HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第68巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 68(6)
Issue Date	2018-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68631
Type	journal
File Information	lawreview_vol68no6.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 68 巻　　第 6 号

論　　説

契約責任決定規範の多元性（1）
—— アメリカ契約法におけるfaultの発見を端緒として ——
…… 木　戸　　茜　　1

カール・シュミットにおける民主主義論の成立過程（1）
—— 第二帝政末期からヴァイマル共和政中期まで ——
…… 松　本　彩　花　　63

動機の錯誤のリスク負担
—— 最判平成28年12月19日の分析を通じて ——
…… 岩　川　隆　嗣　　352[　1]

中国法における裁判所による違約金増減の運用と理念（1）
—— 日本の債権法改正に寄せて ——
…… 呉　　逸　寧　　296[57]

研 究 ノ ー ト

いわゆる「自画撮り」行為の刑事規制に関する序論的考察（2・完）
—— 児童ポルノの自画撮りを題材として ——
…… 瀧　本　京太朗　　228[125]

判 例 研 究

刑事判例研究 …… 池　田　杏　奈　　162[191]

＊　　＊　　＊

藤原正則教授の経歴と業績 …… 池　田　清　治　　123

2018（平成30）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

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

教授

人見剛（行政法）
○藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
△吉田克己（民法）
亘理格（行政法）
會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷将（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）*
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
○齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）*
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）*
○田口正樹（法史学）
○田村善之（知的財産法）
辻康夫（政治学）*
常本照樹（憲法）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
野田耕志（商法）
△長谷川晃（法哲学）
林誠司（民法）
藤原正則（民法）
○眞壁泰（民事訴訟法）
町村泰貴（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）*
宮脇淳（行政学）*
山崎幹根（行政学）*
山下竜一（行政法）*
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）
伊藤一頼（国際法）*
○岩川隆嗣（民法）
郭舜（法制度論）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
小濵祥子（アメリカ政治史）*
佐藤陽子（刑法）
田中啓之（行政法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
馬場香織（比較政治）
前田亮介（日本政治史）
三宅新（商法）
村上裕一（行政学）*
○山本戸勇一郎（民事訴訟法）
山本周平（民法）

准教授

池田悠（労働法）
村井壮太郎（民事実務）
花形満（法実務基礎）
橋場弘之（法実務基礎）
藏重有紀（刑事実務）
磯部真士（刑事実務）
朝倉靖（民事実務）

特任教授

講師

郭薇（法社会学）

助教

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

雑誌編集委員　○印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員
△は理事（副学長）

論　説

契約責任決定規範の多元性（一）

――アメリカ契約法における fault の発見を端緒として――

木戸茜

目　次

序章
第一節　問題意識

第二節　考察の対象と分析の視角
第三節　本稿の構成
第一章　アメリカ契約責任法理の形成と転換
第一節　はじめに
第二節　アメリカ契約法の発端
第三節　形式主義的契約観
第四節　厳格責任の確立
第五節　アメリカ契約責任法理の転換
第六節　小括
第二章　アメリカ契約法における fault の発見
第三章　アメリカの裁判例における契約責任決定規範
第四章　日本法における契約責任法理の展開
第五章　日本の裁判例における契約責任決定規範
終章

（以上、本号）

序章

第一節　問題意識

契約当事者はなぜ契約責任を負うのか。

契約における合意に反したことが契約責任の根拠となることは、自明であるかに思われる。アメリカ契約法においては、pacta sunt servanda（契約は履行すべし）[1]の法諺の通り、各人は自らの約束を守り実行せねばならないとされる。例えば第二次契約法リステイトメントにおいて、「契約責任は厳格責任である。pacta sunt servanda は承認された格言である」との記述がある[2]。一度成立した契約は履行されねばならず、契約によって引き受けたことを履行しない当事者は、そのことをもってただちに契約責任を負わねばならない。

わが国の契約法においても、一九九〇年前後から、契約違反に基づく損害賠償責任の正当化根拠を「契約の拘束力」に求める見解が有力となっている[3]。そこでは帰責根拠は、債務者が契約において約束したことを履行しないことに求められる。この考え方は広く受け入れられ、近年の債権法改正作業[4]における検討の結果、二〇一七年五月二六日に成立した改正債権法において採用された。改正後民法四一五条一項の本文は「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる」と規定する[5]。

帰責根拠を契約違反そのものに求める立場は、債務者に契約の不履行があれば（不履行の理由を問わず）責任が発生するという、一見明快な責任判断構造を採用している。アメリカ契約法の歴史を見ても、客観的に明確で予見可能な形

式的ルールの要請から、厳格責任主義が採用されるに至ったことは後述する通りである。(6)

とはいえ実際には、契約の不履行が帰責根拠とならない場合が生じることは否定できない。例えば、わが国では自然災害や戦乱といった不可抗力による免責を認めている。(7)厳格責任主義を採用するアメリカ契約法においても、非常に限定された場合ではあるが、force majeure（不可抗力）に基づく履行義務の減免が認められる。(8)また、第二次契約法リステイトメントでは、supervening impracticability（後発的実行不能）の場合――すなわち、「ある出来事の生じないことを基本的前提として契約が締結されている場合に、契約締結後に、そのような出来事が生じたことにより、当事者の一方の履行が、その者の過失（fault）によらずして実行不能となったとき」――には、当該履行義務は消滅すると規定されている。(9)これらの場面では、債務者が契約において約束したことに反したとしても、債務者の責任が否定されることとなり、契約違反がただちに帰責根拠となるわけではない。

さらに、契約違反が帰責根拠とならない場面は、不可抗力の事案だけではない。近年のアメリカ契約法に関する議論からは、不可抗力の事案に限らず、契約違反があったとしても債務者の責任を否定することで妥当な紛争解決を導く場合があることが指摘されている。とりわけ、締結時に契約内容のすべてを決定するのではなく、ある程度長期に渡る契約期間のなかで状況に応じて契約内容を詰めていくような事案――後述するように、アメリカにおいては必要量購入契約に関する議論が盛んである――では、契約内容に反したことにとどまらない規範的な要素が帰責根拠として機能しているようである。(10)

確かに、債務者が契約に違反すればそのことをもってただちに契約責任が発生するとする責任判断構造は、形式主義的であるがゆえに迅速かつ安定した運用をもたらし得る。しかし一方で、そのような処理を文字通り徹底すれば、個々の具体的事案の妥当性への配慮に欠ける可能性は否定できない。特に、単発の取引ではない契約において、当事者が当

初合意しなかったことについて紛争が生じた場合、契約責任の決定にあたって合意に反したか否かのみを重視するのは現実的ではないように思われる。(11)

伝統的に厳格責任主義に立つとされてきたアメリカ契約法においてでさえ、実際の運用では契約違反にとどまらない規範的な帰責根拠が考慮されているとの指摘があることも、合意を重視する立場を貫徹することの困難の証左であろう。また、わが国の改正後民法四一五条一項但書は、「その債務の不履行が、契約……及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」とする。債権法改正作業においては、契約における合意を重視するという方針が採用されたものの、契約に基づく損害賠償責任の有無の決定にあたっては、「契約」とともに「取引上の社会通念」が考慮されることになる。(12) ここでも、契約違反にとどまらない帰責根拠を観念する余地がありそうである。

このように考えてくると、契約責任の帰責根拠については、具体的事案の実質的検討の積み重ねから論じられねばならないように思われる。すなわち、具体的事案において当事者が契約上何を引き受けていたのか、引き受けたことになぜ反することになったのか等の個々の状況を検討することで、契約責任がいかに決定されるかが明確になろうと考える。(13)

そこで本稿では、契約責任の帰責構造に関する立法史、学説を概観したうえで、契約違反に基づく責任追及がなされている事案――特に、継続的な取引において契約締結時に当事者が明示的に合意したこと以外の要素によって責任判断がなされ得る場面――を分析し、それらの事案における実質的な責任判断の検討から、契約責任を決定する規範的要素を確定することを試みる。さらに、結論を先取りしていえば、こうした規範が、契約責任の有無だけでなく、責任内容――すなわち、最終的な損害賠償の額の調整――にもかかわる多元性を有するものであることを示す。(14)

（1）同法諺は「約束は守らなければならない」とも訳される（田中英夫『英米法辞典』東京大学出版会（一九九五年）六一六頁）他、「約束」ではなく「契約」、「合意」との語も用いられる（小山貞夫『英米法律語辞典』研究社（二〇一一年）七九八頁）。

（2）Restatement (Second) of Contracts ch.11, introductory note, at 309-12 (1981). また、Farnsworth は、「契約法はその本質的な構想において厳格責任の法である」と説明する。E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS §12.8, at 761 (4th ed. 2004). わが国でも、アメリカ法における契約責任は厳格責任であると紹介されている。樋口範雄『アメリカ契約法〔第二版〕』弘文堂（二〇〇八年）六七頁。

（3）森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（二〇〇二年）四六頁以下、潮見佳男『債権総論〔第二版〕Ⅰ――債権関係・契約規範・履行障害』信山社（二〇〇三年）二六九頁以下、同『債権総論〔第四版〕』信山社（二〇一二年）五五頁以下。また、契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」によって基礎づける学説を概観するものとして、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）一一七頁以下。

（4）「民法の一部を改正する法律案」内閣提出法律案第六三号、及び「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」同六四号は、二〇一六年一一月一六日の一九二回国会において審理が開始され、二〇一七年五月二六日に参議院本会議において可決・成立し、平成二九年六月二日法律第四四号として公布された。二〇二〇年四月一日の施行が予定されている。

（5）本稿第四章で後述するが、わが国の伝統的通説は、契約違反に基づく損害賠償責任の要件として、（i）債務の本旨不履行、（ii）債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由を掲げており、過失責任主義を採用していた。これに対して、法制審議会民法（債権関係）部会では、契約違反に基づく損害賠償責任の帰責根拠を「過失責任の原則」から「契約の拘束力」へと転換する方針であることが説かれた。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（一）』商事法務（二〇〇九年）二四四、二四六－二四七頁。また、内田貴『債権法の新時代――「債権法改正の基本方針」の概要――』商事法務（二〇〇九年）八二頁以下、森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために――』有斐閣（二〇一三年）二三頁以下も参照。

（6）本稿第一章参照。

（7）「不可抗力」という概念は多義的であるが、わが国では、異常な事変、予見不可能な自然災害のほか、戦乱等の人為的状況をも含む。なお、不可抗力は免責事由であるが、「無過失（債務者に過失がないこと）」とは同一視されないことが多い。後者は「債務者が社会生活において必要とされる平均的な注意を尽くしたこと」を意味し、前者よりも広い概念であるとされる。奥田昌道編『新版注釈民法（一〇）Ⅱ債権（一）』有斐閣（二〇一一年）一七〇頁以下〔北川善太郎＝潮見佳男執筆部分〕。

（8）アメリカでは、契約の締結にあたって force majeure clause（不可抗力条項）を設けて免責事由・範囲を広げることが一般的な慣行になっているため、契約文言上これを規定しない場合には却って履行義務の減免・猶予が狭く解釈される傾向がある。平野晋『体系アメリカ契約法』中央大学出版部（二〇〇九年）五〇二頁以下。

（9）Restatement (Second) of Contracts §261 (1981). 以降、第二次契約法リステイトメントの翻訳は、松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（一）～（五・完）」民商九四巻四号一一一頁以下・同五号一一五頁以下・同六号一一五頁以下・同九五巻一号一三六頁以下・同二号一三九頁以下（いずれも一九八六年）による。

（10）本稿第二章、及び第三章参照。

（11）この点に関連して、事情変更の原則を契約当事者のリスク配分の場面としてとらえる見解がある。吉政知広『事情変更法理と契約規範』有斐閣（二〇一四年）。これは、契約における合意を重視する立場であり、契約責任の帰責根拠を合意の違反のみに求める立場と親和的であるように思われる。しかし、とりわけ継続的な取引においては、契約締結時に想定しなかった事態が出来することは当然に想定されるのであり、合意の時点で対応しなかったリスクは負うべきとする考え方が必ずしも妥当するとはいえない。

（12）ここで「取引の社会通念」という表現が用いられたことにつき、潮見は、免責事由が契約当事者の主観的意思のみによって定まるのではなく、当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情をも考慮して定まることがあり得ることを示すためであると説明する。潮見佳男『新債権総論Ⅰ』信山社（二〇一七年）三八九－三八〇頁。もっとも潮見自身は「取引の社会通念」という表現について、契約規範の内容が契約を離れて確定され得るとの誤った印象を与えると危惧しており、免責事由はあくまで「契約内容の趣旨に照らして定まる」と強調している。

（13）わが国においても、契約の拘束力から帰責根拠を導く場合、単純に当事者が契約において明示的に引き受けたことに反

したか否かが問われるわけではないと言及されている。むしろ、当事者が契約において何を引受けていたのか、契約解釈の作業を通じて確定することがきわめて重要となるとの指摘がある。小粥（二〇〇六年）・前掲注3・一二四頁。小粥はさらに、新理論が帰責根拠の問題を契約内容確定問題ととらえた後に、その問題解決のツールとして結果債務・手段債務（あるいは、与える債務・なす債務）の類型区分が持ち出されたことは必然であったと述べる。なお、結果債務・手段債務の区別及び新しい契約責任論については、本稿第四章参照。

（14）この点に関連して、長野史寛『不法行為責任内容論序説』有斐閣（二〇一七年）は、不法行為に基づく損害賠償責任の内容を確定する規範――「責任内容画定規範」――を検討するものである。ここでは、不法行為法の制度目的である「権利の保障」を基準とした責任内容の算出が試みられる。これは、不法行為法における「権利の保障内容」とは何か解釈することに他ならず、契約違反に基づく損害賠償の場面において合意内容を――個々の契約の背景を考慮しながら――解釈することで契約責任を決定する考え方と重なるところが大いにあるように思われる。

第二節　考察の対象と分析の視角

本稿は、契約違反に基づく救済の一場面における実質的な責任判断ルールの分析を通じ、契約責任の有無や責任内容を決定する規範をいかにとらえるべきかを問うものである。研究の手法としてアメリカ契約法との比較法研究を選択し、特に、アメリカ契約法において近年盛んに議論されている fault に関する研究と、関連する裁判例を参照する。そのうえで、わが国における契約責任――とりわけ、契約違反に基づく損害賠償責任――の規定とその起草過程、学説の状況、関連する裁判例の分析を通じ、わが国の契約責任法理を理解するにあたり一定の示唆を得ることを試みる。

本稿の検討対象及び位置づけを明確にするため、以下では、課題の設定にあたって選択するアプローチについて、ま

た、本稿において扱われるいくつかの重要な概念について、あらかじめ整理しておく。

一　アメリカ契約法における fault 論

アメリカ法において契約責任は伝統的に厳格責任であるとされてきた。すなわち、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、そのことをもって契約責任が生じることになる。これは、契約の拘束力を重視するわが国の近年の議論における責任判断構造と一見同じ構造を採用しているかのように思われる。しかし近年のアメリカ契約法学をみると、契約責任を厳格責任とする伝統的法理に動揺が見られ[15]、学説上の議論が続いている[16]。ここでは、契約責任が生じるかどうかを判断する際、契約上の明示の義務に違反したことのみに着目するのではなく、それ以外の何らかの規範的判断がなされているのではないか、あるいはなされるべきではないかとの指摘がなされている[17]。

近年の議論においては、契約法における一種の規範的判断が fault として語られる。fault という語は「過失」と訳されることがあるが[18]、近年の fault 論の文脈では、いわゆる注意義務違反としての過失を意味するものとして論じられるわけではない。ここでは、債務者が契約責任を負う根拠が論じられ、とりわけ、当事者が契約上の明示の合意に反したこと以外の帰責根拠が fault として扱われる[19]。契約責任の有無の判断にあたっては、当事者がなぜそのような行動をとったのか、どのような行動をとることが合理的に期待されていたかが検討される。わが国の契約法学と比較した場合、fault 論は、損害賠償責任を肯定する要件として債務の不履行に加えて債務者の過失を要求する、わが国の伝統的通説である過失責任主義とは異なるものである[20]。

また、fault 論においては、契約に違反した債務者の fault と共に、債権者の fault についても言及がなされている点に注意が必要である。ここでは、契約違反の発生や損害の発生、拡大について、債権者に何らかの寄与がある場合が論

じられる。[21] fault は、債権者が救済を受ける権利を制限される根拠としても機能することになる。

二　アメリカ契約法における厳格責任主義との関係

fault 論は、契約責任の決定に規範的判断を持ち込むものであるが、これは厳格責任主義を完全に否定するものではない。アメリカ契約法における fault の意義を積極的に評価する論者も、基本的には、債務者が契約責任を負う根拠は第一義的には合意に反したことに求められると認めている。[22] そのうえで、厳格責任主義のもとで採用されてきた good faith（信義誠実）[23] 等の契約法理を取り上げ、これを明示的な義務違反以外の規範的判断を行うものであり、契約法における fault の顕れであると評価する。ここでは、実際に契約当事者が意図していたか否かにかかわらず、good faith にのっとって行動するような黙示の義務が契約内容に読み込まれることになる（implied by law）。[24] 形式的には、（黙示の）契約に反したために債務者が責任を負うということができ、このような説明は厳格責任の立場と必ずしも矛盾しない。もっとも、アメリカ契約法における fault 論で専ら扱われるのは、契約当事者の意思から導くことのできない規範的な要素によって契約責任が決定される場面である。[25]

三　契約違反に対する救済としての損害賠償請求

本稿は、契約違反に対する救済の場面において契約当事者の帰責根拠がいかに判断されているか検討するものであるが、特に損害賠償請求の場面を取り上げることとする。

というのも、わが国の伝統的契約法理論からは、履行請求権が債権の本来的機能として当然に認められるのに対し、損害賠償請求権は債権そのものから直接基礎づけられる権利ではなく、過失責任主義によって説明される。[26] このため、

契約責任の帰責根拠は、契約違反に基づく損害賠償責任（民法四一五条）の要件論の文脈で論じられることが多かった。帰責根拠を契約の拘束力に求める新理論の動向を見ても、契約責任の領域においては民法四一五条の過失責任主義の放棄に関する議論が盛んである。[27] これらを踏まえ、本稿も契約責任の帰責根拠を検討の中心に据えることから、特に契約違反に基づく損害賠償にかかわる学説及び事案に着目する。[28]

一方で、本稿の検討対象であるアメリカ法においては、コモン・ロー上の monetary damages（金銭賠償）による救済が原則とされることに注意が必要である。[29] specific performance（特定履行）は例外的にしか認容されないが、契約が金銭の支払を約束するものであった場合には、債権者は金銭債務の履行を求めることができる。[30]

この点、損害賠償（填補賠償）請求と金銭債務の履行請求との関係については、各法体系によって異なるとの分析がある。[31] この分析によれば、契約責任につき厳格責任主義が採用される場合には、両請求権はパラレルにとらえられるという。というのも、厳格責任主義のもとでは、契約責任が認められるか否かは、債務者が履行をしたか否かによることになるためである。[32] 例えば金銭債務の不履行の場合、債権者は、債務者の代金支払い債務の不履行を主張して損害賠償を求めるが、これは金銭債務の履行請求と機能的には変わりない。

そのため、本稿で扱われるアメリカ法の裁判例には、損害賠償請求の事案と共に、金銭債務の履行請求の事案が含まれる。

四　わが国における近時の債権法改正との関係

契約責任の帰責根拠については、上述してきた通り、わが国においても議論が盛んになされているところである。契約違反に基づく損害賠償請求については、伝統的には（i）債務の本旨不履行、（ii）債務者の故意・過失または

信義則上これと同視すべき事由、が要件とされてきたが、このような過失責任主義の放棄が有力に主張されている。契約の拘束力を帰責根拠とし、契約において約束したことに反した債務者は、そのことをもって契約責任を負うことになるという考え方は[33]、近時の債権法改正においても受け入れられた[34]。

さらに損害賠償の調整については、従来、民法四一八条の「過失相殺」によって処理されてきたが、これを「過失」概念でなく「損害軽減法理」によって認知することが検討された[35]。結局、改正法案において「過失」の語が維持されたものの[36]、これまでわが国では必ずしも明確に論じ分けられていなかった、(i)債権者が債務不履行の発生に寄与したために損害賠償が否定される場面と、(ii)債権者が損害軽減義務に反して損害の発生・拡大を招いたために損害賠償が否定される場面とが区別されようとしている点に、損害軽減義務概念の影響を見ることができよう[37]。

契約の拘束力によって契約責任を肯定し、損害軽減理論によって損害賠償額を調整する立場は、英米法の従来の立場である他、ウィーン売買条約（CISG）やUNIDROIT国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則（PECL）が採用してきたものでもある。契約責任に関しても当事者の合意を重視する考え方は、国際的潮流にも合致した明快なルールとして、債権法改正において積極的に検討されてきた[38]。

しかし、厳格責任主義を採用するとされるアメリカ契約法においても、実際には合意違反以外の要素によって契約責任が決せられる場面があり得る。また、わが国の債権法改正作業においても、基本的には契約における合意を重視する立場を採用しながら、最終的には、「契約」とともに「社会通念」に照らして契約責任の免責を判断することとなったことは上述した通りである。

この点につき、免責の基準を「契約」と「社会通念」のいずれに求めるか、また両者の基準としての優劣関係をどのように考えるかは、改正にあたって大きな争点となったようである[39]。すなわち、一方では、契約責任の判断が契約書の

記載次第で左右されることへの危惧から、規範的要素を考慮しやすいよう「社会通念」という語を用いるとの考え方が主張され、また一方では、「社会通念」の語が個人を抑圧することを懸念し、あくまで当事者の合意を基礎とする考え方が主張された。ただし、ここで契約の拘束力、ひいては契約における合意を重視するということが、当事者の明示的な合意違反以外の要素を責任判断において排除するということを意味するものではないことは明確に説明されている。(40)

この点、契約責任の免責をいかに規定するかは、以下の二つの問いに対していかなる立場をとるかにかかっているように思われる。

一つは、「契約」という語をどのようにとらえるかという問いである。仮に、契約書に記載されている明示的な合意を特に指して「契約」というのであれば、免責の判断にあたって「契約」とは異なる「社会通念」が持ち込まれる余地が認められそうである。あるいは、「契約」を契約当事者の意思だけでなく、社会的な背景をも含有したものととらえることも可能であろう。そうであれば、当事者の明示的な合意にとどまらない事情や背景を黙示の契約として読み込むことで、あくまで「契約」に反したか否かで責任を決定するということもできそうである。

いま一つの問いは、債権法改正の目的をどこに設定するかである。例えば、「契約」はそのイニシアティブにより社会を形成していくものであり、従って個々の契約当事者の合意に必ずしも還元されない規範的要素が入り込むものであるという一学説の立場を前提として、債権法改正作業を行うこともあり得よう。しかし、法律に馴染みのない一般市民でも一読して理解することのできる条文の記述を目指すのであれば、「契約」という語が一般にどう理解されているのか――文字通り当事者が契約したことそのものと理解されているか、あるいは契約において明示されない規範的要素をも当然に含み得るものと考えられているか――がさらに問われねばならない。

いずれにせよ、契約において明示された合意に反したことを帰責根拠とする枠組みのもとでも、なお規範的判断によっ

てこそ妥当な紛争解決を図ることができる場面――主に、単発でない継続的な取引[41]が想定される――があり得ることは明白である。むしろそこでは、どのような要素が考慮されるのか、また、そのような枠組みのもとでいかに整合的に規範的判断を行うことができるかが問題となろう。

（15）二〇〇八年にシカゴ大学ロー・スクールにおいて、Fault in American Contract Law と題したシンポジウムが開催され、翌年に論文集としてまとめられている。107 MICH. L. REV. 1341 (2009). また、この論文集を修正・要約して出版したものとして、OMRI BEN-SHAHAR AND ARIEL PORAT EDS., FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW (2010). これらの論稿をわが国に紹介するものとして、参照、笠井修「契約責任は厳格責任か―アメリカ契約法学に見る論争―」中央ロージャーナル七巻三号（二〇一〇年）二七頁・八巻一号（二〇一一年）四五頁（同論文は後に、同『契約責任の多元的制御』勁草書房（二〇一七年）の一部としてまとめられている）、小林一郎「米国契約法における帰責性（fault）の役割」NBL一〇六二号（二〇一五年）二七頁。

（16）上記シンポジウムの後の学説の展開として、参照、Robert A. Hillman, *The Importance of Fault in Contract Law*, CORNELL LAW FACULTY WORKING PAPERS, PAPER 111 (2012), http://scholarship.law.cornell.edu/ clsops_papers/111; Robert A. Hillman, *The Future of Fault in Contract Law*, 52 DUQ. L. REV. 275 (2014); ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION (2014). なお、このうち二〇一四年の Cooter＝Porat の共著の紹介として、拙稿「【著書紹介】不法行為・契約・原状回復におけるインセンティブの最適化――ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION, Princeton University Press, 2014, pp. vii + 232――」アメリカ法二〇一五－二号（二〇一六年）二四九頁以下。

（17）本稿第二章参照。

（18）例えば、田中（一九九五年）・前掲注1・三三五頁では、fault の訳語の一つめに「過失」が挙げられている。小山（二

○一一年）・前掲注1・四一九頁では、「過誤」や「瑕疵」等と並んで「過失」が fault の訳語とされ、「liability without fault（無過失責任）」、「no-fault（無過失）」といった用例が掲げられている。この他、第二次契約法リステイトメント二六一条において fault は「過失」と訳されている。一方、アメリカ統一商事法典（UCC）第一－二〇一条（一般定義）（一六）の訳は分かれており、「『過失（fault）』とは、不法な作為、不作為または違反をいう」、あるいは「『帰責事由（fault）』は、不法な行為、脱漏または違反を意味する」とされる。なお、前者については「fault は、通常の過失のみではなく、故意を含む帰責原因一般を意味する概念として使用されるが、ここでは、『故意』は当然のこととして『過失』と訳してある」との訳注が付されている。前者の訳は、アメリカ統一商事法典研究会「アメリカ統一商事法典の翻訳（一）～（三）」法協八二巻四号五二六頁以下・五号六七六頁以下・六号七七五頁以下（いずれも一九六六年）、後者の訳は、田島裕『UCC 二〇〇一――アメリカ統一商事法典の全訳――』商事法務（二〇〇二年）による。以降、本稿では UCC の条文訳として前者を参照することとする。

(19) 近年の fault 論の文脈における fault について、笠井は「過失」、小林は「帰責性」と訳している。ただし笠井は、「帰責要素としての過失」と「制御要素としての過失」とを区別して論じるべきであると主張する。後者は「いかなる要素が実際に責任判断を左右しているか」という問いであるという。笠井（二〇一七年）・前掲注15・八四頁。ここでも注意義務違反としての過失が意味されているわけでないことは明らかである。

(20) わが国では伝統的に、過失責任主義の原則は、契約法・不法行為法にまたがる一般的な原則としてとらえられてきた。ここでいう過失は、注意義務（due care）違反に基づく過失である。これは、アメリカ不法行為法において negligence と表現されるものであり、本稿で扱う契約法における fault とは異なる。なお樋口は、アメリカ不法行為は過失責任主義の原則（fault principle）を採用するものであり、そこでいう過失は、故意（intention）と過失（negligence）の両方を含む概念であると説明する。樋口範雄『アメリカ不法行為法』弘文堂（二〇〇九年）九頁。

(21) わが国の契約法が過失相殺を認めているのに対し、アメリカ法では comparative fault defense（比較過失）は不法行為の事案のみに適応されるものとされてきた背景がある。日米の過失相殺制度の比較について、参照、樋口範雄「過失相殺の日米比較の試み」私法五〇号（一九八八年）一一〇頁。また、イギリス法を対象とする比較法研究であるが、長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造――請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために――』日本評論社（二〇一一年）七七頁

以下、は「寄与過失」法理の契約への拡張可能性の議論を扱っている。

(22) 本稿第二章参照。

(23) 例えば第二次契約法リステイトメントは、「すべての契約は、その履行および強行にあたって、信義誠実および公正取引の義務を各当事者に課す」と規定する。RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §205 (1981).

(24) これに対して、仮定的当事者意思に基づく補充的契約解釈――例えば、当事者が契約価格を決めずに売買契約を締結した場合に、市場価格を契約価格とする――については、明示されていないだけで当事者にはそのような意思があったということができる（implied in fact）。

(25) このことは、伝統的に厳格責任を採用してきたアメリカ契約法学にインパクトを与えるためには自然なことであるといえよう。

(26) 奥田〔北川＝潮見〕（二〇一一年）・前掲注7・五頁以下。なお、今日では、履行請求権も、債権関係が正常に展開されなかった場合の救済手段のひとつであり、従って損害賠償請求権と同じく、債務不履行の効果としてとらえられるべきであるとの見方が存在しているという。

(27) 森田（二〇〇二年）・潮見（二〇〇三年）・同（二〇一二年）・いずれも前掲注3。過失責任主義に対する新しい契約責任論の立場は、近時の債権法改正における改正案四一五条の議論に受け継がれている。前掲注5参照。また、帰責根拠を契約の拘束力に求める考え方は、さらに、債務不履行の三分体系を採用するか否か、履行請求の第一義性とレメディ・アプローチのいずれを採用するか等の論点とも関わり、広がりを見せている。

(28) なお、契約違反に対する救済手段として、履行請求権、損害賠償請求権とともに解除が挙げられる。通説によれば、解除も損害賠償請求と同様、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由が要件とされる。谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（一三）債権（四）〔補訂版〕』有斐閣（二〇〇六年）八〇三頁以下〔山下末人執筆部分〕。帰責根拠に関する議論は解除にもかかわるものであるが、解除については近時の債権法改正における危険負担制度の廃止等さらなる論点とのかかわりが深いため、本稿ではひとまず損害賠償請求の場面における帰責根拠の議論に集中することとする。なお、債権法改正における危険負担の解除権構成に関する議論について、参照、森田（二〇一三年）・前掲注5・六一頁以下。

(29) 平野（二〇〇九年）・前掲注8・一五四頁以下。

（30）同前・一五五頁。

（31）吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』東京大学出版会（二〇一〇年）一五頁以下。

（32）前述したように、厳密な厳格責任を採用せず、帰責根拠に規範的判断を持ち込むとしても、それらを黙示の合意内容として契約に取り込む限りは、損害賠償請求が認められるか否かは、依然債務者が履行をしたか否かの判断に行き着くことになる。

（33）潮見（二〇一七年）・前掲注12・三七七頁以下。

（34）改正法案の成立以降、改正債権法に関する数多くの書籍が公表されつつある。主要なものだけでも以下が挙げられる。出版順に、山野目章夫『新しい債権法を読みとく』商事法務（二〇一七年）、債権法研究会編『詳説 改正債権法』きんざい（二〇一七年）、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』きんざい（二〇一七年）、潮見佳男＝北居功＝高須順一＝赫高規＝中込一洋＝松岡久和編著『Before／After 民法改正』弘文堂（二〇一七年）、山本敬三『民法の基礎から学ぶ 民法改正』岩波書店（二〇一七年）、大村敦志＝道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』有斐閣（二〇一七年）、松尾弘『債権法改正を読む 改正論から学ぶ新民法』慶應義塾大学出版会（二〇一七年）、中田裕康＝大村敦志＝道垣内弘人＝沖野眞已『講義 債権法改正』商事法務（二〇一七年）。

また、改正債権法に関する雑誌連載として、森田修「『債権法改正』の文脈――新旧両規定の架橋のために（第一回）」法教四二七号（二〇一六年）七一頁以下～（現在第二一回まで公表されている。このうち、特に帰責事由論につき論じたものとして、第一八回（同四四四号（二〇一七年）九〇頁以下）、第一九回（同四四五号（二〇一七年）一〇四頁以下を参照）、山口幹雄「改正民法講座Ⅰ――契約の基本的効力編（第一回）～（第六回・完）」法セミ七四七号七五頁以下、同七四八号七八頁以下、同七四九号五九頁以下、同七五〇号六〇頁以下、同七五一号八〇頁以下、同七五二号七一頁以下（いずれも二〇一七年）、道垣内弘人＝筒井健夫＝池田清治＝山田八千子＝白石大＝笠井修＝山本豊＝大村敦志＝井上聡＝飯島奈津子「【特集】債権法改正の要点」ジュリ一五一一号（二〇一七年）一三頁以下。

（35）民法（債権法）改正検討委員会の基本方針では、ウィーン売買条約（CISG）七条を参考に、改正前民法四一八条に代わって「債権者の損害軽減義務」の規定を置くことが提案されている。民法（債権法）改正検討委員会編（二〇〇九年）・前掲注5・二八五頁。なお内田は、損害軽減義務を信義則上の義務の一種であるとしており、損害賠償額の調整の他、損害賠

償額算定基準時の選択においても機能すると指摘する。内田（二〇〇九年）・前掲注5・九五頁。

（36）この点について、「過失」、「過失相殺」という用語法を維持したのは、「過失相殺の制度の意味に関して――不法行為における過失相殺の制度も含めて――多種多様な理解があるところ、今回の改正によってその理解に影響を及ぼすことになるかもしれない態度決定をすることを避けたことによる」と説明されている。潮見（二〇一七年）・前掲注33・七三頁。

（37）改正後民法四一八条「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める」。下線は引用者。英米法やCISG、UNIDROIT国際商事契約原則、PECLでは、債権者が債務不履行の発生に寄与したために損害賠償が否定される場面と、債権者が損害軽減義務に反して損害の発生・拡大を招いたために損害賠償が否定される場面とが、理論的には区別されている。

（38）曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）と債権法改正」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ取引・財産・手続』法律文化社（二〇一二年）三二二頁以下、松尾弘「民法改正とグローバル・スタンダード――統一化の要請と民法原則の動揺――」法セミ六九三号（二〇一二年）一八頁以下。

（39）森田（二〇一七年・第一九回）・前掲注34・一〇九頁。債権法改正作業の経緯、及び、契約責任の免責をいかにとらえるかという点については、本稿第四章で詳述する。

（40）潮見（二〇一七年）・前掲注12・三七四、三七九頁。

（41）継続的取引を題材とした、一方当事者による解除が可能であるかという観点からの代表的な研究として、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（一九九四年）、同『継続的取引の研究』有斐閣（二〇〇〇年）。また、平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察――「『市場と組織』の法理論」の観点から――」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題（下）』有斐閣（一九九六年）六九七頁以下。

第三節　本稿の構成

本稿は、特に継続的な取引を念頭に置き、当事者の明示的な合意以外の契約責任決定規範の一端を明らかにすることを試みるものである。以下では、伝統的に厳格責任主義を採用するアメリカ契約法と、伝統的に過失責任主義を採用するわが国の契約法とを比較しながら、具体的事案においていかに規範的判断がなされてきたのか検討する。

まず、比較法研究の対象となるアメリカ契約法について、その契約責任法理がいかに形成されてきたのかを概観する（第一章）。Langdell、Holmes、Williston により古典的契約理論が形成されるに至る過程、契約法リステイトメントや UCC 第二編（売買）の成立、さらに、古典的契約観への Gilmore や Macneil による批判が検討対象となる。ここでは、拘束力ある契約[42]が締結されれば、それに反した者はただちに契約責任を負うとする契約責任法理が、アメリカ契約法において必ずしも普遍的なものではなかった可能性を指摘する。

次に、アメリカ契約法における伝統的な厳格責任主義の立場に対し、契約法における fault を積極的に評価しようとする議論を紹介する（第二章）。fault 論は、厳格責任主義のもとでも、実際には一定の契約法理を介して（明示の義務違反以外の）規範的判断がなされてきた事案類型があることを指摘する。

そこでさらに、必要量購入契約をはじめとする具体的事案の検討を通じ、（i）債務者に明示の義務違反がないが、fault があるために責任が肯定された事案、（ii）債務者に明示の義務違反があるが、fault がないために責任が否定された事案を分析する。これにより、合意違反にとどまらない契約責任決定規範を解明し、さらにこのような規範が契約責任の有無だけでなく契約内容の決定にも深くかかわるものであることを指摘する（第三章）。

翻って、わが国の契約法は伝統的に過失責任主義を採用してきたとされる。そこで、わが国の契約責任法理の起草過程と伝統的通説の形成、近時の債権法改正へ至る学説の展開を概観する（第四章）。ここでは、過失責任主義がドイツ法学説継受によって事後的に持ち込まれたものであることを確認し、むしろ、起草者意思は契約の拘束力を重視する立

場と親和的であることを指摘する。

そのうえで、わが国の実際の裁判例がいかに帰責根拠――とりわけ、明示の義務違反に還元されないもの――を判断してきたのかを分析する（第五章）。特に、第三章において当事者の fault が帰責根拠となっていると指摘された事案と似た性格を持つ事案を取り上げる。そして、実際の責任判断構造が、伝統的な過失責任主義の立場と整合的なものであるか、また、改正後の債権法においていかに説明され得るものであるか、検討する。

最後に、日米の契約法学の比較法研究、及び裁判例の分析から、fault が契約責任決定規範としていかに多元的な役割を果たしてきたかを考察する（終章）。

（42）アメリカ法における契約への拘束力の付与に関する議論は、伝統的には、形式的で客観的な基準である約因の存否という形で論じられてきた。すなわち、契約当事者の合意が強制可能なものであるか否かは、約因の存否に基づいて決せられるのである。これに対して、UCC には、意思以外の要素を補完しつつ当事者の意思を重視する諸規定が多いとされる。木原浩之「契約の拘束力の基礎としての『意思』の歴史的解釈とその現代における再評価――第一次契約法リステイトメント・UCC 第二編・第二次契約法リステイトメントをマイル・ストーンとして（一）～（四・完）」明治学院大学法科大学院ローレビュー第一巻一号（二〇〇四年）八一頁以下・同二号（二〇〇五年）五三頁以下・亜細亜法学四〇巻一号（二〇〇五年）一七三頁以下・同二号（二〇〇六年）九七頁以下。この研究は、「意思」に基づく契約法理論と「関係」に基づくそれとを対置し、伝統的な意思理論の限界を認識しつつも「意思の優位性」を保持した契約法理論の構築を志向するものである。

第一章　アメリカ契約責任法理の形成と転換

第一節　はじめに

本稿は、アメリカ契約法においてfaultの役割がいかにとらえられてきたかを概観、分析し、過失責任主義の放棄が論じられているわが国の近年の契約法学に対する示唆を得ることを試みるものである。

もっとも、広く知られているように、アメリカ契約法は伝統的に厳格責任の立場に立っており、faultという概念は契約法においてはほとんど顧みられてこなかった[43]。むしろ、契約責任の根拠は、当事者が契約において引き受けたことそのものに求められ、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、そのことをもってただちに契約責任が生じることになる。そこでは、なぜ債務者が契約に違反したかといった事情は基本的に考慮されない[44]。

このような伝統的な契約責任理論に対して、近年のアメリカ契約法学は、faultを契約法においても一定の役割を果たし得るものとして評価しつつある。詳細は後述するが、先取り的に言えば、ここでは、債務者に契約責任が生じるかどうかを判断する際、契約上の明示の義務違反のみに着目するのではなく、当事者の合意内容に還元されない規範的な要素をも帰責根拠として扱うべきではないか、あるいは、それらが実際の裁判例において考慮されているのではないか、との指摘がなされている[45]。

アメリカ契約法にfaultを見出そうとする新しい議論はいかにして生じてきたのか。また、このような議論は、アメリカ契約責任法理についての伝統的な理解に対し、どのような問題を指摘し、またそれをどのように克服しようとするものであるのか。近年のfault論を検討する前に、以下では、前提となるアメリカ契約責任法理の形成の歴史と、伝統的な契約法学のアプローチを概観することとする。

なお、アメリカは判例法主義を採用しており、法の基幹的部分は判例法によって規律される。一次的法源は判例法及

び州法であり、制定法は大陸法における特別法としての機能を果たす。[46] もっとも、判例の原則を条文化したリステイトメントは、裁判所を拘束する力こそないものの、明示的に引用されることも多く、その指導性は少なくない。また、一九五一年に起草されたアメリカ統一商事法典（UCC）[47]は、それ以前に多くの法域で採用されていた商事取引に関する統一州法を内容の改訂を加えつつ統合・拡充したものであり、五〇州すべてにおいて採択されている。[48] そこで以下では、全米的な実体法の傾向を把握するため、便宜上、二次的法源であるリステイトメントやUCCを参照することとする。

（43）アメリカ法において、fault principle（過失責任主義の原則）は不法行為法が採用する原則であり、契約責任との関係で議論されることは従来なかった。なお、不法行為法における fault は、故意（intention）と過失（negligence）の両方を含む概念であると説明される。樋口（二〇〇九年）・前掲注20・九頁。

（44）契約当事者が何を引受けていたかを確定する際、すなわち、契約の解釈にあたって、裁判所は第一に契約書に明記された条項の内容をみるとされる。樋口（二〇〇八年）前掲注2・一五二頁以下。

（45）本稿第二章参照。

（46）MELVIN ARON EISENBERG, THE NATURE OF THE COMMON LAW 1 (1988). 同書の翻訳として、参照、メルヴィン A. アイゼンバーグ著（石田裕敏訳）『コモンローの本質』木鐸社（二〇〇一年）。

（47）なお UCC は、州制定法化されれば一次的法源となる。

（48）ルイジアナ州は動産売買に関する規定などを除いて採択している。

第二節　アメリカ契約法の発端

一　アメリカ法の起源

アメリカ法の歴史研究において、同法は植民地時代の終焉とともに誕生したとされる。例えばLlewellynは、一九六〇年に刊行された著書において、それ以前のアメリカ法の歴史を三つの時期に分けている[49]。アメリカ独立革命後の一八〇〇年から南北戦争まで、南北戦争から第一次世界大戦まで、そして、第一次世界大戦以降である。Gilmoreも、法に対するアメリカ的アプローチが、南北戦争及び第一次世界大戦の頃にそれぞれ根本的に変化したという考え方を、非常に多くの人々によって受け入れられたものであると評価している[50]。Gilmoreは、三つの時期をそれぞれ、「発見の時代」（The Age of Discovery）、「確信の時代」（The Age of Faith）、「不安の時代」（The Age of Anxiety）と呼称する。

このように、アメリカ法の発端は一八〇〇年頃であると仮定されるが、Gilmoreによれば、それ以前の植民地時代においても、植民地の発展や人口の増加にともなって裁判所が設置され、専門家階級としての法律家や裁判官が出現していた[51]。しかしこの時点では、裁判所の判決が規則的に公刊されることはなく、法制度と合理的に呼びうるものは存在しなかった。その後、独立革命が成功し、集権化された連邦政府が設立した。これは、政治的諸制度の構築に向けての新しい出発であり、同時に、連邦及びそれを構成する各州の法制度の創設が始まった。このような歴史的背景ゆえに、Gilmoreは、アメリカ法は自身が全体として何らかのまとまった意味を持つ体系でなければならないとの考えを自覚的かつ自己批判的に持ち続けてきたと指摘する[52]。

もっともGilmoreによれば、ひとつの法体系をただちに作り上げることは不可能である[53]。当時、アメリカ法を論じた

著書は存在せず、アメリカの判決録も公刊されていなかった。そこでアメリカの多くの法律家は、唯一知っているイギリス法を参考にした。やがて一八二〇年頃には、アメリカの裁判所の判決やアメリカ法に関する著書の公刊が始まった。

当時の法制度の創造にあたって、特に大きな役割を果たしたのは裁判官であったという[54]。Marshall や Story といった合衆国最高裁判所裁判官は、創造的革新的精神を持ち、あらゆる訴訟当事者が提起するあらゆる問題に回答しようとした。このことをもってこの時代は法の黄金時代であったと評価するのは Gilmore だけではない。Llewellyn によれば、それは「偉大な様式」（Grand Style）の時代であり、裁判のプロセス、すなわちいかに裁判所が事件の決定を行うかについての偉大な様式が見出されたという[55]。

二　一九世紀以前の契約責任判断構造

契約法もまた、一九世紀以前には独立した法としての立場を確立していなかった。当時は、一定の典型的な契約関係ごとに、その特性に即した契約責任が理解されているに過ぎなかったのである。

Gilmore は以下のように述べている。「契約の類型は多数あり、その数は、契約を締結する人びとの類型の数と同じであった。……多元論の支配した時代においては、誰ひとりとして、これらすべての類型の契約がひとつの一元的な準則大系に包摂されねばならぬとする理由を認めなかった。それぞれの類型の契約者にまかせてそれぞれの取引、事業ないし職業にふさわしい仕組みをつくり出させておけばよかったのである[56]。」

同様の指摘は、後述する近年の fault 論の立場からもなされている[57]。例えば Kreitner は、当時の契約状況について、特定の関係性のある当事者間においては、行為者は標準化された一定の義務を負っており、その権利義務の内容は関係そのものによって輪郭付けられるものであって、個別の合意で決められるものはわずかであると指摘する[58]。

三　古典的契約法理論の完成

一九世紀以前の契約を取りまく状況に対し、一八〇〇年以降のアメリカ法は契約法分野についてもイギリス法を参考にして理論を構築し始めた。当時のアメリカ法が参照したイギリス法体系において、契約法はproperty（財産権）の法に従属していた。Blackstoneは、この背景には、財産を基礎とする社会を道徳的に正当化したLockeの思想があると指摘する(59)。

一七世紀から一八世紀頃のイギリスでは、長男相続制及び限嗣相続の法律により、土地不動産は長男にのみ相続され、それ以外の者が自由に土地を所有することはできなかった。これに対して、政治思想家であったLockeは、自然状態下において人は全て公平に、生命、健康、自由、財産の諸権利を有すると主張した(60)。私有財産は自然法から生じるのであって、政府が与えるものではなく、むしろ政府はこれを保護するために創設されたのである。

彼の思想は、独立革命後のアメリカに強い影響を与えた(61)。当時のアメリカ契約法において、交換はすべて同時的に履行され、当事者はそれぞれ新たに引渡を受けた物の所有者となると考えられていた。ここでは当事者の権利は、約束（promise）に基礎を置くものというより、むしろ財産権（property）に基づくものとしてとらえられていた。契約違反に基づく救済は、エクイティによって解決されていたにすぎず、約束に対する違反、ひいては約束の法的拘束力の問題として当初から位置づけられていたわけではなかった(62)。

やがてイギリスでは一八世紀末から、財産の交換は次第に契約的色彩を帯びるようになる。当時Lockeに代わって台頭しつつあったSmithの思想は、契約を基礎とする社会を正当化するものであった。曰く、利己的に行動する個人が市場において自由競争を行えば、神の見えざる手によって、意図せずして公正かつ安定した社会が成立する。レッセ・フェール（放任される自由）が強調され、個人主義の哲学に基づく市場経済社会と小さな政府からなる夜警国家が理想

とされた。

こうした契約自由の潮流のなかで、アメリカでは一七九〇年のPowellの著作[63]によって古典的契約法理論が完成をみた。契約を法的拘束力のある約束としてとらえるようになり、救済方法についても、原状回復利益、信頼利益から期待利益へと、損害賠償の範囲が次第に拡大された。未履行契約は危険配分のメカニズムであるとされ、契約締結時に危険を予測できない者は、利益を喪失して当然であると考えられた。ここでの契約当事者としての個人は、自律的で自己完結的な存在であった。そのため、錯誤、強迫、契約目的の達成不能といった抗弁は狭隘化された。

(49) KARL N. LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS (1960).

(50) GRANT GILMORE, THE AGES OF AMERICAN LAW (1977). 同書の翻訳として、G. ギルモア著（望月礼二郎訳）『アメリカ法の軌跡』岩波現代選書（一九八四年）がある。本稿では同翻訳を引用する。なお、Holmes、Pound、Llewellynの法思想の背景にあるアメリカ法の歴史について分析したものとして、WILLIAM TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (1973). また、戒能通弘『近代英米法思想の展開』ミネルヴァ書房（二〇一三年）は、Twiningの分析等をもとに近代英米思想の展開を論じている。

(51) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・一一頁以下。

(52) 同前一四頁。

(53) 同前二七頁以下。

(54) 同前三〇頁以下。

(55) LLEWELLYN 1960, *supra* note 49, at 45.

(56) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・六五頁以下。

(57) 本稿第二章参照。

（58）Roy Kreitner, *Fault at the Contract-Tort Interface*, 107 MICH. L. REV. 1533 (2009).
（59）1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 139 (1765).
（60）JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT (1960).
（61）アメリカ独立宣言は、政府と個人の権利についてのLockeの考えを数多く反映しており、憲法にも彼の財産権についての理論が盛り込まれている。
（62）MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860 160-62 (1977).
（63）JOHN JOSEPH POWELL, ESSAY UPON THE LAW OF CONTRACTS AND AGREEMENTS (1790).

第三節　形式主義的契約観

一　「科学としての法」

一九世紀初頭、確立されつつあった法律家による法の運用を確実なものとし、次の世代の法律家に伝達するため、アメリカ法は、法に関する知識を体系化、理論化する必要に迫られた。同時に、アメリカ法思想はより形式主義的なアプローチへと転換することになった。

Gilmoreは南北戦争以降の「確信の時代」のシンボルとして、Langdellを挙げている(64)。一八七〇年代にLangdellが提唱した「科学としての法(65)」という考え方は、従来の断片的な主張とは違って体系的かつ総合的なものであり、その後AmesやWillistonらに受け継がれた。「科学としての法」は、物理化学や動植物学に類比される科学として法学を位置づける。当時、自然科学のルールは、一度論証されれば永続的に存在するものと考えられており、法的ルールもこれと

同様に、ひとたび発見されればその後変化することなく存続するとされた。また、自然科学の仮説が、説明する現象が多いほどよい仮説であるとされるのと同様に、法的ルールも多様な現象を一元的に説明するものがよいと考えられた。法学研究の最善の方法は判例研究であるとされ、考えられ得る個々の事例から、その全てを説明するような一元的な法理論を構築することが理想とされた。このようにLangdellの思想は、コモン・ローの広範な領域において多様な姿で現れる現象を、少数の基本的な法理にまとめようとするものであった。

一八七一年の最初の契約法のケース・ブックの冒頭で、Langdellは以下のように宣言している。「法はひとつの科学として考えられ、一定の原則と理論から成り立つ。……従って、例えば契約法のような一分野を例にとって、その根本原理の生成、発展、完成に大きく貢献したすべての判決を選び出し、分類し、整序することが可能であると思われる[66]」。

Gilmoreは、アメリカ法におけるこのような試みはLangdell以前にはなかったと評価する[67]。一八三七年に、Joseph Storyはマサチューセッツ州知事に対してコモン・ローの法典化に関する報告書を提出している[68]。ここでStoryは、commercial contractsの分野については法典化が可能であり、かつ望ましいと述べているが、彼は契約の一般理論を構想していたわけではなく、専らその個別分野――代理とパートナーシップ、手形、保証、海事法、等――を考えていた。Langdellのケース・ブックは「様々な契約類型論集」という体裁をとる他のもの[69]と異なり、第一章「合意」、第二章「約因」、第三章「条件附契約」という新しい形であった。ここに至ってはじめて契約は抽象的な存在として観念されたのである。また、Langdellは、ロー・スクールでの法学教育に関しても重要な役割を果たしたとされる[70]。

Langdellによって牽引された一九世紀末から二〇世紀前半にかけてのアメリカ契約法は、それ以前の契約法研究が分野別的なものに偏っていたのに対して、一般原則に目を向け、契約全体に通じる諸原則を示そうとした。そのなかで、一九二三年に、「法を明瞭かつ単純化し、法をより確実なものとならしめるための第一歩として、コモン・ロー……の

整然たるリステイトメントを作成すること」を目的とし、アメリカ法律協会（American Law Institute）が設立されることとなった[71]。このように、Langdell の思想は、後述する一九二〇年代――Gilmore のいう「不安の時代」――のリアリズム法学の登場によって排斥されるまで、アメリカ法思想に支配的な影響を与えたといえる。

二　伝統的法理論の完成

契約法に一般理論を見出そうとする Langdell の思想を引き継いだのは Holmes であった。Gilmore によれば、Holmes の理論の核心は「理想としては、いかなる人に対しても、それがどんなことであれ、誰も責任を負うべきでない」ということであった[72]。とはいえ、これはあくまで理想であり、実際には達成不可能なことであるから、現実的な解釈としては可能な限り責任を限定しようとする。

Holmes は民事責任を契約責任と不法行為責任とに峻別するが、不法行為理論においては特にこの傾向が顕著となる[73]。すなわち、責任は個人的過失に基づくのではなく、事故から生じた損失はそれが降りかかったところに存するというのが法の一般原則であるべきだという[74]。ただし、理想を完全に現実にすることはできないから、客観主義によって責任を縮減することになる。Holmes は不法行為について、倫理的非難というような要素を極力排除しようとする。ここでは、個人の主観的過失は問題にされず、個々人の行為は客観的に社会的通念上の基準に照らして判断されることになる。

契約法においては、可能な限り責任を限定しようとするための balance-wheel として機能するのが、約因の交換取引理論（bargain theory of consideration）であった。法はすべての約束に法的拘束力を与えるわけではない。捺印証書という方式によらない約束についてコモン・ローは約因を要求する。Holmes は約因を「約束をした当人が受けた利益か

約束の相手方が被った不利益であるが、それだけでは不十分で、その約因（利益ないし不利益）と約束の間に交換的な関係が認められることを要する」と定式化した[75]。それらの認定は、あくまで客観的に行為の外形に基づいて行うわけである。そして約因がなければ契約は成立せず、もちろん責任もない。

ただし、責任を認める範囲をこのように限定する反面で、その範囲内では責任は絶対的なものとされる。Holmes によれば、法律上拘束力のある約束の唯一の普遍的効果は、もしも約束した事柄が生じなかった時には、約束をした人が法によって損害賠償を払わせられるということである。約束をした事柄が生じなかった原因が、当人の故意に基づくものであれ、やむをえない事情によるものであれ、それは問題とならない。その意味では責任は絶対的で、客観主義に徹している[76]。

三　第一次契約法リステイトメントの成立

少数の一元的な法理論の構築を目指す Langdell の思想は、第一次契約法リステイトメントにおける契約法理論に多大な影響を与えた[77]。このことは、当時のロー・スクール及び専門家としての教授集団の台頭を Langdell が支えていたこと、そしてリステイトメントの起草者をすべて学者が担っていたことからも裏付けられる[78]。

実際、アメリカ法律協会の設立にあたって、リステイトメント制定の必要性は以下のように説明されていた[79]。「アメリカ法には、不確実性と複雑性という欠点が存在する。このような欠点のために、不必要な訴訟が提起され、裁判所が正義を執行する根拠を失わせしめることになる。また、正当な権利を持っている人に対して適切な助言をすることも不可能になっている。その結果、訴訟が提起された場合には、遅延と訴訟費用増大を引き起こすことにもなっている。そして、これらのことにより、法に対する尊敬の念が失われるという深刻な問題が生じる。そこで、欠点である不確実性

と複雑性を取り除かなければならない。そのために、アメリカ法律協会は、法を明確化、単純化し、社会的要求に対応できるようにする方法で、法のリステイトメントを行う。これに加えて、科学的な法的仕事を遂行する。」

アメリカ法律協会が最初に出したリステイトメントは、一九三二年に完成した契約法のリステイトメントであった。契約法に続いて、コモン・ローの主要部分を含む「不法行為法」、「代理法」、「原状回復法」、「物権法」、「信託法」等の各分野について、重要と考えられる判例準則を制定法の条文の形でまとめたものとして、リステイトメントが発表されることとなる。なお、リステイトメントの条文は「専門家の意見の産物でもあり、同時に法律家による法の表現」であり、法的拘束力は認められないことが、あわせて確認された(80)。

第一次契約法リステイトメントでは、Williston がチーフ・レポーターをつとめ、アドバイザーとして Corbin らが選ばれた。起草作業は以下のように進められた。まず、各章のレポーターが予備的草案を作成し、それをアドバイザーに提出し、評議会が一定の修正を加える。その後、仮草案としてアメリカ法律協会の年次総会に提出され、弁護士会や一般の法律家からの批判やアドバイスを受ける。九年間の起草作業を経て、一九三二年五月のアメリカ法律協会年次総会において第一次契約法リステイトメントが採択され、刊行されることとなった。

四　第一次契約法リステイトメントにおける約因法理

一九世紀初頭のアメリカ法思想に見られた形式主義的なアプローチは、契約法においても存在感を示すこととなった。第一次契約法リステイトメントは契約を「ひとつの約束または一組をなす約束であって、その違反に対して法が救済を与え、またはその履行を法が何等かの方法で義務として認めるもの(81)」と定義する。そこで、このように契約を「約束」の一種ととらえたうえで、いかなる約束が拘束力ある約束になるのかが、約因法理において論じられた(82)。

約因とは、不要式契約の成立にあたり、当事者間の約束に効力を与えるための要件のひとつである。コモン・ローのもとでは、当事者の合意が強制可能なものであるか否かは、しばしば約因の存否に基づいて決せられる。約因の起源は明確ではないが、コモン・ローにおける交換の形態が発展していくなかで登場した過去の訴訟形式に見出されるとされる[83]。交換の形態は、時代に応じて三段階に区別することができる[84]。すなわち、（i）交換がすべて同時に生じていた中世の時代、（ii）金銭債務訴訟によって「半分完成された交換」が保護されるに至った一二世紀後半、（iii）引受訴訟が契約法上の訴訟方式となり、未履行の交換が強制可能なものとなった一八世紀後半である。

上述したように、イギリスでははじめ、すべての約束が法的結果を認められたわけではなかった。一三世紀末までには捺印証書による契約が有効とされ、いわゆる捺印契約訴訟（action of covenant）の提起が許されていた。しかしその場合でも、約束が一定金額の支払いを目的とするときは、金銭債務訴訟（action of debt）というものを提起することになっていた。この訴訟は、書面が全然ない場合でも、金銭の賃借、売買、労務の提供などを理由として、一定金額の支払いを求めるために用いられたもので、それらの場合には現実の金銭、物品、労務と、将来支払われるべき金銭との交換がなされたのであり、債権者は、相手方の占有内にある、自身が所有する金銭の返還を求めるというのが当時の考え方であった。相手方に提供された金銭、物品、労務などが、この訴訟提起の要件としてのいわゆる対応物（quid pro quo）とされた。Holmesは、この対応物を約因の起源であると位置づけている[85]。この他に、動産返還請求訴訟（detinue）も認められていた。

しかし、以上に述べたもの以外の一般の約束が、訴訟の目的となり得るのは、中世の人々にはなかなか考えられなかった。それが次第に認められてきたのは、一五・六世紀のことで、それはまず、契約違反を不法行為と見ることから始まった。元来は故意の違法行為に対して提起されることになっている侵害訴訟（trespass）が、その範囲を広げられ、約束

の履行について過失があったか、またはそれが不完全であったという違法行為に対しても提起し得ることになり、一五世紀にはついに自ら引き受けた（assume）義務を履行しなかった場合の救済方法として認められるに至った。そしてその場合特に引受訴訟（assumpsit）――令状の中の「自ら引き受けた（super se assumpsit）」という文字からきている――と称され広く契約不履行の場合の訴訟形式となった。

とはいえ、あらゆる契約を有効とするのは行き過ぎで、何か限界を設ける必要があるとされた。引受訴訟を提起した人は、被告がどういう理由で義務を引き受けたのかを証明すべきではないか、被告が引き受けたために自分が何か損をしたという必要はないか、という考え方である。この損失（detriment）という概念が、一六世紀の終わり頃から約因（consideration）という名称で呼ばれることとなり、Ames はこれを約因の出発点であると説明している[86]。

一七世紀初頭には、既存の金銭債務は、債務の発生の時からすでに、それを支払うとの「引受」を包含し、従って金銭債務訴訟のかわりにより新しくかつ進歩した引受訴訟を提起し得るという画期的な判決が下され[87]、約因には金銭債務訴訟における対応物の観念をも取り入れられることとなり、さらに債権的売買その他の双方未履行契約の発達に伴って、受約者が提供する約束もまた約因となりうることとなった。

このように、より客観的、外在的、かつ形式的な基準に基づく契約法理論を構成するための要素として、約因は重要な役割を果たすこととなった。Williston や Horwitz は、契約訴訟の基礎は、当事者の相互意思よりも約因にあると考えていた[88]。Holmes も以下のように述べている。「我々の法は、当事者がなす約束をすべて強制するわけではない。約束に対して約因が存在しない限り、約束には法的拘束力がない。すなわち、通常いわれているごとく、被約束者が、約束をする誘因として、約束者に対して利益を与えるか、または自ら損失を被るかしない限り、約束には法的拘束力がない[89]」。約因法理を基礎とする交換的取引理論は、Holmes 及び Williston によって体系化され、第一次契約法リステイ

トメントにおいて結晶化されることとなった。

五　第一次契約法リステイトメントにおける契約責任判断構造

契約の拘束力を決するルールが形式主義的に定められた一方で、第一次契約法リステイトメントは、契約責任の決定の場面についても形式主義的なルールを設けた。

第一次契約法リステイトメント三一二条及び三一四条によれば、正当な理由によらないで契約上の約束を履行しないことは、契約違反であるとされる[90]。違反が重大であって、被害者が契約は全面的に侵害されたとみてよい場合、このような違反は全部的違反（total breach）とされる。しかし、不履行がさほど重大なことでないか、あるいは何か細かい点に関するものであって、契約が全面的に違反されたものとは考えられない場合、そのような違反は一部違反（partial breach）とされる[91]。さらに、双務契約の一方当事者が自分の債務の履行を履行期到来前に拒否することが、履行期の到来をまたずにすぐさま契約違反として扱われることがあり、これは期前違反あるいは履行期前の履行拒絶と呼ばれる（anticipatory breach）[92]。

契約違反に対する裁判上の救済方法として、リステイトメントは（ⅰ）損害賠償、（ⅱ）原状回復、（ⅲ）特定履行を挙げる[93]。なお、これらの三種の救済方法は多少重複する。例えば、金銭債務の取立を認める判決は特定履行の判決に非常に近いが、やはり損害賠償の判決の中に入れられる。損害賠償を目的とする賠償金と履行の金銭的価値の回復との相違点も、ある場合には、結果が同じであるとか訴訟の形式が同じであるとかのために、不明瞭になることがある[94]。

損害賠償の判決は、婚姻を約因とする約束を除く、すべての契約違反に対して下される[95]。上述した救済方法のうち、損害賠償請求訴訟が最も普通であるとされる[96]。その額は、違反者がなすべきであった履行の価格から、被害者が違反者

の不履行のためにしなくてもよいことになった履行の価格を差引いた差額である。

特定履行（specific performance）の判決は、損害賠償による救済方法をもってしては十分でない場合に、要件[97]を満たせば認められる。[98]これはすなわち、被告に契約の趣旨通りの履行を強制する判決である。これは、エクイティ裁判所によって、コモン・ロー裁判所が与える救済方法の足りないところを補うために認められたもので、元来はイギリスの大法官が作り出したものである。現在、アメリカのほとんど全部の州で、同一の裁判所がコモン・ロー上およびエクイティ上のすべての救済を与えるが、これらの救済方法の性質は今なお別々のものである。[99]履行の強制は事実上なかなか難しく、たいていの場合、損害賠償だけで十分な救済となるので、特定履行は認められない。ただし、不動産については原則として代替性がないため、不動産売買の契約については特定履行が認められている。万一、被告が特定履行の判決に背くときは、裁判所は自分を侮辱したものとして、判決に従うまでその者を監禁する。

原告が被告に対してある程度の履行をしており、その履行の価格の返還だけを希望する場合には、一般的に、契約の解除があったものとしてその価格の返還を請求する訴訟が認められている。[100]特別の場合には、譲渡された物そのものの返還を強制するエクイティ上の救済方法も認められる。

（64）ギルモア（一九八四年）・前掲注50・五九頁以下。
（65）CHRISTOPHER C. LANGDELL, A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS (1871).
（66）*Id.* at vi.
（67）ギルモア（一九八四年）・前掲注50・六五頁。
（68）J. STORY, MISCELLANEOUS WRITINGS 698 (W. W. Story ed. 1852).

(69) W. W. STORY, TREATIES ON THE LAW OF CONTRACTS NOT UNDER SEAL (2nd ed. 1847) ; THEOPHILUS PARSONS, THE LAW OF CONTRACTS (1853).

(70) 一八世紀末から一九世紀末にかけては、法学教育の中心は法律実務家の事務所であり、ロー・スクールではなかった。当時、法律家を目指す者は、一種の師弟制度の下で実務家の指導と助言を受けながら法を学んでいた。やがて、法律事務所における教育が発展、拡大したものとしてロー・スクールが私設され、法が教えられるようになった。次第に法律事務所における法学教育は重要性を失い、最終的には大学に付置されたロー・スクールが法学教育の主役の地位を獲得するに至った。この変化は同時に、法学教育の担い手が、実務家から教育専門家である法学教授に移行したことをも意味していた。Langdell は、一八七〇年にハーバード大学ロー・スクールの学部長に就任した後、ロー・スクールの卒業生から教授職に就く者を選抜し、教育と研究に専念できる専門家集団としての法学教授を誕生させた。また、Langdell が導入した新しい法学教育方法であるケース・メソッドは、各地のロー・スクールに広く採用された。松浦好治「Law as Science 論と一九世紀アメリカ法思想（一）～（三・未完）」中京法學一六巻二号（一九八一年）五〇頁以下・中京法學一六巻四号（一九八二年）二四頁以下・阪大法学一二五号（一九八二年）五一頁以下。特に、（三）五二頁以下参照。

(71) Restatement (First) of Contracts intro. at viii (1932). 以下、第一次契約法リステイトメントの翻訳は、アメリカ法学協会著（末延三次訳）『条解米国契約法』弘文堂（一九五七年）による。また、第一次契約法リステイトメント、UCC、第二次契約法リステイトメントの成立過程に触れるものとして、木原・前掲注42。

(72) GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 151 (1974) at 14. 本書の日本における紹介として、曽野和明「書評」アメリカ法（一九七八年）一九九頁以下、樋口範雄「グラント・ギルモア著『契約の死』」學習院大學法學部研究年報一四巻（一九七九年）一〇三頁以下。また、本書の翻訳として、森達ほか訳『契約法の死』文久書林（一九七九年）。

(73) *Id.* at 15-17.

(74) というのも、行動という言葉に選択の自由が含まれている以上、人はある特定の行動をとる義務はない。しかし、人はともかく何らかの行動はしなければならず、しかも社会は個々人の行動によって一般に利益を得るものである。行動することが不可避であり、公益に役立つものである以上、行為者にとって必然的でかつ望ましい冒険を投げ捨ててしまうという政策をとる必要はないと Holmes は考える。O. HOLMES, THE COMMON LAW 76 (1881).

（75）*Id.* at lecture viii.
（76）*Ibid.*
（77）松浦は「リステイトメントの制定が可能であった背景には、この時期までのロー・スクールおよび専門家としての教授集団の台頭という事実が存在する」と指摘する。松浦以津子「リステイトメントとは何か」『現代社会と民法学の動向 下』有斐閣（一九九二年）四九五頁。Langdell は一八七〇年にハーバード大学ロー・スクールの学部長に就任した後、ロー・スクールの卒業生から教授職に就く者を選抜し、教育と研究に専念できる専門家集団としての法学教授を誕生させた。そして、リステイトメントの起草者はすべて学者が担ったのである。
（78）同前。
（79）AALS（アメリカ・ロー・スクール協会）の設立した「法的状況改善のための恒久的機関を設置する委員会（a Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law）」による報告書。A.L.I., 1 A. L. I. Proceedings 6-11. 第一次リステイトメントの起草については、末川博「米国に於ける法律改革の運動」法學論叢九巻五号（一九二三年）六九五頁以下、田中保太郎「米国普通法の Restatement の意義（一）～（二・完）」同三一巻一号八七頁以下・同四号九五頁以下（いずれも一九三四年）も参照。
（80）*Id.* at xii.
（81）Restatement (First) of Contracts §1 (1932).
（82）約束の法的拘束力の根拠について、参照、木下毅『英米契約法の理論〔第二版〕』東京大学出版会（一九八五年）特に一六三頁以下。
（83）イギリスではかつて、訴訟を提起するには、あらかじめその種類の訴訟について定められた一定の訴訟開始礼状（original writ）を入手することが必要で、実体法はたいてい、この令状ならびにそれによって始まる一定の形式の訴訟を中心として発達してきた。
（84）L. FULLER & M. EISENBERG, BASIC CONTRACT LAW 45-46 (4th ed. 1981).
（85）HOLMES 1881, *supra* note 74, at 60.
（86）J. AMES, LECTURES ON LEGAL HISTORY AND MISCELLANEOUS LEGAL ESSAYS 129 (1913).

(87) Slade's Case, 4 Coke's Rep. 92 b, 76 Eng. Rep. 1074 (K.B. 1602).
(88) Samuel Williston, *Freedom of Contract*, 6 CORNELL L. REV. 365 (1921); HORWITZ 1977, *supra* note 62, at 160-62.
(89) HOLMES 1881, *supra* note 74, at 200.
(90) Restatement (First) of Contracts §312 cmt. a and §314.
(91) *Id.* §313.
(92) *Id.* §318.
(93) *Id.* §326.
(94) *Id.* cmt a.
(95) *Id.* §327.
(96) *Id* cmt. c. ただし、損害賠償請求訴訟は許されないが特定履行の請求なら許される場合がひとつある。それは、詐欺防止法（Statute of Frauds）の適用を受ける契約が該法の要件を満たさないから損害賠償の訴えは起こせないが、裁判所をして特定履行の判決を下さしめるに足る程度の一部履行がすでになされた場合である（§197,§358 cmt. e）。
(97) *Id.* §359-380.
(98) *Id.* §358.
(99) エクイティ上のルールは、コモン・ロー上のルールの存在を前提としており、エクイティ上の救済手段はコモン・ロー上の救済手段では救済の目的を十分達しえない場合にのみ補完的に与えられる。伊藤正巳『アメリカ法入門〔第四版〕』日本評論社（二〇〇八年）一〇五頁。
(100) HOLMES 1881, *supra* note 74, §347.

第四節　厳格責任の確立

一　リアリズム法学の台頭

Langdell に代表される契約法思想については、第一次リステイトメントの起草以前から、これに反対する議論が見られた[101]。Langdell がひとつの正しい法的ルールを観念し、体系的な研究のためには判例の圧倒的多数は有害ですらあると述べたのに対し[102]、第一次契約法リステイトメントの起草者の一人でもある Corbin は、判例の中にある効果的事実（operative facts）を知るためにも、すべての判例を研究すべきであると主張した[103]。さらに、リアリズム法学の立場から、「科学としての法」の立場はあまりに形式主義的かつ硬直的であるとの批判がなされ、こうした動きが統一商事法典（UCC）や第二次契約法リステイトメントの起草につながることになる。

古典学派の主張に対して懐疑的であったのがリアリズム法学の立場であった[104]。リアリズム法学のひとつの特徴として、法を道具主義的にとらえ、コモン・ローにおける推論を裁判官による立法としてとらえることが挙げられる。ここでは、法は裁判官が規定した決定のためのルールからなり、裁判官が適用しないルールは法ではないとされる。ここでは、裁判所がそれらのルールを適用することがそれらを法にするのであり、神秘的な実体、これらのルール以外の法は存在しない。裁判官は法の発見者というより、むしろ法の創造者であると説明された[105]。このように、リアリズム法学の観点からは、裁判所が創造的な解釈によって法を発展させる権限が正面から認められることになった。

また、もうひとつの特徴として、リアリズム法学は、法を社会的、経済的、あるいは政治的なコンテクストにおいてとらえることを要請した[106]。例えば F. Cohen は、労働組合が、その成員の行為による不法行為に対して責任を持つべきか否かという問題について、組合が法人格を持つか否かといった伝統的な法学における探求を否定した[107]。そして、特定の法的規則によってどのような社会的、経済的な目標が達せられるのかを検討すべきであると主張した。この他、民事および刑事手続きや、破産法、銀行法の実務について等、特定の法の社会的、経済的効果を検討することもリアリズム

法学の課題のひとつであった[108]。このような考え方は、その後のポスト・リアリズムとして最も影響力を持つこととなった法と経済学の立場につながることとなる。法と経済学が自由市場における取引交換促進に焦点を当てたほか、社会学や哲学など、様々な学問分野から学際的に法を研究する立場が発展している。

このようななか、リアリズム法学の代表的論者であるLlewellynは、規範の定義化、一般化、形式化に懐疑的であり、第一次契約法リステイトメントにおける一元的な契約理論を否定した。曰く、「Langdellによる衝撃と分析、Willistonによるさらなる発展と明確化、判例不在の契約法リステイトメント、これらは、満足するには余りにも多くの点において、諸判決とも一般感覚とも不一致がある[109]」。彼は、裁判官の専門的職務・技能の伝統とその理念に一定の安定性・予測可能性を見出す一方で、個々の判決の正当性には「ルールがケースを決定する」という従来の教義を疑問視したのである。

リアリズム法学の立場からは、契約ルールは、規範への偏重から離れ、法理が何を示すかだけでなく、それが実際にいかに機能しているかに着目し、現実の商取引に適合したものでなければならないとされる[110]。ここでは、人間行動の相互作用への洞察を進め、倫理や経済や社会状況を考慮に入れることが求められる。消費者保護の局面でも、法律分析に対しより柔軟なアプローチを採り、契約自由の原則への規制が唱えられた。これはすなわち、Holmesらによってすすめられてきた「紙の上の法」から「行動における法」への視座の移行であった[111]。

二　UCC第二編（売買）の成立過程

Llewellynが編纂委員会（Editorial board）のチーフ・レポーターをつとめたUCCは、統一州法委員全国会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL、なお現在の略称はULC）によって作成された統一法のひとつである[112]。そもそもULCは、各州の法律の統一を促進することを目的として一八九二年に創設された専門家団

体であるが、UCC 以前の統一法は必ずしも成功してはいなかった。例えば、一九〇六年統一売買法を採択したのはわずか一〇州にとどまった。一九〇六年統一売買法は、起草者である Williston が、イギリスの一八九三年動産売買法を模範として作成したものであったが、一九世紀のイギリス制定法はアメリカの現代的取引に適合しないと考えられ、受け入れられなかった[113]。

このように、商業関連の統一法の全般的な進展がみられず、州際取引における不便が解消されない状況が続くなかで、一九四四年に ULC と ALI が共同で UCC プロジェクトをすすめることとなった[114]。Llewellyn は一九四九年草案（1949 Proposed Draft）をまとめ、さらに各編の内容を再検討する委員会を経たうえで、一九五二年公式テキスト（1952 Official Text）を公表した。この公式テキストも、当初はペンシルバニア州のみにしか採用されないなど、ただちに受け入れられたわけではなかった。特にニューヨーク州では、指導的な立場にあった弁護士や銀行家からの反対が強く、ニューヨーク州法改訂委員会が UCC の研究と提案を行った。Llewellyn らはこの提案を受けて一九五七年公式テキスト（1957 Official Text）を公表し、さらに変更を加えて一九五八年公式テキスト（1958 Official Text）、一九六二年公式テキスト（1962 Official Text）を公表した。

全国の州議会は改訂された UCC を次々に採択し、一九六八年までに四九の州とコロンビア特別区、ヴァージニア諸島において同法典が制定されることとなった。ルイジアナ州も、UCC 全編を採択してはいないものの、一九七四年には一九七二年公式テキスト（1972 Official Text）のうち第一篇、第三篇から第五編、第七編から第八篇を採択しており、UCC は州法の統一化という当初の目的をほぼ達成したといえる[115]。

もっとも、一九六一年には、同法典を制定したほとんどの州がそれぞれの州のニーズにあった修正を行っていることが明らかになった。そこで、ULC と ALI の間で、UCC に対する統一的な改訂を継続していくための常設編纂委員会

(Permanent Editorial Board) が設立された。その後、一九八〇年代には、新たに第二A編「リース」(一九八七年公布)、第四A編「資金移動」(一九八九年公布) が新設され、各編に対する改正も随時実施された。すなわち、各州独自のUCCの解釈や改正、特別立法によって、結果として法の不統一が招かれることを防ぐため、UCCには社会の変化に対応したメンテナンスが求められたのである。その意味で、UCCの起草は、法理論よりも現実の取引実務を重視して行われることとなった[116]。なお一九九〇年代には、第一編「総則」、第二編「売買」、第二A編「リース」、第七編「権原証券」、第九編「担保取引」を中心に、大規模な改訂作業が進められた[117]。

この改訂の背景には、第一には、UCCが運用されるなかでその問題点が明らかとなり、各州が不統一な改正、特別立法を行っていたことへの対応の必要性があった。また、UCCの他の編の改正との整序も問題となった[118]。第二に、消費者問題、製造物責任問題、コンピュータ契約など、新しく生じてきた現代アメリカ社会の現実問題に対応する必要があった[119]。第三に、Macneilを主唱者とする関係的契約理論など、契約法の新しい理論に対して、UCC第二編がいかに対応すべきか問題となったことが挙げられる[120]。

しかし、改正された二〇〇三年版第二編はどの州議会においても採択されず、結果として改正作業は失敗に終わったと見られている[121]。二〇一一年にはULCとALIは二〇〇三年版第二編への支持を撤回することを正式に表明した[122]。

三　第二次契約法リステイトメントの成立過程

第二次契約法リステイトメントは、一九七九年に採択され、一九八一年に公表された[123]。一九六三年から一九七一年までBraucherが、その後はFarnsworthがチーフ・レポーターをつとめた。また、ALIの評議会は、レポーターのアドバイザーとして法学部教授、弁護士、裁判官を選抜した。

第一次リステイトメントの起草方針は、既存の法を叙述すること、法の準則を客観的に記述するにとどめることにあったとされる[124]。法の準則について、より一般的な原理とともにその背景が説明されたり、根拠となる判例が挙げられたりすることもほとんどなかった[125]。そのため、第一次リステイトメント公表後の裁判所は、リステイトメントに示された準則の理由づけを窺い知ることができず、また、具体的事件にそって修正を加えるための指針を与えられることもなかった。結果的に、各州の判例法が当初期待されたほど統一されるには至らなかった[126]。

こうした反省をふまえ、第二次リステイトメントの編纂にあたっては、法が判例を通して発展していくことが強調され、リステイトメントの果たすべき役割も、判例による法形成への影響という点が重視され動態的にとらえられた[127]。具体的には、注釈のなかで、理由づけが従来よりも詳しく説明されることになったほか[128]、州によって判例の立場が異なるところについて、その旨が説明され、なぜそのうちのある立場をリステイトメントとして採用するに至ったかが述べられている。また、起草者の責任において書かれたReporter's Notesが捕捉として追加され、判例や論文を引用しながら、問題のある箇所についての解説がなされることとなった。

第二次リステイトメントに影響を与えた諸原因として、Farnsworthは、（i）第二次リステイトメントに示唆を与えた諸個人、（ii）判例法の権威、（iii）制定法の影響の三点を挙げている[129]。

このうち、（i）第二次リステイトメントに示唆を与えたものとして、特にWilliston[130]及びCorbin[131]の『契約法』、Palmerの『原状回復法』[132]、Fullerの信頼利益に関する論文[133]、Dawsonの不当威圧に関する一連の論文[134]が挙げられている。

また、（ii）各法域において発展してきた判例法が今回のリステイトメントに影響を与えたと評価される。リステイトメントが現行法（判例法）の忠実な再述であるか、また、そうあるべきか否かは、以前より度々論じられてきた問題であった。Farnsworthは、今回のリステイトメントが概して現行の判例法の立場を忠実に守ったとする。一方で、主

に当事者の信頼を保護する方向での法の拡充など、部分的にはっきりと革新的な姿勢をとったとしている。これは例えば、契約の成立に関する約束的禁反言の原則の拡充（§§87, 139）や、損害賠償の範囲の限定要因または拡大要因として、債務者または債権者の信頼の度合いを斟酌しうること（§§87, 90, 97, 351、また§§158, 272）等にあらわれている。

（iii）制定法の影響としては、一般的にUCCの影響を多く受けたことが指摘されている。UCC第二編がとりわけ物品売買に関する契約を対象としているために、それらが契約法の一般原則に関わるリステイトメントに対して有益な類推を提供するかは幾分不明瞭であるものの、UCCで採用された諸概念や専門用語、契約ルールのいくつかが、第二次契約法リステイトメントにも組み込まれている。

四　UCC及び第二次契約法リステイトメントにおける契約責任判断構造

UCCの損害賠償法の基本原則は、第一編（総則）に見られる。「損害を受けた当事者を、相手方が完全に履行したときと同じ地位に置くという目的を達成するように、柔軟に運用されなければならない」[135]。別段の定めがない限り、「結果損害の賠償（consequential damages）、特別損害の賠償（special damages）、懲罰的な損害賠償（penal damages）は認められない」。第二編第七章は、売主と買主の損害賠償を別個に規定している。コモン・ロー上の救済である損害賠償が第一次的方法とされ、契約内容の強制履行を求める特定履行というエクイティ上の救済は、伝統的に劣位におかれてきた。強制履行の命令が出されるのは、「売買の目的物が独特のものであるか、またはその他の適切な場合」[136]など、限定的な場合である。

買主が契約違反をした場合の売主の救済方法は、買主が目的物を受領したか否かで異なる。なお、UCC第二編では、目的物が単に買主の支配圏内に入る受取り（receipt）と、それを契約の履行として買主が了承する受領（acceptance）

とが区別される。

買主が目的物を受領すれば、売主は代金を請求でき、さらに被った付随的損害[137]の賠償も請求することができる[138]。買主が目的物を受領しない場合には、不当な受領拒絶や受領撤回が問題となり、売主は買主に事前に通知したうえで、契約を解除することなく目的物の再売却をすることができる[139]。そして、その再売却が誠実にかつ商取引上の合理性をもってなされ、再売却価格がもとの契約価格よりも低ければ、その差額を損害として賠償請求することができる[140]。もっとも、売主は再売却をする義務を負うものではないから、再売却をせず、市場価格と契約価格との差額を損害として請求することも可能である[141]。その場合に基準となる市場価格は、売主が物品を提供すべき時と場所における市場価格であり、それをもって再売却価格に代置する。ただし、市場価格との差額の賠償では、履行がなされたのと同じ地位に売主を置くのに不適切であれば、再売却するとしないとにかかわらず、売主は逸失利益の賠償を求めることになる[142]。

損害額の算定には以下のような調整が加えられる。まず、付随的損害が加算される。また、市場価格との差額による場合は、契約を履行せずにすんだために節約できた費用――違反買主への運送費など――が控除される[143]。なお、結果損害の賠償請求は売主に認められていない。

売主が契約違反をした場合にも、買主が目的物を受領するか否かによって、買主の求め得る損害賠償額が異なる。買主が目的物を受領し、もはや受領の撤回もできない場合で、目的物が契約に適合しないときは、その契約違反から通常生じるであろう損失を損害として賠償請求できる[144]。その契約違反がワランティ違反である場合の損害額の算定は、契約に適合する目的物の価値と現実に引き渡された目的物の価値の差額による。

買主が目的物を受領しない場合、あるいは受領を撤回した場合、買主は契約を解除することなく、誠実にかつ不合理な遅滞なく代品購入をしたうえで、その価格がもとの契約価格よりも高ければ、差額を損害として請求することがで

きる。[145]

UCCにおいては、契約当事者の義務違反――売主は移転し、引き渡す義務、買主は受領し、契約に従って支払をする義務[146]――以外の帰責根拠について記述がない。条文上は、まさに契約に反したことが帰責根拠となり、それ以外の規範的判断は持ち込まれないようである。

一方、第二次契約法リステイトメント[147]によれば、「契約とは、ひとつあるいは一組の約束であって、その不履行に対して法が救済を与え、あるいはその履行を法が何らかの意味で義務と認めているものである[148]」。これは、第一次契約法リステイトメントから文言の変更がない。

なお、UCCにおいて契約の定義は、「当事者の合意によって生じた……法的な権利義務関係の総体[149]」とされていたが、第二次契約法リステイトメントはこれを適切な代替的定義であると認めている[150]。ただし、「合意」は「取引」よりも広い意味を持つものであるとする。というのも、第二次契約法リステイトメントにおける契約は、交換を目的とした取引だけでなく、不利益を伴う信頼、道徳的義務、その他の根拠に基づいて強制される約束を含むものであるとの認識があったためである[151]。

第二次契約法リステイトメントにおいても、契約責任は依然として厳格責任であると考えられていたようである。以下のような記述がみられる。「契約責任は厳格責任である。契約は守られなければならないというのは、承認された格言である。したがって、債務者は契約違反に基づく損害賠償については、たとえ過失がない場合でも、また、事情により契約の履行が予期していたものよりも困難となった場合や予期していたのよりも有利なものではなくなった場合でも、責任を負う[152]」。「履行期が到来した場合において、完全な履行に何か欠けるところがあるときは、たとえ完全な履行を行っていない当事者に過失がなくても、すべて契約違反である[153]」。すなわち、債務者が契約によって引き受けたこと

に反すれば、そのことのみをもって契約責任が生じるとされた。

（101）木原（二〇〇四年・一）・前掲注42・一〇七頁。
（102）LANGDEL 1871, *supra* note 65.
（103）ギルモア（一九八四年）・前掲注50・一一四頁。
（104）戒能（二〇一一年）・前掲注50・六七八頁。
（105）J. GRAY, THE NATURE AND THE SOURCES OF THE LAW 121 (1972).
（106）戒能（二〇一一年）・前掲注50・六七八頁以下。
（107）ROGER COTTERRELL, THE POLITICS OF JURISPRUDENCE 179 (2nd ed. 2003).
（108）*Id.* at 182.
（109）Llewellyn, *The Rule of Law in Our Case Law of Contract*, 47 YALE L. J. 1243, 1269 (1398).
（110）ギルモア（一九八四年）・前掲注50・一一一頁以下。
（111）同前。
（112）UCC に関する主な研究として、以下のものが挙げられる。ブラウカー＝道田信一郎『アメリカ商取引法と日本民商法典Ⅰ売買』東京大学出版会（一九六〇年）、並木俊守『アメリカ統一商法典』東洋経済新報社（一九七一年）、吉田直『アメリカ商事契約法――統一商事法典を中心に』中央経済社（一九九一年）、ストーン著（渋谷年史訳）『アメリカ統一商法典』木鐸社（一九九四年）、田澤元章「アメリカ統一商事法典（UCC）の概要」日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズ2000-J-26（二〇〇〇年）、國生一彦「アメリカの物品売買契約法――UCC Article Two (UCC-2)――（一）～（一一・完）」国際商事法務四二巻四号五二四頁以下・同五号七四四頁以下・同六号九一九頁以下・同七号一〇六二頁以下・同八号一二〇九頁以下・同九号一三七五頁以下・同一〇号一五三三頁以下・同一一号一六九一頁以下・同一二号一八四六頁以下（いずれも二〇一四年）・同四三巻一号四五頁以下・同二号二〇二頁以下（いずれも二〇一五年）、等。また、木原・前掲注36

も参照。

(113) 木原（二〇〇五年・二）・前掲注36・五六頁。

(114) 同前五七頁。

(115) 同前。

(116) 同前五八頁。

(117) UCC 第二編（売買）の改正について、わが国では以下の研究がある。曽野裕夫「UCC 第二編（売買）の改正作業に見る現代契約法の一動向（上）（下）」北大法学論集四四巻四号（一九九三）一五九頁以下・同五号（一九九四年）二五頁以下、三枝健治「UCC 第二編改正作業における「契約の尊重（favor contractus）」」早法八四巻三号（二〇〇九年）一九一頁以下、木原浩之「改正 UCC 第二編における「合意」を基礎とする契約法理（一）～（五・完）」亜細亜法学四四巻二号（二〇一〇年）二一〇頁以下・四五巻一号（二〇一〇年）一五八頁以下・四六巻二号（二〇一二年）一四八頁以下・四七巻二号（二〇一三年）一二四頁以下・四八巻二号（二〇一四年）一一六頁以下。

(118) 曽野（一九九三年・上）・前掲注117・一六二頁。

(119) 同前一六三頁。

(120) 同前。また、後述するように、一九七九年に公表された第二次契約法リステイトメントは法と経済学の影響を受けていた。内田貴「〔著書紹介〕Anthony T. Kronman & Richard A. Posner, THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW (1979)」アメリカ法一九八三－二号二四九頁、同『契約の再生』弘文堂（一九九〇年）七四頁以下。

(121) 撤回の経緯について、木原（二〇一四年・五）・前掲注117・一〇二頁以下。

(122) 二〇一一－一二年のオフィシャル・テキストの Appendix において、「officially withdrawn in May 2011 by ALI and NCCSL」との記述がある。

(123) 第二次リステイトメントの編纂過程について、参照、田中英夫「RESTATEMENT（SECOND）の編纂」アメリカ法一九六七号（一九六七年）七四頁以下。また、第二次契約法リステイトメントについて論じた諸論文を紹介するものとして、参照、望月礼二郎「Symposium on the Restatement (Second) of Contracts, 81 COLUM. L. REV. 1-157 (1981)」アメリカ法一九八三号（一九八三年）一二八頁以下。

(124) そのため、確立した判例に反する立場をとることは許されず、また、判例の存在しない点について補充がなされることもなかった。

(125) 例外として、Restitution における Seavery 及び Scott による詳細な Reporter's Notes がある他、Property 第二章には Powell による解説が附されている。

(126) 木原（二〇一〇年・一）・前掲注117・八七頁以下。

(127) 木原（二〇一二年・三）・前掲注117・一七六頁以下。

(128) 多くの個所で Rationale という見出しの項目が置かれている。

(129) E. Allan Farnsworth, *Ingredients in the Redaction of The Restatement (Second) of Contracts*, 81 COLUM. L. REV. 1 (1981).

(130) SAMUEL WILLISTON, CONTRACTS (3rd ed. 1957-1978).

(131) ARTHUR L. CORBIN, CONTRACTS (1950).

(132) GEORGE E. PALMER, THE LAW OF RESTITUTION (1978).

(133) Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L. REV. 52, 373 (1936).

(134) John P. Dawson, *Economic Duress: An Essay in Perspective*, 45 MICH. L. REV. 253 (1947) ; John P. Dawson, *Duress through Civil Litigation*, 45 MICH. L. REV. 571, 679 (1947).

(135) UCC1-106.

(136) UCC2-716 (1).

(137) 契約違反によって生じる種々の費用で、商取引上、合理的なものをいう。例えば、再売却の相手を探すのに要した費用、目的物の保管に要した費用などがこれにあたる。UCC2-710.

(138) UCC2-709.

(139) UCC2-706.

(140) UCC2-706.

(141) UCC2-708 (1). 市場が存在しなければ、代金請求をすることができる。UCC2-709 (1) (b).

（142）UCC2-708 (2).
（143）UCC2-706 (1), 2-708 (1).
（144）UCC2-714 (1).
（145）UCC2-712.
（146）UCC2-301.
（147）第二次契約法リステイトメントにおける契約法理論について、参照、木原（二〇〇五年・三）・前掲注42。
（148）Restatement (Second) of Contracts §1.
（149）UCC1-201 (11).
（150）Restatement (Second) of Contracts §1 cmt b.
（151）*Id.* §3 cmt c, §82-90.
（152）*Id.* ch.11, introductory note at 309.
（153）*Id.* §235 cmt. b, at 212.

第五節　アメリカ契約責任法理の転換

一　古典的契約理論への批判

以上のように、アメリカ法においては、契約責任は伝統的に厳格責任であるとされてきた。すなわち、債務者が契約によって引き受けたことに反すれば、契約責任が生じる。体系書でも、契約責任が厳格責任であることが確認されている。「契約法は、その核心的デザインにおいて、厳格責任の法であり、それに伴う救済システムは fault に関わりなく働くのである」[154]。ここでは契約は、結果の保証を提供するものであると性格づけられる。不履行の理由は契約違反を判断

するうえで問題とならず、損害賠償責任の有無を判断するうえでも問題とならない。契約違反の相手方は期待利益を求める権利を与えられ、不履行の理由は損害賠償の範囲を判断するうえでも問題とされないのである。

また、契約違反に対する救済として、アメリカ法では、コモン・ロー上の救済である損害賠償が第一次的方法とされる。その背景について、Holmes 裁判官は以下のように述べている[155]。「英米法上、契約を結ぶということは、契約を履行するか損害賠償を支払って履行をやめるかの選択権をもつことを意味するに過ぎない」。また、Farnsworth は以下のように述べている。「アメリカ契約法上の救済制度の目的は、債務の現実的履行ではない。…問題は、どうやって債務者に約束を守らせるかではなく、どうしたら人々が契約関係に入るのを促進できるかである[156]」。すなわち、いったん契約を結んだら必ず履行強制が行われるという制度でない方が、人々は気軽に契約を締結することができる。履行強制が経済的な合理性に反する場合に、非経済的な行動を回避することができるのである[157]。

また、契約の拘束力の決定の場面についても、交換取引理論を中核とする伝統的な契約観に支えられた形式主義的なルールが採用された。これはすなわち、契約当事者の相互的な合意に拘束力を認める立場であり、合意に還元されない規範的な要素は当然契約から排除されることになる。そしてその背景には、当時の個人主義・自由主義思想や、個人の負担する社会的義務を制限しようとする思想の存在があった。

このように、アメリカ法においては、契約責任の帰責根拠は契約に違反したことにあるとされており、契約責任を厳格責任としてとらえてきた。しかし、古典的契約理論が完成するまでの歴史を眺めれば、契約責任は厳格責任主義であるとの立場が必ずしも貫かれてきたわけではないことが分かる。

一九世紀以前には、契約法は独立した法としての立場を確立しておらず、一定の典型的な契約関係ごとに、その特性に即した契約責任が理解されているに過ぎなかった[158]。そして、こうした特定の関係性のある当事者間においては、行為

者は標準化された一定の義務を負っており、その権利義務の内容は関係そのものによって輪郭付けられるものであって、個別の合意で決められるものはわずかであるとされていた[159]。

当時の契約責任の原則的基準は、当事者の明示の合意違反に基づくものではなく、むしろ個別の契約類型ごとの公平の観点から契約内容が規制されていたといえる。この意味では、厳格責任主義の立場とは異なる責任判断構造が機能していたのである。Horwitz も指摘するように、客観的な公平性という価値によって契約の内容を規制することをやめ、当事者の意思の合致による契約を重視するようになったのは、社会の始まりから存在した当たり前の事実ではない。むしろ、一九世紀に近代契約法が形成されるにあたり、あえて選択され、導入された原理だったのである[160]。

さらに、一九世紀の個人主義的思想から福祉国家思想への時代の変化により、伝統的契約理論は大きな挑戦を受けることになった。すなわち、当初想定されていなかったような、市場における有利な地位を持つ者と持たざる者があらわれ、市場における強者がその地位を濫用するようになったのである。これに対し、立法、行政の面からの介入が増大し、取引交換理論は衰退することとなった。

そのようななかで、伝統的契約理論への批判を主導したのが、Gilmore の「契約の死」であった。さらに Macneil の「関係的契約理論」も、契約は社会的な背景から切り離して孤立的あるいは単発的にとらえられるものではないと主張した。伝統的契約理論を批判し、当事者の明示的な意思の交換のみに限らない約束の拘束力を探求したという点において、本稿の問題意識との関係でも Gilmore 及び Macneil の主張は重要な意義を有すると考える。そこで以下では、両議論を概観し、契約責任判断構造における規範的要素を考えるにあたっていかなる示唆が得られるか検討することとする。

二　「契約の死」

一九世紀後半から、アメリカ契約法は理論至上主義、体系尊重主義のなかで理論を形成してきた。そこで中心的役割を担ったLangdell、Holmes、Williston と、彼らが形成した伝統的契約法理論に対して、二〇世紀後半に強い懐疑が唱えられることとなった。Gilmoreは一九七四年に発表した著書において、「契約は死せり」と述べ、伝統的契約法理論が現代社会において崩壊したことを指摘している。[161] Gilmore の主張は大きな反響を呼び、その主張の全てが必ずしも好意的に受け入れられたわけではなかったにしても、アメリカ契約法理論はひとつの転換点を迎えることとなった。

Gilmoreは、伝統的契約法理論の考え方の基礎には客観主義があり、契約法の機能はいかに責任を限定するかにあると説明した。その契約法理論の中核には約因理論があり、約因が契約の一生――契約の成立から変更、消滅に至るまで――を支配する。Gilmore が「契約は死せり」と表現し、批判したのは、約因の交換取引理論を中核とするアメリカの伝統的契約法理論についてである。Langdell、Williston、Holmesらは、形式的、外在的、及び客観的な基準に基づく契約法理論の構成を目指しており、そのための重要な要素となったのが約因であった。

こうして完成した伝統的契約法理論に対して、Gilmoreは以下のように批判を加えている。

まずGilmoreは、Williston がそれぞれの原則の先例として挙げる判決について、事実に遡って丹念に検討し、それらがいずれも先例とするには甚だ怪しいものであると論証している。[162]

さらに、第一次リステイトメントにおいてすでに伝統的契約法理論の破綻があらわれていると指摘する。すなわち、一般理論の金科玉条たる七五条（約因の定義）に対して、それと相いれないはずの九〇条（約束的禁反言の規定）が挿入された。Williston はこれに反対していたが、Corbin の勧めにより九〇条は採択された。当初は贈与的契約に限って適用される例外と見られていたにもかかわらず、[163] その後、商取引の領域でも広く活用されることとなった。[164] さらに、第二次契約法リステイトメントに至っては、約束的禁反言に関する九〇条の文言に変化が見られ、同条を根拠とする限り、

約因を含むテクニカルな契約理論を顧慮することは、多くの場合もはや不必要であるとすらいわれる[165]。Gilmore によれば、原則と例外が逆転しており、その様子は精神分裂病的症状に例えられる。

Langdell の業績についても、Gilmore は以下のように指摘している[166]。Langdell のケース・ブックに含まれる判例は、実際にはほとんどがイギリスの判決であり、一七世紀以来のものを年代順に羅列したに過ぎない。しばしばニューヨーク州及びマサチューセッツ州の判決による補充がなされたが、その他のアメリカの州は全く顧みられなかったという。また、ケース・ブックにおける説明も、どの判決が正しくどの判決が誤りであるという一刀両断的なもので、それがなぜなのか、それをどのように考えていくべきか探求しようとする姿勢に乏しい。結局、Langdell は、契約の一般理論というようなものが存在する、あるいは存在すべきだという考え方を世に送り出す以上のことはほとんど何もしなかった[167]。Gilmore は、Holmes の契約理論はいわば象牙の塔の中で案出された抽象的産物であると評した[168]。

Gilmore によれば、Langdell が契約法の一般理論の必要性を唱える以前から、個別の部門は十分に発展していた。むしろ、流通証券法の分野などはすでに固定化していたといえる。一般理論は、それが唱えられた後で、一種の巻き戻し的効果によって、いくつかの個別の部門、特に売買の新たな発展を促したに過ぎない[169]。一般理論が求められ、形成された背景を、Gilmore は以下のように説明している。

まず、Friedman も指摘しているように[170]、伝統的契約理論モデルは、当時の自由放任主義的経済理論と著しい類似性、関連性を持つ。いずれも、自由な個人の存在を疑わず、その行動を放任する――すなわち、責任を限定する――ことによって最善の結果が得られると考える。伝統的契約法理論は時代の要請にこたえたものであり、時代の要請が変化するにつれて存在基盤を失うことになった[171]。また、アメリカ法が各州で基本的にばらばらであることから、その統一を望む動きが活発化したといえる[172]。さらに、陪審に対する不信も、一般理論の形成の大きな要因となったと考えられる[173]。

以上のような背景から誕生した伝統的契約法理論について、Gilmore はその崩壊を宣言し、契約法は不法行為法に取り込まれつつあるとか、むしろ新たに民事責任法とでも呼ぶべきものに統一されつつあるといった指摘を行う[174]。しかし、Gilmore の主張の重点は、伝統的契約法理論にかわる新たな理論を打ち立てることではなく、むしろ、一般理論が崩壊したことにあるようである。Gilmore は、過去二〇〇年の教訓によれば、問題に直面したときにそれをあらゆる目的にかなうような理論で解決してしまおうとする態度を警戒するべきである、と強調している[175]。Gilmore は伝統的契約法理論の辿った歴史を振り返ることで、その理論が現実には必ずしも受け入れられていないことを明らかにし、多様な契約法上の問題を一般理論によって解決しようとする態度そのものについて問題提起を行っているのである。

三　「関係的契約理論」

Macneil による関係的契約理論は、一九六九年の論文ではじめて言及され、一九七四年に包括的なものとして発表された[176]。さらに、一九八〇年の著書[177]の刊行前後から一九八〇年代にかけて、多くの論文が公表されている[178]。上述したように、一九七四年の Gilmore の著書において「契約の死」が唱えられており、当時はいまだ古典的な意思理論による契約法の枠組みが強固でありながらも、それが動揺し始めていた。

Macneil も、Williston にみられるような古典的契約法理論を批判するという点では、Gilmore と問題意識を共有していたといえる。Macneil によれば、Williston のいう「申し込み」と「承諾」の合意主義的構成による契約観は、契約を現在化し、社会的な背景から切り離して孤立的あるいは単発的に契約をとらえるものである。しかし、特に継続的契約――フランチャイズ契約、労働契約、賃貸借契約、会社等が強調される――に着目すれば、契約はこのように単発的なものだけではない。Macneil の思想は社会学の影響を強く受けており、労働分業の社会的実態から帰納するかたちで、

契約現象、契約法をとらえなおそうとする問題意識が強い[179]。

なお、Macneil は継続的契約における関係の重要性を主張する一方で、そもそも、純粋あるいは完全な単発契約はありえないとも述べる[180]。すなわち、たとえ最も純粋な単発的契約であっても、少なくとも次のものを備える社会的基盤を前提としている。それは、（i）両当事者にとって理解可能な意思疎通の方法、（ii）当事者が殺人や盗みをせずに交換を行うための秩序ある体制、（iii）現代では一般的な貨幣制度、（iv）約束された交換の場合、約束を強制する有効なメカニズム、である。純粋に単発的な交換という概念は抽象的・空想的なものであり、実際のどの取引にも関係は存在しているのである[181]。

さらに Macneil は契約規範を、（i）共通契約規範、（ii）単発規範、（iii）関係規範の三つに分類している。これらの規範は、無数の変化に富む契約に現出する多様で特殊な規範の要点を抜粋したものである[182]。

共通規範は、われわれが契約的だと呼ぶに申し分ないと思われるあらゆる行動に不可欠なものであり、道義的義務に転化することで正しい行為の原則にもなる。契約が単発的であるか関係的であるかにかかわらず、契約の内的領域に存するその価値ということになる。共通契約規範には、「役割の整合性」、「相互性」、「計画の実行」、「同意の実現性」、「柔軟性」、「契約的連帯」、「原状回復利益、信頼利益、履行利益」、「権力の生成・抑制」、「手段の正当性」、「社会基盤との調和」を挙げる。いずれも契約行動に不可欠な要素で、そのような行動の価値を成すものである。

このうち、「計画の実行」と「同意の実現性」が強くなって生じるのが単発規範である。当事者が単発規範に調和して行動し、自らを律すれば律するほど、当事者は、自らを完全に拘束する計画、当事者がとりうる完全な拘束に近いプランニングをますます選択することになる。その結果、人間的見地から可能な限り、将来が現在にもたらされることになる[183]。

一方、「役割の整合性」、「契約的連帯」、「社会基盤との調和」が強くなって関係規範となる。関係規範は契約行動に不可欠ではないが、関係的契約行動には不可欠である。契約関係においては、習慣、慣習、内的原則と規則、社会的交換、他の社会的原則、依存、期待、その他多くの事柄が入り組んで結びついている。また、関係的役割は長期的なものになり、第一次関係や様々な義務を取り込む傾向がある。そのようななかで、契約における役割を一貫したものにし、関係を維持しようとする規範は、複合的な価値を持つことになる。

Macneil はまた、古典的契約法理論や、法の経済分析にみられる方法論についても批判を加えていた。Macneil は、単発契約でも継続的契約でも、社会的背景として関係的側面があることを強調する。しかし、従来の古典的契約法理論家は、意思の合致だけを取り出す。また、法と経済学の研究者は、関係当事者を孤立的に括りだし、彼らを合理的な利益最大化を図るものと措定する。当事者が協調すれば社会的効用は高まるにもかかわらず、このような機会主義的なとらえ方のもとでは、当事者は自己利益中心的にふるまうことになる。機会主義的行動を前提とする取引社会では、信頼規範は希薄になってしまう。これに対して Macneil は、機会主義とは対照的な「役割の整合性」を打ち出す(184)。ここでは、効率的契約違反や、契約を破る自由のような首尾一貫しない態度は許されない。

Macneil の議論は契約責任の帰責根拠を直接論じるものではないが、契約をとらえるにあたって、契約当事者の背景や関係性をも考慮すべきであると主張するものである。意思の合致を重視する古典的契約法理論に対して、当事者の合意にとどまらない規範的な要素を取り込む余地を認めたという点で、伝統的な厳格責任主義の立場とは異なるものであるといえよう。

(154) FARNSWORTH 2004, *supra* note 2, at 761.
(155) O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 467 (1897).
(156) FARNSWORTH 2004, *supra* note 2, at §12.1, 729-30.
(157) R. A. Posner は、「契約法とは、経済的効率性と社会厚生とを増進させる準則及び原則の体系である」、「交換取引約束に関する期待利益は、原告に、被告の履行があったならばそうであったような状態に置かれた価値を与え、被告には、最も高い価値を与える者と資源を交換するインセンティブが提供され、その結果、効率的結果が促進される」とする。R. A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 65ff (2d ed. 1977).
(158) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・六五頁以下。
(159) Kreitner 2009, *supra* note 58, at 1533.
(160) HORWITZ 1977, *supra* note 62, at 160.
(161) GILMORE 1974, *supra* note 72.
(162) *Id.* at 22-23.
(163) James Baird Co. v. Gimble Bros., 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933).
(164) Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).
(165) Restatement (Second) of Contracts §90 cmt a (1981).
(166) GILMORE 1974, *supra* note 72, at 13-14.
(167) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・六一－六三頁。
(168) 同前一九頁。
(169) 同前一一頁。
(170) LAWRENCE M. FRIEDMAN, CONTRACT LAW IN AMERICA 20-24 (1965).
(171) ギルモア（一九八四年）・前掲注50・九四－九五頁。
(172) 同前九六－九八頁。特に、一八六〇年代からのナショナル・レポーター・システムの完備によって、大量の判例が眼前に出現した。これに対応する必要性が、統一的法理論への要請へとつながったことも、ひとつの重要な背景である。

（173）同前九八－一〇〇頁。伝統的契約理論の特色である客観主義的アプローチから生じてきた約因理論は、実際問題として争点を可能な限り事実問題から切り離し、法律問題に限定する働きを持つ。ここでは、従来事実問題として陪審の手に委ねられていた事柄が、法律問題と名付けられて裁判官の職域に取り込まれ、あわせて上訴審の審理の対象に組み入れられることになる。

（174）同前八七－八八、九四頁。

（175）同前一四一頁以下。

（176）Ian Macneil, *Whither Contracts?*, 21 J. LEGAL EDUC. 403 (1969); Ian Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974). また、包括的な紹介として、DAVID CAMPBELL EDS., THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL (2001). その翻訳として、池下幹彦・東繁彦訳『関係的契約理論――イアン・マクニール撰修――』（二〇一五年）日本評論社。また、Macneil の議論はわが国でも紹介され、わが国の契約法学に影響を与えている。内田（一九九〇年）・前掲注120、吉田邦彦『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』有斐閣（二〇一一年）三五七頁以下、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（一九四四年）四一九頁以下。

（177）IAN MACNEIL, THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS (1980).

（178）Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978); Ian Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 NW. U. L. REV. 1018 (1981); Ian Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 VA. L. REV. 947 (1982); Ian Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 NW. U. L. REV. 340 (1983); Ian Macneil, *Bureaucracy, Liberalism, and Community: American Style*, 79 NW. U. L. REV. 900 (1984-85); Ian Macneil, *Reflections on Relational Contract*, 141 J. INST. THEORETICAL ECON. 541 (1985).

（179）Ian Macneil, *Lon Fuller: Nexusist*, 26 AM. J. JUR. 219, 225-227 (1981).

（180）Macneil 1978, *supra* note 178, at Bn.5.

（181）例えば、あるガソリンスタンドにたまたま立ち寄った運転手がガソリンを購入する契約において、当事者間にはいかな

る関係も存在せず、また将来も存在しないだろうと思われるが、このような取引においても社会基盤は必要であり、単発的に思えるだけで実際にはそうではない。Macneil 1974, *supra* note 176, at 720-21.

(182) Macneil 1980, *supra* note 177, at 39.

(183) *Id.* at 60.

(184) *Id.* at 66.

第六節　小括

以上のように、アメリカ法においては、ひとたび拘束力があると認められた契約は、当事者に絶対的責任を課すとされてきた。すなわち、契約責任の帰責根拠とは（有効な）契約に違反したことそのものであり、契約責任を厳格責任としてとらえてきたのである。ここでは、基本的に、契約両当事者の性質や、なぜ債務者が不履行に至ったのかといった背景は考慮されなかった。

しかし一方で、一八七〇頃から契約自由の原則は往年の勢いを失っていく。伝統的契約法理論から法社会化への転換が見られ、利得責任と信頼責任の復活、信義誠実や公正取引の強調が見られるようなった。一九七九年にはGilmoreが、伝統的契約法理論における約因を基礎とする交換的取引理論の崩壊を指摘している。ここでは、現代市民社会における責任発生の中核として、約因にかえて、「信頼の保護」と「不当な利得の発生阻止」が考えられるようになった。一九世紀後半までの夜警国家においては、私人間の契約という手段による交換的正義を通じて経済的発展が達成できると考えられており、約因は、取引における真剣性を担保するものとして重要な役割を果たしていた。しかし、福祉国家の倫

理観および価値観があらわれるにつれ、完全に客観的なルールの機械的適用による解決ではなく、「正義」、「非良心性」、「信義則」といった一般条項に依拠した解決が盛んとなったのである。

伝統的契約法理論が揺らぎつつあるなか、Macneil もまた、契約を現在化し単発的にとらえる契約観を批判した。特に継続的取引において顕著であるように、契約法規範には、「役割の整合性」や「社会基盤」との調和といった関係規範が含まれるという。このような考え方からは、契約における意思の合致のみを論じるのではなく、社会的背景をふまえて契約をとらえねばならないとされる。

本稿との関係でいえば、Gilmore や Macneil らの指摘はいずれも、契約をとらえるにあたって明示された合意以外の規範的な要素を取り込もうとする方法論であるという共通点を見出すことができる。Gilmore のいう「信義則」等の一般条項による紛争解決は、契約当事者の合意内容のみを帰責根拠とする立場にとどまらないものである。Macneil も、契約は社会的背景――これは、当事者の合意内容のみに還元されないものである――と切り離すことのできないものであると指摘している。両者はいずれも、帰責根拠を当事者の合意内容のみによって構成されるものではないとする立場と親和的であると考えられる。とはいえ、具体的な責任判断の場面、すなわち、損害賠償や履行請求といった救済が問題となる場面において、帰責根拠をいかにとらえるかは、必ずしも明確に議論されてはいなかったようである。

そこで、第二章では、伝統的契約責任論が動揺するなかで、近年の fault 論が、特に契約違反に基づく救済の場面における帰責根拠をいかに問い直そうとしているか、検討することとする。

（未完）

【付記】
本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一七年三月二三日授与）「契約責任の帰責根拠としてのfaultの役割――アメリカ契約法におけるfaultの発見を端緒として――」を修正・加筆したものである。なお、本稿の執筆にあたっては、JSPS科研費15J00526の助成を受けた。

論　説

カール・シュミットにおける民主主義論の成立過程（一）

――第二帝政末期からヴァイマル共和政中期まで――

松本彩花

目　次

序論
（一）先行研究の概観と近年の研究動向
（二）本稿の目的とシュミット民主主義論に関する先行研究

（三）本稿の研究視角と全体構成
第一章　シュトラスブルク大学時代におけるシュミットの思想（一九一〇―一九一九年）
　第一節　『国家の価値と個人の意義』における国家論
（一）執筆に至るまでの経緯
（二）執筆当初の構想
（三）法哲学的方法論
（四）国家の課題
（五）同時代の知識人による反応
　第二節　最初期シュミットにおける共同体と個人
（一）神学的世界像における共同体と個人
（二）個人主義批判
（三）近代主観主義批判
　第三節　法学方法論をめぐる一九一〇年代におけるシュミットとケルゼン
（一）初期シュミットにおける神学―法学並行論
（二）初期ケルゼンにおける神学―法学並行論
（三）擬制論に対するシュミットの評価
（四）擬制論に対するケルゼンの評価
第二章　第一次世界大戦期に始まるシュミットの独裁研究（一九一五―一九二一年）
第三章　シュミットの人民主権論批判（一九二二年）
第四章　シュミット民主主義論の変容（一九二三―一九二六年）
第五章　シュミット民主主義論の新たな展開とその起源（一九二七年）
第六章　『憲法論』におけるシュミット民主主義論の完成（一九二八年）
結び

（以上、本号）

序論

（一）先行研究の概観と近年の研究動向

カール・シュミット（一八八八―一九八五）の政治思想については、すでに半世紀以上にわたる研究の蓄積があり、ドイツ本国を越えて、特に英米や西ヨーロッパ、そして日本において常に関心の対象であり続けてきた。ドイツにおける研究の嚆矢となったものは、シュミット思想を発展段階的に分類し、「カトリック的規範主義」から「決断主義」へ、さらに第三帝国において「具体的秩序思想」へと展開したとする説を提唱して研究史上長らく影響力をもったH．クルパの論稿（一九三七年）[1]である。第二次世界大戦後には、シュミットを保守革命派と見做すA．モーラーによる研究[2]、保守革命派であるE．ユンガーおよびM．ハイデッガーとの思想的親近性を強調し、「友と敵の関係という闘争状況」に立脚した「決断主義者」としてシュミットを描いたC．G．v．クロコウによる研究[3]が続いた。こうして戦後のシュミット研究において決断主義理論や「友と敵の分極化」という論点に関心が集中していた中、一九六〇年代には、シュミット思想における「正統性（Legitimität）」概念に着目してその思想的展開を発展史的に再構成したH．ホフマンによる研究[4]が登場した。正統性という法哲学上の根本概念を主題としてシュミット政治思想の意義を再検討したホフマンの研究は、従来支配的であった「時代精神の波に乗る者」ないしは「オポチュニスト」としてのシュミット像を刷新し、シュミットを「二〇世紀の真剣な理論家、危機の著述家へと高めた」と評価されている[5]。

一九八〇年代には、ヴァイマル共和国とその憲法を擁護した理論家としてのシュミット像が打ち出され、「ヴァイマル共和国の墓堀人」としての従来のシュミット評価が再検討された。J．W．ベンダースキーによる研究は、ヴァイマル共和国末期の大統領内閣においてシュミットが果たした政治的行動とその著作の分析を通じて、シュミットが大統領

緊急命令権の行使による共和国防衛を支持する側に立っていたことを指摘し、シュミット研究史上画期をなした[6]。その結果、反共和国の立場から権威主義的「新国家」への移行を政治目標として憲法改正を目論んだパーペンら保守派とシュミットの政治的立場を同一視する従来の解釈に疑問が投げかけられた。

こうしたベンダースキーの説は近年、ドイツ人歴史学者たちにより公にされたシュミットの日記帳の内容に基づいて再検証され、その正しさが実証された[7]。すなわちシュミットの日記帳の解読を通じて、一九三二年七月の「プロイセン解体」の是非を争ったライヒ対プロイセン裁判におけるライヒ政府代理人としてのシュミットの弁論活動、また同年八月末に画策された国家非常事態計画におけるシュミットの関与の実態が明らかにされた[8]。この国家非常事態計画の全容が解明されたことは、共和国末期におけるシュミットの政治的役割に対する再評価ばかりではなく、パーペン、シュライヒャー内閣に対する政治的評価の再検討をも促し、近年のドイツ近現代史研究に対しても重大な影響を与える結果となった[9]。

シュミットの日記帳の一部が利用可能となったことにより、共和国末期における彼の思想と行動を解明する手掛かりが得られた。さらに最近では、その他の時期に関する研究に寄与する日記帳や書簡等の遺稿も漸次公開され始めており、従来のような資料上の制約は除去されつつある。また、日記帳や書簡等の遺稿に基づいて新たにシュミットの伝記が著されたことで[10]、従来の伝記[11]を凌駕する豊富な伝記的事実が提供された。その上、シュミットと同時代の知識人との間で交わされた書簡が新たに公にされたことにより、その関係について知りうる範囲が大幅に拡大した[12]。

（二）本稿の目的とシュミット民主主義論に関する先行研究

このように近年、公刊された一次文献の他にシュミットの遺稿が公開されたことにより、シュミットの思想的変化お

よび発展過程を従来よりも精緻に検証することが可能になった。解読され公刊されたシュミットの日記帳（一九一二年一〇月―一九一五年二月、一九一六年二月―一二月、一九二一年八月―一九二三年八月、一九二三―一九二四年、一九三〇―一九三四年）[13]に加えて、特に一九一〇年から一九二〇年代前半にかけての資料、例えば書簡や講義録等が公表されている[14]。従来、一九一〇年代における最初期シュミットの思想は、利用可能な一次資料が限られていたために十分に研究が尽くされてこなかった。しかしこうした新資料を利用することで、この時期のシュミット思想に関する従来の研究水準を刷新することが可能となる。

このような展望において本稿は、新たに公表された一次資料を利用し、従来解明されていなかった最初期以来のシュミットの政治思想を解明することを目的とする。その際に本稿が着目するのは、シュミットの民主主義論が形成されるまでの発展過程である。ヴァイマル共和政期にシュミットにより提唱された「治者と被治者の同一性」という周知の民主主義定義は、現在においても広く知られており、今日の民主主義を考える上でなお影響力を失っていない。シュミットが形成した数ある政治概念や政治理論の中でも、彼の唱えた民主主義論は、政治学研究においても現実の政治論議においても特に重要な意義をもっている。

しかし従来、シュミットの民主主義論の成立過程を統一的に解明し、それがどのようにして形成されてきたのかという問いに解答を与えようとする研究はなされなかった。シュミットの民主主義論に注目し、学術的に取り扱った先行研究としては、古くは一九七〇年代にH. グレービング、W. マントルの研究がある。前者はフランクフルト学派の批判理論の立場から、「治者と被治者の同一性」を「支配の解体（Herrschaftsabbau）」を志向するものとして規範的に解釈しようとするものであった[15]。しかしマントルが指摘するように、「支配関係の撤廃と欠如」を目指すものとしてシュミットの民主主義論を読み換えようとするグレービングの研究は、シュミット政治思想の解釈としては恣意的であり、問題

を孕むものであった。[16] 他方でマントルは、主として『憲法論』を考察対象として概念研究を行い、そこで定式化された民主主義的同一性概念や代表概念については詳しく分析したが、これらの概念がそもそもどのようにして形成されたのかを考察していない。

同じく一九七〇年代には、マックス・ヴェーバー研究者であるW．J．モムゼンにより、シュミットの定義した「治者と被治者の同一性」としての民主主義論は、ヴェーバーの論じた「人民投票的指導者民主政論」に起源をもつとする説が呈示された。[17] それによればシュミットは、ヴェーバーの人民投票的指導者民主政論を継承し、これをさらに発展させることで自らの民主主義論を形成したのだとされる。しかし民主主義理解をめぐるヴェーバーからの継承関係の有無ないしは影響の大きさについては、あくまでシュミット自身の民主主義論の形成過程を踏まえた上で検討されなければならない課題だろう。[18] その他に、シュミットの民主主義論は、ルソー人民主権論が本来有していた「自由主義的要素」が完全に捨象され、その「直接民主主義的要素」が徹底されることで形成されたとする説も唱えられている。[19] しかしこれらの研究のいずれにおいても、シュミット民主主義論の成立過程を最初期にまで遡って統一的に解明しようとする試みはなされていない。

これまでその成立過程の解明に取り組んでこなかったことの結果として、従来の研究は、一九二〇年代前半においてシュミットの民主主義観が転換したのはなぜかという問いに対して十分な解答を与えていない。すなわち一九二三年を転換点として、民主主義に対するシュミットの評価は負から正へと劇的に変化するのであるが、民主主義観におけるこうした断絶の理由ないしは背景について、従来の研究の中に十分な説明は未だなお見当たらないのである。[20] 本稿が新資料を利用して初期以来のシュミット政治思想の成立過程を再構成しようとするのは、右のような事情による。以下で考察の対象とするのは、最初期一九一〇年代を起点とし、シュミットが近代国家の政治体制として民主主義を体系的に論

じるに至った『憲法論』公刊（一九二八年）までの時期である。

（三）本稿の研究視角と全体構成

以上の目的を達成するためには、次のような三つの論点に注目して論述を進めることが有益である。第一に着目するものは、初期以来のシュミットにおける国家観の変容過程である。一九一四年の教授資格申請論文において最初に表明されるシュミットの国家論は、彼の個人観や人間観、法理解、世界観、主権概念論や近代史理解と密接に関係しながら発展し、『憲法論』において「人民の政治的統一」としての国家観が呈示されるに至る。近年公表された新資料である一九一九年ミュンヘン商科大学講義録には、当時のシュミットによるボダン論が示されているが、シュミットはこのときすでに「国家的統一」を達成しえたとする点で、絶対君主による主権の確立に対して歴史的意義を認めていた。シュミットによれば、初期近代の絶対君主政において主権が確立することで、既存の等族的既得権や封建的状態が依拠していた現状の正統性原理が打破され、国家的統一（のちに「政治的統一」と換言される）が達成されえた。こうした議論はその後も再論され、『憲法論』へと継承されることになる。国家の「価値」を評価し国家的統一ないしは政治的統一を重視する視点は、シュミットにおいて初期以来一貫しており、彼の政治思想を理解する上で重要視すべきものである。シュミットの国家観は、彼が民主主義論を構想する上でも重要な役割を果たしているため、その展開に着目することは民主主義論の形成過程を明らかにするという本稿の目的に十分寄与するはずである。

第二に着目するものは、「民主主義的同一性」に関わる諸概念、すなわち「同一化（identifizieren/ Identifikation）」、「同一性（Identität）」、「同質性（Homogenität）」、「同種性（Gleichartigkeit）」という諸概念の諸相と展開である。シュミットは『独裁』（一九二一年）における主権独裁論で同一化概念を用いた後、『政治神学』（一九二二年）において「治者

と被治者の同一性」をはじめとする「一連の同一性」を民主主義として規定する。こうした民主主義論を基盤として、一九二〇年代中盤には民主主義の基礎として同質性の概念が新たに導入され、さらに『憲法論』においては同種性概念が付加されるに至り、ここに近代国家の政治的構成原理として民主主義的同一性原理が定式化される。シュミット民主主義論の変容過程を解明するためには、民主主義的同一性に関連する諸概念に注目し、それらの関係を相互に位置付ける必要がある。

第三に着目するものは、同時代の法学者であるハンス・ケルゼンとの思想的関係である。本稿ではケルゼンの民主主義論との比較を通じて、シュミットの民主主義論を相対化するための視座を獲得すべく努める。具体的には、シュミットが民主主義論を構想する過程で重要な役割を果たしたと考えられる諸論点、すなわち法学方法論、プロレタリア独裁観、ルソーの『社会契約論』の受容と人民主権論の成立史に対する理解という諸点について、一九一〇年代以来のケルゼンとの思想的関係を考察し、両者の思想的差異に注目する。これにより、シュミット民主主義論の独自性ないし特殊性を明確化するとともに、これを相対化することが可能となる。

このように本稿は、国家観と同一性概念に着目してその発展過程を通時的に解明しつつ、ケルゼンとの共時的な思想的関係に着目することにより、シュミット民主主義論の独自性ないし特殊性を理解しようと試みる。こうした研究視角からして、本稿は次のような構成をとる。

第一章では、新たに公刊された日記帳等の新資料を利用しつつ、一九一〇年代のシュミットにおける国家観、個人観および人間観、法学方法論を詳しく検討する。まず彼の教授資格申請論文『国家の価値と個人の意義』（一九一四年）を分析の対象とし、そこで展開されたシュミット独自の国家観、国家と法および個人との関係についての見解を概観する。次に「教会の可視性」（一九一七年）に基づき、シュミット独自の国家観および国家と個人の関係に対する見解の

基盤にあるものとして、彼の神学的・形而上学的世界観を考察の対象とする。カトリックとしてその教義である原罪観念を共有するシュミットは、人間本性と世俗世界とを悲観主義的に理解しており、こうした彼の世界観と人間観は、近代特有の個人主義と主観主義に対する批判へと結びつく。ここでは同時に、その後のシュミットの思想的発展を大きく規定する彼独自の法学方法論、すなわち法学と神学とをアナロジーで捉えるという法学――神学並行論と「擬制（juristische Fiktion）」論に対する理解を検討する。その上でこれらの方法論に対して同時期に関心を寄せたケルゼンの議論を参照し、両者の見解の相違を明確化する。

第二章では、第一次大戦開戦からドイツが敗戦と革命を迎えるまでの時期に焦点を合わせ、この間のシュミット自身の戦争体験と『独裁』（一九二一年）が成立するまでの思想的発展過程を明らかにする。そのためにまず、近年公刊された日記帳に基づき、大戦開戦直後および戦中におけるシュミットの軍務経験の内実や、第一次大戦や軍隊に対する彼の見解を詳らかにする。これにより「独裁と戒厳状態：一国法学的研究」（一九一六年）が、大戦中に勤務したバイエルン副総司令部において戒厳状態について報告するという任務が与えられたことを契機に成立したものであることを確認する。ドイツの敗戦と革命を経て軍務から解放されたシュミットはミュンヘン商科大学に職を得るが、そこで行った政治思想史の講義録（一九一九年）がボダン論とホッブズ論に限って近年公表された。この新資料を用いて、『独裁』における委任独裁論および主権独裁論の形成に深く影響を及ぼすことになるボダン、ホッブズについての当時のシュミットの理解を明らかにする。さらに、シュミットが『独裁』において、主権者と独裁官を区別するボダンの理論に即して委任独裁を定式化する経緯、またホッブズの理論に依拠しつつ、近代的現象としての主権独裁を定式化するに至る経緯を辿る。以上の考察に加えて、シュミットがルソーの人民主権論を独自に解釈し、またシェイエスの制定権力論から学んで「人民の意志の代表可能性」という思想を受容することで、人民の意志との「同一化」を支配の根拠とする主

権独裁論を形成したことを示す。これにより、人民主権原理に基づき、新たな体制を確立するまでの過渡期に現象する独裁としてシュミットが主権独裁論を確立した背景を理解することができる。このときシュミットは、原理的に人民主権に基づくプロレタリア独裁を現代の主権独裁の一事例として理解しており、それは民主主義とは矛盾しないと考えていた。本章では最後に、多数決原理を廃棄するプロレタリア独裁は民主主義に反すると論じたケルゼンの議論（「社会主義と国家」一九二〇年）を参照し、シュミットの議論の相対化を図る。

第三章では、『政治神学』（一九二二年）の分析を通じて、シュミットが当初、人民主権および民主主義的正統性をどのように解釈し評価したのかを明らかにする。まず、人民主権とこれを基礎付ける民主主義的正統性を西洋近代史の文脈の中で理解するためにシュミットが用いた、「主権概念の社会学」のための「政治神学的方法」について検討する。同時代の人々が抱く神学的・形而上学的世界像と国家・政治形式との間には構造的な類比関係が存在すると仮定するという独自の方法は、ボナール、ド・メーストル、ドノソ・コルテスら反革命の国家哲学者、特にドノソ・コルテスの歴史観に起源をもつものであったことを確認する。次に、人民主権を歴史的に位置付けてその特徴を理解する上で、こうした独自の方法論がどのような役割を果たしたのかを検証する。その際に当時のシュミットが人民主権に対してどのような評価を下していたのかを明らかにするとともに、そうした評価の根拠について検討する。その上で、シュミットにおけるルソーの『社会契約論』に対する理解と人民主権成立史に対する解釈をケルゼンのそれと比較し、シュミットの人民主権理解の独自性を明確化する。

第四章では、『現代議会主義の精神史的地位』（以下では議会主義論と略記する）で定式化された民主主義観が辿る変化の過程を解明する。まず議会主義論初版（一九二三年）におけるシュミットの民主主義観を確認する。周知の通りシュミットは、「下されるすべての決定が決定する者自身に対してのみ妥当すべきであるということが民主主義の本質

である」とし、「治者と被治者の同一性」として民主主義を定式化した。その一方で、「同一性」は現実に存在するものではないことを強調し、民主主義は「同一性に対する承認に基づく」と述べる。現実に存在する人民の「同等性」あるいは人民の有する経験的意志は、民主主義の本質である人民の意志の「同一性」とは原理的に一致しえないものであるから、人民の意志は「同一化」されなければならないとするのがここでのシュミットの議論である。このことを踏まえて次に、議会主義論第二版（一九二六年）序文において、民主主義に不可欠の要素として新たに導入される「同質性（Homogenität）」概念について検討する。ここでは、『政治神学』以来論じられた民主主義的同一性概念は、異質者の排除と同質者のみの包摂を意味する同質性と同義において捉えられ、しかも「国民的同質性」として解釈換えされたことが明らかになる。その上で、こうした同質性概念を中心とした民主主義観は、翌年発表された「政治的なものの概念」（一九二七年）における議論と並行して構想されたことを検証する。国際関係論を主題とするこの論文において、シュミットは「友と敵の区別」の可能性こそが国家の政治的統一の前提であり、「政治的なもの」の基準となると論じる。国家においては異質な者すなわち敵は排除されるべきであり、同質な者すなわち友のみが包摂されなければならないとする点で、ここでの議論は人民の同質性を前提とする民主主義論と共通点をもつ。以上の作業を通じて本章では、同質性を前提とする民主主義論は、「政治的なものの概念」では国家の対外的関係について用いられた「友と敵の区別」、すなわち異質な者の排除と同質な者の包摂という論理が内政上の問題に適用されたものであると理解できることを示す。

第五章では、『憲法論』（一九二八年）公刊の前年に発表された『人民投票と人民請願』（一九二七年）を題材とし、そこで展開された直接民主主義論の内容を解明する。まず、本書においてシュミットは、古代ローマの直接民主政における政務官と人民の関係を民主主義の原型として把握していたこと、こうした古代ローマ史についての理解を歴史学者テオドア・モムゼンの著書『ローマ国法』に負っていたことを示す。ここでは「指導者」に対する人民の「喝采」こそ

が民主主義の根源的現象であると把握されるが、シュミットがこうした民主主義論を構想する背景には、ボン大学時代において同僚であった神学者エーリク・ペーターゾンによる古代世界における喝采概念史研究からの影響があった。この点を詳細に検討し、喝采概念をめぐる両者の継承関係を明らかにする。こうした受容を経てシュミットは、「指導者への共属性と統一という政治的意識」に基づいて、指導者により与えられる提案に同意することを民主主義として呈示するに至る。そこで、従来のシュミットの民主主義理解が、指導者への喝采と同意を民主主義と見做す民主主義論へとどのように結びつき、また変容したのかを検証する。

第六章ではまず、これまでに検討した、初期から『憲法論』までのシュミット思想における国家観の変遷過程の諸相を改めて概観した上で、その主眼が「国家的統一」ないしは「国家の政治的統一」にあったことを示す。シュミットにとり、国家的統一は歴史的に国家を代表する君主により達成されたものであり、国家的統一と君主政は不可分の関係にあった。ドイツ十一月革命を経て君主政の終焉が確定したのち、人民主権原理に基づく民主主義体制を選択したヴァイマル共和国を既成事実として受け入れたシュミットは、国家的統一ないしは政治的統一を最優先する観点から、『憲法論』では新たに「人民の政治的統一」としての国家観を呈示する。このことを踏まえて、近代憲法の政治制度を構成する二つの原理として定式化された、民主主義原理としての「同一性」概念と君主主義原理としての「代表」概念の内実とその成立過程を確認する。『政治神学』に見出される議論とは異なり、『憲法論』でシュミットは同一性と代表は両立すると論じ、むしろ両原理は近代国家の政治制度にとり不可分の関係にあることを強調する。そして彼は民主主義的同一性原理の限界を例示し、君主主権か人民主権かにかかわらず代表原理が政治的構成にとり原理的に不可欠であると捉え直した。こうしてシュミットは、本来君主主権と結びつく代表原理を民主主義において再生させようとする。そこで、民主主義的同一性に基づいて人民と同一化する指導者としての性格と、政治的統一の代表としての性格とを一手に引き受

ける存在として、すなわち民主主義的同一性原理と代表原理の結合を体現する存在として、シュミットがヴァイマル共和政におけるライヒ大統領の役割に期待を掛けたことを明らかにする。

引用について

以下に掲げる文献からの引用は文中で書名を次のように略記し、出典箇所の頁数を略号の後に示した。

（1）シュミットの日記帳

TB1= Carl Schmitt, *Tagebücher Oktober 1912 bis Februar 1915*, Ernst Hüsmert (Hrsg.), Berlin 2005 (2., korrigierte Auflage).

TB2= Carl Schmitt, *Die Militärzeit 1915 bis 1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1915. Aufsätze und Materialien*, Ernst Hüsmert und Gerd Giesler (Hrsg.), Berlin 2005.

TB3= Carl Schmitt, *Der Schatten Gottes. Introspektionen, Tagebücher und Briefe 1921 bis 1924*, Gerd Giesler, Ernst Hüsmert und Wolfgang H. Spindler (Hrsg.), Berlin 2014.

（11）シュミットの著作、書簡集

GU= Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, München 2., unveränderte Aufl. 1969 (1., Aufl. 1912).

JF = Carl Schmitt, „Juristische Fiktionen", *Deutsche Juristen-Zeitung*. XVIII Jahrgang, Nr.12, Berlin 15.Juni 1913.

WS= Carl Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Berlin 3., korrigierte Aufl. 2015 (1. Aufl. 1914).

DB= Carl Schmitt, „Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatrechtliche Studie" (1916), *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Günter Maschke (Hrsg.), Berlin 1995, S. 3-23.

SK= Carl Schmitt, „Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine Scholastische Erwägung", in: *Summa. Eine Vierteljahresschrift*, 2 Bände, Kraus, Nendeln, Liechtenstein 1970 (1. Aufl. 1917), S. 71-80.

PR= Carl Schmitt, *Die politische Romantik*, München und Leipzig 1919.

V1919B= Carl Schmitt, „Vorlesung (1919)", *Die Militärzeit 1915 bis 1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1915. Aufsätze und*

Materialien, Ernst Hüsmert und Gerd Giesler (Hrsg.), Berlin 2005.

V1919H= Carl Schmitt, „Drei Inedita (1919-1922-1930)“, *Schmittiana. Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts*, Bd. VII, Piet Tommissen (Hrsg.), Berlin 2001.

DD= Carl Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf,* Berlin 7., Aufl. 2006 (1. Aufl. 1921).

PT= Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin 1922.

RK= Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, München 1923.

LP= Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin 1996 (1.Aufl. 1923).

VV= Carl Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren: Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, Berlin 2014 (1.Aufl. 1927).

VL= Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 2010 (1. Aufl. 1928).

BP= Carl Schmitt, „Der Begriff des Politischen“, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, LVIII, 1, September 1927.

LL= Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin 2005 (1. Aufl. 1932).

（1）Hans Krupa, „Carl Schmitts Theorie des Politischen“, *Studien und Bibliographien zur Gegenwartsphilosophie*. 22 Heft, 1937.（山下威士訳「Carl Schmitt の「政治的なるもの」の理論一九三七・試訳」『埼玉大学紀要（社会科学編）』第一九巻、埼玉大学、一九七一年）。クルパによるシュミット思想の漸次的発展段階説、思想的断絶を否定し、一貫性を指摘するものとしては以下の研究を参照。杉本幹夫「カール・シュミットにおける規範主義と決定主義」、服部平治・宮本盛太郎編訳『政治思想論集：付カール・シュミット論』社会思想社、一九七四年。石村修「カール・シュミットとカトリシズム」、宮本盛太郎・初宿正典編『カール・シュミット論集』木鐸社、一九七八年。和仁陽『教会・公法学・国家：初期カール・シュミットの公法学』東京大学出版会、一九九〇年。竹島博之『カール・シュミットの政治：「近代」への反逆』風行社、二〇〇二年。

（2）Armin Mohler, *Die konservative Revolution in Deutschland 1918 bis 1932: Grundriss ihrer Weltanschauungen*, Stuttgart 1950.

（3）Christian Graf von Krockow, *Die Entscheidung: Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Stuttgart 1958. 高田珠樹訳『決断：ユンガー、シュミット、ハイデガー』柏書房、一九九九年。クロコウによると、ユンガー、シュミット、ハイデッガーにおいてはそれぞれ「闘争」「決断」「覚悟性」という概念が中心的意義を占めており、彼らは決断主義的思考構造を共有していた。

（4）Hasso Hoffmann, *Legalität gegen Legitimität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin 4. Aufl. 2002 (1. Aufl. 1964).

（5）Reinhard Mehring, *Carl Schmitt Aufstieg und Fall*, München 2009, S. 545.

（6）Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt, Theorist for the Reich, Princeton* 1983. 宮本盛太郎・古賀敬太・川合全弘訳『カール・シュミット論 再検討への試み』御茶の水書房、一九八四年。

（7）シュミットの遺稿管理人カイザーから生前に許可を得た上で、ドイツ史研究者ピュタ、ザイベルトが日記帳の解読原稿を閲覧し、その内容が最近公にされた。この経緯については、権左武志「ワイマール共和国の崩壊とカール・シュミット：大統領内閣期のブレーン活動を中心として」（『思想』九五九号、二〇〇四年三月）を参照。

（8）Eberhard. Kolb, Wolfram Pyta, „Die Staatsnotstandplanung unter den Regierungen Papen und Schleicher", in: H. A. Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise 1930-1933: Handlungsspielräume und Alternativen*, München 1992, S.155-181. 権左武志・福田宏訳「パーペン、シュライヒャー両内閣における国家非常事態計画」、『思想』九五九号、二〇〇四年。W. Pyta, G. Seiberth, „Die Staatskrise der Weimarer Republik im Spiegel des Tagebuchs von Carl Schmitt", in: *Der Staat*, Bd.38, Berlin 1999, S.423-448. ピュタ、ザイベルトの共著論文に基づいて共和国末期におけるシュミットのブレーン活動を紹介するとともに、コルプやヴィンクラーによる大統領内閣期に関する近年の研究動向を踏まえて、解明された新事実がもたらす研究史上の意義を憲法学史上、ドイツ政治史上、政治学史上の文脈において評価する研究としては、権左、前掲論文「ワイマール共和国の崩壊とカール・シュミット」を参照。

（9）E. Kolb, *Die Weimarer Republik. Oldenbourg Grundriss der Geschichte*, München 2002 (6., überarbeitete und

erweiterte Auflage). H.A. Winkler, *Der lange Weg nach Westen: Deutsche Geschichte vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik*, Bd.1. München 2000.（後藤俊明・奥田隆男・中谷毅・野田昌吾訳『自由と統一への長い道Ⅰ』、昭和堂、二〇〇八年）その他、Gabriel Seiberth, *Anwalt des Reiches: Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich" vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin 2001. Dirk Blasius, *Carl Schmitt: Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Göttingen 2001, S. 15-70.

（10）Reinhard Mehring, *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall*, München 2009. 権左武志「第三国の創立と連邦制の問題：カール・シュミットはいかにして国家社会主義者となったか？」、『思想』一〇五五号、二〇一二年三月。

（11）Paul Noack, *Carl Schmitt: Eine Biographie*, Berlin 1993. Andreas Koenen, *Der Fall Carl Schmitt*, Darmstadt 1995.

（12）例えば、一九三三年四月のケルン大学招聘をめぐるケルゼンとの関係、ハイデルベルク大学を代表する法学者G．アンシュッツやR．トーマとの関係（Reinhard Mehring, *Kriegstechniker des Begriffs. Biographische Studien zu Carl Schmitt*, Tübingen 2014.）、およびW．イェリネクとの関係（権左武志「ヴァイマル末期の国法学とカール・シュミットの連邦主義批判：新資料に即して」、『ドイツ連邦主義の崩壊と再建：ヴァイマル共和国から戦後ドイツへ』岩波書店、二〇一五年）が明らかにされた。また、ボン時代に親交のあった神学者E．ペーターゾンとの関係（Reinhard Mehring, „Nemo contra theologum nisi theologus ipse: Carl Schmitts Antwort auf Erik Peterson", in: Michael Meyer-Blank (Hrsg.), *Erik Peterson und Bonner Universität*, Würzburg 2014, S. 209-235）や、M．ヴェーバーとそのサークル、O．キルヒハイマー、F．ノイマンら左派知識人との関係（Stephan Breuer, *Carl Schmitt im Kontext. Intellektuellenpolitik in der Weimarer Republik*, Berlin 2012.）が詳しく論じられている。

（13）Carl Schmitt, *Tagebücher Oktober 1912 bis Februar 1915*, Ernst Hüsmert (Hrsg.), Berlin 2005 (2. korrigierte Aufl.). *Die Militärzeit 1915－1919. Tagebuch Februar bis Dezember 1916. Aufsätze und Materialien*, Ernst Hüsmert und Gerd Giesler (Hrsg.), Berlin 2005. *Der Schatten Gottes: Introspektionen, Tagebuecher und Briefe 1921 bis 1924*, Gerd Giesler, Ernst Huesmert, Wolfgang H. Spindler (Hrsg.), Berlin 2014. *Tagebücher 1930 bis 1934*, Wolfgang Schuller in Zusammenarbeit mit Gerd Giesler (Hrsg.), Berlin 2010.

（14）利用することができる資料は、例えば次のようなものである。シュミットが第一次大戦中にバイエルン副総司令部に勤

務していた際に従事した任務内容のリスト（TB2:183-391）、その任務の一つであったスイスにおける平和運動の監視活動をもとにシュミットが執筆した新聞発表（TB2:393-399）、「我らが敵の陣営から（Aus dem Lager unserer Feinde）」という標題で『ハンブルグ週報』紙にシュミットが匿名で寄稿した記事（一九一五年五月―一九一六年二月）（TB2:402-417）、シュトラスブルク大学私講師就任のために行った模擬授業（一九一六年二月）の記録（TB2:418-429）、ミュンヘン商科大学で教鞭を執った折にシュミット自身が記した一九一九年の講義ノート（TB2:476-485）、講義の構想や自己の性格描写、手紙の下書きに付された欄外注を含む手記（一九二二年―一九二四年）（TB3:383-385）等。

（15）Helga Grebing, *Konservative gegen die Demokratie. Konservative Kritik an der Demokratie in der Bundesrepublik nach 1945*, Frankfurt am Main 1971. Ders., „Volksrepräsentation und identitäre Demokratie", in: *Politische Vierteljahresschrift. Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für politische Wissenschaft*, 13. Jg. 1972, S. 162-180.

（16）Wolfgang Mantl, *Repräsentation und Identität. Demokratie im Konflikt. Ein Beitrag zur modernen Staatsformenlehre*, Wien, New York 1975, S. 108f. マントルは、シュミット以前に民主主義を「治者と被治者の同一性」として定義した者が存在したことを指摘した。「ディートリヒ・シントラー（Diedrich Schindler）はすでに一九二一年の彼の教授資格申請論文「民主主義における国家意志の形成について」（チューリヒ）において、「同一性」によって、民主主義を他の国家から区別しようと試みていた。〔シントラーによれば――引用者〕「人民主権国家において、治者と被治者は同一である」。〔中略〕シントラーの同一性論はルソーの伝統を曖昧に想起させるとしても、この薄い単著はシュミットが『憲法論』において達成したほどには、これ〔ルソーの伝統――引用者〕を現在化することは全くできなかった。ところでシュミットは、この関連でシントラーを引用していない」（Mantl, a.a.O., S.110）。またマントルは、シュミットとG. ライプホルツにおける「代表」概念の継承関係をも検討している。

（17）モムゼンはシュミットを「マックス・ヴェーバーの飲み込みの早い弟子（gelehriger Schüler）」と評している（Wolfgang J. Mommsen, *Max Weber und die deutsche Politik 1890-1920*, Tübingen 1974, S. 407-412. 安世舟・五十嵐一郎・小林純・牧野雅彦訳『マックス・ヴェーバーとドイツ政治Ⅱ』未来社、一九九四年、六九―七四頁）。これに対して両者の継承関係を否定するのがヴィンケルマン（Johannes Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen 1952）とレーヴィット（Karl Löwith, „Max Weber und Carl Schmitt", in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27.

Juni, 1964. 田中浩・五十嵐一郎訳「マックス・ヴェーバーとカール・シュミット」、『政治神学』未来社、一九七一年、一六七―一八八頁）である。

（18）シュミットに対するヴェーバーの影響を検討した研究としては以下を参照。Norbert Bolz, „Charisma und Souveränität. Carl Schmitt und Walter Benjamin im Schatten Max Webers", Jacob Taubes (Hrsg.), *Der Fürst dieser Welt: Carl Schmitt und die Folgen*, München 1983, S. 249－262. G.L. Ulmen, „Politsche Theologie und Politische Ökonomie. Über Carl Schmitt und Max Weber", *Complexio Oppositrum über Carl Schmitt*, Helmut Quaritsch (Hrsg.), Berlin 1988, S. 341-365（佐野誠訳「政治神学と政治経済学：カール・シュミットとマックス・ヴェーバー」、初宿正典、古賀敬太編訳『カール・シュミットの遺産』風行社、一九九三年、一〇四－一四一頁）. G.L. Ulmen, *Politischer Mehrwert. Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt*, Weinheim 1991. 佐野誠『ヴェーバーとナチズムの間』名古屋大学出版会、一九九三年、二〇七頁以下。佐野誠『近代啓蒙批判とナチズムの病理：カール・シュミットにおける法・国家・ユダヤ人』創文社、二〇〇三年、四九－一四五頁。Stefan Breuer, *Carl Schmitt im Kontext. Intellektuellenpolitik in der Weimarer Republik*, Berlin 2012.

（19）ケルゼンとシュミットがルソー『社会契約論』をそれぞれ対照的に解した――前者は人民主権論における自由主義的要素を強調し、後者は民主主義的要素を徹底した――ことを論じた、古賀敬太『ヴァイマール自由主義の悲劇：岐路に立つ国法学者たち』風行社、一九九六年、八四－一三五頁。

（20）この点については本稿第四章第一節で詳しく論じる。

第一章　シュトラスブルク大学時代におけるシュミットの思想（一九一〇―一九一四年）

本章では、シュトラスブルク大学法学部時代から第一次世界大戦中にかけてのシュミットにおける思想的特徴を把握することを試みる。そこで第一に、教授資格申請論文『国家の価値と個人の意義』（一九一四年）を考察の対象とし、シュ

ミット独自の二元論的世界観を前提とする国家観、および法と国家の関係についての固有の見解を明らかにする。法哲学を主題とする本書は、青年期シュミットにとり、法思想の領域で初めて学術的価値を高く評価された労作であり、シュトラスブルク大学で長年にわたり従事した刑法学、法思想研究の成果を反映するものであった。以下では、近年公刊された日記帳に基づき、この著作の執筆経緯を把握するとともに、当初の構想からの変更点に留意しつつ構想の発展過程を再構成する。本書で示される国家観の根底には、神学的世界観に基づく共同体と人間ないしは個人との関係に関するシュミット固有の理解がある。本章では第二に、こうした独自の共同体―個人観を解明するために、彼がカトリック系雑誌に寄稿した小論「教会の可視性」（一九一七年）を参照する。カトリックの教義である原罪思想に忠実であるという以上に、人間本性を極端なまでに悲観主義的に捉えるシュミットの人間観からすれば、「可視的教会」による神概念の媒介を経ない世俗世界は、それ自体本質的に悪であり不正である。こうした人間観および世俗世界に対する見方は、さらに『政治的ロマン主義』（一九一九年）にまで継承され、そこで展開される、現代の個人主義とデカルト以降の近代の特徴とされた主観主義を痛烈に批判するための基盤を成すものとなった。そして本章は第三に、一九一〇年代のシュミットの思想の内に見出され、その後の思想形成の途上で一定の役割を果たしたと考えられる独自の方法論に焦点を合わせる。法学と神学とをアナロジーで捉えるという独自の法学方法論は、シュミットが一九二二年の『政治神学』において提唱した「政治神学的方法」[1]の萌芽的思考として、すでにこの時期に示されている。この一九一〇年代にはケルゼンもまた自身の国法学的研究において類似した方法を用いており、それとの対比を通じてシュミットの方法論的独自性がどのようなものであるかを検討する。

第一節　『国家の価値と個人の意義』における国家論

本節では、シュミットの教授資格申請論文『国家の価値と個人の意義』を中心に、シュミット独自の法哲学における国家論を明らかにする。

（一）執筆に至るまでの経緯

一八八八年に、ドイツ中西部ザウアーラント南部に位置するプレッテンベルクにて生を享けたカール・シュミットは、優秀な成績を収めて高校卒業資格試験に合格し、一九〇七年四月に大学へ進学する[2]。法学部を選択したシュミットは、最初の二学期をベルリンで、次の一学期をミュンヘンで過ごしたのち、一九〇八年冬学期以来シュトラスブルクに学籍を置いた。当時、シュトラスブルク・カイザー・ヴィルヘルム大学の法学部は、教会法学者ルドルフ・ゾームや行政法学者オットー・マイヤー、国法学者パウル・ラーバントといった著名な学者を招聘する、当時のドイツでも有数の名門大学であった[3]。F．v．カルカー[4]に師事したシュミットは、刑法に関する学位論文「責任とその種類：術語的一研究」を提出し、一九一〇年に法学博士の学位を取得する。そして同年夏以降、シュミットはデュッセルドルフの上級地方裁判所に司法修習生として勤務する[5]。

デュッセルドルフ時代は、司法修習生として法実務に携わると同時に、著作活動にも精力的に取り組んだ時期であった。学生時代からの友人達と共同で小説や風刺文を執筆し、また詩人T．ドイプラーと緊密な交流をもつようになったのはこの時期であった[6]。さらに理論的法学研究の成果として一九一二年には『法律と判決』を出版した。

当時のシュミットは、司法試補試験に合格して法実務家としての道を進むよりも、大学に職を得ることを望んでいた。一九一二年六月の書簡で、シュミットは妹アウグステに宛てて次のように書き送っている。「新しい著作〔『法律と判決』――引用者〕はすでに大きな成果を得ている。私はシュトラスブルクから、そこで刑法と法哲学について講義するよう

要請された。つまり君の兄は、彼が望みさえすれば、今頃私講師になっていただろう。しかし財政的理由から（報酬は年間たった一〇〇〇マルクにしかならない）断らざるをえなかった」（TB16）[7]。

こうした文面から窺えるように、彼は当時財政面で苦境に立たされていた。そもそも、ザウアーラント辺境の裕福とは言えない家庭に育ったシュミットは、大学進学後の生活を母方の叔父A．シュタインラインからの財政的援助に頼っていた。シュミットの母親の弟である叔父は、ロートリンゲン（ロレーヌ地方）の鉱山の土地売却を通じて財を成していた[8]。メーリングが指摘するように、シュトラスブルク大学法学部は当時確かに名声を獲得していたとは言え、彼がベルリン、ミュンヘンといった大都市からわざわざシュトラスブルクへ移動した最大の理由は、経済的困窮であった。つまり、シュトラスブルク近郊に住む叔父から金銭的支援を受けるためであった[9]。妹に宛てた書簡から、一九〇八年にはすでに経済的困窮の経験が、シュミットに社会的不平等を強く意識させていたことを読みとることができる。「確かに我々はともに、財政的側面に関する限り、両親の選択の点で非常に慎重であったわけではない[10]」。司法修習生は無給であったという[11]。長年援助の手を差し伸べてくれた叔父とはこのとき連絡を取っておらず[12]、経済的に生活は困窮していた。

一九一二年以降、経済的状況はより逼迫する。メーリングは、経済的困窮を一つの理由として、この時期はシュミットにとり「自殺と狂気の限度ぎりぎりの状況にある、波乱に富む危機の時代[13]」であったと表現している。一九一二年一〇月以降、シュミットはメンヒェングラードバッハ（ノルトライン＝ヴェストファーレン州西部）に移り、そこで法律顧問官フーゴー・ランベルトの下で勤務する[14]。この都市でシュミットは、司法修習生として引き続き法実務に携わりながら、翌年一月以降には新たな理論的著作の執筆に着手する[15]。のちに教授資格申請論文としてシュトラスブルク大学に提出される『国家の価値と個人の意義』は、こうした状況の中で執筆されたのだった。

（二）執筆当初の構想

日記帳の記載によると、この著作の内容は一九一二年末から構想されていた[16]。当初、本書は次のように構成される予定であった。

「第一章　利益に対する法の自律性。目的は法を創造しない
第二章　行為としての文化。法と文化
第三章　法における人格
第四章　法の正しさ
第五章　法と道徳」（TB1;63）

実際に出版された著作（以下、完成稿とする）の構成は、「第一章　法と権力」「第二章　国家」「第三章　個人」であり、当初の構想から幾つかの変更点が確認される。次節で詳しくみる通り、第四章、第五章の表題とされた「法の正しさ（Das Recht des Rechts）」と法と道徳の関係については、完成稿第一章、第二章において詳論される。一方、法と文化の関係、法における人格については、完成稿では扱われることはなかった。また、構想段階において第一章で論じられる予定であった「利益に対する法の自律性」、法と利益および目的の関係については、完成稿第一章において法と事実的権力の関係として、より一般化された形で論究されることになる。つまり構想においては法と利益が対立関係にあるものとして捉えられ、法は利益に対して自律性を保持するという主張がなされているのに対し、完成稿においては法と事実的権力が対立関係に置かれる。構想段階と完成稿との間に見出される個々の変更点については、次節で完成稿の諸論点を検討していく過程で確認する。

このように当初の構想は幾つかの点で変更されたが、日記帳の記載から、本書執筆にあたってのシュミットの当初の

問題関心が明らかになる。一九一二年十一月二八日の日記帳には、「規範と利益についての前置き」と書き添えた上で、次のように記されている。

「法律の前ではすべての人間が平等である。これは誰もが用いることができる正しい決まり文句である。しかしここで、非常に重要で射程範囲の広いこの決まり文句の首尾一貫性が問題となる。もし法律の前に全員が平等であるならば、人間における事実的な経済的不平等、知的不平等を鑑みる限り、これは人格総体における人間とは別のものに関係するのでなければならない」（TB1.55）。

このようにシュミットは、一方では「法律の前ではすべての人間が平等である」という原則が確立し普及しているが、他方で現実には不平等が存在することを慨嘆しつつ指摘する。そして法的関係においては人格を含む「人間全体」は度外視されていることを次のように論じる。

「今日の法的生活に対する注意深い観察者が行う最初の考察は、次の事実から出発する。人間は法律行為においてであれ何であれ、他者との法的交渉の中に立ち入るやいなや、人間は訴訟当事者として、または市民としての義務を履行し権利を行使する点で公民（Staatsbürger）として考慮される。ここでは人間は、人間全体として考慮されるのではない。個人的な長所や欠点をもつ人間としては考慮されない。何であれ法はすべて、確固とした存立を示し、それゆえ法に対して利害関係をもつ諸論点を余すところなく呈示する。誰が貸付金の返済を要求できるのかという問いにとっては、常に民法における所与の前提が問題とされるに過ぎない。つまり、誰がそれ程長く貸付金を受け取っていたのか、誰がそれを返済するよう要求できるのかということはどうでもよいことである。それがどうでもよいことではないとしたら、このことは法の内に規定されなければならない」（Ebd.）。

当時のシュミットは、平等条項に規定された平等の要請と社会経済的平等とは次元が異なるとは考えず、こうした状

態を一つの矛盾、「二律背反」（Ebd.）として理解する。

「ここに二律背反（Antinomie）が存在する。法律の前ではすべての人間は平等である。社会主義的な未来国家においては、すべての人間は平等である。こうした要請が人間の事実的な不平等を見誤っているという反論は、その限りで正当である。この二律背反はいかにして解決されうるのか」（Ebd.）。

この問いに対してシュミットは、次のように解答を与える。シュミットにとり人間とは本来、人格をもった「人間全体」を意味する存在である。しかし法の前の平等という要請においても、社会経済的状態においても、「両方の場合において、人間は何か別の存在を意味していると我々が納得することを通じて」（Ebd.）この二律背反は解消される。つまり全体としてではない「何か別の存在」として人間が考慮されることが常態化する限り、こうした矛盾は顕在化することなく自ずから解決されているのだという悲観的かつアイロニカルな見解を述べる。こうした見解が経済的困窮というシュミットの個人的経験とそれに基づく社会的不平等の意識に裏打ちされていたことは、法律の前での人間の平等という要請と実際上の社会的不平等との二律背反についての、より実感の込められた記述から窺える。

「私は五〇〇マルクを必要としている。五〇〇マルクにはおぞましいものがとり憑いている。五〇〇マルクを手に入れるためには、貧しい労働者は二〇〇日間働かなければならないに違いない。〔中略〕しかしその一方で、商業顧問官の息子は一晩で娼婦のために五〇〇マルク使い切ってしまう。二律背反はいかにして解決されうるのか」（Ebd.）。

こうした現状認識の下でシュミットは、法が社会経済的権力や利害関心を超越し、それらとは無関係に自律していることを究明する動機を次のように述べる。

「法を持ち出すことによって、ならず者はすべて自らの無実が最初に証明されなければならないという安易な状況を求める。法が権力であると信じることは重大な誤謬である。むしろそれは反対である。私としてはできる限り、訴訟に

おいて社会的により強い立場の者が法を手にするということに対決する。これと同時に、法を経由するという迂遠な仕方ではあるとしても、正しい者だけが社会的に一層強力であると認識されるということが証明されうる」（TB1:60）。

このように『国家の価値と個人の意義』の執筆は、社会経済的不平等に対する批判的意識を根底にもちつつ、法が社会的強者の道具、権力手段とされてしまうことに対抗しようとする意図に基づいて開始されたのである。

（三）法哲学的方法論

一九一四年に公刊した『国家の価値と個人の意義』において、シュミットは独自の法哲学を展開する。ここでは新カント派と共通する二元論が理論的前提とされる[17]。シュミットは本書冒頭で、「法は事実から演繹されうるか、また事実が法を根拠づけることは可能か」と自ら問い、これに否と答える。なぜならば、法は純粋な規範であり、経験的世界において本来法は実在しないからである（WS:26）。法は現実や事実的権力から演繹されはしないし、根拠づけられもしない、という本書における第一の主張を、シュミットは次のように表現する。「人間の共同生活が属する自然の観察からは、それがただ事実的に確認し説明する社会科学の案件である限り、いかなる法も生み出さない。規範の定立だけが、法と不法（Recht und Unrecht）の区別を基礎づけるのであり、自然がそうするのではない。太陽は、義人をも不義人をも照らす」（WS:36）。

こうして経験的現実や事実的権力から法は独立しており、自律的であることを認めるならば、「存在と当為のアンチテーゼに対応する二元論」（WS:26）が帰結し、それゆえ「調和しえない自律性のうちに並存する、法の世界と権力の世界という二つの世界」（WS:28）が生じる。すなわちシュミットは、存在と当為および法と事実とを対置し、これに対応して現象界と叡知界とを峻別するカントの二世界論を継承して、「法の世界」と「経験的現実の世界」とを峻別する。

（四）国家の課題

したがってシュミットによれば、法と事実は、あるがままの状態においては決して混じり合うことのない固有の世界の内に留まる（WS:28）。「法が固有のリズムを受け取るならば、法の諸規範は隙間のない閉鎖性において、あらゆる経験的事実から独立して妥当しなければならない」（WS:36f.）。このように本来、「法の世界」と「経験的現実の世界」という二世界は没交渉であるが、しかし同時に、二世界は「媒介（vermitteln）」されなければならないと主張する。この点が本書におけるシュミットの第二の主張である。

シュミットは次のような論証によって、二世界を媒介する可能性を模索する。端的に言うならば彼は、法と「目的」概念との関係を究明することで、法を実現主体と結びつけることを目指す。シュミットによれば、法は「目的」それ自体ではないが、「目的」という概念に含まれる「達成されるべきである」という表現を通じて、法は「目的」概念と関係づけられている。これは、法の「実現（Verwirklichung）」という概念を法の定義に導入することに他ならない。その一方で「目的」とは、「その課題を法の「実現」に見出すような実在」、「法の内に見出されるエトスの主体」に属す概念である。この時点で、純粋な規範としての法は「実在と権力の契機との関わり」をもつことになる。すなわち本来「規範は手段と目的のメカニズムを超越して存在する」が、法に適った状態、しかも法に適った権力によって適法であると示された状態が「経験的世界の内に実現されるべきである」限り、経験的世界における実在が「媒体の意味における法の手段」（WS:39f.）となりうる。シュミットによれば、そうした「法の手段」が、まさに国家である。同様に、「意志」概念や「強制可能性への傾向」、「現象と現実の世界への影響」（WS:40f.）といった観念も、「実在する権力としての剣の役割」（WS:70）を果たしうる国家に属するものである。

こうして法と「目的」概念との関係の究明を通じて、シュミットは経験的世界に法を媒介し、法が実現される理論的

可能性を検討した。本書の中でも特に独創的であるこの主張は、当時ハイデルベルク大学を中心に影響力をもった新カント派からシュミットを区別するものとして重要である。この論点は一九一二年末の構想段階においてすでに明確化されていたわけではなく、この間の思想的模索とシュミットの独創的見解の発展の帰結であった。一九一二年十二月二九日にシュミットは次のように記していた。

「法は目的であり、手段ではない。これはカントとフォイエルバッハにおける誤謬である。しかし目的は、利益から考察されるのではなく、規範から考察される。目的は動機としてではなく、個人の意志にとり法律である術語、個人の意志が自ら定立することはない術語としてある。〔中略〕個人は法を手段として利用しうる。しかし法の理念上、法が手段と見做されるならば、法は認識されえない。最終的な目的が自律的人倫（Sittlichkeit）であるとしても、この意味で法は目的であり続ける。というのも、目的はここでは一つの規範的範疇であり、心理学的範疇ではないからである。それゆえ金銭は法制度ではなく、手段である。法における金銭と法における時間。規範から考察した場合の目的と、利益から考察した場合の目的（イエーリングが考察したのはこれである）がある。両者は対立しあう。利益という意味における目的を法の創造者と捉える見解にとって、法が手段となるのは自明である。というのも、利益は法を必要とするからである。これは法を権力手段と見做し、法を権力として定義する見解も同様である。しかし目的は法を創造しない。法は自己目的（Selbstzweck）である。目的は第一に、影響されるべきものであり、第二に、判断のための規範である。法は目的であるか、それとも規範であるか。法は前者であるから、両方である。法は世界に影響を与えるものとして目的である。なぜならば世界は行為（Tat）だからである。もし法が規範であるならば、法は世界以前に存在する。法が影響されるべきものであるならば、法は世界以後に存在する。法は世界以前に存在しなければならず、世界以後にも存在しなければならない。これは法における両極である」（TB1:65f.）。

このようにシュミットは当初、法が目的でもあり規範でもあるという曖昧な見解を示していたが、同日の日記帳には、これに引き続き次のように記している。

「法は規範である。世界の外部においても、世界の以前と以後においてもそうである。目的としての法は規範を実現することを求める。影響されるべき結果は法ではなく法に適合する状態である。つまり法は本来、決して目的ではなく、法に適合した状態、すなわち規範に適合した現実だけが常に目的である。法は絶対的に手段の外部にある。法は目的であるかという問いは、もはや法理論的問いではなく、実践的問いである。この問いに対する解答を引き受ける理論は、特殊に法に関わるのではない。これはあらゆる規範、倫理的および道徳的規範にも関係するのである。二つの種類の法が区別されなければならない。それは本質的な法と偶然的な法である。つまり本質的な法と、〈法的に通例の〉法的規定〈例えば刑法や警察法〉である。実定法は派生的にのみ法という名に値する。実定法は国家により定立された法であるか慣習法である。それゆえ実定的という語彙は何か自明のものであり、新たな同語反復を意味するか、あるいは非本質的なもの、非精神的な（nicht-mental）法を意味する」（TB1.66f）。

こうした構想が発展した結果、『国家の価値と個人の意義』完成稿においては、法と目的の関係、法と実現主体との関係が論理的に整合的に把握されることで、法は実現主体によって経験的世界において実現されうることが論証される。それによれば、法とは実現されるべき規範であり、自らを実現することはできないが、実在する何らかの主体によって実現されうる客体である。その際に法を実現するのは「法のうちに見出されるエトスの主体」として規定される国家である。したがって国家の課題は、二世界を媒介し、経験的世界において法を実現することなのだとされる。シュミットにとり、国家の尊厳と国家権力の正統性は、法を実現するというこの課題の遂行に基づいている。本書完成稿で提起された諸論点の中でもとりわけ強調されたこの第三の主張を、シュミットは次のように説明する。

「国家はその尊厳（Würde）を、ある法則性に負っている。この法則性は国家自体に由来するのではなく、むしろこれに対して自らの権威（Autorität）は派生的なものに留まる。そのような法則性は法の内にのみ見出されるので、法が国家から定義されるのではなく、国家が法から定義されるべきである。国家が法の創造者であるのではなく、法が国家の創造者である。すなわち、法は国家に先行する」（WS:50）。シュミットによれば、「あらゆる法学的精神活動の最も基本的な出発点は、規範だけが与えることができる正統化（Legitimation）を要求し、法を国家の前に置く」（WS:53）。「単なる事実的権力は、そのもとで権限が正統化される規範を前提とすることなしには、いかなる点においても、何らかの権限へと高められない」。それゆえシュミットは、法の優位が基礎づけられると論じ（WS:52）、法が国家の正統性の源泉であることを強調する。

シュミットは、「法治国家」という概念もまた「法の優位を示すもの」であるとして、独自の解釈を提示する。シュミットによれば、法治国家とは「完全に法の機能になろうとする国家」である。このように定義される法治国家において「国家は法から完全に把捉され、定義され、完全に法の領域へと高められる」（WS:54）。すなわち、国家は「現実に対する法の影響の道具」（WS:56）となり、こうした国家の定義においては、法治国家以外の国家は存在しない。法哲学的考察の対象となる国家は経験的に存在する複数の国家ではなく、「理念的国家」である。この「理念的国家」を国家の模範的なあり方として、「あらゆる経験的国家は法の最初の奉仕者として、その正統性を受け取る」（WS:57）。このようにシュミットは、国家の正統性の源泉が法であることを強調する。

固有の自律的世界の内に留まり、本質的に経験的世界と関係をもたない法を経験的世界のうちに実現する主体は、国家である。シュミットは「理念的国家」を、法実現という課題を遂行する主体として、すなわち法と諸個人との中間に存在する「法形象（Rechtsgebilde）」として措定する。つまり「理念的国家」は二元論的世界の間における「構成点

（Konstruktionspunkt）」であり、「規範と実在する経験的世界の対立における一方の世界からもう一方の世界への移行点（Übergangspunkt）」（WS:56）としての役割を果たす。シュミットによればこのような二世界の中間、「構成点」、「移行点」としての国家が「主権的決断の行為」（WS:79）を通じて、法を「定式化」する。それによって法、厳密には「純粋な思想としての法」が、実定法すなわち「世俗的現象としての法」である国家法律となる（WS:56）。

その上でシュミットは、法の世界と経験的世界の深淵は克服しえないほど大きいので、法が「定式化」されることが第一に重要であると論じる。すなわち「実定的法律においてはすべて、単なる確認された存在の契機が有効化するということが必要になる」。それゆえ、「場合によっては「一般に何かが実定的規定になる」ということが、「どのような具体的内容がそれ〔実定的規定――引用者〕になるか」ということよりも重要になる」。シュミットにとり、「決断」それ自体の意義に対するこのような問題関心は『法律と判決』（一九二二年）から連続している[18]。彼によれば、「どのような具体的内容が実定的規定になるか」ということに対する無関心、すなわち「内容的無関心」は、「国家の法実現の努力」から生じる（WS:80）。決断内容についての「時間を超越した正しさの放棄と内容的無関心の契機の受容」は、「実在する現象の世界の権力と協定がなされたがゆえにもたらされなければならない犠牲である」（WS:81）。つまり、不可視の法規範が確定され、実在化することが第一義的問題であるから、決断内容は第二義的問題として後景に退かざるをえない場合があると述べる。決断主体は自己の行為の正統性の源泉である「抽象的思想としての法」により内面的には拘束されるとしても、決断主体が決断する対象の内容を客観的に問うことはできず、決断内容は主体の「決断」に完全に依存することになる。換言すれば、法規範の内容は主体に先行するものであり、主観的には所与として認識されるが、客観的に認識されえないので外部からその内容を問うことはできない。決断それ自体の意義、決断内容に対する決断自体の優位というシュミットのこの思想は、従来、その後提唱される決断主義理論の萌芽であるとされ、のちの著作との連

続性がこの点に求められてきた[19]。これについて新田は、本書に見出される「抽象的思想としての法」の契機といういわゆる「規範主義」的要素がのちに「論理的明確化の要求」によって清算され、決断それ自体の意義という「政治的思惟が「純粋化」されて姿を現わす」ことになったと解釈している[20]。

ただしシュミットは、国家に対する法規範の内面的拘束という契機を重視しており、国家に対する法規範の優位が維持されなければならないと主張している点に留意する必要がある。すなわちシュミットは、法規範は国家によって正確な内容を伴って「定式化」されなければいけない、と述べるだけではなく、「抽象的思想としての法」を決断主体から保護するための対策を講じ、その必要性を強調している。「抽象的思想としての法」と国家の定めた制定法、実定法という「法における二元論が認められ、認識されるならば、その実現過程、すなわち法の国家化の過程を、抽象的規範の保護のために監督下に置くことが重要になる」。それゆえ、「この定式化を与える、同様に確実で不可謬の審級を求める努力が生じる」（WS:81f.）。つまり、決断主体によって恣意的に「法」が捏造されることを予防し、「法」が正確に定式化されるために、決断の過程は監督下に置かれるべきであり、さらに定式化を行う「不可謬の審級」が要請されるべきだとシュミットは言う。彼によれば、「法を国家から保護するために、法と国家の間にもう一つの審級を押し込む」必要がある。「プラトンの国家における哲学者たちからフィヒテの執政官（Ephorat）の要請まで、この思想が常に新たな衣装をまとって姿を現す様相は非常に興味深い。すなわち、非常時に国家の根本法律の侵害に際して、国家禁令を宣言し、政府の実力を停止し、執行者に責任を負わせることのできる執政官の要請である。あらゆる事例において、国家の事実的権力の濫用、人間の事実的悪や弱さへの不信とそれに立ち向かおうとする試みが基礎を成している」（WS:83）。

（五）同時代の知識人による反応

本書に対する同時代の知識人による反応は概ね好意的なものであった。その方法論がケルゼンのそれとあまりにも酷似しているにもかかわらず引用元が明記されていない、という批判的な書評が寄せられたが[21]、この評者もその他の点では本書を高く評価していた。もっともこうした批判は、シュミットにとり心外だったことだろう。確かにシュミットは本書で、出典を記さずに「規範的考察」と「自然科学的考察」（WS:26）というケルゼンが用いたことで有名である対置に言及したが、シュミットの主眼は二元論がいかに克服されうるかという点にあり、二世界の「媒介」を目的とする議論であった。この点で両者の思想には根本的な相違があったと言える。

また、本書はヴィーン大学のケルゼン学派から積極的評価を得た[22]。そのうちの一人である国際法学者アルフレート・フェアドロスは、一九一四年七月二九日にシュミットに宛てた書簡の中で「ケルゼンの法哲学の演習であなたの興味深い著書について報告を行った」と述べた上で、本書を次のように絶賛した。「規範理論に取り組んでいる小規模のヴィーン・クライスにおいて、あなたの著書は大きな賞賛を見出した」（TB2:498）。

なお日記帳の記述から、シュミットが本書刊行以前にハンガリー出身の哲学者ゲオルク・ルカーチに一部を送付し、批評を求めていたことがわかっている（TB2:135）[23]。数日後の日記には、ルカーチから「本の送付に対する丁寧な返答」（TB2:138）を受け取ったことが記されているが、その具体的な内容は不明のままである。

第二節　最初期シュミットにおける共同体と個人

（一）神学的世界像における共同体と個人

以上にみたように、『国家の価値と個人の意義』においてシュミットは、法と事実ないしは存在と当為を峻別すると

いう二元論を前提としながら、経験的世界の内に法を実現することを目標としていた。従来の研究においても、二元論的思想は初期シュミットの特徴として考えられてきた。ニコレッティによれば、「カール・シュミットの思想がその基盤をおいており、なかんずく彼の初期著作を刻印している理論的地平は、二元論の兆候を帯びている」[24]。この二元論的思考は、当時のドイツ国法学における新カント派の影響下で形成されたが、それと同時に「シュミットのカトリック的出自」に基盤をもつこともまた指摘されている[25]。すなわち前節でみた『国家の価値と個人の意義』が示していたように、シュミットは新カント派と同様に存在と当為を峻別する二元論の立場をとりつつも、分離の状態にとどまらず二元性を媒介することを目指していた。つまりニコレッティが述べるように、「相対立し合って現れている世界の間を媒介する概念を見出すことを望んだ」（傍点強調は引用者による）[26]。この点で、当時のシュミットを新カント派に安易に分類することはできず、その独自性は彼の「カトリック的出自」に由来するものであると分析されてきた[27]。

二元論に対するシュミットの神学的、形而上学的次元における洞察は、彼が一九一七年にカトリック系雑誌『スンマ』に寄稿した「教会の可視性」[28]に示されている。この小論においてシュミットは、あらゆる二元論の原型とされる「根本的二元論」について論究する。この根本的二元論は「キリスト教の導入以来、世界を支配している」（SK:74）が、同時に「人間の原罪（Sünde）を通じて世界に入ってきた」（SK:76）ものであるとされ、以下にみる通り、シュミットの二元論に対する評価はアンビヴァレントである[29]。

ここでシュミットは、キリスト教の神観念が存在しない世界がいかに不正義と不条理に支配されるものであるかを次のように説明する。「人間関係の合法則性が人間関係に内在的なむき出しの世俗的帰結にしたがって形成されるならば、歴史的現実においてはいかなる個人ももはや尊重されず、自分の部屋であれ、家であれ、法律の枠内であれ、個人が自己の人格を全うすることを保証するために作り出されたあらゆる制度は、個人がある日自分の部屋から連れ去られると

いうことから個人を保護しない。そのとき個人は、神に見捨てられた世界において一人で存在するのではないということが何を意味するかを理解する」(SK:73f.)。

シュミットによれば、人間が世界の内に存在するということは常に「他者と共に在る」(SK:74) ことを意味する。「神に見捨てられた世界」において「一人で存在するのではない」、すなわち「他者と共に存在する」とき、「ある日自分の部屋から連れ去られる」というような不正義が罷り通る。「神の前では人間は無であるが、現世において人間は初めて、真に無化(vernichten)される」(Ebd.)。「人間関係に内在的な帰結」、すなわち人間の共同体に固有の不正義や不条理は、人間の「原罪」に由来するものであるとされる。シュミットによれば、人間の原罪から「諸々の悪しき二元論」が生み出された。すなわち、この二元論は「神の言葉にも係わる神的思想の神的肉体から世俗的目的のための手段を作り出した。また、法を物質的権力の手段へと外観を損ね、善と利益の一致を対立へと逆転させ、自律と他律との誤謬をもたらすアンチテーゼを引き起こした」(SK:76)。それによって「戦慄すべき混乱、生、思想、言語の一義性の喪失」がもたらされ、「合意を全く不可能にし、悪意を有益なものとして保護し、それぞれの利害的立場を反駁できないものにした」(Ebd.)。

シュミットによれば、こうした世俗の人間共同体に固有の、悪や不正義の蔓延る世界を変革するのがキリスト教の神観念であり、したがってキリスト教の成立は「偉大なものの評価に値する、世界史上唯一の革命」(SK:74) であった。「いかなる賢明で好意的な立法者も、人間を世俗的合法則性の帰結から救い出すことはできない。しかし、神はあらゆる合法則性を自身に基礎づけ、その口から生じさせるという驚嘆すべき大変革を通じて、世界における人間を救う」(Ebd.)。すなわち神の救済を通じてのみ、世界は「人間関係に内在的なむき出しの世俗的帰結にしたがって形成される」ことなく、正義が実現されうると論じる。こうしてシュミットは、キリスト教導入以前の、人間共同体に固有の法則に支配される世界と、神観念を通じて人間が救済される世界とを対置することで、「神の国」と「地の国」というアウグスティ

ヌスの世界観に類似する二元論的世界観を示し、前者に絶対的善と正義を、後者に原罪と不正義を対応させた。

こうした世界観を前提に、シュミットは「可視的教会」の意義について次のように論じる。「共同体の構成員が神から直接尊厳を受け取り、それゆえ共同体によって無化されえないならば、しかも共同体を通じてのみ神へと帰り着くことができるならば、可視的教会（sichtbare Kirche）が生じる」（SK:74f.）。すなわち神観念を人間の世俗世界に「媒介」するものが「可視的教会」であるとされる[30]。シュミットによれば、「可視的なものの内における不可視的なものの妥当は、不可視的なものに根源をもち、可視的なものの内に現象しなければならない」（SK:75）。「可視的教会」の本質は「媒介」であり、「不可視的なもの」である神概念を人間が属する世界に「媒介」するという課題をもつ。この「媒介」は「一瞬ごとに新たに達成されなければならない課題に留まる」（SK:76）。

（二）個人主義批判

『国家の価値と個人の意義』においては様々な次元で、規範的当為と自然的存在を対置する二元論的思考が見出される。国家論においては、法実現に専念する「理念的国家」と経験的に存在する諸国家が対置される一方、個人観においては、国家が法実現を遂行するための道具として献身する個人と自然的存在としての人間が対比的に論じられている。シュミットのこうした思考を積極的に解釈するならば、シュミットは常に一種の理想的なあり方を想定し、それとの距離を測定することで現実に存在する国家や個人のあり方を批判的に検討したのだと言える[31]。

では当時のシュミットは、どのような個人観ないしは人間観を抱いていたのだろうか。彼が国家の「途方もない成果」を評価する背景を探ってみるならば、人間を本来悪しきものとする彼独自の性悪説の立場が浮かび上がる。すなわちシュミットは、個人の「エゴイズム」「むき出しの本能」を抑制し無害化したという点で国家を賞賛しているのである。「個別に、

あるいは大衆の中の人間を認識的視点で観察し眺める者」は、国家が「ばらばらに散らばった諸利益の無秩序の中に、規則的な経過において固有の安全をもって信頼しうる一つの秩序をもたらしえたということに心を打たれるであろう」(WS:85)。「夥しい放縦で偏狭なエゴイズムやむき出しの本能を少なくとも表面的にはせき止め、無害化し、影響力ある悪党をも少なくとも上辺を偽るよう強いた、という途方もない〔国家の――引用者〕成果」の前に、「国家に対する批判は多くの者にとり、不当でいかがわしい教義主義であるとさえ考えられるかもしれない」(Ebd.)。したがって「非人格的機構と壊滅的事実性とをもつ」国家の前に、「あらゆる他の審級への訴え、あらゆる〔国家に対する――引用者〕批判は無駄な検討であるように見える」(Ebd.)。このような見地から彼は、「国家に対するいかなる批判も、空虚な理性的検討であるかのような様相を呈する」(WS:96)とすら述べている。

シュミットはこうした性悪説の立場をその後も変更することはなく、のちに政治理論と人間本性についての認識を一般化し、理論的に定式化するようになる。周知の通り、『政治神学』(一九二二年)のシュミットによれば、「あらゆる政治思想は何らかの人間「本性」に対する見解をもち、人間の「性善」ないし「性悪」を前提とする」(PT:50)。その後、「政治的なものの概念」(第一版、一九二七年)においてはシュミットは次のように述べる。「あらゆる国家論と政治的理念は、その人間学を調べることができ、それが自覚的に、あるいは無自覚に、「本性上悪い」人間を前提とするか、あるいは「本性上善い」人間を前提とするかどうかにより分類されうる」(BP:21f.)。「とりわけ、権威的な国家論とアナーキズムの国家論の対立は、この定式に帰着される」(BP:22)。また、次のように述べ、自らの政治理論が性悪説を前提としていることを明らかにしている。「真の政治理論はすべて、人間を「悪いもの」と前提する。すなわち消極的に評価する」(BP:23)。

ここでシュミットは、規範的当為と経験的存在とを対比する二元論的思考に基づいた個人観を次のように示していた。

第一に彼は、「汝自身であれ（Sei du selbst）」の格言を独創的に解釈し、それは「具体的存在と達成されるべき要請との間の相違」を含意しているのだという。つまりシュミットは一人格の内に「二つの異なる主体、異なる領域の中で構成された主体」、すなわち「在るべき存在者」と「現実に在る存在者」とが存在することをこの格言は示唆しているのだと解釈する（WS:87）。第二に彼は、デカルトの命題「我思惟するゆえに我在り（cogito, ergo sum）」を独自に解釈し、これもまた「在るべき存在者」と「現実に在る存在者」の差異を承認するものであると言う（WS:88）。それは「個々の経験的個人から出発して、ある規範的構成物を示唆するという解釈を許すばかりではなく、むしろこのような解釈を促すものである」（Ebd.）。そして第三にシュミットは、カント倫理学においては自律の主体である「理性的存在者」と現象界に属する個人とが区別されることを引き合いに出し、「定言命法が妥当する純粋な理性的存在者となった人間」と「生物学的種の個体」とが区別されていると論じる（WS:88f.）。このようにシュミットは、人間観において在るべき存在者と現実に在る存在者とを区別し、後者にはそれ自体に価値はないと主張する。シュミットによれば、「自然」からは何ものも価値をもたず（WS:98）、経験的存在としての個人はさしあたり単なる事実以外の何ものでもない（WS:98）。したがって現実に存在する個人は、シュミットにとってそれ自体何ら価値をもたない。このような観点に則る限り、「哲学者は、次のことに自覚的であり続けなければならない。〔法哲学的考察において〔――引用者〕〕人間は自然史的カテゴリーあるいは生物学的カテゴリーとして理解されるべきではない。人間はその誕生によって尊厳を得るわけではない」（WS:106）。「肉体をもつ具体的個人は、その考察が即物的物質性を超えないならば、全く偶然的な単体である。それはアトムの堆積であり、その容姿、個性、唯一性は、旋風によって柱へと継ぎ合わされる塵以外の何ものでもない」（WS:101）。

このようにシュミットは、人間は生まれながら平等に尊厳をもつという考え方を正面から否定する。ここでシュミットは、在るべき存在者としての個人をどのようなものとして想定していたのだろうか。彼によれば、人間は「個人外的

価値」に参与することによって初めて価値を得ることができ、これにより「初めて法の観点の下での価値評価が可能になるものを、個人から作り出すことが可能となる」（WS:11）。この「個人外的価値」とは、法実現を行う国家の道具として、その課題の遂行に貢献することを指す。すなわちシュミットにとり、個人の「意義」は「法を実現するという課題にしたがってのみ測定されうる」（WS:87）ものであった。「各人の尊厳はすべて、彼が国家に献身するということにかかっている」。このような論理からして、「その献身がより完全に、より意識的になればなるほど、国家における彼の地位は高くなる。国家においては、各人は自己のものを果たさねばならず、しかし利得を求めてはならない」（WS:92）。「国家にとって、個人はそれ自体〔法実現という――引用者〕唯一本質的な課題のための偶然的な担い手、遂行しなければならない特定の機能の担い手である。それゆえに原理的には、国家はいかなる個人をもかけがえのない、代替できない存在であるとは捉えない」（Ebd.）。さらにシュミットは、絶対君主もまた国家の法実現という課題を遂行する担い手として、「国家の最初の奉仕者」（WS:94）なのだという。

このようにシュミットは、一方では普遍的人間の尊厳を否定し、他方で国家への貢献と奉仕を基準として個人の「意義」を測るという徹底した反人間主義、反個人主義の立場を採っていた[32]。このとき彼は自らの思考が反個人主義に立脚していること自覚的であった。それゆえ、本書の反個人主義的思想とその帰結に対する批判、特に反個人主義は「時代に適合しない」とする批判（WS:11）を予想して、この著作序文において予め反論を用意している。シュミットによれば、本書の反個人主義的帰結を「不合理な先祖返り」である、とか「野蛮かつ反文化的な生への敵対への逆行」であるとして批判する現代人たちは、「我々の時代」の本来の性格について誤った、あるいは少なくとも無批判な前提に立っている（Ebd.）。

このように述べるシュミットには独特の時代認識がある。彼によれば「我々の時代」は、生活様式や行動様式が画

一化した個性のない時代である。シュミットの形容によれば、近代とは「機械と組織の時代」「機械主義の時代」「自身には欠如しているものをもつ憧憬の対象を通して示される時代」「精神的生活、文化、学問の領域にまで拡大する経営（Betrieb）の観念の内にその文化が頂点に達する時代」「貨幣経済、技術、管理芸術、絶対的な間接性、一般的予測可能性の時代」「法典化と包摂に対する要求をもつ時代」（WS:12f.）なのである。「ここでは権威に敵対的な精神が支配しているのではなく、よい趣味に対する完全な従順さが支配している」（WS:13）。こうした時代において、「今日では多くの人間は、もはや自己の卑劣な言動や粗悪な振る舞いを恥じないがゆえに、彼らは個人（Individualität）と見做されているのである。勿論、よい趣味とは形成された豊かさであるが、欠乏の所産でもある」（Ebd.）。こう述べた上でシュミットは、実際には現代とは個性のない「精神的貧困」の時代であるという。しかしだからと言って、現代を「卑小な時代」であると考える必要はない。シュミットは、反個人主義的特徴を持つ「我々の時代」を肯定し、「むしろまさに今日、時代潮流の中で新たな偉大さが始まりかけている」（Ebd.）と述べる。なぜならば「我々の時代」には、「個人の中に存し、かつ個人の価値を構成する統一」である「精神的紐帯」、すなわち国家に献身する個々人の絆が見出されるからである（WS:14）。

このように、当時のシュミットにとって個人主義批判や個性の否定は、国家の価値に対する賛辞と表裏一体の関係にある主張であった。そこからは国家主義的帰結が導き出され、国家に対する個人の奉仕や絶対的服従が正当化されることになる。第一次世界大戦の開戦前夜、シュミットが抱いていたのはこうした国家観および個人観であった。

（三）近代主観主義批判

これまでみたように、初期シュミットに見出される反個人主義的見解は神学的世界像の次元で、また法哲学的次元で

展開されてきた。さらにシュミットの個人主義批判は、ドイツ人ロマン主義者アダム・ミュラーやフリードリヒ・シュレーゲルに対する批判として形を変えて再論されることになる。第一次大戦中に執筆され、一九一九年に公刊された『政治的ロマン主義』においてシュミットは、政治的ロマン主義という現象を近代以降の歴史過程に位置づけて把握し、個人の主観を絶対化する政治的傾向の問題性を指摘した。

政治的ロマン主義が成立する背景として、近代西欧における知的断絶をシュミットは次のように説明する。彼によれば、近代精神の端緒における「二つの偉大な変化」とは、第一にコペルニクスの地動説であり、第二にデカルト哲学である。そして後者と共に、従来の存在論的思考の動揺が始まった（PR:47f）。「我思惟するゆえに我在り（cogito, ergo sum）」というデカルトの思想は、外的世界の実在に目を向けさせる代わりに、主観的な内面的過程へと、すなわち思惟へと人間を導くものであった（PR:48）。シュミットはこれら二つの変化を各々反対の方向へ向かう現象、「逆行する運動（Gegenbewegung）」（PR:47）として把握する。すなわちコペルニクスが提唱した天体説により、人間の自然科学的思考は地球中心主義的（geozentrisch）であることを止め、中心点を地上の外に求めたが、他方で哲学的思考は自我中心的（egozentrisch）となり、中心を自己の中に求めた。こうして近代以降、個人の主観を中心とする思考様式が主流となり、近代哲学は思考と存在、概念と現実、精神と自然、主観と客観の分裂に支配されることになったのだとシュミットは論じる。

シュミットによれば、こうした転換を経て、「かつての形而上学における最高次にして最も確実な実在、すなわち超越神は除去された」（PR:49）。ここで新たに、誰が歴史的現実において「最高次にして最も確実な実在」「究極的な正統化の地点（Legitimationspunkt）」としてかつて神が担っていた機能を引き継ぐのかという重大な問題が生じる（Ebd.）。シュミットによれば、ここで哲学的認識論の帰趨を俟つことなく「二つの新たな現世的実在」が登場する。それは共同

体ないし「人民」概念と「歴史」であり、この二者は新たなデミウルゴスとして人間の思考を支配したのだとされる(Ebd.)。

ロマン主義は近代におけるこうした転換を前提に成立した。そもそもロマン主義という概念は従来様々に対立するメルクマルや定義によって説明されることにより混乱を引き起こしてきたが、シュミットによれば、ロマン主義と呼ばれる複合物の歴史的―精神的関連の中から、正当に「政治的ロマン主義」と呼ばれるべきものの特質を規定する必要がある（PR:13）。そこでシュミットがロマン主義者の精神構造に対して一貫して批判的な検討を行う中で、批判の根本的対象としたものがその過度の主観主義であった。

シュミットはロマン主義者の精神構造とその立場を次のように説明する。「フィヒテの個人主義の影響の下で、ロマン主義者は自らが世界創造者（Weltschöpfer）の役割を演じ、自己自身から実在を生産することができるほどに強力であると感じていた。それと同時に彼らは、二つの新たな実在、すなわち共同体と歴史――彼らはその二つの力に即座に屈服したのだが――の使者でもあったのである」（PR:57）。つまりロマン主義者は、自己の主観がかつての超越神に代替しうる、すなわち「最高次にして最も確実な実在」「究極的な正統化の地点」として機能しうるのだと考えた。しかも同時に、新たに影響力をもって登場した「共同体」と「歴史」という実在と自己を同一化することをも欲したのだという。

そもそもロマン主義とは、先行する世代である古典主義に対抗する青年運動として開始されたものであるが、批評と性格描写以外の点で先行世代に勝るものを実際にもたなかった。そこでロマン主義者は、現実性よりも可能性をより高次のカテゴリーとして設定することで、困難な状況を内面的に克服しようとした。「世界を創造する自我の役割を日常の現実の中で演じることはできない」。それゆえに彼らは「永遠の生成という状態、決して完結することのない可能性という状態を、具体的現実の制約性よりも好んだ」（PR:60）。シュミットの分析によれば「可能性と現実性とのロマン主義的な葛藤」から、ロマン主義にとっての二つの新たな実在、すなわち共同体と歴史との意義が明らかになる。つま

りロマン主義的主観は、中世の神秘主義者が神の中に見出したものを自ら継承し、この「可能性と現実性との葛藤」を解消し統一を果たすという課題を達成するために、共同体と歴史を利用しようとしたのである（PR:61）。すなわちここで共同体と歴史は、「尽きることのない可能性の源泉」としてロマン主義的主観に仕えるものとなる（PR:62）。

こうしてロマン主義者にとっては、共同体ないしは人民も、そして歴史もまた、単なる「機会原因（occasio）」となる。「ロマン主義においては独創的な主観が神の地位につき、外的世界を自己の活動と生産性のための機会原因と見做す。最も大きな外的出来事、革命や世界戦争もまたその主観にとってはどうでもよいことである。出来事が偉大な経験あるいは独創的な着想のきっかけとなったときに、初めて出来事は意味をもつようになる」（PR:89）。

しかし原理的には、ロマン主義者の特徴である主観主義と、共同体や歴史を中心とした思考とは両立しない。「神としての独創的な主観は、その神的な自律性を実際に真剣に貫いたならば、いかなる共同体をももはや許容できない。主観を共同体と歴史へと包摂するということは、世界を創造する自我の退位を意味した」（PR:57）。最終的にカトリック教会の中に自らの求める実在を見出したロマン主義者たちは、教会に対しても独創的な主観を弄ぼうとしたが、カトリック教会により内面的に圧倒された結果、その主観主義を放棄せざるをえなかった。シュミットによれば、こうした「決定的な放棄とともに、ロマン主義的状況は終わった」（PR:58）。したがって結局、ロマン主義者はどこにも実在を見出すことはできない。「主観主義的留保の帰結は、ロマン主義者は彼が求める実在を自己自身の内にも、共同体の中にも、世界史的発展の中にも、彼がロマン主義者である限りは昔の形而上学の神の中にも見出すことはできなかったということである」（PR:68）。こうして「実在への意志は外観への意志に終わる」（PR:74）。

こうした精神構造に基づくロマン主義者の政治的態度はどのようなものであるか。シュミットによれば、「美的生産性を志向する機会原因論的同意」（PR:112）あるいは「ロマン主義的唯美主義」（PR:113）においては、全てのものが美

的形態化のための素材となる。それゆえロマン主義者にとっては美的対比、すなわち美醜以外の対立は存在しないため、論理的区別も道徳的価値判断も政治的決断も、ロマン主義者には不可能である。「政治的活力の最も重要な源泉である、正しさへの信仰と不正に対する憤激は彼〔ロマン主義者――引用者〕にとり存在しなかった」（PR:153）。こうした精神的態度ゆえに、ロマン主義者は現実にいかなる任意の政治的立場や勢力とも結びつくことが可能であった。「ロマン主義的な宇宙はあらゆる任意の点の周りを廻りうる。共和国大統領であれ、絶対主義的君主であれ、教皇であれ、スルタンであれ、成功した銀行家であれ、ボヘミアンであれ」（PR:142）。すなわちロマン主義者はその受動性ゆえに、「半ば叙情的に、半ば主知主義的に他者の能動性に追随する」（PR:161）。このようなオポチュニズムからして、ロマン主義者は常に「より高次のもの」、より権威あるものに安易に迎合し、政治的には「政府至上主義（Governmentalismus）」（PR:162）に帰結する。これと同時に政治的ロマン主義者は、自己自身で決断や責任を引き受けて危険を冒すことを終始一貫して回避する。

このように「無責任な主観主義」（PR:153）あるいは「政治的受動性」（PR:148）を特徴とするロマン主義者は、批評を行うことはできるが、厳密な意味ではいかなる政治的行動をも決断しない。したがって必然的に、「政治的行動が始まるとき、政治的ロマン主義は終わる」（PR:162）のだ。こうしてシュミットは、過剰な個人の自我中心主義に陥った精神的態度に基づく政治的判断や現実的行動がいかに無責任で問題を孕むものであるかを、ロマン主義者に対する分析を通じて例証した。このように主観主義的精神構造を根本的問題と見做す『政治的ロマン主義』の批判は、それ以前にシュミットが神学的―法哲学的次元で表明していた反個人主義的立場からの一貫した帰結であった。

第三節　法学方法論をめぐる一九一〇年代におけるシュミットとケルゼン

本節では、シュミットの思想形成に影響を与えた法学方法論である神学―法学並行論と擬制（juristische Fiktion）について、一九一〇年代におけるシュミットの見解を考察する。この二つの方法論は、同時代のヴィーン出身の法学者ハンス・ケルゼンによっても用いられていた。そこで以下では、これらの方法論に関する両者のアプローチを対比することでシュミットの独自性を浮き彫りにするとともに、一九二〇年代において両者の民主主義観の相違をもたらす分岐点となる思想的背景を確認する。

（一）初期シュミットにおける神学―法学並行論

『政治神学』においてシュミットが提唱する「政治神学的方法」とは――のちに第三章で詳しく見るように――神学上の諸概念と国法学上の諸概念との類比関係、また神学・形而上学的世界像と国家・政治形式との類比関係を仮定し、その間の構造的同一性を認識するという方法論を意味する。和仁は、政治神学的方法がすでに『法律と判決』に見出されることを指摘している[33]。そうであれば、シュミット独自の方法論はドノソ・コルテスをはじめとする反革命国家哲学者からの歴史観の受容を主たる契機として確立する以前から、神学と法学との特殊な関係についての独自の認識に支えられていたと言える。この指摘に従って以下では、『法律と判決』にそのような思考の萌芽がどのように見出されるのかを検討する。

裁判官による判決の正しさの基準を主題とする『法律と判決』本論とは別に、その末尾に「補遺Ⅲ」として付された論稿においてシュミットは、古くから法学にとって神学の方法論がなじみ深いものであったと述べている。彼によれば、従来の法学研究は「法学を「学」へと構成するための（例えば、厳密な自然科学の方法論のような）特定の方法論」を求めて努力し、そのために法学を他の諸学問と比較し、並行的な推論形式を模索してきた（GU:123）。そもそも法学史

上長らく、法学は他の学問諸分野と比較されてきた。近年の例として最もよく知られているものは、イェーリングによる法学と自然科学、特に化学との比較である。しかしシュミットによれば、法学は自然科学の一分野になるや否やもはや法学ではなくなり、社会学や心理学、国民経済学となってしまう（GU:124）。すなわち法学には、「厳密な自然科学」という理想に基づく方法論は適さない。しかしながら「厳密な自然科学」という理想に基づく方法論以外のものを発見できないという認識から、法学は純粋な「事実学（Tatsachenwissenschaft）」となるべきだとする要求が生まれた（Ebd.）。だがこうした法学理解と闘うべく登場したのが、近年の自由法運動であった（GU:125）。シュミットは、カントロヴィツが『法学のための闘争』において自由法運動と自由宗教運動との間に並行性を見出そうとした試みが特に影響力を有し、それが法学方法論への考察を促したという。というのも、「伝統的な法学の解釈学（Hermeneutik）と神学的解釈学（Interpretationslehre）との間には、歴史的にも証明できる方法上の関係が存在するからである」（GU:126）。「神学的解釈に関しては、法学者にとっては昔から、神学的解釈の方法を自らの方法と比較するということはなじみ深いものであった」。その例としてシュミットはヨルダンの論文（一八二五年）から次の一節を引用する――「裁判官の活動は、生の諸関係について創造者の精神に従ってキリスト教徒を養成し、かの精神において効果を及ぼし続ける神学者の活動と似ている。それは常に、現実の事例に対する字面の適用ではなく、法律の精神の適用に他ならない」（Ebd.）。

このように、のちの政治神学的方法に関わる神学―法学並行論は『法律と判決』ではその思想の片鱗が断片的に示されているにすぎない。こうした萌芽的思考に、ドノソ・コルテスらの歴史観の受容という契機が加わることで、『政治神学』では体系的に政治神学的方法が論じられることになる。

（二）初期ケルゼンにおける神学―法学並行論

Ⅴ．ノイマンは近年、ケルゼンが一九一一年以来シュミットの『政治神学』に先行して神学―法学並行論に言及していたことに着目し、初期ケルゼンにおけるその議論の全体像を帝政期ドイツ国法学の文脈に位置付けて解明した[34]。ノイマンによれば、帝政期ドイツ国法学において国家と法とは非同一であり、国家は法に先行するという認識が支配的であった。しかし他方では、法により国家を拘束しようとする法治国家論の構築が目指され、ゲオルク・イェリネクが国家の自己拘束理論を提示した[35]。ケルゼンもまた国家が法により拘束されるとする説を支持したが、彼はイェリネクによるこの理論の基礎付けの仕方には問題があると考え、『国家学の根本問題』（一九一一年）においてその理論的根拠を批判した。ケルゼンによれば、道徳的義務の主体は常に個人でしかありえないにも拘らず、イェリネクの自己拘束理論は「人格」という共通の類概念の下に、自然的人格のみならず法的人格をも理解している。しかし人間の自律は倫理的義務を基礎付けることはできても、法的義務を基礎付けることはできない。なぜならば法的義務は本質的に強制であり、自らに強制への義務を課すという自己拘束は不可能であるからである。したがってイェリネクのいう国家の法的義務は「偽装された道徳的義務に過ぎない[36]」。

そこでケルゼンは、イェリネクとは異なる方法で国家の自己拘束理論を基礎付けようとした。そのためにケルゼンが認識論上の手段として利用したのが「神学と国法学は並行性をもつ」とする方法的見地であった。「国家不法について」（一九一三年）においてケルゼンは、国家の自己拘束理論を「神の人間化の教義」すなわち弁神論との類比（Analogie）によって次のように基礎付けている――「全能の超越神は二つの人格へ、すなわち神―父と神―子へと分裂し、前者は後者の内で自ら立てた世界秩序に服従し、全能性を放棄する。国家も同様に自己拘束理論に従い、国家自身がつくり出した法に屈服しなければならない。自然における神の全能性に対応するものが、法の領域における国家の全能性である。世界は神が創造した自然法則に服従しているが、神が自ら作り出した自然法則に拘束されているならば、神は全能では

ありえない。神が自然法則から自由であるということは帰責の概念において表れる。神は例外的に自然法則を破りうる限り、神の全能性という神学が維持される。これと同様に、国家理論もまた、一般的に国家は法命題により拘束されるべきではあるが、「例外事例」においては法なしに、あるいは法に抗してでも公共の福祉を維持する能力をもつことを主張する[37]」。

ノイマンによれば、ケルゼンにとって神学の概念技術と法学のそれとの間には「広範なアナロジー」が存在しており、また神概念と国家概念との論理的構造は「並外れた親縁性」の点で際立っていることは自明であった。ケルゼンは「平凡な意味でプロテスタント神学とカトリック神学とを非合理的現象であるとして告発したのではなく、並行性の証明によって、支配的国法学はすでに学問的に信用を失っており、批判はすでに尽くされたと告発したのだ[38]」。

ただし「神学と国法学を並行関係において捉える（parallelisieren）」というこの方法論に対するケルゼンの態度は両義的である。一方でケルゼンは、この方法を用いることで、国法学上の実質的問題に対処するための認識上の利益が得られると考えていた。実際に、その後もケルゼンは『一般国家学』（一九二五年）において神学との構造的アナロジーという方法を認識手段として用いている。その他方でケルゼンは、この方法論がもつイデオロギー作用に対して批判的視点をもち続けてもいた。ケルゼンによれば、神学は「神の人間化という神秘」という「究極的概念のメタ論理学的、超合理的性質」に基づきうるが、「国家学・法学は同様の神秘を主張するとしても合理性の領域に留まっていると装わなければならない[39]」。したがって必然的に、この方法論は恣意性を孕んでいる。この恣意性はしかし、そもそも支配的国法学において顕著に見出されるものであった。すなわち彼によれば、国家を「法以前の権力現象」として捉えながら、その国家を他方で法治国家として理解しようとする支配的国法学は「論理の暴力的強制」を行っている。そこで「体系の統一性と純粋性を創出する」ために、ケルゼンは「国家を法と同一化すること、国家を法秩序として認識すること」

が真の純粋法学の前提である、すなわち「真の科学性への道」であると結論するに至った。[40]

以上の議論からノイマンは、「ハンス・ケルゼンとカール・シュミットは各々独自の方法で、ほぼ同時に、互いに独立して「神学と国家（国法）論」という主題を発見し、議論を展開した」[41]と結論づける一方で、ケルゼンがシュミットに先行して最初にこうした主題を取り扱ったと考えた。すなわちノイマンは、シュミットによるケルゼンへの挑戦として『政治神学』を捉え、シュミットはケルゼンよりものちに、ケルゼンにより触発されることでこの主題を扱うに至ったと解釈している。「一九二二年に出版された『政治神学――主権論四章』というタイトルからしてすでに、ケルゼンの挑戦に対する回答としてこの著書が構想されたということがわかる」。さらに、「シュミットはケルゼンにおける国法と神学とのアナロジーを取り上げ、それを肯定的なものへと転換し」、ケルゼンが保持していたこの方法に対する批判的視点を取り払ったのだという。こうしてノイマンは、シュミットがケルゼンに対抗して「神学的に着想を与えられた思考によってのみ、国法学上の主要な概念、例えば主権や国家、法という概念を理解することができる」と主張したのだと捉える。[42]その結果、シュミットにおいて「国法と神学との並行化は強烈な印象とともに始まり、高みを目指したが、「主権者は権力政治的に自らの意志を押し通す者である」というむしろ素朴な認識へと着地した」のだとされる。[43]

だがこうしたノイマンの解釈は、この主題をめぐる一九一〇年代のシュミットとケルゼンの関係を究明する試みとしては不十分である。なぜならば、先に見た通り、シュミットもまた一九一二年の学位請求論文『法律と判決』以来、独自に神学―法学並行論に言及しており、ケルゼンよりものちにこの問題を主題化したとは言えないからである。ノイマンがこのことを把握しえなかったのは、彼が専らシュミットの『政治神学』にのみ考察を限定し、そこでの主題が『政治神学』以前の著作において取り扱われていたことを何ら顧慮しなかったからである。

（三）擬制論に対するシュミットの評価

そこで、なぜシュミットとケルゼンが一九一〇年代のほぼ同時期に同様の主題を取り扱うに至ったのか、その背景にある両者の関心について考察を進めたい。以下では、一九一一年に公刊されたハンス・ファイヒンガーの著書『〈かのように〉の哲学』とそこで示された擬制（juristische Fiktion）論に対する両者の評価を明らかにし、比較する。

シュミットは一九一三年六月一五日の『ドイツ法律家新聞』に、ファイヒンガーの同著作に対する書評を寄稿し、ファイヒンガーの議論に対して非常に高い評価を与えている。「ファイヒンガーの著書が法制史にとって、また教義学や方法論にとって多くの示唆に富んでいること、そしておそらく法学と法実務をめぐる論議全体にとって新たな転換を与えるものであることを納得させるためには、これら諸々の暗示〔シュミットによるこの書評での指摘――引用者〕で十分であるだろう」（JF:805）。

シュミットは擬制の意義を次のように評価する。シュミットによれば、近代法学の特徴は「補助科学、とりわけ国民経済学や社会学、心理学」といった他の諸学問が法学の領域に対して有する意義をより一層認知したことにある。そのために、法学にはもはや固有の領域が存在しないように見えるのだという（JF:804）。拡張解釈や縮小解釈、および類推解釈や反対解釈といった法学における従来の解釈学上の諸手段は、近年しばしば批判の対象となり、説得力を失ってしまった（Ebd.）。こうした「法学のための闘争」の中で、「法学において技術上完璧に発達させられてきた人間の思考上の技巧（Kunstgriff）」、すなわち擬制は誤解されてきたのだという。「それゆえまさにふさわしい時期に、ある哲学者の著作が出版された。この著作は単に論理と認識理論にとっての擬制の意義を論じたのみならず、実践科学の方法にとっての擬制の意義をも驚くほど多面的に取り扱い、いくつかの章においては法学を研究対象としている。そのためにこの著作は単に原理的な意義〔中略〕のみならず、我々〔法学者――引用者〕にとって直接的な意義をもつ」（Ebd.）。

ここでシュミットは、近代の法学者が擬制に与える評価を次のように整理している。「擬制という語はほとんど嘘を包含する発明(lügenhafte Erfindung)と同等のものとなってしまったかに見える。これは大抵非難として用いられる。〔中略〕いずれにせよ擬制は、法学的構成の根底には単なる思考されたものが存在すること、すなわちそれ自体においてすでに論駁されうるものがあることの証左であると考えられている」。シュミットによれば、こうした議論が見誤っているのは、「思考されたものの現実性が重要なのではなく、学問と法実務にとって擬制が有する実際上の利用可能性が重要である」という点である（JF:805）。「擬制とは、技巧であり、誤った仮定を通じて正しい目的へと至るために、人類があらゆる学問において幾千回も歩んできた道である。そして、とりわけ数学と自然科学において、その価値と正当性を長らく示してきた方法である。〔中略〕法生活における数え切れないほどの進歩は、擬制の恩恵を被っているのである」(Ebd.)。「擬制とは、自覚的に恣意的な、あるいは誤った仮定であるが、それにも拘らず認識を促進し、価値ある成果をもたらしうるものである」。

ただしシュミットは当時、擬制という手段の使用を手放しに推奨したわけではなく、その適用の限界についても考察していた。彼によれば、英国の法学界において顕著に見られる擬制の過剰適用は、この方法が学問的に誤っていることや、これが非難されるべきものだということを証明するものではないが、擬制を適用する際には「正しい限度が守られることが重要である」。「擬制の正当性の根拠と限界は、現実との〔距離の――引用者〕近さにあるのではなく、それが認識にとって有する有益性の点にある」(Ebd.)。この教訓こそが「法学者にとり、ファイヒンガーの著作の中で最も重要なことである」(Ebd.) とされる。

その際にシュミットは、人間は単に思考されたものを現実に存在する実在として扱ってしまう傾向があると指摘する。擬制を適用する場合には、現実を考量するために、ある恣意的な、あるいは誤った仮定がなされるのであるが、そうで

あるからこそ、擬制という手段の恣意性に対して常に自覚的であり続けなければならない。しかしこうした状態は「魂の内に不愉快な緊張状態」をもたらすものであり、一般に人間は無意識裡にこの緊張状態を除去しようとする。すなわち人間には思考されたものと現実を同一視しようとする傾向がある。ファイヒンガーの次の一節を引用し、シュミットは擬制を適用することに伴うリスクを指摘する。「こうして明らかに、擬制はドグマとなる。つまり、〈かのように（als ob）〉が〈何故ならば（Weil）〉となるのである」（Ebd.）。

シュミットはすでに『法律と判決』（一九一二年）において、ファイヒンガーの著作の成果は法学者にとって更なるアクチュアルな関心の対象となるのだと言及していた。ここでシュミットは、先に見た書評による次の言及と同様に、ファイヒンガーの擬制論は「法律の解釈にとっての根本的基準であり、裁判官の決定の正しさにとっては決定的」なものである「法律の意志」を援用する学説に対して新たな展望を拓くものであると述べていた（GU:25f, 35f.）。「今や拡張解釈においても、類推適用においてさえも法律の意志が引き合いに出される。「これが法律の真の意志である」という文言により、解釈の結論が強化されるのである。〔中略〕これは解釈の結果を、これが法律の意志であるかのように考察するという方法である」（JF:805）。

以上のようにシュミットは、法学にとっての方法論としての擬制の有用性を評価しつつ、擬制を通じて思考されたものを実在するものとして捉えてしまう、すなわち誤解してしまうという人間の傾向性を指摘し、擬制の適用に伴う弊害について認識していたのである。

（四）擬制論に対するケルゼンの評価

ファイヒンガーの擬制論は、ケルゼンに対しても影響を与えていた。ケルゼン自身が後年、神学―法学並行論を方法

論として発達させる上で、ファイヒンガーの同著作、特にそこで展開された人格的擬制論から影響と刺激を受けたと記している。それによれば、「〔国家概念と法概念に対する正当な認識論的観点に到達する上で――引用者〕私に多くの啓発をもたらしたのは、ファイヒンガーの人格的擬制の分析（かのようにの哲学）であり、これによって他の諸学問においても法学と類似の事態が存在することに気がついた。すでに『主要問題』〔初版〕において私は、宇宙における神の人格化と国家における法の人格化をしばしば類比しており、『国家不法論』においては神学の問題と法学の問題（神義論と国家不法論）の並行化を創唱したが、ファイヒンガーの擬制論はこれに新たな刺激を与えた。一九一六年に公表した論文「法学は規範科学か文化科学か」、一九一九年に公表した論文「擬制の理論」と『主権の問題と国際法の理論』という著作において特に、こうした認識理論上の深化がすでに現れている[44]」。

実際にケルゼンは一九一九年に、ファイヒンガーのこの著作に対する書評「擬制の理論について―ファイヒンガーの〈かのように〉の哲学を特に考慮に入れて」を著しており、一九一〇年代から擬制論に対して高い関心をもっていたことがわかる。

この書評においてケルゼンは、ファイヒンガーの擬制論について次のように述べ、一定の評価を与えている。「ファイヒンガーの〈かのように〉の哲学が法理論の擬制に対して適用され得ることが、いかに成果に富むものであるかということが純粋に示されなければならない[45]」。このように法学方法論としての擬制の有用性を評価する点で、ケルゼンとシュミットは一致した見解をもっていた。ただしケルゼンは、ファイヒンガーの擬制論を次のように批判的に検討する。ケルゼンによれば、ファイヒンガーの定式化した擬制という方法の目的は「現実の認識」であり、「思考の偽造、矛盾、技巧、迂回、通過点という手段」により特徴付けられる[46]。すなわちファイヒンガーは「擬制が貢献するものは、まさに現実の認識である」と捉え、「現実との矛盾」こそが擬制の中心的メルクマルであると論じた[47]。これに対してケルゼンは、

法学は本質的に現実の認識を目的としないと述べた上で、次のように主張する。「擬制において現実的なものが主張されるならば（当然、現実との矛盾において）、現実に対する認識に関わらない学問領域においては、擬制は常にただ不十分で全く無益な、単に有害な逸脱でありうる」[48]。

その上でケルゼンは次の点で一定の留保を付すならば、ファイヒンガーの擬制論は法学的認識にとり有益であると考えた。彼によれば、法学においては擬制を適用することで目指されるものは現実や「存在するもの」の認識ではなく、「当為に関わる」認識である。「ファイヒンガーは法学の真の本性を完全に自覚している！彼は繰り返し、法学は存在するもの（Seiendes）を認識すべきものではないことを強調した。〈これまで我々は、唯一現実的な科学的擬制として擬制のみを把握し、法学が存在についての真の学問ではなく、人間の、恣意的な制度についての学問であることを述べてきた〉［ケルゼンによる、ファイヒンガーの著作からの引用――引用者］。法学の認識は、当為（Sollen）に関わる」[49]。ここでケルゼンは、法学を「人間の、恣意的な制度についての学問」と見做すファイヒンガーの理解については否定し、そのような学問は存在を対象とする社会学のような学問であって法学ではないと指摘するが、法学が存在を対象とする学問ではないという点には賛同する。以上のことからケルゼンは、「ファイヒンガーの擬制論に対する、全く本質的な修正」の必要性が生じると述べ、法学的認識の対象である「法や法秩序、法的当為」といった規範を認識するために擬制を適用する場合に限り、擬制は法学にとり有用であると結論付けた。すなわち「法の認識や法秩序の精神的克服を目的とする思考の擬制」こそが「法学における真の、すなわち認識理論的擬制」であり、そのような擬制の適用事例として法主体や法的人格、および主観的法の概念を挙げる[50]。

したがってケルゼンは、擬制を適用する際に認識の対象とするものが何であるのかを基準として、擬制に対する評価を定めたと言える。すなわち法学が目的とする当為の認識のために擬制を適用することは有益であると論じ、こうした

留保を付しつつ、ファイヒンガーの擬制論を評価していた。

以上にみたように、シュミットとケルゼンはそれぞれファイヒンガーの著作に対して書評を著しており、一九一〇年代において共に法学方法論としての擬制論に高い関心をもっていた。両者が神学―法学並行論という独自の方法論を主題化するに至った背景には、ファイヒンガーの著作から示唆を得て展開された、擬制に対するそれぞれの解釈が存在したと考えられる。その擬制論において両者は共に、法学的方法としての擬制の有用性を認めるとともに、その無際限の適用に対しては批判的見解をもっていた。シュミットは擬制を通じて表象された事柄が現実と混同されうるという危険性を自覚し、擬制の適用に伴う弊害を認識していた。ただし、それにもかかわらずシュミットは擬制を通じて表象された事柄と現実とを不断に峻別するための方策については積極的に検討せず、その理論的克服を目指そうとする視点を欠いていた。他方でケルゼンは、そもそも擬制により認識可能であるものは現実ではないとする立場をとり、擬制を通じて表象されたものは現実とは異なると捉えていた。これを前提として、彼は一九二〇年代にはボルシェヴィズム批判や民主主義論において「人民の意志」「代表」「政治的統一」といった諸概念が擬制を通じて得られた観念であること、すなわち現実とは決して一致しないものであることを強調するのである。このように両者が神学―法学並行論および擬制論に対して共通する問題関心をもちながらも、相異なる視点を有していたことは、一九二〇年代に両者が対照的な民主主義論を展開するに至る最初の分岐点をなすものであった。

（1）『政治神学』において提唱された政治神学的方法については、本稿第三章で詳しく検討する。

（2）シュミットの生い立ちと幼少期の過程環境については Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, München 2009, S. 18ff を参照。

（3）Mehring, a.a.O., S. 26f. Neumann, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen 2015, S. 5f.

（4）フリードリヒ・ヴァン・カルカー（一八六四―一九五七）の略歴については TB1:393を参照。
（5）Mehring, a.a.O., S. 36.
（6）Mehring, a.a.O., S. 38.
（7）Ebd.
（8）Mehring, a.a.O., S. 21.
（9）Mehring, a.a.O., S. 25.
（10）Mehring, a.a.O., S. 42.
（11）Mehring, a.a.O., S. 57.
（12）Mehring, a.a.O., S. 38.
（13）Mehring, a.a.O., S. 57.
（14）Mehring, a.a.O., S. 59.
（15）日記帳編集者によると、本書が執筆された具体的な日付が書き留められた手記が、ノルトライン・ヴェストファーレン州立文書館に所蔵されたシュミットの遺稿の中に残されている。それによると、この著作の執筆は「一九一三年一月一〇日に開始され、一九一三年五月一〇日に完成した」（TB1:6）。
（16）『国家の価値と個人の意義』の構想が一九一二年十一月二八日、十二月二七日、一二月二九日の日記帳に記されていることを言及した、日記帳編集者の序文（TB2:10）を参照。
（17）『国家の価値と個人の意義』におけるシュミットの理論的出発点が新カント派の二元論と同一であることを指摘する研究としては、以下の文献を参照されたい。Michele Nicoletti, „Die Ursprünge von Carl Schmitts „Politische Theologie"", in: *Complexio Oppositorum über Carl Schmitt*, Berlin 1988, S. 110.（高橋愛子訳「カール・シュミットの〈政治神学〉の根源」、初宿正典・古賀敬太編訳『カール・シュミットの遺産』風行社、一九九三年、一八頁。）佐野誠「神学と法学：マックス・ウェーバーとカール・シュミット」、『ナチス法の思想と現実』関西大学法学研究所研究叢書第三冊、一九八九年、一二七頁。長尾龍一「初期カール・シュミットにおける法・国家・個人：Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1914について」、『社會科學紀要』第二〇・二一号、東京大学教養学部、一九七一年、一八六―一八九頁。ただしシュミッ

トは、存在と当為を峻別するカントの認識論を方法論上前提するものの、法と倫理を外面的立法と内面的立法とに区別し、法を外的強制手段として把握するカントの法哲学については否定的見解を示していた。すなわちシュミットは、法と倫理とは互いに異なる規範であり、どちらか一方に還元され、解消されるものではないことを強調し、カント法哲学に倣う新カント派法哲学者であるシュタムラー、ナトルプ、コーエンを批判した。

(18)『法律と判決』においてシュミットがすでに「決断」それ自体の価値を重視していたことについては、長尾前掲論文、一九五、一九六頁、また須貝脩一「カール・シュミットの法律学」、長尾久衛他『矢野勝久教授還暦記念論集　現代における法と行政』法律文化社、一九八一年、六八―七二頁を参照。

(19) 岩崎卯一「カール・シュミットの主権論とその批判」、『関西大学法学論集』七巻六号、関西大学法学会、一九五八年、五四六頁。また、新田邦夫「カール・シュミットの政治理論（一）」、『国家学会雑誌』第八四巻第三・四号、東京大学、一九七一年、一三六―一三七頁。

(20) 新田、前掲一三七頁。

(21) Franz Weyr, „Besprechung der Schrift „Der Wert des Staates"", in: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1. Jahrg, Heft 3/4, Wien 1914, S. 578-581.

(22) Mehring, *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall*, S. 65.

(23) Ebd.

(24) Nicoletti, a.a.O., S. 110. ニコレッティによると、「現実の二元論的把握を主張すること」と「二元論の両岸の間に一つの「橋」、一つの「媒介」を見出すこと」という「二重の関心」はシュミットの作品全体に見られるが、これは初期の著作に特に顕著であった。また、シュミットの初期著作がいずれも、存在と当為、事実と規範、外面と内面、形式と内容、彼岸と此岸の峻別という新カント派的二元論から出発しつつも、その両極を架橋する「媒介」を探究しようとしたものであったと指摘する研究としては、佐野前掲論文「神学と法学」、一一七頁を参照。また、ニコレッティは、シュミットの博士号請求論文である『法律と判決』において司法上の実践における一般的規範と特殊な現実との間の亀裂が意識され、この亀裂を架橋しようとする試みとして決断の意義が示されていると論じる。ここでは、裁判官の決断が存在と当為、規範と現実の間の媒介をなすものとして考えられているという（Nicoletti, a.a.O., S. 112-114.）。

（25）Nicoletti, a.a.O, S. 110. 佐野前掲論文「神学と法学」、一一五頁を参照。

（26）Nicoletti, ebd. 佐野前掲論文「神学と法学」、一一七頁を参照。ここで指摘されるように『国家の価値と個人の意義』における二元論は、二元論を媒介し克服することを重視する点で、新カント学派における二元論と同一視することはできない。したがって、「本書の方法的基礎をなすもの」は新カント主義であり、その二元論は「ケルゼンを思わせ」、「さまざまな「ケルゼン的」帰結をもたらす」こと（長尾前掲論文「初期カール・シュミットにおける法・国家・個人」、一八六―一八七、一八九頁）は、本書においてシュミットが意図したものではなかった。そうではなくこの著作は、本来克服されえない深淵に隔てられた法規範の世界と現実の世界とを、それにも拘らず媒介しようとする理論的試みであった。

（27）Nicoletti, ebd. 佐野前掲論文「神学と法学」、一一五頁を参照。

（28）この論文の解説としては佐野前掲論文「神学と法学」、また邦訳者による「序」（佐野誠訳「教会の可視性：スコラ哲学的一考察」、『浜松医科大学紀要』第七号、一九九三年、九三―九四頁）を参照。この論文が掲載されたカトリック系雑誌『スンマ』の第一号には、『国家の価値と個人の意義』第一章「法と権力」が転載されていた。この雑誌に掲載されたもう一本の論文「ブリブンケン」の解説としては、佐野誠『近代啓蒙批判とナチズムの病理』創文社、二〇〇三年、二四―四八頁を参照。

（29）邦訳者は、「人間の原罪を通じて世界へと入ってきた」（SK:76. 邦訳九九頁）という記述に対して、「シュミットは二元論を人間の罪の結果と見做し、全く評価していない」（邦訳、一〇三頁）との注釈を付しているが、シュミットはこの論文で、二元論について「偉大なものの称号に値する世界史唯一の革命」であった「キリスト教導入以来世界を支配する」ものであると説明していることから、一概に全く評価していないと言うことはできないだろう。

（30）この「可視的教会」は現実に存在する教会、すなわちシュミットにとってはローマ・カトリック教会とは区別されるものである（SK:77）。彼によると、「可視的教会」は「罪に汚れた具体的で、単なる歴史的―事実的な教会に対する抗議さえ有している。」（Ebd.）。「政治的に教会の役割を演じる何らかの歴史的実在、すなわち周知の意味において「公的（offiziell）な」教会が、公的であるにも拘らず可視的教会と一致しないということがあり得る」（Ebd.）。ただしシュミットによれば、この「可視的教会」と経験的に存在する教会の区別は、人間の原罪により失われうる。「人間の原罪は、法と権力とのぞっとするような矛盾を通じて、教会の可視性が即物的意味において何か不可視のものでありえ、真の教会の可視性と単なる

事実的具体性の区別が必然的となることを成し遂げた」。「個々の瞬間において教会を代表する権力もつ個々の人格や処置は、可視的教会と同一ではない。さもなければ、権力、単なる事実的なものは、再び法になるだろうし、原罪とそのあらゆる帰結が世界から消えたという罪深い主張がなされるだろう。」（Ebd.）。

（31）このような理念的国家は、現実に存在する諸国家に対して「抽象概念としてではなく、その意味としての関係にある」。シュミットによれば、理念的国家の観念なしには、現実に存在する国家は「ただの不正で非合理的暴力的権力」であり、「権力は「意志」である」と誤って言われうる」。「理念的国家」の観念なしには、現実に存在する国家においては「恐怖政治（Terrorismus）」、すなわち「それに我々は慣れており、そこから利益を得ることを知っている者もいる」ような政治が行われる（WS:45）。それゆえ現実に存在する国家の正統性は、「理念的国家に対する問いのもと、永続的な経験との比較」を通じて問われなければならない（WS:49）。つまり理念的国家の考察をもとに、それとの比較を通じて、現実に存在する国家の正統性が測られなければならないのだとされる。具体的には、理念的国家は「法の最初の奉仕者」であるから、現実に存在する国家は「抽象的思想としての法」を媒介し実現するという課題をどれほど充分に果たし得たかによってその正統性が測られる。

（32）和仁によれば、シュミットの思考の底流には「きわめて尖鋭な、自己と他者との間の媒介の可能性を否定した、この意味で唯我主義に境を接する「個人主義」が存在」し、その立脚点は「特殊近代的個人主義」「無政治的個人主義」であった（和仁陽、『教会・公法学・国家 初期カール＝シュミットの公法学』、東京大学出版会、一九九〇年、一二一-一二二頁）。しかし本書『国家の価値と個人の意義』において「反個人主義」は、個人や個性の価値の否定という反自由主義的な意味において用いられている。この点についてメーリングは、シュミットが「共同の政治的自己決定を論ずる「共和主義的（republikanisch）な著述家の系列」に属す思想家であると捉え（Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg 2011, S. 147.）、個人の自由の哲学的主体的創設を基礎づける「一人称視点（Ich-Perspektive）」をもたず常に「三人称視点（Wir-Perspektive）」から思考したのだ、と論じる（Mehring, a.a.O., S. 11）。

（33）和仁、前掲書、二三九頁を参照。

（34）Volker Neumann, „Theologie als staatsrechtswissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt", in: *Der Staat*, Bd. 47, Heft 2, Ernst – Wolfgang Böckenferde, Armin von Bogdandy und Winfried Brugger u.a. (Hrsg), Berlin

2008, S. 163-186. 近年公刊されたケルゼン全集の編集者によるコメンタールにおいても、初期ケルゼンにおける神学―法学並行論が言及されている。それによれば「国家不法論」においてケルゼンは、「神義論と国家不法との間に存在するトートロジー的な構想のアナロジーを描いた」。ケルゼンはこの論文において「初めて、神学の特定の問題状況と法学のそれとの間の並行性を確立した」のだとされる（*Veröffentlichte Schriften 1911-1917 (Hans Kelsen Werke*, Bd.3), Matthias Jestaedt (Hrsg.), in Kooperation mit Hans Kelsen Institut, Tübingen 2010, S. 740.）。

（35）Neumann, a.a.O., S. 165f.
（36）Neumann, a.a.O., S. 167f.
（37）Neumann, a.a.O., S. 171f.
（38）Neumann, a.a.O., S. 172.
（39）Neumann, a.a.O., S. 172f.
（40）Neumann, a.a.O., S. 173f.
（41）Neumann, a.a.O., S. 180.
（42）Neumann, a.a.O., S. 175.
（43）Neumann, a.a.O., S. 186.
（44）Hans Kelsen, „Vorrede zur zweiten Auflage", *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, zweite, photo-mechanisch gedruckte, um eine Vorrede vermehrte Auflage, Tübingen 1923, S. XVIIf.（長尾龍一訳「『国法学の主要問題』（第二版）序文」、新正幸・今井弘道・竹下賢・長尾龍一・森田寛二訳『ハンス・ケルゼン著作集Ⅳ 法学論』慈学社、二〇〇九年、一三五頁。）
（45）Hans Kelsen, „Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob", *Veröffentliche Schriften 1918-1920 (Hans Kelsen Werke*, Bd.4), Tübingen 2013, S. 213.
（46）Kelsen, a.a.O., S. 211.
（47）Kelsen, a.a.O., S. 211f.
（48）Ebd.

(49) Ebd.
(50) Kelsen, a.a.O., S. 212f.

藤原正則教授の経歴と業績

池田清治

藤原正則先生は、本年三月三一日をもって定年をお迎えになる。先生は、一九七八年三月、北海道大学法学部をご卒業になり、同年四月に北海道大学大学院法学研究科修士課程に進学され、山畠正男教授のご指導のもと、民法学の研究を始められた。そして、一九八六年三月に同博士後期課程を終えられて、同年四月、小樽商科大学に奉職され、一一年間お勤めになった後、一九九七年四月、北海道大学法学部教授として着任され、以来、二一年間、本学部・研究科に勤務なさり、民法の研究・教育に従事された。以下では、この間の先生のご活動の展開を振り返ることにしたい。

一　研究上の業績

（1）先生は、不当利得法、とりわけ多数当事者間の不当利得法の研究で学界にデビューされた（「多数当事者間の不当利得法の一考察――注文者が動産所有者でない場合の請負人の法的地位――」（後記論文2））。転用物訴権として知られるこの難問に取り組まれ、当時とかく批判の多かった最判昭和四五年七月一六日民集二四巻七号九〇九頁（いわゆるブルドーザー事件）について、無因性原則を採るドイツ法と異なり、有因性を原則とする日本法のもとでは、この判決にも一定の合理性が認められるのではないか、というアバンギャルドな視点から、再検討を加えられた。そこには、ドイツ法に対する確かな知見（後

記論文1）と――借り物ではない――内発的な問題意識を窺うことができる。そして、先生は、その後もこのような方向でご研究を進められ（後記論文4、6、11）、ご高書『不当利得法と担保物権法の交錯』（後記著書1）をおまとめになり、博士（法学）の学位（北海道大学）を取得された。転用物訴権という問題は、現代では担保物権法のあり方を抜きにして語ることはできない、との先生の問題意識を喝破したこの表題は、先生のご研究の深化を表すものである。

先生は、その後も不当利得法のご研究をさらに進められ、大著『不当利得法』（後記著書2）をものされた。今日の日本において最も包括的で周到なこの体系書では、もちろん、転用物訴権を含め、多数当事者間の不当利得について、先生ならではの詳細で緻密な検討がされているが、本書の学界への第一の貢献は、七〇三条及び七〇四条の想定例を明確に析出したことであろう。すなわち、従前の不当利得の類型論においては、七〇三条及び七〇四条を排除ないし修正することばかりが語られていた。給付不当利得にあっては、返還範囲を現存利益に縮減することの合理性が疑われ、侵害不当利得にあっては、たとえば「損失」概念の規範化が叫ばれ、支出不当利得のうち、たとえば費用利得については、一九六条とのバランスが説かれた。しかし、もしそうであるなら、七〇三条及び七〇四条とは一体何者であるのか、という根本問題につき、従前の類型論は答えるところがなかった。先生は、この実定法上の根本問題に取り組み、七〇三条及び七〇四条が――広い意味での――非債弁済を想定したものであること、そこではまず損失者の債務の存在に関する錯誤に基づく弁済が不当利得発生の契機となっているため、受益者の返還の範囲が現存利益に縮減されうる構造になっていること、そして、このような観点から見るなら、特殊不当利得の規定のうち、法系を異にする七〇八条を除き、七〇五条―七〇七条は広い意味での非債弁済のまさに特殊ケースであることを喝破された。実に民法典の起草者すら全く自覚していなかった規定の系譜を究明されたのは、常に根本にあるものを析出しようとする先生の姿勢を如実に示している。

もっとも、ここへ至る道は決して平坦ではなかった、と先生は述懐される。たとえば大学院で研究テーマを決める際、五十嵐清教授からは「不当利得、それも転用物訴権をテーマにするなら、磯村哲教授の『事務管理・不当利得・転用物訴権の関連と分化――不当利得法の構造とその地位――』を読まねばならない」とのご指導を受けたが、本当の意味でこの論文の真価を理解できるようになったのは四〇歳を過ぎてからのことであ

る、と回想される。

また、先生は、博士後期課程に進学されると、山畠教授のほか、藤岡康宏教授からもご指導を受けることとなったが、「西ドイツ不当利得法の諸問題――デトレフ・ケーニッヒの法律案と鑑定意見の紹介を通じて――」（後記論文1）は、藤岡教授が下森定教授に先生を紹介したことに由来するものであり、先生はその後も下森教授の主催するドイツ民法研究会に参加され、学界活動の幅を広げられた。生涯の親友となる村田彰教授の知遇を得たのも、この研究会を通じてのことである。さらに、前記『不当利得法』を執筆されたのは、平井宜雄教授のご推薦にかかるものであり、また同書で七〇三条及び七〇四条のパラダイムケースに問題関心が深化したのは、ドイツ留学の際にご指導を受けたメディクス教授の「不当利得法を本気で研究するなら、非債弁済を勉強しなければ、本物ではない」というご助言に触発されてのことである。

このように、先生は、研究者としての悩みと多くの学恩を謙虚に語るが、そのような学恩を実際にものにされたのは、先生の研究能力の高さと粘り強さを示している。先生のご業績に対する学界の評価は、「民法七〇三条・七〇四条」（後記論文55）を挙げるだけで十分であろう。「到達点」なのである。

（2）先生の研究活動を語る際、ドイツとの学術交流を抜きにすることはできない。質、量ともに他を圧倒する訳業の充実ぶりは、先生の研究成果の一つの特徴である（後記翻訳参照）。先生の最初のドイツ留学は一年にすぎなかったが、その卓越した語学力を十分に開花させ、帰国早々、多くの通訳を務められた。その後も、訳業はもとより、学術交流のため、通訳に熱心に取り組まれ、たとえば最近でもトイブナー教授が来日された折には、労を厭うことなく、トイブナー教授と日本全国を回られ、日独交流の橋渡しをされた。

しかし、ドイツとの学術交流において何より特筆されるべきは、カナーリス教授とメディクス教授の記念論文集にともに寄稿されたことであろう（後記論文25、30）。ドイツ民法学の泰斗にして、いずれもミュンヘン大学教授、ドイツ民法学の、というよりも、ドイツ法学の双璧をなす両教授の記念論文集にともに寄稿した日本人研究者は先生だけである。もとより、ドイツにおいて先生の名を高くしたのは、「寄稿した」という事実によるものではない。その論文の内容の確かさに基づくものである。カナーリス教授の記念論文集でテーマとされた不当利得法は、先生が自家薬籠中のものとしているところであり、贅言を要しないが、メディクス教授の記念論文集に発表された「本

人と無権代理人の相続問題」に関する論文は、日独で共通する問題について、何故、両国では異なる解決方法が採られているのかを相続法の淵源にまで遡って明らかにした秀作である（後記論文26も参照）。すなわち、本人が無権代理人を相続した場合、ドイツと異なり、日本では、本人は履行責任を免れることができると考えられているが、この背景には、限定承認には不可分性の原則（九二三条）の制約があり、その一方、単純承認において、単純承認するのではなく、三箇月経過すれば、確定的に単純承認したことになってしまう（九二一条二号、九一五条一項）という日本の相続法のもとでは、単純承認の法律効果を切り下げねばならず、信義則を媒介とする日本の問題解決とドイツにおける問題解決との違いは、信義則そのものではなく、このような相続法の相違を反映したものであることを周到かつ説得的に解明されたのである。「メディクス教授から評価していただいた」という先生の言は、常に根本に立ち返って問題を見つめ直すというご自身の研究姿勢への確信の現れといえよう。

このように、物事の根本を問い、究明する姿勢は、解釈論だけでなく、法学方法論にも及んでいる。北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、一九六八年）が指摘したように、とかく日本の学説は対象とする国の最新の方法論、解釈論を追う傾向にある（平井教授のいう「最新流行主義」にも通じる）。しかし、それは、当該国にあっては、伝統（すなわち、正統）に対する挑戦であって、正統に対する透徹した理解なくして、最新の動向の意味を探り、位置づけを図ることはできない。先生は、「法ドクマティークの伝統と発展――ドイツ法学方法論覚書――」（後記論文15）において、ドイツの法学方法論の核心をなすオーソドクシーを活写され、その内容を詳細かつ正確に分析検討された。後進がまず最初に参照すべき作品であり、「礎石」ともいうべき業績である。

（3）内発的な問題意識から、そして、ドイツとの学術交流にも触発されて、先生は研究のフィールドをさらに二つの方向に拡張されている。

第一は、財産関係の清算という意味では、不当利得法にも通底する相続法に関する研究である。メディクス教授に捧げられた論文（後記論文30）は前述のとおりであるが、ドイツ法に関する、実態をも踏まえた上での詳細な分析検討（たとえば後記論文9、10、12、14、17、21、36）、さらに死後の事務委任を安易に認めることは相続法の潜脱につながりかねないことを指摘する「本人の死後の事務の委任と民法六五三条一号の強行法規性」（後記論文46、50）は、小品ながら、事柄の本質を射貫

く藤原法学の特徴をよく表している。加えて、最近では、親族法にも歩みを進められ（後記翻訳26、27、28）、成年後見に関する、実務家を交えた研究会を自ら組織されるなど、家族法全体に研究領域を広げられている。

第二は、多数当事者間の法律関係という点では、転用物訴権とも共通する、ネットワーク型の取引に関する研究である。トイブナー教授との邂逅（後記翻訳22、23、24）にも触発されたものであるが、その緻密な分析手法（後記論文35、42、51、52、53）は、不当利得法の研究によって培われたものであろう。「リスク配分のあり方」というアプローチの方法は、先生の最も得意とするところである。

（4）先生は、このようにして上げられた研究成果を学会のシンポジウムで次々と報告し（後記学会報告2、3、4、5）、学界の共有財産とされた。物事の表層を追うのではなく、緻密な手法で根源を究める、というのが先生の一貫した研究姿勢である。

先生の研究は、歩みを止めない。「到達点」ともいえる前記『不当利得法』、そして、前記「七〇三条・七〇四条」を超え、さらなる高みを目指して、『不当利得法〔第二版〕』に取りかかっている。一群のご論稿（後記論文19、45、48、49）は、その準備作業をなすものであり、その旺盛な研究意欲には驚嘆させられる。

二　教育上の業績

（1）先生は、着任以来、学部・研究大学院・法科大学院において、民法全般にわたる講義と演習を担当されたほか、外書購読や学内の研究会（民事法研究会）において指導に当たられた。

まず、研究者養成においては、外書購読のほか、多くの演習を担当された。また、特に民事法研究会では、単に活発に議論されるだけでなく、率先して報告を担当し、まさに「背中」で学生を指導された。

先生が指導教員を務められ、研究者として巣立ったのが黄詩淳准教授（国立台湾大学法学部）である。黄准教授は、大学入学までに二回も飛び級をした文字通りの「才媛」で、一九九九年、学部生として北大に留学し、そのさい、先生が受入教員をお務めになった。その後、黄准教授は、先生の並々ならぬ学問的力量を慕われて、本学の法学研究科に進学され、博士（法学）の学位を取得した後、ハーバード大学にも留学し、現在、国立

台湾大学の准教授として、日台交流の第一線で活躍している。大作「最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（一）～（四・完）」（後記論文21）は、黄准教授にドイツ法に関する資料を提供する意味もあったとのことで、まさに掌中の珠ともいうべき愛弟子である。

（2）先生は、法曹養成にも熱心に取り組まれた。学部の演習では、必ず答案の添削指導をなさっている。これは小樽商大に奉職されたときから始められたもので、北大着任以降もずっと続けられ、ボランティアでされているゼミを含めると、現在でも一年間に二〇〇〇枚以上の答案を添削指導なさっている。まさに驚嘆に値する情熱であり、教員ならば、誰もが頭の下がる思いであろう。

先生が北大に着任された一九九〇年代末は、司法試験において、北大は「冬の時代」であった。司法試験考査委員は四名もいたのに、合格者数は長らく三名程度で、低迷を極めていた。このように厳しい状況の中、先生は同僚であった松久三四彦教授とともに、梃子入れを図られた。先生は、他の様々な大学の状況をつぶさにご覧になり、決して他人任せにするのではなく、教員自身が学生と直接付き合うことが何よりも肝要であることを悟り、貴重な研究時間を割いてまで、これを実践された。このような先生のご努力のおかげで、二〇〇〇年代に入ってから、北大の司法試験の実績は飛躍的に向上した。「学生と一緒に歩くというやり方には、驚いた」というのは、同僚であった瀬川信久教授の言である。北大が法科大学院という法曹養成制度にスムーズに移行できたのは、先生のこのようなご尽力の賜物である。

先生は、今でも、司法試験の不合格者を集めて、ボランティアでゼミをなさっている。「不合格者から頼まれるので」と謙遜しておっしゃるが、合格発表の日、先生の研究室には、多くの合格者が、そして、多くの不合格者が訪れる。合格者はお礼を言い、不合格者はご指導をお願いするのである。合格者から感謝される教員は多い。しかし、挫折のただ中にある不合格者から頼りにされること、これが先生が教育者として一流であることの証であろう。「今年の不合格者こそ、来年の合格者だ。」この口癖は、先生の教育者としての高い見識と揺るぎない自信を表している。同時に、定評のある教科書（後記著書3）と演習書（後記著書5）も、先生の教育者としての力量を示すものである。

三　学外の活動

先生は、北大にとどまることなく、学外でも活躍された。学界においては、日本私法学会の理事をお務めになり、また多くの大学で非常勤講師をされた。さらに自治体等における研修にも参画なさっている。わけても、明治大学法科大学院の寄附講座の講師を五年連続でお務めになり、民法改正に関する動向を講じられた。学内にあっても、医学部の倫理委員会等、様々な委員を務められた。

以上のように、先生は北海道大学に赴任されてから二一年にわたり、熱心、かつ、丁寧に学部生や大学院生の教育にあたられるとともに、質量ともに充実した研究成果をあげられた。同僚から学問的に信頼され、またその飾らないお人柄から、学部生や大学院生から親しまれ、慕われてきた。ここに感謝と敬意を表すとともに、今後、ますますご活躍されることを祈念してやまない。

藤原正則教授の経歴

【学歴・職歴等】

一九五四（昭和二九）年一一月　横浜市に生まれる
一九七八（昭和五三）年　三月　北海道大学法学部卒業
一九八二（昭和五七）年　三月　北海道大学大学院法学研究科民事法専攻修士課程修了
一九八六（昭和六一）年　三月　北海道大学大学院法学研究科民事法専攻博士後期課程単位取得退学
一九八六（昭和六一）年　四月　小樽商科大学短期大学部専任講師
一九八七（昭和六二）年　四月　札幌学院大学法学部非常勤講師〔一九八八（昭和六三）年三月まで〕
一九八七（昭和六二）年一〇月　小樽商科大学短期大学部助教授
一九八九（平成元）年　四月　北海学園大学法学部非常勤講師〔一九九一（平成三）年三月まで〕

一九八九（平成元）　年一〇月　小樽商科大学商学部助教授
一九八九（平成元）　年一〇月　北海道女子短期大学非常勤講師〔一九九一（平成三）年三月まで〕
一九九一（平成三）　年　八月　ドイツ連邦共和国・ミュンヘン大学（レオポルド・ベンガー・インティトゥート）において在外研究〔一九九二（平成四年）六月まで〕
一九九四（平成五）　年　三月　ドイツ連邦共和国（ミュンヘン、フライブルグなど）において、高齢社会に関する法制度・実務の調査〔財団法人長寿開発センターの委託による。〕
一九九七（平成九）　年　三月　博士（法学）（北海道大学）
一九九七（平成九）　年　四月　北海道大学法学部教授
一九九七（平成九）　年　三月　ドイツ連邦共和国・マックスプランク外国法・国際私法研究所（ハンブルグ）において在外研究〔同年九月まで〕
一九九八（平成一〇）年　八月　函館市職員研修講座講師〔一九九九（平成一一）年まで〕
一九九八（平成一〇）年一〇月　札幌大学法学部非常勤講師〔一九九九（平成一一）年三月まで〕
二〇〇〇（平成一二）年　四月　北海道大学大学院法学研究科教授（大学院重点化に伴う配置換え）
二〇〇四（平成一六）年　四月　ドイツ連邦共和国・マックスプランク外国法・国際私法研究所（ハンブルグ）において在外研究〔同年六月まで〕
二〇〇八（平成二〇）年　九月　ドイツ連邦共和国（ミュンヘン、テュービンゲンなど）において、高齢社会における遺産承継に関する法制度・実務の調査
二〇〇九（平成二一）年　六月　北海道行政書士会総合法律講座講師〔二〇一五（平成二七）

年まで〕

二〇一一（平成二三）年一二月　明治大学法科大学院『民法（債権法）改正の動向寄付講座』講師〔二〇一五（平成二七）年まで〕

二〇一五（平成二七）年一〇月　北海学園大学法務研究科非常勤講師〔二〇一六（平成二八）三月まで〕

二〇一六（平成二八）年　四月　放送大学面接授業講師

二〇一六（平成二八）年　九月　ドイツ連邦共和国（ミュンヘン、バイロイトなど）において、高齢社会における遺産承継に関する法制度・実務の調査

【学会理事など】

一九八六（昭和六一）年一〇月　日本私法学会会員

一九九七（平成九）　年一〇月　日本私法学会運営懇談会委員〔二〇〇一（平成一二）年一〇月まで〕

二〇〇九（平成二一）年一〇月　日本私法学会理事〔二〇一一（平成二三）年一〇月まで〕

二〇一一（平成二三）年　六月　日本私法学会個別報告審査委員

二〇一四（平成二六）年　四月　成年後見法学会会員

【学外委員など】

一九九六（平成八）　年　四月　北海道消費者苦情処理委員会委員〔二〇〇八（平成二〇）年三月まで〕

二〇〇三（平成一五）年　四月　札幌市消費者苦情処理部会委員〔二〇一二（平成二四）年三月まで〕

二〇一二（平成二四）年　三月　社会福祉法人札幌市社会福祉協議会　市民成年後見人養成調査研究会準備委員会委員〔同年一〇月まで〕

藤原正則教授の業績

Ⅰ　著書・編著書

1　『不当利得法と担保物権法の交錯』（成文堂、一九九七年）（単著）

2　『不当利得法』（信山社、二〇〇二年）（単著）

3　『民法2　物権』（有斐閣、二〇〇二年、第二版二〇〇五年、第二版補訂版二〇〇八年）（千葉恵美子・七戸克彦との共著）

4　『民法学における古典と革新（藤岡康宏先生古稀記念論文集）』（成文堂、二〇一一年）（松久三四彦・池田清治・須加憲子との共編著）

5　『事例で学ぶ民法演習』（成文堂、二〇一四年）（松久三四彦・池田清治・曽野裕夫との共著）

Ⅱ　論文

1　「西ドイツ不当利得法の諸問題――デトレフ・ケーニッヒの法律案と鑑定意見の紹介を通じて――」法学志林八三巻三号（一九八五年）

2　「多数当事者間の不当利得法の一考察――注文者が動産所有者でない場合の請負人の法的地位――」北大法学論集三六巻五＝六号（一九八六年）（上記著書1に所収）

3　「不当利得における因果関係の直接性」半田正夫ほか編『現代判例民法学の課題（森泉章先生還暦記念論文集）』（法学書院、一九八八年）

4　「建築下請負人の注文者に対する請求――下請負人の債権担保の視角から――」北大法学論集三八巻五＝六号（一九八八年）

5　「アメリカ法における錯誤に基づく土地改良者の費用償還請求権――費用償還請求権の一断面――」北大法学論集三九巻五＝六号上巻（一九八九年）

6　「わが国における『転用物訴権』のあり方――東京地判昭和五九年一二月二七日を契機に（一）（二・完）――」法学研究（北海学園大学）二四巻一号、二号（一九九〇年）（上記著書1に所収）

7　「輸血・血液製剤によるＨＩＶ感染――ドイツの判例を手掛かりに――」森泉章ほか編『民法と著作権法の諸問題（半田正夫先生還暦記念論文集）』（法学書院、一九九三年）

8　「侵害不当利得法の現状――代償請求と利益の返還――」北大法学論集四四巻六号（一九九四年）

9　「ドイツにおける公的な老人介護システムと私法上の制度」

老人介護と相続法理研究会編『老人介護と相続法理に関する研究報告書Ⅱ（財団法人　長寿社会開発センター委託事業）』（一九九四年）

10 「ドイツ法における親族扶養（Verwandtenunterhalt）と社会保障の協働――第五九回ドイツ法曹大会を中心として――」商学討究四六巻一号（一九九五年）

11 「建築請負人の債権担保に関する考察（一）～（三・完）」商学討究四六巻二＝三号、四号、四七巻一号（一九九六年）（上記著書1に所収）

12 「ドイツにおける公的高齢者介護システムと私法」池田恒夫ほか編『高齢者介護と家族――民法と社会保障法の接点――』（信山社、一九九六年）（上記論文9を加筆）

13 「金銭の不当利得における返還義務」半田正夫ほか編『現代判例民法学の理論と展望（森泉章先生古稀祝賀論集）』（法学書院、一九九八年）

14 「成年子の老親に対する扶養義務――最近のドイツ法を参照して――」池田恒夫ほか編『民法学と比較法学の諸相Ⅲ（山畠正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念論文集）』（信山社、一九九八年）

15 「法ドグマーティクの伝統と発展――ドイツ法学方法論覚書――」瀬川信久編『北海道大学法学部ライブラリー2　私法学の再構築』（北大図書刊行会、一九九九年）

16 Dreipersonenverhältnisse im japanischen Bereicherungsrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Recht in Japan Heft 12, Nomos (2000)

17 「ドイツにおける遺産承継」新井誠編『高齢社会とエステイト・プランニング』（日本評論社、二〇〇〇年）

18 「ドイツにおけるセカンドオピニオン創設の経緯」現代のエスプリ四一六号（二〇〇二年）

19 「他人の物への担保設定による不当利得」森泉章編『著作権法と民法の現代的課題（半田正夫先生古稀記念論集）』（法学書院、二〇〇三年）

20 「死後事務委任の判例と成年後見への応用」実践成年後見（民事法研究会）一〇号（二〇〇四年）

21 「最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（一）～（五・完）」北大法学論集五五巻三号、四号、五号、六号、五六巻二号（二〇〇四年～二〇〇五年）

22 「ドイツにおける生前処分と死因処分の傾向」新井誠編『高齢社会における信託と遺産承継』（日本評論社、二〇〇六年）

23 「ヨーロッパ不当利得法の動向」半田吉信編『ヨーロッパ

債務法の変遷』（信山社、二〇〇七年）
24 「事業承継と遺留分」ジュリスト一三四一号（二〇〇七年）
25 Bereicherung durch die uneberechtigte Verfügung über fremde Sachen und unberechtigte Einziehung fremder Geldforderungen im japanischen Recht, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 2, Beck (2007)
26 「無権利者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得――自己の権利領域への無権利者による干渉に対する反動的請求（一）～（四・完）――」北大法学論集五九巻二号～五号（二〇〇八年～二〇〇九年）
27 「不当利得について、類型化に対応する必要があるか――契約無効の効果としての物権帰属の処理との関係――」椿寿夫ほか編『民法改正を考える（法律時報増刊）』（日本評論社、二〇〇八年）
28 「事務管理・不当利得」能見善久・加藤新太郎編『論点大系 判例民法 第六巻』（第一法規、二〇〇九年、第二版、二〇一四年）
29 「利得の吐き出し――ドイツの一般人格権の侵害の事例に則して――」藤岡康宏編『民法理論と企業法理』（日本評論社、二〇〇九年）
30 Erbenhaftung des Vertretenen, der den Vertreter ohne Vertretungsmacht beerbt, und des Vertreters ohne Vertretungsmacht, der den Vetretetenen beerbt, im japanischen Recht, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, Carl Heymann (2009)
31 「他人物売買・無権代理と相続」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法』（日本評論社、二〇〇九年）
32 「不当利得法の清算と多角的法律関係」法律時報八一巻六号（二〇〇九年）
33 「ネット契約としてのフランチャイズ契約（一）（二・完）」北大法学論集六〇巻六号、六一巻一号（二〇一〇年）
34 「不当利得法――不当利得法に新たな規定を与えるとすれば、何を考慮すべきか――」円谷峻編『社会の変容と民法典』（成文堂、二〇一〇年）
35 「フランチャイズと多角的法律関係」法律時報八二巻二号（二〇一〇年）
36 「ドイツ法 遺産承継と信託的譲渡」新井誠・神田秀樹編『信託法制の展望』（日本評論社、二〇一一年）
37 「死後事務における応急処分義務と事務管理の交錯」実践

成年後見（民事法研究会）三八号（二〇一一年）

38 「不当利得の対第三者関係」ジュリスト一四二八号（二〇一一年）

39 「不当利得における価値賠償の算定基準時」（上記編著書4に所収）

40 Civil Law-Case to Seek Return to Money Equivalent to Unjust Enrichment—Actio de in rem verso, Business Law in Japan—Cases and Comments, Edited by Moritz Baelz, Marc Dernauer, Christpher Heath, Aja Pertersen-Padberg, Kulwer (2012)

41 「不当利得の清算と多角的法律関係」椿寿夫・中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社、二〇一二年）（上記論文32を収録）

42 「フランチャイズ契約と多角的法律関係」椿寿夫・中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社、二〇一二年）（上記論文35を収録）

43 「贈与契約」円谷峻編『民法改正案の検討・第三巻』（成文堂、二〇一三年）

44 「終身定期金」円谷峻編『民法改正案の検討・第三巻』（成文堂、二〇一三年）

45 「受益者の悪意（民法七〇四条）の認定——特に、過失のある善意の利得者は悪意か——」出口正義ほか編『企業法の現在（青竹正一先生古稀記念論文集）』（信山社、二〇一四年）

46 「本人の死後の事務の委任と民法六五三条一号の強行法規性」法律時報八六巻1号（二〇一四年）

47 「日本法での不当利得法の対第三者関係」静宜法学（台湾）第3期（王欽彦訳「日本法中之不當利法之對第三者関係」）（二〇一四年）

48 「契約の無効・取消と同時履行の抗弁権——特に、詐欺取消での同時履行関係——」村田彰先生還暦記念論文集編集委員会『現代法と法システム』（酒井書店、二〇一四年）

49 「日本法での不当利得法の対第三者関係」静宜法学（台湾）第4期（二〇一五年）（上記論文47を加筆）

50 「本人の死後事務の委任と民法六五三条一号の強行法規性」椿寿夫編『民法における強行法・任意法』（日本評論社、二〇一五年）（上記論文46を収録）

51 「第三者与信売買・ファイナンスリース・フランチャイズ——契約結合からネット契約へ——」NBL一〇八〇号（二〇一六年）

52 「ネットワーク取引――ドイツ法でのネット契約論」椿寿夫編著『別冊ＮＢＬ　三角／多角取引と民法法理の深化』（商事法務、二〇一六年）

53 「サブディーラーの販売網を組織したディーラーのユーザーに対する留保所有権に基づく自動車の返還請求と権利濫用――契約結合（Vertragsverbindung）、ネット契約（Netzvertrag）の観点から――」法政論集（名古屋大学）二七〇号（二〇一六年）

54 「ドイツにおける相続預金の法制度および実務」金融法務事情二〇三五号（二〇一六年）

55 「民法七〇三条・七〇四条」窪田充見編『新注釈民法15巻債権(8)』（有斐閣、二〇一七年）

56 「贈与法と相続法――債権法改正と相続法の関係――」『現代私法規律の構造（伊藤進先生傘寿記念論文集）』（第一法規、二〇一七年）

57 「消費者契約の解消と原状回復」消費者法研究四号（二〇一七年）

Ⅲ 判例研究・判例解説

1 「親事業者と下請事業者との間で製造委託に関する製品の単価引き下げの合意がなされた場合右合意が不当のものではないとして原則として有効とされた事例（東京地判昭和六三年七月六日）」判例時報一三二一号（判例評論三六九号）（一九八九年）

2 「地下の通信用ケーブル専用溝内で火災が発生し電話ケーブルが破損したため加入電話回線等が最長一〇日間普通になったため、債務不履行責任、国家賠償法一条一項・二項、使用者責任、工作物責任を原因として地元の飲食店主らから日本電話電信公社（現ＮＴＴ）に対してされた総額四七〇〇万円の損害賠償請求がすべて棄却された事例――いわゆる世田谷通信ケーブル家裁損害賠償請求訴訟第一審判決（東京地判平成元年四月一三日）――」（藤岡康宏との共著）判例タイムズ七一二号（一九九〇年）

3 「世田谷ケーブル火災と電電公社（現ＮＴＴ）の損害賠償責任の存否（東京地判平成元年四月一三日）」（藤岡康宏との共著）私法判例リマークス一号（一九九〇年）

4 「ゴルフクラブにおける新旧会員間の予約方法等に関する差別的取扱いの禁止を求める訴えが、将来の給付の限度で認められた事例（東京地判平成五年八月三〇日）」（松久三四彦との共著）判例時報一五二七号（判例評論四三七号）

（一九九五年）

5 「顧客の株式を無断売却して、売却代金を顧客の口座に振り込んだが、後に株式を顧客に返還した証券会社の、顧客に対する売却代金相当額の不当利得返還請求権（東京地判平成一二年二月一六日）」私法判例リマークス二八号（二〇〇四年）

6 「『無所有共用一体社会』の実現を活動の目的としている団体に加入するに当たり全財産を無償で出捐した者がその後同団体から脱退した場合に合理的かつ相当と認められる範囲で不当利得返還請求権を有するとされた事例（最判平成一六年一一月五日）」判例時報一九〇〇号（判例評論五六〇号）（二〇〇五年）

7 「無権限弁済受領者への債権者の不当利得返還請求の可否（最判平成一六年一〇月二六日）」民商法雑誌民商一三二巻一号（二〇〇五年）

8 「『無所有』団体からの脱退者による出捐財産の返還請求（最判平成一六年一一月五日）」民商法雑誌一三三巻三号（二〇〇五年）

9 「多数の架空売買が行われた環状取引と錯誤および不当利得（大阪地判平成一四年三月二五日）」私法判例リマークス三〇号（二〇〇五年）

10 「共同相続人の一部に対する預金全額の払戻しと銀行の七〇三条にいう『損失』（最判平成一七年七月一一日）」私法判例リマークス三四号（二〇〇七年）

11 「破産管財人が悪意の受益者とされなかった事例（最判平成一八年一二月二一日）」民商法雑誌一三六巻三号（二〇〇七年）

12 「判例クローズアップ『ヤミ金事件判決』について――最判平成二〇年六月一〇日――」法学教室三三八号（二〇〇八年）

13 「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者の損害賠償請求における損益相殺と民法七〇八条（最判平成二〇年六月一〇日）」ジュリスト臨時増刊『平成二〇年度重要判例解説』（二〇〇九年）

14 「留置権の対抗力」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ（総則・物権）（第六版）』（有斐閣、二〇〇九年）

15 「第三者に交付された貸付金の返還」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅱ（債権）（第六版）』（有斐閣、二〇〇九年）

16 「先の貸し付けの後の過払金への弁済充当の可否と過払い金返還請求の利息（最判平成一九年二月一三日）」金融商事判例一三三六号（二〇一〇年）

17 「民法七〇四条後段の趣旨（悪意の受益者に対する損害賠償責任に関する民法七〇四条後段の規定の趣旨）」金融法務事情一九〇五号（金融判例研究二〇号）（二〇一〇年）

18 「悪意の受益者に対する損害賠償責任に関する民法七〇四条後段の規定の趣旨（最判平成二一年一一月九日）」私法判例リマークス四二号（二〇一一〇年）

19 「悪意の受益者の損害賠償義務を規定した民法七〇四条後段の規定の趣旨悪意の受益者に対する損害賠償責任に関する民法七〇四条後段の規定の趣旨（最判平成二一年一一月九日）」判例セレクト（法学教室三六五号別冊付録）（二〇一一年）

20 「成年後見人に選任された知的障害者が成年後見人の財産を横領し、国家賠償が請求されたが、家庭裁判所調査官、家事審判官の成年後見人の選任・監督には違法性がないとされた事例（広島地裁福山支判平成二二年九月一五日）」成年後見法研究九号（二〇一二年）

21 「成年後見人に選任された知的障害者が成年被後見人の財産を横領し、国家賠償が請求され、後見監督事件での家事審判官の後見監督に過失があったとされた事例（広島高判平成二二年二月二〇日）」実践成年後見（民事法研究会）四三号（二〇一二年）

22 「無権利者を委託者とする物の委託売買契約が締結された場合における当該物の所有者の追認の効果（最判平成二三年一〇月一八日）」北大法学論集六三巻三号（二〇一二年）

23 「リボルビング方式の貸付につき、規制法（平成一八年改正前）一七条一項書面に法定の記載をしなかった場合、過払金につき『悪意の受益者』と推定されるか」私法判例リマークス四六号（二〇一三年）

24 「意思無能力者に代わって相続税を申告した者の事務管理に基づく費用償還請求権の成否（最判平成一八年七月一四日）」実践成年後見（民事法研究会）四九号（二〇一四年）

25 「警視庁の記者会見及びホームページ上の説明が職務上の義務に違反して団体の社会的評価を低下させたとして国賠法上の違法と認められた事例（東京高判平成二五年一一月二七日）」私法判例リマークス五〇号（二〇一五年）

26 「悪意の受益者の損害賠償義務を規定した民法七〇四条後段の規定の趣旨（最判平成二一年一一月九日）」『判例セレ

クト二〇〇九―二〇一三』（有斐閣、二〇一五年）（上記判例研究19を加筆）

27 「成年後見の審判を受けていないが事理弁識能力を欠く状況にある者への民法一五八条一項の類推適用（最判平成二七年七月二一日、最判平成二六年三月一四日）」実践成年後見（民事法研究会）五五号（二〇一五年）

28 「遺産共有持分と他の共有持分が併存する場合の分割方法（最判平成二五年一一月二九日）」民商一五〇巻二号（二〇一五年）

29 「信託契約による債権譲受人に対する貸金債務者の過払金返還請求の可否（大阪高判平成二五年七月一九日）」信託フォーラム四号（二〇一五年）

30 「留置権の対抗力」潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ（総則・物権）（第七版）』（有斐閣、二〇一五年）

31 「第三者に交付された貸付金の返還」中田裕康・窪田充見編『民法判例百選Ⅱ（債権）（第七版）』（有斐閣、二〇一五年）

32 「意思無能力による消費貸借の無効に、民法一二一条ただし書が類推適用され、現存利得の主張立証責任は利得者が負うが、現存利得はないとされた事例（仙台地判平成五年一二月八日）」実践成年後見六三号（二〇一六年）

33 「フランチャイズ契約と準委任関係の存否（東京地判平成二五年一一月一二日）」私法判例リマークス五三号（二〇一六年）

34 「誤振込により成立した受取人の預金債権の受取人に対する貸金債権をもって相殺した被仕向金融機関の債権回収について、振込金相当額の不当利得返還請求権が認められた事例（名古屋高判平成二七年一月二九日）」金融法務事情二〇四九号（金融法研究第二六号）（二〇一六年）

35 「共同相続された預貯金債権は遺産分割の対象となるとした最大決平成二八年一二月一九日と相続財産の清算」金融法務事情二〇六五号（二〇一七年）

Ⅳ 翻訳

1 ローター・フィリップス「ニューラル・ネットワークの法律学への応用」法とコンピューター一〇号（一九九二年）

2 ローター・フィリップス「法的推論における類推とニューラル・ネットワークの応用」北大法学論集四三巻三号（一九九二年）

3 ヴォルフガング・フライヘア・フォン・マーシャル「私保

険法の下での保険者の損害賠償と求償」北大法学論集四三巻四号（一九九二年）

4 ユルゲン・クンツ「ドイツ企業結合法の基本的性格」北大法学論集四七巻二号（一九九六年）

5 ハンス・レオ・ヴァイヤース「保険契約法（一）～（三―二）」（藤岡康宏・新山一範との共訳）比較法学（早稲田大学）三〇巻一号、二号、三一巻一号、三二巻一号（一九九六年～一九九九年）

6 ライナー・フランク「監護権の基本問題」商学討究四七巻二＝三号（一九九七年）

7 クラウス＝ヴィルヘルム・カナーリス「現代型契約と古い法律――ドイツ法におけるファクタリング、フランチャイズ、ファイナンスリース――」北大法学論集四九巻三号（一九九八年）

8 フランツ・ビドリンスキー「私法の発見における原理と体系」北大法学論集四九巻六号（一九九九年）

9 クラウス＝ヴィルヘルム・カナーリス「メディア・情報社会における現在のドイツ法の人格権保護」比較法学（早稲田大学）三三巻二号（一九九九年）

10 ペーター・ギレス「IT時代における裁判――ドイツの現状を中心にして――」地域研究所年報（旭川大学地域研究所）二五号（二〇〇二年）

11 アンドレア・ボナミ「EU域内の食品流通の自由――EU裁判所の豪華なフルコースへのご招待――」（奥田安弘との共訳）北大法学論集五五巻二号（二〇〇四年）

12 ペーター・ギレス「裁判手続、遠隔通信技術、『E（電子）訴訟法』――ドイツにおける訴訟の電子化の始まりと、その法化について――」（石垣茂光との共訳）北大法学論集五五巻一号（二〇〇四年）

13 ハンス・F・ツァハー（新井誠監訳）『ドイツ社会法の構造と展開』（日本評論社、二〇〇五年）〔「序言」、「社会法の根本問題」、「比較法と社会法」の部分〕

14 ペーター・ギレス「裁判手続、遠隔通信技術、『E（電子）訴訟法』――ドイツにおける訴訟の電子化の始まりと、その法化について――」小島武司編『民事私法システムの将来』（中央大学出版部、二〇〇五年）（上記翻訳12を収録）

15 マクシミリアン・フックス「高齢社会の相続法」信託二二一号（二〇〇五年）

16 ヴァイヤース・ヴァント『保険契約法』（成文堂、二〇〇七年）（藤岡康宏・金岡京子との共訳）

17 ペーター・シュレヒトリーム「不当利得法の変遷」半田吉信編『ヨーロッパ債務法の変遷』（信山社、二〇〇七年）

18 ゴットフリート・シーマン「損害賠償法に関する現下のドイツでの議論」北大法学論集五八巻三号（二〇〇七年）

19 ゴットフリート・シーマン「損害賠償法に関する現下のドイツでの議論」ゴットフリート・シーマン（新井誠監訳）『ドイツ私法学の構造と歴史的展開』（日本評論社、二〇〇八年）（上記翻訳18を収録）

20 ヨハネス・ハーガー「ドイツの不法行為法」新世代法政策学研究九号（二〇一〇年）

21 タチアナ・ヨシポヴィッチ「クロアチア共和国の相続法」北大法学論集六二巻一号（二〇一一年）

22 グンター・トイブナー「社会制度としての鑑定（専門家意見）――第三者の契約内部化――」新世代法政策学研究一〇号（二〇一一年）

23 グンター・トイブナー「結合義務としての利益の分配？――フランチャイズ・システムでの利益の再分配――」新世代法政策学研究一〇号（二〇一一年）

24 グンター・トイブナー「社会制度としての鑑定（専門家意見）――第三者の契約内部化――」、「結合義務としての利益の分配？――フランチャイズ・システムでの利益の再分配――」グンター・トイブナー（瀬川信久編）『システム複合時代の法』（信山社、二〇一二年）（上記翻訳22、23を収録）

25 ゴットフリート・シーマン「ドイツ法での企業承継の手段としての養子」北大法学論集六四巻一号（二〇一三年）

26 ミヒャエル・ガナー「成年者保護の比較法的展望と支援を受けた決定発見のモデル」成年後見法研究一三号（二〇一六年）

27 ミヒャエル・ヴァルチェン「法的に同意能力のない成年者の矯正治療――ドイツおよび国際障害者権利条約を踏まえて――」（村田彰との共訳）成年後見法研究一三号（二〇一六年）

28 ダグマル・ケスター・ヴァルチェン「国際障害者権利条約からみた成年者保護と暴力からの保護――特に、国境を越える事実関係――」成年後見法研究一三号（二〇一六年）

29 グンター・トイブナー『契約結合としてのネットワーク――ヴァーチャル空間の企業、フランチャイズ、ジャスト・イン・タイムの社会科学的、および、法的研究――』（信山社、二〇一六年）

30 マーティン・シュミット―ケッセル／アナ・グリム「無償か、有償か?――個人データを対価とするデジタルコンテンツの契約による交換――」東洋法学六一巻二号（二〇一七年）

31 マーティン・シュミット―ケッセル「デジタルコンテンツに関する（ＥＵ）指令――契約類型と瑕疵に関する責任――」東洋法学六一巻二号（二〇一七年）

Ⅴ 教科書の共同執筆・解説など

1 「第三章 市民生活と財産の法」鹿毛継雄編『現代社会と法』（ソルト出版、一九八八年）

2 「諸外国における問題状況の概観 1 ドイツ法」老人介護と相続法理研究会編『老人介護と相続法理に関する研究報告書（財団法人 長寿社会開発センター委託事業）』（一九九三年）

3 「第三編 債権法 第一章（序説～第七章 債権の消滅）」中島文雄編著『民商法概説』（成文堂、一九九四年、第二版、一九九六年、第三版、一九九八年）

4 「谷口知平 不当利得の研究」（書評）加藤雅信編『民法学説百年史』（三省堂、一九九八年）

5 「事務管理・不当利得」川井健・鎌田薫・山本豊編『新判例マニュアル民法Ⅳ 債権各論』（三省堂、二〇〇〇年）

6 「ドイツ法の観点から（シンポジウム・近代民法学の思考様式――比較法の視点から――」北大法学論集五二巻五号（二〇〇二年）

7 「Zum Gedächtnis an Herrn Prof. Fuchs-major NOSE」寺崎嘉博・白取祐司編『激動期の刑事法学（能勢弘之先生追悼論集）』（信山社、二〇〇三年）

8 「三面関係の不当利得――転用物訴権――」内田貴・大村敦志編『民法の争点（ジュリスト増刊）』（二〇〇七年）

9 「即時取得：一九三条・一九四条」千葉恵美子・潮見佳男・片山直也編『Law Practice 民法Ⅰ 総則・物権編』（商事法務、二〇〇九年、第二版、二〇一四年）

10 「給付利得」、「侵害利得」千葉恵美子・潮見佳男・片山直也編『Law Practice 民法Ⅱ 債権編』（商事法務、二〇〇九年、第二版、二〇一四年）

11 「消費者被害への対応」村田彰ほか編『わかりやすい成年後見・権利擁護』（民事法研究会、二〇〇九年、第二版、二〇一三年）

12 「法律上の原因の存否――第三者に交付された金銭の返還

請求――」、「利得と損失の存在」、「騙取金による弁済」、「いわゆる転用物訴権（一）――動産を修理した請負人――」、「いわゆる転用物訴権（二）――賃借物を改装した請負人――」松本恒雄・潮見佳男編『判例プラクティス民法Ⅱ債権』（信山社、二〇一〇年）

13 「結果債務と手段債務」椿寿夫・中舎寛樹編『新・条文にない民法』（日本評論社、二〇一〇年）

14 「売買契約・贈与契約」明治大学法科大学院『民法（債権法）改正の動向寄附講座・二〇一一年度講義録』（二〇一二年）

15 「違約手付条項と解約手付」、「他人物に関して悪意の買主の損害倍賞責任」、「担保責任を免除・加重する特約」法学セミナー六八四号（二〇一二年）

16 「委任」、「不当利得」平井一雄・清水元編『基本講座　民法2（債権法）』（信山社、二〇一二年）

17 「成年後見による預金の横領に家事審判官の監督の違法があったとして国家倍賞責任が肯定された事例（広島高判平成二二年二月二〇日）」じゃがれたー（成年後見ニュース一九号（二〇一二年）

18 「不出来な経過報告書」公益信託・甘粕財団信託研究助成基金編『公益信託・甘粕財団信託研究助成基金二五周年によせて』（二〇一二年）

19 「違約手付条項と解約手付」、「他人物に関して悪意の買主の損害倍賞責任」、「担保責任を免除・加重する特約」椿寿夫編『強行法・任意法でみる民法』（日本評論社、二〇一三年）（上記解説15を収録）

20 「売買契約・贈与契約」明治大学法科大学院『民法（債権法）改正の動向寄附講座～最新の動向を踏まえて～・二〇一二年度講義録』（二〇一三年）

21 「売買契約・贈与契約」明治大学法科大学院『民法（債権法）改正の動向寄附講座～中間試案を踏まえて～・二〇一三年度講義録』（二〇一四年）

22 「売買契約と贈与契約」明治大学法科大学院『民法（債権法）改正の動向寄付講座～改正要綱仮案を踏まえて～・二〇一四年講義録』（二〇一五年）

23 「ミヒャエル・ガナー『比較法の視点からの成年者保護の現状と展望』（Michael Ganner, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht）（論文サマリー）」実践成年後見五七号（二〇一五年）

24 「成年後見の審判を受けていないが事理弁識能力を欠く情況にある者への民法一五八条一項の類推適用（最判平成二

六年三月一四日）」じゃがれたー（成年後見ニュース）二五号（二〇一五年）

25 「モネ教授の講演に対するコメント（一）」北大法学論集六五巻六号（二〇一五年）

26 「不法行為」中村昌美編著『民法を知る 2』（八千代出版、二〇一五年）

27 「共同相続人に対する相続回復請求権」棚村政行・水野紀子・潮見佳男編『Law Practice 民法Ⅲ 親族・相続編』（商事法務、二〇一五年）

28 「不当利得」後藤巻則・滝澤昌彦・片山直也編『プロセス講義 民法Ⅴ 債権2』（信山社、二〇一六年）

29 「障害者権利条約と成年後見制度に関する連続研究会 第八回『ドイツの成年後見―身上看護と健康配慮』参加報告」じゃがれたー（成年後見ニュース）二六号（二〇一六年）

30 「売買契約・贈与契約」明治大学法科大学院『民法（債権法）改正の動向寄附講座・二〇一五年度講義録』（二〇一六年）

31 「法律行為が無効又は取り消された場合の効果――有償・双務契約の無効・取消（契約の巻戻し）――」、「法律行為が無効又は取り消された場合の効果――無償契約の無効・取消し（受領者の利得保有への信頼の保護）――」、「取り消すことができる行為の追認」潮見佳男ほか編『Before/After 民法改正』（弘文堂、二〇一七年）

Ⅵ 学会報告

1 「わが国における『転用物訴権』の構造――多数当事者間の不当利得法に対する財貨追及の視角からの考察――」私法五一号（一九八九年）（日本私法学会における個別報告）

2 「法ドグマーティクの意味と背景――ドイツの法学方法論との対比――」私法六〇号（一九九八年）（日本私法学会シンポジウム「転換期の民法学」における報告及び質疑応答）

3 「不当利得法における対第三者関係」私法七四号（二〇一二年）（日本私法学会 シンポジウム「不当利得法の現状と展望」における報告及び質疑応答）

4 「第三者与信売買・ファイナンスリース・フランチャイズ――契約結合からネット契約へ――」私法七九号（二〇一七年）（日本私法学会 シンポジウム「多角・三角取引と民法」における報告及び質疑応答）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 68 No. 6 (2018)
SUMMARY OF CONTENTS

Die Entstehungsgeschichte der Demokratielehre Carl Schmitts (1) — Von der letzten Periode des deutschen Kaiserreichs bis zur Mitte der Weimarer Republik —

Ayaka MATSUMOTO*

Die vorliegende Abhandlung zielt darauf ab, die Entstehungsgeschichte der Demokratielehre Carl Schmitts (1888-1985) zu klären, die von der Zeit des zweiten Kaiserreichs bis zur Mitte der Weimarer Republik aufgestellt wurde. Während seine Definition der Demokratie als „Identität von Regierenden und Regierten" auch in der japanischen Politikwissenschaft weitgehend rezeptiert ist, wird ihr Entstehungsprozess bisher noch nicht genug erkannt. In den letzten Jahren wurde eine Reihe von Nachlässen Carl Schmitts neu veröffentlicht, die z. B. Tagebücher, Briefe und Skizzen seiner Vorlesungen von den 1910er Jahren bis zur ersten Hälfte der 1920er Jahre umfassen. Anhand dieser neuen Materialien versuche ich, den Entwicklungsprozess der Demokratietheorie Schmitts zu rekonstruieren, den die Veröffentlichung seines bedeutendsten Werks *Verfassungslehre* (1928) abschloss.

Um dies zu erreichen, konzentriere ich mich auf die folgenden drei Punkte. Erstens ist zu betrachten, wie sich Schmitt die Beziehung zwischen dem Staat und dem einzelnen Individuum vorstellte. Diese Frage lässt sich klären hauptsächlich durch die Analyse seiner Habilitationsschrift *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914). Zweitens sollen die Varianten

* Assistant Professor of Graduate School of Law Hokkaido University.

zu seinem Begriff der „demokratischen Identität“ untersucht werden. Bevor Schmitt in *Verfassungslehre* das „demokratische Prinzip der Identität“ formulierte, benutzte er schon in seinen frühen Werken zahlreiche Wörter, die mit solchem Prinzip zusammenhängen: „identifizieren“, „Identifikation“, „Homogenität“, „Gleichartigkeit“ usw. Die Verbindung dieser Begriffe zeigt den Entwicklungsprozess seines Denkens über die Demokratie. Drittens ist es sinnvoll, die Demokratietheorie Schmitts mit derjenigen Hans Kelsens (1881-1973) vergleichend zu charakterisieren, der zur gleichen Zeit, aber in ganz unterschiedlicher Art und Weise über die Demokratie nachgedacht hatte. Diese Arbeit trägt hoffentlich dazu bei, die Demokratielehre Schmitts kritisch zu betrachten.

Im ersten Kapitel geht es darum, anhand der neu veröffentlichten Materialien den Gedankengang Schmitts in seiner Straßburger Zeit und der Vorkriegszeit aufzuklären. Im ersten Teil dieses Kapitels zeigt es sich zunächst, dass Schmitt den einzelnen Menschen nur eine Bedeutung anerkennt, solange sie als Rechtssubjekte die Aufgabe des Staates erfüllen, das Recht als die Norm in die empirische Welt zu vermitteln und zu verwirklichen. Im zweiten Teil sollen anhand seines Aufsatzes „Die Sichtbarkeit der Kirche: Eine Scholastische Erwägung“ (1917) der Hintergrund dieser außerordentlichen Forderung Schmitts und die Voraussetzung seines Denkens ermittelt werden. Dadurch werden seine persönlichen wie theologischen Anschauungen der Welt und der Menschheit erklärt, die bei der in *Politische Romantik* (1919) dargestellten Kritik am modernen Subjektivismus eine große Rolle spielen. Im dritten Teil wird die juristische Methodologie Schmitts im Vergleich mit der Methodologie Kelsens analysiert. Dadurch wird hier geklärt, warum die beiden Denker fast gleichzeitig die Parallele zwischen der juristischen Methode und der theologischen betrachteten; sie interessierten sich damals gemeinsam für den Begriff der „juristischen Fiktion“, den Hans Vaihinger in *Die Philosophie des Als Ob* (1911) behandelte. Schmitt und Kelsen weichen hier voneinander ab: Kelsen schätzte einerseits die Bedeutung der juristischen Fiktion als eine Methode für Rechtswissenschaft, setzte sich andererseits aber auch mit dem Problem kritisch auseinander, dass das, was durch die

Fiktion ausgedrückt wird, keine „Realität“ ist, während Schmitt zwar auch das Problem erkannte, sich aber nicht um eine theoretische Lösung bemühte.

論　　説

動機の錯誤のリスク負担

―― 最判平成28年12月19日の分析を通じて ――

岩　川　隆　嗣

第１　本稿の目的

本稿は、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明した場合において、信用保証協会の動機の錯誤を理由とする保証契約の錯誤無効および保証免責を否定した平成28年12月19日第一小法廷判決（平成27年（受）第1394号、不当利得返還請求事件。以下、「本判決」という）[1]の分析を通じて、両者の問題に共通する視点として、動機の錯誤のリスク負担という視座を提供することを目的とするものである。

以下では、まず本判決の概要を示し（第２）、次いで本判決の分析を行って（第３）、このような視座があり得ることを示していきたい。

第２　本判決の概要

１．事実

[1] 判時2327号21頁、判タ1434号52頁、金法2066号68頁、金判1508号28頁、金判1513号48頁。

本判決の評釈等として、松下由英・金法2058号68頁、安東克正・銀法811号18頁、谷本誠司・銀法811号67頁、黒田直行・ＪＡ金融法務557号50頁、久保野恵美子・法教440号148頁、谷健太郎・金法2067号４頁、福谷賢典＝前田直哉・銀行実務47巻６号72頁、松尾弘・法セミ751号118頁、下村信江・金法2073号（金融判例研究27号）37頁、西内康人・金法2081号46頁がある。

金融機関Ｙ（被告、被控訴人・附帯控訴人、上告人）と信用保証協会Ｘ（原告、控訴人・附帯被控訴人、被上告人）は、昭和38年９月、約定書と題する書面により信用保証に関する基本契約（以下「本件基本契約」という）を締結した。本件基本契約には、Ｙが「保証契約に違反したとき」は、ＸはＹに対する保証債務の全部又は一部の責めを免れるものとする旨が定められていたが（以下、この定めを「本件免責条項」という）、保証契約締結後に主債務者が中小企業者の実体を有しないことが判明した場合等の取扱いについての定めは置かれていなかった。

Ｙは、牛乳等の小売業（以下「本件事業」という）を営んでいた有限会社Ａから、平成16年から平成17年にかけて、４回にわたり融資の申込みを受け、いずれもＸにそれらの信用保証を依頼し、Ａから保証委託を受けたＸとの間でそれぞれ保証契約を締結して、Ａに合計6930万円を貸し付けた。

Ｙは、平成20年８月、Ａから融資の依頼を受け、審査した結果、上記借入金の借換え及び追加融資として5000万円の貸付け（以下「本件貸付け」という）を適当と認め、同年12月11日頃、Ｘに対し、本件貸付けについて信用保証を依頼した。これを受けて、ＡとＸは、保証委託契約を締結した。上記信用保証については、セーフティネット保証制度（以下「本件制度」という）が利用されることとなった。

本件制度は、全国的に業況の悪化している一定の業種に属する事業を行う中小企業者に対し、通常の信用保証とは別枠で信用保証を行う制度であり、上記の中小企業者に該当することについては、市町村長等の認定を受けるものとされている。Ａは、平成20年12月16日、ａ市長から本件事業を行う者として上記認定を受けた。

Ａは、平成20年12月26日、Ｂに対し、本件事業を譲渡した。しかし、Ｙ及びＸは、そのことを、後記保証契約の締結及び後記本件貸付けの時点で知らなかった。

Ｘは、平成20年12月29日、Ｙとの間で、本件制度を利用して、本件貸付けに基づくＡの債務を連帯して保証する旨の契約（以下「本件保証契約」という）を締結した。本件保証契約においても、契約締結後に主債務者が中小企業者の実体を有しないことが判明した場合等の取扱いについての定めは置かれていなかった。

Ｙは、平成21年１月９日、Ａに対し、本件貸付けを行った。

Ａは、平成21年６月、Ｙを含む債権者に対し、破産手続開始の申立ての準備を始めた旨を通知し、その翌月以降、Ｙに対する約定に従った弁済をしなかった。

Ｘは、平成22年３月、Ｙの請求により、本件保証契約に基づく保証債務の履行としてＹに対し、4925万9425円を代位弁済した。

本件訴訟は、Ｘが、本件保証契約は錯誤により無効であると主張して、不当利得返還請求権に基づき、保証債務の履行として弁済した4925万9425円の返還等を求めたものである。

２．一審・原審の判断

一審（金沢地判平成25年１月14日金判1508号37頁）は、本件制度は、中小企業者が売上高減少によって経営の安定に支障が生じている場合に、全国的に業況が悪化している業種に属する中小企業者を支援するためのものであるから、一般論として、同制度における保証においては、「……中小企業者が市町村の長から指定を受けた特定の業種に属する業務を行う事業者であることは、信用保証協会が保証契約を締結するための重要な要素である……」とする。そして、本件保証契約についても、ＸにとってＡが特定の業種に属する中小企業者であることは「重要な要素」であったということができるとした上で、Ａは、本件保証契約及び本件貸付けがされた当時（平成20年12月29日及び平成21年１月９日）、事業譲渡によって中小企業者としての実体を失っていたにもかかわらず、ＸはＡが中小企業者と信じていたのであるから、「……本件保証契約は、Ｘにおいてその重要な部分に要素の錯誤があったということができる」、とした。そして、Ｘには重過失は無いこと等を認定して、本件保証契約の錯誤無効を認めた。もっとも、本件保証契約の錯誤無効に伴って、本件保証契約が有効であると信じてなされた本件貸付および借換え前の既存貸付債務の弁済受領行為もＹの錯誤により無効となるとし、既存貸付債務に係るＹのＸに対する保証債権が復活し、Ｘの不当利得返還請求権と当該保証債権とが相殺されるとして、Ｘの請求の一部のみを認容した。

原審（名古屋高裁金沢支部平成27年５月13日金判1508号34頁）は、錯

誤無効を認めた一審の判断を是認した。もっとも、本件貸付けおよび既存貸付債務の弁済受領行為については、本件保証契約が錯誤無効になったとしても無効にはならないとして、Yの相殺の抗弁を認めず、Xの請求を全部認容した。

Xが上告受理を申立て、最高裁の判断が示されることになった。

3．判旨

破棄自判（一審中Y敗訴部分取消し、請求棄却、控訴棄却）

「（1）信用保証協会は、中小企業者等に対する金融の円滑化を図ることを目的とし（信用保証協会法1条）、中小企業者等が金融機関に対して負担する債務の保証等を業務としている（同法20条1項）。したがって、信用保証協会が保証契約を締結し、金融機関が融資を実行した後に、主債務者が信用保証の対象となるべき中小企業者でないことが判明した場合には、信用保証協会の意思表示に動機の錯誤があるということができる。意思表示における動機の錯誤が法律行為の要素に錯誤があるものとしてその無効を来すためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要する。そして、動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である（最高裁平成26年（受）第1351号同28年1月12日第三小法廷判決・民集70巻1号1頁等参照）。

（2）本件についてこれをみると、本件保証契約の締結前に、Aが事業譲渡によって本件制度の対象となる中小企業者の実体を有しないこととなっていたことが判明していた場合には、これが締結されることはなかったと考えられる。しかし、金融機関が相当と認められる調査をしても、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることは避けられないところ、このような場合に信用保証契約を一律に無効とすれば、金融機関は、中小企業者への融資を躊躇し、信用力が必ずしも十分でない中小企業者等の信用力を補完してその金融の円滑化を図るという信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない。そして、Yは融資を、Xは信用保証を行うことをそれぞれ業とする

法人であるから、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合にXが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であったにもかかわらず、本件基本契約及び本件保証契約等にその場合の取扱いについての定めは置かれていない。これらのことからすれば、主債務者が中小企業者の実体を有するということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件保証契約の効力を否定することまでをY及びXの双方が前提としていたとはいえないというべきである。このことは、主債務者が本件制度の対象となる事業を行う者でないことが事後的に判明した場合においても異ならない。

もっとも、金融機関は、信用保証に関する基本契約に基づき、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、主債務者が中小企業者の実体を有する者であることについて、相当と認められる調査をすべき義務を負うというべきであり、上告人がこのような義務に違反し、その結果、中小企業者の実体を有しない者を主債務者とする融資について保証契約が締結された場合には、被上告人は、そのことを主張立証し、本件免責条項にいう金融機関が『保証契約に違反したとき』に当たるとして、保証債務の全部又は一部の責めを免れることができると解するのが相当である（前掲最高裁平成28年１月12日第三小法廷判決参照）。

以上によれば、Aが中小企業者の実体を有することというXの動機は、それが表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、本件保証契約の内容となっていたとは認められず、Xの本件保証契約の意思表示に要素の錯誤はないというべきである。

……そして、以上説示したところによれば、Xの請求は理由がない……」。

第３　本判決の分析

１．本判決の意義

本判決は、主債務者が反社会的勢力であった場合の信用保証協会の錯誤に関する最判平成28年１月12日民集70巻１号１頁（以下「平成28年１

月判決」という）の論理が、主債務者が中小企業者の実体を欠いている場合にも妥当することを明らかにしたものである。第一に、主債務者が信用保証の対象となる中小企業者であると誤信していた信用保証協会が締結した保証契約につき、当該誤信は動機の錯誤に当たるが、たとえ動機が表示されていても法律行為の内容にはならず、当該保証契約の錯誤無効は否定される。第二に、金融機関は信用保証に関する基本契約上の義務として主債務者が中小企業者の実体を有するかどうかを調査する義務を負い、金融機関がこのような義務に違反したときは、基本契約上の免責条項にいう「保証契約に違反したとき」に該当し、信用保証協会は保証債務を免れうる。

以下では、以上２つの問題を検討し（２、３）、最後にその検討を踏まえて本判決の射程を検討していくこととする（４）。

２．動機の錯誤について

まず、動機の錯誤の問題を検討していこう。

（１）一般論

ⅰ．動機の錯誤の定式

本判決は、主債務者が信用保証の対象となる中小企業者ではないことが判明した場合には、信用保証協会の意思表示には動機の錯誤が認められるとした上で、平成28年１月判決を引用して、動機の錯誤が法律行為の「要素の錯誤」に該当するためには、「その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であること」（以下、これを「動機の錯誤の定式」という）が必要である、との一般論を示す。

この動機の錯誤の定式のうち、動機の表示および法律行為の内容化は、伝統的通説および判例である[2]、95条の「錯誤」には動機の錯誤は原則該

[2] 我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、1965年）295頁。大判大正３年12月15日民録20輯1101頁、大判大正６年２月24日民録23輯284頁、最判昭和29年11月26日民集８巻11号2087頁、最判昭和45年５月29日判時598号55頁など。なお、動機の錯誤に関する学説および判例の変遷については、森田宏樹「民法95条（動

当しないが、例外的に、動機が相手方に表示され、意思表示の内容あるいは法律行為の内容になっていた場合には同条の「錯誤」に該当する、という立場を表している。また、錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要するというのは、錯誤がなければ表意者および通常人はそのような意思表示をしなかったといえる場合に錯誤に「要素」性が認められる[3]、という立場を表している。

ⅱ．内容化の理解

この動機の錯誤の定式に関し、動機の表示と法律行為の内容化の関係を巡って、学説上、異なる理解が存在している。

一方で、動機の錯誤が「錯誤」に該当するためには動機の表示が必要であることを主唱した我妻栄博士は、動機が相手方に表示されている場合には、動機は意思表示の内容になり、当然に意思表示を不可欠の構成要素とする法律行為の内容ともなる、と解していたと考えられる[4]。動機の表示が「錯誤」該当性の要件として意味を持つという理解である[5]。これは、動機が表示されていれば動機を含んだ表示と意思の不一致は生じること[6]、また、錯誤無効を認めても相手方の信頼は害されないこと、を根拠とするものといえる[7]。

機の錯誤を中心として）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 第２巻』（有斐閣、1998年）141頁参照。

[3] 我妻・前掲注２）300頁。大判大正３年・前掲注２、大判大正７年10月３日民録24輯1852頁など

[4] 我妻・前掲注２）297頁・284-285頁（ただし相手方が動機を知っていることを要する）。

[5] 山本敬三『民法講義Ⅰ 総則〔第３版〕』（有斐閣、2011年）187頁

[6] 我妻・前掲注２）296頁は、「表示から推断される意思と表意者の真に意図するところとにくい違いがあれば、内心的効果意思とのくい違いないしは内心的効果意思の欠缺でなくとも」、「錯誤」該当するとしている。表示された動機を含む「表示」と、動機を含む「表意者の真に意図するところ」とのくい違いがあれば「錯誤」に該当する。

[7] 我妻・前掲注２）297頁、山本・前掲注５）187頁参照。

他方で、動機の表示ではなく、法律行為の内容化が「錯誤」該当性の要件であって[8]、表示の有無は内容化の判断要素に過ぎない[9]、あるいは法律行為の内容化が認められる場合に動機の表示有りと言われてきたに過ぎない[10]、という理解も存在する。これは、動機となる事実についての情報収集は表意者が各自で行うべきであるから、動機の誤りのリスクは原則として表意者が負うべきであって、相手方に法律行為の無効という形で当該リスクを負担させるためには、動機の表示のみならず、表示された動機が法律行為の内容となっていることまで必要である、ということを根拠とするものといえる[11]。

本判決が、平成28年１月判決を引用して、「動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はない」との一般論を示したのは、法律行為の内容化を錯誤該当性の要件として位置づける後者の立場に立脚することを明らかにするものである。

ⅲ．従前の最高裁判例

従前の最高裁判例にも、動機の表示の存在を肯定しつつも、法律行為の内容にはなっていないことを理由として錯誤無効を否定したものが存在していた。本判決は、それらの判例を踏襲するものとして位置づけられる。

第一に、最判昭和37年12月25日訟月９巻１号38頁（以下、「昭和37年判決」という）がある。事案は、売主Ｘが譲渡所得税が減額されることを動機として、国Ｙを買主とする売買契約を締結したところ、実際には減額は実現不可能であったため、当該売買契約はＸの錯誤により無効となるかが争われたものである。同判決は、動機の錯誤の定式を示した上

[8] 山本・前掲注５）187頁。

[9] 森田・前掲注２）192-193頁。

[10] 山本敬三「『動機の錯誤』に関する判例の状況民法改正の方向（上・下）」NBL1024号15頁、1025号37頁、1024号17頁など。

[11] 佐久間毅『民法の基礎１　総則〔第３版〕』（有斐閣、2008年）155-157頁、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（10）民法（債権関係）部会資料76A」３-４頁。

で、たとえ「……動機が表示されても意思解釈上動機が法律行為の内容とされていないと認められる場合には、動機に存する錯誤は法律行為を無効ならしめるものではない」とする。そして、原判決の認定として、「譲渡所得税の賦課に関してはＹにおいて税務署と折衝して法律上可能な限り税額を低きに止めるように努力するとの旨の諒解事項があつたに過ぎない」ことを指摘し、Ｘの動機は売買契約の内容になっていたとはいえないとして、錯誤無効を否定した。

第二に、最判昭和47年５月19日民集26巻４号723頁（以下、「昭和47年判決」という）がある。事案は、ＸＡ間の土地売買契約の合意解除等に伴い、売主Ｘが買主Ａに対して負担した代金返還債務を弁済するため、Ｘが農業協同組合Ｙとの間で締結していた定期貯金契約を合意解約し、その払戻金をＡに支払うことをＹに委任したが、Ｘには代金返還債務は存在しないことが判明した場合、ＸＹ間の定期貯金契約の合意解約および支払委任はＸの錯誤により無効となるかが争われたものである。同判決は、「本件定期貯金契約の解約およびＸのＹに対する支払の委任は、要するに、本件定期貯金の払戻金により金九〇〇〇万円をＡに給付することをその内容とするものなのであり、その実質においては、Ｘがみずから定期貯金の払戻を受けてこれをＡに支払う場合と同視すべきものであつて、Ａに対する支払の動機のごときは、Ｙに表示されたかどうかにかかわりなく、右定期貯金の解約および支払委任という法律行為の要素となるものではないと解するのが相当である」とし、錯誤無効を否定した。たとえ定期貯金契約の合意解約および支払委任の動機が表示されていたとしても法律行為の内容にはならないことを理由に、錯誤無効を否定した判例として位置付けられよう。

第三に、最判平成元年９月14日判時1336号93頁（以下、「平成元年判決」）がある。事案は、ＸＹの離婚に伴い、財産分与としてＸ所有の土地と建物がＹに譲渡されたが、真実はＸに譲渡に伴い譲渡所得税が課せられるのに、ＸはＹに課税されるとの誤解をして財産分与契約を締結していたため、当該財産分与契約はＸの錯誤により無効となるかが争われたものである。同判決は、動機の錯誤の定式を示した上で、動機の表示は黙示的なもので足りるとして、当該事案における動機の表示を肯定した。必ずしも明確でないが、同判決も、法律行為の内容化が「錯誤」該

当性の要件になるとみていると解することができる。なぜなら、同判決は事件を差戻しているので、表示された動機が法律行為の内容になっているかも審理させるために差戻しが行われたとみうるからである。次にみる平成28年１月判決が、昭和37年判決と平成元年判決を引用して、動機の表示のみならず法律行為の内容化も必要であるとの一般論を示していることからすると、最高裁も以上のような趣旨として平成元年判決を理解しているということができる。

第四に、本判決が引用する平成28年１月判決がある。事案は、主債務者が反社会的勢力でないことを前提として信用保証協会Ｘと銀行Ｙの間で締結された保証契約について、後に主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合に、当該保証契約はＸの錯誤を理由として無効になるかが争われたものである。同判決は、動機の錯誤の定式を示した上で、「動機は、たとえそれが表示されても、当事者の意思解釈上、それが法律行為の内容とされたものと認められない限り、表意者の意思表示に要素の錯誤はないと解するのが相当である」との一般論を示す。そして、Ｘの動機は、たとえ表示されていたとしても、当事者の意思解釈上、保証契約の内容となっていたとはいえないとして、錯誤無効を否定した。

（２）具体論

以上を踏まえて、本判決が、主債務者が中小企業者としての実体を有するという信用保証協会の動機は保証契約（法律行為）の内容にならないと解したのは、いかなる理由に基づくものなのかを検討していこう。まず、主債務者が中小企業者の実体を有しなかった場合という点で本判決と共通性を有する、いわゆる融資金詐欺に関する従前の下級審裁判例を分析し（ⅰ）、次いで本判決の判旨を検討していくこととする（ⅱ）。

ⅰ．融資金詐欺に関する下級審裁判例

（ⅰ）錯誤無効を肯定した判決

融資金詐欺によって生じた動機の錯誤に基づく保証契約の無効を肯定した下級審裁判例には、以下のものが存在している。

ア．判決の内容

第一に、東京地判昭和53年３月29日下民集29巻１～４号153頁がある[12]。事案は、相互銀行ＸがＡ社ら三社から銀行取引開始の申し出を受けて取引を開始し、信用保証協会ＹもＸ提出の調査書類の机上調査により適当と判断して、ＸがＡ社らから割引いた手形が不渡りとなった場合の債務をＹが保証する契約を締結したところ、Ａ社らはＸから融資金を騙取しようとして創り出された実体の無い会社であって、Ａ社からＸに提出された納税証明書等の書類は偽造であり、また、割引かれた手形が融通手形であったことなどが判明したため、Ｙが保証契約の錯誤無効等を主張したものである。

同判決は、「Ｙが行う信用保証の対象となる中小企業者とは、その事業を一定期間継続して営業している実績のあるものに限られており、従来のＸＹ間の取引もいずれも右のように実績のある中小企業者を対象としたものであつた。また、信用保証の対象となる手形はすべて営業上の取引によつて正当に取得した約束手形又は為替手形に限られ、金融を受ける手段として第三者から交付された融通手形は含まれない取扱いであること……も本件各契約締結にあたりＸの充分承知しているところであつた。……右認定の各事実を合わせ考えると、Ｙの本件各契約による信用保証の意思表示は、その重要な部分に……要素の錯誤があるというべきである」とし、錯誤無効を肯定した。

第二に、さいたま地判平成19年６月６日金法1820号55頁がある。事案は、Ａ社への融資について、Ａ社から銀行Ｙへ提出された書類等に照らしてその申込内容に不合理・不自然な点が無かったために、融資適当と判断され、さらに信用保証協会Ｘが同融資に係るＡ社の債務を保証したが、後に、Ａ社は融資金を騙取するための実体の無い会社であることが判明したため、Ｘが保証契約の錯誤無効を主張したものである。

同判決は、「上記認定事実によれば、信用保証協会であるＸは、信用保証協会法により、その業務として中小企業者が銀行であるＹから借り受けた運転資金の返還債務の保証をすることができるが、その中小企業者は企業としての実体を有することを当然の前提としており、中小企業

[12] 同判決を分析するものとして、伊藤進『信用保証協会保証法概論』（信山社、1992年）109頁。

者としての実体がなければ信用保証の対象とならないことは、融資を実行する金融機関であるＹにも当然のこととして熟知されていたということができるから、中小企業者が企業者としての実体を有することは、Ｘが保証をするための重要な要素であるということができる。そして、Ｙから本件貸付（第１貸付及び第２貸付）を受けたＡ社は、本件貸付及び本件保証契約がされた当時、企業としての実体がなかったもので、しかも、Ｘは、Ａ社が企業実体を有すると信じていたということができる……から、本件保証契約は、その重要な部分に要素の錯誤があったということができる」とし、錯誤無効を肯定した。控訴審である東京高判平成19年12月13日金法1829号46頁も[13]、一審判決を殆どそのまま繰り返して、錯誤無効を肯定した。

最後に、横浜地判平成24年１月17日金法2006号106頁がある。事案は、信用金庫ＸがＡ社から事業に必要な設備機械購入のための融資の申込みを受け、事業計画書や同機械の見積書、確定申告書などの提出を受けたため、Ｘは融資適当と判断し、さらに信用保証協会Ｙは、Ａ社が新規の利用であったため実地調査を行った上で、特段不審な点がなかったので同融資に係るＡ社の債務を保証したが、後に、Ａ社は融資金詐欺のための会社で中小企業としての実体はなく、事業計画書は虚偽で見積書や確定申告書は偽造であることなどが判明したため、Ｙが保証契約の錯誤無効を主張したものである。

同判決は、「……Ｙは、信用保証協会法に基づく業務として、中小企業者の金融機関に対する借入金債務を保証することができるが、その対象となる中小企業者は、企業としての実体を有することを当然の前提としているということができる。融資を実行する金融機関であるＸにおいても、中小企業者としての実体がなければ信用保証の対象にならないと認識しており……、借主が中小企業者としての実体を有することは、Ｙ

[13] 同判決の評釈として、吉岡伸一「判批」岡山大学法学会雑誌58巻１号107頁、渡邊博己「判批」金法1834号94頁、武川幸嗣「判批」受験新報2008年６月号12頁、伊藤栄寿「判批」愛知学院大学論叢法学研究50巻１号135頁、滝沢昌彦「判批」リマークス38号10頁、真鍋美穂子「判批」平成20年度主要民事判例解説（判タ別冊25号）22頁、堀口久「判批」銀法753号18頁。

が信用保証をするための重要な要素であり、かつ、Ｘにおいてもこれを認識していたということができる。そして、Ｙは、実際にはＡ社には企業としての実体がなく、資金の使途は架空のものであったにもかかわらず、企業としての実体を有しており、資金の使途は正常な設備投資であると誤信していたということができるから、その余の点について判断するまでもなく、本件保証契約は、Ｙにおいて意思表示の重要な部分に要素の錯誤があったということができる」とし、錯誤無効を肯定した。控訴審である東京高判平成24年７月４日金法2006号100頁も[14]、一審の上記判断を是認し、錯誤無効を肯定した。

イ．分析

以上の錯誤無効を肯定した下級審裁判例には、次のような共通する特徴を指摘することができる。第一に、いずれの裁判例も動機の錯誤の定式を判断基準として採用しておらず、そもそも動機の錯誤の問題であることを明確に述べるものもない。そのため、動機の表示や法律行為の内容化の有無についての検討は、殆ど行われていない[15]。第二に、動機の錯誤の定式に代えて、保証契約（意思表示）の「重要な部分に要素の錯誤」が存在するかどうかが、錯誤無効の判断基準とされている。そして、その判断に当たっては、動機の錯誤の定式にいう、「もし錯誤がなかった

[14] 同判決の評釈として、丸山絵美子「判批」民事判例Ｘ2014年後期86頁。

[15] 例外的に、横浜地判平成24年１月17日は、動機が表示されていないとの金融機関Ｘの主張に対して、「融資を受ける者が中小企業者の実体を有する者であることは、ＸがＹに対し信用保証を依頼し、Ｙが保証を承諾する上での当然の前提であった」、と指摘している。また、控訴審である東京高判平成24年７月４日も、「主債務者が中小企業としての実体を有することがＹが信用保証をするための重要な要素であることが、表示されていなかった」とはいえない、と指摘している。

しかし、これらの判決においては、動機の錯誤がいかなる場合に「錯誤」に該当するかの判断基準が何ら示されていないため、これらの説示がいかなる意味で錯誤無効を否定する主張に対する反論となっているのか不明である。また、東京高判平成24年は、動機が重要な要素であることの表示の存在を認定しており、動機の錯誤の定式とは異なる判断基準を採用しているようにもみえる。

ならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合」であること、すなわち錯誤事項が重要性を有するために錯誤に「要素」性が存在すること、および当該錯誤事項の重要性が契約相手方である金融機関にも熟知されていたことが考慮されている[16]。

以上の点からすると、錯誤無効を認めた前記下級審裁判例は、動機の錯誤の定式のうち、錯誤の「要素」性のみを錯誤無効の要件として位置づける点で共通性を有し、これに加えて、当該錯誤事項の重要性が相手方に熟知されていた点も考慮していた、と総括することができよう。つまり、前記下級審裁判例は、動機の表示と法律行為の内容化を要求する最高裁判例とは、異なる判断枠組みを採用するものであったと評することができる[17]。

（ⅱ）錯誤無効を否定した判決

次に、錯誤無効を否定した下級審裁判例をみていこう。

---

[16] 錯誤事項の重要性に対する相手方の認識可能性を錯誤の要件とする見解（野村豊弘「意思表示の錯誤―フランス法を参考にした要件論（７）」法協93巻６号77頁以下）と親和的であるといえよう。

[17] 丸山・前掲注14）88頁も、東京高判平成24年７月４日について、一元論あるいは動機表示重視説がその判断を説明しやすい法律構成であると評している。

佐久間毅「信用保証協会による保証と錯誤無効　―　主債務者が反社会的勢力に該当することが契約締結後に判明した場合　―」金法1997号６頁、14頁も、主債務者が反社会的勢力に属することが判明した場合における信用保証協会の錯誤無効に関して、主債務者が反社会的勢力であることが信用保証協会にとって重要な事項であったことを重視して容易に錯誤無効を認めた裁判例には、「特異性」が認められるとする（同18頁、19-20頁も同旨）。主債務者が中小企業者である場合に関する上記諸裁判例についても、これと同様の指摘をすることができよう（なお、同15-16頁は、前掲東京地判昭和53年３月29日では金融機関が机上調査しか行っていなかったこと、さいたま地判平成19年６月６日および控訴審である東京高判平成19年12月13日では金融機関が主債務者の現地確認をしなかったなど、金融機関に信用保証協会の誤信を招く原因が存在したことが考慮されて錯誤無効が認められたと指摘しているが、少なくとも判文上は、これらの事情は錯誤者の重過失の考慮事情とされているのみである）。

ア．判決の内容

第一に、那覇地判平成23年２月８日金判1381号46頁がある。事案は、銀行ＸがＡらに対して「創業者支援資金融資制度」に基づく融資を行い、信用保証協会Ｙが保証を行ったところ、後に、Ａらは融資金詐取目的で当該制度を利用したものであり、創業の意図はなく、Ａらが作成した事業計画書は虚偽で、添付された領収書等の書類は偽造であるなどが判明したため、Ｙが錯誤無効を主張したものである。

同判決は、第一に、Ｙのした信用保証契約においてはＡらが債務不履行に陥った原因は何ら限定されていないこと、創業者支援資金融資制度においては専ら融資申込者の開業準備行為を対象に審査せざるをえないことから、Ｙは、「……融資後、融資金が実際に創業及びその後の営業のために使われない事案を事前に排除しえない」という「本件融資制度に特有なリスクを認識した上で」、貸し倒れのリスク判断をした上で信用保証を行っているといえるから、「直ちに本件各保証契約の意思表示をするにあたり、重要な前提事実に誤信があったとまではいえない」とする。第二に、ＸがＡの融資金詐取目的を知っていたとか、そのような目的を伺わせるような事情を知っていたということはなく、ＹがＸに特に慎重な審査をすることを申し入れていたという事情もないとする。第三に、ＸＹ間の保証契約においては、Ａらの資金使途違反がＸの故意・過失に基づいて生じた場合に限ってＹは保証免責を主張することができるとされているところ、本件のような融資金詐取の事案も資金使途違反の一類型であるという。以上から、「本件融資制度のもとにおいて、融資申込者において、真実創業の意図はなく、開業準備を仮装してされた融資の申込みについては、Ｙによる信用保証の対象にはならないことが、本件各保証契約の当然の前提になっており、法律行為の内容となっていたとまで認めることはできないから、本件各保証契約におけるＹの意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったものということはできない」とした。

控訴審である福岡高裁那覇支判平成23年９月１日金判1381号40頁は[18]、主債務者が真実創業の意図を有していたかどうかの点についての

[18] 同判決の評釈として、堀口・前掲注13）18頁、渡邊博己「判批」京都学園法

本件Ｙの錯誤は動機の錯誤に該当することを明示する。その上で、一審の判断を是認しつつ、その理由を敷衍している。第一に、信用保証契約においてＡらが債務不履行に陥った原因が何ら限定されていないのは、「いわゆる貸倒れリスクに関する本件各保証契約の当事者の意思は、その発生の原因ないし理由を問うものではなかった」ということであり、また、創業者支援資金融資制度においては専ら融資申込者の開業準備行為を対象に審査せざるをえないことから、「事の性質上、上記審査の範囲ないし内容の正確性には自ずからなる限界がある」。これらの点からすると、Ａは、「……融資後、融資金が実際に創業及びその後の営業のために使われない事案を事前に排除しえない」という「本件融資制度に特有なリスクを認識した上で」、貸倒れのリスク判断をし、「その結果として貸倒れリスクの発生の原因ないし理由を限定することなく、本件各保証契約に至った」といえる。第二に、仮にこのような事例における錯誤無効を認めると、本件融資制度などの際の取扱金融機関による審査及び融資基準は相当に厳しいものとなり、結果として当該制度の目的を達し得なくなるおそれさえ生じる。第三に、第一でみた、Ｙ及びＸはいずれも債務者による融資金詐欺のようなリスクを「視野にいれながらなお本件各保証契約に至った」ものであるという点を、さらに次のように根拠付ける。まず、「本件各保証契約の意思表示をするにあたり、Ｙにおいて本件のような事例をことさらに排除する旨の意思を表示した」とはいえない。また、ＸＹ間の保証契約においては、Ａらの資金使途違反がＸの故意・過失に基づいて生じた場合に限ってＹは保証免責を主張することができるとされているところ、融資金詐取の事案も融資金が創業及びその後の営業のために使われない資金使途違反の一類型であるため、「Ａらの詐欺によって融資が行われるような場合も本件各保証契約当事者の想定の範囲内であると判断される」[19]。以上の点から、法律行為の要

学2012年１号37頁、平野真由「判批」銀行実務2012年５月80頁。

[19] 同判決は、さらに、保証料率が個別のリスクを評価したものではなく融資制度要綱に基づき機械的に定まること、また、リスクを反映した高いものではないことは、主に中小企業振興ないし中小企業者育成の観点が重視されたに過ぎず、そのことから直ちに本件のような場合を想定していないということはで

素に錯誤があったとはいえない、とした。

第二に、那覇地判平成24年１月18日公刊物未掲載がある。事案の詳細は不明であるが、上記判決と同様に、銀行ＸがＡに対して行った「創業者支援資金融資制度」に基づく融資について、信用保証協会Ｙが保証を行ったが、同融資の要件を満たしていなかったことが判明したために、Ｙが錯誤無効を主張したものである。同判決の内容の詳細も不明であるが、控訴審である福岡高裁那覇支判平成24年７月26日金判1421号14頁（要約）をみると、Ａが融資の要件を満たさない場合が保証の対象外とされていたとはいえないこと、融資の要件は融資および保証の可否の判断要素に留まり、保証契約において明示または黙示に表示されＹの意思表示の内容になっていたとはいえないこと、を理由として錯誤無効を否定したようである。控訴審も、Ａが融資の要件を満たしていない場合をＹによる保証の対象外とし、貸倒れリスクをＸに全面的に負担させることが当然の前提になっていたとはいえないことなどを理由として、錯誤無効を否定した。

第三に、東京地判平成25年８月８日金法1982号162頁がある[20]。事案は、銀行ＹらがＡらに対して行った一般の保証付貸付、および、「埼玉県事業資金制度」に基づく貸付について、信用保証協会Ｘが保証を行ったところ、後に、Ａらは詐欺グループが融資金を詐取する目的で利用した企業実態を仮装した会社であり、中小企業としての実体を欠き、また事業資金制度の要件も満たしていなかったことが判明したため、Ｘが保証契約の錯誤無効等を主張したものである。

同判決は、まず、本件各貸付先が融資対象者に該当するかどうか、資金使途が事業資金であるかどうかについてのＸの錯誤は、動機の錯誤に当たると明示する。その上で、第一に、一般論として、「……保証契約については、主たる契約において債務が履行されない各種のリスクが生じ得ることをそもそも前提にしたうえで、そのリスクを保証人に転嫁するために締結される特質を持つものである以上、動機の錯誤が要素の錯誤となり得るかを判断するに際しても、このような保証契約の特質を十

きない、とする。

[20] 同判決の評釈として、裵敏峻「判批」ジュリスト1499号115頁。

分に念頭に置く必要があるというべきであ」り、「……元来、保証契約においては、主たる債務の履行可能性が保証契約の当事者にとって最大の関心事であると考えられることからすれば、当事者間では、主たる債務の履行可能性に関わる事実に関して認識と異なる事態が生じ、債務が履行されない場合のリスク負担の点も含めて、最終的な合意を成立させることが期待されるところであり、本件のように、貸付及び信用保証を業務として行っている金融機関と信用保証協会間の信用保証契約については、なおさら上記の点について十分な検討がされたうえで、リスク負担の点も含めて契約締結に至っていると解すべきであ」るから、「Ｙらに対してＸ主張の動機が表示されたか否かだけではなく、ＸとＹらとの間で、本件各貸付先が融資対象者に該当すること及び資金使途が事業資金であることに関し、認識と事実が異なり、債務が履行されない場合のリスク負担について、どのような合意が成立しているかを先ず吟味したうえで、Ｘ主張の錯誤がリスク負担についての合意内容を前提にして、要素の錯誤に当たるといえるかを検討することが相当である」との判断基準を示す。第二に、以上の一般論の具体的な当てはめとして、次の諸点を挙げている。①保証契約は原則として主債務者の不履行が生じた理由を問わないものであるから、「本件のように、貸付金が詐取されたという事案についても、貸付金の詐取は、主債務者から債権回収ができない事態の一つとして想定されており、原則としては、保証人において引き受けられたリスクである」、②「信用保証協会であるＸは、専門性や交渉力を有しており、また、一般論として貸付金が詐取されるリスクがあることの認識も有していたはずであるから、Ｘにおいて、引き受けられないリスクがある場合には、その事由を契約書において定めることが可能であるところ、ＸとＹらとの間で取り交わされた書面で、契約条項が定められているものは、約定書のみであ」り、その「約定書においては、……金融機関の義務違反や帰責事由が存在する場合に限って、信用保証協会であるＸの保証債務の免責が認められており、金融機関に義務違反や帰責事由がない場合に関する定めはないところ、上記のとおり、原則としては、本件各貸付先から債権が回収できないリスクは、信用保証協会であるＸが負担すると解すべきことからすれば、金融機関としては、約定書の定めは、義務違反や帰責事由が存在する場合という限度でリス

クを負担したことを意味するだけであり、これらがない場合にまで、Xが信用保証債務を免れることを甘受していたものと解することは困難というべきである」、③貸付先に対する信用調査は、通常は、信用保証協会よりも高い調査能力を有していると解される金融機関において第一次的調査を行うことが想定されているといえるが、「……金融機関が十分な調査を尽くしたとしても、貸付金が詐取されるリスクを完全に排除することは困難というべきであるから、金融機関としては、十分な調査を行わず、自身に帰責事由等が認められる場合であればともかく、十分な調査を尽くした場合においても回避することができないリスクまで負担することを当然の前提として第一次的調査を引受けていると解することは相当でない」、④本件がそうであったように、「……金融機関経由保証においても、Xは、本件各貸付先が融資対象者に該当すること、資金使途が事業資金であること等につき一定の調査をしたうえで、独自の判断を行っているというべきであり、したがって、金融機関であるYらとの間において、Yらのみが調査等を担当するものであるから、Yらがリスクを負担するという関係が成り立つものということはできない」、⑤信用保証協会が公的資金を扱う公的機関であり、公的資金が定められた融資対象者、資金使途以外に渡ることは避けるべきであるとしても、それゆえに「……私企業であるYらが、直ちに避け難いリスクの負担を甘受するものとは解されないし、また、信用保証協会であるXとしても、Yら金融機関が上記リスクを負担することになれば、金融機関が中小企業に対する融資を躊躇し、審査が厳格になる事態が想定され、金融機関から中小企業に対する円滑な融資の協力が得られなくなる結果、中小企業への融資を促進するという信用保証協会の趣旨・目的に反する事態が生じ得ることも認識していたものと推認すべきであ」って、主債務者が反社会的勢力に該当する場合は別途の考慮が必要となることがあるにしても、「……そうでない場合には、信用保証協会の公的性格を理由として、当然に貸付金詐取のリスクが被告ら金融機関に転嫁されていると解することは相当でない」。以上の事情から、「……貸付金の詐取は、主債務者から債権回収ができない事態の一つとして想定されており、原則としては、保証人において引き受けられたリスクであると解すべきところ、本件において、本件各貸付先が融資対象者に該当すること及び資金使途が

事業資金であることに関して、XとYらとの間で、認識と事実が異なり、債務が履行されない場合のリスクをYら金融機関が負担するものとしたと認めるに足りる事情は見当たら」ず、「上記リスクに関する本件各信用保証契約におけるXとYら間の合意の内容としては、上記リスクをXが負担するというものである以上、Xにおいて、本件各貸付先が融資対象者に該当すること及び資金使途が事業資金であることを、本件各信用保証契約締結の動機として表示していたとしても、それは、あくまでXの期待あるいは願望を表明したものにすぎず、法的効果を伴う意思表示の内容、ひいては合意の内容に当たるものではないというべきであるから、本来、これらの期待あるいは願望は、法律行為の要素にはなり得ないものである」[21]として、錯誤無効を否定した。

控訴審である東京高判平成26年１月30日金法1988号109頁は、一審を是認した上で、錯誤無効が否定される理由を付け加えた。すなわち、信用保証協会の保証付き融資においては、「……信用保証協会の保証付き融資であることに安住して金融機関が不十分な審査をするなどの保証契約違反により、信用保証協会に対し、保証債務の履行を求め得なくなることがあるのは別として、詐欺によって融資金が騙取されたことが融資後に判明し、かつ、信用保証協会としては信用保証協会の保証付き融資の趣旨に従った正常な融資であると信じて信用保証をしたとしても、現行の信用保証協会の保証付き融資の制度及び信用保証協会が金融機関融資に保証を付する場合の現行の保証条件を前提とする限り、金融機関が当該信用保証協会の保証付き融資案件において金融機関に期待される相当な融資審査を行った場合には、上記融資金詐欺によって信用保証協会に生じるリスクは、信用保証協会の保証付き融資において想定された範囲内のリスクであり、信用保証協会が正常な融資であると信じて信用保

[21] その他、信用保証委託契約が錯誤無効であることが保証契約の動機の錯誤を生じさせるとみた上で、信用保証委託契約が錯誤無効になったとしても、保証契約とは別個独立した契約であるからそのリスクは原則としてXが負担すべきであること、XY間ではXが負担すべき融資金詐取のリスクを信用保証委託契約の錯誤無効を介在させてYに転嫁させることは妥当でないことを理由に、錯誤無効を否定している。

証をしたことを理由として、信用保証契約が要素の錯誤により無効となるものではないものというべきであ」って、「このように解さず、融資金が詐取されたことが融資後に判明し、かつ、信用保証協会としては正常な融資であると信じて信用保証をした場合には、要素の錯誤により信用保証契約が無効となると解することとすれば、詐欺による融資上のリスクを避けるため、金融機関の融資の判断が消極又は著しく慎重となる結果、中小企業に対する融資判断が消極となり、又は著しく遅滞し、信用保証協会の保証付き融資の制度趣旨に反する結果となるのであって、現行の信用保証協会の保証付き融資の制度及び信用保証協会が金融機関融資に保証を付する場合の現行の保証条件を前提とする限り、このような解釈をとることは困難である」。同判決は、金融機関が「期待される相当な融資審査」を行わなかった場合には、信用保証協会は融資金詐欺によって生じるリスクを負担せず、したがって錯誤無効の余地を残している点で、一審判決とは判断を異にしている[22]。

第四に、横浜地判平成26年７月11日金判1451号34頁がある[23]。事案は、銀行ＹのＡに対する貸付について、信用保証協会Ｘが保証を行ったところ、後に、Ａは融資金を詐取する目的で利用した企業実態を仮装した会社であり、提出された会社概要書等は虚偽で、確定申告書や決算報告書、領収書等は偽造であり、企業実態を偽るために本店所在地にパソコンや事務机等が配置されていたことが判明し、中小企業者としての実体を欠き、また融資された資金の使途は事業資金ではなかったことが明らかになったため、Ｘが保証契約の錯誤無効等を主張したものである。

同判決は、まず、Ａが中小企業であるかどうか、また、資金使途が事業資金かどうかについてのＸの錯誤は動機の錯誤に該当すると明示する。その上で、次のように述べる。第一に、「……保証契約は、主債務

[22] 実際に、同判決は、「本件においては、……金融機関が上記の相当な審査をしたことが認められるのであるから、Ｘの要素の錯誤の主張は理由がないものというべきである」と判示しており、相当な審査がなされたとは認められないときには要素の錯誤が認められると解していると推察される。

[23] 同判決の評釈として、丸山・前掲注14）86頁、滝沢昌彦「判批」新・判例解説 watch16号91頁、中川敏弘「判批」法セミ725号118頁。

者が債務を履行しない場合に、保証人がその履行をする責任を負担することを内容とするものであるから、保証人は、原則として、主債務者が債務を履行しない事由を問わず、当該債務を履行する責任を負担するものである。したがって、本件のように、企業としての実体や資金使途を偽るなどして貸付金が詐取されたという事案についても、貸付金の詐取は、主債務者から債権を回収することができない事態の一つとして想定されており、原則としては、保証人において引き受けられたリスクであると解すべきである」。第二に、「……Xは、中小企業者に対する信用保証を専門的に取り扱っている公的機関である上、信用保証の相手方である金融機関に対する十分な交渉力を有するものであ」り、「……一般論として貸付金が詐取されるリスクがあることの認識も有していたはずであるから、Xにおいて引き受けられないリスクがある場合には、その事由を信用保証の相手方との間の契約書において定めることが可能であると認められるところ、本件約定書においては、Yの義務違反や帰責事由が存在する場合に限って、信用保証協会であるXの保証債務の免責が認められており……、これらがない場合にまで、Yが、Xが信用保証債務を免れることを甘受していたものと解することは困難というべきである」。第三に、「……このことは、Yが、Aが中小企業者であること及び資金使途が事業資金であることというXの保証の要件ないし動機を知っていたとしても同様である」。第四に、信用保証協会法に定められた融資対象者及び資金使途以外に公的資金が渡ることは厳に避けるべきであるとしても、信用保証協会の錯誤無効を認めると「……必然的に中小企業者に対する融資の判断が過度に慎重になり、中小企業者としての実体ないし資金使途に少しでも不安な要素がある場合には、当該中小企業者の貸付け申入れを拒絶することとなって、信用保証協会の保証付き融資の上記〔中小企業者に対する金融の円滑化を図るという〕制度趣旨に反することになる」。以上から、「Aが中小企業者であること及び資金使途が事業資金であることが、本件各保証契約の内容になっていたということはできず、本件錯誤が要素の錯誤に該当すると認めることはできない」とした。

最後に、千葉地判平成27年５月19日金判1481号58頁がある。事案は、銀行YがAらに対して行った貸付について、信用保証協会Xが保証を

行ったところ、後に、Aは融資金を詐取するための企業実態を仮装した会社であって、中小企業者としての実体を欠いていたことが判明したため、Xが保証契約の錯誤無効を主張したものである。

同判決は、一般論として、「本件各事案は、上記のとおり、融資詐欺の手段として上記各法人が仮装された事案であり、錯誤の核心もこの点にあることからすれば、これが要素の錯誤であるかどうかを判断するに当たっては、本件各保証契約において、融資詐欺のリスクを原被告のどちらが引受けたかという観点からの検討が必要である」と述べる。その上で、「Xは、信用力に欠けることが多い中小企業等の金融円滑化のために、その信用保証をすることを業務とする機関であり、融資を行う金融機関に対し、その融資先が債務不履行になるリスクを引き受ける趣旨で信用保証をするものである（保証料は、融資先の財務状況等を考慮して決められる。）。そして、融資先が債務不履行になる場合には、融資先に返済する意思があったが返済できなかった場合と、融資先が契約当初から返済する意思や能力がなかった場合（融資詐欺事案）とがあるところ、信用保証の上記目的・趣旨に照らせば、Xは、本件各保証契約を締結するに当たり、これら両者を併せて、そのリスクを引き受けたと解するのが相当である」とする。もっとも、「Xは、Yによる調査結果を踏まえて信用保証の意思決定をすることが通例であり、Yの融資先への調査が不十分であったために、融資詐欺の事案であることが看過されたような事案については、別個の考慮も必要であるが、……本件において、Yによる融資先の調査が不十分であった事情は認められない」[24]。以上から、錯誤無効を否定した。

控訴審である東京高判平成27年10月15日金判1481号50頁は、一審を是認しつつ、その判断理由を敷衍する。まず、主債務者が中小企業者であると考えていたXの錯誤は動機の錯誤に該当すると明示する。その上で、第一に、一般論として従前の最高裁判例の判断枠組みを踏襲し、「動機

[24] その他、登記上のAらの代表者名は偽造書類によるものであり、実際にはその名を名乗っていた者が代表者であった点の錯誤については、特に登記上の代表者の資力を考慮して保証の意思決定をしたのではないとして、要素の錯誤を否定している。

の錯誤があった場合に法律行為が民法95条により無効となるためには、動機が表示されるなどして法律行為の内容となっている必要があり、この場合には、要素の錯誤として法律行為の無効を来すものである」とする。そして、「……動機が法律行為の内容になっているかどうかは、当該動機が法律行為の当事者間でどのような意味を持ち、了解されているのかが検討されなければならず、本件に即していえば、保証契約の当事者のどちらが融資金詐欺事案のリスクを引き受けているのかという検討をすることは意味のあることといえる」という。第二に、一般論の具体的な当てはめとして、次の二点を挙げる。①「……保証契約は、主たる契約において債務が履行されない各種のリスクが生じ得ることをそもそも前提にした上で、そのリスクを保証人に転嫁するために締結されるところに特質があるのであり、原則として、主債務者が債務を履行しない事由を問わないで契約が締結されるものであ」って、融資金詐欺の場合も、「……主債務者から債権回収ができない事態の一つとして想定されているのであって、この態様も、原則としては、保証人において引き受けられたリスクであると解される」。②「また、……もともと保証付き融資に伴って融資金詐欺が行われる場合があることは既知の事象である」。第三に、以上の点からすると、「経由保証融資において、融資を実行する金融機関の行う融資の適否の審査が適正に行われている限りにおいて[25]、融資金詐欺によるリスクを金融機関に転嫁させる法的な根拠や実質的理由は何ら存しないのであって、また、そのようなリスクを進んで負担する意思を金融機関側が有していたとも解し難いものであ」り、「……本件各保証契約の解釈として、Xが同契約を締結するに当たり、融資金詐欺事案の場合をも含んで債務不履行のリスクを引き受けたと解」される。また、Xが融資金詐欺のリスクを引き受けたと解釈されるので、「……Xが本件各保証契約締結の動機として債務者が実体のある

[25] 同判決は、金融機関の審査が適正に行われなかった「……事案では、むしろ融資詐欺であることのリスクを金融機関側が引き受けていると解するのが双方の了解事項と考えられるから、主債務者は実在する中小企業者であるという控訴人の動機は法律行為の内容となっており、要素の錯誤に当たることになる」と指摘している。

中小企業者であるべきことを表示していたとしても、それは、Yとの間では飽くまでもXサイドにおける希望や期待を述べるにとどまるものであり、両者を拘束する法的効果を伴う法律行為の内容となっているとはいえない」。以上から、錯誤無効を否定した[26]。

イ．分析

以上の錯誤無効を否定した下級審裁判例については、判決の詳細が明確でない那覇地判平成24年１月18日と同控訴審の福岡高裁那覇支判平成24年７月26日を除くと、次のような共通する特徴を指摘することができる。第一に、信用保証協会の錯誤を動機の錯誤と明示しているか、あるいは動機の錯誤の定式を明示しているかにかかわらず、いずれも動機の錯誤のリスクが両当事者のいずれに引き受けられていたかを判断するという枠組みを採用している。すなわち、主債務者に創業の意図がなかったこと、主債務者が中小企業者としての実体を有していなかったこと、または資金使途が事業資金ではなかったことなどの事実と認識の食い違いについて、そのリスクは信用保証協会と金融機関のいずれが負担していたかを問題とする。第二に、このような観点から、当該リスクは信用保証協会が負担すべきリスクとされ、そのために信用保証協会の錯誤無効の主張が否定されている。

以上のような錯誤リスクの負担を問題とする判断枠組みは、動機の錯誤の定式に従えば、次のように説明することができよう。先にみたように、動機が法律行為の内容になっていることが必要とされるのは、相手方に法律行為の無効という形で動機の錯誤のリスクを負担させるために

[26] その他、中小企業者を仮装した主債務者を制度の対象としていないという点については、融資・保証が特段の落ち度なく行われた本件のような問題を解決する指針たりえないこと、主債務者が中小企業でない場合には信用保険の支払が受けられないという点については、それは制度運用上の問題でありXの経営上の問題であること、中小企業者が業務の中で破綻するリスクと融資金詐欺のリスクとは質的に異なるという点については、当該リスクの発生は金融機関にも信用保証協会にも容易に把握し得ないという点で共通するものであり、どちらがリスクを引き受けているのかという判断を左右する事情にはならない、としている。

は、動機の表示のみでは足りず、表示された動機が法律行為の内容となっていることまで要する、と解されるためである。そうすると、動機が法律行為の内容になっているということは、実質的には、動機の錯誤のリスクを相手方に負担させうること（「要素」性の存在や「重大な過失」の不存在が認定されれば、錯誤無効が認められること）を意味している、ということができる。反対に、動機が法律行為の内容になっていないということは、動機の錯誤のリスクを表意者が負担していること（「要素」性の存在や「重大な過失」の不存在に関わらず、錯誤無効が否定されること）を意味している、ということができる。前記下級審裁判例は、このような実質的な観点に立脚して、相手方に動機の錯誤のリスクを負担させうると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が肯定され、表意者が動機の錯誤のリスクを負担していると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が否定される、との趣旨として動機の錯誤の定式を理解しているということができよう。

ⅱ．本判決の論理

以上を踏まえて、本判決の論理を検討していこう。この検討の分析視角として位置付けられるべきは、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例の示す動機の錯誤のリスク負担という観点である。

一般論として、動機の錯誤の定式のうち、動機が表示されて法律行為の内容になっている場合というのはどのような場合をいうのかは、その抽象性ゆえに、従来必ずしも明確にされてこなかった。ゆえに、より明確な判断基準として機能させるためには、その内実を具体化する必要がある。そして、法律行為の内容化は相手方に動機の錯誤のリスクを負担させるための要件なのであるから、その具体化の方法としては、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例が採用するような、動機の錯誤のリスクを相手方に負担させうるのか、それとも表意者が負担しているというべきなのかを実質的に判断する、という枠組みがありうるのではないか。つまり、相手方に動機の錯誤のリスクを負担させうると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が肯定され、表意者が動機の錯誤のリスクを負担していると評価される場合には、動機の法律行為の内容化が否定される、と解することができるのではなかろうか[27]。本判決も、この

ような実質的な観点からその内在的論理を理解することが可能であるように思われる。

以下では、この判断枠組みを精緻化するために、錯誤リスクの負担に関する議論を概観し（（ⅰ））、それによって得られた知見を通じた本判決の判旨の検討（（ⅱ））および従前の判決との対比（（ⅲ））を行っていく。

（ⅰ）錯誤リスクの負担

ア．二つのリスク負担

先行研究によれば、錯誤リスクの負担は、次の二つの問題に分けられる。

第一に、広義のリスク負担の問題である。これは、「当事者のいずれがどういう場合に錯誤の危険を負担すべきかという、当事者間における錯誤危険の分配に関する問題」である[28]。錯誤リスクは表意者が負担するのが原則であるため、「法律行為の要素に錯誤」があり、「表意者に重大な過失」がないときに限り、錯誤リスクを相手方に転嫁でき錯誤無効が認められる、といったときのリスク負担はこちらの問題であるとされる[29]。ここでいう「法律行為の要素に錯誤」があるかの問題は、表意者が負担している錯誤リスクを相手方に転嫁するために必要な事情は何かという、相手方のリスク負担を基礎づける事情に関する問題を意味していると解される。例えば、相手方に表示に対する信頼の欠如や錯誤に対す

[27] 保証契約に関する裁判例に関して、法律行為の内容化の判断に当たって、相手方に動機の錯誤のリスクを転嫁させることが妥当といえる事情が広く考慮要素とされている旨の指摘がなされている。佐久間・前掲注17）14頁は、従前の裁判例においては、保証人の意思表示の錯誤無効が認められるためには、「当事者の属性、保証人にとっての負担の重さ、保証に応ずることによって保証人が得る利益の有無と内容、当事者間における情報の偏在や調査力の格差といった事情のほかに、意思表示がされるについて重大な意味をもったと認められる誤信を、債権者が問題視されるべき説明や対応にとって誘発した、または強めたという事情がとくに重視されてきた」という。また、同・前掲注11）156-157頁も参照。

[28] 小林一俊『錯誤法の研究＜増補版＞』（酒井書店、1997年）459頁。

[29] 小林・前掲注28）459頁。

る帰責性[30]が認められる場合には錯誤無効が肯定されうる、といった解釈論がこれに当たる[31]。これに対して、「表意者に重大な過失」があるかの問題は、重過失が存在すれば表意者は錯誤無効を主張できないという、表意者のリスク負担を基礎づける事情に関する問題といえる。

第二に、狭義のリスク負担の問題である。これは、「他の事情がどうであれ常に錯誤者自身において錯誤危険を負担すべき場合に関する問題で、かりに他の錯誤主張要件が備わる場合でも、とくに錯誤主張を阻害する事情として考慮されるもの」である[32]。狭義のリスク負担の問題として表意者のリスク負担が認められると、広義のリスク負担に係る事情がいかなるものであっても、錯誤無効が否定される。これは、表意者の重過失以外の表意者のリスク負担を基礎づける事情に関する問題といえる。なお、重過失が狭義のリスク負担の問題とされていないのは、共通錯誤等がある場合には表意者の重過失は問題とならないとの解釈論を前提にすると、重過失のある表意者が常に錯誤リスクを負担するとはいえないからであると考えられる[33]。

後に検討するように、本判決は狭義のリスク負担を理由として法律行為の内容化を否定した判決として位置づけることができるように思われる。そのため、本判決の検討の前提として、狭義のリスク負担の問題を詳細に検討するべく、先に比較法的検討を行っておくこととしたい。

イ．狭義のリスク負担に関する比較法[34]

---

[30] 例えば、従前の判例・裁判例においては相手方が錯誤を惹起・利用したことが特に考慮されて錯誤無効が認められてきたという指摘は（佐久間・前掲注17）14頁、山本・前掲注10）1024号17頁、1025号37頁以下）、広義のリスク負担の問題として相手方がリスクを負担すべきことを指摘するものと再構成することができる。

[31] 小林・前掲注28）473頁。

[32] 小林・前掲注28）459頁。

[33] このように、広義のリスク負担は相手方へのリスク転嫁の問題、狭義のリスク負担は表意者のリスク負担の問題、との対応関係にあるわけではない。

[34] 諸外国法における狭義のリスク負担の問題を検討するものとして、半田吉信「錯誤立法の基礎」千葉大学法学論集27巻４号５頁、37頁以下。

（ア）アメリカ[35]

最も詳細に狭義のリスク負担を錯誤の要件として位置付けているのは、アメリカ法である。アメリカ第二次契約法リステイトメントにおいては、表意者が錯誤リスクを負担していないことが錯誤の要件となっており、同154条は表意者がリスクを負担する場合を３つ列挙している。

第一に、合意によるリスク負担である（同条（ａ））。錯誤リスクを表意者が負う旨が合意によって定められている場合には、それに従う。例えば、土地売買契約が締結されたが、売主の権原調査は行われず、売主が有する権原のみを譲渡すると契約書に規定されていた場合には、後に売主の権原に瑕疵があることが判明しても、買主は錯誤リスクを負担しているので錯誤取消しを請求できない[36]。

第二に、意識的不知によるリスク負担である（同条（ｂ））。たとえリスク負担の合意がなされていないとしても、錯誤した事実について、表意者が契約締結時に限定された知識しか有していなかったことを認識していたにもかかわらず、その限定された知識で十分と考えて契約を締結した場合には、表意者が錯誤リスクを負担する。例えば、土地の売買契約において測量士の報告書に基づいて代金が決定され、契約が締結されたが、売主が提案していた、報告書に誤りがあるときは不利益を受ける当事者は契約を解除できるという条項は契約に定められなかった場合、

---

[35] 以下のアメリカ法に関する記述は、小林・前掲注28）478-479頁、中島昇「アメリカ契約法における錯誤リスクの引受け―とくに判例を中心として―」亜細亜法学31巻１号275頁、古谷英恵「契約の成立、解釈と錯誤のリスク負担」武蔵野大学政治経済学部紀要１号45頁、同「契約自由の原則と錯誤のリスク負担」平野裕之ほか編『現代民事法の課題　新美育文先生還暦記念』（信山社、2009年）43頁に基づく。

なお、本稿では検討対象外としているが、アメリカ原状回復法リステイトメントにおける錯誤リスクの問題に関しては、中島昇「錯誤リスク引受けの検討―アメリカ原状回復法リステイトメントを参考に―」小林一俊博士古稀記念論集編集委員会編『財産法諸問題の考察 小林一俊博士古稀記念論集』（酒井書店、2004年）201頁がある。

[36] 小林･前掲注28）478頁、中島･前掲注35）「契約法」280頁、古谷･前掲注35）「契約の成立」55頁、同「契約自由」64頁。

後に報告書の誤りによって実際の面積が想定より大きかったことが判明しても、売主は報告書に誤りがある可能性を認識しながら契約を締結したのだから、錯誤リスクを負担したものとされ、錯誤取消しを請求できない[37]。また、和解契約もその例として挙げられており、日本における和解の確定効（695条）によって錯誤無効が否定されるかという問題が、互譲の対象となった事実について意識的不知は認められるか、という形で扱われているようである[38]。

第三に、裁判所によるリスク割当てである（同条（ｃ））。リスク負担の合意がなく、意識的不知が存在しない場合であっても[39]、裁判所が錯誤リスクを表意者に負担させるのが合理的であると判断するときは、表意者が錯誤リスクを負担する。例えば、Ａが保険会社Ｂと年金契約を締結し、多額の保険料を事前に支払って、毎年Ｃに死亡までの年金を受給させることにしたが、Ｃは不知の病に侵されており一年以上の生存は不可能であった場合、そのリスクはＡが負担するのが合理的であるから、錯誤取消しは認められない[40]。契約の射倖性が考慮されたものとみえる。また、建物の建築請負契約の締結後、当事者が想定した以上に土地に岩石が多く含まれていることが判明して工事費用が予算より多額になった場合、建築業者は一般的に下層土の状態を判断するのにより高度な専門技術を有するという観点から、その錯誤リスクは建築業者が負担するのが合理的であるとする見解がある[41]。

（イ）国際原則

---

[37] 小林・前掲注28）478頁、古谷・前掲注35）「契約の成立」58頁、同「契約自由」65-66頁。

[38] 中島・前掲注35）「契約法」284-285頁、古谷・前掲注35）「契約の成立」59頁、同「契約自由」66-67頁。

[39] このような判断順序が取られていると解されることにつき、中島・前掲注35）「契約法」288頁。

[40] 小林・前掲注28）479頁、中島・前掲注35）「契約法」284頁、古谷・前掲注35）「契約の成立」60頁、同「契約自由」67-68頁。

[41] 中島・前掲注35）「契約法」28頁、古谷・前掲注35）「契約の成立」60-61頁、同「契約自由」68-69頁。

ヨーロッパ契約法原則でも、狭義のリスク負担に関して、アメリカ第二次契約法リステイトメントと類似する条文が設けられている。すなわち、同４：103条（２）（ｂ）は、「その者によって錯誤のリスクが引き受けられていたか、または当該状況において引き受けられるべきであった場合」には、錯誤による契約取消しは認められない旨を規定している[42]。前者の例としては、表意者が十分な情報を持たずに契約を締結していることを自ら認識している場合、すなわち意識的不知の場合が挙げられている。例えば、相続した家財一式の価値をよく知らないまま、事前に価格を評価する手間を省いてオークションで安く売却した者は、後になって著名な絵師の作品を売却していたことが判明しても、契約を取り消すことはできない[43]。後者の例としては、非事業者たる相手方が知りえない事実を知りうる立場にあった事業者が挙げられている。例えば、ヨット商人がアマチュア船員にヨットを賃貸したが、当該ヨットは両当事者の知らない間に沈没していたという場合には、ヨット商人は錯誤による取消しを主張できず、債務不履行責任を負う[44]。これは、契約当事者の属性を考慮し、事業者に錯誤リスクを負担させるべきという、裁判所によるリスク割当ての例として位置づけることができよう。

ユニドロワ国際商事契約原則2010年第3.2.1（２）（ｂ）は、ヨーロッパ契約法原則と同内容を規定している。すなわち、「錯誤が、その錯誤のリスクが錯誤当事者によって引き受けられ、または、諸事情を考慮すれば、負担されるべき事柄にかかわるとき」には、錯誤による契約の取消しは認められない[45]。また、共通参照枠草案Ⅱ.-7:201条同（２）（ｂ）も、これらと同内容を規定している。すなわち、「その当事者が当該錯誤の

---

[42] オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編、潮見佳男ほか監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2006年）204頁。

[43] ランドー＝ビール・前掲注42）210頁。

[44] ランドー＝ビール・前掲注42）210頁。原始的に不能な契約も有効であることについては、同202頁参照。

[45] 私法統一国際協会著、内田貴ほか訳『ユニドロワ国際商事契約原則2010』（商事法務、2013年）68-69頁。同70頁には、前者の例として、後述するフラゴナール作とされた絵画の売買に関するフランスの判例を素材にしたと推測される事案が挙げられている

リスクを引き受けていたか、又はその当事者が当該事情の下で当該錯誤リスクを負担するべきであったとき」には、錯誤取消しは認められない[46]。

（ウ）ドイツ

α．リスク負担の一般論

ドイツ民法においては、狭義のリスク負担に関する条文は存在していない。もっとも、学説には、表意者が錯誤リスクを負担しているときには錯誤取消しは認められないとの解釈論を示すものある。

例えばメディクス＝ペーターゼンは、ドイツ民法119条２項の本質錯誤の解釈として、引き受けられたリスクの範囲内の錯誤は取消可能性が排除されるとの一般論を明言している。例えば、開発予定土地の買主は、その土地が現実には建築敷地にならないリスクを負担し、また、最新の超音波器具の買主は、その器具が十分に期待された治療効果を有さないリスクを負担しなければならない[47]。これらの例の位置づけは明確にされていないが、アメリカ法や国際原則の規定内容に照らすと、契約締結時に錯誤の対象となった事実の不確実性（土地が建築敷地にならない可能性、超音波器具が期待された治療効果を有さない可能性）を買主が認識しながら契約を締結しているという、意識的不知の例として位置付けることができよう。

β．保証人のリスク負担

狭義のリスク負担に関する問題のうち、特に本判決に関係するものとして、ドイツ法における保証人の錯誤におけるリスク負担の問題を併せてみておく。

メディクス＝ペーターゼンは、先にみた狭義のリスク負担の一般論に続けて、主債務者の給付能力は保証人のリスクに属するものであるから、

[46] クリスティアン・フォン・バールほか編、窪田充見ほか監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013年）108-109頁。

[47] Medicus/ Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11.Aufl.2016, RdNr. 780, S.306.

保証人は債権者に対して主債務者の給付能力から生じる不確実性を引き受けなければならないとし、保証人が主債務者の財産状況を誤信していた場合の錯誤取消しを否定している[48]。フルーメも、保証契約は主債務の担保を内容とするものであるため、主債務者の財産状況は保証人のリスクに属するとして、これと同趣旨を述べている[49]。ハーベルザックも、保証契約の内容および目的から、特に合意がない限りは、主債務者の財産状況は保証人のリスクに属するものであるとし、保証人は主債務者の支払不能リスクを錯誤によって債権者に転嫁することはできないという[50]。

アルムブリュスターは、これらの見解に立脚しつつ、反対の見解として、保証人が負担するリスクには、主債務者の財産関係が悪化していくことと、保証契約の意思表示の時点で主債務者の財産関係が想定よりも悪かったという二つのリスクがありうるところ、後者は保証人のリスクには属さない、という見解を挙げる[51]。そして、この見解について、特に既存の債務について保証がなされた場合は、主債務者の一定の財産状況を考慮して保証がなされた場合を除いて後者のリスクも保証人が負担するべきである、と批判している[52]。

以上のドイツ法の立場は、狭義のリスク負担の問題として、保証契約の性質から主債務者の支払能力に関する錯誤リスクは保証人が負担する、とみるものと位置づけられよう[53]。

---

[48] Medicus/ Petersen, a.a.O. (Fn.47), RdNr.780, S.306.

[49] Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 4.Aulf.1992, § 24 4, S.490.

[50] MünchKommBGB (7.Aufl., 2017)/ *Habersack* § 765, RdNr.37, 38, S.972. 主債務者によって用いられる貸付金の目的・使途が想定と異なっていた場合や、主たる債務に付されていた他の担保の価値の誤解があった場合も、保証人のリスクに帰するという

[51] この見解は、後述するフランス民法の一学説と類似している。

[52] MünchKommBGB (7.Aufl.,2015)/ *Armbrüster* § 119, RdNr.128, S.120 6.

[53] 先にみたアメリカ法の分類に従えば、保証人が主債務者の支払不能リスクを負担することを約する合意として保証契約を理解する、合意によるリスク負担の問題とも位置付けうるし、保証契約の目的・性質から保証人がリスクを負

（エ）フランス

α．リスク負担の一般論

フランス民法においては、従前は狭義のリスク負担に関する条文は存在していなかった。もっとも、破毀院は、表意者の錯誤リスクの負担を理由として錯誤無効が否定される場合を認めていた。

一例として、破毀院民事部1987年３月24日判決（Bull.civ. I , n°105）が挙げられる。これは、フラゴナールの作とされていた絵画の売買について、後に当該絵画が真作であることが判明したために売主が錯誤無効を主張した事例について、次のように述べて錯誤無効を否定したものである。「フラゴナールの作とされていた作品を1933年に売却し、購入することによって、契約当事者は作品の真正性について危険を受け入れたのであって、錯誤者の相続人は、当事者がその作者に関する誤った確信の影響で売買に合意したことについて、その負担に帰するところの証明を行っていない。……こうして双方によって受け入れられた作品の真正性についての危険は、契約の領域に入っていた；したがって、両当事者はいずれも、共通の不確実性が後に消失した場合において錯誤を主張できず、特に真正性が確実になった場合には売主およびその承継人は錯誤を主張できなかった」。つまり、フラゴナール作と「されていた」絵画について、売主はフラゴナール作ではないと「確信」していたのではなく、真作である可能性を踏まえて売買契約を締結したものであるから、真作であった場合のリスクを負担しなければならない。アメリカ法の表現を用いれば、意識的不知によるリスク負担の事例ということができる。学説においても、このような判例の影響から、表意者が錯誤リスクを負担している場合には錯誤無効が認められないということが、一般論として肯定されていた[54]。

担するのが合理的と裁判所に判断されるという、裁判所によるリスク割当てとも位置付けうる。また、事案によっては、意識的不知が認められる場合もあろう。

[54] 例えば、Terré (F.), Simler (P.) et Lequette (Y.), *Droit civil Les Obligations,* 11ᵉéd, Paris, Dalloz, 2013, pp.241-242は、旧1110条１項の本質錯誤について、表意者における錯誤事項の重要性について相手方が認識していれば錯誤無効が認められるとし、その意味で錯誤の対象である性質が「契約の領域に入っている」、錯誤が「合意された性質」にかかわっていることが必要であるとする。その上で、

そして、以上のような判例・学説の影響から、債権債務関係法を改正する2016年２月10日オルドナンスによって、錯誤リスクの負担に関する条文が設けられた。すなわち、現行1133条３項は、「給付の性質についての危険の引受は、その性質に関する錯誤を排斥する」と規定し、給付の性質についてリスクの負担があった場合の錯誤無効を否定している[55]。

β．保証人のリスク負担

次に、フランス法の保証契約における錯誤リスクの負担の問題をみて

期待された性質の存在について当事者が疑問を有している場合、例えば絵画の売買において当事者が真作であるかの疑いを持っている場合、危険の引受けがあるといえ、その危険の現実化は錯誤無効を妨げるとする。ゆえに、後に贋作であることが判明しても、買主は錯誤無効を主張できない。そして、このリスク引受けが存在するためには、各当事者が性質の不確実性について認識している必要があり、例えば買主が真作であることを信じていた場合には、買主の錯誤無効は認められるという。

Malaurie (P.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (P.), *Les obligations*, 8^{e}éd, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, pp.286-287も、表意者が購入した物の真正性について誤った確信を有していた場合は錯誤無効が認められるが、疑問を有していた場合には錯誤無効は認められないとする。後者の場合、契約当事者は危険を受け入れたのであり、「不確実性に賭けた」といえるからであるという。

Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.), *Traité de droit civil La formation du contrat*, 4^{e}éd, t.1 :*Le contrat − Le consentement*, Paris, LGDJ., 2013, p 1041-1044は、錯誤事項の重要性を相手方が認識していることで錯誤無効が認められるという考え方を批判し、錯誤が「合意された性質」にかかわるときに初めて、本質錯誤として錯誤無効が認められるとする。そして、ある性質が合意されたかどうかの判断として、黙示的に合意の対象外とされることがあるとし、その例として危険の引受けを挙げている。具体的な判断要素としては、売買であれば価格が安く設定されていること、古美術商のように契約当事者が専門家であること、錯誤が生じた場合の明示的な条項が無いことを挙げており、また、契約が射倖契約であれば錯誤無効は認められないとする。

[55] Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *supra* note 54, p.287. ただし、「給付」に関する錯誤の条文であり、「人」に関する錯誤については明文規定は設けられていない。

いこう。ここでは、ドイツ法との対比のために、保証人は主債務者の支払能力についての錯誤を理由に錯誤無効を主張できるか、という問題を特に取り上げることとする。

この問題は、学説によって次のように理解されている。まず、保証契約締結後、履行期までに支払不能が生じた場合は、保証は主債務者の支払不能から債権者を守るために用いられるものであるし[56]、そもそも保証契約締結後の事情変動の予測を誤ったものであって錯誤の問題とはいえないため[57]、保証人は錯誤無効を主張できない。これに対して、保証契約締結時点における主債務者の支払能力に関する錯誤については、錯誤無効の余地が残される。一方で、保証契約締結時点における債務者の資産状況は、保証人にとって通常は決定的な要素となり、したがって錯誤無効が認められうるとする見解がある[58]。他方で、既存の一定の債務が保証されたときは、保証人は担保のために債務負担をするのであって他人の債務を弁済するためではないため、錯誤無効を主張できるが、債務者の現在および将来の債務全てが保証されたときは、明確な条項が無ければ保証人は保証債務を免れない、とする見解がある[59]。

以上のフランス法の立場は、ドイツ法が保証契約の性質から保証人に主債務者の支払能力に関する錯誤リスクを負担させていることと対比すると、保証契約の性質から保証人に当該リスクを全て負担させることはせず、保証契約締結時に既に存在する主債務者の支払不能を理由とする錯誤無効の可能性を肯定している点に、特色が認められよう。

---

[56] Ghestin, Loiseau et Serinet, *supra* note 54, p.968, Simler (P.), Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indeminitaires, 5e éd., LexisNexis, 2015, p.152.

[57] *Ibid*., p.152.

[58] *Loc.cit.* 前述のドイツ民法学説の紹介でみた、アルムブリュスターが挙げる反対説と類似している。

[59] Ghestin, Loiseau et Serinet, *supra* note 54, pp.968-969, 山下純司「保証意思と錯誤の関係」学習院大学法学会雑誌36巻２号73頁、78-79頁。もっとも、何故このように解されるのかは明確でない。債務者の現在および将来の債務全てが保証されたときは、保証人は担保のためというより他人の債務を弁済するために債務負担するといえる、ということであろうか。

（ⅱ）本判決の判旨の検討

以上の知見を前提とすると、本判決は、主債務者Aが中小企業者の実体を有するという信用保証協会Xの動機について、狭義のリスク負担の問題として、錯誤リスクをXが負担していたと評価したために、動機は法律行為の内容になっていないと判示した判決として位置づけることができる[60]。以下、具体的にみていこう。

ア．錯誤事項の重要性

第一に、本判決は、「本件保証契約の締結前に、Aが事業譲渡によって本件制度の対象となる中小企業者の実体を有しないこととなっていたことが判明していた場合には、これが締結されることはなかったと考えられる」という。これは、動機の錯誤の定式にいう、「もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合」、すなわち錯誤事項が重要なものであり、錯誤が「要素」性を有することを意味すると解される。

本判決は、このようにXの錯誤事項は重要なものであったことを指摘しつつも、結論として錯誤無効を否定している。これは、錯誤事項の重要性（「要素」性）が認められることを主たる理由として錯誤無効を肯定してきた、本件の一審・原審を含めた前記下級審裁判例の立場を採用しないことを明らかにした、という意義を有する。リスク負担の観点からいえば、広義のリスク負担に関する事情として錯誤事項が重要性を有することのみでは、動機の錯誤のリスクを相手方に転嫁できるとはいえず、次にみる狭義のリスク負担に関する事情も考慮されなければならない、と解されたものとみることができよう。

イ．信用保証協会の目的

第二に、本判決は、「金融機関が相当と認められる調査をしても、主

[60] 保証契約の錯誤について、保証人のリスク負担という観点から分析するものとして、滝沢・前掲注23）93頁、山下・前掲注59）82頁、94-95頁、100頁以下、大中有信「反社会的勢力に対する信用保証協会による保証と錯誤 ―錯誤法の観点からの検討―」金法2047号81頁。

債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることは避けられないところ、このような場合に信用保証契約を一律に無効とすれば、金融機関は、中小企業者への融資を躊躇し、信用力が必ずしも十分でない中小企業者等の信用力を補完してその金融の円滑化を図るという信用保証協会の目的に反する事態を生じかねない」、という[61]。

これは、本件のような場合に一律に錯誤無効を認めることは、信用保証協会の目的に照らして結論の妥当性を欠く、という価値判断を示すものである。リスク負担の観点からいえば、狭義のリスク負担の問題として、信用保証協会が動機の錯誤のリスクを負担することで金融機関は中小企業への融資を円滑に行うことができるから、信用保証協会がリスクを負担するとみるのが合理的である、という裁判所によるリスク割当てが行われたものとして位置づけることができよう。

ウ．本件のような場合の定めがないこと

第三に、本判決は、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明した場合の取扱いについて、「本件基本契約及び本件保証契約等にその場合の取扱いについての定めは置かれていない」ことを指摘する。これは次のような論理であると解される。

まず、「……Ｙは融資を、Ｘは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人である」。すなわち、両当事者は専門性を有し、動機となる事実について高い判断能力を有している。次に、このような高い判断能力を有する者であれば、「……主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき」る。つまり、両当事者には、動機が不確実であることの想定可能性が存在していた。そし

[61] 従前よりこの点を指摘していた裁判例として、前掲東京地判平成25年８月８日、東京高判平成26年１月30日、横浜地判平成26年７月11日。

西内・前掲注１）52-53頁は、これは不確実性下での一定のリスクを引き受けることによってしか保証人が望む取引が促進されず、ゆえにそのリスクを引き受けることが契約目的に合致することを示したとみる。以下に本文でみる考えと同趣旨をいうものと理解できる。

て、動機が不確実であることの想定可能性が存在するのであれば、高い判断能力を有する両当事者は、「……その場合にＸが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった」。つまり、信用保証協会Ｘには、別途、主債務者が中小企業者の実体を有さない場合に関する免責条項等を設ける対応可能性が存在していた。

以上のように、本判決は、金融機関・信用保証協会という専門家は、動機となる事実について高い判断能力を有するのであるから、動機が不確実であることの想定可能性があるといえ、その想定可能性を前提にすると、動機の錯誤が判明した場合についての取扱いを契約に定めておくという対応可能性が認められるにもかかわらず、本件ではそのような対応が取られていない、ということを指摘したものといえる。リスク負担の観点からいえば、狭義のリスク負担の問題として、想定可能性に基づく対応可能性が信用保証協会にあるので、後に動機の錯誤が判明した場合のリスクを負担させても不可能を強いることにはならないし、一定の非難可能性が存在するので、信用保証協会がリスクを負担しているとみるべきである、という裁判所によるリスク割当てが行われたものとして位置づけることができよう[62]。これは、想定（予見）可能性および対応可能性を前提に、対応を取らなかった（結果回避を怠った）ことを信用保

[62] 山下・前掲注59）101-102頁の次の記述は、このような裁判所によるリスク割当ての問題を論じているものと理解できる。「保証契約外部の事情の判断リスクを、保証人が負担する」ことを原則とすることは、「保証人は、保証意思の内容を具体化し、自ら引き受けるリスクの範囲を明確にすべき自己責任を負う」ということに他ならず、「リスク引受としての保証意思を自ら明確に認識しようとしなかったことに対する否定的評価」として錯誤無効が否定されることになる。そうすると、「保証人にどこまで、契約締結に際して保証意思を明確化しておくことを要求できたか」の評価がなされ、類型的には、例えば保証人が専門性を有している場合には、保証人にリスク明確化の責任を負わせるべきであるとの判断が導かれる。飛澤知行「判解」曹時69巻６号132頁、149頁注14も、当該記述を上記判示部分に関して引用している。

西内・前掲注１）53頁は、中小企業向け融資の減少可能性とその影響が持つ当事者にとっての意味につき、裁判所よりも情報を持っている契約当事者の判断にゆだねるという意味があるとする。

証協会のリスク負担の根拠とするものといえ、一種の過失を根拠とするものということができる。

エ．結論命題の意味

第四に、本判決は、「これらのことからすれば、主債務者が中小企業者の実体を有するということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件保証契約の効力を否定することまでをＹ及びＸの双方が前提としていたとはいえない」という。

この判示は、動機に錯誤があった場合に「契約の効力を否定することまで……〔当事者〕双方が前提としていた」ことを、動機の「法律行為の内容」化の一般的な判断基準であると位置づけているかのようにも理解できるが、そのような理解は適切でないというべきであろう。なぜなら、動機の錯誤があった場合に契約の効力を否定することを当事者双方が前提としていたと認められる場合には、契約の効力を否定する旨の黙示の合意が認定できるので、錯誤無効を問題とする必要は存しないからである。ゆえに、当該判示は、先にみたリスク負担の検討の結果として、信用保証協会Ｘが錯誤リスクを負担していることを結論として明らかにしたものに過ぎない、とみるべきである。

オ．本件制度について

最後に、以上は通常の信用保証が行われた場合を想定した判断であったが、本判決は、これらの諸判断は「……主債務者が本件制度の対象となる事業を行う者でないことが事後的に判明した場合においても異ならない」する。

本判決は、以上の点から、本件制度が利用された信用保証に関する本件事案においても、信用保証協会の動機は法律行為の内容となっていないとして、保証契約の錯誤無効を否定したものである。

（ⅲ）従前の判決との対比

本判決が検討しているのは以上の点に尽きるが、以下では、本判決と同様の判断を示した従前の判例・裁判例を検討することで、本判決の特徴を析出していくこととしたい。

ア．主債務者が反社会的勢力であった場合

本判決の引用する平成28年１月判決は、主債務者が反社会的勢力であった事案に関して、主債務者が反社会的勢力ではないという動機が明示又は黙示に動機が表示されたとしても、保証契約の内容にはなっていないとして、信用保証協会の錯誤無効の主張を認めなかったものである。

すなわち、金融機関Ｙおよび信用保証協会Ｘは、保証契約の締結前に主債務者が反社会的勢力であることが判明していた場合には、保証契約を締結しなかったと考えられるが、「……保証契約は、主債務者がその債務を履行しない場合に保証人が保証債務を履行することを内容とするものであり、主債務者が誰であるかは同契約の内容である保証債務の一要素となるものであるが、主債務者が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、これが当然に同契約の内容となっているということはできない。そして、Ｙは融資を、Ｘは信用保証を行うことをそれぞれ業とする法人であるから、主債務者が反社会的勢力であることが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき、その場合にＸが保証債務を履行しないこととするのであれば、その旨をあらかじめ定めるなどの対応を採ることも可能であった。それにもかかわらず、本件〔信用保証〕基本契約及び本件各保証契約等にその場合の取扱いについての定めが置かれていないことからすると、主債務者が反社会的勢力でないということについては、この点に誤認があったことが事後的に判明した場合に本件各保証契約の効力を否定することまでをＹ及びＸの双方が前提としていたとはいえない。また、保証契約が締結され融資が実行された後に初めて主債務者が反社会的勢力であることが判明した場合には、既に上記主債務者が融資金を取得している以上、上記社会的責任の見地から、債権者と保証人において、できる限り上記融資金相当額の回収に努めて反社会的勢力との関係の解消を図るべきであるとはいえても、両者間の保証契約について、主債務者が反社会的勢力でないということがその契約の前提又は内容になっているとして当然にその効力が否定されるべきものともいえない」。

同判決と、本判決の理由付けとは対応関係にある。第一に、社会的責任の見地を述べている点は、本判決が信用保証協会の目的を論ずる部分

と対応し、保証契約を維持させておくべきとの価値判断から[63]、狭義のリスク負担の問題のうち裁判所によるリスク割当てとして、信用保証協会が錯誤リスクを負担すべき旨を指摘しているということができる。第二に、両当事者は専門的な法人であって、動機の不確実性について想定可能性があり、その対応可能性が存在しているにもかかわらず対応が取られていなかったという点は、本判決と同内容であって、裁判所によるリスク割当てとして表意者の一種の過失を根拠に信用保証協会に錯誤リスクを負担させたものといえる。第三に、本判決は明示的には指摘していないが、最判平成28年１月12日が指摘している「主債務者が反社会的勢力でないことはその主債務者に関する事情の一つであって、これが当然に同契約の内容となっているということはできない」という点は、本判決にも同様に妥当しよう。すなわち、主債務者が中小企業者であることは当然に保証契約の内容になっているとはいえない、つまり広義の錯誤リスクの問題として、当然に錯誤リスクを相手方が負担しているとはいえない[64]。第四に、主債務者が反社会的勢力でないことが「契約の前提又は内容になっているとして当然にその効力が否定されるべきものともいえない」という点は、本判決と同内容であって、狭義のリスク負担の

[63] 飛澤知行・前掲注62）150頁注15は、既に主債務者が融資金を取得している以上は、保証契約の効力を信用保証協会と金融機関との間で争うよりも、債権者と保証人において融資金相当額の回収に努めて反社会的勢力との関係の解消を図る方が先決である、という「政策判断」を示唆したものであるとする。また、当該判示に影響を与えたと考えられる先駆的指摘として、佐久間・前掲注17）21頁。ほか、齋藤由起「判批」新・判例解説 Watch19号67頁、69頁も、当該判示を「規範的評価」を示したものと位置づけている。

なお、同判決と本判決との対比を行うものとして、西内・前掲注１）46頁以下を参照。

[64] 石川博康「判批」金法2049号33頁、35頁は、「錯誤の対象となった事項が当該契約に関する定型的な内容に属するものであるか否か」を第一に判断するもの、という（鹿野菜穂子「保証人の錯誤　―動機錯誤における契約類型の意味―」『小林一俊先生古稀記念論集　財産法諸問題の考察』（酒井書店、2004年）135頁、151-155頁参照）。この判断方法によれば、主債務者はどのような属性（反社会的勢力、中小企業者という属性）を有する者であるかは、保証契約の定型的な内容とはいえない。

検討の結果として、信用保証協会が錯誤リスクを負担していることを結論として明らかにしたものというべきである。

イ．下級審裁判例における判断要素

（ア）動機の不確実性の認識

本判決は、「……主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることを想定でき」たことを、動機の錯誤のリスクを信用保証協会に負担させる事情として挙げている。しかし、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例はいずれも、信用保証協会は、動機の不確実性を想定できたこと（想定可能性）ではなく、現実に認識していたこと（現実の認識）まで認定していた。

この差異は、狭義のリスク負担の根拠に影響を与えよう。すなわち、信用保証協会Ｘが、主債務者Ａが中小企業者の実体を欠く場合がありうることを現実に認識していたとすると、Ｘは動機が誤りである可能性を踏まえながら保証契約を締結したことになる。この場合には、Ｘは動機の錯誤のリスクを踏まえて契約を締結していることを根拠に、Ｘが錯誤リスクを負担しているとみることが可能となる。これは、狭義のリスク負担の問題のうち、動機の不確実性の認識があるのにあえて契約を締結したという、意識的不知である[65]。これを表意者の一種の過失を根拠とした本判決と対比すると、表意者の一種の故意を根拠にリスク負担を認めるものということができる。

本判決は、このような動機の不確実性についての現実の認識は認定しておらず、その想定可能性を認定しているに留まる。しかし、現実の認識は本件事案においても認定可能だったのではないかと思われる。すなわち、信用保証において信用保証協会および金融機関が主債務者の資格審査を行うのは、主債務者が中小企業者の実態を有していることが保証

[65] 大中・前掲注60）88頁以下は、アメリカ第２次契約法リステイトメントなどを挙げて、平成28年１月判決を意識的不知の観点から分析している。もっとも、同判決および本判決は、動機の不確実性の現実の認識ではなく想定可能性しか認定していないので、意識的不知の例として位置づけることは適当でないように思われる。

契約の前提となっているからであるが、「金融機関が相当と認められる調査をしても、主債務者が中小企業者の実体を有しないことが事後的に判明する場合が生じ得ることは避けられない」ことは、両当事者にとって想定されている。つまり、事後的に中小企業者の実体を有しないことが判明することがありうることは、両当事者に認識されていたリスクといいうる。

（イ）本件免責条項の存在

本判決は、先にみたように、債務者が中小企業者の実体を欠く事が判明した場合の定めの不存在を、信用保証協会のリスク負担の根拠としている。これに対して、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例は、このような定めの不存在のみならず、本件免責条項（本件基本契約11条）の存在を信用保証協会のリスク負担の根拠としていた。本件免責条項は、主債務者Ａが資金使途に違反したときは、金融機関Ｙの義務違反や帰責事由が存在する場合に限って、信用保証協会Ｘに保証債務の免責を認めるものである。この事情の位置づけは、以下にみるように様々なものがありえよう。

第一に、狭義のリスク負担のうち合意によるリスク負担の問題として、本件免責条項に該当しない場合については、信用保証協会がリスクを負担しているとの黙示的な合意がなされていると推認される事情、と位置付けることができる。第二に、このような合意を認定できないとしても、本件免責条項が存在するのであればその他の場合の取扱いを定めておく対応可能性が存在していると評価できるのに、信用保証協会は対応を取らなかった、という裁判所によるリスク割当てに係る事情として位置づけうる。第三に、動機の不確実性についての現実の認識を認めるのであれば、本件免責条項に該当しない場合の錯誤については免責を問題にしない信用保証協会の意思が推認される、という意識的不知によるリスク負担を基礎づける事情としても位置づけうる。

（ウ）保証契約の性質

最後に、錯誤無効を否定した前記下級審裁判例には、主債務の不履行リスクを保証人に負わせるために締結されるという保証契約の性質に着

目し、保証契約は主債務の不履行原因を問わないものであるから、主債務の不履行に係る動機の錯誤のリスクは保証人が原則として負担するべき、と判示するものがあった[66]。本判決がこの点をどのように評価しているかは明確でなく、残された問題となっている。ここでは、次の２点を指摘しておく。

第一に、リスク負担論における位置づけについて。錯誤無効を否定した前記下級審裁判例は、保証契約の前記性質を示しつつも、この事情のみによって保証人の錯誤無効が否定されるとは解しておらず、単に保証人が錯誤リスクを負担することの一根拠としているに留まる。これは、単に原則として表意者が錯誤のリスクを負担することを述べているに留まるとみることができるし、狭義のリスク負担の問題として、裁判所によるリスク割当ての際に考慮される事情ではあるが、単に一事情に過ぎず、それのみによって裁判所によるリスク割当てが行われるものではないと解している、とみることもできる。これに対して、先にみたドイツ法学説は、保証人が主債務者の不履行リスクを負担すべきとして、特別の契約条項の存在する場合を除いて、保証契約締結時の主債務者の支払能力に関する錯誤を理由とする取消しを否定するので、保証契約の性質のみによって狭義のリスク負担を認める立場といえる。

第二に、保証契約の性質を保証人のリスク負担の根拠とすることの当否について。錯誤無効を否定した前記下級審裁判例、およびドイツ法学説は、保証契約の性質を根拠に、保証契約締結時点で既に存在する主債務の不履行に繋がる動機の錯誤のリスクを、何らかの形で保証人に負担させることを肯定している。日本の学説にも、これを肯定する見解が存在している[67]。しかし、これに対しては、保証人が負担するリスクは主債務の履行期日（または期限の利益喪失日）における将来の債務不履行

---

[66] 前掲東京地判平成25年８月８日、東京高判平成26年１月30日、横浜地判平成26年７月11日、千葉地判平成27年10月15日（信用保証契約について述べるもの）、東京高判平成27年10月15日。

[67] 佐久間・前掲注17）19頁、齋藤・前掲注63）69頁。主債務者が反社会的勢力であることは「不履行リスク」に関わるとする原田昌和「判批」ジュリスト1505号69頁、70頁もこの趣旨か。

リスクであって、保証人が保証契約を締結した時点において既に存在する現在の債務不履行リスクではない、との反論が可能であろう[68]。先にみたフランス法学説は、このような立場に立って、保証人による錯誤無効の余地を残しているものといえる。空クレジットに関する最判平成14年７月11日判時1805号56頁も、「主たる債務が実体のある正規のクレジット契約によるものである場合と、空クレジットを利用することによって不正常な形で金融の便益を得るものである場合とで、主債務者の信用に実際上差があることは否定できず、保証人にとって、主債務がどちらの態様のものであるかにより、その負うべきリスクが異なってくるはずであり、看過し得ない重要な相違があるといわざるをえない」として錯誤無効を肯定しており、信用保証の事案ではないが、保証契約締結時点での主債務の不履行に係る事情の錯誤は保証契約の性質から当然に保証人が負担すべきリスクになるとは、解していないようである。

３．保証免責について

次に、保証免責の問題を検討していこう。

（１）当事者の調査義務と保証免責

ⅰ．先例

本判決は、「金融機関は、信用保証に関する基本契約に基づき、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、主債務者が中小企業者の実体を有する者であることについて、相当と認められる調査をすべ

[68] 裹・前掲注20）117頁が、「被保証資格があることは保証契約の最も基本的な前提事項であり、保証契約はそもそも契約締結後の信用リスクを保証人が引き受けるものであることからすれば、契約の前提となる事項が欠如している場合にまで保証契約により担保されると解することは、保証人の保証責任の範囲をあまりにも広範にするおそれがある」と指摘するのは、同趣旨をいうものと理解できる。滝沢・前掲注23）93頁も、横浜地判平成26年７月11日に対する批判として、「債務者が実態のない会社ではないことが保証契約の当然の前提になっていたともいえるのであるから、主債務者が履行をしない事由を問わずに保証人は履行の責任を負うというだけでは十分に説得力があるとはいえない」という。

き義務を負う」としたうえで、金融機関が「このような義務に違反し、その結果、中小企業者の実体を有しない者を主債務者とする融資について保証契約が締結された場合」には、信用保証協会はそれを主張立証して、「本件免責条項にいう金融機関が『保証契約に違反したとき』に当たるとして、保証債務の全部又は一部の責めを免れることができる」とする。この判示は、引用されている最判平成28年１月12日を踏襲するものである。同判決は、次のように述べている。

「信用保証協会は、中小企業者等に対する金融の円滑化を図ることを目的として、中小企業者等が銀行その他の金融機関から貸付け等を受けるにつき、その貸付金等の債務を保証することを主たる業務とする公共的機関であり（信用保証協会法１条参照）、信用保証制度を維持するために公的資金も投入されている。また、本件指針等により、金融機関及び信用保証協会は共に反社会的勢力との関係を遮断する社会的責任を負っており、その重要性は、金融機関及び信用保証協会の共通認識であったと考えられる。他方で、信用保証制度を利用して融資を受けようとする者が反社会的勢力であるか否かを調査する有効な方法は、実際上限られている。

以上のような点に鑑みれば、主債務者が反社会的勢力でないことそれ自体が金融機関と信用保証協会との間の保証契約の内容にならないとしても、Ｙ及びＸは、本件基本契約上の付随義務として、個々の保証契約を締結して融資を実行するのに先立ち、相互に主債務者が反社会的勢力であるか否かについてその時点において一般的に行われている調査方法等に鑑みて相当と認められる調査をすべき義務を負うというべきである。そして、Ｙがこの義務に違反して、その結果、反社会的勢力を主債務者とする融資について保証契約が締結された場合には、本件免責条項にいうＹが「保証契約に違反したとき」に当たると解するのが相当である。

……そして、その免責の範囲は、上記の点についてのＸの調査状況等も勘案して定められるのが相当である」。

本判決は明示的ではないものの、この平成28年１月12日と同様に、金融機関Ｙが負う調査義務は「基本契約上の付随義務」として保証契約上の義務となり、したがって金融機関が当該義務に違反したときは保証契約上の義務違反となって、本件免責条項のいう「保証契約に違反したと

きに該当する」[69]、とみているものと解される。また、平成28年１月12日は金融機関Ｙのみならず信用保証協会Ｘも調査義務を負うとし、両者の調査状況等は免責の範囲の確定において考慮されるとするが、本判決もこれと同様に考えているものと思われる[70]。

ⅱ．リスク負担論からの説明

以上のように、金融機関および信用保証協会に調査義務が課され、その違反が全部または一部の保証免責を導くというのは、本稿が分析視角としているリスク負担論からすると、次のような論理に基づくものと理解される。

信用保証の目的は中小企業者等に対する金融の円滑化であって、主債務者が中小企業者等であることが保証の前提とされている。しかし、その調査には限界があって、主債務者が中小企業者等ではない可能性を排除できない。そのような中で、金融機関および信用保証協会は当該リスクを排除するために相互に調査を行い、相互にその調査結果を信頼して融資および保証を行う。信用保証協会は、その信頼の結果として、先にみたように自ら動機の錯誤のリスクを負担して、信用保証を行う。そうすると、主債務者が中小企業者等でないことについての信用保証協会のリスクの負担は、金融機関が相当な調査を行ったことを前提とするもの

---

[69] 佐久間毅「最三小判平28. １.12（平成26年（受）第1351号）ほか３判決の意義」金法2035号21頁、23頁は、このような論理構成について、「保証契約に違反したとき」は個別保証契約に違反したときを意味すると解するのが素直であり、若干の違和感がなくはないが、基本契約の内容は個別の保証契約の内容を構成するからこのような論理構成もありうる、という。また、原田・前掲注67）70頁は、個別契約上の義務とされなかったのは、契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を提供する義務の違反は、後に締結された契約上の義務とはいえないという点が考慮されたものである、という。この法律構成に対する批判として、中舎寛樹「判批」民商153巻１号79頁、89頁以下。

[70] なお、本判決は平成28年１月判決と異なって、その時点における一般的な調査方法等に言及しておらず、また調査義務違反の主張立証責任が信用保証協会にあることを明示している点につき、松下・前掲注１）69頁。前者につき、下村・前掲注１）40頁。この点については、西内・前掲注１）54-55頁も参照。

といえる。ゆえに、金融機関が相当な調査を行わなかった場合は、信用保証協会に当該リスクを負担させるのは適当でなく、金融機関が当該リスクを負担するべきである[71]。もっとも、信用保証協会も相当な調査を行わなかった場合には、動機の錯誤が生じたことに自らの過失も寄与しているから、信用保証協会もリスクを負担すべきといえ、この場合には過失相殺的な解決がなされるべきことになる[72]。

本判決は、これを調査義務違反に基づく保証免責という法律構成で認めたものである。ここで保証免責が問題にされたのは、錯誤によると、狭義のリスク負担の問題として表意者のリスク負担が認められる本件では、広義のリスク負担の問題として考慮される金融機関や信用保証協会の調査がいかなるものであっても[73]、保証契約はおよそ無効にならず、適切なリスク配分を実現できないためであると考えられる。別言すれば、錯誤は狭義のリスク負担の観点から否定されるので、保証免責の中で広義のリスク負担に係る事情が拾い上げられる、ということできよう[74]。

以上のように、本判決の示した動機の錯誤と保証免責の判断は、動機の錯誤のリスク負担という共通する問題を異なる法律構成から分析するものであり、動機の錯誤においては狭義のリスク負担に係る事情、保証免責においては広義のリスク負担に係る事情が考慮されたものということができる。

---

[71] 従前の裁判例として、リスク負担の観点から、金融機関に調査義務違反があった場合に錯誤無効の可能性を肯定していたものとして、東京高判平成26年１月30日、千葉地判平成27年５月19日、東京高判平成27年10月15日。

[72] 飛澤・前掲注62）145頁参照。

[73] 金融機関の調査義務違反は、錯誤惹起に対する相手方の帰責性であり、相手方へのリスク転嫁を基礎づける事情なので、広義のリスク負担に係る事情である。また、信用保証協会の調査義務違反も、錯誤惹起に対する表意者の帰責性であり、表意者の重過失の判断で考慮される事情なので、広義のリスク負担に係る事情である。

[74] ゆえに、リスク負担に広義と狭義の区別を認めず、表意者のリスク負担の程度と相手方の負担の程度を比較し、両者の割合に基づいて契約が無効となる範囲が決せられる、という判断が錯誤論の中で可能とされるならば、保証免責の判断は不要となり、問題は錯誤に一元化される。

（２）調査の程度

本判決は、どの程度の調査が行われれば調査義務を尽くしたことになるのかについて、何ら事実関係を摘示しないまま、金融機関は相当な調査義務を尽くしたことを前提に信用保証協会の請求を棄却しており[75]、何らの判断も示していない。ゆえに、この点は本判決に残された問題である[76]。本稿の目的からやや離れるので、次の２つの問題の存在を指摘しておくに留める。

ⅰ．抽象論としての義務の程度

第一に、金融機関と信用保証協会に要求される調査の程度は異なっているのか。

例えば、金融機関の方が信用保証協会よりも調査能力が高いと解されるから[77]、一般的に金融機関の方が高度の調査義務を負うのではないかという問題や、信用保証の申込みには、協会斡旋保証と金融機関経由保証の２つの形態があるところ（本件保証契約は後者）、前者であれば最初に信用保証協会が調査を行うので信用保証協会が、後者であれば最初に金融機関が調査を行うので金融機関が、現地訪問を行うなどの高度の調査義務を負い、その調査結果に基づいて改めて第２調査を行う当事者はその第１調査の結果を信頼して机上調査を行えば原則として足りると

[75] 久保野･前掲注１）148頁は、調査義務違反･保証免責の可能性を本判決は「示唆」しているが、当事者から当該法律構成に基づく主張がなされていなかったため、「傍論」を述べたに留まるという。しかし、当事者の主張が足りず事実関係に不足があるのであれば、破棄差戻しが行われる。破棄自判が行われた本判決は、一審・原審までで主張された事実関係から調査義務違反の不存在を導くに足りる、と解したものと考えられる。

[76] 本判決を契機とした調査義務に関する分析として、安藤・前掲注１）18頁、福谷＝前田・前掲注１）72頁。

[77] 前掲裁判例の内、この点を事実認定したものとして、東京地判平成25年８月８日、同控訴審の東京高判平成26年１月30日。香月裕爾「判批」ＪＡ金融法務544号４頁、９頁は、反社会的勢力に関する事案について、「金融機関に比して規模等が劣る保証協会にとって、どこまで調査をすることが適切なのか等の課題が出てくるでしょう」という。

いう見解[78]、などについての最高裁の態度は不明確である[79]。

協会斡旋保証か金融機関経由保証かという点については、平成28年１

[78] 平成28年１月判決以前においてこの区別を指摘していたもののうち、表意者の重過失の判断において考慮していたものとして、伊藤・前掲注12）113-114頁、関沢正彦「保証免責条項に関する判例と新指針」金法1818号16頁、18頁、六信勝司「信用保証協会の保証免責条項の新たな解釈指針の概要」金法1818号26頁、29頁、吉岡・前掲13）119頁、伊藤・前掲注13）158頁、164-165頁、渡邊・前掲注13）100-101頁、同「保証契約の錯誤無効」法律時報85巻９号101頁、105-106頁、同「反社会的勢力を主債務者とする信用保証協会保証とその解消をめぐる民法法理」京都学園法学2014年１号23頁、35-36頁。要素の錯誤該当性の判断において考慮していたものとして、佐久間・前掲注17）23頁。保証免責の判断において考慮していたものとして、滝沢・前掲注23）94頁（まず銀行に融資を申し出る信用保証の仕組みにおいては、融資金詐取を発見すべき第一の責任は銀行にあるとする）。前掲裁判例では、東京地判昭和53年３月29日（表意者の重過失の判断）、さいたま地判平成19年６月６日（同）、同控訴審である東京高判平成19年12月13日（同）、那覇地判平成23年２月８日（沖縄県中小企業振興資金融資制度についての事実認定）、同控訴審である福岡高裁那覇支判平成23年９月１日（同）、千葉地判平成27年５月19日（要素の錯誤該当性について）、同控訴審の東京高判平成27年10月15日（同）。

平成28年１月判決に関するものとしては、香月・前掲注77）９頁、鈴木仁史「信用保証協会の錯誤無効についての最高裁判決」銀行実務2016年３月号60頁、64頁はこの区別を示唆する。明確でないが、佐久間・前掲注68）23頁はこの趣旨か。これに対して、この区別に批判的な銀行実務家の見解として、浅田隆「ジレンマをはらむ判決」金法2035号16頁、17-18頁は、「金融機関および信用保証協会は、ともに独自の立場から融資の可否または信用保証の可否について審査を行うことになるのであって、協会斡旋保証か金融機関経由保証かで異なるのは単に審査の順序にすぎず、先に審査したほうが後に審査するほうに対して審査結果につき表明保証するなどといった合意も慣行も存在しない」と批判し、両当事者は反社審査につき同等の調査義務を負っているのであり、金融機関のみが相対的に重い相当の調査義務違反があると認定されることは理屈上ないとする。

[79] なお、これらの問題は信用保証協会の調査義務との比較で高度の義務を金融機関が負うか、という問題であり、信用保証付きで無い通常の融資におけるよりも高度の調査が金融機関に要求されるか、という問題ではない（通常の融資と信用保証付き融資で調査の程度に差が設けられる理由は無いと指摘するものとして、福谷＝前田・前掲注１）74頁）。

月判決および同判決の差戻控訴審（東京高判平成28年４月14日金判2042号12頁）においても考慮要素とはされていないことから、調査義務の程度を区別する要素とはならないとするのが判例の態度とも考えられる[80]。しかし、信用保証協会が原則として二次的な机上調査義務のみを負うと解することが資金繰りの急を要する中小企業者の助成に資するとも指摘されており[81]、この点を重視して、金融機関経由保証においては信用保証協会は二次的な調査義務のみを負うと最高裁が判断することもありうるのではなかろうか。

ⅱ．具体論としての考慮事情

第二に、具体的にどのような事情が認められれば調査義務を尽くしたことになるのか。

先に指摘したように、本判決は調査義務に係る事実を何ら摘示しないまま、信用保証協会の請求を棄却している。もっとも、一審・原審の認定した以下の事実関係が前提とされているとみることはできる。「Ｙは、本件貸付けの実行に至るまでの間、約８回、Ａの本社事務所を訪問し、Ａから決算書等を提出させたうえで経営分析・審査を行っていること、また、本件貸付けの審査の時点で、丁田（Ａ代表取締役）は戊原（Ｙのα支店融資担当者）に対して事業譲渡については話していなかったこと、事業譲渡を受けたＢが、Ａの事務所の賃貸借関係と従業員の雇用関係をそのまま引き継いでおり、看板や事業用車両、従業員の着るジャンパーについても平成21年１月に入ってからもそのままの状態がしばらく継続していたこと、Ａは、本件既存貸付けの返済を大幅に遅らせることがなかったことが認められ、これらの事情からすれば、少なくとも本件貸付実行時に、外観上Ａが事業を譲渡したことをＹが見抜くことは容易でなかったと認められ、また、Ｙに特段の注意をもって調査すべきであった事情も認められない」。

しかし、これらの事情が全ては認められない場合はどのように評価されるのか、特に重視される事情は何なのかなどの点は、今後の判例の蓄

[80] 石川・前掲注64）36頁。

[81] 平野・前掲注18）83頁。

積によって明らかにされるべき問題であろう[82]。一般論としては、金融機関は、書類による審査･本人確認に加えて、現地･現場･現物の確認、経営者らの面談を行うことが重要である、との指摘がなされている[83]。

4．射程

最後に、本判決の射程を検討していこう。

（1）動機の錯誤の一般論

本稿が分析視角とした、動機の錯誤のリスクを誰が負担しているかという観点から動機の法律行為の内容化を決する判断枠組みは、一般的に他の動機の錯誤の事例に及びうる。動機の表示を認定しつつ法律行為の内容化を否定した従前の判例も、狭義のリスク負担の問題として、動機の錯誤のリスクを表意者が負担することを理由とするものとして位置付け直すことができるように思われる。

第一に、昭和37年判決について。同判決は、先にみたように、税額を低くするよう買主が努力するとの了解が存在するに過ぎないことを指摘して、譲渡所得税が減額されるという売主の動機は売買契約の内容になっていないとしたものである。これは、買主が譲渡所得税減額に努力することが了解されていたのみで、その結果までは了解されていなかった､つまり減額されない可能性を売主は認識していたとの事実認定から、売主の意識的不知を認め動機の錯誤のリスクを売主に負担させた判決、と理解することができよう。

第二に、昭和47年判決について。同判決は、先にみたように、定期貯金契約の合意解約および支払委任は自ら払戻しを受けて支払う場合と同視されるために、これらについての動機は法律行為の内容とならないこ

---

[82] 主債務者が反社会的勢力であった場合に関して、平成28年１月判決の差戻控訴審（東京高判平成28年４月14日金法2042号12頁）や、同日付で出された他の最高裁判決の差戻控訴審（東京高判平成28年５月26日金判1495号15頁、東京高判平成28年８月３日金判1500号16頁）、ほか東京高判平成28年４月28日金判1493号22頁は、いずれも金融機関の調査義務違反を否定している。

[83] 安藤・前掲注１）25頁、福谷＝前田・前掲注１）74頁以下。

とを示したものといえる。これは、定期貯金の合意解約および支払委任は自ら払戻しを受ける場合と同視されるという契約の性質を根拠に、合意によるリスク負担または裁判所によるリスク割当てとして、動機の錯誤のリスクを貯金者に負担させた判決と理解できよう[84]。

第三に、その他の判決について。動機の法律行為の内容化という判断枠組みを採用していない判決においても、同様の観点から正当化しうる判決がある[85]。例えば、大判大正８年10月21日新聞1635号13頁は、道路改修工事請負契約が締結されたが、注文者が示した設計書中の地面の性質と実際とが異なっており、予期に反して硬岩や軟岩が多数発見され費用が多額になってしまった場合における請負人の錯誤無効の主張について、「設計書に於ける坪数の記載が予想又は概算を表示したるに過ぎざるものにして上告人〔請負人〕も亦之を熟知し居りたること」で「請負契約中殊に地下の工事に関する如き射倖的性質の最も顕著なるものに在りて上告人主張の如き坪数の相違を生じたりとするも尚錯誤の観念を以て之に臨むことの取引の通念に合せざる」ものである、として錯誤無効を否定した。これは、リスク負担の合意・意識的不知・裁判所によるリスク割当てのいずれともいいうるが、いずれにせよ狭義のリスク負担が問

[84] 高森喜八郎「判批」民商68巻１号66頁、78-79頁が、預金債権を有する者が債務者に支払いを委任するという法律関係は、実質的においては、「つねに」自ら払戻しを受けて弁済をする場合と何ら異ならないという「支払委任という法律行為の有するこの法的性質」から判旨に賛成しているのは、本文で述べた趣旨に読むことができる。

これに対して、北村一郎「判批」法協91巻２号121頁、128-129頁は、原因関係を関知しない金融機関に対する支払委任のケースでは、個人的な動機の錯誤は行為に影響しないというべきであるとしても、本件のようにＹ組合長がＸＡ間の取引において主導的な役割を果たしており、Ｘの誤った表象内容を助長し、錯誤についてＹ組合長の悪意を認定しうるような場合には、契約の前提論あるいは錯誤によって無効となる余地を認める。これらの広義のリスク負担に係る事情が認められるにもかかわらず、狭義のリスク負担の問題として錯誤無効が否定されることを避けるためには、具体的場合に前記契約の抽象的性質が変容することを認める、当該性質を裁判所によるリスク割当ての一考慮要素としてのみ位置付ける、などの必要があろう。

[85] 以下の点につき、小林・前掲注28）474-476頁。

題とされた判決といえる。また、大判大正２年３月８日全集２巻民法161頁（新聞853号27頁）は、骨董屋から呉春・応挙の落款のある画幅２点を買主が購入するに当たり、その真偽の鑑識が買主に委ねられ、買主は真筆と信じて購入したが、実際は贋作であることが判明した場合における買主の錯誤無効の主張について、「上告人〔買主〕は被上告人〔売主〕の観覧せしめたる画幅中より自己の鑑識に依り特に本訴の画幅を選択し之を買受けたるものにして、自己の鑑識を度外に措き筆者の真実なることを以て売買の要件と為したるに非ず。然れば其画幅は仮令上告人の信じたる者の真筆に非ざるにせよ是唯上告人が鑑識を誤りたるに過ぎずして売買行為の要素に錯誤ありと謂う可からず」、として錯誤無効を否定した。これも、狭義のリスク負担が問題とされた判決といえよう。

（２）保証人の錯誤

ⅰ．信用保証協会の場合

本判決の射程は、主債務者に関する他の動機を理由とする信用保証協会の錯誤に及ぶ。この場合は、本判決が挙げている信用保証協会の目的と動機の不確実性への想定可能性・対応可能性という理由が、同様に妥当しうるからである。例えば、前記下級審裁判例で問題となったものでは、主債務者の資金使途が事業資金であるという動機を錯誤事由とする場合や[86]、創業支援における融資金詐取の事例で、主債務者に開業の意図があることや開業準備行為が真に為されているという動機を錯誤事由とする場合は[87]、本判決の射程に含まれよう。その他、主債務者の支払能力の評価が誤っていた場合や、主債務者会社の代表者の氏名・住所・生年月日等が誤っていた場合（東京高判平成28年６月16日金判1497号38頁は、平成28年１月判決の射程が及んでいると理解し、この場合の錯誤無効を否定）なども、同様に本判決の射程に含まれよう。

そして、これらの場合には、保証免責に関する本判決の判旨の射程も

[86] 東京地判平成25年８月８日、東京高判平成26年１月30日、横浜地判平成26年７月11日。

[87] 那覇地判平成23年２月８日、福岡高裁那覇支判平成23年９月１日、那覇地判平成24年１月18日、福岡高裁那覇支判平成24年７月26日。

同様に及ぶということができる（前掲東京高判平成28年６月16日参照[88]）。

ⅱ．個人保証の場合

これに対して、本判決の射程は、個人保証人の錯誤には及ばない。この場合は、信用保証協会の目的に関する判示は当然妥当しないし[89]、保証人は専門家でないので動機の不確実性について想定可能性・対応可能性を有しているともいえないからである。空クレジットに関する前掲最判平成14年は、このような観点から説明できよう。もっとも、事案によっては動機の不確実性の想定可能性・対応可能性が認定され、あるいは現実の認識まで認定されることによって、保証人が錯誤リスクを負担する場合はもとよりありうる。この問題に関しては、先に検討した、保証契約の性質によって保証人が主債務の不履行に係る動機の錯誤のリスクを当然に負担していると評価されるのかについての態度決定が、必要となる。

[88] 同判決は、本判決および平成28年１月判決の示す、約定書11条２号の金融機関の保証契約違反に基づく免責のみならず、同３号の金融機関の故意・重過失による被保証債権回収不能に基づく免責をも検討している点に、特色がある（約定書の条項は、「信用保証協会信用保証『約定書例の解説と解釈指針（第９条～第11条）』」金法1818号30頁、38頁参照）。

[89] 久保野・前掲注１）148頁。

論　　説

中国法における裁判所による違約金増減の運用と理念（1）

―― 日本の債権法改正に寄せて ――

呉　　逸寧

目　次

はじめに
　1　問題の所在
　2　課題
　3　本稿の構成
　4　本研究の意義
第1章　違約金増減の概要
　第1節　違約金増減の趣旨
　　1．学説の整理
　　2．検討
　　3．小括
　第2節　違約金増減の対象
　　1．違約金の種類、法的性格および機能をめぐる学説
　　2．対象としての違約金
　第3節　違約金増減の要件
　　1．違約金増額の要件
　　2．違約金減額の要件
　第4節　違約金増減の立法史
　　1．概要
　　2．「契約経済法」（1981年）
　　3．最高法院「経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」（1984年）
　　4．「渉外契約経済法」（1985年）

５．小括　（以上、本号）
第２章　違約金増減の運用実態――数量分析を中心に
第３章　違約金増減の運用実態――論理分析を中心に
第４章　学界の評価と改革案
第５章　台湾法・日本法との比較
むすび
資料　関連条文

はじめに

1　問題の所在

日本の現行の民法420条は次のように規定している。

「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。２　賠償額の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。３　違約金は、賠償額の予定と推定する。」

日本の現行の民法420条３項によれば、違約金は「損害賠償額の予定と推定されるが、当事者がそれと異なることを証明すれば、損害賠償額の予定とは異なる意味における違約金として扱われる。」[1]と定義される。そのため、違約金の趣旨についての当事者の意思が明らかではない場合には、違約金は一般的には損害賠償額の予定のためのものとして扱われるのである[2]。しかし一方で、日本民法420条１項は明文で、予定賠償額について裁判所による増減を認めない旨を定めている。日本法の起草者によれば、予定賠償額の増減を認めない理由として、損害の証明や訴訟の回避を目的とする予定賠償額の実益を損なわないようにするためであるという実益的な理由がある、とされる[3]。しかし、もっと重要なことは、

[1] 奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ・債権（１）債権の目的・効力（２）§§415～426』（有斐閣・2011年）663頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。
[2] 奥田編・前掲注１）665頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。
[3] 能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制（１）」法協102巻２号（1985年）

1804年フランス民法典の基本的思想であり、また、それが日本法に強い影響を与えたということである。1804年フランス民法典は最初に予定賠償額の増減を認めない規則を定めたものであるが[4]、その思想的・原理的理由は、「合意が当事者にとっては法に代る」という法諺、すなわち、裁判官よりも契約当事者の方が違約責任の賠償額を決める適任者であり、故に、当事者の意思を尊重すべきだという意思自治にある。そして、その思想的・原理的理由が日本法の根拠を支えているのである[5]。

とはいえ、このような立法の立場とは異なり、日本法における学説・判例によると、裁判所は一定の場合には公序良俗の一般条項（民法90条）の適用を通じて過大な予定賠償額の約定を一部無効とすることで、実質的には予定賠償額の減額を認めている、とされる[6]。この点については、債権法改正の中で議論がなされており、裁判所が過大な予定賠償額の減額を事後的に認める規定を置くべきかどうかが論点のひとつとなっている[7]。

他方、中国法においても違約金についての規定がある。契約法114条１、２項では、以下のように定めている。「（１）当事者は、一方が違約した際に違約状況に基づき相手方に対し一定額の違約金を支払うべき旨を約定することができ、違約により生ずる損害賠償額の計算方法を約定することもできる。（２）約定された違約金がもたらされた損失よりも低い場合には、当事者は、人民法院又は仲裁機構に対し増額するように請求

302 ～ 303頁参照。

[4] 1804年フランス民法典は、1152条および1226条から1233条において過怠約款（違約金）に関して規定を設け、それについて裁判官による増減を認めない立場を取っていた。能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制（４）」法協102巻６号（1985年）1781頁以下参照。

[5] 能見・前掲注４）1808頁参照。

[6] 奥田編・前掲注１）609頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

[7] たとえば検討委員会の試案によると「裁判所は、予定された賠償額が債権者に生じた損害に比して過大であるときには、その額を合理的な額まで減額することができる。」という提案が見られる。民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ――契約および債権一般(1)』（商事法務・2009年）288 ～ 292頁参照。

することができる。約定された違約金がもたらされた損失よりも著しく高い場合には、当事者は、人民法院または仲裁機構に対し適当な減額をするように請求することができる」。日本法とは違って、契約当事者間で約定した違約金を一定の要件のもとで、裁判所が事後的に増額したり、減額したりすることを認める規定が定められている。

比較法的な視野で眺めると、裁判所によって違約金の減額だけを認める立法例が圧倒的に多い。たとえば、ドイツ民法、スイス債権法、ヨーロッパ契約法原則、ユニドロワ国際商事契約原則、台湾法は、いずれもそのような立法例である[8]。それに対して、裁判所によって違約金の増額

[8] ドイツ民法343条１項は「課せられる違約金が過大であるときは、債務者の申立てにより、判決により、相当な金額に減額され得る。相当性の判断に際しては、債権者の財産上の利益のみならず、一切の正当な利益を考量に入れなければならない。違約金を支払った後は、減額することができない。」と、スイス債務法163条３項は「過度に高額の違約金については、裁判官がその裁量により減額することができる。」と、ヨーロッパ契約法原則９：509条は「不履行当事者がその不履行について所定の金額を被害当事者に支払うべき旨が契約で定められているとき、被害当事者は、現実の損害のいかんにかかわらず、その金額を請求する権利を有する。２　前項の規定にもかかわらず、契約で定められた金額が、不履行によって生じた損害およびその他の事情に照らして著しく過大なものであるときは、反対の合意がある場合でも、その金額は合理的な額まで減額されうる。」と、ユニドロワ国際商事契約原則7.4.13条は「契約に、債務を履行しない当事者はその不履行につき指定の金額を債権者に支払うべき旨の定めがあるときは、債権者は、現実の損害にかかわりなく、その金額を請求する権利を有する。２　前項の場合において、不履行の結果生じた損害およびその他の事情に照らし、指定の金額が著しく過剰であるときは、反対の合意にかかわらず、その金額を合理的な額に減額することができる。」と、それぞれ規定している。これらの条文の訳は、民法（債権関係）の改正に関する検討事項（14）　第４　賠償額の予定（民法420条、421条）に関する比較法の部分による。民事法研究会編集部『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民事法研究会・2011年）762 ～ 764頁。また台湾法252条は「約束した違約金の額が高すぎるときは、裁判所は、相当の額に至るまで減少することができる。」と規定している。条文の訳は、「中華民国民法」前田達明『史料民法典』（成文堂・2004年）1622頁による。

と減額の両方を認める立法例はフランス法だけである[9]。

以上の立法例を踏まえると、比較法的には、中国法は一定の条件の下で、契約当事者が法院[10]に対して違約金の増減を請求することを認めているめずらしい立法例を採用している。意思自治の観点[11]からすれば、当事者間で違約金について合意したのであれば、その拘束力が発生することになり、実際に債務不履行が生じれば、当然、合意した金額の支払いを求めることになろう。しかし、中国法では法院が、違約金の増減を命じることを認めているのである。日本法における債権法改正の議論のなかでこの点が立法論的なテーマとなっており、日本における民法改正にあたって中国法の実践が参考になるかもしれない。

ここでいくつかの疑問がわいてくる。中国では法はなぜ違約金の増減を認めるのか、どのような条件で増額ないし減額を認めるのか、さらにそれはいかなる考慮にもとづいてなされるのか、増額と減額では異同があるのか、また、意思自治との関係をどう説明しているのかなどである。他方、比較法的な視野を入れると、前述のように台湾法では裁判所によって違約金の減額だけを認める規定がある。この規定は戦前1929年南京で

---

[9] フランス民法1152条２項は「ただし、裁判官は、職権によっても、合意された違約金が明らかに過大または過小である場合には、それを減額し、または増額することができる。反対の約定はすべて、書かれなかったものとみなされる。」と規定している。条文の訳は、民法（債権関係）の改正に関する検討事項（14）第４　賠償額の予定（民法420条、421条）に関する比較法の部分による。民事法研究会編集部・前掲注（８）763頁。

[10] 条文上は仲裁機構にも違約金の増減についての裁量権を持たせているが、本稿においては、「法院」というときは「仲裁機構」も含む意味で用いることとする。

[11] 意思自治という概念は、フランス法に由来するが、これは契約の拘束力の根拠を当事者の意思（約束）に求めるという理念である。ドイツ法では、これと内容的に微妙に異なるものの、同じような理念に立つものとして、契約自由や私的自治といった概念が用いられている。星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『基本法学４――契約』（岩波講座・1983年）１～24頁以下参照。そして、本稿では、検討する課題との関係で、過怠約款（違約金）の増減を認めない規則を定めた1804年フランス民法典がその根拠とする「意思自治」という概念を用いることとする。

制定された中華民国法から受け継がれるものであるため、現行中国法の前史をもなしているが、現在では台湾法としてその独自の発展を遂げている。また、日本法では一般条項の適用により過大な予定賠償額の効力を否定する学説・判例もある。このような状況を踏まえると、結局、台湾法、日本法などとの対比の視点から比較法的に見て、中国法の法制をいかに位置づけるべきか、台湾法、日本法は、中国法と現実にはいかなる相違があるのかは気になるところである。また、中国法が違約金の増減を認めていることが、契約法の本質的理解とどう関わるのかにも興味を引かれる（以下では、中国法において法院が違約金の増額と減額の両方を認める法制を「違約金増減」と称し、特定に違約金の増額を認める法制を論じる際に、その法制を「違約金増額」と称し、特定に違約金の減額を認める法制を論じる際に、その法制を「違約金減額」と称することとする。）。

2　課題

以上のような問題意識に基づいて、本稿では、主に以下の３つの課題を設定し、明らかにしたい。

第一は、なぜ中国法では違約金増減が認めているのか、違約金増減の適用について、法規定と司法解釈はそれぞれどのように定めているのか、また、学説はそれについていかなる説明を加えているのかという点であり、これらの検討を通じて違約金増減の概要を明らかにする。

第二は、裁判の場で、違約金増減がどのように運用されているのか、また、法院はいかなる要件で違約金の増額または減額を認めているのか、もしくはいかなる要件で違約金の増額または減額を否定しているのかを解明し、その運用実態を明らかにする。

第三は、比較法的には、台湾法において裁判所によって違約金の減額を認める法制があるが、これはいかなるものなのか、どのような特徴があるのか。また日本法において予定賠償額についての増減問題は条文、学説および判例によってどのように取り扱われているのか、近年の債権法改正の議論では、如何なる動向が示されているのか。これらの検討を踏まえて、中国法における違約金増減を台湾法、日本法と比較すると、

どういった相異および特徴を見て取れるのか、また、意思自治との関係で如何にして捉えるべきなのかという点であり、これらの検討を通じて中国法における違約金増減の位置づけおよびこれを支える要因を考えてみたい。

3　本稿の構成

以上の課題を基に、本稿では具体的には次のような順番で論じていきたい。

第１章では、違約金増減が設けられる趣旨はいかなるものなのか、法規定および司法解釈では、違約金増減の適用について如何に定められているのか、学説はそれについていかなる説明を加えているのか、また立法史において違約金増減が如何にして形成されてきたのかを検討し、違約金増減の概要を把握する。第２章では、特定時期の裁判例を数量分析の手法で分析し、これによって違約金増減に関する運用実態の傾向を明らかにする。第３章では、具体的な裁判例の裁判内容および理由付けを分析し、これによって違約金増減に関する運用実態の論理を明らかにする。第４章では、違約金増減をめぐる学界の評価および近時の立法論を取り上げ､違約金増減の改正に関する最新動向を把握する。第５章では、比較法的には、台湾法、日本法では、違約金、予定賠償額についての増減問題が如何にして扱われているのかを取り上げ、中国法における違約金増減は、台湾法、日本法と比較すると、どのような相違および特徴を有するのかを明らかにする。最後のむすびでは、前章による検討を踏まえて、中国法における違約金増減は、意思自治との関係でどのように位置付けられるのかを明らかにし、その運用を支える要因が何なのかを考えてみたい。

4　本研究の意義

以上に述べた課題に取り込むことはすくなくとも次の二つの意義があると考えている。

第一に、意思自治は近代法全体における契約理論を支える中心的な思

想であり、かつ、社会の構成原理であると位置づけることができる[12]。そのため、当事者による違約金の約定を尊重することは、意思自治を貫徹するという大きな意味を持っていると理解することができる。違約金の増額や減額を認めることは、公権力による私人である当事者の意思への介入となり、意思自治に干渉することを意味し、故に、意思自治との緊張関係を生んでしまうのではないか、という懸念が生じることになる。

一方で、近代社会から現代社会へと転換していくにつれて、社会的、経済的な変化のもとで強者による弱者の圧迫や契約内容における不正義といった現象が起きた。そのため、近代契約理論を支える意思自治の理念が揺らぎ始め、意思自治の理念を修正しようとする新しい法理が次第に唱えられるようになってきた。これがまさに現代契約理論が直面する新しい課題である[13]。たとえば、日本法における債権法改正をめぐる議論においては、信義則による意思自治原則の補完[14]、平等原則などの公序による意思自治原則への制約[15]、また、契約のリスク配分の限定性に対する意思自治原則の補充[16]といった新しい法理で解決の道を模索し始めている。これらの法理は場合によっては意思自治原則と補完関係にあ

---

[12] 星野・前掲注11）22 ～ 23頁参照。

[13] 星野・前掲注11）24頁以下参照。

[14] これは債務の履行と債権の行使に際しての債務者および債権者の信義則に基づく行動義務を想定する考え方であり、たとえば、保護義務や安全配慮義務などが挙げられている。それにより当事者の合意を補完するものとして機能するのである。吉田克己「民法改正と民法の基本原理」『市場・人格と民法学』（2012年、北海道大学出版会）146 ～ 147頁参照。

[15] これは、現代的暴利行為論や保護的公序を念頭において、契約の自由とともに平等の原則ないし思想を想定し、これによって公序を具体化するものであり、平等原則を契約法の基本原理として定める考え方である。他方で、意思自治との関係で、平等取り扱いの具体的な内容についていまだに共通理解が形成されていない。吉田・前掲注14）148 ～ 149頁参照。

[16] これは、当初の契約意思によるリスク配分を尊重しつつ、それによってカバーされない部分については、補充的契約解釈が必要だ、とする考え方である。たとえば、事情変更の原則の適用により、当事者の合意に基づくリスク配分を行えなかった事項について、再交渉義務などを通して当事者の自律的なリスク配分の促進を図ろうとするものである。吉田・前掲注14）148 ～ 149頁参照。

るものとして、これと協働するものであるが、場合によっては緊張関係を孕むものとして、これと対抗してしまうかもしれないものである。それゆえに、現代契約法において意思自治と契約正義の均衡をどう図っていくのか、また、如何にして両者を位置付けるべきなのかという点について、法理の具体的な内容の解明が迫られている。これが今日の民法学における重要な課題であると考えられる[17]。

このような現代契約法の発展動向を踏まえれば、中国法における違約金増減に関する運用と理念を検討の課題とするのは、正にそのような目的が含まれるであろう。もっとも、学界では、違約金増減を設けることによって中国契約法も国際化、現代化されて、先進諸国の仲間入りを果たしたという声[18]もあったが、このような考え方が妥当なのかも問題である。そのような指摘を踏まえれば、上記の課題を検討することは、意思自治との関係で中国契約法の本質を検証するリトマス試験紙となり、中国契約法が如何なる社会哲学に立つのかを解明することに役に立つと考える。また、中国法における議論、運用実態をフォローすることは、近時行われている日本の債権法改正作業による立法論的な課題と今後の解釈論的な運用の接続についても、有意義であるように思われる。

第二に、日本では、中国の違約金制度に関する研究は一つしかない。その内容は、中国契約法ができる前の、主に中国と日本の違約金の性質、機能およびいくつかの事例の紹介にとどまるものであり、違約金増減の問題に取り組むものではない[19]。また、管見の限り、中国の学界を見ても、ほとんどの研究は違約金増減に関する理論的なレベルの検討にとどま

---

[17] 吉田・前掲注14）151 ～ 152頁参照。

[18] 王晨「中国契約法典制定過程から見た自由と正義」法学雑誌48巻４号（2002年）417頁参照。

[19] この論文の主なテーマは、かつての計画経済の中で設けられていた法定違約金の制度と市場経済の導入により採用された約定違約金の制度との性質、機能に関する論争である。契約法ができる前であるため、違約金増減の適用に触れるところは少ない。王晨「日中契約責任法における損害賠償の予定と違約罰（一）」民商法雑誌108巻４・５号（1993年）65 ～ 93頁、王晨「日中契約責任法における損害賠償の予定と違約罰（二）」民商法雑誌109巻１号（1993年）624 ～ 653頁参照。

り、裁判の場で、法院がいかなる理由で違約金の増額または減額を認めたのかまたは認めなかったのかという裁判実務の検証はない。本稿では、違約金増減の運用実態を解明するために、特定時期の裁判例群を対象とした数量分析を行い、違約金増減の運用の傾向を明らかにし、加えて、具体的な裁判例を挙げた上で、その判決内容や理由付けについての詳細な分析を行い、これによって違約金増減の運用の論理も明らかにしたい。これらの作業によって、中国契約法の本質についての論理的な説明が可能となり、加えて、学術的に大きな貢献ができるのではないかと思われる。

第１章　違約金増減の概要

本章では、違約金増減の趣旨・対象・要件およびその立法史を明らかにする。第１節では、なぜ中国法において違約金の増額または減額を認めるのか、すなわち違約金増減がどのような趣旨で設けられているのかを明らかにする。第２節では、中国法において違約金増減に適用される対象は違約金であるが、その違約金はどのような法的意味を持つのか、すなわち、違約金の種類、法的性格および機能を明らかにする。第３節では、法規定、司法解釈及び学説によって、違約金増減の適用について、どのような要件が設けられているのかを明らかにする。第４節では、立法史という角度から、違約金増減が如何にして形成されてきたのかを明らかにする。

第１節　違約金増減の趣旨

序章では指摘したように、違約金の約定に拘束力が生じること、すなわち、契約違反時に、違約金の約定通りに債権者または債務者[20]が違約

[20] 中国法においては、契約の両当事者の中で、契約違反をした者を「違約者」または「債務者」と称し、契約違反をされた者を「被違約者」または「債権者」と称するのが一般的である。本稿では、法的用語を用いる際に混乱が生じないようにするために、統一的に契約違反をした者を「債務者」と称し、契約違反

金の支払い義務を負担することは、当事者の意思自治への尊重を意味する。この理念は契約法理論を支える中心的な思想であり、また、社会の構成原理でもある。しかしながら、現代中国契約法においては、正面から、法院の介入を認める違約金増減を承認し、意思自治の原理にインパクトを与えたのである。それゆえに、この法制はどのような趣旨で正当化されるのか、言い換えれば、どういう価値が内在されているのかが問題となる。この点を明らかにするためには、当時の立法者の意思を読み取れる一次資料が必要である。しかし、中国においては、契約法の立法理由書が非公開となっているため、その代わりとして、学界における有力な民法学者の著書および最高法院の法官が執筆した文書から、違約金増減の趣旨を読み取るかまたは推測するしかないと思われる。このような観点から、本節では、王利明『違約責任論（改定版）』[21]、韓世遠『合同法総論（第三版）』[22]、崔建遠『合同法（第二版）』[23]、江必新・何東林『最高人民法院指導性案例裁判規則理解與適用・合同巻一』[24]という四つの文献に基づいて違約金増減の趣旨を明らかにすることとする。具体的には、本節では、まず、違約金増減の趣旨について、学者ごとに如何なる見解が述べられているのかを挙げた上で、これを整理し、次に、その内容を如何に読み解くべきかを検討し、まとめることとする。

1　学説の整理

学説では違約金増減の趣旨について以下の説明がされている。

（1）王利明氏の見解

をされた者を「債権者」と称することとする。

[21]「第十二章　違約金責任」王利明『違約責任論（改定版）』（中国政法大学出版社・2003年）612 ～ 643頁。

[22]「第六節　違約金」韓世遠『合同法総論（第三版）』（法律出版社・2011年）656 ～ 676頁。

[23]「第九節　違約金責任」崔建遠『合同法（第二版）』（北京大学出版社・2013年）378 ～ 402頁。

[24]「第五章　違約責任」江必新・何東林『最高人民法院指導性案例裁判規則理解與適用・合同巻一』（中国法制出版社・2012年）457 ～ 490頁。

まず、王利明氏によれば、「実務的には、違約金への介入が必要とされる。なぜなら、一方では、もし当事者が約定した違約金の額が著しく高い場合においてその減額を認めなければ、債権者が不当な利益を得るのみならず、債務者の財産状況を一定程度悪化させてしまい、債務者から正当な競争の条件を失わせかねない、という事情がある。しかし、もう一方では、もし当事者の恣意にまかせて、著しく高額な違約金条項の締結を許すとすれば、違約金の約定をばくちに転化することになるため、当事者が不当な方法で約定の利益ないし収入を手に入れることを促進することになってしまう、という疑いない事情もある。同時に、違約金を手に入れるために、債権者が債務者に故意に債務不履行をするように促すことになる、という事情もある。そして、公正、誠実、信用の原則と乖離する、からである。それゆえに、法院が不合理な違約金の減額をできるようにすることは、公平、誠実、及び信用の原則を守ることに重要な意義を持つのであり、債務者はやむを得ず合意した高額かつ不合理な違約金の責任の束縛から離脱することができる。」[25]、とされる。

（2）韓世遠氏の見解

次に、韓世遠氏によれば、「当事者が約定した違約金は、たとえそれが賠償的違約金であっても、または懲罰的違約金であっても、約定通りに守らなければならない。これは契約厳守原則による必然的な要請である。他方で、行き過ぎた契約の自由は不当な結果をもたらすことになる。すなわち、違約金条項が一方当事者が相手方当事者を圧迫するツールに転化されることになる。それゆえに、違約金を約定通りに安易に認めないことは、違約金増減の要請である。」[26]、とされる。

（3）崔建遠氏の見解

また、崔建遠氏は違約金増減が設けられる理由を以下のように述べておられる。

「まず、賠償的違約金は損害賠償を予定したものであるから、実損害

[25] 王・前掲注（21）638 ～ 639頁。

[26] 韓・前掲注（22）661頁。

と完全に一致することまでは求められないものの、両者を乖離させてはならない。そうでなければ、違約金の支払い義務と損害賠償との一致性を弱体化ないし喪失させ、両者の差異を大きくしてしまい、結果として、違約金と損害賠償を異なるものに転化させてしまうからである。それゆえに、違約金が著しく高いか低い場合には、その減額または増額を認めることが妥当である。

また、違約金を実損害と均衡させなければならないということは、商品交換の等価原則による要請が法的責任の形で表れたものであり、これは契約正義の内容であり、また、契約法が求める理想でもある。そのため、違約金が著しく高いか低い場合にその減額または増額を認めることにはそれなりの根拠がある。」[27]、とされる。

（4）最高法院の法官の見解

最高法院の法官が執筆した文献では、違約金増減が設けられる理由が以下のように述べられている。

「まず、違約金の約定は法律が違約金を定める目的に従わなければならず、その目的と乖離してはならない。また、公平と誠実信用原則にも違反してはならない。

次に、違約金は損害賠償の予定であるため、違約金の額がもたらされた損失と一致しない場合には、法院による増額ないし減額が必要となる。約定の違約金がもたらされた損失よりも低額な場合、その増額を認めないと、債権者の損失の填補にとって不十分であるだけでなく、債務者の契約違反の制裁としても不十分である。約定の違約金がもたらされた損失よりも著しく高額な場合、その減額を認めないと、債務者の負担を重くする一方で、債権者に著しく高い利益を得させることになってしまう。ひいては、債権者が違約金制度を悪用し、債務者に契約の履行を求めるのではなくて、違約金の支払いを求める原動力となり、法律が違約金制度を設けている目的と乖離しかねない。

また、違約金の支払いは当事者の約定ではあるものの、同時に、法律が定める債務不履行責任を追及する方法の一つでもある。故に、当事者

[27] 崔・前掲注（23）391頁。

が約定した違約金条項に対する法院の審査が必要とされなければならない。当事者が約定した違約金条項が法的効力を備えないか著しく公正を失する場合には、その効力を判断する権能、および、その額を増減する権能を法院に委ねなければならない。」[28]、とされる。

2　検討

以上、違約金増減の趣旨を、王利明氏の見解、韓世遠氏の見解、崔建遠氏の見解、および最高法法官の見解から整理してきた。これらに照らせば、以下の2点の特徴を見ることができる。

第1に、学界では違約金増減の趣旨を論じる際に、両者を区別してそれぞれ異なる論理で正当化するのではなく、基本的に両者を合わせてその趣旨を論じる傾向が見られる（韓世遠氏の見解、崔建遠氏の見解、および最高法法官の見解）。王利明氏の見解は違約金減額を念頭において論じたものであるが、その内容まで見ると、ほかの論者の見解と異なる論理で違約金減額の趣旨を構成しようとする考え方ではない。したがって、中国法においては、違約金増額と違約金減額は同じ論理の枠組みで正当化されていることが明らかにされた。

第2に、違約金増減は同じ論理の枠組みで正当化されるとしても、その論理の中身が何なのかが問題である。学者の見解は一見バラバラに主張されているが、その内容まで突き詰めて見てみると、その論理は主に二つレベルで行われていると考えられる。まず、王利明氏の見解、韓世遠氏の見解、また最高法法官の見解によると、違約金増減を認めるのは、当事者間の利害の関係の調整に力点を置くためであることが明らかにされた。すなわち、意思自治の理念と対立するものとして、当事者間の給付の均衡の回復という考えを違約金増減を正当化する抽象的な理念として打ち出すことができる。そして、その抽象的な理念に内在される具体的な価値が崔建遠氏の見解により提示された「等価原則」という考え方が浮き彫りになる。以下、詳しく検討する。

（1）抽象化理念――当事者間の給付の均衡の回復

[28] 江ほか・前掲注（24）459 ～ 460頁。

まず、韓世遠氏の見解では、一方では、「契約厳守原則」という合意の拘束力に基づく原則を強調されているが、他方では、「行き過ぎ」の契約自由への危惧を指摘し、その危惧を「不当な結果」をもたらし「当事者への圧迫」になるものとして説明されている。もっとも、どのような論理で「不当な結果」や「当事者への圧迫」と認定するのかについては、韓世遠氏ははっきりとは説明してはいないが、少なくとも次のような読み方が可能であると思われる。すなわち「不当な結果」という表現に照らすと、氏は、当事者の意思よりも、むしろ結果を重視する立場を採っており、また、「当事者に対する圧迫」という表現に照らすと、氏は当事者の給付の均衡が崩れることに問題意識を持っている、という読み方である。要するに、韓世遠氏の見解を突き詰めると、「契約厳守原則」や契約自由などは、当事者間の給付の均衡を破壊する結果をもたらしてはならないということになる。このような観点からすれば、もし当事者間の給付の均衡が破壊された場合には、法院が違約金増減を通して、当事者による「行き過ぎ」た意思自治を矯正し、当事者間の給付の均衡を再び図る必要があるという立場が読み取れる。

また、最高法法官の見解と王利明氏の見解も、韓世遠氏の見解と同じような論理で、違約金増減の趣旨を語ったものと見て取れる。

最高法院の法官見解では、違約金増減の趣旨として、違約金制度の目的、公平と誠実信用原則による要請、また司法の審査の必要性などの理由が挙げられていたが、それらの具体的な内容については、当事者間の利害の関係の調整に主眼が置かれることが明らかにされている。すなわち、次のように要約することができる。法院が違約金の増額を認めないと、債権者に不利（損失の填補に不足すること）となる一方で、債務者に有利（賠償責任を軽くすること）となり、また、法院が違約金の減額を認めないと、債務者に不利（賠償責任を重くすること）となる一方で、債権者に有利（損失よりも高い利益を得ること）となるということになる。要するに、法院が常に関心を払うべきことは、当事者の主観的な意思がどうなっているのかということではなく、当事者間の客観的な利害の関係がどうなっているのか（いくら損失が発生したのか）、そして、如何にしてその利害の関係を調整するのか（いくら賠償責任を命じるのか）ということである。このような思考を論理化していくと、法院は常

に当事者間の給付の均衡を中心に据えて考量する必要があり、違約金増減を通して、違約金と当事者の実損害との間に生じたずれを回復し、当事者間の給付の不均衡を是正する、という論理が働いているのではないかと考えられる。

一方で、王利明氏の見解は、違約金減額だけを念頭において論じるものであるものの、最高法法官の見解と同じ論理を提示している。すなわち、法院が違約金の減額を認めないと、債権者が（債権者が生じた損失）よりも多くの利益を手に入れることになり、当事者間の利害の関係のバランスが崩れるため、公平および誠実信用原則と乖離することになる、とされている。要するに、王利明氏の考えを突き詰めると、公平と誠実信用原則の内容を、違約金増減を通して、当事者間の不均衡な給付の関係への回復につなげようとする意図があるように思われる。

以上の違約金増減の趣旨に関する韓世遠氏の見解、最高法院の法官見解、および王利明氏の見解によると、「行き過ぎ」の契約自由、「公平」、「公正」と「誠実信用」といった表現が用いられているが、その内容の実質を見てみると、中国の契約法においては、意思自治の理念と対立するものとして、当事者間の給付の均衡の回復という考え方があり、これが違約金増減を正当化する抽象的な理念として打ち出されている、ということが明らかにされた。もっとも、その抽象的な理念に一体如何なる具体的な価値が内在されるのかは問われることになる。

（2）核心価値――等価原則

これらの見解によると、違約金増減の趣旨を正当化する抽象的な理念として当事者間の給付の均衡の回復という考えを明らかにされた。とはいえその後ろに内在される価値が何なのかについて、崔建遠氏の見解が示唆している。

崔建遠氏が違約金の機能を損害賠償の予定と理解し、違約金増減を通して違約金を当事者の実損害との一致性を求める必要性があると説明している。その上で、その必要性を、「商品交換の等価原則」という価値から根拠付け、「商品交換の等価原則」という価値こそが契約正義の内容であり、また、それを契約法が追求する理想として掲げておられる。要するに、崔建遠氏は、違約金増減の趣旨を正当性するためには、その

源である中国法における契約の価値観にその根拠を探ってみた。裏を返せば、等価原則という中国契約法の価値観が支えられるため、違約金増減を通して当事者間の給付の均衡への回復という論理が抵抗なく打ち出されるとも解される。この意味では、等価原則は、違約金増減に内在された根本的な、核心的な価値であることが明らかにされた。

3　小括

以上では、なぜ中国法において違約金増減を認める必要があるのかという問いに対し、学界における代表的、有力的な見解を検討した。この検討の結果、中国法における違約金増減は、当事者間の給付の均衡の回復という抽象化理念と、等価原則という核心価値により正当化されると捉えることができる。本論文の課題との関連で、このような論理や価値観を、実務において具体的に如何にして行われるのか（裁判実務についての検証）、学界では如何にして評価するのか（学説による評価）、台湾法・日本法と比較してどう位置づけるべきなのか（比較法の視点）などの検討は、後章にゆだねることとする。

第２節　違約金増減の対象

前節では違約金増減の趣旨を明らかにした。本節では法院が違約金増減を適用する際に、まず適用の対象とされる違約金は、如何なる法的意味を持つのか、違約金の種類、法的性格および機能を明らかにする必要がある。違約金の種類、法的性格および機能を明らかにするには、違約金増減の要件と緊密に関わっており、違約金増減の趣旨に対する理解に欠かせなく、重要な意味を持つ基本的な作業であると考えられる。

この作業は以下の２つ順で進める。

第１に、違約金が契約の当事者が約束した債務不履行時、債務者が債権者に支払う金銭またはほかの給付であり、契約の当事者の約定による一種の債務不履行の救済方法とされるのは一般的である[29]。とはいえ、

[29] 学界では違約金の概念について王利明氏によると「違約金とは、当事者があらかじめ約定し、確定したものであり、違約行為が発生した後に履行行為と独

違約金の種類、法的性格、機能に対する認識について学界では概念を混同する傾向があり、混乱が生じやすい[30]。それゆえに、中国法における代表的な民法学者の学説に基づき、違約金の種類、法的性格と機能を整理し、正確に捉える必要がある。

第２に、学説による違約金の種類、法的性格と機能について整理したうえで、違約金増減に適用される違約金は、どのような種類の違約金なのか、いかなる法的性格と機能を持つのかを明らかにする。

１　違約金の種類、法的性格および機能をめぐる学説

以下に、学説に基づき違約金の種類、法的性格および機能を整理する。

（１）違約金の種類

学説では中国法において違約金の種類を「賠償的違約金」と「懲罰的違約金」に分類するのが一般的である。両者についてどう定義されているのかを見ておこう。

（ｉ）「賠償的違約金」

王利明氏は、「賠償的違約金」は違約時に債権者の損失を填補するものであるため、「賠償的違約金」は当事者が約定した損害賠償の予定で

立する給付である。」と、韓世遠氏によると「違約金とは当事者が約定したまたは法律の規定したものにより、一方の当事者が不履行または不完全履行の場合にもう一方の当事者に支払う金銭または他の給付である。」と、崔建遠氏によると、「違約金とは当事者が約定したまたは法律の規定したものにより、一方当事者が契約違反する場合に相手方当事者に支払う一定の金銭または他の給付である。」と、それぞれ定義されている。王･前掲注（21）612頁、韓･前掲注（22）656頁、崔・前掲注（23）378頁。

中国の代表的な学者の見解によると、違約金は、当事者が約束した金銭またはほかの給付であるということと、また、債務不履行時に発生する救済方法（債務者は債権者に支払う）であるという２点において認識が共通している。

[30] たとえば、「懲罰的違約金」と違約金の懲罰性という二つ法的概念について、前者が違約金の種類を指し、後者が違約金の法的性格を指すと認識されるべきであるが、学界では両者の概念を混用する傾向がある。

ある、とする[31]。

韓世遠氏は、「賠償的違約金」は損害賠償の予定である。また「賠償的違約金」が損害賠償の予定として用いられるため、現実履行と損害賠償という救済方法と併用されることができない、とする[32]。

崔建遠氏は、「賠償的違約金」は当事者が予定した損害賠償の総額であり、損害賠償の予定とも呼ばれるものである。また債務者が違約する場合には、債権者が違約金しか請求できず、損害賠償などの救済方法と並びに請求することができない、とする[33]。

以上の検討に照らすと、中国法における「賠償的違約金」に対する認識の特徴を以下の２点にまとめることができる。

第１に、「賠償的違約金」は損害賠償の予定とされること。

第２に、「賠償的違約金」は現実履行、損害賠償などの救済方法と併用されることができないこと。

（ⅱ）「懲罰的違約金」

王利明氏は、「懲罰的違約金」は債務者の違約行為に対する懲罰である。また「懲罰的違約金」が債権者の実損害と関わらないため、損害賠償などの救済方法と併用されることができる、とする[34]。

韓世遠氏は、「懲罰的違約金」は当事者の意思に基づき違約行為に対するひとつ制裁であり、違約罰とも呼ばれるものである。また債務者が「懲罰的違約金」の責任を負担するほか、現実履行や損害賠償の責任負担なども妨げられない、とする[35]。

崔建遠氏は、「懲罰的違約金」は債務者に対する私的制裁であり、債権の効力を確保するものである。それゆえに、債務者が違約する場合に債権者が債務者に対して違約金を請求すると同時に、損害賠償などの救

[31] 王・前掲注（21）625頁参照。
[32] 韓・前掲注（22）658頁参照。
[33] 崔・前掲注（23）379頁参照。
[34] 王・前掲注（21）625頁参照。
[35] 韓・前掲注（22）658頁参照。

済方法を求めることもできる、とする[36]。

以上の検討に照らすと、中国法における「懲罰的違約金」に対する認識の特徴を以下の２点にまとめることができる。

第１に、「懲罰的違約金」は当事者の約定（特定の意思）により債務者を制裁するために合意されたもの（違約罰）。

第２に、「懲罰的違約金」は現実履行、損害賠償などの救済方法と併用されることができること。

（２）違約金の法的性格

違約金の法的性格は違約金の種類と異なり、違約金にいかなる法的意味を持つのかを指すことである。もっとも、違約金の種類に応じて、「賠償的違約金」と「懲罰的違約金」がそれぞれどのような法的性格を有するのかを検討する必要がある。学説には決して違約金の種類を区別しながら論じたとは限らないため、違約金の種類に基づきその法的性格を改めて整理する必要がある。

（ｉ）「賠償的違約金」の法的性格

「賠償的違約金」は損害賠償の予定として用いられるため、その基本的な法的性格が損害賠償を代替し損失を賠償する「賠償性」を有すると一般的に認識されている[37]。しかし一方で、王利明氏は、違約金が当事者の実損害と完全に一致することを求めないが、違約金が当事者の実損害よりも高い場合に法院が違約金を減額する権利がある以上、違約金の「懲罰性」も認められる、とする[38]。注意しておきたいのは、王利明氏はこのように論じる際に、「賠償的違約金」か「懲罰的違約金」のどちらを指しているのかを明確していないことである。この点、その解釈の論理

[36] 崔・前掲注（23）379頁参照。

[37] 王・前掲注（21）625 ～ 626頁、韓・前掲注（22）658頁、崔・前掲注（23）379頁などを参照。

[38] 王利明氏の見解によれば、違約金が実損害よりも高い場合、法院が英米法のように違約金を無効することを求められず減額する選択肢を与えられる以上、違約金には懲罰性をある程度認められる。最高法院も同じ立場に立っている。王・前掲注（21）625 ～ 630頁、江ほか前掲注（24）464 ～ 465頁参照。

から見ると「賠償的違約金」にしか適用されないと解される[39]。

以上の検討に照らすと、中国法における「賠償的違約金」の法的性格を以下の点にまとめることができる。

第１に、「賠償的違約金」は主に「賠償性」という法的性格を有し、場合によっては「懲罰性」という法的性格も有する。

第２に、「賠償的違約金」の実損害と同じかもしくは低い部分については、「賠償的違約金」の「賠償性」という法的意味を有するとされる。

第３に、「賠償的違約金」の実損害よりも高い部分については、「賠償的違約金」の「懲罰性」という法的意味を有するとされる。

（ⅱ）「懲罰的違約金」の法的性格

学説では、「懲罰的違約金」は当事者の約定（特定の意思）により違約行為に対する懲罰もしくは制裁であると定義されている[40]。すなわち「懲罰的違約金」は債権者の損失を填補する目的として用いられるのではなく、債務者に懲罰や制裁を与えるために用いられるのである。その懲罰や制裁は損害賠償などの救済方法と併用することができるという点に法的意味を有している。換言すれば、債権者に「懲罰的違約金」という二重取りを認めることにより、債務者に懲罰性を与えることを意味している。

以上の検討に照らすと、中国法における「懲罰的違約金」の法的性格を以下の点にまとめることができる。

第１に、「懲罰的違約金」は「懲罰性」しか有していない。

第２に、「懲罰的違約金」は損害賠償などの救済方法と併用されることができる（二重取り）という点に「懲罰的違約金」の「懲罰性」という法的意味があるとされる。

---

[39] もっとも、王利明氏の見解については、当事者の実損害の有無と無関係な「懲罰的違約金」が当事者の実損害との比較でその「懲罰性」を認定する解釈は論理性を欠くものである。

[40] 王・前掲注（21）625 ～ 626頁、韓・前掲注（22）658頁、崔・前掲注（23）379頁などを参照。

（３）違約金の機能

違約金の種類に応じて違約金の法的性格を明らかにしたところで、更に、債務不履行の救済体系において違約金がどのような役割を果たしているのか、または、当事者がそもそもなぜ違約金を定めるのかという点が問題となる。すなわち、違約金の機能もしくは実益が問題となる。

（ｉ）「賠償的違約金」の機能

王利明氏は、「賠償的違約金」の主な機能が実損害への填補にある、とする[41]。また、氏は、「賠償的違約金」が債務への現実履行を督促し、債権の実現を確保する機能を有する、とする[42]。さらに、氏は、「賠償的違約金」を適用して損害賠償を確定する作業においては、債権者は損害の計算などの証明責任から免除されることになる、とする[43]。

韓世遠氏は、「賠償的違約金」が損害賠償の予定としての「賠償性」を肯定しながら、債務者に債務を履行するように促進することができる、とする[44]。また氏は、当事者が「賠償的違約金」を定めることにより、損失の挙証責任と訴訟を回避することができる、とする[45]。

崔建遠氏は、韓世遠氏の見解と同様に、「賠償的違約金」の機能は、損害賠償の予定としての「賠償性」、債務者に債務の履行を励ますことと、損害の証明と訴訟を回避することといった点である、とする[46]。

以上の検討に照らすと、中国法における「賠償的違約金」は、以下の３つの機能や実益を有するとまとめることができる。

第１に、債権者損失の填補。

第２に、債務履行の確保。

第３に、損失証明責任の免除と訴訟の回避

---

41 王・前掲注（21）625頁参照。

42 王利明氏によれば、当事者が違約金を約定する目的は、債権の実現を確保するという点において「賠償的違約金」か「懲罰的違約金」かを問わないことになる。王・前掲注（21）617 ～ 618参照。

43 王・前掲注（21）625頁参照。

44 韓・前掲注（22）658頁参照。

45 韓・前掲注（22）658頁参照。

46 崔・前掲注（23）379頁参照。

（ⅱ）「懲罰的違約金」の機能

「賠償的違約金」の３つの機能と比べて、学説は「懲罰的違約金」の機能を主にその「懲罰性」に縛って解釈している。すなわち学説では、「懲罰的違約金」の「懲罰性」による懲罰や威嚇によって債権の実現を確保するものとして機能することができる、と指摘されている[47]。また「懲罰的違約金」を約定する場合には、「賠償的違約金」と比べて、より有効に契約の履行を迫ることができる、とも強調されている[48]。

以上の検討に照らすと、中国法における「懲罰的違約金」は、単一の機能しか有しないと解釈されている。すなわち「懲罰的違約金」は債務履行の確保という機能だけを持つのである。

（４）小括

以上、学説は違約金の種類、法的性格および機能について如何に説明しているのかを検討し、整理してきた。この整理によって、学説の違約金についての解釈の混乱が解消でき、そして、違約金の種類、法的性格および機能を正確に捉えることができるようになった。加えて、以上の検討は、違約金増減に適用される違約金がどのような種類なのか、また、いかなる法的性格と機能を持つのかという問題を明らかにするためには、基礎的かつ不可欠の作業となるという意味も有する。

２　対象としての違約金

ここまでの検討で、学界による違約金の種類、法的性格および機能について明らかにした。それにより、違約金が債務不履行の救済体系においていかなる種類のものなのか、その種類に基づき如何なる法的性格および機能を有するかを把握することができた。この学説の基礎的な整理を踏まえて、本部分は違約金増減に適用される違約金がどのような種類なのか、いかなる法的性格と機能を持つのかを明らかにする。この作業のためには、違約金増減を定める契約法114条（以下では、契約法114条を本条文と称する）の法規定に基づいて違約金を解釈する必要がある。

---

[47] 崔・前掲注（23）379頁参照。

[48] 王・前掲注（21）618頁参照。

本条文の内容を以下に示しておく。

契約法114条
1項
当事者は、一方が違約したときに違約の程度に応じて相手方に一定額の違約金を支払うことを約定することができ、また、違約によりもたらされた損失賠償額の計算方法を約定することもできる。
2項
約定された違約金がもたらされた損失よりも低い場合には、当事者は、人民法院又は仲裁機構に対し増額するように請求することができる。約定された違約金がもたらされた損失よりも著しく高い場合には、当事者は、人民法院または仲裁機構に対し適当に減額するように請求することができる。
3項
当事者が履行遅滞についての違約金を定めているときは、債務者は違約金を支払うと共に債務を履行しなければならない。

本条文を要するに、1項は当事者が違約行為について一定額の違約金または損失賠償額の計算方法を約束することができると定められている。2項は違約金増減が如何にして適用されるのかという要件に関する規定である。3項は履行遅滞としての違約金に関して、現実の履行を妨げるものでないと定められている。

以上からすれば、違約金増減に適用される違約金を検討する際に、以下の2点を解明しなければならない。

第1に、2項の違約金は1項、3項との関係でどのように捉えるべきなのか、すわなち、違約金増減に適用される違約金の範囲を明確しなければならない。

第2に、2項の違約金の種類は何なのか、それによる法的性質と機能を如何にして捉えるべきなのかを明確しなければならない。

（1）範囲

本条文の内容を要約すると、1項には違約金または損失賠償額の計算

方法が当事者による約定の性質が明確にされる。３項には、履行遅滞としての違約金と現実の履行との併用関係が明確にされる。一見すると、２項による違約金増減の適用ルールと直接的な関係がないが、違約金増減の対象による言葉の扱いという角度から見ると、１項、３項と２項の関係について、混乱を招きやすいところがある。具体的には以下の２点がある。

一つ目は、違約金増減の対象としての２項の「違約金」に１項の「損失賠償額の計算方法」が含まれるかどうか、換言すれば、「損失賠償額の計算方法」が違約金増減の対象として用いられるかどうかという点である。

二つ目は、３項による「履行遅滞としての違約金」も２項の「違約金」に含まれるかどうか、すなわち、違約金増減の対象とされるかどうかという点である。

この２点が違約金増減に適用される違約金の範囲を確定する重要な点であるが、本条文を解釈する解説書などはいずれにもふれていないため、体系的解釈という角度で分析する必要があると考える。

（ｉ）「損失賠償額の計算方法」について

「損失賠償額の計算方法」が違約金増減の対象とされるかどうかについては、確かに、２項による「違約金」が単なる違約金という言葉を特定しているにすぎないが、以下の２つの理由で「損失賠償額の計算方法」が違約金増減の対象の枠組みに入ると考える。

まず、１項が「一定額の違約金」と「損失賠償額の計算方法」を並列し、当事者の約定によるものを明確する点から見ると、両者がともに違約金による当事者の約定性という特質を表している。それゆえに、両者が単なる定め方（一定額、計算方法）が異なるのにほかならず、違約金の約定性という本質に属することが変わらない。

また本条文の体系的な構造から解釈すると、違約金増減の対象としての２項の違約金が、１項による当事者の約定した「一定額の違約金」または「損失賠償額の計算方法」のどちらをも含むことはごく妥当の解釈であると考える。

以上の理由に基づき、１項による「一定額の違約金」と「損失賠償額

の計算方法」のいずれも狭義の違約金と理解し、２項の「違約金」が広義の違約金と理解するのは適切であると考えられる。それゆえに、１項による当事者の約束した「一定額の違約金」と「損失賠償額の計算方法」のいずれも違約金増減の対象の枠組みに入る。

（ⅱ）「履行遅滞としての違約金」について

「履行遅滞としての違約金」が違約金増減の対象とされるかどうかについては、違約金を本来なら債務不履行の各形態（履行不能、不完全履行、履行遅滞など）について自由に定めることができることからすれば、「履行遅滞としての違約金」は単に履行遅滞という債務不履行の一形態を念頭において定めているに過ぎないのであるから、これが違約金増減の対象とされるのは自明のことである。さらにいえば、本条文を体系的に解釈すると、３項は、「履行遅滞としての違約金」が現実の履行を妨げるものでないとするにすぎないため、２項の違約金増減の適用と矛盾するわけでもない。以上の理由に基づき、「履行遅滞としての違約金」も違約金増減の対象の枠組みに入ると解釈すべきである。

（ⅲ）小括

以上の検討をまとめると、違約金増減の対象としての「違約金」は広義の違約金であり当事者の約束した狭義の違約金（「一定額の違約金」と「損失賠償額の計算方法」）のいずれも含めていると解釈すべきである。また、その対象としての違約金を債務不履行の各形態について定めることも妨げられない、とも解釈すべきである。

（2）種類、法的性格および機能

前文では違約金増減の対象の範囲を明確した。次に、そもそも違約金増減に適用される違約金はどのような種類の違約金を指すのか、それによりいかなる法的性格と機能を抱えるのかを明らかにする。前述の学説の整理に沿っていえば、要するに、「賠償的違約金」と「懲罰的違約金」のどちらが違約金増減の対象としての違約金なのか、あるいは両方が含まれるのかということである。この点について、本条文を解釈する解説書に基づき検討を進める。

（ｉ）本条文の立場　――「賠償的違約金」

最高法院の法官が書いた解説書によると、違約金増減の対象としての違約金が「賠償性」を主とし、「懲罰性」を補とする法的性格を有するため、対象としての違約金は「賠償的違約金」と扱われるべきである。その理由を以下に見ておこう。

まず、本解説書は違約金の対象としての違約金は主に「賠償性」の法的性格を有する、とされる。その理由として以下の３つを挙げられる[49]。

第１に、民法通則112条１項「当事者の一方が契約に違反する場合の賠償責任は相手方当事者がそれにより受けた損失に相当する。」という文言から見ると、違約責任としての違約金は損失の填補という「賠償性」を有するべきである。

第２に、本条文２項が違約金と「もたらされた損失」との比較を違約金増減の要件としていることからすれば、同項は違約金の「賠償性」を強調している。

第３に、本条文１項は違約金の範囲を「一定額の違約金」と「損害賠償額の計算方法」と並列に定めていることからすれば、違約金が損害賠償としての役割を有することは明らかである。

他方、本解説書は、違約金増減の対象としての違約金はある程度「懲罰性」の法的性格を有する、ということを認めている。その理由として以下の２つを挙げられる[50]。

第１に、本条文２項により違約金がもたらされた損失よりも著しく高いことに限ってその減額を認められるという立法の立場から見ると、違約金がもたらされた損失が普通に高い場合には、違約金の減額を認められないことになる。それゆえに、違約金が実損害よりもある程度の超えた部分を違約金の「懲罰性」に意味を持たれるのである。

第２に、本条２項の立法の技術から見ると、法院が違約金を増額する場合と異なり、法院が違約金を減額する場合においては、「適当」に減額すると定められている。その意味で、本条２項は違約金増減についての立法の仕方の不対等性という特徴を有するのである。それにより、違

[49] 江ほか・前掲注（24）464頁参照。

[50] 江ほか・前掲注（24）464 ～ 465頁参照。

約金が「懲罰性」を持たれると解釈する余地もある。

以上に紹介した部分において、本解説書は違約金増減の対象としての違約金が「賠償的違約金」であるのか、それとも「懲罰的違約金」であるのかについて直接に言及していないが、その法的性格の解説により「賠償的違約金」として扱われるべきという旨が明らかにされた。それにより、違約金増減の対象としての違約金の法的性格と機能を、以下に整理することができる。

第１に、違約金が「賠償的違約金」（損害賠償の予定）として扱われ、現実履行、損害賠償などの救済方法と併用されることができない。

第２に、違約金が実損害と比べると同じくもしくは低い場合に、「賠償性」しか持たないため、違約金のすべてが「賠償性」として扱われる。

第３に、違約金が実損害と比べると高い場合に、「賠償性」と「懲罰性」を両方持っている。実損害と同じ額の部分は、違約金の「賠償性」として扱われ、実損害を超えた部分は、違約金の「懲罰性」として扱われる。

第４に、違約金が「賠償的違約金」（損害賠償の予定）として扱われるため、債権者損失の填補、債務履行の確保および損失証明責任の免除と訴訟の回避という３つの機能と実益を持つのである。

（ⅱ）「懲罰的違約金」への対応

本条文への解釈により違約金増減の対象としての違約金が「賠償的違約金」であることが明らかにされた。一方で「懲罰的違約金」も違約金増減の対象として認められるか否かについて、本条文を解釈している本解説書が明確な立場を示していないのである。学界では、「懲罰的違約金」が違約金増減の対象として認められるべきではなく、ほかの基準に基づいて制限されるべきであるという見解[51]があり、また韓世遠氏によると「懲罰的違約金」が違約金増減の対象として認められるべきではない理由として以下の２つを挙げられる[52]。

---

[51] たとえば、違約金が契約の目的物の額の1.3倍を超える場合に制限されるべきである。韓強「違約金的功能定位與法律効力」『民法解釈與学説』（中国政法大学出版社・2016年）165 ～ 166頁、175 ～ 176頁参照。

[52] 韓・前掲注（22）666頁参照。

第１に、中国法において「懲罰的違約金」を規制する明文が定められていない。（本条文の適用を否定する立場）

第２に、もし「懲罰的違約金」を規制しようとする場合には、契約の無効や取り消しといった法制により「懲罰的違約金」の効力を評価することが可能である。（契約の効力問題として扱うべきである立場）

以上では違約金増減の対象としての違約金は「懲罰的違約金」を含めていないことが明らかにされた。

（３）小括

以上の検討では、解説書から本条文を解釈し、それにより違約金増減の対象としての違約金について、その範囲、種類、法的性格および機能を明らかにした。この基本的な作業は、次の違約金増減の要件に関する検討に欠かせず、重要な意味を持つことになる。

第３節　違約金増減の要件

前節では違約金増減の対象としての違約金について、その範囲、種類、法的性格および機能を明らかにした。この基礎的な作業の上で本節には違約金増減はいかにして適用されるのかという要件の検討に入る。本稿の核心的な部分であるため、詳しく検討する必要がある。

違約金増減の適用に関する現行法の法規定には以下の５つがある。すなわち、契約法（1999年）、最高人民法院「分譲住宅買契約紛争事件の審理における法律の適用に関する若干の問題に関する解釈」（2003）[53]（以下は「住宅売買契約適用解釈」と称する）、「最高人民法院による当面の形

[53] 中国法の重要な法源の一つとして、最高人民法院と最高人民検察院が発する「司法解釈」とよばれる文書がある。司法解釈には「法律効力」があるとされ、少なくとも下級法院は具体的な裁判においてこれに拘束される。その形式としては、「解釈」（特定の法律、事件類型、問題についての法運用につき解釈を示したもの）、「規定」（立法の精神にもとづき一般的に規則、意見を制定するもの）、「批復」（高級法院、軍事法院からの照会に対する回答）、「決定」（司法解釈を改正、廃止する際に用いる形式）がある。高見澤磨・鈴木賢・宇田川幸則『現代中国法入門〔第７版〕』（有斐閣・2016年）110 ～ 111頁参照。

勢の下における民商事契約に関する紛争の審理の若干の問題に関する指導意見」（法発「2009」40号）（以下は「民商事契約審理指導意見」と称する）、最高人民法院「契約法を適用する若干の問題に関する解釈（二）（2009）（以下は「契約法適用解釈」（二）と称する」および最高人民法院「売買契約事件の審理における法律の適用に関する法律問題に関する解釈」（2012）（以下は「売買契約適用解釈」と称する）がある。その中で「住宅売買契約適用解釈」と「売買契約適用解釈」が住宅売買契約と売買契約にそれぞれ適用される特別法である。検討の便宜のため、以下に関連する条文をすべて羅列する。

一般法

ア、契約法

114条２項（本条文２項）

約定された違約金がもたらされた損失よりも低い場合には、当事者は、人民法院又は仲裁機構に対し増額するように請求することができる。約定された違約金がもたらされた損失よりも著しく高い場合には、当事者は、人民法院または仲裁機構に対し適当に減額するように請求することができる。

イ、「契約法適用解釈」（二）

27条

当事者が反訴又は抗弁の方法を通じて、人民法院に契約法114条２項の規定により違約金を減額するよう要求した場合には、人民法院はこれを審理するものとする。

28条

当事者は契約法114条２項の規定に基づき、人民法院に違約金の増額を請求する場合、増額後の違約金の額は実際的損失を上回らないものとする。違約金の増額後、当事者が改めて相手方に損害賠償を請求する場合、人民法院はこれを認めない。

29条

（1）当事者は、約定された違約金が著しく高いため適当な減額を主張する場合、人民法院は、実際的損失をもとに、契約の履行状況、当事者の故意・過失の度合い及び逸失利益等の要素を総合的に勘案し、公平原則と誠実信義原則に基づき比較し、裁決を下すものとする。

（2）当事者の約定した違約金がもたらされた損失に比して30％を超える場合、通常、契約法114条２項に定める『もたらされた損失より著しく高い』と認定することができる。

ウ、「民商事契約審理指導意見」

二、７、人民法院が、契約法114条２項により違約金の減額を認めさせるかどうかを判断する際に、事案の具体的な状況に基づき、違約によりもたらされた損失をもとに、契約の履行状況、当事者の故意・過失の度合い、逸失利益、当事者の締結地位の力関係、約款該当性などの要素を綜合考量し、公平原則と誠実信義原則に基づき比較し、単純に一定の減額率などの基準により一律判断することを避け､機械的に判断することで実際の不公平をもたらすことを防ぐ。

二、８、当事者の訴訟の手間を軽減し、違約金に関する紛争を適切に解決するため、債務者が契約の不成立、契約の未発効、契約の無効又は契約違反の不存在を理由とする免責抗弁を行ったものの、違約金の減額請求を提出しなかった場合には、人民法院は、当事者が違約金について著しく高いことを主張する必要があるかどうかについて釈明することができる。人民法院は正確に挙証責任を確定しなければならず、債務者は約定された違約金が著しく高いことに関する主張について挙証責任を負い、債権者が違約金に関する約定が合理的であることを主張する場合には、債務者が関連する証拠を提供しなければならない。契約の解除後に、当事者が、違約金条項が引き続き有効であると主張する場合、人民法院は、契約法第98条に従い処理することができる。

特別法

ア、「住宅売買契約適用解釈」

16条
当事者が約定された違約金が著しく高いことを理由として減額を主張する場合には、違約金がもたらされた損失に比して30% を超えることを標準とし、適当に減額されなければならない。当事者が約定された違約金がもたらされた損失よりも低いことを理由として増額を主張する場合には、違約金はもたらされた損失に基づいて確定されなければならない。

イ、「売買契約適用解釈」
27条
（1）売買契約の債権者が債務者の契約違反を理由とする違約金の支払いを主張し、債務者が契約の不成立、契約の未発効、契約の無効又は契約違反の不構成を理由とする免責抗弁を行ったものの、違約金の減額請求を提出しなかった場合には、人民法院は、仮に人民法院が免責抗弁を支持しない場合、債務者が違約金の減額を主張する必要があるかどうかについて釈明しなければならない。
（2）一審法院は、免責抗弁を認めたものの釈明せず、二審法院は違約金の支払いを判決しなければならないと認める場合、直接に釈明し、判決しなければならない。

以上の条文への整理によると、違約金増減の適用に関して以下の２つの特徴をまとめることができる。

第１に、違約金増減の適用については、法院が違約金を増額する場合と法院が違約金を減額する場合について若干異なる要件が置かれている。この点については、前節の検討によれば、違約金増額が適用される場合と違約金減額が適用される場合において違約金が呈する法的性格が異なるためである。それゆえに、両者を分けて検討を進める必要がある。

第２、違約金増減の適用についてのその具体的な要件の内容を見ると、それぞれ手続的な要件と実体的な要件に分けて構成されている。すなわち、以下のように整理することができる。

まず、違約金増額が適用される場合、手続的な要件について訴訟要件（本条文２項）、実体的な要件について判断要件（「住宅売買契約適用解釈」

16条、「契約法適用解釈」（二）28条）が定められている。

また、違約金減額が適用される場合、手続的な要件について訴訟要件（本条文２項、「契約法適用解釈」（二）27条、「民商事契約審理指導意見」２項８号、「売買契約適用解釈」27条）、挙証責任（「民商事契約審理指導意見」２項８号）、実体的な要件について判断要件（契約法114条２項、「住宅売買契約適用解釈」16条、「契約法適用解釈」（二）29条、「民商事契約審理指導意見」２項７号）が定められている。

以上、違約金増額の適用に関する要件が簡単に定められていることと比べると、違約金減額の適用に関する要件はより詳細に定められている。また、両者の適用に関する要件の内容も若干異なっている。本稿の課題との関連で実体的な要件、すなわち法院がいかなる場合において違約金の増額または減額を認めるのかという判断要件を明らかにするのは本稿の問題関心である。他方、違約金増減の適用を全体的に把握するため、手続的な要件に関する検討も欠けてはならない。このような事情のもとで、法規定と学説に基づいて違約金増減に関する手続的な要件と実体的な要件を検討することとする。

1　違約金増額の要件

違約金増額の適用に関する法規定の整理によると、主に手続的な要件（訴訟要件）と実体的な要件（判断要件）が定められている。以下に最高法法官が書いた解説書、学説などに基づき違約金増額の訴訟要件と、判断要件を明らかにする。

（1）訴訟要件

訴訟要件については、その基本原則と適用という２つの点に分けて検討を進める。

（ⅰ）基本原則

本条文２項の前半の文言によると違約金増額は当事者の請求によってはじめて適用され得るという原則が定められている[54]。すなわち、この

[54] この点について本条文２項の後半の文言によれば、違約金減額の訴訟要件

原則の要点は当事者が違約金の増額を求めないと、法院が職権で違約金を増額することができないという法的意味を有するのである[55]。この原則によると、違約金増額が適用される場合において増額を求める当事者が、債務不履行とされる債権者であることが明らかにされた。

（ⅱ）適用についての問題

違約金増額に関する訴訟の開始が債権者の請求によるというのは実質的に債権者に違約金増額請求権を与えることと同じ意味である。とはいえ債権者が必ずしも違約金を増額するよう請求せず、別に損害賠償を求めれば法院はどのように扱うべきなのかという適用の問題が残っている。

違約金増額請求権と損害賠償請求権の適用関係については、本条文２項の文言上は直接には語られてはいないが、その立法的技術によると、違約金と損害賠償の併用関係の必要性がなくなる[56]。裏を返せば、違約金増額請求権と損害賠償請求権のどちらが適用されるべきなのかという問題であろう[57]。学説では２つの見解[58]が対立しているが、実際には、当

も当事者の請求によるものであるため、両者は異ならないのである。

[55] 違約金増減に関する訴訟要件には２つの立法例があり、当事者の申請によってはじめて違約金の増減をめぐる訴訟が開始されるかまたは法官の職権によって違約金の増減をめぐる訴訟が開始されるかに分かれている。我が国の規定では、違約金の増減をめぐる訴訟は当事者の申請によらなければならないという原則が採用されている。江ほか・前掲注（24）498頁参照。

なぜ中国法において当事者の申請によるという立法例を取るかについては、一般的に契約関係は当事者の間の利益関係であり、また、違約金も当事者が自由意思で合意したもので、社会公共利益、国家利益および他人の利益にかかわらないため、法院が、積極的にそれについて増減する必要はないからだ、という説明がなされる。王・前掲注（21）617頁参照。

[56] 本条文２項によれば、もし違約金がもたらされた損失よりも低い場合、当事者が違約金の請求と損害賠償の請求を同時に求める必要がなく、直接に違約金を増額するよう請求すれば足りる。江ほか・前掲注（24）465頁参照。もっとも、違約金増額請求権を形成訴権と位置付、損害賠償請求権という給付訴権と比べると、証明責任が緩和されていると主張する見解もある。韓・前掲注（51）167 ～ 168頁参照。

[57] この点について「契約法適用解釈」（二）28条の「違約金の増額後、当事者が

事者が違約金増額請求権を放棄し、別に損害賠償を求めてよいのか、また、当事者が違約金を増額するよう請求せず、損害賠償を求める場合には、法院はどのように扱うべきなのか、という問題として現れる。この点については、条文上は明確には定められてはいないが、学説は、法院が以下のように対応すべきであると解釈している。

当事者が「違約金」という名義を使って法院に増額するよう請求しなくとも、別に損害賠償を請求しさえすれば、法院は「損害賠償の請求」を「違約金の増額請求」として認識すべきであり、債権者の損害賠償請求権を違約金増額請求権とみなすべきである[59]、と解釈されている。他方で、このような解釈に対して批判的な見解[60]も指摘されている。

（2）判断要件

本稿が最も関心を持つ点は違約金増減の判断要件の解明である。判断

改めて損害賠償を求める場合、人民法院はこれを支持しない」という文脈により裏付けることができる。とはいえ、この条文により当事者は自由に違約金増額請求権と損害賠償請求権を選ぶことができるかどうかという点については、はっきりとはされていない。

[58] この点について、学界では、違約金と損害賠償の適用関係について論争があり、２つの対立的な見解が挙げられている。韓世遠氏は、債権者が違約金と損害賠償の適用関係を自由に選べるのではなく、違約金が約定されている場合には、これが優先的に適用されるべきである、とする。韓世遠「違約金的理論問題――以合同法第114条為中心的解釈論」法学研究2003年４期25～26頁参照。他方で、崔建遠氏は、違約金と損害賠償の適用関係については、どちらかが優先的に適用される関係に立つのではなく、当事者が違約金と損害賠償のいずれを選ぶかによる、とする。崔・前掲注（23）397～401頁参照。

[59] 雷継平「違約金司法調整的標準和相関因素」法律適用2009年11期26～27頁参照。

[60] なぜ債権者の損害賠償請求権を違約金増額請求権とみなすのかついては、雷論文にはその分析が見当たらない。実際的には、損害賠償請求権と違約金増額請求権のどちらを認めとしても、どちらも債権者の利益の保護に資するため、債権者の損害賠償請求権を違約金増額請求権とみなすというやり方には特段のメリットがない、という考え方も示されている。王洪亮「違約金請求権與損害賠償請求権的関係」法学2013年５期123頁参照。

要件とは、法院違約金の増額または減額を認めるのかまたは認めないのかを判断する際に依拠すべき要件を意味する。裏を返せば、判断要件は、法院が違約金の増額または減額の請求を認めるのかまたは認めないのかという要件論に関わる概念であり、故に、どの程度、違約金を増額または減額するのかという計算要件を指すものではないことに注意していただきたい[61]。

以下では、違約金増額の判断要件を明らかにする。

（ｉ）法規定の立場 —— 実損害差額主義

本条文２項によれば、法院が違約金の増額を認めるか否かを判断する際の要件は、単に「違約金がもたらされた損失よりも低い」という条件を満たすか否かということになる[62]。この立場が現在の通説[63]ともなっている。この判断要件はどのような法的意味を持つのかについて以下に詳しく検討する。

① 第１段階 —— もたらされた損失の認定

法規定の立場によればまず違約金との比較対象としてもたらされた損失の認定が求められる。その損失を認定する際に、なお以下の２点に注意しておきたい。

---

[61] 一般的には、法院はいかにして違約金増減を適用するのかについて２つの要件が考えられる。一つ目は、法院が違約金の増額を認めるか否かという判断要件であり、二つ目は、法院はいくら違約金の増額または減額を認めるのかという計算要件である。後者は法院が違約金の額を確定する作業であり、換言すれば損害賠償額の計算方法を意味する。姚明斌「『合同法』第114条（約定違約金）評注」法学家2017年５期167頁参照。計算要件について、本稿の問題関心から外れるので、深くは立ち入らない。とはいえ、法規定に基づき、具体的な要件を検討する際に、両者を簡単に切り分けることが難しく時々混同する場合もある。それゆえに、本稿は最低限で両者を区別し検討を進める。

[62] 解説書は、法院が違約金の増額を認めるか否かについては、まず、契約違反によりもたらされた損失を認定し、次に、違約金がそれと比べて低いさえすれば足りる、と説明される。江ほか・前掲注（24）473 ～ 474頁参照。

[63] 崔・前掲注（23）391 ～ 392頁参照。王・前掲注（21）640 ～ 641頁参照。韓・前掲注（22）21頁参照。

（ａ）法的用語の意味

本条文２項、「住宅売買契約適用解釈」16条は「もたらされた損失」という言葉を使用したが、「契約法適用解釈」（二）28条には「実際的損失」という言葉が用いられている。学説の中には、「もたらされた損失」の意味は「実際的損失」よりも広く捉えられるべきである、という見解[64]があるが、通説では法規定の体系的な解釈からすると、両者の法的意味が同じ範囲で捉えられなければならないと解釈されている[65]。

（ｂ）挙証責任

もたらされた損失について、違約金の増額を求める債権者はその挙証責任を負わなければならない[66]、と説明される。この点については、「主張する者が挙証すべきである」という原則によれば、言うまでもないことである。実際に認定する際には、以下の点に注意する必要がある。すなわち、債権者が自分の損失への証明責任を果たさなかった場合、不利な結果を負わなければならない。要するに、債権者がもたらされた損失について証明責任を果たさなかった場合には、違約金との比較ができなくなる。それゆえに、債権者は法院が違約金の増額請求を認めないリスクを負わなければならないのである。

②　第２段階　――　違約金ともたらされた損失の比較

法規定によれば、もたらされた損失の認定の後に、「違約金がもたらされた損失よりも低い」という要件を満たすか否かという比較の段階に入る。注意しておきたいのは、違約金ともたらされた損失の比較基準は前者が後者よりも「低い」ことであればよく、「著しく低い」ことではな

[64] もたらされた損失を認定する際に、実際的損失が含まれるだけではなく、逸失利益も含まれるべきであると説明される。王・前掲注（21）640頁参照。

[65] もたらされた損失は、「実際的損失」として捉えるべきである。ここでの「実際的損失」は、客観的な実際的損失を意味するのではなく、法律上、賠償されうる損失を指すと解釈すべきである。韓・前掲注（51）168 ～ 169頁参照。「契約法適用解釈」（二）28条は「実際的損失」という言葉を用いるが、その射程が逸失利益をも含むものと解釈すべきである。雷・前掲注（59）25頁参照。

[66] 江ほか・前掲注（24）460頁参照。

い[67]、と指摘されていることである。要するに、この論理に基づくと、もし違約金がもたらされた損失よりも低額でありさえすれば、法院が違約金の増額を認めることになるのに対して、そうでなければ、違約金の増額を認めないことになる。この意味では、法院が常に違約金ともたらされた損失との差額を見て判断するのである。

③　金銭債務による遅延違約金の特殊性

前述では、法院が違約金増額を適用する際の一般的な判断構造を提示されている。実際の紛争の類型から見ると、金銭債務による遅延違約金をめぐる紛争を認定する場合にその特殊性を補充する必要がある[68]。すなわち、以下の３つの特徴があると考えられる。

第１に、金銭債務による遅延違約金をめぐる紛争がその特殊性がある。すなわち債権者の損失が法定利率による遅延利息として取り扱われる。

第２に、当事者の遅延違約金に関する約定では、一定額の違約金を定めるのではなく、違約金の計算方法（たとえば、一日毎に一定額の何％という計算方法）を約束するのが一般的である。それゆえに、違約金ともたらされた損失（法定利率による遅延利息）との比較の実質は具体的な額の比較ではなく、計算基準の比較、すなわち違約金の約定計算基準と法定利率による遅延利息の計算基準との比較になる。

第３に、違約金の約定計算基準と法定利率による遅延利息の計算基準とを比較する際には、法定利率による遅延利息の計算基準が法規定により客観的に定められるために、債権者の挙証責任が軽減されることになる。換言すれば、債権者は債務者の債務不履行による利息損失の発生だけを証明すれば足りるし、その具体的な損失額への証明責任が不要とされるのが一般的である。

---

[67] 崔・前掲注（23）391 ～ 392頁参照。

[68] 金銭債権による遅延違約金をめぐる紛争が実務において大きな割合を占めているにもかかわらず、学説はもたらされた損失を検討する際の一般的な検討に止まり、金銭債務による遅延違約金の特殊性を意識していない。

④　小括

以上、法規定の立場に基づいて違約金増額が適用される場合の判断要件が明らかにされた。それによれば、法院が違約金を増額するか否かを判断する場合には、まず、債権者にもたらした損失を認定した上で、次に、それを違約金と比較して、より低額でありさえすればその増額を認めるのに対して、より高額であればその増額を認めない、という判断構造が提示されている。すなわち具体的に以下に要約することができると考える。

第１に、法院は「もたらされた損失」への認定が求められる。すなわち、法院は債権者に実際にどのくらいの損失が発生するのかまたは発生するのであろうかということを認定するため、その判断に実損害[69]への考量という法的意味が含まれることになるのである。

第２に、法院が債務者にいくらの実損害が生じたかを確定した場合には、それを違約金と比較することが求められる。すなわち、法院が実損害と違約金を比較し、低いか否かを認定するため、その判断に実損害と違約金の差額の考量という法的意味が含まれるのである。

以上により、違約金増額が適用される場合においては、法規定の立場を実損害差額主義と定義することができると考える。

（ⅱ）学説の批判

実損害差額主義に対しては、学説からの批判的な見解もある。学者は次の２点を挙げている。

①　違約金の機能や実益を破綻すること

まず、批判的な意見として挙げられるのは、もし違約金と損失の比較基準を前者が後者よりも「低い」だけでよいとすると、違約金ともたらされた損失との間に差がありさえすれば、法院は違約金の増額を認めることになる。そうなると、違約金の機能が弱められることは明らかであ

[69] 本稿では「実損害」という法的用語は債権者に実際に生じた損失だけではなく、その逸失利益をも念頭において意味する言葉として用いられることとする。

り、効果として妥当ではない、という見解[70]である。この見解に賛同する見解もある。すなわち、違約金がもたらされた損失と比べると、差額があまりない場合、法院は違約金の増額を認めるべきではない。さもなくば、当事者による挙証責任の複雑化をもたらすことになるため、違約金増額により得られるメリットに比べて、デメリットのほうが大きくなる、という見解[71]が説かれている。

② 当事者の意思を重視すべきとする主張

法規定の立場と異なり、法院が違約金を増額するか否かを判断する際に、当事者の意思を重視すべきであるという自由意思主義も提示されている。この主張によれば､法院が契約締結時に違約金を決めされる際に、当事者が自由意思によるか否か、詐欺、脅迫などの意思決定における瑕疵があるか否かを審査しなければならない[72]、とされる。要するに、この判断構造は、法規定に基づく解釈から離れて、当事者の意思決定プロセスに重点を置き、当事者の真の意思自治が達成されるか否かを主眼とする論理である。とはいえ、学説においては、この主張は未だ少数説にとどまっている。

（３）小括

以上では違約金増額の訴訟要件と判断要件を検討し、明らかにした。これに基づいて、２点をまとめておきたい。

第１に、訴訟要件について、重要なのは債権者の請求があったか否かではなく、債権者が当事者が違約金を増額するよう請求せず、損害賠償を求めると法院はどのように扱うべきなのかという実務的問題である。学者は法院が債権者の損害賠償請求権を違約金増額請求権とみなすこと

[70] 韓・前掲注（22）662頁参照。

[71] 崔・前掲注（23）392頁参照。

[72] 自由意思主義というのは、違約金ともたらされた損失との比較という客観的な数字の判断によるべきではなく、当事者の意思という主観的な判断によるべきであり、当事者の意思自治を重視すべきであるという主張である。楊志利「違約金的性質」中山大学法律評論2011年９巻１輯27 ～ 29頁参照。劉廷華『違約責任制度研究――法経済学視角』（法律出版社・2015年）150 ～ 158頁参照。

によって、問題が解消され得ると解釈しているが、このやり方の実益がどこにあるのかに関する答えが見られない。なぜなら、損害賠償請求権と違約金増額請求権はともに債権者の利益に資するものになるからである。それゆえに、違約金増額のメリットがどこに求められるのかが問われることになる。

第２に、判断要件について法規定の立場により実損害差額主義が確定されることが明らかにされた。他方で、法規定に対して、少数の学説から実損害差額主義に対する批判もされている。これは、当事者の意思を重視すべきという自由意思主義に基づく見解である。そのため、法規定の立場と少数の学説による解釈の間にずれを生じることになる。もっとも、この点については、裁判実務において法院がどのようにして判断しているのか、また、その判断からどのような法的意味を読み取れるのか、という問題を検討する必要がある。

２　違約金減額の要件

違約金増額の適用に関する要件と比べると、違約金減額の要件はより詳細に定められている。その中の一部は違約金増額の適用に関する要件と同様に規定されているが、異なる部分が大いに見られる。すなわち違約金減額が適用される場合に、判断要件がどのような異同があるのか、そして異なる部分にどのような特徴があり、如何なる法的意味を有するのかということである。違約金減額の適用に関する法規定の整理によると、主に手続的な要件（訴訟要件、挙証責任）と実体的な要件（判断要件）が定められている。以下に解説書、学説などに基づき違約金減額の訴訟要件と、判断要件および挙証責任を明らかにする。

（１）訴訟要件

訴訟要件については、その基本原則と適用という２つの点に分けて検討を進める。

（ｉ）基本原則

本条文２項の後半の文言によると、違約金増額の訴訟要件と同様に違約金減額をめぐる訴訟も当事者の請求によってはじめて適用され得ると

いう原則が定められる[73]。両者の差異は違約金減額が適用される場合において、違約金の減額を求める当事者が債務不履行をした債務者であるという点にある。

（ⅱ）適用についての問題

法規定によると債務者は違約金の減額を請求する際に、主に以下の２つ問題、すなわち違約金減額請求権の行使方法と法院の釈明権という問題がある。以下、順に検討する。

①　違約金減額請求権の行使方法

本条文２項の文言から見ると債務者に違約金減額請求権を与えることがはっきりされているが、債務者がいかなる手続的な段階で請求できるのかについては、明確にされていない[74]。「契約法適用解釈」（二）27条が出される前に債務者は反訴の方法で違約金の減額請求を提出しなければならないという見解[75]が主張されたが、「契約法適用解釈」（二）27条により債務者が反訴の方法だけではなく、抗弁で違約金の減額請求を提出することもできることが明文化された[76]。それにより債務者が反訴を提起しない場合には、抗弁で違約金の減額を請求するのが一般的であるこ

[73] 詳しくは、本章の33頁「訴訟要件」を参照されたい。

[74] 違約金増額が適用される場合には債権者が訴訟を提起する際、提訴状に違約金の増額請求を記述するのが一般的である。それと比べると、違約金減額が適用される場合には債務者がいかなる手続的な段階で違約金の減額を請求することができるのかははっきりしない。

[75] 債務者が反訴で違約金減額請求権を行使できる理由としては、違約金減額請求権が独立の請求権として債権者の違約金請求権を相殺または覆す目的で使われるため、民事訴訟法と仲裁法による反訴に関する規定に適合することが指摘されている。沈徳咏＝奚暁明『最高人民法院関於合同法司法解釈（二）理解與適用』（人民法院出版社・2009年）205 ～ 206頁参照。

[76]「契約法適用解釈」（二）27条の立法理由として、訴訟手続きに精通しない債務者に対してかならず反訴で違約金の減額請求を提出させることはたしかに過酷なところがある。それゆえに、司法解釈は、債務者が抗弁を通じて違約金の減額を請求する権利を認めるべきであると説明されている。沈ほか･前掲注(75)206頁参照。

とが明らかにされた。

② 法院の釈明権

違約金増額の適用と異なり、違約金減額が適用される場合において法規定（「民商事契約審理指導意見」二の８と「売買契約適用解釈」27条）により法院が釈明権を行使することができることが明文化されている。釈明権については、（ａ）なぜ法院は釈明権を行使する必要があるのか、（ｂ）法院はいかにして釈明権を行使するのかという以下の２つの問題が論じられている。

（ａ）なぜ法院は釈明権を行使する必要があるのか

違約金減額をめぐる訴訟が基本原則として当事者の請求によってはじめて適用され得ることになるため、法院の職権による適用が認められてはならないが、「民商事契約審理指導意見」二の８と「売買契約適用解釈」27条の文言により法院の釈明権を行使する空間を与えることになる。以下の立法理由が挙げられている。

「実務においては、債務者が違約金が著しく高いか否かに焦点を当てずに、自分が契約違反したか否か、たとえば契約の不成立、契約の未発効、契約の無効又は契約違反の不構成をもって免責抗弁を行う場合が多いためである。この場合、法院は単に債務者が契約違反したか否かのみについて判決を出すことになりかねない。そうだとすると、もし債務者があらためて違約金の減額を請求する場合、前の判決がすでに出されているため、債務者は別に違約金の減額請求の訴訟を提出せざるを得ない。それゆえに、無駄な司法コストを増やすことにしかならない」[77]、とされる。

（ｂ）法院はいかにして釈明するのか

「民商事契約審理指導意見」二の８と「売買契約適用解釈」27条の文言から見れば、法院が釈明権を行使する前提としては、債務者が契約の不成立、契約の未発効、契約の無効又は契約違反の不構成を理由とする免

[77] 沈ほか・前掲注（75）214 ～ 215頁参照。

責抗弁を行ったものの違約金の減額請求を提出しなかったという場合であることが必要である。上記で分析したように、この場合こそ、法院は釈明権を行使する必要性が出てくる。問題は、この場合では法院がいかにして釈明するのかということである。

「民商事契約審理指導意見」二の８に照らせば、法院による釈明の内容が「当事者が違約金について著しく高いことを主張する必要があるか否か」と規定されている。また法院による釈明の立場が「釈明できる」と規定されている。それに対して、「売買契約適用解釈」27条に照らせば、法院による釈明の内容が「違約金について減額を主張する必要があるかどうか」と規定されている。また法院による釈明の立場が「釈明しなければならない」と規定されている。両者の立場を比べると、法院による釈明の内容について文言上はやや異なる表現がなされているが、法院は、債務者が違約金の減額請求を提出するか否かについて確かめるとの意味が含まれている点については同様である[78]。明らかな変化は、立法の立場が、法院は「釈明できる」から「釈明しなければならない」へ変わった点である[79]。換言すれば、法規定により釈明は法院の義務として位置付けられるようになったのである。

学説では、法規定により釈明を義務として位置付けることに、裁判の公正性、当事者の処分原則に背くことになりかねないという批判[80]がなされたし、法院の釈明権の行使について慎重でなければならないという見解[81]がなされた。

---

[78] 確かめる方法として、「仮に違約行為が認められるのであれば、違約金の額について何か異議があるのか」という聞き方が提示されている。沈ほか・前掲注（75）215頁参照。

[79] 時系列的には、「売買契約適用解釈」（2012年）が「民商事契約審理指導意見」（2009）の後で出されたため、法規定において釈明の行使に関する立場がすでに変わられたことは、明らかにされた。

[80] 趙万一『民商法学講演録（第四巻）』（法律出版社・2013年）306 ～ 307頁参照。

[81] 学説によると、以下の場合でしか法院が釈明権を行使することができないという限定的解釈が唱えられた。すなわち、第１に、抗弁の理由に違約金の減額請求の意思が含まれること。第２に、抗弁の理由に債務者が契約違反をしていないことや契約違反があるとしても、債権者の損失が少ないかまたはまった

（2）判断要件

本部分では違約金減額の判断要件、すなわち法院がいかなる要件に基づき、違約金の減額を認めるのかまたは認めないのかを明らかにする[82]。

（ｉ）法規定の立場――実損害差額主義を主とし、付加的な要件を従とする

解説書および通説では、本条文２項により法院が違約金の減額を認めるか否かを判断する際に、その判断要件として、「違約金がもたらされた損失により著しく高い」かどうかとされている。また「契約法適用解釈」（二）29条１項により、違約金減額の判断要件を詳細化されるようになり一連の付加的な要件を付け加えられることになると説明されている[83]。それによって、違約金増額の判断要件と異なり、違約金減額が適用される場合、法規定により実損害差額主義を主とし、付加的な要件を従とするという判断構造が提示されることになる。問題はその中身が何なのか、違約金増額の適用と比較してどのような異同があるのか、という点である。以下、順に検討する。

①　第１段階　――　もたらされた損失の認定

法規定の立場によればまず違約金との比較対象としてもたらされた損失の認定が求められる。もたらされた損失の認定については、挙証責任の問題[84]を除いて違約金増額の適用と異ならないため、前述の説明に譲

くないことといった主張が含まれること。第３に、債務者が法的知識がきわめて足りないため、法院が釈明しないと訴訟手続きがうまく進まないこと、である。江ほか・前掲注（24）474頁以下を参照。また、靳学軍・李穎「違約金調整的司法難題及解決」人民司法・応用2008年19期50頁も同じ見解を示している。

[82] 違約金増額の要件と同様に、判断要件とは法院はいかなる理由で違約金の減額請求を認めるかまたは認めないのかということを意味し、いくら違約金を減額するのかという計算要件ではない。詳しくは、本章の注（61）の説明を参照されたい。

[83] 江ほか・前掲注（24）460頁参照。崔・前掲注（23）392頁参照。王・前掲注（21）639 ～ 640頁参照。

[84] 違約金減額が適用される場合、挙証責任の問題がひとつ大きな論点となる

る。

② 第２段階 —— 違約金ともたらされた損失の比較

法規定によると、もたらされた損失の認定が行った後に「違約金がもたらされた損失よりも著しく高い」という要件を満たすか否かという比較の段階に入るという立場は示されている。この比較の段階でこそ、違約金増額の適用の場合との違いが呈されている。すなわち、違約金ともたらされた損失の比較基準は、前者が後者よりも「高い」ことではなく、「著しく高い」と認められることなのである。そのため、「著しく高い」について如何にして認定するのかを明確にする必要がある。

契約法制定時に本条文において「著しく高い」という比較基準が明確されないが、2003年の「住宅売買契約適用解釈」16条ははじめて「著しく高い」について量化基準を打ち出し、すなわち「違約金がもたらされた損失により30％超えること」を基準として明文化した。また当時の学説では契約法における「著しく高い」に関する認定がこの基準を参照すべきであるという見解[85]が挙げられている。その後、立法者は2009年の「契約法適用解釈」（二）29条２項はこの基準を追認し、「著しく高い」を「違約金がもたらされた損失よりも30％超えること」という明確な数字の比較基準に従って判断することを明文化することにした。換言すれば、違約金がもたらされた損失の130％よりも高い場合、「著しく高い」として認定することができるのである。

なぜ違約金減額が適用される場合、違約金ともたらされた損失の比較基準について前者が後者よりも「高い」のではなく、「著しく高い」とされなければならないのか[86]。本章の第２節で検討したように、違約金増

ため、挙証責任の部分に譲りたい。

[85] 契約法に明確な量化基準がない以上、「住宅売買契約適用解釈」16条の基準が使いやすくて、それを参照し適用することができる。韋孟国「違約金的調整問題」人民司法・応用2007年５期41 ～ 42頁参照。

[86] 違約金増額が適用される場合には、違約金ともたされた損失の比較基準について前者が後者よりも「低い」という比較基準であるの対して、違約金減額が適用される場合には、前者が後者よりも「高い」という対照的な関係になっていないことである。

減の対象としての「賠償的違約金」がもたらされた損失よりも高い場合、「賠償性」と「懲罰性」という二重の法的性格を持つため、「違約金がもたらされた損失よりも30％超える」部分が違約金の「懲罰性」として認められることになる[87]。それゆえに、違約金がもたらされた損失の130％を超えないと違約金がもたらされた損失よりも「著しく高い」という比較基準を満たしていないということになる。この意味では、違約金減額が適用される場合においても、法院は常に違約金ともたらされた損失の130％との差額を見て判断するため、その実質は違約金増額が適用される場合に、実損害差額主義が働く思考と変わらない、と看取できる。

③　金銭債務による遅延違約金の特殊性

金銭債務による遅延違約金の特殊性は、違約金増額が適用される場合と同様に、違約金減額が適用される場合にも通用するのである[88]。ただし、以下の２点において若干の差異を見せている。

第１に、比較基準が異なる。違約金増額が適用される場合においては、違約金の約定計算基準と法定利率による遅延利息の計算基準との比較（前者が後者により低い）になるのに対して、違約金減額が適用される場合においては、違約金の約定計算基準と法定利率による遅延利息の計算基準の130％（前者が後者により著しく高い）との比較になる。

第２に、違約金増額が適用される場合においては、違約金の増額を申請する債権者による自分の損失額への証明責任が不要になるのに対して、違約金減額が適用される場合においては、違約金の減額を申請する債務者による債権者の損失額への証明責任が不要になる、ということが一般的である。

④　第３段階　――　付加的な要件の考量

違約金増額が適用される場合において法規定は判断要件を単に実損害差額主義に求める立場と異なり、違約金減額が適用される場合において

[87] 沈ほか・前掲注（75）207頁以下参照。違約金増減の対象としての違約金の法的性格に関する検討は、本文の26頁「種類、法的性格および機能」を参照されたい。
[88] 詳しくは、本章の38頁「金銭債務による遅延違約金の特殊性」を参照されたい。

法規定は判断要件を実損害差額主義に求めるほか、「契約法適用解釈」（二）29条１項によると、一連の付加的な要件が必要とされている。なぜそのような考量がなされるのかについて、次のように説明されている。

法院が違約金の減額を認めるか否かについて、最も基礎的かつ重要な条件は、違約金がもたらされた損失よりも「著しく高い」という比較基準を満たすか否かという条件である。減額の場合には本条文２項により「法院が『適当』に減額する」と定められた以上、授権的意味がコミットされるため法官が事案の具体的情況に基づき総合的考慮し、公平的に紛争を解決しなければならないことを求められる。法院が契約の履行状況、当事者の故意・過失[89]の度合い及び逸失利益などの要素の考量を求められ、また公平原則と信義誠実原則という柔軟規定に基づき妥当かつ公平的に紛争を解決しなければならない[90]。

以上の説明によれば、法院は、違約金の減額の可否を判断する場合において一定の裁量を与えられ、実損害差額主義に基づくほか、一連の付加的な要件への考量も求められる。法院が具体的に判断する場合に、なお以下の２点を解明しなければならないと考えられる。

第１に、実損害差額主義と一連の付加的な要件との関係をどのようにして捉えるべきなのか、換言すれば法院が如何にして両者を合わせて判断を行うのか。

第２に、一連の付加的な要件はどのような法的意味を持つのか、違約金の減額の可否の判断に如何にして働くのか。

この２点については、法規定にははっきりと定められておらず、事案ごとに法院の判断にゆだねるという曖昧な立場しか示されていないため、学説の議論に基づき検討を進める。

（ａ）実損害差額主義と一連の付加的な要件の適用関係

違約金の減額の可否の判断において法院は、如何にして実損害差額主義と一連の付加的な要件の適用関係を扱うのかについて、適用段階と適

[89] 法規定の原文において「過錯」という法律用語が定められるが、「過錯」という法律用語は、故意･過失を意味している。木間ほか･前掲注（53）172頁参照。
[90] 沈ほか・前掲注（75）212 ～ 214頁参照。

用効果という２つ観点から説明する学説がある。

まず、適用の段階においては、法院がまず実損害差額主義に基づかなければならない。すなわち、法院は、違約金がもたらされた損失よりも30％を超えたか否か、つまり、「著しく高い」という比較基準を満たすか否かを審査しなければならない。そして、法院が一連の付加的な要件の考量に入る。すなわち法院が契約の履行状況や当事者の故意・過失の度合い、公平原則と誠実信義原則を考量すべきという判断の順番は提示されている[91]。もっとも本見解によると、法院が実損害差額主義を先に、一連の付加的な要件への考量を後にという判断の段階に従うべきであると説明されているとしても、どのような効果（違約金の減額の可否の判断）を得られるのかについて述べられていない。

他方、学説は適用の効果という観点から、実損害差額主義と一連の付加的な要件に基づけば、どのような結論にたどり着くべきなのかについて仮説の判断構造を次のように提示している。

すなわち、ロジックから見れば、違約金がもたらされた損失よりも30％を超えた場合、法院は原則として違約金の減額を認めなければならないが、ただし、付加的な要件の考量の結果、減額を認めてはならない場合はその限りではない、ということになる。また、違約金がもたらされた損失よりも30％を超えない場合、法院が原則的に違約金の減額を認めてはならないが、付加的な要件への考量により減額を認めなければならない場合はその限りではない、ということになる[92]。

以上の説明に照らせば、本見解は法規定の立場を具体化するひとつのあり得る解釈である。すなわち法院が違約金の減額の可否を判断する際に、原則的に働くのは実損害差額主義という要件であり、場合によって一連の付加的な要件が働くことも可能であるという論理である。

（ｂ）一連の付加的な要件

「契約法適用解釈」（二）29条１項では、一連の付加的な要件として契

[91] 雷・前掲注（59）28頁参照。

[92] 姚明斌「違約金司法酌減的規範構成」法学2014年１期135頁参照。姚・前掲注（61）169頁参照。

約履行の状況、当事者の故意・過失の度合い、逸失利益、公平原則と信義誠実原則が挙げられている。その中で逸失利益が実損害の一部として扱われるため、実損害差額主義の枠組みに入ることになる[93]。残された付加的な要件の中で、故意・過失の度合い、契約の履行状況、公平原則と信義誠実原則といった要件がどのような法的意味を持つのか、違約金の減額の可否の判断に如何にして働くのかを見ておこう。

（ア）故意・過失の度合い

契約責任としての違約金責任が無過失責任となるため、違約金責任の適用においては、当事者が故意か過失かは無関係である[94]と指摘される。とはいえ、学説では、違約金の減額の可否の判断においては、故意・過失の度合いが重要な役割を果たすべきである[95]、と説かれている。問題は、違約金の減額の可否の判断において故意・過失の度合いが如何にして働くのかということである[96]。学説では主に債務者の故意違約と債権者の寄与過失という２つの角度から説明するため、以下に詳しく検討する。

（A）債務者の故意違約

学説では当事者がやむを得ず契約違反する場合（善意違約）と履行能

---

[93] 詳しくは、本文の39頁「小括」を参照されたい。

[94] 中国契約法おいて違約責任の帰責原則が無過失責任であるため、違約責任としての違約金責任の成立において故意･過失を要件とされていないのである。韓・前掲注（22）589頁以下参照。

[95] 江ほか・前掲注（24）495頁参照。原則的に違約金の減額の要否の判断において当事者の故意・過失が考量されるべきではないが、違約金増減の対象としての「賠償的違約金」が場合によって「懲罰性」を有するために、当事者の故意・過失の考量もありうる。王・前掲注（21）641 ～ 642頁参照。法院が違約金の減額の可否を判断する場合、故意・過失の度合いが重要な意味を持ち、その考量が個別事案の要請に適合する。姚・前掲注（92）137頁参照。

[96] 故意・過失の度合いが違約金の減額を認めるか否かという判断の面においてだけではなく、いくら違約金の減額を認めるのかという計算の面においても関係し得る。姚・前掲注（92）137頁参照。本稿は判断の面において故意・過失の度合いの役割を検討することを目的とする。

力があるのにほかの目的を達するため故意に契約違反する場合（悪意違約）には、その主観的の帰責性が明らかに異なるため、法院が契約違反における当事者の帰責性を根拠に違約金の減額の可否を判断しなければならない[97]と指摘される。この点について「契約法適用解釈」（二）29条の起草段階において債務者が故意に契約違反する場合、法院が違約金の減額を認めてはならないという案も提示されたことがあり、違約金による債務者への制裁的機能が強調されている[98]。

他方で、経済的な観点から見ると、なぜ債務者が故意に契約違反するのかといえば、違約コスト（違約金の支払い）が決まっていれば、契約履行のコストが違約金よりも高くなる場合がありえる。そのような場合には、債務者が契約履行をあきらめて、違約金を支払うという選択肢が経済的な合理性を有する、ということになるからである。この点について、学者によれば違約金が著しく高いとはいえ、その支払いが債務者の予見可能であるため、法院が違約金の減額を認めてはならないという効率違約の論理に適合する[99]と説明されている。

以上、法規定によっては明確にされてはいないが、学説により債務者が故意に違約する場合において、法院が債務者の減額請求を認めてはならないというルールが提示されている。

（B）債権者の寄与過失

学説では、「契約法適用解釈」（二）29条１項の文言から見れば「当事者の故意･過失の度合い」が、債務者の故意･過失を指すにとどまらず、

---

[97] 江ほか・前掲注（24）495頁参照。

[98] 債務者が、悪意で違約するか、または過失で違約するかによって違約金の賠償性と懲罰性の機能が変わってくる。「契約法適用解釈」（二）29条の起草段階では、「債務者が故意に契約違反をした場合には、債務者が違約金の減額を求めるように請求したとしても、人民法院はそれを支持しない。」という案も提出されたことがあった。最終的に本条文２項の趣旨との矛盾や不公平な結果を生みかねないといった理由で「契約法適用解釈」（二）29条に取り入れなかったが､故意による契約違反への強い非難の趣旨が伺われる。沈ほか･前掲注（75）212 ～ 214頁参照。

[99] 雷・前掲注（59）27 ～ 28頁参照。

債権者の故意・過失を指すことも可能であり、すなわち債権者の寄与過失がひとつ重要な考慮の要素として挙げられることもできる[100]と説明されている。また、債権者の寄与過失による具体的な役割としては、債権者の過失が違約と損害の発生に寄与する場合、法院の綜合考量の中で減額をすべきか否かと、いくら減額するのかの両方で評価されることができるという考え方[101]も示されている。

以上に鑑みれば、債権者の寄与過失という事情は複数の場面で斟酌されるのであるから、違約金の減額の可否の判断における債権者の寄与過失の考量はその一場面に過ぎない、と思われる。

（イ）契約の履行状況

学説では契約の履行状況という要件について、違約金の減額の可否の判断において一番議論されていることは、契約の一部履行による違約金への減額の問題である。以下、この点を検討する。

本条文２項には直接には定められてはいないが、フランス法1231条「主要な債務が一部履行された場合、裁判官は違約金の減額と斟酌しなければならない」と台湾法251条「債務が一部履行された場合、法院は債権者が一部履行により得られた利益に照らし、違約金を減額しなければならない」という立法があるため、中国法の場合もそのような旨を含めるべきであるという見解[102]が指摘される。他方、学説では「契約法適用解釈」（二）29条１項が契約の履行状況という要素を明文化することは一部履行による減額という旨が含まれるという考え方[103]も示されている。

---

100 呉慶宝・兪宏雷・王松『基層法院民事裁判標準規範』（人民法院出版社・2011年）313頁参照。

101 姚・前掲注（92）137 ～ 138頁参照。

102 フランス法と台湾法の立法理由として、債務者が一部履行をした場合、あいかわらず債務者に契約通りに違約金を支払わせるのは、債務者に思いがけない損失を与えるため情理にかなわない。それゆえに、法院が、債権者が一部履行により受けた利益を考慮して、違約金の減額をするのは、公平の結果を得られるというものである、と説明される。そのうえで中国法もその趣旨を含めるべきであると指摘される。韓・前掲注（22）665頁参照。

103 王闖「当前人民法院審理商事合同案件適用法律若干問題」法律適用2009年９

加えて、解釈論からも、なぜ一部履行により違約金を減額する必要があるのかが説明されている。すなわち、一部履行による減額というのは、債権者の損失から債務者の一部履行により債権者が受けた利益を差し引くという引き算の思考が働くためであり、その実質はあい変らずもたらされた損失を認定するものである[104]と説明されている。この解釈論に賛成する見解もある。この見解は、要するに、一部履行の場合における減額の可否の判断は、実質的には、契約の一部履行の比例によって減額するものではなく、もたらされた損失に基づいて減額をすべきか否かを判断するものである、という考え方である[105]。

以上の検討によると、法院が一部履行の場合において減額するのは、契約の一部履行をされたことにより、債権者の損失が少なくなり、違約金がそれとの比較によって「著しく高い」という条件を満たすことになるためである。その論理によると、契約の一部履行による減額も実損害差額主義の一部として捉えることができると解される。

（ウ）公平原則と誠実信用原則

「契約法適用解釈」（二）29条１項の文言から見ると、違約金の減額の可否の判断について最後に働くのは、公平原則と誠実信義原則という要件である。もっとも、故意・過失の度合いと契約の履行状況といった具体的な要件と比べると、公平原則と誠実信用原則があくまでも抽象的な要件である。そのため、法院は違約金の減額の可否の判断に如何にして公平原則と誠実信用原則を持ち込むのか、換言すれば、公平原則と誠実信義原則は、違約金の減額の可否の判断についてそれぞれいかなる法的意味を有するのか、という点を明らかにしなければならない。以下、公平原則と誠実信用原則に分けて検討を進める。

（A）公平原則

公平原則が如何なる法的意味を持つのかについて、「契約法適用解釈」

期４頁参照。

[104] 雷・前掲注（59）24頁参照。

[105] 王・前掲注（21）641頁参照。

（二）29条１項には定められていない。学説によれば、「民商事契約審理指導意見」２項７号により挙げられた当事者の締結地位の力関係、約款該当性といった要素を、公平原則の法的意味として捉えるべきである。すなわちこの学説によれば、法院が契約条項について締結の瑕疵や「著しく公平を失する」の有無を審査しなければならない[106]と指摘されている。また学説では、公平原則が形式的公平という意味を有する。すなわち法院は、当事者が取引において平等に扱われるか否かといった主体の締結能力、取引の経験、職業の地位などの要素を考慮しなければならない。具体的には、交渉能力が匹敵する場合（たとえば、当事者がいずれも商人である場合）には、法院は違約金の減額を認めるべきではない。それに対して、経営者と消費者、会社と労働者などの締結地位の力関係が異なる場合には、法院は違約金の減額を認めるべきである、という賛同的な見解[107]も主張されている。

以上に鑑みれば、公平原則についての解釈の内容は、前述の説明（違約金増額の判断要件）では学説による自由意思原則という提案と同様な論理の思考である、と解される[108]。

他方、学説では、公平原則に形式的公平だけではなく実質的公平をも意味する。たとえば法院が債務者の経済的状況という要素を考慮すべきであるという考え方[109]が挙げられている。これを賛成する見解もある。すなわち、債務者が経済的に確かに困難を抱えている場合、法院が違約金の減額を認めないと、債務者が通常の生産や生活を行えなくなりかねない。そればかりか、判決の執行も困難となる。とはいえ、法院は、経済的状況を考慮する際には、慎重でなければならず、違約金が合理であ

106 雷・前掲注（59）28頁参照。

107 姚・前掲注（92）138頁参照。

108 要するに、形式的な平等という要素は、契約締結時に意思決定の瑕疵の有無や、力関係の格差を主眼とするものである。法院がこれらの要素を審査することにより、当事者の合意において真の意思表示が達成されるか否かを判断の基準とする。このような考え方は、違約金増減の場合に少数説として捉えられている。詳しくは、本章の95頁「学説の批判」を参照されたい。

109 姚・前掲注（92）138 ～ 139頁参照。

る場合、その減額を安易に認めてはならない[110]、と主張されている。

以上の学説に鑑みると、債務者の経済的状況という両当事者の契約事情から離れた要素も、公平原則の意味に付与されていると解される。

（B）誠実信用原則

誠実信用原則は如何なる法的意味を持つのかについては、国外の立法には見られないし、理論上もあまり研究されていないため、「契約法適用解釈」（二）29条１項により確立された新しい要件である[111]、と指摘されている。もっとも、誠実信用原則は、契約の履行段階において当事者の故意・過失の度合いとして評価されることが一般的であるが、故意・過失の度合いという要素について「契約法適用解釈」（二）29条１項に明文化された以上、それを誠実信用原則に読み込み、解釈する必要はなくなる。それゆえに、誠実信用原則はあくまでも立法上の万能条項であり、法院が明確な理由なく自由裁量権を行使する際に違約金減額の空間を与えることに働く[112]ともいわれる。

他方、債権者の損害軽減義務や代替取引の有無などの事情を誠実信用原則に読み込み、これらの要素を違約金の減額の可否の判断に持ち込むという考え方[113]も主張されている。

以上の学説に鑑みると、誠実信用原則について特に明確な法的意味が付与されていない。立法の狙いはむしろ法規定、司法解釈および学説などに挙げられていない考慮の要素を受け皿として取り入れ、事案ごとに法院の判断の自由裁量権の空間を賦与する趣旨が含まれると解される。

⑤　小括

以上においては、法規定の立場に基づき学説を参照しながら、違約金減額が適用される場合に、その判断要件を明らかにした。それにより、法院が違約金減額の可否を判断する構造について以下の特徴を要約する

110　王・前掲注（21）643頁参照。
111　雷・前掲注（59）28頁参照。
112　雷・前掲注（59）28頁参照。
113　姚・前掲注（92）139 ～ 140頁参照。

ことができると考える。

第1に、法院は「もたらされた損失」の認定、そして違約金との比較が求められる。違約金増額の適用の場合と異なるのは、比較基準である。すなわち法院が違約金がもたらされた損失よりも「著しく高い」という基準を満たすか否かを認定する必要がある、換言すれば、法院が違約金ともたらされた損失の130％との差額を見て判断することは求められる。この意味において、法院は違約金の減額の可否を判断する場合においても実損害差額主義を貫徹しなければならないと思われる。

第2に、法院が実損害差額主義に基づくほか、一連の付加的な要件の考量も求められる。その中で逸失利益や一部履行などの要件が実損害差額主義の論理の枠組みの内で捉えられ得る。他方、学説では故意・過失の度合い、公平原則と誠実信用原則といった要件が違約金の減額の可否の判断において如何なる意味を持つのか、どのようにして寄与すべきことについて、様々な解釈論が行われている。とはいえ、実際には裁判例においてこれらの付加的な要件はどのぐらい、いかなる意味で働くのかは、裁判実務への検証を待たなければならない。

以上から、違約金減額が適用される場合の法規定の立場は実損害差額主義を主とし、かつ、付加的な要件を従とするものである、と称することができると解される。

（3）挙証責任

違約金減額が適用される場合において、もうひとつ重要な手続的な要件は、当事者の挙証責任ということである。すなわち、当事者の挙証責任がいかにしてなされるのか、ということが問題となる。挙証責任の核心は、違約金がもたらされた損失よりも「著しく高い」という事実への証明である。すなわち、違約金がもたらされた損失の130％より高いか否かという事実を証明されれば、違約金がもたらされた損失よりも「著しく高い」という比較基準は満たされることになる。とはいえ、誰がこの事実に証明責任を果たさなければならないのか、または証明対象がこの事実で足りるのか、ということも問題となる。これらの問題について、司法解釈ができる前の学説と法規定の立場に分けて検討を進める。

（ⅰ）学説

学説では主に２つ見解が主張されている。

一つ目は、「主張する者が挙証すべきである」という原則を適用すべきという考え方であり、すなわち、本来なら違約金の減額請求を提出する債務者が違約金がもたらされた損失よりも「著しく高い」という事実に証明責任を負わなければならないのは論理的に妥当である[114]といわれる。

二つ目は、「主張する者が挙証すべきである」という原則を適用することに批判的な見解である。その見解によると、もたらされた損失が債権者の損失であるため、債権者は債務者と比べるとそれに把握しやすく、強い証明能力を持つ。それゆえに、債権者はこの事実に証明責任を負わなければならない[115]と指摘されている。

（ⅱ）法規定の立場

挙証責任をめぐる対立な見解がある状況の中で、2007年、立法者は「民商事契約審理指導意見」２項８号を通じて違約金減額の適用に関する当事者の挙証責任の問題について以上の２つ対立的な見解の間で折衷的な考えを示している。それによれば「債務者は約定された違約金が著しく高いことに関する主張について挙証責任を負い、債権者が違約金に関する約定が合理的であることを主張する場合、関連する証拠を提供しなければならない」と定められている。

この条文に関しては、債務者が違約金の公平性について合理的な疑いを生ぜしめる程度の初歩的証拠を出してから法院が違約金が合理であるか否かに関する証明責任を債権者に負わせることができるという解説[116]がなされる。学説ではこのような立場に賛成する声が出ており、すなわち、普通では債務者が債権者の損失を証明しにくいため、裁判実務において法院が巧妙に挙証責任の転換技術を使い、債務者の証明責任を軽減

[114] 韓・前掲注（58）23頁参照。

[115] 林志方「違約金基本問題的理解和適用――兼論『合同法』第114条違約金之規定」銅仁学院学報2008年７月７頁参照。

[116] 沈ほか・前掲注（75）210 ～ 211頁参照。

することができる、という評価[117]が与えられている。もっともこの司法解釈を適用する際になお以下の２点を注意しておきたい。

第１に、違約金減額の適用に関する挙証責任の核心は、違約金がもたらされた損失よりも「著しく高い」という事実への証明である。換言すれば、当事者のどちらに違約金がもたらされた損失の130％より高いという事実への証明が求められる。とはいえ司法解釈についての解説によると、債務者が「違約金の公平性について合理的な疑いを生ぜしめる程度」について証明責任を負担し、債権者が「違約金が合理であるか否か」について証明責任を負担する。要するに、司法解釈の立場に鑑みると、法院が、単にもたらされた損失と違約金の比較による事実への証明責任を債務者か債権者のどちらに負わさせるという意味が捉えられない。むしろ債権者、債務者は、いずれも違約金の減額が認められるべきか否かに関する事実を証明責任として果たすべきという趣旨が含まれると解される。

第２に、仮に司法解釈の立場に従えば、債権者、債務者のいずれに違約金の減額が認められるべきか否かに関する証明責任が課されると、誰か何の証明責任を果たせなかったら、その不利な結果を負われるのかについてはっきりとはされていない。この場合、両者の証拠能力の比較による勝負ともなりかねないと思われる。もっとも、司法解釈の立場に鑑みると、法院は債務者が先に、債権者が後に証明責任を負担するという順番に従うべきであるという読みも可能であるが、手続上の視点から見れば、証拠提出の段階で債権者、債務者が、いずれも証拠を提出済みであるため、証明責任の提出に関する順番によって債権者、債務者のどちらに不利益が負われるとは考えられない。要するに、違約金減額が適用される場合には、如何にして証明責任を債権者、債務者に負わせるのかについては、法院の自由心証によるしかないという考え方もあり得ると解される。

（４）小括

以上では違約金減額の訴訟要件、判断要件および当事者の挙証責任を

[117] 崔・前掲注（23）393頁参照。

検討し、明らかにした。違約金増額の適用と比べると、違約金減額の適用において詳細な法規定が定められることと大量の学説が挙げられることは特徴的である。前述の検討に基づいて、全体的に３点をまとめておきたい。

第１に、訴訟要件について、重要なのは法院がいかにして釈明権を行使するのかという点である。この点について違約金減額の適用に関する手続きから見ると、法的意味が大きいように思われる。司法解釈の立場に鑑みると、釈明は法院の権利の行使から義務付けられることへと変わられると明確されているが、実務において法院の釈明がいかにして行われているのかは注目されるべきところである。

第２に、判断要件について法規定の立場に鑑みると、実損害差額主義が最も基礎的かつ重要な基準として確立されていることが明らかにされた。他方、違約金増額の適用と異なり、違約金減額の適用の場合において一連の付加的な要件への考量も求められることが明らかにされた。それゆえに、違約金減額の判断要件が実損害差額主義を主とし、付加的な要件を従とすることが明確にされた。

とはいえ、付加的な要件が違約金の減額の可否の判断に如何なる意味を持つのか、そして、どのようにして違約金の減額の可否に影響すべきかは、学説による解釈論のレベルにとどまらない。それゆえに、実際にこれらの付加的な要件がどのようにして働くのかは裁判実務の検証に委ねなければならない。

第３に、違約金減額の適用に関する当事者の挙証責任については、司法解釈においては曖昧な立場しか示されていない。要するに、司法解釈の立場に鑑みると、法院は、違約金の減額が認められるべきか否かに関する事実を債権者、債務者のいずれに証明対象として負担させることが可能であるとしか解されない。換言すれば、違約金減額が適用される場合において、挙証責任の負担がどのようにして分配されるのかは定着しておらず、事案ごとに法院の裁量にゆだねられる可能性が大きいと予想される。それゆえに、この点も裁判実務の検証を通して明らかにするほかないと思われる。

第４節　違約金増減の立法史

前節までは、法規定と学説に基づき、違約金増減の概要がその趣旨、対象、要件から明らかにされた。本節は、立法史という角度から、違約金増減という法制が如何にして形成されてきたのかを紹介する。なお紹介する前に、次の２点を指摘しておきたい。

第１に、本節は、現行契約法における違約金増減（以下では、本節における立法史の検討の部分では、中国法における違約金増減を「現行法法制」と略称することとする。）の立法化は至るまでに、その立法過程において如何なる議論がなされたのか、これらの議論が現行法法制にどのような影響を与えたのかを検討する。もっとも現行法法制の草案を含む立法資料が非公開であるため、本章は現行法法制が立法化されるまでに、契約関係を規定する役割を果たしていた「経済契約法」、「渉外経済契約法」などの法規定による関連条文を中心にして、その内容を探ってみる。

第２に、長いスパンで中国法の立法史をながめると、戦前1929年南京で制定された中華民国法において法院による違約金の減額を認める規定が置かれていた。本規定は、現行中国法の前史をなすため、中国法に影響を与えた可能性がある。他方、戦後には、本規定がそのまま現行台湾法に受け継がれることになるため、現行台湾法において違約金の減額を認める法制として役割も果たしている。その意味で、現行中国法の前史をなす本規定について、台湾法という比較法の角度から検討する意義が大きいと思われる。それゆえに、台湾法において違約金の減額を認める法制についての詳細な内容、解釈、運用などは、第５章「台湾法・日本法との比較」に委ねることとする。

１　概要

法規定のレベルでは、違約金という法的用語は中国が「改革・開放」政策を採用してから、1981年の「経済契約法」においてはじめて定められるようになった[118]。違約金の増減について、「経済契約法」は正面から

[118] 戦後の中国法の立法史から見ると、長期にわたり法規定において「罰款」または「違約罰款」といった法的概念が大いに使われていた。それに対して、法規定において「違約金」という法的用語は中国が「改革・開放」政策に入るまで用いられていなかった。王家福『中国民法学・民法債権』（法律出版社・1991年）

違約金の増減を明文化していないが、結果的に違約金の増額を認めることと等しい内容を置いたのである。そのため、「経済契約法」は、事実上、違約金の増額を認める立場をとっている。また「経済契約法」についての司法解釈、すなわち最高法院「経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」(1984)では、違約金の減額を規定した条文が設けられたため、「経済契約法」は違約金の減額を承認する立場と捉えることもできる。

他方、法規定においてより正面から違約金の増減を明文化したのは「渉外経済契約法」(1985) であった。その内容を見ると、「渉外経済契約法」の規定は現行法法制の立法技術とほぼ一致しているため、現行法法制の母法とも評価することができる。

以上の三つ法規定は、現行契約法や司法解釈ができたため、失効した。とはいえ、これらの法規定は、現行法法制に関する立法史の参考資料として重要な価値がある。それゆえに、これらの法規定をめぐって如何なる議論や、解釈がなされたのかは注目に値する。その内容については、立法の時間軸に照らして、「経済契約法」(1981)、最高法院「経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」(1984)、「渉外経済契約法」(1985) に基づき、検討を進める。

2　「経済契約法」(1981年)

1978年から、中国社会において「改革・開放」政策が採用されるようになり、商品の生産と商品の交換が大いに発展し、契約関連の立法が続々と設けられてきた。その背景をふまえて、1981年に発効された「経済契約法」(以下では、「経契法」と称する) は、契約立法を集大成したものとして、現代中国法における最初の契約法であったと位置づけられている[119]。その内容をみると、債務不履行の救済方法としての違約金などの違約責任の方式は経契法31条においてはじめて明文化されていた。まず経契法31条を見ておこう。

249頁参照。

[119] 小口彦太・木間正道・田中信行・國谷知史『中国法入門』(三省堂・1991年) 151頁参照。

経済契約法31条

債務者が経済契約に違反した場合、債権者に違約金を支払わなければならない。契約違反によって債権者にもたらされた損失が違約金よりも高い場合には、債務者さらに債権者に損害賠償をし、違約金の不足の部分を填補しなければならない。債権者が引き続き契約を継続して履行することを求める場合、債務者が契約を継続して履行しなければならない。

（１）解説

経契法31条は法規定において最初に違約金を債務不履行の救済方法として規定した。その解説書によると、以下の二つの要点[120]がある、とされる。

第１に、債務者が契約違反したとき、違約金が債務者の損失と同じかもしくはそれよりも低い場合には、違約金は賠償性を持つ。違約金が債権者の損失よりも高い場合には、違約金は懲罰性と賠償性をともに持つ。

第２に、違約金が債権者の損失を填補できない場合には、債権者はさらに損害賠償を求めることを通じて損失の填補に足りない部分を補うように請求することができる。

（２）法規定の立場

解説書の要点からすると、本規定に適用される違約金が「賠償的違約金」であることが、明らかにされた[121]。法院が違約金の増額と減額を認める立場と捉えることができるのかについて、解説書の立場から、次の３点を解読することができると思われる。

第１に、解説書によると、本規定に適用される違約金が「賠償的違約金」として扱われている一方、違約金が債権者の損失よりも低い場合、損害

[120] 李春林『中華人民共和国経済合同法大全』（人民出版社・1995年）347頁参照。

[121] 解説書の説明に照らして、本規定が規定している違約金の法的性格が「賠償的違約金」として扱われていることが、明らかにされた。違約金の法的性格については、本章の20頁「違約金の法的性格」を参照されたい。

賠償の救済方法と併用することができることも認められる、とされる。もし本規定が違約金が損害賠償の救済方法との併用を認める立場であるとすると、本規定が違約金の増額を立法化しなくとも、実際に違約金を増額する効果を認めることと同じであろう。換言すれば、本規定において正面から違約金増額という法制が明文化されていないが、違約金が損害賠償と併用できることが認められたため、実際に本規定が違約金の増額を認める立場に立っていると解される[122]。

第２に、他方、本規定において違約金が債権者の損失よりも高い場合には、違約金の「懲罰性」も認められている。とはいえ、法院が違約金の「懲罰性」の部分を減額すべきか否かについて、本規定は明確な立場を示していない。その後、本規定に関する司法解釈も出されていた。その内容を見る限り、経契法は違約金の減額も認める立場に立っていると解される。詳細は、次の司法解釈についての検討にゆだねることとする。

第３に、経契法は、違約金の増減を認める立場に立っていたが、要件面、すなわち、法院が如何にして違約金を増額または減額するのかについては、経契法において明確に定められていないため、違約金増減に関する立法過程において経契法がまだ模索の段階にあるに過ぎないとしか評価できない。

３　最高法院「経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」（1984年）

経契法は違約金の減額の可否について明確な立場を示していないが、その後に出された最高法院「経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」（以下では、「経契法意見」と称する）は、違約金の減額を認めていたのである。以下では、経契法意見の「違約金と賠償金」の部分に照らしてその内容を見ておこう。

---

[122] なぜ当初の「経契法」が違約金を損害賠償の救済と併用する立法例を採用し、法院が違約金の増額を直接に認める立法例を採用しなかった理由は、はっきりとはされていない。とはいえ、違約金と損害賠償の救済方法との併用を認める立法例は、事実上、違約金の増額を認める法制と同様な効果を有することからすると、法院に違約金の増額を認めさせる考え方が最初の「経契法」からあったことは、明らかにされた。

経契法意見
二、経済契約に違反する責任に関する問題
（二）違約金と賠償金
違約金をめぐる紛争は、両当事者が協議することによって解決することができる。債務者が故意に契約違反した場合には、法院は違約金と賠償金の減額を認めてはならない。債務者が過失で契約違反した場合には、法院は適当に違約金の減額または免除を認めることができる。ただし債務者が間違えなく経済的困難がある前提で、債務者が積極的に違約金の減額を請求するか、債務者の違約行為が債権者に経済的損失をもたらしていないかのいずれかの場合に限られなければならない。

（１）法規定の立場

経契法意見からすると、違約金の減額を認める立場が明らかにされており、しかも違約金の減額が適用される際にその要件も詳しく設けられていた。すなわち法院が違約金を減額するか否かを判断する場合には、以下の３つの判断要件が提示されている。

第１に、当事者が協議によって違約金の減額を合意した場合には、法院は違約金の減額を認めなければならない。

第２に、債務者が故意に契約違反した場合には、法院は違約金の減額を認めてはならない。

第３に、債務者が過失で契約違反し、しかも債務者の経済的状況が困難がある場合には、債務者が積極的に違約金の減額を請求するか、債務者の違約行為が債権者に経済的損失をもたらしていないかのどちらの条件が満たされることならば､法院は違約金の減額を認めることができる。

（２）学説による改正意見

経契法意見ははじめて違約金の減額の可否の判断要件を設けていた。この点について、当時の学界では違約金の減額の問題について関心がまだ薄くて、筆者が調べる限り、崔建遠氏だけは、経契法意見による判断要件について異議をとなえている。氏は、経契法意見による判断要件が

あまり妥当ではないため、それを修正すべきであるという見解を挙げている。氏の見解によると、以下の３点[123]がまとめられている。

第１に、当事者の合意という要件は、違約金の減額に関する判断要件とされるべきではない。なぜなら、違約金の減額の可否は両当事者の利益にかかわるため、両当事者が合意に達することができない場合はしばしば起きる。もし当事者の合意という要件が違約金の減額に関する判断要件とされると、もともと減額されなければならない違約金が、両当事者が合意を達していないため、減額されないという不当な結果が生じかねない。それゆえに、当事者の合意という要件は違約金の減額に関する要件とされるべきではない。その代わりとして、違約金の減額の可否を決定する権限を人民法院に委ねられるべきである。

第２に、「債務者が間違えなく経済的困難がある」と「債務者の違約行為が債権者に経済的損失をもたらしていない」という２つの要件が同時に違約金の減額に関する判断要件として並べられているのは、妥当ではない。その代わりとして「債務者が間違えなく経済的困難がある」が単独に違約金の減額に関する判断要件とされるべきであるで。なぜなら、この場合には、法院が違約金の減額の要否を判断する根拠は、債務者の経済的状況によっているのであり、違約金の賠償性による填補機能によっているのではない、からである。

第３に、「債務者が債権者に経済的損失をもたらしていない」ということは違約金の減額に関する判断要件とする立場は妥当である。とはいえ、その規定の仕方は妥当ではない。その代わりとして、違約金の減額の判断要件は「違約金が著しく高い」という要件に変えるべきである。要するにこの場合には、法院が違約金の減額の可否を判断する根拠は、違約金と債権者の損失との比較によって違約金が債権者の実損害よりも著しく高いと認定されるか否かということである。

４　「渉外経済契約法」（1985年）

1985年の「渉外経済契約法」（以下では、「渉外契約法」と称する）は、はじめて違約金の増減を明文化し、その内容を渉外契約法20条に置いて

[123] 崔建遠「関於違約金責任的探討」法学研究1991年２期62 ～ 63頁参照。

いた。まず渉外契約法20条を見ておこう。

> 渉外経済契約法20条
> 1項
> 当事者は、契約において債務者が契約違反した場合には、債権者に一定額の違約金を支払うことを約束することができ、または契約違反によってもたらされた損害賠償額の計算方法を約束することもできる。
>
> 2項
> 契約において約定された違約金は、契約違反による損失賠償の予定と見なされる。もっとも、約定された違約金が契約違反によりもたらされた損失よりも著しく高いかまたは低い場合、当事者が仲裁機構または法院に適当に減額または増額するよう求めることができる。

（1）解説

渉外契約法20条からすると、はじめて違約金の増減が明文化された。その解説書によると、三つの要点[124]がある、とされる。

第1に、違約金は損害賠償の予定と見なされ、損害賠償の救済方法と併用されることが認められていない。

第2に、違約金が損害賠償の予定と見なされる以上、その額が債権者の損失よりも著しく高いか低いという場合が起きかねない。もし違約金が債権者の損失よりも著しく高い場合には、違約金が懲罰性を有する。もし違約金が債権者の損失よりも低い場合には、違約金が損失を填補できなくなる。それゆえに、違約金が債権者の損失よりも著しく高いかまたは低い場合には、法院が適当に違約金の減額を認めるか、または違約金の増額を認めることができる。違約金が債務者の違約行為によって生じた債権者の損失とほぼ同額となるようにしなければならない。

[124] 李・前掲注（120）228～229頁参照。

（2）法規定の立場

涉外契約法20条は経契法の立場を発展し初めて正面から違約金の増減を明文化していた。その解説の内容に照らせば、以下の２点を捉えることができる。

第１に、違約金が損害賠償の予定と見なされ、しかも債権者の実損害との比較によってその「賠償性」と「懲罰性」の法的性格が定義されるという説明からすると、違約金の増減の対象が「賠償的違約金」であることが、明らかにされた[125]。

第２に、法院が違約金を債権者の損失と比較し、「低い」場合には、違約金を増額し、「著しく高い」場合には、違約金を減額するという立法の仕方、また違約金が債権者の損失とほぼ同額となるようにしなければならないという説明からすると、涉外契約法20条の趣旨は、当事者間の給付の均衡の回復に着目したものである、また条文による判断要件が実損害差額主義を強調したものである、という現行法法制の内容と、同様に捉えることができる。換言すれば、涉外契約法20条の規定は、現行法法制の内容とほぼ一致しているため､現行法法制の母法とも解される。

５　小括

以上、立法史という角度から、現行法法制の形成に関わる三つの法規定（経契法、経契法意見、涉外契約法）を中心にして、現行法法制の立法化は至るまでの内容を検討した。これらの内容は現行法法制にどのような影響を与えるのかを、次のように要約することができる。

第１に、経契法は正面から違約金の増減を法制として立法していないが、規定の内容およびそれに対する司法解釈からすると、事実上、経契法は違約金の増減を認める立場に立っていた。換言すれば、現代中国法の立法史において経契法は最初に違約金の増減を認める考え方を示したものであると評価できる。

第２に、経契法が立法された後、経契法意見は、はじめて違約金の減額の適用に関する要件を設けていた。また当時の学界では違約金の増減

[125] 違約金の法的性格については、本章の20頁「違約金の法的性格」を参照されたい。

の問題について関心がまだ薄かったが、経契法意見の規定について改正意見も寄せられていた。これらの内容からすると、違約金の減額が適用される場合に、経契法意見による「当事者の故意・過失の度合い」についての規定、改正意見による「著しく高い」という比較基準の提示といった一部の内容は、現行法法制の規定に取り入れられ、立法化されている。この意味では、現行法法制の立法化において経契法意見およびそれに対する改正意見が参考資料としての価値が非常に大きいと評価できる。

第３に、渉外契約法は、現行法法制の規定と比べると、違約金の増減に関する立法技術がほぼ一致するものである。現行中国法の立法史に関する文献を見る限り、渉外契約法20条に対する学界の関心はほとんどないし、現行法法制の規定が渉外契約法20条を受け継いだものであるかどうかという議論も見当たらない。とはいえ、渉外契約法20条についての解説からすると、現行法法制が渉外契約法20条を受け継いだものであると推測され得るであろう。したがって、渉外契約法20条が現行法法制のさきがけとしての意味を有すると評価できる。

（未完）

研究ノート

いわゆる「自画撮り」行為の刑事規制に関する序論的考察（２・完）

―― 児童ポルノの自画撮りを題材として ――

瀧　本　京太朗

目　次

序章
第１章　自画撮りに至るプロセスと法律構成
第２章　児童ポルノ法の保護法益
　第１節　立法者の保護法益理解
　第２節　裁判所の保護法益理解　（以上、68巻３号）
　第３節　学説の保護法益理解
　　第１項　個人的法益説
　　第１款　個人的法益の捉え方
　　第２款　自画撮り画像の第三者所持と単純所持罪の成否
　　第２項　社会的法益説
　　第３項　混合説
　　第４項　検討
　第４節　小括
第３章　自画撮り規制のあり方
　第１節　自画撮り「前」の刑事規制のあり方
　　第１項　自画撮り勧誘罪の内容
　　第１款　答申の趣旨と構成要件
　　第２款　適用範囲
　　第３款　保護法益
　　第２項　検討
　　第１款　普及啓発、教育、相談等対応の重要性――課題（ⅰ）（ⅲ）

について
第２款　構成要件の限定――課題（ⅱ）について
第３款　各構成要件の該当性判断
第４款　罰則の適用除外
第２節　社会的相当性による違法性阻却のあり方
第１項　問題の所在
第２項　製造罪の正当化事由
第３項　自画撮り勧誘罪の正当化事由
第４項　製造罪の正当化に関する諸問題
第１款　淫行罪と児童ポルノ製造罪
第２款　自画撮り被害における行政の動き
第３款　単純所持罪の新設と正当化事由
第５項　児童の取り扱いの困難さ
第３節　外国における児童保護と自画撮り規制
第１項　アメリカ合衆国における自画撮り規制
第１款　アメリカにおけるセクスティングの例
第２款　州のセクスティング規制立法
第３款　検討
第２項　ドイツにおける自画撮り規制
第１款　ドイツ刑法184条ｂ及びｃ
第２款　184条ｃ４項
第３項　小括――外国法が与える示唆
終章
補遺　東京都青少年健全育成条例改正案等の議論状況について
（以上、本号）

第３節　学説の保護法益理解[106]

本節では、学説が児童ポルノ法や各種構成要件の保護法益をどのように理解しているかを調べ、自画撮りの場合にどのような帰結が導かれるかを検討する。

学説が児童ポルノ法の保護法益を検討するとき、そこには常に児童ポルノ法

[106] 近時の重要な研究としては、嘉門・前掲注（105）76頁以下が、単純所持罪の可罰性の有無を念頭においた分析を展開している。

適用の可否を争う重要問題の解決が最終的な目標として掲げられてきた。その最たるものは、実在しない児童の姿態を描写した「仮想児童ポルノ」の問題[107]であり、あるいは、個人の性的好奇心を満たす目的で児童ポルノを所持する「単純所持」の問題であった。いずれの局面においても、その刑事規制の可否は児童ポルノ法の保護法益理解に依存すると考えられてきたのである。

前節までに見てきたように、立法者や裁判所は、本法の保護法益は個人的法益と社会的法益の双方であり、その中でも個人的法益が中核的な保護法益であると理解している。学説においてもこのような見解が見られるが、いずれか一方の法益に純化させる見解も散見されている。また、「児童一般」を保護法益として認める見解の内部でも、これを個人的法益と捉えるものと、社会的法益と捉えるものがあり、学説内部で「児童一般」の扱いが確定していない。さらに、同様のことは、「流通の危険性」を創出することが各種行為の非難可能性を基礎づけるという説明にも妥当する。すなわち、流通の危険性が個人的法益と社会的法益のいずれを（又は、両方を）侵害するかは、必ずしも一義的な理解はされていない。

第１項　個人的法益説

第１款　個人的法益の捉え方

児童ポルノ法の保護法益を被写体児童の個人的法益と捉える見解は、主に仮想児童ポルノの取り扱いを巡る議論の中で通説とされてきた[108]。説明の仕方は様々であるが、例えば、児童ポルノ法１条の目的規定を見ると、同法は青少年が有害な情報を受領することによる精神的な影響から児童を保護するものではなく、「児童に対してより侵害性が強いと思われる、肉体的な性的搾取・虐待からの保護が問題とされている」という説明や[109]、児童ポルノ法の規制対象は「現実の性的虐待に伴う害悪」すなわち性的虐待それ自体や、その記録化による児童の身体的精神的健全性への侵害、及び当該記録の「交付や公開等に由来する当該児童の名誉ないし心身の健全性への侵害（の危険）」であり、これこそ

[107] 主要な研究として、渡邊卓也『電脳空間における刑事的規制』（成文堂、2006年）191頁以下。

[108] 嘉門・前掲注（105）78頁参照。

[109] 渡邊・前掲注（107）202頁。

が刑法におけるわいせつ表現規制よりも厳しい法定刑を正当化する根拠となっているという説明がある[110]。

個人的法益説を徹底すると、直接的な侵害である製造罪については説明可能であるが、提供罪のような「拡散」行為を規制する構成要件については説明が困難ではないかという問題が生じるが、本説の論者は、児童ポルノは性的搾取の半永久的な記録であり、これが拡散する際には新たな精神的虐待が行われていると説明し、拡散規制を正当化している[111]。

このような見解からは、まったくの仮想児童を描写したポルノ画像は規制対象外であり、単純所持罪は製造罪の不可罰的事後行為、又は提供罪の予備行為となり、処罰は困難であると主張される[112]。もっとも、近時は、ハードディスク等に保存してあった児童ポルノ画像のデータが何らかの理由で流出・拡散したり、記録媒体を紛失・盗難したりするなど、「意図しない流出」を通じた流通の危険性は辛うじて肯定可能であるとして、仮に個人的法益説に立ったとしても、単純所持を処罰対象とすることは理論的に不可能ではないとする見解も見られる[113]。また、児童ポルノ法の保護法益を「被写体児童の心身の健全な成育の侵害」と捉え、性的好奇心を満たす目的でない所持であってもこれは認められ得るが、危険性が相当抽象的であるため要罰性は認められない。しかし、性的好奇心を満たす目的が加わることで、かかる危険性が上昇し、「性的姿態に係る固定化された視覚的情報のより継続的かつ強固な維持に伴う当該画像の利用可能性（意図しない拡散の危険性）による被写体児童の心身の健全な成育の侵害の抽象的危険が認められうると解することも不可能とまではいえないよ

---

[110] 永井善之「児童ポルノの刑事規制について（二・完）」法学67号（2003年）616頁以下。

[111] 渡邊・前掲注（107）203頁。

[112] 渡邊・前掲注（107）204頁以下。

[113] 深町・前掲注（105）480頁以下。しかし、単純所持罪はもとより流通を想定しない構成要件であるというべきであり、にもかかわらず流出の危険性を処罰の根拠とすることが可能かは疑問である。論者は、誰かが自分の児童ポルノを所持しているという「不安感」を刑罰規定により保護することが可能かどうかは不明確だとしているが、「意図しない流出」の危険というのも、自己が描写されている児童ポルノを誰かが所持しているのではないかという不安感と、本質的な違いはないように思われる。

うに思われる」とする見解[114]も、先の見解と概ね同旨と考えられる[115]。

では、自画撮りによる児童ポルノ製造の場合、個人的法益説からはどのように解されることになるだろうか。

まず、他者からの働きかけによる自画撮りのうち、行為者の単独正犯と評価すべき類型では製造罪が当然に成立するが、問題となるのは前章で検討した⑧、⑨事件のように、児童が共同正犯となる事例である。児童が共同正犯という形で関与するということは、実際の処罰はさておき、児童が自画撮りを行っても処罰対象となるということであるが、自己の法益を処分する行為を個人的法益の侵害のみを根拠として規制することは困難であろう。

では、行為者はどうか。児童が共同正犯という形式で関与している以上、個人的法益説が依拠する「性的搾取・虐待」が存在しないのではないかが問題となるが、児童ポルノ法の各種犯罪は被写体児童の承諾にかかわらず成立するとされており、この点から示唆を得ることで、この場合にも性的搾取を看取することが可能であろう。児童は性的自己決定能力が制限されており、性的な意味の行為が行われても、それをそれとして認識することが18歳以上の者と比べて不可能ないし困難であるというのが、犯罪の成否を承諾の有無に係らせないことの意味である。そうすると、児童が共同正犯として関与、すなわち製造に同意していたとしても性的搾取・虐待が存在するといえ、行為者には製造罪が成

---

[114] 永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学60巻１号(2017年)145頁。この見解は、「児童一般」を個人的法益として捉えるものである。

[115] この見解に対しても、先と同様の点について疑問が呈されよう。また、意図しない拡散の危険性は、性的好奇心を満たす目的の有無に左右されるかについても検討を要する。目的の有無にかかわらず、「性的姿態に係る固定化された視覚的情報」すなわち児童ポルノは客観的に存在している以上、意図しない拡散の可能性は十分認められるように思われる。

論者は、性的好奇心を満たす目的のない場合を「単純所持」と呼び、この目的を有する場合を「１項所持罪」と呼んでいるが、論者のいう１項所持罪が目的犯とされたのは、学術研究目的など、一定の正当な理由があって所持する場合を処罰対象から除外するためである。「性的好奇心はなく、正当な理由もないが、単に自己の意思で所持している」という状態は、少なくともわが国の児童ポルノ法の想定しないところであり、そもそもそのような状態があり得るかについても疑問があろう。仮にこのような状態があり得るとしても、やはり意図しない拡散の可能性は否定できないであろう。

立すると考えられる。

次に、働きかけのない場合（児童単独類型）については、単純所持、（特定又は不特定の者に対する）提供、公然陳列、提供・公然陳列目的製造など、いずれの犯罪についても、個人的法益説から当罰性を根拠づけることは不可能であろう。他者の影響を受けない自画撮りは、自殺や自傷行為と同様の、自己の法益を処分する行為であり、法益侵害とはいえないからである。単純所持罪につき、「意図しない流出」による流通の危険から当罰性を基礎づける見解からも、この場合の単純所持については当罰性が否定されよう。ただし、自画撮りした画像を児童が自らSNS等で公然陳列した後、その画像を第三者がハードディスク等に保存した場合は、単純所持罪の成立を肯定してよいように思われる（第２款参照）。

個人的法益説から単純所持罪の当罰性を基礎づけようとする際に投げかけられる批判は、主に同罪の「自己の性的好奇心を満たす目的」という構成要件を踏まえ、（ⅰ）画像が拡散されることは想定されないのではないかという点と、（ⅱ）誰かが自己の児童ポルノを所持しているかもしれないという「不安感」を刑法的保護の対象とすることが妥当なのかという点、及び（ⅲ）所持者が内心で被写体児童を「道具化」することが、どのように児童の法益を害するのかが不明確であるというものであった[116]。これらの指摘は正鵠を射るものであり、単純所持処罰を正当化するには、これらの批判に耐え得る論拠を用いる必要がある。しかしながら、「自画撮り」という本稿の主題と、これまでに分析してきた裁判例の事案を考慮すると、処罰を正当化するための論拠を形成することは、なお可能であると考えられる。

第２款　自画撮り画像の第三者所持と単純所持罪の成否

警察庁が説明する自画撮り被害は、騙したり脅したりして児童ポルノを製造させ、送信させるという手口であり、①事件は典型的な脅迫事例であったが、⑧、⑨事件のような、児童を共同正犯とした事例でも、事実関係を見ると、児童に対する脅迫が行われている。⑧事件では、児童ポルノの製造については被告人と児童は共同正犯とされているが、その後被告人は、被害児童から当該画像の消去を求められた際、画像を他人に売ると述べて被害児童を脅迫し、裁判

[116] 嘉門・前掲注（105）78頁。

でも脅迫罪の成立が肯定されている。また、⑨事件でも、共同正犯とされた製造行為を行った３日後に、被告人は製造した児童ポルノを親や学校に公表すると述べて被害児童を脅迫して面会を要求し、強要未遂罪の成立が肯定されている。このように、児童ポルノは被写体児童の個人情報であり、しばしば脅迫の材料として児童ポルノが用いられているという現状がある。特に⑨事件では、自画撮り製造行為の２日後に、被告人は児童と実際に面会した上で児童ポルノを再度製造しており、その翌日に脅迫が行われている。

以上の点からすると、児童ポルノは、描写されている内容それ自体が虐待の記録であることはもちろんであるが、それのみならず、新たな児童虐待の材料に用いられるおそれがあり、現実にもそのように利用されているという点で高度の危険を有しており、その限りにおいて、単純所持の当罰性を肯定することが可能である。すなわち、「自己の性的好奇心を満たす目的」とは、当該児童ポルノに描写されている内容から得られる性的好奇心のみならず、当該児童ポルノを材料として児童を脅迫し、新たな児童ポルノを入手したり、あるいは実際に面会の上性交するなどして性的好奇心を満たす目的も含まれると解することで、先の（ⅰ）ないし（ⅲ）に応えることが可能となろう。「脅迫の危険性」という観点からは、まず（ⅰ）については、拡散をちらつかせた脅迫による自画撮り被害が実際に見られることを考慮すれば、「自己の性的好奇心を満たす目的」であったとしても拡散の危険は観念可能である[117]。次に（ⅱ）については、自己の姿態が描写された児童ポルノ画像を所持されていると、児童は、いつ誰から当該児童ポルノを拡散する旨の脅迫がなされるかもしれないという恐怖感に苛まれることとなるが、この程度の心理状態であれば、単なる「不安感」というにとどまらず、法によって保護すべきである。（ⅲ）についても、所持者がいつ脅迫の対象として児童を道具化するかもしれないという観点から、（ⅱ）とあいまって法益侵害性を基礎づけることが可能であろう。

第２項　社会的法益説

[117] 当初は内心にとどまっていても、例えば特定の児童の画像を収集するうちに、さらに画像を入手するため、被写体児童を脅迫するという場合は十分あり得よう。

児童ポルノ法の保護法益を社会的法益と捉える見解も存する[118]。この見解の論者は、個人的法益説は刑法175条との関係を考えると不自然であると前置きした上で、保護の対象が具体的な被害児童のみと解すべき必然性はなく、立法者も具体的な被害児童とともに児童一般の保護をも保護対象としているとする。そして、本法は後者の保護に重点を置き、「児童一般の、性的に健全に成長する権利」を保護法益とするものであると主張する。次に、児童の実在性については、児童ポルノ法の文言からは実在性要件を読み取ることは不可能であり、同要件を要求する必然性は存しないとし、立法者の説明に対しても、立法者意思に絶対に従わねばならないわけではなく、児童自身と児童一般の双方の権利を擁護するのであれば、その保護法益は、より広い児童一般、つまり社会的法益として捉えるしかないと主張している[119]。また、刑法175条との関係については、児童は成人よりも保護の必要性が大きいため、児童ポルノ概念はわいせつ概念よりも射程が広くなっていると考えられるから、本法が「わいせつ」に該当しない児童ポルノを規制対象としているという点を踏まえても、本法が「個々の」児童の権利を保護するという結論は出てこないとした上で、刑法175条も本法も、ともに社会的法益を保護するものであり、保護対象の範囲が異なるにすぎないと述べている[120]。

確かに、「児童」という条文の文言のみから直ちに実在性要件が導かれることにはならない。しかし、前章で見たように、立法者は、実在しない児童を被写体とする記録物を「児童ポルノ」から除外することを明確に、かつ強固に表明しており、立法者意思に忠実である必要はないという理由のみでは、実在性要件を不要と解する決定打とはなり得ない。裁判例においても、例えば⑪事件では児童の実在性が詳細な証拠調べを経て認定されていることに鑑みると、実在性要件はなお厳格に要求されていると理解すべきである。また、刑法175条との関係については、児童ポルノ法の法定刑が刑法175条よりも格段に重い点を社会的法益という観点のみから説明することは困難であり、妥当でない[121]。

---

[118] 上野芳久「児童買春と児童ポルノの刑事規制」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生古稀祝賀　刑事法の理論と実践』（第一法規、2002年）521頁以下。

[119] 上野・前掲注（118）529頁。

[120] 上野・前掲注（118）529頁以下。

[121] 嘉門・前掲注（105）79頁。

児童は成人より保護の必要性が大きいことは論者自身も認めているが、もともと刑法175条は成人の保護を志向する条文ではないから、保護の必要性の大小という観点を用いて両者の保護範囲を検討すること自体にも問題があろう。比較すべきは、（児童か否かは問わず）健全な性風俗と児童搾取の風潮であろうが、後者を前者よりも重要であると説くためには児童搾取の違法性を援用せざるを得ず、結局個人的法益への言及は避けられないように思われる[122]。この場合は、後述する混合説に至ることとなる。

また、社会的法益を保護法益とすることにより、「虐待との因果関係が具体的に問われなくてもよくなり、より一層、処罰が無限定に拡大される危険がある」という批判[123]や、特定少数人に対する児童ポルノ提供の可罰性を説明することが困難であるという批判[124]、及び、仮想児童ポルノの処罰は内心の性的嗜好を処罰することにつながり、その提供行為は抽象的な害悪に基づいてしか規制し得ないのであれば、提供の前段階である提供目的製造罪に関しては、抽象的害悪が想定されるよりもさらに早い段階の規制であるという批判[125]も加えられている。

このように、社会的法益説には疑問があるが、念のため本説を前提として自画撮り問題を考察したときの帰結を考えると、以下のように解されよう。

まず、働きかけによる自画撮りの類型については、個人的法益説と同一の結論に至る。脅迫・欺罔に基づく場合であっても、４項製造罪で行為者を処罰する際は社会的法益侵害が処罰根拠となる。しかしその際、特に脅迫による場合は脅迫罪と４項製造罪が成立すると考えるのであればともかく、①事件のように４項製造罪の間接正犯のみが肯定されるような事案では、脅迫行為も社会的法益侵害であると評価することは困難である。社会的法益説を採ることの問題は、この点を考慮しても明らかとなろう。

次に、働きかけによらない場合も、広汎に児童ポルノ犯罪が成立することと

---

122 嘉門・前掲注（105）80頁。

123 渡邊・前掲注（107）209頁。

124 豊田兼彦「児童ポルノを受領する行為の可罰性について」近畿大学法科大学院論集４巻（2008年）83頁。

125 永井・前掲注（114）145頁以下。論者は、刑法175条の保護法益には児童を性欲の対象としない風潮も含まれていると主張する。

なる。すなわち、自身の姿態を撮影して所持した場合でも、その目的に応じた所持罪が成立し、それを提供･公然陳列した場合には、２項ないし６項提供罪、あるいは公然陳列罪が成立することとなる。

社会的法益説は「マーケット論」に依拠して主張されることが多い。確かに、児童ポルノマーケットに児童自身が参入すれば、児童の参入を想定していないマーケットは活性化され、さらなる搾取が行われるという危険を想定することは可能である。その意味では、児童といえども規制対象とするという姿勢は、マーケットに打撃を与えるためには有益な、あり得る選択肢の一つである。しかしながら、先に見たように、立法資料から社会的法益説を正当化することは困難である。

第３項　混合説

個人的法益と社会的法益の双方を保護法益とする混合説は、立法者や裁判所の立場であると説明されることが常であり[126]、学説からもこれに同調する見解が少なくない。例えばある論者（Ａ説）は、個人的法益説が刑法175条との法定刑の差や、児童ポルノ法における児童保護規定（15条１項、16条など）を主張する点につき、社会的法益説を排除する論拠とはなり得ても、混合説は排除されない。また、「児童ポルノ規制の合憲性を説明するために個人的法益説を採用しなければならないとする必然性はない。むしろ、合憲性の説明は、児童の個人的法益と社会的法益とを重畳的に保護すると解する混合説の立場からなされるほうがわかりやすい」と述べ、混合説を妥当とする[127]。また、社会的法益説については、前述のように、特定少数人に対する児童ポルノ提供の可罰性を説明できないばかりか、被写体児童への現実的な利益の侵害を離れて、専ら抽象的に「児童の健全育成にとって良好な社会環境」を保護するというのであれば、法が「望ましい性的価値観」を強制することになると批判し、結論としては混合説に立ちつつ、個人的法益は直接的に、社会的法益は間接的に保護されていると解している[128]。

別の論者（Ｂ説）は、児童に対する性的搾取とは「児童の事物化（＝自己の効

[126] 嘉門・前掲注（105）80頁。
[127] 豊田・前掲注（124）82頁。
[128] 豊田・前掲注（124）83頁。

用のための対象として扱うこと）された性の消費およびその過程」という性質を持った行為であるとし、児童が自己の性を事物化することはパターナリスティックな制約を受ける結果として、事物化された児童の性を消費する行為は性的搾取と評価されるため、13歳未満の者に対する強姦罪と同様の構造を有する性的自己決定侵害であると主張する[129]。そして、児童ポルノ法は、かかる性的自己決定侵害による心身への有害な影響から児童を保護することをも目的としており、「その限りで、国家が最低限保障すべきであると考えられた健全な児童の成長発達環境（すなわち、性的搾取・性的虐待にさらされない発達成長環境）」も保護の対象であるとし、児童ポルノ法は全体として、「児童の性的自己決定権および性的搾取・性的虐待にさらされない発達環境」を保護するものと解している[130]。論者は、後者は「児童ポルノに係る性的自己決定の自由を児童について制限する理由」であり、「刑法上の法益として児童ポルノに係る行為によって侵害されるのは児童の性的自己決定権である」としていることから[131]、個人的法益は直接的に、社会的法益は間接的に保護するという先の見解の結論と概ね同様に解されよう[132]。

さらに別の論者（C説）は、個人的法益説に対し、強制わいせつ罪や強姦罪（現・強制性交等罪）では13歳以上の者に性的自己決定権を認めていることと比べて、児童ポルノ犯罪は、被写体児童が製造等に同意していても成立することが矛盾すると批判し、疑似写真を「その他の物」に含めることは可能であり、児童をモデルにしていると容易に判断可能な疑似写真も多いことから、同法は純粋に個人的法益のみを保護するのではなく、「児童」を取り巻く性風俗という社会的法益を、「社会一般」の善良な性風俗から切り離して厳格な保護を与え、児童を保護しようとしていると解する方が無理がないと主張する[133]。この見解は、

---

[129] 上田正基『その行為、本当に処罰しますか―憲法的刑事立法論序説』（弘文堂、2016年）188頁。

[130] 上田・前掲注（129）189頁以下。

[131] 上田・前掲注（129）190頁（注27）。

[132] 社会的法益に関する点はひとまず措き、個人的法益に関する論者の言及は国会審議においても見られた（本章第１節）。本稿も、論者の見解を妥当と解する。

[133] 川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制（二・完）」同志社法学52巻１号（2000年）22頁。強制わいせつ等と児童ポルノ法の矛盾をいう点については一考に値しよう。しかし、児童ポルノ法には児童買春罪（４条）があり、一定の場合に

疑似写真をも処罰範囲に取り込もうとする点で、社会的法益の保護を個人的法益よりも相当重視しているが、規制対象とすべきなのは、「疑似写真のうち、被写体の頭部や身体の主要部分を実在の児童の写真から合成するなどしており、社会通念として被写体が児童であると解されるようなもの」であるとしており[134]、個人的法益侵害の要素はなお要求されているようにも見える。しかし、例えば⑪事件のCG画像のようなものを処罰すべき「疑似写真」としているのであれば格別、実在する複数の児童の写真から一部分を切り貼りして作成したような、同事件の判断枠組みからは実在性が認められない画像までをも処罰すべきというのであれば、社会的法益説に至ることとなり、妥当でない[135]。

また、児童ポルノを製造する行為の侵害性を「児童一般及び成人が児童ポルノに触れる可能性を高める」という拡散規制の視点に求めつつ、４項製造罪は提供目的製造罪のような拡散的要素が認められないため、同罪の「姿態をとらせ」が有する当罰性は、現実の被写体児童に対する直接的な侵害を捕捉するものと理解し、製造の侵害性と「姿態をとらせ」要件の当罰性があいまって、一体的に評価される場合に限って４項製造罪が認められるとする見解（D説）も、混合説のひとつとして理解可能であろう[136]。

第４項　検討

はなお性的自己決定権が制限されている。また、各都道府県においては青少年保護育成条例により淫行が処罰対象とされており、条例上の規制ではあるが、児童の同意による場合であっても、性的自己決定権は広くパターナリスティックに制限されているといえよう。条例によって13歳以上の児童の性的自己決定権を制限しているという現状は、刑法が当該年齢間の児童を保護していないことが法の不備であり、それを条例が補っていると見ることも可能であるが、刑法176条、177条は、原則として反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫による性的行為を処罰する規定であり、法定刑も重い。よって、本稿は、同意がある13歳以上の児童に対してする性的行為（児童ポルノ含む）を、刑法とは別の法ないし条例で規制することは刑法の性犯罪規定と矛盾するものではないと考える。

134　川崎・前掲注（133）23頁。

135　児童を取り巻く性風俗を刑法とは別に保護すべきとする論調からは、限りなく社会的法益説に近い見解といえよう。

136　仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑事法ジャーナル43号（2015年）67頁以下。

前節までの検討（立法者、裁判所の見解）を踏まえれば、本稿の見解は一見すると、個人的法益説に近い立場に見えよう。すなわち、国会での審議を見ると、平成26年の児童ポルノ法改正時における公然陳列罪（７条６項）の政府理解には疑問があるものの、刑罰規定に関しては被害児童に対する侵害を想定して立法されていることがわかる。また、裁判例においては混合説的な文脈で社会的法益に言及するものが少なくないが、基本的には被写体児童に対する直接の侵害を認定した上で有罪の判断を示していることから、個人的法益侵害こそが中核的な保護対象であると考えられよう。これらの点を踏まえ、本稿は、個人的法益の侵害がなければ児童搾取の風潮を助長することも考えられないと解しているのである。

しかしながら、混合説の「直接的には個人的法益を、間接的には社会的法益を」という考え方の理解によっては、本稿の見解を個人的法益説と呼ぶか混合説と呼ぶかは大きな問題ではない。すなわち、混合説に立つ見解が、直接的な保護法益の侵害が存在しなければ行為者を処罰できないと理解しているのであれば、個人的法益説の結論と何ら異ならない。混合説は社会的法益を「間接的」な保護法益と位置づけている。「間接的」とすることによって得られる意義は明らかでないが、個人的法益侵害がなくても児童搾取の風潮を助長したといい得れば処罰可能と考えるのであれば、それは社会的法益説そのものであり、混合説の意図するものではないであろう。そうすると、少なくとも児童に自画撮りを行わせた者の可罰性に関する限り、個人的法益説と混合説は対立の意味をなさない。社会的法益を考慮するか否かは、行為者の可罰性とは一線を画する問題である[137]。残された問題は、個人的法益侵害が存在したときに、社会的法益も侵害を受けたといえるかである。実務的には、社会的法益侵害を量刑判断の事情として考慮可能かということであるが、本稿は、個人的法益侵害の存在を前提にするのであれば、社会的法益侵害を考慮することは許容されると考え

[137] この点につきＢ説は、社会的法益は児童の性的自己決定権をパターナリスティックに制限する理由と捉えているが、例えば自殺関与罪における被害者の自己決定権を否定する際、社会的法益には言及されないことから、自己決定能力の否定と社会的法益が必然的に結びついているわけではないように思われる。同罪では生命の絶対的利益が被害者の意思に優越すると説かれるが、児童ポルノ法においても、被写体児童の性的自己決定権は本人の意思に優越すると解することは可能であろう。

る。例えば、不特定又は多数の者に対する提供行為により、児童ポルノ画像が広範囲に渡って拡散された場合と、ごく一部に拡散されたにとどまる場合とでは、児童搾取の風潮が助長された程度に差があるように思われる。仮に拡散の範囲が明らかとなっているのであれば、そのような事情を社会的法益侵害の程度として量刑判断の資料とすることは許容されよう。

以上のような混合説理解を前提とした場合、社会的法益は量刑上考慮されるにすぎないから、自画撮り事案の処理については、働きかけのある場合もない場合も、基本的に個人的法益説と同様の帰結が導かれることとなろう。

第４節　小括

本節では、自画撮りの規制可能性という観点から、児童ポルノ法の保護法益につき、立法、司法及び学説の立場を踏まえながら検討を加えてきた。自画撮りという被害態様は、同法の制定時点では顕在化しておらず、これまで議論されてこなかったが、政府の理解では、児童が主体的に自己の裸などの自画撮り画像をインターネットに公開したときは公然陳列罪が成立するとされている。しかしながら、立法時の議論に鑑みると、このような解釈は多分に形式的な理解であり、児童ポルノ法制定時の理念が受け継がれているとはいい難い。同法の刑罰法規にかかる部分は児童に対する実際の侵害行為を処罰するものであるという前提がなお崩れていないのであれば、自己の法益を侵害（放棄）する行為を規制するためには、新たな理論構成が必要である。

客体を不特定又は多数が認識可能な状態に置くことで成立する「公然陳列罪」は、確かに社会的法益を侵害する犯罪と理解するのが自然ではある。例えば、わいせつ物の公然陳列罪（刑法175条）は、客体のわいせつ性が認定されれば十分であり、それ以上のことは問題とされない。女性のわいせつな姿態が描写されている写真が公然陳列されたとして、そこで問題となるのは写真のわいせつ性のみであり、被写体に対する法益侵害は、その有無すら考慮されない。被写体の法益については、写真を強制的に撮影したのであれば強要罪や強制わいせつ罪、同意の上で撮影していても、公開することに同意していなかった場合や、盗撮して公開した場合などは名誉毀損罪やリベンジポルノ法所定の罪が問題とされるのであり、公然陳列罪の保護範囲からは外れている。しかしながら、児童ポルノの公然陳列罪は、それ自体が児童の性的搾取を防止し、被写体児童を

保護する目的で制定された条文である。本罪には、児童に対する名誉毀損を捕捉するという意味合いも含まれているといえよう。裁判例を見ても、児童ポルノ公然陳列罪が成立した場合の量刑判断につき、被写体児童に対する被害が正面から考慮されていることからも、本罪は少なくとも個人的法益に対する罪と理解可能である。

このように理解すると、児童自身が自己の姿態を自画撮りして公然陳列する行為は、児童ポルノ公然陳列罪に該当しないと考えられる。ただし、一般論としては、自画撮りを行う児童の年齢が18歳に近づくにつれて、その姿態が描写された客体は「児童ポルノ」から「わいせつ物」へと近似していくため、客体が「わいせつ」の要件を満たすのであれば、自画撮り画像の公然陳列行為は刑法175条の構成要件に該当することとなる。その場合は児童といえども刑事的規制に服する必要性は否定できないが、客体が未だ「わいせつ」とまではいえない場合[138]は、児童については何らの罪も成立しないといわなければならない。そうすると、前章で検討した⑧、⑨事件のように、児童を被告人との共同正犯（４項製造罪）とすることは考えられないこととなる。

他方で、公然陳列された画像を取得・保管した第三者の可罰性は、自画撮りを行った児童の可罰性とは関係がないことも、本章で明らかとなった。確かに、児童が進んで撮影した自画撮り画像は「性的虐待の記録」ではないため、それを所持した第三者が単純所持罪に問われるということには違和感もあろう。しかし、児童の性的判断能力が一律に制限されているわが国の現状においては、自身の裸の自画撮りを公然陳列するという行為は、児童の未熟な性的判断能力に起因するものである。また、第三者がそれを奇貨として所持することで、児童に対して画像の拡散をちらつかせ、新たな自画撮り画像を要求したり、個人情報を特定の上、その情報と自画撮り画像を公然陳列するなどといった、新たな性的搾取につながる危険性は著しく高められている。これは、児童の可罰性とは無関係に生じる被害であり、児童が画像の所持ないし拡散を承諾し、あるいは積極的に希望していたとしても、所持すれば単純所持罪、他人に提供すれば提供罪、インターネット等で拡散させれば公然陳列罪が成立する。

そして、以上のような結論を導き出すことが可能な児童ポルノ法の解釈とし

[138] 公然陳列を行った児童の年齢が低く、徒に性欲を刺激するといえない場合がこれに該当しよう。

て考えられるのは個人的法益説、もしくは混合説のいずれかとなる。両説はともに個人的法益の侵害を中核的な保護法益と位置づけている点で共通しており、自画撮り事案については同様の結論が導かれる。しかし、特に立法過程に鑑みると、立案担当者は一貫して児童ポルノの拡散により児童を性欲の対象とする風潮が社会に蔓延することを懸念しており、これを主たる保護法益とは位置づけていないにせよ、児童ポルノ法が社会的法益に対する考慮をしていないということはできない。定量的に被害を測定することが困難な社会的法益を――間接的な――保護法益として承認することで、具体的事案においてどのような影響があるかは不明であるが、現行児童ポルノ法の保護法益理解としては、混合説が妥当というべきである。

第３章　自画撮り規制のあり方

前章までは、自画撮りが児童ポルノ法との関係で問題となり得る類型を抽出し、それぞれのケースにつきどのような処理を志向すべきかを、児童ポルノ法の枠組みや裁判所の判断を通して検討してきた。しかし、これまでの議論は、専ら自画撮りが行われてしまった後の法的処理の問題であり、自画撮りという問題の一面を論じたに過ぎない。自画撮り被害の件数が年々増加している現在にあっては、自画撮りが行われること自体を事前に防ぎ、児童がそもそも自画撮り被害に遭わないための方策を講ずることが急務となっているのである。

そのような中、東京都知事（平成29年２月当時）は、序章で述べたように第31期東京都青少年問題協議会を開いて自画撮り問題への各種対応のあり方を諮問し、専門部会は自画撮り被害対策に向けた答申を平成29年５月に提出した。そこで本稿では、同答申の刑事規制に関する部分を中心に分析し、条例改正案の有効性について検討を加える。

それに付随して、本章では、自画撮り行為と社会的相当性の関係についても若干の検討を加える。立法者の説明によれば、児童ポルノ製造行為については、真摯な交際関係がある者同士のように、社会的相当性が認められるような状況下で行われた場合には、ごくごく例外的に違法性が阻却される場合があり得るとされている。この説明は現行法でいうと４項製造罪に関するものであるが、例えば相手方のために自画撮り画像を製造し（提供目的製造）、送信する行為（提供）についても、同様のことが妥当すると考えられる。

社会的相当性に基づく正当化という考え方は、児童淫行が問題となった最決昭和60年10月23日刑集39巻６号413頁（福岡県青少年保護育成条例事件。以下、「昭和60年決定」とする）において、「淫行」の意義について、「青少年を相手とする結婚を前提としない性行為のすべてを包含するのでは広きに過ぎる」とか、「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難い」ものは含まないと判示されたことに端を発するものであると思われる。しかしながら、淫行を正当化する論理を、児童ポルノ製造を正当化する際にも用いることが可能であろうか。換言すれば、淫行と児童ポルノ製造は、同一の現象であるといえるだろうか。もし両者が異なる性質の行為であるとすれば、一方を正当化する論理で他方をも正当化することは不可能、もしくは、それを可能とする合理的な根拠が求められるはずである。本稿ではこの点の分析を通じて、特に、児童同士での児童ポルノの送受信を社会的に相当ということが本当に可能か、また、過去に交際関係にあったときに製造した児童ポルノを交際解消後もなお所持することが許されるかについて検討し、自画撮り規制の方策につき提言を行う[139]。

第１節　自画撮り「前」の刑事規制のあり方

本節では、第31期東京都青少年問題協議会の答申内容を精査し、自画撮り被害対策としてどのような策が講じられているかを検討する。答申では、自画撮り被害対策の３つの柱として①普及啓発、教育、相談等対応、②技術的対応、③規制等対応が挙げられている。特に③については、自画撮りが行われる前の時点、すなわち、犯人が青少年（児童）に対して自画撮りを行うよう勧誘した時点で刑事規制を発動可能にするよう東京都青少年健全育成条例を改正すべきであると主張している。いわば、答申は「自画撮り勧誘罪」の新設を提唱しているのである。また、答申では、自画撮り被害対策を効果的なものとするためには他の道府県、あるいは児童ポルノ法においても同様の規定を置く必要があるため、今後はそれら機関にも条例改正及び法整備の要望をすべきとしてい

[139] なお、兵庫県においても青少年愛護条例の改正によって、青少年自身にかかる児童ポルノ等を要求する行為を禁止し、違反行為に罰則を適用することとされた。詳細は本稿補遺参照。

る[140]。今後都条例が改正されたとき、実際に都が規制整備を働きかけた場合は、都条例の規制枠組みがまず参照されることは必至であり、この答申の枠組みの妥当性・有効性を分析することには意義があると思われる。

第１項　自画撮り勧誘罪の内容[141]

第１款　答申の趣旨と構成要件

平成29年２月、東京都知事は第31期東京都青少年問題協議会（総会）に出席し、児童ポルノ被害、特に自画撮り被害が深刻化している現状を訴え、普及啓発、技術及び制度的規制という多元的な枠組みにおいて自画撮り被害に対処することを可能とするよう、同協議会に諮問を行った。これを受け、木村光江教授を部会長とする専門部会が平成29年２月から５月にかけて開催され、複数回の会議を経て、５月16日の拡大専門部会で答申案が示され、同30日の総会で、東京都知事に対して原案のとおりに答申がなされた[142]。その中で、制度的規制のあり方については、性に関する健全な判断能力の形成途上にある青少年に児童ポルノの自画撮りを勧誘する行為はその福祉を侵害する恐れが高いところ、勧誘行為自体は刑法に抵触するものではなく、普及啓発や技術的対応では複雑・巧妙化する勧誘の手口から児童を保護することは困難であるため、児童保護という目的を達成するためには、都の「健全育成条例において当該勧誘行為を罰則をもって禁止することにより、同行為の抑止や防止を図るとともに、そのような行為が許されないものであることを明確にする必要がある」とされている[143]。

自画撮り勧誘行為の具体的な構成要件は、明確性の原則に留意し、あらゆる勧誘行為を規制対象とするのではなく、青少年の福祉を阻害するおそれの高い「一定の状況・態様」、すなわち「青少年の性に関する健全な判断能力が形成途上であることに乗じた不当な手段による勧誘」を類型化すべきとされた。具体

---

[140] 前掲注（10）答申16頁。以下、引用する際は「答申」と表記する。

[141] なお、本項中で検討を加えているのはあくまで答申の内容についてであり、実際に制定される勧誘罪の内容とは異なる可能性がある。

[142] 答申は「緊急答申」とされており、自画撮り被害に対しては直ちに対策を講ずべきという姿勢がうかがえる。

[143] 答申14頁。

的には、①青少年が拒絶しているにもかかわらず勧誘する方法、②欺き、又は誤解させる方法、③威迫する方法、④対償を供与し、又はその供与の約束をする方法、及び⑤その他困惑させる方法の５類型が列挙されている[144]。

これらの構成要件の大部分は、昭和60年決定が淫行の意義について判示する際に示したものである。すなわち、淫行とは「……広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいう」とされており（下線部は筆者）、自画撮りという被害態様の特性を考慮した上で、②、③、⑤は本件を参考にし、①は新たに考案したものと考えられる。なお、④は児童ポルノ法における「児童買春」の定義（２条２項）を参考にしたものと考えられる[145]。

第２款　適用範囲

また、答申では児童ポルノ製造罪と本条例規制の関係や、規制の課題についても言及している。

まず前者について、児童に対し、児童ポルノとなり得る自己の姿態を撮影・送信させた場合[146]には児童ポルノ製造罪が成立するが、同法には勧誘行為を処罰する規定がない[147]ため、条例において勧誘行為を規制することが可能かとい

---

[144] 答申14頁。なお、青少年が自画撮りを勧誘した場合には、条例違反となるが罰則は適用されない。また、都外在住の者が都内在住の青少年に対して自画撮りを勧誘した場合は、都内在住の青少年を守るために必要な限度で、都外在住者にも条例を適用すべきとしている。

[145] 児童ポルノ法２条２項によれば、「児童買春」とは、児童等に対し「対償を供与し、又はその供与の約束をして」、当該児童に対し性交等を行うこととされている。

[146] 裁判所の理解によれば、犯人の情報端末に児童ポルノの電磁的記録が保存されたときに既遂となる。

[147] また、児童ポルノ法には未遂犯処罰規定が置かれておらず、被害児童が犯人宛てに画像データを送信し、かつ犯人がこれを受信しなければ、処罰対象とされない。このため、脅迫罪や強要罪が成立しない場合、自画撮り勧誘犯人を摘

う点が、専門部会において議論されていた。この点につき答申では、児童ポルノ法に勧誘規制がないことは、法全体から見て勧誘行為を規制せず放置すべき趣旨と解する根拠はなく、また、本条例規制は、青少年の自画撮り被害に繋がる勧誘行為を、青少年の福祉を阻害するおそれの高い行為として処罰するもので、児童ポルノ法とは目的が異なるから、条例を適用しても児童ポルノ法の意図する目的、効果を阻害することはないと説明されている[148]。

後者については、自画撮りの「勧誘罪」を新設したとしても、以下の場合、すなわち、（ⅰ）勧誘を受けず、青少年が自ら画像を作成・提供した場合、（ⅱ）健全育成条例で禁止されない勧誘を受けた青少年が、安易にこれに応じて画像を作成・提供した場合、及び（ⅲ）健全育成条例で禁止される勧誘を受けた青少年が、保護者や相談窓口に相談せず、画像を作成・提供した場合には、青少年の画像提供を未然防止することができないため、普及啓発を実施する際はこのような点に留意すべきであると述べられている[149]。また、前述した、他の道府県や児童ポルノ法も勧誘規制を導入すべきとする理由については、自画撮り勧誘の事案においては、勧誘者と青少年が異なる都道府県に在住していることが多いためであるとされている。

第３款　保護法益

本罪の保護法益については、答申や専門部会の議事録において明確に言及する部分はないが、いずれの構成要件も、具体的な青少年個人に対する働きかけを想定していると思われることから、現段階では、本罪は勧誘を受けた児童の健全な成育に対する害悪から児童の個人的法益を保護する趣旨の規定であると考えて差し支えないであろう（本稿補遺参照）。

第２項　検討

以上が、新設を答申した自画撮り勧誘罪の概要である。それでは、本罪は自

発するためには児童に対する被害が発生するのを待たねばならないばかりか、被害を未然に防止したとしても、このような犯人が他の児童に対してさらなる勧誘行動を行うことを阻止することができないこととなる。

148　答申15頁以下。

149　答申11頁以下。

画撮り被害防止に資する力を備えているだろうか。

第１款　普及啓発、教育、相談等対応の重要性――課題（ⅰ）（ⅲ）について

互いに面会せずに自画撮り画像の送受信を行う場合、勧誘を行い、児童がそれに応じて自画撮り画像を実際に送信するまでの一連の動作は電脳空間でひそかに行われ、誰からも察知されることはない[150]。また、自画撮りを行っていたり、素性の知れない相手と通信したりしていることが親や教育機関等に知られて非難されることを恐れ、児童自身が被害を隠すことで、被害はいっそう外部から気づかれにくくなる。自画撮り勧誘行為は、児童のこのような心理を巧みに用いて行われており、その手段は相当に悪質である。条例改正で自画撮り勧誘罪が新設されれば、自画撮り画像が勧誘者に渡る前段階で処罰することが可能となるため、実質的には児童ポルノ製造罪の未遂犯規定としての役割を果たすこととなろう。

しかし、自画撮り勧誘罪を新設したとしても、勧誘行為が地下で行われ、被害が露見しにくいという実態が変わるわけではない。答申では、上述したとおり、（ⅰ）から（ⅲ）の場合には本罪を適用することができないという課題が提起されている。このうち、（ⅲ）勧誘罪に当たるような態様で勧誘を受けた児童が保護者等に相談・通報を行わなければ、児童の判断で勧誘を断らない限り、基本的に勧誘者の下に児童ポルノ画像が渡ることを防ぐ手立てはない[151]。勧誘規制を明文化することで、潜在的な勧誘者に対しては一般予防的効果が、潜在的な被害者である児童に対しては、自画撮りの勧誘行為は「悪いこと」であり、勧誘を拒否することは「悪いことではない」と示すことで、被害抑止に向けた啓発的効果がそれぞれ得られることは確かであろう[152]。しかし、自画撮りが広

[150] 答申11頁。

[151] 特に、行為者が事前にSNS等から児童の個人情報を入念に収集した上で、「自画撮りを送らなければ今すぐ不利益な個人情報を流出させる」などと脅迫したり、あるいは「今すぐ送信してくれないなら金は振り込まない」と申し向けたりして自画撮りを要求するように、勧誘から送信までの時間的間隔が狭く相談するいとまがない場合が少なくない。

[152] 答申16頁。ただし、勧誘罪を規定することで第一次的に期待されるのは、禁止規定の威嚇効果によって潜在的な勧誘者が児童に勧誘行為を行わなくなるという一般予防効果であって、これはあくまで勧誘者のみに向けられた禁止規範

く行われ、児童自身がSNSに裸の自画撮り画像等を投稿する場合すらある現状において、単に勧誘処罰規定を新設するのみでは、特に児童については、期待通りの啓発効果が得られるかどうかは不透明である。もっとも、この点は専門部会も正しく認識しており、学校教育等において積極的に啓発活動を行っていくべきであるとの指摘が答申の随所でなされている。啓発と規制は「車の両輪」であり、規制が新設された後は、本格的に自画撮り被害の防止に向けた啓発活動に取り組む必要がある[153]。なお、①～⑤に該当する勧誘行為が児童に対して行われれば本罪は成立し、送信されれば製造罪が成立するから、犯人を摘発できた場合、その処罰自体に問題はない。

次に（ⅰ）については、もとより勧誘行為が存在しないのであるから、勧誘罪が成立しないのは当然である。本罪はあくまで児童に対する勧誘行為自体を処罰するものであり、児童による自発的な製造を未然に防ぐという効果はもとより想定されておらず、する必要もないであろう。この場合はまさに自画撮りを行った児童自身に児童ポルノの各種製造罪や提供罪、公然陳列罪、あるいはわいせつ物頒布罪、公然陳列罪が成立するかが問題とされるのであり[154]、これらの条文によって未然防止が達成可能かを問うと同時に、普及啓発など、法的規制以外の施策によって児童に働きかけていくことで達成を図るべきである。

第２款　構成要件の限定――課題（ⅱ）について

（ⅰ）から（ⅲ）の課題が初めて指摘されたのは、第３回専門部会（平成29年４月13日）であった。その時点ではまだ具体的な構成要件案は提示されておらず、「青少年の性に関する健全な判断能力の未成熟に乗じた不当な手段による勧誘」を処罰対象とするとされるにとどまっていた。その後、第４回専門部会（同年５月11日）において、「不当な手段」の内容が、①青少年が拒絶しているにもかかわらず勧誘する方法、②欺き、又は誤解させる方法、③威迫する方法、④対償を供与し、又はその供与の約束をする方法、及び⑤その他困惑させる方

である。勧誘を受けた児童自身が自画撮りを行わないということは、勧誘罪という刑罰規定から直接に達成されるものではないように思われる。

153 特に、児童が相談・通報を行いやすい環境整備は急務であろう。答申12頁、17頁。

154 児童ポルノ法違反につき、本稿は消極に解する。

法の５類型に具体化された[155]。この規定の趣旨は、①～④が主要な態様を規定し、⑤はこれらに該当しない場合があり得ることを想定した補充的規定と考察することが可能である。ところが、課題（ⅱ）はこの時点でもなお課題とされ、答申にもそのまま記載されている。つまり専門部会は、上記①～⑤の類型に属さない態様で自画撮りを勧誘する場合があり得ると考えていることになる。

専門部会が勧誘行為を「不当な手段」に限定して構成要件化したのは、明確性の原則が強く意識されたことによる[156]。その意識は正当である。しかし、勧誘の先にある児童ポルノ製造罪が相当に広い範囲で成立することは前章で確認した通りである。例えば⑤～⑨事件では児童が任意に自画撮りに応じているが[157]、特に⑧、⑨事件のように、被害児童が被告人に恋愛感情を有していたり、被害児童から被告人にコンタクトを取っている事例、あるいは⑤事件のように、被害児童が被告人からの交際の申し入れを好意的に受け止めていた事例でも児童ポルノ製造罪が成立していることに鑑みると、製造に至る経緯にかかわらず、製造罪は成立するといえよう。裁判所は、「ソフト」な態様の働きかけであっても製造罪を成立させているのである。そうすると、自画撮り勧誘罪は成立しないが製造罪は成立する場合があり得ることとなるが、これは妥当な結論であろうか。製造罪が成立するような態様での働きかけは、勧誘罪としても捕捉できなければならないはずである[158]。もっとも、⑧、⑨事件のような場合も「⑤その他困惑させる方法」に該当するというのであれば、事実上行為態様面での限定はないとも考えられる。専門部会が（ⅱ）の例としてどのような具体的事

---

[155]「威迫」「欺罔」及び「困惑」は、東京都青少年健全育成条例18条の６（みだらな性交等の禁止）における「みだらな性交又は性交類似行為」や、他の道府県条例における淫行処罰規定の解釈でも考慮されている。

（http://www.keishicho.metro.tokyo.jp/kurashi/higai/kodomo/inkoj.html）（平成30年２月24日最終閲覧。以下、URL については全て同じ）

[156] 答申14頁以下。

[157] ただし、⑥事件では積極的かつ執拗な働きかけがあったとされている。

[158] 一定の手段に限定することで明確性を担保しているというのが専門部会の説明であることから、あらゆる勧誘態様を処罰対象とすると明確性に疑義が生じるおそれがあるが、勧誘罪は単なる「自画撮り」ではなく「児童ポルノの自画撮り」を規制しており、客体面からの限定が図られていれば十分であるといえよう。答申14頁以下。

例を想定しているのかは定かでないが、困惑させる方法を広く解するのであれば、（ⅱ）の問題はおおむね解消されるかもしれない。しかし、その場合は「その他困惑させる方法」という構成要件の明確性について疑義が呈されるおそれがあろう。

結論として、本罪の新設により一般予防効果など、一定の積極的効果が生じることは確かであるが、これまでに検討してきた裁判例のうち、いくつかのケースでは、自画撮り画像が犯人に渡れば製造罪が成立するにもかかわらず、勧誘時点では、本罪は成立しないこととなる。しかし、このような帰結では、児童の保護が十分図られているとはいい難いであろう。製造罪は児童の性的搾取として、まさに被写体児童の法益を侵害する行為を処罰する条文であり、同罪が成立するような事案においては、あまねくそれを勧誘する行為にも、当然可罰性が認められなければならないはずである。①～⑤の構成要件は、昭和60年決定における可罰類型に依拠するものであるが、本罪の構成要件としてこれらを用いる必要があったかは疑わしい。専門部会では、自画撮り被害の摘発事例が回収資料として配布・検討されていたが、裁判例については議論されていなかった。しかし、製造罪の事実上の未遂犯としての役割を本罪に付与するのであれば、製造罪がどのような条件の下で成立するかにつき、裁判所の判断を調査しておくべきであったように思われる。「不当な手段」という絞りによって、本罪の規制範囲が裁判例における製造罪の成立範囲からかい離してしまうと、それだけ本罪の独自の意義が薄れてしまう懸念がある。

第３款　各構成要件の該当性判断

また、不当な勧誘行為とされた各種構成要件についても、どのような場合にそれに該当するかは、専門部会での検討を踏まえてもなお明らかでない点が存する。

まず「②欺き、又は誤解させる方法」については、どのような点について欺き、誤解させる必要があるだろうか。自画撮り被害の摘発事例に鑑みると、年齢や性別を偽る場合を想定していると考えられるが、行為者の所在地や職業等を偽る場合にもこれに該当するかは不明である。例えば、真実は埼玉県民であるのに東京都民と偽る場合や、真実は無職であるのに医師であると偽る場合などが考えられよう。年齢についても、例えば20歳の者が被害児童と同じ年齢であると偽る場合や、30歳の者が20歳、あるいは29歳であると偽る場合など、様々な

場合が考えられる。ここでは、本罪の構成要件が、児童の判断能力が未成熟であることに乗じた不当な勧誘を類型化したものであることから、当該欺罔が児童の未成熟さに乗じたといえるかを規範的に判断すべきこととなろう。

次に、勧誘行為はどのような状況で行われる必要があるだろうか。答申を見る限り、勧誘は１対１で行われることが想定されている[159]が、例えばSNS等で行為者が不特定多数の児童に向け、自画撮りを自分に送信することを条件として金銭等を供与する旨の投稿をするような場合も可罰的であろうか。また、当該投稿が、児童か否かを問わず、あらゆる者に対して自画撮りを要求する内容であった場合はどうか。これらの行為は、④対償供与の「約束」に該当するかが問題となると考えられるが、「約束」とは、児童との間で自画撮りを行うことの合意が形成されたことまでを要するのか、それとも、行為者が申込みをした時点で成立するのであろうか。仮に後者であれば、そのような内容の投稿をした時点で、また、児童が実際に投稿を見なくても勧誘罪が成立することとなる[160]が、それは処罰の過剰な早期化といわざるを得ない。しかし、刑法198条（贈賄罪）の構成要件には「賄賂を供与し、又はその申込み若しくは約束をした者」と規定されていることを考慮すると、「申込み」は「約束」には含まれないと解されよう。

さらに、すでに児童が自発的に自画撮りをSNS等で投稿していたときに、「もっと投稿してほしい」と児童に申し向ける場合、この行為は「⑤その他困惑させる方法」に該当するか。「困惑」という文言は非常に広い意味に捉えることが可能であり、見解が分かれるであろう[161]。本稿は、すでに自画撮りを投稿している児童に対するのであれば、少なくとも公開のSNS上で行われている限りは「困惑」には当たらないと解する[162]。

---

159 答申３頁。

160 SNS上で勧誘のメッセージを送信したが、その直後に削除し、相手方もメッセージを閲覧できなくした場合であっても、実際の摘発の可能性はさておき、本罪が成立することとなろう。

161 例えば、青少年同士で交際しているときに、相手から自画撮りを送信するよう勧誘され、本当は断りたいが、断ると相手に申し訳ないという思いでこれに応じたような場合にも、「困惑」に該当するというような判断はあり得るように思われる。

162 児童がそれに応じて自画撮り画像を投稿したとしても、判例の枠組みからは、

第４款　罰則の適用除外

（１）青少年間での条例違反行為と裁判例

最後に、本罪の適用除外について検討する。東京都青少年健全育成条例に限らず、多くの淫行条例と呼ばれるものには、淫行等を行った者が青少年であったときには、罰則を適用しないと定める条文が置かれている。しかし、行為者を少年法３条１項１号の「犯罪少年」というためには構成要件該当性、違法性があれば十分であり[163]、訴訟条件が欠けていたり、あるいは刑の減免事由や処罰阻却事由があるだけでは、犯罪は成立しているため、犯罪少年として審判に付することができるとされている[164]。そうすると、青少年が①～⑤に該当する態様で自画撮りを勧誘したとしても、罰則は適用されないが、保護処分（少年法24条１項）がなされる可能性は残されている。

淫行条例に違反した青少年（児童）をどのように取り扱うべきかは非常に微妙な問題である。特に児童同士で違反行為に及ぶ場合は、昭和60年決定の長島補足意見が「一八歳に満たない少年が同じく一八歳に達しない少女を淫行の対象としたときは、互いに性的行為についての判断・同意能力に欠陥があると法的にみなされている者同士の間における性的行為等として当罰性を欠き、また、相互に健全育成についての努力義務を負うとは考えられない者に刑罰制裁を科することは適切でない」と述べる一方で、「もつとも、本条例の右罰則にふれない性的行為等であつても、『自己又は他人の徳性を害する行為をする性癖のあること』（少年法三条一項三号）に当たる状況にあるときは、少年非行としてその健全な育成を期し、性格の矯正に関する保護処分を行うため（同法一条）に、家裁の審判に付することができることはいうまでもない」と説示している。しかしながら、これまでに児童を淫行条例違反を非行事実とする保護処分をすることの可否について判断された事例はないようであり[165]、少なくとも、児童間での同意の下で行われる性行為等については、これを非行事実として取り扱っ

製造罪には問われないであろう。判例は、被告人の所持する記録媒体に児童ポルノ画像が保存されたことをもって製造罪の成立を肯定しているからである。ただし、公然陳列罪の教唆ないし幇助となる可能性はある。

163　有責性の要否については争われている。田宮裕＝廣瀬健二編『注釈少年法（第３版）』（有斐閣、2009年）61頁以下。

164　田宮＝廣瀬・前掲注（163）61頁。

165　判時2337号94頁（匿名解説）。

ていないことが看取されよう。

しかし、近時、淫行条例違反の非行事実につき、犯罪少年を保護処分（第一種少年院送致）とした裁判例が見られる。

東京高決平成28年６月22日判時2337号93頁は、少年（当時17歳）を含む男子少年５名が、被害女性が当時18歳に満たない者であることを知りながら、同女にいわゆる野球拳を行った後、順次性的行為を行い、もって、青少年に対して、単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められない性行為をしたという事案であった。原決定は、少年の行為は千葉県青少年健全育成条例20条１項[166]違反に該当するとして、少年を第一種少年院送致としたところ、少年の付添人弁護士が、本条例違反を非行事実として認定して保護処分に付すことは、①同条例30条本文[167]の適用除外規定の解釈を誤ったものである、②条例制定過程からすれば、本条例は大人対児童の行為を取り締まることを前提としている、③昭和63年度版の本条例の解説には、青少年同士の淫行については構成要件該当性が阻却されるとの解釈が示されている、などとして抗告した。

本決定は、まず①について、「本条例は、二〇条一項において、何人に対しても、単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められない性行為又はわいせつな行為をすることを禁止し、三〇条本文において、『この条例に違反した者が青少年であるときは』、罰則を適用しない旨を定めているのであって、このような本条例の文言の解釈として、三〇条本文が構成要件該当性が欠け、あるいは違法性を阻却するという趣旨ではなく、むしろ、処罰阻却事由ととらえる方がその文理に忠実であるというべき」であると述べた。次に②については、「本条例の制定過程において、主として成人による行為を念頭において議論されていたとしても、必ずしも、青少年による本条例二〇条一項該当の行為を、本条例三〇条本文によって保護処分の対象とするこ

[166] 条例20条１項「何人も、青少年に対し、威迫し、欺き、又は困惑させる等青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段によるほか単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められない性行為又はわいせつな行為をしてはならない。」

[167] 条例30条本文「この条例に違反した者が青少年であるときは、この条例の罰則は、青少年に対しては適用しない。」

とを許さない趣旨であるとは解されない」とした。また、③については、他年度の解説によれば同規定は処罰阻却事由であり、行為を合法化するものではないため、保護や補導の対象となると説明されていることから、昭和63年度の解説が一定の解釈を前提とするものではない上、条例の運用担当者の解釈がいずれであっても「本条例三〇条本文の趣旨を処罰阻却事由とみることの妨げとなるものではない」として、原決定の判断を是認した。

（２）検討

このように、青少年間での条例違反行為に対しては、罰則は適用されないものの、少年法上の保護処分を受ける可能性は排除されておらず、実際の処分例も見られるようになった。ここから出発すると、自画撮り勧誘罪に該当する行為を行った青少年に対しても、保護処分が行われる可能性があるといえる。確かに、勧誘罪の構成要件は青少年の未成熟に乗じた「不当な手段」を列挙したものであり、それに該当する行為が行われた場合に保護処分があり得ることは否定できない。しかし、これまで青少年間の淫行が摘発されてこなかった[168]という条例運用状況に鑑みると、自画撮りの勧誘を行った青少年を、実際に保護処分とすることが妥当かは疑わしい。直接的な性行為等が行われる淫行罪と比較すると、勧誘罪は、いまだ自画撮りを勧誘するにとどまるものであり、法定刑は淫行罪よりも低く設定されている[169]。また、上記裁判例の事案は、複数の少年が18歳未満の被害女性に対して順次性的行為を行ったというもので、当初は集団強姦罪[170]で逮捕されており、犯情の重い事案であった。このことから、本裁判例の射程が、本件のような事情の存しないような青少年間の性的行為にまで及ぶことは、基本的に想定しにくい。よって、勧誘罪についても、青少年間で行われた場合は、保護処分を行うことには慎重であるべきであろう。少年事件の調査・審判・処分決定は訴訟条件、処罰阻却事由とされた趣旨を考慮して行うべきであるという指摘もなされている[171]。勧誘を行った相手方や態様等

[168] 相手方児童が13歳未満であれば、淫行条例ではなく刑法（強制わいせつ罪若しくは強制性交等罪）が適用される。

[169] 勧誘罪の法定刑は30万円以下の罰金である。

[170] 平成29年改正前刑法178条の２。現在は廃止されている。

[171] 田宮＝廣瀬・前掲注（163）61頁。

を考慮し、刑法の補充性の観点から、青少年間の場合は抑制的な運用が望まれる。このような場合にこそ、教育的対応による取扱いが求められよう。

第２節　社会的相当性による違法性阻却のあり方

第１項　問題の所在

本節では、児童ポルノ法ないし自画撮り勧誘罪の違法性阻却事由について検討を加える。前節で検討したように、自画撮り勧誘罪の成立範囲は、裁判例によって示されてきた（４項）製造罪の成立範囲と一致していないおそれがあり、同罪が実効的な被害抑止効果を得られるかどうか、不安がないではない。勧誘罪は成立しないが製造罪は成立するということを換言すれば、勧誘の態様が不当でなくても製造罪は成立し得るということとなるが、勧誘が不当・悪質でないのであれば、製造罪が成立する根拠は何かという疑問が出ることは、当然想起されよう。製造罪が児童の性的搾取の態様であり、特に大人対児童の関係においては広汎な規制が及ぼされているという裁判所の判断に平仄を合わせるのであれば、「不当な手段」として想定される類型を抽出して構成要件化するよりも、製造罪における「正当化事由」の類型を考察し、これに該当しない場合は、そこへ至る勧誘行為もおよそ可罰的と考える方が、より適切な規制を及ぼすことが可能となるのではないだろうか。明確性の原則との関係でも、立法事実に鑑みれば、勧誘罪が真摯な交際関係等、勧誘が社会的に相当な場合までをも規制する趣旨でないことは容易に看取することができるから、例えば「正当な理由がないのに」という文言を付すなどして勧誘行為を禁じれば、具体的な勧誘態様を列挙しなくても、同原則に抵触する可能性は低いと考えられる。

しかし、以上のように考えたときに問題となるのは、それでは製造罪における正当化事由が明確になっているのかという点である。これがあいまいなままであれば、当然明確性の問題が浮上する。本稿のように、答申における勧誘罪よりも広範な規制を及ぼすべきと主張する場合は、この点を明らかにする必要がある。

第２項　製造罪の正当化事由

前述したように、立法者の説明によれば、真摯な交際関係にある者同士で児童ポルノを製造する場合は、ごくごく例外的に違法性が阻却される。これが昭

和60年決定の枠組みに依拠しているものであるとすれば、ここでいう「真摯な交際関係」も、婚約中か、あるいはそれに準ずる関係を指すものと考えられる。

ところで、同事件の被告人は成人であった。この事件は自画撮りではなく、性行為を行ったことで淫行の罪に問われたケースであったが、ここでは大人による児童の性的搾取という構図を打ち消すために、児童と性交等を行う積極的な根拠が要求されたのであろう。しかし、それでは、児童同士が交際している場合も昭和60年決定の射程に入り、「真摯な交際関係」が要求されるのであろうか。すなわち、自画撮りを送信した児童は不可罰であるとしても、その相手方で、自画撮りを行わせた児童をどのように取り扱うべきかが問題となっているのである。

この点につき本稿は、第１章第２節において検討したように、児童間のセクスティングの場合は、主に児童の年齢等を考慮しつつ、性的知識の差の大小という観点から児童の性的搾取が観念されるかという枠組みで、自画撮りを行わせた児童について製造罪が成立するかを判断すべきと主張している。このように考えたときは、交際関係にある児童同士であれば、性的搾取を観念することは基本的に不可能であるから、製造罪は成立しないこととなろう。

本稿は、児童ポルノ製造罪に内包されている性的搾取という観点を重視し、これが観念されない場合は構成要件該当性がないと解しているが、立法者は、真摯な交際関係が存することは正当化事由であると説明している。しかし、立法当初は、児童ポルノ法違反行為は大人が児童に対して行うことが当然の前提とされており、児童間の場合についてまで真摯な交際関係が要求されているだろうか。この点については、児童同士の交際において、その後の婚約やそれに準ずる関係を見出すことは、現代の日本社会においては極めて稀であると思われ、児童間の場合における正当化事由として真摯な交際関係を要求することは、正当化の途を事実上閉ざすものに他ならない。したがって、立法者による説明の枠組みでも、児童間の場合は昭和60年決定の射程から外れ、真摯な交際関係までは要求されないと解すべきであろう[172]。

[172] 多くの青少年保護育成条例には、児童が条例違反行為を行っても規制対象とならない旨の規定がある。このことと、昭和60年決定の趣旨とを併せ考えると、児童同士の淫行の場合は、真摯な交際関係がなくても刑事規制は行わないという思想が看取されよう。

ただし、本稿は、現行法の解釈につき、淫行に関しては上記の通りであるとしても、自画撮りに関しては、児童同士であっても、あるいは大人対児童の場合であっても、正当化の対象外とすべきであると考えるものである。その詳細を次項以下で検討する。

第３項　自画撮り勧誘罪の正当化事由

自画撮り勧誘罪の正当化事由はどのように考えられているか。本稿の主張からは、答申されている勧誘罪の正当化事由を検討する必要は必ずしも存しないが、念のため確認しておきたい。

この点につき、答申では特に正当化に関する言及はされていないが、専門部会での審議において、自画撮り勧誘罪の構成要件があいまいで、本罪の創設が過度なプライバシーへの制約につながらないかという懸念があることに対して、委員の一人がコメントを加えている。すなわち、前述した①～⑤の勧誘行為のみを本罪の構成要件としたことは、「場合によっては狭過ぎるというご批判もあり得るかもしれないくらい限定に限定を行ったものであり、このようなものであれば、ここで通信の秘密を超えて改めて問題とすべきプライバシー、例えば青少年間の真摯な交際に基づくようなやりとりとか、例えば仮に観念されるとしてもですが、そのようなものに非常に立ち入るといった、許されないような侵害に当たるということに、やはりならないのではないか」と述べているのである[173]。

上記の発言は正当化事由について述べたものではないが、構成要件に厳格な制約を課していることにより、社会的に相当とされるような状況における勧誘は、はじめから規制対象外とされていることが読み取れる。裏を返せば、たとえ――真摯な――交際関係にあったとしても、①～⑤に当たる行為を行えば、勧誘罪に問われる。さらに、その後自画撮り画像が製造・送信されれば、４項製造罪が成立することとなろう。交際関係という人的関係には法制度上の裏付けや保証などがなく、いつ解消されるかも知れない、非常に不安定な関係であ

[173] 第31期東京都青少年問題協議会第５回専門部会（平成29年５月16日）議事録30頁（宍戸常寿委員）。
http://www.seisyounen-chian.metro.tokyo.jp/seisyounen/singi/seisyokyo/31ki-menu/senmon5/gijiroku.pdf

る。交際関係に基づく正当化があり得るとしても、製造されるのは児童ポルノである。交際関係の態様は一様でないとしても、少なくとも社会的に相当と認められるような態様でなければ、正当化は困難であろう[174]。

第４項　製造罪の正当化に関する諸問題

しかし、児童ポルノ製造が仮に正当化される余地があったとしても、なお検討すべき課題が存する。それは、児童ポルノ製造罪の正当化事由を昭和60年決定と関連付けることの妥当性である。

第１款　淫行罪と児童ポルノ製造罪

上述したように、児童ポルノ製造罪の正当化事由は、昭和60年決定の枠組みに基づいて説明されている。本稿では、行為者が大人の場合と児童の場合とでは、求められる交際の真摯性の程度が異なると解したが、そもそも、製造罪の正当化事由を「真摯な交際関係」に求めること自体は妥当だったのであろうか。当時はそれで問題なかったのかもしれない。しかしながら、制定から時間が経過した現在において、なおこのような正当化事由を維持し続けることが妥当といえるだろうか。

淫行と児童ポルノ製造の共通点は、ともに児童を被害者としている点である。また、いずれの行為においても、大人が児童に対して行う行為として想定されている。しかし、両者間で異なる点が一つ存する。それは、「副産物」の有無である。淫行という犯罪は、みだらな行為を行うことが構成要件であり、行為後には何も残らない。これに対して児童ポルノ製造罪は、児童ポルノを製造することで成立する犯罪であるが、行為後にはもちろん、児童ポルノが残存する[175]。この副産物が他人に提供・公然陳列されることで、さらなる児童の性的

---

[174] 昭和60年決定も、「被告人と少女との間には本件行為までに相当期間にわたつて一応付合いと見られるような関係があつたようであるが、当時における両者のそれぞれの年齢、性交渉に至る経緯、その他両者間の付合いの態様等の諸事情に照らすと、本件は、被告人において当該少女を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められないような性行為をした場合に該当するものというほかない」と判示している。

[175] これは「犯罪行為によって生じ」た物であり、没収の対象となる（刑法19条３号）。

搾取へとつながるのである。

正当化事由に視点を戻すと、いずれも真摯な交際関係の存在による正当化の余地が認められている。児童ポルノ法の説明では「ごくごく例外的に」とされているように、正当化のハードルは非常に高いと思われるが、法は、児童ポルノの製造が、いわば愛情行為の一環として行われる場合があることを認めているのである。しかし、この説明は、いずれも自画撮りの問題が顕在化するはるか以前のものであり、様々な議論が最新の状態に更新され、それに合わせて法改正が行われた現在において、なおこのような正当化事由を維持すべきか、改めて検討すべきである。本稿では、自画撮りへの対応状況、及び単純所持罪との関係という二つの観点から、この問題を考察していく。

第２款　自画撮り被害における行政の動き

自画撮り被害の深刻さが認識された平成24年以降、行政は自画撮り被害対策に本腰を入れて取り組んできた。特に警察庁は、主に教育機関等向けに自画撮り被害の啓発ポスターを発行し、中学・高校生、及びその保護者等に対して、以下のことを呼び掛けるよう求めている[176]。

・自分の裸をスマートフォン等で撮影してはならないこと。
・交際相手、友達等の信用している相手であっても、自分の裸の写真を送ってはならないこと。とりわけ、面識のない者（SNS の相手等）に対しては、絶対に写真を送ってはならないこと。
・デジタル写真は、コピーが容易であり、一たび写真がインターネット上に流出すると、不特定多数の者に繰り返しコピーされ、すべての写真を削除することは非常に困難になること。
・軽い気持ちで裸の写真を送ってしまうと、取り返しのつかない危険（被害）が生じてしまうおそれがあること。

また、上記のほか、「友達等に裸の写真を送るよう求めたり、友達等の裸の写真を送ったりするほか、友達等の裸の写真をスマートフォンに保存した場合には、児童買春・児童ポルノ禁止法違反の被疑者として検挙・補導されてしま

[176] 前掲注（８）URL 資料参照。

うおそれがあること」についても広報・啓発を行うよう求めており、自画撮りを巡っては、児童は被害者にも加害者にもなり得ることが示されている。ここでは、「友達等」の写真を保存した場合に摘発されるおそれがあるとされており、「交際相手」がこれに含まれるかの判断は微妙である。しかし、少なくとも児童同士で交際しており、画像が両者間での限定されたやり取りにとどまっており、児童の性的搾取とまではいえないのであれば、それを社会的相当と呼ぶかはさておき、刑事制裁によって介入すべきではなかろう。

ここで注目すべきなのは、警察庁は、交際相手であっても自分の裸の写真を送ってはならないと指導している点と、自分の裸の写真を送る行為については検挙・補導の対象に挙げられていない点である。児童ポルノ法では、いちおう真摯な交際関係が存する場合は児童ポルノ製造が正当化されると述べられている。しかしながら、同法は電子メールやカメラ撮影技術が未発達であった時代に制定されたものであった。現像して写真を製造する時代であればともかく、容易に撮影･送信等が可能となり､それに伴う被害が顕著に見られるようになった現在にあっては、その実態に合わせた法解釈が必要となろう。特に、現在想定されている正当化事由と、交際相手に対しても裸の写真を送信してはならないという啓発は両立することが困難である。また､正当化事由が存することで、特に大人と交際中の児童が「自分は交際相手と真摯に交際している」と信じ込み、交際相手に対する限りは、自己の裸の自画撮り画像を送信しても問題ないという認識を抱きかねないことも懸念されよう。実際に真摯な交際関係が存していることを証明可能であれば、もちろん正当化の余地はある。しかし、原則として否定的評価を下すべき行為であるにもかかわらず、場合によっては許容される場合があるということで、自画撮り被害の防止に関する普及・啓発が徹底されなくなるようなことがあってはならない。児童ポルノの流通性が格段に高まり、被害回復を図ることも困難となっている現在においては、たとえ大人と児童が真摯に交際しており､性交等が正当化されることはあり得るとしても、流通の危険性のある児童ポルノ製造行為は正当化されないと解することは不可能ではないように思われる。

そもそも、わが国の理解では、完全な性的同意能力は18歳という一定の年齢に達することによってのみ獲得されると考えられてきた。にもかかわらず、真摯な交際関係があれば淫行や児童ポルノ製造が正当化されるということは、18歳未満であっても性的同意能力の十分な存在を擬制するということである。し

かしながら、人的関係からなぜ判断能力の未熟さが補完されるのか、その根拠は明確でない。判断能力が未熟なのであれば、真摯な交際関係はそもそも観念され得ないはずである[177]。

第３款　単純所持罪の新設と正当化事由

また、法制定時は、単純所持罪は処罰対象とはされていなかった点も、正当化事由を考察するにあたり重要である。

平成11年に児童ポルノ法が制定されたときや、平成16年に第一次改正がなされたとき、単純所持を処罰するかについては議論されたものの、結局制定には至らなかった。他人から児童ポルノを譲り受けて所持しても、それを拡散させようという意思を持たなければ処罰されることはなかった。例えば、交際中の者同士で児童ポルノを製造して所持し、その後交際関係が解消されたとしても、その後当該児童ポルノを所持し続けることは違法と扱われなかったのである。しかし、平成26年に第二次改正が行われ、自己の性的好奇心を満たす目的で児童ポルノを所持する行為が単純所持罪として処罰対象となってからは、この状況は完全に変容した。

児童ポルノの製造行為が仮に正当化されるような状況であれば、その後の単純所持行為も当然に正当化されると考えられるから、この点については――説明の仕方は異なるが――これまでの結論と同じである。第二次改正の際、単純所持罪と正当化事由の関係については国会で議論されていないが、「製造罪は成立しないが単純所持罪は成立する」と解すると、事実上製造行為を処罰することとなるからである。しかし、本罪導入前と決定的に異なるのは、交際関係が解消された後に、それまでに製造した児童ポルノの所持が許されなくなるという点である。単純所持が交際関係という正当化事情の下で許容されていた以上、その関係が消滅すれば、当然正当化の基礎を失うこととなるからである。

大人対児童の関係では真摯な交際関係がなければ正当化されないが、児童間の交際であれば、婚約やそれに準ずるという関係までは必要とすべきでないことは、先に述べたとおりである。しかし、非常にあいまいな関係の中で、性的

[177] 少なくとも女子については婚姻適齢（民法731条）を迎えていれば観念可能という立論も可能であるが、将来的に適齢が男女ともに18歳となれば、それも不可能となろう。

判断能力の乏しい児童同士が相互に自画撮り画像を送受信し、その関係が解消された後もそれら画像の所持が許容されると考えると、いわゆるリベンジポルノの温床となるおそれがあり、児童保護に資さない。かといって、解消後の所持を違法と考えると、関係が解消された瞬間に単純所持罪が成立することとなり、法的安定性は著しく害されよう。これは児童同士のみならず、大人対児童の関係にも妥当することである。

ただし、この点については、児童ポルノの単純所持行為を真正不作為犯とする見解が、問題解決の示唆を与える。この見解の論者は、ドイツ刑法184条ｂ及び184条ｃが、児童ポルノないし青少年ポルノの「調達（Beziehen）」と「所持（Besitzen）」を禁じていることに鑑み、所持罪が問題となるのは、故意なく児童ポルノを取得した後に、自己が児童ポルノを所持していることを認識した場合であるとする[178]。そして、所持の処罰は「児童ポルノを廃棄・消去しないこと、あるいは当局に提出しないこと」を対象とする真正不作為犯であるとするドイツの有力説を紹介し[179]、わが国の単純所持罪においても真正不作為犯的解釈が可能であると主張する[180]。この見解は故意なく児童ポルノを取得した場合の解決を試みるものであるが、児童ポルノの所持が正当とされる状況が失われた場合においても、これと同様の解決をすることで、少なくとも、交際関係の解消時点で直ちに単純所持罪が成立するという不都合を回避し、児童ポルノを破棄するための猶予を与えることが可能となる。もっとも、わが国の児童ポルノ法は、ドイツのように「調達」と「所持」を区別していないことから、意識的に調達して所持するという作為を第一義的な実行行為とし、児童ポルノ所持の事実を認識し、あるいは所持の違法性を認識してもなお所持を続ける場合を不真正不作為犯と構成するのが妥当であると思われる。

第５項　児童の取り扱いの困難さ

このように、児童の行為の取り扱いを巡っては様々な問題が浮上している。

---

[178] 深町・前掲注（105）465頁。自ら意識的に取得した場合は取得罪（調達罪）が成立するとされる。なお、2015年１月21日にドイツ刑法が改正され、184条ｂ及びｃは大幅な変更が加えられた。条文については後述する。

[179] 深町・前掲注（105）465頁以下。

[180] 深町・前掲注（105）481頁以下。

児童ポルノ法上では、児童は保護の対象とされており、行為者が大人である場合は比較的問題を生じにくいが、行為が児童間ないし児童単独でなされる場合についてはほとんど議論されていないのが現状である。児童間での性的行為や自画撮り行為（セクスティング）、あるいは児童単独での自画撮り（公然陳列）がその代表例であるが、特に児童間での性的行為については、その法的な取り扱いはまったく明らかでない。淫行条例における正当化事由は、昭和60年決定によれば「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等」と理解されているが、例えば中学生同士、高校生同士の交際関係は、「婚約」ではないにしても、婚約に「準ずる真摯な交際」といえるであろうか。あるいは、性行為「等」の中に含まれていると解するべきであろうか。

現在の社会通念からは、交際関係にある児童間での性行為等は、性道徳的な問題はさておき、少なくとも可罰的な行為ではないと考えるのが自然ではあろう。昭和60年決定も、社会通念により処罰範囲を決すべきことを示している。しかし、交際の意義こそあいまい不明確であるばかりか、インターネット等で知り合い性行為等に及ぶ場合や、友人同士でかかる行為をする場合などは、もはや異常な現象ではなくなりつつあると思われ、違法か否かの線引きは相当に困難である。そして、本稿が問題としている自画撮り行為に関しては、線引きの議論すら行われていない。交際相手であっても児童ポルノに該当するような自画撮り画像を送信しないよう注意喚起を行う行政の方針を見ても、交際相手間での画像のやりとりが発覚した時にどのような対応がとられるかは明確でない。

そこで、次節では、いちど国外に目を向け、外国における児童保護と自画撮り規制のあり方について検討を加えることで、この点に対する示唆を得る。

第３節　外国における児童保護と自画撮り規制

本節では、アメリカ合衆国とドイツの自画撮り規制について概観していく。アメリカとドイツでは、自画撮りを行った児童の処遇に大きな差があり、示唆に富む。

第１項　アメリカ合衆国における自画撮り規制

アメリカ合衆国における自画撮り規制の議論も、「自画撮り被害」類型と、児童間でのセクスティング（sexting）に対してどのような措置をとるべきかという問題意識の下で展開されてきた。自画撮り被害類型として想定されているのは、いわゆる「リベンジポルノ」である。アメリカでは、児童ポルノの製造、頒布等に対する刑事規制は連邦法のほか、州法によっても定められているが、いずれにおいてもわが国の児童ポルノ法を大幅に上回る法定刑が規定されている[181]。さらに、行為者は性犯罪者（sex offender）として長期にわたり登録され、社会生活上様々な不利益を受ける。児童を性的搾取から守るための法的ないし社会的枠組みは、わが国よりも体系的かつ厳格である。

しかし、アメリカにおいてもわが国と同様、技術発展に伴い児童間で児童ポルノ画像の授受が広く行われるようになっており、かかる行為を行った未成年者[182]（minor）が処罰され、性犯罪者として登録されるケースが各州で散見されている。また、「セクスティングが合衆国憲法修正第１条の権利か否か」などという話題がニュース番組等で公然と議論され、セクスティングに関する全国的な調査が実施されるなど、自画撮り問題に対する社会的関心は非常に高い。

第１款　アメリカにおけるセクスティングの例

アメリカにおいては2000年代後半頃から、すでにセクスティングの問題が論文等によって指摘されており、具体的な事案や関与者の取り扱いも紹介されている[183]。セクスティングのうち、自画撮り被害の類型として紹介されているのは、リベンジポルノや、それに準ずる事案であり、脅迫等により自画撮り画像を送信させるという、わが国における自画撮り被害の捉え方とは相違がある。

例えば、オハイオ州では、元交際相手の男性が被害女性（18歳）の裸の画像を高校の同級生に送信し、被害児童は繰り返し同級生らからいじめを受け、最

---

[181] 連邦法では、わが国と同様、製造、提供、所持等の行為が禁止されている（連邦法2251条、2252条、2252A 条）が、製造は15年以上40年以下、所持は、販売目的がなくても10年以下の自由刑又は罰金、若しくはその併科となっている。販売目的で所持した場合は５年以上20年以下の自由刑であり、再犯者に対しては15年以上40年以下の自由刑が科される。

[182] アメリカでは18歳未満の者をいう。本稿ではこれを「児童」と表記する。

[183] See Rayeed Ibtesam, On teenage 'Sexting' and the Law, Journal of Public Law and Policy, Volume 37, Article 4 (2017).

終的に自殺したという事件が報告されている。また、フロリダ州では、13歳の女子中学生が交際相手の男性に送信した裸の画像を、他の児童が入手して広範囲に拡散したことでいじめを受け、自殺したという事件が報じられている[184]。

上記のケースは、送受信を行った児童以外の者に児童ポルノ画像が流出するという問題であるが、他方で、画像が外部に流出せず、専ら当該児童間のみで送受信された場合でも、送信者に刑事制裁が科された事例があり、判例集にも登載されている。その一つが、State v. Canal, 773 N.W. 2d 528, 529 (Iowa, 2009) である。この事案は、18歳の男子高校生であったJorge Canalが、自らの裸の画像を14歳の女子生徒にメールで送信したというものであり[185]、Canalは意図的にわいせつなデータを児童に拡散したとして有罪判決を受け、250ドルの制裁金（民事罰）及び1年間の保護観察処分に付され、さらに、性犯罪者として登録することを求められた。

また、A.H. v. State, 949 So. 2d 234,239 (Fla. Dist. Ct. App. 2007) は、フロリダ州の女子児童が、交際相手の男性と裸になっている写真や、性行為を行う写真を撮影し、それを交際相手に送信したとして有罪判決を受けた。本件では、セクスティングは双方の合意に基づくもので、撮影された画像は第三者に拡散されていなかったが、裁判所は、フロリダ州法はそのような写真がさらに製造されるのを防ぐことに関心を有しており、また、合意に基づくセクスティングであっても、後に合意のないセクスティングに発展する恐れがあると述べている。また、10代の者がわいせつな写真を持てば、いつかはそれを誰かに見せるか拡散するのであるから、セクスティングの客体は、プライバシーの期待を有さないとも指摘されている。

---

[184] 前者につき、Mike Celizic, Her teen committed suicide over 'sexting' (https://www. today.com/parents/her-teen-committed-suicide-over-sexting-2D80555048)、後者につき、http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/ をそれぞれ参照。

[185] 女子生徒とCanalは交際関係にはない友人同士であり、女子生徒は冗談半分でCanalのわいせつな画像を要求したところ、Canalは自らの男性器の画像を送信し、画像を見た女子生徒は画像を消去したと思っていたが、実際には携帯電話に保存されたままであった。その後、女子生徒の母親が携帯電話を確認したところ、Canalのわいせつ画像を発見し、父親が警察に通報したことで本件が発覚した。

このように、アメリカでは、行為者が児童であっても児童ポルノ法[186]を適用し、セクスティングを規制している州がある。第１章で確認したように、わが国では児童は保護の対象であり、任意に自画撮りを行った場合であっても、児童に対する刑事制裁は原則として控えられている。自画撮り規制のあり方は、両国間で大きく異なっている。しかし、アメリカの学説からは、セクスティングを行った児童を児童ポルノ法で処罰することに対する疑問が示されており、本稿の問題関心と軌を一にする主張も見られる。また、州法レベルでは、すでにセクスティングに対する取り扱いを定める立法活動が行われており、注目に値する。アメリカ合衆国内の全50州中、現時点で20の州が、セクスティングに関する規定（Sexting Laws）を整備している[187]。その背景について、メディアは以下のように分析している。すなわち、セクスティングを行うティーンエイジャーは法的に不安定な立場にある。多くの州では、年が近いティーンエイジャー同士で合意に基づく性行為を行うことは合法[188]だが、彼ら自身の性的に露骨な画像を製造・共有すれば、彼らは厳密にいえば児童ポルノを製造・拡散・所持していることになる。このような状況を捕捉する諸法律は何十年も前に成立したものであり、児童を搾取する大人に適用し、有罪となった者を性犯罪者として登録することが意図されていた[189]。また、昔のパートナーはラブレターを書き、示唆的な写真を送り、電話を介しての性的行為（phone sex）を行って

---

186 児童ポルノ法の内容や法定刑は州によって異なる。

187 本稿執筆時点で Sexting Laws を有しているのは、アリゾナ、アーカンソー、コネティカット、フロリダ、ジョージア、ハワイ、イリノイ、ルイジアナ、ネブラスカ、ネバダ、ニュージャージー、ニューヨーク、ノースダコタ、ペンシルベニア、ロードアイランド、サウスダコタ、テキサス、ユタ、バーモント、ウエストバージニアの各州である。

188 各州の Rape Laws にはこのような規定があり、"Romeo and Juliet exception" と呼ばれている。例えばルイジアナ州では、17歳以上の者が13～16歳の者と同意に基づく性行為を行った場合は、性行為を行った者同士の年齢差を調べ、年齢差が２～４歳未満であるときは、重罪（felony）に代わり軽罪（misdemeanor）が成立することとなり（LA. REV. STAT. ANN. §14:80.1, 2011）、年齢差が２歳未満であれば積極的な抗弁事由となる。年齢差が４歳以上の場合は重罪となる（LA. REV. STAT. ANN. §14:80.A (1), 2010）。

189 See Amy Adele Hasinoff, Teenage Sexting Is Not Child Porn (April 4, 2016). (https://www.nytimes.com/2016/04/04/opinion/teenage-sexting-is-not-child-porn.html)

きた。今日ではその善悪はさておき、個人間での性的コミュニケーションはデジタルフォーマット上でも行われている。セクスティングは多数のティーンエイジャーが参加する行為であることを認識したことで、多くの州では、現在幅広く行われているセクスティングという行為によって彼らの人生が破滅することを防ぐために、ペナルティーをより寛大にするような法律を制定したのである[190]、と。

それでは、各州は、児童に対してどのような「寛大さ」を示しているのだろうか。

第２款　州のセクスティング規制立法

本稿ではすべての州法を紹介することはできないが、アメリカの学説においても注目されているバーモント州、ネブラスカ州、ニュージャージー州、及びルイジアナ州の各制度の枠組みを概観する。

（１）バーモント州

バーモント州では2009年に法改正が行われ、州法第13編（刑法及び刑事手続法）の第63章（わいせつ）に、§2802b が新たに規定された。本条の表題は「電気通信によりみだらな情報を他人へ拡散する未成年者」とされ、以下のように規定された。

> （ａ）（１）未成年者は意図的に、任意で、かつ脅迫若しくは強制を用いずに、コンピュータ又は電気通信機器を用いて、自身のみだらな視覚的描写を他人に送信してはならない。
>
> （２）何人も、本項（１）に違反して自身に送信された視覚的描写を所持してはならない。ただし、その者が当該視覚的描写を破壊し、若しくは削除するという合理的な処置を行ったときは、その成否にかかわらず、本号に違反したものとしてはならない。
>
> （ｂ）未成年者に対する処罰

[190] See Brandon De Hoyos, Sexting Laws in the United States (Updated June 5, 2017).(https://www.lifewire.com/sexting-laws-in-united-states-1949957)

（１）本項（３）に規定されている場合を除き、本節（ａ）に違反した未成年者は、非行少年とする（shall be adjudicated delinquent）。本号においてもたらされた訴訟は家庭裁判所に提起し、第33編第52章に従って未成年者手続に沿って取り扱われ、また、訴訟が提起された地区の未成年者ダイバージョンプログラムに委ねることができる。
（２）本節（ａ）に違反し、過去に本節（ａ）違反とされたことがない未成年者は、本編第64章（児童の性的搾取）で訴追してはならない。また、本編第167章第３節（性犯罪者登録）を要求する対象としてはならない。
（３）過去に本節（ａ）違反とされた未成年者が本節（ａ）に違反したときは、本節（ｂ）（１）に従い家庭裁判所で裁くか、又は本編第64章（児童の性的搾取）で訴追することができる。ただし、本編第167章第３節（性犯罪者登録）を要求する対象としてはならない。
（４）他のいかなる法律の規定にかかわらず、未成年者が本節で非行少年とされたという記録は、当該未成年者が18歳に達したときに抹消される。

（ｃ）成人に対する処罰　本節（ａ）（２）に違反した18歳以上の者は、30000ドル以下の罰金又は６月以下の自由刑に処し、若しくは併科する。

（ｄ）略

アメリカの州の多くは、児童を児童ポルノ法で処罰すべきではなく、セクスティングはコミュニケーションとして広く実践されているという認識を持つと同時に、セクスティングはやはり原則的には合法でないという認識も持ち合わせている。この点はアメリカ法の特徴として押さえておくべき点であろう。

上記州法では、（ａ）（１）で自身のみだらな画像の送信を禁じ、（２）では、送信された画像を所持することを禁じている。（１）は未成年者のみを名宛人としているが、（２）はすべての者を名宛人とする禁止規範である。（１）で「脅迫若しくは強制を用いずに」と書かれているのは、受信者が送信に同意していることを意味し、この記述がセクスティングを特徴付けていると考えられる[191]。

[191] 相手方の同意がないのにわいせつな画像を送信する行為は、別罪を構成する

（1）に違反した未成年者に対しては、バーモント州は段階的な処遇を用意している。まず、同種前科がない行為者は（b）（1）により非行少年として扱われ、一般的な刑事手続から分離される。また、ダイバージョンプログラムも用意されており、これを修了すれば事件は終結する[192]。このプログラムは、保護観察官が事件ごとに策定して未成年者に説明し、修了を求めるもので、通常は社会奉仕がその内容であるが、被害者への損害賠償を求められる場合もあるとされている[193]。さらに、（b）（2）により、同種前科がない未成年者は児童の性的搾取としての訴追と、性犯罪者登録の要求を免れる。次に、同種前科がある未成年者が（a）（1）に違反したときは、児童の性的搾取として訴追される可能性が生じるが、家庭裁判所での手続の可能性も残されている。また、この場合でも、性犯罪者登録は免れる。

他方、成年者に対しては、（a）（2）により、罰金、自由刑若しくはこれらの併科が規定され、未成年者に比して厳しい規定であるが、セクスティングによらない児童ポルノを所持した場合は、州刑法第64章（児童の性的搾取）§2825及び2827により、最低でも2年以下の自由刑又は50万ドル以下の罰金に処され、若しくはこれらが併科される[194]こととなっていることに鑑みると、バーモント州では、未成年者が任意に送信した画像については類型的に違法性が低いと考えられているようである。

この規定が焦点を当てているのは、未成年者の第一送信行為と、受信者による所持行為であり、受信してから第三者に拡散する行為については本条では規制の対象外とされており、この点が問題点として指摘されている[195]。ただし、第三者への拡散はセクスティングというよりも、むしろ自画撮り被害の類型に属する行為態様であり、先に見たように、被写体児童が被る被害は大きい。そ

（§2802、2802a、2803）。

[192] See supra note 181, p. 257-258.

[193] Id.

[194] 客体及び前科の有無で法定刑が区別されており、客体が性器等が描写されている児童ポルノの場合は本文のとおりであり、性交等の場面の描写だと5年以下の自由刑又は100万ドル以下の罰金若しくはこれらの併科となり、過去に前科がある場合は10年以下の自由刑又は500万ドル以下の罰金若しくはこれらの併科とされている。

[195] See supra note 181, p. 258.

のため、本条が志向する寛大な処罰に適するかは議論の余地があろう。

（２）ネブラスカ州[196]

ネブラスカ州では、バーモント州と同じく2009年にセクスティングに関する立法が成立している[197]が、同州とは異なり、第三者への拡散をも規制対象としている。所持は Nebraska Revised Statute 28-813.01が、拡散は28-1463.03が、それぞれ規制を加えている。

Nebraska Revised Statute 28-813.01（抄）

（１）§28-1463.02で定義した、性的に露骨な行為のあらゆる視覚的描写であり、同節で定義した児童がその当事者（participant）若しくは描写された立会人（portrayed observer）として含まれているものを意図的に所持することは違法である[198]。

（２）（ａ）本節に違反した時点で19歳未満の者は、各犯罪につき、第４級の重罪[199]として有罪である。
（ｂ）本節に違反した時点で19歳以上の者は、各犯罪につき、第2A 級の重罪として有罪である。
（ｃ）本節に違反した者で、過去に本条又は…（中略）…で有罪判決を受けた者は、各犯罪につき、第1C 級の重罪として有罪である。

（３）以下の場合は、本節によって行われた訴追に対する積極的抗弁事由となる。
（ａ）当該視覚的描写に被告人以外の者が描写されていないとき、又は、
（ｂ）（ｉ）被告人が19歳未満であり、（ii）性的に露骨な行為の視覚的描写が15歳以上の児童を描写するものであり、（iii）当該視覚的描写が、被

196 See supra note 181, p. 258-259.
197 Nebraska Revised Statute 28-813.01 (2009)
198 Neb. Rev. Stat. 28-1463.02では、"participant" は19歳 未 満 の 者、"portrayed observer" は16歳未満の者と定義され、これらはまとめて "Child" とされている。
199 各級の罪の法定刑については第３款参照。

写体児童により意図的に、かつ任意に生成され、（iv）当該視覚的描写が、被写体児童により意図的に、かつ任意に提供され、（ｖ）当該視覚的描写に含まれているのが児童１人のみであり、（vi）被告人が当該視覚的描写を、被告人に最初に送信した被写体児童以外の他人に提供し、又は利用可能にしておらず、（vii）被告人が被写体児童を強制して当該視覚的描写を製造又は送信させていないとき。

Nebraska Revised Statute 28-1463.03（抄）

（１）作成し、出版し、演出し、製造し、供給し、その他一切の方法で、当事者若しくは描写された立会人としての児童を含む、性的に露骨な行為のあらゆる視覚的描写を意図的に発生させる行為は違法である。

（２）あらゆる者に対して、当事者若しくは描写された立会人としての児童を含む、性的に露骨な行為のあらゆる視覚的描写を意図的に購入し、借り受け、販売し、配送し、頒布し、販売するために展示し、宣伝し、又は提供する行為は違法である。

（５）当該視覚的描写が製造された時点で被告人が18歳未満であり、性的に露骨な行為の当該視覚的描写が被告人以外の者を含んでいない場合は、本節（１）により提起された訴追に対する積極的抗弁となる。

（６）（ａ）被告人が18歳未満であり、（ｂ）性的に露骨な行為の当該視覚的描写が被告人以外の者を含んでおらず、（ｃ）他人に当該視覚的描写を送信した時点において、それが送信を欲している受信者に対して送信されたと合理的に考えており、かつ、（ｄ）当該視覚的描写が送信された時点で受信者が少なくとも15歳であった場合は、本節（２）により提起された訴追に対する積極的抗弁となる。

まず、28-813.01節で犯罪行為として定められているのは児童ポルノの所持行為であり、年齢及び前科の有無によって異なる法定刑が定められている。そし

て、抗弁事由としてセクスティングに関する規定が置かれている[200]。同節（３）（ａ）は自己の姿態を撮影して所持する場合であり、（ｂ）は他人が被写体となっている画像を所持する場合である。特に後者は抗弁事由となるための詳細な要件が設定されており、所持人と被写体児童の年齢のほか、被写体児童の任意性（iii）（iv）（vii）や、第三者への拡散がないこと（vi）が求められている。犯罪の客観的要素はあくまで「所持」であるが、（３）（ｂ）は事実上、第三者への拡散を処罰する規定となっているといえよう。

他方、28-1463.03節は製造及び拡散を規制するものである。（１）及び（２）は、2009年改正以前から置かれていたが、（５）及び（６）の抗弁事由が改正により新設されている。（５）は児童による自画撮りを正当化し、（６）は自画撮り画像を他人に送信する行為を正当化する規定である。

ネブラスカ州法の特徴は、一定の態様で行われるセクスティングを合法化している点である。バーモント州では、セクスティングはおよそ違法であり、関与した児童は保護観察に付されるなどの処分を受けるが、ネブラスカ州にはそのような定めがない。アメリカ国内でも、州によってセクスティングへの対応策が異なっていることが、両者の比較から明らかとなる。

（３）ニュージャージー州

ニュージャージー州のセクスティング対策は、制裁に関する規定と同時に、学校等での教育や、携帯電話販売時の規制など、行政レベルでの対策にも重点を置いている点が特徴的である。同州では、2008年から2009年にかけて、セクスティングに関する３つの法律が成立している[201]。

2008 NJ A.B. 4068（抄）

> １　学区[202]は、６年生から12年生の学生及びその両親又は後見人に対し、毎年、電気通信手段により性的に露骨な画像を頒布することの危険性に関

[200] 2009年改正で、（２）と（３）が新設された。（１）は改正以前から置かれていた規定である。

[201] 2008 NJ A.B. 4068; 2008 NJ A.B. 4069; 2009 NJ A.B. 4070.

[202] アメリカにおける学区とは、単なる地理上の区画を意味するのではなく、区画内の公立学校の管理運営を行う組織体である。

する情報を普及させなければならない。当該情報には行為態様の記述（description of the practice）と、その法的、心理学的、及び社会学的影響を含めなければならないが、これらに限定されない。学区は、パンフレット、ポスターその他の教育的資料、新規ないし既存の教育プログラム又は集会、正規の授業時間後に行われる両親及び後見人とのミーティングを含む、学区が適切と考えるあらゆる方法で情報を普及させることができる。ただし、手段はこれらに限定されない。

2008 NJ A.B. 4069（抄）

1　a．この法律において「対象の犯罪」（eligible offense）とは、ニュージャージー州法2C 編24-4節[203]で定める犯罪で、
（1）双方向性の無線通信機器又はコンピュータを用いて、同節が定義する裸の画像が描写されている写真を、悪意なく製造し、公開し、又は頒布したという事実が当該事件に含まれており、かつ、
（2）製造者及び写真の被写体が青少年（juvenile）であり、又は製造時点で青少年であったものをいう。

b．司法長官は、裁判所長官（the Administrative Director of the Administrative Office of the Courts）との協議において、本節 a で規定した対象の犯罪を犯した青少年のための教育プログラムを策定する。郡検察官は、青少年に当該プログラムを許可すべきかを判断する。当該プログラムを完遂した青少年は、適当な犯罪による訴追を免れる機会を有する。

c．当該プログラムの許可は、（1）過去にニュージャージー州法2C 編又は連邦法の罪で非行少年とされ、若しくは有罪判決を受けたことがなく、（2）自己の行為が犯罪となり得ることを知らず、かつ、犯罪を犯す意図がなく、（3）刑事制裁を科すことが青少年にとって有害である可能性があり、（4）当該プログラムを受けさせることにより、将来同様の行為に

[203] 同節は、児童福祉を危殆化させる罪であり、児童の定義（18歳未満）や禁止行為を定めている。

関与することを防ぐ見込みがある青少年に限られる。

ｄ．教育プログラムは、以下に関する情報を定める。
（１）連邦及び州の法律に適用可能な、性的に示唆的又は露骨な素材（materials）を共有することの法的帰結及び制裁。
（２）性的に示唆的又は露骨な素材を共有することによる人間関係への影響、教育及び雇用機会の喪失、学校行事及び課外活動からの禁止又は排除を含む法的でない帰結。ただし、これらに限定されない。
（３）検索可能性、複製可能性、無限の聴衆といった、サイバースペースやインターネットに特有の性質が、どのようにして、性的に示唆的又は露骨な素材の共有によって、長期的かつ不測の結果がもたらされるか。
（４）いじめやサイバーいじめと、性的に示唆的又は露骨な素材を共有する青少年との関係。

2009 NJ A.B. 4070（抄）

１　本法において「セクスティング」とは、ある者の携帯電話機から他人の携帯電話機に、性的に露骨な文章又は写真を電気的に送信することをいう。

２　ａ．あらゆる店舗その他の小売商店は、「セクスティング」と呼ばれる行為の危険について、個人に知らせるための情報パンフレットを携帯電話機又は契約書に封入しなければ、携帯電話機を個人に販売し、個人と携帯電話機サービスの契約を行い、又は個人と携帯電話機サービスの契約を更新することは違法行為である。

ｂ．本節ａに従い求められる情報パンフレットには、「セクスティング」に関与した個人に科され得る刑事制裁の種類の説明、New Jersey-based Institute for Responsible Online and Cell-Phone Communication や、携帯電話機使用時の安全及び自己責任に関してコミュニティ教育に専念する非営利組織のような、「セクスティング」に関する質問に回答するのに適切

で、かつ利用可能な団体の名称、電話番号及び住所を含めなければならない。ただし、それらに限定されない。

一連の法律のうち、2008 NJ A.B. 4069は制裁に関する規定である。 a はセクスティングの意義を定め、これに違反した青少年には教育プログラムが用意されている。ただし、すべての青少年に適用されるものではなく、セクスティングを行うことについて犯意がなく、更生可能性がある者に限定される。教育プログラムの受講に不適とされた場合は、2C 編（刑事司法法）24-4節に従い処罰されるが、プログラムを完遂すれば、訴追は行われない。プログラムの内容も条文から明らかにされており、セクスティング行為から生ずる様々な悪影響を青少年が理解することが狙いといえよう。また、この州では、セクスティングに対する抗弁事由は設定されていない。

2008 NJ A.B. 4068は学区に対し、セクスティングの危険性を生徒や保護者に周知する義務を具体的に課す規定である。また、2009 NJ A.B. 4070は携帯電話販売店に対して、セクスティングの危険性を周知する資料を顧客に交付することを義務づける内容であり、いずれの規定も、わが国における自画撮り被害防止政策のあり方に示唆を与える[204]。法律という形式で、条文所定の情報を周知せずに携帯電話機の販売、契約をする行為を違法とするという強い態度からは、セクスティングや自画撮り被害が大きな社会的関心事となっていることが窺える。

（4）ルイジアナ州

ルイジアナ州では、2010年にセクスティング規制立法が成立し、Louisiana Revised Statute 14:81.1.1節が改正される形で、以下のような条文が置かれた。

A（1）17歳未満の者は、意図的かつ任意にコンピュータ又は遠距離通信機器を用いて、自身のみだらな視覚的描写を他人に送信してはならない。

（2）17歳未満の者は、本款（1）の規定に違反した、他の17歳未満の者から送信されたみだらな視覚的描写を、意図的かつ任意に所持し、又は送

[204] 現状の対策のあり方については、答申４頁以下参照。

信してはならない。

Ｂ（略）
Ｃ（１）本節Ａ（１）の規定に対する違反については、行為者（offender）の処分は専らルイジアナ少年法（Louisiana Children's Code）第７編の諸規定によって決定しなければならない。

（２）（ａ）本節Ａ（２）に初めて違反したときは、行為者は100ドルを超え250ドル未満の罰金又は10日未満の自由刑に処し、若しくはこれらを併科する。裁判所の定める１日８時間の社会奉仕（community service）を２日間行うという、保護観察の最低条件に行為者が置かれない限り、判決の賦課又は執行を留保してはならない。

（ｂ）本節Ａ（２）に２回目に違反したときは、行為者は250ドルを超え500ドル未満の罰金又は10日を超え30日未満の自由刑に処し、若しくはこれらを併科する。裁判所の定める１日８時間の社会奉仕を５日間行うという、保護観察の最低条件に行為者が置かれない限り、判決の賦課又は執行を留保してはならない。

（ｃ）本節Ａ（２）に３回目に、及びそれ以上違反したときは、行為者は500ドルを超え750ドル未満の罰金又は30日を超え６月未満の自由刑に処し、若しくはこれらを併科する。裁判所の定める１日８時間の社会奉仕を10日間行うという、保護観察の最低条件に行為者が置かれない限り、判決の賦課又は執行を留保してはならない。

ルイジアナ州では、児童に対しても刑罰が規定されているが、手続は少年法の定めるところによるとされ、成人に対する刑事手続とは大きく異なる。すなわち、青少年に対する処分は応報ではなくリハビリテーションとして課され、診断サービスが成人よりも充実しており、刑罰としての重労働も課されない[205]。

[205] See Andrea Erwin Potter, Sexting and Louisiana's Punishment for

また、ルイジアナ州法は、自画撮りを行った青少年による第一次送信と、受信者による所持及び第二次送信（拡散）を条文上区別し、前者の場合にはルイジアナ少年法第７編の規定を適用すると書かれているが、第７編には、「支援を要する家庭」（Families in Need of Services. 以下、FINS と表記する）と呼ばれる制度が置かれている。これは、児童による自己破壊的行動の意義を定め、これに対して裁判所が介入し、健全に機能していない家庭に適切な援助を行うことなどを目的として定められた規定であり[206]、基本的には犯罪でない行為を是正することを想定している。FINS の手続は少年非行の手続と同様であり、対象となる児童に対してはヒアリングなどが実施されるが、処分の段階では非行少年としての扱いを受けないため、少年刑務所等の施設へ送致されることはない。処分に際しては裁判官に広汎な裁量が与えられており、児童やその家族にとって最良のプログラムを策定することができる。

セクスティングに関していえば、FINS の規定は前者にしか適用されない。後者は前者よりも違法性が高い類型として捉えられているが、前述の通り、アメリカでは第二次送信により被写体児童が自殺する事件が発生しており、これが第一次送信よりも抑止の必要性が高いと考えるのは自然であろう。

第二次送信に対しては、17歳未満の者であっても刑罰が科されることとなっており、行為の回数によって法定刑が順次上乗せされていく。ただし、裁判所が定める内容の社会奉仕を一定期間行えば刑罰は執行されないため、第二次送信の場合でも17歳未満である限りは、それ以上の者と比して寛大に取り扱われる。

未成年者を非行少年として取り扱うためには、その行為がルイジアナ少年法第８編に定める「非行」（delinquent act）に該当しなければならない。同法804節は「非行」の意義につき、成年者が行った場合には（ルイジアナ及びその他の州法又は連邦法により）犯罪とされる行為を10歳以上の少年が犯すことと定めているが、2010年にセクスティング関連立法が成立する過程で、Louisiana Revised Statute 14:81.1.1節（Ａ）（２）、すなわち第二次送信が804節にいう「非行」

---

the Children the Law Intends to Protect from Prosecution Under Child Pornography Statutes, Family Law Quarterly. Fall 2011, Vol 45 Issue 3, P. 419-442.

[206] Louisiana Children's Code, §726.

に含まれることとなった[207]。（A）（２）の主体は17歳未満の者に限定されており、成年者が犯すことはできないから、第二次送信を「非行」に含めるのは特例的措置である。

第３款　検討

セクスティング規制立法は、セクスティングを行った児童を児童ポルノ犯として処罰することへの反対を原動力として新設された規定である。それでは、各州法における児童の取り扱いは、法改正の前後でどれだけ変容したのだろうか。

まず、バーモント州では、児童ポルノやわいせつ物を児童に提供する行為等に対して１年未満の自由刑又は10万ドルの罰金若しくはこれらの併科という刑罰が規定されている[208]。セクスティングを規制する2802b 節は完全に新設された規定であり、既存の規定は主体に制限がなかったため、2802b 節は児童に対する処罰を緩和するものであるといえる。

次にネブラスカ州では、2009年に Nebraska Revised Statute 28-813.01が改正される前は、すべての者に対して児童ポルノ所持が禁止され、所持者の年齢を問わず、一律に４級の重罪とされていた[209]。４級の重罪とは、上限が２年の自由刑及び出所後12ヶ月間の監督（post-release supervision）又は１万ドルの罰金若しくは併科であり、下限では自由刑を科されず、（２年未満の）自由刑が科された場合は出所後９ヶ月の監督とされている。改正によって積極的抗弁事由が新設され、セクスティングにかかる児童ポルノ所持が例外的に正当化されたが、制裁も同時に強化されている。すなわち、年齢による段階的法定刑が新設され、行為の時点で19歳未満の者に対する処罰はこれまで通り４級の重罪とされたが、19歳以上の者に対しては2A 級の重罪（20年以下の自由刑）とされ、過去に（本罪を含む）重大犯罪で有罪判決を受けたことがある者に対しては、その年齢にかかわらず1C 級の重罪（５年以上50年以下の自由刑）が規定された。19歳以上の者と、前科を有する者に対しては、４級の重罪に比して格段に厳罰化されている。

---

[207] Acts 2010, No. 993, § 1 (House Bill No. 1357).

[208] Vt. Stat. Title 13, § 2807.

[209] Neb. Rev. Stat. 28-105.

また、製造・拡散規制を行う28-1463.03節の法定刑も、2009年改正により、所持規制と同様の段階的法定刑が設定された。ただし、製造・拡散規制は所持規制よりも法定刑が重く定められており、行為の時点で19歳未満の場合は３級の重罪[210]、19歳以上の場合は1D 級の重罪（３年以上50年以下の自由刑）とされた。過去に（本罪を含む）重大犯罪で有罪判決を受けたことがある者は、所持規制と同じく1C 級の重罪とされている。

そうすると、28-813.01節及び28-1463.03節が所持と第一次送信に対する抗弁事由を設けたことは、なお児童が児童ポルノ規定により処罰される可能性はあるものの、児童を不処罰とする途を拓くものである。

ニュージャージー州法において児童の性的搾取を処罰するのは、州法2C 編24-4節である。同節には、「禁止された性的行為」[211]（prohibited sexual act）を児童と行い、その場面の記録物を製造、所持する行為などに対し、行為主体及び行為態様に応じた刑罰を規定しており、わが国の青少年保護育成条例と児童ポルノ法を集約したような条文となっている[212]。セクスティングに関連するものでは、製造規制は同節ｂ（４）、拡散規制はｂ（５）（ａ）、所持規制はｂ（５）（ｂ）にそれぞれ置かれており、製造及び拡散は２級犯罪、所持は３級犯罪とされている。原則として２級犯罪には５～10年、３級犯罪には３～５年の自由刑が科されることとされているため、教育プログラムの受講が不適とされない限り、この規定は児童を寛大に扱うことを志向するものといえる。

最後にルイジアナ州は、Louisiana Revised Statute 14:81.1節が児童ポルノ犯罪規定を置いている。犯罪の回数や被告人、被害児童の年齢などに応じて法定刑は異なるが、基本となる条文によれば、児童ポルノ所持に対しては５万ドル以下の罰金及び５年以上の重労働を伴う自由刑、又は仮釈放、保護観察、刑の執行の停止を伴わない20年以上の自由刑が科される[213]。また、拡散行為や、拡

[210] 最大４年の自由刑及び出所後２年間の監督、又は２万５千ドルの罰金若しくは併科。下限は４級の重罪と同じ。

[211] 性行為や性交類似行為が詳細に列挙されており、「裸の状態」（nudity）もこれに含まれている。

[212] 児童を保護する法的責任のある者が性行為を行ったり、その記録物を製造した場合には刑が加重されている。身分によって法定刑の軽重に差異を設けることは、わが国の児童保護のあり方を検討する上で参考となるように思われる。

[213] LA. Rev. Stat. 14:81.1 E (1) (a). 有罪判決を受けるのが２回目以降の場合はE

散目的での所持行為に対しても、所持規制と同じ法定刑が定められている[214]。ここでも、刑罰規定は "Whoever" というように、主体の限定はされておらず、未成年者であっても形式的に当てはめを行えば、上記の規定により処罰される可能性があった。これと比べると、14:81.1.1節は、第二次送信を繰り返しても最高刑は６月の自由刑であり、児童に対する制裁の強さは格段に緩和されている。

このように、少なくとも本稿で紹介した４州では、基本的にはセクスティングを行った児童に対する制裁を緩和ないし排除する規定を定めていることが明らかとなった。ただし、セクスティングの合法性については、一定の場合に合法化を認めるネブラスカ州と、合法化までは認めないバーモント州、ニュージャージー州、及びルイジアナ州との間で差があり、合法化を認めない州の中でも制裁の内容には大きな相違がある。また、刑罰に代替するプログラムの有無、内容や手続きも州によって異なり、どのような対応が最善であるかを判断するのは容易でない。そもそも、セクスティングに関する規定を置いていない州の方が現時点では多数であり、性的な判断能力が未熟な者に対する取り扱いを巡っては、なお議論の途上にあるといえよう。

第２項　ドイツにおける自画撮り規制

次に、ドイツの自画撮り規制のあり方を概観する。

第１款　ドイツ刑法184条ｂ及びｃ

ドイツにおいて児童ポルノの規制を行うのはドイツ刑法184条ｂ及び同条ｃであり[215]、被写体の年齢に応じた構成要件が設けられている。2017年現在の各条文は、以下の通りである。

---

(1) (b) により、７万５千ドル及び重労働を伴う40年以下の自由刑とされ、その間仮釈放、保護観察、刑の執行の停止は行われない。

[214] 有罪判決を受けるのが２回目以降の場合も同様である。LA. Rev. Stat. 14:81.1 E (2) (b).

[215] 各条については、すでに深町・前掲注（105）459頁以下が詳細な分析を行っている。

184条ｂ

１項　以下の者は３月以上５年以下の自由刑に処する。
１．児童ポルノ文書を頒布し、又は公然陳列した者。ポルノ文書（11条３項）が以下の対象を含むときは、児童ポルノである。
ａ）14歳未満の者（児童）による、14歳未満の者に対する、又は14歳未満の者の面前で行われる性的行為
ｂ）不自然に性器が強調されている児童の全裸又は部分的に裸の描写
ｃ）児童の露出された性器又は臀部の、性的に挑発的な描写
２．現実の、又は現実に近い事象を描写する児童ポルノ文書を他人に取得させることを企図した者
３．現実の事象が描写された児童ポルノ文書を製造した者
４．第３号によっては処罰されない範囲内で、児童ポルノ文書を製造し、調達し、交付し、保管し、提供し、得ようとし、又は児童ポルノ文書若しくはそれから得られた部分を、184条ｄ第１項第１文１号若しくは２号の意味で利用し、又は第三者の利用を可能にするために輸出入を企図した者

２項　第１項の行為を業として行った者、又はかかる行為を継続して行うことについて連帯する組織の一員として行った者、及び、１項１号、２号、及び４号の場合において、文書に事実若しくは事実に近い事象を描写した者には、６月以上10年以下の自由刑を宣告する。

３項　事実若しくは事実に近い事象を描写した児童ポルノ文書の所持の取得を企図した者、又はそのような文書を所持した者は、３年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

４項　未遂は処罰する。ただし、１項２号、４号及び３項の罪については適用しない。

５項　１項２号及び３項は、専ら以下のことがらの適法な遂行に資する行為には適用しない。

１．国家の任務
２．権限を有する所管官署との申し合わせに従った任務
３．業務上又は職務上の義務

６項　１項２号若しくは３号、又は３項の犯罪行為に関する対象物は、没収する。この場合、74条ａを適用する。

184条ｃ

１項　以下の者は３年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
１．青少年ポルノ文書を頒布し、又は公然陳列した者。ポルノ文書（11条３項）が以下の対象を含むときは、青少年ポルノ的である。
ａ）14歳以上18歳未満の者による、14歳以上18歳未満の者に対する、又は14歳以上18歳未満の者の面前での性的行為
ｂ）不自然に性器が強調されている、14歳以上18歳未満の者の全裸又は部分的に裸の描写
２．現実の、又は現実に近い事象を描写する青少年ポルノ文書を他人に取得させることを企図した者
３．現実の事象が描写された青少年ポルノ文書を製造した者
４．第３号によっては処罰されない範囲内で、青少年ポルノ文書を製造し、調達し、交付し、保管し、提供し、得ようとし、又は青少年ポルノ文書若しくはそれから得られた部分を、184条ｄ第１項第１文１号若しくは２号の意味で利用し、又は第三者の利用を可能にするために輸出入を企図した者

２項　第１項の行為を業として行った者、又はかかる行為を継続して行うことについて連帯する組織の一員として行った者、及び、１項１号、２号、及び４号の場合において、文書に事実若しくは事実に近い事象を描写した者には、３月以上５年以下の自由刑を宣告する。

３項　事実若しくは事実に近い事象を描写した青少年ポルノ文書の所持の

取得を企図した者、又はそのような文書を所持した者は、２年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

４項　１項３号、同項と関連して５項、及び３項は、専ら個人的な使用のために、描写された者らの同意により製造された青少年ポルノ文書に関する行為には適用しない。

５項　未遂は処罰する。ただし、１項２号、４号及び３項の罪については適用しない。

６項　184条ｂ５項及び６項は同様に適用する。

ドイツ刑法は14歳に満たない者を「児童」(Kind)、14歳以上18歳未満の者を「青少年」(Jugend) とし、児童を被写体とするポルノ文書を184条ｂで「児童ポルノ文書」(Kinderpornographische Schrift)、青少年を被写体とするものを184条ｃで「青少年ポルノ文書」(Jugendpornographishe Schrift) と定義している。後者は、2008年の法改正の際に新設された条文である。従来は児童ポルノ文書のみが処罰対象であったところ、改正によって、14歳以上18歳未満の青少年を被写体とするポルノ文書も処罰対象とされている。

条文構造は概ね同一である。いずれの条文でも所持及び拡散が禁止されており、①児童ポルノ文書の所持は３年以下の自由刑又は罰金刑 (184条ｂ３項)、拡散 (頒布、公然陳列等) は３月以上５年以下の自由刑とされている (184条ｂ１項)。また、②青少年ポルノ文書の所持は２年以下の自由刑又は罰金刑 (184条ｃ３項)、拡散は３年以下の自由刑又は罰金刑とされており (184条ｃ１項)、児童に対する保護が手厚くなっている[216]。

自画撮りとの関係でいえば、いずれの条文も行為主体を限定しておらず、児童や青少年が自画撮りを行い、携帯電話などに保存すれば所持罪を構成し、わが国で問題となっているように、SNS 等に投稿すれば公然陳列罪が成立しよう。

ただし、青少年ポルノ文書については例外がある。184条ｃ４項は、「１項３

[216] いずれの条文も、2015年改正によって、所持罪の法定刑の上限がそれぞれ１年延長された。

号、同項と関連して５項、及び３項は、専ら個人的な使用のために、描写された者らの同意により製造された青少年ポルノ文書に関する行為には適用しない。」と規定されており、自画撮り問題の解決に示唆を与えるものである。

第２款　184条ｃ４項

青少年同士が相互の同意の下で青少年ポルノを製造した場合の不可罰規定は、184条ｃの導入時から置かれており、処罰範囲の過度な拡張を抑制する意図が看守される。規定の設置理由は、保護されている者がもう片方の者のポルノを所持していたら可罰的であるとするのは「規定の趣旨や一般的な法思想に適合しない」からであるとされており[217]、先に見たネブラスカ州法と同様に犯罪不成立事由と位置づけられているが、その要件は同州法ほど厳格ではなく、当該青少年ポルノ文書の使用目的と被写体となっている青少年の同意があればよい。ただし、不可罰の対象となるのは製造及び所持のみであり、公然陳列したり、他人に当該青少年ポルノ文書を提供するなどした場合には、被写体となった青少年の同意があったとしても処罰対象となる[218]。ドイツでは、児童ポルノや青少年ポルノを規制する条文の保護法益として、児童ポルノマーケットを撲滅・枯渇させるという社会的法益が挙げられており、青少年ポルノ文書が私的領域外に出るときは、（児童ポルノほどではないにしても、）マーケットを活性化させるおそれがあるためであろう[219]。

第３項　小括――外国法が与える示唆

本稿ではアメリカ法の一部とドイツ法を参照した。これらの国では、自画撮り（セクスティング）に関しては、少なくともかかる行為を行った児童ないし青少年を、児童ポルノ規制に関する条文により処罰することに対しては否定的であるが、自画撮りを合法とするか違法とするかは、なお結論が得られていないことが明らかとなった。ただし、自画撮りの合法性を認める立法例は、製造

---

[217] BT-Drs. 16/3439 S. 9. 同条の分析については、深町・前掲注（105）466頁以下参照。

[218] Vgl. Schönke/Schröder/Eisele, StGB 29. Aufl. (2014), § 184c Rn. 9.

[219] 深町・前掲注（105）462頁は、児童ポルノ規制の保護法益の議論は青少年ポルノについては妥当しにくいと述べる。

に関わった児童ないし青少年の年齢や行為状況に限定を付しており、これに該当しない場合は違法とされる[220]。

特にアメリカ法では、自画撮り行為の評価が州により異なっているが、先に見たように、交際関係にある児童同士で送受信された画像が後に第三者の手に渡ったことで、被写体児童が自殺するという事件が複数起こっていることは、自画撮り規制を考察する際に押さえておくべきであろう。仮に撮影・送受信時には個人的な使用目的にとどまることが想定されていたとしても、その後の成り行きで容易に別の目的に変容し得るということは、これらの事件からも明らかである。目的変容後の拡散行為等はわが国におけるリベンジポルノ法のような枠組みで対応すればよいとも考えられるが、リベンジポルノは、被写体が児童か否かにかかわらず、その名誉やプライバシーを害するのみならず、将来や人生にも絶望感を与えるほどの影響力を有するものであり、わが国でいえば3年以下の懲役という法定刑が効果的な抑止力を有しているかは疑問の余地がある。一部の州で自画撮りをおよそ違法としているのは、仮に交際関係にあったとしても、後にリベンジポルノとなり得る材料を製造する行為を禁止し、間接的かつパターナリスティックに被写体児童を保護しようとしているためではなかろうか。Sexting Laws を有する州では児童のダイバージョンプログラムが積極的に採用されており、自画撮りを行った児童に対する刑罰の適用は限定され、性犯罪者として登録されることもない。これは、自画撮りを行った児童も、広い意味での保護の対象であることを示すものといえよう。被写体児童を児童ポルノ処罰規定で処罰しない限りにおいては、自画撮り行為を合法と認めない立法は、児童保護政策としては基本的に支持し得るものである。

また、自画撮りを合法とする立法例を見ても、わが国のような「真摯な交際関係」といった規範的要件が設けられていない点は参考となるように思われる。本稿で見た立法例は、合法化の要件として、行為者が18歳未満の者であることが求められており、その範囲内におさまっている限りは寛容な態度が示されている。大人対児童の場合には真摯な交際関係の存在が正当化事由として作用す

[220] ドイツ刑法184条 b, c は製造行為に対しても未遂犯が規定されており、わが国の児童ポルノ製造罪に未遂犯処罰規定がないことと対照的である。ドイツにおいては、自画撮りの勧誘行為は、児童ポルノないし青少年ポルノ製造罪の未遂犯となる余地があろう。

るが、児童間の場合には、そこまで高度のハードルを課すのではなく、相互の同意があれば処罰されないという解釈をすることは、わが国の児童ポルノ法の読み方としても十分あり得よう。

ただし、アメリカ及びドイツの議論では、わが国のような、児童単独で自画撮りを行い、SNS 等に投稿するような事案は想定されていないことには注意を要する。アメリカ・ドイツでは、交際関係における画像のやりとりをいかに規律すべきかという点に問題の所在があった。それは、特にドイツ刑法184条ｃにおいて、描写された者らの「同意」（Einwilligung）に基づいて青少年ポルノが製造されたことが要件とされていることからも明らかである。確かに、自画撮り画像を不特定又は多数の者が閲覧可能な状態に置くことは、もはや私的な利用にとどまらないから、売買に基づかないとはいえ、児童ポルノマーケットは活性化されるおそれがあり、看過することはできないであろう[221]。しかし、児童単独類型では、わが国の児童ポルノ法の中核をなす個人的法益の侵害を観念することはできず、刑法175条よりも重い法定刑を基礎づけることは困難である。このことは、ドイツの議論にあるような、青少年間の同意によって公然陳列行為がなされた場合も同様に妥当すると解される。ただし、児童ポルノ法による規制はできないとしても、公然陳列行為を合法とすることもまた法秩序と相容れないことも確かである。この場合は、公然陳列された画像が「わいせつ」に該当するのであれば、刑法175条による規制が考えられるが、児童に反省を促し、再発防止を期するためには、アメリカの一部の州で行われているようなダイバージョンプログラムを導入することを考えるべきであろう。このような教育プログラムについては、わが国では現状ほとんど議論されていないが、早急に取り組むべき課題であるように思われる。

終章

本稿の、特に児童単独若しくは児童同士での自画撮り行為に対する立場は、基本的に自画撮り行為（主に単純所持、製造、提供、公然陳列）の合法化を認

[221] SNS に公然陳列されている自画撮り画像を収集・保存し、重ねて公然陳列を行ったり、被写体児童の同意なしにインターネット上で販売するという行為も散見される。

めず、しかし、児童ポルノ法の適用は避け、アメリカの立法例を参考としながら特別なプログラムを児童に受講させることで対応を図るべきとするものである。現行児童ポルノ法は、児童間での製造行為や所持行為を正当化するに際し、交際関係の真摯性という高いハードルを課すものではないというのが本稿の理解であるが、自画撮り画像は容易に被写体児童の名誉やプライバシー等を侵害する危険性が高いことに鑑みれば、児童ポルノに当たりうる姿態の自画撮りに関する正当化事由を承認することは控えるべきである。この点から出発すると、大人と児童が性的な行為を行う場合は、仮に真摯な交際関係があったとしても、性行為については正当化の余地があり得るが、児童ポルノ製造・所持行為に関しては正当化の対象外と考えるべきである。警察庁をはじめとした行政機関も、交際相手に対してであっても自画撮り画像を送信しないよう指導しており、合法化の余地を認めてしまうと、これらの指導が徹底されないおそれがあり、教育現場も混乱することが予想される。

また、本稿は国内法の議論を中心として自画撮り規制の分析を行ってきたため、外国の制度分析については立ち入った検討ができなかった。特にアメリカでは、多くの州でセクスティングに対する法的・社会的対応の枠組みが整備されつつあり、自画撮り規制についても後発的地位にあるわが国に対する示唆は大きいが、本稿において紹介できなかった州法の検討など、詳細な調査分析は他日を期したい。

補遺　東京都青少年健全育成条例改正案等の議論状況について

本稿の脱稿直後である平成29年12月初旬から、自画撮り規制に関する議論は急加速した。本稿で検討を加えた東京都青少年健全育成条例改正案は、平成29年12月15日に東京都議会において可決され、翌２月から施行されることとなったが、その前日には、兵庫県議会において、東京都条例とほぼ同内容の規定を設ける旨の青少年愛護条例改正案が可決され、平成30年４月から施行されることとなった。兵庫県条例に関しては、かかる条例を制定するに至る過程の議事録等が現時点では公開されていないため、東京都条例と酷似した枠組みによる規制が、どのような議論によって立案されたかを知る手立てはない。よって、本稿補遺では、主として東京都条例の構造を、答申時点での枠組みと比較しながら簡潔に分析し、兵庫県条例との規制範囲の異同についても若干の検討を加える。

１　答申後の議論状況

平成29年５月に答申がなされた後、東京都は同年９月から10月にかけて、条例改正に関する意見募集を実施した。自画撮りの要求行為に対する罰則規定については、答申で示された通りの構成要件が案として提示され[222]、募集終了後の11月に、一部の意見が公表された[223]。その中には、禁止する不当な態様を５つの類型に限定する必要はないのではないかとの意見があったが[224]、それに対しては、「青少年の自画撮り被害につながり得る要求のうち、特に悪質なものに罰則を適用することとしました。これに触れない、該当しない要求行為に関しては、青少年や保護者等への普及啓発等によって被害の防止を図っていきます。」との回答がなされている。

これを踏まえ、条例案は平成29年12月の第４回都議会定例会に提出された後、12月15日に原案の通り可決された（同22日公布、平成30年２月１日施行）。

２　東京都条例の構造

今回の条例改正では自画撮り要求罪以外にも、自画撮り被害の防止に向けた改正が行われたが、本稿では要求罪に絞って検討を加える。東京都条例18条の７には、「青少年に児童ポルノ等の提供を求める行為の禁止」という表題の下で、以下のような規定が置かれた。また、同条に違反した者には、30万円以下の罰金が科されることとなった（26条７号）。本罪の客体は専ら青少年であり、構成要件に該当する行為が行われれば、勧誘を受けた青少年の健全な育成に悪影響を及ぼすと考えられるから、本罪の保護法益は青少年個人の利益であり、罪質は抽象的危険犯であると思われる。

> 第18条の７　何人も、青少年に対し、次に掲げる行為を行ってはならない。
> 一　青少年に拒まれたにもかかわらず、当該青少年に係る児童ポルノ等…の提供を行うように求めること。
> 二　青少年を威迫し、欺き、若しくは困惑させ、又は青少年に対し対償を

[222] http://www.seisyounen-chian.metro.tokyo.jp/seisyounen/news/2017/pabukome/gaiyou.pdf

[223] http://www.metro.tokyo.jp/tosei/hodohappyo/press/2017/11/24/18_01.html

[224] 筆者もほぼ同様のコメントを行った。

供与し、若しくはその供与の約束をする方法により、当該青少年に係る児童ポルノ等の提供を行うように求めること。

第３回専門部会で示された構成要件の案と比較すると、ほとんど変更がないことがわかる。唯一、欺罔類型について、「誤解させること」に関する構成要件が条例には盛り込まれていない。

「欺く」という構成要件について、本稿は、欺罔の内容が不明確であると指摘した。この点についてどのような対応がなされたかは、条文からは明らかとはならないものの、改正案が可決されてからの一部報道を見ると、欺罔類型については「同性に成り済ましてだます」行為が処罰対象となると報道されている[225]。東京都（青少年・治安対策本部）のインターネットサイトからは、この点に関する情報は見られなかったが、「欺く」内容を「性別」に限定して運用するのであれば、概ね妥当な解釈であるといえよう。ただし、本稿でも指摘したように、不特定多数に対して SNS で勧誘メッセージを投稿する行為の構成要件該当性や、「困惑」の意義などについては、なお問題とする余地があろう。この点は今後の議論にゆだねるほかなく、事案の集積によりそれぞれの文言の外延が明らかとなることが期待される。

これまでの裁判例の結論に徴すれば、東京都条例がターゲットにしている「特に悪質」とされる行為態様でなくても４項製造罪の成立が肯定されているのであるから、あえて行為態様を限定する必要はないというのが本稿の立場であるが、限定的にであれ自画撮り要求行為を規制しようとする本条例は、基本的に支持すべきものと思われる。

３　今後の検討課題

ただし、あえて数点指摘をするとすれば、第一に、禁止の対象とされている要求行為が「提供」に限定されている点については今後の検討課題となり得よう。現在の法制度においては、「提供」は法文上「公然陳列」と区別して規定されているが、例えば、SNS 上で自画撮り画像を投稿している児童に対し、（不当な手段を用いて）もっと投稿するよう求めた場合は、「提供」ではなく「公然陳列」を行うように求めていることとなり、条例違反となり得るかが問題とな

[225] https://mainichi.jp/articles/20171216/ddm/012/010/057000c など。

るのである。

一見すると、仮に児童が要求に応じて投稿した場合は、行為者も閲覧可能となるから、「提供」を求めた場合と同一の結果を生ずるように見えるから、公然陳列を求めた場合も要求罪が成立するという立論も、あり得るかもしれない。しかしながら、「公然陳列」は不特定又は多数人が認識可能な状態に置くことが構成要件であるのに対し、「提供」は、客体を受信者において利用し得べき状態に置くことを要件とするものである[226]。要求によってインターネット上に公然陳列された画像データを要求した者が保存すれば同じことであるが、保存できないような方式で画像が公然陳列される場合も考えられる。「提供」と「公然陳列」はまったく異なる構成要件なのである。よって、都条例の文言では、SNS への投稿を要求する場合は、要求罪は成立しないこととなる。このような類型をも捕捉すべきと考えるのであれば、「公然陳列」の要求も構成要件に加える必要がある。

第二に、条文において特に悪質な要求行為の類型を示したことで、今後児童に対して自画撮りを要求しようとする者は、これらの類型に該当しないように注意を払いながら、巧妙に児童と接触しようとすることが予想される。時間をかけて児童と SNS 上で良好な関係を築いた上で、平穏な態様で自画撮りを要求するなどした場合は条例違反とならないと思われるが、規制範囲が限定的であればあるほど、脱法行為は容易となる。要求の対象は、児童ポルノ法２条３項に該当するものであることを要するため、今後はこれに該当しないような水着や下着の画像を自画撮りして送信するよう求める事案が発生することも考えられる。都は、普及啓発による方法で被害防止を図ると説明しているが、潜在的行為者の大部分が一斉にこのような行動をとったとき、普及啓発の効果がいかほど認められるかは、現状ではなお不透明である。

第三に、一連の条例改正によって捕捉される行為は「児童ポルノ等の提供」を要求する行為であるが、例えば、映像を行為者の側で保存できないストリーミング配信などによって児童とテレビカメラ等で通話し、カメラの前で衣服を脱がせたり、自慰行為を行わせたりする行為は「児童ポルノの提供」に該当しないため、かかる行為をするよう要求しても罪に問われない。もちろん、配信されている映像を別途カメラ等で撮影・保管等すれば４項製造罪が成立し得る。

[226] 森山＝野田・前掲注（16）95頁。

また、カメラの面前で自慰行為を行わせれば児童福祉法上の児童淫行罪（34条１項６号）に当たる可能性はある[227]が、要求罪の処罰を免れるという意味では、今後このような脱法的行為が主たる性的搾取行為として流行することも考えられる。このように、児童ポルノには該当しないが、現象としては児童ポルノとほとんど径庭がないケースをどのように規制していくかは、技術の進展に伴い、常に問題となろう。

４　兵庫県条例について

兵庫県において青少年の健全育成について定めているのは「青少年愛護条例」であり、県は東京都と同じく、自画撮り被害件数が増加していることに鑑み、自画撮りの要求を処罰対象とする条例案を策定し、パブリックコメントを実施した。それを踏まえ、平成29年12月14日に、条例改正案が兵庫県議会において可決された。自画撮り要求行為に関する規定は以下の通りである。

> 第21条の３　何人も、青少年に対し、当該青少年に係る児童ポルノ等…の提供を求めてはならない。
>
> 第30条５項　次の各号のいずれかに該当する者は、30万円以下の罰金又は科料に処する。
> （12）第21条の３の規定に違反して、次に掲げる方法により、青少年に対し、当該青少年に係る児童ポルノ等の提供を求めた者
> ア　青少年を欺き、威迫し又は困惑させる方法
> イ　青少年に対し、財産上の利益を供与し、又はその供与の申込み若しくは約束をする方法

都条例と対比すると、構造はほとんど同一であり、検討課題等については先に述べたことと同様のことが妥当するが、細かな点をいえば、兵庫県条例の罰則には科料もあり得る点と、利益供与に関しては、供与の「申込み」も構成要件として示されている点が、都条例と異なる点である。特に後者の点からは、

[227] 児童淫行罪については、深町晋也「児童に対する性犯罪について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）321頁以下参照。

兵庫県条例は都条例よりも規制範囲が広いことがわかる[228]。ただし、自画撮り要求罪は児童ポルノ製造罪の未遂犯を事実上処罰する性質の条文であるという理解に立つのであれば、禁止すべき要求行為は、要求を受けた児童（青少年）が自画撮り行為を実際に行う危険性を有するような行為に限定されていると解すべきである。申込みを行うだけで、そのような危険性が直ちに生じるといえるかは疑問である。

５　おわりに

本稿では構成要件の文言の明確性について数点の疑義を呈してきたが、自画撮り要求罪に関する本稿の基本的立場は、判例との平仄を合わせ、児童が自画撮りを行う危険があるような要求行為を広く規制すべきと主張するものである。この主張は、大人と児童の交際関係にあっては、たとえ真摯に交際していたとしても、児童ポルノ製造に関しては正当化すべきでないと解し、およそ製造行為が正当化されないのであれば、それを要求する行為もまた正当化の余地はないという考え方を前提とするものである。大人と児童との真摯な交際がおよそ想定し得ないと主張する意図はもとより存しないが、成熟した（と一般に理解される）大人が十分な性的判断能力を伴わない児童と交際するのであれば、交際の相手方たる児童が将来にわたって傷つかないよう、適切な配慮をすべきである。

児童ポルノの製造は、後の拡散の起点となる行為態様であり、防遏の必要性は高い。技術の発達により、誰もが自身の裸などの自画撮りを製造して送信することが可能な状況にあっては、児童は自己侵害的な行動を簡単にとってしまいがちである。それを窘め、児童を正しい道へと誘導することこそが、真摯な交際関係にある大人に課せられた役割であるといえよう。

※　本稿中、特に第２章第３節から第３章第２節までの部分は、札幌学院大学研究促進奨励金（B・個人）「創作物による児童ポルノ規制の可能性と限界―保護法益論の再検討を通じて―」（SGU-BS2017-03）の研究成果の一部を含むものである。

[228] 申込みが「約束」に該当しないことは、先に述べたとおりである。

判例研究

刑事判例研究

池田杏奈

他人の刑事事件について捜査官と相談しながら虚偽の供述内容を創作するなどして供述調書を作成した行為が証拠偽造罪に当たるとされた事例

平成28年３月31日第一小法廷決定（平成26年(あ)第1857号 詐欺、証拠隠滅被告事件）

刑集70巻３号58頁、判時2330号100頁、判タ1436号110頁、裁時1649号７頁

〔参照条文〕刑法104条

【事実の概要】

本件は、①共犯者と共謀の上、生活保護を不正受給して騙し取ったという詐欺事件のほか、②共犯者と共に警察署を訪れ、警察官らと意を通じ、知人の暴力団員が覚せい剤を所持しているのを目撃した旨の共犯者を供述者とする内容虚偽の供述調書を作成して証拠を偽造した、という事案である。

本稿で問題として取り扱う事実②の概要は以下の通りである。

Ａは、被告人と相談しながら、暴力団員である知人Ｄの覚せい剤所持等を平成23年春頃に目撃したという虚構の話を作り上げ、平成23年12月19日、二人で警察署へ赴き、同署刑事課組織犯罪対策係所属のＢ警部補及びＣ巡査部長から、Ｄを被疑者とする覚せい剤取締法違反被疑事件について参考人として取り調べを受けた。その際、被告人らの説明、態度等からその供述が虚偽であることを認識するに至ったＢ警部補及びＣ巡査部長から、覚せい剤の目撃時期が古いと令状請求ができないということを聞かされ、Ｂ警部補から「適当に２か月程前に見たことで書いとったらええやん。」などと告げられ、これに応じ

て二人とも２か月前にもＤに会っている旨を述べ始め、具体的な覚せい剤所持の目撃時期・場所につき虚偽の供述を続けた。

Ｃ巡査部長は、Ａらと相談しながら具体化させるなどした虚偽の供述を、それと知りながら、「Ａが、平成23年10月末の午後９時頃にＤが覚せい剤を持っているのを見た。中には、ティッシュにくるまれた白色の結晶粉末が入った透明のチャック付きポリ袋１袋とオレンジ色のキャップが付いた注射器１本があった」などと虚偽の内容が記載されたＡを供述者とする供述調書１通を作成した。Ａは、その内容を確認し、Ｃ巡査部長から「正直、僕作ったところあるんで」「そこは流してもうて、注射器とか入ってなかっていう話なんすけど、まあ信憑性を高めるために入れてます」などと言われながらも、末尾に署名指印した。

第一審（神戸地判平成26年３月６日刑集70巻３号93-108頁）では、証拠偽造罪につき被告人の故意・被告人とＡらの共謀が争われ、証拠偽造罪に当たるか否かについては問題とならなかった。第一審判決では、詐欺及び証拠偽造の各事実につき被告人の故意・共謀を認め、被告人を懲役３年６月に処した（求刑：懲役４年）。

原審（大阪高判平成26年11月26日同刑集108-116頁）の段階から、被告人は「証拠偽造罪を規定する刑法104条を適用しているが、捜査官に対する参考人の虚偽供述に基づき参考人の供述調書が作成されたとしても同罪は成立しないのであるから、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある」として刑法104条の適用の誤りを主張し始めた。そのため、参考人が他人の刑事事件について捜査官と相談しながら虚偽の供述内容を創作するなどして供述調書を作成した行為が証拠偽造罪に当たるかということが争点となった。

原判決は、法令適用の誤りの所論について、

「原判示第２の供述調書（以下、「本件供述調書」という。）は、参考人であるＡがＣ捜査官であるＣに対して供述した内容を録取したという形式がとられているものの、Ｃも、同席していた捜査官のＢも、Ａの供述が虚偽であることを分かっていただけでなく、本件供述調書は、Ｂ、Ｃ、Ａのほか、被告人も同席の上、Ａの口から出た内容にとどまらず、その場にいたＢ、Ｃ、Ａ及び被告人の４名が相談ないし雑談しながら話した内容がまとめられたものである。

このような事実関係に照らすと、本件においては、参考人であるＡが情を知らない捜査官Ｃをして内容虚偽の供述調書を作成させたのではなく、本件

供述調書は、その実態において、供述調書の形式を利用して、被告人ら４名が共同して創作した内容を書面化したものというべきである。このような本件の事実関係の下では、本件供述調書は、参考人が事情を知らない捜査官にした虚偽供述を録取した供述調書と同視することは到底できない。したがって、仮に、所論のいうように参考人が捜査官に対して虚偽の供述をしても証拠偽造罪は成立しないと解されるとしても、本件供述調書の前記のような実態に照らすと、原判示第２の事実が証拠隠滅罪に当たるとして刑法104条を適用することに、条文上も解釈上も妨げはないというべきである。」と判示し、控訴を棄却した。

これに対して、弁護人は、憲法違反、判例違反、事実誤認、量刑不当を理由に上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

「判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであり、本件に適切でなく、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は事実誤認、単なる法令違反、量刑不当の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。

所論に鑑み、本件における刑法104条の証拠を偽造した罪の成否につき、職権で判断する。」

「他人の刑事事件に関し、被疑者以外の者が捜査機関から参考人として取調べ（刑訴法223条１項）を受けた際、虚偽の供述をしたとしても、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たるものではないと解されるところ（大審院大正３年（れ）第1476号同年６月23日判決・刑録20輯1324頁、大審院昭和７年（れ）第1692号同８年２月14日判決・刑集12巻１号66頁、大審院昭和９年（れ）第717号同年８月４日判決・刑集13巻14号1059頁、最高裁昭和27年（あ）第1976号同28年10月19日第二小法廷決定・刑集７巻10号1945頁参照）、その虚偽の供述内容が供述調書に録取される（刑訴法223条２項、198条３項ないし５項）などして、書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても、そのことだけをもって、同罪に当たるということはできない。

しかしながら、本件において作成された書面は、参考人ＡのＣ巡査部長に対する供述調書という形式をとっているものの、その実質は、被告人、Ａ、Ｂ警部補及びＣ巡査部長の４名が、Ｄの覚せい剤所持という架空の事実に関する令状請求のための証拠を作り出す意図で、各人が相談しながら虚偽の供述内

容を創作、具体化させて書面にしたものである。

このように見ると、本件行為は、単に参考人として捜査官に対して虚偽の供述をし、それが供述調書に録取されたという事案とは異なり、作成名義人であるＣ巡査部長を含む被告人ら４名が共同して虚偽の内容が記載された証拠を新たに作り出したものといえ、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たる。したがって、被告人について、Ａ、Ｂ警部補及びＣ巡査部長との共同正犯が成立するとした原判断は正当である。」

【評釈】

１．証拠偽造罪について

刑法104条は、「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅し、偽造し、若しくは変造し、又は偽造若しくは変造の証拠を使用した者は、２年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。」と定める。

「証拠」とは、刑事事件が発生した場合、捜査機関又は裁判機関において国家刑罰権の有無を判断するに当たり、関係があると認められる一切の資料をいい（大判昭和10年９月28日刑集14巻997頁）、犯罪の成否、態様、刑の軽重に関係を及ぼす資料（大判昭和７年12月10日刑集11巻1817頁）のほか、訴訟条件等訴訟手続上の事実に関する資料を含む。物証のみならず人証も含み（大判明治44年３月21日刑録17輯445頁、大判昭和７年12月10日、東京高判昭和35年10月31日判時249号32頁、大阪地判昭和43年３月18日判タ223号244頁）、証拠能力・証拠価値の有無、程度を問わず、被告人・被疑者に利益なものであるか不利益なものであるかを問わないというのが通説である。[1]

そして、「偽造」とは、実在しない証拠を実在するかのように新たに作り出すことをいい、事実を虚構することがその概念要素である（仙台高判昭和35年５月17日下刑集２巻5=6号665頁）。物件自体を新たに製作する場合はもちろん、関連性のみを作出する場合も含まれ、犯罪事実と無関係な既存の物件を利用して犯罪事実と関連するかのように新たに虚構する場合も偽造に当たる（大判大正７年４月20日刑録24輯359頁）。[2]

---

[1] 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第三版』（青林書院、2015年）第６巻365頁〔仲谷暢彦〕

[2] 大塚ほか編・前掲註１、371頁

２．問題の所在

参考人が他人の刑事事件について虚偽の情報を捜査機関に提供した場合に、証拠偽造罪が成立するかどうかが問題となる。これについては、さらに、（１）参考人が、自ら虚偽の内容を記載した供述書（上申書・陳述書）を作成し、捜査機関に提出した場合、（２）参考人が、捜査機関に対して、虚偽内容の供述をした場合、（３）参考人が、捜査機関に虚偽内容の供述をし、供述調書を作成せしめた場合の３つに分類できる。

３．類型ごとの証拠偽造罪の成否と学説

類型（１）：参考人が、自ら虚偽の内容を記載した供述書（上申書・陳述書）を作成し、捜査機関に提出した場合

現に捜査中の被疑事件につき、参考人として検察官から上申書の作成、提出を求められた者が、虚偽の内容を記載した上申書を作成して検察官に提出した事案である**東京高判昭和40年３月29日高刑集18巻２号126頁**は、

「たとえ虚偽の内容を記載した文書の作成名義にいつわりがなく又その文書の作成が口頭による陳述に代えてなされた場合であるとしても、本件のように参考人が虚偽の内容を記載した上申書を作成しこれを検察官に提出すれば、刑法第104条にいう証憑を偽造使用したことになると解するのが、判例にしたがい現実に即した妥当な解釈といわざるを得ない（昭和34年６月20日東京高等裁判所第10刑事部判決及び昭和36年７月18日同裁判所第６刑事部判決参照）。」（下線部は著者による）と判示した。

判例は証拠偽造罪の成立を肯定[3]し、学説上も否定説[4]はほぼ見られない。供述書は「他人の刑事事件に関する証拠」であり、これに虚偽の事実を記載する

[3] 内容虚偽の死亡事故発生報告書を作成して海上保安部に提出した事例（仙台地裁気仙沼支判平成３年７月25日判タ789号275頁）、公職選挙法違反事件において、金50万円を個人献金として供与したという全く架空の事実について内容虚偽の上申書を作成して検察官に提出した事例（東京高判昭和36年７月18日東高刑時報12巻８号133頁）、友人に依頼して虚偽のアリバイを内容とする上申書を警察官に提出させた事例（福岡地判平成５年６月29日公刊物未登載）などにおいて、証拠偽造罪の成立を認めている。

[4] 岩間康夫「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第４版〕』（有斐閣、平成９年）231頁、安田拓人「司法に対する罪」法教305号（2006年）76頁

行為は、存在しない証拠を新たに作成するものとして「偽造」に当たるからである。[5]

類型（2）：参考人が、捜査機関に対して、虚偽内容の供述をした場合

（ｉ）裁判例

宣誓した証人が虚偽の陳述をした場合、偽証罪（刑法169条）として処罰され、証拠隠滅罪は成立せず（最決昭和28年10月19日刑集７巻10号1945号）、宣誓していない証人が捜査官に対し虚偽供述をしても、偽証罪にも証拠隠滅罪にも当たらず（大判昭和９年８月４日刑集13巻1059号）、原則として不可罰となるというのが判例・通説の立場である。

最決昭和28年10月19日刑集７巻10号1945号は、被告人が自己の刑事被告事件につき他人に教唆して偽証させた事案であり、弁護人が上告趣意において、被告人には黙秘権が認められており自己の被告事件について他人を教唆して偽証させた場合は、自己の被告事件に関する証憑湮滅（証拠隠滅）行為であるから偽証教唆罪に問うべきではないと述べた点に対し、

「刑法104条の証憑の偽造というのは証拠自体の偽造を指称し証人の偽証を包含しないと解すべきであるから、自己の被告事件について他人を教唆して偽証させた場合に右規定の趣旨から当然に偽証教唆の責を免れるものと解することはできない。」（下線部は著者による）と判示し、自己の刑事被告事件について他人を教唆して偽証させる行為につき証拠偽造罪の成立を否定した。[6]

大判昭和９年８月４日刑集13巻1059号は、予審判事の尋問に対し、他人に虚偽の供述をさせた行為が証拠隠滅に当たるとして起訴された事案について、原審は犯罪の証明がないと無罪を言い渡したが、

「他人ノ刑事被告事件ニ付證人カ法律ニ依リ宣誓ヲ爲シタルト否トヲ問ハス判事ニ對シ虚僞ノ陳述ヲ爲シタル場合ハ勿論同人ヲシテ右ノ如ク虚僞ノ陳述ヲ爲サシメタル場合ノ如キハ共ニ刑法第百四條ヲ以テ處罰スヘキモノニ非スト解スルヲ相當トス」（下線部は著者による）と判示し、

「原判決ニ於テ右第一ノ公訴事實ニ付犯罪ノ證明ナキ旨説明シタルハ其ノ用語甚タ妥當ヲ缺クモノアリト雖該公訴事實ニ付被告人ニ對シ無罪ノ言渡ヲ爲シ

[5] 十河太朗「判批」ジュリ臨増1505号（2017年）178頁

[6] ただし、偽証教唆の成立は認める。

タル所以ノモノ蓋シ敍上説示ノ趣旨ニ依リタルモノト解シ得ラレサルニ非ス」と述べ、上告を棄却した。これは、宣誓していない参考人の虚偽供述自体については証拠偽造罪が成立しないという立場（消極説）に立っているといえる。

上記二つの最高裁判例及び大審院判例の理由は明らかではないが、下級審の裁判例では、その結論を踏襲した上で、理由を判示するものがある（捜査中の自転車競技法違反･詐欺等被告事件につき、共犯者である競輪選手に対し黙秘･虚偽の供述等を申し向けたという事案である**大阪地判昭和43年３月18日判例タイムズ223号244頁**、病院長が、医療過誤事件について虚偽供述をした上、他の看護師に対し、被疑者たる看護師に虚偽供述をするように伝えることを依頼したという事案である**宮崎日南支部昭和44年５月22日刑月１巻５号535頁**[7]）。

その後も、虚偽供述自体は証拠偽造罪に当たらないとする裁判例が出てきた。

検察官の取り調べを待っている間にたまたまＹと同房になった被告人は、Ｙから、Ｙの覚せい剤使用の事実に関し、覚せい剤を風邪薬だと言ってＹに渡したとの虚偽の供述を取調べの際にしてほしい旨の依頼を受け、それに応じて警察官や検察官の取り調べの際に虚偽の供述をし、検察官が録取し読み聞かせたところ、誤りのない旨を申し立てて署名指印したという事案につき**千葉地判平成７年６月２日判時1535号144頁**は、

「他人の刑事被疑事件について、参考人として、取調べを受け、その際、虚偽の事実を供述する、特に、本件のように、全く架空の事実関係を作り上げてそれを積極的に捜査担当検察官に供述することは、悪質な捜査妨害というほかなく、供述調書が作成されるに至ったことをとらえてその処罰を求める本件起訴に、ある程度実質的な理由が存することは認めざるを得ないところである。しかし、それが、・・・刑法104条にいう証憑を偽造した場合に当たるといえるかは、一つの問題である。

よって、検討するに、参考人が捜査官に対して虚偽の供述をすることは、それが犯人隠避罪に当たり得ることは別として、証憑偽造罪には当たらないもの

[7] 前掲大判昭和９年判決について、「この判例は、刑法第104条と刑法第169条との関係を、両者が法条競合の関係にたち後者が前者の特別法になるとはみず、宣誓の有無を問わず偽証は刑法第104条の適用外であるとしているのであるから、両者は択一関係にたつものとみていると解すべきである。」と述べる。

と解するのが相当である。」（下線部は著者による）と、証拠偽造罪の点について無罪を言い渡した。

これと同一事案についての共犯者Ｙの罪責に関して、**千葉地判平成８年１月29日判タ919号256頁**も、

「刑法は、虚偽供述を手段とする刑事司法作用の妨害については、それが明示的に行為類型とされている偽証、虚偽鑑定又は通訳及び誣告（以下「偽証罪等」という。）と、犯人の身柄の確保ないし特定作用を害する犯人隠避に限って可罰性を認める趣旨であり、それ以外の虚偽供述について証憑湮滅罪が成立することはないと解するのが相当である。」（下線部は著者による）として証憑隠滅教唆について無罪を言い渡した。

このように参考人が、捜査機関に対して、虚偽内容の供述をした場合の証拠偽造罪の適用について、裁判所は消極的・否定的に解している。その理由は、以下の通りである。

（ア） 刑法104条の「証拠」には人証も含むが、「証拠方法」を意味するにとどまり、証人や参考人の供述などのいわゆる「証拠資料」までも包含するものではない。

（イ） 刑法104条とは別に刑法169条の偽証罪の規定があり、それは特に法律により宣誓した証人が虚偽の供述をした場合のみを処罰の対象としており、その立法の趣旨からすると、宣誓をしない証人がした虚偽の供述を処罰の対象としていない。

（ウ） 捜査段階における参考人は捜査機関に対し出頭及び供述を拒む自由を有する以上、捜査官に対する虚偽供述を刑法104条により処罰することはできない。

（エ） 虚偽供述の依頼は強制されてはじめて証人威迫罪（刑法105条の２）の処罰の対象となる。そうすると証人威迫罪の法定刑が証拠隠滅罪よりも軽いことから、強制の要素の加わっていない単なる虚偽供述の依頼は不可罰と解される。

（オ） 偽証罪には自白により刑を減軽又は免除できる規定があるのに（刑法170条）、より軽い証拠隠滅罪を犯した者は自白しても刑の減軽・免除を受けられないため、宣誓しない証人や参考人の虚偽供述を処罰すると不合理な不均衡を生ずることになる。

（カ） 人の供述にはもともと不誠実で移ろいやすい面があり、物的証拠のように、一見動かし難い証拠が捏造される場合に比べると、虚偽供述によって司法作用を侵害する程度は高いものではないから、刑事司法作用の中で最も重要な

段階である審判手続（及びそれに近い形式の証拠保全や公判前の証人尋問の手続）で宣誓の上なされた虚偽供述と、被申告者の利益をも害する誣告に限って処罰する趣旨である。

（キ） 虚偽供述が証拠偽造罪に該当することになると、処罰の対象は非常に広範で不明確になる。

（ク） 宣誓無能力者については、宣誓をさせても真実の供述を期待することはできないとして、宣誓をさせずに証言させるものであることからも、刑罰をもって真実の供述を強制することは妥当でない。

（ケ） 参考人の虚偽供述について証拠偽造罪が成立することになると、参考人が捜査官等の見解と異なる供述をした場合、捜査官の認識としては参考人が証拠偽造罪を犯すことになる。捜査官のこのような認識が取調べや事情聴取に反映されると、参考人の記憶に反し捜査官に迎合する供述が導かれるおそれも否定できない。

（ⅱ）学説

学説においては、否定説[8]が多数派であったが、近時は肯定説[9]も有力である。肯定説から上記の論拠のいくつかに対して（記号は両説に対応）、以下のように反論を加える。

---

[8] 平野龍一「刑法各論の諸問題18」法セ228号（1974年）40頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）42頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第３版〕』（創文社1990年）86頁、87頁註５、福田平『全訂刑法各論〔増補版〕』（有斐閣、1992年）31頁等。

[9] 小島吉晴「証人・参考人の虚偽供述の刑法的評価について―名古屋地裁平成元年12月６日判決公刊物未登載―」研修518号（1991年）25頁、加藤康榮「参考人の虚偽供述と証憑湮滅罪の成否」研修526号（1992年）90頁以下、十河太朗「犯人蔵匿罪と証憑湮滅罪の限界に関する一考察」同法46巻５号（1994年）114-120頁、山口厚『問題探究刑法各論』（有斐閣、1999年）290頁以下、尾崎道明「判批」研修569号（1995年）15頁以下、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣、2003年）320頁以下、伊東研祐「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」現刑５巻10号（2003年）35頁、大塚仁『刑法概説各論〔第３版増補版〕』（有斐閣、2005年）598頁、只木誠「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）257頁、山口厚『刑法各論〔第２版〕』（有斐閣、2010年）588頁、中森喜彦『刑法各論〔第４版〕』（有斐閣、2015年）292頁以下等

（ア） 証拠資料も、その隠滅により刑事司法作用の侵害の危険を生じる点では証拠方法と変わらず、虚偽の供述は新たな証拠の創造であって刑法104条の証拠偽造に当たる。

（イ） 宣誓をした者による供述はそれ以外のものより証明力が高いことから、宣誓後の偽証には法定刑の重い刑法169条が、それ以外の虚偽供述にはより軽い104条が適用される。

（ウ） 出頭、宣誓、証言を強制される証人による偽証に対しては法定刑の重い刑法169条が、それ以外には軽い刑法104条が適用される。

（エ） 偽証罪は罪質の重さゆえに政策的に刑の減免規定が設けられており、軽い証拠偽造罪にはそのような減免の必要がない。

（オ） 証拠偽造罪と証人等威迫罪では法益が異なり、前者の成立には虚偽の供述を要するが、後者には面会強請・強談威迫の行為で直ちに既遂になることから、法定刑の相違は合理的に説明されうる。

類型（3）：参考人が、捜査機関に虚偽内容の供述をし、供述調書を作成せしめた場合

（ⅰ）裁判例

前掲**千葉地裁平成７年判決**は、

「参考人が捜査官に対して虚偽の供述をしたにとどまらず、その虚偽供述が録取されて供述調書が作成されるに至った場合、すなわち、本件のような場合は、どうであろうか。この場合、形式的には、捜査官を利用して同人をして供述調書という証憑を偽造させたものと解することができるようにも思われる。しかし、この供述調書は、参考人の捜査官に対する供述を録取したにすぎないものであるから（供述調書は、これを供述者に読み聞かせるなどして、供述者がそれに誤りのないことを申し立てたときは、これに署名押印することを求めることができるところ、本件にあっても、被告人が供述調書を読み聞かされて誤りのないことを申し立て署名指印しているが）、参考人が捜査官に対して虚偽の供述をすることそれ自体が、証憑偽造罪に当たらないと同様に、供述調書が作成されるに至った場合であっても、やはり、それが証憑偽造罪を構成することはあり得ないものと解すべきである。」（下線部は著者による）と述べ、この類型につき証拠偽造罪の成立を否定した。

前掲**千葉地裁平成８年判決**は、

「本件のように、参考人の虚偽供述を捜査官が録取し、参考人が読み聞かせを受け、誤りのないことを申し立てて署名押印し、これによって供述調書が完成すると、供述内容は明確になり、かつそこに固定されることになる。右供述調書はいわゆる「証拠方法」として、後にその記載から供述者が知覚した事実を推認することができるようになる。しかし、その点をとらえて証憑湮滅(偽造)罪の成立を肯定すべきではない。」とし、その理由として以下のことを挙げている。

(ア) 虚偽供述の大半は何らかの証拠方法に転化するため、供述が何らかの「証拠方法」に転化したことを理由に証拠偽造罪の成立を認めるとすれば、刑法が虚偽供述の可罰性を偽証罪等に限った趣旨を大きく損なう結果になる。

(イ) 署名押印は、録取内容の正確性を承認する意義を有しているにすぎず、正確に録取されている限りそれ自体に虚偽性はないから、署名押印には証憑偽造罪の成否を左右する特段の意義は認められない。

(ウ) 前掲昭和28年決定は、被告人が「証人の偽証」という証拠を偽造するという構成をとり、それは証拠偽造罪の対象にならないとした。同決定は、虚偽供述はもちろん、それに基づいて手続上当然に供述調書が作成された場合も含めて、供述者に証拠偽造罪の成立を認めないことを前提にしたものと理解することができる。

(エ) 捜査官等は、自己の見解と異なる内容の供述調書が完成すれば、それによって参考人が証拠偽造罪を犯したと認識することになる。証拠偽造罪の成立を供述調書が完成した場合に限るとしても、虚偽供述が導かれるおそれという問題は依然として存在する。

(オ) 作成名義人による内容虚偽の上申書等の作成を証拠偽造罪とした裁判例が存在する(前掲東京高裁昭和40年判決、前掲仙台地裁気仙沼支部平成３年判決)が、こうした裁判例は、参考人が取調べ等以外の場で、当初から虚偽の書面を作成することを企てて打ち合わせた上、虚偽の内容を書面に表現した事案であり、供述が書面等に転化した場合ではない。

(ii) 学説

この類型についても、学説に争いがある。**類型(2)**の場合において証拠偽造罪を認める見解からは当然に肯定されるが、他方、**類型(2)**の場合において証拠偽造罪を認めない見解の内部では説が分かれている。

①積極説[10]

供述調書は供述そのものと異なり物理的な存在であるから、刑法104条の「証拠」にあたり、これに虚偽の事実を記載させる行為は、存在しない証拠を新たに作成する「偽造」にほかならない。

供述の内容が録取されて供述調書として書面化された以上、内容の明確性等の点では供述書と同じであるから、**類型（1）**の場合と**類型（3）**の場合とで取り扱いを異にする理由はない。

②消極説[11]

虚偽の供述を不可罰とする以上、その供述の内容が供述調書に録取されるに至ったとしても不可罰とすべきである。現実には参考人が供述すれば供述調書が作成されるのが通常であるから、内容虚偽の供述調書を作成させた行為について証拠偽造罪が成立を認めることは、事実上、虚偽供述そのものを処罰の対象とすることとほとんど変わらない。

類型（1）の場合のように、自ら文書を作成する行為は積極的な行為であり、証拠偽造罪の保護法益の侵害性も相対的に高く、その処罰が証人や参考人の地位を害する危険性と捜査協力を委縮させる程度は低いのに対し、**類型（3）**の場合は、供述を確認したに過ぎず受け身的色彩が濃い。

4．供述書と供述調書

「供述書」とは、供述者自らその供述内容を記載した書面であり、「供述を録取した書面」とは、第三者が供述者から聴き取った供述内容を記録した書面である。実務的には、形式上供述者本人が作成名義人であるもの（例えば、上申書、答申書、被害届、任意提出書、捜査報告書、実況見分調書、鑑定書、帳簿、日記、手紙、領収証など）が供述書、これに対し供述者以外の第三者の作成したもの（例えば、証人尋問調書、供述調書、質問てん末書、電話聴取書など）が

[10] 大谷實『刑法講義各論』（成文堂、新版第4版補訂版、2015年）606頁、井田良「司法作用の刑法的保護」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006年）203-204頁、深町晋也「司法に対する罪」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2006年）106頁

[11] 前田雅英「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」研修574号（1996年）15頁

供述調書として取り扱われている[12]。

前掲**千葉地裁平成７年判決**は「参考人が捜査官に対して虚偽の供述をすることそれ自体が、証憑偽造罪に当たらないと同様に、供述調書が作成されるに至った場合であっても、やはり、それが証憑偽造罪を構成することはあり得ないものと解すべきである。」と判示している。

これに対しては、刑事訴訟法321条、322条が供述書と供述調書を同様に扱っていること等を根拠に、消極説の言うように供述書と供述調書を区別するのは、形式的な議論に過ぎず、説得力を欠くものと言わざるを得ないという指摘がある[13]。内容虚偽の供述調書に署名・押印する行為も、証拠の偽造に当たると解すべきである[14]とも言われる。

この点につき、本決定では「その虚偽の供述内容が供述調書に録取される･･･などして、書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても、そのことだけをもって、同罪に当たるということはできない。」としており、内容虚偽の供述調書に署名・押印する行為は証拠の偽造に当たらないという判断は維持されている。

もっとも、供述書と供述調書を分けて考える立場からは、本件では作成名義人であるＣ巡査部長自身が虚偽内容の調書を作成したことから、「虚偽の供述書を作成した」とも評価しうる面があるといえる。また、本件において作成された「供述調書」について、刑法104条の証拠を偽造した罪に当たるとしたが、本決定は従来の判例の結論を維持した上で、供述調書の中の例外的なものにのみ証拠偽造罪を認めたと解し得る。すなわち、「供述調書の中でも供述書と同視し得るもの」が刑法104条の客体となりうるとしたと解される[15]。

５．本決定の意義

本決定は、「他人の刑事事件に関し、被疑者以外の者が捜査機関から参考人として取調べ（刑訴法223条１項）を受けた際、虚偽の供述をしたとしても、刑

[12] 松本時夫＝土本武司＝池田修＝酒巻匡『条解 刑事訴訟法〔第４版増補版〕』（弘文堂、2016年）848頁

[13] 尾﨑・前掲註９、24-25頁

[14] 大谷・前掲註９、606頁

[15] 前田・前掲註11、64頁

法104条の証拠を偽造した罪に当たるものではない」として、**類型（2）**の場合に証拠偽造罪が成立しないことを改めて確認した。その上で、「その虚偽の供述内容が供述調書に録取される（刑訴法223条２項、198条３項ないし５項）などして、書面を含む記録媒体上に記録された場合であっても、そのことだけをもって、同罪に当たるということはできない。」とし、**類型（3）**の場合も原則として証拠偽造罪が成立しないことを示している。

本決定は、傍論ではあるが、参考人が虚偽の供述をしてそれに基づき供述調書が作成された場合には証拠偽造罪が成立しない旨を最高裁として初めて明確にした点、そして、供述調書の形式をとっていたとしても、第三者の覚せい剤所持という架空の事実に関する令状請求のための証拠を作り出す意図で、捜査官と相談しながら虚偽の供述内容を創作、具体化させて書面化したような行為については、例外的に証拠偽造罪が成立する旨を明示した点に意義がある。[16]

本件の被告人の行為は捜査官に内容虚偽の供述調書を作成させたものであるから**類型（3）**に当たると考えられる。

そうすると、判例の立場からは証拠偽造罪の成立は否定されるようにも思われる。学説においても、被告人の行為による司法作用への影響は、例外として処罰される偽証罪に匹敵するとは言い難いとして証拠偽造罪で対処することに疑問を持つ意見もある[17]。

一方、**類型（2）**や**類型（3）**の場合に証拠偽造罪の成立を肯定する立場からは、本件において、被告人らが捜査機関に対して内容虚偽の供述をし、それに基づいて供述調書が作成された以上、当然に証拠偽造罪が成立することになる。

消極説の立場から本決定の結論を支持する見解[18]もあるが、虚偽の供述内容が録取された供述調書の作成に証拠偽造罪の成立を否定する見解もある[19]。その虚偽供述を処罰すべきでない理由につき、法律により宣誓した場合以外の虚偽供述それ自体を処罰対象にすると、虚偽供述の対象となりうる事実が広いため、処罰範囲が相当に広くなり、不明確にもなりかねないと述べる。

---

[16] 野原俊郎「判批」ジュリ1511号（2017年）119頁、野原俊郎「判批」曹時69巻10号（2017年）391頁

[17] 門田成人「判批」法セ738号（2016年）125頁

[18] 成瀬幸典「判批」法教430号（2016年）152頁

[19] 保坂和人「判批」警論69巻７号（2016年）158頁

また、参考人の虚偽供述について証拠偽造罪の成立が否定される根拠として、参考人に供述拒絶権があることや、参考人に真実供述義務を課すと参考人を委縮させるということが挙げられる。その際に想定されているのは、参考人と捜査官の、供述する側と聴取する側という対向的な緊張関係である。本件のように、被告人、A、捜査官B及びCが共謀して供述調書に虚偽の事実を記載したような状況においては対向的な緊張関係がない。そのため、被告人らの行為は、供述調書という物理的存在である「証拠」に虚偽の事実を記載することで「偽造した」として、本来の原則通り証拠偽造罪が認められる。このように考えると、**類型（2）**及び**類型（3）**の場合に証拠偽造罪の成立を否定する判例の立場からしても証拠偽造罪の成立が肯定される事案であったといえる。供述書か供述調書かという証拠方法の違いに関係なく、証拠偽造罪の成立する余地があることを示したものともいえるとの意見もある[20]。

証拠方法の点については、供述者の知覚・記憶・表現・叙述の各過程には誤謬が入り込むおそれがあり、宣誓と偽証罪による処罰の威嚇、事実認定者の面前での反対尋問による吟味がないことから、刑事訴訟法は、伝聞供述に証拠能力を与えず（刑事訴訟法320条1項）、証拠資料として要証事実の証明に用いることを禁じるのである。

供述調書は、供述者の供述するところを第三者が聞いてこれを書面に記載したものをいうのであり、録取者は書面において自己の体験を述べるという点で、録取者自身もまた供述者であり、供述調書はその供述書にあたると解する[21]。供述調書に供述者本人の署名・押印がなければ二重の伝聞供述となるため、刑事訴訟法321条1項により証拠能力が認められるためには、署名又は押印があることが必要である。

供述書と（署名・押印のある）供述調書が刑事訴訟法上、同じように取り扱われることから、**類型（1）**に、証拠偽造罪の成立を認めるのであれば、**類型（3）**においても同様に、証拠偽造罪の成立は認められることになりそうである。しかし、虚偽供述は現実には参考人が供述すれば供述調書が作成されるのが通常

[20] 十河太朗「判批」刑ジャ50号（2016年）118-119頁、十河・前掲註5、178-179頁

[21] 高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法4　第一審（2）』150頁〔上口裕〕

であるから、内容虚偽の供述調書を作成させた行為について証拠偽造罪が成立を認めることは、事実上、虚偽供述そのものを処罰の対象とすることとほとんど変わらないことになる。

私見としては、**類型（1）**のように積極的に虚偽の証拠を作出しようとする行為は証拠偽造罪に当たるが、**類型（2）**の虚偽供述まで証拠偽造罪の対象とすべきではないと考える。参考人の虚偽供述を罰するということは、捜査段階における真実供述義務を参考人に課し、それを刑罰で担保することと同じである。そのような威嚇は、供述を委縮させ、かえって真実発見を妨げると考えられる。悪質な虚偽供述であれば、犯人隠避罪（刑法103条）や虚偽告訴罪、虚偽告発罪（刑法172条）等の他罪で処罰することも可能であり、虚偽供述に証拠偽造罪を成立させなくともよいと解する。**類型（3）**においても、虚偽供述をすれば通常それが供述調書に載ることになるため、本件のような例外的なものを除き、証拠偽造罪の成立を否定する。

したがって、**類型（1）**において捜査官から指示を受けたわけでもないのに自ら虚偽の供述書を作成した場合や、**類型（3）**においても単に虚偽供述が供述調書に録取された場合とは違い、本件のように、単に虚偽供述をしただけでなく、捜査官と相談して供述内容を創作し、自ら虚偽の内容が記載された証拠を新しく作り出したと言える場合には、例外的に証拠偽造罪の成立を認める余地がある[22]。

また、本件では形式的には虚偽の供述内容が録取された供述調書が作成された事案ではあるが、その実態は捜査官とともに虚偽の供述内容の創作とその書面化がなされたものであるから、実質的には**類型（1）**の場合に近似しているといえるようにも見える。そうすると、**類型（3）**の場合に証拠偽造罪が成立しないとする判例の立場と矛盾するものではなく、**類型（1）**の場合に証拠偽造罪が成立するという判例の理解に親和的な立場と評価することも不可能ではない[23]。

本件事案では、①新たな虚偽の証拠を作り出す意図の下に共同して、②警察官を含む４人の共謀により虚偽の内容を創作、具体化させ、③共同正犯者の一人であるＣ巡査部長が名義人である書面を作成したものである、という本件

[22] 野原・前掲註16、曹時383頁

[23] 永井善之「参考人の虚偽供述と証拠偽造罪」金沢59巻１号（2016年）91頁

の具体的事情が重要だと考えられる[24]。

類型（2）において虚偽供述は罪にならないと解した場合、**類型（3）**においてそれが書面に載ったことで証拠偽造罪になるというのは首尾一貫するものではない。本決定において、「作成名義人であるC巡査部長を含む被告人ら4名が共同して虚偽の内容が記載された証拠を新たに作り出したものといえ」と判示していることから、**類型（3）**について証拠偽造罪の成立を認めるのは、作成名義人である捜査官が虚偽の書面作成に関与しているような場合に限定しているのではないかと解される。そうであるならば、虚偽の供述だと知らない捜査官を利用し、間接正犯のように供述調書を作成させる場合と違って、本件では、被告人は、捜査官であるC巡査部長らと共に供述調書を作成していることが、供述書の作成と同視できるような事案だったと言えるのである。あるいは、「作成名義人である」と述べることで、紛れもない文書偽造に当たるということを示しただけかもしれない。

類型（2）と**類型（3）**で証拠偽造罪の成立を否定する裁判例は、「証拠」に当たらないとしているのか、「偽造」に当たらないとしているのかは、定かではない。**類型（1）**の判例についても、証拠偽造罪の成立理由がはっきりはしていない。本件の証拠偽造につき、主犯は捜査官らであり、被告人と共犯者Aは証拠の「偽造」行為に加担したが、その関与形態は共同正犯と評価されたのか[25]、「供述書と同視しうるような供述調書」という「証拠」の「偽造」行為に加担したといえるのかは、さらなる議論が必要である。

---

[24] 前田・前掲註11、65頁

[25] 共犯者であるA、B警部補、C巡査部長は、いずれも証拠偽造罪で公判請求されており、上告した1名以外は一審で有罪が確定している。

執筆者紹介（掲載順）

木戸　茜	北海道大学大学院法学研究科助教
松本彩花	北海道大学大学院法学研究科助教
岩川隆嗣	北海道大学大学院法学研究科准教授
呉　逸寧	北海道大学大学院法学研究科助教
瀧本京太朗	札幌学院大学法学部講師
池田杏奈	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
池田清治	北海道大学大学院法学研究科教授

平成30年３月23日　印　刷
平成30年３月30日　発　行

編集人　田口正樹
発行人　北海道大学大学院法学研究科長　加藤智章
印　刷　北海道大学生活協同組合　情報サービス部　札幌市北区北８条西８丁目　TEL 011(747)8886
発行所　北海道大学大学院法学研究科　札幌市北区北９条西７丁目　TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948　ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 68 March 2018 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Multiple Standards of Contract Liability (1)
—— Stimulated by the Study of "Fault" in American Contract Law ——
..... Akane KIDO 1

Die Entstehungsgeschichte der Demokratielehre Carl Schmitts (1): Von der letzten Periode des deutschen Kaiserreichs bis zur Mitte der Weimarer Republik ☆..... Ayaka MATSUMOTO 63

L'acceptation du risque de l'erreur sur les motifs:au travers de l'analyse de l'arrêt de la Cour suprême du 19 décembre 2016
..... Takatsugu IWAKAWA 352[1]

The function and practical use on the increment and reduction of the penalty by the People's court in Chinese law: contribute to Japanese law of obligations reform ..... WU Yining 296[57]

NOTES

Über die Kriminalisierung des „Selfies" in bezug auf die Kinderpornographie (2) ..... Kyotaro TAKIMOTO 228[125]

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case ..... Anna IKEDA 162[191]

* * *

Prof. Masanori FUJIWARA's Curriculum Vitae and Publication
..... Seiji IKEDA 123

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan