



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第69巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 69(6)
Issue Date	2019-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/73368
Type	journal
File Information	lawreview_vol69no6.pdf



北大法学論集

第 69 卷 第 6 号

論 説

- 自白排除法則の研究 (12・完) 関 口 和 徳 1
- 一部無効の本質と射程 (8)
—— 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 57
- コミュニティ再建と行為主体性：多文化主義の政策実践をめぐって
..... 辻 康 夫 396[1]
- 自招性精神障害の刑法的評価：
「原因において自由な行為」論の再定位 (1)..... 竹 川 俊 也 368[29]
- 犯罪論における同時存在原則について (6・完)
..... 瀬 川 行 太 320[77]
- 保証契約締結プロセスの規律 (2)
—— イングランドにおける信頼の濫用法理の考察を中心に ——
..... 西 村 曜 子 284[113]
- 「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察 (2)
—— ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ——
..... 橋 本 伸 234[163]

判 例 研 究

- 公法判例研究 横 堀 あ き 123
- 民事判例研究 張 子 弦 180[217]

2019(平成31)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

[illegible]

教

[illegible]

✻

藤原正則	花形弘満	橋場有紀	磯重部士靖	朝倉真	○米田雅宏	○吉田廣志	○吉田邦彦	山本哲生	山崎竜根	宮脇幹淳	水野浩二	眞壁仁	△長谷川晃司	○長野耕志	○中川寛子	○常川晶比	田村康樹	田口善之	空井正樹	曾野裕護	鈴木一夫	
(民法)	(法務基礎)	(刑事実務)	(民事実務)	(民事実務)	(行政法)	(知的財産法)	(民法)	(商法)	(行政学)	(行政学)	(法学)	(日本政治思想史)	(民法)	(哲学)	(商法)	(経済学)	(憲法)	(政治学)	(知的財産法)	(歴史学)	(現代政治分析)	(国際政治経済学)
										*							*		*		*	

准教授 村井

[illegible]

雑誌編集委員 ○ 印
*は大学院公共政策学連携研究部専任教員

△は理事（副学長）

自白排除法則の研究（一二・完）

関
口
和
徳

目次

序章 問題の所在

第一節 日本の刑事手続における自白の地位

第二節 自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

第三節 アメリカ法の示唆——ミランダ判決

第四節 本研究の課題

一 研究の対象——自白排除法則の整理

二 研究の視角と本稿の構成

第一章 アメリカの自白排除法則

第一節 不任意自白の排除法則——自白法則

一 自白法則の成立とアメリカ法への継受

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

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

第二節 違法収集自白の排除法則

一 マクナブ＝マロリー・ルールと第四修正の自白への適用

二 マサイア判決（一九六四年）

三 エスコビード判決（一九六四年）

四 マサイア判決およびエスコビード判決の意義と課題

第二章 ミランダ・ルールとその課題

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

一 ミランダ事件

二 ミランダ判決

三 ミランダ判決の意義

第二節 ミランダ判決以降の判例の展開——ミランダ・ルールの弱体化と強化

一 ミランダ・ルールの弱体化

二 ミランダ・ルールの強化

第三節 ミランダ・ルールの憲法上の地位——ディカーソン判決（二〇〇〇年）

（以上、五九卷二号）

（以上、五九卷三号）

（以上、五九卷五号）

- 一 合衆国法典一八編三五〇一条とミランダ・ルール「予防法則」論
 - 二 デイカーソン事件
 - 三 デイカーソン判決
 - 四 デイカーソン判決の意義
 - 五 デイカーソン判決後の判例の展開
- 第四節 ミランダ・ルールの課題
- 一 はじめに
 - 二 ミランダ判決以降の被疑者取調べの諸問題
 - (A) ミランダ判決は実務に影響を与えたか？
 - (B) 密室での権利告知手続
 - (C) ミランダ・ルールに反する取調べ
 - (D) 虚偽自白
 - (E) ミランダ・ルールの課題
 - 三 学説における提言
 - (A) 弁護人との相談を経ない自白の全面的排除
 - (B) 弁護人の自動的な選任
 - (C) 弁護人の立会いのない中で得られた自白の全面的排除
 - (D) 身体拘束中の自白の全面的排除
- 第五節 小括
- 第三章 日本の自白排除法則
- 第一節 学説にみる自白排除法則
- 一 はじめに
 - 二 虚偽排除説

(以上、六〇巻一号)

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

(以上、六〇卷六号)

(以上、六二卷一号)

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

四 まとめ

第二節 違法収集証拠排除法則の再構成

一 違法収集証拠排除法則の適用範囲

(A) 問題の所在と従来の学説・判例

(B) 違法収集証拠排除法則の適用範囲

二 違法収集証拠排除法則と自白法則の適用順序

(A) 問題の所在と従来の学説・判例

(B) 違法収集証拠排除法則と自白法則の適用順序

三 違法と自白との間の因果関係の要否

(A) はじめに

(B) 心理的因果関係の要否

(C) 客観的因果関係の要否

(a) 問題の所在と従来の学説・判例

(b) 客観的因果関係の要否——判例理論を参考に

(c) 五八年判決伊藤正己補足意見の示唆

(d) まとめ

四 違法収集自白の排除基準

(A) 問題の所在と従来の判例・学説

(B) 違法収集自白の排除基準

第三節 自白法則の再構成

一 自白法則の機能

二 自白法則によって排除される不任意自白

(A) 不任意自白の意義

(以上、六四卷六号)

(以上、六八卷五号)

（B）人権擁護説と虚偽排除説

三 不任意自白の排除基準——黙秘権侵害の基準

（A）黙秘権の保障内容

（B）黙秘権侵害の基準——基本的な考え方と課題

（C）身体拘束中の密室での取調べと黙秘権

四 自白の任意性の要件に関する一試論

第四節 小括

一 本章のまとめ

二 予想される批判とそれに対する応答

終章 結語

（以上、本号）

第四章 自白排除法則の整序

第三節 自白法則の再構成

一 自白法則の機能

（一）自白法則（憲法三八条二項、刑訴法三一九条一項）をめぐって、まず問題となるのが、自白法則の機能をどのように捉えるべきか、具体的には、自白法則の機能は任意性に疑いのある自白（以下、「不任意自白」という）の排除

にあるのか、それとも、不任意自白の排除だけでなく違法収集自白の排除も含まれるのかという問題である。

(二) 競合説という理論は、自白法則の解釈としては任意性説にたち、それゆえ任意性に疑いの存在しない自白を自白法則によって排除することは不可能であるという理解のもと、任意性に疑いは存在しないものの違法な手続によって得られた自白を証拠排除するための方策として生み出された理論である。そのため、競合説にたつ場合、一般的には、自白法則の機能は不任意自白の排除にあるものと解することになる^①。

もつとも、学説においては、自白法則の機能には不任意自白の排除だけでなく違法収集自白の排除も含まれるものと(すなわち、違法排除説の趣旨も含まれると)解した上で、さらに違法収集証拠排除法則(以下、「排除法則」という)の適用を主張する見解も有力に主張されてきた。自白法則によって排除される自白には、①憲法三十八条二項および刑訴法三十九条一項に列挙されている「強制」、「拷問」、「脅迫」による自白、「不当に長く抑留又は拘禁された後の自白」のようにその違法性を根拠に直ちに排除すべき自白と、②その収集過程において「約束、偽計、圧迫、誘導、疲労、病気など被疑者の自由な意思決定を妨げる事情」が認められる自白のように、虚偽のおそれを理由に排除すべき自白とがあるとした上で、③前記①以外の違法収集自白については排除法則の適用によってこれを排除すべきとする松尾浩也教授の見解^③などが、その代表例である^④。

(三) それでは、競合説にたつ場合、自白法則の機能はどのようなものと捉えるべきであろうか。

結論から先に述べると、自白法則の機能は不任意自白の排除にあるものと解するのが妥当であると思われる。

まず、憲法三十八条は、一項で「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と定め、自己負罪拒否特権すなわち黙秘権を保障している^⑤。黙秘権の保障内容については争いがあるものの、少なくとも、その核心が「供述するか否かの意思の自由の確保、人の意思への介入の禁止」^⑥にあることについて争いはいないといえよう。そして、このような黙秘権の

保障をうける形で、続く二項で定められているのが自白法則である。このような憲法三八条の条文構造にてらせば、自白法則の機能については、「供述するか否かの意思の自由の確保、人の意思への介入の禁止」という黙秘権の核心と平仄を合わせる形で理解するのが合理的であるように思われる。⁽⁷⁾

また、憲法三八条二項をうけた刑訴法三一九条一項は、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と定めているが、同項は、その文言上、自白の任意性を問題にしていることは明らかである。⁽⁸⁾ しかも、「任意にされたものでない疑のある自白」という文言が、「排除される自白全体を包括する文言として用いられている」ことに鑑みると、同項は全体として不任意自白の排除を定めたものと解するのが素直であらう。⁽⁹⁾

(四) 実際問題としても、排除法則の適用範囲・順序について私見のような立場、すなわち、手続上の違法が問題となるケースだけでなく取調べ方法の違法が問題となるケースについても排除法則の適用を認め、また、自白法則よりも排除法則の適用を先行させるべきと解する立場にたつ場合には、条文の文理から離れて、あえて自白法則の機能に違法収集自白の排除を含める必要性は見出し難いといえよう。なぜなら、手続上の違法が問題となるケースであれ、取調べ方法の違法が問題となるケースであれ、違法収集自白はすべて、自白法則に先立って適用される排除法則によって排除されることになるからである。⁽¹⁰⁾

そして、このように解すると、自白法則に求められる機能は、より正確にいうと、排除法則によって排除することができない不任意自白の排除ということになる。先にも述べたように、現在の日本において「適法」とされている取調べ実務は、それ自体、強制的な要素を多分に含むものであるといわざるをえない。また、かりに捜査官の側において被疑者の人権を十分尊重しつつ取調べを行った場合でも、様々な事情から、被疑者が黙秘権を行使することができず、任意

によらない形で自白をしてしまうことはありうる。自白法則には、排除法則によって排除することができないこのような「適法」な手続のもとで得られた不任意自白を排除する機能を果たすことが求められることになるのである。⁽¹²⁾

二 自白法則によって排除される不任意自白

(A) 不任意自白の意義

(一) 自白法則の機能が不任意自白の排除にあるとして、問題は、自白法則によって排除される不任意自白とは具体的にどのような自白のことを意味するものである。

この点、先にみたように、競合説にたつ論者の多くは、自白法則については任意性説にたつことを前提としている。このような立場からは、不任意自白とは、虚偽のおそれのある自白または黙秘権を侵害して得られた自白（ないしは、より一般的に、被疑者の人権を侵害して得られた自白）を意味するものと解されることになる。⁽¹³⁾ もっとも、不任意自白の意義をめぐっては、虚偽排除説のみの見地から虚偽のおそれを有する自白を意味すると解する見解や、人権擁護説のみの見地から黙秘権を侵害して得られた自白を意味すると解する見解もそれぞれ主張されてきたところであり、競合説にたつ場合においても、虚偽排除説と人権擁護説のいずれか一方の見地から不任意自白の意味を定義づけることは必ずしも不可能ではないと解される。

(二) それでは、自白法則によって排除される不任意自白とはどのような自白のことを意味するものと解すべきであろうか。

結論から先に述べると、不任意自白とは黙秘権を侵害して得られた自白のことを意味するものと解するのが妥当であ

と思われる。なぜなら、先にみたように、憲法三八条は、一項で黙秘権を保障し、それに続けて二項で自白法則を定めている。このような憲法三八条の条文構造にせよ、自白法則は、黙秘権の保障を実効的なものとするために、黙秘権を侵害して得られた自白の排除を定めたものと解するのが最も自然な解釈と考えられるからである。⁽¹⁴⁾

もつとも、このような憲法三八条の解釈に対しては、「一項違反の供述が証拠にならないことは一項自体の解釈として出てきうるので、ことさらに、二項を置く必要はない」⁽¹⁵⁾、「黙秘権は、証拠法上の特権であるから、これを侵害してとられた証拠は、黙秘権侵害そのものを理由として排除される。あらためて自白法則を引くまでもない」といった批判が向けられることになろう。⁽¹⁷⁾しかし、以下の理由から、このような批判は必ずしも当たらないように思われる。

たしかに、黙秘権という権利それ自体を根拠に黙秘権を侵害して得られた自白を排除することは可能であるといえよう。実際、ミランダ判決に代表されるアメリカ連邦最高裁判例においては、そのような解釈が一貫して採用されてきている。⁽²⁰⁾しかし、黙秘権を根拠に黙秘権を侵害して得られた自白を排除することが可能であるということ、日本国憲法の解釈として三八条一項を根拠に黙秘権を侵害して得られた自白を排除することが妥当かどうかは、また別問題といふべきであろう。

この点、改めて考えてみると、合衆国憲法は、第五修正で黙秘権を保障する一方で、第五修正にも他の条項にも、黙秘権を侵害して得られた自白の排除を定める具体的な規定を置いていない。⁽²¹⁾そのため、合衆国憲法の下で黙秘権を侵害して得られた自白を、憲法に違反するものとして排除するには、その根拠を、黙秘権という権利それ自体に（すなわち、第五修正に）求めざるをえないという事情が存在している。これに対し、日本国憲法は、憲法三八条一項で黙秘権を保障するにとどまらず、同条二項において明文で強制等によって得られた自白の排除を定めているのである。とすれば、日本国憲法の下では、黙秘権を侵害して得られた自白については、明文規定を活かして憲法三八条二項を根拠に排除す

ればよいのであって、同項の存在を脇に置いて、黙秘権を侵害して得られた自白を排除するための根拠を憲法三十八条一項に求めるべき合理的な理由は見出し難いように思われる。⁽²²⁾

(三) 以上のように、憲法三十八条の条文に即して考えれば、不任意自白とは黙秘権を侵害して得られた自白のことを意味するものと解するのが妥当といえる。もつとも、このような解釈が真に妥当なものであるかについては、さらなる検討が必要であろう。なぜなら、不任意自白を黙秘権を侵害して得られた自白と解するということは、黙秘権と自白法則を一体的に捉えることを意味するが、このような理解に対しては、学説上、黙秘権と自白法則それぞれの沿革を踏まえた批判が展開されてきたからである。⁽²³⁾ すなわち、黙秘権と自白法則は発生の起源を異にし、また、黙秘権が法的義務(供述拒否に対する制裁)を課して供述を強要することを禁止したものであるのに対し、自白法則は事実上の(たとえば、拷問などによる)供述の強要を禁止したものであり、両者を一体的に捉えることはできないのではないか、という批判である。

たしかに、黙秘権と自白法則との間には、沿革的な違いが存在していることは明らかである。もつとも、この点に関しては、黙秘権(自己負罪拒否特権)と自白法則は、一見すると沿革的に異なるもののようにみえるものの、「いずれも自己負罪の供述の強制を受けない権利として本質を同じくし、その違いはもっぱら、その禁じられた強制が、宣誓その他の精神的強制手段によるか、それとも身体に対する暴力の行使またはその告知という物理的強制手段によるかにすぎない⁽²⁴⁾」として、もともと両者は本質的には同じ原理に基づくものであるとの指摘もなされてきたところである。

また、たとえ黙秘権と自白法則との間に沿革的な違いが存在するとしても、そのような違いは、黙秘権と自白法則を一体的に理解する上で必ずしも決定的な障害とはなりえないように思われる。黙秘権や自白法則に限らず、あらゆる権利や法原則は、時代を経ていく中で発展・変化しうるものである。そして、そのような発展・変化を遂げていく中で、

もとは異なるもの同士であった権利と法原則が接近し、融合の道を進むということもありうる。とすれば、黙秘権と自白法則を一体的に捉えることが正当であるかどうかは、今日において両者がそれぞれのどのような内容のものとして理解されているのかに基づいて決すべきことになろう。そこで、今日、黙秘権と自白法則がそれぞれのよう理解されているのかについてみると、黙秘権については、その保障が捜査段階にも及ぶこと、そこでの事実上の供述の強要をも禁止するものであることについて争いはない。また、自白法則についても、自白法則の起源に忠実に、強要された自白であつても虚偽のおそれなければ許容すべきとする主張はほとんど姿を消し、虚偽のおそれの有無にかかわらず、強要された自白は排除されなければならないという理解で概ね一致をみているといつてよい状況にある(ただし、立場によつて、問題の捉え方には違いが生じてくる)。

このようにみてくると、今日、黙秘権と自白法則は、少なくとも被疑者取調べの場面に関していえば、一体的な関係にあるものと理解して差し支えないように思われる。⁽²⁶⁾

なお、アメリカにおいては、先にみたとおり、もともと別々の権利・法原則として存在していた黙秘権と自白法則とが、判例の発展をみる中で接近し、ミランダ判決を経て、今日、少なくとも被疑者取調べによつて得られた自白の任意性判断の場面においては、一体化するに至つて⁽²⁶⁾いる。このことも、今日、黙秘権と自白法則を一体的に理解することが正当であることを裏付ける一つの根拠となりうるであらう。

(B) 人権擁護説と虚偽排除説

(一) とところで、自白法則によつて排除される不任意自白を黙秘権を侵害して得られた自白のことであると解した場合に、すなわち、不任意自白を人権擁護説の観点のみに基づいて定義づけた場合に問題となるのが、虚偽排除説の取扱

いである。

学説においては、人権擁護説と虚偽排除説のどちらか一方だけに依拠したのでは不任意自白を的確に排除することが困難であるという問題意識のもと、⁽²⁷⁾ 自白法則には人権擁護説と虚偽排除説の両方の趣旨が含まれると解する任意性説が有力化していったという経緯がある。実際、過去の判例には、虚偽排除説に親和的な言い回しで自白を排除したものが少なくない。⁽²⁸⁾ とくに、最大判昭四五（一九七〇）・一一・二五刑集二四卷一二号一六七〇頁（【87】）は、いわゆる切り違い尋問によって獲得された自白について、「もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであ[る]」⁽²⁹⁾ として、偽計による自白の任意性が否定される場合を、「虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合」に限定するかの⁽²⁹⁾ ような判示をしている。

そこで、私見のように不任意自白を人権擁護説の観点のみに基づいて定義づけようとする主張に対しては、【87】で問題となった偽計による自白のような虚偽のおそれのある自白の排除が困難となりはしないか、といった批判が向けられることが予想される。

（二）しかし、現実的には、人権擁護説のみにたつたがゆえに虚偽のおそれのある自白の排除が困難となる、といった事態はまず生じることにはないように思われる。このことは、【87】の判示内容からも根拠づけることができるように思われる。

たしかに、【87】は「被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれ」が生じたかどうかを問題にしていると解することが可能である。しかし、一方で、【87】については、「被疑者が心理的強制を受け『て自白をした』」ことそれ自体を問題視したものと解することも可能であるように思われる。そして、このような理解によれば、

【87】が用いている「虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には」という文言は、偽計による自白排除の範囲を「虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合」に限定する趣旨のものではなく、「自白を排除すべき強制の程度を示す」趣旨のものということになる。つまり、【87】は、必ずしも「人権擁護説と別個の虚偽排除説を唱えたものではない」ということになるのである。そして、【87】の解釈としては、こちらの解釈のほうが理に適っているように思われる。なぜなら、【87】は、上に引用した判示に先立って、「捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑事訴訟法一条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正に行われるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきである」として、「偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法」それ自体を非難しており、このことに鑑みると、【87】が、たとえ「被疑者が心理的強制を受け『て自白をした』」場合であっても、「その結果虚偽の自白が誘発されるおそれ」がなければ自白の任意性を肯定しようという立場にたっているとは到底解しえないからである。そして、このような【87】の理解を前提にすると、偽計による自白の本質的な問題は、自白に虚偽のおそれが存在するという点ではなく、偽計のような虚偽自白を誘発しかねないような手段を用いて被疑者を自白に追い込んだという点に、すなわち、被疑者の黙秘権を侵害したという点に求められることになる⁽³²⁾。

なお、虚偽自白のおそれが問題となる場面は、捜査官によって虚偽自白を誘発しかねない取調べ手段が用いられた場合に限られない。捜査官がそのような手段を用いなかったとしても、何らかの事情で被疑者が黙秘権を行使することができず、捜査官に迎合する形で虚偽の自白をしてしまうことはありえよう。このような場合にも、被疑者が黙秘権を行使することができなかったという点それ自体に着目すれば、虚偽排除説によらずとも、人権擁護説によって対処することが十分に可能であるように思われる。

(三) このように、虚偽排除説に依拠しなければ排除が困難と考えられてきた類型の自白についても、必ずしも虚偽排除説に依拠しなくても、人権擁護説によって、すなわち、黙秘権を侵害して得られた自白として排除することが可能なのである。⁽³³⁾⁽³⁴⁾そしてこのことは、まさに任意性説の核心が人権擁護説に存在しているということを示すものであり、自白法則によって排除される自白を黙秘権を侵害して得られた自白と解することの正当性を示すものであるといえるのはなからうか。

三 不任意自白の排除基準——黙秘権侵害の基準

(A) 黙秘権の保障内容

(一) 以上までの検討により、自白法則の機能は不任意自白の排除にあること、また、そこにいう不任意自白とは黙秘権を侵害して得られた自白のことであることが明らかとなった。そうすると、自白法則によって自白が排除されるかどうかの基準、すなわち不任意自白の排除基準は、自白の収集過程に黙秘権侵害が存在したかどうかに求められることになる。

それでは、黙秘権侵害が存在したかどうかは、どのような基準によって判断すべきであろうか。この点を考えるには、まず、憲法三十八条一項が保障する黙秘権の保障内容を具体的に明らかにする必要がある。

(二) ところで、黙秘権の保障内容について、判例はどのように解してきたのであろうか。

判例は、憲法三十八条一項を、「威力その他特別の手段を用いて、供述する意思のない被告人に供述を余儀なくすることを禁ずる趣旨」⁽³⁵⁾の規定と解してきた。すなわち、判例は、黙秘権を、現実に供述の自由を侵害することを禁止したも

のと解してきたのである。このことを裏返せば、現実には被疑者の供述の自由を侵害するまでに至らない取調べであれば、必ずしも黙秘権の禁止するところではないという理解に行き着くことになる。要するに、供述の自由を危険に晒すことそれ自体は、黙秘権保障の埒外に置かれることになるのである。

その結果、どれほど供述の自由を危険に晒すような状況が存在したとしても（すなわち、どれほど被疑者の心理に圧迫が加えられようとも）、現実には供述の自由を侵害する結果さえ生じなければ、たとえば、被疑者の心理を相当に圧迫するような取調べが行われたものの、被疑者が自らの意思に基づいて自白をしたと認められる場合には、黙秘権侵害の問題は生じないことになる。⁽³⁶⁾判例は、まさに、「黙秘権侵害の実体要件として、被疑者を完全な屈服あるいは抵抗不能な状態に至らせるという意味での供述の強要を要求し、供述の提供に抵抗する気力の残っているうちは黙秘権の侵害はないという基本的発想」⁽³⁷⁾にたっているのである。⁽³⁸⁾

(二) しかし、このような判例の黙秘権の保障内容に関する理解が、はたして憲法三十八条一項の解釈として相応しいものといえるのかについては、多大の疑問が残るところである。⁽³⁹⁾

序章でも述べたように、⁽⁴⁰⁾憲法は、刑事手続における人権侵害、とりわけ自白の強要が横行した戦前の深い反省の上に、三十八条一項で黙秘権を保障するだけでなく、三六条で拷問を「絶対に」禁止し、さらに三十八条二項で黙秘権を侵害して得られた自白の排除を定め、そのうえ三十八条三項で自白のみに基づいて被告人を有罪にすることを禁止している。自白の強要に対するこれほどまでに厳重な規制は世界を見渡しても類例をみないものであり、それだけに憲法の自白の強要に対する徹底した禁忌の思想をみてとることができる。⁽⁴¹⁾このような憲法の思想を踏まえるならば、憲法三十八条一項を、現実には供述の自由を侵害することを禁止したにすぎないものと解するのは狭きに失するといふべきである。

そもそも、黙秘権は、人間の尊厳にも関わるさわめて重要な権利である。⁽⁴²⁾そのような重要な権利であるにもかかわら

ず、現実に供述の自由が侵害されるに至って、すなわち、被疑者の人間としての尊厳が完膚なきまでに踏みにじられるに至って、そこで初めて黙秘権侵害が問題になるというのでは、権利保障のあり方としてあまりにも不十分といふべきであろう。⁽⁴³⁾ 黙秘権は、日本国憲法の成立当初から、捜査段階における自白の強要からの保護、すなわち自白の強要を防止するために存在しているものと理解されてきた権利でもあることに⁽⁴⁴⁾しても、黙秘権はその侵害の防止にこそ重きを置いて理解すべきなのではなからうか。

そして、このように黙秘権侵害の防止にこそ重きを置くべきであるとするならば、黙秘権の内容には、現実に供述の自由を侵害することを禁止する趣旨だけでなく、そもそもそのような事態が発生することを防止する趣旨、すなわち、被疑者の供述の自由を危険に晒すことそれ自体を禁止する趣旨が含まれているものと解さなければならぬことになる。⁽⁴⁵⁾ このことを裏返せば、被疑者には、黙秘権保障の一環として、供述の自由を危険に晒されない権利が、さらに突き詰めれば、供述の自由が危険に晒されるような環境に置かれない権利が保障されなければならないことになるのである。

(四) 以上のような黙秘権の保障内容の理解は、自己決定権の実効的保障という観点からも根拠づけることができるように思われる。

黙秘権という権利は、たんに黙秘をすることだけでなく、供述を⁽⁴⁶⁾するかどうか、供述をするとして何をどこまで供述するかという、供述に関する一切についての自己決定権を保障したものと解されている。この点で、黙秘権は、幸福追求権から導かれるプライバシー権、さらにはそこから導かれる自己情報コントロール権に基づいて、私的事項の自己決定権を保障している憲法二三条と密接な関係にある。また、黙秘権と憲法二三条は、ともに個人の尊厳に基づいて上記の権利を導き出しているという点でも、共通の基盤を有するものである。⁽⁴⁷⁾

ところで、憲法一三条の一環としての自己決定権とは、具体的には、「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由」のことであると解されてきた。⁽⁴⁸⁾これを敷衍すれば、自己決定権とは、上記の事項について、「外部からの（外発的な）不当な圧力に基づくことなく、自分の内部から起こる（内発的な）精神作用に基づいて」、⁽⁴⁹⁾要するに、完全な自由意志によつて決定する自由ということになる。そして、自己決定権の内容が以上のようなものであるとすると、その保障を実効的なものとするためには、自己決定の場面が、本人が完全な自由意思に基づく決定をなしうる環境であることが求められることになる。人間は、自己の置かれた環境の影響を多分に受ける存在であり、その置かれた環境次第では、完全な自由意思に基づく決定が困難となる場合が予想されるからである。⁽⁵⁰⁾

先にみたように、黙秘権の一環としての自己決定権は、憲法一三条のそれと共通の基盤に基づくものである。とすれば、黙秘権の一環としての自己決定権についても、被疑者が、供述に関する一切について、完全な自由意思によつて決定する権利が保障されなければならないと解すべきことになる。⁽⁵¹⁾ただ、ここで留意すべきことは、憲法一三条の保障については公共の福祉による一定の制約がありうるのに対し、黙秘権については（少なくとも、取調べにおいて自白の強要が許されないという点については）そのような制約を予定していないことである。さらに、取調べという場面における被疑者は、「一般通常人よりも、公権力によるプライバシーの干渉をうける危険性が現実的でありその度合も非常に高い」という問題も存在している。⁽⁵²⁾これらのことからすれば、取調べの場面における黙秘権の一環としての自己決定権の保障を考えるに際しては、他の場面にもまして、自己決定の場が被疑者の完全な自由意志が保障されうる場となっているかどうかに注意を払うことが求められることになる。⁽⁵⁴⁾

黙秘権の一環として保障されるべき自己決定権が以上のようなものであるとすると、供述の自由を危険に晒すことを黙

秘権の埒外に置く考え方は、それと真つ向から矛盾するものというべきである。そもそも供述の自由を危険に晒すことは、それ自体、被疑者が完全な自由意志によつて自己決定をなしうる環境とはいひ難い上、そのような環境の中で、被疑者に供述を求めること、すなわち、被疑者に黙秘権の放棄を求めるということは、もはや被疑者の自己決定に対する現実的な介入・干渉の域に達していると考えられるからである。⁽⁵⁾このようなことが、被疑者に供述に関する一切の自己決定権を保障している黙秘権の趣旨から許容されることは到底いえないであろう。

以上のように、自己決定権の保障という観点からみても、黙秘権の保障内容には、被疑者の供述の自由を危険に晒すことそれ自体を禁止する趣旨が含まれているものと解さなければならないのである。

(B) 黙秘権侵害の基準——基本的な考え方と課題

(一) 以上のように、黙秘権の保障内容には、被疑者の供述の自由を危険に晒すことそれ自体を禁止する趣旨が含まれていると解すべきとするならば、黙秘権侵害の基準は、供述の自由を危険に晒すことそれ自体を黙秘権侵害として取り込み、そのような手続によつて得られた自白を排除しうるようなものでなければならぬことになる。

そして、このことと同時に重要なことは、先に確認したように、自白法則は黙秘権の保障を実効的なものとするために存在するものであることからすると、黙秘権侵害の基準は、たんに黙秘権を侵害して得られた自白を排除することができるというだけでなく、そもそも、黙秘権を侵害するような事態、すなわち、被疑者の供述の自由を危険に晒すような事態が発生することを防止する機能が要請されるということである。

(二) それでは、このような要請をみたすことのできる黙秘権侵害の基準とは、具体的にどのようなものと解すべきであろうか。

結論を先に述べれば、黙秘権侵害の基準としては、基本的に、最低限ミランダ判決で示された黙秘権侵害の基準（ミランダ・ルール）と同等のものが求められるというべきである。すなわち、黙秘権侵害の基準には、最低限、①捜査官には、取調べ開始に先立って、被疑者に対して、黙秘権があること、供述した場合にはいかなる供述も自己に不利益に用いられうること、取調べに弁護人を立ち会わせる権利のあること、弁護人を自ら選任する資力がなければ国選弁護人を付することができるとの告知をする義務のあること、②被疑者が権利行使の意思を表明した場合には取調べを開始することは許されず、また、取調べの開始後であっても被疑者が権利行使を表明した場合には直ちに取調べは中止されなければならないこと、③これらの手続に違反して得られた自白については、黙秘権を侵害して得られた不任意自白として画一的に排除されなければならないこと、の三点が含まれなければならないと解すべきである。

先にみたように、ミランダ判決は、身体拘束中の密室での取調べには黙秘権と相容れない強制的要素が内在しているという問題意識のもと、そのような強制的要素を払拭し黙秘権を実効的に保障するための保護手段としてミランダ・ルールを確立したものである。この点、日本においても、これまで多くの論者によって繰り返し指摘されてきたように、身体拘束中の密室での取調べに黙秘権と相容れない強制が存在しているという問題は同様に存在していると考えることができる。⁽⁵⁷⁾そして、先に確認したように、憲法三十八条一項は、現実に供述の自由を侵害することだけでなく、供述の自由を危険に晒すことそれ自体をも禁止したものと解すべきものである。とすれば、黙秘権を実効的に保障するための、すなわち、身体拘束中の密室での取調べに内在する黙秘権と相いれない強制的要素を払拭し、被疑者の供述の自由が危険に晒されることを防止するための方策として、最低限ミランダ・ルールと同等の保護手段を取り入れることは、憲法三十八条一項（および、同項の実効性を担保するために設けられていると解される二項）の内容として正当化できるのではなからうか。⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾

(三) もつとも、以上のような私見の理解に対しては、かりに、日本においても身体拘束中の密室での取調べに内在する黙秘権と相いれない強制的要素の問題が存在し、黙秘権の実効的な保障のためにはそのような強制的要素を払拭することが必要であるとしても、そこからなぜ、最低限ミランダ・ルールと同等の基準を取り入れるべきとの結論に結びつくのか、といった疑問もありえよう。

しかし、憲法三十八条一項が第五修正を継受したものであることは明らかである。そして、ミランダ判決は、その第五修正の解釈を示した連邦最高裁判例である。とすれば、そこで示された判断内容を、憲法三十八条一項および同項の実効性を担保するための規定である二項を解釈するにあたって、すなわち、黙秘権侵害の基準を考えるに当たって参考とすることには、十分な正当性が存在しているといえるように思われる。⁽⁶⁰⁾

また、憲法三十一条の存在が、ミランダ判決を踏まえて憲法三十八条の解釈することの正当性を一層強固に根拠づけるように思われる。憲法三十一条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と定めているが、ここにいう「法律の定める手続」の具体的内容について、宮沢俊義博士は次のように述べられていた。

「『憲法三十一条の―筆者注』『法律の定める手続』とは、……形式的意味の法律で定められさえすれば、どんな内容の手続でもかまわないという意味に解すべきではない。アメリカ合衆国憲法にいう *due process of law* は、公正な (*fair*) 手続、あるいは『公正と賢明の最低限度の水準』を満足させる手続を意味すると解されているが、日本国憲法の『法律の定める手続』もそれと同じ意味と解するのが良識の命ずるところである。

では、公正な手続とは何か。それは、当事者が人権を侵される可能性を實際上最小限度に食いとめることに役立つ手続を意味する。そうした典型としては、近代諸国法で歴史的に形成された訴訟手続が予想されている」⁽⁶¹⁾。

ミランダ・ルールの存在は、外国において、しかも、憲法三八条一項の母法である第五修正を有するアメリカにおいて、同修正を根拠に、現在日本で保障されている権利よりも手厚い権利保障が実現されていることを示している。とすれば、そのようなアメリカ法の優れた部分を積極的に取り入れ、日本の刑事手続における人権水準をより高いものへと向上させていくことは、まさに憲法三一条の要請するところであると解することもできるのではなからうか。⁽⁶²⁾ また、被疑者の供述の自由を危険に晒すことそれ自体を防止することをめざして確立されたミランダ・ルールは、現在の日本において存在している黙秘権保障のための保護手段よりも、目下のところ確実に、「当事者が人権を侵される可能性を實際上最小限度に食いとめることに役立つ」保護手段といえるものである。このことも、ミランダ判決を踏まえて憲法三八条の解釈することの正当性を根拠づける重要な要素となりうるように思われる。

(五) ところで、黙秘権侵害の基準を以上のように解した場合、その実現にとつて最大の障壁となるのが、判例実務の存在である。なぜなら、判例実務は、先にみたような黙秘権の内容に関する理解、すなわち、被疑者の供述の自由を危険に晒すことそれ自体は黙秘権侵害には当たらないという理解のもと、身体拘束中の被疑者を密室で取り調べることは必ずしも黙秘権を侵害するものではなく、また、そこで得られた自白の任意性も直ちには否定されないというという理解に(要するに、ミランダ判決とは相反する立場に)一貫してたち続けてきているからである。⁽⁶³⁾ このような判例実務の立場は、先にみたような黙秘権保障や黙秘権侵害の基準のあるべき姿と調和するとはいい難いものであり、早急に変更されるべきである。

もつとも、かりに現在の判例実務の立場を前提としたとしても、私見のような黙秘権侵害の基準を導入できる可能性は必ずしも閉ざされているわけではないように思われる。「供述の強制が許されないことは、だれしも争わない」。実際、判例実務においても、取調べ状況や自白をした際の被疑者の心理状態にてらして、自白の強要があったと判断された場

合には、自白法則の適用によって当該自白は排除されてきた。⁽⁶⁵⁾とすれば、身体拘束中の密室での取調べそれ自体が自白の強要にあたるということを具体的、説得的に論証することができれば、現在の判例実務の立場を前提としたとしても、身体拘束中の密室での取調べによって得られた自白は、黙秘権を実効的に保障するための保護手段がとられないかぎり、黙秘権侵害による不任意自白として排除されることになるはずだからである。⁽⁶⁶⁾

(C) 身体拘束中の密室での取調べと黙秘権

(一) この点で注目すべきは、近時、大きな発展を遂げている供述心理学の成果、なかでも浜田寿美男教授による一連の研究成果である(以下、「浜田研究」という。⁽⁶⁷⁾)。浜田研究は、身体拘束中の密室での取調べに内在する要素の何がどのように被疑者の心理に圧力を与えることになるのか、その圧力によってどのように被疑者が自白へと追い込まれていくのかについて、供述分析の手法によって検討を加え、そのメカニズムを明らかにしているからである。⁽⁷⁰⁾

(二) 浜田研究によれば、身体拘束中の密室での取調べにおいて被疑者が自白に追い込まれていくメカニズムとは、概要、次のようなものである。

① 身体拘束中の密室での取調べは、**a**「生活の流れの遮断」、**b**「外部からの情報遮断と単質情報の反復による非現実感」、**c**「孤立」、**d**「生活支配と侮蔑」、**e**人間の最も基本的な「生活条件」である食事や睡眠の不自由さといった、そこに必然的に内在する要素それ自体によって、被疑者を「非人間的環境」へと追い込んでいくことになる。⁽⁷¹⁾

② それでも、被疑者には、**a**「取調べの場合および取調官への反発」、**b**自白をした場合に予想される刑罰、社会的評価や地位の喪失への恐れ、**c**「自分の真実を守りたいという衝動」といった「否認力動」が存在する。しかし、**a**については、捜査官が、それを人間関係の形成により和らげるか、反対に、それを強行に押しつぶすかして、いず

れにせよ、「ある種の人間関係を強要」することによって、⑥については、刑罰や社会的制裁の非現実感や取調べの圧力を前にした判断力の減退によって、③については、いくら弁明しても聞き入れてもらえないことによる無力感、「弁明しきれない空白の存在」(たとえば、アリバイの空白や記憶の曖昧さ・混乱など)などによって、それぞれ限りなく無化されていくことになる。「強力な取調の圧力の前」では、すなわち、「相手に自分の全生活を管理され、支配されている非対等の場面」では、被疑者が「否認力動」を維持することは極めて困難なことである。⁷²⁾

③ こうした中で、被疑者には、a「取調べ自体の苦しさ」や留置場での生活の苦しさからの回避、b「否認から予期される不利の回避」、c「自白から予期される利益の追求」といった願望に基づく「自白力動」が働く。⁷³⁾

④ 以上の結果、被疑者は、自白へと追い込まれていくことになる。⁷⁴⁾

身体拘束中の密室での取調べにおいて被疑者が自白に追い込まれていくメカニズムを以上のように説明した上で、浜田研究は、次のように結論づけている。

「有罪推定に立つ取調官が被疑者に対して圧倒的優位に立ち、彼を代用監獄に勾留して取調べを続けるかぎり、……[上記①]④の——筆者注」自白転回の構図はほとんど必然である。もちろんこの構図にはめ込まれて耐え、否認を貫いた人も少なくない。しかし、それが大変な強さを要するものであることを、私たちはここまできて再認識せざるをえない。従来法曹の世界で論じられてきた『自白の任意性』の議論は、この構図に囚われた被疑者の心理的世界に照らしてみたとき、空々しくさえない。いったいこういう状況下で取調べ^マられたとき、たとえ外見上現行の法に触れるような取調べ方法がまったくなくとも、そこでの被疑者の供述をどういう意味で『任意』と見なしていいのであろうか。

『私がやりました』と、無実の被疑者が自白するとき、それは被疑者なりの認識にもとづく、被疑者なりの主体的

選択である。……しかしその選択は、まさに被疑者を囲む取調べの構図そのものが彼に強制した選択なのである」⁽⁷⁵⁾。

(二) 以上にみたところから明らかなように、浜田研究は、身体拘束中の密室での取調べにおいて被疑者が自白に追い込まれていくメカニズムを明らかにするとともに、そのことを通じて、身体拘束中の密室での取調べそれ自体が自白の強要に当たり、そこで得られた自白に任意性があるとは認め難いことを明確に示すものである。そして、その内容は、身体拘束中の密室での取調べには黙秘権と相容れない強制的要素が内在するとしたミランダ判決の論理と、ほぼ一致するものである。その意味で、浜田研究は、身体拘束中の密室での取調べに関するミランダ判決の論理の正当性とともに、その論理が日本の取調べ実務にも当てはまるものであるということを、供述心理学の知見に基づいて、実証的に証明したものと評価することができるようになると思われる。

このような供述心理学の知見は、自白の任意性判断の場面において、十分に考慮される必要があるように思われる⁽⁷⁶⁾。もっとも、自白の任意性判断は、各裁判官の自由な心証に基づいて行うべきものとされている(刑訴法三二八条参照)。そのため、裁判官の間には、供述心理学の知見に対し、自分たちの権限を侵すものであるといった抵抗感が根強く存在しているともいわれている⁽⁷⁷⁾。しかし、改めて考えてみれば、自白の任意性判断においては、自白が強要されたものなのかどうか、すなわち、当該取調べにおいて被疑者が黙秘権を行使することが可能な心理状態にあったかどうかが問われることになる。とすれば、本来、合理的で正確な自白の任意性判断のためには、供述心理学に関する知見が必要不可欠なはずである。とくに、身体拘束中の密室での取調べによって得られた自白の任意性判断においては、身体拘束中の密室での取調べという日常生活とはかけ離れた特異な環境の下で得られた自白の任意性を問題とするのであるから、そのような環境の実態や、そこに置かれた被疑者の心理に対する深い洞察が必要とされるのではなからうか。この点、身体拘束中の密室での取調べにおいて被疑者が自白に追い込まれていくメカニズムを明らかにしている供述心理学(浜田研

究)の知見は、そのような洞察に近づくことに大きく貢献するものと考えられ、これを任意性判断において考慮に入れることには重要な意義が存在しているように思われる⁽⁸⁰⁾。

そして、このような供述心理学の知見が、今後、自白の任意性判断の場面で実際に考慮、活用される方向に向かうならば、先にみたような黙秘権に関する現在の判例実務の立場を前提としたとしても、身体拘束中の密室での取調べで自白が自白の強要に当たるという結論に到達する可能性は十分にありうるように思われる。そして、このことは、まさに、黙秘権や自白の任意性に関する現在の判例実務の立場を前提としたとしても、ミランダ・ルールと同等の基準の導入の可能性が開かれていることを意味しているのである⁽⁸¹⁾。

四 自白の任意性の要件に関する一試論

(一) 身体拘束中の密室での取調べは本質的に強制を内在するものであって、憲法三十八条一項の保障する黙秘権と基本的に相容れないものである。それゆえ、自白の任意性が認められるためには、身体拘束中の密室での取調べに内在する黙秘権と相いれない強制的要素を払しょくし、黙秘権の実効的な保障が可能となるような、(供述の自由を危険に晒すことを防止できるような) 保護手段が必要である(すなわち、ミランダ判決と同様の問題意識にたつべきである)。そして、そのような保護手段として、最低限ミランダ・ルールと同等の保護手段が必要であり、それに反して得られた自白は、黙秘権を侵害して得られた不任意自白として排除されなければならない。以上が、先に述べたように、本研究の黙秘権侵害の基準に関する基本的な立場である。

もつとも、身体拘束中の密室での取調べに内在する強制的要素の問題に着目した場合、先の検討からも明らかなよう

に、ミランダ・ルールには黙秘権を実効的に保障する上でなお解決をはかるべき課題が残されている。⁽⁸²⁾それは、権利行使の実効性の確保である。それでは、どのような保護手段を導入すれば、このような課題を解決することができるだろうか。

このような問題意識のもと、以下では、自白の任意性の要件に関する具体的な試論を示すことにしたい。以下で述べる内容は、いずれも、憲法三八条一項が保障する黙秘権の内容として保障されなければならないものであり、これに反して得られた自白は、黙秘権を侵害して得られた不任意自白として、憲法三八条二項（およびこれをうけた刑法三一九条一項）によって排除されることになる。

（二）第一に、繰り返しになるが、まずは、最低限、ミランダ・ルールと同等の基準をみたさない限り、自白の任意性を認めることはできないものと解すべきである。すなわち、①被疑者に対して、黙秘権があること、供述した場合にはいかなる供述も自己に不利益に用いられうること、取調べに弁護人を立ち会わせる権利のあること、弁護人を自ら選任する資力がなければ国選弁護人を付することができることの告知を捜査官に義務づけるとともに、②被疑者が権利行使の意思を表明した場合には取調べを開始することは許されないこと、また、取調べの開始後であっても被疑者が権利行使を表明した場合には直ちに取調べは中止しなければならないことを徹底し、③これらの手続に違反して獲得された自白については、憲法三八条一項が保障している黙秘権を侵害して獲得された不任意自白として、憲法三八条二項および刑法三九条一項を根拠に画一的に排除されなければならない。

この帰結として、いうまでもないことであるが、「取調べ受忍義務」を認めることはできない。⁽⁸³⁾被疑者が黙秘権の行使を表明し、取調べを拒否しているにもかかわらず取調べを開始することは許されない⁽⁸⁴⁾。被疑者が任意に取調べに応じたとしても、取調べ中に被疑者が黙秘権の行使を表明した場合には、直ちに取調べは中止されなければならない。要す

るに、被疑者にはいつでも取調べを拒否する権利が保障されなければならないのである。⁽⁸⁵⁾「取調べを強制することは、供述を強制すること」⁽⁸⁶⁾にはかならない。その意味で、取調べの任意性の確保が自白の任意性の最低条件であるというところを改めて確認する必要がある。

また、取調べに弁護人を立ち会わせる権利が保障されなければならない。⁽⁸⁷⁾被疑者が弁護人の立会いを条件に取調べに応じる意思を表明した場合、弁護人の立会いが可能となるまで取調べを開始することは許されない。⁽⁸⁸⁾かりに弁護人の立会いのないまま取調べを受けることに一旦被疑者が同意をしたとしても、取調べ開始後に、被疑者が翻意して弁護人の立会いを求めた場合には、弁護人の立会いが可能となるまで、取調べは中止されなければならない。⁽⁸⁹⁾これらのことを実現するための前提として、弁護人を自ら選任することができない被疑者には、国選弁護人を選任する権利が保障されなければならない。

なお、黙秘権は「何人」に対しても保障されるものであるから（憲法三十八条一項参照）、上記の取扱いは、事件の軽重にかかわらずすべての身体拘束中の被疑者が対象となるものと解すべきである。

(三) 第二に、被疑者が真に自己の意思に基づいて取調べを受けるかどうかを判断することができるようになるための保護手段が必要不可欠である。すなわち、権利放棄の任意性、権利放棄撤回の権利が実効的に保障されなければならない。

具体的には、権利告知の手続と取調べを受けるか否かの意思を被疑者に確認する手続（以下、便宜上、「権利放棄手続」という）への弁護人の立会いを必須と解すべきであろう。黙秘権を実効的に保障するために、先にみたような諸権利を保障したとしても、そもそも権利告知自体が適切になされなければ元も子もない。また、権利告知自体は適切になされたとしても、被疑者が権利の内容を十分に理解することができなかったり、権利の内容については理解できたとしても

権利行使をすべきかどうかの判断ができなかったり、権利の内容を理解し権利行使をしたいという意思があったとしてもそれを表明できなかったり、権利行使の意思を表明したとしてもそれが捜査官によってそれが無視されたりといった事態が生じるようなことがあれば、やはり、黙秘権の保障は絵に描いた餅となろう。権利放棄手続への弁護人の立会いを保障することによって、上記のような事態の発生を未然に防ぐことが可能となるであろう。

(四) 第三に、権利放棄手続を含めた取調べの全過程の録音・録画が不可欠である⁽⁹⁰⁾。先にも述べたように、被疑者が権利放棄をして弁護人の立会いを求めずに取調べに応じたとしても、取調べの途中で被疑者が翻意した場合には取調べは直ちに中止されなければならない。しかし、そのような場合、弁護人の立会いはないのであるから、被疑者の希望が受け入れられるとは限らない。録音・録画によって、このような事態が未然に防がれることが期待される。また、権利放棄手続や取調べにおいて被疑者の意思が尊重されていたかどうかの事後的な検証が必要となった場合に備えるという意味でも、権利放棄手続および取調べの全過程の録音・録画には大きな意義が認められよう⁽⁹¹⁾。

なお、弁護人が立ち会う中で行われる取調べについては、録音・録画までは不要なのではないかとの見方もありえよう。しかし、弁護人の立会いがなされたとしても、被疑者が効果的な弁護を受けられない可能性はありうる⁽⁹²⁾。また、取調室という密室内でのことゆえに弁護人が立ち会う中で被疑者に対し圧力等が加えられる可能性もありうる⁽⁹³⁾。取調べにおいて、被疑者の黙秘権がたしかに尊重されていたかどうかの事後的な検証に備え、弁護人が立ち会う中で行われる取調べについても全過程の録音・録画が必須と解すべきである。

(五) 上記の保護手段をすべて導入したとしても、黙秘権を実効的に保障するにはなお不十分といえるべきであろう。なぜなら、上記の保護手段は、権利放棄手続や取調べ以外の場面における(すなわち、取調室以外の場での)圧力には無力だからである⁽⁹⁴⁾。そこで、上記の保護手段に加えて、身体拘束の全期間・全場面にわたって、被疑者が黙秘権を行使

できるだけの心理状態を維持できるような環境が十分に保持・保障されることが求められよう。

具体的には、まず、取調室以外の場において、上記の保護手段を潜脱するような形で「取調べ」が行われたり、被疑者に黙秘権を放棄させるための圧力が加えられたりする事態を回避するための具体的な方策を構築することが求められよう。

また、先にみたように、身体拘束それ自体、被疑者の心身に大きなダメージを与えうるものである。そして、そのようなダメージは、被疑者から黙秘権を行使する気力を奪いかねない。このことから、被疑者の身体を拘束する刑事施設においては、被疑者の心身に極力ダメージを与えないよう、被疑者の人間としての尊厳を十分に尊重した処遇が求められる。具体的には、日本も批准等している自由権規約や拷問等禁止条約といった国際人権法に定められた基準をみたすとともに、国際機関から指摘されている被拘禁者の処遇をめぐる種々の批判・懸念⁹⁵を克服することが、自白の任意性確保の前提として求められているというべきであろう。

自白の任意性の問題は、取調べの場面における権利保障のあり方だけではなく、刑事司法システム全体における権利保障のあり方と密接不可分の問題であるということを銘記しなければならないのである。

第四節 小括

一 本章のまとめ

（一）以上、本章では、競合説の可能性と課題を明らかにするとともに、競合説にたつ場合に問題となる排除法則と

自白法則それぞれの内容を明らかにし、自白排除法則の再構成・整序を試みた。以下、本章のまとめとして、本章で提示した自白排除法則の試論を要約し、その内容を確認することにした。

(二) まず、排除法則の内容については次のように要約できる。

① 排除法則の適用範囲は、手続上の違法が問題となった場合に限定されず、取調べ方法の違法が問題となった場合にも及ぶ。

② 排除法則は、自白法則よりも先に、適用すべきである。

③ 自白の収集過程に何らかの違法が存在すれば、違法と自白との間の関連性がおよそ認められないようなごく例外的な場合を除いて、排除法則を適用することができる。

④ 排除法則を自白に適用する場合には、「相対的排除説」にたつべきではないし、判例の判断内容にてもたつ必要がない。したがって、自白の収集過程に違法が認められる場合には（違法と自白との間の関連性がおよそ認められないようなごく例外的な場合を除いて）、そのことを理由に、直ちに自白は排除されなければならない。

(三) 次に、自白法則の内容については次のように要約できる。

① 自白法則によって排除される自白は不任意自白である。

② 不任意自白とは、黙秘権を侵害して得られた自白のことを意味する。

③ 不任意自白の排除基準は、身体拘束中の密室での取調べには黙秘権と相いれない強制が内在しているという視点にたって捉え直す必要がある。

④ 自白の任意性が認められるためには、ミランダ・ルールと同等の権利保障を基本に、さらにミランダ・ルールに残された課題である、権利放棄の任意性の問題を克服できるような権利保障が必要である。

⑤具体的には、権利放棄の任意性が保障されなければならない。そのためには、権利放棄手続に弁護人を立ち会わせる必要がある。権利放棄手続と取調べにおける被疑者の権利保障を確実なものとするために、また、権利放棄手続と取調べにおいて被疑者の権利が保障されていたかどうかを事後的に検証することができるように、権利放棄手続と取調べの全過程の録音・録画が必要である。加えて、水面下で被疑者に圧力が加えられる事態を防止するとともに、刑事施設においては被疑者の人間としての尊厳を十分に尊重した処遇が求められる。

二 予想される批判とそれに対する応答

(一) ところで、私見に基づく、自白排除の範囲は、従来の学説・判例と比べてかなり広いものとなろう。また、現在の捜査実務で行われているような身体拘束中の被疑者に対する取調べは、それ自体、黙秘権侵害に当たり、許されないことになる。そのため、私見に対しては、「実体的真実発見」との調和がはかれず刑事司法制度が維持できなくなる、といった批判が向けられることが予想される。

しかし、そのような批判は必ずしも当たらないように思われる。まず、排除法則については、自白は手続の影響によってその内容に変質をきたしうる証拠であることなどから、違法収集自白を広範に排除しても、そのことが「実体的真実発見」と必ずしも矛盾するものではないことは先に論証した通りである。⁽⁹⁶⁾ また、自白法則に関していえば、被疑者の黙秘権を実効的に保障したうえで、被疑者を取り調べることは何らの支障もないはずである。なぜなら、私見は、身体拘束中の被疑者の取調べを行うこと自体を否定するものではなく、また、黙秘権を実効的に保障しつつ取調べを実施することを制限するものでもないからである。私見は、ただ単に、被疑者の黙秘権を実効的に保障しながら取調べを行う

べきであるという、憲法三十八条一項の存在にてらしてごく当然のことを主張しているにすぎないのである。⁽⁹⁷⁾

若干視点を変えて考えてみると、そもそも、黙秘権を実効的に保障することなく、「実体的真実発見」は可能なのであろうか。最近においても深刻な冤罪事件が次々と明るみに出ているが、それらの事件は、我々に改めて虚偽自白の問題を突き付けている。⁽⁹⁹⁾もし、「実体的真実発見」の意味がとにかく犯人らしき者に自白をさせて処罰しさえすればよいといった程度のものであるとすれば別論、そうでないとすれば、黙秘権を実効的に保障することは、虚偽自白を防止し「実体的真実発見」へと近づくための第一歩とさえいえるのではなからうか。⁽¹⁰⁰⁾

(二) なお、かりに、私見が自白排除の範囲を過度に広くとりすぎるものであったとしても、そのことが問題であるとは必ずしもいえないのではないか。平野龍一博士がつとに指摘されていたように、「黙秘権の本質は、個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟の讓歩にある」⁽¹⁰¹⁾からである。もし、かりに被疑者の黙秘権を実効的に保障することによって真実発見が困難となり、その結果、刑事司法制度が維持しえなくなるということがありうるとするならば、誤っているのは、被疑者の黙秘権を実効的に保障することのほうではなく、被疑者の黙秘権を侵害しなければ、すなわち、被疑者の人間としての尊厳を踏みにじらなければ「維持」することのできない現在の日本の刑事司法のほうであるというべきである。⁽¹⁰²⁾

また、そもそも、自白排除の範囲を広くとらずして、被疑者の人権保障の実現は可能なのであろうか。この点については、田宮博士の指摘がきわめて示唆に富んでいるように思われる。田宮博士は、先にみたように、自白の収集過程に何らかの違法があれば当該自白は排除すべきであるとして、かなり広範な自白の排除を目指されたが、その真意について、後年次のように述べられた。すなわち、「違法排除説を支えているのは、つぎの二つの配慮、すなわち、①自白排除の実効化のためには基準の客観化、つまり捜査方法の適正という視点が必要なこと、②取調べの密室性と強圧的特質

に照らしてやや過度と思える規制によってはじめて適度の帰結がもたらされるという『外堀の論理』（外堀があつてはじめて本丸を守りうる）が妥当することである⁽¹⁰⁵⁾と。たしかに、田宮博士がこのように述べられた当時と比較して、今日の取調べ実務は一定の改善をみている。しかし、被疑者取調べの「密室性」や「強圧的特質」の問題性を払拭するような本質的な改善は一向にみられない⁽¹⁰⁶⁾。自白排除のあり方を考える際には、排除の実効性を確保し、「外堀」として十分に機能しうる基準が求められるという田宮博士の論理は、今日においても妥当すると思われる⁽¹⁰⁶⁾。

(三) 犯罪の嫌疑をかけられた者がどのように扱われるかは、その国の文明の水準をはかるバロメーターといわれてきた⁽¹⁰⁶⁾。日本の現状はどうであろうか。日本においては、黙秘権が保障されているにもかかわらず、身体拘束中の密室での取調べが「適法」とされている。また、そこで得られた自白は、そのことのみでは違法収集自白として排除されることはないし、任意性も直ちに否定されることはない。はたして、こうした取扱いが許されるのであろうか。これまで繰り返しみてきたように、アメリカにおいてはこのような取扱いは許されていない。自白排除法則を通して、日本の文明の水準が問われているのである⁽¹⁰⁷⁾。

終章 結語

(一) 以上、本研究では、これまでに膨大な議論が展開され、問題点についてはほぼ検討し尽くされたかのような感もあつた自白排除法則について、従来の学説・判例に改めて包括的な検討を加え、そこに存在する問題点を明らかにした。その上で、従来の学説・判例の問題点を克服する鍵を「競合説」に見出し、同説の理論的・実務的意義とその可能性について明らかにするとともに、同説の意義とその可能性を生かしうる自白排除法則の試論を示すことを試みた。

本研究では、これまで必ずしも十分に突き詰めた検討がなされてこなかった、競合説にたつ場合に問題となる、排除法則と自白法則それぞれの内容を検討・再構成することを通じて、手続の違法の問題と自白の任意性の問題の双方に光を当てることができる統一的な自白排除法則の一つ形を示すことができたように思われる。

(二) もっとも、本研究においては、研究の主眼を日本の自白排除法則の再構成に置いたこともあり、アメリカの判例・学説の検討については、必要最小限にとどめる形となってしまった。また、自白の証拠能力に派生する諸問題、たとえば、違法収集自白ないしは不任意自白に基づいて発見された証拠物の証拠能力や、自白法則の第三者効といった問題点については立ち入ることができなかった。さらには、二〇一六年の刑事訴訟法改正によって導入されることになった取調べの録音・録画制度との関係で、自白の証拠能力をめぐる新たな問題が発生することも予想されるが、この点についても検討を加えることができなかった。これらについては、今後の研究課題としたい。

(完)

- (1) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(有斐閣、一九九二年)二九七頁以下(島田仁郎執筆)、田中康郎「接見制限後の自白」『現代刑事法』二二二号(二〇〇一年)三八頁、三井誠「自白の排除法則とその根拠(二)」『法学教室』二四七号(二〇〇一年)六四頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」『現代刑事法』三八号(二〇〇二年)五九頁、石井一正「刑事訴訟の諸問題」(成文堂、二〇一四年)三四五頁以下等。

- (2) 自白法則に関する諸学説については、第三章第一節「自白排除法則の研究(五)」『北大法学論集』六〇巻六号「二〇一〇年」九一頁以下)参照。

(3) 松尾浩也『刑事訴訟法(下)』[新版補正第二版] (弘文堂、一九九九年) 四一頁以下。

(4) ところで、学説においては、自白法則には、虚偽排除、人権擁護、違法排除の三つの趣旨が含まれるものと解しつつ、さらに排除法則の適用をも主張する見解もみられる(佐藤文哉「自白―コメント」三井誠ほか編『刑事手続(下)』[筑摩書房、一九八八年] 八三三頁、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』[有斐閣、一九九八年] 一三六頁以下、大澤裕「自白の任意性とその立証」『刑事訴訟法の争点』[第三版]「二〇〇二年」一七二頁)。これらの見解のいう「違法排除」が、文字通り、収集手続の違法性を理由に自白を排除するという意味であるならば、これらの見解も、自白法則の機能に不任意自白の排除だけでなく違法収集自白の排除も含まれると解する見解に位置づけることができよう(なお、自白法則には、虚偽排除、人権擁護とともに、収集手続の違法性を理由に自白を排除するという意味での違法排除という三つの趣旨が含まれることを明確に打ち出している見解として、平野龍一『刑事訴訟法』[有斐閣、一九五八年] 二二八頁がある。自白法則について平野博士のような見解にたちつつ、さらに排除法則の適用を主張することとも、可能であろう)。これに対し、「違法排除」の意味が、自白の任意性の判断にあたつて収集手続の違法性を重視する、といった意味にとどまるのであるならば、これらの見解は、自白法則の機能は不任意自白の排除にあると解する見解として位置づけるべきことになろう。

(5) 憲法三八条一項は自己に不利益な供述の強要をされない権利を保障したものなのか、それとも、有利・不利を問わず一切の供述を強要されない権利すなわち黙秘権(供述を拒否し沈黙を守る権利)を保障したものなのかについては、争いがある。この点、前者の立場にたつ見解も有力である。しかし、最大判昭三三(一九四八)・七・一四刑集二巻八号八四六頁(前出・判例【146】)は、「憲法はその第三八条第一項において『何人も自己に不利益な供述を強要されない』と規定して、被告人にいわゆる黙秘の権利のあることを認めている」と判示している。また、被疑者取調べの場面に關していえば、内容のいかんを問わず供述の強要が許されないことは言うまでもないことである。これらの点に鑑みると、少なくとも、被疑者取調べの場面においては、黙秘権は憲法三八条一条によって保障されるものと解して差し支えないのではなからうか。

なお 憲法三八条一項は黙秘権を保障したものとして、久岡康成「黙秘権」井戸田侃編集代表『総合研究』被疑者取調べ(日本評論社、一九九一年)四一四頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上)』[新版] (弘文堂、一九九九年) 一八八頁、田宮裕『変革のなかの刑事法』(有斐閣、二〇〇〇年) 一八六頁、三井誠「黙秘権の保障と自白」『法学教室』二

三八号(二〇〇〇年)七六頁、上口裕「自己負罪拒否特権の意義と射程」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法(上)』(日本評論社、二〇〇七年)五一四頁、光藤景皎『刑事訴訟法1』(成文堂、二〇〇七年)一〇四頁以下、白取祐司『刑事訴訟法【第九版】』(日本評論社、二〇一七年)一九九頁等。

(6) 酒巻匡「任意取調べの限界について——二つの最高裁判例を素材として」『神戸法学年報』七号(一九九一年)二九二頁。

(7) 大澤・前掲注(4) 論文一七二頁参照。

(8) 松尾編・前掲注(1) 書二九七頁(島田執筆)、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】第七卷』(青林書院、二〇一二年)五四五頁(中山善房執筆)等参照。

(9) 大澤・前掲注(4) 論文一七二頁。

(10) これに対し、排除法則の適用範囲を手続上の違法が問題となるケースに限定する立場にたつのであれば、自白法則の機能に違法収集自白の排除が含まれるものと解し、自白法則によつて違法収集自白を排除する余地を残しておくことには大きな意味がある。そのように解することで、取調べ方法の違法が問題となるケースについても、その違法性を理由に自白を排除する途が開かれるからである。

(11) 第四章第一節三(B)(拙稿「自白排除法則の研究(二〇)」『北大法学論集』四六卷六号「二〇一四年」六八頁)参照。

(12) この点について、拙稿「自白排除法則の再構成」『刑法雑誌』五二卷二号(二〇一三年)四二頁も参照。

(13) 松尾編・前掲注(1) 書二九七頁(島田執筆)、田中・前掲注(1) 論文三八頁、三井・前掲注(1) 論文六四頁、小林・前掲注(1) 論文五九頁、石井・前掲注(1) 書三四五頁以下等参照。

(14) 憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社、一九九七年)四四二頁、四七五頁(小坂井久執筆)、渡辺咲子「自白の任意性について」『明治学院大学法科大学院ローレビュー』二二号(二〇一四年)一三七頁等参照。

憲法学説においては、日本国憲法成立後まもなく公刊された法学協会『註解日本国憲法』が、「これ『憲法三八条二項―筆者注』は、右に述べた第一項の規定をさらに証拠法的に保障するものである」(法学協会『註解日本国憲法(上)』〔有斐閣、一九五三年〕六六四頁)との解釈を示して以来、憲法三八条二項を憲法三八条一項の保障の実効性を確保するためのものと解する見解が一貫して有力であり続けている。たとえば、鶴飼信成『新版憲法』(弘文堂、一九六八年)一一六頁、小林直樹『憲法講義(上)【新版】』(東京大学出版会、一九八〇年)四九六頁、橋本公亘『日本国憲法【改訂版】』(有斐閣、

一九八八年) 三三五頁、樋口陽一ほか『注解法律学全集 憲法Ⅱ』(青林書院、一九九七年) 三七〇頁(佐藤幸治執筆)(なお、佐藤幸治『日本国憲法論』[成文堂、二〇一一年] 三四九頁も参照、初宿正典『憲法、一基本権』[第三版] (成文堂、二〇一一年) 四一五頁等参照。

なお、日本国憲法の制定過程における議論においても、憲法三八条二項については、黙秘権の保障をうけて、供述の自由の保障の実効化に焦点が当てられていたことがうかがえる。この点について、高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程Ⅰ原文と翻訳——連合国軍総司令部側の記録による』(有斐閣、一九七二年) 二二三頁、高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説——連合国軍総司令部側の記録による』(有斐閣、一九七二年) 一九〇頁参照。

(15) 平野龍一『捜査と人権』(有斐閣、一九八一年) 九六頁。

(16) 田宮裕『捜査の構造』(有斐閣、一九七一年) 二九二頁。

(17) この点について、香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、二〇〇四年) 四七二頁等も参照。

(18) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

(19) 正確には、合衆国憲法第五修正の保障する黙秘権を実効的に保障するための保護手段として、同修正からミランダ・ルールを導き出し、これに反して得られた自白を、黙秘権を侵害して得られた自白として画一的に排除するという形がとられる。

(20) *E.g., cf. Miranda*, 384 U.S. 436; *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). なお、第二章(「自白排除法則の研究」(二))

(四)「北大法学論集」五九巻五号「二〇〇九年」五九頁以下、六〇巻一号「二〇〇九年」四九頁以下)も参照。

(21) 自白法則の州事件への適用に際して用いられてきた第一四修正も、自白の証拠能力について具体的な制限を設けているわけではない。

(22) この点、鈴木茂嗣教授は、「田宮博士は、——筆者注」黙秘権侵害の自白の排除は、一項自体によって根拠づけられるとされるが、必ずしも違法取集の証拠が憲法の立場から排除されるべきものかどうかは規定上明らかではなく、二項はこの点を明確にする規定として捉えるべきであろう」と指摘されている(鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(下)』[成文堂、一九九七年] 五二二頁)。

なお、判例も、黙秘権侵害によって得られた自白の証拠能力の問題を、自白法則の適用(自白の任意性)の問題として

処理すべきとの立場にたっていることがうかがえる。たとえば、最判昭二五（一九五〇）・一一・二二刑集四卷一 号二三
五九頁〔150〕、最判昭二八（一九五三）・四・一四刑集七卷四号八四一頁〔157〕等参照。

- (23) 田宮裕『変革のなかの刑事法』（有斐閣、二〇〇〇年）一七三頁以下。なお、田宮・前掲注（16）書二九〇頁も参照。同様の疑問を提起するものとして（ただし、論者ごとに、若干内容や意図するところに違いがみられる点には注意を要する）、石丸清見『英米における自己負罪拒否の特権』法務研究報告書第四〇集三二（一九五二年）一一頁以下、鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、一九六二年）二〇八頁以下、平野・前掲注（15）書九三頁等。

- (24) 澤登文治『自己負罪拒否特権の歴史的展開——合衆国憲法第五修正の意義（二）』『法政理論』二五卷一 号（一九九二年）一九七頁以下。さらに、澤登教授は、「自己負罪拒否特権確立の端緒は、『何人も自己を告訴する必要なし』という原理に基づいて、公判以前の予審段階での尋問を拒否したことにあった。従って、少なくとも当初は、被告人は刑事手続のいかなる段階においても、自己を不利に導くいかなる供述も行う必要はないという意味に、同権利は捉えられていた」と述べられている（同一九八頁）。

- (25) 学説においても、黙秘権と自白法則の発展状況を踏まえて、両者を一体的に（少なくとも、両者は重なるものであると）捉える見方が支配的であるといつてよい。松尾浩也『田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（有斐閣、一九六六年）一六八頁以下（松尾浩也執筆）、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（上）』（有斐閣、一九八七年）六頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、二〇〇七年）一〇四頁、福井厚『刑事訴訟法講義【第五版】』（法律文化社、二〇一二年）一八六頁、白取祐司『刑事訴訟法【第九版】』（日本評論社、二〇一七年）、田口守一『刑事訴訟法【第七版】』（弘文堂、二〇一七年）一四〇頁等。なお、大澤・前掲注（4）論文一七一頁も参照。

ちなみに、黙秘権と自白法則を一体的に捉えることに批判的であった田宮博士も、後年、両者の関係について次のように述べられるに至っている。「歴史的起源や……適用の人的範囲の違いはどうすることもできないが、被告人について眺めるならば、強制の性質と適用範囲のいずれも接近融合する傾向がみえる。すなわち、今日では、前者は捜査にも適用があるとされ、したがって、事実的強制に関しても妥当し、他方、後者についても、実際上は不利益な事実の承認にまで拡大適用されるすう勢にある」（田宮裕『刑事訴訟法【新版】』（有斐閣、一九九六年）三三六頁）。

- (26) 本研究第二章第一節三（拙稿「自白排除法則の研究（三）」『北大法学論集』五九卷五号「二〇〇九年」七九頁）参照。

- (27) たとえば、利益の約束によって得られた自白は、利益の約束によって黙秘権を侵害したとまではいえないため、人権擁護説からは排除を根拠づけることができない、と考えられてきた。この点について、大澤・前掲注(4) 論文一七一頁参照。
- (28) 過去の判例については、第三章第二節(拙稿「自白排除法則の研究(六)」(九))『北大法学論集』六二巻一号二五頁以下、同六二巻三号四九頁以下「以上、二〇一二年」、同六二巻五号九一頁以下、六三巻四号一頁以下「以上、二〇二二年」参照。
- (29) 最高裁は、この判決以前にも、いわゆる利益の約束による自白に関する最判昭四一(一九六六・七・一刑集二〇巻六号五三七頁〔117〕)において、「自白をすれば起訴猶予にする旨の検察官のことは信じた被疑者が起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものと解するのが相当」として、虚偽排除説に親和的とも解しうる判断を示していた。
- (30) 渡辺・前掲注(14) 論文一三六頁。
- (31) 渡辺・前掲注(14) 論文一三六頁。
- (32) 以上のような理解を前提とすると、利益の約束による自白についても、利益の約束という手段によって被疑者を自白に追い込んだことの問題性自体に着目することで、黙秘権を侵害して得られた自白として排除することも可能となるのではないかと思われる。この点について、青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』(日本評論社、二〇一三年)九四頁、長井秀典「自白の証拠能力について——実務家の立場から」『刑法雑誌』五二巻一号(二〇一三年)一二三頁等も参照。
- (33) この点について、渡辺・前掲注(14) 論文一三六頁も参照。
- (34) ただし、これまでに繰り返し述べてきたように、私見は、手続上の違法が問題となるケースだけでなく取調べ方法の違法が問題となるケースについても排除法則の適用を認める立場にたつものである。それゆえ、虚偽自白を誘発しかねないような取調べ方法によって得られた自白についても、そのような方法それ自体を違法と評価することができれば(その可能性について、鈴木・前掲注(22) 書五三六頁、田宮裕『刑事法の理論と現実』(岩波書店、二〇〇〇年)二〇八頁以下、大澤裕「朝山芳史」対話で学ぶ刑訴法判例第一八回 約束による自白の証拠能力『法学教室』三四〇号「二〇〇九年」九六頁(大澤発言)等参照。なお、下級審のものではあるが、利益の約束による自白を違法排除説を前面に打ち出して排除したと解される判例として、福岡高判平五「一九九三・三・一八判時一四八九号一五九頁」〔128〕がある)、自白法則を適用するまでもなく、排除法則の適用によって排除されることになる(なお、当該取調べ方法を違法と評価することが困難であれば、自白法則の適用によって自白の任意性の存否が判断されることになる)。

- (35) 最大判昭二四（一九四九）・二・九刑集三卷二号一四六頁（147）。
- (36) 典型例が、午後一時から翌午後九時までの約二二時間にわたり被疑者を一睡もさせずに行われた任意取調べによって得られた自白について、「このような形で取調べは―筆者中―被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与えるもの」としながらも、被疑者から「進んで取調べを願う旨の承諾を得ていた」ことや、被疑者において帰宅や休息を申し出た形跡がないことなどを理由に、その任意性を肯定した最決平一（一九八九）・七・四刑集四三卷七号五八一頁（平塚ウエイトレス殺し事件）（68）である。
- (37) 渚野貴生「黙秘権保障と自白法則」川崎英明＝白取祐司編『刑事訴訟法理論の探究』（日本評論社、二〇一五年）一八七頁。なお、この点について、後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店、二〇〇一年）一五六頁、川島健治「黙秘権の不告知と自白の証拠能力」『青山法学論集』三七卷二号（一九九五年）七一頁等も参照。
- (38) それゆえ、被疑者に強い圧力を加える取調べが行われたものの最後まで被疑者が黙秘を貫いたような場合にも、黙秘権侵害の問題は生じないことになろう。この点について、渚野貴生「黙秘する被疑者・被告人の黙秘権保障」『季刊刑事弁護』七九号（二〇一四年）一一頁以下参照。
- (39) 拙稿「被疑者取調べにおける黙秘権告知と憲法三八条一項——黙秘権告知は黙秘権の内容に含まれるのか」『法律時報』八六卷五号（二〇一四年）一一五頁参照。
- (40) 拙稿「自白排除法則の研究（二）」『北大法学論集』五九卷二号（二〇〇八年）一七三頁以下参照。
- (41) 田宮・前掲注（16）書二八一頁参照。
- (42) 黙秘権の存在意義について、平野・前掲注（15）書九四頁、田宮・前掲注（25）書三三四頁、高田昭正「被疑者の自己決定と弁護」（現代人文社、二〇〇三年）九一頁、三島聡『刑事法への招待』（現代人文社、二〇〇四年）三九頁、遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』（信山社、二〇〇七年）一六七頁以下、渚野・前掲注（37）論文一一六頁、高内寿夫『公判審理から見た捜査』（成文堂、二〇一六年）二七九頁、緑大輔『刑事訴訟法入門「第二版」』（日本評論社、二〇一七年）一六八頁等参照。ただ、どのような意味で人間の尊厳に関わるのかについてはなお不分明な状況にある、との指摘もある（たとえば、笹倉宏樹「自己負罪拒否特権」『法学教室』二六五号「二〇〇二年」一〇七頁、石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察」『九大法学』八六号「二〇〇三年」一一二頁）。

- (43) 拙稿・前掲注(39) 一一五頁以下参照。
 - (44) 松尾・前掲注(5) 書一八頁。
 - (45) 拙稿・前掲注(39) 一一五頁。この点について、渕野・前掲注(37) 論文一九一頁、川崎英明「黙秘権保障における黙秘権告知の意義」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(下)』(成文堂、二〇一六年) 八七頁等も参照。
 - この点、黙秘権不告知の事実からストレートに、すなわち、現実に供述の自由が侵害されたことを認定することなく、黙秘権侵害を認定した高裁判例が相次いで登場していることが大いに注目される(大阪高判平二一・一〇・八刑弁六一号一八三頁、東京高判平二二・一一・一判タ一三六七号二五一頁。なお、この二つの判決の意義について、拙稿・前掲注(39) 論文参照)。
 - (46) このことは、被疑者に、「自らの供述に関する意思決定とその供述内容のコントロールを保障する権利」(中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性」(二)——イギリスにおける黙秘権保障の歴史的展開を手掛かりに——)『大阪市立大学法学雑誌』五一巻一号「二〇〇四年」五七頁)を保障すること、すなわち、被疑者を供述の「主体」として位置づけることを意味している。この点について、高田・前掲注(42) 書二九頁以下等も参照。
 - (47) 村岡啓一「黙秘権を勧めることは『不適切』弁護か?」『季刊刑事弁護』三八号(二〇〇四年) 一二頁。なお、同「憲法的刑事訴訟論」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法(上)』(日本評論社、二〇〇七年) 四八頁以下等も参照。
 - (48) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』[第六版] (岩波書店、二〇一五年) 一二六頁。この点については、内野正幸「自己決定権と平等」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法一四 自己決定権と法』(岩波書店、一九九八年) 三頁以下、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年) 一八八頁等も参照。
 - (49) 内野・前掲注(48) 論文七頁。
 - (50) 自己決定とその環境に関する問題点について、小泉良幸『個人として尊重——「われら国民」のゆくえ』(勁草書房、二〇一六年) 四頁以下参照。
 - (51) この点について、高田昭正「刑事訴訟における被疑者の自己決定——黙秘か自白か」松本博之・西谷敏編『現代社会と自己決定——日独シンポジウム』(信山社、一九九七年) 一九三頁以下も参照。
- なお、自由意思による決定の前提として、供述することによって今後自分がどのような状況に置かれるのかについての

認識が必要となる。その意味で、黙秘権の一環としての自己決定とは、「その発言をすることによって、今後自分がいかなる状況に置かれることになるのかについて十分に認識に、それを承知したうえで自発的に供述を行うこと」（高内寿夫「取調べ問題——黙秘権のゆくえ」『法学セミナー』五一〇号「一九九七年」四九頁）と整理することができよう。

(52) 鴨良弼『刑事訴訟法の基本理念』（九州大学出版会、一九八五年）八五頁。

(53) さらに、鴨博士は、国選弁護の意義を論じる文脈においてであるが、次のようにも述べられている。「被告人・被疑者は、訴訟という特殊の場では、異常な心理状態におかれるのが通常である。自由の拘束に対する恐怖、取調べにおける萎縮した心理と不安、訴訟の結果、ことに有罪、刑罰等に対する恐怖・不安、かような特殊な心理状況下にあることは、被告人・被疑者によって程度の差こそあれこれを否定することができない。このような精神的な制約は、国側の強力な権限と直接、相接したときに、とくに顕著にあらわれよう」（同『刑事訴訟法の新展開』〔日本評論社、一九七三年〕一六三頁）。

(54) この点、鴨博士は、先に本文で引用した叙述に続き、次のように述べられている。すなわち、「現実的な緊張性の高い危険に對しては、これを予防するに足る実効性のある法の抑制が必要である。その保障には、なによりもまず、犯罪の被疑者とされる者自身にプライバシーへの権力的な干渉に對してこれを防衛する地位が法的に容認されなければならない。それがほかならぬ黙秘権である」と（鴨・前掲注（52）書八五頁以下）。黙秘権という権利がこのような性格を有しているとするならば、そこでの自己決定の保障のあり方についても、権力の干渉をどのようにすれば予防できるという点が基本的な視座として据えられるべきことになろう。

(55) この点について、トーマス・ヴァインゲント（高田昭正訳）「被疑者取調べにおける自己決定の保護」松本Ⅱ西谷編・前掲注（51）書二〇六頁以下も参照。

(56) たとえば、平野龍一博士は、すでに一九五八年の時点で（すなわち、ミランダ判決がだされる八年も前に）、「抑留・拘禁中になされた自白は、むしろ一応任意性に疑があるといつてよい」と明確に述べられていた（平野・前掲注（4）書二二九頁。なお、平野・前掲注（15）書一六九頁も参照）。また、鴨良弼博士も、「密室での特殊環境下の取調べは、被疑者のプライバシーの利益は、きわめて容易に崩れ去る危険があり、法的な保障も無意味となるおそれがある」とされている（鴨・前掲注（53）書一五五頁）。さらに、鈴木茂嗣教授は、そもそも、「適法な拘束状態にあること自体が事実上一定の強制的作用を営むことは否定できない」こと、「拘束自体に供述強制的要素が随伴している」ことを指摘されている（鈴木茂

嗣『刑事訴訟法の基本問題』(成文堂、一九八八年)七一、七二頁)。さらに、渡辺修教授も、『身体的自由』は、現代社会における市民生活の前提であり、その侵害は、市民にとり、政治的、経済的、社会的、個人的生活上致命的な効果を有する。それだけに逮捕・勾留自体の強制的雰囲気が被疑者の心理に大きな影響力を与える。それ故、適法な逮捕・勾留中の自白であっても被疑者が自由な意思で供述したか疑わしい場合がある」とされている(同『被疑者取調べの法的規制』(三省堂、一九九二年)二八〇頁)。

なお、法社会学研究者の間からも、同様の問題意識に基づいた指摘がなされている(たとえば、渡辺洋三「誤判の責任——松川裁判の意味するもの」『世界』一二五号「一九六三年」一九三頁以下)。

(57) 身体拘束中の密室での取調べに内在する強制的要素の問題については、後に、自白の任意性概念の再構築と絡めて詳しく述べることにする(本節三(C))。

(58) たとえば、松井茂記教授は、「アメリカでは、拘留中の尋問には、……いわゆるミランダ告知を行わなければならない」とされているが、日本でも本条「憲法三十八条一項―筆者注」から同じような要請が導かれるというべき」とされている(同『日本国憲法』(第三版)『有斐閣、二〇〇七年』五三五頁)。

(59) なお、このように解した場合に問題となるのが、憲法三十八条一項は明文で黙秘権を保障しているが、黙秘権を実効的に保障するための保護手段までは明文で具体的に要求していない点であろう。過去の判例には、憲法三十八条一項が黙秘権を告知すべきことを明文で定めていないことを理由に、黙秘権告知は黙秘権の保障内容には含まれないとしたものが存在しているからである(たとえば、前出・判例【146】、【150】)。

しかし、権利が保障されている以上それが画餅に帰すようなことがあってはならないし、また、そもそも、憲法上明文規定が存在しなければ、権利の実効化のための具体的手段を講じえないわけではないであろう。このことは、憲法三七条一項が保障する迅速な裁判を受ける権利を実効的に保障するために、同項に明文で定められていない手段(免訴)によつて被告人を救済した高田事件大法廷判決(最大判昭四七「一九七二」・一二・二〇刑集二六卷一〇号六三一頁)の存在からしても明らかであるように思われる(拙稿・前掲注(39)論文一一四頁。なお、この点について、穴戸常寿ほか編著『憲法学のゆくえ——諸法との対話で切り拓く新たな地平』(日本評論社、二〇一六年)二九頁(山本龍彦発言)も参照)。

(60) 憲法三十八条の解釈にあたりアメリカ法を参考とすべきことは、学説においても繰り返し指摘されてきたところである。

たとえば、団藤重光博士は、「憲法三十八条二項が―筆者注―アメリカ法の継受であることが疑いを容れない以上、アメリカ証拠法の……発展段階を念頭において解釈するのが合理的である」とされている（同『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』〔創文社、一九七四年〕二五〇頁）。また、鈴木茂嗣教授も、「憲法三十八条二項の解釈において―筆者注―前提とされる『任意性』は、アメリカ法の『任意性』概念をとり入れたものと考えられ、……合衆国最高裁に於ける『任意性』概念の発展を十分考慮した上で、内容を定めるべきものといえる」とされている（鈴木・前掲注〔22〕書五一四頁）。これらのほか、憲法三十八条の解釈にあたつてアメリカ法を参考とすべきことを指摘するものとして、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』（成文堂、一九九五年）三五九頁（なお、同『ミランダと自己負罪拒否特権』〔成文堂、二〇一七年〕三二〇頁も参照）、柳川重規『ミランダ法理の憲法上の意義について』〔法学新報〕一一〇巻七十八号（二〇〇三年）二七三頁等参照。

(61) 宮沢俊儀『憲法Ⅱ〔新版Ⅱ〕』（有斐閣、一九七四年）四一五頁以下。このような理解は、その後の憲法学説においても、基本的に継承されてきたといつて差し支えないであろう。たとえば、杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』（学陽書房、一九八〇年）五二頁、松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、一九九三年）一〇〇頁、市川正人『刑事手続と憲法三一条』樋口陽一編『講座・憲法学 第四巻 権利の保障（2）』（日本評論社、一九九四年）二一〇頁、樋口陽一ほか『注解法律学全集 憲法Ⅱ』（青林書院、一九九七年）二六二頁（佐藤幸治執筆）等参照。

(62) なお、憲法三一条（憲法三一条ではなく）を適正手続の保障を定めた一般条項と位置づけた上で、「わが国のデュー・プロセスは、いわば『文明の基準』として、国際的に正当性を承認された手続を取り込む窓口として、外の世界に開かれているというべきではないだろうか」と指摘するものとして、憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』（日本評論社、一九九七年）二二二頁（高野隆執筆）がある。依拠する条文は異なるが、私見の問題意識と重なる見解であるように思われる。なお、憲法三一条と憲法三一条の関係については、松井・前掲注（61）書一〇〇頁等も参照。

(63) 身体拘束中の密室での取調べで得られたということだけを理由に自白の任意性を否定した判例は、現在のところ皆無である。

なお、いわゆる取調べ受忍義務を課すことが黙秘権に反するかという問題を扱った最大判平一一（一九九九）・三・二四民集五三巻三号五一四頁は、「身体拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らか」と

判示しているが、この判断は、身体拘束中の密室での取調べそれ自体は黙秘権に反するものではないということを当然の前提にしているものと解さざるをえないものである。さらに、この判決は、上記判示とともに、「憲法三十八条一項の不利益供述の強要の禁止を実効的に保障するためどのような措置が採られるべきかは、基本的には捜査の実状等を踏まえた上での立法政策の問題に帰するものというべきであ「る」という判断も示しており、この点でも、日本の判例実務の立場は、ミランダ判決の立場と対照的といわざるをえない。

(64) 後藤・前掲注(37) 書一五四頁。

(65) たとえば、最判昭四一(一九六六)・七・一(117)、最大判昭四五(一九七〇)・一一・二五(135)等参照。

(66) さらにいえば、身体拘束中の密室での取調べそれ自体が自白の強要にあたるということを具体的・説得的に論証して明らかにすることができれば、身体拘束中の被疑者を密室で取り調べることは必ずしも黙秘権を侵害するものではなく、また、そこで得られた自白の任意性も直ちには否定されないというという理解にたつ現在の判例実務それ自体、自ずと改まっていくことになるであろう。

(67) 浜田教授の研究については、最も詳細かつ網羅的な、浜田寿美男『自白の研究(新版)——取調べる者と取調べられる者の心的構図』(北大路書房、二〇〇五年)(初版は一九九二年)のほか、同「虚偽自白の虚偽性がなぜ見抜かれないのか——もう一つの心理学のために」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』(日本評論社、二〇〇〇年)三七頁、同『自白の心理学』(岩波新書、二〇〇一年)、同『取調室の心理学』(平凡社新書、二〇〇四年)、同「虚偽自白の心理学とその射程」『認知心理学研究』四巻二号(二〇〇七年)一三三頁、同「自白」はつくられる 冤罪事件に出会った心理学者(ミネルヴァ書房、二〇一七年)、同「虚偽自白はどのようなようにして生じるのか」同責任編集『シリーズ刑事司法を考える 第一巻 供述をめぐる問題』(岩波書店、二〇一七年)九二頁、同『虚偽自白を読み解く』(岩波新書、二〇一八年)等参照。

(68) 身体拘束に関しては、医学・心理学領域において数多くの研究が公表されており、ここでは、身体拘束が被拘束者の精神・心理に大きなダメージを与えるものであることが、ほぼ一致して指摘されてきた。たとえば、金子嗣郎「拘禁の病理」(紀伊国屋書店、一九七三年)、小本貞孝『死刑囚と無期囚の心理』(金剛出版、一九七四年)一二九頁、稲村博「拘禁反応」懸田克躬編集代表『現代精神医学大系第二四巻 司法精神医学』(中山書店、一九七六年)四〇一頁以下、福島章「拘禁反応」大原健士郎・岡哲雄編『講座異常心理学三 思春期・青年期の異常心理』(新曜社、一九八〇年)二五四頁以下、朴光

則「山上皓」拘禁反応」松下正明総編集『臨床精神医学講座第一九巻 司法精神医学・精神鑑定』（中山書店、一九九八年）三六一頁、Philip Zimbardo, The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil, Random House, 2007（本書の邦訳として、フィリップ・ジンバルド（鬼澤忍）中山宥訳）『ルシファー・エフェクト——ふつうの人が悪魔に変わるとき』（海と月社、二〇一五年）がある）等参照。

そして、注目すべきは、身体拘束による精神的・心理的ダメージが、とりわけ未決拘禁の過程において生じやすいということが指摘されてきたことである。この点については、中田修「未決拘禁に於ける精神病に就いて」『矯正医学』一卷一號（一九五二年）一三頁以下、玉生道経「否認と自白の心理」植松正編『犯罪心理学』（朝倉書店、一九五五年）八七頁以下、植松正『裁判心理学の諸相（新版）』（有信堂、一九五八年）三四頁以下等参照。

なお、身体拘束が被疑者の心理に及ぼす影響について、医学・心理学の知見に依拠しながら検討を加えた、弁護実務家による最近の研究として、北潟谷仁『刑事司法と精神鑑定』（現代人文社、二〇一八年）一六四頁以下がある。

- (69) 浜田研究の研究手法については、とくに、浜田寿美男「自白が無実を証明する——袴田事件、その自白の心理学的供述分析」（北大路書房、二〇〇六年）、同「自白の中に無実の証拠を見る——供述分析の経験から」『季刊刑事弁護』八八号（二〇一六年）八四頁等も参照。

- (70) 浜田研究の登場以前に、身体拘束中の密室での取調べにおける被疑者の心理について、検討を加えた研究としては、植松・前掲注（68）書三四頁以下等のほか、刑事訴訟法研究者の立場から検討を加えた先駆的研究として、長沼範良「虚偽自白の心理」『金沢法学』二八巻一號（一九八五年）二九頁が、弁護実務家の立場から多面的に検討を加えた研究として、庭山正一郎「自白——弁護の立場から」三井誠ほか編『刑事手続（下）』（筑摩書房、一九八八年）八一―八頁）などが、それぞれ存在していた。また、司法研修所編『供述心理』（法曹会、一九五九年）四九四頁以下も、身体拘束中の自白の心理を考える上で参考となりうる研究を紹介していた。

- (71) 浜田・前掲注（67）『自白の研究（新版）』三三九頁以下。
 (72) 浜田・前掲注（67）『自白の研究（新版）』三七九頁以下。
 (73) 浜田・前掲注（67）『自白の研究（新版）』四五三頁以下。
 (74) 浜田・前掲注（67）『自白の研究（新版）』四九八頁以下。

(75) 浜田・前掲注(67)『自白の研究』新版』五〇二頁以下。

(76) この点については、守屋克彦ほか「座談会・自白の研究」を読む——自白分析の到達点と虚偽自白排除の可能性(中)『法学セミナー』四五八号(一九九三年)八二頁(守屋発言)、木谷明『刑事事実認定の理想と現実』(法律文化社、二〇〇九年)一一四頁、指宿信「被疑者取調べ録画制度の最前線——可視化をめぐる法と諸科学」(法律文化社、二〇一六年)七一頁等のほか、高内寿夫「取調べ問題——黙秘権のゆくえ」『法学セミナー』五一〇号(一九九七年)四九頁、白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』(日本評論社、二〇一二年)二一九頁も参照。

(77) 村井敏邦「刑事司法における心理学の活用可能性について」同編『刑事司法と心理学——法と心理学の新たな地平線を探る』(日本評論社、二〇〇五年)一二頁、木谷・前掲注(76)書一一四頁、水野智幸「供述心理学で『嘘』は見抜けるか——大崎事件再審開始決定鹿児島地決平成二九年六月二八日に接して」『法律時報』八九卷二一號(二〇一七年)四頁以下等参照。なお、実際に、このような理由を挙げ、供述心理学鑑定を斥けたケースとして、東京高決平一六(二〇〇四)・八・二六判時一八七九号三頁(袴田事件第一次再審請求即時抗告審決定)。

(78) この点、後藤昭教授は、判例実務の問題点を、次のように喝破されている。「身体を拘束されて取調べを受ける場面で、心理的にどんな力学が働くかにアメリカの最高裁判決は注目しているからです。それに対して日本の判例は、観念的な議論に終始して、現実在即した見方をしようとしていません。現実に対する想像力に欠けています」(後藤昭「法科大学院と刑事訴訟法学」『一橋法学』一三巻二号「二〇一四年」五〇一頁参照)。

もともと、過去の判例をみると、その中には、下級審のものではあるが、身体拘束中の密室での取調べの持つ意味を再考する重要な契機となりうる判断を示した判例が存在している。それは、札幌高判平一四(二〇〇二)・三・一九判時一八〇三号一四七頁(城丸君事件)である。この判決は、黙秘の意思を示す被告人に対して被告人質問が実施され、検察官により約四〇〇回の質問が行われたという事案について、「被告人が明確に黙秘権を行使する意思を示している『のに』……、延々と質問を続けるなどということはそれ自体被告人の黙秘権の行使を危うくするものであり疑問を感じざるを得ない」とした。公判廷での被告人質問の繰り返しすら「黙秘権の行使を危うくするもの」ならば、身体拘束中の密室での取調べは被疑者にとってどのような意味をもつのであろうか。この点、ミランダ判決は、こう述べている。「実際問題として、警察署の孤立した環境での供述の強制は、脅迫や策略を監視する公平な立会人がしばしば存在する法廷……と

比べて、より大きな強制である」(Miranda, 384 U.S. at 460-461)。前出・札幌高裁判決のような考え方を一歩進めて、身体拘束中の密室での取調べの持つ意味を直視した自白の任意性判断が行われることが強く求められよう(拙稿・前掲注(12) 論文四九頁参照)。

こうした中、最近になって、上記の私見と同じ点に着目した上で、取調べ実務のあり方に本質的な疑問を投げかける現職裁判官による論考が登場した(半田靖史「被疑者及び参考人の取調べ——裁判の立場から(コメント)」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(下)』成文堂、二〇一七年)三四四頁以下。なお、同裁判官による「自白の任意性、信用性——裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開(下)』成文堂、二〇一七年)三四五頁以下も参照。裁判官の考え方は少しずつではあるが、変化しつつあるのかもしれない。黙秘権に関する今後の判例の展開に、大いに期待がもたれる。

(79) この点について、中川孝博「法の視点から『供述問題』を考える」浜田寿美男責任編集『シリーズ刑事司法を考える 第一巻 供述をめぐる問題』(岩波書店、二〇一七年)九頁等参照。なお、供述心理学の活用意義を説く近時の裁判例として、鹿兒島地決平二九(二〇一七)・六・二八判時二三四三三三頁(大崎事件第三次再審請求審決定)も参照。

(80) 供述心理学の成果を、実際の任意性判断の場面において、どのような形で考慮すべきかについては、様々な議論が存在している(供述心理学の成果を実際の裁判において用いる際の諸問題については、村井編・前掲注(77) 書、白取祐司『刑事裁判における心理学・心理鑑定の可能性』日本評論社、二〇一三年)等参照。しかし、少なくとも、任意性判断はあくまでも個々の裁判官の自由な心証に委ねられていることを前提としつつ、「供述心理学を最終的かつ絶対的なよりどころとするのではなく、その明らかにした諸法則を、自白の任意性判断に際しての、「心得なり手がかりとして用いるならば」、供述心理学を活用することは、「かなり有益」といえるように思われる(田辺公二『事実認定の研究と訓練』弘文堂、一九六五年)二五七頁以下。もともとの叙述は、「供述心理学を最終的かつ絶対的なよりどころとするのではなく、その明らかにした諸法則を、もっぱら証言を評価しその価値を秤量する上での心得なり手がかりとして用いるならば、かなり有益であろう」というものであるが、この指摘は任意性判断の場面にも、同様に当てはまるように思われる)。

(81) ここで、今後の課題について若干述べておきたい。供述心理学の領域において、取調べや自白の研究はますます隆盛をみているが、浜田研究のように、身体拘束中の密室での取調べと自白の任意性との関係に焦点を当てた研究は、ほとんどないといって過言ではない(それゆえに、浜田研究には、他の研究にはない特別の価値が認められるのである)。供述心理

学界の関心は、「任意性」の問題よりも、「信用性」の問題、ないしは、「どうすれば真実の供述を引き出せるか」といった取調べの技法の問題に傾いているように思われる。そのような研究が大きな意義を有することはたしかである。しかし、憲法三十八条一項が黙秘権を保障している以上、被疑者取調べは、黙秘権が実効的に保障されていることが前提とされなければならない。

今後は、「任意性」の問題について、浜田研究の成果を出発点に、その内容を検証するとともに、それをさらに発展・精緻化させるような研究成果が登場することが強く望まれる（これは、今後の、「法と心理学」の課題でもあろう）。

(82) 本研究第二章第四節（拙稿「自白排除法則の研究（四）」『北大法学論集』六〇巻一号「二〇〇九年」七六頁以下）参照。

(83) 「取調べ受忍義務」を否定することと自白の任意性との関係について、とくに、後藤・前掲注（37）書一五四頁以下参照。

(84) その意味で、「身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかである」とする最大判平一一（一九九九）・三・二四民集五三巻三号五一四頁（安藤・斎藤事件）の判断には多大の疑問が残るところである。

(85) この点について、熊本典道『刑事訴訟法論集』（信山社、一九八八年）九六頁、後藤・前掲注（37）書一五四頁等参照。

(86) 後藤・前掲注（37）書一五五頁。この点について、渕野貴生「被疑者取調べの課題」『法律時報』七九卷一二号（二〇〇七年）四四頁も参照。

(87) 村井敏邦「刑事弁護の歴史と課題」『自由と正義』四四巻七号（一九九三年）五頁、同「捜査の基本構造」松尾浩也＝鈴木茂嗣編『刑事訴訟法を学ぶ「新版」』（有斐閣、一九九三年）一五一頁、同、『刑事訴訟法』（日本評論社、一九九六年）一一六頁、大出良知「刑事弁護の憲法的基礎づけのための一試論」『自由と正義』四〇巻七号（一九八九年）一二三頁、渡辺修「被疑者取調べの法的規制」（三省堂、一九九二年）二一六頁以下、白取祐司「捜査の可視化と適正化」『自由と正義』五四巻一〇号（二〇〇三年）八五頁、高田・前掲注（42）書九九頁以下、高内寿夫「被疑者取調べと弁護権」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法（上）』（日本評論社、二〇〇七年）四七四頁以下、葛野尋之『未決拘禁法と人権』（現代人文社、二〇一二年）一九八頁以下等。なお、拙稿「取調べにおける弁護人立会いの必要性——録音・録画だけで取調べの適正化は実現するか」『法学セミナー』七五〇号（二〇一七年）三七頁以下も参照。

(88) 後藤・前掲注（37）書一五八頁以下、高田・前掲注（42）書一〇一頁等参照。

(89) なお、被疑者が取調べへの弁護人の立会いを求めたにもかかわらず、これを取り次がないまま取調べを続行して得た自白の証拠能力を否定する見解として、渡辺・前掲注(87) 書三三二頁等参照。

(90) 取調べの可視化については、一九八四年にイギリスにおいて取調べの録音制度を盛り込んだ「警察・刑事証拠法」(The Police and Criminal Evidence Act 1984) (同法にのっとり、法務大臣官房司法法制調査部編「三井誠＝井上正仁記」『イギリス警察・刑事証拠法 イギリス犯罪訴追法』法曹会、一九八八年)等参照)が成立したことを一つのきっかけとして(もつとも、平野龍一博士は、これよりはるか以前の一九五九年の時点で、取調べを録音することの意義について言及されていた。平野・前掲注(15) 書三九頁、三井誠「被疑者の取調べとその規制」『刑法雑誌』二七巻一号(一九八六年) 一七一頁を嚆矢として、渡部保夫「被疑者尋問のテープ録音制度——圧迫的な取調べ、誤判、裁判遅延の防止手段として」『判例タイムズ』三七巻四一号(一九八六年) 五頁(後に、『無罪の発見』(勁草書房、一九九一年)所収)、川崎英明「違法取調べの抑制方法」井戸田侃編集代表『総合研究Ⅱ被疑者取調べ』(日本評論社、一九九一年) 八五頁、大出良知「取調べのテープ録音は導入可能か」『季刊刑事弁護』一四号(一九九八年) 七五頁等の論考が登場し、活発な議論が積み重ねられていった。また、裁判員制度の導入を控えて、裁判実務経験者の間からも、(黙秘権の実効的保障よりも、任意性立証の簡明化という観点に重点を置いたものではあるが)取調べ可視化の有用性が相次いで指摘されるようになった(たとえば、佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」『判例タイムズ』一一〇号(二〇〇三年) 四頁、吉丸真「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」『判例時報』一八〇七号(二〇〇三年) 三頁、同「録音・録画記録制度について(上)(下)」『判例時報』一九二二号(二〇〇六年) 一六頁、一九一四号(二〇〇六年) 一九頁)。

なお、取調べ可視化をめぐる議論の詳細については、小坂井久「取調べ可視化論の現在」(現代人文社、二〇〇九年)、指宿信「被疑者取調べと録画制度——取調べの録画が日本の刑事司法を変える」(商事法務、二〇一〇年)、小坂井久「取調べ可視化論の展開」(現代人文社、二〇一三年)、指宿信「被疑者取調べ録画制度の最前線——可視化をめぐる法と諸科学」(法律文化社、二〇一六年)等参照。

(91) 二〇一六年五月二四日に成立した「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」(平成二八年法律第五四号)によって、日本においても、法制度として取調べの録音・録画制度が実施されることとなった(刑訴法三〇一条の二条)。しかし、その内容は、①全事件が録音・録画の対象とされていないこと(対象事件は、検察独自捜査事件と裁判員裁判対象事件で、全事件

に占める割合は三%弱にすぎない)、②録音・録画の対象となる事件についても広範な録音・録画の例外が認められているなど、取調べにおける黙秘権の保護手段としてはあまりにも脆弱で不十分なものであるといわざるをえない(この点について、拙稿「取調べの録音・録画制度」『季刊刑事弁護』八二号「二〇一五年」七〇頁、拙稿・前掲注(87)論文三七頁以下も参照)。

なお、改正法の内容については、さしあたり、小坂井久ほか「実務に活かすQ&A平成二八年改正刑事訴訟法等のポイント」(新日本法規、二〇一六年)三八頁以下、大阪弁護士会取調べの可視化大阪本部編『コンメンタール可視化法—改正刑事訴訟法三〇一条の二の読解と実践』(現代人文社、二〇一七年)、川崎英明ほか編著『二〇一六年改正刑事訴訟法・通信傍受法条文解析』(日本評論社、二〇一七年)一二三頁以下、吉田雅之『一問一答平成二八年刑事訴訟法等改正』(商事法務、二〇一八年)一四頁以下等参照。

(92) たとえば、菱田繁監修『犯罪捜査科学——捜査・取調・法医・虚偽自白・無罪判決の考証』(金剛出版、二〇一七年)一九一頁等参照。なお、不適切弁護の問題は、弁護実務家の間からもかねてより指摘されてきた問題である(たとえば、佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理——刑事弁護の心・技・体』「有斐閣、二〇〇七年」三一〇頁等参照)。弁護人の能力には個人差もあり、弁護の質をいかに確保すべきかは、重要な今日の問題として位置づけられている(村岡啓一「弁護の質の保証」後藤昭ほか編『実務体系 現代の刑事弁護一 弁護人の役割』「第一法規、二〇一三年」三六五頁以下参照)。

(93) 弁護人に対する権利侵害の問題、たとえば秘密交通権の侵害をめぐる近時の事例などを想起すれば(判例集に登載されている最近のケースとしては、東京高判平二七「二〇一五」七・九訟月六二卷四号五一七頁、福岡高判平二九「二〇一七」七・二〇訟月六四卷七号九九一頁等がある)、このような事態が発生しうることには容易に想像できよう。

(94) 取調べ室外における圧力の問題について、豊崎七絵「供述採取家庭の可視化と犯罪の証明」浜田寿美男責任編集『シリーズ刑事司法を考える第一巻 供述をめぐる問題』(岩波書店、二〇一七年)七七頁以下等も参照。

(95) 身体拘束に関する国際基準については、宮崎繁樹ほか編著『国際人権基準による刑事手続ハンドブック』(青峰社、一九九一年)、北村泰三『国際人権と刑事拘禁』(日本評論社、一九九六年)、五十嵐二葉『テキスト国際刑事人権法各論(上)』(信山社、一九九七年)一六一頁以下、北村泰三「被拘禁者の人権と拷問等禁止条約」北村泰三・山口直也編『弁護のための国際人権法』(現代人文社、二〇〇二年)一〇七頁、刑事立法研究会編『代用監獄・拘置所改革のゆくえ——監獄法改正を

めぐって』(現代人文社、二〇〇五年)、福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』(日本評論社、二〇〇九年)、葛野・前掲注(87)書二二五頁以下、皆川誠「刑事施設における被拘禁者の国際人権保障」『早稲田大学社会安全政策研究所紀要』七号(二〇一四年)九五頁等参照。

(96) 拙稿「自白排除法則の研究(一一)」『北大法学論集』六八巻五号(二〇一八年)一四七頁以下参照。

(97) 学説においては、黙秘権の保障を徹底しようという立場から、身体拘束中の被疑者取調べ自体を禁止すべきとする見解も存在している(沢登佳人「逮捕または勾留中の被疑者の取調べは許されない」『法政理論』一二巻二号「一九七九年」一頁、上口裕「身柄拘束中の被疑者取調べについて」『南山法学』五巻一・二号「一九八一年」一九頁、横山晃一郎「誤判の構造」『日本評論社、一九八五年』五七頁)。しかし、黙秘権を実効的に保障することができるのであれば、取調べ自体を禁止すべき理由は見出し難いように思われる。

(98) この点は、ミランダ判決も同様である。なお、渥美東洋「捜査段階への『黙秘権法理』の適用のもつ意味——ミランダ事件とその後」『判例タイムズ』五四四号(一九八五年)一〇頁も参照。

(99) ごく最近のケースとして、最決平三〇(二〇一八)・一〇・一〇判例集未登載(松橋事件)。

(100) なお、近時、より正確な供述を得るための心理学の知見を用いた取調べ技法(捜査面接技法、司法面接技法などといわれる)に関する議論が活発に行われ、このような技法が実際の取調べにおいても用いられ始めている(たとえば、田崎仁一「心理学的知見に基づく取調べ技術」『警察学論集』六六巻四号「二〇一三年」三七頁等参照)。しかし、このような技法は、被疑者の黙秘権が実効的に保障されてはじめて活かしうるものではなからうか。たとえば、高木光太郎教授は、「黙秘権が取調べ拒否権であるとすれば、黙秘していないことが捜査面接技法を適用する前提条件となる。黙秘権の意義は心理学の埒外であり、供述聴取と供述拒否とについて法律的に厳格な線引きをしておかないと、技法が活かせない」と明言されている(豊崎七絵「供述と心理学」『刑法雑誌』五三巻三号「二〇一四年」一三九頁(高木発言)。また、仲真紀子教授の、「司法面接の目的の一つは、正確な情報をできるだけ多く収集することだが、それは話をよく聞いてもらうという被面接者の権利を守ることでもある」(同「科学的証拠にもとづく取調べの高度化——司法面接の展開とPEACEモデル」『法と心理』一二巻二号「二〇一二年」二七頁)という指摘も、取調べが黙秘権を実効的に保障する中で行われることを前提としているように解される。

以上のことから、被疑者の黙秘権を実効的に保障することは、被疑者から正確な情報を得ることに結びつき、ひいては「実体的真実発見」にも役立ちうるものといえることができるのではなかろうか。被疑者の黙秘権の実効的な保障と「実体的真実発見」とは、必ずしも矛盾するものではないのである(ただし、もし黙秘権の実効的保障と「実体的真実発見」の要請とが矛盾する場面が生じた場合には、むしろ黙秘権の実効的保障のほうを優先すべきである)。

(101) 平野・前掲注(15) 書九四頁以下。

(102) 「もし憲法上の権利の行使が法執行制度の有効性を阻害するとすれば、その制度には何か大きな誤りが存在するのである」としたエスコビート判決の判示 (Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964), at 490) に、我々は改めて学ぶ必要がある。

(103) 田宮裕『日本の刑事訴訟』(有斐閣、一九九八年) 三六七頁。

(104) 二〇一六年の刑事訴訟法改正によって、取調べの録音・録画制度が導入されることになったが(注(91)参照)、これも、被疑者取調べの「密室性」や「強圧的特質」の問題性を払拭し、黙秘権をはじめとする被疑者の権利をいかに実効的に保障すべきなのかという観点からみるとあまりにも不十分な内容といわざるをえない(たとえば、白取祐司「改正」刑事訴訟法を批判する「法学館憲法研究所報」一五号「二〇一六年」六三頁参照。なお、拙稿・前掲注(87)論文三七頁も参照)。問題の本質は、今も何も変わっていないのである。

(105) 拙稿「自白法則」川崎英明・葛野尋之編『リーディングス刑事訴訟法』(法律文化社、二〇一六年) 二六三頁以下。

(106) *E.g.*, cf. Irvin v. Dowd, 366 U.S. 717, 729 (1961) (Frankfurter, J., concurring).

(107) 拙稿・前掲注(105) 論文二六四頁。

(108) たとえば、近時の裁判例として、東京高判平二五(二〇一三)・七・二三判時二二〇一号一四一頁。

(109) たとえば、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法「第三版」第六卷』(立花書房、二〇一五年) 四〇九頁(植村立郎執筆)、後藤昭「自白法則の第三者効」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(下)』(成文堂、二〇一六年) 三二三頁参照。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文「自白排除法則の研究」(二〇〇八年三月二五日学位授与)に補筆したものである。また、本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(B)「刑事再審手続法改革のための実証的、比較法的研究」(研究代表者:田淵浩二)[九

州大学」(17H02464)の研究成果の一部を含むものである。

一部無効の本質と射程（八）

——一部無効論における当事者の意思の意義を通じて——

酒 卷 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、六六卷四号）

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

第二款 不可分性概念の役割

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

第一款 法律による上限・下限の規定とサンクション

一 契約等の期間の縮減・置換

二 契約代金の縮減

三 小括

第二款 裁判所による過剰性の評価とサンクション

一 委任契約等における報酬の減額と給付の特殊性

二 付随的詐欺と不法行為

三 競業避止特約における期間等の制限と合法性・援用の態様

(以上、六六卷五号)

(以上、六六卷六号)

(以上、六七卷一号)

(以上、六八卷一号)

(以上、六八卷四号)

(以上、六九卷三号)

四 小括

第三款 本節のまとめ

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 —

(以上、本号)

結章 日本法への示唆

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

第三節 代金等の縮減に関する事例

本節では、契約における代金や期間の量的な部分に不法性がある場合、または裁判所により代金等が過剰であると評価される場合において、裁判所が当該部分を量的に修正する事例を検討する。

前章で確認したように、学説によって代金等の縮減に関する事例として論じられる事案には、多様なものがあつた。すなわち、契約代金の上限等を定める法律に違反して代金等が約定された事案のほか、委任契約等において受任者等の報酬が裁判所により過剰であると評価された場合にそれを減ずる事案、いわゆる付随的詐欺 (dol incident)⁽¹⁾ があつた場合に損害賠償を認める事案、競業禁止特約における期間や場所等の制限が裁判所により過剰であると評価された場合にそれを減ずる事案などである。そして、シムレール (PhSimler) は、これらを、彼の一部無効論の構造のもとで他の事案類型と区別せずに論じた。⁽²⁾ それに対して、ティビエルジュ (C.Tribierge) は、とりわけ付随的詐欺の事案につき、これを一部無効とすることが無効を行為者の行為に対するサンクションとして認めることになり、無効というサン

クシヨンの本質の理解にとつて望ましくないと批判した⁽³⁾。以上の検討に加え、後述するように、現在の学説は、裁判所が契約の代金等を過剰であると評価してそれを減ずる事案については、そのすべてが契約の有効性を問題としていないとする。

そこで、本節では、法律により契約の代金や期間につき上限または下限が設定されている場合と、法律の規定なしに裁判所により契約代金に関する約定や特定の条項が過剰であると評価される場合とに分けて、そこで課されるサンクションがいかなる性質を有するものと理解されているかを検討する。これらの検討を通じて、無効の問題でないとされる事案においてはいかなる点で無効と異なるかを析出し、無効の問題として論じられるべき領域の射程を明らかにしていこう（したがって、本節での検討は、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が考慮されているか否かといった観点からなされるものではない）。

なお、縮減というサンクションについては、それを一部無効の一形態であるとする見解もあれば、その独自性を主張する見解もある。たとえば、法律により契約期間の下限が設定されていた場合に、それを下回る期間で締結された契約が、当該法定期間での契約として扱われることがある。このとき、法定期間での契約として扱うには、契約の一部を除去するだけでは足りない。それゆえ、契約の代金や期間に関する量的な修正を、一部無効ではなく、「契約の修正(modification du contrat)」や「改訂(réfaction)」であると称する見解があり、さらには、それらの概念がいかなる事案を包摂するかについて、論者によって差異もみられる⁽⁴⁾。学説によって用語が示す内容に違いがみられるため、本稿では、先に挙げた契約代金等の縮減に関する諸事案につき、そこで課されているサンクションが、前章で明らかにした無効の本質と同様の観点から説明できるか、つまり違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるか否かという観点から考察することで、これらの事案と一部無効との関係を検討していく。

(1) 付随的詐欺とは、伝統的には、被欺罔者が、詐欺がなかったとしても契約を締結したであろうが、異なる条件で締結したであろう場合を指す（G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 3, 3^e éd., Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du Journal du palais, 1906, n° 116 ; C.Aubry et C.Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 4, 5^e éd., Paris, 1902, § 343 bis.)⁽⁵⁾ これに対し、後述するように、現在の学説のなかには、これとは異なる意味で「付随的詐欺」という語を用いる見解がある。

(2) 本稿（三）〔六六卷六号〕八七頁以下を参照⁽⁶⁾。

(3) 本稿（四）〔六七卷一号〕八頁以下を参照。

(4) O.Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, thèse, 1999, n° 615 et s. ; K.de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, thèse, LGDJ, 2006 ; 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, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 2661 et s.

第一款 法律による上限・下限の規定とサンクション

法律により契約期間や代金について上限または下限が定められているとき、当該規定の違反があつた場合にいかなる範囲で無効が課されるかについては、規定されている場合もあれば、そうでない場合もある⁽⁷⁾。このうち、無効の範囲が規定されていない場合では、いかなる範囲で無効が課されるか、つまり、契約期間等が部分的に無効となるか、当該約定そのものが無効となるか、または契約全体が無効となるかという問題が生ずる。

一 契約等の期間の縮減・置換

法律により、契約等の期間に関する上限または下限が規定される一方で、サンクションについては規定がない典型例として頻繁に取り上げられるのは、排他性条項の期間と、賃貸借契約の期間である⁽⁶⁾。

このうち、約定された排他性条項の期間が法律で定められた上限を超えていた場合については、契約条項の無効の問題として本章第一節で検討した。そこでは、判例によると、当該排他性条項は、法律で定められた上限期間の範囲内で有効であった（前掲「仏44」判決、「仏45」判決）。このような判例の解決につき、学説は、一方で、違反された規定の目的にも両当事者が意図した目的にも合致し、他方で、当該条項そのものを無効とすることは当該規定の目的にも両当事者が意図した目的にも反するとして、正当化した。つまり、違反された合法性を回復するための法的なサンクションであるという観点から、当該条項の期間が縮減されていたと考えられた⁽⁷⁾。

以上の解決は、契約に付随的な条項の期間ではなく、契約それ自体の期間が問題となる場合でも同様である。たとえば、農業に関する賃貸借契約の期間について、農業漁業法典L. 四一―一五条が、原則として、「……賃貸借の期間は、あらゆる反対の条項および合意にもかかわらず、九年を下回ることができない」と規定する。その一方で、当該規定に違反した場合のサンクションは定められていない。このとき、判例は、法定期間で賃貸借契約が締結されているものとする。

〔仏60〕 破毀院社会部一九五二年八月四日⁽⁸⁾

【事案】 一九四七年一二月、賃貸人Yと賃借人Xとの間で、分益小作に関する賃貸借契約が締結された。本件契約によると、契約期間は、黙示の更新の場合を除いて二年間であり、契約期間の満了前に、六ヶ月の猶予をもって解約される旨が約定されていた。一九四八年三月に、Yが、Xに対して同年九月をもって解約する旨を伝えたところ、Xは、本件契約における期間や解約に関する条項が無効であると主張した。なお、破毀申立ては無効の範囲とは異なる理由で

なされている。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、本件期間や解約に関する条項の有効性につき、当該条項が農業法二一条（当時）により絶対無効であり、原審判決は法律に反する条項を認容しえなかったとした。その結果、本件賃貸借契約は法定された九年の期間で存続しなければならず、また、なされた解約は無効であったことを確認した。

学説も、賃貸借契約の期間という賃貸借契約の基本的な要素に無効原因が存する場合であっても、契約全体が無効となるのではなく、法定の期間による契約とすべきであるという。たとえば、グウ（O.Gout）やドウ・ラ・アスンシオン・プラネ（K.de la Asuncion Plane）は、賃貸借契約の期間に関する規定の目的は賃借人の権利に一定の安定性を与えることにあり、当該規定は賃借人の利益のための規定であると指摘する。そして、法定期間よりも短い賃貸借契約の期間が約定された場合、この目的にとって最も適したサンクションは、法定期間に置換することだとした。⁽⁹⁾ それに対して、契約それ自体を無効とするならば、貸主が借地を明け渡すよう求める原因となり、借主は、不法性の摘示を手控えてしま⁽¹¹⁾うとする。

つまり、契約の期間という賃貸借契約に基本的な要素につき量的な不法性がある場合、判例や学説は、賃貸借契約の全体を無効とはしない。期間に関する約定を無効とし、それを法定の期間に置換するというサンクションを課す。これは、当該約定を無効とするだけにとどまらないが、違反された合法性の回復をするために必要な範囲で課されるサンクションである点で、無効と同様の本質を有するものであると評価できよう。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

二 契約代金の縮減

契約の代金についても、法律により下限等が定められる一方で、サンクシヨンに関する規定のない場合がある。その典型例は、労働契約における報酬が不法なものであった事案や、価格統制に関する規定に反して売買契約等における代金が約定された事案である。⁽¹⁴⁾

まず、労働契約における報酬が不法なものであった場合である。労働契約における報酬は、男女間における平等に関する規定や、産業一律スライド制最低賃金（以下、単に「最低賃金」とする。）に関する規定などの諸規定を遵守して定められなければならない（労働法典L.三三二―一条）。一方で、同一の労働または同一の価値の労働であるにもかかわらず、男女間で報酬に差があった場合には、当該報酬に関する約定は無効であり、当該不法な報酬はより高額な報酬に置換される旨が、法律で定められている（L.三三二―七条）。他方で、最低賃金に反する報酬が約定された場合には、最低賃金に置換される旨の規定はないものの、判例や学説によると、それに置換される。たとえば、破毀院社会部一九八二年三月三十一日（住み込みで家事の手伝いをしていた女性が、契約終了後、報酬が最低賃金よりも低かったとして報酬の追加支給を請求したところ、当該女性に最低賃金に関する規定の適用が可能か否かが争われた事案である。）は、当該女性に最低賃金に関する規定を適用することが可能であるとして、その適用を否定した原審判決を破毀し移送した。また、履行中の契約につき、破毀院社会部一九八二年六月二三日（居住用不動産のコンシエルジュの報酬が最低賃金よりも低かったとして、コンシエルジュが会社に対して報酬を最低賃金まで増額するよう請求したところ、コンシエルジュへの最低賃金に関する規定の適用が可能か否かが争われた事案である。）⁽¹⁵⁾は、最低賃金をコンシエルジュに適用した原審判決を正当であったとした。⁽¹⁶⁾これらの判例につき、学説は、当該規定の目的を実現するのに適したサンクシヨンとして報酬に関する約定の最低賃金への置換がなされていると指摘する。

次に、売買契約等における代金が価格統制に関する規定に反していた場合である。⁽¹⁷⁾

判例の立場は、明確でない。一方で、売買契約等における代金が価格統制に関する規制に反していた場合において、契約そのものを無効とする破毀院判決がある。たとえば、破毀院予審部一九四六年二月九日(前掲「仏30」判決)は、価格統制に関する規定の特徴が一般利益に関する公序であることを理由に、「正当な価格を超えた代金による売買を含んだ合意は、絶対無効として無効であり、履行も更改(novation)もなされえない」と判示した。⁽¹⁸⁾ 学説のなかにも、「判事は契約を『取り繕う』ことはできない。これは立法者の役割である」として、少数ながらこの判決を正当化するものがある。⁽¹⁹⁾ 他方で、価格統制に関する規制を超えた部分の契約代金につき、その返還を認める破毀院判決がある。破毀院民事部一九五一年二月一〇日(森林の売買契約において、代金が統制価格を超えていた事案である。)は、代金の支払いが不法な原因によりなされたこと、価格統制に関する規制が公序に関するものであることから、買主は統制価格を超えた部分の代金の返還を請求しうるとした。⁽²⁰⁾

学説に目を転ずると、売買代金を統制価格に縮減するべきであると主張する学説が多く、これは、伝統的な一部無効論においても同様である。⁽²¹⁾ たとえば、次のような理由が挙げられる。⁽²²⁾ 第一に、契約全部の無効の主張を認めると、売主は契約の無効を主張することで売却した物を取り戻すことができ、再び、価格統制に関する規定に反した代金で契約を締結することにつながる。第二に、買主がその財を失うことを恐れて不法性を摘示しなくなる。第三に、法定された上限等に反して契約期間等が約定された場合に、サンクションが規定されていなくても、判例は無効の範囲を法定された期間に縮減または置換していたのであり(前掲「仏60」判決等)、サンクションに関する規定がないことは、代金を統制価格へ縮減することを妨げる理由にはならない。したがって、売買代金が価格統制に関する規定に反していた場合であっても、当該規定の目的を達成するために、代金を法定された額に縮減することが可能であり、かつ望ましいとした。

このようにして、契約の期間と同様、代金という基本的な要素につき量的な不法性がある場合でも、契約全体の無効ではなく、代金の縮減がなされるべきだと主張されている。

三 小括

契約の期間や代金という本質的な要素につき法律によって上限または下限が定められているとき、当該規定に違反した場合には、期間等が上限まで縮減される、または下限に置換されるという解決がなされていた。なぜなら、契約全体を無効とするならば、不法性の摘示が控えられる可能性があり、当該規定の目的が達成されないといった問題が生ずるからであった。ところで、契約の期間や代金に関する約定そのものを無効とすることについて、学説においては検討されないものが多かった。これにつき言及する学説として、たとえば、グウは、契約の期間や代金に関する約定そのものを無効にするならば、法定の上限または下限を遵守させようとする規定の目的に反することのほかに、契約における基本的な要素それ自体を無効とすることが当該契約を無意味なものとすることを指摘する。⁽²³⁾つまり、たとえば売買契約の代金といった本質的な要素を無効にしながらか当該契約を贈与契約として存続させることは、当該規定の目的に反するだけでなく、両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が存しなくなるために、適切なサンクションではないと評価しているといえよう。⁽²⁴⁾

以上のように、契約の期間等を上限まで縮減する、または下限に置換するという解決は、規定の目的に合致したサンクションであり、⁽²⁵⁾両当事者が当初追求した契約の目的を害するものでもない。⁽²⁶⁾これは、契約締結時における違反された合法性を回復するためになされるサンクションであるという点で無効および一部無効と同様の本質を有していると評価できる。⁽²⁷⁾

- (5) たとえば、法律の違反があった場合にいかなる範囲で無効が課されるかにつき規定されている例として、民法典一六〇条や、一九四八年一月一日の法律三五条を挙げることができる。
- 民法典一六〇条は、売買契約における買戻し特約 (*remise*) につき、その権限を、五年を超えて規定することができない旨、およびそれを超える期間で定められた場合には、五年に減ぜられる旨を規定する。
- また、居住用または事業用の賃貸借に関する一九四八年一月一日法律の三五条は、同法二七条で定められた賃料価額を超えて賃料が定められた場合、賃料がその定められた価値に減少される旨を規定する。
- (6) たとえば、参照' K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 158 et s.
- (7) 本稿 (五) 「六八巻一号」一七四頁以下。
- (8) Cass.soc., 4 août 1952, J.C.P. 1953, II, 7439, obs. O.-J.
- (9) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 647 ; K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 177.
- (10) K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 177.
- (11) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 518 et 544.
- (12) Y.-M.Serinet, Le juge et l'illicéité du contrat, in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p.85, spéc., n° 8.
- (13) 契約条項に関する積極的な修正が無効の本質と同様の観点からなされていることにつき、本稿 (五) 「六八巻一号」一七四頁以下を参照。
- (14) たとえば、参照' K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 219 et s.
- (15) Cass.soc., 23 juin 1982, Bull.civ.V, n° 411.
- (16) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 646 ; K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 221 ; J.Ghesting, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 2665 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e ed., LGDJ, 2017, n° 720, note 17.
- (17) かつて、価格統制に関する規定があり、当該規定に違反した場合に、いかなる範囲で無効となるかが問題となった。もともと、価格の自由および競争に関する一九八六年十二月一日のオールドナンスにより、フランスの経済政策が、それまで価

格統制をしていた政府介入主義から、市場機構、競争原理を尊重する競争政策へと路線変更し、価格統制も撤廃された（一九八六年一月一日のオールドナンスの内容や、フランスの競争政策におけるその位置づけにつき、参照、和田聡子『EUとフランスの競争政策』（N-TT出版、二〇一一年）四二頁以下）。ただし、一九八六年一月一日のオールドナンス一条第二項および第三項（現在では商法典L. 四一〇―二条）により、法律等により別の定めがある場合を除く旨が規定されており、今後価格統制の問題が生ずる可能性がある。

- (18) Cass. req., 9 décembre 1946, *Gaz. Pal.* 1947, I, 62 ; RTD. civ. 1947, 199, obs. J. Carbonnier.
 - (19) Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public*, thèse, 1953, n° 374.
 - (20) Cass. civ., 10 décembre 1951, *JCP* 1952, IV, p. 22.
 - (21) G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, 1963, n° 501 et s. ; R. Savatier, *L'ordre public économique*, D. 1965, chron., p. 37, spéc., p. 42 ; Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969, n° 235 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 4, les obligations, 14^e éd., 1990, *Par.* n° 77 ; K. de la Asuncion Planes, *op. cit.*, thèse, n° 225 et s.
 - (22) G. Farjat, *op. cit.*, thèse, n° 446 et n° 501 et s. ; R. Savatier, *op. cit.*, p. 42 ; K. de la Asuncion Planes, *op. cit.*, thèse, n° 225 et s.
 - (23) O. Gout, *op. cit.*, thèse, n° 644.
 - (24) たとえば、契約のエコノミーの観点から、ピモン（S. Pimont）は、次のように指摘する。とりわけ双務契約においては、合意によって権利義務が総体として結びつけられ、契約は機能的統一性を有している。契約の本質的な要素を取り除くならば、契約の統一性が失われることになる（S. Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, PUAM, 2004, n° 230）。
- また、コースの観点から、ロシュフェルト（J. Rochefeld）は、典型契約において債務のコースを欠く場合に、別の典型契約として変性（dénaturation）するのは当事者がそれを隠そうとしていた場合や、実際にはそれを望んでいる場合だけである。そうしなると、両当事者が当初意図した契約の目的を無意味なものとし、コース概念を否定することになるといふ（J. Rochefeld, *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999, n° 427 et s.）。
- (25) O. Gout, *op. cit.*, thèse, n° 665 ; K. de la Asuncion Planes, *op. cit.*, thèse, n° 235.
 - (26) D. Mazeaud, *La revision du contrat*, L.P.A., 2005, N° 129, p. 4, spéc., n° 12 ; Y.-M. Serinet, *op. cit.*, *Le juge et l'illicéité du contrat*, n° 14.

両当事者が追求した契約の目的と違反された合法性の回復との関係につき、本稿(五)〔六八巻一号〕一七四頁以下、同(六)〔六八巻四号〕二二三頁以下を参照。

(27) O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 668 ; M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, LGDJ, 2004, n° 987 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° 2062 et s, et 2063.

第二款 裁判所による過剰性の評価とサンクション

法律により契約代金等の上限や下限が規定されていない場合であっても、裁判所が過剰であると評価した部分を縮減するという解決と類似の解決方法が、判例において採られることがある。シムレールは、委任契約等の報酬額の減額を認めた事案や、付随的詐欺に基づいて損害賠償を認めた事案、競争禁止特約において期間または場所の範囲を減じた事案を例に挙げ、これらを一部無効論の一類型として論じていた。しかし、これらの事案を子細に検討すると、これらを無効の問題として捉えることに疑問が呈されている。これらの事案においていかなる解釈を採るかは、無効とは「契約成立時において違反された合法性を回復するためのサンクション」であるという無効の本質の理解それ自体にかかわる。つまり、第一に、委任契約等において受任者等に支払われる報酬が過剰であると評価する場合、判例は、明文の規定なくして当該報酬を減額しうるとする。学説のなかには、これを、同意の瑕疵に基づくものであると説明する見解がある⁽²⁸⁾。また、付随的詐欺に基づいて損害賠償を認めた事案につき、これを無効の範囲の問題だとする学説は、同意に部分的な瑕疵があると指摘した⁽²⁹⁾。つまり、同意の瑕疵に基づく契約の一部の無効を認めたものだとする⁽³⁰⁾。

第二に、競業禁止特約において期間等の過剰性が争われる事案について、契約成立後の事情が考慮されて規制がなされることがある。これにつき、近時、契約成立後の事情を考慮してその有効性を判断していると評価する学説が現れている。⁽³¹⁾

これらの事案が一部無効の問題であるとすれば、無効を「違反された合法性を回復するためのサンクション」であると捉えてよいか否かにつき疑問が生じよう。しかし、先に結論を述べると、これらの事案は、一部無効の問題として論じられるべきものではないように思われる。先に挙げた三つの事案の検討を通じて、これらが無効の問題といかなる点で異なるかを明らかにしていこう。

一 委任契約等における報酬の減額と給付の特殊性

まず、委任契約等における報酬の減額を認める判例法理についてである。

判例は、委任契約や請負契約⁽³²⁾において受任者や請負人に支払われる報酬が過剰であると評価する場合、明文の規定なくして当該報酬を減額しうるとする。かつての学説は、このような判例法理を、レジオン（過剰損害）⁽³³⁾による縮減の新たな局面である、または同意の瑕疵に基づくものであるとするなど、説明に苦心した⁽³³⁾。もっとも、現在の学説は、委任契約等において判事により受任者の報酬が減額されるのはその給付の特殊性ゆえであり、無効原因が存するわけではないと指摘する。

（二）裁判所によるレジオンの拡張

契約当事者の給付間に過剰な不均衡が生じている場合であっても、このことは、原則として無効（取消し

(³⁴) rescision) 原因にならない。⁽³⁵⁾ すなわち、民法典一一一八条によると、「レジオンは、一定の契約において、または一定の者に対してのみ、合意を瑕疵あるものとする」と規定する。⁽³⁶⁾ レジオンが取消しの原因となるのは、例外的な場合に限られ、たとえば、民法典では、不動産売買、分割、および制限行為能力者に関する場合においてのみ、レジオンを理由とする取消しが認められている。⁽³⁷⁾

ところで、特別法においてもレジオンに関する規定があるが、これらの規定においては、レジオンを理由とするサンクションは、契約全体を取り消すものではなく、量的な縮減であるとされる傾向にある。たとえば、一九〇七年七月八日の法律および一九七九年七月一三日の法律によれば、肥料や種子、苗に関する売買につき、買主が目的物を四分の一以上の割増された代金で購入した場合、買主には、代金の減額訴権 (action en réduction)、または損害賠償訴権 (action en dommages-intérêts) が認められている。また、暴利 (usure) に関する一九六六年一月二八日の法律においても、利息が上限を超えた場合には、過剰に受領した分を控除する旨が規定されていた。

このような特別法の規定を踏まえ、シムルールは、レジオンが無効原因である場合には、縮減というサンクションが課されうるとした。⁽³⁸⁾

もつとも、レジオンを理由とする取消しまたは縮減は、法律上の規定がない場合には認められないというのが、判例の態度であった。たとえば、破毀院民事部一八五二年二月二〇日 (雇用契約において約定された賃金がなされた役割に対して少額である場合に被用者が賃金の増額を請求できるか否かが争われた事案である。) は、労働審判所 (Conseil des prud'hommes) が、なされた仕事に値する額よりも少ない賃金が支払われることは許されず公序に反するとしての対して、「すべての合意は当事者にとって法律であり、いかなる裁判所もこれを無視できない」として賃金の増額を認めなかった。⁽³⁹⁾ その後の判例も、同様の理由づけによりレジオンを理由とする取消し等を否定した。⁽⁴⁰⁾

その一方で、委任契約等では、受任者等の報酬を減額しうる旨の判例が存在していた⁽⁴¹⁾。すなわち、委任契約や、弁護士、会計士といった自由専門職 (professions libérales) との間の契約等において、裁判所が受任者等の報酬を過剰であると評価した場合、これを減額する⁽⁴²⁾。これらの判例の正当性につき、かつての学説のなかには、同意の瑕疵を理由とする見解や、法律の規定がない場合であっても一定の領域に限ってレジオンを理由とする縮減を認めたものだと評価する見解があった⁽⁴⁴⁾。

(二) 給付の特殊性

しかしながら、近時、委任契約等において受任者等の報酬額が減ぜられるのは、その給付の特殊性ゆえであり、無効原因が存するからではないという主張がなされている。そして、部分的な事案についてではあるが、その旨を定める条文が、二〇一六年二月一〇日のオールドナンスによって民法典に新設された。

(1) 委任契約等の特徴

まずは、学説の議論をみていこう。委任契約等において報酬額の減額が認められる理由を、正確に抽出することは難しい⁽⁴⁵⁾。もともと、多くの学説によって報酬額の減額が認められる事案の特徴として挙げられているのは、①その給付を事前に評価することが難しい点、および②受任者等の側に価格決定に関する権限の濫用や債務不履行を見出せる点である。

① 給付を事前に評価することの難しさ

第一点の、なされる役務に対する報酬額を契約締結時において十分に決定しえないという点についてである。⁽⁴⁶⁾

たとえば、オベール (J.-J. Aubert) は、法律顧問契約における報酬額を減額しうる旨を判示した破毀院第一民事部一九九〇年六月一九日に対する評釈のなかで、給付を事前に評価することが難しいことが、裁判所による報酬額の減額を正当化すると指摘する。⁽⁴⁷⁾

〔仏 61〕 破毀院第一民事部一九九〇年六月一九日⁽⁴⁸⁾

【事案】 Y は、X と法律顧問契約を締結した。本件契約における報酬額は、あらかじめ定められていた。X が報酬額の請求書を送ったところ、Y が支払いを拒否した。その後の事実関係は明らかではないが、X が報酬の支払いを求めて訴えたものと思われる。

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】 破毀移送。

破毀院は、まず、一九七二年七月一三日のデクレ六二条が「法律顧問の報酬額は、その者〔法律顧問〕と顧客との間の合意により決定される」と明記していること、および X が報酬額について前もって決められた約務 (engagement) のもとでその請求書を送っていたことを確認した。しかし、当事者が前もってした報酬額に関する合意を拘束力がないものであり、事実審判事が「本件事案の状況やなされた役務の程度 (importance) に鑑みて、当事者間の合意の代わりに法律顧問が主張しえた報酬額を評価する」義務を負うと判示して、原審判決を破毀し移送した。

〔仏 61〕 判決は、当事者による報酬額に関する合意があったとしても、事実審判事が「本件事案の状況やなされた役

務の程度に鑑みて、当事者間の合意の代わりに法律顧問が主張しえた報酬額を評価する「義務を負う」と判示した。オペールは、合意された報酬額の減額が認められる理由につき、「専門家が負う善管注意義務 (diligences) の程度が「どの程度なされるかにつき契約締結時には」不確実であるため、専門家によりなされる給付の評価は、不可能であるとは言わないまでも非常に困難である」⁽⁴⁹⁾。その結果、実際の給付が報酬額を決定する際に予想した給付と異なりうるため、報酬額の修正が認められるとした。⁽⁵⁰⁾

このように、専門家による給付を事前に評価することが困難であり、それに対する報酬が給付がなされた後でしか決定できないという考えは、一定の契約において、報酬に関する合意がなくても契約を有効とすることを認める⁽⁵¹⁾。たとえば、破毀院第一民事部一九九三年一月二十四日（画家と顧客との間の請負契約において報酬に関する合意がなく、履行後、報酬の有無が争われた事案である。）は、「報酬の正確な額に関する事前の合意は、請負契約の基本的な要素ではなく、したがって、当該合意がなかった場合には、事実審判事が本件事案の状況を考慮して報酬額を決定する義務を負う」と判示した。⁽⁵²⁾後にみるように、二〇一六年二月一〇日のオルドナンスによって新設された民法典新一一六五条も、役務提供契約においては価格に関する合意がなくとも契約の有効性が問題とならない旨を規定する。

以上のように、学説は、給付を事前に評価することが難しいという給付の特徴に鑑みて、事実審判事には、なされた役務を考慮し、一方で、契約締結時に報酬に関する合意があった場合でも報酬額を減ずる権限が与えられ、他方で、契約締結時に報酬に関する合意がなかった場合にはそれを決定する権限が与えられると指摘した。そして、給付に対する代金の決定、または過剰か否かの評価は給付の履行後でしかなされえないため、この裁判所の介入は、契約の履行の領域に属するものであり、契約の有効性の問題であるレジオンを理由とするものではないという。⁽⁵³⁾

② 濫用法理、債務不履行に基づく責任

第二点の、受任者等の価格決定に関する権限の濫用、または債務不履行という点についてである。学説のなかには、給付の特徴のみから報酬額を減額する権限を裁判所に認めるのではなく、濫用法理や債務不履行との関係を指摘するものがある。

まず、濫用法理との関係である。

オベール・ドウ・バンセル (C.Aubert de Vincelles) は、委任契約等において過剰な報酬額の減額を認める判例法理には、価格決定に関する権限の濫用という考えを見出せると指摘する。⁽⁵⁴⁾ つまり、なされる役務をその履行前に評価できないという事実が、役務提供者に価格決定を支配させる。そして、この価格に関する一方当事者の権限については、枠契約 (contrat cadre)⁽⁵⁵⁾ に関する判例であるが、破毀院全部会一九九五年二月一日によると、権限の濫用によるコントロールがなされている。⁽⁵⁶⁾

〔仏 62〕 破毀院全部会一九九五年二月一日⁽⁵⁷⁾

【事案】 一九八一年七月、Y社は、電気通信事業者Xとの間で、電話設備に関するメンテナンスリース (location-entretien) 契約を締結した。本件契約によると、修理等の際には排他的にXを利用しなければならず、その費用は現行の料金表に従うこととされていた。一九八六年、Xは、リース料の支払いがなかったことを理由に契約を解約し、約定の賠償金を請求した。それに対し、Yは、代金が決定されていないため本件契約が無効であると主張した。

原審判決は、本件契約においては修理費等が決定されておらず、それがXの意思にもつぱら依拠するものであったとして、本件契約を無効とした。そこで、Xが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀移送。

破毀院は、民法典一七〇九条、一七一〇条、一一三四条および一一三五条に鑑みて、「ある合意が後続する〔個別の〕諸契約の締結を予定している場合、当初の合意において〔個別の〕諸契約の代金が決定されていないことは、特別の法律上の規定がある場合を除き、当初の合意の有効性に影響を与えない。代金決定における濫用は、契約解除または損害賠償の原因となるにすぎない」と判示して、原審判決を破毀し移送した。

「仏62」判決は、枠契約において価格の決定が有効要件ではないとし、一方当事者による価格の決定権限につき、民法典一一三四条などに基づいて、⁽⁵⁸⁾その権限の濫用に対しては契約の解除または損害賠償を課す旨を判示した。⁽⁵⁹⁾その一方で、報酬額の減額に関する事案についても一一三四条に基づいて解決する判例がある。たとえば、破毀院第一民事部一九九八年五月五日（相続人の調査に関する契約において、系図専門家（genealogiste）に対して支払う報酬の減額の可否等が争われた事案である。）は、一一三四条に基づき、報酬額の減額を認めなかった原審判決を、なされた役務に対して報酬額が過剰であったか否かを探究していないとして破毀し移送した。⁽⁶⁰⁾これを踏まえ、オベール・ドウ・バンセルは、委任契約等における報酬額の減額を認める判例法理も、枠契約に関する「仏62」判決と基礎を同じくしていると指摘した。⁽⁶¹⁾

このように、オベール・ドウ・バンセルは、委任契約等における報酬額の減額が認められるのは受任者等による価格決定に関する権限の濫用を理由としているという。そして、後述するように、委任契約等における報酬額の減額を認める判例法理のうち、価格の決定に関する合意が履行前に存在しなかった場合については、二〇一六年二月一〇日のオルドナンスによって、価格決定に関する権限の濫用を問題とする旨を規定する民法典新一一六五が新設されるに至る。

次に、債務不履行との関係である。

ゲスタン (J.Chesin) やラバルト (Fr.Labarthe) は、報酬額の減額が認められるのは、報酬に関する合意がない、もしくは十分に決定されていない場合、または不完全履行やフォートがある場合だという⁽⁶²⁾。彼らによると、一方で、報酬に関する合意がない場合や報酬が十分に決定されたとはいえない場合には、給付の特殊性から裁判所が代金を決定する必要がある⁽⁶³⁾。他方で、報酬に関する合意があったといえる場合には、役務提供者の不完全履行やフォートを理由に、報酬額の減額を認めているという⁽⁶⁴⁾。たとえば、破毀院第三民事部一九七三年二月二〇日は、契約で約定されていた不動産仲介業者の手数料の減額の可否が争われた際、事実審判事は当該事案の状況やなされた役務を考慮して手数料を減額しうるとし、さらに手数料全額が支払われるのは仲介業者が委任された役務の全部を行い、かつ善管注意義務を完全に履行していた場合のみであると判示した⁽⁶⁵⁾。また、破毀院第一民事部一九六七年三月一三日は、契約で約定されていた不動産仲介業者の手数料につき、仲介業者に重大なフォートがあったために手数料を支払う必要がないとする破毀申立てに対し、事実審が手数料を減額したことを考慮するとフォートがあったと評価できるが、手数料を支払う必要があると⁽⁶⁶⁾した。要するに、これらの判例は、報酬額の減額にあたって、受任者等の債務不履行やフォートを考慮する。

以上の見解に対し、ドウ・ラ・アスンシオン・プラヌは、異なる観点から、債務不履行との関係を指摘した。すなわち、委任契約等における報酬額の減額は、専門家等が顧客に対して負っている契約上の情報提供義務と密接に関わっているという⁽⁶⁷⁾。彼女は、破毀院第一民事部一九八六年六月三日を挙げて、これを説明する。

〔仏63〕 破毀院第一民事部一九八六年六月三日⁽⁶⁸⁾

【事案】 認定会計士Yと顧客Xとの間で、なされた役務により報酬額が増加する旨の合意がなされていた。履行後、

Yが提示した報酬額がXにとって高額であったことから、Xは、その減額を求めて訴えを提起した。

原審は、認定会計士が顧客に対して、役務の提供により報酬額がかなり増加したことを知らせなかったことを理由に、報酬額を三〇パーセント減らした。これに対し、Yが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、専門性のある仕事を履行する者には顧客に対する助言義務 (devoir de conseil) があり、Yには通知を怠ったというフォートがあったとして、原審判決を正当なものとした。

「仏63」は、会計士の助言義務の違反を理由に、つまり、会計士が顧客に対して役務の内容やそれによる報酬の増加を知らせなければならぬにもかかわらずそれを怠ったことを理由に、報酬の減額を認めた。そして、同判決を踏まえ、ドウ・ラ・アスンシオン・プラヌは、情報が契約当事者を対等な立場に置くのであり、情報が欠如している場合には、それにより生じた不均衡を裁判官が報酬額を改訂することで是正しなければならないという⁽⁶⁹⁾。

また、ドウ・ラ・アスンシオン・プラヌは、同様のことを一定の報酬額があらかじめ合意されている場合でも指摘しうるとする。たとえば法律顧問契約では、契約締結時にはどのような給付がなされるかが明らかでないという特徴ゆえに、当事者間で合意された報酬額となされた役務との間に不均衡が生じうる。顧客に契約の基本的な要素に関する十分な情報があつたといえないため、裁判官による報酬額の改訂が認められるという⁽⁷⁰⁾。

これらの見解からは、給付の特徴に関する議論と同様、役務提供者の価格に関する権限行使の態様や履行態様といった、契約の有効性の問題とは異なる要素を考慮して報酬額の減額を認めているという特徴を指摘できよう。

③ 小括

これまでの学説の議論をまとめておこう。

委任契約等において受任者等の報酬額が事実審判事によって減ぜられる理由につき、大きく、二点が指摘されていた。第一は、受任者の給付を事前に評価することが困難であるという点であった。それゆえ、報酬額を契約締結時に合意せずとも契約は有効に成立する。実際になされた給付を考慮して、裁判所が報酬額を決定しうる、または報酬額が過剰であるか否かを評価しうると指摘されていた。第二は、報酬額の減額を認める事案においては、受任者の報酬額決定に関する権限の濫用や債務不履行を見出せるという点であった。これらのいずれの点も、委任契約等において受任者等の報酬額が減額される事案が無効の問題としては扱われていなかったことを示していよう。以上のような近時の学説による正当化は、二〇一六年二月一〇日のオールドナンスによる民法典改正の際に採用されることになった。

(2) 民法典新一一六五条による判例法理の明文化

二〇一六年二月一〇日のオールドナンスによる民法典改正の際に、委任契約等において受任者等の報酬額を減額するというこれまでの判例法理が、部分的にはあるが明文化された。

まずは、条文を確認しよう。民法典新一一六五条は、次のように規定する。⁽⁷²⁾

新一一六五条「第一項 役務提供契約において、その履行に先立つ当事者の合意がない場合には、債権者が価格を定めることができる。この場合において、異議があるときは、債権者はその額につき理由を付さなければならない。

第二項 価格決定が濫用的になされた場合には、損害賠償を得るために、必要があるときは契約を解除するために、

提訴することができる。」

民法典新一一六五条は、委任契約等において代金の決定が契約の有効要件ではないとする判例法理を明文化したものである。⁽⁷³⁾ 同条の新設によって、価格に関する合意が履行前に存在しない場合については、契約の無効の問題ではなく、債権者の価格決定に関する権限の濫用の問題として解決されることが明示された。⁽⁷⁴⁾

ところで、民法典新一一六五条は、これまでの判例法理のうち、価格に関する合意が履行前に存在しない場合についてのみ規定し、委任契約等において約定された報酬額がなされた役務に対して過剰であった場合について規定していない。⁽⁷⁵⁾ このような判例については、新一一六五条の新設により否定されるか、または別の条文等により解決されるか⁽⁷⁶⁾が、争われている。改正法による、委任契約等における過剰な報酬額の減額を認めたこれまでの判例法理の帰趨は明らかでないが、これまでの判例法理を認めるとする場合、ラバルトは、委任契約等における過剰な報酬額の減額につき、新一一六五条の問題ではなく、新一一六六条、および新一二一七条第三号の問題となるという。

新一一六六条「給付の品質が契約によって確定されておらず、または確定することができないとき、債務者は、その性質、慣習および対価の額を考慮して当事者の正当な期待に適合する品質の給付を提供しなければならない。」

新一二一七条「約務が履行されず、または不完全に履行された者は、以下のことがらをすることができる。……

第三号 代金の減額を求めること。(以下略)」

ラバルトは、民法典新一一六六条を引用したのち、次のようにいう。「たとえば請負契約において判事が代金を決定

するとき、合法的に、契約の履行を、つまり品質を考慮する……。報酬額のコントロールは、間違いなく、同条〔新一六六条〕の領域に含まれることになろう⁽⁷⁷⁾。そして、判事により、不履行または不完全履行を理由とした、新一二二七条に基づく報酬額の減額に至るとした⁽⁷⁸⁾。

このように、民法典改正により、一方で、民法典新一二六五条は、価格に関する合意が履行前に存在しない場合につき、価格に関する合意は契約の成立に必要な要素でなく、債権者による価格決定に関する権限の濫用が問題となる旨を明記した。他方で、委任契約等における報酬額がなされた役務に対して過剰であった場合につき、改正後もこれを認めるべしと主張するラバルトは、債務不履行を理由とする代金の減額の問題として解決されたとした。これらのいずれも、委任契約等における報酬額の減額を認めるこれまでの判例法理が、契約の有効性の問題として解決しているのではなく、契約の履行態様等を考慮して解決していることを示しているよう。

（二） 小括

以上では、委任契約における受任者等の報酬額の減額を認める判例法理につき、これが一部無効と同視されうるものか否かを検討した。

これまでの検討によれば、判例が委任契約等における報酬額の減額を認めていたのは、同意に瑕疵がある、または報酬額の過剰性を無効原因として捉えているからではなかった。学説によると、その理由として、給付が実際になされる前にそれを評価することが困難である点、さらに、受任者等に価格決定に関する権限の濫用や債務不履行、フォートを見出せる点が指摘されていた。つまり、この判例法理は、契約の有効性を問題として報酬額の一部を無効としたものではなかったといえる。

二 付随的詐欺と不法行為

次に、付随的詐欺に基づく損害賠償についてである。この問題を通じて、同意の部分的な瑕疵を理由とする一部無効の是非を検討しよう。

付随的詐欺とは、次のようなものであった。

一方当事者による詐欺によつて契約を締結した場合、民法典一一一六条第一項は、合意を無効とする旨を規定する。⁽⁷⁹⁾もつとも、伝統的な学説は、無効が言い渡されるためには、詐欺により惹起された錯誤が、当該錯誤がなければ被欺罔者が契約を締結しなかつたであろうという意味で、同意にとって決定的なものでなければならぬとした。そして、このような詐欺は、主たる詐欺と称された。これに対して、被欺罔者が、詐欺がなかつたとしても契約を締結したであろうが、異なる条件で、たとえば被欺罔者により利益となる代金で契約を締結したであろう場合には、契約の無効が言い渡されることはない。しかし、この場合には、不法行為に基づく損害賠償請求が可能であるとした。このような詐欺は、付随的詐欺と称された。⁽⁸⁰⁾

前章で確認したとおり、伝統的な学説には、このような付随的詐欺を一部無効と同視する見解があつた。その理由につき、シムルールは、契約代金という量的な部分に瑕疵がある、つまり同意に部分的な瑕疵があると考えられるため、付随的詐欺の問題と一部無効とを同視することが可能だと説明した。⁽⁸¹⁾しかし、これらを同視することに対しては、無効というサンクションを人の行動に対して課されるサンクションと捉えることにつながるとの批判があつた。⁽⁸²⁾

以下では、一部無効と不法行為における損害賠償とを同視しうるか否かにつき、詐欺に関する学説の議論や判例を検討していこう。具体的には、まず、詐欺を理由とする損害賠償請求の基礎に関する議論を、次いで、主たる詐欺と付随的詐欺との区別に関する議論の展開をみる。

(一) 詐欺を理由とする損害賠償請求の基礎

判例によると、被欺罔者は、詐欺を理由に、契約の無効に代えて、あるいは詐欺に関する民法典一一一六条に基づき代金の減額請求をすることが、あるいは不法行為に関する一三八二条に基づき損害賠償請求をすることが認められている。たとえば、破毀院商事部一九七二年三月一日四日(営業財産の譲渡契約につき、譲渡人の詐欺があったとして譲受人が詐欺に基づき代金の減額を請求したところ、その受理可能性が争われた事案である。)は、一一一六条に鑑みて、「買主は、代金の減額のみをするために、詐欺を援用することができる」とした。⁽⁸³⁾ また、破毀院第一民事部一九七五年二月四日(不動産の交換契約等につき、一方当事者の詐欺によりなされたが、当時の無効訴権に関する短期の時効の期間が経過していたため、不法行為に基づく損害賠償請求が受理可能か否かが争われた事案である。)は、一三八二条に鑑みて、「民法典一一一六条および一一一七条の適用により契約の無効を請求する権利は、被欺罔者が被った損害の賠償を加害者から得るためにする不法行為責任における訴権の行使を妨げない」とした。⁽⁸⁴⁾

これらの請求は、無効とは区別されたものか、それとも無効の範囲の問題にすぎないのだろうか。

(1) 不法行為に基づく損害賠償請求

被欺罔者が不法行為に基づいて損害賠償請求をする場合、判例は、これを、無効訴権と区別された訴権として扱った。たとえば、前掲破毀院第一民事部一九七五年二月四日は、詐欺を理由とする無効訴権が当時の民法典一三〇四条が規定する短期の時効により消滅していたとしても、不法行為に基づく損害賠償訴権は無効訴権に関する時効によって消滅しないとした。また、破毀院商事部一九八八年一〇月四日(医薬品の製造に関する排他的なライセンス契約につき、譲渡人の相続人が、譲受人の詐欺により締結されたとして契約の解約(resiliation)および損害賠償の請求をした後、契約

満了の期日が迫っており契約解約の請求を放棄したため、不法行為に基づく損害賠償請求の受理可能性が争われた事案である。〕は、「契約の解約訴権の放棄は、それに付随したものではない不法行為訴権に影響しない」と判示し、不法行為に基づく損害賠償請求を受理しなかった原審判決を破毀し移送した。⁽⁸⁵⁾破毀院商事部一九九四年一〇月一八日（営業財産の譲渡契約につき、譲渡人の詐欺により締結したとして譲受人が無効を請求し、その後、譲受人が清算手続きに入り当該営業財産を売却したため控訴時に無効請求を取り下げて、不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。）は、控訴時に無効訴権を取り下げたとしても、不法行為に基づく損害賠償請求をすることは可能であると判示し、詐欺に基づく無効訴権が取り下げられたことを理由に不法行為に基づく損害賠償請求を認めなかった原審判決を破毀し移送した。⁽⁸⁶⁾このように、被欺罔者による不法行為に基づく損害賠償訴権は、詐欺を理由とする無効訴権とは独立したものと見て扱われている。

学説によると、無効と独立して不法行為に基づく損害賠償請求が可能であるのは、ここで問題となっている事柄が、契約締結前になされた欺罔者のフォートだからである。つまり、詐欺には、同意の瑕疵という側面と、民事上の違法行為（*délit civil*）と⁽⁸⁷⁾こう側面とがあった。このうち、不法行為に基づく損害賠償請求は、詐欺の違法行為という側面から認められるとする。判例のなかにも、詐欺があった場合において不法行為に基づく損害賠償請求の認否を判断するにあたり、詐欺的術策が契約の交渉過程でなされており、契約締結過程におけるフォートがあったとして、これを認めたものがある。⁽⁸⁹⁾

(2) 民法典一一六条に基づく代金減額

数は非常に少ないものの、判例のなかには、不法行為に関する民法典一三八二条ではなく、詐欺に関する一一六条

に基づいて代金の減額を認めるものがある。先に挙げた破毀院商事部一九七二年三月一四日や、破毀院第三民事部二〇一二年一月一日がそれである。

破毀院第三民事部二〇一二年一月一日（不動産の売買契約につき、買主による詐欺に基づく無効請求を否定する別の判決が確定した後、買主が詐欺に基づく代金の減額請求をしたところ、その受理可能性が争われた事案である。）は、民法典一一六条に基づく代金減額請求が、詐欺を理由とする無効訴権とは区別されたものであると指摘する。すなわち、同判決は、「被害者による詐欺に基づく売買の無効請求と売買代金の減額請求とは同一の目的を有していない」と判示した。⁽⁹⁰⁾ もっとも、一一六条に基づく代金減額請求と不法行為に基づく損害賠償請求との関係は、明らかでない。その関係につき、学説の多くは、一一六条に基づく代金減額請求の検討をすることなく、不法行為に基づく損害賠償請求と同視している。⁽⁹¹⁾ 議論の蓄積がないため、一一六条に基づく代金減額請求の意義を正確に抽出することは難しい。ただし、一一六条に基づく代金減額請求が同意の瑕疵という観点から認められるものか否かという点についてみるならば、学説は、それを否定する。

たとえば、ゲスタン (J.Ghestin) は、破毀院商事部一九七二年三月一四日に付した評釈で、「この訴権は、たしかに民法典一一六条に基づいているが、同条〔が有する同意の瑕疵という側面と民事上の違法行為という側面のうち〕から、……民事上の違法行為だけを考慮しているのであり、……同意の瑕疵を考慮しているのではない」と指摘した。⁽⁹²⁾

また、ジュニコン (Th.Gericon) は、民法典一一六条に基づく代金の減額が同意の瑕疵という観点からなされるものではないと主張するにあたり、次のようにいう。同意の瑕疵を理由とするサンクションとして、唯一、無効が採用されているのは、契約自由を遵守し、判事による契約の修正を禁止するという考えによる。当事者が実際に意図した契約であればそれが維持されなければならないし、意図しなかったのであればその全部が無効にならなければならない。同

意に瑕疵がある場合において判事による契約の改訂が可能だとすると、被害者はおそらく改訂された契約に同意する一方で、その相手方は決して同意しない。そのため、同意の瑕疵がある場合には、判事による契約の改訂を認めることはできないとした。⁽⁹³⁾

なお、フルール&オベール&サヴォー (J.Fleur, J.-I.Aubert et E.Savaux) は、「被害者が詐欺に基づいて損害賠償請求をする場合、詐欺の要件が満たされていることが必要である、つまり行為者によるフォートが意図的であり、かつ決定的なものでなければならず、これらの点で不法行為に基づく損害賠償請求と異なるとし、両者を完全には同視していない。しかし、このような詐欺に基づく損害賠償請求は、詐欺の違法行為としての側面から認められると指摘しており、この点で、不法行為に基づく損害賠償請求に近いものとして捉えられているといえよう。⁽⁹⁴⁾

このように、民法典一一六条に基づく代金減額請求は、その正確な意義については明らかでないものの、一方で、詐欺を理由とする無効とは区別された請求として捉えられ、他方で、学説によると同意の瑕疵という観点からなされるものではないと指摘されている。

(3) 小括

以上の検討によると、被欺罔者による不法行為に基づく損害賠償請求、または詐欺に基づく代金減額請求は、契約代金の量的な部分に無効原因がある、つまり同意に部分的な瑕疵があるためではなく、欺罔者のフォートを理由とするものであることを指摘できよう。このような同意に部分的な瑕疵があるために損害賠償が認められているのではないという理解は、主たる詐欺と付随的詐欺との区別に関する議論の展開からも見出すことができる。

(二) 主たる詐欺と付随的詐欺との区別に関する議論の展開

主たる詐欺と付随的詐欺との区別につき、今日の学説の多くは、それを否定する。たしかに、学説のなかには付随的詐欺の有用性を説く見解もあるが、そこであるという付随的詐欺の内容は、伝統的な学説のそれとは異なっている。

(1) 主たる詐欺と付随的詐欺との区別の排斥

まずは、主たる詐欺と付随的詐欺との区別を排斥すべしとする見解をみていこう。

今日の学説が主たる詐欺と付随的詐欺との区別を批判する理由は、主に、主たる詐欺と付随的詐欺とを区別する基準が、基準となりえないものである点にある。

伝統的な学説は、「被欺罔者が、詐欺がなくても契約を締結したであろうが、被欺罔者により有利な条件で契約を締結したであろう場合」を付随的詐欺であるとし、その典型例を、詐欺がなければ代金が被欺罔者にとってより望ましいものであった場合であるとしていた。

しかし、今日の学説の多くは、詐欺がなければ契約を締結しなかったであろう場合と、より有利な条件で契約を締結したであろう場合とを区別することができないと指摘する。たとえば、フルール&オベル&サヴォーは、詐欺を同意にとつて決定的であつたと評価するには、詐欺がなければ実際に締結された条件で契約を締結しなかったであろうという確認で十分であると指摘する。⁽⁹⁵⁾ また、ベナバン (A.Bénabant) は、「同意に瑕疵があつたか、同意が与えられたか(の二者択一)であり、『部分的な(semi)』同意の瑕疵を考えることは誤りである……」⁽⁹⁶⁾ という。ゲスタンも、とりわけ詐欺がなければ被欺罔者が有利な代金で契約したであろう場合につき、「購入するという意思が法的価値を有するのは、それがあつた特定の代金によって購入するという意思である場合だけである」⁽⁹⁷⁾ というリペール&ブランジェ (G.Ripert

et J.Boulanger)の一節を引き、主たる詐欺と付随的詐欺の区別を批判する⁽⁹⁸⁾。

したがって、これらの学説は、詐欺がなければ被欺罔者が実際に締結した契約条件とは異なる条件で契約を締結したであろう場合であっても、被欺罔者は、詐欺を理由とする無効請求が可能であり、裁判所がこれを退け、損害賠償請求に制限することはできないという⁽⁹⁹⁾。

また、今日の判例は、主たる詐欺と付随的詐欺との区別をしていないと評価されている。この問題に関する態度を明確にした判例として学説が挙げるのは、破毀院第三民事部二〇〇五年六月二二日である⁽¹⁰⁰⁾。

〔仏64〕 破毀院第三民事部二〇〇五年六月二二日⁽¹⁰¹⁾

【事案】 売主Yは、買主Xとの間で、ある不動産を高層建物として、当該不動産の売買の予約を締結した。しかし、XがYから説明を受けた当該不動産の状況と、実際の状況とが異なっていた。そこで、Xは、Yに詐欺的沈黙 (reticence dolosive) があったことを理由に、本件予約の無効を請求した。Xの請求は、無効の請求のみであった。

原審は、「Xが、少なくとも、正確な状況を知っていたならばより低い代金で「不動産を」取得していたであろう」ことを確認したのち、Xの主張を認容し、本件予約の無効を言い渡した。これに対し、Yは、原審が確認した内容によれば、付随的詐欺が正当化されるとしても主たる詐欺が認められないことから、原審が無効を言い渡したことが民法典一一一六条に反するとして、破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、原審判決が専断的に、取引の収益性を評価しなければならない買主にとって売主が秘匿した要素が決定的なものであったこと、および正確な状況を知っていれば少なくともより低い代金で取得したであろうことから、Yによ

る詐欺的沈黙が売買の無効に至ることを正確に結論づけたと判示した。

このように「仏64」判決は、詐欺がなければ被欺罔者がより有利な代金で契約を締結したであろう場合において、契約の全部無効を認めた。つまり、伝統的な学説が付随的詐欺を理由に損害賠償のみしか認められないとしていた事案につき、判例は、契約の無効を認めたのである。

また、民法典改正により、詐欺に関する条文が次のように改められた。

新一一三〇条「錯誤、詐欺及び強迫は、それがなければ当事者の一方が契約を締結せず、又は実質的に異なる条件で契約を締結したであろうような性質のものであるときは、同意を瑕疵あるものにする。」

学説には、この民法典新一一三〇条の「それがなければ当事者の一方が契約を締結せず、又は実質的に異なる条件で契約を締結したであろう」という文言につき、主たる詐欺と付随的詐欺との区別を採用しない旨を明らかにしたものと評価するものがある。^(四)

(2) 付随的詐欺の残された有用性

もつとも、学説のなかには、付随的詐欺の有用性を指摘する見解がある。

ジュニコンは、詐欺がなければ異なる条件で契約を締結したであろう場合につき、伝統的な学説が無効を常に排斥したのと同様に、近時の学説が無効を常に可能だとすることを、行き過ぎであると批判する。つまり、相手方の術策によつ

て副次的な要素にのみ錯誤が生じた場合、無効というサンクションの影響の大きさや、被害者が日和見主義的な行動を採る危険性に鑑みて、判事に、無効請求に代えて損害賠償請求を認める権限を与えるべきだとい⁽¹⁰³⁾う。

また、ジュニコンは、前掲「仏64」判決の射程につき、付随的詐欺であっても無効請求を認めたと解すべきでなく、詐欺が同意にとって決定的であった場合に無効を認めたものと解釈すべしとする⁽¹⁰⁴⁾。そして、民法典新一一三〇条の「実質的に異なる条件で契約を締結したであろう」という文言は、これを示しているとい⁽¹⁰⁵⁾う。

(3) 小括

ジュニコンが指摘するように、伝統的な学説のいう付随的詐欺の事例のすべてにおいて無効請求が認められるか否かは、明らかでない。もつとも、これまでの検討によれば、詐欺がなければ被欺罔者に有利な代金で契約を締結したであろう場合に損害賠償が認められる理由につき、同意の瑕疵の範囲に依じて無効の範囲が画定されるからであるとは考えられていなかったことを指摘できる。すなわち、詐欺がなければ被欺罔者に有利な代金で契約を締結したであろう場合であっても、同意にとって詐欺が決定的であったといえるときには、今日の学説や判例は、契約の無効を認める。この点からも、詐欺を理由とする損害賠償は、同意の部分的な瑕疵を理由とするものではないと解すべきであろう。

(二) 小括

以上では、詐欺を理由とする損害賠償が一部無効と同視されるものか否かを検討した。この同視が、無効というサンクションを人の行動に対して課されるサンクションと捉えることにつながるとして批判されていたことは、前章で確認したとおりである。それに加え、以上の検討によれば、詐欺がなければ被欺罔者に有利な代金で契約が締結されたであ

ろう場合に認められる損害賠償が、同意に部分的な瑕疵があるために認められているのではないと考えられたことも、この問題が無効の範囲の問題ではないことを裏づけよう。

すなわち、第一に、被欺罔者が損害賠償を請求する場合、この損害賠償は、無効訴権と独立したものとして捉えられており、学説によると、その理由は、ここでは同意の瑕疵が問題となっていないのではなく、契約締結過程における欺罔者のフォートが問題となっているためだと指摘されていた。

第二に、主たる詐欺と付随的詐欺との区別は、伝統的な学説とは異なり、多くの学説により否定されていた。なぜなら、詐欺がなければ被欺罔者がより有利な代金で契約を締結したであろう場合は、同意に瑕疵があつたと評価するのに十分だからであつた。それに対して、付随的詐欺の有用性が残されていると説く見解もあつた。しかし、この見解は、詐欺がなければ被欺罔者がより有利な代金で契約を締結したであろう場合につき、同意に瑕疵があつたとはいえず契約が無効が認められないとするものではない。詐欺が同意にとって決定的でなかった場合には、同意に瑕疵があつたとはいえず、無効が認められないとするものであつた。したがって、これらの学説によると、詐欺がなければ被欺罔者がより有利な代金で契約を締結したであろう場合、あるいは同意の瑕疵を理由に契約の無効請求が可能であり、あるいは不法行為を理由に損害賠償請求が可能であると考えられていた。

以上のように、詐欺を理由とする損害賠償請求は、同意の量的な瑕疵を理由とした無効の範囲の問題ではなかったといえる。

三 競業避止特約における期間等の制限と合法性・援用の態様

最後に、競業避止特約における期間等の制限についてである。競業避止特約の規制では、競業避止特約における期間

等の縮減を認めるべきか否かにつき、多くの学説は、これを是認する。もともと、無効というサンクションとの関係で、次のような問題が指摘されている。それは、当該条項の規制が契約成立後の事情を考慮してなされる場合があり、これを無効の問題として扱うべきか否かである。この問いへの具体的な検討に入る前に、まずは、競業禁止特約における期間等の制限の問題を概観し、当該条項の合法性が問題となる場合になされる縮減と無効の本質との関係を確認しよう。

(一) 競業禁止特約における期間等の縮減

労働契約の締結にあたり、被用者が、当該契約の終了後に、一定の期間および一定の場所で、雇用者と競業しない義務が約定されることがある。営業財産の譲渡においても、営業財産の譲渡後に売主が競業しない旨の約定がなされるなど、競業禁止特約は、労働契約に限らず約定される⁽¹⁰⁾。

このような競業禁止特約による債務者の義務は、労働の自由や事業活動の自由といった基本的権利を侵害しうる義務であるため、判例により、いくつかの要件を備えていなければ競業禁止特約が無効になる旨が示されている。いかなる要件のもとでその有効性が判断されているかについては、論者によって差異がみられるが、たとえば、①破毀院社会部二〇〇二年七月一〇日（運送会社の被用者が、労働契約の終了後、競業禁止特約に反して、他の運送会社で働くことになったため、旧雇用者が損害賠償の支払いを請求した事案である。）は、「競業禁止特約は、それが雇用者の正当な利益を保護するために不可欠であり、時間および場所について制限が加えられていて、被用者の職務の特徴を考慮し、かつ金銭的な反対給付を雇用者が被用者に対して支払う義務を含む場合にのみ、正当なものである」と判示する⁽¹⁰⁾。

これらの要件を満たさないために競業禁止特約が不法である場合、判例は、当該特約それ自体を無効とする、または一定の範囲を超えた期間や場所等を修正する。たとえば、①前掲破毀院社会部二〇〇二年七月一〇日は、当該特約が被

用者に対する反対給付の支払いを定めていなかったことから、当該特約それ自体を無効とした。また、②破毀院社会部一九八〇年四月二九日（美容師が美容院を経営する会社との間の労働契約の終了後、競業禁止特約に反して、別の美容院で働いたところ、当該特約の有効性が争われた事案である。）は、店舗から直線距離で二〇〇メートル以内での競業を禁止する旨の条項は不法であるが、被用者は一三〇〇メートル以内での競業禁止義務を負い、被用者が合法的な範囲における当該条項に違反していたため損害賠償義務を負うとした原審判決を正当であったとした。⁽⁹⁸⁾ ③破毀院社会部二〇〇二年九月一八日（生命保険会社で働いていた被用者が、労働契約の終了後、同契約に付されていた競業禁止特約の有効性を争った事案である。）は、「判事は、当該条項によって被用者の専門的知識や経歴に合った就業が不可能となる場合には、当該条項の効果を一定の期間、場所または他の方法に限定し、当該条項の適用を制限しうる」として、他の生命保険、火災・損害保険会社等で働くことや保険代理店を営むことを禁止した当該条項につき、被用者がかつての雇者の元で獲得した顧客に対する営業にのみ適用範囲を限定した原審判決を正当なものとした。⁽⁹⁹⁾ このように、判例は、競業が制限される期間や場所、競業の方法につき過剰であった場合には、過剰であると評価する部分の効力のみを否定する。⁽¹⁰⁰⁾

期間等の過剰さを理由に競業禁止特約の効力を部分的に否定する判例においては、これまでにみてきた判例（「仏44」ないし「仏46」判決等）とは異なり、法律等により上限または下限が定められていない。したがって、基準が明確でないといった批判もある。⁽¹⁰¹⁾ それに対して、多くの学説は、違反された合法性の回復という観点から、これらの判例を正当化する。⁽¹⁰²⁾

たとえば、グウは、判例の解決を、一方で合法性を回復し、他方で当事者の意思にも配慮した望ましい解決だとする。⁽¹⁰³⁾ また、ドウ・ラ・アスンシオン・プラヌは、過剰さを理由に競業禁止特約それ自体を無効とするのであれば債権

者の正当な利益を無視し、反対に、当該条項を有効にするのであれば債務者の労働の自由等を侵害すると指摘する。それに対して、当該条項における過剰な部分のみを修正することは、債務者側の労働の自由等を侵害せずに債権者側の利益を維持することを可能にし、また、当事者が当初意図した均衡にも配慮することが可能であるという。⁽¹⁴⁾この理由づけは、本章第一節で検討した、排他性条項や約定利息といったある内容の条項を置くことそれ自体が違法でない場合における契約条項の積極的な修正を正当化する際のそれと同様である。⁽¹⁵⁾したがって、競業禁止特約の有効要件が期間等の過剰性を理由に満たされていない場合には、無効の本質という観点から契約条項の積極的な修正がなされているといえよう。

以上のように、競業禁止特約の積極的な修正は、無効の本質という観点から説明可能なものであろう。もともと、競業禁止特約が問題となる場合では、法定の上限等がないという特徴のほかに、労働契約であれば、雇用者による当該条項の援用がなされるのが、通常、契約の終了後であるという特徴がある。そのため、判例のなかには、具体的な事案において債務者が当該特約に違反したことで債権者に損害が生じたか否かといった事情を考慮して、当該条項の援用の可否を判断するものがある。⁽¹⁶⁾そして、近時、このような要素を考慮する解決が、違反された合法性を回復するためのサンクションである無効といかなる関係にあるかが議論されている。この問いに対して、学説は、一方で、契約の効果と無効との関係を指摘することにより、他方で、条項の合法性の問題ではなく援用態様の問題であると指摘することにより、説明を試みる。

(二) 有効性の判断と契約の効果の考慮

まずは、無効という観点から、すべての競業禁止特約の修正の問題を捉えることが可能だとする見解である。このように主張する学説として、メキ (M.Meki) の見解がある。

既に確認したとおり、メキは、無効を、違反された合法性を必要な範囲で回復するためのサンクションであるとしながらも、無効が契約の成立時にのみ問題になるものではないと指摘する。⁽¹¹⁷⁾ 無効とは、違反された合法性を回復するために法的効果を除去するサンクションであるため、契約の有効性を判断するにあたり、契約や条項によって生じている効果を考慮しうるからである。⁽¹¹⁸⁾

判例においても、たとえば、①破毀院第一民事部二〇〇一年一〇月一六日（医師らと病院との間の契約中に、医師らへの補償等なしに病院が営業をやめることができる旨の条項があり、病院の閉院後、医師らが、契約が濫用的に破棄されたとして損害賠償を請求した事案である。）は、医師らの請求を棄却した原審判決を是認するにあたり、一方で本件条項が純粹随意条項でなく無効でないことを、他方で当該条項が経営難のもとで行使されたことを指摘した。⁽¹¹⁹⁾ また、②破毀院第一民事部二〇〇五年一月二二日（ある弁護士と法律事務所との間の弁護士協働契約における仲裁条項の有効性が争われた事案である。当該条項は、契約締結時の民法典旧二〇六一条によれば無効であり、訴訟時の二〇六一条によると有効なものであった。）は、二〇〇一年に改正された民法典二〇六一条によると本件仲裁条項は有効であり、契約締結時の条文に照らせば無効であっても、契約の履行に係る争訟の際に援用することができると判示した。⁽¹²⁰⁾ これらの判決からも、メキは、契約等の有効性が、条項等が用いられた時点で、または裁判所が有効性の判断をする時点で評価されていることがわかるという。⁽¹²¹⁾

そして、メキは、このような無効の理解は契約終了後における債務の有効性に関する判例でもみられるものであり、競業禁止特約の有効性はその発動時に評価されるとし、その例として、③破毀院社会部一九六八年一月一八日（労働契約中に、期間や場所の制限がない競業禁止特約があり、被用者の解雇後、被用者が雇用者に補償金を請求したところ、雇用者が、当該特約が無効であると争った事案である。）を挙げる。⁽¹²²⁾ 同判決は、原審判決が当該特約を無効とし被用者

による補償金の請求を棄却したのに対し、「競業避止特約（の期間や場所）」に関する制限がないことは「雇用者たる」会社を害する性質のものではなく、したがって、雇用者はこれを援用することができない」として、原審判決を破毀し移送した。

このように、メキによると、無効は、違反された合法性を必要な範囲で回復するために行為の法的効果を除去するサンクションであり、実際に不法な効果が生じていなければ、無効というサンクションはない。⁽¹²⁸⁾したがって、不法な効果が生じているか否かを評価するために、契約締結後の事情が考慮されたとしたのであった。

もつとも、メキの見解に対しては、次の点で問題があるように思われる。

第一に、それぞれの判例の評価についてである。①前掲破毀院第一民事部二〇〇一年一〇月一六日について、メキは、その判示のすべてが条項の随意性に関するものだと評価している。⁽¹²⁹⁾しかし、同判決に評釈を付したロシュフェルト(J.Rochefeld)は、同判決では、純粹随意性によつて条項が無効か否かの問題と、当該条項の援用が濫用的であったか否かの問題という二つのレベルがあると指摘する。⁽¹³⁰⁾一方当事者に認められた権限であってもその濫用的な行使が問題となりうるという判断構造は前掲「仏62」判決でも指摘されており、また、判旨につき、当該条項を無効でないとしたうえでその行使態様を問題として読めることから、そのような評価が素直であろう。次に、②前掲破毀院第一民事部二〇〇五年一月二二日について、同判決の解決の射程を広く認めるなら、法律が将来の事柄についてのみ規定し、遡及効を有さない旨を定める民法典二条に反する。そのため、同判決の正当化にあたっては仲裁条項の手法としての特徴を強調するなど、学説は苦心しており、⁽¹³¹⁾その射程を広く解すべきではなからう。最後に、③競業避止特約に関する前掲破毀院社会部一九六八年一月一八日は、当該特約の無効を雇用者が主張することを認めなかったものであり、当該特約の有効性を判断したものとはいえないであろう。

第二に、本章第二節で確認したように、民法典新一一八六条第一項は、「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」と規定し、無効とは異なるサンクシオンを課することを明確にした。つまり、契約締結後に生じた事情は、契約の有効性の問題として捉えられていないといえる。

したがって、契約の有効性の問題が契約成立後の事情をも考慮して判断されているとの理解は、妥当でないように思われる。

(三) 契約条項の目的外の援用

次に、競業禁止特約の規制には、契約条項の援用の態様という問題があると指摘する学説をみていこう。ストフェル・マunk (Ph.Stoffel-Munck) や、ムーリー・ギモウ (C.Mouly-Guillemaud) の見解がそれである。もともと、両者の見解には、いくつかの違いがみられる⁽¹²⁷⁾。とりわけ、無効との関係では、競業禁止特約の合法性の問題と、当該条項の援用の態様という問題との関係が重要である。

(1) 契約条項の援用の態様のコントロールの優越

ストフェル・マunkによると、契約条項は固有の目的を有しており、当該条項が拘束力を有するのは、その目的に合致するように援用された場合のみである。なぜなら、契約の拘束力の正当性が、あるいは債務者が同意したことに、あるいは相手方が義務を負うものと債権者が正当に信頼したことに求められるところ、ある契約条項を約定することにつき、契約当事者は、それに固有の目的に基づいて同意すると考えられるからである⁽¹²⁸⁾。したがって、有効な契約条項であっても、それが目的の範囲外で援用された場合には効力がない⁽¹²⁹⁾。たとえば、一九七〇年七月九日の法律一〇条は、居住用

建物の賃貸借において、人になつきやすい動物の所持を禁ずるあらゆる条項を書かれざるものとみなす旨を規定する。このとき、貸主が、借主に対して、トラブルの原因となる動物の所持を禁止する旨の条項を置くことがある。この条項の目的は、当該不動産における他の居住者の平穏を守ることにある。当該条項に基づく解約の可否が争われた裁判例によると、一方で、賃借人が爬虫類を所持していた場合には、当該条項に基づく契約の解約を有効とし、他方で、賃借人が複数匹のネコを所持していた場合には、住民と深刻なトラブルを引き起こしていなかったことを理由に、当該条項の有効性を問題とせずに当該解約の効力を否定した。⁽¹³⁾これらの判断の違いは、当該条項の目的に合致した援用がなされているか否かにあるとストフェル・マンクはいう。⁽¹²⁾

同様の理由づけは、競業避止特約の規制にも当てはまる。すなわち、競業避止特約は、営業財産の譲渡の場合には、当該営業財産における市場を譲渡人が奪うことを避けるために、労働契約やフランチャイズ契約の場合には、被用者等が雇用者等から市場やノウハウを奪うことを避けるために、約定される。⁽¹⁵⁾したがって、ストフェル・マンクは、当該条項を債権者が援用しうるのは市場に対する侵害の危険やノウハウの濫用的な活用が存在する場合だけであるとす。たとえば、次の判例がこのような解決をする。

〔仏65〕 破毀院社会部一九九二年五月一日⁽¹⁶⁾

【事案】 カオール（ロット県の県庁所在地）に本社を置く清掃会社Xと被用者Yとの間の雇用契約において、競業避止特約が約定されていた。当該条項によると、被用者は、四年間、ロットおよびそれに隣接する県や、Xの営業所がある県において、Xと同種の仕事を行うことができないとされた。Yが辞職後、カオールでXと同種の事業を行っているA社で働くことになったため、Xは、Yが本件競業避止特約に違反したと主張した。

原審が当該条項を不法だと判示したのに対して、Xが破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、「被用者の職務を考慮すると競業避止特約は企業の正当な利益を保護するのに不可欠でなかったことが明らかであったため、原審判決は、雇用者が当該条項を援用できなかったと判示することができた」と判示した。

「仏65」判決は、被用者の職務に鑑みて競業避止特約を置く必要がなかった場合、雇用者はそれを援用できないと判示した。同判決に付された評釈によると、競業避止特約は雇用者に実際に生ずる競争によるリスクを避けることを目的としているため、判事は、実際にそのリスクが生じていたか否かを確認しなければならぬのだという。⁽¹³⁶⁾

もともと、競業避止特約においては、既に確認したとおり、労働の自由等に対する侵害が問題となりうるため、判例は、当該条項の合法性を問題とすることが多い。⁽¹³⁷⁾ また、「仏65」判決の原審判決は当該条項が不法であったとし、同判決に対する評釈も当該条項の有効性の問題としてこれを論じた。⁽¹³⁸⁾ しかしながら、ストフェル・マンクは、競業避止特約の規制をすべて合法性の問題として捉えることは望ましくないと指摘し、次のような問いを立てる。雇用者が多様な事業を行っていて、その一事業の活動をやめた場合、当該事業で働いていた被用者に対し、競業避止特約を援用することができるか。このとき、当該条項の合法性の問題として、かつての雇用者に対する実際の侵害が生じていない場合に不法だとして当該条項を無効にするならば、その後で、当該被用者がかつての雇用者と同種の仕事をするのが可能となる。したがって、実際に雇用者の利益が侵害されているか否かを合法性の問題として判断し、当該条項を無効とするという解決は、不当な結果を招くことになりうる。条項が目的外で援用される場合には当該条項が拘束力を有さないことを理由とする解決が、このような不都合を回避することを可能にするのだという。⁽¹³⁹⁾

そして、ストフェル・マンクは、当該条項の目的に合致した援用がなされているか否かという判断は事案の個別具体的な解決を可能にするため、当該条項が不法か否かの判断に先行してなされるべきだと主張した。⁽¹⁴⁾ 当該条項の援用の態様に関するコントロールを優先すべしとした背景には、契約の解釈に関する次のような理解がある。彼によると、契約で用いられた表示は当事者の考えそれ自体ではなくそれを示す技術にすぎないのだから、契約の表示が明白なものであっても、契約内容を両当事者の意思の探究により解釈する作業が必要となる。⁽¹⁵⁾ 当該条項の目的が明らかに不法である場合を除き、不法な条項か否かを判断するためには、両当事者の意思によれば契約内容がどのようなものであったかを確認しなければならないのだから、まずは、契約条項の目的による条項の援用態様のコントロールがなされるべきである。⁽¹⁶⁾ 競争禁止特約についてみると、当該条項は、通常、市場やノウハウの保護を目的として約定される。そのため、当該条項の合法性が問題となるのは、当該条項の文言や条項が約定された背景に鑑みて当該条項が先の目的のもとで約定されたものでない場合や、当該条項が債務者による市場の侵害等が疑われるときに援用されたが労働の自由等を過剰に侵害している場合であるという。⁽¹⁸⁾

(2) 契約条項の合法性のコントロールと援用態様のコントロールとの峻別

それに対して、ムーリー・ギュモウは、大部分ではストフェル・マンクの見解に賛意を示しながらも、次のような問題点を指摘した。第一に、ストフェル・マンクは契約条項の有効性のコントロールよりも当該条項の援用のコントロールを優先させるが、不法な条項が履行態様によつては不法でなくなるといふことはできないであろう。第二に、契約条項の有効性においても、契約条項の目的に鑑みて合法性を判断しているのであり、状況に応じた保護を可能にして⁽¹⁹⁾いる。第二の問題点について敷衍すると、ムーリー・ギュモウは、契約条項はそれに固有の目的を有していると⁽²⁰⁾する。

もつとも、当該条項の目的に反するか否かは、当該条項の履行時においてだけでなく、契約の成立時においても問題となりうる。競業避止特約についていうと、競業避止特約は、債務者による不当な競争から、市場やノウハウを保護することを目的とする。このような目的を超えて競業避止特約を約定した場合、たとえば競争リスクがなく競業避止特約が必要ないにもかかわらず約定した場合や、目的に比して過剰な範囲で約定した場合には、労働の自由等を侵害して⁽¹⁶⁾おり、債権者の市場の維持等のために約定したとはいえず、不法なものであるという。

(3) 二つの見解の共通点

これらの見解について、たとえば、ムーリー・ギュモウが条項の合法性の問題を当該条項の目的という観点から検討可能であるとするこの是非や、ストフェル・マンクとムーリー・ギュモウによる条項の援用態様に対するコントロールの根拠条文の違いなど、検討しなければならない課題も多く残されている。もつとも、一部無効というサンクションとの関係からは、これらの見解が、競業避止特約の規制を合法性のコントロールと援用態様のコントロールとに区別している点が興味深い。なお、この点につき、ムーリー・ギュモウは、ストフェル・マンクの見解に対する批判のひとつとして、ストフェル・マンクの見解によれば不法な条項が履行態様によっては不法でなくなると指摘するが、この批判は適当でないであろう。先の検討によれば、ストフェル・マンクは、契約条項の合法性のコントロールよりも援用態様のコントロールによる規制を先行すべしと主張するものの、契約条項の目的に従った援用がなされた場合であっても、その後で当該条項の合法性を問題としていたからである。したがって、いずれの見解においても、契約条項の合法性のコントロールと援用態様のコントロールとが区別されていたといえよう。

では、これらの見解は、いかなる点で、競業避止特約の規制を以上の二つのレベルに区別したのか。一方で、ストフェ

ル・マンクは、契約条項の合法性のコントロールを当該条項が不法であるか否かの問題であるとし、契約条項の目的、つまり合意の尊重という観点からなされる援用態様のコントロールとは異なるとする。⁽¹⁴⁸⁾ 他方で、ムーリー・ギュモウは、契約条項の合法性のコントロールを成立時において約定の内容が当該条項の目的を満たしていない場合であるとし、⁽¹⁴⁹⁾ 当該条項の目的に合致しない援用の問題である援用態様のコントロールとは異なるとする。⁽¹⁵⁰⁾ つまり、競業避止特約においては、競業避止特約の市場やノウハウの保護といった目的それ自体は正当であるが、特別法による規制がなくとも、成立時において、債務者の労働の自由等に鑑みて当該条項の内容が不法である場合がある。さらに、当該条項の内容がたとえ合法であっても、実際にそれを援用する際に市場の侵害等のおそれがない場合にまで援用を認めるのは両当事者の意思に合致しない、または当該条項の目的に反することになる。これらの二つのコントロールは、成立時における契約条項の内容の不法性を問題とするか、合法的な条項の援用態様を問題とするかという違いに基づいて区別されているといえよう。

(四) 小括

以上では、競業避止特約の合法性の問題等につき検討をした。競業避止特約の規制では、一方で、当該条項の内容が不法である場合があり、このとき、当該条項の無効または積極的な修正が問題となっていた。他方で、当該条項の規制にあたり契約成立後の事情を考慮する場合があり、このとき、これを無効と捉えるか否かという問題があった。

まず、競業避止特約の規制につき、少なくともその一部の事案では、当該条項の合法性が問題となっており、競業避止特約がその期間等の過剰性を理由に不法となる場合には、当該特約における過剰な部分のみが縮減される。このような解決は、学説によると、債務者の労働の自由等を侵害せずに債権者側の利益を維持することを可能にするとして正当

化されていた。つまり、このような解決は、無効の本質と同様の観点から、違反された合法性を回復するために課されているといえた。

それに対して、競業禁止特約の規制にあたり、被用者の職務や実際に債権者に損害が生じているか否かといった契約成立後の事情が考慮される場合、大別すると、これを無効により解決する学説と、条項の援用態様のコントロールにより解決する学説とがあった。一方で、無効により解決する学説は、無効とは違反された合法性を回復するために契約の効果に必要な範囲で除去するサンクションであるから、実際に生じている効果を考慮して契約の有効性を評価すべしと主張する。この学説は、無効を、違反された合法性を回復するためのサンクションであるとする点では前章で明らかにした無効の本質と一貫しているが、契約成立後に生じた事情を考慮して契約条項の有効性を評価することについては、そのために引用される判例の評価などの点で疑問があった。⁽¹⁰⁾他方で、条項の援用態様のコントロールにより解決する学説は、細部については学説により差異があるものの、契約条項の内容が不法である場合と、合法的な契約条項につきその目的に合致しない援用がなされた場合とを区別する。つまり、合法的な契約条項であっても、援用時の事情に鑑みて当該援用がその目的に合致しない場合には、その援用は認められないとした。この場合、当該条項の有効性は問題となっておらず、当該条項に対して無効というサンクションを課しているのではなかった。

四 小括

本款では、委任契約等の報酬の減額を認めた事案、詐欺に基づいて損害賠償を認めた事案、競業禁止特約において期間または場所の範囲を減じた事案につき、これらを一部無効論の一類型として論ずることが適切か否かを検討した。

前二者につき、伝統的な一部無効論のなかには、同意の部分的な瑕疵等を理由に量的な不法性が問題となっていると

して無効の範囲の問題とする見解があった。しかし、まず、委任契約等の報酬の減額を認める判例について、役務の評価が難しいことから、報酬額に関する決定は、当該契約の成立に必要な要件ではなかった。学説や民法典新一一六五条によると、この判例法理は、価格決定の権限に関する濫用の問題や債務不履行の問題として位置づけられるものであった。次に、詐欺を理由とする損害賠償請求について、同意の瑕疵を理由に損害賠償請求が認められているのではなかった。判例によれば、詐欺を理由とする無効訴権と損害賠償訴権とは区別された訴権であった。また、主たる詐欺と付随的詐欺との区別に関する近時の学説の展開をみるならば、詐欺がなければ被欺罔者により有利な代金で契約を締結したのである場合であっても契約が無効が認められる場合があり、同意に部分的な瑕疵があるとは考えられていなかった。それに対して、競争禁止特約において期間等の範囲を減ずる判例では、期間等が過剰であるためにそれが不法だと評価される場合、一定の範囲へとその効力が制限されていた。ただし、学説は、当該条項が合法であっても、当該条項の目的に反してそれが援用される場合があり、この場合には、契約の内容の不法性ではなく、援用の態様に関するコントロールがなされると指摘した。

以上の検討によれば、契約の成立における有効性が問題となっている場合には、違反された合法性を回復するためのサンクションが課されていたのに対して、それ以外の場合には、異なるサンクションが課されていたといえよう。

(28) G.Marty et P.Raynaud, *Droit civil, les obligations*, tome 1, les sources, 2^e éd., Sirey, 1988, n° 182.

(29) Ph.Simier, *op.cit.*, thèse, n° 237 et 242.

(30) それに対して、無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであると解する場合、同意の瑕疵に関する規定は契約の締結それ自体に向けられており、その違反があった場合には、規定の目的からすると、契約そのものが無効にな

- ると考えられた。この点につき、本稿(四)「六七巻一号」二七頁以下、本稿(六)「六八巻四号」三三頁以下を参照。
- (31) M.Meeki. *op. cit.*, thèse, n° 979 et 980.
- (32) 従来から判例は、委任契約における受任者の報酬額が過剰である場合に、その減額を認めてきた。この判例法理はその後、請負契約においても認められるようになった(A.Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., LGDJ, 2017, n° 572. の旨を判示した判例として、たとえば、参照 Cass.civ.1^{re}, 3 juin 1986, Bull.civ.1, n° 150 ; JCP 1987, II, 20791, note A.Viardier.)。さらに、詳しくは後述するが、民法典の改正によってこの判例法理が明文化され、その対象は、「役務提供契約」となった(民法典新一一六五条)。
- (33) Ph.Simler. *op. cit.*, thèse, n° 228 ; G.Marty et P.Raynaud. *op. cit.*, les obligations, tome 1, les sources, n° 182.
- (34) レジオンを理由に契約等の効力を否定する際、『*rescision*』(取消し)という語が用いられる。もともと、現在では、その効果は『*nullité*』(無効)と異なるものではなく、単に、歴史的な経緯により異なる表現が用いられているにすぎない。『*rescision*』の歴史につき、齋藤哲志『フランス法における返還請求の諸法理―原状回復と不当利得―』(有斐閣、二〇一六年)一一〇頁以下が詳しい。
- (35) 本稿では、レジオンそのものに関する詳細な検討を行わない。
- 日本において、レジオンを扱った研究としては、石部雅亮「契約の自由と契約正義(一)―『莫大損害』(laesio enormis)の歴史を中心に」大阪市立三〇巻(一九八四年)三・四号三〇七頁、大村敦志「契約成立時における『給付の均衡』(一)―(六・完)法協一〇四巻(一九八七年)一号一頁、同二号一頁、同三号一頁、同四号一頁、同五号一頁、同六号一頁、堀川信一「莫大損害 (laesio enormis) の史的展開―その法的性質と要件・効果の結びつきを中心に(一)―(三・完)一橋法学三巻(二〇〇四年)二号三八七頁、同三号三四九頁、四巻(二〇〇五年)一号一八九頁がある。
- (36) レジオンが原則として契約等の無効(取消し)原因にならないことは、二〇一六年二月一〇日のオールドナンスによる民法典改正後も変わらない。民法典新一一六八条は、「双務契約において、給付の均衡の欠如は、契約の無効原因ではない。ただし、法律に別段の定めがある場合は、この限りでない」と規定する。
- (37) たとえば、不動産売買につき、民法典一六七四条は、「売主は、不動産の価格について二分の七を超えて損害を受けた場合には、契約において、その取消しを請求する権限を明示的に放棄し、かつ、その差益を与える旨を申述した場合であっ

ても、売買の取消しを請求する権利を有する」と規定する。

- (38) Ph.Simier, *op.cit.*, thèse, n° 225 et s.
- (39) Cass.civ., 20 décembre 1852, D.P.1853, 1, 95 ; S.1853, 1, 101.
- (40) たゞえば、この旨を判示する破毀院判決として、破毀院民事部一九〇六年十一月二〇日 (Cass.civ., 20 novembre 1906, D.1907, 1, 80 ; S.1908, 1, 29.) がある。同判決(労働契約において出来高払いの賃金および一日あたりの賃金の合意があった場合に、それ以上の賃金を被用者が求めた事案である。)は、衡平を理由に賃金の増額を認めた原審判決に対し、民法典一一三四条に鑑みて、雇用人により主張されている合意は当事者にとって法律であり、この合意の存在の確認を怠った原審判決は法的基礎を欠くとして、原審判決を破毀し移送した。
- (41) 委任契約等における受任者の報酬額減額事例など、レジオンの拡張と呼ばれる現象については、大村・前掲注(35)「契約成立時における『給付の均衡』(二)」四頁以下で詳細に論じられている。本稿では、これらの事例の特殊性につき、近時の判例や学説をもとに検討を行う。
- (42) M.Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, tome1-Contrat et engagement unilatéral, 4^e éd., PUF, 2016, n° 400.
- (43) G.Marty et P.Raynaud, *op.cit.*, *les obligations*, tome 1, les sources, n° 182.
- (44) Ph.Simier, *op.cit.*, thèse, n° 228.
- (45) J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 427.
- (46) J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 231.
- (47) J.-L.Aubert, obs. sous Cass.civ.1^{re}, 19 juin 1990, Defrenois 1991, art.34987, p.358.
- (48) Cass.civ.1^{re}, 19 juin 1990, Bull.civ.1, n° 170 ; L.P.A., 10 janvier 1991, note M.Bourgeois ; D.1991, somm.comm., p.318 ; Defrenois 1991, art.34987, p.358.
- (49) J.-L.Aubert, op.cit., obs. sous Cass.civ.1^{re}, 19 juin 1990, p.358.
- (50) J.-L.Aubert, op.cit., obs. sous Cass.civ.1^{re}, 19 juin 1990, pp.358 et 359.
- (51) Fr.Terré, Ph.Simier et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 287 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y. Gauthier, *Droit des contrats spéciaux*, 8^e éd., LGDJ, 2016, n° 766.

- (52) Cass.civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, Bull.civ. I, n° 339 ; Contrats, conc., consom. 1994, n° 20, obs. L.Leveneur ; RTD.civ.1994, p.631, obs. P.-Y.Gautier.
- (53) C.Aubert de Vincelles, Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, D.2006, 2629, spéc. n° 3 ; J.Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *op.cit.*, La formation du contrat, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 428.
- (54) C.Aubert de Vincelles, *op.cit.*, Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, n° 2.
- (55) 枰契約について、二〇一六年二月一〇日のオールドナンスによりその定義に関する規定が民法典に新設された。民法典新一一一は、枰契約を次のように定義する。

新一一一条「枰契約とは、当事者がその将来の契約の一般的特性について取り決める合意をいう。実施契約が、その履行方法を定める。」
- (56) C.Aubert de Vincelles, *op.cit.*, Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, n°s 6 et s.
- (57) Cass.ass.plén. 1 décembre 1995, JCP 1996, II, 22565, note J.Ghestin ; JCP E 1996, II, 776, note L.Leveneur ; D.1996, jur. p.13, note L.Aynès.

破毀院全部会は、類似する四つの事案に関する上告に対して同日に判決を下した。本文で取り上げた事案および判旨は、第三事件のものである。なお、破毀院全部会一九九五年二月一日における四つの事案については、馬場圭太「代金未決定の契約の有効性」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、二〇一二年）一四七頁などで紹介されている。
- (58) 民法典一一三四条第一項「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。」

同条第三項「合意は、誠実に履行されなければならない。」

〔筆者注：債務法改正後、民法典一一三四条第三項は、新一一〇四条として、「契約は、誠実に、交渉し、成立させ、履行しなければならぬ。この規定は公の秩序に属する」と規定されることになった。〕
- (59) 破毀院全部会一九九五年二月一日が示した判例法理につき、債務法改正により、民法典新一一六四条がそれを明文化した。

新一六四条「第一項 枠契約においては、当事者の一方が価格を一方的に定めることを合意することができる。この場合において、異議があるときは、その当事者はその額につき理由を付さなければならない。」

第二項 価格決定が濫用的になされた場合、損害賠償を得るために、必要があるときは契約を解除するために、提訴する権利が認められる。」

- (60) Cass.civ.1^{re}, 5 mai 1998, *Bill.civ.1*, n° 168.
- (61) C.Aubert de Vincelles, *op.cit.*, Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix, n° 16.
- (62) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 427 et s. ; Fr.Labarthe, Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise, in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p.273, n° 19.
- (63) J.Chestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 226 et s. et n° 428 ; Fr.Labarthe, *op.cit.*, Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise, n° 8 et s. et n° 18.
- (64) J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n° 429 ; Fr.Labarthe, *op.cit.*, Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise, n° 19.
 なお、ラバルトは、委任契約等において報酬額の減額を認める判例法理の根底には、不履行による責任という理由づけのほかに、合意した報酬額となされた給付との間の不均衡という理由づけがあるとする (Fr.Labarthe, *op.cit.*, Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise, n° 19)。
- (65) Cass.civ.3^e, 20 février 1973, *Bull.civ.III*, n° 145 ; *Gaz.Pal.* 1973, I, somm. p.64.
- (66) Cass.civ.1^{re}, 13 mars 1967, *Bill.civ.1*, n° 95.
- (67) K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 41 et s.
- (68) Cass.civ.1^{re}, 3 juin 1986, *J.C.P.* 1987, II, 20791, note A.Viardier.
- (69) K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 42.
- (70) したがって、顧客が有する情報が十分であったにもかかわらず、報酬がサービスの履行後に決定されたときには、報酬額の減額は認められなく (K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 45)。たとえば、破毀院第二民事部二〇〇三年九月一八日

(Cass.civ.2^e, 18 septembre 2003, Bull.civ.II, n° 279.) は、「事実審判事が当事者の合意や訴訟の状況により弁護士報酬額を専断的に評価しうるとしても、役務がなされた後で顧客が報酬の方針やその額を受諾したとき、事実審判事には報酬額を減ずる権限はない」と判示した。

(71) Kde la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 44 et s.

(72) 民法典新一一六五条第二項につき、二〇一六年二月一〇日のオールドナンスによると、価格決定が濫用的になされた場合のサンクションとして損害賠償のみが記されていた。フランスでは、委任立法であるオールドナンスに法律としての資格を備えさせるために国会がそれを追認する必要があるが、二〇一六年二月一〇日のオールドナンスを追認するための二〇一八年四月二〇日の法律により、価格決定が濫用的になされた場合のサンクションとして、損害賠償に加え、必要があるときは契約の解除が可能である旨が明記されることになった。本文掲載の条文は、二〇一八年四月二〇日の追認法律によるものである。

(73) G.Chantepeie et M.Latina, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 420.

(74) ただし、損害賠償とらうサンクションは適切ではないとする批判もある (G.Lardeux, *Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil*, D.2016, p.1659, spéc., p.1663)。

また、本文では取り上げないが、民法典新一一六五条の射程についても問題点が指摘されている。既述のとおり、判例は、委任契約等において、契約締結時に報酬額に関する合意がなかったとしても、その契約を有効と認めていた。その理由につき、学説は、給付の性質上、事前に報酬額を決定することが困難だからだと指摘していた。それに対して、同条における「役務提供契約」がいかなる内容の契約かは、条文上、明らかではない。また、役務提供契約という契約類型の存在やその内容につき、議論の蓄積もない。そのため、同条の射程は不明瞭だと指摘されている (Ch.Larroumet et S.Bros, *Traité de droit civil*, tome 3, Les obligations – Les Contrats, 8^e éd., Economica, 2016, n° 407 bis ; G.Lardeux, *op.cit.*, p.1660)。

(75) このように主張する学説として、たぐえ⁴⁶ G.Chantepeie et M.Latina, *op.cit.*, n° 420.

(76) このように主張する学説として、たぐえ⁴⁶ Fr.Labarthe, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service : Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil, in *Libres propos sur la réforme du droit des*

- contrats*, LexisNexis, 2016, pp.64 et 65 ; Fr.Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, 23.222 ; M.Fabre-Magnan, *op.cit.*, *Droit des obligations*, tome1-Contrat et engagement unilatéral, n° 400.
- (17) Fr.Labarthe, *op.cit.*, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, p.65
- (18) Fr.Labarthe, *op.cit.*, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service, p.65.
- (19) 一六条第一項「詐欺者、当事者の一方が行った術策が、その術策がなされた側が当事者が契約を締結したとき、あつた明らかな場合にも、合意の無効原因となる。」
- (20) GBaudry-Lacantinerie et L.Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 3, 3^e éd. Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du Journal du palais, 1906, n° 116 ; C.Aubry et C.Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, tome 4, 5^e éd. Paris, 1902, § 343 bis.
- (21) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°s 237 et 242.
- (22) 本條（四）〔六十条一各〕に属す。
- (23) Cass.com. 14 mars 1972, Bull.civ.IV, n° 90 ; D.1972, p.653, note J.Ghestin
- (24) Cass.civ.1^{re}, 4 février 1975, Bull.civ.I, n° 43 ; JCP 1975, II, 18100, note Ch.Larroumet ; D.1975, p.405, note Ch.Gaury ; RTD, civ.1975, p.537, n° 1, obs. G.Duruy.
- (25) Cass.civ.1^{re}, 4 octobre 1988, Bull.civ.I, n° 265 ; D.1989, somm., p.229, obs. J.-L.Aubert
- (26) Cass.com. 18 octobre 1994, Bull.civ.IV, n° 293 ; D.1995, p.180, note C.Alias ; RTD.Civ. 1995, p.353, obs. J.Mestre.
- (27) 本條（四）〔六十条一各〕に属す。
- (28) Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd. Dalloz, 2009, n° 240 ; J.Ghestin G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, 4^e éd. LGDJ, 2013, n°s 1440 et s. ; J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Droit civil, Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, 16^e éd. Sirey, 2015, n° 214 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd. LGDJ, 2017, n° 512 ; B.Fages, *Droit des obligations*, 8^e éd. LGDJ, 2018, n° 121.

- (89) この旨を判示する判例として、たとえば、破毀院第一民事部一九七九年一月一四日 (Cass.civ.1^{re}, 14 novembre 1979, Bull.civ.1, n° 279 ; D.1980, I.R., p.264, obs. J.Ghestin ; RTD.civ. 1980, p.763, obs. Fr.Chabas.) があつた。同判決 (家畜牛の売買契約において、履行後、牛がブルセラ病に罹患していることが判明したため、買主が売主に対して不法行為に基づく損害賠償請求等をした事案である。) は、「契約の無効を請求する権利は、契約締結の準備行為時になされた詐欺的術策の被害者が、加害者から被った損害の賠償を得るために不法行為責任訴権を行使するのを妨げない」として、不法行為に基づく損害賠償を否定した原審判決を破毀し移送した。
- (90) Cass.civ.3^e, 11 janvier 2012, Bull.civ.III, n° 4 ; JCP 2012, 442, note J.Ghestin et Y.-M.Serinet.
- (91) たゞいば、テレ&シムール&ルケット (Fr.Terré, Ph.Simier et Y.Lequette) や、クロン&トロ (Ch.Larroumet et S.Bros) は、詐欺があつた場合には無効に代えて不法行為に基づく損害賠償請求が可能である旨を指摘する際、民法典一一一六条に基づく代金減額請求を認めた破毀院商事部一九七二年三月一四日の判決を引用する (Fr.Terré, Ph.Simier et Y.Lequette, *op.cit.*, *Les obligations*, n° 240, note 7 ; Ch.Larroumet et S.Bros, *op.cit.*, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations* – Le Contrat, n° 361.)。
- 民法典一一一六条に基づく代金減額請求に関する言及は、学説も多く (Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, *Droit des obligations*, n° 512 ; B.Fages, *op.cit.*, *Droit des obligations*, n° 121.)。
- (92) J.Ghestin, *op.cit.*, note sous Cass.com. 14 mars 1972, p.653.
- (93) Th.Genicon, La «réfaction pour dol» existe-t-elle ? , RDC 2012, p.1180, spéc. pp.1183 et s.
- (94) J.Fleur, J.-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit.*, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, n° 214
- (95) J.Fleur, J.-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit.*, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, n° 214.
- (96) ABénabant, *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2015, n° 89.
- (97) G.Ripert et J.Boulanger, *Traité de droit civil*, tome 2, Obligations ; Droit réels, Paris, 1957, n° 185.
- (98) J.Ghestin, Gloiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, n° 1467.
- (99) J.Fleur, J.-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit.*, *Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, n° 214 ; J.Ghestin, Gloiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, n° 1467.

- (100) Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, *Les obligations*, n° 238 ; J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *op.cit.*, *Les obligations*, tome 1, l'acte juridique, n° 214 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 1, Le contrat – Le consentement, n°s 1468 et s ; C.Chantepeie et M.Latina, *op.cit.*, n° 296 ; L.Mauger-Vielpeau, Art.1130, in dir. Th.Douville, *La réforme du droit des contrats ; Commentaire article par article*, Gualino, 2016, pp.81 et 82.
- (101) Cass.civ.3^e, 22 juin 2005, Bull.civ.III, n° 137 ; RDC 2005, p.1025, obs.Ph.Stoffel-Munck ; Contrats, conc., consom., 2005, n° 186, note L.Leveneur.
- (102) C.Chantepeie et M.Latina, *op.cit.*, n° 296 ; L.Mauger-Vielpeau, *op.cit.*, pp.81 et 82.
- (103) Th.Génicon, Le dol incident a-t-il vraiment disparu du droit français ?, RDC 2016, p.652.
- (104) 「民法」 第437条第2項の「他人の利益を害する行為」 (Ph.Stoffel-Munck) 及び 同条の「他人の利益を害する行為」 (Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, sous Cass.civ.3^e, 22 juin 2005, pp.1026 et 1027).°
- (105) Th.Génicon, *op.cit.*, Le dol incident a-t-il vraiment disparu du droit français ?, p.653.
- (106) G.Blanc-Jouvran, J.Cl.travail, fasc.18-25, Clause de non-concurrence, 2018, n° 1 ; N.Dissaux, J.Cl.commercial, fasc.256, Clause de non-concurrence, 2014, n°s 1 et s.
- (107) Cass.soc., 10 juillet 2002, Bull.civ.V, n° 239 ; JCP 2002, II, 10162, note F.Petit ; JCP E 2002, 1511, note D.Corrignan-Carsin ; D.2002, p.2491, note Y.Serra.
- (108) Cass.soc., 29 avril 1980, Bull.civ.V, n° 373.
- (109) Cass.soc., 18 septembre 2002, Bull.civ.V, n° 272 ; Dr.soc. 2002, 1007, note R.Vainet ; D. 2002, p.3229, note Y.Serra.
- (110) J.Pélissier, G.Auzero et E.Dockès, *Droit du travail*, 26^e éd., Dalloz, 2011, n° 181 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, *Droit des obligations*, n° 720.
- (111) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 220.
- (112) M.Mecké, *op.cit.*, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, n° 1005 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n°s 2689 et 2690 ; G.Couturier, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in *Etudes offertes à*

- J.Fleur*, LGDJ, 2013, p.95, spéc. n° 9.
- (113) O.Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse, PUAM, 1999, n° 65-4.
- (114) K.de la Asuncion Planes, *op.cit.*, thèse, n° 132 et s.
また、同書の結論より、参照『M.Mekki, *op.cit.*, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, n° 1005.
- (115) 本稿(五)〔六八卷一号〕一七四頁以下。
たゞ、この「プロリー・メ・エ・ヌ・メ・ヌ・フ・エ・ン・ト」(Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck)は、法定の上限等がある場合とない場合とを区別せず、契約の代金や期間等が過剰であることが理由で不法である場合には縮減が好まれると述べている(Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, *Droit des obligations*, n° 720.)°
- (116) 後述の「115」に於て、その例より正確であると(Ph.Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, thèse, LGDJ, 2000, n° 704 et 705)°
- (117) 本稿(六)〔六八卷四号〕二一七頁以下を参照。
- (118) M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, LGDJ, 2004, n° 979 et 980 ; M.Mekki, Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraintes, RDC 2006, p.679, spéc., p.685.
- (119) Cass.civ.1^{re}, 16 octobre 2001, Bull.civ.I, n° 257 ; JCP 2002. I, 134, obs. J.Rochefeld.
- (120) Cass.civ.1^{re}, 22 novembre 2005, JCP 2006, II, 10015, note E.Cornut ; D.2006, p.277, note Th.Le bars et P.Callé.
- (121) M.Mekki, *op.cit.*, Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraintes, p.685.
- (122) Cass.soc., 18 décembre 1968, Bull.civ.V, n° 610.
- (123) M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n° 972 et s. ; M.Mekki, *op.cit.*, Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraintes, p.685.
- (124) M.Mekki, *op.cit.*, Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraintes, p.686.
- (125) J.Rochefeld, *op.cit.*, obs. sous Cass.civ.1^{re}, 16 octobre 2001, n° 6 et 7.

(126) E.Cornut, *op.cit.*, note, sous Cass.civ.1^{re}, 22 novembre 2005, 10015.

(127) 本稿で取り上げる相違のほかに、たとえば、ストフェル・マンクは、民法典一三四条第一項をもとに、両当事者が合意した目的という観点から当該条項の援用の可否を問題とするのに対して、ムーリー・ギュモウは、一三五条をもとに、契約条項の本性(nature)という観点からそれを問題とするという違いがある。したがって、両者の相違を精査することは、契約の解釈による契約条項の援用の否定と、信義則による契約条項の援用の否定との関係を検討する素材になりえよう。

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。」

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

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

(128) Ph.Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, thèse, LGDJ, 2000, n° 639 et s. et 676.

(129) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 677 et s.

(130) CA Colmar, 25 octobre 1993, JCP N 1995, II, 161.

(131) CA Versailles, 17 avril 1985, JCP 1985, II, 20848, obs. T.Ivainer.

(132) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 698.

(133) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 701 ; G.Helleringer, *Les clauses du contrat : essai de typologie*, thèse, LGDJ, 2012, n°102.

(134) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 701.

(135) Cass.soc., 14 mai 1992, D.1992, jur. 350, note Y.Serra ; JCP 1992, II, 21889, note J.Amiel-Donat.

(136) Y.Serra, *op.cit.*, note, sous Cass.soc., 14 mai 1992, n° 1 ; J.Amiel-Donat, *op.cit.*, note, sous Cass.soc., 14 mai 1992, 21889.

- (137) Cass.soc., 15 février 1995, D.1997, somm., 106, obs. Y. Picod.
- (138) Y. Serra, *op.cit.*, note . sous Cass.soc., 14 mai 1992, n° 1 ; J. Amiel-Donat, *op.cit.*, note . sous Cass.soc., 14 mai 1992, 21889.
- (139) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 706 et 707.
- (140) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 707 et s.
- (141) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 652 et s.
- (142) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 768 et 769.
- (143) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 701, note 2308 et 780, note 2537.
- (144) C.Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du code civil*, thèse, LGDJ, 2006, n° 360.
- (145) もっとも、ストフェル・ムンクと異なり、ムーリー・ギュモウは、契約条項の目的は当事者意思の解釈によるのではなく、各条項が内在的に有している本性によるものとする (C.Mouly-Guillemaud, *op.cit.*, thèse, n° 315 et 316, また、前掲注 (127) も参照)。
- (146) C.Mouly-Guillemaud, *op.cit.*, thèse, n° 317 et s.
- (147) ムーリー・ギュモウは、前述した判例による競業禁止特約の有効要件を抽象的で具体性がないとして批判し、以上のように契約条項の目的という観点から合法性を判断すべしとして、競業禁止特約の合法性の基準を債権者の正当な利益の存在の有無に求めた (C.Mouly-Guillemaud, *op.cit.*, thèse, n° 328 et 329)。
- (148) Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, thèse, n° 806 et s.
- (149) ムーリー・ギュモウは、契約成立時における条項の目的によるコントロールには、合法性が問題となる場合のほかに、当該条項の目的と当事者が期待した目的とが異なっている場合があると主張し、前者では当該条項やその一部が無効になるのに対して、後者では書かれざるものとみなされるとする (C.Mouly-Guillemaud, *op.cit.*, thèse, n° 313 et s.)。
- (150) C.Mouly-Guillemaud, *op.cit.*, thèse, n° 314 et s.
- (151) 契約の有効性につき、それが問題となるのは契約成立後であっても契約成立時の事実をもとに評価すると指摘する学説として、たぶん、参照 O.Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, thèse, LGDJ, 2012, n° 577 et s.

第三款 本節のまとめ

本節では、契約における代金や期間の量的な部分に不法性がある場合、または裁判所により契約代金等が過剰であると評価される場合に、裁判所が当該部分を量的に修正する事例について、無効の問題として捉えるべきか否かを検討した。まず、法律によつて契約の代金や期間に上限や下限が設定されていた場合には、代金や期間が、その上限まで縮減される、または下限に置換されるという解決がなされていた。また、本節で行った検討と順番が前後するが、競争避止特約の期間等が裁判所により過剰であると評価された場合には、一定の範囲に限って当該条項の効力が認められていた。これらの解決は、違反された合法性を回復するためのサンクションである無効と同様の観点からなされたものであると評価できた。

それに対して、委任契約等における受任者等の報酬額の減額を認める判例や、詐欺を理由とする損害賠償請求を認める判例、合法的な競争避止特約が当該条項の目的に反して援用された事案については、無効の問題として扱うべきでないように思われた。すなわち、これらの事案では、価格の決定に関する権限の援用や、欺罔者の違法な行為、債権者による条項の目的外での援用が問題となつておりと指摘されていた。つまり、同意に部分的な瑕疵がある、または契約代金等が量的に過剰であるために不法であると考えられてはいない。

伝統的な一部無効論と比べると、これらの検討から次のような特徴を析出できよう。すなわち、伝統的な一部無効論において結論の類似性から一部無効の問題として論じられてきた諸事案につき、近時では、事案の違いが強調されて契約の有効性が問題となつているか否かが精緻に論ぜられ、無効の問題との差別化がなされていたように思われる。契約の有効性が問題となつている場合には、違反された合法性を回復するために、契約の代金等の量的な修正がなされてい

た。そうでない場合には、実質的には一部無効と同じような効果をもたらすとしても、無効ではなく、異なるサンクションにより解決されていたと整理できよう。

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 ―

本章では、伝統的な一部無効論によって一部無効の問題として扱われてきた各事案類型について、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が考慮されるか否か、考慮されるとすればその意義がいかなるものか、それが無効または一部無効の本質と相いれないかなどを分析した。これまでの検討は多岐にわたっており、それらの総括は各節で行っているため、本節では、無効および一部無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであるとして捉えることと、当事者の意思との関係という観点から、本章での検討を整理していこう。

なお、伝統的な一部無効論で扱われていた各事案類型を検討した結果、そのなかには、現在では無効の問題としては扱うべきでないと考えられる事案類型があった。その一方で、これらは、無効および一部無効の本質の解明にもかかわるものであった。そこで、上述の作業に入る前に、これらの事案と無効および一部無効との関係について、簡単に確認しておきたい。

第一に、委任契約等における報酬額の減額を認める判例法理や、詐欺を理由とする損害賠償請求、合法的な競争禁止特約の目的に合致しない援用についてである。これらの事案からは、実質的に同様の解決がなされる場合であっても、契約の有効性が問題となっていない場合には無効の問題としては捉えられていなかったこと、同意の瑕疵についてはそれが量的に把握されるものではないと考えられていたことがわかった（第三節第二款）。

第二に、複合的な契約における連続的消滅の問題についてである。この問題では、たしかに無効の範囲との関連性が従来から指摘されていた。そして、ある複数の契約が不可分かを判断する際には、両当事者がいかなる目的でこれらの契約を締結したかが基準となっていた。しかし、複合的な契約における連続的消滅を基礎づける概念である不可分性概念の検討によると、当事者の意思による諸契約の不可分性とは、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、契約の解除など、一定の場面で諸契約を共通の制度に従属させるための概念であった。この作用から、当事者の意思による諸契約の不可分性は、契約の性質決定に近い位置づけが与えられるものであり、複合的な契約において連続的消滅を基礎づける両当事者の意思は、無効というサンクションの観点から考慮されているとはいえなかった。民法典改正の際に新設された民法典新一一八六条、および新一一八七条によれば、複合的な契約において一方の契約の無効により他方の契約が無効となるのではなく、失効すると明記されるに至ったことも、本稿の理解と通底するように思われた。このように、複合的な契約における連続的消滅という問題では、両当事者が追求した目的を達成するために諸行為が必要か否かという当事者の意思が考慮されているものの、これは、無効の範囲を画定するためのものではなかった（第二節）。

それに対して、一部無効に関する事案類型では当事者の意思に言及されることがないのかというと、そうではなかった。たしかに、契約における特定の条項が公序に關する規定に違反していた場合、公序の種類を問わず、近時の判例や学説は、違反された規定の目的を考慮して無効の範囲を画定する傾向にあった。その理由として、学説は、違反された規定の目的が達成されるためには不法性が摘示される必要があるにもかかわらず、契約それ自体が無効となると不法性の摘示が手控えられることなどを挙げた。

しかし、判例や学説は、当事者の意思に無関心ではなかった。とりわけ、契約条項の積極的な修正がなされる場合や、

契約の期間や代金といった契約の基本的な要素が法定の上限または下限に修正される場合において、これらは、違反された規定の目的を達成する一方で、両当事者が当初追求した契約の目的にも配慮された解決であるとして是認された。もつとも、ここで言及されている当事者意思の内実や役割は、伝統的な一部無効論によるそれとは異なるものであったと評価できた。すなわち、無効の範囲を画定するにあたり考慮される当事者の意思の内実とは、両当事者が当初追求した契約の利益ないし有用性であると考えられた。そして、それが無効の範囲を画定するにあたり考慮されるのは、不法性の範囲を画定するためであった。つまり、これらの事案では、当該条項を置くことそれ自体、または当該契約それ自体が規制されているわけではない。したがって、当該条項または約定そのものを無効とする場合、両当事者が意図した契約の利益ないし有用性がなくなることになる。こうして、契約条項等の積極的な修正が、違反された合法性を回復するために適したサンクションであるとして正当化されたのであった。言い換えれば、無効および一部無効が違反された合法性を回復するためのサンクションであるという理解が、フランスにおいて契約条項等を合法的な範囲に縮減する、または合法の条項に置換するという解決を是認せしめていた（第一節、第三節第一款）。

ところで、無効の範囲を画定するにあたり契約の利益ないし有用性を考慮することにつき、契約条項等の積極的修正の場面のほかに、学説は、無効原因の存する約定を無効とすることで両当事者が意図した契約目的を実現できない場合でも指摘し、このとき契約全体を無効とすると主張していた。また、民法典新一一八四条第一項は、「無効原因が契約の一条項またはいくつかの条項に存するとき、これは、当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする」と規定した。これは、伝統的な一部無効論の主張とは異なり、次のように理解できるものであると考えられた。すなわち、当該約定を無効とすると両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が実現できない場合、当該約定は、契約の本質的部分を構成している。この場合、契約の一部について

不法性が存するのではなく、契約全体が不法であるといえるため、契約全体が無効となる。契約の利益ないし有用性は、契約の有効性やサンクションの実効性という観点から考慮されるものであり、無効原因が契約の本質的な部分にかかわる場合には契約全体が無効となるという解釈は、無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであると捉えることも相いれるものであった。

ただし、本章での検討によれば、契約における特定の条項またはその一部が公序に関する規定に違反していた場合において、契約の利益ないし有用性がないとして契約全体の無効が認められたのは、契約全体の無効を認めなければかえって不法性の摘示が手控えられるといったサンクションの実効性という観点から課されていると考えられる例外的な場合だけであった(前掲「仏43」判決)。そこで、なぜこれまでに検討してきた事案において契約の全部無効が問題とならなかったかを顧みるならば、公序に関する規定の特徴、ならびに無効の範囲画定における当事者の意思の内実および役割を踏まえて考えると次のように整理できよう。すなわち、①公序に関する規定が、契約における付随的な条項を規制するものである場合、またはある契約類型における基本的な要素を量的に規制するものである場合においては、当事者が合意した契約それ自体が規制されているのではない。同様に、②公序に関する規定が、契約における付随的な条項を量的に規制するものである場合においては、当該条項それ自体が規制されているのではない。これらの場合において、両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性は、当該契約それ自体を維持するにあたり、または当該条項それ自体を維持するにあたり参照されていた。したがって、ここでは、当該条項の無効や契約に基本的な要素に関する約定の積極的な修正、または当該条項の積極的な修正が、違反された合法性を回復するために適したサンクションであると考えられていた。では、③公序に関する規定がある契約類型における特定の条項を規制する一方で、その適用を回避する契約類型を両当事者が選択した場合においてはどうかであったか。これは、公序に関する規定が契約の性質決定に影響を及ぼす場

合として、公序に関する規定の適用とは区別されると指摘されていた。ここでは、両当事者が選択した契約類型が詐欺の意図に基づくか否かにより、それが認められるか否かが異なっていた。一方で、詐欺の意図を理由に当事者が意図した契約類型が認められないのであれば、その契約を規制の対象となつてゐる契約類型として当該規定を適用することになる。このとき、両当事者が選択した契約類型とは異なる契約類型として把握されることになる。両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性との関係でいえば、このような契約類型の変性が認められるのは、ある契約類型が当事者が選択することにより真の契約類型を隠していたためだと説明できよう。⁽¹⁵²⁾他方で、当事者が意図した契約類型が認められるのであれば、当該規定は適用されないものであり、契約の無効の問題は生じない。本稿で検討した公序に関する規定と、無効、契約の性質決定との関係を以上のように整理することができるため、契約の一部に無効原因が存する場合に、契約の利益ないし有用性がないとして契約の全部無効が認められることがなかったと考えられる。

フランス法における無効および一部無効というサンクションと当事者の意思との関係については、おおよそ以上のようになどめることができる。そして、以上のように一部無効論における当事者の意思の意義を見出すことは、これまでの検討のなかで指摘してきたように、契約の性質決定の問題と有効性の問題、契約の履行後の問題とと段階的に把握すること、また、無効と、損害賠償や利息請求権の失権、失効などの多様なサンクションとの異同を把握することで可能となるものであったといえよう。

(152) 本稿（八）注（24）も参照。

「付記」本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一五年三月二十五日授与）「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。

公判例研究

横堀あき

遺族補償年金等不支給決定処分取消請求事件^①

最高裁第三小法廷平成二九年三月二二日判決

最高裁判所裁判集民事二五五号五五頁、判例時報二三四一号
六五頁、判例タイムズ一四三九号七〇頁

(平成二七年(行ツ)第三七五号)

〔事案の概要〕

本件は、地方公務員であったX(原告、被控訴人、上告人)の妻Aが公務により死亡したため、Xが遺族補償年金等の支給を申請したところ、Xが遺族補償年金の受給資格の一つである年齢要件を満たしておらず不支給とする旨の処分を受けたた

め、不支給処分取消しを求めて争った事案である。

Xの妻Aは市立中学校の教諭として勤務していたが、精神障害を発症し、平成一〇年一〇月一八日に自殺した。Aの自殺について、地方公務員災害補償基金大阪府支部長（以下、「処分行政庁」という。被告、控訴人、被上告人）は、平成二二年四月二三日、公務上の災害と認定した。そのため、同年六月二日、Xは処分行政庁に対し、地方公務員災害補償法（以下、「地公災法」という）三一条の規定する遺族補償年金、同法四七条一項二号の規定する福祉事業として支給される遺族特別支給金（地方公務員災害補償基金業務規程二九条の七）、遺族特別援護金（同規程二九条の九）、遺族特別給付金（同規程二九条の一三）の支給申請を行った。これら各申請に対し、処分行政庁は平成二三年一月五日、Xが遺族補償年金の受給資格に該当しないという理由に基づき、いずれも不支給とする処分（以下、「本件各処分」という）を行った。本件各処分の理由として、以下の記載があった。すなわち、①遺族補償年金の支給申請については、Xは妻Aの死亡当時五一歳であったところ、Xは遺族補償年金の受給資格を定める地公災法三二条一項ただし書一号の要件（以下、「本件年齢要件」という。死亡職員の配偶者たる夫については、職員の死亡当時六〇歳以上であること^②）に該当

せず、かつ、同法三二条一項ただし書四号の要件（障害の状態にあること）のどちらにも該当しないこと。そして②遺族特別支給金、遺族特別援護金、遺族特別給付金の支給申請については、Xが遺族補償年金の請求と併せて支給を申請しているが、遺族補償年金の受給権者に該当しなかったことである。なお、妻Aが死亡した当時、Xの他にAの収入によって生計を維持していた遺族として子が二人存在したが、いずれも同法三二条一項ただし書二号の要件に該当しなかった。

そのため、Xは平成二三年一月二六日、遺族補償年金の不支給処分について、地方公務員災害補償基金大阪府支部審査会に審査請求をした（地公災法五一条一項）。しかし同審査会は三ヶ月を経過しても裁決を行わなかった。したがってXは平成二三年四月二八日、同審査会に再審査請求をした（地公災法五一条三項）が、再審査請求も三ヶ月を経過しても裁決されなかった。そのため、Xは平成二三年一〇月二九日、地公災法等が配偶者のうち夫にのみ年齢要件を定めているのは憲法一四一条一項に違反するとして本件各処分の取消しを求め、訴訟を提起した（地公災法五六条柱書、同条一号）。Xは、職員の遺族が妻である場合は職員が死亡した当時の年齢を問わず遺族補償年金を受給できる一方、それが夫である場合は、年齢要件が課されている

ことが憲法一四条一項に違反すると主張した。

③一審（大阪地判平成二五年一月二五日判例時報二二一六号一二二頁）はXの請求を認容し、本件各処分取消しを認めた。まず、「憲法一四条一項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである（最高裁昭和三九年五月二七日大法廷判決・民集一八巻四号六七六頁、同昭和四八年四月四日大法廷判決・刑集二七巻三号二六五頁等）」と示した。その上で、遺族補償年金の法的性質を以下のように判断した。すなわち、地方公務員災害補償制度は「一種の損害賠償制度の性格を有し……純然たる社会保障制度とは一線を画する」ものである一方、遺族補償制度は、年金化や「他の社会保障的性質を有する年金給付との間（の）調整規定が置かれていること」等、「社会保障的性質をも有」する。「そのような性質を有する遺族補償年金につき具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、上記制度の性格を踏まえた立法府の合理的な裁量に委ねられており、本件区別（『夫に対して妻に課されていない年齢要件を課すこと——引用者注』が立法府に与えられた……裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は

……憲法一四条一項に違反する」と示した。次に、地公災法の定める「本件年齢要件を含む年齢要件は、……立法当時の社会情勢や財政事情等を考慮して、職員の死亡により被扶養利益を喪失した遺族のうち、一般的に就労が困難であり、自活可能ではないと判断される者に遺族補償年金を支給するとの目的の下に、そのようなものを類型化するための要件として設けられたものであり」、「法が遺族補償年金の受給権者にこのような要件を設けたこと自体は合理的なものといえる。この「立法の基礎となった社会状況」として、「地公災法が立法された昭和四〇年代には、妻について……典型的に生計自立の能力のない者として……遺族補償年金の受給権者としたことには、一定の合理性があった」。しかし「上記立法の基礎となった社会状況は時代とともに変遷するものでもある上、本件区別の理由は性別という、憲法の定める個人の尊厳原理と直結する憲法一四条一項後段に列挙されている事由によるものであって、憲法が両性の本質的平等を希求していることは明らかであるから、本件区別の合理性については、憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」。専業主婦世帯よりも共働き世帯の方が多くなった今日では、未だ男性と比べ女性の方が恵まれていない状況は続いているものの、「本件区別のように、死亡し

た職員の遺族である五五歳以下の配偶者において、妻を一般的に就労が困難である類型にあたるとして、男女という性別のみにより受給権の有無を分けることの合理的な根拠になるとはいえない」とした。

これに対して原審（大阪高判平成二七年六月一九日判例時報二二八〇号二一頁）は、以下のような論理で、Xの請求を棄却した。原審はまず「遺族補償年金は従たる性格として災害補償責任に基礎をおく損害補償の性格を併有する」が、「地公災法の制定経緯等からすれば、地公災法の定める遺族補償年金は、職員の死亡により扶養者を失った遺族の被扶養利益の喪失を填補し、遺族の生活を保護することを目的とするものであり、基本的に社会保障制度の性格を有すると解すべき」と示した。そして当該制度を「基本的に憲法二五条の趣旨を実現するために設けられた社会保障制度の一環」と解した。このような制度について、「憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、立法院の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるを得ないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない。もっとも、同条の趣旨にこたえて制定された法令において受給権者

の範囲、支給要件等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをするときは別に憲法一四一条一項違反の問題を生じ得るというべきである（最高裁昭和五七年判決、最高裁昭和六〇年（行ツ）第九二号平成元年三月二日第一小法廷判決・裁判集民事一五六号二七一頁、最高裁平成一七年（行ツ）第二四六号同一九年九月二八日第二小法廷判決・民集六一卷六号二三四五頁参照）。より具体的には、「憲法二五条の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、立法院の広い裁量にゆだねられていること……からすれば、立法院が、憲法二五条の趣旨を実現するために社会保障制度を設けるに当たり、社会保障給付の必要性の有無・程度に関し国民各自に性別により事実上の差異が存する場合に、受給権者の範囲、支給要件、支給金額等につき上記の事実上の差異に相応して何らかの区別を設ける立法措置を講じるか否か、講じるとして具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定をするについても、同様に、立法院の広い裁量にゆだねられていると解することが憲法二五条の趣旨に適うものというべきである。そうすると、憲法二五条の趣旨を実現するために創設された社会保障制度上の法令が受給権者の範囲、支給要件、支給金額等につき区別を設けることは、それが著しく合理性を欠き、何ら合理的理由の

ない不当な差別的取扱いであるといえる場合に、憲法一四一条一項に違反するものと解すべきである」と示した。

「地公災法三二一条一項等が遺族補償年金の受給要件につき本件区別を設けていることは、それが著しく合理性を欠き、何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いである場合に、憲法一四一条一項に違反することになると解される」ところ、当該規定の趣旨は「遺族補償年金が、職員の死亡により扶養者を失った遺族の被扶養利益の喪失を填補し、遺族の生活を保護することを目的とするものであることから、受給権を有する遺族の範囲を職員の死亡の当時その収入によって生計を維持していた者に限定し、さらに、死亡職員の収入によって生計を維持していた者のうち、『一般に独力で生計を維持することが困難であるもの』に対して遺族補償年金を支給することにより喪失した被扶養利益を填補してその生活を保護することとしたものである」。地公災法制定当時は、「女性の就労が困難であることが多く、特に、妻については、家庭責任がより重くかかっているため、一層就労が困難であったと考えられる上、男女間の賃金格差も大きく、女性は男性と比べて著しく賃金が低いという事情があったと認められ、これらの事情からすれば、当時の社会情勢の下において、……遺族補償年金の受給要件につき本件区別を設けること

について、合理性を欠くものであったとはいえない」。また、今日においても、①特に配偶者を有する女性は男性と比べ労働力率が相当低く、②女性の雇用者数に占める非正規雇用の割合が五〇%以上で男性の割合の約三倍であること、③女性の賃金額が男性の賃金額と比べて低いこと、④専業主婦世帯数は専業主夫世帯の一〇〇倍以上存在することから、「夫が死亡した場合、専業主婦世帯において夫が死亡した場合よりもちろんのこと、共働き世帯において夫が死亡した場合においても、妻が独力で生計を維持することができなくなる可能性は高いというべきである。これに対し、妻が死亡した場合に、夫が独力で生計を維持することができなくなる可能性は、上記の妻が独力で生計を維持することができなくなる可能性と比較して著しく低いというべきである」とし、「これらの事情からすれば、今日の社会情勢の下においても、……本件区別は、合理性を欠くとはいえず、何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いであるということとはできない。そうすると、地公災法三二一条一項等が遺族補償年金の受給要件につき本件区別を設けていることは、憲法一四一条一項に違反しないというべきである」と判断した。

そのため、Xが上告した。⁽⁵⁾

〔判旨〕

上告棄却

「所論は、地方公務員災害補償法の遺族補償年金につき、死亡した職員の妻については、当該妻が一定の年齢に達していることは受給の要件とされていなくてもかかわらず、死亡した職員の夫については、当該職員の死亡の当時、当該夫が一定の年齢に達していることを受給の要件とする旨を定めている同法三二条一項ただし書及び附則七条の二第二項の各規定が、憲法一四条一項に違反する旨をいう。

しかしながら、地方公務員災害補償法の定める遺族補償年金制度は、憲法二五条の趣旨を実現するために設けられた社会保障の性格を有する制度といふべきところ、その受給の要件を定める地方公務員災害補償法三二条一項ただし書の規定は、妻以外の遺族について一定の年齢に達していることを受給の要件としているが、男女間における生産年齢人口に占める労働力人口の割合の違い、平均的な賃金額の格差及び一般的な雇用形態の違い等からうかがえる妻の置かれている社会的状況に鑑み、妻について一定の年齢に達していることを受給の要件としないことは、上告人に対する不支給処分が行われた当時においても合理的な理由を欠くものといふことはできない。したがって、地

方公務員災害補償法三二条一項ただし書及び附則七条の二第二項のうち、死亡した職員の夫について、当該職員の死亡の当時一定の年齢に達していることを受給の要件としている部分が憲法一四条一項に違反するといふことはできない。

以上は、最高裁昭和三七年（オ）第一四七二号同三九年五月二七日大法院判決・民集一八卷四号六七六頁、最高裁昭和五一年（行ツ）第三〇号同五七年七月七日大法院判決・民集三六卷七号一二三五頁の趣旨に徴して明らかである」。

〔評釈〕

はじめに

1 本判決の意義

本判決は、地公災法三二条一項の規定する遺族補償年金の受給資格として、配偶者のうち夫にのみ年齢要件が課されていることが、憲法一四条一項に反しないかという点について、最高裁が初めて判断した事例である。⁶⁾

社会保障制度は、社会的に不利な立場に置かれた者や集団をある程度優遇することによつて、一定程度の実質的平等を確保しようとする。わが国でも——現在でも完全に払拭されているわけではないが、今以上に——性別に基づいて一定の生き方を

選択せざるを得ない時代があった。例えば、以前は、女性結婚

や出産を機に仕事をやめ、サラリーマンの妻として家庭責任を果たすことに専念するという生き方が想定されていた。⁽⁷⁾⁽⁸⁾ その

結果、妻は、自らを経済的に支える役割を担っていた夫と離別せざるを得なかった場合、経済的に大変困難な状況に置かれることとなってしまう。このような困難に直面した者を保護する

ため、母子世帯や寡婦など、性別を指標とした社会保障制度が創設された。しかし、女性の社会進出が認められ、徐々に男女

女の別異取扱いが改善されてきた昨今、このような「女性を優遇する公的制度、特に社会権保障に関する諸制度は、憲法一四

条の法の下に平等に違反するのか、再考がなされ、制度改正が進められている」⁽⁹⁾。具体的には、児童扶養手当法の改正により

父子家庭にも児童扶養手当が支給されることとなり（平成二二

年法律第四〇号）、国民年金法等の改正により、妻が死亡した夫にも遺族基礎年金が支給されることとなった（平成二四年法律第六二号）⁽¹⁰⁾。このような状況の下、「本件もそのような社会保

障制度（あるいは、社会保障の性格を有する制度）における男

女間格差の是非が争点となった裁判の一つに位置づけられ⁽¹¹⁾ていた。本件は一番で違憲との結論が導かれたため話題となった⁽¹²⁾

が、最高裁は当該規定を合憲と判断した原審の結論を支持

した。⁽¹³⁾

以上のような社会的潮流だけではなく、本件では、性別に基づく社会保障制度上の別異取扱いが争われた点が、重要である。

憲法学においては、以前から、社会保障制度における別異取扱いの問題が議論されてきた。しかし従来は、併給調整・併給禁止や国籍等に基づく別異取扱いが争われた判例が多く、性別に

基づく社会保障制度上の別異取扱いが正面から争われた事案は多くはなかった。⁽¹⁴⁾ したがって、本判決は、性別に基づく社会保

障制度上の別異取扱いについての新たな問題に対して最高裁がどのように対応したのか、そして従来なされてきた社会保障制度における別異取扱いの議論といかなる関係にあるのか、とい

う観点からの検討を要するように思われる。このような意味でも、本判決は注目に値する判例である。

2 本評釈の目的と構成

本評釈は、上記のような意義を有する本判決を、内在的に理解

することを試みる。ところが、本判決は非常に短く、上記で挙げた部分が判決のほぼ全文であり、「簡潔すぎる」⁽¹⁵⁾とも評さ

れる。最高裁は本件を、地公災法三二条一項ただし書の規定と憲法一四一条一項の関係が問題となった事件であるとした上で、⁽¹⁶⁾

遺族補償年金制度の性格を示した。そして、立法裁量の広狭や区別の目的等を論ずることなく、「妻の置かれている社会的状況に鑑み」、夫に妻と異なる受給要件を課すことに「合理的な理由」が存在すると判断し、上告を棄却した。

本判決は判断枠組みが明示されていないため、いかなる論理を用いてこの結論を導いたのかということを探る必要がある。

まず、憲法一四条に関する議論を概観したあと、憲法二五条の趣旨を具体化する法令の憲法一四条適合性の問題について、従来の判例や学説が社会保障制度における性別に基づく別異取扱いに関する問題をどのように検討してきたか確認する。次に、最高裁の論理を理解することに資すると思われるため、適宜一審と原審の判決とも比較する。以上の過程で本判決の背後に存在すると思われる判断枠組みを明らかにした上で、本件で最高裁がどのような事実を評価したのか検討する。その後、最高裁の論理について批判的に考察する。

したがって、本評釈は以下の構成をとる。すなわち、一において地公災法の定める遺族補償制度を確認し、二において最高裁の論理を理解する。より具体的には、社会保障制度における性別に基づく別異取扱いに関する問題の過去の議論を確認した上で（１）、本判決に対する内在的な理解を試みる（２）。考察

は、（１）一審と原審の判断枠組み、（２）判断枠組みを規定したと考えられる遺族補償年金制度の性格の理解、（３）最高裁の判断枠組み、（４）社会的状況、（５）結論を分けた原因という流れで行われる。次に、三において、以上の過程で明らかとなった最高裁の論理について批判的に検討する。まず、本判決の問題点を明らかにし（１）、次に、原審判決と本判決で示された立法裁量論と従来の憲法訴訟論の間に齟齬が生じている部分があるため、判例の適切な理解に資すべく、従来の議論とのズレを指摘する（２）。また、違憲とされた場合の後始末（３）と、射程及び残された課題が述べられる（４）。

なお、本件では遺族補償年金の他に遺族特別支給金、遺族特別援護金、遺族特別給付金⁽¹⁷⁾の不支給処分もなされた。これらは以下で述べる遺族補償一時金⁽¹⁸⁾を受給する者に対しても支給が認められるものであるが、本件では、遺族補償年金に付随して申請されたとされ、当該年金の受給要件に該当しないことを理由に、同じく不支給処分がなされた。したがって本評釈は、遺族補償年金制度のみを対象に、検討を進めることとする。

一 前提——地公災法の規定する遺族補償制度について

本件を理解する前提として、地公災法の規定する遺族補償制

度を概観する。地公災法は地方公務員及びその遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与すべく制定されたものである（一条）。その中には職員に対する補償もあるが、今回問題となった遺族補償制度は——当然のことではあるが——死亡した職員の遺族のために設けられた制度である。遺族補償制度は、同法三一条が規定するように遺族補償年金と遺族補償一時金の二つに分けられ、職員の遺族に対して遺族補償年金または遺族補償一時金のいずれかが支給されることとなる。両制度は、遺族補償年金を受け取ることのできる遺族がない場合と、遺族補償年金を受ける権利を有していた者の当該権利が消滅し、他に遺族補償年金を受けることができる遺族がおらず、かつ、既に支給された遺族補償年金の合計額が遺族補償一時金に満たない場合に遺族補償一時金が支給されるという関係にある（同法三六条一項）。

遺族補償年金の受給資格は同法三二条が規定しており、以下の三つの要件に該当する者にのみ支給されることとなっている。すなわち、①職員の「遺族」と認められる範囲の者（職員の死亡当時事実上婚姻関係と同様の事情にあった職員の配偶者、子、父母、孫、祖父母、兄弟姉妹）のうち、②職員死亡当時、職員の収入によって生計を維持しており（生計維持要件）、かつ③職員死亡当時、夫・父母・祖父母につき六〇歳以上の者（地

公災法附則七条の二第二項により、当分の間は五五歳以上）、子・孫につき一八歳に達する日以後の最初の三月三十一日までの間にある者（年齢要件）である。なお、①「遺族」のうち妻以外の者で「総務省令で定める障害の状態にある」者は、③年齢要件にかかわらず受給資格が認められる（地公災法三二条一項四号。障害の状態につき、地公災法施行規則二九条参照）。これら受給資格要件は、「補償を年金として支給する」¹⁹⁾ために設けられている。したがって、上記各要件は、①職員と一定の身分関係にあり、②「職員の死亡による被扶養利益の損失を填補」²⁰⁾し、③「一般的に独力で生計を維持することからできると認められる遺族には受給資格を与えないこととし」、妻以外について「高校卒業時より六〇歳未満のものについては、一定の障害の状態にない限り、自活可能であると判断している」²²⁾。妻に対して年齢要件が定められていない理由としては、妻が「一般的には就労が困難であることが多いこと等を考慮し」²³⁾た結果であると考えられている。遺族補償年金制度では、受給資格者に順位をつけ、実際に当該年金を受け取ることのできる者を受給権者とすると、当該年金の実額の支給額は、受給権者と受給権者と生計を同じくする受給資格者の数に応じて決定される（地公災法三二条²⁶⁾）。なお、遺族補償年金を受ける権利には、婚姻や離縁等

に基づく失権（権利の消滅）、転給（受給権者が失権した場合に後順位の方がいる場合、その者が受給権者となること）等も定められている（同法三四条）。

このような遺族補償年金制度に対して、遺族補償一時金制度は以下のように規定されている。まず、受給資格については同法三七条一項が規定しており、職員の死亡当時以下の立場にあった者が「遺族」として当該一時金の受給資格者と認められる。すなわち、配偶者（職員の死亡当時事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む。地公災法三二条参照）、職員の収入によって生計を維持していた子、父母、孫、祖父母および兄弟姉妹、以上の要件に該当しない者で主として職員の収入によって生計を維持していた者、⁽²⁷⁾職員の収入によって生計を維持していなかった子、父母、孫、祖父母および兄弟姉妹である。⁽²⁸⁾また、遺族補償一時金の額については、①配偶者、子、父母、孫、祖父母および兄弟姉妹、②職員の死亡の当時、一八歳以上または障害の状態にある三親等内の親族によって区別されている（参照、同法附則七条に基づく同法施行令附則二条）。

二 最高裁の論理

1 従来の議論——社会保障制度における性別に基づく別異取

扱いに関する問題について

本件で示された三つの判決については、同じ争点が争われたにもかかわらず、憲法二五条の論理が用いられるか否かという点について、裁判所の見解が分かれたことが特徴の一つとして挙げられる。すなわち、一審は本件を憲法一四条ブローパーの問題と理解した一方、原審と最高裁は本件を憲法二五条に関連する一四条の問題と理解したのである。本件で問題となった社会保障制度における別異取扱いについては、従来の判例や学説においても、どのように争うべきかが議論されてきた。したがって以下では、本件各判決を検討する前提として、憲法一四条の事案と、憲法二五条と憲法一四条の交錯する事案に関する判例や学説について検討する。

（一）憲法一四条一項

学説においては、平等違反を審査するにあたって、様々な定式が論じられてきた。例えば、学説は、憲法一四条一項後段列挙事由に特別な意味を持たせ、列挙されたメルクマールに基づく区別は不合理なものであると考え、違憲審査基準を厳しくすべしと考⁽²⁹⁾えてきた。性別に基づく別異取扱いについては、男女の身体的な差異もあり、学説で採用されるべきとされる違憲審

査基準は必ずしも明確ではない。⁽³⁰⁾ すなわち、一九九六年の段階で、「性差別事例を審査する基準としては、中間審査か厳格審査かということが、日本の憲法学界では今日争いとなっている⁽³¹⁾」とされていた。

一方、判例は、憲法一四条一項に「列挙された事由は例示的なもの⁽³²⁾」とし、後段列挙事由であるか否かにかかわらず、別異取扱いを正当化するにあたり合理的な根拠が存在するか否かを審査してきた⁽³³⁾。当該審査手法は、より具体的には、立法目的が正当であるか、そしてそのような目的を達成する手段が立法目的に合理的に関連しているかを問うものであるとされる⁽³⁴⁾。合理的な根拠の有無を問う審査手法は、国籍法違憲判決や婚外子法定相続分違憲決定⁽³⁶⁾でも採用されているとされ、これらの判例においては、事柄に応じて慎重な審査がなされた結果違憲という判断が導かれたのであり、判断基準を変えた結果違憲という判断が導かれたわけではないとされている⁽³⁸⁾。

(2) 憲法二五条と憲法一四条の交錯する領域

本判決で正面から争われたのは、社会保障制度における平等の問題であった。この問題については、堀木訴訟上告審判決が判例理論として広く妥当しているとされる⁽³⁹⁾。それゆえ、社会保

障制度で平等が争われた事案は、実質的に憲法二五条の問題として訴訟の解決が図られるということが指摘されている⁽⁴⁰⁾。すなわち、堀木訴訟上告審判決は、障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止規定が憲法一四条一項に違反しないかを判断するに際して、「憲法二五条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱を〔する〕……ときは、……憲法一四条……違反の問題を生じうることは否定しえない」として、別異取扱いに「なんら合理的理由のない不当なものである」か否かという、緩やかな審査を行うにとどめた⁽⁴¹⁾。また、いわゆる学生無年金障害者訴訟上告審判決では、最高裁は堀木訴訟上告審判決を引用し、憲法二五条「の趣旨にこたえて制定された法令において受給権者の範囲、支給要件等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱をするときは別に憲法一四条違反の問題を生じうる」とした。そのうえで、「加入等に関する区別が何ら合理的理由のない不当な差別的取扱であるということもできない」と判断した⁽⁴³⁾。この判決は、堀木訴訟上告審判決の憲法一四条適合性判断と同様、区別について「何ら合理的理由のない不当な差別的取扱い」かどうかによって判断しており、これまでの判例の立場を踏襲するものということがで

「⁽⁴⁴⁾きる」と言われている。したがって、学生無年金障害者訴訟上告審判決は、立法裁量の広範さについてのみではなく、憲法一四条適合性を審査する際にも「堀木訴訟最高裁判決の立場を踏襲する姿勢を見せた⁽⁴⁵⁾」と考えられる。判例によれば、結局、社会保障分野での別異取扱いは、「現在の判例法理が前提とする広範な立法裁量論に、ほぼ吸引されるということが示され⁽⁴⁶⁾」ており、「なんら合理的理由のない不当な」差別的取扱いは許されないと考えられている。

(3) 社会保障制度における性別に基づく別異取扱いに関する裁判例・学説

それでは、社会保障制度における性別に基づく別異取扱いとは、どのような判断がなされてきたのか。労災に関する事例として、外貌醜状判決⁽⁴⁷⁾が挙げられる。当該事案は、業務上の災害により外貌の醜状障害を負ったため労働者災害補償保険法一五条一項の障害補償給付の支給を請求した者に対し、処分行政庁が労働者災害補償保険法施行規則別表第一の定める障害等級表の「外貌の著しい醜状障害」等に該当するとし、併合第一一級に該当するとの処分を行ったことに対して、取消しが求められた事案である。「外貌の著しい醜状障害」に関しては、女性は七級（当

該障害の存する期間一年につき、年額給付基礎日額の二三一分の障害補償年金が支給される）、男性は一二級（給付基礎日額の一五六百分の障害補償一時金が支給される）と定められていた。裁判所は、当該事案を憲法一四条一項の問題と解し（待命処分事件、尊属殺違憲判決を引用）、障害等級表の策定について、障害者保障給付という労働災害保障の性質から、障害等級表の策定は「高度の専門的技術的考察が必要であり」、問題となった別異取扱いにつき、「厚生労働大臣の比較的広範な裁量権の存在を前提に、本件差別的取扱いについて、その策定理由に合理的根拠があり、かつ、その差別が策定理由との関連で著しく不合理なものではなく、厚生労働大臣に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる場合には合意である」と示した。しかし、「行政処分の取消訴訟において、処分の適法性を立証する責任は、基本的に、処分をした行政庁の側にあると解され、本件では、被告が本件処分の適法性を立証しなければならぬ」と立証責任を転換した。そして統計等を用いて踏み込んで審査をした結果、厚生労働大臣が上記のように障害等級表を「策定した」理由に根拠がないとはいえない⁽⁴⁸⁾としつつも、「本件差別的取扱いの程度は、男女の性別によって著しい外ばうの醜状障害について五級の差があり、給付につ

いては、女性であれば一年につき給付基礎日額の「三一」日分の障害補償年金が支給されるのに対し、男性では給付基礎日額の「一五六」日分の障害補償一時金しか支給されないという差がある……本件差別的取扱いの程度については、上記策定理由との関連で著しく不合理なものであるといわざるを得ない」と結論づけた。

外貌醜状障害判決は、当該別異取扱いを憲法一四条プロパーの問題であると捉えた。また、大臣の比較的広範な裁量を認めつつも、立証責任を転換し、かつ、処分行政庁の主張した根拠の有無につき、詳細な検討を加えた。したがって、下級審レベルでは、たとえ社会保障制度に関わる事案であっても、性別に基づく別異扱いが問題となった場合には、憲法二五条の問題として、堀木訴訟上告審判決ほどの広範な⁽⁴⁸⁾(立法)裁量が認められるわけではないのかもしれない。

学説でも、社会保障制度における別異取扱いの問題を解決する局面で、改めて憲法「二五条関連事案において一四条独自の判断枠組みを適用する」⁽⁴⁹⁾ことができる場面があるのではないかということが指摘されている。すなわち、本件で問題となつてゐる性別のような「不変の特性による区別」は、「いかに立法裁量が広く認められている福祉立法であっても、……違憲性の

疑いが強いものとして警戒する必要がある⁽⁵⁰⁾」とされている。また、社会保障分野において性別に基づく別異取扱いがなされる場面では、当該別異取扱いの有する性質によつて、裁判所の審査のあり方が変わり得る局面があるのではないかということも指摘されている。すなわち、ある社会保障制度上の給付が、「①古典的な性別役割分担を前提とするもの、②これまで歴史的に一方の性のものが……が被つてきた経済的困難・不利益を是正ないし保障する目的でなされるもの、③女性の身体的特性等、一方の性に固有の事由に基づくもの」⁽⁵¹⁾のどの類型に当てはまるかにより、裁判所がどの程度「立法内容を慎重に吟味する」⁽⁵²⁾かを定め得ると言うのである。外貌醜状障害判決や上記学説の試みは、「あまりにも緩やかな裁量統制論」⁽⁵³⁾とされる堀木訴訟上告審判決の論理の射程を限定する試みの一つとして位置づけられよう。

2 本判決について

以上が、社会保障制度における性別に基づく別異取扱いに関する問題についてなされてきた議論であったが、本件ではこの問題はどのように判断されたのだろうか。以下、本件各判決(または判決がたどつたと思われる流れ)に沿つて検討する。

(1) 一審と原審の判断枠組みについて

一審では、「憲法一四一条一項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである」という判断が示され、待命処分事件と尊属殺違憲判決が引用された。そして地公災法の規定する遺族補償年金制度の性格から、「具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、上記制度の性格を踏まえた立法府の合理的な裁量に委ねられており、本件区別が立法府に与えられた……裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は……憲法一四一条一項に違反する」とした。また、判旨の「具体的検討」の部分ではあるが、「上記立法の基礎となった社会状況は時代とともに変遷するものでもある上、本件区別の理由は性別という、憲法の定める個人の尊厳原理と直結する憲法一四一条一項後段に列挙されている事由によるものであって、憲法が両性の本質的平等を希求していることは明らかであるから、本件区別の合理性については、憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」と示した。

一審は、立法裁量につき「合理的な裁量」を認め、区別につき「合理的な根拠」を問うた。この判決では、本件年齢要件も、

外貌醜状判決と同様、憲法二五条の問題としてではなく、憲法一四一条プロパーの問題として捉えられたと解される。このことは、一審が、引用された判例のみではなく、「事柄に応じた合理的な根拠(傍点評釈者)」を問う点と、本件年齢要件が「性別という……個人の尊厳原理と直結する……事由による」別異取扱いが問題となっている区別であると理解した点に、端的に示されていると思われる。さらに、憲法二五条や堀木訴訟上告審判決について言及しなかったことから、このような理解が成り立つと考えられる。

これに対し、原審は、堀木訴訟上告審判決の他に学生無年金障害者訴訟を引用する。そして、遺族補償年金制度を「基本的な憲法二五条の趣旨を実現するために設けられた社会保障制度の一環」と位置づけ、「同条の趣旨にこたえて制定された法令において受給権者の範囲、支給要件等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをするときは別に憲法一四一条一項違反の問題を生じ得る」とした。そして、「社会保障給付の必要性の有無・程度に関し国民各自に性別により事実上の差異が存する場合に、受給権者の範囲、支給要件、支給金額等につき上記の事実上の差異に相応して何らかの区別を設ける立法措置を講じるか否か、講じるとして具体的にどのような立法措置を講じ

るかの選択決定をするについても、同様に、立法府の広い裁量にゆだねられて」おり、「憲法二五条の趣旨を実現するために創設された社会保障制度上の法令が受給権者の範囲、支給要件、支給金額等につき区別を設けることは、それが著しく合理性を欠き、何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いであるといえる場合に、憲法一四条一項に違反するものと解すべきである」と示した。原審は、立法裁量につき「広い裁量」を認め、「著しく合理性を欠き、何ら合理的理由のない不当な差別的取扱い」が憲法一四条に違反すると述べた。これは、本件のような性別に基づく事実上の差異に対する別異取扱いであつても、従来の「社会権の問題に付随する形で平等が争われた事案」で示された、憲法二五条の議論に依拠し、緩やかに「合理的理由」の有無を審査するに過ぎないということを述べていると解される。⁽⁵⁶⁾

本件一審は、外貌醜状判決と同様に、堀木訴訟上告審判決を引用せず、憲法一四条プロパーの問題の判断枠組みを用いて事件年齢要件の「合理的な根拠」の有無を審査した。したがって一審判決は「遺族補償年金につき損害賠償（補償）的性格を強調することは、本件を堀木訴訟最判の射程外におく可能性をひら」いたと評価される。このような方法は「判例違反」⁽⁵⁷⁾なのではないかという点が指摘されていたが、一審は本件を、性別

に基づく別異取扱いに関する事例と捉えたのだろう。一方、原審は、本件を判断する際に、従来の憲法二五条の判断枠組みを用いて、性別に基づく社会保障制度における別異取扱い審査を行ったと言えよう。⁽⁵⁸⁾

なお、本件一審判決の評釈では、外貌醜状判決が紹介されることが多いが、両判決の関係は必ずしも明らかではないため、ここで触れておく。確かに、両事案は事案や結論、堀木訴訟上告審判決を引用しないという手法が共通しているのみならず、労災保障で男性が不利に扱われる制度の合憲性が争われたといった点でも共通している。⁽⁵⁹⁾ その意味では、本件一審判決と外貌醜状判決は、立証責任の転換と遺族補償年金制度の性格という異なる論拠を用いながらも、共に、堀木訴訟上告審判決の射程を挟めようとした判決であるように見えるかもしれない。しかし、両判決の審査の内容から、本件一審判決は、外貌醜状判決とは異なる理解をされるべきように思われる。すなわち、外貌醜状判決は「大臣の比較的広範な裁量」を認め、「差別が策定理由との関連で著しく不合理なもの（傍点評釈者。以下同様）」ではないかが問われると示した。実際、結論の決め手は別異取扱いの程度が「策定理由との関連で著しく不合理なものである」といわざるを得ない」ということであつた。一方、本件一審は

「立法府の合理的な裁量」が認められ、「区別をすることに合理的な根拠が認められ」るかを問うている。また、本件年齢要件が性別に基づく区別であることから、「不断に検討され、吟味されなければならない」とも示した。したがって、外貌醜状判決が実質的に緩やかな審査をしたのに対し、本件一審は、憲法一四条プロパーの問題と同様に、本件年齢要件の区別の合理性を問題とし、かつ性別に基づく別異取扱いという「事柄に応じた」吟味を要求したという大きな相違点が存在する。両判決は、憲法一四条適合性審査を行なったが、審査の厳格度という点で大きく異なるものであると考えられる。本件一審判決も、外貌醜状判決と同様に堀本訴訟上告審判決の射程を限定するが、後者の裁判例よりもむしろ、立法内容を詳細に吟味するという手法を採ったという意味において、学説の新たな試みに近いものであると言えよう（↓21（3））。

（2）遺族補償年金制度の性格の理解について

①従来の理解

一審と原審は、以上のように、採用した判断枠組みが異なっている。すなわち、一審が本件を憲法一四条プロパーの問題が争われた事案と捉えたのに対し、原審は憲法二五条の問題に関

する一四条適合性が問題になった事案と捉えたのである。その理由としては、後述の通り、遺族補償年金制度の性格の理解が異なった点が挙げられる⁽⁶³⁾。したがって、以下では、判決の判断枠組みの前提として語られた遺族補償年金制度の性格について検討する。

本件で問題となった地公災法に基づく遺族補償年金制度は、公務員の災害補償法制度の一つに位置づけられ、「公務員災害補償法制も基本的には労災保険制度と軌を一にする」と⁽⁶⁴⁾考えられている。したがって、地公災法の規定する遺族補償年金制度の性格を検討する際には、民間の労災保険制度の性格についての議論を参照して論ぜられている⁽⁶⁵⁾。

労災保険制度の性格については、学説上対立が存在するが、純粹な損害賠償であるという解釈はなされておらず、「一般的な社会保険と損害賠償との中間に位置する補償システム」として損害賠償・社会保障の両性格を併有する制度⁽⁶⁶⁾、もしくは社会保障の性格が主たる性格である制度と解されているようである⁽⁶⁷⁾。したがって、本件で問題となった遺族補償年金制度の性格についても解釈が分かれ、損害賠償・社会保障の両性格を併存させていると解する見解も存在する⁽⁶⁸⁾が、その立法経緯、「遺族補償年金受給要件を定める規定及び遺族補償年金受給権消滅事

由を定める規定の趣旨からも、基本的に社会保障制度の性格を有する⁽⁷²⁾ものとされ、社会保障の性格が主たる性格であると解する見解も存在している。⁽⁷³⁾行政解釈では、「災害補償制度は、……被用者がその業務を通じて災害を受けた場合に、使用者がその責任において被用者の受けた損害を填補する一種の損害賠償制度であり、いわゆる社会保障制度とは一線を画する⁽⁷⁴⁾」とされている。また、裁判例では、労働者災害補償保険は「社会保障制度の一環たる性質を有する⁽⁷⁵⁾」との判断が示されていた。

② 本件で示された各判決における理解

一番は、「遺族補償年金の法的性質」を探るにあたって、地公災法の規定する災害補償制度の性質を検討の出発点とする。すなわち、「地方公務員災害補償制度は、損害賠償との調整規定が置かれている上、……同一の事由により他の社会保障給付をも受給できる場合においても、併給が禁止されておらず、少なくとも調整前の遺族補償年金額の八割以上の額の支給を受けることができること……など、一種の損害賠償制度の性格を有しており、純然たる社会保障制度とは一線を画するものであることは否定できない」。しかし、遺族補償の年金化や、「他の社会保障的性質を有する年金給付との間に調整規定が置かれていることなど」に鑑みると、「遺族補償年金制度には被告らが主

張するように社会保障的性質をも有することは否定できない」とし、「そのような性質を有する遺族補償年金制度につき具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、上記制度の性格を踏まえた立法院の合理的な裁量に委ねられており、本件区別が立法院に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、憲法一四一条一項に違反するものと解するのが相当である」とした。

このような判断に対し、原審は、遺族補償年金の性質を検討の出発点とした。すなわち、「地公災法の定める遺族補償年金は、職員の死亡により扶養者を失った遺族の被扶養利益の喪失を填補し、遺族の生活を保護することを目的とするものであり、基本的に社会保障制度の性格を有するというべきである。それは、基本的に憲法二五条の趣旨を実現するために設けられた社会保障制度の一環であるといえる」と判断した。一番の言う「その損害補償という性格は従たるものとどま」とされたのである。そして原審は遺族補償年金制度を「基本的に社会保障制度の性格を有する」と認定した上で、堀木訴訟上告審判決が展開したような定式を述べた。このように、一番と原審は、遺族補償年金制度の性格を理解する際の出発点が異なり、そのために

制度の性格理解が異なり、採用された判断枠組みの違いが導かれたと考えられる。

(3) 最高裁の判断枠組みについて

それでは、本判决では、どのような判断枠組みが採用されたのだろうか。以下のような理由から、最高裁は原審と同様、憲法二五条の問題に依拠した一四条適合性についての判断枠組みを採用したと考えられる。

考察の端緒となり得るのは、本判决で適用された判例理論であると思われるため、確認すると、本判决では、待命処分事件判決と堀木訴訟上告審判決が引用判例として挙げられている。前者が憲法一四条についての、後者が憲法二五条にまつわる判例と考えられる。なぜなら、待命処分事件判決は「合理的な根拠があれば、別異取扱いも正当化されるという……現在に至るまでの別異取扱いの正当化審査に関する指導的判例」⁽⁷⁸⁾であると位置づけられているからである。したがって、最高裁の採用した実質的な判断枠組みを検討するためには、堀木訴訟上告審判決の判例理論に着目する必要があるだろう。

以上のことを確認した上で、本判决の示した判断を検討する。本判决は、遺族補償年金制度を「憲法二五条の趣旨を実現する

ために設けられた社会保障の性格を有する制度」であると位置づけた。その上で、学生無年金障害者訴訟上告審判決を引用しながらも、原審と同じく、堀木訴訟上告審判決の「趣旨に徴し」、簡潔に合憲という結論を下した。これらの点に鑑みると、最高裁も、原審と同様に、本件を社会保障制度における別異取扱いをめぐる問題として捉えたということが推測される⁽⁷⁹⁾。最高裁は、遺族補償年金制度について、「憲法二五条の趣旨を実現するために設けられた社会保障の性格を有する制度」と述べたに過ぎない。したがって、最高裁が遺族補償年金制度に損害賠償の性格を認めているかは、明らかではない。損害賠償的な性格の有無にかかわらず、社会保障の性格を有する制度の受給要件に関する問題であれば、憲法二五条の問題として解決するということであろうか。

(4) 社会的状況⁽⁸¹⁾

不明確な点に残るものの、以上のような判断が、本判决の合憲判断の背景にあったと思われる。以下では、各判決の考慮要素を概観した後、最高裁が審査した社会的状況について検討する。

本件一審では、まず、「本件年齢要件を含む年齢要件は、

……立法当時の社会情勢や財政事情等を考慮して、職員の死亡により被扶養利益を喪失した遺族のうち、一般的に就労が困難であり、自活可能ではないと判断される者に遺族補償年金を支給するとの目的の下に、そのようなものを類型化するための要件として設けられたものであり、「法が遺族補償年金の受給権者にこのような要件を設けたこと自体は合理的なものといえ」という判断が示された。この部分は、就労が困難で自活が難しい者に対して遺族補償年金を支給するという目的と、この目的を達成するために自活が困難である者を要件として類型化することが合理的であることを指摘していると解される。次に、この「立法の基礎となった社会状況」として、「地公災法が立法された昭和四〇年代には、妻について……類型的に生計自立の能力のない者として……遺族補償年金の受給権者としたことには、一定の合理性があった」と認める。そして「女性の社会進出が進んで共働き世帯が一般的な家庭モデルとなった今日においても、女性の方が、男性に比べて、依然として、賃金が高く、非正規雇用の割合が多いなど、就労形態や獲得賃金等について不利な状況にあることは明らかであり、……本件区別の前提となった立憲事実の一部は以前継続している」とする。この部分は、本件年齢要件が設けられた当時の立憲事実と、本

件各処分当時の立憲事実の変遷の有無を検討していると解される。そして検討の結果、「男女間の就業形態や収入の差については、あくまでも相対的なものであるし」、平成一〇年以降の男性の完全失業率の高さや母子家庭でも八割以上の母親が就業できていることから、「本件区別のように、死亡した職員の遺族である五五歳以下の配偶者において、妻を一般的に就労が困難である類型にあたるとして、男女という性別のみにより受給権の有無を分けることの合理的な根拠になるとはいえない」とした。

原審もまず、遺族補償年金の受給要件が定められた目的を画するところから審査を始める。すなわち、「地公災法三二条一項は、遺族補償年金の受給要件について定めているところ、その趣旨は、遺族補償年金が、職員の死亡により扶養者を失った遺族の被扶養利益の喪失を填補し、遺族の生活を保護することを目的とするものであることから、受給権を有する遺族の範囲を職員の死亡の当時その収入によって生計を維持していた者に限定し、さらに、死亡職員の収入によって生計を維持していた者のうち、『一般的に独力で生計を維持することが困難であるもの』に対して遺族補償年金を支給することにより喪失した被扶養利益を填補してその生活を保護することとしたものであ

る。」「そして、妻以外の遺族……については、一定の年齢（六〇歳以上若しくは一八歳未満）に該当する場合又は一定の障害の状態にある場合……のいずれにも該当しない者については、『一般に独力で生計を維持することが困難である』とは考えられない。」「一方、妻については、一般的に就労が困難であることが多く、就労している労働者においても、男女間の賃金格差が大きく、女性 は 男性 と 比 べ て 著 し く 賃 金 が 低 い と い う 事 情 が 認 め ら れ 、 社 会 的 実 態 と し て 、 そ の 年 齢 に か か わ ら ず 、 職 員 で あ る 夫 の 収 入 に よ り 生 計 を 維 持 し て お り 、 夫 の 死 亡 に よ り 、 妻 が 独 力 で 生 計 を 維 持 す る こ と が 困 難 と な る 場 合 が 多 い と 考 え ら れ た こ と か ら 、 年 齢 を 問 わ ず 『 一 般 に 独 力 で 生 計 を 維 持 す る こ と が 困 難 で あ る 』 と 考 え ら れ る と し て …… 年 齢 を 問 わ ず 遺 族 補 償 年 金 を 受 給 で き る と し た も の で あ る 』。 原 審 も 、 独 力 で 生 計 を 維 持 す る こ と が で き な い 者 に 遺 族 補 償 年 金 を 支 給 し 、 そ の た め の メ ル ク マール と し て 、 独 力 で 生 計 を 維 持 す る こ と が 困 難 な 者 を 類 型 化 す る こ と を 認 め た と 解 さ れ る 。 次 に 、 地 公 災 災 法 制 定 『 当 時 の 社 会 情 勢 』 で は 、 女 性 の 就 労 が 困 難 で あ っ た こ と や 妻 の 家 庭 責 任 の 重 さ 、 男 女 間 の 賃 金 格 差 が 大 き か っ た こ と か ら 、 『 妻 に つ い て 、 年 齢 を 問 わ ず に 『 一 般 に 独 力 で 生 計 を 維 持 す る こ と が 困 難 で あ る 』 と 認 め て 、 遺 族 補 償 年 金 を 受 給 で き る も の

とするが、夫については、……一定の年齢に該当する場合に遺族補償年金を受給できるものとし、遺族補償年金の受給要件につき本件区別を設けることについて、合理性を欠くものであったとはいえない」とした。また、今日においても、「女性（特に、配偶者を有する者）の労働力率は、男性よりも相当低」く、非正規雇用の割合や賃金についても男女間の格差が大きい。そして「専業主婦の世帯数は、専業主夫の世帯数よりはるかに多い」。したがって「これらの事情からすれば、今日の社会情勢の下においても、妻については、年齢を問わずに『一般に独力で生計を維持することが困難である』と認めて、遺族補償年金を受給できるものとする」が夫には本件年齢要件を課すという区別について「合理性を欠く」ということはできず、両者の「区別は、……何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いである」ということはできない」とした。

最高裁は、妻の社会的状況について、男女の労働力人口の割合の違い、賃金の格差、雇用形態の違い等を考慮しており、基本的に原審の判断で挙げられた数値を用いている。このことから、最高裁は「高裁判決で詳しく述べられた統計などの結果を踏まえつつ」判断したとされる。⁽⁸³⁾そして最高裁は、これら数値に鑑み、「妻について一定の年齢に達していることを受給の要

件としないことは、上告人に対する不支給処分が行われた当時においても合理的な理由を欠くものということはできない」と判断した。

実際の統計上の数値を用いて判断する手法は、「詳細に社会状況に踏み込んで」⁽⁸⁴⁾判断していると評価される。したがって、本件で示された三つの判決では、社会的状況がどれも詳細に検討されている(もしくは、詳細な検討を前提とした判断である)⁽⁸⁵⁾とさえよう。

(5) 結論を分けたもの

学説においては、本件年齢要件のように、「現実の社会・経済の状況等からみて男女間に現に異なるニーズが存在すると認められる場合、社会保障制度における男女の異なる取扱いは、合理的な理由のある取扱いであり憲法一四条に反しない」と判断されることが指摘されている。⁽⁸⁷⁾また、本判決の「匿名コメント」でも「原判決が提示する男女間における労働力率の違い、平均的な賃金額の格差及び一般的な雇用形態の違い等に鑑みれば、……妻の置かれている社会的状況が依然として不利益な状況であることは否定し難く……審査の厳格さについて論ずることなく」⁽⁸⁸⁾規定が合憲であると判断したとされている。このよう

に、厳格な審査が行われても合憲という結論が導かれるのであれば、判断枠組みの相違が一审と原審及び最高裁との結論を分けたわけではないようにも思われる。実際、結論を分けたのは、「事実の変化の程度に対する評価の違い」⁽⁸⁹⁾であつたという指摘もある。しかし、この評価を分けた根底には、判断枠組みの相違が存在しており、現実の社会的状況の評価に対する違いのみが結論を分けたのではないと考えられる。

本件一审と原審及び最高裁が挙げた社会的状況について比較すると、一审は、①男女間の就業形態や収入の差、②完全失業率の差(平成一〇年以降男性の方が高いこと)、③母子家庭における就業率、④家庭責任(核家族化により、妻が死亡した夫は「それまで妻が担っていた家庭責任を……担わざるを得」ず、「遺族たる配偶者が担うべき家庭責任の程度に違いはない」こと)、⑤社会保障立法において女性を優遇する制度を改正し、各種制度が男女平等へ向かっていること等を、社会状況として認定する。一方、原審は、女性の労働力率、就業形態や収入の差、専業主婦と専業主夫の世帯数の差を挙げる。最高裁も、男女の労働力人口の割合の違い、賃金の格差、雇用形態の違い等を考慮する。確かに、本件各判決で認定された社会的状況の項目は、相違する部分も存在している。しかし、判断を示すに当

たつて決定的な項目と考えられる男女間の社会的状況の差異を比較する際の項目は重なっている。すなわち、本件各判決はどれも、労働力人口の割合の差、賃金額の差、雇用形態の違いから、配偶者のうち男性よりも女性の方が不利な社会的状況に置かれていると示している。したがって、本件各判決で用いられた指標は、基本的に重なっていると評価することが可能である。⁽⁹⁾ 以上のように、結論の相違する一審と原審及び最高裁の認識する社会的状況は、大きく相違するわけではないと解される。

それでは、同じような数値の評価を分けた原因は何か。この点、原審と最高裁は、現実を生じている事実上の差異から、本件年齢要件という別異取扱いに合理的な理由が存在すると認めた。このことから、原審と最高裁は、性別に基づく事実上の差異が存在していることを前提に、この差異を補う社会保障制度には「合理的理由」が認められると考えたと見えよう。一方、一審はどうか。一審も、程度の差であるとはいえ「今日においても、女性の方が、男性に比べて、依然として、……就労形態や獲得賃金等について不利な状況にあることは明らか」と評価している。しかし、一審は、このような性別に基づく事実上の差異が存在することを認めつつも、女性の社会進出の結果、そのような差異が「男女という性別のみにより受給権の有無を分

けることの合理的な根拠になるとはいない」とした。一審のこの評価は、原審や最高裁が合理的理由となり得ると評価した事実上の差異が、一審の言う「合理的な根拠」たり得ないことを示していると解される。それでは、なぜ一審は事実上の差異を合理的な根拠となることを認めなかったのか。それは、結局、一審は、「本件区別の理由は性別という、憲法の定める個人の尊厳原理と直結する憲法一四条一項後段に列挙されている事由によるものであって、……本件区別の合理性については、憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」という、憲法一四条プロパーの問題のうち、性別という「事柄の性質に応じた」不断の検討・吟味が必要という判断に基づいたものと考えられる。

以上のように、一審は、本件年齢要件を憲法一四条プロパーの問題として捉えた結果、本件を性別に基づく別異取扱いが問題となった事案であり、そのような区別は本件各処分当時には合理性が失われたと判断したと解される。しかし原審と最高裁は、本件を憲法二五条と憲法一四条の交錯する領域の問題と捉えた結果、本件は未だ性別に基づく事実上の差異が存在しており、本件年齢要件はそのような差異を補うための措置が問題となった事案であり、実際にそのような社会的状況は継続してい

るのだから、そのような別異取扱いには合理的な理由があると判断したと解される。そうであるならば、採用された判断枠組みの相違が合理的な理由の有無の判断を分け、その帰結として結論が分かれたと言える。したがって、現実の社会的状況の評価に對する違いのみが結論を分けたのではない。

三 分析と評価

1 問題点

本判決は、以下の点で問題を有している。まず、判断枠組みについては、憲法二五条と憲法一四条が交錯する領域における従来の判例に對する批判⁽⁹¹⁾が妥当する。次に、社会的状況の評価については、どの程度状況が変化すればいいのかという点が不明確である⁽⁹²⁾。さらに、原審と最高裁の指摘した社会的状況は、妻に年齢要件を課さないことの合理性であつて、本件で本来証明されるべきであつた男性の自活可能性を論証するものではない⁽⁹³⁾。そして、本判決もまた、原審と同様に、性別に基づく區別自体が合理的か否かという点を論証していない。つまり、一審も含め、本件で示された各判決が認めるように、性別によつて経済的な差異が存在していることは確かである。しかし、そのことは、性別という徴標が自活可能性判断に有用であること

を意味しないのではないだろうか。本判決はこれらの論証をしていない点にも、問題がある。

2 立法裁量の広狭と社会的状況審査の関係について

本件で示された判断については、いわゆる憲法訴訟論が展開してきた議論と整合しない部分が存在する。憲法訴訟論では、従来、違憲審査基準や立法裁量の広狭と、裁判所が事実をどの程度審査するかという点を連動して論じてきた。例えば、広範な立法裁量を認める緩やかな審査基準が採用された場合、裁判所は、「立法事実の審査に踏み込まない⁽⁹⁴⁾」とされる。しかし、合理的な範囲での立法裁量を認めた一審も含め⁽⁹⁵⁾、原審も、社会的状況の認定につき原審に追隨したとされる最高裁も、本件では詳細な立法事実の検討を行ったと指摘されている。本件に引きつけて述べるならば、従来は立法事実を詳細に検討することが審査の厳格度を高めると考えられてきたにもかかわらず、原審と最高裁が立法府の広範な裁量を認め緩やかな審査を行った一方で詳細に立法事実を検討したことになる。このような齟齬を、どのように考えるべきであろうか。これらは連動する関係にあるのだろうか。

あり得る一つの可能性は、本件原審は（または最高裁も）、

事実上の差異が存在し、それを取り除こうとする措置に基づく区別の合理性については、一定程度審査をすることができると考えているというものである。すなわち、確かに、原審は社会において今尚残存している性別に基づく事実上の差異について、それを是正するか否か、是正するとして、性別を標識として、受給権者の範囲や支給要件、支給金額等につきどのような定めを置かうという二点につき、立法府の広い裁量に委ねられるとする。しかし、ここで言われる立法裁量は、広範なものではあれ、平等原則などの「憲法上の諸規定……による羈束を受ける」⁽⁹⁶⁾。つまり、平等原則が立法裁量のある程度統制することとなるのである。したがって、裁判所は、当該立法措置を講ずる前提となった性別に基づく事実上の差異の存否自体や、立法措置の結果生ずる区別の程度が甚だしいか否かなどにつき、審査することができる。そのため、本件では、今尚残存している性別に基づく事実上の差異を除こうとする立法措置を講ずる前提となった事実上の差異が存在するか否かという点について、裁判所がある程度踏み込んで審査することができるということになる。以上のように読むことができるならば、原審が広い立法裁量を認めつつ、社会情勢の詳細な検討により、本件各処分當時に性別に基づいて事実上の差異が存在するか否かを検討し

たことは、両立し得るだろう。⁽⁹⁷⁾とはいえ、一步踏み込んで検討するならば、仮に裁判所がこのように考えていたとしても、それではなぜ、その他の点——是正する際の程度や、具体的なメルクマール等——については、「性別により事実上の差異が存在する場合に〔講じられる〕立法措置」に基づく区別の合理性が、「著しく合理性を欠く」か否かといういわゆる緩やかな審査を含めて検討されるのかという点が、次に、問題となる。

この点については、原審が、本件は女性が不利な社会情勢を「是正する」⁽⁹⁸⁾措置であるため、そのような立法措置の合憲性をあえて緩やかに審査したと考えた可能性がある。

もしかすると、原審は、一番の示した違憲判断を覆すという目的で、同じような数値を用いて合憲という結論を導いたのかもしれない。このような理由に基づくのであれば、原審は、一審の認定した現状を以ってしてもなお、今日でも社会情勢に差異が残っていることを重視し、合憲という判断を示したことになる。⁽⁹⁹⁾ そうだとすれば、立法裁量の広狭と審査の厳格度、社会情勢の検討の程度は連動しないこととなる。しかし、仮にこのような目的で立法事実を詳細に検討したのであれば、そのような理由に基づいて書かれた原審判決を理論的な枠組みで捉え切ることが困難であるのは、ある意味当然のことのようにも思

われる。何れにせよ、従来から学説で唱えられてきた違憲審査基準や立法裁量の広狭の議論と、裁判所の審査の厳格度の関係の議論では、原審で示された判断を理解することは困難であると思われる。原審判決をどのように解釈すべきかという点は、今後の検討課題として残されている。

3 違憲判断後の事案処理について

本件年齢要件については、地裁が違憲判断を示した。これに対して原審と最高裁は合憲であると示したため、地公災法三二条一項を違憲とした場合の後処理は問題とならなかった。しかし、本件で争われた規定が違憲であったとしても、必ずしもXへの本件各処分が取消され得るわけではないだろう。なぜなら、配偶者のうち夫に対してのみ年齢要件を課することが差別であったとしても、妻にも年齢要件を課すことも平等は達成されるからである。⁽¹⁰⁾この点、一審判決の指摘する、夫についての家庭責任の部分の記述が参考となる。すなわち、処分行政庁は「本件年齢要件の合憲性の根拠として、妻の方が……家庭責任の比重が重いことも挙げるが、……今日では、核家族化が進行しているとの指摘がなされていること……に照らすと、妻が死亡した場合、遺族である夫は、それまで妻が担っていた家庭責任を

……担わざるを得ない状況になると解され……夫が死亡した場合と妻が死亡した場合とで遺族たる配偶者が担うべき家庭責任の程度に違いはない。かえって、妻の死亡により家庭責任が増大した結果、遺族である夫が、従前と同程度の収入を得ることが難しくなる場合すらあり得る」とする。この論理からは、一審は、夫が死亡した妻だけではなく、妻が死亡した夫についても、自活可能性が失われていると考えているように思われる。そのため、一審は、妻についても本件年齢要件を課するという方向での平等の達成ではなく、夫にも本件年齢要件を課さないという事案処理方法を選択したと思われる。⁽¹¹⁾

4 射程と残された課題

本判決は、本件各処分時には「妻の置かれている社会的状況」から、地公災法三二条一項ただし書と附則七条の二第二項が配偶者のうち夫にのみ年齢要件を課すことは憲法一四一条一項に反しないと判断した。射程については、最高裁の判断枠組みが明示されていないため画することが難しいが、おそらく、妻について年齢要件を課さない、遺族補償年金制度を定める労働者災害補償保険法一六条の二第一項一号や国家公務員災害補償法一六条一項一号などの類似の制度については、影響を及ぼし得る

ように思われる。⁽¹⁰⁾

今後、学説は、憲法二五条と一四条の交錯が問題となる領域を改めて論ずる必要があるように思われる。既に述べたように、学説では、堀木訴訟上告審判決の広範な立法裁量が問題視されており、当該判決で認められた立法裁量を画するべく、区別事由や別異取扱いの有する性質に応じて、裁判所はより厳格に審査すべきという議論がなされている。この動きは、克服すべき判例として堀木訴訟上告審判決を位置づけ、本件事案と堀木訴訟上告審判決の違いに着目しようとする社会保障法学の見方と共通している。⁽¹⁰⁾したがって、社会保障法学（や労働法学）⁽¹⁰⁾とより一層連携し、いかにして立法裁量を狭めることができるか、議論していく必要があるだろう。また、平等に関しては、別異取扱いの結果、どのような差異が生ずるに至ったかという点も、結論に影響する。したがって、社会保障制度が複雑であること⁽¹⁰⁾を踏まえ、憲法学では特に、個々の制度や問題となった事案で具体的に生じる差異も意識しつつ、検討する必要があるように思われる。本件に即して言うならば、例えば「一 前提——地公災法の規定する遺族補償制度について」の部分で指摘した、問題となった制度の具体的な相違点を踏まえた議論をしなければならぬということになる。本件では確かに、遺族補償一時

金と遺族補償年金の間の差異は、少なくとも外貌醜状判決で違憲とされた差異ほど著しいものではなかったと言える。しかし、一審が指摘するように、本件は受給要件についての別異取扱いであり、「受給権の有無を分けるような差別的取扱い」はもはや立法目的との間に合理的関連性を有しない」という判断も、当然成り立つだろう。

おわりに

本件年齢要件は以上のように、本件各処分当時には合理的な理由を欠くとはいえないとされた。それでは、このような最高裁の判断は、当該規定（や類似の規定）について、改正を加える必要は全くないということを意味するのだろうか。最高裁の示した「今日においても合理性を欠く」ということはできない」という文言をどのように考えるかが問題となる。この文言からは、「妻の置かれていた社会的状況」が変わったと裁判所が考える（あるいは既に変わった）時点で、当該規定の合理性は失われる可能性があることが示唆されていると解されている。⁽¹⁰⁾

なお、地公災法の定める遺族補償年金制度に関しては、本件では問題とならなかった点についても、妻とそれ以外の遺族との別異取扱いについて問題点が存在することが指摘されている。

例えば、地公災法三三條四項は、遺族補償年金を受ける権利を有する妻にその者と生計を同じくしている他の遺族で遺族補償年金を受けることができるものがない場合に、五五歳以上の者または年齢に関係なく、総務省令で定める障害の状態にある妻について、年金額を加算すること⁽¹⁰⁾を定めている。この加算がいかなる理由に基づいてなされているのか、そして妻以外の遺族との別異取扱いに問題は生じないのか、議論する余地がある⁽¹⁰⁾。

また、立法当時はともかく、少なくとも現在（本件各処分當時）、自活可能性を判断する際に、性別によつて判断するよりもより良く機能するメルクマールが存在していることは否定できない。地公災法が既に規定している、遺族の障害の有無はもとより、子や介護者の有無が自活可能性に大きな影響を与えるであろうことが指摘されている⁽¹⁰⁾。確かに、性別をメルクマールとして、不利に扱われてきた集団に対して何らかの優遇措置を行うことは、社会において平等を達成する有効な手段の一つであると言うことができる。しかし、社会保障制度による優遇措置は、金銭などの手段を通じて個人のライフスタイルを大きく左右する力を持っている。そしてそのような優遇措置が存在することにより、ライフスタイルについての大きな決断を未だ行

なっていない個人についても、どのような生き方を選択するかということの規定する側面がある⁽¹¹⁾。また、優遇措置の恩恵を受けるという選択をした者と比較して、そのような措置の恩恵を受けない生き方を選んだ者に対して、適切な評価がなされるかという問題もある⁽¹¹⁾。そして優遇措置が存在すること自体が、実は不利に扱われてきた集団が劣った者であるという「優遇ステイグマ論⁽¹²⁾」を惹起することも指摘されている。これらの点に鑑みるならば、性別で自活可能性を論ずるという措置が果たして適切な方法なのか、再度問題となるだろう。

また、性別に基づいて自活可能性を論ずる以上、妻以外の女性、つまり死亡職員の母、祖母と自活可能性の関係をどのように考えるべきかという問題も残されている。「一般に、年齢の高い新規参入者は、労働市場における競争では不利な状況にある⁽¹³⁾」ならば、死亡職員の妻よりも、その母や祖母をこそ、保護する必要性が高いだろう。この点に関して、処分行政庁側は、「女性が就労しにくいこと、特に、妻については、家庭責任がより重くかかっている⁽¹⁴⁾」ことを理由に、地公災法制定当時から現在に到るまで、妻に手厚い保護を行っていると語っている⁽¹⁵⁾。したがって、当該制度は実は「伝統的に認められてきた妻の内助の功を高く評価する……性別役割分業の根底にある家族イデ

オロギーないし社会規範「を」保護¹⁶⁾するシステムなのではないかと指摘されている。このようなシステムではないという積極的な理由づけが待たれる。

社会保障制度を現実のニーズに合わせて社会的に不利な立場にある者を援助しようとする制度と理解するならばなおさら、社会保障を与えるグループとそれを与えないグループについての区別が現実在即して行われているのか、その区別がどのような国民に受け取られているのかなどを、不断に、そして詳細に検討する作業が重要となってくる。今後着手される社会保障制度改革の議論は、このような観点からも検討されるべきである。¹⁷⁾ 検討の際には、より良い社会保障制度、社会保障制度をどのような制度と位置づけるのか、そしてどのような制度が平等と言えるのかということも視野に入れる必要があるように思われる。

- (1) 以下、問題となった事案を「本件」、本件で示された一審、原審、最高裁の判決をまとめて「本件各判決」、本件について示された最高裁判決を「本判決」という。
- (2) なお、本件年齢要件は、地公災法附則七条の二第二項により、「当分の間」五五歳以上とされている。
- (3) 一審の評釈として、中曽久雄「判批」愛媛大学教育学

部紀要六三卷(二〇一六年)二四三頁以下、菊池憲久「判批」行政判例研究会編『平成二五年行政関係判例解説』(ぎょうせい、二〇一五年)八九頁以下、菊池馨実「判批」週刊社会保障二七六号(二〇一四年)三三頁以下、倉田原志「判批」法律時報八七巻五号(二〇一五年)一四四頁以下、嵩さやか「判批」判例時報二二三八号(二〇一五年)一四八頁以下、下川和男「判批」民主法律二九三号(二〇一四年)八九頁以下、同「判批」民主法律時報四九九号(二〇一四年)三頁以下、同「判批」賃金と社会保障一六〇九号(二〇一四年)四二頁以下、「労働判例セレクト」労政時報三八六号(二〇一四年)一〇頁以下、白川泰之「判批(その一)」「(その四)」週刊社会保障二七六四号六三頁、二七六五号六三頁、二七六六号六三頁、二七六七号(いずれも二〇一四年)六三頁、長岡徹「判批」新判例解説 Watch 一五号(二〇一四年)一九頁以下、川久保寛「判批」季刊社会保障研究五〇巻三号(二〇一四年)三五二頁以下、常森裕介「判批」賃金と社会保障一六一二号(二〇一四年)五三頁以下、西和江「判批」季刊労働法二四六号(二〇一四年)一一四頁以下、長尾英彦「判批」中京法学四九巻一・二号(二〇一四年)八七頁以下、大林啓吾「判批」平成二五年度重要判例解説(二〇一四年)一九頁以下、夏井高人「判批」判例地方自治三七七号(二〇一四年)一〇〇頁以下

等がある。なお参照、西原博史・石川夏子他「立法裁量領域における憲法上の権利」Law and Practice [早稲田大学大学院] 九号(二〇一五年)六七頁以下。

- (4) 原審の評釈として、鈴木和孝「判批」行政判例研究会編『平成二七年行政関係判例解説』(ぎょうせい、二〇一七年)五四頁以下、河谷はるみ「判批」九州看護福祉大学紀要一七巻一号(二〇一六年)、佐々木くみ「判批」平成二七年度重要判例解説(二〇一六年)一六頁以下、笠木映里「判批」ジュリスト一四九六号(二〇一六年)一〇三頁以下、中川純「判批」論究ジュリスト一六号(二〇一六年)九四頁以下、坂井岳夫「判批」岩村正彦編『社会保障判例百選(第五版)』(有斐閣、二〇一六年)一四頁以下、志水崇通「判批」民事研修七〇六号(二〇一六年)三七頁以下、笹沼朋子「判批」愛媛法学会雑誌四三巻一・二号(二〇一六年)一〇一頁以下、尾形健「判批」社会保障法研究六号(二〇一六年)一六九頁以下、常森裕介「判批」社会保障法研究六号(二〇一六年)一九一頁以下、江口隆裕「判批」社会保障研究一卷二号(二〇一六年)四六五頁以下、山口浩一郎「判批」季刊ろうさい二七号(二〇一五年)一四頁以下等がある。
- (5) 本判決の評釈としては、浅野博宣「判批」平成二九年度重要判例解説(二〇一八年)一四頁以下、倉田原志「判批」判例時報二三七一号(二〇一八年)一四八頁以下、

松本和彦「判批」法学教室四四二号(二〇一七年)一二四頁、稲森公嘉「判批」論究ジュリスト二二号(二〇一七年)一八〇頁以下、西出恭子「判批」Libra 一七巻八号(二〇一七年)三四頁以下、信澤久美子「判批」判例地方自治四二二号(二〇一七年)一〇六頁以下、濱口晶子「判批」法学セミナー七五一号(二〇一七年)一一六頁、吉武啓次「判批」地方公務員月報六四七号(二〇一七年)一八頁以下等がある。

- (6) 参照、倉田・前掲注(5) 一四八頁。

(7) このような家族の姿が時代・地域を超えて普遍的なものではないことについては、例えば参照、杉本貴代栄編著『女性学入門(改訂版)』(ミネルヴァ書房、二〇一八年)三九頁以下(杉本貴代栄執筆担当)。武石恵美子『雇用システムと女性のキャリア』(勁草書房、二〇〇六年)二〇頁は、産業化によって性別役割分業が進み、「第一次産業が主体の産業構造」だった「一九五〇年代、六〇年代の日本の女性労働力率は、当時すでに産業化が進んでいた欧米諸国に比べると高水準であった」とする。

(8) これら退職制度が男女間の格差と認識されていることは周知の事柄であろう。例えば参照、住友セメント事件(東京地判昭和四二年二月二〇日判例時報四六七号六頁)。

- (9) 笹沼・前掲注(4) 一〇一頁。

- (10) このような動きは、女性の社会的な地位の向上だけではなく、男性の経済的な困窮が理由となっている部分もある。例えば参照、『平成二九年度版厚生労働白書』六七頁。
- (11) 稲森・前掲注(5) 一八〇頁。
- (12) 参照、稲森・前掲注(5) 一八〇頁。
- (13) 参照、渡辺康行「憲法判例の動き」平成二七年度重要判例解説(二〇一六年)三頁。
- (14) 社会保障の区別事由に関する判例としては、加入資格、受給資格、経済状況、国籍を問題とするものが多く、性別に基づく判例は多くはないことが指摘されている。参照、坂井・前掲注(4) 一五頁。
- (15) 浅野・前掲注(5) 一四頁。
- (16) なお、その際に、妻と夫の区別を問題としたのか、妻と妻以外の遺族の区別を問題としたのか、明示していない。参照、松本・前掲注(5) 一二四頁、浅野・前掲注(5) 一五頁。
- (17) 遺族特別支給金、遺族特別援護金とは、遺族補償年金又は遺族補償一時金の受給権者に支給される一時金を指す。具体的な支給額は「受給権者の区分に応じて」異なるが、本件(平成二二年度)X(死亡した遺族の配偶者)の場合、年金受給権者であっても一時金受給権者であっても、遺族特別支給金として三〇〇万円、遺族特別援護金として一八六〇万円が支給されることとなる。この点、笹沼・前掲注(4) 一〇四頁注二の「遺族特別支給金等……の金額は、年金受給者に比較して低額になる」との指摘が常に当てはまるわけではない。遺族特別支給金、遺族特別援護金、後掲注(18)で述べる遺族特別給付金の実際の支給額(平成二二年度)については、平成三〇年度と同額である旨地方公務員災害補償基金に確認し、内部資料をいただいた。記して感謝する次第である。
- (18) 遺族特別給付金は、遺族補償年金受給権者には年金として、遺族補償一時金受給権者には一時金として、それぞれの支給額の五分の一を上限として支給される制度である。参照、地方公務員災害補償基金『災害補償のしおり(平成三〇年度版)』七頁以下。
- (19) 地方公務員災害補償制度研究会編『地方公務員災害補償法逐条解説(改訂版)』(ぎょうせい、二〇〇一年)二一〇頁。
- (20) 地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注(19) 二二〇頁。
- (21) 地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注(19) 二二〇頁。
- (22) 地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注(19) 二二〇―二二一頁。
- (23) 地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注(19) 二二

一頁。

(24) 参照、地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注

(19) 二二七頁。

(25) 同条の定める平均給与額とは、「被災職員の日当たりの給与の支給額の平均として計算した額」のことである(地方公務員災害補償基金・前掲注(18)六頁)。具体的な算定方法については、地公災法二条四項を参照のこと。

(26) 具体的には、遺族が一人の場合は平均給与額の一五三日分(なお、妻については「おわりに」を参照のこと)、二人の場合は二〇一日分、三人の場合は二二三日分、四人以上の場合は二四五日分である。

(27) 例えば、配偶者の父母、三親等の親族、「未だ養子縁組をしていないが実質的に養子となっている者」などが考えられる。地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注

(19) 一三三頁。

(28) 参照、地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注

(19) 一三三頁。

(29) 参照、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ(第五版)』(有斐閣、二〇一二年)二八六頁以下(野中俊彦執筆担当)。

(30) 参照、辻村みよ子『ジェンダーと人権』(日本評論社、二〇〇八年)二〇五頁。

(31) 君塚正臣「日本における性差別の審査基準の根拠につ

いて」同『性差別司法審査基準論』(信山社、一九九六年)二二四頁。

(32) 最大判昭和三九年五月二七日民集一八巻四号六七八頁。

(33) 参照、最大判昭和三九年五月二七日民集一八巻四号六七八頁。また、参照、千葉勝美『違憲審査』(有斐閣、二〇一七年)九九頁以下。

(34) 参照、千葉・前掲注(33)一〇〇頁(千葉は、当該判断基準を「合理的関連性のテスト」という。泉徳治ほか「一歩前へ出る司法」(日本評論社、二〇一七年)二〇四頁以下は、当該審査手法を「合理性の基準」と呼び、当該基準は「立法目的が正当であって、手段が目的に合理的に関連しているか」を問う基準であるとする)。

(35) 最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号二三六七頁。

(36) 最大決平成二五年九月四日民集六七巻六号二三二〇頁。

(37) 参照、千葉・前掲注(33)一〇一頁以下、泉・前掲注

(34) 二〇三頁以下。

(38) 参照、千葉・前掲注(33)一〇一頁。

(39) 社会保障法学における堀木訴訟上告審判決の意義を分析したものとして、参照、加藤智章「社会保障法の法源としての判例」社会保障法研究八号(二〇一八年)一五一頁以下。なお、「社会保障訴訟において一四条違反の主張が容れられた最初の判決」としては、いわゆる牧野訴訟(東京地判昭和四三年七月一五行集一九巻七号一

- 一九六頁）が存在する（ただし、結論の実質的な根拠は、「給付額の絶対的な低さ」と分析されている。参照、西原道雄「判批」ジュリスト四一六号（一九六九年）七四頁）。参照、尾形健「生存権」憲法判例研究会編『判例ブラクティス憲法（増補版）』（信山社、二〇一四年）二九六頁。
- (40) 葛西まゆこ『生存権の規範的意義』（成文堂、二〇一年）六八頁以下。
- (41) 野坂泰司「社会保障給付の併給禁止と憲法二五条、一四条」同『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、二〇一一年）二九九頁は、この基準によれば、「憲法一四条違反を主張して争つても、……その主張が容れられるケースはほとんど考えられないように思われる」と述べる。
- (42) 最判平成一九年九月二八日民集六一巻六号二三四五頁。
- (43) 岩崎慎「判批」行政判例研究会編『平成一九年行政関係判例解説』（ぎょうせい、二〇〇八年）一四三頁は、「憲法二五条の規定の要請にこたえて制定される社会保障法制に関する立法府の裁量は、広範であり、そのような法令が憲法一四条違反の問題を生じ得る場合は極めて限定され、合理的理由を全く欠いた差別的取扱いをし、明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるを得ないような場合に限られる」とする。立法措置と区別の合理性が同時に判断されたのは、学生無年金障害者訴訟上告審判決が、憲法二五条の問題と憲法一四条一項の問題を同時に審査する手法を採っていたためであろう。
- (44) 武田美和子「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成一九年度六三七頁。
- (45) 葛西・前掲注（40）七五頁。
- (46) 葛西・前掲注（40）六七頁。
- (47) 京都地判平成二二年五月二七日判例時報二〇九三七七二頁。
- (48) 堀木訴訟上告審判決は、憲法二五条について立法裁量のみではなく行政裁量が問題となった事案においても引用される。参照、加藤・前掲注（39）一六三頁。実際に行政裁量の事案ながら堀木訴訟上告審判決を引用したものとしては、例えば参照、最判平成二六年一〇月六日LEX/DB2504783。
- (49) 山本まゆこ「日本国憲法第一四条と社会福祉の關係についての一考察」社会保障法研究三号（二〇一四年）一六五頁以下。
- (50) 山本・前掲注（49）一六五頁。
- (51) 尾形・前掲注（4）一八一頁。
- (52) 尾形・前掲注（4）一八一頁。
- (53) 加藤・前掲注（39）一八三頁。
- (54) なお、本件年齢要件をいわゆるアフアーマティブ・アクションと評価することが困難であることについては、例えば参照、浅野・前掲注（5）一五頁、濱口・前掲注

(5) 一一六頁。

(55) 参照、「匿名コメント」判例時報二二八〇号二二頁。

なお、同コメントによれば、原審判決はその他に塩見訴訟上告審判決（最判平成元年三月二日集民一五六号二七一頁）を引用するが、この判決も、同様の事案に関する最高裁判決と位置づけられている。

(56) 原審は、区別の合理性を審査する際、堀木訴訟上告審判決や学生無年金障害者訴訟上告審判決（参照、前掲注(43)）などで示されたものとは異なる定式を用いている。参照、倉田・前掲注(5) 一五〇頁。しかし、措置と区別の合理性を分けて審査するか否かはともかく、原審が本件の区別を憲法二五条の問題として捉えたことは否定できないように思われる。

(57) 笠木・前掲注(4) 一〇五頁。

(58) 参照、川久保・前掲注(3) 三五八頁。

(59) 参照、常森・前掲注(4) 二〇二頁。

(60) 例えば参照、大林・前掲注(3) 一九頁、常森・前掲注(3) 五六頁、倉田・前掲注(3) 二二頁。

(61) その他にも、例えば両判決とともに、事実を詳細に検討した等の共通点もある。参照、天野智子「判批」行政判例研究会編『平成二二年行政関係判例解説』（ぎょうせい、二〇二二年）一三一頁、本評釈二一(3)。

(62) 参照、巻美矢紀「判批」判例セレクト二〇一〇「I」(二

〇一一年) 七頁、糠塚康江「判批」平成二二年度重要判例解説(二〇一一年) 一二頁。したがって、両評釈は、外貌醜状判決に対して、より厳格に審査すべきだったという批判を加える。笠木映里「判批」岩村正彦編『社会保障判例百選(第五版)』（有斐閣、二〇一六年）一一五頁は、外貌醜状判決を「憲法一四条一項の枠組みに純化した判断を行なっている点に特徴がある」としつつも、「本判決の判断枠組みは、実質的・結果的には、……堀木訴訟判決以降の憲法二五条・一四条をめぐる先行判例・裁判例に限りなく近い内容となっている」と指摘する。とはいえ、外貌醜状判決は、問題となった障害等級表上の別異取扱いを、「性別についての伝統的な社会的な役割に関する偏見に基づくものであり、そのような場合、たとえ緩やかな審査であっても、違憲となることを明確にした」判決とも位置づけられている。中曾久雄「判批」阪大法学六一巻一号(二〇一一年) 二七八頁。

(63) 参照、常森・前掲注(4) 一九六頁。また、「労災保険に関する違憲審査基準の選択にあたり、近時の裁判例は、当該制度（給付）の性格を決め手として検討している」という指摘が存在する（坂井・前掲注(4) 一五頁）。しかし、高・前掲注(3) 一五〇頁や尾形・前掲注(4) 一八三頁は、遺族補償年金制度の性格にかかわらず、立法院には一定程度の裁量が認められると指摘する。

- (64) 尾形・前掲注(4) 一八二頁。
- (65) 参照、稲森・前掲注(5) 一八三頁、笠木・前掲注(4) 一〇五頁。
- (66) 例えば参照、岩村正彦「労災保険政策の課題」日本労働法学会編『講座二世紀の労働法第七巻 健康・安全と家庭生活』(有斐閣、二〇〇〇年) 二二頁以下、保原喜志夫ほか編『労災保険・安全衛生のすべて』(有斐閣、一九九八年) 九八頁以下〔西村健一郎執筆担当〕。
- (67) 尾形・前掲注(4) 一八三頁。
- (68) 西村健一郎『社会保障法』(有斐閣、二〇〇三年) 三二八頁。
- (69) 保原喜志夫「労災補償責任の法的性格」日本労働法学会編『現代労働法講座第一二巻 労働災害・安全衛生』(総合労働研究所、一九八三年) 二八二頁。
- (70) 例えば参照、荒木誠之「社会保障法体系における労災補償」同『労災補償法の研究』(総合労働研究所、一九八一年) 二三八頁。
- (71) 参照、稲盛・前掲注(5) 一八三頁。
- (72) 志水・前掲注(4) 四七頁。
- (73) 笠木・前掲注(4) 一〇五頁は、「給付の年金化、さらに通勤災害制度の導入……を経た労災・公務員災害補償制度が社会保障の性格を色濃く有することは否定でき」ないとする。また、坂井・前掲注(4) 一五頁も、
- 社会保障制度と解する。ただし、遺族補償年金制度が社会保障の性格だけを有すると思えることには問題があるという指摘もなされている。参照、倉田・前掲注(3) 一四六頁。
- (74) 地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注(19) 一頁。
- (75) 名古屋地判平成一四年七月九日判例タイムズ一一四八号一九五頁(二〇〇頁)。
- (76) 江口・前掲注(4) 四六八頁は、下級審の判断が分かれた理由として、遺族補償年金制度の性格を、地方公務員災害補償制度全体から捉えるか(二審)、遺族補償年金制度単体の性格から個別に捉えるかという差異が存在したためと指摘する。遺族補償年金制度の性格をどのような観点から捉えるべきかという点については、本稿で検討することはできない。
- (77) 判例理論の適用とは、「趣旨に徴して明らかである」という文言で引かれている判例を指す。参照、中野次雄編『判例とその読み方(三訂版)』(有斐閣、二〇〇九年) 三四頁。
- (78) 渡辺康行ほか『憲法I』(日本評論社、二〇一六年) 一四〇頁〔渡辺康行執筆担当〕。
- (79) 参照、濱口・前掲注(5) 一一六頁。他方、本判決も、堀木訴訟上告審判決の「なら合理的理由のない不当な」別異取扱いという文言を用いていない。参照、浅野・前

- 掲注(5) 一四頁。松本・前掲注(5) 一二四頁は、このことと本判決の射程を関連づける。参照、後掲注(106)。
- (80) この点につき、「匿名コメント」判例時報二三四一号六七頁は、「遺族補償年金制度が、災害により死亡した職員の遺族の生活保障を図ることを目的とするものであって、憲法二五条の趣旨を実現するために設けられた社会保障の性格をも有する制度であることは学説上もおおむね争いのないところであり……本判決も、その旨を簡潔に判示している」とする。
- (81) いわゆる立法事実の変化を審査する際、一審・原審・最高裁はそれぞれ、「社会状況」、「社会情勢」、「社会的状況」等の文言を用いる。本評釈は、それぞれの判決を分析する文脈では、各裁判所の用いる文言に沿う方針を採る。そのような文脈ではない部分については、本評釈が最高裁の判決を第一義的には分析するという性質から、「社会的状況」という文言を用いることとする。ただし、各判決から読み取るならば、それぞれの文言は同義であると思われる。
- (82) 信澤・前掲注(5) 一〇七頁。
- (83) 参照、浅野・前掲注(5) 一五頁、稲盛・前掲注(5) 一八五頁。
- (84) 例えば参照、「匿名コメント」判例時報二二八〇号二二頁。
- (85) 例えば参照、大林・前掲注(3) 二〇頁、佐々木・前掲注(4) 一七頁、稲森・前掲注(5) 一八五頁。
- (86) 笠木映里「憲法と社会保障」法律時報八七卷一一号(二〇一五年) 一三六頁。
- (87) 例えば参照、父子家庭について遺族基礎年金を支給停止とする処分が憲法一四条一項に反しないかが争われた、東京地判平成二五年五月二六日LEX/DB25511386(控訴審は、東京高判平成二五年一〇月二日判例集未登載(控訴審判決は菊池馨実「遺族年金制度の課題と展望」社会保障研究一卷二号(二〇一六年) 三六三頁が紹介している)。なお、この控訴審は、遺族補償年金に関する本件第一審が示された後、遺族基礎年金の支給について、母子家庭と父子家庭を異なる扱いとしていた当時の制度を合憲と判断した。
- (88) 判例時報二三四一号六七頁。
- (89) 佐々木・前掲注(4) 一七頁。
- (90) 佐々木・前掲注(4) 一七頁。
- (91) 例えば参照、佐々木・前掲注(4) 一七頁。
- (92) 参照、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学五一卷四号(二〇一一年) 一六一頁。
- (93) 参照、倉田・前掲注(5) 一五一頁。
- (94) 戸松秀典『憲法訴訟(第二版)』(有斐閣、二〇〇八年) 二八九頁。

(95) 中曾・前掲注(3)二四九頁は、地裁の認めた合理的な立法裁量であつても、一審判決の示した「区別の合理性を綿密に審査するというスタンスは齟齬を感じさせなくもない」としている。

(96) 藤井俊夫「権力分立制と司法権の限界」同『事件性と司法権の限界』(成文堂、一九九二年)一八八頁。

(97) 原審がこのような考えに基づいて社会情勢を詳細に検討したならば、これは近年の学説で主張されているところの、平等原則による立法裁量統制を意味するのかもしれない。参照、六戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開(第二版)』(日本評論社、二〇一四年)一一〇頁、新井誠「立法裁量と法の下の平等」法律時報八三巻五号(二〇一一年)四二頁以下。

(98) 本件で問題となった遺族補償年金制度について、夫に對して妻を優遇する措置がアフアーマティブ・アクションに該当すると考えることが困難であることは、前掲注(54) 参照。

(99) この可能性をより一般化し得るならば、立法裁量を枠付ける手法の一つとして紹介されることのある「時の経過」の論理を採用すること(渡辺ほか・前掲注(78)一四九頁)と違憲という結論は、直接関連しないということにもなり得る。これは従来の実務の認識とも相違する。なぜなら、「匿名コメント」(判例時報二二八〇号二三頁)

も指摘するように、「社会状況の変化を詳細に検討した場合、合理性が認められない」との判断にいたることが多かったからである。しかし、本件原審は合憲という結論を述べる理由づけとして、社会情勢を詳細に判断している。この点は今後の判例の動向を見守ることになる。 (100) 実際、本件控訴理由書において、処分行政庁は一番の後始末について批判している。参照、判例時報二二八〇号三五―三六頁。

(101) もちろん、そのような論拠を以ってしても夫についても自活可能性が失われたと言い得るのかという点は検討の余地がある。参照、菊池・前掲注(3)九九頁注一一。

(102) 他の社会保障制度における男女の別異取扱いに関する検討を行った、常森裕介「社会保障給付における男女差の検討」賃金と社会保障一六二二号(二〇一四年)五三頁以下参照。

(103) 例えば参照、笠木・前掲注(4)一〇五頁。

(104) 遺族補償年金制度は、職員が死亡しても職員の遺族が生活できるということを通じて、職員が安心して勤務できるための条件の一つであるとも解されている。参照、笹沼・前掲注(4)一二二頁以下。

(105) 西村健一郎『社会保障法入門(第三版)』(有斐閣、二〇一七年)一六頁は、「わが国の社会保障(は)、必ずしも統一的な原理・体系にそつて整備されてきたとはい

- がたい」とする。なお参照、菊池馨実『社会保障法（第2版）』（有斐閣、二〇一六年）一五頁以下。
- (106) 松本・前掲注（5）一二四頁は、「不当なものであるとはいえない」という文言がないことから、「将来的な結論の変更を予感させる」とする。黒田有志弥「遺族年金の法的論点と法政策」『社会保障研究二巻一号』（二〇一七年）一〇八頁も、最高裁は「妻の置かれている社会状況に結論が左右されうる」とし、「社会経済状況の変動に伴い、あらためて男女で異なる支給開始年齢の是非について検討する余地は残されている」とする。
- (107) 平均給与額の一五三分が一七五五分となる。
- (108) 地方公務員災害補償制度研究会編・前掲注（19）二二二頁以下は、この点について説明していない。
- (109) 嵩さやか「共働き化社会における社会保障制度のあり方」『日本労働研究雑誌六八九号』（二〇一七年）五六頁。
- (110) 笠木映里「社会保障における『個人』・『個人の選択』の位置づけ」長谷部恭男ほか編『岩波講座 現代法の動態三 社会変化と法』（岩波書店、二〇一四年）一八九頁。
- (111) 尾形・前掲注（4）一八七頁。
- (112) 安西文雄「女性の社会参画」『月報司法書士四七一号』（二〇一一年）一八頁。
- (113) 笹沼・前掲注（4）一一二頁。
- (114) 判例時報二二八〇号三四頁。
- (115) 原審は法制定当時（すなわち遺族補償年金制度設計当時）、このような社会情勢が存在したことを認めている。参照、判例時報二二八〇号四一頁。
- (116) 笹沼・前掲注（4）一一三頁。
- (117) https://www.kantei.go.jp/jp/98_abe/statement/20181024shoshinkyomei.html [二〇一八年一月二日アクセス]。安倍晋三内閣総理大臣は二〇一八年一〇月二四日、今後三年で社会保障制度を改革すると述べている。
- (118) 社会保障は「現実」を前提としてそこで求められるものに対応するものであるのか、「あるべき社会」を想定し、そこに向かって制度から社会変革を促すものであるのかという議論が——もちろん、片方の視点を切り捨てるような制度の構想が適切なわけではない——検討されなければならぬ。参照、山本龍彦「イントロダクション」『法時八七巻一一号』（二〇一五年）一三一頁以下。
- 「追記」 本稿脱稿後、平部康子「批判」『法律時報九一卷二号』（二〇一九年）一三三頁に接した。

コミュニティ再建と行為主体性： 多文化主義の政策実践をめぐって

辻 康 夫

1. 本稿の課題

多文化主義は、マイノリティ集団の文化・コミュニティを尊重・支援しつつ、全体社会への公平な条件における統合をはかる政治ビジョンである。多文化主義には多様な議論があるが、筆者はそれらが主題化するマイノリティの困難・ニーズに注目して、「文化アプローチ」、「支配・抑圧アプローチ」、「コミュニティ再建アプローチ」の類型を作り、それぞれの特徴を検討している（辻 2013）。このうち「コミュニティ再建アプローチ」は、後期近代において広くみられる社会病理に対処するために、コミュニティの人間関係の再建と文化の振興を行うものであり、マイノリティ・コミュニティにおいて広く実践されているものである。筆者は別稿において、その政策実践について分析をおこなったが、本稿はこの議論をふまえて、「コミュニティ再建アプローチ」をめぐると二つの論点についてさらに検討を行う¹。第一は、このアプローチにおける「自己決定・自治」の位置づけである。文化やコミュニティの再建の取り組みは、しばしば当該コミュニティの「自己決定・自治」の強化の試みを伴う。本稿はこの両者のつながりについて検討する。第二に、「コミュニティ再建アプローチ」が、多文化主義政策を正当化する論理の説得力を検討する。とくに「文化アプローチ」・「支配・抑圧アプローチ」と比

¹ 本稿は辻（2018）の続編にあたる。あわせて参照いただければ幸いである。

較しつつ、「コミュニティ再建アプローチ」が正当化しうる政策の範囲と、その訴求力の程度を検討したい。

2. 「集団的効力感」

近年、社会病理の克服のために、コミュニティの文化や人間関係の強化に加えて、コミュニティの「自己決定・自治」の強化が必要であるという認識が、研究者・政策担当者・活動家のあいだに強まりつつある。具体的には、①自治の強化が「集団的効力感」を強め、社会病理の克服に資すること、②文化復興プログラムの実施のために管理権限の移管が必要であること、③マイノリティ集団内の統治の改善のために、自治と文化復興が必要であること、などの点がしばしば指摘される。本稿の前半では、こうした動向について分析を加えたい²。

一般に、近年の心理学研究は、個人のレベルにおいて、「自己効力感」の重要性に注目する。「自己効力感 (self-efficacy, perceived efficacy)」とは、自らが望んだ結果を実現することができるという個人の信念をさす (Bandura 1995, pp.5-6)。自己の能力についてのこのような信頼ないし楽観は、複雑な認知過程をつうじて形成されるものであり、短期的に獲得されるものではない。人間は幼少期から訓練や努力、習慣づけ、成功体験 (制御体験) を積み重ねることで、みずからの能力についての感覚を徐々に高めてゆくのである。とくに忍耐や努力によって障害に打ち勝つ体験を経ることが重要である。さらに、自らに類似した他人の経験

² マイケル・マーフィーは、自己決定・自治を、人間の実現すべき基礎的な機能であると考え、この例証として先住民の自治をめぐる議論をとりあげる (Murphy 2014)。本稿の議論と一部重なるところがあるが、マーフィーの論文は、A. センのケイパビリティ理論を修正して、「集団的ケイパビリティ」の概念を組み込むことを提唱するものであり、またその射程も、人間一般に普遍的におよぶことを想定している。いずれの点においても、きわめて野心的なプロジェクトであり、さらに多くの議論を予定している。これに対して、本稿は、「マイノリティ集団の社会病理の克服」という政策目標との関連にしばって、自己決定・自治の意義を扱うものであり、その考察の角度が異なる。

を見聞することも効力感を向上させる効果を持つ。

近年の研究によれば、自己効力感の強さは、人生の成功に大きく影響する。自己効力感が強いほど、より高い目標を設定して、それに向けた努力を続けることができる (ibid., pp.6-7)。とくに、困難な状態において不安を制御して努力を続けるためには、強い自己効力感が必要になるのである (ibid., pp.8-10)。

心身の健康の維持のうえでも、自己効力感は重要である。困難をコントロールしようと信じる人は、潜在的な脅威に直面しても平静を保ち、抑うつを避けることができる。また、心身の健康を維持するための生活習慣を維持も、自己の行動をコントロールするという効力感によって支えられる (ibid., pp.30-35)。このように、自己効力感は、様々な経路を通じて人間の「行為主体性 (agency)」を強化し、人間の幸福の実現に資するのである (Bandura 2000, p.75)。

ところで近年、心理学者はこのような「自己効力感」の観念を、「個人」のレベルのみならず、「集団」に対しても適用するようになった (Bandura 2000, p.75)。「集団的効力感」は、当該の集団がその目的を実現する能力をもつという、当事者たちの認識と定義される。これは集団の構成員個人の能力のみではなく、その相互作用の所産でもあるから、個人のレベルに還元されない固有の存在の次元を持つとされる。

個人のレベルでの効力感と、集団のレベルの効力感は密接に連動すると考えられる (Bandura 2000, pp.76-77)。個人が目標を達成しうる見込みは、他人からの助力、他人との協力、他人からの妨害などの見通しによって大きく左右される。このため個人のもつ自己効力感、集団的効力感の要素を必然的に組み込むことになる。他方で、集団がなしうる活動は、個人の意欲や能力によって影響を受けるから、集団的効力感、個人レベルの自己効力感に影響を受けることになるのである。

個人レベルの自己効力感と同様に、集団的効力感も集団が「行為主体性」を獲得するうえで、重要な役割を果たすと想定される。構成員が集団の能力について認識を共有することで、協力が可能になるからである。すなわち、集団が設定する目標、利用しうる資源、構成員の献身、困難や挫折に直面した時の耐久性、などはこれによって規定されと考えられる (Bandura 2000, pp.77-78)。近年ではこの仮説の検証のために、教育

システム、職業組織、スポーツチーム、都市の住区などを対象とする実証研究が積み重ねられている。それらによれば、集団的効力感が高いほど、集合的取り組みへの動機が高まり、困難に直面した時の忍耐力が増し、達成度が向上することが示されている。また、それが構成員の幸福感や、心身の健康を増進するという研究も現れている (Tiessen et. al.,2009, p.243)

このような視点は、とくに先住民コミュニティの社会病理を考えるうえで、重要な知見をもたらすことが期待される。先住民のコミュニティは、過去の歴史において、主流派の支配のもとで自律性を奪われ、その生活の細部にいたるまで政府機関による管理を受けてきた。また多くの先住民は劣悪な社会的環境におかれながら、個人としても集団としても、それを改善することのできない無力感を感じている。これらが、先住民コミュニティにおいて多発する自殺の原因と指摘されている (Wexler & Gone 2012)。このような認識のもと、集団的な効力感、行為主体性、自律性の獲得を、先住民コミュニティの社会病理の克服の手段と見なす研究者が増えている。心理学者キルメイヤーによれば、先住民を対象にする医療は「社会的行為」や「集団的行為主体性 (collective agency)」を重視し、「コミュニティのエンパワーメント、アクティビズム、自律性、コントロールをより一層重視するようになった」。このため、「レジリエンスは自己定義の問題であるだけでなく、自己決定の問題でもある」と言われるようになったのである (Kirmayer 2009, p.87)。以下、このような視点から行われる政策研究・実践の例を見てゆきたい。

(1) クラルとイドロウトによれば、先住民の社会病理に対応するために、コミュニティ内の人間関係を重視する「ソーシャル・キャピタル論」が活用されるようになった。しかしながら、彼らによれば、これに加えて、「集団的行為主体性」や「集団的効力感」を重視することが必要である (p.326)。この点を示すために彼らがあげるのが、カナダ・ヌナヴット準州における先住民イヌイットのコミュニティの実践例である³。1990

³ この地のイヌイットは、北方地域の多くの先住民と共通の歴史をたどる。彼らは長らく狩猟・漁猟の生活を送ってきたが、カナダ政府は1950年代から定住と文化的同化にむけた政策を本格的に開始する。これらの政策は伝統的な文化

年代、準州政府（当時はノースウェスト準州）は、社会病理に対処するため、福祉・医療政策においてコミュニティ主導の理念を掲げた。このもとで、各コミュニティに様々な住民委員会が作られた。しかしながら、当初はプログラムを作成する権限が依然として準州政府に残り、その執行も政府職員が担っていた。地元のエルダーらの助言は、十分に聞き入れられていなかった。このような体制の下では、分権政策の効果はほとんど現れなかった。

目立った成果が生まれるのは、ヌナブット準州政府が2006年に福祉・医療体制を改革し、コミュニティの立案したプログラムを採択する方針に転じてからである。著者たちの調査する二つのコミュニティでは、この資金を得て住民たちが組織を作り、自殺防止の取り組みを行った。すなわち青少年センターの開設、エルダーによるカウセリング・サービス、電話相談、世代間交流のためのキャンプなどが行われた。ひとつのコミュニティは、みずからの歴史にもとづく映画を製作し、国際的な評価を得るに至った。映画製作の過程では、村人がともに歴史や伝統を学ぶことで誇りと帰属感が醸成され、世代間のつながりが生み出された。このようなユニークな企画は、当事者の自発性を認めることなしには実現に至らないものである。これらの取り組みによって、これらのコミュニティの自殺率は大きく減少したのである⁴。

このように著者たちによれば、コミュニティが単に政策執行を担当するのみならず、政策立案を含めて、福祉・医療政策を決定することが重

と社会構造を破壊する。さらに1980年代にはヨーロッパで毛皮製品のボイコット運動がおこり、これが彼らの生業に打撃を与える。この結果、彼らの多くが政府の福祉給付に依存するようになった。この時期から自殺率が上昇し、若年層では全国平均の10倍に及んでいる。このため、自殺防止は極めて優先順位の高い政策目標なのである。

⁴ もっとも著者たちによれば、これらのコミュニティの自律性は十分に確保されたとは言えない。コミュニティはプログラムの申請や成果報告のために、パーパワークを要求され、またその予算執行のルールも硬直的である。コミュニティの企画が政府によって採用される保証もない。実際のところ、ここにあげたプログラムは更新に失敗し、プログラム終了後には、再び自殺率が上昇してしまった。

要である。カナダでは、1995年に政府が先住民の自治権を承認することで、福祉・医療政策の分野でもコミュニティ主導の流れが固まる。他の国においても、先住民コミュニティに対するエンパワーメントが、社会病理への対応のうえで不可欠という認識が強まっているのである。

(2) チャンドラーとラルンドは、カナダのブリティッシュ・コロンビア州において、州内の先住民コミュニティ（バンド）およそ200を比較して、コミュニティ再建の程度と、自殺率の関係を統計的に分析した（Chandler & Lalonde 2009）⁵。彼らは「文化の持続性（cultural continuity）」を測定する指標を構成し、これと自殺率の相関関係を測定したところ、両者の間に、強い負の相関が存在することが明らかになった。チャンドラーとラルンドは、この結果を次のように解釈した。文化を持続させる制度や実践が存在しているコミュニティでは、個人のアイデンティティが安定しやすく、自殺が防がれる、というのである。

彼らの研究の意義は、多くの研究者によって認められているが、その分析結果の解釈をめぐっては、意見の相違がある。彼らが構成した「文化の持続性」の指標は、実際には文化の持続そのものを測定したものとは言い切れない。その指標を構成する諸要素は、直接には、コミュニティが連邦政府・州政府との関係において、土地への支配権、自治権、公共サービスの管轄権などを確保している程度を測定するものである（ibid., pp.238-240）。すなわちそれは、「当該のコミュニティがみずからの政治的・文化的生活をコントロールしている程度」を測定するものとなっており（ibid., p.228）、「文化の持続性」というよりも、「集団的な自己決定・自治」と表現されるのがふさわしいものである。実際のところ多くの研究者は、このような理解にたって、彼らの研究を、社会病理の克服の克服のうえでの、集団的な自己決定・自治の重要性を示したものと解釈しているのである（Kirmayer 2009b, p.87; Murphy 2014, p.327; Kral & Idout, p.328）。

(3) メリッサ・ティーセンらは、先住民が過去の従属と同化政策の中で、自らの人生やコミュニティをコントロールする権限を奪われ、これが様々な社会病理を引き起こしてきたと考える。このような問題意識

⁵ この研究については、辻（2018）pp.1299-1300を参照されたい。

から、彼女たちは先住民コミュニティでインタビュー調査を行い、先住民の若者における「効力感」と「幸福感」の関係を分析した (Tiessen 2009)。その結果、自分の人生を自分が決定できると答えたものは、幸福感を持つ傾向が強かった。また、彼らのコミュニティが、その在り方を自ら決定できると認識する者も、幸福感を持つことが多かった。このように、個人および集団のレベルにおいて、自己決定能力の存在を信じるのが、幸福感につながることを示されたのである。なお、統計的分析の結果、集団レベルの自己決定の能力の認識は、これが個人の自己決定能力の信念を強化することを通じて、幸福感を引き上げることが合わせて明らかにされた。このようにして著者たちは、社会病理に苦しむ先住民コミュニティにとって、個人および集団レベルの効力感が重要であること、外部からの統制が有害であり、コミュニティの自律の回復が必要であることを示唆するのである⁶。

これらの研究に見られるように、集団的行為主体性の強化は、個人の精神的健康を改善し、社会病理の克服のうえで有効であることが認識されつつある。それは政策的には、統治や行政の権限をマイノリティ・コミュニティに移譲し、コミュニティの成功体験を積み重ねることで、集団的効力感を涵養することを推奨する含意をもつと考えられる。

3. 文化復興プログラムと管理の権力

マイノリティ文化の復興プログラムの実施において、これを管理する統治組織のもつ価値観が、マイノリティの伝統文化と対立する場合、文

⁶ 調査はマニトバ州北部のクリー族の若者を対象に、2002-2003年に行われた。調査では若者たちが、自らの人生を決定する力を持つものが何であるかを、「自分 self」、「他人 other people」、「神 Creator」、「運 luck」のなかから選択する形をとった。先住民においては、家族関係が重要であるから、「他人」による決定がつねに負の作用を及ぼすわけではない。また、「神」による影響は、肯定的に評価されるのが通常である。このため、「自己による決定」がつねに、幸福感の達成の不可欠の条件というわけではない。このように、この研究には洗練の余地もあるが、「集団的効力感」を重視する近年の動向をよく示すものといえる。

化復興プログラムの効果的な実施が困難になることがある。こうした場合には、管理権をマイノリティに移管することが必要になると考えられる。

心理学者J. ワルドラムは、1990年代初めにカナダの刑務所の矯正プログラムにおける先住民文化の活用事例を調査した際、このようなあつれきの存在を報告している⁷。ワルドラムによれば刑務所の矯正プログラムは「同化主義」にもとづいており、受刑者を「白人中産階級」の価値観と行動基準に順応させることをめざしている。刑務所スタッフもこれにしたがってプログラムを運営する (Waldram, *ibid.*, p.111)。これに対して、先住民文化を活用する矯正プログラムは、先住民のアイデンティティや文化の獲得をめざすものである。この対立が、先住民流のプログラムの実施過程において、様々な圧力となって現れる。

ワルドラムによれば、刑務所のスタッフは、先住民文化についての理解が乏しく、先住民流の矯正の有効性について懐疑的である (*ibid.*, pp.38-41, 122-124)。このため、受刑者のスケジュールの作成において、西洋流のプログラムの実施を優先し、先住民流のプログラムのために十分な便宜を図らない傾向がある。たとえば先住民の儀式の中には、長時間をかけて屋外で行われるべきものもあるが、刑務所はこれらの実施のために、スケジュールを変更することに消極的である。この結果、エルダーは刑務所が設定した時間内に、これを実施することを強いられる。また、受刑者の更生成績の評価においても、先住民流のプログラムへの参加よりも、通常のプログラムへの参加を、重視する傾向も存在した。

さらに、刑務所はエルダーに対して、主流派文化に従って職務を行うことを要求する (*ibid.*, pp.124-127)。刑務所は受刑者を白人中産階級の価値観に同化することをめざすが、エルダーにはこの観点から個々の受刑者についての評価・報告を求める。これに対して、エルダーは、受刑者のアイデンティティの確立のための助力をめざしているから、施設への報告の任務を嫌い、受刑者に寄り添うことを望む。また刑務所は、エルダーに短時間で多くの業務を処理することを求めるが、エルダーはこのようなやり方を嫌うため、結果的に、時間外にも多大な労働を強いられる。

⁷ ワルドラムの調査については、辻 (2018), pp.1294-1297を参照されたい。

施設は、良い提案書を提出したエルダーを選んで契約するが、この提案は施設を満足させるように、主流文化の様式に従う必要がある(ibid.,pp.125-127)。受刑者は、資質の高いエルダーを刑務所が雇用することを望むが、このような事情から受刑者の要求が実現しないことも多い。実際のところ、個々のエルダーが刑務所との契約を獲得することは難しくなっており、もっぱら受注のノウハウを持つ団体が獲得することになる。先住民自身が運営する団体もあるが、経験の乏しい経営者のもとで結ばれた契約によって、エルダーが過度に拘束される例もみられる。このように主流社会の価値観に沿った刑務所の運営方法は、先住民エルダー、先住民団体、受刑者のニーズと衝突し、伝統文化復興の事業を制約するのである。

1992年の連邦法 The Corrections and Conditional Release Act は、こうした限界を克服する意義を持つものであった。この法は明示的に、先住民受刑者に先住民流の更正プログラムへのアクセスを保障する(§83)。これに加えて、先住民コミュニティが刑務所などの矯正システムの設計・管理に参加することが定められた。すなわち、連邦、地域、ローカルのレベルに、それぞれ諮問委員会がおかれ、先住民コミュニティに定期的に意見聴取を行なったうえで、連邦政府矯正局(Correction Service of Canada)に対して助言をおこなう。さらに画期的なのは先住民のコミュニティや団体が連邦政府矯正局と契約をむすび、刑務所を代替する更生施設「ヒーリング・ロッジ」を経営することが可能になったことである(§81)(OCI 2012; Nielsen 2003)。「ヒーリング・ロッジ」は、高い裁量権を持ち、先住民の文化・価値・伝統にしたがって更正プログラムを提供する。これらの手段により、先住民コミュニティが、先住民受刑者の更正過程を管理するが可能になるのである(Martel 2011 p.249)。それは先住民の社会病理の克服の手段であるとともに、先住民の自治権の回復の一環であると位置づけられている。

4. 先住民コミュニティの統治の改善

権限移管が実現しても、マイノリティ・コミュニティが、権力や資源を効果的に行使して、社会病理に立ち向かう能力を持つとは限らない。

むしろ社会病理に苦しむコミュニティにおいては、社会規範が解体しており、構成員間の協力が難しく、権力の乱用や資源の浪費が起こることも多い。このような場合、社会規範を再建してコミュニティの行為主体性を回復することが、重要な政策課題になる。以下では北米の先住民の例にしたがって、この点をめぐる議論を検討したい。はじめに、統治の機能不全の状況を概観し、次にその克服策を検討する。そのなかでは、伝統的な社会関係と文化の復興が、統治の改善の鍵とされるのである。

カナダの先住民コミュニティの政府（バンド政府）における機能不全は広く認識されている⁸。「インディアン法（Indian Act）」にもとづく現在の統治構造は、植民地主義的な支配に起源をもち、連邦政府がバンド政府を通じて個々の先住民を統治することを目的としていた。このため、この三者の間に垂直的な支配関係が作られた。すなわち、バンド政府は連邦政府に従属する一方で、バンドの構成員に対しては強い支配権をもつのである（Freideres 2011, ch.9）。

バンド政府を担うのはバンド評議会（band council）であり、これは一人の首長（chief）とバンド評議員（band councilor 最大12名）から構成される。バンド評議会は連邦政府の統制下におかれており、大臣はバンドの行う多くの決定に介入することができる。たとえば、近年にいたるまで、大臣はバンド政府が制定しようとする条例を却下することができ、しかも却下の理由を示す義務すら負わなかった⁹。連邦政府は教育や医療などの権限委譲をすすめているが、重要な決定権は依然として、連邦政府に残っている（Freideres 2011, p.73）。連邦政府は政策の優先順位をきめて、それぞれの施策に対してバンド政府に権限を割り当て、その実施上のアカウントビリティを政府に対して果たすことを要求する。

⁸ カナダの先住民にはいくつかのカテゴリが存在するが、ここで扱うのは、伝統的にインディアンとして連邦政府に認定され、インディアン法のもとで自治権を認められてきたファースト・ネーションズのコミュニティ（バンド）の政府である。カナダの先住民にはこのほかに、イヌイット、メイティ、非認定インディアンが存在する。

⁹ この点は2014年に至って、Indian Act の82条が削除されたことで解消された。

このように、その自治の権限は限定されてきたのである。

他方、バンド評議会は、コミュニティの構成員に対しては大きな権力を握っている (Graham 2012)。すなわち、バンド内では行政権と立法権の分割がなく、どちらもバンド評議会に行使される。その権限は教育、福祉、医療、治安、経済開発、環境管理など、きわめて広汎である。バンド評議会の権力の濫用を防止する仕組みは、コミュニティ内部にはほとんど存在しない。すなわち政党は存在せず、またオンブズ・パーソンや監査機関、倫理委員会などの監視の仕組みも存在しない。メディアが存在する場合も、通常はバンドの所有であり、バンド政府からの独立性は確保されない。しかも、バンド政府はバンド内のほとんどの資源を管理するから、構成員に対する立場は強い。多くの居住者は、住居や金銭収入を公的給付に依存しているから、公営住宅の割り当てや、福祉サービスの実施実務を担うバンド政府は、その権限を濫用して、反対者を沈黙させることが可能なのである。

このような統治構造は、コミュニティ統治の機能不全を引き起こし、集団行動を不可能にしている。たとえば、貧困軽減のための開発プロジェクトは、その運営のまずさのゆえに失敗することが多い (Freideres 2011, pp.179-180)。これらの事業は、しばしば、コミュニティ内の熟慮よりも、連邦政府の助成金の採択や、外部事業者からの誘いなどの偶然の事情によって開始される。そのアイデアや資金が、コミュニティの外部からもたらされることが多いのである。事業が始まると、リーダーはプロジェクトの担当に親族や友人を任命し、また事業から私的利益を引き出そうとする。このようにして、多くのプロジェクトは失敗するのである。

連邦政府の主導する施策についても、非能率が指摘される。連邦政府はしばしば新しい施策を展開するが、これらの多くは断片的かつ一時的なものであり、先住民社会の抱える構造的問題に切り込まず、状況を好転させない (Freideres 2011, pp.193-195)。連邦政府の施策や予算は、しばしば不十分であり、またその行政上の怠慢は、監査長官 (Auditor General) の報告書などにおいて繰り返し批判されてきた。

このような統治制度の欠陥は広く認識されてきた。この克服のために、
(1) 先住民コミュニティの自治権を強化し連邦政府のコントロールか

ら自立させること、(2) 先住民コミュニティ政府の構成員へのアカウントビリティを確保する仕組みを作ること、(3) アカウントビリティを支える社会規範を再建すること、が必要と考えられるのである。このうち、ここで検討の対象にするのは、構成員へのアカウントビリティをめぐる議論((2) および(3))であり¹⁰、その手がかりとして、2002年にファースト・ネーションズ・ガバナンス法案(以下「ガバナンス法案」)をめぐるなされた議論を検討したい。この法案自体は不成立になったが、これをきっかけに、ガバナンス再建における伝統文化の意義について、示唆に富む議論が行われたのである。

この法案を作った連邦政府の意図は、バンド政府がアカウントビリティを負う対象を、連邦政府からバンド構成員に移すことにあり、そのためにバンド政府の運営の規則を整備することであった(Freideres 2011, pp.142-144)。法案によれば、各バンドは、バンド評議会の選挙の方法、バンド評議会の開催や運営、バンド総会、条例制定、会計処理、情報開示、苦情申立てと救済、などに関して、成文のルールを作成することを求められる。これを2年以内に作成できないバンドに対しては、法案の提示する標準的な規則が適用される。このような改革の方向性は妥当なものであったが、それが伝統文化の意義に注意を払わない点が、批判を浴びることになったのである¹¹。

カナダの先住民の法学者ジョン・ボロウズは「ガバナンス法案」の提

¹⁰ 「(1) 自治権の強化」については、1990年代以降、遅いペースであるが着実に進行してきた。連邦政府は1995年に、先住民が固有の自治権をもつことを承認し、二つの手法によって先住民コミュニティの自治を強化してきた。①第一に、個々の先住民集団との協定を締結し、自治政府の樹立をめざすものである。自治協定の締結には長い時間がかかり、多くの問題点も指摘されるが、今日では相当数のコミュニティが自治を獲得するに至っている。②第二は、自治政府を樹立していない先住民コミュニティに対して、暫定措置として、現行のシステムを改良するというものである。「ガバナンス法案」は、現行のシステム内の改良という、②の試みの一環である。

¹¹ この法案が失敗した直接の原因は、立案過程における先住民団体との交渉の不備である。しかしここに見るように、この法案にはより本質的な問題もはらまれていた。

示する規則自体の有用性はみとめつつも、これらの規則が先住民の規範的秩序から切り離されて提示されていることを批判する (Borrows 2003, p.110)。アカウントビリティはつねに、〈誰に対して、どのように果たされるべきか〉、という観念をともない、またそれを基礎づける原理・理念によって力を与えられている。こうした文化的基礎づけを無視して、技術的な規則を制定しても、遵守は期待できない (ibid., p.117)。西洋流の常識では、これらの規則は処罰の威嚇によって通用性を与えられると考えられるが、高いレベルのアカウントビリティを実現しようとするれば、これでは不十分である (ibid., p.132)。人々が、原理・理念へのコミットメントを持ち、これにもとづいて相互に評価しあうことが不可欠なのである。

ボロウズによれば、統治の改善のためには、先住民の伝統・価値観によって、アカウントビリティの観念を基礎づける必要がある。ファースト・ネイションの多くにおいて、アカウントビリティの源泉となるのは「管理者の責任 (stewardship)」の観念である。先住民の世界観においては、人間は創造主によって世界の中に場所を与えられ、土地、植物、動物、その他の存在と調和しつつ生きることを求められている。人間は互いに配慮し合い、また他の被造物とも、友好的に共存する義務を負う。コミュニティはこの観念にもとづいて、リーダーの行動を評価し、賞賛や非難をつうじて、美徳の実践を促す (ibid., p.110)。アカウントビリティは、このような特定の規範やコミュニティとの関係ではじめて意味を持つ観念なのである。

以上のような認識をふまえれば、「インディアン法」の部分的改良を行う「ガバナンス法案」の試みは無益なものと考えられる (ibid., pp.117-118)。植民地主義・同化主義に由来する「インディアン法」は、先住民と土地を切り離し、先住民の統治組織や親族関係を破壊し、宗教の実践を抑圧するものであった。またそれは、リーダーの構成員に対する責任の観念を否定したものであった。このように、もともとの法の基本理念が、ファースト・ネイションのアカウントビリティの観念と矛盾する以上、これを部分的に改良しても、人々の忠誠を獲得することは困難とされる。

制度の構想においても、「ガバナンス法案」には問題がある。西洋流

の統治の観念の根本には、集権的・垂直的な統治のイメージがある。従来、バンド評議会をコミュニティから切り離してきたのは、この観念なのである (ibid., pp.119-121)。「ガバナンス法案」がめざすのは、バンド評議会を統制していた連邦政府にかえて、構成員による統制を実現することであるが、集権的・垂直的な統治構造を残したままでは、状況は改善されない。法案は、政府の権限濫用に対処するための救済機関の設置を提唱するが、これも、バンド評議会に任命されるものである以上、バンド評議会の権力を抑制することは困難である。さらに法案は外部からの監視を取り除き、バンド評議会の権限を強化することで、アカウンタビリティの確保がいっそう困難なる可能性がある。

ボロウズによれば、小さなコミュニティの多くにとって、垂直的・集権的な統治構造は適合しない。したがって、この観念に代えて、先住民の伝統的なコンセンサス形成による統治形式を復活させるべきである (ibid., p.122)。またコミュニティの権威を代表する、独立した司法機関を設立するべきである (ibid., pp.123-124)。この機関は、先住民の法・伝統と、西洋流の法の両方を利用して紛争を裁定し、法原則を明確化してゆく役割を負う。これをつうじて、統治がコミュニティの意志によってチェックされ、アカウンタビリティが実現されるのである。もちろん、先住民の伝統に通じていない現行の裁判所は、このような機能を果たしえない。

こうした実践のモデルとなるのが、アメリカの先住民のコミュニティであり、そのいくつかは連邦政府からの高い自律性をもつ裁判所を備えている。たとえばナバホ族の裁判所は、かつてリーダーによる収賄の事件を裁くにあたって、一方で、主流社会の「信託義務 (fiduciary duty)」の観念に依りつつも、その解釈にあたってはナバホ族の神話やコモン・ローを援用し、リーダーの責任の範囲を確定したのである。

こうした統治の秩序を機能させるにあたって、宗教儀礼の実践はきわめて重要である。儀礼の場において、世界観や規範秩序が開示され、構成員の果たすべき義務が示される (ibid., p.116)。また、義務を果たした者への称賛と、これに違反した者への非難が行われる。数々の物語が語られ、忠誠、勇敢、寛大、愛情などの美德の実践が奨励される (ibid., p.117)。このように、宗教をふくむ文化の活性化と、これを通じたコミュニティ

の社会規範の再建こそが、ガバナンスの改善の鍵となるのである。

アメリカの研究者コーネルとカルトは、カナダのファースト・ネイション会議 (Assembly of First Nations) の依頼をうけてガバナンス法案の分析を行い、厳しい意見を述べている (Cornell et. al. 2002)。彼らの指摘はボロウズの主張と重なるところが大きい。コーネルらの主導する「ハーバード・プロジェクト」は、アメリカの先住民の諸コミュニティを研究対象とし、経済発展を実現するうえでの、統治のパフォーマンスを研究してきた (Cornell&Kalt 1992; 1995; 2000; 2001; Cornell et. al. 2002)。彼らはアメリカの多数の先住民コミュニティ (トライブ) をサンプルとし、質的分析と量的分析の両方を用いて、先住民政府が、開発プロジェクトに成功するための条件を探ってきた。

この研究から得られた知見によれば、良好なガバナンスの実現のためには、次のような要因が特に重要である。第一に、先住民コミュニティが完全な自治権を持つことが決定的に重要である。先住民コミュニティは、既定のプログラムを執行する権限を持つだけではなく、プログラムそのものを作成する権限を持つべきである。外部の主体、たとえば連邦政府は、詳細な事情について知識や、プロジェクトの成功への切実な関心を持たず、十分な資源の投入を躊躇することも多い。たとえばアメリカのインディアン局 (Bureau of Indian Affairs) も、予算の確保や、権限の拡大など、その組織独自の目標をもっており、これらがプロジェクトの成功よりも優先されることがある (Cornell et.al. 1992, p.13) したがって先住民コミュニティが決定権を持たなければ良いプロジェクトは生まれないのである。

第二に、コミュニティ政府の権力濫用を防止するための諸制度・諸規則も重要である。決定手続きや会計に関する規則にくわえて、権限の分割も重要である (Cornell&Kalt 1992, pp.21-25)。とくに独立した司法制度が存在することが有用である。また、経済事業の成功のためには、その運営がコミュニティ政府からの自律性をもち、政治的リーダーの個人的利害を排除することが重要である (Cornell&Kalt 1992, pp.25-26)。

第三に、文化規範の役割が重視される。良好な統治を実現するためには、リーダーおよび構成員が、統治制度の正統性を受け入れ、それを支

える規則を遵守する必要がある(Cornell et.al 2002,p.5)。そのためには、公的な統治制度が、構成員の共有するインフォーマルな規範や組織と一致しなければならない。インフォーマルな規範は、構成員相互間の評価・賞賛に支えられて構成員の行動を実効的に拘束する(Cornell&Kalt 2000, pp.448-449)。公的な制度は、その力を利用しなければ機能しないのである。

文化規範に合わない制度が強要された場合、それは正統性を獲得できず、その規則は十分に遵守されない。本来のリーダーは公職に就こうとせず、コミュニティの実際の意志決定は、公的制度の外側で行われることになってしまう(Cornell &Kalt 1995, p.418; Cornell et.al. 2002, pp.13-14)。この結果、公的制度は適切に機能せず、権力や資源の濫用がおこることになる。

文化規範のあり方は、先住民集団ごとに大きく異なる。ボトムアップ型の意志決定システムをもつ分権的なコミュニティも、強いリーダーを中心とする集権的なシステムを持つ集団も存在する。これらのうちには、西洋流の民主主義制度とは異なった形態を持つものもあるが、これらは安易に否定されるべきではない。伝統的制度は、特定の文化的コンテクストにおかれれば、しばしば高いレベルの効率性とアカウンタビリティを達成する。たとえば、コチーチのプエブロ族においては、伝統的な神権政治が維持されており、特定の家系から選ばれる一人の宗教指導者が強力な権限を持ち、ほとんどの公職を任命する。しかしながら、コミュニティの強力な規範が、政治権力の行使を拘束しており、宗教指導者はコミュニティの事業から利益を受けることを禁じられ、質素な生活を送っている(Cornell & Kalt 2000, p.456)。このシステムは良好に機能し、プエブロ族は目覚ましい経済開発に成功してきたのである。このように、先住民社会では、リーダーの選出方法が民主的でないとしても、高いモラルを要求する規範と結びつくことで、円滑な統治が実現されていることも多い。逆に、西洋流の制度が導入され、選挙による公職者の頻繁な交代が行われても、これが、アカウンタビリティを向上させない事例も多く、この点についての予断を持つべきではないのである。

カナダ政府は統治の改善のために、コーネルらのハーバード・プロジェクトに関心を示してきたが、コーネルらによれば、カナダ政府はプロジェ

クト全体の趣旨を「カバナンス法案」に反映させていない (Cornell et. al. 2002, p.11)。カナダのファースト・ネーションズはアメリカのバンドに比べて、自己決定の権限が弱く、「ガバナンス法案」における自治権の強化策は不十分である。また、文化規範との整合性が重視されていない点も問題である。すなわち各種の規定の整備にあたり、法律による外枠の制約が強すぎ、また一定の場合に政府の用意した定型のルールが適用されることが、これを示している。

このようにボロウズやコーネルらは、先住民コミュニティの政治的自律性の回復と、文化的伝統にしたがった統治が、先住民コミュニティの統治を改善し、行為主体性を回復するために不可欠であると考えているのである。

5. 穏健な政策・ラディカルな政策

コミュニティ再建アプローチは、穏健な形も、ラディカルな形もとりうる。穏健な政策とは、現行の社会制度を維持しながら、その枠内でマイノリティの文化振興や、人間関係の強化を行う政策である。治療施設における先住民文化の利用や、文化活動への助成などの政策実践は、このような性格を持つものも多い。他方で、本稿にみてきたように、文化振興をおし進めたり、集団的行為主体性の構築をめざしたりする場合には、マイノリティ・コミュニティへの権限委譲や、自治権の付与など、既存の制度の大幅な変更が必要となることも多い。

このような場合には、権力や利益を脅かされる主流派集団の抵抗が起こることもある。たとえば、北米の先住民の場合、文化振興の中心的要素のひとつは、土地とのつながりの回復であるが、これは先住民による土地への管理権の要求につながり、近代的土地所有制度との軋轢を生み出しうる。実際のところ、先住民の土地権の主張は、主流社会の大資本による資源開発事業と衝突する。周知のように、今日北米の数か所で、先住民の土地にパイプライン敷設することの可否について、激しい対立が生じている (タリー 2017)。また、先住民の統治に関する伝統の再興は、先述のように、先住民と連邦政府の権限分割の根本的変更につながるのである。

施設における先住民文化の活用についても、対立が生じる場合がある。

先述のように、カナダの刑務所における先住民文化の活用は、主流社会の文化にもとづいた施設運営との間に軋轢をうみだした。1992年の連邦法 The Corrections and Conditional Release Act は、こうした限界を克服するものであり、先住民流の更正プログラムへのアクセスを保障し、また先住民コミュニティの刑務所運営への参画を定めたものであった。しかしながら、このような権限移管は、順調に進んでいるとはいえない。カナダの矯正調査官 (Correctional Investigator) の2012年の調査報告書は、先住民コミュニティが運営する「ヒーリング・ロッジ」の開設が停滞していることを問題視している (OCI 2012; Nielsen 2016)。法律ができて20年が経過しているにもかかわらず、ヒーリング・ロッジの収容能力はわずかにとどまっており、施設が存在しない地域も多い。報告書はその原因が、連邦政府矯正局の消極的姿勢にあるとして厳しく批判している。

報告書によれば、矯正局は「ヒーリング・ロッジ」への収容対象を、リスクの低い受刑者 (ミニマム・セキュリティ施設の適格者) に限定しているが、これはもともととの議会立法の意図を、不当に限定するものである。また矯正局が提示する契約条件の悪さが、先住民コミュニティが開設を躊躇する最大の原因であるとされる。現在の契約条件は先住民コミュニティに経済的利益をもたらさないばかりか、経済的リスクを負わせるものになっているのである¹²。しかも、先住民による「ヒーリング・ロッジ」の開設が停滞するなかで、矯正局は直営の「ヒーリング・ロッジ」を開設し、ここに十分な資金をつぎ込むことで、先住民の施設に圧迫を

¹² 矯正局は最近まで「ヒーリング・ロッジ」設立のガイドラインすら作っておらず、先住民コミュニティと交渉に入る条件も明確にしていなかった。また契約において、事業者を提供される資金は不十分であり、定員に欠員が出たときには、損失が発生する。契約期間は5年であり、その終了後に更新される保証はない。契約期間中は追加の資金提供はなく、不測の出費などがあると財政がひっ迫する。スタッフには、矯正局に対する報告書類の作成などの業務が課せられ、これに慣れない者には負担になる。しかもこのような資金不足の状態で、矯正局が運営する施設と同等の業務を行うことを求められているのである (OCI 2012; Nielsen 2016)。

加えているのである¹³。このように、矯正施設における先住民文化の活用の方策については大きな前進がみられたが、管理権限の移管については、政府機関の姿勢は極めて消極的であり、実現は容易ではないのである。

ところで、先住民コミュニティの自律・行為主体性の回復は、形式的な自治制度の実現によって完全に達成されるとも限らない。先住民が自治権を獲得した場合でも、主流派の政府や大企業は、その影響力を利用して先住民にコントロールを及ぼそうとする。とくに天然資源などに恵まれた先住民コミュニティの土地において、資源採掘などを企てる企業や、それを支援する政府は、事業に対する先住民コミュニティの継続的な同意を取りつけることに腐心する。こうした目的のために、企業や政府が先住民コミュニティのリーダーに利益を供与して、彼らを抱き込むことがある。このような場合、開発に参加することで利益を引き出す立場にあるリーダーと、利益に与らない多くのコミュニティの構成員の間に、断絶が生まれるのである。このような状況においては、外部アクターの影響力によって、意図的に腐敗が持ち込まれ、行為主体性が掘り崩されることになる。実際のところ、そのような影響力の行使を批判する議論は、先住民の理論家・活動家のあいだに有力なのである (Alfred 1999, 2005)。こうした圧力に抗して、コミュニティ再生を実現するために、アルフレッドは既存の権力関係のラディカルな変革が必要であると考え。リーダーとコミュニティのとの一体性を回復するために、伝統・文化を基礎にした価値観の共有の必要は、いっそう切実さを帯びる。アルフレッドはこれに加えて、主流社会の経済開発のビジョン自体を、安易に受け入れないように戒める。資本主義の消費主義的文化に抗して、

¹³ 先住民による施設に比して、これらの施設には、受刑者一人当たりには換算すると、1.6倍の資金が提供されている。このため、職員の待遇もよく、先住民の施設から、矯正局の施設に転職するスタッフも多く、先住民の施設への圧迫になっている。矯正局はこれら直営のヒーリング・ロッジの運営を、将来は先住民コミュニティに移管し、81条にもとづくヒーリング・ロッジに転換するという方針をしめしているが、その交渉は停滞している (OCI 2012; Nielsen 2016)。

先住民の伝統を回復することが必要であると論じるのである。

6. 正当化の問題

それでは、マイノリティによるこれらコミュニティ再建の実践を、国家ないし主流社会は是認し、支援する義務を負うのであろうか。また「コミュニティ再建アプローチ」は、「文化アプローチ」や「支配抑圧アプローチ」に比して、社会的支持を得ることが容易であろうか。以下ではこれらの問題を考察したい。

コミュニティ再建の政策は、すくなくとも穏健な形態においては、リベラルな正義の原理によって基礎づけられると考えられる。「安全」「恐怖からの自由」「適切な初等中等教育」などは、人間が必要とする最も基礎的な財であると考えられるが、社会病理に陥ったマイノリティのコミュニティにおいては、構成員はこれらを楽しむことができない。平等主義リベラリズムの観点にたてば、社会はそのすべての構成員に対して、これらを、公平に分配しなければならないから¹⁴、これを妨げる社会病理を解消する必要がある。それに必要な限りにおいて、政府はマイノリティのコミュニティ・文化の再生を支援する義務を負うと考えられる¹⁵。

¹⁴ リベラリズムが「正義」を定式化する方法には、いくつかの類型があるが、これら最も基礎的な財の欠如が許容できないことについては、合意が成り立つと考えられる。ケイパビリティ・アプローチや、関係論的平等論の観点からは、社会構成員の一部が、平等な市民として機能できない状態は許容できない。当事者の選択の責任を考慮するドゥオーキンの理論においても、これらの財を欠いた人生のプランは、通常の人々の選択の対象になるとは考えられず、是認できないと考えられる。

¹⁵ もっとも「コミュニティ再建アプローチ」を個々の事例に適用するためには、その事例において、多文化主義政策が、社会病理の克服にとって、必要・有効であることを示す必要がある。社会病理の克服のためには、多文化主義政策以外にも有力な政策手法が存在するから、この論証は常に成功するとは限らない。有力な対案のひとつは、荒廃した地域の住民を、社会環境が安定した地域に移転させるものであり、「モビリティ戦略」の一環として主張される。両者の政策手法の優劣は、種々の条件に依存するが、この点に関する検討は別稿において行いたい。

マイノリティの社会病理が、政府や主流派がマイノリティに加えた不正義に起因する場合には、この問題に対処する政府・主流派の責任は一層大きなものになる。この場合には、政府・主流派は過去の不正を埋め合わせる義務を負うからである。過去の不正義と現在の社会病理の間の因果関係を証明するのは難しいことが多いが、この関係を示す試みのひとつとして、「歴史的トラウマ」の理論がある (Gone 2013; Gone 2014; Fast & Collin-Vezina 2010)。1980年代以降、精神医学において、「トラウマ」と「PTSD」の観念が確立されたが、「歴史的トラウマ」はこの観念を拡張するものである。それは歴史上の出来事から、今日の精神疾患を説明するものであり、今日では心理学や精神医学の分野で、一定の認知を得るに至っている。

通常のトラウマと比較した場合、「歴史的トラウマ」は集団的に経験され、集団全体に影響を与える点が特徴である。また、一度の体験ではなく、多くの経験が累積して作用すると想定される。またそのトラウマは、子育てへの影響を通じて、子孫にも継承される。その代表的な事例は、過去の植民地化や虐殺に起因するものとされる。

「歴史的トラウマ」の理論化の手がかりになったのは、ユダヤ人や先住民のホロコーストの研究である。ホロコースト犠牲者の子孫は、しばしば祖先と同じような恐怖を体験する (Fast & Collin-Vezina 2010)。そのメカニズムは以下のように考えられている。親と死別した生存者は、親に見捨てられたという意識を持ち、その苦痛からの救いを、子供に求めようとする。子供は親を救えない自分に責任を感じるようになり、自尊心が低下する。このパタンが次世代に引き継がれてしまうというのである。近年ではこれがインディアン寄宿学校の生存者についても適用される。すなわち親元から連れ去られた子供たちは、親から見捨てられたように感じ、その苦痛が子供に受け継がれてしまうというのである。

このような「歴史的トラウマ」の理論は、現段階では科学的に立証されたとはいえない¹⁶。実際のところ、先住民が個人レベルでかかえるト

¹⁶ 先住民の心理学者にも、「歴史的トラウマ」の概念を使うことに慎重な態度をとる者も存在する。ゴーンは、この概念を利用することで、過去の不正に注意が向かう反面で、現在の不正から注意がそらされること、すべての先住民が

トラウマは、遠い過去のできごとの継承というよりも、幼少期から青年期にかけての悲惨な体験から生じることが多い。また今日の社会病理は、現在の差別や社会経済的周縁化に由来するところも大きい。したがって、過去の不正な暴力が、今日の個人にあたえる影響を証明するためには、きわめて複雑な因果関係をたどらなければならないであろう。

しかしながら、「歴史的トラウマ」のような理論によらなくても、政府や主流派による歴史的不正が、マイノリティ・コミュニティの社会病理の原因であると認められる場合は存在する。たとえば今日、カナダでは、先住民の社会病理が過去の同化政策によって引き起こされたという認識が広がっている。それを象徴する実例が、「インディアン寄宿学校」である。これは政府とキリスト教会が共同で運営した施設であり、その使命は先住民の児童を主流のヨーロッパ系の文化に同化することにあった（TRC Canada 2015）。子供たちは親元から遠く引き離され、伝統言語の使用を禁じられ、英語・仏語とキリスト教を教え込まれた。これは先住民コミュニティの文化や社会関係を破壊した。また強制的な同化政策を受けた世代は、適切な社会化を妨げられ、夫婦生活や子供の養育の能力を低下させた。こうした文化的破壊が、社会経済的周縁化と相まって、深刻な社会病理を生み出したと考えられる。このような認識は、「インディアン寄宿学校」をめぐる「真実和解委員会」の活動（2008-2015年）を通じて確固としたものとなった。これとともに、コミュニティ再建を支援する政府の義務の認識も、広く社会に定着したと考えられる。

コミュニティ再建の政策は、正義や平等に基づく以上のような論拠に加えて、別の根拠によっても支持をうける。第一に、社会病理に見舞われたコミュニティは、若者の自殺や児童虐待などの悲劇に見まわれることが多く、これが人々の共感をよびおこす。人間としての慈悲心（compassion）や、同じ国民としての同朋意識・連帯感、これらのコミュニティの再建を支援することの動機となる。

第二に、政府の施策の費用と利益の考慮が、世論の支持を生み出しう

能力を毀損されているというステレオタイプが生じること、などを危惧している（Gone 2013; Gone 2014）。

る。貧困、失業、犯罪、精神疾患などの社会病理の蔓延は、医療や福祉事業のコストを押し上げ、また犯罪の取り締まりや刑事司法の運営費を増加させる。したがって、コミュニティが再建されれば、そこから得られる経済的利益は、事業のコストを大きく上まわる。「先住民に関する王立委員会」はこのような論理を用いて、カナダ国民に、委員会の提案する野心的な事業を採用することを促す。すなわち、もしその政策が受け入れられるならば「先住民の経済活動は拡張し、政府の税収は増加する。また先住民の政府への依存は減少し、経済支援や治療のプログラムの支出が減少する」とされる（RCAP 1996, vol.5, p.52）。このように、コミュニティ再建の事業は、「正義」の要請に加えて、複数の根拠によって基礎づけることが可能である。したがって、すくなくとも穏健なタイプの政策については、主流社会の支持を獲得できる見込みが大きいと考えられる。

7. 三つのアプローチの比較

多文化主義の他のアプローチ（「文化アプローチ」「支配・抑圧アプローチ」）と比較した場合、「コミュニティ再建アプローチ」は、多文化主義政策をより効果的に基礎づけられるであろうか。以下ではこの観点から、これらの三つのアプローチの長所と短所を考察してみたい。

「文化アプローチ」は、多文化主義の理論において最も有力なアプローチであり、マイノリティの文化・コミュニティと、個人のアイデンティティを結びつけることで、マイノリティの文化・コミュニティの保全を主張する。周知のように、ウィル・キムリッカは、マイノリティの「社会構成的文化」の保全を要求する有力な理論を構築した。彼の理論において、「社会構成的文化」は自己完結的な社会制度とナショナルな言語文化から構成される。それぞれのナショナル・マイノリティは、固有の「社会構成的文化」を持つと想定される。人間は通常、自己の所属する「社会構成的文化」の内部において人生をおくるのであり、その意味で「社会構成的文化」は自己完結性を持っている。人間の人生のビジョンは特定の「社会構成的文化」のなかで形成されるので、これに対するアクセスを失うと、意味のある人生をおくることが困難になる。したがって、マ

イノリティ集団の「社会構成的文化」は、主流文化への同化の圧力に抗して保全されなければならない、とされる。

このように「文化アプローチ」は、文化的帰属それ自体の価値を主題化し、直接かつ強力に、文化保全の政策を擁護する。これに対して「コミュニティ再建アプローチ」において、文化振興は、社会病理の克服の「手段」であるにすぎない。このため、社会病理克服のための代替手段が存在する場合には、文化振興の必要性が低下する。このように、「文化アプローチ」が適合する事例においては、それは多文化主義を擁護するより強力な理論を提示できると考えられる。

ところが「文化アプローチ」にも弱みが存在する。キムリッカの議論によっては、すでに消滅ないしは、縮減してしまった文化を再興する政策を擁護することが難しい。本稿が「縮減された文化」と呼ぶのは、過去の同化政策などの影響で、構成員の人生の多様な側面を方向づける能力を失った文化のことである。実際のところ、多くの先住民の文化は、このような状態にある。縮減された文化は、自己完結性を持たない。すなわち、それはコミュニティの構成員の人生のすべての側面において、意味のある選択肢を提示することができない。したがって、その構成員は、主流社会の諸制度が提供する選択肢にアクセスし、多様な活動を行わざるを得ないのである。

このような状況においては、出身文化への帰属を、「有意味な人生のための絶対条件」とみなすことは不可能であろう。いまや、出身文化への帰属は、個々の構成員の「選択」の問題とみなされる場合も生じる。この場合、個人は、衰退する文化にとどまることを「選択」するコストの負担を求められることになろう (Patten 2014, ch.3)。かくして、政府が文化を振興する義務が、弱まることになる。

この点においては、「コミュニティ再建アプローチ」は「文化アプローチ」に比して長所をもつ。縮減された文化の復興が、社会病理の克服に必要な資源を提供する場合には、文化振興の政策が正当化されるからである。文化的な自己充足性を失い、しかも社会病理に苦しんでいるマイノリティにとって、「コミュニティ再建アプローチ」が、より有望な戦略であることも多いと考えられる。

「支配・抑圧アプローチ」と比較した場合、「コミュニティ再建アプローチ」は少なくともその穏健な形態においては、世論の支持を得やすいという長所を持つと考えられる。「コミュニティ再建アプローチ」の焦点は、「安全」「恐怖からの自由」「適切な初等中等教育」など最も基礎的な財であり、その充足のための政策は、人々の正義感、慈愛、同朋意識・連帯感によって支持されやすい。また、その論理は、「支配・抑圧アプローチ」に比して敵対性が少なく、主流派国民の敵意を喚起しにくいと考えられる。また前述のように、主流派国民がこうした政策を支持する経済的動機を持つことも、支持の調達を容易にするであろう。

他方、「コミュニティ再建アプローチ」には、不平等・支配・従属の問題を正面から扱えないという弱点がある。すなわち、これらの問題は、社会病理に対処するのに必要な範囲で扱われるにすぎないのである。たしかに、先に検討したように、社会病理への対処のために、不平等な権力関係のラディカルな変更を要求しうる場合もある。しかしながら、こうした議論の有効性は、それが社会病理の解決に不可欠であるという論証の成否にかかっている。この論証は、当該マイノリティ集団の状況や、代替政策との優劣の判断に依存するから、常に成功するとは限らないのである（脚注15参照）。他方、「支配・抑圧アプローチ」は、主流派とマイノリティ集団の間の、平等で公平な関係の実現を目的とするから、不平等の問題をより直接に扱うことができる点に強みがある。

本稿は前稿とあわせて、多文化主義の「コミュニティ再建アプローチ」について検討を加えてきた。政治理論の文献のなかで、このアプローチは、「文化アプローチ」や「支配・抑圧アプローチ」に比べて注目されることが少ないが、後期近代における政策課題への取り組みのなかで、これが広く実践されていることが示されたと考える。今日における多文化主義の意義を正当に評価するうえでも、多文化主義の持つ多様な側面が認識される必要があると思われる。

参考文献

Alfred, T. (1999). *Peace, power, righteousness: An indigenous manifesto*. Oxford: Oxford University Press.

- Alfred, T. (2005). *Wasase: Indigenous pathways of action and freedom*. Toronto: University of Toronto Press.
- Bandura, A. (ed.) (1995). *Self-efficacy in changing societies*. Cambridge University Press (アルバート・バンデューラ編・本明寛ほか訳『激動社会の中の自己効力』金子書房, 1997年).
- Bandura, A. (2000). Exercise of human agency through collective efficacy. *Current directions in psychological science* 9(3), 75-78.
- Borrows, J. (2003). Stewardship and the First Nations Governance Act. *Queen's Law Journal*, 29, 103-132.
- Chandler, M. J., & Lalonde, C. E. (2009). Cultural continuity as a moderator of suicide risk among Canada's First Nations. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*, Vancouver: UBC Press.
- Cornell, S. E., & Kalt, J. P. (1992). Reloading the dice: Improving the chances for economic development on American Indian reservations. In American Indian Studies Center (ed.), *What Can Tribes do? : Strategies and institutions in American Indian economic development*, Oakland: CA. University of California Press.
- Cornell, S., & Kalt, J. P. (1995). Where does economic development really come from? Constitutional rule among the contemporary Sioux and Apache. *Economic inquiry*, 33(3), 402-426.
- Cornell, S., & Kalt, J. P. (2000). Where's the glue? Institutional and cultural foundations of American Indian economic development. *The Journal of socio-economics* 29(5): 443-470.
- Cornell, S., & Jorgensen, M., & Kalt, J. (2002). *The First Nations Governance Act: Implications of research findings from the United States and Canada*, Udall Center for Studies in Public Policy.
- Fast, E., & Collin-Vézina, D. (2010). Historical Trauma, Race-based Trauma and Resilience of Indigenous Peoples: A literature review. *First Peoples child & family review*, 5(1).
- Freideres, J. S. (2011). *First Nations in the twenty-first century*. Oxford: Oxford University Press.
- Gone, J. P. (2013). Redressing First Nations historical trauma: Theorizing mechanisms for indigenous culture as mental health treatment. *Transcultural psychiatry*, 50(5), 683-706.
- Gone, J. P. (2014). Reconsidering American Indian historical trauma: Lessons from an early Gros Ventre war narrative. *Transcultural psychiatry*, 51(3),

387-406.

- Graham, J. (2012). Dysfunctional governance, *Inroads*, summer 2012, 31-46.
- Kirmayer, L. J., & Sehdev, M. & Isaac, C. (2009a). Community resilience: Models, metaphors and measures. *International journal of indigenous health*, 5(1), 62-117.
- Kirmayer, L. J., & Tait, C. L. & Simpson, C. (2009b). The mental health of Aboriginal peoples in Canada: Transformations of identity and community. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*. Vancouver: UBC Press.
- Kirmayer, L. J., et al. (2011). Rethinking resilience from indigenous perspectives. *The Canadian journal of psychiatry*, 56(2).
- Kirmayer, L. J., et al. (2012). Toward an ecology of stories: Indigenous perspectives on resilience. In M. Ungar (ed.), *The social ecology of resilience*, New York: Springer, 399-414.
- Kral, M. J., & Idlout, L. (2009). Community wellness and social action in the Canadian Arctic: Collective agency as subjective well-being. In L. Kirmayer & G. G. Valaskakis (eds.), *Healing traditions: The mental health of Aboriginal peoples in Canada*, 315-334.
- Kymlicka, W. (1989). *Liberalism, community, and culture*. Oxford: Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (1995). *Multicultural citizenship*. Oxford: Oxford University Press.
- Martel, J., Brassard, R., & Jaccoud, M. (2011). When two worlds collide: Aboriginal risk management in Canadian corrections. *The British journal of criminology*, 51(2), 235-255.
- Murphy, M. (2014). Self-determination as a collective capability: The case of Indigenous peoples. *Journal of human development and capabilities*, 15(4), 320-334.
- Nielsen, O. M. (2003). Canadian Aboriginal Healing Lodges: A model for the United States? *The prison journal*, 83(1).
- Nielsen, O. M. (2016). Aboriginal Healing Lodges in Canada: Still going strong? Still worth implementing in the USA? *The journal of legal pluralism and unofficial law*, 48(2), 322-345.
- OCI (Office of Correctional Investigator) (2012), *Spirit matters: Aboriginal people and the Corrections and Conditional Release Act*. Ottawa.
- Patten, A. (2014). *Equal recognition: The moral foundations of minority rights*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- RCAP (The Royal Commission on Aboriginal Peoples) (1996). *Final Report*,

Ottawa.

- Tiessen, M., Taylor, D. M., & Kirmayer, L. J. (2009). A key individual-to-community link: The impact of perceived collective control on Aboriginal youth well-being. *Pimatisiwin: A journal of Aboriginal and Indigenous community health*, 7(2), 241-267.
- TRC (Truth and Reconciliation Commission of Canada). (2015). *The final report*, Volume 5: *Canada's Residential Schools: The Legacy*
- Waldram, J. B. (2017). *The way of the pipe: Aboriginal spirituality and symbolic healing in Canadian prisons*, Toronto: University of Toronto Press. (Originally published 1997 by Broadview Press).
- Wexler, L. M., & Gone, J. P. (2012). Culturally responsive suicide prevention in indigenous communities: Unexamined assumptions and new possibilities. *American journal of public health*, 102(5), 800-806.
- タリー、ジェイムズ (2017) 「北米先住民をめぐる『再生』と『和解』」(辻康夫・山田健訳)『北大法学論集』67-6.
- 辻康夫 (2013) 「多文化主義理論の諸類型の検討：複合的アプローチにむけて」『法政理論』45-3.
- 辻康夫 (2018). 「後期近代におけるコミュニティ再建：多文化主義の政策実践の一側面」『北大法学論集』69-4.

自招性精神障害の刑法的評価： 「原因において自由な行為」論の再定位（1）

竹 川 俊 也

目 次

問題の所在

1. 背景事情
2. 問題意識
3. 分析視角・分析対象
4. 本稿の構成

第1章 イギリス法における酩酊：判例法における酩酊の地位

第1節 責任無能力 (insanity) の抗弁

第2節 オートマティズム (automatism) の抗弁

第3節 酩酊 (intoxication) の主張

第1項 不任意酩酊 (involuntary intoxication)

第2項 任意酩酊 (voluntary intoxication)

① Majewski 判決における任意酩酊ルール

② 一般意思犯罪と特定意思犯罪の区別基準

③ 一般意思犯罪における危険／非危険薬物の区別

第3項 小 括

第4節 通常の任意酩酊ルールが適用されない場合

第1項 任意酩酊に起因する不慮の事故 (accidental act)

第2項 酩酊による正当防衛状況等の錯誤

第3項 酩酊による被害者の同意に関する錯誤

第4項 酩酊による免責事由に関する錯誤

第5項 小 括

第5節 検討：任意酩酊ルールに対する原理的な批判

第2章 イギリス判例法における任意酩酊ルールの例外：他の抗弁との競合

第1節 酩酊に起因する責任無能力・オートマティズム

第2節 酩酊と責任無能力・オートマティズムの同時存在

第3節 検討：酩酊・責任無能力・オートマティズムの事前責任
(以上、本号)

第3章 英米学説の対応：事前責任 (prior fault) をめぐって

第1節 事前責任をめぐる学説の展開

第1項 Robinson による統一的な抗弁状況の作出責任

第2項 Fingarette と Hasse による DOM 理論

第2節 考 察

第1項 英米刑法学説における事前責任論

第2項 事前責任が問題となる場面の場合分け：John Child による分析

第4章 日本法への示唆・提言：自招性精神障害の新たな評価枠組み

第1節 「原因において自由な行為」論の問題点

第1項 責任能力を事実的な能力として位置づける点

第2項 結果行為時（責任無能力状態）の主観面を軽視する点

第2節 事前責任：故意と責任能力の相違を自覚した議論の必要性

第1項 故意と責任能力の犯罪論構造上の相違

第2項 例外的責任要素の事前責任：違法性の意識の可能性論からの示唆

第3項 責任能力における事前責任：試論

おわりに

問題の所在

1. 背景事情

刑法39条は、行為者の責任能力が問題となる場合について、心神喪失者の不可罰と心神耗弱者の刑の減輕を定める。刑法上の責任能力は、行為時に備わっている必要があるとされ（以下、これを「同時存在原則」という。）、これを形式的に適用すれば、酩酊状態に乗じて犯罪に及ぶ意思でアルコールや薬物を摂取し、実際に責任能力を欠いた状態で犯罪を行った場合には、行為者に完全な責任を問えないことになる。この不都

合を回避するために、学説では様々な理論構成が試みられてきた（いわゆる「原因において自由な行為」の理論）。

2. 問題意識

（1）「原因において自由な行為」論の到達点

この理論構成については、自招性の精神障害が行為時点で責任無能力と評価されうることを前提に、構成要件モデル、例外モデルと呼ばれる2つの理論モデルが提示されている。

構成要件モデルは、飲酒などの原因行為を構成要件該当行為とし、法益侵害結果を惹起する結果行為を因果経過上の介在事情に位置づけることで同時存在原則との整合性を図るアプローチである⁽¹⁾。このモデルに対しては、従来から、①飲酒等の原因行為に実行行為としての定型性は認められず、②未遂犯の成立時期が早くなりすぎてしまい、③結果行為時に自律的な意思決定の余地が残されている限定責任能力の場合の理論構成が困難である、といった批判が向けられてきた⁽²⁾。

これに対して、近時有力な見解は、①間接正犯の命令行為に構成要件的な定型性を厳格には要求せず、②実行行為の開始と未遂犯の成立時期をリンクさせず、さらに、③有責な行為を利用した間接正犯を一部認める立場を前提に、結果行為時に限定責任能力状態であっても原因行為を実行行為と評価可能だとして、「原因において自由な行為」においても通常の犯罪論の原理を適用すれば足りるとする、精緻な理論構成を展開している⁽³⁾。

他方で、例外モデルは、責任無能力状態の行為を構成要件該当行為とし、同時存在原則を一部緩和するアプローチと概括できる。例外モデルとしては、①最終的意思決定時に責任能力があれば責任非難が可能とす

⁽¹⁾ かつて支配的地位を占めたのは、いわゆる「間接正犯類似説」である。団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）160頁以下。

⁽²⁾ 学説の展開について、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第3巻〔第3版〕』（青林書院、2015年）38頁以下〔島田仁郎＝島田聡一郎〕。

⁽³⁾ たとえば、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社、2017年）325頁以下参照。

る立場⁽⁴⁾や、②違法性の錯誤と同様に責任能力にも回避不可能性を要求する立場⁽⁵⁾、③禁反言の法理により責任無能力の援用を否定する立場⁽⁶⁾がこれまでに主張されている。これらの例外モデルに対しては、そのうちの多くが結局は原因行為時の故意・過失の限度での犯罪成立を認める議論であることから、構成要件モデルの発想と基本的に異ならないとの批判⁽⁷⁾が向けられている。

（2）従来の学説が前提とする「責任能力観」への疑問

もっとも、自招性の精神障害をめぐる従来の議論で前提とされる「責任能力観」に違和感を覚える場面は少なくない。たとえば、責任能力の実際の判断においては、幻覚妄想による現実世界からの乖離や思考の飛躍が認められるかという点が重要なファクター⁽⁸⁾となっている。そうすると、「酒の力を借りて被害者を殺害しようと意図して大量に飲酒した者が、責任無能力状態になって被害者を刺殺した」という講壇事例の前提がそもそも適切でないことになる。理性的な意思の通りに、計画的に犯罪を遂行している時点で、責任能力の喪失や減弱は認められないのが通常のはずだからである。

他方で、責任能力が争われた裁判例の分析からは、犯罪に及ぶ意思を事前に有していたかを問わず、自招性の精神障害の場合には端的に39条

⁽⁴⁾ 西原春夫『刑法総論〔改訂準備版（下巻）〕』（成文堂、1998年）460頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2018年）364頁以下。

⁽⁵⁾ 中空壽雅「『責任能力と行為の同時存在の原則』の意義について」刑法雑誌45巻3号（2006年）392頁、安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（2）・完」法学論叢142巻2号（1997年）45頁以下。

⁽⁶⁾ 丸山治「『原因において自由な行為』小考」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002年）157頁以下。

⁽⁷⁾ たとえば、橋爪隆「『原因において自由な行為』について」法学教室425号（2016年）116頁参照。このことから、近時では、構成要件モデル（自招性の精神障害の場面でも通常の犯罪論を適用すれば足りるとする立場）がやや優勢のように見受けられる。

⁽⁸⁾ この点については、拙稿「責任能力の認定手法について」早稲田法学会誌67巻2号（2017年）244頁以下参照。

の適用が排除されているように見受けられる場合が多い。たとえば、幻覚妄想といった精神症状が類似しているにもかかわらず、覚せい剤精神病は統合失調症に比べて心神喪失が認められるためのハードルが高いと指摘される⁽⁹⁾。こうした理解を前提とすれば、行為者の精神障害が自ら招いたものである場合には、学説の理論構成を用いずとも、責任無能力とされる余地は残されていないことになる。

このことから、自招性の精神障害の場合には責任能力は喪失・減弱しないとする裁判実務の思考方法を正確に認識し、責任能力の解釈によって自招性精神障害の刑法的評価にアプローチする必要があると考えられる。本稿における分析対象と分析手法は、以下のとおりである。

3. 分析視角・分析対象

わが国の裁判実務が前提としていえると考えられる、自招性精神障害の場合に責任無能力の余地を端的に排除する考え方は、英米法の領域で伝統的に採られてきた。しかし、犯罪論の多くの領域でドイツ法研究が優勢となっているわが国では、ほとんど研究がなされていない⁽¹⁰⁾。そこで本稿では、酩酊理論について判例法の蓄積がみられるイギリス刑法

⁽⁹⁾ この点は、責任能力の研究者間で一般に共有されている（青木紀博「覚せい剤中毒と刑事責任能力」京都産業大学論集27巻1号（社会科学系列13号）（1996年）111頁以下参照）。また、飲酒による一時的な酩酊の場合についても、心神喪失や耗弱が認められる閾値が慢性的な精神障害に比して高いことが従来から指摘されている（植松正「酩酊中の行為に対する刑事責任」ジュリスト141号（1957年）4頁以下、鈴木義男「英米法における酩酊と刑事責任（一）」警察研究30巻1号（1959年）63頁など）。鈴木は、「このような裁判所の態度を全く誤つたものとして無視するならば格別、そうなるだけの十分な理由が認められ、そこに何らかの合理性を見出す可能性があるとするれば、これまでの理論にもあらためて反省を加え、実務との不幸な分裂を少なくするために努力するのが、実践と切り離すことのできない学問の任務であるといわなければならない」（同・63頁以下）と指摘する。

⁽¹⁰⁾ 英米法圏の酩酊論を紹介した貴重な文献として、尾中俊彦「英米刑法における酩酊の抗弁」日本刑法学会編『酩酊と刑事責任』（有斐閣、1959年）93頁以下、鈴木義男「英米法における酩酊と刑事責任（一）～（五・完）」警察研究30巻1号～5号（1959年）。

における酩酊と刑事責任の関係をめぐる議論を分析し、そこから得られた示唆を、わが国の責任能力論の解釈に反映させることを目標とする。具体的には、自招酩酊の場合に責任無能力やメンズ・レアの欠如による無罪の余地を端的に排除する、イギリスの判例法や自招性精神障害に関する英米学説を分析対象とする。

分析手法としては、イギリスの酩酊論分析を通じて、自招性精神障害の問題を立体的・複眼的に捉えるアプローチを採用する。後述のように、イギリス法において酩酊は、メンズ・レア（犯罪の主観的成立要件、大陸法における故意・過失）が欠如していたことの証拠として用いられるのが通常である。これに対して、日本法の議論（特に構成要件モデル）は、たしかに責任能力欠如の場面を念頭に置いているが、実際には結果行為時に故意を欠いている場合にも適用可能な理論として構築されている。この点はあまり意識されることはないが、たとえば橋爪隆によって、以下のような指摘がなされている。

「構成要件モデルからは、結果行為時の主観面は故意の存否を判断する上では決定的ではないから、原因行為段階で故意があれば、結果行為時には故意が欠けていたとしても……故意犯の成立を認める余地がある」⁽¹¹⁾

そこで本稿は、イギリス法の議論に示唆を受ける形で、故意と責任能力の相互関係や犯罪論構造上の相違にも触れながら、自招性精神障害による故意の欠如と責任能力の欠如を同一の理論枠組みで捉えることの問題性を提示し、従来の議論のアプローチ（特に構成要件モデル）が自招性精神障害の評価枠組みとして適切ではないことを明らかにする。

4. 本稿の構成

上記の分析視角の下で、本稿は以下の順で検討を加える。

第1章では、イギリス判例法における酩酊の地位を分析対象とする。具体的には、責任無能力やオートマティズムといった関連する抗弁を紹介

⁽¹¹⁾ 橋爪・前掲注7・111頁注15参照。

介したうえで、犯行時にアルコールや薬物の急性症状（酩酊、intoxication）を有していた場合の裁判所の対応を確認する。イギリスでは、アルコールや薬物の摂取が被告人の意思によるものであった場合には、酩酊によって犯行時にメンズ・レアを有さなかったとしても、一定の犯罪についてはメンズ・レアが擬制されるという、厳格な任意酩酊ルール（Majewski ルール）が現在でも適用されている。このルールの形成過程や適用される犯罪類型に関する判例法の立場、さらには適用の例外を分析することで、現在のイギリス判例法の一般的理解を獲得する。

第2章では、上記の任意酩酊ルールの適用が困難になる場面として、酩酊が他の抗弁と競合した場合の判例における処理について検討する。この分析を通じ、こうした場合に統一的な解決策が提示されていない状況にあることを明らかにし、その背景には、責任無能力の抗弁では当該精神状態の招致に関する行為者の有責性が問題とされないのに対し、他の抗弁・主張では、当該精神状態の招致に関する行為者の有責性が抗弁の成否に影響を与えるという形で、事前責任（prior fault）の理解に差があることを提示する。精神状態を自ら悪化させた行為者の落ち度を根拠に、各抗弁・主張を退ける統一的な理論的根拠の必要性が徐々に認識されつつあることを示す。

第3章では、英米刑法学説の立場を概観する。具体的には、行為者自身の事前の有責行為によって結果惹起行為時にメンズ・レアや責任能力を欠いた場合に、何らかの形で刑事責任を肯定しようと試みる英米法圏の学説に検討を加える。この検討を通じ、英米法圏においてもわが国の構成要件モデルと例外モデルに対応する学説が萌芽的に主張されていることが明らかとなるが、本稿ではさらに、結果惹起行為時に欠けている要素が（メンズ・レアなどの）犯罪の原則的要素なのか、（責任能力などの）例外的要素なのかによって事前責任の要件を異にすべきと主張する、John Child の見解に着目し、掘り下げた形で分析を加える。

第4章では、第3章までの分析結果を踏まえたうえで、わが国における自招性精神障害のあるべき評価枠組みを明らかにする。具体的には、わが国の「原因において自由な行為」論が前提とする、①責任能力を事実的な能力として位置づけ、②結果行為時（責任無能力状態）の主観面を軽視する思考方法が妥当でないことを提示したうえで、故意と責任能

力の犯罪論構造上の相違に関する議論のうち、㉗医療観察法施行後に注目された、責任無能力者は故意を持ちうるかという論点（故意と責任能力の関係性）、㉘規範的責任論における故意の法的性質をめぐる議論（故意とそれ以外の責任要素の関係性）、㉙違法性の意識の可能性の回避可能性をめぐる議論（結果惹起行為以前の事情を考慮することの可否）に着目し、検討を加える。この検討を通じ、原則的要素と例外的要素を区別した形で事前責任の要件を提示する思考枠組みがわが国においても基本的に妥当することを提示し、私見の立場を明らかにする。

第1章 イギリス法における酩酊：判例法における酩酊の地位

本章では、まず、イギリス（イングランド・ウェールズ）の判例法における酩酊の地位を検討するための前提として、行為時の精神状態が問題となる2つの抗弁について、その法的性質と要件を確認する。

第1節 責任無能力（insanity）の抗弁

第一は、責任無能力（心神喪失）の抗弁である。英国の責任能力基準としては、現在でもマクノートン基準が採られており、精神の障害によって行為の性質や罪悪性を認識する能力を喪失していたことが要件とされる。⁽¹²⁾

このうち、第1段階要素である「精神の障害」については、わが国と同様に法的判断事項とされ、記憶や理性、理解力に影響を与えるあらゆる内的な障害（internal disorder）⁽¹³⁾が含まれる。こうした広い病気概念⁽¹⁴⁾

⁽¹²⁾ マクノートン基準が成立した背景と英米法域における同基準の解釈について、拙稿「刑事責任能力論における弁識・制御能力要件の再構成（1）」早稲田法学会誌66巻2号（2016年）335頁以下参照。

⁽¹³⁾ この点については、安田拓人「『精神の障害』と法律的病気概念」中谷陽二編『責任能力の現在』（金剛出版、2009年）30頁以下、箭野章五郎「刑事責任能力における『精神の障害』概念」法学新報115巻5・6号（2008年）288頁以下、拙稿「『精神の障害』と刑事責任能力（4・完）」早稲田大学大学院法研論集161号（2017）162頁以下参照。

⁽¹⁴⁾ *Kemp* [1957] 1 QB 399. 具体的には、動脈硬化（*Kemp*）や夢遊病（*Burgess* [1991] 2 ALL ER 769 (CA))、てんかん（*Sullivan* [1984] AC 156 (HL)）や糖尿病

念の背景には、後述のオートマティズム（行為性欠如）の抗弁や犯罪成立に必要なメンズ・レア欠如の主張によって危険な犯罪者を無条件の無罪とすることへの懸念があり、心神喪失者への処遇の多様性が確保されていることも手伝い、この要件が拡張的に解釈されている。⁽¹⁶⁾ 行為者の精神状態が内的な異常に基づく場合には、オートマティズムの抗弁・酩酊によるメンズ・レア欠如の主張へのアクセスは否定され、有罪を回避するためには責任無能力の抗弁に依拠せざるを得ない。⁽¹⁷⁾ 後述（第2章）のように、「精神の障害」の自招性を考慮しない点で日本の刑法学説と同様の前提に立つが、内的な障害でなければならないとの前提から、アルコールや薬物関連障害を責任無能力の抗弁から排除している点で相違がみられる。

の被告人がインスリン投与を怠ったことによる高血糖状態（*Hennessy* [1989] 1 WLR 287 (CA)）は、内的要因に基づくゆえに「精神の障害」とされる。また、外的な要因によって通常とは異なる反応が生じた場合にも、被告人の素質に主な原因が求められる限りで「精神の障害」に該当する（交際相手の被害者に拒絶されたことによる解離状態について、*Rabey* (1980) 114 DLR (3rd) 193 (SCC)）。

⁽¹⁵⁾ AP Simester et al, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine* (6th edn Hart Publishing, Oxford 2016), at 735.

⁽¹⁶⁾ D Ormerod & K Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law* (15th edn OUP, Oxford 2018), at 296-7; A Longhnan & N Wake, 'Of Blurred Boundaries and Prior Fault: Insanity, Automatism and Intoxication', in A Reed & M Bohlander (with N Wake & E Smith) (eds), *General Defences in Criminal Law – Domestic and Comparative Perspectives* (Routledge, London 2014) at 122. 英国では、責任能力基準の狭隘性に加え、①死刑制度の廃止、②謀殺罪における限定責任能力による部分的抗弁の存在、③挙証責任の被告人側への分配、④心神喪失による無罪評決後の必要的な病院収容（不定期）により、心神喪失抗弁の実務上の意義は長らく限定的なものとなっていた。現在では、1991年刑事手続法（Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991）により心神喪失評決後の処遇に裁量の余地が加えられたが、多くの触法精神障害者は心神喪失による無罪評決ではなく、量刑段階での特別な扱いを求める傾向があるとされる（A Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (6th edn CUP, Cambridge 2015), at 413.）。

⁽¹⁷⁾ *Simester et al* (n 15), at 735.

第2節 オートマティズム (automatism) の抗弁

第二は、オートマティズム、すなわち、意識レベルの低下によって身体的に任意性を欠く状態にあったことに基づく抗弁である。具体的な要件としては、①意識や任意性を欠いた状態で行為に出たこと（任意的コントロールの欠如が一時的にせよ完全な場合）、②外的な要因によって当該精神状態が導かれたこと、③当該状況に陥ったことについて行為者が有責でないことが求められる。責任無能力の抗弁とは異なり、この抗弁が認められた場合は（病院収容の可能性のない）完全な無罪となるため、社会防衛的な政策判断からその基準は厳格で抗弁の射程は狭い。⁽¹⁸⁾ 身体的コントロールが完全に不能であった場合にのみ抗弁の成立が認められ、昏睡状態に陥る必要はないが、単に抑制がとれただけでは不十分とされる。⁽¹⁹⁾

オートマティズムの抗弁では、責任無能力の抗弁における「精神の障害」のように原因の限定がなされていないために、道徳評価的な側面が前面に出るとされ、通常の酩酊ではこの抗弁に依拠することは不可能である。⁽²⁰⁾ オートマティズムの抗弁によって否定されるのはアクトゥス・レウスだが、当該精神状態の招致について自招性が認められる場合には、メンズ・レア欠如の主張として一般に理解される酩酊と同様の政策判断がなされ、⁽²¹⁾ 当該状況に陥ったことについて被告人が有責でないことが⁽²²⁾ 求められる。

⁽¹⁸⁾ Longhnan & Wake (n 16), at 119.

⁽¹⁹⁾ Ormerod & Laird (n 16), at 309-10.

⁽²⁰⁾ Longhnan & Wake (n 16), at 119.

⁽²¹⁾ Ormerod & Laird (n 16), at 311.

⁽²²⁾ Longhnan & Wake (n 16), at 119. これに対して、責任無能力の抗弁では、当該状況の招致について被告人が有責でないことを暗黙裏に前提とした理論構築がなされてきたとされる (*Id.* at 118.)。責任無能力の抗弁における「精神の障害」とは、行為者のコントロールが及ばず、それゆえ自招性のない「内的 (internal)」な原因によるものであることが前提とされ、糖尿病患者のインスリン注射や酩酊物質の摂取などはこの要件を満たさないものとの判断がなされてきた (*Id.*)。

第3節 酩酊 (intoxication) の主張

第三は、酩酊の主張である。アルコールや一部の薬物は、気分や認知、意識を変化させ、抑制や自制心を緩めるとともに、動作や反応、判断力や結果を予見する能力を減退させる性質を有しており、⁽²³⁾ 実際にアルコールや薬物の影響下でなされる暴力犯罪の例は多い。⁽²⁴⁾

もっとも、酩酊それ自体は「抗弁」ではない。⁽²⁵⁾ 飲酒しなければ当該犯罪に出ることはなかったという被告人の主張は、いかに説得力があるとしても、⁽²⁶⁾ 抗弁として認められることはない。酩酊が刑事責任に関連するのは、酩酊によって犯罪事実の認識や予見が妨げられた場合である。⁽²⁷⁾ 酩酊者のメンズ・レアであっても通常は犯罪の成立に十分であり、⁽²⁸⁾ 犯行時にアルコールや薬物の影響を受けていた行為者の大部分はこのカテゴリーに収まるが、極限的な事例では、酩酊物質の影響によってメンズ・レアの形成が不可能であった場合が観念できる。そうした事例において、⁽²⁹⁾ メンズ・レア欠如を理由として無罪とすることが許容されるべきかが問題となる。

この点、メンズ・レアの欠如や事実の錯誤が主観的な基準によって判断されるとすれば、酩酊に陥った行為者の中から多くの無罪者を生み出すことになる。⁽³⁰⁾ このことから、任意酩酊証拠に依拠した犯罪要素不充

⁽²³⁾ R Card & J Molloy, *Card, Cross & Jones Criminal Law* (22th edn OUP, Oxford 2016), at 646.

⁽²⁴⁾ 真栄里仁「アルコールと犯罪」日本アルコール関連問題学会『簡易版「アルコール白書」』(<http://www.j-arukanren.com/file/al-hakusyo.pdf>, 2018年8月15日最終閲覧) 26頁参照。

⁽²⁵⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 148-9.

⁽²⁶⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 312. A Simester, 'Intoxication is Never a Defence' (2009) 1 Crim LR, at 3-5. 酩酊によって善悪の区別(認識能力)や自制心(制御能力)を失ったとしても、「精神の障害」該当性が否定されるため、免責は否定される。*Card & Molloy* (n 23), at 647.

⁽²⁷⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 312.

⁽²⁸⁾ *Id.*

⁽²⁹⁾ R Mackay, *Mental Condition Defences in the Criminal Law* (Clarendon Press, Oxford 1995), at 149.

⁽³⁰⁾ *Simester et al* (n 15), at 713.

足の主張について、裁判所は純粹に主観的なアプローチを許容してこなかった。⁽³¹⁾ アルコールや薬物の影響が認められる場合には、①当該酩酊物質の摂取が行為者の任意によるものか、②任意による場合には、訴追された犯罪で要求されるメンズ・レアが一般意思 (basic intent) か特定意思 (specific intent) のいずれに属するのか、さらに、③一般意思犯罪の場合には、摂取した酩酊物質が危険な性質を有すると一般に認知されているか、という判断プロセスが踏まれることになる。以下、順に検討を加える。

第1項 不任意酩酊 (involuntary intoxication)

酩酊が任意でない場合であっても、それ自体は抗弁とならず、実際にメンズ・レアを有さなかった場合に犯罪が不成立になるとする、(通常の犯罪論における)⁽³²⁾ 一般原理が適用される。つまり、被告人が意図せずに酩酊に陥ったという事実は、一般意思犯罪において任意酩酊に陥っていた場合にメンズ・レアが擬制される、(後述の)⁽³³⁾ 任意酩酊ルールが適用されないという意味で有利に扱われるにすぎない。犯行時に当該犯罪の成立に必要なメンズ・レアを有していた場合には、酩酊によって善悪を識別する能力が減退していたり、正常時であれば思いとどまることが可能であったという事情は、それ自体としては抗弁とはならないのである。⁽³⁴⁾

たとえば、Kingston 判決では、⁽³⁵⁾ 第三者によって密かに薬物が混入されたコーヒーを飲んだ小児愛傾向の被告人が解離状態となり、同じく薬物で意識もうろう状態となった少年に対して非挿入の性行為に及んだ事案について、貴族院は、薬物の影響を認めながらも性的な行為を意図していたことを認定して強制わいせつ罪 (sexual assault) で有罪とした事

⁽³¹⁾ *Id.* 酩酊は伝統的に、加重要素として位置づけられてきた。現在ではそうした理解は採られていないが、任意酩酊を被告人の有利となるように取り扱うことには抵抗があるとされる (*Id.* at 712.)。

⁽³²⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 314.

⁽³³⁾ *Simester et al* (n 15), at 723.

⁽³⁴⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 668.

⁽³⁵⁾ *Kingston* [1995] 2 AC 355 (HL).

実審の判断を是認している⁽³⁶⁾。

酩酊の任意性が否定される例としては、①処方薬を治療目的で摂取し、その薬物の特性について警告を受けなかった場合や、②予測困難な被告人の素因によって薬物の異常反応が生じた場合、③密かに飲み物に薬物が混入させられていた場合などが挙げられる⁽³⁷⁾。酩酊の任意性要件は厳格に評価されており、行為者がアルコールを摂取していることを認識していた場合には、摂取量を単に低く見積もっていたり、自身に与える影響を軽視していたとしても、任意性は否定されない⁽³⁸⁾。このことから、実際に問題となる酩酊事案のほとんどは、任意酩酊の枠内に収まることになる。

第2項 任意酩酊 (voluntary intoxication)

酩酊の任意性が肯定された場合には、訴追された犯罪の種類（特定意思犯罪、一般意思犯罪）によって異なる扱いを受けることになる。

このうち、特定意思犯罪においては、犯行時に酩酊の影響でメンズ・

⁽³⁶⁾ これに対して、不任意酩酊については「酩酊していなければ当該犯行に出なかった」ことを根拠とした基準によって、より広く免責を認めるべきとの主張もありうる (See, *Simester et al* (n 15), at 723.)。しかし、イギリス法において、「精神の障害」が抗拒不能の衝動 (irresistible impulse) を生じさせた場合に責任無能力の抗弁が認められていないことと平仄を合わせる必要性から、不任意酩酊については厳格な扱いがなされている (*Mackay* (n 29), at 152.)。さらに、こうした抗弁を認めた場合に生じる別の問題としては、謀殺の訴追において不任意酩酊の事案が完全な無罪とされうる一方で、精神障害と任意摂取の薬物・アルコールの相乗効果によってコントロール不能の衝動が生じた場合には、責任減輕に関する主張が不可能となり、有罪となりうる点の不整合性が挙げられる (*Id.*)。Kingston 判決において Mustill 裁判官は、前者の謀殺事例に有罪判決を下す可能性があることから、この種の新しい抗弁を拒否することを躊躇するが、「その他の点で正当化し得ない例外を、刑法理論と刑事実務に強いる十分な理由とはならない」として、不任意酩酊の場合に特別な抗弁を用いることを拒絶している ([1995] 2 AC 355, 377 (Lord Mustill).)。

⁽³⁷⁾ *Simester et al* (n 15), at 723.

⁽³⁸⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 647.

レアを有さなかった場合は無罪となる⁽³⁹⁾。これに対して、一般意思犯罪においては、行動の予測不可能性や攻撃性をもたらす薬物によって犯行時に任意酩酊状態に陥っていた場合には、当該犯罪の成立に必要なメンズ・レアを行為者が実際に有さなかったとしても、また、犯行時にオートマティズムの状態にあったとしても、正常な状態でメンズ・レアを有し得たとされる限度において有罪となる⁽⁴⁰⁾。

後述のように、任意酩酊と刑事責任の関係をめぐる裁判所の立場に対しては、多くの批判が向けられている。裁判所は、たとえ刑事責任の基本原理に反するとしても、任意酩酊の場合にメンズ・レアの立証に関する特別なルールを設定することが必要だとし⁽⁴¹⁾、こうした原理からの逸脱を正当化するために、政策や社会のコントロールといった観点に依拠することで、この分野の法律は無秩序な状態になっていると評される⁽⁴²⁾。

イギリス判例法における任意酩酊の問題については、リーディングケースである *Majewski* 判決とその後の判例法の立場を理解することが重要となる。以下では、同判決で定立された任意酩酊ルールを概観した上で、その後の判例の立場を確認する。

① *Majewski* 判決における任意酩酊ルール

Majewski 判決において貴族院は、メンズ・レアを否定する任意酩酊証拠によって、特定意思を要求する犯罪で訴追された被告人は刑事責任を免れるが、他の犯罪類型の場合には刑事責任を免れないとする、*Beard* 判決において不明瞭な形で述べられていた一般意思犯罪と特定意思犯罪のルールを確立した⁽⁴⁴⁾。同判決における事案の概要は以下の通り

⁽³⁹⁾ 飲酒によって抑制から解放されたとしても、そのこと自体によってメンズ・レア欠如の主張が認められるわけではない (*Ormerod & Laird* (n 16), at 314.)。既述のように、酩酊状態における意図であっても、通常は犯罪の主観的要件として足りるからである ('a drunken intent is still an intent')。

⁽⁴⁰⁾ *Ormerod & Laird* (n 15), at 314.

⁽⁴¹⁾ *Mackay* (n 29), at 148.

⁽⁴²⁾ *Id.*

⁽⁴³⁾ *Majewski* [1977] AC 443 (HL).

⁽⁴⁴⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 315. *Majewski* 判決以前のリーディングケース

である。

アルコールと薬物の影響によって重度の酩酊状態にあった被告人は、逮捕拘束時に警察官に暴行を加え、傷害罪 (assault occasioning actual bodily harm) で訴追された。当該犯罪で要求されるメンズ・レアは意図 (intention) ないし軽率 (recklessness) であり、一般意思犯罪として通常理解されている。被告人は、被害者への暴行について意図や予見を有しておらず、犯行当時は「酩酊した自動機械 (a drunken automaton)」の状態であり、自身の行為について意識を欠いていたと主張した。1967年刑事司法法 (Criminal Justice Act 1967) 8条は、「すべての証拠」に依拠しながら意図や予見の立証がなされるべき旨を規定しており、これには酩酊証拠も当然含まれると主張したのである。

これに対し、貴族院の法廷意見を執筆した Elwyn-Jones 裁判官は、1967年法が制定される以前から特定意思と一般意思の区別は存在し、酩酊証拠は特定意思犯罪で訴追された場合にのみ関連性が認められるのが確立された実体法の原理であるとし、同法における「すべての証拠」は「すべての関連性ある証拠」と解釈されるべきだとして被告人の主張を排斥した。その結果、酩酊証拠の関連性は否定され、傷害罪の有罪判決が維持されたのである。

たしかに、被告人による酩酊証拠の提出が否定されとしても、当該犯罪で要求される責任形式 (意図や軽率) について立証することは検察

であった Beard 判決では、任意酩酊証拠は特定意思犯罪における意図を形成することが不能になっていた場合にのみ関連性を有するとの理解が採られていた (Beard [1920] AC 479 (HL))。こうした理解の下では、行為者の酩酊によって特定意思を形成する能力が失われていた場合には無罪となるのに対し、酩酊によって当該意図を形成することが不可能ではないものの、実際には酩酊によって当該意図を有さなかった者について、刑事責任を認める余地が生じることになるが (Card & Molloy (n 23), at 649.)、こうした理解は Majewski 判決によって否定された。メンズ・レアを形成する能力の欠如はメンズ・レアの不存在を示唆するが、そこまでは求められないという理解が現在では一般である (Ormerod & Laird (n 16), at 312-3.)。なお、英国におけるそれ以前の酩酊の扱いについて、P Handler, 'Intoxication and Criminal Responsibility in England, 1819-1920' (2013) 33 Oxford Journal of Legal Studies 2, 243.

側になお求められる。しかし、Majewski 判決における事案のように、犯行時にメンズ・レアを欠いていたことを示す説得力ある唯一の説明が酩酊に基づくものだとすれば、酩酊証拠が排除されることで検察の立証は容易になる。⁽⁴⁵⁾

この点、同判決の法廷意見は、冒頭では酩酊証拠を単に考慮しない立場であったものの、その後半部分では、酩酊状態によって犯罪に必要な有責性が構成される（*constitute*）という書きぶりになっている点が注目される。⁽⁴⁶⁾

「理性や判断力による抑制を取り払う物質を自らの意思で摂取した場合には、そうした精神状態で行われたいかなる傷害についても刑事責任を負うと考えることは、何ら誤りではない。……薬物やアルコールによってそうした精神状態へと自らを陥らせた一連の行為は、一般意思犯罪の成立に必要なメンズ・レアの証拠として用いられる。この一連の行為には軽率が認められ、軽率⁽⁴⁷⁾、傷害罪の成立に必要なメンズ・レアを構成するのに足りるのである。」

Majewski 判決が実体法上のルールを課したとする上記の理解によれば、一般意思犯罪で訴追された場合には任意酩酊証拠によってメンズ・レアが擬制され、これを有さなかったとする主張は不可能になる。⁽⁴⁸⁾

⁽⁴⁵⁾ *Simester et al* (n 15), at 718.

⁽⁴⁶⁾ *Id.*

⁽⁴⁷⁾ [1977] AC 443, 474-5.

⁽⁴⁸⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 316. ある解釈によれば、Majewski 判決によって提示されたルールは、被告人がアルコールや薬物を摂取していなければ一般意思犯罪のアクトゥス・レウスを犯すことはなかったと検察側が立証できる場合は常に、しらふの場合に要求されるメンズ・レアの立証義務が免じられる（*See, Simester et al* (n 15), at 718.）（こうした解釈の可能性を示すものとして、*Card & Molloy* (n 23), at 650-1.）。もっとも、Beard 判決の傍論とは対照的に、酩酊証拠の存否を問わず、行為者が当該犯罪成立に必要なメンズ・レアを有していたことについて検察が立証責任を負う点については、現在では確立されている（*Id.* at 649.）。他方で、現在の判例の立場を前提とすれば、それ自体が一

れに対し、同判決は証拠法上の規則を課したにすぎないとする理解⁽⁴⁹⁾からは、一般意思犯罪のメンズ・レアについて酩酊証拠は関連性を欠くが、メンズ・レアを有していたことの立証が検察側になお求められることになる⁽⁵⁰⁾。

もっとも、後者の理解によっても、論理的に関連性が認められる説得力ある証拠を考察することが不可能となることには変わりがなく、いずれにせよ陪審は仮定上の問題に答えなくてはならない⁽⁵¹⁾。「酩酊していなかったとしたら」という考慮をした場合には、もはや本人のメンズ・レアではないものを問題としているからである⁽⁵²⁾。公表されている判例では、大半の被告人が酩酊物質の著しい影響を受けており、メンズ・レアを判断する際に酩酊証拠を単に排除することと、酩酊の事実を有責性の一形式として扱うことの実務上の相違はわずかであり、こうした議論の実益は疑問視⁽⁵³⁾されている。

② 一般意思犯罪と特定意思犯罪の区別基準

他方で、Majewski 判決では、一般意思犯罪と特定意思犯罪の区別に関する統一的な基準は提示されなかった⁽⁵⁴⁾。Elwyn-Jones 裁判官の法廷意見によれば、メンズ・レアがアクトゥス・レウスを超過する場合に特定意思犯罪とされる⁽⁵⁵⁾（外部的意図、ulterior intent）。たとえば、故意に加えて不法領得の意思を要求する窃盗罪などは、こうした見地から特定

般意思犯罪の有責性を基礎づけるとされる酩酊証拠を検察側が提示することは可能である（*Simester et al* (n 15), at 718-9.）。

⁽⁴⁹⁾ こうした理解を前提とするものとして、*Loughnan & Wake* (n 16), at 117.

⁽⁵⁰⁾ See, *Ormerod & Laird* (n 16), at 317-8.

⁽⁵¹⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 650は、対極の結論を示唆する酩酊証拠を無視することで、メンズ・レアに関する誤った推論を前提に有罪とすることに疑問を呈する。

⁽⁵²⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 317-8.

⁽⁵³⁾ *Simester et al* (n 15), at 718.

⁽⁵⁴⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 318.

⁽⁵⁵⁾ [1977] AC 443, 471 (citing Lord Simon's opinion in *Morgan* [1976] AC 182, 216).

意思犯罪に分類される。これに対して、同判決における Simon 裁判官の意見によれば、特定意思犯罪とは、メンズ・レアを立証する際に「目的性のある要素 (purposive element)」⁽⁵⁶⁾ についての証明が必要なものと位置づけられる。たとえば、窃盗目的の住居侵入 (burglary) の場合には、建物に侵入することがアクトゥス・レウスとなるが、侵入時に行為者が窃盗目的を有していたことが立証される必要があるために、特定意思犯罪に位置づけられる。

この問題について、1981年の Caldwell 判決⁽⁵⁷⁾ では、軽率性で足りる犯罪類型の場合には、任意酩酊はメンズ・レア欠如の証拠として用いることはできないとの解釈が提示された。同判決の事案で問題となった加重器物損壊罪 (1971年刑事毀棄法 (Criminal Damage Act 1971) 1条2項の罪) では、器物損壊と他者の生命危殆化の両者について意図ないし軽率が要求されている。この場合に、軽率で足りる犯罪類型で検察が訴追する場合には、他者の生命危殆化のリスクを被告人が認識していなかったという事実は、しらふであれば認識できたといえるかぎり考慮されないことになる。

同判決によれば、軽率性で足りるとされる犯罪はすべて一般意思犯罪に分類される。このことから、1971年法1条2項については、検察が意図を要求する犯罪類型についてのみ言及し、軽率性について言及しなかった場合には酩酊証拠に依拠したメンズ・レア不存在の主張が可能となるが、そうした場面を観念することは困難である⁽⁵⁸⁾。他方で、ある犯罪の中で要求されている唯一の主観的要素が意図の形式で明記されている場合 (窃盗罪における不法領得の意思 (intention permanently to deprive) など) は、特定意思犯罪に分類される。

Caldwell 判決については、任意酩酊証拠の提出数を減少させた点に実務上の意義が認められる。一般意思犯罪 (同判決によれば、軽率性で足りる犯罪類型) で訴追された場合に、任意酩酊であったことの証拠を提出することは、メンズ・レアを立証する検察の責任を事実上免除する

⁽⁵⁶⁾ [1977] AC 443, 478 (Lord Simon).

⁽⁵⁷⁾ [1982] AC 341 (HL).

⁽⁵⁸⁾ *Mackay* (n 29), at 150.

ことになり、被告人にとって致命的となるからである。⁽⁵⁹⁾

これに対して、2007年の Heard 判決では、2003年性犯罪法 (Sexual Offences Act 2003) 3条における強制わいせつ罪 (sexual assault) の法的性質が問題となった。同罪の立証には接触が意図的であったこと (intentional touching) が要求されるが、他の要素については意図までは要求されていない。控訴院は、強制わいせつ罪における意図的な接触は外部的意図と目的性を有する意図のいずれも要しないことを理由に、同罪を一般意思犯罪に分類した。⁽⁶¹⁾

このように、Heard 判決では、特定意思とは外部的意図 (ulterior intent) と目的性を有する意図 (purposive intent) の両者から構成されるとする Majewski 判決の立場が踏襲されたものの、意図以上の要素が要求されている場合であっても、特定意思犯罪とはならない例があることが示された。⁽⁶²⁾ 具体的には、同一の犯罪類型の中でも、ある犯罪要素は特定意思を要するが、それ以外の犯罪要素は一般意思で足りる場合が⁽⁶³⁾ 観念され、後者の有無が争われる場合である。他方で、アクトゥス・レウスを超過する要素が軽率性 (recklessness) で足りるものであったとしても特定意思犯罪とされる余地があるとされ、他者の生命危殆化について軽率でありつつ、意図ないし軽率によって器物損壊に及ぶ例を用いながら、当該犯罪では他者の生命を実際に危殆化することは要求されず、そうしたリスクを有すると被告人が考えていた器物損壊行為のみが要求されているとして、こうした場合には特定意思犯罪に分類される⁽⁶⁴⁾

⁽⁵⁹⁾ *Id.* at 151. もっとも、Caldwell 判決では、要求されるメンズ・レアが軽率性で足りる犯罪は一般意思犯罪とされることが明らかとされたが、特定意思犯罪についての定義は不明確なまま残されることになった (*Card & Molloy* (n 23), at 656-7.)。

⁽⁶⁰⁾ [2007] EWCA Crim 125 (CA).

⁽⁶¹⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 657.

⁽⁶²⁾ *Id.*

⁽⁶³⁾ *Simester et al* (n 15), at 717.

⁽⁶⁴⁾ 他人の生命危殆化について軽率性を有する器物損壊罪 (1971年刑事毀棄法 1 条 2 項の罪)。

との理解を提示している⁽⁶⁵⁾。

このように、特定意思犯罪と一般意思犯罪の区別について判例は、①外部的意図（犯罪の客観的成立要件を超過する主観的要件）を要求する犯罪を特定意思犯罪とするアプローチ、②目的性を有する意図の立証が必要な犯罪を特定意思犯罪とするアプローチ、③犯罪の主観的要件として意図や認識、不誠実さ（dishonesty）が要求される場合には特定意思犯罪、軽率性や過失、無過失責任などそれ以下の責任形式の場合には一般意思犯罪とする形式的アプローチを提示しているが、両者の区別⁽⁶⁶⁾に関する実務運用を整合的に説明可能な統一的な基準は存在しない。

たとえば、謀殺罪（murder）が特定意思犯罪に分類されることは実務上確立しているが、謀殺罪の主観的要件としては重大な身体傷害を生じさせる意図で足りるため、メンズ・レアがアクトゥス・レウス全体を超過する⁽⁶⁷⁾必要はなく、目的要素も不要である⁽⁶⁸⁾。このことから、外部的意図や目的性を有する意図を区別基準とする上記の①および②のアプローチからは、全ての犯罪類型を整合的に説明できない。また、一般意思犯罪と特定意思犯罪を形式的に区別する試みも Heard 判決によって否定される⁽⁶⁹⁾に至っている。

外部的意図や目的性を有する意図が要求される場合には特定意思犯罪だが、それ以外の場合には一般意思犯罪と特定意思犯罪のいずれにも分類されうるため、これらの要件は一般意思・特定意思犯罪の区別のための必要条件ではあっても十分条件ではない⁽⁷⁰⁾。両者の区別については、理論でなく政策判断に基づく場合が多いため、実務における判断を前提

⁽⁶⁵⁾ *Simester et al* (n 15), at 715.

⁽⁶⁶⁾ 鈴木義男「英米法における酩酊と刑事責任（二）」警察研究30巻2号（1959年）31頁以下は、わが国における主観的違法要素という観念と「特定意思」との近接性を指摘する。

⁽⁶⁷⁾ *Simester et al* (n 15), at 715.

⁽⁶⁸⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 319.

⁽⁶⁹⁾ *Id.*

⁽⁷⁰⁾ *Simester et al* (n 15), at 716. 他方で、軽率性やそれより下位の責任類型で足りるとされる犯罪の場合には、一般意思犯罪に位置づけられる。

とした帰納的なアプローチが妥当とされる⁽⁷¹⁾。以下では、一般意思犯罪と特定意思犯罪について、代表的な犯罪類型を例示しておきたい。

まず、一般意思犯罪の例としては、非故意故殺罪 (involuntary manslaughter)⁽⁷²⁾、強制わいせつ罪 (sexual assault)⁽⁷³⁾、犯意のある重傷害罪 (maliciously wounding or inflicting grievous bodily harm)⁽⁷⁴⁾、現に身体傷害を惹起した暴行罪 (assault occasioning actual bodily harm)⁽⁷⁵⁾、職務中の警察官に対する暴行罪 (assaulting a constable in the execution of his duty)⁽⁷⁶⁾、他人の自動車の無断使用 (taking a conveyance without lawful authority)⁽⁷⁷⁾、意図以外の主観的要素に基づく器物損壊罪 (reckless criminal damage)⁽⁷⁸⁾、意図以外の主観的要素に基づく放火罪 (reckless arson)⁽⁷⁹⁾、他者の生命危殆化について軽率性を有する器物損壊罪 (criminal damage being reckless as to endangering another's life)⁽⁸⁰⁾、他者の生命危殆化について軽率性を有する放火罪 (arson being reckless as to endangering another's life)⁽⁸¹⁾、不法監禁罪 (false imprisonment) および誘拐罪 (kidnapping)⁽⁸²⁾ が挙げられる。さらに、*Heard* 判決のロジックによれば、強制わいせつ罪だけでなく、外部的意図や目的性を有する意図を要求しない強姦や強制性交 (肛門性交など)、他者を性的行為に従事さ

⁽⁷¹⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 321. 理論的な基礎づけや一貫性を欠いているにもかかわらず、*Majewski* 判決で提示されたアプローチが実務では受け入れられており (*Id.*)、両者の区別について実務は混乱せず、適切に運用されていると指摘される (*Simester et al* (n 15), at 716.)。

⁽⁷²⁾ *Lipman* [1970] 1 QB 152 (CA). 「犯意のある (malicious)」とは、意図 (intention) と軽率 (recklessness) の両者を含む概念である。

⁽⁷³⁾ *Heard* [2007] EWCA Crim 125.

⁽⁷⁴⁾ *Sullivan* [1981] Crim LR 46 (CA).

⁽⁷⁵⁾ *Bolton v Crawley* [1972] Crim LR 222 (DC).

⁽⁷⁶⁾ *Majewski* [1977] AC 443.

⁽⁷⁷⁾ *MacPherson* [1973] RTR 157 (CA).

⁽⁷⁸⁾ 1971年刑事毀棄法 1 条 1 項の罪。

⁽⁷⁹⁾ 1971年刑事毀棄法 1 条 1 項および同条 3 項の罪。

⁽⁸⁰⁾ 1971年刑事毀棄法 1 条 2 項の罪。

⁽⁸¹⁾ 1971年刑事毀棄法 1 条 2 項の罪

⁽⁸²⁾ *Hutchins* [1988] Crim LR 379 (CA).

せる犯罪類型はすべて、一般意思犯罪に位置づけられる⁽⁸³⁾。

他方で、特定意思犯罪の例としては、謀殺罪 (murder)⁽⁸⁴⁾、意図に基づく重傷害罪 (wounding or causing grievous bodily harm with intent)⁽⁸⁵⁾、意図に基づく器物損壊罪 (criminal damage with intent)⁽⁸⁶⁾、建造物等を焼損する意図を有する放火罪 (arson with intent to damage property)⁽⁸⁷⁾、他者の生命危殆化の意図を有する器物損壊罪 (criminal damage with intent to endanger another's life)⁽⁸⁸⁾、他者の生命危殆化の意図を有する放火罪 (arson with intent to endanger another's life)⁽⁸⁹⁾、窃盗罪 (theft)⁽⁹⁰⁾、強盗罪 (robbery)、窃盗目的の住居侵入罪 (burglary with intent to steal)、盗品関与罪 (handling stolen goods)⁽⁹¹⁾、犯罪が未遂に終わった場合が挙げられる⁽⁹²⁾。

特定意思犯罪の多くについては、（謀殺罪に対する故殺罪などのように）代替となる一般意思犯罪が存在しており、後者の法定刑が典型的に

⁽⁸³⁾ *Simester et al* (n 15), at 716. たとえば、強姦罪（2003年性犯罪法1条）、挿入による性的暴行（同法2条）、13歳未満の児童への強姦（同法5条）、13歳未満の児童に対する強制わいせつ（同法7条）などが挙げられる。これに対して、「性的満足を得る目的」といった外部的意図が要求される犯罪類型（たとえば、16歳未満の児童の面前での性的行為（同法11条）など）や、性犯罪の準備的行為（たとえば、性犯罪目的での不法侵入（同法63条）など）は、特定意思犯罪に位置づけられることになる。*Card & Molloy* (n 23), at 657. 他方で、共犯者 (accomplice) については、幫助や教唆の意図を判断する際に、一般意思犯罪と特定意思犯罪とを問わず、任意酩酊証拠を考慮することが可能とされる (*Clarkson* [1971] 3 ALL ER 344 (C-MAC)).

⁽⁸⁴⁾ *Beard* [1920] AC 479 (HL); *A-G for Northern Ireland v Gallagher* [1963] AC 349 (HL).

⁽⁸⁵⁾ *Bratty v A-G for Northern Ireland* [1963] AC 386, 410 (HL).

⁽⁸⁶⁾ 1971年刑事毀棄法1条1項の罪。

⁽⁸⁷⁾ 1971年刑事毀棄法1条1項および同条3項の罪。

⁽⁸⁸⁾ 1971年刑事毀棄法1条2項の罪。

⁽⁸⁹⁾ 1971年刑事毀棄法1条2項の罪。これらの例については、*Caldwell* (n 57) が先例として機能している。

⁽⁹⁰⁾ *Ruse v Read* [1949] 1 KB 377 (DC).

⁽⁹¹⁾ *Durante* [1972] 3 ALL ER 962 (CA).

⁽⁹²⁾ *Majewski* [1977] AC 443, 483 (Lord Salmon).

軽いことから、特定意思犯罪で訴追された被告人が犯行時に任意醜酖状態にあった場合に部分的な免責の抗弁として機能している。⁽⁹³⁾しかし、窃盗罪のように、対応する一般意思犯罪を欠く特定意思犯罪も存在するため、こうした理由付けも十分とはいえない。⁽⁹⁴⁾

また、Heard 判決で指摘されたように、立証されるべきメンズ・レアが2つ以上の要素から構成される場合には、一般意思と特定意思という区別は過度に単純化したものとなる。⁽⁹⁵⁾特定意思犯罪が特定意思とそれ以外の要素によって構成される場合には、特定意思を有するが任意醜酖によって他の心理的要素を欠く被告人について、任意醜酖ルールが適用される結果有罪たりうることになる。⁽⁹⁶⁾同判決の傍論においても、一般意思と特定意思といった画一的な区別が全ての犯罪類型において可能なのではないと指摘されており、両者の区別は各犯罪で要求されるメンズ・レアの主要部分 (predominant part) の性質を示すにすぎないことになる。⁽⁹⁸⁾

③ 一般意思犯罪における危険／非危険薬物の区別

さらに、訴追された犯罪が一般意思犯罪の場合には、摂取した物質の「危険性」(行動を予測不可能にしたり、攻撃性を生じさせたりすること)について、一般に認知されているかが問題とされる。リーディングケースの Bailey 判決と Hardie 判決では、任意醜酖状態で一般意思犯罪を犯

⁽⁹³⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 322.

⁽⁹⁴⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 660.

⁽⁹⁵⁾ *Id.*

⁽⁹⁶⁾ *Id.* たとえば、正当な逮捕を妨げる意図を有する傷害罪 (1861年対人犯罪法 18条) において、要求されるメンズ・レアは「犯意をもって (maliciously)」(意図ないし軽率によって) 身体傷害を加えることであり、他者による正当な逮捕を妨げる外部的意図が必要となる。このことから、当該犯罪で訴追された被告人は、正当な逮捕を妨げる意図を欠いていた点については任意醜酖証拠に依拠することが可能だが、警察官に傷害を負わせる危険を伴う点の認識を欠いていた点については、任意醜酖証拠は法的に関連性を欠くことになる (*Id.*)。

⁽⁹⁷⁾ *Id.*

⁽⁹⁸⁾ *Id.*

したとしても、摂取した物質がアルコールや危険な薬物と同視できない場合には、酩酊状態に陥る危険性を行為者が実際に認識していないかぎり有罪とはならないとの理解が示された。

Bailey 判決⁽⁹⁹⁾では、糖尿病の被告人がインスリン投与後に十分な食事を摂らなかったことにより、低血糖症 (hypoglycaemic episode) 状態に陥って重大な身体傷害（人身に対する犯罪法 (Offences Against the Person Act) 18条および20条の罪）を加えた事案について、事実審は、被告人の無能力には自招性が認められるとして、犯行当時オートマティズムの状態にあった旨の被告人側の主張を排斥し、同抗弁についての陪審説示を認めなかった。これに対し、控訴審は、事実審が18条違反（特定意思犯罪）について酩酊証拠の考慮を認めなかった点に加え、20条違反（一般意思犯罪）についても自招性を根拠に酩酊証拠の考慮を陪審に認めなかった点が誤りだとし、以下のように述べた。

「アルコールや危険な薬物を摂取することと、インスリン投与後の低血糖症を避けるために食事を摂ることの間には、質的な差異があるというべきである。アルコールの過剰摂取やある種の薬物の投与によって人が攻撃的になり、危険で予測不可能な行動につながることは一般に知られている。……しかし、インスリン投与後に食事を摂らなかったことについて同様のことはいえない。その不作為によって攻撃的になり、予測不可能で制御不能な行為につながりうることを理解しつつ、なおそうした危険を意図的に冒し、あるいは無視した場合には軽率性 (recklessness) が認められるだろう。しかし、糖尿病患者間においてさえ、食事を摂らなかったことによってそうした帰結が招かれうることは、一般的な常識とはいえない。」⁽¹⁰⁰⁾

Hardie 判決⁽¹⁰¹⁾では、こうした理解がさらに推し進められた。同判決における被告人は、内縁の妻の住居に放火したことにより、他者の生命危

⁽⁹⁹⁾ [1983] 1 WLR 760 (CA).

⁽¹⁰⁰⁾ *Loughnan & Wake* (n 16), at 128; *Mackay* (n 29), at 153.

⁽¹⁰¹⁾ [1984] 3 ALL ER 848 (CA).

殆化の意図ないし軽率性を有する器物損壊罪⁽¹⁰²⁾で訴追された。被告人は犯行当時、神経を落ち着かせるために投与した鎮静剤（バリウム）の影響によって酩酊状態に陥り、当該犯罪のメンズ・レアを欠いていたと主張したが、事実審裁判官は当該犯罪が一般意思犯罪であることを前提に、Majewski 判決と Caldwell 判決に依拠しつつこの主張を排斥した。しかし、控訴院は以下のように述べて有罪判決を破棄し、主観的な軽率性をなお問題とすべきとの立場を採用したのである。

「バリウムは、予測不可能性や攻撃性を生じさせる種類の薬物とは明らかに異なる……ある薬物が単に催眠作用や鎮静作用を有するにすぎない場合には、（アルコールによる酩酊や無能力、あるいは危険な薬物の自己投与に起因するオートマティズムとは異なり）たとえ量的にいくらか過剰であったとしても、その投与によって、一般的な犯罪においてメンズ・レア反証を目的とした酩酊証拠提出⁽¹⁰³⁾に対する、『反証を許さない (conclusive)』推定が高まることはない。」

両判決により、Majewski 判決で示された任意酩酊ルールの射程は制限されることになる。⁽¹⁰⁴⁾すなわち、酩酊についての「反証を許さない推定」ゆえにアルコールや危険な薬物を摂取した者はそのリスクを負い、⁽¹⁰⁵⁾摂取した物質の酩酊作用が一般に認知されている場合には、当該物質が行為者自身に生じる影響について認識を欠いていたとしても、一般意思犯罪の有罪判決は（メンズ・レアを欠いた場合でも）妨げられない。行為者が当該物質を摂取したことの任意性が立証されればメンズ・レアは補填され、一般意思犯罪の有罪判決は維持されることになる。これに対し、酩酊作用が一般に認知されていない物質の場合には、攻撃性や予測不可能性、他人の身体や財物を傷つけるリスクを生じさせるという意味にお

⁽¹⁰²⁾ 1971年刑事毀棄法 1 条 2 項の罪。

⁽¹⁰³⁾ [1984] 3 All ER 848, 853.

⁽¹⁰⁴⁾ *Mackay* (n 29), at 154.

⁽¹⁰⁵⁾ *Id.*

いて、行為者が「軽率」であったかが別途問題となる。⁽¹⁰⁶⁾ 行為者自身が過去に同じような体験や症状を有する場合を除いて、酩酊物質の摂取に関する「軽率性」の立証は検察側にとり困難となったと評される。⁽¹⁰⁷⁾

第3項 小 括

以上が、現在のイギリス判例法における任意酩酊ルール概要である。行為者が酩酊状態を招致して法益侵害結果についてのメンズ・レアを犯行時に欠いていた場合には、Majewski 判決で提示された厳格な任意酩酊ルールにより、特定意思犯罪については刑事責任を免れるが、一般意思犯罪についてはしらふの状態⁽¹⁰⁶⁾でメンズ・レアを形成可能であったとされるかぎり、当該犯罪のメンズ・レアは酩酊状態に陥った軽率によって補填される。このルールの画一的な適用によって酷な帰結に至ることを回避するために、摂取した物質の危険性が一般に認知されていない場合には、酩酊招致の主観的な軽率性をさらに問題とする枠組みになっている。

この任意酩酊ルールの当否はひとまず措くとして、犯行時に酩酊状態に陥っていた場合には、（他の精神状態に関する抗弁を援用することが通常不可能となるため）メンズ・レア欠如の主張を軸に議論が展開されている。この点、任意酩酊状態で生じた不慮の事故や、酩酊の影響によって正当化事情・免責事情に関する錯誤があった場合の扱いについて、判例の立場は錯綜した状況にある。以下、必要な限度でこの問題を検討する。

第4節 通常の任意酩酊ルールが適用されない場合

第1項 任意酩酊に起因する不慮の事故 (accidental act)

訴追された犯罪が一般意思犯罪であっても、酩酊状態でもろめて他者にぶつかった場合などは、任意酩酊証拠に依拠して「不慮の事故

⁽¹⁰⁶⁾ *Id.* 無能力に陥ることについての一般的な「軽率性」のみではなく、犯行当時どういった反応に出るかについて、行為者自身が認識していた点の立証が求められる。

⁽¹⁰⁷⁾ *Id.*

(accident)」であったと主張することは可能である。⁽¹⁰⁸⁾ こうした場合には、しらふだった場合に関連するリスクを予見できたといえる程度に、当該行為が酩酊の影響を受けていたかがポイントとなるが、以下に見る Brady 判決のように、当該行為が酩酊によって部分的に説明可能な場合の処理が問題となる。⁽¹⁰⁹⁾

Brady 判決は、アルコールと薬物を任意摂取した被告人がナイトクラブのバルコニーの柵に立っていたところ、落下して下にいたダンサーに後遺症の残る傷害を負わせた事案について、事実審で重傷害罪の有罪判決を受けた被告人が上訴したものである。バルコニーの柵に立ち上がる行為とそこからの落下は、酩酊していなければ生じなかったと言えるが、事実審における争われ方により控訴院は、(バルコニーの柵に立ち上がるという明らかに軽率な事前の行為ではなく)被告人の落下自体を基礎にこの事案を検討することが求められた。控訴院は、本件は Majewski 判決の射程に入らず、柵からの落下は任意性を欠く事故であったとした被告人の主張を受け入れた。⁽¹¹⁰⁾

控訴院の判断に対しては、バルコニーの柵に立ち上がるという落下に先行する行為を裁判所が考慮することができたならば、異なったものになりえたとの指摘がなされている。⁽¹¹²⁾ その場合には、柵から落下して他人を傷つけるリスクについて、しらふならば予見することができたかが問題とされ、当該犯罪について有罪となり得たからである。⁽¹¹³⁾

⁽¹⁰⁸⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 651.

⁽¹⁰⁹⁾ *Simester et al* (n 15), at 720.

⁽¹¹⁰⁾ *Brady* [2006] EWCA Crim 2413 (CA).

⁽¹¹¹⁾ 1861年対人犯罪法 (Offence Against the Person Act 1861) 20条の罪。

⁽¹¹²⁾ *Simester et al* (n 15), at 720.

⁽¹¹³⁾ *Id.* 先述した *Heard* 判決でも、控訴院は Brady 判決と同様の理解を示している。*Heard* 判決では、本件では性器を意図的に被害者に擦りつけていることは明らかとしつつ、傍論中で、当該犯罪が一般意思犯罪だとしても、事実審裁判官による「接触は故意による (deliberate) もでなければならない」との説示は正しいとされた。任意酩酊に起因する不慮の行為 (accidental act) では、刑事責任を課すのに不十分というのが理由である。*Heard* 判決以降は、行為者が故意に腕を伸ばして被害者の性器に触れたものの、過度に酩酊していたため

このように、訴追された犯罪が一般意思犯罪であっても不慮の事故の場合には刑事責任を免れる余地を認めることにより、一般意思犯罪に対する判例法の厳格な立場は幾分緩和されることになるが、任意酩酊状態における不慮の事故 (accidental act) と、任意酩酊によって生じたオートマティズム状態でなされた行為の区別は困難であり、こうした類型を認めることについて批判的な学説も散見される。⁽¹¹⁴⁾⁽¹¹⁵⁾⁽¹¹⁶⁾

第2項 酩酊による正当防衛状況等の錯誤

他方で、任意酩酊によって正当防衛等が可能な状況だと誤信していた場合には、特定意思犯罪のメンズ・レア欠如の主張において任意酩酊証拠の提出を許容する通常のルールは適用されない。⁽¹¹⁷⁾⁽¹¹⁸⁾

O'Grady 判決では、任意酩酊の影響により、侵害者からの攻撃に対して自己を防衛するために侵害者を殺害する必要があると誤信した場合には、仮に認識内容が事実であれば行為者の行為は合理的であり、それゆえ不法に殺害する意図や重大な身体傷害を与える意図を有さなかったとしても謀殺罪（特定意思犯罪）で有罪となりうることが示された。⁽¹¹⁹⁾⁽¹²⁰⁾

同判決では、被害者と大量に飲酒した後にともに寝入っていた被告人が、被害者が自分に殴りかかっていると誤信して、起き出して被害者を殺害した事案の扱いが問題となった。被害者には鈍器や鋭器によつ

に被害者が近くにいたと認識していなかったり、熊のぬいぐるみを触っていたなどと主張した場合には、2003年性犯罪法3条の下では、メンズ・レア欠如の主張となるため酩酊証拠に依拠することはできない。これに対して、行為者が酩酊状態でつまずいたところ被害者に偶然ぶつかった場合には、同法の下では有罪判決を下すことができなくなる。

⁽¹¹⁴⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 652.

⁽¹¹⁵⁾ 一般意思犯罪では通常、刑事責任を免れない。

⁽¹¹⁶⁾ *E.g. Card & Molloy* (n 23), at 652-3.

⁽¹¹⁷⁾ 具体的には、自己防衛 (self-defence)、他人防衛 (defence of another)、財産防衛 (defence of property)、犯罪の阻止 (prevention of crime) や逮捕時の援助 (assisting in arrest) が含まれる。

⁽¹¹⁸⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 653.

⁽¹¹⁹⁾ *O'Grady* [1987] QB 995 (CA).

⁽¹²⁰⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 653.

て生じた創傷があり、被告人は謀殺罪で訴追されたが事実審では非故意故殺罪 (involuntary manslaughter) で有罪となった。控訴審は被告人の主張を退けたうえで、自己防衛に関する限り、任意酩酊によって生じた侵害の誤想には依拠できないと結論づけ、このルールは謀殺罪などの特定意思犯罪のみならず、非故意故殺罪といった一般意思犯罪にも適用されることが示された。⁽¹²¹⁾

本件では、非故意故殺罪 (一般意思犯罪) の有罪判決が維持されたために、通常の任意酩酊ルールと結論において整合性を保っているが、謀殺罪などの特定意思犯罪において正当防衛状況等の誤信がある場合には、任意酩酊ルールと矛盾が生じることになる。⁽¹²²⁾ 謀殺罪のメンズ・レアは不法に人を殺害する意図ないし重大な傷害を負わせる意図 (intention to unlawfully to kill or do grievous bodily harm) であり、特定意思を要求するものと解されている。酩酊状態において人をマネキンだと誤信して殺害することと、攻撃を加えられていると誤信してその者を殺害することとの間で、有責性に差を設けることの合理性については疑問が呈されている。⁽¹²³⁾

通常の任意酩酊ルールによっても、少なくとも一般意思犯罪 (非故意故殺罪) では有罪となることから、任意酩酊に陥った犯罪者から社会を防衛するという裁判所の政策は実現される。⁽¹²⁴⁾ このことから、同判決によって裁判所は、Majewski 判決で示された社会防衛的な枠組みをさらに推し進めたと評されている。⁽¹²⁵⁾

⁽¹²¹⁾ イギリスの判例法では、正当防衛状況に関する誤想はその合理性を問わないとする立場が採られているが (*Gladstone Williams* (1984) 78 Cr Ap R 276 (CA).)、こうした理解は任意酩酊の場合には適用されないことが本判決によって示された。

⁽¹²²⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 654.

⁽¹²³⁾ *Id.*

⁽¹²⁴⁾ *Id.* at 655.

⁽¹²⁵⁾ *E.g.*, [1987] QB 995, 1000. O'Grady 判決で示された任意酩酊に起因する正当防衛状況等の誤想に関する扱いは、2008年刑事司法及び入国管理法 (Criminal Justice and Immigration Act 2008) 76条5項によって明文で規定されることになった。同条の下では、正当防衛等について、たとえ行為者の認識内容が不合

第3項 酩酊による被害者の同意に関する錯誤

さらに、任意酩酊の影響により、被害者の同意について誤信していた場合には、正当防衛状況等の誤信とは異なる処理がなされている。

Aitken 判決⁽¹²⁶⁾において軍法会議控訴院は、犯意のある重傷害罪（一般意思犯罪）で訴追された被告人について、酩酊していなければ傷害のリスクを予見できたといえる場合には有罪たりうるとした上で、傷害につき被害者が同意していたという行為者の誤った認識により、認識内容の合理性を問わず刑事責任から免れるとした原審の判断を是認した。同判決は、行為者の認識内容を評価する際に任意酩酊証拠を考慮することの可否について触れなかったが、1999年の Richardson and Irwin 判決⁽¹²⁸⁾において控訴院は、Aitken 判決や本件のような事情の下では、任意酩酊証拠は、被害者の同意について行為者が認識していたかを判断する際に考慮されうると傍論中で述べている⁽¹²⁹⁾。その結果として、行為者が非致死的な暴力犯罪で訴追され、被害者が同意していたものと誤信していたために（不法な身体傷害という）メンズ・レアの欠如を主張する場合には、一般意思犯罪と特定意思犯罪を問わず、当該傷害行為の不法性を認識していたかの判断に際し、任意酩酊証拠を考慮することが可能となる⁽¹³⁰⁾。

理なものであったとしてもそれを参照しながら当該行為の適法性が判断されるという、通常の誤想防衛のルールは任意酩酊の場合に適用されないことになる。なお、心神喪失者が妄想の影響により誤想防衛類似の状況にあったと誤信していた場合にも、誤想防衛の主張をすることはできない（心神喪失の主張に限定される）。Card & Molloy (n 23), at 653.

⁽¹²⁶⁾ [1992] 1 WLR 1006 (C-MAC).

⁽¹²⁷⁾ 1861年対人犯罪法20条違反の罪。犯意のある重傷害罪では、不法な身体傷害を与えることについて意図ないし軽率を有することがメンズ・レアとして要求される。被害者による有効な同意が存する場合には、身体傷害は不法でないと解され、同意が正当化要素として理解されている。本件では、耐火性のある飛行服を着用していた被害者による、服に着火されることについての同意が問題となった。

⁽¹²⁸⁾ Card & Molloy (n 23), at 655.

⁽¹²⁹⁾ [1999] 1 Cr App R 392 (CA).

⁽¹³⁰⁾ Card & Molloy (n 23), at 655.

⁽¹³¹⁾ Id.

被害者の同意が正当化要素に位置づけられることからすれば、同意に関する錯誤をめぐる上記の理解は、正当防衛状況等の誤信に関する *O'Grady* 判決と相容れない⁽¹³²⁾。謀殺罪のような特定意思犯罪で訴追された場合には、任意酩酊によって正当防衛等が可能な状況だと誤信していても有罪とするのが可能なのに対し、犯意のある重傷害罪（1861年法20条）のような一般意思犯罪であっても被害者の同意について誤信していた場合には、任意酩酊証拠は関連性をもちうるからである⁽¹³³⁾。

第4項 酩酊による免責事由に関する錯誤

特定の犯罪類型において、行為者の認識内容に基づく免責事由が規定されている場合には、行為者の認識内容の合理性は通常問題とならない。*Jaggard* 判決では、任意酩酊に基づいて非合理的な認識内容が形成された場合でも同様であることが示された⁽¹³⁴⁾。同判決の事案の概要は以下の通りである。⁽¹³⁵⁾

アルコールの影響により酩酊していた被告人は、友人宅のドアをノックしたものの返事がなく、留守の場合には窓ガラスを割って室内に入ることを友人が同意していると酩酊の影響により誤信し、被害者宅の窓ガラス2枚を割って侵入したうえ同宅のカーテンを毀損した（その家屋は、実際には友人のものではなかった）。1971年刑事毀棄法5条は、所有者が損壊に同意していたと行為者が真に（honestly）考えていた場合には、その認識内容の合理性を問わず免責事由たりうることを規定し、被告人は同条の抗弁事由に該当すると主張したが、事実審（治安判事裁判所）は任意酩酊によって当該認識内容が形成されたことを理由に当該抗弁への依拠を許容せず、被告人は意図ないし軽率による器物損壊罪（一般意思犯罪）で有罪となった。

これに対して、控訴審（高等法院）は、被告人は自身の酩酊状態を意図や軽率の推認を妨げるために用いておらず、1971年法5条の下で抗弁

⁽¹³²⁾ *Id.*

⁽¹³³⁾ *Id.* at 656.

⁽¹³⁴⁾ [1981] QB 527 (DC).

⁽¹³⁵⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 661.

に依拠可能な認識内容を推認させるために用いたにすぎないため、訴追された犯罪が一般意思犯罪であることは無関係だとして被告人の主張を受け入れた。高等法院は、認識内容の合理性を問わないという1971年法5条3項における文言を重視し、任意酩酊に起因する不合理な認識内容であっても免責は可能との立場を採用したのである。こうした理解を前提とすれば、軽率による器物損壊罪（一般意思犯罪）で訴追された場合には、財物を毀損する意図がなかった（あるいは自分のものだと考えていた）と主張するために任意酩酊証拠に依拠することは不可能だが、被害者の同意に関する錯誤については任意酩酊証拠に依拠しながら1971年法5条2項の抗弁を主張することが可能という、不可解な区別がなされることになる。⁽¹³⁶⁾

Jaggard 判決における理由付けは、1971年法5条3項のような明文規定を欠く場合にも適用可能に見受けられるが⁽¹³⁷⁾、同判決において Mustill 裁判官は、こうした理解は1971年法5条2項における「認識内容に基づく免責 (belief excuse)」および、同条3項のような明文規定を伴う他の犯罪類型における「認識内容に基づく免責」においてのみ、同判決の内容は適用されるとしており、射程を限定している点が注目される。⁽¹³⁸⁾

実際にも、Magee 判決⁽¹³⁹⁾において Elias 裁判官は、免責事由に関する錯誤について、正当防衛状況等に関する錯誤と異なる扱いをすることの妥当性に疑問を投げかけている。⁽¹⁴⁰⁾ 本判決で争われた1988年道路交通法170条4項違反（交通事故の不申告）の罪については従前から、事故を認識していなかった場合には抗弁たりうると裁判所によって解釈されてきた。被告人は Jaggard 判決に依拠しながら、任意酩酊に起因するものであっても当該状況に関する錯誤は事故について認識を欠く場合に抗弁

⁽¹³⁶⁾ *Id.* at 663.

⁽¹³⁷⁾ 実際にも、Young 判決 ([1984] 2 All ER 164 (C-MAC).) において軍法会議控訴院は、こうした明文規定を欠く場合にも、被告人の認識内容に基づく抗弁を任意酩酊の場合に認める立場を示している。

⁽¹³⁸⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 662.

⁽¹³⁹⁾ [2014] EWHC 4089 (Admin) (DC).

⁽¹⁴⁰⁾ このことから、Jaggard 判決に類似の事案が控訴院で争われた場合には、同判決の内容は維持されないと予測されている。*Card & Molloy* (n 23), at 662.

たり得ると主張したが、事故の認識の欠如が任意酩酊に起因する場合に同様の解釈を採ることはできないとして、高等法院は原審の有罪判決を維持したのである。

Magee 判決の法廷意見では、1971年刑事毀棄法 5 条の抗弁は当該法律の範囲内においてのみ援用可能であって Jaggard 判決の射程は狭く解されるべきなのに対し、交通事故の不申告については、事故が起されば運転者はそれに気づいたはずだという自然な推論を反証する責任を被告人が負うことを前提に、錯誤の理由として酩酊を引き合いに出すことを認める解釈は不適切であるとされた。⁽¹⁴¹⁾このようにして、酩酊による免責事由の錯誤に関する Jaggard 判決の理解は、不合理な認識内容を根拠とした免責を明文で規定していない場合には援用できないことになる。⁽¹⁴²⁾

第5項 小 括

本節では、通常の任意酩酊ルールが適用されない場面として、①酩酊下の行為が不慮の事故と捉えられる場合、②酩酊に起因する正当化事由・免責事由に関する錯誤を有する場合を取り上げた。これらの場面では、一般意思犯罪と特定意思犯罪の区別はなされず、等しく扱われる。しかし、①の場合には、任意酩酊状態における不慮の事故と任意酩酊によって生じたオートマティズム状態でなされる行為の区別が困難であることから、一般意思犯罪で訴追された場合には両者を振り分ける基準が別途問題となる。他方で、②の場合には、㊦正当防衛状況等の錯誤と、㊧傷害罪および器物損壊罪における被害者の同意に関する錯誤とで任意酩酊の扱いを異にしているが、㊦については謀殺罪など特定意思犯罪に関してメンズ・レア欠如の（通常の）主張に比して厳格な扱いが、㊧については一般意思犯罪に関して寛大な扱いがなされている。このことから、正当化事情や免責事情に関する錯誤を事実の錯誤に位置づける一般的な

⁽¹⁴¹⁾ [2014] EWHC 4089, [35].

⁽¹⁴²⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 663. これに対し、強制など、行為者の認識内容に合理性が要求される他の抗弁の場合には、酩酊下の認識内容は通常、非合理的と解されるために免責は不可能となる。

⁽¹⁴³⁾ 理解を前提とした場合には、メンズ・レア欠如の主張との間で扱いを異にする根拠を見出すことは困難となる。

第5節 検討：任意酩酊ルールに対する原理的な批判

以上、本章では、イギリス判例法における酩酊の地位について概観した。Majewski 判決で提示された任意酩酊ルールに対しては、特に一般意思犯罪の場合に事実の構成要素が刑事責任の評価において重視されず、個人責任の原理から逸脱しているとして学説から批判が向けられている。⁽¹⁴⁴⁾ 酩酊に陥ることの軽率性は、通常の状態の場合に暴行罪の成立に必要な軽率性とは異なるからである。⁽¹⁴⁵⁾ 前者の軽率性は、行為者がアルコールや薬物によって理性や判断力による抑制を取り払うことに関する落ち度であり、通常の犯罪成立に必要な軽率性とは内容を異にする。⁽¹⁴⁶⁾ 任意酩酊ルールを前提とした場合には、原因行為時の任意酩酊は結果行為時における特定のリスク予見（軽率性）と同視され、場合によっては結果行為時における意図的な行為とも同視されることになる。⁽¹⁴⁷⁾

⁽¹⁴³⁾ もっとも、責任（免責）事情に関する錯誤の位置づけについては、争いがある。この点については、松原芳博「刑法における責任事情の錯誤」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2016年）359頁以下参照。

⁽¹⁴⁴⁾ *E.g., Loughnan & Wake* (n 16), at 117; *Mackay* (n 29), at 149. たしかに、同判決中の Salmon 裁判官の意見によれば、同判決で問題となっていたのは、任意に飲酒した事実に基づいて被告人がメンズ・レア欠如の主張を提起できるかという問題であったが、傍論中の他の部分では、被告人が任意に飲酒した事実によって当該犯罪のメンズ・レアが擬制され、刑事責任を負うとする理解が提示されている（*Ormerod & Laird* (n 16), at 316.）。

⁽¹⁴⁵⁾ *Simester et al* (n 15), at 718.

⁽¹⁴⁶⁾ *Id.*

⁽¹⁴⁷⁾ J Child, 'Prior Fault: Blocking Defences or Constructing Crimes', in A Reed & M Bohlander (with N Wake & E Smith) (eds), *General Defences in Criminal Law – Domestic and Comparative Perspectives* (Routledge, London 2014), at 46. 任意酩酊ルールが有する問題性について、*Ormerod & Laird* (n 16), at 316-7は、①酩酊に陥ることの過失や軽率性（行為者の「事前責任（prior fault）」）によって当該犯罪に必要なメンズ・レアが補填されるとする点、②酩酊に陥ることの落ち度（fault）と犯罪のアクトゥス・レウスが同時存在してい

こうした原理的批判にもかかわらず、任意酩酊ルールが裁判所によって維持されてきた背景には、任意酩酊の場合に端的に無罪とすることへの抵抗がある一方で、例外的なケースではメンズ・レア欠如による無罪の余地を認める必要性が挙げられる⁽¹⁴⁸⁾。この点について、鈴木義男は以下のように述べる。

「酩酊者の犯罪行為としらふの者の犯罪行為とはその性質の異なることが明らかにされるにつれて、酩酊は抗弁にならないという原則を厳格に維持することが、近代人の正義感情からはやや過酷に感じられる反面、酩酊中の犯罪行為を処罰しないで放置しておくことが、社会の安全に対してなお大きな危険感を與えるという面を否定できないとすれば、こういう相反する要請の間に妥協をはかり、酩酊中にもつとも行われ易いマダーや加重傷害の刑を減輕するための法技術的な方法として、次第にこの理論が形成されることになったとみることができよう⁽¹⁴⁹⁾。」

Bailey 判決と Hardie 判決では、酩酊に陥ることの主観的な輕率性を問題とすることで Majewski 判決の射程は限定され、治療目的で薬物を摂取した者について、Majewski 判決で提示された社会防衛的な枠組みに従わせなかった点で肯定的評価がなされている⁽¹⁵⁰⁾。Bailey 判決の事実

ないにもかかわらず、事前責任に基づくメンズ・レアの補填を許容する点、③酩酊に陥ることの責任の程度（酩酊についての予見や認識）と当該犯罪に必要とされる責任形式（当該犯罪類型における予見や認識の程度）に対応関係が求められていない点、④故意犯の「原因において自由な行為」の場合（原因行為時に法益侵害結果についての意図がある場合）と酩酊に陥ることの予見や認識を欠く場合が区別されない結果、酩酊の悪質さが評価されていない点を挙げる。

⁽¹⁴⁸⁾ Mackay (n 29), at 150.

⁽¹⁴⁹⁾ 鈴木義男「英米法における酩酊と刑事責任(三)」警察研究30巻3号(1959年)61頁。

⁽¹⁵⁰⁾ Mackay (n 29), at 155; *Simester et al* (n 15), at 722. もっとも、Hardie 判決に対しては、リブリウム (Librium) やバリウム (Valium) といった鎮静作用のある薬物とアルコールが薬理学的な特性において異なるという誤った前提—

では、被告人の低血糖状態は医師の指示に従っていれば避けることが可能であり、非難を完全に免れることはできないが、糖尿病患者にとってインスリンの摂取とその不安定な影響を制御することが一生涯に渡って続く負担であることを裁判所が適切かつ同情的に確認したものと評される。⁽¹⁵¹⁾ Hardie 判決では、被告人が神経を落ち着けるために精神安定剤を摂取し、その目的が当該薬物の処方理由と同一であることが重視された。

しかし、Hardie 判決では、バリウムの影響によってメンズ・レア欠如に至ったと陪審が判断した場合には、バリウムの投与それ自体の軽率性を判断する枠組みになっている。⁽¹⁵²⁾ このことから、Hardie 判決における判断枠組みは、（法益侵害結果についてのメンズ・レアではなく）酩酊に陥ることの軽率性を問題としている点で、Majewski 判決と類似している。⁽¹⁵³⁾ すなわち、危険性が一般に知られていない物質についても酩酊に陥ることの軽率性が問題とされ、アクトゥス・レウスを生じさせることの軽率性は問題とされていないために、酩酊それ自体の有責性を根拠に犯行時のメンズ・レアを補填する思考枠組みはなお維持されているのである。⁽¹⁵⁴⁾ Hardie 判決における「バリウムの摂取それ自体に軽率性が認められるか」という問題設定からは、結果行為時の法益侵害とは無関係な原因行為の危険性のみを考慮していることが示唆され、酩酊行為そ

—前者は「催眠作用 (soporific effect)」を有する一方、後者は「攻撃性や暴力性」を高めるという理解——が採られているが、精神安定剤とアルコールの生理学上の特性は似通っており、中枢神経系の機能を鈍らせることによって効果が生じる点で共通しているといった疑問 (*Simester et al* (n 15), at 722.) や、同じ薬物が路上において、脱抑制作用を楽しむために用いられていたとすれば Majewski ルールが適用されていたのではないかと疑念も提起されている (*Id.*)。

⁽¹⁵¹⁾ *Simester et al* (n 15), at 722.

⁽¹⁵²⁾ [1984] 3 All ER 842, 853.

⁽¹⁵³⁾ *Mackay* (n 29), at 156. *Loughnan & Wake* (n 16), at 128は、Hardie 判決と Burns、Bailey、Quick 判決を対比的に取り上げている。

⁽¹⁵⁴⁾ E Macdonald, 'Reckless Language and Majewski', (1986) 6 Legal Studies 239, at 247.

れ自体の危険性を根拠にメンズ・レアを肯定しているとの批判からは逃れることができない。⁽¹⁵⁵⁾

他方で、一般意思犯罪と特定意思犯罪の区別に関する統一的な基準が不明確なまま残されている点についても、疑問が投げかけられている。⁽¹⁵⁶⁾ 裁判所は、外部的意図と目的性を有する意図という定義を組み合わせて特定意思犯罪を定義づけているが、全ての場合に適用可能な一般的な定義は未だ示されていない。⁽¹⁵⁷⁾ 前節で概観したように、①酩酊下の行為が不慮の事故と捉えられる場合や、②酩酊に起因する正当化事情・免責事情に関する錯誤の場合には一般意思犯罪と特定意思犯罪の区別がなされないために、通常のメンズ・レア欠如の主張との間に齟齬が生じることになる。こうした食い違いは、政策的背景から導入された一般意思犯罪と特定意思犯罪の区別がメンズ・レアの一般原理に反することを示唆している。

このように、イギリス判例法における任意酩酊ルールに対しては、刑法の基本原則からの逸脱を正面から認めるものとして学説からの批判が強い。⁽¹⁵⁸⁾ 次章では、任意酩酊ルールの画一的な適用が困難となる別の場

⁽¹⁵⁵⁾ Mackay (n 29), at 169.

⁽¹⁵⁶⁾ Ormerod & Laird (n 16), at 318.

⁽¹⁵⁷⁾ Simester et al (n 15), at 716; Card & Molloy (n 23), at 657.

⁽¹⁵⁸⁾ 英国では現在でも厳格な任意酩酊ルール (Majewski ルール) が維持されているが、他の連邦構成国では同ルールを廃止・修正する傾向にある。たとえば、オーストラリア高等法院は O'Connor 判決 ((1980) 146 CLR 64.) において任意酩酊ルールを否定し、行為の任意性やメンズ・レアの有無については酩酊の任意・不任意や一般意思・特定意思犯罪を問わず、酩酊証拠を許容する立場を採用している (Longhnan & Wake (n 16) at 117.)。これにより、犯行時に酩酊状態にあった被告人についても、通常のメンズ・レアの原則のもとで同様に扱われることになるが、酩酊が問題となるのは暴力犯罪や公共物破壊の場合が圧倒的に多く、暴行や傷害、器物損壊について要求されるメンズ・レアは単純なもので、極限的に酩酊した者であっても形成することは可能との理解が前提とされる (Simester et al (n 15), at 726.)。同様の立場は、カナダ (Daviault (1994) 118 DLR (4th) 469.) やニュージーランド (Kamipeli [1975] 2 NZLR 610.) においても採られている。

なお、アメリカにおいても、犯行時にしらふであれば犯罪行為に出なかつ

面として、酩酊が他の抗弁（心神喪失、オートマティズム）と交錯する場合を題材として検討を加える。

第2章 イギリス判例法における任意酩酊ルールの例外：他の抗弁との競合

たという主張は抗弁たりえないとされ、単なる酩酊は責任能力基準の第一段階要素（「精神の障害」）を満たさないため、通常は心神喪失抗弁に依拠することが不可能とされる（W LaFave, *Criminal Law* (6th edn West Academic Publishing, Minnesota 2017), at 621.）。任意酩酊証拠の扱いについては各法域で異なっており、半数近くの州の刑法典では酩酊が犯罪構成要素を否定する場合に抗弁としての地位を認めて証拠提出を許容しているのに対し、残りの法域では、任意酩酊の場合にはいかなる場合でも抗弁たりえないとし、場合によっては当該犯罪の成立に必要な精神状態の欠如を立証する目的での酩酊証拠提出を禁止している場合や、この問題について何ら触れていない場合もある（*Id.* at 621 (n 251).）。もっとも、アメリカの裁判例の多くは、酩酊に関する特別なルールを創出し、被告人が自身の行為の危険性を把握できなかった唯一の理由が酩酊によるものであった場合には、軽率性で足りる犯罪では有罪たりうることが認められている（*Id.* at 627.）。模範刑法典においてもこうした立場が採られており、自らの行為に付随する危険性を判断する人間の能力に過剰飲酒が与える潜在的な危険の認識は、我々の文化において相当に普及したものであり、酩酊行為者の行為によって作出された危険と酩酊状態において作出された危険を一般に同一視しても不公正とはいえないことが論拠として挙げられる（*Id.* at 627-8.）。多くの法域における刑法の再法典化においても、模範刑法典のこの立場が採られている（*Id.* at 628.）。なお、模範刑法典の立場を前提とした場合には、①酩酊が不任意の場合（アメリカ模範刑法典2.08条4項a号）、および、②病的酩酊（摂取された酩酊作用を有する物質の分量からみて、行為者がそれほどになるものとは知らなかった著しく過度の酩酊）の場合（同項b号）に、心神喪失抗弁と同じ基準で免責される余地がある点でイギリス判例法の立場とは異なっているが、③行為者が酩酊状態にあったことは犯罪成立要件が否定されるのでない限り抗弁たり得ないこと（2.08条1項）、④責任条件として軽率を要する罪については、行為者が、自招（self-induced）酩酊の結果、酩酊していなければ認識することのできた危険を認識しなかったときは、その認識の欠如は犯罪の成立に影響しないこと（同条2項）、⑤酩酊それ自体は心神喪失抗弁の第一段階要素としての「精神の疾患（mental disease）」に該当しないとされる点において、ほぼ同様の立場が採られている。

酩酊と他の抗弁が競合した場合にも、その判断手法について統一的な解決策が提示されていない状況にある。その背景には、後述のように、責任無能力の抗弁では当該精神状態の招致に関する行為者の有責性が問題とされないのに対し、オートマティズムの抗弁や酩酊によるメンズ・レア欠如の主張では、当該精神状態の招致に関する行為者の有責性を根拠に刑事責任を肯定することが可能という形で、事前責任 (prior fault) の理解に差があることが挙げられる。⁽¹⁵⁹⁾ 以下では、犯行時におけるアルコールや薬物の直接的な影響の有無によって節を分けた上で、酩酊の主張が他の抗弁と交錯した場合の判断枠組みについて検討する。

第1節 酩酊に起因する責任無能力・オートマティズム

行為者が酩酊に陥り、その結果として別の異常な精神状態が生じた場合には、「酩酊に基づく抗弁は許容しない」との原則から外れることが可能となる。⁽¹⁶⁰⁾ アルコールや薬物の影響により、マクノートン基準の射程に入る顕著な精神障害を発症した場合には、たとえその原因が任意酩酊であっても刑事責任が否定される余地がある。⁽¹⁶¹⁾ すなわち、飲酒による急性の機能障害は「精神の障害に起因する理性の欠如」を構成しないが、習慣的な飲酒や薬物摂取は振戦せん妄 (delirium tremens) やアル

⁽¹⁵⁹⁾ たしかに、責任無能力の抗弁では「精神の障害」が内的要因に基づくことが要件とされ、責任無能力状態の招致について行為者が有責な場合 (飲酒・薬物など) の多くは「精神の障害」該当性が否定される。しかし、内的要因に基づくことと責任無能力状態の招致について行為者が有責でないことは完全には一致しないため、事前責任の扱いに関して他の抗弁と差異が生じることになる。

⁽¹⁶⁰⁾ *Simester et al* (n 15), at 723-4.

⁽¹⁶¹⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 664. 責任無能力の抗弁は一般意思犯罪と特別意思犯罪を問わず、すべての場合に主張可能である。オートマティズムの抗弁についても、*Stripp* 判決 ((1978) 69 Cr App R 318 (CA)) では、酩酊中に転倒して脳震とうを生じた場合について、当該精神状態を引き起こした主な原因がアルコールでなく脳震とうの場合にはオートマティズムの抗弁に依拠することが可能であり、*Majewski* ルールの射程に入らない旨の判示がなされた。オートマティズムの抗弁においては、当該精神状態の招致について行為者が有責でないことが求められるため、認知能力の喪失の主たる原因がアルコールや薬物でないことが前提とされる。

コール性認知症 (alcoholic dementia) など、マクノートン基準の射程に入る精神障害を生じさせるのである。⁽¹⁶²⁾

飲酒に起因する精神障害がマクノートン基準の「精神の障害」に該当する一例として、アルコールや薬物の禁断症状が挙げられる。たとえば、⁽¹⁶³⁾ Davis 判決では、アルコールからの離脱に起因する脳や神経受容体の反応に伴う振戦せん妄 (アルコール幻覚症) は「精神の障害」だとして、心神喪失抗弁に依拠することが認められた。同判決では、謀殺の意図を有する傷害罪 (wounding with intent to murder) で訴追された被告人が犯行当時しらふであったものの、過度の飲酒からの離脱症状として振戦せん妄の状態にあったとして心神喪失抗弁を提起した。同判決において Stephen 裁判官は、酩酊と酩酊から生じた精神疾患は区別されるべきであり、一時的にせよ酩酊によって生じた明白な (distinct) 精神疾患によって行為の罪悪性を認識していなかった場合には無罪とされなければならないとの陪審説示を行った。⁽¹⁶⁴⁾

これに対し、⁽¹⁶⁵⁾ Harris 判決では、過去の任意酩酊によって心神喪失抗弁には足りない程度の精神障害が生じた場合には、(特定意思と一般意思を問わず) メンズ・レア欠如の主張に際し当該精神障害に依拠することが可能とされた。同判決における被告人は、習慣的な過剰飲酒の中止に起因するアルコール精神病の幻覚体験を有する中で自宅に放火し、他者の生命危殆化について軽率な放火罪 (一般意思犯罪) によって訴追された。事実審は任意酩酊ルールを適用して他者の生命危殆化に関する軽率性の判断に際し、しらふの場合に軽率性を有しうるかを陪審が判断すべきと説示した (その結果、被告人は有罪答弁を行った) が、控訴院は、犯行の6日前に飲酒を中止していることから被告人はいかなる意味にお

⁽¹⁶²⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 664. 振戦せん妄とは、アルコールからの離脱によって引き起こされるせん妄の急性発作であり、アルコール性認知症とは、長期間の過度な飲酒によって生じる認知症の一形態である。

⁽¹⁶³⁾ (1881) 14 Cox CC 563.

⁽¹⁶⁴⁾ Davis 判決における Stephen 裁判官の陪審説示は、Beard 判決 ([1920] AC 479 (HL).) や Gallagher 判決 ([1963] AC 349 (HL).) においても受け入れられている。

⁽¹⁶⁵⁾ *Harris* [2013] EWCA Crim 223 (CA).

いても犯行時に酩酊していなかったとして「精神の障害」該当性を肯定した。本件における被告人は行為の性質や罪悪性を理解していたために、心神喪失抗弁は（たとえ被告人が望んだとしても）主張できないが、当該精神疾患は過去の任意酩酊に起因することから犯行時も酩酊状態にあったのと等しく扱うべきとの検察側の主張を排斥した上で、任意酩酊ルールを本件に適用しなかったのである。

同判決は、過去の被告人の落ち度によって生じた精神疾患について、犯行時に飲酒酩酊状態にあった者と同様に扱うべきかは政策論として議論の余地があることを認めつつも、こうした解釈は Majewski 判決の過度な拡大であるとして排斥している。精神疾患の多くは、患者自身による過去の何らかの有責な不品行（culpable past misconduct）に原因を求めることができるからである。現在の判例法の立場を前提にすると、Majewski 判決によって示された任意酩酊ルールは、犯行時に任意酩酊状態（アルコールや薬物の急性症状下）にあった場合にのみ適用される。本件における被告人は、犯行時に精神疾患の影響を受けていたことが明白であり、それが一時的なものであったとしても真の精神疾患でないことにはならず、他者の生命へのリスクに関する軽率性がさらに問われなければならないのである。⁽¹⁶⁶⁾

このように、過去の飲酒によって顕著な精神障害が生じた場合（犯行時にアルコールや薬物の直接的な影響を欠いている場合）には、「精神の障害」該当性が肯定され、責任無能力の抗弁に依拠することが可能であると同時に、一般意思犯罪においてメンズ・レアを擬制する任意酩酊ルールは適用されない。これに対し、犯行時にアルコールや薬物の直接的な影響を（少なくとも部分的に）受けていた場合には、以下に見るように、アルコールや薬物による一時的な心神喪失（temporary insanity）・オートマティズムと単純な酩酊を区別することは困難となる。⁽¹⁶⁷⁾

第2節 酩酊と責任無能力・オートマティズムの同時存在

⁽¹⁶⁶⁾ [2013] EWCA Crim 223 at [56][59].

⁽¹⁶⁷⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 665.

たとえば、Burns⁽¹⁶⁸⁾判決において強制わいせつ罪（一般意思犯罪）で訴追された被告人は、脳障害（健忘および認知障害）、アルコールおよび薬物（マンドラックス⁽¹⁶⁹⁾）の重複的な作用により、犯行時に行為の意味を認識する能力を欠いていたと主張したが、事実審は、被告人の脳障害はそれ自体によってオートマティズム状態を招致せず、アルコールや薬物の摂取が不可欠であったとの専門家証言に依拠しながら、陪審に対してオートマティズムの問題を提示せずに有罪とした。これに対して控訴院は、被告人の「精神の障害」に何らかの外的要因が加わり、その影響について被告人が事前に認識していなかった場合にはオートマティズムの抗弁についても説示がなされるべきであったと判示し、完全な無罪の余地⁽¹⁷⁰⁾を認めたのである。

同判決に対しては、被告人に認められうる主張（酩酊ないし心神喪失⁽¹⁷¹⁾）によって完全な無罪とされる余地がない⁽¹⁷²⁾にもかかわらず、控訴審がオートマティズムの主張を受け入れて無罪とされる余地を認めたことに批判が向けられている。すなわち、一般意思犯罪における任意酩酊と心神喪失はともに、（オートマティズムの抗弁とは異なり）完全な無罪という帰結を導かないことから、こうした理解には疑問が呈されているのである⁽¹⁷³⁾。こうした批判を前提とすれば、一般意思犯罪において「精

⁽¹⁶⁸⁾ (1974) 58 Cr App R 364 (CA).

⁽¹⁶⁹⁾ メタカロンと抗ヒスタミン剤からなる鎮痛・睡眠薬。

⁽¹⁷⁰⁾ もっとも、同判決は、オートマティズムの抗弁についての陪審説示が行われたとしても、結論において同抗弁は認められなかったとして、被告人の主張を退けている。(1974) 58 Cr App R 364, 375.

⁽¹⁷¹⁾ アルコールや薬物の影響がある場合には、オートマティズムの抗弁は通常認められない。

⁽¹⁷²⁾ 心神喪失による無罪評決については、非刑事的収容の余地が残されている。

⁽¹⁷³⁾ *E.g.*, G Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd edn Stevens & Sons, London 1983), at 681（こうした場合には心神喪失による無罪が適切だとする）；*Ormerod & Laird* (n 16), at 331. Burns 判決に向けられたこの種の批判に対しては、本件においてマンドラックスの錠剤（非危険薬物）を摂取していたことを見落としており、飲酒と危険薬物によって心神喪失の状態に至った場合には有罪か心神喪失による無罪の二択に限られるべきだが、本判決のように摂取した薬物が危険でない場合には、Bailey 判決の枠組みにより、軽率性が立証され

神の障害」とアルコール・薬物の影響が相まって認識能力を喪失した場合には、責任無能力による無罪か、任意酩酊ルールの下でメンズ・レアが擬制された結果として有罪となるかの二択に限られることになる⁽¹⁷⁴⁾。

たとえば、Coley 判決では、⁽¹⁷⁵⁾ 暴力的な描写の含まれたテレビゲームを数日間に渡ってプレイしながら大麻を吸引していた被告人 (Coley) が武装した上で隣人宅に侵入し、被害者をナイフで繰り返し刺突したが死亡させるには至らなかった事案について、任意酩酊であることを根拠に心神喪失やオートマティズムに関する陪審説示を拒否した事実審の判断を控訴院が是認した。⁽¹⁷⁶⁾ 本件の専門家証言によれば、Coley には精神疾患や人格障害は認められず、大麻の摂取に起因する「一時的な精神病エピソード (brief psychotic episode)」の状態⁽¹⁷⁷⁾でテレビゲームのキャラクターの役割を演じていた可能性があり、弁護側は「精神病エピソード」が「精神の障害」に起因する「理性の欠如」に該当し、現実からの乖離に伴う行為の性質や罪悪性を認識する能力の欠如を招いたと主張した。これに対して控訴院は、「理性の欠如」が「精神の障害」に起因しない場合も存在し、任意に摂取した酩酊作用のある物質が精神に直接的な影響を与えた場合には、「差し迫った社会的な要請 (pressing social reasons)」により「精神の障害」に分類されないと判断したのである。

ないかぎり無罪となるとの原則に従うべきとの反批判がなされている (Mackay (n 23), at 158-9.)。

⁽¹⁷⁴⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 331. たとえば Lipman 判決 ([1970] 1 QB 152 (CA).) では、被告人のオートマティズム状態が禁止薬物 (LSD) に起因しているとして、犯行時に任意酩酊状態であったことを根拠に故殺罪のメンズ・レアが肯定された。LSD は幻覚を伴うトランス状態を作出するが、任意に摂取されたものであることから、仮にオートマティズムの主張がなされたとしても、それが認められる余地はなかったと指摘される (*Simester et al* (n 15), at 724.)。

⁽¹⁷⁵⁾ [2013] EWCA Crim 223 (CA).

⁽¹⁷⁶⁾ 本件では、被害者を殺害する意図を有していたことが陪審によって認定されたため、メンズ・レア欠如に関する一般意思・特定意思犯罪の区別問題は生じなかった。[2013] EWCA Crim 223 [10].

⁽¹⁷⁷⁾ [2013] EWCA Crim 223 [17]-[18]. 本件では、事前の有責な行為によって犯行時の精神状態が惹起されたため、オートマティズムの抗弁に依拠することは不可能とされた。*Id.* [24].

このように、犯行時にアルコールや薬物を摂取した事実が認められる場合には、オートマティズムの抗弁に依拠することは通常認められない。同抗弁ではオートマティズム状態の招致について行為者が有責でないことが求められるからである。これに対し、責任無能力の抗弁については、心神喪失状態の招致に関する事前の有責性は通常問題とならないが、以下に見るように、法益侵害結果のメンズ・レアを事前に有していた場合には異なる判断がなされている。

たとえば、Gallagher 判決では、被告人の精神障害それ自体がマクノートン基準を充足するのに足りない場合（たとえば、制御能力の喪失を招くにすぎない場合）には、犯行時に酩酊によって当該障害が悪化していたとしても心神喪失抗弁に依拠できないとされた。⁽¹⁷⁸⁾ 本件では、平素から暴力的な傾向のある精神病質者（psychopath）であった被告人が妻の殺害を意図してアルコールを摂取し、酩酊下で妻をナイフで刺殺した事案について、被告人が心神喪失と酩酊による特定意思の欠如を主張した。被告人の精神状態が飲酒によって悪化し、自らをコントロールする能力が失われやすい状態にあったことを示す専門家証拠が提示されていたが、事実審裁判官は陪審に対し、マクノートン基準の適用の可否については飲酒直前の被告人の精神状態を考慮しなければならないと説示し、被告人は有罪となった。控訴院は被告人の主張を認めて有罪判決を破棄したものの、北アイルランド法務長官による上訴を受け入れて、貴族院は事実審の有罪判決を支持したのである。

貴族院の判断の背景には、被告人の精神病質は鎮静期（quiescent period）にあり、アルコールを摂取しなければマクノートン基準の射程に入ることはなく、飲酒酩酊によって心神喪失抗弁を成功させることが不適切との価値判断があった。⁽¹⁷⁹⁾ 他方で同判決は、特定意思犯罪においてメンズ・レア欠如の主張のために任意酩酊証拠に依拠することを許容する、任意酩酊ルールの例外に対しても制約を加えている。同判決の

⁽¹⁷⁸⁾ *A-G for Northern Ireland v Gallagher* [1963] AC 349 (HL).

⁽¹⁷⁹⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 665.

⁽¹⁸⁰⁾ 被告人の精神病質が飲酒によって生じ、その結果マクノートン基準の射程に入ったのであれば結論が異なっていたと指摘される。*Id.*

Denning 裁判官による法廷意見は以下のように述べ、本件については酩酊は抗弁たり得ないという通常のルールに従って判断されるべきであり、犯行の勢いづけのために故意に飲酒酩酊した者について、特定意思犯罪のメンズ・レア欠如の証拠として任意酩酊証拠に依拠する余地を否定した。

「しらふで正常な時点において殺人の意図を形成し、……勢いづけのために自ら酩酊して当初の意図を実現した場合には、謀殺罪に対する抗弁としても、故殺罪への減軽要素としても、自招酩酊に依拠することはできない。……飲酒する以前の邪悪な心理状態と、彼が事前に意図し、実際にその通りになった行為を合わせ考えれば、彼を非難するのに十分である。人を殺害することを意図して外出し、それが悪いことだと知りながら実際に殺害行為に及んだ精神病質者は、殺害行為以前の自招酩酊によって生じた結果から逃れることはできない⁽¹⁸¹⁾。」

同判決によって導入された「勢いづけの飲酒 (Dutch courage)」ルールは、特定意思を欠いていたことを示す酩酊証拠が提示されている場合は特に重要であり、政策論としては好ましいかもしれないが、メンズ・レア⁽¹⁸²⁾と行為の同時存在原則からの逸脱を正面から認める点で疑問が呈⁽¹⁸³⁾されている。

第3節 検討：酩酊・責任無能力・オートマティズムにおける事前責任

本章では、酩酊が他の抗弁と競合した場合の処理について、犯行時におけるアルコールや薬物の直接的な影響の有無によって区分した上で分

⁽¹⁸¹⁾ [1963] AC 349, 382.

⁽¹⁸²⁾ *Card & Molloy* (n 23), at 667.

⁽¹⁸³⁾ *Ormerod & Laird* (n 16), at 327-8; *Card & Molloy* (n 23), at 667. なお、同判決において Denning 裁判官は、Gallagher が飲酒前に妻を殺害する意図を放棄していれば違った結論になることを示唆していた。また、*Ormerod & Laird* (n 16), at 327-8は、間接正犯と同視可能な場合には、事前の精神状態を考慮して有罪としても、マクノートン基準の文言と整合する可能性を指摘する。

析を加えた。アルコールや薬物の直接的な影響を欠く場合には責任無能力やオートマティズムの抗弁に依拠することが可能な一方で、アルコールや薬物の急性反応を伴う場合には、①任意酩酊ルールの下でメンズ・レア欠如の主張に関して特定意思犯罪と一般意思犯罪が区別され、②当該精神状態を招致した行為者の有責性をめぐる扱いが各抗弁・主張間で異なることを背景に、複雑な状況にある。

既述のように、オートマティズムの抗弁が認められるためには、(1)意識や任意性を欠いた状態で行為に出たこと（任意的コントロールの欠如の程度が一時的にせよ完全な場合）、(2)当該状況が外的な要因によって導かれたことのほかに、(3)当該精神状態の招致に関して事前の落ち度がないことが求められる（no prior fault requirement⁽¹⁸⁴⁾）。

これに対して、責任無能力の抗弁においては、責任無能力状態の招致に関する事前の有責性は問題とされない⁽¹⁸⁵⁾。犯行時の無能力が「精神の障害」に起因すると判断された場合には、行為者の事前の落ち度は関連性を欠くものとされるのである⁽¹⁸⁶⁾。このことから、Bailey 判決の事案のように、糖尿病の行為者がインスリン投与による低血糖症に陥り、そのことに落ち度がない場合にはオートマティズムの抗弁やメンズ・レア欠如の主張によって完全な無罪とされる余地があるの⁽¹⁸⁷⁾のに対し、インスリンの不投与による高血糖の場合には、（行為者の糖尿病は）内的な障害のために「精神の障害」該当性が肯定され、行為者の事前の落ち度とは無関係に「心神喪失による無罪」と評価される（通常は無罪判決の余地

⁽¹⁸⁴⁾ Longhnan & Wake (n 16), at 119. オートマティズムの抗弁における任意性要件の中に、当該精神状態の招致について行為者が有責でないことを読み込む見解として、A Longhnan, *Manifest Madness: Mental Incapacity in the Criminal Law* (OUP, Oxford 2012), at 132.

⁽¹⁸⁵⁾ Q Jahangir, J Child & H Crombag, 'Prior Fault and Contrived Criminal Defences: Coming to the Law with Clean Hands' (2017) 1 Institute of Law Journal, at 32.

⁽¹⁸⁶⁾ Mackay (n 29), at 159.

⁽¹⁸⁷⁾ インスリンの過剰投与による低血糖症とオートマティズム・責任無能力の抗弁の関係性が問題となった判例として、Quick [1973] 3 WLR 26 (CA).

が絶たれる)ことになる。⁽¹⁸⁸⁾責任無能力の抗弁における当該精神状態招致の有責性については、たとえば医師の指示を軽率にも無視したことがその精神状態を招いたとしても、「心神喪失者の刑事責任は否定される」との原理を優先させることで、これまで判例・学説はこの問題を重視してこなかったのである。⁽¹⁸⁹⁾

こうしたアプローチが採られてきた理由としては、①心神喪失と評価された者を処罰することに対する心理的抵抗や、②本来的な「精神の障害」はすべて偶然 (inadvertent) によるものとの前提が採られてきたこと、さらに③(オートマティズムやメンズ・レア欠如による完全な無罪とは対照的に)「心神喪失による無罪」評決には不定期の病院収容が自動的に課されていたことで社会防衛的な懸念が抱かれなかった点が挙げられる。⁽¹⁹⁰⁾

しかし、前述した「精神の障害」と酩酊の同時存在例を適切に解決するためには、責任無能力の抗弁においても行為者の事前の有責性を考慮する必要がある。⁽¹⁹¹⁾「精神の障害」と酩酊が同時存在しうるとすれば、責任無能力の抗弁を提起する被告人の中には当該精神状態の招致について有責者がいることを意味し、責任無能力の抗弁が当該精神状態の招致に関して有責でないことを前提とするこれまでの議論とは矛盾することになる。⁽¹⁹²⁾Burns 判決や Bailey 判決では、心神喪失と酩酊・オートマティズムの境界例において行為者の落ち度が直接に問題とされているが、責任無能力の抗弁で同様の考え方が採られていないことは不当であろう。⁽¹⁹³⁾このことは、自らに病的素因があることを同じく認識していた

⁽¹⁸⁸⁾ *Mackay* (n 29), at 159. 実際にも、Hennesy 判決 ([1989] 2 ALL ER 9 (CA)) は、被告人の高血糖が「精神の障害」(糖尿病)に起因することを理由にオートマティズムに関する被告人の主張を認めなかった原審の判断を是認した(被告人は責任無能力の主張を避けて有罪答弁を選択した)。

⁽¹⁸⁹⁾ *Mackay* (n 29), at 159; *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 32.

⁽¹⁹⁰⁾ *See, Mackay* (n 29), at 159–60.

⁽¹⁹¹⁾ *Longhnan & Wake* (n 16) at 114.

⁽¹⁹²⁾ *Id.*

⁽¹⁹³⁾ *Mackay* (n 29), at 160. たとえば、酩酊の事案では Bailey 判決におけるように、特定意思犯罪による有罪判決を回避するためのメカニズムが確立されてい

場合であっても、（インスリン投与による低血糖症など）外部的要因によってオートマティズム状態が誘発された場合には事前の落ち度が関連するのに対し、（てんかんなど）内部的要因によって同じ状態が誘発された場合には（内部的要因ゆえに「精神の障害」該当性が肯定され）事前の落ち度が関連しなくなる⁽¹⁹⁴⁾ことから明らかである。

また、1991年刑事手続（心神喪失および訴答不適格）法において、心神喪失による無罪判決後の処遇が（謀殺の場合を除いて）多様化され、心神喪失の場合にも「絶対的刑の免除（absolute discharge）」を与えることが可能となったために、社会防衛的考慮の必要性を欠くという論拠も不十分なものとなっている⁽¹⁹⁵⁾。

このように、酩酊やオートマティズムといった他の抗弁・主張との競合例を適切に解決するためにも、責任無能力の抗弁について事前の落ち度を問題とする必要性が徐々に認識されつつある。次章では、この問題に関する英米の学説に検討を加える。

〔未完〕

るのに対し、責任無能力の抗弁においては「心神喪失による無罪」判決を回避するために有罪答弁を選択した者を保護する類似のメカニズムが（裁判官が軽い罪での有罪答弁を許容しないかぎり）整備されていない（*Id.* at 160-1.）。

⁽¹⁹⁴⁾ *Id.* at 168. また、この問題は、酩酊と責任無能力の抗弁が交錯する領域である、病的酩酊（pathological intoxication）において顕著となる。病的酩酊を既存の抗弁にあてはめることは困難だが、事前責任（fault liability）が適用される抗弁の範囲が明確なのに対し、各事案における事前の落ち度の程度は、どの抗弁が用いられるかとは無関係に評価されることから、不合理な結果となる場合がある（*Id.*）。なお、法律委員会が2013年に公表した心神喪失とオートマティズムに関するディスカッション・ペーパーにおいても、この問題が取り上げられている。Law Commission, ‘Criminal Liability: Insanity and Automatism’ (Discussion Paper 2013) at 6.76.

⁽¹⁹⁵⁾ *Mackay* (n 29), at 160.

犯罪論における 同時存在原則について（6・完）

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、69巻3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

第一節 問題の所在

第二節 遅すぎた結果発生

1 判例

- ①我が国の判例
- ②ドイツの判例

2 学説

- ①第一行為と第二行為は分断すべきという観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解
- ②形式的同時性・規範的同時性の観点から、故意既遂犯の成立に反対する見解
- ③BGHの行為に関する理解を批判し、故意既遂犯の成立に反対する見解

3 検討

第三節 早すぎた結果発生

1 判例

- ①我が国の判例
- ②ドイツの判例

2 検討

- ①予備行為と同時存在原則
- ②未遂の故意・既遂の故意と同時存在原則
- ③一連の行為と同時存在原則

補論：離隔犯・間接正犯との関係

(以上、69巻4号)

第四節 事後的な故意の発生

1 問題となる事例

- ①盗品等保管罪のケース

②大麻譲受罪のケース

③承継的幫助犯のケース

2 検討

①盗品等保管罪のケース

②大麻譲受罪のケース

③承継的幫助犯のケース

第五節 小括

終章

（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

第四節 事後的な故意の発生

1 問題となる事例

①盗品等保管罪のケース

このケースとしては、最決昭和50・6・12刑集29巻6号365頁がある。被告人は、自室において、窃盗の本犯者Aから、赃物であることを知らずに、背広四点、翌日には鞆一個を預かり保管していたが、数日後に各品物はAが他から窃取してきた物であることを知るに至ったのにも関わらず、なおも自室において保管していたという事案である。

原審である、大阪高判昭和49・4・9刑集29巻6号371頁では、「赃品の返還が不能であるとか、或いは、赃品につき質権が効力を生ずる等赃品を留置し得る権利が生じた場合を除いては、赃物寄蔵罪が成立すると解するのが相当である。けだし、窃盗罪の事後従犯として、盗品に対する被害者の追求権を保護し、かつ窃盗本犯を助長する行為を禁ずる等の赃物罪の保護法益および立法理由に徴すれば、赃品の返還が可能であり、かつ、法律上これを拒否する理由がないにも拘らず、知情後においてもなお保管を継続する行為と、当初より赃物であることの情を知りながら、これを預かり保管する行為とを区別する理由はない」と述べている。

最高裁は、「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、贓

物であることを知るに至ったのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、赃物の寄蔵にあたるものというべきであり、原判決に法令違反はない」と述べて、原審のように、具体的な理由を述べずに、盗品等保管罪の成立を認めている。

②大麻譲受罪のケース

このケースとしては、大阪高判平成6・1・28日判時1492号145頁がある。被告人(男性)は、B(女性)方に赴いたが、Bから都合が悪いので暗に帰るように言われたので、帰ろうとした際に、同女から大麻樹脂約10グラム入りの封筒を、中身を知らないままズボンの前ポケットに差し入れられ、そのまま約30メートル離れたところに駐車しておいた自動車に戻り、運転席で封筒の中を見て、はじめて中身が大麻樹脂であることを知ったが、これをそのまま自己の物とする意思で、同車のダッシュボードにしまい、自宅に持ち帰ったという事案である。

原審である、大阪地判平5・5・28(公刊物未登載)は、「大麻取締法3条1項所定の大麻の譲受とは、相手方から大麻についての法律上、事実上の処分権限を付与され、かつ、その所持の移転を受けることを内容とする行為であるから、その故意としては、右客観的内容について、被告人において、主観的に認識のあること(未必的な認識を含む)を要する。本件においては、前記封筒を譲り受けた際、被告人には、未必的にもその認識がなかったのであるから、被告人には、本件大麻の譲受の故意に欠ける。・・場所的、時間的に直ちに大麻を返却できる立場にありながら、かつ、Bが大麻を被告人に無償譲渡する意思であることを承知の上、これを自己のものとした被告人の行為は、確かに、価値的には、一見、大麻の譲受とほぼ同一の行為であると評価し得るのであるが、右行為をもって、定型的な構成要件要素として大麻の譲受行為あるいはその一部とみることはできない。そして、実質的にも、大麻取締法が、大麻の譲受という動的行為とこれを不法に所持するという静的行為とを、それぞれ、取締の目的と法益を異にする独立別個の罪として処罰する法意に鑑みると、本件においては、被告人は、大麻の移転につき、これを積極的に関与したものではなく、事後的に、これを利用して、大麻を所持したにすぎないものというべきである¹⁾」と判示して、被告人に無罪を言い渡

した。

しかし、大阪高裁は、「（原判決の）その根拠は、本件大麻の譲受けは、被告人に大麻であることの認識がなくとも、当方のB方の玄関先において大麻入り封筒が授受された時点ですべて完了しており、その後被告人が自動車内で受け取った封筒を確かめ、中身が大麻であることを知って、これを自分のものとして領得した行為は、もはや譲受け行為には含まれない別個の所持の問題とみるべきであるとの見解に基づくものであることも明らかである。ところで、大麻取締法が犯罪として処罰の対象とする大麻の譲受けは、相手方からその物の法律上または事実上の処分権限を付与されて所持の移転を受けることをいうのであるから、客観的に相手方からその所持の移転を受けるばかりでなく、主観的に譲受人において授受の目的物が大麻であることを認識してこれを自己のものにすることが必要であることはいうまでもない。してみると、大麻の譲受けの成否は、単に外形的にその物が授受によって所持が移転した時点だけに限定して決められるべきものではなく、その後において譲受人の側で授受された物が大麻であることを知ってこれを領得したような場合でも、それが全体として相手方の譲渡行為に対応してその処分権限の付与を受けたと認められるかどうかを判断しなければならないものである。この点原判決は、被告人がその中身を知らないで封筒を受け取った時点での行為でもってすでに本件大麻の譲受けは終わったものとし、被告人がその時点においては封筒の中身が大麻であると知らなかったから譲受けの故意に欠けるとして無罪であると結論するが、被告人が譲受人の意向に対していつどこでどのような決断をしたかを確かめもしない段階で、すでに譲受けが終わってしまっているとする解釈に賛同することはできない。（原判決の解釈によれば、被告人が玄関先で封筒を受け取った直後、その数メートル先で中身を確かめて大麻が入っていることを知り、そのまま自己のものとして領得したような場合でも譲受罪にはならないことになるが、これが不合理な決断であることは論をまたない。）本件のように、封筒に入った大麻を黙って手渡された受取人において、その授受の時点ではいまだ大麻を受け取ったことの認識がなくとも、そ

¹ 園部典生 「判解」研修556号37頁。

の後渡された物が大麻であることを知り、その譲渡の意向に応じてあえてこれを自分の物にしたような場合、すなわち時間的、場所的關係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）が継続している間にその認識と領得行為があれば、これらを包括的に観念し、前後の行為を一体視して大麻を譲り受けたものと認めることは社会通念に照らしても相当と考える。」と判示して、原判決を破棄し、被告人に大麻譲受罪の成立を認めた。

③承継的幫助犯のケース²

（i）RGSt 71 193

被告人の世襲土地にある、1つの納屋と2つの家畜小屋に、被告人の母が火をつけた。被告人が、納屋のわらが燃えているのに気付いた時に、被告人は火を消さずに、区の責任者の下に走ったが不在であったため、市長のもとに走った。しかし、その間にも、納屋は燃え続けたという事案である。RGは、以下のように述べて、被告人に、放火罪の幫助犯（308条、49条）の成立を認めた。

「原審の判決の法的欠陥は、原審が、刑法306条・308条の放火概念を見誤っている点に存在する。RGの判例によれば、火が建物を離れて、独立して更に燃え出した場合に初めて、建物又は家屋は放火されたことになる。このメルクマールは、被告人が、納屋で火が爆発したのを認識した時には、証明されていないのである。それゆえに、地裁の刑事部が、被告人が火に気付いた時に、母親の行為は既に既遂になっていたため、被告人の幫助は排除されると述べたことは、法的に誤っている。納屋が放火された後に燃やされた、2つの家畜小屋の放火の際に、（原審の）法的欠陥が更に明確になる。納屋が放火されることによって、刑法308条の母親の犯罪が、この時点で仮に既遂になっていたとしても、母親の犯罪は、実際には未だ終了していないのである。なぜならば、母親の故

² 本稿は、承継的幫助犯のケース一般を扱うのではなく、同時存在原則との観点から、当該犯罪の「終了時点」が問題になるケースのみを扱う。それゆえに、当該犯罪が終了していないことが明白な、承継的幫助犯のケースは、本稿の検討対象とはしない。

意は、家畜小屋の放火にまで及んでいたからである。これが事実である限りにおいて、被告人は母親の犯罪行為を幫助することができるのである。」

（ii）OLG Hamm JZ 1961, 94

Tの家が、不審者により放火された。被告人は、Tの家が燃えているのを見た時に、「Tの家を完全に破壊し、Tに保険金を手に入れさせるために、Tの友人と隣人が、Tの家に火をつけた」ということを即座に理解した。被告人は、知り合いであったTを助けるために、火を大きくすることを計画した。被告人は、タンクに約5ℓのガソリンを詰め、火事の現場に赴いた。被告人が現場に着いた時には、家の上階が燃えていた。火は、未だ燃えていない1階部分にも、今にも燃え広がりそうであった。被告人は最初に、上階の方にガソリンを注いだ。次いで被告人は、家の前面の方に行き、窓や玄関からガソリンを注いだ。火は1階にまで拡大し、これまで燃えていなかった部分にも波及した。後になって初めて呼ばれた救急隊が到着した時には、家は完全に全焼し、救助は不可能であった。

地裁の刑事部は、被告人に放火罪（306条³）の単独正犯（Alleintäter）の成立を認めたが、ハム高裁裁判所は、以下のように述べて、原判決を破棄し、被告人に放火罪の幫助犯（49条）の成立を認めた。

「・・・刑法306条の明白な文言（対象物への放火が、構成要件該当行為として規定されている）は、単独正犯を想定することの前提条件として、行為者が対象物に1つの火元を創出することを要求しているのであり、犯罪行為の既遂後に、単に火元を拡大又は早めることでは不十分なので

³ ドイツ刑法第306条（放火）1項 他人の、建造物若しくは小屋（1号）事務所若しくは技術的設備、特に機械（2号）、商品倉庫若しくは商品在庫（3号）、原動機付車両若しくは軌条走行車両、航空機若しくは水上車両（4号）、森林、荒地若しくは湿原又は（5号）、農業用、食糧用、林業用の施設若しくは生産物（6号）、に火をつけ、又は、点火により、全部又は一部を破壊した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

ドイツ刑法第306条2項 犯情があまり重くない事案では、刑は、6月以上5年以下の自由刑とする。

ある。・・本件の被告人は、1階の窓やドアからガソリンを注ぐことによって、上階から発生していた今にも1階にまで延焼しそうな火が、ガソリンの表面を伝わって、未だ燃えていない部分にまで火を拡大させたにすぎないのである。それゆえに、被告人は、放火の拡大・燃え広がる速度の推進に寄与したにすぎず、新たな火元を創出したわけではないので、308条の構成要件を実現することはできないのである。しかし、被告人は、放火罪の幫助犯としての罪責を負うのである。既遂になった犯罪・犯行への可罰的関与も可能であるということは、判例・学説上、是認されている。最初は、継続犯や集団犯罪において展開されてきたが（RGSt 58,14）、後のRGの定式化に従えば、正犯行為が既遂になったが、未だ終了していない全てのケースにおいて、関与の可能性は認められている。・・本来の意味における構成要件行為の継続を超えて、可罰的関与の領域を拡大することは、以下のような事例では正当化されるのであり、必要なのである。その事例とは、完全な刑罰を遅らせるために、立法者が法的構成要件の中で、放火罪のような、最初の行為により犯罪行為の既遂を生じさせる方法によって、統一的事象を分離したケースである。実行行為、すなわち、放火と、それにより開始された、（放火された）対象物の最終的破壊までの自然現象の継続は、放火段階と燃焼段階において概念的に分離される、統一的事象を示しているのである。実際には、放火を超えて、燃え広がっていくのである。既に放火された部分が、その都度、点火薬となって、未だ燃えていない部分に寄与していくのである。後になって初めて、放火するという構成要件行為が既に既遂になったかどうかは確定されるのである。直接的保護対象は、放火された客体であり、行為者の攻撃目的は保護対象の破壊であり、放火は単なる手段なのであるから、刑事部の解釈に従えば、対象物が、火によって完全に覆われて、それにより、全ての部分で完全に放火されない限りは、構成要件は、放火への可罰的関与を排除しないのである。このような解釈をすることで、『放火された対象物の、未だ火に覆われていない部分に燃料を注ぎ、その部分に火をつけた者（新たな火種を自分で作った者）は処罰されるが、既に進行しつつある火を通じて、自分で注いだ燃料に火をつけた者（新たな火種を創ったわけではなく、既に現存する火種を利用してガソリンに火をつけた者）は306条に従って処罰されない』という、

何とも恣意的で不十分な帰結を避けることができるのである。このような解釈は、法的構成要件によって引かれた境界の枠内での決定を保証することに寄与するのである。

（iii）BGHSt 6,248

被告人が、レストランで2人のジプシーであるLとGとトランプをしていた時、衣服を売り歩くWも、そこに加わった。Wの会話から、被告人らは、Wが道路に自分の車を停めて、そこに品物も携行していることを知った。Wとの会話の間、被告人とGとLは、ジプシー語で数回会話した。店主が終業を告げた時、Lはレストランを去ったが、被告人らは数分間そのまま会話を続けた。被告人とGが外に出て行った後にすぐに、店主が開いているドアのところに近寄った。ドアを開けようとする店主の努力は成功しなかった。なぜならば、被告人がドアを足でふさいでいたからである。店主が力づくでドアを開けようとする新たな試みは成功した。この瞬間に、Wの車で物色行為をしていたLは、鞆と毛布を持ちながら、Wの車を離れた。3人のジプシーは、同一方向に素早く走り出した。彼らのそのような行動を見たWは、「車から品物がなくなったこと」に気づき、すぐに追跡を開始した。Wが、街灯の光から出てきた時、Gは暗闇の中でWに立ち向かい、Wを言葉で制止しながら、Wの更なる追跡を妨害するために、殴打目的で手を振り上げた。これに対してWは、防衛し、Gを地面に投げ飛ばした。WがGの上にひざまづく形で馬乗りになった時、被告人がそっと背後から忍び寄り、拳でWを殴打し、Wの頭を靴の先端で数回蹴り、それによってWは目に裂傷を負ったという事案である。BGHは、以下のように述べて、被告人に窃盗罪の幫助犯（242条、49条）の成立を認めた。

「共同正犯は、他者との行為に関する合意と、そのような合意の実行によって、既に根拠づけられるわけではない。むしろ、あらゆる関与が、他者の行為を通じて自分の行為を完全なものにし、この行為を帰属させようとする、全ての者が、意識して望まれた共同作用の中で行為することが必要なのである。しかし、地裁の刑事部は、Lが、奪取行為の際に、被告人の幫助行為をそもそも認識していたのかどうかについて、何も検討していないのである。Lが被告人の行為に気付いていない場合

には、自分と並んで、被告人も、行為者として関与するという意識並びに意思が、Lには欠けるのである。それゆえに、Lには、行為決定の連帯が欠けているのである。被告人は、自らによる構成要件の実現が欠けるために、同時犯（Nebentäter）にはなりえないのであるから、被告人は幫助にのみ該当するのである・・窃盗罪は、暴行の行使の時点で確かに既遂になっていたが、なお終了してはいなかったからである。そして、他者への行為の関与は、事後的終了（tatsächliche Beendigung）まで可能なのである。」

2 検討

①盗品等保管罪のケース

判例は盗品等保管罪の成立を認めている。他方で、学説からは、判例に反対し、保管罪の成立は認められないとする見解もある。この見解は、「保管とは、占有移転と占有継続という2つの要素から成り立つが、盗品等保管罪の保護法益を追求権と考えた場合には、占有移転の際にまさに追求権が侵害され、本犯助長的観点から考えた場合にも、情を知りつつあえて本犯者に協力して保管を引き受けるところに違法性がある」ことを根拠としている⁴。それでは、占有移転後に盗品であることの認識が生じた場合に、盗品等保管罪を認めることは同時存在原則に反するのだろうか。

盗品等保管罪の成立に反対する見解が重視しているのは、刑法256条2項が改正される前の旧法256条2項の「寄蔵」の解釈であるように思われる。最決昭和34・7・3刑集13巻7号1099頁では、寄蔵とは、「委託を受けて本犯のために赃品を保管すること」と判示されているが、盗品等保管罪の成立に反対する見解は、この「委託を受けて」という文言から、赃物寄蔵罪の要件として「占有移転が含まれなければならない」と解し、それゆえに占有移転後に盗品であることの認識が生じ、その後も保管を続けることは、もはや「寄蔵」とはいえないという帰結に至ることになる。

しかし、「委託を受けて」という文言から、必ずしも「占有移転」とい

⁴ このような見解を主張するものとして、井田良＝佐藤拓磨『新・論点講義シリーズ（2）刑法各論〔第3版〕』（弘文堂、2017年）161頁。

う要件は演繹されないようにも思われる。なぜならば、「委託を受けて」という文言から、「保管が、保管者の一方的な意思によるものではない」と考えることも十分に可能だからである。また、本決定の調査官解説でも、「寄蔵という文言は、もともと寄託蔵匿を意味し、占有移転という概念を当然に含むものではない」ことも指摘されている⁵。

このように考えると、「委託を受けて」という文言は、決定的な理由とはならない。それでは、盗品等保管罪の保護法益の観点から考えた場合はどうであろうか。盗品等保管罪の保護法益を追求権と解する立場からは、保管行為は占有移転と占有取得からなるが、占有移転によって追求権は害されると考えれば、同時存在原則の観点からは、占有移転行為時に故意が存在しなければならないため、占有移転後に盗品等の認識が生じて、保管罪の成立は認められないことになろう。

他方で、保管罪の成立を認める判例の立場からは、占有移転後の占有取得行為によっても、盗品の発覚を防止し、本犯者による盗品等の処分を容易にしていると考え、追求権は侵害されていると考えることになる⁶。また、本犯助長的観点からも、占有移転後に盗品であることを認識しながら保管を継続する行為によって本犯者を庇護しているともいえる。それゆえに、保管行為を実行行為と解する帰結に至る。

しかし、このように考えると、保管行為そのものを処罰の対象とすることになり、換言すれば、知情後に盗品を変換しない点を盗品等の認識を有して保管する場合と同視と考え、不作為犯として捉えることになる⁷。だが、保管行為を不作為と捉えるのは、やはり技巧的であるように思われる。加えて、保管罪を不作為犯と解した場合には、保管者に盗品返還義務・警察への通報義務が生じることになるが、このような義務が、従来の不作為犯で問題になる作為義務と同視できるのかは疑問であることから、不作為犯と解するのは妥当ではないと思われる。それゆえに、判例の立場には賛同できない。

⁵ 香城敏麿 最判解昭和50年度118頁。

⁶ このような指摘をするものとして、西田典之『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2012年）295頁。

⁷ このような指摘をするものとして、井田・前掲注（4）161頁。

このように考えると、盗品等保管罪においては、因果関係の起点としての行為である実行行為は、占有移転行為であるから、盗品性の認識は、盗品を譲り受ける際に要求されると考えるべきである⁸。よって、同時存在原則の観点からは、保管途中から知情した場合には、実行行為時並びに因果関係の起点としての行為時に故意が認められないため、実行行為時における同時存在原則が満たされないことになり、行為者には盗品等保管罪は成立しないと考えるべきである⁹。

⁸ 本稿は、保管行為も盗品等保管罪の実行行為であるとする。しかし、盗品等関与罪において、盗品性の認識は、譲受罪であれば譲受時に、有償処分あっせん罪であればあっせん時に、要求されることに鑑みれば、保管罪においても同様に、譲受時に要求されると解するべきである。本稿は、盗品等保管罪を継続犯として把握するが、盗品等保管罪の成立を認める立場には賛同できない。従来、この問題は、盗品等保管罪を状態犯と考えると盗品等保管罪は不成立であり、他方で継続犯として考えると盗品等保管罪は成立すると考えられてきた傾向があるが、継続犯として考えることが、「実行行為が継続しているから、途中から盗品性の認識を有した者には盗品等保管罪が成立する」という結論に必ずしも結び付くわけではない。盗品等関与罪の他の犯罪との関係から、保管罪の成立を否定することも可能であるように思われる。

⁹ ドイツの判例でも、事後的に盗品性の認識が生じた場合に、盗品関与罪の成立を否定している。BGHSt 10,151は、被告人Nと被告人Beは、BaとLからオートバイを預かり、レース出場用のオートバイに改造するように言われていたが、預かったオートバイはBaとLが盗んできたものであると数週間後に知ったことから、NとBeは、BaとLはもはやオートバイには関心がないと判断し、被告人らはオートバイを破壊し、破壊した部品の一部についてはくず鉄商人に売却し、残りについては水路に捨てたという事案で、BGHは以下のように述べて、盗品等関与罪(259条)の成立を否定した。

「盗品等関与罪は、先行行為者との合意に基づく協力を通じて、先行行為者によって創出された違法な財産状態を保持する犯罪である。先行行為者と盗品関与罪の行為者との協力の中に、全ての盗品等関与罪の遂行形態において必要不可欠な内的関連が存在する。これまで認定されたところによれば、このような内的関連を認識することはできない。被告人Nと被告人Beが盗品であることを認識した後で、NとBeは、BaとLはオートバイに対して関心がないことを知った。原審の判決は、NとBeが、誰を通じて盗品性の認識を獲得したのかについて明らかにしていない。先行行為者が、NとBeに対して盗品であることを伝え、NとBeに処分権を委ねるためにオートバイを譲った場合には、

②大麻譲受罪のケース

原審は大麻譲受罪の成立を否定したが、控訴審である大阪高裁は大麻譲受罪の成立を認めている。大阪高裁が大麻譲受罪の成立を認めた論理は、「封筒に入った大麻を黙って手渡された受取人において、その授受の時点ではいまだ大麻を受け取ったことの認識はなくとも、その後渡された物が大麻であることを知り、その譲渡の意向に応じてあえてこれを自分の物にしたような場合、すなわち時間的場所的關係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）が継続している間に大麻の認識と領得行為があれば、これを包括的に観念し、前後の行為を一体視して大麻を譲り受けたものと認めることができる」というものであった。

しかし、大麻譲受罪の「実行行為」並びに「因果関係の起点としての行為」は、譲受行為であり、譲受行為時に大麻であることの認識が被告人に存在しない以上、実行行為時における同時存在原則の観点からは、大麻譲受罪は成立しないと思われる。それでは、この場合に、大阪高裁のように大麻譲受罪の成立を認めることは、同時存在原則に反し、事後の故意を認めることになるのであろうか。この問題を考えるに当たっては、近時の財産犯罪や所有権犯罪におけるBGHの「既遂」と「終了」を

盗品等関与罪が存在するだろう。しかし、このような事実は、原審の判決根拠の全体考察から見て取ることはできない。先行行為者が、被告人らに処分権を付与しておらず、むしろ、BeとNが、盗品であることを知った後に、彼らの独立した決心に基づいて処分権を行使した場合には、盗品等関与罪の構成要件メルクマールは満たされていないのである。確かに、BeとNは、先行行為者らから所有を獲得した。しかし、BeとNが盗品に対する処分権を行使することができるために、Beに対して所有権を付与したわけではない。むしろ、Beは、Baのためにオートバイを保管し、改造すべきだったのである。その上、被告人は、この時点で、オートバイが盗まれたものであったことの認識を得ていない。事後的に盗品であることを知り、その後、被告人達による処分権の行使は、先行行為者達から由来する本来の所有権の獲得を、盗品等関与罪における獲得に変化させることはできないのである。」

なお、この事案では、破壊したオートバイの一部を売却した点について、被告人に横領罪（246条）の成立を認めている。

区別する論理を批判的に検討したキュールの見解が参考になる¹⁰。

キュールは、「既遂」は形式的に判断されるものであるから、「形式的既遂 (formell Vollendung)」と特徴づける。他方で、「終了」は、刑法総則に規定されておらず、その都度の犯罪構成要件の解釈に依存することから「実質的終了 (materielle Beendigung)」と命名する。その上で、既遂は、行為者が当該構成要件の全ての事情を実現した場合に存在するとキュールは説明する。例えば、窃盗罪では他人の動産を奪取した場合に、詐欺罪では財産的損害が発生した場合に既遂になる。他方で、終了は、法益を侵害する段階であることから、終了時点は当該犯罪が保護する法益との関係で決定されんとする。そしてこのような論理が、BGH において見られることをキュールは指摘する。例えば、強盗犯人が、強盗罪が既遂になった後で、凶器を携行する場合に、犯情の重い強盗罪 (刑法 250 条 1 項¹¹) を認めている¹²ことから、BGH は「行為には終了段階も属

¹⁰ Kristian Kühl, Vollendung und Beendigung bei Eigentumsdelikten und Vermögensdelikten, JuS, 2002, S. 730f.

¹¹ ドイツ刑法第 250 条 (犯情の重い強盗) 1 項 1 行為者若しくは他の強盗関与者が、(a) 凶器若しくはその他の危険な道具を携行したとき、(b) その他、暴行又は暴行を加える旨の脅迫により、他の者の反抗を阻止し又は抑圧するために、道具若しくは手段を携行したとき、(c) 行為により、他の者を重い健康障害の危険にさらしたとき、又は、2 行為者が強盗若しくは窃盗を継続的に行うために結成された集団の構成員として、他の集団構成員の協力の下に、強盗を遂行した者は、3 年以上の自由刑とする。

¹² BGHSt 20, 194 は、被告人が、農民夫婦を地下室に閉じ込め、その間に、農民夫婦の寝室に侵入し、大量の現金をポケットの中に窃取し逃走しようとしたところ、出口につながる廊下で、地下室から脱出した農民夫婦に再度出くわしたため、被告人はおもちゃのピストルで、農民夫婦を殴打し意識を喪失させた後、逃走したという事案である。BGH は、以下のように述べて、犯情の重い強盗罪 (250 条 1 項) の成立を認めた。

「LG の見解によれば、地下室から脱出した農民夫婦と被告人が再度出くわした時に、現金の奪取は既遂にはなっていなかったことになるが、この判断に対しては疑問が生じる。これまでの所有者の占有が放棄され、物が強盗犯人の事実上の処分権の下に達した場合には、被告人の強盗は既遂になるのである。・・・しかし、本件では、被告人が農民夫婦に遭遇した際に、被告人の強盗が既遂なのか未遂なのかという問題が決定される必要はない。いずれにしても、この時

する（zur Tat gehörige Beendigungsphase）」との理解に立脚しているとキュールは分析している¹³。つまり、行為者が奪取した財物が、最終的に行為者の下に確保されるまでの間は、強盗罪は終了しておらず、なお「強盗行為（Tat）」として評価される。それゆえに、強盗罪が既遂になった後も、未だ財物を確保していない行為者が「凶器の携行」をした場合に、刑法250条の加重犯罪構成要素が存在することで、犯情の重い強盗罪（刑法250条）が認められることになる¹⁴。

その上で、キュールは、「実質的終了概念」を更に、「構成要件に関連する終了段階」（tatbestandbezogene Beendigungsphase）と「構成要件に関連しない終了段階」（tatbestandlose Beendigungsphase）に分類した上で、財産犯罪や所有権犯罪においても、既遂から実質的終了までの事象は行為が継続していると考える判例の立場は、「構成要件に関連づけ

点（被告人が農民夫婦に暴行を加えた時点）では、犯罪行為は終了していなかったのである。被告人は、暴行による他人の物の奪取を未だ完結させていないのである。被告人は、未だ農民夫婦の家に滞在し、家から去ろうとしていたのであり、そして、先程手に入れた現金に対する支配を強固・確実なものにしようとしていたのである。それゆえに、被告人は紙幣の奪取を終了していないのである。この行為部分の間に、被告人は、威嚇用に用意していたおもちゃのピストルを殴打のために利用したのである。そして、そのように利用された場合には、おもちゃのピストルも、刑法250条1項の意味における危険な道具又は武器となるのである。武器の使用は、被告人の行為を加重強盗へと高めるのである。刑法250条1項の行為遂行の際にという文言は、行為者が最初から武器を携行しなければならないということを意味するわけではない。むしろ、行為者が、犯罪行為の経過の中の何らかの時点で、いつでも自由に使える程度に、武器を携行していることで十分なのである。このことが既に、武器を用いた強盗の特別な危険性を根拠付けているのであり、このような理由から、刑法はこのような遂行形態を、より重い刑罰で威嚇しているのである。その際に、強盗が既遂になるまでの構成要件メルクマールの実現だけが、行為経過（Tathergang）の下で理解されるだけでなく、強盗の事實的終了までの事象も、行為経過の下で理解されなければならないのである。このような広範な解釈だけが、刑法250条1項の目的を正当に評価するのである。」

¹³ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.733f.

¹⁴ つまり、ドイツでは、「行為（Tat）時における同時存在原則」が妥当していることになる。

られない終了段階」に依拠するものであり、妥当ではないと批判する¹⁵。キュールは、監禁罪のような継続犯では、既遂から終了段階に至るまでの事象において、「継続して被害者の自由を奪うことが、監禁行為の違法性を高めること」から、「構成要件に関連付けられた終了段階」と評価でき、それゆえに、既遂から終了段階に至るまでの事象は、監禁罪の構成要件になお属する段階として把握することが可能であるとキュールは主張する。他方で、財産犯罪や所有権犯罪では、既遂から終了段階に至るまでの事象を当該犯罪の構成要件に結びつけることは、できないことを指摘している¹⁶。

つまり、キュールによれば、「監禁罪のような継続犯においては、被害者の自由の剥奪は、監禁行為により既遂になるが、被害者の自由の剥奪は、行為者の作為又は不作为によって、被害者が解放されるまでの間ずっと継続される」ために、監禁罪が既遂になった以降の事象も、監禁罪の構成要件により関連づけられる終了段階」としてなお把握されることになる¹⁷。それゆえに、キュールは、既遂から終了に至るまでの事象を、なお「行為」が継続すると解するBGHのような立場は、監禁罪においては採用可能であっても、既遂後の事象を構成要件によって把握できない財産犯や所有権犯罪においては、採用できないことを主張していることになる。それでは、このようなBGHの立場を批判するキュールの主張は妥当なのだろうか。

犯罪の成否が構成要件の成否によって決まる以上、犯罪の終了時期も構成要件解釈の問題になると思われる。それゆえに、終了段階を構成要件に関連付けて更に場合分けを行う、キュールの指摘は正しいといえる。それでは、キュールが主張するように、実行行為が終了し、当該犯罪が既遂になった場合には、その後の事象は構成要件によっては把握できないのであろうか。この問題に対して、キューパーは以下のように述べている¹⁸。

¹⁵ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.733f.

¹⁶ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.734f.

¹⁷ Kühl,aa.O.(Fn.10),S.734f.

¹⁸ Wilfried Küper, Grenzfällen der Unfallflucht,JZ,1981,S.251ff.

「犯罪構成要件が、既遂に後続する事象もなお把握するのかどうか、そして把握するのであればどの程度まで把握するのかという終了概念に関する中心的問題は、構成要件解釈の本質的問題であり、この本質的問題は、一般的決定と矛盾するのである。この本質的問題は、『犯罪を既遂にするために必要な、犯罪行為の必要最低条件が満たされていること』によって、消極的意味において先決されるべきではない。例えば、本来的に反復的犯罪構造を示す継続犯の構成要件や、反復的行為構造を許す構成要件がこのことを示しているのである。後者の例としては、傷害罪の構成要件は、当該犯罪は、最初の身体の完全性の侵害により形式的に既遂になるにも関わらず、首絞めや複数回にわたる殴打により身体的苦痛を継続的に加えられることによって、更に実現されるのである。ここでは、既遂というのは、以下の過程として理解される。その過程の第一段階が、犯罪を成立させるための最低条件を特徴づけるのであるが、このことが、更なる構成要件実現の可能性を排除するわけではないのである。」

上述のように、キューパーによれば、状態犯として挙げられる傷害罪においても、継続的に暴行が加えられるケースでは、傷害罪が既遂になった後の事象は、なお構成要件によって把握されることになる。但し、キューパーが指摘する傷害罪のケースは、既遂後もなお実行行為である傷害行為が継続しているケースであり、キュールが分析したBGHの立場から、このケースでは、構成要件によって把握することがなお可能であるため、財産犯や所有権犯罪における終了段階を批判するキュールに対する反論にはなっていないと考えられる。そこで、別の論者であるイエシュックの以下の見解が参考になる¹⁹。

「法律の文言に従えば、『既遂』と『行為の完全な可罰性』がある時点に生じるという事実は、不法実現に、なお直接的に加わる『後続する犯罪段階』は、不可罰であるということを必然的に意味するわけではない。立法者が、全体事象から一断面を記述したにすぎず、既遂によってこのことを強調したにすぎない場合には、このことは、処罰が、この部分に

¹⁹ Hans Hainrich Jescheck, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, in Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 690f.

のみ制限されるということを当然に意味するわけではないのである。むしろ、完全な可罰性のための前提条件としての構成要件を固定することだけが、問題になっているのである。このことは、刑事政策的理由から、既遂が前倒しされている犯罪類型において妥当するのである。」

その上で、イエシェックは、刑事政策的理由から既遂が前倒しされている犯罪類型として危険犯を挙げ、危険犯では犯罪経過の終了は、「保護された行為客体の侵害の発生」あるいは「危殆化の中止」によって生じることを指摘している²⁰。また、窃盗罪においても、「窃盗は物の奪取によって完結するのではなく、所有者と同程度の支配力を作り出すこと」によって完結することを指摘している²¹。それでは、このようなイエシェックの見解は妥当であろうか。

放火罪などの危険犯において「既遂」と「終了」を区別するイエシェックの見解は、後節の承継的幫助犯の部分で検討することとする。本節では窃盗罪のような財産犯罪においても、既遂と終了を区別し、窃盗犯人が盗品に対して所有者と同程度の支配力を作り出すまでは、窃盗罪は終了していないと考えるイエシェックの見解を検討したい。結論から述べれば本稿はこのような見解には賛同できない。なぜならば、他人の財物を窃取した以降の事象は、財物が盗まれた違法な状態が継続しているに過ぎず、構成要件によってはもはや把握できないからである。

仮に、我が国の大麻譲受罪のケースでも、「既遂」と「終了」を区別して、大阪高裁の結論を正当化するとすれば、以下のようになろう。大麻譲受罪のケースでは、大阪高裁が判旨の中で述べていた、「すなわち時間的場所的關係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）が継続している間」が、「実質的終了に至るまでの事象」であるから、この事象をなお「行為」として評価できる。そして、当該行為の間に大麻であることの認識が生じた以上、大麻譲受罪の成立が認められることになり、「行為と故意の同時存在原則」が満たされることになる。そして、大麻譲受罪のケースでは、譲受罪の実質的終了時は、「時間的場所的關係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持（占有）」とは

²⁰ Jescheck, a.a.O. (Fn.19), S.685f.

²¹ Jescheck, a.a.O. (Fn.19), S.685f.

みなせない場合」、つまり「別個の所持罪が成立する時点」となる。

しかし、このような解釈は採用できない。なぜならば、大麻を譲り受けた後の事象は、行為者が大麻を所持している違法な状態が継続しているに過ぎず、当該事象を構成要件によって把握することは不可能だからである。BGHのような、財産犯や所有権犯罪においても既遂と終了を区別する見解は、持凶器窃盗罪（刑法244条1項1号²²）や犯情の重い強盗罪（刑法250条1項）という、我が国とは異なった規定を持つドイツ特有のものであり、構成要件を形式的にはなく実質的に把握する立場²³を基礎としていえると考えられるが、このような見解は妥当ではない²⁴。

結局、窃盗罪や強盗罪等の財産犯や、大麻・麻薬譲り受けのケースでは、既遂後から実質的終了に至るまでの事象は、構成要件によって把握することは不可能であるため、BGHのように、なお行為が継続していると考えすることはできない。それゆえに、大麻譲受罪の成否が問題になった大阪高裁のケースは、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」＝「譲受け行為」である点、譲り受けた時点で故意が存在せず、大麻譲り受け後の事象を実行行為として把握することはできない点に鑑みれば、大麻譲受け後に大麻であることの認識が生じたとしても、実行行為時における同時存在原則は満たされておらず、行為者は不可罰にないと考えるべきであろう。

²² ドイツ刑法244条（持凶器窃盗）1項1号 行為者又は他の関与者が、(a) 武器や他の危険な道具を携行している際に、(b) その他に、暴行又は暴行を加える脅迫により、他の者の抵抗を妨害若しくは抑圧するために、道具又は手段を携帯している際に、窃盗を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。

²³ 例えば、ドイツの体系書においても、「終了概念に対して、構成要件から離れた任意的な事象行為と法的効果を組み込まない限りは、基本法103条2項との抵触を危惧すべきではない。他方で、法の文言との硬直的に高められた結びつきによって、終了段階に対してあまりにも狭い境界を設定してはならない。終了段階は、刑罰構成要件において、形式的に記述されるのではなく、構成要件の基礎にある禁止の意味によって実質的に把握されるのであり、構成要件的不法実現の構成要素として現れる」という指摘がなされている。Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Auflage, 2014, S. 248

²⁴ あくまで、「行為（Tat）」との同時存在原則を問題にするドイツ特有の論理であると思われる。

仮に、大阪高裁のケースで、行為者に大麻譲り受け罪の成立を認めてしまうと、刑法上不可罰とされる事後の故意との区別も困難になろう。事後の故意とは、「行為者が故意を生じた時点で、客観的行為事象の一部が既に完結している場合には、完結した部分が行為者に故意的に帰属されることはできないことを説明する理論²⁵⁾」と説明されるが、大麻譲受罪のケースでは、大麻を譲り受けた時点以降の事象が、構成要件によって把握できない以上、譲り受けた時点で大麻譲受け罪は終了している。譲り受けた時点以降で生じた故意は、まさに事後の故意であり、行為者に大麻譲受け罪の成立を認めた大阪高裁の結論は、妥当ではないと思われる。

③承継的幫助犯のケース

まず、BGHSt 6,248は、窃盗罪(242条)における終了時期と共犯の関係が問題になった事案である。この事案では、被告人がWを殴打した際に、先行者であるLの窃盗罪が終了しているとすれば、同時存在原則の観点から、被告人の殴打行為は傷害罪(223条)として評価されることになる。他方で、Lの窃盗罪が終了していないとすれば、同時存在原則の観点から、被告人の殴打行為は先行者Lの窃盗罪との関係で、窃盗罪の幫助犯として把握されることになる²⁶⁾。大麻譲受罪の部分で検討したように、窃盗罪においても「既遂」と「終了」を区別するBGHの立場からは、被告人のWへの殴打行為の時点で、Lの盗品に対する占有は確実になっていなかったことから、Lの窃盗罪は終了していない。それゆえに、被告人のWへの殴打行為は、Lの盗品確保を助長促進したものと見えるから、窃盗罪の幫助犯が成立することになる。

しかし、窃盗罪では、既遂後の事象は、他人の財物が窃取されたという違法状態が継続しているに過ぎず、構成要件によって把握することができないことから、既遂になると同時に当該犯罪も終了すると解すべきである。それゆえに、同時存在原則の観点からは、被告人の殴打行為は、

²⁵⁾ Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1993, S.256f.

²⁶⁾ なお、本件では、被告人が盗品を所持していないことから、被告人の殴打行為に事後強盗罪を認めることはできないことが判決中で指摘されている。

Lの窃盗罪終了後になされたものと考え、窃盗罪の幫助犯ではなく、傷害罪として評価されるべきであり、BGHの見解には賛同できない²⁷。

次に、RGSt71,193と、OLG Hamm JR 1961,94は、共に放火罪（306条）の「終了時期」および「共犯との関係」が問題になった判例である。同時存在原則の観点からは、被告人が関与した際に、先行者の放火罪が終了しているとすれば、被告人単独での放火罪の成否が問題になるが、先行者の放火罪が終了していないとすれば、先行者との関係で共犯の成否が問題になる。

両判例共に、放火罪が既遂になった以降も、共犯としての関与が可能であると述べている。その上で、RGSt71,193では、「被告人の母親の故意が、家畜小屋の放火にまで及んでいた」ことから、被告人が、納屋が燃えているのを見た時点で、放火罪が既遂になっていたとしても、先行者たる被告人の母親の放火罪は未だ終了していないと説明されている。他方、OLG Hamm JR 1961,94では、「放火罪では、実行行為である放火行為と、それにより開始された、放火された対象物の最終的破壊までの自然現象の継続は、放火段階と燃焼段階において概念的に分離されるだけで、実際には統一的事象を示していることから、対象物が全焼しない限りは、共犯としての関与も可能である」と説明されている。つまり、「放火された対象物の全焼」という客観面に依拠して終了時期を根拠づけているといえる。

それでは、この2つの判例のように、放火罪で、「既遂」と「終了」を分離することは可能なのであろうか。この問題については、「放火罪は危険犯であり、危険は構成要件的メルクマールではないことから、刑事政策的な理由から既遂時期が前倒されているにすぎない」ことを指摘していたイエシュックの見解²⁸が存在したことを前節で言及した。イエ

²⁷ 財産犯においても「既遂」と「終了」を区別するBGHのような立場を採用すれば、窃盗罪のケースでも、承継的幫助犯という形で、同時存在原則は問題になるといえる。しかし、財産犯において「既遂」と「終了」を区別しない本稿の立場からは、同時存在原則は問題にならない。窃盗犯人が財物を窃取後に、窃盗犯人と遭遇し、財物の運搬に協力したケースでは、財物の運搬協力者には、窃盗罪の幫助犯ではなく、盗品等運搬罪（256条2項）が成立するにすぎない。

²⁸ Jescheck, a.a.O. (Fn.19), S.690f.

シェックの見解からは、放火罪では、既遂というのは全体事象の一断面を記述したにすぎず、後続する犯罪段階が不可罰であることを必然的に意味するわけではないため、放火罪においても、「既遂」と「終了」は区別されることになる。

ハム高等裁判所も、イエシェックと同様に、放火罪において、「既遂」と「終了」を区別する立場に依拠する。その上で、ハム高等裁判所は、放火罪の幫助犯を認める理由として、「刑法306条は、単独正犯を想定するための条件として、行為者が、対象物に1つの火元を創出することを要求している」ため、既に燃えている家にガソリンを注いだにすぎない被告人は、新たな火元を創出したわけではなく、既に現存する火元を拡大したにすぎないから、放火罪の単独正犯は成立しないことを挙げている。そして、放火罪は既遂になった後も、対象物が全ての部分で完全に燃焼されない限りは、放火罪は終了していないため、既に燃えている家にガソリンを注いだ被告人には放火罪の幫助犯が成立するとされる。

ドイツ刑法306条には、「火をつける (in Brand setzen) 又は点火により (durch Brandsetzung)」と規定されているため、放火罪の単独正犯を想定するためには、行為者が対象物に1つの火元を創出しなければならないと考えるハム高等裁判所の見解は妥当である。しかし、「既に燃焼している住宅にガソリンをまいた者は、新たな火元を創出したわけではなく、既に現存する火元を拡大したにすぎない」という、ハム高等裁判所の論理には賛同できない。未だ燃焼していない部分にガソリンをまき、その部分を燃焼させた者は、現存する火元を拡大しただけではなく、「新たな火元を創出した」＝「放火した (点火した)」といえるのではないだろうか。OLG Hamm JZ 1961,94の事案も、「被告人は、上階が燃えている住居の上階にガソリンを注ぎ、その後、家の前面に行き、窓や玄関からガソリンを注いで、未だ燃えていない部分にも火を波及させている」のであるから、被告人は新たな火元を創出したと評価できるように思われる。

また、ハム高等裁判所が指摘する、「実行行為、すなわち、放火と、それにより開始された、(放火された) 対象物の最終的破壊までの自然現象の継続は、放火段階と燃焼段階において概念的に分離される、統一的事象を示している」という論拠にも賛同できない。この論拠によれば、

「点火」により放火罪は既遂になるが、「対象物が完全に燃焼する」又は「燃焼が停止する」かどちらかに該当しない限り、放火罪は終了しないことになる。

この点、我が国においても、「独立燃焼に達した時点で、既遂になるということの意味するにすぎず、ただちに犯罪が終了することにはならないであろう。その後も、火が独立燃焼を続けて公共の危険が増大している限り、その状態はやはり『燃燬』といえるであろう。罪となるべき事実として『住宅一棟を燃燬した』といった認定がなされているのは、既遂後の燃燬も放火罪の結果であることを前提としてと思われる。したがって、行為者の放った火が独立燃焼に達した後、火勢を増すために行為者と意思を通じてガソリンをかけた者は、放火罪の共犯として処罰すべきであろう」として、ハム高等裁判所と同様の見解を主張するものがある²⁹。

確かに、対象物の火が独立燃焼を続けて公共の危険が増大する限りは、既遂後の事象もなお放火罪の構成要件によって把握できるともいえる。しかし、放火罪の条文は、ドイツでは、「・・・に火をつけ又は点火により一部を破壊した者は」となっており、日本では、「放火して・・・焼損した者は」となっていることから、実行行為である「放火（点火）行為」を行い、「火が媒介物を離れて独立燃焼する状態」に至れば、放火罪は終了すると考えるのが、条文に即した解釈ではないだろうか。上述の見解が指摘する、罪となるべき事実として「住宅一棟を燃燬した」といった認定がなされるのは、多くの放火罪では、「放火行為により住宅一棟を燃燬した」結果に至ることが多いことの裏返しにすぎず、住宅一棟を燃燬しない限り、放火罪が終了しないことを意味するわけではない。対象物が燃焼を継続している状態は、言わば「火事」としては継続しているかもしれないが、「放火罪」としては終了しているのであり、対象物の燃焼が終了しない限り、放火罪も終了しないというのは違和感が残る。

本稿は、放火罪において、「既遂」と「終了」を区別することはできないと考える。それゆえに、RGSt71,193の事案の被告人は、正犯意思が認定できる限りで、不作為の放火罪の単独正犯として処罰され、OLG

²⁹ 佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修第556号22頁。

Hamm JZ 1961,94の事案の被告人は、放火罪の単独正犯として処罰されるべきである。

このように考えると、イェルーシェックが指摘していた「承継的幫助犯と同時存在原則」の問題は、あくまで財産犯や危険犯において、「既遂」と「終了」を区別するドイツ特有の議論であると思われる。財産犯や危険犯において「既遂」と「終了」を区別しない本稿の立場からは、承継的幫助犯において、同時存在原則は問題にならないことになる³⁰。

³⁰ なお、イェルーシェックは、「承継的共同正犯」においても、同時存在原則は問題になることを以下の2つの例を挙げて指摘する。Günter Jerouscheck/Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des So genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.419f.

例1：Aは傷害の意図でBを殴打した。Aは、Bへの殴打後に初めて発見されたBの時計を奪った。

例2：強盗の意思で、CはBに対して殴打した。Aは、CのBに対する殴打を認識した後に、Cのもとに現れ、財物の窃取のみに関与した。

イェルーシェックは、例1は、Aの殴打時に、財物奪取意思が同時存在しない以上、Aには強盗罪は成立しないとする。他方で、例2では、多くの見解が、Aに強盗罪の承継的共同正犯を認めるが、イェルーシェックはこの結論に同時存在原則の観点から疑問を呈する。その理由として、例2では、「CのBに対する暴行を認識し、Cの財物を窃取することを決めた」というAの認識要素が、CのBに対する殴打時に同時存在していないため、同時存在原則の観点から考えれば、例2のAには、例1のAと同様に、強盗罪（承継的共同正犯）が成立しないことをイェルーシェックは指摘する。

上記のイェルーシェックの見解は、単独犯と（承継的）共犯とで、同時存在原則を同様に解する立場に依拠していると思われる。しかし、単独犯と共犯とで同時存在原則を同様に解さなければならない必然性はない。むしろ、共犯は、単独犯と異なる「修正された構成要件」であることに鑑みれば、単独犯と共犯とで、同時存在原則は別個に解すべきようにも思われる。そして、共同正犯の場合には、結果に対する「因果性」を共同することが共犯の処罰根拠であるとすれば、イェルーシェックが挙げた例2のAに強盗罪の承継的共同正犯が成立すると考えた場合に、先行者Cの有する因果性は同時に後行者Aの有する因果性でもあるから、Cに同時存在原則が認められるのであれば、Aについても同時存在原則は認められるのではないだろうか。このように考えると、例2のAに強盗罪の承継的共同正犯を認めることが、同時存在原則に反する結論になるわけではないと思われる。

第五節 小括

通常の単独犯の場合には、故意と実行の着手は連動しており、実行の着手が認められる場合には故意が認められ、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」という公式が成立することから、実行行為と故意の同時存在原則が充足される。それゆえに、同時存在原則の観点からは、結果発生時まで行為者が故意を維持している必要はない。遅すぎた結果の発生ケースは、因果関係の起点としての第一行為時に実行の着手が認められ、故意が認められる。早すぎた結果発生ケースも、因果関係の起点としての第一行為時に実行の着手が認められることで、一連の行為に関する認識が認められるため、故意が認められる。行為者の認識と実際の因果経過のズレに関しては、因果関係の錯誤として扱えば足りる。

他方で、離隔犯や間接正犯の場合には、実行の着手時期は、到達時又は被利用者の行為時に認められる場合があり、故意については行為者の最終行為時（因果関係の起点となる行為時）が基準となることから、故意と実行の着手は連動していない。それゆえに、「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、「実行行為と故意の同時存在原則」が妥当しないことになり、同時存在原則が問題になる非同時的事例といえる。行為者が、実行の着手前である行為者の最終行為時（因果関係の起点としての行為時）に、故意が認められる場合には、行為者には故意既遂犯を認めることができ、「因果関係の起点としての行為と故意の同時存在原則」が妥当することになる。

故意が事後的に生じる第一のケースとして、盗品等保管罪と大麻譲受罪のケースが挙げられる。盗品等保管罪の場合には、因果関係の起点としての行為である実行行為は、占有移転行為であるから、盗品を譲り受けた後に行為者が盗品であることを認識しても、実行行為と故意の同時存在原則が満たされず、行為者には盗品等保管罪は成立しないと解するべきであり、盗品等保管罪の成立を認める判例の見解は妥当ではない。

他方で、大麻譲受罪の場合には、譲り受け後に大麻であることを行為者が知情した場合にも、判例は大麻譲受罪の成立を認めていた。その理由は、「時間的場所的關係から当初の授受に当然随伴するとみなされる

ような所持(占有)が継続している間に大麻の認識と領得行為があれば、これを包括的に観念し、前後の行為を一体視して大麻を譲り受けたものと認めることは社会通念に照らしても相当」というものであった。

この点、ドイツの財産犯における判例では、当該犯罪の「既遂」と「終了」を区別する立場に依拠し、当該犯罪が既遂に至っても、実質的終了までは「行為」が継続しているとする見解が採用されていた。しかし、このような見解からも、大麻を譲り受けた後の事象は、違法な状態が継続しているに過ぎず、大麻譲受罪の構成要件によっては把握できないため、行為として評価することはできない。大麻譲受罪のケースでは、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為(未遂行為)」＝「大麻譲受行為」であり、大麻譲受行為の際に、行為者には大麻であることの認識が欠ける以上、実行行為時における同時存在原則の観点からは、大麻譲受罪は成立しないと解するべきであり、大麻譲受罪の成立を認める判例の見解は妥当ではない。

故意が事後的に生じる第二のケースとして、ドイツでは、承継的幫助犯のケースが指摘されていた³¹。前述のように、ドイツの判例では、窃盗罪や放火罪においては、先行行為者の犯罪が「既遂」に達していても、既遂後の事象が構成要件によって把握しうる限りは、「終了」していないと解釈することができるので、後行者は先行者の犯罪を承継することが可能であり、同時存在原則の観点から承継的共犯の成立を認めることができるかとされていた。しかし、窃盗罪や放火罪において、「既遂」と「終了」を区別することはできないと考える本稿の立場からは、後行者には承継的幫助犯は成立せず、単独正犯としての犯罪の成否が問題になるにすぎないため、同時存在原則は問題にならない。

終章

本稿では、同時存在原則について、包括的に検討を行ってきた。これまでの考察で明らかになった事を以下に要約する。

序章では、同時存在原則はこれまで「責任能力」との関係で、「実行行

³¹ Jerouscheck/Köbel, a.a.o.(Fn.30), S.419ff.

為と責任能力の同時存在原則」という形でしか問題にされてこなかったが、「自招防衛」、「自招危難」、「違法性の意識の可能性」、「早すぎた結果発生」、「遅すぎた結果発生」、「盗品等保管罪」等においても問題になることを確認した。なぜならば、実行行為時における同時存在原則の観点からは、実行行為時に犯罪を構成する要素が全て同時存在しなければならず、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮することは、同時存在原則に反する様に思われるからである。しかし、従来の議論は、これらのケースを考えるにあたって、同時存在原則との関係については触れずに、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を暗黙裡に考慮していたといえる。

そこで、本稿は、実行行為時における同時存在原則が妥当しないケースを、非同時的事例と位置づけ、非同時的事例を同時存在原則の観点から検討することで、同時存在原則を再度検討することを試みた。但し、「被害者の同意」にみられる、犯罪の成立を否定する要素が問題になるケースに関しては、検討対象からは外し、本稿では、犯罪の成立を肯定する要素と同時存在原則との関係を考察した。

本稿は、第一に、同時存在原則とは、「実行行為時における同時存在原則」を意味するのではなく、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」を意味すると考え、実行行為時における同時存在原則は、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則の中に含まれている（包含関係にある）と考える。その上で、本稿は、第二に、従来考えられてきた、実行行為時における同時存在原則は、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」という公式が成立する同時存在原則が問題にならないケースに妥当すると考える。他方で、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為（未遂行為）」という公式が成立しない、つまり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」が妥当し、「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ことを主張するものである。

本稿が新たに提唱する、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則に対しては、同時存在原則を形骸化させるものであるとの批判が想定される。この批判は、「実行行為時に犯罪を構成する全ての要素

が存在することから、犯罪の成否を検討するに当たっては、実行行為時の犯罪構成要素を考慮すれば足りる」という主張に基づいていると推測される。しかし、行為責任主義から演繹されることは、「当該行為が結果と因果関係を有して初めて、結果は当該行為に帰責されるということ³²⁾」であるから、同時存在原則にいう行為を、「因果関係の起点としての行為」として解釈することは、決して行為責任主義を没却させるものではないと思われる。

第一章では、ドイツの同時存在原則における議論を概観した。ドイツでは、ルシュカ³³⁾とイエルーシェック³⁴⁾が、同時存在原則についての総論的な検討を行っていた。イエルーシェックは、同時存在原則にいう同時性には、「形式的同時性」と「規範的同時性」の2つが存在することを指摘していた。イエルーシェックによれば、形式的同時性とは、実行行為時において犯罪を構成する全てのメルクマールが存在する場合を意味し、形式的同時性が満たされるケースは、同時存在原則が問題にならないケースといえる。他方で、規範的同時性とは、厳密な同時性を求めず、立法上または裁判上の決定を通して、問題となる犯罪行為との関連で、犯罪を構成するメルクマールの実質的同時性を意味し、同時存在原則が問題になるケースといえる。とすれば、実質的同時性とはどのような基準に従って判断されるかが問題になるが、イエルーシェックは、この問題については明らかにしていなかった。

他方で、ルシュカは、形式的同時性を遵守する立場から、規範的同時性が問題になるケースについては、規範を第一次レベルの規範と第二次レベルの規範に区別する独自の責任論に依拠することで、第二次レベル規範違反が問題になるケースと同視し、この場合には、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮することが例外的に認められる「例外的帰属」として行為者の処罰を認めていた。しかし、なぜ規範を第一次レベ

³²⁾ このような指摘をするものとして、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）103頁。

³³⁾ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1983, S.1ff.

³⁴⁾ Jeroscheck/Köbel, a.a.O. (Fn.30), S.417ff.

ルの規範と第二次レベルの規範に区別することができるのか、なぜ第二次レベル規範に違反する場合には、実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮できるのかがという点が不明であるため、ルシュカの見解には問題点が存在していた。そこで、本稿は、実行行為時における同時存在原則が妥当せず、規範の同時性が問題になる非同時的事例については、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点に基づいて解決されるべきとの問題意識に基づいて、非同時的事例における各論的考察を次章以降で行った。

第二章では、「故意犯と原因において自由な行為」と同時存在原則の関係について検討した。「故意犯と原因において自由な行為」では、結果行為が実行行為であり、原因行為（自招行為）は因果関係の起点としての行為であることから、「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。それゆえに、実行行為時における同時存在原則が妥当しないケースといえる。本稿は、原因行為を実行行為ではなく、因果関係の起点としての行為と捉え、原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限りで、因果関係の起点としての行為と責任能力の同時存在原則が満たされ、行為者に責任を問う事ができると考える。また、実行行為途中からの責任能力減退のケースでは、実行行為終了時である結果行為時に責任無能力である点に鑑みれば、原因において自由な行為と平行に考えることができ、因果関係の起点となる原因行為と、結果・結果行為の間に、因果連関・責任連関が認められる限りで、因果関係の起点としての行為と責任の同時存在原則が満たされることになることを明らかにした。

第三章では、「過失犯と原因において自由な行為」並びに「違法性の意識の可能性」と同時存在原則との関係について検討した。「過失犯と原因において自由な行為」では、原因において自由な行為という概念の要否が問題になっていた。この問題は、実行行為を故意犯と過失犯とで同様に考えるべきか否かに起因する。過失犯における実行行為は、故意犯と同様に実質的危険性を有する行為であるが、故意犯と過失犯の構成要件は異なることから、過失犯における実行行為を認めるための危険性は、未遂犯成立に至らない程度のもので足りると考える本稿の立場からは、原因行為を実行行為と評価できる。それゆえに、実行行為時における同

時存在原則が充足されることになるため、同時存在原則は問題にならず、原因において自由な行為という概念に依拠する必要はないと考える。

「違法性の意識の可能性」については、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前に違法性の意識の可能性が存在するケースとして、ドイツの、「特別な法的規制領域における禁止の錯誤」が、同時存在原則が問題になる規範的同時性のケースとして指摘されていた³⁵。しかし、本稿の立場からは、ドイツの「法的特別規定に関する禁止の錯誤」をめぐる問題は、実行行為時における違法性の意識の可能性の有無の判断の枠組みの中で解決可能であり、実行行為時に違法性の意識の可能性が欠如するが、実行行為以前に違法性の意識の可能性が存在するケースというのは観念しえないと考える。それゆえに、違法性の意識の可能性については、同時存在原則は問題にならない。

第四章では、「自招防衛」並びに「自招危難」と同時存在原則の関係について検討した。「自招防衛」、「自招危難」においては、実行行為（防衛行為・避難行為）以前の犯罪構成要素である「自招行為」をどのように考慮するかが問題になる。学説では、同時存在原則の観点から、例外モデルに基づいて統一的解決を主張する見解³⁶、構成要件モデルに基づいて統一的解決を主張する見解³⁷、事前責任論に基づいて統一的解決を主張する見解³⁸が存在していた。これらの見解はいずれも、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は、統一的解決が図られるべきことを主張するものであり、その限りでは正当であるように思われる。しかし、いずれの見解にも問題点が存在し妥当な解決を導くことはできなかった。そこで本稿は、「自招防衛」や「自招危難」を、「原因において自由な行為」とパラレルに考え、実行行為は避難行為・防衛行為、因果関係の起点としての行為は自招行為であることから、「実行行

³⁵ 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿論文集』（成文堂、2011年）261頁以下。

³⁶ Hruschka, a.a.O. (Fn.33), S.285ff, 356ff.

³⁷ Reinhart Maurach, Fragen der actio libera in causa, JuS.1961, S.373f.

³⁸ 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。

為(未遂行為)」=「因果関係の起点としての行為」という公式が成立せず、実行行為時における同時存在原則が妥当しないことになる。それゆえに、自招防衛・自招危難では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から解決されるべきであり、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る「原因において違法な行為」の理論に基づく解決が妥当であることを主張した。

第五章では、「故意」と同時存在原則の関係を検討した。「遅すぎた結果発生」のケースは、第一行為時に実行の着手が認められることから、「実行行為(未遂行為)」=「因果関係の起点としての行為」=「第一行為」であり、第一行為時に故意が認められる以上、実行行為時における同時存在原則が妥当し、同時存在原則は問題にならない。なお、同時存在原則を重視する立場から、殺人罪の成立を認めることは、第一行為と第二行為を一連一体のものとして扱うことで妥当ではないとの批判がなされていた³⁹。しかし、第一行為と結果の間の因果関係を肯定できるのであれば、第一行為のみを実行行為として殺人罪の成立を認めることも可能であるから、この批判はあたらない。「早すぎた結果発生」のケースは、第二行為との関係で第一行為に実行の着手が認められることで、行為者には、一連の実行行為に関する認識が認められるために、「実行行為(未遂行為)」=「因果関係の起点としての行為」=「第一行為及び第二行為(一連の実行行為)」であり、第一行為時に故意が認められる以上、それゆえに、実行行為時における同時存在原則が妥当し、同時存在原則は問題にならない。行為者の思い描いた因果経過と実際の因果経過のずれは、因果関係の錯誤として扱えば足りる。

通常の単独犯の場合には、実行の着手が認められる時点で故意が存在すれば足りるのであり、実行の着手と故意は連動している。他方で、離隔犯や間接正犯では、到達時又は被利用者の行為時に実行の着手が認められる場合があることから、実行の着手と故意は連動しておらず、「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しない。もっと

³⁹ Jerouscheck/Köbel, a.a.O.(Fn.30), S.422ff.

も、通常の単独犯の場合には、実行の着手が認められないと故意が認められないという事情が存在したが、離隔犯や間接正犯の場合にはこのような事情が存在しないため、行為者の最終行為時である、因果関係の起点としての行為時に故意を認めることができるのであれば、実行の着手前であっても故意既遂犯の成立を認めることができる。但し、この場合には、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。

事後的に故意が発生するケースでは、単独犯の場合と共犯の場合が存在する。単独犯の場合としては、盗品等保管罪と大麻譲受罪のケースが挙げられる。盗品等保管罪では、実行行為及び因果関係の起点としての行為は占有移転行為であるため、占有移転後に行為者に盗品であることの認識が生じても、実行行為かつ因果関係の起点としての行為時である、占有移転時に故意が存在しない以上、実行行為と故意の同時存在原則は満たされないものであり、行為者は不可罰であると考ええる。他方で、大麻譲受罪でも、実行行為及び因果関係の起点としての行為は、大麻譲受行為であるため、大麻を譲り受ける際に、行為者が大麻であることを認識していない以上、実行行為と故意の同時存在原則が満たされず、行為者は不可罰であるように思われるが、判例は大麻譲受罪の成立を認めていた。

そこで、この判例の見解の可否を検討する上で、ドイツの見解を参照した。ドイツでは、財産犯や所有権犯罪においては、当該犯罪が「既遂」と「終了」を区別し、当該犯罪の終了までの間を、なお行為として考えるという論理が、判例上採用されているとの指摘がなされていた⁴⁰。この論理を、我が国の大麻譲受罪のケースにも転用すれば「時間的場所的關係から当初の授受に当然随伴するとみなされるような所持(占有)が継続している間」は、なお「行為」として評価することができ、一見すると「行為と故意の同時存在原則」が満たされるようにも思われる。しかし、大麻を譲り受けた後の事象を、構成要件によって把握することはできないため、「実行行為」が継続していると解することはできず、大麻譲り受け後に、大麻であることを認識した行為者には、大麻譲受罪が成立しないと解すべきである。

⁴⁰ このような指摘をするものとして、Kühl,aa.O.(Fn.10),S.733f.

事後的に故意が発生する共犯のケースとして、承継的幫助犯のケースが挙げられる。ドイツでは、同時存在原則の観点からは、先行者の犯罪が既遂に達した後の事象も、構成要件によって把握できる限り、なお終了していないと解することが可能であることが指摘されていた⁴¹が、このような論理は、財産犯や危険犯で「既遂」と「終了」を区別するドイツ特有のものである。「既遂」と「終了」を区別しない本稿の立場からは、承継的幫助犯において、同時存在原則は問題にならない。

以上のように、本稿は、同時存在原則が問題になる非同時的事例を、問題となる犯罪構成要素ごとに各論的に考察した。しかし、本稿では、検討できなかった問題も存在する。その1つは、前述のように、本稿が検討対象から外した、犯罪の成立を否定する要素と同時存在原則の関係であり、例としては、被害者の同意が挙げられる。被害者の同意では、同意の存在時期と同時存在原則の関係が問題になる。被害者の同意が、実行行為（未遂行為）時に存在する必要がある⁴²と考えれば、実行行為時における同時存在原則が妥当することになる。他方で、法益主体が法益保護を放棄しているかどうかが決定的なのであるから、被害者の同意は、法益侵害の時点で存在すれば足りる⁴³と考えれば、実行行為時における同時存在原則が妥当しないことになる。このように考えると、被害者の同意には、そもそも同時存在原則というものが妥当しないのか、あるいは、犯罪の成立を否定する要素に関する別個の同時存在原則を考えなければならないのかを別途検討する必要があるだろう。

また、刑法だけでなく、特別刑法との関係で、同時存在原則が問題になる場合がある。例えば、酒に酔って、責任無能力状態で自動車を運転した場合に、道交法の酒酔い運転罪（道交法第117条の2）が成立するが、道交法の酒酔い運転罪は、酒に酔って運転する行為自体を処罰するのであるから、酒酔い運転罪では、刑法における同時存在原則は劣後すると

⁴¹ Jerouscheck/Kölbel,a.a.O.(Fn30),S.417ff.

⁴² このような指摘をするものとして、大塚仁『刑法概説（総論）[第4版]』（有斐閣、2008年）420頁。

⁴³ このような指摘をするものとして、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）208頁。

の理解もありえよう。つまり、特別刑法が関係する場合に、刑法上の同時存在原則はどこまで貫徹されるべきなのかという問題が生じる。このように、同時存在原則が関連する問題は、なお残されているが、これらについては今後の検討課題としたい。

[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。

保証契約締結プロセスの規律（２）

—— イングランドにおける信頼の
濫用法理の考察を中心に ——

西 村 曜 子

目 次

序章

第１節 保証契約締結過程の問題点

- 第１款 保証人保護と金融維持の要請
- 第２款 保証契約締結過程の規律を試みる学説の見解
- 第３款 個人保証制度の現在
- 第４款 本稿の問題意識

第２節 保証人保護に関する比較法的概観

- 第１款 EUにおける統一法の欠如
- 第２款 各国の状況

第３節 検討対象の設定

- 第１款 交渉力の構造的不均衡問題への対応
- 第２款 イングランドにおける契約締結プロセスからのアプローチ

第１章 制定法における保証契約の規律

第１節 1677年詐欺防止法４条

- 第１款 適用対象となる保証契約
- 第２款 改廃の議論にみる４条の現代的意義

第２節 1974年消費者信用法

- 第１款 消費者信用政策のもとでの保証人保護
- 第２款 要式性の拡充と情報提供規定
- 第３款 暴利的取引規定の射程

第３節 消費者信用法改正による保証への影響

- 第１款 暴利的取引規定の改正の経緯

- 第2款 不公正な関係規定 unfair relationships
- 第3款 不公正な関係規定における保証契約の位置づけ
- 第4節 まとめ（以上、69巻2号）
- 第2章 判例法における情報提供法理の生成
 - 第1節 イングランドの契約法における保証人保護の状況
 - 第1款 錯誤 mistake による保証人保護とその限界
 - 第2款 契約解釈による保証人保護の射程
 - 第2節 契約締結プロセスにおけるルール
 - 第1款 原則論
 - 第2款 最高信義契約
 - 第3節 リスクの引受けと情報格差の是正
 - 第1款 身元保証契約における黙示の表示ルール
 - 第2款 Hamilton 判決 v Watson 貴族院判決の登場
 - 第3款 開示ルールの法的性質論
 - 第4款 Hamilton 判決後の判例の展開
 - 第4節 判例の分析（以上、本号）
- 第3章 判例法における信頼の濫用に対する救済法理
- 第4章 判例法における保証規律の到達点
- 終章 日本法の分析と展望

第2章 判例法における情報提供法理の生成

第1章では、イングランドの制定法における保証契約の規律について検討した。1644年の詐欺防止法では、保証の強制要件として契約書面による証拠を要求する要式性が定められてきた。1974年の消費者信用法では、要式性の内容が拡充され、契約書面の作成のみならず、保証人への交付が義務づけられる等、保証人への注意喚起という趣旨が規律に反映されるようになる。また、同法では、消費者信用契約の公正さを担保するための規定が設けられてきたが、2006年の改正により、主たる信用契約の不公正判断において、これに関連する保証契約の内容及び債権者の対応等を考慮しうるとする規定が設けられた（不公正な関係規定）。

もっとも、要式性に関していえば、保証人への情報提供は保証契約の内容に限られ、また、事後的な書面交付で足りるとするものであるから、十分な注意喚起とはいえない。また、不公正な関係規定についても、保

証契約に関する諸要素は、主たる消費者契約の不公正判断において間接的に考慮されるにとどまり、直接的に保証契約の公正さを規律するものではない。そのため、制定法上、保証契約の締結に至る過程に生じる当事者間の不均衡を是正するための規律が十分に構築されているとはいえない状況といえた。

イングランドにおいても、日本と同様に、保証契約は、主債務の履行を担保するための従たる契約である。そのため、保証人の利害は、主たる契約の内容や主債務者の資産状況といった保証契約の外的な事情により影響を受けることが多く、これらの事情に関する情報の開示をめぐる判決が蓄積されている。そこで、本章では、判例法における開示義務の生成過程について検討する。

判例法において、債権者の保証人に対する情報提供義務が示唆されるようになったのは、19世紀前半のことであり、その中心は身元保証をめぐるケースである。その後、事業融資のための保証契約を中心として、情報開示のルールが発展していくこととなる。

第1節 イングランドの契約法における保証人保護の状況

保証契約における情報の開示義務の生成状況を考察する前提として、本節においては、イングランド法の一般契約法理及び契約解釈による保証人救済の状況を概観する。イングランド法の契約締結過程における原則論は、詐欺的陳述 (fraudulent misrepresentation) や強迫 (duress)、不当威圧 (undue influence) 等の「悪しき行為を行わないこと」にあり、一般的に、契約締結前の当事者が信義則等により積極的な行為を義務づけられることはない¹。したがって、原則として、債権者の積極的な行為により保証人が救済されることはない。

一方、コモンロー上、錯誤 (mistake) の法理の適用により、保証人に対する一定の保護が与えられている。また、契約解釈においても保証人の救済が図られる場合がある。錯誤法理や契約解釈により保証人が救済されたケースは必ずしも多いとはいえない状況にあるが、以下、その法

¹ Ewan McKendrick, Contract Law, 12th ed., (2017), pp. 233-234.

状況を概観することとする。

第１款 錯誤 mistake による保証人保護とその限界

イングランド法における錯誤の効果は、契約の無効 (prevent the formation of a contract) である²。錯誤の主張は、当事者が錯誤に陥ったという事実のみから直ちに認められるものではない。イングランド法における錯誤は、「取引の確定性」の要請と「意図しない契約内容を誤信した当事者の保護」との調整を図るべき法理として位置づけられており、「流動的である」と評されている³。以下、一般に、どのような要件の下で錯誤が成立するのかを概観し、適宜、保証契約への適用事例をみていくこととする。

１ 一方的錯誤

（１）契約内容についての一方当事者の誤信

まず、イングランド法では、一方当事者が「契約内容 (terms of agreement)」につき誤信していることを相手方が知っていたにもかかわらず、それが誤信であることを相手方に知らせなかった場合には、錯誤が成立し、契約は無効となる⁴。ここで重要であるのは、単に、一方当事者が契約に関する何らかの事情につき誤信していることを相手方が

² 小松昭人「イングランド法における契約相手方の同一性の錯誤と動産の善意有償取得者保護－Shogun Finance Ltd. v. Hudson 事件貴族院判決を機縁として－」法政研究72巻3号（2006年）844頁によれば、イングランド法における錯誤による契約無効とは、厳密には、不成立無効というべきであるとされており、その理由として19世紀後半のイングランドにおいて「錯誤＝合意の不存在＝契約不成立・無効」との錯誤理論が形成されたことによると説明されている。イングランド法の錯誤に関する先行研究として、望月礼二郎『英米法〔新版〕』（青林書院、1997年）361-368頁、木下毅「英米契約法における錯誤（一）」立教法学18号（1973年）16頁以下、同『英米契約法の理論〔第2版〕』（東京大学出版会、1985年）289頁以下。

³ Ewan McKendrick, *Contract Law -Text,Cases, and Materials*, 8th ed., (Oxford, 2018), p. 519.

⁴ supra note 3, p. 523.

知っていたということのみでは錯誤の成立は認められず、誤信の対象が「契約内容」についてのものであるかが問われている点にある。

この問題に関するリーディングケースとして、Smith v. Hughes 判決⁵がある。

【事案】

本件では、オート麦の売買契約において、売主が契約の際に、収穫したばかりの「新しいオート麦」を買主に提示して、それを目的とする売買契約を締結したが、それが「新しい」オート麦であることを買主に説明しなかった。これに対し、買主は、提示されたオート麦が、馬の飼料に適した「古いオート麦」であると誤信して売買を締結した。しかし、実際は、新しく収穫されたオート麦であったことから、その受領を拒絶した。そこで売主は、買主に対し、オート麦の受領と代金の支払を求めて提訴したというものである。

原審では、買主が「古いオート麦」を購入するつもりでいることを売主が知っていたのであれば、買主による錯誤無効の主張が認められるとの判断が示された。

【判旨】

これに対し、控訴院では、全ての裁判官が、単に「古いオート麦である」という買主の誤信を売主が知っていたということのみをもって、錯誤の主張をすることは許されないとした。Blackburn 裁判官は、「古いオート麦である」ということが「契約内容」に含まれているかが錯誤の成否を判断する上で重要であることを指摘し、一方当事者が「契約内容」について異なる内容に誤信していることを相手方が知りながら、そのまま契約を締結した場合には、錯誤の主張が認められるとしている。本件については、「古いオート麦」であることが契約内容とされていたのかについての事実認定が不十分であるとされ、控訴審判決は、原審陪審に対し事実認定のやり直しを求めた。

⁵ (1871) LR 6 QB 597. 同判決についての先行研究として、鈴木龍也「イギリス「古典的」契約法理論における錯誤」愛媛法学雑誌17巻3号(1991年)45頁以下。

この判決によれば、オート麦の売買契約における売主の認識として、
i 買主が、古いオート麦であると誤信していることを知っていた場合と、
ii 買主が、（売主との間で）約束した古いオート麦であると誤信している
と知っていた場合とを区別している。i の場合は、錯誤は成立せず、
買主はオート麦を引き取らなければならないが、ii の場合は、当事者間
には契約内容につき食い違いがあるという理由から錯誤が認められ、買
主は、小麦を引き取る必要がないこととなる。

Smith v. Hughes 判決は、売買契約における錯誤の事例であるが、保
証契約においても、保証人が「契約内容」について誤信し、その誤信に
ついて債権者が悪意であると認められる場合には、錯誤の主張が認めら
れる可能性がある。ただし、保証人の誤信に対する「債権者の悪意」に
ついては、一般契約理論のもと保証人がその立証責任を負う。この点、
後に検討する不当威圧法理の適用場面では、悪意擬制の理論（本論文第
３章第２節参照）の形成、適用により保証人の立証責任は軽減されてい
るが、錯誤の適用においては、このような推定理論は形成されていない。
さらに、保証人の誤信につき、債権者が単に疑心を抱いているという事
実の立証のみでは、一方的錯誤の成立には不十分であることが指摘され
ている⁶。

このような状況からすると、保証人において契約内容に関する誤信が
あったとしても、錯誤による救済は容易に実現するとはいえない。

（２）当事者の同一性に関する錯誤

コモンローでは、契約の相手方の同一性についての錯誤、すなわち、
A が B と契約を締結するにあたり、相手方 B を実在する別人 C である
と誤信する場合においても、錯誤の成立が認められている。ここで重要

⁶ なお、カナダにおける Servus Credit Union Ltd v Waylan Mechanical Ltd で
は、債権者自らが、保証契約に関する一件書類の中で内容に齟齬のある契約書
を作成したことを根拠に、保証人の誤信に対する債権者の悪意が認められてい
る。この一例のみでは、イングランド法においてどのような場合に債権者の悪
意が認定されるのかを画定的に判断することはできないが、可能性の１つとし
て、債権者が保証人の誤信を惹起する関与を行った場合には、債権者の悪意が
認定される余地があるといえよう。

となるのは、契約が書面により締結されたのか、口頭による相対取引であるのかの区別であるとされてきた。

書面により契約を締結した場合には、契約における当事者の氏名は、重要な意義を有するものと認定され、当事者の同一性は書面の解釈により判断される。近似における貴族院判決としてとして、買取賃貸借(hire-purchase)に関する Shogun Finance Ltd v. Hudson⁷事件がある⁸。

【事案】

本件では、訴外 B が自動車販売店 A を訪れ、自ら「Durlabh Patel」という偽名を使用し、展示されていた三菱自動車「Shogun」の売買契約を締結した。その際、販売店は、Patel 氏の運転免許証（盗難に遭ったもの）により提携先の信販会社に信用状況を確認した上で買取賃貸借契約を締結し、B は、その場で自動車を引き取り、翌日、偽名による売買契約、及び買取賃貸借締結の経緯につき善意の C に当該自動車を転売したものである。同事案では、販売店 A による C への自動車の返還請求の可否につき、転得者 C が本件自動車の所有権を善意取得（1964年買取賃貸借法27条⁹）しうるのが争われ、その前提として、B は、そもそも同条の定める「買取賃貸借の合意に基づく債務者」にあたるのか、すなわち、買取賃貸借の合意が、B を借主 (hirer) とする契約として有効であるのが争点とされた。

【判旨】

貴族院の多数意見は、本件では「書面による契約」締結されており、借主の同一性を「書面の解釈」により確定するとの先例解釈を支持した。結論として、本件買取賃貸借契約における借主は、契約書に記載された Patel 氏であるとし、よって、B から買い受けた C は買取賃貸借法上27

⁷ [2003] UKHL 62, [2004] 1 AC 919.

⁸ 同判決の先行研究として、前掲注2) 小松論文809-851頁がある。

⁹ 同条は、買取賃貸借に基づいて寄託された自動車について、その所有権が債務者に帰属する前に、債務者が他人に処分した場合、善意にて買い受けた他人に所有権の取得を認めるとする規定である。

条により所有権を取得できないとの判断を示した¹⁰。

同判決における Hobhouse 裁判官は、イギリス法が、書面による契約の内容と異なる内容を口頭の証拠により証明することを許さないとするルール（the parol evidence rule）を採用してきたことを指摘する。そして、かかるルールの趣旨は、口頭の証拠を認容するならば、書面契約の内容につき矛盾を来すことからこれを排除し、書面契約による確実性を維持することにあると述べる。そして、このような書面契約のルールは、「イギリス商法の偉大な強みの一つであり、他国と比較して取引の確実性を実現することに成功している理由の一つである。」と述べている。

他方、イギリス法は、相対取引（face to face transaction）については、当事者が互いに目の前にいる者と取引することを意図していると推定している。そのため、真の名前を誤信していたというだけでは契約の効力を否定するのに十分ではないとされる。かかる推定を覆して、当事者の同一性の錯誤により契約を無効とするには、当該契約を締結する上で、当事者が誰であるかが本質的な要素であったことを証明しなければならないとされる¹¹。

次に、保証契約における契約当事者の同一性の錯誤に関するケースとされているものとしては、Avonwick Holdings Ltd v. Webinvest Ltd and Shlosberg¹²判決がある。

【事案】

A 社が X から融資を受ける際に、A 社のオーナー兼経営者である Y が、保証人となった。Y は、保証契約の締結にあたり、X と交渉し、X が裕福な実業家であることを認識していた。しかし、実際の融資者は、X ではなく、X の妻であったことが判明したため、Y は、契約相手であ

¹⁰ 本件については、善意取得者保護の観点から、書面の記載による契約解釈を採用した多数意見に対する有力な反対意見が付されている。

¹¹ 島田真琴『国際取引のためのイギリス法』（慶應義塾大学出版会、2006年）170-171頁。

¹² [2014] EWHC 3661 (Ch).

る債権者の同一性の錯誤を主張し、契約の効力を争った。

【判旨】

Sales 裁判官は、保証人 Y にとって重要であることは、1 億ドルの融資について「X」が A 社と交渉したことであり、X がどのような方法で融資金を調達したのかは重要な事柄ではないとし、Y による錯誤の主張を退けた。

同判決は、学説上、契約相手方の同一性の錯誤法理が、あいまいに適用されたとも評価されている¹³。本件はむしろ、相手方の同一性の錯誤の問題ではなく、債権者による具体的な資金調達方法についての錯誤は、保証契約における重要な錯誤ではないことを根拠に錯誤が否定された事案であると位置づけるのが適切であろう。

2 共通錯誤

以上のような当事者一方の錯誤に関する法理のほか、コモンローでは、当事者双方が共通の錯誤に陥るという、いわゆる共通錯誤 (common mistake) についての判例法が形成されている。共通錯誤とは、両当事者が相手方の意図を知り、合意が存在するものの、双方とも契約にとり基本的な前提となる事実につき、同じ内容の誤解をしていたというものである。ここでは、当事者間において、ある実態が存在することへの共通の仮定が存在しなければならず、そのような実態が存在することにつき一方当事者による保証 (warranty) が存在しないことが前提とされる¹⁴。

共通錯誤のケースでは、当事者双方の錯誤が、契約の「基本的」な事項に関するものである場合に、契約の効力が否定される。契約の目的物の存在に関する錯誤 (section 6 of the Sale of Goods Act 1979 and

¹³ Geraldine Andrews and Richard Millett, Law of Guarantees, 7th ed., (2015), p. 170.

¹⁴ Great Peace Shipping Ltd v Tsavliris Salvage (International) Ltd [2003] Q.B. 679.

Couturier v. Hastie (1856) 5 HLC 673)、および、契約の目的物の同一性に関する錯誤 (Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society (1966) 52 DLR (2d) 146) は、基本的な事項に関する錯誤に該当すると認められる傾向にある。

一方で、共通錯誤の成立が最も困難とされているのは、契約の目的物の性質 (a mistake as to quality) についての錯誤であることが指摘されている¹⁵。契約の目的物の性質に関するコモンローのルールを示した貴族院判決としては、Bell v. Lever Brothers Ltd.¹⁶があり、契約の目的物に関する錯誤は、不実表示 (misrepresentation) の適用がある場合を除き、契約の効力に影響を及ぼさないのが原則であるとされる。ただし、同判決の Atkin 卿は、傍論として、「両当事者の錯誤であり、かつ、ある性質を欠けば、本質的に当事者が信じていた目的物とは別の物とされるような性質についての錯誤でない限り、契約の効力に影響を与えない。」と述べている。このことから、目的物の性質に関する両当事者の錯誤が、その目的物の同一性を欠くほどの重大な錯誤である場合には、契約の効力が否定されうること示唆しているといえよう。

このような Atkin 卿の見解は、次の保証契約の事例である Associate Japanese Bank (international) Ltd. V. Credit Du Nord S.A.¹⁷において、先例として引用されている。

【事案】

本件では、XA 間で締結された製造機械のリース契約に関して、Y が、

¹⁵ supra note 3, p. 519.

¹⁶ [1932] AC 161. 本件の事案は、Lever Brothers 社が、2 人の従業員との間で、それぞれに対する 3 万ポンド、ないし、2 万ポンドの支払いを約因として、早期退職することを約束した。しかし、その後 Lever Brothers 社は、これらの従業員 2 人には横領行為による信任義務違反が認められたことから、これを理由に雇用契約を取消しうると判断するに至り、これらの従業員との雇用契約は、早期退職によらずとも、錯誤により最初から無効であったと主張し、従業員への金銭の返還請求を行ったものである。結論として、本件では錯誤による退職合意の無効主張は排斥されている。

¹⁷ [1989] 1 WLR 255.

A社のXに対するリース料支払債務を担保するため、債権者Xと保証契約を締結した。A社が、リース料の支払いを1回行った後に破産したため、XはYに対し、保証債務の履行を請求した。ところが本件では、リース契約の目的たる製造機械が当初から存在しないことが判明したため、Yは錯誤を理由に、保証契約の無効を主張した。

本件の保証契約の締結過程には、次のような経緯がある。A社は、事業のために融資を受けるべく、その方策をローンブローカーであるBに相談した。そこでBは、Xに対してA社とのリース契約の締結を、Yに対しては、Xとの保証契約の締結を持ちかけた。Yは、およそ100万ポンドの限度につき、1%の報償という内容で保証人となったが、保証契約の締結は、Bが代理し、この時点では、主債務者が誰であるのかを認識していなかった。Bは、X及びYに対して、リースの目的物が製造機械4台であることを示す書面を交付し、これらの機械はシリアルナンバーで特定されていた。この段階において、XとYは、A社が誠実であるということ、そして、リース物件が実在することを想定していた。ただし、Xは、A社の社員と面会等は行っておらず、一方で、Yは、A社の社員と面会した上で、A社を信頼していた。

【判旨】

Steyn 裁判官は、コモンロー上の錯誤についての先例につき、次のような理解を示している。

第1に、コモンロー上は、既に成立した契約関係を覆すよりも、できる限り維持しなければならない。第2に、契約の目的の性質に関する錯誤についてのコモンロー上のルールは、予測できないような、極めて例外的な状況に対処するために構築されている。第3に、法的効果を生じさせるための錯誤とは、契約の両当事者に共有されていなければならない、契約締結の時点において存在していた事実に関するものでなければならない。第4に、契約の目的が、錯誤により、両当事者が信じていた契約の目的とは本質的かつ著しく異なるものでなければならない (Bell v. Lever Brothers Ltd. [1932] A.C. 161)。第5に、当事者による誤信が合理的な根拠に基づくものではない場合には、錯誤の主張は認められない。例えば、極端な例をあげると、誤信に関わる事実について最小限の知識

しか有していないとしても、その内容がリスクを強く予測させるものである場合には、合理的な信頼に基づく誤信とは認められない。私見では、何らかの合理的な根拠に基づくものでない場合には、当事者は共通錯誤に依拠して契約を無効とすることは許されるべきではない。

Steyn 裁判官は、共通錯誤について以上のような見解を示した上で、同事案について次のような判断を示している。

まず、本件では、債権者 X 及び保証人 Y は、本件リース契約における製造機械が存在するとの仮定のもとで保証契約を締結しているので、仮に、製造機械が存在しないことを知らされていれば、保証人のみならず、債権者も保証契約を締結しなかったであろうとする。しかし、そのことのみでは、コモンロー上の錯誤を認めるに不十分であるとした。

次に、本件 Y に錯誤の主張が認められる要件として、Y が誤信するにつき合理的理由があったのかを検討している。裁判所は、Y の信頼が、主債務者との面会、社会的に認められているローンブローカーからの情報、そして、X はリース賃貸人であるという事実に依拠するものであることを認定し、よって、Y の信頼には、合理的な理由が認められるとした。

その上で、本件の問題は、保証契約の目的が、合理的に信頼されていた保証契約の目的と「本質的に異なるといえるのか」であるとした。そのための判断材料として、判旨では、本件機械の存在についての両当事者の利害を次のように認定している。

まず、保証人にとって本件機械とは、主債務者の生産手段として債務の弁済を実現するための重要な存在であり、真の担保といえるとした。さらに、債権者にとっては、仮に主債務者が不履行に陥った場合、本件機械を回収することにより、債権額の97%を回収することができるという点で、重要な存在意義を有するとされた。また、債権者が、最初に保証責任を追及し、保証債務を履行した場合には、保証人は債権者に代位して、求償権を行使することができ、その際にも本件機械が引き当てとなるのであるとする。

したがって、両当事者にとって、本件機械の存在しないリースを前提とした保証債務は、契約締結時に、機械が存在すると信じていたリース契約の保証とは本質的に異なるものとされた。そして、保証契約は、従

たる契約であるからこそ、主たる契約の目的物の不存在は基本的な重要事項であることが指摘され、よって、保証人による錯誤無効の主張は認められるとした。

このように、裁判所は、保証人の利害のみならず、債権者にとってもその誤信が重大な意味を有するのかという双方の観点から、共通錯誤の成否を判断している。すなわち、当事者双方にとって、契約を有効とする意義が認められない場合には、共通錯誤として、契約を無効とすることが正当化されるのである。

3 錯誤の限界事例

保証人が、同一債権者と契約した他の保証人の保証内容に関して錯誤に陥ったケースについては、これが共通錯誤であるか、一方的錯誤であるかに関わらず、コモンロー上の錯誤による保証人救済の限界事例とされている。

・ Capital Bank Cashflow Finance Ltd v. Ian Southall [2004] EWCA Civ 817.

【事案】

X 銀行は、A 社との間で融資取引を行っており、その取引上の債務については、多様な保証 (warranty) が会社によりなされたが、そのうちの 1 つに、当該会社の顧客が相互に全ての支払期限を過ぎた債務を返済するとの保証 (cl.9) 含まれていた。そして、A 社の取締役のうち Y と Z が、A 社による保証 (warranty) 違反による損失補償 (indemnify) を引き受けた。このうち、Y は、上記の顧客による相互返済に関する保証につき損失補償することに署名したが、Z はこの内容については署名しなかった。このことは何らかの経緯により、Y には説明されなかった。また、Y は、Z が自らと同じ内容の保証契約を X と締結したものと思い込んでいたが、そのことを Y が X に表示したことはなかった。

【判旨】

このような事案について、裁判所は、X が締結した内容の異なる 2 つ

の損失補償契約は有効であるとした。その結論は、2つの損失補償契約が異なる内容となった経緯が、債権者の故意、もしくは、不注意、あるいは、当事者の錯誤によるものであっても変わらないとした。すなわち、同一債務についての複数保証において、他の保証契約も自らの保証契約と同一の内容で締結されるであろうという単なる期待は、コモンロー上の錯誤では救済されないとした。さらに、同判決は、Xが、「XY間と同一の損失補償契約をXZ間で締結すること」を契約条項としない限り、Yは、エクイティによる救済として、同一の損失補償を締結しなかったことを争う権利も有しないことを示している。

4 まとめ

イングランド法においては、一般に、当事者の一方のみが錯誤に陥るという、いわゆる一方的錯誤 (unilateral mistake) については、救済は困難であるとされる。特に、保証契約のように契約が書面化されている場合には、錯誤による救済が困難であることが指摘されている¹⁸。たとえば、裁判所が、「保証人が契約条項の真の意味、内容を認識した上で署名したものではないであろう」と認めるとしても、保証人は、単なる誤解を理由に責任を免れることができない。例えば、保証人が、保証の金額や期間が無制限とされる “all moneys” guarantee の意味を、金額あるいは特定の取引を対象にする点で限定されていると信じ、契約書に署名をしたような場合であっても、そのような誤解のみを理由に一方的錯誤が認められることはないという見解もある。

判例法の状況からは、イングランドにおける錯誤の適用では、①一方当事者が、合意された保証契約の「内容」について誤信し、その誤信について「相手方が悪意であるにもかかわらず放置したこと」を立証した場合、そして、②契約当事者双方が、契約の本質部分について誤信し、当事者双方にとって、その誤信がなければ契約を締結しなかったであろうと認められる場合に錯誤に錯誤無効が認められ、保証人は救済される可能性があるといえる。ただし、①のケースにおける相手方の悪意は、錯誤を主張する者が立証する必要があり、これを推定する法理が形成さ

¹⁸ supra note 13, p. 168.

れていない中で、具体的にどのような事実関係をもって悪意の立証が成立するのかについては、判例法上明らかにされていない。また、②のケースとしては、いわゆる空リース契約における保証人の錯誤が認められているが、一般に保証契約において当事者双方が共通錯誤に陥るケースは、必ずしも多いとはいえないであろう。

第2款 契約解釈による保証人保護の射程

日本における保証契約と同様に、イングランドにおいても主債務者の特定の債務を担保するための保証契約の他、主債務者の債務を包括的に担保するための保証契約が利用されており、そのような保証形態を“all moneys” guarantee (security) という。このような包括的な保証契約においては、その濫用から保証人を保護するための契約解釈がとられつつあることが学説上指摘されている¹⁹。そこで、イングランドにおける包括的な保証契約における保証人保護の判例法の状況について概観する。

1 “all moneys” charge (包括的な物的担保) に基づく履行請求の制限

・ Lloyds Bank Plc v Hawkins [1998] Lloyd's Rep. Bank.379.

【事案】

1982年、Y は、銀行との間で、自己所有の家屋につき担保権設定契約を締結した。その担保は、Y の債務を担保するための“all moneys” security (包括的な担保) とされ、「銀行からの請求により、特定、あるいは、不特定の、現在及び今後、担保設定者が銀行に対して負い、あるいは、負わされる、全ての金銭そして責任につき支払う」ことを約するものされた。

1987年、Y は、自ら経営する会社の融資を受けるために、銀行との間で保証契約を締結した。この保証契約は、銀行により既に取得されているその他の担保に追加して締結されるものであることが明示されていた。

1997年、銀行は、Y の当座貸越額やその他のローンの未払い金(約107万ポンド)の支払を求めて、家屋の担保権を執行した(以下、「第1

¹⁹ supra note 13, p. 277.

訴訟」とする。）。しかし、このとき銀行は、Ｙの保証人としての債務（約26万ポンド）を併せて請求することを失念した。そこで、銀行は、この保証債務を新たな訴えにより請求し（本件訴え）、その理由として、保証債務は、担保権により決済されていないことを主張した。

第1訴訟の判決は、本件家屋に対する担保権は、“all moneys” securityであり、第1訴訟の際に既に発生していたＹの保証人としての債務も担保するものであることを前提に家屋への執行を認めた。

【判旨】

本判決は、包括的担保契約のもとでは、既に発生している保証債務について、第1の訴訟で追求することが可能であり、したがって第1訴訟による担保権の実行により決済されたものと扱われるのが相当であるとした。そして、保証債務を訴求しなかったのは、債権者の失念という落ち度であるにもかかわらず、同債務を未発生であったかのように扱い、訴求することは、矛盾行為であり、禁反言のもとで許されないとした。

このような判決は、包括的な保証債務において、債権者が濫用的に保証債務を迫及することを防ぎ、保証人の被担保債務消滅への期待を保護する判決と位置づけることができる。

２ 主債務の範囲や融資額の制限的解釈を否定したケース

(1) National Merchant Buying Society v Bellamy [2013] 2 All E.R. (Comm) 674.

【事案】

本件では、ＡがＸから融資を受ける際に、Ｙが保証人となった。その保証内容は、“all money”（包括的）であり、かつ、“continuing guarantee”（継続的）であることが条項とされていた。保証契約締結後、ＡとＸとの取引は拡大傾向にあり、融資の限度額を超える貸付が行われていた。そこで、保証人Ｙは、当該保証内容について、包括的な保証としてではなく、ＹがＡと取引上の関わりを持つに至った当時の融資金額を反映させた内容のものとして解釈すべきことを主張した。さら

に、被担保債務の範囲について、保証契約締結時に行われていた X と A の特定の取引契約上の債務に限定すべきことを主張した。

【判旨】

Limer 裁判官は、このような保証人による主張は、法の原則に反するものであるとして排斥した。Limer 裁判官は、判断の理由として、*St Microelectronics NV v. Condor Insurance Ltd* [2006] 2 Ll. Rep. 525. ([36]) における Christopher Clarke 裁判官の判断を引用し、本件において解決すべき点は、保証人が想定していた保証債務の本質は何かという点であり、その判断は、保証契約締結時における保証人あるいは債権者の特定の主観的な認識や意図に基づいて行うべきであるという特別なルールではなく、通常の商取引契約における解釈の原則により行うべきであるとの見解を示した。そして、保証責任の範囲については、保証契約で合意された内容 (terms of the contract guaranteed) に基づいて判断すべきであるとした (*Bank of Baroda v. Patel* [1996] 1 Ll. Rep.391)。

その上で、本件では、上記の保証人の主張するような内容に保証債務を限定すべき背景状況は認められず、むしろ、契約内容からは、包括的な保証債務であることが明示されていると認定され、Y は全面的に保証債務を負うものと判示された。

(2) *Lloyds TSB Plc v Shorney* [2002] 1 F.L.R. 81.

【事案】

A が、自ら経営する会社の事業のために銀行から融資を受けるために、A と妻の B が共有家屋に抵当権を設定し、A 個人も15万ポンドの融資のために保証契約を締結した。当該共有家屋上の抵当権の責任額も、15万ポンドに限定されていたが、契約条項には、“all moneys” 条項と担保設定者の代位権行使に関する条項も含まれていた。本件 “all moneys” 条項は、保証契約締結後に、銀行が、顧客（本件でいう A）に対して行う融資についても、担保することを内容とするものであった。そして、代位権に関する条項 (21条) は、顧客の銀行に対する全ての債務が返済され、あるいは、全額につき免除がなされない限り、代位権を行使する

ことはできないと定めるものであった。

本件抵当権設定契約締結後、A は保証責任額の引き上げとともに、追加融資を受けたが、このことについて抵当権設定者である妻 B は知らなかった。その後 B は、抵当権の被担保債権額とされていた15万ポンドを銀行に返済し代位権を行使しようとしたところ、銀行が、上記21条を援用して、A の借入金が「全額について返済あるいは免除」されていないことを理由に、代位権行使は認められないとして争ったものである。

【判旨】

控訴院は、銀行は21条に基づいて B の代位権行使を阻止することは認められないとの判断を示した。その理由としては、①抵当権による被担保債権額は、そもそも A が事業融資を受けるために締結した保証契約の保証額（15万ポンド）を反映させたものであり、かつ、現時点では既に A は当該事業に関して利害を有していないことから、A への追加融資に関しては、B が熟慮していないものと考えるのが合理的であることがあげられている。さらに、21条に関しては、②21条を適用すると、A への追加融資により、B の代位権を奪い、彼女に損害を与えることになることも理由とされている。また、“all moneys” 条項に関し、多数意見は、③“all moneys” charge という一般的な用語をもって、B がさらなる追加融資が実行されるであろうことを熟慮すべきであったと解することは許されないとする。このような判断の前提として、本判決は、「代位権」という保証人の権利を制約する条項が設けられている点について、「保証人の権利に影響を与えることに関しては、銀行は保証契約締結前に保証人になろうとする者にその内容を開示しなければならないこと」を示した *Levett v Barclays Bank plc*²⁰ 判決（本論文第2章第3節第4款参照）を引用している。

3 まとめ

National Merchant Buying Society v Bellamy [2013] では、包括的保

²⁰ (1995) 2 All ER 615.

証の責任内容について、「通常の商取引の解釈原則」に基づいて判断すべきであり、制限的な解釈をすべき理由はないと判断されている。同判決の示すように、イングランドでは、一般に、包括的保証という保証形態に着目した責任制限解釈はなされていない。

一方で、Lloyds TSB Plc v Shorney [2002] では、包括的保証につき、その責任を制限すべきであるとの判断が示された。学説上、同判決については、事案における「特殊な状況」のもと、保証人が合理的に熟慮したとは認められないことから、“all moneys” 条項の適用範囲を制限的に解釈した判決であると評価されている。ここでは、「特殊な状況」と指摘されているにとどまっているが、その実は、妻が夫のために保証契約を締結している、いわゆる配偶者保証であることから、信頼等の関係性により、妻が契約内容を十分に認識することが困難であったという状況をさしていると推察される。

判例及び学説の状況からは、“all moneys” 条項が設けられた場合に、保証人が制限解釈により救済されうるのは、契約締結過程において保証人になろうとする者が保証責任の内容を熟慮することは困難であったと合理的に認められるケースに限定されているといえる。

第2節 契約締結プロセスにおけるルール

第1款 原則論

イングランド法では、契約締結プロセスにおいては、当事者は自ら必要な情報を収集すべきであるという「買主をして注意せしめよ (caveat emptor)」が原則であり²¹、契約当事者の一方が交渉の相手方に対して情報提供すべきとする一般的な義務は存在しない。イングランド法では、大陸法やわが国におけるような「当事者は信義誠実の原則に基づいて契約を締結し、その履行を行なわなければならない」とする信義誠実の原則 (good faith) は認められていないため、通常は契約締結プロセスにおいて信義則に基づく情報提供義務が導かれることもない。

²¹ J.O'Donovan and J.C.Phillips, The Modern contract of Guarantee, 2nd. ed., (2010), p. 172.

その上で、イングランド法では、契約締結プロセスにおいて‘悪しき行為’を禁じるためのルールが形成されている²²。すなわち、詐欺的陳述（fraudulent misrepresentation）や、不当な影響力を行使する不当威圧（undue influence）のような不法な行為が介在する場合には、契約の取消しが認められる。法が求めているのは、相手方を欺く等の〈悪しき行為を行なわないこと〉であり、一般的に、信義則に基づく積極的な行為を義務づけられることはない。不実表示を例にとると、一般にイングランドで不実表示を訴訟で主張するためには、その表示が積極的な形式（active misrepresentation）で行われたものでなければならないとされ²³、単なる事実の不開示（Non-disclosure）は、通常は不実表示にはならず、契約の効力を否定する原因とはならないのである²⁴。

学説上は、契約締結プロセスにおける一般的な情報提供義務を否定すべきとする多くの根拠付けが行なわれている。Fried 教授が展開した情報提供義務の一般化を否定する理論²⁵は、イギリス法における一般的な情報提供義務否定の理解を支えるものとして紹介されている²⁶。その理論は、次のような具体的事例をもとに展開されている。

ある石油会社は、石油及びガスの存在を調べるための大規模な地質調査を実施し、この調査には莫大な費用を要した。調査の末、ある土地に石油やガスが存在する可能性があるとの結果が得られたので、石油会社は、ブローカーを通して、農家である当該土地の所有者から土地を購入した。売買の際には、地質調査、購入目的、及び、買主が石油会社であることのいずれについても売主に知らせることはなかった。当該土地は、その地域の農地の時価で取引された。

²² supra note 1, pp. 233-234.

²³ H. G. Beale, Chitty on Contracts, 30th. ed., Vol.1, (2008), p. 580.

Cartwright, Misrepresentation Mistake and Non-Disclosure, 3rd ed., (2012), pp. 780-781.

²⁴ Ewan McKendrick（前掲注１）によれば、契約当事者は、一度不実の情報を開示した場合には、誠実に truthfully 情報提供すべき義務を負うとされる。

²⁵ Charles Fried, Contract as Promise : A Theory of Contractual Obligation, (1981), p. 79.

²⁶ supra note 1, p. 233.

このような事例を前提に、一般的な情報提供義務を否定すべき理由として次の3つの説明がなされている。まずは、買主が取得した情報は金銭的価値を有するものであり、その情報を、売主に対して無償で開示すべきことを期待することは、買主から不公正に価値ある情報を取り上げることになり、結果として、そのような情報の取得を抑制し、売主に不当な利益を与えることになる。次に、契約上の義務は、一般的に、距離のある当事者双方が、最善の取引を追求することにより自ずと生じるものであり、このような状況においては、契約当事者が互いに情報を共有することは期待されない。さらに、一般的な情報提供義務が認められると、その義務がいつの時点で生じ、どのような内容を有するものであるのかという問題を解決する必要が生じ、これを正当化しようとしても議論を汜濫させるだけであろう。

これらの理由付けは、一般的な情報提供義務を否定する法の態度を正当化するものとして十分に説得性のあるものとされている²⁷。

第2款 最高信義契約

このようにイングランド法では、契約締結時における一般的な情報提供義務の存在は認められていない。ただし、一定の契約類型においては、契約当事者が相手方に対し最高の信義を負い、その契約に関する重要な事実を積極的に相手方に開示する義務を負うべきものとされている。このような契約を最高信義契約 (contracts of uberrimae fidei) という。最高信義契約とは、契約当事者の一方のみが重要な事実を把握しているという場合において、その当事者が全ての情報を提供する義務を負い、その義務違反は契約の取消原因となる契約をさす。

最高信義契約の代表的な契約類型としては、保険契約があり、特に生命保険契約がその典型例であるとされる。保険契約では、船や家屋、生命について保険をかけるようとする者は認識しているが、保険業者は認識していない重要な事実については、全て、開示しなければならないとされている。

保証契約が、最高信義契約にあたるのかという問題について、後に検

²⁷ supra note 1, pp. 233-234.

討する *Seaton v Heath*²⁸ 判決は、これを否定している。ただし、最高信義契約に該当しないことから導かれるのは、「全ての重要事項について開示すべき義務」の存在が否定されるにとどまる。イングランドの判例法では、19世紀中盤より、債権者が保証人になろうとする者に対して、一定の情報を開示すべきであるとのルールが形成されているのである。

第３節 リスクの引受けと情報格差の是正

イングランドにおいて、保証契約における開示義務が論じられるようになった最初の事案は、従業員や使用人の誠実性を保証するための身元保証のケースであったとされる。その後、事業融資を中心とした融資取引のために締結される、いわゆる貸金保証契約については、*Hamilton v Watson* (1845) 判決を契機に判例法が形成されてきたが、その初期に当たる1840年代の判決では、事実の開示が独立した法的義務であるのか、その法的性質は必ずしも明らかではなく、その範囲についても複数の解釈が成り立ちうる状況であった。

以下、近時の判例である *North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others* [2010] EWCH 1485における先例解釈の記述に依拠しつつ、判例の展開を整理する。

第１款 身元保証契約における黙示の表示ルール

判例法上、保証契約における開示義務を示唆する判決は、身元保証のケースにおいて最初に現れたものとされる。身元保証 (fidelity guarantee) とは、主債務者である使用人等の不誠実行為 (窃盗、詐欺、横領、背任など) により、使用者である債権者が被る損害を填補する契約をいう。身元保証ケースでは、債権者が、使用人等の不誠実行為を秘して保証契約を締結した場合に、保証人がその事実の不開示を理由に保証責任を免れうるかが争われた。

(１) *Smith v The Bank of Scotland* (1813) 1Dow272.

²⁸ [1899] 1.Q.B. 782 at 792. supra note 21, p. 173.

【事案】

Y は、X 銀行との間で、同銀行が雇う支配人 A の不誠実行為に関して、身元保証人となる契約を締結した。契約締結当時、X 銀行は、既に支配人 A が誠実義務に違反していることを認識していたが、Y に対し、「A は、誠実な人物である」と伝えていた。そこで、Y は、支配人の不誠実行為を秘匿した状況で締結した保証契約であることを理由に、保証債務の免責を主張した。

【判旨】

Eldon 卿は、支配人 A が不誠実である事実を隠しながら、X 銀行が、保証人になろうとする Y に対し、「A は信頼に値する人物である」と約束したような場合は、X は、保証責任を追及することはできない、とした。また仮に、そのような事実の秘匿が、意図的、あるいは詐欺的ではなかったとしても同様であるとした。

(2) Railton v Mathews (1844) 10Cl&Fin109.

【事案】

Y は、X との間で、X の代理人 A の不誠実行為に関して、身元保証人となる契約を締結した。契約締結後、X は、A の作成する計算書に不正な点があることに気がついたが、この点に関して、保証人 Y に対しては積極的な説明は行なわれなかった。

そこで、Y は、本件保証契約は、A が不誠実であることを秘匿した状況で締結されたものであることを理由に、保証債務の免責を主張した。本件では、X による情報の不開示は、意図的になされたものとは認められない。そのため不誠実行為に関する情報の不開示が不当であるとされるのは、故意による不開示に限られるのが争点とされた。

【判旨】

貴族院は、「保証人が存在するとは予期していなかった状況であり、かつ、保証人の責任に重要な影響を与える情報」を債権者が認識していたにも関わらず、これを開示しなかった場合、「その秘匿は不当であり、その不開示が証明されれば、保証人は責任を免れる」と示した。そして、

保証契約締結前における使用人の不誠実行為は、「保証人が取得しておくべきであった重要な事実」にあたり、その事実の秘匿は不当であることから²⁹、保証人はその責任を免れるとした。その上で、「情報取得について、使用者が優位な地位にあることに鑑みれば、たとえ故意による情報不開示でないとしても、当事者の地位に影響を与えるような情報の秘匿やコミュニケーションの欠如は不当である」として、使用人による情報の不開示が故意によるものかどうかは重要ではないとした。

（３）黙示の表示ルール

Smith v The Bank of Scotland 判決は、債権者（銀行）が、保証人になろうとする者に対して、支配人は誠実である、との事実と異なる積極的な陳述を行なったという事案であった。判決では、債権者が支配人の誠実性について保証人になろうとする者に「約束」したことを認定した上で、債権者は、保証責任を追求できないとの結論が示された。もっとも、同判決は、このようなルールの法的根拠を明示しておらず、債権者が、支配人の誠実性について積極的に「約束」したことが、保証責任追及を否定する要件となるのかは明らかではなかった。

続く Railton v Mathews 判決は、債権者による「約束」の有無には言及せず、「保証人が存在するとは予期していなかった状況であり、かつ、保証人の責任に重要な影響を与える情報」を債権者が開示しなかった場合、その「秘匿」は不当であるとし、債権者による不当な秘匿を根拠に、保証責任の免責を認めた。同判決では、保証契約締結時には、代理人の不誠実行為を認識していなかったが、かかる情報の取得につき債権者が優位な地位にあることから、債権者は情報を取得すべきであったことを前提に判示している。

²⁹ なお、同事案の主な争点は、情報の不開示が不当であるとされるのは、故意による不開示に限られるのかという点であった。貴族院は、この点について、「情報取得について、使用者が優位な地位にあることに鑑みれば、たとえ故意による情報不開示でないとしても、当事者の地位に影響を与えるような情報の秘匿やコミュニケーションの欠如は不当である。」として故意かどうかは重要ではないとした。

これらの判決については、後に Blackburn 裁判官 (Lee v Jones³⁰) により、銀行が支配人の誠実性を「約束」したのではなく、不誠実であるという事実の「秘匿」をもって保証責任の免責事由と解すべきことを明らかにしたものと解されている。

Blackburn 裁判官の示した解釈は、次のようなものである。すなわち、Smith v The Bank of Scotland 判決の事案において、債権者が、支配人として雇っている者がその信頼に反して債権者に借金をしていることを知りながら、支配人を雇い続けることは、通常、身元保証人には予想できないことである。このような状況のもとで、当該支配人についての身元保証契約を申し込むことは、当該支配人は信頼に値する人物であると保証人になろうとする者に対して「表示することに等しい」とした。

さらに、Blackburn 裁判官は、コモンロー上、「事実の秘匿が、そのような事実は存在しないとの黙示の表示 (impliedly represented not to exist) となるか否か」については、「個々の契約の本質」によるものであり、保証契約については次のように述べている。すなわち、「先例、及び、契約原則に照らせば、債権者が、保証人になろうとする者に対し、保証の対象となる契約について説明した場合、そのような説明は、当該契約には、通常予想できないような事情は存在しないことの表示 (representation) に値する」と示した。

Blackburn 裁判官の先例解釈は、支配人が不誠実であるという事実を秘匿したまま身元保証契約を締結した場合、その秘匿が、支配人が不誠実であるという事実は存在しないとの「黙示の表示」に値することから、保証契約の効力を否定するというものである。黙示の表示のルールが適用されることにより、債権者が使用人の不誠実行為を認識している場合には、その事実を保証人になろうとする者に開示することが義務づけられることになる。

第2款 Hamilton v Watson 貴族院判決 (1845年) の登場

一般に、身元保証契約に関する訴訟では、使用人の誠実性に関わる事実の秘匿が争点とされ、判例上、他の事実関係について争われたものは

³⁰ (1864) 17 CBNS 482, 34LJCP 131, 11 Jur NS 81.

ない。そのため、上記の身元保証の判例では、他にどのような事実についての秘匿が、黙示の表示となるのかについては明らかにされていない。Railton v Mathews 貴族院判決の約２年後、貸金保証契約についての Hamilton v Watson 判決（以下、「Hamilton 判決」とする。）³¹では、保証人側弁護人が、身元保証の先例を引用し、広範な開示義務が認められるべきことを主張している。

1 Hamilton v Watson 貴族院判決

【事案】

X 銀行が、個人経営者 A に750ポンドを融資する際、同銀行の顧客 Y がその保証人となった。その保証は、新たな融資についての保証ではなく、旧債務の保証であったが、この点については Y に知らされていなかった。旧債務の利息も加算され、債務総額は838ポンドになったが、主債務者 A は債務不履行のまま死亡し、その財産が差押えられた。Y は、X 銀行（代表者 Hamilton）から残額818ポンドの請求を受けたが、旧債務の保証であることを知らされていなかったことを理由に、保証契約の取消しを主張したものである。

Y の代理人は、従業員の不誠実行為の開示を理由に身元保証責任を免責した Smith v The Bank of Scotland 判決を援用して、債権者は、保証人になろうとする者にとって重要な事実の全てを開示する義務を負うものであると主張した。

【判旨】

Campbell 卿は、開示義務の成否については「当該契約の本質が何であるかにとりわけ注意を払わなければならない」とし、本件保証契約は、「貸金債務のための保証契約である」ことを指摘した。そして、貸金保証において、代理人が主張するような「保証人にとって重要な事実を全て開示しなければならないとすると、銀行は不満を抱き、結果として、スコットランドにおける、保証付きの融資取引を機能不全に陥らせるであろう。」とした。

³¹ (1845) 12Cl.&Fin.109；8E.R.1339.

具体的には、「主債務者に対する融資がどのように行われてきたか、主債務者は借越しの習性があるか、取引が約束どおりに行なわれているか、約束に誠実であるか等、これらの事項は全て保証人になろうとする者にとっては重要な事項であるが、これらの情報については、保証人からの要求なされない限り、保証人に開示する必要はない。」とした。

一方で、債権者が保証人に対して「自発的に」事実を開示すべき場合があるとし、その判断においては、「主債務者と債権者間の取引に、通常行われるものと予想されない事項が存在するか否か、すなわち、主債務者と債権者間の契約が、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨の契約であるかどうか」を基準とすべきことを示した。

その上で、本件については、「仮に、旧債務の保証であることが、保証人になろうとする者に提供されていたとしても、その内容は、『旧債務は返済されるでしょう』との銀行側の予測に過ぎないものであっただろう。これは、単なる予想の不開示ないし秘匿に過ぎない。仮に、このような秘匿が保証契約の効力に影響を及ぼすとすれば、究極的には、Scotland における銀行融資を破綻させることになるだろう。」として、開示すべき事実にあたらないとした。

2 Hamilton 判決に関する学説

学説上、一般に、本判決は、貸金保証契約について、債権者の開示義務が否定される場合と、開示すべき場合のルールとに分けて理解されている。

(1) 開示義務の否定

第1に、本判決は、貸金保証契約において、銀行は、債務者の従前の資産状況や金融取引上の信用性の欠如に関しては、開示義務を負わないと示した。これらの事実、保証が徴求される理由そのものであるからと説明されている。

Campbell 卿は、開示義務の有無を判断する際には、「保証契約の本質は何か」を考慮すべきであると説き、本件契約が貸金保証契約であることを強調した。その上で、貸金保証契約における開示義務の成否につい

て、「主債務者に借越しの習性があるか、取引を誠実に行ってきたか、誠実な態度で債務を履行してきたかという事実については、保証人からの要求がない限り、債権者からの情報提供は必要ではない」とのルールを示した。本件では、保証人側弁護人が、身元保証契約に関する *Smith v The Bank of Scotland* 判決を引用し、債権者は保証人にとって重要である情報の全てを開示すべき義務を負うものと主張した。これに対し、Campbell 卿は、そのような開示義務を課せば、スコットランドにおける担保による融資取引が機能不全に陥るであろうことを指摘し、開示義務の成立を否定した。このように、本判決は、開示義務の成否を判断する際に、融資取引が機能不全となることへの懸念を示しており、金融維持の視点が考慮要素となることを明示的に示している。

本判決部分については、貸金保証契約において、債権者は原則として開示を要しないとするルールを示したものと理解する見解もある³²。もっとも、判決文では、「主債務者に借越しの習性があるか、取引を誠実に行ってきたか、誠実な態度で債務を履行してきたかという事実については、保証人からの要求がない限り、情報提供は必要ではない」という限定的な判断ともいえ、ここで提示された事実以外について、原則的に開示義務が否定されるのかについては、明示的に言及されていないといえよう。

ところで、Campbell 卿は、従前の主債務者の信用情報等に関して開示義務を否定する際、「保証人からの要求がない限り」との条件を付している。判決文からは、仮に、保証人になろうとする者から、開示の要求が行なわれた場合に、銀行に回答義務が生じるのかについては、明示されていない³³。しかし、学説上は、これを反対解釈し、開示が要求された場合には、銀行には回答義務が生じることを示したものと理解され

³² Gabriel Moss, David Marks, Rowlatt on Principal and Surety, 5th ed., (1998), p. 122.

³³ なお、主債務者の現在の負債額について、保証人側が質問した場合に回答義務が認められることを示す判例として *Westminster Bank Ltd. v. Cond* (1940) 46 Com. Cas.60. がある。

る傾向にある³⁴。

回答義務の内容については、学説上、次のように展開されている。

まず、一般に、保証人が、契約に関する重要な点について、直接債権者に質問した場合には、債権者は、誠実に、できる限りの手段 (ability) を尽くして、情報を開示しなければならないとされている³⁵。その回答の内容が誤りであり、不実表示 (misrepresentaion) に至る場合には、保証人は責任を免れる。ここでは、誠実に最善の技術を尽くすべきことが必要とされているが、その内実は、債権者が「既に把握している情報」から真実を開示すべきことを意味するとされている。そして、債権者が、主債務者の資産状況を把握するために外部にある情報を調査すべき義務を課すものではないとされている³⁶。

債権者の回答義務については、派生的な問題として守秘義務との関係が議論されている。回答義務は、銀行の顧客への守秘義務との関係で限界づけられると説く学説がある。これによれば、銀行は、顧客への守秘義務に違反してはならないとされ、開示が正当化される状況としては、保証契約の締結に際し、顧客がそのような開示に黙示の同意を与えていることがあげられている³⁷。また、銀行は、保証人に情報を開示することについて、顧客の明示的な同意を得ることを必要とし、仮に、同意が得られないのであれば、回答が不可能であることを保証人に告げるべきであるとする見解もある³⁸。

しかし、このように守秘義務による限界を主張する見解に対しては、Hamilton 判決では、回答の際に守秘義務が課されるかどうかの問題については特に言及されていないことを理由に、批判的な指摘がなされており³⁹、見解の一致はみられない。

³⁴ supra note 21, p. 186. Lord Hailsham of St.Marylebone, Halsbury's Law of England, 4th ed., reissue, Vol.20, (1993), p. 12.

³⁵ supra note 21, p. 173.

³⁶ supra note 21, p. 186. Parsons v Barclay & Co Ltd (1910) 103 L.T. 196.

³⁷ supra note 13, p. 177. John Odgers QC, Ail Malek, Paget's Law of Banking, 9th ed., (1994), p. 332.

³⁸ supra note 13, p. 188.

³⁹ supra note 21, p. 187.

（２）特異事項の開示

Campbell 卿は、上述のように主債務者の信用情報等に関する開示義務を否定する一方で、債権者が情報を開示すべき場合のルールを次のように示している。すなわち、「主債務者と債権者間の契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨が含まれている場合」には、保証人からの要求の有無に関わらず、債権者は保証人となろうとする者に対して「自発的に (voluntarily)」開示しなければならず、開示を怠った場合には保証契約の効力に影響が及ぶ余地があると判示した。

このルールは、貸金保証契約における債権者に、保証人に対する一定の開示義務が成立することを示唆するものである。この判断部分について、学説上は、「債権者と主債務者との契約のうち、保証人にとって特異な事項」に限定していると解するものもあるが⁴⁰、そのように限定的に解するべきかについては、後の判例においても解釈の分かれるところとなっている。この点は、本節第３款において検討する。

Hamilton 判決は、旧債保証という事情についての開示が争われたものである。判決では、「旧債務は返済されるであろう」ことの開示は、あくまで銀行側の予想、意図の域を超えないものであるとしている。後の判例においても、Hamilton 判決について、このような銀行側の「意図」は、そもそも開示が問題とされる「事実」ではないことから、本件の解決に関して言えば、一般的な規範を提示する必要がなかったこと、すなわち、開示義務についての判断は傍論として述べられたのであり、先例としては発展途上であったと指摘されている⁴¹。

もっとも、Hamilton 判決は、保証人側代理人が身元保証契約の先例を引用して、広範な開示義務を主張したのに対して、開示義務の成否は、契約の本質に顧みて判断すべきであるとし、本件保証契約は貸金保証契約であることを強調した上で、身元保証契約の先例が適用されないことを明示した点に意義がある。

Hamilton 判決は、貸金保証契約における開示義務の存在を初めて示

⁴⁰ supra note 21, p. 174.

⁴¹ Levett v Barclays Bank plc (1995) 2 All ER 615.

唆したものであり、上述の特異事項についての開示ルールは、後の判例法の基盤とされている。

第3款 開示ルールの法的性質論

Hamilton 判決では、「主たる契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨が含まれている場合」には、その内容を保証人に開示すべきであり、その不開示は、保証契約の効力に影響を及ぼすことが示された。

判例法上、既に、身元保証契約では、黙示の表示のルールのもと、使用人等の不誠実行為の存在を債権者が認識していた場合には、契約締結前に保証人にその事実を開示しなければならないとの判断が示されていた (Railton v Mathews⁴²等)。ここで、開示が義務づけられている使用人等の不誠実行為という事実は、身元保証契約の内容以外的事实である。しかし、その後の Hamilton 判決 (1845年) では、開示すべき情報を示す際に、「主たる契約の内容」に含まれる事実との表現が用いられた。仮に、Hamilton 判決が①債権者の開示すべき情報を「主たる契約の内容に含まれる事実」に限定する趣旨であり、かつ、そのルールが②身元保証契約にも適用されるのであれば、これまでの身元保証契約における判断は覆されることとなる。

次に紹介する London General Omnibus Co Ltd v Holloway⁴³ (以下、「Holloway 判決」とする。) では、身元保証契約に Hamilton 判決のルールが適用されるのかが争われた。その判断においては、身元保証契約に対する適用ルールにとどまらず、Hamilton 判決で示された開示ルールの法的性質についての解釈論も示されている。

・ London General Omnibus Co Ltd v Holloway [1911-1913] All ER Rep 518.

【事案】

本件において、Y は、使用者 X に雇われる A の忠実義務を保証するために身元保証人となる契約を締結した。Y は、X の依頼により保証人

⁴² (1844) 10 Cl & Fin 109.

⁴³ [1911-1913] All ER Rep 518

となったものであり、その保証限度額は200ポンドであった。この保証依頼の２年前から、A は X の財産を着服しており、X はこの事実を認識していたが、この事実は、保証契約締結前に、Y に開示されなかった。保証契約の後、A は、さらに着服をしたため、X が、Y に対し、保証債務を履行するよう訴えを提起した。Y が、A の不誠実行為についての不開示を理由に保証契約の取消しを主張したところ、X は Hamilton 判決を引用し、不誠実行為の事実は保証契約の内容に含まれないことから、開示義務違反はないと争ったものである。

【判旨】

本判決は、② Hamilton 判決のルールが身元保証契約にも適用されるか、について、適用を否定する旨を判示した。その理由について、Kennedy 裁判官は次のように述べる。

身元保証契約においては、使用人の誠実さは、保証契約の重要事項であり、明らかに本質的事項である。一方で、主債務者が誠実に取引してきたかという事実は、貸金保証契約では非本質的部分であり、契約の一部をなすものではなく、他の契約でいえば、目的物の価格を高めたり、低めたりするような、あるいは、契約を締結したり拒絶する動機を操作するための、契約に関連する付随的な事項である。このような非本質的内容は、保険契約を除いて、法律上、契約の効力を否定する根拠となる開示義務には当たらない。

このように Kennedy 裁判官は身元保証と資金保証の本質的な差異を指摘した上で、本件には、「保証人が存在するとは予期していなかった状況であり、かつ、保証人の責任に重要な影響を与える情報」を提供しなければならないとした身元保証についての Railton v Mathews 判決の規範が適用されるとした。これによれば、身元保証契約における A の着服行為は、保証人に知らされるべき事実であるところ、これが開示されなかったことから、保証契約は取り消されたものといえ、X の請求を棄却するとした。

さらに、本判決では、Railton v Mathews 判決で示された「保証人が存在するとは予期していなかった状況であり、かつ、保証人の責任に重

要な影響を与える情報」を提供すべきとするルールの法的根拠について、各裁判官が具体的な見解を述べている。

まず、Vaughan Williams 裁判官は、契約法の原則論について、「我々が判断しなければならない点は、保証契約の締結において詐欺が認められないとした場合、保証人にとって重要な情報を有する者による情報不開示は保証契約の効力に影響を及ぼすか否かである。コモンロー上、一般的に保険契約の場合を除き、債権者の認識の範囲内で、保証人にとって知ることが重要な事実の不開示は、保証契約の効力に影響を及ぼすものではない。」ことを確認している。しかし、例外的に、「開示されなかった事実が、保証契約の前提基礎を構成しているという理由で、その不開示が不実表示にあたることも認められる場合には、保証契約の効力に影響を及ぼす。すなわち、本件のように、適正に報酬を得ている従業員は、通常の保証契約の両当事者から、『彼が受領している金銭が、不正に着服されたものではない』ことが契約の前提基礎となっている。そのような不誠実な事実の不開示は、不実表示にあたる。」とする。このような見解は、保証契約における開示ルールを、契約法上の不実表示法理に基づくものとの解釈を示すものである。

Farwell 裁判官は、「本件は、債権者からの不開示が故意であるか忘却によるものであるかを問わず、不実表示によって契約を締結するに至った保証人をいかに救済するかの問題である」とし、本件の事実の不開示が不実表示の問題であることを示している。さらに、Kennedy 裁判官も、特異な事実が存在するとの陳述がないために、保証人が合理的な予測に基づく主張を行なうことができないという状況においては、コモンロー上、この「黙示の表示」を「単なる沈黙である」として救済を拒むことはできないであろう、としている。

このような開示ルールについての解釈論を展開した上で、Vaughan Williams 裁判官は、Hamilton 判決が①債権者の開示すべき情報を「主たる契約の内容に含まれる事実」に限定する趣旨であるか、という問題について、そのような限定解釈を否定する旨を判示している。

それによれば、Campbell 卿の示す規範は正当なものであるが、これは、「ある事実が存在することを告知しなかったこと」が「その事実は存在しないという黙示の表示 implied representation」となるために、保証人

が「その事実は存在しない」と予測するような状況においては、債権者は、そのような事実を全て開示 (reveal) しなければならないという契約の一般的規則の一つ (only an example of the general proposition) として理解すべきであると示した。

そのように解する根拠として、*Railton v Mathews* 判決における Campbell 卿の次のような見解を引用している。すなわち、「債権者が、保証人が認識しておくべき事実を把握していながら、その事実を開示しなかった場合、そのような不当な秘匿の効果として、保証人は免責される。保証人に課される責任は、告知された当該ケースの事実状況に基づいた内容でなければならず、保証人が知っておくべき事実について、相手方のみが認識し、あるいは契約の動機としている場合には、その内容に基づいて責任を課してはならない。」。

Vaughan Williams 裁判官は、このような Campbell 卿の見解を支持した上で、開示されなかった事実が、保証人において、「その事実が存在すると想定することが正当である」場合には、不実表示のルールが適用されるべきであるとした。

このように *Holloway* 判決では、全ての裁判官が、開示のルールを「不実表示」法理に基づくものとして位置づけている⁴⁴。そして、*Holloway* 判決は、Campbell 卿の示した規範は、債権者の開示すべき情報を「主たる契約の内容に含まれる事実」に限定する趣旨であるか、という問題について、そのような限定解釈を否定している。その説明として、Campbell 卿の示した規範は、「黙示の表示 implied representation」に基づく契約の一般的規則の一つ (only an example of the general proposition) であるとの解釈を示している。このような解釈は、貸金保証契約における情報開示の対象を「主たる契約の内容」に限定しないとの結論を導くものであるが、かかる解釈は、その後の判例法上、直ちには先例として支持されなかった⁴⁵。

⁴⁴ 後の *North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others* [2010] EWHC1485 at110. においても、同様の解釈が示されている。

⁴⁵ 保証契約における開示義務を黙示の表示ルールの現れとして位置づける解

第4款 Hamilton 判決後の貸金保証契約についての判例の展開

次に、1845年の Hamilton 判決後、19世紀後半から20世紀にかけての貸金保証契約の判例を対象に、開示のルールにつきどのような解釈論が展開されたのかを中心に検討する。

1 Seaton v Heath 判決 (1899年) - 原則論の確立

Hamilton 判決 (1845年) では、「主債務者に対する融資がどのように行われてきたか、主債務者は借り越しの習性があるか、取引が約束どおりに行なわれているか、約束に誠実であるか」という主債務者の過去の取引の態様などの一定事項について、債権者は開示義務を負うものではないことが明示的に示された。しかし、ここで挙げられた以外の事実についての債権者の開示義務の成否については、明言されなかった。

この点については、Seaton v Heath 判決⁴⁶により、保証契約における一般原則が示されたものと一般に解されている。以下、同判決について検討する。

【事案】

保険引受人 (underwriter) Y は、Lloyd にて、240ポンドの限度額で、A の債務を保証する契約を X との間で締結した。A の債務とは、陸軍将校である B が X に対して負う借金 1 万 5 千ポンド (以下、「原債務」とする。) の支払を保証 (guarantee) する債務であった⁴⁷。Y による保険引受けは、X の要求により締結されたものであり、X は、Lloyd の約款による引受けを求めた。保険引受け契約の締結に際し、X は、Y に対して、A が裕福であると告げていた。一方で、X の B に対する融資には、利率30%という非常に高い利率が設定されていたが、X はこの利率については Y には告げなかった。

釈 (Holloway 判決) は、その後21世紀初頭の判例により先例として引用されることとなる。この点については、本稿第4章にて詳述する。

⁴⁶ [1899] 1.Q.B. 782, 792.

⁴⁷ 本件では、保険引受けという名称の契約が締結されているが、イングランドにおいてその契約が保証であるのか、保険であるのかは、契約の実質で決定されている (supra note 13, p. 130.)。この点、本件の契約については、貴族院判決において保証契約であることが認定されている。

その後、A が破産したため、X が Y に対して240ポンドの支払を求めたところ、Y は、重要な事実の秘匿を理由に債務の履行を拒んだというものである。

【高等法院判決】

高等法院の Romer 裁判官は、保証契約における開示の要否を論じる際、保証契約が最高信義契約に該当しないと明示している。「保証契約は、債権者の保証人に対する最高信義 (uberrima fides) が必要とされる契約ではない。保証人の引き受けるリスクに影響を与える事実を債権者が認識している場合、その事実を保証人に告げなかったことが、詐欺、あるいは、不実表示にあたらない限りは、単なる不告知をもって、契約の効力を否定することにはならないであろう。」とする。そして、最高信義契約に該当するか否かは、「実質的な契約の特徴によるものである」ことを指摘した上で、保証契約が最高信義契約にあたらないという原則論の根拠について次のように説明している。

「一般に、債権者は、保証人と面会し、保証契約のリスクを説明することはない。保証人は、主債務者との友人関係を動機として保証人となることが多く、債権者と保証人との直接的な取引、あるいは、債権者から保証人に対する何らかの報酬による約因の結果として保証人となることはない。引き受けられるリスクは、通常、保証人が認識しており、債権者と保証人との関係は、保証人が引き受けるリスクを自ら正しく確認しておくことが想定されている。」

このように高等法院判決は、保証契約は最高信義契約には該当しないこと、そして、保証契約においては保証人自らが引き受けるリスクについての調査をすべきであり、債権者がかかるリスクを説明する義務を負うものではないことを示した。その上で、本件において開示されなかった①主債務とされていた A の債務とは、B が X から融資を受けるために A が引き受けた保証債務であったこと、そして、② B への融資の利率が年利30%である事実については、Y 自らが引き受けるリスクには該当せず、開示されるべきであったとの判断を示した。

このような高等法院判決に対しては、上記①と②の事項について開示義務の成立を肯定したという具体的判断について上訴が認められ、貴族

院は次のような判断を示した。

【貴族院判決】

Halsbury 裁判官は、Y による「保険引受け」は、A の金銭債務の不履行を保証する内容であることから、その約款契約は、A の債務不履行の「保証 (guarantee)」であることを認定した。そして、B の借入金の利息が非常に高いものであることを認めつつも、① X の B に対する貸付の存在、そして、② B の借入金の利率が30%である事実を開示すべきであったかという問題については、開示義務を否定した。その理由としては、主たる貸付の条件等の事実は、商人 (businessman) にとっては重要ではないこと、実際に、本件においても、保証人 Y はそのような事実の調査を行っていないこと、Y は、A の取引銀行において、その取引上の評判を調査し、これに対して、銀行員が A に関する資料を提供したところ、A は15000ポンドの弁済をする資力を有するものと判断し、契約を締結したことをあげている。

Seaton v Heath 訴訟の高等法院判決は、保証契約における債権者の開示義務に関して、2つの見解を示した。まず第1に、保証契約は、最高信義契約 *uberrima fides* には該当せず、保証人の引き受けるリスクに影響を与える事実を債権者が認識している場合であっても、その事実を保証人に告げなかったことが、詐欺、あるいは、不実表示にあたらない限りは、単なる不告知をもって、契約の効力を否定することにはならないという点である。第2に、保証契約の締結において、債権者は、保証契約のリスクについての開示義務を負うものではなく、保証人になろうとする者が自ら引き受けるリスクの調査を行わなければならないというルールを示した。その理由は、保証契約が保証人と債権者との直接取引を前提に締結されるのではなく、通常は、保証人と主債務者との関係を前提に締結されるという実態的特徴に求められている。

貴族院判決では、Y が引き受けた債務が他人が第三者のために引き受けた「保証債務」であったこと、及び原債務が高利率であることについて、債権者の告知義務を否定し、この点で高等法院判決を覆した。しかし、高等法院が示した、保証契約が最高信義契約に該当せず、債権者は、保

証契約のリスクについて開示義務を負わないとの原則ルールについては、否定されていない。

Seaton v Heath 判決は、保証契約が最高信義契約には該当しないと結論を示した。学説上は、保証契約が最高信義契約に該当しないという判決から導かれるのは、保証契約における開示義務のルールは、最高信義契約である保険契約と区別して考察すべきであるということ⁴⁸、すなわち、債権者は、保証人にとって「重要な事実のすべて」を開示するという包括的な義務を負うものではないという点にあって、一切の事実の開示義務が否定されるものではないと指摘されている⁴⁹。

Spencer Bower によれば、開示義務のルールとは、売買契約に適用される場合も含め、同一のルールであるが、適用される場面に応じて、その内容や度合いに多様性が有り、柔軟かつ変容性を有するものとされている。すなわち、「特定の契約や取引の本質に関わる重要な内容に関する事実について、当事者の一方が必然的に独占的に把握しており、かつ、相手方当事者も、取引のエッセンスあるいは目的とみなしており、これを知らないことのリスクを必然的に負わざるを得ないという状況」において、前者は相手方に対してそれらの事実を開示することが必要とされる。保険契約と保証契約においては、このような開示のルールの方針に違いはなく、想定されるリスクの置かれ方だけが異なっていると説明される。保険、保証という用語からも明らかであるように、いずれも、ある者が一定の偶発的な出来事による損失に対して、保証あるいは保険を引き受けることを目的とする契約である。そして、特定のケースにおいてなにか偶発的な出来事であるかは、契約の目的として重要ではない。「なぜ、どういう場合に、人が自己の船や家屋、生命について保険をか

⁴⁸ George Spencer Bower, The law relating to actionable non-disclosure, (1915), pp.. 85-96.

⁴⁹ 前掲注23) H.G.Beale によれば、保険契約以外にも、通常、最高信義契約に含まれるとされるが、厳格な意味での全面的な信義ではなく、そして、広範な情報提供義務を含むものでもないとされる契約類型が複数存在する。このような契約類型として、会社における株式買取予約契約、家族間継承的財産設定の合意 (family settlement)、土地の売買契約、パートナーシップ契約があげられ、保証契約もこのうちのひとつとしてあげられている。

ける際、その者は、認識しているが、保険業者は認識していない重要な事実を開示しなければならない、しかし、保険業者がリスクをとることを託された場合は、開示する必要はない」。同様の理由で、債権者は、「保証人が主債務者の資産状況の健全性についてのリスクを負わされた場合には、情報を開示する必要はない」とされる。

ここでは、売買契約や保険契約等、契約には同一の開示ルールが適用されるとの見解が示されている。その構造は、まず、契約のリスクに着目し、いずれの契約においても、①引受けが想定されていないリスクに関しては、その情報が重要であり、かつ、一方当事者がその情報を独占し、これを知らないことのリスクが他方当事者に必然的に課される場合には、開示義務が発生するものとされている。これに対し、②契約上、既にリスクの引受けが想定されている事実については、開示義務は発生しないというルールが示されている。具体的にいえば、融資の際に締結される貸金保証契約においては、主債務者の資産状況の健全性が保証人の引き受けるべきリスクとされており、この点については、債権者の開示義務は生じないものと説示されている。

Seaton v Heath 判決では、保証契約のリスクについては、保証人が自ら把握しておくべきであり、原則として債権者は説明する義務を負わないことが示された。学説では、この判決により、債権者は、原則的に、保証人が主債務者の負債額、資産状況の現状、過去の取引状況について自ら情報収集することを想定され、債権者は開示義務を負わないという一般ルールが示されたものと理解される傾向にある⁵⁰。

ただし、本判決では、本件の保証人が「商人」であり、自ら主債務者の取引銀行に調査することが当然であることが示されている。したがって、保証を業としない者が保証人となる、いわゆる個人保証人にも同様に適用されるのかについては明確に判示されているものではない。

2 開示義務の成立要件に関する判例

1845年の Hamilton 判決では、「主たる契約の内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨が含まれている

⁵⁰ supra note 13, p. 192.

場合」には、その内容を保証人に開示すべきであり、その不開示は、保証契約の効力に影響を及ぼすことが示された。同判決では、開示すべき情報に関し、「主たる契約の内容」という表現を用いているが、これが開示の対象を、主たる契約の内容に限定する趣旨であるのかについては定かではなく、身元保証についての Holloway 判決（1911-1913年）は、これを否定する。このような開示の対象に関して、Hamilton 判決後の資金保証についての判例がいかなる解釈を示しているのかに着目して、判例理論の動向をみていくこととする⁵¹。

① National Provincial Bank of England Ltd v Glanusk⁵²

【事案】

Y 卿は、自己の使用人 A が X 銀行に対して負う債務の保証人となった。しかし、当該保証契約締結以前から、A は Y 卿の X 銀行の資産を着服していた。そこで、Y 卿は、A の着服の事実についての銀行の開示義務違反を理由に、保証責任の履行を拒絶した。

【判旨】

裁判所は、身元保証の先例（Railton v Mathewa 判決）によれば、使用人の不誠実行為は開示すべき情報にあたるが、かかる身元保証のルールは、本件のような資金保証については、適用されないとした。その上で、本件の銀行 X の義務に関しては、貸金保証に関する Hamilton 判決の示したルールによるべきとし、「主たる契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨（特異な内容）が含まれている場合には開示すべきである」とした。本件において、A が保証人の財産を着服していたという事実は、XA 間の主たる契約の内

⁵¹ Spencer Bouwer は、Hamilton 判決について、「コモンロー上、保証契約を締結する過程において債権者に課される情報提供義務は、開示されれば賢明な（prudent）保証人であれば契約の締結を拒否し、あるいは、提示されたよりもより多くの報酬を求めることになるであろう、全ての事実を開示する義務を負うとの解釈を示したものである。」と端的に指摘する。

⁵² (1913) 3K. B. 335.

容外の事実であるから、開示義務は認められないとの判断を示した。

② Cooper v National Provincial Bank of Ltd⁵³

【事案】

A は、既に破産している夫 B に対し、自己の X 銀行口座を利用する権限を与えていた。Y は、A の X 銀行に対する債務の保証人であるが、破産者 B が A の口座を利用する権限が付与されている事実を知らされていなかった。そこで、Y は、かかる事実の開示義務違反を理由に保証債務の履行を拒んだ。

【判旨】

裁判所は、本件貸金保証のケースには、「主たる契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨（特異な内容）が含まれている場合には開示すべきである」との Hamilton 判決の規範が適用されたとした。そして、口座名義人 A が、破産した B に口座を利用する権限を付与することは、不当な権限授与行為にあたりうるが、債権者 X と主債務者 A との主たる契約の内容をなすものではない。したがって、かかる事実を X が保証人に開示しなかったとしても、保証人の責任が免責される理由にはならないとした。

③ Levett v Barclays Bank plc⁵⁴

【事案】

Y 夫妻（夫は株式仲買人）は、A と B の運用する投資スキームに投資し、12万ポンドの損失を被った。A と B は、Y 夫妻に対し、自身らがある取引を行うことにより、その損失を回復させるとの提案をし、そのためには X 銀行から融資を受ける必要があるので、そのための担保として Y 夫妻の有する株式（自己株式）を担保として提供してほしいとの

⁵³ (1946) 1K.B.1.

⁵⁴ (1995) 2 All ER 615. なお、Cooper v National Provincial Bank of Ltd [1946] 後、Levett v Barclays Bank plc までの間、イギリスでは保証契約における情報提供義務に関する判決は存在しないようである。

申し出を行った。この申し出に応じて、Y 夫妻は、保有株式を A 等の短期銀行融資の担保として提供することを承諾し、担保契約の締結に関する委任状に署名をした。しかしながら、A 等は、かかる委任状に反し、X と A 等との融資契約は、「主債務者 A、B に債務不履行がなくても、X は満期になれば当然に本件株式を売却する権利を取得する」という内容であった。そこで、Y 夫妻は、X 銀行が、このような融資契約の内容を保証人となる Y 夫妻に開示するのを怠ったとして、担保契約の効力を争ったものである。

【判旨】

裁判所は、貸金保証契約の開示義務の規範とは、銀行と顧客との間において、保証人が知っていれば保証契約を締結しなかったであろう内容が合意されていた場合には、そのような保証人の地位について銀行は保証人になろうとする者に開示しなければならないというものであるとした。より具体的には、債権者と主債務者との間で締結される「契約上の取決め (contractual arrangement)」について、a) 保証人が通常予想している内容と異なる内容であり、かつ、b) 保証人の責任の程度に重大な不利益を与える内容については、債権者は保証人に対して開示する義務を負うとした。

その上で、本件における主たる融資契約の内容は、A 等の不履行を条件とすることなく、主債務の期限到来とともに Y 夫妻の提供した株式の売却権限を X に付与するものであり、保証人のリスクに重大な不利益をもたらし、保証人には通常想定できない相違であるから、債権者は保証人に対して開示しなければならないとした。すなわち、ここでの保証人への重大な不利益とは、本来ならば、保証人が債務を弁済して株式を保全する機会が与えられるところを、その機会が奪われていること、さらには、かかる契約においては、主債務者にとって弁済するインセンティブがないということであるとし、保証人が通常予想するよりも、保証人にとって不利益であることは明白であり、保証人は、銀行から株式の返還を請求できるものとした。

Levett v Barclays Bank plc 判決は、上記の判断を導く際に、先例解

釈から、貸金保証契約と身元保証契約に適用される開示ルールは区別されることを明示的に示し、次のような解釈論を示している。

まず、開示すべき内容は、保証契約の種類により異なることを指摘し、Hamilton 判決は、貸金保証契約のリーディングケースであること、そして、そのように解する理由として、同判決は、主債務者の従来の取引状況（借越しの習性等）について開示を不要とする際に、「保証による融資取引の実現」という貸金保証契約特有の事由を考慮すべきことを示した点をあげている。

続けて、Michael 裁判官は、「債権者は、保証人が当該状況の下では存在しないと期待するであろう全ての事実を開示しなければならないというのが一般規範である」という Holloway 判決（本節第 3 款）の Vaughan 裁判官が示した規範は、身元保証契約に適用されるルールであり、貸金保証契約には適用されないものとした。その上で、貸金保証契約においては、主債務者と債権者との間でなされた「契約上の取決め（contractual arrangement）」が⁸、保証人が通常予想するよりも、保証人にとって不利益なものである場合に開示すべきであるとのルールを提示した。ここで示された「契約上の取決め」の内容が、Hamilton 判決における「主たる契約の内容」と同一であるのか否かについては明示的に示されていない。しかし、以下の理由から、Michael 裁判官の見解は、開示すべき内容を「主たる契約」に限定しない立場と理解するのが整合的である。

第 1 に、本判決における Michael 裁判官は、Hamilton 判決について、「完全な先例ではない」と評している。Hamilton 判決は、保証債務を旧債保証とすることの銀行側の「意図」の不開示が争点とされた事案であるから、そのような単なる「意図」に関しては開示する必要はなかったと判示すれば足り、「事実」の開示についての規範を示さずとも解決可能な事案であったことを指摘した。この指摘から窺えるのは、Hamilton 判決は、事案の性質上、そもそも開示を要しない事案であり、「主たる契約内容」との限定に重きを置かずとも解決が可能であったこと、したがって、ここで示された規範は、合理的な理由に基づいて厳密に限定した趣旨と解する必然性はないとの指摘である。

第 2 に、Levett v Barclays Bank plc 判決は、開示すべき内容に関し

て、主たる契約の内容に限るのではなく、あえて「契約上の取決め」という要件を示したものと解される。本件では、債権者と主債務者との間で保証人が担保として提供したはずの株式を実質上代物弁済にあてるとの取決めを行い、その事実が開示されなかったという事案であり、このような取決めは、「保証人に重大な不利益をもたらすこと」を理由に、保証責任が否定された。このような取決めは、形式的にみれば主たる契約内容に該当しない。しかし、同判決は、その保証人に与える影響の重大性に鑑みて、開示が必要であるとの価値判断から、主たる契約内容に限定せず、あえて、債権者と主たる債務者との「契約的取決め」と示したものと解されよう。

④ Estate of Palmer (deceased) v Coerstone Investments & Finance Co Ltd (Jamaica)⁵⁵

【事案】

本件では、Y が、A の X に対する債務の保証人となった。保証契約締結の際、Y に提供された融資契約書では、主債務の金額は25万ポンドと記載されていた。しかし、実際は、そのうち9万ポンドがAの債務であり、残りの16万ポンドは、既にAが「第三者Bの借金の保証人」として負うことが想定された債務であった。そこで、Yは、Aの債務が、「第三者Bの債務のための保証債務」である事実について開示されていなかったとして、保証契約の効力を争ったものである。

【判旨】

裁判所は、本件保証人Yの責任は、Yが全く関知していない「主債務者以外の第三者」の債務を含むものであったことを指摘し、このような主たる契約の真の内容については、保証人に提供されるべきであったとし、Yの責任を否定した。

第4節 判例の分析

⁵⁵ (2007) UKPC 49.

本章では、貸金保証契約についてのリーディングケースである Hamilton 判決、及び、同判決のルールに関する解釈論を示した Holloway 判決を中心に検討を行なった。イングランドの契約法では、単なる事実の不開示は、不実表示にあらず、コモンロー上、救済の対象にならないというのが原則である。この原則との関係において、保証契約における開示義務が契約法上のどのように根拠づけられているのかにつき、判例法理を分析する。

1 原則論

まず、判例法上、保証契約においても、契約締結過程における開示義務は発生しないということが原則として示された。1845年の Hamilton 判決では、「主債務者の過去の取引状況や信頼性」について開示義務が否定されたが、その他の事実についても原則的に開示義務が否定されるのかについては明らかにされていなかった。この点、1899年の Seaton v Heath 判決では、保証人が負うべきリスクに関しては、保証人が自ら主債務者から確認しておくべきであり、債権者が保証人に対して表示し、説明するものではないとの判断が示された。同判決は、保証人は、主債務者の負債額、資産状況の現状、過去の取引状況について自ら情報収集することが想定され、原則として債権者の開示義務を否定した判例として理解されている⁵⁶。

2 例外としての開示ルール

判例法上、保証契約の締結過程において、例外的に債権者が開示すべき場合として2つのルールが示されている。第1は、保証人になろうとする者から質問がなされた場合の回答義務であり、第2は、「主たる契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨（特異な内容）が含まれている場合」である。このような開示がなされないままに契約が締結された場合には、保証人に契約の取消権が発生する。

このうち、第2のルールの位置づけに関し、Holloway 判決によれば、

⁵⁶ supra note 13, p. 192.

ある事実が存在するという言明の懈怠が、そのような事実は存在しないという「黙示の表示 implied representation」となるために、保証人が、その事実は存在しないと期待したであろうという状況においては、債権者はそのような事実を全て開示しなければならないという、一般的命題の一つであると理解されている。ここで示された「黙示の表示」のルールを論じる際、Holloway 判決では、全ての裁判官が不実表示法理の内容をなすルールとして論じている⁵⁷。

このように判例は、単なる事実の開示とは区別して、不実表示に由来する「黙示の表示」という理論構成を示すことにより、保証人に契約の取消という法的救済を認めた。契約法上、一般に、開示義務と不実表示は、区別して説明される傾向がある。イギリスにおける不実表示とは、相手方に誤解を生じさせる虚偽の表示であり、その態様は、言葉によると行為によるものとを問わないとされている。不実表示のケースでは、契約を締結するかを決定する過程における「被告の陳述あるいは行動」を主張、立証することになるが、開示義務違反のケースでは、被告は、誤解を生ぜしめる積極的な言動を何ら行っていない。原告は、「被告が、（原告の）誤解を正し、あるいは、契約を締結するかの決定に係る条件についてより情報を開示すべきであった」が、この義務を懈怠したということを主張立証し、法的救済を求めることになる。このような構造の相違から、両者を区別して論じる必要性も指摘されている⁵⁸。

ただし、開示義務の成否を論じる際には、不実表示法理との関連性は否定されるものではない。例えば、売買契約の判例であるが、ある言明が、内容そのものは正しいが、関連する全ての情報を開示しなかったために誤解される内容であった場合に、その情報の不開示は、不実表示のあたるとされる⁵⁹。このような判例について、学説上は、ある一定の状況においては、事実の「言明」を柔軟に認定しており、そのため不

⁵⁷ North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others [2010] EWCH 1485.

⁵⁸ 前掲注23) Cartwright, p. 781によれば、開示義務は、錯誤と不実表示の間に位置づけられるとする。

⁵⁹ Notts Patent Brick and Tile Co v Butler (1866) 16 QBD 778.

実表示の裏側から特定の開示義務を課してきたと分析されている⁶⁰。

3 開示要件の抽出

Hamilton 判決は、「主たる契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨（特異な内容）が含まれている場合」には、債権者は、その内容を保証人に開示しなければならず、開示がなされずに契約が締結された場合には保証人に契約の取消権が発生するとした。このルールは、その後の保証契約の事例において解釈、適用されている。

まず、National Provincial Bank of England Ltd v Glanusk 判決は、使用人が不誠実であるという事実が「主たる契約の内容」を構成しないとの理由のみで、開示義務を否定している。Cooper v National Provincial Bank of Ltd 判決においても、主債務者が破産した配偶者に口座利用権限を与えた事実について、同様の理由により開示義務が否定されている。

一方、Levett v Barclays Bank plc 判決は、貸金保証契約においては、主債務者と債権者との間でなされた契約的取決め（contractual arrangement）が、保証人が通常予想するよりも、保証人にとって不利なものである場合に開示を要すると示した。そして、ここでの契約的取決めとは、あえて主たる契約内容に限定しない趣旨と解するのが相当といえるのであった。これらの判例の状況からは、貸金保証契約における開示の要件として「主たる契約内容」という限定を加えるか否かという問題は直ちに明らかにはならないが、次のような視点を見いだすことができる。

まず、保証契約締結を契機として、債権者が行った契約行為が、通常予想されるよりも保証人に不利益な影響を与える場合には、開示を要す

⁶⁰ supra note 1, pp. 216-217. 本論文第4章の判例検討においても、情報提供義務の要件及び効果についての判断においては、不实表示における解釈論が大きく反映されており、むしろ、その形式は対照的であるにしろ、債権者が創出した表示ないしは状況に対する相手方の信頼を保護するという実質的な法の理念においては共通するものとして理解されているといえよう。

るとされる。具体的には、主債務の一部に、主たる債務者以外の第三者の債務が含まれていた事実 (Estate of Palmer(deseased) v Coerstone Investments & Finance Co Ltd (Jamaica)) や、保証人が提供した株式に関して債務者の不履行を条件とせずに満期到来と同時に債権者に売却する権限を付与する取決め (Levett v Barclays Bank plc) がこれに該当する。一方で、保証人にとって不利益であっても、旧債保証についての予想 (Hamilton 判決) や、主債務者による保証人の財産の着服 (National Provincial Bank of England Ltd v Glanusk)、主債務者による破産者である夫への口座資金の利用権限付与 (Cooper v National Provincial Bank of Ltd) 等、債権者がその事実の形成に関与していない事実については、開示は必要とされていない。

このような判例の傾向からは、保証人にとって「通常」とはいえない不利益事項があり、かつ、そのような不利益事項の形成に債権者が関与している場合に情報を開示すべきとされる傾向にあるといえる。

第５節 まとめ

ここで、これまでの判例検討により明らかとなった保証契約締結のプロセスにおける開示のルールをまとめておく。Seaton v Heath 判決では、保証契約の締結において、債権者は、保証契約のリスクについての開示義務を負うものではないという原則が示された。それゆえ、保証人になろうとする者は、自ら引き受けるリスクの調査を行わなければならない。同判決は、リスクの内容について明示的に示していないが、学説上は、主債務者の負債額、資産状況の現状、過去の取引状況等の事実がリスクとされ、保証人自ら情報収集することが想定されていると理解されている⁶¹。そして、例外的に、①保証人になろうとする者から質問がなされた場合、及び、②主たる契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする趣旨 (特異な内容) が含まれている場合 (Hamilton 判決) には、債権者は、その内容を開示しなければならない、開示をせずに契約が締結された場合には、契約の取消しが認

⁶¹ supra note 13, p. 192.

められるというルールが形成されている。

もっとも、開示すべき内容に関しては、一定の解決が図られていない状況にある。Holloway 判決は、1845年の Hamilton 判決の規範について、ある事実が存在するという言葉の懈怠が、そのような事実は存在しないという「黙示の表示 implied representation」となるために、保証人がその事実は存在しないと期待したであろう状況においては、債権者はそのような事実を全て開示しなければならないという一般的な命題の一つであるとの解釈を示した。これによれば、開示義務は、「主たる契約内容」という枠にとらわれずに成立する可能性が認められるが、このような解釈は、本章で検討した19世紀中盤から20世紀までの判例では採用されていない。このように解釈論には争いが見られ、また、この時期の判例では、情報を開示すべきと判示する際に「義務 (duty)」という用語は明確には用いられていない。

しかしながら、判例は、①保証人にとって「通常」とはいえない不利益事項があり、②不利益事項の形成に債権者が関与しているという客観的な基準をみたす場合には情報を開示すべきであると示し、その懈怠は保証契約の取消原因になると示している。かかる判例法の内実は、一定の情報提供を義務づけるものであり、ここに保証契約締結プロセスにおける情報提供義務の生成が見いだされるのである。

ところで、Hamilton 判決は、情報の開示を不要とする際の考慮事情について示唆している。すなわち、本件保証の本質が貸金保証であることから、「担保による融資取引が機能不全に陥らないよう配慮すべき必要性」があることを明示し、主債務者の従来の取引状況（借越しの習性があるか、取引が誠実であるか、適切に債務を履行してきたか等）については、保証人からの要求がない限り、債権者による開示は不要であると示した。ここでは、傍論としてはあるが、開示義務の成立を否定する実質的根拠として、融資取引の維持という視点を設定した点は注目に値する。

「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（２）

—— ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ——

橋 本 伸

目 次

序章

第１節 問題の所在——わが国の議論状況とその問題点

第１款 はじめに

第２款 日本法の議論状況

第３款 日本法の議論状況の問題点

第４款 本稿の課題

第２節 分析素材——ヒト由来物質の無断利用問題

第３節 分析方法および叙述の構成（以上、69巻5号）

第１章 ヒト由来物質の無断利用と利益の帰属問題

第１節 Moore 事件前史

第１款 従来の議論状況

第２款 従来の議論状況の転換

第１項 バイオテクノロジー研究の進展と新たな法的問題の出現

第２項 研究成果に対する特許取得の問題

第３項 連邦政府の研究政策の転換——研究結果の私的所有の承認

第３款 小括

第２節 Moore 事件の概要

第１款 事案

第２款 争点の確認——動産侵害の成否

第３款 判決

第４款 Moore 判決の意義と検討

第３節 学説の動向——Moore 事件以後の議論状況

第１款 学説の全体像

第２款 否定説

第３款 肯定説

第４款 両説の整理と検討

第４節 本章の小括

（以上、本号）

第１章 ヒト由来物質の無断利用と利益の帰属問題

まず、ヒト由来物質の無断利用による利益の帰属問題についてアメリカ法の議論状況に一瞥を与えることにしよう。

この問題は、1980年代後半に提起された Moore v. Regents of the University of California 事件¹（以下では、「Moore 事件」という）を契機にアメリカの学説において大々的に論じられており、多くの議論の蓄積がみられる。以下では、まず Moore 事件の位置づけを明確にするために、英米における Moore 事件以前の身体やその部位をめぐる議論状況や Moore 事件が登場するに至った背景を概観することとする（第１節）。次に、Moore 事件を若干詳細に紹介し、検討を加える（第２節）。最後に、Moore 事件をめぐる学説の議論状況（特に、利益の帰属をめぐるそれ）に一瞥を与え、残された問題点を指摘する（第３節）。

本稿は、これらの考察を行うことによって、この問題の本質が、——政策論ではなく——患者などの組織提供者への利益帰属をどのように根拠付けるかという理論的な問題であることを示す。

第１節 Moore 事件前史

本節では、まず Moore 事件以前にヒト由来物質の無断利用類似の問題が英米において生じていたかどうかを明らかにするために、彼地における身体やその部位をめぐる従来の議論状況（とくに判例の議論状況）を簡単に概観する（第１款）。次に、こうした伝統的な議論状況が大き

¹ 249 Cal. Rptr. 494 (Cal. Ct. App. 1988) ; 793 P.2d 479 (Cal. 1990).

く変化する——ヒト由来物質の無断利用という問題が顕在化する——原因となった背景を明らかにする（第2款）。

第1款 従来の議論状況

（1）身体ないし部位の法的性質の概観

英米では、身体をめぐるっては、伝統的に①死体、②臓器、③血液の法的性質——具体的には、財貨（property）と捉えるか否か——を中心に議論がなされてきた²。もっとも、これらの問題は本稿の直接の関心対象ではないことから、以下では——従来ヒト由来物質の無断利用問題が生じていたかどうかを確認するという目的との関連で——判例・制定法の状況を簡単に言及するにとどめる。

まず、この問題の当初の中心をなした³①死体については、英米では、非金銭的な利用（具体的には、聖者による遺骨の崇拜、展示や保存、医学教育目的での利用〔たとえば、解剖利用〕にとどまった⁴）の文脈で、その法的性質が問題となった⁵。この点につき、（ア）財貨性を否定する——no

² このほかにも、近時では、精子・卵子ないし受精卵に関する議論もみられるが、ここでは立ち入らない。これらについては、石川稔「凍結受精卵の法律問題——受精卵採卵裁判を素材としつつ」法セ426号（1990）14頁以下、中村恵「Davis v. Davis, 842 S.W. 2d 588 (Tenn, 1992)」アメリカ法1996-1号（1996）380頁以下、尾島茂樹「離婚と凍結受精卵の処置——アメリカにおける最近の議論を中心として」名古屋大学法政論集201号（2004）667頁以下などを参照されたい。

³ e.g. Thomas P. Dillon, *Source Compensation for Tissues and Cells Used in Biotechnical Research: Why a Source Shouldn't Share in the Profits*, 64 NOTRE DAME L. REV. 628, 630 (1989)（身体をめぐる問題は、当初、死体の所有をめぐる論じられたと指摘する）；Erik B. Seeney, *Moore 10 Years Later—Still Trying to Fill the Gap: Creating a Personal Property Right in Genetic Material*, 32 NEW ENGLAND L. REV. 1131, 1131-2 (1998)（「バイオテクノロジー会社、組み換えDNA、あるいはウエスタンブロットが登場するまでは、身体に対する唯一の関心は、死体に対する関心であった。社会の主な関心は、死体の適切かつ『しかるべき埋葬』であった。」と指摘する）。

⁴ Dillon, *id.* at 630.

⁵ 死体の法的性質をめぐる問題については、後述の引用文献のほか、Paul Matthews, *Whose Body? People as Property*, 36 C. L. P. 192 (1983)；Radhika

property とする——イギリス法⁶と（イ）そうした立場を継受しつつも、その後一定の社会的必要性（たとえば、埋葬方法に関する故人や遺族の意思の尊重および死体損壊に対する遺族の権利〔慰謝料請求権〕の保護⁷）のため

Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B. U. L. REV. 359 (2000) ; ROHAN HARDCASTLE, *LAW AND THE HUMAN BODY: PROPERTY RIGHTS, OWNERSHIP AND CONTROL* (Hart Publishing, 2007) 12 ~ ; REMIGIUS N. NWABUEZE, *BIOTECHNOLOGY AND THE CHALLENGE OF PROPERTY: PROPERTY RIGHTS IN DEAD BODIES, BODY PARTS AND GENETIC INFORMATION* (Ashgate Publishing, 2007) 44 ~ ; Mark Pawlowski, *Property in Body Parts and Products of the Human Body*, 30(1) LIVERPOOL L. REV. 35, 38 ~ (2009) などを参照。また、わが国の先行研究として、佐藤雄一郎「死体の処分方法に対する生前の指示権」東海法学22号（1999）216頁以下、同「死体に対する遺族の権利について——承諾亡き臓器摘出をめぐる」東海法学24巻（2000）41頁以下、宇津木伸「死体検査の際に採取されたヒト由来物質——イギリスの最近の動向に関する覚え書き」東海法学27号（2002）239頁以下、同「死体からの臓器・組織の研究利用——イギリスの例から」ジュリ1247号（2003）62頁以下、佐藤雄一郎「死体に対する遺族の権利について」岩田太編著『患者の権利と医療の安全』（ミネルヴァ書房、2011）150頁以下なども参照。個別の判例についてはこれらの先行研究にすべて譲ることとし、引用は省略する。

⁶ その根拠は、明確とは言えないものの、近時の判例が述べるところによれば、（ア）生きている人が自己の身体ないしその一部を所有することができないのだから、死亡によって、生きているときに存在しなかった所有権が成立するということとはあり得ないこと、（イ）死体を埋葬以外の目的に利用することはその神聖さを冒瀆すること、（ウ）公衆衛生のために死体は直ちに埋葬されることが望ましいこと、などに求められる（*Yearworth v. North Bristol NHS Trust*, [2009] EWCA Civ 37, [2010] QB 1, [31]。同事件については、Cynthia Hawes, *Property Interests in Body Parts: Yearworth v. North Bristol NHS Trust*, 73 MLR 130, 131 ~ (2010) を参照）。なお、樋口範雄「人体試料と法の考え方」法教325号（2007）181頁、特に184頁は、「おそらく、英語では、所有権を論じる場合 property という概念が用いられるため、財産権という意味合いが明確に強調される結果、遺体について所有権で論ずることにいっそう抵抗感があったと考えられる。」と述べる。

⁷ もっとも、この問題は、本来不法行為法によって対応されるべきものであったともいえるが、アメリカ不法行為法（訴訟）には制度的制約（具体的には、被告による故意性の証明や身体的損害や金銭的損害の証明）があったために、必ずしも遺族の権利（慰謝料請求権）は保護されなかった。そのため、準所

に財貨性を部分的に承認するに至った——準財貨ないし準所有権 (quasi property) とする——アメリカ法とで立場が分かれていた。もっとも、後者においても、死体を完全に物 (商品) として扱い、金銭的な取引 (売買) の対象とすることを認めるものではなかったことから、両者において大きな違いがあったわけではない。

次に②臓器については、英米では医学の発展による臓器移植が可能になることに伴ってその法的性質が問題となった⁸。もっとも、この点は、アメリカでは主として制定法——具体的には (ア) 連邦法である全米臓器移植法 (The National Organ Transplant Act) と (イ) 州法である統

有権が不法行為法 (訴訟) の不十分性を代替する機能を担ったとされる (See, Rao, *supra* note 5, at 385 ; NWABUEZE, *supra* note 5, at 59 ; Dina Mishra, *Tis Better to Receive: The Case for an Organ Donee's Cause of Action*, 25 YALE LAW & POLICY REVIEW 403, 405 (2007))。なお、近時は、不法行為訴訟の改善が進みつつあり、今後この類型では、準所有権理論に頼る必要性がなくなる可能性もあり得るし、また現にそのような方向性は近時の判例でも見られる (See, Erin Collieran, *My Body, His Property: Prescribing a Framework to Determine Ownership Interests in Directly Donated Human Organs*, 80 TEMP. L. REV. 1203, 1207 (2007))。

⁸ 臓器の法的位置づけをめぐる問題については、Mary Taylor Danforth, *Cells, Sales, and Royalties: The Patient's Right to a Portion of the Profits*, 6 YALE L. & POL'Y REV. 179, 194 ~ (1988) ; Michelle Bourianoff Bray, *Personalizing Personality: Toward a Property Right in Human Bodies*, 69 TEX. L. REV. 209, 222 ~ (1990) ; Maureen S. Dorney, *Moore v. The Regents Of The University of California : Balancing The Need For Biotechnology Innovation Against The Right of Informed Consent*, 5(2) HIGH TECH. L. J. 333, 366 ~ (1990) ; Stephen A. Mortinger, *Spleen for Sale: Moore v. Regents of the University of California and the Right to Sell Parts of Your Body*, 51 OHIO ST. L. J. 499, 508 ~ (1990) ; Chales M. Jordan, Jr & Casey J. Price, *First Moore, Then Hecht: Isn't It Time We Recognize A Property Interest In Tissues, Cells, And Gametes?*, 37 REAL PROPERTY, PROBATE AND TRUST JOURNAL 151, 157 ~ (2002) などを参照。わが国の先行研究として、森本直子「死体臓器の摘出とデュー・プロセス——反対意思表示方式による角膜等の摘出に関する合衆国の判例を中心に」比較法学37巻1号 (2003) 1頁以下も参照。

一死体提供法（Uniform Anatomical Gift Act）⁹に大別される——により規定されている。結論のみ述べると、両者は、（いずれも一定の留保が必要であるものの）臓器を財貨として扱うことに否定的な立場を採っている点で一致している¹⁰。

最後に③血液についてみると¹¹、制定法（州法および連邦法）は、血液の売買を一定程度認めている¹²。また判例では、（ α ）担保責任の適用の場面と（ β ）所得税法上の所得判定の場面でその法的性質が問題となっている。具体的には、（ α ）の場面では、判例は提供者が営利目的か否かをメルクマールとして、血液の財貨性を判断している（営利目的でない場合には、財貨性を否定するのに対し、営利目的である場合には、財貨性を肯定する）¹³。これに対し、（ β ）（所得判定）の場面では、判例は血液の財貨性を肯定する立場を採っていると解される¹⁴。要するに、判例は、血液の市場取引が現に行われている場合には、財貨として扱うことを追認するが、そうではない場合には、財貨として扱うことに慎重な態度を採っているといえよう。

（２）小括

⁹ なお、同法の87年改訂版の翻訳として、丸山英二「統一死体提供法」神戸法学24巻4号（1975）427頁以下がある。

¹⁰ 全米臓器移植法は、明確に移植使用目的での有価約因（valuable consideration）での人の臓器の取得等を禁止している（42 U.S.C. 274e (a)）。また統一死体提供法も、『移植や療法目的』による身体部位の売買を禁止する（1987 UAGA § 10 (a)）。

¹¹ 血液の法的位置づけをめぐる問題については、Rao, *supra* note 5, at 371～；Jennifer Lavoie, *Ownership of Human: Life After Moore v. Regents of the University of California*, 75 VA L.REV. 1363, 1372 (1989)などを参照。

¹² たとえば、州法レベルでは、生命に関わらない量の血液の売買は禁じられていない。

¹³ こうした判断の背景には、医療機関や血液銀行が営利を目的とするものではないことから、これらの機関を厳格な担保責任に服させしめるべきではないとする一種の政策的判断があったように見受けられる。

¹⁴ その根拠として、血液売買による収入が、通常の有体製品の売買による収入と同様に課税対象になることが挙げられる。

このように、英米法において身体は、文脈により異なる取り扱いがなされており、一律に性格づけることはできない。この点については、Radhika Rao の次の叙述が端的に英米の状況を物語っているであろう。すなわち、――

〔英米の判例における〕身体に関する法は、現在、混乱ないしカオスの状態にある。ときおり、身体は、財貨として性質づけられ、ときおり、それは準財貨として分類され、そしてときおりそれは全く財貨とみなされず、人格権の主体とみなされる¹⁵。

こうした英米の身体（ないしその部位）の取扱いをいかに評価するかは問題となるが、この点は本稿の直接の検討対象ではないことからこれ以上立ち入らない。しかし、以上の考察からは、以下の示唆を得ることができるといえよう。すなわち、後述するヒト由来物質の無断利用のような金銭的利益が生じるかという問題は、従来の英米の身体をめぐる議論の俎上には載せられていなかったということである。その理由としては、そもそも Moore 事件以前にはそうした問題が――技術的制約や法的規制¹⁶を伴ったために――顕在化していなかったからであると推測される（この点は、学説のヒト由来物質の無断利用と利益帰属をめぐる多数の議論が Moore 事件を契機に展開されたものであったことから間接的に明らかであろう）。

第2款 従来の議論状況の転換

もっとも、こうした従来の議論状況は、1970年代後半以降、アメリカ

¹⁵ Rao, *supra* note 5, at 363 ~ ([] 内は引用者による)。See also, JoAnne Belisle, *Recognizing a Quasi-Property Rights in Biomaterials*, 3 UC IRVINE L. REV. 767, 777 (2013).

¹⁶ 後述のバイ・ドール法が制定される以前の、1960年代～70年代においては、アメリカでは国費による研究成果から研究者が私的な利益を得る行為は刑事罰の対象となっていた(L・アンドルーズ＝D・ネルキン〔野田亮＝野田洋子訳〕『人体市場――商品化される臓器・細胞・DNA』〔岩波書店、2002〕64頁を参照)。

の社会背景の変化により、大きな転換を迎えることになる¹⁷。具体的には、①バイオテクノロジー研究の進展（第１項）、②連邦最高裁の特許法解釈の変更（特許適格性の拡大）（第２項）、③連邦政府の研究特許政策の変更（国費による研究成果の私的所有の承認）（第３項）がヒト由来物質の無断利用問題を引き起こす契機となったといえよう。以下では、これらの状況に若干立ち入って考察することにより、Moore 事件登場の背景を明らかにすることを試みる。

第１項 バイオテクノロジー研究の進展と新たな法的問題の出現

（１）バイオテクノロジー研究の進展

人間の遺伝子形成を明らかにし、新たな医薬品の製造を可能にするバイオテクノロジー研究は、近年、科学分野の中で最も急速に発展している領域の一つであると評されている¹⁸。具体的には、——Watson & Crick による DNA の二重らせん構造の発見（1953年）、および Cohen & Boyer による 遺伝子組換え技術の発見（1973年）を経て発展した——以下の３つの領域が今日重要であるとされる。すなわち、(a) 組織・細胞培養技術（１個ずつ分解した細胞を培養器内で生成させることにより、細胞株を樹立する方法。多くの樹立細胞株は、人に由来する癌細胞から作られ、後述の Moore 事件もこのタイプである）、(b) ハイブリドーマ技術（二つの異なるタイプの細胞〔腫瘍細胞（骨髄腫細胞）と T リンパ球（T 細胞）又は B リンパ球（B 細胞）〕を融合することにより細胞株を生成する方法。他の方法と異なり、大量の個人の抗体を製造することが可能となる）、(c) 組換え

¹⁷ John J O'Connor, *The Commercialization of Human Tissue—The Source of Legal, Ethical, and Social Problems: An Area Better Suited to Legislative Resolution*, 24 LOY. L.A.L. REV. 115, 117 (1990).

¹⁸ バイオテクノロジー研究の概要については、James P. Leeds, *Moore v. Regents of the University of California: More for Biotechnology, Less for Patients*, 25 IND. L. REV. 559, 560(1991) ; Dorney, *supra* note 8, at 365 ; John J. Howard, *Biotechnology, Patient's Rights, and the Moore Case*, 44 FOOD DRUG COSM. L.J. 331, 334 ~ (1989); O'Connor, *id.*, at 119 ~ のほか、宇都木伸ほか「〈座談会〉ヒト組織・細胞の取扱いと法・倫理」ジュリ1193号（2001）２頁、特に３頁以下を参照。

DNA 技術（生物の細胞の DNA を試験管内で組み替えて新たな DNA を作る方法）である。そして、これらのうち、人間の組織を用いる（a）の方法は、他の方法（b）（c）にはない利点があることが指摘されている。具体的には、（ア）費用対効果がよい点（人間の細胞株は、広く多様なタンパク質を製造するのに対し、ハイブリドーマや組換え DNA は単一の製品しか製造しないことや組換え DNA のような複雑な技術と比較して費用がかからない）、（イ）人間の細胞株は治療上役に立つリンホカインを製造することができる点（Moore の脾臓からも見つかったものである）、（ウ）人間の細胞からできる製品は患者の拒絶反応が出にくいことが挙げられる¹⁹。このような技術の発展は、必然的に——それ以前には注目されることのなかった——人間の組織および細胞などのヒト由来物質に対する研究需要の増加をもたらすこととなった²⁰。

（２）新たな法的問題の出現

もっとも、このようなバイオテクノロジーの発展およびそれに付随するヒト由来物質の需要の増加は、新たな法的問題を提起した²¹。具体的には、（a）ヒト由来物質を用いたバイオテクノロジー研究の成果物に対する研究者の権利（特許権）の問題（→知的所有権法の問題）、（b）ヒト由来物質に関する研究の直接的な成果（製品、収益、あるいは知識）に対する組織提供者（患者・被験者）の権利の問題（→民法・医事法の問題）、そして（c）ヒト由来物質の使用および研究から生じる潜在的利益に関して利用者（医師・研究者）は提供者に情報提供する義務を負うかという

¹⁹ O'Connor, *id.*, at 126 ～.

²⁰ Leeds *supra* note 18, at 560-1. この点については、寺沢知子「医的資源としての人体の『提供』の法的意味——民法の視点から見るわが国の問題状況」撰法29号（2003）33頁以下、神坂亮一「人由来物質の法的性格付けに関する一試論——レイディン教授の property 理論を導きの糸として」東海法学32号（2004）1頁以下も参照。

²¹ Lara M. Ivey, *Moore v. Regents of the University of California: Insufficient Protection of Patients' Rights in the Biotechnological Market*, 25 GEORGIA L. REV. 489, 499 (1991).

問題（→民法・医事法の問題）などである²²。

これらの問題をどのように理解するかは、バイオテクノロジー研究、バイオテクノロジー産業、公衆の利益、そして利用者と提供者の関係（具体的には、医師と患者の関係）などへの影響にも配慮しつつ、慎重な検討がなされなければならない²³。これらの問題のうち最初に顕在化したのは（a）の問題であった（そして、Moore 事件において、（b）（c）の問題が顕在化した）。この問題自体は、知的所有権法の問題であり、本稿の直接の関心対象ではないものの、Moore 事件のような、医師や研究者がヒト由来物質を無断で利用するインセンティブを生む要因の一つとなったことから、確認しておくこととしたい。

第２項 研究成果に対する特許取得の問題

（１）アメリカ特許法の従来の問題点

今日、アメリカにおいて、研究者がヒト由来物質の研究から生み出した研究成果が、「特許権」により保護され得ることは異論ない²⁴。

もっとも、こうした取扱い、1980年のアメリカ連邦最高裁判所の承認によるものであり、それ以前には自明のことではなかった。というの

²² ヒト由来物質の研究利用についての法的問題については、唄孝一ほか「ヒト由来物質の医学研究利用に関する問題（上）（下）」ジュリ1193号36頁以下、1194号91頁以下（2001）、宇都木伸ほか「〔座談会〕人由来物質の医学研究利用のために」ジュリ1247号（2003）6頁以下など参照。

²³ See, Leeds, *supra* note 18, at 561-2.

²⁴ アメリカにおけるバイオテクノロジー成果物に対する研究者の権利（特許権）の問題に関しては、相沢英孝「アメリカ合衆国における特許法の保護対象としての生物（バイオテクノロジーの法的保護）」日本工業所有権法学会年報17号（1993）105頁以下、平井昭光「保護対象適格要件の再考に関する一試論——バイオテクノロジー関連特許における考察から」特許研究24号（1997）4頁以下（平井①）、同「バイオテクノロジー成果物の保護に関する最近の諸問題（その１）（その２・完）」知財管理50巻6号747頁以下、7号953頁以下（2000）（平井②）、山名美加「遺伝子の特許化と現代社会——財産的情報の保護に関わる考察」現代社会研究2号（2001）45頁以下などを参照。また、米国特許法一般については、アーサー・R. ミラー＝マイケル・H. デービス著（藤野仁三訳）『アメリカ知的財産権法』（八朔社、2008）も参照。

も、連邦特許法の要件との関係で、生体 (living matter) が特許の対象となり得るかについて議論の余地があったからである。この点を敷衍すると次のとおりである²⁵。すなわち、連邦特許法101条によれば²⁶、特許の対象物は、(a)「発明 (invention)」——それは(a-1)主観的な着想 (subjective conception) (知られている又は知られていない全てのアイデアから構成される)と(a-2)有形の具象化 (tangible embodiment) (主観的な着想を便利な物質の形態にする行為) から構成される——に制限され、またその発明は (b) 新規性 (以前に主観的に知られておらず、そして客観的に存在していないものであること) を具備することが要求された。要するに、特許可能な物は、「(「自然に存在する物」と区別された)「人間の作ったもの」であることが要求されていたわけである。そしてこうした観点から見ると、微生物 (microorganisms) や細胞株 (cell line) などの「生きている」目的物は「天然物」(product of nature) と解され、特許の対象とみなされない余地があった。裁判所も、このような「天然物」理論を伝統的に支持していた²⁷。

(2) 判例における特許適格性の拡大

こうした伝統的理解に対し、バイオテクノロジー関連発明の増加に伴い、生物特許に対する社会的需要が急速に増加した。というのも、バイ

²⁵ See, Allen B. Wagner, *Human Tissue Research: Who Owns the Results?*, 3 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH L. J. 231, 237 ~ (1987).

²⁶ 35 U.S.C. § 101 (1982). 101条は次のように規定する (翻訳は、木村耕太郎『判例で読む米国特許法〔新版〕』[商事法務、2008] 2頁に負う)。

「新規かつ有用な方法、装置、製造物、もしくは混合物、またはそれらの新規かつ有用な改良を発明ないし発見した者は、何人もこの法律の要件に従いこれについて特許を受けることができる。」

²⁷ 伝統的立場については、Karen Goodyear Krueger, *Building a Better Bacterium: Genetics Engineering and The Patent Law after Diamond v. Chakrabarty*, 81 COLUM. L. REV. 159, 160 ~ (1981); O'Connor, *supra* note 17, at 140; Maxwell J. Mehlman, *Moore v. Regents of the University of California*, in: GERALD KORNGOLD & ANDREW P. MORRIS EDS., *PROPERTY STORIES* (Foundation Press, 2004) 41, at 47のほか、平井①・前掲注 (24) 5頁以下も参照 (詳細はそれらに譲る)。

オテクノロジー関連発明のためには、膨大な投資と人的資源が必要となり、そしてその投資の大部分は基礎的な研究段階に投下されることになるものの、このような費用を投下した企業は、それを回収することに迫られ、そのために特許法による保護（しかも基礎的な研究段階での保護）を要請することになったからである²⁸。

こうした要請を踏まえてか、連邦最高裁判所は、伝統的立場を変更するに至る。すなわち、——後述する連邦政策の転換と相前後する——1980年の *Diamond v. Chakrabarty* 事件（以下では、「Chakrabarty 事件」という）²⁹において、最高裁は、生物自体の特許適格性について、特許法101条の対象を「太陽の下、人間によって創造されたあらゆるもの」に及ぶとして、特許の適格性を広く解釈することにより、肯定する立場を示した。そして、その根拠としては、①制定法の文言の一般的な意味と一致すること（本件の微生物が特許法101条の「製造物」または「混合物」のいずれかの文言に含まれること³⁰）、および②議会の意図と一致すること（1952年法の制定時の委員会報告書は、「人間によって作られたもので太陽の下にあるものはすべて」特許の対象に含めると解していたこと³¹）などが挙げられた³²。

もちろん、こうした根拠付けが十分に説得的なものであるといえるかについては異論もみられるが³³、本稿の関心ではないことから立ち入ら

²⁸ 平井①・前掲注(24) 5頁。

²⁹ 447 U.S. 303, 318 (1980). 本件は、X (Chakrabarty) が自然界には存在しないバクテリア（４種類の原油の構成物を分解する能力を有する）自体の特許クレームをしたのに対し、審査官がこれを否定したために、生物自体の特許適格性が争われた事案である。本件については、木村・前掲書注(26) 29頁以下を参照。

³⁰ *Id.* at 309-10.

³¹ *Id.* at 310-14.

³² See, Frank P. Darr, *Expanding Patent Coverage: Policy Implications of Diamond v. Chakrabarty*, 42 OHIO ST. LJ, 1061, 1069 ~ (1981).

³³ たとえば、Darr は、最高裁判所の挙げる本文の二つの根拠（①および②）が不十分であるとし、むしろ「特許がアイデアのための発明者に報酬を与えることのみならず、商事的发展の見込みを保護するために十分な時間を発明者に提供することを認めるとの政策的選択」を根拠とするべきであると説く（*Id.* at 1062 ~）。

ない。いずれにせよ、Charkraberty 事件の最高裁判決の登場により、研究者は、バイオテクノロジー研究を通じて製造された融合細胞、タンパク質、遺伝子³⁴、そして人間の細胞株の特許を取得することができるようになり、バイオテクノロジーの商業化は急速に進むことになった³⁵。そしてこうした取扱いの変化は、ヒト由来物質への需要を増加させる一因となったといえよう。

もっとも、このようなバイオテクノロジーの発展（およびその法的承認）に対しては、道徳的・倫理的な批判も加えられており³⁶、こうした問題は Moore 事件をめぐる評価にも現れている。また、特許適格性の要件として、人間によって創造されたものであることが要求されたことの結果として、組織提供者は、自分自身の特殊な組織や細胞の特許を取得できないことが含意されていた（後述の Moore 事件は、この点を正面から認めたといえる）³⁷。

第3項 連邦政府の研究政策の転換——研究結果の私的所有の承認

（1）従来のアメリカの特許政策とその問題点

ところで、研究者を患者の組織・細胞の無断利用に駆り立てたのは、このような特許適格性の拡大という事情のみならず、連邦政府の研究政策の転換、すなわち、研究結果の私的所有の承認という事情も大きく影

³⁴ ただし、近時、（実務では特許適格性が認められていたにもかかわらず）単離された遺伝子についての特許適格性を否定した判例が登場している（Ass'n for Molecular Pathology (AMP) v. Myriad Genetics, Inc., 133 S. Ct. 2107, 186 L. Ed. 2d 124 (2013). 本件については、井関涼子「遺伝子特許に関する米国連邦最高裁判決の意義」ジュリ1461号[2013]72頁以下を参照）が、この点には立ち入らない。

³⁵ Roy Hardiman, *Toward The Right of Commerciality: Recognizing Property Right in The Commercial Value of Human Tissue*, 34 UCLA L. REV. 207, 211 ~ (1986). See also, Christopher Heyer, *Moore v. Regents of University of California: The Right of Property in Human Tissue and Its Effect on Medical Research*, 16 RUTGERS COMPUTER & TECH. L. J. 629, 643 ~ (1990).

³⁶ Hardiman, *id.* at 208; Heyer, *id.* at 643.

³⁷ O'Connor, *supra* note 17, at 140. また、組織提供者は、自己の組織の特殊性を最初に認識した事実を証明することは困難であることから、特許法上の発明者にも該当せず、特許権者にはなり得ない。

響していることにも留意しなければならない。その背景は次の通りである³⁸。

従来、アメリカでは研究資源となる研究費が国費による場合には、その研究成果は公共財（public goods）になると解されていた。しかし、このような取扱いは、1970年代後半、国際社会において科学研究の成果を商品製造へ活かす面での著しい遅延の原因となった。というのも、①科学研究の成果を利用して商品開発を行う力のある民間企業は、その研究成果が公共のものであり競争相手にとってもアクセス可能であるような場合に、商品開発に躊躇し、また②公的資金による研究の成果が民間による商品開発につながらないという状況のもとでは、そもそも国費による研究計画や研究対象が研究者の知的関心だけによって決められて、商品開発の潜在的担い手である企業の商業的関心が反映されにくいという懸念もあったからである。

（２）特許政策の転換

そして、こうした状況を打開するために、連邦政府は、（先述の Chakrabarty 事件判決の登場した）1980年に、ビジネスとして見込める研究を推奨するために、バイ・ドール法（Bayh-Dole Act）を成立させ、研究成果（特許権）の私的所有を承認することにより、科学研究成果の商品製造を積極化させる方針を打ち出した。これにより「技術移転」市場の創設、そしてそれに伴う①大学や研究者の特許出願への関心の増加や②研究者創業企業（faculty star-up）（研究者や研究機関が自らの研究成果から商業的利益を得る目的で設立する企業）の創出がもたらされた。また、このような医学研究の市場化は、製薬業界の急成長に伴う医学研究への需要の急増という事情も影響している。いずれにせよ、このような連邦政策の転換によって、ヒト由来物質は研究者の大きな注目・関心対象となることとなった。

第3款 小括

³⁸ 本項の記述は、三瀬朋子『医学と利益相反——アメリカから学ぶ』（弘文堂、2007）61頁以下に負う。

最後に、本節のまとめをしておくことにしよう。これまでの考察からは、以下の点が明らかになったといえよう。

第1に、Moore事件以前には、ヒト由来物質が無断利用され、利益の帰属が問題となっていなかったということである(第1款)。すなわち、英米では身体についての議論は、①死体、②臓器、③血液などの法的性質(propertyか否かという点)を中心に論じられるにとどまり、人体やその部位から生じる金銭的利益の帰属をめぐる問題は顕在化していなかった。

第2に、1970年代後半以降、バイオテクノロジーが著しく発展し、ヒト由来物質は研究者から研究試料として注目を受けるようになったということである(第2款第1項)。

第3に、第2の結果として、ヒト由来物質を用いた研究成果に対する特許取得が認められるようになったということである(第2款第2項)。すなわち、従来、この点是否定的に解されていたが、1980年のChakrabarty事件において最高裁判所は、特許適格性を拡大することにより、正面から肯定するに至った。

第4に、1980年のバイ・ドール法は、医学研究の政策を転換したということである(第2款第3項)。すなわち、連邦政府は、従来のアメリカにおける医学研究の商業化の遅れを踏まえ、国費を用いた研究成果の私的所有を正面から承認し、医学研究の商業化を推奨する立場に転換した。

このような、近時のバイオテクノロジー技術の進歩、生物特許の承認、そして研究政策の転換は、医師と患者の関係に変容を迫ることとなった³⁹。というのも、従来は、医師は患者の治療にしか関心をもたなかったのに対し、医学研究が発展したことにより、医師は、患者を研究に不可欠な試料の源泉として見るようになったからである⁴⁰。このような変

³⁹ Hardiman, *supra* note 35, at 212. See also, Lavoie, *supra* note 11, at 1382 (「研究対象として、バイオテクノロジーの飛躍に不可欠な組織を生産することができる患者は、研究者にとって金銭的な金山を体現し得る。」と論じる)。

⁴⁰ このほかに、ヴォランティアや組織銀行からも提供されることがある。前者の場面でも、提供者が指定した目的以外で研究者が利用する事態(目的外利用)が起り得る。

容は、患者の同意なしに治療で採取された組織を利用し、あるいは治療には必要ないが、研究上有用な組織等を摘出するインセンティブを医師に与えることになった。Moore 事件は、そのような問題が、訴訟として顕在化した初めての事案であった⁴¹。そこで次に Moore 事件を概観することしよう。

第２節 Moore 事件の概要

本節では、まず Moore 事件の事案を紹介し（第１款）、本件の争点を確認したうえで（第２款）、判決の内容を取り上げる（第３款）。最後に、Moore 判決の意義を確認し、若干の検討を加える（第４款）⁴²。

第１款 事案

⁴¹ ヒト由来物質の無断利用事例において初めて訴訟で争われた事件は、Moore 事件であるが、和解レベルでは、同事件以前にも類例がみられた。その例は、1982年の Hagiwara 事件である（事案は、Moore 事件と類似する）。この事件では、全ての特許権はカリフォルニア大学に帰属し、アジアにおける当該特許を利用する排他的ライセンスを提供者（ハギワラ）に認めるとの和解に至った。この事案については、Ivor Royston, *Cell Lines From Human Patients: Who Owns Them?*, 33 CLINICAL RES. 442 (1985) が詳しい。

⁴² Moore 事件を紹介・検討するわが国の先行研究としては、丸山英二「インフォームド・コンセント——医師の説明と患者の承諾」法教120号（1990）6頁以下（丸山①）、同「人体を材料とするバイオテクノロジーと法」法セ438号（1991）10頁以下（丸山②）、樋口範雄『フィデューシャリー〔信認〕の時代』（1999）171頁以下、三瀬朋子「医師付随情報の開示とインフォームド・コンセント——90年代アメリカにおける判例の展開」国家学会雑誌118巻1＝2号（2005）111頁以下、同・前掲書注（38）204頁以下、岩志和一郎「ヒト由来物質を巡る法制的課題——わが国の議論」企業と法創造第6巻3号（2010）116頁以下、三瀬朋子「インフォームド・コンセント（Moore v. Regents of the University of California）」『アメリカ判例百選』（有斐閣、2012）176頁以下などがある。とりわけ、三瀬・前掲書注（38）204頁以下は、Moore 事件について詳細な考察を加えるものの、——直接の関心が医学における利益相反の問題にあることから——ヒト由来物質から生じた利益の帰属問題については、十分に検討が加えられていない。本稿は、この問題に焦点を置くものである。

X (John Moore、患者) は、1976年10月5日に、UCLA 総合医療センターに来院したところ、ヘアリーセル白血病であると診断された。直ちにXは同センターに入院し、同センターの内科医であるY1 (David W. Gold 医師) は、Xの血液や骨髓液等を抽出して、これらの病理鑑定を行った。Y1は、この鑑定によりXの組織の有用性を認識した。同月8日、Y1は、Xに脾臓を摘出することを推奨した。その際、Y1は、Xに「脾臓の手術はあなたの病気の進行を遅らせるために必要である」と虚偽の事実を告げ、そして脾臓手術に関する同意書へのXの署名を得た。Y1とY2 (後述のY3で働く研究員[Quan]) は、手術前に、摘除後にXの脾臓の一部を取得し、そしてそれらを別の研究機関に持ち帰る手配をしていた。なお、Y1およびY2は、この研究を遂行する計画をXに伝えておらず、研究を行う上で要求されるXの許可も得ていなかった。同月20日に、同センターの外科医 (訴外) は、Xの脾臓を摘出した。

その後、1976年から1983年の間に、Xは、約12回、シアトルの自宅からロサンゼルスと同センターに血液の精密検査目的で訪問した。Xは、この訪問が自己の健康のために必要であると信じていた。Y1は、Xを招き、血液、血清、皮膚、骨髓液、精液等の追加的なサンプルを採取した。1979年10月頃、Y1は、XのTリンパ球から細胞株 (以下、「Mo細胞株」という) を樹立させることに成功した。Mo細胞株は、ガンやエイズなどの病気の治療に有効な製品の製造を可能にし、それゆえに商業的に大きな価値を有していた。1981年1月30日に、Y3 (Regents of University of California) は、当該細胞株に関する特許を出願した。当該特許は、1984年3月20日に発行された。その後、Y1は、Y3の助言もあり、Mo細胞株の商品化・製品化を行うためにY4 (Genetic Institutes) と商事契約を締結し、現金 (3年間で333,000ドル) および株式 (Y4社の75,000株) を見返りに受け取った。さらに、1982年1月4日に、Y5 (Sandoz Pharmaceuticals Corporation and related entities) も上記契約に加えられた。Mo細胞株は、1990年までに30億ドルに及ぶと見積もられた。その後上記事実を知ったXは、1984年に、Y1～Y5に対して損害賠償訴訟を提起した (請求額は不明)。その根拠としては、(a) 動産侵害 (conversion)、(b) インフォームド・コンセント違反、(c) 信認義務違反などの訴訟原因が挙げられた。これに対し、Y1らは「訴答不十分の抗弁

(demurrer)」を提出し、訴答する義務を負わないと反論した。

事実審裁判所（ロサンゼルスの上位裁判所）は、(a)の訴訟原因（動産侵害）に対する Y1らの抗弁の有効性を検討し、Xの訴答が不十分であるとした。Xは控訴した。

本件の主要な争点は、動産侵害請求の可否——医師がXの同意なしに医療研究において彼の身体組織・細胞を無断利用したことが動産侵害に当たるかどうか⁴³——であった。そこで、判決を確認する前に、本件の争点を明確にするために、簡単に動産侵害請求について概観しておくことにしよう。

第２款 争点の確認——動産侵害の成否

（１）意義

Moore 事件において、ヒト由来物質の無断利用から生じる利益の帰属の問題は、動産侵害請求の可否の問題として展開された⁴⁴。

ここで「動産侵害 (conversion)」とは、他人の動産の不法な専有 (unlawful appropriation) に基づく不法行為責任を指す⁴⁵。このような動産侵害責任は、被告の認識や意図を問うことなく成立する（厳格責任である）点にその特徴がある⁴⁶。

（２）要件

⁴³ David C. Szostak, *Something More to the Story: Moore v. Regents of the University of California Two Decades Later*, 31 J. LEGAL MED. 443, 449 (2010).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ 動産侵害とは「他人の動産をあたかも自分ものであるかのごとくに扱うこと」であるとされる（望月礼二郎『英米法』〔青林書院、1997〕277頁）。Moore 事件における動産侵害請求の問題については、Lavoie, *supra* note 11, at 1373～；Heyer, *supra* note 35, at 631～；Dorney, *supra* note 8, at 344～；Ivey, *supra* note 21；Mehlman, *supra* note 27, at 52～などを参照。動産侵害一般については、塚本重頼『英国不法行為法要論』（中央大学出版部、1966）256頁以下、樋口範雄『アメリカ不法行為法（第2版）』（弘文堂、2014）56頁以下も参照。

⁴⁶ E.g. *Paggi v. Scott*, 167 Cal. 372, 375, 139 P. 815, 816. See also, Heyer, *supra* note 35, at 632.

動産侵害責任が成立するためには、①動産侵害のときに、ある者がその動産の所有権又は占有権を有すること、②ある者に帰属する動産を不法に取得し、又は処分すること、そして③損害が発生すること、という3つの要件を充足することが必要となる⁴⁷。この点につき、Moore 事件では、(X から摘出された) 組織・細胞が所有権の客体を構成するか否か⁴⁸という点 (①) が問題となった⁴⁹。

ヒト由来物質の情報 (遺伝情報) 面に着目するとそれを無体財産と捉えることもできるものの⁵⁰、①の従来の理解に従うと、動産侵害責任の客体は、有体物たる人的財産 (personal property) に限定され、無体物は含まれないと解されてきた。その理由としては、動産侵害責任は嚴格責任であることが挙げられる⁵¹。それゆえに、ヒト由来物質が人的財産として扱われるか否かが本件において重要な問題となった。

(3) 効果

ところで、何ゆえヒト由来物質の無断利用から生じた利益の分配の問題が、動産侵害請求の問題として展開されたのか。

この点、動産侵害責任による賠償額は、未払利息を含む動産侵害時のXの財貨の価値又は動産侵害のために被られた損失を理由とする十分な賠償であると解されている。

もっとも、Moore 事件では、Xの細胞の価値を評価する基準点である動産侵害時をどの時点と捉えるかが問題となった。すなわち、①細胞

⁴⁷ Baldwin v. Marina City Properties, 79 Cal. App. 3d 393, 410, 145 Cal. Rptr. 406, 416 (1978).

⁴⁸ Ivey, *supra* note 21 at 506.

⁴⁹ *Id.* at 502. なお、通常、患者は摘出された後にその身体組織を占有する意思を持っていないと解されるため、占有は問題とならなかった (Moore v. Regents of the University of California 793 P.2d 479, 488-89 (Cal. 1990)).

⁵⁰ 後述の Moore 事件の控訴裁判所は、Xの細胞の情報 (遺伝情報) 面を重視し、それに対する所有権の成立を認めた。それゆえに、このような理解によれば、Xの組織に対する所有権は、各細胞の遺伝情報にまで及ぶことになる (Lavoie, *supra* note 11, at 1374)。

⁵¹ Dorney, *supra* note 8, at 344, 346.

が最初に身体から摘出された時点動産侵害時と解すると、その組織はいまだ価値を有しない（その可能性があるにとどまる）のに対し、② Y1らが細胞株の商業化に成功した時点（特許取得時および商業化の契約締結時を含む）を動産侵害時と解すると、その組織の価値は膨大になる（侵害行為から得た利益に及び、利益の分配を認めることになる）⁵²。Xの主張は、必ずしも判決文からは明らかではないものの、当然②を前提として主張しているものと解される。

動産侵害責任の成否をめぐって、カリフォルニア州控訴裁判所と最高裁判所で判断が分かれた⁵³。以下では、順に見ていくことにしよう。

第3款 判決

（１）カリフォルニア州控訴裁判所

控訴裁判所は、一審判決を覆し、Xが自分自身の組織に対する所有権を有すると述べた上で、Xの動産侵害の訴訟原因の陳述申し立てを認めた。その理由としては、以下の点が挙げられる。

第1に、Xは自己の身体部位（およびその中のDNA）に対する最終的な処分権限を与えられていることが挙げられる。すなわち、裁判所は、「患者が自己の組織になるものを支配する最終的権限を有しなければならない。そうでないと解することは、医療進歩の名の下に人間のプライバシーおよび尊厳の大量の侵害の扉を開くであろう。」⁵⁴と述べる。

第2に、動産侵害を認めても医学研究への弊害はないことが挙げられる。すなわち、裁判所は、「我々は、私的に利用され得る前に、組織提供者の同意を要求することにより、医療研究が損害を被るであろうと信じる理由はない。」⁵⁵と述べる。もっとも、「本件における裁判所の役割は、すべての起こりうる社会的懸念に解決を提供することではなく、個人の

⁵² Mehlman, *supra* note 27, at 52.

⁵³ 三瀬・前掲書注(38) 213頁、ヨッヘン・タウピッツ（高瀧英弘訳）「人間の身体に由来する物質の利用に関する民事上の諸問題」民商130巻4＝5号（2004）709頁、特に713頁も参照。

⁵⁴ Moore v. Regents of the University of California, 249 Cal. Rptr. 494, 508 (Cal. Ct. App. 1988).

⁵⁵ *Ibid.*

権利と利益について提示される論争を解決することである。』⁵⁶とも述べられており、この点についての政策的な検討は立法府の領分であるとの立場を採っているとも解される。

(2) カリフォルニア州最高裁判所

これに対し、最高裁判所は、Xの(a)動産侵害の訴訟原因については陳述の申し立てを否定したのに対し、(b)インフォームド・コンセント違反と(c)信認義務違反の訴訟原因については陳述の申し立てを認めた(多数意見。なお、2つの反対意見が付されている)^{57 58}。また、(a)の可否をめぐっては、(α)現行法の枠内で、Xは身体部位に対する所有権を有するとして動産侵害責任の成立を認めるか(解釈論のレベル)、また(β)(現行法の枠内では認められない場合には)Xの請求を認めるために、政策的・規範的な観点から、医学研究の文脈に動産侵害責任を拡張するべきか(政策論のレベル)、という2つのレベルで検討がなされている。以下では、多数意見と2つの反対意見についてみていくことにしよう。

(i) 多数意見

(α) まず多数意見は、解釈論のレベルでの動産侵害請求の成立を否定した。その理由としては、以下の3点が挙げられる。

第1に、直接により、あるいは類推により、Xの動産侵害請求を支持する先行判例が存在しないことが挙げられる。すなわち、(ア)動産侵害の訴訟原因を支持するために摘出された細胞に対して人が十分な権利を保持すると判示する直接的な先例が存在しない⁵⁹。また(イ)プライバ

⁵⁶ *Id.* at 509.

⁵⁷ 本稿の直接の関心は、利益の帰属をめぐる問題であることから、信認義務違反およびインフォームド・コンセントの問題についての判決の内容については、簡単に言及するにとどめる(この点については、三瀬・前掲書注(38)208頁以下に譲る)。

⁵⁸ ただし、その後、XとY1らの間で和解が成立したため、差戻審での事実審理は行われなかった。そのため、(b)および(c)の下で認められたであろう具体的な賠償額等は不明である。

⁵⁹ 793 P.2d 479, 489.

シー権（パブリシティ権）侵害による不法行為責任を認める先例から類推することについても、その法的性質が明確にされておらず、「動産侵害の不法行為が成立するか否かを決定する目的にとっては、問題となる権利の性格」が重要であるとし（というのも、動産侵害は、所有権侵害の場合のみ認められるからである）⁶⁰、所有権と性質決定されていないプライバシー権（パブリシティ権）を承認した判例を根拠に動産侵害を認めることはできない。（ウ）仮にパブリシティ権を所有権として性格づけることができるとしても、遺伝物質をパブリシティと同様に扱うことはできないと述べる⁶¹。

第２に、カリフォルニア州の特別法においては、摘出された組織に対する患者のあらゆる継続的な権利が制限されていることが挙げられる。すなわち、健康安全法典7054.4条によれば、「法のその他の規定にもかかわらず、識別可能な解剖部位、人間の組織、解剖の古い死体、あるいは科学的使用の終了後の病気に感染した老廃物は、土葬、火葬または公衆の健康安全を保護するために〔保健福祉〕省により決定されたあらゆるその他の手段により処分されなければならない」と定められており、医療の場面で出た身体部位の廃棄処分が義務付けられている。もちろん、この規定の目的は、「潜在的に危険な生物廃棄物質の安全な処理を確保すること」にあり、患者の支配権についての処遇を定めたものではないものの、実際には「摘出された細胞に対する患者の支配を制限することであるとの結論」を示唆するものであるとして、身体部位が動産侵害法の成立するための「財貨」または「所有権」になると想定することは困難であると述べる⁶²。

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Id.* at 490. その理由として「被告の努力の目標および結果は、リンホカインを製造することであった。リンホカインは、名前や顔と異なり、すべての人間において同じ分子構造であり、そしてすべての人間の免疫システムにおいて同じ重要な機能を有する。さらに、リンホカインの自然の生産の原因となり、そして被告が実験室においてリンホカインを製造するために使用する特殊な遺伝材料は、すべての人において同じである。それは、脊椎やヘモグロビンの化学式において脊柱の数と同様に、Mooreにとっても特殊ではない」ことを挙げる。

⁶² *Id.* at 492.

第3に、Y3 (Regents) の特許の対象物——特許された細胞株およびそこから生じた製品——は、X の財産になり得ないことが挙げられる。というのも、「これは、特許された細胞株が事実上および法的にも X の身体から奪われた細胞とは異なるためである」⁶³。より具体的には、次の通りである。すなわち、連邦法は、「人間の発明の才」の産物を体現する生物体の特許取得を認めるが、自然に生じる生物体の特許取得を認めない (Chakrabarty 事件参照)。こうした理解を前提とした上で、人間の細胞株は、特許可能であると説く。その理由としては、培養における人間の組織および細胞の長期の適応および成長は困難であり、そして成功の可能性が低いことが挙げられる。特許法が報償を与えるのは、こうした発明の努力であり、自然に存在する原材料の発見ではない。それゆえに、自己がその細胞株およびそこから生じた製品を所有するとの X の主張は、特許法の考え方と矛盾することになる、と述べられる。

(β) 次に、多数意見は、政策論のレベルで、動産侵害責任を拡張することも否定した。その理由としては、以下の3点が挙げられる。

第1に、関連する政策的考慮を公正に衡量すると、動産侵害責任を拡張しないとの結論が導かれる。具体的には、医学研究の文脈においては、(a) 自律的な医療の決定をする正当な患者の権利と (b) 社会的に有益な活動に従事する善意 (特定の細胞試料の使用が提供者の意思に反すると信じる理由を持たないという意味) の研究者を民事責任からの保護という要素が重要となる。そして (a) (b) の要素を動産侵害責任によって衡量することができるかについて検討する。まず (a) の利益についてみると、動産侵害責任によっても保護し得るが、それは間接的にとどまり、他の法理 (インフォームド・コンセントおよび信認義務) により開示義務を認めるほうが直接的な保護に資すると指摘する。また (b) の利益については、動産侵害責任を認めることの弊害が指摘されている。その理由として、(ア) 動産侵害理論は、厳格責任であるため、その細胞株を手に入れたすべての者に責任を課すことになること⁶⁴、(イ) 動産侵害法の医学研究の領域への拡張は、細胞試料が潜在的な訴訟の対象物とな

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Id.* at 494.

るから、研究に必要な細胞試料へのアクセスを制限することにより、研究を妨げること⁶⁵、（ウ）動産侵害理論は、重要な医療研究を行う経済的なインセンティブを破壊する恐れがあること（というのも、もし研究における細胞の使用が動産侵害になるならば、すべての細胞試料を使用すると、研究者は訴訟の宝くじのチケットを購入することになるからである）⁶⁶が挙げられる。これに対し、インフォームド・コンセントは、社会的に有益な研究活動への負のインセンティブを生むことなしに、患者を直接的に保護すると述べる。さらに、動産侵害責任を認めることがXに「棚ぼた（windfall）」をもたらすことから、拡張を困難にすると述べる⁶⁷。これらの理由から、多数意見は、医療研究における摘出された人間の細胞の使用が動産侵害にならないと結論付ける。

第2に、この問題は立法府が解決すべきものであると説かれる。すなわち、「人間の細胞の科学的使用は、それらの素材の合意の系統を調査することができないために責任を負わされることになるならば、我々は、立法府がその決定をするべきであると信じる」⁶⁸と判示する。その理由としては、すべての社会に影響を及ぼす複雑な政策選択が伴うことから、そうした決定は、司法府よりも立法府のほうが能力の観点から望ましいという点を挙げる。

第3に、動産侵害責任は、患者の権利を保護するために必要ではないことが挙げられる。すなわち、「司法府により作られた厳格責任ルールを課す差し迫った必要性はない。というのも、医師の開示義務のエンフォースメントは、Xが脅威を感じた損害のタイプから保護するからである。医師が、自己の判断に影響を及ぼし得る研究および研究利益を開示する限り、患者は利益相反から保護される。あらゆる相反を知っていれば、患者は、治療に同意するか、同意を留保し、そして別のところで医療支援を求めるために、情報に基づく決定をすることができる。」⁶⁹と述べる。

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Id.* at 495-6.

⁶⁷ *Id.* at 496.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Id.* at 496-7.

(ii) 反対意見①：Broussard 判事

(a) まず、解釈論のレベルでの動産侵害請求の成立を否定する多数意見に対して、Broussard 判事は、以下のように反論する。

第1に、Moore 事件は、摘出前に患者の臓器の価値を医師が知っていたケースであり、そうではない一般的なケースと同列に扱うことはできないと反論する。すなわち、Broussard 判事は、「摘出される前に臓器や細胞の価値を知っており、そしてその患者にその価値を開示する義務に違反した当事者に対してさえ、患者が彼の摘出された臓器や細胞の不当な使用を理由に動産侵害訴訟を主張し得ないとの多数意見に同意することはできない。」⁷⁰と述べる。

第2に、X は、自己の身体に所有権を有するとの先例を指摘することはできないものの、自己の身体を支配する権利を有し、そしてそのような権利の侵害を理由に動産侵害責任が成立すると反論する。すなわち、多数意見は、まず患者が一般的に彼の身体の摘出後に、身体部位に対する所有権を保持するか否かという形で問題を定式化するが、ここでの問題は、「患者が、身体部位が摘出される前に、その部位の摘出後の使用方法を決定する権利を有するか否か」⁷¹という点である。このような観点から見ると、統一死体提供法は、提供者に自己の身体部位の支配権（誰にそれを贈与するかを決定する権利）を与えていると指摘する。そのうえで、「伝統的なコモン・ローの原理の下では、患者の自己の臓器の将来の使用を支配する権利が、動産侵害法により保護される。一般的な問題として、動産侵害の不法行為は、個人を彼の財産の占有権の不適切な侵害のみならず、彼の財産の不当な使用又は使用を支配する権利の不適切な介入から保護する」⁷²と指摘し、提供者の身体に対する支配権は、動産侵害法により保護される権利であると説く。そして、多数意見が動産侵害が成立しないとして挙げる理由に対しても反論を加える（たとえば、X の請求を肯定する報告された先例は存在しないとの理由に対しては、

⁷⁰ *Id.* at 500-1.

⁷¹ *Id.* at 502.

⁷² *Ibid*

「同様に、そのような請求を拒絶する報告された司法府の決定も存在しない」⁷³と反論するなど）。

（β）次に、政策論レベルで動産侵害責任を拡張することを否定した多数意見に対しても、Broussard 判事は、以下のように反論する。

第１に、多数意見の政策的懸念は過度な一般化がなされていると反論する。すなわち、多数意見は、細胞銀行から臓器や細胞を取得した善意の研究者が責任を負わされることを懸念し、拡張に反対するが、Broussard 判事によれば、それは「臓器や細胞の使用を支配する患者の権利を直接侵害する者や不正利用する者に対して原告が動産侵害訴訟を提起することを阻止する正当化根拠を全く提供しない。」⁷⁴と説かれる。要するに、悪意の侵害者との関係では、拡張を反対する理由はないということである。

第２に、細胞銀行から細胞を取得する第三者との関係でも、多数意見の政策的懸念が非現実的であると反論する。すなわち、「動産侵害理論に基づく潜在的責任は、医師が知っていて患者の身体部位の価値を隠した、あるいは、身体部位の使用に関する患者の特殊な指示が無視されたという非常にまれな例のみに存在するため、確立された動産侵害法の適用が細胞・組織銀行を使用する医療研究者の主要な遂行に消極的な効果を及ぼすと考える理由はない」⁷⁵と述べる。要するに、動産侵害理論は、価値のある患者の組織が無断で用いられていることを知らない善意の研究者には及ばないと解することで、多数意見の懸念に応答する。

第３に、多数意見は、患者の自律的な医療の決定をする権利については言及するものの、患者の身体部位に関連する経済的利益を取得することへの患者の権利に言及していないと反論する。この点につき、Broussard 判事は、「そのような経済的価値は、患者にとって偶然の『棚ぼた』となり得るけれども、経済的価値の偶然の性質は、患者からのその価値の意図的な横取りを制裁する動産侵害責任に対する新たな例外の

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Id.* at 504.

⁷⁵ *Id.* at 504-5.

創設を正当化しない」⁷⁶として、棚ぼた利益の患者への帰属が動産侵害責任の成立を否定する根拠にはならないと述べる。

(iii) 反対意見②：Mosk 判事

(a) まず、解釈論のレベルでの動産侵害請求の成立を否定する多数意見の理由付けに対して、Mosk 判事は、以下のように反論する。

第1に、Xの請求を根拠付ける先例が存在しないのは、この問題が新しいためであると反論する⁷⁷。

第2に、多数意見によれば、健康安全法典7054.4条は摘出された細胞に対する患者の支配を制限しているため、所有権の成立が否定されるが、そのような理解は狭い所有権の捉え方を前提とするものであると反論する。すなわち、所有権概念を広く物に対して行使し得る権利の束(bundle of rights)として捉えるならば、一部の権能が制限されたからといって、所有権が否定されるわけではない。このような理解によれば、「たとえ、7054.4条が多数意見により主張される方法において摘出された組織の使用および処分を制限するとしても、Xはそれにもかかわらず、その組織に対して金銭的価値のある権利を保持する」と解することができる⁷⁸。

第3に、Y3の細胞株とXの細胞を区別することはできないこと⁷⁹、また本件のMo細胞株を作成するに際して、Xの細胞が不可欠であり、その貢献に疑問を提起することはできないと反論する⁸⁰。そのうえで、研究者の努力との関係は、「共同開発者(joint inventor)」法理を応用して、利益分配を説く⁸¹。

(β) 次に、政策論レベルで動産侵害責任を拡張することを否定した多数意見に対しても、Mosk 判事は、以下のように反論する。

第1に、人間の身体を尊重するという倫理的考慮(「我々の社会は、

⁷⁶ *Id.* at 505.

⁷⁷ *Id.* at 507.

⁷⁸ *Id.* at 509-10.

⁷⁹ *Id.* at 510-11.

⁸⁰ *Id.* at 511.

⁸¹ *Ibid.*

人間の身体を特殊な人間の人格という物理的および時間的な表現として尊重するという深い倫理的要請を承認する⁸²⁾や衡平あるいは不当利得の防止という考慮（「我々の社会は、その構成員の間の取引の基本的な公正を高く評価し、そして他人の損失によるいかなる構成員の不当利得を非難する」⁸³⁾）は、社会的に有益な研究活動を尊重する利益を上回ると反論する。そして、もし裁判所が患者が法的に保護された所有権を自己の身体部位およびその製品に対して有することを承認するならば、衡平な分配を実現することが可能になると説く⁸⁴⁾。

第２に、立法府にこの問題について対応する能力があるとしても、司法府が有効な裁判上の救済手段を行う義務がなくなるわけではないと反論する⁸⁵⁾。

第３に、他の法理（信認義務やインフォームド・コンセント）による患者の保護に対しては、不十分であると反論する⁸⁶⁾。

（３）小括

最後に、判決の内容について整理しておくことにしよう。

本件は、治療の場面で採取された患者の組織・細胞を無断で研究利用し、莫大な利益を得た医師および大学に対して、患者が利益分配を求めて訴えを提起した事案であった。そして本件では、患者の利益分配請求の可否が、動産侵害請求の成否という形で展開され、そしてその成否は、患者が自己の組織・細胞に対して所有権を有するかどうかに依存した。

この問題につき、控訴裁判所は、肯定したのに対し、最高裁の多数意見は、（ α ）判例・制定法の現行法の枠内で動産侵害責任が成立するかというレベルと（ β ）（ α ）の次元では成立しないとしても、法政策的・規範的な観点から、動産侵害責任を拡張させて成立させるべきかというレベルの二つの観点から考察し、結論として、いずれのレベルでも成立

⁸²⁾ *Id.* at 515.

⁸³⁾ *Id.* at 516.

⁸⁴⁾ *Id.* at 517.

⁸⁵⁾ *Ibid.*

⁸⁶⁾ *Id.* at 519-20.

しないとの立場を示した。もっとも、これに対しては、成立を肯定する二つの反対意見が付されている。否定する立場と肯定する立場に分けて、理由付けを整理すると次の通りである。

まず(α)のレベルについて。否定する立場(多数意見)は、その根拠として、①肯定する先例が存在しないこと、②摘出された細胞に対する患者の継続的な支配権が及ぶことは制限されとの州法の解釈、③連邦特許法の解釈との整合性の3点を挙げる。これに対し、肯定する立場(2つの反対意見および控訴裁判所)は、その根拠として——否定する立場の①～③に反論する形で——① 否定する先例も存在しないこと(Broussard 判事および Mosk 判事)、② 州法の解釈からも組織・細胞に対する処分権は排除されないこと(Mosk 判事。控訴裁判所も肯定する)、③ 利益分配を認めるにとどめれば、特許法の立場と矛盾しないこと(Mosk 判事)の3点を挙げる。さらに、事案の特殊性(摘出前に医師が患者の組織・細胞の価値を認識していた点)も肯定要素として指摘されている(Broussard 判事)。

次に、後者(β)のレベルについて。否定する立場(多数意見)は、その根拠として、④社会的に有益な医学研究の保護という価値の重要性、⑤(④と対抗する)組織・細胞の提供者である患者の権利(自律的な医療の決定を行う権利)という価値は、他の法理により保護することが可能であること、⑥利益分配を認めると患者に棚ばた利益をもたらすことの3点を挙げた。これに対し、肯定する立場(反対意見)は、その根拠として——否定する立場の④～⑥に反論する形で——④ 多数意見の政策論は過度な一般化がなされていること(Broussard 判事)や医学研究を重視することより重要な価値(具体的には、人間の身体を尊重するという倫理的考慮や衡平あるいは不当利得の防止という考慮が挙げられる)が存在すること(Mosk 判事)、⑤ 他の法理による患者の権利を保護することの限界(Mosk 判事)、⑥ 患者への棚ばた利益は、動産侵害責任の成立を妨げる事情にはならないこと(Broussard 判事)の3点を挙げる。

以上を踏まえたうえで、次に Moore 事件の判決の意義を確認し、若干の検討を加えておくことにしよう。

第4款 Moore 判決の意義と検討

（１）Moore 判決の意義

Moore 事件は、先述のように、医学研究の文脈において、ヒト由来物質が無断で利用され、利益分配の問題が顕在化し、訴訟になった最初の事件であった。それゆえに、Moore 事件は、形式的にはカリフォルニア州においてしか拘束力を有しない先例であったものの⁸⁷、その他の州にも大きな影響力を持った。というのも、本件における最高裁の立場は、その後の他の州の事件でも参照され、同様の立場が示されており⁸⁸、ヒト由来物質の無断利用に関するリーディングケースとなっているからである（ただし、医学研究の場面で、身体に対する所有権が誰に帰属するかについては、判例の理解はその後分かれている⁸⁹）⁹⁰。そこで、以下では、

⁸⁷ See, Charlotte H. Harrison, *Neither Moore nor the Market: Alternative Models for Compensating Contributors of Human Tissue*, 28 AM J. L. MED. 77, 80 (2002).

⁸⁸ E.g. *Greenberg v. Miami Children's Hospital*, 264 F.Supp. 2d 1064 (US DC Florida, 2003)（以下では、「Greenberg 事件」という）。本件事案は、以下の通りである。すなわち、被告である研究者は、当時原因遺伝子が不明であったカナヴァン病で亡くなった子どもの両親である原告らから依頼を受けて、原因遺伝子を特定する研究を行うことを承諾した。その際には、被告は、原告（および同じ病気の患者）から組織および細胞の提供のみならず、金銭的な支援も受けていた。そのおかげもあり、被告は、原因遺伝子を発見することができた。そして当初は無償での遺伝子検査が行われたが、その後、被告は、原因遺伝子および診断方法について、原告に無断で特許を取得し、ライセンスを行使した（その結果、無償で検査を受けることができなくなった）。これに対し、原告は、動産侵害や不当利得などの訴訟原因を挙げて訴えを提起した。フロリダ州の裁判所は、Moore 事件の最高裁の多数意見と同様に、動産侵害については陳述申し立てを否定した。もっとも、裁判所は、不当利得の訴訟原因については肯定しており、注目される。

⁸⁹ たとえば、Moore 事件以後の判決の中には、人間から摘出された組織・細胞に対する所有権の帰属者を——Moore 事件のように医師や研究者ではなく——医師等の所属する大学であるとした判決（*Washington University v. Catalona*, 437 F. Supp. 2d 985, 1002）や提供者に限定的な所有権の帰属を肯定した判決（*Hecht v. Superior Court* (Hecht I), 20 Cal. Rptr. 2d 275, 283-84）など、混乱しているが（*Belisle*, *supra* note 15, at 773）、いずれも利益の帰属が問題となった事案ではない点に留意されたい。

⁹⁰ なお、Moore 事件以後、臨床研究の文脈では、多くの IRB（治験審査委員会）

まず Moore 事件の最高裁の多数意見の判決（以下では、「本判決」という）の意義を確認しておくことにしたい。

第1に、本判決は、医学研究の場面において患者が摘出後の自己の組織・細胞に対する所有権を有しないこと⁹¹、そしてその帰結として、自己の組織・細胞が無断で利用され、研究者が特許取得により莫大な利益を手中に収めても、患者は直接的な利益分配請求権を有しないことを正面から認めた点に意義があるといえる⁹²。もっとも、本判決は、患者の保護が何ら不要であるとまでいっているわけではない。この点は次の点

は、研究者に患者に自己が提供した組織が商事的価値を有し得ることを伝え、そして、その研究者の組織に対する商業的利益の可能性を開示することを要求している。しかし、実際には、多くの病院は、患者に彼らの組織提供がその病院の排他的財産になり、そしてその病院がもしその組織が商業的製品をもたらしでも提供者に補償しないとの文言を含む同意書を患者から事前に得ているとされる (See, Kevin Oberdorfer, *The Lessons of Greenberg: Informed Consent and the Protection of Tissue Sources' Research Interests*, 93 GEO L. J. 365, 372 (2004))。

⁹¹ Moore 事件の最高裁の多数意見は、学説の多数において、このように評価されている。もっとも、こうした中で、近時は、この判決が示したものは、——所有権法レベルの問題としてではなく——契約法レベルでのデフォルト・ルール（とりわけ、マジョリタリアン・デフォルトの意味でのそれ）を示したものに過ぎないとして、従来の見方に再考を促す見解が登場している (See, Russell Korobkin, “No Compensation” or “Pro Compensation”: *Moore v. Regents and Default Rules for Human Tissue Donations*, 40 JOURNAL OF HEALTH LAW 1 (2007))。このような理解によれば、当事者の合意により、利益の分配を認める余地が生じ、本判決の評価の仕方も変わることになる。もっとも、以下では、多数意見の従来の理解を前提として、議論を進めることとする。

⁹² この点につき、樋口・前掲注(6) 183頁、佐藤雄一郎「人由来物質の利用」甲斐克則編『レクチャー生命倫理と法』(法律文化社、2010) 185頁、特に187頁も参照。なお、最高裁では、インフォームド・コンセント違反や信認義務違反の訴訟原因については肯定されたものの、その後、和解が成立したため、差戻審での審理が行われておらず、これらの訴訟原因の下で認められる賠償額がいくらかは不明のままとなっている。しかし、一般論として、信認義務違反の効果として利益吐き出しが認められることを踏まえると、利益分配請求権が全く認められる余地がないかについては、検討の余地が残されている（この点につき、三瀬・前掲書注(38) 228頁も参照）。

に関連する。

第２に、本判決は、医師に金銭的利益の開示義務を課すことを肯定し、そしてその際に、既存の法理（インフォームド・コンセントや信認義務）を拡張することで患者の保護をはかった点が重要である。この点は、インフォームド・コンセントの議論において法理の射程を拡大したものととして、多くの注目を集めている点である。もっとも、このような解決は、患者の保護として十分であるかについては疑義がある（Mosk 判事。この点は、第３節で取り扱う）。

このように本判決の立場は、(a) 患者の権利と (b) 研究の利益ないしバイオテクノロジー産業の利益の保護という相剋・拮抗する価値の対立の中で、(a) に配慮しつつも、実質的には (b) を優先したものといえよう⁹³。このような立場は、近時の連邦政府が目指す研究政策（研究成果の私的所有の承認）と同一の方向性を示すものといえよう。

もっとも、こうした本判決の立場は、反対意見が存在することが示唆するように、何ら異論の余地のないものではない。以下では、本判決についていくつかの観点から若干の検討を加えておくことにしたい。

（２）検討①——先例との関係

まず、本判決が患者の組織・細胞に対する所有権を否定する根拠として挙げた先例との関係について。多数意見は、本件において、組織・細胞に対する所有権の成立を認めた先例が存在しないことを理由に、Moore の動産侵害の成立を否定する立場を示した。確かに、先述したように⁹⁴、英米では、伝統的に身体やその部位に対する所有権を認めることには消極的であった（いわゆる no-property ルールや準所有権ルール）。こうした従来の議論を踏まえると、本判決の立場は、伝統的な立

⁹³ Abigail C. Lepsch, *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute*, 3 (1) GROVE CITY COLLEGE JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY 145, 154 (2012) ; Harrison, *supra* note 87, at 80 (Moore 事件の最高裁の多数意見は、新たな医療製品における社会利益が組織提供者の個人の利益に勝るべきであるとの立場を採ったと指摘する)。

⁹⁴ この点については、本章第１節第１款を参照されたい。

場と親和的なものであるとして正当化される余地もある。しかしながら、従来の身体やその部位の法的性質で問題となっていた事案の多くは、死体の埋葬などの非金銭的な文脈のものであり、本件のような金銭的な利益の帰属が問題となったものではなかった。この点で、Broussard 判事が、直接に否定する先例も存在しないと指摘した点は正当であろう。その意味で、この問題は、新たな法的な問題であることを正面から認めたうえで、裁判所には態度決定することが求められていたといえよう。

（３）検討②——政策論について

次に、本判決が示した動産侵害責任を拡張するべきかを決する際に示された政策論について。もちろん、本判決も、上記の態度決定をする必要性を考えていなかったわけではない。この点が、(β)で扱われた問題であった。本判決は、(a) 患者の権利と (b) バイオテクノロジー研究の利益を衡量し、利益の帰属という点について、患者への棚ばた利益をもたらすという問題も踏まえて、(b) を重視し、(a) を他の法理に委ねることで足りるとの立場を示した。もっとも、(b) への影響という点については、Broussard 判事が指摘するように、過度な一般化や非現実的な議論がなされており、問題となる場面ごとに検討する必要がある。また、——後述する学説の議論も踏まえると——本判決は、(a) (b) 以外の利益、具体的には、(c) 公衆の利益を配慮していないという問題がある。確かに、一般的にはバイオテクノロジー研究の利益 ((b)) を重視することは、公衆の利益 ((c)) につながるといえる（新たな新薬が開発されることは、治療を待つ患者の利益に繋がるからである）。しかし、常にそうなるとは限らないのである（たとえば、遺伝子の診断方法の特許を研究者が取得することにより、公衆が遺伝子検査を受けるのに高い費用がかかり、受けられないといった事態が起こることが挙げられる⁹⁵）。このように政策論的な検討としては、本判決にはいまだ検討の余地が残されている。

（４）検討③——結論の妥当性について

最後に、本判決が示す結論の妥当性について。本判決は、研究者が組

⁹⁵ このような事態は、Greenberg 事件で実際に問題となった。

組織・細胞を用いた研究成果に対する独占権を得ることができ、そしてそれは患者の組織・細胞を無断で利用したとしても結論に差異はなく、患者はいかなる場合であっても、利益の分配を請求することはできないという結論を導いたといえよう。しかし、こうした結論は、正義に反しないのかという疑問が当然生じる⁹⁶。またどのようにこのような立場を矛盾なく説明することができるのかという批判も提起されている⁹⁷。もちろん、医学研究は、物的資源および人的資源において膨大な費用がかかり、その投資費用を回収することができなければ、情報の過小生産を導くことになるため、研究者に独占権を承認することは必要であろう⁹⁸。しかし、こうした事情は、必然的に組織提供者の完全な排除をも意味するのであろうか。本判決の結論の不公平さは、本件事案の悪質性（具体的には、組織・細胞の摘出前に医師がそれらの利用価値を認識しており、また手術後、何年にもわたって治療目的と称して、患者を被告の研究機関に招き、組織・細胞の摘出を継続していたことなど）を踏まえると、問題とすべきであろう。

以上の①～③の検討から明らかなことは、本判決が示した考え方には、再考の余地が残されているということである。そこで、次に、Moore事件の登場を契機により多様な観点から議論を展開する学説を取り上げることとする。

第３節 学説の動向——Moore 事件以後の議論状況

本節では、Moore 事件の登場以後に議論の対象となったヒト由来物質から生じる利益の帰属をめぐる学説の議論状況に一瞥を与える。以下では、まず学説の議論の全体像を確認し（第１款）、次に学説を否定説（第２款）と肯定説（第３款）に分けてその根拠論を中心に概観し、最後に、両説の若干の検討を行う（第４款）。

⁹⁶ E.g. Seeney, *supra* note 3, at 1133.

⁹⁷ Rao, *supra* note 5, at 375.

⁹⁸ 平井昭光「先端の生命工学における発明概念とその法的保護——情報コンテンツの保護の限界と特許権」ジュリ1282号（2005）146頁、特に147頁を参照。

第1款 学説の全体像

Moore 事件は、紛争が発覚して以後、政治的論争のテーマにもなっており⁹⁹、大きな社会的な問題となった。そしてこうした状況を受けて、学説も、とくに提供者への利益の引渡しを肯定した控訴裁判所の判決を契機に、上記の問題——すなわち、提供者は、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益の一部ないし全部の引渡しを求めることができるかという問題——を本格的に論じ始めた¹⁰⁰。学説の議論の内容に立ち入る前に、予め利益の帰属をめぐる学説の全体的な動向を示しておくことが有益であろう。

まず、学説は、大別すると、提供者への利益の引渡しを (1) 否定する立場と (2) 肯定する立場に分かれており ((1) を支持する見解も多数存在するが、管見の限りでは、(2) を支持する見解の方が多いように思われる)、また後者については、(2-1) 利益の一部の引渡し (利益分配) を説く見解¹⁰¹と (2-2) 利益の全部の引渡し (利益吐き出し) を説く見解に分

⁹⁹ *The Use of Human Biological Materials in the Development of Biomedical Products: Hearing Before the Subcommittee on Investigations and Oversight of the House Comm. On Science and Technology*, 99th Cong., 1st Sess. (1985). 原告である Moore 氏自身の声明もある (at 240 ~)。

¹⁰⁰ Moore 事件のような事案を解決する方法としては、利益引渡し以外にも、既存の特許制度を応用して、特許出願の際に、①事前のインフォームド・コンセントを得ることや原産地の明示をすることを要件とすることで、こうした問題が起こらないようにする方法 (たとえば、Brad Sherman (才原慶道訳)「遺伝資源へのアクセスと利用の規制：知的財産法とバイオディスカバリー」知的財産法政策学研究 8号 [2005] 37頁、特に47頁以下〔先住民の遺伝情報の保護の方法として上記のような方法を提示したうえで、Moore 事件の場面への応用の可能性を示唆する〕)、あるいは②医師の発明の過程における問題点 (患者から同意を得ずに行っていたこと) を重視し、一種のサンクションとして当該発明の特許付与から排除することで解決する方法 (つまり、医師にも権利を与えないという方法) (たとえば、斎藤誠「ヒト遺伝子技術に対する法的規律の交錯——バイオテクノロジー特許に定位して」法時73巻10号 [2001] 52頁、特に56頁を参照) などもあり得るが、本稿ではこれらには立ち入らない。

¹⁰¹ また、利益の分配といっても、論者が念頭に置くものは一様ではない。たとえば、①固定報酬、②提供された組織の有益性に依存した固定報酬、③その

かれている（後者はいまだ少数にとどまる）。もっとも、(2) に立つ見解の中でも解釈論によるか、立法論によるかは分かれ、また法律構成についても一様ではない（後述）。

次に、学説は、提供者への利益の帰属の可否を決する際には、(a) 提供者（患者・被験者）の権利（尊厳的利益、自律的な意思決定をする権利および自己に由来する細胞を支配する権利¹⁰²）、(b) バイオテクノロジー研究や産業の利益（金銭的利益や医師が民事責任を負わされることによる医学研究に影響をもたらないこと）、(c) 公共利益（人の命を救う新たな治療薬を迅速に利用可能にすること）、(d) 連邦政府の利益（研究および開発を促進し、産業を発展させること）という相剋・拮抗する価値をどのようにバランスを図るかという観点から検討が加えられている¹⁰³。一般的には、(b) ～ (d) の価値は連動しており、実質的には、(a) と (b) の対立といえるが、先述したように (b) の利益が (c) の利益に常に繋がるとは限らないことに留意する必要がある。

第２款 否定説

（１）否定説の論拠

まず否定説は、判例と同様に、ヒト由来物質から派生した利益の提供者への帰属に反対する（たとえば、Wagner¹⁰⁴、Bray¹⁰⁵、Dillon¹⁰⁶、Wells¹⁰⁷、

研究の商事的成功に依存した固定報酬、④商事の発明からの収益の割合などが挙げられる（See, Korobkin, *supra* note 91, at 15）。

¹⁰² Belisle, *supra* note 15, at 772.

¹⁰³ O'Connor, *supra* note 17, at 133 ～.

¹⁰⁴ Allen B. Wagner, *The Legal Impact of Patient Materials Used for Product Development in the Biomedical Industry*, 33 CLINICAL RES. 444 (1985)（ヒト由来物質に対する所有権の成立を否定し、かつ医師ないし研究者が研究利益を患者に知らせる義務も負わないと説く。なお、筆者は、Moore 事件の被告の訴訟代理人の一人であった）。

¹⁰⁵ Bray, *supra* note 8, at 239 ～（身体部位の支配権を与えるために所有権の成立を認めるものの、売却することまで認めると商品化の問題が生じるとして、Radin の人格的所有理論を応用して、人間の身体に対する所有権は、市場において譲渡できないと説く〔Moore 事件においては、医師による不当な介入を防止するために、自己の身体部位をコントロールする権利を有すると説く〕）。

Lavoie¹⁰⁸、Bergman¹⁰⁹など)。もっとも、その理由付けは一樣ではない。具体的には、①理論的にヒト由来物質から生じた金銭的利益の提供者への引渡しを根拠付けることができないこと（たとえば、第1に、提供者は、自然変異した原材料を提供したにすぎず、そこから生じた研究成果に対する利益引渡しを求める権利を取得するに値しないこと¹¹⁰、第2に、提供者は連邦特許法116条の「共同発明者」に該当しないこと¹¹¹、第3に、提供者への利益引渡しを認めることは、偶然に組織を持っているにすぎない者に《棚ぼた的利益》を与えることになり不公平であること〔他方で、バイオテクノロジー産業は、成功の可能性が小さいにもかかわらず、多額の資本、労働、時間を投資している点で、その研究から生じる金銭的利益に対する独占的権利を付与されるに値すること¹¹²〕が指摘されている¹¹³）、②研究・開発への影響（たとえば、

¹⁰⁶ Dillon, *supra* note 3, at 641 (Moore 事件の控訴裁判所の判決に反対し、提供者の組織・細胞の売却権を否定する)。

¹⁰⁷ Tanya Wells, *The Implications of a Property Right in One's Body*, 30 JURIMETRICS J. 371 (1990) (研究のための身体部位の売買を禁止する内容の立法を制定するべきと説く)。

¹⁰⁸ Lavoie, *supra* note 11, at 1389 ~ (組織・細胞の無断利用による動産侵害の成立を否定し、提供者の保護は、インフォームド・コンセント法理によれば足りると説く)；Jeffrey W. Guise, *Expansion of the Scope of Disclosure Required under the Informed Consent Doctrine: Moore v. The Regents of the University of California*, 8 SAN DIEGO L. REV. 455 (1991) も同旨。

¹⁰⁹ Helen R. Bergman, *Moore v. Regents of the University of California*, 18 AMERICAN JOURNAL OF LAW & MEDICINE 127 (1992) (動産侵害理論の適用を拒絶し、その代わりに、身体の組織の取引を排除し、そして治療の過程で摘出された組織の研究利益を患者に知らせる義務を医師に課すべきと説く。ただし、立法論)。

¹¹⁰ Lavoie, *supra* note 11, at 1373-6.

¹¹¹ O'Connor, *supra* note 17, at 166 (製品開発にいかなるアイディア、技術又は労働を貢献していない提供者に利益を分配することを認めることは特許法の考え方に反すると説く)。

¹¹² とりわけ、(ア) 人の細胞から細胞株を作ることの不確実性、(イ) 特許可能な細胞株のうち、利益を上げる製品になる細胞株はわずかであること、(ウ) バイオテクノロジー研究の各段階における不確実性、(エ) 製品開発成功までに長期の時間(数年単位)を要するという研究の特性は、多数の成功しない組織試料に被った費用が成功したプロジェクトによって埋め合わされなければならない

第１に、提供者の組織を特定・追跡するために要求される事務費用や組織の提供者の利益引渡しの合意交渉のための取引費用などがかることによる研究費用の増加¹¹⁴、第２に、研究者が責任を負わされるリスクの増加、第３に、第１および第２の結果として生じる研究の遅延〔その成果を待つ患者への不利益〕¹¹⁵などの弊害が指摘されている）¹¹⁶、③治療費用・保険費用の増加（たとえば、提供者への利益の引渡しは、製薬会社の負担する費用の増加を導く。その結果、製薬会社は、利益率を維持するために、薬の価格を上げることになる。バイオ製品については価格の弾力性がないことから、薬の価格高騰は、治療・保険費用の増加に直結すると説かれる）¹¹⁷、④贈与システムへの影響（提供者への利益引渡しを認めることは、利他的な動機で実践されているヒト由来物質の贈与システムを破壊することになる）¹¹⁸、⑤医師と患者の関係への影響（患者の多くは、病気を治すことを目的としており、そのためにできる最善のことは行うのが通常であるが、金銭的利益の存在は、その目的の実現を阻害する原因となる。というのも、ヒト由来物質の売却が認められると、

という事態になっている現状を踏まえると（Dillon, *supra* note 3, at 635-7）、研究者等に独占的利益を認めることには一定の説得的な理由があるといえよう。

¹¹³ Donna M. Gitter, *Ownership of Human Tissue; A Proposal for Federal Recognition of Human Research Participants' Property Rights in Their Biological Material*, 61 WASH. & LEE L. REV. 257,294(2004).

¹¹⁴ Lavoie, *supra* note 11, at 1381.

¹¹⁵ Szostak, *supra* note 43, at 453（利益分配の根拠として提供者に所有権を承認することが、「科学者にとって大量の責任を生み、国内の重要な医学研究を委縮する」と述べる）。

¹¹⁶ Dillon, *supra* note 3, at 633 ; Anthony R. LoBiondo, *Patient Autonomy and Biomedical Research: Judicial Compromise in Moore v. Regents of the University of California*, 1 ALB. L.J. SCI. & TECH. 277 (1991) ; Brett J. Trout, *Patent Law—A Patient Seeks a Portion of the Biotechnological Patent Profits in: Moore v. Regents of the University of California*, 17 J. CORP. L. 513, 532 (1992) ; Szostak, *id.* at 453.

¹¹⁷ Dillon, *supra* note 3, at 640.

¹¹⁸ *Id.* at 640-1 ; Lavoie, *supra* note 11, at 1384も同旨。 See also, RICHARD M. TITMUSS, *THE GIFT RELATIONSHIP: FROM HUMAN BODY TO SOCIAL POLICY* (New Press, 1971) 245-6.

患者は研究者・研究機関と交渉することにより、最高価格競落人を探すことになるが、その交渉時間は患者の健康に悪影響をもたらすからとされる¹¹⁹⁾¹²⁰⁾、⑥経済的な非効率をもたらすこと（ヒト由来物質に対する所有権を提供者に与えると、提供者は自己の要求価格で購入しない者には売渡さずに、結果的にバイオテクノロジー研究の発展を阻害することになる）、⑦研究者と提供者の寄与分算定の困難さ（類似する問題は、提供者間でも生じる。たとえば、Moore 事件では、Moore の組織が明確に研究において特定可能な役割を果たしたことは明かであるけれども、人間から生じる治療製品を開発する多くの研究プロジェクトは、研究の過程で多くの提供者の組織を要求する。提供者への利益引渡しを認めると、すべての寄与者は利益の引渡しを受ける資格を有することになる。しかし、各提供者の寄与分を算定することは困難である）¹²¹⁾、⑧身体の商品化をもたらすこと（ヒト由来物質を財貨として扱い、取引を通じて利益分配を認めると、身体ないしその部位の市場を創設することになり、身体を商品〔金銭と交換で取得され得る物〕として扱うことになり、結果的に、人間の尊厳性を害することになると説かれる¹²²⁾）などが根拠として挙げられている。

（２）提供者の保護の問題

¹¹⁹⁾ Lavoie, *supra* note 11, at 1382 ; UNITED STATES CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, OTA-BAA-337, NEW DEVELOPMENTS IN BIOTECHNOLOGY: OWNERSHIP OF HUMAN TISSUES AND CELLS—SPECIAL REPORT, at 11 (1987)（身体部位に対する所有権の承認は、提供者が身体部位からの利益を上げるために、外科手術を延期するなど自分自身の健康を害してでも利益取得を試みる提供者が登場する結果となると懸念する）；Dillon, *supra* note 3, at 637（利益分配の権利を承認することは、利益を得るために、身体に有害な薬を飲み、あるいは外科手術を延期する等の行動に出る恐れがあるために、組織・細胞の提供者が意図的に自己の身体に損害を及ぼすことを懸念する）も同旨。

¹²⁰⁾ Lavoie, *id.* at 1382 ; Harrison, *supra* note 87, at 91 ～。

¹²¹⁾ Lavoie, *supra* note 11, at 1381.

¹²²⁾ Harrison, *supra* note 87, at 89. また身体の商品化一般については、Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987); Stephen R. Munzer, *An Uneasy Case Against Property Rights in Body Parts*, 11 (2) SOC. PHIL. AND POL'Y 259 (1994) も参照。

以上のように、否定説は、①～⑧を根拠に、提供者への利益引渡しを否定するものの、提供者の権利（尊厳的利益および自律性）の保護が何ら不要であるとまで考えているわけではない。とりわけ、特殊な治療コースを勧める際には、医師の専門家としての判断——患者への予期されるリスクと予期される利益を衡量することによる——は、医師の研究利益・経済的利益がその考慮要素に含まれると、歪められること、またそのような情報は治療を受ける患者自身の決定にとって重大となり得ることを踏まえると、一定の保護の必要性は認識されている¹²³。

しかし、否定説によれば、それ（提供者の保護）は、——インフォームド・コンセントや信認義務を媒介として——医師に金銭的利益の開示義務を課すことによって対応されるべき問題であると解される¹²⁴。この点は、本判決も、研究者の開示義務の対象を治療に関する情報のみならず、研究者の金銭的利益に関する情報にまで拡張することにより、同様の立場を採用した¹²⁵。

このような手法は、患者の自己決定・自律性の尊重への要請（(a)）と社会に有益な価値を生むバイオテクノロジー研究の利益（(b)）を調和しつつ、ヒト由来物質の効率的な収集を可能にする有効な手法であると評され¹²⁶、そしてヒト由来物質の無断利用問題の中心的な法理と位置づけられてきた¹²⁷。

第３款 肯定説

（１）概要

以上の否定説に対し、提供者への利益帰属を何らかの形で認めようとする見解も多数みられる。こうした立場は、国際的な動向、すなわち、先進国が発展途上国の人々の遺伝物質や伝統的知識——それらは既存の

¹²³ Perley, *supra* note 104, at 357.

¹²⁴ Dillon, *supra* note 3, at 1389～；Lavoie, *supra* note 11, at 1389-90；Belisle, *supra* note 15, at, 791～。

¹²⁵ なお、提供者の保護に関しては制定法においても用意されているものの、その詳細は三瀬・前掲書注（38）111頁以下に譲る。

¹²⁶ Lavoie, *supra* note 11, at 1389.

¹²⁷ Jordan & Price, *supra* note 8, at 167.

知的所有権法の制度の下では保護することが困難である——を無断で利用して、研究や商業化を行っている状況に対し、途上国から利益配分の要求がなされ、それが国際条約（遺伝物質については生物多様性条約がある）で認められつつある状況と平行な展開であるといえよう¹²⁸。

もっとも、その際に、利益の一部の引渡し（利益分配）にとどめるか、それともすべての引渡し（利益吐き出し）を認めるかは理解が分かれる。また肯定する際の法律構成も一様ではない。利益分配を説く立場は、第1に、ヒト由来物質から派生した利益に対する分配請求権を所有権とリンクさせるか否か（否定する立場は、市場以外の第三者機関に分配額の決定を委ねようとする〔たとえば、Harrison¹²⁹、Budds¹³⁰など〕）、また第2に、所有権とリンクさせるとして、身体部位に所有権を一般的に認めるか（その帰結として、市場取引〔売買〕や無断利用による横領責任が認められることになる。もっとも、どこまで認めるかはこの見解を支持する論者の中でも一致していない。前者まで正面から認める論者は例外的で〔Gitter¹³¹など〕、後

¹²⁸ 途上国の人々の遺伝資源や伝統的知識の保護については、山名美加「知的財産権と先住民の知識——遺伝資源・伝統的知識における『財産的情報』をめぐる考察」現代思想30巻11号（2002）152頁以下、同「米国立衛生研究所（NHI）モデルにみる生物資源・伝統的知識への『アクセス・利益分配』（ABS）」関法59巻3＝4号（2009）839頁以下などを参照。またそれらを保護する理論的根拠については、田村善之「伝統的知識と遺伝資源の保護の根拠と知的財産法制度」知的財産法政策学研究13号（2006）53頁以下も参照。

¹²⁹ Harrison, *supra* note 87, at 93～（組織が提供される段階では、医学研究のための組織・細胞提供の判例の立場を維持しつつ、提供された組織が商業的価値を有すると判明した段階では、提供者への補償（利益分配）が必要であるとして、市場アプローチと不可譲渡性アプローチの折衷型としてのライアビリティ・ルールによる、客観的・集権的な第三者機関（独立の機関）による《非市場メカニズム》による支払額の決定を説く）。

¹³⁰ Brian Budds, *Toward a Just Model of Alienability of Human Tissue*, 37 U.S.F. L. REV. 757, 777～（2003）（Harrisonの見解を方向性として支持しつつ、その問題点を指摘し、改善案を提示する。具体的には、患者の利益を代表する機関による事後の補償を監視するシステムの必要性などを挙げる）。

¹³¹ Gitter, *supra* note 113, at 338～（市場における譲渡性を認めつつ、無断で利用された場合には、動産侵害による事後賠償を認める）。

者にとどめる趣旨のことが多い〔Ivey¹³²、Biagi¹³³、Leeds¹³⁴、Ritter¹³⁵など〕¹³⁶ ¹³⁷、それとも所有権の一部の権能、とりわけ、利益分配請求権のみを準所有権¹³⁸として認めるか（たとえば、Hardiman¹³⁹、Danforth¹⁴⁰、Mortinger¹⁴¹、

¹³² Ivey, *supra* note 21, at 532.

¹³³ Karen G. Biagi, *Moore v. Regents of the University of California: Patients, Property Rights, and Public Policy*, 35 ST. LOUIS U. L. J. 433 (1991).

¹³⁴ Leeds, *supra* note 18, at 578 ~ (先例を挙げて、身体部位が所有権の客体になり得ること、そしてその帰結として動産侵害が成立することを論証する)。

¹³⁵ Peter K. Ritter, *Moore v. Regents of the University of California: The Splenetic Debate over Ownership of Human Tissue*, 21 SW. U. L. REV. 1465 (1992).

¹³⁶ なお、この他に、収用条項（合衆国憲法第5修正および第14修正）に基づき、単なる謝礼金以上の補償を求めることも理論的には可能となる（Michael Orlando, *Moore Revisited: State Sponsored Biotechnological Research and the Takings Clause*, 23 WHITTIER L. REV. 437, 438 (2001)）。しかし、この点には立ち入らない。

¹³⁷ 身体に対する no-property を支持する英米の伝統的な立場に対し、近時、身体部位に所有権を認めるべきとする見解が多くみられる。その実益は様々であるが、利益分配もその一つであるといえる。その概要とそれに対する批判については、さしあたり、ローヌ・スキヌ（朴或＝樋口範雄訳）「身体や臓器について所有権で語る議論への批判」樋口範雄＝土屋裕子編『生命倫理と法』（弘文堂、2005）341頁以下を参照されたい。

¹³⁸ 先述したように、準所有権は、アメリカ法において従来死体に対する権利として説かれていたものである（この点は、本章第1節第1款を参照されたい）。ここでの準所有権はその応用ないし拡張と位置づけられる。

¹³⁹ Hardiman, *supra* note 35, at 258 ~ (身体に対する所有権をすべて認めるのではなく、身体の商業的価値を他人に利用されない所有権——これを商業権 (right of commerciality) という——のみを承認したうえで、組織・細胞が無断利用された場合には、商業権侵害を理由とする損害賠償ないし利益の分配請求権を肯定する)；Jordan & Price, *supra* note 8, at 171も同旨。

¹⁴⁰ Danforth, *supra* note 8, at 191 ~ (組織・細胞の商事目的による研究者の使用に対する同意権を肯定しつつ〔ただし、処分権まで認めるものではない〕、研究者により無断利用された場合には、自己の持分権に基づく、利益の分配を求める権利を肯定する〔特許法の共同発明法理を応用する〕)。

¹⁴¹ Mortinger, *supra* note 8 (パブリシティ権に類推して、身体から生じた利益に対する権利を肯定する)。

Howard¹⁴²、Dorney¹⁴³、Belisle¹⁴⁴など)という点で理解が分かれている。また利益吐き出しを説く立場は、不当利得構成を支持する見解が多いが(たとえば、Greenfield¹⁴⁵、Lepsch¹⁴⁶、Alford¹⁴⁷など¹⁴⁸)、提供者と研究者の関係を信託関係と捉えることによって可能であろう¹⁴⁹。このように肯定説といってもその理解は一樣ではないが、以下では、本稿の直接の関心である利益の帰属という点から、見ていくこととする。

¹⁴² Howard, *supra* note 18, at 358 (患者が自己の組織の商業化の機会について情報を与えられる権利と自己の組織から開発された製品の市場化からの利益の分配を求める権利を有すると説く)。

¹⁴³ Dorney, *supra* note 8, at 368 ~ (支配権と収益権を区別し、前者を確保するために、組織の売却権の禁止を説きつつ、他方で、研究者と提供者の不均衡を回避するために、後者〔利益の分配を求める権利〕を認めることは、個人の自律性を害することにはならないと説く)。

¹⁴⁴ Belisle, *supra* note 15, at 794 ~ (提供者の自律性および身体のインテグリティを尊重し、そして研究に成功したケースにおいて提供者への十分な補償を提供するために、提供者に摘出された組織に対する限定的な所有権〔準所有権〕を認める。それは、提供者に摘出された細胞に対する一定の支配権を与え、研究に対する提供者の同意権を承認し、そして利益分配を求める権利を承認する)。

¹⁴⁵ Debra L. Greenfield, *Greenberg v. Miami Children's Hospital: Unjust Enrichment and the Patenting of the Human Genetic Material*, 15 ANNALS OF HEALTH LAW 213, 214 (2006) (不当利得は、ヒト由来物質の特許を扱う政策における変更を必要とする理論的根拠として一つの代替手段を提供すると指摘する)。

¹⁴⁶ Lepsch, *supra* note 93, at 154-5.

¹⁴⁷ Deleso A. Alford, *Hela Cells and Unjust Enrichment in the Human Body*, 21 ANNALS OF HEALTH LAW 223 (2012).

¹⁴⁸ このような見解は、Greenberg事件で不当利得構成のみが一般論として認められて以降増えている。もっとも、同事件の判決は、事実審審理に進むことを承認するととどまり、最終的に不当利得の訴訟原因が本件事案に適用されることを担保するものではない点に留意されたい (See, NWABUEZE, *supra* note 5, at 220 ~)。

¹⁴⁹ 信託構成を説く見解として、たとえば、Martin Harvey, *Towards a Public Human Tissue Trust*, 59 CASE W. RES. L. REV. 1171 (2009)がある。ただし、明示的に、利益吐き出しを説いているわけではない。

（２）金銭的利益の開示義務による対応の限界

肯定説は、否定説に対して、信認義務¹⁵⁰やインフォームド・コンセント¹⁵¹を媒介とした、金銭的利益の開示義務を医師に課すことによって、患者（提供者）の尊厳的利益ないし自律性を十分に保護することはできないと批判する。というのも、信認義務やインフォームド・コンセントには、当該法理内在的な限界があるからである¹⁵²。具体的には次の通りである。

まず信認義務による金銭的利益の開示は、信認関係のない者（医師ではない研究者）には及ばないという問題が挙げられる（人的範囲の限界）¹⁵³。また、インフォームド・コンセントには、以下のような問題が指摘されている¹⁵⁴。すなわち、第１に、この法理は、組織・細胞の摘出前にそれらの価値を医師が認識している場合には適用されるものの、組織・細胞の摘出後にその価値を医師が認識した場合には及ばない点（時間的な限界）¹⁵⁵、第２に、因果関係を立証すること——具体的には、決定レベルでの因果関係の問題（情報を提供されていれば合理的の患者が医療処置を受けることに同意したか否か）と損害レベルでの因果関係の問題（情報が提供されていれば損害を被らなかったか否か）——が困難な点（立

¹⁵⁰ アメリカ法における信認義務一般については、樋口・前掲書注（42）を参照。

¹⁵¹ アメリカ法におけるインフォームド・コンセント一般については、丸山英二「インフォームド・コンセントの法理と現状（アメリカ法の焦点）」法セ458（1993）10頁以下、同「インフォームド・コンセント（再論）各国の法状況——アメリカ」年報医事法学8巻（1993）11頁以下、樋口範雄「医療過誤訴訟（3）——インフォームド・コンセント訴訟」法教330号（2008）137頁以下（同『続・医療と法を考える——終末期医療ガイドライン』〔有斐閣、2008〕所収）などを参照。

¹⁵² 以下については、三瀬・前掲書注（38）221頁以下も参照。

¹⁵³ O'Connor, *supra* note 17, at 143 ; Gitter, *supra* note 18, at 304. なお、Moore 事件の Broussard 判事も同旨（793 P.2d 479, 504）。

¹⁵⁴ 一般的に、アメリカ法では、インフォームド・コンセント自体が——その発祥地であるにもかかわらず——わが国と比較するとそれほど医療過誤訴訟においても有用な手段であると解されていないと説かれている（この点につき、樋口・前掲書注（45）318頁以下を参照）。

¹⁵⁵ O'Connor, *supra* note 17, at 143 ; Perley, *supra* note 104, at 336-7.

証の問題)¹⁵⁶、第3に、この法理の下で認められる賠償額は、医師が金銭的利益相反を開示することを動機づけるには不十分である点などが挙げられる¹⁵⁷。

このように、金銭的利益の開示義務を医師に課すことによって、提供者の権利((a))は十分に保護するとはできない¹⁵⁸。そしてこのような解決によっては、バイオテクノロジー産業の利益((b))に不確実性が残り(たとえば、重篤な病気を患う合理的な患者は、情報を与えられ、その手術には同意するが、その組織の商業的使用には同意しないとき、医師が潜在的な商事的利得の非開示を理由に責任を負うか否かは不明である¹⁵⁹)、結果的に公衆の利益((c))や連邦政府の利益((d))も促進しないとの批判がなされている¹⁶⁰。

(3) 肯定説の論拠

そこで、肯定説は、提供者への利益帰属を正面から肯定する。その際

¹⁵⁶ Dorney, *supra* note 8, at 357; O'Connor, *id.* 141; Mehlman, *supra* note 27, at 54. この問題は、インフォームド・コンセントにおいて、従来から指摘されていた。

¹⁵⁷ Gitter, *supra* note 18, at 305-6.

¹⁵⁸ もちろん、こうした批判に対しては、インフォームド・コンセント自体の修正も説かれている(e.g. Linda Daniels, *Commercialization of Human Tissues: Has Biotechnology Created the Need for an Expanded Scope of Informed Consent*, 27 CAL. W. L. REV. 209 (1990); Sharon Nan Perley, *From Control Over One's Body to Control Over One's Body Parts: Extending the Doctrine of Informed Consent*, 67 N.Y.U.L. REV. 335, 337 ~ (1992); Belisle, *supra* note 15, at 791 ~ など)。たとえば、Perley は、上記の第1の問題点(時的限界)に対して、従来のインフォームド・コンセントは、身体の完全性に限定された自己決定権を保護するにとどまっていたためであるとし、より広く《人の身体および体外の身体部位に対する尊厳的利益》を保護する法理であると解することにより、患者は現在自己の身体に起こっていることのみならず、自己から摘出された組織および細胞に対して将来起こることも支配する権利を有するとして、同法理を拡張することにより、患者の保護を説く(*Id.* at 337 ~)。しかし、本稿の目的との関係で、この問題にはこれ以上立ち入らない。

¹⁵⁹ O'Connor, *supra* note 17, at 143-4.

¹⁶⁰ *Id.* 133.

の根拠としては以下が挙げられる。

まず理論的問題（①）について、肯定説はその根拠として以下の点を挙げる。すなわち、第１に、ヒト由来物質は、研究過程において使用される機材と同様に、不可欠なものであること（提供者は研究努力に価値のある貢献をなし、そしてその貢献を理由に報酬を与えられるべきであること¹⁶¹）、第２に、提供者は、医学研究に付随する様々なリスク（たとえば、実験過程における（i）治療から生じる損害、（ii）プライバシー侵害、（iii）健康情報や精神を不安にする情報を知るリスクなど）に直面しており、こうした事態を考慮すると、提供者は補償を受けるに値すること¹⁶²、第３に、医師や研究者のみが利益を独占することを認め、提供者に与えない現状のほうがむしろ不公平または不道德であること¹⁶³などが挙げられる。

次に、肯定説は、否定説の②～⑦の論拠に反論を加える。すなわち、

②（研究・開発への影響）に対しては、否定説ではこの点が過大に消極的に評価されていると反論する。具体的には、第１に、提供者への利益引渡しを正面から認めることは、むしろ従来の法的取扱いの不明瞭な状態に統一性をもたらし、人々に安心を与え、研究に必要な組織の提供量を増やし、結果的にバイオテクノロジー産業の発展に資する¹⁶⁴。第２に、研究者の記録保持に伴う研究費用の増加という懸念については、潜在的に危険な生体材料の使用の追跡の記録を求めることは重要であり、不当な負担とは言えない¹⁶⁵。

③（治療費用・保険費用の増加）に対しては、——明確に応答はなされているわけではないが、従来の議論を踏まえると——取引費用が大きくなる原因は、提供者への利益分配を認めること自体ではなく、提供者に売買を認めることに伴う交渉費用にある。そのため、利益分配の際に、

¹⁶¹ Gitter, *supra* note 18, at 295 ; Belisle, *supra* note 15, at 786.

¹⁶² Harrison, *supra* note 87, at 79; Gitter, *supra* note 18, at 297.

¹⁶³ Hardiman, *supra* note 35, at 229 ; Ritter, *supra* note 135, at 1487 ~ .

¹⁶⁴ William Boulier, *Sperm, Spleens, and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts*, 23 HOFSTRAL L. REV. 693, at 722 (1995) ; O'Connor, *supra* note 17, at 147 ; Biagi, *supra* note 133, at 461.

¹⁶⁵ Gitter, *supra* note 18, at 289 ~ .

市場における売買を認めずに、製品化が実現した事後的に利益分配を行うのであれば、影響はそれほど大きくないと反論し得るであろう。

④（贈与システムへの影響）に対しては、そのような実証的証拠は存在しないと反論する（アメリカにおける輸血の実践を見ても、血液市場の登場は、贈与市場を排除していない¹⁶⁶。また仮に血液市場の登場以来無償提供の数が減少したとの考えを受け入れるとしても、両者の間に因果関係があるかは明らかではないとされる¹⁶⁷。さらに、利他的な行動の原因は、ほとんど解明されていないため、対価性の存在は、利他的に行動していた人が有償性を求める原因になるかは不明である¹⁶⁸）。

⑤（医師と患者の関係への影響）に対しては、利益分配を認めることによって医師と患者の関係は良好になると反論する。具体的には、第1に、提供者への利益分配がないと、患者は医師から搾取されているとの不正義感情を抱くことになり、医師に対する信頼関係を失い、患者の治療にも影響を及ぼしかねないこと¹⁶⁹、第2に、否定説の心理的影響は、利益分配を認めること自体の問題ではなく、身体に所有権を認めることに起因するものであり、利益が現実化された後に事後的に利益を分配するのであれば、回避されること¹⁷⁰などが説かれている。

⑥（経済的な非効率）に対しては、第1に、経済的な非効率は、研究者に独占権を認めることによって生じること（たとえば、基礎研究の段階で特許権が承認されると、その後の後続の研究者の研究を阻害することになり、研究の非効率をもたらすことになる〔いわゆるアンチコモنزの悲劇〕¹⁷¹）、第2に、収集段階において売買を認めることに付随する問題で

¹⁶⁶ Harrison, *supra* note 87, at 93; Gitter, *id.* at 313 ~.

¹⁶⁷ Harrison, *id.* at 93.

¹⁶⁸ Juria D. Mahoney, *The Market for Human Tissue*, 86 VA. L. REV. 163, at 217 (2000).

¹⁶⁹ Harrison, *supra* note 87, at 85.

¹⁷⁰ *Id.* at 91.

¹⁷¹ *Id.* at 86 ~. アンチコモنزの悲劇は、Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 (3) HARV. L. REV. 621 (1998) が嚆矢である。また、バイオテクノロジー研究の文脈におけるアンチコモنزの悲劇については、Michael A. Heller & Rebecca S.

あり、原則として贈与による提供のみ認め、商業化が現実化した場合には、例外的に、利益分配的な形で事後賠償するのであれば、効率性を確保することは可能である（その際の価格は、裁判所や行政機関により決定され、当事者間の事前の交渉費用を節約することになる）¹⁷²と反論されている。

⑦（実践的な困難性）に対しては、既存の法理（たとえば、特許法理）を応用して、利益を分配する方法が模索されており¹⁷³、寄与分を算定することが困難であることは利益分配を否定する根拠にはならないと反論することになる。

⑧（身体の商品化の問題）に対しては、第１に、否定説はヒト由来物質がいまだに商品化されていないことを前提とするが、現実には生物医学研究の文脈では商品化がなされており、研究者や株主はこれから既に利益を得ており、商品化が部分的になされていること¹⁷⁴、第２に、第１のような状況下では患者は「板挟み（doublebind）」問題¹⁷⁵（というのも、身体の商品化は疎外を招き、望ましくないものの、否定すると重篤な患者の経済状況は悪化するからである）に直面し、これを回避する手段としては、

Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, SCIENCE May 1, 1998 at 698（翻訳として、和久井理子訳「特許はイノベーションを妨げるか？——生物医学研究におけるアンチコモنز」知財管理51巻10号〔2001〕1651頁がある）がある。アンチコモنز悲劇については、Lee Nari（田村善之＝立花市子訳）「標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇」知的財産法政策学研究11号（2006）85頁、特に105頁以下も参照。

¹⁷² Harrison, *supra* note 87, at 93.

¹⁷³ たとえば、共同発明の類推適用（Danforth, *supra* note 8）や従業員発明の実施権の応用（Christopher Scott Pennisi, *More on Moore: A Novel Strategy for Compensating the Human Sources of Patentable Cell-Line Inventions Based on Existing Law*, 11 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 747 (2001)）などが挙げられる。

¹⁷⁴ Gitter, *supra* note 18, at 300 ; Dorney, *supra* note 8, at 367.

¹⁷⁵ 人格の商品化に付随する「板挟み」問題は、Radinによるものである（Radin, *supra* note 122, at 1915）。この点については、吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題」同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000）359頁も参照。

患者に利益分配を求める権利を認める必要があること¹⁷⁶、第3に、商品化の問題は利益の分配を認めること自体の問題ではなく、所有権を成立させ、市場での売買を認めることに付随する問題であり、所有権を否定しつつ、利益分配を認め、かつその額が私的な交渉（取引）を通じてではなく、集合的・非市場的な根拠に基づき決定されるならば、そのような問題は生じない¹⁷⁷と反論する。

第4款 両説の整理と検討

（1）両説の整理

Moore 事件をめぐる、学説は、提供者の保護と他の利益の衡量を図る際に、既存の法理による金銭的利益の開示義務と利益引渡しのいずれが望ましいかを中心に検討がなされている。

後者の利益引渡しについては、学説の主たる対立点は、第1に、提供者への利益の帰属をどのように根拠付けるかという理論的な問題(①)、第2に、利益の帰属を認めることがバイオテクノロジー産業等の他の利益(先述の(b)～(d)の利益)を害さないかという政策的な問題(②～⑥)、第3に、利益の帰属を認めることが身体の商品化をもたらさないかという道徳的・哲学的な問題(⑧)、第4に、利益の引渡しを利益分配として認める場合には、どのように研究者と提供者の寄与分を考慮するかという実践的な問題(⑦)の4つの点にあった。

否定説は、第1の点について消極的に解し(その説明の困難性を説く)、

¹⁷⁶ Dorney, *supra* note 8, at 364～. なお、「板挟み」問題を回避する手段としては、患者に自己の組織に対する所有権を認め、売却する権利を認めることにより、医師・研究者と患者の間の権力バランスを等しくするという方法もあるが、この方法には、患者と医師の間の力の不均衡があるため、患者が強く補償を求めることはできないという問題がある。そのため、本文のように、研究者に患者の組織を用いる研究の潜在的利益についての情報提供義務を課したうえで、利益分配を認めるのが最適な方法であると説かれる(Dorney, *supra* note 8, at 364)。

¹⁷⁷ Munzer, *supra* note 122, at 276 ; Danforth, *supra* note 8, at 200も同旨(利益分配方式ならば、「当事者が自分の身体部位を『売却している』との認識を排除する」ことが可能になると説く)。

第２の点についての消極的な影響を懸念し、第３の点についても、身体の商品化を肯定し、第４の点についても、困難であると説く。これに対し、肯定説は、第１の点については、公平性という点やリスクという点から正当化が可能であると説き、第２の点については、否定説が過大に消極的に評価しているとし、利益分配を認めることで積極的な効果をもたらす面があると反論し、第３の点についても、所有権を媒介とせずに、利益分配を認めるのであれば問題はないとし、第４の点についても、否定する理由にはならないと説く。

以上の学説の議論をどのように評価すべきであろうか。以下では第１から第３の点について、若干検討を加えてみたい（なお、説明の便宜上、まず第２、第３の問題を扱った後に、第１の問題を取り上げる。第４の問題は本質的な問題ではないので、扱わない）。

（２）検討①——政策的な問題

まず政策的な問題について。否定説の利益引渡しを認めることが医学研究や治療コスト等に消極的な影響を及ぼすことを懸念するのに対して、肯定説はこうした懸念が利益引渡しを認めること自体の問題ではなく、利益引渡しを認める際に、所有権を媒介とすることに起因するものであると反論する。また利益の引渡しを認めることによる積極的な効果もあると説く。このような肯定説には傾聴すべき点があるものの、以上の説明によって利益引渡しを認めることが、(b)～(d)に与えるデメリットを上回るメリットがあるとまで十分に論証できているかは不明である。そのため、政策論の観点から、肯定説を直ちに支持することはできない。

（３）検討②——哲学的な問題

次に、哲学的な問題（商品化の懸念）について。否定説は、利益の引渡しを認めることが身体の商品化を認めることになる」と説く。確かに、身体の商品化という問題には配慮する必要があるが、肯定説が、ここでも所有権を媒介とせずに、事後的な利益分配を認めるのであれば、商品化の問題は生じないと説く点は興味深い。もっとも、事後的な金銭賠償の形によれば、本当に人々が商品化されているという感情を抱かないとい

えるか（人間性を奪われていると感じないといえるか）は、——理論的にはそのように言えるとしても——実証研究が必要な問題である¹⁷⁸。そのため、哲学的な観点からも、肯定説を直ちに支持することはできない。

（４）検討③——理論的根拠の問題

このように、政策的な問題や哲学的な問題の観点からは、肯定説と否定説のいずれが望ましいかは決定することができず、決め手は理論的根拠の問題に帰着すると言える。そのため、ヒト由来物質の無断利用による利益帰属問題も、（本稿の主たる考察の対象である）利益吐き出し一般の問題と本質においては変わらず、同一の問題——すなわち、何ゆえ医師や研究者は（一部または全部の）利益を引き渡さなければならないのか、また何ゆえ患者などの提供者は、その利益を取得することができるのかという問題——に帰着するのである。

そこで最後に、提供者への利益の帰属をどのように根拠付けるかという点について。肯定説は、先述したように、第１に、ヒト由来物質の医学研究における役割、第２に、提供者に付随するリスクに対する補償、第３に、医師や研究者のみが利益を独占する現状への不当さを根拠に、利益の帰属を肯定する。しかし、いずれの理由付けも疑問の余地がある。すなわち、第１の点は、医学研究に必要なものであるとしても、現在の特許制度においては特別の保護対象となっていない現状を踏まえると、困難であろう。また第２の点は、利益が現実化されなくても、利用されたならばそのようなリスクは常に存在し、それに対する補償は利益が現実化したか否かに関係なく、認められるべきである（それゆえに、利益の引渡しを求める権利を認める直接の根拠とはならないであろう）。最後に、第３の点は、医学研究の複雑性・困難性を踏まえると、情報の過小生産を回避するために、研究者に独占的権利を与えることは直ちには不当とは言えない。仮に不当というならば、提供者への利益の帰属を根拠づけるより積極的な根拠が必要となるのではなかろうか。しかし、肯定説は、それを提示することができていない（おそらく肯定説は、②～⑥の政策論からなし崩し的に利益引渡しを認めてきたように見えるが、

¹⁷⁸ See, Harrison, *supra* note 87, at 91.

先述のように、政策論からは肯定説を直ちに導くことはできない）。

このように、肯定説は、ヒト由来物質から生じた利益の引渡しを求め
る権利を根拠付けることができておらず、課題が残されている。

第４節 本章の小括

最後に、本章のまとめをしておくことにしよう。以下では、まず本章
の考察を整理し（→１）、そのうえで次章への架け橋として、本章の考
察において残された課題を示しておきたい（→２）。

（１）本章の整理

まず、Moore 事件以前の身体ないしその部位をめぐる議論状況を概
観した（第１節）。伝統的に英米法では身体ないしその部位をめぐる議
論は、死体、臓器、血液を中心に展開されていた。これらを「物」と扱
うか否かが主たる争点となっており、その取扱いが文脈により異なっ
ていた。これらの取扱いの当否は別として、本稿の関心との関係では、従
前においては、Moore 事件のような身体部位から派生する利益の問題
は顕在化していなかったということである。こうした状況に対し、その
後、①バイオテクノロジー研究の発展、②連邦最高裁の特許法解釈の変
更（特許適格性を広く解釈する）、③連邦政府の研究特許政策の変更（国
費による研究成果の私的所有の承認）といった科学技術の発展および社
会背景の変化に伴い、ヒト由来物質が注目され、その無断利用による利
益の帰属という問題が顕在化するようになった。そしてこのような中で
登場したのが Moore 事件であった。

次に、Moore 事件を概観し、その意義を示し、若干の検討を加えた（第
２節）。Moore 事件は、医師と患者の関係の文脈において、医師が患者
の治療の際に採取した組織の特殊性に注目し、研究試料として無断で利
用し、Mo 細胞株として培養し、特許を取得し、莫大な利益を得たのに
対し、患者であった Moore が当該利益の分配を求めて提訴した事案で
あった。このような事案において、カリフォルニア州控訴裁判所はこれ
を認めたのに対し、最高裁の多数意見は、様々な根拠を挙げて（とりわけ、
医学研究への影響を重視し）、提供者への利益の分配を否定した。

最後に、Moore 事件以後の学説の議論状況を概観した（第3節）。Moore 事件を契機として、学説では、ヒト由来物質の無断利用から生じた利益の帰属をめぐり、大々的に論争が展開されるに至った。そこでは、大きく肯定説 vs 否定説という対立図式の中で多様な観点から議論が展開されていた。肯定説は、多数意見のようにインフォームド・コンセントによる患者（提供者）の保護が十分ではないとの考えでは一致していたものの、その根拠付けの仕方、法律構成、さらに解釈論によるか立法論によるかなど内部で見解は一致していなかった。しかし、肯定説は、否定説の根拠の一つである、患者に利益が帰属する根拠が明確ではないという批判に対して正面から応答することができていなかった（政策論の観点から患者への利益帰属をなし崩し的に認めるにとどまった）。それゆえに、理論的根拠を解明することが肯定説を維持するうえで不可欠な点であることが明らかとなった。

（2）次章への架け橋

以上の本章の考察から、ヒト由来物質の無断利用による利益帰属の問題も、それをどのように根拠付けるかが本質的な点であることが明らかとなったといえよう。もっとも、その根拠論は、——この問題が医事法の論者を中心になされていることもあってか——ヒト由来物質の無断利用の文脈での議論からは説得的なものを得られなかった。そのため、別の根拠を示すことが課題となっている。

ところで、根拠付けの問題について、ヒト由来物質の無断利用による利益の帰属を肯定する見解の中には、不当利得原理に依拠する見解が少数ながら存在していたこと、また、Greenberg 事件においても、不当利得の訴訟原因が成立する可能性が示唆されていたことが注目される¹⁷⁹。このような見解は、おそらく、近時英米法で発展している原状回復法ないし不当利得法に注目し、そこでの議論を上記文脈に応用しようとするものであると理解することができる。しかし、このような試みは、必ずしも成功しているとはいえない。というのも、不当利得法による解決は、（利益分配を超える）利益の吐き出しを認めるとして、提供者へ

¹⁷⁹ この点は、前掲注（88）を参照されたい。

の利益の帰属を根拠付けることがヨリ困難だと解されていたからである¹⁸⁰。

もっとも、この点はさらに検討する余地があるように思われる。というのも、英米法では、従来から利益吐き出しが広く認められており、その根拠付けが試みられてきたからである。そこで、次章では、まず英米の利益吐き出しが認められてきた多数の文脈を考察し、そこで従来挙げられてきた理論的根拠を明らかにした上で、ヒト由来物質の無断利用の文脈に応用することができないかについて検討する¹⁸¹。

【付記】本章の加筆・修正にあたっては、北大民事法研究会（2019年11月2日）で報告する機会を得た。参加者からは多数のご教授を賜った。またバイオテクノロジー特許の問題については、内容および文献について、橘雄介助教（北海道大学法学部、知的財産法）から個別にご教授を賜った。併せて、記して謝意を表する。

¹⁸⁰ E.g. Belisle, *supra* note 15, at 790（不当利得法による解決は、研究者の努力を考慮せず、すべての利益を吐き出させることになり、提供者に棚ぼた利益を与えることになると批判する）； See also, NWABUEZE, *supra* note 5, at 220～（身体やその部位に不当利得法（原状回復法）を適用することに対しては、直観に反すると批判する）。

¹⁸¹ なお、以下では、ヒト由来物質の無断利用に関するその他の問題（否定説の②～⑧の問題）には立ち入らない。

民事判例研究

張 子 弦

地方公共団体の首長を被告とする住民訴訟において、当該地方公共団体に所属する機関が保管する文書については、当該地方公共団体が文書提出命令の名宛人となる文書の所持者に当たるとされた事例

最高裁判所平成29年10月4日第二小法廷決定（平成29〈行フ〉第2号、文書提出命令申立て却下決定に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件、抗告棄却）

民集71巻8号1221頁

〈参照条文〉

民事訴訟法219条、220条

【事実】

Y県の住民Xは、県議会議員Aらが受け取った政務活動費の中の支出が、使途基準に違反するとして、地方自治法242条の2第1項4号に基づき、県知事Bに対し、上記の支出に相当する金額について、その支出をした議員Aらに不当利得返還請求をすることを求める訴訟を提起した（本件本案事件）。

Xは、①Aらが県議会の議長Cに提出した平成25年度分の政務活動費の支出に係る領収書及び添付資料の写し（以下、「①文書」という。決定要旨においては、「本件各領収書」と表記されている）について、Cの所属する地方公共団体Y県を文書の所持者として、文書提出命令の申立てをするとともに、②相手方会派等の同年度の支出に係る帳簿及び領収書（以下、「②文書」という）に

ついて、文書提出命令の申立てをした。

第一審(高松地決平成28年9月14日民集71巻8号1230頁)は、①文書については、その所持者は議長Cであって、Y県ではないとして、また、②文書は、民事訴訟法(以下、「民訴」と称する)220条4号二所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たるとして、文書提出命令の申立てをいずれも却下した。住民Xがこの決定を不服として即時抗告をした。

抗告審(高松高決平成29年3月24日民集71巻8号1326頁)は、②文書について、第一審と同様に相手方会派等は文書提出義務を負わないとした。これに対して、①文書については、平成16年行政事件訴訟法の改正において、被告適格を従前の処分行政庁から処分行政庁の所属する国又は公共団体と変更したのは、行政事件訴訟を通じて救済を求める原告の被告を特定する負担を軽減するためであると理解されるため、住民訴訟の文書提出命令の手続における文書の所持者の特定においても斟酌されるべきである、という理由で、文書を保存する議長Cの所属するY県をその所持者と解するのが相当であるとした。そのうち発行主体が団体であるものについては、民訴220条4号ロに該当せずYは文書提出義務を免れないが、その余は同号ロに該当しYは文書提出義務を負わないものと判断し、①文書のうち発行主体が法人又は団体であるものについて提出を命じ、その余の申立てを却下した。これに対して、Yは、本件各領収書に係る①文書の所持者は議長Cであり、自らに本件各領収書の提出義務はないと主張し、許可抗告を申し立てた。

【決定要旨】

抗告棄却

①「裁判所は、文書提出命令の申立てを理由があると認めるときは、文書の所持者に対し、その提出を命ずるところ(民訴223条1項)、文書の所持者は、文書提出命令によって、その文書を裁判所に提出すべき義務を負うこととなる。そして、地方公共団体の機関が文書を保管する場合において、当該地方公共団体は、当該機関の活動に係る権利及び義務の主体であるから、文書提出命令の名宛人とされることにより、当該文書を裁判所に提出すべき義務を負い、同義務に従ってこれを提出することのできる法的地位にあるといえることができる。したがって、地方公共団体は、その機関が保管する文書について、文書提出命令の名宛人となる文書の所持者に当たるといえるべきである。」

②「本件において、議長Cは、地方公共団体の議事機関である議会を代表する者であり、地方公共団体であるYに属する機関であることは明らかである。そして、議長は、本件条例の定めに従って、議員らから本件各領収書の提出を受けてこれを保存しているのであるから、議長の属する地方公共団体である原告人は、議長が保存している本件各領収書について、文書提出命令の名宛人となる文書の所持者に当たる。」

③「なお、本件の本案事件は、地方自治法242条の2第1項4号に基づき、執行機関である県知事Bに対して提起された訴訟であるところ、同号が普通地方公共団体の執行機関又は職員を被告とすべき者と定めていることは、上記の判断を左右するものではない。」

【評釈】

1. 問題の所在と本件の意義

本件では、Y県（地方公共団体）に属する機関（議会）の首長（議長C）が文書を現に保管している場合、「文書の所持者」は地方公共団体か、それとも文書を現に保管している機関（議長）かという問題が争点とされている。公文書の所持者を特定する際に、民訴220条にいう「所持」及び「所持者」をいかに解釈するかが、本件の主たる問題である。

私法上の法人の場合、その組織内の一部署が文書を管理しているとしても、法人自体がいつでも当該文書を自己の支配下に移すことができるため、法人が文書の所持者となるものと解される。これは、私法上の法人の場合、法人を法的単位として私法上の規制を受けるため、法人を所持者とするのが自然であると解されるからである。これに対して、公法人の内部機関（以下、「機関」とのみ記載する場合には、国又は地方公共団体の内部機関を意味する）が文書を現に保管している場合、公法規範によって規制されているため、私法上の法人と同様に取り扱うことができるかどうか問題となる。この点について、従来の裁判例においては、必ずしも統一的な判断がなされていなかった。

本件最高裁決定は、住民訴訟（地方自治法第242条の2第1項4号）における政務活動費の支出に係る公務文書の提出が求められた事案において、「公務文書の所持者」という問題が正面から取り上げられ、明示的に地方公共団体が、その機関の保管する文書について文書の所持者に当たることが認められた初めての最高裁の判断として重要な意義がある。

以下では、国又は地方公共団体（以下、「国等」と略する。決定要旨の引用においては、「国又は地方公共団体」と表記されている）の機関が保有する文書に対する文書提出命令の申立てが行われた場合、当該文書の所持者が誰に当たるかに関する従前の裁判例を確認し（２）、文書の所持者をめぐる学説を概観した後に（３）、若干の検討を加えたい（４と５）。

2. 公文書の所持者に関する裁判例の動向

実務において、公文書の所持者を特定の機関とするか、それとも機関の属する公法上の主体とするかについて、裁判所の判断は統一されていなかった。従来の裁判例においては、本案事件の訴訟類型によって結論が異なっているため、以下では、本案事件の類型ごとに検証してみる。

（１）本案事件が行政事件訴訟（抗告訴訟）である場合

本案事件が行政事件訴訟（抗告訴訟）である場合、訴訟の当事者（被告）は誰かに着眼しながら、所持者を特定する傾向が読み取れる（後述〔１〕〔２〕決定参照）。平成16年の行政事件訴訟法の改正（以下、「平成16年法改正」と称する）により、行政事件訴訟の被告適格が「行政機関」から「国又は地方公共団体」といった公法上の主体に変更されることとなった（行政事件訴訟法11条、以下条文の場合「行訴」と称する）。そのため、本案事件が行政事件訴訟である場合、平成16年法改正の前後を分けて、裁判例を検証していきたいと思う。

ア、平成16年法改正以前の事例

平成16年法改正の施行以前は、抗告訴訟の被告は行政庁であった。そして、抗告訴訟においては行政庁が訴訟の当事者となっていたため、公文書の所持者を行政機関とする裁判例が圧倒的に多かった。例えば、①大阪地決昭和61年5月28日判時1209号16頁、②大阪地決昭和61年12月8日税資154号順号795、③長野地決平成4年2月17日税資188号順号309、④奈良地決平成6年2月16日税資200号順号677等が挙げられる。それらのほとんどの裁判例において、行政官署に存在する文書の所持者とは、当該文書の保管の責に任じ、その閲覧の許否を決する権限を有する行政庁をいうものと解されるという趣旨の判示がなされている。

行政庁を訴訟の当事者としていた旧行政事件訴訟法下の抗告訴訟において、文書（税務書類）の所持者が誰かという問題が正面から取り上げられた事例として、〔１〕東京高決平成15年11月18日判時1884号34頁が挙げられる。その原

審（東京地決平成15年6月30日判時1884号36頁）は、行訴7条に基づいて「国の行政機関が保有する文書に対する文書提出命令の申立てが行われた場合における文書の所持者は国と解されているところであるが、行政事件訴訟法においても、所持者について民事訴訟の場合と異なって解すべき旨の規定はおかれていないのであるから、文書の所持者については民事訴訟と同様に解することが相当というべきである」とし、また「このことは、公務員の職務上の秘密に関する文書について民事訴訟法220条4号に掲げる場合であることを文書の提出義務とする文書提出命令の申立てがあった場合、当該文書が同号ロに掲げる文書に該当するかどうかについて当該監督官庁の意見を聴かなければならないとされているところ（同法223条3項）、取消訴訟においても、この規定は、国の行政機関が保有する文書の場合、文書の所持者を行政機関（行政庁）ではなく、民事訴訟と同様に国と解することによって整合的に解することができること、取消訴訟と当該処分又は裁決に関連する原状回復又は損害賠償に係る訴えとが併合されている場合（行訴13条1号）においても、当該文書提出命令の申立てに係る文書が専ら原状回復又は損害賠償に係る訴えの立証のためのものであるか否かによって、同一の文書についての所持者に差異が生じるような不自然な結果は生じないことから、裏付けられるものというべきである」として、国を文書の所持者とした。国が不服として抗告した。

これに対し東京高裁は、「行政庁の処分の取消し等を求める行政訴訟（抗告訴訟）においては、訴訟の当事者（被告）は国でなく、当該処分の取消しを求められている行政庁であるから、民事訴訟において、訴訟の当事者である国に対して文書提出命令の申立てがあった場合と同様に解することはできない。すなわち、抗告訴訟においては、被告となった行政庁が所持する文書とそれ以外の国の行政機関が所持する文書は明確に区別することができるのみならず、国は訴訟の当事者ではないから、民事訴訟における場合と同様に、国の行政機関が保有する文書を当事者である国が所持するものとして、国に対して文書提出命令を発することはできない。また、抗告訴訟においては、行政庁の処分の適否が審判の対象であるから、当該行政庁以外の行政機関が文書提出命令に従わないからといって、当該行政庁が民事訴訟法224条による制裁を受けるのは、必ずしも妥当であるとは解されない（下線筆者）。なお、抗告訴訟に関連請求として民事訴訟が併合されている場合には、文書提出命令の申立ての立証趣旨がいずれの訴訟に関するものであるかによって区別し、両訴訟に関連する場合

には、行政庁（抗告訴訟の当事者）又は国（民事訴訟の当事者）のいずれか又は双方を文書の所持者として扱うのが相当である」として、原決定を取り消した。

その後の〔２〕東京高決平成16年12月28日税資254号順号9878も、〔２〕決定と同様に、税務署を被告とする抗告訴訟が本案事件であるが、当該事件においては、税務署（特定機関）が保有する文書に対する提出命令が、国を相手方として申し立てられた。東京地裁（東京地決平成16年2月9日税資254号順号9552）は、この申立てを認めて文書提出を命じたが、東京高裁は、〔１〕決定と同様の理由で行政庁を公文書の所持者とすべきとし、原決定を取り消した。

上述〔１〕〔２〕の二つの裁判例においては、本案事件が行政処分取消しを求める抗告訴訟（行訟3条1項）である場合、訴訟の当事者という要素を考慮しながら、特定の行政機関を文書の所持者とすべきとしていた。これに対して、国が本案事件の当事者となる場合、文書の所持者に関する考慮の対象が変わってくるだろう（後述の（２）参照）。

イ、平成16年法改正以後の裁判例

平成16年法改正により行政事件訴訟の被告適格が国等に変更されたため、行政事件訴訟の当事者は、特定の行政機関ではなく、国等とすることとなった。文書提出命令の申立人及び相手方の公文書の所持者に関する主張には、平成16年法改正の影響が反映されている¹が、裁判所の判断が変化したのか否か、また変化があるとしてどのような変化が生じたのかについて、以下の裁判例を検討していく。

まず、重加算税賦課決定処分の取消訴訟である〔３〕東京高決平成17年12月28日税資255号順号10260がある。その原審（千葉地決平成16年10月15日税資254号順号9781）は、市川税務署長は文書の所持者ではないとして文書提出命令の申立てを却下した。高裁は、国税局査察部から東京国税局に送付され審査請求において利用されていた本件犯則調査資料が、その後査察部に返還されたとしても、「本件各文書については、現在も引き続き相手方（原処分庁たる市川税務署長）が所持しているものと推認するのが相当であり、所持しているのは国税局長であって相手方は所持していないとの相手方主張は採用できない」

¹ 例えば、文書の所持者の問題について当事者間で争われたが、裁判所が具体的判断を示さなかった裁判例として、静岡地決平成17年8月22日税資255号順号10103、東京地決平成19年6月26日訟月54巻9号2074頁がある。

として、本件各文書につき、原決定を取り消した。

また、法人税等更正処分に対する取消訴訟においてを本案事件とする〔4〕横浜地決平成23年2月24日税資261号順号11625がある。そこで、公文書が行政機関によって保有されている状況の中で、申立人は「国（処分をした行政庁戸塚税務署長）」と記載して文書提出命令の申し立てをしたが、相手方は「本件申立ては、いずれも文書の所持者を誤っている」として、文書の所持者について争った。横浜地裁は、「本案事件は、行政庁の公権力の行使に対する不服を申し立てる抗告訴訟であるところ、抗告訴訟において、国又は公共団体の行政機関が保有する文書に対する文書提出命令の申立てがなされた場合には、当該文書を保管・処分する権限を有する行政庁が当該文書の所持者として、その申立ての相手方となると解される」（下線筆者）ため、文書の所持者はそれぞれ国税不服審判所長及び戸塚税務署長を文書の所持者であると解することができる。と判示したものの、しかしながら、「申立て全体の趣旨等からすれば、申立人は、本件文書1の所持者については『国税不服審判所長』、本件文書2及び3の所持者については『戸塚税務署長』とする趣旨である」と判断した。

上述の裁判例が、以下の図表によってまとめられる。

表 1. 本案事件が行政事件訴訟である場合

	裁判例	保管者／所持者 (申立書における 所持者)	結論(所持者に関する裁判所の判断)
平成16年法改正以前			
〔1〕	東京高決平15・11・18 判時1884-34(原審：東 京地決平成15年6月30 日判時1884号36頁)	保管者：税務署 所持者：国	地裁肯定、高裁否定→行政機関 その原審において、国を文書提出命令の 相手としたが、抗告審では、行政庁とす べきとした。
〔2〕	東京高決平16・12・28 税資254-9878(原審： 東京地決平成16年2月9 日税資254-9552)	保管者：税務署 所持者：国	地裁肯定、高裁否定→行政機関 (同上)
平成16年法改正後			
	仙台高決平17・4・12 税 資256-10566	保管者＝所持者： 各文書を保管して いるそれぞれの地 方税務署長	肯定。 所持者については争われなかった。一審 で所持者に関する申立て人の主張を認 容し、控訴審ではそれが引用された。
	最二小決平17・7・22民 集59-6-1888(許可抗告 審)	保管者＝所持者： 法務大臣及び外務 大臣	原審差戻し。 (文書の所持者に関しては明白に判断 されていなかった)

〔3〕	東京高決平17・12・28 税資255-10260（原審： 千葉地決平16・10・15 税資254-9781）	保管者：市川税務 署長 所持者：東京国税 局長	下級審では、所持者を東京国税局長として申立て人の主張を否認したが、高裁は文書提出命令申立に係る文書を相手方が所持していると推認されるとして、相手方が所持していないとして申立てを却下した原決定が失当であるとし、原決定取消し・差し戻す。
〔4〕	横浜地決平23・2・24税 資261-11625	保管者：戸塚税務 署長等 所持者：国（処分 をした戸塚税務署 長）	申立てが却下された（おおむね、本件文書提出の必要性が認められないから、失当として却下した）。

このように、平成16年法改正前の本案事件が行政訴訟である下級審の裁判例（〔1〕決定と〔2〕決定）をみると、特に、税務関係の取消訴訟を本案事件とする事例では、本案事件の当事者たる行政庁を文書所持者とするのが一般的であった。平成16年法改正により、行政事件訴訟の被告適格が国等の公法上の主体に変更されたため（行訴11条1項）、公文書の所持者について、改正後の行政訴訟（抗告訴訟）が本案事件である場合には、国家賠償訴訟において国に対して文書提出命令の申立てがあった場合と同様に解することができる。〔1〕及び〔2〕の決定の判断枠組みに鑑みると、改正後の同種の事案では、国などを文書の所持者とすることも考えられるだろう。法改正後の裁判例の数は少ないものの、〔3〕、〔4〕決定に鑑みると、申立人が文書を保管している行政機関を容易に特定できない場合、裁判所は、直ちにその申立てを却下することはなく、申立て全体の趣旨を考慮して、申立書に記載されている行政機関を所持者として推認すること（〔3〕決定）、あるいは、申立人が「国（処分をした行政庁 戸塚税務署長）」と記載したが、裁判所は各文書の特徴により所持者を自ら特定・解釈すること（〔4〕決定）により、その不備を補正して、手続を進行する取扱いがある。

（2）本案事件が国家賠償請求訴訟である場合

文書の所持者の問題について明確に取り上げて論じた裁判例として、〔5〕東京高決平成10年7月7日判タ1016号245頁が挙げられる。青梅市らに対する損害賠償請求を求める国家賠償請求訴訟（本案事件）において、市議会が設置した特別委員会の会議要録の提出命令が申し立てられた。同決定では、民事訴訟法220条にいう「文書の『所持者』とは、文書の『保管者』と同義ではなく、原則として、権利義務の主体たる人又は法人を指すと解される。このことは、裁

判所は、文書提出命令に従わない者が当事者であれば、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる（同法224条1項）し、それが第三者であれば過料に処する（同法225条）こと等によっても明らかである。」（下線筆者）としたうえで、「国又は地方公共団体を当事者とする民事訴訟あるいは国家賠償請求訴訟においても、原則として、権利義務の主体である国又は地方公共団体を文書の『所持者』とすべきであって、当該文書を保管する内部機関を『所持者』とすべきではない」として、本件文書の提出義務者を市議会又は市議会議長から青梅市（地方公共団体）に変更した。すなわち、〔5〕決定では、本件最高裁決定と同様に、国等の「内部機関」が文書を保管する場合、国家賠償請求訴訟において、公法上の権利義務の主体たる国等を文書の所持者とすべきとし、且つ、特定の機関を所持者とするを明らかに否定したことが重要である。ただし、同決定の括弧書きにおいて、「（もっとも、抗告訴訟のように行政庁が訴訟の当事者となる場合には、別個の考慮を必要とすることがあり得よう。）」と判示された。

当決定の趣旨を検討すると、国家賠償請求訴訟が本案事件である場合、公法上の権利義務の主体たる国等が文書の所持者とされているが、その理由は、文書提出命令に従わない者が当事者であれば、真実擬制と認めることができ、訴訟当事者が所持する文書を提出させることにある。しかし、括弧書きの内容に鑑みると、行政庁が本案事件の当事者となる場合、所持者に関する議論の前提は変わってくるであろう。

表2. 本案事件が国家賠償請求訴訟である場合

	裁判例	保管者／所持者 (申立書における 所持者)	結論（所持者に関する裁判所の判断）
本案事件が国家賠償請求訴訟の場合			
〔5〕	東京高決平10・7・7判 タ1016-245	保管者：青梅市議 会 所持者：青海市 担当機関 青梅市 議会議長	肯定。原審は、青梅市議会議長を審審した上、青梅市議会に対し本件文書の提出を命じたが、抗告審では、地方公共団体たる青梅市に変更した。
	高松高決平11・8・18判 時1706-54	保管者：検察官 所持者：徳島県警 察本部ないし徳島 東警察署	所持者は検察官又は国であるとして、原決定を取り消した。

最一小決平12・3・10 判時1171-55	保管者：不明 所持者：国（文部 大臣）	所持者については争われなかった。
---------------------------	---------------------------	------------------

上述した〔5〕決定以降、本案事件が国家賠償請求訴訟である下級審の裁判例では、国等を文書の所持者とするものが多い²が、例外も存在している³。少なくとも、本案事件が国家賠償請求訴訟である場合、形式の面の不備を理由として、国又は地方公共団体を所持者とする申立て自体が却下された先例はない。

（3）本案事件が一般民事訴訟の場合

まず、〔6〕名古屋高裁金沢支決平成17年3月24日労判903号11頁は、労災事故により死亡した労働者の両親 X ら（本案事件原告・申立人）が会社（被告）に対して損害賠償を求めた訴訟において、文書提出命令が申し立てられた事件である。原告は、労災事故の事実関係を明らかにするためには、調査囑託に基づいて作成された回答書の原資料の提出が必要であるとして、民訴220条3号又は4号に基づき、訴外相手方（金沢労働基準監督署長）に対し、労災調査復命書の提出を求めた。第一審（金沢地決平成16年3月10日民集59巻8号2281頁）は、当該文書が「公務員の職務上の秘密に関する文書」に該当するとの相手方の主張を採用できないとして、相手方に対して当該文書の提出を命じた。これに対し国が抗告したところ、抗告審（〔6〕決定）では、「本件文書は、非公知かつ

² 例えば、最一小決平成12年3月10日判時1171号55頁、東京高決昭和62年6月30日判時1243号37頁、東京高決昭和62年7月17日判タ641号80頁（原審：静岡地決昭和62年1月19日判時1236号134頁）、大阪高決昭和63年7月20日判タ681号198頁、及び東京高決平成9年7月9日判タ1008号267頁、が挙げられる。

³ 高松高決平成11年8月18日判時1706号54頁は、本案事件が国家賠償請求訴訟である場合においても、文書提出命令の対象文書が刑事関係文書である場合は、文書の所持者を国又は検察官としている（その理由は、刑事訴訟に関する文書の所持者について、「民訴法220条所定の文書提出義務を負う『文書の所持者』とは、……当該文書について処分権を有し、その閲覧に応ずべきか否かについての決定権限を持つ者と解すべきである」としたうえで、刑事訴訟に関する書類の作成者は司法警察員であるが、書類を公判開廷前に公開にするかの判断権限を有するのは検察官であるというものである）。ただ、同決定の争点は、検察官と司法警察員のいずれを所持者とするかという点であり、国とその機関である検察官のいずれを所持者と見るべきかが問題となったものではないため、本件最高裁決定との関係では先例的価値が乏しい。

実質的に秘密として保護するに値する内容が記載された公務員の職務上の秘密に関する文書で、その公開により労働災害の発生原因の究明や同種災害の再発防止等の策定に著しい支障を来すおそれがあり、公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれが具体的に存在すると認められるから、原告人(国)ないし金沢労働基準監督署長は、本件文書の提出を拒むことができ(本件申立てに係る金沢労働基準監督署長に対する審尋内容等にかんがみると、同署長にも本件文書の実質的な管理処分権があると認められる。)、民訴220条3号ないし4号に基づく相手方の本件文書提出命令の申立てには理由がないというべきである。」(下線筆者)と判示し、一審決定を取り消し、文書提出命令申立てを却下した⁴。

〔6〕決定において、文書提出命令を拒否する理由の正当性を肯定したうえで、原告人である国のみならず、公務文書に対して実質的な管理処分権のある行政機関の首長(金沢労働基準監督署長)も、文書の提出を拒むことができると判示したことから、裁判所がその両者とも所持者として認識している可能性があるであろう。

また、〔7〕福岡高決平成28年5月26日判時2329号55頁は、遺産分割調停手続において税務関係文書の提出を申し立てた事案において、文書提出命令の相手方に関する判断が行われたものである。福岡高裁は、「行政庁が現実に保管する文書の所持者については、行政庁は特別の規定がない限り法主体性を認められないのが原則であり(行訴11条各項参照)、民訴220条4号二括弧書きには『国又は地方公共団体が所持する文書にあっては』と国又は地方公共団体が所持者であることを前提とする規定が置かれていることからすると、国又は地方公共団体と解するのが相当である。」(下線筆者)。また、「一件記録によれば、相手方は文書提出命令申立書に本件文書の所持者を『D税務署』と記載して本件申立てをしていることが認められるが、原審(鹿児島家決平成27年11月19日判時2329号57頁)において、本件文書に関する監督官庁であるE国税局長からの意見が聴取されており、同意見書には『国(D税務署長)に提出を求められている』と記載されていること、所持者の表示を原告人(国)に訂正する意向を示す当審における相手方の答弁書の内容等からすると、本件申立てには所持者を原告

⁴ その後、最三小決平成17年10月14日民集59巻8号2265頁(許可抗告審)は、当該文書が「利益文書」に該当するとして原決定を破棄して差し戻した。しかし、文書の所持者は国か、行政庁かについて明らかにされなかった。

人（国）とする趣旨も含まれていると解することができ、原審における手続も実質的に抗告人（国）を当事者として進められ、監督官庁及び実質的に利害関係を有する部署であるD税務署長に反論の機会を与えているのであるから、実質的に抗告人に手続保障が与えられたといえる」として、D税務署長を所持者として扱った原審の手続自体は違法ではないとした。

表3. 本案事件が民事訴訟の場合

	裁判例	保管者／所持者 (申立書における 所持者)	結論(所持者に関する裁判所の判断)
[6]	名古屋高裁金沢支決平 17・3・24判903-11(許 可抗告審:最三小決平 17・10・14民 集59-8- 2265)	保管者:金沢労働 基準監督署 所持者:金沢労働 基準監督署長	国ないし労基署長が所持者とされた。
	広島地決平17・7・25労 判901-14	保管者=所持者: 労働基準監督署長	所持者については争われなかった。
[7]	福岡高決平28・5・26判 時2329-55(原審:鹿児 島家決平27・11・19判 時2329-57)	保管者:行政庁 所持者:行政庁(税 務署長)	福岡高裁は、国等を所持者にすべきであるとしたが、税務署長にした原審の手続自体は違法とは言えないと判示した。

このように、一般民事訴訟事件（国家賠償請求訴訟を除く）が本案事件である場合、公文書の所持者について判断を示した裁判例においては、文書を占有・保管している機関ないしそれに属する国等のどちらも文書の所持者として許容する態度がうかがえる。しかし、[7]決定においては、行政庁が現実に保管する文書の所持者については、国等と解するのが相当であるが、前述した[3][4]決定と同様に、抗告人に手続保障を与え、国等の機関を所持者とした申立て自体が違法ではないと判示した。

なお、一般民事訴訟の被告は、国又は地方公共団体もしくはその機関（以下では、「国・機関」と略する）ではなく、私法上の主体である。訴外第三者である国等の機関が保管・保有している文書の提出が求められた場合、国・機関は訴訟当事者ではないため、文書提出命令に従わなくても、民訴224条1項に規定する真実擬制から、文書の所持者を拘束するという効果は期待できない。このような場合に誰を文書の所持者とすべきかについては、本案事件の当事者とは無関係に判断されるであろう。

（４）本案事件が住民訴訟である場合

従来の裁判例において、本件最高裁決定と同様に、本案事件が住民訴訟である事案の内、政務活動費に関わる文書の提出が求められた事例として、最二小決平成26年10月29日判時2268号148頁、最二小決平成22年4月12日判時2078号3頁及び最一小決平成17年11月10日判時1931号22頁があるが、いずれも文書の所持者について争われておらず、本案事件が住民訴訟である事案において、国等の所持者性について最高裁が具体的判断・検討を示した例はない。

3. 「所持」の概念と「公文書の所持者」に関する従来の学説

（１）「所持」及び「所持者」に関する学説

伝統的通説によると、文書提出命令が発令される要件としての文書の「所持」とは、文書を現実保管していることに限定されず、文書を他者に預託した場合においても、社会通念上、文書に対する法的支配力を有しており、いつでも当該文書を自己の支配下に移すことができ、自己の意思に基づいてこれを提出できる状態にあれば該当するものと解されている（以下、「支配説」と称する）⁵。もっとも、近時、「支配」をさらに解釈することを通して、文書所持者の要件を再構成する議論が存在する。当該議論においては、文書の所持者は、以下の要件を満たしている者となる。すなわち、①自らの意思で文書を提出すること、②自らの意思で文書の提出を拒むことができること、③文書を提出することによって生ずる不都合・不利益につき、その責任を負いうる立場にあること、④文書提出命令に従わなかったときには、一定の不利益や制裁を受けるに値すること、という四つの要件である⁶。

これに対し、「所持」という概念を、支配説と比して狭く解釈する見解もある。

⁵ 菊井維大ほか編『全訂民事訴訟法Ⅱ』（日本評論社・1989）611頁以下、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法（8）〔第2版〕』（第一法規出版社・1993）140頁、吉村徳重＝小島武司編『注釈民事訴訟法（7）』（有斐閣・1995）59頁。また、福岡高決昭和52年7月12日下民集32巻9＝12号1167頁においても、文書の所持者に関して支配説と同様な理解に立っていることが示されている。

⁶ 三木浩一『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣・2013）498-500頁、林昭一「文書の所持および所持者概念について」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明：徳田和幸先生古稀祝賀論文集』（弘文堂・2017）258-259頁参照。

まず、「所持」の状態を文書の直接占有に限定する「直接占有説」がある⁷。この説では、間接占有者が現実の所持者に対し文書の引渡請求権を有しているだけでは、文書提出義務は成立しないと解される⁸。

また、近時、所有者が現に文書を保管していない場合であっても、特段の事情のない限り受託者・占有者から文書を取り戻すことが可能であることから、文書の所持者を「所有者」に限定することがあり得るとする見解⁹（以下、「所有説」と称する）がある。同説は、他の説と比べ所持者該当性の判断基準が明確であり、文書提出命令の相手方を特定するために有用であると評価されている¹⁰。

（２）公務文書の所持者に関する学説の動向

文書が特定の行政庁の管理の下にある場合、学説では、国等が公法上の権利義務の主体であることから、文書の所持者を国等とする「法主体説」¹¹、及び文書の所持者を文書の閲覧の許否について決定権限を有する行政庁とすべきとする「行政庁説」¹²が対立しており、後者がかつての多数説であった。

そのほかに、本案事件の当事者が国等である場合とそうではない場合を分け

⁷ 岩松三郎＝兼子一『法律実務講座民事訴訟編Ⅳ』（有斐閣・1961）282頁。

⁸ 例えば、札幌高決昭和52年5月30日判タ359号272頁、および東京高決昭和57年6月8日判例タ478号72頁の両方とも、本案事件が一般民事訴訟である場合、文書の所持者について判断する際に、直接占有説に近い理解に立っている。ただし、これらはいずれも国等、及びそれに属する機関との間に、文書提出命令の所持者という問題が直接に争われている事例ではない。

⁹ 山本和彦ほか編『文書提出命令の理論と実務〔第2版〕』（民事法研究会・2016）124-130頁〔須藤典明〕。

¹⁰ 「所持」と「所持者」に関する学説の整理について、林・前掲注（6）259頁以下が詳しい。

¹¹ 伊藤眞『民事訴訟法〔第5版〕』（有斐閣・2017）439頁脚注406、兼子一ほか編『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂・2011）1223頁〔松浦馨＝加藤新太郎〕、三木・前掲注（6）514頁、中島弘雅「文書提出命令の発令手続と裁判」伊藤眞ほか編『民事手続における法と実践—梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀』（成文堂・2014）554頁、山本ほか・前掲注（9）459頁〔鶴岡稔彦〕。

¹² 秋山壽延「行政訴訟における文書提出命令」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座（9）』（日本評論社・1983）303頁以下、南博方原編『条解行政事件訴訟法〔初版〕』（弘文堂・1987）596頁〔時岡泰〕。

で考える「折衷説」が提唱されている¹³。すなわち、国家賠償請求訴訟のように国等が被告になっている場合において、当該国等の行政機関が文書を保管しているのであれば、当該国等と行政機関を区別する実益に乏しいことから、国等を所持者とすべきであり、これに対して、平成16年改正前の行政訴訟のように特定の行政庁が被告となっている場合において、当該行政庁が文書を保管しているのであれば、文書提出命令に応じるか否かの判断をするのは当該行政庁であって、意見聴取手続（民訴23条2項以下）に支障をきたさないようにするためにも、行政庁を所持者とすべきであると解する説である。ただし、抗告訴訟の関連請求として民事訴訟が併合された場合（行訴16条）において、文書提出命令の申立ての立証趣旨が抗告訴訟及び関連請求の両者に関連するときには、国等とその行政庁のいずれか又は双方を文書の所持者として扱うと解している。したがって、折衷説の判断枠組みは、本案事件の訴訟類型に従って考えられるものである。なお、平成16年法改正により、行政事件訴訟の被告適格が原則として国等の公法上の主体に変更されたため（行訴11条1項参照）、折衷説によると、その後の国等を被告とする抗告訴訟に関しては、国等を所持者とするということになりそうである。

もっとも、平成16年法改正後においても、文書の所持者について、閲覧に应付すべきか否かについての決定権限を有する行政庁を所持者とする見解も主張されている¹⁴。例えば、平成16年法改正以降、行訴11条4項、5項では、国等を被告とする場合でも、訴状において処分ないし裁決を行った行政庁を明らかにすることが求められること、また、同法23条の2の定める釈明処分の特則では、行政庁に対して文書の提出を求めると解されることから、行政庁の所持者性に関して議論の余地はあるという見解¹⁵である。

¹³ 門口正人編『民事証拠法大系（第4巻）』（青林書院・2003）93頁〔荻本修〕。

¹⁴ 長谷部由起子「外交文書の提出命令の可否」最決平成17年7月22日〔判批〕民商135巻3号（2006）496頁、荒生雄一郎ほか「文書提出命令をめぐる訟務事務処理上の諸問題（下）」民事研修612号115頁以下、山本ほか・前掲注（9）128頁〔須藤典明〕等がある。

¹⁵ 都築政則「租税をめぐる文書提出命令」小川英明ほか編『新・裁判実務大系（18）租税争訟〔改訂版〕』（青林書院・2005）232-233頁。また、行政庁が本案事件の被告となる事件〔行訴11条2項、特許法179条〕では、当該行政庁が依然として文書提出命令の所持者とされるものと考えられるだろう。

平成16年法改正以降、行政法学者の意見も法主体説に傾いてきているといえる¹⁶。なぜならば、訴訟当事者である公法上の主体を相手方として文書提出命令の申立てをすれば、相手方が内部的に、実際に文書を管理している行政庁等に対して調査を依頼し、あるいは意見を求める等の対応をすることによって、十分対処が可能であるからである。民事訴訟法学説の間でも、近時、公的機関の文書の提出命令に関する事件においては、国家賠償請求訴訟であれ、抗告訴訟であれ、国等が本案事件の当事者であるか否かを問わずに、その文書の所持者を国等とする考え方が有力となっている¹⁷。

(3) 各説の関係

「支配説」では、法的又は事実的な支配力があれば所持者と認められ、また具体的事案ごとに「支配力」に対する解釈も異なることから、「支配説」が「法主体説」と「行政庁説」のいずれの結論をも根拠づけることができるといふことになり得る。

他方、「直接占有説」と「所有説」においては、「支配説」よりも文書提出命令の相手方の範囲が特定されているため、所持者の明確化が図られていると評価することができる。公文書の場合、「直接占有説」によると、当該文書を占有・

¹⁶ 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂・2004) 111頁、南博方原編『条解行政事件訴訟法〔第4版〕』(弘文堂・2016) 495頁〔藤山雅行〕、西川知一郎編『行政関係訴訟(リーガルプロGRESSシリーズ6)』(青林書院・2009) 153頁〔田中健治〕。

¹⁷ その理由は、①行政庁を特定することが困難である場合に文書提出命令の当事者(相手方)を特定する負担と責任を市民側に負わせるべきではないこと、②訴訟当事者ではない行政庁を相手方とすると、提出拒絶に真実擬制の制裁を発動できなくなること(民訴224条)、③国等を相手方とすることが平成13年民事訴訟法改正における行政事件訴訟の被告を特定する困難に伴う原告の負担軽減という趣旨(行訴11条5項も同様)と一致すること、④平成13年民事訴訟法改正で設けられた223条3項に、監督官庁からの意見聴取の制度は、文書の所持者を国等の公法上の主体をすることを前提とした制度であるとされている(民訴220条4号二の括弧書は国等が文書の所持者であることを当然の前提としている)こと、⑤文書に記載された公務秘密の開示可否の判断については、民訴223条3項に基づいて監督官庁の意見を聴取することが手続的に保障されているので、あえて行政庁説を採る必要性はないこと、である。三木・前掲注(6) 515頁。

保管する機関が所持者とされる。これに対して、「所有説」¹⁸⁾によれば、公文書の保管・管理が公法人の特定機関に委ねられたとしても、その所有権は国等にあるため、同文書の提出が求められた場合の文書の所持者に関しては、「法主体説」と同様な結論が導かれることになる。

最後に、いわゆる「折衷説」は、学説において「法主体説」と「行政庁説」とが対立している背景の下、文書の所持者についての問題を解明するために、本案事件の被告適格の帰属という要素を重視して文書提出命令の相手方を検討する手法である。「折衷説」によれば、本案事件の訴訟類型によりそれぞれの対応が決められるため、平成16年法改正前の裁判例の結論と一致している場合が多いと解される。

4. 裁判例の傾向

(1) 本案事件が国家賠償請求訴訟及び抗告訴訟である場合

まず、本案事件が国家賠償請求訴訟ないし抗告訴訟である場合について検討する。この二種の事件に共通しているのは、本案事件の当事者である者を所持者とする、真実擬制を機能させることができることである。国とその機関いずれが公文書の所持者であるかを確定する際、本案事件の当事者である方を文書の所持者とした裁判例もこの点を考慮しているように思われる。例えば、平成16年法改正前に、本案事件が抗告訴訟である〔1〕〔2〕決定において、本案事件の訴訟当事者（被告）は国でなく、行政処分 of 取消しを求められている行政庁であるから、抗告訴訟の当事者たる行政庁を文書の所持者とすべきとしていた。このような流れに沿って考えると、平成16年改正後は、原則として行政事件訴訟の被告が国等の公法上の主体となったため、このような行政訴訟が本案事件である場合、国等が文書の所持者とされるだろう。しかし、法改正後、国等の所持者性について正面から取り上げた裁判例が少ないが（〔3〕決定参照）、〔4〕決定の判断枠組みは、「行政庁説」に立っていると解される。なお、本案事件が抗告訴訟である場合、国等を文書の所持者とすることが違法とされ

¹⁸⁾ 「支配説」は、所有権帰属という実体権の有無の観点からではなく、事実のおよび法的支配の有無という観点から所持の有無を決しようとしている。これに対して、「所有説」は、文書の所持者を「所有者」に限定するところから、従来の支配説と峻別されている。

た事例はない。

加えて、〔５〕決定では、国家賠償請求訴訟において国の機関が保有する文書に対する文書提出命令の申立てが行われた場合、訴訟の被告は国であり、裁判所は、「原則として、権利義務の主体である国又は地方公共団体を文書の『所持者』とすべき」と述べ、国を文書の所持者とした。〔５〕決定の結論は、上述した「法主体説」に立っていると解される。しかし、〔５〕決定の括弧書き（前掲２．（２）参照）を含めて考察すると、抗告訴訟のように行政庁が訴訟の当事者となる場合には、別個の考慮を必要とすることから、公文書の所持者を権利義務の主体とする目的は、真実擬制の制裁の効果を期待している点にあるとみることができよう。したがって、〔５〕決定の判断枠組みも、〔１〕〔２〕決定と同様に、折衷説に近いものであると読み取ることも可能であろう。

（２）本案事件が国・機関を被告としない訴訟である場合

それに対して、本案事件が民事訴訟（又はその他の国・機関を被告としない訴訟）である場合、国・機関いずれも本案事件の当事者ではなく、訴外第三者である。そのため、公文書の所持者を認定するにあたり、本案事件が国家賠償請求訴訟及び抗告訴訟である場合とは異なり、被告適格は誰に付与されているかを考慮する必要がない。具体的には、〔６〕決定においては、国ないし行政官署の長（機関）が公文書に対して実質的な管理処分権のあることが認められており、国・機関の両方とも文書提出命令の名宛人として扱われている。また、〔７〕決定では、本案事件の被告ないし文書に対する支配力に言及せず、所持者を公法上の権利義務の主体たる国等とすべきであるとしたことから、法主体説に近い理解に立っていると解される。ただし、それに属する機関を所持者としてすること自体は違法とは言えないと判示した点には留意すべきである。

したがって、本案事件が民事訴訟又はその他の国・機関を被告としない訴訟である場合、国等とその機関とのいずれか一方又は双方を文書の所持者として扱うのが相当であるという傾向がある。

なお、〔３〕〔４〕〔５〕決定に鑑みると、申立人が「所持者」の記載を誤ったもしくは欠けていた場合には、直ちに申立てを却下することより、むしろ裁判所が所持者を自ら修正、解釈又は特定することが望ましいという傾向が読み取れる。

5. 検討

(1) 決定要旨①②について

本件最高裁決定より前に、裁判所が正面から公文書の所持者如何について具体的に判断を示した先例は少ない。そのような中で、本件最高裁決定は、地方公共団体は、その機関が保管する文書について、文書提出命令の名宛人となる文書の所持者に当たるといふべきであると判示した。原審と原々審において見解が分かれているように、機関が保有する文書の所持者に関して、機関が属する地方公共団体が文書の所持者となる見解と機関が所持者となる見解が対立していた中で、地方公共団体の機関¹⁹の保管する文書について、権利及び義務の主体たる地方公共団体の所持者性を認めたことに本決定の意義があると評価できる。

本件の場合、議長Cが文書を保存しているが、議長Cの属するY県は、議長Cに対して文書の提出・不提出の指示ができることから、Y県は自己の意思に基づいて本件文書を提出することができる。一般文書に関する従来の通説である「支配説」によると、社会通念上、文書に対する法的支配力を有しており、いつでも本件文書を自己の支配下に移すことができ、自己の意思に基づいて本件文書を提出することができる者が、文書の所持者となる。本件の決定要旨②の説示に鑑みると、本件最高裁決定は、直接占有説ではなく、従来の通説である「支配説」に近い理解に立っていると捉えられる²⁰。

(2) 決定要旨③の意義と射程

本決定の射程を明確するためには、決定要旨③の説示がどのような意味をもつのかについて検討する必要がある。本件決定要旨③においては、住民訴訟の

¹⁹ 本件では、文書を現に所持しているのは議決機関たる県議会であるが、それが地方公共団体に属する機関として扱われるのであれば、地方公共団体の中でより独立性が低い執行機関及びその他の特定機関が文書を保管している場合も同様に考えることができる。

²⁰ そうすると、本件決定は、従前の裁判例【福岡高決昭和52年7月12日下民集32巻9=12号1167頁】の説示と一致していると解される。なお、支配説よりも所持者の基準を明確化するための「所有説」の見解として捉えれば、政務活動費の使用に関する本件文書の所有者は地方公共団体であるため、所有者=所持者の図式により地方公共団体の所持者性も導かれるが、本件ではそれを言及していない。山本ほか・前掲注(9)124-130頁〔須藤典明〕。

4号訴訟（地方自治法242条の2第1項4号）が「普通地方公共団体の執行機関又は職員を被告とすべき者と定めていることは、上記の判断を左右するものではない」と判示されている。このような説示に関して、以下の理解が考えられる。すなわち、地方公共団体の機関が保管する文書について、文書の所持者を地方公共団体とすべきであるという結論は、（i）本案事件の訴訟類型によって左右されず、全ての事案類型において通用する²¹、（ii）文書の所持者であると考え得る者（本件の事案で言えばY県又は議長C）が本案事件の当事者ではない事案全般に通用する、（iii）本案事件が住民訴訟である事案全般に通用する²²、（iv）本案事件が住民訴訟である場合において、文書の所持者であると考え得る者が本案事件の当事者ではない事案にのみ通用する、という4つの理解である。いずれが適切であるかについては、より詳細な分析が必要であろう。

まず、（i）の理解に関しては、行政機関が本案事件の被告である場合（行訴11条2項、特許法179条）や申立人が文書を所持している行政機関を容易に特定できる場合等、特定の行政機関を所持者とするのが適切である場合（例えば〔1〕〔4〕決定参照）又は可能である場合においても、機関を所持者とする余地が完全に否定されてしまうことになるが、本件最高裁決定がそこまで断言したとは考えられないように思われる。

次に、（iii）の理解に関しては、文書の所持者であると考え得る者がまさに住民訴訟の被告（執行機関又は職員）である事案においては、本件のような真実擬制を考慮する余地のない事案についての判断が当然に妥当するかについて、疑問の余地があるように思われる。

また、（iv）の理解に関しては、本決定の射程を比較的狭く捉えるものであるが、決定要旨③の説示が被告適格者と所持者を直結させることを否定しているのだと捉えるのであれば、（ii）の理解のように、前述した真実擬制を考慮する余地のない4.（2）の事例類型にも通用するという捉え方も十分にあ

²¹ 村田一広「本件評釈」ジュリ1520号（2018）99頁、川嶋四郎「地方公共団体の機関が保管する文書の文書提出命令における文書の所持者」法セ763号（2018）164頁。

²² 平野哲郎「地方公共団体の機関が保管する文書の所持者」ジュリ1518号〔平成29年度重判解〕（2018）133頁、安西明子「地方公共団体の機関が保管する文書を対象とする文書提出命令における文書の所持者」新・判例解説 Watch 民事訴訟法 No.99（2018）2頁。

り得るように思われる。

(3) 若干の検討

本件文書は公文書であるため、地方公共団体が本件文書の所持者であるかどうかの判断について、本件最高裁決定と公文書の所持者に関する従来の学説との関係を簡単に検討しておきたい。

公文書に関する学説として、「法主体説」や「行政庁説」、「折衷説」がある。それらの学説は、国等（国又は地方公共団体）とその行政機関（行政庁）いずれが公文書の所持者であるかが争われた事例を対象として、論じられているものである。本件は、地方公共団体の議決機関を代表する議長Cが公文書を保管している場合に、地方公共団体（Y県）とその議決機関の首長（議長C）いずれを文書提出命令の相手方とすべきかを判断した裁判例である。そのため、本件決定の事実関係は、従来の学説の想定する場面とは若干異なっているものである。もっとも、本件においては、議長Cが地方公共団体に所属する議決機関の一つとして、国等の内部機関たる行政庁と同様に考えることができるだろう。そうすると、本件においては、公法上の権利義務の主体たるY県と、文書の公開の許否について決定権限を有する議長Cのいずれが公文書の所持者であるかを確定する際、「法主体説」や「行政庁説」、「折衷説」を当てはめて検討する余地があると解される。

本件最高裁決定は、「法主体説」に近い一般論を述べているように思えるものの、議長Cを所持者とするものの当否については、本決定からは明らかではないため、法主体説から得られる結論以外を排除したものと見ることは早計である点には留意すべきである。本決定は地方公共団体の機関を所持者として自体を違法とは述べていないことから、申立人が文書を保管・管理している行政機関を容易に特定できない可能性に配慮したものすぎないと見ることも可能である。仮にそうだとすると、今後、申立人が機関を文書の所持者とした場合、「行政庁説」に近い理由で、内部機関を所持者とする申立てを違法としない可能性も残されているように思われる。なお、本件のような所持者として争われている者が本案事件の被告（県知事）ではない場合には、真実擬制の制裁効果は期待できないため、本案事件の被告は誰かに着眼している「折衷説」の想定する場面ではないと考えられる。

執筆者紹介（掲載順）

張子弦	横堀あき	橋本伸	西村曜子	瀬川行太	竹川俊也	辻康夫	酒巻修也	関口和徳
北海道大学法学研究科助教	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程	小樽商科大学商学部准教授	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	北海道大学法学部法律学科専門講師	日本学術振興会特別研究員PD	北海道大学大学院公共政策学連携研究部教授	青山学院大学法学部准教授	愛媛大学法文学部准教授

平成31年3月22日 印刷
平成31年3月29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
池田清治
印刷 北海道大学生協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886
発行所 北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 69 March 2019 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

- A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (12)
..... Kazunori SEKIGUCHI 1
- L'essence et la portée de la nullité partielle (8):
Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie
de la nullité partielle Naoya SAKAMAKI 57
- Community rebuilding and collective agency Yasuo TSUJI 396[1]
- Culpably Self-induced Mental Disorder and Insanity Defense:
Without "actio libera in causa" Doctrine? (1)
..... Toshiya TAKEKAWA 368[29]
- Das Koinzidenzprinzip bei der Lehre vom Verbrechen (6)
..... Kouta SEGAWA 320[77]
- The Rules for Precontractual Negotiations in Contracts of Guarantee (2)
— English Case Law on Abuse of Confidence —
..... Yoko NISHIMURA 284[113]
- Theoretical analysis of restitutional remedy regarding
disgorgement of profits (2) Shin HASHIMOTO 234[163]

CASE NOTE

- Note on Public Law Case Aki YOKOBORI 123
- Note on Civil Law Case Zixian ZHANG 180[217]

[]...Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan