



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第68巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 68(5)
Issue Date	2018-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68234
Type	journal
File Information	lawreview_vol68no5.pdf



北大法学論集

第 68 卷 第 5 号

論 説

- フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（2）
—— 国家賠償法 1 条 1 項の責任原理との比較の視点から ——
..... 津 田 智 成 1
- サイバー時代におけるプライバシーの法理論（4）
—— 私法上の問題を中心に —— 角 本 和 理 35
- 自白排除法則の研究（11） 関 口 和 徳 103
- 国際的な銀行の破綻処理を巡る抵触法上の諸問題
..... 嶋 拓 哉 272[1]

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（2・完）
..... 岡 部 天 俊 248[25]

* * *

- 長谷川晃教授の経歴と業績 郭 舜 173

2018(平成30)年

名誉教授

[illegible]

教

空曾	鈴城	嶋	佐々	齊藤	兒矢	桑原	岸藤	加小	尾崎	遠藤	上岩	池田	會澤	亘理	吉田	山本	宮村	松久	松澤	古岡	人見
井野	木下	木	木	藤	失野	原	藤	小名	崎	藤	谷田	澤	授	理	田	口	本	久	矢	岡	見
裕	裕	拓	雅	正	武	マ	朝	太	智	明	一	信	清	恒	克	太	良	弘	康	剛	
護	夫	人	哉	寿	彰	リ	子	樹	宏	郎	乾	將	治	比	格	己	郎	之	陽	旬	宏
現代政治分析	國際政治學	國際政治學	國際政治學	憲法	憲法	政治思想史	國際法	日本法制史	社會保障法	刑法	國際政治學	刑事訴訟法	政治史	比較政治學	行政法	民法	比較政治學	社會學	政治思想史	アメリカ政治史	行政法

✻

✻

✻

O

[illegible]

*

助 郭
木 教
戸

[illegible]

✻

✻

✻

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）

フランス国家賠償責任法における 役務のフォート認定の基準と方法（二）

—— 国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から ——

津
田
智
成

目 次

序章…本稿の問題意識——役務のフォート認定の基準と方法——
第一節…これまでの研究の到達点と残存する課題

第二節…本稿の分析手法と構成

第一章…役務のフォートの判断基準としての義務違反

第一節…役務のフォートの判断基準

第一款…役務のフォートの行為不法的側面

第二款…役務のフォートの結果不法的側面

第二節…義務の判断基準

第三節…小括——役務のフォートの行為不法的側面と結果不法的側面——

第二章…役務のフォートの類型論

第三章…役務のフォートの評価方法

第四章…結果債務理論

終章…総括——役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件——

(以上、六八卷二号)

(以上、本号)

第一章…役務のフォートの判断基準としての義務違反

前稿⁽¹⁾でも紹介したとおり、現在のフランス行政法学において、役務のフォートは、一般的に「義務違反」として定義されている。そして、この「義務違反」は、原則として公役務の運営ないし行政主体の行為の態様という観点から評価されている。もともと、かかる役務のフォートの「判断基準」は必ずしも自明のものというわけではない。というのも、役務のフォートによる賠償責任に関する判例の中には、一見すると「権利侵害」の有無に照らして、あるいは被侵害法益の性質や損害の重大性を考慮することにより、役務のフォート判断を行っているように見える判決も存在するからで

ある。そこで、本章においては、まず、かかる役務のフォートの「判断基準」について検討を加えることによって「義務違反」という役務のフォート概念の本質的性格を明確にすることとしたい（第一節）。

ただ、役務のフォートが公役務の運営ないし行政主体の行為の態様という観点から評価され「義務違反」により構成されるものであるというだけでは、結局のところ「義務違反」とは何かという問題が残ることとなり、検討としては具体性に欠ける。この点に関しては、前稿⁽²⁾において、役務のフォートにおける「義務」の概念が、法令上の義務に限定されず、一般的で広範な義務、Benoit Delaunayの言葉を借りれば「行動指針 (ligne de conduite)」⁽³⁾の意味をも含む義務として解されることを指摘した。もっとも、その指摘は極めて抽象的なものとどまっていたと言わざるをえない。そこで、本稿では、それに対する違反が役務のフォートを構成する「義務」の「判断基準」についても検討を加えることにより、この概念の実体を一層明確にすることを試みる（第二節）。

第一節…役務のフォートの判断基準

序章でも紹介したように、Michel Pailletは、一九八〇年に公開された тезис、『フランス行政法における公役務のフォート』において、判例の実態からさかのぼって理論的な説明に至るという帰納法的分析を採用している。⁽⁴⁾ すなわち、そこでは、第一部で役務のフォート概念が判例上どのように現れているのかを把握した上で、第二部で役務のフォート理論の体系化ないし再構築を試みるという構成がとられているのである。そして、Pailletは、その第二部において「公役務のフォートの基準」という章を設け、「公役務のフォートの基準を探究すること、それは、裁判官が公役務のフォートの存在を認める具体的事例に基づき、何がそれを認める論理的な動機となっているのかを問うということ

ある⁽⁵⁾」という問題設定をした上で、この概念の本質を解明することを試みている。また、二〇〇八年の論文においても、この役務のフォートの「基準 (critère)」をいかに解するかということは、その「定義の中核 (cœur)」をいかに解するかということであるとして、当該基準の検討を行っている⁽⁶⁾。

この点に関しては繰り返しになるが、現在のフランス行政法学において役務のフォートの「定義の中核」として解されているのは「義務違反」概念であるといえる。すなわち、役務のフォートは、論者によって、「行政上の義務に対する違反」⁽⁷⁾、「役務上の義務に対する違反」⁽⁸⁾、「その規範が役務の運営を規律するところの先存する義務に対する違反」⁽⁹⁾といったさまざまな形で定義されているが、その中枢には常に「義務違反」という概念がある。こうした定義がフランス民法学におけるフォートの定義に関する議論に影響を受けたものであるということは前稿で指摘したとおりであるが、なぜ、それがフランス行政法学においても妥当するのかは必ずしも明らかでない。まさに、かかる問題を理論的かつ実証的に解明しようとしたのが右のPailletの研究であるといえる。

Pailletは、そこでさまざまな判断基準の可能性について論じている⁽¹¹⁾。具体的には、一九八〇年の тезис においては、結論としては「行政義務違反」の概念が判例の実態にも論理的要請にも適う「現実 に即した基準」であるとしているものの、その前提として——結論としては「現実 に即しない基準」と評価しているものの——「行政活動の異常性」と「行政客体の権利に対する侵害」という概念が役務のフォートの基準たりえないかを検討している。そして、特に「行政客体の権利に対する侵害」という基準については、さらに四つの類型に細分化し、①「公的負担の前の平等の破綻」、②「公役務の前の平等の破綻」、③「損害発生 の機会 (『可能性』) における平等の破綻」という三つの類型を「平等の破綻」として類型化し、④「公役務の瑕疵なき運営への権利に対する侵害」という類型と並置させている。もともと、二〇〇八年の論文においては若干異なる整理がなされている⁽¹²⁾。すなわち、そこでは、役務のフォートの基準について、

学説がそれを「行政客体の権利」に求める方向性と「行政主体及びその行為の正しさ（rectitude）」に求める方向性という二つの方向性を示してきたという指摘がなされた上で、次のような基準が挙げられている。すなわち、前者については「行政客体の権利に対する侵害に基づく基準」という上位範疇の下に、①「公的負担の前の平等の破綻」¹³、②「公役務の前の平等の破綻」¹⁴、③「損害発生機会（『可能性』）における破綻」¹⁵、④「公役務の瑕疵なき運営への権利」という四つの基準が挙げられ、右テーズと異なりそれらが並置されている。また、後者については「行政主体の行為の瑕疵に基づく基準」という上位範疇の下に、①「役務の法律に対する違反」¹⁶、②「異常性」¹⁷、③「不法行為（acte illicite）」¹⁸、④「行政義務違反」という四つの基準を挙げている。ただし、ここでは「現実には即しない基準」と「現実には即した基準」という表現こそ用いられていないものの、その実質的な論旨に根本的な差異は存しないといえる。

以上の内、本稿の関心に特に関連するのは、「行政義務違反」と「行政客体の権利に対する侵害」という二つの判断基準である。そこで、本節では、かかる Paillet の分析を参考にしつつ、この二つの判断基準、言い換えれば役務のフォートの「行為不法的側面」（第一款）と「結果不法的側面」（第二款）に着目して検討を進めていくこととしたい。

第一款…役務のフォートの行為不法的側面

一 義務違反としての役務のフォート

そもそも、Paillet によれば、役務のフォートの評価が、その行為主体の「行為」の評価であることは明白であるとい¹⁹う。そして、確かに、国家賠償責任が成立するか否かは（行政と被害者という二当事者の）バイラテラルなレベルで検討されるものであることから役務のフォートの認定に当たって被害者の権利を出発点とするアプローチが無益で

あるというわけではないものの、そこで問題とされるべきは、あくまで役務のフォートの行為主体の「行為義務違反 (manquement à l'obligation de comportement)」であり被害者の権利に対する侵害ではないという。⁽²⁰⁾ すなわち、Paillet によれば、「重要なこと、それはまず何よりも行為規範違反 (transgression d'une règle de conduite)」という觀念に準拠することである。したがって、義務違反が存在しない場合にはフォートは存在しない⁽²¹⁾、「(役務のフォートの枠組みにおいては) 行政主体が自身の介入について定める諸規範に違反しなかった場合には、いかなる賠償を受ける権利も行政主体に対して援用されない。言い換えれば、義務違反なくしてフォートはないのであり、したがって賠償責任はないのである」⁽²²⁾。さらに、Paillet は、そこでの行政裁判官の論証が、当該事件の前提となる事実を通じて行政主体に課せられる義務がいかなるものかに見当をつけた上で、実際になされた行為を評価するという形で行われていることを指摘する。⁽²³⁾ 具体的には、それを三つのケースに分けて整理している。⁽²⁴⁾ 第一のケースは、そもそも義務が存在しないケース、つまり行政主体が実際に行った行為と別の行為を行う義務を負わないことから裁判官が賠償請求を棄却するというケースである。第二のケースは、行政主体に課せられた義務の内容を検討した後で、裁判官が当該義務が遵守されていたとみなすことにより賠償請求を棄却するというケース、言い換えれば行政義務は存在するが当該義務に対する違反がなかったというケースである。第三のケースは、事件の諸状況との関連における義務の存在を指摘し、それに対する違反が認定されるというケースである。

実際、現在のフランス行政法の教科書に目を向けても、そこでは役務のフォートの評価がもっぱら加害行為の態様に着目したものであることが明らかにされている。例えば、Didier Truchet は、「フォートに関する立法上又は判例上の定義は存在しない。もともと、フォートは、その行為主体に課せられる義務の一つに対する違反として示されうる。行政主体が、自身が遵守すべき明確な規範に照らして、あるいは自身が思慮分別をもってとるべきであった行動に鑑み

て、行動すべきであつたように行動しなかつた場合にフォートが存在する⁽²⁵⁾と定義している。Pierre-Laurent FrierとJacques Petitによる共著の教科書においてもまた、「Planiol氏の定義によれば、『フォートとは先存する義務に対する違反である』。つまり、法規定によつて、あるいは裁判官によつて定められる行為モデル、『規準 (standard)』との関係において、行われたこと又は行われなかつたことと、行われるべきであつたこととの間のずれ (écart) が評価されるのである⁽²⁶⁾」とされている。さらに、論告担当官のFrançois Gazierも、フォートが加害者の実際の行為と加害者が服せしめられる義務との比較において評価されるものであることを指摘していた⁽²⁷⁾。

それでは、右のようにPailletが役務のフォートの判断基準として義務違反概念に準拠した端緒はどこに存するのであるうか。この点について、Pailletは、役務のフォートを義務違反として定義する見解が新しいものではなく古くから存在することを指摘する⁽²⁸⁾。そこで特にPailletが関心を寄せているのが、René Chapusの「義務の意識的違反 (violation consciente d'une obligation)」というフォートの定義である⁽²⁹⁾。Pailletは、かかる定義をいかに解するかという問題提起をした上で、当該定義が二つの要素、すなわち「意識的」という要素と「(先存する) 義務に対する違反」という要素から構成され、後者が中心的な要素であることを指摘する。その上で、まず、Chapusが違反の「意識的」側面をフォートの一要素と解している点について、この形容詞の意味を誤解してはならないと述べている。つまり、この「意識的」違反というものは、必ずしも、その違反が「故意」によるものであること又は「意図的」なものであることを意味するものではなく、もっぱらフォートが「事理弁識能力 (discernement)」をもつて犯されたこと、すなわち結局のところ現実それが避けられえたことを意味するものであるという。そして、Pailletは、そもそも事理弁識能力を有しない公法人については当該問題が提起されえないことは明白であることから、この意識的側面は公法人が行為主体であるところの役務のフォートに関しては語る利益がなく捨象されうるものであると結論づける。かかるPailletの理解が、

序章で述べたように役務のフォートによる賠償責任が自己責任規範であるということを前提としたものであることにについては多言を要しないであろう。次に、Paillet は、違反の対象となる義務の概念に関して Chapus が前提としていた「生存性」について次のように指摘している。すなわち、それが犯された当時いかなる非難すべき性格も有しなかった行為を非難するということは不条理 (aberrant) であることから、義務が当該フォートに先存するということは論理的である、と。他方、Paillet は、Chapus の指摘を支持する形で、それが一種のトートロジーであることを認め、また「犯されるあらゆるフォートをア・プリオリに知ることを可能ならしめる」「当該義務のリストを作成すること」は必要ないと述べている。なぜなら、フォートは明らかに義務それ自体と同じく多種多様であり、極言すれば「人々は、矛盾なく (sans paradoxe)、それに対する違反こそが、義務の存在、その先存性の徴表なのであると言いうる」からである。⁽³²⁾

かかる Chapus と Paillet の指摘は、義務の先存性が一種の「フィクション」であることを示唆するものであるといえよう。そして、Paillet によれば、「裁判官がフォートを評価、検討するに当たって用いる一連の諸々の要素は、フォートがその違反の表れであるところの当該義務の相対性を示す⁽³⁴⁾」という。

かかる指摘を行った上で、Paillet は次のように総括する。すなわち、「以上のことから、我々には、フォートを定義するに当たって Chapus 教授によってとられた基準は公役務のフォートのアイデンティティーを説明するのに完璧に適したものであるように思われる。公役務のフォートは、その際、公法人に帰責すべき行政義務の違反として、裁判官が公権力の賠償責任を生ぜしめる性質を有するものとして解する違反として言明される。つまり、かくして公役務のフォートの定義のまさに心臓部に位置づけられることとなるのは《行政義務 (obligation administrative)》の概念なのである」⁽³⁵⁾と。

二 判例の実態との整合性

実際、このような「義務違反」という役務のフォートの判断基準は、判例の実態に整合的なものであるといえる。Pailletによれば、コンセイユ・デタは、しばしば、役務のフォートが存在しないと結論づける場合には義務違反が存在しないことを、逆に役務のフォートが存在することを認める場合には義務違反が存在することを指摘している⁽³⁶⁾。また、Laurent Richerも、ほとんどの場合「裁判官が自らに課す唯一の問題は、義務に対する違反があったかどうかを知るといふ問題のみである⁽³⁷⁾」と述べている。フランス行政法学は判例実証主義的な色彩を色濃く帯びることから、かかる整合性は重要な意味を持つように思われる。

このことを明確に例証するのが、行政による懈怠が問題となる判決である。というのも、この種の判決においては、行政裁判官が明らかに行政に課せられる作為義務（又は特定の期間内における作為義務）の存否を探究しているからである⁽³⁸⁾。その例として、《Commune de Cournon-d'Auvergne 判決》⁽³⁹⁾が挙げられる。本件は、Cournon-d'Auvergne 市にあるAllier川において同市により整備された水浴場の外側で起きた死亡事故について国家賠償請求訴訟が提起されたという事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、まず、市町村行政法典第九七条がとりわけ市町村警察が適切な予防措置により事故を防止し当該事故を必要な救助の提供により終息させることを任務としていることを定めている旨を確認した。そして、このことから、河川沿岸の市町村の市町村長には、一方で整備された水浴場において人々の安全を確保するために適切な措置をとること、他方で当事者が個人としてその注意によって自ら備えるべき危険を超える危険を特に周知させることが義務づけられていることを指摘した。その上で、本件においては、死亡事故が市によって整備された水浴場の外側で起きたものであり、しかも当該事故現場における危険性が通常の危険性を超えないものであったと評価した。以上のことから、コンセイユ・デタは、市長が当該事故現場で監視措置又は標識設置措置をとることを義務づけられていなかったとして役務のフォートの存在を否定した。また、《Barret 判決》⁽⁴⁰⁾においては、夫を亡く

したBaret夫人が夫の死の正確な状況を明らかにするよう行政に繰り返し求めたにもかかわらず、それが拒絶されたことについて国家賠償請求訴訟が提起されたという事件について、かかる情報を提供する義務を課す法令上の規定が存在しないことから行政はBaret夫人によってなされた情報提供の要求に応えることを義務づけられていなかったとして当該請求が棄却されている。

Pailletによれば、こうした判例とは逆に、通常、裁判官が役務のフォートが存在すると結論づける場合、それは行政が自らに課せられた義務の一つに違反したという確信を当該裁判官が得たからであるという。⁽⁴¹⁾ このことは、違法な行政行為（法律行為）が損害の原因となる場合に明白であるという。なぜなら、「行政は、法治国家の枠組みにおいて適法性に違反しない義務を有している」⁽⁴²⁾からである。そして「Pailletは、これを——我が国における「法律による行政の原理」に相当する——「適法性の原理（*principe de légalité*）」の「消極的」効果であると評している。他方、適法性の原理が、その遵守に必要な法律行為を定立することを行政庁に義務づけている場合があることを指摘し、それを「適法性の原理」の「積極的」効果であると評している。他方、事実行為が問題となる場合についても同様に、役務のフォートは義務違反の結果として生ずるという。以上のことを例証する判例は枚挙に暇がないが、こうした判例については特に次節及び次章において紹介していることから、ここでは省略する。

三 義務違反という判断基準の利点

次に問題となるのは、このように役務のフォートの判断基準を義務違反概念に求める利点がどこにあるのかということである。この点について、Pailletは、当該基準が論理的要請に適用と同時に判例の実態に合致するということに加えて役務のフォート概念の性質をよりよく把握し当該概念の意義をよりよく理解することを可能ならしめるということをし

指摘している⁽⁴³⁾。

Paillet は、まず、この基準が、客観的フォートと主観的フォートという二律背反的な矛盾を克服することを可能ならしめる点において利点を有すると述べている⁽⁴⁴⁾。かつて、一部の学説(特に民法学)においては、「客観的フォート (faute objective)」という表現の欺瞞性が指摘されていた⁽⁴⁵⁾。すなわち、当該学説によれば、有責性 (culpabilité) のないフォートは存在せず、またフォートは主観的にしか評価されえず、つまりフォートは主観的でしかありえないものである。例えば、Paul Esmein は、客観的フォートを「頭の悪い人間、エンジンのない自動車」⁽⁴⁶⁾になぞらえた。また、René Savatier は、これを「フォートに関する奇妙な解釈」⁽⁴⁷⁾と皮肉った。さらに、Just Lichet は、これを異常な概念と辛辣に批判し「それ自体において矛盾した悪しき表現」であると評した。しかし他方、こうした学説に対して、「加害者と同一の《外的》状況に置かれた思慮深い者であれば犯さなかったであろう行動の過誤」⁽⁴⁹⁾として、フォートを客観的に解する学説の潮流もあった⁽⁵⁰⁾。公法においても、Henri Dupeyroux が、「公役務のフォートは、客観的フォートである。なぜなら、このフォートの評価は客観的要素の評価であるからだ」⁽⁵¹⁾と述べていた。

Paillet は、この一見矛盾する二つの観念の衝突について、役務のフォートの基準を行政義務違反に求めることにより、かかる対立を克服することが可能になると述べる⁽⁵²⁾。そこで、Paillet は、フォートは客観的でもあり主観的でもあるという Gérard Cornu による指摘⁽⁵³⁾を引用し、それが正鵠を射たものであると評している。そして、大要以下のように述べている⁽⁵⁴⁾。ここで問題とされているのは、行政裁判官が役務のフォートが存在すると結論づけるためには「義務違反という客観的事実」⁽⁵⁵⁾を確認するだけで十分なのか、ということである。確かに、行政裁判所の努力はすべて、加害行為(作為又は不作为、法律行為又は事実行為)が当該違反を示すのはいかなる範囲においてであるのかという問題を探究することに注がれる。しかし、それが立証され、そして十分な重大性の程度を示すからには役務のフォート(の存在)が証明

されることとなり、裁判官には、そこから国家賠償責任の成立という帰結を導出することしか残されていない。ただし、以上のことが、あらゆる主観性が排除されることとなるということを意味するかというと決してそうではない。なぜなら、裁判官は、役務のフォートの評価に当たって、プラグマティズムに即した柔軟なアプローチをとっており、一般的にはもっぱら客観的要素のみを考慮するものの時には主観的要素（害意又は法規違反の認識）を考慮に入れているからである。実際、役務のフォートの認定に当たって問題となる行政義務は、必ずしも客観的義務だけでなく、善意をもって自己の契約ないし約束を遵守する義務やある種の「行政道徳（*moralité administrative*）」の觀念に相当する義務のような主観的義務をも包含するのである（詳しくは第二章第二節第八款参照）。かくして、この行政義務違反という基準は、客観的フォートと主観的フォートという二律背反的な矛盾を克服することを可能ならしめる、と。

また、Pillet は、基準というものが、それが対象とする概念の確実な同定を可能ならしめるために十分に明確なものでなければならず、その一方で理解しようとする現象とは別の現象を含むような基準では何の有益さもなく、さらに言えば有害でさえありうるところ、行政義務違反という基準は、役務のフォート概念と当該概念に関する判例の実態を同時に説明することを可能ならしめる限りにおいて十分に明確であると述べている。⁽⁵⁶⁾ すなわち、Pillet によれば、「公役務のフォート、それが、公法人に帰責すべき行政義務の違反、その重大性が公的賠償責任を生ぜしめる性質のものであるところの違反であると述べることは、我々にとって非常に明確に役務のフォートの特徴を要約するものであるように思われる」⁽⁵⁷⁾ というのである。かかる定義は次のように分解されるという。まず、役務のフォートは、それが行政に課せられる義務の違反を前提とする点において、フォートの性質を有しない所為とは区別されることとなる。そして、この違反は公法人に帰責すべきものであり、加害行為は行政による自己の任務の一つの遂行に結びつけられることとなる。その結果、加害者たる公務員の法人格は、そこに現れることなく捨象されることとなる。さらに、当該違反は、裁

判官が、それが公的賠償責任を生ぜしめるのに十分であると考えるような重大性を示す。つまるところ、Pailletによれば、かかる定義の要素の分解からわかるように、行政義務違反という基準は、役務のフォート概念に必要な詳細性を付与するというのである。

最後に、Pailletは、義務違反という基準が役務のフォート概念の「弾力性 (plasticité)」に合致するという利点を指摘している⁽⁵⁸⁾。実際、役務のフォート概念は、「ほぼ無限の形態の多様性」を呈するものであるところ、義務違反という基準は、その多様性の中で役務のフォート概念に「一体性 (unité)」を付与するという。かかるPailletの指摘は、義務違反概念が役務のフォートの多様な形態を包摂しうるものであるということをいわんとしたものであろう。さらに、これに続けて、Pailletは、行政義務の概念が、行政活動の変化に国家賠償責任を適応させるために適した概念であることを示唆している。これは、行政義務概念の可変性、つまり、この概念が時代の流れに伴い変化する行政活動の実態に柔軟に適応しうる性質を有することを指摘するものであるといえよう。かくして、Pailletは、「公役務のフォートは、行政義務の変化に容易く適応しうるものであり、かくして凝り固まることなく永久に存続しうる⁽⁵⁹⁾」と結論づけるのである。

第二款…役務のフォートの結果不法的側面

以上のようなPailletの分析によれば、フランス国家賠償責任法においては、原則として、侵害行為の態様の観点から義務違反の有無に照らして役務のフォート判断が行われているといえる。もつとも、役務のフォートによる賠償責任に関する判例を概観すると、一見すると、被侵害法益の観点から、具体的には権利侵害の有無に照らして、あるいは被侵害法益の性質や損害の重大性を考慮することにより、役務のフォート判断を行っているようにも読める判決が

散見される。そこで、以下では、こうした判決を紹介することにより役務のフォートの結果不法的側面を明らかにすることを試みたい。

一 行政客体の権利に対する侵害としての役務のフォート

「行政義務違反」という判断基準を「現実在即した基準」と評価する Paillet は、その一方で「行政客体の権利に対する侵害」という判断基準を「現実在即しない基準」と評価している。前述のように、Paillet は当該判断基準をいくつかの類型に分けて整理しているが、ここでは特に本稿の関心と密接に関連する「公役務の瑕疵なき運営への権利に対する侵害」という類型を中心に、この基準について検討を行うこととした。

そもそも、現在のフランス行政法学においては、役務のフォートの判断基準を被害者の権利に対する侵害に求める見解はほとんど見られない。例えば、Maryse Deguerge は、「フォートの本質 (essence) は義務違反である。被害者の権利に対する侵害は、義務違反を評価することを可能ならしめない」とした上で、この権利侵害は「もっぱら損害の規模を確定するだけである」と述べ、これを明確に否定している⁽⁶⁰⁾。実際、Paillet によれば、この判断基準は、一般的に行政裁判官がとる論証のアプローチと適合しないという⁽⁶¹⁾。Paillet は、⁽⁶²⁾、一見すると権利侵害が存するように思われるにもかかわらず役務のフォートが認められなかった反証的な事例として《Erhardt 判決》を挙げている。その事案は以下のようなものであった。原告は、街道から非常に離れた小さな集落に居住していた。その集落に住んでいたのは原告とその家族だけであった。郵便役務は、原告の自宅へ通じる道の状態が著しく悪く郵便車両でのアクセスが極めて困難であるとして何か月にもわたり原告の自宅への郵便配達を中断した。原告は、自宅に通じる自動車が交通可能な道の境界に郵便受けを設置することを求められ、そこまで郵便物を取りに行くことを余儀なくされた。そこで、原告は、自

宅に郵便物を届けてもらうことができなくなったことについて国に損害賠償を請求した。この請求に対して、コンセイユ・デタは、右のようなアクセスの困難性を主な理由として郵便役務のフォートを否定した。つまり、この判決によれば、役務のフォートの存在を立証するためには権利侵害が存在すると主張するだけでは十分ではなく、したがって「権利侵害即役務のフォート」という解釈は否定されることとなるのである⁽⁶⁵⁾。

もっとも、その一方で、Pailletは、役務のフォートによる賠償責任が認められることにより、結果的に「公役務の瑕疵なき運営への権利の保護が図られるということについては異論の余地がないという指摘も行っている。なぜなら、それは、この種の国家賠償責任の明白な「効果」の一つだからである。つまり、それは、結局のところ「法治国家の側面（un des aspects de l'État de droit）」⁽⁶⁵⁾なのである。逆に言えば、「公役務の瑕疵なき運営への権利」は、行政に課せられる「義務」の裏返ししない結果でしかないことになる。Pailletによれば、そもそも、私人が公役務による損害を受けない権利を有するということは、当該私人が裁判官の前で主張しうる権利の内容がいかなるものであるのか、を知ることを可能ならしめないという⁽⁶⁶⁾。かかる権利は実際には公役務の管理者に課せられる法令上の義務に応じて決せられるのであり、それは、まさに賠償責任の原因となるフォートが当該義務の違反により構成されるということであり、当該公役務に対する利用者の諸権利に対する侵害により構成されるものではないということである⁽⁶⁷⁾。より正確には、当該諸権利に対する侵害は、行政が負担する義務の存在と当該諸権利が合致する限りにおいてしか裁判官によつては考慮されない。例えば、確定判決を持つ市民は当該判決を執行するために公的な強制力の助けを期待する権利を有するが、それは、これに対応する義務が行政に課せられているからなのである。結局のところ、Pailletによれば、裁判官が権利を前面に出すのは、行政行為によつて侵害された権利が十分に明確である場合、すなわち当該権利がまさに潜在的な義務を包含しているという条件が充足される場合だけであるというのである⁽⁶⁸⁾。

ただし、Paillet は、この公役務の瑕疵なき運営への権利という概念が、行政主体と行政客体の関係の現代的なあり方に適合し、それがいくつかの判例の立場を裏付ける点において魅力的なものであるとも述べている。⁽⁶⁹⁾ すなわち、まず前者については、今日、行政客体はもはや行政主体に従い、それに対して主張する権利を有しない、単に受動的な主体ではないことから、右のような権利がかかる実態と適合的であるという。また後者については、権利侵害が存しないことを理由に行政主体に対する損害賠償請求訴訟を棄却するいくつかの判決を整合的に説明しうるものが指摘されている。かかる判決においては、役務のフォートの認定を回避するための道具として行政客体の権利が援用されており、⁽⁷⁰⁾そこでは法的に保護されるべき権利の有無が問われているように見える。⁽⁷¹⁾例えば、その典型的な判決として《Dalbera 判決》⁽⁷²⁾が挙げられる。本件は、あるコミューンが当該地域における医師の確保のために原告である医師に一〇年以上助成金を交付していたが、当該地域の人口の需要との関係においてその必要がなくなったことから当該助成金の交付を打ち切ったところ、原告が当該助成金の不交付について当該コミューンに対して損害賠償請求を行ったという事案である。なお、本件事案においては原告とコミューンの間に当該助成金の交付に係る契約等は締結されていなかった。本判決において、コンセイユ・デタは、以上のような事実を指摘した上で、特に明確な根拠を示さなくとも当該コミューンがいかなる賠償責任も負わないと判示したのであるが、右のような観点から見ると、それは結局原告が当該助成金の交付を受ける権利を有しないからであると解されることとなる。⁽⁷³⁾また、公立の理工科学学校の入学試験の採点官に任命されていた原告が翌年の採点官に再任されなかったことについて国家賠償請求訴訟を提起した《Mangis 判決》⁽⁷⁴⁾においては、明示的に法的に保護されるべき権利の不存在が指摘されている。すなわち、本判決において、コンセイユ・デタは、前年に採点官として任命された原告には翌年の再任についていかなる「既得権 (droit acquis)」も存在しないとして当該請求を棄却したのである。Paillet によれば、こうした判決は決して稀なものではなく、⁽⁷⁵⁾それらは、おそらく当該私人が「主観

的権利の保持者 (titulaires de droits subjectifs) であるということを認めることに對する裁判官のためらいを示すものであるといふ⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾。

二 権利侵害に基づく役務のフォートの認定

他方、明示的に権利侵害の存在を指摘することにより、役務のフォートを認定している判決も存在する。

1 墓地の占用権——その例としては、『Jacquot 判決』⁽⁷⁸⁾が挙げられる。その事案は、次のようなものであった。原告のX氏は、一九四五年にMaixe市の墓地に両親を埋葬するための土地の占用権 (concession funéraire) を一〇〇年間の期限付きで取得した。その後、一九七五年八月八日にMaixe市長の命令により墓の位置が二五cm移動せられることとなった。原告は、一方的に当該移動がなされたことについて市に對して損害賠償請求を行った。本判決において、コンセイユ・デタは、右のような事実を指摘した上で、「かくして、X氏が自己の占用権から得ている諸権利に對する侵害は、市の賠償責任を生ぜしめる性質の役務のフォートを構成した」と判示した。なお、賠償額については、その移動距離がわずか二五cmであったことから原状回復費用を請求することは認められず精神的損害五〇〇フランのみが認められた。

2 著作権——また、著作権侵害が問題となった判決においては、当該著作権侵害が役務のフォートを構成するものとして解されている。例えば、行政控訴院の判決ではあるが『Valiente 判決』⁽⁷⁹⁾を挙げることができる。その事案は、以下のようなものであった。原告であるValiente氏は、一九八二年にPrats-de-Mollo市の生誕一〇〇〇周年を記念するモニュメントの彫刻を製作した。当該モニュメントは、頁岩製の台座にブロンズ製の浅浮き彫り (bas-relief) が施されたものであった。そして、当該モニュメントは、市役所の広場に設置されることとなった。しかし、市は、一九八六

年に Valiente 氏の承諾を得ることなく当該モニュメントの台座を取り壊し、市役所の本正面に右浅浮き彫りを張り付けた。この取り壊し行為について Valiente 氏が同市に対して損害賠償請求を行った。本件において、Valiente 氏は、当該モニュメントの二つの部分（台座と浅浮き彫り）を不可分一体のものとして考案していたことや、それによる審美的価値を主張した。以上の事実を指摘した上で、コンセイユ・デタは、「Prats-de-Mollo 市は、文学的及び芸術的財産に関する一九五七年三月一日の法律によって認められた Valiente 氏の作品の尊重への権利を侵害し、かくして自己の賠償責任を生ぜしめるフォートを犯した」という原告の主張には理由があると判示した。なお、本件訴訟において、Prats-de-Mollo 市は、水道管の破裂により右モニュメントの安定性が脅かされていたことや、当該モニュメントが市役所の本正面に張り付けられたことによって、より引き立てられる結果となったことを主張していたが、コンセイユ・デタは、水道管の補修工事に当たって台座を破壊する必要があったことが明らかでなく、また当該工事後無傷のままで元の場所に当該モニュメントを再び据えることを妨げるような事情も伺われなしとして、同市の当該主張を退けた。

さらに、近年のコンセイユ・デタの判決として《Agopyan 判決》^⑧を挙げるのができる。本件は、Nantes 市によって行われたサッカースタジアムの収容能力を増やすための工事により当該スタジアムの階段席のリング状のデザイン (dessin de l'anneau des gradins) が変形させられたことについて、当該スタジアムを建築した建築家の X 氏が市に対して損害賠償請求を行った事件である。本判決において、コンセイユ・デタは、まず、一般規範として、公共建築物についての建築家の著作権に対する侵害については、当該侵害が公役務の必要性及び特に当該建築物の用途又は新たな需要への適応によって正当化される美的・技術的・公共安全に関する諸要請により厳密に必要不可欠な (strictement indispensable) ものと認められない場合にのみ公共団体の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成するとした。そして、右のように建築家の著作物にもたらされた変形が以上のような諸要請によって厳密に必要不可欠なもので

あったことを立証するのは、Nante 市の責任であるとする。その上で、コンセイユ・デタは、鑑定報告書 (rapport d'expertise) が元のデザインを変形させることなく当該スタジアムの収容能力を増やしうる代替案が存在することを示していることを理由に、Nantes 市によって主張された技術的及び公的安全の諸要請が X 氏の著作権を侵害する必要不可欠な性格を正当化しえないものであるとして、Nantes 市の X 氏の著作物に対する「違法な侵害 (atteinte illégale)」を認定し、Nantes 市の賠償責任を認めた。

ただし、以上のように明示的に「権利侵害」から役務のフォートを認定する判決は、「義務違反」という観点から捉え直すことも可能である。例えば、この《Agopyan 判決》においては、右のような公役務の必要性等が存しない限り著作権を侵害してはならないという義務ないし行為規範が行政に課せられているということができ⁽⁸¹⁾る。言い換えれば、そこでは著作権侵害即役務のフォートという解釈がなされているわけではなく、公役務の必要性等により著作権侵害が法的に許容される可能性があるということである。実際、《Valiente 判決》においても《Agopyan 判決》においても、著作権の侵害を回避する代替案が存したにもかかわらず、行政が当該代替案を採用することなく著作権を侵害したことが非難の対象とな⁽⁸²⁾っていることから、実質的には行為義務違反の観点から役務のフォートが認定されていると読むこともできるのである。ここに、「義務違反」概念と「権利侵害」概念の区別の相対性ないし困難性が垣間見られることになる。

3 安全への権利——なお、前述のように、Pallet は、役務のフォートの判断基準を「権利侵害」に求めることを明確に否定しているものの、いくつかの判決が多かれ少なかれ直接的に行政主体に対して被害者が主張しうる「安全への権利 (droit à la sécurité)」に準拠しているのではないか、という指摘を行っている⁽⁸²⁾。ここでは、例えば、スキーヤーがゲレンデを囲う金属線にスキーを引っ掛け転倒した事故について国家賠償請求がなされた《Cousturier 判決》⁽⁸³⁾が挙げ

られている。本判決において、コンセイユ・デタは、まず、市町村法典法律篇第一三一―二条について言及している。当該条文によれば、市町村警察はとりわけ適切な予防措置によって事故を防止することを任務とし、また市長は特に当事者が個人としてその注意によって自ら備えるべき危険を超える危険を周知させる義務を負う。その上で、コンセイユ・デタは、市が雪解けの時期に危険性が存在することを認識していたにもかかわらず当該区域におけるスキーヤーの日常的な通行を容認していたこと、また事前に当該障害物の存在を周知させなかったことを指摘し、市長がスキーヤーの安全を確保するために適切な措置をとらなかったとして役務のフォート⁽⁸⁴⁾を認定した。

これに対して、Delanay⁽⁸⁵⁾は、本判決が行政客体の安全への権利に準拠したわけではなく警察役務のフォートを構成する懈怠に関する伝統的な判例を忠実に適用しただけであると指摘している。すなわち、Delanayによれば、役務のフォートの認定が、結果として、警察権限の行使が行政客体の安全を確保するという結果をもたらすとしても、そのことは行政客体の安全への権利が認められているということを意味するわけではないのである⁽⁸⁶⁾。確かに、一見すると、本判決においては、形式的には右のいくつかの判決のように明示的に「権利侵害」の存在が指摘されているわけではなく、もっぱら行為態様の観点から役務のフォートが認定されているように見える。よって、Paillet⁽⁸⁷⁾がいうところの「安全への権利」が真に認められているかについては議論の余地があろう。ただ、かかるPailletの指摘は、形式的には行為態様の観点から役務のフォートが認定されているように見える場合であっても、そこでは被侵害法益の観点からの考慮もなされているのではないかということを示唆する重要な指摘であるようにも思われる。

三 結果不法的要素の考慮

実際、役務のフォートに関する判例の中には、一見するともっぱら行為態様の観点から役務のフォートが認定されて

いるように見える場合であっても、被侵害法益の性質や損害の重大性を考慮することにより、行為規範を高度化することを通して、あるいはそこから直截的に、役務のフォートを認定しているように見える判決が存在する。

まず、前者の例としては、行政控訴院の判決ではあるが《*Paton* 判決⁽⁸⁶⁾》を挙げることができる。その事案は、次のようなものであった。一九八五年九月一七日、*Pantin* 市の養老院に在院していたX婦人が、当該養老院の廊下を移動していた際に反対側から家具を運んで来た職員にぶつかり転倒し負傷した。この負傷による損害について国家賠償請求訴訟が提起された。本件において、*Paris* 行政控訴院は、最初に、当該養老院においては高齢者が生活していることから「特別な注意（*précautions particulières*）」が課せられるとして、養老院の執行部（*direction de la maison de retraite*）は在院者の「安全を保護するための適切な措置」をとることなく当該家具の移動がなされることのないよう配慮しなければならなかった。そして、本件訴訟においては、かかる措置がとられたことが立証されていないばかりか主張すらされていなくとする。このことから、*Paris* 行政控訴院は、被害者に帰責すべきフォートが存しないことを確認した上で「役務の組織及び運営におけるフォート」を認定した。このように、本判決においては、問題となる被侵害法益の性質（高齢者の身体・生命の安全）を考慮することにより行政に「特別な注意」、「安全を保護するための適切な措置」が課せられている。つまり、そこでは行為規範を措定するに当たって結果不法的要素の読み込みがなされているようにも見えるのである。また、「役務の組織及び運営におけるフォート」という文言からわかるように、本件においては、加害職員個人の不注意というよりはむしろ安全体制を整えることなく家具の移動を行ったことについての組織上のフォート（第三章第二節第一款参照）が問題とされていることにも注目すべきであろう。以上の二点により、本判決においては、行政に高度な注意義務が課せられているといえるのではないかと思われる。

また、後者の判決としては、《*Plichard* 判決⁽⁸⁷⁾》を挙げることができる。本件は、窃盗を働いた犯人を追跡していた警

察官によって通行人が転倒させられ負傷した事故について国家賠償請求訴訟が提起された事案である。コンセイユ・デタは、本件の諸状況においては、被害者の側に不注意や怠慢が全く存在しないこと、また当該事故により原告の右脚の一部が身体不随になったことを指摘した上で、当該事故は「国の賠償責任を生ぜしめる公役務のフォートに帰せしめられるべきである」と判示した。本判決について、Léon Duguitは、そこで認定された役務のフォートが推定されたものであることを指摘している⁽⁸⁸⁾。すなわち、Duguitは、「公役務のフォートは、行政が被害者の側に不注意や怠慢が存したことを立証していないことの結果として生ずる」とし、かかるフォートの推定が明白に現れているのが本判決であると述べているのである。Duguitによれば、本件においては、当該事故を起こした警察官は犯罪者の追跡という自己の任務ないし義務を果たしていただけで警察役務は完全に（瑕疵なく）機能していたのであり、したがってフォートは存在せず、当該事故は「単なる偶発事（simple cas fortuit）」であるという。本判決は極めて簡潔であり詳細な事件の諸状況が明らかにされていないことから、その正確な意図を汲むことは容易ではない。ただ、Duguitが指摘するように一見役務のフォートつまり義務違反ないし行為規範違反が存在しないように思われる事案であったにもかかわらず、それを推認するかのような解釈が行われた背景には、原告の右脚の一部が身体不随になったという損害の重大性の考慮が存するのではないかと推察される。

以上の点に関しては、序章で紹介したTruchetの指摘⁽⁸⁹⁾が想起されるところであろう。というのも、Truchetは、役務のフォートの判断に当たって損害の性質と重大性が考慮される場合があることを指摘し、そこでは役務のフォートの存在が明確でない場合であっても異常な損害が裁判官をして当該フォートの存在が証明されたものとして考えるよう促すのだと述べているからである。ただし、Truchet自身も「裁判官が、その判決の理由づけの中に当該諸要素を登場させることに抵抗を示している⁽⁹⁰⁾」と指摘しているように、ほとんどの場合こうした結果不法的要素は默示的にしか考慮されないのである。

- (1) 拙稿・北大法学論集六四卷六号二一四一—二一四三頁参照。
- (2) 拙稿・北大法学論集六四卷六号二一四六—二一四八頁参照。
- (3) Benoit Delaunay, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 247.
- (4) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 28.
- (5) *Ibid.*, n° 314.
- (6) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 46.
- (7) *Ibid.*, n° 44 et 74.
- (8) Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, 12^e éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 581 ; Jean Waline, *Droit administratif*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 507.
- (9) Henri Dupeyroux, *Faute personnelle et faute du service public. Étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'administration et de ses agents*, Th. Paris, 1922, p. 219.
- (10) 拙稿・北大法学論集六四卷六号二一三七頁以下参照。
- (11) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 314-345.
- (12) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 46-82.
- (13) これは「役務のフォートの判断基準を」公的負担の前の不平等に求める類型である (Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 323-324 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 48-50)。⁹⁰ Pailletによれば「フォートはそれが犯されなかった場合に置かれていたであろう状況よりも不利な状況に被害者を置くものであり、公役務の運営において統計的に不可避免的に犯されるものである」となるが、「フォートはそれ自体において被害者に不当に課せられる公的負担である」 (Pierre Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 377) とする。そして「Pailletは、以下の理由により、この判断基準は一定の魅力有するものの欺瞞的なものであると批判する。すなわち、理論的な観点から見ると、公的負担という概念は、原初的には税負担を正当化するためのものであり (フランス人権宣言第一三条)、ある犠牲が一般利益の名において公権力によって意図的かつ合法的に課せられるものであるところ、役務のフォートは逆に法に反する行為、法的罪 (péché juridique) を示すものであり、平等の破綻の観念とは無関係な制裁的・予防的側面を包含

するものである。また、この判断基準は、判例の実態を整合的に説明できない点にも問題がある。というのも、判例上、公的負担の前の平等の破綻という概念は、フォートによらない賠償責任の枠組みにおいて異常かつ特別な損害を要件とするものとして解されているところ、役務のフォートによる賠償責任の枠組みにおいてはかかる損害要件は求められていない（拙稿・北大法学論集六五巻三号六一九頁以下参照）。さらに、この概念は、判例上、あらゆる役務のフォートが賠償責任を生ぜしめるわけではないこと、つまり役務のフォートにグラデーションがあり時に重大なフォートが要求されることを説明できず、その意味においてあまりにも機械的なものである（拙稿・北大法学論集六五巻二号二五二頁以下参照）。

- (14) これは、役務のフォートの判断基準を、公役務の前の平等原則に対する違反、つまり行政が公役務の運営において平等に取り扱うべき市民を平等に取り扱わなかったことに求める類型である（Michel Paillet, *These 1980*, n° 325; Michel Paillet, *Mamuel 1996*, n° 178; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 51-52）。確かに、後にも紹介するように判例の中には行政が「公役務の運営を規律する平等原則に違反した」ことを明示的に指摘して役務のフォートを認定しているものもあるが（C.E. Sect. 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Rec. 151）、Pailletは、あらゆる平等原則違反がフォートの性質を有するとしても、あらゆる役務のフォートが公役務の前の平等の破綻に帰着するというわけではなく、これだけで多様な役務のフォートのケースを説明し尽くすことはできないなどとして、この基準を批判している。結局のところ、Pailletによれば、役務のフォートというのは、たいていの場合、公役務の利用者が他の利用者よりも適切に取り扱われなかった結果として生ずるのではなく、公役務があるべき態様で運営されなかった結果として生ずるのだと云う（Voir également Laurent Richer, *Thèse 1976*, p. 522）。

- (15) これは、役務のフォートの判断基準を、損害発生の場合（＝可能性）における不平等、つまり行政が被害者が損害を被る可能性を増大させたという点に求める類型である（Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 326-327; Michel Paillet, *Article 2008*, n° 53-54）。Pailletは、この基準には役務のフォートのさまざまな類型を説明しうる柔軟性を有するなどの利点があることを認めつつも、フォートによる賠償責任においてもフォートによらない賠償責任においても行政が損害発生の可能性を増大させたという点では全く同様であるにもかかわらず、後者の場合にだけ損害の異常性と特別性が要求されることをどのように説明するのかといった点など、判例の実態を整合的に説明できないところがあることを批判している。Pailletによれば、裁判官のアプローチを分析すると、ここでは行政の加害行為が損害発生の可能性を増大させたという事

実から役務のフォートが演繹されているわけではなく、当該行為が法ないしあるべき行為に合致したものであったかどうか問われているのだという。つまり、もし当該行為が法ないしあるべき行為に合致したものであったならば、たとえ行政が損害発生機会（「可能性」）における平等を破壊させたとしても、言い換えれば当該行為が損害発生の可能性を増大させたとしても、役務のフォートは認められないのであって、したがって、それは役務のフォートを性格づけることを可能ならしめないというのである。

(16) これは、役務のフォートの判断基準を、問題となる公役務を規律する「法律 (loi)」に照らして評価される「役務の瑕疵ある運営」に求める類型である (Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 61-63 ; Voir également, Michel Paillet, *These 1980*, n° 344 ; Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 183-184)。すなわち、この類型における役務のフォートは、役務のあるべき組織及び運営を規定するものとして観念される「役務の法律」に照らして評価される役務の悪しき組織又は運営ないしその機能不全により構成されるものであると説明されることとなる。Paillet は、この見解が、Paul Duez の「航跡 (sillage)」を辿る形で多くの論者 (Roger Bonnard, André de Laubadère, Jean-Michel Lemoyne de Forges, Francis-Paul Benoit, Jacques Moreau) によりとられてきたと指摘する。そしてその例として、Louis Rolland による「行政府とその下級機関は、国民との関係において十分な態様で公役務を組織し運営する義務を有する。当該義務が遵守されない場合には、公役務のフォートが存在する」(Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1947, n° 417) という記述を引用している。Paillet は、この基準が、確かに誤ったものではなく少なくとも簡素さという利点を有していると評している。もっとも、役務の法律というもの（あるいは役務の瑕疵ある組織若しくは運営、悪しき組織若しくは運営又は機能不全といった概念）があまりにも漠然としており、役務のフォートを援用する判例のすべてを説明するには十分ではなく、結局のところ、この基準は相対的に明確性に欠け、より明確性を有する行政義務違反という基準の方が好ましいと述べている（この点に関しては本節第一款三参照）。ただし、これらの基準が必ずしも相互排他的なものではないことについては既に前稿で述べたとおりである（拙稿・北大法学論集六四卷六号二一四三頁参照）。なぜなら、それらは、「役務を瑕疵なく運営する義務に対する違反」(Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 253) 又は「その規範が役務の運営を規律するところの先存する義務に対する違反」(Henri Dupeyroux, *supra* note 9, p. 219) というように結びつけることができるからである (Voir également, Gilles Darcy, *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, p. 66 ; Georges Vedel

et Pierre Delvolvé, *supra* note 8, 1992, p. 581 ; Jean Waline, *supra* note 8, n° 507.)¹⁷ この右の Rolland の記述からも明らかであるように思われる。

(17) これは、役務のフォートの判断基準を、公役務の運営ないし行政主体の行為の「異常性」に求める類型である (Michel Paillet, *Thèse* 1980, n° 316-320 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article* 2008, n° 64-66 ; Voir également, Benoit Delaunay, *supra* note 3, n° 180) 。かかる見解は、かつてフランス行政法学において見られた、フォートによる賠償責任とフォートによらない賠償責任 (特にリスクによる賠償責任) を一元的に説明する基準を「異常性」概念に求める試みの延長線上に位置づけられるものである (Voir, Roger Latournerie, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *R.D.P.* 1945, pp. 321 et s. ; Charles Blaevoet, « De l'adaptation des théories de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public », *J.C.P.* 1958, I. 1406 ; Charles Blaevoet, « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz. Pal.* 1966, I, doctrine p. 65 ; Charles Blaevoet, « De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative », *J.C.P.* 1946, I. 560 ; Charles Blaevoet, « Normalité, sécurité et garde », *D.* 1955, chron. p. 37.) この判断基準に対しても、Paillet は批判的な姿勢を述べている。その理由としては「近年、異常性概念がフォートによらない賠償責任の枠組みにおいてしか用いられておらず、しかもそれが損害の原因たる活動ではなく損害自体にかかわるものであり、損害自体に固有の特徴、損害の原因を取り巻く諸状況を指し示すものであること、この概念そのものが非常に曖昧であり不明確であることなどが指摘されている。

(18) この類型は、かつて私法において展開された分析から着想を得て、「不法性 (illicéité)」の概念 (拙稿・北大法学論集六 四巻六号二一三八—二一四〇頁参照) を行政賠償責任の「導きの糸 (fil d'Ariane) 」 (Yves Weber, « Illicéité et responsabilité administrative en France », *Revue internationale de droit international comparé*, vol. 6, 1984, p. 29) にくちうとする試みに由来するものである。その代表的論者である Yves Weber によれば、「不法性」という概念は、「賠償責任のプロセスにおける二人のアクター (加害者と被害者) の交点に位置づけられるものである」という (*Ibid.*, p. 30) 。すなわち、「賠償責任を負うべき者は法に違反したことが必要であり、被害者は自己の権利を侵害されたことが必要である」 (*Ibid.*) 。そして、役務のフォートは明らかに前者の側に位置づけられるものであり、それは「行政による条件付きの要請に対する違反」に起因するものであり、また良き行政の行為規範として示される「行政規範」に対する違反に起因するも

のであるという (*Ibid.*, pp. 34 et 48)。かくして、役務のフォートは、かかる観念において、役務による合法性 (licéité) の違反として解される。この合法性は特に行政規範によって役務に対して示されるものであり、結局のところ、それは「慎重さ又は注意深さに関する一般的な義務」という民法上の規範と対置される、「良き行政の行為規範、つまり通常の注意深さを有するあらゆる行政が服する標準的な規範」であるという (*Ibid.*, p. 34)。Paillet は、この解釈については特に批判を加えておらず、次のような四つの利点を指摘している (Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 68-69)。すなわち、①役務のフォートの特性を保護しながら民法上のフォートと比較対照することを可能ならしめること、②法的罪としての規範違反という、あらゆるフォートの本質的側面を正確に説明すること、③適法性の次元を越え（法律行為だけでなく事実行為も含めて）、合法性が（公務員ではなく）行政主体に義務づける行動との比較において役務のフォートを明示すること、④このアプローチが実定法上の解決法の大部分を説明すること、という四つの利点である。

- (19) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 335 ; Voir également, Hafida Belrhaili, *Responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 2017, n° 151.

- (20) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 335.

- (21) Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 188 ; なお、Paillet は、その「裁判官は、行政を規律することとなる諸規範を遵守するよう行政を拘束しうるが、同時に、その『有責性 (culpabilité)』の程度に基づいて、その評価に幅を持たせることができる」(*Ibid.*, n° 189) と述べたこと。

- (22) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 77.

- (23) *Ibid.*, n° 79.

- (24) *Ibid.*, n° 80-82.

- (25) Didier Truchet, *Droit administratif*, 6^e éd., Paris, P.U.F., 2015, n° 1136.

- (26) Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, n° 1025.

- (27) François Gazier, *cocl.* sur C.E. Ass. 18 novembre 1949, *Mineur*, J.C.P. 1950, II, 5286.

- (28) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 336 ; 例へば「Dupeyronx は、既に一九二二年の時点において、民法学者の Marcel Planiol によるフォートの定義から着想を得て、『行政法においても、フォートとは義務違反である』と述べていた (Henri

- cit.*, 1933, p. 690.
- (47) René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, n° 278.
- (48) Just Luchet, *L'Arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1935, p. 18.
- (49) Henri et Léon Mazeaud et André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, n° 439.
- (50) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 342.
- (51) Henri Dupeyroux, *supra* note 9, p. 219.
- (52) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 343.
- (53) Gérard Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, p. 213.
- (54) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 343 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 76.
- (55) Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 5.
- (56) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 344.
- (57) *Ibid.*
- (58) *Ibid.* ; Voir également, Hafida Belrhaili, *supra* note 19, n° 151.
- (59) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 344.
- (60) Maryse Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 624-625 ; Voir également, Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 257 et 259.
- (61) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 57 ; Voir également, Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 260 ; Hafida Belrhaili, *supra* note 19, n° 157.
- (62) C.E. 17 octobre 1986, *Ministre des P. T. T. c. Erhard*, Rec. 240, *A.J.D.A.* 1986, p. 694, chron. Michel Azibert et Martine

de Boisdette.

(63) Voir, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 330.

(64) *Ibid.*, n° 329.

(65) *Ibid.*

(66) *Ibid.*, n° 330 ; Voir également, Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 59.

(67) 実際、この点に関しては、Delaunay も「フォートの定義において行政客体の権利に準拠することは無益であるとして、大要以下のような指摘を行っている (Benoît Delaunay, *supra* note 3, n° 261-262 ; Voir également, Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 57)」。行政客体の役務の運営への権利が存在するかどうかを知るためには、「行政客体が契約上の地位に置かれているのか法令上の地位に置かれているのかを検討しなければならない。フォートは、主として、行政客体の適法性への権利に対する侵害として現れる。その結果、行政客体は、法令が規定する以外のものを要求しえない。行政客体は、かくして、法令上の役務の運営への権利しか有しない。例えば、論告担当官の Michel Gentot は、一般に「違法性はいかなるものであってもフォートを構成する」というテーゼを確立した判決と評されている《Driancourt 判決》の論告において、「行政客体は、適法性への真の権利を有し、この権利に対する侵害という加害の結果の賠償を主張することができる」と述べている (Michel Gentot, *concl. sur C.E. Sect. 26 janvier 1973, Driancourt*)。つまり、行政は、行政客体との関係において義務を負う前に、法令との関係において義務を負うのである。したがって、フォートは、行政客体の権利に対する侵害に存するのではなく、法律の遵守への行政客体の権利に対する侵害に存するのである。結局のところ、Delaunay によれば、行政が有する義務とは、法律を遵守するという義務であり、行政客体が有する権利とは、法律が遵守されるのを見る権利であるという。

(68) なお、Paillet は、「役務の瑕疵なき運営への権利」という基準の問題点として、役務の瑕疵なき運営というものがいかなるものであるのかという問題が手つかずのまま残ることを指摘している (Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 57)。また、当該基準が基本的に公役務の利用者を権利主体として念頭に置いている点についても理論的な問題があると指摘している。その問題とは、端的に言えば、公役務の利用者が一様ではないにもかかわらず公役務の瑕疵なき運営に対する権利を有するものとして利用者をひとまとめにして論じている点と、そもそも役務のフォートの被害者が利

用者だけに關するものではない(Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 331 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 58.)。

- (69) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 56.
- (70) Voir également, Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 180.
- (71) ただし、明示的には役務のフォートの有無に言及するものなく、単に法的に保護されるべき権利が存在しないことを指摘し直截的に賠償責任の成立を否定している判決も少なくないことから、理論的には役務のフォートという要件から独立した一つの要件として解するものも可能であるように思われる。
- (72) C.E. 5 mai 1965, *Commune de Méandre c. sieur Dalbera*, Rec. 261.
- (73) Voir, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 330.
- (74) C.E. 6 novembre 1953, *Sieur Mangis*, Rec. 471.
- (75) C.E. 1^{er} décembre 1922, *Sieur Grellet*, Rec. 900 ; C.E. 14 mars 1951, *Sieur Paraire*, Rec. 156 ; C.E. 4 mai 1951, *Sieur Bezombes*, Rec. 247 ; C.E. 6 avril 1962, *Compagnie de Messageries Maritimes*, Rec. 260 ; C.E. Ass. 22 juin 1963, *Société française des pétroles B.P.*, Rec. 388 ; C.E. 13 juillet 1966, *Société Pomona*, Rec. 474 ; C.E. 21 juin 1978, *Demoiselle Laget, R.D.P.* 1979, p. 1177 ; Voir également, Guy Gest, « Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique », *R.D.P.* 1981, p. 1645.
- (76) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 330.
- (77) その他、この点に関連して問題となるのは、既存の公役務の維持や新たな公役務の創設を求める権利である。まず、前者について言えば、行政主体は公役務を廃止するものについて裁量権を有しており行政客体は既存の公役務の維持を求める権利を有しなくと解される(Voir, Jean du Bois de Gaudusson, *L'usage du service public administratif*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 107 ; Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 330 ; Benoit Delaunay, *supra* note 3, n° 255 ; C.E. Sect. 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec. 60, concl. Jean Kahn ; C.E. 28 juin 1967, *Sieur Cuche*, Rec. 285.)。例として判例における「鉄道路線や航空路線の廃止」、地方の畜殺場の閉鎖に対して行政客体がその維持を求める権利を有しないと判断されている(Voir, C.E. 11 décembre 1963, *Syndicat de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande*, J.C.P. 1964,

II. 13753, note Jean Dufau, *A.J.D.A.* 1964, p. 238, note Pierre Laporte ; C.E. Sect. 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, Rec. 153, concl. Jean Massot ; C.E. 30 juin 1995, *Dessert*, *D.A.* 1995, n° 490.) ° また後者に「この法律上役務の創設が義務づけられる場合でない限り、行政客体は役務の創設に対する権利を主張しえないと解されてゐる」(Voir, Jean du Bois de Gaudusson, *L'usager du service public administratif*, L.G.D.J., 1974, pp. 105 et s. ; Laurent Richer, *Thèse* 1976, p. 526 ; Michel Paillet, *Thèse* 1980, n° 330 ; Benoit Delaunay, *supra* note 3, n° 255 ; C.E. 23 février 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Société entreprise Tomine*, Rec. 168.) °

(87) C.E. 14 décembre 1981, *Jacquot*, *R.D.P.* 1982, p. 1416.

(86) C.A.A. Bordeaux 27 décembre 1990, *Valiente*, *R.F.D.A.* 1991, p. 441, obs. Lucienne Fernandez-Maublanc et Jean-Pierre Maublanc.

(88) C.E. 11 septembre 2006, *Agopyan*, *A.J.D.A.* 2006, p. 2189, note Jean-David Dreyfus, *J.C.P.* 2006, II. 10184, note Christophe Caron, *D.* 2007, p. 129, note Jérôme Charret.

(18) Voir, Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article* 2008, n° 84.

(82) *Ibid.*, n° 56.

(83) C.E. 9 novembre 1983, *Mlle Consturier*, Rec. 858.

(84) Benoit Delaunay, *supra* note 3, n° 259.

(85) *Ibid.*

(86) C.A.A. Paris 19 septembre 1989, *Mme Pahon*, Rec. 911.

(87) C.E. 24 décembre 1909, *Pluchard*, Rec. 1029.

(88) Léon Duguít, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, pp. 261-262.

(88) Didier Truchet, *supra* note 25, n° 1145.

(90) *Ibid.*

※なお、本稿の執筆に当たっては、JSPS 科研費14104923の助成を受けた。

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（四）

—— 私法上の問題を中心に ——

角 本 和 理

目 次

序章

第一章

日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題
第一節 プライバシーの権益に関する判例法理

（以上、六七巻四号）

第二節 プライバシーの権益に関する民法学説

第一款 プライバシー概念不要説

第二款 プライバシー概念肯定説（一元的構成）

第三款 プライバシー概念肯定説（二元的構成）

第四款 プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）

第五款 プライバシーの法的保護の限界

第六款 近時の理論動向

第三節 本章の総括と若干の検討——従来の研究に残された課題

第四節 プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説——次章への橋渡しとして

第二章 実社会のサイバー化とエツイオーニのプライバシー理論

第一節 はじめに

第二節 リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理論

第一款 アメリカにおけるプライバシー法理の展開と課題

第二款 リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理解のあり方

第三款 サイバー時代におけるプライバシー保護

第三節 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

（以上、本号）

第二章 実社会のサイバー化とエツイオーニのプライバシー理論

第一節 はじめに

（以上、六七卷五号）

（以上、六七卷六号）

序章で検討した日本の「ICT街づくり」同様、アメリカにおいても「スマートシティ構想」として、ICTの都市機能への取り込みが積極的に展開されている。⁽¹⁾ ここでは、「スマートグリッド」(smart grid)⁽²⁾を応用したサービスである「スマートエネルギー」や「スマートビル」、あるいはヘルスケア、交通システム、行政サービス、防犯や災害対策へのICTの活用が期待されている。⁽³⁾ この点、スマートシティ構想の技術的側面を支えているのは国家ではなく、情報産業界の民間企業である。⁽⁴⁾ そのため、そのシステムの不備や悪意のある設計・利用について責任を問う場合には、対民間企業の問題でもあるということを念頭に置かなければならないといえる。しかしながら、スマートシティ構想は単に地方都市や民間企業によってのみ企画が進められているのではない。⁽⁵⁾ 一方で連邦政府が経済面での支援を行い、他方で情報交換や技術提携を見込んだ業界団体も形成されてきている⁽⁶⁾のである。

以上のような状況において、利活用の対象となる個人の情報・プライバシーはいかなる形で保護されるのだろうか。この点、アメリカは日本のような包括的な個人情報保護に関する法律を持たないが、業種別（セクトラル方式）に各種連邦法が整備されており、なおかつそれぞれの州において個別の立法がなされるという形になっている。現状、連邦法レベルではスマートシティのような問題に特化した法律は存在しないが、その中核技術ともいえるスマートグリッドに関するワーキンググループの検討では、これまで制定されてきた多岐にわたるプライバシー関連法を個別に適用するか、あるいは改正することで問題に対応することが考えられるとされている。⁽⁷⁾

そのため、このスマートグリッドと数多の技術とを複合させるスマートシティにおいては、多分野に亘る複合的な規制が必要になってくることは必至である。しかし、繰り返し述べるように、これに包括的に対応する法律はアメリカにはなお存在しない。そこにおいては、より統合的・包括的観点からの個人情報保護・プライバシー保護が求められているのである。

このような課題を抱えるアメリカの学説では、これまでプライバシーを「ほうっておいてもらう権利」、「自己への限定アクセス」、「秘密」、「個人情報コントロール」、「人格性」、「親密性」といった形で概念化してきた⁽⁸⁾。このような理論のうち、本稿で主として検討するのは、すでに序章にて言及している通り、社会学者アミタイ・エツィオーニ (Amitai Etzioni) の見解である。

既述の通り、彼は二〇世紀末頃から、情報の利活用によって得られる公共的な利益と、個人のプライバシーの保護のバランスをいかにとるかについて検討を重ねている。また彼の比較的近時の論考では、人々のあらゆる行動がデジタル情報化され、プログラムによって自動処理される「サイバー時代」におけるプライバシー保護のあり方について法政策的提言を行うのみならず、人工知能技術の利用と統御のバランスのとり方についてまでその検討は及んでいる。

より効率のよい省エネ、ヘルスケア、防犯等の公共政策の達成を目的に、個人に関する様々な情報を多角的に利活用することでもちづくりを行いつつある昨今においては、個人の権利と公共的な利益との衡量を慎重に行い続けているエツィオーニの検討は、むしろ示唆にあふれるのではないのだろうか。

- (1) アメリカのスマートシティ構想を紹介する近時の論考として、和田恭「米国におけるスマートシティを巡る最近の動向」ニューヨークだより二〇一一年二月号 (情報処理推進機構) <<http://www.jif.org/column/pdf2011/201102.pdf>> (最終アクセス二〇一五年二月九日)、八山幸司「…米国におけるスマートシティに関する取り組みの現状」ニューヨークだより二〇一五年一〇号 (情報処理推進機構) <<https://www.ipa.go.jp/files/000048357.pdf>> (最終アクセス二〇一五年二月九日)。

- ここでの検討は、これらの論考に負うところも大きい。
- (2) スマートグリッドとは、電力系統を最適に制御することで効率的なエネルギー利用を図るシステムのことである。

(3) まず、ニューヨークでは、ロックフェラーセンター以来の大規模開発ハドソン・ヤード再開発プロジェクトにおいて、スマートシティ機能の導入が進められる予定となっている。この地域の各ビルと施設は光ファイバーのネットワークでつながれ、各所に設置されたセンサーからデータを集めて地域の動向をリアルタイムで分析することが可能となるという (Heather Clancy, Hudson Yards: A connected neighborhood grows in Manhattan (Jun. 11, 2014), <http://www.greenbiz.com/blog/2014/06/11/along-new-york-urban-analytics> (last visited Dec. 9, 2015))。

つぎに、カリフォルニア州サンフランシスコでは、都市部のデータをスマートシティへつなげる試みとして、データの可視化とオープン化を進めている。例えば、都市部のデータを省エネに活用しスマートシティへつなげる試みとして、都市環境のデータを一元的に提供するeSD Smart San Francisco 2030 District プロジェクトが勧められている (Patrick Marshall, San Francisco focuses IoT platform on energy data streams (Mar. 3, 2015), <https://gcn.com/Articles/2015/03/03/San-Francisco-CityZenith.aspx> (last visited Dec. 9, 2015))。

そして、マサチューセッツ州ボストンでは、交通と道路環境を中心としたスマートシティの取り組みを進めている (City of Boston, Boston Taking a New Approach to Traffic and Parking Challenges (Dec. 11, 2013), <http://www.cityofboston.gov/news/Default.aspx?id=6436> (last visited Dec. 9, 2015))。

ほかに、フロリダ州オーランドの郊外にある計画都市レイクナナ (Lake Nona) では、ヘルスケアにフォーカスしたスマートシティの構築が進められている (Anjelica Partridge, Students Lead "Smart House" Tours For Health IT Conference (Mar. 3, 2014), <https://med.uct.edu/news/2014/03/students-lead-smart-house-tours-for-health-it-conference/> (last visited Dec. 9, 2015))。

(4) 代表的な企業としては、シスコ (Cisco) 社、GE 社、IBM 社が挙げられる。

(5) 連邦政府では従来から超高速ブロードバンドやIoT 研究、スマートシティの基盤作りを進めてきており、近年では、ブロードバンドを活用した本格的なスマートシティの構築へと乗り出している。二〇一五年九月、バラク・オバマ (Barack Obama) 大統領はスマートシティへの取り組みに一億六千万ドルを投入する Smart Cities イニシアチブを発表した (The White House Statements & Releases, FACT SHEET: Administration Announces New "Smart Cities" Initiative to Help Communities Tackle Local Challenges and Improve City Services (Sept. 14, 2015), <https://www.whitehouse.gov/the->

press-office/2015/09/14/fact-sheet-administration-announces-new-smart-cities-initiative-help (last visited Dec. 9, 2015).)。このイニシアチブはこれまでの取り組みを更に進めるもので、整備されたブロードバンドを活用して交通渋滞の解消、犯罪対策、経済成長の促進、気候変動への対応、行政サービスの向上を目指した研究開発が行われる。

(6) アメリカで最も大きなスマートシティ業界団体の一つである Smart Cities Council では、スマートシティ構築のためのフレームワークづくりを進めている (Smart Cities Council HP, <http://smartcitiescouncil.com/category-membership> (last visited Dec. 9, 2015))。この団体は二〇一三年五月に設立され、生活、雇用、持続性の高いスマートシティの構築を目的としており、GE 社、IBM 社、アメリカ通信大手 AT&T 社など様々な分野の大手企業に加え国内外の大学や研究機関が参加するなど、横断的な取り組みを進める組織となっている。

(7) The Smart Grid Interoperability Panel - Cyber Security Working Group, *NISTIR 7628 Guidelines for Smart Grid Cyber Security: Vol. 2, Privacy and the Smart Grid* (Sept. 2010), http://www.nist.gov/smartgrid/upload/nistir-7628_total.pdf (last visited Dec. 9, 2015) at 8.

(8) アメリカにおけるプライバシー論を包括的に整理し、批判的に検討する近時の論考としては、例えば、ダニエル・J・ソロブのものがある。DANIEL J. SOLOVE, *UNDERSTANDING PRIVACY* (Harvard University Press, 2008). 邦訳として、ダニエル・J・ソロヴ (著)、大谷卓史 (訳) 『プライバシーの新理論 概念と法の再考』(みすず書房、二〇一三)。
ソロブによると、アメリカの学説によるプライバシーの概念化はあまりにも広すぎるか、逆に狭すぎるという欠点を抱えているとされる。

第二節 リベラル・コミュニティアニズムのプライバシー理論

本節では、エツイオーニのプライバシー理論を検討していく。

この点、エツイオーニの基本的な思想的立場は、リベラル・コミュニティアニズム (liberal communitarianism)⁽⁹⁾と

呼ばれるものである⁽¹⁰⁾。かつてコミュニタリアニズムは、今日の政治哲学で主流たるリベラリズムの（公的領域における）非倫理性や、個人主義という名の下における原子論的な孤立を批判し、その対抗思想として登場した。これに対して、リベラルな論者は、抑圧的・権威主義的な共同体の復興を企てる前近代的ないし復古的な危険な思想として反批判する⁽¹¹⁾。

これにエッソーニは再反論して、コミュニタリアニズムが考える今日のコミュニティは伝統性と現代性を融合させたものであり、「多重コミュニティ」であって「重層的忠誠心」が存在するとする。彼によると、コミュニティには、求心的な力と遠心的な力とが働いており、コミュニティの「秩序」と個々人の「自律」とがそれらにあたるとする。この二つの力のバランスをとるのが、コミュニタリアニズムの基本的発想であると主張する⁽¹²⁾。

これまでの日本のプライバシー研究は、既述のような思想を重視する彼をプライバシー権の終焉を説く学説の一端を担うものとして消極的に捉え、つぶさに検討することはほなかったといえる⁽¹³⁾。しかし、そのような捉え方は必ずしも正確ではなく、後に検討するように、彼の主張にはむしろ現行の保護法制では抜け落ちてゐる個人の権益の保護を訴える側面もあるのである。

以下では、第一款において、アメリカにおけるプライバシー法理の展開とエッソーニの問題意識を検討する。次に、第二款において、リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー保護の基本的方向性について検討する。そして、第三款では、あらゆる情報がデジタル化され自動で分析・処理されるサイバー時代におけるプライバシー保護のあり方について検討する。

(9) かつてエッイオーニは、自身の思想的立場について、応答的（応答する）コミュニティニズム（responsive communitarianism）と表現していた。しかし近時の論考ではむしろ liberal communitarianism の語のほうが利用されているため、ここでは明らかに統一する。そのため、かつて明示的に responsive communitarianism と論じられていた部分も「リベラル・コミュニティニズム」と訳出していることが多いことを述べておく。

(10) エッイオーニの基本的な思想が表れている著作として、AMITAI ETZIONI, *THE SPIRIT OF COMMUNITY RIGHT, RESPONSIBILITIES AND THE COMMUNITARIAN AGENDA*, (Crown Publishers Inc, 1993). 本書の巻末には、コミュニティニズムを基調とした政治運動の声明文である「コミュニティニアン綱領（一九九二）」が掲載されている。同綱領の翻訳として、宮平望「アメリカの『コミュニティニアン綱領（一九九二）』の全訳」西南学院大学国際文化論集第二二巻第二号（一九九八）二〇三頁以下。同綱領及びエッイオーニの同著作に表れた、エッイオーニの思想とユダヤ・キリスト教との関連を重視する解説として、同「アメリカの『コミュニティニアン綱領（一九九二）』の解説」西南学院大学国際文化論集第一三巻第一号（一九九八）一八七頁以下。また、エッイオーニの思想の到達点が示された著作として、AMITAI ETZIONI, *THE NEW GOLDEN RULE: COMMUNITY AND MORALITY IN A DEMOCRATIC SOCIETY* (Basic Books, 1997). 邦訳として、永安幸正（監訳）『新しい黄金律——善き社会を実現するためのコミュニティニアン宣言』（麗澤大学出版会、二〇〇一）。

その他、エッイオーニの議論について検討する日本の論考としては、例えば、堀内一史「共同体主義とは——今日の「共同体」の概念をめぐって——」麗澤レビュー第五巻（一九九九）二七頁以下、坂口緑、中野剛充「現代コミュニティニズム」有賀誠、伊藤恭彦、松井暁（編）『ポスト・リベラリズム——社会的規範理論への招待——』（ナカニシヤ出版、二〇〇〇）九七頁以下、麻野雅子「共同体主義——「負荷なき自我」批判からエチオーニの共同体主義運動へ——」足立幸男、森脇俊雅『公共政策学』（ミネルヴァ書房、二〇〇三）三六〇頁以下、菊池理夫『現代のコミュニティニズムと第三の道』（風行社、二〇〇四）一三五頁以下、坂口緑「コミュニティニズムの政策論——エッチオーニとガルストン——」有賀誠、伊藤恭彦、松井暁（編）『ポスト・リベラリズムの対抗軸』（ナカニシヤ出版、二〇〇七）四三頁以下等が挙げられる。これらの多くは、エッイオーニの基本的な政策論をコミュニティニアンニズムの思潮に位置付けつつ解説し、日本への示唆を得ることを目的としている。

(11) コミュニタリアニズムをリベラリズムの立場から批判的に検討する日本の論考として、例えば、井上達夫の一連の著作、

- 同「共同体の要求と法の限界」千葉大学法学論集四卷一号一二一頁以下、同「共同体論——その諸相と射程」法哲学年報一九八九（現代における〈個人——共同体——国家〉）（一九九〇）六頁以下、同「自由をめぐる知的状況——法哲学の側から」ジュリスト九七八号（一九九二）二二頁以下、同「共同体と責任——棚瀬理論への法哲学的応答」棚瀬孝雄（編）『現代の不法行為法』（有斐閣、一九九四）二二六頁以下等、また、森村進「リベラリズムと共同体主義」矢崎光圀、長尾龍一（監修）桂木隆夫、森村進（編）『法哲学的思考』（平凡社、一九八九）七頁以下等。
- (12) エツイオーニ（著）、永安（監訳）・前掲書注（10）六四頁以下。
- (13) 例えば、宮下紘『プライバシー権の復権』（中央大学出版部、二〇一五）三〇九頁。

第一款 アメリカにおけるプライバシー法理の展開と課題

一 判例によるプライバシー保護の史的展開

ここでは、アメリカにおけるプライバシー保護の史的展開について略述し、これに対するエツイオーニの批判を検討していく。この点、アメリカのプライバシー保護に関する通史的研究は、すでに日本においてもいくつか優れたものが存在する⁽¹⁴⁾。そのため、本稿ではこれを、エツイオーニの観点から再整理したものを見ていくことにする。

具体的には、プライバシーの発展史を、①一八九〇年以前（プライバシーを保護するために財産権の理論を利用していた時期）、②一八九〇年から一九六五年（不法行為法の領域においてプライバシーが発展した時期）、③一九六五年以後（プライバシーの権利の憲法的基礎に関する大きな展開を迎えた時期）の三つの時期に区分して検討する。

一——一八九〇年以前

一八九〇年以前のアメリカ社会は、他の社会同様、はっきりとしたプライバシーの觀念を有しているわけではなかった。のちにプライバシーと呼ばれるなんらかの側面を守るための法的争訟はいくつか見られたが、それらは典型的には私有財産に関する権利に依拠していた。たとえば、私的な事柄を曝露して人の評判を傷つけることは、ある人が有するもの（つまりその人の評判）に損害を与えると考えられており、プライバシーの侵害とは看做されていなかった。⁽¹⁵⁾

当時、私有財産の権利は、半ば神聖なものとして扱われていた。これは、自然法の反映であり、奪うことのできない権利であり、軽減されない、あるいは少なくとも堅固に特権が与えられた善であつた。これはロックの思想に根ざすものである。⁽¹⁶⁾

古典的なリベラルは、個人の権利はその行使が他人の自由を侵害しない限り主張することができるとであり、個人の権利はその意味で「制限されている」と認識していた。⁽¹⁷⁾しかし、この制限は概して、社会的に構想された善に奉仕することを考慮したものではなかったことを、エツイオーニは指摘する。⁽¹⁸⁾

一——一八九〇年から一九六五年

この時期のプライバシー論に特徴的なのは、無論、何百もの法的争訟の基礎の役目を果たしたウォレンとブランドイスの論文である。

この点は序章にて既述だが、ウォレンとブランドイスは、彼らの主張を「ほうっておいてもらう権利」という、二つのことが自明のことと想定された権利として組み立てた。彼らは、個人及び家庭生活の範囲は、公共圏やコミュニティから隔離される特性を含むものであり、尊重されるべき（sacred）ものがあると言及している。⁽¹⁹⁾

彼らに主張されたように、ほうつておいてもらう権利はそのほかの考慮から隔絶されたこの上のない権利であると一般に構成されてきた。⁽²⁰⁾そこには、もしコミュニティのメンバー全員がこの自由を行使したら、共通善が不当に扱われるという明示的な認識がないことを、エツイオーニは問題視する。⁽²¹⁾

のちの政府当局も、プライバシーを「不可侵の権利」、つまり、強力な主張と切り札としての地位を示すものであると言及している。⁽²²⁾さらに、プライバシーを自律（ないし自由）のきわめて重要な要素として扱ったり、あるいは、自律や自由という概念をあたかもプライバシーと同義であると扱ったり、さらにはプライバシーへの敬意を拡張する強硬な傾向がみられるようになった。フリードはさらにこれに、人は、プライバシー権の侵害は彼等のまさに人間性を害するものであると感じるので、プライバシーなしには人びとが互いに尊敬し、愛しあうことなど、想像できないとする意見を付け加えた。⁽²³⁾

また、プライバシーはわれわれの最も重要な価値——われわれが自己省察や選択のできる道徳的自律の存在であること——と密接に結びついており、その侵害は個人主義の品位を貶め、個人の尊厳を侮辱することになるため、プライバシーの侵害は西洋的価値の核心を害するものであるとする者も現れた。⁽²⁴⁾

これらの議論はすべて、プライバシーの権利を軽減されない善、あるいは、少なくとも堅固に特権を与えられた価値として描いている。彼等は、共通善がプライバシーに何らかの制限を要求することが道義的に許される場面を認めないと、エツイオーニは捉えている。

一—三 一九六五年以後

プライバシーの法的基礎の発展の第三段階目は、一般に以下の事案によって始まったとされており、エツイオーニも

これに倣う⁽²⁵⁾。それは、 그리스ウォールド対コネチカット州判決⁽²⁶⁾、アイゼンシュタット対ベアード判決⁽²⁷⁾、ロー対ウェイド判決⁽²⁸⁾であり、これらはすべて、生殖に関する選択 (reproductive choice) を扱った事案である。

これらの事案以前の時期は、むしろ共通善の観念の方が個人のプライバシーや自律の保護よりもずっと重視されていたため、避妊具の使用、配布、販売は、既婚のカップルにとっても違法なことでとされていた。さらに、妊娠中絶はほとんどの州で禁止されており、例外的に母体の生命を救うときのみ許可されていた。

この状況は、一九六〇年代から七〇年代にかけての一連の画期的な裁判所の判決によって劇的に変化した。

グリスウォールド判決は、生殖に関する選択の事案の最初のものであるが、ここでは一般的な憲法上のプライバシー権が確立されたと一般に考えられている。この事案で、連邦最高裁は、コネチカット州法が避妊具の使用を禁止していることを夫婦のプライバシーの侵害であると判示した。

この新しい権利はすぐに拡張した。アイゼンシュタット判決では、裁判所は、避妊具の配布を禁止することを、それが未婚のカップルに対するものであったとしても、無効とした。その後のキャリー対ポプulerション・サービス・インターナショナル判決⁽²⁹⁾では、未成年者に対する避妊具販売の制限が撤廃された。

これらの事案では、すべて、裁判所は問題となっている自由に関する条件や制限を提示することも、明白に認めることもしなかった。プライバシーの保護はおおよそ絶対的なものとなったのである。裁判所は事実上、州が避妊を不法とすることが妥当となる目的や動機に注意を払わなかった。そして、グリスウォールド判決では避妊具の使用は既婚のカップルに制限されていたにもかかわらず、アイゼンシュタット判決では、新しい、より広い、個人のプライバシーの概念が創出された。

また、その後のロー判決では、裁判所は中絶の禁止を無効とすることによって、プライバシーの権利をさらに拡張し

た。しかし、この事案は、議論の余地はあるにしても、おそらくそのほかの事案よりもいくらか包括的ではないように思われるとエツイオーニは解する⁽³⁰⁾。なぜなら、裁判所は妊娠中絶に関するいかなる制限も課してはいないが、際限のないプライバシー権を認めるアプローチは採用せず、州が中絶を禁止することができるいくらかの基準を定式化しているからである。

しかし、ロー判決は、それまで州によって支配されてきた行為を個人の選択に従うものとしたという意味で、重要な事案である⁽³¹⁾。

一―四 今日におけるプライバシー理解のあり方

以上のような歴史的展開を経て、現代のプライバシーの擁護者は今なお、プライバシーを際限のない特権を与えられた善として扱っていると、エツイオーニは批判する。

プライバシー擁護者は権利一般、そのなかでも特にプライバシーは、現代のアメリカでは一八九〇年代やそれ以前と比べるとかなり保護されるようになっていたことを認識しているにもかかわらず、今なおその思想的な先達と同様の議論を行い続ける。なぜなら、彼らは国家が個人に対して威圧的になるかもしれないと恐れ続けており、さらに、新しい技術的社会的な発展がプライバシーの破壊に繋がらないにしても、縮小に繋がるのではないかと考えてもいるからである。

その一方で、プライバシーや他の個人の権利を不可侵のものと扱うことのネガティブな結果は、初期に形成された法的概念を引用し続ける者たちによって、凡そ無視されて来たことを、エツイオーニは指摘する⁽³²⁾。

そのため、権利、私的選択等は膨張・拡張し続け、その必然的結果として社会的責任やコミュニティへのコミットメ

ントは無視され、公共の安全や公衆衛生の悪化というネガティブな結果が生じてしまったという⁽³³⁾。このようなプライバシー最重要視の方向性は、今日においてどこまで有効なのだろうか。

このような問いに対し、エツィオーニは、プライバシーと公共的な利益とを慎重に調整し続けることを主張するのである。

二 エツィオーニの近時の問題意識

以上のようなプライバシーの史的展開を前提に、ここでは彼の近時におけるプライバシー問題へのアプローチを検討する。

前述のように、アメリカにおけるプライバシー権は、判例上、古典的には主としてイエロージャーナリズムに対抗する権利として形成されてきたが、その後、盗聴等の捜査機関による違法収集証拠の問題や、あるいは避妊や妊娠中絶等の女性の性に関する決定にまつわる問題の解決へと応用されるようになった。

この点、捜査機関による盗聴等の事案でよく争点となる憲法第四修正⁽³⁴⁾——これはスマートグリッドを利用した際の宅内のプライバシーを守る根拠とも目されている⁽³⁵⁾——は、少なくとも一九世紀後半まではコモン・ロー上の不法侵入(trespass)と結びつけて理解されてきた⁽³⁶⁾。そのため、かつて、捜査機関による盗聴は、「現実の物理的侵入」が存在しないこと、そして、盗聴された会話は、「有体物」の押収ではないことから、第四修正にいう「搜索・押収」に含まれないとした判例法理が存在した⁽³⁷⁾。

しかし、科学技術の発展に合わせて、その後の判決では所有権に依拠したアプローチからは離れるようになり、「有体物」が押収されなくても、第四修正の「搜索・押収」に含まれるとされた⁽³⁸⁾。ただし、憲法上保護された領域への「物

理的侵入」が存在しなければ、「搜索・押収」ではないとする「不法侵害法則」は、変更されずに維持されてきた。

最高裁はその後の一九六七年、カツツ対合衆国判決⁽³⁹⁾において、第四修正ケースに対する家を中心とするアプローチから離れた。本件はカツツが賭博に関する情報を電話で伝えたことが犯罪とされたものであるが、捜査の過程でFBIの捜査官が公衆電話ボックスの外側に電子的監視装置（盗聴・録音機）を取り付け、カツツの会話を盗聴し、これを証拠としたことが第四修正に違反するとして訴えられた事例である。

この判決においては、公衆電話ボックスの外側に電子的監視装置を取り付けることは「搜索」に当たり、政府は物理的な不法侵入を伴っていなくてもあらかじめ令状を得なければならないと判示された。その理由として連邦最高裁は、第四修正は人民を保護するものであつて場所を保護するものではないとし、個人のプライバシーに対する合理的な期待が侵害されたときには物理的な侵害がなくても第四修正に違反するとしたのである。そして、その後の判決では、公務員が「プライバシーの合理的期待（プライバシーの客観的期待）」を侵害した場合のみ第四修正違反となるという、カツツ判決におけるハーラン（Harlan）⁽⁴⁰⁾判事の基準を適用してきた。

その後同様の問題についてなされた判示としては、例えば、テリー対オハイオ州判決⁽⁴¹⁾、合衆国対ホワイト判決⁽⁴²⁾、合衆国対ノッツ判決⁽⁴³⁾、合衆国対カロー判決⁽⁴⁴⁾、カイロー対合衆国判決⁽⁴⁵⁾、合衆国対ジョーンズ判決⁽⁴⁶⁾、フロリダ州対ジャーディン判決⁽⁴⁶⁾、等が挙げられる。これらの事案は、薬物検査や盗聴、空港での安全検査、DNAサンプリング、呼気検査、麻薬捜査犬が第四修正の「搜索」を構成するかどうかが問題となったものである。

この点、カツツ判決の「プライバシーの合理的な期待」の基準は、人や社会がどう期待するかについて、客観的な手法で決定することができず、問題があることがしばしば指摘されてきた。なぜなら、もし判事が原告の主張するプライバシーの期待が合理的であると思えば原告の訴えは認められるが、もし原告の主張が判事の考える「合理的な」期待と

かみ合わなければ、その訴えは認められなくなるからである。この点については多くの法学者が批判をしており、例えば、リチャード・A・ポズナー (Richard A. Posner) は、「プライバシー保護の合理的な期待のあるプライバシーを侵害された個人でない限り、プライバシーの侵害はないというのは、循環論法である」とこれを批判する⁽⁴⁷⁾。

このようなプライバシーの判例法理について、エツイオーニはさらに、次のような課題を指摘する。①一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要があること、②公私（国家と市場）の領域が曖昧化しているため、それに対抗するためにコミュニティの役割が重要となること、③リベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像をふまえる必要があることの三点である。

二― 一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要性

まず、①の一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要性についてエツイオーニは、裁判実務上、一般的には、情報取得についての同意がある等最初の収集が合法であれば、その後の利用は不問に付されることが多いことを指摘する。これらの判決では、一次的収集ばかりに目が行ってしまっているのである⁽⁴⁸⁾。しかし昨今では情報技術の発展によって、些細な情報からセンシティブな情報（思想信条や医療情報等）が推測できるようになった。そこで、情報がデジタル化され、二次的利活用の多角化が進む今日においては、二次的利活用の危険性についても配慮し、一次的収集については許容しつつも、二次的利用についてはその内容を制限したり、禁止したりする必要があると主張する⁽⁴⁹⁾。そのため、情報のセンシティブさを重要な基準としつつも、そのみに依拠しない、技術の変化と不当な二次的利活用に対応できる理論が必要であるとする。

この点について、二次的利活用の問題に言及している判例もある。最高裁は、合衆国対ミラー判決とスミス対メリー

ランド州判決⁽⁵¹⁾において、金融証書（financial documents）や電話先の番号は、ある種の状況では当局による令状のない収集であっても保護されないとしたと考えることができるのである。⁽⁵²⁾ 裁判所はこの事案で、人々は一般的に電話番号をダイヤルするという行為によって、通話記録に関するプライバシーの期待を放棄していると主張したのだ。リチャード・A・エプSTEIN（Richard A. Epstein）は、この「第三者原理」（Third Party Doctrine）を、「第三者に情報を明らかにした場合には、いかなる者であってもその情報に関する第四修正の保護を与えられないとする、一般に受け入れられた司法の知恵」であると要約する。⁽⁵³⁾

この第三者原理は、サイバーネーションの時代においては、特に問題であるとエツイオーニは主張する。⁽⁵⁴⁾ なぜなら、人びとに関する情報がより多くサイバースペースでやり取りされ、より多くクラウドに保存されるようになればなるほど、情報はそれだけ第三者の手中に収められていくことになるのは明らかだからである。よって、もし第三者原理をそのままこの問題に適用してしまうと、われわれのプライバシーはほぼなくなってしまうのだ。

このような問題について、ウィル・トーマス・デブリース（Will Thomas DeVries）は、プライバシーにとつてデジタル革命の鍵となる特徴の一つは、われわれに関するあらゆる情報がデジタルで保存され、特定の個人にリンクされるために、「デジタル時代のインパクトは深刻かつ広汎であり、プライバシー法の一つの領域の拡張では問題を適切に処理できないように思われる。現行の枠組みのみではなく、プライバシーの概念上及び法律上の地位をも進化させることが求められる」と指摘する。⁽⁵⁵⁾

二―二 公私（国家と市場）の領域の曖昧化

次に、②の公私（国家と市場）の領域の曖昧化については、情報産業によるプライバシー侵害の問題においては、公

的機関も私企業もともに多角的な情報の活用を行いつつあり、互いの間を情報が流通しうるため、もはや「公」(public)——「政府」と同義——と、「私」(private)——「政府以外のもの」——二つの領域の曖昧化が起きていることを指摘する。⁽⁵⁶⁾ 彼によると、この現象はサイバースペース (cyberspace) の出現によって起っており、特にプライバシー、社会保障番号 (social security number, SSN)、サイバーセキュリティ (cybersecurity) の三分野で顕著であるという。このうちプライバシーの問題について検討すると、エッイオーニは、「民間企業は、政府が行ってきたプライバシー侵害行為のほとんど全てを現状では法の制限もなく行うことができる」と主張する。⁽⁵⁷⁾ 消費者の行動に関する情報を集めている企業には、単に彼らのサイトを訪れるユーザの行動をビジネスの一環として追跡する企業と、インターネットユーザの投影を作成し、彼らに関する詳細な情報のファイルを持することを主としたビジネスをするプライバシー商があるが、後者は誰であれ対価を支払うものに対して情報を売ること(58)を業としている。さらに重要なのが、企業が収集した情報を政府が利用できることにも留意しなければならないのである。⁽⁵⁹⁾

この点について、エッイオーニは、「公私の領域の間の区別は、なおプライバシーに関するわれわれの熟慮や政策を系統立てる主要な方法となりうるだろうか」と問う。⁽⁶⁰⁾ そのため、問題解決には従来の枠組は役に立たない可能性がある。そこで、第三の領域としてのコミュニティないし市民社会(＝様々な中間的組織)とその社会運動が肝要であるとする。

以上のように、三つの問題領域で公私の曖昧化が進んでいることを主張するエッイオーニであるが、一方で、このような問題設定に批判的な者もいる。ここではそのうち、五人の見解について略述する。すなわち、グラント・マコーネル (Grant McConnell)、E・E・シャットシュナイダー (E.E.Schattschneider)、C・ライト・ミルズ (C. Wright Mills)、セオドア・ローウィ (Theodore Lowi)、マンサー・オルソン (Mancur Olson) らの見解である。

まずマコーネルは、徐々に絡まっていくものとしての私と公の領域の変化という観点をそもそも採用しない。反対に、

彼は、公の権力が弱くなり分散化していつている一方で、私の権力が強くなり中央化していると考える。⁽⁶¹⁾

つぎに、シャットシュナイダーは、私と公の衝突を並行的なものとみる。しかしながら、彼はこの衝突が私の領域に起源を持つものであり、私が公となるような状況について研究しているといえる。⁽⁶²⁾

そして、ミルズは、政治（公）と経済（私）の権力の収束、すなわち、ふたつのパワーエリートが一つとなる過程を検討する。⁽⁶³⁾ このテーマは「軍産複合体」の語にも反映されている。

さらに、ローウィとオルソンは、これら二つの領域を利益団体が架橋しており、それが双方の領域が絡まる影響力となつていと看做すことができると主張する。⁽⁶⁴⁾

これらの見解では、とくにミルズのそれに顕著だが、なお公と私の領域が別のものであり、一方が他方に大きな影響力を与えているかのように措定していることを、エツイオーニは見逃さない。⁽⁶⁵⁾

以上のような見解に対し、エツイオーニは、これらの事象で鮮明になっている「社会的な変化を生じさせる力」が、「公」か「私」どちらか一方の領域において生じ、その力が他方へ影響を与えているという想定は間違っていると看做す。そうではなく、これらの二つの領域はサイバー時代によって深刻なまでに「絡まりあい」(intertwined)、相互に影響し合うことで、あくまで別領域ではあるものの、あたかもひとつのシステムであるかのようになっていると主張する。そのため、「公」と「私」の区別を超えた複眼的な視野からの議論が必要となるのである。

二―三 リベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像をふまえる必要性

そして、③のリベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像をふまえる必要性については、「個人主義的な『強い』自己像」や「消費活動等における恣意的な選好」の想定は現実的ではないとする。個人は社会に構造化され、様々

な選好もコミュニティの共同決定的な影響を受けている。⁽⁶⁷⁾ また、消費者を、自身の最善の利益と個人の選好と入手できる情報に則して決定する合理的な行為者であるとするこの考えの仮定は、行動経済学者によって合理的な疑い以上の反証が挙げられている。⁽⁶⁸⁾ そのため本問題に対処するためには個人と社会の関係を踏まえる必要があるのである。この点、エツィオーニは、社会には個人の自律と社会の秩序がともに必要であり、その適度なバランスが求められるとする。⁽⁶⁹⁾ エツィオーニの想定する秩序と自律との間に見られる特有の関係は、われわれがよく知っている大半の事例とは異なる。それは、まずゼロサム関係——つまり、社会の秩序が強まれば強まるほど、その分自律が少なくなる、あるいはその逆になる、という関係ではない。また、ゼロプラス関係——つまり、諸々の要因が互いに補完しあう関係の一つでもない。

リベラル・コミュニタリアンの社会的な基礎にエツィオーニが見出すのは、次のような関係である。⁽⁷⁰⁾ つまり、社会には、二つの構成物の結合が——ある程度までは——お互いを高め合うという関係が存在する。そして一方が優勢な場合、その直接的な効果として他方も強くなる。これがまさに共生的な関係である。しかし、どちらか一方がより強くなると、他方は弱体化し始め、二つの構成物の働きが相互に反目するように転換する。

エツィオーニはこの関係を、「逆転共生」⁽⁷¹⁾ (inverting symbiosis) と名付けている。これが以下に示すように、コミュニティ社会の二つの構成物、すなわち秩序をもたらしものと自律を生み出すものとの関係である。では、秩序と自律とがバランス状態にありさえすれば、社会はますます高レベルで秩序と自律の状態を達成できるのか。逆転共生が示唆するところでは、高レベルにおいては、これらの双方が互いに矛盾してくるのはどうしても防げないのである。

この点、個人の自律についてエツィオーニのいう善き社会が要求する見方は、一般のものとは少し異なる。普通、各個人は自由を愛し、自律という美德を保持するように行動する。しかし、善き社会は自律を単にそうした「個人の美德」

とは看做さない。エッイオーニは、個人やサブグループの特定の価値やニーズや好みを表現できる機会と正当性が、社会の中に構造化されていることが求められると考えている。⁽²⁷⁾

- (14) 例えば、アメリカにおける私法上及び憲法上の判例・学説を詳細に検討した論考として、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂、二〇〇〇)がある。また、近時の判例法理を検討するものとして、例えば、大林啓吾「アメリカにおける情報プライバシー権の法理」千葉大学法学論集第二七巻第四号(二〇一三)一五七頁以下。
- (15) このような考え方に立っている判決として、英国のものではあるが、Gee v. Pritchard³⁶ Eng. Rep. 670 (1818)。
- (16) JOHN LOCKE, SECOND TREATISE OF GOVERNMENT §27 (Thomas P. Peardon ed., 1952)(1690。邦訳として、例えば、ジョン・ロック(著)、加藤節(訳)『完訳 統治二論』(岩波文庫、二〇一〇)。ロックの労働所有理論について検討する日本の近時の文献としては、例えば、森村進『財産権の理論』(有斐閣、一九九五)一六六頁以下、同『ロック所有権論の再生』(有斐閣、一九九七)等が挙げられる。
- (17) このような見解に立つ代表的な論者として、J・S・ミルが挙げられよう。その代表的な著作として、J. S. MILL, ON LIBERTY (London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 5th ed., 1874)。邦訳として、J・S・ミル(著)、斎藤悦則(訳)『自由論』(光文社古典新訳文庫、二〇一三)。
- (18) AMITAI ETZIONI, THE LIMITS OF PRIVACY 189 (Basic Books, 1999)。
- (19) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, The Right to Privacy, 4 HARV. L. REV. 196 (1890)。
- (20) この点、近時、ブランドイスのプライバシー観を相対化する研究がなされている。宮下紘によると、ブランドイスのプライバシー権は、「独りにしておいてもらう権利」から連想されるような他者との関係を遮断するための隠匿や撤退という言葉と結びつくものではない。むしろ、「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」は、共同体の中の自らの存在と本質的属性の会得と反芻の過程において、自我を造形し、解釈し、発展させ、そして表現するための概念であり、ひいてはそれが『公開の義務』を前提とした民主制の維持と発展に不可欠な理念であり、「ブランドイスのプライバシー権はか

かる概念と理念を内包している」という（宮下・前掲書注（13）五二頁）。非常に興味深い研究であるが、ここでは「ほうつておいてもらう権利」の「古典的な」理解を前提として論じていく。

- (21) Etzioni, *supra* note 18, at 190.
- (22) U.S. Office of Science and Technology, *Privacy and Behavioral Research*, 3 U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE (1967).
- (23) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968)
- (24) Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 973 (1964).
- (25) Etzioni, *supra* note 18, at 192.
- (26) Griswold et al. v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
- (27) Eisenstadt, Sheriff v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)
- (28) Roe et al. v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)
- (29) Carey, Governor of New York, et al. v. Population Services International et al., 431 U.S. 678 (1977)
- (30) Etzioni, *supra* note 18, at 193.
- (31) *Ibid.*
- (32) *Id.* at 195.
- (33) *Id.* at 196.
- (34) 不合理な搜索および押収に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利は、これを侵すてはならない。令状は、宣誓または確約によって裏付けられた相当な理由に基づいてのみ発行され、かつ搜索すべき場所、および逮捕すべき人、または押収すべき物件を特定して示したものでなければならぬ。
- (35) *supra* note 7, at 8.
- (36) Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)
- (37) Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 (1928), Goldman v. United States, 316 U. S. 129 (1942)
- (38) Silverman v. United States, 365 U. S. 505 (1961), Wong Sun v. United States, 371 U. S. 471 (1963), Clinton v. Virginia, U.

- S. 158 (1964)
- (39) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)
- (40) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)
- (41) United States v. White, 401 U.S. 745 (1971)
- (42) United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983)
- (43) United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984)
- (44) Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)
- (45) United States v. Jones, 132 S.Ct. 945 (2012)
- (46) Florida, Petitioner v. Joëlis Jardines, 132 S.Ct. 995 (2012)
- (47) Richard A. Posner, *The Uncertain Protection of Privacy by the Supreme Court*, 1979 SUP. CT. REV. 188 (1979). See also, Richard S. Juile, *High-Tech Surveillance Tools and the Fourth Amendment: Reasonable Expectation of Privacy in the Technological Age*, 37 AM. CRIM. L. REV. 132 (2000); Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, 384 (1974); Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 STAN. L. REV. 106 (2006); Richard H. Seamon, *Kyllo v. United States and the Partial Ascendancy of Justice Scalia's Fourth Amendment*, 79 WASH. U. L. Q. 1023-1024 (2001).
- (48) 々の問題について検討する日本の憲法学上の論考として、山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集 六三巻八号 (二〇一〇) 一一一頁以下、同「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報八七巻五号 (二〇一五) 六〇頁以下 (ふみひ回『プライバシーの権利を考へる』(信山社、二〇一七) に所収)。
- (49) AMITAI ETZIONI, *PRIVACY IN A CYBER AGE: POLICY AND PRACTICE* (Palgrave Macmillan, 2015) pp23-24.
- (50) United State v. Miller, 307 U.S. 174 (1939)
- (51) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979)
- (52) Stephen E. Henderson, *After United States v. Jones, after the Fourth Amendment Third Party Doctrine*, 14 NC JOURNAL OF L. & TECH. 434 (2013); Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561-601 (2009).
- (53) Richard A. Epstein, *Privacy and the Third Hand: Lessons from the Common Law of Reasonable Expectations*, 24:3

- BERKELEY TECH. L. J. 2000 (2009).
- (45) Etzioni, supra note 49, at 21.
- (46) Will Thomas DeVries, *Protecting Privacy in the Digital Age*, 18:1 BERKELEY TECH. L. J. 291-292, 293 (2003).
- (47) Amitai Etzioni, *The Bankruptcy of Liberalism and Conservatism*, 128 POLITICAL SCIENCE QUARTERLY 45 (2013).
- (48) Id. at 50.
- (49) プライバシー商は「われわれ全員」についての情報をクライアントに提供し、そこには「基本的な人口統計情報 (basic demographic information)」、収入、自己資本 (net worth)、不動産、社会保障番号、現在そして過去の住所、電話番号、ファックス番号、近隣の住民の名前、運転に関する情報、自動車のナンバー、車検番号、破産や金銭貸借の履歴、雇用歴、職歴、前科、銀行の口座や取引、株式の購入歴、クレジットカードの取引」が含まれる。See, Christopher Slobogin, *Government Data Mining and Fourth Amendment*, 75 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 320 (2008).
- (50) Etzioni, supra note 56, at 50.
- たゞせば、チョイスポイント (Choicepoint) 社はほぼすべてのアメリカ人の情報を収集している企業だが、彼等は司法省 (を通じて FBI)、麻薬取締局 (DEA)、内国歳入庁 (IRS)、市民権入国管理局 (BCIS) を含む政府機関と、少なくとも三十五回は取引していることが判明している。See, Jay Stanley, *The Surveillance-Industrial Complex: How the American Government is Conscripting Businesses and Individuals in the Construction of a Surveillance*, ACLU (Aug. 2004), http://www.aclu.org/FilesPDFs/surveillance_report.pdf (last visited Dec. 25, 2015) at 26).
- その他にも、商業的データ・バンクは日常的に金融情報等の個人に関する背景知識を当局に提供しているという。See, Christopher Hoofnagle, Big Brother's Little Helpers: How Choice Point and Other Commercial Data Brokers Collect, Process, and Package Your Data for Law Enforcement, 29 N.C. ILLJ (Summer 2003) 595.
- また、連邦政府は、個人の「犯罪歴、写真、財産の所有、社会保障番号、住所、破産歴、家族、クレジットカードの情報」を含むデータベースの開発のために、民間のデータ・マイナーに一千二百万ドルの出資をしているという (DANIEL J. SOLOVE, *THE DIGITAL PERSON* 170 (NYU Press, 2004))。
- (60) Etzioni, supra note 56, at 52.

- (61) GRANT McCONNELL, PRIVATE POWER AND AMERICAN DEMOCRACY (Knopf, 1966).
- (62) E.F.SCHATTSCHEIDER, THE SEMI-SOVEREIGN PEOPLE: A REALIST'S VIEW OF AMERICA (Holt, Rinehart, and Winston, 1960). 邦訳として、E・E・シャットシュナイダー (著)、内山秀夫 (訳)『半主権人民』(而立書房、一九七二)。
- (63) C. WRIGHT MILLS, THE POWER ELITE New Edition (Oxford University Press, 2000). 邦訳として、C・W・ミルズ (著)、鶴飼信成、綿貫譲治 (訳)『パワーエリート (上) (下)』(東京大学出版会、一九五八)。
- (64) THEODORE LOWI, THE END OF LIBERALISM (Norton, 2d ed. 1979; MANCUR OLSON, THE RISE AND DECLINE OF NATION (Yale University Press, 1982). 邦訳として、セオドア・ロウイ (著)、村松岐夫 (監訳)『自由主義の終焉——現代政府の問題性』(木鐸社、一九八一)・マンサー・オルソン (著)、加藤寛 (訳)『国家興亡論——「集合行為論」からみた盛衰の科学』(PHP 研究所、一九九一)。
- (65) Etzioni, supra note 56, at 46.
- (66) Id. at 47.
- (67) エツィオーニ (著)、永安 (監訳)・前掲注 (10) 四三頁。
- (68) この点に関する更なる議論は、以下を参照。DAN ARIELY, PREDICTABLY IRRATIONAL: THE HIDDEN FORCES THAT SHAPE OUR DECISIONS 243 (Harper Collins, 2008).
- (69) エツィオーニ (著)、永安 (監訳)・前掲注 (10) 六四頁。
- (70) 同前、六六頁。
- (71) この用語の翻訳は、永安 (監訳) 前掲注 (10) の翻訳を参照している。同書の訳注 (六六頁) によると、逆転共生は「エツィオーニのバランス思考にとって決定的な意味を持ち、その『中道』思想を支える。逆転共生は、エコシステム (生態系) における異種の相互関係の一変形と看做せる。エコシステムには、協力、寄生、捕食、競争、無関係 (独立) といった相互関係のパターンがあり、協力が途中のレベルまでは相互に促進しあい、その点を超えると打ち消しあう方に転じるという逆転共生の関係については、「エコロジーの少し詳しい書物だと書いてある」とのことである。
- (72) 同上、四六頁。

第二款 リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理解のあり方

前款で検討した判例の展開や問題意識を前提にし、エツィオーニは、次のようなプライバシー理解を示す。まず、アメリカのプライバシーに関する判例について、一八九〇年代は全体が強すぎたためプライバシーの権利が誕生したが、時代が下がって一九八〇年代には個が強くなりすぎたとし、その間の一九六〇年代の諸判決をプライバシー理解の範とする。次に、この時期の第四修正に関する判決にあらわれたプライバシー権を批判的に検討したうえで、これを、「詮策の免除に関する社会的認可 (societal license) を受けた領域」としての「プライバシー」(privacy)と、「規制の撤廃、学校の選択、生殖に関する選択等」の「私的選択」(private choice)に分類し、前者の過剰保護を控えて共通善(単なる国家や市場の利益ではなくわれわれの、という意味での、公共の安全や公衆衛生)を達成しつつも、後者の抑圧を回避することを主張するのである。ここではひとまず、プライバシーと比較衡量される共通善に関するエツィオーニの考えをおさえることとする。

一 共通善とは

リベラル・コミュニタリアニズムの立場によって支持される、プライバシーと調整されるべき、社会に共有される価値とはいったいかなるものだろうか。エツィオーニは、この共通善 (common good——また、public interest や、public goods とも。これら全てがエツィオーニにとっては同様の共通善を意味する) を、「ある所与のコミュニティやその組織の全てのメンバーに寄与するような善の集合のこと」をいい、「ある識別できる特定のグループに寄与するわけではない善」や、「まだ生まれていない世代に寄与する善」をも含むものと位置づける⁽⁷³⁾。では、そのような共通善とは、

具体的にどのような利益であろうか。

—— 公共の安全に関する判例とリベラル・コミュニケーションの方向性

アメリカのこれまでの裁判所の判断をみると、そこには、共通善に奉仕するとして個人の権利の領域に多様な介入を認める、「公共の安全」(public safety)の広範な理解が有ることを、エツイオーニは指摘する⁽⁷⁴⁾。

ここにあらわれる「公共の安全」の最も基本的な要素は、「法と秩序の擁護」(upholding law and order)、「犯罪の抑止と予防」(the deterrence and prevent of crime)であるといえる。また、「公共の安全」の第二の要素は、「不慮の死や負傷の予防」(preventing accidental death and injury)である。裁判所は、ランダムな薬物・アルコール検査を列車の従業員に課すことを、列車事故の度重なる発生という時流のさなかで認めた⁽⁷⁵⁾。同様に、飲酒運転の結果生じる自動車の死亡事故を防止するために、高速道路でランダムなチェックポイントを設けることをも認めている⁽⁷⁶⁾。そして第三の要素として、「公衆衛生」(public health)の促進が挙げられる。裁判所は、天然痘の根絶という公共の利益は義務的な予防接種プログラムを正当化するとし、職業安全衛生法(Occupational Safety Health Act, OSHA)上の調査のための捜索令状には、刑法上の意味での「相当の根拠」は求められないとした⁽⁷⁸⁾のだ。

また、「公共の安全」のほかの要素として、「国家安全保障」(national security)や「対テロリズム活動」(counterterrorism)が挙げられるとしつつも、しかしこの要素は他の要素と大きな違いがあるので、エツイオーニはここでは「公共の安全」の要素に含まない⁽⁷⁷⁾。

これらの問題領域におけるコミュニケーションのバランスをどう引き出すかの決定に際し、裁判所が本問題でしばしば第四修正を用いていることに、エツイオーニは着目する。

なぜなら、「不合理な」(unreasonable) 搜索と押収のみを禁止することによって、第四修正は明らかに、「公共の安全」を促進するための令状や相当の根拠が求められないこととなる典型としての、合理的な搜索のカテゴリーの存在を認めているのである。

最後に、個人の権利と共通善とのバランスをとる考えに反対するものがあるいは無視⁽⁸⁰⁾し、裁判所は、搜索が合理的かどうかを「競合する利益のバランス」を通して決定する。この「競合する利益のバランス」は、裁判所が第四修正の鍵となる原則であると考えられるものである。⁽⁸¹⁾つまり、裁判所は「個人の第四修正の利益に対する侵入の特性と性質」と「侵入の正当化を主張する政府の利益の重要性」を比較し、「ある種類の搜索や押収が正当化される環境が全体としてあったかどうか」⁽⁸²⁾を決定するのである。

以上より、第四修正はリベラル・コミュニティアンの「テキスト」⁽⁸³⁾として卓越していると、エツイオーニは評価する。

この個人の権利と共通善の間のバランスの追究において、裁判所はそれぞれの理論的根拠を持つ様々な基準を使っている。その中の一つが、本稿で検討しているプライバシー⁽⁸⁴⁾ないしその期待なのである。

一―二 共通善に関する議論

一方で、多くの経済学者にとって、共通善とは個人の善の集合のことを指す。そしてその善とは経済的取引が成長することをいうので、しいて「共通善の促進」というものを別個に観念しなくても、全体として経済が成長するかどうか判断すれば足りることとなる。そのため彼らは、「共通善」という用語をよく批判する。

そのような批判の中に、端的にそのようなものはどこにも存在しない、というものがある。アイン・ランド (Ayn

Rand) は「『公共』 (the public) なるものは存在せず、単に多数の個人なのであって、個人の利益や権利に共通善 (public interest) がとつかわる」という考えは、ただひとつのことを意味するにすぎない。すなわち、ある個人たちの利益や権利がその他の者の利益や権利に優先する、というものである」と痛烈に批判する⁽⁸⁵⁾。

対照的に、コミュニティアンは、共通善は「個人の善の総和以上のものを包含する」という考えを持っている⁽⁸⁶⁾。さらにいえば、共通善への貢献はしばしば即座の配当や利益を提供しないし、長期的に見たときに、誰がその受益者となるのか予見することが難しいともいう。はたまた、コミュニティのメンバーが共通善に注力するのは、それが必ず彼等の利益になるからではなく、共通善を促進し、奉仕することが、善であると考えているからである⁽⁸⁷⁾。このような献身の性質は、共通善への奉仕が個人へのコストや、とりわけ国のために戦うといったリスクを伴うときに明らかとなると、エッイオーニは指摘する⁽⁸⁸⁾。

しかし他方で経済学者は、市場が社会全体の利益となる「公共財」 (public goods) を提供するのに失敗し、政府がこれらの善を合法的に促進する状況があることを認める。そのような公共財とは、国防、基礎研究、そして公衆衛生である。さらに具体的にいえば、水道水へのフッ素注入や、予防接種が挙げられる⁽⁸⁹⁾。これは(裁判所及び) エッイオーニの想定する共通善に非常に近いものである。

しかしながら、以上のような経済学の想定に同意する政治学者 (political scientists) は、共通善 (public interest) の概念の必要性をほとんど見出さない⁽⁹⁰⁾。このような政治学者は、リベラルな民主主義においては、個人の選好を明らかにし、これを導く利益集団間の競争が、全体の幸福 (general welfare) を最大化する公共政策のもととなると考えている。このような考え方に対する批判者は、富、権力、そして社会的地位の不一致が、様々な集団が政府に対して行使する手段の影響力の違いを許していると主張する。その結果として、公共政策——とくに利益集団政治に基づくそれ——は、

共通善というよりもむしろ、力のある集団の利益に奉仕することになるのだ。⁽⁹¹⁾

また、左派からの共通善への批判としては、「この概念は経済的利益や政治的権力に関する階級差をひた隠し、恵まれない立場にある者がコミュニティに対して要求を行うことを諦めさせる」というものが考えられる。しかしながら、この概念の濫用の事実、必ずしもそこに大きな利益が生み出されないことを意味するものではない、つまり恵まれない立場にある者の利益にもつながる場合があると、エツイオーニは再批判する。⁽⁹²⁾ これはロールズの格差原理——社会で最も恵まれない者の利益になるような差別であれば許されうるとする考え——を念頭に置いた反論であるように思われる。

最後に、何人かのアカデミックなコミュニティアン、特にマイケル・サンデル (Michael J. Sandel) とチャールズ・テイラー (Charles Margrave Taylor) は、共通善の概念を、「社会のレベルでつくりあげなければならぬ、なぜならコミュニティは」この問題では中立では「ありえないからである」と主張する。⁽⁹³⁾ さらに、その観点からは、善の「社会的な公式化」がない限り、個人と集団の間の衝突を解決するための規範的な基礎は存在しないこととなる。

しかし、所与の価値が所与のコミュニティの共通善であることを宣言することは、ある社会の全てのメンバーがそのことに同意し、彼等が皆その命令に従って生きることの意味しないとエツイオーニは理解する。⁽⁹⁴⁾ ただ、その価値が共通善として大多数の者に認識されていることは、当該価値が法や他の制度によって体现されるには十分な理由となる。しかし一方で、たしかに共通善は国家によって促進されたり強制されたりもし得るが、これは必ずしも全てに当てはまる事実ではない。エツイオーニは、実のところ、核となる価値は、インフォーマルな社会のコントロールや、ピア・プレッシャー (友人や同僚からのお勧めや、環境・雰囲気に基づく事実上の行動促進等) や、コミュニティによって促進されていると考えるべきなのであるという。⁽⁹⁵⁾

そこでエッイオーニにとって特に重要となるのは、共通善は、善（goods）よりもむしろ共通（common）に強調をおいているかのように解釈すべきであるということである。ここで問題となるのは、ある価値が広く共有され構造化されているかということであって、ある特定の倫理学者がそれを道徳的に善いといっているかどうかではない。つまり、たとえば、ある社会が政治の発展よりも経済的発展を優先するものとして共通善を定義したり、あるいはある特定の宗教を固守することを共通善と定義したと考えよう。おそらく多くの者はこのような社会を善い社会だとは看做さないだろう、しかし、エッイオーニは、まさにその所与の社会ではその共通善として、それが「善」であるとされていることを必ずしも軽視はしない⁽⁹⁶⁾。

また、幾人かの研究者は、権利と共通善とのバランスをとるアプローチに強行に反対している⁽⁹⁷⁾。彼等は、権利は共通善であると主張し、それゆえその二つの善の衝突のゆえに、両者のバランスをとろうとするアプローチは間違っている⁽⁹⁸⁾と主張する。また、個人の権利の強力な保護はそれ自体が公共の利益に優越すると信じる者もいる。前者の立場に含まれるものとして、ソロブは特にプライバシーの問題について、次のようにエッイオーニを批判する。

ソロブはまず、「コミュニティアンは、プライバシーを個人の権利とする見解では、なぜ個人的ニーズが社会的諸利益に勝る切り札となりえるのか正当化できないと指摘する点で正しい⁽⁹⁹⁾」とする。しかしながら、コミュニティアンは、個人と社会とを二分法で見る、自分たちが批判する見解と同一の図式にはまり込んでいることを指摘する。彼らは、個人主義が共通善に貢献する要素的価値ではなく、共通善と対立する立場に立つ反対価値であると考え、コミュニティを敵視する見解と同じ穴のムジナなのであるとする。この点、共通善とプライバシーの比較考量を批判する際に、ソロブがエッイオーニの逆転共生という発想を度外視しているように思われる点には留意すべきだろう。エッイオーニは必ずしもソロブが捉えるようなかたちでは個人と社会の関係を捉えていないのである。

この点を留保するとして、ソロブはさらに、「プライバシーの価値は、これが社会に対してどのように貢献するかを基礎として評価すべきである」とする。ソロブによれば、個人のプライバシーを保護するのに社会の代償を支払う必要はなく、むしろ、人々のプライバシーを防衛する価値は、その社会的利益によつて正当化すべきであるとする。⁽¹⁰⁾ソロブによれば、個人主義は共通善の概念の外にあるとみなされるのではなく、その中に組み込まれるべきものであることとなる。なぜなら、個人主義が共通善から切り離されると、価値の見積もりは、共通善と同一視されるものに偏る方向にしばしば歪められるからである。

このように、個人の観点からプライバシーを理解すると、個人の必要や欲望が社会全体の福祉に勝つという可能性はほとんどありえないため、社会的諸利益との比較衡量はしばしばうまくいかなくなる。この点、ソロブは、「プライバシーは確かに個人を保護するものだが、この事実がプライバシーが個人主義的権利であることを意味しない」と主張する。プライバシーは、自己のある特定の側面を促進し、保護することによつて社会に利益を与えるため、「プライバシーが社会的利益を有すると理解すれば」、「コミュニティと個人を対立させることはなくなるし、個々人へのプライバシーの利益という点でのみプライバシーの価値を見積もるということとはなくなる」とする。⁽¹¹⁾

ソロブによれば、プライバシーは、「原子論的個人が自然状態で所有し、社会契約を結ぶために犠牲にすべき何物かではな」く、「社会全体内部における権力と自由の構造に対して根本的効果を有するがゆえに」プライバシーは確立される。⁽¹²⁾つまり、プライバシーは、私たちが生きるコミュニティを形成し、さまざまなタイプの危険や混乱から個人を守るために必要とされる保護を提供するために、社会的価値を有するのである。⁽¹³⁾

この問題について、どのように考えるべきだろうか。エツイオーニは次のように自論を展開する。

まず、あえて共通善をひとつの権利であると措定するアプローチを採り、共通善としての安全ではなく、それを安全

のための権利、生活のための権利と捉えらるゝとする。しかしながら、このような再定義は、バランスの問題を無効にしたり、取り除いたりはいしない。それは単に善と権利の間のバランスの探求を、異なる公共政策や行為規範の命ずる二つの権利の間のバランスの探求に置き換えているに過ぎない⁽¹⁰⁶⁾。

つぎに、合衆国憲法や世界人権宣言のどちらにおいても、多くの共通善が権利とみなされていないことに気をつけなければならぬ⁽¹⁰⁷⁾。そこには国立公園の権利も、歴史保全 (historical preservation) の権利も、公衆衛生の権利も、基礎研究の権利も定められてはいない。無論われわれはこのような権利を追加する努力をすることはできる。しかし、そのように認識されるまでは、これらの善に対する規範的な要請を減じないのが最もよからう。なぜならそれらは現状では「たかが」共通善に「すぎない」のであり、個人の権利ではないからであるとエツイオーニはいふ⁽¹⁰⁸⁾。

最後ではあるが見逃せないものとして、いくつかの共通善（公共財）は個人の権利として合理的に定義することができないものがあるということである⁽¹⁰⁹⁾。ワシントンDCの国立アーカイブには合衆国憲法の原本があるが、それは明らかに共通善（公共財）であるといえるだろう⁽¹¹⁰⁾。そのため、共通善と個人の権利の間には、あくまで性質の違いがあるということになる。

以上より、やはり共通善と個人の権利のバランスをとる必要があるのと、エツイオーニは主張する。この点、権利と共通善の関係一般についてはともかく、特にプライバシーを権利と捉えるべきか共通善と捉えるべきかという問題について、エツイオーニがソロブの批判に対し充分に応接しているとは必ずしもいえない。そのため、この点につきどう応答するかというのが、課題として残っているように思われる。

- (73) Amiaï Etzioni, *The Standing of the Public Interest*, 202 BARRY L. REV. 192 (2015).
- (74) Id. at 202.
- (75) Skinner, Secretary of Transportation, et al. v. Railway Labor Executives' Association et al., 489 U.S. 602 (1989)
- (76) Michigan Department of State Police, et al., Petitioners v. Rick Sitz, et al., 496 U.S. 444 (1990)
- (77) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905)
- (78) Marshall, Secretary of Labor, et al. v. Barlow's, Inc., 436 U.S. 307 (1978)
- (79) Etzioni, supra note 73, at 203.
- (80) Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc., et al., 486 U.S. 888 (1988)
- (81) Michigan v. Summers, 452 U.S. 692 (1981)
- (82) Tennessee v. Garner et al., 471 U.S. 1 (1985)
- (83) Etzioni, supra note 73, at 203.
- (84) 裁判所は「*必要事情* (Exigent Circumstances) 特別な公衆への行政上の特殊 (Special Needs and Administrative Searches) 同意 (Consent) 侵入性 (Intrusiveness) 並行して検討するべし」 Id. at 202-209.
- (85) Ayn Rand, *The Pull Peddlers*, in CAPITALISM: THE UNKNOWN IDEAL 167, 170 (1967).
- (86) 近時の日本における共通善に関する論考として、菊池理夫『共通善の政治学』(類草書房、二〇一一)。本書は、「共通善」の語法を歴史的に検討するとして、コミュニティアニズムのいう「共通善」に対する日本における誤解を解こうとするものである。
- (87) See also, PHILIP SELZNICK, THE MORAL COMMONWEALTH: SOCIAL THEORY AND THE PROMISE OF COMMUNITY 385 (University of California Press, 1994).
- (88) Etzioni, supra note 73, at 194-195.
- (89) Dinesh Sharma, *A Vaccine Nation*, 28 HEALTH AFF. 590, 590 (2009).
- (90) William F. Shughart II, *Public Choice*, in THE CONCISE ENCYCLOPEDIA OF ECONOMICS (Online, 2nd ed., 2008), <http://www.econlib.org/library/Enc/PublicChoice.html> (last visited Dec. 9, 2015).

- (16) Martin Glens & Benjamin I. Page, *Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*, 12 *PERSP. ON POL.* 564, 576 (2014).
- (92) Etzioni, *supra* note 73, at 195.
- (93) MICHAEL J. SANDEL, *JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO* 260 (2009); CHARLES TAYLOR, *PHILOSOPHICAL ARGUMENTS* 190-191 (1995), 前者の邦訳と「つ」マイケル・サンデル (著)・鬼澤宏 (訳)『われからの「正義」の話をしよう: ちやんや読むための哲学』(早川書房、二〇一〇年)。
- (94) Amitai Etzioni, *The Good Society*, 1 *SEATTLE J. SOC. JUST.* 83, 89-90 (2003).
- (95) Etzioni, *supra* note 73, at 196.
- (96) *Ibid.*
- (97) Kevin P. Quinn, *Sandel's Communitarianism and Public Deliberations over Health Care Policy*, 85 *GEO. L. J.* 2161, 2182-2183 (1997).
- (98) Jack B. Sarno, *A Natural Law Defense of Buckley v. Valeo*, 66 *FORDHAM. L. REV.* 2693, 2737 (1998).
- (99) ノローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 一二六頁。
- (100) ノーデンロブは「ジョン・デューイの『記論考』に依拠している」。John Dewey, *Liberalism and Civil Liberties* (1936), in 11 *THE LATER WORKS OF JOHN DEWEY* (Jo Ann Boydston ed., 1991)
- (101) ノローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 一二七頁。
- (102) 同前、一二九頁。
- (103) 同前、一二七頁。
- (104) Etzioni, *supra* note 73, at 196.
- (105) George Anastaplo, *The Constitution at Two Hundred Explorations*, 22 *TEX. TECH. L. REV.* 967, 1095-1996 (1991). See also, United Nation, *Universal Declaration of Human Rights*, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (last visited Dec. 9, 2015).
- (106) Etzioni, *supra* note 73, at 197.

(107) Sarno, *supra* note 98, at 2737.

(108) Lee J. Strang, *A Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalism Precedent, and the Common Good*, 36 N. M. L. REV. 419, 437, 441 (2006).

二 リベラル・コミュニタリアンのプライバシー

自律と秩序の「逆転共生」関係を前提に、以上のような共通善と衡量することになるプライバシー保護のあり方とは、一体どのようなものとなるだろうか。

二― 規範的なものとしてのプライバシー

この点、エッイオーニはプライバシーを、ある種の行為が「コミュニティ、公衆、あるいは政府からの詮策を免除されることを認める社会的認可 (societal license) を受けた領域」と看做されるべきであるとする⁽¹⁰⁹⁾。このような状況では、プライバシーの尊重の観点から、例えばある行為の結果が監視を免除されたスペースから外へ出てきてはじめて、国家は関与できるということになる。

加えて、プライバシーは、特定の社会のメンバーが、支配的な社会的習俗や法律によってたやすく監視されないよう、ボジティブに期待できる行為を包含する⁽¹¹⁰⁾。たとえば、多くの社会では、排せつ行為は視界の外で行われるよう期待される。これらの行為は、個人の自律というよりもむしろ、共通善や社会の美德を支えることが目的とされている。このような場面で要求されるプライバシー (mandated privacy) は、いわゆる道徳律 (moral laws) が反映されているといえる。

また、多くの社会では、公共空間は、私的なこととされる行動や行為がなされないよう、透明性が確保されている。この規範的な性質に鑑みると、要求されるプライバシーは、この場面では、権利ではなく社会的な義務であるといえる。⁽¹¹⁾例えば、砂浜で裸になることを禁止することは、ヌードにされない権利の保護として扱われているのではなく、むしろそれを隠す社会的な要請として扱われているのである。

プライバシーに関する多くの議論では、規範的な内容を見捨てて経験的にプライバシーを定義しようとする。⁽¹²⁾しかし、プライバシーの定義には、以上のように規範的な要素が含まれていると、エツイオーニ⁽¹³⁾は主張する。

二―二 プライバシーの根拠

では、そのようなプライバシー保護の根拠は、一体どこに求めることができるだろうか。かつては自然法やコモン・ローに根拠が求められてきたものの、近時は憲法上の規定にこれを求めることが一般的である。その方向性を大まかに分類すると、単一条項に根拠を見出す考えと、複数条項に根拠を見出す考えとに整理できる。

このうち、一九六五年のグリスウォルド判決以後の時代についていえば、プライバシーは憲法に明記されていないけれども、むしろそれは権利章典に明確に記された保障の「半影」や「放射物」から引き出されたものである、とする評価が有力である。⁽¹⁴⁾この考えは、プライバシーの保護を、憲法第一修正、第三修正、第四修正、第五修正、第九修正と、複数の条文に求める。

しかし、この考えについては、「プライバシー権は妊娠中絶をするかどうかを決定する女性の権利を明白に十分に認めるものである」と裁判所はいったものの、なぜ「明白に十分なのか」を説明していないとか、これはプライバシーの法的概念にまつわる概念上の空白を理由に成長した憲法上の「奇形」であるとかいった批判がある。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

一方で、リベラル・コミュニタリアンによるプライバシーの概念は、憲法上の権利の種々様々の合成物という伸張された解釈ではなく、憲法第四修正に含まれる法的概念を採用する⁽¹⁷⁾。

この第四修正において、憲法は、共通善に奉仕し、プライバシーの考慮に優先する行為のための明白で強固な基礎を、「『合理的な』 搜索」という文言で合法的なすべてのカテゴリーを確立することによって提供していると、エツイオーニは主張する⁽¹⁸⁾。

この点、第四修正の現在の解釈が公正であるか、単に他の法律文よりもプライバシーの優越を認めないものではないかという点については、議論の余地がある。しかしいずれにせよ、第四修正のもとのプライバシーの扱いは、ウォレンとブランドイスの論証や生殖に関する選択の事案で育まれた判決よりも、共通善とのバランスの取れたアプローチに近いといえると、エツイオーニは考えている⁽¹⁹⁾。

では、なぜ最高裁はプライバシーの憲法上の権利を、グリスウォルド判決やそれ以後の事案において、第四修正をもとに作り上げなかったのだろうか。それは、第四修正をそのまま適用しても、フリーチョイス——生殖に関するコントロールをする権利——を導けないからである⁽²⁰⁾。第四修正におけるプライバシーは公共の監視、つまり政府に「見られること」を避けるための権利であり、問題となっている行為を「コントロールする」あるいは「決定をなす」権利ではないのだ。

そのため、グリスウォルド判決のよくある批判として、生殖に関する権利はプライバシーを基礎としてはいないというものがある。プライバシーの概念は生殖に関する権利に合うように形作られなかったのである。ただそれでもエツイオーニは、他の保護のあり方が第四修正を根拠とするより妥当であるとは考えない。

結局、第四修正に関する彼の検討は、ひとつの結果を求めているものである。それは、第四修正は「特権を与えられて

いない」プライバシーの概念を提供しているものであることを示す、というものである。⁽¹²⁾ この第四修正に依拠するがゆえに、共通善との衡量をするプライバシーという構成が可能になるのである。

また他方で、第四修正は私人と政府の間の問題を扱うものであると主張する者もいるが、エツイオーニは私人間にも適用すべきであると考え⁽¹²⁾。政府によってなされていないという理由で第四修正のいう搜索には当たらない場合でも、一般的な理解では明らかに搜索にあたる場合があるのだ。それは、例えば、メディアによる個人のプライバシーの侵害の事案等である。このことは、技術が発達し、公私の曖昧化が進む昨今においては、一層当てはまろう。

以上より、第四修正の下で何が合理的とみなされ何が非合理的であるかを再定義することによって、プライバシーの問題に関するバランスをとるという手法が採用されることとなる。⁽¹³⁾

二―三 プライバシー権の構成

最高裁が作った、「監視から免除される権利」と「国家の支配から免除される権利」を包含するプライバシーの権利、これら二つの権利の区別の重要性は、生殖に関する問題で強調される⁽¹⁴⁾。これらのケースで問題になっているのは、誰が決定をコントロールするのか——その問題にかかわっている個人か、国家なのか——ということであり、秘匿性ではない。

この点、グリスウォルド判決がプライバシーを透明性（transparency）の問題として扱ったのか、私的選択（private choice）の問題として扱ったのかについては、争いがある。たとえば、ゲラルド・ガンサー（Gerald Gunther）とジョン・ハート・イーリー（John Hart Ely）は、これを透明性の問題として扱った⁽¹⁵⁾。一方で、例えばルイス・ヘンキン（Louis Henkin）はコントロールの問題として扱う⁽¹⁶⁾。しかし重要なのは、ロー判決を含むその後の判決が、生殖に関する事案をコントロールの問題として扱い、透明性の問題として扱っていないということであると、エツイオーニはいう⁽¹⁷⁾。

もし上記の二つの権利の区別をするならば、進むことができる道は以下の二つしかない。

第一は、透明性の問題を「プライバシー」として扱い、コントロールの問題を「私的選択」の問題として扱うアプローチであり、第二は、二つのカテゴリーを共にプライバシーとして扱うアプローチである。

これら二つのカテゴリーは、どちらにせよ、強固で明確な理論的根拠を——事実上すでに暗黙の裡に含んでいるが——必要とする。しかし、共同社会の文脈における個人の独立性という意味で、人間の尊厳と自由の双方に関係があるとすると、二つのカテゴリーはむしろ異なった事実を伴ってくる。

二つのアプローチとともにプライバシーと扱われる第一のカテゴリーは、合法的に異なっている価値、法的道德的圧力なしに個性を与えられることを扱っており、これは、社会からの小休止である。

二つ目のカテゴリーである私的選択と第二のプライバシーは、自身の人生を合法的に管理することができる領域における決定という、重大な意味における自律にかかわっている。

つまり、最初のカテゴリーは、「信頼」(trust) によって特徴づけられている。社会は個人が監視されたくないと考えていると判断(信頼)する。かといって、児童に対する性的虐待や、爆弾を作成する権利を許すわけではない。⁽²⁸⁾

そして、第二のカテゴリーは、社会の「無関心」、それゆえに生じる個人(あるいは集団)の完全な自由によって特徴づけられている。⁽²⁹⁾ これは、その行為が公衆の面前で行われようがなかろうが、個人が自由に思うように行動できる領域だと社会が考えることにかかわっている。

ここで、プライバシーのさらに精密な定義が必要となる。

この点、一方で、個人主義者は善の社会的な定式化に強硬に反対し、個人がそれぞれ自分自身の善を形作り追求する自由があるべきだとし、私的選択とプライバシーを最大化しようとする⁽³⁰⁾と評価できる。そのため、彼らにとってプライ

バシーと私的選択の間の区別はあまり意味をなさない。

他方、社会保守主義者——とくに彼らの価値観（例えばポルノの出版禁止）を国家に頼って強制しようとする宗教的な原理主義者——は、私的選択とプライバシーを縮小しようとする⁽¹⁰⁾と評価できる。そのため、彼らにとってもプライバシーと私的選択の区別は重要ではない。

これらの方向とは対照的に、コミュニタリアン——とくにリベラルなそれ——の立場では、プライバシーと私的選択の区別は大きな意義を有する⁽¹¹⁾。この立場では、善の重要部分つまり共有される中心価値については社会が形成し保持するが、善のかなりの部分は個人の私的選択にも委ねるという形をとる。ただしそれは、コミュニティによって十分な透明性が保証される限りにおいてなのである。

以上より、エツイオーニは、従来の判例によって保護されてきたプライバシーの領域を、プライバシーと私的選択に分け、前者の過剰な保護を抑制して共通善への貢献を引き出しつつ、後者の抑圧をできるかぎり回避するという方向性を採用するのである。

(10) Etzioni, *supra* note 18, at 196.

(11) *Ibid.*

(11) *Id.* at 197.

(12) Richard A. Posner, *The Right of Privacy*, 12 *GEORGIA L. REV.* 398-422 (1978); Richard Parker, *A Definition of Privacy*, 42 *N.Y. UNIV. L. REV.* 35 (1967).

(13) Etzioni, *supra* note 18, at 197.

- (14) Louis Henkin, *Privacy and Autonomy*, 74:8 COLUM. L. REV. 1421 (1974); June Alice Eichbaum, *Towards an Autonomy-Based Theory of Constitutional Privacy: Beyond the Ideology of Familial Privacy*, 14 HARV. CIVIL RIGHTS-CIVIL LIBERTIES L. REV. 361 (1979).
- (15) Carl E. Schneider, *Moral Discourse and the Transformation of American Family Law*, 83 MICH. L. REV. 1864-1865 (1985).
- (16) Hyman Gross, *The Concept of Privacy*, 42 N.Y.U. L. REV. 35 (1967).
- (17) Etzioni, *supra* note 18, at 203.
- (18) *Ibid.*
- (19) *Id.* at 204.
- (20) *Id.* at 205.
- (21) *Id.* at 205-206.
- (22) *Id.* at 206.
- (23) *Id.* at 207.
- (24) *Id.* at 208.
- (25) GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 491-571 (Foundation Press, 1991); John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920 (1973).
- (26) Henkin, *supra* note 14, at 1424.
- (27) Etzioni, *supra* note 18, at 209.
- (28) *Id.* at 210.
- (29) *Ibid.*
- (30) *Id.* at 212.
- (31) *Id.* at 212-213.
- (32) *Id.* at 213.

三 社会的認可を受けた領域とは

三―一 選択的秘密構成の採用と批判への応答

すでに検討したように、エッイオーニは、プライバシーを、ある種の行為がコミュニティ、公衆、あるいは政府からの詮策を免除されることを認める「社会的認可を受けた領域」と看做されるべきであるとする⁽¹³⁾。しかし実際のところ、この領域とは、いったいいかなる範囲で認められるものだろうか。個々人の部屋か、家か、それとも身体か、あるいはデータベースなのか。

この点、このようなエッイオーニのプライバシー理解について、ソロブはこれを「プライバシーを『秘密』として概念化する見解」の一つとして位置づけたうえで、次のように批判する。すなわち、プライバシーの共通分母として秘密を基準とするのは、概念化として狭すぎる⁽¹⁴⁾。なぜなら、ほとんどの理論家がある種の秘密の開示がプライバシー侵害であると認識するだろうが、プライバシー侵害には秘密の喪失が常に伴うわけではないという事実も多くの論者が共通に認識しているからである。この点、エッイオーニは、このような批判を回避するためか、単なる秘密構成ではなく、社会の選択に基づく秘密に焦点を置いている。しかし、エッイオーニの構成する「選択的秘密概念のもとでさえ、プライバシー侵害が引き起こす危害は、以前は秘匿化されていた情報の開示として理解される。しかしながら、プライバシーには、開示の回避以上のものが含まれている」と批判する。このような批判を受けてのことか、エッイオーニが近時展開するプライバシー理論には変化がみられ、単なる開示のみを問題視することから離れている。それをここでは検討していこう。

エッイオーニは、今日の社会においては、プライバシーは個人的な場所にかかわりなくパーソナルな範囲と看做されるのがよいと主張する⁽¹⁵⁾。これは、クリストファー・スロボジン（Christopher Slobogin）がプライバシーの人格保護バー

シモン (the protection-of-personhood version of privacy) と呼ぶものがある。

これは、スロボジンによれば、「人を定義づけることからの自由を、個人に保障する手段としてプライバシー権を捉える見方」である。⁽¹³⁶⁾ここでは、プライバシーは、ある者が家にいようと外にいようと同じ役割を果たすことになる。「なぜなら、われわれの個性の重要な部分は公共の場で、家の外や家族から離れたところで起こるわれわれの日常生活の慣習的行為を通して発達するからであり、公的な品行を馬鹿らしく見せる (stultity) 監視カメラは個性の発達を抑えて (stifle) しまっからいであろ」。⁽¹³⁷⁾

このようなスロボジンの見解に依拠しつつ、エツィオーニはこれをより具体化していく。

彼はまず、家の不可侵性は家庭内暴力等の国家によって規制されるべき行為を過当に保護することになり、家の優先は公的な介入から自由であるべき行為者 (貧者や弱者等) に「不当に介入する」(underprotects) ことにつながるとするフェミニズムの批判を踏まえつつ、「家の特権化」を否定する。あわせて、急激な技術発展の時代においては、人がどこにいたかということ自体は重要ではなくなっているとして、物理的空間の保護ではなく、どのような情報がどの程度集められどれくらい処理されているかという、そういう意味での「個人的な領域」の保護を徹底する必要があるとする。ここでは、それらの見解について検討する。

三―二 家の特権化の否定

フェミニズム研究は、一九七〇年代における公私の区別に関するフェミニストの分析に基づいて、住宅例外主義に対する批判を繰り返してきた。⁽¹³⁸⁾

フェミニストの法学研究者たちは、世界を公と私の領域へと分かちつべラルの区別——政治とノンポリ、自由と干渉、

疎通性 (accessible) と非疎通性、社会と個人、その他の概念化の二分法を包含し、⁽¹³⁹⁾「法とその執行官がぼんやりとした特別の環境を超えることができない境界」⁽¹⁴⁰⁾として法を象徴する広範な区別——は、高度に性差を表現していたことを指摘した。⁽¹⁴¹⁾

特に、女性は歴史的かつ法的に投票や財産の所有を含む多くの政治的、社会的、そして公的な活動への参加から排除されてきた。⁽¹⁴²⁾産業革命以前、女性たちは、家族や家庭の仕事の領域に閉じ込められており、産業革命後の労働も、ほとんどが家庭内のそれに制限されてきた。さらに、イギリスのコモン・ローの社会契約や、究極的にはアメリカ憲法の第四修正すら、この排除に依拠している。そこでフェミニストは、公と私の二分法は人工的、偽り、不自然 (artificial) であり、権力のレトリックの道具であると主張する。そして、その言語上あるいは概念上の区別はそれ自体が女性の不利益に繋がる社会的状況を凝固させ、組み立てていると考える。⁽¹⁴³⁾

例えば、キャサリン・マッキノン (Catharine MacKinnon) は家に特別の保護を認めることの問題について、「プライバシーがある者にとって避難所になる一方で、またある者にとってはしばしば同時に、地獄のようなところ (hellhole) となる」⁽¹⁴⁴⁾という。また、リンダ・マクレイン (Linda MacLean) は家における国家の影響からの自由について、「プライバシートでなされること——レイプ、暴力、その他の犠牲 (exploitation) ——について、男性の免責を認めることになる」⁽¹⁴⁵⁾と指摘する。すなわち、空間的なプライバシーが家の中で起こる女性に対する暴力的で攻撃的な男性の行為を国家の介入から守る限り「女性は、男性のプライバシーの被害者かも知れない」⁽¹⁴⁶⁾のだ。例えば、一九七〇年代まで夫婦間のレイプは合衆国のほとんどで犯罪ではなかったし、ノース・カロライナでは一九九三年まで合法であり続けたという。このような問題を減らすために、フェミニストの研究者は国家が介入できない本質的に「私的な領域としての家」を拒絶する主張をするのである。

また、神聖な家に対して法によって許可される例外——つまり行政的な搜索や承諾——は住民の特定の集団(segment)に対して構造的に不当に介入している(underprotect)と主張してきた者たちもいる。

例えば、法の執行を超えた特別の必要性がある場合や「主として慈善目的の」ものとして特徴づけられうる政府の介入の場面では、その立ち入りは搜索を全く構成することすらないことを、エツィオーニは指摘する。これは、福祉の利益の受領者に対する義務的な家庭訪問に関するケースにおいて、最高裁によって達した結論である⁽¹⁷⁾。この判決は、貧困者——政府による利益の受領者——は政府の介入に対して比類なく保護されていないグループであると効果的に明示している。さらに、貧困は道德の不足の産物であるという合衆国における根強い信念は、様々な政府職員による貧困者の家に対する正当な理由(warrant)のない立ち入りを正当化してきた。⁽¹⁸⁾同様に、仮釈放者(parolee)や執行猶予者(probationer)はその他の市民よりも少ないプライバシーの権利しか最高裁に認められない。⁽¹⁹⁾同様に、必要書類のない移民の住居も、移民・関税執行局(Immigration and Customs Enforcement)の担当職員の「手入れ」を受けることになる。⁽²⁰⁾

さらに、最高裁によって与えられる人、紙、家財(effects)に対する家の特権が、家を所有しない者を政府の立ち入りに服従させることになると指摘する者もいる。⁽²¹⁾裁判所によって「家」と認識される財産を有しない多くの人々は、露地(open field)で生活している。この露地は、裁判所によって、正当な理由がなくても政府が合法的に立ち入りできる領域として看做されており、ときにそのような立入は家を所有しない者たちにとって過酷なものとなる。

三—三 技術の変化とプライバシーの変化

また一方で、監視カメラやGPS等の技術の発展の結果、公私の区別がとりわけプライバシーに関する領域において

急速に重要性を減じていると想定する議論もある。⁽¹²⁾

前述のように、プライバシーは、政府によつてのみではなく、人びとの生活の私的な（intimate）側面に関する情報も含めた非常に多くの情報を収集し、彼らに関する詳細な履歴（ dossier ）を作ろうとする企業によつても侵害されている。これらの企業は単に自身が人々の私的領域に押し入るだけでなく、データを政府の様々なエージェントに売却しもある。そのため、データ・バンクの公私の区別は単に形だけのものに過ぎない。

この問題は、いくつかの主要な技術の発展によつてより深刻になっている。それらのうちもつとも顕著なのは、パーソナルコンピュータとインターネットの隆盛である。これらのものは、人が家の中でプライバシーに守られて情報にアクセスするか、公の場でアクセスするか、その違いをどんどん小さくしているとして、エツイオーニは、以下のように具体例を挙げる。⁽¹³⁾

もし、個人が急進的な政治的な文章のコピーを公のベンチで読みあげたとしても、普通の状態であれば、通行人や通りかかった官憲だけがそれを知ることができる。対照的に、インターネット時代では、同じことをハッカーや情報機関や他の大陸を旅行中の恋人が観察することができる。さらに、かつては家の引き出しの中に入れていた、信書（correspondence）、ラブ・レター、金融情報、医療記録を含む個人によつて保存される情報が、最近では「クラウド」の中で見つかる可能性が高い。人々は自身の個人的な情報が彼のパソコンのハード・ディスクに保存されているのかクラウドに保存されているのかわかっておらず、さらにはそれによつて他者によるアクセスやプライバシーの法的保護の難易度にどれだけ差が生じるか気付いていないことだろう。さらに、携帯電話は、そこが自宅であれ公共のスペースであれ、電源がオフになつていても盗聴器になり得るし、カメラはどちらの領域であっても視覚的な監視を提供しうる。

さらに、精度の高い双眼鏡のような新しい技術や、ドローンのような航空監視のツールや、熱感知器は、公私のどち

らのスペースにおいても、物理的な侵入なしに家や宅地の内部の詳細を知ることができる。これらの技術によって、私人、企業、政府の職員は、ある家の中での出来事を、さもそれらがオープンな公共のスペースで行われているかのよう
に、知ることができる。

これらすべてのことが、急激な技術の発展の時代においてプライバシーを守るために重要なことは、人がどこにいたかではなく、むしろどのような種類の情報が集められたかであるということを示している。しかし、今なおアメリカの裁判所は、家（及び家類似のスペース）と公的領域の区別を主として維持している。

三―四 個人的領域としてのプライバシー保護基準の必要性

一九六七年のカッツ判決において、最高裁は、第四修正に関する事案に対する住宅を中心とするアプローチから離れた。そしてそれ以後、「プライバシーに対する合理的な期待」テストが修正第四条に関する司法審査の基準とされるようになり、いくつかの判決が現れた。ここでは、住宅ではなく、コンテナや車のなかにおけるプライバシーが問題となった。と同時に、第四修正の保護が物理的な侵害を伴わないプライバシーにも及ぶとされたことから、通信の領域におけるプライバシーに第四修正の保護が及ぶことになり、その保護の範囲が大きな議論となる。⁽¹⁵⁴⁾

しかしながら一方で、カッツ判決やそれに続く判決が、プライバシーの保護される領域を、家に類似しているか、それを人工的に拡張したものに求める考えにしばしば依拠している点に留意しなければならない。⁽¹⁵⁵⁾ 例えば、ジョーンズ判決は、GPSの車への取り付け行為を、車を私的領域と看做すことで、不法侵入にあたるとした。つまり、カッツ判決やその他の判決は、実のところ「住宅例外主義」に則って判断し続けているのである。⁽¹⁵⁶⁾

このように、現行の判決に頼ることができない以上、プライバシーの個人的領域を定義するためには、どの行動がそ

の領域に含まれ、どの行動が除外されるかを決定する基準をどうにかして設ける必要がある。そしてこれらの基準は、住宅中心のプライバシー理論において物理的な壁によって演じられていた役割に取って代わらなければならない。サイバー時代におけるプライバシーの保護理論は、いわば人がどこに行こうと共に移動する、彼ら彼女らを包み込む「泡」のように、プライバシーを適用しなければならないのである。⁽¹³⁵⁾

このように、エッティオーニの秘密構成的プライバシーは、必ずしも古典的な意味での開示・暴露のみを問題視するものではないのである。

- (133) Ezioni, *supra* note 73, at 196.
- (134) ソローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 三一頁。
- (135) Ezioni, *supra* note 49, at 4.
- (136) Christopher Slobogin, *Public Privacy: Camera Surveillance of Public Places and the Right to Anonymity*, 72 MISS. L. J. 213, 264 (2002).
- (137) *Id.* at 213, 265.
- (138) Myra Marx Ferree, *Beyond Separate Spheres: Feminism and Family Research*, 52:4 J. OF MARRIAGE & THE FAMILY 847 (1990).
- (139) Ruth Gavison, *Feminism and the Public/Private Distinction*, 45:1 STANFORD L. REV. 5-7 (1992).
- (140) Ronnie Cohen & Shannon K. O'Byrne, *Can You Hear me Now... Good!* "Feminism(s), the Public/Private Divide, and *Citizens United v. FEC*", 20 UCLA WOMEN'S L. J. 41 (2012).
- (141) フェミニズム法理論の諸潮流とそれらの見解の概要について紹介する日本の論考として、紙谷雅子「ジェンダーとフェミニスト法理論」『岩波講座・現代の法11 ジェンダーと法』(岩波書店、一九九七)三七頁以下、中山竜一『二十世紀の

法語訳】(岩波書店 11000) 1951—1105頁等。

- (12) Tracy E. Higgins, *Revealing the Public/Private Distinction in Feminist Theorizing*, 75 CH. KENT L. REV. 847, 851 (1999-2000).
- (13) Gavison, *supra* note 139, at 3.
- (14) Catharine A. MacKinnon, *Reflections on Sex Equality under Law*, 100 YALE L. J. 1281, 1311 (1991).
- (15) Linda C. MacClain, *Inviolability and Privacy: The Castle, the Sanctuary, and the Body*, 7 YALE JOURNAL OF LAW & HUMANTIES 195,209 (1995).
- (16) Higgins, *supra* note 142, at 851.
- (17) *Wyman v. James: Welfare Home Visits and a Strict Construction of the Fourth Amendment*, 66 NORTHWESTERN UNIV. L. J. 719 (1971).
- (18) Jordan C. Budd, *A Fourth Amendment for the Poor Alone: Subconstitutional Status and the Myth of the Inviolable Home*, 85 IND. L. J. 365-366 (2010).
- (19) Daniel M. Stout, *Home Sweet Home - Maybe Not for Parolees and Probationers When It Comes to Fourth Amendment Protection*, 95 KY. L. J. 811 (2006-2007).
- (20) Antos-Fallon, *The Fourth Amendment and Immigration Enforcement in the Home: Can ICE Target the Utmost Sphere of Privacy?*, 35 FORDHAM URB. L. J. 1000 (2007).
- (21) Budd, *supra* note 148, at 355-408; David Reichbach, *The Home Not the Homeless: What the Fourth Amendment has Historically Protected and Where the Law is Going After Jones*, 47 UNIV. OF SAN FRANCISCO L. REV. 2 (2012-2013); Andrew Guthrie Ferguson, *Personal Curtilage: Fourth Amendment Security in Public*, 55 WILLIAM & MARY L. REV. 4 (2014).
- (22) Slobogin, *supra* note 136, at 213; Scott E. Sundry, *Everyman's Fourth Amendment: Privacy or Mutual Trust between Government and Citizen?*, 94 COL. L. REV. 1751, 1758-1789 (1994); Bethany L. Dickman, *Untying Knots: The Application of Mosaic Theory to GPS Surveillance in United States v. Maryland*, 60 AM. U. L. REV. 731 (2011).
- (23) Etzioni, *supra* note 49, at 67.

(154) Susan Freiwald, *First Principles of Communications Privacy*, 2007 STANFORD TECH. L. REV. 3:21 (2007).

(155) Cynthia Lee, *Package Bombs, Footlockers, and Laptops: What the Disappearing Container Doctrine Can Tell Us About the Fourth Amendment*, 100:4 THE JOURNAL OF CRIMINAL L. & CRIMINOLOGY 1415 (2010).

(156) Etzioni, *supra* note 49, at 69.

(157) *Id.* at 39.

第三款 サイバー時代におけるプライバシー保護

プライバシーの権利は、バーチャルとオフラインという人の二つの側面を双方ともに包含するべきだとするエツィー・オーニは、この役割を果たす要件を、「情報の機微度ないしセンシティブさ（sensitivity）の水準」、「集められた情報の容量（volume）」、それに施されている「情報のデジタル化、結合、プログラムによる解析といったサイバーネーション（cybernation）の程度」を基準に判断されるべきであると主張する。⁽¹⁵⁸⁾これらの根拠が共通善のレベルを一定に保つ、プライバシーに対する侵入の程度の最も低い状態を示すガイドとなると、彼は主張する。ここでは、これらの要件について具体的に検討すること、その理論を明らかにしていく。

一 機微度、センシティブさ

プライバシー保護の一つ目の座標軸は情報のセンシティブさである。一般的に、問題となっている社会の文化的価値に基づいてセンシティブであるとされる情報については、たとえば配偶者や個人とその主治医のような、「情緒や特

別なビジネスに基づくすでに存在する関係なしにこれを曝露したり追い求めたりすること」は、一般規範 (prevailing norms) の重大な侵害であると看做される⁽¹⁵⁹⁾。

例えば、健康状態、政治理念や政治に関する行動 (投票)、内心に関する情報は、かなりセンシティブな (Highly sensitive) 情報と看做されるだろう。一方で、金融・財産に関する情報は、医療情報よりはセンシティブでない情報とされ、公式に公開されているもの (ナンバープレート等) や、消費者の選択に関する情報は、なおさらそうであろう。この、センシティブさという基準を擁護する論者には、他に、オリン・カー (Orin Kerr) がいる。彼は、数多くの主要なケースにおいて、通信内容には通信内容でない情報よりも高度な水準のプライバシーの懸念が含まれ、より高度なプライバシー保護を前者に与え、より低い保護を後者に与えるのは有意義であるとする⁽¹⁶⁰⁾。

一 ― センシティブさのランク付け

センシティブさのランク付けは、単に裁判官が社会的な価値 (social values) に基づいて (このという体で恣意的に) 決定したり、議会の法律によって決定されたりするのではなく、共有された社会的価値を反映し、リベラルな民主主義の過程やモラル対話 (moral dialogues)⁽¹⁶¹⁾ による、よい意味での政治の産物であるべきであると、エツィオーニは主張する⁽¹⁶²⁾。

ある種の情報がほかの情報よりもよりセンシティブであるという考えは、この語の多様性にもかかわらず、プライバシー法の研究者によって主張され、すでに立法者によって運用されてきている。応用されてきた追加的な専門用語は、「親密な関係の情報」とか、「暴露的な情報」を含み、研究者はこれらの語を人びとのプライバシーへのリスクのレベルや危害の程度という観点から定義してきた。

この点、情報のタイプに関する二つのレベルの区別が、センシティブな情報のニュアンスの理解を発展させるために求められる。最初の区別は基本的なものである。パーソナルな情報を、その他の形態の情報、すなわち個人に関しないもの——不可逆であると想定される非同一体化（de-identified）、匿名化（anonymized）が施されている情報——から区別する必要がある。端的にいうと、エッイオーニは「パーソナルでない情報はすべてセンシティブでない」と考えている。⁽¹⁶³⁾ シュワルツとソロブも、多くの連邦法が「個人を識別できる情報」（personally-identifiable information）と「その他の情報」の区別に依拠していると指摘している。⁽¹⁶⁴⁾ そこで、センシティブさの問題は、多種多様なパーソナルな情報をより分ける、第二のレベルの区別にかかわってくる。

この点、エッイオーニは、全てのパーソナルな情報が同じレベルの保護を受けうる、あるいは受けるべきである、とは考えない。⁽¹⁶⁵⁾ ただし、何らかのエージェントが収集しようとする情報がよりセンシティブであれば、よりプライバシーを保護する手段が実行されなければならず、その収集を合法化するためにより高い共通善が求められるとする。⁽¹⁶⁶⁾

それでは、情報のセンシティブさを決定するのは何であろうか。センシティブさの測定は、前述のように、その問題となっている社会の価値を真に反映しなければならないと、エッイオーニは主張するのである。⁽¹⁶⁷⁾ たとえば、女性の肌の露出については世界各国で許される程度が変わってくるだろうし、ある種の紛争は内に解決するほうがよいとするその具体的内容も地域によって異なってくる。ただこれは、ある特定の社会のプライバシーの基準がそれだけで優れており、その基準が単に、社会のある特定の規範的な文化によって影響を受けているとか、法律制度によるセンシティブなパーソナル情報の具体的決定に重要なファクターとなるのだ、といったわけではないと、エッイオーニは付言する。⁽¹⁶⁸⁾ これはあくまでもプライバシー保護の基準の一部分に過ぎないのである。

一―二 アメリカにおける実例

情報のセンシティブさについては、実際にそれぞれの社会で、立法者や裁判所は様々な種類の情報の規範的な基準におけるこれらの違いを運用している。例えばアメリカでは、以下のような実例がある。

まず、議会では、以下のような立法が為されている。

第一に、医療保険の相互運用性と説明責任に関する法律 (the US Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, HIPAA) は、「保護健康情報」(protected health information)を取り扱っている。

この情報とは、ある個人をその健康状態と結びつけうる限定された情報を、非常にセンシティブなものとして、精神療法の記録の開示について非常に厳格に制限を設けている⁽¹⁰⁾。

第二に、ミラー判決に従って一九七八年金融取引プライバシー権法 (the Right to Financial Privacy Act) が制定されている。この法律は、金融機関とその顧客の関係に関するいかなる記録についても、当該金融機関が他と共有する能力を制限している。

第三に、その他のいくつかの情報についても、連邦法によって保護されるに十分なほどセンシティブであると看做されてきた。たとえば、一九八八年ビデオプライバシー保護法 (the Video Privacy Protection Act of 1988) によって、レンタルビデオの履歴が保護されている。

また、高度な保護に値する追加的な情報としては、「家族の教育的権利及びプライバシー法」(Family Educational Rights and Privacy Act) によって学歴が、「遺伝子情報差別禁止法」(the federal Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008) によって遺伝子情報が、「一九八〇年プライバシー保護法」(Privacy Protection Act of 1980) によって取材の情報源が、それぞれ保護されている。

また、FTC (Federal Trade Commission) はセンシティブデータを五つのカテゴリーに分類している。すなわち、金融情報、健康情報、社会保障番号、子供に関する情報、例えば携帯電話から収集された位置情報である。まだ立法には至っていないが、議論が進んでいるものとして、人種、民族、思想信条、性的志向、そして「固有の生体情報」がある。⁽¹⁰⁾ これらの事案では、センシティブとされる情報の種類は、定義されるというよりも、示されている。つまり、それぞれのカテゴリーを定義づける典型的な性質が示されているというよりも、単なる例のリストなのである。

個人に関するある特定の情報を他のものよりセンシティブであると分類するとき、議会はしばしばプライバシーは経済的あるいは身体的損害を防止するべきであるとの根拠に依拠する。つまり、センシティブな情報とは、その権限のない曝露が金銭的な損害 (tangible harm) を引き起しうる情報であると定義されている。⁽¹¹⁾

センシティブさはまた、典型的な性質の表明ではなく、情報がセンシティブかそうでないかの具体的な性質の列挙を通して運用されている。例えば、一九七〇年公正信用報告法 (The Fair Credit Reported Act of 1970) は「消費者の情報」 (consumer reports) を開示することを規制しているが、この情報の情報は、「消費者に貸付の価値があること、あるいは消費者が貸付や保険に適格かどうかを判断する際に使用する個人的な特徴、あるいはその他の限定された目的に使用される」あらゆる情報とされているのである。⁽¹²⁾

裁判所もまたセンシティブな情報の分類を行っている。

たとえば、スミス判決では、連邦最高裁は人々がダイヤルする電話番号は通信の内容ほど機微ではないため、プライバシーの合理的期待はないと判断した。ほかに、ジョーンズ判決では、ソトマイヤー判事 (Sonia Sotomayor) は結果的に多数意見に加わったが、自身の意見も表明しており、そこでは、「GPSのモニタリングは短期間であってもプライバシー権を侵害する。なぜなら、それは家族の、政治の、職業の、宗教の、そして性的な結びつきについての詳細

に関する豊富な情報を反映しているからである」とした。また合衆国対ラムリー判決では、個人の書籍の購入履歴を手する政府の権限を制限している。⁽¹⁷⁴⁾

一―三 センシティブ情報のセクトラル方式による保護の問題点

このように実務にも採り入れられているこの手法にも、二つの深刻な欠点がある。第一の欠点は、民間部門におけるテクノロジーの発展に対して、適宜立法を行うとなるとひどくタイムラグがあることである。そして第二の欠点は、センシティブな情報とセンシティブでない情報の区別は思われているほど厳格ではなく、近い将来にはより弱くなってしまうということである。たとえセンシティブな情報が医療や金融の記録のようにオンラインでより保護されていたとしても、あまりセンシティブではない――つまり、あまり保護されない――情報のデータ分析の結果、大量のセンシティブな情報を明らかにすることができるのである。後者を根拠として、例えばソロブはセンシティブさをプライバシー保護の基準とすることを拒否する。⁽¹⁷⁵⁾

そのため、この欠点を補いつつ、事態適合的に問題の解決を図らなければならない。そしてそのためには、まず、無数の法律を再調査し、より系統的一貫した、その他の情報よりもより保護されるべきパーソナルな情報のタイプの分類をする必要がある。しかしながら、まず大まかな仮説を立てるという目的のためには、センシティブさを要件の一つとして運用しようということについて疑問の余地はほとんどなく、かつ、多くのパーソナル情報のセンシティブさの大まかな分類がすでに用意されているといえるのではないだろうかとし、エツイオーニはこの基準を採用する。⁽¹⁷⁶⁾

二 容量、ボリューム

サイバー時代のプライバシー理論が第二の座標軸に選ぶべきものは、収集された情報のポリウムである。

情報には、オービス等、時的空間的に限られたものから、中程度といえる監視カメラのそれ、そして電話の盗聴等一定程度まとまったもので、ポリウムがある。このポリウムが大きければ大きいほど保護の必要性が増すと、エツイオーニは分析する。⁽¹⁷⁾ この「ポリウム」は、ある人物についてあるひとつの機関なりあるひとりの行為者が収集した情報の総量を差す。ポリウムは、監視が実施された時間の程度、あるそれぞれの時点に収集された情報の「量」(quantity)と、あるひとつの時点に収集された情報の種類の幅、つまり「帯域幅」(bandwidth)に分類される。

ポリウムの座標軸に関連する第一の要素である「量」は、端的に収集された情報の量に関連し、Eメール、電話記録、テキストメッセージ、あるいは情報のメガバイトによって計測される。⁽¹⁸⁾ また、情報収集の時間の長さは、実際大まかではあるが、使用に適した「量」の計測法である。同時に、距離関数 (metric) も有用である。

個人に関する情報の収集が適当か過当かを判断する概算的基準として、時間を使っている例は、以下のようなものである。

Eメールや同種のデータについて、「電気通信におけるプライバシー保護法」(the Electronic Communications Privacy Act of 1986) は、司法当局等から情報を保持しておくよう要請があった場合は、通信業者が係争中の法的手続に必要なアカウント内の利用可能な電子的記録のスナップショットを取らなければならないことを定めている。この情報は九〇日間保持されうることになっている。また、この期間はさらに九〇日間延長されることがある。⁽¹⁹⁾

また、一回の情報の収集が搜索を構成するかどうかについて単に検討するよりも、ポリウムを検討するほうがよいという先例として、ジョーンズ判決が挙げられるとする。⁽²⁰⁾

この事案では、GPSの追跡装置が二十八日間ずっと稼動していた。多数意見はGPSの監視の長さについての言及

はなかったが、しかし、アリトー判事 (Samuel Anthony Aito, Jr.) の同意意見のなかでは、監視の長さが重要なファクターとなっている。

彼は以下のように述べる。「ほとんどの犯罪捜査において、長期間にわたるGPSの追跡装置の使用は、プライバシーの期待を侵害する。そのような犯罪においても、当局やその他の機関が、個人の関心事を長期間にわたって、一つの瞬間ごとに密かにモニタリングしたりカタログ化したりしないだろう——あるいは実のところ、概して単にしていけない——と考えるのが、社会の期待であり続けている」⁽¹⁸⁾。

さらに、ここでは、ボリウムに関する最も重要な違いについて識別する必要があると、エツィオーニは主張する⁽¹⁹⁾。それは、「ごく短期間の収集」(spot collection) と「長期間の収集」(prolonged collection) の違いである。前者は、非常に短い期間のあいだのひとつあるいは非常に少ない情報の個別のピースの一回限りの収集をさす。例えばこれは、空港の安全検査や監視カメラが当てはまる。後者は、盗聴やGPSの追跡が当てはまる。

この点、この種の問題に詳しい者は、ある種のごく短期間の収集を行うプログラム、特に繁華街の監視カメラのようなものは、比較的包括的であることを理由に、これに反対するかもしれない。なぜなら、これらは、たとえば街を往くすべての個人を捉えるからである。しかし、ビッグデータの分析の場合には、一個人に関する情報が必ずしも多く収集されることがなくても、他の大勢の人々の情報と合わせて分析することで、個人に関する何らかの情報を推測できるようになるため、ボリウムというよりもむしろサイバーネーションの要素が重要になることに留意すべきであると、エツィオーニは主張する⁽²⁰⁾。

ボリウムの座標軸に関連する第二の要素である帯域幅は、「ある一つの対象からの、あるいはその対象についての、異なったタイプの情報の収集」⁽²¹⁾を意味する。たった一種類のタイプの情報の収集、例えば個人の電話、Eメール、位置

情報などのメタデータは、帯域幅の狭い収集を構成する。対照的に、いくつかの種類の情報の収集、たとえば、電話の内容「と」、音声データ「と」、テキストメッセージの内容「と」、Eメールの内容は帯域幅の広い収集を構成する。帯域幅は重要である。なぜならそれが広いものである場合は、狭いものである場合よりも監視によって人のかなり包括的なプロフィールを得ることを法が許すことになり、つまりそれはプライバシーをずっと減じることになるからである。帯域幅が狭い場合であっても、ビッグデータのケースのように、多くの量のデータが集められたら、個人の私生活の包括的な見取り図を描けるのではないかと疑問に思うものもあるかもしれない。しかし、この疑問についても、サイバーネーション、とくにセンチティブな情報に対するそれへと適用される強力な制限を考慮に入れていない点で不十分なのである。⁽¹⁸⁶⁾

二―二 ポリウム要件に対する批判

このような情報のポリウムをプライバシー保護の考慮要素とすることについて、オリン・カーは、「収集のポリウムがどこまでが合理的で、どこからが侵害となるのかを決定することの困難」を指摘する。⁽¹⁸⁷⁾これに対して、エツィオーニ⁽¹⁸⁸⁾は以下のように再反論する。

なるほど確かにポリウムの境界線を明確にすることは難しいかもしれないが、しかし、そのような期限や限界といった問題は、選挙権の年齢や運転免許の年齢等、そもそも法的問題にはおおよそつきものである、プライバシー問題固有のものではない。現実の運用では、それが明らかに行き過ぎているのか、あるいは不十分なのかの妥協・折衷案として、裁判官が考慮したものを反映しているのだが、この線引きはしばしば事後的に調節することができる。そのため、単に決定が困難であるという理由だけではポリウムを基準とすることができない理由にはならないのである。

三 サイバーネーション——人工知能による情報処理

三— サイバーネーションとは

エツイオーニの理論の三つ目の座標軸は、法や法理論が最も追いつかなければならない、重要性の増しているものが当てはまる。

これまで、歴史的には、政府が特定の状況下で特定の情報を合法的に「収集できるかどうか」という問題に多くの注意が払われていた。これはその当時は妥当であったと評価できる。なぜなら、プライバシーの侵害のほとんどが、第一段階の、ごく短期間における収集を含意する搜索や監視によって起きていたからである。実際のところ、いくつかの重要な侵害はまた、情報の対照 (collating)、保管、分析、流通によって起きていた。しかしながら、その記録が紙媒体である限り、プライバシーの二次的な侵害は本質的に限られていたともいえる。

しかしながら、そのような情報が、データのデジタル化やコンピュータの使用により蓄積され、他の情報と結合され、分析され、流通したら、つまりサイバーネイトされたとしたら、人の私生活の非常に包括的かつ暴露的なプロフィールができあがる。

手短にいうと、今日において最も深刻なプライバシーの侵害がしばしば永続化させられるのは、監視や情報の収集によつてではなく、サイバーネーションによる、結合、操作、データ共有によつてなのである。情報がサイバーネイトされればされるほど、それはより私事への侵入となる。

このプログラムによるサイバーネーションという考慮要素が、エツイオーニの理論の最も新奇な要素であるといえる。本理論の第一の要素であるセンシティブさは、「ペーパー時代」において十分熟した要素であった。また第二の要素であるポリウムは、いわんや実践的な制限のための急を要する重要性のあるものではあるが、これもまたペーパー時代

の問題である。

しかしながら、サーバーネーションによって生じる、パーソナルな情報の処理や二次的利用の性質は、そのプライバシーへの影響も同様に、ペーパー時代には想像もつかなかったものとなっている。

サーバーネーションはまた三つの座標軸の最も重大な要素である。なぜなら、プライバシー侵害防止の重点を、「二次的な収集に焦点を当てること」から、「二次的利用による侵害に焦点を当てること」へと、重大な変化を生じさせるからである。⁽¹⁸⁾ サイバー時代においては、情報の一時的収集は、二次的利用の範囲やそれに対する制限よりも、もはや重要ではない。著しく大きくなり続けるとされる二次的利用の重要性の比率は、人工知能の進歩の程度にかかっている⁽¹⁹⁾とエツイオーニはいう。

三―二 サイバーネーションの各要素

サイバーネーションの制限について、より詳細に検討していく。

サイバーネーションは、情報の「蓄積」(storing)、「対照」(collating)、「分析」(analyzing)、「流通」(distributing)の各要素からなる。

まず、蓄積(保管)の規制が、サイバーネーションの最初の尺度である。プライバシーは、もし収集された情報が蓄積、保管されていなければ、よりよく保護されうる。⁽²⁰⁾ しかし対照的に、一つの特定のパーソナルな項目――人がどんな雑誌を読むか、人がよく行くバーはどこか、等――についてであっても、記録が保持されれば、これを保管しないシステムと比べて、プライバシーへのより高度な危険となる。この規制は、「情報が蓄積されるか、すぐに消去されるか」の判定をまず課すし、もし情報が蓄積されていたら、さらに、「情報が保持される時間の長さ」⁽²¹⁾が問題となる。

つぎに、対照（情報の照らし合わせ、突合）の規制が、第二の尺度となる。同じ人物の情報の対照に関していえば、特にその人物に関する情報のファイルが構築されているときに、ある機関によって収集され保管されている情報が他の機関によって収集され保管されている情報と結合、リンクされると、プライバシーへの脅威は増幅する。⁽¹⁹⁸⁾ 法は技術的な発展に適合し、リンクされた全てのデータの一つとして扱い、情報の集積に制限を課すことを求める。⁽¹⁹⁹⁾

そして、分析の規制が、第三の尺度となる。パーソナルな情報が単に蓄積され対照されているに過ぎないときよりも、他の情報を探り出したり、未加工のデータでは明らかではないその人物についての結論を引き出したりするために情報が分析されている場合のほうが、プライバシーへのリスクはより高くなる。分析はまず、「分析が少しもなされていないか」を判定する。⁽¹⁹⁵⁾ つまり、「未加工のデータの単なる使用」と対比される。さらに、「どれくらいのもの、また、どのような種類の新しい情報が分析を通じて得られたか」を評価する。さらに、「どれくらいのもの、また、どのような種類の新しい情報が分析を通じて得られたか」を評価するための、付加的な計測法も必要となる。ここで、「センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の特定」が問題となる。とくに、「センシティブな情報の収集や使用が禁じられているとき」に、「センシティブでない情報を利用した当該センシティブな情報の推測に分析が使用されること」を禁止する必要がある。⁽¹⁹⁶⁾

最後に、流通の規制が、第四の尺度である。⁽¹⁹⁷⁾ この点、流通とアクセスは同じプロセスのコインの裏表であるとして、エツイオーニという。⁽¹⁹⁸⁾ 情報の共有によって、サイバーネーションのうちの流通、アクセスが可能となる。この点で、流通の程度を測る適切な要素は、①法律や規制によって制限されている範囲、②共有されている情報のボリューム、③その情報を共有している機関の数であるといえる。⁽¹⁹⁹⁾

三―三 第四の変数——アカウントビリティ

この追加的な変数は、「（座標軸上）負の方向へのサイバーネーション」として扱われるものであり、「アカウントビリティ」(accountability) として言及される⁽²⁰⁾。

パーソナルな情報が収集され、蓄積され、分析される様々な「場」はすべて、少なくとも権限のない者に対するなんらかの障壁を有している。これには単純な装置、たとえばパスワードやコンピュータのロックはもちろん、ファイアー・ウォールや暗号化など、より強力なものも含まれる。これが「アカウントビリティ」の要素である。

すべての「アカウントビリティ」の手段は、次のように、サイバーネーションのうちの何らかの要素を制限する⁽²⁰⁾。あるものは、たとえばデータにアクセス制限をかけることで、「共有」を制限する。またあるものは、ある一定の期間が経つと情報を消すことを確実にすることで、「保管」を制限する。またほかのものは、情報を非個性化 (de-identifying) することによって、「分析」を制限する。「アカウントビリティ」の手段がより広範かつ効果的になればなるほど、サイバーネーションはより起こらなくなり、よりプライバシーも保護される。

よって、あるデータベースにより強力な「アカウントビリティ」の手段が講じられれば講じられるほど、仮に情報のボリュームが大きく、情報のセンシティブさが相当なものであり、重大な程度の対照や分析が施されていたとしても、発生するプライバシーの侵害の程度は小さなものとなる。逆に、もし「アカウントビリティ」が欠けているとすると、仮に情報のボリュームが比較的小さく、情報が比較的センシティブではなく、対照や分析がそこまで過度でなくとも、発生するプライバシーの侵害は大きくなる。

以上のような「アカウントビリティ」の水準は、様々なデータベースから、「アカウントビリティ」が充分であるかについての情報を逐一集めることによって運用されることになる⁽²⁰⁾。

四 ソロブの見解との比較

以上のように、情報処理の行為態様に着目してプライバシー侵害の類型化を行う研究者は他にもいる。そのような論者としては、たとえばソロブが挙げられる。

彼は、かつてプロッサーが類型化した秘匿によるプライバシー概念を廃棄し、現代のインターネット社会に適合するようにプライバシー侵害の問題を次の十六の性格ごとに類型化を行う⁽²⁸⁾。

- ①情報収集 (information collection) の段階
監視 (surveillance) 、尋問 (interrogation)
- ②情報処理 (information processing) の段階
集積 (aggregation) 、同一化 (identification) 、非セキュリティ状態 (insecurity) 、二次利用 (secondary use) 、排除 (exclusion)
- ③情報拡散、流通 (information dissemination) の段階
守秘義務関係違反 (breach of confidentiality) 、情報開示 (disclosure) 、暴露 (exposure) 、アクセス可能性の増大 (increased accessibility) 、脅迫 (blackmail) 、盗用 (appropriation) 、歪曲 (distortion)
- ④侵襲 (invasion)
侵入 (intrusion) 、決定への干渉 (decisional interference)

ソロブは、以上の類型に注意を払ってその侵害が問題となる場面ごとに適宜対処していくべきであるとする。このよ

うに、情報処理の程度や二次利用の形態に着目するという点では、エッティオーニとソロブは共通しており、むしろそこに着目したことに関する学術上のプライオリティとしては、ソロブに軍配が上がるように思われる。しかし、彼等の間には大きな違いもある。

それは、第一に、ソロブがプライバシー概念を規範的に基礎づけたうえで画一的に概念化することには消極的な一方で、エッティオーニは、むしろこれをリベラル・コミュニタリアニズムの観点から基礎づけることを積極的に志向するのである。また第二に、ソロブはセンシティブさをプライバシー保護の基準とすることに否定的だが、エッティオーニはむしろこの要素に積極的な意義を認める。さらに第三には、エッティオーニがサイバーネーションという要素で考慮しているのが、単なるプログラムによる情報処理の態様というよりも、人工知能によるそれであるという点である。近時、人工知能技術の発達には目覚ましいものがあり、そのような発達の結果として、序章にて既述の通り、「技術的特異点」なる段階にいたるのではないかとする未来研究もある。そのことを踏まえると、エッティオーニは、ソロブの主張する「現代的な侵害態様に対応すべきである」という問題意識を受け止めたくうえで、これを彼なりに再構成して規範的観点を重視しつつ、さらに将来の技術発展を見越してプライバシー保護の基準を再構成しているのであると評価できよう。

(158) ETZIONI, *supra* note 49, at 7.

(159) *Id.* at 7-8.

(160) Orin S. Kerr, *A User's Guide to the Stored Communications Act, and a Legislator's Guide to Amending It*, 72 *George Washington Law Review* 1208, 1229 n. 142 (2004).

(161) モラル対話とは、エッティオーニ独特の用語法であるが、簡潔に言えば日々のコミュニケーションや内省によって価値観

を徐々に醸成・刷新していく過程のようである。See, AMITAI ETZIONI, FROM EMPIRE TO COMMUNITY 67 (Palgrave Macmillan, 2004).

- (162) Etzioni, supra note 49, at 8.
 - (163) Etzioni, supra note 49, at 29.
 - (164) Paul M. Schwartz & Daniel J. Solove, *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, 86:6 N.Y. UNIV. L. REV. 1816 (2011).
 - (165) Etzioni, supra note 49, at 30.
 - (166) Ibid.
 - (167) Ibid.
 - (168) Ibid.
 - (169) 具体的には、以下のとおりである。①氏名（現在のもの、以前のもの、母親の旧姓を含む）、②郵便番号（zip code）の最初の三桁を除く郵便番号（postal address）と州以下の地理的な区画（アメリカの郵便番号制度は五桁からなり、最初の三桁は州や都市を、あとの二桁が郵便区をあらわす）、③個人に直接的に関連するすべての日付の要素（誕生日、入院日、退院日等を含む）、④電話番号、⑤FAX番号、⑥電子メールアドレス、⑦社会保障番号、⑧医療記録番号、⑨健康保険受取人番号、⑩口座番号、⑪認証番号・免許番号（certificate/license number）、⑫車両識別番号及び製造番号（ナンバープレート）の番号を含む）、⑬装置識別名及び製造番号、⑭URL、⑮IPアドレス、⑯生体認証、指紋や声紋を含む、⑰顔写真及びそれに類似する写真、⑱その他特有の個人を識別できる番号、特徴、コード、以上の十八項目である。See, David T. Fetzer & O. Clark West, *The HIPAA Privacy Rule and Protected Health Information: Implication in Research Involving DICOM Image Database*, 15:3 ACADEMIC RADIOLOGY 390-395 (2008).
- 以上のような情報を保護するHIPAAプライバシー・ルールの保健福祉省による解説は、HIPAAは、「初めは、消費者の最もセンシティブな情報である医療情報のプライバシーのための全国的な保護のフロアを創造した」と宣言している。
- (170) N.J. King and V.T. Raja, *What Do They Really Know About Me in the Cloud? A Comparative Law Perspective on Protecting Privacy and Security of Sensitive Information*, 50:2 AMERICAN BUS. L. J. 424-431 (2013).

- (171) Ibid.
- (172) Schwartz & Solove, *supra* note 164, at 1821.
- (173) United States v. Rumely, 345 U.S. 41 (1953)
- (174) Andrew A. Proia, *A New Approach to Digital Reader Privacy: State Regulations and Their Protection of Digital Book Data*, 88:4 *IND. L. J.* 1608 (2013).
- (175) ノローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 九一頁。
- (176) Etzioni, *supra* note 49, at 32.
- (177) Id. at 10.
- (178) この点、技術の発展によって一バイトに詰め込むことのできる情報量は変わりうるため、バイト数自体はあくまでひとつの目安である。
- (179) Etzioni, *supra* note 49, at 26-27.
- (180) Kevin V. Ryan & Mark L. Krotoski, *Caution Advised: Avoid Undermining the Legitimate Needs of Law Enforcement to Solve Crimes Involving the Internet in Amending the Electronic Communications Privacy Act*, 47:2 *UNIV. S.F. L. REV.* 321 (2012).
- (181) Etzioni, *supra* note 49, at 27.
- (182) Jones, 132 S. Ct. 945.
- (183) Etzioni, *supra* note 49, at 28.
- (184) Ibid.
- (185) Ibid.
- (186) Ibid.
- (187) Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111:3 *MICH. L. REV.* 333 (2012).
- (188) Etzioni, *supra* note 49, at 11.
- (189) Id. at 32.

- (190) Id. at 34. See also, Erik Brynjolfsson & Andrew McAfee, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies* (W. W. Norton & Company, 2014).
- (191) かねてより議論されているように、人間は忘れる生き物だからである。
- (192) Etzioni, *supra* note 49, at. 33.
- (193) 例えば、プライバシーの擁護者には、連邦のシステムよりも州や地域のデータベースの方を好む者がいる。しかし彼等は、州や地域のデータベースがときに相互に連結し、情報の共有を行っていることに気付いてない。かりに一つのデータベースとして蓄積される情報のボリュームは小さかったとしても、それが結合することによって、連邦によって集積されたデータベースと変わりはなくなるのにもかかわらず、彼等はそのことを考慮していない。
- (194) Etzioni, *supra* note 49, at. 33.
- (195) Ibid.
- (196) Ibid. しかしながら、そのような禁止措置は（少なくともアメリカでは）今のところ見られないとエツイオーニはいう。
- (197) 例えば、情報が病院などひとつの集団によって収集されているときは、たとえ情報が分析されファイル化されていたとしても、ほかの集団にはアクセスできず、特殊な状況においてしか使用可能にならないならば、プライバシーのリスクはより少なくなりうる。この点について、一九七四年プライバシー法 (the Federal Privacy Act of 1974) は、ある連邦の機関によって収集され、保管され、分析された情報がその他の連邦の機関等と共有されるかもしれない状況や、その程度を制限している。
- (198) Etzioni, *supra* note 49, at 34.
- (199) Ibid.
- (200) Ibid.
- (201) Ibid.
- (202) Id. at 35.
- (203) ソローヴ (著)、大谷 (訳)・前掲書注 (8) 一四七頁以下。

自白排除法則の研究（一一）

関
口
和
徳

目次

序章 問題の所在

第一節 日本の刑事手続における自白の地位

第二節 自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

第三節 アメリカ法の示唆——ミランダ判決

第四節 本研究の課題

一 研究の対象——自白排除法則の整序

二 研究の視角と本稿の構成

第一章 アメリカの自白排除法則

第一節 不任意自白の排除法則——自白法則

一 自白法則の成立とアメリカ法への継受

二 適正手続＝任意性説 (due process voluntariness test)

三 任意性の判断基準——事情の総合説 (totality of circumstances test)

第二節 違法収集自白の排除法則

一 マクナブ＝マロリー・ルールと第四修正の自白への適用

二 マサイア判決（一九六四年）

三 エスコビード判決（一九六四年）

四 マサイア判決およびエスコビード判決の意義と課題

第二章 ミランダ・ルールとその課題

第一節 自白法則の新展開——ミランダ判決（一九六六年）とミランダ・ルール (Miranda Rule)

一 ミランダ事件

二 ミランダ判決

三 ミランダ判決の意義

第二節 ミランダ判決以降の判例の展開——ミランダ・ルールの弱体化と強化

一 ミランダ・ルールの弱体化

二 ミランダ・ルールの強化

第三節 ミランダ・ルールの憲法上の地位——ディカーソン判決（二〇〇〇年）

（以上、五九卷二号）

（以上、五九卷三号）

（以上、五九卷五号）

一 合衆国法典一八編三五〇一条とミランダ・ルール「予防法則」論

二 デイカーソン事件

三 デイカーソン判決

四 デイカーソン判決の意義

五 デイカーソン判決後の判例の展開

第四節 ミランダ・ルールの課題

一 はじめに

二 ミランダ判決以降の被疑者取調べの諸問題

(A) ミランダ判決は実務に影響を与えたか？

(B) 密室での権利告知手続

(C) ミランダ・ルールに反する取調べ

(D) 虚偽自白

(E) ミランダ・ルールの課題

三 学説における提言

(A) 弁護人との相談を経ない自白の全面的排除

(B) 弁護人の自動的な選任

(C) 弁護人の立会いのない中で得られた自白の全面的排除

(D) 身体拘束中の自白の全面的排除

第五節 小括

第三章 日本の自白排除法則

第一節 学説にみる自白排除法則

一 はじめに

二 虚偽排除説

(以上、六〇巻一号)

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

(以上、六〇卷六号)

(以上、六二卷一号)

- 五 不当に長い抑留・拘禁
 - 六 利益の約束
 - 七 偽計
 - 八 防衛権の侵害
 - (A) 黙秘権の不告知
 - (B) 弁護人選任権の侵害
 - (C) 接見交通権の侵害
 - 九 違法な身体拘束
 - 一〇 別件逮捕・勾留
 - 一一 まとめ
 - 第三節 小括
 - 第四章 自白排除法則の整序
 - 第一節 自白への違法収集証拠排除法則の適用——競合説の可能性と課題
 - 一 はじめに
 - 二 ロザール事件判決
 - (A) 事実の概要
 - (B) 一審判決
 - (C) 控訴審判決
 - (D) 検討
 - 三 競合説の意義と課題
 - (A) 競合説の理論構造——違法収集証拠排除法則を自白に適用することの意義
 - (B) 競合説の可能性——「適法」に収集された不任意自白の排除
 - (C) 競合説に対する批判の検討
- (以上、六二卷三号)
- (以上、六二卷五号)
- (以上、六三卷四号)

四 まとめ

第二節 違法収集証拠排除法則の再構成

一 違法収集証拠排除法則の適用範囲

(A) 問題の所在と従来の学説・判例

(B) 違法収集証拠排除法則の適用範囲

二 違法収集証拠排除法則と自白法則の適用順序

(A) 問題の所在と従来の学説・判例

(B) 違法収集証拠排除法則と自白法則の適用順序

三 違法と自白との間の因果関係の要否

(A) はじめに

(B) 心理的因果関係の要否

(C) 客観的因果関係の要否

(a) 問題の所在と従来の学説・判例

(b) 客観的因果関係の要否——判例理論を参考に

(c) 五八年判決伊藤正己補足意見の示唆

(d) まとめ

四 違法収集自白の排除基準

(A) 問題の所在と従来の判例・学説

(B) 違法収集自白の排除基準

終章 結語

(以上、六四卷六号)

(以上、本号)

第四章 自白排除法則の再構成⁽¹⁾

第二節 違法収集証拠排除法則の再構成

一 違法収集証拠排除法則の適用範囲

(A) 問題の所在と従来の学説・判例

(一) 競合説にたつて自白の証拠能力を判断する場合、まず問題となるのが、違法収集証拠排除法則（以下、排除法則）の適用範囲である。これは、すなわち、自白の収集過程に何らかの違法が存在する場合、当該自白は常に排除法則の適用対象となりうるのか、という問題である。

ところで、自白の収集過程の違法と一口にいつても、その態様は様々であるが、大きく分けると、自白の収集過程の違法は、①強制、拷問、脅迫といった自白の収集手続それ自体に関する違法（以下、「取調べ方法の違法」ないしは「違法な取調べ」という）と、②自白の収集それ自体とは直接的に関わらない身体拘束やその他の手続上の違法（以下、「手続上の違法」ないしは「違法な手続」という）とに分けることができる。

(二) 従来、競合説にたつ論者の多くは、排除法則は手続上の違法が問題となるケースに適用すべきであるとして、取調べ方法の違法が問題となるケースに排除法則を適用することには否定的ないし消極的な姿勢を示してきた。⁽²⁾過去の判例をみても、取調べ方法の違法が問題となったケースにおいて自白に排除法則を適用して排除したものは見当たらず、⁽³⁾現在においてもこのような状況に変化はみられない。⁽⁴⁾

これまでの学説・判例が、取調べ方法の違法が問題となるケースに排除法則を適用することに否定的ないし消極的な姿勢を示してきたのはなぜであろうか。この点については、競合説にたつ論者の次のような叙述からその理由をうかがうことができる。

「自白法則で処理できる違法収集自白については、排除法則を適用する余地は乏しいが、自白法則で処理できないがなお収集手続が違法な自白というののも考えられるので、これについては排除法則の適用を否定するいわれはない」⁽⁵⁾。「重大な違法手続が行われたにもかかわらず、なお自白の任意性が認められるという場合もあり、要するに、自白法則で処理できないが、収集手続が違法な自白というものも存在するのであって、このような場合にも排除法則の適用を否定しなければならぬ理由はない」⁽⁶⁾。「取得事情に照らして当然排除が妥当であるのに、任意性説の立場からでは自白法則で排除できない、いわば間隙にある自白は排除法則を適用して排除すべきである」⁽⁷⁾。

すなわち、競合説にたつ論者の多くは、取調べ方法の違法が問題となるケースについては、排除法則を適用するまでもなく、自白法則によって対処（排除）することが可能であるという理解のもと、排除法則の適用は、自白法則では排除することができない違法収集自白への対応策、つまり、自白法則のみによって自白の証拠能力を判断した場合に生じうるまさに「間隙」を埋めるためのもの（自白法則を補完するもの）と解してきたのである。要するに、競合説にたつ論者の多くは、取調べ方法の違法が問題となる場合に排除法則を適用することに消極的ないし否定的というよりも、取調べ方法の違法が問題となる場合には自白法則を適用して不任意自白として排除すればよく、またそれで十分であるという認識にたつてきたというのが実情であるように思われる。

たしかに、取調べ方法の違法は、手続上の違法とは異なり、それ自体が自白の任意性に直接的に影響を及ぼしうる違法法といえる。そのため、取調べ方法の違法の存否の判断は、自白の任意性の存否の判断と密接に結びつきうるものであ

り、取調べの方法の違法が重大であるならば、「通常、自白の任意性にも疑いを生じさせる」ことになるであろう。⁽⁹⁾ また、取調べ方法の違法が必ずしも重大とまではいえないような場合であっても、これまでに判例が示してきた自白の任意性の判断枠組みを活かすことにより、排除法則を適用しなくても違法な取調べによって得られた自白の多くについてはこれを任意にされたものでない疑いのある自白として証拠排除の対象に取り込むことが可能なのではないか見方もなされてきたところである。⁽¹¹⁾

(三) たしかに、過去の判例を振り返ってみると、このような見方にも一理あるように思われる。たとえば、最判昭三八(一九六三)・九・二三刑集一七巻八号一七〇三頁〔31〕は、「すでに勾留されている被疑者が、捜査官から取り調べられるさいに、さらに手錠を施されたままであるときは、その心身になんらかの圧迫を受け、任意の供述は期待できないものと推定せられ、反証のない限りその任意性につき一応の疑いをさしはさむべきである」として、手錠を施したままの取調べによつて得られた自白については不任意性が推認される(すなわち、一定の取調べ方法を問題視し、そのような取調べ方法が用いられた場合には、そこで得られた自白は不任意性が推認される)という判断を示している。⁽¹²⁾ また、最判昭四一(一九六六)・七・一刑集二〇巻六号五三七頁〔117〕は、「被疑者が起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことを信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠く」として、〔31〕よりも自白の任意性判断の厳格化を図る方向に一步踏み込んだ判断を示している。さらに、最大判昭四五(一九七〇)・一一・二五刑集二四巻一二号一六七〇頁〔135〕は、「捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑法一条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人權の保障とを全うしつつ適正に行われるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもない」と

ころであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑法法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反する」として、適正手続を強調するとともに、取調べにおいて「被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある」方法が用いられた場合には、類型的に自白の証拠能力を否定すべきことを示唆しているかのような判断を示している。

このように、判例は、自白の任意性を問題にしつつも、自白の任意性に疑いを生じさせるような取調べ方法が用いられた場合には、そこで得られた自白について類型的にその証拠能力を否定する方向へと発展を遂げてきたことがみとれる。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ このような判例の発展を踏まえて証拠能力を否定すべき不任意自白の範囲を最大限広げつつ、最判昭三二（一九

五七）・五・三二刑集一一巻五号一五七九頁（56）によつて、「任意になされたものでないことに合理的な疑いのある」自白の証拠能力を認めることができず、「合理的な疑いの存否につき何れとも決し難いときはこれを被告人の不利益に判断すべきでない」との判断が示されていることをも踏まえて、自白の任意性判断の場面における利益原則を徹底することができるならば、自白法則のみによつても、違法な取調べによつて得られた自白の多くを相当程度弾力的に排除することも可能となる。⁽¹⁶⁾

（四）しかし、問題は、違法な取調べによつて得られたことは明らかであるものの、任意性に疑いが存在するとはいひ難い自白もありうるということである。自白法則によつて自白を排除する場合、どれほど不任意自白の範囲を広く捉えたとしても、任意性に疑いが存在するとはいひ難い自白を排除することは不可能といわざるをえない。⁽¹⁷⁾ そのため、排除法則の適用範囲を手続上の違法が問題となるケースに限定すべきという考え方を推し進めていくと、たとえ重大な違法手段を伴う取調べによつて得られた自白であっても、たとえば、捜査官による激しい暴行を伴う取調べによつて得ら

れた自白であっても、その自白に任意性が認められさえすれば、証拠能力が認められてしまう（認めざるをえない）という問題が生じることになるのである。⁽¹⁸⁾

このような問題を浮き彫りにしたのが、大阪地判平一八（二〇〇六）・九・二〇判時一九五五号一七二頁（**21**）である。この判決は、警察官が、取調べにおいて、被告人に対し、顔を殴る、取調べ室内のスチール机の角の部分胸部に強打させるという暴行を加え、その結果、被告人に、肋軟骨骨折の傷害を負わせたという事案につき、このような取調べの違法性については認める一方で、そこで得られた自白については、暴行の前後で供述内容に変化がみられないこと、公判廷において被告人が任意に真実を供述したことを事実上認めていることなどを理由に、その証拠能力を肯定したのである。⁽¹⁹⁾ この判決は、まさに違法な取調べによって得られた自白について、排除法則の適用による排除の可能性を判断することなくもっぱら任意性に疑いが存在するか否かのみに基づいてその証拠能力を判断していることから、違法排除説に否定的な立場にたつとともに、取調べ方法の違法が問題となるケースに対して排除法則を適用することにも否定的な立場にたっていることがみてとれる。このことは、この判決に裁判長として関与された杉田宗久元裁判官が、後年、この判決における判断を意識しつつ、次のように述べられていたことからもうかがうことができる。すなわち、「任意性説の立場では、警察官の暴行と被疑者の自白との間には因果関係がないので、不任意自白とは認め難いのに対し、違法排除説の立場では、取調べ過程で暴行という重大な違法行為が行われた以上、これと自白との因果関係を問うことなく、少なくとも、暴行後の自白については排除されることになろう。筆者には、後者の結論は妥当なものと解し難いのだが、いかがであろうか」⁽²⁰⁾。

（B）違法収集証拠排除法則の適用範囲

(一) このように、手続上の違法に限って排除法則を適用する立場（すなわち、取調べ方法の違法には排除法則の適用を否定する立場）にたった場合、違法な取調べによって得られたことは明らかであるものの、任意性に疑いが存在するとはいい難い自白については、これを排除することが困難とならざるをえない。しかし、このような取扱いの妥当性については、以下のような理由から多大の疑問が残るところである。

第一に、憲法三十八条二項および刑訴法三一九条一項を、両規定に列挙されている類型の自白を不任意自白として排除することを定めたものであると解するとしても、そのことから両規定に列挙されている類型の自白については任意性に疑いが存在する場合に限って排除すべきとの趣旨、すなわち、取調べ方法の違法が問題となるケースについて違法排除を認めない趣旨が当然に導かれるわけではないであろう。⁽²¹⁾

第二に、排除法則を自白にも適用すべき根拠が、「自白を内容とする供述証拠についても、証拠物の場合と同様、排除法則を採用できない理由はない」⁽²²⁾、「将来の違法な捜査に対する抑止的効果や司法の廉潔性ということに着目する同法則の趣旨からすれば、非供述証拠の場合と供述証拠の場合と区別する必要はない」⁽²³⁾、「適正手続の保障及び基本的人権の擁護を指向する排除法則の趣旨からすれば、その対象が証拠物に限られる理由はない」⁽²⁴⁾といった点に求められるとするならば、⁽²⁵⁾違法な手続によって得られた自白と違法な取調べによって得られた自白とで、排除法則の適用に差異を設けるのは不合理というべきであろう。なぜなら、適正手続の保障や基本的人権の擁護といった要請は、手続上の違法が問題となるケースだけでなく、取調べ方法の違法が問題となるケースにも等しく妥当するものだからである。否むしろ、「最高裁判決『五三年判決―筆者注』が、収集手続の適否によって証拠価値に変動のない証拠物について、違法排除法則を採用したことから、これを前提とする限り、証拠物に比して証拠価値のせい弱な、しかも、供述者の人格、自由等に影響するところの大きい自白について、違法排除法則の適用を絶対に認めないとするのは、説得力に乏しいものといわざ

るを得ない⁽²⁶⁾」ことや、「証拠物について、その証明力に影響がないにもかかわらず、排除法則が適用されるのであれば、違法な手続が証明力に影響を与えやすい供述証拠についてはより一層排除法則の趣旨を及ぼすことが適正手続の保障に資する⁽²⁷⁾」ことなどに鑑みると、手続の違法が問題となるケースよりも取調べ方法の違法が問題となるケースのほうが、より排除法則の適用になじむとさえいえるようにも思われる。

改めて考えてみると、証拠物については令状による強制的な収集を認める（憲法三五条等参照）一方で、自白については、いかなる方法によってもその強制的な収集は認められていないのである（憲法三六条、三八条等参照⁽²⁸⁾）。このことに鑑みると、自白を得るために別件逮捕・勾留や被疑者の意に反する宿泊を伴う取調べといった違法な手続が用いられることももちろん深刻な問題ではあるが、それ以上に、暴力の行使など強制的に自白を収集する手段となりうる取調べ方法の違法が問題となる場合のほうが、より深刻な問題をはらんでいるというべきであろう⁽²⁹⁾。取調べ方法の違法は、「憲法三八条一項の黙秘権侵害ないしその危険が常に伴⁽³⁰⁾う」ものであり、その意味で、被疑者の内心に踏み込み、その尊厳を踏みこじめる側面を有しているからである。そうであるとするならば、違法な手続によって得られた自白については排除法則を適用することによって必ずしも任意性に疑いの存在しない自白を排除する一方で、違法な取調べによって得られた自白については排除法則の適用を認めず任意性が認められる限りその証拠能力を肯定すべきという帰結は、あまりにも不合理であるといわざるをえないように思われる。

第三に、憲法は、三八条一項で自己に不利益な供述の強要を禁止し、三八条二項で強制等による自白の証拠能力を否定するだけでなく、三六条では、「公務員による拷問」を「絶対に」禁止している。このような点に鑑みると、暴行を伴う取調べによって得られた自白については、その証拠能力を否定する必要性が高いというべきなのではなかろうか。たしかに、先にみたように、自白の収集過程に重大な違法が存在する場合には自白の任意性に疑いをさしはさむべきと

も解しうることから、暴行を伴う取調べによつて得られた自白については、多くの場合、任意性が否定されることになる。しかし、先にも述べたように、そして実際に【21】がそうであつたように、暴行（しかも、かなり強度の暴行）を伴う取調べによつて得られた自白であつても、その任意性を否定しえないケースが生じうるのである。そうであるとするならば、そのようなケースへの対応策として、（すなわち、自白法則によつて排除しえない、まさに「間隙」の自白への対応策として）、排除法則を適用することには大きな意義があるのではなからうか。

（二）そして、以上に述べたことは、暴行を伴う取調べが問題となるケースに限らず、違法な取調べ一般にも等しく当てはまることであるように思われる。憲法三六条は、「拷問」を「絶対に禁止」しているが、そこにある「拷問」については、物理的に重大な苦痛を与えることに限られず、精神的に重大な苦痛を与えることも含まれるとの見解もかねてより有力に主張されてきたところである。⁽³¹⁾この点、日本も一九九九年に加入している拷問等禁止条約一条一項が、「この条約の適用上、『拷問』とは、身体的なものであるか精神的なものであるかを問わず人に重い苦痛を故意に与える行為であつて、本人若しくは第三者から情報若しくは自白を得ること、本人若しくは第三者が行つたか若しくはその疑いがある行為について本人を罰すること、本人若しくは第三者を脅迫し若しくは強要することその他これらに類することを目的として又は何らかの差別に基づく理由によつて、かつ、公務員その他の公的資格で行動する者により又はその扇動により若しくはその同意若しくは黙認の下に行われるものをいう」と規定していることに鑑みるならば、「拷問」には精神的に重大な苦痛を与えることも含まれ、憲法三六条はそのような精神的「拷問」についても「絶対に禁止」したものと解するのが妥当である。⁽³²⁾かりに、憲法三六条が禁止する「拷問」を狭く解し、物理的な拷問に限定する立場にたつたとしても、憲法三八条一項が自己に不利益な供述の強要を禁止していることに鑑みれば、精神的なものも含め、自白を強要するような行為が憲法に違反する行為であることに変わりはない。⁽³³⁾自白を強要するような行為は、その態様がど

のようなものであるかにかかわらず、嚴重に規制しなければならないというべきであろう。

改めて考えてみれば、先にみたように、三六条で拷問を絶対的に禁止し、三八条一項で黙秘権を保障し、三八条二項で強制等による自白の証拠能力を否定し、さらに三八条三項で補強法則をも定めている憲法の規定ぶりからは、自白の強要に対する厳しい禁忌の姿勢をみてとることができる。⁽³⁵⁾このような憲法の立場に加えて、「拷問の禁止は国際人権法の中でも最も強力かつ絶対的な規範」⁽³⁶⁾とされ、その根絶が国際的にも強く要請されていることをも考慮するならば、自白の獲得に向けられた違法な取調べは、その違法の態様に関わらず徹底して禁圧する必要があるというべきであろう。⁽³⁸⁾そして、そのためには、違法の態様にかかわらず、違法と評価される取調べによって得られた自白は、これを徹底して排除しなければならぬというべきであり、もし自白法則のみでは違法な取調べによって得られた自白を確実に排除の対象に取り込むことが困難であるならば、排除法則を適用することで対応すべきであろう。⁽⁴⁰⁾

(二) 以上のように、排除法則の適用範囲を、手続上の違法が問題となるケースに限定することには多大の疑問が残るところである。当該事案が、手続上の違法が問題となっているケースか取調べ方法の違法が問題となっているケースにかかわらず、自白の収集過程に違法が認められる場合には、当該自白は、排除法則の適用によって証拠排除の対象となりうるものと解すべきである。⁽⁴¹⁾

二 違法収集証拠排除法則と自白法則の適用順序

(A) 問題の所在と従来の学説・判例

(一) 競合説にたつ場合、排除法則と自白法則の適用順序も問題となる。この点について、競合説にたつ論者の多くは、

「自白の証拠能力を判断するには、普通は、まず自白法則の適用すなわち任意性の有無を検討し、ついで排除法則の適用に移るのが正しい順序である」⁽⁴²⁾ などとして、自白法則を先に適用するのが妥当であると解してきた。⁽⁴³⁾ このように自白法則を先に適用すべきとする見解の背後には、共通して、次のような思考が横たわっているように思われる。すなわち、「違法排除を「自白排除の―筆者注」根拠とする場合、どの程度の違法があれば証拠排除されるのか必ずしも明かでない（すなわち、自白獲得の捜査過程に違法があれば足りるのか、搜索押収手続の違法収集証拠排除法則のように違法の重大性、違法捜査抑制上の必要性等の要件が求められるのか、さらには因果関係の要否など）、明文の規定が、単に捜査手続上の違法ではなく、排除される自白の例示として供述者に対し強い心理的圧迫を加える事実行為と手続行為の影響下における自白を掲げているところから、第一次的には、明文に即して、典型的に任意性に疑いを生じさせる事実的、手続的な外部的事情……の存否とその影響下における自白かどうかにより『任意性に疑いがある』か否かを判断し、任意性を失わせるには至らない著しく不当な捜査手段とか法令に違反する捜査手段が用いられた場合などに、一定の要件の下に違法収集証拠排除法則の適用を検討するのが適当であ」⁽⁴⁴⁾。

(二) この点、競合説にたつ過去の判例をみると、その多くは自白の任意性に疑いが存在するかどうかを検討した後⁽⁴⁵⁾ に排除法則の適用による証拠排除の可能性を検討していることから、学説の大勢と同じく、自白法則を先に適用すべきとの立場にたってきたものと解される。千葉地判平一一（一九九九）・九・八判時一七二三号一四三頁（ロザール事件一審判決）も、まさにこのような従来の学説・判例の主流的な立場に沿う形で、自白法則を先に適用し、任意性に疑いが存在しないことを確認した上で、排除法則の適用による自白排除の可否の検討に進んだものである。⁽⁴⁶⁾

もつとも、こうした学説・判例の主流的な立場に対しては、次のような疑問も向けられてきたところである。すなわち、「自白法則と証拠排除法則の関係につき常に前者の判断を先行させるべきであることは、ときに迂遠ではな

いかと考えられる。自白法則にせよ、証拠排除法則にせよ、まず、自白採取過程がどのようなものであったかを検討することから始まると考えられるが、その検討の過程において、取調べ方法以外の点で重大な違法があり、かつその違法手続の下で自白が得られたこと自体が確認できれば、……証拠排除法則によって自白の証拠能力を否定してよいはずである。したがって、この点で重大な違法の存在が問題となり得るときは、むしろ、証拠排除法則の判断を先行させ、その適用がないと認められる場合に念のため自白法則の適用につき判断した方が簡明ではないかと思われるからである」⁽⁴⁷⁾。

(三) こうした中で、排除法則と自白法則の適用順序について注目すべき判断を示したのが東京高判平一四(二〇〇二)・九・四判時一八〇八号一四四頁(ロザール事件控訴審判決)である。同判決は、「本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等の取調べ方法自体における違法の有無、程度等を個別、具体的に判断(相当な困難を伴う)するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当である」として、自白法則よりも排除法則を先に適用することが妥当な場合がありうるとの判断を示した上で、実際に自白法則よりも排除法則を先に適用し、「事実上の身柄拘束にも近い九泊の宿泊を伴った連続一〇日間の取調べは明らかに行き過ぎであって、違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付与するのは相当ではない」として、排除法則によって自白の証拠能力を否定したのである。⁽⁴⁸⁾

このようなロザール事件控訴審判決の判断に対しては、裁判実務家を中心に、賛意を示す見解が相次いで現れている。たとえば、かねてより排除法則を先に適用することの意義を論じてこられた小林充元裁判官は、同判決の判断内容について詳細に分析を加えた上で、同判決は、一審判決と比べて、「明快、かつ説得力に富むもの」⁽⁵⁰⁾であるとして高く評価されている。また、川上拓一元裁判官も、同判決について次のように評されている。「本判決で私がいちばん注目した点は、排除法則を正面に押し出して、これで判断するのだと言った点です。私はいぶん思い切った判断だなと思って

驚くと同時に、感銘を受けた点です。おそらく従来の実務ですと、こういう事案の場合には任意性の判断、要するに自白法則があるわけですから、実定法上にあるルールをまず適用して判断し、その上で判例によつて認められた法理を適用する。そうした思考過程を踏むことが多かったのではないかと思うのですが、あえてそういう方法をとらなかった。それが本判決の持つ意義の一つではないかと思っています⁽⁵¹⁾」。

(B) 違法収集証拠排除法則と自白法則の適用順序

(一) それでは、排除法則を自由に適用する場合、排除法則と自白法則のどちらを先に適用すべきであろうか。結論を先に述べると、排除法則を先に適用するのが妥当であるように思われる。

たしかに、これまで多くの論者が指摘してきたように、排除法則は明文の根拠を有していないのに対し自白法則は明文の根拠を有しているのであるから、明文の根拠を有している自白法則のほうを先に適用するのが素直であるようにも解しうる⁽⁵²⁾。また、判例によれば任意性に疑いのある自白は刑法法三一九条一項だけでなく憲法三八条二項にも違反することになるとされていることから自白法則は憲法問題であるのに対し、排除法則は五三年判決によれば刑法法の解釈の問題であるという位置づけとなっていることに鑑み、「より上位の憲法問題である任意性から判断すべき⁽⁵⁴⁾」であるとする見解にも一理あるように思われる⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾。

しかし、小林元裁判官が指摘されているように、自白の収集過程に重大な違法があり、このことを理由に直ちに自白の証拠能力を否定すべきであるような場合においてもなお、とりあえずまずは自白の任意性の判断を行うべきというのは、いささか迂遠であるように思われる⁽⁵⁷⁾。また、ロザール事件控訴審判決も述べているように、自白法則と排除法則はそれぞれ「根拠が異なるものであり、一方の判断が他方の判断を前提とするものではないから、論理的にどちらが先で

なければならぬというものではない」ように思われる。⁽⁵⁸⁾さらに、違法な手続によって得られた自白だけでなく違法な取調べによって得られた自白についても排除法則を適用すべきと解する本稿のような立場にたつ場合には、いっそう排除法則を先に適用したほうが自白の証拠能力の判断方法として妥当かつ簡明であると思われる。⁽⁵⁹⁾なぜか。自白の証拠能力を、自白法則によって判断するにせよ、排除法則によって判断するにせよ、その判断の前提となるのは当該自白の収集過程の解明である。そして、違法な手続によって得られた自白だけでなく違法な取調べによって得られた自白についても排除法則を適用すべきと解する立場にたてば、自白の収集過程の解明の結果、そこに違法と評価すべき事実が存在することが判明したのであれば、その違法が手続上の違法であるか取調べ方法の違法であるかを問わず、その時点で自白を排除することが可能である。⁽⁶⁰⁾にもかかわらず、あえて排除法則の適用を後回しにし、まずは自白の任意性の判断を行わなければならないというは、あまりにも不合理と解されるからである。

(二) 以上の諸点に加えて、自白法則と排除法則の適用順序を考える上では、自白法則を先に適用することによって生じうる弊害についても考慮する必要があるように思われる。自白法則を先に適用する場合、排除法則が適用されるのは、自白の任意性が肯定された場合に限定されることになる。すなわち、排除法則の適用による自白排除の可否の判断は、問題となった手続や取調べが必ずしも不任意自白を誘発するようなものではなかった(要するに、被疑者の供述の自由を侵害するようなものではなかった)という評価を経た上で行われることになるのである。懸念されるのは、このような評価が、排除法則の適用の場面における手続や取調べの違法性の判断に影響を及ぼし、その結果、排除法則の適用による証拠排除が抑制的になりはしないかである。たしかに、自白の任意性判断の場面においては手続や取調べの違法性が被疑者の供述の自由に影響を及ぼしたか否かが問題となるのに対し、排除法則による自白排除の可否の判断の場面では客観的にみて当該手続や取調べに違法が存在したか否かが問題となるのであるから、上記の懸念は杞憂であるとの

見方もありえよう。しかし、過去の判例を振り返ってみると、上記の懸念は決して杞憂ではないように思われる。なぜなら、取調べの方法等に大きな問題点があったことを指摘しつつも、被疑者が任意にそれに応じていたことなどを理由に、全体として手続に違法は存しないとの判断に達した判例が現に存在しているからである。

そのような判例の典型例が、最決昭五九（一九八四）・二・二九刑集三八卷三号四七九頁（高輪グリーンマンション事件）（72）と最決平一（一九八九）・七・四刑集四三卷七号五八一頁（平塚ウェイトレス殺し事件）（68）である。前者は、四夜にわたって行われた宿泊を伴う任意取調べについて、「[本件の]諸事情に徴すると、被告人は、捜査官の意向にそうように、右のような宿泊を伴う連日にわたる長時間の取調べに応じざるを得ない状況に置かれていたものとみられる一面もあり、その期間も長く、任意取調べの方法として必ずしも妥当なものであったとはいえない」としつつも、「取調べにせよ宿泊にせよ、結局、被告人がその意思によりこれを容認し応じていたものと認められる」とした上で、「被告人に対する……取調べは、宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とはいえないところがあるものの、被告人が任意に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があつたものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかつたものというべく、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであつたとまでは断じ難い」とし、後者は、午後一時に任意同行した被疑者に対して一睡もさせずに翌午後九時まで約二二時間にわたって行われた任意取調べについて、「本件任意取調べは、被告人に一睡もさせずに徹夜で行われ、更に被告人が一応の自白をした後もほぼ半日にわたり継続してなされたものであつて、一般的に、このような長時間にわたる被疑者に対する取調べは、たとえ任意捜査としてなされるものであつても、被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与えるものであるから、特段の事情がない限り、容易にこれを是認できるものではない」としつつも、「被告人から進んで取調べを願う旨の承諾を得ていた」こと、「取

調べを通じて、被告人が取調べを拒否して帰宅しようとしたり、休息させてほしいと申し出た形跡」がないことなどを指摘し、そのうえで、「本件事案の性質、重大性を総合勘案すると、本件取調べは、社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものであつたとまでは断ずることがで「ない」としてしているのである。

この二つの判例から読み取れるのは、たとえ捜査機関が、「任意取調べの方法として必ずしも妥当なものであつたとはいいいない」(【72】)、あるいは、「被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与える」(【68】) ような取調べを行ったとしても、被疑者の意思(ここでは、取調べに応じるかどうかの意思が問題とされているが、これは供述をすることがどうかの意思、すなわち自白の任意性にも大きく関わってくるものである) 次第では、そのような取調べが適法なものとして許容される余地がありうるという理解である。すなわち、この二つの判例においては、被疑者の取調べに応じる意思の存在が、人権抑圧的で供述の自由を危険に晒しかねない問題をはらんだ取調べを正当化する機能を果たしているのである。このような考え方を推し進めていけば、いかに問題をはらんだ取調べであつても、被疑者の意思次第では許容されてしまうことにもなりかねない。そして、このことは、自白の任意性の判断と取調べの違法性の判断とが連動しうることを意味し、ひいては、自白法則とは別に排除法則を適用することの意義(すなわち、競合説にたつことそれ自体の意義) が大きく損なわれかねないことを意味しているように思われる。

捜査手段の違法性の問題と自白の任意性の問題を区別し両者に光を当てることができるといふ競合説の真価を最大限發揮させるためには、自白の任意性の判断とは区別する形で、捜査手段それ自体が客観的にみて違法なものであるかどうか判断されなければならない。そして、そのような判断を実現するには、自白法則よりも排除法則を先に適用することが必要なのである。⁽⁶³⁾

三 違法と自白との間の因果関係の要否

(A) はじめに

(一) 排除法則を自白に適用する場合、違法な手続や取調べと自白との間の因果関係の要否も問題となる。これまでの学説の議論をみると、自白の任意性に関連して違法な取調べと自白との間の因果関係の要否の問題については少なくとも議論が展開されてきたが、その一方で、排除法則を適用する際に問題となる違法と自白との間の因果関係の要否については、必ずしも十分な議論がなされてこなかったように思われる。⁽⁶⁵⁾

(二) ところで、手続や取調べ方法の違法と自白との間の因果関係の要否について検討するに際しては、一口に因果関係といっても、そこには、①違法な捜査手段が被疑者の心理に影響を及ぼしその結果（要するに、被疑者が違法な捜査手段によって自白をせざるを得ない状況に追い込まれた結果）自白が獲得されたという意味での因果関係（以下、便宜上、「心理的因果関係」という）と、②違法な捜査手段と自白の獲得手続とが関連性を有するものであるという意味での因果関係（以下、便宜上、「客観的因果関係」という）という、性質を異にする二通りの因果関係のとらえ方が存在することに注意する必要があるように思われる。⁽⁶⁶⁾

そこで以下では、手続や取調べ方法の違法と自白との間の因果関係の要否について、「心理的因果関係」と「客観的因果関係」とに分けて、それぞれ検討を加えていくこととしたい。

(B) 心理的因果関係の要否

(一) まず、「心理的因果関係」の要否についてである。学説の中には、競合説にたちつつ、排除法則によって自白を

排除すべきか否かの判断においては、違法と自白との間の「心理的因果関係」の存否が重要な要素となることを指摘する見解もみられる。⁽⁶⁷⁾しかし、結論から先に述べると、排除法則を自白に適用することと「心理的因果関係」を必要とする立場にたつこととは背理の関係にあり、「心理的因果関係」は不要であると解さなければならぬ。⁽⁶⁸⁾

(二) 排除法則に自白を適用することと「心理的因果関係」を必要とする立場にたつこととは、なぜ背理の関係にあるのか。排除法則を自白に適用しつつ、「心理的因果関係」を必要と解することは、どのようなことを意味するのか。これらの問いに明確な解答を与えるのが、違法排除説にたつことも排除法則を適用することも否定し自白の証拠能力は任意性説にたつてその観点からのみ判断すべきとの立場(任意性Ⅰ説)にたたれる大野恒太郎元検察官の論文の中の次の一節である。

「法が自白法則の適用を任意性の疑いの有無にかからしめている理由は、供述証拠である自白の場合においては、証拠採取手続と採取された証拠とが直結する証拠物の場合と異なり、自白の採取に関連する手段には取調べから身柄の拘束その他の手続に至るまでさまざまなものがあるうえ、これらの手段と自白との間には自白をするか否かやその内容に係る供述者の意思決定が介在している構造的特性を有することから、自白排除の要件として、違法または不法な手段により右の意思決定の自由が侵害された結果自白がなされた疑いがあるという意味における因果関係の存在を要求したものと解される」⁽⁶⁹⁾。

ここから明らかなように、「心理的因果関係」と、自白の任意性とは、パラレルの関係にあるのである。そのため、違法と自白との間の「心理的因果関係」を必要とした場合、たとえ自白に排除法則を適用したとしても、そこで排除の対象となる自白は任意性に疑いの存在する自白に限定されることにならざるをえない。⁽⁷⁰⁾要するに、「心理的因果関係」を必要とすることは、自白に排除法則を適用することの意義それ自体が失われることを意味するのである。競合説にた

つ以上、「心理的因果関係」を必要とする立場にたつことはできないのである。

(C) 客観的因果関係の要否

(a) 問題の所在と従来の学説・判例

(一) 次に、「客観的因果関係」の要否についてであるが、違法な捜査手続とおよそ無関係に収集された自白であればその証拠能力が問題になることはないと解されるから、違法な手続の下で自白が得られたという意味(つまり、自白の収集過程に何らかの違法が存在したという意味)⁽⁷⁾での「因果関係」はどのような立場にたつにせよ必要と解されることになる。そうすると、ここでの問題の焦点は、排除法則を自白に適用するためには、違法と自白との間に、自白の収集過程に何らかの違法が存在したという意味での「因果関係」をこえる「因果関係」を必要と解するか否かということになる。

(二) ところで、違法と自白との間の因果関係の要否については、かつて、違法排除説にたつ論者の間で議論が展開されてきたところである。そこで、排除法則を適用する場合における違法と自白との間の因果関係の要否を検討するの⁽⁸⁾に先立って、まず手始めに、違法排除説にたつ論者の間で展開されてきた議論を振り返っておくことにしたい。

違法排除説にたつ論者の中で、違法と自白との間の因果関係は不要であるとの主張を展開されたのが違法排除説の提唱者でもある田宮裕博士である。田宮博士は、違法排除説を提唱するの⁽⁹⁾に際し、次のように述べて、違法と自白との間の因果関係が不要であることを(すなわち、自白の収集過程に何らかの違法が存在すればそれだけで当該自白を証拠排除の対象とすべきことを)、明確に打ち出されたのである。

憲法三八条二項は、「近代国家の文明的基準として、強制などを禁止した規定、したがってそれに違反してとられ

た証拠である自白を排除する規定とみるのが正しい。そうすると、『強制……による自白』というのは、『強制……のもとの自白』の意味にすぎず、強制がなければ自白しなかつたろうという因果関係（条件関係）は必要でなく、強制などを「と」自白との間に、プロセスとしての先後の関係があればよい⁽⁷³⁾。不当（違法）に長い抑留・拘禁による自白の証拠能力が問題となる「場合も、強制・拷問・脅迫による場合と問題の本質は変わらない。したがって、……違法に長い拘禁のもとにおける自白は、それだけで排除されるとしなければならない」⁽⁷⁴⁾。

「こういう批判があるかもしれない。捜索・押収の場合には、違法行為によつて証拠がとられている。違法性が証拠収集の直接の原因だ。ところが、自白の場合は、採取の長い過程の一点に、違法行為が介在しているだけで、違法行為があつたために、自白がえられたという、違法行為と証拠との関連Ⅱ因果関係がはつきりしない。なるほど、違法収集証拠の理論が、証拠の直接的な採取行為だけを規制しようとするだけのものなら、自白の場合は、任意性を侵害するということ（違法性）だけに注目すれば足りるかもしれない。しかし、違法収集証拠を排除するのは、証拠排除という方法で、訴訟上の違法行為を排斥し防圧する、つまり、手続における合法性（デュー・プロセスを中心とする）を維持する手段なのだ。したがって、自白採取の直接の原因でなくとも、採取の過程での違法を、自白排除で防圧できると思われるときは、この手段を使ってすこしもおかしくない。こう考えてみると、捜索・押収の場合と、問題の本質は、すこしも変わらないだろう」⁽⁷⁵⁾。

その後も、田宮博士は、違法と自白との間の因果関係が不要であることを一貫して主張された⁽⁷⁶⁾。

これに対し、違法と自白との間の因果関係を必要とする立場にたれたのが鈴木茂嗣教授である。鈴木教授は次のように主張されている。すなわち、違法と自白との間に必要とされる因果関係の「範囲ないし程度は、具体的には違法排除の根拠及び目的との関係で決せられねばならないが、おそらく、条件関係よりは若干限定されるが相当因果関係ほど

には類型化されない因果関係ということになる⁽⁷⁷⁾。また、石川才顕教授も、次のように因果関係が必要であることを主張された。すなわち、「自白の排除法則は、自白とそれに先行する自白採取手続の違法性との間に因果関係が存在する場合でなければ適用されない⁽⁷⁸⁾」。「強制などによる違法な自白採取手続や不当に長い抑留などによる自白採取手続と当該自白とが同一の誘因者の手続上にあらわれるときには、この「因果関係を不要とする」筆者注」論理には直截的な説得力を認めうるが、判例にいう間接強制の場合、つまり違法な自白採取手続と当該自白とが別異の手続上にあらわれる場合には、因果関係の存否を論定する必要は違法排除説においても認められなければならない⁽⁷⁹⁾。

このように、違法と自白との間の因果関係の要否については争いがあるものの、今日、違法排除説というと、違法と自白との間の因果関係を不要とする見解、すなわち、自白の収集過程に何らかの違法が存在すればそれだけで当該自白を証拠排除の対象とすべきとする見解として紹介されるのが一般的である⁽⁸⁰⁾。

(二) それでは、排除法則を自白に適用する場合にも、違法排除説(田宮説)と同じように、因果関係を不要と解すること、すなわち、自白の収集過程に何らかの違法が存在すればそれだけで当該自白に排除法則を適用しようと解することはできるであろうか。

この点について、学説においては、違法と自白との間の因果関係を必要とすべきとする見解は見当たらず、自白に排除法則を適用する際には、違法と自白との間の因果関係について具体的に検討する必要はないということが当然視されているかのような状況にある⁽⁸¹⁾。また、競合説にたつないしは親和的と解される過去の判例をみても、排除法則によつて自白の証拠能力を判断する過程において、手続の違法と自白との間の因果関係について具体的に検討を加えたものは見当たらない。このようにみえてくると、学説・判例は、排除法則を自白に適用する場合、違法と自白との間の因果関係を不要とする立場、すなわち、自白の収集過程に何らかの違法が存在すればそれだけで当該自白を証拠排除の対象とすべ

きとする立場で固まっているとみることも不可能ではないように思われる。もつとも、このように解した場合に問題となるのが、排除法則に関する従来の最高裁の立場との整合性であろう。なぜなら、最高裁は、違法な手続によって収集された証拠物を排除法則によって排除する場合には、違法と証拠物との間に因果関係が存在しなければならぬとの立場を一貫して維持しているうえ、そこでの因果関係は、証拠物の収集過程に何らかの違法が存在すれば足りるというのではなく、より絞り込みがかけられたものとなっているからである⁽⁸²⁾。このような最高裁の立場を前提とするならば、違法と自白との間の因果関係を不要とし、自白の収集過程に何らかの違法が存在すればそれだけで当該自白を証拠排除の対象とすべきとする立場はとりえないことになるう。

しかし、以下にみるように、これまでの最高裁の判断の具体的内容に即して考えてみると、かりに違法と自白との間の因果関係を必要とする立場にたつたとしても、自白に排除法則を適用する場合には、自白の収集過程の違法と当該自白との間の因果関係が否定されるケースはほとんど生じえないのではないかと解される。

(b) 客観的因果関係の要否——判例理論を参考に

(一) 周知のように、違法と証拠物との間の因果関係に関するリーディング・ケースともいえるべき判例が、最判昭六一(一九八六)・四・二五刑集四〇巻三号二二五頁⁽⁸⁴⁾(以下、六一年判決)である。

六一年判決は、警察官が無断で被告人宅に立ち入り、寝室で寝ていた被告人を起こして同意を得ないまま警察署に連行した上、被告人の退去の申し出に応じずにそのまま被告人を警察署に留め置き、その留め置きの間に被告人から任意に提出を受けた尿の鑑定書の証拠能力が争われた事案である。同判決は、結論としては尿の鑑定書の証拠能力を肯定したものの、その過程で、手続の違法と証拠物との間の因果関係について次のような注目すべき判断を示した。

「本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、

被告人に対する覺せい刑事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手続が違法であると認められる場合でも、それをもつて直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められるときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである（最高裁昭和五一年（あ）第八六五号同五三年九月七日第一小法廷判決・刑集三二巻六号一六七二頁「五三年判決―筆者注」参照）。以上の見地から本件をみると、採尿手続前に行われた前記一連の手続には、被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、被告人宅からの任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、被告人の退去の申し出に応ぜず警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない。しかし、被告人宅への立ち入りに際し警察官は当初から無断で入る意図はなく、玄関先で声をかけるなど被告人の承諾を求める行為に出ていること、任意同行に際して警察官により何ら有形力は行使されておらず、途中で警察官と気付いた後も被告人は異議を述べることなく同行に応じていること、警察官において被告人の受験の申し出に応答しなかったことはあるものの、それ以上に警察署に留まることを強要するような言動はしていないこと、さらに、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づき行われていることなどの事情が認められるのであつて、これらの点に徴すると、本件採尿手続の帶有する違法の程度は、いまだ重大であるとはいえず、本件尿の鑑定書を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないから、本件尿

の鑑定書の証拠能力は否定されるべきではない」。

(二) 六一年判決は、先行する違法な手続（以下、「先行手続」と、それだけをみれば必ずしも違法とは認められな
い後行する証拠収集手続（以下、「後行手続」との間に、「同一目的」、「直接利用」の関係が認められれば、先行手続
の違法が後行手続に引き継がれ、後行手続によって収集された証拠が排除法則による証拠排除の対象になりうることを
明らかにしたものである⁽⁸⁵⁾。このような判断の根底には、「ある事件に対する捜査手続は、互いに関連性を持った複数の
手続の積み重ねである。そのため、ある違法な手続によってもたらされた状態や、それによって獲得された情報に基づ
いて、更なる手続が行われ、その結果、一定の証拠が発見されるということがおきる⁽⁸⁶⁾」という捜査の実情を踏まえ、先
行手続と後行手続を「一連のものとしてみることができる場合には一体としての違法判断をすべきである⁽⁸⁷⁾」という問題
意識が存在するものといえよう。

ところで、六一年判決は、後行手続によって収集された証拠物の証拠能力を判断するのに際し、先行手続の違法が後
行手続に引き継がれるか否かを検討するという方法（いわゆる「違法の承継論⁽⁸⁸⁾」を採用している。ただ、結局のところ、
そこで問われているのは、先行手続の違法が後行手続に引き継がれるか否かそれ自体というよりも、先行手続の違法が
後行手続によって収集された証拠物に引き継がれその証拠能力に影響を及ぼすか否か、要するに、先行手続の違法と証
拠と間の因果関係の存否であるものと解される⁽⁸⁹⁾。つまり、川出敏裕教授がいわれるように、「最終的に獲得された証拠
の証拠能力を判断するためには直接の証拠獲得手続が先行手続の違法性を承継するか否かを論じる必要はない。端的に、
当該違法行為と因果関係を有する証拠が、どのような場合に、その証拠能力を否定されるのかを検討すればよい⁽⁹⁰⁾」とい
うことになるのではなからうか⁽⁹¹⁾。

また、六一年判決をめぐっては、同判決のいう「同一目的」と「直接利用」の意味も問題となる。この点について、

同判決の調査官解説では、前者については、「さほど厳格に解する必要はなく、抽象的に犯罪捜査のためあるいは証拠収集のためといった程度で足りるのではないか」という理解が、後者については、「先行手続によってもたらされた事実状態を利用してあるいはその影響がある下で、という意味に解してよいのではなからうか」という理解が示されていた。⁽⁹²⁾ 実際、六一年判決以降の判例においても、「同一目的」と「直接利用」はかなり緩やかな解釈がなされてきていることがうかがえる。⁽⁹³⁾ さらに、その後、調査官解説においては、六一年判決および同判決以降の判例における「同一目的」、「直接利用」の位置づけについて、「判例……は、『同一目的』、『直接利用』があることを前提として、後行手続が先行手続の違法の影響を受けて違法と評価されるとしたにとどまり、後行手続が先行手続の影響を受ける場合を『同一目的』、『直接利用』の双方が満たされる場合に限定したものではないと解される。それゆえ、『同一目的』、『直接利用』のいずれかが欠け、利用関係の直接性が乏しくても、先行手続の違法の程度が重大である場合には、後行手続が先行手続の違法の影響を受けて違法と評価されることは妨げられない」といった分析もなされているところである。⁽⁹⁴⁾ そうすると、六一年判決のいう「同一目的」、「直接利用」は、手続の違法と証拠との間の因果関係が認められるための絶対的な要件ではなく因果関係が認められるための一つの判断要素として位置づけられることになる。⁽⁹⁵⁾ 要するに、「同一目的」、「直接利用」は、違法な手続と証拠との間の「因果関係の判断の中に解消する」ことになるのである。⁽⁹⁷⁾ このことは、最高裁が排除法則の適用によって証拠排除を認めた初めてのケースである最判平一五（二〇〇三）・二・一四刑集五七巻二号一二二頁（以下、一五年判決）が、先行手続（窃盗による違法逮捕）と後行手続（違法逮捕後の尿の任意提出）とが「同一目的」の關係にあったとは認めがたい事案であったにもかかわらず、先行手続（違法逮捕）と後行手続によって得られた証拠物（上記尿の鑑定書）との間の因果關係（一五年判決は「密接に関連する証拠」という表現を用いている）を認め、上記証拠物の証拠排除に踏み切っていることからも根拠づけることができるのではなからうか。⁽¹⁰¹⁾

以上を総合すると、違法と証拠物との間の因果関係をめぐる最高裁判例の立場は次のようにまとめることができるように思われる。先行手続と後行手続との間に「同一目的」、「直接利用」の関係を認めることができるか否かなどを検討し、先行手続と後行手続との間に密接な「関連」を認めることができる場合には、先行手続の違法は後行手続に引き継がれること、つまりは、先行手続の違法と後行手続によって得られた証拠との間の因果関係が肯定され、後行手続によって得られた証拠は排除法則による証拠排除の対象となりうる。

(三) 以上に見てきたところを踏まえて、自白という証拠の収集手続である被疑者取調べの実態について考えてみると、被疑者取調べは、たとえ自白が収集された取調べだけをみれば違法が存在しないとしても、その先行手続に違法が存在する場合には、先行手続の違法と自白との間の因果関係を肯定しうる性質を有しているといえるように思われる。

まず、違法な先行手続が「違法な取調べ」である場合、先行手続と後行手続は、いずれも被疑者から自白を得るために行われているという点において、「同一目的」の関係を認めることができることは論をまたないであろう。また、被疑者の取調べは、被疑者の前の供述を受けて、その成果を足がかりに後の取調べが行われるという性質を有するものであることに加え、取調べごとに供述調書を作成せずに数回の取調べで得られた供述をまとめて一通の調書に録取することが認められていることなども考慮すれば、「直接利用」の關係についても優に認めることができるのではなかろうか。⁽¹⁰⁶⁾

また、違法な先行手続が「違法な手続」である場合、たとえば、ロザール事件のように、違法な任意取調べがなされたような場合についても、被疑者を取り調べる目的で、ホテル等へ宿泊させるなどの違法な留め置きがなされ、その状態をまさに直接的に利用する形で取調べが行われるのであるから、先行手続と後行手続との間の「同一目的」、「直接利用」といった関係は、容易に認めることができるのではなかろうか。⁽¹⁰⁶⁾ 別件逮捕・勾留など違法な身体拘束が問題となる場合についても、同様に解することができよう。なぜなら、被疑者を取り調べる目的で違法な身体拘束がなされ、その

ような身体拘束状態や、逮捕・勾留によって生じる「取調べ受忍義務」を利用して取調べを行う点で、「同一目的」、「直接利用」といった関係を認めることができる⁽¹⁰⁷⁾と解されるからである。

(c) 五八年判決伊藤正己補足意見の示唆

(一)この点に関連して改めて注目すべきと思われるのが、最判昭五八(一九八三)・七・一二刑集三七卷六号七九一頁⁽¹⁰⁸⁾(以下、五八年判決)に付された伊藤正己裁判官の補足意見である。五八年判決においては、まさに違法な先行手続とそれに引き続く後行手続によって得られた自白との間の因果関係が問題となり、伊藤補足意見は、そのような場合における違法と自白との間の因果関係の判断方法について説示したものであるが、そこで述べられている内容からは、違法と自白との間の因果関係について先に述べたところと軌を一にする思考をみてとることができるからである。

五八年判決の法廷意見は、別件(住居侵入事件)による逮捕中に得られた本件(放火事件)の自白に基づいてなされた本件にかかる勾留請求をうけて実施された勾留質問において作成された被告人の自白を含む勾留質問調書、および、本件勾留中に消防指令補による消防法三二条一項に基づく質問調査によって作成された被告人の自白を含む質問調書の証拠能力が争われた事案について、「勾留質問は、捜査官とは別個独立の機関である裁判官によって行われ、しかも、右手続は、勾留の理由及び必要の有無の審査に慎重を期する目的で、被疑者に対し被疑事件を告げこれに対する自由な弁解の機会を与え、もつて被疑者の権利保護に資するものであるから、違法な別件逮捕中における自白を資料として本件について逮捕状が発付され、これによる逮捕中に本件についての勾留請求が行われるなど、勾留請求に先き立つ捜査手続に違法のある場合でも、被疑者に対する勾留質問を違法とすべき理由はなく、他に特段の事情のない限り、右質問に対する被疑者の陳述を録取した調書の証拠能力を否定すべきものではない」、「消防法三二条一項による質問調査は、捜査官とは別個独立の機関である消防署長等によって行われ、しかも消防に関する資料収集という犯罪捜査とは異なる

目的で行われるものであるから、違法な別件逮捕中における自白を資料として本件について勾留状が発付され、これによる勾留中に被疑者に対し右質問調査が行われた場合でも、その質問を違法とすべき理由はなく、消防職員が捜査機関による捜査の違法を知つてこれに協力するなど特段の事情のない限り、右質問に対する被疑者の供述を録取した調書の証拠能力を否定すべきものではない」として、いずれについてもその証拠能力を認めたものであるが、これに伊藤正己裁判官は次のような補足意見を付している。

「ところで、このような（本件において証拠能力が争われた裁判官の勾留質問調書および消防職員の質問調書のような―筆者注）違法収集証拠（第一次的証拠）そのものではなく、これに基づいて発展した捜査段階において更に収集された二次的証拠が、いわゆる『毒樹の実』として、いかなる限度で第一次的証拠と同様に排除されるかについては、それが単に違法に収集された第一次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということのみをもつて一律に排除すべきではなく、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された二次的証拠の重要さの程度、第一次的証拠と二次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべきものである。本件現住建造物等放火罪を理由とする逮捕、勾留中における、捜査官に対してされた同罪に関する被告人の自白のように、第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関による二次的収集証拠の場合には、特段の事情のない限り、第一次的証拠収集の違法は二次的証拠収集の違法につながるといふべきであり、二次的証拠を第一次的証拠と同様、捜査官に有する証拠として利用することを禁止するのは、将来における同種の違法捜査の抑止と司法の廉潔性の保持という目的に合致するものであつて、刑事司法における実体的真実の発見の重要性を考慮にいれるとしても、なお妥当な措置であると思われる。したがつて、第一審判決及び原判決が、その適法に認定した事実関係のもとにおいて、捜査官に対する被告人の各供述調書の証拠能力を否定したことは適切なものと考えられる。

しかしながら、本件勾留質問は、裁判官が、捜査に対する司法的抑制の見地から、捜査機関とは別個の独立した職責に基づいて、受動的に聴取を行つたものであり、またこれに対する被告人の陳述も任意にされたと認められるのであるから、その手続自体が適法であることはもとより、この手続に捜査官が支配力を及ぼしたとみるべき余地はなく、第一次的証拠との関連性も希薄であつて、この勾留質問書を証拠として許容することによつて、将来本件と同種の違法捜査の抑止が無力になるとか、司法の廉潔性が害されるとかいう非難は生じないと思われる。(なお、ここにもいわゆる自白の反覆がみられるのであるが、一般に、第二次的証拠たる自白が第一次的証拠たる自白の反覆の外形をもつ場合に、第一次的証拠に任意性を疑うべき事情のあるときは、証拠収集機関の異同にかかわらず、第二次的証拠についてもその影響が及ぶものとみて任意性を疑うべきであるとしても、本件において、第一次的証拠につき、その収集が違法とされ、これが排除されたのは、前記のとおり、任意性には必ずしも影響を及ぼさない理由によるものであるから、単に自白反覆の故をもつて、直ちに第二次的証拠を排除すべきものとすることは適切でない。)

また、消防機関は、捜査機関とは独立した機関であり、その行ふ質問調査は、効果的な火災の予防や警戒体制を確立するなど消防活動に必要な資料を得るために火災の原因、損害の程度を明らかにする独自の行政調査であつて、犯人を発見保全するための犯罪の捜査ではないから、消防機関が右行政目的で行つた質問調査が、捜査機関によつて違法に収集された第一次的証拠を資料として発付された逮捕状、勾留状による被疑者の身柄拘束中に、当該被疑者に対して行われたとしても、そこに捜査と一体視しうるほどの密接な関連性を認めて、その質問に対する任意の供述の証拠能力を否定すべきものとする必然性のないことは、裁判官による勾留質問の場合と同様である。もとより、捜査機関が、その捜査の違法を糊塗するためにとくに消防機関に依頼し、これに基づき、消防官が、捜査官においてすでに違法に収集した証拠を読み聞かせるなどして質問をし、これに沿うようその供述を誘導して録取するなど、消防機関

の質問調査を捜査機関による取調べ又は供述録取と同一視すべき事情があるときは、その調書の証拠能力を否定することが相当とされる。しかし、本件においては、そのような事情があるとはいえない。

以上のように右勾留質問調書及び消防官調書は第一次的証拠との関連の程度が希薄であることに加え、本件の事案も重大であり、右各調書は証拠としても重要であること等を総合考慮すれば、これらの証拠能力を否定することは、違法収集証拠の排除の目的を越えるものであるというべきであるから、これらの調書を裁判の資料とした措置には、所論の違法があるものとはいえない」。

(二) 伊藤補足意見は、周知のように、「違法収集証拠(第一次的証拠)そのものではなく、これに基づいて発展した捜査段階において更に収集された第二次的証拠が、いわゆる『毒樹の実』として、いかなる限度で第一次的証拠と同様に排除されるかについては、それが単に違法に収集された第一次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということのみをもつて一律に排除すべきではなく、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第二次的証拠の重要さの程度、第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべきものである」という説示が、いわゆる「毒樹の果実論」⁽¹¹⁾に基づくものであるとして注目を集めてきたものである。

(三) ところで、日本においては、「毒樹の果実論」について、違法に収集された第一次的証拠(毒樹)に基づいて収集された第二次的証拠(果実)を排除する理論であるとの理解が一般的であり、伊藤補足意見もその説示をみる限りそのような立場にたっているように解される。もともと、なぜ第一次的証拠を排除する場合には、第一次的証拠だけでなく、それに基づいて収集された第二次的証拠をも排除しなければならないのかということ突き詰めていけば、ここでの本質的な問題は、第二次的証拠が違法に収集された第一次的証拠に基づいて収集されたという点ではなく、第二次的証拠も「第一次証拠を介して当初の違法行為と因果関係を有しており、その意味で、違法行為に基づいて獲得された

証拠であるがゆえに、それを排除の対象とする必要がある⁽¹²⁾」という点にこそある。そうであるとすれば、結局のところ、ここで問われている問題も、先にみた六一年判決などと同じく、先行手続の違法が後行手続によって収集された証拠に引き継がれる否か、要するに、違法と証拠との間の因果関係の問題ととらえることができるものといえよう⁽¹³⁾。そして、第二次的証拠が排除される範囲を限定化する論理として展開されてきた「独立入手源の法理」⁽¹⁴⁾、「希釈法理」⁽¹⁵⁾、「不可避免的発見の法理」⁽¹⁷⁾も、いずれも、先行手続の違法と後行手続によって収集された証拠との間の因果関係が遮断されたと評価できる場合には、当該証拠を証拠排除の対象から除外されるという思考に基づくものと解することができるように思われる。

そして、このような理解にたつたときにとりわけ注目されるのが、伊藤補足意見が、勾留質問調書と消防官調書については、「第一次的証拠との関連の程度が希薄であることに加え、本件の事案も重大であり、右各調書は証拠としても重要であること等を総合考慮すれば、これらの証拠能力を否定することは、違法収集証拠の排除の目的を越える」などとしていづれも排除を否定する一方で、「第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関による第二次的収集証拠」については、「本件現住建造物等放火罪を理由とする逮捕、勾留中における、捜査官に対してされた同罪に関する被告人の自白のように、第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関による第二次的収集証拠の場合には、特段の事情のない限り、第一次的証拠収集の違法は第二次的証拠収集の違法につながるというべきであり、第二次的証拠を第一次的証拠と同様、捜査官に有利な証拠として利用することを禁止するのは、将来における同種の違法捜査の抑止と司法の廉潔性の保持という目的に合致するものであつて、刑事司法における実体的真実の発見の重要性を考慮にいれるとしても、なお妥当な措置であると思われる」としている点である。なぜなら、この説示は、勾留質問調書と消防官調書については、「独立入手源の法理」や「希釈法理」⁽¹⁶⁾を援用し、「第一次的証拠との関連の程度が希

薄である」という理由で、すなわち、第一次的証拠との間の因果関係が遮断されたことを理由にいずれも証拠排除を否定する一方で、「第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関」によって収集された第二次的証拠については、「独立入手源の法理」や「希釈法理」などを考慮してもなお、「特段の事情のない限り」(すなわち、原則として)、第一次証拠との間の因果関係を認めて証拠排除すべき方向性を打ち出したものとも解しうるからである。

(四) もっとも、問題は、「特段の事情のない限り」にいう「特段の事情」が何を意味するのかであろう。なぜなら、「特段の事情」の解釈しだいでは、「第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関」によって収集された第二次的証拠であっても、証拠排除される範囲が限定的となる可能性も否定できないからである。しかし、このような懸念が現実化する可能性は必ずしも高くはないであろう。まず、先にみたように、伊藤補足意見は、「独立入手源の法理」や「希釈法理」などを考慮してもなお「第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関」によって収集された第二次的証拠については、第一次的証拠の違法との間の因果関係、すなわち、第一次的証拠の収集過程の違法と第二次的証拠との間の因果関係(突き詰めれば、違法と自白との間の因果関係)を、「特段の事情のない限り」認めて証拠排除すべきという立場にたつものであることはその文理上明らかである。とすれば、「特段の事情」は、そもそもその射程を広くとらえることではない。また、これも先にみたように、五八年判決で問われている問題は、六一年判決などと同じく、先行手続の違法が後行手続によって収集された証拠に引き継がれる否か、要するに、違法と証拠との間の因果関係の問題ととらえることができるものである。だとすれば、伊藤補足意見が示した、第一次的証拠の(収集過程の)違法と第二次的証拠との間の因果関係の判断基準となる、第二次的証拠が「第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関」によって得られたものであるか否かの判断は、六一年判決などと同じく、第一次的証拠の収集過程と第二次的証拠とが「同一目的」、「直接利用」の関係にあったか否かなどを検討して、第一次

的証拠の収集過程の違法と第二次的証拠との間に密接な「関連」を認めうるか否かを判断を通じて行われることになるものと解するのが合理的であろう。そして、これも先にみたように、そもそも「同一目的」にしても「直接利用」にしてもそれほど厳格に要求されているものではないと解されていることに加えて、先行手続の違法がおよそ後行手続に引き継がれる性質を有している自白の収集手続の実態に鑑みるならば、⁽¹²⁾「特段の事情」によって、第一次的証拠の収集過程の違法と第二次的証拠との間の因果関係（突き詰めれば、違法と自白との間の因果関係）が否定されることはほとんどないとみて差し支えないのではなからうか。⁽¹²⁾

(d) まとめ

(一) 自白の収集過程に何らかの違法が存在したとしても、それが自白の収集と無関係である場合には自白の証拠能力の問題は生じえない。このことに加えて、排除法則に関する判例との整合性を考慮すると、自白の収集過程に何らかの違法が存在すればそれだけで当該自白に排除法則を適用しようと解することには無理があるといわざるをえない。その意味で、違法と自白との間の因果関係は必要ということになろう。もともと、以上にみてきたところから明らかなように、違法と自白との間の因果関係を必要とする立場にたつたとしても、六一年判決をはじめとする違法と証拠物との間の因果関係に関する判例に即して考えてみると、自白に排除法則を適用する場合には、違法と自白との間の因果関係が否定されるケースはほとんど生じえないものと解される。そして、このことは、五八年判決の伊藤補足意見からも裏付けることができる。

(二) 結果として、自白に排除法則を適用する場合における違法と自白との間の因果関係に関する判断の帰結は、自白の収集過程に何らかの違法が存在すれば当該自白は証拠排除の対象になりうるとする違法排除説（田宮説）の帰結とほとんど一致することになるものと思われる。⁽¹²⁾

四 違法収集自白の排除基準

(A) 問題の所在と従来判例・学説

(一) 排除法則を自白に適用する場合の最大の問題が、証拠排除の基準である。具体的には、自白に排除法則を適用する場合、そこでの証拠排除の基準は、証拠物の排除基準と同じでよいのが問題となる。

ところで、五三年判決は証拠物の排除基準について、次のように判示している。

「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑事訴訟法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑事法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑事訴訟法は、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事実の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。』(同法一条)ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事実の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事実の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないといふべきである。しかし、他面において、事実の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法三五条が、憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑事訴訟法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けているこ

と、また、憲法三一条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」。

五三年判決によつて示された証拠物の排除基準（以下、五三年基準）は、①証拠物の収集手続に「令状主義の精神を没却するような重大な違法」があり、②「証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」場合に、当該証拠物を排除すべきというものである。この基準は、いわゆる「相対的排除説」に依拠したものであると解されている。⁽¹²³⁾「相対的排除説」とは、井上正仁教授によつて提唱された証拠排除の基準に関する考え方であり、違法に収集された証拠であるというだけで直ちに証拠排除するのではなく、「手続違反の程度、手続違反がなされた状況、手続違反の有意性、頻発性、手続違反と当該証拠獲得との因果関係の程度、証拠の重要性、事件の重大性」といった事情を考慮して、証拠排除の是非を判断すべきとする考え方である。⁽¹²⁴⁾なお、五三年判決は、証拠排除の是非を判断する上で考慮すべき事情について井上教授のように具体的に示しているわけではないが、実務上は、概ね井上教授が示されたのと同様の事情が考慮されているといわれている。⁽¹²⁵⁾

なお、五三年基準をめぐっては、上記①の基準と②の基準の関係が問題となる。この点については、①の基準と②の基準を競合的な関係にたつものにとらえる見解も有力に主張されてはきたものの、五三年判決の判示の文理などを根拠に、①の基準と②の基準を重疊的な関係にたつもの解する見解が多数を占めている。⁽¹²⁶⁾すなわち、たとえ①の基準をみたしたとしても、②の基準をみたさない場合には当該証拠の証拠能力は肯定されることになるかと解されているのである。もっとも、過去の（下級審）判例実務においては、①の基準をみたせば、ほぼ例外なく②の基準もみたすものと判断さ

れてきている⁽¹²⁹⁾ことに加え、最高裁が初めて排除法則を適用して証拠排除に踏み切った一五年判決においても、①の基準をみたすことを認めるのみで、②の基準については具体的な検討がなされることがなく証拠排除の結論が導かれていることに鑑みると、実際のところ、排除法則によって当該証拠の証拠能力が否定されるか否かは、①の基準をみたすか否か、すなわち、違法の重大性が認められるか否かが決定的な意味をもつことになる⁽¹³⁰⁾。

(二) ところで、自白に排除法則を適用する際の排除基準について、これまでの議論においては、証拠物の排除基準と同じ基準、つまりは、五三年基準と同じ基準を用いるべきとする見解が多数を占めてきた⁽¹³¹⁾。すなわち、「排除法則―筆者注」適用の要件としては、一応違法収集の証拠物と同一の基準が妥当するとしておきたい。すなわち、自白収集の手続に憲法や刑法の所期する基本原則を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合には、自白の証拠能力は否定されるべきである、と解するのである⁽¹³²⁾。「排除法則の違法に採取された自白への適用の要件としては、違法収集証拠の証拠物の場合と同一の基準が妥当すると考えてよい。その検討に当たっては、いわゆる相対的排除論の立場から、適正手続による基本的人権の保障と真相の究明・犯人の処罰という両側面をバランスよく考慮しつつ、捜査手続の違法と、証拠排除を要するほどの重大な違法という段階的な違法判断を行うことになる。そして、自白採取の手続に憲法や刑法の所期する基本原則を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法な捜査抑制の見地からして相当でないと認められる場合には、自白の証拠能力は否定される、と解するのである⁽¹³³⁾」「証拠排除法則一般の基準は、直接的には証拠物の収集手続が違法な場合を念頭に置いてのものであるが、証拠排除法則を自白に適用するに当たっても、同一に解してよいであろう。利益較量の立場に立つ相対的排除説の思考はこの場合にも妥当すると思われるし、また自白につき証拠排除法則が適用されるのが、自白の内容に関わりなく自白を得ること自体が違法な場合

であるとするならば、収集手続の違法が証拠の証明力に影響を及ぼさない証拠物の場合と同じに解されるからである」⁽¹³⁵⁾などと解されてきたのである。⁽¹³⁶⁾

その一方で、自白については、証拠物よりも緩やかな基準で排除すべきとする見解も有力に主張されてきたところである。たとえば、井上正仁教授は、「自白については、狭義の違法収集証拠の場合とは異なり、かなりにドラステイックな問題解決が可能であり、また、必要でもあるとも考えている」⁽¹³⁷⁾とされている。また、三井誠教授は、「捜査ないし取調べ手続に軽微ではない違法があるときは、その過程で得られた自白につき、証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除の法理に基づいて証拠能力が否定されることがある」⁽¹³⁸⁾とされている。さらに、大澤裕教授は、五三年基準を前提としつつも、「相対的排除の枠組みにおいて、どこまで証拠の排除を認めるべきかは、例えば、手続違反の頻発性によるところもあり、この点で、自白については、証拠物の場合よりも違法捜査抑止の必要性が大きいと考えるならば、より緩やかな排除を認める余地もあり得なくはない」⁽¹³⁹⁾とされている。⁽¹⁴⁰⁾

この点、自白に排除法則を適用したこれまでの判例は、多くは五三年基準と同様の基準によって自白の証拠能力を判断してきたように解されるが、ロザール事件控訴審判決のように五三年基準よりも緩やかな基準で自白を排除したものと解しうる判例も存在している。⁽¹⁴¹⁾⁽¹⁴²⁾

なお、違法排除説においては、田宮博士によって同説が提唱されて以来、伝統的に、自白の収集過程に違法が存在する場合には、直ちに当該自白を排除すべきという立場（自白の証拠能力を否定するためには必ずしも重大な違法は必要でないという立場）⁽¹⁴³⁾がとられてきている。⁽¹⁴⁴⁾

（B）違法収集自白の排除基準

(一) それでは、自白に排除法則を適用する場合においても、五三年基準と同じ基準によるべきであろうか。結論から先に述べると、自白に排除法則を適用する場合においては、五三年基準と同じ基準による必要はなく、また、よるべきではないと解する。

まず、五三年判決の判断内容に即してみるとき、排除法則を自白に適用する場合においても五三年基準と同じ基準によらなければならないという論理が必然的に導かれるわけではない。先にみたように、五三年基準は「相対的排除説」に依拠するものであるが、五三年判決は、その理由について、次のように判示している。「証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは……相当でない」。ここから明らかなように、五三年基準を支えているのは、収集手続の違法性によって変質をきたさない、つまり、証拠価値が減少しないという「証拠物の証拠としての特性」なのである。しかし、先にも述べたように、自白の証拠としての特性は証拠物のそれとは大きく異なるものである。自白は、周囲の影響を多分に受けて形成される人間の意思ないし精神作用によって生み出される供述証拠である。すなわち、供述証拠である自白は、その収集手続の影響を受けうるデリケートな証拠であり、証拠物とは異なり手続の違法によってその証拠価値に変質をきたしうる特性を有する証拠なのである。このような自白の証拠としての特性に鑑みるならば、自白については、排除法則を適用する際に「相対的排除説」に依拠すべき前提がそもそも存在しないということにならないであろうか。⁽¹⁴⁾

(二) また、実質的にみても、排除法則を自白に適用する場合において、五三年基準と同じ基準によることは多大の疑問がもたれるところである。

第一に、そもそも、五三年基準に対しては、かねてより、たとえ手続の違法が認められたとしても証拠排除の結論に

は結びつきにくいとして少なからぬ批判が向けられてきたところである。⁽⁴⁹⁾ 事実、最高裁において初めて排除法則の適用による証拠排除の判断が示されたのは、排除法則の採用から四半世紀を経た二〇〇三年になってからのことである。⁽⁵⁰⁾ そのため、五三年基準と同じ基準によったのでは、自白排除の実効性を十分に確保できなくなる可能性が否めないように思われる。⁽⁵²⁾

第二に、違法に収集された証拠物と違法に収集された自白とは、同じ「違法」といつても、そこには質的な違いがあることを見過ごすべきではないであろう。⁽⁵³⁾ 違法に収集された証拠物の場合、そこで問われる違法の実体は、その収集過程における生活領域の平穏やプライバシーの侵害などである。これに対し、違法収集自白の違法の実体は、手続の違法が問題となる場合であれ取調べ方法の違法が問題となる場合であれ、国家が、自白を得るために、違法な手段を用いて被疑者に内心に踏み込み、人格・尊厳を踏みにじる側面をも有しているからである。この点、五三年基準と同じ基準によるべきとする論者も、証拠物よりも自白のほうが人間の尊厳、人格、自由の問題とより密接に係り、違法な捜索・差押えよりも違法逮捕などのほうが違法の重大性の比重が高いとして、違法収集証拠物と違法収集自白とはその違法に質的違いが存在すること（つまり、後者のほうがより深刻な問題をはらんでいること）⁽⁵⁴⁾ については認めている。このような理解にたつならば、さらに一歩進めて、このような理解を実際の証拠排除の基準にも反映させるべきなのではなかろうか。

加えて、先にもふれたように、証拠物は令状による強制的収集が許されるのに対し、自白についてはいかなる強制的収集も許されていない⁽⁵⁵⁾ことに鑑みると、証拠物より自白のほうが証拠排除によって違法捜査を抑制する必要性が一層高いと解することも可能なのではなかろうか。もっとも、違法捜査抑制の必要性との関係では、かりに五三年基準と同じ基準によったとしても、そのような必要性を十分にみたしうるのではないかといった反論がありえよう。たしかに、五

三年基準が違法捜査を抑制するうえで果たしうる機能については、「『重大な違法』がある場合に限って排除すること」とは、違法が重大でないときは排除しないという趣旨を含むから……、微温的な解決であるように見える。実際、右判決（五三年判決―筆者注）以後も証拠を排除した事例はあまり多くない。しかし、この考え方の長所は、違法だという指摘を容易にし、捜査に対する厳格な指針を出しやすくする点にある。また、適法とされた場合であっても、手続の適否が公判での吟味の対象になったこと自体が、捜査の水準を高めるのに役立つのである⁽¹⁵⁶⁾といった指摘がなされてきたところである。実際、捜査実務家の間からも、裁判実務家の間からも、五三年基準が違法捜査の抑制に果たしてきた機能について肯定的に評価をする声が聞かれる。しかし、その一方で、五三年基準が違法捜査の抑制に果たしうる機能については、「排除の基準が相当に限定的である場合には、おそらく次のような機能をもつことになると思われる。第一に、排除される場合の強烈な象徴的意義。第二に、排除されない場合の、捜査に対する違法宣言。このうち第一に属するような判例が多数出現するとは予想しえないので、排除法則を宣言した最高裁判例の効用は、―皮肉なことであるが―排除しない事例の違法宣言の方に期待されるということになるか……。もともと、この宣言の意義は捜査に抑制効果をもつてはじめていえることであり、もし、裁判所にとってはリップ・サービス、捜査機関にとっては排除されないことへの安堵、を意味するとすれば、むしろ問題を含んだ有害な方法論にもなる⁽¹⁵⁹⁾」、「最高裁が捜査方法の違法性を確認し、宣言しただけで、第一線警察官の逸脱した法執行行為に対する抑止力たり得るとすれば、このような判断も十分意味があるが、はたしてそうであるかはきわめて疑わしい⁽¹⁶⁰⁾」といった懸念ないし疑問も根強く存在してきたところである。こうした懸念ないし疑問は、自白の強要をはじめとする違法ないし不当な捜査が一向に後を絶たない現状にたらずと、容易に斥けることはできないであろう⁽¹⁶²⁾。

（三）なお、私見のように、自白に排除法則を適用する場合には、五三年基準によるべきではないとする主張に対しては、

違法排除説（田宮説）に対して向けられてきた批判、すなわち、「取調方法が不当であればその不当の程度にかかわりなくその後採られた自白はすべて排除すべき」とすると排除される自白の範囲は不当に広くなろう」、「取調べ方法が違法であれば、その違法の程度に関わりなくその後に採取された自白はすべて排除すべきもの」とすると、排除される自白の範囲が不当に広範囲となり、実体的真実の発見の理想と適正手続の保障との調和の観点から問題がある」といった批判が同様に向けられることが予想される。

しかし、先述のように、自白は、その収集手続の影響を受けうるデリケートな証拠であり、手続の違法によってその証拠価値に変質をきたしうる特性を有する証拠なのであるから、自白の排除によって真実発見が妨げられるとは必ずしもいえないのではなからうか。また、証拠物の証拠能力が問題となる場合、たとえば、違法に収集された証拠物（覚せい剤）が排除されれば必然的に無罪判決に結びつきやすい覚せい剤事件のような場合とは異なり、自白の証拠能力が問題となる事件の場合には、必ず自白以外の証拠が存在しているはずである（憲法三八条三項、刑訴法二一九条二項参照）。そうであれば、たとえ自白が排除されたとしても、そのことによって必然的に無罪判決に結びつくとは必ずしもいえないのではなからうか。⁽¹⁶⁾ もっとも、自白以外に存在する証拠の証明力いかんによっては、事実上自白の排除が無罪判決に結びつく場合もありえよう。しかし、自白以外に有力な証拠が存在しないということは、そもそも、被告人と犯罪事実との結びつき自体が疑わしい事案であったといふべきであって、そのような場合に自白が排除されその結果として被告人が無罪となったとしても、そのことが真実発見との調和を妨げることにつながるとは決していえないように思われる。このようにみえてくると、自白の排除基準について、五三年基準によらずに、すなわち「相対的排除説」には依拠せず、違法の判断と証拠排除とを直結させたとしても、排除される自白の範囲が不当に広範囲とは必ずしもいえないのではなからうか。

(四) 以上のように、違法収集自白の排除基準については、五三年基準と同じ基準による必要はなく、また、よるべきではない。自白に排除法則を適用する場合には、違法と自白との間の因果関係が認められれば、当該自白は直ちに排除されなければならないものと解される。⁽¹⁶⁾

(未完)

- (1) 併せて、拙稿「自白排除法則の再構成」『刑法雑誌』五二卷二号(二〇一三年)一七八頁以下も参照されたい。
- (2) たとえば、川上拓一「自白の証拠能力―裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(悠々社、二〇〇二年)一九二頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」『現代刑事法』三八号(二〇〇二年)五九頁等。
- (3) もっとも、自白の証拠能力に関する判例の検討から明らかなように、違法な取調べによって得られた自白について、違法排除説ないしは違法排除説に親和的な立場にたつて排除したものは少なくない(第三章第二節参照)。
- (4) 先に検討した競合説にたつないしは競合説に親和的と解しうる過去の判例は、いずれも手続上の違法が問題となったケースにおいて自白に排除法則を適用したものである(第三章第二節参照)。なお、東京高判平一四(二〇〇二)九・四判時一八〇八号一四四頁(ロザール事件控訴審判決)は、手続上の違法が問題となったケースに排除法則を適用したものであるが、同判決の、「本件においては、憲法三八条二項、刑事法三一九条一項にいう自白法則の適用の問題(任意性の判断)もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等の取調べ方法自体における違法の有無、程度等を個別、具体的に判断(相当な困難を伴う)するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適用の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当であると思われる」との説示からすると、取調べ方法の違法が問題となるケースについては排除法則の適用に消極的な立場を前提にしているようにも解しうる(この点について、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法「捜査・証拠篇」』[立花書房、二〇一六年]三三七頁も参照)。
- (5) 石井一正『刑事訴訟の諸問題』(判例タイムズ社、二〇一四年)三四六頁。
- (6) 田中康郎「接見制限後の自白」『現代刑事法』二二号(二〇〇一年)三八頁。
- (7) 高木俊夫「証拠排除のあり方―供述証拠と証拠物の場合」『現代刑事法』五五号(二〇〇三年)四一頁。

- (8) 渡辺咲子「自白の任意性について」『明治学院大学法科大学院ローレビュー』二二号（二〇一四年）一三三頁等も参照。
- (9) 中谷雄二郎「接見制限と自白」『刑事訴訟法判例百選』第六版』（一九九二年）一五七頁。同様の指摘をするものとして、金築誠志「捜査実務の諸問題五 取調べのあり方をめぐって」『捜査研究』四五五号（一九八九年）一〇〇頁、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、一九九八年）一三七頁、田中・前掲注（6）論文四三頁、寺崎嘉博「自白法則について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、二〇〇七年）四二四頁、前田雅英「自白の任意性と自白獲得方法の違法性」『警察学論集』六三巻九号（二〇一〇年）一四四頁、石井一正『刑事実務証拠法』第五版』（判例タイムズ社、二〇一一年）二四一頁等。
- さらに、近時、「違法収集自白について、専ら排除法則の適用如何によって処理するのは妥当ではなからう」との見解を示された石田倫識准教授も、「自白の採取手段・過程に違法が存在する場合、その違法が供述者の心理状態に影響を及ぼすことも多いであろう（例えば、在宅被疑者の取調べが、社会通念上相当といえる範囲を超えて違法と解される場合等、取調べの違法が被疑者に心理的な影響を与えているのがむしろ通常と解される）」とされている（石田倫識「自白の証拠能力」『法学教室』四三五号「二〇一六年」二三頁以下）。
- (10) そして、重大な違法手段を伴う取調べが行われた場合、当該違法手段とそこで得られた自白との間の因果関係が否定されることは稀であろうから（前注9参照。なお、違法と自白との間の因果関係については、本節三で詳しく検討する）、重大な違法手段を伴う取調べによって得られた自白は、画一的に排除される方向に向かうことになるであろう。なお、この点について、高橋金次郎「取調べの違法が自白に及ぼす影響とその遮断」大阪刑事実務研究会編著『刑事証拠法の諸問題（上）』（判例タイムズ社、二〇〇一年）三二六頁以下等も参照。
- (11) この点について、とくに、寺崎・前掲注（9）論文四二三頁参照。
- (12) なお、この点について、最大判昭二六（一九五一）八・一刑集五巻九号一六八四頁（【1】）、最判昭四一（一九六六）二・九刑集二〇巻一〇号一〇七頁（【33】）も参照。
- (13) 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、二〇〇四年）四七六頁以下等参照。なお、田宮裕『変革のなかの刑事法』（有斐閣、二〇〇〇年）二〇〇頁も参照。
- (14) なお、最近においても、「被告人から問題の被告人供述を引き出したA警部補らの一連の発言は、利益誘導的であり、し

かも、少なくとも結果的には虚偽の約束であつて、発言をした際の A 警部補らの取調べ自体、被告人の黙秘権を侵害する違法なものといわざるを得ず、問題の被告人供述が任意性を欠いていることは明らかである」とする判例が登場している（東京高判平二五「二〇一三」・七・二三判時二二〇一四一頁）。

(15) なお、この点については、この判例が引用する最大判昭三三（一九四八）・六月三〇集刑二号六五三頁も参照。

(16) たとえば、田中康郎元裁判官は、「違法が重大なものであれば、それが自白の任意性にも疑いを生じさせるのが通常であり、その場合にはその理由で証拠能力を否定すれば足りるであろうから、排除法則の機能する場面は存外限られたものになるのではないか」とされる（田中・前掲注（6）論文四三頁）。同旨、長井秀典「自白の証拠能力について——実務家の立場から」『刑法雑誌』五二巻一号「二〇一三年」一一九頁。

(17) 実際、【31】も、先に引用した判示に続いて、「しかし、本件においては、原判決は証拠に基づき、検察官は被告人らに手錠を施したまま取調べを行ったけれども、終始おだやかな雰囲気の中に取調べを進め、被告人らの検察官に対する供述は、すべて任意になされたものであることが明らかであるのである。したがって所論の被告人らの自白は、任意であることの反証が立証されている」と判示し、結論として、自白の証拠能力を肯定しているのである。この点、寺崎嘉博教授は、「自白獲得手段が違法であれば自白の不任意性が推定されるという判断の枠組みを用いれば、任意性を判断基準と解しても、『不任意自白に収まらない違法手段によって獲得された自白』を排除できないという事態は生じない。最高裁はまさしく、このような判断枠組みを採用してきたのである」（寺崎・前掲注（9）論文四二二頁以下）とされるが、判例からこのような論理を導き出すことができるのか疑問が残るところである。

(18) 先にみたように、多くの論者は、暴行を伴う取調べによって得られた自白については、かなり暴行と自白との間の因果関係をかなり緩やかに認めて、自白の証拠能力を否定すべきと解している。しかし、暴行と自白との間の因果関係を不要と解しているわけではないから、因果関係を認めることができなない場合には（ここという因果関係とは、違法な捜査手段が被疑者の心理に影響を及ぼしその結果「要するに、被疑者が違法な捜査手段によって自白をせざるを得ない状況に追い込まれた結果」自白が獲得されたという意味での因果関係のことである。なお、違法と自白との間の因果関係の問題については後述する「本節三」、自白の証拠能力は肯定されることになるのである。なお、池田良兼「強制・拷問・強迫による自白」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）一二頁等も参照。

- (19) 本判決について、杉田宗久「自白の任意性とその立証」『新・法律学の争点シリーズ六 刑事訴訟法の争点』(二〇一三年) 一五八頁参照。

(20) 杉田・前掲注(19) 論文一五九頁。なお、杉田元裁判官は、自白に排除法則を適用することについては肯定的な立場を示されている(杉田・同一五九頁参照。なお、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』[第二版]第七卷)『青林書院、二〇一二年』六六九頁(杉田宗久執筆)も参照)。また、「警察官が、否認する被疑者の胸ぐらをつかみながら、『警察なめとつたらあかんぞ』などと怒号しつつ右頬を拳で一回殴打したため、被疑者が恐怖を感じて自白した場合」という設例(杉田・前掲(19) 論文一五八頁)を示した上で、このようなケースについては、「違法の重大性と因果関係が明白な場合には、端的に違法収集自白として排除することも許されよう」(同一五九頁)とも述べられていることから、取調べ方法の違法が問題となるケースへの排除法則の適用の可能性を完全に排除する立場には必ずしもたれていないようにも解される。

そうすると、【21】については、取調べ方法の違法が問題となるケースにも排除法則を適用しようという立場を前提として、違法な取調べと自白との間の因果関係を否定したに過ぎないものであるという理解も可能であろう。ただ、もしそのように理解するとしても、そこでの因果関係のとりえ方次第では、具体的には、そこでの因果関係が、警察官による違法行為が被疑者の供述の自由を侵害して供述を引き出したという意味での因果関係、要するに、警察官による違法行為が任意にされたものでない疑いのある自白を引き出したという意味での因果関係(後にみる「心理的因果関係」であるとするならば、排除法則を適用したとしても、排除の対象となる自白は、自白法則(任意性I説)のみを適用して自白の証拠能力を判断する場合とほとんど変わらないことにならざるをえないであろう)。

- (21) この点について、佐藤文哉「自白—コメント」三井誠ほか編『刑事手続(下)』(筑摩書房、一九八八年)八三三頁参照。

- (22) 東京高判平一四(二〇〇二)・九・四判時一八〇八号一四四頁(ロザール事件控訴審判決)。

- (23) 角田正紀「違法な身柄拘束中の自白」『刑事訴訟法判例百選』[第七版] (一九九八年) 一六九頁。

- (24) たとえば、小林・前掲注(2) 論文六四頁。

- (25) この点について、石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務(下)』[三訂版] (新日本法規出版、二〇一一年) 三二二頁(仙波厚執筆)等も参照。

- (26) 伊藤鉄男『違法収集証拠をめぐる最近の裁判例とその検討』[法務研究報告書第七三集第三号] (一九八六年) 二〇頁。

- (27) 角田・前掲注(23) 論文二六九頁。
- (28) この点について、四宮啓「違法捜査の司法的コントロールに関する覚書」梶田英雄判事「守屋克彦判事退官記念『刑事・少年司法の再生』(現代人文社、二〇〇〇年)一九一頁参照。
- (29) このことは、排除法則を手続上の違法が問題となる場合に限定すべきとの立場にたつ論者の間でも、広く承認されていることでもある(田中・前掲注(6) 論文三八頁等参照)。
- (30) 酒巻匡「任意取調べの限界について―二つの最高裁判例を素材として」『神戸法学年報』七号(一九九一年)三〇二頁。
- (31) 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(二)』(有斐閣、一九八一年)一八二頁(杉原泰雄執筆)、奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣、一九九三年)三七二頁、憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社、一九九七年)三四七頁(幣原廣執筆)、松井茂記『日本国憲法「第三版」』(有斐閣、二〇〇七年)五三三頁、渋谷秀樹『憲法「第三版」』(有斐閣、二〇一七年)二四四頁等。
- (32) 村井敏邦「拷問禁止を巡る日本の状況」拷問等禁止条約の国内実施に関する研究会編著(村井敏邦「今井直監修」)『拷問等禁止条約をめぐる世界と日本の人権』(明石書店、二〇〇七年)一五頁等参照。拷問禁止条約における拷問の定義について検討を加えたものとして、今井直「拷問等禁止条約の意義―その実体規定の特徴」『早稲田法学雑誌』三六号(一九八六年)一頁以下、村上正直「拷問禁止条約が定める拷問の定義について」『阪大法学』一三七号(一九八六年)一二九頁以下、北村泰三「被拘禁者の人権と拷問等禁止条約」北村泰三「山口直也編『弁護のための国際人権法』(現代人文社、二〇〇二年)一〇七頁、葛野尋之「未決拘禁法と人権」(現代人文社、二〇一二年)一四一頁、松隈潤「国際人権法の課題―拷問等禁止条約と日本」『国際関係論叢』三巻二号(二〇一四年)四五頁、水谷規男「未決拘禁とその代替処分」(日本評論社、二〇一七年)九九頁等参照。さらに、松尾浩也『刑事訴訟の理論』(有斐閣、二〇一二年)四六六頁も参照。
- (33) 最高裁は、黙秘権について「威力その他特別の手段を用いて、供述する意思のない被告人に供述を余儀なくすることを禁ずる趣旨」(最大判昭二四「一九四九」・二・九刑集三巻二号一四六頁「[147]」)と解するとともに、取調べに際して黙秘権告知を欠いたとしても黙秘権侵害には当たらないとしている(最判昭二八・五・一集刑八〇号四九頁等)。こうしたことなどから、最高裁は、黙秘権侵害について、具体的な強要等によって現実に被疑者の供述の自由を侵害することを意味するものと理解していることがうかがえる(判例の黙秘権の理解について、後藤昭「捜査法の論理」『岩波書店、二〇〇一年』一五六頁、淵野貴生「黙秘権保障と自白法則」川崎英明「白取祐司編『刑事訴訟法理論の探究』(日本評論社、二〇一五年)

一八四頁参照。さらに、川島健治「黙秘権の不告知と自白の証拠能力」『青山法学論集』三七卷二号「一九九五年」七一頁も参照。もつとも、このような最高裁の黙秘権に関する理解は、取調べに際し黙秘権告知を欠くことは黙秘権侵害に当たるとする大阪高判平二一（二〇〇九）・一〇・八刑弁六一号一八三頁や東京高判平二一（二〇一〇）・一一・一判タ一三六七号二五一頁の登場によって、再考を迫られているといえよう（拙稿「被疑者取調べにおける黙秘権告知と憲法三八条一項」「法律時報」八六巻五号「二〇一四年」一一四頁以下参照）。

(34) 序章（拙稿「自白排除法則の研究（二）」『北大法学論集』五九巻二号「二〇〇八年」一七三頁以下）参照。

(35) 田宮裕「捜査の構造」（有斐閣、一九七一年）二八一頁参照。なお、芦部編・前掲注（31）書一八二頁（杉原執筆）も参照。

(36) 尾崎久仁子『国際人権・刑事法概論』（信山社、二〇〇四年）二九一頁。

(37) 芝原邦爾『刑事司法と国際準則』（東京大学出版会、一九八五年）一七六頁、二四一頁、宮崎繁樹『国際人権基準による刑事手続ハンドブック』（青峰社、一九九一年）二四一頁、五十嵐二葉『テキスト国際刑事人権法各論（上）』（信山社、一九九七年）二〇頁等も参照。

(38) このような理解は、「締約国は、自国の管轄の下にある領域内において拷問に当たる行為が行われることを防止するため、立法上、行政上、司法上その他の効果的な措置をとる」と規定し、締約国に拷問を効果的に防止する措置をとることを義務づけている拷問等禁止条約二条一項の趣旨にも沿うものであろう。なお、同項の趣旨については、葛野・前掲注（32）書一四三頁等も参照。

(39) 佐藤功博士がいわれるように、「拷問の根絶は、「強要された」筆者注」自白に証拠能力「証拠能力」筆者注」を認めている限りは実現し得ない」（佐藤功『日本国憲法概説「全訂第五版」』〔学陽書房、一九九六年〕二六〇頁）のである。

(40) このような視点について、団藤重光『新刑事訴訟法綱要「七訂版」』（創文社、一九七四年）二五五頁も参照。

(41) このような方向性にたつ近時の研究として、小木曾綾「供述の心理と取調べの可視化」『研修』七五七号（二〇一一年）一二頁、川出・前掲注（4）書三七頁。さらに、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（有斐閣、二〇〇五年）二七六頁（大澤裕執筆）、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、二〇一五年）五二二頁も、取調べ方法の違法が問題となるケースに排除法則を適用することに肯定的であるように見受けられる。

(42) 石井・前掲注（5）書三四六頁。

- (43) 中谷・前掲注(9) 論文一五七頁、井上宏「任意同行が違法とされた場合その後の手続に及ぼす影響」石川達紘編『刑事裁判実務大系一〇 警察』(青林書院、一九九三年) 七一頁、大谷・前掲注(8) 論文一三七頁、高橋・前掲注(10) 論文三二一頁、田中・前掲注(5) 論文四二頁等。なお、自白法則を先に適用するのが実務の立場であることを指摘するものとして、石丸ほか・前掲注(25) 書三二二頁(仙波執筆)、齊藤啓昭「自白の任意性の立証」松尾浩也Ⅱ岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、二〇一二年) 一五一頁。先にみたように、競合説は、自白法則では排除の対象に取り込むことが難しい違法収集自白を排除するために、まさに、自白法則のみによって自白の証拠能力を判断した場合に生じる「間隙」を埋めるために主張・展開されたものであるから、排除法則よりも自白法則を先に適用すべきとする見解が大勢を占めたことは自然の成り行きともいえるよう。
- (44) 大谷・前掲注(9) 論文一三七頁。
- (45) 福岡高那覇支判昭四九(一九七四)・三・一三刑月六卷五号五三三頁(184)、札幌地判平六(一九九四)・三・一四判タ八六八号二九六頁(192)、東京地決平二二(二〇〇〇)・一一・一三判タ一〇六七号二八三頁(213)。
- (46) 小林充「判批」『判例評論』五三五号(二〇〇三年) 三八頁(『判例時報』一八二四号二〇〇頁)。
- (47) 小林・前掲注(2) 論文六五頁。ただし、小林元裁判官は、「自白法則と証拠排除法則について、常に自白法則の判断を先行させるべきであることは画一的に過ぎ、ときに証拠排除法則の判断が先行する場合があってもよいとすべきであらう」(同六五頁)とされており、常に排除法則を先に適用すべきとはしていない。
- (48) ロザール事件一審判決、同控訴審判決については、本章第一節二(拙稿「自白排除法則の研究(二〇)」『北大法学論集』六四卷六号「二〇一四年」四七頁以下)も参照。
- (49) なお、杉田・前掲(19) 論文一五九頁も。
- (50) 小林・前掲注(46) 論文三九頁。
- (51) 大澤裕Ⅱ川上拓一「任意同行後の宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力」『法学教室』三二二号(二〇〇六年) 八五頁(川上発言)。
- (52) 大澤Ⅱ川上・前掲注(51) 八五頁(大澤発言)、菊池浩「宿泊させての取調べ」松尾浩也Ⅱ岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅰ捜査』(青林書院、二〇一二年) 二九八頁(ただし、菊池検察官は、競合説に否定的な立場にたれており、かりに競合説

にたつならば、という文脈において自白法則を先に適用すべきことを主張されている）、加藤克佳「自白法則について―現状と課題」『刑法雑誌』五二巻一号（二〇一三年）七九頁等参照。

(53) 最大判昭四五（一九七〇）・一一・二五刑集二四巻二二号一六七〇頁（135）。

(54) 大澤川上・前掲注（51）八六頁（大澤発言）。

(55) 加藤・前掲注（52）論文七九頁、池田公博「自白の証拠能力―違法排除のあり方・派生証拠の取扱い」『刑法雑誌』五二巻一号（二〇一三年）九九頁等。

(56) 近時の判例において、排除法則を適用して自白の証拠能力を否定したものがあまりみられないのも、このことが少なからず影響しているのではなかろうか。すなわち、「証拠排除が問題となるほどの重大な違法がある場合には、通常、任意性も否定できることが多く、そのような場合には、不任意自白として証拠能力が否定されている」（長井・前掲注（16）論文一一九頁）ということなのであろう。

(57) 小林・前掲注（2）論文六五頁。

(58) 大澤川上・前掲注（51）論文八六頁（川上発言）、長井・前掲注（16）論文一一九頁、丹羽芳徳「自白の証拠能力」廣瀬健二編『刑事公判法演習』（立花書房、二〇一三年）二四四頁、山本和昭「刑事訴訟における自白法則とその他の証拠法則との関係」『専修ロージャーナル』八号（二〇一三年）一〇〇頁、一二二頁、渡辺・前掲注（8）論文一三三頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法「第二版」』（有斐閣、二〇一五年）二七八頁、川出・前掲注（4）書三七頁、石田・前掲注（9）論文二四頁、水野智幸「違法収集証拠」『法学教室』四三五号（二〇一六年）三九頁等参照。なお、高木・前掲注（7）論文四一頁も参照。

(59) なお、小木曾綾教授は、取調べ方法の違法が問題となるケースについても排除法則を適用しうるとの立場から、「排除法則で排除されない供述については、刑訴法三一九条一項の『任意性』が検討されなければならない」として排除法則を先に適用すべきことを示唆されている（小木曾・前掲（41）論文二二頁）。

(60) 排除法則を自白に適用する場合、違法と自白との間の因果関係や、証拠排除の基準が問題となるが、これらの点については後述する（本節三、四）。

(61) もっとも、被疑者の意思に関する二つの判例の認定内容については疑問の余地もありうるところであろう（酒巻・前掲

注(30) 論文二九二頁、笠井治「被疑者の取調べ―弁護の立場から―」三井誠ほか編『刑事手続Ⅰ』(悠々社、二〇〇二年)二二七頁等参照。なお、【72】の認定内容の問題点について、西垣道夫「任意捜査の限界―コメントⅡ―」三井誠ほか編『刑事手続(上)』(筑摩書房、一九八八年)一〇一頁も参照。

(62) 本章第一節(拙稿・前掲注(48) 論文三九頁以下) 参照。

(63) 川上拓一元裁判官は、ロザール事件一審判決が自白の任意性を肯定した上で排除法則を適用したのに対し、控訴審判決は排除法則を先に適用したことが、証拠能力に関する「判断を分けた大きな、そして、決定的な違い」と指摘されている(大澤川上・前掲注(51) 論文八七頁(川上発言))。この指摘は、排除法則と自白法則の適用の順序は証拠能力の判断に実際に影響を及ぼし得るものであることを示唆するものであろう。

(64) たとえば、平場安治「自白の任意性」佐伯千仞・団藤重光責任編集『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(二)』(有斐閣、一九五七年)二六頁以下、柏木千秋「自白の任意性」日本刑法学会『刑事訴訟法講座Ⅱ 公判』(有斐閣、一九六四年)一五七頁、石川才顕「強制と自白の因果関係」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅱ』(日本評論社、一九七〇年)一三二頁、阪村幸男「自白の任意性法則における強制と自白の因果関係」梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念『刑事・少年司法の再生』(現代人文社、二〇〇〇年)二九三頁等。

また、この問題は、警察官の違法な取調べによって得られた自白の証拠能力を否定する場合に、警察の取調べに引き続いて行われた検察官(それ自体をみれば違法とはいえない)の取調べによって得られた自白の証拠能力を認めることができるかという観点からも(すなわち、反復自白の証拠能力の問題としても)議論がなされてきたところである。たとえば、石川才顕「警察における自白強要の検察官に対する影響」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅱ』(日本評論社、一九七〇年)一三三頁、山口元彦「警察における取調べの違法の検察官に対する自白への影響と遮断」『司法研修所論集』一九九七・Ⅱ(九九)号(一九九七年)三三三頁、高橋前掲注(10) 論文三〇六頁、三井誠「反復自白の証拠能力」『法学教室』二四九号(二〇〇一年)一〇〇頁、洲見光男「いわゆる反復自白の許容性判断方法―最近の連邦最高裁判決を契機に」『法学新報』二二卷一・二号(二〇〇五年)二七五頁等。

(65) 数少ない論考として、池田・前掲注(55) 一〇〇頁。

(66) この点について、小林・前掲注(2) 論文五九頁以下も参照。

(67) たとえば、前田雅英教授は、競合説にたちつつ、排除法則によって自白を排除すべきか否かの判断においては、「任意性の判断と同様に、違法な取調べが供述内容に因果性をもって影響したか否か（その危険性を有していたか否か）も重要である」とされる（前田・前掲注（9）論文一四六頁）。

(68) この点について、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』（現代人文社、二〇一五年）二九〇頁も参照。

(69) 大野恒太郎「自白—檢察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続（下）』（筑摩書房、一九八八年）八〇九頁。

(70) 大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」『研修』六九四号（二〇〇六年）一〇頁参照。

(71) 一般には、違法と自白との間の因果関係を不要とする立場の見解として理解されている違法排除説（田宮説）も、厳密にみれば、「違法手続の下で得られた自白という意味では因果関係があることを否定するものではない」（小林・前掲注（2）論文五九頁）と解される。この点については、大澤裕教授も、判例（後に検討する六一年判決）の立場を踏まえつつ、次のように指摘されている。「証拠物の場合にも、違法な身柄拘束状態のもとで任意提出された尿のように、直接の証拠収集手続はそれ自体として適法に見えるにもかかわらず、先行手続に違法があるが故に証拠排除が帰結される場合がある。そうだとすれば、供述者の意思決定に直接の影響を与えなくとも、取調べに先行する手続に違法があつて、取調べがそれを利用して行われたような場合には、取調べの結果得られた自白の排除を考える余地も十分に存在するものと思われる。すでに見たように、違法排除説からは、違法手段と自白との間の因果関係は不要となると説かれることもあるが、上述の限りでは、証拠物の例と同じ意味での因果関係は失われていないことになる」（大澤・前掲注（70）論文一〇頁）。

(72) たしかに、違法排除説にたつて自白を排除する場合と、排除法則を適用して自白を排除する場合とは、違法収集自白排除の法的根拠や理論構成は異なる。しかし、自白が獲得されるまでの過程に違法が認められる場合において、その自白を、任意性に疑いが存在するかどうかを問うことなく、それが獲得されるまでの過程に違法が存在することを根拠に排除するものであるという点では共通している。違法排除説にたつ論者の間で展開された手続・取調べの違法と自白との間の（客観的）因果関係の要否をめぐる議論は、排除法則を適用する場合における手続・取調べの違法と自白との間の客観的因果関係の要否を考える上でも大いに参考になるものと思われる。

(73) 田宮・前掲注（35）書二九五頁以下。

(74) 田宮・前掲注（35）書二九六頁。

- (75) 田宮・前掲注(35) 書三〇七頁。
- (76) 「具体的な尋問方法が不当・違法であれば、そのことだけで自白が排除される」(田宮裕『刑事法の理論と現実』(岩波書店、二〇〇〇年) 二二〇頁)、「不当な誘因と不任意の自白との因果関係を、やや不正確な表現だが、推定させようとするのが、違法排除の思想だといつてよい」(同二二二頁) などとされている。
- (77) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(下)』(成文堂、一九九七年) 五三二頁。
- (78) 石川才顕『強制と自白の因果関係』熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅱ』(日本評論社、一九七〇年) 一三四頁。
- (79) 石川・前掲注(78) 論文一三四頁。
- (80) たとえば、山口・前掲注(64) 論文三二二頁。また、福井厚『刑事訴訟法講義〔第五版〕』(法律文化社、二〇一二年) 三六二頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』(成文堂、二〇一三年) 一七五頁、安富潔『刑事訴訟法〔第二版〕』(三省堂、二〇一三年) 四八七頁、高田・前掲注(68) 書二八八頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第九版〕』(日本評論社、二〇一七年) 四〇三頁等参照。なお、大澤裕教授は、違法排除説について、「違法排除説は、従来、自白獲得手段の違法の程度や違法手段と自白との因果関係の強さなどをあまり問うことなく排除を説いてきたように見える」と評されている(大澤・前掲注(70) 論文一二頁以下)。
- (81) たとえば、角田・前掲注(23) 論文一六九頁、渡辺・前掲注(8) 論文一三三頁参照。ただし、いずれも、「因果関係」の意味をどのようにとらえているのかは定かではない。
- (82) この点について、大淵敏和「違法収集証拠」龍岡資晃編『現代裁判法大系三〇 刑法・刑事訴訟法』(新日本法規出版、一九九九年) 四五八頁以下、山口雅高「違法収集証拠の証拠能力(2)」『刑事訴訟法判例百選〔第八版〕』(二〇〇五年) 一三九頁等も参照。
- (83) 最判昭六一(一九八六)・四・二五刑集四〇巻三号二二五頁(後出・六一年判決)等参照。
- (84) 本判決の解説・研究として、松浦繁「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和六一年度』(法曹会、一九八九年) 六五頁、河上和雄「判批」『判例タイムズ』五九七号(一九八六年) 二二頁、田口守一「採尿手続の違法性と尿鑑定書の証拠能力」『法学セミナー』三八四号(一九八六年) 一二九頁、田口守一「判批」『判例評論』三三五号(一九八七年) 六四頁、藤村博之「判批」『警察公論』四二巻九号(一九八七年) 八一頁、渡辺修「採尿手続が違法な場合とその尿の鑑定書の証拠能力」『昭

和六一年度重要判例解説』(一九八七年)一八二頁、慶徳栄喜「尿の提出及び押収手続は違法性を帯びるが尿についての鑑定書の証拠能力は否定されないとされた事例」別冊判例タイムズ一〇号『警察実務判例解説「捜索・差押え篇」』(一九八八年)一六七頁、山田耕司「尿の任意提出における『同一目的・直接利用』基準」『判例タイムズ』七七九号(一九九二年)、植村立郎「違法収集証拠の証拠能力(二)」『刑事訴訟法判例百選「第七版」』(一九九八年)一四〇頁、実務判例研究会編著『判例から学ぶ捜査手続の実務 捜索・差押え、違法収集証拠排除法則編』(二〇〇四年)六一頁、山口雅高「違法収集証拠の証拠能力(二)」『刑事訴訟法判例百選「第八版」』(二〇〇五年)一三八頁、村瀬均「先行手続の違法と証拠能力」『刑事訴訟法判例百選「第九版」』(二〇一一年)一九八頁、高崎秀雄「先行手続の違法と証拠能力」『刑事訴訟法判例百選「第一〇版」』(二〇一七年)二〇六頁等参照。

(85) 安原浩元裁判官は、六一年判決によって、先行手続の違法が後行手続にどのような影響を及ぼしているのかについての検討という、「ある意味で困難かつ評価の分かれる作業が相当軽減された」と評される(安原浩「裁判実務と違法収集証拠排除法則」渡辺修編著『刑事手続の最前線』「三省堂、一九九六年」一六七頁)。

(86) 川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集中(下)』(有斐閣、一九九八年)五一五頁。

(87) 大谷直人「違法に収集した証拠」『刑事訴訟法の争点「第三版」』(二〇〇二年)一九六頁。なお、この点については、最決平六(一九九四)・九・一六刑集四八巻六号四二〇頁、中谷雄二郎「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成六年度』(法曹会、一九九六年)一八九頁、今崎幸彦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成七年度』(法曹会、一九九八年)二二二頁も参照。

(88) 違法の承継論については、さしあたり、石井・前掲注(5)書九九頁、高田昭正「先行手続の違法と証拠排除―『毒樹の果実』論と『違法の承継』論」『立命館法学』二〇一二年五〇六号(二〇一二年)三九八頁等を参照。

(89) このことは、近時の判例からもみてとることができるように思われる。たとえば、最判平一五(二〇〇三)・二・一四刑集五七巻二号一二二頁は、先行手続(窃盗による違法逮捕)に引き続き後行手続(上記違法逮捕後の尿の任意提出)によって得られた証拠物(上記尿の鑑定書)について、「このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである」としているが、ここ

ではまさに先行手続と後行手続によって得られた証拠との間の因果関係が端的に問われているようにみえる。また、最決平二一(二〇〇九)・九・二八刑集六三巻七号八六八頁は、先行手続(宅配便荷物に対する違法なエックス線検査)に引き続き後行手続(上記エックス線検査によって得られた射影の写真等を疎明資料として発付された令状に基づく搜索差押え)によって得られた証拠物(上記搜索差押えによって収集された覚せい剤等)について、「本件覚せい剤等は、違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠である」としても、「その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえ「ない」としているが、ここでも、一五年判決と同様に、端的に先行手続と後行手続によって得られた証拠との間の因果関係が問われているようにみえる(この点について、高田・前掲注(68)書二七七頁、半田靖史「違法収集証拠の証拠排除と判断基準」『法学セミナー』七二七号「二〇一五年」一三三頁参照)。

(90) 川出・前掲注(86)論文五一七頁。

(91) 長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」『現代刑事法』五五号(二〇〇三年)三三三頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(有斐閣、二〇一二年)三九六頁(堀江慎司執筆)、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』(成文堂、二〇一三年)一六八頁、酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、二〇一五年)五〇五頁、半田・前掲注(89)論文一一四頁、古江・前掲注(58)書四二〇頁等も参照。なお、最判平一五(二〇〇三)・二・一四刑集五七巻二号一二頁や最決平二一(二〇〇九)・九・二八刑集六三巻七号八六八頁からも、このような思考をうかがうことができる(大澤裕「杉田宗久」『違法収集証拠の排除』『法学教室』三三八号「二〇〇八年」七七頁(杉田宗久発言)、増田啓祐「判解」『最高裁判所判例解説』平成二一年度「法曹会、二〇一三年」四〇六頁、四〇八頁注三一等参照)。

(92) 松浦・前掲注(84)論文七四頁。

(93) 最決昭六三・九・一六刑集四二巻七号一〇五一頁、最決平六・九・一六刑集四八巻六号四二〇頁、最決平七・五・三〇刑集四九巻五号七〇三頁等参照。この点について、川出・前掲注(86)論文五一八頁も参照。

(94) 朝山芳史「判解」『最高裁判所判例解説刑事事篇』平成一五年度「法曹会、二〇〇六年」四〇頁。なお、利用関係の直接性の点について、原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事事篇』昭和六三年度「法曹会、一九九一年」三四〇頁も参照。

(95) 大澤「杉田・前掲注(91)論文七七頁(杉田発言)、村瀬均「先行手続の違法と証拠能力(一)」『刑事訴訟法判例百選』第九版』(二〇一一年)一九九頁、半田・前掲注(89)一二二頁、川出・前掲注(4)書四五四頁、合田悦三「先行手続の違法と証

証拠能力(二)』『刑事訴訟法判例百選「第一〇版」(二〇一七年)二〇九頁等。さらに、大谷・前掲注(87)論文一九六頁、佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」『法学教室』二七五号(二〇〇三年)四二頁、大澤裕「違法収集証拠の証拠能力(三)」「刑事訴訟法判例百選「第八版」(二〇〇五年)一四一頁等も参照。もともと、このような見方には、異論も存在している(たとえば、山田耕司「尿の任意提出における「同一目的・直接利用」基準」『判例タイムズ』七七九号「一九九二年」五二頁以下等)。

(96) 朝山・前掲注(94)論文四一頁。同旨、大谷・前掲注(87)論文一九六頁、酒巻・前掲注(91)書五〇六頁。

(97) このような見方が有力化しつつある一方で、「目的」「利用」「関連」「関連」については、後にみる一五年判決頁等参照―筆者注〕が「因果関係」の概念に完全に包摂されるものであるか〕について、さらには、そもそも「判例が、違法行為と証拠獲得の間の「因果関係」を証拠排除の前提条件と考えているかについて」、なお検討の余地が残されていることを指摘する見解も存在している(松田岳士「違法収集証拠の証拠能力」『法学教室』三八九号「二〇一三年」三〇頁)。

(98) 朝山・前掲注(94)論文四〇頁、石井・前掲注(5)書一一三頁等参照。

(99) 六一年判決のいう「同一目的」、「直接利用」と、一五年判決のいう密接な「関連」との関係については、佐藤・前掲注

(95) 論文四二頁以下、緑大輔「判批」『修道法学』二八巻一号(二〇〇五年)一〇三頁、大澤Ⅱ杉田・前掲注(91)論文七七頁〔大澤裕発言〕等参照。

(100) なお、石井一正元裁判官は、一五年判決のこの点に関する判断について、従来の判例でとられてきた「違法の承継の基準を緩めた」(石井・前掲注(5)書一一三頁)、「違法行為と証拠収集との手続的一体性が希薄化し、違法の承継の要件が緩やかになってきた」(同四二頁)といった評価をされる。そして、このような一五年判決の判断について、従来の判例との整合性に疑問を呈される(同一一三頁)。同様に、一五年判決と従来の判例との整合性に疑問を呈するものとして、河村博「違法収集証拠をめぐる」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』(青林書院、二〇〇三年)三六九頁以下。

(101) なお、この点について、和田雅樹「先行手続の違法と証拠能力」『刑事訴訟法判例百選「第九版」(二〇一一年)二〇一頁も参照(一五年判決のいう「関連」は、「先行手続がなければ取得されなかったという因果関係を意味すると考えられる」とされる)。

(102) なお、六一年判決の判決文にてらすと、先行手続と後行手続との間に「同一目的」、「直接利用」の関係を認めることが

できる場合には、先行手続の違法と後行手続によって得られた証拠との間の因果関係は肯定されることになる」と解するの
が素直であるように思われる。これに対して、「同一目的」、「直接利用」という「指標が証拠排除のための十分条件かにつ
いても疑問がある」とするものとして、高崎秀雄「先行手続の違法と証拠能力(一)」『刑事訴訟法判例百選「第一〇版」
(二〇一七年)二〇七頁。

(103) たとえば、村上尚文『取調べ』(立花書房、一九七九年)三頁等参照。

(104) 犯罪捜査規範一七七条一項。判例として、東京高判昭二九(一九五四)五・六判特報四〇号八六頁、札幌地判平一一(一
九九九)・三・二九判タ一〇五四号二八四頁等参照。なお、池上政幸「調書の作成」河上和雄編『犯罪捜査』(青林書院、
一九九一年)五四二頁以下、金築誠志「捜査実務の諸問題六 取調べのあり方等をめぐって」『捜査研究』四五六号(一九
八九年)六〇頁、稲川龍也「被疑者取調べ及び供述調書の在り方」『法律のひろば』六六巻六号(二〇一三年)六五頁等も
参照。

(105) 「直接利用」については、証拠の収集にいたるまでに積み重ねられた各手続の間に、「順次、先行手続が作り出した事実
あるいは法律関係が直接の要因となつて後の手続が事実上可能となるという関係」があれば、「直接利用」の関係を肯定し
うるといわれてきた(今崎・前掲注(87)論文二三三頁)。このような理解を前提にすれば、取調べは、本来的に、先行手
続との「直接利用」の関係を肯定しうる性格の捜査手段ともいえるのではなからうか。

(106) この点、ロザール事件一審判決は、先行手続の違法の後行手続への影響について、「自白自体に任意性が認められたとし
ても、先行する捜査手続に違法があつた場合には、その違法がその後に収集された自白の証拠能力に影響を及ぼし、当該
自白が証拠から排除されなければならない場合があると考えるのが相当である」とするのみで、六一年判決がいうところ
の「同一目的」や「直接利用」については言及していないし、控訴審判決にいたつては、先行手続の違法の後行手続に及
ぼす影響という点に言及すらしていない。ロザール事件一審・控訴審判決からは、排除法則を自白に適用する場合には、
排除法則によつて自白を排除する場合、手続の違法と自白との間の因果関係についてはゆるやかにこれを認めようという
姿勢をみてとることができるのではなからうか。

(107) なお、六一年判決の調査官解説においては、本件事案は、「採尿について相手方の承諾というワン・クッションが入つて
いる場合であるが、そのような新たな承諾の取得あるいは捜査主体の変更、更には裁判官によるチェックといったワン・クッ

シヨンが入っていない場合、例えば、承諾を得ず連行のうえ更に承諾も得ず所持品検査をして証拠物を領置したといった場合まで、判決の示す適法性の判断方法が適用されるかは、なお流動的といえるのではなからうか。そのような場合は、先行手続を含めた一連の手続を一体のものとして判断するという……考え方に従って判断することも、容認されるといえるのではなからうか。なお、検討の余地がある」(松浦・前掲注(84) 論文七四頁)との指摘がなされている。このような理解を前提にした場合、自白の収集過程に上記のようなワン・クッションが入っていないと評価される場合には、違法と自白との間の因果関係(密接な「関連」)はなおいつそう容易に肯定されることになるのではなからうか。

- (108) 本判決の解説・研究として、森岡茂「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和五十八年度』(法曹会、一九八七年)一七四頁、井戸田侃「違法な手続にもとづく質問調書とデュー・プロセス」『法学セミナー』三四六号(一九八三年)六六頁、山崎恵美子「判批」『法律のひろば』三六卷一〇号(一九八三年)四四頁、渥美東洋「判批」『法学新報』九一卷五七号(一九八四年)二二二頁、上口裕「勾留質問及び消防職員による質問に対してなされた第二次自白の証拠能力」『昭和五十八年度重要判例解説』(一九八四年)一七二頁、警備判例研究会「判批」『警察時報』三九卷八号(一九八四年)一一八頁、小早川義則「違法な別件逮捕と勾留質問」『法学教室』四〇号(一九八四年)八四頁、光藤景皎「判批」『判例評論』三〇四号(一九八四年)六〇頁、長沼範良「勾留質問と自白」『刑事訴訟法判例百選』[第五版](一九八六年)一六八頁、津村政孝「違法な身柄拘束中の自白について」『ジュリスト』一一四八号(一九九九年)一二二頁等参照。

- (109) なお、伊藤補足意見は、調査官解説においては、「法廷意見を代弁したものといい得る」とされている(森岡・前掲注(108) 論文一八六頁)。

- (110) 「毒樹の果実論」はアメリカにおいて発展してきた理論であり、その起源は、一九二〇年のアメリカ連邦最高裁・シルバーソン判決(Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920))にさかのぼることができる。なお、「毒樹の果実論」については、光藤景皎『刑事訴訟行為論』(有斐閣、一九七四年)二九一頁、渥美東洋「捜査の原理」(有斐閣、一九七九年)二三四頁、光藤景皎「毒樹の果実」の理論の意義と問題性」高田卓爾・田宮裕編『新演習法律学講座 刑事訴訟法』(青林書院新社、一九八四年)三二二頁、柳川重規「毒樹果実法理の適用と裁判所の証拠排除権限」『法学新報』一〇一卷三〇四号(一九九五年)二二一頁、川出・前掲注(86) 論文五一三頁、宇藤崇「毒樹の果実」論について『現代刑事法』五卷一一号(二〇〇三年)四三頁、洲見光男「アメリカにおける排除法則の現況」同五一頁、小早川義則「毒樹の果実論」(成

- 文堂、二〇一〇年）、高田・前掲注（88）論文三九八頁、清水真「違法収集証拠の排除法理における因果性についての考察」『慶應法学』三二一号（二〇一五年）九四頁等参照。
- (111) 光藤・前掲注（108）論文三二二頁等参照。
- (112) 川出・前掲注（86）論文五二三頁。
- (113) なお、アメリカにおいては、「毒樹の果実論」における「毒樹」とは、違法な手続それ自体を意味するものと解されている（*e.g.*, cf. Wayne R. LaFare, *Search and Seizure* (5th ed. 2012) § 11.4）。この点について、柳川・前掲（110）論文二二三頁、川出・前掲注（86）論文五二三頁、五二七頁注17、清水・前掲注（110）論文九五頁等のほか、緑大輔「刑事訴訟法入門」〔第二版〕（日本評論社、二〇一七年）三二六頁注八も参照。
- (114) 従来の議論においては、六一年判決の事案のような場合については「違法の承継論」、五八年判決の事案のような場合については「毒樹の果実論」という形で区分して議論される傾向が強かったが、最近では、端的に違法と証拠との間の因果関係の問題として議論すべきとする傾向が強まりつつある。たとえば、柳川・前掲注（110）論文二二三頁、川出・前掲注（86）論文五一五頁、大谷・前掲注（87）論文一九六頁、三好幹夫「違法排除法則―裁判の立場から」三井誠ほか編『新・刑事手続Ⅲ』（悠々社、二〇〇二年）三五〇頁、宇藤崇ほか・前掲（91）書三九五頁（堀江執筆）、高田・前掲注（88）論文三九八頁、辻川靖夫「違法収集証拠の証拠能力」松尾浩也・岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、二〇一二年）一四四頁、清水・前掲注（110）論文九四頁、半田・前掲注（89）論文一一三頁以下、緑・前掲注（113）書三二六頁等。この点について、さらに、那須彰「尿の採取と違法収集証拠」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（下）』（判例タイムズ社、二〇〇一年）四七一頁、朝山・前掲注（94）論文四七頁等も参照。
- (115) Cf. Silverthorne, 251 U.S. 385.
- (116) Cf. *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).
- (117) Cf. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).
- (118) これらについて詳しくは、川出・前掲注（86）論文五二三頁、洲見・前掲注（110）論文五一頁、光藤・前掲注（110）論文三二二頁以下、柳川・前掲注（110）論文二二三頁、小早川・前掲注（110）書四五五頁等参照。
- (119) 長沼・前掲注（108）論文一六九頁。

(120) 伊藤補足意見の背後には、警察と検察の関係でいうと、「警察と検察の関係は、捜査機関と裁判官・消防職員との関係と異なり、活動目的を同じくし、しかも検察の活動は警察の捜査を手続的に前提にするのが通常である」(津村・前掲注(107) 論文二二三頁)ことから、警察における手続と検察における手続との間にはきわめて密接な関連を肯定しようという思考が存在しているのではなからうか。

(121) そうすると、伊藤補足意見のいう「特段の事情がない限り」は、「第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関」によって収集された第二次的証拠であったとしても、違法との間の因果関係が否定される場合がありうることをただし、そのようなケースは極めて稀であると解される)、注意的に言及したにとどまるものと解するのが妥当であろう。

(122) 違法排除説の提唱者である田宮博士は、自白の収集過程に何らかの違法があればそのことのみによって当該自白は証拠排除の対象となることを強調された。田宮博士は、自身の見解の正当性について判例の立場に即して具体的に検討されているわけではないが、以上の検討から、判例の立場を前提としても、違法と自白との間の因果関係はおよそこれを肯定しうるものが明らかとなった。その意味で、違法と自白との間の因果関係に関する田宮博士の主張は、実に正鵠を射たものであったと評価できるように思われる。

(123) さしあたり、秋吉淳一郎「違法収集証拠」『新法律学の争点シリーズ六 刑事訴訟法の争点』(二〇一三年)一八一頁等参照。

(124) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂、一九八五年)四〇四頁。

(125) さしあたり、大谷直人「違法に収集した証拠」『刑事訴訟法の争点「第三版」』(二〇〇二年)一九六頁等参照。もともと、井上教授は、適正手続の保障を確保するための証拠排除と、司法の廉潔性・違法捜査抑制のための証拠排除とを区別し、前者については直ちに証拠排除することを肯定されているなど(井上・前掲注(124) 書四〇三頁。なお、「相対的排除」が検討される場面にについて、同三七四頁、五五七頁も参照)、井上教授の主張される証拠の排除基準と五三年基準との間には大きな違いが存在している点には注意を要しよう(この点について、小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』(成文堂、一九八三年)三五四頁等も参照)。

(126) 井上・前掲注(124) 書五五七頁(もともと、井上教授は、①の基準と②の基準について、「両者の判断は一致することが多いだろう」とされる)、田口守一ほか「座談会・排除法則の現状と展望」『現代刑事法』五五号(二〇〇三年)一七頁(田口守一発言)等。

- (127) 三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除(下)」『ジュリスト』六八〇号(一九七八年)一一〇頁、司法研修所編『違法収集証拠の証拠能力をめぐる諸問題―裁判例を中心として』(法曹会、一九八八年)一二頁注三(大淵敏和執筆)、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(成文堂、一九八八年)二〇四頁、川出・前掲注(86)論文五三〇頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』[第二版]第七卷(青林書院、二〇〇二年)五〇四頁(安廣文夫執筆)、秋吉・前掲注(123)論文一八三頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』(成文堂、二〇一三年)一五七頁、石井・前掲注(5)書三八五頁等参照。
- (128) ①の基準と②の基準の関係をめぐっては、以上の二つの見解のほか、①は証拠排除の要件を示したもので、②は排除法則の根拠を示したものであると解する見解(田宮裕「判批」『刑事判例評釈集 第四〇巻』[有斐閣、一九八八年]二〇九頁、熊本典道「違法排除法則―コメント二」三井誠ほか編『刑事手続(下)』[筑摩書房、一九八八年]六二五頁、「重大な違法」の要件「①」が充足されれば証拠排除を認めるべきであろう。ただ、違法捜査抑制の必要が強い場合(たとえば、違法行為が意図的、計画的または組織的に行われた場合、その種の違法行為が現に頻発または繰り返し行われるおそれがある場合等)には、……抑止効の見地「②」からも排除法則が機能すると考えるべき」とする見解(高橋省吾「違法排除法則―裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続(下)』[筑摩書房、一九八八年]六一三頁)なども存在している。
- (129) 三井誠教授は、「排除判断における違法捜査抑制の見地から相当かの判断については、排除するにしろしないにしろ大部分の判決において言及されているが、その実質はほとんどなく、いわば常套句・修飾語的に用いられているにすぎない(相対的な有無は、違法の重大性の有無判断で決せられている)」と評されている(三井誠「違法収集証拠の証拠能力」『刑事訴訟法判例百選』[第六版]「一九九二年」一三二頁)。この点について、三井誠「違法収集証拠の排除(五)」『法学教室』二六七号(二〇〇二年)一九九頁も参照。
- (130) 一五年判決の調査官解説は、「本判決は、前者「違法の重大性」の要件が肯定されるがゆえに後者「排除相当性」の要件も肯定されるという判断手法を採っており、後者については特段の理由付けをしていない。このことは、「違法の重大性」の要件と「排除相当性」の要件が証拠排除の重畳的な要件であり、前者が満たされれば、通常は後者も満たされるという見解に近いもの思われる」としている(朝山・前掲注(94)論文四二頁)。なお、この点については、佐藤・前掲注(95)論文四二頁、中島洋樹「違法収集証拠排除法則の現状と展望」川崎英明『白取祐司編『刑事訴訟法理論の探究』(日本評論社、二〇一五年)一七八頁以下等も参照。

- (131) 田宮裕『刑事訴訟法「新版」』（有斐閣、一九九六年）四〇四頁、川出・前掲注（86）論文五三〇頁、加藤克佳「違法収集証拠排除法則」『法学教室』二四五号（二〇〇一年）四一頁、三好・前掲注（114）論文三四四頁、田口ほか・前掲注（126）論文（山崎学発言）、多田辰也「排除法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法（下）』（日本評論社、二〇〇七年）八八九頁、堀江慎司「違法収集証拠の証拠能力（一）」『刑事訴訟法判例百選「第八版」』（二〇〇五年）一三七頁、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法「第三版」第六卷』（立花書房、二〇一五年）一五三頁（植村立郎執筆）、緑・前掲注（113）書三三二頁等参照。なお、五三年判決の調査官解説においても、同様の理解がなされていた（岡次郎「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和五三年度』「法曹会、一九八二年」四〇二頁）。
- (132) もっとも、五三年基準のうち、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」については、自白を収集する令状が存在しないこととの関係で、「自白収集の手續に憲法や刑法の所期する基本原則を没却するような重大な違法」といった表現に置き換えることになる（石井・前掲注（9）書二六三頁。大澤＝川上・前掲注（51）論文八六頁（大澤発言）、加藤・前掲注（52）論文七九頁等も参照）。
- (133) 石井・前掲注（5）書三四六頁。
- (134) 田中・前掲注（6）論文三九頁。
- (135) 小林・前掲注（2）論文六四頁。
- (136) 大澤＝川上・前掲注（51）論文八六頁（川上発言）等も参照。
- (137) 井上・前掲注（124）書四二二頁。
- (138) 三井誠「自白の排除法則とその根拠（二）」『法学教室』二四七号（二〇〇一年）六四頁。
- (139) 大澤・前掲注（70）論文二三頁（なお、大澤教授は、後に、大澤裕＝朝山芳史「約束による自白の証拠能力」『法学教室』三四〇号「二〇〇九年」一〇〇頁においても、「証拠物の場合と自白の場合とを比べると、証拠物の収集過程の違法は、限界事例が多い一方、薬物事犯に対する所持品検査のケースを措くと、頻発度は必ずしも高いというわけではないかと思われまゝ。これに対し、自白の場合、獲得過程でより無理が生じやすい傾向にあるとすれば、将来の違法捜査抑制の見地が強く働いて、排除基準が若干変わるということも考え得るように思います。この点は、今後さらに詰めなければならぬ問題です」と述べられている）。大澤教授と同様の見解にたつものとして、池田・前掲注（55）論文一〇三頁。

(140) このように見解に対して、相対的排除説を前提としつつ証拠物と異なる排除基準を採用することが可能であるのかを探るのであるならば、むしろ、相対的排除説とは「区別された土俵（すなわち自白法則）で『違法排除説（田宮説）にたつて―筆者注』これを論じるほうが明快ではなからうか」とする見解も存在している（中島宏「自白法則における違法排除説再論」『法律時報』八三卷三二号「二〇一一年」四〇頁）。しかし、かりにそのような見解にたつとしても、違法排除説（田宮説）は自白法則を排除法則の一適用場面と解する見解なのであるから、五三年判決によって排除法則が採用され、その中で証拠物の排除基準として相対的排除説が打ち出されている以上、証拠物と異なる排除基準を用いるか否かの検討を回避することは困難であるように思われる。

(141) 大阪地判昭五四（一九七九）・九・二〇刑月一一卷九号八三五頁（175）、大阪高判昭五九（一九八四）・四・一九高刑集三七卷一号九八頁（208）、福岡高判昭六一（一九八六）・四・二八刑月一八卷四号二九四頁（210）、札幌地判平六（一九九四）・三・一四判タ八六八号二九六頁（192）、ロザール事件一審判決。なお、五三年判決以前の判例で、概ね五三年基準と同様の基準で自白排除の可否を判断したものととして、福岡高判那覇支判昭四九（一九七四）・三・一三刑月六卷五号五三三頁（184）。

(142) この点について、石山宏樹「判批」『研修』六五六号（二〇〇三年）三九頁も参照。

(143) 本章第一節2（C）（拙稿・前掲注（48）論文五八頁以下）参照。なお、最高裁の判例には、排除法則を自白にも適用すべきことを明示したものはまだ存在していないが、先にみた五八年判決は、その判示（および伊藤裁判官による補足意見）の内容からして、違法に収集された自白を排除法則によって排除しうるとの趣旨を読み取りうる（井戸田・前掲注（108）論文六七頁、上口・前掲注（108）論文一七三頁、小早川・前掲注（108）論文八五頁等）、同判決の調査官解説においては、「違法排除説に立つ自白排除は、自白の任意性プロパーの問題としてというよりは、むしろ、違法収集証拠排除の一面というべきである。そうすると、非供述証拠に関するものであるが、……『五三年判決』の『令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」との説示は、違法な別件逮捕中の自白の証拠能力の判断にも適用される基準となるであろう」（森岡・前掲注（108）論文一八四頁）との指摘がなされている。

(144) 田宮裕『刑事訴訟法「新版」』（有斐閣、一九九六年）三五〇頁。なお、田口守一『刑事訴訟法「第七版」』（弘文堂、二

〇一七年）四一〇頁注八等も参照。

(145) 本章第一節三（A）（拙稿・前掲注（48）論文六四頁）参照

(146) なお、近時、廣瀬健二元裁判官は、ロザール事件控訴審判決について、五三年基準を緩めたものとも解しうることを示唆しつつ、「[自白（供述）は、証拠物と異なり収集過程の違法が証拠評価に影響し得ること（虚偽排除説はこの点に着目）、違法行為再発の危険性・防止の必要性が高いこと（自白法則の歴史的根拠）から証拠物ほどの重大な違法性は要求されないと解することもでき、本判決の結論は支持できる]」という注目すべき見解を示されている（廣瀬健二「取調べ手続の違法と自白」『刑事訴訟法判例百選「第一〇版」』二〇一七年）一六九頁）。

(147) この点については、排除法則は違法な身体拘束中の自白など手続上の違法が問題となる場合に限って適用されるとの立場を念頭に、「違法が供述者の心理状態に影響を与えていない場合には（自白法則の適用はなく）排除法則の適用如何によって「[自白の証拠能力が―筆者注]判断されることになるが、ここでは違法が供述者の心理状態に何ら影響を与えていない——違法が供述の証拠価値に影響を与えていない——ことが前提とされているのであるから、証拠物の場合とパラレルに考えること（一定の重大違法を要求すること）にも、一応の合理性を認めることができる」とする指摘もある（石田・前掲注（9）二四頁）。しかし、たとえ手続上の違法であっても、排除法則を供述者の心理に影響を与えうる違法とそうでない違法とを截然と区別することができるのか、疑問が残るところである。

(148) 拙稿・前掲注（1）論文四五頁参照。

(149) 岡部泰昌「違法収集証拠の排除法則の根拠に関する考察（下）」『判例時報』一二二四号（一九八七年）一七八頁、小田中聰樹『ゼミナル刑事訴訟法（下）』（有斐閣、一九八七年）一七四頁、渡辺修「違法収集証拠排除法則の問題状況」同編著『刑事手続の最前線』（三省堂、一九九六年）一二二頁以下、渡辺修『刑事裁判と防衛』（日本評論社、一九九八年）二二八頁以下、村井敏邦編『現代刑事訴訟法「第二版」』（三省堂、一九九八年）一一四頁（川崎英明執筆）、山本正樹「違法収集証拠の排除に関する一考察」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、二〇〇七年）五一頁等。

(150) 前出・最判平一五（二〇〇三）・二・一四刑集五七卷二号一二二頁（二五年判決）。

(151) この点については、五三年判決以降、「[証拠]排除を認めたもの（下級審判例）」はかなりの数に上っているが、検察官が上訴するとは限らないこともあって、今回、平成一五年二月一四日判決……が出るまで、違法収集証拠であることは認

めてもその排除を認めた最高裁判例はなかった」とする見方も存在している(佐藤・前掲注(95)論文三八頁)。

(152) このような可能性については、裁判実務家の間からも指摘されている。たとえば、朝山芳史裁判官は、「違法収集証拠の考え方を持てくると、従来、判例は重大な違法というものをかなり限定的に解釈していましたから、特に最高裁では、排除される場合というのがかなり限定されてきたという傾向があります。ですから、その証拠物に関する要件をそのまま自白の場合に持てくると、排除される場合というのが非常に限定されるのではないかと思われます」とされる(大澤Ⅱ朝山・前掲注(139)論文一〇〇頁(朝山発言))。また、青木孝之元裁判官も、「自白の証拠能力について、違法収集証拠排除法則の適用の余地を認めても、残念ながら実践的意義は乏しい。なぜなら、同法則が、令状主義を潜脱するような重大な手続的違法を問題にする法理である以上、その適用範囲は限定的にならざるをえない。政策的判断として、証拠排除との結論を出すことに慎重な立場を採れば、なおさらである」(青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』(日本評論社、二〇一三年)九一頁)として、五三年基準によった場合の自白排除の実効性について疑問を提起されている。

(153) この点に関連して、白取祐司教授は、証拠排除の要件として「判例は『重大な違法』を要求するが、黙秘権と人身の自由の侵害が問われる身体拘束中の自白である以上、容易にその重大性は認められよう」とされる(白取・前掲注(80)書四〇五頁。なお、田口ほか・前掲注(126)論文一一頁以下(田口守一発言)、石田・前掲注(9)論文二四頁も参照)。改めて考えてみれば、被疑者の自白を得るために違法な手段を用いてはならないことは捜査官にとっては当然のことであり、そのような当然のことを守ることができなかつたということは、それ自体決して軽微な違法とはいえないであろう(この点については、大澤Ⅱ杉田・前掲注(91)論文七四頁(杉田発言)から大きな示唆を得た)。もし、このような考え方にたつことができるのであれば、五三年基準によったとしても、かなり弾力的な自白の排除が可能となり、また、求められることになるだろう。

(154) 田中・前掲注(6)論文三八頁。同旨、小林・前掲注(2)論文六四頁、石井・前掲注(5)書三九七頁。

(155) 四宮・前掲注(28)論文一九一頁。

(156) 松尾浩也『刑事訴訟法(下)』(新版補正第二版) (弘文堂、一九九九年)一一九頁。同旨、田中・前掲注(6)論文三九頁。

(157) 田口ほか・前掲注(126)論文七頁(河村博発言)等参照。

(158) 大澤Ⅱ杉田・前掲注(91)論文七〇頁(杉田発言)等参照。

(159) 田宮・前掲注(144) 書四〇四頁。

(160) 松本一郎「違法収集証拠の証拠能力(一)」『刑事訴訟法判例百選「第七版」』(一九九八年) 一三九頁。

(161) 違法宣告だけでは違法捜査の抑制が困難であることを指摘するものとして、清水保彦「違法排除法則―弁護の立場から―三井誠ほか編『刑事手続Ⅲ』(悠々社、二〇〇二年) 三五八頁、松尾剛行「違法収集証拠排除法則―覚せい剤取締法違反(使用)事件における無罪事例から」『学習院法務研究』五号(二〇一二年) 七七頁等参照。

(162) なお、宮澤節生教授の警察署での参与観察に基づく研究も、裁判官からの期待や統制は現場の警察官には届きにくいことを示唆している(宮澤節生『犯罪捜査をめぐる第一線刑事の意識と行動―組織内統制への認識と反応』[成文堂、一九八五年] 三七二頁以下参照)。

(163) 椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』(信山社、一九九三年) 二二五頁。

(164) 田中・前掲注(6) 論文三七頁。

(165) なお、鈴木茂嗣教授は、五三年判決やその後の判例について、「証拠の重要性が低ければ、違法の程度が比較的低くても証拠排除」することを否定したものではないと解されている(鈴木・前掲注(127) 書二〇八頁。同旨、堀江・前掲注(131) 論文一三七頁)。このような立場からも、自白を証拠物よりもゆるやかな基準で証拠排除することは正当化しうるのではなからうか。

(166) なお、先述のように(本節三)、自白の収集過程に違法が存在することが確認されれば、違法と自白との因果関係はおおよそ肯定しうることになる。

(167) すなわち、自白の収集過程に違法があれば、それだけで(違法が重大であるかどうかなどを問うことなく)当該自白を排除すべきとする違法排除説(田宮説)の帰結は、排除法則を自白に適用する場合においても、基本的に妥当するものと解される。

〔付記〕

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

長谷川晃教授の経歴と業績

郭 舜

長谷川晃教授（法哲学）は、二〇一七年四月一日付けで北海道大学理事・副学長（教育等担当）に就任され、長年に亘って所属された本研究科を離れることとなった。理事・副学長の任期終了後、本研究科に復帰された暁には定年退職まであと一年を残すことになるが、これまでの同様の例に従い、この機会を区切りとして本号にて同教授の経歴と業績を北大法学論集に掲載するものである。

詳しくは以下に譲るが、長谷川晃教授は一九五四年秋田県のお生まれであり、一九七七年に東北大学法学部を卒業、同年に東京大学大学院法学政治学研究科修士課程に入学され、一九七九年に同研究科博士課程に進学、一九八二年に修了された。一九八三年に北海道大学法学部助教授として着任され、以来三四

年余りにわたり現在も本学のために尽くされている。

その後一九九一年に本学法学部教授に昇進、二〇〇三年に本学の組織変更に伴い本研究科教授となられたほか、二〇〇四年から二〇〇八年にかけて本研究科附属高等法政教育研究センター長、二〇一一年から二〇一四年にかけて総長室企画経営室役員補佐・総長補佐および現代日本学プログラム課程設置準備委員会委員長、二〇一四年から一六年にかけては本研究科長・学部長を歴任された。

本研究科においては基礎法講座の同僚とともに法理論研究会（尾崎一郎助教授（当時）着任を機に法哲学研究会から改称）を立ち上げられ、その発展に尽力されている。また、学外においても一九九八年以来日本法哲学会理事であり、二〇〇六年か

ら一二年にかけて日本学術会議連携会員、二〇一四年から一五年にかけて北海道アイヌ生活上推進方策検討会議委員長などを務められている。

一 研究業績

以下では長谷川晃教授のこれまでの経歴を時系列順に紹介しながら、その学問の展開過程をいくつかの画期にまとめて跡づけることとしたい。

一 法哲学への関心の芽生え

長谷川晃教授は一九五四年七月七日に秋田県秋田市に生まれ、一九七三年三月に秋田県立秋田高校を卒業した後、同年四月に東北大学法学部に入学された。当時の東北大学法学部には個性溢れる教官が目白押しであった。「民法三羽鳥」と呼ばれた幾代通・鈴木禄弥・広中俊雄、憲法学の小嶋和司、比較憲法の樋口陽一、行政法の藤田宙靖、西洋法制史の世良晃志郎、政治思想史の宮田光雄、西洋政治史の池田清各教授ら錚々たる教授陣による授業は、一つ一つが際立って個性的であり刺激に富んでいたという。学生時代の長谷川教授は、公法、刑法、基

礎法学、政治学などに特に関心を持たれた。学部三年次に、当時西ドイツ留学から帰朝したばかりの青井秀夫教授の法理学の演習に参加され、当時の最新の議論であった法学的ヘルメノイティクに接して、認識論哲学や法学方法論に大きな興味を持つようになった。当時新築の大学図書館に足しげく通っては法学関係の図書を読み耽る日々を過ごしたという。そのような中、長谷川教授は一つの書物との邂逅を得る。それは、碧海純一・東京大学教授（当時）が若い頃に書き著した『法哲学概論（初版）』であり、それとの出会いは「自分の世界がガラガラと音を立てて崩れ落ちるような」大きな知的衝撃と興奮を伴うものであった。そして、一九七七年三月に晴れて東北大学を卒業した後、同年四月に、長谷川教授は東京大学大学院法学政治学専攻修士課程基礎法学専攻（法哲学）に入学された。指導教官は碧海教授であった。

一 碧海シュレーへの入門——法学方法論研究

東京大学大学院入学後、長谷川教授はいわゆる「碧海シュレー」の一員となつて、当時碧海教授のもとに集っていた若手俊英たちと共に法哲学の理論的研究に励まれることとなる。聞くところによれば、東北の俊傑がやってくるという門下生たち

は興味津々だったようである。当時の碧海教授はカール・ポパー

た。

の哲学に傾倒しておられ、そのこともあって長谷川教授はその著書、とりわけ『推測と反駁』や『客観的知識』から大きな影響を受けた。特に『客観的知識』については、「目から鱗が落ちるとはこのことかと思った」という。また、『碧海シュレー』

一三 フルブライト奨学生として——解釈的法理論の前面化
その後一九八三年七月に、長谷川教授は北海道大学法学部に助教授として着任され、以降、現在に至るまでの三四年間、日本有数の理論法哲学者として本研究科を拠点として活躍されることとなった。

には、当時東京大学教養学部で教鞭を取っていた長尾龍一教授も名を連ねており、同教授の大学院演習ではプラトンやホッブズなど法思想史における古典を講読した。また、『シュレー』の仲間とは、ルソーやケルゼンなどの読書会で活発に議論を交わし、共通の学問的土台を築くとともに今に続く親交を育んだ。

長谷川教授は着任後、程なくしてフルブライト奨学生としての留学の機会に恵まれ、一九八六年から八八年までの約二年間、アメリカで在外研究をされることになった。一年目はカリフォルニア大学バークレー校・法と社会研究センターに滞在さ

れていた。同センターでP・セルズニックとP・ノネの主宰する法理論の授業などに耳を傾けるとともに、哲学科の言語哲学のJ・サールやD・デイヴィッドソン、道徳哲学のS・シェフラーらの授業にも参加され、意見交換を行いつつ研究を深められた。二年目にはニューヨーク大学ロー・スクールに移られ、ちょうどこの年から開始されたR・ドゥオーキンと哲学者T・ネーグルの共同主宰による「法と政治理論コロキウム」に参加し、当時のアメリカ法哲学を賑わわせていたJ・ロールズやT・スキャンロン、D・パーフィット、B・ウィリアムズ、C・テイ

について合理的再構成の試み」で法学修士号を取得し、その後早くも一九八二年一〇月には「法的正当化の構成と客観性についての一試論：from a generic point of view」によって法学博士号を取得された。この前半部はのちに一九八五年から八七年にかけて『北大法学論集』（三五巻六号、三六巻五・六号、三七巻六号）に掲載されている。この時期に課題とされていたのは、法解釈はいかにして客観的たりうるのかを、科学哲学やトピック論、法学的ヘルメノイティクなどの最新の成果を踏まえつつ、法的推論・正当化の実践的構造とともに解明することであっ

ラーなどのセミナーにも出席された。また、ドゥオーキンやネーゲルがそれぞれ主宰する授業にも出席され、個人面談などもされて、二人の哲学には非常に大きな影響を受けた。特にこの頃『法の帝国』を著して「解釈的転回」を遂げつつあったドゥオーキンの議論には、学生時代からの法学的ヘルメノイティクへの関心と相俟って、大きな親近感を覚えたという。実際、これ以降の長谷川法哲学は解釈的な志向をいっそう鮮明にするようになった。

こうした経験を元に、授業・学内行政を精力的にこなす中でアメリカ留学の集大成として上梓されたのが『権利・価値・共同体』（一九九一年）であり、ドゥオーキンの権利論を踏まえつつ、権利を公正の理念と結びつけることによって考察をさらに進めようとするものであった。社会における我々の権利実践を分析するならば、権利には個人中心性、優先性、非還元性という三つの固有の性質が見られる。これを適切に説明するためには、功利主義と行為者基底的理論（デワース、ロマスキー）のいずれも不十分であり、権利を個人指向的なかたちで個別化された社会的な政治価値として理解する必要がある。このような説明を与えるのがドゥオーキンの権利論であり、その根底には「等しい尊重と配慮」という平等主義的理念がある。しか

し、平等が果たして基底的な価値理念であるか否かは論争的であり、また平等理念からの権利の導出過程にも問題がある。そこで、平等に代わる権利の基底にある価値理念として公正が見出されることになる。このような分析を踏まえ、一方で自由尊重主義（リバタリアン）・保守主義、他方で共同体主義・平等主義に応答しつつ、権利基底的な社会秩序構築の可能性が摸索されるのである。この『権利・価値・共同体』が評価されることよって長谷川教授は一九九一年二月に本学部教授に昇任されるとともに秋田県出身の優れた研究者に与えられる山下太郎学術奨励賞を受賞することとなった。

教授昇任後も執筆活動は休むことなく、法思考の理論と権利論、さらには正義論・平等論に係る論文を次々に発表され、それらの多くは第二の著書『解釈と法思考』（一九九六年）、さらに第三の著書『公正の法哲学』（二〇〇一年）に収載されることとなった。『解釈と法思考』に収められた諸論文は、修士論文以来の法的判断の客観性という課題に対して、解釈と価値の関わりという観点から取り組むものである。ここでは、法解釈・法的正当化を他の領域を含め一般に見られる解釈実践・正当化実践と連続的なものとして位置づけつつ、その特殊性を規制理念としての法のもつ公共性などに求める試みがなされる。そし

て、ドゥオーキンの解釈学的法理論をその限界を見据えつつ参照することにより、法解釈は具体的な文脈において対話的にされるべきものであること（解釈的対話）が明らかにされ、解釈に開かれた制度としての制定法の体系の理解へと具体化されるのである。

他方『公正の法哲学』は、法的正当化をめぐる争いが正義の最善の解釈とは何かをめぐる対立として理解されるべきことを出発点とする。正義が規範的デイスコースにおいて基底的な位置を占めることが確認された上で、さらに公共的価値としての自由・平等・効率性のトリプレックスがこの正義という、より高次の価値によって統御されることが明らかとなる。これは自己形成の基盤の公共的保障（自立への均しいアクセス）を軸とした分配的正義論へとつながるとともに、高次の価値としての正義が公正の理念によって解釈されるべきであることを導く。

しかし、かくある法や正義が受容されるためには、一定の社会的条件が満たされる必要がある。正義が社会によって受容されるための条件としては、他者の相互尊重を導く「共鳴」、共有された基本的価値の解釈実践である「闡明」、自己利益の追求手段としての協調を超え、正当な正義の闡明によって導かれた価値志向的な「協同」の三つが示される。同時に、高次の価値と

しての正義に基礎づけられた法が、社会において相剋する諸価値の調停者としての役割を果たすことが主張されるとともに、東アジアの非西洋社会が抱える問題が示唆される。この問題はさらに、日本社会においていかにしてリベラルな価値観を内面化した「市民」を創出するかという課題へとつながる。

以上からも看取されるように、二冊の著書は『権利・価値・共同体』において擁護された権利基底的な社会秩序の基礎を、法や正義をめぐる我々の実践の構造を説明することによってさらに深く探求するという性格のものであったといえる。もちろん、収録され（また選に漏れ）た個々の論攷をつぶさに眺めるならば、このような雑駁なまとめを拒むほどの幅広い関心とユニークなアプローチが見られ、周到な議論によって問題が解かれていくさまは圧巻ですらある。

一四 イギリスでの在外研究——「異法融合」への関心

この時期の長谷川教授は、二冊の著書の出版と並行してオーストラリア国立大学社会科学研究センターや国立台湾大学法学院、客員教授として米ウイスコンシン大学ロー・スクールを訪ねられ、新たなアプローチを摸索してもおられた。大きな転機となったのは、二〇〇二年から二〇〇三年まで、文科省在外研

究助成を得て、英ロンドン大学ユニバーシティ・カレッジの法と政治研究センターに滞在されたことである。『公正の法哲学』を刊行後、教授の関心は種々の法価値の思想的背景の問題へと向かい、それに取り組むためにはイギリスでの研究が有意義と考えてのことだった。思惑通り、同センターでは、一方でJ・ベンサムの研究プロジェクトが進行中であり、他方で法理論セミナーも開催され、旧知のR・ドゥオーキンのほか、一般法理学のW・トワイニング、政治哲学のJ・ウルフ、法思想史のF・ローゼンやP・スコフィールドなど各分野を代表する研究者との面談や議論を通じて新鮮な刺激を受けられることとなった。

この中で、ドゥオーキンは米ニューヨーク大学とのジョイント・アポイントメントのため半期のセミナーを主宰しており、長谷川教授はそれに出席するとともに、個人的な面談などを通して縁をさらに深められた。滞在中のロンドンではJ・ラズやJ・ハーバーマスの講演を聞く機会にも恵まれた。また、このときカナダの比較法学者H・パトリック・グレンの著した『世界の法伝統』の初版に出会い、研究の大きなヒントを得たそうであり、その後、親交を結ぶことになる。

帰国後の長谷川先生は、二〇〇四年から四年間、本研究科附属高等法政教育研究センターの第二代センター長を務められる

ことになり、種々の講演会や研究会、シンポジウム・セミナー等を企画・開催して、本研究科の研究教育活動の活性化に尽力された。また、二〇〇五年から五年間的大型研究プロジェクトである科研費基盤研究(S)「法のクレオールと主体的法形成の研究」の代表として、本研究科基礎法学講座の同僚らを率いて共同研究を進めた。このプロジェクトがテーマとして掲げたのは「異法融合の秩序学」であり、この「異法融合」という中核的概念はその後の長谷川教授の研究を導くものとなる。

これまでの著作の中では、社会において法や正義が受容されるための条件は何かという問題に取り組みつつ、さらに進んで個々の社会の置かれた状況の違いに関心が向けられていた。このプロジェクトはそれをさらに推し進めるものであった。「異法融合」という観点の導入は、日本に典型例が見られるような法継受や法変容の過程を、単に受動的で一方的な法の輸入としてではなく、当該社会の法主体による積極的な再構成の動態として理解するという含意をもつ。プロジェクトの目的は、法理論・法史学・比較法などの諸領域を貫通するクレオールの観点に立ち、それを法の一般理論として構築することにあつた。その最終的な成果は二〇一二年に『法のクレオール序説』として北海道大学出版会から刊行されることになるが、それ以前から

関係するシンポジウムやセミナーなどが各地で盛んに行われ、日本のみならず東アジア各国でも大きな関心を集めた。このプロジェクトで扱われた幅広いテーマのうち、長谷川教授が関心を寄せられたのは「異法融合」の要を成す規範翻訳の問題であり、なかならず法的観念がどのような過程・状況において、いかなる主体的解釈の営みを通じて翻訳されるかという問いであった。このような問題関心は、解釈的視座からこれまで取り組んできた社会と法や価値との関わりを歴史的動態の中で位置づけ、議論の射程を拡張するという意義を有しており、現在に至るまでの教授の学問的関心に大きな広がりを与えているといえる。

「法のクレオール」プロジェクトを進める過程では、上記『世界の法伝統』の著者であるグレン教授との研究交流が始まり、二〇〇五年に長谷川教授が加マツギル大学の研究室を訪ねたのを皮切りに、グレン教授が二〇〇六年に本学を訪問、国際シンポジウムでも同席して意見を交換するなど親交を深め、交流は二〇一四年にグレン教授が急逝するまで続いた。グレンの「持続可能で多様な法伝統」という観念は、長谷川教授にとっては、特定の歴史的時点において法価値の意義を形成し正当化する解釈的営為を支える文脈的条件（「背景的価値体」）として位置付

けられ、大きな意義を与えられている。教授の国際的な交流・活躍はこれにとどまらず、二〇〇五年に瑞ローザンヌ大学・イス比較法研究センターと交流を開始するとともに、二〇〇八年に英（ウエルズ）スウォンジー大学法学院、二〇〇八年には米コーネル大学ロー・スクールで客員教授に招聘されている。このほか、現在に至るまで多くの国際シンポジウムなどにも招かれていた。それに伴い英語論文も多く刊行されており、研究活動は国境を超えた広がりを見せ現在も活発に行われている。

長谷川教授は現在の理事・副学長の職務の中でも法哲学への関心を堅持しておられる。教授は、願望であるとしながらも、依頼原稿も含め英文論文をあと数本著し、これまでの英語論文を編んで公刊し、さらに規範の哲学に係る「小著」をまとめることを企図しておられる。長谷川教授の法哲学は、そのときに完成を見るのであろう。

二 教育および学内外行政

巨大な学問的貢献にもかかわらず、長谷川教授の研究者としての責任感はそのみへの専心を良しとすることはなかった。まず、教授の薫陶を受けた多くの後進研究者がそれぞれの分野

の中核的存在になりつつある。大学院において主指導教員として指導を受け、その後研究者となった者こそいないが、副指導教員として主指導教員の今井弘道教授（現在は本学名誉教授）とともに熱心に指導に当たられ、八名の法哲学研究者を育てた。これ以外に、長谷川教授の指導の下で修士課程を修了しながら研究者以外の進路を選んだ大学院生は七名に上る。そして、他の基礎法学分野、実定法学で、さらには学部を超えて、本研究科で学んだ大学院生、さらには若手・中堅教員のうちには、演習や研究会などにおいて教授の警咳に接し、その温厚かつ氣遣いに溢れたお人柄、そして誠実な学問氣風から大きな影響を受けた者が少なくない。

周囲の信望は、いうまでもなく学内においても教授に閑を得ることを許さず、二〇一一年から約四年間、北海道大学本部総長室・企画経営室役員補佐を務められた後、二〇一四年からの二年間は本研究科長・学部長として重責を担われた。折しもこの時期は国立大学法人中期計画・目標期間の第三期開始を目前にしており、教授は大学本部および本研究科・学部の二つの異なった組織レベルにおいて、計画・目標の策定にその辣腕を発揮されたこととなる。そして、理事・副学長になられた今、奇しくも自らこの計画・目標の実施を指揮する側に立たれている。

本研究科長・学部長時代に独断的な大学運営に対して筋の通った批判を続けられてきたことは、リベラリストとしての長谷川教授の面目躍如たるものであるが、現総長からの信任も非常に厚く、これまでもまして多忙な毎日を送られている。このほか、学会運営への貢献も多大であり、日本法哲学会理事をすでに二〇年以上務められている他、その誠実な仕事ぶりは学会・学界の垣根を超えて多くの研究者の堅い信頼を得ている。

三 経歴

一九五四年七月 秋田県に生まれる

一九七七年三月 東北大学法学部卒業

同年四月 東京大学大学院法学政治学研究科修士課程入学

一九七九年三月 同修了 修士（法学）

同年四月 東京大学大学院法学政治学研究科博士課程入学

一九八二年一〇月 同修了 博士（法学）

一九八三年七月 北海道大学法学部助教授

一九八六年九月～八八年六月

スウオンジー大学法学院客員教授

カリフォルニア大学バークレー校法と社会

二〇一〇年八月～一〇月

研究センター及びニューヨーク大学ロー・

コーネル大学ロー・スクールクラーク東ア

スクール法・哲学・社会理論プログラム

ジア法・文化プログラム・モリ・ハマダ&

客員研究員

マツモト特別訪問教授

一九九一年二月

北海道大学法学部教授

二〇一一年四月～一四年一二月

一九九八年九月

オーストラリア国立大学社会科学研究院哲

北海道大学総長室企画経営室役員補佐・総

学プログラム・ビジター

長補佐

二〇〇二年三月

ウィスコンシン大学ロー・スクールJ・B・

二〇一三年四月～一五年三月

マクドナルド客員教授

北海道大学現代日本学プログラム課程設置

二〇〇二年九月～〇三年七月

ロンドン大学ユニヴァーシティ・カレッジ

準備委員会委員長

政治・法・社会研究センター客員研究員

二〇一四年一二月～一六年一二月

北海道大学大学院法学研究科教授（組織変

法学研究科長・法学部長

二〇〇三年四月

更）

二〇一七年四月～現在

更）

北海道大学理事・副学長（教育等担当）

二〇〇四年四月～〇八年三月

法学研究科附属高等法政教育研究センター

長

長

二〇〇五年六月

スイス比較法研究所・ビジター

二〇〇八年一〇月～〇九年三月

スイス比較法研究所・ビジター

四 業績一覧

〔著書・論文等〕

一九八四年

長谷川晃「ミュンヒハウゼンのトリレンマ」木鐸二号、六―七頁

一九八五年

長谷川晃「法的正当化の構成についての一考察」日本法哲学会編 法哲学年報一九八四『權利論』（有斐閣）、一二四―一四一頁

長谷川晃「事実と価値——非―倫理的『観点からのノート——』、上原英雄・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）、一七七―二〇三頁

長谷川晃「法的正当化の構成と客観性についての一試論——（一）——from a generic point of view——」北大法学論集三二五卷六号、八四九―九五九頁

一九八六年

長谷川晃「法的正当化の構成と客観性についての一試論——

（一）——from a generic point of view——」北大法学論集三二六卷五・六号、一四八九―一五五八頁

一九八七年

長谷川晃「法的正当化の構成と客観性についての一試論——（二）——from a generic point of view——」北大法学論集三二七卷六号、八二五―八九二頁

一九八九年

長谷川晃「平等・人格・リベラリズム——R・ドゥオーキンの平等論をめぐって」思想七七五号、五三―八一頁

Ko Hasegawa, "The Plasticity of Persons and the Concept of Rights" 北大法学論集三九卷五・六号、一五四九―一五二九頁

長谷川晃「権利の観念は無意味か？」[Jeremy Waldron: *Nonsense upon Stilts*. Chapter 6] の注釈と若干の検討」北大法学論集四〇卷二号、四二七―四五四頁

一九九〇年

長谷川晃「シンポジウム要略」法哲学年報一九八九『法的思考

の現在』(有斐閣)、一〇八一―一四頁

一九九一年

長谷川晃『権利・価値・共同体』(弘文堂)

長谷川晃(共著)『アメリカ憲法訴訟基礎論―ペリー教授北大講演リポート』ジュリスト九九二号、一一六―一二五頁

長谷川晃『準拠枠の神話』を越える道『ポバー・レター』三卷二号、一―三頁

一九九二年

長谷川晃『実践的推論と『法と経済学』へのコメント』法哲学年報一九九一『実践理性と法』(有斐閣)、一〇五―一〇八頁

長谷川晃『法のモラル』大庭健他編著『道徳の理由』(昭和堂)、一二四―一四五頁

長谷川晃『法における〈証明〉』数学セミナー一九九二年一月号、四四―四八頁

一九九三年

長谷川晃『リベラルな平等についての覚え書き』北大法学論集四三卷五号、一二六―一二四五頁

長谷川晃『法における解釈的転回 (the interpretive turn)』法社会学年報四五号『法の解釈と法社会学』、一二四―一二六頁

長谷川晃『「書評」 M. A. Glendon: Rights Talk』国家学会雑誌一〇六卷一・二合併号、一六三―一六四頁

一九九四年

長谷川晃『「書評」 J・ラズ：権威としての法』図書新聞二二二八号、四頁

長谷川晃『「解釈的対話の可能性」』思想八四三号、二二―四二頁
長谷川晃『「公正な市場」の法』法哲学年報一九九三『市場の

法哲学』、六―二〇頁

一九九五年

長谷川晃『「書評」 R・ドウウォーキン：法の帝国』週刊読書人二二一一号、四頁

長谷川晃『「書評」 松浦好治：法と比喩・森村進：財産権の理論』ジュリスト一〇七五号、一八六―一八七頁

一九九六年

長谷川晃『解釈と法思考』(日本評論社)

Ko Hasegawa, "Open and Closed Relativism (1)" ポパー・レター
八巻二号、六―八頁

一九九七年

Ko Hasegawa, "Open and Closed Relativism (2)" ポパー・レター
九巻一号、五―七頁

長谷川晃「統一テーマ〈多文化時代と法秩序〉について」法哲
学年報一九九六『多文化時代と法秩序』（有斐閣）、一―五頁

長谷川晃「シンポジウム要略」同上『多文化時代と法秩序』、

一―二―一―一九頁

長谷川晃「リベラリズムの断裂」あうろーら八号、一七六―一
八二頁

長谷川晃「ポストモダンリズムと正義論」法の理論一七号、四七
―七八頁

一九九八年

長谷川晃「市民の時代の公共哲学」今井弘道編『市民の時代』
（北海道大学図書刊行会）、一五九―一九八頁

Ko Hasegawa, "Legal Reasoning and Interpretation of
Justice" 北大法学論集四八巻五号二二―二三―三〇頁

一九九九年

長谷川晃編『北大法学部ライブラリー〈四〉市民の秩序のゆく
え』（北海道大学図書刊行会）

長谷川晃「正義はいかに受容されるか」、同上『北大法学部ラ
イブラリー〈四〉市民の秩序のゆくえ』、一六五―二二〇頁

長谷川晃「アジア社会における普遍的法の形成」北大法学論集
五〇巻三号、二六―二七八頁

二〇〇〇年

長谷川晃「公共的観点とリベラルな平等論」三島淑臣ほか編『人
間の尊厳と現代法理論』（成文堂）、四五五―四七九頁

長谷川晃「〈法〉の解釈的再構成、あるいは法哲学教育の意義
―一研究者の視点から」月刊司法改革一卷二二号、二二―二
五頁

長谷川晃「書評」K・R・ポパー「開かれた宇宙」思想九二―号、

一四四―一四八頁

二〇〇一年

長谷川晃『公正の法哲学』（信山社）

長谷川晃「よき生と正義」法の理論二二号、二一九―二二五頁

長谷川晃「二一世紀の〈法の概念〉」日本学術会議北海道地区
会議ニュース三四号、二二三頁

長谷川晃「二一世紀の価値多元社会と法の哲学を求めて」学術
の動向二〇〇一年一〇月号、七〇―七二頁

長谷川晃「地域教育とコミュニケーション・ネットワーク」学
術の動向二〇〇一年一〇月号、七五―七八頁

Ko Hasegawa, "Constitutional Gaps in Japan", *Proceedings of
the Kyoto American Studies Summer Seminar 2000*, Center
for American Studies, Ritsumeikan University, p.77-81

二〇〇二年

長谷川晃「多元的自我とリベラルな法共同体」佐々木毅・金泰
昌編『二一世紀公共哲学の地平』（東京大学出版会）、二二一
―二四四頁。

長谷川晃「カール・ポパーのリベリズム」ポパー哲学研究会
編『批判的合理主義〈二〉応用的諸問題』（未来社）、二二一
―二四四頁。

長谷川晃「ロナルド・ドゥオーキンの倫理的責任論」海外社会
保障研究一三八号、三四―四二頁

長谷川晃「法解釈と正義論―法哲学の視角から―」法律時報

二〇〇二年八月号、七九―八三頁

長谷川晃「『書評』平野仁彦・亀本洋・服部高宏著：『法哲学』
法学教室二〇〇二年九月号、六四頁

Ko Hasegawa, "The Permeation of Values and the
Transformation of Law in Asian Societies", *Proceedings of
the 4th Conference on East Asian Jurisprudence*, University
of Hong Kong, Vol. 1, pp.1-24

Ko Hasegawa, "Environment as Common Good and Equality
among Generations", *The PIE Discussion Paper*, No. 98

二〇〇三年

長谷川晃「市場における法的正義とは何か」法律時報七五卷一
号、二五―二九頁

長谷川晃「『書評』R・ドゥオーキン：平等とは何か＋小泉良幸：
リベラルな法共同体」週刊読書人二四六八号

Ko Hasegawa, "The Structuration of Law and Its Working in
the Japanese Legal System", J. Vanderlinden et al. eds., *La
Structure des Systemes Juridiques*, Emile Bruylant, pp.319-349

二〇〇四年

長谷川晃・角田猛之編『ブリッジブック法哲学』（信山社）

長谷川晃「〈競争的繁栄〉と知的財産法原理」知的財産法政策学研究三三、一七―三四頁

長谷川晃「仮想的保険と倫理的リベラリズム」法の理論二三号、一三―三六頁

長谷川晃「〈憲法と民法〉と法概念の問題」法律時報九四〇号、七八―八一頁

長谷川晃「公正な法とその公共性」早稲田政治経済学雑誌三五七号、二二―三七頁

長谷川晃「ロナルド・ドゥオーキンの倫理的責任論」塩野谷祐一ほか編『福祉の公共哲学』一一―一三九頁

Ko Hasegawa, "On Prof. Will Kymlicka's Thinking about the Rights of Indigenous People", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 96, pp.85-93

Ko Hasegawa, "Human Well-being and Public Provision", 北大法学論集五四卷六号、四〇四―四三二頁

二〇〇五年

長谷川晃「書評」田中成明編『現代法の展望―自己決定の諸相』

書齋の窓二〇〇五年三月号、四八―五一頁

長谷川晃「法と市場の間」稗貫俊文ほか編『厚谷襄児先生古稀記念論集 競争法の現代的諸相（上）』（信山社）、五七―八一頁

長谷川晃「シンポジウム〈競争秩序への多元的アプローチ（一）〉」報告二〈法と市場の間〉」北大法学論集五六卷一号、二一―四一―三〇頁

長谷川晃「法的空間の多元重層性」民商法雑誌一三三卷三号、四四七―四六八頁

二〇〇六年

長谷川晃「規範衝突の解釈学」法学六九卷六号、九七九―一〇一〇頁

長谷川晃「主体・法・正義―リベラルな平等のポテンシャル」法社会学六四号、八六―一〇一頁

長谷川晃「法学教育の行方―国際シンポ〈法学教育改革…反省と展望〉に参加して」法学教室三〇八号、六―七頁

長谷川晃「共通善・時間・責任」鈴木興太郎編『世代間衡平性の論理と倫理』（東洋経済新報社）、三〇三―三三六頁

長谷川晃「共通善・私的善・公共善」金泰昌ほか編『世代間関

係から考える公共性』(東大出版会)、三七―六八頁

長谷川晃「先住民の知的財産保護における哲学的文脈」知的財産法政策学研究一三号、二七―五一頁

長谷川晃「法の支配」という規範伝統」(法哲学年報二〇〇五『現代日本社会における法の支配』(有斐閣)、一八―二八頁

Ko Hasegawa, "Legal Education Reform and the Idea of Law: General Remarks for the International Conference on Legal Education Reform" *Wisconsin International Law Journal*, Vol.24, No.1, pp.23-29

二〇〇七年

長谷川晃「法のクレオール」の概念をめぐる基礎的考察」北大法学論集五八巻三号、二四四―二六九頁

長谷川晃「書評」ロナルド・ドゥオーキンの法―政治哲学の包括的検討」アメリカ法二〇〇六―二二号、三〇七―三二二頁

二〇〇八年

長谷川晃「解釈的法思考の基底」青井秀夫・陶久利彦編『ドイツ法理論との対話』(東北大学出版会)、三〇三―三三二頁

長谷川晃「法が生まれるとき…法哲学的スケッチ」林信夫・新

田一郎編『法が生まれるとき』(創文社)、三〇―三二〇頁
長谷川晃「アイヌ民族の〈多形的〉統合」劉幸義編『法学理論與文化』(新学林出版)、二一九―二三五頁(同中国語訳二三七―二四八頁)

二〇〇九年

長谷川晃「自由の背面」大野達司ほか編『公共空間における個人の自律』(風行社)、三二―九頁

Ko Hasegawa, "Incorporating Foreign Law through Translation" Andrew Halpin et al. eds., *Theorizing the Global Legal Order*, Hart Publishing, pp.85-106

Ko Hasegawa, "Between Rights and 'Kenri'" E. Caslin-Retane, ed., *Legal Engineering and Comparative Law*, Vol.2, Schutless, pp.87-103

二〇一〇年

Ko Hasegawa, "The Idea of Enlightened Localism and the Polymorphic Integration of Ainu" *Comparative Sociology*, No.9, pp.663-685

長谷川晃「ヘーゲル・ガバニング」の観念」新世代法政策学

研究六号、二五五―二八四頁

長谷川晃「法と経済学をめぐる法観念の相剋」宇佐美誠編『法学と経済学のあいだ』（勁草書房）、二一―四三頁

二〇一一年

長谷川晃「ドウオーキンのリーガリティ論」宇佐美誠・濱真一郎編『ドウオーキン』（勁草書房）、六七―八六頁

長谷川晃「平等・憲法・原理」同上『ドウオーキン』、二一五―二二二頁

長谷川晃「二一世紀の法の概念」法の理論三〇号、六五―八二頁

Ko Hasegawa, "How Can Law Hold Hope in Cultural Complexity? —Critical Comments on Prof. Annelise Riles' View of Law and Culture" (<http://meridian180.org/node/246>)

二〇一二年

長谷川晃「法的世界の成り立ち」・「法と権利保障」・「諸法の相互関係と法の解釈」道幸哲也・加藤智章編著『新訂 市民社会と法』（放送大学教育振興会）、第一・二・三章

長谷川晃編『法のクレオール序説―異法融合の秩序学』（北海道出版会）

長谷川晃「法のクレオールと法的観念の翻訳」同上『法のクレオール序説―異法融合の秩序学』、一―三二頁

長谷川晃「文化的異質性の中の法形成」陳起行・江玉林他編『後継受時代の東亜法文化』（元照出版社）、二五―三七頁

二〇一三年

長谷川晃「『書評』…現代法の変容」書斎の窓六二七号、五六―六〇頁

二〇一四年

長谷川晃「規範理論と実証研究との接合可能性について」北大社会科学実験センター・ワーキング・ペーパー No. 142 (<http://lynxlethokudai.ac.jp/cerss/workingpaper.html>)

長谷川晃「異法融合の秩序学」東洋大学国際哲学研究センター『国際哲学研究 別冊四：〈法〉の移転と変容』、七一―五頁

Ko Hasegawa, "Getting through National Responsibility toward Global Justice" *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 139: Human Rights and Global Justice, pp.81-87

長谷川晃【共編著】『ブリッジブック法哲学(第二版)』(信山社)

二〇一五年

Ko Hasegawa, "Normative Translation in the Heterogeneity of Law", *Transnational Legal Theory*, Vol.6: 3-4, pp.501-517 (<http://dx.doi.org/10.1080/20414005.2015.1126111>)

二〇一六年

Ko Hasegawa, "The Dynamics of 'Confluence' in a Legal System—Comments on H. Patrick Glenn's Insights on Legal Traditions", *Transnational Legal Theory*, Vol.7: 1, pp.1-8 (<http://dx.doi.org/10.1080/20414005.2016.1170472>)

Ko Hasegawa, "The Arctic as Common Good", Dawid Bunkowski, ed., *Philosophy of Law in the Arctic*, Rovaniemi, pp.32-38 (E-book, http://www.uarctic.org/media/1596499/tm-arctic-law_-bunkowski-philosophy-of-law-in-the-arctic.pdf)

長谷川晃「法の混成的妥当」角田猛ほか編『法理論をめぐる現代的諸問題』(見洋書房)二〇三二二二頁。

二〇一七年

Ko Hasegawa, "How to Deal with the Multiplicity of Law" (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beihett 152: Insights about the Nature of Law from History, pp.97-104

Ko Hasegawa, "Interactive Reason in Law" (Shortly published in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2017)

Ko Hasegawa, "The Fabric of Normative Translation in Law" (Shortly published in the Commemorative Essays for the late H. Patrick Glenn, Cambridge University Press, 2017)

〔翻訳〕

エルンスト・トローピッチュ『認識と幻想』(木鐸社、一九八四年)

〔共訳〕

シェームズ・E・ハーゲット「現代アメリカにおける法思考の諸傾向」北大法学論集三五巻五号、六四二一六一九頁(一九八五年)

ジョセフ・ラズ『自由と権利』(勁草書房、一九九六年)〔共訳〕

ベンジャミン・グレッグ「不確定的な世界における社会批判の可能性(一)」北大法学論集五〇巻三号、二三五二二五六頁(一九九九年)〔共訳〕

ベンジャミン・グレッグ「不確定的な世界における社会批判の

可能性(二・完)」北大法学論集五〇巻四号、三三五―三六

五頁(一九九九年)「共訳」

ジョン・ササン・ウルフ「不利への対処と人間の善」北大法学論集

五七巻一号、四二四―四〇三頁(二〇〇六年)「共訳」

・エリック・ヤマモト「正義の実現による社会的平癒」北大法

学論集五九巻四号、三四二―三一六頁(二〇〇八年)「共訳」

「学会・研究会報告」

一九八四年

北大法学会・報告「規範的正当化のシステムについての若干の

考察」

日本法哲学会・報告「法的正当化の構成についての一考察」

一九八八年

北大法学会・報告「平等・人格・リベラリズム―R・ドゥオー

キンの平等論をめぐって」

一九九二年

日本法社会学会・報告「法における解釈的転回(the interpretive

turn)」

一九九三年

北大思想史研究会「書評」M・サンデル『自由主義とその限界』

日本法哲学会・コメント「実践的推論と『法と経済学』へのコ

メント」

一九九四年

北大英米法研究会・報告「明文にない権利の正当化をめぐって」

日本法哲学会・報告「〈秩序ある市場〉の法」

一九九九年

第三回東アジア法哲学会(ソウル)・報告「アジア法の普遍的形成」

二〇〇一年

北大法学研究科高等法政教育研究センター公開シンポジウム

〈体制改革としての司法改革を考える〉・コッデイナーター

北大法学研究科高等法政教育研究センターシンポジウム〈法学

教育のこれから―学ぶ側の視点から考える〉・パネリスト

北大法学研究科法理論研究会・コメント「法的推論研究の近況」

国立台湾大学法律学院特別セミナー（台湾）・報告「The Idea of Rights in Japan」

The 4th East Asian Jurisprudence Conference (Hong Kong)・Lecture “The Permeation of Values and the Transformation of Law in Asian Societies”

北大法学研究科高等法政教育研究センター国際シンポジウム〈法形成における立憲的合意の意義〉報告「The Permeation of Values and the Transformation of Law in Japan」

日本学術会議基礎法研連シンポジウム〈法曹養成と基礎法学〉報告「法解釈と正義論——法哲学の視角から——」

日本学術会議第二部公開シンポジウム〈日本社会の変容と教育の将来〉報告「地域教育とコミュニケーション・ネットワーク」

二〇〇二年

University of Wisconsin Law School (USA)・Lunch Talk “Philosophy of Law from a Japanese Perspective”

University of Wisconsin Law School・Special Group Discussion “Beauty in Law”

関西法理学研究会・報告「多元的自我とリベラルな法共同体」
The 14th World Congress of Comparative Law (Brisbane)・

National Report “The Structuration of Law and Its Working in the Japanese Legal System”

二〇〇三年

民科法律部会研究会シンポジウム〈憲法と民法〉・コメント

北大法学研究科二一世紀COE〈新世代知的財産法政策学の国際拠点形成〉国際ワークショップ・コメント

関西大学重点領域研究〈規範学の再構築〉研究会・報告：「〈均しい自由〉の規範伝統」

北大法学研究科法理論研究会・報告「等しい自由」の規範的伝統」
北大法学研究科法形成論ランチョン・報告「イングランド法哲学の現況」

二〇〇四年

北大法学研究科高等法政教育研究センター〈センター・イベント・セミナー〉・講演「正義感覚を考える」

一橋大学経済研究所現代規範理論研究会・報告「法と市場の間」再考」

同志社大学法学部法哲学セミナー・報告「イングランド法哲学の現況」

科研特定領域研究〈地球温暖化問題をめぐる世代間衡平性と負

担原則〉研究会・報告「共通善・時間・責任」

北大法学研究科高等法政教育センターシンポジウム〈法と社会の共変化〉・報告“The Creole of Law and Connected Critic”

横浜国立大学国際社会科学研究所〈分配的正義の経済理論・政治思想および政策〉

研究会・報告：“Human Well-being, Public Provision, and Market”
早稲田大学政経学部二一世紀COEコンファレンス〈開かれた政治経済制度の構築〉・報告「公正な法とその公共性——一つの素描——」

The 7th World Congress of International Association of Social Choice and Welfare—Session on Distributive Justice・Lecture “Human Well-being and Public Provision”

The Roundtable for Jurisprudence in the 21st Century East Asia・Lecture “How Should We Care about Law in East Asia?”

第五六回公共哲学京都フォーラム〈将来世代・自他・公共世界〉・発題「共通善・公共善・私的善」

法制史学会シンポジウム〈法の生まれるとき〉・コメント

科研費基盤研究（A）〈競争秩序への多元的アプローチ〉・報告

「法と市場の間」

二〇〇五年

京都大学法学研究科二一世紀COEシンポジウム〈二一世紀の新しい法秩序〉・報告「法的空間の多元重層性」

日本法学会・分科会〈承認の政治と法主体〉・報告「主体・正義・法——リベラルな平等〉のポテンシャル」

北大法学研究科二一世紀COE〈新世代知的財産法政策学の国際拠点形成〉国際ワークショップ（台北）・報告“The Deep Context of the Intellectual Property Rights for Indigenous People”

日本法学会〈統一テーマ「現代における法の支配」〉・報告「〈法の支配〉とこう規範伝統」

北大法学研究科法理論研究会・報告「規範衝突の解釈学」

神戸大学法学研究科二一世紀COE研究会・報告「市場の法と理論についての法哲学的パースペクティブ」

法政大学法科大学院クリニック研究会・講演「法思考と正義論」
科研費基盤研究（S）〈法のクレオールと主体的法形成〉研究会・報告「〈法のクレオール〉の概念」

二〇〇六年

北大法学研究科二一世紀COE〈新世代知的財産法政策学の国際拠点形成〉研究会・報告「先住民の知的財産保護の哲学的文脈」

北大法学研究科法理論研究会・報告「法の伝播／拡散 (Diffusion of Law) をめぐって」

二〇〇七年

Univ. of Wales Swansea School of Law Lunchtime Discussion
“Globalization and Law from My Research Perspective”

北大法学研究科法形成論ランチョン報告：「法理論と法実践を
つなぐ諸階梯——R・ドゥオーキンの近著から——」

日台法哲学シンポジウム(台北)・報告「アイヌ民族の〈多形的〉
統合」

国立台湾大学法律学院〈文化・法律・社会〉ワークショップ(台
北)・報告(一)“The Digression of Freedom”; (2) “On the
Context in Law”

二〇〇八年

International Conference on Theorizing Global Legal Order

(Swansea, UK)・Lecture “Incorporating Foreign Law
through Translation”

国立台湾大学法律学院〈文化・法律・社会〉シンポジウム(台北)・
報告 “Interpretive Remarks on the Idea of Rights in Japan”

The 25th Anniversary Symposium of Swiss Institute of
Comparative Law (Lausanne)・Lecture “Between Rights
and ‘Kenri’”

日本法哲学会ワークショップ〈東アジアの法文化：その多元重
層性〉・報告「法文化へのアプローチと法多元主義」

二〇〇九年

The 24th World Congress of International Association of
Legal and Social Philosophy Special Workshop on “Multiple
Legal Culture in East Asia” (北京) “Approach to Multiple
Legal Culture and the Idea of Legal Pluralism”

日本法哲学会ワークショップ〈ロナルド・ドゥオーキンの法哲
学〉・コメント

北大法学研究科グローバルCOEワークショップ・報告「多元
分散的な法的統御をめぐる法哲学的諸問題」

関西大学法学研究所特別セミナー〈EU統合とトルコ〉・コメ

ント

東京工業大学科研費基盤研究（B）〈法と経済学の総合的研究〉
シンポジウム・報告「法と経済学をめぐる法観念の相剋」

二〇一〇年

関西大学人権講演会・講演「アイヌ民族との共生を目指して――
法理論の視点から――」

札幌日本医療メデイエーター協会講演会・講演「医療における
正義とケアの倫理」

二〇一一年

日仏会館国際ワークシヨップ〈グローバルな法とグローバル法
理論〉・報告“Anchoring Normative Spaces in Global Legal
Order”

第一〇回 I V R 神戸記念レクチャー・東京セミナー〈グロー
バルな正義とナショナリティ〉・コメント“Getting through
National Responsibility toward Global Justice” Chinese
University of Hong Kong Comparative Legal Culture
Seminar (Hong Kong)・Lecture “Translation of Normative
Ideas in the Heterogeneity of Law”

Chinese University of Hong Kong Lunch Time Seminar (Hong
Kong)・Lecture “Legal Philosophy in Japan Today. A
Sketch of Its Transformation after WWII”

国立台湾大学法律学院法文化論セミナー（台北）・報告
“Normative Translation in the Heterogeneity of Law”

二〇一二年

第八回東アジア法哲学会（台北）・基調講演「異質性の中の法
形成——クレオール論的視点から」

日仏会館国際ワークシヨップ〈グローバルバリゼーションにおける
新たな規範空間〉・コメント

北大法学研究科法理論研究会・報告「ジョン・R・サールの社
会存在論」

北大文学研究科異分野融合研究推進事業研究会・報告「道徳的
主体性の位置」

神戸大学科研費基盤研究（B）〈公法学からの市民社会への学
際的・構成主義的接近〉シンポジウム・コメント

二〇一三年

The 3rd Meeting of East Asian Law and Society Conference

Special Workshop on the Meridian 180 (上海)・Lecture

“Theorizing Law in Cross-cultural Setting”

東洋大学国際哲学研究センター国際シンポジウム〈法の移転と
変容〉・基調講演「異法融合の秩序学」

コーネル大学ロースクール・中国清華大学法学院共同国際シン

ポジウム〈グローバル時代の比較法―転成と革新〉(北京)・

基調講演 “Normative Translation in the Heterogeneity of
Law”

北大法学研究科法理論研究会・報告「グローバルな〈シンポリッ
ク・ネットワーク〉」

東京大学文学研究科異分野融合研究推進事業成果発表ワーク
ショップ・報告「規範的判断と経験の実証」

二〇一四年

The 24th World Congress of Comparative Law Special Session on
the Dynamics of Language in Comparative Law (Wien)・
Comment

二〇一五年

北大法学研究科法理論研究会・報告 “Interactive Reason in

Law”

The 26th World Congress of International Association of
Legal and Social Philosophy Plenary Lecture (Washington
DC, USA) “Interactive Reason in Law”

The 4th Meeting of East Asian Law and Society Special
Workshop on Law as Translation (東京)・Lecture “Law as
Translation”

二〇一六年

同志社大学科研費基盤研究 (B) 〈トランスナショナル・ロー
の法理論〉研究会・コメント

二〇一七年

The 2017 Taiwan Legal Hybridity Workshop at Academia
Sinica (Taipei)・Lecture “Normative Translation as the
Drive of Legal Hybridity”

北大法学研究科法理論研究会・報告「解釈主義的法理論とトラ
ンスナショナル・ロー——一つの展望——」

〔共同研究（研究代表者）〕

議委員長

二〇〇三～〇五年 科学研究費基盤研究（B）「文化のクレオールと法の構造化」 二〇一七年～現在

北海道青少年科学文化財団理事

二〇〇五～〇九年 科学研究費基盤研究（S）「法のクレオール」と主体的法形成の研究」

二〇〇六～〇八年 国立台湾大学法律学院研究プロジェクト
「東アジアの人権法文化」（共同代表者）

二〇〇七～〇八年 Theorizing Global Legal Order Project
(Swansea University School of Law, UK) (共同主催者)

〔社会貢献・社会活動等〕

一九九八年～現在 日本法哲学会理事

一九九八～二〇〇二年 アイヌ北海道会議委員

二〇〇五～〇八年 日本法哲学会企画委員会委員長

二〇〇六～一二年 日本学術会議連携会員

二〇一～一五年 日本法哲学会年報書評委員・学術奨励

賞審査委員

二〇一二～一四年 大学評価・学位授与機構法科大学院認

証評価部会委員

二〇一四～一五年 北海道アイヌ生活上推進方策検討会

国際的な銀行の破綻処理を巡る 抵触法上の諸問題

嶋 拓 哉

1. 問題意識

サブプライム・ローンの問題に端を発し世界的な規模で金融不安が発生したが、金融不安を誘発する最たる事象は銀行倒産である。銀行倒産はその債権者である預金者の不安心理を掻き立て、延いては金融システム全体への信認の低下という事態を引き起こす恐れがある¹。

銀行倒産で問題となるのはその国際的性格である。国際化の進展は単に金融取引の国際化に止まらず、金融取引の主体である銀行組織の国際化をも意味する²。銀行は本国以外にも支店や現地法人等の拠点を保有しているが、ある銀行が経営破綻した場合、その処理は本国で実施されるだけでなく、その銀行が本国以外に支店や現地法人を有する場合には、別途その所在地国においても並行的に処理手続が進められる可能性が高いと考えられる。また、本国の破綻処理手続において支店所在地国で選任された管財人を法的にどのように評価し取扱うかという問題もあるし、本国において命じられた銀行債務の減免措置や支払停止措置がその他の国において如何なる効力を有するのかといった問題も生じ得る。ま

¹ R.Cranston, *Principles of Banking Law*, 2nd ed. (Oxford Univ. Pr., 2002), 66-67.

² E.Roussakis (ed.), *International Banking: Principles and Practices* (Praeger, 1983); R.Pecchioli, *The Internationalisation of Banking: The Policy Issues* (OECD, 1983).

た、外国所在の支店に対する債権者が本国の破綻処理手続に参加しようとする場合に、これをどう取扱うべきかという問題も生じる。このように銀行破綻の局面においては、その組織構成の国際化を反映して、国際企業倒産における渉外的問題が原則としてそのまま妥当する側面があると言えるだろう³。

他方において、銀行の経営は一国の金融システムの信認という、いわば信用創造の根幹に関わる問題であって、各国における重要な政策関心事項でもある。銀行組織の国際化が進展している現在においても、銀行に対する規制・監督は各国単位で制定される実定法に基づき実施されているのが実情であろう。銀行倒産が金融システムの信認の維持という問題に直結する以上、各国当局は銀行破綻処理手続のあり方に重大な関心を払わざるを得ず、何らかの形でこれに関与することを通じて、一銀行の破綻という事態が自国の金融システム全体に対する信認低下に繋がらないよう努める必要がある⁴。銀行破綻処理が銀行規制・監督と表裏一体になっている側面がある以上、銀行規制・監督にかかる各国の法的な枠組みが国際的な銀行の破綻処理に及ぼす影響も考慮する必要があると考えるべきであろう。

かくして、銀行破綻には、企業の倒産という側面と当局による規制・監督という側面とが混在する⁵が、実際にこのことが様々に厄介な問題を生ぜしめることになる。国際倒産法の領域では、今や普及主義的な見解に沿った新たな法制を整備するのが世界的な潮流であり、国際的な銀行について世界規模で単一の破綻処理手続に拠ることが債権者平等の観点等から理念的に望ましいことは確かではある。しかしながら他方で、それに従えば、支店所在地国当局は、外銀の自国所在の支店が自国の金融システムに組み込まれているにも拘わらず、その支店の破綻処理一切

³ Jens-Hinrich Binder, *Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht* (Duncker&Humblot, 2005), 677.

⁴ P.R.Wood, *Principles of International Insolvency*, 2nd ed. (Sweet&Maxwell, 2007), § 24-001ff.

⁵ Binder, *supra* note 3, 680ff; B. Wessels (ed.), *Cross-Border Insolvency Law* (Kluwer Law International, 2007), 280.

を本国の金融当局に委ねることを強いられることになる。支店所在地国としては、自国内の金融システムへの信認を維持するために、当該支店に対して様々な規制を課しコストを払って監督を実施してきたにも拘わらず、その銀行の破綻処理一切を本国の金融当局に委ねるとなれば、その処理過程の中で、支店所在地国当局による、これら自国金融システムに関する政策考慮が顧みられず、それまで講じてきた様々な政策的措置が水泡に帰す惧れに直面しかねないのである。一企業の破綻処理でありながら、それは同時に一国のプルーデンス政策の観点から一定の制約を受けざるを得ないという意味で、銀行倒産事象は複雑な様相を呈する。本稿では、国際的な銀行倒産が持つ二つの側面——私企業の経営破綻時における当事者の利害関係の調整・適正な期待の保護と、金融システムへの信任維持を目的とする国家レベルでの政策的関心——に焦点を当てながら、抵触法上の諸問題を検討することを主眼に据えてみたい。

2. 銀行破綻処理の特徴

議論の前提として、次のとおり、まずは銀行破綻処理の特徴を四つ挙げておく。すなわち、(1) public policy の重視、(2) 監督当局の関与、(3) 預金保険機構の重要性、(4) 倒産以外の処理手続の整備、である。

(1) public policy の重視

銀行破綻処理における政策的重心は、「金融仲介機能の維持・確保」にある。例えば、2014年10月15日付で金融安定化委員会 (Financial Stability Board) が公表した Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (以下、「Key Attributes 2014」という) では、銀行破綻処理の実効性を確保する目的を、「深刻な金融システムの崩壊や租税負担者に損失を被らせることなく、他方で枢要な経済機能を確保すること」に求めている⁶。また、銀行破綻処理法制の重要な

⁶ FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 15 October 2014, at p.3. わが国でも、平成11年12月21日付の金融審議会答申「特例措置終了後の預金保険制度及び金融機関の破綻処理のあり方

目的の一つとして預金者保護が唱えられ、預金保険制度を整備すること等により、預金取付けの発生回避を通じて金融システムの維持という公的要請の充足に貢献することが目標とされている⁷。このような public policy 重視の姿勢は、銀行が預金債務という極めて流動性の高い債務を負う一方で、金融政策を各国域内の経済活動に伝達するためのルートを構築し、また経済活動に不可欠な金融サービスを展開しているとの認識⁸に基づくものである⁹。

一般事業法人の倒産手続においては、債権者を公平・平等の観点から扱うという債権者平等の理念に重点が置かれている¹⁰が、他方、銀行破綻処理手続では、上記のような政策的考慮に基づく公的要請の下に、かかる理念に一定の修正が加えられることがある。

(2) 監督当局の関与

銀行の破綻処理を行うに当たっては、当該破綻の影響を最小限に抑えるためにも、その処理開始のタイミングが重要である。すなわち、回復の見込みがない銀行については、債務超過の程度が小さい段階で早期に処理を行うことにより、預金者をはじめとする債権者の損失を最小限に

について」において、「破綻銀行の有していた決済や融資等の金融機能を維持するなど破綻に伴う混乱を最小限に止めることが重要」との意見が示されている（同答申3頁）が、同旨である。

⁷ 伊藤眞「金融機関の倒産処理法制」・高木新二郎＝伊藤眞編集代表『講座 倒産の法システム〔第4巻〕』（日本評論社、2006年）256-257頁。

⁸ 例えば、G. Moss QC/B. Wessels/M. Haentjens (ed.), EU Banking and Insurance Insolvency, 2nd ed. (Oxford Univ. Pr., 2017), § 1.07f.

⁹ 預金保険制度により一定額以下の預金の払戻しを一律に行うことは、預金取付けの発生回避を通じて、金融システムの維持という公的要請にも適うものと考えられている。J.R.LaBrosse/D.G.Mayes, Promoting Financial Stability through Effective Depositor Protection: The Case for Explicit Limited Deposit Insurance, in A.Campbell=J.R.LaBrosse=D.G.Mayes=D.Singh (ed.), Deposit Insurance (Palgrave Macmillan, 2007), 1ff; 嶋拓哉「セーフティ・ネットに関する国際倒産法上の一考察・1－国際的な法の相克下における預金保険制度の在り方を中心に－」貿易と関税1995年6月号65-66頁。

¹⁰ 伊藤眞『破産法・民事再生法〔第3版〕』（有斐閣、2014年）20頁以下。

止めることが重要であるとされている¹¹。このための準備行為としては、①銀行の経営状況や資産内容等の情報を随時把握しておくこと、②ペイオフの実施に備えて、破綻銀行における預金者の名寄せを行うこと等が考えられるが、こうした情報を容易に入手できるのは、言うまでもなく監督当局に他ならない¹²。従って、主要国では監督当局に銀行破綻処理のトリガーを引き、その処理全体をコントロールするための権限が与えられていることが通常である。Key Attributes 2014でも、監督当局には、管財人の指名に始まり、破綻処理の手続全体を司るために必要な権限が広範に認められている¹³。

(3) 預金保険機構の重要性

銀行破綻処理手続においては、監督当局と並んで、預金保険機構にも非常に重要な役割が与えられている。第一に、預金保険機構はペイオフや資金援助を通じて預金者の保護を図る主体であるから、銀行の破綻処理においてその存在は不可欠である。第二に、破綻銀行の金融機能の維持、延いては金融システムへの信認確保のためには、破綻処理を迅速に行うことが要求されるが、預金保険機構が管財人を兼ねて、破綻処理に伴う様々な権限と事務を集中的に管理・実行することにより、そうした

¹¹ 前掲(注6)金融審議会答申3頁。

¹² 伊藤・前掲(注7)262頁。

¹³ FSB, supra note 6, at p.5ff. なお、銀行の破綻処理手続においては、迅速性が重視されることは勿論であるが、併せて透明性、正確性、妥当性も求められる(吉井敦子「金融機関の破綻処理と株主代表訴訟の帰趨(2)－金融機関のガバナンスの観点からの検討－」大阪市立大学法学雑誌54巻4号52頁以下(2008年))。合併・営業譲渡の適格性の認定や金融危機への対応措置の実施に当たっては、監督官庁を中心として処理が進められるが、その過程において社会的な議論が生じるとすれば各措置の妥当性についてであろうと考えられる。例えば、足利銀行の特別危機管理(第三号措置)の実施に際しては、地元の栃木県が自己資本充実のために預金保険機構が実施する株式等の引受け(第一号措置)を要望し、特別危機管理の実施に対して疑問を呈する意見表明を行ったことがあるほか、営業譲渡先の選定を巡っても社会的に議論が生じたことは好例である。こうした妥当性の確認を行うのもまた第一義的には監督官庁の役割であると考えられる。

目的の達成が容易になる。破綻処理を迅速に行うという観点から、一連の手續を一元的に実施する機関として、預金保険機構が位置付けられる場合が多いと思われる¹⁴。第三に、現行の銀行破綻処理法制においては、最小コスト原則という制約はあるものの、破綻銀行における金融機能の継続が図られるという点において、ペイオフよりも資金援助方式を優先することが基本とされている。わが国においても資金援助の実施主体は預金保険機構であるが、同機構は銀行その他の者からの借入れ、機構債の発行によりその原資調達を行うこととされている¹⁵。

（４）倒産以外の処理手續の整備

事業法人の破綻処理では一般的な倒産法制が適用されるに止まるが、銀行の破綻処理に当たっては、一般的な倒産法制とは別に、特別な法制を整備するのが主流になりつつある。米国、欧州連合¹⁶のみならず、近時では英国も銀行のために特別な破綻処理法制を創設するに至っている¹⁷。わが国では、銀行に対して金融機関等の更生手續の特例等に関する

¹⁴ 例えば、米国の連邦預金保険公社 (Federal Deposit Insurance Corporation) はこの代表例である。詳細については、嶋拓哉「セーフティ・ネットに関する国際倒産法上の一考察・２－国際的な法の相克下における預金保険制度の在り方を中心に－」貿易と関税1995年7月号78-81頁を参照。

¹⁵ 預金保険法42条1項。

¹⁶ 欧州連合では、一般的な倒産法制として、EU 倒産規則 (Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L160/1 [2000]) が制定されていたが、その後、銀行のための特別な破綻処理法制が別途の指令として定められた (これを「EU 銀行倒産指令」という。Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganisation and winding up of credit institutions, OJ L125/15 [2001])。なお、EU 倒産規則については、Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), OJ L141/19 [2015] が2017年6月26日付で発効し、その内容が改訂されている。

¹⁷ 英国では、2007年秋のノーザン・ロック (Northern Rock) 銀行の破綻を受けて、当座の対処のために Banking (Special Provisions) Act 2008が制定され、財務省に対して破綻銀行を公的管理に移行するための権限等を付与した。その

る法律（以下、「更生特例法」という）に拠る処理が予定されているが、これと並行して、預金保険法に基づく銀行特有の処理手続も用意されている¹⁸。前者（更生特例法）では、破産申立権が監督官庁にも認められるなど銀行に特別な規定を設け、一般的な破産法等のルールを一部修正しているものの、破産宣告の権限は裁判所に留保されている。従って、司法当局の関与・判断による手続の決定・管理が維持されている限りにおいて、一般事業法人の倒産手続に相当するものと考えられる。他方で、後者（預金保険法）においては、行政府の判断に基づき、預金保険機構による破綻銀行への資金援助、預金保険機構による破綻銀行の一部または全株式取得、ブリッジバンクの設立とその後の合併、事業譲渡等を実施することが想定されており、その手続において司法当局の判断が介在する余地は基本的にはない。

3. 国際的な銀行の破綻処理のあり方

（1）概論

主要国では、UNCITRAL 国際倒産モデル法（UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency）を参考に国内法が整備されたが、このモデル法では、各国の意向に応じて金融機関が適用対象から除外され得る旨の規定が設けられている¹⁹。米国では、2005年に制定された連邦破産法第15章において UNCITRAL 国際倒産モデル法を採用した²⁰が、その中では金融機関が適用対象外であることが明文の規定を以て示されてい

後、こうした枠組みをさらに徹底させ普遍的な形で構築する目的で2009年銀行法（Banking Act 2009）が制定され、銀行のための特別な破綻処理法制を整備するに至った。

¹⁸ わが国の銀行破綻処理法制の詳細に関しては、嶋拓哉「銀行倒産における国際倒産法的規律」金融庁金融研究研修センター『FSA リサーチ・レビュー第6号』（2010年）115-122頁を参照。

¹⁹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency Article 1 (2).

²⁰ Hon E. S. Stong, United States: Bankruptcy and Insolvency Law and Policy, in J. R. Silkenat/C. D. Schmerler (ed.), The Law of International Insolvencies and Debt Restructurings (Oceana, 2006), 423f.

る²¹。また英国でも、2006年の Cross-Border Insolvency Regulations において同モデル法を採用したが、解釈論として金融機関を適用除外とする見解が有力に提唱されている²²。さらに欧州連合に目を転じれば、UNCITRAL 国際倒産モデル法を参照しつつ、2000年5月に EU 倒産規則が制定された（なお、2017年6月にその改訂版〔Recast〕が発効していることについては、脚注16を参照）が、ここでも同じく金融機関は適用除外の扱いとされている²³。しかしながら、わが国の外国倒産処理手続の承認援助に関する法律（以下、「外国倒産承認援助法」という）は UNCITRAL 国際倒産モデル法を参考に制定されたにも拘わらず、金融機関の適用除外を明示的に規定しておらず、金融機関であっても外国倒産承認援助法の適用の可能性はアプリアリには否定されないと考えるべきであろう。

また、わが国の学説では、外国倒産承認援助法とは別に、従前より国際民訴法上の承認ルートが提唱されてきた²⁴。民訴法118条は外国判決の内国効力承認を規定するが、広く外国当局による国家行為の効力を同条

²¹ 11 U.S.C.S. § 1501 (c).

²² 但し英国では、Cross-Border Insolvency Regulations 2006が金融機関に適用されるか否かを巡り見解の相違があると思われる。適用肯定説として、L. C. Ho (ed.), Cross-Border Insolvency (Global Business, 2009), 102 [L. C. Ho] 等がある。他方、適用否定説として、S. Paterson/R. Zakrzewski (ed.), The Law of International Finance, 2nd ed. (Oxford Univ. Pr., 2017), § 5.6.1.5 [S. Paterson]; Meyer Brown, Overview of the English Legal Framework for Cross Border Insolvency (2012, https://www.mayerbrown.com/public_docs/Overview_English_Legal_Framework.pdf#search=%272006+Crossborder+Insolvency+regulations%27) 等がある。

²³ EU 倒産規則 1 条 2 項。

²⁴ この点については、森下哲朗「抵触法における準拠法選択アプローチと外国国家行為承認アプローチとの交錯－財産法分野における幾つかの事例を題材に－」国際法外交雑誌115巻4号406頁以下（2017年〔特に412-417頁〕）において、詳細な説明がなされている。また、横溝大「外国国有化・収用措置の我が国における効果」法学協会雑誌113巻2号224頁以下（1996年〔特に325頁以下〕）、同「抵触法における準拠法選択と外国国家行為承認との関係について」国際法外交雑誌116巻1号29頁以下（2017年）も参照。

所定の要件のもとで自動承認するという考え方が不文の一般法理として主張されてきたのである。裁判実務においては、スイスで選任された同国法人 A の管財人 X が A に帰属するわが国商標権に対する債権者 Y の仮差押えについて、X の名で解放金を積み執行取消しを求め得るとした東京高裁昭和56年決定²⁵、ノルウェー法人 B の管財人 X が、B が株主を務める日本法人 Y の株主総会決議の取消しを求めたのに対して、ノルウェー破産法を参照して X の原告適格を認めた東京地裁平成3年判決²⁶などがあり、これら下級審裁判例について、国際民訴法上の承認ルートを示唆したものと解する余地もある。しかしながら、判旨を読む限りは、いずれの裁判例も国際民訴法上の承認ルートを正面から肯定しているわけではなく、この点には特に留意が必要である²⁷。なお、ドイツではこうした議論が学説でも有力に提唱され、裁判実務でも取り入れられている²⁸ほか、英国ではコモンロー上の議論として、裁判所は外国の倒産手続の効力を承認し、これとの間で实际的な協力を行う権限があると考えられている²⁹。

²⁵ 東京高決昭和56年1月30日下民集32巻1-4号10頁。

²⁶ 東京地判平成3年9月26日判時1422号128頁。

²⁷ 石黒一憲先生は、東京高裁昭和56年決定に関連して「本決定はスイスの倒産法上の規定をリファーしているが、それではいかなる理論上のルートで、スイス破産手続が我国において、承認されているのか。この重要な問題が不明確なのである」と論じ、また「この点での問題は、本決定につづく東京地判平成3年9月26日判時1422号128頁において、さらに増幅されることになってしまった」とも指摘するなど、こうした裁判実務の曖昧な態度を明快に指摘しておられる（石黒一憲『国際民事訴訟法』（新世社、1996年）297頁）。

²⁸ I. F. Fletcher (ed.), *Cross-Border Insolvency: National and Comparative Studies* (J. C. B. Mohr, 1992), 114ff [H. Hanisch].

²⁹ S. Paterson/R. Zakrzewski (ed.), *supra* note 22, § 5.3.3 [S. Paterson]. もっとも、英国内に所在する債務者の財産を外国倒産手続の管財人に手渡す場合には、内国債権者保護の要請等を踏まえ、その前提として、外国倒産手続において世界規模での債務者財産のプーリングがなされること、および英国の一般債権者も含めてすべての債権者がそこから平等な配当扱いを受けられること、といった要件の充足を厳格に確認する必要がある（*Re Bank of Credit and Commerce International SA* (No.10) [1997] Ch 213, at 246）。

(2) 外国倒産承認援助法

まず外国倒産承認援助法において承認の対象とされているのは、「外国倒産処理手続」、すなわち外国倒産承認援助法2条1項1号の規定によれば、「外国で申し立てられた手続で、破産手続、再生手続、更生手続または特別清算手続に相当するもの」である³⁰。同法が参考にしたUNCITRAL 国際倒産モデル法では、各国の判断に沿って銀行や保険会社といった債務者類型を適用除外とする余地を認めている³¹が、外国倒産承認援助法においてこうした適用除外規定が設けられていないことは、既述のとおりである(3.(1)を参照)。これを根拠に、わが国の学説では、銀行破綻処理手続について外国倒産承認援助法上の承認対象性を肯定する見解が有力に提唱されている。

例えば、山本和彦先生は、「外国倒産処理手続」との競合・調整が問題となる「国内倒産処理手続」の具体的内容を巡って、「更生特例法に基づく銀行等預金取扱金融機関、証券会社、保険会社の破産・再生・更生手続は当然に含まれるが、預金保険法や保険業法等に基づく措置(金融整理管財人による管理、保険管理人による管理等)はこれには含まれない」³²とし、他方で、承認対象である「外国倒産処理手続」の範囲について「金融機関等について行われる行政上の倒産処理手続…が実質的に日本の更生特例法上の手続に相当するものであれば、本手続の対象となる余地はあろう」³³と指摘しておられる。つまりは外国の銀行破綻処理手続がわが国の更生特例法や破産法に相当する場合には外国倒産承認援助法上の承認対象性を認めるが、預金保険法をはじめそれ以外に相当する場合には承認対象性を否定するというのが、その主張の骨子ではない

³⁰ 外国倒産承認援助法2条1項1号は、「外国倒産処理手続」という法律用語について、本文に示したとおりの定義規定を設けている。そのうえで、同法17条は、外国倒産処理手続が申し立てられている国に債務者の住所等がある場合に、当該外国倒産処理手続について承認の申立てができる旨を規定し、同法22条は、この申立てを受けて、裁判所が外国倒産処理手続の承認決定を行うための要件を規定している。

³¹ この点については、脚注19を参照。

³² 山本和彦『国際倒産法制』(商事法務、2002年)29-30頁。

³³ 山本・前掲(注32)25頁。

か、と考えられる。

また、森下哲朗先生も、外国倒産承認援助法が限定的な援助処分のメニューを提供するに止まっていることなどを理由に、「外国破綻処理措置の効力の承認が（外国倒産）承認援助法によって適切に実現され得ない」³⁴可能性を指摘しつつも、一般論として、外国の銀行破綻処理手続について外国倒産承認援助法上の承認対象性を肯定しておられると解される³⁵。

銀行破綻処理手続では、わが国の預金保険法102条1項3号に規定する第三号措置に見られるように、破綻銀行の実質国有化といった措置が講じられることがあるが、こうした国有化に類似する外国の銀行破綻処理手続について承認対象性を肯定しわが国裁判所が様々な援助措置を講ずるというのは、外国倒産承認援助法が想定していないケースであり、明らかに同法の枠組みを超える事案であろうと考えられる。さらには、承認が求められる「外国倒産処理手続」の定義と、これとの競合・調整が問題となる「国内倒産処理手続」の定義が、外国倒産承認援助法上同一である³⁶ことを踏まえると、同法上、外国の銀行破綻処理手続の承認が求められた場合であって、それがわが国の「国内倒産処理手続」に相当しないときには、当該手続を承認対象としないとの結論に至るものと思われる³⁷。

³⁴ 森下・前掲（注24）410頁。なお、本文中の丸括弧内の記載は本稿執筆者による補記である。

³⁵ なお、こうした森下先生の見解については、森下哲朗「国際倒産と銀行倒産」国際私法年報3号236頁以下（2001年）も参照。

³⁶ 外国倒産承認援助法2条1項1号が、承認対象とされる「外国倒産処理手続」を「外国で申し立てられた手続で、破産手続、再生手続、更生手続または特別清算手続に相当するもの」と定義していることは本文で既述したとおり。他方、同法57条以下で外国倒産処理手続の承認に当たり同手続との競合・調整が問題とされる「国内倒産処理手続」については、同法2条1項4号において、「日本国内で申し立てられた破産手続、再生手続、更生手続または特別清算手続」との定義が付されている。

³⁷ 仮に、「国内倒産処理手続」には預金保険法に基づく行政上の措置が含まれないにも拘わらず、承認対象である「外国倒産処理手続」の中にそれに相当する外国の措置を含めるとすれば、内国の手続よりも外国の手続を優遇すること

しかしながら、外国において、わが国の銀行破綻処理手続に見られるように、一般倒産法上の措置と預金保険法上の措置が密接に絡みながら相互に関連する形で進められている場合³⁸には、両者を分離して、外国倒産承認援助法上前者のみを承認して援助措置を講じるということが、果たして実効的になし得るか疑問である。確かに、こうした考えも理論上は成り立ち得るが、事実上一体的に機能している手続を分離してその一部について承認対象性を認め援助措置を講じたところで、それによって、外国の銀行破綻処理手続に対して実効性あるサポートを提供し得るかと言われると、なかなか難しいのではないと思われる。また、そもそも論として、こうした処理を可能とするためには、外国の銀行破綻処理手続を、承認対象性を有する箇所とそれ以外に分離しなければならないが、そのための基準を定立するのは實際上困難ではないかと思われる。「承認対象となり得るのは、日本の更正特例法上の手続に相当する外国の銀行破綻処理手続に限られる」と断じたところで、その相当性の判断基準をいずこに求めるのかによって、具体的な結論は大きく変わる可能性があるだろう。相当性の判断基準としては、例えば手続の開始に当たり司法当局の判断を要するか否かとか、根拠法が一般倒産法か否かというように幾つかの候補を想定することはできるが、外国法制の規定の仕方や具体的な事案の多様性といった要素も加わって、その基準の定立はかなりの難問ではないかと考える次第である。

(3) 国際民訴法上の承認ルート

従来よりわが国では、国際民訴法的アプローチによる外国倒産の内国効力承認ルートが提唱されてきたが、既述のとおり(3.(1)を参照)、こうしたアプローチは学説が提唱しているものであって、裁判実務で正

になり、不当である。

³⁸ わが国においても、預金保険法に基づき金融整理管財人による破綻処理手続が行われる場合であっても、破産法等の手続開始原因が存在し、利害関係人からの申立てがなされれば、破産法等の手続が開始されることになる。実際の事例でも、預金保険法の諸措置と並行して民事再生法に基づく手続が利用されるケースが通常である。

面からこれが認められた事案は未だ存在しない。もっとも、外国倒産承認援助法に基づいて、外国の銀行破綻処理手続を援助するにしても、それには一定の限界があるように思われる。外国倒産承認援助法が用意する援助措置のメニューは限られているほか、そもそも同法による援助措置が講じられるためには、その前提として、外国管財人による申立てという能動的な行為の存在を要する。こうしたことを考え合わせると、仮に上述の外国倒産承認援助法上の承認対象性に関する判断基準の問題(3. (2)を参照)がクリアできたとしても、常に同法に基づく共助ルートが有効に機能する確たる保証はないと考えるべきであろう。そうであるならば、国際的な銀行の破綻処理を念頭に置けば、国際民訴法的アプローチに沿って、外国でなされた国家行為について確定的な効力を承認していくことには、より重要な位置付けが与えられるべきではないか、と考えられる。すなわち、外国倒産承認援助法がかかる従来からの自動承認ルートを排除するものではない以上、銀行破綻処理手続に関しては、この国際民訴法的アプローチを活用することで、個別の具体的な措置についてその内国効力の承認を模索していくことが必要不可欠ではないかと考える次第である³⁹。

例えば、英米では、預金保険機構の子会社として承継銀行(ブリッジバンク)を設立し、破綻銀行の株式を含め事業一切をこの承継銀行に譲

³⁹ なお、執筆者がここで想定しているのは、外国の倒産手続において特定の当事者の権利義務関係の変動が生じた場合に、この個別の措置について内国効力を承認すべきか否かが争点となるケースである。倒産手続の中で多数の債権者の権利義務を一律に規律する局面について、これを個々の債権者に対応した裁判の集積体と捉えて、この個々の裁判につき国際民訴法上の承認を検討していくとする見解(「承認の個別化」)もあり得るが、執筆者自身はこうした形で国際民訴法上の承認を推し進めることが適当とは考えていない。倒産手続における承認の個別化を巡る議論としては、石黒一憲「国際私法と国際民事訴訟法との交錯(5)・(6完)－国際私法上の「法律行為」の「方式」をめぐる」法学協会雑誌97巻8号44頁以下(1980年)・97巻10号71頁以下(1980年)が先駆的な業績として挙げられる。森下・前掲(注35)258-259頁の注釈(28)およびそこで引用されている中西康「外国倒産承認論の理論的再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集〔第3巻〕』(有斐閣、1999年)772頁以下を参照。

渡する命令を発出する場合がある⁴⁰。インターバンクでの貸付契約では、こうした事象 (change in control) はデフォルト事由に該当するとされ、貸付銀行には契約を直ちに終了させる権利が付与されることがあるが、先ほどの承継銀行への譲渡命令の中には、承継銀行の財務内容の悪化を防ぐための方策として、貸付銀行が有する、この契約終了権を制限する条項が盛り込まれることがある。この条項は破綻銀行と貸付銀行との契約の準拠法如何に拘わらず適用されるべき、いわば国際的強行法規である⁴¹が、もしわが国でこの条項に基づく個別の措置についてその内国効力を認めなければ、破綻銀行が保有する在日資産（典型的には、邦銀等に対する預金債権）に対して貸付銀行が個別に執行を掛ける可能性がある。外国での銀行破綻処理手続を実効性あるものとするためには、貸付銀行の契約終了権を制限する条項に基づく個別の措置について内国効力を認めていくことが必要であるが、そのために外国倒産承認援助法が何をなし得るのかは定かではない。むしろ、こうした外国での破綻処理手続における措置を実効性あるものとするためには、国際民訴法上の承認ルートに沿って、当該条項に基づく措置の内国効力を個別に認めることが必要であろう。

なお、従前は、外国倒産承認援助法が制定されたことを以て、国際民訴法上の承認ルートが排除されるとする見解も提唱されていた⁴²が、私見はそうした立場ではない。外国管財人が新たに担当者を任命し直した場合に、管理命令の発出がない限り、外国管財人やこれら新たな担当者からの指図を一切受け付けないとする結論は現実的ではないだろう⁴³。特に銀行倒産のように公益の視点から迅速な処理が要求される局面では、管理命令の発出がない限り、外国管財人等の指図には従わないという対応は実務上困難な問題を引き起こすリスクがあると考えられる。ま

⁴⁰ ちなみに、わが国にも預金保険法91条に同様の制度がある。

⁴¹ C. Proctor, *The Law and Practice of International Banking* (Oxford Univ. Pr., 2010), § 11.45.

⁴² 松下淳一「国際倒産」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選〔新法対応補正版〕』（有斐閣、2007年）211頁。

⁴³ 森下・前掲（注35）253頁。

た、米国では一般に、連邦倒産法304条の附帯手続による援助と国際礼譲 (comity) に基づく外国管財人による米国内での権限行使が並立するとされ⁴⁴、また英国でも、2006年の Cross-Border Insolvency Regulations による援助処分とコモンローに基づく裁判所による承認ルートがあるとされる⁴⁵など、共助枠組みと個別措置の効力承認とが併存していると考えられている。そうであれば、わが国において外国倒産承認援助法による援助措置と国際民訴法上の承認ルートの併存を提唱したとしても、比較法的に観ても違和感はないと思われる。

4. 国際銀行倒産に特徴的な問題

(1) 内国債権者の保護

特に、外銀が本国において破綻処理手続に付された場合には、わが国銀行法49条1項6号に基づき在日支店は内閣総理大臣にその旨を届ける義務を負い、同法50条に基づき在日支店の銀行免許が失効するほか、同法51条1項2号によれば、当該外銀の在日支店の在日財産について清算手続が必然的に開始されることになっている。これは内国債権者保護の観点から設けられた規定である。従って、日本に支店を有する外銀について本国で倒産手続が開始された場合には、通常並行倒産になると考えられるが、外国倒産承認援助法に基づき外国の銀行倒産手続を承認するにしても、あるいは国際民訴法上の承認ルートに拠るにしても、内国で在日支店について別途倒産手続が開始していれば、通常は外国の銀行倒産手続を承認しないだろうと考えられる（前者の場合には、外国倒産承認援助法57条1項3号）。森下哲朗先生は、かかる並行倒産の状況を念頭に置き、外国倒産承認援助法上の承認援助に関して、「援助により外国倒産手続に協力することによって内国債権者により多くの配当が得られる等の特段の事情がない限り、日本国内の債権者の利益を不当に侵害するおそれがあり基本的に許されないというべきである」⁴⁶としておら

⁴⁴ 貝瀬幸雄『国際倒産法と比較法』（有斐閣、2003年）161頁。

⁴⁵ C. Proctor, *supra* note 41, § 12.30ff.

⁴⁶ 森下哲朗「国際的な銀行破綻処理と預金保険制度」預金保険研究第9号10頁

れるが、この点については同先生の見解に賛同である。ただ、問題は何も並行倒産のケースに限られるわけではないであろう。邦銀が外銀に対して資金を貸し付けていたが、その外銀につき本国で破綻処理が開始し事業譲渡が行われた場合を想定してみたい。既に説明したところ（3.（3）を参照）であるが、貸付契約上邦銀に契約終了権が付与される一方で、外銀の本国当局が破綻処理手続の中で、邦銀のこの契約終了権に対して制限を課す命令を発出したとする。破綻した当該外銀につきわが国で破綻処理手続が開始していない状況において、貸付銀行である邦銀が当該外銀の在日資産に個別執行をかけて来たときに、わが国裁判所はこれを如何に取扱うべきであろうか。本国の命令に基づく個別措置について内国効力を承認したうえで、邦銀による個別執行を否定するかと言われれば、内国債権者保護との関係で難しい判断を迫られるだろうと思われる⁴⁷。

また、内国債権者の保護というのは何も銀行倒産に限った要請ではないが、多数の小口債権者（預金者）を国内に抱えているということは、銀行破綻処理において特徴的である。取付け騒ぎが生じることは国内市場の安定という視点、治安維持という視点からは政策当局にとってはどうしても回避したいことのひとつであろうと思われる。そうであれば、内国債権者の保護という要請は銀行倒産では殊更重視される考慮要素であると考えられるだろう。そして、内国債権者の保護という要請が、リングフェンスまたは並行倒産を誘発し、単一の倒産処理を妨げる要因になることも大いに有り得る。欧州連合では、「域内での単一銀行免許」「本国による単一倒産主義」「本国の預金保険による在外預金の保護」を掲げているが、そこでもこの問題がクローズアップされることになった⁴⁸。すなわち、アイスランドでは2008年9月に金融危機が生じたが、その時にアイスランドと英国との間で内国債権者の保護が外交上の問題にまで発展したのである。アイスランド政府は経営破綻に直面した Landsbanki の内国居住者の預金について全額保護する旨の声明を出したが、英国支

（2008年）。

⁴⁷ C. Proctor, *supra* note 41, § 11.45.

⁴⁸ C. Proctor, *supra* note 41, § 13.13-13.25.

店の預金者⁴⁹（預金量は45億ポンド）については預金保険の残高不足を理由に、その預金の保護について明確なコミットメントを表明しなかった。そこで英国政府は対抗措置として Landsbanki の英国所在の資産を凍結する命令を10月8日に発出したわけである。本国の預金保険制度が在外預金の保護を図るというルール（本国主義〔home country principle〕）を設けている欧州連合域内ですら、いざ問題が顕現化すれば、本国であるアイスランドが内国債権者の保護を優先する姿勢を示したという事実、そして英国が対抗的に資産凍結命令を発出したという事実は、本国における単一破綻処理の実現が如何に難しいかを物語っているように思われる。

（２）預金保険制度、中央銀行貸出

各国は預金保険制度を整備しており、銀行の破綻時には、優先的に資金援助を行うほか、最悪の場合には、ペイオフつまり預金の払戻しを行うことが予定されている。各国毎に預金保険の国際的な適用範囲は異なる⁵⁰が、いずれにしても、各国の預金保険機構が資金援助をした場合にはその貸金返還請求権を以て、またペイオフの場合には預金者に代位して預金返還請求権を以て、それぞれ他国の銀行倒産手続に参加することが想定される。ここで問題となるのが、こうした形で預金保険機構が他国の倒産手続に参加することを認めるのが適当か、という点である。

預金保険機構の行っていることは形式的に見れば、貸付であったり、保険代位であったり、商業ベースでも通常行われていることであり、また、政策的にも、預金保険機構が他国の倒産手続に参加するのを否定するのは、金融システムの安定を図るという預金保険機構の活動を制約することになるため、適当とは思えない側面がある。こうした観点から、預金保険機構による他国倒産手続への参加を肯定する見解が提唱されて

⁴⁹ Landsbanki 英国支店はインターネット上 Icesave という預金商品を販売していた。

⁵⁰ 例えば、日本は外銀の在日支店や邦銀の在外支店の預金は預金保険の対象に含まないが、欧州連合では本国主義を採っていて、例えば英国は同国の銀行の国内支店のみならず海外支店についても預金保険の対象とする。

いる⁵¹。しかしながら、預金保険機構が行う施策の原資には公的資金が投入されることがあり、必ずしも保険料ベースでの運営に止まることが担保されているわけではない。また一例であるが、米国の制度では、連邦預金保険公社 (Federal Deposit Insurance Corporation) は破綻処理を遂行する機関であるほか、裁量により債権者平等原則を修正し自身に有利な配分決定を行う権限や破綻銀行の関連会社に当然に求償を行うことが出来る権限 (cross-guarantee 権限) を有するなど、同国における一般的な債権者と同等の地位にあると評価するのが困難な要素があるのも事実である⁵²。加えて、租税当局や社会保障当局がその請求権を以て外国の倒産手続に参加することには、日本のみならず、ドイツ⁵³や英国⁵⁴でも否定的な見解が示されている。ちなみに、EU 倒産規則39条 (改訂版 [Recast] では、53条および2条 (12) に相当) では、欧州連合加盟国の租税当局および社会保障当局に限って、外国倒産手続に参入することを許容しているが、こうした取扱いは立法により例外的に認められたものであり、かかる立法がない場合には否定に解するのが原則的な立場ではないかと考えられる。判断が難しい問題であることを承知したうえで、私見では、預金保険機構が貸金返還請求権等に基づき他国の倒産手続に参加することについても、これら公的債権と同様に否定的に解すべきものと考ええる。

また中央銀行は、外銀が自国内に支店を有する場合に、国内金融市場の安定を確保するという観点から、この支店に対して流動性の供給を実施することがある⁵⁵。預金保険機構はその原資の多くを銀行からの保険

⁵¹ 森下・前掲 (注35) 251頁、同・前掲 (注46) 6頁。

⁵² 嶋・前掲 (注14) 81頁。

⁵³ BT-Drucks. 12/2443 vom 15.4.1992, Anlage 3, 269, die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 12/2443 vom 15.4.1992 Anlage 2, 260; E. Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 2 Halbband, 8. Aufl. (de Gruyter, 1973), Anm. 394 [G. Jahr]; I. F. Fletcher (ed.), supra note 28, 112f [H. Hanisch].

⁵⁴ S. Paterson/R. Zakrzewski (ed.), supra note 22, § 5.4.7 [S. Paterson]; Government of India v. Taylor [1955] AC 491; QRS 1 Aps v Frandsen [1999] 3 All ER 289.

⁵⁵ 中央銀行による流動性供給の概要については、嶋拓哉「セーフティ・ネット

料収入に頼るが、中央銀行による貸付の原資は公的資金であること、中央銀行の本質的な業務として通常認識されること、および中央銀行による貸付が市場の安定を図るという政策目的を有していること等から、その公的な性格が一段と強まる。そうしたことを踏まえると、中央銀行が貸付を実施した場合に、その返還請求権に基づき他国の倒産手続に参加し得るかという問題が起り得る。形式的には、一般の銀行貸付と同じと言われればそのとおりではあるが、上述のとおり、中央銀行による貸付は市場の安定化を目的とした政策的な要素が強く、公的資金を原資としている以上、それに基づく外国倒産手続への参加については、預金保険機構の場合と同様に（あるいはそれよりも一段と）否定的に論じることが可能ではないかと考える。

（３）複合取引・結合取引の取扱い

銀行では、担保取引、相殺またはネッティング、証券化商品や covered bond に代表される資産担保証券などに見られるように、複数の契約がパッケージされる形で一つの金融取引・金融アレンジメントを構成することが多い。他方で、金融当局は銀行の破綻時に、その資産を good assets と bad assets に分離し、前者をブリッジバンクや健全な他の銀行に譲渡し、後者を破綻銀行に残存させるといった措置を講じることがある（これを「partial property transfer」と言うことがある）⁵⁶。例えば、邦銀が外銀に資金を貸し付け、その一方で借り手の外銀が日本に有する資産（日本の国債）を担保に供していたケースを想定しよう。その外銀の破綻処理に当たって、貸付債務はそのまま当該外銀に残存するが、担保差入れ資産である国債は他の銀行に譲渡されるとすれば、貸し手である邦銀は担保権による債権回収を行えなくなる惧れがある。この結論を

に関する国際倒産法上の一考察・４・完－国際的な法の相克下における預金保険制度の在り方を中心に－」貿易と関税1995年９月号70頁以下。

⁵⁶ partial property transfer の手法は元来米国の銀行破綻処理手続で活用されてきたが、近時では英国でも同様の制度を整備するに至っている。米国については嶋・前掲（注14）79-80頁、英国については C. Proctor, *supra* note 41, § 11.51 を参照。

認めるとすれば、もともと担保権の回収機能を当てにして取引関係に入った邦銀としては大きな痛手を被ることになるだろう。英国等では partial property transfer の実施に当たって、銀行債権者が有するこうした期待権 (protected interest) を保護する権限が財務省に付与されている⁵⁷が、一般論として、複合取引や結合取引において取引相手方が有する期待権 (その最たるものが物的担保等による債権回収への期待である) が十分保護されるかどうかは定かではない⁵⁸。仮に外国において、こうした複合取引・結合取引における内国債権者の期待権を毀損する形で破綻処理上の措置が講じられた場合に、その内国効力を認めるべきかが問題となり得る。先の例では、わが国において、貸し手である邦銀が、借り手である外銀から他の銀行に譲渡された資産について、担保権を実行しようと試みることが有り得るが、その場合に、わが国としては、この貸し手たる邦銀との関係において、外国でなされた partial property transfer の内国効力を認めず、当該資産が引続き破綻した外銀に帰属しているとして、担保権の実行を許容するという選択肢が有り得るだろう。これは、広い意味では既に論じた内国債権者の保護に関わる問題 (4. (1) を参照) であるが、銀行が関与する取引には “packaged arrangement” が多いことから、その取扱いには特段の注意を払う必要があると考えられる。

なお、当然のことではあるが、破綻処理法制が債権者の期待権を保護するための仕組みを備えているか否かは、その国の銀行の取引コストに影響することになりかねない。銀行破綻処理において債権者が有する回収への期待が十分保護されないとすれば、そうした法制を敷いている国の銀行との取引を敬遠したり、取引コストとして利息等に反映させる動

⁵⁷ Banking Act 2009, Section 47.

⁵⁸ この問題は、借り手銀行が設定した担保権がいわゆる floating charge である場合には、一層深刻である。floating charge の設定を受けた貸し手銀行の債権回収への期待を最大限保護するとすれば、partial property transfer の手法は事実上採用し得ないことになってしまうであろう。ただ、実際には銀行が floating charge を設定する事案は然程なく、現実の問題となることは滅多にないと考えられる。

きが出てくるはずである⁵⁹。そういうことになれば、自国の銀行の経営を圧迫することにもなりかねない。英国は2009年銀行法（Banking Act 2009）において初めて金融機関に特化した破綻処理手続を設けたが、その立法過程において、こうした政策的考慮が働き、銀行債権者の期待を保護するための措置が整備されるに至ったことは上述のとおりである。

（４）銀行間の集中的な資金決済

取付け騒ぎは一国内の治安維持や社会的不安の払拭にとって重大な関心事であるが、銀行間の資金決済を円滑に実施することは国際的なシステム・リスクの遮断にとって重要な意味を持つ。特に国際的な銀行は自国のみならず海外の市場や決済システムにも参加しているので、その決済の遅延は世界的な規模で金融不安を引き起こすリスクがある。わが国の更生特例法では、決済債務の弁済と預金の払戻しを、破産法等の一般法令に規定される個別的権利行使の禁止という原則⁶⁰の例外として位置付けている⁶¹し、多くの国でも金融不安の発生を抑えるために、同様の措置が講じられるのが通常である。従ってこの点に関する限りは、国際倒産法上の問題は少ないだろうと思われる。

国際倒産法そのものからは少し離れるが、ここでの課題は、参加銀行が破綻した場合でも銀行間の集中決済システムが円滑に機能する体制を構築することであろう。国際決済銀行では、参加銀行破綻時を想定して、集中決済機構における円滑な資金決済を確保するための枠組みが議論されてきたほか、欧州連合でも、1998年にファイナリティ指令⁶²が出され、それ以降も銀行破綻時における資金決済の円滑な実施に向けて様々な検討が進められている。また英国ではリーマン・ショックとその後に続くノーザン・ロック（Northern Rock）銀行の破綻を受けて、2009年銀行

⁵⁹ C. Proctor, *supra* note 41, § 11.52.

⁶⁰ 破産法100条、民事再生法85条1項、会社更生法47条1項。なお、伊藤・前掲（注10）225頁、846頁を参照。

⁶¹ 更生特例法402条、473条、513条。

⁶² Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, OJ L166/45 [1998].

法で銀行間集中決済の整備に関する規定が設けられた⁶³。参加銀行の破綻時であっても集中的な資金決済を肅々に行うためには、ロスシェア・ルール⁶⁴の発動や証券担保権の実行が円滑に行われる必要がある。特に証券担保権の実行との関係では、資金決済のファイナリティを迅速に確保すべきとの観点から、集中決済システムがすべての参加銀行から証券担保を受け入れるに当たって、これら担保権の準拠法を統一しておくことが強く要請されるだろう⁶⁴。

5. むすび

2001年のEU 銀行倒産指令⁶⁵では、欧州連合加盟国内で設立された銀行の倒産処理については、その本国にのみ専属管轄を認め、他の加盟国において別途倒産処理を行うことを認めていない。これは本国における単一免許主義、本国による在外預金の保護といったルールと平仄を合わせるものであって、欧州連合という極めて同質的な地域で適用可能な、いわばローカル・ルールと評価することが可能であろう⁶⁶。世界規模で見れば、バーゼル合意 (Basel Accord) では、プルーデンス監督は基本的には本国の監督当局に委ねられている⁶⁷が、免許は通常支店単位で付与されているし、在外預金に対する預金保険の適用も国によって対応は

⁶³ 英国では、2009年銀行法の第5章 (Part 5) において、中央銀行である Bank of England に資金決済システムに対するオーバーサイト権限を認め、円滑な決済を確保するための施策を講じることを要請している (C. Proctor, *supra* note 41, § 11.81ff.)。

⁶⁴ 資金決済におけるファイナリティ確保という問題と担保差入れ証券の権利の得喪に関する準拠法ルールとの関係について詳細を論じたものとして、嶋拓哉「資金決済におけるファイナリティ概念について－ファイナリティ概念の多義性を巡る法的検証」金融庁金融研究研修センター『FSA リサーチ・レビュー 2006』(2007年) 238-239頁を参照。

⁶⁵ EU 銀行倒産指令については、脚注16の説明を参照。

⁶⁶ 森下・前掲(注46) 8頁。

⁶⁷ P. R. Wood, *Regulation of International Finance* (Sweet&Maxwell, 2007), § 26-076.

区々である。このように国際的な銀行に対する監督権限が本国に集約されていない中で、EU 銀行倒産指令が規定するような本国専属管轄が実現する余地はないだろう。仮にそうした提案を行ったとすれば、自国金融市場の安定確保や自国債権者の保護という観点から、支店所在地国の監督当局が黙っていないはずである。

そうすると、国際的な銀行については、複数国で倒産手続が並行的に発生することは不可避である。そうした中、G20では Key Attributes 2014等において、銀行破綻処理制度として備えるべき特徴を纏め、各国に対してこれに沿って同制度の整備を要請する動きが活発化しているが、これは銀行破綻処理手続の標準型を示すことで、各国の制度の平準化を目指すものであろう。また同時に、国際的な破綻処理の枠組みとして、世界規模での単一の破綻処理手続の実施という道は当面は採らず、並行倒産の状態が生じることを前提として、「国際民訴法上の承認」と「共助としての援助措置」という二つのルートの整備を提唱する。この問題は国際銀行倒産法の問題に止まらないが、「国際民訴法上の承認」と「共助としての援助措置」という二つがどのような関係にあるのかを理論的に整理することは、正直難問である。本稿では、より具体的な事例設定を念頭に、これら二つのルートの関係にも着目して、国際的な銀行破綻処理の枠組みについて検討を進めてきたつもりであるが、まだまだ不明な点が少なくない。国際銀行倒産に関しては、実務における蓄積が乏しく、また現在に至るまで各国政策当局の間で見解が錯綜しており、あるべき法制やその制度的枠組みを巡って議論が収斂していないのが実情である。このため理論的にその全体像を把握することには困難を伴うが、一足飛びに抽象的な議論を行っても、そこから多くのものを得ることは難しいであろう。むしろ、今後とも、より多様かつ詳細な形で具体的事象を想定して、これら事象に対応する形で議論を行うことで、漸進的ではあるが全体像の構築に向けて検討を進めていくことが必要ではないか、と思われる。

(以 上)

(追記) 本稿は、2017年度国際法学会研究大会での報告内容を基に、こ

れに加筆修正を行い作成したものであり、科学研究費補助金(17K03379、15H01927) 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。関係者の皆様に謹んで謝辞を申し上げる。

身分犯概念の再構成と その具体的内容をめぐる考察（2・完）

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 (以上、68巻4号)
- 第3章 身分犯概念の再構成
 - 第1節 刑法65条の立法趣旨
 - 第2節 構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素としての身分
- 第4章 特別犯 (Sonderdelikte) 概念と身分犯概念
 - 第1節 ドイツ
 - 第1項 特別犯概念の概要と地位
 - 第2項 ドイツにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念
 - 第3項 ドイツ刑法28条における「特別の一身的要素」とわが国における身分
 - 第2節 スイス
 - 第1項 特別犯概念の概要と地位
 - 第2項 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
 - 第3節 オーストリア
 - 第1項 特別犯概念の概要と地位
 - 第2項 オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念
 - 第4節 小括
- 第5章 身分犯概念の具体的内容
 - 第1節 主観的要素
 - 第1項 総説
 - 第2項 判断基準の展開

- 第3項 判断基準からの帰結
- 第2節 消極的な主体要素
 - 第1項 消極的な主体要素の非身分性
 - 第2項 具体的な帰結
- 第3節 法文上明示されない主体要素
 - 第1項 判断基準の展開
 - 第2項 判断基準からの帰結
- 第4節 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1項 判断基準の展開
 - 第2項 判断基準からの帰結
 - 第3項 必要的共犯に対する影響（補論）
- 第5節 混合法規（Mischgesetze）と身分
 - 第1項 混合法規における身分性判断
 - 第2項 不真正不作為犯の身分犯性
- 第6節 行為環境の限定による反射的な行為主体の限定
- 第6章 おわりに （以上、本号）

第3章 身分犯概念の再構成

ここまで、わが国における身分犯あるいは身分犯という犯罪類型を標識する身分をめぐる判例および学説の状況について概観してきた。それを踏まえて、本章では、身分犯概念の再構成を試みることにしたい。

第1節 刑法65条の立法趣旨

刑法が身分犯という概念をどのように捉えているのかという点についての手がかりは、「身分犯」に関する規定である刑法65条に存在する。以下では、刑法65条を手がかりに、刑法が身分犯という概念をどのように捉えているのかを明らかにする。なお、刑法65条は、犯罪行為を構成する「身分」（1項）と刑の軽重を生ずる「身分」（2項）を取り扱う規定であり、必ずしもあらゆる身分を取り扱う規定ではないから、刑法65条を手がかりとして身分犯概念を検討する際には、同条から（1項が適用される身分犯と2項が適用される身分犯のみならず）身分犯全般についての捉え方を分析せねばならないという点に注意が必要である。

では、そもそも刑法はなぜ、身分という要素の取扱いを特別に規定する刑法65条を創設したのであろうか。その理由は、以下のように考えられる。

刑法65条は、同条1項に該当する身分については——他の要素と同様に——従属的に取り扱うこととし、同条2項に該当する身分については——他の要素とは異なって——非従属的に取り扱うこととしている。それゆえ、刑法65条の根底には、「身分という要素には従属的な取扱いが必ずしも妥当しない」という思想が控えているということが明らかとなる。そして、身分という要素に従属的な取扱いが必ずしも妥当しないのは、身分という要素が「誰が」行為を遂行するのか、つまり「どのような行為者が」行為を遂行するのかを特徴づける要素であり、「行為」自体を特徴づける要素ではないからであろう。換言すれば、共犯¹は、構成要件の全部または一部を他人の「行為」を通じて実現するがゆえに処罰されるところ²、身分はその「行為」の外部に存する要素だからであるということになろう^{3・4・5}。

¹ ここでいう「共犯」が広義の共犯であるか否かも問題となるが、身分犯概念の理解には影響を及ぼさないため、ここでは論じない。

² 非身分者による身分犯の共同正犯の成否自体に検討の必要があるが、ここではさしあたり、それが成立し得ることを前提としている。仮に刑法65条1項にいう「共犯」が狭義の共犯のみを意味するとしても、本文のような刑法65条の理解に影響はない。

³ Jährrig は、ドイツにおける1968年ライヒ刑法50条2項および3項により把握される「特別の一身要素」と、それ以外の要素との区別について、「共犯の処罰根拠から出発すると、法益侵害を記述する犯罪部分（物的要素）は、共犯者に対して完全に帰せられるべきである。その他すべての要素は、このような処罰根拠の外部（außerhalb dieses Strafgrund）に存する。そのような要素に基づく刑法の反動は、彼がそれを自身の人格において実現したのでない限り、共犯者に向けられてはならないのである」（Wolf Axel Jährrig, Die persönlichen Umstände des § 50 StGB, 1974, S. 38）と指摘したが、わが国の刑法65条における「身分」は、行為自体ではなく行為者を特徴づけるものであるがゆえに、Jährrig 流に言えば、「処罰根拠の外部にある可能性がある」という点で、他の要素と区別されるのである。

⁴ したがって、「身分も実行行為や結果と並ぶ構成要件要素の1つであって、何ら特殊な要素ではない」（十河太郎『身分犯の共犯』（成文堂、2009）249頁）と断定するのは行き過ぎであるように思われる。これに対しては、「身分の問題が通例の共犯従属性に解消されえないものと捉えられ、むしろその一身専属

こうした理解は、現に広く共有されているように思われる。たとえば、ある論者は次のように述べている。「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』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』⁶。つまり、論者によれば、刑法60条から62条の共犯規定は、行為主体を特徴づける要素を想定していないものであり、そうした要素の取扱いを特別に規定するのが刑法65条ということになるのである^{7・8}。

性を認める方向で成立したという規定の経緯をまったく考慮していないという指摘が可能である」（佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（4・完）」立命320号（2008）960頁）という指摘がなされているが、より正確に言えば、身分の問題が「必ずしも」通例の共犯従属性に解消され得ないがゆえに刑法65条が存在するのである。

⁵ このような刑法65条の趣旨の理解は、同条の沿革にも合致している。すなわち、旧刑法106条および110条の立案過程では、「身分」に基づく刑罰加重事情と「所為」に基づく刑罰加重事情とが区別されて用いられていたのである（早稲田大学鶴田文書研究会＝早稲田大学編『日本刑法草案会議筆記 第I分冊』（早稲田大学出版部、1976）395頁など参照）。

⁶ 大越義久「身分犯における身分」神奈46巻2＝3号（2013）25-26頁。

⁷ 刑法65条の趣旨が以上のように理解されるとすれば、同条は、身分として把

これに対し、「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

握される要素のうち、1項に該当するものについては、「行為」の要素とみなすことができるために従属的に取り扱うべきことを、2項に該当するものについては、「行為」の要素とみなすことができないために非従属的に取り扱うべきことを規定したものであるということになろう。そして、刑法65条1項と同条2項との関係をめぐる激しい見解の対立はまさに、同条1項の身分はなぜ「行為」の要素とみなされ、反対に、同条2項の身分はなぜそうされないのか、という点に帰着するとも考えられる。

⁸ なお、（統一的）正犯について規定するオーストリア刑法12条と特別犯（Sonderdelikte; オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念との関係については、後述第4章第3節参照）への関与について規定する同14条との関係について *Mayerhofer/Rieder* は、「12条は、直接的に所為像の動詞に対応するかたちで行為していない者（Personen, die sich nicht unmittelbar entsprechend dem Tätigkeitswort des Tatbildes verhalten）を刑罰の下に置く。これに対して、14条は、所為像における意味での主体資格が欠ける者（Personen, denen die Subjektqualität im Sinn des Tatbildes fehlt）に対して刑罰を拡張するものである」（*Christoph Mayerhofer/Sepp Rieder, Das Österreichische Strafrecht*, 3. Aufl., 1989, S. 127. なお、「Tatbild」を「所為像」とする訳例として、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（3）」立命319号804頁など）としており、本稿の考える共犯規定と刑法65条との関係と同様に解されている。現在の関与規定が盛り込まれた1971年オーストリア刑法草案の理由書も、犯罪類型が行為主体のある特別の資格を要件としている場合、その資格を有していない者は正犯として取り扱われ得ないから、統一的正犯体系は特別犯においては機能しないはずであるという、統一的正犯体系に対する批判を想定した上で、これに対しては、「たとえ正犯と教唆を区別するとしても、行為主体の特別の資格を欠く者に対して特別犯の刑を適用し得るには、特別の規定が必要である。正犯と共犯についての一般的な規定は、行為要素における相違（Verschiedenheit im Handlungselement）から出発し、直接的に所為像の動詞（Tätigkeitswort des Tatbildes）に対応するかたちで行為していない者に刑を科すものである。特別犯においては、刑が、所為像における意味での主体資格が欠ける者に対して拡張されねばならないのである」と答え、そうした批判を「論点先取（*petitio principii*）」と評している（*Erläuternde Bemerkung zur Regierungsvorlage zum StGB 1971*, 30 der Beilagen XIII. GP (zit.: EBRV 1971), S. 79）。

可能であろう。……この観点からは、第六五条は従属性原理を修正し、それに対する例外を作り出すための規定として存在意義を有すると解すべきである⁹とする見解もあるが、刑法65条は、1項に該当する身分については（完全に）従属的に取り扱い¹⁰、2項に該当する身分については（完全に）非従属的に扱うということを規定しているのであるから、従属的に作用する1項身分と非従属的に作用する2項身分とをいわば混ぜ合わせた上で、身分を「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」として捉えることはできないであろう。

なお、刑法65条の見出しにおける「身分犯」という文言が身分という要素を構成要件要素とする犯罪類型を意味すると解されること、同条が構成要件外の一般的な要素についてまで規律の対象とする趣旨とは解されないことから、刑法において前提とされている身分犯にいう身分とは、構成要件要素に限定されることになる¹¹。

⁹ 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（1988）115頁。

¹⁰ 十河・前掲注（4）245-246、250-251頁。

¹¹ もっとも、刑法65条の前身である旧刑法106条および110条における「身分」には、再犯なども含まれていると解されていたため（江木衷『現行刑法原論』（有斐閣、再版（訂正増補）、1894）117頁、『日本近代刑事法令集 下』司法資料別冊17号（1945）187-188頁など参照）、当初は刑法65条の「身分」もそれらを含むというのが立法者意思であったと言える。しかし、少なくとも、刑法65条に「身分犯の共犯」という見出しが付された現在では、同条における「身分」は犯罪類型を組成する要素に限定されていると解すべきであろう。したがって、現在では、犯罪類型とは無関係な一般的な要素も刑法65条における「身分」に含まれるとする解釈（十河・前掲注（4）262-263頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975）372頁）は採用し得ない。したがって、中止未遂による減免（43条但書）、累犯による加重（56条、57条）、自首による減免（42条、80条、93条但書、228条の3但書）および解放による減軽（228条の2）などについては、身分性は問題とならない。

第2節 構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を 特徴づける要素としての身分

刑法65条は、行為主体を特徴づけるものであることから必ずしも従属的に作用するわけではない構成要件要素について規律するものである。したがって、刑法において前提とされている身分とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素である¹²⁻¹³。それゆえ、身分性の判断における指導的な基準は、構成要件該当行為自体を特徴づけるのか、あるいは、そうではなくその行為主体を特徴づけるのか¹⁴、ということである。したがって、判例による定義を修正するかたちで身分を定義するならば、「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たる資格のような関係のみに限らず、総て構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける特殊の地位又は状態」ということになる。そして、身分犯とは、そのような意味での身分を構成要件要素とする犯罪類型を意味するということになる。

なお、身分犯という身分が、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素であると解するのであれば、身分に継続性を要求する理由はない。なぜなら、継続性の存否は、その要素が構成要件該当行為自体を特徴づけるのか、あるいは、その行為主体を特徴づけるのかという判断に、必ずしも影響を及ぼすものではないからである¹⁵。行為主体の、行為時における

¹² 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008）95頁は、「行為の主体（行為者）」に関する構成要件要素と「行為そのものの性質」に関する構成要件要素の存在を想定するが、「身分」とはまさに、「行為そのものの性質」ではなく「行為の主体（行為者）」を特徴づける要素である。

¹³ なお、刑法65条1項における「犯人の身分」という文言からして、刑法における身分犯概念は行為者が自然人であることを前提とするものであると解されるから、自然人であることや法人であることは身分に含まれないであろう。

¹⁴ 後に詳述するが、たとえ一身的な性格を有する要素であっても、必ずしも行為者を特徴づける要素であるとは限らない。

¹⁵ Gallas はかつて、1943年ライヒ刑法50条の「一身資格又は関係」の解釈について、「当該メルクマールの非従属的な取扱いの根拠は、その一身的な性格にある。しかし、このことは、問題となる関係や立場の継続性とは関係がない」（Wilhelm Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 158）と指摘していたが、継続性の存否と従属性の存否が無関係であるのと同様、継続性の存否と行

一時的な特徴というものも十分想定される以上、——厳格な文理解釈に固執しない限り——行為主体の継続的な特徴のみを身分として理解する理由はないのである¹⁶。

第4章 特別犯（Sonderdelikte）概念と身分犯概念

わが国における身分犯概念と類似する概念は、諸外国においても確認することができる。たとえば、ドイツおよびスイスでは、“Sonderdelikte” という概念が存在し、後述のように、特別の資格を有する者のみが正犯者となり得る犯罪類型として一般に理解されている。わが国においては、こうしたドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念を身分犯概念と同視して身分犯を論じる文献が多く見受けられる¹⁷。しかし、ドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念をわが国における身分犯論の参考とするのであれば、ドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念とわが国における身分犯概念との異同を精確に確認せねばならないであろう。にもかかわらず、いつしか“Sonderdelikte”を「身分犯」と和訳するのが通例となり、両概念の異同が精確に確認されないまま、Sonderdelikte = 身分犯という前提が定着してしまったように思われる¹⁸。そのこともまた、身分犯概念の理解に混乱を来してきたと

為主体の特徴づけの存否は無関係なのである。

¹⁶ 内田文昭「判批」判タ712号（1990）73頁も、「身分犯の身分はこれを行為者の純粋に客観的な『地位』・『状態』に限定して考えるべき合理的根拠はない」と指摘する。

¹⁷ 香川達夫『身分概念と身分犯』（成文堂、2014）10頁も、「わが国における身分概念あるいは身分犯の理解については、ドイツ刑法あるいはスイス刑法におけるそれに依存して展開されているのが通例である」と指摘する。

¹⁸ こうした誤例や前提は多数の文献において見られる。たとえば、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）748頁以下、佐伯千仞「共犯と身分（二・完）——その問題史的概観——」法学論叢33巻3号（1935）57頁以下、田中久智「判批」我妻栄編『刑法の判例』（有斐閣、第2版、1973）154頁以下、外木央晃「身分犯の法的性質」明大院29号（2008）82頁、平良木登規男「共犯（その6——共犯と身分）」警察公論53巻2号（1998）98頁、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第2版、2008）184頁など。おそらく、公刊された文献では上掲佐伯論文が最初ではないかと思われる。

言ってよいであろう。こうした問題意識から、以下では、„Sonderdelikte“を直訳的に「特別犯」と和訳することとする。そして、本章では、ドイツまたはスイスにおける特別犯論を身分犯論において積極的に参考としてきた、わが国における従来の議論の妥当性を検証すべく、ドイツおよび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の異同を検討することとする。

さらに、ドイツおよびスイスと同じドイツ法圏にあるオーストリアにおいても、特別犯という概念が用いられている。しかし、興味深いことに、オーストリアにおける特別犯概念は、同じ名称であるにもかかわらず、ドイツおよびスイスにおけるそれとは大きく異なるかたちで理解されているということが明らかとなる。すなわち、オーストリアでは、直接実行者としての行為主体に一定の一身資格または関係が要求されるすべての犯罪類型が特別犯として把握されているのである。こうした、ドイツおよびスイスにおけるのとはまったく異なるオーストリアにおける特別犯概念と、わが国の身分犯概念との異同についても検討し、オーストリアにおける特別犯論から得られる、わが国の身分犯論に対する示唆についても検討することとする。

第1節 ドイツ

第1項 特別犯概念の概要と地位

ドイツでは、正犯者となり得る者の範囲 (möglicher Täterkreis) に応じて、普通犯 (allgemeine Delikte)^{18a}、特別犯 (Sonderdelikte)、および自手犯 (eigenhändige Delikte) の三つに区別されるのが一般的である¹⁹。そして、普通犯とは誰もが正犯者となり得る犯罪²⁰、特別犯とは特定の主体資格を有する者

^{18a} „allgemeine Delikte“を「普通犯」とする訳例として、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第3版、2015）190頁。

¹⁹ Walter Groppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, § 4 Rn. 4 ff.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 266; Rudolf Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2014, § 10 Rn. 23 ff. この三分説についてはさらに、香川・前掲注（17）152-153頁参照。

²⁰ Jescheck/Weigend, a. a. O. (Fn. 19), S. 266; Rengier, a. a. O. (Fn. 19), § 10 Rn.

のみが正犯者となり得る犯罪²¹、自手犯とは実行行為を身体的または少なくとも一身的に遂行する者のみが正犯者となり得る犯罪²²と解されている²³。それに伴い、ドイツにおいては、正犯者の範囲が制限される犯罪類型には二つの種類が存在し、その一方が特別犯であり、他方が自手犯であるという整理がなされている。

では、特別犯と自手犯がどのように区別されるかという点についてももう少し詳しく見ていく。

Satzger は、特別犯と自手犯の相違について次のように述べている。

「抽象的に表現すれば、次のように言うことができる。すなわち、特別犯において正犯性を基礎づける (täterschaftskonstituierend) 条件の大部分は、特別の方法により法益の保護を義務づけるような、正犯者の義務的地位 (Pflichtenstellung) を基礎づける刑法外の資格 (außerstrafrechtliche Eigenschaften) と結びつけられているということである。その場合、こうした特別の地位 (besondere Stellung) は、具体的な行為の前に (vor der konkreten Tat) すでに存在している。つまり要約すると、特別犯においては、一時的なものにとどまらず、形式化され又は制度化された義務的地位 (*nicht nur vorübergehende, formalisierte oder institutionalisierte Pflichtenstellung*) を、本来の実行行為以前にすでに備えている者のみが、正犯者となり得ると言うことができる。その構成要件は、構成要件の実現を、まさにこの特別の地位 (Sonderstellung) の存在に依存させなければならないのであり、そのことはまさに公務員犯罪において明らかとなる。」

「それに対して、自手犯は、前もって存在する一般的な特別の義務的地位 (*präexistente, generelle Sonderpflichtenstellung*) とは結びついていない。むしろ

24.

²¹ *Gropp*, a. a. O. (Fn. 19), § 4 Rn. 5; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 19), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 19), § 10 Rn. 25.

²² *Gropp*, a. a. O. (Fn. 19), § 4 Rn. 6; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 19), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 19), § 10 Rn. 29.

²³ これに対して *Piotet* は、特別犯を「法律上の定義により、特定の者のみが直接単独正犯 (unmittelbar handelnde Alleintäter) として処罰され得る犯罪行為」 (*Paul Piotet, Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, ZStW* 1957, S. 34) とし、後述のオーストリア流の定義を用いている。

ろこの場合、正犯者は、具体的な状況下において、実行行為が介在することで、保護法益とのある特別な関係に立つことで足りる。実行行為自体の特徴づけによってはじめて、正犯者の範囲の制限へ至るのである。その特別の資格 (Sondereigenschaft) は、実行行為に基づくものであり、これに依存しているのである。それゆえこうした義務的地位は、永続的なものでもなく (nicht dauerhaft)、少なくとも実行行為の一部の間においてのみ存在するものである。²⁴

つまり、たしかに特別犯においても自手犯においても正犯者の範囲が制限されるのであるが、正犯者の範囲を制限する「義務的地位 (Pflichtenstellung)」が行為とは無関係に前もって存在するか否かによって、特別犯と自手犯は区別されるということである。こうした、特別犯概念を特別の義務的地位と結びつける理解は、現在では一般的となっている²⁵。

そうすると、行為主体に一定の特徴が要求される場合であっても、その特徴が特別犯を標識する特別の義務的地位にはあたらない場合には、自手犯に振り分けられることになる。

第2項 ドイツにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念

わが国における身分犯概念との異同という観点からは、ドイツにおける特別犯概念について以下のことを指摘することができよう。

第一に、ドイツにおける特別犯概念は、行為主体が特定の者に限定される犯

²⁴ Helmut Satzger, Die eigenhändige Delikte, Jura 2011, S. 105.

²⁵ Helmut Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, Kap. 8 Rn. 23; Günter Heine/Bettina Weißer, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, Vorbem. § 25 ff. Rn. 83; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, Abs. 6 Rn. 91; Urs Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 8 Rn. 15 ff.; Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 69 f.; Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 27; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 129; Günter Stratenwelth/Lothar Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 8 Rn. 4; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 64.

罪のすべてを含むわけではないということである。ドイツでは、行為主体が特定の者に限定される犯罪のすべてが特別犯に振り分けられるわけではなく、自手犯に振り分けられる場合もある。それに対して、わが国における身分犯概念は、行為主体が特定の者に限定される犯罪類型のすべてを含むものであった。したがって、ドイツの特別犯概念の範囲は、わが国の身分犯概念のそれに比べて、必然的に狭いということになる。

第二に、ドイツの特別犯概念における行為主体の限定とは、——間接正犯者および共同正犯者を含む——あらゆる正犯者としての行為主体の限定を意味しているということである。これに対して、わが国の身分犯概念における行為主体の限定は、あくまでも直接実行者としての行為主体の限定を意味しているものにすぎない²⁶。したがって、ドイツの特別犯概念とわが国の特別犯概念はそもそも前提とされている機能の面でも異なっているのである。

そうすると、ドイツにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念と、少なくとも二重の意味において異なるということになる。それゆえ、わが国における身分犯概念とドイツにおける特別犯概念を同視または極めて類似するものと見ることは誤りであり、少なくともわが国における身分犯の一般的意義や具体的範囲を明らかにするという観点においては、ドイツにおける特別犯論の示唆も乏しいように思われる。そして、ドイツにおける „Sonderdelikte“ を「身分犯」と和訳するのは不適切であると思われる。

第3項 ドイツ刑法28条における「特別の一身要素」と わが国における身分

なお、わが国における身分とドイツ刑法28条にいう「特別の一身要素 (besondere persönliche Merkmale)」を同視し、あるいは、類似の概念と見る

²⁶ 非身分者による身分犯の間接正犯および共同正犯の成否は、間接正犯および共同正犯の帰属原理ならびに身分の法的性質から明らかになるものであって、身分犯概念自体に、正犯者の範囲を限定する機能が内在しているわけではない。したがって、各関与形式の帰属原理を明らかにすることなく、非身分者による身分犯の間接正犯および共同正犯は成立し得ないとするのは、論点先取である (Vgl. EBRV 1971, S. 79)。非身分者による身分犯の間接正犯および共同正犯の成否については、今後の検討課題とする。

見解²⁷が存在するため、両者の関係についても確認しておくこととする。

(1) ドイツ刑法28条における特別の一身要素の概要

ドイツ刑法28条は、特別の一身要素²⁸の取扱いについて規定しており、同条は、共犯の従属性を修正・緩和する規定であると考えられている²⁹。そこから判例・通説は、行為関係の要素 (tatbezogene Merkmale) は同条にいう特別の一身要素に該当せず、行為者関係の要素 (täterbezogene Merkmale) のみが同条にいう特別の一身要素に該当するという基準を採用している。近時はこうした区別基準に対して批判的な見解も多く主張されているが、結局特別の一身要素とは、他の関与者に対して (少なくとも完全には) 従属的に作用しない要素であるということになる。したがって、それ以外の基準も、結局、それを欠く関与者に対しても完全に連带的に作用すべき一身要素とそうでない一身要素との区別基準の設定の仕方が異なるにすぎない。

²⁷ たとえば、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』(成文堂、2017) 333頁は、「ドイツ刑法28条はわが国の刑法65条に相当する規定であり、ここで規定する『特別の一身要素』がわが国における身分に相当する。そして、特別な一身要素が『正犯の可罰性を基礎づける』場合には、この要素をもたない共犯(教唆犯、幫助犯)は刑の減輕がなされ(1項)、特別な一身要素が『刑を加重、減輕、阻却する』場合には、この要素の有無に応じて関与者(正犯、共犯)各自の犯罪が成立する(2項)。1項は真正身分犯における犯罪成立に関する身分の連帯的作用を定め、2項は不真正身分犯における犯罪成立に関する身分の個別的な作用を定めた規定であると一般に解されている」とする。また、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) 629頁〔川端博〕は、ドイツ刑法28条における特別の一身要素を念頭において「ドイツ刑法における身分概念」と表現している。そのほか、香川・前掲注(17) 10-12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) 5頁以下。

²⁸ 「特別の一身要素」は、ドイツ刑法14条において「特別の一身資格、関係又は事情(besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände)」と定義されている。

²⁹ Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lerhbuch, 10. Aufl., 1995, § 32 Rn. 9; Udo Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, S. 188; Urs Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, § 38 Rn. 22; Brian Valerius, Besondere persönliche Merkmale, Jura 2013, S. 17.

また、特別の一身要素の概念には、通説の理解によれば、29条が適用される一般的責任阻却事由（allgemeine Schuldausschließungs-）および一般的免責事由（allgemeine Entschuldigungsgründe）を除くすべての行為者関係の要素が含まれる³⁰。したがって、中止未遂（24条）や議員の免責特権などもこれに含まれることになる³¹。

さらに、わが国においてはあまり意識されていないように思われるが、ドイツ刑法28条によって取り扱われるのは、特別犯（Sonderdelikte）だけではない。この点について *Langer* も、「より正確に見ると、特別犯概念と旧50条2項〔現行刑法28条2項の前身であり、1943年6月15日施行の刑法50条2項を指す＝筆者注〕は相互に依存していないということがわかる。というのは、…一般的な見解によると、この規定は特別犯（Sonderstraftaten）の範囲を超えるものだからである。たとえば、窃盗罪は以下のいずれの場合においても一身要素による修正があるにもかかわらず普通犯のままであることに争いはない。窃盗罪では、旧244条における再犯（Rückfall）は『刑罰を加重する一身資格』とされ、248a条における困窮（Not）は『刑罰を減輕する一身関係』とされるのである」と指摘している³²。

（2）ドイツにおける特別の一身要素とわが国における身分

わが国における身分との異同という観点からは、ドイツにおける特別の一身要素について以下のことを指摘することができよう。

第一に、ある要素がドイツにおける特別の一身要素にあたるか否かは、それを欠く関与者に対して完全に連帶的に作用すべき性格を有しているか否かということを基準として判断されるのに対し、ある要素がわが国における身分にあたるか否かは、専ら構成要件該当行為の主体を特徴づけるものであるか否かということを基準として判断され、それを欠く関与者に対する作用とはまったく無関係であるということである。つまり、ドイツにおける特別の一身要素はそれを欠く関与者に対する作用まで考慮される概念であるのに対し、わが国における身分は専ら行為主体を特徴づけるものであるか否かが考慮される概念

³⁰ *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 25), § 28 Rn. 9.

³¹ *Heine/Weißer*, a. a. O. (Fn. 25), § 28 Rn. 14.

³² *Winrich Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 113.

なのである。

第二に、ドイツにおける特別の一身の要素には、犯罪類型とは無関係な一般的な要素も含まれるということである。これに対し、わが国における身分は、構成要件該当自体の行為主体を特徴づける構成要件要素であるから、そうした一般的な要素は含まれないのである。

第三に、ドイツにおける特別の一身の要素に関する議論を参考とする見解は、特別の一身の要素と、(ドイツにおける意味での) 特別犯を標識するメルクマールとが一致することを前提としているのではないと思われるが、特別の一身の要素は、特別犯を標識する要素の他にも様々な要素を含んでおり、そうした前提には誤りがあるのである³³。

このように、ドイツにおける特別の一身の要素の概念も、わが国における身分概念とはまったく異なるものである。したがって、特別の一身の要素を身分と表現することも妥当でないように思われる。

第2節 スイス

第1項 特別犯概念の概要と地位

スイスにおける特別犯概念も、基本的にドイツにおけるそれと同じであると行ってよいであろう。スイスでも、特別犯とは、正犯者に特別義務またはそれを伴う資格が要求される犯罪であるとされる³⁴。ドイツと異なるのは、こうした特別犯概念が、立法によっても採用されていると評価できる点である。すなわち、スイス刑法26条は、「特別犯に対する共犯 (*Teilnahme am Sonderdelikt*)」という見出しが付され、「可罰性が正犯者の特別の義務 (*besondere Pflicht des*

³³ とはいえ、そもそもドイツにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念が大きく異なるものであることは、既に指摘した通りである。

³⁴ *Andreas Donatsch/Brigitte Tag*, *Strafrecht I*, 8. Aufl., 2006, S. 96 f.; *Franz Riklin*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2. Aufl., 2002, § 9 Rn. 20 ff.; *Günter Stratenwelth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2. Aufl., 1996, § 9 Rn. 5. Vgl. auch *Jörg Rehberg*, *Strafrecht I*, 5. Aufl., 1993, S. 57; *Stefan Trechsel/Peter Noll*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 6. Aufl., 2004, S. 80 f.

Täters) によって基礎づけられ又は高められるとき、この義務を課せられていない共犯者は、刑が減輕される」という規定となっているため、スイス刑法は、同条にいう「特別の義務」が特別犯を標識するメルクマールであるということをも前提したと考えられるのである。*Donatsch* も、スイス刑法26条について次のように説明している。「26条においては、特別の義務に基づいて可罰性が基礎づけられ又は高められる真正又は不真正な特別犯 (echtes oder unechtes Sonderdelikt, dessen Strafbarkeit aufgrund einer *Sonderpflicht* begründet oder erhöht wird) への共犯者が、正犯者の犯罪への関与として処罰されるということが規定されている。したがって、真正又は不真正な特別犯への共犯者にとっては、当該特別犯の法定刑が常に重要となる。対応する特別の義務 (entsprechende *Sonderpflicht*) が共犯者には存在しないのであるから、このことは自明ではない。こうした事情、つまり特別義務の欠如 (fehlende *Sonderpflicht*) は、48 a 条における刑の必要的減輕によって考慮される。」³⁵

特別犯と自手犯の関係に対する理解も、ドイツと同様であると言ってよい。たとえば、*Stratenwelth* は、「自手犯は、どちらのカテゴリーにも属する構成要件があるにせよ、ときどき同視されることのある特別犯からは区別されねばならない。自手性 (Eigenhändigkeit) においては、特別義務の侵害 (Verletzung einer *Sonderpflicht*) が重要なのではなく、人が一身においてのみ遵守したまたは侵害し得るところの行為規範への違反 (Zuwiderhandlung gegen eine Verhaltensnorm, die man nur in eigener Person befolgen oder verletzen kann) が重要なのである」³⁶とする。つまりスイスでも、特別犯と自手犯は、いずれも正犯者としての行為主体の範囲が限定されるという点で共通するものの、正犯者としての行為主体の範囲が特別義務（またはそれを伴う資格）によって限定されるか否かという点で異なるのである。

第2項 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

したがって、スイスにおける特別犯概念も、わが国における身分犯概念とは、

³⁵ *Donatsch/Tag*, a. a. O. (Fn. 34), S. 187.

³⁶ *Stratenwelth*, a. a. O. (Fn. 34), § 13 Rn. 18. *Donatsch/Tag*, a. a. O. (Fn. 34), S. 105も同旨。

二重の意味で異なるものである。それゆえ、ドイツにおける特別犯論を参考とすることと同じ問題を指摘することができるのである³⁷。

第3節 オーストリア

第1項 特別犯概念の概要と地位

興味深いことに、オーストリアにおける特別犯概念は、ドイツおよびスイスにおけるそれとは異なるかたちで理解されている。オーストリアでは、特別犯とは、行為主体がある一身の資格または関係を備える者に限定された犯罪類型として理解され³⁸ さらに、その一身の資格または関係が行為の不法に関係する特別犯 (*unrechtsbezogene Sonderdelikte*) は、自手犯 (*eigenhändige Delikte*) と特別義務犯 (*Sonderpflichtdelikte*) に区別される³⁹。前者は、一身の資格また

³⁷ 小池信太郎＝神馬幸一訳「スイス刑法典第1編総則」慶應ロー 36号 (2016) 304頁は、スイス刑法26条の見出しにおける „Sonderdelikt“ を「特別義務犯」と和訳しているが、適切であると思われる。

³⁸ *Helmuth Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2004, Kap. 10 Rn. 36; *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2007, E 7 Rn. 4; *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 2016, E 7 Rn. 4; *Stephanie Öner/Hannes Schütz*, in: *Otto Leukauf/Herbert Steininger*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., § 14 Rn. 1; *Stefan Seiler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 2016, Rn. 127; *Otto Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Kap. 3 Rn. 108; EBRV 1971, S. 79. Vgl. auch *Kurt Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat – die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, S. 388 f.

³⁹ *Ernst Eugen Fabrizio*, in: *Frank Höpfel/Eckart Raz* (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 11. Lfg., 2000, § 14 Rn. 13; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 26; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 26; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 9 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 38), Rn. 891 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 121 ff.; *ders.*, Die österreichische Beteiligungslehre – Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystem?, 1983, S. 86 ff. Vgl. auch EBRV 1971, S. 81 f.

は関係を備える者が直接的に行為を遂行することによって不法が基礎づけられる犯罪類型、後者は、一身的資格または関係を備える者による義務違反によって不法が基礎づけられる犯罪類型を意味する。オーストリア刑法14条はこうした特別犯概念を前提とする規定であり、同条にいう「特別の一身的資格又は関係 (besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse)」とは、特別犯を標識するメルクマールをいうものと理解されている⁴⁰。ただし、オーストリア刑法14条1項1文は、不法に関係する特別の一身的資格または関係が全関与者に対し従属的に作用することを規定しているが、統一的正犯体系の帰結として主観的不法要素は全関与者が独自に備えていなければならないため、少なくとも主観的不法要素は、それが特別犯メルクマールであろうとなかろうと、14条1項にいう「特別の一身的資格または関係」には該当しないとされる⁴¹。

オーストリアにおける特別犯概念がドイツにおけるそれと異なるという点について、*Triffterer* は、「とりわけ、ドイツの学説においては状況が異なり、普通犯 (Allgemein-)、特別犯 (Sonder-)、自手犯 (eigenhändige Delikte) という三分類 (*Dreiteilung*) が見られる。しかし、オーストリアの法体系によれば、不法が『行為者の特別の一身的資格又は関係に依存する』すべての犯罪 (*alle Delikte, in denen das Unrecht „von besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters abhängig“ ist*) が、14条において共通の規制を受けてきた。それゆえ、いわゆる自手犯も含まれるところの、14条の適用範囲全体に対して、『特別犯』という名称が定着してきた。それに伴い、自手犯は通常、特別犯の下位グループ (*Untergruppe*) と見なされる。その意味で、特別犯を上位概念 (*Oberbegriff*) と見なし、特別義務犯と自手犯とに分割することが、用語法的に意味があると思われる」⁴²と明確に指摘している。ドイツおよびスイスでは、正犯者の範囲が制限される犯罪類型の一種を指す概念として特別犯という概念が用いられているのに対して、オーストリアでは、行為主体

⁴⁰ *Fuchs*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 35 Rn. 1; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 16; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 16; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 1; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 115; EBRV 1971, S. 81.

⁴¹ *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 23; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 23; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 118.

⁴² *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 3 Rn. 106.

の範囲が制限される犯罪類型全体を指す概念として特別犯という概念が用いられており、特別犯概念の役割は大きく異なっていると言えよう。

第2項 オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念

このように見てくると、オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念は、定義および機能の両面において一致するものであるということが明らかとなる。

まず、オーストリアにおける特別犯概念は、ドイツおよびスイスにおけるそれとは異なり、行為主体に一定の特徴が要求される犯罪類型のすべてを含むものである。わが国における身分犯概念も、そうした犯罪類型のすべてを含むものであり、両者の着目する点は一致しているのである。

さらに、オーストリアにおける特別犯概念は、正犯概念に依存しないかたちで定義されるものであり、この点もわが国の身分犯概念と同様である。ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、特別犯を標識するメルクマールを備えていない者が正犯となり得ないものと理解されていたのとは対照的に、オーストリアにおける特別犯概念は、そのように解されていないのである⁴³。

以上のように、これまでわが国においてあまり言及されることのなかったオーストリアの特別犯概念は、定義においても機能においても、わが国の身分犯概念と一致するものである。したがって、わが国における身分犯概念をどのように考えるか、身分犯を犯罪論の中においてどのように取り扱っていくかを検討する上で、示唆に富むものであるように思われる。

⁴³ これに対しては、オーストリア刑法が統一的正犯体系を採用しているからではないかという疑問も生じ得るが、オーストリアにおける有力説（*Fabrizzy*, a. a. O. (Fn. 39), § 14 Rn. 8; *Wilhelm Friedrich*, *Triffterers Beteiligungslehre – eine vermittelnde Lösung?*, RZ 1986, S. 258 f.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 7; *Schmoller*, a. a. O. (Fn. 38), S. 389; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38); *ders.*, a. a. O. (Fn. 39), S. 86, 88 f.）が特別犯を標識するメルクマールを備えていない者も直接正犯者となり得ると解していることから明らかなように、オーストリアにおける特別犯概念は直接正犯という正犯形式とすら必ずしも結びつけられていないのである。

第4節 小括

従来わが国の身分犯論において参考とされてきた、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念とは異なるものであり、身分犯概念の具体的範囲を明らかにするという観点からは、参考としにくい面を有している。異なる概念どうしを同一または類似の概念と考えて比較してきたことが、身分犯概念の解明を妨げてきたとさえ言えるかもしれない。それに対し、従来あまり参考とされてこなかったオーストリアにおける特別犯概念と、わが国における身分犯概念は、まったく同一の発想から導かれた概念である。それゆえ、わが国における身分犯概念および身分犯をめぐる諸問題を解決していくにあたっては、オーストリアにおける特別犯概念こそ少なからぬ示唆をもたらすものと思われる。

次章では、オーストリアにおける特別犯論を適宜参照しながら、わが国における個別具体的な要素について身分性を検討することとする。

第5章 身分犯概念の具体的内容

第3章では、身分犯概念の再構成を試みた。すなわち、身分犯とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素としての身分を構成要件要素とする犯罪類型である。しかし、こうした身分犯の一般的意義だけをもって、個別具体的な犯罪類型が身分に該当するか否かを判断することは極めて困難である。それゆえにこそ、従来、様々な犯罪類型において身分犯か否かについての争いが引き起こされてきたものとも思われる。そこで、本章では、身分犯性が問題となる局面の各類型に応じた、身分犯性を判断するための下位基準を、身分犯の一般的意義から演繹していくというアプローチで、身分犯の具体的範囲について検討することとする。なお、身分犯性が問題となる局面の類型およびそれらの検討の順序については、第2章に準拠することとし、以下では、主観的要素（第1節）、消極的な主体要素（第2節）、構成要件上明示されない主体要素（第3節）、構成要件該当行為の一部であるのか身分であるのかの問題となる要素（第4節）の順に検討を進める。さらに、補論として、一つの条文中に複数の犯罪類型が含まれる場合の判断方法（第5節）、および、行為環境の限定によって反射的に行為主体が限定されるように見える場合（第6節）

についても検討を行うこととする⁴⁴。

第1節 主観的要素

第1項 総説

既述のとおり、身分とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素である。とすれば、「一定の主観的状态の者」というかたちでの行為者の特徴づけも十分あり得るということになる。したがって、身分としての主観的要素は存在し得る。とはいえ、身分としての主観的要素が存在し得るのだとしても、すべての主観的要素が身分にあたるわけではないということは、広く前提とされてきたように思われる。たとえば、故意や各種予備罪における目的、各種偽造罪における行使の目的などが身分にあたると正面から主張する見解がほとんど見られないことは、このことを示していると言えよう⁴⁵。したがって問題は、いかなる主観的要素が行為者を特徴づけていると言えるのかということである^{46・47}。

⁴⁴ なお、ある一つの要素について本章における下位基準を複数用いなければならない場合もあるが、どの下位基準も、それに適合しない要素が身分たり得る可能性を否定するものであるから、ある下位基準には適合するが別の下位基準には適合しないような要素は、身分性が否定されることになる。この点については、後述本章第1節第3項（2）参照。

⁴⁵ 佐久間修「共犯の錯誤と身分犯の意義(その2)」警論68巻4号(2015)147頁も、「単なる主観的意図や目的を『身分』概念に取り込むならば、各種偽造罪（148条以下）でいう『行使の目的』はもちろん、故意や過失までが身分となりかねない」と指摘する。さらに、日高義博「共犯と身分」川端博先生古稀記念（上巻）（成文堂、2014）757頁参照。

⁴⁶ Hoyerも指摘するように、すべての主観的要素が行為主体の人格に関係するという意味において一身性的（*persönlich*）であると言えるから（vgl. Andreas Hoyer, in: Hans-Joachim Rudolphi et al. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 35. Lfg., 2001, § 28 Rn. 17）、そのような意味での一身性を身分性の基準とすればすべての主観的要素が身分にあたるということになってしまい、故意や各種予備罪における目的、各種偽造罪における目的までもが身分に該当することになりかねないであろう。

⁴⁷ 前章において述べたように、オーストリアでは、わが国における身分犯と同一の概念として、特別犯という概念が用いられている。そのためオーストリアでも、主観的要素が特別犯のメルクマールにあたるかという点が問題となり得、実際に、オーストリア最高裁判所（以下、OGH という）やいくつかの学説が、主観的要素と特別犯との関係について見解を示している。

たとえば、OGH は、1995年3月10日決定（EvBl 1995/99）において、主観的要素である営業性（Gewerbsmäßigkeit）がオーストリア刑法14条にいう「特別の一身格又は関係」に該当しないとの判断を示し、その理由として、同条の「特別の一身格又は関係」に該当するのは、「行為事象に依存せずに（unabhängig vom Tatgeschehen）、彼〔行為者＝筆者注〕の人格に存在する性質または関係」のみであり、「犯罪類型上要件とされる、行為の際の行為者の特定の動機または心情は、そこに含まれない」と述べている。

学説においてはたとえば、営業性をオーストリア刑法14条にいう「特別の一身格又は関係」と解する *Wegscheider* は、その根拠について、「刑法70条の意味での目的は、行為者の内面に由来する（aus dem Inneren des Täters kommen）ものであり、そこから行為に現れる（sich von da aus der Tat aufprägen）からである」（*Hebert Wegscheider, Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, ÖJZ 1979, S. 66*）とする。さらに、*Kienapfel/Höpfel/Kert* は、営業性以外の要素についても言及しており、拡張された故意（erweiterter Vorsatz; 拡張された故意とは、犯罪が、ある特定の、客観的構成要件実現を超える故意を要件とする場合における、その超過的内心傾向をいう。*Kienapfel/Höpfel/Kert, a. a. O. (Fn. 38), Z 11 Rn. 23*）は特別犯のメルクマールにはあたらないとし、その理由については OGH にならい、それが行為に依存しない（*tatunabhängig*）ものではなく、主体資格（*Subjektqualität*）ではないからであると指摘している（*Kienapfel/Höpfel/Kert, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 24*）。

このように、オーストリアでも、主観的要素が特別犯のメルクマールにあたるかということが若干の問題となり、その判断においては OGH も学説も、問題となる主観的要素が行為（あるいは行為主体）とどのような関係にあるかという点に焦点を当てているのである。わが国においても、身分を構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素として定義する限り、主観的要素の身分性判断は、究極的には、問題となる主観的要素が構成要件該当行為とどのような関係にあるのか（つまり、構成要件該当行為自体に属するものなのか、あるいは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体に属するものなのか）という点に帰着する。したがって、問題は、そうした判断を現実的に可能にする基準なのである。

第2項 判断基準の展開

(1) 客観的構成要件該当行為と対応関係にある主観的要素

——客観的構成要件該当行為との対応性の基準

身分とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素である。したがって、主観的要素の身分性の判断も、それが構成要件該当行為自体に属する要素なのか、あるいはそうではなく、その行為主体に属する要素なのかに依存することになる。そこで、いかなる主観的要素が構成要件該当行為自体に属するのかを探るべく、行為の構造に目を向けてみる。

行為は一般に、客観的側面と主観的側面によって構成されるものと解されている⁴⁸。こうした理解を前提とすれば、行為の客観的側面と対応する意思（行為意思）は行為の内部的側面として把握されることになる。このような考え方は、刑法規範による規制の対象を人間の行為に限定するという「行為」概念の機能から導かれるものである⁴⁹。そうすると、行為の客観的側面と対応する意思は、行為の主観的側面として行為自体に属するということになる。換言すれば、行為の客観的側面と対応する意思は行為そのものの一部をなしているということになる。

以上のことは、構成要件該当行為についても同様である。すなわち、客観的構成要件該当行為と対応する意思は、構成要件該当行為自体に属する要素であるということになる。よって、客観的構成要件該当行為⁵⁰と対応する意思は、

⁴⁸ 井田・前掲注(12) 246頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（成文堂、第3版、1995）86頁、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣、増補版、1959）143頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2007）43頁など。特に、香川・上掲同頁は明確に、行為は「主観・客観の総合のうなりたつ」と述べている。

⁴⁹ 井田・前掲注(12) 246頁。

⁵⁰ なお、ここでいう客観的構成要件該当行為とは、狭義の行為（身体的動静）としての客観的構成要件要素だけではなく、行為の不法に影響を与える客観的構成要件要素すべてを含むものである（したがって、いわゆる所為像（Tatbild）に該当する行為である。Vgl. Triffterer, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 9 Rn. 10)。なぜなら、狭義の行為としての身体的動静も、そこから生ずる結果やその主体に備わる身分によって刑法上意味づけられるため、そうした要素が行為意思の内容に含まれているか否かによって、行為の主観的側面が変わってくるからである。した

構成要件該当行為自体を特徴づける要素であり、身分にはあたらないということになる（客観的構成要件該当行為との対応性の基準）。それゆえに、客観的構成要件該当行為と対応する意思の内容の問題としての既遂犯における故意や故意の内容に関係する主観的要素（知情など）は、身分にあたらないということになるのである。

（2）一見客観的構成要件該当行為と対応関係にない主観的要素

——仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準

では、一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素（主観的超過要素）のすべてが身分にあたるのかといえば、そうではない。一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素であっても、実質的には客観的構成要件該当行為と対応するものが多数存在するからである。

その典型は、未遂犯における故意および予備犯における目的である。これらの主観的超過要素が一見客観的構成要件該当行為と対応していないのは、犯罪成立時期の早期化のために、一部の客観的構成要件要素の実現が断念されたからであるにすぎない。したがって、これらは、本来は客観的構成要件該当行為と対応する主観的要素であるが、立法者が犯罪成立時期を早期化した結果として一部の客観的構成要件要素との対応関係を失わされたにすぎない。それゆえ、こうした主観的要素は、行為主体を特徴づける機能を有しているわけではないということになる⁵¹。

このことは、未遂犯における故意および予備犯における目的以外の多くの主観的超過要素においても妥当することになる。未遂犯における故意および予備

がって、客観的な身分を構成要件要素とする身分犯における故意のうち身分に対応する部分にも、客観的構成要件該当行為との対応性が認められることになる（ただし、責任身分は、そもそも故意の対象ではない。Vgl. *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 9 Rn. 10)。

⁵¹ ドイツ連邦通常裁判所（以下、BGH という）は、「単なる既遂時期の早期化（bloße Vorverlagerung des Vollendungspunkts）によって、それがなければ明らかに行為関係的（tatbezogen）である要素が行為者関係的（täterbezogen）なものになるということとはあり得ない」（BGHSt 55, 229）と判示したが、犯罪成立時期の早期化が要素の行為関係性を変更しないのと同様、犯罪成立時期の早期化は要素の非身分性を変更しない。

犯における目的以外の主観的超過要素を含む犯罪の中にも、本来は行為者自身または他人によるさらなる行為の遂行もしくはさらなる結果の発生によって初めて成立するという性格を持つものの、犯罪成立時期の早期化のために、それらの実現が断念されたものが存在する。こうした犯罪の存在は、特にドイツでは古くから指摘されている⁵²。以下ではこうした犯罪を、実質的には本来想定されていた犯罪の未遂または予備の段階にすぎないものが独立の既遂犯として規定されているという意味において、「実質的な前既遂犯」⁵³という。実質的な前既遂犯における主観的超過要素も、本来は客観的構成要件該当行為と対応する主観的要素であり、立法者が犯罪成立時期を早期化した結果として一部の客観的構成要件要素との対応関係を失わされたものにすぎない。したがって、実質的な前既遂犯における主観的超過要素も、未遂犯における故意および予備犯

⁵² *Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Band, 2. Hälfte, 1916, S. 1163 ff.; *Albin Eser/Björn Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, 7. Fall Rn. 32 ff.; *Klaus Gehrige*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 33 ff., 45 ff. u. 79 ff.; *August Hegler*, Anm. zum Urt. des RG v. 3. 4. 1922, JW 1923, S. 609; *Theodor Lenckner*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, S. 1894; *Marios Nikolidakis*, Grundfragen der Anstiftung, 2004, S. 74; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 19), § 16 Rn. 5 ff.; *Erich Samson*, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, S. 453; *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 8 Rn. 133 ff.; *Tobias Witzigmann*, Mögliche Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs im Strafrecht, JA 2009, S. 490 f.

なお、短縮された二行為犯（不完全二行為犯）および断絶された結果犯という目的犯類型に言及する国内の文献として、平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣、1972）124頁などがあるが、これらの目的犯類型はまさに、犯罪成立時期早期化のために一部の客観的構成要件の実現が断念されたものであると言えよう。

⁵³ *Joecks* はこうした犯罪を「偽装された未遂構成要件 (*verkappte Versuchstatbestände*)」と表現しており (vgl. *Wolfgang Joecks*, in: *ders./Klaus Mießbach* (Hrsg.), Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, § 28 Rn. 36)、本稿の表現はここから着想を得たものである。もっとも、*Stratenwerth/Kuhlen* が指摘するように、本来の犯罪の予備 (Vorbereitung) 段階が目的犯というかたちをとって独立の既遂犯として処罰されることもあり得るため (vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, a. a. O. (Fn. 52), § 8 Rn. 134)、本稿では未遂犯のみならず予備犯をも含む趣旨で「前既遂犯」としている。

における目的と同様に、そもそも行為者を特徴づける機能を有していないということになる。

以上のように、一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素であっても、実質的には客観的構成要件該当行為と対応するものが存在するのである。こうした主観的要素はいわば、——犯罪成立時期の早期化がなければ客観的構成要件該当行為として規定されていたはずの——仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものであって、行為主体を特徴づける機能を有していないため、身分にはあたらないということになる（仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準）。そして、主観的超過要素が仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するか否かは、その主観的超過要素の内容の実現が、その仮想的な客観的構成要件該当行為における保護法益の侵害を意味するか否かによって決せられることになる⁵⁴⁻⁵⁵。

これに対して、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係が認められない主観的超過要素⁵⁶は、「そうした主観的状态の者」というかたちで構成要件該

⁵⁴ Hoyer が超過的内心傾向の行為者関係性（Täterbezogenheit）を判断する際に用いる、「追求された外界事象（angestrebtes Außenweltereignis）が発生した場合に（共に）保護される法益の追加的な侵害（zusätzliche Beeinträchtigung (mit)geschützter Rechtsgüter）を表現するかどうか」という基準（vgl. Andreas Hoyer, Zur Akzessorietät der Teilnahme bei überschießenden Innentendenzen, GA 2012, S. 128）と、かなり近いものとなろう。

⁵⁵ ある主観的超過要素が法益侵害性を高めるものと理解される場合、そこにはさらに大別して二つのヴァリエーションが含まれている。一つは「その存在によって典型的に構成要件該当行為そのものの法益侵害性が高まる」場合であり、もう一つは、「その内容の実現が法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味する」場合である。本稿の基準によれば、その内容の実現が直接的には法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するわけではない前者の主観的超過要素のみが身分にあたることになる。

⁵⁶ Fuchs は、所為像の実現を超えて伸び出た故意（über die Tatbildverwirklichung hinausreichender Vorsatz）ではない、すなわち更なる法益侵害に対する故意（Vorsatz auf eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung）ではない、目標（Ziel）・動機（Motiv）・心情（Gesinnung）といった客観的構成要件実現の際における行為者の特定の意思方向（bestimmte Willensrichtung des Täters bei der Verwirklichung des Tatbildes）を、「強化された内心傾向

当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける要素であり、身分にあたるということになる^{57・58}。

第3項 判断基準からの帰結

(1) 判例との関係

本稿の基準によれば、旧競馬法14条3号における「業として」を身分にあたらないと判断した大審院判例⁵⁹、公職選挙法235条2項における「当選を得さない目的」や毒物劇物取締法3条3項における「販売の目的」を身分にあたらないと判断した下級審裁判例⁶⁰は、結論としては妥当であったと言えよう。これらの主観的要素の内容の実現はまさに、法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味し、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係があると考えられるからである。

また、旧麻薬取締法64条2項における「営利の目的」を身分にあたると判断した最高裁判例⁶¹も、結論としては支持することができる。営利の目的の実現

(intensivierte Innentendenz)」と呼ぶが⁵ (vgl. *Fuchs*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 10 Rn. 61)、これはまさに、(仮想的な客観的構成要件該当行為と対応しないがゆえに) 身分にあたる主観的超過要素と重なるものと思われる。

⁵⁷ こうした主観的超過要素は、公務員などの客観的な身分と同様、いわば構成要件該当行為の外部から構成要件該当行為の評価に影響を与える要素であると言える (vgl. *Wegscheider*, a. a. O. (Fn. 47), S. 66)。

⁵⁸ *Triffterer* も、オーストリア刑法141条1項における「困窮から (aus Not)」、「無頓着から (aus Unbesonnenheit)」、および「欲望を満足させるため (zur Befriedigung eines Gelüstes)」、ならびに、同法150条1項における「困窮から (aus Not)」といった動機が、同法14条2項における「特別の一身的名誉又は関係にあたる」と解しているが⁵ (*Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 419)、これらはまさに、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係が認められない主観的超過要素であると言える。さらに、vgl. *Mayerhofer/Rieder*, a. a. O. (Fn. 8), S. 127.

⁵⁹ 大判昭和9年12月17日刑集13巻1743頁。

⁶⁰ 順に、東京高判昭和53年5月30日高刑集31巻143頁、東京地判昭和62年9月3日判時1276号143頁。

⁶¹ 最判昭和42年3月7日刑集21巻2号417頁。

自体は法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するものではないからである⁶²。また、ストーカー行為罪（ストーカー規制法13条、同法2条）を身分犯とした下級審裁判例⁶³も、「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」はその内容が現実化したとしても、法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するわけではなく、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものではないから、少なくとも結論としては妥当であろう⁶⁴。

ただし、営利目的拐取罪（225条）における「営利の目的」を身分でないと判断した大審院判例⁶⁵については、支持することはできない。たしかに、「営利」を被拐取者の自由を侵害することによる営利というかたちで限定的に解釈するならば⁶⁶、「営利の目的」も、同条におけるその他の目的と同様に、その内容の実現が仮想的な客観的構成要件該当行為における保護法益の侵害を意味することになるため、身分ではないということになる。しかし、大審院は単なる報酬目的をもって「営利の目的」を認定しているため、そのような考え方を前提としていないであろう⁶⁷。「営利の目的」を、その実現が必ずしも法益侵害を意味しない内容のものと解する以上、同目的は仮想的な客観的構成要件該当行為と

⁶² 平野・前掲注（52）128-129頁も、法益を侵害するような客観的事実を内容としない主観的要素を「心情要素」と定義した上で、旧麻薬取締法における「営利の目的」を心情要素としている。

⁶³ 東京地立川支判平成26年3月6日公刊物未登載（LLI/DB判例番号L06930064）、東京地立川支判平成26年4月16日公刊物未登載（LLI/DB判例番号L06930256）。

⁶⁴ 同目的は、それを備える行為者による各種行為が特に危険であることから規定されたものと解され、その内容の実現が法益のさらなる侵害ないし危殆化を直接意味するものとは言えない。

⁶⁵ 大判大正14年1月28日刑集4巻14頁。

⁶⁶ こうした解釈を採用するものとして、西田典之『刑法各論』（成文堂、第6版、2012）80頁。

⁶⁷ 最決昭和37年11月21日刑集16巻11号1570頁も、「刑法225条所定の営利誘拐罪にいわゆる『営利の目的』とは、誘拐行為によって財産上の利益を得ることを動機とする場合をいうものであり、その利益は、必ずしも被誘拐者自身の負担によって得られるものに限らず、誘拐行為に対して第三者から報酬として受ける財産上の利益をも包含するものと解するを相当とする」と判示している。

対応せず、身分にあたるということになる。

(2) その他の要素

客観的構成要件該当行為との対応性の基準からは、既遂犯における故意や取得後知情行使等の罪(152条)における「それが偽造又は変造のものであることを知って」などは身分にあたらないことになる⁶⁸。

仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準により身分にあたらない主観的要素は、刑法典上のものに限定したとしても、きわめて多数となる。その反面、同基準により身分にあたる主観的要素は、比較的少数である。同基準により、身分にあたらない主観的要素および身分にあたる主観的要素の概要を以下の表にまとめることとする⁶⁹。

身分にあたらない主観的超過要素	(刑法) 「国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法の定める統治の基本秩序を壊乱する…目的」(77条1項)、「外国に対して侮辱を加える目的」(92条1項)、「外国に対して私的に戦闘行為をする目的」(93条)、「公務員に、ある処分をさせ、若しくはさせないため、又はその職を辞させるため」(95条2項)、「強制執行を妨害する目的」(96条の2)、「強制執行の申立てをさせず又はその申立てを取り下げさせる目的」(96条の3第2項)、「報酬を得、又は得させる目的」(96条の5)、「公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的」(96条の6第2項)、「法令により拘禁された者を逃走させる目的」(100条)、「暴行又は脅迫をするため」(107条)、「販売の目的」(136条、137条)、「あへん煙の吸食のため」(139条2項)、「行使の目的」(148条1項、148条2項後段、149条1項、149条2項後段、150条、152条)、「貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的」(153条)、「行使の目的」(154条1項、155条1項、156条、159条1項)、「人の事務処理を誤らせる目的」(161条の2第1項、3項)、「行使の
-----------------	---

⁶⁸ ただし、知情が取得後であるという事情は身分である。

⁶⁹ なお、表中では、身分にあたらない特別刑法上の主観的要素よりも、身分にあたる特別刑法上の主観的要素の方が多く列挙されているが、それは、身分にあたらない特別刑法上の主観的要素が無数にわたるため、筆者が例示的に列挙するものの数を制限したからであるにすぎない。

	目的」(162条、163条1項)、支払用カード電磁的記録不正作出等の罪(163条の2)における「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」(163条の2、163条の3)、「第163条の2第1項の犯罪行為の用に供する目的」(163条の4)、御璽偽造罪(164条1項)における「行使の目的」(164条1項、165条1項、166条1項、167条1項)、不正指令電磁的記録作成等の罪(168条の2第1項)における「人の電子計算機における実行の用に供する目的」(168条の2第1項、168条の3)、「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」(172条)、「有償で頒布する目的」(175条2項)、「第199条の罪を犯す目的」(201条)、「他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的」(208条の2第1項)、「営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的」(225条)、「近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的」(225条の2第1項)、「所在国外に移送する目的」(226条)、「わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的」(226条の2第3項)、「所在国外に移送する目的」(226条の2第5項)、「第224条、第225条又は前三条の罪を犯した者を幫助する目的」(227条1項)、「第225条の2第1項の罪を犯した者を幫助する目的」(同条2項)、「営利、わいせつ又は生命若しくは身体に対する加害の目的」(同条3項)、「第225条の2第1項の目的」(同条4項前段)、「第225条の2第1項の罪を犯す目的」(228条の3)、「強盗の罪を犯す目的」(237条) (特別刑法) 「向精神薬を…譲り渡す目的」(麻薬等取締法66条の4第1項)、「薬物犯罪を犯す意思」(麻薬特例法8条)、「その運転の時のアルコール又は薬物の影響の有無又は程度が発覚することを免れる目的」(自動車運転死傷行為処罰法4条)⁷⁰、「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的」(職業安定法63条2号) など
--	---

⁷⁰ 本罪については、証拠隠滅罪（刑法104条）との関係において、困難な問題を生ずる（永井善之「いわゆる『中間類型としての危険運転致死傷罪』および過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪について——アルコール影響類型を中心に——」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016）719頁以下参照）。というのは、自己の刑事事件に関する証拠の隠滅行為が証拠隠滅罪において処罰されない根拠は、類型的な期待不可能性にあるというのが一般的な理解であるところ、本罪はまさに自己の刑事事件に関する証拠

身分にあたる主観的超過要素	(刑法) 「営利の目的」(182条)、「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するため」(238条)⁷¹、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」(247条) (特別刑法) 「営利の目的」(麻薬等取締法64条2項、同法64条の2第2項、同法64条の3第2項、同法65条2項、同法66条2項、同法66条の2第2項、同法66条の3第2項、同法66条の4第2項)、「営利の目的」(覚せい剤取締法41条2項、同法41条の2第2項、同法41条の3第2項、同法41条の4第2項)、「営利の目的」(大麻取締法24条2項、同法24条の2第2項、同法24条の3第2項)、「営利の目的」(銃刀法31条の2第2項、同法31条の4第2項、同法31条の7第2項、同法31条の9第2項)、「営利の目的」(武器等製造法31条2項、同法31条の2第2項)、「営利の目的」(入管法74条2項、同法74条の2第2項、同法74条の4第2項、同法74条の6、同法74条の6の2第2項、同法74条の8第2項)、「営利の目的」(旅券法23条2項)、「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的」(破壊活動防止法39条、40条)、「自己の性的好奇心を満たす目的」(児童ポルノ禁止法7条1項)など
---------------	--

の隠滅行為が処罰されているからである。本稿においては、この点についての詳細な検討に立ち入ることはできないが、「その運転のときのアルコール又は薬物の影響の有無又は程度が発覚することを免れる目的」がある場合のみ、そうした類型的な期待不可能性の考慮が放棄されているものと解さざるを得ないと思われる。そうであるとすれば、本罪における主観的超過要素としての目的は、「更にアルコール又は薬物を摂取すること、その場を離れて身体に保有するアルコール又は薬物の濃度を減少させることその他その影響の有無又は程度が発覚することを免れるべき行為」により「その運転のときのアルコール又は薬物の影響の有無又は程度が発覚することを免れる」という客観的構成要件を一旦仮想した上で、後者の部分を主観的要素として取り込むという構造から生じたものということになる。

⁷¹ 財物取還防止目的のみを考えれば、その内容の実現が、不安定な占有を確立するという法益侵害の実現を意味すると解することも不可能ではない。しかし、これらの目的はすべて、窃盗の機会という書かれざる構成要件要素と相まって、強取目的での暴行・脅迫に匹敵するような危険性の高い暴行・脅迫に限定する趣旨

第4項 小括

主観的要素の身分性の判断基準は、次のようになる。

まず、客観的構成要件該当行為と対応関係にある主観的要素は、構成要件該当行為自体を特徴づけるものであるから、身分にはあたらない（客観的構成要件該当行為との対応性の基準）。そして、一見客観的構成要件該当行為と対応関係にないが、その内容の実現がさらなる法益侵害を意味するような主観的要素も、実質的には客観的構成要件該当行為と対応関係にあり、構成要件該当行為自体を特徴づけるものであるから、身分にはあたらない（仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準）。それに対して、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応関係にない主観的超過要素は、構成要件該当行為自体ではなくその行為者を特徴づけるものであるから、身分にあたることになる。

なお、身分にあたらない主観的要素および刑法65条1項の身分に該当する主観的要素は、通常の構成要件要素と同様に従属的な性質を有するのに対し、刑法65条2項の「身分」に該当する主観的要素は、非従属的な性質を有することである。したがって、刑法65条2項の「身分」に該当する主観的要素が共犯者にも帰責されるためには、共犯者が自らその主観的要素を備えていたでなければならないから、正犯者にそれが存在することを認識していたというだけでは不十分ということになる。最高裁が、薬物犯罪における「営利の目的」による刑罰加重を共犯者にも及ぼすためには、共犯者が正犯者においてそれが存在することを認識していたことではならず、共犯者自身が営利を「犯行加担の動機」としたでなければならないと解している⁷²のも、まさにこのことによるものと思われる。もっとも、先述の通り、主観的要素のほとんどは身分にはあたらず、共犯者はそれが正犯者に存することを認識してさえいれば、共犯者にも帰責されることになる。

のものと解される。そうであるとすれば、これらの目的は、単なる動機を意味するものにすぎず、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものではないから、身分にあたるということになる。なお、これらの目的が身分にあたる可能性を指摘するものとして、佐伯仁志「事後強盗罪の共犯」研修632号（2001）8頁。

⁷² 最判昭和42年3月7日刑集21巻2号417頁および最決昭和57年6月28刑集36巻5号681頁参照。

第2節 消極的な主体要素

第1項 消極的な主体要素の非身分性

身分犯という身分が、構成要件該当行為自体ではなく行為者を特徴づける要素であるとすれば、消極的な主体要素⁷³は、特徴づけを欠くことを示すものに他ならないから、身分にはあたらないということになる^{73a}。消極的な主体要素はいわば、阻却的身分を有する者が行為主体から除かれた痕跡を標識する構成要件要素である（非身分犯としての犯罪類型と阻却的身分犯⁷⁴とを結合させて規定した犯罪類型であるとも言えよう⁷⁵）。

このことは、形式論理にとどまるものではない。まず、消極的な主体要素が身分にあたるとすれば、権利者自身が主体から除かれる財産犯、ひいては、法益主体が主体から除かれる個人的法益に対する罪はすべて身分犯であるという

⁷³ V. Weber は、消極的な構成要件要素を「その内容がある状況の存在の否定（*Verneinung des Vorliegens eines Sachverhaltes*）によって決定されるような構成要件要素」（*Hellmuth von Weber, Negative Tatbestandsmerkmale*, in: *Karl Engisch/Reinhart Maurach* (Hrsg.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 1954, S. 184）と定義するが、消極的な主体要素とはこのうち行為主体に関係するものである。

^{73a} Vgl. *Eckhart Rainer*, in: *Otto Triffterer et al.* (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11. Lfg., 2004, § 157 Rn. 3.

⁷⁴ 阻却的身分者は、少なくとも直接単独正犯という関与形式では犯罪が成立しないのであるから、「阻却的身分犯」という表現は不自然であるが、便宜上これをを用いる。

⁷⁵ 非身分犯としての基本犯と阻却的身分犯とを結合させて規定した犯罪類型を創設する場合と、それらを独立させて規定する場合（たとえば、235条と244条）とに分かれるのは、前者の場合は、単に身分者につき刑罰が阻却されることを記述すればよいのに対し、後者の場合は、それでは足りない（たとえば、105条では、「これらの者〔犯人又は逃走した者〕の利益のために」という主観的要素に加え任意的刑罰阻却を規定する必要がある、244条では、身分者についての刑罰阻却を記述する（1項）だけでなく、その場合の親告罪化（2項）および共犯への適用（3項）を規定する必要がある）からであると思われる。後者の場合にのみ、阻却的身分が明文として出現することになる。

ことになろうが、そのような結論は不合理である⁷⁶。このような意味において、「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ぬ」⁷⁷という指摘は、的確である。また、消極的な主体要素が身分にあたる とすれば、ある身分犯が存在する場合、それと表裏の関係にある、「その身分がない」という刑罰加減の身分または刑罰阻却の身分というものが観念される ことになるが、これもやはり不合理である。このように、消極的な主体要素を 認めることは、実際上も不可解な結論を導くことになる。

第2項 具体的な帰結

そうすると、無免許者や無資格者という属性は身分に該当せず、このように 解した判例⁷⁸および裁判例⁷⁹は妥当である。これらの場合はむしろ、有免許者 や有資格者という特徴が阻却の身分であり、そうした身分を有する阻却の身分 者が犯罪の主体から除外された結果として、無免許者・無資格者という補集合 が現れるにすぎないのである。

犯人蔵匿罪（103条）の客体は他人でなければならず、証拠隠滅罪（104条）の 客体は他人の刑事事件に関する証拠でなければならないが、こういった他人性 は身分にあたらない。また、財産犯の客体も他人の物でなければならないが、 こういった他人性も身分にあたらない。これらの犯罪では、被疑者自身や権利 者自身が阻却の身分者として犯罪の主体から除外されているにすぎないからで ある。不法領得の意思における効用享受意思については、先述の通りである。

⁷⁶ Rittler は、財の所有者以外の者（vom Eigner des Gutes verschiedene Person） にしか犯すことのできない、個人の財に対する侵害（Angriff auf die Güter des einzelnen）としての犯罪を身分犯ととらえるかのような記述を展開していたが（vgl. Theodor Rittler, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1954, S. 279）、疑問である。

⁷⁷ 小野慶二「共犯と身分」日本刑法學會編『刑事法講座第三卷』（有斐閣、1952）493頁。

⁷⁸ 大判大正4年10月4日刑録21輯1376頁、大判昭和12年10月29日刑集16巻1417頁。

⁷⁹ 東京高判昭和47年1月25日前掲判タ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。

第3節 法文上明示されない主体要素

第1項 判断基準の展開

行為主体に一定の特徴が要求されることが法文上明示されていないとも、一定の特徴を備える者のみが構成要件該当行為を遂行可能であるという場合がある。しかし、極端に言えば、いかなる構成要件該当行為についても、それを遂行可能な行為主体の範囲というものを想定し得るため⁸⁰、一定の特徴を備える者のみが構成要件該当行為を遂行可能である場合すべてにおいてその特徴に身分性を肯定してしまえば、すべての犯罪類型が身分犯であるということにもなりかねない。それゆえ、一定の特徴を有する者のみが構成要件該当行為を遂行可能であるが、その特徴が法文上明示されていない場合についても、身分犯性の判断基準が必要となる。

身分犯にいう身分を構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素として理解する以上、問題となる特徴に身分性が認められるか否かは結局、その特徴が行為主体を特徴づける構成要件要素として当該構成要件に潜在しているか否かによって決定されることになる（行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在性の基準）。

法文上明示されない、行為主体を特徴づける構成要件要素は、*Nowakowski* も指摘するように⁸¹、行為客体の特徴として潜在している場合が多い。この場

⁸⁰ たとえば、偽造通貨行使などの行使行為は、行使する客体を所持する者のみが遂行可能である。さらに言えば、いかなる行為も、それを遂行する能力を備える者のみが遂行可能である。

⁸¹ *Nowakowski* は、「ある犯罪類型が主体の特別な性質 (besondere Qualität des Subjekts) を要求しているということは、常に言語上の構造から一見して明らかであるというわけではない (nicht immer schon nach dem sprachlichen Aufbau auf den ersten Blick ersichtlich)。そのため、主体が言語上は一般的な „Wer“ により特徴づけられているものの、客体が、主体を詳細に記述するような主体との関係 (Beziehung zum Subjekt, die dieses näher beschreibt) によって特徴づけられているということもあり得る」(*Friedrich Nowakowski*, Die Sonderdelikte, beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch extranei, in: Zum neuen Strafrecht, Bd. 1, Österreichische Richterwoche 1974, S. 150 f.) と指摘する。な

合はいわば、行為客体のみが特徴づけられているように見えるものの、実際には、行為主体と行為客体が同時に特徴づけられていると理解することができる。たとえば、横領罪（252条1項）は、「自己の占有する他人の物」が行為客体とされるが、これはまさに行為主体との関係において特徴づけられているものであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる。また、各税のは脱罪（所得税法239条1項、法人税法159条1項など）は、「偽りその他不正の行為により…税を免れる」という法文であり、一見したところ行為客体は行為主体との関係において特徴づけられているわけではない。しかし、同犯罪類型の不法が認められるには、行為客体としての税はおよそ何らかの税であればよいのではなく、自己に課せられた税でなければならないことは当然である。その意味で、やはりここでも、行為客体が行為主体との関係において特徴づけられているのであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる⁸²。これに対して、偽造通貨行使罪（149条2項）は、「偽造の貨幣、紙幣又は銀行券を行使する」という法文であり、これに該当する行為を遂行可能であるのは偽貨を所持する者のみである。しかし、同犯罪類型の不法（または責任）が認められるには、行為客体としての偽貨はおよそ何らかの偽貨であればよい。その意味で、同罪の行為主体が偽貨を所持する者に限られるのは、単なる事実上の問題にすぎず、構成要件上の問題ではない（つまり、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められない）ということになる。

もっとも、行為主体を特徴づける構成要件要素は、必ずしも行為客体の特徴として潜在しているとは限らない。たとえば、強姦罪（177条）は、「暴行又は脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫する」という法文であるが、「姦淫」という行為自体が男女という行為主体と行為客体を同時に含むものであるから、行為主体が男性に限られるのは、単なる事実上の問題ではなく、構成要件上の問題である。その意味で、ここでは、行為主体を特徴づける構成要件要素が行為自

お、*Kienapfel* も、「刑法典の特別犯は、常にそうしたものとして容易に認識し得るわけではない。このことは、より詳細な犯罪の解釈の際に初めて明らかとなる場合が多い」（*Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), Z 24 Rn. 28）としている。Vgl. auch *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38); Z 9 Rn. 45 ff.

⁸² Vgl. OGH SSt 50/2.

体に潜在していると理解することが可能である⁸³。

以上のことから、法文上、主体が特徴づけられた行為者に限定されていない犯罪類型を、「疑似身分犯」⁸⁴、「表見的身分犯」⁸⁵として身分犯から排除することはできないと思われる⁸⁶。

第2項 判断基準からの帰結

そうすると、行為主体が法文上明示されていないにも拘わらず、強姦罪や横領罪を身分犯と解した判例は適切であったと言える。

これに対し、最高裁が身分犯性を否定した特別刑法上の犯罪類型は、結局、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められないものであったため、ここで身分犯性を否定した判断も適切であったということになる。

第4節 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1項 判断基準の展開

⁸³ オーストリア刑法201条1項は、1974年の同法制定以来、女性（Person weiblichen Geschlechtes）を暴行等により婚姻外の性交のために利用する（zum außerehelichen Beischlaf mißbrauchen）という犯罪類型であったが、1989年の刑法改正（BGBl 1989/242）により、人（Person）を暴行等により性交またはそれと同視される性的行為の実行または受忍へ強要する（zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigen）という犯罪類型となっている。そのため、オーストリアでは、旧201条1項は（特別犯の一種である）自手犯であると解されていた（vgl. OGH StSt 54/58; NRsp 1994/56）。旧オーストリア刑法の強姦罪については、vgl. Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, S. 103.

⁸⁴ 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第4版、2009）、山口・前掲注（48）328頁。

⁸⁵ 泉・前掲注（18）748頁以下。

⁸⁶ 藤木英雄「判批」ジュリ402号（1968）65頁による「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」との指摘も、本稿と同旨であると思われる。

これまでも確認したように、ある先行事実としての構成要件要素が構成要件該当行為自体の一部であるのか、あるいは、身分であるのかが争いとなる場合がある。そうした場合も、身分性の判断における指導的な基準は、その要素が構成要件該当行為自体を特徴づけているのか、行為者を特徴づけているのかであるが、さらに具体的な下位基準が導かれ得る。

こうした要素の身分性を判断する際に重要なのは、既に複数の論者が的確に指摘しているように、その要素の内容を行為主体が有責に惹起する必要があるか否か、ということである⁸⁷。ある要素が身分であるとは、すなわち、その要素が当該犯罪類型の前提状況にすぎず、その要素の内容を行為主体が有責に惹起する必要がないと理解することを意味するからである。

オーストリアの *Hollaender* は、この点についてさらに詳しく述べている。*Hollaender* は、オーストリア刑法81条1項2号⁸⁸の犯罪が二行為犯(zweiaktiges Delikt)であるのか、あるいは、特別犯であるのかということをテーマとした論文において⁸⁹、以下のような考え方を展開している。

Hollaender はまず、「言語論理上の同等性 (sprachlogische Äquivalenz)」というものを前提とする。すなわち、多くの形容詞 (Adjektive) や、すべての形容詞的に用いられる分詞 (adjektivisch gebrauchte Partizipien) は、言語論理上同等であるまま、関係文 (Relativsatz) その他の文肢文 (Gliedsatz) として解消され得るということである。たとえば、「後悔している罪人は、赦しが約束

⁸⁷ 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013）410頁。また、表現は異なるが、山口厚「『共犯の因果性』の一断面」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、2006）352頁以下も同旨。

⁸⁸ オーストリア刑法81条

① 過失により、

二 単なる過失によるにせよ、所為前にアルコールの飲用又はその他の麻酔薬の使用によって責任能力を阻却しない酩酊状態に陥り、しかもその者が、このような状態においていったんその種の挙動をとれば他人の生命、健康又は身体の安全に対する危険を招来し又は増大することのあり得るような挙動をとりやすいことを予見していたか、又は予見し得たであろうことにより、

他人の死を招来した者は、3年以下の自由刑に処する。

⁸⁹ *Adrian Eugen Hollaender*, Strukturelle Kommutabilität von zweiaktigem Delikt und Sonderdelikt bei § 81 Abs 1 Z 2 StGB?, AnwBl 2005, S. 497 ff.

される (*Dem reuigen Sünder ist Vergebung verheißen*)」という文章は、言語論理上同等であるまま、「罪人は、後悔した後、赦しが約束される (*Dem Sünder ist Vergebung verheißen, nachdem er bereut hat*)」という文肢文にも解消され得る。また、「酔った後に他者を殺害した者は、可罰的である (*Strafbar ist derjenige, der einen anderen tötet, nachdem er sich angetrunken hat*)」という文章は、言語論理上同等であるまま、「酔った者が、他者を殺害した場合、可罰的である (*Der Angetrunkene ist strafbar, wenn er einen anderen tötet*)」という文にも解消され得る。*Hollaender*によれば、こうした言語論理上の同等性は、二つの表現方法の対等な代替可能性 (*gleichwertige Kommutabilität*)を生じさせるという。つまり、純粋な言語論理上、すべての特別犯は二行為犯となり得、反対に、すべての複数の行為を含む犯罪 (*mehraktiges Delikt*) は特別犯となり得るということである⁹⁰。それゆえ、このような言語論理上の同等性によって、二行為犯か特別犯かという「解釈上の二者択一 (*Deutungsalternative*)」が生ずることがある。そこで *Hollaender* は、ある先行事実が二行為犯における第一行為であるのか、あるいは、特別犯を標識するメルクマールであるのかを決定する際に、当該先行事実自体が無価値を構成するか否かを基準とする。つまり、当該先行事実自体が無価値を構成するのであれば、それは二行為犯における第一行為であり、反対に、そのような無価値の構成が認められずそのような状態 (先行事実が発生した状況) での行為がはじめて無価値を構成するのであれば、それは特別犯を標識するメルクマールであるとする⁹¹。

このように、ある犯罪が二行為犯⁹²か身分犯かについては、文理だけでは決定し得ない (言語論理上の同等性)⁹³。二行為犯か身分犯かが問題となる場合には、身分性が問題となる先行事実自体が、当該犯罪類型の不法を構成するか否かを基準として、その身分性を判断すべきことになる (独立不法構成の基

⁹⁰ *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 89), S. 500.

⁹¹ *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 89), S. 501.

⁹² 理論上は、二行為犯にとどまらず、三つ以上の行為が一つの犯罪を構成する多行為犯もあり得る。

⁹³ 文理のみをもって身分犯か否かを決するのは、「形式的な論理の問題であるに過ぎない」 (中森喜彦「判批」判評353号 (1988) 217頁) のである。

準)^{94・95}。すなわち、それ自体が当該犯罪類型の不法を構成する先行事実は、まさに構成要件該当行為の一部をなすものであるから、身分にはあたらないということになる。それに対して、それ自体は当該犯罪類型の不法を構成しない先行事実は、構成要件該当行為の一部をなすものではなく、構成要件該当行為の主体に要求される状態を意味することになるから、身分にあたるということになる^{96・97}。したがって、ある先行事実が構成要件該当行為の一部であるとともに

⁹⁴ 松原・前掲注（87）410頁も同旨であろう。なお、岡本勝『犯罪論と刑法思想』（信山社、2000）327-328頁も、身分犯と非身分犯の区別について、『「身分」を有していることが既に犯罪を構成するものであるか否かの基準によって決せられるべきである』としており、本稿の基準と近いものと思われるが、先行事実それ自体が何らかの犯罪を構成していないからといって、必ずしも身分にあたらないということにはならないと思われる。それ自体が何らかの犯罪を構成していない先行事実であっても、それ自体が不法を構成し、その不法と後の行為による不法とが結合してはじめて、刑法上重要な不法が生ずるという場合があり得るからである。

⁹⁵ 同旨と考えられる見解の中でも、基準の表現に差異がある。すなわち、問題となる先行事実が不法を構成するか否か（中森・前掲注（93）217頁参照）、問題となる先行事実を有責に惹起する必要があるか否か（松原・前掲注（87）410頁参照）、問題となる事実が処罰を基礎づけるか否か（山口・前掲注（87）354頁参照）などの基準がある。しかし、ある先行事実が処罰を基礎づけること、および、ある先行事実を有責に惹起する必要がある場合は結局、その先行事実自体が不法を構成するからであろう。そのため本稿は、問題となる事実が不法を構成するか否かということを基準として定式化することが最も的確かつ明快であると考えこれを採用している。

⁹⁶ これは、Hollaenderも示唆するように、あらゆる身分において貫かれていることがらであるといえよう。なぜなら、言語論理上の等価により、たとえば「公務員が」という文言も、「公務員になって」というかたちで——純粋な言語論理上は——第一行為として解釈することも不可能ではないからである（vgl. Hollaender, a. a. O. (Fn. 89), S. 500）。その意味で、すべての身分が、それ自体は当該犯罪の不法を構成しない要素なのである。

⁹⁷ したがって、たとえば、興行場法4条1項は「入場者は、興行場において、場内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼす虞のある行為をしてはならない」と規定しており、これに対する違反の罪（同法10条）は身分犯であるが、仮に同法4条1項の文言が「興行場に入場して、場内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼす虞のある行為をしてはならない」という形式となって

身分であるということはありません⁹⁸。二行為犯も、第一行為をなした者のみが遂行し得る犯罪であるから身分犯であるという論理は、たしかに当該第一行為を消去する限りでは成り立ち得るが、それは二行為犯としての一つの犯罪を正しく評価するものではないのである⁹⁹。

第2項 判断基準からの帰結

そうすると、典型例である、事後強盗罪における「窃盗」については、まさに「窃盗」とその後の暴行・脅迫が一体となって事後強盗という法益侵害行為と評価されるのであるから、当然に身分にはあたらないということになる¹⁰⁰。同じく、強盗致死傷罪（240条）や強盗強姦罪（241条前段）、強盗強姦致傷罪（241条後段）における「強盗」は身分にあたらない¹⁰¹。また、墳墓発掘死体損壊等の罪（191条）は、墳墓発掘行為と死体損壊行為等の二行為を包括して処罰する二

いたとしても、これに対する違反の罪は依然として身分犯である。なぜなら、興行場への入場自体は何ら不法を構成するものではないからである。

⁹⁸ 坂本武志「事後強盗罪は身分犯か」判時1202号（1986）20頁も、「身分犯という身分は、刑の輕重あるいは犯罪の成否を決めるという意味で犯罪の成立要件の一つであるが、実行行為ではなく、実行行為の主体となるべきものの備えるべき地位ないし資格であるにすぎない。従って、ある特定の一つの犯罪においては、実行行為と身分とは別個のものであって、実行行為が同時に身分であるとか、身分が実行行為を兼ねるなどというようなことはない」と明確に指摘する。

⁹⁹ Nowakowski が、二行為犯は第一行為(erster Akt)が第二行為(zweiter)に就いての特別の主体資格(besondere Subjektqualität)をなすものであるとしつつ、オーストリア刑法14条は適用されないと考えていたのも(Nowakowski, a. a. O. (Fn. 81), S. 159)、こうした趣旨であろう。

¹⁰⁰ 山口・前掲注(87) 352頁以下。

¹⁰¹ なお、林幹人「事後強盗罪の新動向」刑ジャ2号(2006) 52頁は、「最判昭和24・3・24刑集3・3・376は、強盗傷人罪は、『強盗たる身分を有する者』による『強盗罪と傷害罪との結合犯』だとしたが、そのような理解は十分に成り立ち得る」と指摘するが、強盗傷人罪も身分犯であるという趣旨であれば妥当でない。当該最高裁判決も、強盗傷人罪が、強盗という身分を有する者が傷害行為を行った場合に強盗罪と傷害罪を結合犯として処罰するものとしたにすぎず、強盗傷人罪が身分犯であると判示しているわけではないと思われる。

行為犯であるから¹⁰²、同罪における「第189条の罪を犯して」と身分として解釈することはできない。そのほか、自動車運転死傷行為処罰法2条1号における「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態」、同法3条1項における「アルコール又は薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」、同法3条2項における「自動車の運転に支障を及ぼすおそれがある病気として政令で定めるものの影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」などは、そうした状態にあること自体は当該犯罪の不法を構成するものではないから、身分にあたることにならう¹⁰³。

第3項 必要的共犯の理論に対する影響（補論）

稀ではあるが、先行事実が対向的行為を前提とするものである場合がある。その場合、当該先行事実が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は、必要的共犯の理論にも影響を及ぼすことになる。つまり、対向的行為を前提とする先行事実が身分である場合、当該先行事実自体は不法を構成せず、当該先行事実自体が処罰されているわけではないということになるため、当該先行事実の成立にとって不可欠な対向的行為が処罰の対象からは除外されているという論理が成り立たなくなるのである。たとえば、金融商品取引法167条3項のインサイダー取引罪が成立するためには、インサイダー情報の伝達を受けて取引を行うことが必要とされる。しかし、かつては伝達をした者のための罰則が存在しなかったため、伝達行為者を167条3項の共犯として処罰できるかが問題となった¹⁰⁴。この場合、インサイダー情報の伝

¹⁰² 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社、第3版、1990）366頁、西田・前掲注（66）409頁などが同罪を「結合犯」と解しているのは、これと同旨であろう。

¹⁰³ なお、同法2条3号における「その進行を制御する技能を有しないで」は、消極的な主體要素であることから身分に該当しない。また、同法第6条各号における無免許運転による刑罰加重事情の趣旨は、無免許運転行為と当該各行為を二行為犯として併せて処罰する趣旨であると解されるから、ここでの無免許運転という事情は身分に該当しない。

¹⁰⁴ 東京高判平成27年9月25日公刊物未登載LEX/DB 文献番号25541270およびその原審である横浜地判平成25年9月30日判タ1418号374頁参照。

達を受けること自体は不法を構成しないから、同法167条3項は、伝達を受ける行為と取引行為という二つの行為を包括的に処罰する二行為犯ではなく、伝達を受けた者による取引行為を処罰する身分犯であるということになる¹⁰⁵。そのため、「伝達を受ける行為は処罰の対象とされているのに、伝達する行為は処罰の対象とされていないのであるから、伝達する行為は共犯としても処罰しないというのが立法者の意思である」という論理は成り立たないのである¹⁰⁶。

第5節 混合法規（Mischgesetze）と身分

第1項 混合法規における身分性判断

一つの条文の中に、複数の犯罪類型が含まれている場合がある。このように複数の犯罪類型を含む条文のことを、主にオーストリアでは、「混合法規

¹⁰⁵ 横浜地判平成25年9月30日判タ1418号374頁も、情報伝達者たる被告人に第一次情報受領者によるインサイダー取引罪の教唆犯の成立を認める際に刑法65条1項を適用している。

¹⁰⁶ 金商法167条3項のインサイダー取引罪が、仮に伝達を受ける行為自体をも含めて処罰する二行為犯であるとした場合、伝達行為が不可欠であるにもかかわらず受伝達行為のみが可罰的行為とされていることになるから、伝達行為者は同法167条3項の罪への関与については必要不可欠な程度を超えない限り不可罰ということになろう。伝達行為者による同法167条3項の罪への可罰的関与の可能性を肯定した東京高判平成27年9月25日公刊物未登載LEX/DB 文献番号25541270およびその原審である横浜地判平成25年9月30日判タ1418号374頁は、結論としては妥当であった。しかしいずれも、インサイダー情報の伝達行為を不可罰とする実質的理由がないという点については詳細な理由づけを展開しているものの、一定の関与行為が形式的な観点から不可罰となる場合があるとする従来の必要的共犯の理論がなぜ適用されないのかという点についての説明が不足していたと思われる。そもそも伝達行為および伝達を受ける行為自体は無価値判断の対象とされていなかったということが、その点についての説明となろう。なお、現在では伝達行為自体に対する罰則（金商法197条の2第15号、同法167条の2第2項）が存在するが、これも結局、第一次情報受領者により実際に取引がなされたことを条件とするものである。この問題については、岡部天俊「判批」北法67巻6号（2017）190〔67〕頁以下参照。

(*Mischgesetze*)」¹⁰⁷または「混合犯 (*Mischdelikte*)」¹⁰⁸と呼ぶ。前者の方が実態を的確に示した表現であると思われるため、本稿では前者の呼称を用いることとする。

混合法規のもとでは、そこに含まれる犯罪類型の一部は身分犯でないものの、一部は身分犯であるということもあり得る。それゆえ、混合法規のもとでは、身分犯か否かは、その混合法規に含まれる各犯罪類型ごとに検討されるべきことになる¹⁰⁹。たとえば、毒物劇物取締法3条3項本文は、「毒物又は劇物の販売業の登録を受けた者でなければ、毒物又は劇物を販売し、授与し、又は販売若しくは授与の目的で貯蔵し、運搬し、若しくは陳列してはならない」と規定し、これに対する違反につき罰則（同法24条1号）が存在するが、このうち販売罪および授与罪については身分犯性が問題とならないとしても、販売目的での貯蔵等の罪は別個身分犯性が問題となり得るのである（ただし、ここでの目的が身分にはあたらないことは、先述の通りである）¹¹⁰。

第2項 不真正不作為犯の身分犯性

わが国では、判例および学説上、不真正不作為犯の処罰が肯定されている。しかし、わが国の刑法は、不真正不作為犯の処罰を一般的に規定する条文を持たないため¹¹¹、不真正不作為犯の処罰を肯定するのであれば、一見したところ

¹⁰⁷ *Edmund Mezger*, *Strafrecht*, 3. Aufl., 1949, S. 195 f.; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 83), S. 46; *Rittler*, a. a. O. (Fn. 76), S. 95; *Triffierer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 3 Rn. 71 ff.

¹⁰⁸ *Fuchs*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 10 Rn. 56; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), Z 9 Rn. 39 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), Z 9 Rn. 39 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 38), Rn. 129 f.

¹⁰⁹ 香川・前掲注（17）160頁以下は、同一の条文中に真正身分犯と不真正身分犯が共存し得るかという問題について論じており、論者自身はこれにつき肯定的である。

¹¹⁰ 同じ条の中に、非身分犯である項と身分犯である項が共存し得るということは、少なくとも暗黙裡に認められていると思われる（最判昭和42年3月7日刑集21巻2号417頁参照）。

¹¹¹ オーストリアでは、不真正不作為犯における作為義務は、特別犯を標識するメルクマールとしてオーストリア刑法14条にいう「特別の一身的名格又は関

作為犯のみを規定する条文の中に不作為犯も規定されていると考えざるを得ないことになる。したがって、不真正不作為犯の処罰が肯定される犯罪類型のもとでは、実際には、作為犯としての犯罪類型と不作為犯としての犯罪類型が共存しているということになり、当該不真正不作為犯を規定する条文はまさに混合法規をなすものであるということになる。

そうすると、不真正不作為犯は、ともに混合法規をなす作為犯が身分犯でないとしても、別個に身分犯性が問題となり得る。そして、不真正不作為犯は、その行為主体が法益との関係において保障人的地位にある者に限られる犯罪類型である以上、身分犯であるということになる¹¹²。

第6節 行為環境の限定による反射的な行為主体の限定

以上のほか、一見身分が存在するように見えるものの、それは行為が特定の環境のもとでなされることが要求されることによって作り出される虚像にすぎない場合がある。本節では、これについて若干の検討を加える。

たとえば、消火妨害罪(114条)は、「火災の際」という行為状況を構成要件要素としているが、本罪は見方を変えれば、行為主体が「火災現場にある者」に限定される身分犯であるとも考え得る。しかし、こうした主張がなされることはないと言ってよいであろう。ではそれがなぜかと言えば、「火災の際」などの行為状況は、もっぱら行為自体の環境を特徴づけるものであり、行為主体が限定されているように見えるのは、その反射的な帰結に過ぎないからである。

係」に該当すると解されている (*Fabrizy*, Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetzen, 12. Aufl., 2016, § 2 Rn. 9; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), Z 29 Rn. 16; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 14 Rn. 20 f., 29; aM *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 31)。しかし、オーストリア刑法2条が、一定の条件のもとでの不真正不作為犯の処罰を規定しているため、オーストリアでは、2条と各則構成要件が結合した修正構成要件を観念し得るため、上記の理解は導かれやすいといえよう。

¹¹² 井田・前掲注(12)144頁。山口・前掲注(48)389頁も同旨だが、「不真正不作為犯については同項〔刑法65条1項＝筆者注〕の適用は必要がないと解される」とする。

これに対して、一見行為状況とも考え得るオーストリア刑法79条¹¹³における「出産の間（*während der Geburt*）」および「まだ出産の影響を受けている間（noch *unter der Einwirkung des Geburtsvorgangs*）」は、一般に特別犯のメルクマールと解されている¹¹⁴。それは、これらの要素が直接特徴づける対象が、行為自体の環境ではなく、母親という同罪の行為主体そのものだからである。

こうした考え方から、真正不作為犯には、例外的に身分犯ではないものがあり得る。*Triffterer*が、「立法者は、わずかな例外的場面においてのみ、何人（*jedermann*）に対しても作為義務を認める」ものの、「その他すべての不作為犯は、行為者の範囲が、特別の事情により（*durch besondere Umstände*）作為が義務づけられた者に制限されるため」特別不作為犯（*Sonder-Unterlassungsdelikte*）であるとして、真正不作為犯に非身分犯と身分犯が併存することを指摘していたように¹¹⁵、真正不作為犯には、行為主体と法益との間の特別の事情に基づくことなく、一定の状況に基づいて作為義務を基礎づけるものが存在するのである。そうした真正不作為犯も、一見行為主体が作為義務者に限定される身分犯であると考え得るが、実際には、そこには身分としての構成要件要素は存在せず、行為の環境を特徴づける構成要件要素が存在するだけなのである。

さらに、*Triffterer*が、オーストリア刑法における真正不作為犯としては95条¹¹⁶

¹¹³ 《オーストリア刑法79条（出産の際における嬰兒殺）》

子を、出産の間又はまだ出産の影響を受けている間に殺した母親は、1年以上5年以下の自由刑に処する。

¹¹⁴ *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 112), § 14 Rn. 3; *Kienapfel/Höpfel*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 44 f.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 44 f.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 130. Vgl. auch EBRV 1971, S. 81, 197.

¹¹⁵ *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 14 Rn.20.

¹¹⁶ 《オーストリア刑法95条（援助を怠ること）》

① 災害又は公共の危険（第176条）に際し、死亡又は著しい身体傷害若しくは健康侵害の危険から人を救助するために明らかに必要な援助を行うことを怠った者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。ただし、援助を怠った結果、人の死亡を生じさせるに至ったときは、1年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。ただし、行為者に援助を期待できないときはこの限りでない。

および286条¹¹⁷のみが普通犯であるとしたように¹¹⁸、わが国においても、非身分犯としての真正不作為犯は少数であると思われる。例としては、軽犯罪法1条18号の罪が挙げられる。本罪における申告義務は、自己の占有する場所内に要扶助者等が存在するという環境下において何人に対しても発生するものである。それゆえ本罪は、非身分犯としての真正不作為犯であると言える。

過失犯が注意義務を身分とする身分犯であるとされることがないのも、ここでの考え方に基づくものであろう¹¹⁹。つまり、過失犯は、行為主体が注意義務者に限定されるという意味において身分犯であるという理解も一見あり得ないではないように思われるが、過失犯における注意義務も、一定の環境下において何人に対しても発生するものである以上、行為主体を特徴づける性質のものではなく、行為自体の環境を特徴づけているのである。換言すると、過失犯における注意義務の存否の判断は、過失犯としての可罰性が問題となる行為が、注意義務が発生する状況においてなされたか否かについての判断であり、それは、消火妨害罪としての可罰性が問題となる、消火用の物を隠匿するなどの行為が「火災の際」になされたか否かについての判断と同様なのである。

第6章 おわりに

本稿は、身分犯概念、すなわち、身分犯の一般的な意義および具体的な範囲

¹¹⁷ 《オーストリア刑法286条（刑罰を科せられるべき行為の阻止の懈怠）》

① 刑を科せられるべき行為が故意になされるであろうということを認識しながら、その直接切迫し又はすでに着手された実行を阻止することを怠り、又は、通知があれば阻止が可能となる場合に、官庁（第151条第3項）又は危険の切迫した者に通告することを怠った者は、可罰的行為が少なくとも着手されかつ行為に1年を超える自由刑が科されているときは、2年以下の自由刑に処する。ただし、その刑は、種類と量において、阻止されなかった所為について法律が予告している刑よりも重いものであってはならない。

¹¹⁸ Triffterer, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 14 Rn. 20.

¹¹⁹ もっとも、当然、過失犯においても何らかの身分が要求される身分犯があり得る（たとえば、刑法211条）。これについては、vgl. Kienapfel/Höpfel, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 11; Kienapfel/Höpfel/Kert, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 11.

について検討してきた。その結果、身分犯とは、構成要件該当行為自体ではなく行為者を特徴づける要素である身分が一構成要件要素とされる犯罪である、ということが明らかとなった。そして本稿は、身分性が問題となり得るすべての要素についてその身分性を検討し、一応の解答を示したつもりである。

本稿の概略は、以下の通りである。

第2章では、判例および学説が身分犯あるいは身分犯という犯罪類型を標識する身分をどのようにとらえてきたのかについて検討を加えた。その結果、判例（第1節）では、まず主観的要素（第1項）については、一定の実質的基準に基づいて身分にあたるものとそうでないものととの区別を行ってきたことが窺えることが明らかとなった。そして、消極的な主体要素（第2項）については、一貫して身分性を否定してきており、法文上明示されない主体要素（第3項）については、法文上明示されていないという事情を特別視することなく、問題となる犯罪類型が一定の特徴を備える者のみを行為主体とする趣旨を含んでいるか否かによって、身分性を判断してきたということが明らかとなった。構成要件該当行為の一部なのか身分なのか問題となる要素（第4項）については、事後強盗罪に関する下級審裁判例しか存在しないものの、身分性を肯定するものが存在していることを確認した。学説（第2節）では、そもそも身分犯概念の一般的意義（第1項）について激しい対立があることを確認し、身分犯を標識する身分という要素の範囲を文理や義務によって制限する見解の問題点を指摘した。主観的要素（第2項）については、身分犯の一般的意義についての理解の対立が大きく反映されるが、特に、身分の範囲を特に制限しない見解の多くが、主観的要素も身分にあたり得ることを前提としながら、どのような主観的要素が身分にあたり、どのような主観的要素が身分にあたらないのかを示していないという点から、主観的要素については身分性の判断基準が存在していないことを指摘した。そして、消極的な主体要素（第3項）、法文上明示されない主体要素（第4項）、および構成要件該当行為の一部なのか身分なのか問題となる要素（第5項）については、それぞれにおいて、身分概念のとらえ方の相違が鮮明に表れていることを確認した。

第3章では、刑法65条を手がかりに、わが国の刑法において前提とされている身分犯の一般的意義を明らかにした。これにより、身分とは、構成要件該当行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素であり、身分犯とは、こうした意味での身分を構成要件要素とする犯罪類型であると結論づけた。

第4章では、従来わが国における身分犯概念と同一視され参考とされてきたドイツおよびスイスにおける特別犯概念を検討し、これらの概念とわが国における身分犯概念の異同を検証した(第1節、第2節)。その結果、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念とは、定義および機能の面において異なっており、両者を同一視することはできないことが明らかとなった。これに対し、オーストリアにおける特別犯概念が、同じ特別犯という名称を付されながらも、ドイツやスイスにおけるそれとは大きく異なるものであり、わが国における身分犯概念と定義および機能の面において一致するものであるということが明らかとなった(第3節)。

第5章では、オーストリアにおける特別犯概念を参考としつつ、第3章において明らかにした身分犯の一般的な意義から、身分犯性が問題となる局面に応じた身分犯性の判断の下位基準を導き出すことを試みた。具体的には、まず主観的要素(第1節)については、犯罪類型において主観的要素が要求される根拠から、行為自体の一側面となっている主観的要素とそうではなく単に行為主体の心理的状态を特徴づけている主観的要素に区別することを試み、後者は身分にあたりと結論づけた。そして、こうした基準からすると、身分にあたる主観的要素は極めて限定された数にとどまり、従来の理解にも合致していることが明らかとなった。消極的な主体要素(第2節)については、行為主体の特徴に関係する要素であっても、それが事実の否定によって定義される場合には身分にあらず、むしろその事実が阻却的の身分をなしていると結論づけた。法文上明示されない主体要素(第3節)については、法文上明示されないものであっても一般的に身分と解されてきた要素があることを指摘しつつ、あくまでも決定的な基準は、そうした要素が構成要件要素としてその犯罪類型に潜在しているか否かであると結論づけた。構成要件該当行為の一部なのか身分なのか問題となる要素(第4節)については、身分があくまでも行為主体に要求される前提としての事実であることから、ある要素が構成要件該当行為の一部であると同時に身分であるということはありません、問題となる要素の実現自体が不法を構成するか否かによって身分性が判断されるべきであると結論づけた。加えて、従来わが国において検討されてこなかった、混合法規における身分性の判断方法(第5節)、および、行為環境の限定によって反射的に行為主体が限定される場合についての考え方(第6節)についても言及した。

以上が本稿の概要である。

第1章でも述べた通り、身分犯は特に正犯論および共犯論との関係において、さまざまな争いを生み出してきた。その争い自体が極めて激しいものとなっているのだが、そもそも身分犯とは何なのかという根本問題が解決されていなかったことが、そうした状況を促進する大きな理由の一つであったと思われる。本稿は、身分犯とは何なのかという根本問題に一応の解答を与えたものであり、身分犯と正犯論および共犯論をめぐる諸問題の解決に一定の役割を果たすものと思われる。

最後に、本稿の研究で得られた展望を述べることにしたい。本稿の研究により、身分犯という身分とは、構成要件該当行為自体ではなく行為主体を特徴づける構成要件要素であるということが明らかとなった。刑法65条は、各則において規定される構成要件該当行為の主体要件を欠く関与者をどのように取り扱うかを規定し、各則において規定される構成要件該当行為を直接的に遂行していない関与者をどのように取り扱うかを規定するその他の共犯規定を補完するものだからである。したがって、ある構成要件要素が身分であるか否かの区別は、不法や責任という実質的な観点から行われるものではない。そして、現在の判例・通説のように、刑法65条1項を構成的身分犯に関する規定、同条2項を加減的身分犯に関する規定として解する場合には、身分概念においても、身分の同条1項または同条2項への振分けにおいても実質的な観点を取り込まれないということになってしまう。これに対して、オーストリアでは、刑法14条における「特別の一身格又は関係」を形式的にとらえつつ、同条1項は不法関係的な特別の一身格または関係の連帯的作用を、同条2項は責任関係的な特別の一身格または関係の個別的作用を規定するものとして、「特別の一身格または関係」の同条1項または同条2項への振分けの段階で実質的な観点を取り込まれている。また、ドイツでも、刑法28条は「特別の一身格要素」が刑罰構成的である場合は準連帯的に作用し、刑罰修正的である場合は個別的作用として、オーストリアとは反対に振分けが形式的に行われるものの、一身格要素が「特別の一身格要素」に該当するかどうかを判断する段階では、完全に連帯的に作用する一身格要素がそこに含まれないことになる行為者関係性の基準が採用されており、「特別の一身格要素」の概念の中に実質的な観点を取り込まれている。このように、わが国の（少なくとも現在の判例・通説の下での）刑法65条は、「身分」自体への該当性判断においても、1項身分および2項身分への振分けにおいても、実質的な観点が排除されているといえ、

こうした状況は、オーストリアやドイツと比較してきわめて後進的であると言えよう。そこで、今後の展望としては、本稿から明らかとなったように、わが国の刑法が想定する身分犯という身分自体は行為者を特徴づけるかという形式的な観点から判断される以上、身分概念それ自体以外の領域において、実質的な観点を取り込むことのできる解釈論が模索されるべきであろう。その際、オーストリアにおける議論が示唆するように、連帯的作用の可能性を内包している身分であっても、実際に連帯的に作用するための条件は一樣ではないということが参考となるのではないかと思われる¹²⁰。こうした点も含めて今後の研究課題としていきたい。

【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。

¹²⁰ Vgl. *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 39), § 14 Rn. 13 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 38), E 7 Rn. 26 ff.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 38), § 14 Rn. 9 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 38), Kap. 16 Rn. 121 ff.; *ders.*, a. a. O. (Fn. 39), S. 86 ff.

執筆者紹介（掲載順）

郭	岡	嶋	関	角	津
	部		口	本	田
	天	拓	和	和	智
舜	俊	哉	徳	理	成
法	法	法	法	政	法
海	海	海	文	策	海
研	学	学	学	命	学
究	道	道	媛	学	研
大	大	大	部	館	大
学	学	学	准	部	学
准	士	科	大	准	大
大	後	大	教	大	大
学	期	学	授	学	学
教	課	教	学	授	授
授	程	授	学	学	院
院	院	院	学	学	院

平成30年1月24日 印刷
平成30年1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 January 2018 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

- Le critère et la méthode de la qualification de la faute de service dans le contentieux administratif de la responsabilité en France (2) :
en comparaison du principe de la responsabilité du premier alinéa de
l'article 1 de la Loi de la responsabilité de l'État au Japon
..... Tomonari TSUDA 1
- Theory of Privacy in a Cyber Age (4) Kazumasa KAKUMOTO 35
- A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (11)
..... Kazunori SEKIGUCHI 103
- The Conflict-of-Laws Issues on Cross-Border Bank Resolutions
..... Takuya SHIMA 272[1]

NOTES

- Rekonstruktion des Begriff von Sonderdelikten und Betrachtung
seines konkreten Inhalts (2) Takatoshi OKABE 248[25]

* * *

- Prof. Ko HASEGAWA's Curriculum Vitae with Publications
..... Shun KAKU 173

[]...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