つホーム・スクーリング（在宅教育）[140]は認められ得ないことであろうかなどの問いに関して、本項目で検討する。

一、私立学校

前項で言及した一九二五年の Pierce 判決は、連邦最高裁が合衆国憲法修正一四条によって親が子どもを私立学校に通わせて教育を受けさせる権利を認めている[141]。とは言え、同裁判所は親が子どもを州の合理的なコントロールから離脱する私立学校へ通わせる憲法上の権利を持たないことも明言する。その上、すべての学校の教師や生徒に対する監督や統一試験を行う州の権限を破棄させようともしなかった[142]。それにしても、同判決によって、「コモン・ロー上の親の教育コントロール権のうち、私立学校選択権が修正第一四条の保障する『自由』として認められ、連邦憲法の保護が及ぶこと」[143]が認識されたことは重要だと考えられている。

他方、如何なる私立学校も「州の管理から離脱していない」と見られているのかの問題について、しばしば裁判所で争われているようである。例えば、一九一二年に Washington 州の最上級裁判所（Supreme Court of Washington）は、State v. Counort (124 P. 910 [1912]) 判決において、「…（州法において）“私立学校への就学”と明記する目的は、在宅教育

---

[138] *Id.* at 221-222.

[139] ただ、宗教的理由による Yoder 判決のような争いは避けられないことであり、判例法には「結婚」によって就学義務から解放される場合も認められている。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 31-38.

[140] 藤本茂生・前掲書注（9）105頁。

[141] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 30.

[142] *Ibid.* 大島佳代子・前掲論文注（23）83頁。

[143] 大島佳代子・前掲論文注（23）83 ～ 84頁。

との異同を示すためである。そして、公立学校に就学する義務から免除されたい場合、当該私立学校の性格が公立学校と同様のものでなければならない。また、学校の組織組成や運営は州法に規定されるものと同様に全日制であり、就学に適齢した子どもを対象に法に定められた科目を教授しなければならない」[144]、と「私立学校」に対する定義付けを行っている[145]。また、一九五〇年に New Jersey 州の裁判所によって出された Knox v. O' Brien (72 A.2d 389 [1950]) 判決において、如何なるプログラムの構成が州法に言う「私立学校」として見做すべきであろうかの判断について、「一つ目は、親か指導員（instructor）を持つ資格である。二つ目は、使用されている教具である。三つ目は、教育的プログラムに関して公立学校と合致する程度である」[146]、という三つの基準が提示されている。

なお、次の項目でより詳しく検討するが、ホーム・スクーリング（在宅教育）がなぜ認められるべきであるのかとの問題において、その中心となる疑問はしばしば「…家庭は私立の学校（private school）かという解釈問題に」[147]還元されている。例えば、一九八三年の時点で North Dakota 州はホーム・スクーリングを対象にした立法がまだなされていない状況の下で[148]、North Dakota 州の最上級裁判所は一九九二年の Birst v. Sanstead (493 N.W. 2d 690 [1992]) 判決において、ホーム・スクーリングを選択し、公立学校への就学義務から免除されたいのであれば、親が当該ホーム・スクーリングにおいて行われているプログラムが私立学校と大差がないことや州による監督に服することなどを承諾・証明しなければならない、と説示する[149]。

---

[144] 124 P. at 911-912. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 30.

[145] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 30.

[146] *Ibid.* 72 A.2d at 391.

[147] 大島佳代子・前掲論文注（23）89頁。

[148] 493 N.W. 2d at 692.

[149] *Id.* at 691-696. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 30-31.

二、ホーム・スクーリング

元々、ホーム・スクーリングはアメリカにおける義務就学法が求められる親が肩代りに履行する子どもの就学義務を満たす手段だと考えられていない[150]らしい。前記の Pierce 判決におき、連邦裁判所が認めたのはあくまでも子どもが私立学校への就学が当該義務の達成だということであり、より一歩進んでホーム・スクーリング自体を認めたわけではなかった[151]。そのためでもあるが、一九八一年の Florida 州の裁判所は State v. M. M. (407 So.2d 987 [1981]) 判決において、「例え州は私立学校を対象に法的規制が課されていない状況を創出しても、親は勝手に自分の住宅を学校だと言い張って、子どもたちを公立学校への就学の要求から遠ざけることができるとは認めない」[152]、と述べている。

ところが、このような国家権力によって消極的に捉える教育の形態は、「…公立学校に対して、親は、その教育の質、校内暴力、長時間のバス通学、学区の境界等の点で、大きな不満をも」つ。しかも、「…（その）不満の増大の中で、学校教育に替えて在宅教育（ホーム・スクーリング）を選択する親が、最近…増加してきている」傾向が指摘されており[153]、Richard Lee Colvin の研究において、「…（二〇〇四年の時点において）ホームスクーリングは…すべての州によって正式に認可されている。…在宅教育（ホーム・スクーリング）を受けている生徒数に関する概算は、全国教育統計センター（NCES）による八五万人から支持者たちによる二一〇万人まで及んでいる」[154]、とも紹介されている[155]。従って、ホーム・

---

[150] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 21.

[151] *Ibid.*

[152] *Id.* at 21.

[153] 米沢広一・前掲論文注（10）166頁。

[154] R・L・コルヴィン「第２章　公立学校選択―概観」フレデリック・M・ヘス／チェスター・E・フィン Jr. 編・後洋一訳『格差社会アメリカの教育改革―市場モデルの学校選択は成功するか』（明石書店・2007年）53頁。

[155] なお、ホーム・スクーリングの発展とアメリカの宗教信仰の間に一定の繋がりが存在することを認識することができるらしい。米沢広一・前掲論文注（10）166 ～ 167頁。上坂昇「第七章　公教育に進出する宗教右翼」森孝一編『アメリカと宗教〈現代アメリカ５〉』（日本国際問題研究所・1997年）190頁。

スクーリングは確実に現在のアメリカにおける子どもたちが受けている一種の教育方法であると認識し得よう[156]。

しかしながら、前置きから想像し得るのは、そのような現状に至るまでの間に人民（親か子ども）の意思と国家権力との衝突が凡そ避けられないことであろう。一九七三年に連邦最高裁はSan Antonio Independent School District v. Rodriguez (411 U.S. 1 [1973]) 判決を通じて、教育は人民が享有する基本的権利ではないと明言したこともホーム・スクーリングの問題を如何に憲法のレールに乗せて争うことにも影響を与えている[157]。こうして度々裁判所に持ち込まれていた争いの内容に対し、「…州義務就学法の合憲性を争ったものと在宅教育（ホーム・スクーリング）が州の義務就学法上認められるか否かを争ったものとがある」[158]、と分析される一方、中心的な論点はやはり「家庭で子どもを教育するということは法が予定した『学校』で教育を受けることになるのか」[159]ということに落ちつく指摘がある。この問題を巡って一九九五年までに形成した判例法を概観した論者は、「恐らく今後も、親は家庭で子どもを教育する権利を主張し続けるであろうし、在宅教育（ホーム・スクーリング）のような特別な教育計画の法的地位は、関連する州法や行政機関の制定する規則の司法的な解釈に左右されていくものと思われる」[160]、と述べている。従って、少なくとも一九九五年の時点においては、ホーム・スクーリングを選択すること（同論者の言葉を借りると、「在宅教育選択権」）は人民の権利として認められる余地が少ないと認識し得よう。なお、このような争いの延長線上にホーム・スクーリングを受ける子どもと通常の公立学校へ就学する子どもとの間をめぐる差別的扱いの問題も浮かび上がって来ている苦い現実はある[161]。

---

[156] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 23.

[157] John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *op. cit. supra* note 86, at 1092. 米沢広一・前掲論文注（10）178頁。

[158] 大島佳代子・前掲論文注（23）89頁。

[159] 大島佳代子・前掲論文注（23）89頁。

[160] 大島佳代子・前掲論文注（23）95頁。

[161] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 24-25.

第三項　カリキュラムの実施

前項で検討したホーム・スクーリングについて、Leslie J. Harris らは「家庭教育（home education）は単なるカリキュラム、環境の安全或いはその他の政治的・社会的要件に基づいて公立学校に対して不信感を抱く親たちの一つの選択肢である。親は子どもを公立学校に就学させるが、特定の科目について自分の信仰と相反する理由によって子どもを受けさせたくない異議を唱えるかもしれない。或いは、特定の科目について自ら子どもを教えるが、他の科目を学校に任せる方法をとりたいかもしれない。…いずれにして、“親の選択”（parental choice）という言葉は」[162]キーワードとなる、との見解を述べている。しかし、司法側から見れば、このような親の選択も絶対的なものだと認められていないらしい[163]。

従って、以下は公立学校で実施されるカリキュラムに対して親や子どもが意見を発することができるか否か、そして、何らかの形で介入することが容認される場合、それはどの程度までであろうか等の問題について検討を行う。

第一目　親によるカリキュラムの拒否

一八八六年に Indiana 州の最上級裁判所は、State ex rel. Andrews v. Webber (8 N.E. 708 [1886]) 判決において、州法からの委任を受ける地方教育委員会が合理的ルール（reasonable rules）に従い、公立学校のカリキュラムを編成する権限を持つことを確認する[164]一方、一八七四年に

---

[162] Leslie J. Harris and Lee E. Teitelbaum, *Children, Parents, and the Law: Public and Private Authority in the Home, Schools , and Juvenile Courts* (U.S.A, 2002), at 76-77.

[163] 例えば1998年の Swanson v Guthrie Independent School District I-L (135 F.3d 684 [1998]) 判決において、裁判所は「子どもが如何なる科目を選択し公立学校で履修する、或いは自宅で勉強することについて親に決定する権利はない」と判断したのである。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 24.

[164] *Id.* at 43. そして、裁判所は学校で行う音楽の授業は非合理的ルールに基づき設けられたものではないため、自分の12歳の息子に音楽の授業を勉強させた

出されたWisconsin州のMorrow v. Wood (35 Wis. 59 [1874]) 判決を含むいくつかの親の拒否権を認めた他州の判決を否定するつもりではないことも付言した[165]。

そのMorrow判決はWisconsin州が義務就学法を制定する前に下されたものであるが、「…親の教科目選択権を肯認した先例として義務就学法制定以後の他州裁判所に引証される」[166]重要な先例だと見做されているようである。要するに、「…（Morrow）判決は、①コモン・ローにより親に授権されている教育監督権には履修科目選択権が含まれ、②学校の能率と規律を妨げず、他の生徒の権利に抵触することなく、かつ地方教育委員会の学校管理規則に干渉しないと認定される親の履修拒否要求は合理的であり、③親の履修拒否が合理的なものである限り、教員はその親が拒否している科目の履修を子どもに強制できないが、④親は学校で開設されていない科目の受講を要求できない、との法理を定立している」[167]ことから重要視されている。一方、本件で行われた父親の要求（履修科目に対する拒否）の合理性について、本件を取り扱う裁判所は、「（本件において）父親は息子の教育の監督権（control over the education of his son）を行使したかったのであり、父親の行った教科目の選択が不当であるとか、子どもの福祉と最善の利益にそぐわないと言うことはできない」[168]、とも説示をする故、親によるカリキュラムの拒否が子どもの最善の利益に資するかどうかは一つの判断基準にもなろうと考えられる。実際、一九世紀末から二〇世紀の初頭まで数多く行われた親によるカリキュラム攻撃の訴訟において、前述したように学校の秩序や効率、そして他の生徒の権利を侵害しない条件以外に、「…（ⅰ）親の方が教師や地方教育委員会よりも、子どもの精神的・肉体的能力及び将来の見込みについて熟知している、（ⅱ）親は肉親の情愛のために、教師や地方教育

くないとする父親の要請を棄却し、地方教育委員会の権限は親の拒否権を優越させた。8 N.E. at712.

165 *Id.* at 713.

166 佐藤全『米国教育課程関係判決例の研究』（風間書房・1984年）110頁。

167 佐藤全・前掲書注（166）110頁。

168 佐藤全・前掲書注（166）109頁。

委員会よりも、子どもの利益にあるように行為する」[169]などの理由に基づき、親の拒否権を支持していた（結果的に親の拒否権を否定したが、一九七四年の Davis v. Page (385 F.Supp. 395 [1974]) 判決のように、「親の権利は、子どもに適切な教育を与える州の利益と適切な教育を受ける子どもの権利に対して、衡量されねばならないとする」、と明言する裁判例がある[170]）。

ところで、かような親のカリキュラムに対する拒否権について、「（殆ど）の事件では、州法の解釈等によって親の拒否権が支持されたのであって、親の拒否権が憲法上の権利として認められたわけではなかった」と見られ、一九六〇年代の後半から、親は信教の自由、養教育権、プライバシーの権利に対する侵害から同種の訴訟を再び頻繁に提起したが、「…特定の課目の履修拒否を求める訴えも、カリキュラムの変更を求める訴えも、ほとんど成功していない」[171]ことも指摘される。その一例としての一九九三年の Steirer by Steirer v. Bethlehe Area School District (987 F.2d 989 [1993]) 判決を考察し、分析を行った論者は、「…子どもが成人した際に、親と異なった人生を選びうる余地を残しておく必要があるので、親は思想、宗教上の価値観に基づく場合でさえも、市民としての判断能力を養うのに必要な基礎的課目（読み、書き、算術）については、履習拒否をなしえない、と主張」[172]する見解がある一方、「…子どもが年長である場合、子どもが成熟した判断能力を有し、子どもと親の見解が異なることがありうるので、親ではなく子ども自身に拒否権を認めるべきではないか」[173]、との指摘をしている。但し、子どもの成熟性を如何に判断するのかとの難問が残されている。

第二目　カリキュラムで使われる本

Charles Darwin（以下、「Darwin」）が進化論を唱えた著作『種の起源』

---

169 米沢広一・前掲書注（78）19頁。
170 米沢広一・前掲書注（78）19 ～ 20頁。
171 米沢広一・前掲書注（78）19頁。
172 米沢広一・前掲書注（78）20頁。
173 米沢広一・前掲書注（78）21頁。

が一八五九年に出版されて[174]以来、百年以上の月日を経た現在に至ってもアメリカで原理主義を信奉する人々（fundamentalist；そして、当然のようにこの人達の中には国の立法権に携わる者、親になる者或いは学究などが存在している）にとって一つの悩みのタネとなっている[175]。

この人類はサルから進化したことを示唆し、真っ向からキリスト教の聖書との対立を浮き彫りにした進化論に対する反発は一九二〇年代頃から活発に見られ、その反対する主張の根底にも殆ど「（同理論）を子供に教えることが彼らを反キリスト教的、無神論者にする」[176]ことへの危惧が共通するらしい。かような危惧を一層具現化させられたのはアメリカ全土を席捲する程とも言える学校で進化論の教授を禁じる法律を制定しようとした運動である[177]。その代表的な出来事は一九二五年に政府として学校で進化論の教授を禁止することを初めて明言したTennessee州のバトラー法（Butler Act）が制定したことである。後に「モンキー裁判」として有名になったScopes事件（Scopes monkey trial）の発生も引き起こした[178]。

一方、一九二八年にArkansas州で州民投票が行われ、多数決によってTennessee州のバトラー法と同様に州の公立学校で進化論の教授を禁止する州法が成立した。この州法には、一旦教師が授業で進化論を教えているところが発覚した場合、解雇処分に処するといった厳しい規定まで設けられている。その後、一九六五年になって、Eppersonという女性の教師はまさにこの規定に基づいて解雇された故、彼女は同州の衡平法裁判所（the Chancery Court）に同学区の教育委員会とその長を相

---

[174] 上田伸治『アメリカで裁かれた本―公立学校と図書館における本を読む自由―』（大学教育出版・2008年）58頁。

[175] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 46. 矢口祐人「37　知的設計論（インテリジェント・デザイン）」矢口祐人・吉原真里『現代アメリカのキーワード』（中央公論新社・2006年）167 ～ 170頁。

[176] 上田伸治・前掲書注（174）61頁。

[177] 上田伸治・前掲書注（174）61頁。

[178] 上田伸治・前掲書注（174）66 ～ 69頁。なお、バトラー法は1967年になってようやく廃案に追い込まれた。同前、69 ～ 71頁。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 46.

手取り告訴状を提出し、この Arkansas 州の反進化論法を攻撃した[179]。

プラスキー郡の衡平法裁判所は、進化論への評価が判決に影響しないと指摘しながら、一九二八年に制定された同法が「知識への欲求を妨げ、知る自由を制限し、教える自由を抑制する」と述べ、憲法で保障された表現の自由に反し、違憲であると判断したが、被告が控訴した末に控訴審判決は原審の判断を覆し「公立学校におけるカリキュラムを定める州の権力は正当である」と述べ、同法の合憲性を確認した[180]。そこで、Epperson は「州法が『表現の自由』を定めた（合衆国）憲法修正第一条に違憲であるとして連邦最高裁判所に上告した」のである[181]。結果として、連邦最高裁は一九六八年に下した Epperson v. State of Arkansas (393 U.S. 97 [1968]) 判決において、九人の裁判官全員が教師側の主張を認め、Arkansas 州の反進化論法が違憲だと判断した。だが、注目すべきなのは、同裁判所は州によるカリキュラムを整備する権限を否定するような論理に基づいて教師側の主張を認めるわけではなかった点[182]、及び合衆国憲法修正一四条のデュー・プロセス条項に基づいて、如何なる身分に着く（教師や生徒）個人にも有用な知識を獲得する権利が保障されることを再確認した点[183]だと考えられる。

かような Epperson 判決の影響もあり、一九六〇年代になって初めてアメリカは「(Darwin) の進化論を生物の基礎として受け入れる状況」[184]を整えた。しかしながら、反進化論の動きは消え去る（fade away）ことがなく[185]、一九八〇年代から聖書の「天地創造説」を「創造科学（creation-science）」と言う名目に置き換え、進化論と同等に同時間だけ教える法律を成立させる運動が受け継がれていた。

---

[179] 上田伸治・前掲書注（174）72頁。

[180] 佐藤全・前掲書注（166）180 ～ 181頁。上田伸治・前掲書注（174）73 ～ 74頁。

[181] 上田伸治・前掲書注（174）75頁。

[182] 393 U.S at103-104. 佐藤全・前掲書注（166）181 ～ 182頁。上田伸治・前掲書注（174）76頁。

[183] *supra* note 182, at 105. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 48-49. 佐藤全・前掲書注（166）182頁。

[184] 上田伸治・前掲書注（174）77頁。

[185] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 47.

実際、いくつかの州においてその内容を含む法律を制定して公立学校で創造科学を進化論と同等に教えることが定められた[186]。但し、創造科学の内容は専ら聖書の言葉に基づいて構成されるものであるため[187]、「…創造科学は科学ではないとする生物学者、科学者、教師等は（同法）に対して猛反対し…（アメリカ）自由人権協会もこれらの州法は（合衆国）憲法修正第１条の国教樹立禁止条項に違憲であるとして、これらの学者や教師と共に（同法）の違憲性を求めて裁判を起こした」のである[188]。その具体的な事例として、Arkansas 州は一九八一年に制定した「創造科学と進化論科学のための均衡取り扱い法（Balanced Treatment for Creation-Science and Evolution Science Act）」[189]（以下、「同時間法」）をめぐる裁判が多くの論者により、注目される。その中、一九八二年に Arkansas 州の連邦地方裁判所は Mclean v. Arkansas Board of Education (529 F.Supp. 1255 [1982]) 判決において、事案と係わる事実を確認した後、一九四七年の連邦最高裁の Everson 判決を依拠して、「国教樹立の禁止は州や連邦政府が教会を設立しないことであり、ある宗教を擁護するような法律またはひとつの宗教が他の宗教より優位になるような法律を作ることを禁じていることであり、またある宗教を擁護するために税金を徴収したりしないこと」[190]だと述べ、一九七一年に連邦最高裁が下した Lemon 判決[191]をも引用して、Arkansas 州の同時間法は合衆国憲法修正一条に違反すると判断した[192]。このように、Mclean 判決は合衆国憲

[186] 上田伸治・前掲書注（174）81頁。

[187] 上田伸治の研究によると、「創造科学」を提唱する学者の一人であるヘンリー・モリスは「科学的事実が聖書とわずかでも矛盾することはない」、と述べたことがある。上田伸治・前掲書注（174）83頁。

[188] 上田伸治・前掲書注（174）81頁。

[189] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 47. 上田伸治・前掲書注（174）85頁。

[190] 529 F.Supp. at 1257-1258. 上田伸治・前掲書注（174）89頁。

[191] 金原恭子「19　Lemon v. Kurtzman 403 U.S. 602, 91 S.Ct. 2105, 29 L. Ed. 2d 745 (1971) 政教分離」『別冊ジュリスト　139号　英米判例百選（第三版）』（有斐閣・1996年）40 ～ 41頁。

[192] *Id.* at 1273-1274. 前掲注、91頁。Kern Alexander and M. David Alexander,

法に定められた政教分離原則に従って、創造科学を教授することを禁止することとした。

Mclean 判決が下された後、一九八七年に今度は連邦最高裁が同時間法に対して判断を示した。すなわち、Edwards v. Aguillard (107 S.Ct. 2573 [1987]) 判決である。この Edwards 判決で争点となった Louisiana 州の同時間法は前記の Arkansas 州のものと同じく一九八一年に制定された。両法は創造科学と進化論を公立学校において自然科学や人文科学などの科目で同等に取扱うことという要請の点において一致するが、Louisiana 州の法は「どちらかが教えられればもうひとつの理論も同等に教えられなくてはならない」とし、「…創造科学を教えることは学問の自由の下に保護されるべきである」ことを立法の目的としていた[193]。ところが、Brennan 裁判官による多数意見はやはり Lemon テストを以て、この Louisiana 州の同時間法は依然に合衆国憲法修正一条に違反するものだと判断し、同法は違憲だという多数意見を下した[194]。但し、Powell 裁判官は自らの補足意見で「歴史事実として学校の子供たちはこの国家の宗教的に継承されてきたすべての側面について適切に教えられることはできるし、またそうすべきである。学校の子供たちが建国の父たちの宗教的信念の性質とこの宗教的信念がその時代の意識と私たちの政府の構造にどのように影響を与えたのかについて教えられることに何ら憲法的な問題を見いだしはしません」、と述べている[195]。また、Scalia 裁判官は反対意見において、「いかに生命が始まったのかを学校で生徒が自由に考えるために公平で均衡のとれた科学的な知識であれば、その知ることは学問の自由を守ることになる」、と説いている[196]。

この Edwards 判決を受けて、同時間法の違憲性は殆ど確定されている。従って、天地創造説を支持する人達が次に打ち出した策略は「知的

---

op. cit. supra note 102, at 47.

[193] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 47. 上田伸治・前掲書注（174）92 ～ 93頁。

[194] *Ibid.* 上田伸治・前掲書注（174）93頁。

[195] 107 S.Ct. at 2584-2591. 上田伸治・前掲書注（174）94頁。

[196] *Id.* at 2591-2607. 上田伸治・前掲書注（174）94頁。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 47-48.

設計論（Intelligent Design）」と呼ばれる擬似的な科学理論であった[197]。この「知的設計論」の考え方に基づく『パンダと人々について（Of Pandas and People）』と名づけられた科学の教科書がある[198]。そして、同理論を積極的に推進する論者によると、「この理論はあくまで科学であり、宗教的な創造論とは本質的に異な」り、「…今日の生物界が長期にわたって続いてきた進化」自体も否定しない。また、同理論の「思想的背景にはキリスト教原理主義的な創造論があるにもかかわらず、知的設計論はあくまで分子生物学などにもとづく科学である」ことも強調している[199]。このような状況において、二〇〇四年にPennsylvania州ドーバー市の教育委員会は、「知的設計論」の存在を提示する声明の伝達を高校で生物を教授する教師に義務付ける決定を採択したため、その違憲性の疑いが生徒の保護者たちによって提出され、訴訟を起こしたのである[200]。この提訴は受理され、二〇〇五年に同州の連邦地方裁判所がTammy Kitzmiller v. Dover Area School District (400 F.Supp.2d 707 [2005]) 判決（以下、「Tammy判決」）を下した。

Tammy判決において、Pennsylvania州の連邦地方裁判所は「知的設計論」が聖書の言葉を直接引用していないにもかかわらず、内容については深い連関性を持っていると認識される[201]ため、従来のLemonテストを用いた外、一九八九年のCounty of Allegheny v. ACLU (492 U.S. 573 [1989]) 判決で打ち出された特定の宗教に対する「支援テスト

---

197 本文で取り上げた2005年のTammy Kitzmiller v. Dover Area School District (400 F.Supp.2d 707 [2005]) 判決において、裁判所は1987年に連邦最高裁がEdwards判決を下した後、「知的設計論」が始まったという事実を確認している。『LexisNexisホームページ』（2008年10月15日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=591a8deb5a5302f0ad2c701e63b7cb38&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVlz-zSkAl&_md5=66814ec10613a1663d9b0429b5ea755c&focBudTerms=tammy%20kitzmiller&focBudSel=all〉。上田伸治・前掲書注（174）96頁。矢口祐人・前掲論文注（175）168頁。

198 上田伸治・前掲書注（174）96頁。

199 矢口祐人・前掲論文注（175）168～169頁。

200 上田伸治・前掲書注（174）97頁。矢口祐人・前掲論文注（175）169頁。

201 上田伸治・前掲書注（174）100頁。

(endorsement test)」[202]も使用し、「知的設計論」の教授は国教樹立禁止条項に抵触するか否かの争いについて判断した[203]。特に同裁判所は支援テストとして生徒がその声明を聞いた後、如何に認知するのかを検討したため、その内容を一瞥する。

まず、声明を聞く生徒が理解するのは学校で本来進化論を教える意図はないものの州の基準に基づいて教えざるを得ないということを暗示する認識があった、と連邦地方裁判所は見ている。そして「知的設計論」を進化論の見方とは異なる生命の起源についての説明であることを伝えることによって、「進化論とは対照的な理論であるかのように引き合いに出しており、意図的に他の生物の理論とは切り離し進化論の真偽を疑わせ、（知的設計論）を進化論に変わる科学の代替的な理論であるかのような表現にしている」ことも指摘した。このように、声明の中に含まれるメッセージを生徒に認知させることによって客観的に教育委員会が「知的設計論」という宗教的な教えを支援することに繋がると同裁判所は結論を付け[204]、最終的に保護者の主張を全面的に認め、知的設計論は特定の宗教的思想を反映したものだと判断し、その内容を公立学校に持ち込むことは国教樹立禁止条項違反であると判断した[205]。

---

[202] County of Allegheny v. ACLU (492 U.S. 573 [1989]) 判決において、連邦最高裁は当時のピッツバーグの庁舎の階段にキリスト生誕の様子を再現した飾りを置いた行政府の行為が特定の宗教を「支援（endorsement）」するものに当たるとして違憲とした。なお、同判決ではこの問題について Lemon テストに基づいて合憲の結果だと導いたが、同テストへの不満を表していた。そして、松井茂記の研究によると、この「支援テスト」は Lemon テストとの関係がはっきりしていない。果たして「支援テスト」は一つの独立的な違憲審査基準として見做され得るのかという問題が残されている。松井茂記『アメリカ憲法入門（第５版）』（有斐閣・2004年）228、239頁。また、endorsement test の和訳として米沢広一の「後押しテスト」もある。米沢広一「公立学校における生徒の信教の自由―アメリカ教育法研究（２）―」『佐藤幸治先生還暦記念　現代立憲主義と司法権』（青林書院・1998年）468頁。

[203] 上田伸治・前掲書注（174）99頁。

[204] 400 F.Supp.2d at723-725. 上田伸治・前掲書注（174）100 ～ 101頁。

[205] *Id.* at 765-766. 上田伸治･前掲書注（174）103頁。矢口祐人･前掲論文注（175）170頁。

第三節　学校管理と子どもの自律

Mill が『自由論』の中で次のような言葉を語っている。すなわち、「各人の個性が重要であり、意見や行動様式の多様性が重要だ…（という）点は、教育の多様性が言葉ではいいつくせないほど重要であることも示している。国が教育をすべて担うのは国民全員をひとつの型にあてはめて一様にしようとする試みに他ならない。…。国が教育を提供し管理するのであれば、いくつもの教育の試みのひとつとして、他の試みの質を一定水準まで高めるために、実例を示し刺激を与えることを目的にすべきだ」[206]、と。従って、Mill の考え方に従えば、国が設立した「学校」とは、各人の個性を重視する教育の多様性を保つ模範的存在にはなろう。本論で扱われる考察の対象となる台湾や日本より、かようなイギリスの思想に多くの影響を受けられるアメリカ合衆国の公教育の到達点を本節で考察する。

第一項　論点の概要

学校における子どもの権利を制限する場合、子どもである故の制限なのか、或いは教育環境維持や他の関連する目的での制限なのか[207]の問題もまず整理しなければならない。一方、子どもは学校の校門に潜り込んだ後、「生徒・学生」という身分が自動的に賦与され、彼女（彼）らに対する規則は連邦法、州法、学区教育委員会規則及び校則などによって形成されている[208]。そのため、彼女（彼）の自由意志による「個人の外見」などへの選択が常に学校に管理や制限される。本節はその教育的現状の合憲性の問題も含め、本論に沿ういくつかのトピックを検討していきたい。

第二項　個人の外見

---

[206] ミル著・山岡洋一訳『自由論』（光文社・2006年）234 ～ 235頁。塩尻公明・木村健康訳・J.S. ミル著『自由論』（岩波書店・1971年）211 ～ 212頁。

[207] 米沢広一・前掲書注（78）36頁。

[208] 大津尚志「アメリカ合衆国における生徒規則」『季刊教育法　No.135』（2002年）84頁。

アメリカ自由人権協会による研究の結果だが、如何なる格好をし、如何に自分の容儀を整うかは「ひとりひとりの基本的な表現だから、憲法に保障されたプライバシーと表現の自由として守られねばならないが、生徒が自分の好みで身なりを整えたり、髪型を決めることについては、すべての裁判所の意見が一致しているわけではない。…（そして、殆どの裁判所は）生徒の権利と、学校が生徒の健康と安全のために適切な規制をする必要とのあいだの調整をはかってきたのである」[209]、と。

しかし、このような裁判所の姿勢は一九六〇年代に至ってから初めて認識されると言えよう[210]。例えば、一九二三年に Arkansas 州の最上位裁判所によって下された Pugsley v. Sellmeyer (158 Ark. 247 [1923])[211]判決においては、「教育委員会規則による（学生の容儀に関する）規制は学校の規律を保持するために当然に必要だと述べたうえで、合法的に制度化された当局に従順たらしめ、また敬意を払わせることは、『人として、市民としての義務が履行できるようにするための基本的なレッスンである』との判断を示して、原告の請求を棄却」[212]とした。

Pugsley 判決の法理は暫くの間根強く支持されていた[213]が、例えば一九六七年に出された連邦最高裁の In re Gault (387 U.S. 1 [1967]) 判決などの重要ないくつかの裁判例の影響[214]を受けて、学校における子どもの人権・権利をひたすら無視することができなくなり、当該法理への再点検も促されている。それ故、次はそれぞれの項目を立てて、裁判例の現状や Pugsley 法理の変化を整理し検討する。

---

209 アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）57頁。

210 結城忠『生徒の法的地位』（教育開発研究所・2007年）228頁。

211 『LexisNexis ホ ー ム ペ ー ジ』（2008年10月19日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=f8ae7ad818b44c3ca8805fcc709db29f&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtz-zSkAl&_md5=8fd403f21637b96c6d9a41f5398a1114&focBudTerms=158%20Ark.%20247&focBudSel=all〉。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 1963, at 117. 結城忠・前掲書注（210）228頁。

212 158 Ark. at253. 結城忠・前掲書注（210）229頁。

213 結城忠・前掲書注（210）229頁。

214 米沢広一・前掲書注（78）35頁。

第一目　服装

如何なる服装は学校で着られるかどうかの規制の合憲性について、「連邦最高裁の判断は示されておらず、下級審の判断も、…分かれている」[215]らしい。一九七〇年のBannister v. Paradis (316 F. Supp. 185 [1970]) 判決[216]のように、「自らが選んだ服を着るという個人の権利は、それが学生の場合であっても、修正一四条によって保障された憲法上の権利である」[217]と判示するケースもあるが、「…服装規制の効果は登校中だけであるので、服装規制の場合は、髪型規制の場合に比べて、その正当化根拠は弱くてよい、との立場にたっている」[218]判決も存在する[219]。

そして、近年において校内暴力の発生を減少させるために、生徒に制服を着るように要求する条項が目立っているらしい[220]。裁判所はこのような条項に対して、例え学校側が付随的な拒絶条項（opt-out provision）を設けなくても支持する傾向が見られている[221]。一九九九年にNew York州の連邦地裁によって下されたLipsman v. New York City Board of Education (1999 WL 498230 [1999]) 判決[222]がその一例である。この事案において、New York市の教育委員会は制服の着用を生徒に義務付ける条項を採択し、その目的は「生徒たちの学習する意欲の促進、学校全

---

[215] 米沢広一・前掲書注（78）64頁。

[216]『LexisNexisホームページ』（2008年10月23日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=b01be6209531848318da5ef75cb0a37a&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVtb-zSkAz&_md5=bc5b5226e9de37e03aae83518655fdea&focBudTerms=316%20f.supp.%20185&focBudSel=all〉。

[217] 316 F. Supp. at188. 大島佳代子「合衆国における身だしなみの自由―公立学校における髪型・服装等の規制とその制約原理―」『法政理論　第31巻第４号』（1999年）237頁。

[218] 米沢広一・前掲書注（78）64頁。

[219] 結城忠・前掲書注（210）233頁。大島佳代子・前掲論文注（217）254～255頁。

[220] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 118.

[221] *Ibid.*

[222]『LexisNexisホームページ』（2008年10月20日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=409ece27abfb58ef67c6bee3deb0933c&csvc=le&cform=&_fmtstr=FULL&docnum=1&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=f1c632e394222308084f12dd7cb3ba9c〉。

体の団結や学校に対する誇りを高めること、生徒たちの外見を改善すること、自己尊重の促進、服装による競争心の排除、親が生徒にかかる衣料代金を抑えること、子どもたちに仕事場で如何なる服装と礼儀が適宜であるかのことを指導すること、及び生徒たちの行為や規律を改善すること」[223]などが説明されている。しかし、生徒の親はこのような規制が生徒の修正一条の権利を侵害することも含め、いくつかの違憲性を主張し、裁判所で当該規定を攻撃する[224]。結果として、裁判所は当該規定が不合理ではなく、しかも前述した学校の目的と併せて、拒絶条項も設けられている故、生徒の権利を何ら妨げることもないと判断した[225]。

他方、一九九七年にArizona州の中間上訴裁判所はPhoenix Elementary School District No.1 v. Green (943 P.2d 836 [1997]) 判決[226]においても、前記のLipsman判決と類似する事案を取扱っている[227]。そこで、親や生徒たちはシャツにプリントするロゴが自分の宗教的・政治的信念を表する一つの手段だと言い、例え当該規定によって生徒は他の学校に転学する選択肢が残されたと言っても、ロゴがあるシャツの着用を禁止するこの規定の存在自体は合衆国憲法の修正一条から保障される表現の自由の侵害にあたると主張している[228]。ところが、裁判所は当該規定について学区（被告側）の学校における学習する雰囲気を促進する目的に基づき制定されたと言う説明を賛同し、当該規定は中立的な内容（content-neutral）である故、生徒の言論を制限することではなく学校教

[223] 1999 U.S. Dist. LEXIS 10591, at 3.

[224] *Id.* at 4-5.

[225] *Id.* at 15-16. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 118.

[226]『LexisNexis ホームページ』（2008年10月20日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=12afc1aa73b358e38bcce96eb71331ec&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=6c895e5c88b1de6fc19698baba25484b&focBudTerms=943%20p.2d%20836&focBudSel=all〉。

[227] 943 P.2d at837.

[228] *Id.* at 837-838. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 118.

育をよりスムーズに行なう利益に資する主張を認めている[229]。また、二〇〇一年に連邦第五巡回区控訴裁判所はLittlefield v. Forney Independent School District (268 F.3d 275 [2001]) 判決[230]及び、Canady v. Bossier Parish School Board (240 F.3d 437 [2001]) 判決[231]において、学校における服装の制限は教育的な活動を行なうために重要且つ実質的な利益 (important and substantial interest) を促進する効果を持つことが確認され得る場合、「… (例え) 憲法の保障に値する表現の行為についても何らかの禁止的効果を与えても、修正一条によって認められる生徒(学生) の言論の自由に対する侵害にはならない」、と宣言している[232]。

しかしながら、服装規制を行なう学校や学区側の権限に対しては決して何らの制限がないとは言えない。一旦当該規制によって禁じられる範囲が広汎過ぎであったり、その文言は漠然で不明確であったり、権限を行使する側の恣意的な表現であったり、或いは何らの教育的利益にも資

---

[229] なお、同判決において裁判所は学区が経営する公立中等学校 (public inner-city middle school) という場所はパブリック・フォーラムではないと判示した。*supra* note 227, at 838.

[230]『LexisNexis ホ ー ム ペ ー ジ』(2008年10月20日) 〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=0eeebd70d32ba170df553ae6c6b9ebed&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=0e755996bc06d8ebfda2a0e8b10b7746&focBudTerms=268%20f.3d%20275&focBudSel=all〉。

[231]『LexisNexis ホ ー ム ペ ー ジ』(2008年10月20日) 〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=75b11fb8cb09c91338d4bc8c060464e7&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=10224b04bb6a37f90598602ccd344896&focBudTerms=240%20f.3d%20437&focBudSel=all〉。

[232] また、Illinois 州の連邦地裁も2002年の Vines v. Board of Education of Zion School District No. 6 (2002 WL 58815 [2002]) 判決において、係争する服装規制は教育的効果 (pedagogical concern) を促進することに資する教育委員会側の主張を認め、当該目的と手段の間に合理的であり合法だと判断し、前記の両判決が示された姿勢を再確認している。

Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 118-119.『LexisNexis ホ ー ム ペ ー ジ』(2008年10月20日) 〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=c840e20c9d621f9f17f60e3323bb6211&csvc=le&cform=&_fmtstr=FULL&docnum=1&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=0d033a9f5af23f35d70b71f6499f791e〉。

しないことが証明されたりする際、当該規制を無効とする可能性があると論者による指摘がある[233]。

第二目　髪形

生徒の髪形に対する規制について「連邦最高裁判所は憲法判断を回避してきている」[234]が、一九七二年の Olff v. East Side Union High School District (404 U.S. 1042 [1972]) 決定において、Douglas 裁判官が多数意見のサーシオレイライを認めない結論に対して次のような反対意見を述べている。すなわち、「髪形の選択は高度にパーソナルなものであり、個々人の特質を表する効果とも関わっている故、同人自身やその家族によってコントロールが許されるが、州としては口を挟む程の合法的な権限を持たないはずである。…当該生徒やその家族の権利も修正一四条に言う自由の中に含まれ、保障されるべきである」[235]、と。また、修正一四条だけではなく、過去の連邦裁判所の判決に照らし Alexander らが表現の自由を保障する修正一条や個人のプライバシーの権利を保護する修正四条の規定も度々髪形規制に関する裁判において主張されると紹介している[236]。このように、個人の髪形は憲法の保障に値する表現の一つだと認識される故、多くの裁判所が学校を管理する側に対して生徒の髪形に規制を加える場合、禁止の標的となる髪形は学校で如何なる実質的・物的混乱を引き起こすか、如何に学校環境の清潔さや安全を損なうか、或いは如何に学校で行なわれる教育活動や他の生徒の自由を侵害するのかなどの証明を提示しなければならないと要求する。このような証拠の提示は容易いものではない故、髪形規制をめぐる争いは生徒側が勝つ

---

[233] *Ibid.*

[234] 結城忠・前掲書注（210）230頁。

[235] 404 U.S. at1043. 米沢広一・前掲書注（78）63頁。

[236] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 121. なお、1969年の Breen v. Kahl (419 F.2d 1034 [1969]) 判決では、裁判所が「髪型の自由は表現の自由の半影としてであれ、修正九条に含まれるものとしてであれ、憲法上保護された基本的権利である」としている。米沢広一・前掲書注（78）63頁。

ケースが多いと言われている[237]。

しかしながら、髪形に対する公権力の規制権を認めた事例も少なくならず存在する。一九七二年に連邦第五巡回区控訴裁判所が Karr v. Schmidt (460 F. 2d 609 [1972]) 判決[238]において、「髪形規制による（生徒の）自由の侵害は一時的かつ軽微である」こと、や「学校運営についての学校の裁量を広く認める必要があるので、髪形の自由は移動権のような基本的権利とはみなしえない」[239]ことなどを述べて、「裁判所は多くの重要な案件を抱えており、このような争いで負担過重に陥るようなことがあってはならない」[240]として介入を避けている[241]。

Pennsylvania 州にある連邦第三巡回区控訴裁判所が Zeller v. Donegal School District Board of education (517 F. 2d 600 [1975]) 判決においても、「裁判所は、髪形のような生徒の自由と学校の規制との衝突を適切に解決できる立場にない。…公教育システムは学校管理者の裁量と判断に多くを依存しており、したがって憲法上の特別な権利が侵害された場合を除いて、裁判所は学校の裁量権行使における誤謬を是正しようと試みてはならない」[242]、と述べ、髪形規制違反で高校サッカー部を退部させられた生徒について何らの憲法上の権利侵害も発生しないと判示した。

また、前述したように、髪形の決定について憲法上保護された基本的権利だと看做されても、個人の全体的な外見に対し学校から何らかの規制も課することができないとは言えない。従って、生徒に対して特定の外見を要求するとともに、髪形についても一定の規制を課する際、当該髪形規制の手段を採用すること及び合法的な教育上の目的との間に合理的な連関性が証明されれば違憲性が問われないという裁判所の姿勢が見

---

[237] *Ibid.* 米沢広一・前掲書注（78）63頁。

[238]『LexisNexis ホ ー ム ペ ー ジ』（2008年10月20日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=3787064a8fa4101eb56b35b7db18868e&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=07de5662d8b28f55f6809a81640ce4d0&focBudTerms=460%20f.2d%20609&focBudSel=all〉。

[239] 460 F. 2d at615-616.

[240] *Id.* at 617.

[241] 米沢広一・前掲書注（78）64頁。結城忠・前掲書注（210）233頁。

[242] 517 F. 2d at 606-608. 結城忠・前掲書注（210）232頁。

られている[243]。例えば、一九九三年にTexas州の中間上訴裁判所はColorado Independent School District v Barber (864 S.W.2d 806 [1993]) 判決[244]で州法に照らし、髪形規制も含まれている生徒規則への判断を拒否している。すなわち、同裁判所は「…個人の外見や衛生観念の指導、規律の教え込む、校内秩序の維持、校内安全を害する要素の排除及び学区の制限権限」などの理由に基づいて制定された生徒規則の違憲性を認めなくて、生徒の外見規制（grooming code）に対して合理的審査基準を選んだのである。また、一九九七年に同州の最上級裁判所もBoard of Trustees of Bastrop Ind. School Dist. v. Toungate (958 S.W.2d 365 [1997]) 判決において、髪形や個人の外見を規制することだけで本当に憲法上の権利利益を侵害するかの問題を提起する。同裁判所は外見規制が生徒の教育を受ける機会の平等を奪い取るものではなく、教育へのアクセスについて不合理で恣意的な障碍（improper barriers）を設けることでもないと述べている[245]。その上、係争する外見規制は性による差別である被上告人の主張も否定されていた[246]。

一方、同じくTexas州の事例ではあるが、髪の長さを制限することによって特定の部族の古くから伝わってくる伝統や信仰に反する恐れがある場合、裁判所は違う姿勢で事案を臨んでいるらしい。一九九三年に連邦地裁はAlabama and Coushatta Tribes of Texas v. Trustees of Big Sandy Ind. Sch. Dist. (817 F. Supp. 1319 [1993]) 判決[247]において、アメリカ先住民の生徒が学校の髪形規制によって自分の部族の伝統や身分が侵

---

[243] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 1963, at 122.

[244]『LexisNexis ホ ー ム ペ ー ジ』（2008年10月20日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=407837296a8bf56b9d9ac3eeab3de1b6&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=044bd1ee41d536382fb6694c62d11cbe&focBudTerms=864%20s.w.2d%20806&focBudSel=all〉。

[245] 958 S.W.2d at 370-371. *Ibid.*

[246] *Ibid.*

[247]『LexisNexis ホ ー ム ペ ー ジ』（2008年10月20日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=f4ff0b217a485067f0899f6b50b999a8&csvc=le&cform=&_fmtstr=FULL&docnum=1&_startdoc=1&wchp=dGLbVzW-zSkAW&_md5=6dc63b681a681b97f33ba55e1736e5e1#1103-1330〉。

害される上、信教の自由も否認されることを主張し、提訴してきた事例を取扱っている。同判決の結果は学校側が先住民の生徒の長髪の容姿によって如何に物的・実質的な校内の混乱を引き起こすかのことを証明することができない理由に基づき、生徒側を勝訴させた[248]。

第三項　生徒の身体や持ち物に対する検査

二〇〇一年に、アメリカはテロ攻撃を受けた後、国家の安全の維持と個人が国家による監視や検査からの自由との間に如何にバランスを取れるかの議論をめぐってより白熱していると指摘される[249]が、同じのようなパターンで一九七〇年代から学校で行なわれる生徒に対する身体や所有物の検査は合衆国憲法修正四条との係わりあいで多いに問題視されて議論されている[250]。その中、子どもが生徒として学校という建物に入ってもプライバシーの権利[251]が保障されるか、そして、このような権利に対して学校側による検査によって恣意的に侵害され得るのかなどの問いが提起されている[252]。

第一目　先例となる一九八五年 New Jersey v. T.L.O 判決

---

[248] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 122-123.

[249] Jamin B Raskin, *We the Students Supreme Court Cases for and about Students, 2nd ed.,* (Washington, D.C. 2003), at 121.

[250] 大島佳代子「合衆国の公立学校における所持品・身体検査の合憲性」『法政理論　第33巻第４号』（2001年３月）18頁。

[251] 橋本公亘「Ⅰ　プライヴァシーの権利」芦部信喜・奥平康弘・橋本公亘編『アメリカ憲法の現代的展開　１人権』（東京大学出版会・1978年）32 ～ 33頁。

[252] なお、1967年に下された連邦最高裁の Katz v. United States (389 U.S. 347 [1967]) 判決で述べられた「修正四条の保護は対人的であり、対地的ではない。従って、個人が意図的に特定の物事を公にされる場合、自宅やオフィスにおいて何らかの公権力の介入が行なわれても修正四条の保護は及ばない。…しかしながら、個人がある物事をプライバシーとして維持し行動しているのであれば、何人も活動することができる公の領域においても（修正四条に基づいて）憲法による保護が機能する」、という説示に注意も払うべきであろう。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 176.

この類の問題を考察する際、一九八五年に連邦最高裁から下した New Jersey v. T.L.O (469 U.S. 325 [1985]) 判決はリーディング・ケースとして評されている[253]。本件の事実背景を簡単にまとめてみると、まず、被上告人であった一四歳の T.L.O は学校の副校長が強制的に自分のカバンを見せてくれと要求された故、いくつか麻薬使用の証拠が見つけられて、結局違法の疑いで州によって起訴された経緯がある。しかし、事件の推移において最初に起こった副校長による検査の行動は修正四条に違反する疑いがあるのではないかと T.L.O 側によって主張されて、カバンの中で発見した証拠の排除と違法な検査に左右された自白の排除を裁判所に対し求めた末、辿り着いたのは本判決である[254]。

本判決の多数意見を執筆した White 裁判官がまず修正四条に基づいて検証し得る範囲の中では公立学校の教職員による検査も含まれていることを認めた。そして、公立学校の教職員はなぜ当該権限を行使することができるのかの問題について、一九七七年の Ingraham 判決で提示した見解を再確認した。すなわち、White 裁判官は一九六九年の Tinker 判決及び一九七五年の Goss 判決に照らし、公立学校の教職員が修正一条と修正一四条との関連で州の権限を行使する者だと見做すべきであれば、従来の親代わり論を用いて修正四条の適用を排除してきた法理自体が既に崩壊することになると語る一方、Ingraham 判決と同様に義務教育制度の下で教職員の権限は親による委任に由来する考え方が妥当ではないと判断したのである[255]。続いて、同じく連邦最高裁による一九六七年の Terry v. Ohio (392 U.S. 1 [1967]) 判決を引いて、White 裁判官が個人に対する最小限に止まる検査であっても当人のプライバシーの侵害になる恐れがあると言い、生徒のプライバシーに対する期待や安全の利益と教職員の規則違反に対してより効果的な方法を講ずる必要性とが比較衡量すべきだと提示する[256]。そこで「学校の秩序維持」という州の利益が

[253] 大島佳代子・前掲論文注（250）18頁。

[254] 大島佳代子・前掲論文注（250）21 ～ 22頁。Jamin B Raskin, *op. cit. supra* note 249, at 122-123.

[255] 469 U.S. at336.

[256] *Id.* at 337.

より重要視されて、通常の捜索より学校で行なわれる場合、その制限が緩和されるべきだと White 裁判官が述べている。結論として、White 裁判官による本判決の多数意見は「生徒が法もしくは学校の規則に違反したか、または現在違反しているという証拠がその捜索で見つかるであろうと信ずるにたる合理的理由がある場合には、教職員は、生徒を捜索できる。そこでとられた手段が、捜査で見つけようとしている目的物と合理的な関連性を有するものであり、かつ生徒の年齢と性別および違反行為の性質に照らして侵害性が度を超えない場合には、その範囲において、そのような捜索は許容される」[257]、と示している。このように、学校による検査から連邦最高裁が生徒の最低限な権利の保護を図った[258]。但し、論者の言うように、「…本判決では生徒の所持品の検査が問題となっていたが、公立学校で行なわれている他のタイプの検査についても、（同様な基準によって）その合理性を審査するのかどうか、連邦最高裁自身は明確にしていない」問題[259]が残されている。それにしても、「ほとんどの地域の裁判所では、T.L.O 判決の『合理的な疑い』または『合理的理由』の基準を学校の捜索に対して適用している」[260]、と指摘する見解がある。

一九九一年に連邦第六巡回区裁判所は Williams by Williams v. Ellington (936 F.2d 881 [1991]) 判決において、他の生徒から検査の対象となる生徒たちが薬物を使用しているとの情報を得ていたことの外に、生徒たちの親から自分の娘が薬物を使用しているのではないかの懸念が示されていること、探そうとしている証拠の性質が身体につけて隠すことができることなどの事実を考慮して学校側が生徒たちに対する脱衣検査（strip search）を行なうための合理的な疑いがあることを認めた[261]。他方、

---

[257] *Id.* at 341-342. アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）108頁。大島佳代子・前掲論文注（250）23 ～ 24頁。

[258] アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）109頁。Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 177-178.

[259] 大島佳代子・前掲論文注（250）26頁。

[260] アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）109頁。

[261] 936 F.2d at 887-888. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 189. 大島佳代子・前掲論文注（250）30頁。

一九九八年に連邦地裁は Konop v. Northwestern School District (26 F. Supp. 2d 1189 [1998]) 判決では、二〇〇ドルが盗まれたとある生徒の報告に基づいて当時一三歳前後の八人の原告に対して行なわれた脱衣検査は「(同検査) は安全 (武器など) に関わるものでない限り、個別に特定された疑いを欠く場合には正当化されない」[262]という基準によって、検査を行なう必要がある程の合理的疑いを欠くと述べ、校長や教員が如何なる検査を行なっても免責され得ることではないと判示していた[263]。

一九九四年の Wilcher v. State (876 S.W. 2d 466 [1994]) 判決において、Texas 州の中間上訴裁判所は当時一七歳の男子生徒が拳銃を携行しているとの情報に基づいて、当人に対して行なわれたポケット検査によって違法に所持している物品も発見された経緯[264]に照らして、「…本件検査はその着手の段階においても正当化されるし、一度の検査で禁止されている物が発見されていることから、その範囲についても合理的である」[265]、と判断した。なお、拳銃も含まれて、あらゆる違法な物品がもっとも隠されやすい場所として学校のロッカーが注目されている[266]。T.L.O 判決において連邦最高裁は「生徒が学校のロッカーや机などにプライバシーの期待を有しているかどうかについて言及していない」[267]が、脚注五のところで「我々は、学用品の保管のために割り当てられたロッカーや机またはその他の学校の財産について、生徒がプライバシーを有しているかどうかという問いに答えるものではないし、また、教職員によるそれらの検査に適用される基準についても、何ら言及するものでもな

---

[262] 26 F. Supp. 2d at1201. 大島佳代子・前掲論文注 (250) 31頁。

[263] *Ibid*. Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 191. なお、2003年の Rudolph v. Lowdnes Co. Bd. of Ed. (242 F. Supp. 2d 1107 [2003]) 判決を通じて、連邦地裁は学校側が生徒に対する脱衣検査を行なう際、(1) 同性の教職員によって検査を行わなければならない、(2) 一つの部屋に検査を行なう側とされる側しかいないことの確保、(3) 体の腔まで検査を行なってはいけない、などの要注意事項を提示している。242 F. Supp. 2d at1116.

[264] 876 S.W. 2d at 467-468.

[265] *Id*. at 469. 大島佳代子・前掲論文注 (250) 27 ～ 28頁。

[266] 229 N.E.2d at 598. 大島佳代子・前掲論文注 (250) 33頁。

[267] 大島佳代子・前掲論文注 (250) 34頁。

い」[268]、と述べている。これは原因となるかどうかが不明であるが、Alexander らの研究によると、「T.L.O 判決以降、殆どの裁判所はロッカーに対する学校の検査に関して生徒個人のプライバシーが保障されることを期待し得ないと判示している」[269]らしい。例えば、一九九三年の In Interest of Isiah B. (500 N. W. 2d 637 [1993]) 判決において Wisconsin 州の最上級裁判所は次のように判示する。要するに、学校はロッカーの所有権及び管理権を持つという明文規定が存在し、ロッカー規則について生徒にも周知しているなどの事実に照らして、生徒はロッカーに対して合理的なプライバシーの保護を期待することができないとした。そして、本件のように拳銃を学校から排除する目的で行なわれた不規則的なロッカー検査は修正四条によって保障される生徒の権利利益を侵害することには当たらないと同裁判所が判断したのである[270]。また、二〇〇〇年に Maryland 州の最上級裁判所は In re Patrick Y. (746 A.2d 405 [2000]) 判決[271]において、州法が犯罪を起こすような合理的な疑いに基づく学校側の検査を認める規定が既に制定されている故、一時的に生徒に譲渡する学校のロッカーに対して個人のプライバシーの期待がないと明言する[272]。こうして、ロッカーや机の検査に限って、「生徒がロッカーや机のなかのプライバシーが保護されるとの『合理的な期待』をもちうるかどうかは、それぞれの学校が定めている規則に左右される」[273]、ということが現状だと認識し得よう。

第二目　薬物検査をめぐる連邦最高裁の判断

学校による検査の類型の中で、多くの学区において薬物やアルコール

---

[268] 469 U.S. at 337.

[269] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 191.

[270] *Ibid.* 500 N. W. 2d at648-649. 大島佳代子・前掲論文注 (250) 34頁。

[271] 『LexisNexis ホームページ』(2008年10月24日) 〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=fca160c9488b4633a8d14b855b972140&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLzVzz-zSkAb&_md5=77251030e69156e02c0ba202ef7282a9&focBudTerms=&focBudSel=all#4902-414〉。

[272] 746 A.2d at 414.

[273] アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注 (73) 114頁。

の使用に対する排除の目的に基づいて生徒に対して尿検査を課している[274]場合もある。「…このような（検査）は修正（四条）の下での生徒のプライバシー権について重大な問題を提起し、T.L.O 判決以後、その合憲性が問われるように」もなった[275]。例えば、T.L.O. 判決と同じ年に下されたOdenheim v. Carlstadt-East Rutherford Regional School (211 N.J.Super. 54 [1985]) 判決[276]がある。同判決では個別に特定化された疑い（individualized suspicion）に基づかなくて生徒に対する尿検査が実施された[277]ことが問題とされている。そこで、New Jersey 州の第一審裁判所（superior court）は毎年の健康検査の一環として全生徒を対象に行なわれている薬物発見の尿検査が生徒のプライバシーの期待を侵害するものとして中止する決定をなさることと共に、T.L.O. 判決に従い、本件尿検査が当該健康検査を正当化した状況との間に合理的に関連していないと見て、修正四条に違反すると判断した[278]。一方、全生徒を対象とすることではなく、学校間の競技に参加する選手に対して無作為に尿検査を実施するケースもある。論者の研究によると、このようなケースに対して裁判所は概ねその合理性を認めているらしい[279]。このような状況の下、一九九五年に連邦最高裁がある判決において薬物発見を目的とする尿検査の合憲性について判断を示した。

すなわち、Vernonia School District 47J v. Acton (515 U.S. 646 [1995]) 判決である。Jamin B Raskin（以下、「Raskin」）は T.L.O 判決が生徒の

---

[274] アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）114頁。大島佳代子・前掲論文注（250）37頁。

[275] 大島佳代子・前掲論文注（250）37頁。

[276]『LexisNexis ホームページ』（2008年10月25日）〈http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=3eedd451230cd805761d8084ec13eb02&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAB&_md5=e57f81b8e35aa82e718f5b10d8519413&focBudTerms=211%20n.j.super.%2054&focBudSel=all〉。

[277] 211 N.J.Super. at 59. アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）114 ～ 115頁。大島佳代子・前掲論文注（250）37頁。

[278] *Id.* at 60-61. アメリカ自由人権協会編・青木宏治・川口彰義監訳・前掲書注（73）115頁。大島佳代子・前掲論文注（250）37 ～ 38頁。

[279] 大島佳代子・前掲論文注（250）38頁。

所有物に対して学校の検査がどこまで合法性及び合理性を認めるかの問題を処理したが、生徒の身体に関しては直接的な判断を示さなかったことに対して、この Acton 判決はまさにその問題を取扱ったと説明している[280]。この事件の発端は Vernonia County の教育委員会が一九八九年に学校の競技に参加する選手の薬物使用の防止や当人の健康と安全を図る目的によって薬物使用テスト規則を制定したことからだと見られる[281]。その規則の施行中の一九九一年に当時七年生であった Acton は学区間のサッカー競技に参加したいが、Acton と彼の両親が薬物使用テストの同意書にサインすることを拒否したことによって、同規則は修正四条に違反するなどの主張をして本件訴訟を提起したのである[282]。

Scalia 裁判官による多数意見の中で、いくつかの要点を拾い上げてみる。要するに、①尿検査は修正四条に言う「捜索」の一様態だと認めるが、このような捜索の合理性は修正四条に保障される個人の利益に対する侵害と正当な政府利益の促進とを比較衡量して判断すべきだということ[283]、② T.L.O. 判決において特定された疑いの下で生徒の所持品に対する検査を容認する論理を取っているが、修正四条はかかる疑いを最小限の要件として課するものではなく、むしろ、一九八九年の Skinner v. Railway Labor executives Assoc. (498 U.S. 602 [1989]) 判決及び National Treasury Employees Union v. Von Raab (489 U.S. 656 [1989]) 判決において特定された疑いがなくても薬物検査の執行を容認してきた連邦最高裁の姿勢を注目すべきだということ[284]、③子どもは最も基本的な自己決定権のいくつかを有しておらず、生徒となる子どもに対して州の権限は保護的で後見的な性格を持ち、成人に対しては行使できないような監督やコントロールが許されること[285]、④従って、生徒となる子どもは学校

[280] Jamin B Raskin, *op. cit. supra* note 249, at 130.
[281] 大島佳代子・前掲論文注（250）39頁。
[282] 前掲注、40 ～ 41頁。坂田仰「アメリカの学校教育における薬物検査―“Vernonia 判決”と“Earls 判決”の距離―」『日本女子大学大学院紀要　家政学研究科・人間生活学研究科　第９号』（2003年）243頁。
[283] 515 U.S. at 652-653.
[284] *Id.* at 653-654.
[285] *Id.* at 654-655.

において一般の市民より少ないプライバシーの期待しか有しない上、運動選手となる生徒は、更に少なくなること[286]、⑤教育委員会の規則に基づく行なわれる尿検査は薬物のみを調べるものであり、調べられる薬物は標準的なもので生徒に応じて変えるわけでもなく、検査結果はそれを知る必要のある限られた教職員のみに明らかにされ、法執行機関に引き渡されたり、内部的な懲戒に利用されることもないことから、生徒のプライバシーの利益の侵害は取るに足らないとされたこと[287]、⑥薬物使用の疑いに基づく検査こそ行なわれるべきだという主張について、裁判所は個人の名誉などの要素を考慮してそれが現行する手段よりも悪いものだと判断していること[288]、及び⑦本判決によって個別に特定化された疑いに基づかない薬物検査が他の文脈で容易く合憲とされるわけではないと付言されていること[289]、などである[290]。この中で、生徒という身分に被られる子どもが学校という建物に入れば、自己決定権の享有や自分のプライバシーに対する期待を少ししか有しないことを明言した③と④の要点をより注意すべきところである。

ところが、Acton 判決において個別の疑いに基づかずに無作為に尿検査を実施する対象は運動選手に限ることを明言していないと考えられる故、同判決以降出された下級審の判例の中では「運動選手のみならず、課外活動に参加するすべての生徒を対象として尿検査まで…合憲とされている」[291]ものが見られている[292]。この下級審の状況について二〇〇二年の Board of Education of Independent School District No. 92 of Pottawatomie County v. Earls (536 U.S. 822 [2002]) 判決では、連邦最高裁は政府の「一時的後見」機能という視点に立ち、学校間の競技を行う可能性がある課外活動に自発的に参加する生徒が Acton 判決の運動選手と同様に自分の意思でプライバシーに対する侵害を容認したものと考

[286] *Id.* at 656-657.
[287] *Id.* at 658.
[288] *Id.* at 663-664.
[289] *Id.* at 665.
[290] 大島佳代子・前掲論文注（250）41 ～ 44頁。
[291] 大島佳代子・前掲論文注（250）47頁。
[292] Jamin B Raskin, *op. cit. supra* note 249, at 130-131.

えることが不可能ではないとして、追認する姿勢を打ち出している[293]。このように、Alexander らは生徒に対して特定され得る疑いに基づかずに不規則的な薬物検査を行なうことが修正四条に違反しないとするため、連邦最高裁が Acton 及び Earls 両判決によって、打ち立てられた「生徒たちが課外活動に強制されることがなく自発的に参加すること」や「薬物検査に関する各々の手続は生徒のプライバシーに対する侵害が最低限に抑えていること」[294]などの要件を満たさなければならないと述べている。

[293] Kern Alexander and M. David Alexander, *op. cit. supra* note 102, at 197. 但し、坂田仰の研究では、Acton 判決が「本来的には、ロッカールーム等を共用し、裸の相互接触が行なわれることが不可避的に」なるスポーツ選手だから、学校の一時的後見機能という法理を強調している。たとえ、このような前提を重視するのであれば、Acton 判決と Earls 判決「の間には極めて大きな距離が存在していることになる」、とも指摘している。坂田仰・前掲論文注 (282) 245頁；247頁。

[294] *Id.* at 198.

シンポジウム

マグナ・カルタと中国憲法学の伝統*

韓　大元
松井　直之　訳

韓大元教授は、高見勝利教授を代表とする科研費基盤研究（B）「日中両国における西欧立憲主義の継受主体にみる受容の態様」（課題番号26285010）に、中国側の中心として加わられ、自身のこれまでの研究を発展させた内容を報告された（詳細は前号掲載の高見教授の論文を参照）。本論文は、そのシンポジウムでの報告をもとにしたものである。

＊　　＊　　＊

一　マグナ・カルタの現代における価値

2015年は、記念すべき特別な年である。すなわち、マグナ･カルタ［大宪章］（以下、中国語の原語は角括弧で括る……訳者註）成立800周年（1215年）、清朝政府五大臣西欧憲政視察110周年（1905年）、中国人民抗戦勝利･世界反ファシスト戦争勝利70周年、国際連合成立70周年である。800年、110年、70年という重大な歴史的事実と文脈のなかで、如何にして、人類共同体の基本的な共通認識を探求し、正義、平和、法治そして人権と

*本稿は、2015年９月９日に中国人民大学法学院で開催された「法治の過去、現状と未来――マグナ・カルタ800周年記念国際シンポジウム［法治的过去、现状与未来―纪念大宪章800周年国际研讨会］」での挨拶を基にし、それに手を加えたものである。「中国憲法学発達史研究［中国宪法学发达史研究］」という研究課題の段階的な成果の一つである。

いう価値を共に守っていくかが、我々の考えるべき課題となっている。マグナ・カルタ成立800年の記念に際し、我々は、800年に及ぶ人類の法治の発展に関心を向け、マグナ・カルタの現代における価値を探究し、法治の未来を展望する。この特別な年に、歴史の流れを踏まえてマグナ・カルタの位置づけを探ることは、我々が法治の意義と価値を客観的に理解するのに資するであろう。

800年前に成立したマグナ・カルタは人類の法治の起源であり、それにより築かれた法治文明は既に人類が共に分かち合う価値となっている。法治の内容と機能は絶えず変化し、法治の発展方向は多様であったが、マグナ・カルタに起源を有する法治の核心的理念は、変化することがなかった。国王を法の下に置き、徴税を法に定め、法治と権力分立を通じて自由を守り、権力の濫用を制限することは、マグナ・カルタが人類に残した貴重な精神的遺産である。マグナ・カルタは、現代の社会制度に関する３つの基本原則を打ち立てた。第一に、自由で以って自由を保障する原則であり、第二に、権力分立で以って自由を保障する原則であり、第三に、法治で以って自由を保障する原則である[1]。自由と法治は、人類の生活に関する基本的な形式であり、人類の生命、尊厳そして安全を守り、平和を共に築くために根本的に保障すべきものでもある。人類の生存に関する基本的な法則に基づき、マグナ・カルタに体現された自由と法治の伝統は、すべての人類社会の法治の発展過程に影響を及ぼしてきた。そして、マグナ・カルタ自体の価値も、学術的な論争のなかで広められてきたのである。そのため、800年前の歴史的文書について、我々は、異なる評価と視点を有してきた。我々は疑うことができ、批判することもできるが、歴史は繰り返すことができない。この歴史的文書の価値を肯定することが、我々の時代の基本的な共通認識となるのである。

二　マグナ・カルタと中国憲法学の源流

1215年にマグナ・カルタが成立したとき、中国社会は南宋時代（1127-1279年）であり、社会・経済が比較的発達していた。最も早くマグナ・

[1] 斉延平『自由大宪章研究』（中国政法大学出版社、2007年）各章導論１頁。

カルタについて言及したのは、梁廷枏『海国四説［海国四说］』（1846年）であった。中国人によるマグナ・カルタの歴史的価値の探求は100年余り前に始まったのであり、マグナ・カルタの価値と理念は様々な形で中国憲法学に影響を及ぼし、中国憲法学の重要な思想的起源となり、「人権思想、憲法学説ひいては法治及び立憲政治の制度的発展に対して重要な影響を及ぼしてきた」[2]ということができよう。そして、このような思想の形成過程において、日本の英国憲法に関する研究、とりわけマグナ・カルタの日本語翻訳書が軽視できない影響を及ぼしてきたのである。以下では、新聞・定期刊行物、学術著作物そして大学に設置された科目［課程］を例に挙げて、マグナ・カルタの思想の普及過程を説明する。

1．マグナ・カルタと新聞・定期刊行物

マグナ・カルタは、先ず清末の新聞・定期刊行物に取り上げられた。マグナ・カルタに関する記事は、1903年から1908年の間に集中して発表されており、合計14編であった。そのなかの３編の記事は、ジョン王がマグナ・カルタに署名したことについて言及していたが、文中にはマグナ・カルタという単語が直接使用されていなかった。第一の記事は「各国憲法異同論［各国宪法异同论］」である。そこには、「憲政の創始者は、英国である。英国人は、700年前に既に専制の政体を立憲の政体に徐々に変えていった」[3]と記されていた。第二の記事は「英国憲法［英国宪法］」（1902年）である。そこには「1215年英国貴族は、王に立法を迫る」[4]と記されていた。第三の記事は「英国ジョン王時代の民衆史簡訳［英国约翰王时代之民史译略］」（1903年）である。そこには「いわゆる大憲法なるものは、かくして英国人の自由の源となっているのである」、「故に、この大章程が定められると、難癖をつけられることなく、これまで許されていたことでも、これに背けばジョンの意は覆い隠されることになる」[5]

[2] 程梦婧「大宪章在晚清中国的传播」清华法学2016年第２期、116頁。
[3] 梁启超译「各国宪法异同论」清议报1899年第12期、740頁。
[4] 「英国宪法」新民丛报1902年第11期、67頁。
[5] （英）马林译、李玉书述「英国约翰王时代之民史译略」万国公法1903年第177期、13頁。

と記されていた。これら14編の記事のなかの１編、すなわち「英国憲法」にはマグナ・カルタの63の条文のうち23の条文が抄訳され、そして14編の記事のなかの３編、すなわち「イギリス憲法史［英吉利憲法史］」（1903年）、「英国憲法正文［英国宪法正文］」（1906年）、「欧米各国憲法志［欧美各国憲法志］」（1907年）にはマグナ･カルタの全文が翻訳されていた。1906年、日本に留学していた銭応清[6]は、日本の衆議院の訳本を参考に、マグナ・カルタを日本語から中国語に重訳し、マグナ・カルタの全てを中国語に翻訳して、『法政雑誌』に「英国憲法正文」を発表したのであった[7]。

２．マグナ・カルタと学術著作物

マグナ・カルタについて触れている清末の学術著作物に関して、現在分かっているのは、1902年から1911年の間に14冊出版されている、ということである。これらの著作物の名称、出版された時期及びマグナ・カルタについて触れている頁数は、次のとおりである。すなわち（１）『英国憲法論［英国宪法论］』（1902年）４頁、（２）『国家学原理［国家学原理］』（1902年）51､85頁、（３）『万国憲法志［万国宪法志］』（1902年）15頁、（４）『英国政治沿革史［英国政治沿革史］』（1903年）16、34頁、（５）『英国憲法史［英国宪法史］』（1903年）59、67、72、77、82頁、（６）『英国国会史［英国国会史］』（1905年）17頁、（７）『法政粋編第二種：国法学［法政粹编第二种:国法学］』（1905年）124頁、（８）『憲法［宪法］』（1906年）69頁、（９）『政治学及比較憲法論［政治学及比较宪法论］』（1907年）453頁、(10)『各国憲法［各国宪法］』（1907年）１頁、(11)『国法学［国法学］』（1907年）136頁、(12)『比較憲法学［比较宪法学］』（1908年）22頁、(13)『大清憲法論［大清宪法论］』（1910年）86頁、(14)『英国憲法叢書［英国宪政丛书］』（1911年）30頁である。

これら14冊の学術著作物のなかで、最も早く出版されたのは、『万国憲法志［万国宪法志］』である。その理由は、次のとおりである。本書の電子書籍版の奥付には「光緒32年６月初３日４版」、つまり1906年に第

[6] 1907年には、清朝政府の憲政編査館統計局副科員を担当することになった。
[7] 銭応清「英国宪法正文」法政杂志1906年１卷１- ３、５号。

４版が出版されたことが記されているが、初版の出版時期については記されていない。もっとも本書の序言には、趙必振により「光緒28年春２月」という日付が記されていた。この他に、本書の「凡例」には、「他に憲法精理［宪法精理］という書籍があるが、本書と相表裏を成すものである」と記されている。そして1902年に『新民叢報［新民丛报］』は、『憲法精理』を紹介し、「本書は、万国憲法志と同時に著された」[8]と言及している。この『憲法精理』の奥付には、「光緒28年２月初10日初版、光緒28年２月15日発行、光緒28年７月初３日再版」と記されていた。ここから推測すると、『万国憲法志』の初版の時期は「光緒28年２月初10日」となるはずである。そのうえ、『国家学原理』が出版された詳しい日付は不明であるが、『英国憲法論』の奥付には「光緒28年９月15日印刷、10月初８日発行」と記されていることを踏まえると、『万国憲法志』が最も早く出版されたということができる可能性は高まるだろう。

これら14冊の学術著作物のなかで、マグナ・カルタの完全な翻訳文を掲載していたのは、３冊である。すなわち『万国憲法志』（1902年）、『政治学及比較憲法論』（1907年）、そして『各国憲法』（1907年）である[9]。『政治学及比較憲法論』の原作者はアメリカの学者・バルジェスであるが、それを日本語に翻訳したのは高田早苗であり、更にそれを中国語に重訳したのは四川省内江の劉瑩澤、貴州省平越の朱学曾と完県の董栄光であった。本書の「巻末附録」には、マグナ・カルタの前文と63の条文が記されていた。『各国憲法』（『十七国憲法正文集［十七国宪法正文汇编］』とも称される）は、斉雨和と古翔九が合同で翻訳したものであり、一部が憲法集となっており、17か国の憲法文書が掲載されている。最初の国家は「イギリス」なので、マグナ・カルタが本書に掲載された最初の憲法文書ということになる。本書の電子書籍版は一部の内容が失われてお

[8]「绍介新著：宪法精理：湘乡周逵编著，上海广智书局印行」新民丛报1902年第６期、92頁。

[9] 或る学者は、中国において最も早い翻訳本は国民党政府の立法院編訳処が1933年に翻訳した「英国大憲章［英国大宪章］」（同年８月に出版された『各国憲法集［各国宪法汇编］』所収）である、と考えている。陈国华「〈大宪章〉：800年后的回顾与解读」光明网2015年７月16日。筆者は、この翻訳文は公式の翻訳文であって、学者による翻訳文とは異なる、と解する。

り、電子書籍版の１頁は原書の７頁に相当し、その頁の冒頭にはマグナ・カルタの第26条が掲載されている。そうではあるが、本書はマグナ・カルタの全文を翻訳している、ということができるだろう。

更に、これら14冊の学術著作物のなかの『英国憲法史』（1903年）と『大清憲法論』（1910年）については、特に説明する必要がある。『英国憲法史』の編著者は、日本の学者である松平康国であり、訳述者は広東省順徳の麦孟華であった。本書は、４つの章を用いて、英国のマグナ・カルタの歴史を詳細に紹介している。すなわち「第二章 マグナ・カルタ成立の顛末一［大宪章成立之始末一］」、「第三章 マグナ・カルタ成立の顛末二［大宪章成立之始末二］」、「第四章 マグナ・カルタ成立の顛末三［大宪章成立之始末三］」、「第五章 マグナ・カルタ成立の顛末四［大宪章成立之始末四］」である。これに対し『大清憲法論』は、「イギリス史を取り上げ、マグナ・カルタ［自由大宪章］のごとく」というように86頁でマグナ・カルタという単語を示すだけであった。しかし『大清憲法論』は、14冊の学術著作物のなかで、唯一の翻訳ではない著作物なのである。本書の凡例には「著者識」と記されているが、その著者とは、保廷梁である。彼は、日本に７年間留学し、日本で梁啓超と知り合っていた。保廷梁は、日本の憲法講義法を模倣して、欽定憲法大綱（1908年）を研究し、本書を書き上げた。本書は、マグナ・カルタについての描写は多くないが、憲法学の知識の始点となり、中国憲法学の理論体系化が本格的に始まったことを示している。1910年以降、中国憲法学は、マグナ・カルタを通じて、徐々に外国憲法学との交流を展開し、憲法学の研究領域を切り開き、初期の中国憲法学に海外の要素を加えていった、ということができるのである。

この他にも、幾つかの著作物がマグナ・カルタという単語を使用していたようであるが、これらの著作物の内容を見ることはできなかった（詳しくは「表１」を参照）。分かっているのは、前述の『憲法精理』（1902年）が『万国憲法志』（1902年）の姉妹編であること、『万国憲法比較』（1902年）の目録には75の国と地域が記されており、そのなかの３番目に「イギリス」が記されていることである。

表1

	著者	題名	出版社・出版年	その他
1		各国憲法大綱 ［各国宪法大纲］	作新社・1902年	著者不明
2	周遠編著	憲法精理 ［宪法精理］	広智書局・1902年	
3	日本衆議院訳、汪有齢重訳	欧米各国憲法 ［欧美各国宪法］	伝経楼刻本・1902年	
4	（日）辰巳小次郎、戢翼翬訳	万国憲法比較 ［万国宪法比较］	商務印書館・1902年	
5	出洋学生編訳所訳述	各国憲法略 ［各国宪法略］	商務印書館・1902年	
6	（日）川澤清太郎	各国主権憲法対照 ［各国主权宪法对照］	政治学報・1902年	翻訳者不明
7	（米）Young John Allen［林楽知］、範諱編	英国治法要略 ［英国治法要略］	広学会・1903年	
8	（英）［俾芬路的］、林廷玉訳	英国憲法及政治問答 ［英国宪法及政治问答］	新民訳印書館・1903年	著者名英文表記不明
9	（日）井上圓了、林廷玉訳	欧米政治記原 ［欧美政治记原］	新民訳印書館・1903年	
10	（日）末岡精一	比較国法学 ［比较国法学］	商務印書館・1906年	翻訳者不明
11	（日）美濃部達吉、張孝慈等編	比較憲法 ［比较宪法］	秀光社・1907年	
12	（独）W. Jellinek［埃里捏克］、林万里等訳	各国憲法源泉三種合編三編［各国宪法源泉三种合编三编］	中国図書公司・1908年	
13	（米）Gilbert Reid［李佳白］講述、王振元・厳善坊編訳	欧米強国憲法集 ［欧美强国宪法汇编］	華美書局・1909年	
14	（英）［威克斯］、徐惟岱訳	英国憲政輯要 ［英国宪政辑要］	広学会・1909年	著者名英文表記不明

記録によると、1915年６月、中国の知識界ではマグナ・カルタ700周年を記念する活動が行われた。章士釗が秋桐というペンネームを用いて執筆した文章「説憲」は、マグナ・カルタ700周年を記念するものであり、そこには「彼らのいわゆるマグナ・カルタは是なるものである。これが成立すると、欧州に自由が芽生え、順々に伝わっていった。従って、これは自由の祖、或いは自由の神とも呼ばれ、現在では既に700年である。

この700年間、自由の花は、一年一年変わらず咲いている。これは貴族より賜ったものであるが、英国人だけがこれを享受するのではなく、全世界が均しくこれを享受する」[10]と記されていた。このことからも明らかなように、マグナ・カルタの当時の学術界への影響は軽視できないものであり、学術界に情報と経験を提供し、「世界の法治の伝統」を理解させたのである。

3．マグナ・カルタと大学教育

1897年以前に設けられた教育機関、例えば京師同文館（1862年）、福州船政学堂（1867年）、上海広方言館（1867年）、益智書会（1877年）、万木草堂（1891年）、強学会（1895年）は、同時に翻訳機関でもあり、英国の歴史、政治や法律に関する書籍を含む多くの洋学の書籍を翻訳した。この過程において、英国のマグナ・カルタについて討論或いは研究がなされてきたはずである。しかし、これらの教育機関の規則［章程］のなかに、未だ憲法の科目［課程］或いは英国憲法の科目を見出すことはできていない。

文献記録によると、憲法の科目を最も早く設けたのは、時務学堂である。1897年、梁啓超は時務学堂の総教習に就任し、「湖南時務学堂学約十章」と「時務学堂功課詳細章程」を起草した。そこには「洋学は憲法官制に帰する」と記され、公法学が内公法と外公法に分けられ、憲法は内公法に属するとされ、『佐治芻言［佐治刍言］』、『英律全書［英律全书］』、『英国史記［英国史记］』のような「専門的に優れた書」が挙げられていた[11]。梁啓超は、『佐治芻言』において、括弧を用いて「これは憲法学の書であるが、学者は誰もが読むべきであり、今これを読まなければならない」[12]と特に明記していた。又、名称から判断すると『英律全書』と『英国史記』の２冊は、マグナ・カルタの内容について検討していたはずであり、更にはマグナ・カルタの中国語の翻訳文を掲載していたはずである。

---

[10] 秋桐「说宪」甲寅1915年第８期、１頁。

[11] 王健『中国近代的法律教育』（中国政法大学出版社、2001年）164頁。

[12] 同上、165頁。

天津中西学堂は、1895年に創設された。その学堂規則には憲法に関する科目は記されていなかったが、実際の講義には「英国憲章［英国宪章］」という科目が設けられていた。このように判断した直接の根拠は、1900年の王寵恵の卒業証書にある。王寵恵は、1895年に天津中西学堂に入り勉学に励み、1899年に卒業し、1900年初に卒業証書を授与された本校の第１期卒業生である。王寵恵の卒業証書には、「欽字第一号」という番号が付され、学習した15の科目[13]が記されていた。そのなかで「英国憲章」は、12番目に位置していた。これらの科目が実際に開設された順に並べられていたならば、「英国憲章」という科目の開設時期は、1898年末から1899年初ということになる。これら15の科目のうち、英国法を専門的に講じているのは、「英国契約律［英国合同律］」、「英国犯罪律」、「英国憲章」の３科目である。これらの科目を踏まえると、「英国憲章」という科目は、マグナ・カルタを専門的に講じるものではないと推測することができる。「英国憲章」とは、全ての英国の憲法を指すものであるが、そのなかでマグナ・カルタの内容に触れていたはずである。英国の憲法について講じられたのであるならば、何故「英国憲章」という名称を使用したのか、更に研究を深める必要があろう[14]。

その後、憲法科目が各学堂の規則に続々と設けられるようになった。例えば、1901年に南洋公学は政治班を設け、その科目として憲法を加

[13] この15の科目とは、英文［英文］、幾何学［几何学］、八線学［八线学］、通商約章［通商约章］、律法総論［律法总论］、ローマ律例［罗马律例］、英国契約律［英国合同律］、英国犯罪律［英国犯罪律］、万国公法［万国公法］、商務律例［商务律例］、民間詞訟律［民间词讼律］、英国憲章［英国宪章］、田産易律例［田产易主律例］、船政律例［船政律例］、听訟法則［听讼法则］である。『北洋大学――天津大学校史』（天津大学出版社、1990年）７頁参照。

[14] 考えられる原因は、当時、憲法という単語は多くの人に使用されていたが、普遍的に受け入れられてはいなかった、ということである。多くの人がなお「律」を習慣的に使用し、「法」を使用しなかったことも同様である。例えば、「英国契約律［英国合同律］」であって「英国契約法［英国合同法］」は使用されなかったこと、「民間詞訟律」であって「民事訴訟法」は使用されなかったことが挙げられる。

え[15]、1902年に京師大学堂進士館、訳学館そして仕学館の規則には憲法という科目が規定された。更に、これを基礎にして「憲法史」や「比較憲法」といった科目が設けられるようになった。例えば、1903年に天津中西学堂は、北洋大学堂に改称し、「憲法史」という科目を新たに設け、「憲法」と一緒に並ぶことになった。同じく1903年に、京師大学堂進士館は「各国憲法」という科目を設けた[16]。そして1905年には「修訂法律大臣・伍廷芳による法律学堂を設ける為の上奏［修订法律大臣伍廷芳为请设法律学堂事折］」により「各国憲法」が主要科目となり、1909年には「憲政編査館大臣・奕劻による貴胄学堂を設けて規則を定める為の上奏［宪政编查馆大臣奕劻为遵设贵胄学堂拟定章程缘由奏折］」では「比較憲法」という科目の設置が主張された[17]。

この他に、1901年以降の各学堂の規則には、憲法という科目と政治学という科目が一緒に並ぶことになった。このことが意味するのは、政治学という科目が比較的早く設けられたとしても、憲法が強い政治性を有していたとしても、中国において、憲法という科目は、最初から政治学という科目とは異なる学術的独自性を有するとされていた、ということである。

三　マグナ・カルタと人類の法治の未来

人類の法治は、既に800年の歴史を歩んできた。800年後の今日、法治の理想と現実が衝突しようとも、法治は、既に人類共同体の共通の価値観となり、最も結束力を有する社会の共通認識となっている。我々の生活は、21世紀の文明社会において、幸福と理想を絶えず追求し、人間の尊厳という偉大な普遍的な価値を受け入れているのである。しかし他方で、人類は恐怖と不安のなか、経済と科学技術の発展に伴い、強大な物質文明を前にして、人間の尊厳と自由を隅に追いやっているので、我々

[15] 王・前掲註11、161頁。
[16] 李貴連等編『百年法学――北京大学法学院院史』（北京大学出版社、2004年）23頁。
[17] 叶志如「清末筹办贵胄法政学堂史料选载」历史档案1987年第４期、43、47頁。

の生活は、法治の理想と現実の衝突のなかにある。様々な衝突に直面するなか、第二次世界大戦の教訓を踏まえると、我々法学者も、強力な法治の力を用いて、如何にして正義と平和の秩序を守っていくかについて改めて考える必要がある。

我々がマグナ・カルタを記念する目的も、人類が直面している課題と法治の未来について、共に考えていくことである。マグナ・カルタの清末における翻訳と伝播の過程には２つの特徴がみられた。第一に立憲派が功績を鼻にかけたことであり、第二に日本の学術界の影響が大きかったことである。清末の新政において、憲政を模倣し、欽定憲法大綱を公布した背景には、マグナ・カルタが清末の新聞や定期刊行物、学術著作物、法政学堂や大臣による上奏に頻繁に現れ、徐々に中国憲法学の伝統の重要な構成要素になっていった、ということがある。そして、100年余り前、学者達は、マグナ・カルタ700周年を記念し、中国における学術の伝統をはっきりと示した。当時、我々がマグナ・カルタを記念したことには、重要な意義があった。今も、我々は相変わらず公権力の濫用、社会における共通認識の欠如という社会問題に直面している。解決策は、すなわち法治を通じて共通認識を形成することである。我々は、傍観者の立場で他者の歴史を論評すべきではなく、これを中国における学術の伝統の一部として、清末以降の中国における足跡を辿り、その学術的遺産を整理し、開放的な意識で法治の未来への発展を客観的に評価すべきなのである。

我々は、法治の価値を伝承し、法治の発展が直面する課題を理性的に判断する必要があると同時に、将来の法治を展望する責任もある。更に100年後、200年後、我々の子孫達がマグナ・カルタ900周年、1000周年を記念するとき、人類の法治の状況は、どのように変化しているのだろうか？我々がマグナ・カルタの現代的価値を検討することは、学術的な共通認識を深めることを助け、法治の価値を分かち合い、法治の発展と進歩を促し、「人類運命共同体」を構築するための法治の保障を提供することになるのである。

研究ノート

「法の抑止」と「法的社会化」

松　村　良　之

はじめに：本稿の経緯

本稿は、他の出版企画のために提出したが出版には至らなかった「法の抑止・死刑／遵法意識と刑罰意識」、「法的社会化」と題する２つの短い原稿からなる①。この２課題についての企画者の位置づけは必ずしもはっきりしないが、ここで、「法の抑止」と「法的社会化」を並べると、前者は外的な強制による法の遵守を、後者は内発的なそれをそれぞれ理論化したものであり、両者を関連づけて説明するのが適切であろうということが分かる。

そして「法の抑止」「法的社会化」は、いずれも法社会学にとって重要な課題であるが、この問題を真正面から論じた日本語文献はごく少ない。従って、2000年代初頭に脱稿した原稿ではあるが、現在でもそれなりに意味があると思い②、ほぼそのままの形で掲出することにした③。

① 前者の項目について、本稿のタイトルでは「法の抑止」とのみ表記した。なお、筆者が担当したそれ以外の課題は、本稿では掲出されていない。

② 本稿では、法的社会化を認知発達的アプローチと社会的学習理論の対比で議論している部分がある。しかし、法的社会化と深く関連する、道徳についての心理学の理論はここ10数年で大きな変化があった。現在、心理学では、道徳的判断において理性よりも直観を重視する立場が有力となってきている（このあたりの状況の概観については、唐沢穣「社会心理学における道徳的判断研究の現状」『社会と倫理』28号、2013:85－99参照）。本稿の理解にあたっては、その点を留意する必要がある。また、規範学習と関連して、社会学習

理論におけるバンデューラの観察学習の説明がなされているが、その後のニューロサイエンスの発展を踏まえると、現在では、ミラーニューロンをはじめとするニューロサイエンスの観点からの言及が必要であろうと思われる。

③　もともと学生読者向けの企画であったので、引用・参考文献は邦語文献を中心とし、その数も最小限に抑えた。また、引用文献という形はとらず、参考文献という形をとり、引用が必要な箇所は、直接、当該文中に文献を示した。

1．法の抑止

（1）序―法の抑止 deterrence：古くて新しい問題

法と刑罰の威嚇によって、人々を犯罪に至らしめないという考え方は刑罰の歴史とともに古く、応報とともに刑罰の主要な目的であった。そして、近代刑法学の歴史においては18世紀から19世紀にかけて、ベッカーリア、フォイエルバッハ、ベンサムらがこのような立場を理論的に基礎づけ、洗練させた（ベンサムは、後に述べる犯罪の経済学の観点からも重要である）。しかしその後、19世紀後半から20世紀前半にかけては、矯正思想の普及に伴い、抑止を強調する立場は有力ではなくなる。さらに、法学に加えて、社会科学の領域（社会学、犯罪学など）においても、刑罰の犯罪抑止力については懐疑的であった[1]。

しかしながら、1960年代のアメリカにおいて、刑罰の犯罪抑止力についての実証的研究が盛んとなった。それは、60年代に入ってはじめて連邦規模で犯罪統計が整備されたことと犯罪の経済学の勃興（ベッカー G.Becker に始まるとされる）に加えて、1972年に連邦最高裁判所で死刑の違憲判決（Furman vs. Georgia）が出され、死刑の抑止力ひいては刑罰の抑止力が社会的関心を呼んだことによる。以下、米国の議論の発展を中心に、抑止刑の考え方について説明しよう。

[1] たとえば、古典社会学者デュルケーム（E. Durkheim）は「刑罰は罪人を矯正したり、犯罪をまねるおそれのあるものをおどかしたりすることに役立つのではない。（中略）　刑罰の本当の機能は、共同意識にその全生命力を保たせて、社会的凝集を無疵のままに確保しておくことである。」と述べている（『社会分業論』田原音和訳、1971、青木書店 :105。なお原著は1893）。

（2）広義の抑止と狭義の抑止

（犯罪の）抑止 deterrence は、広い意味では、犯罪に対して何らかの妨げになるように力が働くこと全般を意味する言葉であるが、狭い意味では犯罪を刑罰の威嚇によって防止することと定義できる。つまり、個人のパーソナリティの内部的理由によって犯罪がなされなかった場合と外部的理由によって犯罪がなされなかった場合を分け、後者の場合のみを抑止と呼ぶのである。犯罪統制手段を行使する法執行機関は通常狭義の抑止を念頭においているという理由で、狭義の抑止の概念が支持される。

刑事司法の分野における抑止の概念を定式化したのは1970年代初頭にジムリング（F.Zimring）によってであるが、ジムリングは、狭義の抑止を単純抑止 simple deterrence と呼び、それ以外の広義の抑止に含まれる他の心理的メカニズムとして、(a) 正しいことと悪いことの教え手としての刑罰、(b) 遵法行動への習慣形成としての刑罰、(c) 法に対する尊敬を生ぜしめるメカニズムとしての刑罰、(d) 法への同調の付加的な理由としての刑罰、の４つをあげている（Zimring, F., *Perspectives on Deterrence*, National Institute of Mental Health, Center for Studies of Crime and Delinquency, 1971:1-6; Zimring, F. and Hawkins, G., *Deterrence:The Leagal Threat in Crime Control*, University of Chicago Press, 1973:70-89）。社会学的なマクロなレベル（そこでは、抑止は法の遵守率によって測定される）において抑止を取り扱う場合、単純抑止を他の心理的なプロセスから識別することは不可能であるから、このような広義の抑止の定義も維持されることになる。なお、広義の抑止を考えたとき、本項目の企画当初のタイトルにある「遵法意識、刑罰意識」と問題がつながることになる。

（3）抑止の関連概念と抑止のプロセス

刑法学における一般予防と特別予防に対応して、抑止には、一般の人々を対象とする一般抑止と刑罰を受けた当該の人を対象とする特別抑止がある。ここでは一般抑止について述べる。なお、刑法学における特別予防は狭い意味の抑止に加えて、矯正、不能化（収監隔離効果）を含んだものであり特別抑止より広い概念である。抑止の関連概念として、全抑止（total deterrence）と限界抑止（marginal deterrence）の区別が重要である。限界抑止は、理論的には、経済学にならって、全抑止の変化率であるが、通常はより広い意味で、あるタイ

プの威嚇と他のタイプの威嚇を比較（たとえば死刑と終身刑）する場合に、限界抑止という言葉がもちいらる。そして、実際問題となるのは限界抑止である。

抑止のプロセスは、(a) 刑罰法規の存在それ自体による場合、(b) 法執行（逮捕、有罪の宣告、収監など）による場合、(c)（b）と区別された警察活動（パトロールなどの警察力の可視性）による場合（警察力の可視性は逮捕の増大と結びつかなくても、それ自体で抑止効果がある）の３つを区別しなければならない。

（4）抑止効果の研究概観（1）―集合的データを用いたもの

もっとも有力な研究方法は、犯罪統計、行刑統計などの集合的データ（たとえば州の犯罪率―殺人など７つの指標犯罪についての―などの統計量）を用いたものである。そこでは観察単位は州（場合によっては、市、郡など）である。サンクション変数としては、刑罰の確実性（収監率、逮捕率など）、刑罰の厳格性（刑期の平均、中央値など）がもちいられる（それに加えて刑罰の迅速性が用いられることもある）。そして、多くの場合、横断的なデータ（州が観察単位で50州について統計的方法で比較）が利用され、場合によっては、時系列的なデータが用いられる。

初期の研究ではプリミティブな統計的方法で、犯罪変数（たとえば殺人率）と、サンクション変数（たとえば収監率、刑期のメディアンなど）の関連が探求された。その後犯罪の経済学、すなわち計量経済学の手法を用いた研究がこの分野に侵入し、それまでの、サンクション変数を独立変数、犯罪変数を従属変数とみなして、通常の回帰分析（通常の最小２乗法）を用いて分析する方法を批判することになる。すなわち、経済学者は、犯罪変数とサンクション変数は同時的な関係に立つ（いずれもが内生変数であり、両者は相互的に影響し合う同時的な関係である。たとえば、収監率の減少は犯罪率を増大させる一方で、逆に、犯罪率の増大は刑事司法の資源の有限性から、収監率を減少させるかもしれない）から、通常の回帰分析では適切なパラメーター推定を行うことが出来ないと主張し、計量経済学の技法（たとえば、２段階最小２乗法）を用いて分析するようになる（この問題は、歴史的には、方程式の識別性の問題として、計量経済学の内部で議論されてきた大きな論点の１つである）[2][3]。

[2] この問題を計量経済学の技術的問題であると矮小化してはならない。犯罪の経済学においては、犯罪の問題は労働市場における職業選択の問題である（人

そして、計量経済学的抑止研究では、全体として言えば、刑罰の確実性は抑止の仮説を支持するが、刑罰の厳格性については、抑止効果ははっきりしない[4]。

（5）死刑の抑止力について

死刑は刑罰の厳格性の一種であるが、先に述べたように、死刑の違憲判決が出されたこともあり、ことさらに人々の関心を引いた。アーリック（I. Ehrlich）は、計量経済学的手法を用いて、1件の死刑が7、8件の殺人を抑止すると結論づけ、それは死刑の合憲を主張する司法省側の弁論趣意書の中に取り入れられた（その後、1975年に経済学の雑誌に掲載）。そして70年代から80年代にかけて多くの計量経済学的研究が行われた（死刑の抑止力については、アーリックの場合も含め時系列データ―場合によっては30年代まで遡る―を用いたものが多い）。そして、抑止力が存在しないとするものから、1件の死刑が100件以上の殺人を抑止するというものまで、多くの異なる推計結果が出されており、はっきりした結論は得られていなかった[5]。なお、2000年以降、横断的データと時系列データを組み合わせた研究（Panel Design）が行われるようになり、それらの研究は死刑の抑止力を強く支持している。

（6）抑止効果の研究概観（2）―政策実験（前後研究）

このタイプの研究は、法ないし法執行の変化、変更に伴う犯罪の変化を問題にする研究方法である。しかし、実験という観点から見た場合、当然のことな

は合法的市場にも犯罪市場にも参入する）。だとすれば、まさに需要と供給の問題であり、いずれも内生変数であるということになる。すなわち、経済学的なアイディアに立てば犯罪とサンクションの同時性は当然の帰結なのである。

[3] 統計データに基づく研究に対しては、暗数の問題などデータの信頼性、収監隔離効果の識別などの問題点が指摘されている。

[4] 日本においては法的管轄区域による法執行の差は考えにくいので、横断的データを利用した研究は困難であるが、時系列データを用いた研究はそれなりに可能である。具体的には、参考文献中の秋葉（1993）を参照されたい。

[5] なお、死刑の抑止効果については、遅延効果（死刑の実行の直後には殺人件数が減るが、その後その分を補うように増える）とか、残忍効果（死刑の実行によってむしろ殺人が増える）を指摘するものもある。

がら、統制群と実験群に研究対象者をランダムに割り当てた研究はほとんど存在せず、多くは単純な前後研究である。この分野では飲酒運転を中心とする交通法規の規制や法執行の強化の効果が数多く研究対象とされた。歴史的にもっとも有名な研究は1967年のイギリスにおける道路安全法（血中アルコール濃度0.08% 以上を違法にした）の施行に伴うものである（なお、飲酒運転の分野では、西欧諸国で規制が徐々に厳しくなり、その、法改正に伴い多くの前後研究がなされている）。そして、これらの研究で一般的に指摘されていることは、法執行が伴わなければ、法改正の抑止効果は持続しないということである。

（7）抑止効果の研究概観（3）―調査研究

潜在的犯罪者が刑罰を知覚しているということは抑止の基本的な前提であろう。しかし、人々が法と刑罰について不正確かつ曖昧な知識しか有していないことは、多くの研究の一貫した結論である。そして、調査研究で重要なことは、この研究方法においては刑罰の主観的知覚を扱うことができるということである。すなわち、調査研究では、研究対象者の刑罰についての主観的知覚と、何らかの意味の犯罪特性（自己申告犯罪など）との関連が追求される。多くの研究では、研究対象は少年であり、犯罪特性は、自己申告犯罪で測定されるというその性質上軽い犯罪（万引など）に限られている。そしていくつかの研究は、刑罰の確実性についての知覚と犯罪特性との間には負の相関があり、刑罰の厳格性の知覚と犯罪特性の間には関連が見いだされないことを示している。さらに、主観的知覚については、一般的な逮捕の可能性についての知覚ではなく、当該個人が犯罪を行った場合の逮捕の可能性についての知覚が抑止と強く関係することを示す研究がある[6]。

（8）遵法意識・刑罰意識

[6] 人々が刑罰について正確な知識を有していないことは多くの研究が示すとおりである。それと、集合的データを利用した研究（計量経済学的研究では、経済学における合理人の仮定の意味を問うことにもなる）との関係をどう理解するかは難しい問題である。ジムリング自身は、この問題について、特定の犯罪の刑罰を知っている人が人口の10%しかいないとしても、その10%の人々が刑罰の威嚇を必要としている人の大部分かもしれない、という常識的な答えを用意している。

この問題は（2）で述べた言葉で言えば、広義の抑止、すなわち、刑罰の「道徳的」「教育的」「社会化をもたらす」「態度形成」「規範強化」などの用語で呼ばれている機能（Andenaes, 2002:508。参考文献欄参照）の問題である。そして、この広義の抑止は、ドイツ刑法学で近年言われている積極的一般予防に対応していると思われる。すなわち、消極的一般予防が刑罰の威嚇によって犯罪を予防するのに対し、積極的一般予防では、刑罰を通じて規範遵守の重要性を公的に確認することにより、市民の規範遵守意識の強化と規範秩序への信頼をもたらすことによって犯罪を予防するのである。このような遵法意識の強化には、第1に、ある程度の時間が必要とされる。Andenaes（2002:513）は、英国の人々の、立法の前後での飲酒運転についての態度調査と、ノルウェーの場合（同種の規制がすでに40年間続いていた）を比較してこのことを示している。第2に、法による威嚇だけでは不十分で刑罰の実行が必要とされるだろう（刑罰の実行は次段に述べる社会的学習における刺激とかモデリングにとって意味を持つであろう）。

そしてこのような「規範強化」は心理学的には、外部（ここでは法や刑罰）から喚起されたり抑制されていた行動が、自己の内的統制のもとに置かれること（内面化）である。その学習メカニズムについては、社会的学習についてのいくつかの理論、たとえば、バンデューラ（A. Bandura）が概念化した社会的学習理論（社会的認知理論）や、エイカーズ（R. Akers）の分化的接触強化理論が参考になるであろう（2．法的社会化参照）。

2．法的社会化

（1）法的社会化 legal socialization の概念

社会化とは、個人が社会の成員として参加することを可能にするような知識・価値・規範・スキル・行動性向などを獲得していく過程であり、社会学、心理学、政治学などで広くもちいられている概念である。そして、法の領域における社会化、すなわち個人が法システムの一員として社会に参入する過程が法的社会化である。法的社会化は、個人の発達という観点から見れば、法的発達 legal development と呼ぶこともできる。

法的社会化という言葉は、政治的社会化にならって、タップ（J. Tapp）によって作り出されたが、法的社会化研究は、政治的社会化研究と心理学における道

徳的発達研究の学際領域の研究として70年代前半には、その言葉とともに認められるに至った[7]。

（2）政治的社会化研究の影響

政治的社会化研究とは政治的信念、政党への愛着心、政治的権威のイメージ、統治機構の理解、コミュニティー意識などを子供がどのように発達させていくかについての研究であり、アメリカ政治学の中で1950年代の終わりに始まった。しかしそこでの社会化概念が受動的なものであると批判され、70年代には衰退していく。政治的社会化と法的社会化は権威体系への社会化という点で共通であり、問題関心とか基本的な理論枠組（社会化のモデル、社会化のエイジェントなど）にとどまらず、個別の論点においても、政治的社会化研究の法的社会化研究への影響は大きい。たとえば、一部の政治的社会化研究は、上述のコミュニティ意識の延長線上の研究として、権利の観念と深く結びつく個人の自由について考察している（個人的効用ではなく社会的有用性という理解がいつ可能になり、さらに、社会的有用性と対立する原理である、個人の自由がいつ理解可能になるかなど）。また、青少年の、市民的自由に対する態度（政治的少数者の市民的自由に対する寛容の問題）とか法的権威（例えば警官）への態度などが取り上げられている。さらに、政治的学習は、行政、立法、司法の順で進む、すなわち、具体的で可視的なもの、パーソナルなものから、抽象的でパーソナルではないものに進むことが知られているが、それは一般の人々がなぜ法的知識が低いかを説明することになる。

（3）法的社会化を説明する２つの心理学理論

法的社会化は、規範とか道徳についての学習、発達と深く関連する。そのような観点からは、２つの心理学理論が有力である。

（ｉ）一つはピアジェ（J. Piaget）に始まり、コールバーグ（L. Kohlaberg）によっ

[7] 日本では言葉自体なじみがないかもしれないが、2001年に出版されたもっとも権威ある大規模な社会科学の辞典である *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*（編集代表 N. Smelser and P. Baltes、全26巻）、ELSEVIER では、Sociology of Law の項目の中で Legal Culture and Legal Socialization が大きなテーマとしてあげられている。

て1960年代後半に定式化された認知・発達的理論である。そこでは、道徳についての認知的側面（道徳的判断の能力）に着目し、道徳的態度の発達において、年齢の経過に伴う認知構造の再組織化を想定している。つまり、道徳的判断について「発達段階」を想定している。そして、コールバーグ自身は３水準６段階からなる発達段階を示した[8]。タップは、コールバーグの道徳的発達段階が、法と法的正義の概念の発達に当てはまることを示した。さらに、メルトン（G. Melton）は、権利の観念の発達も、道徳的発達・法的発達とパラレルであることを示した。

（ⅱ）規範・法の学習は社会的学習（社会的な影響が人の思考、感情、行動を変容させるプロセス）の一つであるが、このようなプロセスを説明するもうひとつの心理学理論は行動主義心理学に起源を持つ。その中で、60年代にバンデューラ（A. Bandura）が概念化した社会的学習理論（社会的認知理論）が重要である。そこでの中核的概念はモデリングであり、他者の行動とその結果の観察、そして動機づけを通じて、他者の行動パターンや反応レパートリーが獲得される。そこでは、学習者の反応や強化（賞罰によって条件づけを強めること）が必要とされないのであり、条件づけではなく、認知活動の重要性が強調される。

従って、社会的学習理論は法的社会化を探求する場合の理論的な枠組みとして有用であろう。しかし、法的社会化固有の問題について、社会的学習理論の立場に立つ研究は乏しい。ここでは研究の可能性を指摘するにとどめる[9]。

---

[8] コールバーグは道徳的ジレンマに対する実験参加者の反応を分析し、６段階（３水準）からなる以下の道徳的発達段階を示した。

１　前慣習的水準　第１段階　罰と服従への志向　第２段階　道具主義的な相対主義志向（ある種の快楽主義）

２　慣習的水準　第３段階　よい子志向　第４段階　法と秩序への志向

３　脱慣習的水準（自律的水準、原則に基づいた水準）第５段階　社会契約的な観点からの法律尊重志向　第６段階　普遍的倫理原則への志向

[9] なお、行動主義心理学に起源を持つ、法的社会化にとって重要な理論として、エイカーズ（R. Akers）の分化的接触強化理論（道具的条件づけの概念をサザランドE. Sutherlandの分化的接触理論に結びつけたもの）の存在も指摘しておこう。なお、数少ない研究として、法的社会化における認知・発達的理論と分化的接触強化理論の有用性を比較した、コーン（E. Cohn）とスーザン

（4）法的社会化研究の意義

法意識研究は日本の法社会学の中心的問題関心の一つである。法的社会化研究の意義としては、第１に、それが法意識の形成を理論的に説明することを可能にしたという点を指摘すべきであろう。法的社会化研究は法意識研究の出発点である、川島武宜の「順法精神」と問題関心を共有しているのである[10]。

第２に、法的社会化は、法への同調にとどまらず、法利用（契約の締結など）、権利主張、法参加（裁判員など）、法形成（その極端な場合が慣習法の形成）など法と関連した態度と行動の積極的な側面をも統一的に扱うことを可能にしたのである。そして、現在、日本では法化社会を前にして、法教育が強調されているが、法的社会化は法教育という実践的な課題の理論的基礎を提供するのである。

（5）補足：職業的社会化と法曹

社会化の下位概念として職業的価値とか職業的スキルを獲得していく過程を職業的社会化と呼ぶ。法領域における職業的社会化の問題は、法科大学院で法曹を養成するという制度の導入と法曹人口の増大に伴って、今後大きな意味を持つと思われる。

参考文献

１．について。抑止刑全般については、宮澤節生「法の抑止力」木下冨雄・棚瀬孝雄（編）『法の行動科学　応用心理学講座５』福村出版、1991:284-307、松村良之「刑罰による犯罪の抑止―アメリカにおける経済学的研究を中心として」北大法学論集、33（1, 3, 6）、1982、1983:282-297、956-1016、1654-1696、所一彦「抑止刑再論―威嚇と条件づけ―」芝原邦爾・西田典之・井上正仁（編）『松

（O. Susan）の研究がある（*Legal Socialization: A Study of Norms and Rules,* Springer-Verlag, 1990）。

[10] 川島武宜「順法精神」同『近代社会と法』所収、1959年。同論文の初出は1946年であり、その後の法意識研究の出発点とされる。その中で川島は、自発的順法精神の基礎になる法規範へ拘束の自発性を、生来的なものではなく結局は教え込みによってパーソナリティの中に定着させられたもの、と述べる。なお、1982年版（『川島武宜著作集第４巻』）では明示的に、上記叙述の中でかっこ書きで「社会学者のいわゆる "socialization"」という語句が挿入されている。

尾浩也先生古稀祝賀論文集　上巻』有斐閣、1998:98-117参照。抑止のうち、犯罪の経済学については、秋葉弘哉『犯罪の経済学』多賀出版、1993、積極的一般予防については、伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田雅章他（編）『刑事法学の総合的検討（上）―福田平・大塚仁博士古稀祝賀』有斐閣、1993:299-329を参照。

なお、英語であるが、刑事司法のもっとも信頼できる大規模な百科辞典である、*Encyclopedia of Crime & Justice*、2nd ed.（全４巻。J. Dressler 編集代表）、2002中の「Deterrence」の項目（pp.507-514、J. Andenaes 著）、さらに、S. Lab, *Crime Prevention: Approaches, Practices and Evaluations*. 6th ed., LexisNexis, 2007中の Ch.8. General Deterrence なども参照されたい。２．については、松村良之「個人の法的発達」上原行雄・長尾龍一（編）『自由と規範―法哲学の現代的展開』東京大学出版会、1985:257-280、松村良之「正義と公正」棚瀬孝雄（編）『現代法社会学入門』法律文化社、1994:296-322をあげるにとどめる。

研究ノート

身分犯概念の再構成と その具体的内容をめぐる考察（1）

岡　部　天　俊

目　次

第１章　はじめに
第２章　従来の判例および学説の状況
　第１節　判例
　　第１項　主観的要素
　　　第１款　大審院期
　　　第２款　最高裁判所期
　　　第３款　小括
　　第２項　消極的な主体要素
　　　第１款　大審院期
　　　第２款　最高裁判所期
　　第３項　法文上明示されない主体要素
　　第４項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが
　　　問題となる要素
　第２節　学説
　　第１項　身分犯の一般的意義
　　第２項　主観的要素
　　第３項　消極的な主体要素
　　第４項　法文上明示されない主体要素
　　第５項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが
　　　問題となる要素　（以上、本号）
第３章　身分犯概念の再構成
第４章　特別犯（Sonderdelikte）概念と身分犯概念
第５章　身分犯概念の具体的内容
第６章　おわりに

第1章　はじめに

身分犯という犯罪類型は、正犯論および共犯論との関係において、様々な論点を創出する契機となっている。たとえば、身分を備えない者（以下、非身分者という）は身分犯の正犯たり得るのか、身分を備える者（以下、身分者という）が非身分者を道具とする間接正犯たり得るのかといった論点や、刑法65条1項と2項とでなぜ身分の取扱いが異なるのか、身分者による正犯に非身分者が共犯として関与した場合をどのように取り扱うかといった刑法65条をめぐる論点はまさしくその例である。しかし、そうした問題を検討するにあたっては、まず前提として、そもそも身分犯とはどのような犯罪類型を意味しているのか、あるいは、身分犯という犯罪類型を標識する身分という要素はどのようなものであるのかを明らかにせねばならないであろう。なぜならば、身分犯概念の解明を置き去りにして身分犯をめぐる諸問題を検討することは、検討の対象となる領域が不明であるまま検討を進めることを意味し、机上の空論となりかねないだけでなく、身分犯概念が解明されることによって、身分犯の取扱いとその他の犯罪類型の取扱いとの相違が明確に浮かび上がってくるはずだからである。ところが、これまで身分犯概念の全容は解明されたとは言い難く、むしろ今なお混沌とした状況にあると思われる。そこで、正犯論および共犯論における身分犯の取扱いをめぐる理論を構築していくにあたっては、まずはその基礎として、身分犯概念を解明する必要があろう[1・2・3]。

周知の通り、判例は、刑法65条における身分について「男女の性別、内外国

[1] 日高義博「共犯と身分」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（成文堂、2014）754頁。

[2] こうした問題意識から、本稿の検討対象は必ずしも刑法65条における「身分」に限定されるものではない。なぜなら、刑法65条は、身分犯という犯罪類型を標識する身分という要素の存在を前提とした上で、一定の身分―犯罪行為を構成する身分（同条1項）および刑の軽重を生ずる身分（同条2項）―について取り扱う規定であり、あらゆる身分を取り扱う規定ではないからである。本稿は、刑法65条の「身分」にとどまらず、身分概念の全容を明らかにしようとするものである。

[3] 身分犯概念の解明は、こうした理論的意義のみならず、刑法65条の適用の可否を明らかにするという意味で実践的意義をも有している。

人の別、親族の関係、公務員たる資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称するもの」[4]と定義しており、後述のように、通説もほぼ無批判的にこの基準を支持してきたと言ってよいであろう。この定義自体についても後に検討を加えることになるが、仮にこの定義が妥当であるとしても、これは様々な身分を一括して定義するもので極めて抽象的であるため、これのみによって個別具体的な要素の身分性を判断することには無理があるであろう。そのため、たしかに、身分の定義が、あらゆる身分に通底するものであるという意味において極めて重要であるが、身分性が問題となる局面の類型ごとに身分性を判断するための下位基準がなければ、個別具体的な要素の身分性を判断することはできないであろう[5]。そうした下位基準を用意することなく、身分の定義だけを身分性判断に用いるのであれば、一身的な性格を示すあらゆる要素が身分概念に取り込まれてしまい、本来身分にあたらないはずの要素が身分とされてしまうおそれがある[6]。また反対に、本来身分にあたるはずの要素が身分にあたらないとされてしまうおそれもあるであろう。そうした事態に陥れば、身分犯概念の輪郭がさらに不明確となり、ひいては、正犯論および共犯論における身分犯の取扱いをめぐる理論の構築もますます混迷を深めてしまうように思われる。

そこで本稿は、以上のような問題意識をもとに、身分犯の定義を再検討することに加えて、身分性が問題となる個別具体的な要素についてその身分性を判断することを可能とする下位基準を導き出し、身分犯の具体的内容を解明しようとするものである。具体的には、まず、①わが国における判例・学説が身分犯概念をどのようにとらえてきたのかにつき検討を加える（第２章）。ここでは、従来身分性が問題となってきた局面を、主観的要素、ある身分を備えていない

[4] 最判昭和27年９月19日刑集６巻８号1083頁。

[5] 島田聡一郎「判批」法教248号（2001）90頁。

[6] 大越義久『刑法総論』（有斐閣、第５版、2012）209頁も判例の定義について、「すべての犯罪が身分犯ということにもなりかねないほど、刑法65条の身分を広範に捉えている」と指摘する。また、照沼亮介「共犯と身分（１）」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第７版、2014）184頁も判例の定義について、「この定義を字義とおりに解すれば、犯罪成立要件としていかなる性質を有しているかに関わりなく一切の主観的・客観的事情が身分とされることになりかねないであろう」と指摘する。

という意味での消極的な主体要素、法文上明示されない主体要素、構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素の４つに類型化し、それぞれにおいて判例・学説がどのような点に着目して身分性判断の結論を導いてきたのかについて分析を加える。これにより、従来の判例・学説が、個別具体的な要素の身分性を判断する際に、必ずしも指導原理に収束することのない場当たり的な検討を行ってきたことを明らかにする。その上で、②身分犯とは何か、つまり身分犯の定義について、刑法65条を手がかりに再検討する（第３章）。これが、個別具体的な要素の身分性を判断するための下位基準を導き出す上での指導原理となる。次に、そうした下位基準の検討へと移る前に、身分犯概念をめぐる混乱の要因の一つが、長年にわたって身分犯概念がドイツおよびスイスにおける „Sonderdelikte“ と同視されてきたことにあるという問題意識から、③従来わが国における身分犯概念と同視され参考とされてきたドイツおよびスイスにおける Sonderdelikte 概念が、実際には身分犯概念と大きく異なるものであり、むしろわが国における身分犯概念はオーストリアにおける Sonderdelikte 概念と親近性を有するものであるという主張を展開する（第４章）。そして最後に、④身分性が問題となるあらゆる要素について、それぞれの下位基準を演繹した上で、それらの身分性についての検討を試みる（第５章）。それらの基準は、すべて同一の指導原理から導かれているものでありながら、身分性判断を明確にし、従来身分性判断のための決定的な基準が存在しなかった各領域に判断の指針を提供するものとなろう。

第２章　従来の判例および学説の状況

第１節　判例

判例は、刑法65条における身分につき「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称するもの」[7]と定義し、一

[7] 最判昭和27年９月19日刑集６巻８号1083頁。なお、この定義は、かつて大審院の判示した「男女の性内外国人の別親族の関係公務員たるの資格の如き関係のみに限らす広く一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係たる特殊の地位又は

貫してこれを用いてきた。そして、同条１項はその存在によってはじめて刑罰が構成されるところの構成的身分に関する規定、同条２項はその存在によって刑罰が加重または減軽されるところの加減的身分に関する規定であるとする立場から、たとえば、虚偽公文書作成罪（156条）における「公務員」[8]、偽証罪（169条）における「法律により宣誓した証人」[9]、収賄罪（197条以下）における「公務員」[10]、背任罪（247条）における「他人のためにその事務を処理する者」[11]、横領罪（252条）における他人の物の占有者[12]などを１項の身分とし、常習賭博罪（186条）における賭博常習者[13]、業務上堕胎罪（214条）における医師[14]、業務上横領罪（253条）における業務者[15]などを２項の身分としている。

とはいえ、上記のような広範な定義では当然、身分性を容易に判断できない要素も出てくる。そこで以下では、判例上身分性が問題となった要素を類型化し、①主観的要素、②（ある身分を備えていないという意味での）消極的な主体要素、③法文上明示されない主体要素、④構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素の順に、判例がその身分性につきどのような判断を行ってきたのかについて検討を加える[16]。

状態を指称するもの」（大判明治44年３月16日刑録17輯６巻405頁）という身分の定義を踏襲したにすぎないと考えられる（大越義久「身分犯における身分」神奈46巻２＝３号（2013）５頁）。

[8] 大判明治44年４月17日刑録17輯605頁。

[9] 大判昭和９年11月20日刑集13巻1514頁。

[10] 大判大正３年６月24日刑録20輯1329頁。

[11] 大判大正13年12月５日刑集３巻851頁。

[12] 大判明治44年３月16日刑録17輯６巻405頁、最判昭和27年９月19日刑集６巻８号1083頁。

[13] 大連判大正３年５月18日刑録20輯932頁。

[14] 大判大正９年６月３日刑録26輯382頁。

[15] 大判明治44年８月25日刑録17輯1510頁、最判昭和25年９月19日刑集４巻９号1664頁。

[16] 本稿の検討対象が刑法65条における「身分」にとどまるわけではないという点については、前掲注（２）参照。とはいえ、判例が身分犯という概念をどのように理解しているかという点を検討するためには、判例が刑法65条を離れて身分犯に言及することがない以上、ある要素が刑法65条における「身分」にあたるか否かが問題となった事例を検討する必要がある。

第１項　主観的要素

第１款　大審院期

（１）大審院大正14年１月28日判決[17]

おそらく主観的要素の身分性について初めて言及した判例は、大審院大正14年１月28日判決（以下、大正14年判決という）である。

事案は、次のようなものであった。

被告人Ｘは、借金を弁済させるためにＡ女（当時16歳）を芸妓として抱え置いていたが、同女は無断で逃走し所在不明となった。しかし偶然、被告人Ｙが、同女とその情夫とが書面の取次ぎを行っており、同女が実家にいることを知った。そこでＸは、被告人Ｚ方において、Ｙに対し、同女に右書面取次ぎに関し詰責した上で同女を自らのもとへ連れて来れば、報酬金として100円を与えると告げた。ここで被告人３名は、同女を強いてＸ方その他において芸妓稼業をさせそれによりＸの損害を補填するという利益を得る目的で同女を誘拐することを共謀し、Ｙが同女を誘拐した。

ここでは、誘拐行為の直接実行者であるＹと共同正犯の関係にあるＸおよびＺの罪責を検討する上で、刑法225条における「営利の目的」が刑法65条における「身分」にあたるか否かが問題となるが、この点について大審院は以下のように判示した。

「…Ｙに営利の目的ありたることは論なき所にして又刑法第225条の営利の目的は同法第65条第１、２項の犯人の身分には該当せざるに依り既に此の点に於てＸＺの行為はＹと同じく刑法第225条の営利誘拐の罪を構成するのみならず本来婦女をして芸妓稼業に従業せしめ之を原因として婦女の収得し又は調達し得たる金銭を以て婦女の自己に対する債務の弁済をさしむる目的の下に之を誘拐するは即ち営利の目的を以て人を誘拐するものに該当し其の受くべき利益が不法の利益なることは営利誘拐罪に於ける営利の観念上必要ならず本件の場合は被告人等がＡ女をしてＸ方若くは其の他に於て芸妓稼業を為さしめＸが前借金としてＡ女に交附したる600円の弁済を得てＡ女の逃走に因る損害を補塡する目的に出てＡ女を誘拐し来りて結局…Ｂ方にて芸妓稼業を為すべきことを要

[17] 刑集４巻14頁。

求しＡ女をしてＢと芸妓稼契約に基きＡ女がＢより得たる前借金550円を同人より被告Ｘに交付せしめたるものに係るを以て其の行為は営利を目的としたるものと謂うべく被告人等の目的が債務の弁済を為さしむるに在りたるが故に営利の目的を有せざるものと謂うを得ざるものとす故に原判決判示被告人等の行為は此点に於ても亦刑法第225条に該当するものと謂わざるべからず故に判示事実に対し同法条を適用処断したる原判決は正当にして論旨は理由なし。」（下線は筆者による）

本判決は、営利目的誘拐罪（225条）における「営利の目的」は、刑法65条における身分にはあたらないという判断を示したものである。とはいえ、本判決は、営利の目的が身分にあたらないと判断した理由を示していないことから、「身分」という文理からして、主観的要素は身分に該当しないという前提に立っていたものとも考えられるが、推測の域を出ない[18]。主観的要素の身分性についての判例の具体的な態度を理解するためには、その後の判例を検討するほかないが、後に検討する判例との比較において少なからぬ意義を有することになる[19]。

---

[18] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第２巻』（青林書院、第２版、1999）630頁〔川端博〕も、「本判決は、65条の身分にあたらないという結論を示すだけにとどまり、その理由を明示していないと解されるのである。おそらく、その前提として65条の身分の本質的要素として『継続性』を認めるかどうか、という問題を自覚的に検討してはいないであろう。ただ、直観的に『目的』は人格的特性を意味する『身分』にあたらないと判断したにとどまると推察されるのである」とする。

[19] なお、本判決は、直接実行者であるＹに営利の目的が認められる以上、そのＹと共同正犯の関係にあるＸおよびＺは、独自に営利の目的を有していなくても営利目的誘拐罪の共同正犯となるという考え方に立脚しているものと思われるが、補足的なかたちで、ＸおよびＺも独自に営利の目的を備えていたと評価できることを説明している。しかし、本件において、直接実行者ではないＸおよびＺが営利目的誘拐罪の共同正犯としての罪責を負うために、Ｙに営利の目的があれば足りるのか、あるいは、各々が独自に営利の目的を備えていなければならないのかは、解釈論上重要な問題であろう。この点については、本稿のテーマから逸れるため検討の対象としないが、今後の研究課題とする予定である。

（２）大審院昭和９年12月17日判決[20]

大審院が主観的要素の身分性について言及した第二の判例として、大審院昭和９年12月17日判決（以下、昭和９年判決という）がある。

事案は、次のようなものであった。

昭和９年５月19日、Ａ開催の春季競馬において、被告人ＹがＢほか１名の指定した競走馬が優勝した場合には同人らにＡと同率の払戻しを行い、優勝しなかった場合には賭金の９割を自己の所得とするという約旨のもと、Ｂらから賭金の交付を受け、もって同競馬の競争に関し業として賭事を行ったが、被告人Ｘは、「運送」と称する賭金の取次ぎ等の行為を行い、もってＹの犯行を幇助した。原審は、Ｘの行為につき刑法65条を適用することなく旧競馬法[21]14条３号の罪の幇助の成立を認めたが、これに対しＸ側が上告した。

弁護人は上告趣意の中で、旧競馬法14条３号が「犯人の身分により構成せられるべき犯罪」であることは明白であり、身分のないＸによる行為につき刑法65条を適用しなかった原判決は破棄を免れないと主張した。大審院は、以下のように判示して、上告を棄却した。

「競馬法第１条の法人の開催する競馬の競争に関し多数の者に対し財物を以て賭事を為したる者は同法第14条第３号に該当するも均しく競馬の競争に関し多数の者に対し財物を以て為すも業として之を為したるに非ざる者は刑法所定の賭博罪に触るるに過ぎず業として為すと否とに依りて処罰規定を異にし刑に軽重あるも業としてとは反復継続する意思を以て行う犯罪行為の態様にして其の特異の点は犯人に斯る特別の意思ありと云うに止まるを以て刑法第65条に所謂犯人の身分を為すものに非ず是れ常習としてと云う如き専ら犯人の個性に係るものと趣を異にする所なりされば被告人の原判示従犯行為に対しては競馬法第14条第３号刑法第62条第１項第63条を適用処断するを以て足り刑法第65条を適用すべきものに非ず。」（下線は筆者による）

本判決も、主観的要素である「業として」が刑法65条における身分にあたらないとの判断を示したのであるが、その判断の理由が示されている点で大正14年判決と異なっている。注目されるのは、「業として」という主観的要素が「犯罪行為の態様」であるとしてその身分性を否定した点である。このことから、

[20] 刑集13巻1743頁。

[21] 昭和23年７月13日法律158号により廃止。

大審院は少なくとも、「犯罪行為」自体の要素としての主観的要素の存在を認めていたということが窺われる[22]。もっとも、この時点で大審院が、「犯罪行為の態様」ではなく「犯人の個性」にあたる主観的要素の存在をも想定していたかは不明である。

第２款　最高裁判所期

（１）最高裁昭和42年３月７日判決[23]

昭和42年、主観的要素の身分性をめぐる判例の動向は新たな局面を迎えた。すなわち、最高裁が、昭和42年３月７日判決（以下、昭和42年判決という場合がある）において、麻薬取締法[24]64条２項にいう「営利の目的」が刑法65条２項における身分にあたるとする判断を示したのである。

事案は、次のようなものであった。

被告人Ｘは、麻薬を本邦で売却するという営利目的を有していた被告人Ｚから麻薬を本邦に密輸入することを依頼されたため、被告人Ｙ（第一審で有罪確定）と共に麻薬を本邦に密輸入した。ＸはＺに営利目的があることを知ってはいたものの、自身は営利目的を有していなかった。

本判決とは異なり、第一審および原審では旧麻薬取締法64条２項における営利の目的に刑法65条を適用するという取扱いは見られなかったため、まずは第一審および原審の判断を概観し、その上で、本判決を検討することとする。

---

[22] なお、「業として」の身分性は、無免許医業罪および無免許歯科医業罪などにおいても問題となり得るであろう。実際の判例において、これらが問題となり得たものがある（たとえば、大判大正４年10月４日刑録21輯1376頁、東京高判昭和47年１月25日判タ277号357頁、札幌高判平成20年３月６日公刊物未登載LEX/DB 文献番号28145248など）。無免許医業罪（医師法17条）も無免許歯科医業罪（歯科医師法17条）もそれぞれ「反復継続する意思をもって行うこと」を要求するからである。しかし、大審院昭和９年判決以外にこのことを正面から問題としたものはないように思われる。

[23] 刑集21巻２号417頁。

[24] 平成２年法律第33号により「麻薬及び向精神薬取締法」に題名改正。

（a）第一審[25]

第一審・神戸地裁は、以下のように判示して、Xらに対し営利目的麻薬密輸入罪（麻薬取締法64条２項）の共同正犯の成立を認めた。ここでは、刑法65条は適用されていない。

「麻薬取締法64条２項にいわゆる営利の目的とは、自己または第三者のために財産上の利益を得又は得させる目的をいい、必ずしも継続的、反復的に利益を図る目的を必要としないものと解するのが相当である。

……Zが、本件麻薬を本邦で売却しようとする営利目的で被告人Xに密輸入を依頼したことは明らかであり、また被告人Xは同人から借金をするなどして同人とはかなり親密な間柄であることが認められ、同被告人自身過去に密輸事件で処分を受けた前歴があり、被告人Yは被告人Xの本件の麻薬密輸入の意図を了知しながらこれに協力加担しているのであるから、これらの点から考えて、被告人らは当然、Zの右売却の目的を知悉していたものと認めるのが相当である。そうだとすれば、本件麻薬を密輸入することによって、被告人ら自身がどれだけの利益に均霑し、あるいはいくらの報酬を取得するかは必ずしも具体的に明らかではないけれどもZが、本件麻薬を本邦において売却しようとする営利の目的をもつていることを知つたうえで密輸入をした以上、少くとも、第三者に財産上の利益を得させる目的はあつたものというべく、麻薬取締法64条２項にいう営利の目的に欠けるところはないといわなければならない。」

こうして、第一審判決は、旧麻薬取締法64条２項にいう「営利の目的」が身分にあたるか否かの判断に立ち入ることなく、Xらも少なくとも他利目的としての「営利の目的」を独自に備えていたとして、営利目的密輸入罪の共同正犯の成立を認めたのである[26]。

（b）控訴審[27]

これに対して、Xは量刑不当を理由に控訴したものの、原審・大阪高裁は、第一審の判断を是認し控訴を棄却した。ここでも、刑法65条については言及されていない。

---

[25] 神戸地判昭和41年２月17日刑集21巻２号420頁。

[26] なお、前掲注（19）参照。

[27] 大阪高判昭和41年６月11日刑集21巻２号422頁。

「…所論にかんがみ記録を精査し案ずるに、被告人は原判示のとおり営利の目的（原判決説示の事実関係によれば、Ｚは予てより営利の目的で韓国船員を通じて本邦に麻薬を密輸入していたものであつて、本件麻薬も営利目的で本邦に輸入しようとの意図の下に被告人にその密輸入を依頼したものというべく、被告人はＺの右意図を了知しながらこれに協力加担し、本邦到着後、原審相被告人Ｙと共同して本件麻薬密輸入の実行々為をしたのであるから、被告人及びＹはＺと共謀共同正犯の関係にあるものと認められる。従つて、被告人につき営利目的を肯認した原判決は結局相当である。）をもって356グラム余りに上る多量の麻薬をＹと共同で我国に密輸入したもので、かかる多量の麻薬が我国にもたらすことあるべき害毒の甚大なる点に徴すると、被告人の本件犯行がＺからの依頼に基づくものであること、その他所論の事由を参酌しても、原判決の懲役10年の刑が重過ぎるとは考えられない……。」（下線は筆者による）

本判決は、「被告人は原判示のとおり営利の目的をもって…麻薬を…我国に密輸入した」とし、Ｘが（他利目的としての）「営利の目的」を固有のものとして備えていたかのような表現を用いている。しかし他方で、被告人Ｘに固有の「営利の目的」を認めた第一審判決を「結局相当」として、結論のみを支持することを示唆し、その理由として、Ｚに「営利の目的」が存することを認識しつつＺと共謀共同正犯の関係を構築したことを挙げている。そうすると、本判決はたしかに被告人Ｘが固有の「営利の目的」を有していたかのような表現を用いているものの、旧麻薬取締法64条２項における「営利の目的」を従属的に取り扱おうとした（つまり、通常の行為要素と同様に、正犯者にそれが存することを認識していれば、被告人にも営利目的での犯罪行為の共同正犯として罪責を問うことができると考えた）ものとも理解し得る[28]。いずれにせよ、ここでも刑法65条の適用は不要と考えられていたようである。

（ｃ）本決定

[28] 斉藤信治「身分の意義」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第２版、1984）179頁も、「第二審判決は、乙〔本稿ではＸ＝筆者注〕自身には営利の目的がなくても、また、その目的を第六五条の『身分』と解さなくても、共謀共同正犯理論によれば、全員に営利目的密輸入罪の共同正犯の成立を認めることができる、と考えているかのようである」とする。なお、前掲注(19)参照。

しかし、上告審･最高裁は、原審を破棄し、旧麻薬取締法64条２項にいう「営利の目的」が刑法65条における身分にあたり、自ら営利の目的を有していたわけではないＸには単純麻薬密輸入罪の共同正犯としての罪責のみが認められるという判断を示した。本判決は、営利の目的のような主観的要素は身分にあたらないという従来の一般的な考え方を改めたものであるという意味において、重要な意義を有するものである[29]。最高裁は、そうした判断の理由を以下のように判示している。

「麻薬取締法64条１項は、同法12条１項の規定に違反して麻薬を輸入した者は１年以上の有期懲役に処する旨規定し、同法64条２項は、営利の目的で前項の違反行為をした者は無期若しくは３年以上の懲役に処し、又は情状により無期若しくは３年以上の懲役及び500万円以下の罰金に処する旨規定している。これによつてみると、同条は、同じように同法12条１項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもつていたか否かという犯人の特殊な状態の差異によつて、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであつて、刑法65条２項にいう『身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ』に当るものと解するのが相当である。そうすると、営利の目的をもつ者ともたない者とが、共同して麻薬取締法12条１項の規定に違反して麻薬を輸入した場合には、刑法65条２項により、営利の目的をもつ者に対しては麻薬取締法64条２項の刑を、営利の目的をもたない者に対しては同条１項の刑を科すべきものといわなければならない。」（下線は筆者による）

本判決は、旧麻薬取締法64条２項の「営利の目的」を「犯人の特殊の状態」ととらえて、その身分性を肯定した[30]。この点は、「犯罪行為の態様」であることを理由に主観的要素たる「業として」の身分性を否定した大審院昭和９年判決との関係で注目される。すなわち、本判決の登場により、判例上、犯罪行為自体に属する主観的要素と行為者の人格に属する主観的要素の併存が肯定された

[29] 臼井滋夫「判批」研修227号（1967）84-85頁、坂本武志「判解」最判解刑事篇昭和42年度（1967）50頁。

[30] 以降の下級審裁判例も薬物犯罪における刑罰加重事情としての「営利の目的」を65条２項の身分と解している。たとえば、東京高判平成10年３月25日判タ984号287頁、福岡地小倉支判平成14年４月15日公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L05750552。

ことになると言えよう。

なお、本判決については、営利目的誘拐罪（225条）における「営利の目的」が刑法65条における「身分」に該当しないとした大審院大正14年判決との整合性が問題となる。この点につき本判決の調査官解説は、「営利拐取罪は、犯人に営利の目的がある場合に初めて成立する犯罪であって、営利の目的の有無によって刑に軽重の区別がある場合ではないから、これ〔大審院大正14年判決＝筆者注〕をもって、本件の営利の目的を身分に当たらない根拠とすることはとうていできないものである」[31]と説明しており、また、「もっとも、別に、営利の目的を必要としない、しかも法定刑の軽い未成年者拐取罪（二二四条）の規定もあるが、これは、未成年者についてだけ特別に成立する犯罪であって、拐取罪の一般的な規定ではない」[32]とも述べている。つまり、大審院大正14年判決では刑罰構成的な「営利の目的」が問題となったのに対し、本判決では刑罰加重的な「営利の目的」が問題となっているという点で、本判決と大審院大正14年判決とは抵触しない、ということであろう[33]。しかし、この解説はあくまでも、本判決が大審院大正14年判決と抵触しないことを根拠づけたものにすぎず、主観的要素の身分性の判断基準一般を示したものではない。本判決と大審院大正14年判決との関係については、後に検討を加える。

（d）その後の動向

その後、最高裁昭和57年６月28日決定[34]は、被告人Ｘが、被告人Ｙらが香港から本邦へ覚せい剤を持ち込み密売することを目的とする組織の一員であることを熟知しつつ、かつて同人に受けた恩義に報いるなどの気持ちから同人に協力して積極的に覚せい剤の譲渡しに加担したという事案において、以下のように判示して、Ｘにつき覚せい剤取締法41条の２にいう（固有の）「営利の目的」を認めた。

「弁護人Ａの上告趣意のうち、判例違反をいう点は、原判決の認定によれば、被告人は共犯者Ｙらが香港から本邦へ覚せい剤を持ち込み密売することを目的

[31] 坂本・前掲注（29）51頁。
[32] 坂本・前掲注（29）52頁。
[33] 十河太朗『身分犯の共犯』（成文堂、2009）298-299頁参照。
[34] 刑集36巻５号681頁

とする組織の一員であることを熟知しながら、かつて同人に受けた恩義に報いるなどの気持から同人に協力して積極的に本件犯行に加担したというのであつて、専ら同人らに財産上の利益を得させることを動機・目的としていたものと認められるところ、所論引用の判例（最高裁昭和41年（あ）第1651号同42年３月７日第三小法廷判決・刑集21巻２号417頁）〔昭和42年判決＝筆者注〕は、麻薬の輸入に関し、共犯者が営利の目的をもつていることを知つていただけで、みずからは財産上の利益を得る動機・目的のないままに犯行に加担した場合について、麻薬取締法64条２項にいう『営利の目的』の存在を否定したにとどまり、本件のように自己以外の第三者に財産上の利益を得させることを犯行加担の動機とした場合について『営利の目的』を否定する趣旨までも含むものとは解されない……。なお、覚せい剤取締法41条の２第２項にいう『営利の目的』とは、犯人がみずから財産上の利益を得、又は第三者に得させることを動機・目的とする場合をいうと解すべきであるから、前記のような本件の事実関係のもとにおいて、被告人につき『営利の目的』を肯定した原判断は、結論において正当である。」

本決定により、実務上、薬物犯罪における「営利の目的」と共犯の問題は解決されたと言える[35]。すなわち、最高裁昭和42年判決については、「営利の目的」から他利目的を完全に排除したのか、あるいは必ずしもそうではなく、何らかの事情があれば他利目的でも固有の「営利の目的」が認められると考えていたのかが明らかではなかったのであるが、本決定は後者の立場を採ったということになる。つまり、共犯者において正犯者に「営利の目的」があることを単に認識していたにすぎない場合には最高裁昭和42年判決により（固有の）「営利の目的」が否定され刑法65条２項が適用されるのに対し、正犯者に財産上の利益を得させるという積極的な動機・目的を有していた場合には本決定により（固有の）「営利の目的」が肯定され65条２項の適用の余地がないということになったのである[36]。

---

[35] 内田文昭「目的犯と共犯」神奈33巻３号（2000）737頁、十河・前掲注（33）297頁。

[36] そうすると目的犯の中でも、他の関与者が目的を備えてさえいれば固有に目的を備えていない共犯者も目的犯の共犯となる場合と、固有に目的を備えていない共犯者が目的犯の共犯とならない場合があるということになる。こうした、

（2）昭和42年判決後の判例

昭和42年判決後の下級審裁判例にも、主観的要素の身分性について判断を示した注目すべきものが存在する。

（a）東京高裁昭和53年５月30日判決[37]

昭和53年、東京高裁は、公職選挙法235条２項にいう「当選を得させない目的」が刑法65条における身分にはあたらないとの判断を示した。事案は次のようなものであった。

秋田市長選挙の際、当時の現職市長の四選を阻止すべく、対立候補者および選挙関係者が記者Ｘらと共謀し、同市長が社長を務める会社への土地の払下げ等をめぐり不正の事実があったことを掲載した業界紙を有権者に頒布し、さらには、週刊誌に同市長をめぐる女性問題に関する記事を掲載させて有権者に頒布した。なお、Ｘらは、現職市長に当選を得させない目的を固有のものとして備えていたわけではないが、共謀関係にあった対立候補者および選挙関係者にそうした目的があることを認識していた。

公職選挙法上の上記目的が身分に該当しない点について、東京高裁は以下のように根拠づけている。

「公選法１条は、選挙が選挙人の自由に表明せる意思によつて公明かつ適正に行われることを確保することをその目的の一つとして掲げている。同法235条２項は、右の目的に鑑みると、同項所定の虚偽の事項が公にされると、それが選挙人の公正な判断を誤らせる因となり、選挙の自由公正を害するところが大であるので、かかる行為を処罰の対象とするにあることが明らかである。同項の構成要件に『当選を得させない目的をもつて』としている点について考察するに、公選の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関して、虚偽の事項を公にするという行為は、客観的に選挙の自由公正を害する結果を招来するが故に違法と評価されるのであるが、このように違法と評価される結果を招来する行為に出た者について、どの範囲で主観的にも違法であると判断すべきか

（責任要素としての目的についてはともかく）目的が関与者のうちの誰に存在すれば目的犯への関与として帰責できるかという問題については、今後の検討課題とする予定である。

[37] 高刑集31巻３巻143頁。

の基準として、法は『当選を得させない目的をもつて』その行為に出たことを要すると定めたものと解せられる。したがつて同項にいう『目的』は、刑法65条にいう『身分』には該当しないものであると解せられるから、共犯者において、正犯が同項所定の目的で虚偽事項を公表することを了知認識して、虚偽事項の公表行為に加功するのであれば、行為加功者たる共犯者自身に固有のものとして、『当選を得させない目的』が存在しなくとも、同人を、当選を得しめない目的をもつて虚偽事項を公表した罪の共犯者と認定するを阻げないものと解せられる（通貨偽造罪、文書偽造罪、有価証券偽造罪などにいう『行使の目的』を、自己行使の目的に限らず、自己行使の目的は存在しないが正犯者が行使する目的の存在を了知認識しながら偽造行使に加功した者を偽造罪の共同正犯者としている、最高裁・昭和34年６月30日三小判決、刑集13巻６号958頁、大審院・大正５年12月21日判決、刑録22巻1925頁、大正15年12月23日判決、刑集５巻584頁、大正９年10月28日判決、刑録26巻793頁、東京高裁・昭和28年12月25日判決、高刑特報39号238頁も同旨のものと解せられる。本件のような『目的』の概念については、『一身的な性質又は関係』と対比される『行為に関する違法要素』に属するものであり、『構成要件的結果に向けられた故意』乃至は『行為の違法を修飾する構成要件的結果の主観的反映』と解せられる。*Schönke-Schröder*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 16. Aufl., 1972., S. 415参照。）。」（下線は筆者による）

本判決は、次に検討する東京地裁昭和62年判決とは異なり、当該目的が刑罰構成的であることを直接的な根拠とせず、むしろ当該目的の内容に着目することによって、当該目的の身分性を否定している[38]。その理由づけでは、虚偽事項を公にする行為は客観的に選挙の自由公正を害するがゆえに違法であり、どの範囲で主観的にも違法であるかの基準として当該目的をもって当該行為に出たことを要求しているのであるから、当該目的は刑法65条における身分にはあたらないという論理を展開している。しかし、この理由だけでは、その趣旨が必ずしも明らかでなく、主観的違法要素は刑法65条における身分にはあたらないという考え方のようにも読める。

[38]「当選を得させない目的」も刑法65条１項の「身分」に該当するとするものとして、川端博ほか編『裁判例コンメンタール第１巻』（立花書房、2006）622頁〔西田典之〕。

ところが、本判決が補足的に、*Schönke/Schröder* のコンメンタール第16版の記述を引用していることからすれば、そうした趣旨ではないようである。つまり、同コンメンタールの被引用部分には、「法規が目的（Absicht）を、結果へと向けられた故意（auf den Erfolg gerichterer Vorsatz）としてのみ理解しており、それによって単に、行為の不法を変更する結果の主観的反映（subjektive Widerspiegelung eines das Unrecht der Tat modifizierenden Erfolges）を示している場合は、行為関係的不法要素（tatbezogene Unrechtsmerkmale）が問題である」[39]との既述があり、この内容が、先述の理由を裏づけているようである。そうであるとすれば、本判決は、上記の「結果へと向けられた故意」あるいは「行為の不法を変更する結果の主観的反映」に該当するような目的については、身分性が否定されると考えていたということになろう[40]。

（b）東京地裁昭和62年９月３日判決[41]

続いて昭和62年、東京地裁は、毒物及び劇物取締法３条３項の販売目的は刑法65条における身分にあたらないとの判断を示した。

事案は、被告人Xが、知人Aに頼まれ、Aが販売する目的でトルエンを自室に貯蔵することを容認したとして、同法３条３項違反の罪（同法24条２号）の共同正犯として起訴されたが、X自身には販売の目的がなかったというものであった。東京地裁は、次のように判示して、Xに同法３条３項違反の罪の共同正犯の成立を認めた。

「なるほど、同被告人は、Aらに頼まれ、同人らが業として販売する目的で本件トルエンを自室に貯蔵することを容認していたものであり、同被告人が自らこれを販売するという目的のなかったことは明らかである。しかしながら、毒物及び劇物取締法３条にいう販売の目的は、麻薬取締法64条２項、覚せい剤取締法41条２項等にいう営利の目的とは異なり、身分犯として要求されている

---

[39] *Rudolf Schönke/Horst Schröder,* Strafresetzbuch, Kommentar, 16. Aufl., 1972, § 50 Rn. 16.

[40] もっとも、ドイツにおける行為者関係的要素（täterbezogene Merkmale）とわが国における身分が、異なる内容を有する概念であるという点については、後述第４章第１節参照。

[41] 判時1276号143頁。

主観的要素ではなく、刑法155条１項の公文書偽造罪等にいう行使の目的と同様、独立した犯罪成立要件として要求されている主観的要素であると解せられるから、共犯者が犯罪する目的であることを認識していたにとどまる場合にも販売の目的があったというほかはない。」

本判決を素直に読めば、刑罰構成的な主観的要素は身分に該当しないために、同法３条３項における「販売の目的」の身分性を否定したということになる[42・43]。そのため、この判決が登場してからは一層、判例は刑罰構成的な目的については身分とせず、刑罰加減的な目的については身分としている、という分析が有力化している[44]。そうであるとすれば、客観的な身分には刑罰構成的なものと刑罰加減的なものとが存在するにもかかわらず、なぜ主観的な身分には刑罰構成的なものが存在しないのかという疑問が生ずることになろう[45]。

（ｃ）東京地裁立川支部平成26年３月６日判決[46]と同平成26年４月16日判決[47]

管見の限り、判例においては、身分性が肯定された刑罰構成的な主観的要素

---

[42]「販売の目的」も刑法65条１項の「身分」に該当するとするものとして、川端ほか編・前掲注（38）622頁〔西田典之〕。

[43] 西田典之『共犯と身分』（成文堂、新版、2003）297頁は、主観的違法要素も身分に含まれるという文脈の中で、本判決について「六五条一項は当然の規定であり必ずしも適用法令として明示する必要はないといえるから、実質的には私見と同趣旨のものであるといえよう」とするが、本判決は同目的を「身分犯として要求されている主観的要素ではな」いと明言しているから、そのように考えるのは不可能であろう。

[44] 伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017）326頁、337頁、十河・前掲注（33）300頁。内田文昭「判批」判タ712号（1990）71頁も、判例においてそうした形式的基準が採用されている可能性を指摘する。

[45] 伊藤亮吉「目的犯と共犯について（一）」名城54巻３号（2005）62頁、同・前掲注（44）337頁、内田文昭「判批」判タ712号（1990）71頁、日高・前掲注（１）756頁。長島敦「判批」洋法26巻２号（1984）106頁もおそらく同旨。もっとも、後に、内田・前掲注（35）は、「『真正目的犯』の『目的』は、六五条一項の『身分』ではないというべきである」（719頁）としつつ、「『目的』は、六五条二項の『身分』たりうるものといわなければならない」（720頁）とする。

[46] 公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L06930064。

[47] 公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L06930256。

は存在しないが、近時、注目すべき下級審裁判例が登場している。すなわち、東京地裁立川支部は、平成26年、２つの判決において、ストーカー規制法13条１項[48]の罪の共同正犯について刑法65条１項を適用したのである[49]。

このうちまず、３月６日判決の事案は、被告人Ｘは、Ａと共謀の上、ＡのＢに対する恋愛感情その他の好意の感情及びそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、平成25年９月24日頃から同年10月６日頃までの間、Ｂに対しつきまとい等を反復して行い、ストーカー行為をした、というものであった。また、４月16日判決の事案は、被告人Ｙは、Ｃと共謀の上、Ｃ

---

[48]《ストーカー行為等の規制等に関する法律（平成28年法律第102号による改正前）13条》

① ストーカー行為をした者は、６月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

《同法２条（定義）》

① この法律において「つきまとい等」とは、特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、当該特定の者又はその配偶者、直系若しくは同居の親族その他当該特定の者と社会生活において密接な関係を有する者に対し、次の各号のいずれかに掲げる行為をすることをいう。

三 面会、交際その他の義務のないことを行うことを要求すること。

四 著しく粗野又は乱暴な言動をすること。

六 汚物、動物の死体その他の著しく不快又は嫌悪の情を催させるような物を送付し、又はその知り得る状態に置くこと。

七 その名誉を害する事項を告げ、又はその知り得る状態に置くこと。

八 その性的羞恥心を害する事項を告げ若しくはその知り得る状態に置き、又はその性的羞恥心を害する文書、図画その他の物を送付し若しくはその知り得る状態に置くこと。

② この法律において「ストーカー行為」とは、同一の者に対し、つきまとい等（前項第一号から第四号までに掲げる行為については、身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる場合に限る。）を反復してすることをいう。

[49] なお、この事案には３名の関与者がいるが、残る１名についての判決（東京地立川支判平成26年３月17日公刊物未登載 LLI/DB 判例番号 L06930112）では適用法条が省略されている。

のＤに対する恋愛感情その他の好意の感情及びそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、平成25年６月29日から同年８月20日までの間、Ｄに対しつきまとい等を反復して行い、ストーカー行為をし、また、Ｅと共謀の上、ＥのＦに対する恋愛感情その他の好意の感情及びそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、平成25年８月７日から同月12日までの間、Ｆに対しつきまとい等を反復して行い、ストーカー行為をした、というものであった[50]。

ストーカー行為の定義を確認すると、唯一身分性が問題となり得る要素として「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的」（法２条１項柱書き）がある。被告人ＸおよびＹは、自身が所定の感情を有しているわけではない相手方に対してつきまとい等を行っているため、この目的を独自に備えることが不可能であった[51]。そこで、東京地裁立川支部は、この刑罰構成的な目的を65条１項の身分として解釈したものと考えられる。これらの判決はいずれも、同目的が身分に該当する理由については触れていないが、いずれにせよこれらの判決の登場により、実務上、必ずしも刑罰構成的な主観的要素の身分性が否定されるわけではないことが明らかとなったといえよう。

第３款　小括

以上、主観的要素の身分性に関する判例を概観してきた。その結果、以下のことが明らかになったものと思われる。

第一に、判例は、身分にあたる主観的要素と身分にあたらない主観的要素とを区別しているということである。その区別の際の基本的な考え方を示唆する

---

[50] ４月16日判決の事案については、便宜上、判示第２および第３の事実のみを取り上げている。なお、本判決の判示第１の事実では、被告人によるつきまとい等の対象が、まさに被告人自身が所定の感情を有する相手方であったため、刑法65条１項の適用なくストーカー行為罪の共同正犯の成立が認められている。

[51]「好意の感情」とは、好きな気持ち、親愛感をいい、「それが満たされなかったことに対する怨恨の感情」とは、特定の者に対して抱いた好意の感情が満たされなかったために生じた怨恨の感情をいう（檜垣重臣『ストーカー規制法解説』（立花書房、改訂版、2006）12-13頁）。

のは、大審院昭和９年判決と最高裁昭和42年判決である。すなわち、前者は「業として」という主観的要素を「犯罪行為の態様」と解して身分該当性を否定したのに対し、後者は「営利の目的」という主観的要素を「犯人の特殊の状態」と解して身分該当性を肯定したのであり、犯罪行為自体に属する主観的要素と行為者の人格に属する主観的要素との区別を前提としているのである。

第二に、以上の基本的な考え方が示された後の下級審裁判例がそうした考え方に従っているのだとすれば、ある主観的要素が身分にあたるか否かの判断方法としては、東京高裁昭和53年判決のように主観的要素の内容に着目するものと、東京地裁昭和62年判決のように主観的要素が刑罰構成的か否かに着目するものに分けられるということである。

第２項　消極的な主体要素[52]

消極的な主体要素、すなわち「ある身分を備えていない」という要素が身分にあたるか否かについて、判例は大審院期から一貫して否定的な立場を採っている。消極的な主体要素については、これまで刑罰構成的なものだけが問題とされてきたため、それが身分に当たる場合には刑法65条１項が適用され、身分に当たらない場合には一般の構成要件要素と同様に連帯的に取り扱われることとなるから、主観的要素と身分の問題に比べれば実益のある議論ではないが、身分概念の捉え方が顕著に表れる部分であるため、本稿においてはこれについても検討する必要がある。

第１款　大審院期

（１）大審院大正４年10月４日判決[53]

先述のとおり、判例は一貫して否定的な立場を採ってきたのであるが、消極的な主体要素が問題となった事例のほとんどは、免許を有しない者による犯罪

[52] この問題に関しては「消極的身分」という文言を用いるのが一般的であるが、ここではまさに身分に該当するか否かが問題であるから、本稿は「消極的な主体要素」という文言を用いる。

[53] 刑録21輯1376頁。

行為に免許を有する者が関与したという事案であった。そうした事案に属する判例のうち公刊されたものとして最も古いものと思われるのが、大正４年10月４日の大審院判決である。

事案は、歯科医師の免許を有する被告人Ｘが、歯科医師の免許を有しない者による無免許営業を情を知って幇助したというものであった。

大審院は、次にように判示して、Ｘに対し無免許営業罪の幇助犯の成立を認めた。

「凡従犯は単に正犯を幇助するに因て成立するものなれば苟も他人が歯科医師の免許を受けずして歯科医業を為すの情を知りて之を幇助するときは自ら有免許者たると無免許者たるとを問わず歯科医師法違反罪の従犯たるは免れざるは勿論にして此趣旨に依れる原判決の擬律は少も違法にあらず論旨は理由なし」

本判決は、刑法65条については明示的に述べてはいない。それはまさに、無免許であるということは身分に該当しないということを前提としているものであろう。

（２）大審院昭和12年10月29日判決[54]

昭和12年10月29日の大審院判決は、次のような事案に関するものであった。すなわち、選挙事務長である被告人Ｘが、無資格運動者Ａと共謀して、議員候補者Ｂに当選を得させる目的で、選挙運動者に対し金員を供与したというものであった。原審は刑法65条１項を適用したものの、大審院は以下のように判示して、刑法65条１項の適用を否定した。

「原判決に於て被告人Ｘ等に対し無資格選挙運動を為したる点に付きても法律の適用を為したるは正当なるも刑法第65条第１項をも直接適用せるは失当なり叙上判例〔大判昭和12年２月17日刑集16巻92頁＝筆者注[55]〕は同条の趣旨を酌

[54] 刑集16巻1417頁。

[55] 本判決も選挙委員が無資格運動者と共謀した事案に関するものであり、そこで大審院は、「選舉委員は候補者の爲適法なる選舉運動を爲し得べきは言を俟たずと雖無資格運動者の無資格運動に加功するは選舉委員として爲すべき選舉運動の範圍に屬せずと認むべきを以て無資格運動者と共に共犯に關する規定の適用を受け前示罪責に任すべきもの」として、刑法65条１項を適用することなく選挙委員に対し無資格運動の共同正犯の成立を認めた。

み其の精神に則るべきことを示したるに過ぎず」

本判決も、大審院大正４年判決と同様、無資格であるという消極的な主体要素を身分ではないことを前提としている。本判決は、刑法65条を適用した原審の判断を「失当」として斥けており、消極的な主体要素は身分に含まれないという考えがより顕著に表れているといえよう。

第２款　最高裁判所期

（１）東京高裁昭和47年１月25日判決[56]

大審院の考え方は、最高裁判所期においても基本的に維持されてきた。

昭和47年、東京高裁は、医師である被告人Ｘが医師でないＡと共謀して無免許医業を行ったという事案で原審が刑法65条１項を適用した点につき、「原判決が右60条のほか刑法第65条第１項をあわせ適用していることは所論のとおりであるが、医師法第17条、第31条第１項第１号で規定する無免許医業の罪において、その犯人に医師の資格がないということは、刑法第65条第１項にいう身分にはあたらないのであるから、その犯人の無免許医業に協力、加功しても、同法条にいわゆる身分により構成すべき犯罪行為に加功したことにはならないのであり、従つてその無免許医業に共謀共同正犯の態様において加功した者に対し、法令の適用をするには、関係罰条のほか刑法第60条を適用すれば足り（医師の資格があるからといつて、他人の無免許医業に協力、加功することまでを許されているわけではないのであるから、医師が他人の無免許医業に加功すれば、その加功の程度に応じた責任を負うのは当然である。）、同法第65条第１項をもあわせて適用する必要はない」と判示している。

（２）札幌高裁平成20年３月６日判決[57]

また、平成20年、札幌高裁も、医師である被告人Ｘが歯科医師Ａに医療行為をさせたという事案で、無免許医業罪は刑法65条１項にいう身分犯であるという控訴趣意について、「医師の免許は、免許のある者が自ら医業を行うことを許容するに過ぎないから、医師が医師免許のない者と共謀の上、免許のない者

[56] 判タ277号357頁。

[57] 公刊物未登載 LEX/DB 文献番号28145248。

が医業を行ったときは、医師も医師法31条１項１号にいう無免許医業罪の共同正犯になるというべきである。また、医師法31条１項１号、17条における医師の資格がないことは刑法65条１項にいう身分には当たらない」として斥けている。

（３）最高裁昭和23年11月25日判決[58]

さらに、無免許や無資格といった要素が問題となった事案ではないものの、消極的な主体要素の身分性が問題となった事案として、昭和23年11月25日の最高裁判決がある[59]。

事案は、被告人Ｘは、被告人Ｙ（第一審で確定）ら３名と共謀して、当時家出をしていた実父方に、共犯者にはその実父の家であることを告げず、強盗の目的を以て侵入した、というものであった。原審・東京高裁は、住居侵入罪を身分犯として65条１項を適用したが、最高裁は以下のように判示して、原審を破棄した。

「住居侵入の罪は故なく人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し又は要求を受けてその場所から退去しないことによつて成立するものであつて、犯人の身分により構成され又は刑の軽重を来たすべき犯罪ではない。唯犯人と被害者との間に、特別な身分関係―例えば親子の関係―が存在するようなときは、かかる身分関係のない者の場合よりも、その侵入が『故なく』為されたものでないと見るのを相当とする場合が比較的多いであろうといい得るに過ぎない。本件において、原審は『被告人が第一審相被告人等３名と共謀して、当時出奔していた実父Ａ方に、共犯者にはその実父の家であることを告げず、午後11時30分頃強盗の目的を以て侵入した』との事実を認定しているのである。この場合、もし被告人が家出したことを後悔して父に謝罪するつもりで涙の帰宅をしていたものとすれば、たといかかる深夜戸締りを破つての侵入であつたとしても、父にとつてそれは迷える羊の帰還であり、心からの歓喜そのものであつたかも知れないのであつて、もとより住居侵入罪の成立しよう筈はないのである。しかし、これが強盗の目的で、しかも共犯者３名をも帯同して深夜家宅内に侵入したとあつては、たといそれが嘗ては自らも住み慣れたな

[58] 刑集２巻12号1649頁。

[59] 本判決は、法文上明示されない主体要素の問題でもあるが、便宜上、消極的な主体要素の問題として分類している。

つかしい実父の家であるとしても、父としても、世間としても、これを目して正当な『故ある』家宅の侵入とは認めえないであろう。されば原審の確定した被告人等の右所為は、数人共同して住居侵入罪を実行した場合に該当すること勿論であつて、刑法第130条第60条により問擬せらるべきものなのである。しかるに、原審は右事実を認定しながら刑法第60条を適用せず、犯人の身分により構成すべき犯罪行為に加功したその身分なき者をなお共犯とする同法第65条第１項を適用したのは論旨主張の通り擬律の錯誤あるものといわざるを得ない。原判決はこの点において全部破棄を免れ得ないのである。」

要するに原審は、住居侵入罪が被告人やその実父などの人物以外の者にしか遂行し得ない犯罪であるため同罪は身分犯であると考え、本件は（被害者の息子ではないという身分を有する）身分者（Ｙら）と（被害者の息子ではないという身分を有しない）非身分者（Ｘ）との共同正犯という構造を見出したものと思われる。しかし、本判決において最高裁は、被害者と親子関係のような特別の関係にある者による侵入が「故なく」（現行法では「正当な理由なく」）なされたものと評価できない場合が事実上多いというにすぎないとして、このような考え方を明確に否定したのである。もっとも、そう解したとしても、住居侵入罪は住居権者以外の者にしか遂行し得ない犯罪であるとして身分犯と解する余地も残るが、その点については、事案の解決に不必要であるため、本判決では触れられていない。そうした身分犯の存在が肯定されれば、個人的法益に対する罪はすべて身分犯であるということになりかねないため、理論的には重要な問題であろう[60]。この点については、後に検討する。

第３項　法文上明示されない主体要素

法文上は主体が限定されていないものの、構成要件該当行為の性質から主体

[60] 大塚ほか編・前掲注（18）622頁〔川端博〕は、「本判決が指摘しているように、身分関係が本罪の成否に影響を及ぼす場合はありうるであろう。しかし、それは『身分』の有する特質から生ずるものではなく、むしろ住居侵入罪の保護法益の侵害と解されうるかどうかに関する判断資料の一要素にすぎないのである」とした上で、「原判決は、…安易に65条１項の適用を肯定してしまったといえるであろう」とする。

が限定されるという場合がある。そのような意味での主体要素（以下、法文上明示されない主体要素という）の身分性について判例はどのように考えてきたのであろうか。

（１）最高裁昭和40年３月30日決定[61]

法文上明示されない主体要素の身分性について判断を示した判例の中で、最も古いものと思われるのが、昭和40年３月30日の最高裁決定である。

事案は次のようなものであった。

被告人Ｘ女が、同女の夫と情を通じていたＡ女に対する嫉妬のあまり、被告人Ｙおよび被告人Ｚ（第一審で確定）とＡ女を姦淫することを共謀し、ＹはＡ女を強いて姦淫し、Ｚはその目的を遂げなかった。

本件では、強姦罪の単独正犯たり得ないＸ女が、強姦罪の共同正犯たり得るのかが争われたのであるが、最高裁はこの点について次のように判示した。

「…強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法65条１項にいわゆる犯人の身分に因り構成すべき犯罪に該当するものであるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによつて、強姦罪の保護法益を侵害することができるから、身分のない者が、身分のある者と共謀して、その犯罪行為に加功すれば、同法65条１項により、強姦罪の共同正犯が成立すると解すべきである。従つて、原判決が、被告人Ｘの原判示所為に対し、同法177条前段、60条、65条１項を適用したことは、正当である。」

強姦罪には男性という主体が明示されているわけではなく、主体が事実上男性に限定されるにすぎないとして、本決定に対しては異論も強い。たしかにそのような考え方もあり得ようが、「女子を姦淫」するという構成要件該当行為からすれば、男性という主体が明示されていないとはいえ、実際には男性という主体に限定されているという考え方もあり得えよう[62・63]。主体が法文上明示さ

---

[61] 刑集19巻２号125頁。

[62] なお、本決定の調査官解説は、強姦罪が身分犯であるとする点については、「強姦罪は、その行為の主体が男性に限られる犯罪であるから、右判例によれば、身分犯と解すべきである」（堀江一夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和40年度（1965）22頁）という説明にとどまっている。

[63] 強姦罪を身分犯と解すれば、女性による同罪の間接正犯が成立し得なくなるという見解もあるが、必ずしもそうではないように思われる。従来、少なくと

れていない場合であっても、構成要件が特徴づけられた主体を前提としている場合と純粋に事実上特徴づけられた主体が前提とされる（構成要件は特徴づけられた主体を前提としていない）場合とで分けて検討してゆく必要があると思われる。この点については、後に検討する。

（2）最高裁昭和45年12月18日判決[64]

昭和45年12月18日の最高裁判決では、旧所得税法70条10号[65]の検査妨害罪が身分犯に該当するか否かについて判断を示した。

事案は次のようなものであった。

も黙示的には、身分犯概念は正犯性と結びつけられて考えられてきたが、そもそもそのような結びつき自体検討を要するからである。

[64] 刑集24巻13号1773頁。この判例の調査官解説として、田尾勇「判解」最判解刑事篇昭和45年度（1970）369頁以下。また、旧所得税法70条10号の罪を身分犯と解し被告人には身分がなかったとした控訴審判決についての評釈として、藤木英雄「判批」ジュリ402号（1968）62頁以下がある。

[65]《旧所得税法（昭和40年法律第33号による全部改正前）63条》

収税官吏は、所得税に関する調査について必要があるときは、左に掲げる者に対し質問し又はその者の事業に関する帳簿書類その他の物件を検査することができる。

一　納税義務者、納税義務があると認められる者又は損失申告者（第29条第３項に規定する申告書で損失申告書に相当するものを含む。）を提出した者

二　第61条又は第62条に規定する支払調書、計算書、調書又は源泉徴収票を提出する義務がある者

三　第１号に掲げる者に金銭若しくは物品の給付をなす義務があったと認められる者若しくは当該義務があると認められる者又は第１号に掲げる者から金銭若しくは物品の給付を受ける権利があったと認められる者若しくは当該権利があると認められる者

《同法70条》

左の各号の一に該当する者は、これを１年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。但し、第４号の規定に該当する者が、当該所得税について第69条の３の規定に該当するに至ったときは、同条の例による。

十　第63条の規定による帳簿書類その他の物件の検査を拒み、妨げ又は忌避した者

Ａ商工会事務局員である被告人Ｘは、①昭和38年９月11日、木型製造業Ｂ方において、川崎税務署所得税第二課第一係長収税官吏Ｃが、Ｂに関する昭和37年分所得税青色申告に関する調査のため、帳簿、書類その他の物件の検査をしようとするのに対し、Ｃの面前に立ち塞がり、顔を同人の顔面に近づけ数回に亘り大声で「帰れ」と怒鳴りつけてこれを妨げ、②同年同月17日、Ｄと共謀の上、同所において、Ｃが前記のような検査をしようとするのに対し、同人の面前に立ち塞がり、顔を同人の顔面に近づけ大声で「又来たのか、早く帰れ、何度来たら判るのだ」などと怒鳴りつけてこれを妨げた。

この事案では、旧所得税法70条10号の罪が身分犯であるかが争点となった。仮に身分犯であるとすれば、上記事実①においては、Ｘは身分を欠くために不可罰となり、上記事実②においては、Ｘが身分を欠くだけでなく共犯関係にあるＤも身分を欠くために不可罰であるということになる。第一審・横浜地裁は、同罪を身分犯とせずＸを有罪としたのに対し、原審・東京高裁は、同罪を身分犯としてＸを無罪とした。これに対して最高裁は、以下のように判示して、原判決を破棄した上で差し戻した。

「旧所得税法70条10号の定める当該帳簿書類その他の物件の検査を妨げる罪は、同法63条１号ないし３号所定の者に対し、収税官吏による必要限度の検査を受忍すべき義務の履行を間接に強制しようとするものであることはもちろんであるが、これにとどまらず、適法な検査を保護し、検査の実効性を確保して、適正公平な課税権の行使に資し、税制の目的を達成するため、これに必要な限度で、ひろく一般人をも対象とし、公務執行妨害罪にいたらない程度の行為を禁じようとするものであつて、公務執行妨害罪の補充的規定たる性格をも有し、同条各号所定の者の行為のみを処罰するいわゆる身分犯を定めた規定ではないと解するのが相当である。右70条10号の規定の文言に徴しても、同号が犯罪の主体につき、なんらの限定をも加えていないことは明らかである。もつとも、同号所定の行為のうち、検査を拒み、あるいは忌避する行為は、同法63条１号ないし３号所定の者や、当該帳簿等を所持する者など、一定の身分のあるものをその主体として予想しているといえないこともないが、かりにそう解したとしても、それは、単に、その性質上、かかる身分を有する者でないとなしえない類型の行為が犯罪構成要件とされているというだけのことであつて、なんぴとにおいてもなしうる類型の行為につき、特に右のような身分を有する者のみを処罰すべきことが定められているのではない。そして、検査を妨げる行為は、

その性質上、なんぴとにおいてもなしうる行為であり、かつ、前記のとおり、その主体につき、法文上、なんらの限定も加えられていないのであるから、これをもつて一定の身分のある者のみを処罰する趣旨であると解する余地は全く存しない。また、検査を妨げる行為が、たまたま、検査を拒み、あるいは忌避する行為と同一の条項に規定されているからといつて、そのことゆえに、行為の性質上の差異を無視し、法の趣旨を没却してまで、これらを統一的に解釈しなければならないとすることもできないのである。」

本判決は、旧所得税法70条10号の罪の身分犯性を否定した。その理由の中で注目されるのは、主体が法文上明示されていないことが、一つの考慮要素としてのみ取り扱われているということである。すなわち、本判決は、同罪の立法趣旨を検討したうえで同罪が何人によっても遂行可能な犯罪であることを指摘し、その結論を補強するかたちで、法文上も主体が明示されていないということを考慮しているのである。したがって、最高裁はやはり、法文上主体が明示されているか否かということを絶対的な基準としているわけではなく、法文上主体が明示されていない犯罪についても、構成要件該当行為の性質に照らして、当該構成要件が主体を限定する趣旨を含んでいるか否かを検討しているのである。

（3）最高裁平成６年７月20日決定[66]

平成６年７月20日の最高裁決定では、相場操縦罪（旧証券取引法[67]125条２項１号後段、３項[68]）が身分犯に該当するか否かについて判断が示された。

---

[66] 刑集48巻５号201頁。

[67] 昭和63年法律第75号による改正前のものをいう。現在、金融商品取引法。

[68]《証券取引法（昭和56年法律第62号による改正前）80条》

② 証券取引所は、会員組織とする。

《同法（昭和63年法律第75号による改正前）107条》

有価証券市場における売買取引は、当該有価証券市場を開設する証券取引所の会員に限り、これをなすことができる。

《同法125条》

② 何人も、有価証券市場における有価証券の売買取引を誘因する目的を以て、左に掲げる行為をしてはならない。

一 単独で又は他人と共同して、当該有価証券の売買取引が繁盛である

事案は、東証１部上場企業Ａ社の役員である被告人ＸおよびＹが、大手証券会社Ｂの幹部である原審相被告人Ｚないし Ｃと共謀し、株価を人為的に高騰・維持させる目的で、被告会社の資金で自社株を買い付ける等の方法により相場操縦をした、というもので、証券取引法（現金融商品取引法）上の相場操縦罪が刑法65条１項にいう身分犯に該当するか否かが争点の一つとなった。同罪が「何人も」と規定されているにもかかわらず身分犯性が争点となったのは、同法の規制枠組みによれば、証券取引を行えるのは証券取引所の会員のみであった（同法170条）ため、同罪の主体は証券取引所の会員に限定されていると考えることも不可能ではなかったからである。第一審・東京地裁が刑法65条１項を適用しなかったのに対し、原審・東京高裁は第一審が同条項を適用しなかったのは法令適用の誤りであると指摘した。そこで最高裁は、この点について以下のような職権判断を示し、同罪の身分犯性を否定した。

「原判決は、証券取引法125条２項１号後段に関する本件第一の変動操作の罪及び同条３項に関する本件第二の安定操作の罪は、いずれも有価証券市場における売買取引をしたことを内容とするものであり、同法107条（昭和63年法律第75号による改正前のもの。以下同じ。）によれば、有価証券市場における売買取引は、証券取引所の会員に限られるのであるから、右各罪は証券取引所の会員によってのみ犯すことができる、刑法65条１項にいう身分によって構成すべき犯罪であって、証券取引所の会員としての身分のない被告人Ｘ及び同Ｙの本件第一の変動操作の罪及び同第二の安定操作の罪については、いずれも同条項を適用すべきであったのに、これを適用しなかった第一審判決には法令の適用に誤りがある旨判示している。

しかし、証券取引法125条２項及び３項は、いずれも禁止行為の主体を「何人も」と規定しており、証券取引所の会員以外の者は右会員に委託することによって有価証券市場において売買取引を行うことができるのであるから、証券

と誤解させ、又はその相場を変動させるべき一連の売買取引又はその委託若しくは受託をすること

③　何人も、単独で又は他人と共同して、政令で定めるところに違反して、有価証券の相場を釘付け、固定し、又は安定する目的を以て、有価証券市場における一連の売買取引又はその委託若しくは受託をしてはならない。

取引所の会員以外の者も右各条項の保護法益を侵害することができるのである。また、同法107条の趣旨は、同法80条２項により証券取引所が会員組織であることを要することから、証券取引所の会員に限って有価証券市場における売買取引を行うことができることとしたにすぎず、同法125条２項及び３項の規制の対象まで証券取引所の会員に限定する趣旨のものであるとは解されない。右の諸点にかんがみると、同条２項１号後段の変動操作の罪及び同条３項の安定操作の罪は、いずれも刑法65条１項にいう身分によって構成すべき犯罪ではないというべきである。」

同罪は、構成要件該当行為の性質上、主体が証券取引所会員に限定されているとも考えられるため、同じく構成要件該当行為の性質上、主体が男性に限定されていると考えられる強姦罪を身分犯とした最高裁昭和40年決定との整合性が問題となり得る。しかし、強姦罪は「姦淫」という文言を用いており、この構成要件自体が主体を男性に限定しているといえるのに対して、相場操縦罪は「何人も」と規定しており、主体に限定を設けないという趣旨が明らかとなっているから、本決定と昭和40年決定とは矛盾しないであろう。

本決定の調査官解説は、「名宛人が『何人も』と規定されている場合には、被適用主体に限定はないと解するのが自然な解釈であろう」と指摘している[69]。さらに、「実際上、相場に人為的な操作を加え得るのは、証券取引所の会員である証券会社だけではなく、会員でない証券会社や機関投資家、いわゆる仕手筋など多種多様であって、自由な公開市場を確保する義務についていえば、法125条で規定するように『何人』にも課されていると解される」こと、「法益侵害の観点からみても、証券取引所の会員でなければ、事実上、法益を侵害することができないものではなく、実際上、相場操縦はいわゆる仕手筋や株式の上場や増資に絡んで関連会社である非会員が主導的に行う場合が少なくなく、場合によっては、非会員が相場操縦の情を知らない証券会社を通じて相場操縦をなし得ると解されるのであって、法125条の罪を身分犯と解さなければならない理由はない」こと、「身分犯説が根拠とする法107条の規定の趣旨については、証券取引所が会員組織であることを要する組織上の要請から、会員だけに有価証券市場における売買取引を行う権利を認めることになったにすぎないものと解されるのであり、それ以上に、法107条が刑罰法規である法125条の明文『何

[69] 小倉正三「判解」最判解刑事篇平成６年度99頁。

人も……してはならない。』に反してまで、同条の犯罪主体を証券取引所の会員に限定することを規定したものであるとまで解しなければならない理由はない」ことを指摘している[70]。

本決定も、当該構成要件から、主体を限定する趣旨が読み取れるか否かを指導的な基準としているものと思われる。法文上主体が限定されているか否かが指導的な基準であるとすれば、「何人も」と規定する同罪の身分犯性を検討する理由はないからである。そのほか、行為主体を問わずに当該構成要件該当行為による法益侵害が発生するか否か、当該構成要件を身分犯と解釈すべき法律の枠組みとなっているか否かを検討しているのも、法文が指導的な基準でないことを示唆している。

（４）最高裁平成12年11月27日決定[71]

さらに、平成12年11月27日の最高裁決定は、収支報告書虚偽記載の罪（旧政治資金規正法[72]25条１項、12条１項[73]）が身分犯ではないという判断を示した。

---

[70] 小倉・前掲注（69）99-100頁。

[71] 刑集54巻９号874頁。調査官解説として、山口雅髙「判解」最判解刑事篇平成12年度246頁以下。

[72] 平成６年法律第４号による改正前のものをいう。

[73]《政治資金規正法（平成６年法律第４号による改正前）25条》

① 第12条若しくは第17条の規定に違反して報告書若しくはこれに併せて提出すべき書面の提出を怠り、又は第12条、第17条若しくは第19条の５の規定に違反して第12条第１項若しくは第17条第１項の報告書若しくはこれらに併せて提出すべき書面に記載すべき事項の記載をせず、若しくはこれらに虚偽の記入をした者は、５年以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

《同法第12条》

① 政治団体の会計責任者は、毎年12月31日現在で、当該政治団体に係るその年における収入、支出その他の事項で次に掲げるもの（これらの事項がないときは、その旨）を記載した報告書を、その日の翌日から３月以内（その間に衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の公示の日から選挙の期日までの期間がかかる場合には、４月以内）に、第６条第１項各号の区分に応じ当該各号に掲げる都道府県の選挙管理委員会又は自治大臣に提出しなければならない。

事案は次のようなものであった。

大阪府東大阪市役所市長公室参事兼秘書課長事務取扱の職にあった被告人Xは、当時同市役所市長公室長Aおよび同市市長Bを推薦・支持する政治団体である「Cの会」の会計責任者の職務代行者であるD、Bの私設秘書であり同政治団体の会計実務を担当していたE、同政治団体の代表者であるFならびに同政治団体の名義上の会計責任者であるGと共謀の上、平成6年3月中旬頃、同市役所において、政治資金規正法12条1項の規定により、大阪府選挙管理委員会に提出すべき同政治団体の平成5年分の収支報告書を作成するにあたり、同報告書の同年分の収入額について、その実際額が5,469万9,588円であったにもかかわらず、これが2993万円であった旨虚偽の記入をして、これを同月23日、大阪府選挙管理委員会に提出した。

判旨は以下の通りである。

「なお、本件は、平成6年法律第4号による改正前の政治資金規正法12条1項に基づいて提出された報告書を作成するに当たり、それに虚偽の記入をしたというものであるところ、何人が右報告書に虚偽の記入をしても、政治資金の収支を公開することにより政治活動の公明と公正を確保するという同法の目的が没却されることに変わりはないのであって、右改正前の同法25条1項により右行為が処罰されるのは、特定の者に課せられた義務に違反するからではないというべきである。したがって、同条項が定める前記報告書に虚偽の記入をする罪は、その主体が限定されたものではなく、犯人の身分によって構成すべき犯罪ではないと解されるから、原判決が、これと同旨の見解の下、会計責任者との共謀による被告人の本件所為に対して平成7年法律第91号による改正前の刑法65条1項を適用しなかった第一審判決を正当とした判断は、これを是認することができる。」

本判決も、平成6年決定と同様に、当該構成要件から、主体を限定する趣旨が読み取れるか否かを判断基準としており、その中で、行為主体を問わず当該構成要件に該当する行為による法益侵害が発生するか否かを考慮しているものと思われる。

第4項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素

身分性が問題となる要素の中には、構成要件該当行為の一部であるのか、あ

るいは、身分であるのか、ということが問題となるものも存在する。実際の判例において問題となったのは、事後強盗罪における「窃盗」である。したがって、以下では、この要素の身分性について判例がどのように考えているかを検討する。もっとも、この問題領域がこれに限られるわけではないことは当然である。

（１）東京地裁昭和60年３月19日判決[74]

昭和60年、東京地裁は、事後強盗罪における「窃盗」を刑法65条の身分と解した。事案は次のようなものであった。

被告人ＸおよびＹが公園で飲酒していたところ、酒に酔ったＡが同公園に来合わせ、その後酒が残り少なくなったことから、酒を買う金を捻出するため、ＸはＡから酒代を出してもらおうと考え、そばで飲酒していたＹに対しＡから酒代を出してもらおうという趣旨のことを誘いかけ、Ｙもこれを了承して、ＸおよびＹはベンチに腰を掛けていたＡの前に赴き、ＸはＡに対し「酒を買うから金貸してくれ」と話しかけ、これに対しＡが酒に酔った状態で所持していた財布を取り出し、「これしか持っていない」などと言いながら同財布を被告人らに示したところ、Ｘは同財布内から千円札３枚を素早く抜き取りこれを窃取したが、その直後にＡがＸに対し「金を返してくれ」と言って金銭の返還を求めるや、その取還を防ぐ目的をもってＸおよびＹは意思を通じ、Ｘによる現金抜取りを傍で目撃していたＹはＡに対し「てめえ、兄貴に何言ってるんだ」などと言いながら、Ａの顔面を平手で１回殴打し、Ｘも履いていたスニーカーでＡの頭部を１回殴り、さらに被告人ＹはＡの胸倉を掴んで同人を同公園の隅方向に約４、５メートル引きずって行き、ＸがＡの腹部を蹴ろうとしてＡに足を取られ同人とともに転倒した際、同人の顔面を１、２回手拳で殴打し、なおも金の返還を要求するＡに対し、Ｘは同所にあった空の一升瓶でその頭部を１回殴打するなどの暴行を加え、その際、右暴行によりＡに対し全治１週間を要する傷害を負わせた。

判旨は以下の通りである。

「…被告人Ｙは、被告人Ｘが事後強盗罪の構成要件の一部である窃盗を終了してから、被告人Ｘの行った窃盗の結果を十分認識して、窃盗にかかる金銭（飲み代）の取還を防ぐべく、被告人Ｘと意思相通じて被害者に暴行を加え、その

[74] 判時1172号155頁。

結果傷害が生じているので、承継的共同正犯として強盗致傷の罪責を負うとの考え方もあり得ようが、事後強盗罪は、窃盗という身分を有する者が主体となる身分犯の一種であって、被告人Ｙはその身分がないのであるから、本件では承継的共同正犯の問題ではなく、共犯と身分の問題として把握すべきであり、この解決が本件事案の実態に即しているものと考える。それ故、身分のない被告人Ｙには、刑法65条１項により強盗致傷罪の共同正犯となるものと解するが、その刑は、同法65条２項によって傷害の限度にとどまると判断するのが相当である。」[75]

本件は、窃盗既遂犯人による取還防止目的での暴行にのみ関与し、窃盗既遂自体には関与していない者の取扱いが問題となったものである。本判決を見ると、承継的共犯の問題と共犯と身分の問題が重なり合うものではないということを前提としているようである。この点は、後述のように、一部の学説が両者が重なり合い得ると主張していることとの関係で注目される。次に、本判決は、共犯と身分の問題として解決することが「本件事案の実際に即している」というのであるが、その趣旨は明らかでない[76]。とはいえ、本判決が事後強盗罪を身分犯と解した根拠は、「窃盗が」という文言にあることは明らかである。

（２）大阪高裁昭和62年７月17日判決[77]

昭和62年、大阪高裁は、事後強盗罪における「窃盗」を刑法65条１項の身分と解した。事案は次のようなものであった。

被告人Ｘは、共犯者２名と共謀の上、サイドリングマスコット１個を窃取し、その直後、警備員Ａから逮捕されそうになるや、逮捕を免れる目的で同人に対し、こもごも殴る蹴るの暴行を加え、同人に加療約10日間を要する傷害を加えたが、共犯者２名による関与は、被告人の窃盗が既遂に達した後であった。

おそらく原審は、事後強盗における暴行・脅迫にのみ関与した者の擬律を、承継的共犯の問題として扱ったようである。しかし、大阪高裁は、職権判断として、原審の法令適用の誤りを指摘した（結論としては、控訴棄却）。

---

[75] なお、こうした考え方はすでに、新潟地判昭和42年12月５日判時509号77頁においても見ることができる。

[76] 中森喜彦「判批」判評353号（1988）70頁。

[77] 判時1253号141頁。

「…原判決の法令の適用について考えるのに、原認定のように、共犯者２名が被告人の犯行に関与するようになつたのが、窃盗が既遂に達したのちであつたとしても、同人らにおいて、被告人が原判示マスコットを窃取した事実を知つた上で、被告人と共謀の上、逮捕を免れる目的で被害者に暴行を加えて同人を負傷させたときは、窃盗犯人たる身分を有しない同人らについても、刑法65条１項、60条の適用により（事後）強盗致傷罪の共同正犯が成立すると解すべきであるから（なお、この場合に、事後強盗罪を不真正身分犯と解し、身分のない共犯者に対し更に同条２項を適用すべきであるとの見解もあるが、事後強盗罪は、暴行罪、脅迫罪に窃盗犯人たる身分が加わつて刑が加重される罪ではなく、窃盗犯人たる身分を有する者が、刑法238条所定の目的をもつて、人の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を行うことによつてはじめて成立するものであるから、真正身分犯であつて、不真正身分犯と解すべきではない。従つて、身分なき者に対しても、同条２項を適用すべきではない。）、傷害罪の限度でのみしか刑法60条を適用しなかつた原判決は、法令の解釈適用を誤つたものといわなければならない…。」

本件も、窃盗既遂犯人による取還防止目的での暴行にのみ関与し、窃盗既遂自体には関与していない者の取扱いが問題となったものである。事後強盗罪を真正身分犯と解した点で東京地裁昭和60年判決と異なるが、同罪を身分犯とする考え方は同判決と異ならないようである。

第２節　学説

次に本節では、従来の学説について検討を加え、従来の学説が身分犯をどのような概念としてとらえてきたかという点について明らかにする。学説においては、個別具体的な犯罪類型が身分犯にあたるかという問題だけでなく、身分犯の一般的意義自体についても争われてきた。そこで、本節ではまず、身分犯の一般的意義をめぐる学説を検討した後に、前節での判例の検討と同様、身分性が特に問題となってきた要素ごとに検討を加えることとする。

第１項　身分犯の一般的意義

（1）行為主体を限定する要素のすべてを身分とする見解

一般的に、身分犯とは、一定の身分を備える者だけが犯罪の主体となり得る犯罪類型であるとされるが、身分犯概念を最も広くとらえる見解によれば、この身分犯という犯罪類型を標識する身分は、後述のような文理や義務によって制限されるものではなく、およそ何らかのかたちで行為主体を限定する要素であれば足りるとされる[78]。後述のように、この見解からは基本的には、身分性が問題となる要素の多くが問題なく身分にあたるという結論に至ることになる。

（2）文理によって身分の範囲を制限する見解

これに対して、刑法65条の「身分」という文言を根拠に、身分犯という犯罪類型を標識する身分とは、行為主体を限定する要素であり、かつ、一定の継続性を有するものであるとする見解もある[79]。しかし、法解釈においては、必ずしも日常用語的語義に合致する解釈が選択されるわけではないはずであるか

---

[78] たとえば、西田典之『刑法総論』（弘文堂、第２版、2010）75頁、同・前掲注（43）170頁など。

[79] 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第４版、2008）329頁注（二）、小野慶二「共犯と身分」日本刑法學會編『刑事法講座第三巻』（有斐閣、1952）493頁、福田平『刑法総論』（有斐閣、第４版、2004）284頁、日髙・前掲注（１）758-759頁、前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第４版、2006）468頁など。さらに、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第２版、2008）942頁は、主観的要素の身分性との関連において、「主観的要素を『身分』概念に含める意義は、いうまでもなく、65条２項を適用することによって、『営利の目的』をもたない者に『通常の刑』を科するためである。自らの『共犯論』を前提にして、合理的な結論を導くためには、『身分』概念を拡大して65条２項を適用し、これにより、理論的帰結を修正する必要があったのである。つまり、罪名従属性を前提にすれば、とくに教唆犯ないし従犯の場合に、正犯の罪名に従属せざるをえず、これを避けようとすれば、身分犯として65条２項の適用により、教唆犯・従犯には通常の刑を科するものとしなければならないとするのである」と指摘した上で、罪名独立性説の立場を前提とすると「65条２項の適用によらなくても、目的のような主観的要素はいわゆる『個人的要素』であって、教唆犯・従犯に目的が存在しない場合には、理論上当然、通常の密輸入罪の教唆ないし幇助が成立する」から、「身分概念の本来の意義に立ち返って、その内容を定めることができる」としており、ここでも、主観的要素は本来刑法上の身分概念に含まれないということが前提とされているが、それはまさに「身分」という文理に基づくものであろう。

ら、こうした解釈手法の説得力は限定的であろう。

アプローチは異なるものの、実質的には、身分概念を文理によって限定していると考えられる見解もある。そうした見解の論者は、「単数或いは複数の行為者の考えている意味が他の人々の行動と関係を持ち、その過程がこれに左右されるような行為」である社会的行為、および、この社会的行為が現実化され互いに他者を客体とする相互行為を前提とした上で、相互行為が繰り返し行われることで、行為者相互間に一定の行動パターンが成立し、「われわれの社会生活は、絶えずこのような一定のパターンを基礎にして営まれている」のだとする[80]。そして、このようなパターンにおける両極を「地位」、そして、その地位に具有する権利・義務を実行に移すことを「役割」の遂行とし[81]、この「地位」および「役割」の概念が「身分犯の考察にとって基本的な枠組を提供するものと言えよう」とする[82]。そしてこの見解の論者は、「われわれは、既に、地位＝身分概念が、社会関係から導かれること、また、地位占有者は、他者との相互過程においてその地位にふさわしい役割をもっていることを弁えている。このような視座から、身分犯は、その身分を有する者の役割逸脱行動として捉えることができる。したがって、われわれの分析を前提とする限り、目的犯における目的は、身分概念に包摂され得ないと言わなければならない」と結論づけている[83]。しかしながら、論者は、「地位＝身分」として地位概念と身分概念を同視しているのであるが、その根拠は明らかでない。たしかに、論者の分析による地位概念によって、いくつかの身分犯について説明がつくかもしれないが[84]、だからといって、ただちにその地位概念が身分概念そのものであるということにはならない。あるいは、地位＝身分とした根拠が、両概念の文言上の意味がきわめて近似しているという点に求められているのだとすれば、それは結局、言語的な類似性を根拠に「身分」と「地位」を結びつけるものであり、「身分」という文言から継続性要件を導出する見解に対する「単に言葉の語義を説くだ

---

[80] 上野幸彦「身分犯への一視座―地位概念の分析を手がかりとして―」日大紀要27巻（1985）181頁。
[81] 上野・前掲注（80）182頁。
[82] 上野・前掲注（80）183頁。
[83] 上野・前掲注（80）190頁。
[84] 上野・前掲注（80）183頁以下参照。

けでは、説得力を持ち得まい」[85]という論者自身の批判がそのまま妥当することとなって、矛盾しているように思われる。

（3）義務によって身分の範囲を制限する見解

（a）刑法65条１項における身分の範囲は義務により制限されるとする見解

この見解からは、身分は一括して定義できるものではなく、「刑法第六五条第一項に規定せられている身分犯は純正身分犯であって、純正身分犯の本質は一定の身分ある者がその身分によって一定の義務を負担させられている点にあり、従って、本来は、そのような義務を負担する身分ある者についてだけ、その義務違反によって、犯罪の成立があり、その意味において、『身分ニ因リ犯罪ヲ構成スル』犯罪とせられるのである。故に、刑法第六五条第一項に規定する『身分』の意義は、例えば収賄罪における『公務員又は仲裁人』とか、背任罪の『他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者』とか、偽証罪の『法律ニ依リ宣誓シタル証人』とか等のように、社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格を意味し、単なる犯罪の常習性や目的犯における目的のような行為者の永続的又は一時的な心理状態を含まないものと解すべきである」と主張される[86]。こうした見解は、一定の支持を得ている[87]。

この見解の論者は、*H. Mayer*[88]や *Welzel*[89]、*Kohlrausch/Lange*[90]らの見解を引用しており、これらの被引用部分の記述を参照してみると、„Sonderdelikte“ についての説明がなされており、この概念は正犯者が特別の義務を負担する者に限定される犯罪であるとされている。ところが、そもそもドイツにおける Sonderdelikte を身分犯と同視してよいのかという点が検証されねばならず、後述第４章にて示すように、結論として、ドイツにおける Sonderdelikte とわが国における身分犯は、まったく異なる内容を持つに至った概念なのである。

---

[85] 上野・前掲注（80）190頁。

[86] 木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣、増補版、1959）156頁。

[87] 大野平吉「共犯と身分」日本刑法学会編『刑法講座第４巻（未遂・共犯・罪数）』（有斐閣、1963）167頁、川端博『刑法総論』（成文堂、第３版、2013）122頁。

[88] *Hellmuth Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Tei, 1953, S. 69 f.

[89] *Hans Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958, 58.

[90] *Eduard Kohlrausch/Richard Lange,* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 41. Aufl., 1956, S. 137.

にもかかわらず、両者の同一性を前提としたこの見解には問題がある。

上記のような同一視の問題を措くとしても、わが国における身分犯を義務のみと結びつけることはできない。なぜなら、ドイツにおけるSonderdelikte概念が義務と結びつけられているのは、真正（刑罰構成的）なSonderdelikteと不真正（刑罰加重的）なSonderdelikteの双方の不完全な従属性を説明する必要性があったためであったと考えられるのに対し、わが国の刑法65条は、1項において完全な従属性を持つ身分犯の存在を認めている以上、そうした必要性が欠けるからである。ドイツ刑法では、1968年10月1日施行の旧50条2項が新設されるまでの間、「特別の一身的資格又は関係（besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse）」のうち、刑罰加重的・刑罰減軽的・刑罰阻却的なもののみが取り扱われており、こうした特別の一身的性質または関係はそれを備える者に対してのみ作用する旨規定されていた（1943年6月15日施行旧50条2項、1872年1月1日施行旧50条）。そして、不真正なSonderdelikteのメルクマールもここに含まれると解されていたのであった。しかし、刑罰構成的な「特別の一身的資格又は関係」は同規定において取り扱われていなかったためにこの取扱いが問題となったが、当時の伝統的な見解は、特別の一身的資格または関係のうち、刑罰加重的・刑罰減軽的・刑罰阻却的なものは非従属的に作用するという規定を反対解釈し、刑罰構成的な特別の一身的資格または関係はそれを備えない関与者に対しても従属的に作用すると解していた。ところが、とりわけ戦後になって、こうした反対解釈に異議を唱える見解、すなわち、不真正なSonderdelikteのメルクマールが非従属的に作用するにもかかわらず真正なSonderdelikteのメルクマールが一転して従属的に作用するというのは不合理であるという見解が主張されるようになり[91]、有力化したのである。このように、おそらくドイツでは、不真正なSonderdelikteと真正なSonderdelikteの取扱いの不均衡を是正する必要性が重視されたという経緯から、Sonderdelikteと義務が結びつけられるに至ったと言えよう。しかし、本文でも述べたように、わが国の刑法は、65条1項において、身分が完全に従属的に作用する場合があることを正面から認めている以上、ドイツと状況がまっ

[91] たとえば、*Edmund Mezger*, in: *Ludwig Ebermayer/Adolf Lobe/Werner Rosenberg*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl., 1957; *Adolf Schönke/Horst Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., 1959, S. 275 f.

たく異なっているのである[92]。

また、わが国の刑法は、身分犯という犯罪類型を標識する身分が刑罰を減軽する場合をも想定しているところ、身分犯と義務を結びつける場合には刑罰を減軽する身分というものがあり得ないこととなり、現行法と矛盾することになる。それゆえ、この見解の論者は、刑法65条２項における「身分」とは、身分犯という犯罪類型を標識する要素としての身分だけでなく、それにはあたらない一身的な刑罰減軽要素を含んでいるのだと主張することになるが、「身分犯」という見出しを付された刑法65条における「身分」に身分犯という犯罪類型を標識する要素としての身分以外の要素を含ませる解釈には、無理があろう。

（b）身分全体の範囲が義務により限定されるとする見解

この見解は、「〔刑法65条の＝筆者注〕文言に素直な解釈によると、ここで言われている『身分』とは、完全に従属する要素でもなく（第二項）、全く従属しない要素でもない（第一項）、その中間的ないわば制限的にあるいは不完全に従属的な要素ととらえることが可能であろう」とした上で、以下のように主張する。

「およそ刑法上の構成要件において、正犯者の資格が何らかの形で制限されている場合、それが全て第六五条の身分に該当すると解することはできない。なぜなら、正犯者の範囲を制限することによって、法益の侵害性あるいは法益侵害の危険性、言い換えると直接的な社会侵害性が定義されている場合がありうるのであり、そのような場合、共犯者は正犯者を通じて、そのような法益侵害ないし社会侵害に因果的に完全に関与しうるからである。」[93]

「これに対し、第六五条の『身分』が問題となる場合とは、そのような法益侵害あるいは法益侵害の危険に直接関係しない、つまり直接的な社会侵害性を持たない行為でなければならない。言い換えると法により一定の地位にある者の一身的遂行のみが要求されている場合である。このような関与者に本来的に一身的にのみ帰せられる違法要素の法的性質については、既に検討したように、行為者人格との結びつき、社会倫理的な非難性、人的な行為不法というような

[92] ほぼ同様の指摘として、十河・前掲注（33）245-246頁。

[93] 松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について（二）完」姫路23＝24号（1998）115頁。

基準では充分な根拠を提供できないのであり、一定の資格を持つ者の一身的遂行のみが法的に要求されるという意味で特別な『義務』が課せられる場合であるという基準が解釈論的に説得力をもつであろう。したがって、第六五条の『身分』といいうるのは、特別義務によって正犯者の範囲が限定されている場合である。」[94]

しかし、この見解によっても、身分犯という犯罪類型を標識する身分が義務によって制限されることを基礎づけることはできないと思われる。

第一に、論者は、刑法の想定する身分とは、「完全に従属する要素でもなく（第二項）、全く従属しない要素でもない（第一項）、その中間的ないわば制限的にあるいは不完全に従属的な要素」であるとするが、こうした、刑法65条1項の身分と同条2項の身分とをいわば混ぜ合わせることによって身分の特殊性を導くという解釈手法には、問題があるように思われる。なぜなら、刑法65条は、端的に言えば、1項の身分は従属的に作用し、2項の身分は非従属的に作用するということを規定しているに過ぎず、それ以上のことを規定しているわけではないからである。論者自身も、「『身分』が特別義務に限定され、従属性が緩和されるとしても、第六五条の第一項が完全な従属を命じていることとの不整合はなお残っている」としつつ、「これについては、特別義務が構成的身分である場合、関与行為も全く違法でない行為とはいえないわけであるから、立法者には完全に従属させるか、従属させずに無罪とするかの道しかなければ前者を選択せざるをえなかったであろうという立法政策的根拠と、組織あるいは制度と関連した義務が構成的に身分とされる、つまりその義務違反だけが犯罪とされるのは、それは本来、純粋に下位システム内の規範なのであるから、公務員の職務義務違反のように、全体システムにとっても重大な関心をもたざるをえない場合に限定されるという例外性を一応の説明とすることができるであろ

[94] 松生・前掲注(93)116頁。このほか、高橋則夫「共犯と身分」阿部純二ほか編『刑法基本講座第4巻（未遂／共犯／罪数論）』（法学書院、1992）172頁も、「六五条は矛盾関係を内包する不合理性を有し、また画一的な処理をもたらすものであるが故に、六五条の問題領域を限定する必要があると考える。したがって、身分概念をできるだけ限定することが必要であるように思われる。この意味で、一項と二項を通じて、身分を『社会的・法律的などの人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格』と定義づけることが妥当と考える」とする。

う」とするが[95]、こうした説明が刑法65条１項との不整合を正当化するかは疑問である。

第二に、刑法65条２項は刑罰を減軽する身分犯の存在を前提としているが、この見解からは、前記（ａ）の見解と同様に、この点を説明することができないと思われる。

（４）小括

ここまで、学説における身分犯の一般的意義についての理解を検討してきた。その結果、身分犯という犯罪類型を標識する身分を継続性のあるものに限定する必要はないし、また、身分を義務と結びつけることは不可能であるということが明らかとなったと思われる。それを踏まえて、以下では個別具体的な犯罪類型の身分性についての議論を検討していくが、そこでは、文理や義務によって身分の範囲を限定しない見解からの主張を中心に検討していくこととする。

第２項　主観的要素

主観的要素が身分犯にいう身分にあたるかという問題は、旧麻薬取締法における「営利の目的」が身分にあたるとした最高裁昭和42年判決を契機として盛んに論じられるようになった。本項では、学説が主観的要素と身分性についてどのように考えてきたのかを検討する。

（１）主観的要素も身分にあたり得るとする見解

現在では、主観的要素も身分にあたり得るとする見解が多数を占めているが、その根拠は一様ではない。

おそらく、主観的要素も身分にあたり得ることの根拠として最も一般的であるのは、判例による身分の定義を前提とした上で、主観的要素も「犯人の人的関係である特殊の…状態」にあたるということであろう[96]。

---

[95] 松生・前掲注（93）119-120頁。

[96] 十河・前掲注（33）301-302頁。ただし、論者は、判例による身分の定義を無批判的に受け入れることを批判した上で、刑法65条の趣旨につき「個人責任の原則から、行為者に固有の事情に係わる一身的な犯罪要素は本来、それを有

また、刑法65条１項は不法身分の連帯的作用を規定したもの、２項は責任身分の個別的作用を規定したものと解する立場から、「動機や目的等の一時的・心理状態も、犯罪論の体系上、それが、行為の法益侵害性を左右する違法要素であれば、一項の『身分』として連帯的に、行為者に対する責任非難とのみ関係する要素であれば、二項の『身分』として個別的に、作用することになる」とする見解もある[97]。しかし、ここでは、主観的要素が「身分」にあたることが前提とされてしまっており、そもそもそのこと自体が一つの問題である。こうしたところからも、主観的要素の身分性判断の困難さが窺える。

さらに、「行為者の主観的な目的などを身分から除外する場合、それを欠く関与者にも当該犯罪の共犯が成立することになるから、結局、刑法65条１項を適用した場合と同じになる。この意味で、ある構成要件要素を『身分』と解するか否かは、刑法65条２項の適用において実際上の意義があるといえる。他方、行為者の目的などが責任要素としてとくに要求されている場合に、それが身分でないとし、目的などを欠く関与者についても当該犯罪の共犯の成立を認めることには実質的な問題がある。この意味で、『身分』という日常用語的理解からは若干離れることになるが、判例のように、身分の意義を広く解し、その性質に応じた扱いを行うことにも妥当性が認められるといえよう」とする見解もある[98]。すなわち、責任要素である主観的要素の作用を各関与者に対して個別的に取り扱うためには、刑法65条２項を媒介しなければならないから、その意

する者にのみ作用するはずである。しかし、公務員の収賄行為に非公務員が加功した場合のように、一身的な要素であっても共犯者たる他人にその効果が及ぶと考えられる場合がありうる。そこで、行為者の一身的な要素が、それを欠く共犯者にも影響を及ぼすのはどのような場合かということを明らかにしたのが、刑法65条であると解される」とし、「同条の趣旨がそのような点にあるとすると、行為者の一身的な事情に係わる要素は、すべて同条にいう『身分』に含まれることとなり、『一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位または状態』を広く身分と捉える判例・通説の立場は妥当であるといってよいであろう」と結論づけるものである（同302頁）。学説が判例による定義を無批判に受け入れているという他の指摘として、香川達夫『身分概念と身分犯』（成文堂、2014）２頁、松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について（一）」姫路18号（1996）４頁。

[97] 西田・前掲注（43）170頁。

[98] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016）348-349頁。

味で、主観的要素を「身分」とすることは妥当であるという趣旨かと思われる。しかし、ある主観的要素が身分にあたるかという問題と、その主観的要素が関与者間においてどのように取り扱われるかという問題は別問題であり、これらを結びつけることはできないように思われる[99]。

（2）主観的要素は身分にあたらないとする見解

（a）身分の範囲を制限する見解からの帰結

前記（1）において示した、文理によって身分の範囲を制限する見解および義務によって身分の範囲を制限する見解からは、主観的要素の身分性が否定されることになる。前者からは、身分には継続性が要求されるところ、一時的な状態でしかない主観的要素はこれに含まれないとされ[100]、後者からは、一定の主観的要素を備えること自体は行為主体に課せられる特別の義務を基礎づけるわけではないため、身分ではないとされる。

（b）行為者の属性ではないとして主観的要素は身分にあたらないとする見解

身分を文理や義務によって制限しない見解からも、主観的要素の身分性が否定される場合がある。たとえばある論者は、刑法65条の趣旨について「刑法第六五条第一項は、身分犯への加功は『身分のない者であっても、共犯とする』

---

[99] 伊藤・前掲注（44）338頁は、「目的の身分性が肯定されると、目的犯の共犯は刑法65条によって処理される。目的が真正目的か不真正目的か、あるいは、違法目的か責任目的かで目的の身分性の肯否をわけることも考えられる。しかし、この基準でもって目的の身分性の結論に差異を生じることは奇異な現象である。目的の真正・不真正性は立法政策の問題にすぎず、また目的の違法性・責任性は犯罪体系や法解釈の問題であり、身分性の肯否を決定するものではないからである。真正身分・不真正身分、違法身分・責任身分をどのように区別するとしても、目的が法律上どのような機能を有するかとは無関係に身分性は決定されるべきである。つまり、目的犯への刑法65条（特に2項）の適用の是非の前に、目的の身分性は決定されなければならないのである」と的確に指摘する。また、香川・前掲注（96）139頁は、「目的をもって身分とし、さらには身分犯とすることによって、六五条経由による処理を容易にしようとする発想自体わからぬわけではないが、そのこと自身、便宜論の域をでるものではない」と指摘する。

[100] 前掲注（79）のほか、高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第3版、2016）495頁。

と規定する。この規定の前提には、その文言から、『身分のある者の身分犯への加功は、共犯である』との考えが控えていることが分かる。刑法第六五条第一項は『……であっても……とする』としており、『身分のない者は、共犯である』とは規定していないからである。ここから、刑法は、身分犯と非身分犯は、『犯罪主体』が異なるので、範疇が異なるものと理解していることが分かる。そうすると、共犯規定は『行為態様（関与形態）』に着目して処罰を拡張する規定にすぎないので、刑法第六〇条～同法第六二条の共犯規定が適用されるのは、『非身分者が非身分犯に加功した場合』と『身分者が身分犯に加功した場合』に限られることになる。換言すれば、『非身分者が身分犯に加功した場合』と『身分者が非身分犯に加功した場合』には、刑法第六〇条～同法第六二条の射程外ということになる。そこで、その欠落を補充すべく刑罰拡張規定として規定されたのが刑法第六五条というわけである。したがって、非身分者が身分犯に加功した場合と身分者が非身分犯に加功した場合は、刑法第六五条と刑法第六〇条～同法第六二条によって刑罰が二重に拡張され、はじめて可罰的になるのである」と説明した上で、身分は「行為者の属性」であるとする[101]。そこから、論者は、「身分の定義は『内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような特殊の地位』ということにな」り、結局、「他の法律における身分と同じく、『社会的地位』を意味するものに他ならない」とする[102]。

しかし、この見解では、目的犯における目的のような主観的要素が「行為者の属性」とはなり得ないことが前提とされているように思われるが、その点自体についても検討が必要であると思われる。

（c）継続性を欠くために行為者の属性ではないとして主観的要素は身分にあたらないとする見解

類似の見解として、「身分は、一身的なものであるから、判例が『……総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態』と言ったのであり、したがって、単なる行為の属性にすぎないものは身分に当たらず、行為者の属性を帯びてはじめて身分になるものと考える。その意味で、現象として見る限り、継続性が必要である。こうして、『営利の目的』は、行為の属

101 大越・前掲注（7）25-26頁。
102 大越・前掲注（7）26頁。

性であって行為者の属性ではないから、一般的には身分に当たらないものと考える」[103]とするものもある。

この見解では、継続性がなければ「行為者の属性」とならないことが前提とされているが、なぜ継続性がその前提となるのかが明らかでない。ここではまさに、何をもって「行為者の属性」と評価されるのかが問題なのである。

（3）小括――主観的要素の身分性判断における基準の不存在

以上のように、主観的要素も身分にあたり得ることについては、現在では広く認められているところである。しかし、このような見解に立つ論者においても、すべての主観的要素が身分に該当するとは解されていない。そのことは、各種偽造罪における「行使の目的」や各種予備罪における目的を身分と解する見解がほとんどないということから明らかである[104]。したがって、主観的要素も身分にあたり得るとする見解においても、すべての主観的要素が身分にあたるというわけではなく、一定の性質をもつ主観的要素のみが身分に該当するということが、暗に前提とされているように思われる。一方、主観的要素は身分にあたらないとする見解も、その根拠として継続性などの一定の性質がないことを挙げるが、そうした一定の性質がなぜ要求されるのかは十分明らかにされていない。そうした「一定の性質」が何であり、なぜ要求されるのかが、主観的要素の身分性判断において特に重要となってくるように思われる[105]。

第３項　消極的な主体要素

（1）消極的な主体要素も身分にあたるとする見解

[103] 筑間正泰「身分犯の共犯について」斉藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（信山社、2003）393頁。

[104] もっとも、川端ほか編・前掲注（38）622頁〔西田典之〕は、通貨偽造罪および文書偽造罪における「行使の目的」を身分と解する。

[105] 後述のように、刑罰構成的な主観的要素は身分に該当しないが、刑罰加減的目的は身分に該当するという基準を定立する見解があるが、刑罰構成的な身分と刑罰加減的な身分とが存在する以上、―刑罰構成的な主観的要素は身分に該当しないことが多く、刑罰加減的な主観的要素は身分に該当することが多いということはあり得るとしても―こうした基準は説得力を欠くといえよう。

学説では、たとえ消極的なかたちであっても行為主体を限定するものであることには変わりはない以上、消極的な主体要素も身分にあたると考える見解も有力である。

たとえば、ある論者は、医者が第三者の無免許医業を幇助した事案につき刑法65条1項を適用しなかった判例を念頭に置いた上で、「この場合、医者には『特別の義務』がないのに対し、一般の人には『特別の義務』があるといえるし、また医者の資格を持つ者は無免許医業の法益を侵害することができず、『一般の人』であってはじめて法益の侵害ができるという点では、構成的身分犯、とくに疑似身分犯の場合と差異はない。したがって、医者による共同正犯の成否、間接正犯の成否についても、構成的身分犯の場合と違って取り扱う理由はない。六五条一項の適用を拒否する必要があるか疑問である」[106]としている。

しかしこの見解によれば、「身分を欠く」という状態を構成的身分と解することにより、同時に「身分を有する」という状態が阻却的身分となるため、消極的な主体要素が含まれる構成要件には常に構成的身分と消極的身分が併存することとなるが、こうした事態を刑法が予定しているかという点については疑問がある。また、法文上明示されない主体要素についての考え方にもよるが、消極的な主体要素が身分にあたるとすれば、個人的法益に対する罪は法益主体自身によって遂行することはできない以上、すべての個人的法益に対する罪が身分犯となりかねないように思われる[107]。

---

[106] 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975）369頁。ただし、ここでいう「疑似身分犯」とは、同368頁が「法益の侵害（および危険）が違法性の実質だとすると、一定の身分の者についてだけ犯罪が成立するのは、その身分を持った者でなければ、事実上、その法益を侵害することができないからだということになるであろう。強姦罪の主体が男に限られるのは、まさにこのような理由によるといってよい。このような身分犯を疑似身分犯とよぶことができる」と述べていることから、身分犯の一種としての意味のようである。刑法65条が適用される点については、西田・前掲注（78）404頁、山口・前掲注（98）349頁も同旨。なお、西田・前掲注（78）404頁は、実質的区別説の見地から、「消極的身分が行為の違法性を基礎づけるものである場合には、すでに述べたように、65条1項を適用しなくても、それを法令適用の誤りとまではする必要はないように思われる」とする。

[107] これらの点は、行為者の罪責という意味での結論には影響しないであろうが、身分犯概念の理解にとって重要である。

（2）消極的な主体要素は身分にあたらないとする見解

判例と同様、消極的な主体要素の身分性を否定する見解も有力であり、この立場の論者からは、「身分は、これを有するのが特殊で、有しないのが通常なものでなければならない」[108]ため、「特徴づけを欠く」ということを示すに過ぎない状態は身分にあたらないとされる。

また、「消極的身分とは、一定の身分をもたない非身分者一般を指すとか、犯罪の主体としての特定の地位・状態にある『人』が限定されている場合はこれをすべて『身分犯』と考えてよいとし、たとえば、無免許医業罪は、犯罪の主体が医師でない者に限定されているから、同罪は『身分犯』であるという理解も行われている。しかし、前者は、結局は『非身分者』を『消極的身分者』と呼ぶだけであって、刑法六五条の関係では『身分のない者』にほかならないのであるから、『消極的身分』という観念を立てる必要は全くないといわざるをえないであろう。また、後者では、六五条一項は、これを『犯人の身分（無資格という消極的身分）によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者（資格ある者）であっても、共犯とする』と読むべきことになるが、それは、結局、『無い者』を『有る者』とする論理であり、人間社会では背理であるといわざるをえないのである」[109]、「本来、身分犯は、その身分を具備することが特別な場合で、それを具備しない多数の一般人の存在を予定するものであり、『一定の身分を欠く』という身分を想定することは身分概念の崩壊を招きかねない。加えて、消極的身分を構成的身分化させて処理することは、構成的身分と区別された独自の概念として存在する消極的身分を無用視させるだけでなく、責任阻却的な消極的身分の場合には同じような捉え方ができないところに、この解釈の難がある。即ち、現行法上、犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪の主体は『犯人以外の者』に限定され、犯人が逃げ隠れしたり自己の刑事事件に関する証拠を隠滅しても、同罪の構成要件該当性が否定されるため犯罪の成立する余地はないが、その実質的理由は犯人にかかる行為をしないよう期待することができない、つまり犯人という身分が責任阻却的身分であることに求められている。ここで、違法阻却的な消極的身分と同様、『犯人以外の者』であって初め

---

108 小野・前掲注（79）493頁。

109 内田文昭「消極的身分と共犯」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集上巻』（信山社、2001）20頁。

て犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪の主体になれると解し得るにもかかわらず、犯人による場合も国家の司法作用が等しく侵害され違法行為の存在が肯定されるため、『犯人以外の者』という消極的身分が刑法65条１項の身分であるとは言い得ない。かといって、この消極的身分は刑を加重するものでない以上同条２項の身分であるとも言い得ないから、結局、『犯人以外の者』という消極的身分を想定すること自体無意味であり、正面から『犯人』という身分が責任阻却的な消極的身分であると捉えざるを得ないのである」[110]などといった肯定説に対する痛烈な批判もある[111]。

消極的な主体要素は身分にあたらないとする見解は、肯定説における問題が生じず自然な捉え方であると思われるが、「身分を欠く」という状態が身分にはあたらないとする根拠については、さらに検討する余地があると思われる。

第４項　法文上明示されない主体要素

法文上明示されない主体要素についても、その身分性が争われている。この問題はとりわけ、強姦罪が身分犯であるかという論点において現れることになる。

（１）法文上明示されない主体要素は身分にあたらないとする見解

この見解の論者によれば、「身分犯とは違い、法文上主体は限定されておらず、限定された構成要件的行為を実行することが事実上一定の属性を備えた者に限られる犯罪」は「疑似身分犯」であり、身分犯ではないとされる[112]。また、別の論者によれば、「真正身分犯であれば、身分の存在それ自体で犯罪としての成立は規制され、逆にそれを欠くかぎり、その成立自体が排除される。だか

---

[110] 鋤本豊博「消極的身分と刑法65条」岩井宜子先生古稀祝賀『刑法・刑事政策と福祉』（尚学社、2011）334頁。

[111] さらに、吉田淳一「判批」警論26巻７号（1973）192頁。

[112] 山口・前掲注（98）346頁。なお、論者は、「不作為犯は一種の身分犯、しかも違法身分犯ということになる」としつつ、「真正不作為犯については刑法65条１項の適用が必要となるが、不真正不作為犯については同項の適用は必要がないと解される」（同389頁）とするのも、不真正不作為犯が「疑似身分犯」にあたるからであると思われる。

らこそ、構成的身分犯というとされるのなら、そこで要求される身分とは、当然にそれ自体が法文上の主体として明記され、また具備されていることが要件となってこよう。もっともこの点は、不真正身分犯においても変わらない。不真正身分犯に他の法条の登場が要求されるのは、刑の軽重を比較するためではあっても、身分犯としての主体の明記自体を不要としているわけではないからである」[113]とされている。

しかし、身分が法文上明示されていなければならないことの根拠は不明である。書かれざる構成要件要素の存在を認める限り、書かれざる身分を否定するには、強い根拠を要するように思われる。

（2）構成要件該当行為の物理的限界を示す主体要素は身分にあたらないとする見解

「ある犯罪が身分犯であるとされるためには、身分なき者について、その特別構成要件の実現が、絶対的に、法的に不可能でなければならない」とし、「非身分者が直接に行為を実現することが、絶対的に物理的に不可能であるとされる構成要件」については、「一定の行為者に存する生来的な、身体的不可能性が、直接の構成要件実現を絶対的に阻止する機能を有し、しかもこの不可能性は、自然的な自明性から明らかにされるものであって、身分犯のように実定法上の明示的な規定によって導き出されるという性質のものではない」ため、「この種の犯罪は純粋な身分犯とはいえない」とする見解もある[114]。

この見解は、スイスにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念を同視することにより、構成要件該当行為の法的限界を示す主体要素のみが身分にあたるという結論に至っているものと思われるが、後述のようにそもそもスイスにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念を同視することはできず、前提としての、わが国における身分犯概念の捉え方に問題がある。

（3）法文上明示されない主体要素も身分にあたり得るとする見解

これに対して、法文上明示されない主体要素も身分にあたり得るとする見解

---

[113] 香川・前掲注（96）152頁。さらに、同152-158頁参照。

[114] 泉健子「身分犯概念について―表見的身分犯との関連―」一法98巻５号（1987）755頁。

も有力である。たとえば、ある論者は、「法律上、行為の主体が特別の地位、身分、関係にある者に限る旨が明示されていない場合にも、身分犯と解すべき場合があるか否か」を問題とした上で、「犯罪の性質上、特別の地位、身分、関係にある者でなければ違法を犯し得ないものについては、とくに明文によって行為の主体を限定していなくても、身分犯と解しなければならぬことは当然である。刑法二五二条の横領罪は、ただ『自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ…』と定めるだけであるが、行為の性質上、他人の物の占有者という関係になければ横領行為は犯し得ないことから、身分犯と解されている」[115]と述べている。

この見解が示している通り、構成要件が正面から主体を限定しているわけではない横領罪も一般に身分犯と解されている。そのことから明らかなように、やはり構成要件の規定形式が身分犯性にとって決定的であるわけではないということは広く認められている。とはいえ、法文上明示されない主体要素の身分性を否定しないことが正当であるとしても、そうした要素の身分性を適切に判断する基準がなければ、様々な犯罪類型が身分犯へと転化しかねない。その意味で、ここでも具体的な判断基準が問題となる。

第５項　構成要件該当行為の一部なのか身分なのかが問題となる要素

構成要件該当行為自体の一部であるのか、あるいは、身分であるのかということが問題となる要素もある。こうした要素が身分にあたるか否かは、学説上どのように考えられているのであろうか。考え方としては、大きく分けて以下の二つのアプローチが存在していると言えよう。

（1）構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解

構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解によれば、たとえば事後強盗罪における窃盗は、身分に該当しないとされる。論者は、その理由を次のように述べている。「窃盗という事実を身分という形で捉えることは、その法益侵害結果が事後強盗罪の処罰を基礎

[115] 藤木・前掲注（64）65頁。

付けることを否定することを意味するからであり、そのようなものとして事後強盗罪を理解・解釈することはできないからである。」[116]

また、別の論者も、「身分犯における『身分』は、消火妨害罪（114条）における『火災の際』といった行為状況と同様の法益侵害の前提条件（違法身分）、または、行為者の責任非難を基礎づける外部的、内部的な条件（責任身分）であって、いずれも行為者の行為によって有責に惹起されることを要しない事情である」（傍点、原文まま）と指摘する。その上で、事後強盗罪における『窃盗』の事実は、それ自体が同罪で評価されるべき法益侵害の内容の一部であって、行為者によって有責に惹起されることを要する事情であるから、単なる『身分』ではなく、『実行行為』の一部とみるべきである」として事後強盗罪を結合犯と解している[117]。

このように、構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解は、身分と犯罪評価の対象となる事象としての行為を厳格に区別しており、それゆえにそうした排斥関係を導いているものと思われる。この見解によれば、窃盗後の暴行のみに関与した者の罪責を決定するにあたって、刑法65条は介入しないことになる。

（2）構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係はないと考える見解

それに対して、構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係はないと考える見解を主張する論者によれば、「事後強盗罪のように複数の法益侵害行為によって構成される犯罪において、法文上、先行行為をした者が後行行為の主体とされている場合には、これを身分犯と解することができる。……他方、先行行為も法益を侵害する行為である以上、先行行為は、後行行為と並ぶ実行行為と解すべきである。つまり、先行行為は実行行為であるが、それと同時に、これを行ったことは後行行為の主体すなわち身分でもあ

[116] 山口厚「『共犯の因果性』の一断面」斉藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、2006）354頁。中森・前掲注（76）217頁が、「事後強盗も強盗であり、盗取行為はまさに財産犯としての強盗の不法を構成する」として事後強盗罪の身分犯性を否定するのも同旨であろう。

[117] 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013）410頁。

るということになる」[118]とする。

さらに別の論者も、「本罪〔事後強盗罪＝筆者注〕を結合犯と解することは、ただちに身分犯でないということを意味しない。学説上は一般に結合犯か身分犯かを問題としているが、それらは異なる範疇に属するものであって、どちらでもありうるものである」[119]とする。

こうした見解においては、構成要件該当行為の一部であることと身分であることとの間に排斥関係があると考える見解とは異なり、身分と犯罪評価の対象となる事象としての行為は厳格には区別されておらず、この点に決定的な相違がある。また、この見解によれば、窃盗後の暴行のみに関与した者の罪責の決定には、刑法65条が必要であるということになる。窃盗後の暴行にのみ関与した者の罪責をある要素が構成要件該当行為の一部でもあり身分でもあるということがあり得るのかについては、身分の本質を解明することによってのみ明らかとなるように思われる。

【付記】　本稿は、北海道大学審査修士（法学）学位論文（2017年３月23日授与）「身分犯の一般的意義と具体的範囲について」に加筆・修正したものである。

[118] 十河・前掲注（33）326頁。同323頁以下も参照。なお、論者は、「確かに、身分は行為の主体であるのに対して、実行行為は行為そのものであるから、本来、１つの犯罪要素が身分と実行行為の両方を兼ねるということはありえない」（同328頁）としつつも、構成要件の機能に照らせばある要素が身分であるとともに実行行為の一部であることがあり得るとする（同328-330頁）。

[119] 林幹人「事後強盗罪の新動向」刑ジャ２号（2006）52頁。

判例研究

刑　事　判　例　研　究

堀　田　尚　徳

警察官が自己の身分及び処分の目的を秘して被疑者の DNA を採取した行為について強制処分に当たるとされた事例

東京高裁平成28年８月23日第４刑事部判決
（平成27年（う）第1872号　窃盗、建造物侵入被告事件）
高刑集69巻１号16頁

第１　本判決を取り上げる意義

本判決の判示事項は以下の３点である。

① 警察官が、自己の身分及び DNA 採取目的であることを秘した上で、被疑者に対して、紙コップにそそいだお茶を飲むよう勧め、使用した紙コップの管理を放棄させて回収し、そこから DNA サンプルを採取するという態様の捜査を無令状で行ったという事案について、かかる捜査が強制処分に該当するとして、令状主義に反し違法と判断した。

② ①の捜査の際に取られた領置の手続きについて、法が許容する領置の類型には当たらず、領置手続自体も違法と判断した。

③ ①の捜査で採取した DNA を基に得られた逮捕状に基づいて被疑者を逮捕後、被疑者から任意提出された口腔内細胞を DNA 鑑定した結果を記載した鑑定書について、違法収集証拠排除法則を適用して証拠能力を否定し、この鑑定書が関わっていた犯罪事実（窃盗罪）について無罪判決を出した。

特に判示事項①について、本判決は、当該捜査が被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案について、最決昭和51年３月16日刑集30巻２号187

頁（以下、「最高裁昭和51年決定」という）が示した強制処分該当性の判断基準を直接的に引用して判断した。もっとも、この判断が最高裁昭和51年決定後の最高裁判例と整合するか否か等については検討を要する所があるように思われる。本判決は、特に判示事項①について、最高裁昭和51年決定が示した判断基準についての具体的な適用例を判示したものとして、取り上げる意義があると考えられる。

第２　事案の概要・判旨

１　事案の概要[1]

（１）捜査の経緯

ア　平成27年１月28日以前

警察は、窃盗被疑事件について、犯行現場に犯人が食事をした形跡があり、割り箸についていた犯人のものと思われるDNAを採取した。データベースに一致する者はいなかったが、犯行手口の類似性等から、被疑者Ａに目星をつけていた。

イ　同年１月28日

警察官K_1・K_2は、荒川河川敷沿いの曝気施設付近にテントを張って生活していたＡの下に赴き、河川事務所から入手した資料を見せる等しながら、周辺のホームレスについての話をした（K_1・K_2は警察官であると名乗らず。警察官だと一目見て分かるような服装ではなかった。ＡはK_1らを国交省の職員と思い込んでいた）。

K_1はＡに対して、持参した紙コップで温かいお茶を勧め、Ａが飲んだ後、DNA採取目的であることを秘し、その紙コップを廃棄すると申し出てＡから回収した（K_2がその様子を写真撮影）。

ウ　後日

紙コップからＡのDNAを採取[2]し、それを疎明資料としてアの事実に係るＡの逮捕状を請求し、Ａを逮捕した。同年２月12日、Ａが口腔内細胞を任意提出したところ、それについてDNA鑑定をした鑑定書が作

[1] 原審と本判決の事実認定は、ほぼ同じである。

[2] この時点でＡから採取された唾液を鑑定した結果についての鑑定書は、平成27年４月21日付で作成された。

成された。同年３月４日、Ａは窃盗罪（刑法235条）で起訴された。

（２）被告人側の主張

被告人側は、上記鑑定書について、令状主義の精神を没却するような重大な違法捜査によって得られた証拠を基になされた逮捕状請求及びその身体拘束を利用して得られた証拠であることから証拠排除すべきである等と主張した。

（３）原審

さいたま地判平成27年９月17日（公刊物未登載[3]）は、罪となるべき事実として

「被告人は・・・平成22年２月27日午後９時頃から同年３月１日午前７時頃までの間に、さいたま市・・・所在の甲株式会社乙作業所内１階事務所において、同作業所所長丙管理の現金約８万1800円を窃取した」[4]

という事実を認定した上で、本件の捜査について以下のとおり判示した。

「DNA 採取目的を秘して被告人に使用したコップの管理を放棄させ、そこから DNA サンプル採取をすること自体は、**なんら被告人の身体に障害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではない**のであるから高度の必要性と緊急性、相当性が認められる限りは、令状によらなくても違法であるとはいえない」〔フォント変更は本論文執筆者による〕。

原審の判断に対して被告人側が控訴した結果出されたのが、本判決である。

２　判旨[5]

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものであるが、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであると解される（最高裁判所昭和51

[3] 原審の判決文は、Westlaw Japan 文献番号2015WLJPCA09176006で閲覧できる。もっとも、本判決の判決文内においてその内容が過不足なく引用されている。

[4] 被告人Ａは別の窃盗事件でも起訴されているが、本研究とは関係しないため省略する。

[5] 本判決に対する評釈として、中嶋伸明「判批」研修821号（2016年）93頁以下、吉田雅之「判批」研修824号（2017年）13頁以下、宮木康博「判批」法学教室438号（2017年）139頁、大野正博「判批」刑事法ジャーナル53号（2017年）164頁以下がある。

年３月16日第３小法廷決定）」。

「被告人は、・・・相手がホームレスの話しかしなかったので、国交省の人間だと思い込み、勧められるままに紙コップを手にしてお茶を飲み、被告人が飲んだ後、DNA 採取目的を秘し、そのコップを廃棄するとしてK_1が回収したものと認められる。そうすると、本件においては、らは、K_1らが警察官であると認識していたとすれば、そもそもお茶を飲んだりしなかった被告人にお茶を飲ませ、使用した紙コップはK_1らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人の錯誤に基づいて、紙コップを回収したことが明らかである。

ここで、強制処分であるか否かの基準となる個人の意思の制圧が、文字どおり、現実に相手方の反対意思を制圧することまで要求するものなのかどうかが問題となるが、**当事者が認識しない間に行う捜査**について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、**合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当する**というべきである（最高裁判所平成21年９月28日第３小法廷決定参照）。したがって、本件警察官らの行為は、被告人の意思を制圧して行われたものと認めるのが相当である」。

「確かに、相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、**法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合**にはじめて、強制処分に該当するというべきであると解される。本件においては、警察官らが被告人から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれる DNA を入手し鑑定することによって被告人の DNA 型を明らかにし、これを、・・・DNA 型記録確認通知書に記載された、合計11件の窃盗被疑事件の遺留鑑定資料から検出された DNA 型と比較することにより、被告人がこれら窃盗被疑事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証拠を入手するためである。**警察官らの捜査目的**がこのような個人識別のための DNA の採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかったといっても、**DNA を含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって**

認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益であると解するのが相当である。

以上の検討によれば、前記のとおりの強制処分のメルクマールに照らすと、本件警察官らの行為が任意処分の範疇にとどまるとした原判決の判断は是認することができず、本件捜査方法は、**強制処分に当たる**というべきであり、令状によることなく身柄を拘束されていない被告人からその黙示の意思に反して唾液を取得した本件警察官らの行為は、違法といわざるを得ない」。

「本件唾液は、使用した紙コップはK_1らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人が占有を警察官らに委ねた物」であるから、刑訴法221条の「所有者、所持者若しくは保管者が（捜査機関に対して）任意に提出した物」には当たらない。また、同条の「遺留」とは、「占有者の意思に基づかないでその所持を離れた物のほか、占有者が自ら置き去りにした物」であると解され、「例えば、占有者の意思に基づいて、不要物として公道上のごみ集積所に排出されたごみについて、捜査の必要がある場合には、遺留物として領置することができると解される（最高裁判所平成20年４月15日第２小法廷決定）」が、「本件唾液は、上記のとおり、使用した紙コップはK_1らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人が、錯誤に基づいて占有を警察官らに委ねた物であり」、「遺留にも当たらないと解される」。本件の警察官らは「外形上被告人の意思に基づいて占有を取得したことから、領置の手続きを取ったものであると解されるところ、この手続は、法が許容する領置の類型とはいえず、本件領置手続自体も違法と解するのが相当である」。

「本件捜査方法は、上司とも相談の上、最初から令状主義を潜脱する目的で採用されたものであることが明らかである上、・・・K_1において、本件捜査方法を採用したことを合理化するため、原審公判において真実に反する供述、信用することのできない供述を重ねているという事情も認められる。したがって、・・・本件警察官らの行為及びこれに引き続く一連の手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、本件鑑定書を証拠として許容することは将来における違法捜査抑制の見地から相当でないというべきであるから、本件鑑定書については、違法収集証拠としてその証拠能力を否定すべきである」。〔フォント変更は本論文執筆者による〕

第３　本判決が最高裁昭和51年決定を直接的に引用した点について

１　問題の所在

最高裁昭和51年決定の事案は、物損事故を起こした被告人（当時は被疑者）を警察官が警察署に任意同行した際、外見上酒を飲んでいる様子であったことから呼気検査に応じるよう説得していたところ、被告人が急に退室しようとしたため、これを防ごうと被告人の左斜め前に立ち両手でその左手首を掴んだ行為の適法性が争われたというものである。この事案に対して最高裁は、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、**有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧**し、**身体、住居、財産等に制約を加え**て**強制的に捜査目的を実現する行為**など、**特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段**を意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらない有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」。本件の警察官の行為は、「呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもって性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、警察官による上記行為は強制処分には当たらないとした（さらに進んで、任意処分としての限界も越えていないとした）[6]。この事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものであることから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得た。換言すれば、被疑者の**明示の意思に反するか否か**が問

[6] 最大判平成29年３月15日裁時1672号１頁について最高裁調査官が解説したものとして、伊藤雅人＝石田寿一「判解」ジュリスト1507号（2017年）106頁以下がある。同解説は、109頁で、最高裁昭和51年決定について「強制処分と任意処分の区別についてはこの判例が出発点となる」としている。これに対して、三井誠『刑事手続法（１）〔新版〕』（有斐閣、1997年）82頁は、最高裁昭和51年決定から「直ちに強制処分・任意処分の一般的定義を引き出すことはできない」と述べる。

題となる事案であったといえる。

これに対して本判決の事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得なかった[7]。換言すれば、被疑者の**黙示の意思に反するか否か**が問題となる事案であったといえる。

前記のような事案の違いがあるにもかかわらず、本判決は最高裁昭和51年決定を「参照」等とせずに直接的に引用したのはなぜであろうか。

2　被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった最高裁判例

（1）最決平成11年12月16日刑集53巻９号1327頁

最決平成11年12月16日刑集53巻９号1327頁（以下、「最高裁平成11年決定」という）の事案は、警察官が、覚せい剤密売事件の捜査の一環として暴力団事務所における電話を傍受するため、検証許可状を得て２日間にわたり電話傍受を実施した（刑訴法222条の２追加前）ことの適法性が争われた、というものである。この事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利･利益に対する制約･侵害を認識し得なかった。換言すれば、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案であったといえる。この事案に対して最高裁は、「電話傍受は、**通信の秘密を侵害**し、ひいては、**個人のプライバシーを侵害**する**強制処分**である」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、最高裁昭和51年決定を引用しなかった。

（2）最決平成21年９月28日刑集63巻７号868頁

最決平成21年９月28日刑集63巻７号868頁（以下、「最高裁平成21年決定」という）の事案は、警察官が、覚せい剤密売事件の捜査の一環として暴力団関係者から某社宛に送られた宅配便の荷物に対して関西空港内大阪税関内でエックス線検査を行ったところ、細かい固形物が均等に詰め込まれた長方形の袋の射影が観察されたことから、捜索差押許可状を得て当該荷物を差し押さえたことの適法性が争われた、というものである。この事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得なかった。換言すれば、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案であったといえる。この事案に対して最高裁は、

[7] 本判決は、本件の捜査を「当事者が認識しない間に行う捜査」と位置付けている。

「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、**内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能**であって、荷送人や荷受人の内容物に対する**プライバシー等を大きく侵害する**ものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、最高裁昭和51年決定を引用しなかった。

（3）最大判平成29年３月15日裁時1672号１頁

最大判平成29年３月15日裁時1672号１頁（以下、「最高裁平成29年判決」という）の事案は、警察官が被疑者の使用車両等に無令状でGPS端末を取り付けその動向を把握した行為の適法性が争われた、というものである。この事案は、被疑者（の身体）に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得なかった。換言すれば、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案であったといえる。この事案に対して最高裁は、「憲法35条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、**合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査**は、**個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる**（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年３月16日第三小法廷決定・刑集30巻２号187頁参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、最高裁昭和51年決定を「参照」という形で引用した。

３　検討

最高裁平成11年決定及び最高裁平成21年決定は、被疑者の明示の意思に反す

るか否かが問題となった事案に対する判断ではないことを考慮しつつ、最高裁昭和51年決定を引用することを避けたと考えられる[8]。これらに対して、最高裁平成29年判決は、やはり被疑者の明示の意思に反するか否かが問題となった事案に対する判断ではないことを考慮しつつも、被疑者が当該捜査行為を認識し得る状況にあったという点で、上記２つの最高裁決定の場合よりも最高裁昭和51年決定に近付けて捉えやすかったことから、「参照」としたと考える余地はないであろうか[9]。

4　結論

前記３の検討が正しいのならば、本判決も最高裁昭和51年決定を「参照」とした方が、現在の判例による最高裁昭和51年決定の位置付けと整合的であるように思われる。

第４　最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方及び被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例との整合性

1　問題の所在

最高裁昭和51年決定は、強制処分について①「個人の意思を制圧し」②「身体、住居、財産等に制約を加えて」③「強制的に捜査目的を実現する行為」など④「特別な根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」をいうと判示した。上記①～④のうち、実質的な基準は①及び②であると考える立場が有力である[10]。その根拠は、③は強制処分という言葉を言い換えただけに過ぎないこと、

---

[8] なお、増田啓祐「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成21年度』（法曹会、2012年）371頁以下、383 ～ 384頁は、最高裁昭和51年決定を基に強制処分該当性を検討している。

[9] 現に被疑者は、GPS 端末の存在に気付いて破棄している。伊藤＝石田・前掲注（６）109頁は、「昭和51年判例・・・の説示の中には、事案に則して用いられたとみられる表現や用語が含まれているように思われる。本判決が、『強制の処分』の定義について昭和51年判例をなぞるような説示をせず、同判例を参考判例として引用するにとどめているのは、この点を踏まえたことによるものと思われる」としている。

[10] 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）11頁、小林充「強制処分と任意処分」研修671号（2004年）３頁以下、６頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（２）」法学教室284号（2004年）62頁

及び④は強制処分法定主義の裏返しの表現で、トートロジーに過ぎないことである[11]。

本判決は、最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方及び被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例と整合的に理解できるのであろうか。

2　最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方との整合性

（1）重要権利利益侵害説

この見解は、前記①②の相互関係について、「性質上②にいうような『制約』を伴う処分であるかどうかというのが一般的・類型的な判断であるのに対し、①にいう『意思の制圧』があったか否か－あるいは、・・・相手方の意思に反するものであったか否か－は個別具体的な判断である」ことから、両者を区別して用いるべきとした上で、「先ず一般的に、当該処分が②に当たるかどうかを問題にし、それが肯定されたときに、次に、具体的事案において、①の要因が認められるか否かを問題にする」という理解を前提とした上で、前記①「個人の意思を制圧」を「相手方の明示又は黙示の意思に反すること」、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」を「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う」ものと捉える[12]。

その根拠は、前記①について、ⅰ「当の権利・利益の主体が同意ないし承諾

以下、67頁、同『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）29頁等。鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』（法曹会、2011年）289頁以下、298 ～ 299頁や増田・前掲注（8）383 ～ 384頁も、最高裁昭和51年決定が①②の二つの要因を示したものとする理解に沿って、それぞれの判例を解説している。

[11] 井上・前掲注（10）7頁。

[12] 井上・前掲注（10）8、10 ～ 12頁。ただし、同18頁は重要権利利益侵害説について最高裁昭和51年決定が同説を採っていた（あるいは含意していた）とするものではなく、同決定に「挙げられたそれぞれの要因について立ち入って分析し、他の処分－中でも、・・・通信・会話の傍受や写真撮影など、必ずしも有形力の行使を伴わない処分－への波及の可能性をも視野に入れて、論理的に詰めて考えてみると、刑訴法197条1項にいう『強制の処分』を統一的・整合的に理解するためには、それぞれの要因を・・・整備し、汎用性のある基準とするのが有効」と考えて導いたものである旨を述べる。

する場合には、その権利・利益の侵害ということがそもそも問題とならない」から、強制処分における「強制」といえるためには、当該処分が相手方の意思に反して為されることが前提となること[13]、ii当該処分が相手方に知られずに為されたとしても、「本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきである」[14]こと、前記②について、iii「客観的にみて何ら保護されるべき権利や利益の侵害もないのに、ただ当事者の意思に反するからというだけで、刑事訴訟法上の特別の根拠規定を必要とするのは、過当な要求だと思われる」ところ、「現行刑事訴訟法の強制処分に関する一連の規定をみると、そこに定められた要件や手続はかなり厳格なものであることが分かる。強制処分はまた、・・・原則として憲法の令状主義の支配をも受けるものである」ことを考慮すると、「およそ何らかの権利や利益の制約があれば強制処分」であると考えるわけにはいかない[15]ことである。

この見解によれば、最高裁昭和51年決定の事案において最高裁判所が当該捜査行為を強制処分に当たらないと判断したのは、警察官による制止行為は、重要な権利利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う処分とはいえないから（②「身体、住居、財産等に制約を加えて」を満たさないから）、と説明される[16]。

（2）意思制圧説

この見解についての代表的な論者は、前記①「個人の意思を制圧し」を「その行為の方法ないし態様が、相手方の意思を制圧する程度のもの」であること、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」を「相手方の権利、利益を制約」するものと捉える[17]。もっとも、例えば「通信傍受のように対象者が気付かない

---

[13] 井上・前掲注（10）9頁。

[14] 井上・前掲注（10）11頁。

[15] 井上・前掲注（10）12頁。

[16] 井上・前掲注（10）20頁は、最高裁昭和51年決定の事案における「警察官の措置はなお説得行為の域にとどまり」、「②の要因の評価として、身体ないし行動の自由―という、それ自体重要な権利―を奪ったり、実質的に侵害・制約するといえる程度」にまで至るものとはいえない、と述べる。

[17] 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論

うちに行われる処分」については、「意思を制圧することと、意思に反することとの区別はできず、要は、推定的な意思に反するという基準しかありえない」ことを根拠に、「意思に反した重要な権利、利益の制約」とする見解が採用されることになるとする。その結果、意思制圧説によれば、「判例は、強制処分にあたるか否かの判断において、問題とされる処分の態様に応じて、二つの基準を使い分けていることになる」と説明されることになる[18]。

この見解によれば、最高裁昭和51年決定の事案において最高裁判所が当該捜査行為を強制処分に当たらないと判断したのは、「同決定は、・・・『呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではない』ことを指摘しており、それは、侵害された権利、利益の重要性が低いというよりも、有形力の行使の程度が、相手方の意思に反しているが、それを制圧するほどのものでなかったということを問題としているようにも思える」[19]から（前記①「個人の意思を制圧」を満たさないから）、と説明される。

（3）検討

ア　意思制圧説と本判決との関係

本判決は有力説Ⅱには立っていないといえる[20]。なぜならば、本判決の事案のように、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる（＝意思制圧の有無が問題とならない）事案において、最高裁昭和51年決定を引用しているからである。

イ　重要権利利益侵害説と本判決との関係

（ア）　前記①「個人の意思を制圧」部分について

本判決は「当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、**合理的に推認される当**

集　下巻』（判例タイムズ社、2006年）23頁以下、27頁。

[18] 川出・前掲注（17）29頁。

[19] 川出・前掲注（17）27頁。

[20] 宮木・前掲注（5）139頁、大野・前掲注（5）169頁。

事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当するというべきである」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示する。「合理的に推認される当事者の意思に反する場合」という表現については、重要権利利益侵害説の論者も指摘している[21]。また、「当事者が認識しない間に行う捜査について、・・・価値的には何ら変わらないというべきであるから」という表現については、重要権利利益侵害説の根拠ⅱと同じである。

（イ）　前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」部分について

本判決は「相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、**法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合**にはじめて、強制処分に該当するというべきであると解される」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示する。重要権利利益侵害説とほぼ同じであるが、「実質的な」という表現が本判決では抜けている[22]。この「実質的な」という表現は、権利・利益に対する制約・侵害の程度に関する部分であるところ[23]、本判決が敢えて言及しなかったのであれば、少なくとも現在の重要権利利益侵害説[24]と整合的ではないとも思

[21] 井上・前掲注（10）11頁。同「宅配梱包物のエックス線検査」『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）〔初出、井上正仁「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第９版〕』（有斐閣、2011年）70頁以下〕428頁以下、433～434頁は、最高裁昭和51年決定が示した①「個人の意思を制圧」部分について、「相手方が当該処分の行われることを知らないため意思を表明する機会がないものの、知れば通常拒否する－あるいは、当然には承諾しない－と考えられる場合に、そのように合理的に推認される相手方の意思に反して処分を行うことも、同等に位置付けられるべきものと解される」と述べている。

[22] 重要権利利益侵害説の論者も、当初は、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益の制約を伴う場合にはじめて、強制処分ということになるのではないかと解される」〔傍点は本論文執筆者による〕としていた。井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（新版）』（有斐閣、1991年）42頁以下、45頁。

[23] 井上・前掲注（10）20頁。

[24] 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第２版〕』（有斐閣、2015年）14頁は、「重要権利利益実質的侵害説」と呼ぶ。

える。

しかし、本判決が「警察官らの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかったといっても」強制処分に当たると判示した部分について、捜査目的及び侵害態様に着目して権利・利益に対する制約・侵害の程度を検討していると読むことはできないだろうか[25]。すなわち、本判決の述べるように、本件の捜査目的が「個人識別のためのDNAの採取にある」ならば、（それ以外の目的の場合と比べて）より入念に捜査が行われることになり、権利・利益に対する制約・侵害の程度は大きくなる。次に侵害態様について、「被告人の身体に傷害を負わせるようなもの」であるか否か、あるいは「強制力を用い」るものであるか否かは、まさに権利・利益に対する制約・侵害の程度に関わる事情である。もっとも、本判決は結論として、本件の捜査目的のみをもって、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」に関わる要件を充足すると判断し、侵害態様を重視しなかった[26]。これは、

[25] 吉田・前掲注（５）30頁は、「捜査目的がどのようなものであるかによって権利・利益の重要性が左右されるとするのは、一般的な考え方ではない」と指摘する。しかし、最高裁昭和51年決定は、警察官が両手で被告人の左手首を掴んだ行為について強制処分該当性を判断する際に、「呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであ」ること（捜査目的）、「その程度もさほど強いものではない」こと（侵害態様）を挙げた上で、「性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない」と判示している。また、後述のとおり、最高裁平成21年決定も捜査目的を認定して強制処分該当性を判断している。青沼潔「強制処分の意義及び任意捜査の限界－判例の読み方活かし方の一例を踏まえて」法学セミナー712号（2014年）120頁以下、122頁、124～125頁（ただし、同論文は「目的」と「程度」という分類をしている）。

[26] 侵害態様に関する本判決の判示について、身体に傷害を負わせるようなものであったり強制力を用いたりした場合はもちろん、「身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかった」場合であっても強制処分に当たると考えている、換言すれば、権利・利益に対する制約・侵害の程度に関係なく強制処分に当たると考えているように読めるかもしれない。確かに、侵害態様に関する部分だけを読めば、上記のような読み方も出来なく

本件で問題となった被侵害利益がDNA型という個人識別能力が高い（従って、権利・利益としての重要性が極めて高い）情報に関するものであったため、権利・利益に対する制約・侵害の程度については、本件の捜査目的が「個人識別のためのDNAの採取にある」ことさえ認定できれば、法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合に該当すると考えたのだと思われる。現在の重要権利利益侵害説の論者によれば、「侵害の程度のみを問題にするものではなく、それに先立つ要因として、侵害ないし制約されている権利･利益の『質』に着目し、『重要な権利･利益』の侵害ないし制約を伴うものとそうでないものとを区別しようとするもの」〔傍点は本論文執筆者による〕と説明されている[27]。この説明の趣旨が、権利・利益の「質」（重要な権利・利益といえるか否かレベルの話）の点で、他の権利・利益と比較して優越すると認められれば、権利・利益に対する制約・侵害の程度（実質的な侵害ないし制約といえるか否かレベルの話）の考慮は大きな問題にならないというものならば、DNA型という個人識別能力の高い情報は、住居内の平穏等のプライバシーと比較しても権利・利益の「質」の点で優越するといえるのであるから、権利・利益に対する制約・侵害の程度の考慮は大きな問題にならないと考えられることになり、本判決の立場は現在の重要権利利益侵害説と整合し得るといえることになる。

では、重要権利利益侵害説は、権利･利益の「質」の点で、他の権利･利益と比較して優越すると認められれば、侵害の程度の考慮は大きな問題にならないと考えているのであろうか。重要権利利益侵害説の論

はない。しかし、本判決が前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」部分の検討に際して、本件の捜査目的を詳細に述べていることからすると、侵害態様の部分のみを切り取って、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」部分に関わる要件を検討したと読むのは不自然である。

[27] 井上・前掲注（10）12頁注19）。川出敏裕『判例講座　刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016年）６頁は、この見解について、「強制処分に該当するといえるための権利・利益の制約には、権利・利益の質（重要であること）と、制約の程度（実質的であること）の両面からの限定がかかることになる」と述べている。

者は、写真撮影の場面を例として挙げながら、次のように述べている。すなわち、「住居内など普通では外から見えないような場所にいる人を、高性能の望遠レンズや赤外線フィルムを用いて密かに写真に撮る」場合、撮影対象者は「自分の行動を他人に見られることはないというプライヴァシーの正当な期待を有しているといえるから、これを侵害するのは強制処分」に当たる。これに対して、「街頭で公然と行動している人を写真に撮る」場合、撮影対象者は最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（以下、「最高裁昭和44年判決」という）が示すように「みだりにその容ぼう・姿態・・・を撮影されない自由」を有するものの、「問題は、・・・それがどの程度重要な利益であるかとうことであり、住居の内にいる人を密かに撮影する場合に侵害が問題となるようなプライヴァシー権と較べると、やはり、一段劣位に立つものといわざるを得」ず、「強制処分とまではいえない」[28]。ここで述べられているのは、住居内の人を撮影する場合に問題となるプライバシー権と、街頭で行動する人が有する「みだりにその容ぼう・姿態・・・を撮影されない自由」とを比較すると、権利・利益の「質」の点で、後者の方が前者より劣っている（前者の方が後者より優れている）ということである[29]。そして、そのことから直ちに（権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮することなく）強制処分に該当するか否かについての結論を導いている。このように、重要権利利益侵害説は、権利・利益の「質」の点で、他の権利・利益と比較して優越すると認められれば、侵害の程度の考慮は大きな問題にならないと考えているようであるから、本判決の立場は現在の重要権利利益侵害説と整合し得るといえる[30]。

---

[28] 井上・前掲注（10）14頁。

[29] 大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号（2017年）58頁以下、68頁は、重要権利利益侵害説によると、「両者の間では、私的領域の秘密性に関わるかどうかという点で決定的な差異がありますから、そこに単なる『程度』の違いを超えた『質』的な違いが見出され、そのような違いによって重要性の有無が区別されているという説明が導かれます」と述べる。

[30] 吉田・前掲注（5）23頁は、「権利・利益の重要性は検討しているものの、侵害ないし制約の程度が実質的なものに至っているか否かは検討しておらず、そ

（4）結論

本判決は、最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方のうち、意思制圧説とは整合しないが、現在の重要権利利益侵害説とは（「実質的な」という表現を用いなかった理由は不明であるが）整合し得る。

3　被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例との整合性

（1）判例の概要

最高裁平成11年決定は、「電話傍受は、通信の秘密を害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」と判示し、被疑者が捜査行為を認識していない状態で行われる処分であっても強制処分になりうるとする立場に立っていることは明らかである[31]。また、その判断に際しては、通話当事者の意思に言及せず、権利・利益に対する制約・侵害の有無についてのみ言及している[32]。

次に、最高裁平成21年決定は、「本件エックス線検査は、・・・捜査機関が、捜査目的を達成するため」に行ったものであることを認定した上で、「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害する」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示し、被疑者（ここでは、荷受人）が捜査行為を認識していない状態で行われる処分であっても強制処分になりうるとする立場に立っている。その判断に際して、捜査目的及び侵害態様に着目して[33]、権利・利益

の意味で」現在の重要権利利益侵害説とは「若干立場を異にしている」とする。しかし、本文中で述べたとおり、本判決は権利・利益に対する制約・侵害の程度も考慮していると考えられる。

[31] 川出・前掲注（27）7頁。

[32] 最高裁平成11年決定の事案で行われた捜査は、対象者がその実施を知らない間に行われるものであるため、対象者の意思の制圧を観念できない。また、合理的に推認される捜査対象者の意思に反することが明らかであったため、敢えて通話当事者の意思に反するか否かについて言及するまでもなかったものと考えられる。井上・前掲注（21）「宅配梱包物のエックス線検査」434頁注14）。

[33] 最高裁平成21年決定が侵害態様に着目したか否かについて、例えば緑大輔『刑事訴訟法入門〔第2版〕』（日本評論社、2017年）49頁注2は、「エックス線で『封緘された物品内』というプライバシーの程度の高い領域に入り込むこと自体で直ちに強制処分に至るわけではなく、そのような領域に入り込んだ上で撮影態様が内容物を『具体的に特定』できる」ものであったか否かに着目して強制処分

に対する制約・侵害の程度が大きいとしている[34]。

最後に、最高裁平成29年判決は、憲法35条を意識しつつ、「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品にひそかに装着することによって、**合理的に推認される個人の意思に反し**てその**私的領域に侵入**する捜査手法であるGPS捜査」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、被疑者（ここでは、荷受人）が捜査行為を認識していない状態で行われる処分であっても強制処分になりうるとする立場に立っている。その判断に際して、合理的に推認される意思に反するか否か及び憲法35条を意識した上での私的領域への侵入といえるほどのものである点を考慮しており、特に後者については、侵害態様に着目[35]して権利・利益に対する制約・侵害の程度が高い点を考慮していると考えられる。

（2）検討

本判決は、強制処分該当性を判断するに際して、権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮する立場である。この立場は、最高裁平成21年決定及び最高裁平成29年判決と整合する。これに対して、最高裁平成11年決定は権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮していないが、これは同決定で問題となった被侵害利益がプライバシーのみならず通信の秘密という権利・利益としての重要性が極めて高いものであったからであるという説明が可能なように思われる。

該当性を判断しているようにも読める、と述べる。

[34] 井上・前掲注（21）「宅配梱包物のエックス線検査」431頁は、最高裁平成21年決定について「内容物の特徴等によっては相当程度これを特定することが可能なものであったとすれば、本件検査によるプライヴァシー等の侵害は軽微なものにとどまるとはいえない」と述べ、権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮したものと捉えている。また、増田・前掲注（8）386頁は、最高裁昭和51年決定の「身体、住居、財産等に制約を加え」ることの意味について、強制処分に当たるか否かは、権利・利益の「侵害や制約の程度いかんによるものと思われる」とする。他に、笹倉宏紀「判批」平成21年度重要判例解説（2010年）208頁以下、209頁等。

[35] 伊藤＝石田・前掲注（6）110頁は、「GPS捜査が『個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う』ことから直ちに強制処分性を導き出すのではなく、侵害態様、すなわち『個人のプライバシーの侵害を可能とする機器』を『所持品に秘かに装着すること』によって行うことを加味して『憲法の保障する重要な法的利益・・・』の侵害に当たるとの判断を導き出している」と述べる。

（3）結論

本判決は、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例と整合する。

第5　最高裁平成21年決定との関係について

本判決は、「合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当するというべきである（最高裁判所平成21年9月28日第3小法廷決定参照）」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示している。本判決が、最高裁平成21年決定を「参照」したのはなぜであろうか。

最高裁平成21年決定の事案は、被疑者が自分に対する特定の行為（＝X線検査）が行われていることを認識していないというものであった。これに対して、本判決の事案は、被疑者が自分に対する特定の行為（＝紙コップの回収）が行われていることを認識しているものの、その意味を正確に把握していない（＝DNA採取目的であると認識していない）というものである。このように、両者は問題となる捜査行為が結果として被疑者の黙示の意思には反している点で共通するものの、被疑者が自分に対する特定の行為が行われていることを認識している（ただし、その意味を正確に把握していない）か否かが異なる。

本判決は、上記のような事案の違いを考慮し「参照」としたと考えられる。

第6　本判決の被侵害利益に関する判示部分について

1　最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁と本判決との関係

本判決が、「DNAを含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報であるDNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）」を被侵害利益とし、この利益を「強制処分を要求して保護すべき重要な利益である」とした点については、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁（以下、「最高裁平成20年決定」という）との整合性に疑問があるとする見解がある。すなわち、最高裁平成20年決定の事案と本判決の事案とを比較すると、ごみが自己の占有を離れる際の態様が異なるとはいえ、「そのような違いが、自己の占有を離れた後のごみに係るプライバシーに対する期待の保護の必要性について違いを生じるとは考えられず」、両者は、同列に論じられるべきであるところ、最高裁平成20年決定の事案において、「当該ごみに係るプライバシーに対する期待が、強制処分を要求して保護すべき重要な権利・利益とはされなかった以

上、本判決の事案においても、紙コップに係るプライバシーに対する期待は、強制処分を要求して保護すべき重要な権利・利益であるとはいえない」のではないか、というものである[36]。

しかし、最高裁平成20年決定の事案は、被告人及びその妻が自宅付近の公道上にあるごみ集積所に出したごみ袋を警察官が自ら回収し中身を警察署内で確認したところ、ATM の防犯カメラに写っていた男が着ていたものと類似するダウンベスト、腕時計等を発見したため、これらを領置したというものである。この事案に対して最高裁は「ダウンベスト等の領置手続についてみると、被告人及びその妻は、これらを入れたごみ袋を不要物として公道上のごみ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、排出されたごみについては、通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑訴法221条により、これを遺留物として領置することができるというべきである。」と判示した。これに対して本判決の事案は、警察官が DNA 採取目的を秘したまま被疑者に対して積極的に働きかけた上で、被疑者の唾液の付いた紙コップを回収している[37]。このように、両者は事案が異なる。

また、最高裁平成20年決定の事案での被侵害利益はごみ袋内のプライバシーである[38]のに対して、本判決の事案での被侵害利益は個人識別情報たる DNA 型に関する情報を知られない利益であり、同じプライバシーの概念に含まれる

---

[36] 吉田・前掲注（5）32 ～ 33頁。

[37] もっとも、この事案の違いは、合理的に推認される当事者の意思に反するか否かの点で考慮されるものであるところ、最高裁平成20年決定の事案であっても、捜査機関にごみ集積所のごみを探られることは、合理的に推認される当事者の意思に反するであろうから、決定的なものではないかもしれない。

[38] 緑大輔「判批」速報判例解説３巻（日本評論社、2008年）213頁以下、215 ～ 216頁。同評釈によれば、最高裁平成20年決定における「そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待」という表現は、「ごみにもプライバシーの利益がある以上、捜査の必要がないにもかかわらず領置することはできないことを示す表現」であると捉えられることになる。これに対して、「ごみとして廃棄した以上、その処分についての支配権を一切放棄したものであるから、ごみの中のプライバシーについても、権利としては放棄したものである」という考え方をすれば、ごみの中の物に関するプライバシー保護を期待することはできないことになる。鹿野・前掲注（10）320頁（注17）。

権利・利益であったとしても、被侵害利益としての重要度が異なる。

以上から、たとえ本判決の事案と最高裁平成20年決定の事案との間に類似する所があるとしても、その事からただちに、本判決の事案における被侵害利益が「強制処分を要求して保護すべき重要な権利・利益であるとはいえない」と考えることはできない。

2　被侵害利益を捉える時期

本判決は、被侵害利益として「DNA を含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）」〔傍点は本論文執筆者による〕を挙げる。この判示は、DNA 型が個人識別情報であることに着目すると共に、DNA 採取時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものであるといえる。この背景には、私事を他者に晒されない、という伝統的・古典的なプライバシー権の観念があるところ[39]、本判決は伝統的・古典的なプライバシー権に沿った考え方といえる。

捜査機関による情報取得時を意識した判例[40]として、最高裁昭和44年判決は、警察官が、違法なデモ行進をした集団について違法状況を確認するため、その場で行進状況を写真撮影したところ、集団の一部が警察官に暴行を加えたことから、傷害罪、公務執行妨害罪で起訴されたという事案において、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態・・・を撮影されない自由を有するものというべきである」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示した。この判示は、写真撮影時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものである。次に、自動速度監視装置により車両を運転していた速度違反者及び同乗者の容貌が写真撮影されたことに対して、被告人がプライバシー侵害（憲法13条違反）等を主張して争った事

[39] 山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報87巻５号（2015年）60頁以下、61頁。同「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻８号（2010年）111頁以下、118頁は「被処分者に保護されるべき権利を、伝統的なプライバシー権の観点から捉えると、情報の取得・保存・利用のうち、権利の実質的な制約ないし侵害になり得るのは・・・情報の取得場面のみということになる」と述べる。

[40] ここでは、当該捜査の強制処分該当性が判決文等で明示的に判断されていない判例も含めて検討する。

案において、最判昭和61年２月14日刑集40巻１号48頁は、「憲法13条、21条違反をいう点は、速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいって緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法13条に違反せず、また、右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外できない状況にある同乗者の容ぼうを撮影することになっても、憲法13条、21条に違反しないことは、当裁判所昭和44ネン12月24日大法廷判決の趣旨に徴して明らかである」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示した。この判示も、写真撮影時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものである。最後に、最高裁平成20年決定[41]は、強盗殺人及びキャッシュカード窃盗事件において、ATM の防犯カメラに、被害者のキャッシュカードを使って現金を引き出している男が写っていたことから、警察官が、当該男と被告人との同一性を確認するため、公道上及びパチンコ店内における被告人の容貌等を撮影したという事案において、ビデオ撮影を適法とする根拠として、「公道上を歩いている被告人の容貌ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受任せざるを得ない場所におけるものである」〔傍点は本論文執筆者による〕ことを挙げている。この判示も、ビデオ撮影時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものといえる[42]。

これまでの検討からすると、本判決における被侵害利益の捉え方は、判例と整合するといえる。もっとも、本判決（及び判例）は、一旦取得された情報がデー

---

[41] 鹿野・前掲注（10）299頁は、最高裁平成20年決定は「容ぼう等の撮影が強制処分か任意処分かについては明言していない」と述べる。

[42] 最高裁昭和44年判決及び最高裁平成20年決定について本文のように述べるものとして、亀井源太郎「憲法と刑事法の交錯」法律時報86巻４号（2014年）90頁以下、91頁、緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報87巻５号（2015年）65頁。これらの論文は、さらに、捜査機関による情報取得時以降も意識したと読めなくもない判例として、最高裁平成11年決定又は最高裁平成21年決定を挙げる。これに対して、山本・前掲注（39）「警察による情報の収集・保存と憲法」119頁は、最高裁平成21年決定を「『さらされる』や『見られる』ことに焦点を当てた、伝統的プライバシー権侵害の典型的事案」とする。

タベース[43]上で解析・利用される場合を考慮していない点で問題があるように思われる。DNA 型の情報には、遺伝情報（外見や性格の違い、薬への対応力等）が含まれると共に、血縁者についてもある程度知り得るだけの情報が入っており、情報取得時以降に為される保存・利用の点も権利侵害を構成するような捉え方をすべきであった[44]。

第７　本判決の意義及び射程

１　本判決の意義

本判決の意義は、以下の３つである。

① 当該捜査が被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案において、強制処分該当性を判断する際に最高裁昭和51年決定が出発点となることを明示した。

② 強制処分該当性を判断するに際し、DNA 型が個人識別能力の高い情報であることをふまえ、権利・利益としての重要性の高さを考慮すると共に、侵害態様を重視せず、本件の捜査目的のみから重要な権利・利益に対する侵害

---

[43]【警察庁 DNA 型データベース】

2004年12月：遺留資料 DNA 型情報検索システム運用要領に基づき「遺留資料 DNA 型情報検索システム」の運用開始➡2005年８月26日：DNA 型記録取扱規則（平成17年国家公安委員会規則第15号）及び DNA 型記録取扱細則（平成17年警察庁訓令第８号）を公布➡2005年９月１日：「被疑者に係る DNA 型データベース」運用開始。DNA 型データベースに関する論点を幅広く紹介したものとして、末井誠史「DNA 型データベースをめぐる論点」レファレンス722号（2011年）５頁以下。

[44] 山本・前掲注（39）「警察による情報の収集・保存と憲法」121 ～ 122頁は、「情報の収集だけではなく、保存・利用・伝達という情報処理の全過程に個人のコントロールを及ぼす『自己情報コントロール権』、『自己情報決定権（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）』という考え方」によれば、「情報の保存や利用も、本人の同意のない限りは権利の『侵害』として構成され」ると述べる。自己情報コントロール権について、佐藤幸治「プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察―アメリカ法を素材として―」『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）259頁以下、271頁［初出、同「プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察－比較法的検討（１）（２）」法学論叢86巻５号（1970年）１頁以下、87巻６号（1970年）１頁以下］等がある。

ないし制約に当たるとした。

③　DNA 型が個人識別情報であることに着目して、「個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって認識されない利益」を強制処分該当性における重要な権利･利益とした。これは、捜査機関による情報取得時（DNA 採取時点）での被侵害利益を意識したものであるといえる。

2　本判決の射程

被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる捜査であり、かつ DNA 型と同等かそれ以上に個人識別能力の高い情報を取得する捜査行為の強制処分該当性が問題となる事案に対して及ぶ。

第8　残された課題

本判決は、警察官が自己の身分及び DNA 採取目的であることを秘した上で、被疑者に対して、紙コップにそそいだお茶を飲むよう勧め、使用した紙コップの管理を放棄させて回収し、そこから DNA サンプルを採取するという態様の捜査を行ったところ、本件捜査が強制処分に該当し、「令状によることなく」行われた点を違法とした。本件捜査を行う場合にどのような令状によるべきなのかについては、今後検討すべき課題である。

執筆者紹介（掲載順）

酒巻修也　青山学院大学法学部准教授
嶋拓哉　北海道大学大学院法学研究科教授
厚谷襄児　北海道大学名誉教授
宋峻杰　国家教育研究院教育制度及び政策研究センター助理研究員
韓大元　中国人民大学法学院教授
松井直之　愛知大学大学院法務研究科准教授
松村良之　北海道大学名誉教授
岡部天俊　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
堀田尚徳　北海道大学大学院法学研究科助教

平成29年11月22日　印　刷
平成29年11月30日　発　行

編集人　田口正樹
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
加藤智章
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. 68 November 2017 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

L'essence et la portée de la nullité partielle (6):
Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie de la nullité partielle ····· Naoya SAKAMAKI 1

Das anwendbare Recht für verbundenen Verträge
—— die Verbindung von Liefervertrag und Dahlehensvertrag ——
····· Takuya SHIMA 276[1]

"Tendency to Impede Fair Competition" of the Statutory Unfair Trade Practices: Second Treatise ····· Joji ATSUYA 232[45]

On Children's Self-determination Under the Constitution (5)
—— A Study of the theory of Children's Rights in the United States, Taiwan and Japan ——
····· SUNG Chun-Chieh 214[63]

SYMPOSIUM

Magna Carta and the Tradition of Chinese Constitutional
····· Dayuan HAN 154[123]
Translated by Naoyuki MATSUI

NOTES

"Deterrence by Law", "Legal Socialization"
····· Yoshiyuki MATSUMURA 142[135]

Rekonstruktion des Begriff von Sonderdelikten und Betrachtung seines konkreten Inhalts (1) ····· Takatoshi OKABE 130[147]

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case ····· Hisanori HOTTA 76[201]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan