HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第69巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 69(3)
Issue Date	2018-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/71608
Type	journal
File Information	lawreview_vol69no3.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 69 巻　第 3 号

論　説

カール・シュミットにおける民主主義論の成立過程（4・完）
——第二帝政末期からヴァイマル共和政中期まで——
…… 松　本　彩　花　1

一部無効の本質と射程（7）
——一部無効論における当事者の意思の意義を通じて——
…… 酒　巻　修　也　65

ゲームにおけるペナルティーの意義と機能について
——ドイツボードゲームにおけるペナルティーの役割についての考察——
…… 小名木　明　宏　346[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（4・完）
——日本の債権法改正に寄せて—— …… 呉　逸　寧　322[25]

犯罪論における同時存在原則について（4）…… 瀬　川　行　太　242[105]

講　演

準最適（sub-optimal）な臓器の移植に関する法的規制
…… マシュー・ダイソン　212[135]
城下　裕二（訳）

判 例 研 究

刑事判例研究 …… 小棚木　公　貴　184[163]

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）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
林貫俊文（経済法）

人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
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）

教授

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）*准教授
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）
野田耕志（商法）
△長谷川晃（法哲学）
○眞壁仁（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）
○吉田広志（知的財産法）
○米田雅宏（行政法）

特任教授

朝倉真士（民事実務）
磯部有紀（刑事実務）
藏重満（法実務基礎）
橋場弘之（法実務基礎）
花形正則（民法）
藤原壮太郎（民事実務）
村井悠（労働法）

伊藤一頼（国際法）*
伊藤隼（民事訴訟法）
○岩川隆（民法）
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）*
津田智成（行政法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
馬場香織（比較政治）*
前田亮介（日本政治史）
三宅新（商法）
村上裕一（行政学）
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山本周平（民法）

講師

郭薇（法社会学）

助教

橘雄介（知的財産法）
張弦（民事訴訟法）
福島卓哉（行政法）
松本彩花（政治思想史）
ヒラダス・サンティルバン・エレス（比較法）

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

論　説

カール・シュミットにおける民主主義論の成立過程（四・完）

――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

第二節　最初期シュミットにおける共同体と個人

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

第二章　第一次世界大戦期に始まるシュミットの独裁論研究（一九一五―一九二一年）

第一節　独裁論の出発点としての戒厳状態論

第二節　第一次大戦直後のシュミットにおけるボダン論とホッブズ論

第三節　『独裁』成立の諸状況と委任独裁論の形成

第四節　『独裁』における主権独裁論――人民の意志についての考察

第五節　プロレタリア独裁評価をめぐるシュミットとケルゼン

第三章　シュミットの人民主権論批判（一九二二年）

第一節　『政治神学』における政治神学的方法

第二節　政治神学の由来――反革命国家哲学者からの影響

第三節　シュミットにおける政治神学的方法の継承と独自の展開

第四節　人民主権の成立過程をめぐるシュミットとケルゼン

第四章　シュミット民主主義論の展開（一九二三―一九二六年）

第一節　民主主義における人民の意志の同一性と同一化

第二節　民主主義における同質性

第三節　民主主義と政治的統一の関係――「政治的なものの概念」

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）

第一節　民主主義における人民と政務官の対立

第二節　民主主義論における喝采概念

（以上、六十八巻六号）

（以上、六十九巻一号）

第三節　民主主義論の変容――指導者と人民
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）
第一節　『憲法論』における人民の政治的統一としての国家観
第二節　『憲法論』における民主主義的同一性概念
第三節　『憲法論』における代表概念
第四節　『憲法論』における同一性原理と代表原理の結合
結び
（一）シュミット民主主義論の成立過程
（二）シュミット民主主義論の相対化――ケルゼンとの比較を通じて
（三）シュミット民主主義論のその後の展開
（四）シュミット民主主義論に内在する諸問題

（以上、六十九巻二号）

（以上、本号）

※文献からの引用を示すために本文中で用いた略号については、六十八巻六号に記載した「引用について」を参照されたい。

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）

本稿はこれまでの章において、一九一〇年代から一九二七年までの時期における、民主主義に関するシュミットの思想の形成過程を再構成した。本章では、その思想的発展の帰結と理論的成果として、『憲法論』（一九二八年）において彼の民主主義論がどのようにして完成されたのかを解明する。第一に、本稿がこれまでに検討した一九一〇年代以来のシュミットの国家観の発展過程を概観し、国家的統一を重視する点で、彼は初期以来一貫した政治的価値観を有していたことを示す。そして、国家を「人民の政治的状態」と捉えた「政治的なものの概念」（初版、一九二七年）を経て、『憲

法論』では「人民の政治的統一」として国家が定義される経緯を詳らかにする。第二に、『独裁』（一九二一年）以来、彼により論じられた民主主義的同一性概念の発展過程を確認し、『憲法論』で新たに、「政治的に統一された人民と経験的に存在する人民との一致」として、同一性概念が定式化されたことを明らかにする。第三に、同一性概念と対になる政治的構成原理として、『憲法論』で定式化された代表概念の発展過程を詳らかにする。『憲法論』では、一九一〇年代以来のカトリシズム論における代表概念を継承しながらも、「人民の政治的統一」を代表の内容とする新たな代表原理が形成されたことを示す。最後に、〈近代憲法の政治体制は同一性原理と代表原理との結合により構成される〉とする命題はどのようにして導き出されたのかという問題を、民主主義的同一性原理自体に内在する限界に関する彼の論考に注目し、明らかにする。そして、人民の信任と喝采を受ける政治指導者であり、同時に人民の政治的統一を代表する者として、すなわち同一性原理と代表原理の結合を表現する者として、ライヒ大統領の地位を解釈しようとしたのだということを解明する。

なお、政治学者としてのシュミットの思想を理解するために彼の主著である『憲法論』を検討の対象とする上で、本稿は次の点に留意すべきであると考える。すなわち、『憲法論』はヴァイマル憲法の注釈書として執筆されたものであり、近代憲法の構成を〈市民的法治国原理と政治的構成原理の結合〉と見る彼独自の視点から一貫した考察がなされているとしても、学問的に中立な立場からヴァイマル憲法を理論的に分析することを目的としたものであるということである。つまり本書において彼は、自分自身の政治的価値判断や政治的主張を前景に押し出すことを避け、憲法解釈に資する学説を分析しているのである。このことは、彼の政治理論や政治的主張がしばしば疑問視されるにもかかわらず、ヴァイマル憲法の注釈書として、そして近代憲法の解説書として本書が現在もなお高く評価されていることに帰結したと言える。すでに指摘されたように、「『憲法論』で何よりも注目すべきは、もっぱら例外状況の理論家として著名なシュミッ

ト自身の手により、正常な日常的状況における、あくまでも一定の制度を前提とした議論が展開されている点である」[1]。本書で展開された思想の全てをシュミット自身の政治思想や政治的主張であると捉えることには問題があるだろう。したがって、『憲法論』を考察対象とする際には、本書のこうした特質に留意し、近代憲法についての理論的分析と彼自身の政治的主張を区別する必要があると考える。

第一節　『憲法論』における人民の政治的統一としての国家

（一）初期以来のシュミットの国家観とその発展過程

本稿は初期以来のシュミットの論稿に見出される彼の国家観をその都度詳らかにした。ここでは、シュミットの国家観がどのように発展してきたのか、その過程を通観する。

教授資格申請論文（一九一四年）においてシュミットは、法を実現する主体としての国家像を描いた。彼によれば、国家による法実現とは、〈法・正義の世界〉から〈事実・経験的世界〉への「抽象的思想としての法」の媒介を意味し、それなしには経験的世界において法と不法の区別は存在しない。彼は徹底的な人間性悪説の立場から、国家が成立する以前の状態においては「夥しい放縦で偏狭なエゴイズムやむき出しの本能」が蔓延るとし、これを抑制し無害化しえたことに「国家の途方もない成果」を見出すのである。同時に、個人や自然的存在としての人間は、それ自体として固有の価値をもたないと捉え、国家による法実現の遂行に貢献するときに初めて個人は意義ある存在となりうると論じた。

こうした国家観と人間観の基盤には、カトリックとしてのシュミット自身の世界観、すなわち原罪思想と、神観念およびこれを代表する教会を媒介して世俗世界は救済されうるという思想があった。カトリシズムを題材とした「教会の

可視性」（一九一七年）では、神の観念をもたない世界においては「人間関係に内在的なむきだしの世俗的帰結」として不正義が横行する様子が悲観的に描かれ、そうした世俗的帰結から人間を救うものとして、神観念を世俗世界に媒介する課題をもつ「可視的教会」の意義が評価された。このように、第一次世界大戦直前および大戦中のシュミットは、彼自身の有する神学的世界観に基づく反個人主義および悲観主義的人間観に立脚して、国家の価値を賞賛する国家主義的立場をとったのである。

第一次大戦後、ミュンヘン商科大学講義録（一九一九年）において彼は、国家的統一と主権の確立は絶対君主の歴史的成果であったことを強調する。そして、フランス宗教戦争を経て君主が国家の統一を保証するに至るまでの経緯を、ローマ・カトリック教会の統一を保証する者としての教皇とのアナロジーで解釈した。彼によれば、教皇にとっては公会議が教会の統一にとっての障害であり、克服されるべき対象と見做されたのと同様に、君主にとっては諸身分の代表が国家の統一にとっての障害であり、その排除が目指された。ここで登場する「統一という新たな思想」すなわち主権は、「同等の権利をもつ者の間の契約に基づく身分制国家」を二元主義と捉え、こうした状態を「秩序ある共同体内部の対立」すなわち「アナーキーと内乱」であるとして克服すべきものと見做した。このように当時すでに、シュミットは主権の確立と国家的統一を重視していたのである。

続く『政治神学』（一九二二年）においても、シュミットは絶対君主により達成された国家的統一と君主主権の確立を歴史的功績として評価する。それと同時に、近代以降に支配的となる人民主権および民主主義に対して否定的評価を下す。彼は反革命の国家哲学者、特にドノソ・コルテスから継承した歴史認識方法を独自に発展させ、神学的ないし形而上学的世界像と政治形式の同一性を認識するという政治神学的方法を定式化した。この方法を初期近代以降の歴史に適用し、絶対君主政は有神論的世界像と類比関係にあると捉え、神が世界を超越しているのと同様に、国家に対する超

越を特徴とする君主は国家的統一を実現しえたと評価する。他方で、民主主義は「神学に対して無関心な態度」と類比関係にあり、人民主権は内在性と同一性を特徴とする。こうした人民主権は決断主義的性格、人格主義的性格を欠いているがゆえに、「人民が表現する統一」は「有機的統一」に過ぎず、国家的統一としては不十分である。すなわち人民主権は国家的統一を達成し、維持することができないとして否定的に評価する。以上からシュミットは、国家的統一の達成の可否を根拠として、君主主権と君主主義に対して高い評価を、人民主権と民主主義に対して否定的評価を下したのである。

議会主義論初版以降、彼は君主主義的正統性の終焉と民主主義的正統性の確立を歴史的趨勢として認め、民主主義についてむしろ積極的に論じるようになる。右に確認したように、彼にとり国家的統一は、絶対君主により初めて達成されたという歴史的背景ゆえに、君主政ないし君主主権と不可分のものであった。ドイツの現実としての、十一月革命を経て成立した人民主権原理に基づく民主主義国家において、どのようにして国家的統一を維持しうるかということが、当時のシュミットにとって喫緊の課題であった。そして同一性概念に対する独自の分析を通じて、人民の意志は形成可能であると議論を転換することで、単一の人民の意志を想定し、民主主義においても国家的統一は実現可能であると論じるのである。

さらに、「政治的なものの概念」（初版、一九二七年）では、国家は「本質的に政治的統一」であるとされ、しかも「人民の政治的状態」であると定義される。すなわち、彼の国家観において新たに、人民という契機が加えられるのである。また、この論稿では国際関係論の文脈で人民の政治的状態としての国家が論じられており、政治的統一とは対外的統一を意味していた。

国家と人民の関係は、『人民投票と人民請願』（一九二七年）において、Th.モムゼンおよびE．ペーターゾンからの理

論的継承を経て、より詳しく考察される。シュミットは、Th.モムゼンの歴史研究に倣い、人民の政治的意志決定には政務官の存在が不可欠であり、人民の政治的活動は「特殊に政治的統一を代表する性格」をもつ政務官の提起する問いの形式に依存すると論じた。さらに、ペーターゾンの喝采概念研究から示唆を得て、人民と国家および喝采の不可分性を、そして喝采を媒介として人民と政治指導者の結びつきを強調した。彼によれば、「人民なくして国家はなく、喝采なくして人民はな」く、人民にとり、政治指導者に対する喝采こそが不可譲の権利である。以上のように彼は、人民にとり政治的統一の代表としての政務官の存在は不可欠であり、人民と指導者への喝采は不可分であるとする認識を示していた。

（二）『憲法論』における人民の政治的統一としての国家観

『憲法論』において国家を定義する際に、シュミットはまず、近代国家の前史とその成立過程を概論する。彼によれば、中世後期の西洋における政治的状態、すなわち身分制国家においては、実際上も、意識の上でも、政治的統一の存在は疑わしいものであった。「既得権と特権の混合」からなる身分制国家は、「以前存立した政治的統一の解体過程」として現れた（VL:45）。

英国においては、英国議会が「国王に対する闘争において、国民的（national）すなわち政治的統一の担い手として現れた」（VL:45）。その際に議会は「英国の政治的統一の代表（Vertreter, Repräsentant）」として行為し、国王と議会との間の契約上の確約として成立した権利の章典において、すでに政治的統一の存立が前提とされていた（VL:47）。

これに対して、英国以外の大部分の西洋諸国家においては、政治的統一は絶対君主の作為の所産であった。「ヨーロッパ大陸においては、すなわちスペイン、フランス、ドイツ領邦国家においては、近代国家は、君主が「絶対的」となること、

すなわち既得権をもつ封建的な諸身分の諸権利が排除され、かの封建的諸状況が基づいていた現状の（status quo）正統性原理を打破し、否認することを通じて成立した」（VL:481）。前述した通り、シュミットはミュンヘン商科大学講義録以来、国家的統一は絶対君主の歴史的成果であると論じており、こうした歴史理解は『政治神学』を経て『憲法論』においても基本的に継承されたと言える。ただし、「国家の主権的統一」および国家を人民の政治的統一であるとする一九二七年版「政治的なものの概念」に見出される新たな国家観が引き継がれ、『憲法論』では従来の「国家的統一」に代わり、政治的統一という表現が用いられる。シュミットによれば、「西洋の大部分の諸国家において、政治的統一は君主の絶対主義の成果であった〔傍点は引用者による〕」（VL:47）。

『政治神学』と同様に、君主の「絶対性」とは、君主が「法より解放されている（legibus solutus）」ことを意味するとシュミットは論じる。君主は「君主自身が決定する政治的理由から、諸身分の正統な要求や既存の特権、協定を無視する権限と能力をもつ」（VL:49）。そして、政治的統一の包括的な状態は、諸身分や教会の存在といった他の全てを相対化し、自らの内に吸収する。こうして成立した「近代国家は主権的であり、その国家権力は不可分である」（VL:49）。

以上に見たように、『憲法論』では、従来の国家的統一という表現に代わり、新たに政治的統一という表現が用いられた。また、一九一九年のミュンヘン商科大学講義録以来論じられた、初期近代の絶対君主により国家的統一が達成されたとする近代国家の成立過程、およびその歴史的意義についての認識が引き続き示された。

その上でシュミットは、国家を「人民の特定の状態、しかも人民の政治的統一の状態」（VL:205）、「人民の政治的統一」（VL:3）と定義する。先に見た通り、「人民の政治的統一」としての国家観は一九二七年版「政治的なものの概念」に初めて見出されるものであり、表面的にはこうした国家観を継承していると言える。ただし一九二七年版「政治的なものの概念」では、友と敵を区別するという政治的性格に基づいて、「単なる社会的―結社的なもの」から区別される

ものとして、国家＝人民の政治的統一が定義されていた。ここでは、諸民族間の関係ないし国際関係を論じる文脈で、諸外国に対する一単位として、すなわち対外的なものとしての政治的統一が念頭に置かれていた。これに対して『憲法論』では、国内の構成員の「同種性」に基づく内政上の統一が国家であると論じられている。つまり、人民の政治的統一という概念の内容が、対外的統一から内政上の統一へと転換しているのである。(2)

（三）憲法制定権力の主体としての人民

このように『憲法論』におけるシュミットによれば、近代国家とは人民の政治的統一である。こうした国家の定義は、具体的には、憲法制定権力の主体は人民であること、また、憲法の妥当性は人民の意志に立脚することを意味する（VL:88）。そして、憲法制定権力の主体が人民であるとする思想によって民主主義憲法の正統性、および民主主義的正統性は基礎付けられると述べる。「国家におけるあらゆる決定の主体は人民である。国家は人民の政治的状態である。国家的実存の様態と形式は、民主主義的正統性の原理に従い、人民の自由な意志を通じて規定される」（VL:90）。

周知の通り、憲法制定権力の担い手は人民であるとする、人民主権原理に基づく思想は、A. シィエスの理論に由来するものである。すでに『独裁』においてシュミットは、シィエスの制定権力論に言及し、シィエスがルソーにより批判された代表思想を人民主権原理と結びつけた点を強調していた。

『憲法論』においてシュミットは、明示的にシィエスの憲法制定権力論を受容し、次のように論じる。シュミットによれば、国家すなわち人民の政治的統一自体は、憲法制定以前に所与として存在することが前提とされる。すなわち、人民の政治的統一は憲法に先立って存在する。このように人民の政治的統一の存在自体は憲法制定の前提であるとされる一方、政治的統一の実存形式と様態は、憲法制定権力の主体の意志による憲法制定を通じて規定される。「憲法制定

権力は政治的意志であり、その権力ないし権威は、自己の政治的実存の様態と形式について具体的な全体的決定を下し、それゆえ政治的統一の実存を全体として規定することができる」（VL:75f.）。つまり人民の政治的統一が憲法制定の意志をもち、憲法を制定することにより、政治的統一の実存形式と様態が規定される（VL:21）。「そのような憲法は、政治的統一が制定権力の担い手を通じて、自己自身に対して行い、自己自身に与える意識的決定である」（Ebd.）。憲法制定権力の主体である人民が政治的統一のあり方について決定した内容、すなわち、人民による基本的な政治的決定こそが「（積極的意味における）憲法」であり、「憲法の本質」である。したがって、「憲法」は人民による基本的な政治的決定である「憲法の本質」を含まない単なる憲法法律とは区別されなければならない（VL:23）。

このようにシュミットは、人民の政治的統一として国家を定義した上で、制定権力論を積極的に取り入れ、憲法制定権力の主体である人民の政治的統一による決定の所産として憲法を位置付けるのである。

第二節　『憲法論』における民主主義的同一性概念

（一）民主主義的同一性の基礎――同質性、国民的同質性から同種性へ

第四章で確認した通り、議会主義論文第二版序文においてシュミットは、人民の間に自然に存在する「同質性」を民主主義的同一性の立脚する基礎として捉えていた。これに対して『憲法論』においては、人民の政治的統一は「同種性」に基づくことが強調される。

シュミットによれば、「人民はすでに直接的所与として、確固とした自然的限界の結果、あるいは何らかの他の諸理由から、強力で意識的な同種性（Gleichartigkeit）に基づいて、政治的に行動能力をもちうる。そうであれば、人民は

実在的に現在する力として、自己自身との直接的同一性の点で政治的統一である〔傍点は引用者による〕」（VL:205）。

『憲法論』においても「同質性」という語は引き続き用いられるが、民主主義的同一性と人民の政治的統一について論じる際に、議論の重心は「同種性」に置かれるのである。本節では、『憲法論』で新たに付加される「国民的同質性」および「同種性」概念の内実を検討し、これらの概念と、シュミットにより従来用いられた同質性概念との関係を考察する。これにより、民主主義的同一性の基礎づけに関するシュミットの構想の発展過程を、すなわち民主主義的同一性の基礎として当初想定された同質性概念から、国民的同質性、同種性へと議論が展開していく過程を跡付けることを試みる。

同質性、同種性概念の歴史的起源としての国民的同質性

先に言及した通り、『憲法論』においては、同種性概念こそが人民の政治的統一の基礎であると論じられた。同時にシュミットは、同種性概念の歴史的前提はフランス革命により創出された「国民的同質性」にあることを指摘する。彼によれば、フランス革命の歴史的意義と成果は、人民を憲法制定権力の主体として構成するとともに[3]、「自己の政治的実存を意識する国民（Nation）」を創出したことにある。「国民」は単なる所与の実在としての人民とは異なり、「政治的に実存する力（Größe）としての人民」である。すなわち国民とは「端的に政治的意識へと目覚めた、行為能力ある人民」（VL:49f.）を意味する。歴史的には、こうして創出された国民概念を端緒として、十九世紀に国民国家思想が台頭し、兵役義務と普通選挙権の導入を前提として政治的民主化が進展した。シュミットは、こうして成立した国民国家において、民主主義の前提は「国民的同質性」であった（VL:231）と論じる。一国家は一国民によって形成されるべきであり、一国家は一国民だけを包含すべきであるとする「国民国家原理（Nationalitätsprinzip）」に従い、一国民により構成さ

れた国家だけが「正常な国家」と見做される。このとき国民とは同質的な人民であり、国民国家における民主主義の前提は、国民としての人民の同質性すなわち「国民的同質性」である。さらに、国民国家における人民の平等の実質は「国民的なもの（das Nationale）」にあると考えられた（VL:231）。

階級的同質性の登場――民主主義の普遍的基礎としての人民の同種性へ

以上に見たように、シュミットは、国民概念および国民国家概念、そして国民国家における民主主義の前提としての「国民的同質性」の概念は歴史的に多大な意義を持ったと論じる。ただし彼は、一九一八年のロシア十月革命とボルシェヴィキ独裁を目撃した現代国家では、国民概念および「国民的同質性」の概念は相対化される可能性があると指摘する。

彼によれば、ソヴィエト国家は、従来の国民国家が基礎とした「国民的同質性」に代替するものとして、「階級の同質性」ないしは「プロレタリアートの同質性」に基づく（VL:233）国家である。ここでいう階級概念とは、本来のマルクスの理論における純粋な経済的概念ではなく、政治的概念であり、一つの階級が国家を支配するならば、その階級こそが「国家における人民」を意味する。それゆえ、「階級の同質性」に基礎付けられた国家においても、「人民という民主主義的概念」は、従来の国民国家概念においてと同様に意義をもち続ける。

その上でシュミットは、民主主義の中心概念は決して普遍的人類一般ではなく、常に限定された「人民」であり、民主主義的平等の基礎は「人民の同種性」に基づく（VL:234）と論じる。したがって、国民的同質性に基づく国家においても、階級的同質性に基づく国家においても、常に「人民の同種性」こそが民主主義的平等の基礎であることに変わりはないと説明する。

同質性から同種性へ

すでに見たように、議会主義論第二版序文においてシュミットは、ルソーの社会契約論における国家は契約に基づくのではなく、同質性に基づくと論じた。ルソーの理論は社会契約という自由主義的外観をもつが、そこで表明される一般意志は実際には人民の同質性を意味するというのである。『憲法論』においても彼は同様に、ルソーにおける「国家は契約に基づくのではなく、人民の同質性と、人民の自己自身との同一性に基づく」と述べ、これこそが「民主主義思想の最も強力で、最も首尾一貫した表現である」（VL:229f.）とする。さらに次のように述べる――「『社会契約論』におけるルソーの理論においても、完全な同種性が国家の真の基礎である」（VL:229）。このように『憲法論』では、民主主義は人民の同一性および同質性に基づくという従来の議論が踏襲される一方で、新たに「同種性」という概念が政治的統一の基礎として位置づけられるのである。

ルソーの『社会契約論』における「国家の真の基礎」であるとされ、政治的統一の基礎として新たに導入された「同種性」概念について、シュミットは次のように説明する。「人民が望むものは、人民が望むがゆえに、常に善である。現実に不一致の者は存在しないがゆえに、全ての者が同一のことを望むのである。もし誰かが不一致である場合には、彼は自己の真の、より良い意志について勘違いしていたのである」（VL:229）。シュミットは、こうした人民の意志に対する理解に基づき、ジャコバン主義独裁に典型的に見出される「徳の支配」の論理が正当化されると言う。ジャコバン主義者にとり、「政治的敵対者は「徳（vertu）」をもたない、すなわち正しい政治的信念と「愛国心（civisme）」をもたない」者である。敵対者は愛国者ではないから、法の保護に値しないと見做すことは正当であるとする論理は、「いかに政治的平等にとり、不平等が必然的な相関概念として対応しているかということを殊更明瞭に示している」（VL:230）。「ジャコバン主義的独裁の実践においては、こうした民主主義的平等の前提の意義が示された」。

このようにシュミットは『憲法論』において、ルソーの『社会契約論』の延長線上でジャコバン主義独裁を理解する。これは、ルソーの人民主権論の必然的な論理的帰結としてジャコバン主義独裁を位置づけ、これを主権独裁の典型例とした『独裁』における議論と同様である。シュミットは『独裁』において、ジャコバン主義独裁をルソーの人民主権論の実践的帰結として捉えていたが、『憲法論』においては、民主主義がジャコバン主義独裁から連続的に理解されるのである。

なお、この同種性概念には、人種主義を含意するものとして解釈する余地が多分にあり、ナチズムの人種主義政策との共通性が想起される。ただし、『憲法論』を執筆していた当時のシュミットがどの程度、自覚的にこの概念を使用したのかという問題については、ナチ党が権力を掌握する時期までを対象とした包括的な研究によって解答が与えられるだろう。

以上に見たように、『政治神学』以来シュミットにより採用された、「治者と被治者の同一性」をはじめとする「一連の同一性」としての民主主義の定義は、『憲法論』に至るまで一貫して継承されるものの、これを基礎付けるものとして、議会主義論第二版序文においては同質性概念が、『憲法論』では同種性概念が強調されるのである。

（二）近代憲法の政治的形式としての同一性原理

『憲法論』における民主主義的同一性

前著『人民投票と人民請願』では、Th.モムゼンのローマ国法研究およびペーターゾンの神学研究を典拠として、人民自体は本来行為能力をもたず、その政治的決定には政務官の存在が不可欠であること、さらに現に集合している人民による指導者への喝采を通じてのみ、人民は行為能力をもつとされた。『憲法論』においても、行為能力を持ちうるのは、

人民全体ではなく、現に「集合した能動的公民」であり、人民のうちの成人が「共同体あるいは軍隊として集合している瞬間においてのみ行為しうる」（VL:206）と述べられる。ただし、現に「集合した能動的公民」として具体的に存在する人民の集合体は、それ自体として人民の政治的統一と同一ではない。シュミットによれば、人民の政治的統一とは、現実に存在する経験的な人民の集合体ではなく、「ある場所に集合した集会を超越し、また集会の瞬間を超越した」ものである（VL:206）。つまり、「その都度現前している人民」すなわち具体的、自然的に存在する人民から区別された、経験を超越した「政治的統一としての人民」が想定されているのである。

こうして規範的当為としての人民の政治的統一と自然的に存在する人民の集合とを峻別した上で、シュミットは、両者の一致こそが民主主義的同一性であると論じる。すなわち、「その都度現前する人民と政治的統一としての自己自身との同一性」（VL:205）こそが、近代憲法の政治的構成部分を成す政治的形式原理、すなわち同一性原理である。彼によれば、「その都度現前する人民と政治的統一としての自己自身との同一性」のための条件は、人民が「固有の政治的意識と国民的意志に基づき、友と敵を区別する能力を持つ」ことである（VL:214）。この同一性原理は「人民のない国家は存在せず、それゆえ人民は現前する力として常に現実に居合わせなければならない」という思想に基づく（VL:205）ものであり、「人民の政治的統一としての国家」を端的に表現したものである。

民主主義的同一性の第一の限界――同一性原理の貫徹の原理的な不可能性

シュミットによれば、この民主主義的同一性には、それ自体にいくつかの限界がある。その第一の限界は、民主主義的同一性の絶対的な貫徹は不可能であるとする、同一性原理に内在する「自然的限界」（VL:277）である。

先に見た通り、同一性原理は「その都度現前する人民と政治的統一としての自己自身との同一性」を意味するが、実

際には、「その都度現前している人民と政治的統一としての自己とが完全に絶対的に同一であるということは、いかなる場所、いかなる瞬間においてもない」（VL:207）。すなわち実際に現前する人民と、想定された「政治的統一としての人民」とが絶対的に一致することはありえないが、それにもかかわらず、両者は一致していると見做されなければならない。そのために「その都度現前している人民」は「政治的統一としての人民」を代表しなければならないのだ、とシュミットは主張する。彼によれば、民主主義において行動能力をもつ人民としての「集合した能動的公民」は、「人民の政治的統一の総計ではなく、彼らは政治的統一を代表している」はずである（VL:206）。それゆえに、そもそも民主主義的同一性の概念は、集合した人民は政治的統一を代表するという擬制を潜在的に含んでいる。以上に見たようにシュミットは、民主主義的同一性の原理のみによって政治社会を理解することは不可能であり、これと対になる原理として、代表原理による補完が必然的に要請されると論じる。

さらに彼は、民主主義において人民を構成する各個人もまた、公民全体の代表者と擬制的に想定されなければならないと述べる。近代の議会制度において、議員が「全人民の代表者（Vertreter）」「代表（Repräsentation）」と見做されるという擬制は、民主主義においては各個人に当てはまる。つまり、人民の構成員は、自己の私的利害に基づくのではなく、公民（Staatsbürger）として、公民全体の代表者と見做されなければならない。「（ルソーが常に強調したように、）個々の公民は「自然的な」所与としての個人（Einzelmensch）としてではなく、公民として、すなわち「シトワイアン（citoyen）」として現前する」。そして、「投票権をもつ個々の公民は、私人、私的利害関係者としてではなく、「シトワイアン」として現れる」。議会制度において議員を選出する場合にも、または人民投票によって政務官が提起する問いに対して是か非かを回答する場合にも、個々人は私人としてではなく公民全体の代表として行為すべきであると想定される。その限りで、「代表の要素は今なお有効的であり続け」、それゆえに「民主主義的選挙制度は、細部におい

てまで代表思想に基づいている」（VL:207）。

したがって、人民が能動的公民として実際に集合して行為するという、徹底した直接民主主義を唱える際には、通常、「代表はもはや問題とはならない」と考えられる傾向があるが、実際には、現実に存在する人民の集合体は政治的統一を代表し、また人民を構成する各人は公民全体を代表するという擬制が働いている。以上からシュミットは、「純粋あるいは直接民主主義を実現しようとするあらゆる試みは、民主主義的同一性のこの限界に注意しなければならない」（VL:207）と述べる。このように彼は、同一性原理を絶対的に貫徹し、民主主義的同一性を完全に実現することは原理的に不可能であることを強調する。

これに留まらず、彼は、同一性原理を可能な限り最大化しようと試みることは、危険でさえあり、望ましくないと付言する。彼によれば、同一性原理の最大限の貫徹は「統治（Regierung）と個人的指導を最小限にする傾向」を意味する。統治と個人的指導を最小化するということは、政治的事柄の処理が「自ずから」、人民自身により自動的に遂行されうると仮定することを含意する。これは「自然的に所与の同質性、あるいは歴史的に生成された同質性」に基づき可能となる。こうした状況こそ、「ルソーが『社会契約論』で前提とした、民主主義の理想的状況である」（VL:214）。

こうした状況においては、人民間の同質性が最も顕著であるため、「全てが一致するので、全ての者が同一のことを意志する」。それゆえに意見の不一致や利害対立は全く存在しないと見做されるため、議論や本質的な利害対立なしに、決定は自ずから下されるとされる。しかし実際には、意見や利害が完全に一致することはありえない。議会主義論初版以来、シュミットは人民の同一性や一致した人民の意志は現実に存在しえないものであり、擬制により創出された概念にすぎないことに着目していた。『憲法論』においても同様に、彼は人民の同質性が擬制にすぎないものであることに注意を促す。そして、人民の同質性に基づき、政治的事柄のすべてが自動的に、すなわち統治や指導を介さずに処理さ

れうると考える「民主主義の理想的状況」は、「単なる思考上の観念的構成物（Idealkonstruktion）として見做されるべきであり、歴史的かつ政治的現実と見做されるべきではない」と述べる。このように、実際には人民の同質性は存在しないにもかかわらず、「民主主義の理想的状況」が達成されえたと主張ならば、民主主義の「本質的前提としての人民の実質的同種性」は捏造されている（fingieren 擬制的に仮定される――引用者）」（VL:215）。この点に「同一性原理の急進的な貫徹が危険であることの本質」がある。

さらにシュミットは、統治を最小化し、同一性を最大現に実現しようとするならば、政治的統一は解体へと導かれるだとう、と危惧する。その結果、「人民は政治的実存の状態から非政治的状態へ後退し、単なる文化的、経済的、あるいは植物的なあり方を続け、他の政治的に活動的な人民に奉仕する帰結となる」（VL:215）。したがって彼は、民主主義を論じる際には、「民主主義的同一性のこの限界に注意しなければならない。さもなければ直接民主主義は、政治的統一の解体以外の何ものをも意味しないだろう」（VL:207）と主張するのである。

民主主義的同一性の第二の限界――人民概念に基づく

民主主義的同一性の限界は第二に、「人民の特性」に由来する（VL:277）。『人民投票と人民請願』で示された、モムゼンから継承した消極的な存在としての人民理解を踏襲し、シュミットは、人民が行いうることは次の二点に限定されると述べる。第一に、秘密個別投票制度においては、人民は規制された手続きに従い、信任できる人物を選出することのみをなしうる。ここでは、人民は選出した人物に対して、事実上の問題の決定を委ねることになり、人民の決定は誰が候補者になるかという点に限定される。

第二に、人民投票という直接民主主義においては、人民は政務官により呈示された問いに対して是か非かを回答する

ことができるだけである。ここでは、人民の決定は政務官が定式化し呈示した問いの内容に依存する（VL:277）。それゆえに直接民主主義の制度において人民は、「喝采を行う個々の瞬間およびその途上でのみ」、その真価を発揮することができる。この「喝采」の近代的形式は「世論」であり、したがって人民は「世論として真価を発揮しうる」に留まる。

前述の通り、『人民投票と人民請願』では、モムゼンのローマ国法研究に従い、政務官の対立物としての人民概念が規定され、人民は政務官の存在なくしては意志能力および行為能力をもたず、それゆえに自らの独力で政治的決定を行うことはできないと論じられた。そして、政務官に対する喝采こそが人民の不可譲の権利であるとされた。こうした人民理解は『憲法論』においても引き続き前提とされ、人民概念に由来する民主主義的同一性の限界として捉え直されることになったのである。

第三節　『憲法論』における代表概念

以上に見た民主主義的同一性の限界ゆえに、シュミットは、近代国家の政治体制は同一性原理のみによっては構成されえないと結論づける。そして、国家の政治体制を構成するもう一方の形式原理として代表原理を提示する。

代表の概念についてシュミットは、「当然、その国法学上の、および政治的な特殊性が認識され、委託（Auftrag）や代理（Vertretung）、事務管理（Geschäftsführung）、委員（Kommission）、信託（Treuhänderschaft）等の他の諸概念との混同」（VV:208）が回避されなければならないと述べる。「そうでなければ、私法的および経済技術的諸観念がその〔代表概念の――引用者〕特殊性を破壊するからである。十九世紀の文献ではこの点は大変不明瞭であり、非常な努力を払わなければ、代表という語の国法学上の意味を認識できないこともしばしばある」（Ebd.）。そして、G. ライプホルツ

が当時、代表概念について詳細な論稿を準備していることに言及した上で、ここでは国家学および憲法学にとって必要不可欠な区別を挙示するに留めると付言する。

このようにシュミットは、代表概念の「国法学上の、および政治的な特殊性」を明確化しようとしたのであるが、彼が論じた代表概念の特殊性とは具体的にどのようなものだったのだろうか。従来、『憲法論』において定式化された代表原理は、それ以前にシュミットがカトリシズム論において用いてきた代表概念から連続的に形成されたものであると解釈されてきた[4]。すなわち同書における代表概念は、カトリシズム論で用いられた代表概念の発展的帰結であると理解されてきた。これに対して本節では、『憲法論』で示された代表概念のそれぞれの特徴を代表の概念史の中で把握することを試みる。また、同時代ないし先行する世代の思想家により与えられた影響を明らかにし、シュミットの論じた代表概念の特殊性を明らかにしたい。

（一）近代における代表概念の成立史――二つの異なる伝統の結合

H.ピトキンによれば、近代において議会構成員が特定の地域の利益を代表するのではなく、国家全体の利益を代表すると見做されるに至った背景には、代表思想に関する二つの異なる伝統が存在した。第一に、統治者は国家全体を象徴し（symbolize）、体現する（embody）という、中世以来の神秘主義的思想である。これはラテン語 repraesentare から派生したものであり、「神秘的統一（mystic unity）」の観念を含む。第二に、本人と代理人の関係を中心とする、ローマ法に由来する法的擬制である。すなわち法的権利を有する者は全て、議会に出席する権利があり、少なくともその決定について協議できるとする思想である。それゆえに本人に代わり、代理人が本人の利益を擁護する[5]。

ラテン語 repraesentare に由来する代表概念は、元来、「現在化すること、明白化すること、再び現在化すること（to

make present or manifest or to present again)」を意味した。ピトキンによれば、古典ラテン語においてはほぼ例外なく、無生物に対象を限定して使用された。この語源から、文字通り、無生物の対象を誰かの眼前にもたらすことの他、召喚に応じて法廷に現れ、自分自身を現在化することを意味するようになったという。この時点では、「その他の人々やローマ国家を代表する人々」という観念と代表概念は無関係であった(6)。中世においてこの概念の意味は、キリスト教文献において「一種の神秘的な具現化（mystical embodiment）」へと拡張され、十三世紀および十四世紀初頭には、「教皇と司教はキリストと使徒の人格を代表する」と言及されるようになる。そして、教会指導者はキリストと使徒の具現化、似姿と見做され、同時期に、中世の法学者は「人格化（personification）」という術語を用い、共同生活や共同体に適用した(7)。

ピトキンによれば、ラテン語において、「誰かの代わりに行為する」という意味で代表概念が用いられるようになったのは、この十三世紀および十四世紀頃であった。教会法学者は、皇帝ないし皇子はローマの人民のために行為する、そして人民に代わって人民の福祉に配慮するというローマ法に由来する観念を導入した。そしてローマ法学と教会法学の両方に詳しい著述家により、この概念は世俗の統治者にも適用され、「統治者は国家全体の似姿を代表する」と論じられるに至った(8)。

英国で「代理」という意味で代表概念が用いられるようになったのは、一六世紀以降のことである(9)。代表概念の変容は、政治社会の歴史的発展に対応するものであった。すなわち課税に同意させ、また情報を得るために、国王および貴族が地方の騎士や市民を議会に召喚したが、その際に、騎士や市民は自身が属する共同体に税金を義務付ける権威（authority）を持つと考えられた。ただし、彼らがもつ権威は限定的なものであり、国王による例外的な課税に同意する場合には、事前に共同体構成員に相談することが必要とされる場合もあった。そして徐々に、議会に赴く騎士や市民

は自らの共同体の利益を促進するものと考えられ、「自身の共同体の奉仕者（servant）ないし代理人（agent）」と捉えられるようになった。彼らは議会構成員（members of parliament）と呼ばれたが、当時は代表という語を用いず、共同体の弁護士（attorney）、代理人（procurator）として、特定の地域や共同体の利益を擁護するものと見做された。議員が国家ないし国民全体の利益を促進するという原理が認識されたのは、十七世紀初頭のことである[10]。ピトキンによれば、代表思想に関する上述した二つの伝統が結びつき、議員は部分的利益を代表する者ではなく、国家全体の利益を代表する者と見做されるようになった。

（二）代表概念の特徴としての不可視の存在の「可視化」――カトリシズム論の継承

『憲法論』においてシュミットは第一に、代表概念を次のように規定する。「代表とは、不可視の存在を、公的に現前する存在を通じて可視化し（sichtbar machen）、現在化することを意味する」（VL:209）。「この概念の弁証法は、目に見えないものは不在であると前提されると同時に、現前させられるというところにある」（VL:210）。このように代表概念を特徴付ける点で、シュミットは、ピトキンが代表概念に関する第一の伝統とした、本来のラテン語 repraesentare に由来する思想を継承していると言える。

「可視化」という語がシュミットにより初めて用いられたのは、一九一四年の教授資格申請論文においてである。本稿第一章で確認した通り、本論文において彼は、法の世界と経験的世界を区別する二元的世界観を前提として、二世界が媒介される必要性を説いていた。すなわち、前者における規範としての法である「抽象的思想としての法」ないし「自然主義なき自然法」は、経験的世界に媒介され、実現されなければならないと論じていた。ここで、法の「媒介」とは「理念の実現」を意味するものとされ、それは同時に、理念の「可視化」および「世俗化」と換言されていた。そして、

法の媒介者は国家に他ならないとされ、ローマ・カトリック教会制度と国家を類比的に捉える彼独自の視点から、国家の模範的あり方は教会制度に見出されると論じられた。

彼が教会論との関連で、目に見えないもの、すなわち「不可視の存在」を可視化するという思想を詳しく論じたのは、一九一七年に彼がカトリック系雑誌『ズンマ』に寄稿した小論「教会の可視性」においてである。先行研究において指摘された通り、この小論においてシュミットは、初めて代表概念を用いた[11]。本稿第一章で概観した通り、ここで彼は、経験的に存在する教会と「可視的教会」を区別し、後者は「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と論じた。そして、この「可視的教会」を通じて、神が受肉したという出来事が後世へと伝えられ、不可視の神概念が世俗世界に媒介され、代表されると述べた。彼によれば、「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いけない」（SKi:75）。以上からシュミットは、一九一〇年代において、可視化・媒介・代表を密接に関連する概念として理解していたと言える。

では、シュミットは可視化されるもの、媒介されるもの、代表されるものとして何を想定していたのだろうか。上述したように、教授資格申請論文では、経験的世界に媒介され、実現されるべきもの、そして可視化されるべきものとして、規範ないし理念としての法すなわち「抽象的思想としての法」、「自然主義なき自然法」が想定されていた。これらは、経験的事実や事実的権力に優位するものと見做されていた。「教会の可視性」では、世俗世界に媒介され、可視化されるべきもの、そして代表されるべきものとして、「不可視的なもの」である神観念および神の受肉が示されていた。すなわち可視化の対象は、神という世俗世界を超越した高次の存在であると捉えられていた。したがって、一九一〇年代においてシュミットは、可視化されるべきものとして、経験的には実在しない理念としての法や神観念を、すなわち経験的存在を超越したものを想定していたと考えられる。

『ローマ・カトリシズムと政治形式』（一九二三年）においては、こうした議論がさらに敷衍され、代表されるものは、価値のあるものでなければならないと新たに論じられる。シュミットは、代表されるものとして考えられる内容として、「神、あるいは民主主義的イデオロギーにおける人民、あるいは自由や平等といった抽象的理念」（RK:36）を挙げる。彼によれば、こうした代表の内容は必然的に高次の価値である。さらに彼は、代表されるものだけではなく、それを代表する者、またそれらが向けられる名宛人も同様に価値あるものであるはずだと言う。「高次の価値を代表する者は無価値ではありえないから、代表は代表する者の人格に固有の尊厳（Würde）を授ける。しかし、代表する者と代表されるものだけが価値を要求するのではなく、それらが向けられる名宛人、第三者自体も価値を要求するのである。自動販売機や機械の前では、代表することはできない。これは自動販売機や機械が代表したり代表されたりしえないのと同様である」（RK:36）。

こうした議論は、『憲法論』における代表概念の把握へと継承される。シュミットによれば、代表されうるものは、「公的存在において傑出し、実存する能力のある、高次の存在様態」を備えるもののみである。「死んでいるもの、価値の低いもの、あるいは価値のないもの、低次のものは代表されえない。これには公的存在へと引き上げる能力、すなわち「実存（Existenz）」のための能力をもつように高められた存在様式が欠如しているのである」（VL:210）。そして、「単に私的事柄や私的利害に奉仕するもの」は代理（vertreten）されはするが、代表（repräsentieren）されえない。

以上に見たように、彼の一九一〇年代の論考に最初に見出される、不可視のもの、経験的に実在しないものを可視化するというカトリシズム論の文脈における思想は、『憲法論』の代表概念へと継承されるのである。

（三）代表概念の特徴としての人格性――カトリシズム論、ホッブズ論の継承

さらに、『憲法論』においてシュミットは、代表の概念について次のように説明する。代表原理は「人民の政治的統一は、決してそれ自体としては真の同一性として現前しえないがゆえに、人格的に代表されなければならない〔傍点は引用者による〕」（VL:205）という思想に基づく。さらに、「代表の価値は、政治生活に対して公共性と人格性（Personalität）という特徴を与えるという点に基づく」（VL:214）と言う。

先に見たピトキンによる概念史研究に示されていたように、中世キリスト教においては「教皇と司教はキリストと使徒の人格を代表する」と想定され、中世法学においては「人格化（personification）」の概念が用いられた。代表と人格性の密接な関係について、シュミットはすでに『ローマ・カトリシズムと政治形式』において論じていた。彼によれば、代表概念は決して物質的観念ではなく、「人格的権威の観念」である。代表するものは人格だけであり、しかも単なる「代理人（Stellvertretung）」ではなく、「権威ある人格」か「代表されるや否や同様に人格化される理念」のいずれかである。（RK:36）。したがって、代表する者は人格であるという思想は、当初、カトリシズム論において初めて呈示され、これと密接な関係をもちながら形成されてきたと言える。(12)

ただし、『憲法論』において代表の人格性について論じられる際には、カトリシズム論における代表思想については直接言及されない。その代わりに、絶対君主は国家の代表である（「絶対君主は唯一、国家を代表する」（VL:214））とする文脈において、代表の人格性という特徴が言及されるのである。ここでシュミットは、ホッブズを引き合いに出して次のように述べる。「ホッブズが述べるように、国家はその統一を、主権者の人格のうちに有する。国家は「主権者の人格のうちに統一される（united in the Person of one Sovereign）」のである」（Ebd.）。

このようにシュミットは、代表の人格性について説明する際に、ホッブズの代表思想を参照指示する。彼は、上記の引用箇所についてホッブズの著作の典拠を示しておらず、上記のシュミットによる引用文はそのままの形ではホッブズ

の著作に見出されない。しかし内容から判断する限り、『リヴァイアサン』第XVII章「コモンウェルスについて」の次の記述を念頭に置いていると考えられる。一人あるいは人々の合議体への授権がなされたならば、「そのような仕方で一人格のうちに統一された（united in one person）群衆は、コモンウェルス、ラテン語では共和国（Civitas）と呼ばれる。これが偉大なリヴァイアサンの成立であり、あるいはむしろ（敬意を込めて述べるならば）それに我々が不死の神の下で平和と保護を負っている、かの可死の神の成立である」[13]。

こうした文脈において、シュミットは、「国家における人格的なもの（das Persönliche）は、国家概念にあるのではなく、代表にある」（Ebd.）と述べる。ただし、ホッブズは一人格としての主権者として、一人の人間（man）だけではなく、人々の合議体（assembly of men）を挙げているが、これについてシュミットは何ら言及していない。

なお、ピトキンが論じたように、ホッブズの述べた「代表者は他の者により行為する権威を与えられた者」であり、代表者の設立は代表者すなわち主権者への「授権（authorization）」を意味する[14]。ホッブズによれば、「彼ら全て〔人々の群衆――引用者〕の人格を表し、すなわち彼らの代表となる権利を人または合議体に与える。全ての者は〔……〕まさに彼自身のものであるかのような仕方で、人または人々の合議体の全ての行為と判断を権威づける」。この点で、ピトキンはホッブズの代表概念を、主権者へ授権された権威は無制約のものであるとする「権威付与型代表観」として解釈する。すなわち、臣民は主権者が行った行為を自分自身が行った行為であるかのように見做し、受け入れなければならない。ただしピトキンの推論によれば、敢えて主権者を代表者と称したことによって、主権者は臣民を代表しなければならず、一定の義務を負うべきだということをホッブズは言外に暗示していた。というのも、代表という概念は、代表者の行動が従うべき基準や服するべき限界という要素を包含しているからである。これは、ピトキンにより代表思想の第二の伝統として示された、〈本人―代理人関係〉を中心とする、法的擬制としての代表概念を意味する。すなわち

ピトキンの解釈によれば、ホッブズの代表思想は〈本人―代理人関係〉に立脚する代表の概念を内含するものであった。しかしシュミットは、ホッブズの代表概念におけるこうした側面に全く言及することなく、代表と代理を概念上明確に区別することにより、代表思想からその第二の伝統を排除したのである。

（四）代表概念の特徴としての人民の政治的統一の代表――同一性概念との結合による代表概念の修正

以上に見た限りでは、『憲法論』におけるシュミットの代表概念は、一九一〇年代に彼が論じたカトリシズム論、また一九一九年講義録で示されたホッブズ論の発展として、すなわち従来の議論の延長線上にあるものとして理解することができる。しかし実際には、本書で論じられる代表概念には新たな意味内容が付加されているのである。前節において、本書でシュミットが新たに同一性概念の内容に変更を加えたことを確認した。あらゆる政治体制において同一性原理と代表原理はともに不可欠であり、これら両原理の結合により政治体制は構成されるとする新たな認識が示される本書において、同一性概念に対してのみならず、代表概念に対してもまた新たな変更が加えられるのである。

本書で彼は、代表概念を次のように説明する。「代表によって初めて統一がもたらされるのであるが、もたらされるものは常にただ、政治的状態における人民の統一である」（VL:214）。

この命題の前半部分、すなわち「代表により、初めて統一がもたらされる」という思想は、本稿第二章で確認した通り、一九一九年ミュンヘン商科大学講義録におけるホッブズ論に初めて見出されるものである。本講義録で、『リヴァイアサン』における国家契約を、「代表機関の創設」を意味するものとして解釈するシュミットは、次のように説明していた。「各人は主権者の行為を自らの行為であるかのように見做して行為する。この契約は絶対的代表を創り出す。各人は主権者を顧慮して他の各々と契約を結ぶことを通じて、諸個人は、主権者に服従する統一へと生成された。これにより国

家は成立した。今や平和は保証された。」（V1919H:13f.）

そして、先の命題の後半部分における記述、すなわち「もたらされるものは常にただ、政治的状態における人民の統一である」から、『憲法論』において新たに次の認識が示されていることがわかる。すなわち、代表されるものは「人民の政治的統一」であるという点である。彼によれば、「絶対君主もまた、人民の政治的統一の代表に過ぎない。彼だけが国家を代表する」（VL:214）、そして君主主義原理でさえも、「君主が唯一、吸収的に人民の政治的統一を代表するということに基づく〔傍点は引用者による〕」（VL:211）と述べるのである。このようにシュミットは、『憲法論』において、人民の政治的統一を代表するものとして、君主主義原理としての代表思想を構想した。

こうした思想は、それ以前に彼が論じたカトリシズム論の文脈から理解することはできない。というのも、『政治神学』では、彼は君主主権の形而上学的基礎としての超越性、およびこれと密接に結びつく代表概念と、人民主権の形而上学的基礎としての内在性、およびこれと結びつく同一性概念とを対立するものとして捉えていたからである。つまり当時、彼は絶対君主が人民の政治的統一を代表するとは考えていなかったのである。この点に、『政治神学』およびカトリシズム論において示された、教皇および絶対君主に共通する性格とされた代表概念と『憲法論』における代表原理との間の相違が明瞭に示されていると言える。カトリシズム論における代表思想と『憲法論』における代表原理との相違、そしてこの間の変化を指摘した権左は、人民へ主権が世俗化するという「内在化の段階〔人民主権の成立〕」を承認した後で初めて、新たな主権者となった人民の政治的統一を代表するという論理が可能とな」った、と指摘する。「絶対君主―皇帝―大統領による人民の政治的統一の代表という『憲法論』の代表理論は、内在化以後に初めて得られる代表観念をそれ以前の段階に逆投影した結果だと言わざるをえない。従って、かつてローマ・カトリシズムと結びついていた代表という政治形式が、『憲法論』十六章「市民的法治国と政治的形式」では、新たに法治国原理と手を結ぶに至るのも、

実は一九二四年以来密かに進行したシュミット自身の脱カトリック化の現れと見るべきである」[15]。

以上に見たように、代表されるものは人民の政治的統一であるとする認識は、『憲法論』において新たに提示されたものである。この点で、本書における代表概念は、それ以前の議論からの純粋な発展の帰結として理解することはできない。これは、シュミットが人民主権および民主主義的正統性を承認した後に、議会主義論や『人民投票と人民請願』といった民主主義に関する諸論稿を著し、また「政治的なものの概念」初版で人民の政治的統一としての国家観を見出したことで初めて可能となった議論であった。

（五）代表概念の特徴としての公共性

さらに、『憲法論』においてシュミットは、「公共性（Öffentlichkeit）の領域において行われうる」（VL:208）ものとして代表概念を捉える。「代表の価値は、政治生活に対して公共性（Publizität）と人格性という特徴を与えるという点に基づく〔傍点は引用者による〕」（VL:214）。彼によれば、秘密裡に二者間で行われる事柄は全て私的事柄であり、代表ではありえない。それゆえに私法上の事柄や経済的事柄といった私的領域に属するものはすべて、代表概念から除外されている（VL:208）。

代表の公共性という性格規定について、シュミットはその由来を明記しておらず[16]、代表の公共的性格を理解する上で示唆に富む社会学的研究として、ヴェルナー・ヴィティッヒの論文「ゲーテの小説『ヴィルヘルム・マイスターの修行時代』の社会的内容」（一九二三年）を挙げるのみである。彼によれば、ヴィティッヒの論文中には代表という語は用いられないものの、「公共性」「公的人格」「外観」について適確に指摘する中で、代表概念に相当するものが論じられている。

ヴィティッヒは、シュミットが一九一六年の夏学期にシュトラスブルク大学で一時的に私講師の職に就いたときに同僚であった国民経済学者であり、両者の親交はその後も続いていた（TBII:9, 500）[17]。「ゲーテの小説『ヴィルヘルム・マイスターの修行時代』の社会的内容」は、ヴィティッヒがヴェーバー追悼記念論集に寄稿した論文――この論集には、シュミットもまた「政治神学」を寄稿した――である。この論文の主題は、「社会的諸状況自体が英雄の運命や性格に本質的に影響を与え、物語の進行がそのような社会的契機によって規定されるほどに、社会的対立を行為の進行へと、英雄の運命へと嵌め込むこと」[18]である。ヴィティッヒはゲーテの小説中にある、ヴィルヘルムが義兄弟に宛てた手紙を解釈し、貴族は「公的人格（öffentliche Person）」であり、「公法制度（institutio publici juris）」であると言う[19]。これに対して市民は公的性格をもたず、ただ自らの成果を通じてのみ何事かをなし得る[20]。シュミットはこうしたヴィティッヒの議論に言及し、そこから示唆を得たと言う。そして、代表という「概念の危機は、市民は代表を創出する能力を持つことなしに、貴族が代表的地位を喪失したことに存する」（VL:209）と解釈した。

以上の議論を整理すると、『憲法論』におけるシュミットの代表概念は、代表の概念史を参照するならば、次の点で特殊性を有していたと言える。彼の代表概念は、代表の概念史における二つの伝統のうちの一方のみを強調するものであった。すなわち彼は、不可視のものを可視化し、現実には目に見える形で実在しないものを現在化する、という中世以来の代表概念を強調し、神概念や人民の政治的統一という、経験的には存在しない高次の価値が代表されると論じた。そして、ホッブズの代表論を部分的に受容し、主権者という一人格の代表により統一がもたらされると考えた。ただし、ホッブズの場合には、一人格としての主権者として、一人の人間すなわち君主だけではなく、合議体が想定されていたが、シュミットはこうした見解には言及しなかった。また、ピトキンの解釈によれば、ホッブズの代表思想は近代の代

表概念に含まれる代表思想の第二の伝統、すなわち〈本人―代理人関係〉という法的擬制を含意し、したがって主権者は本人である臣民に対して一定の義務を負うことが示唆されていたが、この点をシュミットは理解しなかった。

また、『憲法論』では新たに、代表の内容は人民の政治的統一であるとする新たな認識が示され、同一性概念と結合されることによって、カトリシズム論で展開された従来の代表概念は一定の変更を被ったと言える。こうした新たな代表概念は、一九二〇年代における民主主義についての考察を経て、そして政治的統一としての国家観を形成したのちに、独自に構想されたものであった。

第四節　『憲法論』における同一性原理と代表原理の結合

（一）同一性原理と代表原理――その結合の可能性

前述の通り、『憲法論』以前の著作においてシュミットは、君主主権の基礎と人民主権の基礎は排他的な関係にあると捉えていた。すなわち『政治神学』においては、君主主権の形而上学的基礎である超越性と、人民主権の基礎である内在性と同一性とは矛盾するものであると理解されていた。『憲法論』においても両原理は原理的には、本来相反するものであると規定されるが、しかし政治的現実において、両者は不可避的に結合するのだと新たに論じられる。

同一性原理を絶対的に貫徹するならば、政治的統一は解体の危機に晒される、とシュミットが考察していたということは、本章第二節で確認した通りである。こうした認識に基づき、彼は人民主権原理に基づく政治体制である民主主義体制においても、代表原理がある程度機能しなければならないのだと論じる。つまり、あらゆる政治体制において、「代表原理に基づき、政治的統一が統治機構（Regierung）により描出（darstellen）される」（VL:214）必要があると言う。

そして、「近代憲法の政治的構成部分は、民主主義原理としての同一性と君主主義原理として代表との結合からなる」という著名な命題を導き出すのである。

あらゆる政治体制は民主主義原理としての同一性と君主主義原理として代表との結合により構成されるとする、この認識に基づき、シュミットは、統治者の数によって政体を分類するホッブズ以来の三政体論を解体しようとする。そして君主政、貴族政、民主政という従来の分類は、究極的には同一性原理と代表原理という二つの原理の対立に還元することができると述べ、政体論を再構成することを試みた。彼によれば、政治体制における相違は全て、同一性原理あるいは代表原理のいずれが優越しているかということにより説明されうる（VL:215）。シュミットは、こうした二つの異なる原理の結合が不可避的であることを次のように強調する。

> 「政治生活の実際において、同一性原理という構造要素をすべて放棄しえた国家が存在しないのと同様に、代表という構成要素をすべて放棄しえた国家というものも存在しない。無条件に絶対的同一性を実現しようという試みがなされる場合においても、代表の要素と方法は不可避的に残存し、反対に同一性概念をもたない代表は不可能である。同一性と代表という、この二つの可能性は互いに排除し合うものではなく、政治的統一の具体的形成にとっての、正反対を志向する二つの点なのである。一国家においては、両者のうちのいずれかが優位するが、両者はともに人民の政治的実存にとり必要なものなのである」（VL:205f.）

同一性原理と代表原理は不可避的に結合する、という以上に見た議論は、『憲法論』において新たに示されたものである。『政治神学』から『憲法論』執筆までの時期に見出される、両原理の関係についてのシュミットの見解の変化は、

どのようにして説明されうるのだろうか。

第一に、前述したように、同一性原理についてのシュミットの理解が『政治神学』以降、漸次変更されてきたという経緯がある。彼により当初否定的に評価された人民主権および民主主義、その形而上学的基礎としての同一性概念の内実は、議会主義論初版以降、実は彼自身により新たな解釈が施されてきたことはすでに確認した通りである。『憲法論』公刊の前年に発表された『人民投票と人民請願』では、治者と被治者の同一性という民主主義的同一性思想は、人民による指導者に対する喝采を民主主義とする議論へと読み替えられることとなった。ここでは同時に、人民は、政務官すなわち為政者が投げかける単純な問いに対して是か非かを答える能力しかもたない受動的存在であると想定されている。

第二に、一九一〇年代以来のカトリシズム論および『政治神学』で示された代表概念が『憲法論』において変容したという経緯がある。『人民投票と人民請願』では、人民の政治的決定には政務官が不可欠であるとする、モムゼンの古代ローマ国法研究から得られた認識を受容した上で、シュミットは独自に、政務官は人民の政治的統一を代表する性格をもつと論じた。さらに、前節で確認した通り、『憲法論』で彼は、代表の内容は人民の政治的統一であるとする新たな認識を示した。

こうして同一性と代表という両概念の内実が漸次変更された結果として、最終的に、前者は指導者に対する人民の信任と喝采を、後者は人民の政治的統一の代表を意味するものと解釈される。このような経緯で、シュミットは両原理は結合可能だと主張するに至ったのである。

（二）ライヒ大統領の地位に対する解釈

先に見たように、シュミットは人民概念の特質を、決して形式化されない「公的に組織されない力」であること、す

なわち単なる一国家機関には決して還元されえないということに見出していた。彼によれば、「民主主義における人民の政治的行動能力と意義」は憲法法律の規定の枠内に尽きるものではない。これは当然、人民が憲法制定権力の主体であり、したがって民主主義憲法の正統性および妥当性の基礎であることと結びついている。それゆえに彼は、憲法を制定した後も、憲法制定権力の主体としての人民は憲法法律上の規定と並立し、しかもこれに超越する力として存在し続けると論じる。

人民主権原理に元来立脚する、人民を憲法制定権力の主体とする民主主義論に基づき、シュミットは、「独裁は民主主義的基盤においてのみ可能である」（VL:237）と述べる。ここで「自由主義的法治国家の原理」は「構成要件により制限された、一般に規範化された権限が与えられるのではなく、その授権の範囲と内容がその裁量に依存する」ような「独裁」に背反し、「政治形式としての民主主義にとり、〔法治国家的な――引用者〕この傾向は本質的ではなく、むしろ疎遠でさえある」とされる（Ebd.）。ここで言う「独裁」とは、人民の意志と同一化する者による、人民主権原理に基づく独裁、すなわち主権独裁を意味することは明白であり、シュミットにおける主権独裁論と民主主義論との連続性が改めて確認される。

『人民投票と人民請願』では、人民により喝采される指導者（Führer）と、人民の政治的決定にとり不可欠の存在であり、人民の政治的統一を代表する政務官（Magistrat）がそれぞれ個別に論究されていた。続く『憲法論』では、ヴァイマル憲法におけるライヒ大統領の地位についての分析を通じて、民主主義的同一性原理に基づく指導者と、代表原理に基づく代表者が一致する可能性が検討されるのである。

一方で、『憲法論』においてライヒ大統領の地位は、君主主義原理に基づくものとされ、従来の君主政における皇帝に代わり、代表としての性格をもつと説明される（VL:290-292）。シュミットによれば、共和政における大統領は「議

会主義的君主政の共和政化された君主」として、代表の性格を有すると一般に理解されている。その場合には、代表者として、大統領と議会の人民代表が二元主義的に並存する。

他方で彼は、大統領制には直接民主主義の思想が如実に反映されていると説明する。彼によれば、ドイツのライヒ大統領は「全人民の信任（Vertrauen）を一身に集める」者であり、喝采の対象となる政治指導者である（VL:350f.）。「ライヒ議会を解散し、あるいはライヒ議会の法律の議決に対して人民投票を命じるライヒ大統領の権利は、「人民への訴え」を行い、議会に対抗して、選挙権をもつ公民との直接的結合を創り出す可能性を付与する」。この点でライヒ大統領選挙は「ドイツ人民の偉大な喝采」であり、ここには「民主主義におけるそのような喝采がもつ抗し難さ」があると論じる。

なお、『憲法論』では新たに、「中立的権力」としての大統領の役割とその可能性が言及される[21]。もしライヒ大統領が非党派的で中立な力であるならば、「中立的権力の担い手」として、自らは決定せず、諸党派を調停して和解をもたらすという役割を果たしうる。シュミットは、人民投票を経て選出されなかった初代大統領エーベルトを例にとり、「中立的権力」としてライヒ大統領が機能する可能性を論じた。しかし彼によれば、こうした役割は、大統領が人民により直接選出されないことを条件としてのみ可能でありえた。大統領が全人民により選出される場合、もしくは諸政党の連合によって政党間協定に基づいて選出される場合、ライヒ大統領は中立的権力ではありえない。特に前者において、必然的に政治的力である人民投票を経て選出された大統領は政治的存在であり、「中立的第三者」であるはずがない。このときライヒ大統領は「特殊に決定的かつ強力な意味において政治家であり、政治指導者」（VL:352f.）である。したがってシュミットは、直接公選による当時のドイツライヒ大統領、すなわちヒンデンブルクにこうした中立的権力としての役割を期待しうるかという点について、否定的見解を示していた。

以上に見たように、『憲法論』においてシュミットは、一方ではライヒ大統領を「議会主義的君主政の共和政化され

た君主」として理解し、代表原理に基づき、人民の政治的統一を代表する者として位置づけた。他方で、ライヒ大統領は必然的に政治的性格をもつと考え、同一性原理に基づき、「ドイツ人民の偉大な喝采」「全人民の信任」を受ける政治指導者であると位置づけた。すなわちシュミットは、ライヒ大統領という一つの地位ないしは人格のうちに、代表原理に基づく代表者としての性格と、同一性原理に基づく政治指導者としての性格を見出そうとしたのである。つまり、ヴァイマル国家の政治的現実において、同一性原理と代表原理の結合を体現する存在として、すなわち強力な民主主義的正統性に支えられ、政治的統一を代表し、これを保証する存在として、彼はライヒ大統領に期待を掛けたのである。

（1）権左武志、「ワイマール期カール・シュミットの政治思想―近代理解の変遷を中心として」、『北大法学論集』五四巻六号、北海道大学大学院法学研究科、二〇〇四年、二〇三一頁。

（2）権左、前掲、二〇三二頁。

（3）「フランス人民は、自己を憲法制定権力の担い手として構成した。すなわち人民が自己の行為能力を自覚し、それとともに既存の政治的統一および行為能力という明白に肯定された前提の下、自己自身に憲法を与えるのである」（VL50）。

（4）カトリシズム論における代表思想と『憲法論』における代表原理を連続的に捉える、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、一九九〇年を参照。和仁は、同一性原理と代表原理が結合するという『憲法論』における議論について、それ以前の議論と比較して前者は大きく変更されるが、後者（すなわち代表ないし「再現前」）は変更を被ることなく維持されたと解釈する。「実は、この共存関係の実現のため、大きく譲歩したのは同一性概念であった。すなわち、同一性は、フォルクの領域に取りこまれることになって、Die Diktatur における同一性（あるいはその前身）が全く無定形なフォルクの、革命的な原理であったことからみれば非常な変化を遂げる。これに対し、再現前の方は、カトリシスム論以来の含蓄を失うことなく保ち続けたのである。もちろん、フォルクの革命性は、基礎理論の部分の根幹とされ、とりわけ実定的憲法概念と憲法制定権力の理論の中で、法的に極めて高い評価をうけている。しかし、

まさにフォルク概念がその革命性を体系上憲法概念の領域に委譲したことにより、国家の具体的秩序原理の場面では、同一性は、明白にアンシャンレジーム的性格を保持した再現前のフォルムに自在の展開を許すのである」（和仁、前掲、二七七頁）。

（5）Hanna Fenichel Pitkin, "Representation", Edited by Terence Ball, James Farr and Russell L. Hanson, *Political innovation and conceptual change*, Cambridge University Press 1989, p.138.

（6）Pitkin, ibid., p.133.

（7）Pitkin, ibid., pp.133, 134.

（8）Pitkin, ibid., p.134.

（9）Pitkin, ibid., p.135.

（10）Pitkin, ibid., pp.136, 137.

（11）Vgl. Neumann,a.a.O., S.151. 和仁は、初期以来「シュミットが一貫して説いてきた、アンシャンレジーム的再現前の特性」として「私法・経済・技術に対する公法的・政治的・公共的性格、顕職（Würde）を保有するペルソーンとの不可分の結合」と並び、「超越性と可視性」を挙げ、こうした特性はすべて『憲法論』における代表原理に継承された、と論じる（和仁、前掲、二七八頁）。

（12）和仁、前掲、二七八頁。

（13）Thomas Hobbs, *Leviathan. Eine Auswahl. English/Deutsch*, übersetzt von Holger Hanowell, (Hrsg.) Jürgen Kelin, Stuttgart, S.354.

（14）Pitkin, ibid., p.141.

（15）権左、前掲、二〇三頁。

（16）ペーターゾン研究者であるニヒトヴァイスは、シュミットは人民と喝采と公共性との相関関係に対する認識をペーターゾンから得たと主張する。というのも、人民と喝采と公共性との相関関係は「古代のエクレシア概念の構造」に対応するものだからであると言う（Nichtweiß, a.a.O., S.627.）。しかしニヒトヴァイスの説明によっては、代表と公共性の関係について明らかにされていない。

（17）Vgl. auch Mehring, a.a.O., S.90, 93.
（18）Werner Wittich, "Der soziale Gehalt von Goethes Roman >>Wilhelm Meisters Lehrjahr<<", *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, II Band, (Hrsg) Melchior Palyi, München und Leipzig, 1923, S.279.
（19）Wittich, a.a.O., S.293.
（20）代表の観点から、『ヴィルヘルム・マイスターの修行時代』を解釈する、vgl. Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchung zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, 1990, S.67-69.（『公共性の構造転換』細谷貞雄、山田正行訳、未来社、二〇一三年、二三―二六頁、参照。）ハーバーマスは、ヴィティッヒが小説中の手紙に社会学的観点から注意を促したことを指摘している（Habermas, a.a.O., S.67. 邦訳、四一頁。）
（21）権左、前掲、二〇三頁。

結び

（一）シュミット民主主義論の成立過程

これまでの考察を通じて、最初期一九一〇年代から『憲法論』（一九二八年）公刊までの時期にかけて、民主主義に関するシュミットの政治思想は、次のような発展を経て成立したことが明らかになった。

第一章では、一九一〇年代におけるシュミットの国家観、個人観および人間観と神学的世界観、そして法学方法論を明らかにした。シュトラスブルク大学に提出した教授資格申請論文『国家の価値と個人の意義』において彼は、〈法・規範の世界〉と〈事実・経験の世界〉を区別する二元論的世界観を前提とし、法を実現する主体としての国家像を提示した。その際に彼は、国家により定立される実定法から区別される、国家を超越した規範としての法、すなわち「自然

主義なき自然法」「抽象的思想としての法」を想定していた。ただし、シュミットの議論によれば、この高次の法には具体的な内容が備わっているわけではなく、その内容は法実現主体により定式化されなければならない。本来、経験的世界の内には本来実在しない規範としての法は、経験的世界における国家により定式化されることで初めて法は実現する。そして、国家による法の定式化という媒介なしには、経験的世界に法は存在せず、したがって法と不法の区別もないので、こうした課題を担う国家の価値は途方もなく大きい、とされる。こうして彼は、国家の価値を強調する一方で、個人は本来、自然的存在としては無意味であると論じる。国家による法実現なしには、人間は法と不法の区別を知らない自然状態に置かれる。個人は法を実現するという国家の課題に献身し、そのための道具としての役割を果たすときに初めて意味を有すると規定された（第一節）。

こうした国家観、国家と個人の関係に対する見解が形成された背景には、シュミット自身の神学的、形而上学的世界観があった。「教会の可視性」（一九一七年）では、カトリックの教義である原罪観念に基づき、極端に悲観主義的な人間観と世俗世界に対する見方が示された。彼独自のこうした世界観と人間観は、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『政治的ロマン主義』（一九一九年）にまで継承される（第二節）。

一九一〇年代には、その後のシュミットの思想的発展を一定程度規定することになる、彼独自の方法論がすでに形成されていた。第一に、この時期にシュミットは、H. ファイヒンガーにより法学的手段として定式化された「擬制（juristische Fiktion）」に注目しており、その方法論上の意義を強調していた。第二に、法学と神学とをアナロジーで捉えるという方法論、すなわち法学神学並行論に関心を寄せており、最初期の著作『法律と判決』には当時すでに『政治神学』における「政治神学的方法」の萌芽的思想が見出された。擬制と法学神学並行論という方法論に対して、ケルゼンもまた同時期に興味を抱いていたことが確認されるが、理論を形成する途上でこうした方法論を適用する際の両者

の態度は対照的であった（第三節）。

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おけるシュミット自身の戦争体験を踏まえ、これと密接な関係において形成された戒厳状態論、委任独裁論、主権独裁論に注目し、『独裁』（一九二一年）の成立過程を解明した。まず、シュミットの独裁論研究の出発点には、第一次大戦中の戒厳状態論研究があったことを解明した。彼の日記帳や大戦中の軍務内容に関する資料に基づき、戒厳状態について報告するという軍務を契機に、「独裁と戒厳状態」（一九一六年）において独裁と戒厳状態が明確に区別されたことを示した。この論稿は、従来誤って混同されていた戒厳状態と独裁とを区別することを目的とする。彼によれば、戒厳状態とは、一者（軍事命令権者）に執行権が集中する状態を指し、独裁とは、権力分立原則が廃棄され、一者ないし一機関が立法権および執行権を掌握している状態を指す。本論稿におけるシュミットの主眼は専ら、戒厳状態を規定することであり、これは独裁との区別を通じて可能となった。すなわち、独裁に対する考察は、戒厳状態を説明するという目的を達成する上で必要な範囲でなされたに留まっていた。こうした経緯から、シュミットは次なる課題として、独裁の概念化という問題を取り出したのであった（第一節）。

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講師として勤める。近年に一部が公表された彼の政治思想史講義録（一九一九年）から、彼はボダン論を通じて、絶対君主による主権の確立とこれを通じた国家的統一の達成の意義を当時から強調していたこと、さらに、ホッブズ論を通じて、社会契約による「絶対的代表」の創出に注目していたことが明らかとなった（第二節）。そしてシュミットは『独裁』において、主権者と独裁官とを区別するボダンの理論に即して、主権者により課せられた特定の目的を達成するための独裁、すなわち任期と権限が限定されることを特徴とする委任独裁を定式化した（第三節）。さらに、ホッブズの議論に依拠しつつ、主権者

と独裁官が一致する可能性、すなわち独裁官が執行権のみならず立法権をも掌握する場合について考察し、近代以降の現象としての主権独裁を分析した。その上で、ルソーとシーエスの議論に対する独自の解釈を通じて、「人民の意志」との「同一化」を支配の根拠とする独裁を主権独裁として把握した。これは、新たな体制を確立するまでの過渡期に現象することを特徴とする独裁であり、主権者である人民の意志と同一化する者による独裁を意味する。彼は、主権独裁の典型的事例としてジャコバン派独裁を位置づけ、ルソーの人民主権論がこうした独裁の正当化に奉仕したと論じた（第四節）。

ジャコバン派独裁と並ぶ主権独裁の事例として、シュミットはプロレタリア独裁を理解する。人民主権原理に基づき、独裁の根拠を人民の意志に求める限り、プロレタリア独裁は主権独裁であり、民主主義とは矛盾しない。こうしたシュミットの議論を、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と比較した。その結果、多数決原理を民主主義の本質的契機として捉えず、人民の意志を独裁の究極的根拠と見做すことが、シュミットにとり、民主主義論を形成する際の出発点となったことが確認された。以上から、人民の意志を形成する能力をもつ限りにおいて、少数派による支配もまた民主主義的に正統化される、とする議会主義論で展開される民主主義論の萌芽が当時すでに見出されることが判明した（第五節）。

第三章では、『政治神学』（一九二二年）、これと同時期に成立したカトリシズム論（一九二三年）を分析し、民主主義および人民主権論に対するシュミットの当初の評価が否定的なものであったことを明らかにした。そして、民主主義を批判する際の根拠とされたものが「国家的統一」の問題であったことを解明した。まず、人民主権を近代史の文脈に位置付けて理解するためにシュミットが利用した「政治神学的方法」について検討し、同時代の神学的ないし形而上学的世界像と政治的構造の間にアナロジーを想定するという方法が、一九世紀の反革命の国家哲学者、特にD. コルテス

の歴史観に由来することを確認した（第一節）。

そして、シュミットはこの方法に従い、君主主権ないし絶対君主政の特徴を、主権者の超越性と代表的性格として肯定的に捉え、人民主権ないし民主主義の特徴を、主権者の内在性と「治者と被治者の同一性」をはじめとする「一連の同一性」として否定的に捉えていたことを明らかにした。彼によれば、初期近代に確立した君主主権は、神学・形而上学的世界像としてのローマ・カトリック教会における教皇制度あるいは一神教の有神論と構造的に類比関係にあり、これが世俗化されることで、人民主権が成立した。君主主権と類比関係にある有神論的世界像においては、唯一神の存在、および世界に対する神の超越が前提されており、これと同様に、君主主権においては、唯一の主権者としての君主の存在、および国家に対する君主の超越が前提される。『政治神学』と同時期に執筆されたカトリシズム論を併せて解釈するならば、人格的代表という性格をもつローマ・カトリック教皇と同様に、絶対君主政は代表としての性格をもつと想定されていた。他方で、人民主権は、汎神論あるいは〈形而上学一般に対する無関心な態度〉と類比関係にあるとされ、主権者の複数性、および主権の内在性を前提とする。一九世紀以降新たに台頭する民主主義思想は「内在観念」に支配されており、「治者と被治者の同一性」を初めとする「一連の同一性」を特徴とする。以上のことから、シュミットは、「超越」と「代表」、主権者の唯一性を、君主主権ないし絶対君主政の特徴として把握し、「内在性」と「同一性」を、人民主権および民主主義の特徴として理解していた。そして、両政治体制は神学・形而上学の次元で対立する関係にあると捉えていた。

シュミットによれば、絶対君主政において確立した君主主権は、国家的統一を可能にしたという歴史的意義を持つものであり、ミュンヘン商科大学講義録におけると同様に、君主主権の成立は、『政治神学』においても肯定的に評価される。その上で、人民主権ないし民主主義は、人格主義的要素および決断主義的要素を持たないために、シュミットは、絶対

君主が達成し得た「国家的統一」を実現できないと考えた。そして、こうした見解ゆえに、彼は当初、民主主義に対して批判的立場を表明したのだということを論証した（第二節）。

本章では最後に、ケルゼンにおける人民主権論解釈、特に人民主権の歴史的成立についての解釈を参照し、両者の議論を比較することで、シュミットの人民主権論解釈の独自性と特殊性を明確化しようと試みた。両者はともに、ルソーの『社会契約論』から学び、その人民主権論から学んだが、人民主権原理と個人の自由の関係について、また民主主義における少数派保護について対立する見解を有していた（第三節）。

第四章では、議会主義論初版（一九二三年）、第二版序文（一九二六年）、「政治的なものの概念」（一九二七年）を分析対象とし、この時期に、彼の民主主義に対する立場が劇的に転換し、民主主義について積極的に論じるようになることを示した。そして、その契機となったものは、唯一の「人民の意志」を創り出すことにより、民主主義においても国家的統一の達成は可能である、と新たに認識したことにあった。議会主義論初版において、シュミットは同一性概念を分析し、現実に存在する人民の間には意志の完全な位置は存在せず、したがって一致した「人民の意志」とは擬制により創り出された概念にであることを指摘する。その上で、民主主義においては「同一性に対する承認」に基づき、「同一化」を通じて同一性は創り出されなければならず、人民の意志は形成されなければならないと論じる。それゆえに、彼によれば、民主主義における本質的問題は、人民の意志形成の問題、すなわち誰が人民の意志を形成する手段を持つかということであると結論づけた。つまり、シュミットは議会主義論初版において、「治者と被治者の同一性」という定義の内容を、「人民の意志」という擬制をいかに形成するかという「同一化」の問題として捉え直すことで、民主主義に対する解釈を変更したのである。

元来、人民と同一化する権利を持つ者、人民の意志を形成する者が支配するとする思想とは、まさに『独裁』におい

て論じられた主権独裁の特徴であった。当然、主権独裁とは、新たな政治体制が確立するまでの過渡期、すなわち革命期のような例外状態において現象する独裁であり、議会主義論で考察の対象とされた政治理論としての民主主義論とは性質の異なるものであるように思われる。しかし、人民の意志に究極的根拠を置き、人民と同一化された存在であることを正統性根拠とする点で、そして人民の意志の形成を重要な契機とする点で、主権独裁と民主主義は同一の論理を有している。以上のことから、シュミットの民主主義論においては、人民の意志に究極的根拠をもち、人民の意志を形成する手段を持つ者による支配である、という主権独裁の論理が、民主主義論に適用されていることが明らかとなった。すなわち、『独裁』において論じられた主権独裁論をモデルとして、議会主義論以降、民主主義論が形成されたのである（第一節）。

また、議会主義論第二版序文におけるルソー解釈を通じて、民主主義に不可欠の要素として「同質性」概念の基準が新たに導入されたことを示した。シュミットはルソーの理論における「一般意志」は同質性に他ならないとし、民主主義の前提は、内部に政治的見解や経済的状況、信仰といった根本的な点で分裂が存在しないこと、公民として公共の事柄に貢献する義務を果たすという前提が共有されていることであると論じた（第二節）。

そして、この「同質性」概念と同時に民主主義の本質とされた、「異質な者の排除」という論理が「政治的なものの概念」においては国際関係の文脈で適用されていること、また、ここで「人民の政治的統一」としての国家観が新たに提示されたことを確認した（第三節）。

第五章では、『人民投票と人民請願』（一九二七年）を分析し、「人民による指導者への喝采」を民主主義の本質と見做すシュミットの思想がどのような理論的継承を経て形成されたのかを解明した。まず、古代ローマ史家Th.モムゼンの『ローマ国法』における歴史叙述に従い、彼は直接民主主義における政務官と人民の対立関係を民主主義の原型として

把握したことを明らかにした。彼がモムゼンの歴史研究から得たものは、次の認識である――政務官の選出は人民投票によってなされること、市民の共同体が主権者であること、市民自体は意志能力および行為能力をもたないがゆえに、市民の政治的決定に際しては政務官の存在が必要であること、市民は政務官が定式化した問題に対して是か非かを回答するだけであり、したがって市民の決定は政務官の定式化した問題に依存すること。特に彼は、政務官により提起された問いに対して、人民は是か否かで回答する能力しかもたない、とする消極的な人民観を受容した（第一節）。

さらに、神学者E. ペーターゾンによる宗教史研究『ヘイス・テオス』から「喝采」概念の意義を学び、これを契機に、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するに至ったことを論じた。碑文の解読を通じて古代世界における喝采概念の意味と役割を検証したペーターゾンの研究から、シュミットは、「多数の群衆による歓呼」としての喝采の定義の他、人々を煽動することが喝采の目的であったこと、喝采を引き起こすのは奇跡の対する感嘆の念であったという認識を得た。彼はこの研究を高く評価した上で、喝采概念を自らの民主主義論に適用し、「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り、人民の「譲渡できない権利」でさえあると論じた（第二節）。

そして、こうした新たな認識が、『憲法論』において政治的構成原理として「民主主義的同一性」が定式化される前提であったことを明らかにした。モムゼンおよびペーターゾンの研究を受容することにより、シュミットは、政務官により定式化された問いに対して人民は是か非を回答することしかできないこと、また指導者に対する人民の喝采こそが民主主義の本質であると規定した。そして彼は、その論理的帰結として、自らの意志を人民の意志と称することに成功する限り、少数派による支配も民主主義的に正統化されると主張するのである。本書においても、シュミットの民主主義論が主権独裁論と一定の共通性を有していることが確認された（第三節）。

第六章では、これまでの章で再構成したシュミットの思想的発展を踏まえて、『憲法論』（一九二八年）において民主

主義論がどのように完成されるのかを検討した。まず、初期以来のシュミットの国家観の変遷を概観した上で、本書では「人民の政治的統一」としての国家の定義が提示されたことを示した（第一節）。

次に、民主主義的同一性原理が「政治的に統一された人民と経験的に存在する人民との一致」として新たに定義されたことを明らかにした。これまでにシュミットが用いた同一性に関する様々な概念、すなわち同一化、同質性、同種性という諸概念の関係を整理し、『憲法論』では同質性概念に代わり、「人民の同種性」が民主主義的同一性を基礎付けるものとして位置づけられていることを示した。その上で彼は、民主主義的同一性に潜在する諸々の限界ゆえに、政治体制は同一性原理のみによっては構成されえないと論じる。すなわち、近代国家の政治体制はすべて、同一性原理と代表原理の結合により構成されるという著名な命題を呈示する。したがって、民主主義を採用する政治体制もまた、同一性原理とともに代表原理によって構成されると結論付けた（第二節）。

そしてシュミットは、一九一〇年代以来のカトリシズム論の文脈における代表概念を引き続き継承しながらも、代表されるものは人民の政治的統一であるとする新たな代表原理を提示した（第三節）。

同一性と代表の結合という『憲法論』で新たに示された認識は、議会主義論以来の両概念に対する解釈の変容を背景として導き出されたものであった。まず、民主主義的同一性の内実が、指導者に対する人民の喝采へと転換したこと、次に、代表概念に新たな内容が加わり、『憲法論』では人民の政治的統一は政務官ないしは為政者により代表されなければならないという思想が展開されたことである。前者は指導者に対する信任と喝采を、後者は人民の政治的統一の代表を意味するものであり、一人格による支配を肯定する点で共通していた。ヴァイマル国家においては、同一性原理に基づき人民の信任と喝采を受ける政治指導者として、また代表原理に基づき政治的統一を代表する為政者として、シュミットは、ライヒ大統領の役割に期待を掛けていた（第四節）。

以上の研究の成果として、本稿はシュミットの民主主義論が形成される際に前提となった諸条件を明らかにした。第一に、彼の思想形成の基盤には、彼自身の神学的世界観に基づく悲観主義的人間観および個人観があった。そして、本性上悪である人間の世界に正義と不正義の区別をもたらすものとして国家の価値を強調し、第一次大戦後には、国家的統一を第一に重視するようになる。こうした彼自身の政治的価値判断は、民主主義論を形成する際の前提をなすものであった。

第二に、彼の民主主義論は、戦争と革命という特殊な時代状況のなかで構想された例外状態論研究に端を発するものであり、主権独裁をモデルとして形成されたということである。大戦中にシュミットは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を負い、戒厳状態と独裁を概念上区別するという研究に着手した。この当時、未だ不分明であった独裁概念を定式化することが、彼にとっての次の課題となり、ボダン論およびホッブズ論に対する分析を経て、委任独裁および主権独裁を概念化した。さらに、ルソー、シィエスといった革命思想家の理論をも援用することで、「人民の意志に究極的根拠をもち、人民の意志を形成する手段をもつ者による支配」として主権独裁を定式化する。こうした主権独裁の論理は、議会主義論では民主主義論に適用され、民主主義において人民の意志は形成可能であり、民主主義の本質的問題は人民の意志形成の問題、すなわち誰が人民の意志を形成する手段を持つかという問いとなると結論づけるのである。そして、数の点で少数者であっても、人民の意志と同一化しうる限り、少数者による多数者の支配もまた民主主義的に正当化されると論じた。周知のように彼は、「〔主権――引用者〕独裁と民主主義は対立物ではない」と断定するが、それはそもそも彼の民主主義論が主権独裁の論理を適用することで形成されたからであった。

第三に、シュミットの民主主義論は、ルソーの人民主権論から「治者と被治者の同一性」という思想を引き出し、民主主義の定義として採用したことを初めとして、過去あるいは同時代の思想家からの影響を受けて発展したということ

である。第三章で見た通り、シュミットはドノソ・コルテスの歴史観から学び、人民主権を歴史的に位置付けるために政治神学的方法を利用した。また、第五章で論じた通り、直接民主主義の本来のあり方についての認識を得る上で、前世代のTh.モムゼン、同時代のE.ペーターゾンによる研究の受容は不可欠であった。こうした他の思想家の影響が加わることで、シュミットの民主主義論は独自の発展を遂げ、『憲法論』が完成するに至った。

（二）シュミット民主主義論の相対化――ケルゼンとの比較を通じて

本稿では、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について、一九一〇年代以来のケルゼンの議論を参照し、比較を試みた。ここでは、これまでに検討した両者の思想における相違点を再確認し、シュミットの民主主義論の相対化を図りたい。

シュミットとケルゼンの間に見出される顕著な相違は、第一に、「人民の意志」に対する見解と評価にある。一九一〇年代に彼らはともにH.ファイヒンガーの著書『かのようにの哲学』に関心を寄せ、そこで論じられた擬制論について書評を著していた。両者はともに、法学方法論として擬制は有益であるが、擬制を通じて表象された概念と現実は決して一致しないことを強調していた。そして、人民の意志はまさに、擬制により創り出された概念に他ならないという認識を共有する点で、両者は一致していたと言える。

しかし、人民の意志を唯一のものと見るか、あるいは多様なものとして捉えるかという、人民の意志に対する解釈の点で、両者は異なる見解をもっていた。一方でシュミットは、人民の意志が擬制により創り出された概念であることに言及した上で、現実には人民間に一致した意志などは存立しえないし、実現不可能であると述べる。そして、こうした認識に基づき、むしろ「同一化」によって人民の意志は形成されなければならないと主張したのである。すなわち彼は、

人民の意志を同一化の産物として把握し、民主主義におけるその意義を強調して、これを民主主義的正統性の根拠として位置づけたのである。つまり彼にとり、唯一の一致した人民の意志は現実には存在しないという事実、すなわち現実には複数の多様な意志が存在するという事実は、民主主義においては否定されるべきものである。むしろ、人民の意志が有する擬制としての性格を踏まえ、誰が同一化の手段を掌握し、人民の意志を形成するかという点を重視するのである。その結果、人民の意志に包摂されない少数派の意志は同一化の対象とされ、民主主義の名の下に意志の多様性が否定される。こうした民主主義理解は、ルソーの人民主権論がもつ一側面――投票の結果、票決に破れた者すなわち少数派は一般意志の認識の点で自らが誤っていたことを認識するのだと論じ、一般意志に反する少数派の意志を認めない――を無批判に受容した帰結であると理解することができる。

シュミットのこうした思考の背景には、初期以来の思想に見出される彼自身の政治的価値判断、すなわち統一としての国家を最重要視する視点が存在する。彼によれば、国家の統一を達成したのは君主主権の功績であったが、人民主権原理に基づく民主主義国家においても同様の政治的統一を実現するためには、一致した唯一の意志として人民の意志が仮定される必要があった。こうした論理においては、共同体における諸個人の意志は実際には多様であるという経験的事実が等閑視され、統一にとっての弊害として否定される。すなわち、彼の民主主義論においては、個人の意志の多元性は政治的統一にとっての弊害ないしは脅威として位置付けられており、同一化により克服されるべき対象とされるのである。

他方でケルゼンは、民主主義においては人民の間に最低限の同質性は必要であると述べるものの、上からの権威的な同一化や、同一化による人民の意志の形成を民主主義に反するものとして把握する。彼にとり、人民の意志は擬制により創り出された概念であり、さらにイデオロギー概念として、それ自体に問題を孕むものである。後に確認するように、

可能な限り多くの者にとっての自由を実現すべきだ、という観点から、彼は多数者の意志が人民の意志と見做されるべきであると論じる。ただしその際に、人民の意志と見做される多数派の意志と少数派の意志が同一化されるものとは考えなかった。むしろ、同一化されえないものとして、少数派の意志を尊重することこそが、多数決原理を採用する民主主義の前提であると述べる。すなわちケルゼンは、唯一の人民の意志の存在を想定せず、あくまでも個人を単位として民主主義における意志を捉えたと言える。

両者の相違は、第二に、民主主義論における多数決原理に対する見解にある。これは、民主主義とプロレタリア独裁の関係についての両者の見解に示された通りである。一方でシュミットは初期以来、量は質へと転化しえず、数の多さは正しさを証明しえないと主張していた。彼が引用する「多数ではなく権威を」というシュタールの標語が典型的に示す通り、秘密個別投票において得票数を集計し、多数を獲得した党派が政治権力を掌握するという手続きに対して一貫して否定的であった。むしろ、喝采を通じて、単純な形式において為政者により提起された問いに対して是か非かを答えることにより、人民の意志はより民主主義的に表明されうると考えた。

他方でケルゼンは、多数決原理こそが民主主義における自由の理念から導き出される制度であると主張する。というのも、ケルゼンによると、民主主義においても「可能な限り多数の者が自由であるべきだ」とする原則が妥当すべきであり、自己の意志と社会秩序における一般意志が矛盾する者を最小化すべきであるからである。

民主主義における多数決原理に対する異なる評価は、少数派による支配の可能性についての両者の相反する態度に結びつく。本稿で論じたように、シュミットの民主主義論は、人民の意志と同一化された存在であることを根拠として行われる主権独裁論をモデルとして構想されたものであった。すなわちシュミットは、「人民の意志」を民主主義の究極的根拠と見做した。そのために民主主義においては、自らを人民の意志と同一化された存在であると称する者は、人民

の意志を形成する手段をもつ限り、支配権力を行使することが正統化される。また、人民の意志と同一化し、人民の意志を形成することに成功する限り、少数派による支配もまた民主主義の名において正当化される。本稿で確認したように、シュミットはこうした論理によって、ルソーの人民主権論とジャコバン派独裁の連続性を指摘していた。

他方で、多数決原理は民主主義にとり不可欠の制度であると捉えるケルゼンにとり、少数派保護を前提とした多数派による支配、すなわち多数派の意志を「統一的人民の意志」と見做す擬制を通じて決定がなされることが民主主義である。

以上に見た通り、シュミットは人民の意志を民主主義的正統性の究極的根拠とするがゆえに、少数派による支配は必ずしも民主主義と矛盾しないと論じた。他方でケルゼンは、自由の理念に基づき、民主主義は多数決原理を原則とすると捉えたがゆえに、少数派による支配を否定した。こうした見解が、プロレタリア独裁と民主主義の関係についての両者の異なる理解に結実したと言える。

第三に、民主主義と少数派の関係についての見解、少数派に対する保護についての見解の点で、両者の民主主義論は決定的に相違する。シュミットは、民主主義的基礎としての同質性が存在する限り、民主主義において少数派の存在は前提されないと論じた。先に確認したように、民主主義においては人民の意志に対立する意志は存在しないとする思想は、ルソーの人民主権論に由来するものであった。こうした民主主義理解からは、少数派に対する保護という視点は導出されず、次節で述べる通り、こうした問題を自覚したシュミットは、自由主義的な法治国家的価値という別の文脈から少数派保護のために必要な措置を講じることになる。これに対してケルゼンは、ルソーの人民主権論の帰結から距離をとり、独自に民主主義における少数派保護の問題を取り上げる。そして、民主主義が採用する多数決原理は、概念上、少数者の存在を前提とするだけではなく、少数者の保護と少数意見の尊重を実現しうると論じた。

第四に、人民主権論およびルソーの『社会契約論』に対する解釈に見出されたように、両者の間には、民主主義にお

ける個人および個人の自由の理念に対する見解の点で相違がある。ケルゼンは、ルソーにおける社会契約の本来の目的は、個人の自由であったことを強調した。それにもかかわらず、社会契約の帰結として、個人の自由は共同体全体すなわち国家の自由へと転換し、個人の自由は蹂躙されうるという逆説に注目した。

他方で、シュミットは対照的に、ルソーの理論における個人の自由という契機を等閑視する。むしろ、ルソーの言う一般意志とは人民の同質性に他ならないとして独自に解釈し、ジャコバン派独裁に典型的に示されるような少数派による支配を理論的に正当化したと論じた。そもそも、シュミットによる人民主権の成立過程の説明、すなわち絶対君主により確立された主権が世俗化することにより人民主権が成立したという説明のうちには、個人の自由に対する視座は見出されない。シュミットの人民主権観およびルソー理解には個人の自由の保障という観点が欠落しており、この点でルソーの人民主権論に対するシュミットの解釈は一面的であった。

（三）シュミット民主主義論のその後の展開

こうした特徴をもつシュミットの民主主義論は、その後の時代状況の変転の中でどのような局面を迎えたのだろうか。本節では、ヴァイマル末期に執筆された『合法性と正統性』（一九三二年）を参照し、シュミットの民主主義論が辿るその後の経緯を概観したい。

『合法性と正統性』は、ナチ党によるライヒ政府の独裁体制が確立する前年、一九三二年八月に公刊された。本書は、議会制立法国家における合法性の問題を究明するとともに、憲法に混在する異なる二つの体系、すなわち議会制立法国家の合法性と人民投票的―民主主義的正統性とを区別する必要性を論じたものである。ここでは、『憲法論』までに形成された民主主義論が基本的に引き継がれるが、この時期に共和国が直面した問題に対処するために、シュミットは

自身の民主主義論に一定の留保を付すとともに、ライヒ大統領の役割に期待を賭ける。

第一に、本書では『憲法論』までに形成された民主主義論が基本的な点で踏襲され、維持されている。シュミットは、「あらゆる民主主義は分割不可能で同種的な（gleichartig）、全体の統一的な人民という前提に基づく」（LL:29）と述べ、人民の同種性に民主主義的基礎を求める従来の民主主義論を提示する。また、民主主義においては、「同一の人民への同一の共属性ゆえに、すべての者が同一の仕方で、本質的な点で同一のことを望む」（LL:29）と述べ、一致した人民の意志の存在を想定する。この場合、投票はただ、潜在的に存在するとされた人民の一致した意志を明らかにするに過ぎない。したがって「民主主義にとっては、事実上も本質的にも少数派は全く存在せず、ましてや確固として恒常的に存在する複数の少数派は存在しない」（Ebd.）。こうした「全人民の実質的同種性が前提されうるならば、単純多数決を通じた意志形成の方法は意味があり、許容されうるものである」（Ebd.）。

さらに彼は、「いかなる民主主義も、人民は善であり、したがってその意志だけで十分であるという前提なしに存立しない」（LL:26）と述べ、民主主義における人民の意志の無謬性および全能性を強調する。彼によれば、それゆえに人民の同種性が前提とされる限り、表明された人民の意志はすべて「法律」であると見做されるのである。「民主主義的一貫性とともに、国家意志と人民の意志が同一のものとされたとき、この民主主義的一貫性に対応して、人民の意志の表明がすべて「法律」と称される」（LL:25f.）。したがって、民主主義における法律は、「その時々に存在する人民の、その時々の意志、すなわち実際には、投票する人民の、その時々の多数派の意志」である。

以上に見たように、シュミットは『憲法論』に至るまでに形成された民主主義論を前提とし、『合法性と正統性』における議論の土台としていた。

第二に、本書においてシュミットは、こうした民主主義論に対して自ら一定の留保を付す。彼は、法治国家論の文脈

から得られた、権力掌握のための平等なチャンスを保証するという「正義の原理（Gerechtigkeitsprinzip）」の遵守を、民主主義的な意志形成過程における不可欠のルールとして設定するのである。民主主義において人民の意志、正確には「その時々に存在する人民の、その時々の意志、すなわち実際には、投票する人民の、その時々の多数派の意志」はすべて法律と見做される。そして、法治国家としての議会制立法国家においては、議会多数派のその時々の議決が「法律」であると考えられる。しかしその際に、法律概念や合法性が機能主義的に解釈されるとすれば、合法性は「いかなる内容に対しても無頓着な、また、いかなる内容をも許容する「中立的な」手続き方式、決定手続きとなる」。こうして合法性が「中立的な」手続きと化すとき、法における「正義（Gerechtigkeit）と理性（Vernünftigkeit）についてのあらゆる保証は喪失し、また法律概念および合法性自体も、算術的な多数観念における一貫して機能主義的な無実質性、無内容性のうちに失われてしまう」（LL:28）。

民主主義においては、人民の意志は純算術的多数決により決定されるため、多数派の意志が全体としての人民の意志と見做される。単純多数決で決定する際には五一パーセントの多数を占めるということが「合法的権力掌握のための唯一の法的資格」となり、合法性は政治権力獲得のための中立的手続きとなる。したがって、いかなる党派や政治勢力であろうとも、多数を獲得することにより、合法的に政治権力を掌握することが可能となる。こうした機能主義的「多数決算法は、あらゆる内容的成果に対する無関心ゆえに、グロテスクな遊戯であり、そこから演繹された合法性概念はあらゆる正義に対する厚かましい侮辱である」（LL:30）。

こうして合法性が単なる中立的手続きとして理解され、純算術的多数決により人民の意志が決定されるならば、法治国家としての議会制立法国家の合法性体系それ自体が危機的状況に陥る、とシュミットは警告する。彼によれば、多数を獲得した党派が合法性の名の下に、自らを永続的権力として制度化し、他の党派が多数を獲得する可能性を否定する

可能性がある。その場合には、合法性体系自体が崩壊する。このとき「〔合法性――引用者〕体系自体もまた、すでに最初の多数派の獲得の後に終焉を迎えるだろう。なぜならば、最初の多数派は、合法的に自らを持続的権力として制度化するだろうからである」（LL:30）。「純算術的多数という、余すところなく貫徹された機能主義もまた、合法性という不可欠の前提と基礎を放棄することはできない」。そして、一度政権の座に就いた多数派は「合法的に、自らがくぐり抜けた合法性の扉を背後で閉ざし、次に、おそらくは閉じられた扉を長靴で蹴りつけるだろう党派政治上の敵を、下劣な犯罪者として扱うこともありうる」（LL:31）。

以上の議論からシュミットは、議会制立法国家の法律概念が元来、多様な内容に対する中立性を含むものであるとしても、「自己自身の諸前提に対しては「中立的」であってはならない」（LL:28）と主張する。さらに、そのために不可欠の前提として、民主主義においては、現在の多数派以外の諸党派が多数を獲得し、内政上の政治権力を獲得するための無条件に平等なチャンスを保証する必要があると述べた。

さらにシュミットは、支配的多数派は合法的な権力手段を所有しているために、追加的な政治的プレミアムを手にすることを指摘する。すなわち、多数派は内政上の敵対者の活動に対して、非合法のレッテルを貼り、容易に平等のチャンスを排除することができるのである。つまり、「国家の権力手段を合法的に所有している多数派政党は、反対政党がもし合法的に権力を所有しようとする場合には、権力の所有を盾に取り、自らの背後で扉を閉ざすために、すなわち合法性の原理を合法的に除去するために合法的権利を利用するだろう」と想定される」のである。こうした事態を阻止し、合法性体系の破壊を防ぐためには、多数を獲得するための平等なチャンスは常に開かれていなければならない。こうした主張は、実践的に、正義の原理を遵守せず、法治国家的価値を共有しない党派が政治権力を担うことを認めないという帰結を導くものであった。

多数を獲得するための平等なチャンスを保証するという正義の原理は、少数派の存在を前提としないシュミットの民主主義論に対して、本質的な変更を迫るものである。すでに確認した通り、彼によれば、国民的同質性に基づき、一致した人民の意志の存在を前提とする民主主義においては、国家の内部に少数派が存在すると想定することは矛盾であると。しかし、「不可分の国民的同種性」という民主主義の基礎が欠如するとき、この平等なチャンスが保証されないならば、「純算術的多数決という、無対象、無内容の機能主義」は、少数派に対する「暴力的強制（Vergewaltigung）」、すなわち数の力への服従の強制を帰結する。このとき「治者と被治者の民主主義的同一性、命令者と服従者との民主主義的同一性は途絶える。すなわち多数派が命令し、少数派は服従しなければならないのである」（LL:29）。

彼によれば、国家権力が合法的であるということは、権利としての抵抗権を失効させ、否定することを意味する。これにより、国家権力は、反対党派による抵抗や反抗をすべて、不正、違法として非合法化しうる。というのも、多数派は合法性と非合法性を恣意的に決定し、自らの内政上の競合者に対して非合法ならびに法外法治の宣言をし、排除することができるからである（LL:31）。そして、少数派の抵抗権を否定することの代償として、権力掌握のための平等なチャンスを保証する、正義の原理の遵守が、多数派に求められるのである。というのも、彼によれば、少数派に対する平等なチャンスの保証と抵抗権の否定は一対のものであるからである。「その時々の多数派の支配に基づく、今日の議会制立法国家は、多数獲得の平等なチャンスが真に開かれており、かつ立法国家の正義原則のこの前提がなお信じうるものである限りにおいてのみ、その時々の多数党派に合法的な権力行使の独占を委ね、また少数派から抵抗権の放棄を要求しうるのである」（LL:31f.）

以上に見たように、議会制立法国家の合法性体系を維持するために不可欠の原則として、また少数派の抵抗権を否定することに伴う不可欠の前提として、本書においてシュミットは、正義の原理は遵守されなければならないと主張する

のである。これは、内容と無関係に、多数派の意志を人民の意志と見做す民主主義の直接的帰結――すなわち民主主義の自己崩壊という政治的帰結――を見通し、これを回避するために、新たに導入された議論であったと考えられる。すなわちシュミットは、当時、自ら形成した民主主義論に対して一定の距離をとり、自由主義的な法治国家的価値という、民主主義とは別の文脈から導きだされた正義の原理により民主主義論を補完しようとしたのである。

第三に、民主主義的正統性に支えられたライヒ大統領の役割に期待するという点で、本書は『憲法論』におけるライヒ大統領についての構想をさらに発展させたものと言える。すでに「ライヒ憲法第四八条に基づく大統領の独裁」（一九二四年）、『憲法の番人』（一九三一年）を執筆し、ライヒ大統領について独自の議論を展開していたシュミットは、本書において明示的に、「人民投票的―民主主義的正統性」に基づくライヒ大統領に共和国を防衛する役割を期待する。

先に述べたように、シュミットは『憲法論』までに唱えた民主主義論に対して自ら留保を付し、議会制立法国家の合法性体系を擁護するという法治国家論の文脈から得られた、権力掌握の平等なチャンスを保証するという正義の原理の遵守を、民主主義的意思形成過程における不可欠のルールとして設定した。その上でシュミットは、この原理を維持し、ヴァイマル憲法第二篇に定められた法治国家的価値を擁護するためには、価値中立的手続きを定めた憲法第一篇を部分的に放棄しなければならないと主張する。「価値中立的手続きを定めた憲法第一篇か、それとも実質的価値を定めた憲法第二篇か、という「根本的な二者択一」を迫られるとき、前者を犠牲にしても、後者に決断すべきであると断言し、「人民投票的―民主的正統性」に支えられた大統領に対し、市民的法治国への決断を、そして法治国の内敵に対する中立性の否定を求めるのである」[1]。

このようにシュミットは、法治国家的価値を擁護するという役割、具体的には、法治国家的価値を破壊する勢力や党派に対する中立的態度を否定し、共和国を防衛するという「憲法の番人」としての役割を、人民投票的正統性に支えら

れたライヒ大統領に期待するのである。しかし、こうした試みは、のちに共和国が辿る歴史的過程を顧みるならば、ライヒ大統領という一個人、すなわちヒンデンブルクに共和国の存亡と運命を決する政治的判断を委ねてしまうという危険な賭けであったことが判明するのである。(2)

以上に見たように、ヴァイマル末期においてシュミットは、自ら形成した民主主義論に対して正義の原理という法治国家的価値を補うことで、民主主義の自己崩壊を防ごうとした。しかし、こうした試みは結局、人民投票的正統性に支えられたライヒ大統領という一人格の行使する非常権限によって共和国を擁護しようとする現実的解決策へと帰着した。これは大統領個人の政治的判断に共和国の防衛をすべて委ねてしまうというハイリスクの賭けであり、実践的にも理論的にも破綻することとなった。

こうした歴史的経験から学び、第二次大戦後に再建された西ドイツでは、自由主義的な法治国家的価値を擁護するための規定を憲法に盛り込むことで、「価値志向的で自己防衛力を備えた民主主義」を実現するために必要な予防的措置を講じた。例えば、基本権の実現、諸州から構成される連邦の編成、立法に際しての州の原則的関与、基本権条項に関わる諸原則に抵触する基本法の修正は認めないとした七九条三項の「永久条項」である。(3) その中で、「自由で民主的な秩序を破壊する」ために基本権を濫用する者の基本権を失効するという規定、すなわち連邦憲法裁判所により憲法違反政党を禁止するという規定は、ヴァイマルの経験から学ぼうとする基本法起草者の意志の反映であり、『合法性と正統性』におけるシュミットの立場と近似するものであった。(4) H. A. ヴィンクラーは、ヴァイマルの価値相対主義に対して反対の態度をとった点で、ボン基本法の父母は「シュミット主義者」であったと評価する。(5) ヴィンクラーによれば、「立法者を拘束し、選挙民の意志に制限をかけた点にヴァイマルの経験が表れている。〔……〕譲り渡すことのできない特定の価値や自由を保障する諸制度のあり方については多数派の決定にも委ねないことによって、多数派を自己破壊から

守る―憲法制定者のこの決定の前提には、ドイツ人が身をもって示したように、多数者も根本的な誤りを犯し得るという経験が存在していた」[6]。

こうした点でヴァイマル末期のシュミットの議論は「民主主義の自己破産」を防ぐための措置として受け入れられた。その一方で、基本法の起草者はヴァイマル末期の経験に鑑み、次の点ではシュミットの議論から距離をとり、これを反面教師として学ぼうとした。ヴィンクラーによれば、ヴァイマル末期のシュミットの議論は、審議過程における起草者に対して次のような影響をも与えた。第一に、人民投票的民主主義に反対し、徹底的な代表民主主義を支持した。第二に、ヴァイマルにおいてライヒ大統領が有した独裁権限を、ボン基本法では国家元首に与えることに反対し、元首には代表的機能だけを付与した。そして第三に、大統領が「憲法の番人」を務めることに反対し、裁判所がこれを行うことを支持した[7]。

以上に見たように、「戦う民主主義」を選択した戦後の西ドイツは、法治国家的価値を擁護するための憲法規定の導入や建設的不信任制度の採用を通じて制度上の是正策を講じることで、「民主主義の自己破産」を未然に防止するとともに、ヴァイマル末期のシュミットの議論を克服しようとした。

（四）シュミット民主主義論に内在する諸問題

本稿を通じてシュミットの民主主義論の形成過程を解明することにより、彼の民主主義理解がいかに特殊な環境の中で生み出されたのかということが判明した。最後に、シュミットの民主主義論に内在する問題を、三点に分けて改めて確認したい。

第一に、シュミットの民主主義論が前提とする人間観および世界観に問題が見出される。彼は初期以来一貫して国家

の統一を重視する一方で、人格としての個人の尊厳を軽視していた。すなわち、シュミットの思想形成の出発点には、人間本性を根本的に悪と見做す悲観主義的人間観、個人や個性それ自体に価値を認めない個人観があった。そして、世俗世界や国家以前の自然状態の特徴を、悪と不正として捉え、これを克服する媒介者として国家や教会の価値を強調した。彼の政治思想は、こうした価値判断を前提として形成されたのであり、この点に第一の問題が見出される。

彼自身のこうした価値判断は、間接的に、民主主義論の形成過程において、個人の自律、自由を排除する帰結をもたらしたと言える。すなわち彼は、個人の自由や個性をそれ自体価値あるものと見做さず、その尊重や擁護の必要性を論じなかった。むしろ、初期から一貫して、シュミットが重視していたものは国家の統一ないし政治的統一であり、これが個人の自由に優位するものと考えた。

第二に、人民の意志に究極的根拠をもち、人民の意志を形成する手段を持つ者による支配を意味する主権独裁の論理が、民主主義論に適用されたことに問題がある。本稿が明らかにしたように、シュミットの民主主義論は、第一次大戦中に構想された主権独裁論をモデルとして形成された。主権独裁論は、戦争と革命という特異な時代体験をシュミット自身が理論化した産物である。主権独裁は革命や内乱といった例外状況において現象する独裁であり、独裁の根拠は、独裁者が人民の意志と同一化すること、すなわち自らの意志を人民の意志と称することであった。他方で、議会主義論以降提示される民主主義観において、シュミットは、「治者と被治者の同一性」という定義の内容を、人民の意志という擬制をいかに形成するかという「同一化」の問題として捉え直し、同一化により人民の意志の唯一性を想定した。そして、民主主義における真の問題は、人民の意志を形成するための手段をめぐる闘争であると主張した。したがって、宣伝や煽動などの手段を通じて人民と同一化し、人民の意志を形成する手段をもつ限り、いかなる決定を行う多数派であろうと少数派であろうと、その支配は民主主義的に正当化されることになる。こうしてシュミットは、自らの意志を

人民の意志であると称し、人民の意志を正統性根拠とする指導者に対して喝采することが民主主義であるとする民主主義論を唱えたのである。人民の意志に究極的根拠を見出し、人民と同一化された存在であることを正統性根拠とする点で、そして人民の意志の形成を重要な契機とする点で、主権独裁と民主主義論は共通性を有しているのである。こうして主権独裁論と同一の論理により民主主義を理解した点に、シュミットの民主主義論の問題が見出される。

第三に、人民の意志に基づくと称する政治を民主主義と捉え、「治者と被治者の同一性」として民主主義を形式的にのみ理解した点、すなわち民主主義をあらゆる価値や理念から切り離した点に問題がある。シュミットは、特定の理念や価値から民主主義を区別し、民主主義は何らの実質的内容をも持たないと論じた。こうした民主主義論においては、人民の意志はすべて正しいことが前提とされる。さらに、為政者が自らの統治が人民の意志に基づいていると称する限り、すなわち人民の意志を引き合いに出す事に成功する限り、権威的支配であれ、独裁であれ、内容とは無関係に、あらゆる政治が民主主義的に正統化されることになる。

こうした思想の起源の一つは、一般意志の無謬性を前提とし、その内容如何を問わず、一般意志に従うのが自由である、とするルソーの人民主権論である。ルソーは、一般意志、すなわち人民の意志が立てた法は、その実質的内容にかかわらず、常に正しいと論じた。ルソーによれば、真の自由とは、一般意志が立てた法に従うことを意味する。しかし実際には、一般意志とは、投票の結果判明した多数派の意志を指し、多数派と異なる意見を持っていた者、すなわち票決に敗れた少数派は、一般意志の認識の点で自己が誤っていたことを悟る、つまり自分が真に自由ではなかったことを知るとされるのである。こうした議論においては、一般意志に反する少数意見の存在は許容されないばかりか、一般意志へ従うよう強制することが正当化される。

シュミットの民主主義論は、ルソーの人民主権論が孕んでいた上述の問題を顕在化させるものであった。シュミット

が定式化した、国民的同質性および同種性に立脚した民主主義論は、国民的同質性に包摂されない者、すなわち少数者の排除を伴うものであった。そこでは、個人の自由や自律、個性、自己決定、少数者の権利の保護、少数意見の尊重、人権といった、個人の尊重と人間の尊厳に基づくあらゆる価値は、民主主義的に正統化された「人民の意志」の名の下に容易に否定される。そして、人民と同一化し、人民の意志を代表する指導者に対して、人民が拍手喝采を通じて賛意を表明することが民主主義であるとされるのである。

こうした民主主義論がいかなる帰結をもたらすのかは、ヴァイマル末期において、シュミット自身が痛切に認識することになる。人間の尊厳、個人ないし個性の価値を否定する政治勢力が国民の多数の支持を獲得し、合法的に政治権力を掌握しようとするとき、そして一切の他の政治党派を非合法化することにより、一旦掌中に収めた権力を永続的に保持しようとするとき、シュミットが定式化した形式的民主主義がいかに無力であったかが露呈するのである。実質的内容と関連をもたない民主主義は、政治的意志の決定過程に何の歯止めをも課すことができないのである。ここに至って彼はようやく、「不可分の国民的同種性」が欠如する場合を想定し、一般意志への服従を少数派に強制することは、民主主義の名の下の「暴力的強制」に他ならない、と論じたのである。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一七年九月二六日学位授与）に加筆・修正したものである。本稿を執筆する過程で、権左武志教授から多くの重要な御助言をいただいた。また、論文を審査してくださった辻康夫教授、田口正樹教授より、貴重な御教示をいただいた。心より篤く御礼申し上げます。

（1）権左武志、「ワイマール期カール・シュミットの政治思想―近代理解の変遷を中心として」、『北大法学論集』五四巻六号、北海道大学大学院法学研究科、二〇〇四年、二〇四二頁。Vgl. H. A. Winkler, *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie*, München 1998, S. 519, ders, *Der lange Weg nach Westen*, Bd.1, *Deutsche Geschichte vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik*, München 2000, S. 520f.（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、五一三頁）

（2）権左、前掲、二〇四四－二〇四五頁、参照。

（3）Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Bd.2, *Deutsche Geschichte vom Ende des Alten Reiches bis zum Untergang der Weimarer Republik*, München 2000, S. 133.（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Ⅱ』昭和堂、二〇〇八年、一三一頁）

（4）Winkler, a.a.O., S. 132.（邦訳、一三〇頁。）

（5）Winkler, a.a.O., S. 133.（邦訳、一三一頁。）

（6）Winkler, a.a.O., S. 133f.（邦訳、一三一頁。）

（7）Winkler, a.a.O., S. 133.（邦訳、一三一頁。）

論　説

一部無効の本質と射程（七）

――一部無効論における当事者の意思の意義を通じて――

酒巻修也

目　次

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

（以上、六六巻四号）

第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立
　第一節　一部無効論の萌芽
　第二節　伝統的な一部無効論の構造
　第三節　一部無効の本質の探究　―目的論的基準―
　第四節　本章のまとめ
第二章　フランス法における一部無効の本質と当事者の意思の意義
　第一節　契約における特定の条項の無効に関する事例
　　第一款　法規範の実効性という観点の浸透
　　第二款　契約における特定の条項の無効に対する当事者の意思の役割
　　第三款　本節のまとめ
　第二節　複合的な契約におけるひとつの契約の無効に関する事例
　　第一款　連続的消滅における当事者の意思の影響
　　一　主観的な基準
　　二　客観的な基準
　　三　二つの見解の共通点
　　第二款　不可分性概念の役割
　　一　不可分性概念の位置づけ
　　二　性質決定の選択に対する公序の影響
　　三　小括
　　第三款　本節のまとめと補足
　第三節　代金等の縮減に関する事例
　第四節　本章のまとめ　―一部無効論における当事者の意思の意義に関する検討―
結章　日本法への示唆

（以上、六六巻五号）
（以上、六六巻六号）
（以上、六七巻一号）
（以上、六八巻一号）
（以上、六八巻四号）
（以上、本号）

第二章　フランス法における一部無効の本質と当事者の意思の意義

第二節　複合的な契約におけるひとつの契約の無効に関する事例

本節では、複合的な契約においてひとつの契約が無効であった場合に他の契約に影響を及ぼすかという場面と、無効の範囲の問題との関係を検討する。(1)

はじめに、用語の整理をしておこう。

「複合的な契約（contrat complexe）」という語が指す内容については、必ずしも、学説のなかで一致しているわけではない。(2)

たとえば、テレ&シムレール&ルケット（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette）は、複合的な契約を、「いくつかの類型に属する契約（contrats spéciaux）の組み合わせから生じ、それでもひとつの取引を実現する」(3)ものと定義する。そして、複合的な契約を、全体がひとつの契約として分析されるものだとする。これに対して、諸契約が結びつけられる一方で、それらの全体をひとつの契約としては捉えない場合、諸契約のまとまりを、「契約群（groupes de contrats）」(4)や「契約の総体（ensembles contractuels）」(5)と称している。

以上に対して、シムレール（Ph.Simler）は、「複合的な契約」の例として、複数の契約が問題とされる場合を挙げていた。(6)このとき、シムレールが、これらの諸契約をひとつの契約として考えているかは定かでない。

さらに、学説のなかには、複数の契約を組み合わせることによってその全体がひとつの契約になる場合と、その全体がひとつの契約とはいえないが、それらが結びついている場合との間に連続性を見出す見解もある。(7)

そこで、本稿では、「複合的な契約」として、二当事者以上の当事者間でなされた取引において、異なる性質決定が与えられる行為が複数存在する場合を扱い、その全体がひとつの契約として分析されるかを問わないこととする。なぜなら、後にみるように、無効の範囲における当事者の意思の影響という観点からみると、ある複数の契約を全体としてひとつの契約とするか、または複数の契約の総体とするかを評価する作業が無効の範囲を画定する作業といかなる関係にあるかを検討することが、重要だと思われるからである。ただし、以下では、煩雑さを避けるために、主として「契約の総体」の場面を念頭に、複合的な契約において「ひとつの法律行為の無効が他方の法律行為に影響を及ぼしうるか」という問題（しばしば「連続的消滅（anéantissement en cascade）」と表現される。[8]）を扱い、議論に必要となる際に、ある複数の契約が全体としてひとつの契約として把握される場面にも言及することにしたい。

では、本稿は、複合的な契約における連続的消滅と無効の範囲との関係について、いかなる視角から検討し、何を明らかにすべきか。具体的な検討に入る前に、前章で検討したシムレールやティビエルジュ（C.Thibierge）の見解と比較した際に今日の学説の議論にはどのような特徴があるかを確認し、本稿が検討すべき課題を示していこう。

複合的な契約における連続的消滅の問題につき、シムレール、ティビエルジュの見解には、原則として当事者の意思により無効の範囲を画定すべしとするか、または違反された法規範の目的により無効の範囲を画定すべしとするかという違いはある。もっとも、いずれの見解でも、この問題を、契約における特定の条項の無効に関する事例や、次節で検討する契約の代金等の縮減に関する事例と同じ構造のもとで理解できると解していたことは、前章で確認したとおりである。

これに対し、今日の学説の議論をみるならば、詳しくは後述するが、その特徴として次の点を指摘できよう。すなわち、複合的な契約における連続的消滅の問題を検討するにあたり、ある契約の消滅事由が無効原因であるか解除原因であるかによって区別せずに、不可分性などの連続的消滅を基礎づける概念を論ずるものが多い。さらに、複合的な契約

であることは、契約の消滅の場面においてのみ意義を有するものではないことが指摘されている。(9)

この複合的な契約に関する議論の特徴を踏まえれば、複合的な契約における無効の範囲の問題を解決するにあたり考慮される当事者の意思というのは、無効というサンクションの観点から考慮されているものではなく、別の役割を有するものではないかという仮説がたつ。そこで、本節では、複合的な契約における連続的消滅の問題を、無効というサンクションの観点から捉えるべき問題かという視角から検討し、これを無効の問題として包摂することの是非を明らかにしていきたい。

そのために、まず、準備作業として、連続的消滅の問題を解決するにあたり考慮されている当事者の意思の内実を明らかにする（第一款）。たしかに、前掲［仏23］［仏24］［仏25］判決（これらは、営業財産の売買代金の一部を隠ぺいするために表見行為として低額な代金で売買契約を締結し、秘匿行為として買主が代金の一部を支払うといった事案である。）では、当事者の意思によれば合意が不可分な関係にあるにもかかわらず、当時の租税法典一八四〇条違反による秘匿行為の無効は、表見行為の無効をもたらさないとされた。このように、連続的消滅の問題において、公序に関する規定の目的が影響する場合もある。しかし、複合的な契約における連続的消滅の問題を基礎づける概念としてしばしば用いられる不可分性（indivisibilité）や相互依存性（interdépendance）といった概念をみるならば、これらは、連続的消滅という文脈では、(10)当事者の意思によるものとされる。(11)そこで、連続的消滅において考慮される当事者の意思がどのような内実のものかを明らかにし、伝統的な一部無効論と比較していこう。

結論を先取りするが、この検討によると、当事者の意思の内実は、両当事者が諸契約によって追求した目的であるといえるように思われる。もっとも、この分析結果は、今日の判例や学説がシムレールのいう当事者の意思の内実とは異なって当事者の意思を捉えているとは指摘できても、複合的な契約における連続的消滅の問題が無効というサンクショ

ンの問題として扱われていないことまで意味しない。なぜなら、前節で確認したとおり、両当事者が追求した目的という意味での当事者の意思は、無効というサンクションの観点からも不法性の範囲を画定する際などに考慮されうるものであったからである。その一方で、先に指摘したとおり、複合的な契約に関する今日の議論の特徴に鑑みると、無効というサンクションの観点から捉えることには疑問があった。そこで、次に、連続的消滅を基礎づける概念のひとつである不可分性概念の議論を検討し、それが連続的消滅においてどのような役割を果たしているかを分析する（第二款）。これらの検討を通じ、複合的な契約における連続的消滅に影響を与える当事者の意思が、無効というサンクションの観点から考慮されているものといえるかを明らかにしていこう。

第一款　連続的消滅における当事者の意思の影響

複合的な契約における連続的消滅の基礎として、多くの学説は、不可分性概念の有用性を説く(12)。これらの学説は、複合的な契約における連続的消滅という解決が正当化されるのは、特別な法律による規定のない限り、複合的な契約における諸契約が当事者の意思によって不可分な関係にあるからだとする(13)。そこで、本款では、連続的消滅の問題において考慮されている当事者の意思の内実を明らかにしていくことにしたい。なお、本節の冒頭で指摘したとおり、不可分性という概念につき、学説は、無効の場面と解除の場面とで、その内実を異にして把握しているわけではない。そのため、以下で取り上げる学説が引用する判例には、無効に関する判例だけでなく、解除に関する判例もある。

さて、諸契約の不可分性に関する評価の基準という観点から学説を分類するならば、それを当事者の主観を考慮して判断すべきであると主張するものと、当事者の主観を離れて客観的に判断すべきであると主張するものとに大別さ

れる。[14] 両者は、学説によっては二者択一のように論じられることもあるが、両者に共通点を見出すことが可能である。以下、それぞれを順に確認し、不可分性概念において当事者の意思がどのような内実を有するかを検討していこう。

一　主観的な基準

まず、主観的な基準を採用する学説である。この学説は、判例において、複数の行為の間の不可分性が、当事者の意思を考慮して判断されていると指摘する。[15] たとえば、このように評価されている破毀院判決として、次のものがある。

［仏51］　破毀院第一民事部二〇〇六年四月四日[16]

【事案】　一九八四年から、Y社は、A病院のボイラ室の開発をしており、そのために使用するガスをXから仕入れていた。一九八九年、Yは、Aとの間でボイラ設備の開発に関する契約を五年の期間で締結し、同契約は当事者がいつでも解約できるとされた。一九九一年、Yは、Xとの間でガスの供給契約を三年の期間で締結した。そして、一九九三年に、AがYに対して契約の解約を申し入れたため、Yは、AY間の契約の解約と同日に、XY間の契約を解約する旨をXに伝えた。そこで、Xは、XY間の契約満了までの料金等の支払いを求めてYを訴えた。

原審がXの請求を棄却したため、Xは、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、まず、原審が、XY間の契約の約定にAのために用いられる燃料の割当てが記載されていたこと、ボイラ設備の開発がガスの供給契約の唯一のコーズであり、Yが締結した契約期間の異なる二つの契約が同一の経済的目的に寄与するものであると判示したことを確認した。そして、破毀院は、原審が専権的に二つの合意を不可分な契約の総体

であるとしたとし、ＡＹ間の契約の解約がＸＹ間の契約を失効させるとした原審判決を正当であったと判示した。

［仏51］判決に評釈を付したボッファ（RBoffa）は、同判決による不可分性の判断の特徴を次のように指摘する。判例には、不可分性を認めるための客観的要素として契約期間や目的物の特殊性を挙げるものがあるが、同判決では、契約期間が異なっており、また、目的物であるガスも、ＡＹ間の契約でしか用いることができないという特殊な物ではなかった。それにもかかわらず、二つの契約の間に不可分性が認められたのは、二つの契約によって両当事者が追求した目的が契約領域（champe contractuel）に組み入れられたからである。実際、同判決では、ＸＹ間の契約の約定が、ガスがＡのために用いられることを記載しており、目的物の用途が契約領域に組み入れられたといえる。[17] これらのことから、ボッファは、不可分性が、客観的な要素によるのではなく、当事者の意思に結びつけられていると主張する。[18]

ところで、今日のフランスでは、複合的な契約において連続的消滅を避けるために、実務上、契約のひとつが無効である、または解除されたとき、他方の契約には影響を与えないことをあらかじめ約定する「可分条項」が置かれることがある。しかし、判例のなかには、この条項の効力を否定するものがある。[19] そのため、諸契約が不可分であるか否かを当事者の意思の探究により判断すると主張する見解では、可分条項が約定されているにもかかわらずその援用を認めない判例をどのように説明するかが問題となる。そこで、学説のなかには、判例において可分条項の援用が否定される理由につき、当事者の現実の意思に反するからだと指摘するものがある。[20] つまり、判事は、表示された意思ではなく、当事者の現実の意思を優先させなければならないのだという。[21]

たとえば、エルランジェ（GHelleringer）は、破毀院商事部二〇〇〇年二月一五日と、破毀院商事部二〇〇七年四月二四日とを挙げ、可分条項の効力が否定される理由を説明した。

［仏52］　破毀院商事部二〇〇〇年二月一五日[22]

【事案】　薬局Yが、広告会社Aとの間で、映像供給契約を締結した。同契約の履行に必要な機材がAからYに供給されるにあたって、Yは、リース会社Xとの間で、リース契約を締結した。映像供給契約とリース契約とは、同じ存続期間であった。また、YがXに支払うべきリース料は、YがAから受け取る広告料から支払われていた。なお、リース契約には、AY間の映像供給契約の解約等にかかわらず、Yがリース料の支払いをする義務がある旨の条項（可分条項）が置かれていた。その後、Aが債務を履行しなかったため、Yはリース料の支払いを中断した。そこで、Xは、リース料の支払いを求めてYを提訴した。

原審は、上記可分条項があるにもかかわらず、映像供給契約とリース契約とが相互依存的な関係にあるとして、Xの請求を棄却した。これに対し、Xは、当該条項の適用を否定することは民法典一一三四条[23]に反するとして破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、原審判決が、リース目的物がAの映像を供給するための物であることをXが知っていたこと、Xがその利用を認めていたこと、当該機材が特殊なものであったこと、そして、リース契約の唯一のコーズが映像供給契約によって形成されたことから、二つの契約が相互依存的なものであるとしたと確認した。これらに鑑みて、また、Xが主張する条項の文言が契約の一般的エコノミーに矛盾することから、原審判決が正当であったと判示した。

［仏53］　破毀院商事部二〇〇七年四月二四日[24]

【事案】　Yは、Aとの間で、飲み物の販売機等の供給、メンテナンス等に関する契約を締結した。同日、Yは、Xと

の間で、販売機等の供給、メンテナンス等に関する契約の実現に必要な機器について、長期のリース契約を締結した。その後、販売機等の提供およびメンテナンスに関する契約が履行されなくなったため、Yがリース料の支払いをやめたところ、Xは、Yに対してリース料の支払いを請求した。

原審は、リース契約がリース利用者にとってYの機器の利用という固有のコーズを有しており、これは契約締結時に評価されることや、本件リース契約には二つの契約が独立したものであることを示す条項が置かれていたことから、Yにはリース料の支払い義務があるとし、Xの請求を認容した。そこで、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、民法典一一三四条および民事訴訟法典一二条に鑑みて、原審判決が、リース契約とサービスの提供契約との締結による取引の一般的なエコノミーという観点から両契約の間に不可分性があるかを、また、その結果、条項の文言が、当事者の共通の意図から生ずる本件取引の目的に反するものであったかを探究することなく判断したことから、法的基礎を欠いていたとして破毀し移送した。

［仏52］、［仏53］判決は、契約の中に、複数の契約がそれぞれ独立したものである旨の条項が置かれていたにもかかわらず、それらの契約が不可分でありうると判示した。エルランジェは、これを、「当事者の共通の意図」から説明できるとする。すなわち、［仏53］判決により判示された「当事者の共通の意図から生ずる」という文言は、「黙示の」当事者の共通の意図である。したがって、「可分条項が、取引の一般的エコノミーの実体に、つまり当事者により明らかに意図された取引の経済的目的および諸契約を結ぶ関係の本質に明白に反する場合には、拘束力を有することができない」[25]という。

このように、主観的な基準により不可分性を評価し、かつ可分条項が否定される場合があることを認める学説によると、実際に表示された合意の内容ではなく、当事者が当該取引によって追求する目的を重視し、当事者の共通の意図を探求しているといえよう。

二　客観的な基準

主観的な基準に対して批判的な学説に目を転ずると、たとえば、オベール・ドゥ・バンセル（C.Aubert de Vincelles）は、不可分性を、複合的な契約により追求された経済的目的を客観的に評価することで判断されるものであると主張する[26]。彼女は、連続的消滅においてコーズを基礎とする学説が批判されるに至った経緯や、破毀院商事部二〇〇七年六月五日の評価を通じて、たしかにコーズ概念を基礎とすることには難点があるとする[27]。しかし、他方で、コーズ概念ではなく他の概念が用いられるべきだとしても、複合的な契約においてコーズを基礎とする学説が示していた連続的消滅をもたらす理由について批判されたわけではないと主張した[28]。

まず、破毀院商事部二〇〇七年六月五日の事案からみることとしよう。

［仏54］　破毀院商事部二〇〇七年六月五日[29]

【事案】　AY間で情報機器の保守契約等が締結された。その情報機器は、YからXが購入し、Aにリースすることになった。その後、Aが、Yに対してYの不履行を理由に保守契約等の解除を、Xに対してリース契約の解約を求めて訴えを提起したところ、Xは、Yに対して、XY間の売買契約の解除および代金の返還を請求した。

原審は、当該機器をAにリースするという条件でしかXはYから当該機器を買わなかったため、リース契約の解約に

より当該機器の購入のコーズが奪われたこと、また、これらの契約が不可分であるため、売買契約の解除が言い渡されなければならないことから、Xの請求を認容した。これに対し、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　一部破毀移送。

破毀院は、民法典一一三一条[30]および一一三四条に鑑みて、「リースおよび保守契約の解約は、それらの契約が複合的でかつ不可分な契約の総体（ensemble contractuel complexe et indivisible）を形成する場合には、売買契約の解除をもたらすのではなく、単に、〔売買契約の〕失効をもたらす」として、この限りで原審判決を破毀し移送した。

［仏54］判決について、オベール・ドゥ・バンセルは、適用条文として民法典一一三一条および一一三四条を挙げたにもかかわらず、破毀院の判示には、コーズという文言が示されていないことに着目し、次のように評価した。

まず、［仏54］判決が民法典一一三一条を挙げたことに対するありうる解釈として、同判決が複合的な契約における連続的消滅の基礎をコーズ論に置くことを示したものだという解釈がある[31]。つまり、破毀院が民法典一一三一条を挙げたのは、原審判決が示すように、買主の約務がリース契約の解約によりコーズを奪われた場合には、売買契約は、解除ではなく失効しなければならないという意味においてであったという解釈である。

しかし、オベール・ドゥ・バンセルは、［仏54］判決が示した文言のなかにはコーズという言葉が用いられていないこと、そして民法典一一三一条を挙げて法令違背があったとし原審判決を破毀していることから、以上の解釈を採用しなかった。彼女によると、同判決は、連続的消滅の基礎としてコーズが不適切であったこと、それゆえに原審判決が民法典一一三一条の適用を誤ったと判示したのだという。

ところで、オベール・ドゥ・バンセルの主張において重要な点は、コーズを基礎とすること自体は妥当でないとして

も、コーズを基礎とする学説が主張していたような、連続的消滅をもたらす客観的な基準までもが無意味なものとなったのではないという点である。すなわち、彼女によると、契約の総体の特徴は、同一の経済的取引のために締結されたさまざまな契約により追求される共通の目的にある。そして、この客観的な基準自体は、たとえ連続的消滅の基礎としてコーズ概念を置くことができないとしても、妥当なものだという[32]。これに対して、現実の当事者意思の探究により不可分性が判断されるとする学説については、可分条項の援用を否定した判例（前掲［仏52］、［仏53］判決）からすれば批判を免れないものであるとし、前述したエルランジェの解釈と異なる評価を下した。その理由につき、オベール・ドゥ・バンセルは、たしかに当事者の意思は必要なものであり、契約および債務を生ぜしめる息吹（souffle créateur）でなければならないが、そうであるとしても、この意思によりすべてを説明しようとすることは、虚構であり、そして予言的なものとなる（être fictive et divinatoire）危険があるという[33]。したがって、彼女によると、当事者の意思が経済的取引を生ぜしめる源ではあるが、当事者の意思と経済的取引の一貫性とは区別されたものであるとして、判事は、契約の総体における経済的取引の一貫性によって諸行為を捉えるべきであると主張した。

三　二つの見解の共通点

以上でみてきたように、連続的消滅の基礎であるとされる不可分性につき、その有無を、主観的な基準によって判断すべきであるとする学説と、客観的な基準によって判断すべきであるとする学説があった。複合的な契約に関する民法典新一一八六条第二項および第三項の新設によっても、不可分性の基準に関する議論が解消されたわけではなく、また、その評価もさまざまである。もっとも、それらの評価や、これらの二つの基準の関係に言及する学説を検討するならば、それぞれの基準を主張する見解から共通点を析出することができるように思われる。

まず、主観的な基準と客観的な基準との関係について言及する学説をみていこう。

たとえば、バカシュ（M.Bacache）やペレ（S.Pellé）は、契約が複数存在する場合に、それらがその性質上不可分であることはありえないと指摘する。つまり、ある共通の目的を有している諸契約のそれぞれは、法的には他の契約を必要とすることなく存在しうるのであり、このことは、他の契約とともに共通の目的を実現する場合であっても変わらない[34]。したがって、契約の総体について、不可分性の源は、常に当事者の意思に求められる。客観的に不可分であるというのは、契約の総体が当事者の意思により不可分であることの証明が客観的な状況によるという意味であり、これと不可分性の源の問題とを混同してはならないという[35]。

次に、民法典新一一八六条第二項および第三項の規定である。同条においても、主観的基準と客観的基準とが両立しうることが示されている。

> 新一一八六条「第二項　同一の取引の実現のために数個の契約の履行が必要な場合において、そのひとつが消滅したときは、この消滅によって給付が不能になった契約、および、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった契約は、失効する。
> 第三項　ただし、失効は、それを援用される当事者が、その同意を与えた時に、総体としての取引の存在を認識していた場合でなければ生じない。」

民法典新一一八六条と主観的および客観的基準との関係につき、学説は、同条がそれらの基準の双方を明文化したと評価する。つまり、同条第二項によれば、複合的な契約の連続的消滅が認められるのは、諸契約の履行がある同一の取

引を実現するのに必要である場合のうち、そのひとつの契約が消滅したことによって、その他の契約の履行が不能となる場合と、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった場合であった。前者は、当事者の意思を考慮せずに判断されるため、客観的な基準による不可分性を示しており、それに対して後者は、当事者の意思を考慮しているため、主観的な基準による不可分性を示しているのだという[36]。

さらに、学説のなかには、主観的な基準と客観的な基準とを、当事者の意思のもとで説明しうると評価するものがある。たとえば、マロリー&エネス&ストフェル・マンク（Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck）は、一方で、不可分性の評価には当事者の共通の意図を探求することが必要だとし、他方で、当事者の意思において諸契約が不可分であるかは「客観的な考慮要素（たとえば他方の契約が消滅をした場合にその〔一方の〕契約が履行できない）や主観的な考慮要素による」とする[37]。つまり、客観的基準も主観的基準も、両当事者の共通の意図を明らかにするものだと位置づけている。

以上の学説や新一一八六条第二項に関する評価によれば、不可分性の評価に関する主観的な基準と客観的な基準とは、両立しえないものではなかったといえよう。つまり、主観的な基準による不可分性と客観的な基準による不可分性のいずれも、諸契約が総体としてあるひとつの目的を有する取引の実現に寄与しているかを示すものであったと評価できる。

要するに、主観的な基準と客観的な基準の双方において、当事者の意思を見出すことができる。そして、この当事者の意思の内実とは、両当事者が追求した目的であるといえるように思われる。

たとえば、不可分性概念を論じたスーブ（J.-B.Seube）は、「……二つの法律行為の間に不可分な関係を確認するというのは、実際には、当事者によって望まれた取引が不可分であることに起因している」、「われわれは、これ〔取引〕を、当事者の経済的目的であると定義することができる[38]」という。つまり、当事者が諸契約によってひとつの経済的目的を

追求しているのであれば、諸契約が不可分な関係にあると考えられている。

また、相互依存性概念を論じたペレは、諸契約が独立したものか、または相互依存的な関係にあるかを評価するにあたり、取引の一般的なエコノミーが基準となるとする[39]。つまり、諸契約の組み合わせによってしか当事者が追求した目的を実現できない場合には、取引の全体が相互依存的であるといえるという[40]。

このような契約の総体を通じて両当事者が追求した目的が、あるいは客観的な要素によって、あるいは主観的な要素によって判断されていると解することができよう。

（1）フランスの複合契約論を素材に、複合取引の構造を分析した日本の文献として、たとえば、都筑満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、二〇〇七年）がある。同書は、複合取引を、契約の連鎖と複合契約とに区別し、検討を行っている。本稿と関係するのは、このうちの複合契約についてであり、一八七頁以下で詳細に論じられている。また、小林和子「複数の契約と相互依存関係の再構成―契約アプローチと全体アプローチの相違を中心に―」一橋法学八巻一号（二〇〇九年）一三五頁は、複合契約について、それが意味をもつ場面が契約の消滅の場面だけでないことを指摘し、それらの詳細な検討を行なっている。

これらの先行研究に対して、本稿は、複合的な契約における連続的消滅の基礎とされる当事者の意思がどのような意義を有しており、無効という場面で複合的な契約における連続的消滅の問題と他の事案類型とを同様に扱ってよいかという視角から、複合的な契約における連続的消滅の問題を検討していく。

（2）本稿（三）〔六六巻六号〕注（41）も参照。

（3）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 76.

（4）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 76 et 77.

（5）一方でテレ＆シムレール＆ルケットと同様の区別をし、他方で「契約群」ではなく「契約の総体」と称する学説として、

参照：Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 9.

（6）Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969, n° 171.

（7）Fr.Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 1957, n^{os} 502 et s.

（8）「連続的消滅」という訳語をあてた理由については、本稿（三）〔六六巻六号〕注（42）を参照。

（9）たとえば、参照：J.-B.Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, thèse, Litec, 1999, n^{os} 265 et s ; F.Mauger, La qualification d'indivisibilité entre les contrats, in *Etudes offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p.203, spéc. p.213 ; J. Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause －Les nullités, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 2617.

また、複合的な契約による諸効果に関するフランスの議論につき、参照：小林・前掲注（1）「複数の契約と相互依存関係の再構成」一五五頁以下。

（10）たとえば、不可分性という語は、不可分債務など、複合的な契約に関する事例以外でも用いられる。

（11）複合的な契約における連続的消滅の問題の論点のひとつとして、コーズ概念が連続的消滅の基礎となりうるかというものがある。次のような議論がそれである。

たとえば、複合的な契約の連続的消滅にあたりコーズ概念を基礎とする学説として、ティシエ（B.Teyssié）やマゾー（D.Mazeaud）がいる。以下では、簡単にティシエの見解をみていこう。なお、ティシエのテーズ（B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse, LGDJ, 1975.）については、既に、日本においても紹介されている（たとえば、中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、一九九四年）四〇二頁以下、都筑・前掲注（1）『複合取引の法的構造』二二四頁以下、松浦聖子「フランスにおける契約当事者と第三者の関係及び契約複合理論」法学研究七〇巻一二号（一九九七年）五六一頁以下、野澤正充「枠組契約と実施契約 ―『契約の集団』論の新たな展開」日仏法学二二号（一九九九年）一七二頁以下を参照。また、複合契約とコーズ概念との関係を指摘する近年の判例と学説については、都筑満雄「複合契約中の契約の消滅の判断枠組に関する序論的考察 ―フランスにおけるコーズの主観化に関する判例の分析を中心に― 複合契約論考・その一」松久三四彦ほか編『民法学における古典と革新』（成文堂、二〇一一年）二九三頁、同「複合契約中の契約の消滅の判断枠組みと法的根拠に関する一考察 ―複合契約論考・その二―」南山法学三三巻一号（二〇〇九年）一頁を参照。）。

ティシエは、複合的な契約においては、諸行為が共通の経済的な目的を達成するために存在し、それらの間に機能的統一を見出す。そこで、諸行為に固有の債務のコーズとは別に、それらに共通の目的が契約のコーズであるとして、複合的な契約における連続的消滅の基礎としてコーズ概念の有用性を説いた。すなわち、ティシエによれば、「諸合意が各自、それを特徴づけ、その集合の内部で〔諸合意に〕独自性を与える異なる近因（causa proxima）を有するとしても、これら〔の諸合意〕は、同一の遠因（causa remota）により結びつけられる。単なる結びつき（un simple ciment）というよりも、これ〔遠因〕は、全体として計画された、契約上の複雑なものに関するコーズに相当する」とされる（B. Teyssié, *op.cit.*, thèse, n° 176.）。

しかしながら、このようなコーズを基礎とする学説に対しては、学説上、批判があった。学説は、主に、コーズの不存在を理由とするサンクションについて、また、コーズの捉え方について、批判をする（たとえば、参照、S.Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois 2002, art. 37505, p.355.）。

第一に、コーズの不存在を理由とするサンクションについてである。コーズが不存在であった場合、課されるべきサンクションは無効であり、遡及的効果が生ずることとなる。このようなサンクションが課されるならば、複合的な契約においては、不都合となることが多い（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 21.）。また、判例においても、たしかに無効が課される場合もあるが、契約の解約、解除または失効という、さまざまなサンクションが課されており、この点に鑑みれば、連続的消滅の基礎がコーズの不存在にあるとは言いがたいとされる（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 22.）。

第二に、コーズの捉え方についてである。複合的な契約におけるコーズ概念は、伝統的な客観的コーズ概念と乖離したものとなっている。この点は、コーズを基礎とする見解においても自覚されていた。つまり、客観的コーズ概念においては、コーズは、契約の成立要件のひとつであり、契約の成立時に問題とされるべきものであった。そして、コーズの存在が問題とされるとき、債務のコーズの有無が問題とされる、つまり、有償契約においては反対給付の有無が問題とされる。また、当事者の有する具体的な動機については、コーズの存在ではなく、コーズの合法性の評価においてのみ問題とされるものであった。これに対して複合的な契約におけるコーズが履行段階においても問題とされる点で、また、諸行為間における共通の経済的目的という動機が合法性の評価以外においても考慮される点で、伝統的な客観的コーズ概念とは乖離したものであった（S.Armani-Mekki, op.cit., n° 21.）。

また、ゲスタン（J.Ghestin）は、コーズ概念に頼る学説が引用する判例を分析し、判例の解釈の仕方としてもコーズを基礎に置く学説は誤っていると批判する（J.Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat,* LGDJ, 2006, n^os^ 934 et s.）。

（12）たとえば、不可分性による解決を主張するものとして、J.-B.Seube, *op.cit.,* thèse, n^os^ 265 et s ; J.Maury, De l'indivisibilite entre les obligations et entre les contrats, R.T.D.civ. 1994, 255 ; S.Amrani-Mekki, op.cit., Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois, 2002, art. 37505, p.355 ; J.Ghestin, *op.cit., Cause de l' engagement et validité du contrat,* n^os^ 954 et s ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat,* tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n^os^ 2612 et s.

（13）M.Cottet, *Essai critique sur théorie de l'accessoire en droit privé,* these, LGDJ, 2013, n° 440 ; S.Amrani-Mekki, op.cit., n^os^ 24 et s ; J.Ghestin, *op.cit., Cause de l'engagement et validité du contrat,* n° 960 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat,* tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2611.

（14）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat,* tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2616 ; O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article,* Lexisnexis, 2016, pp.354 et s ; F.Ghénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats,* Dalloz, 2016, n° 23.491.

（15）S.Amrani-Mekki, op.cit., n^os^ 24 et s ; J.-B.Seube, op.cit., thèse, n^os^ 405 et s ; J.Ghestin, *op.cit., Cause de l'engagement et validité du contrat,* n° 953 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat,* tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n^os^ 2618 et s ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations,* 4^e^ éd, Defrénois, 2009, n° 839.

（16）Cass.civ.1^re^, 4 avril 2006, Bull.civ.I, n° 190 ; D.2006, 2641, obs. S.Amrani-Mekki ; D.2006, 2656, note R.Boffa ; R.T.D.civ 2007, 105, obs. J.Mestre et B.Fages.

（17）R.Boffa, op.cit., note sous Cass.civ.1^re^, 4 avril 2006, 2657 et 2658.

（18）R.Boffa, op.cit., note sous Cass.civ.1^re^, 4 avril 2006, 2658.

（19）ただし、可分条項につき、それを有効であるとする破毀院判決もある（Cass.civ.1^re^., 28 octobre 2010, J.C.P.2011, 303, note C. Aubert de Vincelle ; D.2011, p.556, note D.Mazeaud ; D.2011, p.622, chron. C.Creton.）。

また、改正後の民法のもとで可分条項の効力を否定する判例の理論が維持されるかにつき、議論が分かれている（たとえば、維持されるとする学説として、参照、S.Bros, Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016, in *Libre propos sur la reforme du droit des contrats*, LexisNexis, p.93, spéc. p.95. 維持されないとする学説として、参照、O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *op.cit.*, pp.360 et 361.）。

（20）複合的な契約における連続的消滅を否定する旨の可分条項の適否については、二〇一三年に、破毀院混合部によって、これまでの判例や学説の議論とは異なる特徴を有する二つの判決が出されている（Cass.mix., 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.768 et pourvoi n° 11-22.927, D.2013, AJ 1273, obs.X.Delpech ; J.C.P.2013, 673, note Fr.Buy ; J.C.P.2013, 674, note J.-B. Seube.）。

［仏］　破毀院混合部二〇一三年五月一七日（Pourvoi n° 11-22.768.）

【事案】　YとAとの間で、Yの店に通信ネットワークサービスを導入し、広告を流す代わりに、AがYに対して毎月負担金を支払う旨の契約が締結された（広告パートナー契約）。広告パートナー契約に必要な機器について、Yは、Bとの間でリース契約を締結した。その後、Bは、当該機器をXに譲渡した。

広告パートナー契約で導入されたシステムが機能しなくなったため、YはXに対するリース料の支払いを停止した。そこで、Xは、Yのフォートに基づくリース契約の解除を通知し、その未払い金として約一〇二万ユーロの支払いを求めてYを提訴した。

原審は、Aの過失（tort）に基づくものとしてAY間の契約の解除を、次いで、XY間の契約の解除を言い渡した。そこで、Xは、本件リース契約には、本件リース契約とAY間の契約とが別個の契約である旨の条項が置かれており、原審が当該条項の適用を拒否したことは民法典一一三四条、一二一七条、および一二一八条に反するとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、「リース契約（location financière）を含む取引に組み入れられた、同時に、または続けてなされた諸契約（les contrtas concomitants ou successifs）は、相互依存的である（interdépendants）。この相互依存性と相いれない契約の条項は、書かれざるものとみなされる」と判示し、Xの破毀申立てを棄却した。

［仏］ 破毀院混合部二〇一三年五月一七日（Pourvoi n° 11-22.927.）

【事案】 Yは、Aとの間で、電子ファイルの遠隔バックアップに関する契約を締結した。そして、同契約に必要な機器につき、Yは、Bとの間でリース契約を締結した。その後、Bは、Xに対して契約上の地位を譲渡した。Yは、Aの債務不履行を理由にAY間の契約を解除する旨をAに通知し、Xに対するリース料の支払いも停止した。そこで、Xは、Yの過失に基づくリース契約の解除、未払い金の支払い、およびリース物件の返還を求めて提訴した。原審は、両当事者の共通の意図において、一方の契約の履行が他方の契約の履行に依拠していないこと、いかなる要素もリース契約中に置かれたこれらの契約を別個の契約とする旨の条項の適用を退けるものではないことなどを理由に、AY間の契約とXY間の契約とは不可分なものではないとした。これに対して、Yが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀移送。

破毀院は、「リース契約を含む取引に組み入れられた、同時に、または続けてなされた諸契約は、相互依存的である。この相互依存性と相いれない契約の条項は、書かれざるものとみなされる」と判示して、原審判決を、民法典一一三四条に鑑みて破毀し移送した。

第一および第二判決は、ある契約Aとリース契約とを相互依存的なものであると判断するにあたり、個別具体的な考慮要素を摘示して判断するという方法を採らず、抽象的に判断した点で特徴的なものであった。すなわち、両判決は、諸契約が、「リース契約を含む取引に組み入れられた、同時に、または続けてなされた諸契約」であることから、相互依存的であるとして、契約Aとリース契約とを別個のものであるとする旨の主張を認めなかった。

これらの判決の意義について、学説によれば、破毀院混合部は、①諸契約が同時に、または続けてなされたものであるということ、および②契約がリース契約を含む取引に組み入れられたものであること、という二つの客観的な要素から、諸契約の相互依存性を認めたものであると評価されている。そして、この基準というのは、本稿が検討する、不可分性の主観的な基準および客観的な基準に関する議論とは、考慮されるべき要素が異なっていると指摘する（Fr.Buy, op.cit., note sur Cass.mix., 17 mai 2013, p.1157.）。

もっとも、これらの二つの判決が出されたことにより、本稿が検討している学説の意味がなくなったのかというと、そ

うではない。第一に、本判決の射程につき、学説は、破毀院混合部が、契約がリース契約を含む取引に組み入れられたものであることを相互依存性が認められる要件として挙げていることを強調し、リース契約を含む取引に限って、両判決の射程を限定すべきだと指摘する（Fr.Buy, op.cit., note sur Cass.mix., 17 mai 2013, p.1157 ; J.-B.Seube, op.cit., note sur Cass. mix., 17 mai 2013, p.1160.）。第二に、学説のなかには、これらの判決につき、不可分性の評価に関する基準に言及しているのではなく、特定の契約類型における裁判所による強行規定をつくったに等しいと評価するものがある（Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9e éd., LGDJ, 2017, n° 839.）。第三に、後述するように、複合的な契約に関する規定である民法典新一一八六条第二項および第三項は、本稿が取り上げる学説が主張する基準にかかわる。

本稿は、複合的な契約における連続的消滅につき、性質決定の問題と無効の問題との関係に関心があるため以上を注記するにとどめ、これらの判決を含めた不可分性の基準等に関する詳細な検討は今後の課題としたい。

(21) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2618.

(22) Cass.com., 15 fevrier 2000, Bull.civ.IV, n° 29 ; JCP 2000, IV, 1590 ; RTD.civ. 2000, p.325, obs. J.Mestre et B.Fages ; JCP 2000, I, 272, obs. A. Constantin.

同判決については、契約の一般的なエコノミーに矛盾する条項の適用の拒否と一部無効とがどのような関係にあるものかという問題も重要である。もっとも、本稿は、無効原因が法律で定められた規定に反するものである場合を前提に分析を行っているため、この問題は今後の課題としたい。

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

［筆者注：二〇一六年のオルドナンスによる民法典改正によって、一一三四条がいかに変ったかについては、本稿（五）［六八巻一号］以降の当該条文を参照。以下、再掲条文については同様である。］

(24) Cass.com. 24 avril 2007, RDC 2008, p.276, obs. D.Mazeaud.

(25) G.Helleringer, *Les clauses du contrat : essai de typologie*, thèse, LGDJ, 2012, n^{os} 311 et s.

(26) C.Aubert de Vincelles, Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, RDC 2007, 983, spéc. n^{os} 3 et s.

(27) コーズ概念を連続的な消滅の基礎とする学説については、本文中ではその詳細を扱わない。この学説やそれに対する批判等については、前掲注（11）を参照。

（28）C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n° 7.
（29）Cass.com. 5 juin 2007, D.2007, 1723, obs. X.Delpech.
（30）一一三一条［再掲］「コーズがない債務、または虚偽のコーズもしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」
（31）このような解釈をするものとして、X.Delpech, op.cit. obs. sous Cass.com. 5 juin 2007, 1723.
（32）オベール・ドゥ・バンセルによれば、「不可分性」に代わり、「相互依存性」が連続的消滅を基礎づける基礎となるであろうことも指摘する（C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n° 7.）。
（33）C.Aubert de Vincelles, op.cit., Réflexions sur les ensembles contractuels, n° 8.
（34）S.Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle : Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse, Dalloz, 2007, n° 109.
（35）M.Bacache, v° Indivisibilité, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2011, n^os 10 et s ; S.Pellé, op.cit., thèse, n° 109.
（36）O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *op.cit.*, pp.355 et s ; F.Ghénedé, *op.cit.*, n^os 23.493 et s.
（37）Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n° 839.
（38）J.-B. Seube, *op.cit.*, thèse, n° 261.
（39）S.Pellé, *op.cit.*, thèse, n^os 266 et s.
（40）S.Pellé, *op.cit.*, thèse, n° 285.

第二款　不可分性概念の役割

前款で検討したとおり、たとえば、不可分性概念を通じて複合的な契約における連続的消滅の問題を検討したスーブや、相互依存性概念を通じて検討したペレは、これらの概念で考慮される当事者の意思とは、取引の目的ないしエコノ

ミーであるという。ところで、「契約のエコノミー」という意味での当事者の意思は、前節で確認したとおり、無効というサンクションの観点から不法性の範囲を画定する際などに考慮されうるものでもあった。

では、契約における特定の条項の無効の問題と複合的な契約の連続的消滅の問題において、当事者の意思が同様の内実を有することや、連続的消滅の問題が無効の場面でも生じていることから、これらの問題を共通の枠組みのもとで扱ってよいのだろうか。連続的消滅を基礎づけている概念のひとつである不可分性概念の議論を子細に検討するならば、連続的消滅の問題における当事者の意思は、無効というサンクションの観点から考慮されているものと位置づけるのは妥当でないように思われる。

このことを明らかにするために、本款では、まず、不可分性概念に関する議論をたどり、不可分性概念と無効との関係を明らかにする（一）。結論を先に述べると、私見は、この検討から、不可分性を判断するために考慮される当事者の意思を、契約の性質決定の問題に関連するものであると理解しうると考える。それでは、当事者の意思が無効というサンクションの観点から考慮されているのではなく、契約の性質決定の問題において考慮されるとすることに、どのような意味があるのか。この問いに、契約の性質決定と公序との関係を検討することで答えていこう（二）。

一　不可分性概念の位置づけ

まずは、不可分性概念が、連続的消滅の問題においてどのように位置づけられるかを検討する。この検討にあたり、ブーランジェ（J.Boulanger）とテレ（Fr.Terré）の見解の比較からはじめることにしたい。それぞれの見解の内容は後述するが、はじめに、不可分性概念における両者の見解の位置づけを確認し、その理由を示しておく。

二〇世紀中葉より以前の学説は、諸行為が不可分であると考えることを原則として否定していた(41)。このような学説に

対して、法律行為が可分または不可分であることが判例などにおいて見出されることを指摘したのは、ブーランジェであった[42]。ブーランジェは、無効と不可分性概念との関連性を示すにあたり、複合的な契約が問題となる場合のみを対象としていたわけではない。つまり、無効と不可分性との関係が問題となる場合として、ひとつの行為を特定する場合と、複数の行為が連続的に消滅する場合とを挙げる。そして、後者はさらに、契約の性質決定の問題と、無効の問題とに分けることができるという。これに対し、後者の区別に疑問を呈し、これらが単純に区別されるものではなく、ブーランジェが無効の問題だとする事柄を性質決定の問題と関連したものであると主張したのが、テレであった。

そこで、このブーランジェとテレの見解を比較し、その後の学説の議論を検討することにより、不可分性概念が複合的な契約の連続的消滅の問題においてどのように位置づけられるべきものかを考察していこう。

（一）不可分性概念と無効、性質決定との関係

複合的な契約の連続的消滅の問題において、不可分性概念は、一方で、無効の問題を解決する概念であるとされ、他方で、性質決定の問題にかかわるものであるとされる。もっとも、このように不可分性概念の位置づけが争われていることからも窺えるように、これらの違いは、一見して明白なものではない。そこで、ブーランジェの見解とテレの見解とを、やや詳細にみていくことにしよう。

(1) ブーランジェによる無効と性質決定それぞれにおける不可分性概念の役割

ブーランジェは、法律行為における不可分性概念には、①与えられた法的な行為（opération juridique）[43]を特定する（spécifier）ための不可分性と、②区別された二つの行為の関係を明らかにするための不可分性とがあることを、また、

それぞれについて無効と一定の関連性を有することを指摘する。

① 行為の特定化と不可分性概念

まず、行為を特定するための不可分性についてである。これには、行為の目的（objet）や性質（nature）に由来する場合と、当事者の意思による場合とがあるという。

第一の、行為の目的や性質に由来する不可分性が問題となる例として、相続権者の相続の承認または放棄を挙げる。相続権者が相続の承認をするか、または放棄をするかを選択するとき、相続という行為の目的から、相続人は、相続財産すべてについて承認または放棄しなければならず、部分的な選択は認められない[44]。

第二の、当事者の意思による、行為の特定化のための不可分性が問題となる例として、和解を挙げる。和解は、いくつかの別個の論点に関する合意が組み合わされて形成されうる。このとき、当事者は、さまざまな要素を切り離せないものとして和解を締結しうる一方で、切り離す自由も有している。つまり、和解において、和解の対象とされたいくつかの項目が不可分であるのは、そうすることが当事者の意思だからである。したがって、和解における不可分性は、契約の解釈の問題を想起させるものである。さらに、要素のひとつに無効原因が存する場合には、それがすべての無効をもたらすかという無効の問題にもかかわるとする[45][46]。

このように、ブーランジェは、ある行為の特定化と不可分性との関係につき、不可分性が、行為の目的や本質に由来する場合と、当事者の意思による場合とがあるとする。そして、前者の不可分性は当該行為により生ずる効果を決定するのに役立つものであるのに対して、後者の不可分性は無効の範囲を画定するのに役立つものであるとして、両者を区別した[47]。

② 複数の区別された行為と不可分性概念

不可分性と無効との関係につき、ブーランジェは、複数の区別された行為についても、不可分性を見出すことができると指摘する。そのなかには、第一に、複数の行為が法律により結びつけられ、ある独自の行為へと形成される場合と、第二に、当事者の意思により複数の行為が結びつけられ、それらが従属的なもの（subordination）となる、または相互依存的なもの（solidaire）[48]となる場合があるという[49]。

まず、複数の法的な行為が法律により結びつけられ、ある独自の法的な行為へと形成される場合についてである。この例として、贈与分割（donation-partage）を挙げる。贈与分割とは、被相続人が推定相続人に対して行う財産の無償処分と分割とを不可分なかたちで含んだ行為である恵与分割（libéralités-partages）の一種である[50]。つまり、贈与分割では、被相続人の生前に、被相続人が推定相続人らに贈与を行うだけでなく、受贈者間の分割にも関与する[51]。贈与と分割とが贈与分割であると性質決定された場合には、その一部に無効原因が存するとき、当該行為のすべてが無効になる[52]（一九七一年七月三日の法律による改正前の民法典一〇七七条[53]〔以下、単に「旧」とする。〕）。これに対して、分割のみを無効にしうるとすれば、そこでは、贈与分割という性質決定が採られていない[54]。

続いて、当事者の意思により複数の法律行為が結びつけられ、それらが従属的または相互依存的な関係にある場合についてである。この例として、破毀院民事部一九四九年一一月二二日を挙げる。

［仏55］ 破毀院民事部一九四九年一一月二二日[55]

【事案】 AとXは、ある不動産の共同所有者であった。なお、Aは、Xの推定相続人であり、Xは、禁治産の宣告を受けていた。当該不動産は、会社Yに貸与されていたのであるが、Aは、XおよびXの法定代理人に無断で、Yとの間

で、当該不動産に関する賃貸借を三〇年間更新する予約と、当該不動産を含むいくつかの財を売却する予約をした。その余の事情は明らかではないが、この二つの予約について、民法典一一三〇条第二項で禁止されている将来の相続財産に関する行為（pacte sur sucession future）に該当し無効となるか否かが争われた。(56)

第一審は、一方で、売買の予約について、AがXの推定相続人であり、Xの死後にしか不動産の所有者になりえないことをYに伝えていたことから、将来の相続財産に関する行為であるとして無効を言い渡した。他方で、賃貸借の更新の予約については、AがXの推定相続人であることをYに伝えていなかったことから有効であるとした。

原審も、目的とされる財が売買の予約と賃貸借の更新の予約とでは厳密には異なること、および賃貸借の更新の予約ではAがXの推定相続人であるとの言及がないことを理由に、賃貸借の更新の予約を有効であるとした。そこで、Xが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、これらの二つの予約がXの死によってしか実現されないこと、賃貸借の更新の目的物が売買の予約の目的物に含まれていたこと、Aが、Xの相続人の資格でのみ、売買の予約の目的物の、特に賃貸借の更新の目的物ともなっていた不動産の所有者となると認識していたことから、賃貸借の更新の予約が将来の相続財産に関する行為の特徴を有するとした。そして、原審判決を、民法典一一三〇条に違反したとして破毀し移送した。

［仏55］判決は、原審では売買の予約のみが将来の相続財産に関する行為に該当し無効となり、賃貸借の更新の予約はそれに該当せず有効であると判示されたのに対して、当該事案のもとでは賃貸借の更新の予約についても将来の相続財産に関する行為にあたり無効であるとした。なお、その判決文には「不可分」といった文言が用いられていないが、

ブーランジェは、これらの二つの予約が不可分な総体であるために無効となると指摘する。そして、ここでの不可分性は、無効の問題を解決するために用いられるものであると位置づけた(57)。

以上のように、ブーランジェは、複数の区別された行為に関する不可分性のなかには、一方で性質決定の問題の解決に向けられたものがあり、他方で無効の範囲の問題の解決に向けられたものがあるとして区別した。

③　ブーランジェの見解における不可分性の位置づけ

ブーランジェの見解の特徴として、不可分性概念が、①行為を特定するために用いられる場合と、②区別された二つの行為の関係を明らかにするために用いられる場合とに区別した点、そして、それぞれの場合において無効と不可分性との関係を見出した点を挙げることができよう。もっとも、彼の見解において、不可分性が無効の範囲を画定するために用いられる概念として位置づけられるのは、非常に限定的な場面であった。

まず、①行為を特定するために不可分性が用いられる場合のうち、不可分性が当事者の意思により生ずる場合において、ブーランジェは、これを無効の範囲の問題であるとしながらも、契約の解釈を想起させるものであると指摘していた。実際に、そこで挙げる例は、和解であり、ひとつの和解契約に含まれる内容がどこまでかを特定するにあたって、不可分性に言及していた。つまり、ここで用いられる不可分性は、何が当事者の合意したひとつの契約であったかを特定するためのものであったと解することができよう。

続いて、②区別された二つの行為の関係を明らかにするために不可分性が用いられる場合のうち、当事者の意思による不可分性が問題となる場合として、ブーランジェは、独自の性質決定が与えられない二つの行為が不可分な関係にあるか否かが問題とされる場合を挙げ、このとき、不可分性が、無効の範囲の問題を解決していると指摘した。つまり、

ここでは、ブーランジェは、無効の範囲の問題が、不可分性という概念を介し、当事者の意思を考慮して解決されると考えているといえよう。

しかしながら、不可分性という概念は、無効の範囲の問題を解決するために存在するものなのであろうか。たとえば、②区別された二つの行為の関係を明らかにするための不可分性には、二つの行為が法的に独自の行為として形成される場面があった。このとき、ブーランジェは、二つの行為が別個の行為であるか、それとも独自のひとつの行為であるかにより、無効の範囲が異なるとするものの、この問題を、行為の性質決定の問題とし、無効の範囲の問題を解決するものとはしていなかった。この問題と先の問題について、一方を性質決定の問題であるとし、他方を無効の範囲の問題であるとして区別する理由はあるのだろうか。

このような疑問に答えるために、ブーランジェがこの問題を無効の問題であるとしたことに対して批判を展開する、テレの見解をみることにしよう。

(2)　テレによる性質決定と不可分性概念との関係

テレは、ブーランジェのように不可分な複数の行為に独自の性質決定が付与される場合とそうでない場合とを性質決定の問題と無効の問題とに区別するのではなく、いずれの場合も性質決定の問題と深く関係するものであると指摘する。つまり、いずれにおいても、不可分性が、性質決定の起源となっているという(58)。

①　性質決定の帰結としての不可分性と、起源としての不可分性

テレによる性質決定と不可分性との関係を検討するにあたり、彼が、性質決定の帰結と、性質決定の起源という二つ

の場面に分け、それぞれにおいて不可分性が用いられるとすることを確認しておこう。この点は、テレにおける性質決定と不可分性概念との関係の捉え方の土台を形成しているだけでなく、その後の学説との比較をするうえでも重要となる。

さて、まずは、性質決定の帰結と不可分性との関係である。テレは、「不可分な」という形容詞それ自体が、ある性質決定の帰結になっている場面があるという。たとえば、可分債務、不可分債務の区別がそれである[59]。ここでは、可分、不可分という区別が、性質決定の帰結を示している。

これに対して、不可分性が、ある性質決定が付与される起源となる場合がある。つまり、諸要素が不可分な関係にあることによって、その結合した総体に、ある性質決定が付与される場合であり、贈与分割がその例である[60]。このとき、当事者の意思は、明らかに、性質決定の形成にかかわっているという[61]。

もっとも、不可分な諸要素の総体に対して、必ず、独自の性質決定が付与されるわけではない。たとえば、賃貸借と売買の予約とが、不可分な関係として締結されうる。それらが不可分である場合には、そのなかのひとつの要素が無効であるときに、その総体の無効がもたらされうるものの、その総体に対し、独自の性質決定が与えられるわけではない。つまり、それらの諸要素は、無効といった共通の法制度（régime juridique unique）に服するにとどまることになる[62]。

このように、不可分性によって、その総体に対してある独自の性質決定が付与される場合もあるが、独自の性質決定が付与されない場合もある。もっとも、独自の性質決定が付与されない場合であっても、不可分な諸要素は、共通の法制度に従属する。テレは、この性質決定の問題と法制度への従属という問題との関係について、たしかに理論的には区別されうる問題であるが、これらは非常に近接していると指摘する[63]。

② 独立した性質決定の付与と共通の法制度への従属との近接性

ある物の賃貸借とともに当該物に関する売買の予約が合意された場合を例に、テレは、独立した性質決定が付与される場合と、諸要素が共通の法制度へ従属する場合とが近接していることを、次のように説明する。

当事者間において、ある物の賃貸借契約とともに当該物の売買の予約が付されることがある一方で、賃貸借のみを対象とした特別法がある。たとえば、一九一八年三月九日の法律五六条では、賃貸借につき、その法的な更新が規定されていた。そして、かつての判例には、賃貸借と売買の予約とが、性質上、異なる合意であるため、一九一八年の法律で規定された賃貸借の更新が、売買の予約とは無関係であるとしたものがあった(64)。

しかし、その後、賃貸借と売買の予約とが当事者の意思において不可分なものであった場合に、それらの効力を一体的に扱う次のような判例や裁判例が現れた。

［仏56］ 破毀院予審部一九二六年四月二七日(65)

【事案】 一八九九年二月、Aは、Bに対して、一九一六年一二月三一日までを期限として不動産を賃貸した。また、Aは、賃貸借の期間中、またはその満了時に、Bに対して定められた額で当該不動産を売却するという売買の予約をした。賃貸借の期間を経過してからも、Bは、Aの同意のもとで不動産を占有し、一九一八年九月に、賃貸借の更新を求めた。さらに一九二〇年四月に、Bが、Aに対して、売買の予約を実現するよう催告したところ、売買の予約の効力が消滅しているか否かが争われることになった。

原審は、売買の履行を実現するよう命じた。これに対して、Aは、Bがいかなる資格で賃貸借期間の満了後も占有しているかを判断しておらず、売買の予約は賃貸借の満了後は存続しえないとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、当事者が賃貸借と売買の予約が全体として不可分なものと意図しており、Bが解約の申し入れを受け取ることなく賃料の支払いや不動産の使用を続けていたことから、Bが賃借人として売買の予約の実現を請求することができたことなどを理由に、原審判決に法令違背はなかったと判示した。

［仏57］　アンジェ控訴院一九四九年一一月九日(66)

【事案】　賃借人Xと賃貸人Yとの間で、家の賃貸借契約が締結された。また、Yが当該家を売却しようとする場合、Xが優先権を有する旨、XY間で売買契約が締結される場合には、その代金は、あるいは仮に競売にかけられたとすればそれによって最終的につけられるであろう代金である、あるいは終身年金である旨の合意がなされた。

Xは、家の用益を開始した後すぐに、賃貸借契約の賃料が当時定められていた適法な賃料価額を超えているとして、当該条項の無効を言い渡すよう請求した。

【判旨】　Xの請求棄却。

控訴院は、本件行為によると、Xが不動産の用益とは別の利益を受け取っていたことを、つまり、Xが売買の優先権を有しており、売買が行われた場合の代金に関する約定が、交渉し高い代金で売却する機会を所有者から奪い、賃借人を利するものであったことを確認した。そして、本件行為の報酬は、Yが合意した負担の不可分な総体に相当するものであったとして、本件では適法な賃料価額を超えていないと判示した。

諸行為が不可分であることを理由に、［仏56］判決は、更新されていない売買の予約に基づく請求を当初の賃貸借期

間の満了後であっても認め、［仏57］判決は、賃貸借に適用されるはずの規定を、諸行為を総体として捉え適用しなかった。これらの判決を踏まえ、テレは、不可分であることを理由に、その総体が共通の法制度に従属するのであり、これは独自の性質決定が付与される場合と近接しているという[67]。

さて、テレの見解の特徴として、次の二点を挙げることができよう。第一は、ブーランジェが性質決定の問題と無効の問題とに分けていた事例につき、これらを明確に区別することの難しさを指摘した点である。第二は、それを指摘するにあたり、不可分であっても独立した性質決定が付与されない諸行為の総体につき、共通の法制度への従属がなされると指摘し、それと性質決定の問題とが近接していることを説いた点である。さらに、第二の特徴においては、この近接性を説明するにあたり、無効の範囲という問題ではなく、特別法の規定の適用可否の問題などにも言及している点が興味深い。なぜなら、不可分性の問題は、無効の範囲を画定するためだけに向けられたものではなく、諸契約が不可分であることがより広範な場面に影響しうることを窺わせるからである。

（二）不可分性概念に関する近時の学説とその共通点

以上のように、テレは、別個の性質決定が付与される諸行為が不可分である場合を、性質決定の問題として解決しようと試みた。もっとも、その後の学説の議論をみるならば、テレのように不可分性概念を位置づける見解が趨勢となったわけではない。多様な見解が存在し、不可分性概念の位置づけについて混乱がみられる。しかしながら、それらの見解には、以下でみるように、ある共通の特徴を見出すことができるように思われる。

(1)　スーブによる批判

テレの見解に対しては、テレのように不可分性概念を捉えるならば、不可分性概念が曖昧なものになると批判する学説がある[68]。

たとえば、スーブは、第一に、性質決定において不可分性が何ら意義を有さないという点で、第二に、諸要素が不可分であることによって独立した性質決定が付与される場合と、独立した性質決定が付与されずに無効という共通の法制度に従属させる場合との間には、共通点を見出せないという点で、批判する。

第一の、不可分性という概念は性質決定においていかなる意義も有さないという点についてである。不可分性が性質決定の起源として役割を果たしているとき、この不可分性は、性質決定の過程においてではなく、性質決定の作業の前に置かれる。つまり、ある行為を性質決定する前に、当該行為に含まれた債権債務が別個の行為ではなく、統一的なものであることを確認する必要があるが、不可分性は、この統一性を示しているにすぎない。また、これらの債権債務が双務的である（réciproque）ことを示す際に不可分性を用いる場合、これは、コーズや牽連性（connexité）に対してオリジナリティを有するものではない。したがって、スーブは、後に検討するモウリー（J.Maury）の言説を引き、不可分性は、性質決定の過程で意義を有するものではないという[69]。すなわち、モウリーによると、「不可分性は、性質決定に対し独立した実体を有しておらず、われわれは、それらを分離することはできない。ある性質決定の基礎として結合が必要である諸要素のひとつがないということは、単に、しかし、いやおうなく、当該性質決定の採用を妨げる。要は、これらの諸要素が切り離せないとき、不可分性という概念を参照することは、決して、性質決定に固有の構造に属するものに何かを付け加えることはない[70]」。

第二の、性質決定の問題と法制度の問題との間には、共通点を見出せないという点である。性質決定が法制度への従属を要請するのであるから、両者は同列に論ずべき問題ではないという[71]。

このようにスーブは、不可分性が性質決定において問題となる概念ではないとする。その一方で、彼は、不可分性が無効の問題において意義を有することを認める。もっとも、このスーブの主張を理解するには、彼の見解の全容を把握する必要があるように思われる。

まず、スーブが不可分性をどのように説明しているかをみてみよう。スーブは、「二つの目的（objet）、一方当事者が負担する二つの債務または二つの法律行為との間の不可分な関係を認めることは、実際には、両当事者により望まれた取引の不可分性に起因する」[72]という。つまり、彼によると、「取引」とは、当事者によって追求された経済的目的のことであり、これを達成するために、当事者は自由に法律行為を道具として用いる。このとき、取引の特徴が、それを実現する道具に影響を及ぼす。取引が不可分なものであれば、この不可分性が、それを実現する法的道具にも影響を及ぼすのである。したがって、取引の不可分性は、取引が全体として実現されることを求めることになる[73]。

そして、スーブは、このような不可分性が有する影響（influence）として、無効や履行の場面に言及する[74]。つまり、スーブの見解においても、不可分性とは、無効の範囲という特定の問題を解決するための概念ではない。実際、諸要素が不可分な関係であることは、契約の履行の場面で、契約の内容や履行方法[75]に、不履行の場面で、解除の範囲に影響を与える[76]。また、無効への影響についても、そこでスーブが論じるのは、諸要素のうちのひとつの無効が、不可分な総体に影響するという問題だけではない[77]。つまり、不可分性概念の無効への影響として、個別の行為としては有効であってもそれらが不可分であることによってその全体が不法なものとなる場合や[78]、その総体のうちのひとつが個別の行為としては無効であるものの他と不可分な関係にあることにより有効となる場合を論じる[79]。

以上のスーブの見解の全容をみるならば、不可分であるか否かというのは、当事者が取引によって追求した目的の実現のために諸行為の全体を必要なものとして考えていたか否かであり、この当事者の意思が無効や履行といった場面で

影響を与えているにすぎないと理解することができよう。このように、当事者の意思により諸行為を不可分なものとして考えるという段階と、それが影響を及ぼす場面とを区別するという理解は、表現の違いこそあれ、そのほかの学説でもみられる。これを確認するために、モウリーと、マルマユ（J.-M. Marmayou）の見解をみていこう。

(2)　モウリーによる「総体」と不可分性

時系列が前後するが、スーブにも引用されていたモウリーの見解をみる[80]。モウリーは、その総体に独立した性質決定が付与されず、別個の行為の間で不可分性が問題となる場合、この不可分性は性質決定の起源として問題となるわけではないと指摘する。しかし、ここで注意を要するのは、モウリーが、不可分性とは別に、「不可分な総体（ensembles indivisibles）」という性質決定の存在を指摘していることである。

モウリーは、テレが不可分性と性質決定との間で見出した二つの段階を踏まえ、性質決定の起源としての不可分性に独自性はなく、性質決定の帰結に際してのみ不可分性が意義を有するという。ただし、それぞれで想定される事例が、テレとは異なっている。

まず、性質決定の起源としての不可分性が問題となる場合である。その例として、贈与分割や信用貸借（crédit-bail）[81]を挙げ、これらの性質決定をするにあたっては、贈与と分割といった諸要素の結合が必要であり、そのひとつを欠く場合には、当該性質決定を採ることができない。この意味で、不可分性は、性質決定の構造を示すものでしかない[82]。つまり、ここでモウリーは、テレが性質決定の起源として挙げた事例のうち、不可分な総体に独立の性質決定が付与される場合のみを例として挙げ、不可分性は、性質決定の構造を示しているにすぎないためにその独自性はないと説明する。

これに対し、テレによると性質決定の起源として扱われていた、独立した性質決定が付与されず共通の法制度に従属する事例について、モウリーは、テレとは異なる説明を与える。つまり、モウリーは、たとえば賃貸借と売買の予約との間の不可分性や、ガソリンの提供と減摩剤の提供との間における不可分性を、性質決定の帰結としての不可分性であるという。なぜ、この不可分性を性質決定の帰結として位置づけるのか。モウリーは、次のように述べる。

「ある総体に与えられる不可分性という性質決定は、定められたかれこれの法的カテゴリーへの分類をもたらすのではなく、ある独自のカテゴリー、つまり不可分な総体というカテゴリーへの分類をもたらす。……法制度の適用は、あらゆる性質決定の帰結であるから、この〔不可分な総体という〕カテゴリーへの帰属は、それに固有の制度を要求する。この制度というのは、ひとつの制度、つまり原則として総体という性質決定に相応する状況〔がひとつであるというの〕ではなく、この不可分性という性質決定の対象となっている総体の諸要素に部分的に共通した制度である……。」(83)

この言説から、モウリーが不可分性を性質決定の帰結であると位置づける理由を次のように理解することが可能であろう。

まず、ある独自の性質決定が付与されない場合、その総体に含まれるそれぞれの要素には、個別の性質決定が付与されうる。この各要素に個別の性質決定が、モウリーのいう「性質決定の帰結」、「性質決定の起源」という表現における「性質決定」が指している内容であろう。それに対し、「不可分な総体」という性質決定は、以上の厳格な意味での性質決定とは同列に扱われていないように思われる。というのも、個別の性質決定を有する諸契約が不可分であるとき、そ

れぞれの性質決定が与えられた契約に適用される規定が、必ずしもそれらが不可分であることによって適用が否定されるわけではないと指摘しているからである。[84]

もっとも、モウリーによって性質決定の帰結として位置づけられた不可分性は、性質決定としての役割を完全に失っていないように思われる。モウリーは、不可分性の意義につき、「この〔不可分性という〕性質決定は、両当事者がその帰趨を結びつけようと欲した諸要素が自立性を失うということを示している。……それぞれの構成要素が固有の構造や規定を保持しながら、不可分性という性質決定がもたらす制度に共通のものとして確認されるのは、単に、総体の構成要素の無効や解除〔の拡張〕だけではなく、全体として理解された、構成要素の帰趨である」[85]という。この指摘を踏まえると、個別の性質決定が付与されるわけではないという意味では、不可分性は、個別の性質決定に影響するものではない。しかし、この個別の性質決定の後に、不可分な総体という性質決定がなされる場合には、その総体が、消滅し、または存続することになる。モウリーの見解を、このように理解することが可能であるように思われる。

(3) マルマユによる「連結のための枠契約」という性質決定とその役割

最後に、マルマユの見解をみることにしよう。[86]

マルマユは、まず、二当事者間の合意に含まれた契約の個数に着目をし、それを明確にすべしと指摘する。その理由として、たとえば、マルマユによると、当事者が追求する目的に対して自由に用いることのできる方法の範囲であれば、ある目的の実現にあたり複数の契約に分けることも、反対に、複数の目的の実現を一つの契約で行うことも可能である。つまり、当事者には契約を単一とするか、または複数とするかについて一定の自由があり、当事者は、可能な範囲で、性質決定に影響を及ぼすことができる。それゆえ、適用される法律について選択することができるので

ある。[87] たとえば、居住の用に供する不動産の賃貸借契約については、一九八九年七月六日の法律が、契約期間の下限を三年と定め（一〇条第一項）、黙示の更新を認める（同条第二項）。もっとも、家具付き賃貸借は、同法の適用を受けず（二条第二項）、民法典一七五八条によって規律され、年、月または日を単位として契約期間が定められることになる。このとき、貸主が賃貸借の対象物をすぐに取り戻す可能性を残しておきたいのであれば、契約を単一とする、つまり家具付き賃貸借契約とすることが望まれる。それ対し、貸主が借主に対し安定した居住を提供しようとするのであれば、契約を複数とする、つまり不動産に関する居住用賃貸借契約に、それとは区別された家具の賃貸借契約を伴わせることが望まれるという。[88]

では、契約の個数という観点から、マルマユが、複数の行為が不可分な関係にあり、それに対して独自の性質決定が付与されない場合をどのように扱っているかを確認するならば、契約が複数あるとしながらも、次のように整理する。

契約が複数ある場合であっても、それらが、ある一つの目的を実現するために関係づけられていることがある。マルマユによると、このとき、当事者は、個別の契約を締結するだけでなく、それらの契約の間に「連結のための枠契約（contrat-cadre de liaison）」[89]を選択しているのだという。[90] この連結のための枠契約は、不可分性を含む、広い場面を想定して用いられている。つまり、連結のための枠契約は、次の三つの諸契約間の関係をその目的（objet）とする。第一は、ある契約の債務の発生が他の契約の成立を条件としている場合のように、条件関係にある場合である。第二は、諸契約が一方的な依存関係にある場合である。そして第三は、諸契約が相互に依存している場合、つまり不可分な関係にある場合である。[91]

このように「連結のための枠契約」という概念は、不可分性概念を含んだ、より広い概念であり、先の三つの場合に共通の事柄が論じられていることに注意を要する。もっとも、本稿の関心からは、マルマユが、「連結のための枠契約」

という概念をどのように位置づけているかが重要である。この点を明らかにしていこう。

マルマユによると、当事者は、意思自治の原理および契約自由の原則により、複数の契約を結びつけることも、そうしないことも可能である。複数の契約を結びつけることにより、連結した契約が消滅の場面などで自律したものではなくなるという効果が生ずるため、黙示的にであれ、契約間の連結に関する当事者の意思の合致が必要である[92]。マルマユは、この諸契約を連結させる合意のことを「連結のための枠契約」と呼び、他の契約と同様、その有効性が問題となるとする[93]。つまり、連結のための枠契約に関する同意に瑕疵がないことが必要であり[94]、また、連結のための枠契約は、公序による制限を受ける[95]。さらに、連結のための枠契約それ自体の目的やコーズが問題となる。連結のための枠契約の位置づけは、連結のための枠契約におけるコーズに関する判例と、それに対するマルマユの理解から見出すことができる。

たとえば、売買契約において、形式的にはある物に対する代金が設定されているが、代金を欠いているに等しいものであったとする。このような売買契約は、学説や判例によると、コーズまたは目的を欠くなどを理由に無効となる[96][97]。しかし、当該売買契約においては一方の反対給付を欠くに等しい場合であっても、それと当事者によって結びつけられた他の契約に当該売買契約の反対給付を見出せる場合には、その総体は、無効ではない[98]。コーズまたは目的が、個別の契約ではなく、その総体において評価されているのである。ここで、マルマユによると、法律行為の性質決定がコーズと目的により基礎づけられることからも[99]、連結としての枠契約におけるコーズや目的に関するコントロールは、総体としての取引という性質決定によってなされていると指摘できるのだという[100]。

つまり、マルマユは、諸契約を総体として認識することを、新しい種類の性質決定として位置づける[101]。連結のための枠契約という性質決定は、たしかに売買契約や賃貸借契約といった性質決定と同等ではないとしながらも、この性質決定が、当事者が諸契約を連結させることによって望む諸効果を、つまり、関係する契約の発生や消滅についての諸効果

を生じさせるとする。[102] このように、マルマユの見解においては、不可分性を含んだ「連結のための枠契約」という、取引を総体として把握するための性質決定が必要であると説かれているのである。

（三）各見解に共通の特徴

不可分性概念に関する学説の議論は、以上で検討してきたように多様である。しかし、これらの各見解からは、次のような共通の特徴を指摘することができよう。

不可分性概念は、非常に広範な場面でその影響が指摘されているものの、それ自体は、諸契約を結びつけ、合意を総体として扱うための概念であったといえる。

たしかに、諸契約の総体に対して独立した性質決定が付与されるわけではないため、これは、通常の契約の性質決定と同様のものではない。したがって、学説のなかには、不可分性概念を性質決定の問題として位置づけることに否定的なものがあった。しかし、厳格な意味での性質決定ではないにせよ、諸契約が不可分な総体であることによって、無効の問題に対する影響のみにならず、法律の適用の可否や合意の解釈、解除の問題など、多くの場面で影響が生じることが確認されていた。つまり、不可分性概念は、無効の範囲に関する問題を解決するために向けられた概念ではない。

以上の特徴を踏まえれば、モウリーの見解から見出すことができたように、また、テレやマルマユが指摘するように、諸契約を不可分な総体として捉えることは、通常の契約の性質決定ではないにせよ、性質決定の作業に近いものであるといえるように思われる。

ところで、結局のところ、不可分な総体であるという性質決定が無効の範囲に影響を及ぼすのだから、無効の問題として捉えてもよいのではないかという疑問も生じよう。その一方で、特に公序との関係が論じられる際、ある性質決定

が与えられた行為に対する公序の問題と、ある性質決定を採用することの可否に対する公序の問題は、学説によると異なるものであると指摘されており、後者の場面では無効との相違が見出されるように思われる。そこで、本節の最後に、この問題を検討し、複合的な契約における連続的消滅の無効の問題を、無効というサンクションの問題として扱うことの是非を明らかにする。

二　性質決定の選択に対する公序の影響

契約と公序との関係が問題とされるとき、一般的にここで想定されるのは、ある性質決定が付与された行為に、公序に関する規定に違反した約定が含まれている場面である。たとえば、マロリー（Ph.Malaurie）によると、「公序の発動は、法律行為の性質決定に本質的に依存している」[103]、法律行為の有効性を評価する前提として「判事は、行為の法的性質を決定する」[104]のだという。

しかしながら、複合的な契約といった複雑な契約関係を前にすると、性質決定をした後に公序に関する規定が問題となるというように、厳格に時系列で捉えることができなくなる。テレは、性質決定の選択と公序との関係を論ずる際に、マルマユは、契約の個数の選択と公序との関係を論ずる際に、その旨を指摘する。そこで、以下では、性質決定の選択に対する公序の影響は、公序に関する規定の適用とどのように異なるか、次いで、無効というサンクションといかなる点で異なるかを検討していこう。これらの検討は、複合的な契約や不可分性概念それ自体の検討ではないが、複合的契約における連続的消滅の問題を、無効というサンクションの問題としてではなく、性質決定のレベルで議論をすることの意義を明らかにするうえで重要な作業となろう。

（二）性質決定の選択に対する公序の影響と、公序に関する規定の適用との区別

先に指摘したとおり、マロリーによると、公序に関する規定の適用の前段階として、性質決定は位置づけられていた。そして、公序に関する規定は、性質決定の後でのみ、その適用というかたちで作用することになる。

しかしながら、テレやマルマユは、当事者によって採用された性質決定それ自体に対しても公序が影響する場合があると指摘する。

(1)　テレの見解

テレによると、ある契約の性質決定を選択するならば公序に関する規定の適用がある場合、当該規定の適用を回避するために、当事者は、合意に対して、他の有名契約の性質決定を、または無名契約という性質決定を選択することがある[105]。もっとも、このような性質決定が必ずしも許容されるわけではなく、テレは、性質決定の選択にあたって当該規定が影響を及ぼすという[106]。つまり、当事者が選択した性質決定が当該規定の詐害（fraude）[107]に基づくものである場合、当該性質決定は認められない。いかなる場合に詐害と評価されるかは後にみることにし、ここでは、性質決定に対する公序の影響を、具体例をもとに確認していこう。

当事者が公序に関する規定の適用を回避するために別の性質決定を付与しようとする例として、暴利（usure）の規制が挙げられる。

一八〇七年九月三日の法律によると、一方で、民事では五パーセント、商事では六パーセントを超える利率が暴利であるとされていた。他方で、同法の適用対象は貸借（prêt）であった。そこで、契約を締結しようとする者によって、他の性質決定を用いることで、暴利の貸借を隠そうと試みられることがあった。

たとえば、破毀院民事部一八九九年三月一三日（不動産の売買において、代金の支払いが複数回に分けられ、二回目以降に支払う代金に、一八〇七年の法律で定められた利率を超える利息が付されていたという事案である。）は、当該不動産売買に一八〇七年の法律が適用されるか否かにつき、一八〇七年の法律の諸規定は「代金が複数の履行期で支払われる売買契約において約定された利息に拡張しえない」と判示した[108]。また、破毀院民事部一八九七年三月八日（銀行が貸付けにあたって利息とは別に手数料を受け取っており、この手数料が利息に含まれるか否かが争われた事案である。）は、金銭の消費貸貸契約において貸主が利息のほかに手数料を受領していた場合、当該手数料が現実になされたサービスによるものか、その額がなされたサービスに比例したものかを探求しなければならないと判示した[109]。これらの判決につき、テレは、たとえば貸借を隠すために売買契約を締結した、利息を隠すために手数料を受け取っていたなど、詐害に基づく偽装がなされていた場合には一八〇七年の法律が適用されうるが、現実に売買契約があったといえる、またはサービスがなされたといえる場合などでは同法律は適用されないと評価する[110]。

当事者が採用する性質決定により公序に関する規定の適用を回避する可能性は、無名契約という性質決定によっても生ずる。テレによれば、これは、農業賃貸借法（statut des baux ruraux）からよく理解できるという。

農業賃貸借法は、一九四五年一〇月一七日のオルドナンスによって制定された[111]。同法は、定額小作賃貸借（bail à ferme）と分益小作賃貸借（bail à métayage）について規定し、その規定の多くが公序に関するものであった。そこで、当事者が同法の適用を回避するために無名契約として契約を締結することが可能か否かが問題とされた。たとえば、サヴァティエ（R.Savatier）は、「〔一九四五年のオルドナンスが〕定額小作賃貸借と分益小作賃貸借という二つの種類の契約を規制しているため、現行の立法が、厳格に、特定の条項を含んだ他の契約をつくることを禁じていると認めることは不可能である[112]」という。しかし、彼はまた、「強行規定である農業賃貸借法の諸規定は、これらの規定を回避する

ために、法定されたいかなる類型にも属さない契約を練り上げるという非常にたやすい詐害を認めない」[113]と指摘する。

テレも、細部には違いがあるものの、サヴァティエと同様の主張をする[114]。つまり、当事者の合意内容と近い契約類型が強行規定によって規律されているという事実は、無名契約を排斥するのに十分ではないとしながらも、無名契約は、類似の契約類型を規律する強行規定に対する詐害がないことを一つの条件として認められなければならない。そして、判例もこのような立場にあると評価する[115]。たとえば、一方で、破毀院社会部一九五三年七月二日では、放牧に関する契約につき、原審判決が定額小作賃貸借ではないとして同数裁判所(juridiction paritaire)の管轄権を否定したのに対して、破毀院は、当該契約が農業賃貸借法に従属するか否かを問わず、農業の財に関する賃貸借であれば管轄権を有するとした[116]。つまり、農業に関する賃貸借のなかに、定額小作賃貸借でも分益小作賃貸借でもない、無名契約を認めた。他方で、破毀院社会部一九五二年一二月一九日では、原審判決が、農業賃貸借法の規律に服さない、既存の契約類型とは異なる農業開発契約（contrat d'exploitation agricole sui generis）が締結されたと判示したのに対し、破毀院は、当事者が付与した呼称が何であれ事実審判事には契約の本当の特徴を見出す義務があるとし、原審判決の評価を誤りだとした[117]。これらの判決からは、事案によって、農業賃貸借法の対象とならない無名契約を認める場合がある一方で、当事者によって無名契約として締結された契約のすべてが同法の適用を回避しうるわけではないことがわかる。

このように、テレは、公序に関する規定に鑑みて、当事者は合意に対して自由に性質決定を付与することができるわけではないと指摘した。

(2)　マルマユの見解

マルマユは、契約の個数という文脈においてであるが、テレと同様の指摘をする。つまり、ある性質決定を採用し公

序に関する規定が適用されるのを避けるために、あるいは契約をまとめて一つにし、あるいは契約を複数に分けることが考えられる。このとき、この契約の個数に関する当事者の選択が公序に関する規定に対する詐害に基づく場合には、判事による性質決定それ自体への介入が生ずる。(118)

すなわち、当事者によれば一つの行為として、または別個の行為であるが不可分に結びつけられたものとして捉えられている場合であっても、それが特定の契約類型や諸行為の総体に含まれた一つの契約に向けられた公序に関する規定に対する詐害に基づく場合には、判事は、それを複数の契約として性質決定する。その最たる例は仮装行為（simulation）に関する事案である。(119) たとえば、破毀院民事部一九五五年七月四日（売買契約を締結すると同時に、本当の売買代金を隠すために秘匿行為として売主から買主に対する融資を行っていた事案で、売主が融資の債権者として買主が行った不動産の処分に対し詐害行為取消権を行使したところ、融資が有効か否かが争われた。）は、秘匿行為である融資は一九一二年二月二七日の法律により禁止され無効である一方で、表見行為である売買契約には無効原因がないとし、売主には貸主たる資格がないとした原審判決を正当であったとした。(120)

また、判事が、当事者によれば複数の契約としてそれぞれに性質決定が付与されている行為につき、それが公序に関する規定に対する詐害に基づく場合には、それらを一つの行為と再性質決定する。その例として、マルマユは、動産の売買と不動産の売買が将来の相続財産に関する行為に該当するか否かが争われた破毀院民事部一九六三年一一月二七日を挙げる。

［仏58］ 破毀院民事部一九六三年一一月二七日(121)

【事案】 Aが、Yに対して、所有していた家と備え付けられた動産について、用益権を自身に残して虚有権（nue-

propriété）を売却した。代金は、家につき三〇万フラン、動産につき一六万フラン、そのほかに終身年金として九万六〇〇〇フランとされた。なお、契約書には、契約の目的として「売主の死亡時に、いかなる抗弁も留保もなく存在するすべてのもの」が対象となると約定されていた。Aの死後、相続人Xは、この合意が将来の相続財産に関する行為であるとして無効を言い渡すよう請求した。

原審がXの請求を認めたところ、Yは、動産の売買と不動産の売買とは区別された契約であり、動産の売買については将来の相続財産に関する行為として無効であっても、不動産の売買についてはそれに該当しないことなどを理由に破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、全体として計画された契約の目的がAの死亡時に存在する物であったことから、原審判決が将来の相続に関する行為であるとしたのは正当であったと判示した。

マルマユは、このような場合には、規定されたサンクションを根拠づけるのに適した性質決定を採用しているのだと説明する(122)。もっとも、マルマユの説明は抽象的なものにとどまり、［仏58］判決を例に挙げてはいるが、その解説がなされているわけではない。そこで、以上の説明を踏まえ同判決を整理するならば、次のようにいうことができよう。まず、将来の相続財産に関する行為が禁止される旨を規定した民法典一一三〇条第二項に照らし、判事は、当該事案で当事者が別個の契約だと選択することが詐害に基づくものか否かを評価し、これを一つの、または不可分な売買契約であるという再性質決定をした。次に、再性質決定によって一つの、または不可分な売買契約とされた合意が、一一三〇条第二項の適用によって無効となった。このように二つのレベルに分けて考えることができるように思われる。

このような理解は、公序に関する規定に鑑みて当事者が選択した性質決定が詐害に基づくと評価される場合において、必ずしも無効といったサンクションが生ずるわけではないというマルマユの指摘からも窺えよう。例として、当時の労働法典L．一二二－三－一〇条第一項により[123]、連続して締結された期間の定めのある労働契約が、期間の定めのない一つの契約に再性質決定されることがある。これは法定の再性質決定という点でこれまでの事例とは異なるが、ここでは、再性質決定のみが行われ、無効などの他のサンクションを伴わない点に特徴がある[124]。つまり、再性質決定それ自体が、意味を有するのである。

以上のように、マルマユは、当事者による契約の個数の選択が公序の規定に対する詐害にあたる場合には、判事が契約の個数の選択に介入し、再性質決定を行うのだと指摘した。

このように、テレやマルマユの指摘によれば、公序に関する規定の適用を回避するための性質決定が当事者によって選択されたという場面では、公序に関する規定の適用の場面と異なり、当該規定に対する詐害があったか否かを問題としていた。このようなテストは、無効というサンクションにおいては行われていなかったものである。最後に、テレやマルマユが、いかなる場合に詐害となると評価しているかを概観し、その特徴を明らかにしていきたい。

（二）性質決定における公序に関する規定への詐害

先に検討したように、当事者による性質決定の選択に対し公序が影響するかという場面では、それが公序に関する規定への詐害にあたるか否かが問題とされていた。性質決定の問題と、無効というサンクションの問題とを区別すべき理由として、以下では、先送りしていた問題に立ち戻り、いかなる場合に公序に関する規定への詐害にあたるかに関する判断基準の特徴の析出を試みる。

(1)　テレによる無名契約とその基準

テレは、いかなる場合に当事者の選択した性質決定が公序に関する規定への詐害にあたるかを直接に扱ってはいない。しかし、テレは、無名契約について論じる際、当事者が無名契約という性質決定を選択するには、いくつかの条件が必要であると指摘しており、参考になろう。

まず、法が、明確に当事者がある性質決定の選択をする権限を制限する場合がある。たとえば、民法典八九三条は、財を無償で処分する方法につき、生存者間での贈与、または遺贈によってのみ可能である旨を規定する。したがって、同条により、死因贈与は禁止される[125]。また、条文によって明確に選択可能な性質決定が定められていなくとも、類似の性質決定に関する規定が、当事者による無名契約という性質決定の選択を妨げる場合もある。先に確認をした、農業賃貸借法に関するものが、その例である。

続いて、無名契約であるというためには、法律または判例によって是認されている契約類型に比して、当事者による合意が新しいものである必要があるという[126]。テレは、裁判例によって無名契約と性質決定されている展示契約（contrat d'exposition）をもとに、いかなる場合に無名契約とされるかを指摘した。展示契約とは、次のようなものである。ある芸術家が、非営利社団に対して作品を展示するよう依頼する。非営利社団は、展示品を保管し管理する義務を負う。リジュー民事裁判所一九二九年二月二六日は、このような展示契約が賃貸借か否かが争われた際、当該契約では、委任、寄託、貸借が一度になされ、その目的も物の場所の提供（logement de la chose）ではないことから、作品の賃貸借ではない特殊な契約であると判示した[127]。テレは、このような裁判例から、複数の既存の契約類型に関する規定をそれぞれの約定に適用すると契約の統一性や契約当事者の意思が害される場合には、無名契約という性質決定がなされると指摘する[128]。

以上のように、テレは、ある合意を無名契約と性質決定しうるための諸条件を挙げた。無名契約という性質決定が可能であるというためには、公序に関する規定の影響のほかに、既存の契約類型との関係を指摘していた点が興味深い。公序に関する規定から直截に、当事者による性質決定の選択の認否を判断できるわけではないことを示しているからである。

(2) マルマユによる契約の個数の選択とその正当性

マルマユの見解に移ろう。マルマユによると、当事者は、必ずしも、公序に関する規定の適用を回避しようという動機のみから、契約を単一に、または複数にしてその内容を複雑にするわけではない。強行規定の適用の回避とは別の利益を考慮して選択していることもある。そこで、判事は、一方で、当事者が当該規定の適用の回避を唯一の目的として契約の個数を選択している場合には、当事者の詐害の意図を確認しなければならず、他方で、当事者が当該規定の適用の回避とは区別された利益により契約の個数を選択し、かつ、その利益が正当なものであれば、当事者の選択を認めるのだという[129]。具体例をもとに、マルマユの主張を確認していこう。

まず、買戻特約付きの売買と賃貸借契約とが二当事者間で締結された場合をみる。つまり、一方で、買主が売主から、買戻特約付きの物を取得し、他方で、売主は、買主との間でその物の賃貸借契約を締結し、それを使用する。これらの契約の組み合わせは、いかなる強行規定も侵害しない。しかし、マルマユは、場合によっては、これらの契約が暴利に関する強行規定への詐害と評価されることがあると指摘する。たとえば、次のようなケースを挙げる。一方で、買主が通常の価格で売主から物を購入し、他方で、売主がその物を使用するにあたりかなりの賃料を買主に支払い、かつ、買戻しの際には売買代金の少なくとも同額を支払わなければならないとする。このとき、このような契約の組み合わせそ

れ自体を規制する規定がない。しかし、これらは、暴利に関する規定への詐害を認めるのに十分であり、性質決定の段階で、これらを一つの貸借であると再性質決定しなければならないという[130]。

次に、出版社による連続した売買（vente par série）のケースをみる。出版社と消費者との間で、一方で、通常よりも安価な代金で一セットの本やカセット等の売買がなされ、他方で、消費者が、一定の期間の経過後、通常よりも高額な代金で、指定された数の本やカセット等を購入する義務を負うという合意が、実務においてしばしば行われている。このとき、この合意を一つの契約とみるならば、消費法典Ｌ．一二二－一一条第二項により禁止されている抱き合わせ販売に該当する[131]。その一方で、この合意を複数の契約とみるならば、第一の売買が、競争を制限する行為として商法典Ｌ．四四二－二条により禁止されている投げ売り（vente à perte）に該当する[132][133]。しかし、このような合意の有効性が争われた際、ヴェルサイユ控訴院一九九三年五月二七日は、それを有効とした。

［仏59］　ヴェルサイユ控訴院一九九三年五月二七日[134]

【事案】　Ａとビデオクラブｂとの間で、Ａが、通常よりも安い価格で二つのカセットを購入し、その後、二年の間に、他に六つのカセットを購入するという契約が締結された。これが投げ売りに該当するか否かが争われた。

【判旨】　（不明）

控訴院は、これらの取引の不可分性に鑑みて、投げ売りがあったとは認められないと判示した。そして、本件取引では、八つのカセットの売買がなされており、二年間で行われたこの一つの取引（opération unique）において、八つのカセットの売買代金がこれらの製品の価格よりも廉価であったとの証明も主張もされていないとした。

［仏59］判決に対するマルマユの評価を、性質決定の問題と、それと公序に関する規定との関係に分けてみていこう。

まず、性質決定についてである。マルマユによると、［仏59］判決は、当事者によってなされた合意を、一つの売買と性質決定せず、したがって抱き合わせ販売に該当するとはしなかった。また、その合意を、複数の売買であると完全に区別し、第一の売買を投げ売りに該当するともしなかった。つまり、同判決はその合意を「一つの取引（opération unique）」という文言で表しているが、これは、諸契約が不可分であることを示しており、このことが、投げ売りに関する規定の適用の回避を可能にしているという[135]。要するに、諸契約の不可分な総体という性質決定は、一つの売買契約という性質決定とも、また、複数の売買契約という性質決定とも異なるものであり、抱き合わせ販売にも、投げ売りにも該当しない。

次に、公序に関する規定の適用を回避する以上の性質決定を採ることがなぜ認められるかである。マルマユによると、「アプリオリには投げ売りがあったであろうが、しかし、そこでは競争に対する制限が問題となりえなかった。これは、通信販売で用いられる一般的なやり方であり、カセットの売買に関する一般的な販路を侵害するものではない[136]」。したがって、同判決が本件取引を有効としたのは正当であったとした。

以上のように、マルマユは、当事者によって選択された契約の個数に対し、それが公序に関する規定の適用を回避しようという詐害の意図のみから選択された場合には、再性質決定を必要とすると指摘した。それに対して、当該規定の目的を害することがなく、経済的な便宜さといった正当な利益が存する場合には、当事者による選択を是認すべしとした。

（三）小括

以上では、当事者による性質決定の選択に対する公序の影響をみてきた。テレやマルマユによると、この問題は、無

効というサンクションとは異なる特徴を有していたといえよう。すなわち、当事者による性質決定の選択に対して、別の契約類型に向けられた公序に関する規定が影響を及ぼすと判断される場合というのは、当事者による当該規定の適用を回避しようという意図を、つまり当該規定に対する詐害の意図を見出せる場合であると指摘されていた。無効においては、客観的なサンクションとしての性格から、このような詐害の意図が必要とされていなかったことは、前章でみたとおりである。

それでは、なぜ、公序に関する規定への詐害の意図の有無というテストを必要とするのか。マルマユは、その理由につき、サレイユ（R.Saleilles）の言説を引用し、説明する[137]。すなわち、「ローマ法、イギリス法、その他あらゆるところにおいて、すべての法的な進化は、法律を免れるための変形、偽装、フィクションによって作り出されてきた[138]」。そして、マルマユは、当事者による契約の個数の選択が公序に関する規定の適用を回避する目的だけによるのであれば詐害の意図が認められるのに対し、それとは異なる正当な利益によるのであればそれは当事者に認められた権限であるとしたのである。この理由からも、性質決定の選択に対する公序の影響という問題は、公序に関する規定の違反による無効が問題となる場面とは異なる状況を想定しており、無効というサンクションの問題とは性格を異にしているといえよう。

三　小括

本款では、複合的な契約における連続的消滅の問題を、契約における特定の条項の無効の問題と同様の枠組みで捉えてよいかを検討するために、第一に、不可分性概念で考慮されている当事者の意思が性質決定の問題において役割を果たしていると考えられることを、第二に、性質決定の問題に対する公序の影響に関する議論に鑑みると、性質決定の問題と無効というサンクションの問題とは区別して論ずべきことを明らかにした。

まず、不可分性概念における当事者の意思の役割を振り返ろう。不可分性概念を論ずる学説のなかには、無効の範囲の問題を解決するために当事者の意思による不可分性が考慮されると指摘するものがあった。しかし、各学説を子細に検討するならば、当事者の意思による不可分性それ自体は、諸契約を結びつけ、合意を総体として扱うための概念であった。そして、その影響が、無効のほか、契約の解釈や規定の適用の可否、解除など幅広い場面で生じていた。いくつかの学説によれば、このように合意を総体として扱い、その総体に対して共通の制度に従属させるという作用は、性質決定と近いものであることが指摘されていた。つまり、当事者の意思によって、合意に対し、不可分な総体という性質決定が与えられていた、または、この不可分な総体は、厳密には性質決定でなくとも、それに近い位置づけにあった。

次に、不可分な総体というのが、無効の範囲を解決するためではなく、性質決定またはそれに近いものであると指摘することがいかなる意義を有するかについて、性質決定に対する公序の影響に関する議論をもとに検討した。テレやマルマユによると、性質決定に対する公序の影響という問題は、公序に関する規定の適用の問題とは区別される。そのように指摘する理由として、当事者が選択した性質決定に対して、別の性質決定に向けられた公序に関する規定が影響を及ぼすと判断するには、詐害の意図を必要としていたという点を挙げることができた。つまり、彼らは、当事者により選択された性質決定が認められるかを判断する際には、公序に関する規定の適用を回避するほかに当事者が当該性質決定を選択したことにつき正当な利益があるか否かや、既存の契約類型の異同などが考慮されると指摘しており、これらは、公序に関する規定の違反が問題となる場合とは異なる要素である。そして、これらの要素が考慮されるのは、当事者には、原則として既存の契約類型とは異なる契約を創出する自由があるからだといえよう。

（41）複合的な契約における無効の範囲を画定するにあたって不可分性概念が影響していることが指摘されるようになったのは、およそ一九五〇年前後のことであった。法律行為の分野でも不可分性概念が意義を有することが学説で定着するにあたって、本文で取り上げるブーランジェの見解が大きな影響を与えた。それ以前の学説においては、複合的な契約のひとつが無効であるとき、たとえそれらの間に密接な関係があるとしても、それらが独立の性質決定を付与されるものであれば、他の行為は依然として有効なままであるとされていた。

たとえば、ドゥモンテ（Demontés）は、賃貸借契約（bail à loyer）の特徴を考察する論稿のなかで、一九三二年の破毀院判決を例に挙げ、複数の行為それぞれに対し独立した性質決定が与えられうる合意が当事者間で経済的にはひとつの取引であると考えられる場合について言及し、諸契約間相互の影響を否定する（Demontés, Quels sont les contrats ayant le caractère de baux à loyer?, Rev.crit. lég. jur. 1934, p.13 et s.）。

［仏］　破毀院民事部一九三二年七月二八日（Cass.civ., 28 juillet 1932, S.1933, I, 20 ; D.H. 1932, 522.）

【事案】　鉱山開発会社（société minière）Yが、Xに対して、スラグの山を使用する権利（droit d'exploiter des crassiers）を譲渡すると同時に、その利用のための工場に必要な土地を賃貸した。前者の契約については、スラグから抽出された物質やその他の得られた利益に応じて使用料がXからYに支払われ、後者の契約については、定められた賃料を毎年支払うことが合意されていた。両契約の期間は、五年であった。期間の満了にあたり、Xが両契約を更新しようとしたところ、Yがこれを拒否した。そこでXは、一九二六年六月三〇日の法律により営業賃貸借に関する更新権が認められていることを理由に更新権を主張し、更新が認められない場合には追奪補償（indemnité d'éviction）を支払うよう請求した。これに対して、Yは、同法が本件契約には適用されないとして争った。

原審は、賃貸借契約の部分について一九二六年六月三〇日の法律の適用を認めた後、使用する権利の譲渡に関する合意と賃貸借の合意との間の牽連性を指摘し、両契約が、同法律により保護される全体としてひとつの賃貸借を構成すると判示した。そこで、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、原審判決が、授権範囲を越えてしか、開発する権利の譲渡に関する合意を賃貸借であると判示することはで

きず、法律の誤った適用をしたと判示した。

この判例を題材に、ドゥモンテは、それぞれの契約が独立の法律行為として認められるものである以上、両者を不可分なものとして扱うべきではない旨を主張する。

すなわちドゥモンテは、まず、本判決において、二つの合意が物的つながり（lien matériel）にあるか、つまり、二つの合意が同一の書面上に存するかは重要ではないと指摘する。合意の本質（la nature des conventions）によって、それらを性質決定することが可能だからである。つまり、山を使用する権利の譲渡は売買に相当するため、営業所有権（propriété commerciale）に関する一九二六年六月三〇日の法律が適用されえない（一九二六年六月三〇日の法律における「営業所有権」制度とは、次のような制度である。商人がその営業財産を経営している場所を賃借している場合において、賃貸借契約が満了した時に、賃借人たる商人は、賃貸借契約の更新権を有することになる。もっとも、同法律のもとでは、賃貸人が更新を拒絶しうるという原則自体は否定されなかった。それゆえ、もし賃貸人が更新を拒絶したならば、賃借人の更新権を侵害することとなる。そこで、更新が正当な理由なく拒絶されたときには、一定の条件のもとで、場所の喪失により生じた損害に相当する追奪補償をする義務が、賃貸人に課されることとなる。営業所有権をはじめとするフランスの商事賃貸借法制については、吉田克己「フランス商事賃貸借法制 ―『営業所有権』とその動揺」私法四三巻（一九八一年）二八三頁以下、同「フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開（一、二）」社會科學研究二九巻（一九七八年）六号一頁、三〇巻（一九七八年）一号一頁以下が詳細な検討をしている。）。

もっとも、これらの契約はたしかにそれぞれ別個に把握されうるものではあるが、しかし、両者は経済的に不可分なものであるということができるために、これらの契約を別個のものとして扱うことが望ましくないという疑問を抱かせる。しかし、両者を不可分なものとすることについて、ドゥモンテは、独立した法性決定が与えられる行為の意義という観点から、次のように否定した。すなわち、本件のような、同一の経済活動を実施し発展させるためになされた、同一の当事者間において締結された異なる契約の結合的関係は、民法上、存在しない。それぞれの契約は、原則として独立した法律行為であり、つまり少なくとも裁判官や注釈者にとって手段ではなく、固有の目的を有するものである。たしかに、契約自由の原則は、同一の当事者間においてさまざまな債務を組み合わせることを可能にし、それら諸債務は、ひとつの法律

行為にまとめられうる。この場合において注釈者は、当事者の共通の意思において様々な債務および権利間に不可分性を見出すことができよう。しかし、当事者間で独立した法律行為として形成され別個の契約として把握される場合においては、それらが不可分な関係にあるというのは、非常に疑わしい。そして、ドゥモンテは、いくつかの債務や権利が不可分な関係にあるというには、コーズの同一性（l'identité）に起因する不可分性が必要とされなければならないと主張する（Demonté, op.cit., p.15）。

このように古い学説によれば、当事者の意思により諸行為が不可分とされる可能性が判例により退けられているわけではないが、しかし、それぞれの行為に独立の性質決定が付与されるような場合にはそれらが不可分な関係にあるということはできず、それゆえ不可分性概念が認められる場合は非常に限定的であるとされていた。

（42）J.Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilite des actes juridiques, R.T.D.Civ. 1950, p.1.

（43）《operation》の訳語について注記する。

複合的な契約に関する議論において、学説には、諸契約の全体を示す語として、《operation》を使うものが多い。このような文脈では、複数の契約の存在を含意させるために、《operation》という語を用いているのであり、《operation》に、単一の契約を想起させる「行為」や「契約」という語を当てることは適切でないであろう。

もっとも、ブーランジェの見解に限れば、《operation》は、複数の契約の総体を示す意味で用いられていない。つまり、ブーランジェは、《operation》を、「特定の性質決定に通ずる技術的手法によって、特定の効果を生ぜしめる意思表示である」と定義している（J.Boulanger, op.cit., n°3）。

そこで、本稿は、《operation》を、ブーランジェの見解を説明する場合には「行為」と訳し、それ以外では、つまり複数の契約の総体を示すために用いられている場合には「取引」と訳出する。

（44）J.Boulanger, op.cit., n°4.

（45）J.Boulanger, op.cit., n°4.

（46）当事者の意思による不可分性の例として、ブーランジェは、契約における付随的な条項が無効である場合も取り上げる（J.Boulanger, op.cit., n°4.）。もっとも、この場合については、前節ですでに検討をした。また、ブーランジェの見解に対する本稿の関心は、彼の見解の是非を問題とすることではなく、どのような文脈で不可分性概念を論じていたかにあるため、

本論では取り上げていない。

(47) J.Boulanger, op.cit., n°. 4.

(48)《solidaire》の訳語について注記する。

通常、《solidaire》は、「連帯債務（obligation soridaire）」、「連帯保証人（caution solidaire）」、または「連帯主義（solidarisme）」と訳されるように、「連帯的」という訳があてられる。

ところで、ある二つ以上の契約の関係のなかには、今日の学説によれば、一方が他方に対して従属的な関係にある場合と、相互が依存的な関係にある場合があることが指摘されている（たとえば、参照、Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n°. 77.）。それゆえ、今日では別の語（たとえば《interdependant》）が相互依存的な関係を示すために用いられていることに留意しなければならないが、ここでは文脈に即して、「連帯的」ではなく「相互依存的」と訳出した。

(49) J.Boulanger, op.cit., n^{os} 4 et s.

(50) 二〇〇六年六月二三日の法律による改正前は、この種の行為は、尊属から卑属に対する行為に限定されていた。それゆえ、尊属分割（partages d'ascendants）と称されていた。しかし、同法律によって、尊属から卑属に対する行為に限定しないといった改正がなされ（民法典一〇七五条以下）、現在では、恵与分割と称されている。

(51) 贈与分割に関する規定は、民法典一〇七六条以下に置かれているが、一九七一年七月三日の法律や二〇〇六年六月二三日の法律による改正を経ている。ブーランジェの論稿が公表された当時の規定は、一九七一年七月三日の法律以前のものである。

(52) V. Marcadé, *Explication du code civil*, tome 4, 8^{e} éd., Paris. 1892, n°. 268, note 2.

(53) 旧一〇七七条「死亡した時点で生存している子と、既に死亡した者の卑属との全員の間で分割がなされなかった場合で、かつ分割に含まれなかった財産にして割当分を受けなかった相続人の相続分を構成するのに十分な財産が相続開始の時に存在しない場合には、分割は、全部を無効とする。（以下略）」

(54) J.Boulanger, op.cit., n°. 5.

たとえば、分割のみの無効を問題とするにあたり、なされた行為が尊属分割（尊属から卑属に対する恵与分割）ではなかった旨を判示した次の破毀院判決がある。

［仏］　破毀院予審部一八七二年六月二四日（Cass.req. 24 juin 1872, D.1872, I, 472）

【事案】　一八五一年四月二日に、Aが、子Yらに対して、財を包括的に贈与した。同日、Yらは、協議による換価処分（licitation amiable）をするためにAから受けた財を売却した。この売却について、Aは知らなかった。

Aの死亡後、相続人Xが、本件尊属分割の無効および取消しを請求した。なお、正確なAの死亡時およびXの請求時は不明であるが、Xの請求は、本件売買から一〇年が経過した後で、かつAの死亡から一〇年が経過する前であった。そのため、尊属分割か否かにより、無効訴権が時効によって消滅しているか否かが異なることになる。この点が争点となった。

原審は、本件行為を尊属分割ではなく、通常の分割であったとして、Xの請求が当該行為の時から一〇年を経過した後になされていることから、時効によって無効を請求しえないとした。これに対し、Xは、尊属分割に対する無効および取消訴権の時効はAの死亡時から進行するため、原審判決が時効について定める民法典（旧）一三〇四条に反しているとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、本件売買の無効請求が本件売買から一〇年を経過した後であったことから、原審判決は民法典（旧）一三〇四条に従ってなされていると判示した。

（55）Cass.civ., 22 novembre 1949, J.C.P.1950. 5322, note Becqué.

（56）フランス法上、将来の物（chose future）は、債務の目的になりうる（民法典一一三〇条第一項）。しかし、未だ発生していない相続を放棄することや、同様の相続について約定する、または何らかの同意をすることはできないとされる（民法典一一三〇条第二項）。

なお、現在では、民法典一一三〇条第二項につき、「法律により規定された条件のもとで〔放棄等をすることができる〕」という文言が追加されている。

（57）J.Boulanger, op.cit., n°. 5.

（58）Fr.Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 1957, n^{os} 480 et s.

（59）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n°. 480.

（60）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n°. 514.

(61) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 481.
(62) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 482.
(63) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^os 482 et 483.
(64) この旨を判示した破毀院判決として、破毀院民事部一九二四年四月八日（Cass.civ. 8 avril 1924, D.P. 1924, I. 48.）がある。
(65) Cass.req., 27 april 1926, D.H.1926, 281.
(66) C.A.Angers, 9 novembre 1949, JCP 1950, II. 5242.
(67) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^os 502 et s.
(68) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n° 316.
(69) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 310 et s.
(70) J.Mauly, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrat, R.T.D.civ., 1994, p.255, spéc. n° 6.
(71) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 314 et s.
(72) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n° 261.
(73) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 261 et s.
(74) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 265 et s.

不可分性がもたらす影響それ自体の検討も重要な作業である。しかし、本稿の主眼は、とりわけ複合的な契約における連続的消滅の問題を、契約における特定の条項の無効の問題と同一の枠組みで論ずることの是非にあり、そのためには、不可分性概念が無効や性質決定との関係でどのように位置づけられるものかを探ることが重要である。スーブの見解に対する本稿の検討は、このような視点からのものである。

不可分性がもたらす影響に関するスーブの見解については、都筑・前掲注（1）『複合取引の法的構造』二二七頁以下を参照。

(75) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 318 et s.
(76) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 343 et s.
(77) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^os 284 et s.

(78) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^{os} 280 et s.
(79) J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n^{os} 291 et s.
(80) J.Mauly, op.cit., De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrat, R.T.D.civ., 1994, p.255.
(81) 動産の信用貸借を例に挙げると、動産の信用貸借とは、一定の期間、貸主が借主に対して有償で設備等を貸し、かつ、この貸借の終了時に、借主が物を返還するか、あらかじめ定められた額で取得するか、または契約の更新をするかを選択するという契約である（G.Cornu, *Vocaburaire juridique*, dir. de Association Henri Capitant, PUF, 2015, v^{o} Crédit-bail.）。
(82) J.Mauly, op.cit., n^{o} 6.
(83) J.Mauly, op.cit., n^{o} 7.
(84) J.Mauly, op.cit., n^{o} 27.
(85) J.Mauly, op.cit., n^{o} 28.
(86) J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties*, thèse, PUAM, 2002.
(87) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{o} 63.
(88) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{o} 72.
(89)「枠契約（contrat-cadre）」の多様性につき、参照、中田裕康「枠契約の概念の多様性」日仏法学二二号（一九九九年）一三一頁、野澤正充・前掲注（11）「枠組契約と実施契約 ―『契約の集団』論の新たな展開」一六四頁。
なお、「連結のための枠契約」でも「枠契約」という語が含まれているが、想定する事案は、これまでの「枠契約」が想定していたものとは異なるように思われる。
(90) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 553 et 554.
(91) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 573 et s.
(92) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 555 et s.
(93) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 560 et 587.
(94) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 561 et s.
(95) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 587 et s.

諸契約を不可分とすることがある公序に関する規定との関係で許されるかについては、本文で後述するように、当事者が当該規定を回避することを唯一の目的として諸契約を不可分なものとしたか否かが問題となるという特徴がある。

（96）不動産売買では、売主は、不動産の価格の一二分の七を超える損失を被った割合には、レジオンを理由に取消しを請求することができる（民法典一六七四条）。これに対して、代金を欠いているに等しい場合には、当該売買契約は無効となる。なお、この場合、不動産売買のレジオンによる取消しの請求が売買の日から二年経過すると受理できない旨を規定する一六七六条の適用はない。

（97）たとえば、参照：J.Ghestin, *op.cit.*, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, n° 240 et s ; Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y.Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 214 et 215.

この旨を判示する破毀院判決として、破毀院予審部一九一一年五月一日（Cass.req. 1 mai 1911, D.P. 1911, I, 353）がある。

［仏］ 破毀院予審部一九一一年五月一日

【事案】 Aは、Bに不動産を売却した。代金は、当初六〇〇〇フランであったが、即座に終身年金として四〇〇フラン、およびその不動産上の建物の二部屋に居住する権利に変更になった。その後、Aの娘Xが、Bの利害関係人Yに対して、本件売買契約は代金を欠くとして、その無効を請求した。

原審がXの請求を認めたため、Yが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、代金は売買の本質的かつそれを構成する要素であり、買主が自身の金銭からいかなる犠牲も払うことなく目的物の収益から売主に対する約務の履行を十分になしうる場合には、事実審裁判所はその売買を代金を欠くものとみなさなければならないとした。そして、本件事案においては、事実審によれば当該不動産が約一万九〇〇〇フランの価値を有するところ、本件売買が代金を欠き無効であるとした原審判決を正当であったとした。

（98）Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y.Gautier, *op.cit.*, *Droit des contrats spéciaux*, n° 215.

また、この旨を判示する破毀院判決として、破毀院第三民事部一九九三年三月三日（Cass.civ.3e, 3 mars 1993, Bull.civ. III, n° 28 ; JCP 1994, I, 3744, n° 1, obs. M.Fabre-Magnan）がある。

［仏］　破毀院第三民事部一九九三年三月三日

【事案】　A社は、B社から、B社の瓦礫工場やその機材を一七五万フランで購入し、B社の株主であるC（後に死亡）から、工場が建っている土地を一フランで購入した。また、A社は、B社の負っている負債一八八万五〇〇〇フランの債務引受をした。この土地には、A社がY社に負っている債務を担保するために抵当権が設定された。その後、A社が強制清算手続きに入ったため、Y社が抵当権の実行をしようとしたところ、Cの相続人であるXは、AC間の売買契約はきちんとした代金（prix sérieuse）を欠くために無効であると主張した。

原審が土地の売買契約の無効を認めなかったため、Xが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、煉瓦工場の事業に関する売買の総体が不可分なものとして形成されており、土地の売買契約は工場の売買や債務引受と分離しうるものではないことなどを理由に、契約の一般的なエコノミーの枠組みにおいて、土地の売買が反対給付を有するとした原審判決を正当であったと判示した。

(99) たとえば、参照、D.Mainguy, *Contrats spéciaux*, 7e éd., Dalloz, 2010, n° 11 ; J.-F. Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, thèse, LGDJ, 1969.

また、コーズや目的概念と契約のエコノミーとの関係については先に指摘したが（本稿（六）［六八巻四号］二〇頁以下）、ベナバン（A.Bénabant）は、契約のエコノミーによって性質決定が区別されると指摘する（A.Bénabant, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, 2015, nos 18 et s. なお、改正後でも同様の指摘をしている（A.Bénabant, *Droit des obligations*, 15e éd., LGDJ, 2016, nos 20 et s.））。

(100) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 591.

(101) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 594.

(102) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 661.

(103) Ph.Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, thèse, Matot-Braine, 1953, n° 156.

(104) Ph.Malaurie, *op.cit.*, thèse, n° 240.

(105) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 525.

なお、当事者の合意内容に対し有名の性質決定が付与される場合であっても、たとえば、当事者が合意内容のどの部分を強調するかによって性質決定が異なることや、当事者がある合意内容と他のそれとを組み合わせるか否かによって、性質決定が異なることがある（Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 526.）。

（106）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 666.

（107）詐害については、本稿（五）〔六八巻一号〕一六七頁を参照。

（108）Cass.civ. 13 mars 1899, D.P. 1900, I, 5, note A. Boistel.

（109）Cass.civ. 8 mars 1897, D.P. 1897, I, 321, note P.L.P.

（110）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 531.

（111）農業賃貸借法が一九四五年のオルドナンスによって制定される前にも、農地に関する賃貸借の規定として、定額小作賃貸借（bail à ferme）に関する民法典の規定と、分益小作賃貸借（bail à métayage）に関する一八八九年七月一八日の法律による規定があった。もっとも、当時、当事者には、これらの規定で定められた事柄に修正を加える、または新しい類型の契約を締結する大きな自由があり、上記規定が適用されない無名契約として当事者が合意することも容易に認められていた（Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 598.）。

（112）R.Savatier, note sous Cass.soc. 27 mars 1952 et 15 mai 1952, D.1953, p.19.

（113）R.Savatier, op.cit., note sous Cass.soc. 27 mars 1952 et 15 mai 1952, p.19.

（114）たとえば、サヴァティエは、分益小作賃貸借と、賃金（salariat）による賃貸借との間に無名契約を認めることはできないとうが（R.Savatier, op.cit., note sous Cass.soc. 27 mars 1952 et 15 mai 1952, p.19.）、テレはこれを認める（Fr.Terré, *op.cit.*, n° 610.）。

（115）Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n°s 601 et 602.

（116）Cass.soc. 2 juillet 1953, D. 1953, jur. 693, note R.Savatier.

（117）Cass.soc. 19 décembre 1952, D. 1953, jur. 333, note R.Savatier.

（118）J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 319 et s. et 411.

（119）J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 147.

(120) Cass.civ. 4 juillet 1955, D. 1956, jur. p.19, note Ph.Malaurie.
(121) Cass.civ. 27 novembre 1963, Bull.civ. I, n° 520.
(122) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 413 et 414.
(123) 労働法典L．一一二一－三－一〇条第一項「労働契約関係が契約期間の満了後も継続する場合、契約は、期間の定めのない契約となる。」
［筆者注：現在では、労働法典L．一一四三－一〇条第一項に同様の規定が置かれている。］
(124) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 147 et n^{os} 415 et s.
(125) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n° 597.
(126) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^{os} 604 et s.
(127) Trib.civ. Lisieux, 26 février 1929, R.T.D.civ. 1930, p.125, obs. Demogue.
(128) Fr.Terré, *op.cit.*, thèse, n^{os} 605 et s.
(129) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 346.
(130) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 351 et 352.
(131) 消費法典L．一一二一－一一条第二項「同様に、ある製品の売買を一定量の購入に、または他の製品もしくはサービスの同時購入に従属させる行為、およびあるサービスの給付を他のサービスの給付もしくは製品の購入に従属させる行為は、この従属がL．一二一－一条の意味において不誠実な商業行為に相当する場合には、禁止される。」
［筆者注：マルマユのテーズの公刊時には、L．一二一－一条第一項が抱き合わせ販売の禁止を規定していた。当時の規定では、抱き合わせ販売の規定が、事業者による正当な理由のない売買等の拒否とまとめて規定されていた点や、「この従属が……不誠実な商業行為に相当する場合には」という限定がなかった点などの違いがみられる。抱き合わせ販売の定義については現行の規定と同様であるため、現行法の規定を挙げている。］
(132) 商法典L．四四二－二条第一項「すべての商人による、実際の取得価格よりも廉価な代金によって現状有姿で製品を転売する、または転売の広告をする行為は、七万五〇〇〇ユーロの罰金によって処罰される。（以下省略）」
［筆者注：マルマユのテーズが公刊される少し前の規定（二〇〇一年末まで有効であった規定）では、罰金の額が五〇万

フランであった点などの違いがみられる。投げ売りの定義については現行の規定と同様であるため、現行法の規定を挙げている。]

(133) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 493.
(134) C.A. Versailles 27 mai 1993, JCP E. 1994, I, 310, n° 6, obs. Ph.Devesa.
(135) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 494.
(136) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n° 494.
(137) J.-M.Marmayou, *op.cit.*, thèse, n^{os} 345 et 346.
(138) Cité par M.-C.Belleau, Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du 20^{e} siècle en France, Les cahiers de droit, vol. 40, N° 3, 1999, p.507, spéc. p. 531.

第三款　本節のまとめと補足

本節では、複合的な契約における連続的消滅の問題を、主に不可分性概念に関する学説の議論を通じて、契約における特定の条項の無効の問題と同様に無効というサンクションの観点から扱うべきかについて検討した。

まず、複合的な契約において、その取引全体が消滅するかを判断するにあたり、両当事者がどのような目的を追求しており、その目的を達成するためには諸行為の全体が必要かという意味で、当事者の意思が考慮されていた。このような当事者の意思の内実は、伝統的な一部無効論におけるそれとは異なる。ただし、前節で検討したように、両当事者が契約によって追求した目的を考慮することは、無効というサンクションの観点から不法な範囲を画定する際などに考慮

されうるのであり、必ずしも排斥されるものではなかった。

もっとも、不可分性概念に関する学説を子細に検討するならば、複合的な契約における連続的消滅の問題で考慮される当事者の意思は、無効というサンクションの観点から考慮されていたとはいえないように思われた。すなわち、当事者の意思による諸行為の不可分性とは、諸行為を取引の総体として結びつけ、無効の範囲や契約の解釈、法律の適用の可否、解除など、一定の場面で共通の制度に従属させるための概念であった。この作用は性質決定と近いものであり、学説によって表現の違いはあるものの、不可分な総体という性質決定が与えられている、またはそれに近い位置づけが与えられていると理解できた。そして、不可分性を性質決定の問題として捉えることの意義の一つとして、当事者が選択した性質決定が別の契約類型に関する公序の影響を受けるかを判断するにあたり、当該規定の適用を回避することを目的としてなされたか、つまり詐害の意図があったかという主観的な要素を考慮している点が挙げられた。これは、客観的なサンクションとしての無効では考慮されていなかった点である。当事者は既存の契約類型とは異なる契約を創出する自由を有するため、詐害の意図というテストを必要とすると考えられた(139)。

ところで、複合的な契約における連続的消滅の問題を以上のように位置づけることは、二〇一六年のオルドナンスによって民法典に新設された条文からも窺えよう。最後に、本節で行った検討と、複合的な契約における連続的消滅に関する民法典新一一八六条、一一八七条との関係を補足しておきたい。

民法典新一一八六条第二項は、「同一の取引の実現のために数個の契約の履行が必要な場合において、そのひとつが消滅したときは、この消滅によって給付が不能になった契約、および、消滅した契約の履行が当事者の同意を決定づける条件であった契約は、失効する」と規定する。「失効」とは、有効に成立した契約が、その後の新たに生じた事情によって本質的要素が消滅し、履行が不能となった、または利益がなくなった場合に、当該契約を消滅させることである(140)。

かつての判例には、諸契約が不可分である場合に、一方の契約の無効が他方の契約の無効をもたらすとするものがあった[141]。しかし、その後、一方の契約の無効によって、他方の契約が無効となるのではなく、失効すると判示する判例が現れた[142]。学説でも、一方で、たとえばコーズ概念を基礎として連続的消滅の問題を解決しようとする見解には、一方の契約の無効によって、他方の契約はコーズを奪われ無効になるとするものがあった[143]。他方で、スーブは、それぞれの契約は不可分であっても自律したものであり、一方の契約が無効であっても他方の契約は成立時には有効要件を満たしており、それゆえ無効というサンクションは適切でないと指摘した。そして、この契約は、取引全体の実現が意図されていたにもかかわらず、一方の契約の無効によってその本質的要素を失うことになり、失効するのだという[144]。

このように、不可分な関係にある諸契約のうち、一方の契約の無効によってその他の契約が無効となるか、または失効となるかについて議論がなされていたところ、二〇一六年のオルドナンスは、失効というサンクションを採用した。失効に関するこれまでの議論が、民法典新一一八六条、および失効の効果について規定する新一一八七条の新設によってすべての解決をみたわけではないと学説によって指摘されているところであり、今後の議論の蓄積を待たなければならない部分が多い[145]。しかし、複合的な契約の連続的消滅について失効というサンクションが採用されたことは確かであり、それが無効の範囲の問題としては捉えられなくなった。このことは、複合的な契約の連続的消滅においては、当事者の意思を考慮して無効の範囲の問題を解決しているのではなく、当事者の意思によって不可分な総体という性質決定またはそれに近いものが与えられ、それらの帰趨等につき共通の制度に服させているという本稿の理解と通底しているように思われる。

(139) テレが無名契約に対する公序の影響を論じていることからも窺えるように、本節での分析は、単一の契約においても当てはまるであろう。つまり、前節で検討した特定の契約条項の無効の問題は、ある特定の契約類型であることを所与とし、展開される議論であった。それに対して、当該契約類型とは異なる性質決定を当事者が付与し公序に関する規定の適用を回避しようとした場合には、当事者が付与した性質決定が許容されるかが問題となる。

(140) 新一一八六条第一項「有効に成立した契約は、その本質的要素のひとつが消滅した場合には、失効する。」

また、参照、A.Bénabent, *Droit des obligations*, 16e éd., LGDJ, 2017, n° 332.

(141) たとえば、破毀院商事部一九八五年一二月一七日（Cass.com., 17 décembre 1985, R.T.D.civ. 1986, 595, obs. J. Mestre.）がそれである。

［仏］　破毀院商事部一九八五年一二月一七日

【事案】　Aは、Bとの間で、潤滑剤の排他的な供給契約と、気化燃料の排他的な供給契約とを締結した。その余の事実関係は不明であるが、その後、潤滑剤の供給契約については、代金が、引渡し時にBの売買に関する約款によって決定されることになっていたため、これらの契約の無効が争われることになった。

原審は、潤滑剤の供給契約につき、代金が定められていないものとみなし無効であり、それによって気化燃料の供給契約も無効となるとした。

【判旨】　（不明）

破毀院は、これらの二つの契約が近接したものであり、当事者が負っている約務が切り離せないものであることに鑑みて、潤滑油の代金を気化燃料の代金から独立させることができないとして、潤滑剤の供給契約の無効が気化燃料の供給契約の無効をもたらすとした原審判決を正当であったと判示した。

(142) たとえば、破毀院第一民事部一九九七年七月一日（Cass.civ.1re, 1 juillet 1997, Bull.civ.I, n° 224 ; D.1998, 32, note L. Aynès.）がそれである。

［仏］　破毀院第一民事部一九九七年七月一日

【事案】　一九八六年一〇月二七日、公証人証書（acte notarié）により、Aは、Bから、ラジオ放送に関する営業財産を取得した。同日付けの証書により、Xらは、Aに対し、総額一五万フランを貸与した。この消費貸借契約にあたっては、Aが取得した営業財産が商事質の対象となり、Yの不動産に抵当権が設定された。その後、営業財産の売買契約が無効となり、Aは、消費貸借契約の債務の弁済をやめた。そこで、Xらが、抵当不動産の差押え（saisie）に基づいて抵当不動産の売却を求めたところ、Yが、差押前支払い催告（commandement）に意義を唱えた。

原審は、本件売買契約と本件消費貸借契約とが密接な関係にあり、抵当権の設定が売買契約の無効により失効するとして、Xらの差押えに基づく押収（poursuite）を無効であると言い渡した。これに対して、Xらは、売買契約が無効であっても消費貸借契約のコーズがなくなるわけではないことや、たとえ消費貸借契約が失効するとしても担保は有効であることを理由に破毀申立てをした。以下では、第一点についての判旨を取り上げるが、破毀院は、後者の破毀申立て理由について理由があるとしたため、破毀移送となった。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、原審判決によって、本件売買契約と本件消費貸借契約とが、同日に、また、同一の公証人により締結されていることから密接な関係にあることが確認されていたこと、これにより、両当事者が貸借の存在を売買の実現に従属させる意図であったとし、両契約が共通のコーズ（cause unique）に答えるものであったとされたことを確認した。そして、破毀院は、借主の債務がコーズを欠いたとしたのではなく、売買契約の無効が貸借の失効をもたらしたとした原審判決を正当であったと判示した。

（143）B.Teyssié, *op.cit.*, thèse, n° 302.

（144）J.-B.Seube, *op.cit.*, thèse, n° 290.

（145）たとえば、エプスタン（A.-S. Epstein）は、新一一八六条や一一八七条の新設によって、これまでの連続的消滅や失効の効果に関する議論に決着をつけることができたわけではないと指摘する。連続的消滅についていえば、合意によって取引を複数に分けることができるかについて、新一一八六条の規定では不十分である（A.-S.Epstein, Art.1186, in dir. Th.Douville, *La réforme du droit des contrat ; Commentaire article par article*, Gualino, 2016, pp.162 et 163.）。また、失効の効果について、伝統的に、失効は、判事の介入なくして当然に生ずるものであり、かつての学説では失効が遡及効を有

するか争われていたところ、新一一八七条は、遡及効が生ずる場合があると明記せずに、しかし原状回復義務が生じうることを規定した。しかし、原状回復は、遡及効を有し、また、判事の介入なくして当然に生ずるものではないという（A.S. Epstein, Art.1187, in dir. Th. Douville, *op.cit.*, *La réforme du droit des contrat ; Commentaire article par article*, p.166.）。したがって、新一一八六条および一一八七条についてはこれからも議論が続くことが予想される。

新一一八七条「第一項　失効は、契約を終了させる。
第二項　失効は、第一三五二条ないし一三五二―九条で定める条件に従って原状回復を生じさせうる。」

〔未完〕

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一五年三月二五日授与）「一部無効の本質と射程―一部無効論における当事者の意思の意義を通じて―」に加筆・修正をしたものである。加筆・修正にあたって、文科省科学研究費助成金「若手研究（B）」（二〇一六～二〇一八年度）（課題番号：JP16K17015）の交付を受けている。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 69 No. 3 (2018)
SUMMARY OF CONTENTS

Die Entstehungsgeschichte der Demokratielehre Carl Schmitts (4) — Von der letzten Periode des deutschen Kaiserreichs bis zur Mitte der Weimarer Republik —

Ayaka MATSUMOTO*

Im diesem sechsten Kapitel meiner Abhandlung beschäftige ich mich mit der Frage, wie Carl Schmitt in *Verfassungslehre* (1928) seine eigene Demokratietheorie vollständig systematisierte, wobei der bisher rekonstruierte Entwicklungsprozess seiner Gedanken vorausgesetzt wird. Erstens zeigt sich, dass er in diesem Werk eine neue Anschauung einführte, die im Kontext der Innenpolitik den Staat als „politische Einheit des Volkes" auffasst. Zweitens zeige ich, dass Schmitt das Prinzip der demokratischen Identität als eine „Identifikation des politisch vereinigten Volkes mit dem empirisch seienden" erneut definierte. Damit ergibt sich drittens, dass Schmitt dem katholischen Repräsentationsbegriff ein neues Prinzip der Repräsentation hinzufügte, mit dem sich die politische Einheit des Volkes darstellen lässt. Viertens geht es darum, wie und warum Schmitt die Stellung des Reichspräsident en rechtfertigte; er sei ein dem Volk vertrauter und von ihm beauftragter (akklamierter) Führer und repräsentiere die politische Einheit des Volkes. Meines Erachtens kam Schmitt aufgrund seiner Einsicht der immanenten Grenze des Identitätsprinzips zu der Erkenntnis, dass sich die moderne politische Verfassung erst dadurch rechtfertigt, dass sie das Identitätsprinzip mit dem der Repräsentation verbindet.

* Assistant Professor of Graduate School of Law Hokkaido University.

Abschließend werden die bisherigen Betrachtungen zusammengefasst und die weiteren Interpretationsmöglichkeiten der Demokratielehre Schmitts aufgeklärt, indem ich sie mit der von Hans Kelsen vergleichend analysiere. Durch meine kritische Auslegung in dieser Abhandlung zeigt sich, worin die Problematik seiner Theorie besteht: Sie ist erstens mit einer stark durch seine eigene katholische Gesinnung bedingten Weltanschauung verbunden, in der der als eine politische Einheit bestimmbare Staat höher als die Freiheit des Individuums eingeschätzt wird. Zweitens ist seine mit der souveränen Diktatur verbundene Demokratietheorie durch ein spezifisches Zeiterlebnis geprägt und hängt stark mit der Vorstellung des Belagerungszustandes zusammen, den er in der Periode des ersten Weltkriegs während seines Militärdienstes wahrnimmt. Drittens besteht die innere Grenze seiner Theorie darin, dass Schmitt die Demokratie ohne ihren substantiellen Wert verstand und also nur formell fasste, indem er die Volkssouveränitätslehre von J. J. Rousseau auf sein eigenen Weise interpretierte.

Resümee
Sinn und Funktion der Bestrafung im Brettspiel - Anmerkungen zur Rolle der Bestrafung im deutschen Brettspiel -

Akihiro Onagi*

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage über Sinn und Funktion der Bestrafung im Brettspiel, insb. im sog. deutschen Brettspiel. Im Rahmen der Strafrechtswissenschaft werden in Bezug auf die Straftheorie drei Ansätze vertreten: die Vergeltungstheorie, die Generalprävention und die Spezialprävention. Zu diesen traditionellen Meinungsstreit kommen heutzutage weitere Theorien hinzu, wie etwa eine basierend auf Opferschutzgedanken bzw. positive Generalprävention. Ein wissenschaftlicher Streit liegt nun vielmehr darin, ob die Vergeltung als Zweck der Strafe auszuschließen sei.

Im Bereich des Sports gibt es mehrere Arten von Bestrafung wie etwa der Elfmeter im Fußball bzw. Beanball im Baseball. Dies sind Sanktionen gegen einen Regelverstoß. Auch im Bereich des Brettspiels gibt es derartige Regelungen, die in diesem Rahmen werden viele unterschiedliche Arten der Pönalisierung je nach Spiel vorgeschrieben. Die Brettspiele unterscheiden sich hierbei nach kooperativem und nichtkooperativem Spiel. Beim ersteren stellt die Pönalisierung ein Hindernis für alle Spieler, und beim zweiteren ein Hindernis nur für den bzw die betroffenen Spieler dar. Darüber hinaus übernimmt die Pönalisierung die Rolle der Verteilungsgerechtigkeit (iustitia distributiva). Die reichen Spieler werden damit bestraft, um die Kluft zu den nicht reichen, also armen Spieler auszugleichen. Dies soll dazu beitragen, die Spannung des Spiels zu erhöhen. In der Arbeit behandelt der Autor insgesamt neun Spiele darunter „die Siedler von Catan“, „Dixit“, „Niagara“,

* Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Hokkaido

„Puerto Rico“ und „die Verbotene Insel“.

Im Ergebnis wird gezeigt, dass die Pönalisierung im Brettspiel meistens eine Vergeltung darstellt, je nach Spiel jedoch gegebenenfalls auch die Rolle der Prävention einnimmt; zumeist wird dadurch ein Inszenierungseffekt erzielt.

論　　説

ゲームにおけるペナルティーの意義と機能について

—— ドイツボードゲームにおけるペナルティーの役割についての考察 ——

小名木　明　宏

目　　次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．刑事法学におけるペナルティーの意義についての概観
Ⅲ．ゲームにおけるペナルティー
Ⅳ．ドイツボードゲームにおけるペナルティーの具体例
Ⅴ．まとめ

Ⅰ．はじめに

本研究は近年ブームとなっているドイツボードゲームにおけるペナルティーの意義と機能を刑事法的観点としての刑罰論から検討するものである。

ドイツボードゲームに代表されるボードゲームにおいては、ペナルティーの役割が非常に大きい。そこでは、当該ペナルティーが様々な機能を果たしている。これはボードゲームの最終目標にも関係しており、たとえば、競争型ゲームにおいては、各プレイヤーの均衡化による競争の白熱化、偶発的な罰則、また協力型ゲームにおいては共通の障害として機能している。他方、刑事法の分野においては、ペナルティー、つまり刑罰が犯罪行為に対する制裁として機能しており、これが、犯罪者個人に対する贖罪、すなわち、正義の要請としての応報、社会一般に対す

る威嚇としての一般予防効果、犯罪者自身に対する教育効果として分析されている。

本研究においては、社会の縮図としてのゲームプレイヤーたちに科されるゲーム上のペナルティーの多様性を分析し、これを刑事法学における刑罰論と比較することによって、ゲームにおけるペナルティーの意義と機能について検討することを目的とする。

Ⅱ．刑事法学におけるペナルティーの意義についての概観

刑罰を科する目的は何かという問題は、古来、議論されてきた難問である。歴史的にみると、古くはハムラビ法典やカント、ヘーゲルに代表される応報刑論、フォイエルバッハによる心理強制説[1]に代表される一般予防論、フォン・リストに代表される特別予防論[2]をめぐって議論がなされてきた。現在、この議論はドイツにおいては、これらの視点を総合的に考慮する統合説が通説になることでほぼ収束しているが、それでも重点の置き方をめぐって少なからぬ議論がなされている[3]。

このような従来の議論に対して、前世紀末から新しい政治的スローガンが加わり、この問題をめぐる現代的意義が増しているように思われる。第１に「被害者保護」の観点であり、これは被害感情への配慮につながる。第２に「安心安全社会の実現」であり、これは法的に平和な社会の実現であり、一般予防の観点につながる。第３に「正義論」であり、ジャスト・ワールドへの期待[4]、正直者が馬鹿をみない世界の実現、ひいては、応報

---

[1] *P. J. A. Feuerbach*, Lehrbuch des Peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1832, S. 13 ff. さらに、拙稿「フォイエルバッハの帰責論」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第２巻』（2000年、成文堂）124頁以下を参照。

[2] *v. Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932, S.31 ff.

[3] この点については、*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band.I, 4. Aufl., 2006, S. 64 ff., *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Tei, 7. Aufl., 2015, §3 Rdn.9 ff. を参照

[4] 社会心理学のジャスト・ワールドについては *Melvin J. Lerner and Leo Montada*, An Overview, Advances in Belief in a Just World, Theory and Methode, in Leo Montada & M.J. Lerner (Eds.), Responses to Victimizations

論につながる。さらに、とくにドイツでは「積極的一般予防論」が強く唱えられ、法秩序に対する国民の信頼の維持、規範の妥当性の確立ということが強く主張されている[5]。このように刑罰論は古い克服された議論ではなく、現在でも発展し続けている議論であると言える。

他方、刑罰論を議論するにあたっては、法学者の議論とは別に、国民の意思の反映としての民主主義の要請にも顧慮しなければならないように思われる。端的に言えば、国民の意思が何を望んでいるかである。立法の背景には社会的合意が存在し、これがルールとして実定法化されるという民主主義と法治国家原理を考慮すれば、刑事法のツールとしての刑罰についての理論である刑罰論にも、国民の意思が反映されねばならないであろう。この点、近年の日本における刑事立法をめぐってポピュリズムと批判がなされることがあるが、国民の意思の反映としての民主主義の実現としては不合理とはいえない。具体例としては、センセーショナルな事件をきっかけにして制定された危険運転致死罪や刑法の重罰化が挙げられよう。同様に、死刑をめぐる議論も、廃止の方向には向いていないように思われる。アンケートの取り方にもよるが、大勢は死刑制度維持を支持しているように思われる。

ドイツでの議論として、シュトレング論文「死刑制度－ドイツの視点からの考察」[6]とシューラー＝シュプリンゴールム論文「社会的連帯と刑事政策」[7]に言及しておきたい。前者は、戦後に死刑制度を廃止したドイツにおいて、少なからぬ国民が死刑制度を望んでいても、国家の政策として死刑廃止を維持していく考え方を、後者は犯罪者を更生させるために社会がコストを負担しなければならないことを説き、これを「社会的連帯」という概念で説明する。いずれも社会的目的を実現する手段としての刑罰を主張するものである。刑事法学が国民をリードする形で、刑

---

and Belief in a Just World, Plenum Press, 1998を参照。

[5] *Jakobs*, Strafrecht Allgemener Teil, 2. Aufl., 1993, S. 6 ff.

[6] フランツ・シュトレング「死刑制度－ドイツの視点からの考察」北大法学論集63巻６号（2013年）204-190［321-335］頁（井田良・太田達也編『いま死刑制度を考える』（2014年、慶應義塾大学出版会）87-104頁にも若干修正をして所収）。

[7] *Schüler-Springorum*, Maßregelvollzug und gesellschaftliche Solidarität, ZfStrVo, 2005, 227.

事政策を推進する姿勢であると評価できよう。すでに100年前にフォン・リストは、行刑において犯罪行為についての無価値判断を教え込むことで法秩序が守られ、国民の法意識が強められるのであり、応報は一般予防に近づき、逆に、応報はもはや自己目的化せず、法秩序の維持のための手段となると説き[8]、予防の意義を強調した。これを受け継ぎ、刑罰の目的と刑法の目的を結びつけ、「法益保護と刑事政策」が融合しているのがドイツの通説の考え方であり、そこでは応報ではなく、刑罰の持つ社会的目的が強調されている[9]。

予防に重点を置くにしても、最後に問題となるのは、応報という要素をどこまで残すかである。この直接的な「正義感の要請」にどこまで社会が固執するか、あるいは断念できるのかが問われなければならない。直感的には日本はこれに固執しているが、ドイツはこれを重視していないように思われる。対称的にドイツでも判例は応報の要素を決して放棄してはいないと解されている[10]。

Ⅲ．ゲームにおけるペナルティー

それではゲームにおいてペナルティーはどのような役割を持っているのであろうか。本研究はボードゲームを対象としているが、一般にゲームというとスポーツもこれに該当する。ペナルティーという用語は、とくにサッカーでのペナルティーキックに代表されるように、スポーツにおいて多用されることが多い。そこで、まず、スポーツにおけるペナルティーを概観した後で、ボードゲームについて検討していきたい。

1．スポーツにおけるペナルティー

ペナルティーというと、一般にはスポーツにおけるペナルティーを想

---

[8] *v. Liszt/Eb. Schmidt*, aaO (Fn.2), S.32

[9] *Rengier*, Strafrecht AT, aaO (Fn.3), §3 Rdn.24.

[10] これらの点については *Rengier*, aaO (Fn.3), §3 Rdn.22を参照。また、刑罰論の全体的な問題については、すでに拙稿「刑罰論の展開」日本犯罪社会学会『第40回大会報告要旨集（2013）』（2014年）48-50頁でも論じているので参照のこと。

起する。そこではルール違反があった場合に、これに対する制裁としてのペナルティーが科せられる。例えば、接触スポーツで相手を故意に倒したり、単に相手を妨害したり、使ってはいけない方法を用いたり、それぞれのスポーツで、それぞれのペナルティーがあり、ここでは枚挙にいとまがない。総じて言えることは、ルールに反した不正な行為が行われ、これに対する制裁としてペナルティーが科せられるというものである。その効果として、野球でいえば、打者がアウトであったり、打者や走者が進塁を認められたり、サッカーでは、フリーキックやペナルティーキックが認められたり、あるいはその他のスポーツでは、相手に得点が入ったりする[11]。

しかし、他方でバイアスロン競技におけるペナルティーは若干意味合いが異なる。クロスカントリースキーと射撃を組み合わせたバイアスロンでは、射撃が立射、伏射によりおこなわれ、標的を外した回数分の周回コースを滑走しなければならない[12]。これはルール違反が行われたこ

[11] 野球については、日本野球規則委員会による公認野球規則6.00以下で反則行為とこれに対する制裁を規定している（http://ru.ishibb.com/ 公認野球規則 /（2018年８月30日最終閲覧））。サッカーについては国際サッカー評議会（IFAB: The International Football Association Board）によるサッカー競技規則（http://www.jfa.jp/documents/pdf/soccer/lawsofthegame_201718.pdf （2018年８月30日最終閲覧））の12条以下で「ファウルと不正行為」について規定している。また、バレーボールについては、国際バレーボール連盟の公式ルールにより、フォーメーション、プレイ中の行為、競技者の行動等に分けて、それぞれにルールと制裁が規定されている（http://www.fivb.org/EN/Refereeing-Rules/documents/FIVB-Volleyball_Rules_2017-2020-EN-v06.pdf （2018年８月30日最終閲覧））。囲碁については、日本棋院及び関西棋院による日本囲碁規約第１条から第13条までがルールを規定し、第14条が「一方が以上の規則に反した場合は、双方が勝敗を確認する前であれば、その時点で負けとなる。」として反則負けを規定している（https://www.nihonkiin.or.jp/match/kiyaku/zenbun.html （2018年８月30日最終閲覧））。将棋については日本将棋連盟による対局規定第３章第８条１項で反則に対する制裁として「対局中に反則を犯した対局者は即負けとなる。」と規定している。これについては、https://www.shogi.or.jp/faq/taikyoku-kitei.html を参照（2018年８月30日最終閲覧）。

[12] バイアスロンのルールの詳細については、日本バイアスロン連盟のホーム

とに対するペナルティーではなく、条件を満たさなかった場合に、単に競技遂行上の不利益、すなわち他の競技者よりも長い滑走距離の滑走、を科しているに過ぎない。

以上のことから、スポーツにおけるペナルティーは、ルール違反があった際に科せられるものであり、ルールを守らせるためにその意義があると解される。ただし、その例外として、バイアスロン競技が挙げられる。

2．ボードゲームにおけるペナルティー

（1）概論

まず、最初に、ボードゲームをプレイするにあたっての一般ルール違反にはゲームでのペナルティーが科されるものではないということを確認しておく必要がある。これはゲーム中に、他人のカードを覗きこむ、カードを不正に交換する、極端な場合、他のプレイヤーからカードを盗む等、ゲームのルールによる規制とは関係のない一般的な不正な行為が行われた場合である。当然のことながら、このような一般ルール違反行為に対して、ゲームのルールはペナルティーを規定していない。プレイヤー同士が誠実にプレイすることを前提としているのであるから、この前提が守られない限り、このようなプレイヤーにはプレイの続行を断り、参加を拒否することになる。いわばゲームをプレイする上での一般的共通理解であり、入場制限のようなものである。先に言及したスポーツにこの問題を当てはめると、プレイとは関係のない暴力行為（プロ野球における乱闘[13]）やスポーツ競技を行う前提に反するとされるドーピング

ページに競技の説明がある。http://biathlon.or.jp/biathlon/（2018年８月30日最終閲覧）

[13] 公認野球規則6.04（b）（2）は競技中のプレーヤーの禁止事項として「監督、コーチまたはプレーヤーが、試合前、試合中を問わず、いかなるときでも観衆に話しかけたり、または相手チームのプレーヤーと親睦的態度をとること。」と定めており、暴力的行為の禁止は存在せず、審判員に対する暴力行為が、同規則6.04（a）（4）で「どんな形であろうとも、審判員に故意に接触すること。（審判員の身体に触れることはもちろん、審判員に話しかけたり、なれなれしい態度をとること）」として禁止されているにとどまる。しかし、同規則8.04（b）が「審判員がトレーナー、監督、コーチまたはプレーヤーを次の理由で退場さ

行為[14]がこれに該当する。

次に、ゲームにおけるペナルティーとゲームの進行との関係について簡単に言及しておきたい。日本の伝統的な双六やアメリカのモノポリーや人生ゲームに代表されるサイコロの目の運不運によって、これがペナルティーにもつながるゲームでは、ペナルティーは単なる嫌がらせとしてのみ機能する。つまり、運が悪かったので、ペナルティーを科せられたということになる。具体的には、「一回休み」であり、また、坊主めくりであれば、自分の引いた札が坊主であったというもので、単なる運の問題である。これに対して、ドイツボードゲームにおいては、ゲームを進めるにあたって、プレイヤーは単なる運に頼るのではなく、駆け引きを行うことこそが重要であり、戦術と戦略が重要視される。わかりやすい例では、チェス、将棋、囲碁といった確定完全情報ゲームでは、偶然の要素は排除されているのであり、ドイツボードゲームにおいては、若干の偶然要素を残しながらも、戦術と戦略を重視し、他のプレイヤーとの駆け引きを行い、勝利を目指すのである。このようなゲームにあっては、サイコロやルーレットの目による運不運とは異なり、ペナルティーは独自性を十分に発揮している。そこでこのようなゲームにおけるペナルティーの意義と機能を分析するとどのような特徴が認められるのかを検討するのが本研究課題なのである。

（2）競争型ゲームと協力型ゲームにおけるペナルティー

ゲームの目的との関係で、ゲームは２種類に分類される。他のプレイヤーとの競争の中でゲームが進行し、プレイヤーの中から勝利者が出る競争型ゲームと各プレイヤーが協力することで、目的を達成し、参加者全員が勝利するか、あるいは全員が敗北するかという協力型ゲームであ

せた場合には、審判員はその詳細を４時間以内にリーグ会長に報告する義務がある。

すなわち、これらの人々が、審判員、トレーナー、監督、コーチまたはプレーヤーに、野卑不作法な言を用いて黙過できない侮辱を加えたためか、暴力を働いたことが退場理由となった場合がそれである。」と審判員の報告義務を規定しており、例示ながら、暴力行為に対する退場措置が明示されている。

[14] ドーピングについては、拙稿「ドーピングに対する刑事規制について」北大法学論集67巻５号（2017年）486-470［1-17］頁を参照。

る。

競争型ゲームにおいては、それぞれのプレイヤーが競争的にプレイしているのであるから、これに対して科されるペナルティーは、特定のプレイヤーを念頭に置くことになる。このような競争型ゲームにおいては、ペナルティーは特定のプレイヤーがゲームの進行上、突出することを防ぐ均衡化機能を持つのであり、これによりゲームの白熱化が期待できる。他方、単なる不利益としての機能も存在する。例えば単にそのマスに止まって一回休みという偶発的要素によるペナルティーであり、また、現実にルール違反を行い（例えばカードを引かなかったなど）、それに対するペナルティーが科せられることもある。これらにおいては特定のプレイヤーに対し、ペナルティーが科せられることが特徴となる。

これに対して、協力型ゲームにおいては、プレイヤー全員に障害としてのペナルティーが科せられることが多い。それは各プレイヤーが競争的なゲームを行っているのではなく、仮想的な共通の敵に勝てるか、あるいは敵は存在せずとも、共通の目標を達成できるかというゲームの目的からこれが導き出される。一義的には特定のプレイヤーにのみ不利益に機能しても、実はチーム全体に対するダメージであることがある。例えば、あるプレイヤーが一回休みになることで、チーム全体の戦略が変更を余儀なくされるような場合である。

このように競争型ゲームであるか協力型ゲームであるかというゲームの目的との関係で、ペナルティーはその機能が異なるのであり、しかも、さらにさまざまな側面を有しているのである。

Ⅳ．ドイツボードゲームにおけるペナルティーの具体例

それでは、個々のドイツボードゲームを取り上げて、そこでペナルティーがどのように機能しているかを具体的に検討してみよう。ここで検討対象としたボードゲームは主に日本で入手可能なものとした。また、ルールについては日本での販売元や愛好家有志による日本語訳も存在し、インターネットで公表されたりしているが、ここではオリジナルを尊重するため、各メーカーのホームページに掲載されたドイツ語版の公式ルールをリンク先として紹介してある。

1．カタンの開拓者たち（Die Siedler von Catan）

カタンの開拓者たちは1995年に発表されたボードゲームであり、ドイツ人クラウス・トイバー[15]による作品である。その年のドイツゲーム大賞[16]を受賞している。これまでのボードゲームを根本的に変えたと評価する人もあるほど画期的なボードゲームとなっている。ゲームは各プレイヤーが産出物を用いて、開拓者として成功することを目指すものである。

（1）ゲームの概要

木材、粘土、鉱石、穀物、羊毛を産出する各土地プレートには２から12までランダムに番号が振られており、これらの土地プレートに隣接して集落と街を所有するプレイヤーはサイコロの目が出た場合にそれぞれの産出物を獲得し、これら産出物を資源カードとして手札に集め、これらを適宜組み合わせることにより、さらなる道路、集落、街を造成してこれにより勝利ポイントを競うゲームである。

（2）ルール[17]とペナルティーの意義

各プレイヤーは自分の手番で２個のサイコロを振り、出た目の合計が示す番号の土地プレートに隣接する集落、街の所有者が産出物を獲得することになる。２つのサイコロの組み合わせであるので、確率として２や12は出にくく、逆に６、７、８は出易い。その中でも７は一番出現頻度が高いが、これは先に挙げた土地に割り振られる番号ではなく、「群盗」に割り振られている。もし７が出た場合には、８枚以上の資源カードを所持しているプレイヤーは所持するカードの半数を捨てなければならない。また、これとは別に、７を出した手番のプレイヤーは、群盗を任意の土地プレートに移動し、その土地プレートに隣接する集落、街の所有者１名から資源カードをブラインドで引き、自らのカードとすることができる。さらに、この回以降、群盗が配置された土地プレートから

---

[15] クラウス・トイバーについては、https://www.catan.de/ueber-uns/klaus-teuber を参照（2018年８月30日最終閲覧）。

[16] ドイツゲーム大賞は、毎年、作品が選考され、権威の高いものとなっている。これについては、http://spiel-des-jahres.com/ を参照（2018年８月30日最終閲覧）。

[17] ルールについては https://www.catan.de/service/spielregeln を参照（2018年８月30日最終閲覧）。

は産出物が獲得されず、これはこの群盗が他の土地に移動するまで継続する。

このようにカタンにおいては、「７」がペナルティーの役割を果たしていることになる。しかし、そのペナルティー機能は３つ存在することになる。第１に、７を出したプレイヤーが他のプレイヤーの所持するカードを獲得できるという意味で、他のプレイヤーに対する不利益であること、第２に、７を出したプレイヤーが、自己の意思に基づいて、特定の土地プレートの産出物をストップさせるという意味で、他のプレイヤーに対する不利益であること、そして第３に、大量の資源カードを手札にして所持しているプレイヤー全員に対する不利益であること、である。このうち１番目と２番目の機能は、手番のプレイヤーに与えられた特権のようなものであり、とくに注目に値するものではない。

これに対して３番目の観点は非常に重要な機能である。このペナルティーは手番のプレイヤーに有利に働いたり、不利に働いたりするものではなく、手番のプレイヤーも含めて、全プレイヤーを対象としたもので、しかも、資源カードを大量に所持している、いわば裕福なプレイヤーに不利に機能するものである。つまり、持つ者と持たざる者の均衡化として機能するものであり、配分的正義を実現するものなのである。他方で、所持する手札の数を過度に増やさず、適度に消費するという心理面での効果があり、その意味で各プレイヤーの行動も規制している。これは刑罰論でいう一般予防効果となっている。

このように、カタンの開拓者たちのペナルティーは非常によく考えられたルールに基づいていることがわかる。

２．ディクシット（Dixit）

ディクシットは2008年に発表されたフランス人ジャン・ルイ・ルビラによるボードゲームで、2010年にドイツゲーム大賞を受賞している。また、スペイン、フランスでもゲーム大賞を受賞している。パーティーゲームと呼ばれているものであり、勝ち負けよりも雰囲気の盛り上がりを楽しむことに重点が置かれていると解される[18]。

[18] 本ゲームはドイツの雑誌 Focus でも取り上げられた。記事については、

（1）ゲームの概要

様々な解釈が可能な絵の描かれた1枚ごとに異なるイメージカードがあり、これを各プレイヤーに6枚づつ配布する。手番のプレイヤーは手札から一枚選び、これを秘して、そのイメージを言葉で表現する。イメージに合った「お題」を示すのである。他のプレイヤーは自分の手持ちのイメージカードから手番プレイヤーのお題に最も適合したイメージカードを選ぶ。それぞれを伏して、手番プレイヤーに手渡し、手番プレイヤーはこれをオープンし、他のプレイヤーがその中から手番プレイヤーの選んだカードを当てるというもので、これを当てたプレイヤーに得点が入り、コマを進める。これを各プレイヤーが順番に行い、自分のコマが早くゴールした者が勝ちとなる。

（2）ルール[19]とペナルティーの意義

手番プレイヤーは自分の選んだカードのイメージを言葉で表現し、これを他のプレイヤーに分かってもらえば良い。しかし、これをストレートに表現したのであれば、誰にでも分かることであり、ゲームの面白味がない。そこで得点ルールとして、もし全員がカードを当てた場合には、手番プレイヤーは得点ゼロで、他のプレイヤーには2点が加算される。逆に、誰にも当てられないような場違いの表現で、一人も当てられなかった場合も、手番プレイヤーは得点ゼロで、他のプレイヤーには2点が加算される。従って、全員には分からず、さりとて、一人も正解を選べないような事態にはしない微妙な表現力が必要となる。そして、その場合には手番プレイヤーと正解を選んだプレイヤーには3点が加算され、正解を選べなかったプレイヤーは得点ゼロとなる。

このゲームにおけるペナルティーは、2つの側面がある。一つは手番プレイヤーに対するもので、全員に当てられた、あるいは、誰にも分からなかった際に、得点がゼロとなり、他のプレイヤーには得点が加算されるという点である。もう一つの側面は、正解を選べたプレイヤーがい

---

https://www.focus.de/panorama/welt/freizeit-und132dixitund147-ist-spiel-des-jahres-2010_aid_524374.html を参照（2018年8月30日最終閲覧）。

[19] ルールについては http://de.asmodee.com/ressources/bonus/spielregel-korr-dixit.pdf を参照（2018年8月30日最終閲覧）。

たにもかかわらず、正解を選べなかったプレイヤーには得点が加算されないという点である。後者については多言を要しない。要は、「他の人が分かるのにあなたは間違えましたね」という罰ゲーム的発想である。

他方、前者は意味合いが異なる。ゲームとして成立させるためには「誰にでも分かるようなストレートな表現をするな、誰にも分からないような難解な表現をするな」という要請があり、これを守らない場合には不利益となるというものである。例えば、このディクシットを小さな素直な子供がプレイすると、あまりにも簡単な、誰にでも分かるようなストレートな表現をしてしまい、手番プレイヤーの一人負けとなってしまう。ゲームの盛り上がりを維持するためには、微妙な分かりやすさと分かりにくさを表現せよというゲーム作者の意図が示されているのである。このように、このゲームにおけるペナルティーの意義は、手番プレイヤーの行動の規制にあると言える。そしてその行動規制の背後には、このゲームをパーティーゲームとして盛り上げるためにはどのような演出が必要かを考えたゲームの根本設計があるのである。

3．おばけキャッチ（Geistesblitz）

おばけキャッチは2011年に発表され、同年のドイツゲーム大賞の候補にもなった。また、2012年フィンランド家族ゲーム大賞受賞、2012年子どもゲーム大賞最終選考対象作品でもある。ゲームデザイナーは、ゴキブリポーカーで有名なルクセンブルク人ジャック・ゼメである。本ゲームは、端的に表現すれば、３次元かるたであり、カードに示されたターゲットをいち早く掴み取るゲームである。ターゲットをいち早く摑んだ者がカードをもらい、一番多くのカードを手にした者が勝者となる。

（１）ゲームの概要

緑の瓶、青い本、赤いソファー、灰色のネズミ、白いおばけがターゲットであり、一回一回カードをめくり、ターゲットをいち早く掴み取ることがゲームの内容である。カードには、一つだけ正しいターゲットが写り込んでいるので、これを掴み取れば良い。ただし、ターゲットが写り込んでいないカードも存在する。その場合は、カードに示されていないターゲット、カードに示されていない色の両条件を満たすものが正解となる。従って、カードに青い瓶、白いソファが描かれていたら、正解は

ネズミであり、これをいち早く摑んだものが勝ちとなる。

（２）ルール[20]とペナルティーの意義

上に述べたようにゲームのルール自体は簡単であるが、カードに存在する場合は存在する物を、存在しない場合は存在しない物を素早く摑み取る必要があり、お手つきをした場合には当該プレイヤーがすでに取得したカードを差し出さねばならない。これはかるた遊びでも一般に見られるルールである。ここでのペナルティーの意義は、お手つき、すなわち自己のミス行為に対する制裁であり、お手つきを理由とし、それに見合った等価的なペナルティーとしてカードを１枚差し出すことなのである。

このように本ゲームのペナルティーは非常にプリミティブであるが、その前提となるお手つき、つまりファウルを誘発する「求められる正しい解答」の設計が興味深い。刑法で言えば構成要件に該当するが、存在する対象物と存在しない対象物がルールの中で両立しており、作為犯と不真正不作為犯の関係のようである。

４．ミステリウム（Mysterium）

ミステリウムは2015年に発表され、2016年のフランスゲーム大賞を受賞した作品で、ウクライナのゲームデザイナーであるオレクサンドル・ネヴスキーとオレグ・シドレンコによるものである。先に紹介したディクシットと同様にイメージカードを用いたヒントを元に、各プレイヤーが推理を行うものである。

（１）ゲームの概要

最初にプレイヤーは、１名が殺人事件の被害者である幽霊役、残りが霊媒役と分かれる。ゲーム自体は第１フェーズと第２フェーズに分かれている。第１フェーズは、各霊媒が幽霊役から真犯人特定のための容疑者を絞り込み、第２フェーズでは、各霊媒が話し合いの上、最終的な真犯人を特定する。幽霊役は一切言葉を使えず、代わりにそれぞれの霊媒

[20] ルールについては http://cdn.simba-dickie-group.de/downloads/601129800/601129800_Geistesblitz_Rules-online_DE-EN-FR-IT.pdf を参照（2018年８月30日最終閲覧）。

役にイメージカードを示し、各霊媒ごとに犯人、犯行現場、凶器を特定させ、候補者を絞り込むことになる。ゲームの目的は幽霊からのイメージ伝達により、真犯人を特定し、事件を解明することであり、幽霊役のイニシアチブの下で、最終的には各プレイヤーが協力して目的を達成する非対称型の協力型のゲームである。

（2）ルール[21]とペナルティーの意義

幽霊役が提示するイメージカードに託された意図を読み取り、これをヒントに犯人、犯行現場、凶器を推理することになるが、幽霊役の意図を読み違えると、ヒントの回数が減ってきて、推理のチャンスが少なくなり、それでも正解に至らなければ、時間切れで、全員が負けとなる。最終的な目的が全員協力による事件の解明であるが、それ至る過程で、霊媒役である各プレイヤーに対するヒントの減少という個別のプレイヤーに対するペナルティーがあり、これが各プレイヤー判断ミスに対するペナルティーとして機能している。他方で、これは間接的には幽霊役、霊媒役を問わず、全員に対するペナルティーであり、ゲームの目的達成を困難にする障壁ともなる。以上のことから、本ゲームにおけるペナルティーは、判断ミスに対する制裁であり、さらに、協力型ゲームの特徴を反映し、目的達成条件の困難化によるゲーム自体の演出としても機能しているのである。

5．ナイアガラ（Niagara）

ナイアガラは2004年に発表され、2005年のドイツゲーム大賞を獲得した。デザイナーは、ドイツ人トーマス・リーシングである。各プレイヤーは、滝のある急流でカヌーを操り、岸辺にある宝石の原石を収集する。

（1）ゲームの概要

各プレイヤーは1から6および天候変更カードを手札に持ち、これを随時プレイすることにより自分のカヌーを進め、川岸にある宝石の原石を収集する。7枚の手札の出し方は各プレイヤーがそれぞれ判断するが、各回ごとに、全プレイヤーの出したカードのうち、一番少ないカードの

[21] ルールについては http://de.asmodee.com/ressources/bonus/mysterium-spielregeln.pdf を参照（2018年8月30日最終閲覧）。

分だけ、全員のカヌーが流される。他のプレイヤーの出すであろうカードを予測しながら、自分のカヌーをコントロールし、原石を収集し、上流にあるベースに運ぶことが求められる。なお､天候変更カードにより、晴天では川の流れが遅く、荒天では流れが早くなる。

（２）ルール[22]とペナルティーの意義

各プレイヤーは各自の判断で原石を収集すべくカヌーを進めるが、カードは１から６までと天候変更カードであり、どのタイミングでどのカードを出すかが重要な戦略となる。そしてもしカヌーが滝に落ちてしまうと、運んでいた原石は元の川岸に戻され、プレイヤーはカヌーをあたらかに購入しなければならない。これが本ゲームにおけるペナルティーである。従ってこのペナルティーはプレイヤーの判断ミスに対する制裁として機能していることになる。

他方、川の流れは各プレイヤーに平等に向けられており、上流に向かおうとするプレイヤーにはペナルティーとして機能しているが､他方で､下流に向かおうとしているプレイヤーにはアドバンテージとして機能する場合がある。このペナルティーは目的達成の困難化というゲーム進行上の演出の一つであると解される。

６．プエルト・リコ（Puerto Rico）

2002年に発表され、同年のドイツゲーム大賞を獲得したゲームで、デザイナーはドイツ人アンドレアス・ザイファルトである。プレイヤーは各フェーズごとに、役割を選択し、その特性を活かしながら、得点を増やし、ゲームに勝利することを目指す。非常に複雑であるが、評価の高いゲームである。

（１）ゲームの概要

プレイヤーは各フェーズごと、市長、監督官、船長、開拓者、商人を選択する。その役割の効果は全員に反映される。他方、各プレイヤーは土地を開墾し、ここに入植者を配置し、生産物を生産し、これを船で出

[22] ルールについては http://cdn.simba-dickie-group.de/downloads/601124900/601124900_Niagara_Rules-online_DE-EN-FR-IT.pdf を参照（2018年８月30日最終閲覧)。

荷することで得点を獲得する。また、生産物を販売することで現金化し、これにより、工場を建築したり、港を建築したり、倉庫を建築したりして、生産性を高めることもできる。最終的には、船で出荷した勝利ポイントと街を発展させたポイントを合算し、得点の高いプレイヤーが勝利者となる。プレイヤーは自分の手番の時にどの役割を選択するか、また、建物を建てる時にどの建物を建てるか、入植者をどこに配置するか等、非常に多元的な判断力が要求される。

（2）ルール[23]とペナルティーの意義

上に述べたように、役割が選択されると、効果はプレイヤー全員に反映される。市長が選択されると入植者が配置され、監督官が選択されると入植地から生産物が産出され、船長が選択されると生産物が出荷され、開拓者が選択されると土地が開墾され、商人が選択されると生産物が販売される。このように役割が選択されると、その効果は自動的に生ずるが、その効果が生ずる条件を持たないプレイヤーには効果は生じない。具体的には、プレイヤーが畑を所有していなかったり、所有していたとしても入植者がおらず、何も生産できない場合である。この意味で特定のプレイヤーに不利益が生じるようになっているが、これはペナルティーというよりもむしろ利益を生じないというだけのことであろう。

他方、いずれかのプレイヤーが船長となった場合、生産物の出荷がなされるが、その際、積載できなかった余剰生産物は廃棄される。積み荷の配置により、特定のプレイヤーは自分の生産物を出荷できず、よってこれらを廃棄しなければならないことになる。これは特定のプレイヤーに対する不利益を生じさせる戦術であり、ゲーム遂行上のテクニックである。先に述べた役割はプレイの順番はさておき、オープンなのであるから、当該状況において適切な役割を引き受けることにより避けることもでき、当該局面での適切な判断が求められるのである。しかし、生産物の廃棄は船長を選択したプレイヤーにも効果として生ずる可能性もあるので、このペナルティーはプレイヤー全員にも向けられているとも解

[23] ルールについては https://www.ravensburger.com/content/wcm/mediadata/pdf/Microsites/Alea/Puerto%20Rico/Spielregeln_Puerto_Rico_neu.pdf を参照（2018年８月30日最終閲覧）。

される。このようにこのペナルティーは、戦術として他のプレイヤーを不利にする機能としても、また、余剰利益の収奪という均衡化の機能としても作用するのである。

プエルト・リコは、運の要素が少なく、他のプレイヤーの行動を注視しながら、自分の行動を律する必要のある非常に複雑なゲームである。その中で、ここで取り上げた余剰生産物の廃棄は、多面的な側面を持ったペナルティーであると評価することができる。

7．ボーナンツァ（Bohnanza）

ボーナンツァは1997年のドイツゲーム大賞の候補に挙げられたカードゲームで、デザイナーはドイツ人ウヴェ・ローゼンベルクである。自分の手札を中心に自分の場に豆を植え、これを育て、収穫し、得点を競うものである。

（1）ゲームの概要

各プレイヤーは５枚のカードを手札として持ち、この順番に変更を加えることなく、プレイし、手番においては、①手札からカードを出し、畑の豆を育てる（カードを置き、これを伸ばす）、②２枚新しいカードを山札から引く、③これを他のプレイヤーと取引し、それらのカードを場に出す、④すべてのプレイヤーが取引された畑の豆を育てる、⑤１枚新しいカードを山札から引くということを繰り返す。プレイヤーは自分の畑を２つ持ち、そこで同種の豆を育て、ある程度育ったら、これを刈り取ることで得点を獲得する。山札がなくなったら、捨てカードをよく切り、これを山札とし、これを２度続けたところで、ゲームは終了する。合計得点が一番多いプレイヤーが勝利者となる。

（2）ルール[24]とペナルティーの意義

すでに述べたように、各プレイヤーは５枚のカードを手札として持ち、この順番に変更を加えてはならない。したがって、プレイヤーは一番上のカードから順にプレイすることになる。これは絶対的ルールで、これ

[24] ルールについてはhttps://www.amigo-spiele.de/content/download.php?group=rule&file=01661-DE-AmigoRule.pdf&title=01661-DE-AmigoRule.pdfを参照（2018年８月30日最終閲覧）。

に対するペナルティーは存在しない。したがって、先に論じた一般ルール違反となり、失格となると考える。

ルールで規定されたペナルティーに関しては、手番の一番最初、すなわち、自分の手札からカードを出し、自分の畑の豆を育てる場面で、もし、育てている豆の以外の豆を出す場合、すでに育てている豆を刈り取らなければならない点である。これは「自分の手札の順番を変えてはならない」という大原則からすれば、運が悪いという以外ない。つまり、自分の判断では次に出すカードを変えられないからである。しかし、他方で、実はプレイヤーはこれ以前にそのカードを変えておく可能性があったのであり、その段階で変えていなかった判断ミスに対するペナルティーであるといえる。つまり、短期的には運が悪いとしか言いようのないペナルティーであるが、長期的視野では、次の自分の手番に何が起こるかを予測できていたのであり、これに対応しなかったという判断に対するペナルティーであるといえる。

このゲームでは、他のプレイヤーとの取引が行なえ、その段階で、他のプレイヤーの協力を引き出すことができる。この交渉をうまく成功させることが、長期的視野でのカードの処理に影響を与えているのであり、ここにこのゲームの本質がある。端的に言えば、このゲームは純粋な競争型ゲームでも、純粋な協力型ゲームでもない。ある意味で協力型ゲームであり、しかし、各プレイヤーはそれぞれの勝利を目指すという特徴を持っている。育てた豆を刈り取らねばならないというペナルティーは、いささか比喩的であるが、孤立と不運に対する制裁であるかのようである。

8．禁断の島（Die verbotene Insel）

禁断の島は2011年のドイツゲーム大賞にノミネートされた協力型ゲームであり、ゲームデザイナーはアメリカ人マック・リーコックである。禁断の島に降り立ち、隠された４つの財宝をプレイヤー全員が協力して探し出し、島から脱出することが目的である。

（１）ゲームの概要

プレイヤーは、研究者、パイロット、ナビゲーター、ダイバー、エンジニア、伝令のひとりになり、それぞれの特技を生かして、チームとし

て行動し、財宝カードを集め、「炎のクリスタル」「風の彫像」「海の聖杯」「大地の石」の財宝を収集する。他方、沈みゆく島であるため、島の水位は徐々に上がり始めており、これに対する対応も必要となる。プレイヤーは、手番において、①３つまでのアクション（移動する、水位上昇を防止する、財宝カードを他のプレイヤーに手渡す、財宝を見つける）を行い、②山札の財宝カードから２枚を引き、③水位上昇を調整する。各プレイヤーはお互いにコミュニケーションを行い、今何を行うのがベストかを見極め、連係プレイで行動し、最終的には、すべての財宝を獲得して、島から脱出することを目指す。これが達成されれば、全員の勝利であり、達成できなければ、全員の負けとなる協力型ゲームである。

（２）ルール[25]とペナルティーの意義

各プレイヤーは、それぞれの役割を与えられており、また、それにより各自の特技を併せ持つ。例えば、研究者は斜めにも移動可能、パイロットはどこにでも自由に移動可能、ナビゲーターは他のプレイヤーを移動可能、ダイバーは水の中も移動可能などである。他方、プレイヤーたちに不利なルールとしては、財宝カードは手札としては５枚までしか保持できず、それ以上のカードは破棄しなければならない。また、プレイヤーがプレイするごとに、島の地面が浸水してくる（初期設定では毎回２地域づつ浸水するが、財宝カードには水位上昇カードが混ぜられており、これにより浸水が加速する）ので、これに対する対策がなされないと、その地域が完全に水没してしまう。さらに、レアケースだが、四方が水没した地域にプレイヤーがおり、その土地も水没した場合は、プレイヤーは救われず、直ちにゲームエンドとなる。このようなルールに則り、プレイヤーは３つまでのアクションという制限の中で、財宝を獲得する条件である４枚の同じカードを特定のプレイヤーに集めさせるよう協力し、財宝を獲得しなければならない。

このように見てくると、協力型ゲームである本ゲームにおけるペナルティーは、チーム全体に向けられており、目的達成に対するハードルとして機能していることが明白である。プレイヤーのゲーム練度に応じて、

[25] ルールについては https://www.schmidtspiele.de/media/files/Die_verbotene_Insel49013D.pdf を参照（2018年８月30日最終閲覧）。

手番ごとの浸水の地域数を増やせるので、ゲームの難易度を揚げることは可能である。しかし、ただハードルを上げればいいというものではなく、ゲーム遂行の困難さのバランスが求められることになるが、これはペナルティーと直結していることになる。まさに協力型ゲームの特徴であるプレイヤー全員に向けられたペナルティーということになる。

９．イムホテプ（Imhotep）

イムホテプは2016年のドイツゲーム大賞の候補になったゲームで、オーストラリア人フィルウォーカーハーディングによるものである。古代エジプトの建築家をイメージして、市場、ピラミッド、神殿、埋葬室、オベリスクに自分の石を運搬し、それぞれを建築して、ポイントを獲得し、競うゲームである。

（１）ゲームの概要

プレイヤーは、自分の手番で、①採石場から３つまでの石を手元に運んでくる、②石材をひとつ船に載せる、③船を建築現場に移動させる、④手持ちのカードをプレイする、のうちから、どれかひとつを実施する。船は建築現場に到着すると、自動的に船首から積み下ろされ、それぞれの建築現場で建築に使われる。４艘の船がすべて建築現場に着いたら、１ラウンドが終了で、これが６ラウンド実施される。得点のルールは建築現場ごとに決められており、これに基づいて得点計算が行われ、勝利者が決定される。

（２）ルール[26]とペナルティーの意義

本ゲームにおいては、得点の計算方法が一番のキーとなっている。すなわち、ピラミッドにおいては、自分の石が置かれた場所により得点が異なり、神殿では上から見たときに見える石の色と個数が得点であり、埋葬室では直接並びあった石の個数によって得点が異なり、オベリスクでは一番高いオベリスクを立てたプレイヤーが一番得点を獲得する。石の配置は船から陸揚げした時の順序であり、それは船に載せた順序によ

[26] ルールについてはhttps://www.kosmos.de/content/fileadmin/Media/Anleitungen_FAQ/4002051692384581 66fdd01d28_Imhotep.pdfを参照（2018年８月30日最終閲覧）。

り決定されているが、船をどの建築現場に運搬するかは、このアクションを選ぶプレイヤーの判断による。このように得点の差異が各プレイヤーの判断に直結してきているのである。

これに対して、本ゲームにおいては、ペナルティーは存在していない。特定のことができなければ、得点がマイナスされるということは規定されていない[27]。むしろ、各プレイヤーの石の配置によって得点に差異が生じるということが重要な意味を持ち、ペナルティーではないものの、各プレイヤーの駆け引きを惹起している。つまり、各プレイヤーは自分の行動が如何に自分の利益につながり、他のプレイヤーの不利益につながるかを考えながらベストな行動をとることが求められているのである。

Ⅴ．まとめ

ここまで、いわゆるドイツボードゲームと呼ばれるボードゲームを中心にルールとペナルティーの意義を具体的に検討してみた。そこで最後にこれらを整理してその機能を検証してみよう。

1．協力型ゲームにおけるペナルティーと競争型ゲームにおけるペナルティーの相違

協力型ゲームにおいては、ペナルティーによる不利益は、チーム全体に対するものと解される。一義的には特定のプレイヤーに対するペナルティーが生じることはあっても、究極的には、これはチーム全体に対するものであり、ゲームの勝利条件の困難化を意味する。これに対して、競争型ゲームにおいては、ペナルティーによる不利益は、基本的に当該プレイヤーに対して効果を持つ。

どちらのゲームにおいても、ペナルティーを科せられたプレイヤーに

[27] エキスパートルールでは、プレイヤーは、ピラミッド、神殿、埋葬室、オベリスクのすべてに少なくとも一つは自分の石を置かねばならず、そうでない場合は「ファラオの怒り」として、5点がマイナスされるというルールがある。これは特定の条件を満たさなかった場合に科せられるペナルティーということになる。

とっては、ゲームの遂行に対する阻害要因となることは同様であるが、協力型ゲームか競争型ゲームかというゲームのデザインの違いにより、ペナルティーの効果の範囲が異なるのである。

２．ペナルティーの意義

刑事法において刑罰の目的は、応報、一般予防、特別予防であり、それぞれの強調の程度は異なるものの、３つの要素を総合的に勘案する見解が主流である。一言でいうと、応報とは、正義の要請であり、自分の所業に対する贖罪であり、一般予防とは、威嚇であり、特別予防は、再犯回避のための教育である。このうち、あとの２つは、予防であり、将来の行動を規制するための政策的配慮である。

これら３つの観点をゲームでのペナルティーに当てはめてみると、少なくとも本研究で取り上げたテーマに関しては、予防的配慮は少ないように思われる。つまり、ある行動を行い、これに対してペナルティーが科せられる場合、同種の行動が将来に向かって行われることを回避することが予防であるのであるから、ゲームにおいてプレイヤーの行動を規制するための予防的効果としてのペナルティーは、本研究ではほとんど見受けられなかったのである。プレイヤーがリスクに富んだ行動を選択し、これに対して運悪く不利益が科された場合、プレイヤーに対して「リスクのある行動をするとこのような結果を招く」というメッセージが示されることになるが、これとて、純粋に、プレイヤーの将来の行動を規制するためのものではない。むしろ、プレイヤーの行動がハイリスク・ハイリターンであることを示したに過ぎない。

逆に、ゲームにおいては応報的側面が前面に押し出されているように思われる。つまり、自己の選択した行動に対する帰結としてのペナルティーなのである。ハイリスク・ハイリターンである行動が失敗した場合の効果でしかないのである。プレイヤーは常にこのリスクを念頭に置きながら行動しており、これがゲームにおける緊張を醸し出している。

プレイヤーは勝利を目指して自己決定し、行動を選択しているが、ここでの葛藤要素としてペナルティーは機能しているのである。例えば、イムホテプのように、純粋にペナルティーのないゲームでは、他のプレイヤーとの絡みによる不利益、つまり、自分の選択したかった行動を先

んじて実現されてしまったり、自分が選択したくなかった結果を実現されるなどの不利益が発生することも、ペナルティーと同様の側面を持つのである。

ただ、カタンの開拓者やプエルト・リコに見られるように、富める者に対する規制という機能を持つ場合がある。自分の手番でない場合に、ペナルティーが科せられるという意味で、自己の選択した行動に対するペナルティーではない。しかし、遡れば、自分の手番において特定の行動を選択した、あるいはしなかったという自己決定に対する帰結でもあるのである。

このように、刑事法における刑罰論との関係では、ゲームにおけるペナルティーの意義は予防ではなく、応報、それも自己の選択した行動に対する最悪の帰結を意味しているものと解される。プレイヤーはこの最悪の帰結を勘案して、意思決定を行い、これがゲームのバランスを取っているのである。

3．結び

本研究においてドイツボードゲームのペナルティーの意義を検討した。現在、ボードゲームがコミュニケーション形成に役立つ教育ツールとして着目されているが、本研究において、自己決定とペナルティーの意義を関連付けることができたように思われる。本稿において検討したボードゲーム以外にも、ルールとペナルティーの関係を論ずるにあたって非常に興味深い設定をしている作品も多い。例えば、カルカソンヌ（Carcassonne）、ケルティス（Keltis）、チケット・トゥー・ライド（Ticket to Ride / Zug um Zug）、エルグランデ（El Grande）、トゥルン・ウント・タクシス（Thurn und Taxis）、キングダム・ビルダー（Kingdom Builder）などであり、これらはいずれもドイツゲーム大賞かその候補にノミネートされた実績を持ち、しかも、ユーザーの評価が高いものである。これらのゲームについては今後あらためて検討の機会を持ちたい。

なお、本研究は、公益財団法人中山隼雄科学技術文化財団の平成28年度研究助成 A-2によるものであり、研究にご理解をいただいた同財団に深く感謝する次第である。

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（４・完）

―― 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
　第２節　違約金増減の対象
　第３節　違約金増減の要件
　第４節　違約金増減の立法史　（以上、68巻６号）
第２章　違約金増減の運用実態――数量分析を中心に
　第１節　違約金増額の運用実態に関する数量分析
　第２節　違約金減額の運用実態に関する数量分析（以上、69巻１号）
第３章　違約金増減の運用実態――論理分析を中心に
　第１節　違約金増額の運用に関する裁判例
　第２節　違約金減額の運用に関する裁判例
　第３節　まとめ
第４章　学界の評価と改革案
　第１節　学界の評価
　第２節　改革案　（以上、69巻２号）
第５章　台湾法・日本法との比較
　第１節　台湾法との比較

１．趣旨
２．対象
３．要件
４．台湾法から見る中国法
第２節　日本法との比較
１．現行民法の条文
２．学説・裁判実務
３．債権法改正をめぐる立法論
４．日本法から見る中国法
むすび
１　違約金増減の位置づけ
２　違約金増減を支える要因
資料　関連条文　（以上、本号）

第５章　台湾法・日本法との比較

前の４章では、中国法における違約金増減の概要、運用実態（裁判実務に関する数量分析および論理分析）、学界による評価および改革案を検討してきた。本章は、比較法という視野を入れて、台湾法・日本法を取り上げる。このような作業をすることで、中国法における違約金増減（以下では、本章における比較法の検討の部分では、中国法における違約金増減を「中国法法制」と略称することとする。）の運用と比較し、中国法法制がいかなる特徴を有するのかを析出する。具体的には、本章は台湾法と日本法を分けて次のような内容で検討していきたい。

第１に、第１章による立法史の部分では指摘したように、現行台湾法において違約金の減額を認める法規定が定められている。本法規定は戦前1929年南京で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なしている。このような背景のもとでは、第１節は、本法規定が（以下では、台湾法において法院が違約金の減額を認める法制を「台湾法法制」と略称することとする。）、どのような趣旨が定められているのか。学説・裁判実務において如何にして解釈、運用されているのかを検討する。その上で、中国法法制の運用と比較し、中国

法法制がいかなる特徴を有するかを浮き彫りにしてみたい。

第２に、日本法において予定賠償額について裁判所による増減を認めない条文が置かれている。とはいえ、明文の立場と異なり、日本法における学説・裁判実務によると、明文通りに裁判所は予定賠償額の増減を認めないとしながら、一定の場合には公序良俗の一般条項の適用を通して過大な予定賠償額の約定を一部無効とすることで、事実上、予定賠償額の減額を認めている、とされる[1]。また、最近の立法の動向を見ると、民法（債権法）改正は、裁判所による予定賠償額への介入問題を正面から取り上げ、特に過大な予定賠償額のへ介入を明文化しようとする議論を見せている[2]。このような背景のもとでは、第２節は、日本法における予定賠償額の増減問題に関する条文の立場、学説・裁判実務の状況および民法（債権法）の改正をめぐる議論を取り上げる。その上で、中国法法制の運用と比較し、中国法法制がいかなる特徴を有するかを浮き彫りにしてみたい。

第１節　台湾法との比較

台湾法における違約金に関する条文は、台湾民法250条から253条まで規定されている。まず、その内容を見ておこう。

台湾民法[3]

[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] 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。

[3] 台湾民法に関する条文の訳は、前田達明「中華民国民法」『史料民法典』（成文堂・2004年）1622頁による。ただし、250条２項が、2002年の民法典の改正によって改正を加えられたため、本項の訳は著者が加筆したものである。

250条
（１）当事者は、債務者が債務を履行しないときは違約金を支払うべきことを約定することができる。
（２）違約金は、当事者間に別段の定めがある場合を除いて、不履行による損害賠償の総額とみなす。債務者が、債務者が適当の時期に、又は適当の方法によって債務を履行しない場合は直ちに違約金を支払うべきことを約束したときは、債権者は、債務の現実履行を請求することができるか、又は違約金を請求することができる。この場合、違約金は、適当の時期、又は適当の方法によって債務を履行しない場合にもたらされる損害賠償の総額の予定とみなす。

251条
債務の一部がすでに履行されたときは、裁判所は、債権者がその一部の履行によって受けた利益に応じて違約金を減少することができる。

252条
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。

253条
前三条の規定は、違約のとき金銭以外の給付をすべきことを約した場合に準用する

法規定からみると、250条と253条は違約金の法的性格を規定しているものである。251条と252条は、台湾法法制の適用に関する要件を規定しているものである。以上に基づき、本節は、２つの部分を分けて検討を進める。

第１に、台湾法法制ががどのような趣旨で規定されているのか、どのようにして使われるのかを検討する。すなわち、法規定、学説および最高法院の判決[4]に基づき台湾法法制の趣旨、対象および要件を明らかに

[4] 台湾法における最高法院の判決については司法院「法学資料検索系統」

する。

第２に、中国法法制と台湾法法制を比較する。両法制の比較を通して、現行中国法の特徴を浮き彫りにしたい。

1　趣旨

台湾法法制の立法趣旨について、条文についての立法者意思が示されていないため、学界における有力な民法学者の著書から、そ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。まず、台湾民法債権総論では、立法の趣旨は以下のように述べられている。

「契約締結において経済的な弱者がやむを得ずに高額な違約金を締結する場合には、その者に救済の道を与えないと、公平を失する。それゆえに、法規定は法院に違約金を減額する権限を賦与するのである。」[5]、とされる。

他方、民法学界における有力な民法学者である林誠二氏は、氏が執筆した著書と論文において立法の趣旨を以下のように述べておられる。

「違約金の約定は当事者の合意によるものである。とはいえ締結地位の不平等が不公平の事情をもたらしかねないため、立法は法院に違約金を減額する権限を賦与するのである。」[6]、とされる。

「現代契約において当事者の締結地位および交渉力はしばしば不平等である。換言すれば優位の締結地位に立つ一方当事者は相手方当事者に実質的な公平が欠ける契約条項を受け入れるように押し付ける、という事情がある」[7]、「違約金は当事者の合意により締結されたものである。とはいえ当事者の締結地位の不平等のために、違約金の約定が明らかに公平を失することになりかねない。この場合に、法院が違約金を無効にすると、違約金の機能や実益がなくなる。それゆえに、法規定は法院に違約金を減額する権限を与えると同時に、当事者の利益にも気を配ってい

（http://jirs.judicial.gov.tw/）による。

[5] 孫森焱『民法債編総論下冊』（三民書局・2014年訂正版）727頁。

[6] 林誠二『民法債編総論――体系化解説――（下）』（瑞興図書・2001年）229頁。

[7] 林誠二「違約金酌減之法律問題」台湾法学157期（2010年）117頁。

る。」[8]、とされる。

以上、台湾法法制の立法趣旨を見てきた。中国法法制の趣旨と比べると、明らかに異なる論理で正当化されていることが明確にされた。台湾法法制の趣旨に照らせば、以下のように要約することができると考える。

学者の論述は「経済的な弱者」や、「優位の締結地位」、「締結地位の不平等」に目を向けている。すなわち契約締結において、当事者間の交渉力の格差があるため、このような格差が是正されない限り、実質的な公平が実現されない。それゆえに台湾法法制は当事者間の交渉力の格差を是正し、実質的な公平を保つためのものとして解釈されている。換言すれば、台湾法法制は当事者間の交渉力の格差の是正という論理で正当化されていると推測され得る。

２　対象

第１章では検討したように、違約金は、その種類によって法的性格や機能が異なってくる。台湾法法制が適用される場合に、念頭に置かれる違約金は、どのようなものなのか（違約金の種類）を明らかにする必要がある。以下では、まず学説では、違約金はどのようにして説明されているのかを見た上で、台湾法法制に適用される違約金は、どのようなものなのか（違約金の種類）を把握する。

（１）学説

台湾法でも、講学上、違約金の種類は、中国法と同様に「賠償的違約金」と「懲罰的違約金」と分類されている[9]。違約金の種類をめぐる学説について、学界では、代表的なものとして、孫森焱氏、邱聡智氏の見解を挙げることができる。この二人の見解に基づいて、「賠償的違約金」と「懲罰的違約金」については、それぞれ以下のように述べられている。

「賠償的違約金」について、「『賠償的違約金』は債務不履行の場合にも

[8] 林・前掲注（７）117 ～ 118頁。

[9] 邱聡智『新訂民法債編通則（下冊）』（華泰文化事業･2001年）552 ～ 553頁、孫･前掲注（５）716 ～ 717頁を参照。

たらされる損害賠償総額の予定として用いられる。」[10]、「『賠償的違約金』は債務不履行の場合にもたらされる損害の賠償額、賠償額総額もしくは最低賠償額として、当事者があらかじめ予定しておくものである。」[11]、とされる。

「懲罰的違約金」について、「債務者が契約義務を履行しないとき、違約金の支払いのほか、損害賠償責任も負担すると約定される場合には、違約金は『懲罰的違約金』と解釈される。」[12]、「『懲罰的違約金』は、履行の確保を強制する罰である。当事者は『懲罰的違約金』を約定する場合、債務不履行のとき、債務者は違約金を支払う以外に、現実の履行をする責任もしくは損害賠償責任を負わなければならない。」[13]、とされる。

また、学説では、法院が当事者が約定した違約金が「賠償的違約金」か、「懲罰的違約金」かを認定する場合、「違約金は原則的に『賠償的違約金』と認定されるべきである。違約金が『懲罰的違約金』として認定される場合には、当事者がその意思を明示する必要がある。」[14]、「違約金の認定においては当事者の意思に従い、決めなければならない。もし当事者の意思が明らかではない場合、違約金は『賠償的違約金』として認定されるべきである」[15]、とされる。

以上、台湾法による違約金をめぐる学説に照らすと、「賠償的違約金」は損害賠償の予定として用いられること、「懲罰的違約金」は当事者の意思によって合意される違約罰であること、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、といった法的特徴があると認識されている。この意味において、「賠償的違約金」と「懲罰的違約金」についての認識は、中国法と同じ枠組みで捉えられることができる[16]。次は、台湾法法制に適用される違約金は、「賠償的違約金」なのか、「懲

[10] 邱・前掲注（9）552頁。
[11] 孫・前掲注（5）717頁。
[12] 邱・前掲注（9）553頁。
[13] 孫・前掲注（5）716 ～ 717頁。
[14] 邱・前掲注（9）553頁。
[15] 孫・前掲注（5）717頁。
[16] 中国法における違約金についての検討は、第１章の「違約金の種類、法的性格および機能をめぐる学説」を参照されたい。

罰的違約金」なのか、あるいは両方とも含まれるのか。

（２）対象としての違約金

台湾民法250条に照らすと、台湾法法制に適用される違約金が「賠償的違約金」であることは明確に示されている。他方、最高法院の判決では、「懲罰的違約金」も台湾法法制に適用され得ると解釈されている。以下では、法規定の立場と最高法院の判決の立場に基づいて検討を進める。

（ⅰ）法規定の立場

台湾民法250条２項から見れば、民法（250条から253条まで）が規定している違約金は「賠償的違約金」を指す[17]。立法の立場によると、違約金が「賠償的違約金」として立法化され、「懲罰的違約金」が法規定によって除外されるという原則が徹底される必要がある、とされる[18]。「賠償的違約金」としての違約金が、一定の条件のもと、民法252条の適用によって、法院は違約金を減額することができる、と説明されている[19]。

また、学説では、民法250条の直後に規定されている民法251条と252条の対象が、民法250条が規定している「賠償的違約金」であることは、法規定の体系的な解釈から導ける当然の結論である、と説明されている[20]。

以上、法規定についての検討に照らせば、台湾法法制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。

（ⅱ）最高法院の判決の立場

「懲罰的違約金」が台湾法法制に適用され得るかどうかについては、法規定において明確な立場が示されていない。これに対して、最高法院

---

[17] 台湾民法250条２項の文言から見ると、当事者間に別段の定めがない限り、違約金が損害賠償の予定と見なされることは明らかである。邱・前掲注（９）550頁参照。

[18] 邱・前掲注（９）555 ～ 556頁参照。

[19] 孫・前掲注（５）717頁参照。

[20] 楊芳賢「民法違約金酌減規定之若干問題」臺大法学論叢40巻４期（2011年）2131頁参照。

93年度台上字第1812号判決では、「懲罰的違約金」が台湾法法制に適用され得るかどうかについて、その判旨が以下のように示されている。

「民法252条の規定に基づき、約定された違約金が著しく高い場合には、法院は相当な金額まで減額することができる、とされる。本規定は、『懲罰的違約金』について適用されることもできる。」、とされる

以上、最高法院の判決の判旨によると、台湾法法制に適用される違約金が「懲罰的違約金」にまで及び得ることが明らかにされた。

他方、「懲罰的違約金」が台湾法法制に適用され得るかどうかについて、最高法院の判決の判旨に賛成する学説もある。学説では、その理由が以下のように述べられている。

「まず、『懲罰的違約金』に関する約定は、当事者の意思自治に基づいて約定されたものであるが、債務者を保護し、その者に大きな負担を負わせないため、『懲罰的違約金』が民法252条に適用される必要がある。

また、当事者が約定した違約金は『懲罰的違約金』であるのか、それとも『賠償的違約金』であるのか、法院が両者を区別することには困難、不確定性がある。他方、両者の差異が過度に強調されると、違約金が『賠償的違約金』であると認定される場合（その額を減額され得る）と、違約金が『懲罰的違約金』であると認定される場合（その額を減額され得ない）において、債務者が異なる責任の負担を背負いかねないことになる。」[21]、とされる。

以上、最高法院の判決の立場および学説の見解に照らすと、「懲罰的違約金」も台湾法法制に適用され得ると解釈されている。

3　要件

前の部分では、台湾法法制に適用される違約金は如何なるものなのか（違約金の種類）を明らかにした。本部分では、台湾法法制が如何にして適用されるのかという要件を明らかにする。法規定、学説および最高法院の判決に基づき、中国法法制と同様に、台湾法法制についても訴訟要件（手続的な要件）と判断要件（実体的な要件）に分けられて議論が行われている。以下では、訴訟要件、判断要件という順番で検討を進める。

[21] 楊・前掲注（20）2131頁。

（１）訴訟要件

法院が手続上、いつ違約金の減額の可否を判断することができるという訴訟要件としては、「当事者の申請」によるのか、「法官の職権」によるのか、という２つの立法例がある[22]。換言すれば、法院が職権により違約金の減額を命ずることができるかどうか、あるいは、当事者による主張をまってはじめて減額することができるのかという問題である。台湾法において訴訟要件が如何なる立法例を採用しているのかについて明確に定められていない。その代わりに、この問題を説明している学説もある。以下では、学説に基づいて検討を進める。

（ｉ）学説の立場

台湾民法の代表的な学者としての王澤鑑氏は、「台湾民法252条が強行規定であるため、法院が職権により違約金に介入しなければならない。」[23]と説明しておられる。また同じ著名な民法学者としての林誠二氏も、以下のように述べておられる。

「民法252条の文理解釈によると、違約金の減額を命じるかどうかは、法院の職権による。当事者が訴訟において法院に違約金を減額するよう求めることができるとしても、法院が当事者の主張に拘束されるべきではない、とされる。それゆえに、法院が違約金の減額を命じるかどうか、いくら命じるのかは、法院の独占的な裁量権に属する」[24]、とされる。

さらに、学説では、法院が職権により違約金の減額を命じるべきであることは、法解釈論から以下の二つの理由[25]が挙げられている。

第１に、条文の文理上からすると、「債務者の申請」によるという要件を規定していないため、立法者が違約金の減額の可否において「債務

---

[22] 違約金の増減をめぐる訴訟要件についての説明は、第１章の注（55）を参照されたい。

[23] 王澤鑑『王澤鑒法学全集・第十巻――民法概要』（中国政法大学出版社・2003年）280頁。

[24] 林・前掲注（７）118頁。林氏と同じ見解を持つ学説もある。黄宏全「論給付拒絶及違約金酌減與不当得利――以最高法院93年台上字第42号判決及最高法院97年台上字第1078号判決為中心――」輔仁法学34期（2011年）185頁参照。

[25] 楊・前掲注（20）2157頁～2159頁参照。

者の申請」という要件を採用せず、その代わりとして「法院の職権」によるという立場をとっていると解釈することができる。

第２に、比較法を見ると、台湾法は、ドイツ法のように法院が「債務者の申請」によってはじめて違約金の減額の可否を判断できるという立法を明文化しなかった。その理由は、立法者が当時の社会、法制、人材、観念などの状況がドイツと異なっていた、という事情[26]があるためである。それゆえに、立法者はあえて台湾法法制の適用を「法院の職権」にゆだねるという異なる立法の立場を採用したと推測することができる。

（ⅱ）適用についての問題

以上の学説についての検討に照らせば、法院は職権により違約金の減額を命ずることが、明らかにされた。それに対して、当事者が積極的に違約金を減額するよう求めることができるのか、もし認められるとすれば、どのような形で行われるのか、という実務的な問題も、残っている。学説では、法院は、債務者が訴訟の提起、または抗弁という段階において違約金の減額を申請する場合、法院はその減額の申請に基づき、違約金の減額の可否を判断することもできる、とされる。以下の三つの理由[27]が挙げられている。

第１に、学説では、法院が職権により違約金の減額を命じると解釈されるということは、債務者がわざわざ違約金の減額を請求する必要がないことのみを意味し、債務者が積極的に違約金の減額を申請する権利を制限することを意味していない。

第２に、違約金が著しく高いか否かについて、訴訟の手続に入る債務者は被告として抗弁する権利が当然にある。それゆえに、債務者が違約金が著しく高いと考える場合、法院は、債務者に違約金を減額する抗弁

[26] 楊氏は、台湾法の場合に、社会、法制、人材、観念などの状況がドイツと異なっていたと指摘しているが、具体的にどう異なるのかについて言及していない。

[27] 楊氏の考え方によると、台湾法法制の適用は、法院が職権により違約金の減額を命じるか否かの場合を除いて、債務者が訴訟の提起や、抗弁という手続的な段階において違約金の減額を請求することによって、法院は違約金の減額の可否を判断することも可能である、とされる。楊・前掲注（20）2161頁～2162頁参照。

の権利を与えるべきである。

第３に、債務者が違約金が著しく高いと主張する場合でも、法院が、必ず債務者の減額の主張を認めるとは限らない。それゆえに債務者が訴訟の提起、又は抗弁という段階において、違約金の減額を請求する権利は妨げられない。

以上の検討によると、法院が当事者による違約金の減額の主張をまってはじめて減額することができるという原則は採用されていないが、訴訟の提起、抗弁という手続の段階において債務者による違約金の減額の主張がある場合、法院がその減額の主張に基づき、違約金の減額の可否を判断することも可能であることが、明らかにされた。

（２）判断要件

学説では、法院は違約金の減額を、２つの場合に認めることができると解している。民法251条は、債務が一部履行された場合には、法院が違約金を減額すると規定している、民法252条は、違約金が著しく高い場合、法院が違約金を減額すると規定している、と説明されている[28]。前者の場合には、法規定によって法院の判断要件がはっきりと示されているが、後者の場合には、法院の判断要件が明確に示されていない。ほとんどの学説は、違約金が著しく高い場合において法院による減額の判断要件を解釈するとき、いくつかの最高法院の判旨に基づき説明している[29]。それゆえに、252条による法院の減額の判断要件を明らかにするためには、最高法院の判旨を提示、検討する必要がある。以下では、民法251条、252条にそれぞれ基づき、判断要件を検討することとする。

（ｉ）民法251条の判断要件

民法251条によると、債務が一部履行された場合には、法院は一部履行によって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、と規定されている。学説では、債務者が債務を一部履行した以上、債権

[28] 邱・前掲注（９）556 ～ 557頁参照。

[29] 孫・前掲注（５）727頁、林・前掲注（７）118頁、邱・前掲注（９）557 ～ 558頁、黄・前掲注（24）23頁などを参照。

者はそれによって利益を享受することになる。それゆえに、法院が違約金の額から債権者の利益を差し引いて違約金を減額することは、自明のことである、と説明されている[30]。他方、最高法院88年度台上字第982号の判決と93年度台上字第2470号の判決では、「債務の一部が履行された場合、法院は債権者が受けた利益に照らして、違約金を減額しなければならない。」という同様の判旨も、示されている。

以上、台湾法においては、「債務の一部履行」が明文の判断要件とされている。すなわち、法規定に照らせば、債務の一部履行がなされた場合、法院が違約金を減額しなければならないとされている。

（ⅱ）民法252条の判断要件

民法252条によると、違約金が著しく高い場合、法院は相当な金額まで減額することができる、としか規定されていない。学説では、251条の適用と比べると、252条の適用は、複雑であり一律の判断要件を設けるべきでない、と説明されている[31]。学説は、最高法院の判決の判旨に基づき、民法252条による減額の判断要件について主に２つの基準を提示している。すなわち、その内容は、総合考量と「公平を著しく失する」という二つのものである。以下では、この二つの内容に分けて検討を進める。

①　総合考量

学説では、最高法院の判決の判旨に照らせば、違約金が著しく高い場合に、法院が違約金の減額の可否を判断するとき、その考量の要素を、「一般の客観事実、社会経済の状況および当事者の損害状況」とすべきである、と指摘されている[32]。その代表的な判決としての最高法院85年度台上字第1047号判決と、最高法院95年度台上字第400号判決は、その判旨を次のように示している。

---

[30] 邱・前掲注（９）557頁参照。

[31] 邱・前掲注（９）557頁参照。

[32] 孫・前掲注（５）727頁、邱・前掲注（９）557 ～ 558頁、黄・前掲注（24）23頁などを参照。

最高法院85年度台上字第1047号判決によると、「当事者が約定した違約金が著しく高い場合、法院は職権によって相当な額まで減額することができる。減額の可否は、一般の客観の事実、社会経済の状況、当事者が受けた損害もしくは得た利益に基づかなければならない。」、とされる。

最高法院95年度台上字第400号判決によると、「一般の客観事実、社会経済状況、当事者が受けた損害もしくは得た利益に基づき、当事者が約定した違約金が著しく高いことを理由に、252条に基づき職権により違約金を減額した原審の判断は、妥当である」、とされる。

以上の最高法院の判決の判旨に照らせば、違約金が著しく高い場合に、法院が減額の可否を判断する際の要件は、一律には定められていない。法院は総合考量によって違約金の減額の可否を決めると解されている。とはいえ、総合考量の要素の中には、当事者の実損害を除いて、一般の客観事実、社会経済の状況といった要素は具体的に何を指すのかについて、はっきりとは示されていない。上記の二つの判旨によると、法院が総合考量に基づき、違約金の減額の可否を判断するとき、法院に一定の自由裁量が与えられる、ということになろう。

② 「公平を著しく失する」

他方、学説では、最高法院の判決の判旨から、違約金が著しく高い場合には、法院が違約金の減額の可否を判断するとき、違約金の約定が公平を著しく失する程度に達しないと、法院は違約金を減額してはならない、とされている[33]。問題は、「公平を著しく失する」の中身である。学説によって示されている代表的な判決としての最高法院93年度台上字第909号判決と、最高法院95年度台上字第1095号判決は、その判旨を次のように示している。

最高法院93年度台上字第909号判決によると、「違約金の約定は、当事者の契約自由、意思自治という原則からの要請である。すなわち、違約金の約定は、両当事者が、契約締結時に自分が契約を履行する意思、経済的能力、違約時に損害の状況に関する主観および客観の要素を考量し、自由意思、平等な地位に基づき、自律的に決定したものである。それゆ

[33] 楊・前掲注 (20) 2170 ～ 2171頁参照。

えに、債務者が違約金の約定が著しく高く『公平を著しく失する』になることを主張、挙証する場合にしか、法院は、違約金の減額の可否を判断することができない、それにより社会正義が実現され得る。その場合を除いて、当事者は違約金の約定に拘束されるし、法院も違約金の約定を尊重しなければならない。」、とされる。

最高法院95年度台上字第1095号判決によると、「民法148条２項によると、権利の行使、義務の履行は、誠実信用原則に基づかなければならない、とされる。それゆえに法院は、誠実信用原則に基づき、違約金の約定が著しく高く、『公平を著しく失する』になるか否かを判断することができる。」、とされる。

以上の最高法院の判決の判旨に照らせば、違約金が著しく高い場合に、法院が減額の可否を判断する際に、「公平を著しく失する」になるか否かが重要な基準として提示されている。如何にして「公平を著しく失する」の中身を捉えるのかについて、最高法院93年度台上字第909号判決では、違約金の約定は自由意思、平等な地位に基づき、自律的に決定したものであるため、法院は違約金の約定を尊重すべきである、とされている。それゆえに法院が違約金の約定を尊重すべきではないという場合は、違約金の約定が「公平を著しく失する」の程度に達する場合であり、すなわち違約金の約定が自由意思、平等な地位によって自律的に決定されていない場合である、という反対解釈ができると思われる。他方、最高法院93年度台上字第909号判決では、法院は誠実信用原則に基づき「公平を著しく失する」になるかどうかを判断する、とされている。法規定には誠実信用原則の中身は明らかにされていないが、判決の判旨に鑑みると、誠実信用原則は当事者の権利の行使、義務の履行を審査の対象とするため、当事者が違約金を約定する法律行為において強迫、詐欺などの事由があるかどうかは、誠実信用原則による検討の内容であると解されるであろう。このように、上記の二つの判旨によると、法院が違約金の約定が「公平を著しく失する」になるかどうかによって、違約金の減額の可否を決めるとき、その判断の力点は当事者が自発的、あるいは自律的に違約金を約定したかどうかに置かれているということになる。

４　台湾法から見る中国法

上記の検討では、法規定、学説および最高法院の判決の判旨に基づき、台湾法法制の趣旨、対象および要件が、明らかにされた。中国法法制の適用と比較したうえで、台湾法と中国法の特徴が、次の表にまとめることができると考える。

【表】中国法と台湾法の比較[34]

<table>
<tr><td></td><td>中国法</td><td>台湾法</td></tr>
<tr><td>法規定</td><td>増額、減額</td><td>減額だけ</td></tr>
<tr><td>趣旨</td><td>当事者間の給付の均衡の回復</td><td>当事者間の交渉力格差の是正</td></tr>
<tr><td>対象（適用にされ得る違約金の種類）</td><td>「賠償的違約金」</td><td>「賠償的違約金」、「懲罰的違約金」</td></tr>
<tr><td>訴訟要件</td><td>当事者の申請
法院の釈明権（減額だけ）</td><td>法院の職権</td></tr>
<tr><td rowspan="2">判断要件</td><td>増額：実損害差額主義</td><td rowspan="2">（１）債務の一部履行
（２）違約金が著しく高い場合</td></tr>
<tr><td>減額：
（１）基礎的要素 —— 実損害差額主義 （主）
（２）付加的要素 —— 債務の一部履行、当事者の故意・過失の度合い、公平と誠実信用原則 （従）</td></tr>
<tr><td rowspan="2">裁判実務</td><td>増額の可否の判断
（１）実損害差額主義：
85%（46件のうち39件）
（２）実損害差額主義 ＋ 意思決定の瑕疵の有無：
15%（46件のうち７件）</td><td rowspan="2">最高法院の判決：
（１）総合考量 —— 一般の客観事実、社会経済状況、当事者の損失状況
（２）「公平を著しく失する」の有無 —— 当事者の意思表示の真実性、締結地位の格差、詐欺、強迫などの法的行為の有無</td></tr>
<tr><td>減額の可否の判断
（１）実損害差額主義：
92%（149件のうち137件）
（２）実損害差額主義 ＋ 当事者の帰責性（故意・過失）：
８％（149件のうち12件）</td></tr>
</table>

以上のまとめに照らせば、中国法と台湾法において両法制の規定の仕

[34] 本表は、中国法（第１章における法規定、学説についての検討、第２章における裁判実務についての検討）と台湾法（本章における法規定、学説および最高法院の判決の判旨についての検討）に基づき、整理したものである。

方、趣旨から判断要件までを比較すると大きな差異を見て取れる。本稿の問題関心との関係で、中国法を台湾法と比較すると、次の３つの特徴を浮き彫りにし得ると考える。

第１に、両法制の規定の仕方を見ると、中国法において違約金の減額だけではなく、違約金の増額も定められている。それに対して、台湾法において違約金の減額だけが定められている。台湾法ではなぜ減額だけを認めるのかについて、立法理由、学説、さらに判例は言及してはいない。ただし、増額の場合、違約金の機能に鑑みると、違約金が債権者の実損害よりも低額である場合に、違約金が責任制限機能を有することと、意思自治の理念に鑑みると、法院が当事者が予定していなかった額までの増額を認めることは、当事者の意思自治に深刻な干渉となってしまうことは、台湾法が違約金の増額を認めない理由として推測され得るであろう。裏を返せば、減額の場合と比べると、より深刻に意思自治の理念と衝突する増額を認めないことは、台湾法において意思自治の理念が最大限に尊重されている意味を有すると解される。それに対して、中国法において法規定、学説は違約金の増額を認めるだけではなく、裁判実務に照らしてみても法院が違約金の増額を認めた裁判例が少なくないため、寛容な立場を示している。この意味において、中国法において意思自治の理念がまったく配慮されていないという特徴が浮き彫りになると看取できる。

第２に、両法制の趣旨に照らせば、台湾法はその趣旨を当事者間の交渉力格差の是正としている。それに対して、中国法はその趣旨を当事者間の給付の均衡の回復としている。すなわち両法制の問題関心もまったく異なっている。

台湾法の趣旨は、当事者間の交渉力格差を懸念し、当事者間の交渉力格差によって当事者の自律的な意思表示が妨げられたかどうかに着目するものである。それによって台湾法法制が当事者の意思自治の理念との補完関係に立つと評価することができる。

他方、中国法の趣旨は、当事者間の給付の結果に関心を払い、その給付の結果の均衡がはかられたかどうかに着目するものである。それにより中国法が当事者の意思に目を向けておらず、もっぱらその結果の均衡性を強調しているため、当事者の意思自治の理念との緊張関係が生まれ

ていると評価することができる。したがって、中国法の趣旨を徹底すると、中国法において意思自治の理念は軽視ひいては無視されていると看取できる。

第３に、両法制の判断要件、またその運用についての裁判実務に照らせば、台湾法において法院が違約金の減額の可否を判断するとき、債務の一部履行による減額の場合を除いて、違約金が著しく高い場合の減額の判断要件は明文上は提示されていない。学説、最高法院の判決の判旨によると、法院は総合考量に基づき判断することが求められている。中国法の判断要件と異なり、台湾法は、判断要件において当事者の実損害の考量を提示するほか、「公平を著しく失する」の有無をも強調している。すなわち法院は、違約金の約定が「公平を著しく失する」になるかどうかを判断するとき、当事者の意思表示の真実性、当事者の交渉力の格差、詐欺、強迫などの法的行為の有無に判断の力点が置かれている。裏を返せば、法院は当事者の意思の自発性あるいは自律性についての審査も求められている。この意味において、台湾法においては意思自治の理念が重んじられていると解される。

他方、中国法において法規定と通説では、法院が違約金の増額の可否を判断するとき、実損害差額主義を基準とする。法院が違約金の減額の可否を判断するとき、実損害差額主義を主とし、一連の付加的要素（債務の一部履行、当事者の故意・過失の度合い、公平と誠実信用原則）を従とする、という立場が明確されている。中国法の立場に照らせば、増額と減額の場合を問わず、法院は「当事者の実損害」という結果を中心的に考量しなければならない、ということが強く求められている。もっとも法規定によると、法院は、違約金を減額する場合には、一連の付加的要素の考量も求められているが、その重要性は「当事者の実損害」よりも弱いものとされている。また付加的要素の中身に鑑みると、ほとんど違約後の事由ばかりが着目され、契約締結時の事由（当事者の意思）は考量の対象とされていない。また、裁判実務に照らしてみても、法院が違約金の増額の可否を判断する場合に、85％の裁判例は実損害差額主義に基づくものである。法院が違約金の減額の可否を判断する場合に、92％の裁判例は実損害差額主義に基づくものである。その反対に、法院が当事者の意思決定の瑕疵の有無を考量した裁判例は、（法院が増額の

可否を判断する場合の）わずか７例（15％）しかなかった。換言すれば、裁判実務も、基本的に法規定、通説の立場を徹底したことが明らかにされた。この意味において、中国法は、当事者の意思よりも契約の給付の結果を重視していると捉えることができる。逆に言えば、中国法において意思自治の理念はほとんど根付いていないと解される。

第２節　日本法との比較

本節は、現行法の規定、学説・裁判実務、債権法改正をめぐる立法論という３つの部分に基づいて日本法を検討する。そのうえで、中国法法制の運用と比較し、中国法はいかなる特徴を有するかを析出する。

１　現行民法の条文

日本の現行の民法420条は次のように規定している。

> 日本民法420条
> （１）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。

日本の民法420条（以下では、「本条文」と称することとする。）の文言構成から見ると、中心的な条文は本条文１項である。本項は、当事者に予定賠償額を約束することができる権利を賦与するものであり、また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。他方、本条文３項によると、違約金という法的用語も定められており、しかも損害賠償額の予定と推定している。本章では比較法上の検討を行うため、次の２点を明らかにしておきたい。

第１に、日本法において違約金とはどのような法的意味のものとして用いられるのか。予定賠償額とどう関係しているのか。中国法法制に適用される違約金と同じ枠組みで捉えられるのか。本問題は本稿の直接の

問題関心ではないが、両国における法的用語についての意味が大きな誤解を招きかねず、比較法上の検討を行うためには、日本法に適用される違約金の意味を明らかにする必要がある。

第２に、民法420条では、予定賠償額について裁判所による増減を認めない旨が定められている。中国法法制と比較して日本法は異なる立場を示している。それゆえに、予定賠償額の増減を認めない本条文を支える立法の趣旨が問われることになる。

（1）本条文における違約金

本条文３項の規定は、違約金の定義を直接には設けていないが、当時の起草者の見解によると、違約金は理念上では損害賠償の予定とは異なる意味として扱われる、とされる[35]。その後の学説も、起草者の見解を踏襲している。たとえば、我妻博士によれば、違約金とは「債務不履行の場合に支払うべきものと約定される一種の制裁金であるから、その内容は種々ありうる。ことに、損害賠償の請求は別に一般の理論に従ってすることができるものとし、それとは無関係に違約金を支払うという場合もありうる」[36]と定義されている。ほかの学説によれば、違約金は契約の履行を確保するためのものであり、損害賠償の予定とは性質上異なるものである[37]と説明されている。他方、実際の取引において、違約金は当事者の意図によって損害賠償の予定のためとか、債務の履行を確保する違約罰のためとか、最低損害賠償の予定でそれ以上の損害の賠償を認めるためであるといったさまざまな目的で使われているといった指

---

[35] 起草者の見解によると、理念上においては、違約金は履行を確保するためのもの、懲罰性を有するもの、法的効力を否定され得るものおよび損害賠償の救済と並存できるものという四つの特徴がある。それゆえに、違約金が損害賠償の予定と区別された法的意味を有する、とされる。奥田編・前掲注（１）663～664頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

[36] 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店・1964年）135～136頁。

[37] 「強制罰ノ性質ヲ有スル場合ニ於テハ債権者ハ違約金ヲ請求シ且ツ不履行ニヨル実損害ヲ請求シ得ルノ外原債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ」。中島玉吉『民法釈義・巻３・債権総論上』（金刺芳流堂・1924年）59頁、磯谷幸次郎『債権法論・総論上巻』（巌松堂書店・1920年）492頁以下を参照。

摘[38]も見られる。これらの学説に照らせば、要するに、違約金は理念上には、必ずしも損害賠償の予定として一義に捉えられるのではなく、一般には違約罰の意味として捉えられていると看取できる。

しかしながら、理念的に違約金は損害賠償の予定と区別されたものとして扱われるが、本条文３項によると、違約金が損害賠償の予定と推定されている。本条文３項についての立法理由によると、「理念的に違約金は損害賠償の予定と区別されたものであるが、実際には違約金と称していても損害賠償の目的であることも多いため、当事者の意図が明らかでない限り、違約金は損害賠償の予定と推定する、というのが起草者の考えである」[39]と説明されている。学説は、理念的に違約金がさまざまな意味として用いられるため、明文において違約金が損害賠償の予定と推定されることは、契約の解釈に関する紛争を避けるのみならず、一般の場合には当事者が違約金を定める目的である損害賠償の意思に適合することでもある、とする[40]。もっとも、学説の中には、当事者は、違約金が損害賠償と異なる目的で用いられることを証明する場合には、違約金が損害賠償の予定と異なる意味で扱われることも可能であるという指摘もある[41]。

以上の検討に照らせば、中国法における違約金の法的意味と比較すると、次の２点をまとめることができると思う。

第１に、日本法においては、理念的には違約金は債務の履行を確保する違約罰の意味として用いられることは一般的である。すなわち、中国法、台湾法における「懲罰的違約金」という法的概念に当たる。

第２に、日本法においては、法規定の枠組みでは、本条文３項によれば、違約金は損害賠償の予定と推定されている。中国法法制に適用される違約金は損害賠償の予定として扱われることと比較して、両国の法規定の枠組みにおいて、違約金が持つ法的意味は一致している。注意して

---

[38] 遠田新一『判例コンメンタール４・民法Ⅱ（契約総則・債権総則・担保物権』（三省堂・1977年）368頁参照。

[39] 奥田編・前掲注（１）664頁［能見善久・大澤彩執筆］。

[40] 我妻・前掲注（36）136頁参照。

[41] 奥田編・前掲注（１）663頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

おきたいのは、中国法は違約金を損害賠償の予定とする場合に、「看做す」という表現を使っている[42]が、日本法は違約金を損害賠償の予定とする場合に、「推定する」という表現を使っている。もっとも、「看做す」と「推定する」という法的用語のニュアンスはやや異なるが、実質的な差異はないと言われている[43]。

以上のまとめから、本稿の目的を踏まえて詳細な検討に入れる前に、以下の２点を指摘しておきたい。

第１に、本稿の目的は、違約金の増減を問題関心とするので、日中の法規定において対象としての違約金が同じ法的意味で扱われるか否かは、重要である。以上の検討に照らせば、日中の法規定において違約金がいずれも「損害賠償の予定」として扱われることが、明らかにされた。それゆえに、比較法上の検討が可能となる。

第２に、日本法において条文、学説・裁判実務が違約金という法律用語ではなく、予定賠償額という法律用語を使用することが、一般的である。ただし、以上の検討に照らせば、日本法において違約金が損害賠償の予定という法的意味に限って用いられるため、比較法上の検討において違約金という法律用語にこだわる必要がない。本節は、日本法における条文、学説・裁判実務の議論との整合性を尊重するため、日本法についての検討部分において予定賠償額という法律用語を用いて検討を進めることは、適切であると考える。

（２）本条文の立法趣旨

---

[42] 中国法における違約金についての検討は、第１章の「対象としての違約金」を参照されたい。

[43] 立法者の意思によれば、本条文３項は、立法過程において「看做ス」が「推定ス」と修正されたものであるが、実質的な変更を加えたものではない、とされる。奥田編・前掲注（１）597 ～ 598頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。もっとも、手続の視点からすれば、「看做す」は、擬制規定であり、みなされた事柄を、反対事実（違約金が損害賠償の予定ではないこと）を証明して覆すことができないのに対して、「推定する」は、推定された事柄を、反対事実（違約金が損害賠償の予定ではないこと）を証明して覆すことができるという決定的な相違があることを否めない。

本条文では、予定賠償額について裁判所による増減を認めない旨が定められている。中国法と比較して日本法は異なる立場を示している。なぜ日本法において裁判所による予定賠償額の増減は認められないのか、その理由はどこに求められるのか、予定賠償額の増減を認めない本条文を支える立法の趣旨が問われることになる。立法段階をめぐる議論からみると、訴訟・証明責任の回避という実益的理由と、意思自治の尊重という思想的理由を挙げることができる。

（ｉ）意思自治の尊重

日本法において裁判官による予定賠償額の増減を認めない思想的理由は、予定賠償額による合意の拘束力への尊重に求めることができる、とされる[44]。これは、当時の起草時に、予定賠償額に対する裁判所の増減を一切否定した1804年フランス民法の思想を承継したものである[45]。すなわち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契約の内容を決定する適任者であり、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[46]。

以上の立法理由を要約すると、日本法において予定賠償額の増減を認めない原理的理由は、当事者間の合意への尊重という意思自治の法的思想にあると看取できる。

他方、日本法において予定賠償額の増減を認めない立法理由は、フランス法の思想から承継した意思自治の尊重にある、と説明されているが、学説では、意思自治という思想的・原理的理由は、日本法の基礎付けと

---

[44] 能見善久「違約金･損害賠償額の予定とその規制（５）」法協103巻６号（1985）1098 ～ 1099頁参照。

[45] 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採っていた。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）1781頁以下参照。

[46] 能見・前掲注（45）1808頁参照。

いう意味では弱いものであるとも評価されている[47]。

（ⅱ）訴訟・証明責任の回避

日本法において裁判官による予定賠償額の増減を認めない思想的理由と比較して、もっと重要な理由は、予定賠償額の適用を通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[48]。すなわち、フランス法の事情と異なり、日本法は、意思自治という思想的・原理的理由よりも、訴訟・証明責任の回避という実益的な理由の方が予定賠償額の増減を認めない理由として強調される傾向が強い、とされる[49]。

以上の日本法についての理由から、学説では、日本法とフランス法において同じく予定賠償額の増減を認めない立法はなされたが、立法理由による根拠付けの度合いは、予定賠償額の増減問題において日本法とフランス法の分岐点をなすものであり、裁判官の介入に対してフランス法では否定的であるのに対して日本法では寛容であるという差となって表れてくるのである、とされる[50]。

２　学説・裁判実務

前述では、日本法においてなぜ予定賠償額の増減が認められないのか、

---

[47] 能見・前掲注（44）1100頁参照。

[48] 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）302 ～ 303頁、能見・前掲注（44）1100頁などを参照。

[49] 能見教授は、日本法と1804年フランス法による立法経緯と運用実態についての検討を通して、以下の結論に達していた。すなわち、日本法が1804年フランス法の立法技術を承継し、同じく予定賠償額の増減を認めない立場に立っていたが、日本法についての理解の仕方がフランス法とはかなり異なっていた。要するに、フランス法において意思自治の尊重という思想的・原理的理由が強調されることが多いのに対して、日本法において予定賠償額による訴訟・証明責任の回避という実益的な理由が根拠となるという考え方が強い、とされる。能見・前掲注（44）1100頁参照。

[50] 能見・前掲注（44）1100頁参照。

という問題についてその理由は当事者の意思自治の尊重という思想的理由と訴訟・証明責任の回避という実益的な理由に求められる、ということが明らかにされた。とはいえ上記の検討に照らせば、日本法の場合には意思自治の尊重という理由で予定賠償額の増減を否定する趣旨を根拠付ける度合いが弱いため、裁判官によるの介入の余地が大いに残りえるという指摘もあった。実際に、予定賠償額の増減を認めないという法律が明文化されながらも、その後の学説・裁判実務によると、裁判所による予定賠償額への介入は一つ重要な論点として取り上げ続けられている。以下では、日本法における学説・裁判実務が、予定賠償額の増減問題をどのようにして扱っているのかを明らかにする。なお検討する前に、次の二つの要点を指摘しておきたい。

第１に、日本法において予定賠償額の増減問題を論じる場合には、予定賠償額の増額問題と予定賠償額の減額問題に分けて検討する必要があることは言うまでもない。学説・裁判実務が予定賠償額の増額問題を過小な予定賠償額への対応の問題と、予定賠償額の減額問題を過大な予定賠償額への対応の問題という二つの角度から論じることが、一般的である。もっとも、実際の学説・裁判実務をみると、焦点は、過小な予定賠償額への対応という法的論点よりも、基本的に過大な予定賠償額への対応という法的論点に絞られている。したがって、本部分では過大な予定賠償額への対応と過小な予定賠償額への対応という順に基づき検討を進めることとする。

第２に、本部分では、過大な予定賠償額への対応と過小な予定賠償額への対応という法的問題を論じる場合には、その力点を、日本法において裁判所がいかなる介入の要件に基づいて予定賠償額に介入するのかという論点に絞りたい。もっとも裁判所による予定賠償額の介入をめぐる法的論争は、日本民法の明文化とともに長年に行われ続けているため、すべての学説と裁判実務にふれることは著者の能力を超えるし、本稿の目的でもない。本部分では、代表的学説と裁判実務の大筋を紹介しまとめることとする。

（１）過大な予定賠償額への対応

本条文において契約当事者が約定した予定賠償額を裁判所は増減する

ことができない、その額が実損害と著しく異なっていても増減を許さない、というのが起草者の見解であった。しかしながら、その後の学説・裁判実務は、予定賠償額が実損害と比較して著しく過大な場合には、公序良俗を理由に予定賠償額を一部無効とすることによって、事実上、減額をある程度認めている[51]。また、学説・裁判実務によれば、一部履行による減額と過失相殺による減額も、論点として取り上げられている[52]。以下では、裁判所による過大な予定賠償額への介入について、公序良俗による減額、一部履行による減額、過失相殺による減額という３つの論点に分けて検討を進める。

（ｉ）公序良俗による減額

①　学説

学説では、最も早く公序良俗を理由に予定賠償額の規制を主張したものは、横田秀雄判事の『債権総論』であった。横田秀雄判事は、『債権総論』において「賠償金額ノ有無其多少如何ハ当事者ノ利害ニ関スル問題ナレハ当事者カ其自由任意ノ意思ヲ以テ之ヲ定メタルトキハ契約自由ノ原則ニ従ヒ其意思ニ依ルヘキモノ」[53]と述べた上で、「之カ為メ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコトヲ要スルハ勿論」[54]と主張している。また横田秀雄判事は、自分の主張の正当性を「当事者ノ意思表示ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害セサル限リハ之ヲ敬重スルコトヲ要スルコト」[55]に求めている。能見教授によれば、横田秀雄判事の基本的な認識は予定賠償額の減額を意思自治の原則と公序良俗によるその制限という図式の中で理解したものであり、また公序良俗違反を理由として予定賠償額を減額しうるものである、とされる[56]。

より意識的に公序良俗を理由に予定賠償額の減額を論じているのは、

---

[51] 奥田編・前掲注（１）609頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

[52] 奥田編・前掲注（１）657 ～ 663頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

[53] 横田秀雄『債権総論』（清水書店・明治41年）361 ～ 362頁。

[54] 横田・前掲注（53）361 ～ 362頁。

[55] 横田・前掲注（53）366頁。

[56] 能見善久「違約金･損害賠償額の予定とその規制（２）」法協102巻５号（1984）834 ～ 835頁参照。

富井博士の『民法原論』である。富井博士は、『民法原論』において、「予定賠償額カ甚シク過大ニシテ公序良俗ニ反スルモノト認ムヘキトキハ一般ノ原則ニ依リ当然無効ナリトス」[57]と述べている。その後、富井博士の主張に賛同する学説も表れてきた。たとえば中島博士は、『民法釈義』において、「違約金契約は民法第九十條ノ範圍ニ於テノミ其効力ヲ有スヘシ、故ニ若シ其ノ内容カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルニ於テハ同條ニヨリ當然無効タルヘシ」[58]と富井博士と同じ考え方を主張している。能見教授によれば、大正末期から昭和の初期にかけて、学説には公序良俗を理由に予定賠償額に対する裁判所の介入を認める発想は盛んになり始める、とされる[59]。

以上のようにして、裁判所による予定賠償額への介入について公序良俗違反を武器としてそれを規制しようとする学説が出ていたが、重要なのはこれらの学説においてはその理論が如何なる内容のものであったのか、ということである。換言すれば、裁判所は如何なる要件に基づいて予定賠償額に介入することで、その減額を認めうるのか、という問題である。学説の議論を見る限り、主にドイツ暴利行為説と単純過大説という二つの説が挙げられている。

（ａ）ドイツ暴利行為説

日本法において公序良俗の理由として最も主張されている理論は、ドイツ法の影響を受けている暴利行為論というものである[60]。学説は、その内容を以下のように述べている。

まず、中島博士は、公序良俗による減額の論理を「債務者ノ急迫ニ乗シ軽微ナル不履行ニ対シ莫大ノ違約金ヲ課スルカ如キハ世ノ所謂高利貸ノ為ス所ニシテ善良ノ風俗ニ反スルコト明カナリ」[61]と説明している。中島博士の主張がその後、我妻博士の支持を受けている。我妻博士の見

[57] 富井政章『民法原論第３巻・債権総論上』（有斐閣・昭和４年）258頁。
[58] 中島玉吉『民法釈義巻之３・債権総論上』（金刺芳流堂・大正10年）606～607頁。
[59] 奥田編・前掲注（１）609～610頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。
[60] 奥田編・前掲注（１）610頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。
[61] 中島・前掲注（58）607頁。

解によれば、予定賠償額の約定を尊重することは近世取引法による契約自由の具体的な内容であって歴史的な意義がある。とはいえ、立法後の傾向を見ると、予定賠償額が、債務者を不当に圧迫する手段に用いられることはなりかねないため、裁判所は適当に予定賠償額の減額を認める必要がある、とされる[62]。

その後に、中島博士、我妻博士の主張と同じく公序良俗の理論にドイツ暴利行為論の内容を盛り込む学説も主張されている。たとえば、於保博士はその内容を「他人の窮迫に乗じて暴利を貪るような場合には、賠償額の予定は公序良俗に反する限度において無効であるといわねばならない」[63]と指摘している。それについて奥田教授も同じ意見を述べている[64]。能見教授によれば、これらの学説に照らせば、公序良俗による減額の理論はドイツ暴利行為論を基準とするものである。すなわち債権者が債務者の困窮・軽率・無知に乗じて暴利を図ることを目的とした場合に限って、裁判所は過大な予定賠償額の減額を認める、というものである。この理論は日本法において現在でも通説的な見解のままである、と指摘されている[65]。

以上の検討に照らせば、ドイツ暴利行為論は、債権者が債務者の困窮等に乗じて暴利を図ることを目的とするという条件を求めている、ということが明らかにされた。この理論に照らせば、公序良俗による減額の論理は、予定賠償額の締結時において当事者の意思表示の瑕疵があるか否かを裁判所の判断要件とするものと解される。したがって日本法の通説は、予定賠償額と実損害との比較によって予定賠償額が実損害よりも「過大」か否かを判断の基準とするものではなく、予定賠償額の締結時において当事者の意思表示行為の真実性と自律性に重点を置くものである、ということが伺われる。

（ｂ）単純過大説

---

[62] 我妻・前掲注（36）132頁参照。
[63] 於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣・昭和47年）154頁。
[64] 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・1992年）214 ～ 215頁参照。
[65] 能見・前掲注（56）843 ～ 844頁参照。

裁判所による予定賠償額の減額について公序良俗違反を理由とする点は同じであるが、必ずしもドイツ暴利行為説に限らない説も挙げられている。たとえば、富井博士は、ドイツ暴利行為論を紹介したが、「此規定ノ適用アルニハ実際困難ナル事実ノ証明ヲ要シ未タ高利貸ノ弊害ヲ根絶スルコトヲ得ス」[66]という評価を与えている。すなわち、富井博士の考え方によれば、予定賠償額が単に「著しく過大」という要件を満たせば公序良俗に反するものとして、裁判所によってその効力が否定され得る、とされる[67]。このような考え方は、勝本博士の説にも見られている。勝本博士によれば、裁判所による予定賠償額の介入が暴利行為の場合に限らず、債権者の損害の填補に不当になる場合でさえすれば、予定賠償額の減額が認められるべきである、という指摘も示されている[68]。

以上の検討に照らせば、学説の少数説は、通説と同じく公序良俗違反を理由に裁判所による予定賠償額の減額を主張しているが、その内容として、単に予定賠償額が実損害と比較して「過大」か否かという要件だけを要求している。換言すれば、裁判所は予定賠償額と実損害との差額が「過大」か否かさえ判断すれば十分である、ということである。この意味では、日本法の少数説が中国法の通説である実損害差額主義に当たると解される。

② 裁判実務

上記の学説に照らせば、公序良俗による減額の理論は、主にドイツ暴利行為説と単純過大説という二つ説を根拠としている。前者が「債権者が債務者の困窮等に乗じて暴利を図ることを目的とすること」という主観的要件を掲げているのに対して、後者が「予定賠償額が過大であること」という客観的要件だけを介入の要件とする、ということが明らかにされた。実際の裁判実務はどのような説を採っているのか、もしくは、ほかの新しい介入の要件があるのか。過大な予定賠償額の規制に関する裁判実務の研究を詳しく行ったのは、能見教授の論文である。能見教授

[66] 富井・前掲注（57）149頁参照。
[67] 富井・前掲注（57）257 ～ 258頁参照。
[68] 勝本正晃『債権総論上巻』（厳松堂・昭和11年）460 ～ 461頁参照。

は、裁判所が公序良俗違反の有無を理由に過大な予定賠償額の減額の可否を判断した裁判例を、契約の類型によって分析した[69]。以下では、能見教授の論文に基づき、裁判例において裁判所が過大な予定賠償額の減額の可否を判断する際の要件はいかなる特徴があるのかをまとめることとする[70]。

（ａ）金銭消費貸借

能見教授は、金銭消費貸借契約をめぐる紛争において25件の裁判例を挙げている。すべての裁判例は、金銭債務の不履行を対象とする紛争である。以下では、裁判所による減額の可否の要件を要約する。

第１に、25件の裁判例において裁判所は予定賠償額を一部無効とすることでその減額をした裁判例が21件ある。その中の６件は暴利行為論に依拠していると思われる判決である。裁判所による減額の理由に照らせば、これらの裁判例は一応いわゆる暴利行為論を根拠とするが、その内容はドイツ法の暴利行為論と異なる。すなわち、これらの判決においては債権者側の事情としての「債権者が債務者の困窮等に乗じて暴利を図ることを目的とすること」という主観的要件はほとんど問題とされておらず、代わりに裁判所は予定賠償額が著しく過大か否かという客観的要件に基づいて判断するという立場に近づくものである、と示されている。

他方、残る15件は暴利行為論に依拠せずもっぱら予定賠償額が著しく過大か否かによって判断される判決である。数から見ると暴利行為論に依拠するものよりもこちらのほうが多い。すなわち、裁判所による減額の理由に照らせば、この15件の判決においては単に予定賠償額が「著しく過大」か否かの判断が決め手になっている、と示されている。

第２に、25件の裁判例の中では、裁判所が予定賠償額を有効とする裁

[69] 能見・前掲注（56）845頁以下。能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制（３）」法協102巻７号（1984）1225 ～ 1278頁参照。

[70] 以下の内容は、２本の能見善久氏の論文「違約金・損害賠償額の予定とその規制（２）」と「違約金・損害賠償額の予定とその規制（３）」による裁判例の分析の部分を、裁判所が予定賠償額の減額の可否を判断する際の要件という点に絞って、著者の視点から要約するものである。

判例が４件ある。裁判所による減額の否定の理由に照らせば、予定賠償額が過大だというだけでは公序良俗に反せずその効力を否定すべきではない、と示されている。もっとも、これらの判決において予定賠償額の効力を否定する場合には、ドイツ法の暴利行為論としての「債権者が債務者の困窮等に乗じて暴利を図ることを目的とすること」という要件が明確に示されておらず、もっぱら「相当の理由」が必要であるとしか示されていない。

（ｂ）組合契約

能見教授は、組合契約の予定賠償額をめぐる紛争において６件の裁判例を挙げている。３件は金銭債務（組合員の出資義務）の不履行を対象とする紛争であり、ほかの３件はなす債務（組合員の出資義務以外の義務）の不履行を対象する紛争である。以下では、裁判所による減額の可否の要件を要約する。

第１に、金銭債務の不履行を対象とする裁判例において、そのうちの１件は裁判所が予定賠償額を一部無効とすることで、その減額をしたものである。裁判所による減額の理由によれば、単に予定賠償額が実損害に比較して「過大」になっている、と示されている。残る２件は、裁判所が予定賠償額の効力を有効としたものである。裁判所による減額の否定の理由によれば、予定賠償額が過大だというだけでは公序良俗に反しない、と示されている。またこの２件の判決において裁判所が予定賠償額の効力を判断する場合には、予定賠償額が過大か否かのほか、当該契約の目的の考慮も必要となる、ということが示されている。

第２に、なす債務の不履行を対象とする裁判例において、そのうちの３件はいずれも裁判所が予定賠償額を有効とするものである。裁判所による減額の否定の理由によれば、当該の予定賠償額が過大か否かだけが問題とされるべきではなく、義務履行を強制する目的に照らしてその予定賠償額が合理であるか否かによってその効力が判断されるべきである、と示されている。

（ｃ）請負契約

能見教授は、請負契約の予定賠償額をめぐる紛争において８件の裁判

例を挙げている。７件はなす債務（請負人の目的物完成引渡義務）の不履行を対象とする紛争であり、残る１件は金銭債務（請負代金）の不履行を対象する紛争である。注意しておきたいのは、８件の裁判例において予定賠償額の効力が争われているものは、なす債務の不履行を対象とする紛争の２件である。以下では、裁判所による減額の可否の要件を要約する。

第１に、上記の２件のうちの１件は、裁判所が信義則を理由に予定賠償額の減額をしたものである。裁判所による減額の理由によれば、債権者が債務者に協力する義務を果たしておらず不誠実な態度があるため、信義誠実に背く、と示されている。換言すれば、裁判所が予定賠償額を減額する理由は債権者の過失に求められると解される。

第２に、上記の２件のうちのもう１件は、裁判所が債権者が損害回避義務を果たしていないことを理由に予定賠償額の減額をしたものである。換言すれば、本判決も債権者が損害の発生に一定の過失があることを理由とするものであると解される。

（ｄ）賃貸借契約

能見教授は、賃貸借契約の予定賠償額をめぐる紛争において６件の裁判例を挙げている。５件はなす債務（賃貸借義務）の不履行を対象とする紛争であり、残る１件は金銭債務（賃貸料の支払い）の不履行を対象とする紛争である。注意しておきたいのは、６件の裁判例において予定賠償額の効力が争われているものは、なす債務の不履行を対象とする紛争のうちの３件である。以下では、裁判所による減額の可否の要件を要約する。

第１に、上記３件のうちの２件は、賃借物の返還義務の遅滞を念頭に置いたものである。この２件は、いずれも裁判所が予定賠償額の効力を容認したものである。裁判所による減額の否定の理由によれば、裁判所は予定賠償額が実損害との均衡性を考慮することなく、履行の確保の必要性という観点から予定賠償額の当否を判断すべきである、と示されている。

第２に、上記３件のうちのもう１件は、賃借物の返還が不能の場合を念頭に置いたものである。本件は裁判所が予定賠償額の効力を容認した

ものである。裁判所による減額の否定の理由によれば、裁判所が予定賠償額が実際に生じた損害との均衡を図ったものかどうかではなく、契約締結の時点において生じうる損害との間に均衡を図ったものであるか否かによってその効力を判断すべきである、と示されている。

（ｅ）売買契約

能見教授は、売買契約の予定賠償額をめぐる紛争において８件の裁判例を挙げている。４件はなす債務（売主の行為債務）の不履行を対象とする紛争であり、残る４件は金銭債務（買主の支払い債務）の不履行を対象する紛争である。注意しておきたいのは、これらの裁判例において予定賠償額の効力が争われているものは、なす債務の不履行を対象とする紛争のうちの３件と、金銭債務の不履行を対象とする紛争のうちの２件である。以下では、裁判所による減額の可否の要件を要約する。

第１に、なす債務の不履行を対象とする紛争のうちの上記の３件はいずれも、裁判所が公序良俗違反を理由に予定賠償額を一部無効とすることでその減額をしたものである。裁判所による減額の理由によれば、予定賠償額と実損害との間に不均衡という事態が生じるため、裁判所はその不均衡を考慮し公序良俗違反による減額をすべきである、と示されている。

第２に、金銭債務の不履行を対象とする紛争のうちの上記の２件について、すべての裁判例が割賦販売に関するものであるため、契約に定められる予定賠償額はいずれも約款によるものである、という特徴がある。したがってこの２件はいずれも、裁判所が予定賠償額を、一部無効にしたのではなく、全部無効にしたものである。裁判所による無効の理由によると、裁判所が約款による予定賠償額の効力を判断する場合には、約定賠償額と実損害との不均衡という要因のほかに、「恩恵的条項」「一方的評価」といった要素が予定賠償額の当不当を判断する際に考慮されるべきである、と示される。

（ｆ）その他の契約

能見教授は、典型契約の以外にも、予定賠償額をめぐる紛争について２件の裁判例を挙げている。この２件はいずれも、なす債務（１件はサー

ビス義務、もう１件は競業避止義務）の不履行を対象とする紛争である。以下では、裁判所による減額の可否の要件を要約する。

この２件の裁判例はいずれも、裁判所が公序良俗違反を理由に予定賠償額を一部無効とすることで、その減額をしたものである。裁判所による減額の理由によれば、裁判所が過大な予定賠償額を債権者が生じる損害と比較することでその合理性が判断されるべきである、と示されている。

以上の裁判例についての検討によると、日本法において裁判所が公序良俗を理由に、過大な予定賠償額の減額の可否を判断する際の要件は次の表にまとめることができると考える。

【表】裁判実務の立場[71]

	減額の有無	減額ないし減額否定の理由
金銭消費貸借	○　21件	予定賠償額と実損害との不均衡
	×　４件	予定賠償額と実損害との不均衡だけでは足りず、「相当の理由」も必要
組合	○　１件	予定賠償額と実損害との不均衡
	×　５件	予定賠償額と実損害との不均衡だけでは足りず、「履行の確保」という契約の目的の考量も必要
請負	○　２件	債権者の寄与過失あり
賃貸借	×　３件	２件：「履行の確保」という契約の目的の考量
		１件：予定賠償額と契約締結の時点に生じうる損害との均衡が図られたこと
売買	○　５件	３件：予定賠償額と実損害との不均衡
		２件：予定賠償額と実損害との不均衡だけでは足りず、約款の該当性の考量も必要
その他	○　２件	予定賠償額と実損害との不均衡

以上の表に照らせば、日本法において裁判所が公序良俗を理由に、過

[71] 本表は、上述した検討の内容に基づいて公序良俗による減額の可否について裁判実務の立場を整理したものである。

大な予定賠償額の減額の可否を判断する際の要件について、次の二つの特徴が浮き彫りになると解される。

第１に、43件の裁判例のうち、27件は裁判所が単に予定賠償額と実損害との均衡が図られていないことを公序良俗違反の理由とし、予定賠償額を減額したものである。換言すれば、裁判実務の大半は、少数説による単純過大説という説をとっていた。すなわちドイツ暴利行為論の「債権者が債務者の困窮等に乗じて暴利を図ることを目的とすること」という要件が必要とされず、単に予定賠償額が実損害に比較して「過大」か否かという要件だけで足りる、ということが明らかにされた。この意味において、日本法の裁判例における大半は中国法法制が採っている実損害差額主義と比較して要件の上では表面上はあまり差がないと解される。

第２に、43件の裁判例のうち、16件においては裁判所は「予定賠償額と実損害との均衡性」のほか、予定賠償額を約定する目的、当事者の過失の度合い、約款の該当性といった要素も提示している。すなわちこれらの要素は、学説が提示していないものであり、裁判所が新しく作り上げているものである。その中では、注目に値するのは、予定賠償額の締結目的と約款の該当性への考量である。要するに、これらの要素は、予定賠償額と実損害との均衡性に関心を払わず、約定賠償額の締結時に当事者の目的および意思表示の瑕疵の有無を重んじるものである。換言すれば、これらの一部の裁判例からは、裁判所が当事者の意思自治を尊重する立場を読み取れるであろう。この意味において、日本法の裁判例の立場に照らせば、中国法法制の運用実態と異なり、裁判所が予定賠償額の減額の可否を判断する場合には、意思自治の理念への尊重を意識する判決も一定の割合に達しているとも解される。

（ⅱ）一部履行による減額

①　学説

学説では、予定賠償額に対して、公序良俗による減額が主張されているほか、一部履行による減額も論点として取り上げられている。最初の段階では、学説は不当利得の論理に基づき、一部履行による減額を正当化しようとした。たとえば三潴博士は、不当利得理論を根拠に「債権者ハ豫定額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ其受ケタル一部履行ハ不當利得トシ

テ之ヲ返還セサルヘカラス」[72]と述べている。

また学説では、不当利得という論理ではなく予定賠償額の効力という角度から一部履行による減額を説明しているものもある。たとえば、鳩山博士は、一部履行がある場合について、予定賠償額は「普通ノ債務不履行アリタルコトノミヲ前提スルモノト解スベク、普通ト異リタル債権不履行アリタル場合ニ於テハ賠償豫定額ノ特約ハ其効力ヲ生セズ、普通ノ原則ニ従ヒテ賠償義務ノ有無及ビ其範圍ヲ定ムルヲ正當ト信ズ」[73]とする。また富井博士も鳩山博士の説に賛成している。すなわち、富井博士の見解によれば、一部履行の場合において当事者は普通の債務不履行とは言えず、予定賠償額の効力が生じないため、通常の損害賠償の手続きに従わなければならない、とされる[74]。

他方、学説では、一部履行による減額を正面から認めようとした理論も提示されるようになった。勝本博士は、一部履行の場合において「債權の目的の一部を達したるときたとえば多くの種類債務における量的不完全履行の如き場合に於ては債務の目的を達し得ざる残部に比例して豫定賠償額を請求し得るものと解する」[75]という考え方を示している。

以上の一部履行による減額に関する様々な学説を踏まえて、近年、能見教授は、一部履行による減額に関しては積極的な意義があることを認めるべきという考えを新たに示した。能見教授の説明によれば、一部履行の場合において「債権者としては、そもそも一部履行を受領する義務はないにもかかわらず、それが自己の利益になると考えて一部の給付を受領するのであるから、予定賠償額を減額するのが公平であり、債権者としても特に不利益はない」[76]とされる。この意味において、最近の日本法の議論も、中国法と台湾法の論理と同様に、債権者側の損得に注目し、債権者の損失から債務者の一部履行によって債権者が受けた利益を差し引くという引き算の思考を働かせるものであると看取できる。それ

---

[72] 三潴信三『債権法提要（総論）上（再版）』（有斐閣・大正13年）260頁。
[73] 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法（総論）』（岩波書店・大正14年）86～87頁。
[74] 富井・前掲注（57）258頁参照。
[75] 勝本・前掲注（68）467頁。
[76] 奥田編・前掲注（１）658頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

ゆえに、日本法において一部履行による減額の論理も、中国法上の実損害差額主義の枠組みにとどまるものである、ということが明らかにされた。

② 裁判実務

一部履行による減額について、実際の裁判実務はどのような立場を示しているのか。この点について、裁判実務の研究を行った能見善久氏の論文によると、一部履行の裁判例とされるものは１件のみである。とはいえ、この裁判例は、一部履行不能がある場合に、目的物全体の履行に代る予定賠償額は適用されないことを示したものであり、一部履行があった場合に関するものではない。それゆえに、一部履行による減額に関する裁判実務の立場は明らかでない、と説明されている[77]。

したがって、能見教授の結論に照らせば、日本法の裁判実務において一部履行による減額に関する裁判例が一件ともないため、裁判所が一部履行による減額を受けし得るかどうかについて、裁判実務の立場が明らかではないのが現状である。

（ⅲ）過失相殺による減額

① 学説

学説では、予定賠償額に対して、もうひとつ重要な論点として取り上げられているのは過失相殺による減額という考え方である。早くは大正末期には過失相殺による減額を主張している学説が出ていた。鳩山博士は、過失相殺による減額を、一部履行による減額の論理と同様に扱うべきであると主張していた。すなわち、氏の説によれば、過失相殺の場合がある場合に、予定賠償額は「普通ノ債務不履行アリタルコトノミヲ前提スルモノト解スベク、普通ト異リタル債権不履行アリタル場合ニ於テハ賠償豫定額ノ特約ハ其効力ヲ生セズ、普通ノ原則ニ従ヒテ賠償義務ノ有無及ビ其範圍ヲ定ムルヲ正當ト信ズ」[78]とされる。要するに、鳩山博士の説に照らせば、その論理は裁判所が賠償額予定の効力を発生させず、

[77] 能見・前掲注（69）1286 ～ 1287頁参照。
[78] 鳩山・前掲注（73）86 ～ 87頁。

その代わりに通常の方法に基づき、損害賠償額を算定しなければならないというものである、と評価されている[79]。

他方、その後、より正面から過失相殺による減額を認める学説も現われた。勝本博士は、「過失相殺により唯賠償の金額が斟酌せらるに過ぎざる場合に於ては斟酌の割合に應じて豫定賠償額も亦斟酌せらるものと解する」[80]と述べている。於保博士も、「過失相殺によって予定賠償額を減額しうるか。これについても規定はないが、債権者は自分の過失を債務者に転嫁することは許さるべきではないから、予定額の増減禁止は過失相殺まで拘束するものと解すべきではあるまい」[81]という理由を述べ、過失相殺の場合において予定賠償額の減額を認めるべきという考えを示している。

以上の過失相殺による減額に関する様々な学説を踏まえて、近年、能見教授は、この問題を、政策的なものとして捉えている。すなわち、能見教授の考え方によれば、「損害賠償額の予定という法制が、賠償額の決定に関してこのような不確定要素を排除することを目的とするという点を強調するならば、過失相殺こそまさに排除されるべきだということになろう。しかし他方で、過失相殺が問題となるのは、債権者の過失が競合している場合であり、減額を認めないことは公平に反することになる。損害賠償額予定制度の効用を重視するか、公平を重視するか、ということになる」[82]、と指摘されている。もっともこのような政策的な難問について、学説では、この場合には合意の尊重よりも公平を重視すべきであるという理由で過失相殺による減額を肯定する意見もある[83]が、予定賠償額の効用といった理由で過失相殺による減額に慎重的な立場をとる意見もある[84]。

---

[79] 奥田編・前掲注（１）659頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

[80] 勝本・前掲注（68）456頁。

[81] 於保・前掲注（63）155頁。

[82] 奥田編・前掲注（１）661頁［能見善久・大澤彩執筆］。

[83] 中田裕康『債権総論（第三版）』（岩波書店・2013年）188頁参照。

[84] 潮見佳男教授によれば、裁判所が過失相殺による違約金の減額を認めないことが原則とされるべきである。裏を返せば、両当事者の自律的判断により決定された予定賠償額の尊重と、損害額の立証が軽減されることについての債権

② 裁判実務

過失相殺による減額について、実際の裁判実務はどのような立場を示しているのか、この点について、裁判実務の研究を行った能見教授の論文によると、過失相殺による減額を認めた裁判例がごく少数しか見られないが、その中には、最高裁による重要度が高い判例がある。最高裁の判決理由によると、「当事者が民法420条１項により損害賠償額を予定した場合においても、債務不履行に関し債権者に過失があったときは、特段の事情のない限り、裁判所は、損害賠償の責任及びその金額を定めるにつき、これを斟酌すべきものと解するのが相当である」[85]とされているため、その影響を受けて、その後の下級審裁の裁判例でも、過失相殺による減額を認めた判決がいくつかが見られる、と説明されている[86]。

したがって、能見教授の結論に照らせば、日本法の裁判実務において過失相殺による減額に関する裁判例の数がすくないため、その立場は必ずしも明らかであるとは言えないが、最高裁の判決の立場に鑑みると、むしろ積極的に過失相殺による減額を認める立場が示されていると解される。

（２）過小な予定賠償額への対応

前述では、日本法において過大な予定賠償額の減額問題について学説・裁判実務はどのようにして扱っているのかを、公序良俗、一部履行、過失相殺による減額という３つの論点から、明らかにした。過大な予定賠

者の利益保護という２つの要請を破るような債権者側の行為様態が認められる場合に、例外的に、裁判所は、こうした債権者側の事情を斟酌して、予定賠償額を減額することができると解すべきである、とされる。潮見佳男『債権総論〔第２版〕Ⅰ――債権関係・契約規範・履行障害――＜法律学の森＞』（信山社・2003年）397 ～ 398頁、同『新債権総論Ⅰ――＜法律学の森＞』（信山社・2017年）542頁参照。

[85] 最判平成６・４・21集民172号379頁。

[86] 下級審裁判例について、東京高判平成９・５・29判タ981号164頁、大阪地判平成21・３・３判時2046号100頁、福岡高判平成19・７・24判時1994号50頁が挙げられているが、数からみると、決して多くはない。奥田編・前掲注（１）660頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

償額の減額問題について学説･裁判実務が積極的に試みているの対して、予定賠償額が実際の損害に比して過小である場合に、日本法においてその増額を認めるべきであるという発想が立法の最初から見られないし、学説・裁判実務も本問題にほとんど関心を払っていない、というのが現状である。なぜ両者の扱いに雲泥の差があるのか、またこの差異は日本法において如何なる理由で説明されているのか。この点について、能見教授は、過小な予定賠償額の増額が認められるのか否かという問題は、過大な予定賠償額の減額が認められるか否かという問題と異なる法的意味を有するため､過小な予定賠償額の増額を否定している。その理由を、以下のように示している[87]。

第１に､予想される損害よりも低い額の予定賠償額を設定する理由は、責任を制限する趣旨であることが多く、通常は反対給付との関係で低く抑えられていることが多い。そのためにこの種の責任制限を目的とする予定賠償額では、単に約定額と実損害との不均衡が必要となるだけでなく、反対給付との不均衡がない限り、予定賠償額への介入は認められるべきではない。

第２に、過小な予定賠償額は約款で定められることが多い。相手方の契約の自由が実質的に制限されているため、内容の妥当性に対するコントロールは厳しくあって然るべきである。したがって、たしかに過小な予定賠償額に対する公序良俗違反を理由とする無効の主張が認められる余地が大きいが、効果的には直接に予定賠償額の増額を認めるという意味ではない。

以上の理由に照らせば、日本法において過小な予定賠償額による責任制限機能の重視と、予定賠償額が約款である場合に裁判所がその効力を全部否定するという発想が強いため、予定賠償額の増額が認められていない、ということが明らかにされた。したがって、この点について違約金の増額を認める中国法と比較すると、その趣旨はまったく異なるものであると解される。

３　債権法改正をめぐる立法論

[87] 奥田編・前掲注（１）662 ～ 663頁［能見善久・大澤彩執筆］参照。

近年、社会と経済の変化による要請に対して民法（債権法）改正の作業が進行している。その中には、予定賠償額の増減問題をひとつの重要な論点として新たに立法しようとする動きが出てくるようになった。、民法（債権法）改正の過程において本問題については、2009年には、民法改正にかかわる民法（債権法）改正検討委員会と民法改正研究会は、二つ有力な試案（以下では、それぞれ［検討委員会試案］と［研究会試案］と呼ぶ）を最初に作成した。それに対して実務界から寄せられた意見もある。それを踏まえて2013年には、法制審議会は「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下では、［中間試案］と呼ぶ）を作成し、発表した。さらに2015年には、「民法の一部を改正する法律案」という最終版の改正案（以下では、［法律改正案］と呼ぶ）はようやく浮き彫りになり、2017年６月４日に公布された。この４本の試案・改正案において、予定賠償額の増減問題においていかなる修正の考え方が示されているのか、またいかなる意見が述べられているのかは注目に値する。以下では、この４本の試案・改正案について検討する。

（１）［検討委員会試案］（2009）

まず、2009年３月末にとりまとめた［検討委員会試案］では、予定賠償額の増減問題に関する提案【3.1.1.75】[88]が、以下のように定められている。

> 【3.1.1.75】損害賠償額の予定
> （１）当事者は、債務の不履行について損害賠償額を予定することができる。
> （２）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。
> （３）賠償額の予定は、履行の請求または解除権の行使を妨げない。
> （４）違約金は、賠償額の予定と推定する。
> （５）当事者が金銭でないものを損害の賠償に充てるべき旨を予定した場合にも同様の処理をする。

[88] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（２）288頁。

（ⅰ）基本の立場

本提案は、現行民法による賠償額の予定と違約金の関係をほぼ承継したものであるが、その中では（２）のみが現行民法による予定賠償額の増減を禁じる原則を変え、新たにルールを設けている、すなわち（２）は過大な予定賠償額の減額を認めるルールを置いたものである[89]。それに対して過小な予定賠償額について如何にして対応するのかについて、条文にははっきりとは示されていない。［検討委員会試案］の解説によれば、本提案において過小な予定賠償額の増額という規定を新たに設けないという考え方があり、その理由も示されている、とされる[90]。

（ⅱ）過大な予定賠償額への対応

［検討委員会試案］において過大な予定賠償額について裁判所による減額が認められるという新しいルールが置かれている。なぜ裁判所による減額が許されるのか、その解説によれば、「過大な」金額が予定されていた場合に、「過大な」部分の保持を債権者に許さず、裁判所がその額を合理的な額まで減額できるという過大な予定賠償額の減額を認めるルールを設けることには、以下の２点の意味がある、とされる[91]。

第１に、過大な予定賠償額の減額を認めるルールがなくとも、現在の裁判実務が行っているように、公序良俗違反を理由に過大な予定賠償額を規制することは不可能ではない。したがって、このようなルールを明文化することは、一般市民に対するメッセージという点で意味が少なくないということである。

第２に、裁判所が過大な予定賠償額について公序良俗の一般条項を適用することで介入する際の効果については、明確なルールを示しておくことに意義がある。

他方、過大な予定賠償額の減額に関する要件については、［検討委員会試案］においては「債権者に生じた損害に比して過大である」という要件だけが設けられている。またその結果について、［検討委員会試案］

[89] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（２）288 ～ 293頁参照。
[90] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（２）292頁参照。
[91] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（２）290頁参照。

は不合理な部分の減額処理を裁判所に許したものである[92]。

（iii）過小な予定賠償額への対応

過大な予定賠償額の減額を明文化することと並んで、過小な予定賠償額の増額も認められるべきではないかという考え方に対して、［検討委員会試案］は否定的な立場を示している。すなわち過小な予定賠償額の増額という規定を新たに設けないという考えである。その解説によれば、以下の２つの理由が挙げられている[93]。

第１に、過小な予定賠償額は、過大な賠償額の予定と異なり、損害賠償責任の減免責を認める条項としての実質を有しているため、過大な予定賠償額に対する扱いと同じ次元で処理することは適切ではない。

第２に、過小な予定賠償額を増額するということは、当事者が合意をしていないところまでの金額を裁判所が増額の承認をできることを意味し、私的自治・自己決定に対する重大な干渉にもなる。

（iv）実務界の意見

［検討委員会試案］に対して、大阪弁護士会からの意見が寄せられている。その内容は如何なるものであるのか。以下に詳しく見る。

ます、大阪弁護士会は、過大な予定賠償額への対応については、［検討委員会試案］が現在の実務を明文化するものであると評価し、賛成の立場を示している[94]。また、大阪弁護士会は、「規定の仕方として、裁判所の裁量減額として規定するか、過大な部分を無効とする規定とするかは検討を要する」[95]とも述べている。すなわち大阪弁護士会の見解によれば、裁判所の裁量による減額と規定する場合には、裁量判断の妥当性の検証および反論可能性の確保が問題とされ、さらに訴訟の増加[96]と

---

[92] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（２）290 ～ 291頁参照。

[93] 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注（２）292頁参照。

[94] 大阪弁護士会編『民法（債権法）改正の論点と実務〈下〉』（商事法務・2011年）544 ～ 545頁参照。

[95] 大阪弁護士会編・前掲注（94）544頁。

[96] 裁判所による減額を規定すると、訴訟が提起されない限り、債権者が減額交渉に応じない可能性がある。裏を返せば、訴訟の増加につながる懸念が大き

いった懸念があるため、過大な部分が無効であることを明記すべきという考え方が示されている[97]。そして、大阪弁護士会は、要件としての「債権者に生じた損害に比して過大」なことが立証責任の配分などの手続き問題を複雑化にしかねないと指摘している[98]。さらに、大阪弁護士会は、減額される程度または有効とされる範囲については、予定賠償額を行った当事者の意思に鑑み、当事者が契約締結当時に想定していた合理的な事前評価の範囲にまでに縮減されるべきであるという意見を述べている[99]。

他方、大阪弁護士会は、過小な予定賠償額への対応については、［検討委員会試案］が過小な予定賠償額による減免責機能および当事者の予測可能性、当事者自治の観点という理由から裁判所による介入を明文化しないという考え方を示したことに賛成の立場を示している[100]。また、大阪弁護士会は、訴訟手続きの角度から出発し、過小な予定賠償額の増額を認めることが処分権主義、弁論主義の原則と衝突しているという理由を述べ、裁判所による過小な予定賠償額への介入を明文化しない考え方をさらに強めている[101]。その代わりに、大阪弁護士会は、過小な予定賠償額への対応について、裁判所が一般条項に基づき、過小な予定賠償

い。大阪弁護士会編・前掲注（94）545 ～ 546頁参照。

97 大阪弁護士会編・前掲注（94）545 ～ 546頁参照。

98 当事者が過大な賠償額の予定を約定する場合には、社会的強者が社会的弱者に過大な賠償額の予定の条項を強いるケースが多く見られている。そのため、債務者が債権者に生じた実損害の立証責任を負うように規定されると、社会的弱者がそのような立証をすることが可能なのかが疑問がある。したがって、訴訟手続きにおいて当該取引の性質や同種取引からの事実上の推定の活用や当事者照会等の証拠開示制度の充実が重要な課題となる。大阪弁護士会編・前掲注（94）546頁参照。

99 大阪弁護士会編・前掲注（94）547頁参照。

100 大阪弁護士会編・前掲注（94）546頁参照。

101 裁判所が過大な予定賠償額を減額する場合には、一部認容判決として処理可能なのに対し、裁判所が過小な予定賠償額を増額する場合には、訴訟において裁判所が当事者が主張していない額への裁量的な増額を認めることを意味するため、処分権主義、弁論主義との衝突が問題となりかねない。大阪弁護士会編・前掲注（94）546頁参照。

額の有効性を判断すれば対応することは十分可能であると指摘している[102]。

（2）［研究会試案］（2009）

民法改正にかかわるもうひとつ有力な試案は、2009年の［研究会試案］というものである。予定賠償額の増減問題に関する提案348条[103]は、以下のように定められている。

> 348条 損害賠償の予定
> （1）当事者は、債務の不履行について損害賠償の予定（損害賠償額の予定及び免責特約を含む。）をすることができる。
> （2）損害賠償の予定は、履行の請求又は解除権の行使を妨げない。
> （3）当事者が損害賠償の予定をした場合において、裁判所は、その額を増減することはできない。
> （4）（現行420条３項に同じ）違約金は、賠償額の予定と推定する。
> （5）損害賠償額の予定は、当該取引の性質を考慮すると合理性を欠き、かつ債務者に現実に生じた損害に比べて、著しく過大又は過小であるときは無効とする。
> （6）債務者の故意又は重過失に基づく損害賠償責任をあらかじめ免除する特約は無効とする。ただし、履行補助者の故意又は重過失に基づく損害賠償責任を免除する特約については、この限りでない。
> （7）損害賠償の予定については、この法律のほか、消費者契約法、特定商取引に関する法律（昭和五十一年法律第五十七号）、割賦販売法（昭和三十六年法律第百五十九号）その他の法律を適用する。

---

[102] 過小な予定賠償額を問題とするとき、当該条項自体の有効性の判断を行い、無効と判断された場合には、一般原則に基づき損害賠償額を決めるということになる。大阪弁護士会編・前掲注（94）547頁参照。

[103] 民法改正研究会『民法改正　国民・法曹・学界有志案――仮案の提示』（法律時報増刊、日本評論社・2009年）163頁。

（ⅰ）基本の立場

本提案に対する解説は見当たらない[104]が、提案の内容を見ると、（３）は予定賠償額の増減を禁じるという現行民法の原則を承継するものである。とはいえ、その（５）は、裁判所による予定賠償額への介入を予定賠償額が「過大」と「過小」という両方の場合に認める条文を新設するものである。換言すれば、本提案において過大な予定賠償額と過小な予定賠償額はいずれも、裁判所による介入の対象である、ということが明らかにされた。

（ⅱ）過大、過小な予定賠償額への対応

本提案において裁判所による予定賠償額への介入が認められているが、いかなる介入の仕方であるのかは重要である。本提案（５）は、裁判所による介入の仕方を減額や一部無効という仕方で規定しておらず、予定賠償額全体を無効とする旨を定めるものである。換言すれば、本提案は、裁判所が予定賠償額の効力をすべて否定し、一般の損害賠償手続きに則って賠償額を決めるという案を提示するものである。

他方、本提案において過大、過小な予定賠償額の介入に関する要件を見ると、「債権者に現実に生じた損害に比べて、著しく過大又は過小である」という要件と同時に、「当該取引の性質を考慮すると合理性を欠く」という要件も必要となる、ということが明らかにされた。

（ⅲ）実務界の意見

［研究会試案］に対して、東京弁護士会からの意見が寄せられている。その内容は如何なるものであるのか。以下に詳しく見る。

まず、東京弁護士会は、［研究会試案］が裁判所による介入の要件を規定する仕方について賛成の立場を示している。すなわち東京弁護士会は、［研究会試案］が過大、過小な予定賠償額への対応について裁判所による介入の要件を、予定賠償額と実損害との比較により、予定賠償額が「過大」となるか否かだけでは足りないとし、予定賠償額自体が「合理」

[104] 民法改正研究会は、［研究会試案］についていくつか論点を解説しているが、損害賠償の予定の部分については言及していない。

的か否かという要件も必要とする提案に賛同している[105]。その上、東京弁護士会は、裁判所が予定賠償額自体が「合理」的か否かを判断する場合には、当事者の属性ないし対等性の有無、予定賠償額が締結された経緯などに基づき総合判断すべきという考え方を提示している[106]。

また、東京弁護士会は、［研究会試案］が介入の仕方について、裁判所が過大、過小な予定賠償額に対して一律に全体を無効すべきという提案にも賛同している[107]。すなわち東京弁護士会は、過大、過小な予定賠償額の有効性判断に「過大」という判断要件のみならず、「合理」的という判断要件も求められる以上、過大、過小な予定賠償額が一般条項としての公序良俗に反するものとして十分に考えられるため、裁判所が予定賠償額を全部無効とすべきであり、当事者に実損害を立証させれば足りるという解釈を提示している[108]。

（3）「中間試案」（2013）

学界による二つ試案をめぐる議論と実務から寄せられた意見を踏まえて2013年には「中間試案」が、法務省ウェブサイトにて公布されるようになった。「中間試案」において予定賠償額の増減問題に関する試案10[109]は以下のように定められている。

> 10　賠償額の予定（民法420条関係）
> （1）民法420条第1項後段を削除するものとする。
> （2）賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者に現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができない

105 東京弁護士会『「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見書』（信山社・2011）100 ～ 101頁。
106 東京弁護士会・前掲注（105）101頁参照。
107 東京弁護士会・前掲注（105）101 ～ 102頁参照。
108 東京弁護士会・前掲注（105）101 ～ 102頁参照。
109 信山社編集部『民法改正中間試案〔確定全文＋概要＋補足説明〕』（信山社・2013）129 ～ 130頁。

ものとする。
（注１）上記（１）については、民法420条第１項後段を維持するという考え方がある。
（注２）上記（２）については、規定を設けないという考えがある。

（ｉ）基本の立場

本試案の（１）は、現行民法による予定賠償額の増減を禁じるという原則を削除したものである。すなわち本原則に否定的な考えを示しているものである。なぜ「中間試案」は現行民法による予定賠償額の増減を禁じるという原則を削除するのか。本試案についての解説によれば、予定賠償額の増減を禁じるという立法が比較法的に異例である。また日本法において予定賠償額の増減を禁じる明文があるにもかかわらず、裁判実務において裁判所がすでに公序良俗違反などを理由に予定賠償額を制約しているため、法の改正はその現状を承認する必要があるといった理由が述べられている[110]。

とはいえ、本試案（１）の注（１）を見ると、現行民法による予定賠償額の増減を禁じるという原則をそのまま維持すべき、すなわち予定賠償額に対する裁判所の介入が謙抑的であるべきという考え方も挙げられている。本試案についての解説によれば、学界では、予定賠償額に関する当事者の合意を尊重する観点から予定賠償額の増減を禁じる現行法を維持する考え方もあるためである、とされる[111]。もっとも、本試案についての解説によれば、この考え方に対して批判的な見解もある。すなわち契約内容への裁判所の介入は慎重であるべきであるという一般論は予定賠償額にのみ妥当するものではないから賠償額の予定に限ってその旨を殊更に規定上明示する合理的な説明が難しいし、また予定賠償額について公序良俗による規制をも含む司法上の救済が一切否定されるという誤ったメッセージになりかねないという指摘である。とされる[112]。

[110] 信山社編集部・前掲注（109）130頁参照。
[111] 信山社編集部・前掲注（109）130頁参照。
[112] 信山社編集部・前掲注（109）130頁参照。

（ⅱ）過大な予定賠償額への対応

本試案（２）は、現行民法による予定賠償額の増減を禁じるという原則を削除しながら、過大な予定賠償額に対して新たにルールを新設するものであり、「債権者は、予定賠償額の相当な部分を越える部分につき、債務者に請求することができない」という裁判所による介入を明文化するものである。本試案についての解説は、その理由を「下級審裁の裁判例では、実際に生じた損害額あるいは予想される損害額と比して過大な賠償額が予定されていた場合に、公序良俗違反とし、一部無効の手法により認容賠償額を減額したものが多い。このような裁判実務や、諸外国の立法の動向等をも踏まえ、賠償額の予定についても、債権者に著しく過大な利得を与えるなど不当な帰結に至るような場合には、一定の条件の下で制約が及ぶこととその効果を条文に明記して、当事者の予測可能性を確保することを意図したものである」[113]と述べている。

また、裁判所による介入の要件について、本試案についての解説によれば、本試案は予定賠償額が債権者に生じた損害と比べて「著しく過大」であることという要件を定めるものであるが、その意味は、単に予定賠償額が債権者に生じた損害額を上回るだけで足りず、裁判所が実際に債権者に生じた損害額に加え、賠償額の予定をした目的など、賠償額の予定をめぐる一切の事情を考慮して評価しなければならないという意味である、と説明されている[114]。さらに解説によれば、結果について、債権者があくまで「相当な額」を超える部分を請求できなくなるため、容認される賠償額が実際に生じた損害額を上回ることがあり得る、とされる[115]。

一方で本試案（２）の注（２）によれば、過大な予定賠償額に対し裁判所による介入を否定する考えも示されている。その理由について「賠償額の予定は債務者不履行による損害賠償の金額を算定する困難さを克服し、あるいは債務を履行するインセンティブを付与するなど、実務上有

[113] 信山社編集部・前掲注（109）131頁。
[114] 信山社編集部・前掲注（109）131頁参照。
[115] 信山社編集部・前掲注（109）131頁参照。

用な機能を果たしている」[116]と指摘された上で、「有用な賠償額の予定まで効力を否定されるおそれがある」[117]と説明される。

（ⅲ）過小な予定賠償額への対応

本試案は過小な予定賠償額に対してその規定を条文に盛り込まないという立場をとるものである。本試案についての解説によれば、過小な予定賠償額が損害賠償責任の減免責条項としての性格を有するといった理由が述べられている[118]。もっとも、過小な予定賠償額の有効性について、解説によれば、裁判所が一般条項としての公序良俗あるいは不当条項規制の問題として取り扱い、規制することは妨げない、とされる[119]。

（４）［改正法律案］（2015）

［中間試案］ができてから２年後、2015年３月31日には、［改正法律案］がようやく浮き彫りになり、2017年６月４日に公布された。［改正法律案］が最終的に予定賠償額の増減問題についていかなる立場をとっているのかは注目に値する。［改正法律案］420条[120]は、以下のように定められている。

> 420条
> （１）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。
> （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。

（ⅰ）基本の立場

［改正法律案］は、現行民法と比較すると単に420条１項後段の部分を

116 信山社編集部・前掲注（109）131頁
117 信山社編集部・前掲注（109）131頁。
118 信山社編集部・前掲注（109）131頁参照。
119 信山社編集部・前掲注（109）131頁参照。
120 信山社編集部『民法改正法案』（信山社・2015）36頁。

削除するにとどまるものである。換言すれば、［改正法律案］はただ裁判所による予定賠償額の増減を禁じるという原則を明言しないという立場を取っている、ということが明らかにされた。

（ⅱ）過大、過小な予定賠償額への対応

［改正法律案］は過大、過小な予定賠償額について新たに規定を一切に設けない方針を採っているため、債権法改正に向けてのいくつか提案による過大な予定賠償額について裁判所による介入を正面から認める考え方と明らかに異なる立場に立っていることが明らかにされた。なぜ［改正法律案］は過大、過小な予定賠償額について新たに裁判所による介入の道を選ばず、これを明文化しなかったのか。この点について、［改正法律案］が国会に提出される前の段階における「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その１）補充説明」からその理由をたどることが可能である[121]。この「補充説明」は［改正法律案］が裁判所による介入の条文を正面から規定しない理由を、以下のように説明している。

「『現に生じた損害の額及び当事者が賠償額の予定をした目的に照らして著しく過大である』という要件が不明確であるとの指摘、民法第90条（暴利行為）によって同様の対処をすることが可能であるとの指摘、賠償額の予定についてのみ規定を設けると賠償額の予定は他の合意よりも拘束力が弱いとの解釈を招きかねないとの指摘がある。部会において同様の指摘があり、コンセンサスを形成することは困難であるため、民法第90条（暴利行為）に関する改正の成否に関わらず、この論点については民法第420条第１項後段を削除するにとどめることとした」[122]とされる。

以上のことを要約すると、次のような結論を達することができる。すなわち、［改正法律案］が過大、過小な予定賠償額について裁判所による増減を明文化するとなると、適用際の要件の不明確さ、規定する意味が薄いこと（一般条項による処理）、そして予定賠償額による合意の拘

[121] ［改正法律案］は改正要綱仮案の内容を維持するものであるため、改正要綱仮案に関する説明から［改正法律案］が採用された理由を伺うことができる。

[122] 改正要綱仮案による賠償額の予定に関する説明が法務省のホームページを通じて掲載されることになる。（民法（債権関係）部会資料79－３の12頁）

束力が弱められることといった懸念が避けられない。このうち、前の２つの批判が規定の技術的な面に向けられるの対して、後者の理由については、理念上からすると、もし裁判所による予定賠償額（当事者の合意）への介入が認められるならば、予定賠償額による合意の拘束力が弱められるになるため、意思自治の理念が崩れかねない、という批判の意味を読み取れるであろう。裏を返せば、日本法において予定賠償額による合意の拘束力(意思自治)を尊重する理念が相当強いものであると解される。

（5）まとめ

以上では、民法（債権法）改正において予定賠償額の増減問題について[検討委員会試案]、[研究会試案]およびそれに対する実務の見解、「中間試案」、並びに［改正法律案］から、民法（債権法）の改正についての最新の立法動向を明らかにした。これらの検討に照らせば、予定賠償額の増減問題について日本法はどのような改正の意向を示しているのか、また如何なる特徴が浮き彫りになるのか。以下では、基本の立場、過大な予定賠償額への対応、過小な予定賠償額への対応という三つの要点にそって、日本法改正の特徴を総括する。

（ｉ）基本の立場

民法（債権法）の改正の動向を見ると、「研究会試案」を除いて「検討委員会試案」「中間試案」、「改正法律案」および実務から寄せられた意見などはいずれも、現行民法420条１項の後段「裁判所は、その額（予定賠償額）を増減することができない」を削除する立場を採っているものであり、すなわち裁判所による予定賠償額への増減を禁じる原則をそのまま維持することを支持しないものである、ということが明らかにされた。これらの改正の動向について、比較法上の立法状況、社会の変化による要請がひとつの大きな理由として挙げられているが、もっと重要なこととして、このような改正が裁判実務の現状を承認することに大きな意義があると示されている。したがって日本法において一律に予定賠償額の介入の禁止を堅持する現行法の規定はもう時代遅れのものとなり、公序良俗違反などの理念のもと、裁判所による介入の必要性があるという趣旨は示されていると解される。

他方、改正において、裁判所による予定賠償額の増減を禁じる原則を削除すべきという考え方が大勢に支持され、条文によって採用される動向が見られるが、反対意見もある。「研究会試案」は現行民法420条１項の後段をそのまま維持するという考え方を示すものである。また「中間試案」をめぐる議論において、意思自治という観点から裁判所による介入は謙抑的であるべきという意見も挙げられている。これらの意見を見ると、日本法において裁判所による予定賠償額への介入が意思自治の理念と衝突しているという理由からある程度懸念も示されている。

興味深いのは、最終の［改正法律案］は過大、過小な予定賠償額について新たに規定を一切に設けない方針を採っている。その理由として、裁判所による介入の要件のあいまいさ、一般条項による対応の可能性、予定賠償額の拘束力を弱体化するおそれといったものが挙げられている。したがって、［改正法律案］は裁判所の増減の権限による私人間の意思自治、契約の拘束力への干渉に強い懸念を示すものであり、意思自治の理念を尊重する趣旨が強く貫かれているものであると解される。

（ⅱ）過大な予定賠償額への対応

民法（債権法）の改正議論に向けて、過大な予定賠償額への対応がひとつの重要な論点となっている。その中において裁判所による介入を明文化する場合には、いかなる規定の仕方が適当であるのかが焦点となっている。「検討委員会試案」が裁判所の裁量減額という提案を出しているが、それに対して実務界は裁判所の判断の妥当性への懸念や訴訟の増加といった理由を述べ反対している。代わりに実務界は、効果を一部無効の仕方で明記すべきという考え方を提示さしている。また、「研究会試案」は裁判所が過大な予定賠償額を全部無効とし一般の損害賠償手続きに従って新たに賠償額を決めるという提案を出している。それに対して実務界はこの提案を支持する声を挙げている。さらに、「中間試案」は過大な予定賠償額について規定の仕方を明確に示していないが、条文の表現に鑑みると、「中間試案」が裁判所による介入の仕方について、過大な部分を一部無効とするという仕方とする立場に近いものであると看取できる。

以上の改正の議論に照らせば、日本法において過大な予定賠償額につ

いて裁判所による介入を明文化しようとする動きが強く見て取れる一方で、効果についての規定の仕方をめぐって激しい論争が繰り返されている。またその内容を見ると、これらの提案と見解は、裁判所による減額の裁量権を与える考え方に消極的であり、裁判所が伝統的な契約効力理論に基づき、本問題を処理すべきという旨を強く訴えているものであると解される。

他方、裁判所による介入の要件については、「検討委員会試案」は「債権者に生じた損害に比して過大である」という実損害が過大か否かという要件のみを規定している。この点について、実務界は挙証責任という手続上の問題が大きいという理由を述べ、反対の立場を表明している。「検討委員会試案」と比較すると、「研究会試案」によれば、予定賠償額が「過大」か否かという客観的な要件のみでは足りず、同時に「合理」的か否かも必要となる。すなわち、裁判所が予定賠償額の約定の事情を考量することも求められている、とされる。「研究会試案」の提案には、実務界も賛成しているし、その後の「中間試案」も「研究会試案」の趣旨を受け入れている。したがって日本法の改正は、裁判所が予定賠償額に介入するか否かを判断する場合に、債権者の実損害の考量のほか、「当事者の属性ないし対等性の有無、予定賠償額が締結された経緯」や「当事者が賠償額の予定をした目的」という要素の考量に重点を置くものである。換言すれば、日本法において裁判所による介入の是非を判断する際の関心事は、債務不履行時における出来事ではなく、契約締結時における出来事に注目するものであるため、あえて当事者の意思を尊重する意図が強いという特徴を見て取れるであろう。

（ⅲ）過小な予定賠償額への対応

民法（債権法）の改正に向けて、過小な予定賠償額への対応もひとつの論点として挙げられているが、試案や改正案はいずれも、裁判所による過小な予定賠償額の増額を明文化することに反対の立場を示している。その理由として、過小な予定賠償額が減免責機能を有するのみならず、当事者の予測可能性や意思自治という角度から見ると、裁判所による増額が私的自治、自己決定への重大な干渉となっている、さらに訴訟の手続きの角度から言えば、裁判所による増額が処分権主義、弁論主義

とも衝突しかねない、と指摘される。

以上の検討に照らせば、日本法において過小な予定賠償額への対応は、過大な予定賠償額への対応と比較すると、まったく次元が異なる問題であると認識されている。すなわち、日本法において過大な予定賠償額について裁判所による介入を、減額や一部無効などの手法によって明文化しようとするという立法的動向が寛容的であるのに対して、過小な予定賠償額への対応については、増額という立法の選択肢は一切に考量される余地がないという厳しい立場が示されている。その理由を突き詰めると、過小な予定賠償額が働く特別の減免責機能を無視することができないほか、もっと重要なこととして、過小な予定賠償額の増額は、過大な予定賠償額の減額と比較すると、いっそう当事者の意思自治・契約自由への深刻な干渉となっているためである、ということが明らかにされた。

4　日本法から見る中国法

前述では、日本法における予定賠償額の増減問題について、法規定、学説・裁判実務および民法（債権法）の改正をめぐる議論から検討し、その特徴を明らかにした。日本法と比較すると、中国法のどのような特徴が浮き彫りにされ得るのか。以下では、違約金・過大な予定賠償額の減額と違約金・過小な予定賠償額の増額という二つの部分に分けて析出してみたい。

（1）違約金・過大な予定賠償額の減額

日中の比較において、違約金・過大な予定賠償額の減額問題について次の３点をまとめることができる。

第１に、日本法において過大な予定賠償額について、条文、学説・裁判実務、現在の民法（債権法）改正という３つの段階を経て各段階においてそれぞれ対応の特徴が示されている。立法者が過大な予定賠償額の減額を禁じるという条文を定めているが、学説･裁判実務は、公序良俗･暴利行為論によって過大な予定賠償額の規制を試みている。その上で、現在の民法（債権法）改正は、裁判所による介入を明文化しようとする立場をはっきりと示している。とはいえ、これらの学説・裁判実務、民

法（債権法）改正の内容に鑑みると、日本法が過大な予定賠償額の減額問題を扱う場合には、常に過大な予定賠償額の効用性、契約自由・意思自治の理念を意識していることが、明らかにされた。換言すれば、学説・裁判実務および民法（債権法）改正において、裁判所による過大な予定賠償額への介入が認められるとしても、契約自由・意思自治の理念を放棄するものではなく、むしろ現代社会において契約自由・意思自治が生じる不合理な部分を修正しようとする趣旨が含まれると見て取れる。したがって、日本法において裁判所による過大な予定賠償額の介入についてその立場は必ずしも積極的であるとは言えず、むしろ慎重的であると解される。

それと比較すると、中国法における違約金減額は立法の段階において抵抗なく確立されている。また学説では、違約金の減額が違約金の効用を形骸化すること、契約自由・意思自治の理念と衝突することといった懸念はめったに見られないし、主流の見解はほとんど一方的に違約金減額を高く評価している。さらに違約金減額に関する運用実態を見ると、法院が積極的に違約金の減額を行っているという傾向も明らかにされた。したがって、中国法において、法規定、学説・裁判実務は違約金の減額に積極的な立場を示していると解される。

第２に、日本法において過大な予定賠償額について、学説、民法（債権法）改正において裁判所による介入が認められるとしても、介入の仕方は議論の焦点となっている。すなわち、介入の仕方が減額裁量なのか、一部無効なのか、ひいては全部無効とした上で一般の損害賠償の手続きに従い、新たに決めるのかといった多様な提案が示されている。また、実務界は、裁判所に直接に減額裁量権を与えることに強い警戒心を示し、その仕方が裁量判断の妥当性に影響することや訴訟の増加につながるといった問題点を指摘している。要するに、実務界の見解に照らせば、裁判所の裁量減額の仕方が、契約自由・意思自治への過度な干渉となり、予定賠償額の効用性の喪失をもたらすといった懸念が挙げられている。それの代わりに、学説では、裁判所が伝統的な契約効力の制度によって、過大な予定賠償額を処理すべきであるという考え方が主流となっていると解される。

それと比較すると、中国法における違約金減額においては立法から法

院による減額という仕方が採用されている。また、学説においても、法院が契約効力制度によって過大な違約金を処理する発想がそもそも存在していないのである。さらに、違約金減額に関する運用実態を見ると、法院が積極的に違約金の減額裁量権を行使するという傾向も明らかにされた。したがって中国法においては、法規定に、法院が違約金の減額を行使する権限が最初から規定されているため、法院が違約金減額の裁量権を行使することで違約金への介入がより容易に行われ得ると見て取れる。

第３に、日本法において過大な予定賠償額についての裁判所による介入の要件を見ると、学説の少数説と一部の裁判例は、単に予定賠償額が実損害と比較すると、「過大」かと否かを裁判所による判断の要件としている。この点は確かに、中国法の通説と裁判実務が徹底している実損害差額主義の趣旨と似ている。とはいえ、日本法の通説は、「債権者が債務者の困窮等に乗じて暴利を図ることを目的とすること」という要件を提示し、すなわち当事者の意思瑕疵の有無を審査すべきという暴利行為論を有力に提唱している。また一部の裁判例は、予定賠償額と実損害との均衡という要件のほかに、予定賠償額の締結目的と約款の正当性への考量といった要素を強調している。要するに、これらの裁判例は、約定賠償額の締結時に当事者の目的、意思表示の瑕疵の有無を重んじるものであると看取できる。さらに、民法（債権法）の改正をめぐる議論においても、裁判所による過大な予定賠償額への介入の可否について、単に予定賠償額が「過大」か否かという要件だけでは足りず、その予定賠償額の約定が「合理」的か否かへの判断も必要とされている。「合理」的なことの内容について「当事者の属性ないし対等性の有無、予定賠償額が締結された経緯」や「当事者が賠償額の予定をした目的」といった具体的な提案が挙げられている。以上の内容に照らせば、日本法が、裁判所が過大な予定賠償額に介入する場合には、日本法は、その要件を、予定賠償額の約定時の事情とするという特徴を見て取れる。この意味では、日本法は、予定賠償額の約定時における当事者の意思の審査や解明を裁判所による予定賠償額への介入の可否の理由とすることによって、あえて意思自治の理念を尊重する意図を強く訴えていると解される。

それと比較すると、中国法法制は立法からその趣旨を、給付の均衡を

重視するものとして位置づけしている。そのため、法規定と学説は、法院が違約金の減額の可否を判断する際の要件として、違約金と実損害との均衡が図られたか否かという実損害差額主義を掲げている。違約金減額に関する運用実態を見ると、法院の判断も、ほとんど実損害差額主義を根拠として、減額の可否を判断するという傾向が示されている。裏を返せば、法院が違約金の約定時に関する事由などを一切に不問としていることが、明らかにされた。この意味では、中国法において当事者の意思はほとんど尊重されておらず、意思自治の理念は根付いていないという特徴が浮き彫りになると解される。

（２）違約金・過小な予定賠償額の増額

日中の比較において、違約金・過小な予定賠償額の増額問題について、日本法と中国法は、まったく異なる立場を取ることが明らかにされた。

日本法の場合には、条文、学説・裁判実務、民法（債権法）の改正に向けての議論はいずれも、裁判所による増額を明文化することに反対の立場をとっている。その理由として、過小な予定賠償額が減免責機能を有するのみならず、当事者の予測可能性や意思自治という角度から見ると、裁判所による増額が私的自治、自己決定への重大な干渉となっている、さらに訴訟の手続きの角度から言えば、裁判所による増額が処分権主義、弁論主義とも衝突しかねない、と指摘される。

以上の指摘に照らせば、日本法において過小な予定賠償額への対応は、過大な予定賠償額への対応と比較すると、まったく次元が異なる問題であると認識されている。要するに、日本法において過大な予定賠償額について裁判所による介入を、減額や一部無効などの手法によって明文化しようとするという立法的動向は寛容的であるのに対して、過小な予定賠償額への対応について、増額という立法の選択肢は一切に考量される余地がないという厳しい立場が示されている。その理由を突き詰めると、過小な予定賠償額が働く特別の減免責機能を無視することができないほか、もっと重要なこととして、過小な予定賠償額の増額は、過大な予定賠償額の減額と比較すると、いっそう当事者の意思自治・契約自由への深刻な干渉となるためであると解される。

それと比較すると、中国法においては違約金増額の趣旨は違約金減額

と同様に説明されている。学説は両者を区別して扱う考え方も一切に見られていない。違約金増額に関する運用実態を見ると、法院が違約金の増額を認めた裁判例も少なくないし、ほとんどの法院の判断も、予定賠償額と債権者の実損害との均衡が図られていないことだけを理由に増額を認めているという実損害差額主義を徹底している。換言すれば、中国法においては法院が当事者が予定していなかった額までの増額を認めるという傾向は容易に見て取れる。したがって、中国法においては、法院が違約金を増額することで、当事者による過小な予定賠償額の減免責機能がほとんど意味が失われるだけではなく、当事者の意思自治・契約自由に深刻な干渉ともなっていると看取できる。この意味では、中国法においては法規定、学説および裁判実務は、法院による違約金の増額に寛容的な立場を示していることに照らせば、意思自治の理念はまったく配慮されていないという特徴が浮き彫りになると解される。

むすび

本稿は、中国法における違約金増減を、その概要（法規定、学説、立法史）、裁判実務（運用実態についての数量分析と論理分析）、学界の評価と改革案、台湾法・日本法との比較から検討し、明らかにした。最後に、本稿の冒頭で設定した課題についての回答を試み、本稿を締めくくりたい。すなわち中国法における違約金増減は、どのような位置づけなのかを明らかにしたい。また中国法において違約金増減を支える要因は何なのかを考えてみたい。

1　違約金増減の位置づけ

まず、中国法における違約金増減について、如何にして捉えるべきなのか、どのようにして位置づけたらいいのか。本課題を回答する際に、山田八千子教授の『自由の契約法理論』という研究を紹介するのが有益である。この本は、現代社会において、契約自由に対して国家は如何なる法理に基づいて介入するのか、その介入の法理に関して、理論的、法哲学的な観点を提示するものである。本論との関係で、この研究に依拠

すると、中国法における違約金増減の実質を語ることができるし、本稿の課題についての回答を整理することができる。それゆえに、まず、山田教授の『自由の契約法理論』において提示されている３つの国家による契約自由への介入の法理を概観する。それによって、中国法における違約金増減がどのような位置づけなのかを析出してみたい。

（1）国家による契約自由への介入の法理

山田教授は、現代社会の契約理論において国家による契約自由への介入の根拠として、以下のような３つの類型を提示している[123]。

類型１は、「もし、当事者がおこなった契約が、相手方からの強迫や詐術によってなされたものであるならば、この契約は国家によって執行されるべきではない。したがって、このような場合には、国家が、契約の執行を求める当事者の力を否定するという方法によって介入することになる」[124]、と定義されている。

類型２は、「契約自由の基礎となるべき当事者の自律性が奪われたという理由から、国家の加入を認めるという仕方がある。契約当事者の交渉においては、様々な原因により、当事者自身が自ら方向を決定できたとは評価できない状況は、つまり他者から方向を決定されたと評価しうる状況が出現しうる。具体的には、経済的交渉力の格差や、情報量の格差によって、自ら方法を決定したものとは到底いえないような事態が生じたとき、自律的な判断に基礎付けられない契約全体ないし契約内容の一部に対しては、国家が抑制を加えるという考えが導き出されるのである」[125]、と定義されている。

類型３は、「契約締結の結果として発生した財の分配が、給付の著しい不均衡を生じさせることは正義に反するという考え方、いわゆる交換的な正義に反する不当なものであるという理由から、国家が契約に対して介入するという仕方も想定できる」[126]、と定義されている。

---

[123] 山田八千子『自由の契約法理論』（弘文堂・2009年）92 ～ 93頁参照。
[124] 山田・前掲注（123）93頁。
[125] 山田・前掲注（123）92 ～ 93頁。
[126] 山田・前掲注（123）93頁。

以上の三つの類型の定義に照らせば、それぞれの介入の法理は、如何なる特徴があるのか、どのような法的意味を持つのかという問題について、山田教授の論述に基づいて、著者の視点から、次の内容を要約することができると考えられる[127]。

第１に、類型１は、その介入の論理を、当事者が自発的な交換を行ったかどうかとしているため、詐欺、強迫の法律行為を規制の対象としている。この論理は、特定の結果を志向しないという意味で純粋な手続的正義の原理を前提にして正当化されているものである。したがって、類型１の介入は、詐欺、強迫のような意思の自発性を欠いた法律行為を強制しない意味があるため、意思自治理念との関係から見ると、親和的関係であると位置付けられる。

第２に、類型２は、その介入の論理を、当事者が自立的な自己決定ができたかどうかとしているため、当事者の交渉力、情報量の格差のために自律的な判断に基礎付けられない場合の契約を想定の対象としている。類型１の介入の論理と同様に、この論理も、特定の結果を志向しない純粋な手続的正義の原理を前提とするものである。したがって、類型２の介入は、一方の当事者の交渉力が実質的に著しく劣る状況下では、自律的な自己決定を実質化するには介入を行う意味があるため、意思自治理念との関係から見ると、補完･修正的関係であると位置づけられる。

第３に、類型３は、その介入の論理を、取引の結果の等価性ないし給付の均衡性が図られたかどうかとしているため、分配結果の不公正を是正することに着目している。この論理は、財の分配を基礎づける分配的正義や、相互的な給付の均衡の維持のような矯正ないし交換的正義を中心とする実体的正義の原理に基づいて正当化されるものである。したがって、類型３の介入がもっぱら分配結果の均衡性に力点を置き、徹底する平等主義的な立場をとっているため、自由や自律性の尊重との不整合性を生じる。それによって、意思自治理念との関係から見ると、対立的関係であると位置づけられる。

以上の要約に照らせば、山田教授の国家による契約自由への介入の法理を、次の表にまとめるすることができると考える。

---

[127] 山田・前掲注（123）90頁以下参照。

【表】国家による契約自由への介入の法理[128]

	類型１	類型２	類型３
介入力点	強迫、詐欺の法律行為	当事者の交渉力、情報量の格差	分配結果の不公正
介入論理	自発的な交換が行われたかどうか	自律的な自己決定ができたかどうか	取引の結果の等価性ないし給付の均衡性が図られたかどうか
介入実質	手続的正義		実質的正義、分配的正義
意思自治の理念との関係	親和的関係	補完・修正的関係	対立的関係
	弱 → 緊張関係 → 強		

（２）中国契約法の本質

以上の整理のように、国家による契約自由への介入について３つの異なる法理が提示されている。この３つの法理は、意思自治の理念との関係で、次元の異なる特質を呈している、ということが明らかにされた。この整理を踏まえて、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、如何なる特徴を有するのか、また違約金増減の運用を通して、中国契約法の本質が何なのかを明らかにしてみたい。

（ｉ）台湾法・日本法について

本論文の第５章では、比較法という視点で台湾法・日本法を取り上げて台湾法・日本法における法制の内容を検討してきた。これらの検討に基づいて、加えて以上にまとめられた三つの類型の法理に照らせば、台湾法・日本法については、次のよるな特徴をまとめることができる。

①　規定の仕方

台湾法において法規定には違約金の減額だけが定められている。換言すれば、法規定において違約金の増額が認められていないということに

[128] 本表は、山田教授の『自由の契約法理論』の90頁以下の内容に基づき、著者の視点から、３つの国家による契約自由への介入の法理の特徴を整理、抽出するものである。

なる。なぜ台湾法において違約金の減額だけが認められるのかについて、立法理由、学説、さらには判例は言及してはいない。ただし、違約金の増額については、違約金の機能（実益）に鑑みると、違約金が債権者の実損害よりも低額である場合に、違約金が責任制限機能を有することと、意思自治の理念に鑑みると、法院が当事者が予定していなかった額までの増額を認めることは、当事者の意思自治に深刻な干渉となってしまうことは、台湾法が違約金の増額を認めない理由として推測されることができる。裏を返せば、減額の場合に比べると、より深刻に意思自治の理念と衝突する増額を認めないことは、台湾法において意思自治の理念が最大限に尊重されている意味を有すると解される。

他方、台湾法の立場は、日本法においても享有されている。すなわち、日本法において法規定は過大な予定賠償額の減額を明文化していないが、学説・裁判実務、民法（債権法）に向けての議論は、過大な予定賠償額の減額が認められ得るという立場を採っている。それに対して、過小な予定賠償額の増額について、法規定、学説・裁判実務、民法（債権法）に向けての議論は、いずれも反対の立場を示している。過小な予定賠償額の増額が認められない理由として、過小な予定賠償額が働く特別の減免責機能と、過大な予定賠償額の減額に比べると、いっそう当事者の意思自治への深刻な干渉となっている、と指摘されている。この意味において、日本法も台湾法と同様に、意思自治の理念を尊重する本質を有すると強く捉えることができる。

注意しておきたいのは、序章では言及したように、大陸法において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。換言すれば、大陸法において台湾法、日本法の立場は通用されていると看取できる。

② 趣旨、学説と裁判実務

台湾法において、違約金減額という法制にしてみれば、その趣旨は、当事者間の交渉力の格差を懸念し、当事者間の交渉力の格差によって当事者の自律的な意思表示が妨げられたかどうかに着目するものである。また、学説と最高法院の判決の判旨に照らせば、法院は、違約金の減額の可否を判断する場合には、当事者の実損害の考量のほか、「公平を著

しく失する」の有無、すなわち当事者の意思表示の真実性、当事者の交渉力の格差、詐欺、強迫などの意思表示の瑕疵の有無に判断の力点が置かれている、ということが明らかにされた。

他方、日本法において、条文は、過大な予定賠償額の減額と過小な予定賠償額の増額を禁じているものである。その理由が損害の証明や訴訟の回避を目的とする予定賠償額の効用、当事者の意思を尊重すべきという意思自治にある。実際には、学説・裁判実務は、一般条項の公序良俗の適用を通して過大な予定賠償額を一部無効することで、その減額を試みている。また、民法（債権法）改正では、裁判所による過大な予定賠償額の減額を明文化しようとする議論も見られている。日本法の検討に照らせば、以下の２点の特徴がまとめられている。

第１に、日本法においては学説・裁判実務および民法（債権法）改正の内容は、過大な予定賠償額の減額問題を扱う場合には、常に過大な予定賠償額の効用性、契約自由・意思自治の理念を意識しているものである。換言すれば、裁判所による介入について、現代社会において当事者の意思に生じる不合理な部分を修正しようとする趣旨が含まれる。したがって、日本法は裁判所による過大な予定賠償額の介入について慎重な立場をとっている。

第２に、介入の内容について日本法においては、学説の少数説と一部の裁判例は、単に予定賠償額が実損害と比較すると、「過大」かと否かを判断の要件としている。とはいえ、日本法の通説は、「債権者が債務者の困窮等に乗じて暴利を図ることを目的とすること」という要件を提示している。すなわち通説は、当事者の意思瑕疵の有無を審査すべきという暴利行為論を有力に提唱している。また一部の裁判例は、予定賠償額と実損害との均衡性という要件のほかに、予定賠償額の締結目的と約款の正当性への考量といった要素を強調しているため、約定賠償額の締結時に当事者の目的、意思表示の瑕疵の有無を重んじるものも見られる。さらに、民法（債権法）の改正をめぐる議論において、裁判所による過大な予定賠償額への介入の可否について、単に予定賠償額が「過大」か否かという判断要件だけでは足りず、その予定賠償額の約定が「合理」的か否かへの判断も必要とされている。「合理」性の内容について「当事者の属性ないし対等性の有無、予定賠償額が締結された経緯」や「当事

者が賠償額の予定をした目的」といった具体的な提案が挙げられている。

以上のまとめに照らせば、確かに、台湾法・日本法において違約金・過小な予定賠償額の増額についての立場とまったく異なり、違約金・過大な予定賠償額に対して一定の条件の下でその減額を認め得るという立場を示している。とはいえ、その趣旨、学説・裁判実務についての検討に照らせば、裁判所による介入の論理が、基本的に当事者が自発的な交換が行われたかどうか（類型１）、当事者が自律的な自己決定ができたかどうか（類型２）という手続的正義の原理に立つものであると解される。換言すれば、このような介入の論理の実質に照らすと、台湾法・日本法は、意思自治の理念と親和、補完・修正的関係に立つものであるため、依然として意思自治の理念を尊重する本質を析出することができると解される。

（ⅱ）中国法について

台湾法・日本法と比較すると、中国法は、法制についての規定の仕方や、趣旨および要件において、まったく異なる理念を示している。違約金増減についての法規定、学説、裁判実務の検討に基づいて、加えて以上にまとめられた三つの類型の法理に照らせば、中国法については、次のよるな特徴をまとめることができる。

①　規定の仕方

中国法において法規定には違約金の減額だけではなく、違約金の増額も定められている。なぜ中国法において違約金の増額、減額の両方が認められるのかについて、中国法法制の趣旨は台湾法・日本法に比較して、まったく異なる理念に立つためである。すなわち、違約金増減の趣旨は、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的な価値を志向するものであるため、違約金が債権者の実損害よりも低額であろうが、高額であろうが、実損害との均衡の回復を目指すことは、中国法の独特な思考の回路である。裏を返せば、このような理念の下で、中国法の本質は、台湾法・日本法との違いが呈されることになる。すなわち、中国法において違約金の増額が認められることによって違約金が有する責任制限機能が働かなくなる。より重要なことは、当事者が予定

していなかった額までの増額を認めることは、当事者の意思自治に深刻な干渉となってしまうことになる。この意味では、中国法において違約金の増額が認められることによって、意思自治の理念が破綻しているという本質を浮き彫りにし得ると解される。

前述では言及したように、台湾法・日本法と同様に、大陸法において裁判所によって違約金の減額だけを認める立法例が一般的である。それに対して、比較法には、中国法は、法院によって違約金の増額も認められるというめずらしい立法例を採用し、異なる論理を組み立てている。この点は、中国法の独特な本質を示すところであると解される。

② 趣旨、学説と裁判実務

中国法において違約金増減の趣旨と裁判実務に照らしてみても、その独特な本質を見て取れる。具体的に、次の２点がまとめられる。

第１に、前述で言及したように、中国法における違約金増減の趣旨は、当事者間の給付の均衡という抽象化理念と等価原則という核心的な価値を志向するものである。換言すれば、中国法の趣旨は、台湾法・日本法と異なり、意思決定の過程においてその意思表示の真実性、当事者の交渉力の格差、詐欺、強迫などの意思表示の瑕疵の有無という当事者の意思に無関心で、あくまでもその給付の均衡が図られたかどうかという結果を重視するものであるという特質が浮き彫りになると看取できる。

第２に、法規定、通説は、違約金増額の場合には、法院が違約金と実損害の均衡が図られたかどうかという実損害差額主義に基づくべきであるとしている。違約金減額の場合には、裁判所が違約金と実損害の均衡が図られたかどうかという実損害差額主義を基礎的要件とすべきであるとしている。それに対して、法院が契約締結時に当事者が自由意思によるか否か、詐欺、強迫などの意思決定における瑕疵があるか否かを判断の要件とすべきとする学説もあるが、少数説にとどまっている。この意味において、法規定、学説の通説に照らしてみても、中国法において意思自治の理念がほとんど重んじられておらず、給付の均衡という結果だけが念頭に置かれているという特徴を有すると看取できる。

第３に、裁判実務についての検証に照らせば、さらに、中国法の独特な本質を裏付けられることができる。

本稿は、第２章では、違約金増減の運用実態を、数量分析を中心にして検証を行った。この検証の結果として、法院が違約金の増額の可否を判断する場合に、85％（増額肯定例、否定例あわせて46件のうち39件）の裁判例は実損害差額主義に基づくものである。すなわち、85％の裁判例において、法院が違約金を増額するか否かを判断する場合に、単に債権者の損失があるか否か、いくらあるのかを認定し、それを違約金の額と比較してより低額であるか否かを理由に違約金の増額の可否を判断している。換言すれば、法院の判断の実質はもっぱら違約金と実損害の均衡が図られているかどうかという結果を根拠に、違約金の増額が認められるかどうかという傾向が示されている。それと比べると、15％（増額肯定例、否定例あわせて46件のうち７件）の裁判例は、法院が契約締結時、違約金の約定において真の意思自治が達成されるか否かも考量したものである。これらの裁判例が実損害差額主義の立場と離れて、少数説で主張しように、当事者の意思自治を尊重する旨を貫いた裁判例であるが、全体的な裁判例の数から見ると、ごく例外の裁判例であるとしか評価できない。

他方、法院が違約金の減額の可否を判断する場合には、92％（減額肯定例、否定例あわせて149件のうち137件）の裁判例は実損害差額主義に基づくものである。すなわち、92％の裁判例において、法院が違約金を減額するか否かを判断する場合に、単に債権者の損失があるか否か、いくらあるのかを認定し、それを違約金の額と比較してより著しく高額であるか否かを理由に違約金の減額の可否を判断しているものである。換言すれば、法院が違約金の減額の可否を判断する実質ももっぱら違約金と実損害の均衡が図られているかどうかという結果を根拠に、違約金の減額が認められるかどうかという傾向が示されている。それと比べると、残る８％（減額肯定例、否定例あわせて149件のうち12件）の裁判例は、法院が実損害差額主義を根拠としたのみならず、法規定が規定している付加的な要件としての当事者の故意・過失の度合いをも根拠としたものである。とはいえ、当事者の故意・過失の度合いという事由が違約金約定後、契約履行中における当事者の帰責性（非難可能性）を根拠とするものであり、違約金約定時に当事者の意思を重視する意味を持たない。換言すれば、この149件の裁判例のうち、違約金約定時の事情、すなわ

ち当事者の意思表示についての瑕疵の有無、当事者の交渉力の格差の有無に注目した裁判例が一例ですらなかったという傾向が示されている。

以上の裁判実務についての検証の結果に照らすと、裁判実務においても、法院が基本的に違約金と実損害の均衡が図られたかどうかという実損害差額主義を徹底していることが明らかにされた。すなわち、中国法において法院が違約金の増減の可否を判断する場合に、法院が基本的に当事者間の給付の結果の均衡が図られているかどうかということに注目を与えるため、違約金の約定による当事者の意思を尊重する価値観がほとんど享有されていないと解される。

以上のまとめに照らせば、中国法において法院による違約金への介入の論理の実質に照らすと、中国法は、台湾法･日本法が依拠する類型１、２の論理とまったく異なる論理に依拠していると看取できる。すなわち、中国法において法院による介入の実質が取引の結果の等価性ないし給付の均衡性が図られたかどうかという実質的正義、分配的正義の原理（類型３）に立つものであると解される。換言すれば、このような介入の論理の実質に照らすと、中国法は、意思自治の理念と対立的関係に立つものであるため、意思自治の理念との緊張関係が生じる。この意味において、中国法において意思自治の理念があまり配慮されていないという本質を析出することができると解される。

（３）結論

以上の検討に照らせば、本稿は、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、その介入の実質を、次のような対抗軸で整理することができる。すなわち、「日、台、中国法の少数説」は、類型１と類型２の論理に立つものであるの対して、「中国法の法規定、通説、裁判実務」は、類型３の論理に立つものであると看取できる。換言すれば、台湾法・日本法と比較することで、次の結論をまとめることができる。

台湾法・日本法については、規定の仕方に照らせば、意思自治の理念を尊重する特質を有する。法院・裁判所がによる介入の論理に照らしてみても、その介入の論理が、当事者が自発的な交換が行われたかどうか、当事者が自律的な自己決定ができたかどうかという手続的正義の原理に基づくものであるため、意思自治の理念と親和的、補完的関係に位置づ

けられている。それによって台湾法・日本法は、意思自治の理念を尊重する本質を析出することができると解される。この意味では、台湾法・日本法は、意思自治尊重主義の社会哲学に据えると評価することができる。

他方、台湾法・日本法と比較すると、中国法については、規定の仕方に照らせば、意思自治の理念が破綻しているという特質を有する。法院による介入の論理に照らしてみても、その介入の論理が、取引の結果の等価性ないし給付の均衡性が図られたかどうかという実質的正義、分配的正義の原理に基づくものであるため、意思自治の理念と対立的関係に位置づけられている。それによって中国法においてもっぱら給付の均衡という結果が重んじられており、意思自治の理念があまり配慮されていないという本質を析出することができると解される。この意味では、中国法は、個人の自律を犠牲にする共同平等主義の社会哲学に据えると評価することができる。

2　違約金増減を支える要因

前述の検討に照らせば、日本法・台湾法と比較すると、中国法はまったく異なる社会哲学に立っていることが明らかにされた。なぜそのような対立構図うが生じるのか。換言すれば、なぜ中国法は、意思自治尊重主義を捨てて、共同平等主義を目指しているのか。その要因は次のようなものがあると考えられる。

（1）個人の自由を尊重する文化の欠如

韓偉氏は、中国の伝統社会の文化の特徴を、以下のように述べている。

「中国の伝統社会において、公法、私法という理論を線引きする歴史がないし、私法自治を生み、発展する社会経済の基礎と人文環境が整えられていない。特に個人の自由の文化が認められていない」[129]、とされる。

韓氏は、中国の伝統社会が個人自由を尊重する文化を欠如していると評価しているが、その内容がまさに現代の中国契約法の特徴に合致する

[129] 韓偉『私法自治研究――基於社会変遷的視角』（山東人民出版社・2012年）173頁。

ものであると思われる。換言すれば、個人の自律を犠牲にする共同平等主義を目指す中国契約法は、中国の伝統社会の文化の延長線上を歩み続けていると見て取れるであろう。したがって、現代の中国社会においても、このような個人自由を尊重しない伝統の文化が影響し続けているため、意思自治尊重の理念を築く基盤としては依然として不十分であると解される。

（２）倫理正義を重視する契約観

劉雲生氏は、中国の古代契約の思想を、以下のように述べている。

「中国の契約法の発展の歴史を見ると、つねに働いている思想は、国家の公権力による私人間の契約への厚い関心というものである。契約に関する立法の依拠や司法の準則は、法院が法律に基づいて判決を下すというよりも、むしろ道徳的な義務としての『誠実信用』に基づいて契約の当事者が誠意をもって契約を履行するよう要請させるものである。ならならば、契約に関する立法は、私人間の取引において関連する商業の道徳や商慣習を追認するものであり、学者達が抽象化した社会義務と道徳義務を含む倫理的正義という学説でもある」[130]、とされる。

劉氏は、中国の古代契約の思想が、国家の公権力による私人間の契約への世話と、社会義務と道徳義務を含める倫理的正義という２つの特徴があると評価している。この点について、現代の中国法において違約金が定められている私人間の契約に対し、法院が大いに関心を払い、積極的に介入していることはまさにその古代契約の思想を引き継ぐ象徴であるであろう。また、法院による介入の力点が、当事者の意思を問題とせず、もっぱらその給付の結果の均衡性が図られたかどうかという実質的正義に重点を置くものであるため、その論理が当事者のどちらにも給付の均衡を超える利益を得させないという道徳的契約観に合致しているものであると解される。換言すれば、現代の中国契約法が目指している共同平等主義は、倫理正義を重視している中国古代の契約観の一環として捉えることができると考えられる。

---

[130] 劉雲生『中国古代契約思想史』（法律出版社・2012年）203頁。

（3）父母官型の法院の権能

滋賀教授は、清代中国の法と裁判に関する研究に基づいて、中国の伝統な裁判観を、以下のように語っている。

「それは親が子の非行を叱り兄弟喧嘩を仲なおりさせるという家庭の営みのうちに求められるであろう。為政者を父母、人民を赤子になぞらえることは古くからの中国の伝統であった。知州知県は事実また『父母官』『親民官』と呼ばれたのである。それは一地方の秩序と福祉の総世話人たることを意味する。知州知県の荷う司法業務とはさような世話の一部面として人民に対して施されるものであった。これを父母官型訴訟と名づけてみたい」[131]、とされる。

滋賀教授は、中国清代の裁判観を、父母官型訴訟と名づけ、為政者が私人間の紛争に対し、世話人として積極的に立ち入っているという特徴を捉えている。これを踏まえて、現代の中国法において法院が、違約金の増減を行っている場合に、当事者の意思を尊重せず、単に給付の均衡を図るために、わざわざ当事者の実損害を基に違約金を再確定するという厄介な作業に取り組み、当事者が予定していないことまで立ち入って世話を焼いた傾向はよく見られている。それゆえに、父母官型訴訟の風景は、まさに現代の中国社会においても映されていると見て取れるであろう。裏を返せば、このような父母官型を中心とする裁判観が影響し続けていることこそ、現代の中国契約法において法院は私人が自律に形成する契約の関係を手放せず、積極的に私人間の利害の関係を再調整する世話人としての役割を果たしていると考えられる。

（4）庶民の納得しうる情理観

劉雲生氏は、中国の古代契約観を、以下のように評価している。

「契約は、人間の『悪』を抑制することを出発点とし、共同の私的利益の衡平を満たすために形成されている互恵的関係を指すものである。それゆえに、契約は、一方に多すぎる利益を持たせず、もう一方に多すぎ

[131] 滋賀秀三「中国法文化の考察――訴訟のあり方を通じて」法哲学年報1986年40頁、52頁。

る損失を受けさせないという意味を有するものである」[132]、とされる。

他方、松田教授は、清代中国の裁判を考察し、中国の契約観の特徴を、以下のように述べている。

「『情理』自体は概念化された言葉ではないが、『情理』と聞けば、中国人であれば誰も納得しうる衡平感覚が呼び起こされたというものである」[133]、とされる。

以上の二人の学者が、それぞれ古代と近代の中国人の契約観を指摘しているが、両者をつなげてみると、伝統の中国人の契約観の特質を析出することができると考えられる。すなわち、伝統の中国人の契約観は、両当事者をお互いに衡平の利害の関係に置かなければならないという思想が強いものである。このような衡平の契約観こそ、庶民が納得しうる情理に適合していると解される。そのゆえに、現代の中国法において法院が違約金の増減を行っている場合に、契約の給付の均衡という結果を重視するのは、まさに両当事者に衡平の利害の関係を回復するためであろう。換言すれば、現代の中国社会においても、中国人が情理にかなう判決を求め続けていることは変わりなく、財の分配について均衡が取れている判決こそ、庶民間の紛争を終息し、彼らに納得させることができると考えられる。

以上は、現代の中国契約法が共同平等主義を目指している要因について、個人自由を尊重する文化の欠如、倫理正義を重視する契約観、父母官型の法院の権能、庶民の納得しうる情理観という四つの内容から分析することを試みた。換言すれば、この四つの要因がいずれも、前近代の中国契約法の特質を浮き彫りにするものであるため、現代の中国契約法が伝統中国の契約観の延長線上に位置づけられているものであることは、明らかにされた。鈴木教授は、現代中国相続法について、伝統法を基礎とする特質があると評価している[134]。このような特質が、まさに現

---

[132] 劉・前掲注（130）６頁。

[133] 松田恵美子「伝統中国法と社会への一試論」名城法学47号（1997年）137頁。

[134] 鈴木賢『現代中国相続法の原理―伝統の克服と継承―』（成文堂・1992年）287頁以下参照。

代の中国契約法にも通底する志向がある。また、現代中国法において、伝統法のような契約自由と個人の自治を制限する家父長の理念が復帰しているという特徴があるとも評価されている[135]。これらの指摘を踏まえると、現代の中国契約法が、依然として帝制時代にある共同体の社会が享有する共同平等主義の社会哲学を目指し続けており、社会を個人の自律を基礎にする意思自治尊重主義といった近現代の契約価値観が中国社会において非常に弱いものであると解される。この意味では、現代の中国の契約法は、伝統中国の契約観から引き継がれるものであり、伝統と抵触なく結合している特質があると看取できる。そうであるならば、次のような疑問が当然浮かんでくる。なぜ、現在、西洋法を継受しつつある中国法において契約法の社会哲学を変える変動は起きていないのか、今後も、このような伝統中国の契約観は存続し続けていくのか。これらは中国社会の政治、文化、経済と関わる複綜のテーマであるため、本稿では直接に扱うことができなかった。この検討は今後の課題としたい。

資料　関連条文

※（　）は項数、〇は号数を表す。

一　法律

1　民法通則

85条

契約は、当事者間における民事関係の設定、変更又は終了に係わる合意である。法により成立した契約は、法律による保護を受ける。

2　契約法

5条

当事者は、公平の原則にしたがって、各方の権利や義務を確定しなければならない。

[135] 孫笑侠・郭春鎮「法律父愛主義在中国的適用」中国社会科学2006年1期52頁以下参照。

８条

（１）法によって成立した契約は、当事者に対して法的拘束力を有するものとする。当事者は、約定にしたがい、自らの義務を履行すべきであり、無断で契約を変更したり、解除してはならない。

（２）法によって成立した契約は､法律によって保護されるものとする。

60条

（１）当事者は約定にしたがい、自らの義務を全面的に履行しなければならない。

（２）当事者は、誠実信用の原則にしたがい、契約の性質、目的や取引の習慣によって、通知、協力、秘密保持等の義務を履行しなければならない。

79条

債権者は、契約の権利の全部または一部を第三者に譲渡することができる。但し､下記の事由の何れかに該当するときにはこの限りではない。

①　契約の性質により譲渡することができないとき。

②　当事者の約定により譲渡することができないとき。

③　法律の規定により譲渡を禁止しているとき。

80条

（１）債権者が権利を譲渡するときは、債務者に通知しなければならない。通知していない当該譲渡は債務者に対する効力を有しない。債権者は権利譲渡の通知を取り消してはならない。

（２）但し、譲受人の同意を得たときはこの限りではない。

93条

（１）当事者は、合意により契約を解除することができる。

（２）当事者は一方が契約を解除する条件を約定することができる。契約解除の条件が成就したときに、解除権を有する者は契約を解除することができる。

94条

以下に挙げる事由の何れかが発生したときは、当事者は契約を解除することができる。

①　不可抗力により契約の目的を達成できなくなったとき。

②　履行の期限が満了する前に、当事者の一方が主な債務を履行しない旨を明確に、または自己の行為によって表示したとき。

③　当事者の一方が主な債務の履行を遅滞し、催促を受けた後にも合理的な期間内に履行しないとき。

④　当事者の一方が債務の履行を遅滞し、またはその他の違約行為により契約の目的が達成できなくなったとき。

⑤　法律で規定するその他の事由があるとき。

96条

（1）当事者の一方が本法律93条2項、94条の規定に基づいて、契約の解除を主張する場合は、相手方に通知しなければならない。契約は通知が相手方に到達した時点で解除される。相手方は異議があるときには、契約解除の効力の確認を人民法院または仲裁機構に請求することができる。

（2）法律および行政法規により契約の解除に許可、登録などの手続を行わなければならないと規定されているときは、その規定に従う。

98条

契約の権利義務の終了は、契約の中で定められている決済と清算に関する条項の効力に影響しない。

106条

債権と債務が同一人に帰したときは、契約の権利義務は終了する。但し、第三者の利益に関わるときはこの限りではない。

107条

当事者の一方が契約義務を履行せず、または約定通りに履行していないときは、履行の継続、救済措置の採用、または損害の賠償等の違約責

任を負わなければならない。

113条

（１）当事者一方が契約義務を履行せず、または約定通りに履行しなかったことで、相手方に損失をもたらしたときは、損失の賠償額は違約によりもたらされた損失に相当しなければならず、契約履行によって得ることのできる利益を含むことができるが、契約に違反した一方が契約締結時に予見し、または予見し得た契約違反による損失を超えてはならない。

（２）経営者が消費者に提供した商品またはサービスに詐欺行為があったとき、「中華人民共和国消費者権益保護法」の規定に従い損害賠償責任を負わなければならない。

114条

（１）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）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、人民法院又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）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、違約方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。

116条

当事者が違約金と手付金の両方を定めているときは、一方が違約したときに相手方は違約金条項と手付金条項を選択して適用することができる。

175条

当事者が物々交換、目的物の所有権の移転について約定する場合、売

買契約の関連規定を参照するものとする。

311条
　運送人は、運送の過程における貨物の毀損、滅失に対し、損害賠償の責任を負うものとする。但し、貨物自身の自然の性質や合理的消耗によるものであり、あるいは託送人、受取人の過失によるものであることを運送人が証明する場合は、損害賠償の責任を負わないものとする。

420条
（1）取引代行人が約定によって委任物を購入する場合、委任者は適時にそれを受領しなければならない。取引代行人が催告しても委任者が正当な理由なしに受領を拒否する場合、取引代行人は本法律101条の規定に基づいて委任物を引き取り保存することができる。
（2）委任物が売却不能となったり、または委任者が売却を撤回した場合、取引代行人の催告にもかかわらず委任者がそれを受領しないときまたは当該物を処分しないとき、取引代行人は本法律101条の規定に基づいて委任物を引き取り保存することができる。

426条
（1）仲介人の助力により契約が成立した場合、委任者は約定に基づいて報酬を支払うべきである。仲介人の報酬に対する約定がなかったり、または約定が不明確である場合、なお本法律61条の規定に基づいても不明確な場合は、仲介人の労働に応じて合理的に確定すべきである。仲介人が助力して契約締結における媒介サービスを提供したため契約が成立された場合、当該契約の当事者は均等に仲介人に支払う報酬を負担するものとする。
（2）仲介人の助力により契約が成立された場合の仲介活動の費用は、仲介人が普段すべきである。

3　民事訴訟法（1991年、旧法）
13条
　当事者は、法律に定める範囲内において、自己の民事上の権利及び訴

訟上の権利を処分する権利を有する。

64条
（１）当事者は、自己が提出した主張に対して、証拠を提供する責任を負う。
（２）当事者及びその訴訟代理人が客観的事由により自ら収集することができない証拠又は人民法院が事件の審理に必要であると認める証拠については、人民法院は、調査し、収集しなければならない。
（３）人民法院は、法定手続きに従って、全面的かつ客観的に証拠を審査し、事実と照らし合わなければならない。

128条
人民法院は、法廷弁論が終結した場合には、法により判決を下さなければならない。判決前に調停することができる場合には、なお調停を行うことができる。調停が成立しない場合には、速やかに判決を下さなければならない。

二　司法解釈
１　最高人民法院「分譲住宅売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」
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。

17条
分譲住宅売買契約において当事者は、違約金の額または損失賠償額の計算方法を約定していない場合には、違約金の額または損失賠償額は次のような基準に基づいて確定されることができる。

当事者が代金の支払いに遅滞する場合、法院は、未払い不動産の代金の総額を基数とし、中国人民銀行が規定している金融機構による遅滞貸付利率に基づいて違約金または損失賠償額を計算する。

当事者が不動産の引渡しに遅滞する場合、法院は、不動産の引渡しの遅滞期間において関係する主管の機関が公布している、または資格がある不動産の評価機構が評定している、同地域・同種類の不動産の賃貸料基準に基づいて違約金または損失賠償額を確定する。

２　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）

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。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「中国法における裁判所による違約金増減の運用と理念―日本の債権法改正に寄せて―」（2016年９月26日授与）を加除・修正したものである。

論　　説

犯罪論における同時存在原則について（4）

瀬　川　行　太

目　　次

序章
　1　責任能力・故意と同時存在原則
　2　犯罪構成要素と同時存在原則
　3　本稿の視点

第一章　ドイツにおける同時存在原則
　第一節　問題の所在
　第二節　学説
　　1　同時性原理・連関性原理から説明する見解
　　2　形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解
　　3　検討
　第三節　非同時的事例の分類
　　1　前・答責性グループ
　　2　補足的グループ
　　3　内在的グループ
　　4　検討
　第四節　小括　　（以上、67巻３号）

第二章　故意犯と原因において自由な行為
　第一節　問題の所在
　第二節　原因において自由な行為
　　1　判例
　　①我が国の判例

②ドイツの判例
２　学説
①例外モデル
②構成要件モデル
３　私見
４　私見と判例の関係
第三節　実行行為途中からの責任能力の低下
１　問題の所在
２　判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
３　検討
４　私見
第四節　小括　（以上、67巻４号）

第三章　過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性
第一節　問題の所在
第二節　原因において自由な行為
１　判例
①我が国の判例
②ドイツの判例
２　学説
①原因において自由な行為は不要であるとする見解
②原因において自由な行為は必要であり、構成要件モデルの立場に立脚する見解
③原因において自由な行為は必要であり、例外モデルの立場に立脚する見解
３　検討・私見
第三節　違法性の意識の可能性
１　問題の所在
２　判例
３　学説
①間接的行為責任論を主張する見解
②故意責任を二種類に分ける見解
４　検討
第四節　小括　（以上、68巻２号）

第四章　自招防衛・自招危難
　第一節　問題の所在
　第二節　自招防衛・自招危難
　　1　学説
　　①例外モデルに基づく統一的解決を主張する見解
　　②構成要件モデルに基づく統一的解決を主張する見解
　　③事前責任論に基づく統一的解決を主張する見解
　　2　検討
　　3　私見
　第三節　小括　　（以上、本号）
第五章　遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生
終章

第四章　自招防衛・自招危難

第一節　問題の所在

行為者は正当防衛行為又は緊急避難行為を行ったが、行為者自らが正当防衛状況又は緊急避難状況を自招したという事情が存在する、「自招防衛」・「自招危難」をどのように解決するかについては、これまで多くの議論がなされてきた。他方で、実行行為である防衛行為時、避難行為時に着目すれば、行為者の自招行為を考慮することができないため、実行行為時に犯罪を構成するメルクマールが同時存在していないことになり、自招防衛・自招危難においても同時存在原則が問題になるように思われる。しかし、自招侵害・自招危難における同時存在原則との関係については、これまであまり意識されてこなかったのではないだろうか。

例えば、判例においては、自招行為と同時存在原則との関係については何も言及されていない。自招防衛に関する最近の判例である最決平成20・５・20刑集62巻６号1786頁では、「被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超え

るものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」と述べられているだけである。また、自招危難に関する判例である大判大正13・12・12刑集３巻867頁においても、「刑法第37條ニ於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行爲ヲ規定シタルハ公平正義ノ觀念ニ立脚シ他人ノ正當ナル利益ヲ侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスルニ在レハ同條ハ其ノ危難ハ行爲者カ其ノ有責行爲二因リ自ラ招キタルモノニシテ社會ノ通念ニ照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行爲ヲ是認スル能ハサル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解ス」と述べられているだけである。両判例共に、被告人の自招行為を考慮していることは判決文からも明らかであるが、なぜ自招行為を考慮することが許されるのかについては不明なままといえよう。

他方で、自招防衛・自招危難でも同時存在原則が問題になることを指摘し、同時存在原則が問題になる他の非同時的事例との関係で同様の統一的解釈を採用すべきことを主張する見解が僅かではあるが散見される。そこで、本章では、このような見解を考察した上で、同時存在原則の観点から自招防衛・自招危難を検討することとしたい[1]。

第二節　自招防衛・自招危難

１　学説

①例外モデルに基づく統一的解決を主張する見解[2]

（ｉ）自招防衛の場合

この見解の主張者であるルシュカは、以下の例を挙げて、自招侵害を考える。

---

[1] それゆえに、本稿では、自招防衛・自招危難に関する日独のあらゆる学説を参照するのではなく、同時存在原則の観点から検討している見解を参照する。

[2] Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1983, S.371f.

設例：長い口論の間、A はＢに対し何度も「お前はびびって、俺にかかってこれないだろう！」と言った。憤慨したＢは、A に飛び掛かった。A は、Ｂの攻撃に対する退避可能性も存在したにも関わらず、Ｂに対して殴打を加えた。なお、A がＢに対して加えた殴打は、A が当該防衛状況下で取り得た手段の中で、必要最小限度のものであったとする。

ルシュカは、「Ｂが A を不法に攻撃したことは明白であること」、「A のＢに対する挑発的発言が、Ｂが A に飛び掛かることを正当化するわけではないこと」から、刑法32条[3]（正当防衛）の客観的前提条件は満たされていることを確認する。

その上で、ルシュカは、刑法32条の規定の例外が認められるかどうかを検討する。判例・学説は、刑法32条による行為の正当化を排斥する傾向にあるが、そもそもなぜ刑法32条の規定の例外が認められるべきなのかという問題を、軽視してはならないとする[4]。

そして、刑法32条の例外が認められるのか否かという問題は、以下の指針に基づいて解決されるべきであるとルシュカは主張する。つまり、作為による行為事象と不作為による行為事象の帰属と、不法な行為を有責に帰属することの、２つの帰属の段階が区別されるように、すなわち事実認定レベルでの帰属〔A が作為もしくは不作為により、Ｂを殺害したということ〕と、刑法的評価レベルでの帰属〔最終的に A に当該行為が帰属されるのかということ〕が区別されるように、行為の不法性判断の基礎にある法規体系においても、「第一次言語規範レベル」と「第二次（メタ）言語規範レベル」という、２つのレベルが区別されなければならないとする。２つの規範のレベルを区別することは、義務の衝突のケー

[3] ドイツ刑法第32条（正当防衛）１項　正当防衛によって必要な行為をした者は、違法に行為したものではない。

ドイツ刑法第32条２項　正当防衛は、現在の違法な攻撃から自ら又は他者を回避させるために必要な防衛である。

[4] ルシュカは、「ある行為の不法性判断に用いられる、刑法的に重要な法体系に手をつけることは、刑法理論の課題としてこれまでほとんどなされてこなかったのであり、それゆえに解決もされてこなかった」ことを指摘する。Hruschka,a.a.O. (Fn2), S.373f.

スで明確になることをルシュカは以下のように指摘する[5]。

「仮にＡが、刑法323条ｃ[6]（不救助）に従って、溺死しているＸとＹを同時に救うことを義務づけられている場合には、Ａは諸般の状況に従ってＸかＹのどちらかしか救うことができないのである。というのも、周知のように現行法によれば、ＡはＸとＹのどちらか一方を救うことを義務づけられているのであり、どちらを救うのかはＡに委ねられている。このようなケースでは、第一次言語規範レベルと第二次（メタ）言語規範レベルの両方が、行為者に対して向けられている。 第一次言語規範は、行為者に、あなたはＸもＹを救うべきだということを要求する規範である。つまり、第一次言語規範は、義務の衝突のケースにおいて、相互に衝突する規範なのである。それに対して、第二次（メタ）言語の性質は、このケースで有効な衝突規範なのである。すなわち、メタ言語規範は、相互に衝突する要請義務のどちらかを履行しなければならないが、どちらの要請義務を履行するかは、行為者に委ねる規範なのである。それゆえに、このケースでは、第二次（メタ）言語規範の性質は特に明白である。なぜならば、衝突規範は、相互に衝突する規範の関係についての規範であり、それゆえに、相互に衝突する規範とは論理的に異なった規範のレベルに属するのである。一般的記号論において、対象言語とメタ言語の区別が、とうの昔からなされているのであり、つまり、一定の対象について述べられる言語（例えば、「そこにはテーブルがある」）と、対象言語それ自体について述べられる言語（例えば、「テーブルという言葉は、５文字から成り立っている」）は、はるか昔から区別されている。ここでは、明らかに論理的区別が要請されているのであり、２つの例がドイツ語で話されているということに何の疑いもないのである。対象言語とメタ言語の記号論的区別は、我々がどの日常言語を

---

[5] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.372f.

[6] ドイツ刑法323条ｃ（不救助） 事故又は公共の危険又は緊急の際に、救助が必要であって、当該状況に従えば、行為者に救助を要求することができ、特に著しい自己に対する危険も他者に対する重要な義務に違反することもなく、救助が可能であったにも関わらず、救助をしなかった者は、１年以下の自由刑又は罰金に処する。

その都度用いるのかという問題とは何ら関係がない。第一次言語規範とメタ言語規範の区別は、対象言語とメタ言語の区別に相応し、どの法秩序が基礎にあるのかということに完全に依存しないのである。」

これらを踏まえた上で、ルシュカは、正当防衛についての規定も、あらゆる事例に対して第一次言語的性質を有する規範とは異なり、すなわち犯罪構成要件の基礎にある命令規範と禁止規範とは異なり、第二次（メタ）言語レベルとして資格を付与される規範レベルの１つに属すると考える。これは、「我々は、第一次レベルの規範の遵守義務を相互に負っているが、他者が我々に違法に攻撃してくる場合には、この義務は消失するか、あるいは少なくとも制限されるのである。なぜならば、それは、他人が第一次レベルの規定をもはや遵守していないということを意味するからである」ということにより、根拠づけられるとルシュカは主張する。そしてこのことが正しいのであれば、正当防衛についての規定は、第一次レベルの規範の遵守・非遵守について言及しており、それゆえに、第一次言語レベルに属することができないのであり、第二次（メタ）言語レベルに属するのである[7]。

刑法32条（正当防衛）の規定が第二次（メタ）言語レベルに属するので

---

[7] ルシュカは、「被害者の同意」も第二次（メタ）言語レベルに属する理由を、以下のように説明する。

「被害者の同意は、『我々は、第一次レベルの規範遵守義務を相互に有しているが、ある者ＡがＡ自身の領域への介入を許す場合には、この義務は放棄又は制限される』ことによって根拠づけられる。それゆえに、被害者の同意は、第一次言語レベルの規範に属するのではなく、第二次（メタ）言語レベルの規範に属することになる。」

その上で、ルシュカは、脅迫により強制された同意」のケースや、同意の対象についての欺罔によって得られた同意のケースに関しては、同意は無効であると説明する。また、動機の錯誤により同意したケース、例えば「病院側が献血者に対して100マルク払うと説明したが、実際には30マルクしか支払われなかったケース」については、ルシュカは、自招防衛における正当防衛状況の正当化の問題に対応すると指摘する。そして、自招防衛における正当防衛に基づく正当化の根拠が一般的な緊急防御権の規定により相殺されうるように、動機の錯誤による同意のケースは、「推定的同意」によって相殺されうるとルシュカは説明する。Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.380ff.

れば、以下の原理が定式化されるとルシュカは主張する。つまり、第一次言語レベルである、命令規範・禁止規範・決定規範・許可規範においては、命令規範と禁止規範の適用領域に属し、決定規範や許可規範によってこの領域から考慮の外に置かれることはない行為が、客観的に違法であるとする規定の例外を認めることはできない。それに反して、第二次（メタ）言語規範レベルに属する許可規範においては、行為者が正当化状況を自ら帰属可能な形で惹起した場合にのみ、規定の例外を認めることが可能である。それゆえに、刑法32条も例外を認めることが可能である。そして、挑発防衛のケースでは、挑発者の防御権は、緊急防御権へと制限され、退避することが未だ可能な者は、もはや防御権を有さないことをルシュカは主張する。しかしながら、防御行為が既に一般的緊急防御権の意味において必要である場合には、相応する防御権が存在し、挑発者は、法によって、殴られるあるいは殺されるなどの侵害を甘受する必要はないことをルシュカは指摘する[8]。

以上を踏まえると、ルシュカの見解からは、設例の事案は、ＡはＢの攻撃から退避することができたにも関わらず、Ｂに対して殴打を加えている以上、Ａには正当防衛（刑法32条）は成立せず、傷害罪（223条）が成立することになる。

（ⅱ）自招危難の場合

ルシュカは、以下の２つの設例を挙げて、自招危難を考える。

設例Ａ：偶然にも道を歩いていたＸは、他の誰もが子供を救おうとしなかったので、子供を救うために、燃えている家の中へと急いで入った。Ｘは、準備してあった救命布へと子供を投げた。子供はこれにより助かった。しかしながらその間に、Ｘは、自身の生命の重大な危険状況へと陥った。Ｘは、窓から、燃えている家の前に積み上げられている板の上へとジャンプした。Ｘがジャンプした際、Ｘと板との衝突により、板は破壊された。破壊された板の破片によって、板の近くにいたＹは重傷を負い、片目を失った。Ｘは、「自分のジャンプにより、Ｙが重傷害

[8] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.379ff.

を負う可能性がある」ことを予見していた。Yには、Xのジャンプの巻き添えを食わないために身を隠すなどの、退避可能性は存在しなかった[9]。

設例B：ある田舎では、医師らの申し合わせに基づいて、わずかな何人かの開業医の一人がその都度、交互に夜の救急業務を引き受けて遂行していた。医師Dは1週間の間、救急業務に備えて待機していた。とある日の夜に、Dは交通事故発生の電話を受けた。事故の被害者は今にも出血死する可能性があり、即座の医師の手当てが必要であった。Dは、赤ワインを飲んでいたため、アルコール摂取を理由として、完全に酩酊していたわけではないが、安全に自動車を運転できる状態では決してなかった（刑法316条[10]の意味での運転無能力）にも関わらず、Dは自分の車で4キロ離れた事故現場まで運転した。Dは、飲酒した赤ワインのために、自分が運転無能力であることを認識していた。人里離れた幹線道路での走行の際には、誰も危殆化されることはなかった。Dは、事故の被害者を救うために、医学的に必要な治療を行い、その結果、被害者は助かったのである。被害者の生命は、仮に30キロ離れた郡庁所在都市にある病院に電話したとしても、助からなかった。Dは、自分の代わりに救援に駆けつける同僚の医師に電話してみたり、タクシーを拾おうとしたり、運転してくれる人を探そうとしたが、どれもうまくいかなかった。Dが赤ワインを飲んだ時に、Dは、自分が、運転無能力状態で、強要に迫られて自分の車を運転する可能性があるということを認識していた。また、当直医が車で夜の走行を強いられるということは過去に何度も起

[9] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.285f.

[10] ドイツ刑法第316条（交通における酩酊）1項　アルコール飲料又はその他の酩酊剤の摂取の結果のために、乗り物を安全に運転できる状態でないにも関わらず、交通（第315条から第315条d）において乗り物を運転した者は、行為が第315条a又は第315条cでは処罰の対象となっていないときは、1年以下の自由刑又は罰金に処する。

ドイツ刑法第316条2項　過失により行為を遂行した者も、第1項により処罰される。

こっていた[11]。

設例Ａでは、Ｘの生命という保護された利益が、Ｙの身体の完全性という侵害された利益を著しく優越しないため、刑法34条[12]（正当化緊急非難）は問題にならず、刑法35条[13]（免責的緊急避難）が問題になることを指摘する。そして、Ｘは緊急避難状況にあったことを認識し、危難を避けるために行為したのだから、刑法35条の前提条件は満たされている。但し、Ｘは自ら燃えている家の中へと入って行ったことから、Ｘが緊急避難における危難を惹起した点についても明白であり、それゆえに刑法35条を厳格に適用すれば、免責の排除へと至ることをルシュカは指摘する。しかし、緊急避難の惹起が法的に是認されるべき場合に、刑法35条の「危難の惹起」という文言に従って免責を否定することは、問題であるとルシュカは主張する。それゆえに、ルシュカは、原則と例外を示した上で、設例Ａの解決策を以下のように提示する[14]。

---

[11] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.356f.

[12] ドイツ刑法第34条（正当化緊急避難）生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益に対する、他の方法では回避できない現在の危難の中で、自己または他者から危難を回避するための行為をした者は、反対利益、特に当該法益とそれを脅かす危険の程度を考量した際に、保全利益が侵害利益を著しく超えるときは、違法に行為したものではない。但し、このことは、行為が危難を回避する適切な手段である場合に限り、妥当する。

[13] ドイツ刑法第35条（免責的緊急避難）１項　生命、身体、又は自由に対する、他の方法では回避不可能な現在の危難の中で、自己、親族又は自己と親密な関係にある他の者から危難を回避するために、違法な行為を行った者は、責任なく行為したものである。但し、事情に応じて、特に、行為者が危難を自ら惹起したために、又は行為者が特別な法的関係にあったために、危難を自ら甘受することが行為者に期待できた場合には、この限りではない。但し、特別な法的関係を考慮しても、行為者が危難を甘受すべき必要がない場合には、刑は、第49条１項により減軽することができる。

ドイツ刑法第35条２項　行為者が行為遂行時に、35条１項により自己を免責する事情が存在すると誤信した場合には、行為者が錯誤を回避しえた場合に限り、処罰される。刑は、第49条１項により、減軽される。

[14] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.285f.

１：行為者が緊急避難の危難に対して責任がある場合には、刑法35条１項２文に従って、緊急避難行為者の免責は否定されるべきである。
２：緊急避難の危難を惹起した行為者は、「行為者が、危難の惹起を行わないという義務を、危難の惹起により侵害した場合」にのみ、危難に対して責任があるのである。

「責務違反を想定することは、対応する責務の想定を前提としているのであり、責務は定式化されなければならない。すなわち、危険状況へと自ら赴くことは、危険状況の可能性を考慮して、つまり構成要件に該当する違法な緊急避難行為（殺人・傷害・器物損壊など）の可能性を危惧して基本的に禁止されるのである。同様の事は以下の場合にも妥当しなければならない。それは、緊急避難行為者が、危難の発生を防止することを怠った場合や、緊急避難行為の必要性が生じる前に、発生した危険を防止することを怠った場合や、第三者による、発生した危険の早期の防止を妨害する場合である。ここでも、同様の熟慮並びに責務が想定されなければならない。この種類の責務は二次的な禁止・命令であり、二次的禁止・命令は、一次的禁止と命令との関連で存在している。つまり、二次的な命令・禁止は、一次的命令・禁止と総合的に結びついていて、その都度問題になる保護法益の包括的保護をすることが、本来の禁止と命令の目的なのである。二次的責務の侵害は、それ自体としてはいかなる法義務も侵害するものではなく、そのために二次的責務の侵害は可罰的なものではない。免責的緊急避難のケースでは、二次的責務違反は、むしろ、行為者が緊急避難状況を引き合いに出せないのではなくて、緊急避難行為を理由として処罰されうるということに至るのである。二次的な、責務として把握されるべき禁止（今回は、緊急避難行為の危険を伴う、緊急避難状況に自ら赴くことの禁止）は、いかなる例外も被ることはできない。但し、この論理は、Ｘが、危難を惹起することで、法義務を満たすべきだった場合には、妥当しない。なぜならば、刑法323条ｃ（不救助）に従えば、関与していない者には、他人の子供を救うために自分の命をかけることは、法的に義務付けられていないからである。Ｘが、法秩序がＸに要求する以上のことをした場合、つまり、Ｘが責務以上のことを果たした場合には、むしろ例外が考えられるべきである。このことに関する決定は、今まで議論されておらず、今日では法的評価

に関しても全く検討されていない問題である。議論のこれまでの状況では、私の私的な価値判断は、たとえXが緊急避難の危険を自ら引き受けた場合であっても、Xは、危難の惹起を理由として処罰されることはできないのであるという結論に至るのである。この前提条件の下では、刑法35条１項２号は介入しない。それゆえに、Xは免責されるべきである。」

他方で、設例Bでは、ルシュカは刑法34条（正当化緊急避難）が問題になることを指摘する。

つまり、Dは、「運転無能力であったにも関わらず自分の車を運転していること」、Dは、「自分が酩酊しているために、運転無能力状態であることを認識していたこと」から、刑法316条（酩酊運転罪）の客観的構成要件・主観的構成要件は共に満たされているが、刑法34条による緊急避難が成立するのかどうかが問題になるとする[15]。

そして、ルシュカは事故の被害者の生命に対する現在の危難が存在しており、この危難は酩酊運転によってしか防止されえなかったことを指摘する。そして、酩酊運転によって保護された利益は、事故の被害者の生命である。酩酊運転により侵害された利益は、道路交通の安全という公共の利益である。その際に、「保護された利益は、侵害された利益を著しく優越する（酩酊運転により、第三者が具体的に危殆化されたわけではないため）」ということに鑑みると、当該飲酒運転行為は既遂とはみなされないのである。そして、刑法316条の未遂は不可罰であることから、「酩酊運転は、客観的に違法でない」という帰結に至るとルシュカは説明する。

但し、ルシュカは、「Dが赤ワインを飲み、それにより刑法316条の運転無能力を惹起した（その結果、場合によっては酩酊運転を強制されることも知っていた）」という限りにおいては、Dは緊急避難状況に対して責任があることを指摘する。その際に、「Dが、当直医としての自己の義務を侵害した点」については明白であるが、問題は、「このことが酩酊運転の正当化に影響を及ぼすのかどうか」ということである。つまりこの問題は、「刑法34条の客観的前提条件が満たされている場合に、緊急避難行為者は常に免責される」という規定が、例外を被ることが可

[15] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.357f.

能なのか否かという問題に帰着するとルシュカは説明する[16]。

仮に、Dが酩酊運転を行わず、それゆえに事故の被害者は医師の治療の欠如のために死亡した場合には、Dが救護義務（刑法323条cの不救助罪に基づくのか、当直医としての保護義務に基づくのかにせよ）を侵害したのか否かが問題となり、救助義務違反が存在したことは疑いようがないとルシュカは述べる。Dは、刑法323条cの意味でも刑法212条[17]・刑法13条[18]（不作為の故殺罪）の意味でも、救助を遂行し酩酊運転を遂行することが要求されるため、Dが酩酊運転をやめて救助をしなかった場合には、Dは刑法323条cにより違法となり、当直医としての保護義務がある場合には、刑法212条・刑法13条により違法になることに鑑みると、酩酊運転は違法ではないという帰結に至ることをルシュカは指摘する。なぜならば、このように考えないと、「酩酊運転は違法であるが、他方で酩酊運転をしないことも違法である」という帰結になり、法秩序による自己放棄に至ることになる。これは換言すれば、「医師Dの赤ワインの飲酒という義務違反は、（刑法34条による正当化を排除する）責務違反の想定に対する有用な結合点を提供しない」ことを意味することをルシュカは、以下のように根拠づける[19]。

「刑法34条に、刑法35条１項２号に対応する危難惹起条項が存在しないことは、決して偶然ではないのである。なぜならば、刑法34条の法的効果を、緊急避難行為者自身が危難を惹起していないケースに制限することは、刑法34条が刑法体系の中で有する機能と矛盾してしまうからで

---

[16] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.358f.

[17] ドイツ刑法第212条１項（故殺）人を殺害したが、謀殺者ではない者は、故殺者として５年以上の自由刑に処する。

ドイツ刑法第212条２項　特に犯情の重い事案では、無期自由刑を言い渡すものとする。

[18] ドイツ刑法第13条１項（不作為による遂行）刑法典の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、結果が生じないことに対して法的に義務を負い、不作為が作為による構成要件の実現に合致する場合に限り、この法律により処罰される。

ドイツ刑法第13条２項 刑は、第49条１項により減軽することができる。

[19] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.358f.

ある。刑法34条は、危難に陥った行為者に対する特権を規定したわけではない。なぜならば、立法者は危難に陥った行為者に同情したわけではなく、緊急避難行為が許されることの根拠を形成するものは、価値の高い利益が存在する危難だからである。言い換えれば、緊急避難行為の権限付与に対する合理的根拠を提供するものは、功利主義的原理なのである。ここで決定的なのは、誰が利益を有するかを考慮せず、緊急避難状況に陥った者と関与していない者で形成される集合に対して最小のコストでの最大の利益に焦点を合わせる全体考察的観測なのである。」

そして、ルシュカは、緊急避難状況で衝突する利益が同一の主体であるケースは、利益衡量原則は、緊急避難状況がどのような様式で発生したのかという問題と関連しないということを示しており、設例Bでは、結論としては飲酒運転行為の正当化を認めざるをえないと結論づける。確かに、不可罰という結論は法感情に反するかもしれないが、この事例でDを処罰してしまうと、あたかも危殆化構成要件が存在しているという結論になりかねないことから、設例BではDの飲酒運転行為は不可罰にすべきであり、処罰したければ、危殆化構成要件を立法すべきであるとルシュカは主張する[20]。

なお、ルシュカは、同時存在原則が問題にならない事例と、問題になる非同時性事例に対する自身の見解を、以下のようにまとめている[21]。

正常な帰属（ordentliche Zurechnung）の事例	正常な帰属から生じる原則規定（Daraus folgt die Regel）	例外的帰属（außerordentliche Zurechnung）の事例
行為者が、当該事象に対して、当該行為を行う・行わないという選択肢を持っていた場合や、あるいは当該事象を避けることができた場合には、物理的事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に帰属される。	行為者が、当該事象に対して、当該行為を行う・行わないという選択肢を持たない場合や、あるいは当該事象を避けることができない場合には、当該事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に帰属されることはできない。	行為者が、当該事象に対して、当該行為を行う・行わないという選択肢が欠けたことに責任がある場合や、当該事象を避けることができなかったことに責任がある場合には、当該事象は、禁止された行為の遂行として、行為者に例外的に帰属される。

[20] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.363f.

[21] Hruschka, a.a.O. (Fn2), S.313f.

要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性を有していた場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に帰属される。	要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性を有していない場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に帰属されることはできない。	要請される行為を怠った者が、要請される行為の遂行可能性が欠けたことに責任がある場合には、当該不作為は、要請される行為を怠ったものとして、行為者に例外的に帰属される。
行為者が、不法な行為をなす決断が自由になされ、制限を受けていない場合には、当該不法行為あるいは不法な不作為は、行為者に有責に帰属される。	行為者が、緊急避難状態（刑法35条）にある場合や、欠陥状態（刑法20条）にあることを理由に、不法な行為をなす決断が自由になされえない（又は制限される）場合には、当該不法行為あるいは不法な不作為は有責に行為者には帰属されることはできない。	行為者が、緊急避難状態にあることや、欠陥状態にあることに対して責任がある場合には、当該不法行為や不法な不作為は、行為者に例外的に有責に帰属される。

②構成要件モデルに基づく統一的解決を主張する見解[22]

この見解の主張者であるマウラッハは、原因において自由な行為に関する論文の中で、原因において自由な行為（以下、Alic とする）の関連対象は、あらゆる犯罪構成要素にまで及ぶことを以下のように、指摘している。

「行為者によって故意に惹起された正当化事由や責任阻却事由を援用するという名目の下で、侵害行為を遂行するために、行為者による正当防衛や緊急避難の惹起も、それ自体としてははっきりと Alic と呼ぶことはできないが、それでもなお Alic の適用可能な事例であることが示される。我々は、『自己の帰属無能力の惹起は、Alic の独占的な現象形態ではない』ということを認識するのである。むしろ、以下の全てのケースが、Alic の規定に従属しなければならないだろう。それは、構成要件該当結果を惹起させる刑法的意味での終局原因が、何らかの欠陥行為として評価され、そしてその終局原因を独立して考察する場合に、刑法的反応の基盤を与えない（行為が欠ける、又は構成要件該当性・違法性・有責性が欠けるにせよ）ケースである。Alic においては、不法の重点が、

[22] Reinhart Maurach, Fragen der actio libera in causa, JuS.1961, S.373f.

「責任能力・行為能力を有する行為者が、構成要件該当結果の意思を伴って、又は構成要件該当結果を見込むことができる能力を伴って、決定的な身体的行為の欠陥、つまり終局原因の欠陥を惹起し始める時点に移るのである[23]」

マウラッハは、Alic の考え方が、自招防衛・自招危難にも適用できることを主張する。但し、マウラッハは、論文の中で、自招防衛・自招危難をどのように解決すべきかについては、直接論じていない。そこで、ここでは、Alic についてのマウラッハの見解を参照することにしたい。Alic に関しては、マウラッハは以下のように述べている[24]。

「責任無能力状態で敵 B を殺すために、A が酩酊し、実際に B を殺害した場合には、意思活動及び行為（故意に担われた客観的構成要件メルクマール）は、終局原因である殺害行為の中に存在する。因果的行為論によれば、このような故意は自然的故意として妥当し、目的的行為論によれば、このような故意は、不法性の意識を含まない故意そのものとして認識されているが、このような相違は法的判断の上では問題ないのである・・行為者は、事象経過を最後まで、知りつつ意識しつつ形成したのである。（旧）刑法51条の状態で持続する故意が行為者に責任を負わせるのではなく、故意的責任の非難は帰属無能力状態の発生前まで遡るということは、故意的殺害行為としての酩酊行為者の行為の性質を何ら変えるものではない。しかしながら、この事例で、実行行為の開始はどこからなされているのであろうか。行為者に故意的責任を負わせるという Alic の任務を正当に評価するために、目的に関連づけられた帰属無能力の惹起が、構成要件の中に取り入れられなければならない。すなわち、帰属無能力の惹起は、単なる予備行為ではなく、（旧）刑法43条の意味における実行の着手（Beginn der Ausführung）なのである。帰属

[23] マウラッハは、「行為者が、不法性の意識の欠如を惹起する場合」にも、Alic の理論が適用できることを述べているが、本稿第三章第三節で検討したように、違法性の意識の可能性との関係においては、同時存在原則は問題にならないのであり、Alic を適用する前提が欠けると思われる。Maurach, a.a.O. (Fn22), S.373f.

[24] Maurach, a.a.O. (Fn22), S.377f.

無能力の行為者の行為能力の存続は、独立に価値を認められなければならないという帰結に至る。他方、過失犯の関連では、帰属能力の放棄の様式は、何ら困難を含まない。」

つまり、マウラッハは、Alic においては、構成要件モデルに立脚していることがわかる。帰属無能力を惹起する飲酒行為を実行行為とみることで、同時存在原則は満たされると考えるのである。そして構成要件モデルの理解を、自招防衛・自招危難に適用すれば、マウラッハは自招行為から実行行為が開始されていると考える、いわゆる「原因において違法な行為」の立場に立脚することが推測されるが、マウラッハの自招防衛・自招危難における原因において違法な行為の理論の詳細は不明である。

③事前責任論に基づく統一的解決を主張する見解[25]

この見解は、まず、「実行行為時点で責任を阻却する事情を実行行為以前の先行行為により生じさせた場合、あるいは適切な時期に可能な措置により回避しなかったという場合、責任阻却事由が存在する状態で行われる行為と同様の違法行為が予見可能な段階で事前責任が存在し、先行行為の意思が実行行為時における意思にまで連続し、実行行為時と同一の故意が先行行為時に存在するという実行行為との直接的関連性が認められる限り、事前の責任は実行行為に対する責任非難ということができる」という考え方を示す[26]。なぜこのような考え方が可能なのかという点については、「個別行為責任の要請から、責任非難は個々の行為に向けられるのでなければならないこと、行為と責任の同時存在の原則が導き出される根拠は、責任判断の無制約な時間的遡及、犯罪結果を惹起する行為に対する非難とは無関係な落ち度を理由とする責任の肯定を防止することにあるから、事前責任が刑事責任に影響をおよぼしうることを認めることは両原則に反するものではない」ことを指摘する[27]。このよう

[25] 松原久利「犯罪論における同時存在の原則と自招侵害」『川端博先生古稀記念論文集［上巻］』（成文堂、2014年）119頁以下。
[26] 松原・前掲注（25）119頁以下。
[27] 松原・前掲注（25）120頁。

な考え方に基づいて、この見解は、違法性の領域における自招侵害を解決しようとするものである。

具体的には、「防衛行為時に正当防衛の成立要件を充足する行為であっても、無用な利益対立状況は、それを一方的に作り出した不正な侵害者の負担において解決すべきであるという正当防衛の正当化根拠の一つが欠如する場合には、構成要件該当行為の違法性が基礎づけられる。これにより防衛行為に固有の違法性が直接備わるといえる。このような正当防衛の正当化根拠の欠如を基礎づける事情は、挑発行為により被挑発者の急迫不正な侵害という無用な利益対立状況を、少なくとも共に作出したという意味において、後の防衛行為と直接的な密接関連性を有するものでなければならない。その限りで、防衛行為に先行する挑発行為は後の防衛行為の違法性判断にとって重要な事情ということができる」と主張する[28]。また、「同時存在の原則は、形式的にすべての犯罪要素が同時に存在することが重要なのではなく、当該構成要件該当行為と無関係な事情によってその違法性を基礎づけることはできないという点に意味があると考え、自招侵害において重要なのは、先行する挑発行為によって被挑発者の急迫不正の侵害を自ら招いたかどうかである」ことも指摘する。

そして、自招侵害において、直接的な密接関連性が認められるためには、「第一に挑発行為が違法であること、第二に違法な挑発行為と被挑発者の侵害との間に法的因果関係があること、第三に挑発行為と被挑発者の侵害が時間的・場所的に近接していること、第四に被挑発者の侵害が挑発行為の少なくとも予見可能な結果であること、第五に挑発行為と被挑発者の侵害との均衡が必要であること」という五つの要件を満たす必要があることを主張する[29]。

その上で、これらの要件を充足しない場合には、正当防衛は制限されず違法性が阻却される。他方で、これらの要件が充足される場合については、正当防衛否定の根拠を急迫性ないし緊急行為性の欠如に求める場合には、正当防衛と同時に緊急避難も否定されるが、正当防衛否定の根

[28] 松原・前掲注（25）145頁以下。
[29] 松原・前掲注（25）145頁以下。

拠を正当防衛固有の正当化根拠の欠如に求める場合には、正は不正に譲歩する必要がないという側面が欠如するために、正当防衛として違法性は阻却されないが、緊急避難と同様に補充性の原則と法益均衡の原則の制約の下で対抗行為の違法性が阻却される余地が残されることになると、この見解は主張する[30]。

2　検討

例外モデルに基づく見解、構成要件モデルに基づく見解、そして事前責任論に基づく見解は、同時存在原則が問題になる非同時性事例において統一的解決を主張する点で共通している。但し、三つの見解の内容には大きな相違が見られる。例外モデルに基づく解決を主張するルシュカは、第一次規範と第二次（メタ）規範を想定した独自の責任論に依拠している。構成要件モデルに基づく解決を主張するマウラッハは、Alicにおいて飲酒行為を実行行為とみることから、因果関係の起点となる行為を実行行為と解する立場に依拠している。事前責任論に基づく解決を主張する見解は、実行行為と直接的密接関連性が認められる限りで、実行行為以前の事情を考慮することから、ルシュカと同様に、Alicにおける例外モデルに基づく統一的解決を主張している。

しかし、どの見解にもそれぞれ問題があるように思われる。

ルシュカの見解に対しては、本稿の第二章や第三章でも指摘したように、なぜ第一次規範と第二次（メタ）規範を想定することができるのかという疑問が提起できる。ルシュカは、刑法理論において第一次規範と第二次規範が想定できる根拠として、「言語理論では、対象言語とメタ言語が区別されている」ことを指摘しているが、そうであれば、なぜ言語理論における区別を刑法理論にも転用できるのかという点についての説明が必要であろう。しかし、この点に関するルシュカの説明は存在しない。また、ルシュカは第一次規範に違反する場合を、「通常の帰属（ordentliche Zurechnung）」、第二次（メタ）規範に違反する場合を「例外的帰属（außerordentliche Zurechnung）」と命名し、第二次規範違反の場合には、同時存在原則の例外が認められ、実行行為以前の事情を考

[30] 松原・前掲注（25）145頁以下。

慮することも許されると主張している。このルシュカの主張に対しても、それではなぜ第二次規範に違反した場合には、実行行為以前の事情を考慮することが例外的に許されるのかについて説明が必要であるように思われるが、この点に関するルシュカの説明は存在しない。このように考えると、ルシュカの見解には不十分な点が存在する[31]。

マウラッハの見解に対しては、その詳細は不明であり、検討することは難しい。マウラッハは、Alic では、飲酒行為から実行行為が開始されていると考える構成要件モデルに立脚することから、この帰結を自招危難・自招防衛にそのまま転用すれば、マウラッハは自招行為から実行行為が開始されていると考えていると推測される。しかし、自招行為を実行行為（未遂行為）とみることには妥当ではない。なぜならば、意図的挑発の場合には、自招行為から実行行為（未遂行為）が開始されていると評価することも可能であるといえるが、故意的挑発や過失的挑発の

[31] ルシュカと同様の見解を主張するものとして、ノイマンの見解がある。Ulfrid Neumann, Zurechnung und Vorverschulden, 1995, S.142f では、ノイマンは、攻撃者を正当防衛により殺害又は傷害するために、正当防衛の前提条件を意図的に惹起した者は、自己の行為が正当防衛により正当化されるという論理の下で防衛行為をすることはできないとし、その上で、この理論は、正当防衛の権限に対する範囲や前提条件などの刑法理論が属する第一段階の理論に関連づけられるのではなく、答責対話（Verantwortungsdialog）によって関連づけられるのであり、刑法理論との関係では第二段階（メタレベル）に属することを主張する。その上で、ノイマンは、第二段階の理論は、第一段階の刑法理論を修正するものではなく、第一次段階の刑法理論に付随するものであるとし、通常と例外の関係を答責対話の結果に関連づける場合には、第一段階の例外規定として理解されると述べる。つまり、ノイマンによれば、意図的挑発の場合に、第一次レベルでは、挑発者は防衛行為時に適法に行為しているという帰結に至るが、メタレベルでは、挑発者は、正当防衛権を引き合いに出すことは例外的にできないという結論に至ると説明される。そして、ノイマンは、このような論理は、原因において自由な行為の場合にも、「自ら故意に責任無能力状態を招いた者は、実行行為時に自己の責任無能力を引き合いに出すことはできない」という形で転用できると説明する。しかし、このノイマンの見解に対しても、なぜメタレベル違反の場合には、例外的に実行行為以前の犯罪構成要素を考慮することが可能なのかが不明である点で、ルシュカの見解に対する同様の批判が妥当すると思われる。

場合には、自招行為を実行行為（未遂行為）と捉えるのは困難だからである。

事前責任論に基づく見解に対しては、「実行行為と直接的関連性を有する限りで、実行行為以前の事情も考慮する」という論理に疑問がある。この見解は、自招防衛において、実行行為（防衛行為）との直接的密接関連性を認めるために、五つの要件を提示し、これらの要件を満たせば自招行為が実行行為である防衛行為と直接的密接関連性を有することから、自招行為を考慮することが許されると主張する。しかし、この五つの要件は、「自招防衛において、正当防衛を否定すべき場合」の要件ともいえる。事実、この見解は、五つの要件を満たせば、自招行為を考慮することが許されるだけでなく、正当防衛そのものが否定されると主張している。とすれば、この見解が提示する五つの要件は、「自招防衛において、自招行為を考慮した上で、正当防衛を否定すべき場合」という前提から出発した上で演繹される要件であり、暗黙裡に自招行為を考慮している可能性が否定できないように思われる。加えて、この見解は、「責任要素が実行行為時に欠如する場合には、実行行為時に責任阻却事由を生じさせない義務がある」ということを前提としているが、なぜこのような義務が行為者に生じるのか、仮に生じるとしてもこのような義務違反が行為責任を基礎づけることができるのかという点に疑問が提起されており[32]、この見解は妥当ではないように思われる。

3　私見

自招防衛・自招危難において主張されてきた、これまでの見解は、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えることから、自招行為を実行行為として考慮する構成要件モデルに基づく解決策、実行行為を防衛行為・避難行為とした上で例外的に自招行為を考慮する例外モデルに基づく解決策、又は実行行為を防衛行為・避難行為とした上で、暗黙裡に自招行為を考慮する解決策を採用していた。しかし、本稿は、自招防衛や自招危難のケースでは、実行行為（未遂行為）は防衛行為・

[32] このような指摘をするものとして、鈴木茂嗣「刑事法学の動き」法律時報84巻5号（日本評論社、2012年）173頁。

避難行為であり、自招行為は因果関係の起点としての行為と考えることから、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないため、「実行行為時における同時存在原則」が妥当せず、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から解決されるべきであると考える。自招行為を実行行為（未遂行為）としてではなく、因果関係の起点としての行為として把握することで、原因において自由な行為の場合とパラレルに考えて、本稿は、原因において違法な行為の理論に基づく解決を支持する。

原因において違法な行為の理論とは、自招防衛との関係では、「挑発行為（原因行為）により正当防衛状況が招致され、そこにおいて行った防衛行為により法益侵害が発生した場合、防衛行為の違法性は、正当防衛により―その要件が充足し、防衛行為によって侵害された法益の法益性が失われるために―阻却される。しかし、さらに防衛行為から遡り、挑発行為（原因行為）と発生した法益侵害との間の関係を問題とする場合、この挑発行為については正当防衛の要件は認めることができないから、この行為との関係では、侵害された法益の法益性は失われず、従って挑発行為（原因行為）と法益侵害との間に因果連関・責任連関を認めうる限り、挑発行為者に発生した法益侵害についての刑事責任を問いうることになる[33]」と説明される。他方で、自招危難との関係では、「最終的に生じさせた法益侵害について、その直接的惹起行為である避難行為との関係では、その惹起は緊急避難として違法性が阻却されるが、避難行為以前に遡り、危難の自招行為との関係を問題にすることによって、なお最終的な法益侵害を違法に惹起したものとして、犯罪の成立を肯定しようとするのである[34]」と説明される。

原因において違法な行為の理論に対する最大の批判は、「一度適法と認められた防衛行為・避難行為が、なぜ自招行為を考慮することで、遡って違法であると変化するのか」という点にあると思われる。学説におい

[33] 山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集２巻』（有斐閣、1983年）751頁以下。

[34] 山口厚「自招危難について」『刑事法学の展望と課題：香川達夫博士古稀祝賀』（成文堂、1996年）208頁以下。

ても、「それ自体としては必ずしも違法でない挑発行為と、正当化される防衛行為を併せて行っただけの者が何故違法だとされなければならないのかという疑問が生じよう。正プラス正が何故不正になるのであろうか[35]」との指摘や、「もともと防衛行為とそれによる結果が適法であるにもかかわらず、何故、原因行為である挑発が違法であれば、適法であるべき防衛行為によって惹起された結果が同時に既遂の違法性を基礎づけることになるのか[36]」という指摘がなされている。これらの批判は、つまり、なぜ最初は防衛行為・避難行為だけに着目することで正当防衛・緊急避難を認めながら、自招行為を考慮することで、防衛行為・避難行為は再び違法なものへと転化するという分断的思考を採用する必要があるのか疑問であり、むしろ最初から、自招行為と防衛行為・避難行為を一連一体のものとして把握すべきかではないかという趣旨といえる。

しかし、同時存在原則の観点からは、このような分断的思考が不自然であるとは思われない[37]。通常、行為者の罪責を判断する際には、これまでは実行行為時の犯罪構成要素のみを考慮してきた。それは、従来の学説が、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えてきたためであるが、実行行為時における同時存在原則の観点からは、実行行為の時点に、犯罪を構成する全ての要素が存在しなければならず、自招防衛や自招危難では、防衛行為・避難行為を実行行為と考える限り、

35　前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣、1993年）206頁。

36　曽根威彦『刑法の重要問題［総論］（第２版）』（成文堂、2005年）89頁。

37　この問題に対しては、山口・前掲注（33）752頁以下で、「即ち、行為者が、自己の行為によって法益侵害を発生させた場合、通常は違法である―違法の実質は、法益侵害・危険である―が、その行為に違法阻却事由が認められれば、その行為の違法性は阻却される。つまり、その法益侵害行為は違法ではないことになる。これに対して、その行為に違法性阻却事由が認められなければ、その行為の違法性は阻却されない。このことは、因果経過にそれ自体としては適法という評価を受ける行為が介入しても、そのことによって直ちに変わるものではない。この意味では、違法判断は（相対的というより）個別的である。ただ、それ自体としては適法な行為を惹起する行為に、終局的な法益侵害をカバーする違法阻却事由を認めうるときには、そのような適法な行為を惹起して終局的な法益侵害を惹起した行為の違法性は阻却されうる。」との指摘が既になされているが、本稿は、同時存在原則の観点から、この問題を検討するものである。

正当防衛・緊急避難を認めることになる。しかし、実行行為時における同時存在原則の観点からは、自招防衛・自招危難の特徴である、行為者の自招行為を考慮することはできない。そもそも、自招防衛・自招危難では、実行行為（未遂行為）は防衛行為・避難行為であるが、因果関係の起点としての行為は自招行為であるため、「実行行為（未遂行為）」=「因果関係の起点としての行為」という公式が妥当しないため、本稿の立場からは、自招防衛・自招危難は、実行行為時における同時存在原則が妥当しない非同時的事例と位置づけられることになる。本稿は、非同時的事例においては、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当すると考えるので、自招防衛・自招危難の解決においては、原因において違法な行為の理論を適用すべきであると考える。

従来、自招防衛・自招危難の事例では、実行行為（未遂行為）を防衛行為・避難行為としながら、自招行為を考慮することで正当防衛・緊急避難の成立を否定する見解が多いが、このような思考方法は、実行行為外の犯罪構成要素を考慮していることから、原因において自由な行為における例外モデルの考え方といえる。しかし、自招防衛・自招危難における議論で、このような思考方法が、同時存在原則との関係では例外モデルであることはほとんど指摘されてこなかった[38]。恐らく、その理由

[38] もっとも、橋爪隆「正当防衛論」『理論刑法学の探求１』（成文堂、2008年）115頁以下では、自招侵害において、「不正の侵害に先行する行為経過を考慮して、防衛行為者の処罰を基礎づけることが許されるのか」という問題点を指摘した上で、「あくまで処罰を基礎づける実体は対抗行為の法益侵害性であり、その違法性阻却の判断資料として、対抗行為の事情に加えて、それに先行する主観的・客観的事情が含まれているにすぎないのである。違法性阻却の判断資料としても、先行する事情を考慮すべきではないという反論もあり得るかもしれないが、行為に先行する事情が違法性阻却の基準となる事例は他にも十分に考えられる。たとえば、全身麻酔での手術については実際の手術時ではなく、それに一定程度、先行する段階における患者の同意の存在が違法性阻却の要件とされていると考えられている。また、事前に有効な契約を締結した場合、一方当事者が勝手にこれを破棄することはできないから、行為当時の被害者の意思に反していたとしても、違法性阻却を認める余地があろう。このように行為に先行する事情を根拠として違法性が阻却されることがあり得る以上、その逆に、先行事情が資料となって違法性阻却が排除されることも認められうるよう

は、同時存在原則が、実行行為と責任能力との関係でしか問題にならなかったためと推測される。しかし、同時存在原則とは、刑法の原則である行為主義から演繹される原則であり、責任能力についてしか問題にならないわけではない。例えば、違法性要素である急迫不正の侵害や現在の危難が、実行行為時に存在しなければ、正当防衛や緊急避難は成立しないのであり、行為者は処罰されることになる。

本稿は、自招防衛・自招危難は、原因において自由な行為のケースと同様に、同時存在原則が問題になる非同時的事例であるという点で、共通していると考える。つまり、「実行行為（未遂行為）」と「因果関係の起点としての行為」が異なるという点で、自招防衛・自招危難は原因において自由な行為と共通の性質を持つのである。そうであれば、自招防衛・自招危難においては、原因において自由な行為と同様の解決をすべきであると本稿は考える。

勿論、原因において自由な行為の問題では、原因行為を実行行為（未遂行為）と考える構成要件モデルを採用する一方で、自招危難・自招防衛の問題では、実行行為（未遂行為）を防衛行為・避難行為としながら自招行為を考慮する例外モデルを採用するという見解もありえよう。しかしなぜ、原因において自由な行為と、自招防衛・自招危難の間で、同時存在原則の観点から、それぞれ異なったアプローチを採用しなければならないのであろうか。前述のように、同時存在原則は、責任能力との関係だけでしか問題にならないわけではない。そして、自招防衛・自招危難と原因において自由な行為は、実行行為時にのみ着目すれば、犯罪

に思われる」と述べて、自招行為を考慮することも可能であると説明している。しかし、ここで挙げられている麻酔等の例における、「患者の同意」や「事前の有効な契約」は、犯罪の成立を否定する要素であるが、自招侵害における「自招行為」は、例えば意図的侵害の場合では、犯罪の成立を否定する要素とはいえないのであり、ここに両者の大きな違いが存在する。それゆえに、麻酔等の例と自招侵害のケースをパラレルに扱い、麻酔等の例で先行する事情を考慮することが許されるから、自招侵害のケースでも、先行する事情を考慮することが許されるという主張は説得的ではないように思われる。自招侵害において、なぜ自招行為を考慮することが許されるのかという点に関する積極的論証が必要であろう。

の成立が否定されるという点や、実行行為（未遂行為）と因果関係の起点としての行為が異なる点で共通している。このように考えると、自招危難・自招防衛と、原因において自由な行為で、同時存在原則の観点から、それぞれ異なったアプローチを採用しなければならない理由は見当たらない。それゆえに、自招防衛・自招危難では、原因において自由な行為と同様の解決策を採用すべきであり、この限りではルシュカの見解やマウラッハの見解及び事前責任論を主張する見解は正しいと思われる。

しかし、ルシュカの見解は、独自の責任理論を基礎とする例外モデルを採用する点に問題があった。他方で、マウラッハの見解は構成要件モデルを基礎とするものであるが、全てのケースで自招行為を構成要件該当行為とみることは不可能である点に問題があった。事前責任論を主張する見解も、実行行為時に責任阻却事由を生じさせない義務を考える点に問題があった。

そこで、本稿は、非同時的事例では、原因において自由な行為の部分で検討したように、同時存在原則が要求される行為とは実行行為（未遂行為）ではなく、因果関係の起点としての行為であり、未遂犯が認められる危険を有する必要はないと考える。その上で、自招行為を因果関係の起点としての行為と考え、自招行為と法益侵害との間に因果連関・責任連関を認めうる限りにおいて、行為者に責任を認めうると考える。

因果連関を認めるためには、自招行為から法益侵害を惹起する相当程度の危険性が認められる必要性がある。例えば、自招防衛の場合には、挑発行為（原因行為）に正当防衛状況、ひいては法益侵害を惹起する相当程度の危険性が認められること、及び、このような危険性が法益侵害へと実現したという因果関係の相当性が認められることが必要になる[39]。具体的には、挑発行為が法益侵害から隔たっている場合、因果連関は否定されることになるため、挑発行為と防衛行為の間の時間的場所的近接性が要求され、例えば意図的挑発防衛の場合には、行為者に責任を認めることになることが指摘されている[40]。

他方で、責任連関が認められるためには、自招行為と防衛行為・避難

[39] このような指摘をするものとして、山口・前掲注（33）755頁以下。
[40] このような指摘をするものとして、山口・前掲注（33）754頁以下。

行為の間で、故意又は過失が共通して認められる必要がある。例えば、自招危難の場合には、危難の招致については故意・過失があったとしても、最終的な法益侵害結果について故意・過失が認められるとは限らないことから、未必の故意およびそれに対応する過失が認められる限度で処罰を肯定することが可能になる[41]。

もっとも、原因において違法な行為に対する見解には、批判が少なくない。そこで、以下では、学説上指摘されている批判を検討する。

第一に、「自招防衛」との関係で、原因において違法な行為における因果連関に対して、「相当因果関係の相当性判断は、単に予見可能性や通常性という事実的な判断ではなく、規範的考慮によって判断することが必要である。そして、法は挑発に応じないことを期待しているというべきであるから、法の期待に反して、相手の生命・身体に対する故意の犯罪行為に出たという事情は、原則として異常な事態として評価されるべきであろう・・さらに多くの場合、侵害者（＝被挑発者）は、挑発行為者（＝防衛行為者）の対抗行為によって、自己の生命・身体が危殆化されることを認識しつつ行為に出ていると考えられる。このような事実は、相当因果連関が認められる範囲をさらに限定するものであろう」とし、「原因において違法な行為の理論構成によって、挑発行為と法益侵害結果との間に相当因果連関を肯定しうるのは、被挑発者が挑発に応じて、侵害行為に出ることが確実であるような、ごく例外的な事態に限られることになろう。それゆえ、この発想によって、相互闘争状況の問題全般を解決することは困難であるように思われる」と述べて、自招防衛の場合には相当因果関係を肯定できる場合はごくわずかであるから、原因において違法な行為は機能しないとする批判[42]がある。

しかし、自招防衛の場合に、「法は挑発に応じないことを期待してい

[41] このような指摘をするものとして、山口・前掲注（34）210頁。

[42] 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）296頁以下。もっとも、原因において違法な行為の理論で「因果連関」を判断する際には、「相当因果関係」ではなく、いわゆる「危険の現実化」が用いられる可能性もあるが、本稿では、「相当因果関係」に依拠した場合に向けられる批判に対して、検討することとしたい。

るため、法の期待に反して、相手の生命・身体に対する故意の犯罪行為に出たという事情は、原則として異常な事態として評価される」というのは、妥当であろうか。むしろ、異常な事態（相当ではない）と評価されるか否かは、その都度問題になる、挑発行為の性質、挑発者と被挑発者の関係、被挑発者の性格などに依存するのではないだろうか。規範的考慮による判断を過度に推し進めることは、挑発行為の性質、挑発者と被挑発者の関係等の事情を捨象することになり、妥当ではないように思われる。第三者の故意行為が介在したからといって、因果関係が否定されるわけではない。なお、「自招危難」の場合における原因において違法な行為に行為の因果連関についても、自招危難の場合と同様に考えることができる。危難招致行為後に行われるのは危難招致者自身の行為であり、とくに自ら生じた危難を回避する行為は必要に迫られてやむをえずなす行為であるから、問題は生じないことが指摘されている[43]。このように考えると、自招防衛の場合に相当因果関係が肯定されるのはごくわずかとはいえないと思われる。

第二に、「自招防衛」との関係で、「原因において違法な行為の理論構成からは、過失によって侵害を招致した場合についても、相当因果関係を充足する限り、過失構成要件が存在すれば、過失犯として処罰される可能性が残ることになる。しかし、過失によって対立状況を招くことが稀ではないと思われることから、過失による挑発行為までを処罰することは過剰な刑事的コントロールであり、妥当ではない」との批判[44]がある。

しかし、過失によって侵害を招致した全ての場合に、原因において違法な行為の見解を採用すると、過失犯として処罰されるわけではない。上記の批判でも言及されている通り、あくまで「相当因果関係を充足した場合に限り」、過失犯として処罰されるにすぎないのである。それゆえに、例えば、過失によって侵害を招致したが、挑発行為の態様、強度、場所的状況、被挑発者の性格等を考慮すれば、挑発に応じることが相当でないと評価される場合には、挑発行為と防衛行為の因果連関（相当因果関係）が否定されることになるから、正当防衛の成立は認められるこ

[43] 山口・前掲注（34）210頁。
[44] 橋爪・前掲注（42）299頁。

とになる。反対に、過失によって侵害を招致したが、挑発行為の態様、強度、場所的状況、被挑発者の性格等を考慮すれば、挑発に応じることが相当であると評価される場合には、過失構成要件が存在すれば過失犯として処罰されることは妥当であり、過剰な刑事的コントロールとまではいえないと思われる。

第三に、「自招危難」との関係で、「故意により、AがBを轢き殺そうと思ったが寸前で思い直し、ハンドルを右に切り故意にCの建造物を損壊した場合はどうであろうか。この理論（原因において違法な行為）によれば、この場合、Bの生命を助けるために故意にCの建造物を損壊した部分は緊急避難として違法性が阻却される。しかし、そこには建造物損壊という結果が残る。この場合、もともとの行為は故意行為であるとして、建造物損壊の故意犯が成立するとなし得るであろうか。それは無理であろう。なぜなら、殺人の故意を建造物損壊の故意とすることはできないからである」として、必ずしもすべての自招危難の事例には妥当しないとの批判[45]がある。

確かに、故意過失は個別の構成要件ごとに検討されなければならないので、危難の招致について故意・過失があったとしても、最終的な法益侵害結果について故意・過失が必ずしも認められるわけではないことは、原因において違法な行為の見解を主張する論者自身も認めている[46]。しかし、原因において違法な行為を批判する論者が挙げる事例を再度考えると、周りにCの建造物が存在する中で、Bを轢き殺すためにAは危険な運転をしていることになるのだから、因果関係の起点としての行為時である自招行為の際に、AのBに対する殺意とは別に、Cに対する建造物損壊の未必の故意が認定できる場合も存在しうるように思われる。この場合には、自招行為と避難行為の間の責任連関が認められることになるので、一律に建造物損壊罪の成立が緊急避難により否定されることにはならないように思われる。むしろ、問題なのは、この事例で一律に危難招致者に建造物損壊罪の成立を認めることではないだろうか。つまり、この批判によれば、法益侵害行為時の故意・過失に対応した犯

[45] 西田典之『刑法総論［第２版］』（弘文堂、2010年）147頁以下。
[46] 山口・前掲注（34）210頁。

罪が成立することになるため、過失によって危難を招致した場合でも、故意犯が成立することになるが、このような論理は、実質的な責任主義に反するのではないだろうか[47]。

第三節　小括

自招防衛・自招危難は、実行行為（未遂行為）は防衛行為・避難行為であるが、因果関係の起点としての行為は自招行為であるため、「実行行為（未遂行為）」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないケースといえる。それゆえに、自招防衛・自招危難は、実行行為時における同時存在原則が妥当しない、非同時的事例であると考える。そして、非同時的事例では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当すると考える本稿の立場からは、同じく非同時的事例である原因において自由な行為の場合とパラレルに考える必要があり、原因行為である自招行為を因果関係の起点としての行為として捉え、自招行為と結果・結果行為の間に、因果連関・責任連関を認めうる限りで（原因において違法な行為）、行為者に責任を問う事ができることが明らかになった。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2015年９月25日授与）「犯罪論における同時存在原則について」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたって、「日本学術振興会 特別研究員奨励費 研究課題：犯罪論における同時存在原則の意義と限界について（2014年～2015年度）」（課題番号26・3470）の助成を受けた。

[47] このような指摘をするものとして、山口厚『刑法総論［第３版］』（有斐閣、2016年）159頁以下。

講　　演

準最適（sub-optimal）な臓器の移植に関する法的規制

マシュー・ダイソン
城下　裕二（訳）

1．はじめに

臓器移植を受けたことが原因となって有害な影響が生じた場合、これに対処するために最も適切な概念あるいは法的枠組みは何か。

2013年に、1人の男性が髄膜脳炎（meningo-encephalitis）の疑いで死亡した。彼の臓器はイングランド及び北ウェールズ移植システムに基づいて提供の申し出がなされていたが、肝臓・心臓及び肺の移植は拒否された。イギリス（イングランド及びウェールズ）全体のデータでは、2013年3月末までの10年間で原因不明の脳炎または髄膜炎に罹患した52名のドナーが159の臓器を提供しており、いずれも疾患の感染はみられなかった[1]。この男性の腎臓についても当初は7か所の病院が移植を拒否したが、その後、ウェールズのカーディフ大学病院が受け入れることになった。腎臓は2人のレシピエントに移植されたものの、不幸なことに、両名は1週間で死亡した[2]。その原因は、希少な寄生虫である線

＊本講演原稿については、特にKourosh Saeb-Parsy, Kathy Liddell, Colm McGrath, Connor Merrifield, Anthony Newman-Taylorの諸氏に協力いただいたことに謝意を表したい。

[1] http://www.nhsbt.nhs.uk/news-and-media/news-articles/news_2014_12_04.asp

[2] Final investigation report (INC 423 Transmission of donor infection), 31st March 2014 esp.Appendix3:http://www.odt.nhs.uk/odt/governance-and-quality/

虫（nematode）によって、髄膜脳炎が発症していたことであると判明した。従来、ヒトの死に至った線虫の感染は５例が報告されているだけで、イギリスでは例がなく、また、ヒトからヒトへの感染も知られていなかった。新聞報道によれば、2014年12月に終了した検死官の審問において、当該ドナーの男性はアルコール中毒者であり、死亡当時[3]あるいは以前[4]、荒廃した生活を送っていたが、この点は移植前にレシピエントには告知されていなかったことが明らかになった。このような状況に対応するためには、いかなる法的制度に依拠することが最善であろうか。そうした最善の制度はさらに、肝臓移植における HIV 検査上の過失から、移植に際して生じ得るリスクを告知されなかったことを非難する患者の問題に至るまで、様々な移植事例を包括的にカヴァーできるものでなければならない。

本講演では、イギリスにおける不法行為法が、ヒトの臓器移植を規制するに当たって重要な役割を果たすものであることを論じる。特に、高齢者のドナー、薬物使用歴あるいは病歴のあるドナーからの臓器のように、疾患ないしは機能不全の高リスクを現に有している臓器、または有しているように見える臓器が問題となる。これらは、準最適な（sub-optimal）、〔合併症に関して〕高リスクの（higher risk）あるいは〔健常な臓器との〕境界線上にある（marginal）臓器、ということができるだろう。イギリスでは、臓器に疾患があることと同様に、高齢者のものであることも議論の対象となったが、それは死後の臓器提供が中心であるためであった。日本においても疾患のある臓器の移植に焦点を当てることによって、死後移植の臓器提供率が高まる可能性もある。日本法による集中的規制が不十分であるとすれば、イギリス不法行為法は、有益な示唆を与えることになるだろう。特に同法は、患者にとって最善の治療を行うために医師があえてリスクを引き受けるということを妨げないようにしながら、他方で不法に惹起された侵害への損害賠償を可能にするものであり、この点で、こうした移植への法的規制のあるべき範囲を定める１つの重要な指針となる。不法行

---

reports-on-incidents/.

[3] http://www.theguardian.com/society/2014/nov/18/rare-parasitic-worm-killed-two-kidney-donor-patients-inquest-hears

[4] http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/fathers-given-kidneys-homeless-alcoholic-4649945

為法はまた、根本的な諸権利を保障するものである。同法は過失責任については治療（medical treatment）の基礎としての同意（consent）の役割を重視するが、製造物責任の事例では、権力と経済力の不均衡を考慮して同意の役割を制限している。さらに同法は、被害者が違法行為者に対して、刑事責任とは区別された民事責任の範囲で説明を求めることを可能とする。現在のところ、他の法的手段では同様の目的を達成することはできない。これらの重要な目的達成を促進するために、不法行為法をいかにして最大限活用すべきかが、今後の研究の焦点である。

不法行為法は以下に掲げる可能なアプローチと共働して、法的規制のツールの１つとなる。

1．臓器の検査、配分及び同意の手続に関する医療の自己規制と意思決定についての*専門家主導*アプローチ
2．臓器の検査、使用に関する決定及び同意に関する正式な措置をめぐる条項（刑事制裁を含む）についての*国家主導*アプローチ
3．過失及び製造物責任に基づく人の身体への不法な介入、ならびに契約条項に関する民事訴訟を提起する個人に依拠した*訴訟当事者主導*アプローチ
4．改善点についての事実認定、コミュニケーション、損害賠償及び履行のシステムを通じて議論を可能とする*原則的／代替的解決*アプローチ

本講演は、ドナーから摘出された時点で存在していた感染（媒体）についてのみ着目するが、同様の原理は移植の過程で生じた感染についても妥当する。また、レシピエントには同意能力があることを前提とし、意識はなく重症患者であるといったような緊急状態にはないものとする。

２．法的規制の概要

A．不法行為、犯罪、および他の法的規制形式

現在、移植による疾患の感染は、一般的にはコモン・ローで規制される問題である。今日のイギリス法では、法的責任を判断するための一連の重複した手段がある。本講演では、２つの最も重要な不法行為の形式である*過失*と*製造物責任*に焦点をあてる。両者は一体となって、フォールト（fault）に基づく責任（過失）、及び特定のリスク配分に基づく厳格責任（製造物責任）からなる部分的に

重なるシステムを構成する。人に対する侵害（trespass to the person）という、不法行為による別の理論構成は有効ではない。それは、1981年に下された判決[5]が、責任の本質を、意図的な不法行為としてではなく、一般的に見てもより受け入れやすい*過失*へと明確に転換したためである。

もう１つの可能性である刑事法は、ここで問題としているような医療事例には介入しない傾向がある。もっとも、医療チームは侵害を惹起する意図がなく、当該リスクを予見することもなかったが、そのリスクを正当化されない態様で冒し続けたという場合を仮定すると、関連するフォールトの要素が、比較的稀な過失犯あるいは厳格責任犯罪を構成することはありうる。こうした場合には、重大な過失による故殺罪（gross negligence manslaughter）が最も問題となるであろう。死亡のリスクについての民事法上の義務違反が極めて甚だしい場合には、陪審はそれが「重大」であり犯罪を構成すると考え[6]、当該義務違反が死を惹起したものとされる。この故殺罪はまた、死亡事例にのみ適用され、それ以外の傷害事例には適用されない。リーディング・ケースである *Admako* 判決[7]では、麻酔専門医が、彼の気づかないうちに長時間にわたって意識不明の患者の生命維持装置が外されていたことから有罪を宣告された[8]。医療スタッフに死を惹起するような重過失が認められたときには、他の専門職の場合には考えられなくても、起訴することがありうる。実際、起訴された事例は増加してきているとはいえ、１年間に２件未満であり、有罪率は約39％である[9]。初期の重過失による故殺罪判例の１つは、医療事例に対して刑事法が規制するのは（不法行為による）損害賠償が不十分であった場合に限られるべきであると判示している[10]。刑事法による規制は、臓器移植の問題に公平あるいは有効な解決を

---

[5] *Chatterton v Gerson* [1981] QB 432, esp. 442-443.

[6] *R v Adomako* [1995] 1 AC 171, 187.

[7] Ibid.

[8] Ibid, 181-182: 専門家証言では、麻酔科医であれば、不装着を14分以内どころではなく、15秒以内に気づくべきであったとされた。

[9] Oliver Quick 'Prosecuting 'Gross' Medical Negligence: Manslaughter, Discretion, and the Crown Prosecution Service' (2006) 33 (3) Journal of Law and Society 421, 426, data from 1970-2006. See also Oliver Quick 'Medicine, Mistakes and Manslaughter: a criminal combination' [2010] CLJ 186.

[10] *R v Bateman* [1925] 19 Cr. App. R. 8, 11.

提供するものではないが、医療における明白かつ重大な過誤を捕捉するためには必要となる[11]。

そのほかの法的責任の類型、特にヘルスケアの法的規制一般、及び院内の医療チームないし他のユニットあるいは医事委員会（GMO）の管理に関する雇用法は、重要ではあるが本講演の視点からは除外する[12]。

B．原告と救済手段；被告

1．原告

準最適な臓器の移植によって被害が生じた場合に原告となりうる者には、２つの主要なカテゴリーがある。臓器のレシピエント、及びレシピエントの受けた傷害によりさらなる被害を負った者である。各々のカテゴリーに属する者は、最も適切な救済手段として損害賠償を請求しうる[13]。ただし、損害賠償額は、事案を調査したり、医療チームに不法の認識の有無について説明させたりするといった、他の目的に付随して変動することもありうる。

（１）傷害を負った*レシピエント*が生存している場合には、自らの傷害、及び収入減など傷害によって生じた経済的損失に対する損害賠償を請求することができる[14]。移植者リストに掲載されている患者のほとんどは収入能力が著しく低く、通常であれば損失の首位を占める部分が少なく評価される

---

[11] 客観的ないし主観的に故殺の成否が問題となることについて、O. Quick, 'Medicine, mistakes and manslaughter: A criminal combination' (2010) 69 CLJ 186. もちろん、謀殺の可能性もある。

[12] 例えば、*Gerstenkorn v The General Medical Council* [2009] EWHC 2682を見よ。

[13] 他の救済手段である差止命令（litigation）はここでは関連性が薄いように思われる。特定の被告である医師に、手術の実施ないし不実施を求めることも可能ではある。ただ、人的サービスを要求する差止命令は稀にしか行われない。裁判所が、他の手段によって実現可能である限りは義務の履行に介入し監視することを望まないためである。

[14] 苦痛および苦難も損失の代表的なものであるが、概して実務ではあまり評価の対象となっていない。国民保健サービス（NHS）の範囲外の医療費も同様に補填される可能性がある。

のが一般的である。

（2）レシピエントが請求を開始する前に何らかの原因で死亡した場合であっても、遺産相続権者は法改革法（Law Reform Act 1934）に基づいて請求を行うことができる。ただし、レシピエントが働くことが可能な状態であるときには、逸失利益を回復することはできない[15]。

（3）さらに、死亡事故法（Fatal Accidents Act 1976）における扶養家族、あるいは被害者に無償でケアをしていた者のように、*レシピエント以外の者*が、レシピエントの臓器への傷害を理由として損害賠償を請求することが可能である。

2．被告

臓器に関する不法行為に基づく訴訟を提起されうる被告には、少なくとも6つの類型がある。単純化のために、以下の例の多くは過失の存在を前提とする。ここではドナーあるいは疾患の原因を生じさせた不法行為者に対する訴訟は考慮に入れていない。

（1）第一に、臓器提供に先立って実施されたドナーへの治療は、当該臓器に対するいかなる侵害に対しても責任を負う可能性がある。例えば、医療チームが過失により薬物を投与して臓器に損傷を与えた場合、あるいは臓器回収チームが過失行為を行った場合などは責任を負いうる。

（2）第二に、移植を司る組織は、過失責任を負う可能性が高い。例えば、当該組織、すなわち臓器に関して重要な検査を行うドナーもしくはレシピエントの属する医療施設は、移植チームにすべての医療情報を調査し提供する必要があり、それを怠ると責任を負うことになる。

（3）第三に、当該臓器の移植をめぐるプロセスに関わるすべての者は、臓器

[15] さらに、懲罰的損害賠償も、被告に制裁を加えることを目的としているために、この場合には認められない。補填が可能であっても実行されることが稀であることについて、例えば、*Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 and *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122を見よ。しかも、平均余命に応じた独立の損害項目も設けられていないことに関しては、*Hicks v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1992] 2 All ER 65.

の回収、(「準備作業」チームによる) 洗浄、検査などのプロセスによって生じた傷害に責任を負いうる。

(4) 第四に、臓器受入れに関する臨床的決定を下す者は責任を負う可能性がある。すべての注意義務は少なくとも2段階からなる。1) ドナーに関する十分な情報を臓器検査から得ておくべき義務、及び2) 当該情報に基づいて適切に行動すべき義務、である。ドナーに対して実施された検査に基づく情報に加えて、HIV、B型及びC型肝炎、ヒトTリンパ好性ウイルス、梅毒、サイトメガロウイルス及びエプスタイン・バール・ウイルスの標準検査も想定する必要がある。驚くべきことに、実際にも移植用臓器が何らかの感染をしていることはよくある。重要なのは、移植の前に感染が発見され、救命のために臓器が移植可能となるような確固とした治療方法が存在し、それが開始されることである。

さらに、雇用の過程で被雇用者による不法行為がなされた場合、仮にそれが意図的であったとしても、代位責任 (vicarious liability) の法理によって、雇用主も不法行為責任を負うことになる[16]。また、国民保険サービス (NHS) は、1990年以降、勤務医の個人責任については免責を保障していることに留意すべきである[17]。総合専門医 (GP) 及び他の医療専門職は各自の医師賠償責任保険が必要となる (通常は医療弁護組合 (MDU) あるいは医療保護協会 (MPU) による。ほぼすべての勤務医が付帯保険としても利用している)。

3．過失

A．注意義務

過失責任の認定の第一段階は、注意義務 (duty of care) を立証することである。当該患者に対する関係では、過失に関する医療的義務は明確である[18]。概括的にいえば、過失における注意義務とは、特定の者が法的に認められた被害

[16] 例えば、*Lister v Hesley Hall Ltd* [2002] 1 AC 215を見よ。

[17] Health Circular (89) 34. 現在は HSG (96) 48によってカヴァーされている。

[18] 例えば公立病院来院者について、*Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [1969] 1 QB 428, 436-7.

を負わないように合理的な注意を払うことをいう。

この注意義務は、特定の臓器を移植すべきかどうかということを含めて、患者にとって適切な療法を定めることにのみ存するものではなく、患者に十分な情報を与えたうえで同意を得たということについても問題となる（後述）。

B．違反

注意義務の確定の次に、実務上最も困難な領域が登場する。それが「違反」（breach）である。実務において、長時間を要し、細部にわたって事実に関する証拠が必要とされるために立証にコストがかかるのは、「違反」の要件である。医療の問題では、「医療関係者として責任のある集団」を用いる特別な判断基準（いわゆる“Bolam テスト”）がある。

「（行為者は）特別な術式に精通した、医療関係者として責任ある集団によって認められている慣行に従って行為をしたのであれば、過失犯としては無罪である。そのような慣行に従って行為をしたのであれば、単に反対の見解を採用する集団がいるからという理由で過失の責任を負うことはない。」[19]

この判断基準がどの範囲まで同意に関係するのかは、後掲***D***で論じるように現時点では不明確である[20]。裁判所は、十分に説得的な理由がある場合には、専門家集団による証言を無効とすることも可能である[21]。

最終的に、例えば移植後の状況から見て、さらに医療行為が必要とされる場合には情報を提供すべき義務があるといったように、過失を基礎づける義務（違反）は移植手術の終了後も継続することがある[22]。

C．因果関係と損害

---

[19] *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582, 587.

[20] 例えば、*Webster v Burton Hospitals NHS Foundation Trust* [2017] EWCA Civ 62を見よ。

[21] *Bolitho v City and Hackney Health Authority* [1998] AC 232.

[22] *Sumners v Mid Downs HA & Brighton HA* [1996] CLY 2366 (QBD) の Collins 裁判官による判示部分。

被告に義務違反があったことが証明された場合、原告は、当該違反が、人に対する傷害などの認定された損害（damage）を、法的な意味で惹起した（cause）こと（違反と損害の間に因果関係（causation）があること）を立証しなければならない。標準的な過失事例では、因果関係の立証は難しいものではない。被告の行為が「仮になかったとすれば（but for）、被害者はその損害を負わなかったであろう」といえるかどうかを問題にすればよいのである。もしもそうであるなら、被告は、違法行為が行われた時点で合理的に予見可能であったすべての損害について責任を負うことになる。

もっとも、論理的な面でも[23]、また、確率を考慮して因果関係が立証できる段階に至っていないという科学的知識の水準の面でも、実際に生じたことを正確に証明するのは困難な場合がある[24]。医療事例における因果関係は特に立証が難しい。仮に被告が実際とは異なる行動に出ていたとしたら何が生じたかという反証は示しにくい。当該結果が生じる可能性を調査する疫学的証明が必要となることもあるが、それ自体が多くの（誤謬の）リスクを伴う手続である[25]。移植事例では、この問題は待機者リストに留まるリスクによってさらに複雑化される。イギリスで2009年から2010年の腎臓移植待機者リストに登録されていたすべての患者のうち、20％の者が１年以内に移植を受けているが、２％の者は死亡し、さらに２％の者は移植を受けるのに適さなくなったという理由でリストから削除されている[26]。通常なされる主張は、被告が原告に対して、待機リストに留まっていた場合と比較して損失を被らせているというものである。あるいは、より適合的な臓器が得られて原告がそれを移植された可能性があったもしれないということを証明しようとする代替的主張もありうるが、重要な証拠のハードルを高くするものである。

「被告の行為が仮になかったとすれば」という判断に基づいて事実的な因果

---

[23] 当該結果が［その行為がなかったとしても］いずれにせよ発生したという、重複的（overdetermined）な因果関係のような場合。

[24] 例えば、*Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2003] 1 AC 32; *Barker v Corus* [2006] 2 AC 572.

[25] *Sienkiewicz v Greif (UK) Limited; Knowsley Metropolitan Borough Council v Willmore* [2011] UKSC 10.

[26] http://www.cuh.org.uk/sites/default/files/publications/CF171_kidney_transplant_v5.pdf, p. 9.

関係が証明された場合には、被告は、不法行為の時点において合理的に予見可能な損害の全体についてのみ責任を負う[27]。

D. インフォームド・コンセントを取得する義務

2015年３月の *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*[28]に関するイギリス最高裁判決によれば、臨床医は、「患者が推奨された治療に伴ういかなる重要なリスクをも認識でき、さらに代替的ないし別種の治療の可能性をも認識できるように合理的な注意を払う義務がある。重要性（materiality）の判断とは、特定の状況において、その患者の立場に置かれた理性的な人であれば当該リスクに重要性を付与しうるかどうか、あるいは医師が、特定の患者がリスクに重要性を付与しうると合理的に判断するか（あるいはすべきか）というものである」[29]と判示されている。

さらに重要な点は、患者が理解可能な情報を説明されていることであって、患者に過剰な情報を提供したり、あるいは単に同意書に署名させたりすることではない[30]。こうした義務は、意識のない患者が救急治療を必要としている場合のような、緊急状況には適用されない[31]。これは、移植が行われる状況のすべてが、患者の同意によって決定されるわけではないことを示している。また、臨床医が、リスクを開示することが患者の健康にとって極めて有害であると判断する場合は、同意が不要とされる限られた例外事由となる[32]。

Montgomery 判決では、医師が、Montgomery 夫人に、子どもを出産することが特定のリスクをもたらすことについて警告すべきであったかどうかが問題となった。そのリスクとは、彼女が糖尿病に罹患していたため、胎児の肩を産道から牽引できなくなり、彼女のような小柄な女性が大きな胎児を出産するこ

---

[27] 例えば、*Overseas Tankship (UK), Ltd. v Morts Dock & Engineering Co., Ltd. (The Wagon Mound)* [1961] AC 388. このルールには、留保を要しない多数の例外が伴う。

[28] [2015] UKSC 11; B. Heywood, 'R.I.P. *Sidaway*: Patient-orientated disclosure − A standard worth waiting for? (2015) 23 Med LRev 455.

[29] Ibid., [87].

[30] Ibid., [90].

[31] Ibid., [88].

[32] Ibid., [85], [87] and [91].

とを困難にする状態を招来しうるというものであった。そのような状態で出産を行おうとすると、胎児の肩が母親の骨盤に詰まる可能性があり（肩甲難産［shoulder dystocia］）、そのリスクは約10％であった[33]。出産を無事に終了したとしても、母親にとってトラウマになったり、危険な状態をもたらしたりすることもしばしばみられる。出産が終了しても、肩甲難産は胎児に肩の骨折あるいは神経麻痺（最高裁によれば糖尿病の母親による出産の0.2％）、低酸素症（0.1％未満）といったリスクをもたらす[34]。最高裁は、下級審が示した１％未満のリスクではなく、上記の10％のリスクが妥当であるとした。最終的に、専門家証言によって、警告を怠ったことは「医学的見解について責任のある集団によって適切であると認められる」という上述の“Bolam テスト”の基準を満たしているとされた[35]。しかしながら、警告の懈怠は新たな「重要性」のテストを通過せず、Montgomery 夫人は525万ポンドの損害賠償を受けた[36]。

裁判所は、Montgomery 夫人が警告を受けても異なった行動に出なかった（出産を決意した）と仮定しても、自律的な選択権を奪われたことに対して損害を主張することは可能か、という議論がなされるべきであった、と判示した。この可能性についての議論は *Chester v Afshar* 判決[37]に依拠しており、そこでは、外科医が肩の痛みを緩和する手術によって部分的な麻痺が生じるリスクが２％であることを告知しなかったことが強く批判された。

４．製造物責任

イギリスでは、1987年に消費者保護法（Consumer Protection Act = CPA）が制定されるまでは、欠陥商品に関する法的規制は、過失の一般原則に基づいており、被告は合理的な注意を払うべき義務に違反したとき、すなわちフォールトがあったときに責任を負うものとされていた。こうした状況は、1985年の

[33] Ibid, [13]. 実際、当該医師は分娩時の胎児の大きさについて誤算しており、帝王切開を助言すべき時期の判断を間違えていた（[15]-[16]）。

[34] Ibid., [12].

[35] Ibid., [26].

[36] [2010] CSOH 104, [1].

[37] [2005] 1 AC 134（Bingham および Hoffmann 両裁判官の反対意見付き）.

EC 理事会指令（Directive 84/374/EEC）[38]の採択によって、EU 全体に最低限度の消費者保護制度が導入されたことで大きく変化した。この指令は、加盟国に対して、市場にあるすべての欠陥商品について、少数の比較的狭い抗弁事由を伴う厳格責任（無過失責任）のシステムを導入するように求めた。消費者保護法は、イングランド及びウェールズにおいて同指令を施行した。リーディング・ケースの１つである *A v National Blood Authority* によれば、同指令は最優先の法源であり[39]、欧州司法裁判所（ECJ）の判例法[40]を支持するものである。

同指令は、厳格責任を規定している。原告は被告のフォールトを証明する必要はなく、被告が欠陥製造物の製造者であることだけを証明すればよい。このことは、個人が負うべきリスクと、利潤を求める法人が負うべきリスクはそれぞれどの範囲か、についての判断を反映するものである。リスク計算における１つの要因は、知識と専門性が優っている結果として、当該商品に欠陥が生じることを最もコストをかけずに防止できるのは、通常は製造者であるということである。こうした理由から、製造者が全体的にコストを投じることで欠陥の発生防止を実践することが、すべての消費者に対して商品を安全に使用するように求めるよりも、最も費用のかからない解決策となる。多くの商業的な状況においては、製造者は、この少ないコストのごく一部分を消費者に託することになるであろう。したがって、厳格責任は、消費者の生活をよりシンプルにすると同時に、製造者から非難に関わるあらゆる要素を取り除くのである。厳格責任において原告が証明すべきことは、製造者が欠陥製造物を流通に置いたことのみであって、製造者がそうすることによってさらに何らかの*違法行為*を行ったことではない。

A．臓器は製造物か？

第一の問題は、臓器が、消費者保護法及び EC 指令の目的からみて製造物

---

[38] もう１つの指令として、一般的な製造物の安全に関する2001/95/EC があるが、これは安全ではない製造物が市場に届くことを防止しようとするものであり、それらから生じた諸結果について取り扱うものではない。

[39] [2001] 3 All ER 289, [2] and [21]

[40] *European Commission v UK* [1997] All ER (EC) 481: Opinion of AG Tesauro, [28]; ECJ [38] 及び [21]-[22] を見よ。

(product) といえるのかどうかである。それを肯定する論拠がある。

1．法律上の定義

EC 指令及び消費者保護法は、製造物に関する広範囲な定義を掲げている。第２条は動産 (movables) に焦点をあてているが、電気 (electricity) も含んでいる[41]。消費者保護法の第１条 (2) (c) は次のように規定する。

「『製造物』とは、すべての商品 (goods) または電気を意味し…他の製造物に組み込まれた構成品または原材料を含む。」

これに加えて、第１条 (2) (b) では、製造者の定義に際して、次のように製造物のさらなる性格を付与している。

「製造されたのではなく、採取され (won)、または抽出された (abstracted) 物質の場合には…」

そこで問題となるのは、臓器が EC 指令の範囲でいう「動産」ないしは「商品」にあたるのかどうかである。表面上は、臓器はいずれにも該当するように思われるが、これを証明するには、財産 (property) の性質について考察する必要がある。

2．財産の性質

「財産」には該当しない「製造物」の多くの例を挙げるのは困難である。歴史的には、コモン・ローの下ではヒトの組織は財産とはみなされなかった。イギリス法における変化は、人体の一部を財産とみなした刑事判例である *R v Kelly*[42]によってもたらされた。2009年のイギリス控訴院の判決である *Yearworth v North Bristol NHS Trust* は、ヒトの組織について財産権を肯定する (または否定する) ためのより広範で理論化された根拠づけに向けて基本的な転換を示した[43]。控訴院は、化学療法用に凍結された精子は、それを生産

[41] 2000年に至るまで、主要な農作物及び収穫物は「未加工の状態」であれば製造物とはされていなかったが、現在では、これらの客体は基本的には臓器と同様に扱われている。

[42] *R v Kelly* [1999] QB 621.

[43] [2010] QB 1/ 最近では、Imogen Goold and others (eds) *Persons, Parts and Property: How Should we Regulate Human Tissue in the 21st Century?* (Oxford, Hart, 2014) を見よ。また、J. Lee, 'Yearworth v North Bristol NHS Trust:

し貯蔵のために射精した者によって所有される財産であると判示した。これは、凍結装置が故障した場合に、病院側が過失によって精子を損壊したことの責任を負う可能性を意味しており、また、人体の一部、おそらくは臓器をも含む、財産についてのより広い定義を示唆するものである。

臓器が財産であるとすると、それは*誰*の財産なのであろうか？ *Veedfald v Århus Regional Authority*[44]では、移植用に採取された臓器を洗浄するための液体が臓器を損傷したことをめぐって訴訟が提起された。この訴訟はドナーではなくレシピエントの意思によって提起されたようであるが、両者が臓器に関して財産的利益を有しているか否かについては争いがある。当面の目的のためには、臓器がいったん移植されれば、それはレシピエントに帰属する製造物であると考えればよいであろう。これは、おそらく、損害を受けた製造物の所有者、ないしは欠陥製造物によって損害を受けた者が訴えを提起できるとするEC 指令とも合致すると考えられる。

3．EC 指令および消費者保護法の司法解釈と臓器

上述の *A v National Blood Authority* では、患者が病気に感染した血液を輸血されたことによる被害について、医療機関の責任を認めた[45]。本判決はまた、消費者保護法の下で、医療製品（medical product）に関して原告が勝訴したイギリスにおける最初の事例である。本件の原告は、C 型肝炎に罹患している者から採取した血液を輸血された結果、同疾患のウィルスに感染した。医師は1989年に初めてC 型肝炎ウィルスを分離し、同ウィルスに汚染された血液製剤を選別する検査が、1991年９月以降に全国で導入された。原告は、全員が1991年９月より前にC 型肝炎に罹患しており、それは1987年消費者保護法が発効した1988年３月よりも後であった。原告らは、国立血液機構（NBA）に対して、1987年消費者保護法の下でC 型肝炎に罹患したという事実について補償責任があるとの訴えを提起した。被告は、献血された血液は消費者保護法に

Instrumentalism and Fictions in Property Law' in S. Douglas, R. Hickey and E. Waring, *Landmark Cases in Property Law* (Oxford: Hart, 2015) も見よ。

[44] *Veedfald v Århus Amtskommune* [2003] 1 CMLR 41.

[45] *A v National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289.

いう製造物であり、その製造過程も工業上のものであることを認容した[46]。EC指令の下で血液が製造物に該当すると被告が認容したことは、本件が最初の事例ではなかったが、血液機構側の弁護人もこの点に反論する価値があるとは考えていなかったと推察される。

欧州司法裁判所による最も重要な判例は既述の *Veedfald* 判決[47]である。Ruiz-Jarabo Colomer 法務総裁は、当該製造物が、専門職による業務の遂行過程でのみ使用するために準備され、他所から供給されないものである場合には、EC 指令は適用されないとした[48]。このため、腎臓は財産として扱われるが、レシピエントに直ちに移植するためにドナーから腎臓を摘出する際に生じた損傷は身体への権利侵害（personal injury）にあたるとされた[49]。財産上の損害（property damage）は、当該製造物以外の財産に対して生じたものであるか、あるいは身体への権利侵害以外の性質を有するものでなければならないと解されてきた。したがって上記の事例に関しては、当該個人に対する侵害として捉えうるのである。

4．識者らの見解

識者の間では、臓器が不法行為法における製造物に当たることについては見解の一致がある。

1977年に、身体傷害の民事責任及び補償に関する Pearson 委員会は、身体傷害についての重要ではあるが最終的には無効とされた調査において、フォールトの伴わない責任に基づく製造物責任制度を勧告し、特に臓器を製造物の定義に含めるべきであるとした[50]。1995年の、ヒト細胞の倫理的・法的問題に関

---

[46] Ibid, [2].

[47] *Veedfald v Århus Amtskommune* [2003] 1 CMLR 41.

[48] AG20.

[49] Ibid. [32]-[33].

[50] Lord Pearson, Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, Cmnd. 7054-I-III 1977-78 HMSO, [1276]. The Law Commission and the Scottish Law Commission, HMSO Law Com. No. 82 及び Scot. Law Com. No 45, Liability for Defective Products, Cm. 6831 (1977), [50]-[65] を参照せよ。

する Nuffield 倫理委員会報告書は、この見解を支持した[51]。EC 指令の成立後、最も早い時期に登場した Stapleton の所説[52]では、人の臓器は EC 指令の下でも製造物にあたるとの立場に好意的な見解がわずかながら示されていた。さらに最近の識者らも、移植用臓器は EC 指令の下でも製造物であると考えているようである[53]。

このように、臓器は EC 指令の下では製造物にあたる。また、少なくとも *Kelly* 判決によれば臓器は財産にあたるというべきである。臓器は本質的にドナーの身体から「抽出」され、あるいは「採取」された製造物なのである[54]。

B．臓器が製造物であるとすれば、製造者は誰か？

移植用臓器が製造物であるとすれば、次の問題は、製造者（producer）は誰かということである。EC 指令の第３条は次のように規定する。

「『製造者』とは、完成品を生産した者、原材料を製造した者、構成品を生産した者、または自己の名称、商標もしくはその他の識別記号を製造物に付すことによって自分自身を製造者であると表示した者をいう…（３）製造者が特定できない場合は、製造物を供給した者が製造者とみなされる…」

消費者保護法は第１条２項において若干の具体化を行い、製造者とは製造物を採取または抽出した者、あるいは工業その他の過程を通じて製造物に本質的性格を付与した者をいうとしており、後者の定義は明らかに *Kelly* 判決における財産の生成に関する理解を反映している。ドナーは臓器の製造に関与していないから除外するとして、問題は移植に関係した医療スタッフが製造者といえ

---

[51] Nuffield Council on Bioethics, Human Tissue: Ethical and Legal Issues (1995): [12.57] は、「汚染された輸血用血液、あるいは損傷のある移植用臓器は、患者に与えられた情報のいかんにかかわらず『*欠陥製造物*（*defective products*）』である」とする。[12.58] も見よ（Pearson 委員会に言及しつつ、「医療目的に使用されるヒトの細胞は、厳格に製品化されていなくても、『工業ないし他のプロセスに属しうる本質的な特徴』を有するであろう」としている）。

[52] Jane Stapleton, *Product Liability* (London, Butterworths, 1994), 309-311.

[53] Andrew Grubb, Judith Laing and Jean McHale (eds) Principles of Medical Law (Oxford, OUP, 2010): 18.05　cf. 18.58.

[54] 例えば Paul Balen (ed) *Clinical Negligence* (Bristol, Jordans, 2008) を見よ。244頁にこの見解が記されている。

るかどうかである。

1．EC 指令の下では、臓器が用意され移植の準備が整ったときに「完成品」とみなされ、完成品を「生産」した者は製造者となる。

2．消費者保護法の下では、医療チームは、臓器をドナーから「抽出」あるいは「採掘」し、または臓器に本質的性格を付与する工業等の過程を経由させている。そこでいう過程とは、結合組織の検査、洗浄および調整である。

少なくとも、臓器を「完成」させた者、すなわち単に臓器を移動させたのではなく移植に適する状態にした者は、臓器を製造した者ということになる。

C．製造物に欠陥が生じるのはどのような場合か？

通常、製造者は、抗弁が成立するよりも、製品に欠陥（defect）がないと判断されることの方にはるかに関心をもつ。欠陥のある製造物を市場に流通させたことが判明したというネガティヴな宣伝の方が重要であり、それは当該訴訟での法的責任についての抗弁事由があったとしても変わらない。EC 指令に関する裁判例が比較的稀であり、特に通常の事例とは異なって、早期に解決できなかったといったことが生じるのは、こうした理由も影響している。

実際上、欠陥は最も困難な問題となる。EC 指令の第６条１項は、「人が期待しうる安全性を備えていない場合」に当該製造物には欠陥があるとする。消費者保護法第３条１項は、同様の見解を複数形を用いて規定し、「その安全性が、人々が一般的に期待しうるものではない場合」に、製造物には「欠陥がある」としている。１つの要因は、当該製造物がいつ「流通におかれた（put into circulation）」（６条１項（c））、あるいは「製造者によって第三者に供給された」のかであり、いずれの製造者が提訴されるかに関わる重要な問題となる。

それでは、人が一般に期待できるものとは何であろうか？ 本要件に関するイギリス法の解釈は流動的であり、欧州司法裁判所も、2016年12月に至るまでは最終的な準則を示してはこなかった。リーディング・ケースは *A v National Blood* である。同判決によれば、国民には、当該血液が感染していないと期待する権利がある。感染しているリスクを回避ないしは減少させるためにさらなる手段が採られたかどうかは本質的なことではない。当該血液は、想定されていた血液とは異なって「規格外（non-standard）」であるとされ、このことは、欠陥を発見すること、すなわち欠陥性（defectiveness）の判断に比重を置いていたことの表われであるように思われる。同判決はまた、血液の感染が当時は

発見できなかったために回避不可能（not avoidable）であったことは、血液の欠陥性とは無関係であるとした。2016年12月以降、同様に高等法院の第１審判決である *Wilkes v Depuy*[55]において、Hickinbottom 裁判官は Burton 裁判官の理由づけにいくつかの疑問を提起した。*Wilkes v Depuy* では、人工股関節（hip replacement）が予想よりも早期に使用不能となったことが問題とされた。Hickinbottom 裁判官は、Burton 裁判官が行ったような、損害を惹起した当該製造物の特徴を指摘することによって、欠陥より先に因果関係を問題にするという方法は採らなかった[56]。その代わりに Hickinbottom 裁判官は、あらゆる関連状況[57]を、当該製造物のもたらすリスク及び利益[58]、リスクの回避可能性（avoidability）[59]、及び「専門的中間介在者」（learned intermediaries）の役割[60]を含めて考慮すべきものとした。

これらの諸要素は、従来の裁判所による形式的な序列では同じレベルにあるため、各々が同等のウェイトを有している。Hickinbottom 裁判官の判断は、「欠陥」についての最終的な基準ではないにせよ、明確な理由づけがなされていることから、意思決定に至る新たな出発点になり得るものと評価できる。もっとも、欠陥の判断方法をめぐる解釈がいかに異なろうとも、両裁判官の見解は上記の諸要素を考慮することに帰する。Hickinbottom 裁判官によるリスク / 利益アプローチは重要な転換に見える一方で、判断基底となる諸要素に照らすならば、Burton 裁判官の見解の下においても到達しえた場合と同様の結果に至ったようにも思われる。しかしながら、Hickinbottom 裁判官が提示した、議論の余地はあるにせよ明瞭なアプローチが維持されるならば、今後の事例において、リスクの回避可能性[61]、規制基準の遵守[62]、及び専門家の役割[63]を考慮するこ

---

[55] [2016] EWHC 3096.

[56] Ibid., [58].

[57] Ibid., [77]-[78].

[58] Ibid. [13], [65] and [82].

[59] Ibid., [89].

[60] Ibid., [105]-[108].

[61]「特定のリスクが回避可能か否かという別個の疑問を詳細に考慮することは実益があるようには思われない」（ibid., [85]）ものの、この問題は、国民が期待する権利のあるものは何かという疑問として一般的に論じられている。

[62] Ibid., [97]-[98]. しかし、その基準は拘束力を有し、かつ当該製造物の安全性に

とは従来にも増して重要な意味をもつであろう。

Burton 裁判官が判示し、Hickinbottom 裁判官が追認したところによれば、国民が期待する権利のあるものは、「実際に国民が期待している内容以上になり、安全性に対するより高い基準が課されることもあれば、実際に期待している内容以下になることもありうる」という。すなわち、裁判所は、消費者―ここでは患者―が期待する権利があるものを評価するのであり、患者が実際に期待していることを評価するのではない。期待する「権利がある（entitled）」という術語は重要であって、これは客観的意義を有しており、裁判所が、例えばドナーおよび臓器の状態、移植に要する時間、さらにはレシピエントの状態および特徴などを調査することによって決定されるものと解される。この目的のためには、裁判所によって、臓器移植一般の安全性、ならびに当該患者に適した臓器の状態を重視した、より定量化可能なデータが提供されることが望ましい。

EC 指令および消費者保護法は、物質的意味での製造物自体に影響を与える方法以外に、製造物の安全性に影響を与える方法を製造者に示している。EC 指令は、「欠陥」の有無を決定する重要な状況は、「製造物の提示（presentation）」（第６条（a））であるとしており、これに対応する消費者保護法の規定はより特定され、「製造物に関連した、作為もしくは不作為についての宣伝広告、指示もしくは警告」を掲げている。実際上の見地からすれば、当該臓器が患者に移植された際の安全性を理解できるように患者、および適切な場合にはその家族を援助することによって、彼らが訴訟に及ぶ可能性を減少させることができる。製造者がさらに進んで、単に*情報を与えるだけでなく警告を発する*ならば、当該警告は製造物に欠陥が生じることを防止することが可能であろう。そうした警告は、必然的に個人の患者を対象とすると思われるが、それにもかかわらず

ついて詳細な説明を与えるものであることが必要である。また、そうした基準は通常は規制機関によって公示されるものであり、単に、移植医のような当該領域における専門家の最善慣行として示されるものではない。

[63] 医療機器に関する重要事項は医療メーカーによって決定されるが、医療の実施主体は医師である。臓器自体に欠陥がある可能性が低い場合であっても、一連の移植作業の一部として何らかの医的介入が行われた場合には、摘出後、さらには洗浄と検査が終了した後の段階においても、関与する医師に対しては、より重大な責任が課されることもあると考えられる。

人々が一般的に期待する権利のあるものにも影響を及ぼすのである。

それでは、人は移植された臓器について、どのレベルの安全性を期待する権利を有するのであろうか？　その答えは、血液の場合よりもわずかであることは確実であろう。周知されているリスクは多種多様である。そのリスクは、もしも「十分に認識されており、社会的に受容可能である」ならば、EC 指令の第６条３項にいう欠陥を有しない製造物を作成することに資するであろう[64]。原告は、実務ではそれを行う方が有利になると思われるものの、安全性が欠如した原因、ないし製造物に欠陥が生じた理由について証明する必要はない。他方、原告は欠陥と損害の間の因果関係については証明しなければならない[65]。臓器移植では、移植リスクと、それに対抗する重要な利益とを衡量する必要がある。そうしたリスクの１つとして、特に、臓器の利用が可能になった時点での期限の短かさが挙げられる。このことは、検査に関する知識ではなく、検査に要する時間について、「回避可能性」の基準を承認することに近づくものである。実際には、単に時間の問題にとどまらず、臓器を構成する有機体（organisms）の範囲が広いために、それらを１つの臓器全体の中で検査することの困難さがより大きくなっているのである。当該臓器が規格外品かどうかを問題にする Burton 裁判官のアプローチは、全く理解不可能であり、Hickinbottom 裁判官による判決後は撤回されたかもしれないが、実際上、臓器のように多様性のある対象に適用することは困難であった。ある臓器について、それが規格外品か否かを判断することはできない。また、臓器は、摘出の過程で病原菌が混入したことを除いて、設計も加工もなされていない。それにもかかわらず、患者らは、移植された臓器が、臓器移植手術に伴うリスクを正当化する最低限の生存能力を有することを期待する権利がある。実際にも、患者らは、待機者リストに登載されたままにするといった他の選択肢と比較して、移植を受ける方が十分な成功のチャンスをもたらすと期待するかもしれない。彼らは、NHS がカヴァーするために移植された臓器の価額を支払う必要はないことを期待するかもしれないし、他の臓器、および待機者リストの登録コストとは対照的に、移植された臓器が金銭的価値をもたらすことをも期待するかもしれない。これらの要因が、医療チームが評価の対象とすべき（おそらく実際には評価している）

[64] *A v National Blood*, [78].

[65] *Wilkes v Depuy*., [73].

ものなのである。

最後に、欧州司法裁判所の製造物責任に関する最新判例である *C-503/13 Boston Scientific v AOK Sachen-Anhalt* も重要な意義をもつ[66]。本件では、体内埋込み型のペースメーカーと除細動器が問題となり、それらは潜在的な欠陥を有する同種の型ないしは製品シリーズの一部であった。欧州司法裁判所は、問題となっている特定の機種について、当該モデルに実際に欠陥があるという証拠がなくても、欠陥があるものとすることを認めた。しかしながら、この判断は、損傷に対する潜在的な異常性を有する医療製品に関する場合であって、かつ患者が高次の安全性を期待する権利がある状況に限定されるように思われる。このことは、臓器一般にとっては次の２点において意味をもつであろう。第一に、同一のドナーから提供された別の臓器が欠陥を有していた場合、または当該欠陥が遺伝性のもの、ないしは状況によっては伝播可能なものであって、ドナーの家族の一員から提供された別の臓器が欠陥を有していた場合には、当初の移植された臓器については、さらなる証明がなくても欠陥をもつものとされうる。第二に、移植用臓器を準備するための過程では、*Veedfald* 判決にみられたように臓器の損傷を伴いやすいことから、その過程で処置された他の臓器も、必要に応じて、さらなる証明がなくても欠陥をもつものとみなしうる。

D．抗弁事由

EC 指令には、被告に、被害者の同意に基づいて責任の不存在を主張することを認める規定はない。また、被告には、明示的な免責事由が認められていない[67]。出訴期間は、原告によって損害が発見された時点から３年間であり、移植の時点から10年間である。これらの期間は、いずれも疑いを容れない程度に証明される必要がある[68]。さらに、被告は製造物を「流通に置く」（７条(a)）、「他者へ供給する」（CPA4条（1）(b)）、あるいは利益を得る目的なくこれらの行為を行うことが要件となる（７条 (c) および CPA4条（1）(c)）。最後に、７条 (e) により、「[被告が] 当該製造物を流通に置いた時点での科学的および技術的知

[66] [2015] 3 CMLR 6.

[67] Article 12; CPA 1987, s. 7.

[68] Limitation Act 1980, s. 11A; 訴えの原因が発生した日の方が遅ければ、それが起点となる。

識の状態が、欠陥の存在を発見することを可能とするものではなかった」場合には抗弁事由になるとする[69]。いずれにしても、*A v National Blood* によれば、その時点において欠陥が未知のものであり、かつ予測不可能であったのでないかぎりは、抗弁事由を主張することはできない。

5．代替手段

不法行為法が臓器移植を規制する完璧な方法ではないとすると、代替手段はあるのだろうか？

第一に、インフォームド・コンセントを取得しなかったことについて過失行為ないしは落ち度があり、それが損害を惹起した場合、あるいは臓器に欠陥があり、合理的に予見可能な損害を患者が被った場合、不法行為法は補償を認める。しかしながら、不法行為訴訟は、システム上の費用の大部分が取引のためのコスト、特に弁護料に使われるため、補償のための効率的な方法とはいえない[70]。NHS の訴訟担当機関は、2013年から2014年までに、医療訴訟に11億ポンドの補償金を支払っており[71]、その３分の１は原告の弁護士に対してであったが、そのうち50％は、平均の請求額が10万ポンド以下の訴訟であった[72]。より低コストのシステムの構築が明らかに優先事項であり、臓器移植にとっても、このことがまさに妥当する。移植患者の収入能力の低さを前提とすると、請求額も通常は低額となるであろう。

こうした財政的なリスクは、防御的な、望ましくない医療を促進することになるのであろうか？　上述した責任の考え方に基づくならば、そうなるべきではない。不法行為責任は公平であり、広く承認された社会的な目的を追求するものである。結局のところ、私たちには、そうした医療の行方は確言できない[73]。実際、英国医師会（British Medical Association）も、訴訟行為がイノベー

[69] 消費者保護法４条１項（e）の方がわずかに要件が緩和されているが、この場合は EC 指令が優先する。

[70] 例えば、Peter Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (CUP, 2013), Ch 1, 8-10を見よ。

[71] NHS Litigation Authority Report and Accounts 2014/15, HC293, 4.

[72] Ibid., 10.

[73] Oliver Quick 'Patient safety and the problem and potential of law' (2012) 28

ションの障壁になるという証拠はないとしている[74]。少なくとも、訴訟のおそれは、刑事制裁以上に医師の行動に影響を与える可能性がある。刑事制裁が科されるのはまれであり、多くの他の犯罪に対する場合と比較すると、（医療過誤については）厳罰に処されることはないからである[75]。

第二に、不法行為訴訟は、被害者が、基本的な権利の正当性を立証することを可能とする。このことは、*Montgomery* 判決のなかで意思決定権が表明されてからは、特に医療事例において顕著である。患者は、治療あるいは治療を実施する者についての選択権を行使し、法は、基本的な選択権だけでなく、選択内容自体を正当化する。もっとも、証明の費用は高価であり、弁護される権利はしばしば現実化しないことがある。

第三に、不法行為訴訟は、被害者が、不法行為者に対して、なされた不法行為について象徴的かつ有形的（物質的）な方法で説明させることを可能とする。これが、「民事償還請求（civil recourse）」[76]というべきものか、あるいは他のものかは別として、責任が不法行為者のみに集中し、他の者へは拡散しないことの強力な理由である。

どのような代替手段が可能であろうか？　今日のシステムでは、主たる問題は実体的な責任ではなく、民事訴訟手続の費用である。NHS の訴訟局（litigation authority）は、可能な場合には訴訟を回避しようとしているが、同時に、補償をすることなく訴訟を拒否した例が、医療過誤訴訟の３分の１から２分の１になると誇示している[77]。NHS の調停機関が１年前に発足してから、原告の法定代理人との間で、ほとんど調停に成功したことはない[78]。同時に、雇用主とし

---

(2) Professional Negligence 78, 84.

[74] http://bma.org.uk/-/media/files/pdfs/working%20for%20change/policy%20and%20lobbying/pa-medicalinnovationbill-23-01-2015.pdf

[75] Danielle Griffiths and Andrew Sanders,'The road to the dock: prosecution decision-making in medical manslaughter cases' in Andrew Sanders and Danielle Griffiths (eds) *Bioethics, Medicine and the Criminal Law: Medicine, Crime and Society vol 2* (CUP, 2012).

[76] 概括的には、R.A. Duff, 'Torts, crimes and vindication: whose wrong is it?' in M. Dyson (ed) *Unravelling Tort and Crime* (CUP, 2014) を見よ。

[77] Ibid.,9 and 18 cf.19.

[78] Ibid., 24.

ての責任と公的な責任の範囲内で、簡素化されたコストと処理が重要であるとされているので、将来的にはそのためのいくつかの可能性が提示されるはずである[79]。不法行為法が提示する実体的ルールに実効性を与えるための効率的かつ有効な手段は、いくつかのモデルを結合することによって導かれるであろう。

1つの代替的システムは、不法行為責任を第一当事者保険システム（first party insurance system）に置き換えることである。フォールトに基づく不法行為責任のすべてを第一当事者保険システムで置き換えることについては、多くの賛成意見がある。しかし、それを少しずつでも実現するには、多様な議論が必要である。基本的に、移植に関しては、異なった制度を必要とするという理由で別扱いすべきであろうか？ もしもそうだとすると、誰が費用の支払いをすべきか？ 不法行為法一般を他の制度に置き換えることはニュージーランドで実施されてきたが、実際には、リスク開示を行わなかった場合のためのスキームが存在する[80]。そうしたスキームによって、私人としての原告に純粋に自分自身の利益を追求させるのではなく、エラー及びそれを生じさせた実務の特定を促進すべきではないかが議論されているのである。

疾患を感染させた臓器移植に関する現行の枠組みである不法行為法の内容よりも、別のシステムの方が明らかに優れているといった判断を行うことは困難である。しかしながら、民事訴訟は、不法行為法による保護を効果的に実施するための重要なハードルであり、将来におけるさらなる検討課題であることは確かである。

6．結論

現状では、臓器移植によって疾患を感染させた場合、大部分が過失責任および製造物責任によって法的に対応されることになる。主たる問題は、法律の規

[79] Ibid., 23.

[80] 概括的には、Tamsyn Clark and Donal Nolan, 'A Critique of Chester v Afshar' (2014) 34 Oxford J Leg Stud 659, 689-91; PDG Skegg, 'English Medical Law and "Informed Consent": An Antipodean Assessment and Alternative' (1999) 7 Med L Rev 135; Joanna Manning, 'Informed Consent to Medical Treatment: The Common Law and New Zealand's Code of Patients' Rights' (2004) 12 Med L Rev 181を見よ。

制からではなく、移植の状況の根底にある困難さに起因するものである。

不法行為法による規制を理解することは、準最適な臓器に対する医学的対応の側面を強化するだろう。同意が製造物責任と無関係であることは確かであるが、そのことは、患者の「同意を得る」プロセスが、実際上、製造物責任に対して何ら有益ではない、ということを意味するものではない。インフォームド・コンセントを取得するために構成されたプロセス（それは *Montgomery* 判決が示した義務を満たすものである）は、臓器の製造者が（臓器から合理的に何を期待できるかを示すことによって、具体的にはその危険性について警告することによって）臓器の安全性に影響を及ぼし得る最も効果的なものである。同様に、医療スタッフに法的義務が課されていると解することによって、彼らは医療に集中することが可能となる。このようにして、移植チームは、研究のためのさらなる投資とプライオリティを追求し、生じうる責任が数量化されるしくみをよりよく理解し、それを視野に入れつつ、移植手術を実施することができるであろう。医療関係者は、過失責任を問われるという潜在的リスクがあることについては以前から認識してきたが、インフォームド・コンセントに対する近時の考え方の変化は、過失責任が生じるリスクの形態をも若干変容させたといえるのかもしれない。しかしながら、臓器を製造物として理解するならば、そうした分析のもつ意味は変わってくる。医療関係者は、医療チームによるケアの態様にとどまらず、臓器の安全性をも考慮する必要がある。人的なフォールトがなくても製造物責任が問われうるだけに、医療関係者は、提供された臓器の移植性転移（implantation）に注意を払い、迅速に処理することによって、最善の臓器がレシピエントに届くようにすべきなのである。

（了）

〔解題〕

本稿は、オックスフォード大学法学部のマシュー・ダイソン（Dr. Matthew Dyson）准教授が、2016年12月11日、北海道大学東京オフィスで開催された「国際ワークショップ・病腎移植をめぐる法的諸問題―ドナーの拡大はどこまで可能か―」（主催：北海道大学法学研究科附属高等法政教育センター／科研費基盤研究（B）による「病腎移植と法」研究グループ）において報告された基調講演 “The legal regulation of sub-optimal transplanted organs” を、同准教授の

許諾を得て訳出したものである。同ワークショップではほかに、Yang Chul Woo 教授（韓国カトリック大学医学部）ならびに奥田純一郎教授（上智大学法学部）による基調講演も行われた（このうち奥田教授による講演は、「病腎移植の法的・倫理的問題：ドナーの『拡大』か『再定義』か」と題して上智法学論集60巻３＝４号（2017年）123頁以下に掲載されている）。

ダイソン准教授は、ケンブリッジ大学法学部を卒業し、同大学大学院修士・博士課程を修了後、同大学 Jesus College（2008 ～ 2011年）および Trinity College（2011 ～ 2016年）のフェローを経て、2016年10月からオックスフォード大学法学部准教授ならびに同大学 Corpus Christi College のフェローを務めている。専門は刑法および不法行為法であり、特に両者の関係性を比較法的・歴史的視点から検討する研究で著名である。主な編著書として、*Unravelling Tort and Crime* (2014,OUP)、*Comparing Tort and Crime* (2015, OUP)、*Fifty Years of the Law Commissions: The Dynamics of Law Reform* (2016, Hart)、*Regulating Risk Through Private Law* (2018, Intersentia) などがあり、また、刑法分野の法令集である *Blackstone's Statutes on Criminal Law 2017-18* (2017, OUP) の編集者としても知られている。

「病腎移植」（ドナーとなる患者の疾患上の必要から腎臓の一方を摘出し、その摘出された腎臓を（腫瘍を除去するなどした上で）腎移植を必要とする他の患者（レシピエント）に移植する方法）の問題は、わが国では2006年９月に愛媛県宇和島市内で発生した臓器移植法違反事件（臓器売買罪）および同年11月に明らかになった同県内ほか近隣県内での生体腎移植事件に端を発する。これらの事件を契機として、厚労省の臓器移植ガイドラインが改正され、病腎移植は「現時点では医学的に妥当性がな」く、「臨床研究として行う以外は、これを行ってはならない」との規定が設けられ、関係諸学会からも非難声明が出されるなど、医学界では一般的に否定的見解が大勢を占め、法的評価としてもその問題点を指摘する見解が多かった*。ところが、2017年10月に、厚労省の先進

---

* これについては、山本輝之「生体移植―刑法上の問題点の検討」成城法学82号（2013年）９頁以下、甲斐克則『臓器移植と刑法』（2017年、成文堂）119頁以下および125頁以下、城下裕二「生体移植と刑法」甲斐克則（編）『臓器移植と医事法』（2015年、信山社）83頁以下などを参照。

** 朝日新聞2018年７月６日付朝刊。

医療技術審査部会は、病腎移植を推進する医師らからの申請を、条件付きながら「先進医療Ｂ」として承認した。これに対応して、非難声明を出していた諸学会からも同年12月には「腎摘出術による病気腎（小径腎腫瘍）を用いた修復腎移植の先進医療適応に関する要望書」が提出され、病腎移植の適切な実施、適正な記録保存と術後リスクの評価を求めるに至った。さらに、2018年７月５日には厚労省の先進医療会議が病腎移植を先進医療として正式に承認し、医療保険の適用が可能になることが報道され**、事態は新たな局面を迎えている。

他方、イギリスにおいては、従来から疾患のある臓器を生体移植に用いること自体は受容されており、英国移植協会（British Transplantaion Society）の生体腎移植ガイドライン（Guidelines for Living Donor Kidney Transplantation, 4th ed., 2018）でも、ドナーに腎がんを含む既往症がある場合の適応基準（5.18）が規定されている。同国での問題意識は、病腎移植の是非そのものではなく、病腎移植の結果として、レシピエントに予見していなかった障害が生じた場合の対応であって、法的側面においてもまさにその点が検討されつつある。ダイソン准教授はそうした議論をリードしている代表的研究者であり、その機縁となったのは、本講演の冒頭で述べられている2014年のカーディフ病院での（ドナー死亡後の腎移植による）レシピエント死亡事例であった。ダイソン准教授はいち早く、医学雑誌の Lancet に同事例についての論稿を発表された（Matthew Dyson and Kourosh Saeb-Parsy et al., “Transplanting suboptimal organs: medicolegal implications” (2015) 386 Lancet 369）。本講演では、上記論稿で示された基本的視点の下で、不法行為法、特に製造物責任を中心とした法的対応の重要性という興味深い見解が展開されているが、今後のわが国での議論にとっても示唆を与えるものと思われる。

なお、訳者は2015年秋学期に、ケンブリッジ大学 Wolfson College、および同大学法学部に新設された Centre for Law, Medicine and Life Sciences (LML) に客員研究員として滞在し、同年10月に同大学医学部付属病院臓器移植センターの研究会において、LML 所長の Dr. Kathleen Liddell および医学部講師の Dr. Kourosh Saeb-Parsy のご厚意により、“Diseased Kidney Transplantation in Japan : Focusing on Dr. Mannami’s Cases” と題してわが国の病腎移植に関する報告の機会を得たが、ダイソン准教授とはそのときに初めてお会いし、それ以来、学術的交流を継続している。本講演の翻訳に際しても、数々の有益な助言をいただいたことに、心より感謝を申し上げたい。

本稿は、平成26 ～ 28年度・科研費基盤研究（Ｂ）〔課題番号26285017〕「病腎移植に関する刑事法の諸問題の総合的検討」（研究代表者：城下裕二）による研究成果の一部である。

判例研究

刑　事　判　例　研　究

小棚木　公　貴

強制わいせつ罪の成立と性的意図の要否

平成29年11月29日最高裁大法廷判決[1]
平成28年（あ）第1731号　児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護に関する法律違反、強制わいせつ、犯罪による収益の移転防止に関する法律違反被告事件
刑集71巻９号467頁

Ⅰ　事案の概要

被告人は、被害者（当時７歳の女子）が13歳未満の女子であることを知りながら、平成27年１月下旬頃、被告人方において、被害者に自身の陰茎を触らせ、

[1] 本判決の評釈・解説として、前田雅英「判批」捜研804号（2017年）２頁以下、豊田兼彦「判批」法セ757号（2018年）123頁、成瀬幸典「判批」法教449号（2018年）129頁、曲田統「判批」法教450号（2018年）51頁以下、馬渡香津子「判批」ジュリ1517号（2018年）78頁以下、松木俊明＝奥村徹＝園田寿「判批」法セ758号（2018年）48頁以下、木村光江「判批」ジュリ1518号（2018年）156頁以下、村井敏邦「判批」時法2043号（2018年）50頁以下、高橋則夫「判批」論ジュリ25号（2018年）113頁以下、松宮孝明「判批」刑弁94号（2018年）74頁以下、奥村徹「判批」判時2366号（2018年）131頁以下、小林憲太郎「判批」判時2366号（2018年）138頁以下、佐藤拓磨「判批」判時2366号（2018年）143頁以下、塩見淳「判批」刑ジャ 56号（2018年）33頁以下、園田寿「判批」TKC Watch 刑法 No.125（2018年）１頁以下、石飛勝幸「判批」公論73巻８号（2018年）88頁以下。

口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどの行為（以下、「本件行為」とする）をした[2]。

第一審判決（神戸地判平成28年３月18日刑集71巻９号520頁参照）[3]は、全裸の被害者に自身の勃起した陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触り、射精してその精液を被害者の顔に付けるといった被告人の行為は通常性的意図を伴うものと推認できるが、一方で「金に困ってＢから金を借りようとしたところ、金を貸すための条件として被害者とわいせつな行為をしてこれを撮影し、その画像データを送信するように要求されたから、わいせつな行為をしているような演技をしてその様子を撮影して送信したのであって、その目的は金を得ることにあり、上記の行為によって自己の性欲を刺激興奮させ、満足させる意図はなかった」とする被告人の供述の信用性は認められるため、本件行為がこのような特殊な経緯により、特殊な目的で行われたものであることを踏まえて考えると、本件行為につき被告人に性的意図があったと認定するにはなお合理的な疑いが残ると認定した。

しかし、「強制わいせつ罪の保護法益は、被害者の性的自由と解されるところ、犯人の性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられない。また、犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別の主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しない。よって、客観的にわいせつな行為がなされ、犯人がそのような行為をしていることを認識していれば、同罪が成立すると解するのが相当である。弁護人は、これと異なる最高裁判所の判例を指摘するが、当裁判所は、同判例は相当でないと判断した。本件では、被告人が被害者に対して客観的にわいせつな行為をしたこと及びその際に自分がそのような行為をしていることを認識していたことは証拠上明らかである。」と判示し、結論として本件行為について強制わいせつ罪（176条後段[4]）の成立を認めた。

---

[2] なお、本事例では被害者との本件行為に係る被害者の姿態および全裸又は半裸の状態で陰部または胸部を露出した被害者の姿態をスマートフォンで撮影し、画像データをＢのスマートフォンに送信した行為についても併合審理されており、当該行為については児童ポルノ規制法上の罪（児童ポルノ製造罪および児童ポルノ電磁的記録提供罪）の成立が認められている。

[3] 同判決の評釈として、成瀬幸典「判批」法教432号（2016年）166頁。

[4] 本件行為における「被告人の陰茎を口にくわえさせ」た部分については、平成

これに対し被告人は控訴し、強制わいせつ罪が成立するためには犯人に性的意図が必要であるとして、被告人には性的意図が全くなかったにもかかわらず、本件行為について強制わいせつ罪を成立させたことは許されないと主張した。しかし、原判決（大阪高判平成28年10月28日刑集71巻９号524頁参照）[5]は、被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残ると認定した第一審判決の判断を相当としたうえで、「強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由と解され、同罪は被害者の性的自由を侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、強制わいせつ罪が成立し、行為者の性的意図の有無は同罪の成立に影響を及ぼすものではないと解すべきである。その理由は、原判決も指摘するとおり、犯人の性欲を刺激興奮させ、または満足させるという性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられないし，このような犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別な主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しないと考えられるからである。そうすると、本件において、被告人の目的がいかなるものであったにせよ、被告人の行為が被害女児の性的自由を侵害する行為であることは明らかであり、被告人も自己の行為がそういう行為であることは十分に認識していたと認められるから、強制わいせつ罪が成立することは明白である。以上によれば、強制わいせつ罪の成立について犯人が性的意図を有する必要はないから、被告人に性的意図が認められないにしても、被告人には強制わいせつ罪が成立するとした原判決の判断及び法令解釈は相当というべきである。当裁判所も、刑法176条について、原審と同様の解釈をとるものであり、最高裁判例（最高裁昭和45年１月29日第１小法廷判決・刑集24巻１号１頁）の判断基準を現時点において維持するのは相当ではないと考える。」として、本件行為について強制わいせつ罪の成立を認めた。

これに対して被告人は上告し、原判決は、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のも

29年７月13日より施行された刑法177条の「口腔性交」にあたる可能性があるが、平成27年１月下旬頃に犯行が行われた本事案では刑法６条よりこの部分についても刑法176条後段の適用の有無が問題となる。

[5] 同判決の評釈として、前田雅英「判批」捜研800号（2017年）32頁以下。

とに行われることを要するとした最一小判昭和45年１月29日刑集24巻１号１頁に反すると主張した。

Ⅱ　判旨

最高裁大法廷は以下のように判示し、裁判官15名全員一致の意見によって弁護人の上告を退けた。

「(4)　しかしながら、昭和45年判例の示した…解釈は維持しがたいというべきである。

ア　現行刑法が制定されてから現在に至るまで、法文上強制わいせつ罪の成立要件として性的意図といった故意以外の行為者の主観的事情を求める趣旨の文言が規定されたことはなく、強制わいせつ罪について、行為者自身の性欲を刺激興奮させたか否かは何ら同罪の成立に影響を及ぼすものではないとの有力な見解も従前から主張されていた。これに対し、昭和45年判例は、強制わいせつ罪の成立に性的意図を要するとし、性的意図がない場合には、強要罪等の成立があり得る旨判示しているところ、性的意図の有無によって、強制わいせつ罪（当時の法定刑は６月以上７年以下の懲役）が成立するか、法定刑の軽い強要罪（法定刑は３年以下の懲役）等が成立するにとどまるかの結論を異にすべき理由を明らかにしていない。また、同判例は、強制わいせつ罪の加重類型と解される強姦罪の成立には故意以外の行為者の主観的事情を要しないと一貫して解されてきたこととの整合性に関する説明も特段付していない。

元来、性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質があると考えられる。諸外国においても、昭和45年（1970年）以降、性的な被害に係る犯罪規定の改正が各国の実情に応じて行われており、我が国の昭和45年当時の学説に影響を与えていたと指摘されることがあるドイツにおいても、累次の法改正により、既に構成要件の基本部分が改められるなどしている。こうした立法の動きは、性的な被害に係る犯罪規定がその時代の各国における性的な被害の実態とそれに対する社会の意識の変化に対応していることを示すものといえる。

これらのことからすると、昭和45年判例は、その当時の社会の受け止め方などを考慮しつつ、強制わいせつ罪の処罰範囲を画するものとして、同罪の成立要件として、行為の性質及び内容にかかわらず、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを一律に求めたものと理解

できるが、その解釈を確として揺るぎないものとみることはできない。

イ　そして、『刑法等の一部を改正する法律』（平成16年法律第156号）は、性的な被害に係る犯罪に対する国民の規範意識に合致させるため、強制わいせつ罪の法定刑を６月以上７年以下の懲役から６月以上10年以下の懲役に引き上げ、強姦罪の法定刑を２年以上の有期懲役から３年以上の有期懲役に引き上げるなどし、『刑法の一部を改正する法律』（平成29年法律第72号）は、性的な被害に係る犯罪の実情等に鑑み、事案の実態に即した対処を可能とするため、それまで強制わいせつ罪による処罰対象とされてきた行為の一部を強姦罪とされてきた行為と併せ、男女いずれもが、その行為の客体あるいは主体となり得るとされる強制性交等罪を新設するとともに、その法定刑を５年以上の有期懲役に引き上げたほか、監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪を新設するなどしている。これらの法改正が、性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかである。

ウ　以上を踏まえると、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。

⑸　もっとも、刑法176条にいうわいせつな行為と評価されるべき行為の中には、強姦罪に連なる行為のように、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかが評価し難いような行為もある。その上、同条の法定刑の重さに照らすと、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てが同条にいうわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきものではない。そして、いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的評価として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄であると考えられる。

そうすると、刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、

事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ないことになる。したがって、そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い。しかし，そのような場合があるとしても、故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。

(6) そこで、本件についてみると、第１審判決判示第１の１の行為（筆者注：本件行為）は、当該行為そのものが持つ性的性質が明確な行為であるから、その他の事情を考慮するまでもなく、性的な意味の強い行為として、客観的にわいせつな行為であることが明らかであり、強制わいせつ罪の成立を認めた第１審判決を是認した原判決の結論は相当である。（下線部は刑集記載のとおり）」

Ⅲ　はじめに

強制わいせつ罪（176条）の構成要件は、客体の年齢によって異なる。すなわち、客体が13歳以上の者[6]である場合（176条前段）には手段として暴行又は脅迫を用いることが必要である。これに対して、客体が13歳未満の者である場合には、手段たる暴行又は脅迫は不要である（176条後段）。他方で、「わいせつな行為」は両者に共通する構成要件要素である。この意義について示した最高裁判例は存在しないものの、下級審裁判例[7]には、わいせつ物頒布罪（175条）における「わいせつ」の意義[8]と同様に「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反する」行為と解したものが存在する。また、通説によると客体が13歳未満の者である場合には主観的要件として客体が13歳未満であることの認識が必要である[9]。

---

[6] 従来、強制わいせつ罪の客体は「男女」と規定されていたが、平成29年７月13日以降は「者」と規定されている。

[7] 名古屋高金沢支判昭和36年５月２日下集３巻５＝６号399頁。

[8] わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」の意義について示した判例として、最判昭和26年５月10日刑集５巻６号1026頁（サンデー娯楽事件判決）がある。

[9] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第９巻（第３版）』（青林書院、2013年）69頁〔亀山継夫＝河村博〕参照。

本判決では、以上に加えて強制わいせつ罪の構成要件として行為者の性欲を刺激興奮させまたは満足させる意図（以下、「性的意図」とする[10]）が必要か否かが問題となった。この点について、既に最高裁は最一小判昭和45年１月29日刑集24巻１号１頁（以下、「昭和45年判決」とする）において、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が性的意図のもとに行われることを要すると判示しており、強制わいせつ罪の構成要件として一律に性的意図が必要であるという見解を示していた（以下、「一律必要説」とする）。昭和45年判決については判決直後から学説上の批判を集めたものの、昭和45年判決以降、被告人の性的意図を否定して強制わいせつ罪の成立を否定した、あるいは強要罪を成立させた裁判例は公刊物上見当たらず、裁判所は昭和45年判決の解釈に従って強制わいせつ罪を成立させていると評価されてきた[11]。

このような状況の中、本判決の第一審判決及び原判決は被告人の性的意図を否定しながら、強制わいせつ罪の成立を認めて昭和45年判決に反する判断を行い、本判決も昭和45年判決の解釈を変更して第一審判決及び原判決の結論を是認した。このように、性的意図の要否に関する解釈を変更した本判決は重大な意義を持つ判決である。これに加え本判決は、「わいせつな行為」該当性の判断枠組みを示していることから、かかる判示部分についても今後の裁判に多大な影響を与えることが予想される。

以上を踏まえ本稿では、性的意図の要否に関する学説および従来の判例・裁判例を分析したのち、本判決の射程について検討を加える。

Ⅳ　昭和45年判決の検討

まずは強制わいせつ罪の成立における性的意図の要否につき、一律必要説に基づく解釈を示した昭和45年判決について検討を試みる。

１．昭和45年判決の概要

[10] 下級審裁判例の中には、このような意図について性的意図という表現ではなく、わいせつ目的、わいせつ意図、わいせつ傾向、わいせつ意思等の表現をするものがある。本稿では、「性的意図」という語に統一して表記する。

[11] 橋爪・後掲注（12）30頁以下、小田・後掲注（12）28頁以下、丹羽・後掲注（12）32頁以下、伊藤・後掲注（12）30頁以下。

被告人は、内妻Aが B（当時23歳）の手引きにより逃げたものと信じ、これを詰問すべく自室に B を呼び出し、A と共に B に対し「よくも俺を騙したな、俺は…何もかも捨ててあんたに仕返しに来た。硫酸もある。お前の顔に硫酸をかければ醜くなる。」と申し向ける等して約２時間にわたり B を脅迫し、B が許しを請うのに対し、B の裸体写真を撮ってその仕返しをしようと考え、「５分間裸で立っておれ。」と申し向け、畏怖している B を裸体にさせてこれを写真撮影した。

第一審判決（釧路地判昭和42年７月７日刑集24巻１号12頁参照）は、「強制わいせつ罪の被害法益は、相手の性的自由であり、同罪はこれの侵害を処罰する趣旨である点に鑑みれば、行為者の性欲を興奮、刺激、満足させる目的に出たことを要する所謂目的犯と解すべきではなく、報復、侮辱のためになされても同罪が成立するものと解するのが相当である」として強制わいせつ罪を認め、原判決（札幌高判昭和42年12月26日刑集24巻１号14頁参照）も「このような裸体写真をとる行為が被害者の性的自由を侵害するわいせつな行為に該当することはいうまでもない」として「被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかつたとは俄かに断定し難いものがあるのみならず、たとえかかる目的意思がなかつたとしても本罪が成立する」と判示して第一審判決の判断を支持した。

これに対して、昭和45年判決[12]は「職権により調査するに、刑法176条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であつても、これが専らその婦女に報復し、ま

[12] 同判決の評釈・解説として、植松正「判批」ひろば23巻６号（1970年）41頁以下、木村栄作「判批」警論23巻８号（1970年）132頁以下、岡野光雄「判批」早稲田社会科学研究８号（1970年）159頁以下、時国康夫「判解」最判解刑事昭和45年度（1971年）１頁以下、平野龍一「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第32巻第33巻』（有斐閣、1987年）１頁以下、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ708号（1989年）63頁以下、匿名解説・捜研448号（1989年）81頁以下、室井和弘「判批」研修609号（1999年）65頁以下、西原春夫「判批」別ジュリ83号（1984年）36頁以下、大野平吉「判批」別ジュリ117号（1992年）32頁以下、橋爪隆「判批」別ジュリ143号（1997年）30頁以下、小田直樹「判批」別ジュリ167号（2003年）28頁以下、丹羽正夫「判批」別ジュリ190号（2008年）32頁以下、伊藤亮吉「判批」別ジュリ221号（2014年）30頁以下。

たは、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである。」「してみれば、性欲を刺戟興奮させ、または満足させる等の性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立するとした第一審判決および原判決は、ともに刑法176条の解釈適用を誤つたものである。」「もつとも、年若い婦女…を脅迫して裸体にさせることは、性欲の刺戟、興奮等性的意図に出ることが多いと考えられるので、本件の場合においても、審理を尽くせば、報復の意図のほかに右性的意図の存在も認められるかもしれない。しかし、第一審判決は、報復の意図に出た事実だけを認定し、右性的意図の存したことは認定していないし、また、自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にし、単にその立つているところを写真に撮影した本件のような行為は、その行為自体が直ちに行為者に前記性的意図の存することを示すものともいえないのである。しかるに、…原判決は、本件被告人に報復の手段とする意図のほかに、性欲を刺戟興奮させる意図の存した事実を認定したものでないこと明らかである。」「第一審判決の確定した事実は強制わいせつ罪にはあたらないとしても、所要の訴訟手続を踏めば他の罪に問い得ることも考えられ、また原判決の示唆するごとく、もし被告人に前記性的意図の存したことが証明されれば、被告人を強制わいせつ罪によつて処断することもできる次第であるから、さらにこれらの点につき審理させるため…本件を原裁判所に差し戻すべきものとする。」と判示した。なお、同判決には原判決の判断を相当とする２名の反対意見がある。

このように、昭和45年判決は強制わいせつ罪の成立要件として一律に性的意図を要求しているが、その理論的根拠を示していないため、昭和45年判決のみから一律必要説の理論的根拠を特定することは困難である。

２．性的意図の要否に関する学説状況

性的意図の要否に関する学説としては、一律必要説のほか、「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素の一つとして性的意図が必要であると解する説（以下、「一部必要説」とする）、および性的意図は全く不要であると解する説（以下、「不要説」とする）の３説に大別される[13]。なお、これまで性的意図の要否とい

[13] なお、成瀬・前掲注（３）166頁は、176条前段の本質は他者をその意思に反

う論点においては性的意図は成立要件として必要か、それとも全く不要かという観点から議論がなされていたため、一律必要説および一部必要説は必要説として統一的に理解されてきたが、後にみるように本判決は一律必要説を否定し、一部必要説に立った判示を行っていることから、本稿ではそれぞれ別の学説として理解する[14]。

(1) 一律必要説

一律必要説が主張される根拠として、強制わいせつ罪が傾向犯であることを挙げるものがある。行為に違法性を与え、または行為の違法性を強める主観的要素を主観的違法要素といい、これが定型的に構成要件に取り込まれたものを主観的構成要件要素というが、このとき、行為者の主観的傾向が主観的違法要素として主観的構成要件要素を構成するような犯罪については講学上、「傾向犯」と定義されることがある[15]。

このような理解を前提とすると、純客観的には同一の行為であっても、性的意図のもとで行われた場合には違法性を帯び、診察や治療の目的で行われた場合には違法性を帯びないとすることで、強制わいせつ罪は傾向犯であると解釈することが可能である。そして、性的意図のもとで行われた場合にのみ違法性を帯びるのであるから、強制わいせつ罪の成立には主観的構成要件要素として一律に性的意図が必要であると主張するのである[16・17]。

なお、昭和45年判決の調査官解説が「強制わいせつ罪を目的犯とみ…るとの

して自己又は第三者を性的衝動・性的欲求の対象として扱うことの禁止にあるため、行為者の性的意図を故意とは別個の主観的要件として解すべきとする一方で、176条後段の本質は13歳未満の子供をわいせつ行為の対象とすること一般の禁止であるため、行為者の性的意図を成立要件とするべきではないと主張し、性的意図の要否について前段では一律必要説、後段では不要説として解釈する。

14 一部必要説を「行為者の性的意図を考慮する立場」と表現することで、一律必要説とは別異に扱っているものとして丹羽・前掲注(12) 33頁。

15 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、1990年) 132頁以下。

16 木村亀二編『体系刑法事典』(青林書院新社、1969年) 103頁〔福田平〕。

17 昭和45年判決の評釈・解説のうち、強制わいせつ罪を傾向犯と解し一律必要説を主張するものとしては、岡野・前掲注(12) 163頁以下がある。

説や、同罪を傾向犯と…説く説がおおむねの学説である。本判決の多数意見は、強制わいせつ罪を目的犯とみるか、傾向犯とみるかにつき、明示してはいないが、…通説を妥当のものとみる立場に立っているものと解せられる。」[18]と論じていることや、昭和45年判決における入江裁判官の反対意見が、「多数意見は、本条の罪を目的犯のごとく解するようであり…」と論じていることもあり、昭和45年判決は強制わいせつ罪を傾向犯（あるいは目的犯[19]）と解したものであると評価する見解も存在する[20]。しかし、先述したように昭和45年判決は必要説の理論的根拠を明示しておらず、また、調査官解説および入江裁判官の反対意見も昭和45年判決は強制わいせつ罪を傾向犯とみた場合と結論は異ならないと指摘しているにとどまると考えられることから、強制わいせつ罪を傾向犯を解したことが昭和45年判決の背景にあるかは不明である。

なお、昭和45年判決以前の学説[21]の中には性的意図が一律に必要な根拠を「わいせつな行為」該当性判断の基準に求める学説も見られる[22]。かかる学説は「わいせつな行為」には「性慾を興奮又は満足せしめ」る主観的な性的意図と、客観的に「人に性的な羞恥嫌悪の情を生ぜしめるに足る」ことの両方が必要であると論じる。しかし、性的意図の意義については、行為者自らのためであるか、行為の客体たる相手方のため又は第三者のためであるかは問わない、としていることから、性的意図の主体を犯人に限定する昭和45年判決とは異なる定義であり、かかる見解を一律必要説に含めることはできない[23]。性的意図の主体に

---

[18] 時国・前掲注（12）５頁。

[19] 目的犯における目的も主観的構成要件要素における主観的違法要素であって問題状況が傾向犯とほとんど異ならないため、本稿では強制わいせつ罪を目的犯と解する主張を傾向犯と解する主張の中に含める。

[20] 成瀬・後掲注（21）23頁。

[21] 昭和45年判決以前の学説状況について詳述しているものとして、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察（上）―その主観的要件を中心に―」法学80巻５号（2016年）１頁以下。

[22] 瀧川春雄＝竹内正『刑法各論講義』（有斐閣、1965年）91頁以下。同様のものとして、宮内裕『新訂刑法各論講義』（有信堂、1962年）211頁以下、熊倉武『日本刑法各論（上巻）』（法律文化社、1960年）269頁以下。

[23] 前掲注（22）で挙げた文献は全て性的意図を行為者、相手方、第三者の性欲を刺激興奮させまたは満足させる意図と解釈している。

相手方および第三者を含めた背景には、強制わいせつ罪の本質を風俗犯罪・社会的法益に対する罪であるとしていた従前の学説[24]の残滓があったためと考えられる[25]。

(2) 一部必要説

一部必要説は、「わいせつな行為」該当性について客観面のみからでは判断が困難な場合には性的意図が必要であるが、客観面のみから明白に判断できる場合には不要であるとすることで、性的意図を「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素の一つと位置付ける学説である。例えば、西原春夫は、「強制猥褻罪における主観的違法要素は…法益侵害性を決定する要素として理解すべきである。」「行為者に猥褻の目的あるいは内心傾向があることが被害者にとって明らかな場合には、たとい診断・治療・懲戒というような合法的な外形をとっていたとしても…性的自由の侵害が考えられる」ため、性的意図は必要であるが、「もし猥褻の目的あるいは内心傾向があるとしたら当然性的自由の侵害が考えられるような外部的行為の行われた事例においては、そのような目的あるいは内心傾向がない場合にもそのないことが被害者に明らかでない限り法益侵害性は失われないことにな」ると述べ[26]、性的意図がなくとも強制わいせつ罪が成立する余地があると主張している[27・28]。

(3) 不要説

---

[24] 例えば、小野清一郎『全訂刑法講義』(有斐閣、1945年) 521頁以下。

[25] 前掲注 (22) の論者も、強制わいせつ罪が個人的法益に対する罪である点を強調するが、社会的法益に対する罪であることを完全に排斥してはいないと考えられる。

[26] 西原・前掲注 (12) 37頁。

[27] 植松・前掲注 (12) 44頁は、行為の外形から見て明らかに性的と認められる場合には、主観的要件を考慮するまでもなく同罪を構成するが、主観を考慮することによって初めて性的色彩の明白になるものもあり、後者の場合において性的意図が存在しない場合には本罪が成立しない、と主張しており、客観面から「わいせつな行為」該当性が明白な場合には、性的意図は不要であるという考え方がより徹底されている。

[28] 他に、一部必要説を支持する見解としては小田・前掲注 (11) 29頁、佐藤陽

不要説は、強制わいせつ罪の保護法益が個人の性的自由であることを前提に、客観的に性的自由が侵害されれば性的意図の有無にかかわらず保護法益の侵害が認められるため、強制わいせつ罪が成立すると論じる学説である。この点について、昭和45年判決における第一審判決・原判決も強制わいせつ罪の保護法益が被害者の性的自由であることを前提に、行為者に性的意図以外の他の目的があったとしても被害者の性的自由の侵害が認められればわいせつの行為に該当し、強制わいせつ罪が成立すると明示していることから、第一審判決・原判決は不要説に立つものであると理解されている[29]。例えば、原判決の判断は相当であるとする平野龍一は、「強制わいせつ罪は、わいせつな気持を持つことを処罰する風俗犯ではなく、被害者の性的自由を保護するものである。したがって、被害者が性的自由を侵害されたと思うような行為がなされたかどうかだけが問題で、故意としてもこのことを認識していれば足りるはずである。」「傾向犯のような主観的違法要素を認めることに対し、このような主観的要素は客観的要素のほかに、これにプラスして要求されるのであるから、不当ではないという見解がある。…しかし、必ずしもそうともいいきれない。…客観的な要素を十分検討せずそれだけでは必ずしも犯罪ではないものが、主観的意図の存在によって犯罪になりかねないところに、主観的要素の問題性がある。」と主張し[30]、強制わいせつ罪が傾向犯であることを否定しつつ不要説を支持している[31]。

3．昭和45年判決以前の裁判例

では、昭和45年判決以前の裁判例は強制わいせつ罪の成否につき性的意図をどのように扱っていたのだろうか。以下では、昭和45年判決が示した一律必要説の理論的根拠を分析するべく、強制わいせつ罪の成否が問題となった裁判例をそれぞれ検討する。

子「強制わいせつ罪におけるわいせつ概念について」法時88巻11号（2016年）60頁以下。

[29] 西原・前掲注（12）36頁。

[30] 平野・前掲注（12）３頁以下。

[31] 他に、不要説を支持する見解としては丹羽・前掲注（12）33頁、橋爪・前掲注（12）31頁、佐伯・前掲注（12）66頁がある。

〔事例①〕東京高判昭和27年５月８日高刑判決特報34号５頁

【事実の概要】

被告人は「ちょっと話したい事があるから来てくれ」と欺き、手をひっぱって少女（16歳）を甲寺付近に連れ込み、同女のパンツの中に手を入れて左手指で陰部をもてあそび、更に背後から同女を抱きしめ陰部に自己の陰部を強く押し当てた。

【判旨】

「原判決においては、前示のように、被告人が、午後10時半頃の夜間、屋外の路上において、当16年の少女に対し、手を引張つて附近に連れ込んだ上、同女の意思に反して、そのパンツの中に手をつつ込み、指でその陰部を弄び、更に、背後から同女を抱きしめ、その陰部に自己の陰部を強く押し当てた旨を判示しているのであつて、被告人のこのような行為は、まさに、右少女に対する暴行々為であると同時に、それ自体が、猥褻の行為である場合に該当するものであるというべきであるから、…原判決が、右判示事実に対し、刑法第176条を適用したことは正当であ」る。

【検討】

本事例は、暴行または脅迫によってわいせつ行為をしたという事実認定がないにもかかわらず原判決が176条を適用したのは違法であると主張する被告人の控訴に対して、強制わいせつ罪の手段たる暴行自体がわいせつ行為と認められるような場合も強制わいせつ罪における「暴行を以て猥褻の行為をする」に含まれると判示した事例である。本事例においては被告人の性的意図の有無について判断しないまま強制わいせつ罪の成立を認めているため、性的意図がどのように扱われているのかは不明である。このように、性的意図の有無が判断されなかった根拠としては、陰部を指でもてあそぶという被告人の行為から明らかに被告人に性的意図が認められるというもの、あるいは、被告人の性的意図が仮に無かったとしても「わいせつな行為」であることが認められるというものが挙げられるが、いずれにせよ本事例は、性的意図をあえて判断せずとも、被告人の行為につき強制わいせつ罪を成立させることができると考えたため、性的意図の存否を判断しなかった事例であると考えられる[32]。

[32] 〔事例①〕と同種の事例として、着衣の下から女子児童の乳房をもてあそぶ行為等について特段の根拠を付さずに強制わいせつ罪の成立を認めた大阪地堺支

〔事例②〕高松高判昭和33年２月24日高刑裁判特報５巻２号57頁

【事実の概要】

被告人は、路上で道を尋ねるようなふうを装い13歳の女児Ａを呼び止め、接吻しようとして不意にＡの両肩に抱きついたが、助けを求められたためその目的を遂げなかった。当該行為につき強制わいせつ未遂罪を成立させた原判決に対し、被告人は当該行為は強制わいせつ未遂と認めがたいなどと主張し控訴した。

【判旨】

「男女間における接吻は性欲と関連を有する場合が多く、時と場合即ちその時の当事者の意思感情や行動状況環境等により一般の風俗性的道徳感情に反し猥褻な行為と認められることがあり得る。人通りの少い所や夜間暗所で通行中の若い婦女子にその同意を得られる事情もないのに強いて接吻を為すが如きは、親子兄妹或は子供どうし等が肉身的愛情の発露や友情として為すような場合とは異り、性的満足を得る目的をもつて為したものと解せざるを得ず、かかる状況下になされる接吻は猥褻性を具有するに至るものといわなければならない。証拠によれば…被告人が…路上に於て、英語の勉強に行つての帰途にあつた見知らぬ二人連れの女子中学生を認めるや、その中の一女子に強いて接吻をしようと考え、Ａ（当時13年）に対し道をたずねるような風を装うて呼び止め、不意に同女の両肩に抱きついたが同女及び共に歩いていたＢ（今一人の女子中学生）に大声で救を求められた為その目的を遂げなかつたという事案であるから、かような状況下における接吻は前説示に照し十分猥褻性を具有するものであり従つて強制猥褻未遂罪の成立を否定することはできない。」

【検討】

本事例は、接吻には、その時の当事者の意思感情や行動状況環境等といった具体的状況によってはわいせつと評価されるものもあれば、そうでないものもあることを認めていることから、被告人の行為が接吻であるという一事をもって直ちに「わいせつな行為」であると評価していない。今回のケースにおいては、接吻が行われた時点における客観的状況のみが検討されており、かかる状況から被告人の性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性が認められて

判昭和36年４月12日判時267号32頁（同事例は、被害者・目撃者の女子児童の供述の信用性が問題となった事例であった）。

いる。したがって、本事例は被告人の行為が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断する要素として性的意図が考慮されているものの、被告人の性的意図は行為の客観的状況から推認可能であったため、この推認に基づいて性的意図が認定されている事例であったと考えられる[33]。

〔事例③〕大阪高判昭和41年９月７日判タ199号187頁

【事実の概要】

被告人は、洋酒喫茶店の女性店員（22歳）に強いて接吻しようとし、やにわに右手で同女の首を巻き、左手であご辺を押さえて一回接吻し、なお抵抗する同女の顔面を平手で殴りつけてさらに一回接吻し、二階へ逃げた同女を強いて呼び戻させ、ふるえている同女の右耳をつかんで引きよせざまその身体を自己の両脚にはさみ込み、両手で顔を押えたうえなおも一回接吻し、たまらず逃げ出して泣いている同女に追いついて「もう一ぺんしたろうか」というやいなや手拳で同女の顔面を一回殴りつけて転倒させ、同女に対し加療三日間を要する顔面打撲傷を負わせた。強制わいせつ致傷罪を成立させた原判決に対し、被告人は接吻が頬やあごに行われたこと、および接吻が行われた場所がバーまたはキャバレー風の店内であることを主張し、被告人の接吻は強制わいせつ罪に該当しないとして控訴した。

【判旨】

「一般に猥褻とは『徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反する』ことをいうのであるが（昭和26年５月10日最高裁判決）、元来接吻は、性愛、友情、尊敬、挨拶を表現するものとして唇を相手方の唇、顔、手に接触させる行為とされ、口唇は催情感帯の一つであるから、これに対する接吻は性愛表示を伴いがちである。しかし接吻一般にしても性愛表示を伴う接吻にしても、それだけが直ちに猥褻という観念にあてはまるというわけのものではなく、それが猥褻とされるには、それがなされた時、場所、その姿勢、態様および周囲の状況、雰囲気等はもとより、

[33] 〔事例②〕と同様に行為者の性的意図を推認した裁判例として、東京高判昭和32年１月22日高刑集10巻１号10頁（顔見知りに対する接吻）、名古屋高金沢支判昭和36年５月２日下集３巻５＝６号399頁（スカートの上から陰部を押し撫でる行為）。

当時の風俗、習慣、社会感情等を考慮にいれて、これが前記の猥褻の要素を備えているかどうかによつて判断さるべきである。」

本件事案において証拠を総合すると、「本件の接吻は婦女の口唇になされたものであり、それが単に女の『あごの下』又は『頬』になされたとする所論は採用し難い。しかも・・・性愛接吻の形態に属するものとみるのが至当であり、これを友愛、尊敬、または単なる挨拶のための接吻とみることができないことはいうまでもない。被告人も接吻の動機について『女をからかうため』または『俗にいう助平根生が出た』と供述しているのである・・・。」「かかる情況下における接吻が徒に性慾を刺激、興奮させ、正常な性的羞恥心を害するものであり、かつ一般の風俗、感情の許容しない善良な性的道義観念に反するものであることは論をまたないところで、原判決がこれを猥褻行為と判断したことは相当であり、所論はとるをえない。」

【検討】

本事例も接吻の事例であり、また、行為の具体的状況を考慮しなければ接吻が「わいせつな行為」に該当するか否かは判断できないとしている点は、〔事例②〕と同様である。しかし、本事例においては行為の客観的状況だけではなく、接吻の動機といったそれ以外の事情をも検討することで、被告人の性的意図を認定しており、この点は〔事例②〕と大きく異なる。このように、被告人の行為の客観的状況のみから性的意図を推認しなかった根拠として、洋酒喫茶店という盛り場で接吻がなされている本事例は、路上で突然接吻しようとした〔事例②〕と比べて、客観的状況からのみでは被告人に単なるいたずらなどといった性的意図以外の他の意図が存在する可能性を排除できないため、被告人の性的意図を行為の客観的状況のみから推認することは困難であるという考慮が働いたと考えられる。本事例は、行為の客観的状況のみからでは「わいせつな行為」該当性を判断できなかったため、それ以外の事情をも考慮して被告人の性的意図の有無を検討した事例であると考えられる。

〔事例④〕大阪高判昭和29年11月30日高刑裁判特報１巻12号584頁

【事実の概要】

被告人X･Yは酒を飲み街道を歩いていたところ、なじみのある女給のA（当時22歳）に出会った。XがAをからかっているとうどん屋を営むB方に同女が逃げこんだのでYと２人で後からAを追って入った。XはAの肩に手をか

ける等していたが、酒の勢いでＡに抱きついたらＡが仰向けに倒れたのでＸはＡの上に乗りかかる格好となり、ＹもＸの背後に接着してＡの上に乗りかかった。Ｘ・Ｙの行為がＡの意思に反していたことは証拠によって明らかになっている。

【判決】

「刑法第174条乃至第176条にいわゆる猥褻とは徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反することをいう（昭和27年４月１日最高裁判所第三小法廷判決）のであるが、…仰向けに倒れている女子の上に２人の男子が前後に相接着して馬乗りになるという行為自体は、普通の性的行為を実行する体勢ではなく、また直ちに性的行為を連想せしめる行為でもない…。目撃証人Ｂ、Ｃの両名も「ほたえている」〔筆者注：ふざけているの意味〕と思つたと供述している程度である。以上説明のような事情の下における被告人等の行為は飲酒酩酊の上予てから馴染の間柄である被害者Ａに一方的に悪ふざけをしたにすぎないものと認められ、いまだ猥褻行為であると断ずる程度に達しないものと認めるのが相当である。従つて本件事案の証明の程度では強制猥褻または公然猥褻のいずれの罪にも該当しないものというべきである。しかしながら…被告人両名が…仰向けに倒れたＡの上に乗りかかかった行為は…刑法上の暴行罪を構成するに足るものといわなければならない。」

【判旨】

本事例は〔事例③〕と同様に、行為の客観的状況に加え、目撃者の評価という行為外の事情をも検討しているが、そのような事情を考慮しても被告人の行為は悪ふざけの意図に基づくものにすぎず、「わいせつな行為」に該当するとはいえないとしている。本事例は行為の客観的状況およびそれ以外の事情をも考慮しても被告人の性的意図を認定することができなかったため、被告人の行為は「わいせつな行為」に該当せず、強制わいせつ罪の成立が否定された事例であると考えられる。

以上をまとめると、〔事例①〕は被告人の行為そのものが明白に「わいせつな行為」であるため被告人の性的意図が検討されなかった一方で、〔事例②〕から〔事例④〕では、被告人の行為が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断す

る考慮要素の一つとして被告人の性的意図が検討されていたと考えられる[34]。また、行為それ自体について「わいせつな行為」の認定が困難になるほど、判断材料として考慮される事実の範囲は拡張される傾向にある。

4．昭和45年判決の分析

以下では、昭和45年判決が一律必要説に沿って判示した根拠について検討を試みたい。

まず、昭和45年判決以前の裁判例が「わいせつな行為」に該当するか否かを判断する考慮要素の一つとして被告人の性的意図を検討していたことに鑑みると、昭和45年判決は強制わいせつ罪を傾向犯と解したものではなく、「わいせつな行為」の存否の考慮要素として性的意図を一律に必要と解釈していたのではないかと推測される。

ここで問題となるのは、最高裁が性的意図を「わいせつな行為」該当性判断の考慮要素に置きつつ、一律必要説に立った根拠である。これに対しては、「わいせつな行為」とは性的意図のもとに行われた行為であり、そうでない場合は「わいせつな行為」とはいえないというように、性的意図の有無を「わいせつな行為」該当性の判断基準におくと、強制わいせつ罪の成立範囲を明確にすることができ、実務上も性的意図がないことを理由に容易に医療行為、乳幼児への養育行為、身体障碍者への介護行為、懲戒行為などを強制わいせつ罪から除外して妥当な結論を導き出すことが可能となることから、このような効果をねらったものであると考えられる[35]。

もっとも、昭和45年判決の事案は特殊な事案であったと考えられる。昭和45年判決の調査官解説は「被害者の性に関係ある身体部分に対する接触行為は勿論、被害者を裸にして眺め、ないしは、写真を撮る行為も、特段の事情のない限り、犯人の性欲を刺戟興奮させ、または満足させるという性的意図が、外形行為自身から推認されるのであり、この推認がなされうる場合には、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が、性的意図のもとに行われることを要

[34] ほぼ同様の指摘として、成瀬・前掲注（21）17頁。

[35] 馬渡・前掲注（１）82頁、深町晋也「性犯罪から学ぶ刑法」法セ759号（2018年）33頁。

するか否かという…対立は顕在化しないと考えられる。」[36]と述べている。これを検討すると、〔事例①〕や〔事例②〕のように行為の客観面のみを考慮要素としても「わいせつな行為」該当性を評価することができると判断された事例については、一律必要説あるいは一部必要説に基づくと行為の客観面から行為者の性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性を認めることができる一方で、不要説からも行為者の客観面から直接「わいせつな行為」該当性を認めることができるため、性的意図の要否の問題は顕在化しないが、〔事例③〕や〔事例④〕のように行為の客観面のみでは「わいせつな行為」該当性を評価できないと判断された場合には、性的意図の要否の問題が顕在化するといえよう。

以上を踏まえて昭和45年判決の事例を再度確認すると、この事例は被告人が内妻の面前で報復の手段として被害者を脅迫して裸体にさせ、撮影したというケースであった。このとき、全裸の写真を撮影するという行為には、例えば親が子供の成長記録を撮影するなど、その状況によっては「わいせつな行為」とはいえない場合もあることから、全裸の写真を撮影する行為そのものから直ちにわいせつ性を認めることはできない。

また、昭和45年判決においては「自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にし、単にその立つているところを写真に撮影した本件のような行為は、その行為自体が直ちに行為者に前記性的意図の存することを示すものともいえないのである。」と指摘されていることから、被害者の身体に直接触れておらず、また内妻の面前で撮影されているという本事案に特徴的な事情を考慮した結果、裸体の写真を撮るという行為について、なお客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価することはできないという判断がなされたものと考えられる。しかし一方で、同判決の第一審判決・原判決が客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価していることを考慮すると、客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価できるか否かの判断が微妙である事案であったと考えられる[37]。このように、同判決は顕在化していた性的意図の要否の問

[36] 時国・前掲注（12）６頁。

[37] 昭和45年判決の事案においては、そもそも客観的に「わいせつな行為」に当たるのかが問題であると指摘したものとして、平野・前掲（12）３頁。また、同判決の解釈とは異なり、同事案は客観的事情のみから「わいせつな行為」該当性を評価できると判断していると考えられるものとして西原・前掲注（12）

題を先鋭化させる特殊な事例であったと考えられるのである[38]。

そして、前節の分析と、一律必要説に立つ昭和45年判決の判示を組み合わせると、当時の裁判実務の考え方について以下のような分析が可能である。すなわち、問題となる行為について〔事例①〕および〔事例②〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認することができる場合には、性的意図を推認することで「わいせつな行為」該当性を認めることになる。次に、〔事例③〕および〔事例④〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認することができない場合には、行為外の事情まで考慮して行為者の性的意図の有無を積極的に判断し、〔事例③〕のように行為者の性的意図が認められる場合には「わいせつな行為」該当性を認める一方で、〔事例④〕のように行為者の性的意図が認められない場合には「わいせつな行為」該当性を認めることができないため、強制わいせつ罪の成立を否定することになる。以上の分析を図示すると後掲する【フローチャート①】（後掲23頁）のようになる。

５．昭和45年判決への批判

昭和45年判決に対しては多くの批判が集まった。この点について、昭和45年判決における入江敏郎裁判官の反対意見は不要説に立ったうえで原判決は相当であると論じた後、さらに昭和45年判決に対し批判を加えている。入江裁判官は、以下の４点を挙げて昭和45年判決を批判する。すなわち、①故意以外の目的･意図といった特殊な主観的要件が必要な犯罪については､刑法の条文上に、そのような主観的要件が明文で規定されているにもかかわらず、176条にはない。②特殊な主観的要件が明文で規定されていなくても、窃盗罪における不法領得の意思のように構成要件の解釈上、特殊な主観的要件が必要な場合があるが、被害者の性的自由を侵害したと認められる客観的事実があれば、強制わいせつ罪は成立し、行為者の性的意図を必要とする理由は見出しえない。③多数意見によると被害者の性的自由が侵害されている場合でも性的意図がない場合

37頁（これは、一部必要説を主張する同論者が「本判決の多数意見は結論において相当ではな」いとして、被告人に性的意図が認められていないにもかかわらず、強制わいせつ罪を成立させるべきであるとしていることから推測されるものである）。

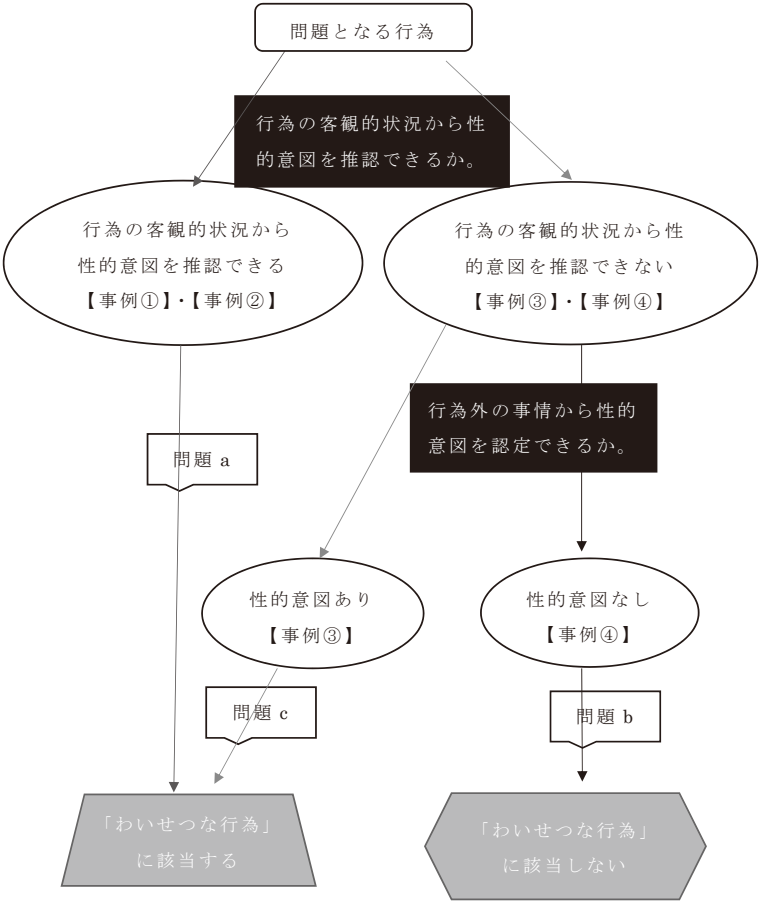
[38] 馬渡・前掲注（１）81頁。

は、強制わいせつ罪は成立せず、強要罪等の成立が問題となるが、強制わいせつ罪と強要罪の法定刑の差[39]を比較するとその差には大きな開きがあるため、刑法が性的自由の保護を強要罪（223条）における一般の行為の自由の保護と区別して特に重く保護しようとしている趣旨を没却することになる。最後に、④被害者の性的自由が侵害されている場合でも行為者に性的意図がない場合は、非親告罪である強要罪その他の罪として訴追され、審理、判決されることになるが、旧刑法180条１項が、性的自由の侵害を内容とする罪を特に親告罪として、訴追にあたって被害者の意思を尊重すべきものとした趣旨が没却されることになる。

この中で入江裁判官が指摘した③の批判は、性的意図の有無によって強制わいせつ罪の成立の可否が決定されることの不合理性について論じたものと思われるが、さらに以下の３つの問題点を挙げることができる。まず、ａ.行為の客観的状況から性的意図を推認することができる場合でも、行為外の事情から性的意図の存在が否定されて推認が覆される可能性が考えられる。仮に、〔事例①〕や〔事例②〕のような事例で、行為外の事情から被告人に報復目的が認められ性的意図が認められないような場合には、昭和45年判決に従うと性的意図の推認は覆されて強制わいせつ罪が否定され、それより大幅に法定刑の低い強要罪が成立することとなる。しかし、行為の客観的状況から性的意図を推認できるほど客観的にはわいせつ性が強いにもかかわらず、行為者の性的意図の不存在という一事をもって強制わいせつ罪が否定されるという結論になることには問題があると考えられる。次に、ｂ.〔事例④〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認することができず、かつ行為外の事情からも性的意図を認定することができない場合には強制わいせつ罪が成立しないことになるが、被害者が性的羞恥心を感じている可能性があるにもかかわらず、一律に性的意図の存否を基軸にして本罪の成立を否定することには問題があると考えられる。最後にｃ.〔事例③〕のように行為の客観的状況から性的意図を推認できない行為は、推認できる行為と比較して、行為のわいせつ性が相対的に低いと考えられるところ、そのような行為について行為者の性的意図の存在を認めて「わいせつな行為」該当性を認めることで、客観面におけるわいせつ性の認定が弛緩し、性的意図を持っていればどのような行為でも「わいせつな行為」該当性が

[39] 強制わいせつ罪の当時の法定刑は６月以上７年以下の懲役であり、強要罪の法定刑は３年以下の懲役である。

認められる余地が生まれ[40]、本罪の成立範囲が不当に拡大するおそれがあると考えられる[41]。以上の問題点が本稿における昭和45年判決の分析におけるどの部分に位置するのかについては【フローチャート①】に示している。



【フローチャート①】昭和45年判決の分析・問題点

[40] 客観面におけるわいせつ性の認定が弛緩すると、例えば、被害者の肩に手をかける行為であっても、その行為について性的意図が認められるならば、「わいせつな行為」と判断される可能性がある。

[41] この問題を指摘するものとして、丹羽・前掲注（12）33頁、橋爪・前掲注（12）31頁、町野朔「犯罪各論の現在」（有斐閣、1996年）283頁以下。

Ⅴ　昭和45年判決の以降の裁判例

昭和45年判決以降、被告人の性的意図を否定して強制わいせつ罪の成立を否定した、あるいは強要罪を成立させた裁判例は公刊物上見当たらず、裁判所は昭和45年判決の解釈に従い被告人の性的意図を認めることで強制わいせつ罪を成立させていると評価されている[42]。もっとも、実際の判決中においては、被告人に性的意図は認められないという弁護人の主張に応じる形で被告人の性的意図の有無が検討されていることから、全ての強制わいせつ事案について被告人の性的意図を明示して強制わいせつ罪を成立させているわけではなく、また、「わいせつな行為」該当性の考慮要素として性的意図が位置付けられているか否かは不明である。ただし、性的意図の認定方法として客観的事情から性的意図を推認している裁判例[43]と、行為外の事情から積極的に性的意図を認定している裁判例[44]が存在することから、裁判所は行為の客観面から性的意図を推認できるか否かで性的意図の認定方法を変えていると考えられる。

---

[42] 橋爪・後掲注（12）30頁以下、小田・後掲注（12）28頁以下、丹羽・後掲注（12）32頁以下、伊藤・後掲注（12）30頁以下。

[43] 行為の客観的状況から性的意図を推認することで被告人の性的意図を認めた裁判例として、東京地判昭和56年４月30日判時1028号145頁（路上における顔見知りに対する接吻）、東京高判昭和59年６月13日判時1143号155頁（少年の肛門への異物挿入）、大分地判平成25年６月４日 LEX/DB25445758（陰部への直接の接触）、津地判平成26年６月11日 LEX/DB25504193（乳房をもてあそぶ・口淫・口内射精）、佐賀地判平成26年10月16日 LEX/DB25505335（乳房を直接揉む・直接陰部をもてあそぶ）、盛岡地判平成28年３月８日 LEX/DB25542685（唇への接吻・乳房をなめる・陰部内への手指挿入）、横浜地判平成29年７月19日 LEX/DB25546811（児童の陰茎を直接接触）。なお、昭和59年判決、平成26年判決（佐賀）は客観面のみから性的意図を認定するのではなく、補足的に被告人の供述を検討することでかかる推認の正当性を担保している。

[44] 行為外の事情から性的意図を認定した裁判例としては、横浜地判平成28年７月20日 LEX/DB25543577。同裁判例においてはベビーシッターが乳児・児童を全裸または下半身裸にさせ、その姿態を写真撮影した行為につき強制わいせつ罪が成立するか否かが問題となったところ、被告人が日頃閲覧していたウェブサイトが乳幼児への性的行為を内容とするものであることおよび常習的に犯行を繰り返していたことを根拠として性的意図を認定していることに特徴が認められる。

しかし、昭和45年判決以降の裁判例の中には被告人の性的意図を認めて強制わいせつ罪を成立させているものの、実質的には昭和45年判決の解釈と異なった解釈に基づいているとみられる裁判例が存在するため、以下ではこれについて検討を試みる。

〔事例⑤〕東京地判昭和62年９月16日判時1294号143頁[45]

【事実の概要】

自己の店舗で働く従業員が不足しており営業を継続させることができないのではないかと焦燥感を抱いていた被告人は、A女（当時21歳）の全裸写真を撮影して弱みを握り、自己の店舗で従業員として働くことを承諾させようとして、同女に暴行を加え、強いて同女を全裸にしその姿態を写真に撮影するなどのわいせつ行為をしようとしたが、これを遂げることができず、右暴行によってAに傷害を負わせた。弁護人は、Aを従業員として働かせる目的であったと主張している。

【判旨】

「たしかに、本件犯行の際、被告人には、右A女を全裸にしその姿態を写真撮影することによって、同女を被告人が営む女性下着販売業の従業員として働かせようという目的があったことは一応肯認することができる。」「しかし一方、…各証拠を総合検討すれば、被告人が、…右A女を働かせるという目的とともに、同女に対する強制わいせつの意図をも有して本件犯行に及んだことも十分肯認できるというべきである。」そして、証拠を検討すると「右A女を全裸にしその写真を撮る行為は、本件においては、同女を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的羞恥心を与えるという明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、被告人は、そのようなわいせつ行為であることを認識しながら、換言すれば、自らを男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながら、あえてそのような行為をしようと企て、判示暴行に及んだものであることを優に認めることができる。したがって、被告人の本件所為が強制わいせつ致傷罪に当たることは明らかである。」

【検討】

[45] 同判決の評釈として、大谷實「判批」法セ407号（1988年）108頁。

本事例は、性的意図を一般的にわいせつと認められる行為に及んだことの認識、すなわち「わいせつな行為」についての意味の認識として故意に包摂される認識としており、昭和45年判決で定義された性的意図の意義、すなわち犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させる意図とは異なって性的意図を解釈している[46]。それに加えて、本事例は性的意図を独立した主観的構成要件要素として解しているところ、「わいせつな行為」該当性を判断する要素として性的意図を捉える昭和45年判決以前の解釈および本稿における昭和45年判決の分析とも異なっている。この点について、仮に、本稿における昭和45年判決の分析に基づいて本事例を検討すると、全裸写真を撮るという行為の客観的状況から被告人の性的意図を推認できず、また行為外の事情からも性的意図の存在を積極的に認めることができないため、被告人の行為について「わいせつな行為」該当性を認めることができず、強制わいせつ罪を成立させることはできないという結論になる可能性が考えられる。一方で、本事例では被告人の行為が被害者に性的羞恥心を与えていることが認められているが、被害者に性的羞恥心を与えているにもかかわらず強制わいせつ罪を成立させないとする結論にも疑問の余地がある。そのため本事例は、昭和45年判決の問題点として先述したｂの問題に直面したものと思われる。したがって本事例は、この問題の解決手段として、被害者に性的羞恥心を与えていることに基づき強制わいせつ罪を成立させるという結論を導き出しつつも、かかる性的意図を主観的要件と解することで昭和45年判決との整合性を図ろうとしたものと理解される。このように本事例は性的意図を不要とした事例ではないものの、昭和45年判決が定義した性的意図の意義を変更することで実質的に昭和45年判決の解釈における性的意図を不要とした裁判例である。

〔事例⑥〕東京高判平成26年２月13日高検速報平成26年45頁[47]

【事実の概要】

ともにバンド活動を行い、一方的に好意を寄せていたＡ女（当時24歳）から

[46] この点について指摘するものとして、橋爪・前掲注（12）30頁、小田・前掲注（12）29頁、佐伯・前掲注（12）65頁。

[47] 同判決の評釈として、浅沼雄介「判批」捜研759号（2014年）２頁以下、田中健太郎「判批」研修797号（2014年）21頁以下。

バンドを脱退してXとのかかわりも絶つと告げられたため、Aに対して復讐したいとの感情を抱き、Aの首を絞めて転倒させた上で着衣を脱がせて乳房を揉み、膣内に手指及びバイブレーターを挿入した。原判決がわいせつ行為の態様から、報復目的のほかに性的意図が併存していたと認定して強制わいせつ致傷罪の成立を認めたが、本判決は、被告人に性的意図があったとする原判決の事実認定を是認した上で以下のような判示を行った。

【判旨】

「本罪の基本犯である強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由であると解されるところ、同罪はこれを侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、同罪の成立に欠けるところはないというべきである。本件において、被告人の行為が被害者の性的自由を侵害するものであることは明らかであり、被告人もその旨認識していたことも明らかであるから、強制わいせつ致傷罪が成立することは明白である。被告人の意図がいかなるものであれ、本件犯行によって、被害者の性的自由が侵害されたことに変わりはないのであり、犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させるという性的意図の有無は、上記のような法益侵害とは関係を有しないものというべきである。」

【検討】

本事例は、被告人の意図がいかなるものであっても被害者の性的自由が侵害されれば強制わいせつ罪は成立するとした点で昭和45年判決とは異なっており、むしろ昭和45年判決の第一審判決・原判決に近い根拠を述べて行為者の性的意図は不要であるという結論を導き出している。仮に、本稿における昭和45年判決の分析に基づき本事例を検討すると、着衣を脱がせて乳房を揉み、膣内に手指及びバイブレーターを挿入するという行為の客観的状況から性的意図を推認することが可能である一方で、行為に至る経緯を具体的に検討すると被害者に対する報復目的も認められることから、被告人の性的意図の推認が覆される可能性が考えられる。そのため、本事例は昭和45年判決の問題点として先述したaの問題に直面したものと思われる。そして、その解決手段として本事例は昭和45年判決の解釈を維持して強制わいせつ罪の成立を否定するのではなく、昭和45年判決の解釈に背き行為者の性的意図を不要とすることによって強制わいせつ罪の成立を認めたのである。もっとも、本事例で引用した部分は原判決の事実認定を是認した上で注意的に判示されたものであるため、本事例は

昭和45年判決の解釈を完全に否定したものではないと考えられる。

このように、昭和45年判決以降の裁判例の中には特殊な事案があり、そのような事案について昭和45年判決の解釈に従うと妥当ではない結論を導き出すおそれがあったため、裁判所は実質的に昭和45年判決とは異なる解釈を取ることによって妥当な結論を導き出していたという経緯が認められる。

Ⅵ　本判決の検討

以上のように、裁判所は原則として昭和45年判決の解釈に従い被告人の性的意図を認めることで強制わいせつ罪を成立させてきたものの、昭和45年判決の判断方法に従うと結論上の問題があると判断された場合には、結論の妥当性を得るために異なる方法が用いられてきた。そして本事案もそのような事案であったため、本判決の第一審判決・原判決では正面から昭和45年判決に反する解釈に基づいた判断がなされ、本判決も昭和45年判決の解釈を否定して新たな解釈を示し、判例変更を行ったと考えられるのである。

1．第一審判決・原判決における判例変更の根拠

まずは、第一審判決および原判決が昭和45年判決の解釈を否定した根拠について検討を試みる。原判決は、「強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由と解され、同罪は被害者の性的自由を侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、強制わいせつ罪が成立し、行為者の性的意図の有無は同罪の成立に影響を及ぼすものではないと解すべきである。」として、第一審判決の判断および法令解釈は相当であると判示しているため、第一審判決・原判決は不要説に立つ。このとき、不要説を支持する根拠として、原判決は「犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はな」い点、「性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられない」点を挙げている。これは、強制わいせつ罪の成立要件として性的意図が必要であることは条文からは読みとることができず、「わいせつな行為」該当性を判断する上でも、独立した主観的構成要件要素としても性的意図は不要であるという趣旨であると考えられる。このように不要説を支持した根拠は、不要説および昭和45年判決の第一審判決・原判決・入江裁判官の反対意見の見解と

軌を一にするものと考えられる。

2．本判決における判例変更の根拠

一方で本判決は昭和45年判決の解釈を否定するにあたり、直ちにこれを否定するのではなく、（ⅰ）一律必要説に基づく昭和45年判決の変更可能性及び（ⅱ）判例変更の是非について論じており、このような２つの段階を経て昭和45年判決の解釈を否定している。

（ⅰ）について、本判決は強制わいせつ罪の成立要件として行為者の性的意図が明文で要求されていないにもかかわらず、昭和45年判決は、行為者の性的意図の有無によって強制わいせつ罪が成立するか強要罪が成立するかの結論を異にすべき理由を明示していないこと、強制わいせつ罪の加重類型と解される強姦罪の成立には故意以外の行為者の主観的事情を要しないと一貫して解されてきたことの整合性に関する説明が付されていない[48]ことを挙げ、昭和45年判決の理論的脆弱性を指摘している。前者については、昭和45年判決に対する入江裁判官反対意見と同じ根拠を述べており、この根拠だけでも昭和45年判決の解釈を変更することが可能である根拠として足るものであるとも思える。しかし、さらに本判決は、特にドイツ刑法の改正を例として、性的な被害に係る犯罪規定はその時代の各国における性的な被害の実態とそれに対する社会の意識の変化に対応していることを挙げ、性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することはできないという特質があることを根拠として挙げている。そして、これらを踏まえたうえで、昭和45年判決はその当時の社会の受け止め方などを考慮しつつ、強制わいせつ罪の処罰範囲を画するものとして性的意図を一律に必要としたものであると理解できるが、その解釈を確として揺るぎないものとみることはできないとして、昭和45年判決は変更される余地があるという結論を導き出している。

---

[48] なお、昭和45年判決が「わいせつな行為」該当性判断につき性的意図を一律に必要と解しており、「わいせつな行為」該当性が客観面から明らかである場合には性的意図を推認していたという本稿の分析に基づくと、強姦罪は姦淫という行為の客観面から性的意図が擬制された類型であるという説明が可能であるように思われる。

（ⅱ）について、平成16年に強制わいせつ罪および強姦罪の法定刑が引き上げられ、平成29年に強姦罪が廃止され強制性交等罪・監護者わいせつ罪あるいは監護者性交等罪が新設されたことは、性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかであるとして、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を成立要件とする昭和45年判決の解釈には、実質的な根拠を見出すことが一層難しくなっているため、もはや維持し難いと判示している。

これは、以下のような趣旨であると考えられる。従来は、性的意図に基づき行われた行為が性犯罪であり、性的意図に基づかずに行われた行為は性犯罪ではないというのが性犯罪に対する社会の受け止め方であったため、強制わいせつ罪の成否についても性的意図の有無を基準とすべきであった。しかし、近年の法改正では強制わいせつ罪および当時の強姦罪の法定刑が引き上げられ、強制性交等罪・監護者性交等罪が新設されたところ、このような法改正は、性犯罪は被害者に大きな身体的・精神的苦痛を負わせる犯罪であること[49]、性犯罪は男性が加害者で女性が被害者というものばかりではなく男性も女性も被害者にも加害者にもなりうること、従来強制わいせつ罪とされてきた行為には強姦罪に含まれるような、より重大な被害を及ぼす行為類型が含まれていること[50]、子どもを監護する責任のある監護者も加害者となる場合があり、その場合には被害者の生育に重大な悪影響を及ぼすことが多く被害が重大化しやすいこと[51]

---

[49] 平成29年改正で強制性交等罪の法定刑の下限が旧強姦罪よりも重い５年とされた背景には旧強姦罪の量刑の水準が徐々に重い方へとシフトし、法定刑の下限が５年である強盗罪よりも重くなっているという現状を踏まえたものであった（「『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書」（法務省ホームページ http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf）30頁参照（平成30年５月17日最終閲覧。以下、URL については全て同じ））。

[50] 法制審議会でも、精神的被害の重大さに男女差や膣性交と肛門性交と口腔性交による差はないということが臨床心理士から指摘されている（「法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第２回会議議事録」（法務省ホームページ http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00124.html）齋藤梓幹事意見参照）。

[51] 法制審議会でも、親から受けた性的虐待の影響は今後の人生に与える悪影響が大きいことが心理学者から指摘されている（「法制審議会刑事法（性犯罪関係）

という性犯罪の実態およびこれに対する現在の社会の受け止め方が反映されたものであった。このような改正の傾向を検討すると平成29年改正は被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度に注目した改正であったと考えられる。したがって、強制わいせつ罪の解釈においてもこのような性犯罪に対する社会の受け止め方の変化に対応して、性的意図のような行為者の事情よりも被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度といった被害者の事情に目を向けなければならず、性的意図を基準として強制わいせつ罪の成否は決されなければならないとした昭和45年判決の解釈は維持しがたい。

このように、性犯罪規定やその解釈には社会の受け止め方を踏まえなければ処罰対象を適切に決することができないことを前提に、性的意図の要否を含めた強制わいせつ罪全体の解釈に関しても現在の社会の受け止め方を考慮して判断した点は、妥当であると考えられる[52]。かつて昭和45年判決直後の判例評釈において、強制わいせつ罪を傾向犯と解し、独立した主観的構成要件要素として性的意図が必要であると主張した岡野光雄は、強制わいせつ罪につき性的意図を不要と解すると「全く復讐の目的から女性が女性に対し暴行または脅迫を加えて裸にしこれを写真撮影した場合にも強制わいせつ罪が成立することになり、われわれの一般法感情にそぐわないというべきである。」[53]として不要説を批判している。しかし、性犯罪とは被害者が性被害を受けることであり、また、男性も女性も性犯罪の被害者にも加害者にもなりうるということが社会の一般的な受け止め方として共有されていることを考慮すると、当時としてはともかく、現在もなおこのような考え方がそのまま妥当するかについては疑問が残る[54]。このような状況にあるにもかかわらず、現在の一般的な社会の受け止め方を無視し、従来の一般的な社会の受け止め方では妥当していた刑法上の解釈をそのまま維持し続けると、その時代、その社会にとって不合理な結論に達す

部会第３回会議議事録」（法務省ホームページ http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00126.html）小西聖子委員意見参照）。

[52] 猥褻か否かを具体的に評価するにあたってはその対象について普通人がどのような印象を受けるかが最終的な根拠となると主張するものとして、植松正「猥褻の概念」『総合判例研究叢書 刑法(19)』（有斐閣、1963年）55頁。

[53] 岡野・前掲注（12）164頁。

[54] 同様の分析をするものとして、木村・前掲注（１）158頁。

る危険性がある。

強制わいせつ罪の成立要件の解釈について社会の受け止め方を考慮するという方法については刑法上の解釈を一義的に決定することができず、基準として不明確であるという批判が考えられる。しかし、仮に多義的な解釈を許さないほど性犯罪を一義的に詳細に解釈すると、社会の受け止め方に応じて頻繁に解釈変更の必要性が生まれ、法的安定性に欠くと考えられるため、少なくとも性犯罪に関しては多義的な解釈の余地を残すべきであると考えられる。

他方で、性犯罪の解釈を全て社会の一般的な受け止め方に委ねてしまうと、「わいせつ」に対して鈍感な社会は性犯罪が成立しにくく、「わいせつ」に対して敏感な社会は性犯罪が成立しやすくなるということになって、極端な結論となる危険性がある。この点、児童に対する性的行為は社会の一般的な受け止め方を考慮すると「わいせつ」な行為とは言えず、ただの「おぞましい」性的虐待行為に過ぎないという結論になってしまうのではないかという疑問にも説得力が認められる[55]。本判決も社会の受け止め方だけではなく条文上の解釈からも昭和45年判決は変更されなければならないことを明示しており、性犯罪の解釈に関する社会の受け止め方のみを考慮して昭和45年判決の解釈を変更したものではないと考えられる。

また、本判決は強制わいせつ罪の保護法益について言及していないものの、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度といった被害者の事情に目を向けなければならないとしていることから、強制わいせつ罪の保護法益を個人的法益とすることについては親和的であると考えられる。

3．本判決における「わいせつな行為」該当性の判断枠組みについて

このように昭和45年判決は変更されなければならないという点については、第一審判決・原判決と本判決は結論において異ならなかったにもかかわらず、本判決は「行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い」とし、一部必要説に親和的な解釈がなされている。以下では、本判決が「わいせつな行為」の判断枠組みを規定しながら、どのよ

[55] 児童に対するおぞましい性的虐待行為がいかなる意味で「わいせつ」な行為の定義にあてはまるのかは明確ではないことを指摘するものとして、松木＝奥村＝園田・前掲注（1）51頁。

うな場合に性的意図が考慮される余地があるのかという点について判示した部分に関して検討を試みる。

本判決は、α当該行為に性的な意味が認められるか否かを判断（以下、「性的関連性判断」とする）した後、βわいせつな行為として176条による処罰に値すると評価できるか否かを判断（以下、「重大性判断」とする）して、性的な意味が認められ176条による処罰に値すると評価できる行為について「わいせつな行為」と評価しているものと考えられる。このとき、性的関連性判断および重大性判断における考慮基準については「規範的評価として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断され」なければならないとし、行為者・被害者の主観ではなく、あくまでも一般人から見た客観に基づいて考慮されなければならないと判示している。

そして、性的関連性の判断においては性的性質の明確性に応じて類型化がなされている。すなわち、①行為そのものが持つ性的性質が明確な行為（以下、「①行為」とする）については、当然に強い性的な意味を認めることができるが、②行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為（以下、「②行為」とする）については、①行為と比較して性的な意味が弱く、直ちに性的な意味があるか否かを評価できないというものである。このように性的性質によって類型化されているのは、行為者の立場から行為者の主観面で性犯罪の解釈を考えるのではなく、性被害者がいるという観点から一般人視点で客観的に性犯罪の解釈を考えようとする本判決の解釈基準に沿ったものであると考えられる。そして、②行為については行為そのものだけではなく、当該行為が行われた際の具体的状況も総合考慮して性的な意味の有無及び強さが検討されるところ、この具体的状況の一つとして行為者の主観的事情を考慮要素に置くことについては否定し難いとしている。したがって、本判決は①行為の場合には、性的関連性判断の考慮要素から性的意図が排斥され、②行為の場合には、性的関連性判断の一考慮要素として性的意図を含めることが許容されている。一方で、重大性判断については考慮基準は示されているものの、「同条による処罰に値する行為とみるべきか」に関して、考慮要素として性的意図等の行為者の主観的事情が考慮されるか否かについては言及されていない。以上が本判決の判断枠組みであると考えられるところ、これを図示すると【フローチャート②】（後掲199頁）のようになる。

本判決は以上の判示を踏まえ、本件行為は①行為として行為そのものから性

的な意味が認められ、かつ176条による処罰に値すると評価できるため、行為者の主観的事情を考慮せずとも客観的にわいせつな行為であることが明らかであるとして、強制わいせつ罪の成立を認めた原判決の結論を相当としたものだと理解される。

本判決は昭和45年判決の批判として先に挙げたａの問題――行為の客観的状況から性的意図を推認することができる場合でも行為外の事情から性的意図の存在が否定されて推認が覆される場合に性的意図の不存在という一事をもって強制わいせつ罪を否定するという結論に達することへの問題――に直面したため、昭和45年判決の解釈を変更したものと考えられる。これは、本事案の第一審判決・原判決が、被告人の行為は「通常、性的意図を伴うものと推認できるものである」としたものの、結果的に被告人の弁解等から性的意図の推認を覆し、性的意図を否定していることからうかがえる。昭和45年判決の解釈に従いつつａの問題を回避するためには、性的意図の存在が否定され推認が覆されかねない事情があったとしても、さらに他の事情から性的意図を認める必要があるが、これは実務上非常に困難であると考えられる[56]。そのため、ａの問題を

[56] 検察官の立場から強制わいせつ事件における性的意図の立証の困難さについて、実際の事例を挙げながら解説したものとして吉田正喜「強制わいせつ事件―性的意図の判断と捜査―」捜研500号（1993年）13頁以下。本解説で挙げられた事例は、Ｃ社従業員Ａ・Ｂが金に困りＣ社の金を盗む狂言強盗を計画し、Ｃ社の金を持ったＡがＣ社の女性従業員Ｖと一緒にいるときに、ＢがＡからＣ社の金を奪ってＡ・Ｖの体を縛った上で「警察へ話すと恥ずかしい写真をばらまくぞ」などと申し向けてＶの下半身を露出させ写真を撮影するふりをし（実際に写真撮影はしていない）、一方でＡはＣ社が強盗被害を信用しつつ、警察に被害届が提出され狂言強盗であることが発覚することを避けるため、Ｖ・Ｃ社に対してＶが性器の写真を撮られた以上、警察沙汰にすべきではないと説得を試みた（結局、警察へ被害届が出されたため計画が発覚した）という特殊な事例であった。このような事例に対して検察官は、ＢからＶの裸や性器を見るということを想像するだけで興奮してしまい、股を開かせた際にも性器の部分にあった生理用品を取り払ったという供述を引き出し、またＡからは犯行計画段階において（実際には見ることができなかったが）Ｖの裸を見られるかもしれないとも思っていたという供述を引き出すことで結果的に、Ａ・Ｂそれぞれの性的意図を立証した。本解説では、以上の検察官の立証に基づいて公判でも

解決するために、①行為の場合に成立要件として性的意図は不要とした本判決の解釈は妥当であると考えられる。一方で、②行為であっても性的意図は「わいせつな行為」該当性判断の個別具体的な事情の一つに過ぎないと判示されており、性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立する余地を残した点は昭和45年判決の批判として先に挙げたｂの問題――性的意図の存否を基軸にして本罪の成否を検討することへの問題――を解消するものであると考えられる。本判決は、性的意図を性的関連性判断における考慮要素の一つとして認めているものの、「個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い。」というように、性的意図を考慮要素として積極的に認めているわけではないように思われる。ゆえに、本判決は②行為において性的関連性を検討する際には、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容､程度といった客観的事情を考慮要素の中心とし、性的意図を含めた行為者の主観的事情はあくまでも客観的事情からは判断が困難な限界事例にのみ考慮要素とすると判示しているものと推察される。

本判決は「わいせつな行為」を①行為と②行為に類型化し、判断枠組みとして性的関連性と重大性という２段階の審査を設けているところ、その背景には「わいせつな行為」該当性判断については慎重に検討するべきであるという考慮が存在する。これは、「わいせつな行為」には行為そのものが持つ性的性質が明確な行為もあれば行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為があるにもかかわらず、従来は性的意図の有無によって画一的に強制わいせつ罪の成否が決められてしまったこと、また「わいせつな行為」の有無の基準として性的意図が前面に出ることによって従来は「わいせつな行為」該当性判断においては性的関連性の有無、すなわち性的か否かのみがクローズアップされていた一方で、性に対する一定程度重大な侵害行為でなければ「わいせつな行為」とはいえないという行為の重大性が従来明らかになってこなかったことへの反省に基づき、より精緻に「わいせつな行為」該当性判断がなされることを目指したものであると考えられる。

本判決の問題点としては後述するように、強制わいせつ罪における「わいせ

強制わいせつ罪について有罪が認定されたことが明らかになっているが、当事例は一見、報復目的のみしか認められないような被告人に対する性的意図の立証の困難さを示す一例となりうると考えられる。

つな行為」の意義を明示していない点が挙げられる。もっとも「わいせつな行為」該当性の判断基準については、規範的評価として社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されなければならないという判示がなされている。これは、一般人が性被害と感じ、性的嫌悪感を覚えるかということが「わいせつな行為」該当性のメルクマールであるという意味であると推察される[57]。このような理解に基づくと、性的関連性判断は一般人がその行為を性被害と受け止め性的嫌悪感を感じるか否か、重大性判断は一般人がその行為について強制わいせつ罪として重い処罰を加えるか否かという観点を考慮しつつ判断すべきであるという解釈がなされているものと考えられる。そして、性的関連性判断および重大性判断を行う際の考慮基準の中には被害者が性的嫌悪感を抱いたか否かが含まれていないことから、本判決は被害者が性的嫌悪感を抱いたとしても一般人が見て性的嫌悪感を抱かないと考えられる事例ならば、「わいせつな行為」と評価しえない場合が存在するということについて解釈上の余地を残していると思われる。

4．具体的事案へのあてはめ

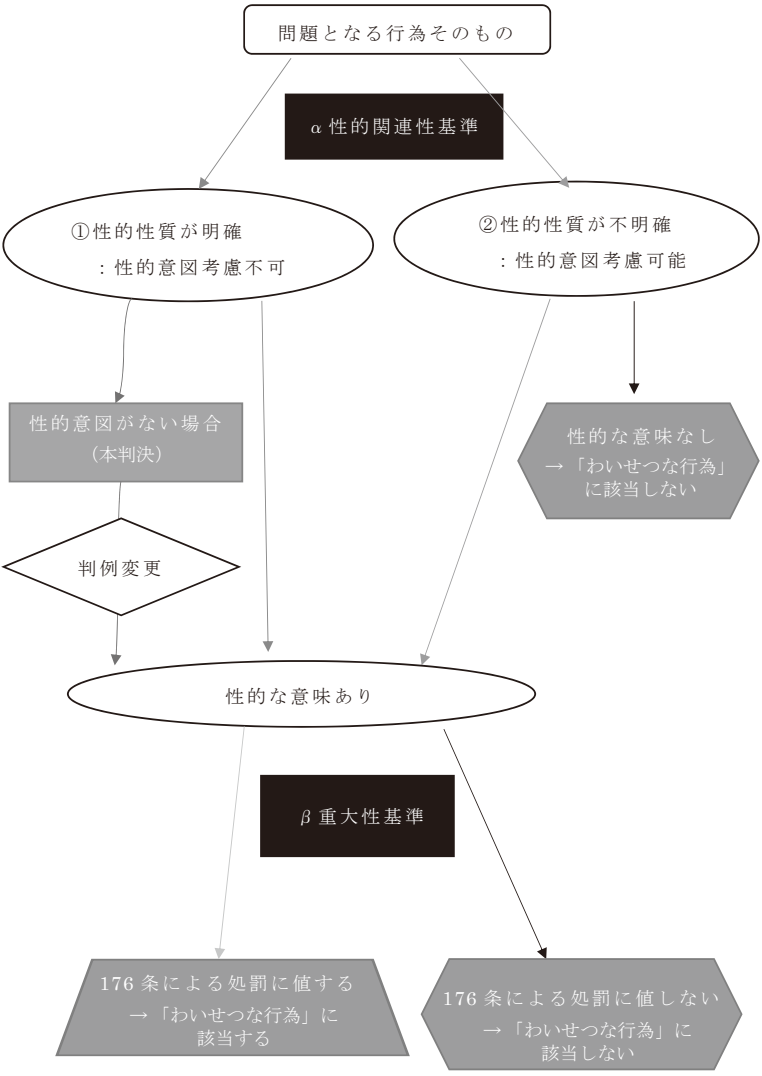
本判決の判断枠組みを具体的事案に当てはめると、どのような結論が導き出されるのか。過去の裁判例を挙げながら検討を加える。

⑴　①行為そのものが持つ性的性質が明確な行為

①行為（性的性質の明確な行為）とは、具体的にどのような行為を指すのだろうか。この点について本判決は、①行為を「強姦罪に連なる」ものであり「当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味がある[58]と認められる…行為」と表現している。「当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められる…行為」とは、行為そのもののみを考慮要素とすれば、どんな事情があっても、一義的には性的な意味が付与され、（相手方の意思に反して行えば）一般人が性的嫌悪感を感

[57] この点に関して、社会が性的行為と評価するものであれば猥褻行為としてよいと思われると主張するものとして佐伯・前掲注（12）65頁。

[58] ここでいう「性的な意味がある」とは性的な意味が強くある、または性的な意味が十分にあるという意味であると考えられる。



【フローチャート②】平成29年判決の判断枠組み

じる行為、行為者の視点から言い換えると、性的意図が擬制される行為である。「強姦罪に連なる行為」とは、平成29年改正において新設された強制性交等罪で膣性交と並んで実行行為として規定された肛門性交や口腔性交がその一例と

して挙げられる。ここで注意を要するのは、強制性交等罪が新設されたのは、自己の体内へ他者の陰茎が挿入される行為、あるいは他者の体内に自己の陰茎が挿入させられる行為は膣性交と同等の重大性・悪質性を有するという見解に基づくものであり[59]、性的性質の明確性に基づくものではないということである。確かに、性的接触の明確性が明らかであるからこそ性的接触の重大性を評価することが可能であるため、陰茎を他者の体内へ挿入し、または挿入させる行為については性的性質の明確性を認めることが可能である。しかし、ここには性的接触が重大とまではいえないが性的性質が明確な行為が含まれていないため、このような行為類型だけでは不十分であると考えられる。加えて、体内への陰茎の挿入先としては口腔、膣、肛門といった体の中にある穴が想定されるところ、平成29年改正後は肛門性交や口腔性交は膣性交と合わせて強制性交等罪の実行行為として捕捉されることになったため、かかる行為のみを①行為の具体例としてしまうと、今後①行為と認められる行為は実質的に存在しないという結果となってしまい、不自然である。

そこで「当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められる…行為」に立ち戻って考えてみると、膣性交・口腔性交・肛門性交・接吻を除く肛門・性器（男性器・女性器[60]）・口のいずれか２つを接触させる行為[61]、あるいは、性器から体液を被害者にかける行為は、医療行為・マッサージ治療等の性的な意味が付与されない具体的状況を考えることが不可能であることから、行為そのもののみを考慮要素とした場合でも一義的に性的な意味が付与される行為と捉えることができる。そして、このような行為は口・肛門・性器が関わる行為として強姦罪や強制性交等罪に連なる行為であると解釈できるため、①行為に含まれる行為である[62]。

---

[59] 松田哲也＝今井將人「刑法の一部を改正する法律について」曹時69巻11号（2017年）228頁以下。

[60] ここでいう「女性器」とは膣を含む内性器のみならず、陰裂を含む外性器をも想定した表現である。

[61] すなわち、肛門同士の接触、肛門と女性器の接触、肛門と口の接触、女性器と口の接触、男性器同士の接触、女性器同士の接触である。

[62] 高橋・前掲注（１）120頁は、裸にして写真を撮る行為や裸にして性器をもてあそぶ行為、医師による診察中の盗撮行為を①行為の具体例とするが、具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められる行為かという観

⑵　②行為そのものが持つ性的性質が不明確な行為

②行為に当てはまる行為は、性的な意味が①行為と比較して弱く、その行為に性的な意味を含む多義的な意味が認められる行為であり、非常に多くの行為類型が含まれる。以下では、②行為の中でも❶医療行為・養育行為・介護行為（以下、医療行為等とする）のようにも思える行為、❷特殊性癖に基づく行為、❸❶❷を除く性的な意味のない行為としても行われる行為の３つを取り上げ、主観的事情が考慮要素となる場合とは具体的にどのような場合なのかについて検討を加える。

❶について、従来の下級審裁判例は性的意図の有無を軸にし、性的意図をもって行われた行為を性的な意味のある行為と評価し、性的意図なく行われた行為を性的な意味のない医療行為等と評価することで「わいせつな行為」該当性を判断してきたことが認められる。しかし、その判断方法の実情は、その行為の客観的事情を考慮要素に医療行為等として必要性・相当性の認められる行為については性的意図を否定することでわいせつな行為を否定し、認められない行為については被告人に性的意図が認められるとしてわいせつな行為を肯定している。例えば、広島高判平成23年５月26日 LEX/DB25471443は、医師が女児の着衣をずらして乳房を露出させた行為自体は予防接種の診察行為として正当な診療行為であるため、わいせつな行為とは評価できないが、診察中に小型カメラで女児の姿態を盗撮した行為については診療上の必要性が全くないことを理由に、性的意図を推認し、盗撮した画像をパソコン等で保存していたという行為外の事情も含めて性的意図を認定することでわいせつな行為と評価してい

点からは疑問が残る。現に、ベビーシッターが乳児・児童を全裸または下半身裸にさせ、その姿態を写真撮影した行為につき性的意図を認めた上で強制わいせつ罪が成立させた前掲横浜地判平成28年７月20日の控訴審である東京高判平成30年１月30日 LEX/DB25549825は、本判決を紹介しつつ「本件強制わいせつ等の各行為には、陰茎等を緊縛する、陰茎や陰部を露出させる、陰茎の包皮をむくといったそれ自体性的性質の明確なものも含まれる一方、日常でも目にするような全裸又は半裸の乳幼児の姿態を写真撮影するという態様のものも含まれており、それらのわいせつ行為該当性を判断するのに、被告人の性的意図の有無をも考慮要素とする意義はなお存するというべきである。」とした上で、原判決の判断は「その理由とするところを含めて正当」であると判示しており、裸にして写真を撮る行為を②行為に当てはまる行為として理解している。

る。また、京都地裁平成18年12月18日 LEX/DB28135092は検査器具を肛門部に押し当てる行為がわいせつな行為か否かを判断するにあたって、被告人の行為は配慮に欠ける不十分な行為であり、具体的事情を考慮すると性的意図を有していたことの徴表とみる余地のある事情も存在するが、外観上正当な検査行為であり、必要性・相当性がない行為とまではいえないため、わいせつな行為に及んだとの確信を抱くには足りないと評価している。このように、従来の下級審裁判例が客観的な必要性・相当性を判断し性的意図を認定することで、わいせつな行為と評価していたことを考慮すると、❶においては従来性的意図の有無を判断する際に考慮されていた客観的状況における医療行為の必要性・相当性判断が前面に出ることで、客観的な必要性・相当性のみから直接、性的な意味の有無を評価することが可能である[63]ため、主観的事情は考慮要素として必須ではないと考えられる。以上のような分析に基づくと、医療行為等としてみなければ性的な意味を払拭できないような比較的に性的な意味の強い行為、例えば肛門に異物を挿入する行為[64]、マッサージの目的で着衣の上から陰部に電動式性具を押しあてる行為[65]についても客観的事情のみを考慮要素としても性的な意味の有無を評価できると考えられる。

❷についても、性的意図の有無を軸にして性的な意味の有無を判断することは可能である。しかし、特殊性癖に基づく行為には、一般的には性欲を刺激満足させるような対象とならない身体的部位[66]を性的意図をもって触る行為やSMプレイの一環として性的意図をもって被害者に暴行を加える行為などが考えられるところ、このような行為について性的意図を軸にして性的な意味の有無を判断すると現在の性的な被害に対する社会の受け止め方と乖離する結論になるため妥当ではないと考えられる[67]。そのため❷においては、行為者の特殊

[63] 医療行為等として外観上相当であっても不必要な行為や逆に医療行為等として必要であっても卑猥な言動があり、その点で相当でない行為については性的な意味を認めることが可能であると考えられる。

[64] 東京高判昭和59年６月13日判時1143号155頁。

[65] マッサージ目的ではないものの、陰部に電動式性具を押し当てた事案につき強制わいせつ罪を認めたものとして大阪地判平成25年６月21日 LEX/DB25501587（上告審につき最判平成26年８月21日 LEX/DB25504747）。

[66] 例えば、髪、鼻、歯、耳、肩などが考えられる。

[67] 例えば、東京高裁平成29年２月14日 LEX/DB25546813（事案の内容について

性癖や性的意図といった主観的事情を考慮すべきではなく、規範的評価に基づき客観的事情のみを考慮要素として性的な意味を考慮すべきであると考えられる。この点について、青森地判平成18年３月16日 LEX/DB28115159は、嘔吐させるシチュエーションのあるアダルトビデオを見て性的興奮を覚えた被告人が、性的意図をもって女子高生の口腔内に指を押し込んで嘔吐させた行為について、強制わいせつ罪ではなく暴行罪を成立させた事例であるところ、以上の見解から説明することが可能である。

❸の具体例としては、服の上から体に接触する行為、裸を撮影する行為、接吻など多くの行為類型が想定される。このとき❸についても、被害者の関係性といった客観的事情のみを考慮要素として性的な意味の有無を判断することが一定程度可能であると考えられる。例えば、路上で見ず知らずの他人から接吻された場合や同じく見ず知らずの他人から全裸の写真を撮られた場合、公共交通機関で服の上から臀部を触られる行為については現在の社会の一般的な受け止め方として、相手方の意思に反して行えば、性的嫌悪感を感じると考えられるため、このような場合については客観的事情のみを考慮要素として性的な意味の有無を判断することが可能であると考えられる。一方で、客観的事情のみを考慮要素としても性的な意味の有無を判断することが困難な場合を想定することも可能である。例えば親族や友人から接吻された場合、親族や友人から記録として全裸写真を撮られた場合、肩車をされた場合についてはその詳細な状況によっては性的な意味の強さも異なると考えられるため、客観的状況のみから現在の社会の受け止め方として性的な意味の有無を判断することには困難も認められる。以上の分析に基づくと、❸には客観的事情のみからは性的な意味の有無の評価が困難な限界事例が存在する可能性があるため、❸においては主観的事情が考慮要素の１つとなりうると考えられる。

⑶　重大性判断が問題となる事例

は東京地裁平成28年７月５日 LEX/DB25543578が詳しい）は、報復目的で陰茎を切断した行為について傷害罪を成立させた事例であるところ、仮に SM プレイの一環として行われた場合であっても、現在の一般的な社会の受け止め方として単なるおぞましい行為と評価されることこそ考えられるが、性的な意味を認めることについてはなお疑問が残る。

重大性判断は性的関連性判断とは異なり、その考慮要素に主観的事情が含まれるか否かについては明示していないと考えられる。そのため、従来までの下級審裁判例を検討することで、性的意図が考慮要素に含まれるのかを検討したい。以下では、重大性判断において重大性の有無が問題となると考えられる事例として❹ ①行為であるため、性的な意味が認められた行為、❺ ②行為のうち、性的な意味が認められた行為に分けて下級審裁判例を確認する。

❹の代表的な例としては、体液を相手にかける行為が考えられる。かかる行為については性的な意味を当然認めることができると考えられるところ、かけた場所を基準とすることでわいせつな行為として176条による処罰に値するか否かを判断することが可能であると考えられる。例えば、前橋地判平成27年６月19日 LEX/DB25540837は、着衣に精液を付着させる行為につき結論として暴行罪を成立させていることから、体液が直接身体に付着した否かを重大性判断の軸とすることも可能である[68]。

❺の代表的な例としては、いわゆる痴漢[69]にも該当するような公共の場で相手の服の上から体に接触する行為が考えられる[70]。このような事例が問題となった下級審裁判例をみると強制わいせつ罪を認めたものとして、高松高判平

[68] なお、大阪高判平成22年３月26日高検速報平成22年113頁は就寝中の女性の方を向いて射精した行為につき、「被害女性という特定の相手方に向けられたわいせつな行為である」として、準強制わいせつ罪を成立させているが、体液が直接身体に付着したか否かについては不明である。

[69] 痴漢とは、地域住民の平穏の保持等を目的として各都道府県で制定されている、いわゆる迷惑防止条例上で禁止されている「卑猥な言動」等をいう。例えば、東京都では公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例５条１項「何人も、正当な理由なく、人を著しく羞恥させ、又は人に不安を覚えさせるような行為であつて、次に掲げるものをしてはならない。一　公共の場所又は公共の乗物において、衣服その他の身に着ける物の上から又は直接に人の身体に触れること。」において痴漢は禁止されている。

[70] いわゆる迷惑防止条例について詳述するものとして、合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集〈上巻〉』（判例タイムズ社、2006年）510頁以下、強制わいせつと痴漢の区別について詳述するものとして嘉門優「強制わいせつと痴漢の行為との区別について」刑弁93号（2018年）147頁以下。

成22年９月７日 LEX/DB25464058は、被害者が３回やめてと言うまで１分くらい被害者の臀部をなでた行為について、下着の中には手を差し入れなかったとしてもわいせつ行為にあたるとしている。仙台高判平成25年９月19日高検速報平成25年250頁は、左手で押さえつけて自己の体に引き寄せたままの被害者のスカートを右手で捲り上げて、ハーフパンツ越しに臀部を右手で撫でるように触った行為について、触った部位や態様等に照らしても、被害者の性的自由を不当に侵害すると共に、普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものであるとしてわいせつ行為に該当するとしている。

他方、強制わいせつ罪の成立を否定したものとして、東京高決平成17年８月10日家月58巻11号89頁はエレベーター内で服の上から女児の陰部付近および胸部を触った行為について、福岡高判平成22年９月24日高検速報平成22年232頁は、バス車内において女子中学生に対し、右手でその腹部を着衣の上から、また、左太ももを直接なで回した行為について、それぞれ迷惑防止条例違反の罪を成立させており、名古屋地判昭和48年９月28日判時736号110頁は、背後から抱きすくめ両膝で被害者の両脚をはさみつけて背中・腰部・臀部を撫で廻す行為について、性的意図を認めつつもその外形において一般人の正常な性的羞恥心を害する程度とはいえないとして、暴行罪を成立させているものがある。以上の下級審裁判例からは、着衣の上から触ったか否かは重大性判断の軸にはならないものの、これを考慮要素の一つとして行為の強度や継続性を考慮要素とすれば、重大性を判断することが可能であると考えられる。

以上のように、性的な意味が認められるが、なお「わいせつな行為」に該当するか否かが問題となる行為については、性的意図のような行為者の主観的事情を考慮要素に置かなくとも、当該行為の強度や継続性といった客観的事情のみを考慮要素として重大性判断を行うことも可能であると考えられる。

Ⅶ　おわりに

１．本判決の意義・射程

従来は成立要件として一律に行為者の性的意図が必要か否かという問題で行為者の性的意図の要否が議論されていたところ、本判決は昭和45年判決の解釈を変更し、成立要件として性的意図は不要であると解釈したため、性的意図の要否の問題は終結したように思える。しかし、本判決は「わいせつな行為」該当性の考慮要素の一つとして性的意図は否定し難いと判示したため、今後は「わ

いせつな行為」該当性の考慮要素の一つとして性的意図は必要か否かという問題が、性的意図の要否の問題として新たに顕在化するものと考えられる。

そして、本判決は「わいせつな行為」該当性の考慮要素の一つとして性的意図が位置づけられる場合を非常に広く解し、性的意図が不要である場合を非常に狭く解したため、その実質においては昭和45年判決とほとんど変わらないと考えられる[71]。加えて、本判決の射程は「わいせつな行為」該当性判断につき、性的意図が判断要素として考慮されるべき場合があるものの、一律に強制わいせつ罪の成立要件とはならないという部分にとどまっており、強制わいせつ罪の故意の有無を判断する上で性的意図が判断されうるか否かについては本判決の射程外の問題であると考えられる。このように「わいせつな行為」の認識の有無を判断する要素として性的意図が排斥されていないことは、今後ますます強制わいせつ罪の成否に関する問題を複雑化させると考えられる[72]。本判決は、行為者の性的意図に関する議論を終結させたのではなく、新たな問題を提示しているのである。

また、本判決は「わいせつな行為」の判断基準については示しているが「わいせつな行為」の意義を示していないため、「わいせつな行為」の外延が不明であること、およびどのような認識があれば「わいせつな行為」の認識と認められるのかが不明である。先述したように、わいせつとは「徒に性欲を興奮または刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道徳観念に反するもの」であるのが従来の解釈であり、そのような行為が176条における「わいせつな行為」であると判示する下級審裁判例が存在していた。仮に、本判決

[71] 本判決の射程の狭さについて指摘するものとして、松宮・前掲注（1）76頁。

[72] 本判決以降で強制わいせつ罪における性的意図が問題となった裁判例として、被害者の首を絞めて殺害した後全裸にしてその乳房をなめた行為について強制わいせつ致死罪を成立させた東京地判平成30年3月7日LEX/DB25549846。同裁判例は被告人が「悪魔がうつる。早く倒さないと。危ない、危ない。」等との声に従って被害者を殺害し、証拠隠滅および生死確認のためかかる行為に及んだと供述して性的意図を否定していることから、強制わいせつ罪の故意の有無が争点となったが、結果的には客観的にわいせつな行為を行っていることから性的意図を推認し、被告人の供述を否定して性的意図を認めた事例であった。性的意図を故意の有無の考慮要素としている点で同裁判例は本判決の射程外の裁判例であると考えられる。

において「わいせつな行為」の意義をこのように解するならば、本罪の故意は「自己または他人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させる性的意味を有する行為」であることの認識と解することになる[73]。しかし、本判決が強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無、内容、程度にこそ目を向けるべきであると判示していることを考慮すると、そのような認識のない場合に故意が否定されることになるという解釈には疑問がある。一方で従来の不要説には、本罪の保護法益は性的自由であり、強制わいせつ罪における「わいせつ」はわいせつ物頒布罪等の社会的法益に対する罪における「わいせつ」とは異なるため、「わいせつな行為」とは性的自由の侵害であり、本罪の故意は性的自由の侵害の認識である[74]と解するものもあった。しかし「性的自由」という言葉は多義的であるため、性的自由の侵害および性的自由の侵害の認識とは具体的にはどのような意味なのかについては、疑問の余地があり、今後の議論が待たれる[75・76]。

２．本判決に対する私見

---

[73] 松宮・前掲注（１）78頁以下、松宮孝明『刑法各論講義（第４版）』（成文堂、2016年）119頁以下は、本罪の故意をこのように解する。

[74] 山中敬一『刑法各論（第３版）』（成文堂、2015年）162頁以下がある（なお、同論者は山中敬一「強制わいせつ罪の保護法益について」研修817号（2016年）３頁以下にて後掲注（75）の問題意識から、「わいせつな行為」の具体的な意義について詳細な検討を行っている）。

[75] なお、強制わいせつ罪の保護法益が性的自由であることについては否定しないが、「自由」という言葉が多義的であるため真の保護法益が十分に言語化されていないと指摘し、性的自由に代わる適切な表現とは何かという問題を提起したものとして、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開上巻 町野朔先生古稀記念』（信山社、2014年）411頁以下がある。

[76] 例えば前掲注（75）の問題意識から、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）103頁以下、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015年）３頁以下は「わいせつな行為」を被害者の意思に反して身体的内密領域（他人にアクセスされ、またはアクセスすることを欲しない身体的領域）を侵害し、そのことにより被害者の性的羞恥心を害し、かつ一般通常人でも性的羞恥心を害されるであろう行為と定義し、被害者の意思に反して身体的内密領域を侵す認識を強制わいせつ罪の故意と定義する。

本判決が「わいせつな行為」該当性を判断するにあたり、性的意図が考慮される余地を残した点については、昭和45年判決の批判として先に挙げたｃの問題――行為者の性的意図の存在を認めて「わいせつな行為」該当性を認めることで、客観面におけるわいせつ性の認定が弛緩し、本罪の成立範囲が不当に拡大するおそれがあるという問題――がなお妥当する。本判決は、「強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべき」であるとして、「わいせつな行為」該当性について緻密に判断枠組みを構築したにもかかわらず、②行為について性的意図の存在に基づいて「性的な意味がある」と評価することを認めており、性的関連性が弱いほど性的意図に基づくある種の「裏口認定」を認めている矛盾した判決となっているように思われる。このように性的関連性の判断について性的意図が考慮されるようになると、性的関連性における客観面の認定の重要性が弛緩し、本罪の成立範囲が不当に拡大し、社会の一般的な受け止め方とも乖離してしまう危険性が考えられる[77・78・79]。加えて、本判決では①行為について性的意図を含む行為者の主観的事情は不要であると判示したものの、①行為の範囲は非常に狭く、②行為の範囲が非常に広いこともこのような危険性を拡大させる要因となっている。以上のように、行為者の主観的事情を考慮要素とすることの弊害を考えると、「わいせつな行為」該当性については客観的事情を積み重ねていくことが裁判所に必要とされる態度であり[80]、「わいせつな行為」該当性の考慮要素として性的意図は不要であると解するべきである。

---

77 これを指摘するものとして、松宮・前掲注（1）79頁。

78 本判決は、客観的事情からは判断が困難な場合にのみ性的意図が考慮要素となると判示していると推察されるが、そのような限界事例においては性的意図の有無が「わいせつな行為」該当性の成否の軸となる余地を排除していないように思われる。

79 例えば、前掲注（40）でも指摘した「被害者の肩に手をかける行為」は、②行為であり、本判決の判示に従っても行為者に性的意図が認められることをもって「わいせつな行為」と判断される可能性が排除されていないが、かかる理由で「わいせつな行為」と判断されることが果たして社会の一般的な受け止め方と合致しているのかについては疑問である。

80 性的意図の要否について不要説に立つ丹羽・前掲注（12）33頁はこの点を指摘する。

このような私見に対しては、客観的事情のみでは性的な意味の有無を判断することができない限界事例（例えば、②行為における❸）があるため、このような場合に性的意図を考慮要素に含めないと強制わいせつ罪の成否を決することができないのではないかという批判が考えられる。

これに関しては、身体の部位[81]、行為時の言動[82]、被告人と被害者の関係性[83]、当該行為に至る合理性[84]といった事情を積み重ねていけば、性的意図を考慮しなければならない限界事例というのは存在しないのではないかと考えている。

[81] 例えば、胸・臀部・陰部を触る行為および撮影する行為は、他の部位と比較して性的な意味を強める事情として考慮されうる。

[82] 例えば、卑猥な言葉をかけながら行われたのであれば、性的な意味を強める事情として考慮されうる。

[83] 例えば、家族や恋人間での接吻は性的な意味を弱める事情として、初対面の他人に対する接吻は性的な意味を強める事情として考慮されうる。

[84] 例えば、何の理由もなく肩車するよりも「木に引っかかった風船を拾う」などのようにそのような行為に至った経緯が合理的であれば性的な意味を弱める事情として考慮されうる。

執筆者紹介（掲載順）

松本彩花　北海道大学大学院法学研究科助教
酒巻修也　青山学院大学法学部准教授
小名木明宏　北海道大学大学院法学研究科教授
呉逸寧　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研究員
瀬川行太　北海学園大学法学部法律学科専任講師
マシュー・ダイソン　オックスフォード大学法学部准教授
城下裕二　北海道大学大学院法学研究科教授
小棚木公貴　北海道大学大学院法学研究科修士課程

平成30年９月21日　印刷
平成30年９月28日　発行

編集人　眞壁　仁
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. 69 September 2018 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Die Entstehungsgeschichte der Demokratielehre Carl Schmitts (4): Von der letzten Periode des deutschen Kaiserreichs bis zur Mitte der Weimarer Republik ☆ ····· Ayaka MATSUMOTO 1

L'essence et la portée de la nullité partielle (7): Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie de la nullité partielle ····· Naoya SAKAMAKI 65

Sinn und Funktion der Bestrafung im Brettspiel — Anmerkungen zur Rolle der Bestrafung im deutschen Brettspiel — ☆ ····· Akihiro ONAGI 346[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 (4) ····· WU Yining 322[25]

Das Koinzidenzprinzip bei der Lehre vom Verbrechen (4) ····· Kouta SEGAWA 242[105]

LECTURE

The legal regulation of sub-optimal transplanted organs ····· Matthew DYSON 212[135]
Translated by Yuji SHIROSHITA

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case ····· Koki KOTANAGI 184[163]

[ ]···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