HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第72巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 72(3)
Issue Date	2021-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/82820
Type	journal
File Information	lawreview_72_3_00_all.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 72 巻　　第 3 号

論　　説

Comparative Study of Legal Scheme for Covid-19 Disasters: Asian Responses …… Kunihiko YOSHIDA　1

裁判員裁判と法の素朴理論：2020年調査に基づいて
…… 松村　良之、木下　麻奈子、太田　勝造　21

ラテンアメリカにおける先住民法の現状
―― 法多元主義に関する一考察 ――
…… ルベン・ロドリゲズ・サムディオ　67

戦後日本の地方議員の政党化に関する研究（2）
―― 都道府県議会の無所属議員を中心として ――
…… 崔　　碩　鎭　137

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（4）
…… 楊　　瑞　賀　153

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（2）
…… 高　　泉　鼎　189

契約責任決定規範の多元性（4・完）
―― アメリカ契約法におけるfaultの発見を端緒として ――
…… 木　戸　　茜　414[1]

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（6）
―― 国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から ――
…… 津　田　智　成　346[69]

研究ノート

アイヌ民族をめぐる「分断」と「連帯」
―― 石原真衣『〈沈黙〉の自伝的民族誌』をめぐって ――
…… 辻　　康　夫　227

バーチャル財産の刑法的保護に関する日中比較法的考察（1）
――オンラインゲームのデータを対象に――
…… 梁　　小　煒　243

2021（令和３）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
加藤智章（社会保障法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
田口正樹（法史学）
田村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
畠山武道（行政法）
長谷川晃（法哲学）
林竧（商法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
藤原正則（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷將（政治史）＊
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）＊
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
川村力（商法）
岸本太樹（行政法）
○桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
齊藤正彰（憲法）
齋藤由起（民法）
佐々木雅寿（憲法）
佐藤陽子（刑法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
辻康夫（政治学）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中山一郎（知的財産法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
林誠司（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
○松尾誠紀（刑法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）＊
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山崎幹根（行政学）＊
○山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）

特任教授

見野彰信（法実務基礎）
小林俊彦（刑事実務）
仲世古善樹（刑事実務）
新川生馬（法実務基礎）
林賢一（民事実務）
林由希子（民事実務）

准教授

池田悠（労働法）
伊藤隼（民事訴訟法）
川久保寛（社会保障法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
徐行（比較法）
鈴木敦（憲法）
田中啓之（行政法）＊
津田智成（行政法）
土井翔平（国際政治）
馬場香織（比較政治）＊
林耕平（民法）
○前田亮介（日本政治史）
○三宅新（商法）
村上裕一（行政学）＊
森悠一郎（法哲学）
山本周平（民法）
横路俊一（民事訴訟法）

助教

大串倫一（憲法）
許仁碩（法社会学）
谷遼大（行政法）
崔碩鎭（現代政治分析）
富山侑美（刑法）
内藤陽（憲法）
横堀あき（憲法）
ロドリゲズ サムディオ ルベン エンリケ（比較法）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　　説

Comparative Study of Legal Scheme for Covid-19 Disasters: Asian Responses*

Kunihiko YOSHIDA

1. Preface: Disaster Recovery Law in General

In the context of disasters, Japan has been overwhelmed by earthquakes, including, for example, the Kobe Earthquake (Jan. 1995), Niigata-Chuetsu Earthquake (Oct. 2004), and East-Japan Earthquake (Mar. 2011). In recent years, due to the precipitous climate change, we have been frequently hit by floods, such as the Joso Flood (Sep. 2015), Iwaizumi Flood (by Lionrock) (Aug. 2016), Northern Kyushu Flood (Jul. 2017), Western Japan Flood (Mabi Flood) (Jul. 2018), East Japan typhoon (Hagibis) (including Marumori Flood, Nagano-Hoyasu Flood) (Oct. 2019) and Kuma River Flood (Jul. 2020). In Indonesia where this lecture was originally planned, they have recently been hit by the Palu Earthquake (Sep.2018), on top of the ominous Banda Aceh Tsunami Disaster (Dec.2004).

Now all of us have been facing the daunting Coronavirus pandemic

---

* This paper was presented for the panel entitled "Covid-19 and 'Herd Immunity' in the Age of Anthropocene" at the online Annual Meeting of the American Law and Society Association on May 29th/30th, 2021. I very much appreciate Prof. Hiroshi Fukurai (U. California, Santa Cruz)'s efforts and thoughtfulness to organize this panel and to give me this priceless opportunity to discuss pandemic issues from the legal perspective with many Asian experts in this field.

disaster for more than a year, since February 2020. In dealing with this continuing pandemic, we need to confirm some principles for disaster recovery: First, the protection of vulnerable people in disasters[1], and second, the need for public assistance for inclusive recovery. In this sense, the role of governments is important[2].

2. Data of Coronavirus Disasters

The coronavirus situation varies from country to country depending on various factors mentioned later. Generally, the Covid-19 overwhelms the entire world, including developed countries.

In terms of data, the situation is serious, first, in European countries and the U.S.A. (33,207,442; 593,533); and second, in Brazil (18,815,191; 441,864) and Latin American countries; and third, in India (26,030,674; 291,365)[3]. On the other hand, some Asian countries have fared well. Numbers are limited in Taiwan (2825; 15), South Korea (134,117; 1916), and Cambodia (23,697; 164), for example[4].

The discrepancies between 'hard-hit countries' and 'mildly affected countries' are surprisingly big and Israel (839,263; 6396) is uniquely

---

[1] See, for example, DANIEL A. FARBER, JIM CHEN, ROBERT R.M. VERCHICK, & LISA GROW SUN, DISASTER LAW AND POLICY (3d ed., Aspen 2015) chap.5 Social Vulnerability.

[2] This is the core message of the housing welfare law in the area of disaster recovery in the Japanese context. See, for example, KUNIHIKO YOSHIDA, SOME THOUGHTS OF HOUSING WELFARE LAW (Toshindo, 2006) 3〜.

[3] The numbers in parentheses indicate those of infected people and victims as of May 21st, 2021. Worldwide in total, there have been 164,913,259 infected people and 3,417,91 victims.

[4] Besides, Vietnam (4809; 39), and Thailand (119,585; 703) are doing fairly well, while China (90,920; 4636), the originator, is paradoxically not bad. On the other hand, Indonesia (1,758,898; 48,899) is one of the worst cases in Southeast Asia.

(Photo taken when I was a presenter) (May, 2021)

(Discussion Screen at the American Law & Society Annual Meeting) (May, 2021)

located in the latter. Against this backdrop, where are Japan's demographic data (698,524; 11,940) located?

After the rollout of Covid-19 vaccines in limited countries, especially in Israel, the United States, and the United Kingdom for more than half of their population, the situation has become different nowadays[5], while the dramatic spike of infection in India is beyond

[5] See, e.g., Julie Bosman & Sarah Mervosh, *As a Wave of Infections Recedes U.S.*

description[6]. We will address the vaccine issues later.

(P.S.)

Two months later, we are facing another wave even in Asian countries, due to the Delta variant and the limited vaccination rate.

Feels Hope: Experts Remain Cautious, but People Ditch Masks and Go Out to Eat Again, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, May 7th, 2021, p.1, 6, which shows that due to the high percentage rate of vaccine inoculation (more than 50%) in the U.S., Covid-19 infection rate generally recedes. However, we have to be aware that the daily numbers of infected people and victims there (circa, 47,000; 700) is still much higher than those numbers in Japan as of May 28th, 2021(4317; 104).

For China, which makes efforts to attain a goal of 560 million people, or 40% of its population, see, Vivian Wang & Keith Bradsher, *Vaccinating 560 Million: Ice Cream Is a Good Start: With an Array of Tactics, China Tries to Meet a June Deadline for Inoculations*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, April 8th, 2021, p.1, 3.

[6] Recently in India, there have been daily more than 300,000 infected people, but the true number is much higher (e.g., Jeffrey Gettleman, Sameer Yasir, Hari Kumar & Suhasini Raj, *As Covid Ravages India, True Toll Is Hidden: Experts Say Total Deaths Far Exceed the Nearly 200,000 Reported*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, April 27th, 2021, p.1, 4; Jeffrey Gettleman & Suhasini Raj, *Desperation Spreads to Rural India From Cities: The Virus's Advance Causes Profound Alarm in Areas Without Safety Nets*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, May 13th, 2021, p.1, 4).

For the miserable mourning rituals and medical workers there, see, e.g., Mujib Mashal, Sameer Yasir & Shalini Venugopal Bhagat, *Denied the Rites of Grief: Covid-19 Has Transformed Mourning Rituals in India into Lonely, Public Affairs*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, May 10th, 2021, p.1, 4(Cremations reached more than 100 a day at the Ghazipur crematory in eastern New Delhi); Mujib Mashal & Sameer Yasir, *Empty and Helpless in India: Medical Workers Suffer Emotional Toll While Risking Lives in a Crushing Outbreak*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, May 20th, 2021, p.1, 2.

Epicenters are India and Indonesia[7], where numbers of infected people and victims relatively amount to 31,331,202 and 420,043〔5,300,528; 128,278〕[8] in India, and 3,082,410 and 80,598〔1,323,512; 31,699〕in Indonesia as of July 24th, 2021. Even in the countries that contained coronavirus infection in the past, transmission is increasing dramatically and the future in East/Southeast Asia will be precarious when the controversial Tokyo Olympic Games in 2020 is being held, as the figures show: for example, Japan (857,799; 15,106)〔159,275; 3,166〕; Korea (187,362; 2,068)〔53,245; 152〕: China (92,462; 4,636)〔1542; 0〕; Taiwan (15,535; 784)〔12,710; 769〕; Cambodia (71,244; 1,222)〔47,547; 1,058〕; Vietnam (81,678; 370)〔76,869; 331〕; and Thailand (481,967; 3,930)

---

[7] See, for example, Fira Abdurachman, Richard Paddock, and Muktika Suharttono, *A New Focal Point for Covid Horror: Indonesia Is Ill-Prepared for an Infection Rate Higher than in Brazil and India*, The New York Times, International Edition, July 20th, 2021, p.4 (Thousands of people sleep outside of hospitals, gasping for air, wait for beds and oxygen, while many others die at homes helplessly. Indonesia has become the new epicenter of the pandemic, surpassing India and Brazil. On July 15th, nearly 57,000 new cases, 7 times as many as a month earlier, were reported. 1,205 deaths were also reported on July 16th, the official toll amounted to more than 73,500. The true number is three to six times that high. On the other hand, in India, where the Delta variant was first identified, daily cases peaked at more than 414,000 in May, but since dropped to about 40,000. The surge is part of a wave across Southeast Asia, where vaccination rates are low but countries until recently had contained the virus relatively well. Vietnam, Malaysia, Myanmar and Thailand are also facing their largest outbreaks. Only about 15% of Indonesia people are partly, and just 6 % are fully inoculated. Indonesia has heavily relied on the Chinese vaccine which has proved less effective than other shots. At least 20 Indonesian fully-vaccinated doctors died from the virus. Dr. Budiman, an Indonesian epidemiologist, predicted more than a year ago that it would be a pandemic epicenter because of its dense population and weak health care system).

[8] Numbers in tortoiseshell brackets indicate the difference of those of infected people and victims between May 21st, 2021 shortly before the annual meeting presentation and July 24th, 2021 when this post script was added.

〔362,382; 3,227〕, compared with Israel (857,977; 6,457)〔18,714; 61〕; U.S.A. (34,340,894; 615,752)〔1,133,452; 22,219〕; U.K. (5,637,975; 129,044)〔1,180,232;1,334 〕, which have lately advanced vaccination policies remarkably.

3. Three Scenarios

There are three scenarios in the way we deal with the coronavirus pandemic. The 1st scenario is: to identify and control the coronavirus, that is to contain infected people for the protection of free business. This strategy is taken in Taiwan, South Korea, Cambodia and the countries of Oceania (New Zealand ; Australia) etc.

The 2nd scenario is the opposite: to attain herd immunity without any policy change. It means to protect and maintain normal business activities, despite considerable victims and survivors. This strategy was taken in Sweden (allegedly), but actually no countries have attained this level.

Incidentally, let us be aware that, in the context of vaccines, herd immunity connotes different things and it also entails increasing vaccine inoculation as much as possible.

The 3rd scenario is: a middle way, to leave the coronavirus situation uncontrollable. In this case, lockdown is occasionally needed and it causes a long-term economic depression dilemma. However, its hastened lifting for the purpose of economic recovery might bring about increase of infected people. This policy is taken worldwide, and it shares similarities with the 2nd scenario in case of situations of overshooting, such as in the U.S.A., European countries, Brazil and other Latin American countries and India.

On the other hand, if lockdown is stringent due to top-down command such as in China in March 2020, it has turned out to be effective in controlling infection. In this case, the situation will move to the 1st scenario.

Among these scenarios, where is Japan located? Japan will move from the 1st category to the 3rd category? What is the difference between Japan and South Korea?[9] Indonesia is closer to the 3rd category?[10] Why is Indonesia different from other Southeast Asian countries, such as Thailand, Cambodia, and Vietnam?

4. Factors regarding Coronavirus Infection Control

Let's consider factors regarding coronavirus infection and its control.

First, immediate identification and control of infected people is vital to obtain related information and to control clusters of infected people. This factor has been taken into close account in Taiwan, Korea and Israel, by using big data emitted from credit cards and cellular phones. However, this approach might infringe upon privacy issues and it might lead to frequent lockdown.

Second, health care system for infected people, third, public hygiene infrastructure for the homeless and other housing-related vulnerable people such as the elderly and single mother families, might be important factors. In addition, fourth, on the other hand, we must take care of business restraint and its economic compensation.

Fifth, developments of new medicine and vaccines have become essential, especially after inoculation started in December 2020. Israel[11],

[9] According to Adjunct Professor Yukyong Choe who gave a presentation on the Korean situation at the law and society meeting mentioned at the beginning, besides technological devices mentioned below, she explained that the Koreans' attitude towards community protection against Covid-19 might be relatively stronger as a cause of the difference.

[10] See, e.g., Hannah Beech & Muktita Suhartono, "*It's Too Late*" *: In Sprawling Indonesia, Coronavirus Surges*, The New York Times, May 28th, 2020.

[11] See, Isabel Kershner, *Hope in Data from a Vaccine Front-Runner: Two*

the U.S., and the U.K. are leading countries in this respect, with serious discrepancy between rich countries and poor countries in the South. Relatedly, the need for deconstruction of modern individualistic intellectual property, that is, the waiver of WTO patent rights that the Biden administration has endorsed[12], is required to increase the production of vaccines in developing countries for global equity and access protection. However, the recent Covid-19 crisis in India has serious negative impacts in this regard[13].

Sixth, and lastly, an international health collaboration system to confront coronavirus pandemic is also indispensable for the enhancement of global justice in relation to north-south problems. The Covax Facility is such an idea. However, a nation-state centered approach known as 'vaccine nationalism' is currently dominant, as opposed to the Tedros's proposal[14].

5. Research Strategies

Let's move on to research strategies: As our research strategies principles, first of all, there is a need for interdisciplinary and holistic/

Early Studies in Israel Point to a Significant Drop in Infections after One Dose, The New York Times, International Edition, January 27th, 2021, p.5.

[12] For the supporting opinion, see, Michelle Goldberg, *America Can Help End the Pandemic: The Biden Administration Should Support a Waiver of Intellectual Property Rules for Covid-19 Vaccine Patents*, The New York Times, International Edition, April 26th, 2021, p.1, 9.

[13] See, Emily Schmall & Karan Deep Singh, *Stumbles by Vaccine Giant Fuel India Crisis: Pandemic Has Pushed the Pharmaceutical Maker Past Its Limits*, The New York Times, International Edition, May 11th, 2021, p.8, 9.

[14] Tedros Adhanom Ghebreyesus, *Rich Countries Must Keep Their Vaccine Promises: As Head of the W.H.O., I Believe This Is the Best Chance We Have to End the Pandemic*, The New York Times, International Edition, April 24th -25th, 2021, p.9, 11.

inclusive approaches. Second, the importance of natural science researchers should be stressed, especially infectious disease and epidemiology experts, such as Prof. Omi[15] in Japan and Dr. Fauci[16] in the U.S.A.

Under the Tsai government in Taiwan, former Vice President Chen[17], an epidemiologist, played an important role to contain the coronavirus in 2020. He can be contrasted to Presidents Trump in the U.S. and Bolsonaro in Brazil who despised natural scientists. Prime Minister Suga also continued to promote travel "Go To" campaign in the winter of 2020, by ignoring the advice of medical experts. Thus, the third and fourth wave in 2021 became much more serious compared to neighboring Asian nations.

6. Challenges in Controlling Coronavirus Infection

6-1. Social Structure: Individualism or Group-Oriented-ness and the Role of Government

Let's consider some of the key elements and challenges in controlling Coronavirus infection. First, the social structure, that is, whether the society is an individualistic one or a communal/collectively oriented one.

---

[15] Dr. Shigeru Omi (1949～) who is the Chairman of Covid-19 Council, made a proposal to stop the 'Go To' campaign in Tokyo on Dec. 9th, 2020, but was rejected by the Suga administration.

[16] Dr. Anthony Fauci (1940～) has been a director of NIAID [National Institute of Allergy and Infectious Diseases] since 1984.

[17] Dr. Chen Chien-jen (1951～), a graduate of Johns Hopkins University as well as Taiwan University, studied public health, human genetics and epidemiology, was praised for effectively managing SARS epidemic as health minister from 2003 to 2005 under the Chen Shui-bian government and joined the Tsai government as Vice President from 2016 to 2020. I met with him at the government building in Taipei in November 2019.

The former is dominant and resilient in Europe and the USA. In such societies, criticisms of public regulations, such as restaurant closure and most notoriously total lockdown, are strong[18]. On the other hand, comparable criticism is not salient in Japan. Exceptionally the Global Dining, Inc., a restaurant company in Tokyo, filed a nominal damages lawsuit in March, 2021, arguing that Tokyo Municipal Government's order to limit business hours due to Special Statute of New Influenza, including Covid-19 (art. 45, sec.3), is against constitutional right of business, freedom of expression and equal protection under law (art. 22, 21, and 14)[19] and similar arguments have been recently professed by Prof. Yasutaka Abe, an administrative law scholar[20].

Conversely, the latter often leads to dictatorship in China and Cambodia. Nevertheless, it is often praised for its effectiveness of coronavirus control. In Japan, however, regulation without punishment had been considered relatively effective due to the strength of group-oriented mentality in Japanese society[21], although some punishments were

---

[18] For example, for criticisms of Governor Cuomo's closure regulation of restaurants after 10pm, see, e.g., Corey Kilgannon, *After Bar Manager's Arrest, Covid Culture Wars Escalate on Staten Island*, The New York Times, December 2nd, 2020, and NYT(IE) Editorials, *Save America's Restaurants: A Fresh Round of Federal Aid Can Keep Restaurants in Business during the Winter Months While Also Protecting Public Health*, The New York Times, International Edition, November 20th, 2020, p.9, on California Governor Newsom's regulation.

[19] See, e.g., Asahi Shimbun Digital, May 21st, 2021 (Mr. Kozo Tanaka, a president of Global Dining, Inc. says the deficit due to the business hours' restriction has amounted to 2 billion yen.)(https://digital.asahi.com/articles/ASP5P61XZP5PUTIL01W.html).

[20] Yasutaka Abe, Legal Prescriptions against Covid-19 Issues (Kindle, 2021).

[21] On this issue, see, Rochelle Kopp, *Is Japan's Low Covid-19 Mortality Rate Due to a 'Higher Cultural Level'?: The Handling of the Pandemic Has Become a Point of Pride for Many Japanese*, The Japan Times, June 13th, 2020, p.7.

later added, in February, 2021, by the revisions of the New Influenza Special Statute, that covers Covid-19, and the Infectious Disease Act.

6-2. Related Legal Policy Scheme: Market Decision or Command Decision (by Prof. Calabresi and Hirai[22])

The theoretical framework of legal policy-making by Professors Calabresi, a founding father of 'Law and Economics' and his student, Hirai, a bifurcated scheme of market and command, overlaps with the previous discussion and is helpful in the Covid-19 context.

First, the pure command system under the dictatorships in China and Cambodia is effective, as has been shown from the case of the Wuhan lockdown in early 2020. Under the dictatorship in Cambodia, once infected people are found, they are chased stringently by the command system[23]. However, those approaches cannot be a model for other, market-based, countries.

Second, this theoretical framework is helpful in terms of conceptualizing the 'dissemination of Covid-19 vaccines', which is an utmost urgent agenda nowadays. In the European continent, vaccine supply is insufficient because many countries have become choosy about vaccines and sensitive to AstraZeneca's rare blood-clot side effect[24], although it has been effective in the U.K. in collaboration with

---

[22] Guido Calabresi (1932～) is a world-famous penetrating founding father of 'law and economics' in the U.S. and his student, Yoshio Hirai (1937～2013), is the most prominent legal theorist in Japan. See. GUIDO CALABRESI & PHILIP BOBBIT, TRAGIC CHOICES (Norton, 1978), GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION (Yale U.P., 2016) (Its Japanese version by Kunihiko Yoshida will be forthcoming in the fall of 2021) and YOSHIO HIRAI, LEGAL POLICY-MAKING (Yuhikaku Pub. Co., 1987; 1995) in this context.

[23] See, e.g., *An Ambulance Waiting to Ferry a Suspected Covid-19 Patient to a Hospital in Phnom Penh*, Khmer Times, November 30th, 2020.

[24] About 4 people out of 1 million inoculated people with Astra Zeneca vaccines suffer from blood clots as of March, 2021.

Oxford University. This is considered a policy-making 'blunder'[25]. However, Japan is now following suit and is one of the worst in terms of vaccine rollout by similarly becoming choosy in its inoculation measures despite approval by the Ministry of Health, Labor and Welfare in May 2021. In this sense, the Japanese vaccine allocation mechanism is a covert commandification system without any participation of individual citizens[26]. Applying Calabresi's analysis to the dissemination of vaccines against Covid-19, which can be counted as one of those important merit goods that he emphasized[27], it is my opinion that the individualistic market mechanism should be mixed-used to increase supply of vaccines.

Incidentally, it has been reported that the Japanese government

---

[25] E.g., Paul Krugman, *Vaccines: A Very European Disaster: When Policymakers Are Averse to the Wrong Risks*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, March 22nd, 2021, p.9. See also, Michelle Goldberg, *My Shot Was a Ticket Out of Hell: Some People Are Balking at the One-Shot Johnson & Johnson Vaccine, but I Was Thrilled to Get it*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, March 26th, 2021, p.1, 9.

[26] Incidentally, Japan's historical propensity towards covert commandification regarding legal policy design can be noticed in the Japanese health care system in general. Compared to the American market-oriented health care system, I described this unique Japanese feature more than two decades ago, following the Calabresi=Hirai theoretical legal policy framework. See, Kunihiko Yoshida, *Some Critical Analysis of the Recent Medical Informed Consent*, in do., RELATIONAL DEVELOPMENTS OF CONTRACT AND HEALTH LAW (Yuhikaku Pub. Co., 2003) (originally in 1993) 306-. When I made a presentation about the comparative legal policy scheme analysis at the Stanford Health Care Policy Comparison project in the early 1990s, and pointed out the superiority of the Japanese health care finance system in terms of efficiency, it attracted the Stanford health economics experts. However, it seems to me, in the context of recent chaotic Covid-19 vaccination policies, the same covert command system might bring about inefficiency and ethical problems.

[27] For Calabresi's noteworthy analyses of various merit goods, see, Calabresi, *supra* note 22 (2016), chaps 2～4.

has decided by governmental command that it will donate AstraZeneca vaccines surplus to Taiwan, even though these vaccines had been procured for 60 million Japanese people by contract with AstraZeneca in July 2020, but the Ministry of Health has recently given up inoculation virtually, despite approval, for Japanese citizens, considering the side-effect of blood-clots[28]. However, this international policy is ethically problematic, if scientists really have apprehensions about their dangers, on top of the covert political process on vaccine rollout which occurred without any individual democratic participation of the 21% of Japanese citizens who desire immediate inoculation regardless of vaccine company, including AstraZeneca, according to the recent TV news poll[29].

(P.S.)

Japanese government has eventually started AstraZeneca vaccination since late August, 2021[30]. But very few mass media have wondered how many people have been killed or seriously infected by the questionable three-month-long covert governmental inaction in the recent drastic 5th wave spike due to the Delta variant.

---

[28] See, e.g., Asahi Shimbun, May 29th, 2021, p.4.

[29] According to Yahoo News from the FNN Prime online on May 23rd, 2021 (https://news.yahoo.co.jp/articles/b2ea38d259dd9d5347e619a74394de8deb27a634) (discussions among Dr. Haruo Ozaki, Minister Takuya Hirai of Digital Innovation, and former Governor Toru Hashimoto). It is noteworthy that Dr. Ozaki argued in the discussion that AstraZeneca vaccines could be used for the elderly who were resilient to the blood-clot side effects.

[30] See, e.g., Yahoo News, August 19th, 2021 (Fukuoka Prefectural Government decided to start AstraZeneca vaccination for the people who are either 40 years and over or who are allergic to Pfizer and Moderna vaccines according to the guideline of Ministry of Welfare) (https://news.yahoo.co.jp/articles/663e486e4f60e756dd64ad87a8e819822ef20d0f).

6-3. Difference of Public Hygiene Culture

Stark differences in public hygiene culture should also be noticed, including, for example, wearing masks, taking shoes off before entering buildings, shaking hands, and hugging & kissing etc. Social distancing and disinfection by alcohol is a new notion for all of us in the Covid-19 era. Generally speaking, Asian people are obedient to these social norms about public hygiene. In this sense, the so-called 'cultural wars' regarding masks in Anglo-American countries[31] is culturally not understandable to us.

6-4. Discrimination against Infected People

Individual human rights issues are serious in case of group-oriented societies, especially Asian countries in contrast to Euro-American countries, as is shown in leprosy-related discrimination cases[32]. However, similar discrimination is serious in recent cases of Covid-19 related hate speech and violence against Asian American people[33], and thus, we cannot generalize discrimination issues in an essentialized nor categorical manner.

6-5. Health Care and Housing Welfare Protection

The Japanese health care system is communitarian and might be generally resilient with regard to coronavirus. However, "PCR[Polymerase Chain Reaction]" testing is limited due to the

---

[31] See, Motoko Rich, *Japan's Mask Habits May Have Kept it Safe: A Strong Cultural Affinity for Face Coverings Could Explain a Low Death Toll*, The New York Times, International Edition, June 8th, 2020, p.4

[32] On this point, see, Rochelle Kopp, *Is Culture to Thank for Low Covid-19 Numbers?*, The Japan Times, April 6th, 2020, p.10.

[33] E.g., Jorge Ramos, *Combating Anti-Asian Hate in U.S.: A Segment of America Refuses to Accept that the Country Is Made Up of People from Many Different Background*, The New York Times, International Edition, March 6th -7th, 2021, p.1, 15.

restrictive legal regime of the Infectious Disease Act of 1998[34], and the control of coronavirus has been systemically insufficient from the beginning.[35] On the other hand, the American health care system is market-oriented and racial disparity/discrimination is serious.

However, the housing welfare problem in Japan, i.e., general lack of public assistance for vulnerable people for their housing, is serious and its coronavirus consequences might be ominous[36].

6-6. Control of Private Information

South Korea and Israel are salient in terms of private information-control to contain Covid-19 infection. In Taiwan, digital device invented by Minister Audrey Tang (1981～) has been used for providing masks. In the face of the recent spike in infected people, he has invented a registration system by smartphone to find people who contacted with infected persons within 5 seconds[37]. However, as mentioned before, there is a strained relationship between these devices and privacy issues.

6-7. Leadership

Top-down leadership is strong in China and Cambodia: command

---

[34] It originates from the Contagious Disease Prevention Act of 1897, which mainly targeted tuberculosis and leprosy patients whose infection features were different from Covid-19.

[35] On this issue, see, Kunihiko Yoshida, *Reconsidering Legal Institution Scheme with Regard to Covid-19 (part 1): Delay of PCR Testing and Its Institutional Failure*, Modern Theory vol. 49 (2020) 18～23. See also, do., *Reconsidering Legal Institution Scheme with Regard to Covid-19 (part 2): Future Vision of Law and Public Policy with Emphasis of Leadership*, Modern Theory vol.50 (2020) 117～123.

[36] See, e.g., Takeshi Inaba et al. eds., Running through Tokyo under Coronavirus Emergency: Diaries of Assistance For Housing Vulnerable People (Iwanami Shoten, 2021).

[37] NHK News on May 20th, 2021
(https://www3.nhk.or.jp/news/html/20210520/k10013040811000.html)

decision-making is cost effective in the Covid-19 context, although it might infringe upon individual matters. Additionally, leadership based on correct scientific data is essential. This is in contrast with Presidents Trump and Bolsonaro's attitudes that have caused serious coronavirus disasters[38].

7. Achieving Objectives: Concluding Remarks

Achieving objectives are as follows:

(1) Establishing Framework of Coronavirus Containment

The framework for Coronavirus containment is: to (I) increase "PCR testing", (II) identify infected people, and (III) trace and quarantine them. Using computer networks and big data might be effective, but there is a tension with regard to protection of privacy.

Additionally, the international border-check is important to block people infected by variants of Covid-19. Compared to other countries, Japan is allegedly weak on this level of regulation[39]. Contrary to the Japanese situation, according to my personal experience[40], the restriction of foreign travelers is much more stringent in Cambodia : For example, ① PCR negative medical certificate, certificate of designated Covid-19 insurance, and $2000 prepayment for quarantine are required for entry; ② the PCR testing at the arrival airport; ③ 2 week mandatory quarantine at the designated hotel according to the November 18th 2020 ordinance (home quarantine was formerly

[38] There are numerous related articles. For example, Earnesto Londono, Leticia Casado & Maricio Lima, *Dysfunction and Mistrust in Brazil Fuel Catastrophe: Conspiracy Theories and Complacency Bring Hospitals Close to Collapse*, The New York Times, International Edition, March 30th, 2021, p.1, 4.

[39] Japanese regulators generally stick to the evidence of infection. Taking account of Covid-19 features, I think we should have a coronavirus-specific 'precautionary principle' measure.

[40] I travelled to Cambodia from Nov. 22nd, 2020 through Dec. 6th, 2020.

admitted); and ④ the 2nd PCR testing on the 13th day after arrival and negative results on the following day are required for release from the designated hotel.

(2) Appropriate Health Care for Infected People, especially Serious Cases

However, without any effective medication, immediate vaccine inoculation might be the only way to improve the situation. In this sense, its delay in Japan is a serious political problem and the way the Suga administration allocates vaccines by a covert command system is also problematic in terms of legal policy as mentioned before.

(3) Establishment of Public Hygiene

For example, wearing masks, washing hands, social distancing, and ventilation (to avoid 3Cs [1: closed spaces; 2: crowded places; 3: close-contact settings]) should be minimally required. Moreover, improving sewage systems and disinfecting systems should be an important infrastructure priority.

(4) Immediate Access to Vaccines

This is the most urgent agenda in 2021, but Japan is far behind the goal, unlike Israel, the U.S. and the U.K. As mentioned above, the way the Japanese government tries to deal with this issue is also problematic.

(P.S.)

Vaccine holdouts have been an urgent topic especially in the U.S. The vaccination rate in the U.S. has plateaued and it has been surpassed in inoculations by European countries[41]: The rate of fully

[41] See, e.g., Elian Peltier, *How the E.U. Passed the U.S. in Inoculations: Vaccine Resistance in the United States Is More Widespread and Vehement, Particularly Among Conservatives*, The New York Times, International

vaccinated people is 62.0% in the U.K., 55.0% in France, 58.6% in Germany, 58.2 % in Italy, 66.3% in Spain, while it is 51.8% in the U.S. and 40.0% in Japan as of August 21st, 2021.

Millions of Americans who reject vaccination consider it a personal and private decision making. Its mandatory coercion might look against individuals' freedom as they choose. However, it has been rightly refuted by arguing that achieving herd immunity through vaccinations is not a private issue like seatbelts in cars or bikers' helmets, but a social problem to solve through collective action. Preventable harms should not be inflicted upon family, friends, neighbors, community, country and planet by unvaccinated people. This effort is based on America's tradition of republican solidarity and social responsibility attacked by the Reagan Revolution, the argument goes.[42]

(5) Correcting Global Disparities after the Pandemic

The importance of International Heath Care projects, most notably the WHO [World Health Organization]'s plan, cannot be over-emphasized. Global inclusive health-oriented policies based on global justice are contrasted with the isolationist policies by the Trump administration based on "America First" populism.

EDITION, July 31st -August 1st, 2021, p.4.

[42] See, Jamelle Bouie, *Vaccination Should Not Be a Choice: America Has Struggled to Achieve Herd Immunity against Covid Because We Refuse to Act Collectively*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, August 14th -15th, 2021, p.1, 15. For the critical analysis of the Reagan Revolution and its marketization consequences, see, JOSEPF STIGLITZ, REWRITING THE RULES OF AMERICAN ECONOMY (Norton, 2015); MIKE KONCZAL, FREEDOM FROM THE MARKET: AMERICA'S FIGHT TO LIBERATE ITSELF FROM THE GRIP OF THE INVISIBLE HAND (New Press, 2021). Regarding privacy and self- decision making, TAKAO TAMADA, PRIVATE ISSUES AND SELF DECISION MAKING (Nihon Hyouron Pub. Co., 1987) might be a classic in Japan.

Towards this goal, the global development of new drugs and vaccines is an immediate agenda for stopping the pandemic in its true sense. To advance in this direction, there is a need for deconstruction of the modern individualistic intellectual property legal regime. In other words, global access schemes, especially those such as the Covax Facility project (est. in 2020) by more than 180 countries to guarantee access to vaccines by the world's 20% most vulnerable people, need to be pursued. The Covax Facility is organized by the WHO, in collaboration with Gavi (Global Alliance for Vaccine and Immunization, 2000～) and CEPI (Coalition for Epidemic Preparedness Innovation, 2017～).

According to this project, 0.7 billion available shots should be increased to 2 billion shots by the end of 2021. However, the world situation has been overwhelmed by so-called vaccine nationalism, and the Covax Facility's achievement is still very limited so far.

(6) Theoretical problems

As mentioned, to deal with Covid-19 issues, there is normative tension between individualism and collectivism, and relatedly between market decision-making and collective command decision-making.

Moreover, equal protection, with special attention to the protection of vulnerable people for disaster recovery is also imminently required. Especially, in case of the world pandemic, global justice rather than nationalistic justice should be pursued. However, the reality still lags far behind this ideal.

論　　説

裁判員裁判と法の素朴理論：2020年調査に基づいて

松村 良之、木下 麻奈子、太田 勝造

Ⅰ．はじめに

本稿は、筆者らが日本学術振興会科学研究費補助金基盤(B)「裁判員裁判と法の素朴理論」(2017－2020年度、研究代表者松村良之) を得て2020年に行った一般人に対する裁判員制度と刑事裁判に関する態度調査の基本的な分析結果を、リサーチデザイン、調査方法、調査票の構成とともに示すものである。今後、先行して行った2008年調査、2011年調査のデータも踏まえて、多様な技法を用いて、より深い多角的な分析を継続し、その結果を順次発表する予定である。しかし、そのような分析の前提として、データセットを確定し、記述的なデータの基礎的分析結果を示すという作業が必須となる。それによってデータの信頼性が担保される。

1．調査の企画と意図

本調査は、2008年と2011年に行った、裁判員裁判と刑事司法に対する人々の態度調査の後継に位置付けられるものである。我々は2008年、2011年に、日本全国の成人を対象として、裁判員制度と刑事裁判に関する態度 (認知、感情的な評価、行動意図) 調査を行った。その結果は、松村・木下・太田・山田(2008)、Matsumura et al.(2008)、太田(2010)、木下(2010)、松村・木下・太田・山田(2011)、Matsumura et al.(2012)、松村(2013)、松村・木下・太田(2015) などとして公表されている。今回の調査 (2020年調査) の第１の目的はこれらの先行研究との比較であ

る。本稿では、その前提として、裁判員制度が施行されてから約10年が経過したなかで、人々の、裁判員制度に対する態度、さらに法や法システムに対する態度や行動性向がどう変化したのかについての基本統計量を示した(1)。

しかし、2020年調査の目的はそれだけではない。2008年、2011年調査で、刑法の根本原則に関わる「責任主義」(2)について、刑法学説（教義学的刑法理論）の立場（それは、専門法律家の理解と言い換えても良い）と一般人の意識に大きなずれがあることが見いだされた。2020年調査の第２の目的は、「責任主義」にかかわる、一般人の意識構造(3)を明らかにすることであり、そのためにいくつかの全く新しい設問（要因計画法に基づく設問を含む）が置かれている。

２．調査方法

⑴　サンプリング

調査地域は日本全国であり、調査対象は、20歳以上70歳以下の男女、サンプルサイズは960人である(4)(5)。サンプリングの実施は2019年10月から同年12月にかけて行われた。

⑵　実査

実査は、留め置き法(6)で、2020年１月16日（木）から2月9日（日）にかけて行われた（なお実査は、日本国内で新型コロナウイルス感染症が発生する以前に行われた）。有効回答数は563であり、回収率は58.6% である。なお、サンプリングおよび実査は（一社）中央調査社に委託して行われた。

設計サンプルおよび回収サンプルの性別、年齢分布、市郡部別居住地分布については表－１、２、３を参照されたい。

表－１　性別

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
男性	497	51.77	291	51.69
女性	463	48.23	272	48.31
合計	960	100.00	563	100.00

表－２　年齢分布

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
20歳－29歳	130	13.54	60	10.66
30歳－39歳	167	17.40	93	16.52
40歳－49歳	215	22.40	120	21.31
50歳－59歳	208	21.67	133	23.62
60歳－69歳	216	22.50	139	24.69
70歳	24	2.50	18	3.20
合計	960	100.00	563	100.00

表－３　市郡部別居住地分布

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
21大都市	304	31.67	143	25.40
その他の市部	576	60.00	373	66.25
郡部（町・村）	80	8.33	47	8.35
合計	960	100.00	563	100.00

注　大都市は東京都区部および政令指定都市を指す。2008年調査では18大都市、2011年調査では20大都市、2020年調査では21大都市である。

⑶　調査票の構成

この調査では､2008年調査、2011年調査と同一のモデルを用いている。すなわち、人びとの裁判員制度に関する態度の構造を示した主観モデルである。詳しくは、松村・木下・太田・山田（2008:2299-2297；2011:1107-1104）を参照されたい。

上記を踏まえて、本調査票は以下のような構成となっている。

(ⅰ) 裁判員制度に関する設問、
(ⅱ) 刑事司法制度についての態度の設問（意見、評価など）、
(ⅲ) 上記(ⅰ)および(ⅱ)と関連すると思われる一般的な社会的態度を測定する設問。ここでは、日本人の持つ素朴道徳感情が重要である。
(ⅳ) 上記(ⅰ)および(ⅱ)と関連すると思われる社会経験、日常経験に関する設問、
(ⅴ) デモグラフィック要因、
(ⅵ) 要因計画法を採用した小話形式に基づく設問群。小話を調査対象者に読ませ、小話中に登場した非行行為者に対する非難可能性、加罰

性その他を尋ねている（いわゆるシナリオ実験）。(vi)の部分は、「責任主義」とかかわる、2020年調査で新たに採用された設問群である。

本調査票は要因計画法を取り入れたため、その質問部分が異なる８種類からなる調査票がある。以下では、それらをそれぞれａからｈヴァージョンと呼ぶことにする(7)。

Ⅱ．度数分布と基本統計量

以下、各設問の度数分布と基本統計量について調査票の設問の順序に従って説明する。2008年、2011年調査票の設問を踏襲した設問については、比較のためにその結果についても掲出している。

なお、本文と表にあるQに始まるアルファベットと数字の表記は統計分析ソフトウェア SPSS における変数名である（たとえば Q5_5は調査票の問５（５）に対応する。なお、Q18no2のように、ローマ字で「no」とあるのは、前問の一部の回答者のみを対象とした枝問の意味である。調査票では問18－2となっている）。ここでは扱いやすさとわかりやすさという観点から、設問の特定は、原則として、この SPSS 上の変数名によっている。

本調査票（2008年調査、2011年調査も同じ）では、多くの設問で５－７点尺度のリッカート尺度を用いている。リッカート尺度は理論的には順序尺度であるが、心理測定法の経験則では、間隔尺度とみなして分析してもほとんど結果に問題が生じないことが明らかになっている（Carifio & Perla,2008）ので、本調査においてもそれに従い、リッカート尺度を用いた設問については、平均値、標準偏差を掲出している。また、2008年調査、2011年調査と同一の設問については、平均値の差の検定（分散分析）の結果を示した(8)。

１．マスコミ接触など

Q1から Q3B までの４問の設問では、刑事司法を含む情報にどの程度回答者が接触しているかを測定するために、マスコミなどとの接触を尋ねた。結果は表－４の通りである。なお、Q3B は2011年調査から付け加えられた設問である。

表－4　マスコミ接触

Q1　テレビやラジオ、新聞のニュースを、見たり、聞いたりする方だと思いますか、思いませんか。n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 見たり聞いたりする方ではない	2.2	(26)	1.8	(20)	3.0	(17)
2 どちらかといえば見たり聞いたりする方ではない	7.2	(84)	7.2	(80)	8.7	(49)
3 どちらともいえない	11.4	(132)	11.8	(131)	10.5	(59)
4 どちらかといえば見たり聞いたりする方だ	45.1	(523)	45.4	(502)	45.6	(256)
5 見たり聞いたりする方だ	34.0	(394)	33.7	(373)	32.1	(180)
合計	100.0	(1159)	100.0	(1106)	100.0	(561)
無回答		(1)		(3)		(2)
平均値		4.01		4.02		3.95
標準偏差		0.97		0.95		1.02

Q2　犯罪や刑事裁判をあつかった小説、映画、テレビドラマを読んだり見たりする方だと思いますか、思いませんか。n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 読んだり見たりする方ではない	11.5	(133)	11.5	(127)	13.4	(75)
2 どちらかといえば読んだり見たりする方ではない	19.7	(229)	20.1	(222)	18.9	(106)
3 どちらともいえない	27.9	(324)	28.3	(313)	26.2	(147)
4 どちらかといえば読んだり見たりする方だ	29.3	(340)	29.2	(323)	31.7	(178)
5 読んだり見たりする方だ	11.6	(134)	10.9	(120)	9.8	(55)
合計	100.0	(1160)	100.0	(1105)	100.0	(561)
無回答		(0)		(4)		(2)
平均値		3.10		3.08		3.06
標準偏差		1.18		1.18		1.20

Q3　インターネットを仕事以外でよく使う方だと思いますか、思いませんか。**	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 使わない方だ	38.5	(446)	27.8	(308)	10.9	(61)
2 どちらかといえば使わない方だ	19.1	(221)	20.5	(227)	16.4	(92)
3 どちらともいえない	10.6	(123)	11.0	(122)	16.0	(90)
4 どちらかといえば使う方だ	19.4	(225)	23.0	(255)	28.3	(159)
5 使う方だ	12.3	(142)	17.6	(195)	28.3	(159)
合計	100.0	(1157)	100.0	(1107)	100.0	(561)
無回答		(3)		(2)		(2)
平均値		2.48		2.82		3.47
標準偏差		1.47		1.49		1.34

Q3B　裁判員裁判についてのテレビや新聞などの報道に関心がありますか、ありませんか。**	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 まったく関心がない	—	—	4.6	(51)	7.5	(42)
2 どちらかといえば関心がない	—	—	14.2	(157)	24.6	(138)
3 どちらともいえない	—	—	37.3	(413)	34.8	(195)
4 どちらかといえば関心がある	—	—	38.0	(420)	29.2	(164)
5 非常に関心がある	—	—	5.9	(65)	3.9	(22)
合計			100.0	(1106)	100.0	(561)
無回答				(3)		(2)
平均値				3.26		2.98
標準偏差				0.93		1.00

２．体感治安

Q4はいわゆる体感治安について、その変化を尋ねている。結果は表－５の通りである。なお、別途、犯罪の被害経験について尋ねた設問も用意されている（Q7）。それについては、４．法的経験を参照されたい。

表－５　体感治安

Q4　あなたの家族が犯罪にあう危険が増えていると感じますか、減っていると感じますか。**	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 減っている	1.6	(18)	1.7	(19)	1.6	(9)
2 どちらかといえば減っている	1.4	(16)	1.4	(15)	2.0	(11)
3 どちらともいえない	31.1	(359)	37.8	(418)	40.0	(224)
4 どちらかといえば増えている	44.3	(511)	44.0	(487)	45.0	(252)
5 増えている	21.7	(250)	15.2	(168)	11.4	(64)
合計	100.0	(1154)	100.0	(1107)	100.0	(560)
無回答		(6)		(2)		(3)
平均値		3.83		3.70		3.63
標準偏差		0.83		0.80		0.77

３．一般的な社会的態度

Q5の各変数（Q5_1から Q5_13までの13問）は、一般的な社会的態度にかかわるものである。このうち、Q5_1は、社会関係資本（social capital）と関係する一般的信頼を尋ねたものである（山岸，1998；坂本，2007：19）。Q5_2と Q5_12は、シヴィック・パワーやシヴィック・コンピテンスを尋ねた質問である（坂本，2007：19-21）。Q5_3と Q5_4は、個人が社会に対して貢献すべきかといったシヴィック・ヴァーチュ（市民的美徳）について尋ねたものである（日本文化会議，1982:162; 坂本，2007）。

Q5_5、Q5_13の２項目は、公正世界信念に由来する設問である（詳しくは松村他，2006a:1521;2006b:1447参照）。Q5_7は、生活態度や考え方の保守性と柔軟性、寛容性などを尋ねた設問である（詳しくは、松村他，2006b:1448参照）。Q5_6、Q5_8、Q5_9、Q5_11は、いわゆる「お上意識」を測定しようとした設問群である（詳しくは松村他，2006b:1448参照。ただし、一部、松村他，2006b の設問とはワーディングが若干異なるものがある）。Q5_10は、ステレオタイプに基づいた偏見的な態度に関わる質問である。

各設問の結果については表－６を参照されたい。

表－６　一般的な社会的態度

Q5_1　ほとんどの人は信頼できる。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	14.8	(171)	12.8	(141)	12.7	(71)
2 どちらかといえばそう思わない	18.6	(215)	22.4	(247)	23.6	(132)
3 どちらともいえない	39.0	(450)	37.2	(411)	37.9	(212)
4 どちらかといえばそう思う	24.6	(284)	24.5	(271)	23.2	(130)
5 そう思う	3.0	(35)	3.1	(34)	2.7	(15)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1104)	100.0	(560)
無回答		(5)		(5)		(3)
平均値		2.82		2.83		2.80
標準偏差		1.06		1.04		1.02

Q5_2　国の政治がどう変わろうとも、自分の生活には関係がない。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	44.3	(513)	40.1	(444)	37.8	(212)
2 どちらかといえばそう思わない	24.2	(280)	29.5	(327)	27.5	(154)
3 どちらともいえない	16.7	(193)	16.1	(178)	16.9	(95)
4 どちらかといえばそう思う	10.6	(123)	10.1	(112)	14.3	(80)
5 そう思う	4.2	(49)	4.2	(47)	3.6	(20)
合計	100.0	(1158)	100.0	(1108)	100.0	(561)
無回答		(2)		(1)		(2)
平均値		2.06		2.09		2.18
標準偏差		1.19		1.16		1.19

Q5_3　公共の利益のためには、個人の権利が制限されてもやむを得ない。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	26.8	(309)	25.4	(280)	22.4	(125)
2 どちらかといえばそう思わない	24.8	(286)	28.7	(316)	27.9	(156)
3 どちらともいえない	30.1	(346)	30.3	(334)	33.5	(187)
4 どちらかといえばそう思う	14.8	(170)	12.6	(139)	13.8	(77)
5 そう思う	3.5	(40)	2.9	(32)	2.5	(14)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1101)	100.0	(559)
無回答		(9)		(8)		(4)
平均値		2.43		2.39		2.46
標準偏差		1.13		1.08		1.06

Q5_4　私たちは、世のため人のためにつくすべきだ。**	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	3.6	(41)	2.4	(26)	4.1	(23)
2 どちらかといえばそう思わない	4.8	(55)	7.2	(79)	11.6	(65)
3 どちらともいえない	34.0	(392)	37.4	(413)	43.1	(242)
4 どちらかといえばそう思う	42.2	(486)	41.0	(452)	34.9	(196)
5 そう思う	15.5	(179)	12.1	(133)	6.2	(35)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1103)	100.0	(561)
無回答		(7)		(6)		(2)
平均値		3.61		3.53		3.28
標準偏差		0.93		0.88		0.90

Q5_5　この世の中では努力はいつか報われるようになっている。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	10.4	(120)	9.3	(103)	10.9	(61)
2 どちらかといえばそう思わない	17.8	(205)	18.0	(199)	22.3	(125)
3 どちらともいえない	37.2	(429)	34.6	(382)	38.3	(215)
4 どちらかといえばそう思う	25.7	(296)	29.6	(327)	22.8	(128)
5 そう思う	8.9	(103)	8.4	(93)	5.7	(32)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1104)	100.0	(561)
無回答		(7)		(5)		(2)
平均値		3.05		3.10		2.90
標準偏差		1.10		1.09		1.05

Q5_6　社会にとって重大なことは、専門家に任せるべきだ。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	11.7	(134)	10.7	(118)	9.4	(53)
2 どちらかといえばそう思わない	16.9	(193)	16.7	(184)	16.6	(93)
3 どちらともいえない	35.9	(411)	35.9	(397)	36.9	(207)
4 どちらかといえばそう思う	25.3	(290)	25.2	(279)	29.8	(167)
5 そう思う	10.1	(116)	11.5	(127)	7.3	(41)
合計	100.0	(1144)	100.0	(1105)	100.0	(561)
無回答		(16)		(4)		(2)
平均値		3.05		3.10		3.09
標準偏差		1.14		1.14		1.06

Q5_7　私は新しい生活スタイルや考え方を受け入れる方だ。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	5.4	(63)	4.9	(54)	3.7	(21)
2 どちらかといえばそう思わない	18.0	(208)	14.1	(155)	13.5	(76)
3 どちらともいえない	42.4	(491)	46.1	(509)	41.4	(232)
4 どちらかといえばそう思う	28.8	(333)	28.0	(309)	33.3	(187)
5 そう思う	5.4	(62)	6.9	(76)	8.0	(45)
合計	100.0	(1157)	100.0	(1103)	100.0	(561)
無回答		(3)		(6)		(2)
平均値		3.11		3.18		3.28
標準偏差		0.94		0.93		0.93

Q5_8　なにごともお上にまかせるという態度が日本を悪くしてきた。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	3.1	(36)	3.0	(33)	1.2	(7)
2 どちらかといえばそう思わない	6.2	(72)	4.6	(51)	7.1	(40)
3 どちらともいえない	26.7	(308)	30.6	(337)	41.0	(230)
4 どちらかといえばそう思う	36.2	(418)	36.5	(402)	36.9	(207)
5 そう思う	27.8	(321)	25.3	(279)	13.7	(77)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1102)	100.0	(561)
無回答		(5)		(7)		(2)
平均値		3.79		3.76		3.55
標準偏差		1.02		0.98		0.86

Q5_9　トラブルに巻き込まれても専門家まかせにしてはだめだ。**	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	6.1	(71)	6.8	(75)	3.2	(18)
2 どちらかといえばそう思わない	10.6	(122)	15.3	(169)	18.7	(105)
3 どちらともいえない	35.8	(414)	37.4	(413)	36.4	(204)
4 どちらかといえばそう思う	30.7	(355)	27.3	(302)	30.7	(172)
5 そう思う	16.7	(193)	13.2	(146)	11.1	(62)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1105)	100.0	(561)
無回答		(5)		(4)		(2)
平均値		3.41		3.25		3.28
標準偏差		1.08		1.08		0.99

Q5_10　犯罪を犯すような人は社会の落伍者である。n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	8.0	(92)	8.3	(92)	7.0	(39)
2 どちらかといえばそう思わない	11.4	(132)	12.2	(135)	12.3	(69)
3 どちらともいえない	49.6	(572)	49.9	(551)	51.0	(286)
4 どちらかといえばそう思う	20.3	(234)	19.7	(217)	21.9	(123)
5 そう思う	10.7	(124)	9.9	(109)	7.8	(44)
合計	100.0	(1154)	100.0	(1104)	100.0	(561)
無回答		(6)		(5)		(2)
平均値		3.14		3.11		3.11
標準偏差		1.02		1.02		0.96

Q5_11　政府は私たち国民を守って当然だ。**	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	1.2	(14)	1.9	(21)	1.1	(6)
2 どちらかといえばそう思わない	2.4	(28)	4.1	(45)	3.0	(17)
3 どちらともいえない	14.8	(171)	18.3	(202)	20.1	(112)
4 どちらかといえばそう思う	37.3	(430)	39.9	(440)	46.6	(260)
5 そう思う	44.2	(510)	35.9	(396)	29.2	(163)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1104)	100.0	(558)
無回答		(7)		(5)		(5)
平均値		4.21		4.04		4.00
標準偏差		0.87		0.94		0.84

Q5_12　社会がよくなるかどうかは、自分たち次第である。n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	4.5	(52)	4.2	(47)	4.5	(25)
2 どちらかといえばそう思わない	5.7	(66)	8.2	(91)	6.4	(36)
3 どちらともいえない	28.7	(332)	29.1	(322)	27.9	(156)
4 どちらかといえばそう思う	37.7	(436)	38.3	(424)	42.7	(239)
5 そう思う	23.4	(271)	20.1	(222)	18.6	(104)
合計	100.0	(1157)	100.0	(1106)	100.0	(560)
無回答		(3)		(3)		(3)
平均値		3.70		3.62		3.64
標準偏差		1.03		1.03		1.00

Q5_13　この世の中では、悪いことやまちがったことをしても見逃される人が数多くいる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	1.8	(21)	1.2	(13)	1.4	(8)
2 どちらかといえばそう思わない	2.4	(28)	4.3	(48)	3.6	(20)
3 どちらともいえない	15.0	(174)	18.8	(208)	21.9	(123)
4 どちらかといえばそう思う	40.2	(466)	40.9	(453)	43.5	(244)
5 そう思う	40.5	(469)	34.8	(386)	29.6	(166)
合計	100.0	(1158)	100.0	(1108)	100.0	(561)
無回答		(2)		(1)		(2)
平均値		4.15		4.04		3.96
標準偏差		0.89		0.90		0.89

4．法的経験

Q6A から Q8までの設問群では広い意味の法的経験を尋ねている。

Q6A は「裁判員名簿に記載された」経験を尋ねた2011年調査で加えられた設問である。2008年調査の Q6は､Q6B としてそのまま維持されている。

Q6B、Q6Bno2は裁判所の利用経験（複数回答可）の設問である。Q7では犯罪被害経験を尋ねており、刑事司法制度に対する態度と関連すると予測される（なお、２．体感治安も参照)。Q8は弁護士・司法書士の知り合いの有無である。

各設問の結果は表－７に掲出されている。

表－7　法的経験

Q6A　あなたは「裁判員候補者名簿に記載された」との通知を受けたことがありますか。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 はい	—	—	1.6	(18)	3.7	(21)
2 いいえ	—	—	93.3	(1034)	90.0	(506)
3 わからない	—	—	5.1	(56)	6.2	(35)
合計	—	—	100.0	(1108)	100.0	(562)
無回答	—	—		(1)		(1)

Q6B　あなたは裁判所を利用したり、裁判所に行ったことがありますか。自分で利用した場合だけでなく、傍聴や付添いや証人として行った場合も含めて答えてください。ただし裁判員候補者として裁判所に行った場合は、除いてください。(○はいくつでも)	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 当事者として裁判や調停をした	12.9	(145)	11.2	(122)	12.5	(69)
2 当事者以外の関係者として裁判や調停に関与した	6.5	(73)	4.6	(50)	2.9	(16)
3 当事者や関係者以外として裁判所に行った	6.8	(77)	7.0	(76)	6.2	(34)
4 裁判所に行ったことはない	74.4	(838)	75.4	(820)	76.6	(423)
5 覚えていない	2.2	(25)	3.4	(37)	2.5	(14)
有効回答		(1126)		(1088)		(552)
無回答		(34)		(21)		(11)

注：この設問は複数回答可なので、選択肢１から５の回答数の合計は、有効回答者数を超えている。またパーセントは有効回答のうち、この項目を選択した回答者の割合である。

Q6Bno2　1または2と答えた方にお聞きします。それはどのような事案でしたか。（○は1つ）n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 民事または家事の事案	56.2	(113)	64.2	(106)	56.1	(46)
2 刑事関係の事案	39.3	(79)	30.3	(50)	37.8	(31)
3 その他	2.5	(5)	3.0	(5)	2.4	(2)
4 わからない	2.0	(4)	0.6	(1)	2.4	(2)
5 民事・家事および刑事（選択肢1と2）	0.0	(0)	1.8	(3)	1.2	(1)
合計	100.0	(201)	100.0	(165)	100.0	(82)
非該当		(958)		(942)		(481)
無回答		(1)		(2)		(0)

Q7　この5年間で、あなたご自身やご家族が犯罪の被害にあったことがありますか。	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 ない	77.9	(900)	81.2	(897)	85.0	(476)
2 ある	20.7	(239)	17.6	(195)	12.7	(71)
3 覚えていない	1.5	(17)	1.2	(13)	2.3	(13)
合計	100.0	(1156)	100.0	(1105)	100.0	(560)
無回答		(4)		(4)		(3)

Q8　弁護士または司法書士の知り合いがいらっしゃいますか。	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 いる	19.7	(228)	20.3	(225)	20.2	(113)
2 いない	77.7	(899)	77.2	(854)	76.4	(428)
3 わからない	2.6	(30)	2.4	(27)	3.4	(19)
合計	100.0	(1157)	100.0	(1106)	100.0	(560)
無回答		(3)		(3)		(3)

5．刑事司法に対する態度（1）

Q9_1から Q9_7までの設問群は、刑事訴訟手続に対する態度、特に被疑者・被告人の権利保障をどう考えているかを尋ねた設問群である。多くの社会調査では、人々は被疑者・被告人の権利保障について厳しい見方（権利保障が強すぎるとの評価）をしていることが示されているが、ここでの結果は、表－8の通りである。

なお、Q9_7は近年の冤罪事件（たとえば足利事件。2010年3月26日宇都宮地裁で再審無罪。即日確定）を踏まえて、2011年調査から追加された設問である。虚偽自白による冤罪事件が大きなニュースになったにもかかわらず、2011年調査でも、今回の調査でも過半数の回答者が「そう思う」、「どちらかといえばそう思う」に回答していることは注目に値する。

表－８　刑事司法に対する態度（１）

Q9_1　凶悪な事件の場合には逮捕状がなくても容疑者を逮捕できて当然だ。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	10.6	(122)	8.5	(94)	7.3	(41)
2 どちらかといえばそう思わない	5.9	(68)	7.4	(82)	7.7	(43)
3 どちらともいえない	22.9	(264)	20.4	(225)	20.7	(116)
4 どちらかといえばそう思う	30.3	(350)	31.8	(351)	33.9	(190)
5 そう思う	30.4	(351)	31.8	(351)	30.4	(170)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1103)	100.0	(560)
無回答		(5)		(6)		(3)
平均値		3.64		3.71		3.72
標準偏差		1.26		1.23		1.18

Q9_2　弁護士は被告人に黙秘を勧めるべきではない。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	6.1	(71)	4.3	(47)	6.8	(38)
2 どちらかといえばそう思わない	5.3	(61)	6.5	(72)	7.3	(41)
3 どちらともいえない	33.8	(390)	38.6	(426)	38.7	(217)
4 どちらかといえばそう思う	28.8	(333)	26.4	(292)	28.7	(161)
5 そう思う	26.0	(300)	24.2	(267)	18.5	(104)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1104)	100.0	(561)
無回答		(5)		(5)		(2)
平均値		3.63		3.60		3.45
標準偏差		1.11		1.05		1.08

Q9_3　逮捕されても有罪と決まったわけではないのだから勤務先をクビになるのはおかしい。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	1.9	(22)	2.2	(24)	1.3	(7)
2 どちらかといえばそう思わない	3.1	(36)	3.1	(34)	2.5	(14)
3 どちらともいえない	21.3	(246)	18.3	(202)	22.9	(128)
4 どちらかといえばそう思う	31.8	(368)	34.3	(379)	41.4	(232)
5 そう思う	41.9	(485)	42.2	(466)	32.0	(179)
合計	100.0	(1157)	100.0	(1105)	100.0	(560)
平均値		4.09		4.11		4.00
標準偏差		0.96		0.95		0.87

Q9_4　真実を発見するためには多少無理な取り調べもやむを得ない。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	22.6	(261)	20.0	(221)	19.1	(107)
2 どちらかといえばそう思わない	20.8	(240)	23.7	(262)	26.2	(147)
3 どちらともいえない	36.9	(426)	37.2	(411)	36.5	(205)
4 どちらかといえばそう思う	14.9	(172)	14.3	(158)	14.3	(80)
5 そう思う	4.7	(54)	4.7	(52)	3.9	(22)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1104)	100.0	(561)
無回答		(7)		(5)		(2)
平均値		2.58		2.60		2.58
標準偏差		1.13		1.10		1.07

Q9_5　凶悪な事件の被告人には弁護士をつけることを許すべきではない。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	29.1	(336)	29.0	(320)	27.9	(156)
2 どちらかといえばそう思わない	19.3	(223)	23.8	(263)	26.8	(150)
3 どちらともいえない	29.7	(342)	30.0	(331)	32.0	(179)
4 どちらかといえばそう思う	12.7	(147)	10.7	(118)	8.6	(48)
5 そう思う	9.1	(105)	6.4	(71)	4.7	(26)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1103)	100.0	(559)
無回答		(7)		(6)		(4)
平均値		2.53		2.42		2.35
標準偏差		1.28		1.19		1.11

Q9_6　凶悪な事件の被告人といえども人権が十分に尊重されなければならない。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	8.1	(93)	8.0	(89)	6.6	(37)
2 どちらかといえばそう思わない	14.6	(168)	15.5	(171)	15.9	(89)
3 どちらともいえない	32.8	(379)	31.5	(348)	33.7	(189)
4 どちらかといえばそう思う	25.6	(296)	28.2	(312)	28.7	(161)
5 そう思う	18.9	(218)	16.8	(186)	15.2	(85)
合計	100.0	(1154)	100.0	(1106)	100.0	(561)
無回答		(6)		(3)		(2)
平均値		3.33		3.30		3.30
標準偏差		1.17		1.16		1.11

Q9_7　真犯人でないなら、長時間にわたって厳しい取り調べを受けても、自分がやってもいない犯罪を自白することはない。 *	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	—	—	14.2	(157)	15.5	(87)
2 どちらかといえばそう思わない	—	—	9.9	(109)	11.8	(66)
3 どちらともいえない	—	—	18.4	(203)	19.8	(111)
4 どちらかといえばそう思う	—	—	14.4	(159)	18.9	(106)
5 そう思う	—	—	43.1	(475)	34.0	(191)
合計	—	—	100.0	(1103)	100.0	(561)
無回答				(6)		(2)
平均値				3.62		3.44
標準偏差				1.47		1.45

6．刑罰を科す目的

Q10_1から Q10_7の設問群は、刑罰の目的（特に刑務所に収監する目的）を尋ねた設問である。これらの設問は、松村（2007）で用いた設問を利用している。設問の意味と全体の構造については、松村（2007）を参照されたい。結果は表－９の通りである。

表－９　刑罰を科す目的

Q10_1　犯罪者を罰することで罪を犯した分だけその犯罪者に苦痛を与える。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	3.6	(41)	2.7	(30)	3.4	(19)
2 どちらかといえば反対	4.4	(51)	4.2	(46)	4.5	(25)
3 どちらともいえない	29.3	(337)	27.3	(299)	29.9	(168)
4 どちらかといえば賛成	35.5	(409)	38.0	(417)	39.4	(221)
5 賛成	27.2	(313)	27.8	(305)	22.8	(128)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1097)	100.0	(561)
無回答		(9)		(12)		(2)
平均値		3.78		3.84		3.74
標準偏差		1.01		0.97		0.97

Q10_2　犯罪者を罰することで犯罪を犯せばどうなるかを人々に示して同じ犯罪を抑制する。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	0.9	(10)	1.4	(15)	0.9	(5)
2 どちらかといえば反対	2.0	(23)	2.1	(23)	1.4	(8)
3 どちらともいえない	19.9	(229)	20.3	(223)	19.6	(110)
4 どちらかといえば賛成	41.0	(472)	40.4	(444)	46.2	(259)
5 賛成	36.3	(418)	35.8	(393)	31.9	(179)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1098)	100.0	(561)
無回答		(8)		(11)		(2)
平均値		4.10		4.07		4.07
標準偏差		0.84		0.87		0.81

Q10_3　犯罪者を刑務所に入れてまっとうな人間になるよう教育する。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	1.1	(13)	1.2	(13)	0.7	(4)
2 どちらかといえば反対	1.3	(15)	1.6	(18)	3.2	(18)
3 どちらともいえない	13.5	(156)	15.9	(175)	18.5	(104)
4 どちらかといえば賛成	34.4	(396)	37.2	(409)	43.4	(244)
5 賛成	49.7	(572)	44.0	(484)	34.2	(192)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1099)	100.0	(562)
無回答		(8)		(10)		(1)
平均値		4.30		4.21		4.07
標準偏差		0.83		0.85		0.85

Q10_4　犯罪者を罰することで被害者に代わって仕返しをする。 *	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	16.8	(192)	14.9	(164)	11.7	(65)
2 どちらかといえば反対	16.6	(189)	16.0	(176)	17.2	(96)
3 どちらともいえない	42.4	(484)	44.3	(486)	41.7	(232)
4 どちらかといえば賛成	15.3	(175)	15.3	(168)	19.6	(109)
5 賛成	8.9	(101)	9.4	(103)	9.9	(55)
合計	100.0	(1141)	100.0	(1097)	100.0	(557)
無回答		(19)		(12)		(6)
平均値		2.83		2.88		2.99
標準偏差		1.15		1.13		1.11

Q10_5　犯罪者に罪人というレッテルをはることによって面目を失わせる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	18.1	(208)	17.6	(193)	11.6	(65)
2 どちらかといえば反対	26.4	(303)	26.2	(288)	20.7	(116)
3 どちらともいえない	42.5	(488)	41.4	(455)	48.8	(274)
4 どちらかといえば賛成	8.7	(100)	10.4	(114)	13.5	(76)
5 賛成	4.4	(50)	4.5	(49)	5.3	(30)
合計	100.0	(1149)	100.0	(1099)	100.0	(561)
無回答		(11)		(10)		(2)
平均値		2.55		2.58		2.80
標準偏差		1.02		1.03		0.99

Q10_6　犯罪者を罰することで社会のルールを人々が再確認する。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	1.1	(13)	1.3	(14)	0.7	(4)
2 どちらかといえば反対	2.1	(24)	1.8	(20)	2.1	(12)
3 どちらともいえない	19.9	(229)	20.2	(222)	20.1	(113)
4 どちらかといえば賛成	42.3	(487)	43.0	(472)	50.8	(285)
5 賛成	34.6	(398)	33.7	(370)	26.2	(147)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1098)	100.0	(561)
無回答		(9)		(11)		(2)
平均値		4.07		4.06		4.00
標準偏差		0.85		0.85		0.78

Q10_7　犯罪者を刑務所に入れて犯罪を行えないようにする。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	3.1	(36)	2.2	(24)	1.1	(6)
2 どちらかといえば反対	5.3	(61)	4.5	(49)	3.0	(17)
3 どちらともいえない	29.5	(340)	30.1	(330)	24.1	(135)
4 どちらかといえば賛成	34.1	(393)	34.5	(379)	40.3	(226)
5 賛成	27.9	(321)	28.8	(316)	31.6	(177)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1098)	100.0	(561)
無回答		(9)		(11)		(2)
平均値		3.78		3.83		3.98
標準偏差		1.01		0.97		0.88

7．刑事司法に対する態度（2）

ここでは、5．刑事司法に対する態度（1）（Q9の各設問）に加えて、Q11_1からQ11_7までの7問で、死刑、裁判所、警察、刑事弁護など刑事司法に関するいくつかのことがらを尋ねている。結果については表－10を参照されたい。

表－10　刑事司法に対する態度（2）

Q11_1　死刑は廃止すべきだ。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	49.1	(567)	48.7	(538)	38.3	(215)
2 どちらかといえばそう思わない	18.4	(212)	19.4	(214)	24.6	(138)
3 どちらともいえない	22.4	(259)	23.6	(261)	25.8	(145)
4 どちらかといえばそう思う	5.8	(67)	5.0	(55)	7.1	(40)
5 そう思う	4.2	(49)	3.3	(37)	4.1	(23)
合計	100.0	(1154)	100.0	(1105)	100.0	(561)
無回答		(6)		(4)		(2)
平均値		1.98		1.95		2.14
標準偏差		1.15		1.11		1.13

Q11_2　犯罪者の人権は尊重されている。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	2.7	(31)	3.2	(35)	3.6	(20)
2 どちらかといえばそう思わない	8.7	(100)	9.7	(107)	8.6	(48)
3 どちらともいえない	43.2	(497)	47.9	(527)	46.3	(258)
4 どちらかといえばそう思う	29.6	(341)	28.4	(313)	32.1	(179)
5 そう思う	15.8	(182)	10.8	(119)	9.3	(52)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1101)	100.0	(557)
無回答		(9)		(8)		(6)
平均値		3.47		3.34		3.35
標準偏差		0.95		0.91		0.90

Q11_3　裁判所は犯罪者に甘すぎる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	4.0	(46)	3.7	(41)	4.3	(24)
2 どちらかといえばそう思わない	5.6	(64)	7.7	(85)	8.6	(48)
3 どちらともいえない	45.2	(521)	52.2	(575)	49.8	(279)
4 どちらかといえばそう思う	26.1	(301)	23.6	(260)	25.0	(140)
5 そう思う	19.2	(221)	12.8	(141)	12.3	(69)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1102)	100.0	(560)
無回答		(7)		(7)		(3)
平均値		3.51		3.34		3.33
標準偏差		0.99		0.93		0.95

Q11_4　警察に捕まらない犯罪者が多すぎる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	1.7	(20)	0.8	(9)	1.8	(10)
2 どちらかといえばそう思わない	4.0	(46)	5.7	(63)	6.2	(35)
3 どちらともいえない	20.5	(236)	25.0	(276)	34.2	(192)
4 どちらかといえばそう思う	37.0	(427)	38.8	(428)	37.2	(209)
5 そう思う	36.8	(424)	29.6	(327)	20.6	(116)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1103)	100.0	(562)
無回答		(7)		(6)		(1)
平均値		4.03		3.91		3.69
標準偏差		0.94		0.92		0.93

Q11_5　弁護士は金のために被告人の弁護をしている。 *	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	5.9	(68)	8.1	(89)	8.2	(46)
2 どちらかといえばそう思わない	12.7	(147)	12.8	(141)	14.3	(80)
3 どちらともいえない	43.5	(503)	43.7	(480)	45.0	(252)
4 どちらかといえばそう思う	23.3	(269)	22.1	(243)	21.1	(118)
5 そう思う	14.5	(168)	13.2	(145)	11.4	(64)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1098)	100.0	(560)
無回答		(5)		(11)		(3)
平均値		3.28		3.19		3.13
標準偏差		1.05		1.08		1.06

Q11_6　死刑は凶悪な犯罪の防止に役立っている。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	8.5	(98)	8.5	(93)	7.3	(41)
2 どちらかといえばそう思わない	10.1	(117)	12.0	(132)	12.6	(71)
3 どちらともいえない	31.3	(361)	31.2	(343)	34.9	(196)
4 どちらかといえばそう思う	24.5	(283)	26.1	(287)	28.5	(160)
5 そう思う	25.6	(296)	22.3	(245)	16.7	(94)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1100)	100.0	(562)
無回答		(5)		(9)		(1)
平均値		3.49		3.42		3.35
標準偏差		1.21		1.20		1.12

Q11_7　被害者の人権は尊重されている。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	27.0	(311)	23.0	(253)	22.8	(128)
2 どちらかといえばそう思わない	30.1	(347)	28.1	(309)	31.4	(176)
3 どちらともいえない	31.4	(361)	36.8	(404)	34.4	(193)
4 どちらかといえばそう思う	7.4	(85)	9.0	(99)	9.1	(51)
5 そう思う	4.1	(47)	3.0	(33)	2.3	(13)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1098)	100.0	(561)
無回答		(9)		(11)		(2)
平均値		2.31		2.41		2.37
標準偏差		1.07		1.03		1.01

8．Q12A と Q12B について

この両設問は、研究分担者佐伯昌彦（千葉大学准教授）がもっぱら担当した部分である。設問の文言を含め、説明は一切省略する。佐伯自身の別稿を参照されたい。

9．刑事司法に対する態度（3）

Q13では、手続保障の大きな柱の一つである、違法収集証拠の取扱いの問題について独立した設問で尋ねている。結果は表－11の通りである。

表－11　違法収集証拠の取扱い

Q13　警察官に強制されて犯人が自白しました。その自白に基づいて新たな証拠が発見されました。その新証拠が犯罪の立証に必要なものである場合、裁判で用いても良いと思いますか、用いるべきではないと思いますか。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 用いるべきではない	3.4	(39)	3.5	(39)	4.2	(23)
2 どちらかといえば用いるべきではない	5.2	(60)	6.7	(74)	8.0	(44)
3 どちらともいえない	19.6	(225)	20.1	(221)	21.6	(119)
4 どちらかといえば用いてよい	36.5	(419)	37.4	(412)	40.1	(221)
5 用いてよい	35.3	(405)	32.3	(356)	26.1	(144)
合計	100.0	(1148)	100.0	(1102)	100.0	(551)
無回答		(12)		(7)		(12)
平均値		3.95		3.88		3.76
標準偏差		1.03		1.05		1.06

10. 裁判員制度についての知識と関心

Q14、Q14no2、Q14no3の３問は、裁判員制度についての知識と関心を尋ねている。結果は表－12の通りである（Q14で1を選択した回答者が、Q14no2、Q14no3を回答することになっている）。なお、2008年調査は裁判員裁判導入前に行われているので、2011年調査、2020年調査とワーディングが若干異なる部分がある。

表－12　裁判員制度についての知識と関心

Q14　この調査票を見る前からあなたは「裁判員」という言葉を知っていましたか。	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 知っていた	88.6	(1021)	98.3	(1088)	97.5	(541)
2 知らなかった	11.4	(132)	1.7	(19)	2.5	(14)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1107)	100.0	(555)
無回答		(7)		(2)		(8)

Q14no2　裁判員による裁判の概要をご存知ですか。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 知らない	20.3	(206)	14.6	(158)	19.1	(103)
2 あまり知らない	44.1	(448)	41.8	(454)	45.4	(245)
3 ある程度知っている	32.0	(325)	37.4	(406)	30.7	(166)
4 知っている	3.5	(36)	5.2	(56)	4.6	(25)
5 よく知っている	0.2	(2)	1.0	(11)	0.2	(1)
合計	100.0	(1017)	100.0	(1085)	100.0	(540)
非該当		(139)		(21)		(22)
無回答		(4)		(3)		(1)
平均値		2.19		2.36		2.21
標準偏差		0.80		0.83		0.81

Q14no3　裁判員による裁判についてもっと知りたいと思いますか、思いませんか。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	6.3	(64)	9.8	(106)	13.0	(70)
2 どちらかといえばそう思わない	9.3	(94)	15.4	(167)	20.4	(110)
3 どちらともいえない	32.7	(331)	42.2	(457)	35.0	(189)
4 どちらかといえばそう思う	34.6	(351)	24.9	(270)	26.5	(143)
5 そう思う	17.1	(173)	7.7	(84)	5.2	(28)
合計	100.0	(1013)	100.0	(1084)	100.0	(540)
非該当		(139)		(21)		(22)
無回答		(8)		(4)		(1)
平均値		3.47		3.05		2.91
標準偏差		1.08		1.05		1.09

11. 日本の警察の取り締まりの厳しさ

Q15では、日本の警察の取り締まりの厳しさを尋ねている[(9)]。結果は表－13を参照されたい。

表－13　警察の取り締まりの厳しさ

Q15　(2011年調査 Q12)　日本の警察の犯罪取り締まりは厳しいと思いますか、思いませんか。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 厳しくない		—	7.8	(86)	5.7	(31)
2 どちらかといえば厳しくない		—	24.4	(269)	25.4	(137)
3 どちらともいえない		—	52.1	(574)	49.3	(266)
4 どちらかといえば厳しい		—	14.5	(160)	18.9	(102)
5 厳しい		—	1.1	(12)	0.7	(4)
合計			100.0	(1101)	100.0	(540)
無回答				(8)		(23)
平均値				2.77		2.84
標準偏差				0.83		0.82

12. 裁判員裁判にかかる時間と辞退事由

Q16から Q18までの設問群は、裁判員裁判にかかる時間の予測、自分が裁判員になったときに裁判に出席可能な日数、辞退事由について尋ねている。結果は表－14を参照されたい

表－14　裁判員裁判にかかる時間と辞退事由

Q16　裁判員は、何日間ぐらい裁判所に行かなければならないと思いますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 1日程度	4.2	(48)	0.9	(10)	1.6	(9)
2 2日程度	4.7	(54)	2.0	(22)	3.1	(17)
3 3日程度	15.6	(179)	18.1	(199)	12.6	(70)
4 4日程度	3.7	(42)	6.1	(67)	2.9	(16)
5 5日程度	15.5	(178)	21.0	(230)	16.1	(89)
6 10日程度	12.4	(142)	17.2	(189)	15.5	(86)
7 1ヶ月程度	7.2	(83)	5.7	(63)	8.3	(46)
8 1ヶ月より長い	2.4	(28)	2.7	(30)	5.1	(28)
9 わからない	34.2	(392)	26.2	(287)	34.8	(193)
合計	100.0	(1146)	100.0	(1097)	100.0	(554)
無回答		(14)		(12)		(9)

Q17　もしあなたが裁判員になったら何日間ぐらいなら裁判所に行くことができますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
0 0日	14.4	(165)	16.5	(182)	16.7	(93)
1 1日程度	13.9	(160)	11.2	(123)	12.6	(70)
2 2日程度	11.0	(126)	11.7	(129)	11.5	(64)
3 3日程度	14.6	(168)	16.1	(177)	14.9	(83)
4 4日程度	2.3	(26)	2.8	(31)	1.3	(7)
5 5日程度	10.0	(115)	12.5	(138)	12.4	(69)
6 10日程度	6.5	(75)	6.8	(75)	6.1	(34)
7 1ヶ月程度	2.2	(25)	1.1	(12)	1.4	(8)
8 1ヶ月より長い	0.8	(9)	0.4	(4)	0.7	(4)
9 わからない	24.4	(280)	20.9	(230)	22.3	(124)
合計	100.0	(1149)	100.0	(1101)	100.0	(556)
無回答		(11)		(8)		(7)

Q18　裁判員は辞退できると思いますか、思いませんか。	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 辞退できない	9.9	(114)	4.2	(46)	6.5	(36)
2 理由があれば辞退できる	65.6	(755)	80.3	(886)	68.3	(380)
3 自由に辞退できる	11.1	(128)	6.8	(75)	12.2	(68)
4 わからない	13.4	(154)	8.8	(97)	12.9	(72)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1104)	100.0	(556)
無回答		(9)		(5)		(7)

Q18no2　2と答えた方にお聞きします。どのような理由であれば辞退できると思いますか。(○はいくつでも)	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 仕事で忙しい場合	25.6	(193)	27.5	(243)	40.3	(153)
2 法律にくわしくない場合	15.0	(113)	8.1	(72)	8.2	(31)
3 高齢者	42.9	(324)	48.2	(426)	43.2	(164)
4 家族の介護	66.1	(499)	68.7	(607)	71.1	(270)
5 学生	14.4	(109)	13.5	(119)	14.7	(56)
6 主婦・主夫	3.2	(24)	3.2	(28)	4.2	(16)
7 病気やケガ	87.3	(659)	90.3	(798)	88.2	(335)
8 その他	11.3	(85)	9.7	(86)	6.6	(25)
9 わからない	1.2	(9)	1.4	(12)	1.8	(7)
有効回答		(755)		(884)		(380)
無回答		(0)		(2)		(0)

注：この設問は複数回答可なので、選択肢１から９の回答数の合計は、Q18で「2　理由があれば辞退できる」を選択した回答者数を超えている。またパーセントは有効回答のうち、この項目を選択した回答者の割合である。

13. 裁判員制度の評価

Q19_1からQ19_13およびQ20_1からQ20_9までの計22問の設問は、裁判員による裁判に対する評価のうち、特に一般人が裁判員になったとき、どういうパターンの行動をするかについての予測と評価を行っている（自己評価ではなく他者についての評価である）。これらの設問は、裁判員制度の支持、不支持と強く結びつくと予想される設問である（表－15、16参照）。

表－15　裁判員制度の評価（１）

Q19_1　裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より望ましい。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	11.1	(128)	9.8	(108)	8.6	(48)
2 どちらかといえばそう思わない	10.1	(116)	14.1	(155)	15.2	(85)
3 どちらともいえない	45.9	(529)	39.5	(435)	41.1	(230)
4 どちらかといえばそう思う	22.5	(260)	25.3	(279)	25.0	(140)
5 そう思う	10.4	(120)	11.3	(125)	10.0	(56)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1102)	100.0	(559)
無回答		(7)		(7)		(4)
平均値		3.11		3.14		3.13
標準偏差		1.08		1.10		1.06

Q19_2　裁判員による裁判が導入されると裁判がわかりやすいものになる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	7.6	(88)	7.8	(86)	8.2	(46)
2 どちらかといえばそう思わない	9.0	(104)	10.1	(111)	12.9	(72)
3 どちらともいえない	34.3	(395)	35.4	(390)	43.6	(244)
4 どちらかといえばそう思う	37.5	(432)	37.4	(412)	30.1	(168)
5 そう思う	11.6	(134)	9.3	(103)	5.2	(29)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1102)	100.0	(559)
無回答		(7)		(7)		(4)
平均値		3.36		3.30		3.11
標準偏差		1.05		1.03		0.98

Q19_3　裁判員による裁判はマスコミや世論に影響される。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	3.4	(39)	3.9	(43)	1.8	(10)
2 どちらかといえばそう思わない	4.7	(54)	6.6	(73)	8.8	(49)
3 どちらともいえない	23.2	(267)	26.9	(296)	34.3	(192)
4 どちらかといえばそう思う	45.5	(524)	46.3	(509)	44.4	(248)
5 そう思う	23.2	(267)	16.3	(179)	10.7	(60)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1100)	100.0	(559)
無回答		(9)		(9)		(4)
平均値		3.80		3.64		3.53
標準偏差		0.96		0.96		0.86

Q19_4　裁判員による裁判の導入によって裁判が信頼できないものになる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	9.8	(113)	16.0	(176)	12.0	(67)
2 どちらかといえばそう思わない	19.4	(224)	28.4	(313)	29.3	(163)
3 どちらともいえない	52.3	(603)	43.1	(475)	47.2	(263)
4 どちらかといえばそう思う	13.5	(156)	10.0	(110)	9.7	(54)
5 そう思う	4.9	(56)	2.5	(28)	1.8	(10)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1102)	100.0	(557)
無回答		(8)		(7)		(6)
平均値		2.84		2.55		2.60
標準偏差		0.94		0.96		0.89

Q19_5　裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より民主主義の原理にかなっている。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	5.9	(68)	5.4	(60)	3.8	(21)
2 どちらかといえばそう思わない	7.5	(86)	9.5	(105)	7.0	(39)
3 どちらともいえない	47.5	(547)	49.6	(546)	49.7	(278)
4 どちらかといえばそう思う	30.4	(350)	28.4	(313)	33.3	(186)
5 そう思う	8.8	(101)	7.0	(77)	6.3	(35)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1101)	100.0	(559)
無回答		(8)		(8)		(4)
平均値		3.29		3.22		3.31
標準偏差		0.94		0.91		0.84

Q19_6　多くの国民は裁判員の経験をしてみたいと思っている。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	31.4	(362)	39.7	(438)	36.5	(204)
2 どちらかといえばそう思わない	30.8	(355)	33.0	(364)	37.7	(211)
3 どちらともいえない	31.8	(367)	24.0	(265)	22.4	(125)
4 どちらかといえばそう思う	4.3	(50)	2.5	(28)	3.0	(17)
5 そう思う	1.6	(19)	0.6	(7)	0.4	(2)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1102)	100.0	(559)
無回答		(7)		(7)		(4)
平均値		2.14		1.91		1.93
標準偏差		0.97		0.89		0.86

Q19_7　理由なく裁判員になることを拒む人には刑罰を科すべきだ。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	64.0	(738)	66.2	(727)	64.0	(357)
2 どちらかといえばそう思わない	17.5	(202)	17.9	(197)	22.8	(127)
3 どちらともいえない	16.0	(185)	13.8	(152)	12.0	(67)
4 どちらかといえばそう思う	1.7	(20)	1.3	(14)	1.3	(7)
5 そう思う	0.7	(8)	0.8	(9)	0.0	(0)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1099)	100.0	(558)
無回答		(7)		(10)		(5)
平均値		1.58		1.53		1.51
標準偏差		0.87		0.84		0.75

Q19_8　裁判員による裁判が導入されると裁判が身近なものになる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	7.1	(82)	8.1	(89)	10.2	(57)
2 どちらかといえばそう思わない	6.8	(78)	9.0	(99)	10.2	(57)
3 どちらともいえない	25.4	(293)	24.5	(270)	30.8	(172)
4 どちらかといえばそう思う	43.1	(497)	43.2	(476)	39.0	(218)
5 そう思う	17.6	(203)	15.3	(169)	9.8	(55)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1103)	100.0	(559)
無回答		(7)		(6)		(4)
平均値		3.57		3.49		3.28
標準偏差		1.08		1.10		1.10

Q19_9　裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より刑罰の重さがばらつく。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	2.5	(29)	4.1	(45)	2.5	(14)
2 どちらかといえばそう思わない	4.2	(48)	7.0	(77)	7.0	(39)
3 どちらともいえない	28.7	(331)	34.0	(375)	36.4	(203)
4 どちらかといえばそう思う	45.9	(530)	40.1	(442)	44.1	(246)
5 そう思う	18.7	(216)	14.8	(163)	10.0	(56)
合計	100.0	(1154)	100.0	(1102)	100.0	(558)
無回答		(6)		(7)		(5)
平均値		3.74		3.55		3.52
標準偏差		0.89		0.96		0.86

Q19_10　裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より人を公正に裁く。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	10.1	(116)	8.5	(94)	6.6	(37)
2 どちらかといえばそう思わない	12.8	(148)	13.6	(150)	17.5	(98)
3 どちらともいえない	57.5	(662)	57.9	(638)	58.1	(325)
4 どちらかといえばそう思う	15.2	(175)	15.5	(171)	15.4	(86)
5 そう思う	4.4	(51)	4.4	(48)	2.3	(13)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1101)	100.0	(559)
無回答		(8)		(8)		(4)
平均値		2.91		2.94		2.89
標準偏差		0.92		0.90		0.82

Q19_11　裁判員による裁判では真実を発見することができない。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	9.9	(114)	13.4	(147)	11.4	(64)
2 どちらかといえばそう思わない	18.7	(216)	24.9	(274)	26.5	(148)
3 どちらともいえない	53.9	(622)	48.2	(530)	48.8	(273)
4 どちらかといえばそう思う	12.7	(146)	9.7	(107)	11.6	(65)
5 そう思う	4.8	(55)	3.8	(42)	1.6	(9)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1100)	100.0	(559)
無回答		(7)		(9)		(4)
平均値		2.84		2.66		2.65
標準偏差		0.94		0.96		0.89

Q19_12　裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より社会の常識を反映する。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	4.2	(48)	5.1	(56)	3.4	(19)
2 どちらかといえばそう思わない	5.3	(61)	7.1	(78)	7.3	(41)
3 どちらともいえない	42.0	(485)	42.4	(468)	43.5	(243)
4 どちらかといえばそう思う	37.0	(427)	35.6	(393)	36.9	(206)
5 そう思う	11.6	(134)	9.8	(108)	8.9	(50)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1103)	100.0	(559)
無回答		(5)		(6)		(4)
平均値		3.47		3.38		3.41
標準偏差		0.91		0.94		0.88

Q19_13　裁判員による裁判は弁護士の能力によって結果が左右される。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	5.3	(61)	5.1	(56)	4.5	(25)
2 どちらかといえばそう思わない	6.3	(73)	9.6	(106)	8.9	(50)
3 どちらともいえない	40.4	(467)	44.6	(491)	48.5	(271)
4 どちらかといえばそう思う	34.7	(401)	29.9	(329)	30.8	(172)
5 そう思う	13.2	(153)	10.9	(120)	7.3	(41)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1102)	100.0	(559)
無回答		(5)		(7)		(4)
平均値		3.44		3.32		3.28
標準偏差		0.98		0.97		0.89

表－16　裁判員制度の評価（2）

Q20_1　裁判員は被告人の権利を尊重する。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	8.0	(92)	7.3	(80)	5.6	(31)
2 どちらかといえばそう思わない	20.6	(237)	15.7	(173)	24.2	(135)
3 どちらともいえない	50.4	(580)	54.9	(606)	51.7	(288)
4 どちらかといえばそう思う	14.9	(171)	17.8	(196)	16.3	(91)
5 そう思う	6.2	(71)	4.4	(48)	2.2	(12)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1103)	100.0	(557)
無回答		(9)		(6)		(6)
平均値		2.91		2.96		2.85
標準偏差		0.96		0.89		0.83

Q20_2　裁判員は裁判官よりも重い刑を科そうとする。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	7.8	(90)	11.5	(127)	8.1	(45)
2 どちらかといえばそう思わない	12.6	(145)	23.9	(264)	18.0	(100)
3 どちらともいえない	52.0	(599)	48.1	(531)	50.2	(279)
4 どちらかといえばそう思う	22.5	(259)	13.1	(145)	21.4	(119)
5 そう思う	5.1	(59)	3.3	(36)	2.3	(13)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1103)	100.0	(556)
無回答		(8)		(6)		(7)
平均値		3.05		2.73		2.92
標準偏差		0.93		0.94		0.90

Q20_3　裁判員は無実の人を有罪にしがちだ。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	16.2	(186)	20.8	(229)	17.6	(98)
2 どちらかといえばそう思わない	17.1	(197)	25.4	(280)	25.7	(143)
3 どちらともいえない	53.3	(612)	46.0	(507)	50.6	(282)
4 どちらかといえばそう思う	10.5	(121)	6.8	(75)	5.4	(30)
5 そう思う	2.9	(33)	0.9	(10)	0.7	(4)
合計	100.0	(1149)	100.0	(1101)	100.0	(557)
無回答		(11)		(8)		(6)
平均値		2.67		2.42		2.46
標準偏差		0.96		0.92		0.87

Q20_4　裁判員は感情で判断をしがちだ。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	7.1	(82)	9.3	(103)	6.1	(34)
2 どちらかといえばそう思わない	8.1	(93)	12.9	(142)	11.5	(64)
3 どちらともいえない	25.2	(291)	30.4	(335)	32.5	(181)
4 どちらかといえばそう思う	46.5	(536)	37.9	(418)	43.4	(242)
5 そう思う	13.1	(151)	9.5	(105)	6.5	(36)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1103)	100.0	(557)
無回答		(7)		(6)		(6)
平均値		3.50		3.25		3.33
標準偏差		1.05		1.09		0.97

Q20_5　裁判員は被害者の権利を尊重する。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	3.4	(39)	3.2	(35)	1.8	(10)
2 どちらかといえばそう思わない	4.9	(56)	4.2	(46)	6.1	(34)
3 どちらともいえない	34.5	(398)	39.1	(430)	39.9	(222)
4 どちらかといえばそう思う	40.8	(471)	41.2	(453)	41.7	(232)
5 そう思う	16.4	(189)	12.4	(136)	10.4	(58)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1100)	100.0	(556)
無回答		(7)		(9)		(7)
平均値		3.62		3.55		3.53
標準偏差		0.93		0.88		0.83

Q20_6　裁判員は死刑判決を出すのをためらう。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	6.5	(75)	3.6	(40)	4.3	(24)
2 どちらかといえばそう思わない	7.1	(81)	5.6	(62)	8.4	(47)
3 どちらともいえない	30.8	(354)	20.5	(226)	26.2	(146)
4 どちらかといえばそう思う	30.9	(355)	36.9	(407)	37.7	(210)
5 そう思う	24.7	(283)	33.4	(368)	23.3	(130)
合計	100.0	(1148)	100.0	(1103)	100.0	(557)
無回答		(12)		(6)		(6)
平均値		3.60		3.91		3.67
標準偏差		1.13		1.04		1.06

Q20_7　裁判員は真犯人を無罪にしがちだ。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	15.1	(174)	17.6	(193)	15.1	(84)
2 どちらかといえばそう思わない	18.5	(212)	24.9	(274)	25.7	(143)
3 どちらともいえない	55.9	(642)	50.0	(550)	54.3	(302)
4 どちらかといえばそう思う	8.4	(96)	5.3	(58)	4.0	(22)
5 そう思う	2.2	(25)	2.2	(24)	0.9	(5)
合計	100.0	(1149)	100.0	(1099)	100.0	(556)
無回答		(11)		(10)		(7)
平均値		2.64		2.50		2.50
標準偏差		0.91		0.92		0.83

Q20_8　裁判員は裁判官の言いなりになる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	12.1	(139)	14.3	(158)	11.1	(62)
2 どちらかといえばそう思わない	17.0	(196)	21.5	(237)	17.2	(96)
3 どちらともいえない	39.9	(460)	40.9	(452)	46.9	(261)
4 どちらかといえばそう思う	25.7	(296)	19.6	(216)	21.9	(122)
5 そう思う	5.4	(62)	3.7	(41)	2.9	(16)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1104)	100.0	(557)
無回答		(7)		(5)		(6)
平均値		2.95		2.77		2.88
標準偏差		1.06		1.04		0.97

Q20_9　裁判員は多く発言する人の意見に引きずられる。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 そう思わない	6.2	(71)	7.0	(77)	5.6	(31)
2 どちらかといえばそう思わない	8.1	(93)	11.0	(121)	6.3	(35)
3 どちらともいえない	30.2	(348)	33.2	(366)	36.8	(205)
4 どちらかといえばそう思う	41.2	(475)	39.9	(440)	43.6	(243)
5 そう思う	14.4	(166)	9.0	(99)	7.7	(43)
合計	100.0	(1153)	100.0	(1103)	100.0	(557)
無回答		(7)		(6)		(6)
平均値		3.50		3.33		3.42
標準偏差		1.03		1.02		0.93

14. 回答者の裁判員になることの意欲

Q21、Q22A、およびQ22Bの設問群は、回答者が裁判員候補者に選ばれた場合の、裁判員になろうという意欲の有無･程度と、関連事項（裁判員となることの差障り、報酬など）を尋ねている。結果については表－17を参照されたい。

表－17　裁判員になることの意欲

Q21　あなたは、呼び出しをうけたとき、差しさわりがなかったら裁判員になると思いますか、思いませんか。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 なりたくない	35.8	(413)	36.0	(398)	35.0	(195)
2 どちらかといえばなりたくない	26.0	(300)	26.5	(293)	25.0	(139)
3 どちらともいえない	18.5	(214)	12.8	(141)	14.5	(81)
4 どちらかといえばなろうと思う	13.2	(152)	15.0	(166)	17.4	(97)
5 なろうと思う	6.6	(76)	9.7	(107)	8.1	(45)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1105)	100.0	(557)
無回答		(5)		(4)		(6)
平均値		2.29		2.36		2.39
標準偏差		1.26		1.35		1.33

Q22A　あなたが裁判員として今から１ヶ月後の平日（月～金）の数日間、裁判に参加しなければならない場合、差しさわりとなることがありますか、ありませんか。差しさわりがある場合､それは何ですか。(○はいくつでも)	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 特に差しさわりはない	8.4	(97)	8.0	(88)	4.3	(24)
2 裁判所に行くまでの移動が大変である	19.0	(219)	17.3	(190)	22.2	(123)
3 裁判所に数日間行くための日程調整が大変である	63.7	(734)	61.4	(676)	70.3	(390)
4 金銭上の負担が生じる	27.0	(311)	24.0	(264)	30.1	(167)
5 心理的に不安である	60.0	(691)	59.2	(652)	55.5	(308)
6 自分の健康や体調が心配である	14.8	(171)	15.2	(167)	16.6	(92)
7 家族の健康や体調が心配である	18.0	(207)	15.6	(172)	16.6	(92)
8 その他	4.9	(56)	4.3	(47)	4.3	(24)
有効回答		(1152)		(1101)		(555)
無回答		(8)		(8)		(8)

注：この設問は複数回答可なので、選択肢１から８の回答数の合計は、有効回答者数を超えている。またパーセントは有効回答のうち、この項目を選択した回答者の割合である。

Q22B　あなたが裁判員になるとしたら日当としていくら支払われるべきだと考えますか。	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
0 必要ない	8.5	(95)	7.0	(75)	6.0	(33)
1 2,000円	2.5	(28)	1.1	(12)	2.2	(12)
2 5,000円	16.0	(178)	10.4	(112)	11.4	(62)
3 8,000円	10.2	(113)	10.1	(108)	9.3	(51)
4 10,000円	31.7	(353)	30.1	(323)	27.8	(152)
5 15,000円	9.6	(107)	11.4	(122)	12.3	(67)
6 20,000円	11.8	(131)	16.1	(173)	17.4	(95)
7 30,000円以上	9.7	(108)	13.8	(148)	13.6	(74)
合計	100.0	(1113)	100.0	(1073)	100.0	(546)
無回答		(47)		(36)		(17)

15. 裁判員に選ばれた場合の自己認識

Q23_1から Q23_8までの８問の設問群は、回答者が裁判員に選ばれた場合の自己認識について尋ねている。結果については表－18を参照されたい。

表－18　裁判員に選ばれた場合の自己認識

Q23_1　裁判員に選ばれたら私はそれを誇らしく思う。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	27.3	(314)	31.3	(345)	26.6	(148)
2 そう思わない	29.0	(334)	33.5	(369)	31.1	(173)
3 どちらかといえばそう思わない	22.2	(255)	16.8	(185)	24.5	(136)
4 どちらかといえばそう思う	13.7	(158)	12.0	(132)	12.6	(70)
5 そう思う	6.6	(76)	4.5	(50)	4.3	(24)
6 強くそう思う	1.2	(14)	1.9	(21)	0.9	(5)
合計	100.0	(1151)	100.0	(1102)	100.0	(556)
無回答		(9)		(7)		(7)
平均値		2.47		2.31		2.40
標準偏差		1.27		1.26		1.18

Q23_2　私には死刑判決は出せない。 *	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	9.3	(107)	10.9	(120)	9.5	(53)
2 そう思わない	16.6	(191)	18.3	(201)	19.0	(106)
3 どちらかといえばそう思わない	15.7	(180)	16.1	(177)	18.3	(102)
4 どちらかといえばそう思う	21.0	(241)	21.7	(239)	22.9	(128)
5 そう思う	20.4	(235)	18.5	(204)	17.2	(96)
6 強くそう思う	17.0	(196)	14.5	(160)	13.1	(73)
合計	100.0	(1150)	100.0	(1101)	100.0	(558)
無回答		(10)		(8)		(5)
平均値		3.78		3.62		3.59
標準偏差		1.58		1.58		1.52

Q23_3　裁判員に選ばれたら人生の貴重な経験になる。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	9.2	(106)	9.4	(104)	10.4	(58)
2 そう思わない	10.5	(121)	12.2	(134)	10.8	(60)
3 どちらかといえばそう思わない	12.0	(138)	14.3	(158)	15.8	(88)
4 どちらかといえばそう思う	33.0	(380)	29.4	(324)	34.1	(190)
5 そう思う	24.7	(284)	25.5	(281)	21.4	(119)
6 強くそう思う	10.5	(121)	9.2	(101)	7.5	(42)
合計	100.0	(1150)	100.0	(1102)	100.0	(557)
無回答		(10)		(7)		(6)
平均値		3.85		3.77		3.68
標準偏差		1.42		1.43		1.39

Q23_4　私の関わった裁判の話を他人にしてはいけないのは負担だ。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	12.4	(142)	9.1	(100)	10.2	(57)
2 そう思わない	21.4	(245)	19.2	(211)	19.0	(106)
3 どちらかといえばそう思わない	14.2	(163)	11.4	(125)	14.2	(79)
4 どちらかといえばそう思う	24.5	(281)	23.6	(260)	26.9	(150)
5 そう思う	17.6	(202)	22.5	(247)	19.7	(110)
6 強くそう思う	9.9	(113)	14.3	(157)	10.0	(56)
合計	100.0	(1146)	100.0	(1100)	100.0	(558)
無回答		(14)		(9)		(5)
平均値		3.43		3.74		3.57
標準偏差		1.54		1.56		1.50

Q23_5　私が裁判員に選ばれたら有罪となった人から恨まれそうだ。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	3.6	(41)	4.5	(49)	5.0	(28)
2 そう思わない	13.0	(149)	13.4	(148)	10.6	(59)
3 どちらかといえばそう思わない	16.0	(184)	16.3	(180)	20.1	(112)
4 どちらかといえばそう思う	35.2	(405)	32.5	(358)	38.2	(213)
5 そう思う	21.0	(241)	23.3	(257)	17.8	(99)
6 強くそう思う	11.2	(129)	9.9	(109)	8.3	(46)
合計	100.0	(1149)	100.0	(1101)	100.0	(557)
無回答		(11)		(8)		(6)
平均値		3.91		3.87		3.78
標準偏差		1.29		1.31		1.24

Q23_6　裁判員に選ばれたら国民の重要な義務なので仕方がない。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	7.9	(90)	8.9	(98)	9.0	(50)
2 そう思わない	12.2	(140)	15.2	(167)	14.4	(80)
3 どちらかといえばそう思わない	19.2	(220)	17.7	(195)	17.8	(99)
4 どちらかといえばそう思う	39.0	(446)	36.5	(402)	42.3	(235)
5 そう思う	18.6	(213)	18.2	(201)	13.9	(77)
6 強くそう思う	3.0	(34)	3.5	(39)	2.5	(14)
合計	100.0	(1143)	100.0	(1102)	100.0	(555)
無回答		(17)		(7)		(8)
平均値		3.57		3.51		3.45
標準偏差		1.23		1.29		1.23

Q23_7　裁判員に選ばれたとしても人を裁く自信がない。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	2.5	(29)	4.4	(48)	3.8	(21)
2 そう思わない	10.2	(118)	12.2	(135)	10.6	(59)
3 どちらかといえばそう思わない	16.9	(195)	16.5	(182)	19.7	(110)
4 どちらかといえばそう思う	30.2	(348)	28.7	(317)	32.1	(179)
5 そう思う	23.8	(274)	20.1	(222)	20.1	(112)
6 強くそう思う	16.3	(188)	18.0	(199)	13.8	(77)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1103)	100.0	(558)
無回答		(8)		(6)		(5)
平均値		4.11		4.02		3.96
標準偏差		1.30		1.40		1.31

Q23_8　社会の注目を浴びた事件だとプレッシャーに耐えられない。 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	3.9	(45)	5.4	(60)	4.5	(25)
2 そう思わない	12.8	(147)	13.1	(144)	12.4	(69)
3 どちらかといえばそう思わない	19.0	(219)	17.7	(195)	23.7	(132)
4 どちらかといえばそう思う	28.5	(328)	24.8	(273)	24.2	(135)
5 そう思う	18.8	(217)	19.6	(216)	20.6	(115)
6 強くそう思う	17.0	(196)	19.4	(214)	14.7	(82)
合計	100.0	(1152)	100.0	(1102)	100.0	(558)
無回答		(8)		(7)		(5)
平均値		3.97		3.98		3.88
標準偏差		1.39		1.47		1.38

16. 回答者自身の、裁判員による裁判の選好

Q24は、回答者自身が身に覚えのない犯罪で刑事被告人にされたという仮想的な場合に、職業裁判官による裁判を選好するか、裁判員による裁判を選好するかを尋ねている。この点は、国民が裁判員制度を支持するかどうかにとって決定的に重要な点であると思われる（表－19参照）。

表－19　裁判員裁判への選好

Q24　あなたが身に覚えのない犯罪を犯したとして、裁判にかけられたとします。もし選べるとしたらあなたは裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらを選びますか。 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 裁判員による裁判	3.4	(39)	5.7	(63)	4.5	(25)
2 どちらかといえば裁判員による裁判	9.7	(111)	15.2	(168)	13.0	(72)
3 どちらともいえない	52.1	(599)	47.7	(528)	51.9	(288)
4 どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	22.4	(257)	20.3	(224)	21.8	(121)
5 職業裁判官のみの裁判	12.4	(143)	11.1	(123)	8.8	(49)
合計	100.0	(1149)	100.0	(1106)	100.0	(555)
無回答		(11)		(3)		(8)
平均値		3.31		3.16		3.17
標準偏差		0.93		1.00		0.92

17. 政治参加と他の社会活動への参加

Q25_1から Q25_3、Q26の設問群では裁判員制度への参加の積極性と関係すると予測される変数として、政治参加と他の社会活動への参加を取り上げた。これらはシヴィック・パワーに関わる質問である（表－20参照）。

表－20　社会参加など

Q25_1　自治会や町内会などの活動 **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 参加していない	36.7	(424)	39.6	(436)	41.8	(233)
2 参加することもある	20.8	(240)	20.3	(224)	23.2	(129)
3 時々参加している	19.0	(219)	17.2	(190)	17.1	(95)
4 参加している	20.1	(232)	20.1	(222)	16.0	(89)
5 熱心に参加している	3.4	(39)	2.7	(30)	2.0	(11)
合計	100.0	(1154)	100.0	(1102)	100.0	(557)
無回答		(6)		(7)		(6)
平均値		2.33		2.26		2.13
標準偏差		1.25		1.25		1.18

Q25_2　ボランティア活動 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 参加していない	65.8	(755)	67.6	(743)	70.4	(392)
2 参加することもある	17.9	(205)	13.9	(153)	15.8	(88)
3 時々参加している	8.4	(97)	10.7	(118)	7.2	(40)
4 参加している	5.8	(67)	6.1	(67)	5.9	(33)
5 熱心に参加している	2.1	(24)	1.6	(18)	0.7	(4)
合計	100.0	(1148)	100.0	(1099)	100.0	(557)
無回答		(12)		(10)		(6)
平均値		1.61		1.60		1.51
標準偏差		1.00		1.01		0.91

Q25_3　NGO や NPO の活動 n.s.	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 参加していない	92.3	(1053)	90.8	(992)	92.7	(517)
2 参加することもある	4.3	(49)	5.3	(58)	3.4	(19)
3 時々参加している	1.9	(22)	1.7	(19)	2.0	(11)
4 参加している	1.1	(12)	1.4	(15)	1.3	(7)
5 熱心に参加している	0.4	(5)	0.7	(8)	0.7	(4)
合計	100.0	(1141)	100.0	(1092)	100.0	(558)
無回答		(19)		(17)		(5)
平均値		1.13		1.16		1.14
標準偏差		0.52		0.58		0.57

Q26　あなたは選挙（国や都道府県、市町村など）の投票に行っていますか **	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 めったに行かない	7.3	(84)	5.8	(64)	10.6	(59)
2 時々行く	4.5	(52)	5.4	(60)	5.9	(33)
3 行ったり行かなかったり	11.2	(129)	13.0	(144)	16.9	(94)
4 どちらかといえば行く	17.7	(204)	17.6	(195)	16.9	(94)
5 ほぼ必ず行く	59.4	(686)	58.1	(643)	49.5	(275)
合計	100.0	(1155)	100.0	(1106)	100.0	(555)
無回答		(5)		(3)		(8)
平均値		4.17		4.17		3.89
標準偏差		1.23		1.19		1.36

18. シナリオ実験

Q27は、Q28のシナリオ実験の前提として、人の認知能力に対する評価を尋ねた設問である。評価の対象は、⑴45歳の普通のサラリーマン、⑵酒に酔っている人、⑶高齢者、⑷14歳の少年、の４種類である。なお、この設問は、調査対象者全員に共通して尋ねた[(10)]（表－21参照）。

表－21　認知能力の評価

Q27_1　45歳の普通のサラリーマンは、一般的には分別があるはずだ	2020	
	%	度数
1 全くそう思わない	2.5	(14)
2 そう思わない	7.7	(43)
3 どちらかといえばそう思わない	5.4	(30)
4 どちらでもない	23.0	(128)
5 どちらかといえばそう思う	31.3	(174)
6 そう思う	26.8	(149)
7 強くそう思う	3.2	(18)
合計	100.0	(556)
無回答		(7)
平均値		4.66
標準偏差		1.35

Q27_2　人はお酒に酔っ払っていても、一般的には分別があるはずだ	2020	
	%	度数
1 全くそう思わない	9.5	(53)
2 そう思わない	19.6	(109)
3 どちらかといえばそう思わない	17.1	(95)
4 どちらでもない	19.4	(108)
5 どちらかといえばそう思う	21.7	(121)
6 そう思う	11.0	(61)
7 強くそう思う	1.8	(10)
合計	100.0	(557)
無回答		(6)
平均値		3.64
標準偏差		1.58

Q27_3　高齢者といえども、一般的には分別があるはずだ	2020	
	%	度数
1 全くそう思わない	4.3	(24)
2 そう思わない	10.2	(57)
3 どちらかといえばそう思わない	10.4	(58)
4 どちらでもない	22.6	(126)
5 どちらかといえばそう思う	31.4	(175)
6 そう思う	19.7	(110)
7 強くそう思う	1.3	(7)
合計	100.0	(557)
無回答		(6)
平均値		4.31
標準偏差		1.42

Q27_4　少年といえども、14歳にもなれば一般的には分別があるはずだ	2020	
	%	度数
1 全くそう思わない	4.1	(23)
2 そう思わない	11.5	(64)
3 どちらかといえばそう思わない	13.5	(75)
4 どちらでもない	22.4	(125)
5 どちらかといえばそう思う	29.1	(162)
6 そう思う	16.7	(93)
7 強くそう思う	2.7	(15)
合計	100.0	(557)
無回答		(6)
平均値		4.22
標準偏差		1.46

Q28A、Q28B、Q28C が要因計画法に基づくシナリオ実験に関わる設問である（それぞれ、６問、７問、３問の小問からなる）。シナリオ（小話）の中で操作された要因は２つである。１つの要因がけがの程度であり、軽傷（単なる打撲）と重傷（複雑骨折）の２水準からなる。もう１つの要因は、加害行為者の態様（４水準）であり、全体として２×４の８つの小話（ａからｈ）からなる、２元配置の要因計画である。ａからｈの調査票のいずれかがランダムに調査対象者に配布される。その調査票には小話（当該ヴァージョンのみ）が Q28A の冒頭に掲出されている。

ここでは、整理のために、表－22で要因計画をわかりやすく一覧表の形にし、対応するａからｈの小話の文言をそのまま掲出した。それぞれの実験条件についての度数分布、統計量は表－23の通りである（なお、有意性の検定は行われていない）。

表－22　問28の要因計画

ヴァージョン	要因計画	シナリオ
a	打撲×通常人	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは45歳の普通のサラリーマンでした。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を打ちつけましたが、ほうっておいたところ２週間後には治りました。
b	打撲×酩酊	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは45歳の普通のサラリーマンでした。その日、Xは正体をなくすほどお酒を大量に飲んだため、ろれつも回らなく、足取りもおぼつかないといった状態で、酷く泥酔していました。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を打ちつけましたが、ほうっておいたところ２週間後には治りました。
c	打撲×高齢者（85歳）	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは、85歳の高齢者でした。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を打ちつけましたが、ほうっておいたところ２週間後には治りました。
d	打撲×少年（14歳）	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは14歳の少年で、地元の中学校に通っている普通の子どもでした。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を打ちつけましたが、ほうっておいたところ２週間後には治りました。
e	重傷×通常人	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは45歳の普通のサラリーマンでした。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を複雑骨折してしまい、３カ月も入院しました。その後も車椅子を使わないと生活できない状態です。
f	重傷×酩酊	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは45歳の普通のサラリーマンでした。その日、Xは正体をなくすほどお酒を大量に飲んだため、ろれつも回らなく、足取りもおぼつかないといった状態で、酷く泥酔していました。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を複雑骨折してしまい、３カ月も入院しました。その後も車椅子を使わないと生活できない状態です。
g	重傷×高齢者（85歳）	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは、85歳の高齢者でした。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を複雑骨折してしまい、３カ月も入院しました。その後も車椅子を使わないと生活できない状態です。
h	重傷×少年（14歳）	Aは初老のごく小柄な男性でした。Xは14歳の少年で、地元の中学校に通っている普通の子どもでした。Aが階段のへりにいたところ、突然Xが後ろからAを押しました。Aは、Xに押された勢いで立っていた場所から足を踏み外してしまい、階段から落ちてしまいました。Aは、腰を複雑骨折してしまい、３カ月も入院しました。その後も車椅子を使わないと生活できない状態です。

表－23　シナリオ実験（要因ごとの集計表）

Xは、どのような人だとあなたは考えますか。以下の(1)から(6)のそれぞれについてお答えください。

(1) Q28A_1　Xには自制心がある	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	37.7	(26)	37.9	(25)	30.1	(22)	21.9	(16)	33.3	(20)	19.7	(14)	24.7	(18)	24.3	(18)
2 そう思わない	42.0	(29)	39.4	(26)	38.4	(28)	37.0	(27)	36.7	(22)	42.3	(30)	38.4	(28)	29.7	(22)
3 どちらかといえばそう思わない	8.7	(6)	15.2	(10)	16.4	(12)	20.5	(15)	6.7	(4)	16.9	(12)	15.1	(11)	18.9	(14)
4 どちらでもない	8.7	(6)	4.5	(3)	15.1	(11)	11.0	(8)	20.0	(12)	16.9	(12)	17.8	(13)	23.0	(17)
5 どちらかといえばそう思う	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	5.5	(4)	1.7	(1)	4.2	(3)	2.7	(2)	4.1	(3)
6 そう思う	2.9	(2)	1.5	(1)	0.0	(0)	4.1	(3)	1.7	(1)	0.0	(0)	1.4	(1)	0.0	(0)
7 強くそう思う	0.0	(0)	1.5	(1)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)
合計	100.0	(69)	100.0	(66)	100.0	(73)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		2.00		2.00		2.16		2.53		2.25		2.44		2.40		2.53
標準偏差		1.14		1.16		1.03		1.32		1.26		1.12		1.20		1.21

(2) Q28A_2　Xには道徳心がある	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	50.7	(35)	36.4	(24)	31.5	(23)	27.4	(20)	33.3	(20)	18.3	(13)	23.3	(17)	20.3	(15)
2 そう思わない	36.2	(25)	27.3	(18)	35.6	(26)	34.2	(25)	35.0	(21)	31.0	(22)	37.0	(27)	32.4	(24)
3 どちらかといえばそう思わない	4.3	(3)	15.2	(10)	15.1	(11)	19.2	(14)	8.3	(5)	18.3	(13)	17.8	(13)	27.0	(20)
4 どちらでもない	7.2	(5)	19.7	(13)	16.4	(12)	12.3	(9)	21.7	(13)	29.6	(21)	17.8	(13)	20.3	(15)
5 どちらかといえばそう思う	1.4	(1)	1.5	(1)	1.4	(1)	2.7	(2)	1.7	(1)	1.4	(1)	2.7	(2)	0.0	(0)
6 そう思う	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	4.1	(3)	0.0	(0)	1.4	(1)	1.4	(1)	0.0	(0)
合計	100.0	(69)	100.0	(66)	100.0	(73)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		1.72		2.23		2.21		2.41		2.23		2.69		2.44		2.47
標準偏差		0.95		1.19		1.11		1.31		1.18		1.20		1.19		1.04

(3) Q28A_3　Xは理性的な人だ	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	47.8	(33)	37.9	(25)	27.4	(20)	24.7	(18)	30.5	(18)	18.3	(13)	27.4	(20)	18.9	(14)
2 そう思わない	34.8	(24)	36.4	(24)	39.7	(29)	35.6	(26)	37.3	(22)	39.4	(28)	39.7	(29)	31.1	(23)
3 どちらかといえばそう思わない	7.2	(5)	12.1	(8)	13.7	(10)	11.0	(8)	10.2	(6)	15.5	(11)	15.1	(11)	20.3	(15)
4 どちらでもない	10.1	(7)	12.1	(8)	16.4	(12)	20.5	(15)	22.0	(13)	21.1	(15)	15.1	(11)	27.0	(20)
5 どちらかといえばそう思う	0.0	(0)	0.0	(0)	1.4	(1)	4.1	(3)	0.0	(0)	5.6	(4)	2.7	(2)	2.7	(2)
6 そう思う	0.0	(0)	1.5	(1)	1.4	(1)	4.1	(3)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)
合計	100.0	(69)	100.0	(66)	100.0	(73)	100.0	(73)	100.0	(59)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		1.80		2.05		2.29		2.56		2.24		2.56		2.26		2.64
標準偏差		0.96		1.12		1.16		1.38		1.12		1.18		1.11		1.15

(4) Q28A_4　Xは感情にむらのある人だ	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	4.3	(3)	6.1	(4)	4.1	(3)	2.7	(2)	1.7	(1)	1.4	(1)	4.1	(3)	2.7	(2)
2 そう思わない	7.2	(5)	6.1	(4)	2.7	(2)	1.4	(1)	1.7	(1)	2.8	(2)	2.7	(2)	2.7	(2)
3 どちらかといえばそう思わない	2.9	(2)	4.5	(3)	1.4	(1)	1.4	(1)	3.3	(2)	7.0	(5)	4.1	(3)	4.1	(3)
4 どちらでもない	14.5	(10)	40.9	(27)	26.0	(19)	23.3	(17)	21.7	(13)	38.0	(27)	28.8	(21)	31.1	(23)
5 どちらかといえばそう思う	17.4	(12)	21.2	(14)	28.8	(21)	35.6	(26)	25.0	(15)	23.9	(17)	23.3	(17)	25.7	(19)
6 そう思う	39.1	(27)	12.1	(8)	27.4	(20)	32.9	(24)	35.0	(21)	22.5	(16)	26.0	(19)	28.4	(21)
7 強くそう思う	14.5	(10)	9.1	(6)	9.6	(7)	2.7	(2)	11.7	(7)	4.2	(3)	11.0	(8)	5.4	(4)
合計	100.0	(69)	100.0	(66)	100.0	(73)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		5.09		4.38		4.93		4.97		5.18		4.65		4.86		4.81
標準偏差		1.62		1.50		1.38		1.14		1.26		1.20		1.44		1.28

(5) Q28A_5　Xは他人の気持ちが分かる人だ	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	45.6	(31)	24.2	(16)	31.5	(23)	23.3	(17)	30.0	(18)	18.3	(13)	24.7	(18)	21.6	(16)
2 そう思わない	32.4	(22)	27.3	(18)	31.5	(23)	34.2	(25)	31.7	(19)	32.4	(23)	30.1	(22)	29.7	(22)
3 どちらかといえばそう思わない	8.8	(6)	15.2	(10)	15.1	(11)	13.7	(10)	15.0	(9)	4.2	(3)	15.1	(11)	17.6	(13)
4 どちらでもない	10.3	(7)	30.3	(20)	21.9	(16)	20.5	(15)	20.0	(12)	42.3	(30)	28.8	(21)	29.7	(22)
5 どちらかといえばそう思う	0.0	(0)	3.0	(2)	0.0	(0)	2.7	(2)	1.7	(1)	2.8	(2)	1.4	(1)	0.0	(0)
6 そう思う	2.9	(2)	0.0	(0)	0.0	(0)	4.1	(3)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	1.4	(1)
7 強くそう思う	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	1.4	(1)	1.7	(1)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)
合計	100.0	(68)	100.0	(66)	100.0	(73)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		1.96		2.61		2.27		2.63		2.38		2.79		2.52		2.61
標準偏差		1.20		1.24		1.13		1.44		1.30		1.25		1.19		1.20

(6) Q28A_6　Xは身勝手な人だ	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	1.5	(1)	6.1	(4)	4.1	(3)	2.7	(2)	0.0	(0)	1.4	(1)	1.4	(1)	5.4	(4)
2 そう思わない	4.4	(3)	3.0	(2)	8.2	(6)	4.1	(3)	3.3	(2)	5.6	(4)	1.4	(1)	4.1	(3)
3 どちらかといえばそう思わない	1.5	(1)	1.5	(1)	0.0	(0)	2.7	(2)	5.0	(3)	1.4	(1)	5.5	(4)	4.1	(3)
4 どちらでもない	10.3	(7)	25.8	(17)	21.9	(16)	19.2	(14)	16.7	(10)	38.0	(27)	32.9	(24)	39.2	(29)
5 どちらかといえばそう思う	16.2	(11)	18.2	(12)	23.3	(17)	32.9	(24)	16.7	(10)	15.5	(11)	12.3	(9)	20.3	(15)
6 そう思う	41.2	(28)	30.3	(20)	27.4	(20)	24.7	(18)	31.7	(19)	28.2	(20)	27.4	(20)	14.9	(11)
7 強くそう思う	25.0	(17)	15.2	(10)	15.1	(11)	13.7	(10)	26.7	(16)	9.9	(7)	19.2	(14)	12.2	(9)
合計	100.0	(68)	100.0	(66)	100.0	(73)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		5.59		4.98		4.95		5.04		5.48		4.85		5.12		4.58
標準偏差		1.37		1.58		1.59		1.39		1.36		1.36		1.39		1.51

XがAを階段で押したことについて、あなたはどのように考えますか。以下の(1)から(7)のそれぞれについてお答えください。

(1) Q28B_1　Xは、ためらうことなく、Aを押した	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	0.0	(0)	1.5	(1)	0.0	(0)	1.4	(1)	0.0	(0)	1.4	(1)	0.0	(0)	1.4	(1)
2 そう思わない	1.4	(1)	7.5	(5)	5.6	(4)	1.4	(1)	1.7	(1)	8.5	(6)	6.8	(5)	6.8	(5)
3 どちらかといえばそう思わない	10.1	(7)	7.5	(5)	12.5	(9)	11.0	(8)	8.3	(5)	8.5	(6)	5.5	(4)	6.8	(5)
4 どちらでもない	24.6	(17)	29.9	(20)	27.8	(20)	27.4	(20)	26.7	(16)	36.6	(26)	34.2	(25)	39.2	(29)
5 どちらかといえばそう思う	27.5	(19)	25.4	(17)	25.0	(18)	26.0	(19)	23.3	(14)	19.7	(14)	28.8	(21)	21.6	(16)
6 そう思う	29.0	(20)	25.4	(17)	23.6	(17)	26.0	(19)	26.7	(16)	22.5	(16)	19.2	(14)	20.3	(15)
7 強くそう思う	7.2	(5)	3.0	(2)	5.6	(4)	6.8	(5)	13.3	(8)	2.8	(2)	5.5	(4)	4.1	(3)
合計	100.0	(69)	100.0	(67)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		4.94		4.58		4.65		4.81		5.05		4.44		4.64		4.50
標準偏差		1.17		1.32		1.28		1.26		1.25		1.32		1.22		1.27

(2) Q28B_2　Xは、Aに危害を加える意思があった	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	0.0	(0)	4.5	(3)	1.4	(1)	1.4	(1)	1.7	(1)	1.4	(1)	1.4	(1)	1.4	(1)
2 そう思わない	1.4	(1)	17.9	(12)	6.9	(5)	4.1	(3)	0.0	(0)	19.7	(14)	5.5	(4)	2.7	(2)
3 どちらかといえばそう思わない	5.8	(4)	20.9	(14)	12.5	(9)	9.6	(7)	8.3	(5)	16.9	(12)	12.3	(9)	8.1	(6)
4 どちらでもない	20.3	(14)	32.8	(22)	30.6	(22)	32.9	(24)	25.0	(15)	39.4	(28)	35.6	(26)	40.5	(30)
5 どちらかといえばそう思う	37.7	(26)	10.4	(7)	22.2	(16)	21.9	(16)	20.0	(12)	14.1	(10)	24.7	(18)	21.6	(16)
6 そう思う	27.5	(19)	11.9	(8)	22.2	(16)	27.4	(20)	35.0	(21)	8.5	(6)	13.7	(10)	21.6	(16)
7 強くそう思う	7.2	(5)	1.5	(1)	4.2	(3)	2.7	(2)	10.0	(6)	0.0	(0)	6.8	(5)	4.1	(3)
合計	100.0	(69)	100.0	(67)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		5.06		3.69		4.49		4.63		5.07		3.70		4.45		4.59
標準偏差		1.07		1.41		1.34		1.25		1.27		1.22		1.30		1.19

(3) Q28B_3　Xは、ふざけてAを押した	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	7.2	(5)	4.5	(3)	9.7	(7)	5.5	(4)	8.3	(5)	2.8	(2)	12.3	(9)	4.1	(3)
2 そう思わない	26.1	(18)	17.9	(12)	29.2	(21)	16.4	(12)	30.0	(18)	16.9	(12)	23.3	(17)	21.9	(16)
3 どちらかといえばそう思わない	11.6	(8)	13.4	(9)	15.3	(11)	8.2	(6)	16.7	(10)	15.5	(11)	13.7	(10)	12.3	(9)
4 どちらでもない	33.3	(23)	28.4	(19)	29.2	(21)	30.1	(22)	33.3	(20)	35.2	(25)	39.7	(29)	37.0	(27)
5 どちらかといえばそう思う	13.0	(9)	23.9	(16)	11.1	(8)	28.8	(21)	1.7	(1)	18.3	(13)	6.8	(5)	20.5	(15)
6 そう思う	8.7	(6)	4.5	(3)	2.8	(2)	6.8	(5)	8.3	(5)	8.5	(6)	4.1	(3)	4.1	(3)
7 強くそう思う	0.0	(0)	7.5	(5)	2.8	(2)	4.1	(3)	1.7	(1)	2.8	(2)	0.0	(0)	0.0	(0)
合計	100.0	(69)	100.0	(67)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(73)
平均値		3.45		3.93		3.22		3.97		3.22		3.86		3.18		3.60
標準偏差		1.42		1.54		1.45		1.48		1.43		1.37		1.33		1.27

(4) Q28B_4　Xは、Aを憎んでいた	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	1.4	(1)	9.0	(6)	1.4	(1)	2.7	(2)	8.3	(5)	14.1	(10)	1.4	(1)	6.8	(5)
2 そう思わない	4.3	(3)	31.3	(21)	7.0	(5)	12.3	(9)	3.3	(2)	26.8	(19)	11.0	(8)	6.8	(5)
3 どちらかといえばそう思わない	7.2	(5)	22.4	(15)	15.5	(11)	13.7	(10)	11.7	(7)	12.7	(9)	2.7	(2)	10.8	(8)
4 どちらでもない	53.6	(37)	35.8	(24)	43.7	(31)	49.3	(36)	35.0	(21)	38.0	(27)	47.9	(35)	59.5	(44)
5 どちらかといえばそう思う	21.7	(15)	0.0	(0)	16.9	(12)	13.7	(10)	20.0	(12)	7.0	(5)	27.4	(20)	13.5	(10)
6 そう思う	8.7	(6)	1.5	(1)	12.7	(9)	6.8	(5)	16.7	(10)	1.4	(1)	6.8	(5)	1.4	(1)
7 強くそう思う	2.9	(2)	0.0	(0)	2.8	(2)	1.4	(1)	5.0	(3)	0.0	(0)	2.7	(2)	1.4	(1)
合計	100.0	(69)	100.0	(67)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		4.28		2.91		4.17		3.85		4.25		3.01		4.21		3.76
標準偏差		1.07		1.08		1.22		1.19		1.51		1.28		1.17		1.12

(5) Q28B_5　XがAを押したとき、普通の状態ではなかった	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	1.4	(1)	3.0	(2)	0.0	(0)	2.8	(2)	1.7	(1)	0.0	(0)	0.0	(0)	4.1	(3)
2 そう思わない	10.1	(7)	1.5	(1)	5.6	(4)	9.7	(7)	15.0	(9)	0.0	(0)	4.1	(3)	5.4	(4)
3 どちらかといえばそう思わない	10.1	(7)	0.0	(0)	8.3	(6)	6.9	(5)	3.3	(2)	0.0	(0)	2.7	(2)	12.2	(9)
4 どちらでもない	23.2	(16)	6.0	(4)	29.2	(21)	36.1	(26)	25.0	(15)	8.5	(6)	32.9	(24)	33.8	(25)
5 どちらかといえばそう思う	34.8	(24)	29.9	(20)	29.2	(21)	27.8	(20)	30.0	(18)	36.6	(26)	37.0	(27)	32.4	(24)
6 そう思う	17.4	(12)	52.2	(35)	20.8	(15)	15.3	(11)	20.0	(12)	45.1	(32)	19.2	(14)	6.8	(5)
7 強くそう思う	2.9	(2)	7.5	(5)	6.9	(5)	1.4	(1)	5.0	(3)	9.9	(7)	4.1	(3)	5.4	(4)
合計	100.0	(69)	100.0	(67)	100.0	(72)	100.0	(72)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		4.43		5.45		4.72		4.28		4.47		5.56		4.77		4.27
標準偏差		1.33		1.15		1.25		1.29		1.47		0.79		1.06		1.32

(6) Q28B_6　こういう事態が起こったのは、Aにも原因があったに違いない	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	5.8	(4)	19.4	(13)	2.8	(2)	2.7	(2)	5.0	(3)	21.1	(15)	2.7	(2)	1.4	(1)
2 そう思わない	15.9	(11)	26.9	(18)	13.9	(10)	15.1	(11)	15.0	(9)	26.8	(19)	5.5	(4)	16.2	(12)
3 どちらかといえばそう思わない	11.6	(8)	11.9	(8)	5.6	(4)	9.6	(7)	3.3	(2)	16.9	(12)	4.1	(3)	12.2	(9)
4 どちらでもない	39.1	(27)	29.9	(20)	38.9	(28)	45.2	(33)	41.7	(25)	28.2	(20)	46.6	(34)	44.6	(33)
5 どちらかといえばそう思う	26.1	(18)	9.0	(6)	29.2	(21)	19.2	(14)	21.7	(13)	5.6	(4)	31.5	(23)	17.6	(13)
6 そう思う	1.4	(1)	3.0	(2)	6.9	(5)	8.2	(6)	11.7	(7)	1.4	(1)	8.2	(6)	6.8	(5)
7 強くそう思う	0.0	(0)	0.0	(0)	2.8	(2)	0.0	(0)	1.7	(1)	0.0	(0)	1.4	(1)	1.4	(1)
合計	100.0	(69)	100.0	(67)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		3.68		2.91		4.10		3.88		4.02		2.75		4.29		3.86
標準偏差		1.23		1.41		1.30		1.21		1.40		1.31		1.10		1.21

(7) Q28B_7　Xは、Aと以前にけんかをしていたに違いない	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 全くそう思わない	7.2	(5)	19.4	(13)	4.2	(3)	2.7	(2)	3.3	(2)	18.3	(13)	1.4	(1)	5.4	(4)
2 そう思わない	11.6	(8)	28.4	(19)	12.5	(9)	16.4	(12)	11.7	(7)	18.3	(13)	4.1	(3)	17.6	(13)
3 どちらかといえばそう思わない	18.8	(13)	13.4	(9)	11.1	(8)	16.4	(12)	1.7	(1)	7.0	(5)	6.8	(5)	8.1	(6)
4 どちらでもない	43.5	(30)	34.3	(23)	52.8	(38)	47.9	(35)	53.3	(32)	46.5	(33)	61.6	(45)	59.5	(44)
5 どちらかといえばそう思う	17.4	(12)	4.5	(3)	12.5	(9)	12.3	(9)	16.7	(10)	9.9	(7)	21.9	(16)	8.1	(6)
6 そう思う	1.4	(1)	0.0	(0)	5.6	(4)	2.7	(2)	13.3	(8)	0.0	(0)	1.4	(1)	0.0	(0)
7 強くそう思う	0.0	(0)	0.0	(0)	1.4	(1)	1.4	(1)	0.0	(0)	0.0	(0)	2.7	(2)	1.4	(1)
合計	100.0	(69)	100.0	(67)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		3.57		2.76		3.79		3.64		4.08		3.11		4.14		3.53
標準偏差		1.17		1.24		1.20		1.15		1.23		1.34		0.93		1.13

XがAを階段で押したときに、あなたはXの行動について、どのように考えますか。以下の(1)から(3)のそれぞれについてお答えください。

(1) Q28C_1　Xにはどの程度怒りを感じますか	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 非常に弱く	0.0	(0)	3.0	(2)	1.4	(1)	0.0	(0)	1.7	(1)	0.0	(0)	1.4	(1)	1.4	(1)
2 弱く	0.0	(0)	3.0	(2)	2.8	(2)	2.7	(2)	1.7	(1)	1.4	(1)	0.0	(0)	1.4	(1)
3 やや弱く	1.4	(1)	3.0	(2)	5.6	(4)	4.1	(3)	3.3	(2)	0.0	(0)	2.7	(2)	0.0	(0)
4 どちらでもない	13.0	(9)	15.2	(10)	16.7	(12)	11.0	(8)	11.7	(7)	14.3	(10)	24.7	(18)	35.1	(26)
5 やや強く	49.3	(34)	31.8	(21)	36.1	(26)	49.3	(36)	36.7	(22)	35.7	(25)	37.0	(27)	27.0	(20)
6 強く	21.7	(15)	25.8	(17)	25.0	(18)	24.7	(18)	33.3	(20)	37.1	(26)	23.3	(17)	25.7	(19)
7 非常に強く	14.5	(10)	18.2	(12)	12.5	(9)	8.2	(6)	11.7	(7)	11.4	(8)	11.0	(8)	9.5	(7)
合計	100.0	(69)	100.0	(66)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(70)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		5.35		5.20		5.08		5.14		5.27		5.41		5.10		5.00
標準偏差		0.94		1.42		1.28		1.05		1.19		0.97		1.12		1.16

(2) Q28C_2　Xはどの程度非難されるべきですか	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 非常に弱く	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	1.4	(1)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)	0.0	(0)
2 弱く	0.0	(0)	3.0	(2)	2.8	(2)	1.4	(1)	1.7	(1)	2.8	(2)	0.0	(0)	0.0	(0)
3 やや弱く	2.9	(2)	1.5	(1)	4.2	(3)	1.4	(1)	3.3	(2)	1.4	(1)	2.7	(2)	4.1	(3)
4 どちらでもない	14.5	(10)	4.5	(3)	15.3	(11)	13.7	(10)	10.0	(6)	7.0	(5)	19.2	(14)	20.3	(15)
5 やや強く	40.6	(28)	37.9	(25)	37.5	(27)	50.7	(37)	36.7	(22)	29.6	(21)	41.1	(30)	40.5	(30)
6 強く	23.2	(16)	27.3	(18)	37.5	(27)	26.0	(19)	36.7	(22)	50.7	(36)	27.4	(20)	27.0	(20)
7 非常に強く	18.8	(13)	25.8	(17)	2.8	(2)	5.5	(4)	11.7	(7)	8.5	(6)	9.6	(7)	8.1	(6)
合計	100.0	(69)	100.0	(66)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(60)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		5.41		5.62		5.11		5.11		5.38		5.49		5.22		5.15
標準偏差		1.05		1.15		1.03		1.01		1.04		1.00		0.96		0.98

(3) Q28C_3　Xはどの程度の刑罰を受けるべきですか	a		b		c		d		e		f		g		h	
	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数	%	度数
1 非常に軽い刑罰	0.0	(0)	1.5	(1)	0.0	(0)	2.7	(2)	0.0	(0)	1.4	(1)	0.0	(0)	2.7	(2)
2 軽い刑罰	5.8	(4)	9.1	(6)	9.7	(7)	5.5	(4)	0.0	(0)	1.4	(1)	4.1	(3)	1.4	(1)
3 やや軽い刑罰	14.5	(10)	13.6	(9)	19.4	(14)	19.2	(14)	1.7	(1)	1.4	(1)	1.4	(1)	6.8	(5)
4 どちらでもない	18.8	(13)	12.1	(8)	23.6	(17)	23.3	(17)	15.5	(9)	16.9	(12)	23.3	(17)	25.7	(19)
5 やや厳しい刑罰	39.1	(27)	34.8	(23)	30.6	(22)	42.5	(31)	44.8	(26)	45.1	(32)	37.0	(27)	40.5	(30)
6 厳しい刑罰	20.3	(14)	24.2	(16)	15.3	(11)	5.5	(4)	32.8	(19)	29.6	(21)	27.4	(20)	20.3	(15)
7 非常に厳しい刑罰	1.4	(1)	4.5	(3)	1.4	(1)	1.4	(1)	5.2	(3)	4.2	(3)	6.8	(5)	2.7	(2)
合計	100.0	(69)	100.0	(66)	100.0	(72)	100.0	(73)	100.0	(58)	100.0	(71)	100.0	(73)	100.0	(74)
平均値		4.58		4.61		4.26		4.19		5.24		5.08		5.03		4.72
標準偏差		1.18		1.42		1.26		1.19		0.84		1.03		1.11		1.15

19. Q29について

Q29は、研究分担者綿村英一郎（大阪大学准教授）がもっぱら担当した部分である。設問の文言を含め、説明は一切省略する。綿村自身の別稿を参照されたい。

20. デモグラフィック要因

調査票では、最後に、性別、生年月、収入、学歴、職業を尋ねている。そのうち、性別、生年月（表では年齢に換算している）については、表－１、２に設計サンプルと比較する形で示した。収入、学歴、職業については、表－24、25、26を参照されたい。

表－24　収入

F3　世帯年収	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 300万円未満	26.4	(284)	26.3	(277)	23.8	(124)
2 300万円以上500万円未満	31.9	(344)	34.7	(366)	30.4	(158)
3 500万円以上700万円未満	20.1	(216)	19.3	(203)	21.3	(111)
4 700万円以上1,000万円未満	13.2	(142)	11.2	(118)	16.0	(83)
5 1,000万円以上	8.4	(91)	8.5	(90)	8.5	(44)
合計	100.0	(1077)	100.0	(1054)	100.0	(520)
無回答		(83)		(55)		(43)

表－25　学歴

F4　学歴	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 小学校・中学校	13.9	(160)	12.9	(141)	7.7	(42)
2 高等学校	49.3	(567)	48.0	(527)	40.7	(223)
3 短期大学・高等専門学校	18.1	(208)	18.5	(203)	18.6	(102)
4 大学・大学院	18.5	(213)	19.1	(209)	31.8	(174)
5 その他	0.1	(1)	1.5	(17)	1.3	(7)
合計	100.0	(1149)	100.0	(1097)	100.0	(548)
無回答		(11)		(12)		(15)

表－26　職業

F5　職業	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 経営者・役員	4.5	(51)	4.5	(49)	2.4	(13)
2 常時雇用の一般従業員	33.7	(385)	35.8	(392)	43.8	(242)
3 臨時雇用・パート・アルバイト	18.2	(208)	17.5	(191)	18.6	(103)
4 派遣社員	1.8	(21)	1.6	(17)	2.2	(12)
5 自営業主・自由業者	8.9	(102)	8.3	(91)	6.9	(38)
6 家族従事者	3.3	(38)	1.6	(17)	2.9	(16)
7 内職	1.0	(11)	0.0	(0)	0.2	(1)
8 学生	1.7	(20)	2.8	(31)	2.2	(12)
9 専業主婦	16.2	(185)	15.7	(172)	9.6	(53)
10 無職	9.8	(112)	10.1	(111)	9.2	(51)
11 その他	0.9	(10)	2.1	(23)	2.2	(12)
合計	100.0	(1143)	100.0	(1094)	100.0	(553)
無回答		(17)		(15)		(10)

21. 裁判員による裁判への賛否

本調査票の一番最後の設問として、2008年、2011年調査と同じく、裁判員による裁判の導入に対する賛否を５段階の尺度で尋ねた（変数名はLAYJUDGE となっている）。結果は表－27の通りである。

表－27　裁判員による裁判への賛否

LAYJUDGE　あなたは、裁判員による裁判が導入されたことに賛成ですか、反対ですか。**	2008		2011		2020	
	%	度数	%	度数	%	度数
1 反対	12.2	(141)	11.1	(123)	7.3	(41)
2 どちらかといえば反対	20.6	(238)	21.2	(234)	12.3	(69)
3 どちらともいえない	36.5	(422)	32.5	(359)	42.1	(236)
4 どちらかといえば賛成	24.2	(280)	25.6	(283)	30.5	(171)
5 賛成	6.5	(75)	9.7	(107)	7.7	(43)
合計	100.0	(1156)	100.0	(1106)	100.0	(560)
無回答		(4)		(3)		(3)
平均値		2.92		3.02		3.19
標準偏差		1.09		1.14		1.00

注

(1) 比較のために、2008年調査、2011年調査と同一の設問については、本稿にその基本統計量も掲出している。

(2)「責任なければ刑罰なし」（故意あるいは過失がなければ犯罪は成立しない）という原則である。

(3) 人々は洗練されてはいないし、不整合な部分もあるがそれなりの統一的な

説明の体系（それが、「素朴理論」である）を持っているのではないかということである。「素朴理論」という考え方は、1980年代に盛んになった認知心理学の一つの方向である。認知心理学では、物理学の素朴理論から始まり、他の領域の素朴理論に広がった（松村，2005:50,55（注35））。

なお、法の素朴理論といわゆる「法意識」との関係については、別稿で論じる。

(4) 研究費の関係でサンプル数（従って、有効回答数も）が前２回の調査に比べほぼ４割減になっている。

(5) サンプリングの方法は、層化二段無作為抽出法であり、抽出地点は60地点、１地点は11名間隔の系統抽出法である。ただし、台帳の並び順が年齢順などの場合は該当する台帳の範囲を等分して抽出している。１地点16人、予備用に２人が抽出されている。

(6) 留め置き法とは、調査員が訪問し、調査票への記入を依頼し、応諾した者に調査票を渡して自己記入をしてもらい、後日調査員が回収するという方法である。なお、希望者については郵送による回収も行われた。留め置き法を用いた理由は、設問の多くが多段階のリッカートスケールに答えるという形式であり、調査員の読み上げ式よりも自記式に適した質問票であるからである。

(7) 調査票は８種類あるが、ａからｈのヴァージョンのどれが配付されるかは、あらかじめサンプリング名簿で順番に割り当てられていた。いうまでもなく調査対象者には自己が回答した質問票以外に、それと異なるヴァージョンの質問票が存在することは知らされていない。

(8) ** 1% 有意、* 5% 有意、n.s. 有意差なし、である。なお、2020年調査はサンプル数が、2008年、2011年調査より少なくなっていることに留意。

(9) この設問は、2011年調査で採用された。2020年調査では、問番号、設問の位置などが2011年調査と異なっている。詳しくは、松村・木下・太田・山田（2011:1029-1030（注13））参照。

(10) この設問は、シナリオ実験にキャリーオーバー効果が生じる可能性があるが、必要性からここにおいた。

《引用文献》

Carifio, J. & Perla, R. (2008) Resolving the 50-year debate around using and misusing Likert scales. *Medical education, 42(12)*:1150-1152

木下麻奈子（2010）「人々の裁判員裁判への態度―裁判員になることを規定する要因の構造―」『法社会学』72:117-134

松村良之（2005）「所有権の心理学」菅原郁夫他（編）『法と心理学のフロンティア　１．理論・制度編』北大路書房 :35-57

――（2007）「応報か行動コントロールか―刑罰動機をめぐって―」菊田幸一他（編）『社会の中の刑事司法と犯罪者』日本評論社 :125-138

――（2010）「人々の裁判員制度と刑事司法への態度―その評価を中心にして―」『法社会学』72:70-87
――（2013）「人々は『鑑定』をどのように見ているか―裁判員制度と刑事司法に対する意識調査に基づいて―」白取祐司（編）『刑事裁判における心理学・心理鑑定の可能性』日本評論社 :27-58
松村良之他（2006a）「現代日本人の法意識研究の理論モデルとリサーチデザイン」『北大法学論集』57(3):1477-1532
――（2006b）「現代日本人の法意識の全体像：2005年調査結果の概要」『北大法学論集』57(3):1401-1476
松村良之・木下麻奈子・太田勝造・山田裕子（2008）「裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識」『北大法学論集』59(4):2228-2302
――（2011）「裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識―2011年第２波調査に基づいて―」『北大法学論集』62(4):1045-1110
松村良之・木下麻奈子・太田勝造（2015）『日本人から見た裁判員制度』勁草書房
Matsumura, Y. et al. (2008) Japanese Attitudes Toward the Lay Judge System and Criminal Justice『千葉大学法学論集（*Chiba Journal of Law and Politics*）』23:204-284
―― (2012) Japanese Attitudes Toward the Lay Judge System and Criminal Justice:Based on the Second Survey Conducted in 2011『千葉大学法学論集（*Chiba Journal of Law and Politics*）』27:178-282
日本文化会議編（1982）『現代日本人の法意識』第一法規
坂本治也（2007）「ソーシャル・キャピタルは民主主義を機能させるのか？―日本の地方政府と市民社会の計量分析―」『政策科学・国際関係論集』9:1-52
太田勝造（2010）「裁判員裁判の実証的研究―要因計画による制度運用への示唆―」『法社会学』72:88-116
山岸俊男（1998）『信頼の構造―こころと社会の進化ゲーム―』東京大学出版会

〈注記〉

本研究は JSPS 科研費 JP17H02447の助成を受けたものである。

論　　説

ラテンアメリカにおける先住民法の現状

―― 法多元主義に関する一考察 ――

ルベン・ロドリゲズ・サムディオ

Ⅰ．問題の所在

本稿は、ラテンアメリカにおける先住民法の現状を紹介しつつ、これらを比較法および法多元主義の観点からを考察し、先住民法と国家法の関係を検討する。特に、先住民法と国家法が対立するケースに着目する。

ラテンアメリカにおいて、1970年代以降、植民地時代とポストコロニアリズムに関する法人類学の研究は、国家法による先住民族慣習の容認とその共存を目的としていた[1]。その中で、多文化性を認めようとしたラテンアメリカ各国では、先住民法と国家法の関係における法多元主義の議論が増加した。特に、1980年代後半から採択された国際条約、および各国において行われた憲法改正では、先住民族の慣習が紛争解決のための法として認められることとなった。そのため、1990年後半から、ラテンアメリカ各国の国内法による先住民法の受容と共に、法多元主義の観点から国家法と先住民法の関係に焦点があてられることとなった。

法多元主義（英:legal pluralism、西:pluralismo jurídico）は、一定の地域において複数の規範システムが用いられている現象であり、国家の定めた法律しか認めない法中心主義（英:legal centralism、西:monismo

[1] Brian Z. Tamanaha, Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global 30 Sydney Law Review 376, 390 (2008)。

jurídico）に対する批判として現れた[2]。法多元主義は、20世紀の末葉に国際法と超国家法の激増によって注目されるようになった[3] [4]。グローバル化のプロセスは、かつての様々な境界をなくしたにも関わらず、あるグループのアイデンティティ、自治制度、経済的機会に脅威を与えることを通じて、個人とコミュニティーの関係が深まることとなった[5]。

多元的な法状態が、人々の多様な活動から生じる各紛争に適切な解決を提供し、法の機能を高めるものであるという指摘がある[6]。しかし、国家からすると、法多元主義は、当事者に紛争解決方法を決定する権利を与えるため、国家による司法の独占および法適用の統一性に対する脅威となり、国家と非国家の間で、資金や権威を得るための長期的な争いを招く[7]。従って、先住民族の伝統的な司法システムは、国民の生活における国家の立場を脅かす制度として評価されることなる。

法多元主義の下では、共存する規範制度の間に緊張が発生し、国家法

---

[2] John Griffiths, What is Legal Pluralism?, 24 Journal of Legal Pluralism 1,1 (1986)。

グリフィスは、いかなる国家においても非国家的な紛争解決方法があると強調し、このことについて法多元主義は「事実」、法中心主義は「神話」だと評価している。

[3] Janine Ubink, Introduction: Legal Pluralism in a Globalized World, 8 UC Irvine Law Review 141 (2018)。

[4] 国家概念が誕生する前の中世ヨーロッパでは、紛争解決に際し様々な制度が利用されため、常に法多元主義が採用されたとされる。国家権力の拡大によって、国家法は、統一的な拘束力のある社会ルールとなり、法多元主義は制限されたが、15世紀から始まった植民地化プロセスによって改めて拡張した。Tamanaha 前掲注（1）376頁。

さらに、法多元主義の研究は、現代のグローバル社会のみのものではない。「法多元主義」という用語は用いられていないものの、一定地域における複数の法律制度の関係に関する研究は、19世紀の後半にもあった。Frederick W. Maitland, A Prologue to the History of English Law, 14 L.Q. Rev. 13 (1898)。

[5] Tamanaha 前掲注（1）399頁。

[6] 浅野有紀「私法理論から法多元主義へ――法のグローバル化における公法私法の区分の再編成――」社會科學研究65巻２号89頁以降（2014）。

[7] Geoffrey Swenson, Legal Pluralism in Theory and Practice, 20(3) International Studies Review 438, 440 (2018)。

による非国家法への対応が重要となる。リベラルな社会においては、国家法が各コミュニティーにある程度の自治制度を与え、これらのグループの紛争解決方法を認める例が多い[8]。ただし、法多元主義における「法」の定義は極めて困難であり[9]、先住民族の文化、伝統、慣習は、「法」として認識できるか否かが問題となる。「法」を、国家組織の有無を問わず、ある社会集団の秩序を保護するためのルールとして定義する[10]場合、ほとんどの先住民族の伝統は「法」である。これに対して、「法」とは公共機関によって実行されるルール[11]のみであるとすれば、「法」として認識できる先住民族の慣習は極めて制限されることなる[12]。いずれにしても、現代ラテンアメリカでは、先住民族の独特な司法ルールを認める国が多い。自治制度を求める先住民族は、国家法の限界が試されていると言える。

先住民法に関する法多元主義は、国家法と並んで先住民法を認める規範多元主義（西 :pluralismo legal）と、先住民の管轄権を認める管轄多元主義（西 :pluralismo jurisdiccional）とが区別されて認識されている[13]。ただし、規範多元主義は、先住民族に統一の規範があるという意味ではない。一つの民族にも様々なコミュニティーがあり、地域によって民族の慣習は影響される[14]ため、先住民族の規範より各コミュニティーの規範

---

[8] Tamanaha 前掲注（1）404頁。

[9] Gordon R. Woodman, Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism, 42 J. Legal Pluralism 21,45 (1998)。

[10] Bronislaw Malinowski, Crime and Custom in Savage Society (London: Routledge 1926) について Tamanaha 前掲注（1）391頁参照。

[11] この点に関する詳細は、Brian Z. Tamanaha, An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law, 15 Oxford J. Leg. Stud. 501, 506-508 (1995)。

[12] 後述するように、先住民族には、民族の管理および紛争解決を担当する機関があるが、コミュニティーを中心とする先住民族の公共機関として解釈できるか否かは困難である。

[13] Juan Pablo Cruz Carillo, Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos, 16(1) Revista Jurídica Piélagus 103,104 (Ecuador) (2017)。以上の区別は、スペイン語の文献に用いられ、英語の文献では積極的には議論されない。

[14] Diego Fernando Chimbo Villacorte, El Error de Prohibición en la Justicia

を重視するべきという指摘がある[15]。

規範多元主義のもとでは、国家法の先住民族慣習への対応が問題となる。原則として、民事事件では、国家法は当事者の意思を尊重するため、先住民族の独特な紛争解決方法を認めるに当たって問題は生じない。これに対して、刑事事件の場合、国家法と先住民族の慣習における「罪」の概念が異なることがある。いかなる文化においても殺人、強盗のような犯罪は、非難されるべき行為として罰せられている。しかし、行為自体が批判されるのではなく、行為が「魔術使い」のような文化的な価値観によって批判される場合、西洋的な概念、特に宗教的な概念に基づく国家法による民族の慣習の是認は困難である[16]。

こうした状況の中で、ラテンアメリカの各国では、国家法と先住民法が対立するケースに注目が集まっている。先住民法は、あるコミュニティーの日常生活における問題の解決方法として、国家法よりも妥当であるケースが多いとも思われるが、その一方で、国家権力への制限のみならず、個人の権利を保護する義務を負う国家にとっては、すべての慣習を認めることは困難であるという事実がある。つまり、国家は、先住民法の適用によって個人権が侵害される場合、国際条約上の義務に基づき、いかなる範囲で先住民法を認めるべきかという問題である。本稿は、先住民法に関する基本条文や判例を紹介しつつ、これらの法律制度の対立によって生じる問題も検討する。

A．本稿の経緯

筆者は、2018年以降、ラテンアメリカにおける先住民自治制度に関する研究に協力し、16ヵ国の法律調査を担当した。この経験を踏まえ、そのため、以下の研究活動を行った。

第一に、先住民人口の割合が民族の独特な法的な措置の是認と関連性

Indígena, 103 Revista de Derecho Penal y Criminología 35, 37 (Costa Rica) (2016)。

[15] Alberto Wray Espinsosa, Justicia Indígena: Sus Límites Constitucionales, 3(6) Iuris Dicto 49,50 (Ecuador) (2002)。

[16] Villacorte 前掲注（14）40-42頁。

があるか否かを確認するために、自治制度化比較分析の対象地域における先住民族の人口統計を参照した。公開されている人口調査によれば[17]、

[17] INDEC, Resultados Definitivos Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo Del Bicentenario (Arg.) (2012), https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf。

INE, Censo De Población Y Vivienda 2012 Características De La Población (Bol.) (2013), https://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Caracteristicas_de_Poblacion_2012.pdf。

INE, Sintesis Resultados Censo 2017 (Chile) (2017), https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf。

INE, Sintesis Resultados Censo 2017 (Chile) (2017), https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf。

DANE, Población Indígena de Colombia Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018 (Colom.) (2019), https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf。

INEC. Territorios Indígenas Principales Indicadores Demográficos y Socioeconómicos, (Costa Rica)(2013), http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos/inec_institucional/estadisticas/resultados/repoblaccenso2011-02.pdf.pdf。

INEC, Sistema Integrado de Consultas, http://redatam.inec.gob.ec/cgibin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CPV2010&MAIN=WebServerMain.inl。

DYGESTIC, Población Indígena Por Sexo, Según Municipio (El Sal.), http://www.digestyc.gob.sv/index.php/temas/des/poblacion-y-estadisticas-demograficas/censo-de-poblacion-y-vivienda/poblacion-censos.html%3Fdownload%3D204%253Apoblacion-indigena。

INE, Características de la Población y de los Locales de Habitación Censados (Guat.) (2003), https://www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2014/02/20/jZqeGe1H9WdUDngYXkWt3GIhUUQCukcg.pdf。

INE, Características de la Población y de los Locales de Habitación Censados (Guat.) (2003), https://www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2014/02/20/jZqeGe1H9WdUDngYXkWt3GIhUUQCukcg.pdf。

INE, XVII Censo de Población Y VI De Vivienda 2013, http://170.238.108.227/binhnd/RpWebEngine.exe/Portal?BASE=CPVHND2013NAC&lang=ESP。

CDI, Indicadores Socioeconómicos de los Pueblos Indígenas de México

各国における先住民人口は以下の通りである。

国	人口	先住民族	割合
アルゼンチン（2010）	40,117,096	955,032	2.30%
ボリビア（2012）	10,389,903	3,884,794	37%
チリ（2017）	18,355,000	2,185,792	12%
コロンビア（2018）	44,164,417	1,905,617	4.31%
コスタリカ（2011）	4,301,712	35,943	1%
エクアドル（2010）	14,483,608	1,018,176	7.02%
エルサルバドル（2007）	5,744,113	13,310	1%
グアテマラ（2003）	11,237,196	4,610,440	41%
ホンジュラス（2013）	8,303,771	601,021	7.23%
メキシコ（2015）	119,530,753	12,818,542	6.50%
ニカラグア（2006）	5,142,098	227,760	4.40%
パナマ（2010）	3,405,813	417,559	12%
パラグアイ（2016）	6,854,536	122,461	1.78%
ペルー（2017）	29,381,884	19,950,805	67.90%
ベネズエラ（2011）	27,227,930	724,592	3.20%
ウルグアイ[18]	0	0	0

(Mex.) (2015), https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/239921/01-presentacion-indicadores-socioeconomicos-2015.pdf。

INEC. VIII Censo de Población y IV de Vivienda Población Características Generales Volumen I (Nic.) (2006), https://www.inide.gob.ni/docu/censos2005/VolPoblacion/Volumen%20Poblacion%201-/Vol.I%20Poblacion-Caracteristicas%20Generales.pdf。

INEC, Diagnostico de la Población Indígena de Panamá con Base a los Censos de Población y Vivienda de 2010 (Pan.), https://www.inec.gob.pa/archivos/P6571INDIGENA_FINAL_FINAL.pdf。

DGEEC, Principales Resultados Encuesta Permanente de Hogares 2016 Encuesta Permanente de Hogares 2017 Población Indígena (Para.) (2018), https://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/eph2016-17/PEPH_2016%20-2017.pdf。

INEI, Perú: Perfil Sociodemográfico Informe nacional (Peru) (2018), https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf。

INE, XIV CENSO DE POBLACIÓN Y VIVIENDO DE 2011 -RESULTADOS POBLACIÓN INDÍGENA (Ven.) (2011), http://www.ine.gov.ve/documentos/Demografia/CensodePoblacionyVivienda/pdf/ResultadosBasicos.pdf。

[18] ウルグアイ政府は、先住民族はいないとかねてから決定している。しかし、

第二に、先住民族の紛争解決慣習と関連する各国の条文を検討した。特に、①憲法上の先住民族の慣習に関する条文の有無、②法律または規則上の先住民族の慣習に関する条文の有無、③判例、および④関連する論文を中心とした。①については、チリとウルグアイを除き、すべての対象地域の憲法では先住民に関する条文が置かれているが、先住民族の慣習に関する規定は少ない。②に関しては、各国の法律における先住民族の慣習に関する条文は、概ね、先住民族に独特な紛争解決方法の是認と、先住民が当事者となっている事件に適用される特別な基準とに区別できる。前者は先住民族の領域および代表機関と密接な関係があり、後者は国家法の法廷によって先住民である者のみに適用される。また、国によって両制度を調和させる活動が行われているが、その結果に関する情報が少ない国もあった。例えば、2012年以降、ベネズエラの政治的な状況により、先住民族のみならず、様々な情報が公開されていない。

判例に関しては、先住民法の慣習と国家法の調和に関する判例に着目した。ただし、判例法の検討には限界がある。そもそも、先住民族代表機関の決定は、書面によらない場合が多く、内容を確認することが困難である。そして、先住民の当事者には、代表機関の決定に従う意思があれば、国家機関の法廷で議論されないまま紛争が解決される。つまり、国家法の法廷で議論される事件のみ記録されている。そして、国によって下級審の判決はデータベースにアップロードされない場合もあり、最高裁判所まで上がる先住民の慣習についての事件も少ない。

さらに、ラテンアメリカにおける先住民族に関する学術論文は、自己決定権、政治参加、協議権、領域に関するものが中心であり、先住民族の紛争解決慣習についての論文は比較的少ない。伝統的な紛争解決方法を問題とする論文は、先住民族の観点から、多文化主義を根拠として、先住民族の慣習への制限を批判する。特に、先住民族の慣習に対する国家法の支配を指摘した上で、国家法との相違に基づき先住民族の慣習をより広く容認すべきことを主張する論文は、人権侵害となる先住民族の慣習に言及しないことが多いため、その中立性が問われ得る。

B．定義

近年では先住民アイデンティティの復帰を求める運動が進んでいる。

本稿のような比較法の研究では、各国における法律用語の取扱いには困難がある。対象国はスペイン語を母語とするという共通性を有するが、各国において特定の用語のニュアンスが異なるという問題がある。

こうした状況では、ここで、本稿で用いる専門用語を定義しておく。まず、本稿でいう「法多元主義」とは、既に説明した通り、一定の地域において複数の規範システムが利用される現象である。そして、規範システムとは、立法過程によって発布された法律に限らず、法律として認識されないものの、特定のグループの定めた紛争解決方法等も包含されている。

さらに、「先住民族」（西 :pueblo indígena）または「民族」（西 :pueblo）は民族全体を指し、「先住民」（西 :Indigena, miembro de la comunidad）はある民族に属している個人を示す。また、「代表機関」（西 :autoridades tradicionales）はある民族において司法権を有する団体または個人とする。

先住民族の土地に関しては、「先住民族領域」（西 :territorio indígena）または「領域」（西 :territorio）は、行政区画として認められ、ある程度の自治制度がある領域とし、「共有地」は、各国において先住民族に容認されている土地の民事所有制度とする。

「西洋法」は、アメリカ、ヨーロッパに限らず、日本、韓国のような自由民主主義に基づく法律制度を意味する。これに対して、「先住民法」は、先住民族の紛争解決方法全体を意味するものとする。そして、「先住民法」には、当該民族においては拘束力を持つ慣習である「慣習法」（西 :derecho consuetudinario）、および先住民族の代表機関が有する紛争を解決する権限である「先住民族管轄」を含むものとする。これに対して、「国家法」は、憲法、その他の法律を問わず、各国における実定法とする。

最後に、「基本権」（西 :derechos fundamentales）とは、国際条約に明記されている人権の他、各国において「憲法」またはそれと並んだ最高法規性を持つ権利とする。つまり、本稿における「基本権」とは、普遍的な権利または特定のイデオロギーを示すのではなく、当該国において最低限の規範として認められている権利を念頭に置いている。

C．先行研究

ここでは、ラテンアメリカと日本における先住民法に関する研究を概観する。ラテンアメリカの立憲主義の研究における1980年代以降の発展は、人権的な立憲主義（西:constitucionalismo de derechos humanos、1980 ～ 2000年）と呼ばれ[19]、個人権の保護の強化と共に、ラテンアメリカにおける先住民族の権利保護に関する議論も開始した。[20]こうした状況において、先住民族の権利保護に関する研究は、三つの時期に大別することができる。[21]第一期（1982―～ 1988年）は、1982年のカナダから始まり[22]、様々な国の憲法における多文化主義の採用に着目していたが、先住民法に関する法多元主義に関する議論は少なかった[23]。

第二期（1989―～ 2005年）は、1989年に国際労働機関によって採択された「原住民及び種族民条約（第169号）」（以下、「169号条約」）を起点とし、多文化主義と共に、いくつかの国の多民族性に関する議論が注目され、先住民法に関する研究も始まった。この時期の研究と立法過程は、先住民族の自己決定権、自治制度、政治的参加、協議権、文化保護を中心した。この時期に改正された憲法は、先住民族の権利を明記した上、先住民法の容認によって法多元主義を採用したといわれている[24]。

ただ、先住民族の文化的、政治的な問題と比較すれば、各国において先住民法に対する関心は低かった。例えば、後述するように、169号条約は、先住民族の自己決定権、協議権、財産の権利に関する条文がかな

---

[19] Roberto Gargarella, Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, 27 Revista Uruguaya de Ciencia Política 109, 110 (Uru.) (2018)。先住民族と他のマイノリティーの権利を認めるため多文化的立憲主義とも呼ばれている。

[20] ただし、先住民法に関する研究は、少なくとも1940年代から行われている。Atilio Sivirichi Tapia, Derecho indígena peruano: proyecto de código indígena (1945)。

[21] Raquel Yrigoyen Fajardo, *El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización* 140, *in* El Derecho en América Latina Un Mapa del Pensamiento Jurídico del Siglo XXI (César Rodríguez Garavito, coord. 2011) 140.

[22] ラテンアメリカでは、1985年のグアテマラ憲法と1987年のニカラグア憲法が多文化主義を認めた。

[23] Yrigoyen Fajardo 前掲注（21）141頁。

[24] Id. at 142。

りの数置かれている一方で、先住民法についての条文は三つのみである。しかし、各国において法多元主義を主張する論文、特に国家法と先住民法の関係を検討するものは、少しずつ現れた[25]。

また、後ほど紹介するウィル・キムリッカを始めとするカナダ人学者の思想は、ラテンアメリカに大きな影響を与えた[26]。キムリッカの多文化時代の市民権は、先住民族の権利を認める政治的な根拠となり、先住民族は文化的多様性のある団体として認識されるようになったため、先住民法は自己決定権に基づく集団的な権利として容認されたと言われている[27]。

さらに、第二期には、国家法と先住民法の対立による問題が注目されることになった。この点に関して、先住民族の権利に関する代表的な研究者であるロドルフォ・スタベンハゲン（Rodolfo Stavenhagen）[28]は、1987年から国家法による先住民法の容認に関する研究を始め[29]、先住民法と人権の問題に関する著書において、先住民法の承認の問題に対して人類学と先住民法のアイデンティティの観点からアプローチした[30]。そして、1990年代初頭から、先住民法の必要性を訴えた。スタベンハゲンは、先住民法が、言語と同じように各民族の文化的なアイデンティティに不可欠であるにもかかわらず、人類学と法学の研究対象となっていな

---

[25] 例えば、Miguel Chase-Sardi, El Derecho Consuetudinario Indígena y su Bibliografía Antropológica en Paraguay (1990) German Palacio, Pluralismo Jurídico: el Desafío al derecho oficial (1993) Alberto Wray, Juan Carlos Ribadeneira, Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado (1993)。

[26] Jesús Antonio Serrano Sánchez, Filosofía Actual en Perspectiva Latinoamericana 210 (2007)。

[27] Yrigoyen Fajardo 前掲注（21）143頁。

[28] 2001年に国連の初先住民族の特別報告者として任命された。なお、スタベンハゲンは法学者ではなく人類学者であった。スタベンハゲンの研究は、先住民法ではなく、先住民族の権利、特に自己決定権に着目するものであった。

[29] María Teresa Sierra Camarcho, *Del Derecho Consuetudinario a la Justiciabilidad de los Derechos Indígenas. El Legado de Rodolfo Stavenhagen a la Antropología Jurídica,* 57 Desacatos 156, 157 (2018)。

[30] Rodolfo Stavenhagen, Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina 96-105 (1988)。

いとも述べた。

さらに、先住民法の研究について、ラテンアメリカにおける先住民族の多様性を主張しながらも、イスラム法やヒンドゥー法と同じように、各民族法には共通点があるという前提に立ち、先住民法を定義づけた上で法多元主義の重要性を強調した[31]。そして、1992年以降、先住民法を「慣習」とすることについては、先住民法の「法律」としての拘束力を否定することになるとして批判した[32]。

上述した通り、先住民族の政治的、文化的な権利は、先住民法より重視され、ほとんどの論文もこれらの権利に注目した。また、2000年代前半には、169号条約の影響を受け、多くのラテンアメリカ諸国の憲法は、先住民族の自己決定権、財産権、文化的な権利を明記したため、国際機関、地域研究、および論文はこれらの権利に着目した。ただし、いくつかの憲法においては、先住民族の慣習への尊重、または先住民法の是認が明らかされたため、各国においてこれを国内法と調和させるプロセスが始まった。

かかるプロセスでは、特に憲法上の先住民法の容認により、ラテンアメリカにおける法多元主義の採用も重視されることとなった[33]。そして、先住民法の国家法による支配、またはその体系化をすべきではなく、より広く多文化法学主義を求めるべきという見解もあった[34]。これに対して、先住民法の適用による先住民族における個人の権利侵害に注目し、国家の責任を訴える見解もあった[35]。

---

[31] Rodolfo Stavenhagen, *Derecho consuetudinario indígena en América Latina, in* Entre la Ley y la Costumbre. EL Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina 47 (Mex.) (Rodolfo Stavenhagen, Diego A. Iturralde eds, 1990)。

[32] Camarcho 前掲注 (29) 161頁。

[33] Donna Lee Van Cott, *A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia*, 32 Journal of Latin American Studies 207 (2000)。

[34] Catherine Walsh, *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico* 25, 33, *in* Justicia indígena: aportes para un debate (Judith Salgado, comp. 2002) (Ecuador)。

[35] Andrés Guerrero, *Los Linchamientos en las Comunidades Indígenas*

このように、ラテンアメリカにおいては、比較法の観点から、法律および判例に基づき、先住民法の状況と法多元主義に関する議論がなされた。ラテンアメリカにおいて比較法と法制史の代表的な学者であったマルガダント（Margadant）も、先住民法を比較法の研究対象として、議論に参加した[36]。マルガダントは、メキシコの先住民族を中心に、先住民法の内容、国家法と先住民法の関係、先住民法における女性の権利を検討した。ただし、マルガダントが指摘したように、その時点まで先住民法に関する研究は人類学また法人類学のものが多かった。

2000年代半ばには、国家法における先住民法の位置づけが確立され、その管轄権、適用範囲、制限に関する規範が議論されるようになった[37]。この時期の思想は、人類学や政治学の文化的なアプローチではなく、法学の観点から、大陸法とコモン・ローにおける伝統的な法律概念を離れ、先住民の慣習も拘束力のある「法」として認識すべきという見解が現れた[38]。そして、先住民法の根拠、特徴、および西洋法の基礎概念との比較、特に民族における先住民法の役割の重要性が検討された。

第三期（2006―～ 2009年）においては、2007年の先住民族の権利に関する国際連合宣言、およびボリビア（2006―～ 2009年）とエクアドル（2008年）の憲法改正が行われた。国連宣言は、169号条約の影響を受け、先住民族の権利と政治的な参加をさらに保護することを目的とした。そして、エクアドルとボリビアの憲法改正は、先住民族の権利保護より、多民族国家に基づく各民族の積極的な参加を目的とした。こうした状況で、ボリビアとエクアドルにおいては、他のラテンアメリカの憲法より

(Ecuador): ¿La Política perversa de una Modernidad Marginal? 29 Bulletin de l'Institut français d'études andines 463 (2000)。エクアドルにおける先住民のリンチ事件の増加。

[36] Guillermo Floris Margadant , Lois Parkinson Zamora, Guillermo Floris Margadant y su Mundo (2002)。

[37] Carlos Pérez Guartambel, Justicia indígena (2006)。

[38] Raquel Yrigoyen Fajardo, *El Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en los Países Andinos 343, in* El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina (Willem Assies, Gemma van der Haar, A. J. Hoekema, eds. 1999) 140。

も、先住民族の管轄権および権利概念の多様性が認められた[39]。

エクアドルとボリビアの憲法改正を契機として、先住民法の研究は、改めて人類学および政治学の観点からのアプローチがなされ、そこでは多様性を認める国家における先住民の慣習や代表機関の権限等が注目された。特に、ボリビアにおける改正過程の先住民法に関しては、キムリッカの多文化時代の市民権の概念を前提として、先住民族の集団的な権利とリベラリズムの適合性を検討しつつ、先住民法の地位と必要性が議論された[40]。これは、エクアドルとボリビアの求めた新たな国家像が、伝統的な国家概念と乖離するものであったために、先住民族に関する研究は、一時的に改正プロセスに着目する必要があったためである。

これに対して、2010年以降、各国における先住民法と国家法の調和プロセスが進み、いくつかの国では最高裁判決が下されるようになった。これらの判例は、国内事件に限らず、他国の裁判所によっても参照されることとなり、共通の原則の抽出を試みながら、先住民法と国家法の関係が重視されることとなった。この点に関しては、特に、コロンビアとボリビアの判例が注目されている。コロンビアの司法は、個人権の保護に専念しつつ、先住民族の権利と国家の義務とのバランスをとる立場をとり、積極的に先住民法を容認している[41]。また、ボリビアの司法は、先住民族の文化的なアイデンティティから、「所有」のような伝統的な概念の再検討を行っている[42]。

さらに、学説のレベルでは、法多元主義を求めるべきという考えに基づき、そこで生じる問題が論じられるようになった。特に、民族内の女性と子供に対する差別、基本権の侵害も注目されている。

ラテンアメリカに対して、先住民族の数が少ない日本では、先住民に関する議論は文化的問題を扱うものが中心であり、先住民法の議論は相

---

[39] Yrigoyen Fajardo 前掲注 (21) 150頁。

[40] Salvador Schalvelzon, El Nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia Etnografía de una Asamblea Constituyente 482 (Bol.) (2012)。

[41] 本稿の V-C を参照。

[42] Digno Montalván Zambrano, El Pluralismo Jurídico y la Interpretación Intercultural en la Jurisprudencia Constitucional de Ecuador y Bolivia, 14 Revista Ratio Juris 147 (2019)。

対的に少ない。ラテンアメリカの先住民権利保護に関する研究は、小坂田裕子の「先住民族と国際法」[43]と「先住民族の事前の自由なインフォームド・コンセントを得る義務――国際人権法の環境・開発分野への影響の限界と可能性――」[44]、常本照樹の「『先住民族の権利に関する国際連合宣言』の採択とその意義」[45]、佐々木雅寿の「先住民族の権利に対するアプローチの仕方――カナダ憲法を参考にして――」[46]等を挙げることができる[47]。しかし、日本における先住民の権利に関する研究は、国際法における先住民の政治的参加、自己決定権、財産管理に着目するものであり、先住民法と国家法に関する論文は少ない。

D．本稿の構成

本稿は、結論を除き、７章で構成されている。第Ⅱ章では、先住民法の概念を検討する。そのため、比較法における位置付け、法多元主義、および1990年以降ラテンアメリカで行われた多文化主義の拡張を検討する。そして、先住民法の適用に関する様々な問題を紹介する。これらの問題は、特定の国に限らず、先住民法と国家法の対立により生じる問題である。

第Ⅲ章では、国際法上の先住民法に関する条約を検討する。対象地域の国家法は、国際法の定めた基準から重要な影響を受けている。これらの条約は、長年にわたる先住民族の権利に対する見解の発展を示すものであるため、各国の現状を説明するためには重要である。ただし、これらの条約や宣言の位置付けは国によって異なるため、本稿は、あくまでも、国際法上において先住民法の現状を明らかにする程度にとどめる。

---

[43] 小坂田裕子「先住民族と国際法―略奪の歴史から権利の承認へ―」信山社(2017)。

[44] 小坂田裕子「先住民族の事前の自由なインフォームド・コンセントを得る義務：―国際人権法の環境・開発分野への影響の限界と可能性―」世界法年報33巻94頁以降（2014）。

[45] 常本照樹「『先住民族の権利に関する国際連合宣言』の採択とその意義」北海道大学アイヌ先住民研究センター編「アイヌ研究の現在と未来」193-210頁（2011）。

[46] 佐々木雅寿「先住民族の権利に対するアプローチの仕方―カナダ憲法を参考にして―」同上142-180頁。

[47] なお、特定の国に関する論文もある。

第Ⅳ章では、先住民法の適用と密接な関係がある自己決定権と領域の概念を検討する。第Ⅴ章では、対象国における先住民法の是認、および適用に関連する条文または判例、実務の現状を明らかにする。可能な限り、統一した基準で検討したが、国によって、情報の存否および正確性が異なるため、統一性がない場合もある。

そして、第Ⅵ章では、第Ⅴ章で述べた各国の法状況に基づいて、ラテンアメリカの法多元主義について検討する。特に、先住民法を認める国では、法多元主義の有りようと国家の役割に着目する。そして、国家法と先住民法の調和を求める制度に対する批判を紹介し、それらの見解に対して反論する。

Ⅱ．比較法における先住民法とその性質

A．先住民法の定義とその問題

先住民法の位置付けを分析する前に、その特徴について検討する必要がある。比較法において先住民法（英:indigenous law、西:derecho indígena）は、Chthonic 法（英:Chthonic Law）とも呼ばれ、当該民族の信念と慣習と深い関係がある[48] [49]。グレンは、Chthonic 法が、各民族の経験から現れ、そして、その最も明白な特徴は、口頭による情報の伝達にあり、慣習を成文化することに対して明確または暗黙に反対するいくつかの事例があると指摘している[50]。

先住民法を明確に定義することは困難だと言われている[51]。共通の社

---

[48] H.P. Glenn, Legal Traditions of the World 73 (4ed., 2010)。

[49] 先住民族と関係なく、特に、ある民族の伝承を示す場合、Folk Law（伝承法）とも呼ばれる。様々な社会や文化における慣習法について：Alison Dundes Renteln & Alan Dundes, Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta (1995)。

[50] Glenn 前掲注（48）64-65頁。

[51] José Aylwin, Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional, Comparado y la Legislación Chilena, Segundo Congreso Chileno de Antropología, Colegio de Antropólogos de Chile Tomo I 189, 190 (Chile) (1995)。

会ルールと慣習、および部族指導者や部族会議のような機関と手段は、慣習的な規範システム（英:customary normative systems）に包含されている。しかし、「慣習的」、「伝統的」、「先住」という概念は、植民地化とポストコロニアリズムの議論から生じたものとして、植民地保有国の定めた先住民族に適用される法律と異なる[52]。先住民法の主な特徴は、ある団体（民族、宗教、人民等）が認めた共通慣習であり、これに対して、成文法は、既に設立している政治的な機関により定立され、実施される。多くの場合、このような機関は国家である。つまり、実定法は国家権力と密接な関係を持つ一方で、慣習法は国家組織がない社会で利用される[53]。

先住民法は、慣習法として生き残っていることから、国家法と構造的に異なる点がある。つまり、先住民法は、①口頭で伝わる伝統的、かつ適応性のある慣習であり、②民族の各コミュニティーの生活から影響を受け、変化するため、国家法と異なり統一の概念ではなく、③このような変化は、刑事、民事を問わず、いかなる事件においても表れ、コミュニティーによって「罪」として評価される行為が異なり、④こうした制度を体系化する活動は、先住民法の適応性に悪影響を与える、という指摘がなされている[54]。

また、先住民法の主な特徴は、コミュニティーを中心とする生活方法に基づき、自然および神との関係を重視する点にある。先住民は、共通の言語、歴史、慣習を持つコミュニティーに属していることを根拠として権利を持つものとされ、個人としての権利は軽視されると言える[55] [56]。

---

[52] Tamanaha 前掲注（1）397頁。

[53] Stavenhagen 前掲注（31）397頁。

[54] UNDP, Informe Nacional de Desarrollo Humano, Diversidad Étnico-Cultural y Desarrollo Humano: La Ciudadanía en un Estado Plural 234 (Guat.) (2005)。

[55] *Id.* at 233。

[56] 社会化過程として口頭性を利用する社会において、特定の文化、社会的な背景は団体的および審議的なプロセスと密接な関係があり、このようなプロセスから生じる決定は、コミュニティーの統一の声として評価できる。したがって、生活方法を混乱させる恐れがあるため、当該コミュニティーに属してい

コミュニティーの生活を規制するルールは、先住民法では、①公的行動のルール（西 :normas generales de comportamiento público）、②秩序の保護（西 :mantenimiento del orden interno）、③メンバーの権利義務（西 :derechos y obligaciones de los miembros）、③資源へのアクセスに関するルール（西 :acceso y distribución de recursos）、④財産とサービスの交換（相続、結婚、狩猟等）（西 :transmisión e intercambio de bienes y servicios）、⑤犯罪と罰の定義（西 :tipificación de delitos y de castigos）、⑥紛争解決（西 :manejo, control y solución de conflictos y disputas）、⑦公務のルール（西 :definición de cargos y funciones de autoridad pública）によって構成されている。これらを踏まえて、先住民法とは「社会的統合、秩序保護、および紛争解決に貢献する各コミュニティー、および民族における社会活動ルールであり、これらのルールに違反する者に対する罰をも定める制度」である、ともされている[57]。そして、多くの先住民慣習法は、自然資源の利用、土地に関する権利義務、宗教的な行動、相続と財産に関する権利、伝統的な知識の保護等を中心としている[58]。

ただし、以上のみでは、先住民法と西洋法の相違を説明することができない。サヴィニーは、「記録された歴史をみると、市民法は既に、ある性質を持っていることがわかる。すなわち、言語や習俗、国制と同様に、市民法もまた、民族に固有のものになっている。このように、法も言語も習俗も国制も、それぞれ切り離された存在ではなく、一個の民族に発する様々の力であり活動であり、本来的には相互に不可分に結合しているが、われわれが観察するや否や、それぞれに区別された性質を持つものとして現れる、というに過ぎない」と指摘した[59]。つまり、いかな

ない者の意見を受け入れない。そして、口頭性を基準とする社会では、「過去」は極めて重要である。例えば、マヤ文明では、慣習法となるルールは、はるか昔に「神」によって下されたとされている。Carlos Ochoa García, Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico 6 (2002)。

[57] Aylwin 前掲注（51）190頁。

[58] WIPO, Background Brief No. 7, Customary Law and Traditional Knowledge (2016)。

[59] 守矢健一「F.C. サヴィニー『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命に

る法制度においても、当該コミュニティーの慣習が基本ルールとして利用される段階がある。

西洋法の発展を考えると、ヨーロッパにおいても同じ現象があった。ローマ帝国においては、古代ローマの法が混乱状態に陥ったため、Corpus Iuris Civilis（ローマ法大全）による体系化がなされた。しかし、ローマ帝国の没落により、ヨーロッパは暗黒時代と呼ばれる時期に入り、法の概念もその影響を受けた。中世ヨーロッパにおける各地域で自発的に表れた慣習を「法」として認識することは困難であり、仮にこうした慣習によって紛争が解決されたとしても、その実行は確実ではなかったため、「神」に頼ることとなった[60]。このようにして、15世紀までのヨーロッパにおいて、*ius commune*、*lex mercatoria*、教会法の他、体系化されたゲルマンの慣習、封建法、地方の慣習が利用された[61]。そして、16ないし17世紀以降、以上のような慣習の体系化活動が開始し、ヨーロッパの私法（仏:droit *commun coutumier*、独:*Privatrecht*）は、各地域慣習の比較から構成された[62]。

アメリカ大陸の植民地化のプロセスでは、先住民の紛争を取り扱う法廷が設立されることはなく、商人、宣教師、入植者、植民地保有国の活動を妨害しない先住民法は廃止されなかった[63]。ラテンアメリカでは植民地時代から、キリスト教および法律に違反しない先住民法の適用は認められている[64]。また、ある紛争の準拠法は人的管轄の基準で決定されるため、先住民同士の事件では慣習法が適用され、開拓者が当事者として参加した事件ではヨーロッパ法が適用された[65]。

ついて』（その二）」大阪市立大学法学雑誌60巻１号61頁以降（2013）。

[60] Rene David & John E. C. Brierley, Mayor Legal Systems in the World Today: Introduction to the Comparative Study of Law 38 (3RD ed., 1988)。

[61] Tamanaha 前掲注（１）378頁。

[62] David & Brierley 前掲注（60）２頁。

[63] W.J. Mommsen, Introduction, *in* European Expansion and Law 1,4 (W.J. Mommesen & J.A. de Moor eds., 1992)。

[64] Cletus Gregor Barié, Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama 40-50 (Mex.) (2003)。

[65] Tamanaha 前掲注（１）382頁。

しかし、以上の例に対して、先住民族の生活方法となる「法」と西洋法における「法」の概念は同一ではないという問題がある。「法」を、個人の行為に明確な基準を定めることによって人間関係に安定性を与えるための最低限のルールとして認識すれば、以上の慣習法は「法」に当てはまる。これに対して、「法」を、各国の立法過程を通じて発布された明文化ルールとして理解すれば、慣習法は「法」として認められえない。こうして、先住民法と西洋法の違いは、「法」として認められるルールの体系化の有無にあると考えられるが、コモン・ローにおける判例の拘束力、および国際貿易における *lex mercatoria* の重要性、または、国家法における「慣習」の適用を考慮すれば、必ずしもそうではないことが明確となる。

さらに、先住民法には「民事」「刑事」「行政」のような明確な分野がなく、単に侵害された規範とそれを判断する代表機関のみがあるため、先住民法は総合的な正義概念を用いる[66]。こうして、明確なルールを重視する西洋法にとっては、先住民の位置付けは簡単ではない。以上の定義からすれば、先住民法は法制度として是認できると思われるが、西洋法における「法制度」と異なっている。

国家に認められた慣習法は、当該国家の要件、手段、そして価値観に基づき発展され、これに対して、コミュニティー内では、国家法に影響されていない慣習法も発生する。現代国家では、国家法と先住民法の関係についてのアプローチには以下のような整理がある。つまり、軽罪の場合のみ先住民族の適用を認める「父権アプローチ」、国家の実定法を重視し、団体の利益より個人の保護を優先させる「自民族中心アプローチ」、そして、先住民法に国家法と同じ拘束力を認める「共存アプローチ」である[67]。1990年以降、自民族中心のアプローチや共存のアプローチを取る国際条約および国家法が増加している。ただし、後述するように、先住民法の適用を認める国際条約においても、基本権を侵害する先住民

[66] Juan Pablo Cruz Carillo, Pluralismo Jurídico, Justicia Indígena Y Derechos Humanos, 16(1) Revista Jurídica Piélagus 103,109 (Ecuador) (2017)。

[67] Sorily Carolina Figuera Vargas, Jurisdicción especial indígena en Latinoamericana 4 (Col.) (2015)。

法は禁止されている。

B．多文化主義の影響

現代の多文化主義は、1970年代のカナダ政府の移民対策に遡ると言われている[68] [69]。ラテンアメリカでは、事実上または法律上において多民族主義および多文化主義を採用する国が多い。ラテンアメリカにおける多文化主義に関する動きは、1970年代から見られる。1972年のパナマ憲法104条は、先住民族に独特な文化の是認を、1985年グアテマラ憲法59条は、先住民および民族に独特な文化、言語、慣習に基づく文化的なアイデンティティを持つ権利をそれぞれ規定した。1987年ニカラグア憲法は、国家の多民族性を明記し、1991年のコロンビア憲法７条においては、国に文化的、および人種の多様性の容認、および保護義務があるとされている。1992年メキシコ連邦憲法４条は、国家は、先住民を柱とし、多文化性があると規定し、「多文化」という用語を初めて用いた。ベネズエラ（1999）、エクアドル（1998）においても国家の多文化性は明らかにされた。2009年のボリビア憲法改正は、先住民族の自己決定権、政治的参加、およびその慣習法が国家法と同様の拘束力を有することを認めた。そして、2015年にコスタリカ憲法が改正され、１条では国家の多文化性、多民族性が明記された。

ウィル・キムリッカの多文化主義に関する議論[70]は、ラテンアメリカの思想に重要な影響を与えた。[71]キムリッカの議論では、1990年代のラ

---

[68] Sarah v. Wayland, Immigration, Multiculturalism and National Identity in Canada, 5 (1) International Journal on Minority and Group Rights 33, 33 (1997)。

[69] 多文化主義に関する議論は幅広く、様々な見解があるため、本稿での議論は最低限のものに限る。

[70] Will Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights (1996)。

ボリビア憲法改正における先住民法の是認に関する議論がキムリッカの結論を出発点とするものとして、Schalvelzon 前掲注（40）482。

[71] Mayarí Castillo Gallardo, Pueblos Indígenas y Derecho Consuetudinario. Un Debate sobre las Teorías del Multiculturalismo, 22 (71) Nueva Antropología 13, 20 (Mex.) (2009)。

本稿 I-C を参照。

テンアメリカ各国は、植民地化された先住民族を蔑視しため、先住民族の権利（先住民法を含めて）を認めなかった。先住民族はある国におけるマイノリティーとして評価され、他のマイノリティーに優先するものではない。そして、リベラル国家は、先住民族の自治制度を撤廃し、強制的な統合と同化を実施した。一方、キムリッカは、平等の促進を目的とする「対外的防御」を認める。

さらに、キムリッカは、リベラリズムにおいては、個人の自由を制限する「対内的制約」は否定されるべきと主張し、先住民法を完全には認めていない[72]。キムリッカの思想は、既に紹介した先住民法を認めている国際法および国家法において観察できる。先住民法の容認自体は「対外的防御」に該当し、基本権の最優先は「対内的制約」の禁止である。

以上のキムリッカの思想は、先住民法を認める国で参照されている。このような国では、国家が主権を放棄し、慣習法の適用または先住民族管轄の是認によって、先住民のアイデンティティを保護し、その自己決定権を促進するものとして、キムリッカの言う「対外的防御」が採用されていると言える。むろん、このような制度によって先住民族への組織的な差別が消えるわけではないが、二つの制度が共存できることが証明されている。

また、キムリッカの「対内的制約」の禁止の要請も、国際法および国家法において採用されていると言える。各民族の価値観が異なり、そして民族の中においてもコミュニティーによって慣習法が変わることもあるため、生命侵害、性犯罪等のような事件は、先住民管轄権の対象外とされている。リベラリズムの影響を受けて多文化主義を認める国は、これらの法益を最低限のものとして評価しているため、先住民族管轄権のみならず、他の仲裁のような裁判外紛争解決手続の対象ともならないとしている。

C．先住民法に関する問題

先住民法に限らず、仲裁のような裁判外紛争解決手続きの容認および

[72] キムリッカの議論については、岸下卓史「文化と個人の自由の両立――少数派民族の文化保護をめぐる困難の中で――」応用社会学研究49巻207頁以降（2007）に詳しい。

利用からすると、現代ラテンアメリカにおいて、法多元主義が採用されていると言える。しかし、先住民法の適用に関してはいくつかの問題がある。第一に、他のマイノリティーと異なり、先住民法のみを認める根拠が問題となる。つまり、独特な文化、伝統および慣習を持つグループは先住民族だけではないため、例えばアジア系やアフリカ系のマイノリティーの慣習を認めないことの理由を説明するのが困難となるという問題である。

第二に、先住民法は当該コミュニティーの生活方法と深く結び付いているため、普遍的な分析は困難である。そもそも、先住民法における「慣習」は、いつの価値観を示しているのかということが明確ではない。慣習、文化、伝統は、時間とともに発展し、変化するものである。加えて、ヨーロッパ文化との接触から影響を受けて先住民族の慣習も変化した[73]ため、もはや純粋な先住民独自の慣習として解釈することができるかという問題もある。

さらに、上記の先住民族の共通点は、あくまでも西洋法の「法学」の観点からなされた区別に過ぎない。先住民族にとってはコミュニティーの慣習は、西洋法における「法」概念と異なっている。例えば、ある民族の先住民の権利義務における「権利」という概念は、憲法や民法に定められている「権利」ではない。西洋法は「権利」という抽象的概念を中心とし、その下での人間関係は「個人の権利」に基づいている。これに対して、先住民法においては「権利」のような抽象的な概念を利用せず、コミュニティーの慣習は、日常生活における具体的な行為の観点から理解されている。また、財産とサービス交換における「財産」は個人所有権に基づく概念ではなく、コミュニティーのメンバーとして認められることと結び付いており、コミュニティーの期待に違反した者は財産の「用益権」もなくなる、とされることが多い[74]。

さらに、権利概念についての問題は、財産権の定義と内容に限られない。国によって発展の程度が異なるが、多くの現代国家はリベラリズムを柱としている。そして、自由民主主義では平等原則が採用さている。

---

[73] Villacorte 前掲注（14）37頁。

[74] Glenn 前掲注（48）70-74頁。

既に述べたように、先住民族には個人が最優先であり、かつ、すべての者が平等であるという信念がない。特に、女性は、妊娠出産能力と生殖能力によって評価され[75]、児童婚のような子供の権利を侵害する慣習が未だに維持されていることがある。しかし、国家法のみならず、国際条約によって国家には人権を保護する義務があり、いかに先住民族の自己決定権を認める姿勢があっても、これらの慣習法を許すことができない[76]。

また、紛争解決法と公務のルールに関する基本的な理解も異なっている。西洋法においては、裁判官たる者は、法律の定めた過程によって任命され、中立の立場から当事者の権利義務を確認した上、あらゆる紛争を解決するという役割を果たしている。これに対して、先住民族においては、各民族の代表機関がコミュニティー内に発生した紛争を解決する。しかし、小規模なコミュニティーでは、宗教の代表が代表機関となることがあるため、代表機関の中立性が担保されず、個人の保護が困難となる場合がある。西洋法と異なり、先住民法にはデュープロセスの概念がない。この点については、各民族には、個人に弁明する機会を与える手段があり、個人は予めある罪に対する罰を知ることができるという反論がある[77]。しかし、既に説明した通り、先住民法にとっては、コミュニ

---

[75] *Id.* at 76。

[76] 法多元主義における女性への差別問題は、先住民法に限らず、宗教法にも現れる。この点については、Chandran Kukathas, Is Feminism bad for multiculturalism?, 15(2) Public Affairs Quarterly 38 (2001)、Susan Okin, Is Multiculturalism Bad for Women? (1999), Beverley Baines, Equality's Nemesis? 5(1) Journal of Law and Equality 57 (2006), Anissa Helie & Marie Ashe, Multiculturalist Liberalism and Harms to Women: Looking Through the Issue of 'The Veil', 19 U.C. Davis Journal of International Law & Policy 1 (2012) に詳しい。

メキシコのオアハカ州の先住民族においては、女性の政治参加は制限される。Todd Eisenstadt et al, Institutions, Not Culture: Explaining the Failure to Elect Women in Indigenous Southern Mexico, APSA 2012 Annual Meeting Paper (2012)。

[77] Ximena Ron Erráez, La Jurisdicción Indígena Frente al Control de Constitucionalidad en Ecuador 39 (Ecuador) (2015)。

ティーは絶対的であり、つまり、先住民法は先住民を守るが、個人は慣習に抵抗する手段がないと考えられる[78]。

Ⅲ．国際法における先住民法の容認

国際法における先住民族の権利保護問題は、16世紀に遡る[79]。植民地化プロセスにおいて、スペインとイギリスの先住民の扱いは異なった。イギリスの植民地化プロセスは経済拡大を重視したことから、入植者の自主性を認めていたため、先住民族の統合に関する政策は少なかった。そのため、入植者は先住民との交渉や協力を求めず、敵として認識したケースが多かった。これに対して、スペインの植民地化は、民族の慣習を抑制し、キリスト教の教育とスペイン的生活方法を中心として、先住民族の植民地への文化統合を目的とした[80]。

また、先住民族の自治制度はウェストファリア条約の採択によって生じた国家概念には該当しないため、国際法上は無視されることとなった[81]。以上の結果として、スペインは、植民地における先住民族の統一および同化を目的とし、国内問題として取り扱われた。また、国際法のレベルでは、「文明国」（英:civilized nations）という概念も現れ、先住民族の慣習を否定する傾向に至った。例えば、1945年の国際司法裁判所規程の38条１項ｃ号によると裁判所は「文明国が認めた法の一般原則」

---

[78] Glenn 前掲注（48）76頁。

[79] Pablo Campaña, Las Relaciones de Bilateralidad entre Estados y Pueblos Indígenas, 28 am. u. int'l l. rev. 1017, 1019 (2013)。

[80] Marcela Zuluaga, Las Políticas Coloniales y La Acción Indígena: La Configuración de los Pueblos de Indios de la Provincia de Páez, Siglos XVII Y XVIII, 42(1) Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura 23, 26 (Col.) (2015), J.A. Doerig, Dos Tipos de Colonización Europea: El Español y el Británico, 69 Revista de Estudios Políticos 128 (Spain) (1953), Diego A. Iturralde, *Movimiento Indio, Costumbre Jurídica y Usos de la Ley, in* Entre la Ley y la Costumbre. EL Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina 47 (Mex.) (Rodolfo Stavenhagen, Diego A. Iturralde eds, 1990)。

[81] Campaña 前掲注（79）1020頁。

（英 :the general principles of law recognized by civilized nations）を適用できるとされているが、そこには先住民族の慣習は含まれていなかった。

こうした背景のもと、第二次世界大戦後に始まった人権に関する様々な活動において、先住民族の問題は取り扱われることはなく、国際連合憲章には先住民族に関する規定が置かれていない。国際労働機関（ILO）の1957年の独立国における土民並びに他の種族民及び半種族民の保護及び同化に関する条約（以下、107号条約）は、先住民族を中心とした初の国際条約である。107号条約は先住民族の自己決定権を認めず、その2条において、各国政府には先住民族を国の生活へ漸次同化させる責任があることを規定した。

107号条約の７条は、先住民法に関して「関係住民の権利及び義務を定めるに当つては、同住民の慣習法を考慮しなければならない」及び「関係住民は、自己の慣習及び制度がその国の法的制度又は同化計画の目的と矛盾しない場合には、その慣習及び制度を維持することができる」と定めた。さらに、国家法と先住民族慣習の関係について、107号条約の８条は、国の共同社会の利益及び国の法的制度に合致する範囲内では、先住民が、犯罪又は法違反を行った場合、先住民族の社会統制方法を考慮し、それができない場合には、刑罰に関する当該民族の慣習に留意する義務も規定した。

1960年から1980年にかけて、改めて先住民族の問題は国際法の観点から注目されることとなった。1989年に採択された国際労働機関の原住民及び種族民条約（169号条約）から始まり、1990年以降、先住民族に関する議論が増加した。特に、先住民族の①自己決定権、②政治参加、③領域を有する権利が注目されている。

A．国際労働機関の1989年の原住民及び種族民条約（169号条約）

先住民族は、107号条約の目的であった民族の同化に対して批判をしており、各民族の自己決定権が承認されるように国際活動を開始し、1989年には原住民及び種族民条約（169号条約）が採択された。169号条約は、民族の統合および同化という目的を放棄し、各民族（英 :population、西 :pueblo）の自己認識を認めた。しかし、「民族」の意味に関する議論の結果として、１条３項は、「この条約における「人民」という語の使用

は、国際法の下においてその語に付随する場合のある権利についていずれかの意味を有すると解釈してはならない」とした。つまり、先住民族は、自己決定権を、国家権力を拒否するための根拠とすることはできない。こうした自己決定権の内容に関して２条１項は、当該民族の参加を得て、民族の権利を保護し及びこれらの人民の元の状態の尊重を保証するために調整され、かつ、組織された活動を進展することは、政府の責任であることを規定した。

慣習法に関する条文は次の通りとなった。８条は、国家法を適用する際、当該民族の慣習又は慣習法に適切な考慮をする義務、国家法制により定義された基本権及び国際的に承認された人権に矛盾しない限り、民族の慣習及び制度を維持する権利を定めている。９条は、先住民の犯罪行為について国家法制及び国際的に承認された人権に適合する限りにおいて、民族の慣習的裁判方法の尊重、および国家法廷は刑罰に関するこれらの人民の慣習の考慮義務を規定している。最後に10条は、国家法廷は、先住民に刑罰を科する場合、拘置以外の処罰の方法を優先し、国家法の定める刑罰を科するに当たっては、先住民の経済的、社会的及び文化的特性を考慮するとされている。こうして、169号条約は、特に刑事責任に関して先住民法の総合適用を認めているが、先住民法として認識できる慣習を特定するための基準を設定していない。

Ｂ．2007年の先住民族の権利に関する国際連合宣言（国連宣言）

国連は、起草から採択まで22年経過し、初草案は1994年に提出された先住民の嘆願に応えることを目的とする「先住民族の権利に関する国際連合宣言」を2007年に採択した。本宣言は先住民法の自己決定権を中心とし、民族の政治的参加、領域の所有に関する規定が多い。そして、国連宣言の46条１項は「本宣言のいかなる規定も、いずれかの国家、民族、集団あるいは個人が、国際連合憲章に反する活動に従事したり、またはそのような行為を行う権利を有することを意味するものと解釈されてはならず、もしくは、主権独立国家の領域保全または政治的統一を全体的または部分的に、分断しあるいは害するいかなる行為を認めまたは奨励するものと解釈されてはならない」としている。

また、169号条約と比較すると先住民法に関する規定は少ない。４条は先住民族の「自らの内部的および地方的問題に関連する事柄における

自律あるいは自治に対する権利」を、及び５条は「独自の法的制度を維持しかつ強化する権利」を規定し、自己決定権の一部として認めている。27条は、先住民族の土地と領域、資源に関する権利を承認し裁定するために、公平、独立、中立で公開された透明性のある手続きを、先住民族の法律や慣習、および土地保有制度を十分に尊重しつつ確立し、かつ実施する国家の義務を規定している。また、34条は、国際的に承認された人権基準に従って、先住民の組織構造およびその独自の慣習、精神性、伝統、手続き、慣行、および司法制度または慣習を促進し、発展させ、かつ維持する権利を定めている。しかしながら、国連宣言は、国家法によって先住民への罰を決める際、民族の文化や伝統への考慮義務を規定していない。

さらに、先住民法の適用条件として、各国の国家法への言及はなく、人権国際条約の順守に触れるのみである。もっとも、46条２項は、「本宣言で明言された権利の行使にあたっては、すべての者の人権と基本的自由が尊重される。本宣言に定める権利の行使は、**法律によって定められ**かつ国際人権上の義務に従った制限にのみ従う。そのような制限は無差別のものであり、もっぱら他者の権利と自由への相応の承認と尊重を確保する目的であって、民主的な社会の公正でかつ最も切実な要求に合致するためだけに厳密に必要なものでなければならない」としている。宣言における「法律」という用語は、国際人権法（１条）、労働法（17条）、慣習法（11条、27条）として表れ、46条２項のみで単独で用いられているため、以上の制限は、各国の国家法を示していると解釈できる。

C．2016年の先住民族の権利に関する米州宣言（米州宣言）

2016年、米州機構は先住民族の権利に関する米州宣言を採択した。本宣言に関する議論は1989年に遡り、先住コミュニティー（西 :población indígena）の権利に関する宣言として検討され、1993年に最初の草案が出来上がった。ただし、コミュニティーという用語に対して批判があり、169号条約の影響を受け、2001年の草案改正では先住コミュニティーを先住民族に変えた。また、169号条約と国連宣言において既に是認されたにもかかわらず、米州宣言における先住民族の自己決定権に関する規定が2015年の草案で追加された。

国連宣言と同じように、米州宣言の６条と22条１項は独自の法制度を

有する権利を明確に認めている。さらに、21条は先住民族に、内部および地方問題に関して自治制度を認め、その実施には十分な資金の充当を受ける権利（１項）と、独自の決定機関を有する権利（２項）を規定している。また、国連宣言と同じように、慣習法の適用条件としては、国際人権条約の遵守のみが規定され、国家法との関係は触れていないない。ただし、169号条約や国連宣言と異なり、米州宣言の７条と32条は、先住民族の女性と子供に関して特別な保護手段として「女性、および子供への差別」を禁止している。

米州宣言は、国連宣言の影響を受け169号条約より先住民族の伝統や文化を維持する権利を明確に規定している。しかし、先住民族の権利行使には以上のような制限は自己決定権への制限として批判する声があり、米州宣言における自己決定権には、先住民族の統一や同化という目的もあると指摘されている[82]。

Ⅳ．国家法における先住民法の概観

ラテンアメリカにおける立憲主義の発展は、以下の通り区別することができる[83]。すなわち、①独立の強化を目的とした実験的な立憲主義（西:constitucionalismo experimental、1810 ～ 1850年）、②経済的な発展に集中した基礎的な立憲主義（西:constitucionalismo fundacional、1850 ～ 1917年）、③労働者の権利等に注目した社会的な立憲主義（西:constitucionalismo social、1917 ～ 1980年）、そして④人権の発展を求めた人権的な立憲主義（西:constitucionalismo de derechos humanos、1980 ～ 2000年）である[84]。

人権的な立憲主義では、ラテンアメリカの各国は多文化主義を採用し、

---

[82] Bartolomé Clavero, La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El Reto de la Interpretación de una Norma Contradictoria, 21 Pensamiento Constitucional 11,16 (Peru) (2016)。

[83] Gargarella 前掲注（19）110頁。

[84] 先住民族と他のマイノリティーの権利を認めるため多文化的立憲主義とも呼ばれている。

先住民族の権利を積極的に認めるようになった。国際法における場合と同様に、ラテンアメリカにおける議論は、①自己決定権、②政治的な参加権、③領域を有するに関する権利に着目していた。グアテマラ（1985年）から始まり、ブラジル（1988年）、コロンビア（1991年）パラグアイ（1992年）、メキシコ（1992年、2001年、2015年）ペルー（1993年）、ボリビア（1994年、2004年、2009年）、アルゼンチン（1995年）、エクアドル（1998年、2008年、2011年、2017年）、ベネズエラ（1999年）、パナマ（2004）、ニカラグア（2014年）で憲法改正が行われ、先住民族権利に関する規定が追加された[85]。こうして、先住民族の権利保護および国家の多文化性を認めたラテンアメリカで行われた憲法改正運動は、「国家概念の再検討」とも呼ばれた[86]。

先住民族の人口が多いラテンアメリカでは、チリとウルグアイを除き、すべての研究対象国において、憲法上の先住民族権利に関する規定が置かれているが、その範囲は国によって異なる。例えば、先住民人口の多いボリビアでは、憲法における先住民族の権利に関する規定は100条を上回るが、コスタリカ憲法とエルサルバドル憲法においては、先住民族の文化保護義務しか規定されていない[87]。

先住民族の権利として、「先住民の伝統的紛争解決方法」、または「先住民の代表機関」の尊重は、自己決定権の一部として規定されることが多い。ボリビア（30条Ⅱ項14号、179条、191条～193条）、コロンビア（246条、230条）、エクアドル（57条９項、10項、171条）、メキシコ（２条11項）、ニカラグア（89条、180条）、パラグアイ（63条）、ペルー（149条）、ベネズエラ（260条）は「先住民法」という用語を明記している。

ここでは、先住民法の適用と、先住民に関する規定を区別する必要がある。前者には、既に説明した通り、先住民族管轄と慣習法の適用が包含されている。後者は、先住民が当事者となった事件に適用される国家法を決定する基準を意味するもので、特に刑事訴訟と関係がある。

---

[85] ここでは先住民族に関する改正のみを挙げている。

[86] William Assies *et al*, Los pueblos indígenas y la reforma del Estado en América Latina, 31 Papeles de Población 95 (Mex.) (2002)。

[87] コスタリカ憲法77条。

A．自己決定権と先住民法

自己決定権[88]は、先住民族のメンバーを決める資格決定権のみならず、文化、伝統的知識、芸術等への尊重を中心とする権利である。ほとんどの憲法において、先住民族の伝統的な知識に関する特別な保護がある。チリを除き、自己決定権によって、特別な手続きを利用せずに、各民族はメンバーを自由に決めることができるため、先住民法の適用範囲は先住民当事者の意思によって異なる。ただし、こうして先住民資格の決定を先住民族または先住民の個人に託すことによって、後述する先住民管轄を決める基準の「人的管轄」が問題となる。つまり、先住民資格は本人の意思のみで決定するため、当事者は最も利益となる準拠法を決めることができるという問題である。

さらに、第２章で述べた「西洋法と慣習法における権利概念」という問題もある。すなわち、多文化主義を認める憲法においては、先住民族のようなマイノリティーの権利を保護することは望ましいことだとされるが、実際には、西洋法と民族の集団的な権利の関係が問題となる。人権的な立憲主義によって追加された「権利」については、既に規定された「権利」との関係が明らかでない。現代国家では、自由や所有権といったリベラリズムに基づく個人の権利義務と、これらの権利についての明確な基準がない先住民法は矛盾するという見解がある[89]。特に、生命や所有権のような現代社会の柱となっている絶対的な権利は、慣習、文化、伝統といった曖昧な概念からアプローチされることによって、「個人関係に安定性を与える」という法の重要な役割を否定することになるとも考えられる。

また、憲法上は先住民法を明記したとしても、国際条約と同じようにその適用についての重要な制限がある。コロンビア、メキシコ、パラグアイ、およびベネズエラでは、先住民法は国家法に違反してはならないと規定されている。これに対して、ボリビア、エクアドル、メキシコ、

---

[88] 自己決定権は自決権とも呼ばれている（小坂田裕子「米州における先住民族の土地に対する権利：ラテンアメリカ各国の葛藤」神戸法学年報24巻173頁以降（2008））。

[89] Gargarella 前掲注（19）125頁。

ペルーでは、先住民法は、国際人権条約に違反することが禁止されている。

そして、憲法における慣習法の容認は、あくまでも原則であり、具体的なルールが置かれていない。そのため、先住民族の権利内容は、国家法によって定められている。対象国では先住民族に関する法律を作成する際、二つのアプローチがある。アルゼンチン、メキシコ、チリ、コスタリカ、ベネズエラ、パラグアイでは先住民族の権利義務を「先住民族に関する法律」でまとめている[90]。これに対して、ボリビア、エクアドル、コロンビア、グアテマラ、ペルー、パナマ、ニカラグアにおいては、先住民族の権利は様々な法律や法典に分散して規定されている。

B．先住民族領域と慣習法

先住民管轄を決める基準として「領域管轄基準」があるため、先住民法の適用において、領域は、極めて重要な概念である。国際条約では、先住民族に独特な領域ついての所有権、占有権、占領権、保全権、管理権、開発権、資源へのアクセス権および使用権が認められている[91]。さらに、アルゼンチン（75条17項）、エクアドル（57条４項）、ニカラグア（５条）、パナマ（123条）、パラグアイ（64条）、ペルー（88条、89条）、ベネズエラ（119条）の憲法では、先住民族の伝統的な領域について以上の権利を認めている。

そして、16か国の制度を比較すると、先住民族の領域についての制度は、行政区画としての領域と、共有地としての領域に区別することができる。行政区画としての領域は、国の行政区画として認定されるため、他の区画と同じように国家からの支援を受けることができ、また、地域開発の権利が認められている。そして、当該領域において、先住民族の代表機関は、住民間の紛争解決のみならず、領域内の公務を実施してい

---

[90] メキシコにおいては、連邦レベルの「先住民族に関する法」があるが、州のレベルでは先住民族の権利をまとめる法律がない場合もある。また、場合によって、選挙参加のような特定権利の行使が特別法で規定されることもある。

[91] Gonzalo Aguilar et al. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, 2 Pace International Law Review Online Companion 44, 69-71 (2010)。

る。このような制度は、ボリビア（西:Autonomías Indígenas Originarias Campesinas）、コロンビア（西:Territorios Indígenas）、エクアドル（西:Circunscripción Indígena）、グアテマラ（西:Alcaldía Indígena）、メキシコ（西:Ayuntamientos）、ニカラグア（西:Regiones Autónomas de la Costa Caribe）、パナマ（西:Comarcas）、そしてベネズエラ（西:Municipios Indígenas）で利用されている。

これに対して共有地（西:propiedad comunal）は、民事上の土地所有方法の一つであり、エルサルバドル、ウルグアイ、ホンジュラスを除き、対象国の憲法または法律上、認められている。こうした共有地では、土地の所有は先住民の個人メンバーには持ち分がなく、所有権はコミュニティー自体にあるため、民事法における共有とは異なっている。さらに、原則としてラテンアメリカにおいては、先住民族の共有地に法人格があり、権利義務の主体となり得る。ただし、ボリビア、コロンビア、エクアドル、パラグアイ、ペルー、およびベネズエラでは、先住民族共有地の譲渡、抵当権設定、差押え、分配を禁止している[92]。また、共有地は行政区画ではないため、国からの支援を受ける権利や代表機関の活動範囲は限られている。

領域と共有地における慣習法の適用は以下のように説明できる。原則として、領域内の代表機関は、国からの支援を受けているため、独特な慣習を利用し紛争解決機能を果たしていると言える。しかし、後述するように国によっては、慣習法に対する制限、特に刑事責任に関する制限がある。これに対して、共有地における慣習法の適用はコミュニティー内の問題として取り扱われ、民事事件における裁判外紛争解決手続のような役割を果たしている。

Ⅴ．各国における先住民法

本章では、対象国における先住民族の管轄および慣習法に関する条文および判例を紹介する。16か国のうち、エクアドル、コスタリカ、コロンビア、ニカラグア、パナマ、パラグアイ、ベネズエラ、ペルー、ボリ

[92] 他の国では、国家法によって以上の禁止も規定されている。

ビア、およびメキシコは、先住民法の適用を実行するような制度を規定している。これに対して、アルゼンチン、エルサルバドル、ホンジュラス、グアテマラ、チリ、ウルグアイでは、先住民法に関する規定がないか、または規定がある場合でも実施されていないため、ここで先に紹介する。

まず、ウルグアイにおいては、かねてから先住民族の人口が認められていないため、関連する法律も存在しない。次に、アルゼンチンの連邦憲法においては、国の先住民族の文化的な権利および土地に関する権利を保護する義務が明記されているが、憲法、連邦法のレベルにおいて慣習法の適用についての条文はない。エルサルバドルにおいても、憲法上または法律上では関連する条文がない。しかし、2018年に、エルサルバドル政府は、民族の自己決定権、自治制度、政治的な参加を目的とする政策を発表した[93]。

ホンジュラス憲法上では、国の、先住民族の文化や言語を保護する義務（173条）および先住民族の利益を保護するための措置を執る義務（346条）が明記されている。さらに、15条は、国際条約における自決権に関する権利の容認を規定している。ホンジュラスは、169号条約、国連宣言、および米州宣言を採択しているため、憲法15条に基づいて慣習法の適用が認められていると言えるが、現時点では、憲法、169号条約、国連宣言、および米州宣言の原則を規定する法律がない[94]。ホンジュラス西部では、

---

[93] Presidente Sánchez Cerén Presenta Plan de Acción Nacional de Pueblos Indígenas, Diario la Portada (El Sal.) (Dec. 10, 1998), http://diariolaportada.com/presidente-sanchez-ceren-presenta-plan-de-accion-nacional-de-pueblos-indigenas/。

[94] また、ホンジュラスの先住民族は、国際条約の解釈について強い意見を持っている。2018年に、ホンジュラスは169号条約における「協議権」、つまり政策、措置、計画の作成への参加、協議をする権利に関する法律を作成した際、先住民族と国際労働機関の参加を求めた。国際労働機関の代表は、169号条約の内容を説明し、先住民族に「拒否権」がないことが明らかになった時、民族が国際労働機関の代表を persona non-grata とし、領域から追放した上、169号条約は自ら解釈すると述べた。https://copinh.org/2018/07/declaracion-del-encuentro-por-la-autodeterminacion-de-los-pueblos-contra-saqueo-empresarial-y-

民族内において慣習が紛争解決方法として利用されているが、国家によって公式に容認されてはいない[95]。

先住民人口の多いグアテマラでは、憲法において先住民に関する権利が数多く規定されているにも関わらず、先住民法を規定する条文はない。法律のレベルにおいても、先住民法を認める規定がない。実務では、国家法の裁判官は、慣習法の適用を認めず、先住民族管轄権が行使された場合、司法への侮辱罪として否定されている[96]。また、いくつかの地域では、治安判事裁判所は先住民によって構成されているが、慣習法の適用は容認されていない[97]。

グアテマラ政府と先住民族の代表が結んだ「先住民族のアイデンティティと権利保護に関する協定」（西 :Acuerdos sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas）では、刑事事件の場合、当該慣習を特定するための文化調査、検察官および警察官が先住民族の文化や伝統を理解するためのセミナー、そして先住民の司法アクセスを強化することが明記されている。

2015年に公開されたグアテマラ検察庁の2015-2019戦略計画報告書では、先住民が当事者となっている事件では、通訳者、および文化の違いを考慮し調査等を行うための職員が不足していることが明らかにされている[98]。しかし、2019年にこの報告書の最新版が公開された際には、先

---

del-estado-de-honduras/。

[95] Victor Del Cid, *Honduras, in* Diagnóstico Sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo II 260, 291 (Ivette Jaén, ed., 2011)。

[96] Cristina Valvidia, *Guatemala, in* Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo I 182, 223 (Ivette Jaén, ed., 2011)。

[97] *Id.* at 22。

[98] Ministerio Público, Plan Estratégico del Ministerio Público de Guatemala 2015-2015 73 (Guat.) (2015)。Pag 73 https://www.mp.gob.gt/noticias/wp-content/uploads/2015/04/Plan-Estrategico-del-Ministerio-Publico-de-Guatemala-2015-2019.pdf。

住民族に関する具体的な措置はほとんど記載されていない[99]。

最後に、チリでは、憲法に先住民族の権利保護を規定することは、かねてから反対されており、現在では憲法上の規定が存在しない。ただし、先住民族の権利を規定するための憲法改正に関する議論は、1980年代から行われている[100]。チリ法における先住民族の権利は1993年法律第19253号で規定されている。しかし、チリでは、先住民族管轄が否定され、19253法律54条は、国家法の裁判官が同じ民族に属している先住民の事件では、憲法に違反しない範囲で慣習法を適用することができると定め、刑事事件では、慣習法が減刑の理由として考慮されることも許されている。さらに、裁判官は、先住民から自分の母語で裁判を受けたいという申立てがあった場合、これに応じる義務がある。

A．エクアドル

エクアドルは、1998年に169号条約を採択し、同年の憲法改正によって先住民法の適用を認めた。そして、2008年に改めて憲法改正が行われ、憲法57条は、民族の独特な社会組織と領域（９項）、および憲法に保護されている権利、特に女性と子供の権利に違反しない慣習法の発展と適用（10項）を規定した。1998年憲法では代表機関が「正義を行う機能」（西 :funciones de justicia）を有したが、2008年改正によって171条が、代表機関には司法権（西 :funciones jurisdiccionales）があると定めた。この点について、同改正により、エクアドル法における「司法権」には、ある事件に関する判断権限と下された決定の実行権限も含まれることが明確化されたとして、同改正を、単なる文言の修正にとどまらず、先住民法の強化であると評価する見解がある[101]。

また、171条の解釈について以下の指摘もある。エクアドルの先住民族は明確な領域を有さず、メスティーソと共存する地域が多い。このよ

---

[99] Ministerio Público, Plan Estratégico del Ministerio Público de Guatemala 2018-2023 (Guat.) (2015)。

[100] Sebastian Donoso & Camila Palacios, Pueblos Indígenas y Reconocimiento Constitucional: Aportes para un Debate 3 (Chile) (2018)。

[101] María Bernarda Carpio Frixone, Pluralismo Jurídico en el Ecuador ¿Existencia de una Verdadera Aplicabilidad en el Ámbito Penal?, 2 USFQ Law Review 207, 217-218 (Ecuador) (2015)。

うな背景から、2008年憲法では、先住民区（西 :Circunscripción Indígena）に関する規定が追加された。先住民区は、ある区の有権者の2/3以上の賛成があれば設立される[102]。ただし、2019年時点では、先住民区の設立プロセスは実行されていない[103]。

司法制度基本法典（西 :Código Orgánico de la Función Judicial）は、先住民法と国家法の関係について明確なルールを定めている。７条は、民族の代表機関の管轄権を認めている。また、同法343条は、領域内の紛争に先住民族管轄を容認している。ただし、憲法や人権に違反する慣習、または女性の権利を侵害する慣習の適用は禁止されている。

さらに、344条は、国家法の裁判官、検察官、弁護士、警察官、およびその他の公務員は以下の原則を守らなければならないと規定する。第一に、先住民族と関わる事件において、民族の慣習に配慮する、多様性の原則（西 :diversidad）。第二に、通訳者、人類学者、慣習法の専門家の協力、および先住民を保護する平等原則（西 :igualdad）。第三に、違憲審査の事件を除き、代表機関の決定は司法またはその他の当局によって再審理されない、一事不再理原則（西 :non bis in idem）。第四に、国家法管轄と先住民族管轄の間に争いがある場合の先住民族管轄の最優先原則（西 :pro jurisdicción indígena）。そして、第五に、先住民が当事者となっている事件において憲法、および国際条約の規定を当該民族の文化に基づいて解釈する異文化解釈原則（西 :interpretación intercultural）である。

一事不再理原則と先住民族管轄の最優先原則を保護するために、司法制度基本法345条は、先住民の当事者の申立てがあった際、国家法の法廷は、管轄権の行使を控えなければならないと規定している。さらに、

---

[102] Agustín Grijlava Jiménez & José Luis Exeni Rodríguez, Coordinación entre Justicias, ese Desafio, *in* *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia* 699, 719 (Bol.) (Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, eds., 2012)。

[103] Jorge R. Imbaquingo & Daniel Romero, *Ecuador no Tiene Circunscripciones Territoriales Indígenas Definidas*, El Comercio (Oct. 24, 2019), https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-circunscripciones-territoriales-indigenas-constitucion.html。

平等原則と異文化解釈原則を実施するために、同法346条は、司法会議（西 :Consejo de Judicatura）に、司法の職員が民族の言語、文化、伝統、慣習法等を理解するように十分な資金を充当しなければならないとしている。そして、同条は慣習法を司法会議の管轄権対象外としている。さらに、刑事基本法典（Código Orgánico Integral Penal）５条９項は先住民族管轄の決定も一事不再理原則の対象となることを明記している。

2011年以来、国家法と先住民法の協定と調和に関する基本法（西 :Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria）が議論されているが、本稿執筆の時点では採択されていない。この法案においては、刑事事件における先住民族管轄についてのルールが明記されている。特に、虐殺、人道に対する罪、国際人権侵害、殺人罪、性犯罪、国家が当事者となっている事件、家庭内暴力および養育費事件、脱税の事件は先住民族管轄の対象外とされている。

2014年のラ・コンチャ（La Concha）判決[104]は国家法と慣習法の関係についてのリーディングケースである。本事件では、先住民領域内において、民族のメンバーであった被害者が同じ民族の被告人らによって殺害された事件であり、当該民族の総会は、被告人らを裁判し、有罪判決を下した。しかし、当該民族の慣習法においては、「生命」という法益は存在せず、被告人らの行為は、コミュニティーへの侵害として解釈されたため、エクアドルの検察庁は殺人罪として調査を開始し、被告人らを逮捕した。これに対して、被告人らは、既に憲法上では是認されている「先住民法」のもとで罰を受けたため、検察の調査は一事不再理原則に違反すると主張した。

エクアドル憲法裁判所は、先住民法の拘束力を認めつつ、エクアドル憲法上では「生命」は法益として明確に保護されていると述べ、殺人事件の場合、個人の生命を法益として認めない先住民族の代表機関には管轄権がないとした。しかし、本件において、最高裁判所は、被告らへの罰は既に行われたため、検察庁の調査は一事不再理原則に違反することとした。

[104] Sentencia No. 113-14-SEP-CC。

ラ・コンチャ判決に対しては、先住民族が国家による先住民法の制限であると主張している。まず、先住民法における「法益」概念が西洋法の観点から解釈され、当該コミュニティーの慣習を否定するため、「先住民族」の自己決定権を侵害するという批判がある。[105]さらに、法の異文化的解釈に違反する行為として、刑事事件における国家法による先住民法の制限が批判されている[106]。

また、エクアドル憲法裁判所は、先住民族の文化における「土地の所有権」を解釈した際、各民族の文化、統合性、および生活と深い関係を持つと認めつつ、その根拠は国家法にあると述べたことがある[107]。

実務上では、国家法の法廷は、慣習法の最優先原則に反し、慣習法の適用を認めないという指摘がある[108]。これに対して、代表機関が先住民に対し、憲法上保護されている権利に違反する慣習法を適用した事件がある[109]。さらに、領域を通過した外国人に慣習法に基づく罰を科した例[110]、または慣習法による罰を受けた者が死亡した事件もある[111]。

B．コスタリカ

コスタリカ憲法における先住民族に関する条文は、民族の言語を保護する義務に限られ、その他の権利義務は法律によって定められている。

---

[105] Zambrano 前掲注 (42) 177。

[106] Frixone 前掲注 (101) 226頁。

[107] Sentencia No. 173-12-SEP-CC。

[108] Mario Melo Cevallos (cord.), Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador 10-11 (Ecuador) (2012)。

[109] Elizabeth Maggi, *Castigos de Justicia Indígena Se Ejecutan En Espacio Íntimo*, El Telégrafo (May 17, 2018), https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/castigos-justicia-indigena-ecuador。

[110] Amparito Rosero, *Dos venezolanos, Acusados de Robo, Serán Sometidos a La Justicia Indígena*, El Universo (Jun. 4, 2018), https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/04/nota/6793595/dos-venezolanos-acusados-robo-seran-sometidos-justicia-indigena。

[111] Metro Ecuador, *Hombre Fallece En Saraguro Como Consecuencia de Justicia Indígena*, Metro Ecuador, https://www.metroecuador.com.ec/ec/noticias/2018/09/11/hombre-fallece-saraguro-consecuencia-justicia-indigena.html。

その中で、先住民法についての規定は極めて少ない。1977年の先住民族に関する法とその規則は、各民族に領域を与え、各領域の管理は法律によって設立された民族発展委員会（西:Asociación de Desarrollo Integral Indígena）に託されているが、代表機関および先住民法についての条文はない。1982年の公式に民族の存在を認める政令（西:Reconoce Existencia Oficial de Grupos Étnicos Indígenas en Costa Rica、政令第13573号）３条では、８つの民族が、先住民族に関する法、その関連の政令および独自の慣習による統治される、とする。各民族は、書面で国家先住民族委員会に慣習の内容を記述した書面を提出しなければならない。こうした慣習書は民族内の紛争等に拘束力がある。

169号条約の採択前、下級審のレベルでは、先住民当事者が結んだ争点合意が代表機関によって是認された例がある[112]。最高裁判所の憲法法廷は、169号条約の合憲性について、重罪を除き、民族内の犯罪が民族の慣習によって裁かれることは、人権侵害とならないと述べた[113]。また、169号条約の適用について、憲法や国際条約に規定されている基本権に違反しない民族の慣習や代表機関の権力を認めるべきとした[114]。ただし、以上の判決が下される前には、民族同士における内縁関係について、女性が未成年者であっても当該民族の慣習ではこのような関係が認められる場合、犯罪として評価されないという判決もある[115]。ただし、女性の先住民は、家庭内暴力の問題を強調しつつ、先住民法の積極的な容認を求めている[116]。

---

[112] Juzgado Contravencional de Buenos Aires de Puntarenas 14:30 horas del 24 de septiembre del 2001。

[113] Sentencia no. 03003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre de 1992。

[114] Sentencia no. 01867 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 5 de abril de 1995。

[115] Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón en sentencia no. 19-90 de 16 horas del 6 de febrero de 1990。

[116] Javier Rodríguez Oconitrillo, Costa Rica, *in* Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo I 62, 105-107(Ivette Jaén, ed., 2011)。

また、2020年に新型コロナウイルスの防疫措置として、先住民族の領域を通る公道を先住民以外の者が通行料を支払うことなく通行することを民族発展委員会が禁止した事件において、憲法裁判所は、先住民族の自治制度に基づく通行の禁止が、憲法で保護されている移動の自由に反するとされた[117]。

民族は、国家から支援を受けないため、自らコミュニティー先住民法を適用できるような制度を考え、「先住民法廷」（西 :tribunales indígenas）を設立した[118]。このような法廷では、コミュニティーの代表機関のみならず、国家法上のデュープロセスを保護するため、外部専門家と協力し、決定を書面によることにしている。

C．コロンビア

コロンビア憲法246条は、領域内の事件に、憲法に違反しない慣習法の適用を認め、330条は、先住民族の領域は独特な文化や伝統によって管理される、と規定している。さらに、コロンビア憲法裁判所は、169号条約と国連宣言の規定は、憲法と同等の拘束力があると判断している[119]。つまり、政府と民族は、既に述べた169号条約と国連宣言における先住民法に関する規定および制限を守らなければならない。

コロンビア憲法裁判所は、憲法246条の定める「先住民法管轄」（西 :jurisdicción indigena）の内容を、以下の通り理解している。先住民管轄は、①民族の独自の司法機関、②民族の独自の規範と手続き、③これらの規範と手続きの憲法および法律への順応、④国の定めた国家法と先住民法の調和方法によって構成されている[120]。①は慣習法の拘束力を認め、②は代表機関による立法過程を認めていると言える。[121]憲法裁判

---

[117] Sentencia no. 10034 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 2 de junio de 2020。

[118] Oconitrillo 前掲注（116）105頁。

[119] Sentencia 510/98、Sentencia T-606/01、Sentencia T-617/10。

[120] Sentencia C-139/96、sentencia T-030/00、sentencia T-728/02、sentencia T-811/04、sentencia T-945/07、sentencia T-921/13。

[121] Jorge Ernesto Roa Roa、Pluralismo Jurídico y Mecanismos de Coordinación entre los Sistemas de Justicia Indígena y el Sistema Nacional de Justicia en Colombia, 33 Revista Derecho del Estado 101, 106 (Col.) (2014)。

所は、①と②を、先住民法の適用基準として、民族の自治制度を許可する、代表機関の権限制限の緩和として理解している[122]。これに対して③と④は、国家法と慣習法の共存基準といわれている。特に、④は司法制度の強化、矛盾判決の減少、司法の協力、法的な安定とデュープロセスの確保、管轄権の内容、そして司法行政に必要な人材、情報設備および施設への金融の充当を目的としている[123]。

現在、④は問題となっている。憲法246条は国家法と慣習法の関係を法律によって定めると規定している。しかし、コロンビアの議会は、未だこの法律を採択していない。2000年以降、国家法と慣習法の調和に関する４つの法案が議論されたが、いずれも、民族同士または民族と政府の協議によって作成されたものではなかった[124]。

コロンビアでは先住民法の適用を規定する明確な条文が少ないため、コロンビア憲法裁判所は、判例によって国家法と先住民法の関係を発展させた。憲法246条と330条の他、司法行政に関する法（西 :Ley Estatuaria de Administración de Justicia）の12条は、領域内の事件について、代表機関の管轄権と、憲法および法律に違反しない慣習法の適用を認めている。

コロンビアにおける慣習法の適用には、先住民族領域が極めて重要な概念となる。そして、コロンビアは、行政区画としての領域（西 :territorio indígena）と共有地（西 :resguardo indígena）を認めている。前者については、憲法330条および地方管理基礎法（西 :Ley Orgánica de Organización Territorial）によって、政府からの支援、領域内の管理に関する権限が明確に規定されている。これに対して、後者の法的な位置付けはかねてから争われている。法律の定めにより、共有地の支援管理は区役所に託されている[125]。先住民族は、区役所による支援管理は330条に違反すると主張したが、コロンビアの憲法裁判所は、共有地は領域に至らないため、完全な自治制度がないと述べ、その支援は共有地が所在する地の区役所

[122] Sentencia C-349/96。
[123] Roa 前掲注（121）106頁。
[124] *Id.* at 109。
[125] 2001年の法律第715号83条。

が管理する、とした[126]。

憲法裁判所は、国家法と慣習法の適用を判断する基準を、総合的な管轄基準、紛争解決に関する原則、紛争解決に関する具体的なルール、そして先住民族特権の有無に着目して区別している[127]。先住民法の総合的な管轄基準は、コミュニティー内の紛争を当該コミュニティーの慣習によって解決するとの原則（客観的基準、西 :criterio objetivo）、領域内で行われた紛争及び犯罪は領域内で判断されるとの原則（地域的な基準、西 :criterio territorial）、民族のメンバーが行った行為は当該民族によって判断されるとの原則（人的基準、西 :criterio personal）、予め定められた一般的な規定と手続きを適用するとの原則（組織基準、西 :criterio institucional）から構成されている[128]。

慣習法の適用についての紛争解決原則は、先住民法の適用制限、国家法と慣習法の抵触法、そして民族同士の事件における抵触法を問題としている。憲法裁判所は、先住民法を制限する際、憲法の保護する多文化性を上回る法益の保護が必要とされ、当該コミュニティーの自治制度を最も侵害しない方法、そして最低限の制限でなければならないと述べている[129]。多文化性を上回る法益として、生命権[130]、奴隷制の禁止[131]、拷問の禁止[132]が挙げられている。そして、女性に対する差別および児童労働のような事件において、慣習法は制限されるべきとの指摘がある[133]。

抵触法に関する基準は、憲法246条の定めにより、法律で規定すべきであったが、本稿執筆の時点でコロンビア議会はこのような法律を採択

---

126 Sentencia C-921/07。

127 ROA 前掲注（121）110頁。

128 Sentencia T-001/12。

129 Sentencia C-139/96。

130 Sentencia T-1127/01。

131 Sentencia SU-510/98。

132 Sentencia T-349/96。

133 Jordi Feo Valero, Jurisdicción Especial Indígena, Derecho Colombiano y Normativa Internacional: La Necesidad de un Equilibrio en el Marco de la Extracción de Minerales y el Impacto de Género, 21 Revista Estudios Socio-Jurídicos 387 (Col.) (2018)。

していない。2003年に、司法官職高等評議会（西:Consejo Superior de la Judicatura）と先住民族連合会（西:Organización Nacional Indígena）は国家法と慣習法の調和を目的とする協力協定を結んだ。しかし、司法官職高等評議会は、調和基準の協議は先住民族で行われるべきという立場を取ったため、法案等の作成が進まなかった。2012年に、司法官職高等評議会は、全国司法制度と慣習法の協調委員会（西:Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial）を設立し、より積極的な活動を開始した。しかし、先住民族との協力を求める司法官職高等評議会の活動にはいくつかのハードルがある。第一に、コロンビアでは87の民族があり、各々が独特な慣習、機関、紛争解決方法を利用しているため、一つの法律のみで総合的なルールを定めると、各民族の自己決定権が侵害される恐れがあるという指摘がある[134]。

こうした状況で、憲法裁判所は、準拠法を選択するには、各事件における当該民族の慣習の保全、個人の共存の基準となる基本的な権利、強行規定の有無、そして任意規定より慣習法の優先を考慮し、判断しなければならないと述べている[135]。

第二に、民族同士の慣習適用について争いがある場合、民族の自治制度を認め、協議によって決定するとされている[136]。紛争解決に関する具体的なルールは、各事件において当該民族の文化、民族の隔離または同化の程度、当該コミュニティーの個人メンバー法益への影響を考慮すべきとされている[137]。既に説明した通り、多文化性を上回る法益がある場合、慣習法は排除されることとなる。また、強行規定がある場合、慣習法は認められない。紛争解決に関する具体的な制限として、ヘイビアス・コーパス、法律の違憲審査、麻薬密売罪、反乱罪、汚職罪、資金洗浄罪、人道に対する罪があげられる[138]。特に、人道に対する罪は先住民族の文

[134] Roa 前掲注（121）116頁。
[135] Sentencia T-001/12。
[136] Sentencia T-349/96、Sentencia SU-510/98。
[137] Sentencia C-139/96。
[138] Roa 前掲注（121）111-112頁。

化および伝統と離れている概念であるため、慣習法の適用は認められていない[139]。さらに、最高裁判所は、代表機関の用いる紛争解決方法が、予め定められたものでなければならないとしている[140]。

最後に、慣習法を適用するには、先住民族の特権がなければならない。先住民族特権とは、先住民が、民族の代表機関によって、独自の慣習および方法に基づいて裁かれる権利である[141]。憲法裁判所の判決では、先住民族の特権を認めるには、予め定めた当該コミュニティーの紛争解決方法、コミュニティーの法益保護、そして当事者がある民族に属していることの立証が要件とされている[142]。ただし、憲法裁判所は、以下の場合において先住民族特権が排除されると述べている。つまり、当該コミュニティーが慣習法の適用を排除する場合、当事者が自身について先住民の資格を否定し、最初からなかったと認める場合、そして罰としてコミュニティーから追放された場合において、先住民族特権は排除される[143]。

D．ニカラグア

ニカラグア憲法５条は、先住民族に自己決定権および自治制度を与えている。司法基本法（Ley Orgánica del Poder Judicial）においては、民族の自治制度への尊重、および政府が各民族の特徴を配慮する義務が規定され、民族領域内の裁判官は、各民族の伝統的な方法で任命される（55条、61 ～ 63条）。各領域においては、領域内で国家司法の代表と民族の代表とによって構成される司法制度を検討する委員会を設立することとなっている（55条、226条）。領域内の裁判官を任命する際、当該民族の言語を話せる者が優先され、民族の母語で下された決定の拘束力を認めている（司法基本法の規則（西:Reglamento de la Ley no. 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua”）10条、11条）。2014年に発布された家族法法典（西:Código de Familia）４条では、代表機関は、慣習法を適用し、領域内の家族法に関する事件を判断できると

[139] Sentencia T-001/12。
[140] Sentencia T-349/96。
[141] Sentencia T-921/13。
[142] Sentencia T-921/13。
[143] Sentencia T-001/12。

している。

刑事法典（西 :Código Penal）の20条は、先住民が領域内において禁錮５年以下の罪を犯した場合、憲法に違反しない限り、慣習法の適用を認めている。しかし、民族の代表機関は憲法および刑事法典における禁錮刑を把握していない場合がある[144]。また、同条は、被害者が裁判の開始時点では国家法を選択することができるとしており、いずれの場合も一事不再理原則が適用される。これに対して、被害者が適用される法律を選択することができるため、先住民法が任意的な規定となっているとして批判されている[145]。

刑事法典20条は、あくまでも慣習法の適用を許可するものであり、管轄権のある法廷については何ら規定していない。これについては、国家法の法廷が先住民法を適用して事件を解決するという見解と、先住民族の代表機関が国家法を適用し事件を解決するという見解がある[146]。

2000年から2002年にかけて、ニカラグア最高裁判所と各コミュニティーの代表との間で、国家法と先住民法の関係についての協議が行われた[147]。これらの協議の結果として、①被害者は自分にとって最も利益となる法制度を選択すること、②国家法廷と代表機関との間で事件に関する情報交換制度がないために、一事不再理原則に違反するケースがあること、③当時改正されたばかりの刑事法典と刑事手続法（西 :Código Procesal Penal）の施行によって国家法廷と代表機関のいずれが管轄権を有するのかが不明となったことが明らかにされた。

また、ニカラグアでは、先住民族の自己決定権は、国家法と慣習法を調和させるに当たり、重大な問題となっている。ニカラグアでは歴史的に各民族の自己意識が強く、ニカラグア国家およびその政府を認めない民族がある。つまり、そうした民族にとって自治制度とはコミュニティー

---

[144] Wolfgang Alejandro Bonilla Toruño, Justicia Indígena y Autoridades Tradicionales Mayangna y Miskitus de Nicaragua 46 (Nic.) (2012) 46.

[145] Victor Del Cid, *Nicaragua, in* Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo II 318, 352 (Ivette Jaén, ed., 2011)。

[146] Toruño 前掲注（144）46頁。

[147] Cid 前掲注（145）352頁。

の完全な自治を意味し、政府や区役所のような現代国家の行政機関の権力を認めない上、当該コミュニティーの最高責任者は自分たちであるという意識が強い[148]。これに対して、2012年に、最高裁判所は、国家法と慣習法の調和を目的とし[149]、2014年時点では調和活動が続いたが、その以降新たな情報が更新されていない[150]。2018年には国連が民族の自治制度を実施するための努力を認めた[151]。

最後に、女性への差別についての条文または判例は見当たらないが、先住民女性からは、差別となる慣習法への制限を求める声が上がっている[152]。特に、性犯罪の場合、代表機関が男性のみで構成されることもあり、ニカラグア民法典を根拠とした損害賠償のみの制裁となることがある[153]。

E．パナマ

パナマ憲法は、先住民族の文化的な権利と土地に関する権利の２つについては明記しているが、慣習法に関する条文はない。そして、パナマにおいては、先住民族に関する一般的な法を採用せず、各民族の領域を設立する法律において、民族の権利および組織等が規定されている。また、様々な立法において先住民族の慣習法に関する条文が置かれている。例えば、パナマ家族法典60 ～ 66条はクナ・ヤラ民族（西 :Guna Yala）の婚約儀式に拘束力を与え、67条は、他の民族にも婚約儀式の伝統が立

---

148 Fernando Jambrina Rodríguez, Hacia un Modelo Pluralista de Administración de Justicia en las Regiones Autónomas de la Costa Caribe de Nicaragua 43 (Nic.) (2007) 43。

149 Press Release, Poder Judicial, CSJ Armonizará Derecho Positivo y Justicia Tradicional en la Costa Caribe (June 14, 2012), https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=2322。

150 Press Release, Poder Judicial, CSJ Busca Armonizar Derecho Positivo con Justicia Consuetudinaria (Feb. 7, 2014), https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=4318。

151 Press Release, Poder Judicial, Reconocen Esfuerzo del Gobierno de Nicaragua por los Derechos Indígenas (Feb. 14, 2018), https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8576。

152 Cid 前掲注（145）352頁。

153 *Id*. at 352-353。

証されれば、その拘束力が認められるとしている。

2008年のパナマ刑事訴訟法典（西:Código Procesal Penal）では先住民族の代表機関と慣習法の適用について、いくつかの規定が置かれた。30条では、先住民族の代表機関が司法の一部として規定されている。同法41条においては、国家法の法廷と代表機関の間で管轄権の争いがある場合、当該地域の高等裁判所が判断するとしている。

先住民族の領域内には、領域裁判官（西:Juez Comarcal）と代表機関がある。前者の管轄権は、殺人犯、テロ罪、公務管理妨害罪、組織的な犯罪、そして麻薬に関する罪を除き、先住民族領域の裁判所に領域の犯罪に及んでおり、刑事訴訟法典、慣習法、および領域憲章の定める方法に従う義務がある（同法48条）。

これに対して、後者の管轄権は、慣習法と領域規則に記載されている事件に限られている（同法49条）。さらに、同法205条では、慣習法に基づいてコミュニティーの内部紛争を解決する者および機関も代表機関として認められている。同法235条は、代表機関に調査権および逮捕権を与えているが、逮捕された者に控訴権があるとしている。

2001年の事件[154]において、被告人は、８歳の少女であった被害者を殺害し、国家法の下で裁かれ、有罪判決を受けた。上告した被告人は、民族の伝統において、他人に呪いをかける「魔法使い」という者が存在し、被害者のことを「魔法使い」と間違えたと主張し、減刑を求めた。これに対して最高裁判所は、仮に当該民族の信念が神話的な者の存在を認めたとしても、民族の慣習法には、個人の生命を保護する概念があるとして、上告人の請求を否定した。以上の判決に対して、有罪無罪を問わず、被告人が先住民族であることを踏まえ、文化調査を行うべきという意見がある[155]。

---

[154] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de febrero de 2001。

[155] Aresio Valiente López, *La Jurisdicción Indígena en la Legislación Panameña, in* Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena 203, 228 (Rudolf Huber et al. coords., 2008)。

さらに、2006年の判決[156]は、パナマ最高裁判所が代表機関の管轄権と国家法の関係を明確にした。この事件では、クナ・ヤラ民族の伝統的な代表であるサイラ（西:Saila）が、領域内で行われた麻薬取締法違反を裁判し、有罪決定を下し、被告人の財産を没収した。パナマの麻薬検察部は、被告人に対して調査を開始し、起訴した。上告人となった被告人は、検察の調査は憲法に規定されている一事不再理原則に違反していると主張した。しかし、最高裁判所は、先住民族の代表機関には麻薬取締法違反に関する管轄権がないため、法律上では、一事不再理原則に違反していないと述べ、被告人の主張を否定した。

ただし、パナマ刑事訴訟法典では、先に紹介したエクアドル司法制度基本法と異なり、一事不再理原則の適用が明確にされていない。つまり、刑事訴訟法典の規定に違反し、代表機関の管轄対象外の事件についての決定を下した際、国家法との関係は不明である。2008年パナマ刑事訴訟法典の施行後にこの問題を取り扱った判決は存在せず、抵触法のルールは明確されていない。

F．パラグアイ

パラグアイ憲法63条は、領域内の紛争に、憲法に違反しない慣習法の適用することを容認している。また、268条は、検察庁が先住民族の集団権を保護する義務を明記している。1981年法律第904号は、先住民族のコミュニティーを規制し、その５条は憲法に違反しない慣習法を認めている。６条は、先住民が当事者として参加している訴訟を担当している裁判官は、専門家の意見に基づいて、当該民族の慣習法を考慮しなければならないと定める。

刑事訴訟法は、領域内に住む先住民の被告人または先住民の被害者、並びにコミュニティーに対する罪に関する特別なルールを規定している。先住民の被告人に対する調査には、司法に認められている先住民族の専門家が参加しなければならず（433条１項）、また裁判官は、公判前に被告人が拘留された場合、文化的な差別を受けないようにする措置をとらなければならない（同条２項）。調査中、被害者と被告人は協議し、憲法および国際条約に違反しない慣習法に基づく救済方法による和解を

[156] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 19 de agosto de 2006。

結ぶことができる（434条１項）。裁判官は、和解を認容し、履行期間を定めることができる。期間内に和解の債務が履行された場合、刑事責任が消滅し（２項）、このような方法で消滅した刑事責任は復帰できない（４項）。ただし、当事者の協議が和解に至らなかった場合、または和解の債務が履行されなかった場合、国家法の下で裁判が再開する（３項）。最後に、被告人による被害者との和解を求める意思表示は、自白として解釈してはならないとされている（５項）。

また、裁判官は、被告人の慣習に合致するように、適切な措置をとることができる（435条１項）。裁判に参加している先住民族の専門家は判決に対する意見を述べることができる（３項）。さらに、判決に、適用された慣習法を明確に記載しなければならない（４項）。そして、禁錮２年未満の有罪判決が下された場合、当該民族の代表は、禁錮以外の罰を提案することができる（437条）。このような提案があった場合、裁判官は、被告人および検察官と協議した上で、提案について判断し、その内容を認めた場合、その実行方法を定める。

他方で、パラグアイにおいては、先住民族の代表機関による決定に関して規定する法律上の条文は置かれていない。また、刑事事件の場合、慣習法の適用は、国家法の法廷に託されている。2016年に、パラグアイ最高裁判所が公表した「多文化正義のため協定」（西:Protocolo de Actuación para una Justicia Intercultural）には、国内判例が記載されていない。ただし、時には、国家法の当局が代表機関の決定を制限する必要があることがある。例えば、2016年の事件では「魔法使い」として疑われた者が火刑にされる決定を受け、それを気づいた検察官の仲裁により「追放」に変更された[157]。

G．ベネズエラ

ベネズエラの先住民族が1999年の憲法改正プロセスに積極的に参加した結果、憲法に先住民族の権利に関する規定が追加された。ベネズエラ憲法における先住民の権利は政治的な参加を中心としている。原則として、119条は、先住民族の伝統的な生活方法を認め、260条は、代表機関

[157] CJS, Protocolo de Actuación para una Justicia Intercultural 31 (Par.) (2016)。

に、先住民族の領域内で先住民のみに関わる事件について、憲法および公の秩序に違反しない慣習法に基づいた先住民族管轄権を定めている。ただし、他の憲法と比べてベネズエラ憲法は、先住民族の自己決定権を認めつつ、先住民にはベネズエラ国民として国家への義務があることを強調している（126条）。

先住民族基本法（西:Ley Orgánica Indígena）131条は、各民族にとって拘束力があると認識されている正当な基準、価値観、信念、慣習を先住民法として認めている。そして、132条では、先住民族管轄が、慣習法および伝統的な方法に基づき、先住民同士または領域内で発生する紛争を解決する権限を持つ、とされている。また、先住民管轄は、調和を求め、当事者の和解を認めることもできるため、国および第三者も先住民族代表機関が下した決定に従わなければならない。さらに、先住民族管轄権の対象となる「先住民」には、領域内に住む家族関係を持つ先住民でない者も含まれている。

同法133条は、４つの管轄を定めている。第一に、領域管轄（西:competencia territorial）は、既に説明した領域内で行われた事件を判断する管轄である。これに対して領域外管轄（西:competencia extraterritorial）は、当事者が先住民で、刑事事件以外、または第三者の権利に影響を及ぼさない事件を判断する管轄とされている。次に、事物管轄（西:competencia material）によって、人道に対する罪、国家防衛に対する罪、テロ罪、脱税罪、汚職罪、違法薬物の取引罪、武器密輸罪、戦争犯罪、虐殺罪、侵入罪は先住民族管轄権の対象外とされている。最後に、人的管轄（西:competencia personal）は、先住民同士の紛争についての管轄権を示し、代表機関は、国家法の当局に引き渡すため、領域内で犯罪を犯した場合、先住民でない者を逮捕することができる。

先住民が領域外で犯罪を犯した場合、国家法に基づいて裁かれることとなる。ただし、先住民は、民族の言語で調査を受け、独自の文化が尊重される権利（137条）、憲法、国際条約に記載されている基本権に違反しない限り、自らの慣習によって禁止されていない行為の刑事責任を問われない権利（141条１項）、禁錮以外の罰が優先される権利（141条２項）、禁錮の場合、先住民族の領域内にある刑務所で刑に服する権利（141条３項）を有する。自らの言語で裁判を受ける権利について、最高裁判所

の憲法法廷は、先住民が自らスペイン語で訴訟を起こした場合、スペイン語が理解できるとみなされ、後から通訳者を求めることができないとしている[158]。

国家法と先住民管轄の関係について、134条は、国家法の法廷と代表機関には、相互の調査、裁判、決定実行に関する協力義務があるとし、最高裁判所が管轄権に関する争いを判断するとされている。さらに、国家法の法廷による代表機関の下した決定に対する審査は、憲法または国際条約の保護する基本権に違反する場合にのみ許されている。この点に関して135条は、代表機関の決定を最高裁判所による違憲審査の対象としている。

国家法上、特定の法廷がある事件に対する管轄権を有する場合、先住民族管轄権の対象とならない。例えば、暴力のない生活に対する女性の権利に関する基本法（西:Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia）では、女性への暴力事件に関する管轄権は「女性への暴力の法廷（西:Tribunales de Violencia contra la Mujer）」と最高裁判所の刑事法廷に託されているため、先住民族管轄の対象外となる[159]。

2012年の判決[160]では、先住民の未成年者が、領域内で先住民の被害者を殺害し、代表機関によって禁錮20年の有罪判決を受けた。これに対し、被告人の弁護人は、デュープロセスの侵害を主張し、代表機関が下した決定の取消しを求めた。最高裁判所の憲法法廷は、当該民族の慣習法においては禁錮の罰がないこと、および本事件を判断した機関には当該民族における司法権がないことを理由として、決定の取消しを命令した。

H．ペルー

ペルー憲法は、先住民族の自治制度として、沿岸部にある農民コミュ

---

158 Sentencia no. 1600 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 20 de diciembre de 2000。

159 Sentencia no. 1325 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 2 de agosto de 2011。

160 Sentencia no. 02 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 3 de febrero de 2012。

ニティー（西:Comunidad Campesina）、アマゾン熱帯雨林にある原住コミュニティー（西:Comunidad Nativa）（88～89条）、そして農民巡回（西:Ronda Campesina）という３種類の団体を認めている。また、149条は、代表機関に領域内の管轄権を与え、個人の基本権を侵害しない慣習法の適用を認めている。ただし、先住民族の管轄および慣習法の適用は、様々な法律で規制されている。

法律のレベル[161]では、刑事法典15条および45条は、自らの文化および伝統によって罪を犯したことを理解できない者は、刑事責任を負わず、または減刑をされると定めている。また、刑事訴訟法18条は、国家法法廷は、憲法149条の規制する罪についての管轄権がないと明記している。最後に、ペルー民事法典262条は、先住民族の儀式によって行われた婚姻の効果は、国家法にも及ぶとしている。

ペルー司法機関は、2015年に異文化正義の協定書（西:Protocolos para una Justicia Intercultural）を公表した。この協定は国家法と先住民法の調和を目的とし、様々な原則を明記している。しかし、先住民にとっては、国家法の管轄は、独自の文化や伝統を考慮しないため、後述するような農民巡回に適用される慣習法が望ましいという研究がある[162]。

原住コミュニティーと熱帯雨林発展に関する法（西:Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva、1978年法律第22715号）19条は、代表機関に先住民同士の少額の争いについての管轄権を与える。さらに、国家法の法廷は、民事および刑事事件を判断する際、コミュニティーの慣習、伝統、信念、社会文化的価値観を考慮しなければならない。

農民コミュニティーの基本法（（西:Ley General de Comunidades Campesinas,）（法律第24656号）は、農民コミュニティーは、法人格のあ

[161] ただ、1978年の原住コミュニティーに関する法（西:Ley de Comunidades Nativas）は、最低限の先住民族管轄権を認めていた。

[162] Hans-Jürgen Brandt, La Justicia Comunitaria y la Lucha por una Ley de Coordinación de la Justicia, 78 Revista Facultad de Derecho 215 (Peru) (2017)。ただし、これは、先住民族代表の意見である。

る、共通の社会、経済、文化的な絆を持つ一定の領域に住む家族で構成されると規定している（２条）。さらに、同法は、コミュニティーの財産管理に先住民法の適用を認めている。農民コミュニティーの基本法規則（第004-92-TR 政令）は、農民コミュニティーに、共同会社（西 :empresa comunal）という団体を利用し、経済的な活動を行う権利を与えている（政令第004-92-TR 号96条）。農民共同会社の労働関係は先住民法によって決まるとされている（政令第004-92-TR 号107条）。

以上のように、各コミュニティーに適用される先住民法の適用範囲が異なっている根拠は、単なる地域の問題ではない[163]。原住コミュニティーには、一般社会と交流しないコミュニティーと、経済的な自治は失ったものの、文化、伝統、慣習を維持し続けながら一般社会と交流するコミュニティーとがあり、孤立した部族、ある程度一般社会と交流している発展中部族、そして文明化したコミュニティーに区別することができる。孤立した部族（西 :grupos étnicos totalmente aislados）では、代表機関のような組織化はなされておらず、先住民法は神話に基づいている。発展中部族（西 :grupos en proceso de transformación）では、代表機関は、社会平和を保護し、禁錮、体罰、罰金を利用している。そして、文明化したコミュニティーでは（西 :grupos aculturados）、代表機関がある上、紛争解決方法がデュープロセスに従って予め定められ、身体的制裁を拒否しつつ、被害の填補を目的とする制裁が利用されている[164]。

これに対して、農民コミュニティーは、一般社会と交流した結果、密接な経済的関係を持つに至り、したがって完全に一般社会から文化的な影響を受けていないコミュニティーはない。このため、農民コミュニティーには国家法を適用する余地がある。例えば、婚姻および契約は独自の慣習法によって成立するが、当事者の関係が悪化した場合、国家法が適用される。刑事事件では、軽罪の場合には慣習法に基づいて加害者を罰し、重罪の場合には国家法の当局に直接に引き渡す[165]。以上の結果、

---

[163] Fernando Bazán Cerdán, Estado del Arte del Derecho Consuetudinario: El Caso de Perú, 41 Revista IIDH 51, 59 ss. (2005)。

[164] *Id.* at 59-60。

[165] *Ibid*。

農民コミュニティーの慣習法は、国家法によって容認され、以下に説明するように治安判事に適用されることがある。

さらに、農民コミュニティーには、コミュニティーの発展の促進、治安維持、そして紛争解決を目的とする農民の治安を維持するための農民巡回がある。農民巡回法（西:Ley de Rondas Campesinas）（法律第27908号）において農民巡回は、法人格および自治制度を有する民主的な機関として、憲法および法律に従って、法廷外の紛争解決および治安維持を行うことができる（１条）。農民巡回は、その規則および農民コミュニティーにおける管轄地域を明確にした上で、国の登記所で登記しなければならない（５条）。さらに、農民巡回法の規則（政令第025-2003-JUS号）では、憲法、世界人権宣言、169号条約、または法律によって規定されている個人基本権に違反しない先住民法を適用することができるとされている（４条）。

ペルー司法は、国家法と先住民法の調和を強化させるために様々な活動を行っている。2004年以降、治安判事裁判所への資金充当が増加し、2012年に先住民法と治安判事を担当する司法の部門が併合された。2013年に採用された治安判事法の規則（政令第007-2013-JUS 号）は、治安判事に更生保護を求める慣習法を適用する権限を与えている（37条２項、43条）。さらに、基本権を侵害しない限り、治安判事は管轄権行使を控え、農民コミュニティーに事件を移送できる（43条）。

ペルーの最高裁判所は、2009年の全権合意（西:acuerdo plenario）において、農民巡回による先住民法の適用について様々な原則を定めた[166]。第一に、コロンビア最高裁判所の判決を参照し、先住民管轄について以下の通り説明している。つまり、先住民族管轄権には、特定できる民族（個人要因）、社会統制を行う代表機関（組織要因）、基本権に違反しない実体法および手続きを定める慣習法（規範要因）、そして管轄

[166] Acuerdo Plenario no. 1-2009/CJ-116。ペルー司法の基本法（Ley Orgánica del Poder Judicial）22条、116条によって、最高裁判所の全権合意（acuerdo plenario）は、判例において争点となっている法律の解釈を統一させることを目的として、特定事件に影響を与えないものの、最高裁判所を含めすべての裁判所に対する拘束力を有する、とされている。

権の対象となる特定領域（地理的要因）がある。

ペルー最高裁判所は、慣習法の制限となる基本権として、生命、人間としての尊厳に違反する慣習、拷問、および奴隷制度の禁止があり、また、デュープロセスの観念には犯罪行為とその制裁を予め定めることも包含されているとした[167]。さらに、基本権の侵害については、慣習法の内容自体による基本権の侵害であるか、または代表機関の権力濫用による基本権侵害であるかを問わず、いずれも禁止されている。

刑事法典15条の定める犯罪行為の理解に基づく免罪原則のもとで、犯罪行為の理解とは、被告人は自らの行為が犯罪として規定されていることを認識していること、すなわちある法律で禁止されていることを知っていることという問題ではなく、禁止されている行為の内容を理解できるという問題であるとされている。しかし、先住民はある程度「一般社会」と関わりがあるため、一定程度社会のルールを理解しているとみなされる。

さらに、2015年の全権合意[168]によってペルー最高裁判所は、14歳以下の子供に対する性犯罪と慣習法の関係を明らかにした。先住民族において、14歳以下の子供（少女）は、結婚を目的として売買されるという慣習がある。そして、ペルーの法廷は、専門家による当該民族の慣習に関する人類学的な調査を利用せず、被告人の文化でこうした行為が許されている事件において、刑事法典15条を根拠とし、免罪を認める傾向があった。最高裁判所は、国際条約を参照し、14歳以下の子供に対する性犯罪に対する刑事法典15条の適用を禁止した。さらに、刑事裁判で利用される、ある民族の文化を分析する人類学的調査の基準も定めた。

1．ボリビア

ボリビアは、他の国と異なり、憲法改正によって、先住民法の容認ではなく、新たな国家モデルを目指した[169]。その結果、本稿の対象地域の

---

[167] Acuerdo Plenario no. 1-2009/CJ-116。

[168] Acuerdo Plenario no. 1-2015/CJ-116。

[169] 多民族国家を創造した憲法改正は、繁雑なプロセスであったため、本稿では解説し切れない。旧憲法の国家モデルに対しては、植民地化プロセスによってヨーロッパ社会の価値観を押し付けられたものとして批判の声が多かった。例えば、国家が、先住民族を認め、様々な権利を認めるとの用語法に対して、先住民はかねてからボリビアに居住していたのであるから、創造された国家に

中で、ボリビアは憲法における先住民族に関する条文の最も多い国となった。特に、先住民族管轄（西:Jurisdicción Indígena Originaria Campesina）、および慣習法の適用についての連結点が明記されているのが特徴的である。

憲法30条２項14号は、先住民族が独自の政府、法律、経済制度を有する権利を認め、179条は、先住民族の独自の法制度を司法の一部として是認し、国家法は先住民法に優先していないとしている。各民族の代表機関等は、当該民族の文化、慣習、および独自の方法に基づいて先住民族管轄権を有しており、他方で憲法の規定する基本権を保護しなければならない（190条）。さらに、191条は、慣習法の連結点として一人の当事者が先住民である「個人管轄」、法律の定める事件である「法律関係管轄」、そしてある法的な行為が先住民族の領域内で行われ、その結果が領域内で発生する「地域管轄」を規定している。192条は、先住民族管轄のもとで下された決定の拘束力、および国家の先住民族決定を強制する義務を規定している。

2010年の司法に関する法（西:Ley del Órgano Judicial）は、最高裁判所に、国家法法廷と先住民族管轄の間の管轄権に関する紛争を判断する権限を与えている（40条）。そして、159条から163条まで、憲法の条文を写している。また、同年の管轄分界法（西:Ley de Deslinde Jurisdiccional）５条は慣習法の適用についていくつかの制限を定めている。憲法の保護する基本権の他、司法における女性の参加が明記され、そして女性への差別が禁止されている。さらに、高齢者および障害者は、コミュニティーへの義務を怠った場合でも、土地の差し押さえおよび追放が禁止されている[170]。さらに、同条は、子供および女性に対する暴力

是認される必要はないという見解があった。さらに、平等のような原則の追加に対しては、ヨーロッパのリベラル社会から生じた原則として反対する声もあった。Schalvelzon 前掲注（40）471頁。

[170] 先住民であるモラレス前大統領を批判したカルデナス元副大統領は、副大統領として在任中に、自分の居住した地方自治体に財産を充当せず、憲法改正に反対したため、民族の代表的団体に「コミュニティーへの裏切り者」として裁かれた結果、自宅が差し押さえられた上、その妻と子供は、民族から暴力を受けたという事件がある。*Id.* at 481。

事件における和解も禁止している。最後に、リンチおよび死刑を廃止し、死刑判決を下したり実行した者は、殺人罪の下で裁かれることとされている。

同法は、憲法の定める連結点をより具体的に規定する。10条によれば、先住民族管轄権内の事件は、国家法の法廷による裁判が禁止されている。しかし、同条では、先住民族管轄の対象外となる事件として、①刑事事件では、国際法における罪、人道に対する罪、国家防衛に対する罪、テロ罪、脱税、汚職罪または国家が被害者となる罪、違法薬物の取引罪、武器密輸罪、人身売買罪、児童虐待罪、強姦罪、そして殺人罪、②民事事件では、国が当事者または第三者となっている事件、③労働法、社会保護法、税務法、行政法、鉱山法、IT 法、国際法、および国際私法に関する事件、④その他憲法、または法律によって定められた事件を挙げている。

他国と異なり、ボリビアは、西側先進国の国家概念から離れ、独特のモデルを追求していると言える。憲法裁判所も、憲法および法律を解釈する際、現代国家概念を否定する姿勢を示している。例えば、ボリビアの多民族国家（西 :Estado Plurinacional）モデルは、伝統的な植民地、モノカルチャー、共和政体、ネオリベラルの国家概念から離れていると明言した[171]。さらに、コミュニティーの権利は、個人の権利を上回り、新たな国家の設立基準となるとされている[172]。以上の基本権侵害の解釈についての憲法裁判所のアプローチは、西洋の価値観に拘らず、多文化主義に基づいているという見解がある[173]。

また、多民族的な組織体制は、植民地国家の論理を拒否し、自己の信念および知識に基づくものとされている[174]。しかし、こうした多民族国家においても、憲法の最高法規性は維持され、先住民族管轄と慣習法の適用は、憲法によって保護されている基準に違反してはならないとする

---

[171] SCP 698/2013。

[172] SCP 0778/2014。

[173] Zambrano 前掲注 (42) 170頁。

[174] Declaración Constitucional Plurinacional 0006/2013。ボリビア法における違憲審査の判決は合憲宣言（西 :declaratoria de constitucionalidad）または違憲宣言（西 :declaratoria de inconstitucionalidad）と呼ばれている。

判決もある[175]。例えば、慣習法におけるデュープロセスは当該民族の伝統によって定められているが、これらの伝統に違反する決定は違法とされている[176]。また、慣習法の根拠は各民族の記憶および経験にあり、その内容は当該民族の正義感に基づく、民族の調和および平衡への「道」を示している、とされる[177]。例えば、ボリビア憲法裁判所は、民族の伝統における「所有権」を解釈した事件において、当該民族の慣習法における所有の概念を参照した[178]。

既に述べたように、分界法５条は高齢者および障害者に対して、コミュニティーへの義務を怠る制裁としての「追放」を禁じている。しかし、憲法裁判所は、慣習法における「追放」は、先住民族司法制度の独自のコミュニティーを保護する手段であり、国家法の刑罰と同様に憲法に違反しないとした[179]。しかし、「追放」という罰は、最も重要な事件に限られている上、コミュニティーの調和および平衡を求める場合にのみ容認すべきとされている[180]。したがって、離婚を求める女性に関する事件では、罰としての「追放」は違法とされている[181]。

Ｊ．メキシコ[182]

メキシコ連邦憲法は、先住民族に様々な権利を与える。先住民法について、２条Ａ項Ⅱ号は、先住民族の、憲法、人権、女性への尊重に違反しない独自の方法によって紛争を解決する権利を認める。ただし、同条は、先住民法を国家法と同等のものとはせず、代表機関の決定は国家法の法廷によって認可されるべきと定め、その方法は法律で定められるとしている。こうして、国家法の法廷は、代表機関の決定に対して司法審査を行うことができるため、同じように憲法に保護されている先住民族

[175] SCP 1422/2012。
[176] SCP 1203/2014。
[177] SCP 0874/2014。
[178] SCP 0572/2014。
[179] SCP 698/2013。
[180] SCP 0778/2014。
[181] SCP 0924/2016-S1。
[182] メキシコは、連邦国家であるため、州によって先住民法の規制が異なる。本稿では、連邦憲法、および各州における先住民法に関する条文のみを紹介する。

の自己決定権を侵害しているという指摘がある[183]。さらに、連邦憲法21条は、刑事事件の調査は検察庁と警察に、および司法権は国家の裁判所に託している一方、代表機関は以上の権限を持たないとしているため、169号条約５条および８条と矛盾しているという見解がある[184]。

連邦国家であるメキシコでは、先住民族の権利保護は州のレベルでも行われている。連邦憲法２条は、州憲法および法律は、先住民族の権利保護について連邦憲法の定める基準を下回ることができないとしている。31州の中、12州の憲法は先住民族に関する条文を明記している。メキシコ州、ソノラ州、ケレタロ州の憲法は、先住民族の保護を定めるが、先住民法に関する明確な規定は置かれていない。チアパス州憲法10条は、立法、行政、または司法の職員は、先住民に影響を及ぼす決定をする場合、当該民族の文化を考慮しなければならないと定め、スペイン語を話すことができないチアパスの住民には通訳者を通じて手続きをする権利がある[185]。イダルゴ州憲法５条では、先住民族は、独自の生活方法を維持し、また立法、行政、司法において文化や伝統を考慮される権利を有する。ナヤリト州憲法７条２項は、先住民の慣習を維持する権利、および立法、行政、司法において文化や伝統を考慮される権利を規定している。サン・ルイス・ポトシ州憲法１条は、先住民族に公の秩序を違反しない先住民族の生活方法を維持する権利、および立法、行政、司法において文化や伝統を考慮される権利を定めている。

州憲法の中でも、オアハカ州の憲法は、先住民族の権利に関する規定が最も多い憲法である。先住民法に関して、16条は先住民の当事者がいる事件においては、当該民族の言語を理解することができる検察官または裁判官が優先され、いない場合は通訳者の任命を規定し、事件を判断する際、当該民族の慣習を考慮する義務を明記している。チワワ州憲法８条は、刑事または民事の訴訟において、先住民の当事者がいる場合、

---

[183] Cámara de Diputados, Legislación y Derechos Indígenas en México 62 (Mex.) (2010)。

[184] *Id.* at 111。

[185] ただし、条文では「チアパスの住民」と表記されているため、先住民族との関係は不明である。

当該民族の伝統、文化、慣習を考慮しなければならない、とする。また、先住民領域内、同じ民族の先住民同士の刑事事件には、当該民族の独自の方法が尊重されるとされている。

カンペチェ州憲法７条は、先住民族のコミュニティー、および先住民が当事者として参加している裁判では、当該民族のアイデンティティ、価値観、慣習、伝統、文化を考慮する義務を規定している。さらに、先住民に刑罰を与える場合、拘禁刑以外の罰が優先される。ベラクルス州憲法６条は、先住民族が当事者として参加している訴訟では、法的な慣習を考慮する義務を定めている。

こうして、メキシコ各州の州憲法は、連邦憲法21条の定めを守りつつ、先住民族管轄を規定せずに、慣習法の適用のみを定めている。先住民族に関する法律がないバハ・カリフォルニア・スル州、ミチョアカン州、タマウリパス州、そしてサカテカス州を除き、先住民法の適用基準は、各州の法律によって定められている。

Ⅵ. ラテンアメリカにおける法多元主義

A．法多元主義の役割

以上のように、ラテンアメリカでは、先住民法を拒否する国と、その適用を幅広く認める国がある。先住民法の容認は、先住民の人口とは関係がないと考えられる。人口の40％が先住民であるグアテマラにおいて、先住民法の容認が進んでいないのに対して、人口の４％のみが先住民であるコロンビアでは、ペルー、ボリビアのような先住民人口が多い国の司法機関によって参照されるほど国家法と先住民法の調和とそれに関する判例が発展している。また、コスタリカやパナマにおいても先住民は決して多くないにもかかわらず、国家法と先住民法は共存している。

ラテンアメリカにおける法多元主義は、国家法と先住民法のバランスをとることを目的としていると言える。憲法上の先住民法の容認は、ある国における法多元主義と関係があるという指摘がある[186]。そもそも、

[186] ILO, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica 82-83 (Per.) (2008)。

先住民法を認める国では、管轄多元主義と規範多元主義の容認の態様が異なる。管轄多元主義は、基本的に先住民の領域と強い関係がある。先住民法を認めるほとんどの国家では、代表機関は領域内の事件に関してのみ管轄権を有しており、領域外の管轄権を規定しているのはベネズエラのみである。ただし、領域と関連する管轄権を考えるにあたっては、先住民族が領域を設立できるか否かという問題がある。つまり、法律で定められた要件を満たしているかということだけでなく、事実上も、政府が先住民の領域として認めているかという問題である。

また、規範多元主義の実施を検討するには、民事事件と刑事事件とを区別する必要がある。本稿で検討した対象地域の法律では、先住民同士の民事事件に対する管轄権はほぼ制限なしで認められ、場合によってはパナマのように、婚姻の儀式が国家法においても拘束力があるとされることもある。そもそも、リベラルな国家では、個人間の紛争は個人の意思によって解決されることが最も望ましい結果であり、個人の意思を理解するに当たり、文化的な事情は当然に考慮されているとも言える。つまり、先住民法を認める国では、民事事件を解決した代表機関決定に対して司法審査をほとんど行わない。ただし、少なくとも土地の所有に関する事件では、各国において民族の土地は共有地となるため、所有権はコミュニティーにあり、個人には持ち分がない。こうした場合、土地についての争いが生じた場合、個人が主張できる所有権がないため、代表機関の決定を認めない個人は、コミュニティーの決定に抵抗することができず、「追放」となることがある。

これに対して、刑事事件ではキムリッカの「対内的制約」の禁止が表れる。これらの制限は先住民法の容認の根拠となっているリベラリズムおよび多文化主義から生じ、リベラル国家は個人を重視するため、国民に対して生命保護、差別廃止のようないくつかの義務を負う。そして、当事者が先住民の場合においても、国家の国民に対する義務は、先住民族の自己決定権を上回ることとなる。多文化主義は、先住民族の文化を受容することのみを意味するのではなく、ある国家にある文化を調和させるための手段であるため、あらゆる文化を考慮した上で、最低限の規範を定めるものでなければならない。

以上の最低限の規範は、国際法において認められる基本権によって決

まるが、法多元主義の柔軟性によって、代表機関は先住民法の適用によって基本権に違反したとしても国家法に基づく制裁がなされない場合もある。例えば、エクアドルのラ・コンチャ判決[187]について言えば、個人の生命という法益は、コミュニティーへの侵害という観点から解釈できないとして、個人性を優先させる西洋法から考えるのが妥当だと言える。そうでなければ、コミュニティーの利益が個人の生命を上回った場合には、殺人罪を犯しても被告は罪を免れてしまう。ただし、先住民族の代表機関に生命侵害事件に関する管轄権がないとしても、先住民法の調査方法や決定は国家法法廷より素早く進むため、結果として、事実上、一度下された決定が、先住民法の是認原則としての拘束力の下で優先される形となったとも考えられる。

また、リベラリズムにおいては、国家に個人権が侵害された場合、被害者に救済方法を与えるために、国家権力を制限するという手段がある。国家に容認された先住民法の適用にも同じような制限があると言える。既に説明した通り、先住民法が、コミュニティーを優先させ、その結果として個人権を軽視するものであったとしても、先住民が自らの意思でこのような制度に従っていた場合には、原則として問題がないと言える。しかし、場合によっては、民族の代表機関による権限濫用となる可能性がある。例えば、ベネズエラの最高裁判所[188]とペルー最高裁判所[189]が述べたように、先住民の地位を安定させるには、代表機関は、適用される慣習法を予め定める必要がある。そうでなければ、個人は、自分が受けた罰が慣習法によるものか、それとも代表機関が急に考え出したものなのか否かを確認することができない。

ただし、キムリッカの「対内的制約」の禁止には一つ重要な問題がある。つまり、先住民法には基本権という概念がなく、代表機関自体がどのような制限を受けるのかを把握していない場合がある。このような場合、代表機関は、西洋法を研究しその背景を理解した上で、自らに対する制限を知る必要があると思われるが、後述するように、このような調和が

[187] 前注 (75) 参照。
[188] 前注 (160) 参照。
[189] Acuerdo Plenario no. 1-2009/CJ-116。

先住民法の性質に反するものとして批判されている。そもそも、代表機関にとっては、コミュニティーへの影響力が下がるため、先住民法を国家法に譲歩させることは望ましくない。

また、出身の部族から出て一般社会の文化から影響を受けた先住民が、部族に戻った後、部族の慣習の是非を問うような場合に、代表機関またはコミュニティーから批判を受けることがある[190]。特に、児童虐待、児童労働、および女性に対する差別事件は、先住民族内では、男性によって構成されている代表機関が解決することが多い。さらに、代表機関を宗教指導者が務めている民族がある。しかし、パナマ[191]とパラグアイ[192]の「魔法使い」事件から考えてみると、代表機関である宗教指導者からすれば権力を失うことにつながり得るため、当該民族の信念に関連する事件を判断するに際し、「魔法使い」のような神話的の存在を拒否するインセンティブがないと考えられる。

基本権という「対内的制約」の禁止は、先住民の自己決定権を否定しているとはいえず、単に、現代社会において採用された最低限の規範である。先住民族への尊重を根拠とし、国家はこれらの基本権を保護しないこととなれば、もはや国民に対してのみならず、国際法においてもいくつかの問題が生じる。例えば、国際的人権 NPO である人権財団（英：Human Rights Foundation）の2008年１月15日報告書では、2005年11月から2008年２月にかけて、ボリビアの先住民法の下で、リンチによる死刑、不倫の疑いによる女性の生き埋め、拷問といった罰が利用された事件を46件確認することができ、これらは明らかに人権侵害に当たるとされた[193]。ボリビア政府が、以上の罰を是認すると、国民のみならず、国際機関から批判や制裁を受ける可能性がある。

また、各国において、領域内に居住する先住民に関する慣習法を認める傾向にあるが、民族の集団的権利については国家の主権への脅威とし

---

[190] 例えば、ボリビアの元副大統領の事件。前注（140）参照。

[191] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de febrero de 2001。

[192] CJS 前掲注（159）31頁。

[193] Vargas 前掲注（67）255頁。

て評価されることが多い[194]。コミュニティー内の紛争を解決する場合、代表機関が国家から制裁を受けることはほとんどない。むろん、国家法の法廷は、先住民法に対して抵抗があり、これを一般の裁判で適用しないことは差別として評価することもできるが、単なる準拠法の問題としても評価できる。このような背景では、先住民法を是認するラテンアメリカ各国は、積極的に先住民法を管理せず、重罪の場合および当事者が救済を求めた場合にのみ司法審査を行っているため、先住民の慣習法は相当に尊重されていると言える。

B．制度に対する批判

ラテンアメリカの法多元主義は先住民法の適用を認めたにもかかわらず、制度に対してはいくつかの批判がある。第一に、先住民族の権利の幅広い容認を求める者は、キムリッカの議論に対して、先住民族をマイノリティーとして評価すると、先住民族の独特な問題、および自己決定権のような国際条約に認められている権利を軽視することになるとする。先住民族の問題は、もはや先住民にのみ関わるものではなく、人権、民主化、および社会平和と密接な関係を持つという見解がある[195]。

第二に、法多元主義において、先住民法の適用に対する制限が文化的な支配となるとする見解がある[196]。基本権による *a priori* の制限を批判する学者にとって、個人の人権は、先験的な普遍的権利ではなく、人類の経験から生じた普遍的となり得る権利であり、異文化主義に基づく調整によってのみ先住民法への適切な制限を発見することができる、とされる[197]。

---

[194] ILO 前掲注 (186) 82-83頁。

[195] Víctor Toledo Llancaqueo, *Políticas Indígenas y Derechos Territoriales en América Latina: 1990-2004 ¿Las Fronteras Indígenas de la Globalización?, in* Pueblos Indígenas, Estado y Democracia 67, 70 (Arg.) (Pablo Dávalos, comp. 2005)。

[196] Edwin Cruz Rodríguez, *Interculturalidad y Derechos de las Mujeres: Una Discusión Conceptual, in* Justicia e Interculturalidad análisis y pensamiento plural en América y Europa 675, 686 (Marianella Ledesma Narváez cord., 2018) (Peru)。

[197] *Id.* at 686。

第三に、「対内的制約」の禁止は、リベラリズムに基づく先住民の個人的な権利を中心とし、これらを侵害する慣習を持つ民族が否定されることとなる[198]。つまり、国家による先住民族の容認は、民族を支配する手段として、国家の定めた要件を満たす民族のみを認めることとなる。これは、許可された先住民（西 :indio permitido）と呼ばれている[199]。

第四に、先住民が自分の慣習では犯罪として評価されない行為をなした場合、国家法による刑罰を控え、さらに先住民法によっても裁くべきではないという見解がある[200]。

第五に、西洋法による先住民法の容認および管理は、先住民法を歪めることとなる、との指摘がある[201]。この見解は、先住民法には西洋法にない特徴があるものとして、西洋法による管理は妥当ではないと主張するものである。例えば、先住民法では、代表機関は司法の専門家としての「裁判官」と同じ役割を果たすわけではなく、慣習法自体もコミュニティーの信念に基づくため、西洋法のようにまとめることができない。ボリビア憲法改正プロセスでは、先住民族の代表は、論理と価値観が異なるため国家法と先住民法の調和は不可能であるとの意見を提出した[202]。

以上の批判に対しては以下の反論が可能であろう。第一点に関しては、先住民族と他のマイノリティーとを区別する理由が必ずしも明らかではないとも考えられるが、先住民族は、自らの意思で移民して新たなコミュニティーに加わる意図を有しなかったため、白人社会に支配されたものの、自分の独特なアイデンティティを放棄していないのだ、という見解

198 Gallardo 前掲注（71）20頁。

199 José Antonio Lucero, *Ambivalent Multiculturalisms: Persversity, Futility, and Jeopardy in Latin America, in* Latin America's Multicultural Movements: The Struggle Between Communitarianism, Autonomy, and Human Rights 18, 35 (Todd A. Eisenstadt *et al* eds. 2013)。

例えば、ボリビアでは、条件付きの慣習法の容認は、白人による先住民法の解釈として批判された。Villacorte 前掲注（14）43頁。

200 Villacorte 前掲注（14）50頁。

201 Frixone 前掲注（101）226頁。

202 Schalvelzon 前掲注（40）484頁。

がある[203]。しかしこれでは、アフリカから誘拐された奴隷者の子孫や移民の有する慣習法を否定する根拠を説明できない。つまり、先住民族と同じような苦労を経験したマイノリティーに対しては、先住民族のような特別な取扱いはなされていない。むしろ、アジア人や黒人は、社会に統合し、現在においても各国の国民として平等を求め、様々な活動を行っている。このような活動からすれば、文化的なアイデンティティと、慣習法の是認とは不可分の関係ではないと考えられる。

第二点については、先住民族が抵抗している統合と同化の問題が改めて問われる。まず、人権と民主主義は、国家の存在を前提としている。しかし、第Ⅱ章で説明した通り、先住民族は国家の支配に対して様々に抵抗しており、場合によっては国家による支配を否定する傾向もあると言える。そうであるとすれば、先住民が、国家の定めた規範および国家の運営方法であるデモクラシーを根拠として、権利の保護を求めることは納得し難い。

また、人権は、国家によって保護され、国家に対抗し得る一つの手段としての個人を重視する。これに対して、個人を軽視する先住民族について、集団的権利の問題を人権問題として主張すると矛盾が生じる。人権という概念を認めない先住民族に、人権に基づいて自治制度を認める妥当性も問われる。そして、デモクラシーを採用しない独自の生活方法の維持を求めつつ、民主化によって発生した権利のみを主張し、「国家」への義務を否定することは説明し難い。こうした場合、先住民族は、人権と民主化を主張するならば、一般社会と統合し、同化をすべきではないかという疑問が生じる。

第三点の「対内的制約」の禁止が先住民族の否定につながるという見解は極端であるという批判がある。特定のグループがより広い社会に認められない慣習を有していたとしても、このような慣習が制限されることによって、グループ自体が否定されるわけではない。さらに、メスティーソやその他の混血の者が先住民族に差別されることもある。例えば、ボリビア憲法改正プロセスにおいて、メスティーソの代表は、先住

[203] Jim Reynold, Aboriginal Peoples and the Law: A Critical Introduction 3 (2015)。

民族の提案した原則はあくまでも民族の慣習を示すものであって、メスティーソとしての考慮がなされていないと述べた上で、メスティーソの価値観に基づく原則の追加を求めた[204]。

このような背景は、ボリビアに限られない。既に紹介した、多文化を容認する憲法は、先住民族の文化保護と多文化主義保護に区別することができる。前者は、先住民族の文化のみを認めていると考えられる。しかし、パナマのようにかねてから事実上、多文化主義を採用している国では、アジア系やアフリカ系等と比較して、先住民族だけが特別な地位を有するわけではない。つまり、多文化主義を求めるラテンアメリカの国では、すべての国民文化が、平等に、平和的に交流できることを目的とし、その中で、先住民法は条件付きの特別な位置が与えられたに過ぎない。

第四の見解は、先住民であることを理解として免罪を求めているに過ぎず、不当であるとする批判がある。国際法、国家法に規定されている「文化の配慮」は、一般社会と交流しない先住民を保護するためにある。確かに、一般社会と交流しない民族は、社会の最低限の規範を把握していないため、原則として、このような保護を拒否する理由がない。ペルー最高裁判所[205]の指摘した通り、先住民の関わった事件において、「文化の配慮」を根拠として免罪や減刑が認められることもある。しかし、子供に対する性犯罪のような行為は、慣習法の根拠で決して許されるべきではないだろう。

また、多くの国では、「文化配慮」の限界は法律上明示的に規定されていない。つまり、当事者である先住民と一般社会との交流の程度の確認方法が問題となる。例えば、メスティーソの事件、あるいは出身地を出て都市部に移動した先住民の関わる事件の場合、「文化配慮」の消滅時点は不明である。そもそも、先住民族の自己決定権が尊重される国では、国家法による実体法がこうした事件に対する明確な基準を規定することは望ましくないとも考えられる。このような事件では、民族慣習の調査のみならず、先住民族である被告人への調査も必要である。

---

[204] Schalvelzon 前掲注 (40) 470頁。

[205] Acuerdo Plenario 1-2015/CJ-116。

最後に第五の批判は、法多元主義自体を誤解しているというものである。先住民法を容認しているラテンアメリカの国家は、主権を完全に放棄しているわけではない。先住民族に植民地化プロセスによって押し付けられた国家概念に対して抵抗があるのは確かであるが、法律上および事実上、国際社会は国家という概念を中心としている。

そして、既に説明したように、先住民法を認める国では、国家法と先住民法のバランスこそが最も重要な問題である。国家法は、先住民法に管轄権を譲るに際して、国際基準への尊重を求め、両制度の調和を目的としている。「対内的制約」の禁止による先住民法の制限については既に述べた。そして、書面による提出を求めるコスタリカ以外、対象地域の法律では、先住民法に対して特定の形式要件は必要とされていない。さらに、コスタリカの先住民族は、自ら国家法との調和を求め、先住民法による決定を書面で記録する。現代社会における法多元主義による国家法と先住民法のバランスにおいては、国家の存在は前提とされており、国家権力を無視した法多元主義を訴える民族の主張を理解することは難しい。西洋国家モデルの再構築を試みたとしたボリビア憲法改正においても、現代国家概念は拒否されているわけではない。つまり、各民族の先住民法を認めた上で、すべての民族を管理する原則を採用していると言える。

Ⅶ. 結語

ラテンアメリカでは、1970年以降先住民の権利保護問題に関する議論が進んでいる。近年、国際条約および国内法に規定されている先住民族の自己決定権、財産管理、および政治的参加の権利に関する問題が重視されている。これらの問題は、各国における差別問題と深い関係がある。これに対して、先住民法、特に先住民族の領域内における先住民法の適用は比較的に認められていると言える。

本稿の対象地域の中において、10か国は多文化主義に影響され、先住民法に関して法多元主義を採用している。これらの国では、国際法に規定されている先住民管轄権と慣習法の適用を認めている。そして、先住民法の容認およびその発展と国家法との関係は、先住民の人口割合に影

響されていないと考えられる。

さらに、これらの10か国では、規範多元主義と管轄多元主義とが認められているが、実務上ではいくつかの問題が残されている。特に、国家法の法廷は、代表機関の決定についての司法審査を行う場合、当該民族の慣習を把握することができるかという問題がある。さらに、代表機関および先住民は、国際法上ないし憲法上保護されている基本権を理解していない場合が多いため、先住民族は国家法による制限を差別として評価することがある。前者について、いくつかの国は、先住民族と協力し、司法職員向けのセミナー等を行っている。

後者を解決するには統合と同化の回避という大きな壁がある。国際法では、先住民族の自己決定権として、一般社会への統合と同化は回避されている。しかし、先住民族は基本権という概念を持たないため、これらの権利を説明するためには、ある程度国家の活動が必要となるところ、国家が先住民の教育機関において西洋法の基礎となる権利概念を紹介した場合、これが統合と同化として代表機関によって批判される可能性がある。

また、先住民法の内容についても議論がある。つまり、民族コミュニティー全体と個々の先住民にとって、先住民法における「望ましいと思われる慣習」の範囲は必ずしも同じものではない。個人としての先住民（特に女性）が平等を求め、現代国家の基礎を民族に導入すること望む場合、代表機関がそれを認めるか否かが問題となる。自らの社会的地位および権力を保護するために、代表機関は、文化交流によって導入された新たな見解が「伝統」に違反するものと主張し、反対することが予見できる。代表機関の反対は、先住民族の文化や伝統、文明等とは関係なく、自分の地位を守るための単なる人間の心理として考えられることもあろう。

特に、女性と子供が自分の権利を認識するほど、差別的と思われる慣習に反対することになるだろう。国家は、女性と子供を保護する義務があるため、これらの権利に関する教育活動を積極的に行っている。このような場合、国家法と先住民族自己決定権との対立を避けることはできないと考えられる。

法多元主義は、弱者に対する差別となる行為を正当化するためにある

のではなく、個人に最も妥当な紛争解決方法を選択できる自由を与えるためにある。

しかし、以上の問題にもかかわらず、先住民族に、他のマイノリティーにない管轄権等のような特別な制度が認められていることは、ラテンアメリカの法多元主義の成果であると言えるだろう。

論　　説

戦後日本の地方議員の政党化に関する研究（2）

―― 都道府県議会の無所属議員を中心として* ――

崔　　碩鎭

目　次

序章　目的と課題
　第一節　背景
　第二節　課題と構成
第一章　理論的枠組み
　第一節　先行研究と問題の所在
　第二節　無所属議員の発生メカニズム
　第三節　政党間競争における構造的要因
　第四節　分析対象とデータ　（以上、前号）
第二章　都道府県議会議員の政党化における政党間競争の影響
　第一節　都市化および多党化要因の再検討
　第二節　分析の枠組みと方法
　第三節　政党の選挙区対応の分析
　第四節　政党間競争仮説の実証分析
　第五節　小括　（以上、本号）
第三章　選挙区レヴェルにおける政党間競争の規定要因
　第一節　分析方法と課題
　第二節　選挙区構成の変化と政党の対応
　第三節　都市化の進展と政党の対応

*本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2019年6月28日授与）「戦後日本の地方議員の政党化に関する研究:都道府県議会の無所属議員を中心として」を加筆・修正したものである。

第四節　政党間の競争構図と政党間競争の規定要因
第五節　小括
終章　結論
第一節　知見
第二節　含意
第三節　課題

第二章　都道府県議会議員の政党化における政党間競争の影響

本章では都道府県議会議員選挙における政党間競争が無所属議員の増減にどのような影響を与えてきたのかを検討する。そのために、まずは地方議会における政党間競争に関するこれまでの研究、とりわけ政党間競争を都市化ないしはそれに伴う多党化の結果として捉える従来の研究を批判的に検討し、それを踏まえて本稿の立場と本章の課題をまとめる。

第一節　都市化および多党化要因の再検討

１．問題の所在

地方議会の政党化はこれまで、おもに各地方の人口規模や都市化との関係から説明されてきた[1]。特に政党間競争との関係においては、1960年代以降の都市部を中心とする多党化の進展が注目を集めてきた。すなわち、都市化は多党化ないしは政党間競争をもたらし、その結果として政党化が進むという理解であった。ここでいう都市化と政党化とのあいだの因果関係については、これまで明確にされてはいないが、全体的な文脈から推測すると、両者は直接的な因果関係にあるというよりも、多党

[1] 例えば、天川晃「地方政治と政党」成田頼明編『現代社会と自治制度の変革』（学陽書房、1974年）、308－310頁。①村松岐夫・伊藤光利『地方議員の研究：日本的政治風土の主役たち』（日本経済新聞社、1986年）、80－83頁。②同「市町村会議員の政治化と地域社会の社会経済的特質：京都府市町村会議員調査（1）」『法学論叢』107巻３号（1980年）、87－89頁。依田博「地方政治家と政党」『年報行政研究』30号（1995年）、２頁。井田正道「市議会における党派別勢力」『政経論叢』74巻５-６号（2006年）、69－85頁。

化に伴う政党間競争の激化を媒介とした関係にあるように思われる。

そして、こうした見解を裏付ける根拠としては、次に掲げる表２－１に示されるように、人口規模が大きくなるほど多党化が進み、無所属議員が減少し、各政党の議席占有率が高まることが挙げられている。

表２－１　市町村会議員の政党化と人口規模（京都府下）[2]

政党所属	人口規模				
	7,500人未満	13,500人未満	33,500人未満	70,000人未満	70,000人以上
自民党	9.4	13	14.3	15.2	25
社会党	3.1	3.7	8.9	10.5	16.7
公明党	3.9	6.5	3.6	5.7	6.9
民社党	1.6	3.7	4.5	9.5	15.3
共産党	5.5	6.5	10.7	7.6	26.4
社民連	－	－	0.9	2.9	－
政党所属議員（小計）	(23.6)	(33.3)	(42.9)	(51.4)	(90.3)
無所属議員	76.4	66.7	57.1	48.6	9.7

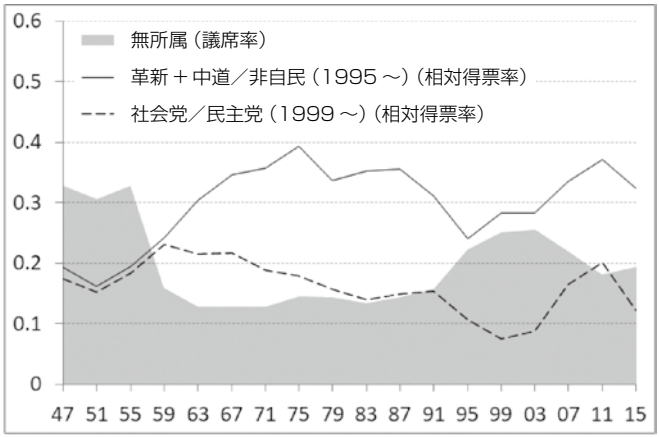
注）表の３段目以下の数字は百分率を示す。

しかし、このような見解は大きな問題を抱えている。それは、もしこの説明が正しければ、無所属議員比率の時系列的な変化は多党化と逆の関係にあることが示されなければならないが、次の図２－１に示すように、多党化と政党化との比較からは、むしろ予想に反する結果が得られたからである。この図２－１は都道府県議会議員選挙における無所属議員の議席率と、1995年までの社会党（1999年以降は民主党）の相対得票率、そして革新・中道系政党（1995年以降は非自民政党）の相対得票率をそれぞれ示したものである[3]。

[2] 村松・伊藤・前掲注（１）①、82頁。

[3] 図２－１に示す項目のうち、1991年までの「革新＋中道」には、社会党・共産党・民社党（1963年～）・公明党（1963年～）・社会民主連合（1979年～）が含まれており、1995年以降の「非自民」は、自民党を除いた全ての国政政党を対象としたものである。また、1955年選挙の社会党には、左右両派社会党と労働者農民党が含まれている。

図２－１　多党化の進展と政党化の推移：1947 ～ 2015年



注）1951年までの選挙結果は自治庁選挙部編『地方選挙結果調』(1956)より、その後は各都道府県選挙管理委員会の選挙資料より作成。

ここで「革新＋中道」の相対得票率を、「多党化」を表すものとみなし、「多党化に伴う政党間競争の激化は、都道府県議会議員選挙における政党化を促すおもな要因である」と仮説を立てると、次のようなことが指摘できる。

まず多党化を表す「革新＋中道」の相対得票率の推移は、共産党が復活し、民主社会党（69年に民社党に改称）が結成され、公明党が登場する1963年選挙以降に顕著となり、1975年選挙で頭打ちとなっている。これに対して、都道府県議会の政党化は、55年体制の成立直後と、1990年代の政界再編期に大きく変化しているものの、1963年選挙から1991年選挙にかけては、ほぼ横ばいになっている。つまり、都道府県議会の政党化は、多党化が顕著な時期はもちろん、55年体制の全期間にわたってほとんど進んでおらず、微増ではあるが、むしろ無所属議員の割合が増加する傾向すら認められるのである。かかる結果は、都道府県議会の政党化に対する政党間競争の影響を考えるとき、いかに説明できるだろうか。

第一に指摘されるべきは、従来の研究の主眼が、政党化に対する政党間競争の影響を明らかにすることよりも、都市化という社会経済的変化が地域社会の多元化をもたらすとの議論を正当化することに置かれてい

たという点である。それゆえに、この議論では、1960年代以降の多党化以外に、政党間競争に影響を及ぼし得る他の契機に目が向けられず、また政党化における多党化の影響に関する検証も、大都市＝多党化＝政党化という図式のもとで、一時点の横断面データにのみ依拠して行われたのである。

第二に、しかし他方で、多党化の進展状況が政党化の推移と一致していないからといって、それが必ずしも政党間競争と政党化の関係を否定しているわけではないことを指摘しておく必要がある。つまり、政党間競争は、図２－１に示すように、多党化の進展にかぎらず、1959年選挙における政党化の進展のように、保守と革新の対決構図が鮮明になったことによって促進されうるということである。

そこで、第三に、新たな課題として浮上するのは、多党化はなぜ政党化を進展させなかったのか、そして多党化はどのような政党間競争をもたらしたのかを明らかにすることである。ここで一つの手掛かりとして考えられるのは、多党化がおもに都市部を中心に進展し、そのために政党間競争が極めて限定された範囲内で展開した可能性である。それについては、次章でさらに詳しく検討することにし、ここではこれらの問題意識を足がかりに、以下にまとめる研究課題に取り組むことにしたい。

２．研究課題

都道府県議会の政党化に関する本稿の立場は、政党間競争に着目している点では従来の都市化仮説の研究と同じであるが、必ずしも都市化や多党化を前提としていない点においてそれとは異なる。このような立場に立ち、本章では次のように課題を設定し、本稿の立場の妥当性について検討する。

まず政党間競争を測定する方法に関するこれまでの議論を概観したうえで、都道府県議会議員選挙を分析するのに適した方法を検討する。続いて政党間の競争性の分析は次の二通りの方法で行う。第一は、次節で検討する政党間の競争性を表す指標を用いて、その時系列的変化が政党化の推移と連動しているか否かを検証する。第二は、前章で提示した［仮説１］を検証するために、「非競争区」を設定して選挙区レヴェルにおける政党間競争の有無が政党化に与える影響を確認する。

第二節　分析の枠組みと方法

１．政党間競争の測定方法

これまでの研究において、政党間競争を測定する方法は、政党候補の分布と政党得票率の均一度（homogeneity of party support）のふたつに大別することができる。前者は政党の選挙区対応（公認候補の擁立）の広がりを示し、後者は政党候補の得られた得票が地域的にどれほど均一であるかを示す指標である[4]。このうち、政党候補の分布の指標としては、コーンフォードの各政党における「当選確実な議席 safe seats」[5]と、アーウィンの「無投票当選議席 uncontested seats」[6]が代表的であるが、カラマーニはこれらをさらに拡張し、政党候補の存在する選挙区数の割合（territorial coverage index、以下、選挙区対応）という指標を提案した[7]。この指標は、基本的に地域（または選挙区）全体に占める割合で示される。

他方、政党得票率の均一度を表す指標は、そのほとんどが全体（全国）平均に対する地域または選挙区のバラツキの程度を表すものである。かつてシャットシュナイダーは、政党支持における全国化の度合、つまり得票率の全国的均一度を、主要政党の得票差が僅差である州の合計や（民主党の）得票率偏差（絶対値）から示したことがある[8]。近年においては、

---

[4] Daniele Caramani, *The Nationalization of Politics: The Formation of National Electoratesand Party Systems in Western Europe*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004, pp. 60-63.

[5] J. Cornford, “Aggregate Elections Data and British Party Alignments, 1885-1910,” In E. Allardt and S. Rokkan (eds.), *Mass Politics: Studies in Political Sociology*, New York: The Free Press, 1970, pp. 107-116.

[6] Derek W. Urwin, “Territorial Structures and Political Development in the United Kingdom,” In S. Rokkan and Derek W. Urwin (eds.), *The Politics of Territorial Identity: Studies in European Regionalism*, London: Sage, 1982, pp. 19-74.

[7] Caramani, *op. cit.*, p. 61.

[8] Elmer E. Schattschneider, *The Semisovereign People: A Realist’s View of Democracy in America*, NewYork: Holt, Rinehart and Winston, 1960, pp. 82-90（内山秀夫訳『半主権人民』而立書房、1972年）

分散や標準偏差、平均絶対偏差（mean absolute deviation）、Lee index などがより一般的に用いられているが[9]、これらの指標は政党の大きさによって偏りが生じ、また標準化されていないために値に上限がないという問題がある[10]。この問題に対しては、変動係数（coefficient of variation）のように、標準偏差を平均で割ることで補完できるが、これもバラツキが大きく、上限値がないとの指摘がある。このような問題についてカラマーニは、変動係数と同様に分散をもとにしつつも、政党の大きさと地域（または選挙区）数による偏りを調整したIPR（index of party regionalisation）を提案している[11]。ほかにも、ローレンツ曲線の面積比に基づき、所得や資産などの分配の集中度や不平等さを測るジニ係数を用いる方法が紹介されている[12]。

２．競争指標と非競争区

（１）政党の選挙区対応

本稿の研究仮説は、政党間の競争様態を表す指標として、サルトーリの「準競争状況」という概念に基づき、「政党数が１以下の選挙区」をその操作的定義としている。そのため、競争指標としては各政党の選挙区対応がどれほど広いかというそのカヴァレッジで政党間競争の度合を表す、カラマーニの「選挙区対応」を採用することが適切であると考える。特にこの指標は、政党公認の候補者が存在する選挙区数の割合で示されるため、複数の政党によって地域的に分割された競争から全国的規模で対等に競い合う競争へ、という政党間競争の様相変化を捉えるうえで有用であると考えられる。

---

[9] Adrian Lee, “The Persistence of Difference: Electoral Change in Cornwall,” Paper presented at the Political Studies Association Conference, Plymouth, 1988.

[10] Peter J. Taylor and Ron Johnston, *Geography of Elections*, New York: Holmes and Meier, 1979, pp. 152-153.

[11] Caramani, *op. cit.*, p. 62.

[12] Mark P. Jones and Scott Mainwaring, “The Nationalization of Parties and Party Systems: An Empirical Measure and an Application to the Americas,” *Party Politics*, Vol.9, No.2, 2003, pp. 139-166.

ただし、この「選挙区対応」の指標には、各政党の選挙区対応がどれほど広範囲にわたっているのかを示すことはできるものの、政党それぞれがどの程度重なっているかを確認することができないという限界がある。特に日本の地方議会のように、自民党とそれ以外の政党のあいだの勢力差が大きく、しかも都市部を中心とした野党の多党化が進んでいる場合には、重複による多党化の過大評価を回避できないという問題が生じる。そこで、本章ではこうした問題に対処するために、自民党以外の主要政党を同一政党とみなした「政党群」を設けることとした。

（２）非競争区

次に、以上のような選挙区対応の指標を用いた分析に加えて、「非競争区」を設定し本稿の政党間競争仮説（仮説１）の検証を試みる。ここで非競争区の分析は、政党間競争の有無を基準にするものであり、それによって無所属議員比率の平均値がどの程度異なるかが分析の焦点となる。前章で述べたように、選挙区内に対立する政党が存在しない状況下では、政党ラベルへの「政党投票」とともに無所属の組織化や公認候補を擁立する誘因が低下し、それゆえに無所属が当選しやすくなることが予想される。

第三節　政党の選挙区対応の分析

１．政党群の設定

本節では、政党別の選挙区対応を求め、政党間競争の度合を測定する。多党化の影響を確認するために政党群を設けることとしたが、その内訳は次の通りである。

1955年選挙から1991年選挙までは、社会党と共産党、労農党（1955年）、民社党（1963年以降）、公明党（1963年以降）、社民連（1979年以降）を同一の政党とみなして「革新＋中道」で示した。また1995年選挙から2015年選挙までは、自民党を除くすべての国政政党を同一政党とみなし、「非自民」で示した。「革新＋中道」と「非自民」にそれぞれ含まれる政党の基準が異なるのは、1993年の政界再編とその後の政党の離合集散を考慮したためであるが、実際に「革新＋中道」に属していない国政政党は、

自民党を除けば新自由クラブだけであり、ふたつの「政党群」を同等に扱っても差し支えないと考えた[13]。

なお、共産党の選挙区対応の変動が激しいことを考慮して、「革新＋中道（非自民）」から共産党を除いた政党群（「非共産」）をあらたに加えることとした。そして、自民党の結成と社会党の統一する以前の時期に当たる1955年４月の統一地方選挙については、分析の便宜上、日本民主党と自由党を自民党とみなし、左右両派社会党も同様に同一政党として扱った。

２．政党の選挙区対応

次に掲げる表２－２は、1955年から2015年までの主要政党の選挙区対応状況を、年度別選挙区総数に占める割合で示したものである[14]。

この間の主要政党の選挙区対応の特徴は、以下のとおりである。

第一に、1959年選挙で政党全体の選挙区対応が増加した。この選挙では、政党が公認候補を立てた選挙区数（「全政党」）の比率が97.4％となり、前回の1955年選挙の92.4％から5％ｐ上昇した。さらに、1959年選挙では選挙区の数が前回より104も増えたことを考えると、やはり55年体制の成立による保革の対決構造が都道府県レヴェルにまで浸透していたことが窺える。

第二に、1959年の選挙区対応の上昇を牽引したのは自民党である。自民党は前回の1955年選挙より211多い1,048の選挙区で候補者を立てた。これに対して社会党は、同選挙で前回より72多い706の選挙区で候補を立てたものの、増加率では0.7％ｐの微増にとどまった。

第三に、多党化による影響は限定的であった。公明党は、選挙区対応を1963年選挙の4.2％から1975年選挙の18.5％にまで着実に増やし続けた

---

[13] 新自由クラブの選挙区対応は、1979年選挙で7.3％、1983年選挙で3.5％、1987年選挙で1.1％（1985年の東京都議会選のみ）である。

[14] 本稿では、1995年までの社会党、1999年以降の民主党を第二党として扱っているが、得票率を基準とする場合、1999年と2003年選挙で第二党は共産党である。共産党は、この時期それぞれ7.8％と6.5％を獲得したのに対して、民主党は5.5％と6.0％を獲得するにとどまった。

表２－２　主要政党の選挙区対応：1955 ～ 2015年

		選挙区対応（%）								
年度	選挙区数	全政党	自民	社会（社民）	共産	公明	民社	（新進）民主	革新＋中道（非自民）	非共産
1955	1,026	92.4	81.6	61.8	11.8	−	−	−	64.5	61.9
1959	1,130	97.4	92.7	62.5	10.9	−	−	−	63.6	62.5
1963	1,144	97.2	91.2	59.3	15.5	4.2	18.0	−	63.0	61.4
1967	1,145	96.6	91.6	57.7	37.6	9.0	15.9	−	66.6	59.2
1971	1,155	96.5	92.2	51.1	40.8	10.0	15.2	−	63.5	53.2
1975	1,203	96.7	85.6	56.9	66.6	18.5	13.5	−	77.6	58.9
1979	1,211	93.7	86.5	45.4	27.3	15.3	11.7	−	53.2	48.7
1983	1,229	99.2	88.9	40.4	85.5	15.9	12.4	−	89.6	45.0
1987	1,232	95.0	90.5	35.1	49.4	16.2	10.6	−	63.5	40.3
1991	1,236	91.8	88.6	40.5	26.5	13.9	9.3	−	48.9	43.7
1995	1,246	89.2	82.0	30.0	28.5	13.5	0.3	(15.0)	(47.4)	41.2
1999	1,246	90.1	93.1	(10.6)	38.5	13.6	−	19.9	(46.5)	32.1
2003	1,254	90.4	84.9	(8.1)	33.4	13.8	−	21.5	(42.1)	30.9
2007	1,156	91.5	87.4	(6.5)	29.8	15.4	−	39.7	(50.8)	44.5
2011	1,137	91.8	83.4	(5.3)	24.4	15.5	−	50.7	(58.0)	54.9
2015	1,109	93.6	91.3	(4.4)	29.8	16.0	−	34.4	(47.5)	40.8

のち、やや減少傾向に転じるが、その後も大きな変化は認められない。また、民社党は1963年選挙での18.0％から減少傾向をみせるが、1975年選挙までは15％前後を推移していた。しかし共産党を除いた「非共産」の値をみると、1963年選挙から1979年選挙にかけては、社会党単独より1.5 ～ 3.3％ p（平均2.2％ p）高い状況にとどまっており、この間、1975年選挙を例外として明らかな減少傾向にあることが認められた。

第四に、1995年選挙以降は全般的な退潮傾向がみられるなか、特に1995年選挙では自民党、1999年選挙では非自民政党の減少が顕著である。しかし、こうした状況は2007年選挙以降、全体的に回復傾向に転じ、特にこの時期の民主党は、2007年選挙では1980年代の社会党、2011年選挙では1970年代の社会党の水準にまで対応選挙区の数を増やした。

以上のように、政党の選挙区対応の分析からは、①55年体制成立による政党間競争性の増加、②多党化の影響の限定性および「非共産」選挙区対応の減少傾向、③政界再編以降の政党間競争性のさらなる減少などの事実が示された。

第四節　政党間競争仮説の実証分析

前節の分析では、政党間競争において、55年体制の成立と政界再編による影響が大きかったことが示唆されたが、多党化による影響はほとんど見当たらなかった。それは、都道府県議会議員選挙における政党間競争が非常に制限された形で行われ、その結果、政党間競争が事実上行われない選挙区が多数存在していることを示唆すると考えられる。そこで、以下では政党間競争が事実上行われていない選挙区、すなわち同一選挙区内に政党が一つ以下である選挙区を「非競争区」として抽出し、その推移から読み取れる特徴を述べ、さらに政党間競争の有無が政党化に与える影響について検証を行う。

1．非競争区の推移

次に掲げる図２－２の上図は、非競争区が総定数に占める割合を選挙年別に示したものである。55年体制の成立直後（1959年）の変化を測定するために、後に自民党に合同する（旧）自由党と（旧）民主党（1947年の国民協同党をも含む）を同一政党と見なし47 ～ 55年区間に限って「非競争区（保守）」で示した。また同図の下図は、選挙区内に自民党（55年までは前記の保守）候補が存在しない場合と、自民党以外の政党候補が存在しない場合に分け、それぞれに該当する選挙区の定数合計を総定数に占める比率で示したものである。そして前節と同様に、いずれについても共産党を含むものと否とに分けて示した。

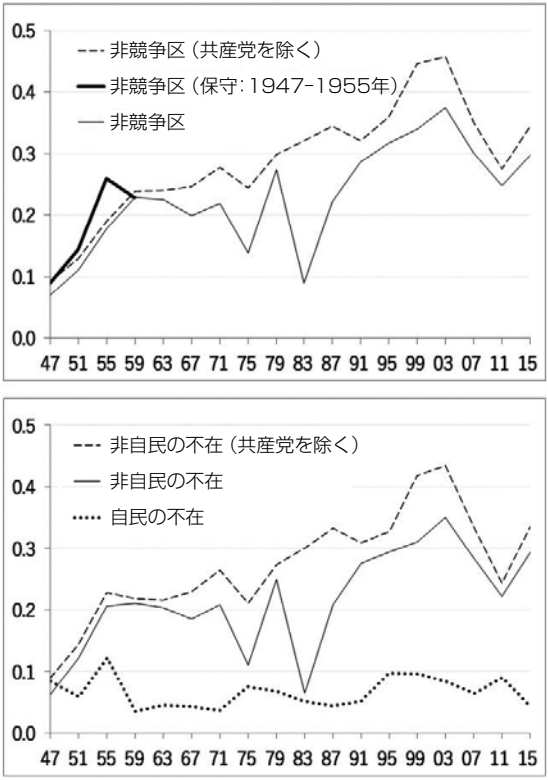
この図からは、以下のような特徴が指摘できる。

第一に、55年体制成立による影響が観察された。非競争区の推移（太い実線）は1959年選挙で減少しており、「保守」の政党群を設定しない場合（細い実線）でも増加傾向の鈍化が確認された。また、非競争区の全体的推移（細い実線と破線）は、多少の変動はみられるものの、2003年選挙以降減少に転じるまで総じて増加し続けている。

第二に、多党化の効果は限定的であった。共産党の選挙区対応が特に多かった1975年選挙と1983年選挙を除けば、全体の傾向を変えるほど著しくないことが分かる。

第三に、1990年代の政界再編以降、非競争区が急増したのち、急増と

図２－２　非競争区の推移：1947 ～ 2015年



注）図の縦軸は、総定数に占める割合を示す。1947年は32都道府県（岩手・秋田・栃木・千葉・石川・山梨・長野・愛知・三重・滋賀・京都・香川・長崎・宮崎の各府県を除く）、1951年は41都道府県（栃木・千葉・山梨・滋賀・長崎の各県を除く）、55年以降は全国を対象にしている。

急減を繰り返しているが、これは1999年以降の選挙で非自民政党の選挙区対応（表２－２を参照）の増減が顕著となったことによるものと考えられる。そして、こうした政界再編による影響ののち、2003年選挙を頂点として非競争区は減少傾向に転じるものの、近年再び増加傾向にあることが示されている。政界再編の前後の変化について、時期を区分して確認してみると、非競争区は1947年選挙から2015年選挙までの総定数対比で23.4％（11,461人）、選挙区数対比では40.1％（8,124区）であるが、時

期を1995年選挙以降に限定すると、総定数対比で31.4％（5,314人）、選挙区数対比で52.2％（3,730区）となる。つまり政界再編以降、全選挙区の半数以上が政党間競争の存在しない選挙区となっているのである。

第四に、図２－２の上図と下図を比較すると分かるように、上図の「非競争区」のラインは、下図の「非自民の不在」のそれとほぼ一致している。これは都道府県議会議員選挙における政党間競争が、基本的に非自民政党の選挙区対応にかかっていたことを示すものと考えられる。そして、「非自民の不在」は「非競争区」と同様に、2003年選挙以降低下傾向に転じるまで、増減を繰り返しながらも全体的に増加傾向を示している。これに対して、「自民の不在」は、1975年選挙と1995年選挙のように、一度増加したのちに徐々に減少するというパタンを繰り返しながらも、長期的には穏やかな増加傾向を示している。

２．都道府県議会議員の政党化における政党間競争の影響

これまで本章では、都道府県議会議員選挙における政党間競争が同議会の政党化にいかなる影響を与えてきたかについて、主要政党の選挙区対応ならびに非競争区のそれぞれの推移を比較する方法で分析を行った。その結果、政党間の競争様態は、ほとんどの場合において政党化と連動していることが示された。これらの結果を踏まえ、以下では、政党間競争の有無が無所属の割合に実際にどの程度影響していたのかについて、さらに分析を進める。

表２－３は、選挙区レヴェルにおいて政党間競争が行われている場合（競争区）と、そうでない場合（非競争区）とに分け、それぞれの無所属議員比率を示したものである。その結果、1947年選挙から2015年選挙までの全期間平均で、非競争区の無所属議員比率は36.97％となり、競争区13.96％の約2.65倍高いことが示された。分析期間を55年体制期（1959～1991年）に限定してみると、非競争区での無所属比率は約31.73％で、競争区の9.44％の約3.36倍となった。

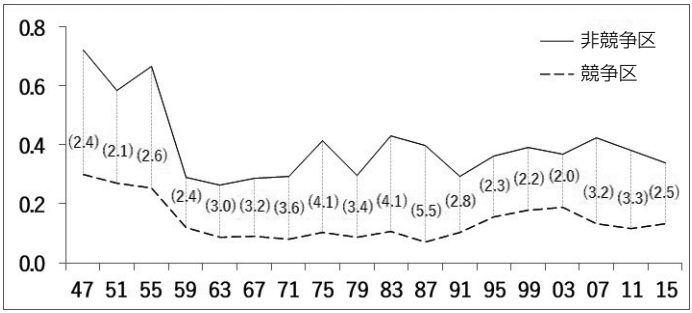
表２－３　政党間競争の有無と無所属比率：1947～2015年

競争区				非競争区			
選挙区数	定数合計	無所属	平均	選挙区数	定数合計	無所属	平均
12,128	37,559	5,245	13.96％	8,124	11,461	4,237	36.97％

注）都道府県の内訳については図２－２の注を参照。

さらに、こうした競争区と非競争区との間の平均差が、全ての分析期間において観察されるかどうかを確認するために、選挙年別にそれぞれの無所属比率を示したのが次の図２－３である。この図からは、1959年選挙と1995年選挙以降のように、国政レヴェルにおける政党間関係の変化によって、推移に多少の変動は生じるものの、非競争区における無所属比率は競争区よりも一貫して高い値を示していることが分かる。これらの結果から、選挙区レヴェルの政党間競争が都道府県議会議員の政党化に影響を与えるという本稿の基本仮説は、ほぼ裏付けられたと考えてよいであろう。

図２－３　政党間競争の有無と無所属比率の推移：1947 ～ 2015年



注）括弧内の数字は、競争区における非競争区の倍を表す。都道府県の内訳については図２－２の注を参照。

第五節　小括

本章では、都道府県議会議員選挙における政党間競争が、同議会議員の政党化を促す主たる要因であるとの仮説のもと、政党間競争を表す選

挙区対応のカヴァレッジ、および政党間競争が制限された「非競争区」に着目し、1947年から2015年にかけて実施された都道府県議会議員選挙のデータを使って分析を行った。

選挙区対応の分析からは、55年体制の成立による政党間競争の激化と、政界再編による政党間競争の弛緩が示唆された。これは都道府県議会議員の無所属比率の推移と一致する結果である。そして政党間競争の有無による無所属比率の比較分析からは、政党間競争が行われていない選挙区の無所属比率が、政党間競争が行われている選挙区よりも一貫して高い値を示していることが確認された。これらはいずれも本稿の仮説を支持するものである。

他方で、政党間競争に対する多党化の影響はほとんど認められなかった。その背景には、多党化が都市部を中心に展開されていたことがあるが、それはまた、都道府県議会議員選挙における政党間競争が非常に限定されたかたちで行われてきたことを意味するものであると考えられる。

以上のように、都道府県議会議員の政党化が、政党間競争の態様によって規定されるとするならば、次なる課題は、政党間競争に影響を及ぼす要因を明らかにすることであろう。これについては、次章で検討する。

論　　説

債権譲渡制限特約の効力に関する比較法的研究（４）

楊　　瑞賀

目　次

序　章
　第１節　問題の所在
　第２節　本稿の課題
　第３節　本稿の視角と構成
第１章　日本における議論の現状と問題点
　第１節　伝統的な枠組み
　第２節　近時における議論の展開　（以上、71巻６号）
第２章　日本における民法改正の経緯と議論（その１）
　第１節　改正法466条２-３項の趣旨と改正過程
　第２節　改正法466条４項・466条の３の趣旨と改正過程
　（以上、72巻１号）
　第３節　改正法466条の２の趣旨と改正過程
　第４節　改正法466条の６の趣旨と改正過程
　第５節　改正法469条の趣旨と改正過程　（以上、72巻２号）
第３章　日本における民法改正の経緯と議論（その２）
　第１節　問題意識
　第２節　民法（債権関係）部会における議論の推移
　　第１款　第１ステージでの議論
　　第２款　第２ステージでの議論
　　第３款　第３ステージでの議論
　第３節　民法改正の経緯の与える示唆
第４章　日本改正法における債権譲渡制限特約の全体像の分析
　第１節　問題意識

第２節　譲渡制限特約の機能
第１款　相殺利益の確保
第２款　過誤弁済危険の防止
第３款　事務手続煩雑化の回避
第４款　紛争に巻き込まれるリスクの回避
第３節　小括　（以上、72巻３号）
第５章　債権譲渡制限特約に関する諸外国のルール
第６章　債権譲渡制限特約効力論の再構成
終　章

第３章　日本における民法改正の経緯と議論（その２）

第１節　問題意識

改正法は、その466条の５において、譲渡制限特約付預金債権が譲渡された場合には、譲渡制限特約をもって悪意又は重過失の譲受人に対抗することができるとしている。ただ、悪意又は重過失の譲受人に対抗することができる内容は、改正法466条３項と異なり、そのような譲渡をなかったものとすることである(つまり､譲渡は無効とされる)。しかし、ここには２つの問題がある。第１の問題は、誰がこの無効を主張できるかである。また、第２の問題は、銀行との関係では、銀行は改正法466条３項によって保護されるはずなのに、預金債権の譲渡を無効としないと、保護されない利益とは何かという問題である。

以下では、改正過程において債務者である銀行の利益として、どのような利益が考えられていたのかを確認し、かかる利益が改正法466条３項で対応することができるのかを検討した後に、改正法466条の５の独立の存在意義を探る。

第２節　民法（債権関係）部会における議論の推移

第１款　第１ステージでの議論

第１項　部会第７回会議

第７回会議で検討の対象となる部会資料９-２では、譲渡制限特約に

よって保護されるべき銀行の利益に関しては、①「銀行預金には、譲渡禁止特約が付されていることが知られているところ、預金を担保とする預金者への貸付（預金担保貸付）等の関係で銀行による相殺の利益を保護する必要性があること」、②「預金払戻しの際の過誤払いを防止する必要性がある」という指摘があるとされた[1]。

部会審議では、預金債権異質論というか、預金債権を別扱いにすべき意見が示された。まず、預金債権（特に流動性預金）については、債権の譲渡なのか契約上の地位の譲渡なのかは不明であり、③預金の残高が常々に変わるところ、どの部分が譲渡されたのかの特定など非常に複雑な問題が発生し、④定期性預金も含めて預金全般に関してはマネーロンダリング規制があって、本人確認を受けない譲受人に対して払うわけにはいかないといった問題があると指摘された[2]。また、⑤銀行が譲渡人の倒産手続開始の有無を逐次把握することができないという指摘もあった[3]。部会資料９-２では、譲渡制限特約の効力について相対的効力案を採用することを前提に、特約を譲受人に対抗することができない事由として、譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合が挙げられている。このような規律が発動すると、銀行は、譲渡制限特約をもって悪意又は重過失の譲受人に対抗することができず、そのような譲受人に弁済しなければならないことになる。そのため、銀行は、「預金債権譲渡の有無」ないし「譲渡人についての倒産手続の開始決定の有無」を確認、管理する必要が生じる。

第２項　部会第25回会議

既に紹介したように、第７回会議において、譲渡制限特約の効力を制限するという考え方を採用する場合であっても、預金債権について一定の例外を認めることが望ましいという意見が示された。しかし、これに対して預金債権について特別法で規定すればよいという反対意見があった。預金債権を別扱いすることに支持が集まらなかったのを受け、第22

[1] 部会資料９-２・４頁。
[2] 第７回会議議事録・６-７頁〔三上委員発言〕。
[3] 第７回会議議事録・８-９頁〔藤本関係官発言〕。

回会議において、論点として取り上げられなかった[4]。部会審議では、債権の種類又は性質に応じて譲渡制限特約の効力を民法のレベルで書き分けるという選択肢もあり得るとの指摘がなされた[5]。

第25回会議において、これまでの議論を踏まえ、預金債権について次のような考え方が示された。すなわち、「預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い取引類型から生ずる債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべき」という考え方である[6]。「譲渡禁止特約に強い効力を認める」とは、特約付預金債権が譲渡された場合には、悪意又は重過失の譲受人との関係では、預金債権の譲渡が無効であることを意味する。つまり、預金債権が譲渡されたとしても、預金が移転することはない。

第３項　部会第26回会議

第１ステージの終盤となる第26回会議において、譲渡制限特約の効力に関する論点として、次のようなものが示された。すなわち、「預金債権のように譲渡禁止特約を対抗することを認める必要性が高い取引類型から生ずる債権に、引き続き譲渡禁止特約に強い効力を認めるべきかどうかについても、特定の取引類型に適用される例外を民法で規定することについて上記の意見があることに留意しつつ、検討してはどうか」という。部会資料の説明によれば、これは、譲渡制限特約の効力を原則として制限した上で、大量迅速に弁済する必要がある預金債権に引き続き譲渡制限特約に強い効力を認めるとするものである[7]。譲渡制限特約により確保されているのは、迅速に弁済することである。しかし、預金債権について、譲渡制限特約に強い効力を認めないとすると、いかなる場面において銀行は迅速弁済することができないのかは不明である。

---

[4] 部会資料22・１頁以下。

[5] 部会第22回会議議事録・５頁〔岡本委員発言〕。「譲渡禁止特約は原則として有効とした上で、一定の種類、一定の性質の債権について例外を設ける、あるいは逆に譲渡禁止特約については原則として無効あるいは効力を制限されるとした上で、債権の種類、性質に応じて一定の例外を設ける」という。

[6] 部会資料25・41頁以下。

[7] 中間的な論点整理の補足説明・107頁。

第４項　小括

ここまで、第１ステージで「譲渡制限特約に違反する預金債権譲渡の効力」をめぐって行われた議論を確認してきた。譲渡制限特約によって確保されている利益を確認すると、次のようになる。

	特約によって確保されている銀行の利益
第７回 (10.4.13)	①相殺利益の確保 ②過誤払いの防止 ③マネーロンダリング規制 ④預金の特殊性
第25回 (11.3.8)	――
第26回 (11.4.12)	⑤迅速に弁済すること

第２章で紹介したように、第１ステージでは、譲渡制限特約の効力をめぐって絶対的効力案、相対的効力案といった案が提示された[8]。絶対的効力案と相対的効力案のいずれのもとでも、債務者は譲渡制限特約につき悪意又は重過失の譲受人に対抗することができるとされている。「特約を譲受人に対抗することができる」ことの最低限の意味は、債務者は悪意又は重過失の譲受人からの履行請求を拒むことができ、かつ、もともとの債権者に弁済することができることにある（改正法466条３項の根本的な発想）。したがって、譲渡制限特約の効力について相対的効力案を採用したとしても、特約によって確保されるべき銀行の利益（上記①②⑤）は、保護されることになる。また、③は、民法のレベルで議論する問題ではない。すると、預金債権を別扱いにする理由はないように思える。しかし、すでに紹介したように、実際には預金者に弁済することができない場合も存在するとされていた。

第１ステージでは、譲渡制限特約の効力について相対的効力案を採用することを前提にしつつ、特約を譲受人に対抗することができない事由として（つまり、譲受人への弁済を強いられる場合として）、(a) 譲渡人

[8] 部会資料９-２・１頁以下、部会資料22・１頁以下、部会資料25頁・40頁以下、中間的な論点整理の補足説明・103頁以下。詳しくは、第２章が参照になる。

について倒産手続の開始決定があった場合、(b) 特約付債権が悪意の譲受人に譲渡された後に譲渡人の債権者が特約付債権を差押えた場合、(c) 債務者の債務不履行の場合が挙げられている。これらの事由が生じると、債務者は悪意又は重過失の譲受人からの履行請求を拒むことができず、譲受人に弁済しなければならないことになる[9]。

上記の３つの場面のうち (c) は、銀行が預金者に弁済すればよいだけだが (ただし、預金者が受領を拒むことも考えられる)、(a) (b) の場面を想定すると、債務者である銀行にとっては、「債権譲渡の有無」、「倒産手続開始決定の有無」又は「差押えの有無」を調査し、管理する必要がある[10]。このような事実の有無を調査し、管理をしなければならないとすると、いったん預金債権が譲渡されると、銀行は、事務処理費用をかけない限り、その払戻しを円滑かつ迅速に行うことができないことになり、譲渡制限特約によって確保されるべき⑤の利益が保護されないことになる。また、「債権譲渡の有無」などの管理に手落ちがあれば、過誤払いのリスクを受けるおそれがある (②の利益が保護されない)。さらに、譲渡制限特約によって確保されている①の相殺利益も保護されないことになる。なぜなら、第１ステージでは、債務者は、特約を譲受人に対抗することができなくなるまでに譲渡人に対して生じた抗弁を譲受人に対抗することができないのである。要するに、特約を譲受人に対抗することができない事由が生じることによって、特約によりて追求されている銀行の利益は保護されないおそれがある。預金債権を別扱いにする意義は、(a)(b)(c)のような規定を預金債権に適用しないことにある。

[9] 部会資料９-２・１頁以下、部会資料22・１頁以下、部会資料25頁・40頁以下、中間的な論点整理の補足説明・103頁以下。詳しくは、第２章が参照になる。

[10] 特約付債権が悪意の譲受人に譲渡された後に、譲渡人の債権者が特約付債権を差押えた場合には、裁判所から差押えの通知が届くわけであり、銀行は、「差押えの有無」を調査する必要がないかもしれないが、譲渡人について倒産手続の開始決定があった場合には、銀行は官報を見て「倒産手続開始決定の有無」を調査する必要がある。

第２款　第２ステージでの議論

第１項　「中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の検討

「中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の中では、預金債権を別扱いにすることに対して肯定的な見解が示された。[11]なお、預金債権について例外を認めるのであれば、特別法で対応すべきであるという意見も見られた[12]。以下では、預金債権を別扱いにする理由を確認しておく。

まず、長島・大野・常松有志は、「譲渡に伴う事務の煩雑化の回避のために、銀行に対する預金債権など少額多数のものが存在し、大量かつ迅速な払出事務処理が求められるものに対しては、特則として譲渡制限特約付債権の譲渡は現行法どおりに無効とする旨の例外的な規律を設けること」が考えられるとする[13]。また、全銀協は、「(a) 預金は大量な取引を迅速に処理する必要があり、それが利用者の利益に資すること、(b) 預金債権は譲渡が禁止されていることが公知であり、譲渡禁止特約により譲受人に不測の損害を与えるおそれはないこと、(c) マネーロンダリングを防止する必要があること、(d) 預金債権については、随時の引き出しが可能であり、引き出した後に振り込むといった方法により、債権譲渡を同様の効果を得ることが容易であること」などの理由から、預金債権について従来のとおり債権譲渡の効力を無効とする方向も考慮されるべきとする[14]。さらに、譲渡人について倒産手続の開始決定があったときは、譲受人が払戻しを受けられるという場面を念頭において、「真の払戻権者の確認が困難となること……など、銀行の適切な預金業務が損なわれるおそれがある」と指摘して、現行制度をベースとした絶対的効力案でよいとする意見もあった[15]。これに関連して、譲渡人倒産手続の開始決定があった場合には譲渡制限特約を譲受人に対抗することができないという旨の規定を設ける場合には、「銀行としては、倒産手続が開始する場合に備えて債権譲渡の通知の有無を日常的に管理しなければ

---

[11] 部会資料33-３・1-50頁。

[12] 部会資料33-３・23-26頁。

[13] 部会資料33-３・６-７頁〔長島・大野・常松有志意見〕。

[14] 部会資料33-３・11頁〔全銀協意見〕。

[15] 部会資料33-３・14頁〔農中意見〕。

ならなくなる」ため、「預金者の管理コストを削減するという譲渡禁止特約を付したメリットが失われかねず、預金実務への影響が甚大なである」という指摘もなされた[16]。

ここまで、「中間的な論点整理」に対して寄せられた意見を見てきたが、預金債権を別扱いにする理由を整理してみると、次のようになる。①事務手続の煩雑化回避を目指すこと、②過誤弁済の危険回避を図ること、③払戻事務の円滑化確保を目指すこと、④マネーロンダリング対策、⑤特約効力制限規定の適用回避を目指すこと、といった理由である。①②③のような譲渡制限特約によって保護されるべき銀行の利益は、銀行が譲受人に対してその債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に弁済などをすることができる限り、特約に違反する債権譲渡が有効であったとしても、現行法のとおり保護される[17]。しかしながら、譲渡制限特約の効力をもっと制限する規律が発動され、銀行が特約をもって譲受人に対抗することができなくなる場合には、①②③のような利益を保護するためには、何らかの手当てしておく必要があると思われる。預金債権については、特約付債権の譲渡を現行法のとおり無効とすることの意義は、相対的効力案を採用することを前提にして設けられた特約の効力を制限する規律は、預金債権に適用しないことにある。

第２項　部会第45回会議

改正前法466条の改正に関しては、預金債権を別扱いにすべきであるという意見が多く示されたが、第45回会議で検討された部会資料37では、この問題を取り上げていない。事務当局は、預金債権を別扱いにすることに特に反対するわけではなく、単に「仮に規定を設けるとした場合その置き場所が民法であるかどうかは、問題となり得る」と説明した[18]。

それにもかかわらず、部会審議では、預金債権を別扱いにすることに

---

[16] 部会資料33-３・14頁〔信用組合意見〕。

[17] これに関しては、預金債権であっても、譲渡制限特約により債権者を固定できれば、債務者保護としては十分であり、現行法どおり譲渡制限特約に強い効力を認める必要がないとの指摘があった。部会資料33-３･25頁〔札幌弁意見〕。

[18] 部会資料37・４-５頁。

賛意を示した意見が表明された。まず、「銀行の立場からしますと、預金債権が一括して対象から外れるか否かという論点と債権譲渡場面における、なかんずく、将来債権譲渡場面における相殺が対抗できる範囲にいかんによって、かなりこの部分の結論は変わってきますが、その分が確定していないという前提」を考えて、基本的には現行法の規律を維持すべきであるとの意見があった[19]。また、「相対的効力案を採用する場合の譲渡制限特約の効力の制限」に関しては、「破産手続開始決定等の後は譲渡禁止特約を対抗できないという趣旨が、譲渡が有効になって、破産管財人等に対して支払ったら二重払いになり得るという趣旨なのであれば、債権譲渡が過去にあったということを常に記録しておく負担が発生して、多数の預金者を抱えている銀行などにとってはほぼ不可能に近いことを強いられる」ということを理由に、反対意見を示すものがあった[20]。つまり、銀行が譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができないとする場合には、これまで特約によって保護されている事務手続の煩雑化回避、過誤弁済の危険回避といった銀行の利益は保護されないことになる。

第３項　部会第66回会議

上記の議論の過程で、「中間試案のたたき台」のところでは、預金債権を別扱いにする規律は、明文化として落ちており、「中間試案」にも存在しない。部会審議では、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗することができない事由に関しては、「譲渡の効果が宙ぶらりんになっている間に、差押えとか破産などの新たな事象が起こったときに、その通知を受けるだけでなく、債権譲渡があったことを長時間、記録して、それにプラスアルファの差押えなり、倒産が発生したということを組み合わせて判断をしなければならないということで、これはより一層、第三債務者に負担を掛けることになって改正の方針とは逆方向」であるとの指摘がされた[21]。とりわけ、銀行においては、支店も多数存するから、譲渡

[19] 部会第45回会議議事録・４頁〔三上委員発言〕。
[20] 部会第45回会議議事録・18頁〔三上委員発言〕。
[21] 部会第66回会議議事録・28頁〔三上委員発言〕。債権譲渡法改正の方針とは、

制限特約の効力を譲受人に対抗するができない旨の規定を設けておくと、銀行は、預金債権の譲渡を把握する必要性が生じ、譲渡通知をすべての支店に通知しなければならないことになる[22]。譲渡通知を全部の支店に通知するのは、不可能ではないが、銀行にとっては、事務手続の量が増やすことになる。上記のような指摘は、事務手続の量を節約するために、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗することができない旨の規定が預金債権に適用すべきではないと主張するものである。

第４項　小括

譲渡制限特約の効力に関しては、預金債権を別扱いにすることの要否は、第１ステージでは、議論されていた。しかし、これに対して特別法で規定すべきであるという反対意見が示された。この議論の過程で、第２ステージに入ると、これは問題として取り上げられていなかった。それにもかかわらず、部会審議では、預金債権の譲渡を念頭においてさまざまな意見が出された。議論の中心は、譲渡制限特約の効力を譲受人に対抗することができない旨の規定（上記（a）（b）（c））を預金債権に適用することの是非にあった。この規定が預金債権に適用されるという考え方を採ると、一定の事由が発生する場合には、特約によって保護されるべき債権者を固定する銀行の利益が失われ、譲受人に弁済しなければならなくなる。すると、銀行にとっては、預金債権譲渡の有無、またはかかる事由の有無を確認したり、管理しなければならないため、事務手続の量が増加することになる。この点に関しては、銀行の事務手続の量を節約するために､何らかの手当てしておく必要があるという問題意識は、審議の中で生まれた。つまり、預金債権について、特則として特約付債権の譲渡は現行法のとおりに無効とする旨の規定を設けるとするもので

第三債務者の負担を減らすことに求められる。

[22] 部会第66回会議議事録･28頁〔三上委員発言〕参照。預金債権については､「銀行は特別なのかもしれませんが、多数の支店を抱えて、どこで新規の取引が起こるか分からないときに、特に例えば将来預金債権のようなものが一括で譲渡されて、そういうものに関して５年前、10年前に譲渡通知が来ていたというのを保管・記録して、全部の店に通知していくというのは、不可能に近いです」という。

ある。繰り返しになるが、預金債権を別扱いにする意義は、相対的効力案を採用することを前提にして設けられた特約の効力を制限する規律は、預金債権に適用しないことにある。

第３款　第３ステージでの議論

第１項　「中間試案」に対して寄せられた意見の検討

「中間試案」に対して寄せられた意見では、譲渡制限特約の効力を弁済先を固定するという範囲に限定し、譲渡制限特約に違反する債権譲渡であっても、完全に有効とすることに対して肯定的な見解が多数を占めた。他方、預金債権について、特約付債権の譲渡を現行法のとおりに無効とすべきであるとの意見も見られた。以下では、いかなる理由で預金債権を別扱いにするかということを確認する。

日商・東商は、「銀行の普通預金債務のように大量かつ迅速な支払いが要求されるものがあり、債権譲渡禁止特約の効力が見直されると、現場の実務が煩雑になるおそれがある」と指摘して、このような実務上の懸念に配慮する必要があるとする[23]。また、経済法令研は、「預金債権については、マネーロンダリング防止の政策的観点から、自由に譲渡できると解することは妥当でない」と指摘して、「預金債権のように債権者の資格が問題となる債権については、例外規定を設けるか、別途特別法で規律すべきである」とする[24]。

他方、一定の事由が生じた場合に債務者は特約をもって譲受人に対抗することができないという事態を念頭において、預金債権について特則を設けるべきとする意見が提出された。例えば、TMI は、「債務者が適切な支払をするためには、常にかかる事由が生じた場合に備えて当該債権に関する譲渡の有無を把握し、支払の都度、債権譲渡の有無を確認する必要が生じる。しかしながら、その場合には、事務コストが膨大となり、当該債務コストが利用者に転嫁されることが懸念されるほか、迅速な処理が困難となって取引相手の利便性が失われるなど、実務上の弊害が極めて大きい」と指摘して、このような事態を回避するために、預金

[23] 部会資料71-４・87頁〔日商・東商意見〕。
[24] 部会資料71-４・87頁〔経済法令研意見〕。

債権について、「（４）ウ及びエの適用を除外するなど、債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗することができない事由を限定するための特則を設ける必要がある」とする[25]。この他にも、預金債権のような特殊な債権については、「当該債権の譲渡人に倒産手続が開始されたという事実や当該債権が差し押えられたという事実を、本支店間等、債務者全体で共有することは困難である」と指摘して、「譲渡制限特約付債権の譲渡を現行法どおり無効とする等の手当てをすべきである」とする意見があった[26]。

ここまで、「中間試案」に対して寄せられた意見を見てきたが、預金債権について特則を設ける際のアプローチは、一般論として譲渡制限特約の効力を弁済の相手方を譲渡人に固定するという範囲を限定しており、例外的に預金債権について特約付債権の譲渡を現行法どおり無効とすることと、譲渡制限特約の効力を弁済の相手方を譲渡人に固定するという範囲を限定することを前提にして、単に債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗することができない旨の規定を預金債権に適用しないとすることの２つに大別することができる。いずれにせよ、預金債権を別扱いにする意義は、債務者が譲受人に譲渡制限特約を対抗することができない旨の規定が預金債権に適用しないことにある。

第２項　部会第83回会議

事務当局は、「中間試案」に対して寄せられた意見を踏まえ、第83回会議において預金債権について次のような案を提案した[27]。

> 民法第466条を部会資料74A 第１、１の内容に改める場合には、預金債権を対象として、当事者間の特約によって譲渡を無効とすることができる旨の規律を設けるべきであるという考え方がある。このような規律の要否について、どのように考えるか。

これは、預金債権について特約付債権の譲渡を現行法どおり無効とす

[25] 部会資料71-４・97頁〔TMI〕。
[26] 部会資料71-４・110-111頁〔長島大野常松・流動証券協〕。
[27] 部会資料74B・13頁。

るものである。部会資料74B では、「債権譲渡による資金調達の促進という観点から、譲渡制限特約を対抗することができないとするための規律を別途設ける場合には、譲受人が債務者に対して直接払戻しを請求することができる場合が生ずる以上……預金債権について例外として扱う規律の可否を別途検討することが必要となり得る」という指摘がされた[28]。ここで注意しておく必要があるのは、部会資料74A では特約を譲受人に対抗できない事由として、債務者が債務の履行について遅滞の責任を負う場合だけが取り上げられたという点である。

部会審議では、預金債権を例外とする規定を設けることの是非を検討する際に、その正当化の根拠を何に求めるのかというのが問題点となった。以下では、預金債権について特則を設けないとする場合に、金融事務においてはいかなる支障が生じるかを確認しておく。

まず、預金債権が譲受人に確定的に移転するとすれば、譲渡人から銀行に対する預金債務を払戻請求はできない一方、銀行は当該預金口座に対して支払停止条件を設定しなければならなくなる事務手続の量が増やすことになるという懸念が示された（以下「支障-１」という）[29]。また、普通預金債権のような譲渡制限特約が付された期限の定めのない債権が悪意又は重過失の譲受人に譲渡された場合に、譲渡人と譲受人のいずれも債務者に遅滞の責任を負わせるための請求することができない局面を念頭において、銀行はどちらに対して払えないという状況にあり、このようなデットロック状態に陥りながら遅滞になるのであれば、銀行にとっては法定利率による損害賠償金が発生するとの指摘も見られた（以下「支障-２」という）[30]。この他にも、預金債権が確定的に反社的勢力に譲渡されれば銀行は全く関知しない間に、反社会的勢力との新たな取引関係が発生したり、反社的勢力の預金残高が増えていくという事態が生じるとの指摘もなされた[31]。

しかし、上記のような支障が生じるかどうかは疑問する余地がある。

---

[28] 部会資料74B・16-17頁。

[29] 部会第83回会議議事録・34頁〔中原委員発言〕。

[30] 部会第83回会議議事録・38頁〔中原委員発言〕。

[31] 部会第83回会議議事録・34頁〔中原委員発言〕。

まず、〔支障-１〕を確認しておく。確かに譲渡によって預金債権が譲受人に確定的に移転し、譲渡人はその債権の履行を請求することができないことになるが、銀行は預金口座の名義人が債権者であることを前提に払戻しに応ずればよい。そもそも支払停止条件は問題にならないはずである。次に、〔支障-２〕を見てみよう。預金債権が確定的に譲受人に移転した場合に、譲渡人は自らの名義で裁判を起こして銀行に対して請求することができないが、事実行為としての預金の払戻しができるので、事実として預金の払戻しを求めてくれば銀行は払戻しに応じて、それによって債務は消滅する[32]。

第３項　部会第89回会議

既に紹介したように第83回会議で譲渡制限特約によって債権譲渡の効力は妨げられないという考え方を採用する場合には、預金債権について特則を設けるべきであるとする意見が提出された。しかし、これに対して反対意見があった。この議論の過程で、第89回会議においてこれは論点として取り上げないという形にされた。

ところが、部会審議では、従前の議論は別の形で復活したようになった。預金債権が譲受人に移転するとした場合には銀行取引実務にどういう影響を与えるのかというのは、議論の中心である。まず、預金債権について譲渡制限特約が付されても譲渡人と譲受人間では債権は移転することになれば、譲渡人に取立権限があったとしても、銀行としては譲渡された預金債権を別に管理しなければならないという指摘がなされた[33]。つまり、譲渡によって預金債権が譲受人に移転することになり、預金債権の帰属に変動が生じ得るため、銀行は、預金債権の譲渡を管理する必要性が生じる。具体的には、「預金残高のうち、発生時期を限定せずに、一定額のみ」または「始期と終期を定め、その間に発生する残高」を譲渡した場合に、銀行はこのような譲渡の通知に対応できることが難しいとする[34]。

---

[32] 部会第83回会議議事録・38頁〔内田委員発言〕。

[33] 部会第89回会議議事録・10頁〔中原委員発言〕。

[34] 部会第89回会議議事録・10頁〔中原委員発言〕。

上記の指摘に対して、部会審議では強く反対する意見が提出された[35]。その理由を確認しておくと、次のようになる。「譲渡制限特約付の預金債権が譲渡されると基本的に供託できるというルールが今回入ることで、譲渡されても元の預金者が請求してくる限りそのまま払戻に応じて何の問題もなく、かつ譲受人が直接請求してきたり、あるいは倒産手続が始まりそうだとか、あるいは差押えがかかるという場面では即座に供託すれば免責されるということですので、あえて別勘定とまで言わなくても対応可能なのではないか」という[36]。この反論は預金債権について２つの場面を想定している。１つは、銀行は特約をもって譲受人に対抗することができるという場合である。この場合において、預金債権が譲渡されたとしても、元の預金者が請求してくる限り、銀行はそのまま払戻しに応じればよい。預金債権の管理に支障が生ずるという事態が想定し難い。もう１つは、一定の事由が生じることによって特約をもって譲受人に対抗することができるという場合である。この場合において、譲受人が銀行に対して直接払戻しを請求することができるが、銀行は即座に供託すれば免責される。

確かに部会資料78B は、第３債権譲渡、１（２）において債務者に供託する権利を認めているが、このような規定は預金債権に妥当するかどうかは疑問する余地がある。部会資料74の説明によれば、これは「譲受人が善意無重過失であれば譲渡人に弁済をすることができなくなるという点で、債務者が弁済の相手方の判断に迷うという状況には改正の前後で変化はない」ことを理由に、新たな独立の供託原因を設けるものである。しかし、譲渡制限特約付預金債権が譲渡された場合において、譲受人が常に悪意または重過失であるため、銀行はそのような譲渡をなかったものとして行動すればよい。「債務者が弁済の相手方の判断に迷う」という事態は、銀行にとっては発生する可能性がないはずである。他方、このような規定が預金債権に妥当したとしても、銀行は預金債権の譲渡

[35] 銀行としては、最終的に預金者が誰であるかよりも、誰に弁済すれば免責されるということは重要である。部会第89回会議議事録・26-27頁〔内田委員発言〕。

[36] 部会第89回会議議事録・26頁〔内田委員発言〕。

を管理する必要性もある。なぜなら、供託をした銀行は、譲渡人及び譲受人に供託の通知をしなければならないからである。

第４項　部会第93回会議

１　事務当局による提案

預金債権を別扱いにすることについて反対する意見があるにもかかわらず、第93回会議で決断にいたった。預金債権の譲渡性を制限する特約の効力について、次のような案が提案された[37]。

> 預金債権又は貯金債権に係る債権の譲渡性を制限する特約の効力について、次のような規律を設けるものとする。
>
> ア　預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権（以下「預貯金債権」という。）について（１）アの意思表示がされた場合において、悪意又は重大な過失がある第三者がその債権を譲り受けたときは、（１）アの規定にかかわらず、その債権の譲渡は、その効力を有しない。
>
> イ　預貯金債権に係る（１）アの意思表示は、差押債権者に対抗することができない。

これは、預貯金債権について譲渡制限特約付債権の譲渡はその効力を有しない旨の規定を定めるものである。これによって、預貯金債権が譲渡されたとしても、銀行は現在のとおりにそのような譲渡をなかったものとして行動すればよい。部会資料81-３では、この規律を説明する際に問題事例として想定されていたのは、次のようなものである[38]。すなわち、①ある時点における預貯金債権の残高100万円が譲渡された後に、②その口座に100万円が入金され、③更にその後、100万円の払戻しがされた。預金債権について特則を設けないとする場合には、譲渡によって債権が譲受人に移転することになり、預貯金債権の帰属に変動が生じ得るため、債務者である銀行にとっては、次のような問題が生じうるとの

[37] 部会資料81-３・２頁。
[38] 部会資料81-３・３頁。

説明がされている[39]。

第１に、上記の事案において、③の払戻しをされた後の残高100万円が譲渡の対象となっていた債権かどうかが不明確であり、債務者である銀行は、債権の譲受人からの払戻請求の応じてよいかどうかの判断に悩むことになる（以下「問題-１」という）。第２に、口座名義人の債権者から差押えがあった場合に、その差押えによって口座名義人による払戻しに応じてはならないことになるのか（以下「問題-２」という）。第３に、①の譲渡による譲受人の債権者から差押えがあった場合に、その差押えが有効であることを前提として、権利供託（民事執行法第156条１項）をすることができるか（以下「問題-３」という）。これらの問題について銀行がどの範囲で差押えに応じなければならないかという点を検討しなければならないとすると、いったん預貯金債権が譲渡されると、その払戻しを円滑かつ迅速に行うことができないことになる（以下「問題-４」という）。

しかし、上記のような問題が生じるかどうかは疑問する余地がある。まず、〔問題-１〕を確認しておく。銀行が譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができる限り、預貯金債権の譲渡を無視して預金口座の名義人が債権者であることを前提に、払戻しに応すればよい。譲受人からの払戻請求に応じる必要がないはずである。また、〔問題-２〕については、③の時点における預貯金債権残高100万円が、譲渡対象の預貯金債権であるか否かは不明であるが、銀行は権利供託できるのであれば問題が解決することができる。この場合には、銀行は権利供託できるかどうかは重要なポイントである。〔問題-３〕については、譲受人は悪意または重過失があった場合においてその債権者が預貯金債権に対して差押えをしたときは、銀行はその債務の履行を拒むことができ、かつ、譲渡人に対する弁済その他の債務を消滅させる事由をもって差押債権者に対抗することができるので、譲受人の債権者の差押えに応じる必要がないはずである。この３つの問題が解決されるなら、〔問題-４〕を検討する余地がないことになる。というのは、銀行が譲渡人の債権者又は譲受人の債権者の差押えに応じる必要がないからである。結局、預貯金債権を

[39] 部会資料81-３・３-４頁。

別扱いする意義は、銀行の権利供託を正当化することに求めることができる。

なお、上記の議論は、口座の名義人が銀行に対して事実行為としての払戻請求をすることを前提にして取り上げられていたものである。口座の名義人が預貯金債権の払戻しを求めない場合はどうなるか。例えば、Ａの Ｂ 銀行に対する特約付預貯金債権が第三者 Ｃ に譲渡され後に、Ｃが当該債権を Ｄ に譲渡し、Ｄ も当該債権をさらに Ｅ に譲渡した。他方、いずれの譲渡も対抗要件を備えた。この事案において、Ｂ 銀行は Ａ に対して払戻をすればよいが、Ａ は受け取らない可能性がある。Ａ が受け取らない場合には、銀行は供託することができる（民法495条）。供託をした銀行は、債権者である譲渡人に通知すればよい。預貯金債権に関する第93回会議の提案は、銀行の供託を正当化するためのものであると見ることができる。この提案を銀行の供託を正当化するためのものとすると、この提案と部会資料81-１第２債権譲渡１（３）アとの関係は、どのように理解すればよいか。部会資料81-１第２債権譲渡１（３）アによって、銀行はその譲渡された金銭債権の全額に相当する金銭を供託することができるが、その事実を譲渡人と譲受人の双方に対して通知する必要がある。譲受人に通知しなければならないとすると、いったん預貯金債権が譲渡されると、銀行は譲渡の通知（または譲渡の過程）を記録して、その事実を全部の支店に通知しておく必要性が生じる。しかし、銀行にとっては、譲渡の事実を本支店間で共有することが困難であり、事務手続の量も増やすことになる。これに対して、本提案のもとでは、銀行との関係で債権者となる譲渡人に供託の事実を通知すればよい。預貯金債権の譲渡の過程、又は譲渡の通知を管理する必要がない。いずれにせよ、本提案は銀行の権利供託を正当化する機能があるといえる。

２　部会審議

部会審議では、預金債権を別扱いにした理由とは何か、という点が問題となる。この点に関しては、事務当局は、次のように説明した[40]。部会第83回会議において、預金債権について改正前法466条を維持すべきであるという提案が取り上げられており、その正当化の根拠をマネーロ

[40] 部会第93回会議議事録・38頁〔松尾関係官発言〕。

ンダリング対策に求めた。これに対して、預金債権のみを例外とする規定を設ける理由は不明確であり、あるいは、預金債権に関する例外を設けるとしても、そういった観点から民法に規定を設けることが適切ではないといった意見があり得る[41]。ただ、部会第89回会議以降、預金債権について、例外を設けるべきであるという意見は、その理由が大分変わっている。最も大きなな理由として挙げられているのが、①預金債権の性質に関わるものである。すなわち、預金債権の成り立ちの仕組みなどとの関係では、その性質上、預金債権の管理が困難になる。他にも、②預金債権については、引き出して現金化することが可能であって、譲渡を認める実質的な必要性が乏しいため、それが譲渡された場合が詐害的である可能性が高いということも考えられる。事務当局は、預金債権を別扱いにした理由を語る際に、その典型例として想定されていたのは、普通預金がであった[42]。このような説明が定期預金にも妥当するかは、問題である。普通預金を想定して組み立てられた規律は、普通預金以外の定期預金にも適するかということについて、事務当局は、次のように説明した。①及び②以外の理由なども含めて考えると、この規律が定期預金に適用すればよい。また、現実の問題としては、預金種類ごとに条文を設けるのが難しい。

第５項　部会第95・96・97回会議

預貯金債権に関する第93回会議の提案がそのまま第95回会議の提案となった。第95・96・97回会議の提案を整理してみると、次のようになる[43]。

第95回会議	預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権（以下「預貯金債権」という。）について（１）アの意思表示がされた場合において、悪意又は重大な過失がある第三者がその債権を譲り受けたときは、（１）アの規定にかかわらず、その債権の譲渡は、その効力を有しない。

[41] 部会第93回会議議事録・38頁〔松尾関係官発言〕。

[42] 事務当局は、預金債権の成立などに関わる説明は、基本的には普通預金債権を念頭においていることを自認する。部会第93回会議議事録・39頁〔松尾関係官発言〕。

[43] 部会資料82-１・31頁、部会資料83-１・31頁、部会資料84-１・32-33頁。

第96回会議	預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権（以下「預貯金債権」という。）について譲渡制限の意思表示がされた場合において、そのことを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者がその債権を譲り受けたときは、（１）アの規定にかかわらず、債務者は、譲渡制限の意思表示をもってその第三者に対抗することができる。
第97回会議	預金口座又は貯金口座に係る預金又は貯金に係る債権（以下「預貯金債権」という。）について当事者がした譲渡制限の意思表示は、（１）アの規定にかかわらず、その譲渡制限の意思表示がされたことを知り、又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対抗することができる。

まず、第95回会議から第96回会議までの変更点、又は第96回会議から第97回会議までの変更点を確認しておく。「債務者は、譲渡制限の意思表示をもってその第三者に対抗することができる」又は「譲渡制限の意思表示は……第三者に対抗することができる」とは、譲渡制限特約付預貯金債権の譲渡が無効であることを意味する[44]。そうだとすると、第95回会議の提案と第96回会議の提案とは、譲渡制限特約付預貯金債権の譲渡が無効であるという点で共通している。ただ、第95回会議の提案のもとでは、譲渡無効の主張権者が債務者に限定されていない。譲渡人の破産管財人、差押債権者、同一債権が多重譲渡された場合の競合する譲受人など債務者以外の第三者が、譲渡無効を主張することができるかという問題が残されていた。これに対して、第96回会議の提案は、譲渡無効の主張権者を債務者に限定している。これによって、債務者以外の第三者が、譲渡無効を主張することができないことになる。結果としては、譲渡制限特約によって保護されているのは、債務者だけである。

また、第97回会議において、第96回会議で提示されていた「譲渡制限の意思表示がされた場合において、そのことを知り、又は重大な過失によって知らなかった第三者がその債権を譲り受けたときは、（１）アの規定にかかわらず、債務者は、譲渡制限の意思表示をもってその第三者に対抗することができる」が「当事者がした譲渡制限の意思表示は、（１）アの規定にかかわらず、その譲渡制限の意思表示がされたことを知り、

[44] 部会第96回会議議事録・27頁〔松尾関係官発言〕参照。

又は重大な過失によって知らなかった譲受人その他の第三者に対抗することができる」に改めらた。これは、実質的に第96回会議の提案を変更するものではない。しかし、このような修正を加えると、第97回会議の提案は、譲渡制限特約の主張権者が明らかではない状況にある。譲渡制限特約の主張権者をめぐって展開されてきた従前の議論は、再び復活するおそれがある。

第３節　民法改正の経緯の与える示唆

ここまで、第３ステージで検討されたさまざまな提案をみてきたが、その議論の流れを整理して見ると、次のようになる。

「中間試案」に対して寄せられた意見には、改正前法466条を改正するのであれば、譲渡制限特約付預金債権の譲渡を無効とすることを可能とする規律を設けることを求める意見が少なくない[45]。第83回会議において、事務当局はこれを踏まえ、預金債権を対象として譲渡制限特約によって譲渡を無効とすることができる旨の案(改正法466条の５)を提案した。しかし、これに対して債務者である銀行は譲渡人に弁済すれば免責されるので、金融実務に支障が生ずるという事態は想定し難いとして反対する意見があった[46]。この議論の過程で、第89回会議においてその規律（改正法466条の５）は明文として落ちているが、部会審議では、譲渡によって預金債権が移転することになれば、銀行としては譲渡された預金債権を別に管理しなければならないといった指摘がなされた[47]。しかし、これに対して銀行は供託（改正法466条の２）すれば免責されるので、特に預金債権の譲渡を管理する必要がないという反論があった[48]。それにもかかわらず、第93回会議において、事務当局は預金債権の特殊性に鑑み、譲受人が悪意又は重過失であれば、「特約付預金債権の譲渡は、その効力を有しない」旨の規定を設けるとした。

---

[45] 部会資料71-４・86-113頁、部会資料74B・16頁。
[46] 部会第83回会議議事録・38頁〔内田委員発言〕。
[47] 部会第89回会議議事録・10頁〔中原委員発言〕。
[48] 部会第89回会議議事録・26頁〔内田委員発言〕。

ところで、このような提案を採用する場合には、譲渡無効の主張権者が誰であるかが問題となる。そして、第93回会議においては、誰が無効を主張できるかについて明示的な文言は見当たらないが、第96回会議において、譲渡無効の主張権者を「債務者」とするとの文言が追加された。しかし、それ以降の会議においては、この「債務者」という文言は削除された。「債務者」という文言が追加された際も、削除された際も、その理由は述べられていない。したがって、無効の主張権者が誰であるかについては改正法のもとでも、解釈の余地がある。

次に、預金債権に係る譲渡制限特約に関する特則（改正法466条の５）の独立の存在意義を確認しておく。

第１に、譲受人の催告権限に関する規定（改正法466条４項）が預金債権に適用されないことである。改正法466条４項によれば、債務者が債務を履行しない場合において譲渡制限特約につき悪意または重過失の譲受人が相当の期間を定めて譲渡人への履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、債務者は特約を譲受人に対抗することができない。具体的には、債務者は将来譲渡に対して取得するかもしれない反対債権による相殺の抗弁を確保するために、譲受人からの履行請求を拒絶した場合において、一定期間を経過したときは、債務者は譲受人からの履行請求を拒むことができないことになる。債務者にとっては、債務の弁済先は譲渡人から譲受人に変わる。このような規定が預金債権に適用されるとすれば、譲受人が銀行に対して履行を請求をするときは、銀行はその債権譲渡が有効になされたかどうかを確認する必要がある。仮に、これに対応する必要が生じれば、各預金に関する譲渡の通知が届いた場合には、銀行は通知の内容を吟味してその内容に従って預金債権の譲渡に関する管理を行わざるを得ない。預金債権の管理に手落ちがあれば、譲渡人に弁済しても有効な弁済とはならない（改正法466条４項）。結局、預金債権が譲渡された場合に、銀行にしてみれば、事務手続の負担が増えることのみならず、過誤払いのリスクを受けるおそれがある。もちろん銀行は、過誤払いのリスクを回避するために、改正法466条の２により自らの判断によって供託をすることが可能であるが、その供託の事実を譲渡人と譲受人の双方に通知しなければならない。つまり、銀行は、適式な供託通知をするために預金債権の譲渡を管理する必要性が生じる。

ところが、改正法466条の５のとおりに、銀行との関係では特約付預金債権の譲渡を無効とする場合には、銀行は常に特約を譲受人に対抗することができるため、預金債権の譲渡を管理する必要がない。

第２に、譲渡制限特約が付された債権に係る債務者の供託に関する規定（改正法466条の３ないし466条の２）は、預金債権に適用されないことである。改正法466条の３によれば、譲渡人について破産手続開始の決定があった場合において、譲受人は債務者に供託することができる。債務者は譲受人からの供託請求を受ける前に、破産管財人に弁済すれば免責される。これに対して、譲受人からの供託請求を受けた場合には、債務者は供託しなければならない。そして、供託した債務者は、譲渡人と譲受人の双方に供託通知をしなければならない。この規定が預金債権に適用されるとすると改正法466条の３が466条の２第２項を準用している関係上、債務者である銀行は適式な供託通知をするためには、やはり「預金債権の譲渡の有無」ないし「預金債権の譲渡の過程」を記録して本支店間で共有しなければならない。ところで、銀行において債権が多数存在するから、改正法466条の３を預金債権に適用するとしておくと、銀行の事務手続の負担が増やすことになる。

なお、改正法466条の２によって、銀行は自らの判断によって供託をすることが可能であるが、供託をした後に譲渡人と譲受人の双方に供託通知をしなければならない。結局、銀行にとっては、預金債権の譲渡を管理する必要性が生じる。ところが、預金債権について特約を設けるとすれば、銀行との関係では譲渡制限特約付債権の譲渡が無効となり、銀行は事務手続の負担を節約することができることになる。

要するに、債務者の利益の保護という観点からは、改正法466条４項及び466条の３の事由が生じた場合に債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗することができない（又はその債務者の全額に相当する金額を供託しなければならない）とすると、その範囲で債務者の保護は後退することになる。しかし、これまで特約によって保護されている債務者の利益は、改正法466条の２（事務手続の煩雑化回避又は過誤弁済の危険回避を図る）及び469条（相殺利益の確保を図る）により一定の範囲で保護されているといえる。ただし、預金債権については、これらの規定を設けたとしても、銀行の利益（事務手続の煩雑化回避又は過誤弁済の危険回

避)は十分に保護されない場合がある。預金債権を別扱いにする意義は、改正法466条４項、466条の２、466条の３のような規定を預金債権に適用しないことにあるのである[49]。

[49] 後に裁判例の分析を通じて、預貯金債権について特別な取扱いも正当化し得ることを示唆する。預貯金債権に関する裁判例は、本稿第６章第４節で取り上げることにする。

第４章　日本改正法における債権譲渡制限特約の全体像の分析

第１節　問題意識

改正前法のもとでは、譲渡制限特約の機能について、①相殺利益の確保、②過誤弁済危険の防止、③事務手続煩雑化の回避などが挙げられてきた[1]。本稿からは、①②③の他にも、④紛争に巻き込まれるリスクを回避することを可能にする機能もあることが明らかになった。従来の学説が①②③を検討する際に、その典型例として想定されていたのは、預金債権であり、売買代金債権、請負代金債権などは想定されていなかった[2]。その当時、売買契約、請負契約などにおける譲渡制限特約は普及していなかった可能性がある。その検討の結果は、譲渡制限特約によって追求されてきた①②③のような利益は、悪意の第三者との関係においても保護に値しないとし、特約を第三者に対抗することができないと解する[3]。

先に紹介したように改正法においては、債権譲渡につき、いくつかの重要な改正がされた。とりわけ、譲渡制限特約及びそれと関連する諸制度は大幅に見直されている。それでは、①②③のような利益は、改正法のもとでは保護に値する利益とはいえるのか。また、改正法のもとではどのような形で保護されているのか。以下では、これらを確認することにする。

第２節　譲渡制限特約の機能

第１款　相殺利益の確保

改正前法のもとでは、債務者は、対抗要件具備時までに譲渡人に対して取得した債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる。他方、対抗要件具備後に取得した債権については、相殺が認められない。

---

[1] 米倉明『債権譲渡――禁止特約の第三者効』（学陽書房、1976年）70-80頁。
[2] 米倉・前掲注１）79頁。
[3] 米倉・前掲注１）70-80頁。

しかし、債務者は、自らの利益を守るために、譲渡制限特約を結ぶことができる（改正前法466条２項）。かかる事態に備えた譲渡制限特約には独自の存在意義があることになる。債権が譲渡されたとしても当事者間に譲渡制限特約がある場合に、債務者は特約をもって悪意または重過失である譲受人に対抗することができる。つまり、対抗要件具備後に債務者が取得した債権であっても、譲渡制限特約が締結された場合には、債務者はなお相殺できる。このように、改正前法は、468条２項で債務者が譲受人に主張できる相殺の抗弁を対抗要件具備時前に譲渡人に主張できたものに限っているが、債務者は譲渡制限特約によって相殺可能な領域を創出することができる仕組みになっているといえる。

債務者が譲受人に対して主張することができる相殺の抗弁の範囲について、改正法はルールの明確化を図るために、新たな規定を設けた。すなわち、改正法は469条１項において従来の無制限説を採用し、改正前法468条２項の規律内容を実質的に維持している。他方、同条２項１- ２号においては無制限説の範囲をさらに超えて債務者による相殺の抗弁を認めている。具体的には、債務者の譲渡人に対して取得した反対債権の発生原因が対抗要件具備の時点で既に存在していれば、債務者は当該債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる（同条２項１号）。また、反対債権の発生原因が対抗要件具備の時点で存在していない場合でも、反対債権が譲渡された債権の発生原因である契約に基づいて生じものであるときは、債務者も当該債権による相殺をもって譲受人に対抗することができる（同条２項２号）。このような場合には、債務者が譲渡制限特約を予め締結する必要がなく、相殺の利益は改正法469条により保護されることになる。

上記のように相殺の抗弁が改正法469条により広く認められてきたが、譲渡制限特約を締結することの意義が当然になくなるというわけではない。譲渡制限特約を通じて相殺の利益を確保する必要が生じるのは、改正法469条によってもカバーされない場面である。例えば、既発生債権が譲渡され、反対債権の発生原因が対抗要件具備後に存在した場合には、改正法469条２項１号によれば、債務者は相殺をすることができない。債務者が相殺の利益を確保するためには、改正法466条２- ３項によって譲渡制限特約を結んだときは、特約の第三者効が認められるべきかが問

題となる。同じ論点について海外に目を向けると、改正法の参考の対象とされたヨーロッパ契約法Ⅲは、11:307条において相殺の抗弁（譲渡された債権と密接に関する債権まで）を広く認めると同時に、11:301条においては譲渡制限特約の第三者効を認めている。11:301条の説明では、譲渡制限特約の機能の１つは、相殺利益の確保にあるとされている[4]。つまり、11:307条では保護されない相殺の利益は、11:301条によって初めて保護されることになる。

改正法466条３条項では、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合において、譲受人が悪意又は重過失であるときは、債務者は、譲渡人に対して弁済その他の債務を消滅させる行為をすれば免責されるとされている。また､相殺が改正法466条３項にいう｢債務の消滅行為｣に含まれる。これによって、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合においては、譲渡制限特約の効力に基づいて相殺の抗弁を悪意又は重過失の譲受人に対抗することができることになる。この点においては､改正法466条３項は、債務者が相殺な領域を創出することを可能にするための規定と位置付けることができる。要するに、改正法が469条において債務者の利益を保護するために債務者に最低限の保護を与えているので、債務者が自助努力をしなくても、469条に規定する｢相殺の要件｣を満たすと、相殺の利益が保護されることになる。それ以上に、債務者は相殺の利益を確保したいのであれば、予め譲渡制限特約を締結すべきである。譲渡制限特約をもって善意又は無重過失の譲受人に対抗することができないとしても、一応のバランスが取れるといえよう。

第２款　過誤弁済危険の防止

過誤弁済危険の防止という債務者の利益は、どのような形で保護されているのか。まず、改正前法の状況を確認する。債権が譲渡され対抗要件が具備された場合において、債務者にしてみれば、譲渡の通知が届いたものの、譲渡人の印鑑の有無、印鑑が真正な実印であるか否かを確認

[4] オーレ・ランドーほか編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』（法律文化社、2008年）51頁以下。

する必要がある[5]。また、債権譲渡の対象となる債権の表示に不備による不明確性がある場合に、譲渡人又は譲受人に確認する必要がある[6]。さらに、債権が多重に譲渡された場合に、債務者にしてみれば、複数の譲受人の優先関係を判断する必要もある[7]。要するに債務者は、譲受人と称する者に弁済するのが正当であるかどうかを判断する必要がある。弁済の相手方の判断に手落ちがあれば、弁済しても免責されない。確かに譲受人と称する者に弁済した債務者は、改正前法478条によって保護される可能性があるが、過失の債務者は保護されない。債務者にとっては、過誤弁済のリスクを避けるために、債権者を譲渡人に固定すべきである。つまり、譲渡制限特約を締結することにより、債務者は、譲渡通知が到達したとしても、債権者不確知を原因として供託することができ、上記のような過誤弁済のリスクを回避することができる。

改正法のもとでは、譲受人の主観態様を問わず債権が譲渡によって完全に譲受人に移転する（改正法466条２項）。債権が多重に譲渡された場合においても、債務者が第一譲受人に対して履行をすれば免責されるため、第一譲受人に劣後する第二譲受人（又は差押債権者）の存在を確認する必要は生じない。仮に債務者が第一譲受人の判断に迷うという事態が生じる場合であっても、債務者は改正法494条２項によって債権者不確知を原因として供託することができる。また、第一譲受人が確定されたとしても、債務者が第一譲受人の主観態様を知らないときに弁済先の判断に困るという事態が生じ得る。このような場合には、弁済先の判断に迷った債務者は、新債権者である第一譲受人に弁済をすれば常に免責される（改正法466条３項）。譲渡制限特約の効力については根本的見直しがされたとしても、これまで譲渡制限特約よって保護されてきた過誤弁済危険の防止という債務者の利益は、改正法のもとでも引き続き保護される。

ところが、改正法466条４項及び466条の３に規定する事由が生じた場合においては、債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗できず、又はその

[5] 部会資料７- ２・２頁〔譲渡禁止特約に関する実態調査結果報告（経団連）〕。
[6] 部会資料７- ２・２頁〔譲渡禁止特約に関する実態調査結果報告（経団連）〕。
[7] 部会資料71- ４・87頁〔日商・東商〕。

債務の全額に相当する金銭を供託しなければならない。この点において、債務者の利益保護が後退することになる。もっとも、改正法466条４項及び466条の３のような規律を設けたとしても、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた過誤払いの防止という債務者の利益が、原則として保護されるのである（改正法466条３項）。このように改正法は原則として譲渡制限特約を悪意の第三者に対抗できるとする一方、一定の事由が生じた場合において譲渡制限特約の第三者効を認めないという方法により、債務者の利益とそれと対立する利益との均衡を取れた立法として、一定の評価をすることができる[8]。

改正法のような一定の事由が生じた場合につき譲渡制限特約の第三者効を認めないとする立法は、一般論として成り立ち得るが、その論理は預金口座から発生する預金債権については、同様に妥当させるべきかは疑問する余地がある。まず、改正法466条４項をみてみよう。改正法466条４項を預金債権に適用するとすれば、譲受人が銀行に対して履行を請求するときは、銀行はその債権譲渡が有効になされたかどうかを確認する必要がある。また、改正法466条の３が預金債権に適用されるとすると、供託の請求を受けた銀行は、債権譲渡の有効性を確認する必要も生じる。預金債権の管理に手落ちがあれば、譲渡人に弁済しても有効な弁済とはならない。このような事態を念頭に入れて、改正法は預金債権について466条３項と異なっている規律を設けている。すなわち、譲渡制限特約に違反して行われた債権譲渡は、無効であるとされる（改正法466条の５）。このようにしてみれば、特約に違反する譲渡が有効であるということを前提する改正法466条４項及び466条の３は、預金債権に適用される余地がない。換言すれば、改正法466条の５の存在意味は、466条４項、466条の２、466条の３を預金債権に適用しないことにあるのである。

第３款　事務手続煩雑化の回避

債権が譲渡されていない場合において、弁済に当たっては、取引を始める取引先に対して代表者の印鑑を捺印の上、代表印の印鑑証明書及び資格証明書を添えた口座指定書を提出してもらい、当該指定口座にシス

[8] 部会資料71-４・91頁参照。

テム的な弁済を行うことにより、多数の債権についても、債務者は効率よく弁済期限どおりに弁済をしているのである[9]。これに対して、債権が譲渡された場合においては、債務者にしてみれば、いちいち弁済の都度債権譲渡の事実関係の確認と、弁済先変更のための個別対応（振込先変更など）が必要となり、事務処理のコストが増えてしまう[10]。債権譲渡が盛んに行われるようになった場合には、債務者の状況はさらに悪化する。

事務手続煩雑化の回避については、譲渡制限特約を付することにより債権者を譲渡人に固定する必要がなく、債権譲渡によって生じた追加的費用を補償する方法があり得る。例えば、民法改正の過程において、民法（債権法）改正検討委員会による提案は、「債務者は、債権の譲渡によって増加した履行の費用を債権の譲渡人又は譲受人に対して請求することができる」旨の規定を明示している（3.1.4.09）。また、ヨーロッパ契約法原則Ⅲは、その11:103条において、「分割できる債権は、その１部分を譲渡することができる。ただし、これによって債務者の費用が増加したときは、譲渡人が債務者に対して責任を負う。」と定めている[11]。これらは、過誤弁済危険の回避という債務者の利益の要保護性を例証するものであるといえる。ところが、改正法においてこのような債務者を保護するための特則が存在していない。債務者が債権者の交代に伴う事務手続の煩雑化という不利益から自己を守られるように何らかの手当てしておく必要がある。そこで、改正法466条３項は、弁済先を譲渡人に固定する限度で譲渡制限特約の効力を認めている。債務者は、事務手続の煩雑化を回避したいのであれば、この規律によって債権者を譲渡人に固定することができる。

先に確認したように改正法466条４項及び466条の３項に規定する事由が生じた場合において、債務者が譲渡制限特約を譲受人に対抗できず、又はその債務の全額に相当する金銭を供託しなければならない。このような規律が預金債権については、同様に妥当させるべきかは疑問する余地がある。まず、改正法466条４項を預金債権に適用するとすれば、譲

[9] 部会資料７- ２・２- ３頁〔譲渡禁止特約に関する実態調査結果報告（経団連）〕。
[10] 部会資料７- ２・３頁〔譲渡禁止特約に関する実態調査結果報告（経団連）〕。
[11] オーレ・ランドーほか・前掲注４）60-62頁。

受人が銀行に対して履行を請求するときは、銀行はその債権譲渡が有効になされたかどうかを確認する必要がある。仮に、これに対応する必要が生じれば、各預金に関する譲渡の通知が届いた場合には、銀行は通知の内容を吟味してその内容に従って預金債権の譲渡に関する管理を行わざるを得ない。また、改正法466条の３を預金債権に適用すると、供託した銀行は、その事実を譲渡人と譲受人の双方に通知しなければならないので、銀行は適式な供託通知をするために、「預金債権の譲渡の有無」ないし「預金債権譲渡の過程」を記録して本支店間で共有しなければならない。もちろん銀行は、事務手続の煩雑化を回避するために、改正法466条の２により自らの判断によって供託することができるが、その供託の事実を譲渡人と譲受人の双方に通知しなければならない。結局、銀行は、適式な供託通知をするためには、やはり「預金債権譲渡の有無」ないし「預金債権譲渡の過程」を記録して本支店間で共有しなければならない。銀行においては、預金債権が多数存在するから、改正法466条４項、466条の２、466条の３を預金債権に適用するとしておくと、銀行の事務手続の負担が増えることになる。このことを憂慮して、改正法466条の５は、事務手続煩雑化の回避という銀行の利益を保護するため、譲渡制限特約の効力につき預金債権を別扱いにしている。すなわち、特約違反する債権譲渡が無効として扱った。このように、改正法466条の５は、466条４項、466条の２、466条の３の預金債権への適用を阻止するための規定と位置付けることができる。

第４款　紛争に巻き込まれるリスクの回避

紛争に巻き込まれるリスクを回避するために、予め譲渡制限特約を付することもある。債権が譲渡された場合に、債務者にしてみれば、どのような紛争に巻き込まれる可能性があるのか[12]。この問題を検討するに

[12] 譲渡禁止特約に関する実態調査結果報告によれば、実務では、「紛争に巻き込まれることを防止することを理由として、特約を締結することがある。その具体的な理由としては、①「譲渡の有効性に関する争い等、紛争に巻き込まれるリスクを回避したいということ」、②「債権者が倒産手続開始決定間近という危機的状況で債権譲渡を乱発する場合もあり、見知らぬ相手方やいわゆる素

当たっては、以下のような３つの場面が想定される。第１は、譲渡人と譲受人の間で譲渡された債権を奪い合う場面である（第１の検討場面）。第２は、複数の譲受人の間で譲渡された債権につき優先順位を奪い合う場面である（第２の検討場面）。第３は、譲受人と譲渡人の一般債権者の間で譲渡された債権につき優先順位を奪い合う場面である（第３の検討場面）。

まず、第１の検討場面をみてみよう。Ａは、Ｂに対する譲渡制限特約付債権を悪意又は重過失のＣに譲渡し、その旨がＢに通知された。その後に、譲受人であるＣから支払請求を受けた。他方、譲渡人であるＡも、自己が当該債権の債権者であると主張した。このようなケースにおいて、AC 間で債権の帰属について争われた[13]。

次に、第２の検討場面をみてみよう。Ａは、Ｂに対する譲渡制限特約付債権を悪意又は重過失Ｃに譲渡し、その旨がＢに通知された。その後、Ａは同一の債権をさらに善意又は無重過失のＤに譲渡し、その旨もＢに通知された。このケースにおいて、CD 間ではこのケースにおいて、CD 間では同一の債権について優先順位が争われた。

最後に、第３の検討場面をみてみよう。Ａは、Ｂに対する譲渡制限特約付債権を悪意又は重過失のＣに譲渡し、その旨がＢに通知された。その後に、Ａの一般債権者Ｄは、当該債権を差押えた。このケースにおいて、CD 間では同一の債権について優先順位が争われた[14]。

上記のような場面において、債務者は、債権者と称している者に弁済したとしても、この者が真の債権者でないと確定されたときは、新の債権者に改めて弁済しなければならない。債権譲渡をめぐる紛争に巻き込まれるリスクから債務者を保護するための準則が不可欠となる。改正前法のもとでは、上記のような場面において譲渡制限特約を付した債務者

性がよくない相手方に譲渡されると、債権の有無や譲渡の効力の争いに巻き込まれることがあり得るため、そのような事態を避けたいということ」、③債権譲渡を巡るトラブル（譲渡人・譲受人間のトラブル、二重譲渡等）に巻き込まれるリスクを回避したいということ」が挙げられる。部会資料７- ２・３頁〔譲渡禁止特約に関する実態調査結果報告（経団連）〕。

[13] 最判平成21年３月27日民集63巻３号449頁。

[14] 平成９年６月５日民集51巻５号2053頁。

は、債権者不確知を原因として供託することができる（改正前法494条後段）。つまり、債権が譲渡された場合に、債務者は譲渡制限特約を付することにより債権者不確知という状態を創出することができ、かつ、それを原因として供託することできる。その理由としては、「譲渡制限特約が付されていた債権が譲渡された場合における債務者保護の必要性は、特約が付されていない場合に比べて高い」ということである[15]。

改正法のもとでは、譲渡制限特約付債権が譲渡された場合に、譲受人の主観態様を問わず、当該債権は完全に譲受人に移転することになる（改正法466条２項）。そのため、上記の検討場面においても、債権者が客観的に確定されるので、債務者にとっては、弁済の相手方の判断に迷うという事態が生じないはずである。上記の検討場面に即してみれば、第１の検討場面において、債務者は、譲受人に弁済すれば常に免責される。第２の検討場面又は第３の検討場面においては、債務者は、第一譲受人に劣後する第二譲受人や差押債権者の存在を考慮する必要がなく、第一譲受人に弁済すると有効な弁済と認められる。改正法のもとでは、債権者不確知の状況が生じないものの、債務者は債権譲渡をめぐる紛争に巻き込まれる可能性があるという状況には、改正前後で変化はない。例えば、第２の検討場面において、先に債務者対抗要件を具備した第一譲受人が第二譲受人に優先するのは、明らかであるが、第二譲受人が債務者に対して「支払え」と請求してきたとしよう。第二譲受人からの請求を受けた債務者にしてみれば、不安に陥ることになり、債権譲渡をめぐる紛争に巻き込まれるリスクが生じる。改正前法のもとでは、譲渡制限特約を付することにより、債権者不確知を原因として供託することができる（改正前法494条後段）。これに対して、改正法のもとでは、債権者が客観的に確定されるので債務者は改正法494条２項により供託することができない。債権譲渡が盛んに行われるようになった場合には、債務者の不安が増大することは予想される。改正法は、466条の２において供託原因を拡張することによって紛争に巻き込まれるリスクから債務者を保護している[16]。具体的には、債権が譲渡された場合に、譲渡制限特約

[15] 部会資料78B・10頁。

[16] 民法改正の過程において、債権譲渡をめぐる紛争に巻き込まれるリスクか

を付した債務者は、譲受人の主観的態様を問わず、供託することできる[17]。これによって、債権譲渡をめぐる紛争に巻き込まれた場合においても、改正法466条の２によって債務者が保護される。このような文脈では、改正法466条の２は、紛争に巻き込まれるリスクを回避することを可能にするための規定と位置付けることができる。

ら債務者を保護するとの観点から、債務者の行為準則を条文上明確にするという考え方が提示された。例えば、部会第26回会議において検討の対象となった「中間的な論点整理」では、「債務者保護のための規定の明文化等」について、「供託原因を拡張することにより、債務者が供託により免責される場合を広く認めるかどうかについて、更に検討してはどうか」とされた。それより後の部会第45回会議において検討の対象とされた「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（９）」では、供託原因を拡張する考え方を採用せず、「複数の譲受人が同時に第三者対抗要件を具備した場合には、債務者は供託をすることによって債務を免れることができる旨の規定」を提案した。部会第45回会議以降の会議においては、供託を認める考え方を採用せず、単に債務者がいずれの譲受人に対しても債務の履行をすることができる旨の行為準則を提案した。要綱案の段階において、債務者の行為準則は論点として取り上げられなかった。ただし、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（14）」では、弁済の相手方の判断に迷った債務者の要保護性を理由に、供託原因を拡張する案が提示された。

また、ヨーロッパ契約法原則Ⅲには、債務者が複数の履行請求を受けた場合に、債務者を保護するための準則（11:305条）が見られる。すなわち、「債務者は、２つ以上の競合する履行請求の通知を受けた場合には、履行場所における法に従って、責任を免れることができる。履行場所が異なるときは、債務者は、その債権に適用される法に従って、責任を免れることができる」。各国法は、通常、債務者を保護するための準則によって、紛争に巻き込まれるリスクから債務者を保護する。例えば、「金銭債権の総額を、裁判所その他の機関に供託することを認めることがある」。オーレ・ランドーほか・前掲注４）83頁。

[17] 改正法466条２-３項と466条の２の役割分担については、三枝健治「債権譲渡制限特約」法学教室473号（2020年）78-79頁は、「『特約悪意の抗弁』しか認められなければ、特約について譲受人が善意無重過失の場合には、債権者である譲受人に弁済しなければならなくなり、弁済先固定の利益が確保されないことから、それを避けるべく、譲受人の主観的態様にかかわらず供託することができる」と説く。

第３節　小括

すでに確認したように、改正法のもとでも、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた①相殺利益の確保、②過誤弁済危険の防止、③事務手続煩雑化の回避、④紛争に巻き込まれるリスクの回避といった債務者の利益は、概ね保護されている。しかし、改正法466条４項及び466条の３に規定する事由が生じた場合には、債務者は譲渡制限特約をもって譲受人に対抗することができず、又はその債務の全額に相当する金額を供託しなければならない。債務者の利益保護は、この範囲で後退することになる。具体的には、債務者が譲受人からの催告請求又は供託請求を受けた場合には、その者が真の債権者であることを確認する必要がある（転々譲渡の場合に、譲渡の過程を把握する必要がある）。債権譲渡の管理に手落ちがあれば、過誤弁済の危険を受けるおそれがある。結局、譲渡制限特約により追求している②③の利益が失われる可能性がある。これに対して、①又は④改正法469条３項又は466条の２によって引き続き保護される。改正法466条４項及び466条の３の規律が発動されることによって債務者の利益保護（②③）が後退するとしても、譲渡制限特約を付した債務者は、原則として弁済の相手方を譲渡人に固定することができるから、一応のバランスが取れているといえる。

譲渡制限特約が原則的に譲受人に対抗することができるとし、一定の事由が生じた場合に限って特約の効力を制限するとする考え方は、一般論としてあり得るが、預金債権につき同様に妥当させることについては疑問がある。銀行にしてみれば、預金債権が多数存在するから、譲渡制限特約を譲受人に対抗できないとするなら、事務手続の負担が増えることになる。民法改正の過程において、預金債権を念頭において改正法466条４項又は466条の３のような規律に反対する意見が多数示された。改正法はこれを受けて預金債権を別扱いにすると決した。すなわち、譲渡制限特約に違反する預金債権の譲渡は無効であるとされている（改正法466条の５）。そのため、特約に違反する譲渡が有効であるということを前提とする改正法466条４項、466条の２、466条の３は、預金債権につき適用する余地がない。譲渡制限特約付預金債権が譲渡された場合には、これまで譲渡制限特約によって保護されてきた②③のような債務者

の利益は、改正法のもとでも引き続き保護されることになる。

論　　説

規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察（２）

高　　泉　鼎

目　次

第一章　序論
　第一節　研究の目的
　　第一項　問題の提起
　　第二項　本稿の課題
　第二節　研究の方法
　　第一項　研究の範囲
　　第二項　規範論からの観察
　　第三項　比較法的な分析
　第三節　本稿の位置付け及び展望
第二章　正犯論における実行行為概念
　第一節　従来の実行行為概念とその問題の所在
　　第一項　実行行為概念の概観
　　第二項　実行行為概念の問題及びアプローチ　（以上、72巻2号）
　第二節　不法概念の変遷とその概要
　　第一項　主観的違法論と客観的違法論
　　第二項　人的不法論
　　第三項　結果無価値の体系的地位
　　第四項　行為無価値の再定位
　第三節　実行行為概念への再考
　　第一項　刑法的評価の要素の一部としての行為
　　第二項　実行行為性の判断
　　第三項　共犯と実行行為概念
　　第四項　判例の検討

第四節　小括
第三章　間接正犯の構造
第一節　従来の議論の状況
第一項　判例の状況
第二項　学説の状況　（以上、本号）
第二節　自説の構成
第三節　間接正犯の成立限界
第四節　小括
第四章　台湾法における正犯概念
第五章　台湾法における間接正犯概念
第六章　結論

第二節　不法概念の変遷とその概要

第一項　主観的違法論と客観的違法論

かつては、主観的違法論と客観的違法論との対立が存在していた。主観的違法論の代表的論者アドルフ・メルケル（Adolf Merkel）は、法の否定として不法は「法の中に客観化せられている共同意思、或いはその中に表現せられている共同利益の侵害」及び「帰責可能性の要件（Zurechenbarkeit）」を含んでいると主張する[1]。前者については、法規の侵害は、それを定立しその貫徹を自己の権威に依って要求する共同意思の侵害を含んでいることは明らかであるが、ここで我々が何よりもさきに眼中においているところの国家の中に、且つ国家によって実現されている法について言えばその法の尊重の中に、同時に自己の権威の承認を求める。従って、その侵害の中に自己権威の蔑視を感じるのは国家意思である。これは国家によって鎮圧する一切の不法の特徴であり、一部の不法のみの特徴ではないため、このような不法が共同利益の侵害も含んでいる[2]。後者については、法は法的性質を持った命令・禁止の総体であり、不法は従ってそのような命令・禁止の侵害とみることができるが、

[1] 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（有斐閣、1974年）63頁。
[2] 佐伯・前掲注（１）63-64頁。

この命令は帰責能力のあるに者しか向けられていないため、自然現象や帰責能力のある者の意思に帰責できない人間活動による侵害は、ただそれが向けられている者、その者に対してそれが妥当しようと意欲している者の側においてのみ考えられるからである[3]。この見解は、命令説を貫徹し、法の本質を人間の意思に対する命令又は禁止であると解し、この命令又は禁止はこれを理解し、これに従って意思決定し得る者即ち責任能力者に対して意味しか持たないものであるので、不法判断の対象が有責行為に限られることになり、その後にもフェルネック（Alexander F.H. Ferneck）やグラーフ・ツ・ドーナ（Alexander Graf zu Dohna）などによって支持され、発展した[4]。

このような行為者意思に基づき責任能力を前提として構築される主観的違法概念に対して、客観的違法論は不法と責任との考察を分離すると主張する。リスト（Franz v. Liszt）は、自然主義・実証主義の因果関係論の立場から、犯罪行為の客観面と主観面とを経験的に区別し、その客観面を構成要件該当性・違法性に、主観面を責任に対応させることにより違法と責任を区別すると主張する[5]。そしてメツガー（Edmund Mezger）の見解によれば、法規範の第一作用は如何なる事実がかかる客観的法秩序と調和・合致し、如何なる事実がそれと矛盾するかという点で法的基準を示し、かかる法的評価の対象たりうるがためには、それがわれわれの法的な、従ってまた国家的な共同生活に関係のある事象であることを要するが、同時にまたそれを以って足りるので、それが責任能力者の行為であるかどうかを問わず、人間以外の動物の態度や自然現象が共同生活に関係がある以上、この評価を受けうるのであり、この立場からはいわゆる違法状態の存在も是認しなければならないとする[6]。よって、メツガーによれば、法規範は客観的評価規範としての側面及び

[3] 佐伯・前掲注（1）64頁。

[4] 福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第5版、2011年）139頁、団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第3版、1990年）190頁。また、フェルネックやドーナなどの理論については、佐伯・前掲注（1）72頁以下参照。

[5] 山中敬一『刑法総論』（成文堂、第3版、2015年）136頁。

[6] 佐伯・前掲注（1）30頁。

主観的決定規範としての側面を有し、人間の意思に対して命令・禁止するためには、まず何が許され、何が許されないかを評価しなければならないので、評価規範が決定規範に論理的に先行ことになる。そしてある事実関係において、この評価規範としての側面により法秩序との否定的な価値判断を受けることが「違法」とされる一方、行為者の責任においては、評価規範の違反を前提として決定規範の違反を判断する。即ち決定規範に反するのは責任能力者の行為に限るものとされるが、評価規範による判断にはそのような制限がないである[7]。換言すれば、客観的違法論によれば、法規範の期待に違反するのは行為者ではなく行為であり、不法概念の構築は評価規範の違反を前提とするため、決定規範の違反、即ち行為者に対する非難に関わらないとされることである。

ところで、メツガーの客観的・抽象的違法概念によれば、違法は評価規範としての法に対する違反であり、法的に是認せられた状態の変更或いは法的に否認された状態の招来であるが、一定の状態の法的に上否認せられた招来ではなく、犯罪が違法なのはそれが違法を発生させるからである、という違法の本質を推認しうる[8]。また、違法の判断は評価規範に違反する事態の発生の確認であるとし、人間の行為とは関連付けらないため、法にとって望ましくない客観的事態は因果関連性が存在すれば、違法ということになる[9]。そうすると、故意・過失などの主観的な心理要素は決定規範の違反の問題であり、それがただの客観的不法の状態に対する主観的な投射になるのである。しかし、人間の行為を離れた自然的な利益侵害状態の全てが違法とされる点から見ると、市民の「行為」の存在を完全に捨象した「違法評価」という概念だけにしかならないため、罪刑法定主義に支配される刑法領域において市民の側にとっては可視的な違法判断が不可能になる[10]。

---

[7] 佐伯・前掲注（１）31頁、福田・前掲注（４）139頁、団藤・前掲注（４）190頁参照。
[8] 佐伯・前掲注（１）87頁以下参照。
[9] 井田良『講義刑事学・総論』（有斐閣、第２版、2018年）256頁。
[10] 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005年）38頁。

第二項　人的不法論

現在では、主観的違法論と客観的違法論の対立は姿が消え、その代わりに客観的違法論の内部での対立へと変容している[11]。その論争は、客観的違法論の内部で客観的違法論を徹底するか、それとも主観的要素を例外的に或いは全面的に肯定するかという点にある[12]。そもそも、これは、目的的行為論の台頭により、「人」と「責任」との関係を重視し、違法評価を受ける対象が人の行為に限られるとし、そして人的不法論に帰結するということに由来する。

目的的行為論の創始者ヴェルツェル（Hans Welzel）は、刑法的な行為が個人的意思即ち目的性に基づき、外部的な因果的事象に合致するという前提で、客観的な事態を統制する過程であると理解した上で[13]、「不法は、行為者から内容的にきりはなされた結果惹起（法益侵害）につきるものでなく、行為は、一定の行為者のしわざ（Werk）としてのみ違法なのである。行為者がいかなる目標設定を目的活動的にその客観的行為にあたえたか、行為者がいかなる気持ちからその行為をなしたか、そのばあい、いかなる義務が行為者に存していたが、これらすべてが、生じるかも知れない法益侵害とともに、行為の不法を決定するのである。違法性とは、つねに、一定の行為者に関係づけられた行為の非認である。不法は､行為者関係的な『人的』行為不法である」と述べている[14]。また、目的的行為は、実現意思によって設定された結果に関してのみ存在するとしても、この実現意思によって設定された結果自体は、行為構造の全体において、まさに追求された目的又は適用された手段或いはただ単に実現意思にとりこまれた付随的結果にすぎないため、それは目的的行為の意味内容にとっては重要ではない[15]。そして、刑法の任務は、「基本的

---

[11] 山中・前掲注（５）442頁。

[12] 高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第４版、2018年）250頁。

[13] ハンス・ヴェルツェル（福田平＝大塚仁訳）『目的的犯罪論序説』（有斐閣、第３版、1979年）１頁。

[14] ハンス・ヴェルツェル（福田＝大塚訳）・前掲注（13）42-43頁。

[15] ハンス・ヴェルツェル（福田＝大塚訳）・前掲注（13）５頁。

な社会倫理的心情（行為）価値の保護」であり、「基本的な社会倫理的な行為価値を保護することによる法益の保護」であるため[16]、不法の中核は「社会倫理秩序違反性」として捉えられ、目的的行為論からの帰結として行為無価値論が展開されたとする[17]。よって、目的的行為により社会倫理秩序違反を違反することを行為無価値と捉えるが、法益侵害の実現が刑法的期待に違反することを結果無価値と捉るとしても、結果無価値は行為無価値においてのみ刑法上意味をもつのであるので[18]、結果無価値は不法の構造において中核的概念ではなく、ただの付随的な効果にとどまる。

この「違法＝社会倫理秩序違反」とする行為無価値及び「違法＝法益侵害・危険」とする結果無価値という対立構造が提唱された後、学説ではこれらの内容を前提に、およそ「結果無価値論」、「違法二元論」、「行為無価値一元論」が主張され[19]、不法概念をめぐる論争が激しく展開されている[20]。

第三項　結果無価値の体系的地位

ヴェルツェルの目的的行為論と人的不法論の展開により、目的的行為が社会倫理秩序違反を違反することが行為無価値、法益侵害の発生が刑法の期待を違反することが結果無価値、という２つの概念で不法概念の

---

[16] 板倉宏＝内藤謙「違法性における行為無価値と結果無価値」中勝義編『論争刑法』（世界思想社、1976年）21頁。

[17] 川端博「刑事責任の総合的研究―序説―」明治大学社会科学研究所紀要49巻２号（2009年）313頁。

[18] ハンス・ヴェルツェル（福田＝大塚訳）・前掲注（13）43頁。

[19] 学説の概要については、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）２頁以下及び同・前掲注（９）86頁以下、山中・前掲注（５）443頁以下、高橋・前掲注（12）250頁以下など参照。

[20] 行為無価値と結果無価値の対立については、板倉＝内藤・前掲注（16）19頁以下と34頁以下、曽根威彦＝川端博「行為反価値性と行為反価値性」植松正ほか著『現代刑法論争Ⅰ』（勁草書房、第２版、1983年）105頁以下、高橋則夫ほか著『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）313頁以下など参照。

実質的基礎を共同に構築することになる。前述したように、ヴェルツェルの見解によれば、結果無価値は行為無価値の内部においてのみ意義を持つものとして捉えられ[21]、法益侵害又は危険はただ「人的に違法な行為の部分要素」であり[22]、法益侵害の重要性は不法の体系的地位において弱体化されたと言える。以下は、この論点を踏まえ、結果無価値の体系的地位についてさらに検討する。

第一款　行為無価値一元論の考え方

ヴェルツェルの弟子であるアルミン・カウフマン（Armin Kaufmann）の見解は、依然として目的的行為論を理論の前提にしたが、行為の存在論的構造を目的性に求めるというヴェルツェルの見解と異なり、規範論の見地から発展されるものであり、結論として不法は行為の志向反価値に尽き、結果無価値は単なる客観的処罰条件に過ぎない、という行為無価値一元論（一元的人的不法論）を主張する[23]。

カウフマンは、立法者の規範定立に至る評価過程を三段階に分析し、規範の基礎を明らかにした。第一の評価段階は、既に「肯定的」・「積極的」に評価された「法的状態」（rechtlicher Zustand）すなわち「法益」（Rechtsgut）に関係する。ここでは、保護されるべき状態が先行して確認されたものである。そして、この存在すべきものとれる法的状態、肯定的・積極的な価値判断の総体を「社会的秩序」（soziale Ordnung）と称する。第二の評価段階は、「事象評価」（Wertungen des Geschehens）である。ここでは第一段階で肯定的・積極的に評価された状態が、当該の事象によって維持ないし創出されるか、或いは侵害されるかにより、肯定的・積極的にも否定的・消極的に評価されうる。即ち「法益侵害事態」（否定的・消極的価値判断）或いは「法益維持事態」（肯定的・積極的価値判断）が問題とされる。第三の評価段階では、「人間の生み出したもの」（Menschenwerk）が問題とされる。その因果的事象が、人間の志向性

[21] 板倉＝内藤・前掲注（16）19頁。
[22] 板倉＝内藤・前掲注（16）20頁。
[23] 曽根＝川端・前掲注（20）110頁。

に依拠する「目的論的な設定関係」にあるかが問われるものである。即ち立法者は、「事態無価値」（Sachverhaltsunwert）を回避し、「事態価値」を実現するため、換言すれば、「法益保護」を目的として、法益侵害を志向する（否定的な）行為を「禁止」（Nicht-tun-Sollen）し、法益維持を志向する（肯定的な）行為を「命令」（Tun-Sollen）することになるのである。またカウフマンは、全ての価値判断は「当為」のモメントを含むとするが、この段階の当為は「あるべしという当為」であり、未だ「すべしという当為」ではないので、当為が全ての義務であるというものではなく、「すべしという当為」はその主体に可能である価値実現にのみ関係というものである[24]。そしてカウフマンはこの考察から、①すべての規範に一定の価値判断が先行することであり、②この価値判断とその規範とは同一の対象を有することであり、③規範は行為についての価値判断に基づいて形成されることである、という３つの命題を引き出そうした[25]。

このように、行為無価値一元論によれば、立法者は「法益保護」の目的に基づき、法益侵害を志向する行為を禁止し、法益保持を志向する行為を命令することになり、法益侵害は規制対象ではなく、法益侵害を志向する人間の行為のみが規範の対象と扱われるため、結果無価値は不法の構造から排除され、客観的処罰条件である、という帰結となる[26]。すなわち、結果は不法の構造においてその独自の地位を失うことになった。例えば、「殺人行為」を特徴づけるのは、現実の「殺人結果」ではなく、「殺人目的」であるということである[27]。しかし、この見解は、刑法が何のために命令・禁止規範を設けているかを説明しようとせず、法益保護を刑

[24] 以上のカウフマンの見解は、増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢49巻５号（1977年）140-141頁、曽根＝川端・前掲注（20）110-111頁、山中敬一『犯罪論の機能と構造』（成文堂、2010年）92-93頁を参照して集約したものである。

[25] 増田・前掲注（24）142頁。

[26] 曽根＝川端・前掲注（20）110頁。

[27] 松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学2005年６号（2005年）297頁。

法の任務とする出発点から逸脱したものと批判された[28]。

第二款　行為規範・制裁規範の考え方

一、行為規範と制裁規範の対置

ビンディングの規範論では、「規範」と「刑罰法規」が分離されていることをその理論的基礎とする[29]。ビンディングは、「所謂犯罪は法規の違反である（Das Verbrechen ist Bruch des Gesetzes）なる語は、犯罪的所為を法律の条文（Rechtsvorschrift）に対立せしむるものであり、［一応］正確であり且つ適当である。即ちこれに依れば、法規の内容が、これを侵犯する犯行（Misstat）の内容に対して標準となるのである。而して、その結果は、刑法学は―若しそれが犯罪を、それが犯すことの出来ない法規に対立せしむる限り、―犯罪の内容を誤認し且つ法規の内容を偽造するといふ二重の危険に陥らなければならぬことになる。この事は、犯罪を刑罰法規の違反として考察する限り、刑法学の病弊であった。刑罰法規は、概念上、先づ、違法な所為（rechtswidrige Tat）を追躡する、換言すれば、刑罰法規の目指すものは、結果であって、其の内容を確定することではない。世の如何なる犯罪も、刑罰法規―之に従って犯罪が処断せられる―は侵犯しないのである、換言すれば、各犯罪は、刑罰法規とは根本的に異なり、近時、『規範』（Norm）と名付けられている一種の法規（ein Rechtssatz）に違反するものである。」と述べた[30]。すなわち、全ての犯罪は、刑法により刑を科せられる前に、既に刑法の前提とされている「規範」の命令・禁止に違反した義務侵害により刑罰に値すると見なされ、その「反規範性」すなわち「違反性」に対し、刑法が一定の違法効果すなわち刑を科すべき旨を規定しているにすぎないものであ

---

[28] 山中・前掲注（５）446頁。

[29] Karl Binding（齊藤金作訳）『「ビンディング」刑法論』早稲田法學別冊７巻（1936年）３頁。

[30] Karl Binding（齊藤訳）・前掲注（29）201-202頁。

る[31]。

この「規範」と「刑罰法規」を区別し、「規範」の存在を「刑罰法規」の前提とするというビンディングの見解は、行為規範と制裁規範の区別に一致し[32]、行為規範と制裁規範の対置が根拠付けられたと思われている[33]。

二、行為規範論における結果無価値の地位

このような行為規範と制裁規範の対置という形式が示している二元的規範論[34]において、論者は、法益保護という規範の目的から行為無価値と結果無価値との関係を再考した[35]。本稿も、この論点を踏まえ、行為

---

[31] 竹田直平『法規範とその違反』（有斐閣、1961年）75頁。

[32] 山中・前掲注（24）83頁。

[33] 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007年）１頁。

[34] 高橋・前掲注（12）１頁。また同書２頁注４は、二元的規範論はドイツの通説であると称する。

[35] この点については、中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第３版補訂版、1997年）28-29頁は、実質的な違法性の有無を判断するためには、行為規範の具体的内容を明らかにしなければならないが、その具体的内容を的確に把握することが必ずしも容易ではないので、そこで、法益保護という角度から、行為規範の目的は何らかの法益を保護するか増進するためのものと理解し、法益を保護する行為規範に違反する行為は性質上常に法益侵害性を有しており、刑罰の対象となるが、もしまたそのような行為を行為規範が禁止していないとすれば、その理由は、法益を基準として違法性を判断することにより、法益を保護する必要がないため、或いは他の法益の保護・増進との比較考量の結果である、すなわち法益衡量説と主張する。また、同書32頁注２は、「いわゆる行為無価値の側からは、行為の態様・行為者の心理状態など法益と関係のない事実も違法判断の一つの要素であり、それが行為無価値を形成するといわれるが、これらの要素も、法益という概念を本文のようにやや広く解すれば、結果は法益侵害性すなわち結果無価値の要素に還元して考えることができるはずである。また、そうでなく、法益と全く無関係な違法要素を認め、行為規範は法益保護以外の目的のためにも存在するというのであれば、それは違法性の範囲を不当に広げるものだというべきであろう」として、まさに行為無価値は基本的に結果無価値の側面から基礎づけられなければならないと言える。なお、台湾の学者も結

規範における結果無価値の地位を考察する。

まず行為規範は、法益保護のために市民の行動に指針を与え、一定の行為の評価を基礎とする禁止･命令によって行為を規制するものであり、且つこの規制機能により、事前に犯罪を予防する機能を果たすという意味で、これは行動を規制する規範でありつつも、意思決定を導く規範である。しかしその前に、その規範に従っている限り、原則として正しい行動を採るものであると評価する機能を有しているため、正当な行為を行うよう意思決定させる機能も持っている。よって、行為規範は、評価規範に沿った行為に導く機能として、意思決定規範の機能を果たす[36]。また、行為規範には、行為の動機が規範に従い得たかどうかは重要でなく、規範が禁止する行為をした者は全て規範違反であるから、個人の意思決定可能性がその前提とならず、ただ正当な行為か否かについて「評価」を下す[37]。これに対して、制裁規範は、行為規範違反の際、即ちその犯罪予防機能が機能しなかった際に発動するもので、失われた行為規範の妥当性を事後的に回復し、規範に対する将来における信頼喪失を回復するとし[38]、行為が一定の要件を充たした時に法律効果として一定の制

果と行為無価値との関係を明確に論及している。例えば、蔡聖偉「評2005年關於不能未遂的修法―兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分」政大法學評論91期（2006年）366-369頁、許恒達「『行為非價』與『結果非價』―論刑事不法概念的實質內涵」政大法學評論114期（2010年）243-246頁、蔡孟兼「論行為規範及制裁規範與犯罪評價之論理關係（上）」軍法專刊61巻１期（2015年）165-175頁など。

[36] 山中・前掲注（24）55-56頁。

[37] 山中・前掲注（24）56頁。

[38] 制裁規範に対する理解については、山中・前掲注（24）59頁は、制裁規範の発動は行為規範違反を前提として理解する。これに対して、高橋・前掲注（12）10頁は「名宛人は誰か」という問題から観察し、刑罰法規は、裁判規範であることを前提として行為規範を明示すると共に、その行為規範に違反した場合には刑罰を科すという制裁規範を明示することであり、制裁規範と行為規範違反との間に一定の結びがつけられると理解する。また、両教授は共に、行為規範と制裁規範の対置を犯罪論の基礎に置くという二元的規範論を主張するが、それぞれの基本的理解が異なる。一方、井田・前掲注（９）89頁は、制裁規範それ自体は形式的で無内容なものであり、そこから違法性の実質について何らか帰結が導かれるものではないことを指摘する。

裁が科せられることを定めるものである[39]。そのため、行為規範は、法益保護の観点から行為に働きかけて犯罪を予防するという事前的予防機能により根拠づけられ、制裁規範は、制裁の賦課が行為規範に違反する行為への反応として適正又は合目的的であるかどうかという事後的処理機能により根拠づけられる[40]。したがって、法益保護という規範の目的を達成するために、法は、許されない法益侵害結果の発生の一定の可能性のある行為態様を事前に規定し、且つ刑罰の社会的反応およびその必要性を考え、規範違反者を処罰することにより、事後にその犯罪のもたらした効果を減じ、社会の動揺を抑え、法秩序への信頼を回復し、さらに犯罪予防の効果を補強しうることになる[41]。

行為規範違反の内容については、ドイツの学説において、概ね侵害惹起説（客観的規範概念）と規範違反行為説（主観的規範概念）に分かれている。侵害惹起説の主張者キントホイザー（Urs Kindhäuser）とフォーゲル（Joachim Vogel）の見解によれば、各則の構成要件に該当する行為は規範違反行為であり、また規範違反とは、法律の文言と体系に相応して行為者の行為のうちの客観的要素と目的といった特別な主観的規範要素を基礎として事後的に認定されるものであり、故意・過失のような他の主観的規範要素と責任要素がその認定の基礎から排除される[42]。そこで、例えば、殺人罪のような結果犯において「死の結果を惹起するな」ということが規範の内容とされる[43]。また、客観的帰属の問題が行為規範の問題とされるが、故意・過失・錯誤などが帰属ルールに属するとされる[44]。この帰属ルールは法律上の規定がある場合に適用され、このよ

---

[39] 山中・前掲注（５）19頁。

[40] 山中・前掲注（24）59頁、同・前掲注（５）19頁。なお、高橋・前掲注（12）11-15頁は、行為規範と制裁規範の概念に対する基本的理解が山中説と異なるが、それらの正当化根拠を同様に理解し、さらに「法的平和の回復」が被害者の修復、加害者の修復、コミュニティの修復を規範的レベルで把握する可能であることを主張する。

[41] 山中・前掲注（５）19頁。

[42] 山中・前掲注（24）96頁。

[43] 山中・前掲注（24）97頁。

[44] 山中・前掲注（24）97頁。

うな法律上の規定は刑法総則の帰属ルールと関係する制裁規範と見られるが、法益保護は制裁規範の根拠及びそれに関係する帰属ルールの根拠であるとは見なされないため、法益保護は行為規範の直接的根拠であり、これに対して、刑法上の制裁はまさに法益保護の失敗、即ち法益侵害を前提とし、帰属の目的ないし根拠は、人の行為に対してその責任を問うというのである[45]。そして、行為規範違反のみでは制裁を課することに十分ではなく、刑法上の制裁規範は、規範違反行為が行為者に規範侵害として帰属されうる必要があることになる[46]。

これに対して、規範違反行為説の主張者フリッシュ（Wolfgang Frisch）とフロイント（Georg Freund）の見解によれば、行為規範の中核は法益侵害ではなく、「構成要件行為」即ち「客観的に否認された危険の創出」にあることを捉える。それは事前判断によって決定されものであり、結果発生や客観的帰属は「制裁規範の制裁構想に付加的な要件」にすぎない。行為規範は、未だ存在しない結果を取り込んで構成されるべきでないことである[47]。すなわち結果発生や客観的帰属は行為規範の内容ではなく、ただの制裁規範の前提にすぎないと解される[48]。よって、構成要件該当性は行為規範違反である「構成要件該当行為」と制裁規範の要件を充たす「構成要件該当結果」とに分解され、客観的帰属は後者に属すると説明される[49]。

侵害惹起説に対する批判は、具体的な状況において、禁止された行為と禁止されない行為を選択し決断する時の基準とはならず、また、結果が発生した時には事前的にみて禁止されない行為も規範違反であると扱われる点で広すぎ、さらに結果が発生しなかった時には事前的にみて禁止された行為でも規範違反ではないと扱われる点で狭すぎるなどがあげ

---

[45] 山中・前掲注（24）97頁。

[46] 山中・前掲注（24）102頁。

[47] 山中・前掲注（24）98頁。また山中は、規範違反行為説は最近ドイツの通説であることを称する。

[48] 山中敬一「刑法学は何処へ向かうのか―これからのドイツ刑法と日本刑法―」北九州市立大学法政論集44巻１・２合併号（2016年）102頁。

[49] 山中・前掲注（24）102頁。

られている[50]。これに対して侵害惹起説からの反論は、結果惹起の禁止ないし結果回避命令も行政指導的に作用するとし、行為がどのようにあるべきか、即ち構成要件的結果に対して原因となってはならないということは、事前に確定されることであるが、その具体的な行為が結果を惹起するか、それが侵害にとって重要かどうかについて判断が開放的であり、まったく具体的な状況と行為者の知見と能力に依存するとする[51]。

第四項　行為無価値の再定位

主観的規範概念の「行為規範違反＝行為無価値」及び「法益侵害結果の発生＝制裁に付加的な要件」という観点から強調すれば、結果無価値は不法の構造において優位的な要素ではなく、法益侵害結果は刑罰と刑事政策の必要性に応じて制裁を科する単なる前提のみとされるため、不法の中核は、行為規範に対する市民の信頼及びその効力を維持することにあると思われる。しかし、刑法は、法益保護を目的として制定されたものであり、刑法の内容から由来する行為規範とは、法益侵害発生を防止するため、一定の行為を禁止・命令するという類型化された行為態様であり、このような行為を禁止し又は命令する理由は、行為後の因果経過において法益侵害が作用することにあり、一定の行為が法益侵害の発生に導かれる時に限り、刑法がこのような行為を禁止・命令すると考えることが正当であると思われ、もし後続の因果経過の発展において法益侵害発生の可能性を考えずに、単に規範違反行為により行為規範の規制の内容を構築するとすれば、刑法を法益保護という目的から引き離すことになる。故に、行為規範としての刑法は市民の行動を導くのみならず、法益侵害や侵害の危険の発生を防止するものであり、行為規範違反は、その行為規範が保護しようとする結果発生のあった時に侵害され、規範違反が認められると解すべきである[52]。また、一般予防という刑事政策の観点に基づき、行為規範は、行為がもたらした法益侵害の危険の発生

[50] 山中・前掲注（24）98頁。
[51] 山中・前掲注（24）98頁。
[52] 山中・前掲注（48）102頁。

及び社会許容性の欠如に対して有効に防止しうるものと思われるが、現実的な法益侵害の確率により行為の適法性を観察することをせずに、行為が行為規範に合致するかどうか、主観的に他人を侵害する意思を有しているかどうかだけが重視されると、不法の判断は法益侵害の実現から行為規範への符合の有無へと移行し、可罰性の根拠も法益侵害の現実的な発生から行為者の主観的な悪性又は客観的な規範への不服従となる[53]。これは、法益保護機能を持っている刑法に対して、その規制機能の側面を過度に強調し、刑法が単なる行為を統制する規範とされることになる。また、刑法の介入時期が早期化しすぎ、刑法の謙抑性・補充性には合致することができないとも考えられる。

このような考え方によれば、刑法は、法益保護機能に基づき、行為規範としては、事前的に特定の行為態様を法定化し、名宛人である一般市民を規制することにより、法益侵害結果の発生を回避し、制裁規範としては、事後的に行為規範違反行為に刑罰を科し、法秩序又は規範的な効力を回復することにより、法益侵害結果の再発生を回避するため、一般市民とっては刑法の示す規範が予見可能又は遵守可能であり、且つ刑法によって自由・人権を保障するものとなる。よって、法益保護以外の目的のために存在する行為規範と制裁規範は刑罰の範囲を不当に広げ、その妥当性をも欠くので、法益保護こそは行為規範と制裁規範の共通の根拠ないし目的である。そうすると、行為規範の妥当性は法益侵害結果発生の可能性に限界付けられるべきであり、結果無価値は刑事政策又は制裁規範における問題のみならず、刑事不法の構築にあたって結果無価値と行為無価値という両方面の観点から検討すべきであると思われる。また、もしこの規制機能を有する刑法規範の内容は法益侵害結果発生の可能性から乖離すれば、一般市民が事前的にそれを予見・遵守するのは期待し難いことであり、さらに事後的にこのような予見・遵守し難い行為規範に違反する行為に刑罰を科せば、刑罰の範囲が不当に拡張され、最終的に刑法規範に対する市民の信頼を失い、処罰しても法秩序又は規範的な効力の回復ができず、法益侵害結果の再発生の回避という目的も達成できないことになるので、これが罪刑法定主義の要請及び個人の権利

[53] 許恒達・前掲注（35）251頁は同旨。

の保障に応じられるとは言えない。そして、不法の評価の対象は、自己が統制できる身体行動のみではなく、客観的に予期できる範囲内における行為者自身によってもたらした外在世界の変動も含まれる。よって、具体的な行為が結果惹起又は侵害の重要性の有無によって規範違反を判断するという客観的規範概念は、原則として妥当であると思われる。このような規範論的観点における刑事不法の構築は、「行為規範違反＝行為無価値」を認めるとしても、「法益侵害発生＝結果無価値」をその中核とし、規範違反性による行為無価値が法益侵害性による結果無価値に補強されると考えられる[54]。

第三節　実行行為概念への再考

第一項　刑法的評価の要素の一部としての行為

犯罪の成立と科刑のためは、行為が存在しなければならないが、行為が存在するとしてもその行為だけを処罰の対象とすべきであるので、犯罪は行為に限定される[55]。そのため、実行行為性の判断に入る前に、必

---

[54] 高橋･前掲注（33）51-52頁は、刑法の任務は法益保護であるため、刑罰によって回復すべき規範とは抽象的な規範をいうものではなく、具体的な規範、即ち一般人や被害者を含めたものであり、そういう意味での「法的平和の回復」が刑罰さらにはより広い意味で制裁によって実現されるのであり、このような制裁規範の発動条件として、侵害犯には法益侵害の発生、未遂犯には具体的危険の発生が要求されるべきになるので、行為規範と制裁規範は規範論的に統合されることができ、違法性は行為無価値と結果無価値の総合から構成されることになると主張する。これに対して、山中・前掲注（５）448頁は、制裁規範の作動の前提条件としての犯罪論における不法の構成要素である行為無価値の概念は放逐されるのが良いと考えても、厳密な意味における結果無価値の概念のみでは、可罰性を全て説明できないため、可罰性の不法は、結果無価値からのみならず、「危険」の存在からも根拠付けられなければならないので、このような「危険無価値」の概念に独立した意義をもたせるべきである、結果発生に対する現実的で客観的な危険性のみが「危険無価値」の判断基準であり、不法があくまでも評価規範違反であると主張する。

[55] 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）106頁。

ず行為概念を解明しなければならないと思われる。

従来の行為概念の論争について、①自然主義の見地から観察して意思に基づく身体の動静を行為と定義する因果的行為論[56]、②目的的意思によって統制・支配可能な範囲内の人の態度としての人間行動と定義する目的的行為論[57]、③行為は社会的に意味のある有為的な人間の身体の動静と定義する社会的行為論[58]、④人格の主体的現実化と定義する人格行為論[59]、という４つの見解が大別される。

この問題について、行為概念を機能的に考えると、刑法上考察の対象となるのは構成要件該当、違法且つ有責な行為であるので、行為は全ての犯罪成立要素を結びつく基底的な概念になり、基本的要素としての機能を持ちつつ、刑法的評価の対象となりうるものの外枠を描き、ある範囲の人間活動を刑法的評価から外し、限界要素としての機能を持つということである[60]。また、犯罪論の構成を考えると、できるだけ客観的・事実的な要素から出発し､次第に価値的･主観的な要素に立ち入るため、行為の判断が構成要件該当性の判断に入る前に、できるだけ没価値的に行われるのは妥当である[61]。そして、刑法の評価対象としての行為は、行為者の主観面の意思と結びつき、反射運動など意思によらない行動は刑法評価の対象とするべきではない。よって、実行行為概念は価値的な判断要素とし、ある行為がある犯罪の実行行為に該当するかどうかについて、出発点として、できるだけ社会的な価値判断が除外されるべきである。また全ての犯罪は意思の内容を有するものではなく、認識なき過失による犯罪も存在している。これらの共通の要素は「意思に基づく身体の動静」であるので、因果的行為論が妥当であると思われる。

---

[56] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016年）42頁以下参照。また、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）90頁は、これを「有意的行為論」と呼ぶ。これに対し、平野・前掲注（55）113頁は、行為を「単に身体の動静」とする「自然的行為論」を主張する。

[57] 井田・前掲注（19）27頁、福田・前掲注（４）59頁以下参照。

[58] 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、４訂版、1981年）145頁。

[59] 団藤・前掲注（４）104頁以下参照。

[60] 大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第５版、2019年）82頁。

[61] 平野・前掲注（55）113頁。

犯罪論体系における「行為」の地位については、構成要件該当性の判断に先立つ独立の犯罪成立要件であるか[62]、或いは構成要件該当性の一要素であることか[63]、という見解の対立があったが、本稿では、行為を構成要件該当性の判断に先ずる要素として捉え、事実関係においての人間行動は因果的行為論を通じて、刑法的な評価対象を特定するものである。すなわち刑法上の行為とは問責対象の選択を行う概念である。

第二項　実行行為性の判断

上述のように、因果的行為論を通じて選別された刑法上行為が、実行行為に該当するかどうかについては、さらなる検討すべき問題であると考えられる。すなわち、「正犯＝実行行為＝構成要件該当行為＝危険性のある行為」という形式に簡単に帰結すれば、実行行為概念を維持すべきという前提において、実行行為は実質的な危険を有する構成要件該当行為であると定義しても、その「危険」の内容については特定しなければならない。本稿は、刑事不法は、結果無価値のみならず、行為無価値の観点も考慮するという複眼的立場から規範論的に検討していきたい。

まず、構成要件該当性の判断対象としての実行行為は、各罪の構成要件の示している行為態様に限定されており、すなわち構成要件の定型的な制限を受けている。ここで、構成要件は法益保護のために、行為規範として一般市民の行動に指針を与え得るので、その定型性は、文言解釈を重視し、保護法益の種類とその侵害態様及び常識・社会心理的基礎とする社会通念に基づいて解釈し[64]、一般市民がそれを予見又は遵守し得るものではなければならない。例えば、殺人罪の構成要件的行為を「他人の生命を奪える如何なる方法」と理解することができる[65]。次に、各々

---

[62] 曽根威彦『刑法総論』（弘文堂、第４版、2008年）47頁、内藤謙『刑法総論講義（上）』（有斐閣、1983年）144頁以下、西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）67頁以下、野村稔『刑法総論』（成文堂、補訂版、1998年）82頁以下など参照。

[63] 木村亀二『刑法総論』（有斐閣、1959年）125頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、第４版、2008年）111頁、福田・前掲注（４）55頁以下など参照。

[64] 団藤・前掲注（４）121-131頁、171頁参照。

[65] もちろん、各罪の用語が同じであっても、保護法益及び法益主体の属性や

の構成要件は、法益侵害結果の発生を防止するために法定化されたものであり、且つ法の予想する法益侵害の危険を有しているが、その予想する法益侵害の危険性が、経験則上及び個別の事実関係において、法定化された行為態様によって現実化をしなければならないので、実行行為は、社会の一般人の観点から法益侵害結果の発生を現実化し得る事実的危険性を有している。さらに、このような定型化された行為は、既遂結果が発生した場合に、どこかに何らかの原因が生じていたのであり、その程度の大小の差はともかく、自然的・事実的危険はどこかに存在したことになる。どの段階でどの行為に実行行為性を認めるのかは事実的危険判断だけではなし得ないし、また結果に対する因果性を肯定する以上、常に実行行為性を肯定することになるので、実行行為はそれ自体がもつ事前判断による事実的危険性によっては確定できずに、規範的な評価を基礎に行うことが必要である[66]。そのため、私見によれば、実行行為は事前判断による事実的危険性を持っているだけではなく、法益に実害を与え得る規範的な危険性も持っていると理解した上で、このような規範的危険性は、規範の予想する法益侵害発生の危険性において、行為者自身の行為による外界の変動が客観的に予測できる範囲内に限られる。そして、ここでの「客観的に予測できる範囲内」の判断は、構成要件該当性における厳格な因果関係の判断ではなく、構成要件的行為とそのもたらした事実的危険性との間に、一定の程度の蓋然性が存在しているかどうかに対して事後的に確認することと考えられる。

したがって、実行行為性の判断の枠組みは、事前的な観点により、①構成要件行為の定型性と、②事実的危険性を有することと、③事後判断

状態などが異なるため、構成要件的行為及び定型性が区別されている。また、内山良雄「法益主体（行為客体）側の事情による実行行為の相対化―手段としての暴行・脅迫を中心に―」川端博古稀『川端博先生古稀記念論文集（下巻）』（成文堂、2014年）166頁以下は、「当該法益を侵害するのに適した態様の行為を類型化して実行行為を定義しようとする」という「法益侵害適性」の観点から、「犯罪ごと」及び「一個同一の犯罪類型の内部」において実行行為性が相対化しうるとして、この点も指摘する。

[66] 石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌45巻２号（2006年）247頁以下参照。

により規範的危険性を確認すること、という３つの要素を組み合わせることである。このように実行行為は「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」と理解できるので、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」に帰結し得る。

第三項　共犯と実行行為概念

現在の通説である因果的共犯論によれば、正犯の行為を介して法益侵害を惹起したことが共犯の処罰根拠とされ、正犯と共犯の差異は法益侵害惹起の態様の差にあるため[67]、共犯が成立するかどうかは正犯の行為と連動している。しかし、正犯と共犯との関係をこの視点から分析した場合、直接的に法益侵害を惹起する正犯は、「直接的な」「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」がその実行行為とされ、これに対して、間接的に法益侵害を惹起する共犯は、その「間接的な」「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」が同じ実行行為性を有すると推論しうるか、すなわち共犯行為にもそれが実行行為であると言えるか、という問題がある。そこで、ここで言う、「間接的」、「定型」、「危険」の内容を分析していきたい。

まず法益侵害惹起の態様の視点から観察すれば、正犯行為でも共犯行為でも、「定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という同じ基準が通用し、しかし、それぞれの行為態様は実際において異なるものとして示されている。すなわち、現実においてどのように法益侵害を惹起することが、その差異となっているかを検討しなければならない。正犯は、各々の構成要件の示している行為態様によって法益侵害を惹起するものであり、共犯は、正犯に働きかける又は助力を与えることによって法益侵害を惹起するものであるため、教唆・幇助を基本構成要件についての実行行為と見なすことにはならない[68]。次に、責任追及という視点から見れば、直接的な法益侵害の惹起としての正犯は非従属的な「一次的責任」が問われるものであり、正犯を通じて間接的に法益侵害を惹

[67] 山口・前掲注（56）310頁。

[68] 同じ見解として、団藤・前掲注（４）379頁以下参照。

起するとしての共犯は派生的・従属的な「二次的責任」が問われるものであるため[69]、制限従属形式において、共犯の成立にとって、正犯の行為が構成要件該当性及び違法性を備えていることが必要である。よって、「直接的」と「間接的」の意味は、実際の行為態様の差異を指し、これも構成要件が示している「定型」によって見分けることができる。そして、共犯が有する危険の内容は、「結果としての危険」と「行為としての危険」に分かれている。前者は、共犯処罰の時期に関する実行従属性の問題である[70]。すなわち共犯の既遂は正犯による結果発生時となり、共犯の未遂は正犯による具体的危険の存在した時に成立するということから実行従属性が根拠づけられることになり、この具体的危険の存在する前には抽象的危険しかない[71]。後者は、共犯処罰の軽重に関する正犯・共犯の区別の問題である[72]。すなわち基本構成要件か修正された構成要件かにとって、処罰対象は法益侵害に対する危険な行為であることは変わらないので、正犯行為・共犯行為の実質は法益侵害に対する危険にあり、その危険性の量と程度の差により、重く処罰されるのが正犯、軽く処罰されるのが共犯と区別されることになる[73]。よって、共犯の「結果としての危険」は共犯の可罰性の外部的限界をづける機能を有し、共犯の「行為としての危険」は共犯の可罰性の内部的限界づけの機能を有するということになる[74]。

したがって、正犯と共犯には、「直接的」又は「間接的」という犯罪定型の差、及び危険の質と量の差が存在しているので、共犯行為は本稿のいう実行行為とはならない。

---

69 山口・前掲注（56）307頁。
70 大越義久『共犯論再考』（成文堂、1989年）192頁。
71 高橋則夫「共犯における危険概念」刑法雑誌33巻２号（1993年）238頁。
72 大越・前掲注（70）192頁。
73 大越・前掲注（70）193頁。
74 高橋・前掲注（71）244頁。

第四項　判例の検討

本稿の研究重点は、正犯の一種である間接正犯がどのような視座から理解すべきかに置く。結論から言えば、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」を前提に、間接正犯の正犯性は実行行為性によって判断すると考えられる。個別の事実関係において、行為者の複数の行為が法益侵害の発生につながる、どの行為が間接正犯の実行行為とされるかを検討するのが本稿の主な課題である。そのため、以下は、一連の行為に関する判例を中心に検討していきたい。

第一款　大判大正12年４月30日刑集32巻387頁（砂吸引事件）

本件の事実の概要は、被告人甲は、殺意をもって被害者Ｘの首を絞めた後、死体遺棄の意思に基づきＸを海岸に放置したが、実際にはＸが生きており、首絞めと遺棄された後の砂吸引により死亡したというものである。

大審院は、「被告甲ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ノ後被告甲カＸヲ既ニ死セルモノト思惟シテ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行爲アリタルモノニシテ此ノ行爲ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本來前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナキニ於テハ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行爲モ亦發生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社會生活上ノ普通觀念ニ照シ被告甲ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲トＸノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正當トスヘク被告甲ノ誤認ニ因リ死體遺棄ノ目的ニ出テタル行爲ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮斷スルモノニ非サルヲ以テ被告甲ノ行爲ハ刑法第百九十九條ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ノ併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」（下線部は著者による）と判示した。

本件では、私見によれば、Ｘの首を絞めた第一行為は、事前判断により、首絞め行為が殺人行為の定型を有し、また経験則により首絞め行為がＸの死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有し、そして事後判断

により、首絞め行為から死亡結果に至った事実関係において、後続の第二行為の介入事情が存在していたことを合わせて考えれば、第一行為と後続の第二行為による死亡結果との間で一定の程度の蓋然性が存在しており、殺人罪の予想する法益侵害発生の危険性において、両行為とXの死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、第一行為が本件の殺人の実行行為であると解される。

第二款　最決平成16年３月22日刑集58巻３号187頁（クロロホルム事件）

本件の事実の概要は、被告人Aが、被告人B、C、Dらと共謀し、Aの夫である被害者Eに対しクロロホルムをかがせて意識を失わせ（第一行為）、車ごと海中に転落させて殺害しようとした（第二行為）が、Eはクロロホルムを吸引させた時に既に死亡したというものである。

最高裁は、「実行犯３名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてEを失神させた上、その失神状態を利用して、Eを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第一行為は第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯３名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯３名は、クロロホルムを吸引させてEを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯３名の認識と異なり、第二行為の前の時点でEが第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯３名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる」（下線部は著者による）と判示した。

本件では、私見によれば、事前判断により、クロロホルムをEに吸引させた第一行為と車を転落させた第二行為は時間的場所的近接性があり、第一行為が第二行為を確実且つ容易に行うために必要不可欠なもの

であるため、ここで両行為を合わせて考えると、第一行為は第二行為の前提とし、既に殺人行為の定型を有し、また経験則によりＥの死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有した上、事後判断により、第一行為が確実に死亡結果を惹起したので、第一行為が本件の実行行為であると解される。

第三款　東京高判平成13年２月20日判時1756号162頁（ベランダ転落死事件）

本件の事実の概要は、被告人Ａは、妻Ｂを包丁で数回突き刺した後、ベランダの手すり伝いに隣室に逃げ込もうとした同人を連れ戻そうとして掴みかかり、Ｂをベランダから転落させて死亡させたというものである。

東京高裁は、「被告人Ａの犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。次に、ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいい難いが、本件においては、被告人Ａとしては、被害者Ｂを掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人Ａから逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人Ａには具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者Ｂを掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。更に、被告人Ａの被害者Ｂを掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するとおりである。以上によれば、被告人Ａが殺人既遂の罪責を負うのは当然である」（下線部は著者によ

る）と判示した。

本件では、私見によれば、最初の刺突行為は、事前判断により殺人行為の定型を有し、また経験則によりＢの死亡結果を現実化し得る事実的危険性を有し、そして事後判断により、刺突行為から死亡結果に至った事実関係において、後続の出血死させる行為、ガス中毒死させる行為、ベランダから転落死させる行為という一連の行為が、最初の刺突行為のもたらした事実的危険性を「補強」したものと考えられる上、殺人罪の予定する法益侵害発生の危険性において、刺突行為と死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、刺突行為が本件の実行行為であると解される。

第四款　最決平成16年１月20日刑集58巻１号１頁（被害者利用殺人事件）

本件の事実の概要は、被告人Ａは、自動車の転落事故を装い被害者Ｂを自殺させて保険金を取得する目的で、犯行の前日と当日において、極度に畏怖して服従していたＢに対し、暴行・脅迫を交えつつ、岸壁上から車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、ＢがＡの命令に応じて自殺以外を選択することができない精神状態に陥らせていたが、犯行当日にＢが命令に応じて自殺する気持ちがなく、水没前に車内から脱出して死亡を免れたというものである。

最高裁は、「被告人Ａは、事故を装い被害者を自殺させて多額の保険金を取得する目的で、自殺させる方法を考案し、それに使用する車等を準備した上、被告人Ａを極度に畏怖して服従していた被害者Ｂに対し、犯行前日に、漁港の現場で、暴行、脅迫を交えつつ、直ちに車ごと海中に転落して自殺することを執ように要求し、猶予を哀願する被害者に翌日に実行することを確約させるなどし、本件犯行当時、被害者をして、被告人Ａの命令に応じて車ごと海中に飛び込む以外の行為を選択することができない精神状態に陥らせていたものということができる。被告人Ａは、以上のような精神状態に陥っていた被害者Ｂに対して、本件当日、漁港の岸壁上から車ごと海中に転落するように命じ、被害者をして、自らを死亡させる現実的危険性の高い行為に及ばせたものであるから、被害者Ｂに命令して車ごと海に転落させた被告人の行為は、殺人

罪の実行行為に当たるというべきである」（下線部は著者による）と示した。

本件では、犯行の前日と当日において、Ａがそれぞれに Ｂ に命令して自殺させた計２回の行為のうち、犯行当日の行為のみが殺人罪の実行行為と認められると思われる。というのは、犯行前日の行為は、事前判断により、Ａの執拗な命令は殺人行為の定型を有していたとしても、Ｂの哀願及びまだ実際に自殺を行わなかったことにより、Ｂの死亡結果に対する事実的危険性を有していたとは言えない。これに対して、犯行当日の行為は、事前判断により、Ａの執拗な命令は殺人行為の定型を有し、また経験則によりＢの自殺行為が自身の死亡結果に対する事実的危険性を有し、そして事後判断により、殺人罪の予定する法益侵害発生の危険性において、Ｂの自殺行為と自殺による死亡結果発生の危険性が客観的に予測できる範囲内にあるので、それが本件の実行行為であると解される[75]。

第四節　小括

「正犯＝実行行為者」を前提に正犯概念を解明しようとすると、実行行為概念は正犯概念の中核に存在する要素であることになる。実行行為概念に関しては、実行行為概念維持の立場で実行行為を実質的に理解しようとする見解も、実行行為概念批判論の立場で結果帰属を中心に刑法理論を組み立てようとする見解も、論者の指摘のように、まだ説得的な

[75] また、本件の判示事項は「本件現場の海は、当時、岸壁の上端から海面まで約1.9m、水深約3.7m、水温約11度という状況にあり、このような海に車ごと飛び込めば、脱出する意図が運転者にあった場合でも、飛び込んだ際の衝撃で負傷するなどして、車からの脱出に失敗する危険性は高く、また脱出に成功したとしても、冷水に触れて心臓まひを起こし、あるいは心臓や脳の機能障害、運動機能の低下を来して死亡する危険性は極めて高いものであった」、被害者に命令して車ごと海に転落させた被告人の行為が被害者自身を死亡させる「現実的危険性の高い行為」であると示したので、おそらく最高裁は「行為危険説」を基づいて本件の実行行為性を判断したと思われる。なお、行為危険説については、本章第一節第一項第三款一、参照。

見解となっていないように思われる[76]。このような指摘に対して、本稿は、規範論的な観点からこれを分析することにより、刑法の評価対象になれる正犯行為は、法益保護の目的に基づき、構成要件的定型性に制限されつつ、法益侵害発生の事実的危険性を有し、且つ法益に実害を与え得る規範的な危険性も持っている行為を理解することで、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という結論に至った。

ところで、本稿の研究の重点である間接正犯は、正犯の一種類として、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造が示している。背後者を呈する正犯と扱われる根拠は、その利用行為が実行行為性を有することにある。他方で、利用行為が実行行為性を有するとして背後者の正犯性が根拠づけられ、被利用者の被利用行為が間接正犯の構造においてどのように位置づけるかという問題については、次章においてさらに検討していきたい。

第三章　間接正犯の構造

間接正犯は、利用行為と被利用行為が合わせて法益侵害を惹起するという構造を呈示している。このような利用行為の正犯性の判断には、犯罪に関与した者は皆正犯となる統一的正犯概念、若しくは二元的正犯概念における共犯を刑罰縮小原因と捉える拡張的正犯概念から見ると、被利用行為の介入があったとしてもその正犯性の存在を阻害しないと考えられている。ところで、共犯を刑罰拡張原因と捉える限縮的正犯概念及び共犯の処罰根拠に関する可罰性借用説から導かれた極端従属形式においては、共犯者の可罰性は有責である正犯者から借用するもののため、責任無能力者を教唆して犯罪を実行させた者は教唆犯として論ずることできないので、間接正犯は、このような処罰の間隙に対する解決策とされるものであった[77]。しかし、現在の通説の制限従属形式において、こ

[76] 中森喜彦「実行行為の概念について」鈴木茂嗣古稀『鈴木茂嗣先生古希祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）197頁以下参照。
[77] 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）82-83頁。

のような処罰の間隙を埋めるために考え出された「補充概念」[78]又は「救済概念」[79]は現在の間接正犯の処罰に通用するものではなくなり、むしろ間接正犯が正犯として扱われる積極的根拠が必要となる[80]。

第一節　従来の議論の状況

第一項　判例の状況

極端従属形式から制限従属形式への変遷の背景においては、元々処罰の間隙を埋めるためのことから生じた間接正犯概念について、それを正犯として扱う積極的根拠及び理論の変遷は、「刑事未成年者の利用」類型の間接正犯を中心に検証することができるものと思われる。そのため、以下、「刑事未成年者の利用」に関する判例を中心に検討していきたい。

第一款　処罰の隙間を埋めるための間接正犯

旧刑法と戦前の判例において、責任年齢だけでなく是非弁別能力の有無で教唆犯と間接正犯とを区別していた。例えば、大判明治32年３月14日刑録５輯64頁「是非弁別能力がなくただ畏怖して被告人の命ずるところに従う少年に命じて放火させた行為を放火罪の実行正犯とした」（下線部は著者による）及び大判明治37年12月20日刑録10輯2415頁「満十歳に達せず是非弁別能力ない者に命じて窃盗を行わせた行為を窃盗罪の教唆ではなく実行正犯とした」（下線部は著者による）例が挙げられる。

その後、戦後初期の判例において、仙台高判昭和27年９月27日判特22号178頁は、「被告人Ａは満13才に満たない少年Ｂを利用して原判示第二の（1）については判示Ｃより瓶に入った煙草光五十箇を盗らせた。同（2）については判示Ｄより売って金になるような物を盗って来いと

[78] 植田博「間接正犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座４巻』（法学書院、1992年）80頁。
[79] 西田・前掲注（77）83頁。
[80] 浅田和茂『刑法総論』（成文堂、2007年）430頁。

言いつけ盗るのを見ていてジヤンバー一枚を盗らせた。同 (3) については判示のところにおいて判示の角巻を持ってこいと言付けて盗らせた。同 (4) については判示 E 店より格子縞夜具地三反位を盗らせた。同 (5) についてはE店より何か品物を盗って来いと言付けて綿絣一反を盗らせた各事実を確認しうるのであつて、被告人 A は刑事責任なき少年 B を利用して自己の罪を遂行したものと認むべきであるから、右は窃盗正犯をもって、論ずべきこと言を俟たない。所論は該少年 B に特定せざる物を窃取せしめた案件だから、窃盗の正犯も教唆も成立しないというのであるから、前記 (2) (5) 以外は孰れも特定物件を窃取せしめたことが窺われるが、(2) (5) は孰れも場所を指定し売って金になるような物を盗って来いと命じただけであるが、斯かる場合にも窃盗の間接正犯が成立するものと解すべきである」(下線部は著者による) としている。このような13歳未満の少年の利用の事件で、下級審判例は当時有力であった極端従属性説を前提にして、間接正犯を共犯が成立しない場合に処罰の隙間を埋めるための制度と理解して、責任無能力者の利用は共犯とならないから、間接正犯となると考えていた。

第二款　意思抑圧の事情を実質的に判断

畏怖により意思が抑圧された刑事未成年者の利用について、名古屋高判昭和49年11月20日刑月 6 巻11号1125頁は、「…もつとも、所論の如く被告人 A が B に対し、具体的に一一金品窃取の命令、指示等した事実は認められないが、原審で取り調べた各証拠によれば被告人において、駐車中の自動車内にある金品を B に盗って来させようと思った時には、特に被告人 A が『盗って来い』といわなくても『あれ』とか『何かある』とか『財布があつた』等といえば、B はすぐ被告人が盗って来いといつている趣旨であることを理解し、その自動車内から金品を盗んで来ていたこと、B が盗む際、被告人は自動車から離れた場所で見張りをし、B が窃取して来た金品をすぐ受取り、これで B に玩具、菓子、衣類等を買い与えたりしていたこと、更には窃取に必要な道具として、細工した針金等を B に渡していることなどから見ると、被告人 A が B と意思を疎通しているばかりでなく、B が被告人の意思を体して行動していたこ

とを優に肯認することができる。また、Bは原判示第一の犯行当時は八歳であつたけれども、原判示第二の各犯行当時は一〇歳に達しており、一応盗みについての罪悪感を持ち、是非善悪を判断し得る年齢に達している如くみられるが、いわゆる刑事未成年者であるばかりでなく、前掲各証拠によればBが金品を窃取してこない場合には被告人から拳固や平手で殴打されたり、足蹴りなどされていたことが認められ（この認定に反する被告人の当審公判廷における供述はにわかに措信できない）これらの事実をも併せ考えると、所論の如くBが自主的、主体的に窃盗行為をしたものとは到底認められず、結局本件は、父親たる被告人が刑事責任能力のないBを利用して自己の犯罪を実行したものと認むべきであるから、窃盗正犯と断ぜざるを得ない…」（下線部は著者による）とした。本判例は、10歳の少年Bであった刑事未成年者が是非善悪判断の年齢に達していたとしても、背後者Aの暴行に畏怖し意思を抑圧されており、犯行当時に指示されたり道具渡しされたりして、その窃盗行為が背後者Aの意思を体現したとしたため、背後者Aは間接正犯が成立すると認める。

また、最決昭和58年９月21日刑集37巻７号1070頁は、「原判決及びその是認する第一審判決の認定したところによれば、被告人Aは、当時一二歳の養女Bを連れて四国八十八ケ所札所等を巡礼中、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていたBに対し、本件各窃盗を命じてこれを行わせたというのであり、これによれば、被告人Aが、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されているBを利用して右各窃盗を行ったと認められるのであるから、たとえ所論のようにBが是非善悪の判断能力を有する者であつたとしても、被告人Aについては本件各窃盗の間接正犯が成立すると認めるべきである」（下線部は著者による）とした。本判例は、12歳の少女であった刑事未成年者Bが精神的に未熟であることや生活面で背後者Aに依存していたことなどの事情を考慮し、Bが是非弁別能力を有したとしても、B背後者Aの日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されていたため、背後者Aは間接正犯が成立すると認める。

そして大阪高判平成７年11月９日高刑集48巻３号117頁は、「Bは、事

理弁識能力が十分とはいえない一〇歳（小学五年生）の刑事未成年者であったのみならず、所論が指摘するような、直ちに大きな危害が被告人Aから加えられるような状態ではなかったとしても、右のBの年齢からいえば、日ごろ怖いという印象を抱いていた被告人からにらみつけられ、その命令に逆らえなかったのも無理からぬものがあると思われる。そのうえ本件では、Bは、被告人Aの目の前で四、五メートル先に落ちているバッグを拾ってくるよう命じられており、命じられた内容が単純であるだけにかえってこれに抵抗して被告人Aの支配から逃れることが困難であったと思われ、また、Bの行った窃盗行為も、被告人Aの命令に従ってとっさに、機械的に動いただけで、かつ、自己が利得しようという意思もなかったものであり、判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったということができる。そして、そのような状況の下で、被告人Aは、前記事実誤認の論旨に対する判断の際に述べた理由から、自己が直接窃盗行為をする代わりに、Bに命じて自己の窃盗目的を実現させたものである。以上のことを総合すると、たとえBがある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、被告人Aには、自己の言動に畏怖し意思を抑圧されているわずか一〇歳の少年を利用して自己の犯罪行為を行ったものとして、窃盗の間接正犯が成立すると認めるのが相当である…」（下線部は著者による）とした。本判例は、10歳の少年であった刑事未成年者BがAに対する日頃からの怖い印象及び犯行当時の状況により、自己利得の意思なしに命令を従っただけで機械的に動いたため、ある程度是非善悪の判断能力を有していたとしても、その窃盗行為は判断及び行為の独立性ないし自主性に乏しかったと言えるため、背後者Aには間接正犯が成立すると認める。

第三款　限縮的正犯概念と制限従属性説の通説化の影響

これに対して、最決平成13年10月25日刑集55巻６号519頁は、「…スナックのホステスであった被告人Aは、生活費に窮したため、同スナックの経営者C子から金品を強取しようと企て、自宅にいた長男B（当時12歳10か月、中学１年生）に対し、『ママのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言って、モデルガンを見

せなさい。』などと申し向け、覆面をしエアーガンを突き付けて脅迫するなどの方法により同女から金品を奪い取ってくるよう指示命令した。Ｂは嫌がっていたが、被告人Ａは、『大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。』などと言って説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアーガン等を交付した。これを承諾したＢは、上記エアーガン等を携えて一人で同スナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人Ａから指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、『トイレに入れ。殺さないから入れ。』などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約40万1000円及びショルダーバッグ１個等を強取した。被告人Ａは、自宅に戻って来たＢからそれらを受け取り、現金を生活費等に費消した。…本件当時Ｂには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はＢの意思を抑圧するに足る程度のものではなく、Ｂは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人Ａにつき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人Ａは、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Ｂに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Ｂが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人Ａについては本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる」（下線部は著者による）とした。本判例は、是非弁別能力があり、意思を抑圧されていない12歳の少年であった刑事未成年者Ｂを利用する行為は、直ちに間接正犯とはならずに、刑事未成年者と成人との間に共同正犯関係が成立するが、具体的事情によっては教唆犯の成立の可能性もあり責任無能力者に対しても狭義の共犯が成立しうるため、間接正犯の正犯性は単に被利用者が責任無能力者であったという点だけでなく他の事情からを根拠づけられるということが指摘されている[81]。

[81] 西田典之ほか編『注釈刑法第一巻総論』（有斐閣、2010年）787-789頁［島田聡一郎］参照。

第四款　形式的判断から実質的判断へ

このような刑事未成年者の利用をめぐる判例から観察すれば、早期の判例の動向と学説は、「刑事未成年者＝是非弁別能力の欠如」という形で責任無能力者の利用と扱われており、極端従属性説に基づいて処罰の間隙を埋めるために、それを間接正犯としていたと理解できる[82]。しかし、前述したように、現在の通説の制限従属形式に基づき、それを正犯として扱われる積極的根拠が必要であるという点から見ると、刑事未成年者は政策的考慮から年齢を基準に画一的に責任無責任者としたので、是非弁別能力や是非善悪の判断能力を有していない幼者だけではなく、同能力を一定程度備えている者も含まれ、個別具体的な被利用者の状況を考慮する必要が生じる[83]。そのため、現在の判例は単に被利用者が責任無能力者であったという点だけでなく、意思が抑圧されていたかどうか、または判断及び行為の独立性ないし自主性の欠如かどうかなどの事情に基づき実質的に判断するという理論の変遷が窺われる。

このような実質的判断により間接正犯の正犯性を根拠付ける見地も、他の間接正犯類型の事例に見うけられる。例えば、大判昭和８年４月19日刑集12巻471頁「被告人Ａが被害者Ｂが愚鈍にして被告人Ａを信ずること厚きを奇貨としてＢを欺きＢ自らの手をかり死に至らしめて殺害し真実自殺せるが如く装い以て保険金を騙取せんと企て、被害者Ｂに対し恰も仮死状態に陥るべき薬品なるが如く欺きて含糖ペプシンに食塩を混じ水に溶解したものを服用せしめ詐言を弄してＢをしてその儘頸部を縊るも一時仮死状態に陥るに止まり、更に被告人Ａより他の薬剤を使用して蘇生せしめらるべしとの錯誤を生ぜしめた結果遂にＢをして自ら頸部を縊りて死亡するに至らしめ以て殺害の目的を遂げ…」（下線部は著者による）という被害者が背後者の詐言により自殺の結果不発生を誤信して自ら頸部を縊った事例において、本件Ｂは責任能力を有していたが、Ａの欺罔行為により自己の死亡結果に対して認識できず

[82] 西田ほか編・前掲注（81）787頁［島田］。

[83] 品田智史「間接正犯」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第８版、2020年）150頁。

に自殺したので、Ａが間接正犯と扱われる根拠は自己の欺く行為によりＢを自縊させた点にあるとした。また最決昭和27年２月21日刑集６巻２号275頁「…本件被告人Ａの犯罪当時Ｂは僅かに５年11月の幼児に過ぎざること明白にしてまだ自殺の何たるかを理解するの能力を有せず従って自己を殺害することを嘱託し又は殺害を承諾するの適格なきものと認むべきを以って、Ｂに於て本件殺害行為を嘱託し又は之を承諾したるものとは到底之を認むるを得ず…」（下線部は著者による）という通常の意思能力なき被害者が自殺の結果を理解せずに背後者の命令に従って自縊した事例において、Ｂは14歳に満たない責任無能力者であり、自殺による死亡結果を理解する能力も有しないため、ＡがＢの死亡結果に対する不認識を利用して自縊させた行為は殺人罪の間接正犯と扱われるべきであるとした。

第二項　学説の状況

第一款　学説の状況の概要

間接正犯の正犯性の積極的根拠をめぐっては、被利用者の道具性に求める伝統的な道具理論[84]のほかに、直接正犯と異ならない実行行為性を求める見解[85]、犯罪事実の優越的意思支配という行為支配を根拠とする見解[86]、規範的責任論の観点から被利用者に対する規範的障害の不存在

[84] 団藤・前掲注（４）154-156頁は、間接正犯は人を道具に使って犯罪を実行すると定義し、責任無能力者の教唆を肯定する上、是非弁別能力欠如者の利用を間接正犯とする。

[85] 団藤・前掲注（４）155頁、福田・前掲注（４）256頁、大塚・前掲注（63）160頁、樋口亮介「実行行為概念について」西田典之献呈『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）32頁、内田文昭『刑法〈１〉総論』（青林書院、1997年）288頁など参照。

[86] 平場安治『刑法総論講義』（有信堂、1961年）150頁、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論』（弘文堂、第３版、2019年）350頁、井田・前掲注（19）2296頁以下、高橋・前掲注（12）434頁、大谷・前掲注（60）141頁など参照。

を根拠とする見解[87]、遡及禁止の観点から被利用者には自律的決定又は自己答責性が存在しないことを重視する見解[88]などがある。

しかし、「道具性」説においては、その判断が如何なる内容を有するのかについて明確であるとは言えない[89]。すなわち事実的判断か規範的判断かという問題である[90]。また「実行行為性」説において、その中核は定型性か危険性か或いはその他を明らかにしなければならないため、明確な判断基準であるとは言えない[91]。さらに「行為支配性」の概念は「事実的な支配」なのか「規範的な支配」なのか、曖昧であり[92]、「行為支配性」の判断は現実的危険性又は自己答責性など下位基準を通じてケースバイケースの判断となる[93]。一方、「規範的障害」説においては、共犯性と正犯性を観察し、「利用しようとする他人が規範的にみて犯罪実現の障礙となるかどうか」で正犯と共犯の区別とし[94]、法秩序の立場から「実行行為を行う被利用者に実行行為をやめる規範的な可能性」がない限り間接正犯となり、そうでない場合は狭義の共犯とするが[95]、このような「規範的障害」を正犯と共犯の区別基準とする考え方には疑いがないとは言えない[96]。そして「自律的決定不存在」説において、「『正犯性＝実行行為性』の判断において、将来の介在事情をいかなる根拠で、どのような範囲で

---

87 西原・前掲注（62）309頁、曽根・前掲注（62）236頁、山中・前掲注（５）866頁。松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第５版補訂版、2018年）256頁など参照。

88 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）391頁、山口・前掲注（56）69頁参照。

89 山中・前掲注（５）866頁。

90 高橋・前掲注（12）435頁。

91 高橋・前掲注（12）435頁、山中・前掲注（５）866頁。また山中の批判においては、本稿のいう「実行行為性」を「現実的危険性」と称する。

92 山中・前掲注（５）866頁。

93 高橋・前掲注（12）436頁は、犯罪の関与形態の区別問題は元々個別事例の事情に応じて決定されるべき「開かれた評価問題」として、ケースバイケースの判断が当然であると考える上、事実的な行為支配（犯罪事実の優越的支配）であることを主張する。

94 西原・前掲注（62）309頁。

95 曽根・前掲注（62）236頁。

96 高橋・前掲注（12）435頁。

考慮する」[97]という観点から、事後判断により背後者の行為後に介入した事情の性質に着目する考え方で間接正犯の正犯性を判断する、すなわち被利用者の自律的決定又は自己答責性の有無により背後者に対する結果帰属を遮断し得るかどうかによって決まるとし[98]、遡及禁止論に基づき正犯性の判断を事後的帰属判断とするものである[99]。それに対して、「正犯行為＝実行行為＝構成要件該当行為＝定型化された法益に実害を与え得る危険な行為」という本稿の立場からすれば、その正犯性の判断の見方とは明らかに異なることであり、間接正犯の実行行為性、すなわちその正犯性を「自律的決定不存在」に求めるのは本稿にとって通用できないことが当然であると考えられる。

第二款　補助的な判断基準による間接正犯の正犯性

以上の検討から、利用行為の評価に偏重する「実行行為性」説、被利用者の評価に偏重する「道具性」説と「規範的障害」説と「自律的決定」説、及び犯罪事実全体の評価に偏重する「行為支配性」説に概ね分類できる。しかし、どの立場から背後者と被利用者の関係を分析すべきかという問題に対し、結局それがケースバイケースの判断の問題であり、そのような「道具性」、「実行行為性」、「行為支配性」、「規範的障害」又は「自律的決定」の概念は法益侵害結果の発生と責任帰属としての補助的な判断基準になるに過ぎないように思われる。よって、本稿の「正犯行為＝実行行為＝利用行為」という立場からすれば、個別事例における間接正犯の正犯性の判断は「実行行為性」を中心に求めていても、他の補助的な論点から判断されるべきである。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2020年３月25日授与）「規範的正犯概念と間接正犯に関する日台比較法的考察」を加筆・

---

[97] 島田・前掲注（88）２頁。

[98] 島田・前掲注（88）391頁以下参照。

[99] 山口厚「実行行為と責任非難」鈴木茂嗣古稀『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2007年）203頁以下参照。

修正したものである。なお、執筆にあたり、文部科学省外国人留学生学習奨励費と公益財団法人ロータリー米山記念奨学会奨学金の助成を受けた。記して謝意を表したい。

研究ノート

アイヌ民族をめぐる「分断」と「連帯」

―― 石原真衣『〈沈黙〉の自伝的民族誌』をめぐって ――

辻　　康夫

1.

本書は、アイヌの出自を持つ若手研究者による、画期的な研究である[1]。著者の母方の祖母はアイヌであったが、著者はその出自にどう向き合うべきかがわからず、しかもその感情を他人に理解されないことで、苦悩を深めた。著者はこの苦痛の原因を明らかにすることを研究テーマにすえる。自らの出自をたどり、アイヌをとりまく社会の歴史的変化をあとづけ、多様な学問領域の知見をてがかりにしつつ、自らの苦悩の由来を探求する。本書は10年間におよぶ真摯な研究の成果である。困難な課題にとりくみ、本書を完成させた著者の努力に敬意を表したい。独創的かつ重厚な業績であり、アイヌ問題についての理解を大きく前進させるものである。もっとも、平易な文体と、明快にみえる論理にもかかわらず、その提起する問題の深みを理解することは容易でなく、また著者の主張には論争性もはらまれている[2]。本稿では、本書の内容を概観したのち

[1] 石原真衣『〈沈黙〉の自伝的民族誌（オートエスノグラフィー） ― サイレント・アイヌの痛みと救済の物語』北海道大学出版会、2020年。

[2] そもそも、本書は、著者の語りが〈ほとんどの人に理解されない〉理由を探求するものであるから、容易な理解を許すはずはない。また本書の提供する情報は極めて豊かであり、これを無理に整合的な理論の鋳型にはめていないから、複数の解釈をゆるす箇所も多い。しかも著者によれば、アイヌに関心や知識を持つ人ほど、彼女を誤解する傾向があるとされる。逆に言えば、アイヌ問題に

に、限られた範囲ではあるが、いくつかの論点について考察を加えてみたい。本書を理解し議論するうえでの一助となれば幸いである。

本書の第１章は、序論であり、著者が本書のテーマに取り組む経緯が説明される。著者の母方の祖母はアイヌであり、また著者はアイヌの出自をもつ親戚とも家族ぐるみの親交があったが、アイヌという言葉は、家庭の中でもタブーであり、決して語られないものであった。著者は、12歳のとき、母からアイヌの出自についての事実を知らされるが、同時に母は、それを十分な理解を持った人以外には明かさないようにと忠告する。著者が抱えることになったこの秘密は、著者の心に重くのしかかる。著者は、両親の配慮で、十分な教養と知的能力、社交性を身につけ「あふれる自己肯定感」を育みつつ成長する。職業人としても自信を獲得した20代の半ばになって、著者はいよいよ自らの出自を隠し続けることに耐えられなくなり、親しい友人に打ち明ける。その際、善意の友人たちが、著者をただちに「アイヌ」とみなしたことに、著者は驚き、ショックを受けることになる。すなわち、和人として生きてきた著者は、アイヌの祖母をもつことだけで、ただちに、アイヌと見なされたことに強い違和感をもったのである。この体験は著者を悩ませ、著者は自らの出自の意味を知るために、仕事を辞し、大学院に入る。大学院では、民族や先住民をめぐる理論を学んだが、著者の状況は改善しなかった。著者は「アイヌ」「和人」の二つの出自を持ち、二つのどちらにもアイデンティティを持てないでいたが、周囲の人々はこのような意識を理解せず、多くは著者が「アイヌ」のアイデンティティにコミットすることを期待した。こうして著者は再び沈黙を余儀なくされる。著者は苦悩の末に、自らの声が他人に聞き取られないという「沈黙」を研究のテーマにすえる。すなわち、本書の問いは、なぜ人々が、アイデンティティについての著者の語りを理解せず、了承しないのか、というものである（p.59）。

ついての理解が乏しければ、著者のメッセージを理解できたように感じながら、その問題の深みを見落としている危険があるともいえるだろう。いずれにせよ私の理解力は限られるが、他方で、アイヌ問題に関心をもつ研究者として、著者が心血を注いだ本書への応答の責任を感じざるを得ない。本稿では、その責任の一部を果たすために、私の能力の範囲で暫定的な応答をおこない、それを超える部分については、著者との対話を続けることにしたい。

第２章では、著者の言葉が聞き届けられない理由を説明するための分析枠組みが検討される。著者は、様々な研究領域の、多様な研究に手がかりをもとめる。文化人類学の理論からは、「表象」の問題をとりあげ、研究する側とされる側、描く側と描かれる側の非対称性について考察する。ポストコロニアル論からは、植民地的支配の歴史が、マイノリティ集団のメンバーのアイデンティティ形成に与える影響の分析がとりあげられる。また、発言のための場にアクセスできず、その抵抗が認識されない「サバルタン」の概念によって、著者自身の立場の理解を試みる。また、「分類理論」を援用しつつ、社会が二項対立にあてはまらないアノマリーを暴力的に排除する力学を考察する。著者は、これらの理論のそれぞれから固有の洞察を引き出しつつ、理解不能性を主題化する、「沈黙論」の可能性を提示する。

第３章は、オートエスノグラフィーの方法論についての考察である。本書は、著者自身の体験を研究の対象に据え、著者の家族・親戚を協力者とする。著者は、マイノリティ研究において、マイノリティ当事者の視点から研究を行う一群の研究手法が展開されつつあることを指摘し、本研究をその一環として位置づける。このような観点から、「ライフヒストリー」、「オートエスノグラフィー」、「当事者研究」の方法論が検討される。これらはいずれも、主流派研究者が自らの視点からマイノリティを研究するという非対称性を克服し、マイノリティ自身が研究のイニシアチブをもつことをめざしている。本書のテーマの研究には、このようなアプローチが求められるのである。

第４章、第５章は、本書の中核部分であり、曾祖母から著者にいたる４世代の人生が、オートエスノグラフィーの手法によって記述される。第４章では、曾祖母から、著者までの人生が描かれる。曾祖母はアイヌの自己完結的なコタンで生きたが、祖母は幼少期から和人の農家に奉公に出て、コタンに戻ることはなかった。小学校にも通えず、幼少期から過酷な肉体労働の日々を過ごした彼女は、和人社会に入ることで経済状態を改善することを選択した。アイヌの文化を放棄し、和人の男性と結婚し、子供たちがアイヌ文化に近づくことも望まなかった。著者の母は、周囲からはアイヌと見なされていたが、アイヌ文化を継承しなかった。一時期は、アイヌの言論活動や、アイヌ文化の学習に携わったこともあるが、挫折に終わり、その後は沈黙することになった。第４章を通して、以上のような、祖母と母の体験が、著者のコメントを交えながらたどられる。これをとおして、著者が、祖母や母の人生を受け止めて生きており、そ

れが著者の意識を大きく規定していることが示唆される。

第５章は、著者自身の体験を記述する。著者はカミングアウトをするにあたり、アイヌか和人かを「一方的に規定されずに、自分の出自に関して、自然に周囲の人びとに伝えることを望んでいた」(p.129)。しかし、そのような願望は実現せず、著者は自己の出自と真剣に向き合わざるを得なくなる。著者はそのために北海道大学の大学院に入学するが、そこにおいて、人々に理解されない苦悩はいっそう深まることになる (pp.143-147)。著者は「アイヌ」「和人」のどちらにも仲間意識を持てず、この二分法を拒み続けたが、この姿勢が周囲の人々に受け入れられず、彼らをいら立たせ、著者を孤立させる。著者は長い模索の後に、自らを「サイレント・アイヌ」と規定する。「サイレント・アイヌ」は、その出自やアイデンティティについて語りたくても語れない人をさす。すなわち、支配的な認識枠組と衝突するがゆえに、その声が人々に理解されない(p.162)。「自己をアイヌととらえ、アイヌとして生きようとする人々」、および「自己をアイヌとして捉えながらも、その出自を隠しながら生きる人びと」(「隠れアイヌ」と称される)、のいずれとも区別される存在である (p.163)。これらの人々と、「サイレント・アイヌ」は、同じ歴史過程に由来する不利益を受けつつも、そこから生じた困難・苦痛のあり方が異なっている。自らの位置をこのように整理したうえで、著者は両者の分断を架橋する方向を見出すに至るのである。

第６章では、北海道アイヌ協会の機関誌などを素材に、アイヌ民族の自己規定の変遷がたどられる。著者の分析によれば、戦前は、アイヌは主流派と同等の地位に登るために自己を変革することをめざしたが、戦後になると、世界的なマイノリティの運動に触発されて、「少数民族」としての自己主張を行うようになる。その後、国際的に「先住民」の概念が展開するなかで、アイヌもこれによって自己規定するようになる。このような自己規定が、アイヌ民族の支配的なイメージを定着させる一方で、著者のような存在がここから排除されることが述べられる。最後の第７章では、本書全体の理論的主張がまとめられている。

以上、本書の内容は、方法論から歴史まで多岐にわたり、そのすべてが本書の目的とかみ合っている。いずれの章もよく練られ、貴重な洞察がちりばめられている。第４章および第５章は、祖母・母・著者の体験をつづるが、これを明確な問題意識によって整序しつつも、無理に鋳型にはめ込んでいないため、情報量が豊かで、民族誌としての価値がたかい。また、同化の圧力のなかで生

きた著者の祖母や母の苦悩をあとづけ、さらにそれが著者に対して持つ意味を示唆することで、和人による北海道支配の意味や、アイヌが被った影響について、新たな示唆を与える。著者がアイヌ・支援者・友人たちと交渉・交流・衝突する記述からは、今日のアイヌをとりまく状況の一面が、通常の民族誌とは異なる角度から照射されている。第６章は、限られたアクターについての分析ではあるが、アイヌ民族の自己定義の変遷について、有益な示唆を与えてくれる。

2.

以上、本書の全体を概観したが、以下では、本書の与える知見を手がかりに、政治理論を専攻する私の視点から、いくつかの問題提起をしてみたい。本書の核心の問いは、二つの集団のいずれにも、同一化できない著者の生き方を、周囲の人々が了承しないのはなぜか、という点にある。この問題を考えるためには、両者の側の意識の理解が必要である。一方には、どちらにも同一化しない生き方にこだわる著者の意識があり、もう一方には、著者の説明をうけいれず、著者に「アイヌ」としての生き方を求める、周囲の人々の意識がある。本書は、第一の「本人」の生き方について、第４章、第５章のオートエスノグラフィーによって説明している。第二の「周囲」の思考原理については、第２章、および第６章が、多様な理論装置によって解明を試みている。私自身は、「周囲」の側に属する人間であるので、はじめに第二のトピックをとりあげ、若干の考察を付け加えてみたい。その後に、本書の開示する洞察に依拠して、第一のトピック、「本人」の生き方の理解を試みる。最後に、これをふまえて、著者がたどり着いた立場が、両者の間の理解と和解につながる可能性について考えてみたい。

周囲の人々が「アイヌでも和人でもない」という著者の立場を了承しない理由として、著者は、「分類理論」によりつつ、「アイヌか和人か」を峻別する二分法が、人々の認識を拘束していることをあげている。この点は適切な理解であると思われるが、われわれは、考察をさらにすすめる必要があろう。「分類」が、「秩序や構造」と結びついているとすれば（p.181）、この二分法を維持している秩序・構造とはどのようなものなのだろうか。

一般に民族集団の境界は、文化や歴史の共有にくわえて、共通利害や実践的

関心によって、形成・維持される。たとえば、政府が、一群の人びとを劣等な地位に落として権利を制限する場合、それらの人々の間にしばしば集合的なアイデンティティが作り出される。あるいは、インフォーマルな差別によって、集団間の移動が妨げられ、これによって境界が維持されることも多い。さらには、抑圧されたマイノリティが権利回復のために連帯し運動する場合にも、これが集団の凝集力を強化することがある。世界の先住民集団は、これら様々な理由によって、集団としての凝集力と境界線を維持してきたといえる。それではこのような「実践的関心」の共有という視点から、アイヌのアイデンティティ・境界のあり方はどのように考えられるであろうか。

著者のカミングアウトに触れた「周囲の人々」は、いくつかのグループに分けられる。第一は、著者との関係が特に親密ではなく、アイヌ問題についての関心も高くない人である。これらの人の示す反応は、「あなたがアイヌでも気にしない」という発言や、「デリケートなものに出会ってしまった混乱」や、「知る限りのアイヌ文化やアイヌの著名人に関する知識」を「かなり無理やり」に披露する、という態度である（p.131）。これらの反応は、いずれも、アイヌに対する差別や偏見が社会に存在することを前提に、自分がそれを受け入れておらず、したがって、著者に対する悪感情をもたないことを示すための善意のものであろう。著者が当初、カミングアウトによって交友関係が壊れることを危惧していたことを考えれば、これらの友人たちの行動も、あながち的はずれとは言えない（p.135）。一般に、主流派のメンバーが、差別された集団のメンバーと接触するときに、善意を確認するこのような儀礼的な行動をしばしば行うのであるが、このような体験は、かえって著者に、和人との間に存在する深い溝を認識させたのである[3]。

第二のグループは、著者とより親密な関係にある夫や友人で、かつ、「アイヌのことについて、ほとんど何も知らない」人々である。これらの人々は、著

[3] E. アンダーソンは、白人女性である自分が、路上で面識のない若い黒人男性と会った時のぎこちない体験を記している。アメリカ社会には、若い黒人男性を「犯罪者」とみなすステレオタイプが存在しており、初対面の二人は、はじめに、このステレオタイプを受け入れていないことを、確認し合わなければならないのである（Elizabeth Anderson, *The imperative of integration* (Princeton University Press, 2010, p.53).

者の声に耳を傾け、数年たつうちに、著者の苦悩を理解してくれるようになったという（p.176）。

第三のグループは、アイヌ民族の当事者、研究者、支援者である（pp.148-149）。これらの人たちは、「アイヌの問題について深く考え、アイヌ民族に好意的な眼差しを向けてきた」人びとである（p.256）。著者によれば、「アイヌ民族の未来について、真剣に考える人ほど、アイヌも和人も」著者の語りに強く抵抗するのである（p.264）。

ここに、大きなパラドクスが存在するようにみえる。アイヌの事情を熟知したこれらの人は誰でも、アイヌの出自が多様であり、アイデンティに揺らぎがあることを知っている。また一般に、「混交」「ハイブリディティ」などの観念は、学界に広く流通して常識になっているから、本質主義的な民族の観念を持つ研究者はほとんどいない。もちろん、これらの人びとは、差別・支配の手段として、民族の境界を維持しようとするわけでもない。それにもかかわらず、これらの人々が、最も強く二分法にこだわり、著者の語りを撥ねつけるのは、なぜなのだろうか。もう一つのパラドクスは、このような無理解の人びとに、著者はなぜ近づく必要があるのか、という点である。逆にいえば、アイヌについて「ほとんど何も知らない」人びとは、より簡単に著者の語りを受け入れるのであるが、これらの人々は、いかなる意味で、著者の苦悩を理解するのであろうか。

これらのパラドクスについて考えるにあたって、はじめにアイヌにおけるアイデンティティ選択について理解する必要がある。私の理解では、今日のアイヌの若者にとって、出自をめぐる態度は、親や祖先から受け継ぐものであるとともに、選択の対象でもあることが少なくない。著者自身、母親からアイヌの出自を知らされたときに、つぎのような言葉をかけられている。「日本人とアイヌの両方の血を引くのだから、どちらに属するのか選択するのは自分」であるというのである（p.124）。母は「自分で色々経験して大人になったとき、その答えを自分で見つけるしかない」と付け加えたという（p.127）。このような言葉は、著者の家庭にかぎらず、よく聞かれるもののようである。混血の進んだ今日の都市部では、アイヌの出自を知られずに生きることが可能になっている。他方、あえて出自を隠さずにアイヌとして生きようとすれば、著者の母が恐れたように、「差別」「同情」「好奇心」などにさらされる可能性がある（p.126）。しかも、自らに不利益が及ぶことを恐れて、近親者のカミングアウトを快く思わない人もいる。兄弟の一部がアイヌを選択し、他の兄弟はアイヌを隠す、な

いしは、和人として生きることを選択する例も多い。このような状況のなかで、アイヌとして生きようと思うならば、どこかで自覚的な選択をして、これらの不利益に直面する覚悟をかためる必要がある。アイヌとしてカミングアウトするに際しては、偏見や差別を撥ね返せるように、アイヌの歴史や文化を学ぶ人も多い。文化実践は、主流社会に根強く存在する偏見や差別と闘う手段としても機能しているのである。

以上の前提をおいて考えれば、著者の体験に説明がつく部分が多い。著者の接したアイヌや、アイヌを支援する研究者たちは、著者の苦悩の源泉が、「アイヌとして生きるか」「アイヌを隠して生きるか」「和人として生きるか」という選択をめぐる迷いにあると、誤解したのではないかと思われる。実際、このような迷い自体は、アイヌの出自を持つ人々において頻繁におこるものだからである。

「アイヌとして生きる」ことは、アイヌを取りまく困難に直面して、連帯することを意味する。祖先から受け継いだ文化を保全する責任、アイヌとして堂々と生きられる社会を子供たちに残す責任を感じて活動する人も多い。これらの人々は、著者が「自信をもって」アイヌとして生きることを「選択」し、自分たちと支えあって生きることを望み、著者を勧誘したのであろう。また、「アイヌを選択しないなら、日本人になれ」(p.527) という発言も、このような脈絡におかれれば、勧誘に応じない著者へのいらだちとして、理解しうると思われる。本書によって、著者の「サイレント・アイヌ」としての生き方についての理解が進めば、周囲のこのような誤解は薄らぐと期待される。

3.

つぎに、アイヌにとっての、「文化」実践の意味を考えてみたい。本書は「文化」を、著者とアイヌを分けるものとして、重視しているからである。一般に、世界の先住民集団において、同化政策によって破壊された伝統文化の維持・復興への願望は強く、権利回復運動の中心に据えられることが普通である。伝統文化の実践を通じて、人々は、祖先、コミュニティ、自然、土地とのつながりを確認し、それらとの関係のなかでで生きる意味を見出すのである。このような文化的ニーズに加えて、文化復興には様々な実践的関心が結びつく。先住民の文化において、儀礼や、漁撈・狩猟を通じた土地や動植物とのつながりは、

きわめて重要であるが、これは特定の土地への権利や、漁業権・狩猟権の回復を要求する根拠となる。

また今日、経済のグローバル化や脱工業化の中で、先住民コミュニティは、貧困、失業、アルコール・薬物中毒、犯罪、自殺、教育崩壊などの、社会病理に陥りやすい。このような中で、人々に生きる道を示して自尊心を回復させ、コミュニティの規範を再建するうえで、文化復興はしばしば重要な手段となる[4]。

文化復興にはこれら多様な動機が存在するから、先住民による文化の表象が、時に一定の戦略性を持つことは確かである。しかしながらこのことは、文化帰属やアイデンティティが、主観的にも、個人および集団の生を方向づける、重要な意味を持つことと矛盾しない。ポストモダンの理論は、文化の表象やアイデンティティが権力関係によって構築されることを指摘し、その恣意性を強調する傾向にあるが、これらが当事者にとって持つ意味を軽視する危険がある。本書が雄弁に示したように、文化帰属やアイデンティティは、大切な人々やコミュニティなど、多くの人びとへの連帯や責任を感じながら選択されるものである。個人は、これらに規定されながら、選択を繰り返すことで、人生を形作ってゆくのである。

コミュニティの実践する文化には、言語、宗教、親族組織、職業倫理など、様々な要素があり、これらは相互に強化しあう関係にある。その一つが失われても、集団のまとまりが直ちに失われるわけではなく、また、それを実践しないメンバーが、直ちにメンバーとしてのアイデンティティを失うわけではない。しかしながら、ひとつの文化要素が失われれば、それは他の文化要素の低下にもつながり、集団の凝集力を低下させ、その行為主体性を弱める。マイノリティ集団の多くは、伝統の継承、社会病理の克服、差別の解消など、喫緊の課題に直面しており、集団としての行為主体性を必要とすることを考えれば、文化を振興する強い動機が存在することも多い。

アイヌとして生きる人々にとっても、文化は重要な意味を持つ。著者の指摘するように、「自分たちの文化を共有できる仲間と集まったり、歌ったり、踊ったり」することは、よろこびをもたらす。また、「様々な形で抑圧されてきた

[4] この点については、以下の拙稿を参照いただければ幸いである。辻康夫「後期近代におけるコミュニティ再建」『北大法学論集』69-4（2018年）、同「コミュニティ再建と行為主体性」『北大法学論集』69-6（2019年）.

人びとが、心の拠り所として、仲間たちが集まる場所や、それまで差別の対象であった文化を、自分たちが取り戻し、自尊心を回復するということには、大きな意味がある」(p.142)。これに加えて、前述のように、文化実践は主流社会に根強く存在する偏見や差別と闘う手段としても機能している。アイヌとして生きることを「選択」して、カミングアウトするに際しては、偏見や差別を撥ね返せるように、アイヌの歴史や文化を学ぶ人も多い。実際のところ、アイヌ文化の担い手のなかには、その活動をとおして、差別のない社会をつくることを願う人も多い。子供が学校でアイヌ文化の価値を学んだことで、親がはじめて子供にアイヌの出自を伝えられたという例もある。

それでは、文化復興を重要な共同事業と位置づける先住民族は、これを好まないメンバーに不快な思いをさせるゆえに、その排他性を批判されるべきなのであろうか。民族にとっての文化の意義については、それぞれの民族の自己決定にゆだねられざるを得ないが、一般論としては以下の２点が指摘できる。第一は、自由民主主義の原理との整合性である。その集団のメンバーが、当該集団から離脱する選択肢をもたず、そのコントロールに服するような状況であれば、その集団はメンバーの自由・自律を尊重する必要から、文化の過度の強要を控える必要がある。カナダのケベック州のように、民族集団と政治共同体が重なり、その地方政府が民族集団を代表する場合がこれにあたる。他方、その集団が公的な政治権力を持たず、メンバーがこれを離脱する自由が存在する場合には、集団はメンバーの基本的人権を侵害しない範囲で、より積極的に文化復興を追求することができると考えられる。民族団体は、ある程度は公的な性格を持つ場合もあるが、文化復興の重要性にかんがみれば、個人の人権を制約しない範囲で、これを追求することに問題はないであろう。

第二は、文化に帰属することの意味をめぐるものである。ここで重要なのは、文化全体への帰属を拒絶することと、文化の特定の要素・実践を放棄したり、批判したりすることは根本的に異なるということである。コミュニタリアン系の多文化主義者であるB.パレクの理論によれば、人間は自らの帰属する文化が、自らを形作り、生き方を方向づけてくれる恩恵を認識し、それを破壊から守る責任を負う[5]。他方で、その活力を保つためにも、本質主義を避け、他の文

[5] Bhikhu Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, 2nd ed. Palgrave Macmillan, 2006; idem, A *New Politics of Identity*,

化との交流や、内部からの批判による変容をうけ入れる必要もある。文化には、音楽や工芸のみでなく、労働の倫理、親族づきあい、自然や祖先に対するかかわり方など、多様な要素が含まれる。個々のメンバーは、このすべての要素の保全に賛成する必要はないが、文化全体の存続に対しては、コミットするべきというのである。サイレント・アイヌとアイヌ民族の関係は、ひとつには、文化をめぐるどちらの関係が選択されるかによって、決まることになると思われる。

4.

つぎに、アイヌや研究者と向き合う、著者の生き方について考えてみたい。著者は、アイヌでも和人でもない、という自己認識を強く持つ。著者は一方で、出自に関する苦悩を経験しない、和人と同一視されることに強い違和感を持つ。他方で、アイヌとして生きることができないにもかかわらず、そのように期待されることで、長年苦しんできた。本書の読者は、本書の明晰な記述をとおして、このような無理解から生じる、「命を蝕む」苦痛を強く印象づけられるであろう。著者のこのような事情を認識すれば、著者の生き方について、あるレベルにおいて「理解」したことになる。

しかしながら、著者の必要とする「理解」は、このレベルにとどまるわけではなかろう。著者がアイヌや支援者との信頼関係を確立するためには、著者が「アイヌとして生きることができない」理由を、これらの人びとが、内在的に理解し、ある程度は共感し、著者の生き方に一定の敬意を持つことが必要であろう。さらに、著者の直面する問題を、社会の変革に結びつけようとすれば、この問題が、多くの人に、公共的課題として認識される必要がある。そのためには、著者の経験する困難が、著者個人のものにとどまらず、より多くの人に生じうることを、理解する必要がある[6]。

Palgrave Macmillan, 2008.

[6] ひとりの人間の実存的な選択を、全く異なる人生経験を持つ他人が、理解できる範囲は限定される。私たちは親兄弟の持つ「こだわり」の理由すら、十分に理解できないことがある。したがって、ひとりの人間の人生の特殊性や、その個性に由来する実存的決断を理解することは、不可能に近い。しかも、著者は３世代にわたって出自を隠して生きる苦悩を経験してきた人であり、このような経験をもたない読者が、その心情を理解する能力はきわめて限定されざる

著者は、28年間、和人の社会で、和人として生きてきたが、もはや和人としては生きられない理由を、次のように表現する。「アイヌの出自がもたらす痛みが永遠にまとわりつく人生のなかで、とても自分を和人であるとも思いたくなかった」(p.174)。すなわち、祖母や母は、経済的に生き延びるためにアイヌ文化をはなれざるを得ず、その痛みを感じ続けてきた。アイヌの出自を持つ親戚との交流も続いたが、親戚も家族も、アイヌのことを口に出すことを、タブーとしてきた。著者がアイヌの出自を明らかにすると、周囲の和人たちからアイヌと見なされ、あるいはアイヌとして生きることを期待されて苦しむことになる。しかも著者は、家族や祖先の感じてきた痛みを、自らのものとして引き受ける責任を感じ、また自らの出自と向き合う決心をかため、これが著者のアイデンティティの一部を形成している。これらの事情から生じる苦悩とは無縁の和人たちの集団に、著者が帰属意識を持てないことは、無理なく理解できる。カミングアウトに対する和人の友人たちの反応に著者がショックを受けたのは、友人たちが著者を、異質な他者として見て距離をとったからというよりも、「あなたがアイヌでも気にしない」(p.130) という言葉が表すように、友人たちが出自に由来する深い苦悩を理解できないことを、著者が察知して悲観したからなのではないかと、私には思われる[7]。

つぎに、著者がアイヌとして生きられない理由を考えてみたい。この理由には、いくつかのものがあげられているが、これらは消極的な理由と、積極的な理由に分けられる。消極的な理由は、著者がアイヌとして生き、アイヌの集団に同一化した経験がないということである。すなわち著者のこれまでの生活の中には、アイヌ文化がなく、これを介した、アイヌ・コミュニティとのつながりもない。親族との付き合いは存在するものの、アイヌについて話すことすら、タブーであった。それまでの人生を、和人として生きてきたため、周囲からア

をえない。しかし、上記のような必要性にかんがみて、著者の言葉の中から、あえて私が理解・共感できる部分を抽出し、了解を試みてみたい。

[7] 著者自身も、「今はアイヌの人も普通に日本人と同じでしょう」と述べた友人に対して、「そうであれば、どうして私は20年も葛藤するのだ」と反論した経験を記している (p.152)。ここで問題は「他者化」ではなく、深刻な苦悩を共有することの困難にこそあるのではないか。

イヌと見なされた体験もない。このような理由で、アイヌに対して、同一化するのが難しいというのである[8]。

著者は、このような消極的理由と並んで、「アイヌでも和人でもない」生き方に価値を見出す積極的理由もあげている。これは、著者をそだてた父、母、祖母たちの人生を引き受ける責任の感覚と結びついたものである。著者の祖母と母は、アイヌのアイデンティティをもちながら、経済的苦境から抜け出すために、アイヌ・コミュニティを離れて、和人社会に入って生きてきた。和人社会に溶け込むために、アイヌ文化からも離れた。二人はその苦悩を持つがゆえに、家庭の中でもアイヌについて語ることがなかった。祖母は厳しい肉体労働に耐え、その子供たちを高校に進ませた。母は生活費を切り詰めて、著者の教育に投資した。著者はその結果、祖母や母が望んだ高等教育をうけることができた。このように祖母と母が和人社会に生きる選択をしたことは、研究者としての著者が存在していることの前提であり、著者は二人の苦悩を引き受けることを選択する。

和人であった父とのつながりは、これにもまして、著者のアイデンティティの重要な要素である。著者の父は、「北海道開拓」を担った屯田兵を祖先に持ち、和人の立場から、北海道の歴史に向き合った知識人である。父は著者にとって、「最愛の友であり、理解者であり、そして憧れる人間」であり、「父の存在は絶大だった」(p.10)。彼は大学で沖縄学を研究し、卒業後は沖縄に滞在し、そこから北海道の独自性を考えるようになる。北海道に戻ったのち、アイヌの発行していた新聞『アヌタリアイヌ』に興味を持ち、その事業に携わっていた母と知り合い結婚する。父はその際、みずからを「侵略者の子孫」と伝え、母はその言葉で結婚を決意したという (p.155)。このように父は、和人として侵略者の祖先をもち、その歴史を背負う苦悩を引き受けた人である。研究者としての著者は、このような父の生き方に多くをおっており、著者はそれを引き受ける責任を感じるのである。

著者の両親はこのような経緯を経て、「和人とアイヌの両方の側面から、北

[8] この理由が、著者にとってどの程度決定的であるか、私には判断できない。たとえば、世界の先住民やアイヌのなかにも、文化をほんど知らなかった人が、人生のある段階で、これを自分のものにしてゆく例も多数存在するから、一般論を述べることは困難である。

海道の歴史を考える」という信念のもとに、古書店を開設する。以来、この古書店は、アイヌ民族や北海道史を研究する多くの人々の活動を支えてきたのである。著者は次のように述べる。「私の思想のルーツは、間違いなく、父と母がともに目指したこの信念のもとにある。どちらか一方を光や影にするのではなく、両方に光をあて、彩り豊かな歴史について思索することこそが、父と母と私が共有する『北海道の歴史』観である」(p.156)。すなわち著者は、アイヌと和人の両方の苦悩を持ちつつ、歴史を見つめる姿勢を、両親から引き継ぐ責任を感じるのである。「アイヌになれない理由」のうちで、私にとって、もっとも説得力があり、尊重に値すると感じられるのは、この点である。

このように、著者はアイヌとして生きることを選択しないが、これは、偏見や差別を恐れて「隠れる」ことや、「和人」になって歴史から目を背けることを意味しない。著者の姿勢は、歴史と向き合い、アイヌと和人の両方の苦悩を引き受け、現在の問題に向き合おうとするものである。前述のように、アイヌの人びとや支援者が、著者にアイヌとして生きることを期待する理由の一部が、〈アイヌの直面する困難のために連帯する〉という点にあるとすれば、著者の生き方は、アイヌとの連帯を妨げるものではないと思われる。

5.

著者の望む将来のイメージは、民族の境界線が緩やかになり、二分法が緩和される社会である。アメリカの著名人が、祖先に先住民がいたことを明かしても、ただちに「先住民」として異質なものとみなされたり、先住民らしい生き方を強要されたりしないことを、そのモデルにしている。厳格な分割線が緩み、人びとがより流動的なアイデンティティを生きられる社会が魅力的であることは間違いない。

しかし、このような社会は、混血がすすんだり、文化が希薄化したりすることで、自然に実現するとはかぎらない。かつてアメリカの社会学者 H. ガンスは、ヨーロッパ系移民の第三、第四世代において、そのエスニック・アイデンティティが、文化実践や組織とのつながりを弱め、シンボリックなものになりつつあるという仮説を提示した[9]。ところが、多くの論者が指摘するように、アイデ

[9] H. Gans, "Symbolic ethnicity: The future of ethnic groups and cultures in

ンティティのこのような柔軟化は、構造的差別によって境界が固められている集団においては起こりにくい。イタリア系、ポーランド系のアメリカ人は、これを表示したり隠したり選択できるのであるが、黒人はそのアイデンティティに閉じ込められ、ここから逃れることができない。中南米諸国においては、混血によって多様な人種集団が生まれたが、これらの間には歴然とした社会的序列が存在する。アイヌ民族においても、アイヌを「選択」することのハードルが高いことは前述のとおりであり、その背後に、このような構造的差別が存在している。意識のうえでカテゴリを緩めようとしても、背後にある抑圧的社会構造を変革することなしには、これを実現することは難しい。本書の明らかにした分断は、著者やアイヌ、支援者などの意識の変化や意思疎通のみによって、解決するものではない。むしろ、社会全体による変革の取り組みを通じてはじめて、状況は改善にむかうと考えられる。

近年、アイヌへの露骨な差別が減少したといわれるが、これはアイヌの当事者や、関係者の努力、政府の政策などが合わさって、もたらしたものであろう。他方で、近年のヘイトに見られるように、このような変化に抵抗する人々がいることも事実である。著者は、最近の高校生が、アイヌへの偏見をもたないばかりか、さらに、アイヌ差別の存在すらも知らないことに驚き、憂慮する（pp.159-160）。近年のイメージアップのキャンペーンのかげで、過去の歴史が忘却されれば、アイヌ民族の被る抑圧の多くの部分が不可視化される。著者の苦悩も、出自を隠して生きる人びとの困難の原因も理解されなくなる。アイヌ政策の意義も不明確になり、バックラッシュは容易に起こりうるだろう。取り組むべき課題は多く、未来は、すべての人々の努力にかかっている。

このような課題に向けて連帯するビジョンとして、著者が提示する２つの視点が重要であろう。第一は、実存的な体験に由来するアイデンティティを理解したり、評価したりすることの限界を認識することである。著者は次のように述べる「勝手にその痛みに違う言葉を当てはめ、痛みに優劣を与えるような行為は、当事者の痛みへの凌辱である」（p.253）。本稿では、著者や他のアクターの意識や動機を理解し、共感することを試みてきた。連帯に向けた信頼関係の確立や、公共政策の展開のためには、このような努力を続ける必要があるが、しかしこのような営為には、常に危険がはらまれていることを意識しておかな

America". *Ethnic and racial studies* 2-1 (1979).

ければならない。他者を理解する試みには、理解を試みる側の規範的な評価が混入することが避けがたい。たとえば、規範的な政治理論の立場からは、通常の分別や合理性をもつ主体を想定して、そこからそれぞれの人びとのニーズを評価し、権利や責任のあり方を論じる手法がとられる。しかし本書が雄弁に示すように、強圧的な同化政策による激変を経験した北海道において、「通常」のふるまいのパタンを想定することは不可能である。著者、アイヌの人々、支援者、研究者は、それぞれの歴史を背負って生きざるを得ず、過去や現在への思いには、越えがたい分断が存在する。それぞれが持つ「通常」「常識」の感覚が大きく食い違う。われわれは、相互理解のために努力を続けつつ、同時に、理解不可能な部分を理解できたと錯覚する可能性を忘れるべきでなく、性急に他人を裁くことを自重しなければならない。

第二は、著者の考える連帯のビジョンである。著者は、周囲とのあつれきや、苦悩にみちた模索を経て、アイヌ、和人、サイレント・アイヌが、それぞれの「痛み」を共感しあうという思想にたどり着く（pp.241-242, 248-249）。それぞれが背負う過去、それに由来するアイデンティ、「痛み」の性格は異なるとしても、これらの苦悩の源泉として同じ歴史を共有するのであるから、それぞれの「痛み」を共感し、連帯できるはずだというのである。著者が相互理解の困難に打ちのめされながらも、その試みを続ける必要を感じるのも、まさにそのためであろう。

一般に、マイノリティをめぐる運動において、内部の多様性を抑圧せずに連帯を実現するという課題は常に存在する。それぞれの利害関係やアイデンティティの差異を主題化すれば、連帯は不可能になる。この困難の克服にむけて、まずは苦悩の共通の源泉に向き合い、痛みを共感しあうという著者の解答は、私にはとても魅力的にみえる。著者のたどりついたこのような姿勢が、多くの人びとに理解されることを、願うばかりである。

研究ノート

バーチャル財産の刑法的保護に関する日中比較法的考察（1）

――オンラインゲームのデータを対象に――

梁　　小　煒

目　次

第一章　はじめに
　第一節　問題の提起
　第二節　バーチャル財産の類型
　第三節　本稿の検討対象
　第四節　本稿の構成
第二章　中国刑法上の検討
　第一節　中国における財産犯の客体
　第二節　判例・学説上のバーチャル財産
　　第一項　バーチャル財産に関する判例
　　第二項　学説上のバーチャル財産の保護ルート
　第三節　財産犯の客体であるバーチャル財産の具体的類型
　　第一項　概説
　　第二項　バーチャル財産は財産的利益であるか
　　第三項　バーチャル財産は無体物であるか
　　第四項　権利の化体物としてのバーチャル財産
　第四節　バーチャル財産の保護ルート
　　第一項　ユーザーの直接被害
　　第二項　経営者の直接被害
　第五節　本章のまとめ　　（以上、本号）
第三章　日本刑法上の考察
　第一節　概説
　第二節　バーチャル財産と不正アクセス罪

第三節　バーチャル財産と財産罪
第四節　バーチャル財産とその他の犯罪
第五節　罪数上の問題
第六節　本章のまとめ
第四章　終わりに

第一章　はじめに

第一節　問題の提起

（1）バーチャル財産とは

現代の高度情報化社会において、インターネットの発展に伴い、ネット上の活動も拡大している。例えば、電子マネーによる決済の普及や、ソーシャルネットワーキングサービス（SNS）の普遍的な利用などがその表れである。ただし、これと同時に、これらのネットサービスに関連する侵害行為も次第に現れている。バーチャル財産（Virtual property）に対する侵害は、その一例である。

中国の学者の定義に基づけば、バーチャル財産とは、インターネット空間に存在する、財産的価値を伴う電磁的記録である[1]。当該定義は中国においては普遍的に認められるものである。例えば、ビットコインに代表される暗号資産は、対価支払の用に供することが可能であるから、財産的価値が認められるので、バーチャル財産の典型例として挙げられる。しかし、暗号資産以外、何がバーチャル財産に属するのは明らかではない。当該中国の学者の定義に基づけば、一定の方式で現実の財産に転換できるのはその特徴である。つまり、インターネット上のデータは、金銭で交換できれば、すべてバーチャル財産と評価される可能性がある。

周知の通り、その本質に遡れば、電子計算機等の端末にしか存在していないバーチャル財産は、コードの集合体により形成されたデータの断片である。すなわち、データの一種であるバーチャル財産の侵害が、データを客体とする犯罪で規制されるのは、一見もちろんであると考えられる。しかし、そうすると、

[1] 陈兴良『虚拟财产的刑法属性及其保护路径』,『中国法学』2017年第２期，146頁参照。

バーチャル財産の有する財産的価値を見逃してしまう。一方、財産的価値に着目し、当該侵害行為を財産犯と評価しようとする場合にも、さらなる疑問が現れる。つまり、バーチャル財産という新型の客体は、伝統的な財産とは違うので、財産犯の対象に属するということが当然のことではない。

以上のことから、ここでの問題は、バーチャル財産という客体を伝統的な財産のように財産犯として保護することか可能なのか、それとも単なるデータとして財産犯罪以外の手段でしか保護できないかである。

（2）刑事法での規制の必要性

前述のように、本稿ではバーチャル財産の刑法的保護について検討する。しかし、そもそもバーチャル財産の侵害を刑法で保護する必要があるかは問題となろう。すなわち、民事法による解決で十分ではないか、との理解があり得る。

この点について、後述のように本稿での検討の中心となるオンラインゲームのバーチャル財産を例に考えてみれば、オンラインゲームのユーザーは、オンラインゲームをインストールすることで、ゲームをプレイする権利を取得し、オンラインゲーム会社はユーザーにゲームをプレイさせる義務を負うことになる。この際に、第三者による侵害を完全に防止する管理義務を会社側に課したり、奪取されたデータに関する調査を義務付けることは、会社側に過大な負担となろう。また、逆に被害者自身に侵害を証明させるのも事実上不可能であると考えられる。さらに、ユーザーと経営者の間の関係のみで事態を解決するやり方は、第三者によるインターネットの悪用行為を阻止することができず、よってインターネット秩序の安定性には不利な影響を与えてしまうだろう。それゆえ、民事法による解決はやはり足りないというべきである。

したがって、バーチャル財産をめぐる紛争を民事上のみで解決させるべきではなく、刑事法による規制も必要である。

第二節　バーチャル財産の類型

（1）概説

先述の通り、ビットコインを代表とする暗号資産は、典型的なバーチャル財産であろう。しかし、中国においては、この限りではない。なぜなら、暗号資産が法的保護を受けていないからである。例えば、2017年、南京市江寧区法院

の判決は、ビットコインを不法なバーチャル財産とし、ビットコイン取引行為は法律上の効力がないと判示した[2]。すなわち、中国におけるバーチャル財産の保護を検討する際には、暗号資産はその対象外となるのである。それゆえ、中国法を対象としたバーチャル財産の検討では、暗号資産以外の、財産的価値のある電磁的記録が問題となる。

そして、現在中国においては、主としてオンラインゲームのデータについて、バーチャル財産の法的保護が検討されている。

オンラインゲームのデータは、暗号資産とは異なり、現実社会で通貨と類似する支払い機能がない。すなわち、支払い機能のあるデータは、一般的な取引の場合でも用いられ得るものであるが、オンラインゲームのデータは、特定の遊戯サービスを提供するサーバー内でしか利用できないという点から見て、通貨と同じような機能は有さない。しかし、当該データは課金またはゲーム内の「労働」でしか取得できず、また、現実の市場でも個人により普遍的に売買されているため、財産的価値のあるバーチャル財産に属すると認められ得る。

（２）バーチャル財産としてのオンラインゲームのデータの類型

中国の学者江波は、オンラインゲームのバーチャル財産を検討する際に、これを一般的に①アカウント（ゲームアカウント）、②アイテム（ゲーム装備など）及び③ゲーム内通貨（ゲームコインなど）という三つの類型に区別することができると主張した[3]。これは現在中国の通説といっても過言ではない。

それに対して、上記の見解を「広義説」と称して、この見解に反対する学説もある。当該学説は「狭義説」と名乗り、バーチャル財産の範囲を上記②③のみと狭く解する。すなわち、「ネットゲームにおいてユーザーが支配、使用するデータのモジュールのみをバーチャル財産と認めるべきである。基本的な類型はゲーム装備、ゲーム内通貨である」[4]と主張する。

---

[2] 江苏省南京市江宁区法院（2017）苏0115民初11833号民事判决书参照。

[3] 江波『虚拟财产司法保护研究』，北京大学出版社2015年，31頁以下参照。

[4] 李齐广『刑民对话视野下窃取虚拟财产刑事责任的认定』,『武汉大学学报』2017年第２期，86頁。

（3）広義説の合理性

確かに、狭義説にとって、ゲーム世界内のアイテム及び通貨が目に見えるのに対して、アカウントそのものが見えないというのは、アカウントを排除する原因であるように思われる。

しかし、私見によれば、前記「狭義説」のように、バーチャル財産の範囲をオンラインゲーム世界におけるバーチャル物品に限定するのは、疑問がある。なぜなら、この説は、ゲームアカウントが、ゲーム世界におけるアイテムを支配するための手段であることを見逃しているからである。例えば、ゲーム世界において、ユーザー同士の間の取引システムがない場合、アカウント内のデータの交換が不可能になる。この場合、ユーザーは、ゲームアカウントそのものを現実の世界で売り出すことになるが、このとき、彼はアカウントに保管しているアイテムだけを販売していると言われるべきではないと考えられる。それゆえ、アカウントもバーチャル財産に属すべきことになり、当該狭義説は批判を受けざるをえない。

そうすると、広義説に立って、バーチャル財産にはアカウントそのものとアカウント内のアイテムを含むべきであろう。以下の検討はすべて、通説のように、広義説から出発する。

（4）オンラインゲームのデータ以外のバーチャル財産

当然のことながら、バーチャル財産はオンラインゲームに関するデータに限られない。例えば、ゲームのアイテムなどは、バーチャル財産の一例にすぎないと主張して検討を行う学説がある[5]。

実際、オンラインゲームを除いても、①アカウント類型のバーチャル財産は、SNS などの、一定のオンラインサービスでも問題になる（財産的価値がある場合）。②アイテム類型と③コイン類型も考えられる。例えば、LINE のスタンプといった SNS 上のサービスはアイテム類型のバーチャル財産であり、LINE コインのような、オンラインサービスに係るアカウントにチャージし、有料サー

[5] つまり、バーチャル財産の定義につき、「インターネット空間に存在し、相対的な独立性を持ち、排他的に支配される電子データである。それゆえ、ゲームなどのアイテムとネットアカウントが含まれる」と解している。林旭霞『虚拟财产权研究』，中国政法大学出版社2010年，50頁。

ビスの取得の用に供するポイントなどがコイン類型のバーチャル財産であると認められ得る。

しかし、第一節で示したようにバーチャル財産について定義付け（インターネット空間に存在する、財産的価値を伴う電磁的記録）に基づくと、上記のもの以外にもバーチャル財産は考えられるが、そのすべてを具体的に把握することは困難である。

第三節　本稿の検討対象

（1）検討対象

以上のことから、検討の範囲を明確するために、本稿は中国の学説に倣って、オンラインゲームに係るバーチャル財産を対象として検討を行う。中国においては、オンラインゲームのデータは典型的なバーチャル財産として扱われているので、当該類型を対象に導き出された理論は、オンラインゲームに限らず、ネット上のサービスアプリのアカウントや、当該アカウント内のアイテム及び通貨といったバーチャル財産全般にも妥当するといえよう。

（2）バーチャル財産の侵害態様

オンラインゲームを例として考えると、ゲームを遊技するために、ユーザーは自分の端末に当該ゲームのソフトウェアまたはアプリをダウンロードして、新規登録でアカウントを創った後、ログインを通して経営者の設置したサーバに接続しなければならない。このような過程で、ネットワークが第三者からの介入を受け、よってバーチャル財産が侵害される可能性が高い。

オンラインゲームのバーチャル財産に対する侵害については、①アカウント内のアイテムやコインを対象とする場合、または②アカウントそのものを対象とする場合がある。具体的にいえば、典型的な侵害態様は、①勝手に他人のアカウント内のアイテムやコインを移転させることであり、②パスワードを改ざんし、よって元の持ち主が自分のアカウントにログインできなくさせ、行為者だけが当該アカウントに入れるようにすることである。

これらの侵害行為は通常、電気通信回線に接続している自己の端末を操作することで他人の知らないうちに行われているので、暴行・脅迫などの手段によらず、また相手方に直接作用せず、相手方の意思に基づくデータの移転行為も

必要がない。それゆえ、バーチャル財産を取得する際には、暴行・脅迫による侵害、及び欺罔に基づく侵害は一般的ではないということが、その特徴となっている。

第四節　本稿の構成

これまで見てきたように、本稿の検討対象はオンラインゲームのアカウント、及びゲーム内のアイテムやコインである。以下では、これらのオンラインゲームに係るバーチャル財産の刑法上の性質を考えた上で、バーチャル財産に対する侵害の規制方法を検討しようとする。これによって、中国・日本におけるバーチャル財産の保護ルート及びその特徴を明らかにすることができる。

第二章では、中国刑法において、バーチャル財産の侵害をどうのように規制すべきかという問題を検討する。中国ではバーチャル財産に関する一連の判例が存在している一方で、学説上にはバーチャル財産の性質についての争いがある。判例・学説の論争の焦点は、バーチャル財産は刑法意義上の財産であるか、それとも単なるデータにすぎないかという点にある。すなわち、他人のバーチャル財産を移転させる行為は、財産犯で規制され得るか、それともシステムに関連する公共秩序を保護法益とするコンピュータ犯罪のみで規制されるにすぎないかという点である。それゆえ、本章では、これらの判例・学説を考察した上で、バーチャル財産の侵害に対する合理的な規制ルートを探す。

第三章では、日本刑法におけるバーチャル財産の保護について検討を行う。具体的には、まず、バーチャル財産を侵害する前に、他人のアカウントにログインし、またはゲームのサーバーに侵入する行為について、後述の不正アクセス禁止法で規制され得るかを検討すべきである。そして、バーチャル財産の取得行為は財産犯に、とりわけ電子計算機使用詐欺罪に該当するかという点についても検討する。また、日本刑法上の電磁的記録に係る犯罪は電子計算機使用詐欺罪に限らない。つまり、バーチャル財産の侵害は、財産犯ではない他の電磁的記録に関する犯罪に該当するかをも検討しなければならない。

第四章では、本稿をまとめた上で、中国刑法及び日本刑法から得られた結論を基に、よりよいバーチャル財産の保護に向けて、これらの刑法に対する示唆を行う。その上で、残された課題についても言及する。

第二章　中国刑法上の検討

第一節　中国における財産犯の客体

（１）概説

中国において、バーチャル財産を窃盗罪等の財産犯で保護できるのかを検討する際には、中国刑法における財産の明確な意義が問題になる。

中国刑法上の財産の定義に関する条文は、刑法91条と92条[6]にある。当該総論の条文は文言上「公的、または私的財産」が用いられている一方で、各論における財産罪の条文（263条―276条）は、その文言上財産罪の客体として、「公私の財物」をあげている（ただし、276条の１「貸金不払い罪」を除く）。

すなわち、総論では91条と92条が「財産」という文言を用いるが、この規定は各論で「財物」を客体とするすべての財産犯に適用されるものである。要するに、中国刑法上の「財物」という文言は、事実上「財産」と同じ概念となっている。つまり、日本とは違い、中国の財産犯罪の条文では、物と利益が区別されておらず、「財物」という概念しか存在していない。

（２）財物の意義

通説的理解によれば、財産罪の対象である「財物」は、有体物、無体物と財産的利益に分けられる[7]。また、判例もこのような分類を明確にしているわけではないものの、有体物、無体物、財産的利益のすべてを、窃盗罪[8]を含む財産

---

[6] 中国刑法第91条「公共財産の範囲」：（一）国有の財産。（二）勤労大衆による集団の所有財産。（三）貧困の援助その他の公益事業に用いる社会寄付金又は専用基金による財産。

第92条「国民の私的財産の範囲」：（一）国民の合法的な収入、預金、家屋その他の生活資材。（二）法により個人又は家族が所有する生産資材。（三）自営業者又は私営企業の合法的財産。（四）法により個人が所有する株式、株券、債券その他の財産。

本稿における中国刑法の訳文は、甲斐克則、劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂，2011年）参照。

[7] 张明楷『刑法学（第五版）』，法律出版社2016年，933頁。

[8] 中国刑法第264条「窃盗罪」：公私の財物を窃取した者は、数額が比較的大き

犯の客体として認めている。

なお、中国刑法には265条[9]に他人の通信回線をつないで利用する等の罪が規定されているが、通説によればこれは注意規定とされており、窃盗罪の客体を有体物に制限する趣旨のものではない。すなわち、もし265条が法律擬制の規定とされれば、財産的利益の中でも、265条が規定している通信サービスのみが窃盗罪の客体になり、ほかの財産的利益はすべて窃盗罪の範囲から排除されることになるが、このような理解は中国では一般的ではない。

以上のような基本的な理解に基づいて、オンラインゲームのデータ等のバーチャル財産が現実の問題となる前の時代に、有体物とはいえない物を窃盗罪の客体であると解した判例としては、次の判例（事例１）がある。

事例１[10]

（事実）

1994年９月に、被告人Ｘは被害者Ａの株券投資の用に供するアカウントとパスワードを盗み見した。その後、Ｘの指示に従って、Ｙ、Ｚが株券αを安値で購入した後、高値でそれを売りに出し、ＸはＡのアカウントとパスワードを利用してＹらから当該株券αを購入し、よって被害者Ａに45万元の損失を与えた。

（最高人民法院の解説）

Ｘは他人のアカウントとパスワードを利用し、同人の名義でＹ、Ｚの販売する株券を高値で購入した。当該行為の実質は被害者のアカウント内の残高を

いとき、又は繰り返して窃盗をし、入室窃盗をし、持凶器窃盗をし、若しくはすりをしたときは、３年以下の有期懲役、拘役、又は管制に処し、罰金を併科又は単科する。数額が非常に大きい又はその他の重い情状があるときは、３年以上10年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。数額が極めて大きいとき又はその他の特に重い情状があるときは、10年以上の有期懲役又は無期懲役に処し、罰金又は財産の没収を併科する。

[9] 中国刑法第265条「窃盗罪」：営利の目的で、他人の通信回線と密かに連結し、他人の通信番号を複製し、又はこれを用いた電信設備若しくは施設であることを知りながら使用したときは、この法律の第264条の規定により罪を認定し、処罰する。

[10] 最高人民法院刑事審判一至五庭主办『中国刑事審判指导案例４（侵犯財产罪）』，法律出版社2017年，221頁以下参照。

Y、Z のアカウントに移転し、よって当該取引の価格差に対応する金額を得ようとしてこれを実現したものである。取引システムは財物の実際の所有者を識別できないので、X の行為は窃盗罪に該当すべきである。

この判例からも明らかなように、中国における判例は、有体物・無体物・財産的利益の間の区別を明文で論及しておらず、当該区別は学説からのものにすぎない。また、中国刑法において、二項財産罪が存在せず、通説・判例の観点から利益窃盗も窃盗罪で規制され得るという現状から見れば、実際にそれを区別することに現実的な意義はないと考えられる。

しかし、私見によれば、有体物・無体物・財産的利益の三分法は維持されるべきである。窃盗罪の構造を考えると、利益窃盗は窃盗罪の構成要件に該当すべきではないと解するからである。この点に関して、本章第三節で後述する。

第二節　判例・学説上のバーチャル財産

第一項　バーチャル財産に関する判例

2009年刑法改正の前に、判例は主としてバーチャル財産を財産犯で保護すべきか否かを争っていた。2009年刑法改正によってコンピュータ犯罪が新設され、他人のシステムに侵入し同システム内のデータを取得する行為は、コンピュータ犯罪で処理されうることになった。それゆえ、判例も当該コンピュータ犯罪でバーチャル財産の侵害事件を処理しており、このことが財産犯の成否にも影響を与えているようである。

以下ではまず、2009年刑法改正以前の判例を検討した後に、2009年刑法改正後の判例を検討する。

（１）2009年刑法改正以前の判例

中国初のバーチャル財産に関わる刑事裁判（下記の事例２）は、バーチャル財産が刑法上の財産に属しないと判示した。

事例２[11]

[11] 陳・前掲注１），153頁以下参照。

（事実）

被告人Xは T 会社の職員である。X は被告人 Y と共謀の上、T 会社の開発する「QQ ナンバー」[12]を無断に取得しようとした。2005年３月から７月までの期間に、X は権限なく T 会社内部のアカウントで同会社のサーバシステムにアクセスした後、ほかのユーザーが支配している QQ ナンバーの登録情報を入手した。そして、Y が当該登録情報を利用して同 QQ ナンバーのパスワードを勝手に変更し、元の利用者がアクセスできないようにして、これを他人に転売した。被告人らはともに QQ ナンバー 130個を売り、６万元余りの不法な利得を得た。本事件につき､深セン市南山区検察院は窃盗罪について公訴を提起した。

（判旨）

この事例につき、南山区初級法院は次のような根拠で、財産犯の成立を否定した[13]。

① QQ ナンバーの価値を一般的等価物で換算する標準は統一できない。また、②民法意義上の財産と刑法意義上の財産は区別されるべきである。なぜなら、平等の主体の間の関係を調整する民法は変動している社会現実を開放的な態度で迎え入れるのに対して、罪刑法定主義のため、刑法は消極的なふるまいを維持するべきである。③『刑法』92条４項に規定されている「その他の財産」とは、文言解釈により、株券などに比肩する有価証券と解釈されるべきであるところ、QQ ナンバーはこのような有価証券ではないといわれるべきである。

---

[12]「QQ」とは，インターネット上の即時の通信ソフトウェア（SNS の一種）である。当該ソフトウェアは, ゲーム､インターネットチャット､ビデオチャット､ファイル共有､E-mail 等の機能を持っている。「QQ ナンバー」とは,「QQ」サービスを利用しようとするための個人アカウントである。特殊の数字のある QQ ナンバーは通常高い価値を持っている。例えば、現在のユーザーが使用している QQ ナンバーのひと組はほとんど９桁以上であるので、ひと組５桁の数字からなる QQ ナンバーは､ネット上のオークションで１万元を超えることもある。但見亮訳「ネット上のバーチャル財産の刑法的意義」，比較法学44巻３号（2011年），95頁参照。

[13] 同裁判所は最終的に、通信自由侵害罪を犯したと認めている。中国刑法第252条「通信自由侵害罪」：他人の信書を隠匿し、破棄し、又は不法に開封し、国民の通信の自由の権利を侵害した者は、情状が重いときは、１年以下の有期懲役又は拘役に処する。

これに対して、事例２と同年に現れたほかの判例（下記の事例３）は、その財産性を肯定的に解している。

事例３[14]

（事実）

A 会社は代理販売者として、T 会社から QQ コイン[15]を購入した後、ユーザーにこれを販売する業務を行っていた。2005年６月から７月までの期間に、被告人 X はネットで、A 会社が所有している QQ コインの通信販売システムのアカウントを入手した後、被告人 Y に当該アカウントを提供した。X・Y は、上記のシステムに侵入し、QQ コインを移転した後、インターネット上で買主を募集し、現れた買主に対して上記のシステムで買主の QQ アカウントに QQ コインをチャージした。

（判旨）

上海市黄浦区法院は、次のように述べて、窃盗罪の成立を肯定した。

被害者 A 会社が販売する QQ コインは、T 会社との契約に従って、真実の通貨を支払って買収したものである。その QQ コインが窃取された場合、所有権者はその財産に対する占有、使用、処分、収益などの全部の財産権利を失くしたということを意味した。被告人の行為は窃盗罪に該当する。

このように、上記の事例２は、アカウント類型のバーチャル財産の無断取得を財産犯で処理すべきではないと判示したのに対して、上記の事例３の判示は、アカウント内通貨に対して財産的権利の存在を認めている。

なお、事例３に関する評釈では「財産の属性を有する（すなわち、財産的価値がある）バーチャル財産は、即時に現実の通貨に引き換えることができ、支配し使用され得るので、窃盗罪の対象に属する」[16]と述べられており、当該判

[14] 陈兴良ほか編『人民法院刑事指導案例裁判要旨通纂』（下巻），北京大学出版社2013年，748頁参照。

[15]「QQ コイン」とは、QQ を利用する際に、一定の附加サービスを取得する用に供するプリペイド式のバーチャル「通貨」である。しかも、QQ のサービスにしか利用できない。

[16] 陈兴良、江溯編『判例刑法教程分则篇』，北京大学出版社2015年，122頁。

例の射程は、財産的価値がある電磁的記録に限定されるものと解されている。

（2）2009年刑法改正後の最初の判例と司法指導

2009年に行われた『刑法改正案（七）』によって、285条第二款に「コンピュータ情報システムのデータ不法取得、コンピュータ情報システム不法コントロール罪」が新設された[17]。新設された条文は、主として他人のコンピュータに侵入した後、データまたはシステムに不利な影響を与える行為を規制している。

後述のように、この改正の後、バーチャル財産への侵害に対して、判例はコンピュータ犯罪で処理できるものについては、同罪で処理し、コンピュータ犯罪が成立しない場合には、財産犯として処理する傾向が見られるようになったが、その前に、2009年刑法改正後、最初に出た判例とそれに関する司法指導について、紹介する。

2009年刑法改正後の最初のバーチャル財産に関する刑事判例では、システムへの不法アクセスというコンピュータ犯罪の手段を利用して、他のユーザーのゲーム内通貨を取得したという事例について、コンピュータ犯罪の成立のみを認めている（下記の事例４）。

事例４[18]

（事実）

2008年、被告人Ｘはネットで不法なソフトウェアを購入した。当該ソフトウェアの機能は、主に他人の電子計算機システムをコントロールし、よって同電子計算機において保存、処理または転送されているデータを取得することで

---

[17] 中国刑法第285条「コンピュータ情報システム侵入罪、コンピュータ情報システムのデータ不法取得不法管理罪、コンピュータ情報システムのデータ不法取得不法管理ソフト道具供与罪」：（第二款）国家規定に違反して、前項規定（国家事務、国防建設、先端科学技術）以外のコンピュータのデータシステムに侵入すること又はその他の技術的手段により、当該コンピュータの情報システムにおいて保存、処理若しくは転送されているデータを取得し又は当該コンピュータの情報システムを不法に管理した者は、情状が重いときは、３年以下の有期懲役又は拘役に処し、罰金を併科又は単科する。情状が特に重いときは、３年以上７年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。

[18] 安徽省蚌埠市中级人民法院（2010）蚌刑终字第0097号刑事判决书参照。

ある。被告人はSNSのチャットで相手の電子計算機に同ソフトウェアを発信し、よって同電子計算機をコントロールした後、相手のオンラインゲームID及びパスワードを取得し、同アカウントにおけるゲーム内通貨を自分のアカウントに移転した。2009年３月から８月までの期間に、被告人は同行為200回余りを実行しており、ゲーム内通貨の転売により、７万元余りの利得を得た。第一審はXに対して窃盗罪の判決を下した。

（判旨）

第二審の法院は、次のように判示して、窃盗罪の成立を否定した。

バーチャル財産としてのゲーム内通貨については、その確実な価値測定ができないので、被告人の行為はコンピュータ情報システムのデータ不法取得罪に該当すべきである。

このように、事例４では、ゲーム内通貨につき、当該バーチャル財産の財産性を否定し、窃盗罪の成立を否定している。

事例４の後、2012年、最高人民法院研究室は『コンピュータの利用による他人のゲーム内通貨の取得及びその販売による不法利得行為の性質についての研究意見』という司法指導を出し、バーチャル財産を単なるデータと認め、その取得にコンピュータ情報システムのデータ不法取得罪のみを適用させるという結論を提出した。

当該司法指導によれば、「バーチャル財産を使っても、バーチャルサービスにしか交換できず、実際の取引においては使用できないので、バーチャル財産は財産の有する取引の性質に合致しない。その理由としては、例えば、2010年６月に、文化部[19]が制定した『オンラインゲーム管理暫行辦法』[20]があげられる。当該部門の規範に基づけば、ゲームのバーチャル通貨は経営者により発売され、ゲーマーに法定の通貨で直接または間接購買される引換用の道具である。同部門の規範はゲーム内通貨の使用範囲を明らかにした：同オンライゲームにおける道具、サービスとの交換するに限るのであり、実物や同ゲーム以外のサービ

[19] 文化部は中国の国務院の部門であり、日本の文部科学省と類似している。

[20] 中国においては、国務院は行政法規を制定する権限があり、国務院の部門の一つとしての文化部は、部門の規範を制定する権限がある。部門の規範は行政法規の下位にあるけれども、両者は同じように法的拘束力を有している。

スなどの対価を支払う用に供することができない」[21]。このようなバーチャル財産の性質に鑑みれば、コンピュータ情報システムのデータ不法取得罪がふさわしいように見られるというのである。

このように、当該司法指導は、バーチャル財産を刑法意義上の財産の範囲から排除した。その論拠は、それを真実の通貨と比較した場合、ゲーム上の通貨が、現実の通貨のような支払い属性を有していないからである。

しかし、最高人民法院研究室の司法指導は司法解釈と異なり、法的拘束力を持っていない。すなわち、判決を出すとき、特にこの司法指導を参照する必要がないのである。実際に、当該司法指導が出された後も、これに反する判例が多く出されており、また後述のように、学説もこれに従っていない。

実際、私見によれば、現実取引の用に供することができるかは、当該物が財産であるか否かとは関係がないと考えられる。むしろ重要なのは、財産的価値の存否であり、もともと真実の通貨と比較する必要はない。「通貨」という名称を付けられたバーチャル財産を特別扱いせず、ほかの類型のバーチャル財産と同じように取り扱い、たとえ、通貨のような交換性質がなくとも、財産的価値があれば、財産として評価すべきである。

それゆえ、当該司法指導の解釈には疑問がある。

（3）その後の判例

その後の判例は、同じゲーム内アイテム等を無断で移転したという事案であっても、コンピュータ犯罪が成立しない類型では、窃盗罪の検討を行い、その成立も認める（下記の事例５）のに対し、コンピュータ犯罪が成立する類型では、窃盗罪の成立が検討されない（下記の事例６）という傾向にある。

事例５[22]

（事実）

被告人Ｘらは、ゲーム会社Ａの開発したネットゲーム『伝奇世界』のユーザーである。一般的には、「伝奇世界」のユーザーは複数のアカウントを持っ

[21] 喻海松「关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见」, 张军ほか編『司法研究与指导（2012年第２辑）』, 人民法院出版社127頁以下。
[22] 广东省佛山市中级人民法院（2016）粤06刑终1152号刑事判决书参照。

ている。レベルが高く、装備の品質が優れたアカウントは「大アカウント」と呼ばれた。これに対して、レベルが低いのは「小アカウント」と呼ばれた。そして、会社Aの設定したログインのルールに基づけば、ユーザーがある一つアカウントにログインした場合、ログインアプリで当該ユーザーが持っている他のすべてのアカウントにログインできる。被告人Xらは上記のログイン方法を利用しようと考え、小アカウント内の装備の売却を希望していたユーザーに対して、「それを買いたい」と騙して、「装備を見るためにアカウントを見せてください」と言って、ユーザーの小アカウントを提供するように要求した。上記のログインルールを知らなかったユーザーらは、Xらに小アカウントの情報を教え、それによってXらはそれらのユーザーの大アカウントにログインして、装備などを取得し、他人に転売した。2015年7月から10月までの期間に、Xらの不法利得は10万元以上に達した。

（判旨）

広東省仏山市法院は、次のような判断をして、窃盗罪の成立を肯定した。

①被告人Xら及び弁護人は、「バーチャル財産は窃盗罪の犯罪対象に属しない」という意見を出したが、バーチャル財産の「バーチャル」は、その価値が仮想的という意味ではなく、その法律性質が偽りという意味でもない。それは伝統的な有形の財産と区別するための言葉である。『刑法』92条から見て、法により個人が所有する株式、株券、債券その他の財産などの無形物は、個人の財産に属する。文理解釈によると、個人が管理、移転、処分することができ、価値性のある物は、個人所有の財産と認められる。つまり、無形物も財産犯罪の対象になり得る。

②被告人Xら及び弁護人は、「その行為はコンピュータ情報システムデータ不法取得罪に該当する」という意見を出したが、Xらは、被害者のアカウントに正常な方法でログインして、アイテムまたはコインを窃取した。すなわち、会社Aからみて、Xらは合法的に他人のアカウントにログインしており、ウイルスなどの技術手段でアクセスすることを行わなかった。それゆえ、Xらの行為はコンピュータ情報システムデータ不法取得罪に該当しない。

事例6[23]

[23] 湛江经济技术开发区人民法院（2018）粤0891刑初45号刑事判决书参照。

（事実）

2015年７月から、被告人Ｘらは、ネットで他のゲームユーザーとチャットしているとき、ウイルスを含むファイルを発送した後、相手のゲームアカウントを取得して、それにおけるゲーム内通貨または装備を自分のアカウントに移転してネットで販売した。

（判旨）

広東省湛江市経済技術開発区法院は、次のような判断をして、コンピュータ情報システム不法コントロール罪のみの成立を認めた。

被告人Ｘらは、国家の規定に反して、ウイルスを発送したという方法で他人のコンピュータ情報システムに不法に侵入し、そのシステムをコントロールし、保存、処理もしくは転送されているデータを取得した。その不法利得は五千元を超えたので、上記の行為は「情状が重い」と認められ、『刑法』258条第二款の規定に違反し、コンピュータ情報システムデータ不法取得、コンピュータ情報システム不法コントロール罪に該当する。

さらに、オンラインゲームの経営者への侵害に係る判例も同じ傾向を示している。例えば、バーチャル財産を勝手に複製するような行為類型の場合、会社と関係がない一般人が行った場合にはコンピュータ犯罪で処罰されたのに対して（下記の事例７）、アクセス権限のある会社の職員が勝手にアイテムを販売する行為については業務上横領罪を成立させている（下記の事例８）。

事例７[24]

（事実）

2013年５月から７月までの期間に、被告人Ｘは不法なプログラムを使用し、端末でＡ会社の運営しているオンラインゲーム「剣侠情縁三」に不正アクセスし、ゲームコインを無断で複製して取得した後、これをネットで販売し、不法利得43万元余りを得た。

（判旨）

広東省珠海市法院は、次のような判断をして、コンピュータ情報システム不法コントロール罪だけの成立を認めた。

[24] 广东省珠海市中级人民法院（2015）珠中法刑一终字第46号刑事裁定书参照。

Ｘは不法なプログラムでオンラインゲームの「○○.exe」のコードアドレスを変更し、よって当該ゲームの「○○.exe」の完備性を侵害した。Ｘもシステム内のデータの増加、改ざんという結果を認識していた。それゆえ、Ｘの動機がゲーム内通貨を取得して利益を得ることであったということは、コンピュータ犯罪の成立には影響を与えない。つまり、Ｘの行為結果はゲーム内通貨（コンピュータのデータ）の不法取得であるが、当該行為の本質はプログラムの完備性に対する破壊、同プログラムの正常秩序に対する影響であり、Ｘの行為はコンピュータ情報システムのデータ不法取得罪に該当すべきである。

事例８[25]

（事実）

被告人Ｘは、ゲーム会社Ａの職員であり、Ａ会社の運営しているゲームにおいて、あるイベントでゲーム内プレゼントの当選者の名簿を審査する任務を負っていた。ＸはＹと共謀の上、プレゼントに外れたユーザーに当該ゲームアイテムを販売しようとした。具体的には、Ｙは購買者と連絡し、その名前をＸに発信した後、Ｘは当選者のリストを変更し、よって購買者はゲームにおいて、賞品としてのバーチャルアイテムを取得した。ＸとＹは共に不法利得25万元余りを得た。

（判旨）

上海市徐汇区法院は、次のような判断をして、業務上横領罪の成立を肯定した。

被告人Ｘは業務上の立場を利用し、Ｙと共同で同会社の財物を不法に自己所有のように領得したものであり、25万元余りの数額が非常に大きく、同行為は『刑法』271条の業務上横領罪[26]に該当すべきである。

（４）まとめ

これらの判例に基づくと、2009年刑法改正の前は、判例はバーチャル財産を

[25] 上海市徐汇区人民法院（2013）徐刑初字第1053号刑事判決书参照。

[26] 中国刑法第271条「業務上横領罪」：会社、企業またはほかの単位の所属の者は、業務上の便利を利用して、単位の財物を不法に占有し、数額が非常に大きいときは、５年以下の有期懲役又は拘役に処する。数額が極めて大きいときは、５年以上の有期懲役に処し、財産の没収を併科することができる。

財産犯の客体に該当させるべきか否かという問題のみを検討し、その結論は裁判ごとに分かれていたのに対し、刑法修正の後は、判例はバーチャル財産が財産犯の客体であるという点を肯定し、バーチャル財産の単なる取得が財産犯に合致すると考えながらも、システムへの不法アクセスなどの手段によるバーチャル財産の取得については、単にコンピュータ情報システムに関連する犯罪に該当するとして、財産犯の成立をまったく検討しないようになっている。すなわち、両罪は同時に成立しないと解していると考えられる。

しかし、中国においても、異なる法益が同時に侵害される場合には、両罪が成立し、それらが観念的競合により一罪として処断されることになる[27]。したがって、財産犯は個人の財産を保護する規定である一方で、コンピュータ犯罪は後で述べるように公共の秩序を保護する規定であることから、観念的競合の関係が認められるべきである。つまり、今までの一連の判例には矛盾が生じていると考えるべきである。

それゆえ、決定的なのは、それぞれの罪が成立するかということである。

第二項　学説上のバーチャル財産の保護ルート

（1）コンピュータ犯罪の客体としてのバーチャル財産

前述の通り、バーチャル財産は、本来的には電子計算機システムに運行されており、コードの集合体からなるデータの断片である。それゆえ、ゲーム経営者や他のユーザーのコンピュータシステムへの侵入その他の技術的手段により、バーチャル財産を取得した場合には、コンピュータ犯罪で処罰され得る（中国刑法285条）。それ以外にも、286条[28]に基づいて、他人のコンピュータシス

---

[27] 张・前掲注７），482頁。

[28] 中国刑法第286条「コンピュータ情報システム破壊罪」：（第一款）国家規定に違反して、コンピュータ情報システムの機能を削除し、改ざんし、増加させ、又は攪乱し、よってコンピュータデータシステムの正常な作動を不可能にした者は、結果が重いときは、５年以下の有期懲役又は拘役に処する。その結果が特に重いときは、５年以上の有期懲役に処する。（第二款）国家規定に違反して、コンピュータデータシステムにおいて保存、処理又は転送されているデータ又は応用プログラムを削除し、改ざんし又は増加させた者は、結果が重いときも、前款と同様とする。（第三款）コンピュータウイルスその他の破壊性プログラムを故意に作成し、又は頒布した者が、コンピュータシステムの正常な作動に

テム内のデータの削除、改ざん等が重い結果をもたらす場合にも、処罰されるべきである。

なお、コンピュータ犯罪の保護法益はコンピュータ情報システム内の情報の安全、コンピュータ機能の安全等である[29]。コンピュータ情報システムのデータ不法取得罪は、公共の秩序を妨害する罪[30]に属し、公的法益に対する犯罪である。例えば、ユーザー個人が課金でアイテムを取得した後、これを他人に窃取された場合に、当該ユーザーは確かに経済上の損害（課金）を被ったけれども、条文から見て、保護されているのは電子計算機システムの秩序であり、具体的個人の損害とは関係がないのである。

（２）コンピュータ犯罪のみで保護するルートの問題点

上述のように、バーチャル財産の侵害にコンピュータ情報システムに関連する規定が成立しうる以上、当該規定だけにより、データであるバーチャル財産への侵害を規制するというルートも考えることができる。例えば、陳雲良により、「バーチャル財産の侵害は必然的にコンピュータ情報システム内のデータの改ざんを通じて行う。コンピュータ情報システム破壊罪で規制するというルートは、バーチャル財産の法律属性に関する争論を避けることができる」[31]と主張している。

しかし、バーチャル財産の侵害の本質は個人の利益の侵害にあることから、中国の判例のようにバーチャル財産の侵害についてコンピュータ犯罪のみを成立させるべきではないとの理解が中国では一般的である。張明楷は「ある行為を公的法益への侵害と認定することにより、私的法益を保護するというのは合理的ではない。なぜなら、そうすることにより、被害者の訴訟参加の権利は必然的に妨害されてしまうからである」として、コンピュータ犯罪という公的法益の犯罪のみで個人の法益を保護するルートを批判している[32]。

影響を与え、結果が重いときも、第一款と同様とする。

[29] 周光权『刑法各论（第三版）』，中国人民大学出版社2016年，349頁以下参照。

[30] 当該電子計算機犯罪は『刑法』「社会秩序を乱す罪」の部分における「公共秩序妨害罪」という類型の犯罪である。

[31] 陈云良、周新『虚拟财产刑法保护路径之选择』，『法学评论』2009年第２期，147頁参照。

[32] 张明楷『非法获取虚拟财产的行为性质』，『法学』2015年第３期，14頁。

実際、バーチャル財産の侵害には、これを侵害された現実の被害者個人がいるのだから、コンピュータ犯罪の成否とは別に財産犯の成立を検討しなければならないだろう。バーチャル財産に財産の性質が認められるか、認められるとしたらどのような根拠で認められるのかが問題となる。

（3）財産犯の客体としてのバーチャル財産

A．肯定説

日本刑法において、財産犯の対象としての「財産」とは、保護に値する価値のある「財物」と、財物以外の財産的な価値のある「財産的利益」である[33]。中国においても、この点は同様である。「財産」に要求する「価値」は、交換価値と使用価値を指すものとされる[34]。

そして、肯定説によれば、バーチャル財産は「価値の要素を含んでいる。ユーザーは財産及び労働を投入し、よってバーチャル財産に財産概念上の価値を取得させる。しかも、ユーザーの心理上の要求を満足させるという点から見て、現実の効用を備えている」[35]と考えられている。

実際、私見においても、バーチャル財産には、以下の２つの理由から財産的価値が認められると思われる。すなわち、第１にユーザー同士が現実の金銭とバーチャル財産を交換するという取引が現在中国では一般化しており、交換価値が認められること、第２に遊戯にあたって、ユーザーは精神的な満足を得ることから使用価値も認められることである。

B．否定説

しかし、バーチャル財産につき財産的価値を認めない見解も存在する。例えば、曲新久[36]は、以下の３つの理由からバーチャル財産の財産属性の存在に反対する。すなわち、①バーチャル財産は無限に複製されうる存在であり、また、

---

[33] 前田雅英『刑法各論講義（第７版）』（東京大学出版会, 2020年）153-155頁参照。

[34] 张・前掲注７），932頁参照。

[35] 童德华『网络虚拟财产作为财物的法益属性及其标准』,『中国刑事法杂志』2019年第１期，42頁。

[36] 曲新久『区分扩张解释与类推解释的路径新探』,『法学家』2012年第１期, 91-93頁参照。

②バーチャル財産は真実の財産の類推である。さらに③ゲームのソースコードを不法に複製（窃盗）する行為が商業秘密侵害罪[37]にしか該当しないのに対し、ソースコードより重要性の低いバーチャル財産に対する窃盗行為がより重い窃盗罪になるとすると、処罰のアンバランスをもたらす。

また、張弛は、旅行等の娯楽のように、ゲームを楽しむ行為は価値を作り出せず､労働に属しないことを理由として､バーチャル財産の財産性を否定する。すなわち､「他人が数か月の時間をかけて並べたドミノの陣を故意に押しつぶし、よって他人の消耗した時間、気合を無駄にさせても、刑法の保護は必要ではない。単なる娯楽活動及びその産物を刑法で保護すれば、刑法の処罰範囲の不当な拡張を免れない」[38]と主張する否定説である。

しかし、上記の否定説に対しては、これらの説が「刑法上の財産という大前提から離れて、独自の観点でバーチャル財産の定義を確定した後、財産に属しないという結論に出たことは不正確である…構成要件を指導として、刑法上の財産の特徴に合致するか否かを判断すれば足りる」[39]と批判し、財産属性を肯定すべきであるとの反論がある。

C．私見

私見として、上記の否定説には問題があるように思われる。

まずは、曲新久の否定説については、それぞれ次のように反駁することができるだろう。①理論上には紙幣も無限に発行できるのであるから、無限性は財産を否定する理由ではない。②中国社会において、バーチャル財産は周知の概

[37] 中国刑法第219条「商業秘密侵害罪」：次に掲げる商業秘密を侵害するいずれかの行為を行い、商業秘密の権利者に重大な損失を与えた者は、３年以下の有期懲役又は拘役に処し、罰金を併科又は単科する。特に重い結果を生じさせたときは、３年以上７年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。①窃盗、誘惑、脅迫又はその他の不正の手段により、権利者の商業秘密を取得する行為。②前号の手段により取得した権利者の商業秘密を開示し、使用し又は他人によるその使用を承認する行為。③約束に違反し、又は権利者の商業秘密の保護の要求に反し、自ら把握している商業秘密を開示し、使用し又は他人によるその使用を承認する行為。

[38] 张弛『窃取虚拟财产行为的法益审视』,『政治与法律』2017年第８期，36頁。

[39] 张・前掲注32)，16頁。

念であり、それを財産と解釈するのは一般人の予測可能性を越えないので、類推解釈ではない。③商業秘密侵害罪の被害者は経営者であるのに対して、窃盗罪の被害者はユーザーである。法益主体の違う両罪を安易に比較することはできないと考えられる。

また、張弛の否定説も妥当ではない。すなわち、①ドミノそのものは物であるが、反対説のいう「ドミノの陣」は物ではなく、刑法的に保護されないのはもちろんである。他方で、②娯楽の産物は、仮にそれが社会的に芸術品と評価されており、高価で売り出せるということになれば、価値がある物品ではないとはいえない。しかも、③旅行をネットで配信して収入を稼ぐような、娯楽を職業とする人も存在している。それゆえ、娯楽活動に属するかどうかは、価値の有無の決定的要素ではない。④反対説は遊戯行為が労働ではないことを強調するが、ゲーム内アイテムやコインが課金という金銭によって購われることをどのように解釈するべきかについて、言及していない。そもそも、「課金」は単なる「労働」と比べて、より易く価値を見出せるものである。

要するに、バーチャル財産の財産性を否定する見解は、説得力がないというべきである。前述の肯定説の通り、バーチャル財産は刑法上の財産の特徴（管理可能性及び価値のある客体）を有しており、刑法上の財産に属すると解するのが合理的である。

（4）財産犯のみで保護するルートの問題点

このようにバーチャル財産の財産的性質を肯定することになれば、上記（2）とは逆に、その侵害を財産犯のみで処罰すべきであるという見解も生じうる。例えば、王志祥は、「コンピュータ犯罪はネットの安全秩序を狙うので、バーチャル財産以外のデータへの侵害はコンピュータ犯罪で処罰できる一方、バーチャル財産の取得は他人の財産権益を狙うので、窃盗罪の成立が認められるべきである」[40]と主張する。

また、李遐桢は、「バーチャル財産を窃取したが、それは特に特定の個人に属するバーチャル財産のみをターゲットとしている場合に、公共秩序は揺がない」として、個人のデータにのみ影響を与える行為がバーチャル空間における

[40] 王志祥、袁宏山『论虚拟财产刑事保护的正当性』,『北方法学』2010年第４期, 156頁。

全体的データ秩序を妨害しないと解している[41]。

しかし、王志祥の見解は次のように批判されている。「コンピュータ犯罪の客体をバーチャル財産以外のものに限ることは、一種の限定解釈である。しかし、被告人の不利益をもたらす解釈は原則として許されないと認められる。窃盗罪の量刑の上限は無期懲役である一方、コンピュータ犯罪の場合は７年までの有期懲役にしか処せられない」[42]。すなわち、王志祥の見解は、被告人の不利益を裏付けるので、これが罪刑法定主義に反すると認められる。もちろん、これは、財産犯の成立に反対する立場からの批判であり、私見は当該立場に反対している。私見によれば、ある客体には一種以上の保護法益を含むことは可能であり、王志祥の見解はこの点を見逃しており、不当であろう。

また、李霞楨の見解に対しても次のように批判することができるだろう。すなわち、バーチャル財産の取得は個人のデータへの侵害であるが、オンラインゲームの世界は「公共」の場所と認められ得るのであるから、同行為がインターネット上の秩序に影響を与えるのは確実である。

それゆえ、バーチャル財産の取得の場合、個人に対する財産犯の成立を理由として、公共秩序に対するコンピュータ犯罪の成立を否定するのは不当である。

（５）コンピュータ犯罪と財産犯の罪数関係

Ａ．観念的競合

行為の対象に着眼すると、ある行為客体には複数の属性があり得る。すなわち、バーチャル財産は、財産犯の客体としては、財産であり、コンピュータ犯罪の客体としては、単なるデータである。前述第一項の（４）で言及したように、異なる法益が同時に侵害される場合には、両罪が成立し、それらが観念的競合により一罪として処断されることになる。そして、現在の多数説と思われるのは、「ある行為は同時に、財産侵害罪及びコンピュータ情報システムのデータ不法取得罪に該当することができ、このときに現れているのは競合の問題である」[43]との主張である。

---

[41] 李遐桢『论盗窃虚拟财产的定性』，『河北法学』2012年第11期，32頁参照。
[42] 刘明祥『窃取网络虚拟财产行为定性探究』，『法学』2016年第１期，153頁。
[43] 徐凌波『虚拟财产犯罪的教义学展开』，『法学家』2017年第４期，46頁。

B．牽連犯

これに対して、「行為者がバーチャル財産の取得を行う際に、必然的にコンピュータシステムを利用するので、ここでは牽連犯の成立が生じることになる」[44]として、財産犯とコンピュータ犯罪の牽連関係を認める学説もある。

しかし、バーチャル財産の侵害の場合、両行為はこのような関係にあると評価されるべきではないとの見解もある。例えば、牽連犯を批判する学説は、「システムに不法侵入した後、システムにおけるデータ（バーチャル財産）を取得する行為を行なったものの、不法侵入等の技術的な手段はコンピュータ情報システムデータ不法取得罪の成立の必要条件であり、同手段を通じない場合、同データ不法取得罪も成立できない」[45]と解する。

私見によっても、牽連関係を認めるべきではない。なぜなら、牽連犯が成立するためには、コンピュータへの不正アクセス行為と、バーチャル財産への侵害行為が原因―目的または手段―結果の関係になければならない。しかし、285条の条文から見て、構成要件行為は手段行為としての不法侵入と、結果行為としてのデータの侵害から構成されており、当該手段行為と結果行為を一つの行為として取り扱うべきである。単なる不正アクセス行為は処罰されていないので、同行為と財産犯との牽連犯は認められ得ない。

C．結論

それゆえ、バーチャル財産の取得の場合、ユーザーの個人法益の侵害以外に、もし技術手段の使用があれば、インターネット秩序という公共法益も侵害されると認められ、ここではコンピュータ犯罪の単なる手段行為と財産犯において牽連関係が存在せず、財産犯とコンピュータ犯罪の観念的競合の成立を認めることができるであろう。

---

[44] 邹政『论虚拟财产的刑法适用探讨―兼论虚拟财产价格的确定』,『法律适用』2014年第５期，74頁。牽連犯の概念は中国刑法の総則の条文において規定されていないが、学説上にも実務上にも承認されている。

[45] 刘・前掲注42)，152頁。

第三節　財産犯の客体であるバーチャル財産の具体的類型

第一項　概説

これまでの検討から、バーチャル財産には、データの性質以外、財産的価値が認められので、コンピュータ犯罪の客体だけではなく、財産犯の客体として保護され得るということが明らかになった。そこで、バーチャル財産が、特に財産犯のうち、何罪で保護できるのかということが問題となる。

なお、前述のように、通説的見解によれば、中国刑法上の「財産」は、有体物、無体物と財産的利益に分けられる。バーチャル財産は刑法上の財産の特徴を有しており、かつ、判例・通説において、有体物・無体物・財産的利益は区別なく、すべて窃盗罪を含むすべての財産罪の客体となりうるので、バーチャル財産が具体的にどの「財産」に属するかを検討することなく、そのままあらゆる財産罪での保護を肯定できそうである。

しかし、私見によれば、バーチャル財産が、「有体物」ではないとして、一体「無体物」であるか、それとも「財産的利益」であるかという問題は、窃盗罪の成立を検討する上で重要となる。この点につき、以下で検討する。

第二項　バーチャル財産は財産的利益であるか

（１）肯定の理由

中国刑法上の通説によれば、財産的利益とは債権の取得または債務の免除をいう[46]。バーチャル財産はユーザーと経営者の間の債権債務関係を表現する財産的利益と解釈されることは問題がない。これは現在の多数説といえる。

例えば、「ユーザーは金銭の支払いや、時間の消耗等の方式でネット会社のサービスを享受する一方、ネット会社もサービスの提供によりユーザーからの財産利益を取得できる」[47]、ユーザーは「相応のバーチャル財産を合法的に取得すると、経営者に対する請求権を得るのである」[48]として、バーチャル財産は財産的利益であるの見解が主張されている。

つまり、ユーザーはオンラインゲームの世界において、アイテムを持っている場合に、実際、当該アイテムの利用によりもっと優れた遊技の体験をし、当

---

[46] 张・前掲注７），932頁参照。

[47] 徐・前掲注43），50頁。

[48] 姚万勤『盗窃虚拟财产行为定性的教义学分析』,『当代法学』2017年第４期,74頁。

該ゲームをより楽しくするという権利を、ゲーム会社から取得したといえる。

一方、ゲーム内通貨は、直接的に優れた遊技をさせうるアイテムとは違うものの、それを使用する目的が装備などに引き換えることにあることから見て、最終的にもより楽しく遊べるための存在であり、ゲームコインの取得も同じように権利の実現とはいえる。これらの権利は、対価的な価値があるときに、まさに財産的利益に属すると考えられる。

（2）単なる財産的利益と認める見解の問題点

確かに、窃盗罪における「財物」と総論における「財産」（91条・92条）は同一のものであり、窃盗罪に関する判例・通説は、窃盗罪の客体に財物（有体物及び無体物）と利益を含めているので、財産的利益としてのバーチャル財産の取得を窃盗罪で処罰することができる。

しかし、近年、中国では、窃盗罪の客体に財産的利益を除外する見解が有力になってきている。下記のように、当該立場に基づけば、単なる財産的利益としてのバーチャル財産の取得には窃盗罪の成立を認めることができなくなる。

A．窃盗罪の否定

劉明祥は、「窃盗罪は財物の占有の移転を特徴とする…財産的利益の取得（債権の取得、債務の免除）のためには、被害者の財産的権利の処分が必要である…窃盗罪の「窃取」行為は、元の占有を破り、新たな占有を創るという特徴が必要である」[49]、「占有の侵害は占有の客観的存在を前提とされる。民法とは違い、刑法は事実上の占有しか認めない。それゆえ、客観的存在である財物の占有状態しか直接侵害され得ない」[50]として、窃盗罪における財産的利益の保護を否定する。

当該見解からすれば、窃盗罪における占有は、事実的占有であり、抽象的な、単なる観念上の存在である債権等の財産的利益に対する「占有」は、事実上の占有とはいえない。当該有力説を前提にすると、単なる財産的利益としてのバーチャル財産に対する占有も観念的占有と認められることになる。すなわち、バーチャル財産の取得行為は窃盗罪の構成要件に該当し得ないことになる。

---

[49] 刘明祥『论窃取财产性利益』,『政治与法律』2019年第８期，64頁以下。

[50] 刘・前掲注49)，65頁。

確かに、バーチャル財産は、アカウントにより管理でき、自分の操作により移転できることを根拠に、事実上の占有を肯定することも不可能ではない。すなわち、管理可能であるのならば、債権も事実上の占有が認められ、窃盗の客体となり得るであろう。しかし、このように解すると、さらなる問題が生じる。

すなわち、財産的利益の取得が問題となる際に、日本の電子計算機使用詐欺罪のように、「電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与える」、「不実電磁的記録」という文言上の制限は中国刑法にはないので、一体どのような利益窃盗について窃盗罪が成立するかという問題が不明確になってしまう。

例えば、チケットを購入せずにライブ会場にこっそり入る行為は、会場の係員が支配している利益を取得しているとして、窃盗行為とするのも可能である。確かに、当該場合に窃盗罪の成立を認める判例・学説は存在しない。しかし、利益窃盗の肯定説は同時に、無銭乗車は財産的利益の窃取に属すると主張する[51]。前記ライブ会場の管理者は、ここでの運転手と同じように財産的損害を被るが、窃盗罪の成立について、両者の結論が異なることが合理的ではないように思われる。

それゆえ、利益窃盗に窃盗罪の成立を肯定すれば、窃盗罪の規制範囲は予測不可能になると考えられるので、財産的利益を窃盗罪で保護すべきではない。

B．詐欺罪の否定

そして、バーチャル財産の「取得」という行為態様が、ほかの財産犯罪に該

[51] 黎宏『论盗窃财产性利益』,『清华法学』2013年第６期, 129頁参照。もちろん、利益窃盗の賛成者も、財産罪の処罰範囲の不当拡張を制限すべきだと主張する。例えば、「窃盗の行為によって、被害者は行為者に被害の財産的利益を求めることがほぼ不可能になる」場合のみ、窃盗罪の成立を認め得る。そうすると、「一時的に債権者の追跡から逃げる行為者は、現実の利得ではなく、単に利得の可能性を取得すると評価されるべきである」。黎宏『刑法学各论（第二版)』, 法律出版社2016年, 320頁。当該見解から見れば、債務者は誰でも知らない場所で隠れる場合、利益窃盗が成立できることになる。しかし、債務者が逃走しなくて、単に弁済の行動をしない場合、債権者の利益の請求も同様に困難になるであろう（例えば、飲食の後、ずっと席で座っており、店主の支払の請求を無視する場合)。つまり、被害者の追跡の困難さという基準は不明確であるように思われる。

当するか否かということは問題になる。純粋たる財産的利益を窃盗罪の客体の範囲から排除すると、同じ移転罪である詐欺罪の成否を検討しなければならない。

なぜなら、オンラインゲームの新規登録の際には、多くの場合に身分の情報などを記入する必要があり、毎回アカウントにログインする際には、実際に登録者の身分の検証という手続きが行われている。そして、他人のバーチャル財産を取得するためには、往々にして被害者のアカウントにログインするという操作が必要である。これから見て、バーチャル財産の移転やアカウントのパスワードの無断変更による侵害は、他人の身分を偽ってログインした後に行うものと認められるべきである。このときに、行為者は経営者のシステムを欺いていると解されうる。

しかし、中国刑法においては電子計算機詐欺罪が存在しておらず、「機械を欺くことができない」という考え方は、やはり普遍的な見解である[52]。つまり、「自然人だけが認識の錯誤に陥ることができる…電子計算機システムに向けた詐欺行為は、認識の錯誤の欠缺により詐欺罪の構成要件に該当しない」[53]と考えるべきである。

ログインの際に、システム背後の職員が実際にユーザーのログイン請求を処理しているとは考えられないので、自然人に向けてログイン請求（欺罔）をするとはいえない。そしてまた、IDとパスワードが正しい場合に、ゲームサーバーへのアクセスは、システムの事前の設定により自動的に成立し得る。すなわち、ログインのとき、システムは詐欺罪の要求する欺罔に基づく処分行為を行なっていないのである。

もちろん、ゲーム世界において、他のユーザーを欺罔し、アイテムなどを欺罔者のアカウントに移転させる行為（ゲーム内でのアイテムの詐欺的交換）も現在多発している。この場合、被害のユーザー個人（自然人）の処分意思が介しているので、詐欺罪の成立を認めることには問題がない。当該行為はアイテムの無断移転やアカウントのパスワードの無断変更とは違い、本稿の検討の対象外にある。

---

[52] 张・前掲注７），1010頁参照。

[53] 徐・前掲注43），54頁。

（３）結論

したがって、バーチャル財産を財産的利益として保護すれば、バーチャル財産の取得は、窃盗罪にも詐欺罪にも該当しないので、当該解釈ルートは実際、財産犯の成立を否定し、ユーザー個人の私的財産法益に対する保護に欠缺が生じる。

そうすると、仮にバーチャル財産が無体物であると認められれば、窃盗罪による保護が可能になる。この点について、下記の第三項で検討する。

第三項　バーチャル財産は無体物であるか

（１）無体物の伝統的な定義

確かに、財産的利益も無体物も、有体物以外の無形的財産であり、無形的財産のすべても窃盗罪の客体となり得るとの通説に基づけば、両者を厳格的に区別する必要はない。それゆえ、財産的利益と無体物は同じ概念であると解する見解もある[54]。しかし、利益窃盗は窃盗罪に該当し得ないと主張する有力説から出発すると、両者の区別はやはり重要である。私見も当該立場に立っている。

中国の伝統的な見解は、無体物の特徴を明確にしておらず、ただ例示的に無体物を列挙している。すなわち、「無体物とは経済的価値を有する特殊な商品である。電気、石炭ガス、天然ガスなどが含まれている」[55]と解する。

この見解によると、単なる利益以外の、自然界における無形のエネルギーが、無体物に分類されているとはいえる。しかし、それ以外のどのような客体が無体物と認められうるかは不明確である。

以下では、バーチャル財産を無体物と認めるかについて、検討を行う。

（２）否定説とその問題点

Ａ．否定説

前述の通り、バーチャル財産は財産的利益の存在を表すものである。それと同時に、物理的角度から評価すれば、バーチャル財産は、サーバーに保存されているデータである。ここでの問題は、データそのものを無体物と評価することはできるのかである。

---

[54] 李强『财产犯中财产性利益的界定』,『法学』2017年第12期，42頁参照。

[55] 高铭暄、马克昌編『刑法学（第九版)』，北京大学出版社2019年，498頁。

中国の有力説は、行為対象に直接作用できるか否かという基準で、財産的利益と無体物を区別する。例えば、「無体物は物理的な外形がない客観上の実在であるのに対して、債権等の財産的利益は観念上のものである。無体物の窃取は、行為対象に客観上の損耗と変化をもたらす一方、財産的利益の不法取得行為は、権利者の権利の喪失のみを引き起こす」との理解がそれあり、この見解はまた、バーチャル財産について、「バーチャル財産は精神範疇におけるものであり、客観世界に対して直接に役割を果たすことができない」[56]と主張している。

つまり、当該見解は、コンピュータ情報システム世界と現実世界とを完全に区別することを根拠に、バーチャル財産を無体物ではないと結論づける。

B．問題点

しかし、私見によれば、バーチャル世界は一般にいわゆる物理世界とは違うものの、精神世界に属するとはいえないだろう。精神世界における「権利」、「利益」は、その形態や構成要素が考えられないものであるが、コンピュータ情報空間におけるバーチャル財産は、「ソースコード」、「データ」から構成されており、一定の客観的実在を有している。

なお、財産的利益は人によって設置される権利であり、その前提としての契約が変更されれば、客体としての利益もそれによって変化する。オンラインゲームの場合、契約の変更だけで影響され得るのはアイテムの価値のみである。すなわち、経営者がアイテムの販売価格を修正する場合、当該アイテムの価値はゲーム契約の変更により上がったり下がったりするとはいえるが、アイテムの本質部分であるデータにはまだ変化が生じていない。この点から見ると、バーチャル財産は単なる財産的利益を越える存在であるように思われる。

それゆえ、否定説は客観的なデータを、権利のような精神世界の客体と評価する点で不当である。また、民法の視点から出発すれば、無体物は物権の客体であり、財産的利益は債権の客体である。もしバーチャル財産を物権の客体と解すれば、これは無体物となり得る。下記のように、民法的見解はこの点を肯定している。

---

[56] 刘・前掲注49)，69頁。

（3）肯定説

A．民法におけるバーチャル財産の意義

中国の民法上には、バーチャル財産に関する規定がある。すなわち、『民法典』127条は「法律はデータ、ネット上のバーチャル財産の保護につき規定がある場合に、その規定に従う」と規定している。当該条文は、バーチャル財産を権利の客体として保護する可能性を確認する趣旨である。

そして、通説によれば、バーチャル財産は物権の客体と解釈されている。例えば、「バーチャル財産は人の主観から離れて独立する存在であるので、債権の客体ではない…ユーザーが提供者の私的ネット空間の一部を使用するというような契約は債権であるが、この場合での債権客体は、提供者に供用を要求する権利であり…提供されるのは私的ネット空間の占有、使用である。債権行為は提供行為であるが、支配の対象となる私的ネット空間は物権の客体である」[57]と主張する見解は、データそのものに対する権利を物権と評価している。

そうすると、民法の視点からは、オンラインゲームの場合に、ユーザーが遊技を要求する行為を行う権利は債権であり、その結果、バーチャル財産の占有、使用等を提供する行為は債権行為であるのに対して、占有、使用等の対象そのものは物権の客体である。この見解の根拠は、バーチャル財産が人の主観の外側に存在することにある。

B．刑法上の見解

当該民法の見解に従い、バーチャル財産を無体物と評価する刑法学者の見解もある。例えば、「物理的な直接支配はできないが、データの支配（間接支配）でバーチャル財産をコントロールし得る。しかも、当該コントロールは、他人の協力を介せずに完成できる。この点はまさに物権（処分行為）と債権（負担行為）の本質的な区別である」[58]と主張し、バーチャル財産に対する支配を物権行為と解する見解がある[59]。

---

[57] 杨立新『民法总则规定网络虚拟财产含义及重要价值』,『东方法学』2017年第３期，68頁。

[58] 姚・前掲注48），75頁。

[59] 単なる情報と区別するために、当該支配は「排他的支配」である。同陳・前掲注１）、171頁参照。

当該学者はこれに加えて、無体物の定義を示す。すなわち、無体物は「財産の属性を備え、物質の客体を基礎としない客観の財産である」[60]という。当該定義により、バーチャル財産はデータであり、現実世界の物質ではないが、物権の客体という客観の財産であり、無体物となり得る。

しかし、私見によれば、当該定義には疑問がある。なぜなら、伝統的な見解は、無体物を無形のエネルギーと解する。「物質の客体を基礎としない客観の財産」と定義づけると、自然界の物質に属するエネルギーは無体物とならないことになってしまう。これは中国の普遍的な認識に反しており、妥当ではないというべきである。

（4）結論

以上のことに鑑みれば、ネットワーク技術が爆発的に発展している現代社会において、情報空間内のバーチャル財産は、精神世界内の債権とは違うから、無体物を自然界にしか存在できない物に限定するのは、社会の現状に合致していない理解というべきである。他方で、物質の客体を基礎としないものに限るとする見解は伝統的な無体物を見逃す点で、不当であると考えられる。

それゆえ、当該２つの見解を統合した理解が、より合理的なルートであろう。すなわち、無体物は主として自然界の産物（電気・光・熱など）であるが、それに限られるものではない。バーチャル財産を代表とするインターネット空間内のデータは、現実世界中の物質ではないが、純粋たる利益と違う客観的存在であり、もし財産的価値があれば、無体物の一例と認められ得る。

このように解すれば、利益は窃盗罪で保護できないという私見によっても、バーチャル財産は無体物として保護することが可能となるため、結論的にも妥当である。

第四項　権利の化体物としてのバーチャル財産

（1）権利の化体物の構造

これまで見てきたように、バーチャル財産は、財産的利益であると同時に、無体物でもある。それでは、両者の関係性はいかなるものかを明確しなければならない。

---

[60] 姚・前掲注48），81頁。

バーチャル財産は債権債務関係を表示している権利の化体物と解している見解がある。例えば、「ネット上のバーチャル財産は、ある程度に有価証券の性質を有する。すなわち、一定の財産権を表示しているものである」[61]と主張する。私見も当該見解に賛成する。バーチャル財産はそれ自体が無体物であると同時に、ゲーム経営者に請求する遊戯利益をも表示している。このような構造は、映画館の入場券と同様であると考えられる。

すなわち、映画館の入場券は、有体物である同時に、映画を見る権利を表示している権利の化体物である。当該入場券は本来、ただ紙の一枚であるが、入場の権利は、紙の価値として紙に記載される。入場券に対する窃取や、毀棄行為も、必然的に元の占有主の入場の権利の滅失を引き起こす。そうだとすれば、紙の物権よりも、むしろ映画を見る利益を入場券の価値と解するほうが合理的であろう[62]。入場券という有体物の窃取により、映画館の入場利益を取得し、権利の移転が発生しており、窃盗罪が成立し得る。権利は有体物の価値の一部となっている[63]。

バーチャル財産においても、経営者の提供するサービスの利益は、データ（無体物）の価値の一部であり、無体物の侵害は必然的に当該遊戯利益に侵害を与えるといえる。つまり、バーチャル財産は経営者の提供するサービス利益の無体の化体物であると言える。

（２）反対説とその問題点

しかし、このような考え方に対しては、バーチャル財産が権利の化体物として、同時的に物権と債権の特徴を備えるという結論を否定しないけれども、その物権は債権の属性に基づいて生じ、附属性の権利に属するので、権利の化体

---

[61] 陈旭琴、戈壁泉『论网络虚拟财产的法律属性』,『浙江学刊』2004年第５期, 27頁。

[62] 損失価値説に立って、すなわち、「物の目的はある機能を与えることから見て、物の損失は必然的に機能の損失をもたらす場合に、当該機能は物の価値である」という考え方からして、物が侵害されたら、記載されたサービス利益もその同時に失うので、利益の価値は、物自身の価値と認められる。王莹『论财产性利益可否成为盗窃罪的对象——以介入行为标准说之提倡』,『政法论坛』2016年第４期, 157頁。

[63] 中国刑法上の窃盗罪の成立は一定の金額を要求しているので、財物の値段が重要な事実である。

物に対する評価の重点は記載される権利であり、バーチャル財産の本質はやはり権利（財産的利益）と認められるべきであると主張する見解がある[64]。

すなわち、当該考え方によれば、バーチャル財産そのものが物権の属性を備えることは否定されないが、ユーザーの最終目的は優れたゲームの体験というサービスを享受することであるので、バーチャル財産に対する支配は、経営者の提供するサービス等の利益が化体された客体に対する占有より、むしろ利益そのものへの支配と評価されるべきであるという。

確かに、利益窃盗を認める立場からすれば、無体物の物権属性を見逃し、サービスという財産的利益のみを考えても、財産犯の成立には影響を与えない。しかし、私見によれば、このような考え方は不当である。すなわち、ユーザーが追求するのはサービス利益であるが、窃盗罪の客体に関する私見のように、化体物の移転を通さなければ、財産的利益も取得できないことになる。無体物であるデータの移転しか窃盗罪の構成要件行為と評価できないだろう。

先に述べた映画館の入場券の例から見て、物の価値は、物それ自身と共存している存在であり、両者は同等の重要性を持っている。データであるバーチャル財産の削除、移転等の行為により同無体物が侵害されたら、記載されているサービス利益も同時に失うのであり、データという無体物はもちろん重要であると考えられる。

（3）結論

このように解すると、ユーザーにとって、サービス利益は重要であるが、当該債権のみに着目するべきではないことになる。要するに、バーチャル財産は無体物と評価でき、また、その価値にはサービス利益を含むことになる。このような見解は判例・通説が結果として窃盗罪を成立させていることとも整合的である。

第四節　バーチャル財産の保護ルート

これまで述べてきたように、バーチャル財産は債権利益を化体する無体物と評価されることにより、窃盗罪で規制することができる。

---

[64] 徐彰『盗窃虚拟财产不构成盗窃罪的刑民思考』,『法学论坛』2016年第２期, 158頁参照。

ただし、コンピュータ犯罪も含めて、具体的にどのような行為が一体どのような犯罪を構成するかについては、なお検討の余地があるだろう。とりわけ、被害者の違いによって異に取り扱われる可能性があるだけではなく、財産犯とコンピュータ犯罪の罪数処理の関係も問題になる。以下では、ユーザーの直接被害と経営者の直接被害という二つの場合に区別して、バーチャル財産の取得行為において、その保護ルートを検討する。

第一項　ユーザーの直接被害

（１）概説

ユーザーは、アカウントによりゲームアイテムを支配しており、ID/ パスワードによりゲームアカウントを支配している。行為者は被害者が知らないうちに、アイテムの移転またはパスワードの改ざんを通じて、バーチャル財産を他人の占有の下から取得した場合には、確かに窃盗罪の成立が認められるべきである。

一般的には、当該窃取行為の手段として考えられる行為、すなわち行為者が技術手段で他人のコンピュータシステムに不法な影響を与え、よって他人のID/ パスワードを取得して、他人のアカウントに不正ログインするという行為は、コンピュータ犯罪の構成要件にも合致している。この場合、ユーザーの個人法益の侵害以外に、技術手段の使用により、インターネット秩序という公共法益も侵害されるので、両罪が成立し、罪数の問題が生じる。当該犯行は、保護法益の異なる二つの罪名を犯しているので、観念的競合もしくは牽連犯の成立が認められ得る。

（２）牽連犯か観念的競合か

まず、牽連犯といえるためには、コンピュータシステムへの不正アクセス行為と、バーチャル財産への侵害行為が原因―目的または手段―結果の関係になければならない。

しかし、前述第二節第二項の（５）で検討したように、理論的にはバーチャル財産の侵害の場合、両行為はこのような関係にあると評価されるべきではないと考えられる。

つまり、285条のコンピュータ情報システムデータ不法取得罪と財産犯は牽連関係にない。この場合、一つの行為が二つの罪名を犯し、かつ、両罪名の保護法益が重なっていないことからして、観念的競合が成立し得る。

一方、286条のコンピュータ情報システム破壊罪は、コンピュータに保存されているデータの削除、改ざん、または増加を規制している。285条とは違い、286条は不正アクセスという手段要件を要件としていないので、牽連犯を念頭におく必要がない。当該罪も公共法益を保護法益としており、財産犯と観念的競合の関係にあると考えられる。

（3）刑法287条の適用

上述のように、理論上には観念的競合を肯定し得るが、一方で刑法287条は、「コンピュータを利用して、金融詐欺、窃盗、腐敗、公金流用、国家秘密の窃取、又はほかの犯罪を犯した場合は、刑法の相応の規定に基づいて処罰される」と規定している。このような規定の解釈が次に問題になる。

このような規定に関しては、上記のコンピュータを利用する犯罪は、直接的に金融詐欺、窃盗などの犯罪に関する規定に従って処罰されるべきであり、「行為が窃盗罪に該当したら、コンピュータ情報システムを利用しても、コンピュータ犯罪は成立し得ない」[65]とする見解がある。

これに対して、刑法287条を注意規定と解する見解もある。すなわち、「当該規定は、コンピュータを利用して金融詐欺や窃盗などの犯罪行為を行うことが可能であるという現状を提示するにすぎない。コンピュータの利用で窃盗をすれば、窃盗罪のみで処罰すると考えるべきではない」[66]との見解である。

そして、判例は前者に整合的というべきである。すなわち、観光地の入場券販売システムに不正アクセスして、そのデータを改ざんし、よって入場券の収益を取得した行為については、窃盗罪だけで処罰されるとした判例がある[67]。

要するに、判例の理解によれば、確かに287条のタイトルは「コンピュータの利用による犯罪の実行に係る提示的規定」であり、「提示的規定」というのは中国語的に「注意規定」と受け止められやすいが、当該条文は注意規定ではないと解されている。この条文に基づくと、コンピュータを利用して列挙された犯罪を実現した場合、実際の適用の際には、コンピュータ犯罪に対する評価が排除され、列挙の犯罪のみで処断されると解される。私見によっても、条文の

---

[65] 张・前掲注32），14頁。

[66] 刘・前掲注49），59頁。

[67] 参考案例第1202号, 何帆編『刑法注释书』, 中国民主法制出版社2019年, 706頁。

文言からして、当該判例の理解に従うべきであると考えられる。

したがって、バーチャル財産の窃取が成立する場合、窃盗罪の成立のみが成立し、コンピュータ情報システムデータ不法取得罪は成立しないことになる。

第二項　経営者の直接被害

（1）窃盗罪の否定

A．侵害の態様

オンラインゲームの経営者はそもそもバーチャル財産の創出者であるので、経営者に対する直接侵害行為はほぼ、不正なプログラムを使用し、または会社内部の職員がサーバーの権限を利用して、勝手にデータを増加、複製し、よって自分や第三者のアカウントにバーチャル財産を無断に取得させる形で行われる。

この場合、侵害行為はユーザーのバーチャル財産の窃取とは異なる。なぜなら、ユーザーの直接被害の場合、ユーザーは料金を支払ってアイテム等を取得したので、当該アイテムの侵害はユーザーの財産上の損失を引き起こすといえるのに対して、経営者の直接被害においては、経営者はユーザーのように事前に料金を支払わないので、このような関係が認められない。

そうすると、経営者はどのような財産上の侵害を受けるのかを検討しなければならない。

B．「コード」の侵害における窃盗罪の否定

まずはバーチャル財産の創出段階に着目すべきである。周知の通り、バーチャル財産の本質はデータであり、それは経営者によって開発され、オンラインゲーム世界において特定の機能がある電磁的記録である。一般的な産品の産出の過程とは異なり、バーチャル財産は、ゲーム開発者のデザインが完成した後には、原料等の制限がなく、コストなく無限に作り出すことができる。すなわち、経営者のコストは、ゲーム世界とアイテムの最初のデザイン、及びサーバーの運行を維持する費用のみであり、バーチャル財産の産出に関係していないだろう。

そして、データの無断複製は実際に、経営者が知らないうちに「原料」であるコードを利用して「産品」であるバーチャル財産を作出する行為である。当該複製行為において、コストの消耗が存在していないし、行為がサーバーの電気等の使用とも直接的に関係していない。この点から見て、バーチャル財産の

無断作出の過程において、「原料」であるコードが無体物と評価されても、経営者がいったい何の直接的財産損害を被るかという問題に答えるのは困難であるので、「原料」に対する窃取は認められない。

C．可能的利益の侵害における窃盗罪の否定

次に、可能的利益が問題になる。複製行為により、経営者が現実の利益ではなく、期待された利益の損失を受けるとの見解は、例えば、バーチャル財産を利益と解する見解からの、「仮にゲームの経営者は当該バーチャル財産を売り出せると、相応の利益を取得し得る」[68]という主張がある。

すなわち、バーチャル財産の無断複製等の行為によって、ユーザーが相応の課金をしなかったこと、換言すれば課金の不実行による可能的な収入の未取得という消極的利益が経営者の損失であるという。しかし、本稿では利益窃盗を否定する考え方に立脚していることから、当該消極的利益に対する窃盗罪の成立を認めることはできない。なぜなら、複製した上で奪われたアイテム等と、ここでの問題となっている消極的利益は同一のものではないからである。

D．バーチャル財産自体の侵害における窃盗罪の否定

複製のためのコードも可能的利益も窃盗罪で保護できないとすれば、やはり行為者に取得されたバーチャル財産それ自体に着目せざるを得ない。

しかし、データの複製、改ざん行為は、財産犯罪の行為態様に合致していない。前述の通り、窃盗罪における窃取は、「元の占有を破棄し、新たな占有を基礎づける」ことに特徴づけられる[69]。ユーザーの直接被害においては、被害者の支配しているアカウント内のアイテム等が移転され、よって当該アイテムに対する占有が侵害されたので、この行為を窃盗罪で処理することは問題がない。

これに対して、勝手にサーバー上のデータを改ざんし、バーチャル財産を作る場合には、確かに行為者はアカウントを通じて当該バーチャル財産を支配することができるが、以上の操作はすべてサーバー空間という経営者の支配領域内において行われるものである。行為者が当該アイテムを自己または第三者の

[68] 最高人民法院应用法学研究所編『人民法院案例选』2015年第１辑，人民法院出版社2016年，55-60頁参照。

[69] 车浩『盗窃罪中的被害人同意』，『法学研究』2012年第２期，102頁も参照。

アカウントに取得させても、この行為及び対象は経営者の支配領域内から離脱できていないという点から見て、「元の占有の破棄」が満たされないというべきである。このような行為は、窃取ではなく、窃盗罪の行為態様に合致していないと考えられる。

E．結論

以上のことから、当該行為は実際、支払うべき料金の支払いを免れて、無断に（かつ、コストなく）アイテムを作って使用することとされるしかない。そして、窃盗罪の客体に関する私見に基づけば、料金支払いを避けながらバーチャル財産の使用権という不法利益を取得したと評価される行為は、窃盗罪に該当しないというべきである。また、「機械を欺くことができない」という中国通説上の論理に基づけば、詐欺罪の成立も不可能である。

結局、電子計算機使用詐欺罪のような犯罪が規定されていない中国刑法では、データの複製、改ざん等の行為によりバーチャル財産を取得するという経営者に対する直接侵害行為は、財産犯の構成要件該当行為と認定され得ない。

（2）コンピュータ犯罪の成立

これまで述べてきたように、データ複製によるバーチャル財産の取得の場合には、財産犯の成立が困難であるので、コンピュータ犯罪の成立しか考えられないことになる。

つまり、コンピュータ情報システム犯罪の構成要件に合致すると、当該電子計算機に関連する犯罪でのみ処罰される。仮に、行為者が被害者であるゲーム会社と無関係であり、外部からプログラム等の手段で勝手に経営者のサーバーにアクセスして、バーチャル物を取得した場合には、その行為は、285条第二款の「システムに侵入する又はその他の技術的手段により…データを取得した」という行為態様に合致し、その情状が重いときは、当該「コンピュータ情報システムのデータ不法取得罪」が成立し得るといえる。

一方、ゲーム会社内部の職員は、権限の有無にもかかわらず、侵入等の方法を利用せずに、サーバーのシステムに指令を与えることが可能である（例えば、同会社の関係者から権限を取得した後、正常な手続きを通してシステムにアクセスすることができる）。この場合、バーチャル財産の無断複製行為は、不正アクセスのための不法な技術的手段が使用されていないために、285条の構成

要件の該当性は否定されるが、手段要件を規定していない286条第二款の「データを削除し、改ざんし又は増加させた」という条文により規制することが可能である。

第五節　本章のまとめ

本章は、中国刑法上の視点から、オンラインゲームのバーチャル財産の侵害行為に対する規制ルートを検討した。

現在の中国においては、有体物、無体物、財産的利益のすべてを、窃盗罪を含む財産犯の客体として認めている。そして、バーチャル財産をユーザーと経営者の間の債権債務関係を表現する財産的利益と解するのが現在の多数説であり、利益窃盗も窃盗罪で規制し得る通説・判例の観点からすれば、財産的利益と評価されているバーチャル財産の取得は、窃盗罪の構成要件に該当し得ることになる。

しかし、有力説から見て、窃盗罪の窃取行為は、「元の占有を破棄し、新たな占有を基礎づける」ことに特徴づけられ、かつ、窃盗罪における占有は、事実的占有であり、観念上の財産的利益に対する「占有」は、事実上の占有とはいえないと解されるべきであるので、財産的利益は窃盗罪で規制され得ないことになる。このような理解は説得的であろう。しかし、このように解すれば、利益としてのバーチャル財産は窃盗罪で保護し得ないことになり、処罰の間隙が広く生じ得る。そこで、バーチャル財産を無体物として保護する可能性がないかを本稿で検討した。

私見によれば、バーチャル財産は、精神世界における単なる権利とは異なり、データから構成されており、一定の客観的実在を有している。また、民法上の見解においては、バーチャル財産は物権の客体として認められており、実際に無体物だとされている。それゆえ、バーチャル財産は無体物の一種と認められるべきであり、その占有は事実上の占有といえるので、その取得行為も窃盗罪の構成要件に該当し得ることになる。

なお、中国刑法上の財産犯の成立は、犯罪数額を要求している。すなわち、一定の金額を超えなければ、刑法上の財産犯は成立しない。それゆえ、かかる無体物の価値をどのように計るかも重要になる。この点、データ（無体物）であるバーチャル財産の価値は、経営者の提供するサービス利益が決めるという

べきである。すなわち、バーチャル財産をサービス利益の無体の化体物と解すれば、判例・通説が利益窃盗を認めており、結果として窃盗罪を成立させていることとも整合的であるので、当該解釈は合理的である。

その上で、本稿は具体的な解決の中で、ユーザーの被害と経営者の被害は、その保護ルートが異なっていることをも示した。

ユーザーのバーチャル財産を取得した場合、行為者は、ユーザーの占有下にある無体物をその意思に反して移転したといえるから、窃盗罪の成立を認めることができる。同時にコンピュータ犯罪に当たる場合には、観念的競合となり得る。ただし、コンピュータを利用する窃盗犯罪が直接的に窃盗罪で処罰されている限りにおいては、287条に基づいて、コンピュータ犯罪の成立は排除されることになる。

これに対して、経営者の被害の場合、バーチャル財産は経営者の支配下のサーバーから離脱できないという点から見て、その取得行為は「元の占有を破棄し、新たな占有を基礎づける」という特徴に合致せず、窃盗罪の成立は認められない。また、行為者の無断複製行為は、経営者に現実の利益損害を与えていない。結局、当該行為は、コンピュータ犯罪の構成要件に該当すれば、相応のコンピュータ犯罪のみで規制され得ることになる。

論　説

契約責任決定規範の多元性（四・完）

――アメリカ契約法における fault の発見を端緒として――

木戸茜

目　次

序章
第一節　問題意識
第二節　考察の対象と分析の視角

第三節　本稿の構成
第一章　アメリカ契約責任法理の形成と転換
第一節　はじめに
第二節　アメリカ契約法の発端
第三節　形式主義的契約観
第四節　厳格責任の確立
第五節　アメリカ契約責任法理の転換
第六節　小括
第二章　アメリカ契約法における fault の発見
第一節　はじめに
第二節　Muris の見解
第三節　Cohen の見解
第四節　Eisenberg と Hillman の見解
第五節　Cooter と Porat の見解
第六節　小括
第三章　アメリカの裁判例における契約責任決定規範
第一節　はじめに
第二節　裁判例の紹介
第三節　裁判例の分析
第四節　小括
第四章　日本法における契約責任法理の展開
第一節　はじめに
第二節　契約責任法理の起草過程

（以上、六八巻六号）

（以上、七一巻五号）

第三節　伝統的通説の形成とその評価
第四節　現代の契約法学における契約責任法理
第五節　二〇一七年債権法改正とその評価
第六節　小括
第五章　日本の裁判例における契約責任決定規範
第一節　はじめに
第二節　裁判例の紹介
第三節　裁判例の分析
第四節　fault 論による再構成の試み
第五節　小括
終章
第一節　アメリカ契約法における fault
第二節　日本法における契約責任決定規範と fault
第三節　日本法への示唆と今後の課題

（以上、七二巻一号）

（以上、本号）

第五章　日本の裁判例における契約責任決定規範

第一節　はじめに

本稿は、契約違反に対する救済の場面において、明示の合意違反以外の規範的要素が契約責任の判断にいかに影響す

るかという問いを出発点とし、近年のアメリカ契約法における fault 論を中心に検討を進めてきた。fault 論は、伝統的に厳格責任の立場を採用してきたとされるアメリカ契約法においても、債務者が明示的な合意に反したことのみが帰責根拠とされているわけではないことを明らかにするものであった。そこでは、契約の解釈、契約違反と損害との因果関係の判断、信義則、過失相殺等の法理を通じて、契約両当事者の帰責性を多元的に考慮しながら契約責任の有無や損害賠償額が決定されていることが指摘されてきた(1)。

実際にアメリカの裁判例をみると、（i）債務者が契約上明示された義務に違反していないにもかかわらず契約責任が肯定された事案や、（ii）債務者が契約上明示された義務に違反しているにもかかわらず契約責任が否定された事案が存在する。fault 論の立場からは、これらは（i）明示の義務違反はないが、債務者に fault が認められるために契約責任が肯定された事案、そして（ii）明示の義務違反はあるが、債務者に fault が認められないために――むしろ損害の発生・拡大について債権者に fault が認められるために――契約責任が否定された事案であると説明することができる(2)。

もっとも、あらゆる契約類型において、当事者の明示的な合意からは導かれ得ない fault が契約責任決定規範として機能するわけではない。アメリカ法において契約両当事者の fault が考慮される事案の特徴として、契約期間がある程度長期に渡ること、契約締結時に契約内容の全てが決定されているわけではないこと、そしてそのために契約の一方当事者が機会主義的行動を取り得ること等が挙げられる(3)。例えば、契約締結時に具体的な購入量を決定しない必要量購入契約(4)では、何らかの理由で買主が売主への注文を控えたために紛争が生じることがある。このような場合には、アメリカ契約法は厳格責任主義に立ちながらも、契約当事者の機会主義的行動の有無といった規範的判断を持ち込むことで、妥当な紛争解決を図っていることがうかがえる(5)。

翻ってわが国では、契約責任は伝統的に過失責任であると解されてきた[6]。契約違反に基づく損害賠償責任は、債務者の本旨不履行に加え、債務者に過失が認められることで肯定されることになる。これに対して近年、帰責根拠を契約の拘束力そのものに求める新しい契約責任論が有力に主張されるようになり、このような立場は近時の債権法改正作業においても承認されることとなった[7]。

とはいえ、わが国の契約法が伝統的な過失責任主義を放棄したとしても、契約責任の決定にあたって明示の合意違反以外の要素を考慮することが一切なくなるわけではない。改正後民法四一五条は、債務不履行責任の免責について「契約その他の債務の発生原因」だけでなく「取引上の社会通念」に照らして判断されるとしており、契約のみによって全てが決するというわけではないことは明らかである[8]。また、改正後民法四一八条は、額の決定にあたって「過失」文言を維持している[9]。このように考えてくると、当事者の合意に還元されない規範的要素が契約責任を決定し得るとして、それはどのような契約類型においてか、また、どのような契約法理を通じてかを整理することには一定の意義が認められよう。

そこで以下では、わが国の裁判例においていかに契約責任が判断されてきたのか、特に明示の合意違反以外の要素が帰責根拠となる場合について検討する。厳格責任主義を採用するアメリカ契約法において規範的判断がなされていると指摘される契約類型を参考に、これらと似た性格――すなわち、契約期間がある程度長期に渡り、契約締結時に契約内容の全てを決定せず、そのために契約の一方当事者が機会主義的行動を取り得る――を持つ裁判例を扱う。具体的には、一手販売権を持つ販売代理店契約において、損害賠償責任の帰責根拠が争われた事案である[10]。

これらの事案について、まず、契約責任の決定にあたってどのような要素が考慮されているか、また、どのような契約法理を通じて考慮されているかを分析する。次に、これらの事案が明示の合意違反以外の規範的判断がなされる契約

類型であるとすれば、それらは従来の過失責任主義の立場と整合的なものであったのか、また、新しい契約責任論の立場からはいかに説明され得るのか検討する。[11] そのうえで、近時のアメリカ契約法学において主張される fault 概念によって、これらの事案における契約責任判断構造を再構成することを試みる。

（1）なお、アメリカ契約法学における fault のとらえ方は一様ではなく、伝統的な厳格責任主義の立場から fault に基づく契約責任判断構造への転換を主張する議論もある。本稿第二章第六節参照。

（2）本稿第三章第三節参照。

（3）本稿第三章第三節及び第四節参照。

（4）必要量購入契約とは、買主がある事業のために必要とする物品を、必要な時期に必要な量だけ売主が供給する契約である。あらかじめ契約量が特定しないという点、さらに買主は事業をやめれば物品を購入する義務を負わないという点で、買主の機会主義的行動を誘引しやすい取引であるといえる。

（5）例えば Western Oil & Fuel Co. v. Kemp, Webb Oil Co. (245 F.2d 633; 1957 U.S. App. LEXIS 4836) は、買主が売主と競争関係にある会社との間で新たに契約を締結しようとしたために、売主から購入する物品の量が減った事案である。裁判所は物品の購入量が減った理由に鑑み、買主の行動は good faith に反するものであるとして契約責任を肯定した。

（6）本稿第四章第三節参照。

（7）債権法改正が過失責任主義を放棄することを目的としていたこと、改正法案においても過失責任原則を否定する立場が貫かれたことは明言されている。潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』きんざい（二〇一五年）六〇頁、商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第三集〈第二巻〉――第七七回～第七九回会議議事録と部会資料』商事法務（二〇一六年）六八A六頁。また、本稿第四章第四節及び第五節参照。

（8）「契約」と「取引上の社会通念」は並列で記されており、両者の関係はいまだ明確でない。この点、「取引上の社会通念」が契約を離れて独立の判断基準となるわけではないとの説明がなされている。契約から契約内容（契約規範の内容）を導

くことができたときには、これを「取引上の社会通念」で上書き・修正することを容認されないことになる。松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』法律文化社（二〇二〇年）二二三頁〔潮見佳男執筆部分〕。また、契約の解釈等を通じて当事者が契約において何を引受けていたのかを確定することが重要となるとの指摘もある。小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）一二四頁、道垣内弘人ほか編『債権法改正と実務上の課題』有斐閣（二〇一九年）五八～五九頁〔沖野眞已発言〕。

（9）改正後民法四一八条では、過失相殺制度において「過失」という用語が残されており、これは不法行為における過失相殺制度への影響等を考慮した結果であると説明されている。潮見（二〇一五年）・前掲注7・六四頁。

（10）わが国では必要量購入契約は一般的ではないが、一定の期間、契約の目的物についてお互いが相手方とのみ取引することを約束することが多い点で、一手販売権を持つ販売代理店契約と類似しているといえる。なお、一手販売権を持つ販売代理店契約については、その取引の継続性に着目し、一方当事者による解除が可能であるかという観点から裁判例を分析した研究がある。参照、升田純『現代取引社会における継続的契約の法理と判例』日本加除出版（二〇一三年）。他、継続的取引の研究について、中田裕康『継続的売買の解消』有斐閣（一九九四年）、同『継続的取引の研究』有斐閣（二〇〇〇年）も参照。なお、以下で取り上げる事案には損害賠償と共に解除の有効性が争われたものも含まれるが、本稿の問題意識から、損害賠償責任の帰責事由に関する争点に着目することとする。

（11）この点、改正債権法の立場について、契約責任判断に関する従前の実務の処理方法を明確にするものであり、従前の責任判断構造を維持するものであると述べられている。潮見佳男ほか編『詳解改正民法』商事法務（二〇一八年）一五〇頁〔荻野奈緒執筆部分〕。

第二節　裁判例の紹介

J-1 大阪地判昭和三六年一〇月一二日下民一二巻一〇号二四三四頁

Y_1株式会社（被告）は、Y_2株式会社（被告）が製造する肥料について、大阪府一円の一手販売特約店としてその販売を行うことになった。昭和二七年一〇月、Y_1はX株式会社（原告）との間で有効期間を一年とする一手販売権の特約店契約を締結し、Y_1は同府下ではX以外に同肥料を販売せず、また同府下でX以外が同肥料を販売することを許さない旨取り決めた。一年が経過した後、X・Y_1間で期間の定めなく契約を継続することが合意され、Xの営業活動により同肥料の売れ行きは漸次増加した。

一方、Y_2は昭和三一年頃から同肥料を次第に増産し、Y_1に対して同府下での売れ行きの不振を指摘したため、Y_1はXに売れ行き増加のための努力を度々要請した。昭和三二年八月頃、Xは大量の在庫を抱えたために注文をせず、以降取引は中絶したままであった。そこでY_1がXに通告したうえで、Y_2が昭和三三年に（Xと競合する）他の業者に同府下での販売を認める等したところ、XがY_1らに対して債務不履行、不法行為に基づき逸失利益等の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、Y_1らの債務不履行の有無を検討するにあたり、Y_1はXに対し一手販売権を許与すべき債務を負うほか、「Xを自己の特約販売店として待遇し、Xから同肥料の取引の要求があればこれに応じ、X自身の行う同肥料の販売、宣伝その他市場開拓、顧客獲得のためのピーアールの企画ないしその実施に協力を与え」るべき諸債務を負うとした。また一方で、Xも「特約販売店としての責任を果たすべく、自ら進んで同肥料の販売成績の向上、市場の開拓、顧客の獲得等に努力するのはもちろんのこと、Y_1の行う同肥料の販売量拡大のための諸政策、宣伝、ピーアール等の企画ないしその実施に協力を与え」るべき諸債務を負うとした。そのうえで、同府下での同肥料の販売がY_1の事業全体にとって相当重要な比重を占めていた一方で、肥料販売事業の他に海運業を営んでいたXにとっては、「同肥料の取扱量はその最盛期においても全肥料取扱量の約一割程度にしか達せず、その上、本件契約締結の前後においてXが同肥料の市場

開拓、販売成績向上等のため企業の物的、人的構成やそれをめぐる環境に重大な変更をもたらしたあとはない」とした（以下、判決文中の下線は全て引用者による）。以上より、X以外の事業者との取引を決断したことにつきY_1らを責めるべき理由はないとして、Y_1らの債務不履行、不法行為を否定し、Xの請求を棄却した。

J-2 福岡地判昭和三九年三月一九日下民一五巻三号五六三頁

昭和三〇年一一月三日、建築用軽石の採掘・販売を業とする訴外A株式会社は、壁材の生産・販売を業とするX株式会社（原告）との間で、Xが北九州・中国地方でAの軽石製品の販売を代行し、福岡では専売する権利を与えることを内容とする契約を締結した。その後Aは事業不振により経営困難となった。そこで昭和三二年一〇月一五日に別会社としてY株式会社（被告）が設立され、Aの事業が承継されることとなった。

A・YとXとは継続的に取引を続けてきたが、昭和三四年、Yは福岡に代理店を設置し、同軽石製品の販売を開始した。そこでXは、Yに対して債務不履行、不法行為に基づき逸失利益等の損害賠償、および謝罪文の交付を求めて提訴した。

本判決は、YがAの本件契約上の一切の地位と債権債務を承継したことを認めたうえで、Xの独占的販売権を侵害したとしてYの契約違反及び不法行為を肯定し、謝罪文の交付請求を一部認容した。ただし、本件契約に関するXの収支が明白でないことから逸失利益を算定することができないとして、損害賠償請求は失当とされた。

J-3 横浜地判昭和四〇年四月六日下民一六巻四号六〇〇頁

砂利等の採取・販売を業とするX株式会社（原告）は、同種物品の仲介販売業者であるY株式会社（被告）に対して砂利製品を継続的に販売してきた。昭和三八年七月八日、YはXに対し、代金の支払日を一ヵ月延期し、支払方法を現

金から約束手形の交付による支払に変更することを申し出た。これに対してXは申し出を撤回するよう要求し、本件売買代金を全額前金払しなければ契約を解除するとして製品の出荷を停止した。

Xが売買代金の支払を求めて提訴したところ、YはXの債務不履行に基づく損害賠償請求権につき相殺を主張した。

本判決は、代金の支払に関するYの態度はXに対する背信的行為であるとし、Xはこれを理由に将来の取引を断ち切ることができると認めた。しかし、すでに成立していた本件売買契約については、Xは自己の債務の履行につき口頭の提供を行う等しておらず、適法に解除権を取得したとはいえないとした。そこで、Xの債務不履行責任を認め、Yの逸失利益の賠償請求を肯定し、請求を一部認容した。

14 東京地判昭和四〇年一二月二五日判時四四三号四〇頁

昭和三三年九月、貿易業を営むX株式会社（原告）は、インキを製造するY_1株式会社（被告）との間で、Y_1のインキ商品についてXに欧州各国における独占的販売権を認める契約を締結した。昭和三五年一月には、Xが独占的販売権を有する国を一五ヵ国に拡大し、契約期間を二年とし、裁定取引数量を一〇万ダースとする等の変更が加えられた。同年、Y_1の営業不振等を動機としてY_2及びY_3株式会社（被告）が設立され、遅くとも昭和三六年二月頃には本件契約はXとY_1ら三社との契約となった。

その後、ヨーロッパ各地で当該商品の類似品が安価で大量に流通するようになった。そこでXは、本件独占販売契約は実効がなくなったとしてY_1らとの取引を中断し、債務不履行に基づき逸失利益等の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、Y_1らの関係からY_1ら三社が連帯して本件契約上の債務を負担していたことを認めたうえで、Y_1らは「Xに独占販売権を与えた国には、それ以外の経路で直接当該商品を輸出してはならないのは勿論、間接的にも……再輸出

されたりすることのないよう努めなければならない」が、「そうした努力を払ったことを認めるに足る証拠はな」いとした。また、類似品がいずれもY_1らが製造した商品であることが窺われる等の事情から、類似品の流通につき「Y_1らの責に帰すべき事由に基づかないでなされたとは到底認められない」として、Y_1らの債務不履行責任を肯定し、Xの請求を認容して約三年分の逸失利益の損害賠償を認めた。

[5] 名古屋高判昭和四六年三月二九日判時六三四号五〇頁

海苔等の製造・販売を業とするY株式会社（被控訴人）と海苔等の販売を業とするX株式会社（控訴人）は、昭和三七年頃、Xの注文に応じて海苔等のY社製品を販売する期間の定めのない契約を締結した。Xは、名古屋地区におけるYの指定販売店として一手販売権を取得し、多額の費用を投じる等して販路の拡張に努めた。その結果、Yが直営していた当時に比べて当該製品の年間売上高が約二〇〇％増加し、当該製品はXの取り扱う商品の中でも重要部分を占めるようになった。

昭和四一年五月以降、右製品の値上げに伴ってYはXのマージン率を負担に感じるようになり、マージン率を二一％から一八％へ引き下げてほしい旨申し入れた。これをXが拒絶したこと等から紛争が生じ、Yは取引を中止する旨を申し出、納品を拒否したため、XがYに対して債務不履行又は不法行為に基づき損害賠償を請求した。第一審判決が請求を一部認容したため、Xが控訴した。

本判決は、一手販売権を持つ指定販売店としてのXのYへの寄与や、売上高において相当の好成績を挙げたことを指摘したうえで、Yからのマージン率引下げの申入れは「合理的理由に乏しいものであり、Xが右申入れに応じなかったからといって……これを理由に一方的に解除することはできない」とした。Yの解除申入れは取引の継続を期待しがた

い重大な事由を欠き、相当な予告期間を与えないでされたものであって不当解除に当たるとし、純益の一年分に相当する損害が認められるとし、原判決を変更し、損害賠償請求を一部認容した。

]-6 大阪地判昭和四七年一二月八日判時七一三号一〇四頁

流し台、調理台等の製造・販売を業としているY$_1$株式会社（被告）は、X株式会社（原告）との間で、Xから流し台等に取り付けるステンレス部分（シンク）を継続的に買い受ける契約を締結した。Y$_2$がY$_1$のために連帯保証をした。

XはY$_1$に代金支払の遅延があったとして、昭和四四年七月から三ヵ月にわたって受注していた商品の出荷を停止し、その後取引を全面停止し、Y$_1$に対して代金の支払、Y$_2$に対して保証債務の履行を求めて提訴した。これに対してY$_1$が、出荷停止及び取引停止の債務不履行によって生じた損害賠償請求権につき相殺を主張した。

本判決は、Xの側に出荷制限または取引停止の債務不履行があったこと、Y$_1$の側に代金の未払の債務不履行があったことを認めたうえで、債務不履行の違法性について以下のように判断した。Y$_1$の代金未払については、本件製品のように「注文品のうち一部の未納品があり、それによって製品としての完成ができないときは、注文品全体について不完全履行の状態にあるものというべく、これに対しY$_1$が代金の全部または一部を支払わなかったからといって、その代金不払に違法性があるとはいえない」。そのためY$_1$が継続的取引において信頼関係を破壊する事情を生じさせたとはいえず、Xの出荷制限には「結局のところ相当の理由がないことになり、その債務不履行は違法であるというほかない」。そこでY$_1$の相殺を認め、Xの請求を棄却した。

]-7 名古屋地判昭和四九年五月二九日判時七六八号七三頁

昭和四三年八月、機械部品の製造・販売業を営むX株式会社（原告）は、機械部品の販売業者であるY_1（被告）との間で、契約期間を二年間として機械部品を販売する契約を締結した。Y_1の売買代金債務につきY_2が連帯保証をした。本件契約の取引条件として、営業区域を一定の地域に限定し、理由の如何を問わず他の業者から仕入れない旨の協定がなされた。また、その違約に対しては、五〇万円の違約金を支払う旨の特約が付された。

昭和四四年三月以降、Y_1が他の業者から仕入れを行ったため、XがY_1に対して違約金、売買残代金の支払、Y_2に対して保証の履行を求めて提訴した。

本判決は、Y_1が工具販売の営業に関して門外漢であったこと、零細企業者であったこと等を指摘したうえで、「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していることを利用して正常な商慣習に照らし相手方に不当に不利益な条件で取引する場合に該当する（独禁法第二条第七項第五号一般規定の一〇）ばかりでなく……独禁法が禁遏しようとする状態の実現に直接かつ積極的に奉仕する場合に該当するから」、違約金に関する特約は無効であるとした。以上により、売買残代金の支払請求を認容し、違約金の支払請求を棄却した。

]8 東京地判昭和五二年七月二二日判時八八〇号五一頁

X株式会社（原告）は医療器具等の製造を業としており、Y_1株式会社（被告）はXの姉妹会社としてXの製造に係る医療器具を販売していた。昭和五一年一月頃、Xが製造しY_1が販売する製品についてY_2（被告）が取り扱う話が持ち上がり、Y_1とY_2間で当該製品につき年間五，〇〇〇台程度販売する基本契約が締結された。

昭和五一年三月一五日付でY_2から本件製品一〇〇台の注文がなされたが、Y_1は期日までに売買代金が支払われない恐れがあることを理由に製品を出荷しなかった。そこでY_2は損害賠償請求権と代金債権を相殺する旨を通知した。Y_1

が代金債権をXに譲渡したため、XがY$_1$らに対して代金の支払を請求し、他方Y$_2$がY$_1$に対して損害賠償を請求した。

本判決は、客観的事実によって売買代金決済が期待できないことが相当高度の蓋然性をもって認められれば供給を停止できるが、本件はそのような場合に当たらないとした。そして、「本件売買契約がY$_2$において販売ルートを開拓した上、これにより相当長期間にわたって商品を提供販売することを予定している……以上、Y$_1$の一方的な恣意的認定によってY$_2$への販売を停止することが許されないのは信義則上当然」であるとし、Xの請求を棄却し、Y$_2$の請求を一部認容した。

J-9 東京高判昭和五六年二月二六日判時一〇〇〇号八七頁

J-8の控訴審判決（X、Y$_2$が控訴）。Y$_1$は契約上出荷すべき義務を負っていたとして、供給停止が認められるには代金支払を履行していないおそれにつき客観的合理性が必要であるところ、本件ではそのおそれに達していないとし、Y$_1$の債務不履行を肯定し、Xの控訴を棄却、Y$_2$の請求を一部認容した。

J-10 東京地判昭和五三年一月二三日判タ三六四号二六六頁

昭和四九年九月、壁面装飾部品の製造・販売を業とするX株式会社（原告）は、Y$_1$株式会社（被告）との間で、Y$_1$がXの製造に係る壁面装飾部品を購入する契約を締結した。契約期間は二年間とされ、Y$_1$はX以外の者から同一の商品を買い取り、販売しない旨が取り決められた。Y$_2$Y$_3$がY$_1$のために連帯保証をした。

昭和五〇年、Y$_1$がXとの取引を中止し、他から材料を購入して本件商品と同一視できる商品を製造・販売するなどした。そこでXがY$_1$に対して債務不履行に基づく損害賠償、Y$_2$らに対して保証債務の履行を請求した。

本判決はまず、本件契約が独禁法二条七項四号及び一般指定の七、八に違反せず、有効であることを認めた。そのう

えで、Y_1が他から購入した材料はXの製造に係る材料と概ね同一であること、Y_1がその材料を合成して商品自体の目的・機能からみて同一視しうる商品の製造・販売を行ったことから、本件契約条項が本件商品と「同一の商品購入のみならず、その販売をも禁止していることをも合わせて考察すれば、Y_1の右取引行為は本件条項に違反する」としてY_1の債務不履行を肯定し、Xの請求を認容した。

J-11 東京地判昭和五六年一月三〇日判時一〇〇七号六七頁

X株式会社（原告）は装身具等の販売を業としていたが、昭和五二年五月頃から新たに商品として時計を扱うことを企図した。そこで昭和五二年八月、時計等の卸販売を業とするY株式会社（被告）との間で契約を締結し、Xの発注によりYが取り扱う時計を継続的に供給すること、代金は手形支払とすること等の旨を取り決めた。

同年一一月、YはXについて債権確保の点で不安があるとして、同年九月以降の取引は現金決済でなければ取引に応じない旨を通告した。Xがこれに応じなかったため、Yは契約を解除し、時計を供給しなかった。そこでXが債務不履行に基づき損害賠償を請求した。

本判決は、特段の事情の変更ないし相当の事由がある場合、取引条件の改定を求めることができ、相手方がこれに応じなければ以降の取引を拒絶しても債務不履行の責任を負わないとした。そのうえで本件について、「Xは本件契約の前後を通じ、年々その業績を伸ばし、売上高、従業員数、店舗数等も順調かつ大幅に増加させていること、Yは、Xの信用調査をした上で、本件継続的取引を開始しているものであるところ、その後、Xに信用不安が生じたことを示す資料は見当たらないこと」を認めた。そうであれば、Yによる取引条件の改定や納品の停止は、特段の事情の変更ないし相当の事由がないのになされたものであり、Yの債務不履行責任を肯定してXの請求を認容した。

J-12 東京地判昭和五六年五月二六日判時一〇二〇号六四頁

X株式会社（原告）とY株式会社（被告）はいずれも化学建築材の製造・販売を業としていたが、昭和四七年一月、Yの製造に係る工場床材につきXが関東以北の販売代理店として販売する契約を締結した。以降、Xは化学建築材の製造を行わず、床仕上工事等を主たる営業とすることとなった。

その後Yにおける本件商品の売上げが低下したことから、昭和五〇年頃からYは、関東以北における本件床材を用いた床仕上工事を自らが受注し売上げ増大を図る動きに出た。さらにYは今後Xに工事をさせないという意図を明確にするため、同年九月三〇日付の書面をもってXに対し本件床材の販売を中止する旨申し入れ、製品の出荷を拒否した。そこでXがYに対して債務不履行、不法行為に基づき逸失利益等の損害賠償を請求した。

本判決は、「本件のようないわゆる特約店契約の性質を有する販売代理店契約においては、代理店は当該商品の販売のために多額の投資を行い、あるいは犠牲を払い、相当の営業努力をもって販路の維持拡大に努め、商品供給者の利益のためにも貢献をしているのであって……公平の原則ないし信義則上、代理店に著しい不信行為、販売成績不良等契約の継続を期待し難い特段の事情が存しない限り、商品供給者は一方的に解約を申入れて商品の供給を停止することはできない」とした。「Yは自己の利益のみのために取引停止の申入れをしているのであって、右申入れには何ら正当な理由がな」いため、Yが出荷を停止したことについて債務不履行等を認め、Xの請求を認容した。

J-13 東京高判昭和五九年一二月二四日判時一一四四号八八頁

J-12の控訴審判決。期間の定めのない継続的売買契約の成立を認め、継続的契約についてはいつでも解約できるが、相当の予告期間を設けるか、相当の期間が経過するか、契約の継続を期待しがたい特段の事由がなければ解約できない

としたうえで、Yの債務不履行を認め、Xの請求を認容した。

J-14 東京地判昭和五六年九月三〇日判時一〇四五号一〇五頁

X株式会社（原告）は、大手の卸業者から書籍・雑誌を仕入れて中小の卸業者に販売する中間卸業者であり、Y_1及びY_2（被告）は雑誌類を小売店に販売する地方の卸業者である。XとY_1らとの間で、Y_1らがXから雑誌類を継続して購入し、Xの営業所名をもってこれを小売店に卸販売する契約が締結された。期間は二〇年とされ、Y_1らはXの指定業者以外の業者から仕入れることができない旨の特約が付された。

本件契約締結の八ヵ月後である昭和五三年八月、Y_1らは一方的に雑誌類の仕入れ先を変更し、本件契約を解除する旨を申入れた。そこでXがY_1らに対して残存期間である一九年間の得べかりし利益につき損害賠償を請求した。

本判決は、Xが大規模な卸業者であるのに対しY_1らは資産や特別な技能を有さない点を指摘したうえで、「Xが取引上優越した地位を利用して……期間二〇年の拘束という不当に不利益な条件を科したものであり」、独禁法一九条及び公序良俗に反するとして、拘束期間が二〇年であることは無効であるとした。そして、期間の定めのない継続的供給契約を解除するには、やむを得ない事由があるか、相当期間の予告期間を設ける必要があるが、Y_1らはいずれも欠いているとして、相当な予告期間である六ヵ月分の逸失利益を認め、Xの請求を一部認容した。

J-15 東京地判昭和五七年一〇月一九日判時一〇七六号七二頁

Y株式会社（被告）は、大手印刷会社である訴外A株式会社から商品ラベルの印刷の一部を請負っており、Xは個人経営により印刷物の大断加工業を行っていた。昭和三九年頃、YはAから新たな商品ラベルの印刷を請負うこととなっ

たが、その印刷に必要な大断加工を行う設備を持っていなかったため、大断加工について継続的にXが請負う旨の契約をXY間で締結した。

昭和五三年七月頃、YはAから同商品ラベルの印刷につき注文を打切る旨を通告され、同年一二月末頃には注文が激減し、同年末をもってAからの発注が完全に途絶えるに至った。そこでXとYとの間で他の加工について下請けの交渉が行われたが、結局折り合いがつかず、昭和五四年三月頃Yが契約を解約して取引を中止した。そこでXがYに対して債務不履行に基づき逸失利益の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、本件大断加工の下請けがXの売上の八割方を占めるようになっていたこと、XがYの発注に対応するために相当の投資をして機械設備、人員確保等に努めてきたことを指摘した。そして、「右のような取引関係に立つ当事者間においては、右のように受注者側がその受注のため相当の金銭的出捐等をなしている場合は、注文者は已むを得ない特段の事由がなければ、相当の予告期間を設けるか、または相当な損失補填をなさない限り一方的に取引を中止することは許されない」とした。本件ではやむを得ない事由が認められず、Yが一方的に発注を中止したことは債務不履行にあたるとしてXの請求を認容した。

J-16 大阪地判昭和五八年三月二八日判時一〇九六号一〇二頁

Y_1株式会社（被告）はかねてよりY_2株式会社（被告）製造の自動販売機の販売及びその中身商品の販売を行っていた。X株式会社（原告）はホテルに設置したX所有の自動販売機において、同グループ会社の製造に係る旅行用洗面セットを販売していた。昭和四八年、XがY_2株式会社の製造に係る自動販売機を購入し、これを無償でY_1に貸与し、Y_1がXから商品を購入してホテル等に販売する旨の契約が締結された。その後、昭和五一年に契約期間を一年間として再度同

様の契約が締結された。

昭和五三年三月頃、訴外Aから同様の取引の勧誘を受けたY_1は、Aとの間で自動販売機のリース契約及び売買契約等を締結して取引を開始し、Xの自動販売機を撤去する等した。そこでXが、Y_1に対して債務不履行に基づき逸失利益の損害賠償、連帯保証人であるY_2らに対して保証債務の履行を請求した。

本判決は、XとY_1との間の継続的契約の成立を認めたうえ、Y_1はXの製品のみを取り扱い販売拡張すべき義務があると認めた。Y_1はXと競合するAの商品の販売拡張に努力していたのであるから、「公正な競争の範囲を超えて、一方的に自己の利益を図ったものであって、その責に帰すべき事由に基づくものであり、明らかに本件契約、すなわち継続的商品供給契約・特約店契約の約定に違反する」。以上よりY_1の債務不履行を認め、Xの請求を認容した。

J-17 京都地判昭和六〇年一月一八日金判七一六号三〇頁

昭和五四年三月頃、冠婚葬祭に関する業務を請負うY株式会社（被告）は、冠婚葬祭用の贈答品の販売業者X（原告）との間で、Yが業務上必要とする粗供養品、香典返し等をXから購入する契約を締結した。契約期間は二年間とされ、自動更新特約が付された。Xは本件契約に基づき、Yの奈良営業所が取り扱う葬祭関係で粗供養品等を納入するため、奈良に新たに店舗を賃借して従業員六名を専従させた。

その後、Yの元奈良営業所長Aが本件契約に反してYを通さずに一一件の葬祭業務を執行し、XがYに知らせずに粗供養品を納入して代金を集金した。そこでYがXの違約を理由に昭和五七年四月に本件契約を解約して取引を中止したところ、Xが債務不履行に基づき、取引中止の後の二ヵ月分の賃料、逸失利益等の損害賠償を請求した。

本判決は、Xの違約は主としてAが自己の不正行為を糊塗するためにXに誤った指示をしたことに起因するのであり、

Xが不正の利益を得たわけでもなく、Yによる解除を正当化するほどの重大な違法性はないと判断した。そこで、Yが取引を終了させたことにつき損害賠償責任を肯定し、信頼利益の賠償を認め、Xの請求を認容した。

J-18 東京地判平成五年二月一〇日判タ八四八号二二一頁

フルートの製造・販売を業とするX株式会社（原告）は、楽器の卸販売等を業とするY株式会社（被告）との間で、フルートの継続的売買契約を締結した。契約期間は二年間であり、期間満了の三ヵ月前に更新拒絶をしない限り二年間ずつ更新し、契約違反があった場合には違約取引額に相当する金額を違約金として支払うとの特約が付された。

昭和六三年頃から、YがXと競合する台湾のフルート製造業者の製品を取り扱う等したため、Xは取引を停止し、Yに対して未払の代金を請求した。これに対しYは取引停止が契約違反に当たるとし、相殺を主張するとともに、違約金の支払を請求した。

本判決は、Yが台湾の製造業者と接近したことは「Xとの信頼関係に悪影響を及ぼすものであり、Yに道義的な責任を生じさせるものとは思われるが、本件契約書には明文で競合する他社との取引を禁止した条項はないこと……を考えると、本件では催告を要せず契約を即時に解除できるほどの信頼関係を破壊する事由がYにあったとは認められない」とした。そのためXによる解除は本件契約に違反するものであるとして、粗利益の逸失利益の損害を認め、Yの相殺の抗弁を一部認めた。

J-19 東京地判平成七年五月二九日知的財産権判決速報二四一号九九頁

美顔化粧品の販売等を業とするX有限会社（原告）と、化粧品の製造・販売を業とするY_1株式会社（被告）との間で、

Xの代表者が処方及び成分を考案した化粧品につきY$_1$が製造してXに販売する契約が締結された。Yは本件化粧品をX以外の第三者のために製造・販売しない旨が合意された。

その後、Y$_1$が商品名を変えて本件化粧品を製造し、株式会社訴外Aに販売した。そこでXは、Y$_1$に対して債務不履行に基づく損害賠償を、Y$_1$代表取締役であるY$_2$（被告）とAの代表取締役であるY$_3$（被告）に対して不法行為等による損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、名称を変更した化粧品が本件化粧品と同一成分、分量であることから、Y$_1$のAへの化粧品の販売が債務不履行にあたるとしてXの請求を一部認容した。

J-20 大阪地判平成七年一一月七日判時一五六六号八五頁

化粧品の小売店であるX株式会社（原告）は、化粧品の製造・販売を業とするY株式会社（被告）との間で、XにYの商品を供給する旨の契約を締結した。

その後、XがYの指示した価格より低価で本件商品を卸売りしたため、Yは平成五年に契約を解除し、商品の供給を拒絶した。そこでXがYに対して債務不履行に基づき得べかりし利益等の損害賠償を求めて提訴した。

本判決は、Yが従来卸売り価格と今回の低価格との差額分を補償するようXに交渉したことについて、独占禁止法が禁止する再販売価格の拘束に該当し違法であり、そのようなYの要求をXが拒絶したことは解除の根拠にならないとした。そのうえで、「販売代理店契約においては、信義則上代理店に著しい不信行為がある等契約を継続し難い特別の事情が存しない限り解除して商品供給を停止することはできない」ところ、本件ではそのような事情は認められないとして、Yの解除を不当と認めXの請求を認容した。

J-21 大阪高判平成九年三月二八日判時一六一二号六二頁

J-20の控訴審判決。独禁法一九条の不公正な取引にはあたらないとしたが、継続的商品供給契約は、契約上解約権が留保されていたとしても、一方的に解除するためには、信義則上取引関係を継続しがたいような不信行為等、やむを得ない事由の存することが必要であるとした。そのうえで、本件ではそのような事由が認められず、解除が無効であるとし、ほぼ五ヵ月分の得べかりし利益の損害を認め、原判決を変更、請求を一部認容した。

J-22 東京高判平成九年五月二九日判タ九八一号一六四頁

昭和五七年、プラスチック成形部品の製造等を目的とするA株式会社は、X_1及びX_2株式会社（控訴人）から多数の金型の貸与を受け、これを用いてオーディオ製品部品等を製造しY_1らに対して継続的に供給する契約を締結した。その後Xは、Y_1らから協業避止契約の締結を迫られたこと等から、すでに注文を受けていた製品の納入を停止したものの、破産宣告を受けた。Y（被控訴人）が破産管財人に選任され、Y_1らに対して売掛代金の支払を請求したのに対し、Y_1らがAの契約違反による損害賠償、違約金債権によって相殺を主張するとともに、損害賠償を請求した。

本判決はAの債務不履行を認めたものの、Y_1との取引がAの売上の過半を占めるほど増加したこと、Y_1からの再三のコストダウンの要求に応えるためAが設備投資を重ねる等企業努力を重ねてきたこと、昭和六〇年にY_1が一方的に一部の発注を停止する旨通告し、それがXの利益の四割程度を占め、人件費率が高く従業員の配置転換も困難な組立に係るものであったことを指摘した。以上より、「AによるY_1に対する本件納品停止は、Y_1によるその契約上の優位性を背景にした右のような一連の行為が誘因となっているものというべきであるから、それに由来する損害の発生については、Y_1にも責められるべき点があることは否定でき」ないとして、Y_1の被った損害のうち三割の過失相殺を認めた。

J-23 東京地判平成九年九月二六日判時一六三九号七三頁

平成六年二月頃、洋菓子を製造・販売するX有限会社（原告）は、運送業を営むY株式会社（被告）との間で、洋菓子を運送する契約を締結した。なお契約期間は明示されなかった。

平成七年一二月、Yは訴外会社との間で洋菓子等の継続的運送契約を締結し、Xの商品の運送を中止した後、Xとの契約を解約する旨を通告した。そこでXが、一方的な運送中止が継続的運送契約の債務不履行に当たるとしてYに対して損害賠償を請求したのに対し、Yは未払の運送賃の支払を請求した。

本判決は、XY間の継続的運送契約の成立を認めたうえで、Yが予告なしに運送を中止したことは債務不履行に当たるとしてXの損害賠償請求権を一部肯定した。そのうえで相殺を認めたため、Xの請求を棄却し、Yの請求を一部認容した。

J-24 東京地判平成一二年八月二八日判時一七三七号四一頁

X株式会社（原告）は医療品の製造・販売等を業とするものであり、Y_1株式会社（被告）は医薬品及びそれらの原料の製造・販売等を業とするものである。Y_2株式会社（被告）はY_1の一〇〇％子会社であり、医薬品原材料の製造等を行っている。XとY_1はある原末を原料とする製剤の共同開発のため、互いに費用を負担して研究を重ねてきたが、平成六年七月にY_1が本原料を継続的に供給する契約を締結した。同年一〇月からXは本製剤の販売を開始し、平成八年九月にY_1が本原料につき特許登録を取得した。

その後Y_1が、薬価が切下げられる傾向を鑑みてXに価格の改定等を申入れたが、交渉が決裂し、平成一〇年五月、Y_1らが原料の供給を停止して本件契約を解除した。そこで、XがY_1らに対して原料の供給を受けることができる継続

的供給契約上の権利を有すること等の確認及び損害賠償を請求し、Y_1らが反訴として契約関係がないことの確認を請求した。

本判決は、本件契約のような継続的供給契約の解除については、取引契約を継続しがたいような不信行為等のやむを得ない事情が必要であるとした。そのうえで、薬価等の変化は契約締結当時の経済状況から予想される範囲内であり、信義則違反といえる事情もないとして、Y_1による解除の効力を否定した。以上よりXの本訴請求を認容、Y_1らの反訴請求を棄却した。

J-25 東京地判平成一五年九月一九日判時一八六〇号八〇頁

通信販売等を業とするX株式会社（原告）は、通信販売用雑貨品の卸売業等を行うY株式会社（被告）からブランド商品であるP製のバッグ等を購入する契約を締結し、テレビ番組の中で通信販売を行っていた。

その後、本件バッグが偽造品であることが判明し、商品の回収を余儀なくされたXは、Yに対して債務不履行に基づき返金した代金相当額、商品回収事務の委任経費、信用毀損等の損害賠償を請求した。

本判決は、本件バッグは並行輸入品であり、偽造品である可能性が少なくないことを指摘し、並行輸入品を真正品として転売する者は、商品の流通経路の調査確認や形状等の点検を通じて商品が偽造品でないことを確認する義務があるとした。そのうえで、本件ではYは調査確認を尽くさなかったとして債務不履行を認め、商品返品による損害、商品の回収による損害、信用毀損による損害についてXの請求を認容した。

J-26 大阪地判平成一七年九月一六日判時一九二〇号九六頁

平成一二年八月頃、食料品の輸入等を業とするX株式会社（原告）は、ファーストフード店舗を経営するY株式会社（被告）との間で基本合意を締結し、Yが開発した肉まんの製造を請負うべく試作品を製造する等した。同年一二月、月産二〇〇万個を目途とする等の内容の契約書によってXY間で供給業務委託契約が締結された。契約期間は一年間とされ、XYいずれかにより契約満了の二ヵ月前までに書面で更新しない旨の意思表示がない場合には自動的に一年間更新し、以後も同様とする旨の特約、契約期間中に書面による二ヵ月前までの予告により契約を解除できる旨の特約が付された。

基本契約の締結後、XはYの求める品質を満たすために試作を繰り返すなかで、本件肉まんのレシピの中に日本での使用・販売が禁止されている添加物が含まれていることを発見した。これに対してYの担当者はXに感謝を示し、Xへの本件肉まんの発注を一〇〇万個増やして二〇〇万個とすることを約束した。その後、これらの経緯がY社内で問題となり、結局平成一三年一〇月にYは一方的に契約を解約した。そこでXがYに対して解約は無効であると主張し、債務不履行に基づき損害賠償を請求した。

本判決は、本件契約のように「契約の実現に一定の資本の投下が必要で、継続されることを前提に当該契約が締結された場合、当事者はその契約から投下した資本を回収することを期待しているから、このような場合には……契約を解約するために『正当な事由』が存在すること必要である」とした。そのうえで、Xとの契約が不適切な契約であるとの解約事由はY側からみた一方的な見方に過ぎず、本件では正当な事由がないとして、Yに債務不履行を認め、Xの請求を認容した。

J-27 東京地判平成一九年一〇月二九日判時二〇〇二号一一六頁

平成一五年一月、カタログ通信販売を業とするX株式会社（原告）は、自転車の開発販売等を業とするY株式会社（被

告）との間で、Yからバッテリーで駆動するモーターを搭載した電動ハイブリッド自転車の供給を受ける商品販売契約を締結した。

Xが本件商品を自転車として販売していたところ、道交法上、自転車ではなく原動機付自転車にあたり、公道を走行するためには運転免許等が必要であることが判明した。そのためXは購入者に対する返品等の事後処理をせざるを得なくなり、Yに対して債務不履行に基づき、返品費用、代替品費用、逸失利益の損害賠償を請求した。

本判決は、Yが本件商品につき原動機付自転車に該当しないか懸念を抱きながらもXに対して誤った説明をしたことに加え、事後処理においても、経営状態への影響を恐れたYが途中から返品に応じなくなる等態度を変化させたことをも考慮し、Yの帰責性を認めた。一方で、Xが本件商品以外にも複数の契約相手から提供を受けた多数の商品について通信販売を行う業者であること等に鑑み、Xとしても本件商品を調査すべき義務があったとした。以上より、Yが異なる商品説明をしたことに債務不履行を認めてXの請求を認容したうえで、二割の過失相殺を認めた。

J-28　東京地判平成一九年一一月二六日判時二〇〇九号一〇六頁

X株式会社（原告）は食料品の輸入等を業としており、Y株式会社（被告）は飲食店のフランチャイズ業等を行うものである。平成一三年八月、XがYから冷凍食品の加工食品の注文を受け、中国におけるA食品加工工場等で製造させて輸入し、Yが購入する売買契約が締結された。

平成一六年八月、Yは一方的に本件取引を打ち切り、Yが開発した商品をAに直接注文して取引を行うようになった。そこでXがYに対して猶予期間を置くことなく取引を中止したことが不法行為、債務不履行、信義則上の義務違反にあたると主張し、損害賠償を請求した。

本判決は、本件取引について継続的取引契約が成立しているとまでは認められないとしながら、取引が約三年にわたって行われていること、XがYの発注に対応するために新たに中国の食品加工工場を開拓して指導・支援する等していることから、「XとYとの間には個別の取引を超えた信頼関係が形成されていた」と認めた。そのうえで、本件取引の終了は、XのYとの取引に対する依存度が相当程度大きいものであることをYが認識していたにもかかわらず、Y自らAと直接取引をするというもっぱらY側のみの事情によるものであるとした。Yには、本件取引を中止するにあたって猶予期間を置く等Xに生じる損害が最小限になるよう配慮すべき義務があるが、これに反したとして、信義則上の配慮義務違反を認めてYの債務不履行を肯定し、Xの請求を認容した。

J-29 東京地判平成二〇年九月一八日判時二〇四二号二〇頁

訴外A株式会社は医薬品の製造・販売等を業とするものであり、X株式会社（原告）はAの連結子会社としてAから健康食品を仕入れて販売する等していた。Y株式会社（被告）は食料品の販売等を業とするものである。平成一五年三月、Yが訴外B株式会社を介してXから健康食品を購入し、その代金をBと連帯して払う旨の契約が締結された。契約期間は一年間とされ、その後自動更新された。

平成一八年一月、Yが取引を破棄する旨を通知して発注を行わなくなったため、XはYに対して発注義務違反による債務不履行を主張し、損害賠償を請求した。

Xは本件商品の品質確保や販促を行ってきた以上、本件商品を供給する地位は一定期間確保される旨主張したが、本判決は、そのような行動はXの義務であり、Xの利益にも関わるものであるから「過大評価することは相当でない」とした。また、「そもそも更新期間を一年と定めたのは、Xを含む当事者が、それ以上長期にわたる契約への拘束を選択

しなかった結果であ」るとして、Yによる更新拒絶の効力を肯定した。ただし、すでに自動更新がなされていた平成一八年二月一日から三月三日までの約一ヵ月分についてはYに発注義務があるとして、その分の債務不履行を肯定し、Xの請求を一部認容した。

J-30 東京地判平成二二年七月三〇日金判一三五二号五九頁

訴外A株式会社とオーストラリアの訴外B社は、昭和六二年、Bが生産・販売するワインを日本に独占的に輸入し、販売することを内容とする販売代理店契約を締結した。その後、Aは平成一一年に新たに設立した子会社であるX（原告）にワイン部門の事業を譲渡した。また、Bは平成一三年にY社（被告）に買収された。

平成一五年頃から日本における本件ワインの販売業績の不振に懸念を強めたYは、平成一七年一月、同年五月一日をもって販売代理店契約を変更することを決定し、Xに通知した。そこでXが一年間の予告期間を置くべき義務違反、独占的な輸入販売権の侵害を主張し、Yに対して債務不履行、不法行為に基づき損害賠償を請求した。

本判決は、継続的契約である販売代理店契約の成立を認めたうえ、一八年間にわたり取引関係を継続し、Xが日本における本件ワインの売り上げを大幅にのばしてきた等の事情を考慮し、販売代理店契約を解約するにあたっては、一年間の予告期間を設けるか、その期間に相当する損失を補填する義務を負うとした。以上よりYの債務不履行責任を認め、請求を認容した。

J-31 東京地判平成二二年九月一五日判時一三四六号一七五頁

半導体製品の検査装置を製造・販売するX株式会社（原告）は、半導体容器洗浄装置の製造・販売を業とするY株式

会社（被告）との間で、Yの製造に係る装置をXに供給する基本契約を締結した。契約期間を一年であり、自動更新特約、競業禁止特約等の特約が付された。

平成二〇年三月以降、Yが本件製品と類似する製品を他に販売し、同年四月、本件契約の更新を拒絶した。そこでXがYに対して、類似製品の製造や更新拒絶が債務不履行に当たると主張し、損害賠償を請求した。

本判決は、競業禁止特約が公序良俗に反せず有効であるとし、Yが類似製品の製造、販売を行っていたとして競業禁止特約違反を認めた。そのうえで、Yによる更新拒絶は翌年の更新拒絶としては有効であるが、本件契約上の個別の受注義務に違反したことを認め、Xの請求を一部認容した。

J-32 東京地判平成二二年一二月二二日判時二一一八号五〇頁

食品の製造・販売等を業とするX株式会社（原告）は、加工食品の輸入・販売等を業とするY株式会社（被告）が海外から輸入した加工食品を継続的に購入し、販売する取引を継続的に行っていた。Yは、中国のA食品輸出入集団のB工場が製造する冷凍焼豚等の冷凍食品を購入してXに販売していた。

平成二〇年一月、B工場の製造に係る冷凍餃子につき中毒事件が発生し、本件商品について販売が中止されるとともに、Xは商品を回収し破棄等を行った。そこでXがYに対して瑕疵担保責任、債務不履行責任、製造物責任に基づき損害賠償を請求したものである。

この判決は、Yの債務不履行責任について、本件商品の納品は債務の本旨に従ったものであるとはいえないとして債務の不履行を認めた。しかし、故意の犯罪行為によって本件商品に有害物質が混入された経緯を踏まえ、これは「通常想定し得ない異常事態であって、不可抗力に準ずるもの」であるとしてYの帰責性を否定した。ただし、Yの契約上の

瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任を認め、Xの請求を一部認容した。

第三節　裁判例の分析

一　事案の特徴と契約責任判断構造

以上三一件のうち、二九件が継続的かつ独占的な性格を有する売買契約に関する裁判例である。J-15は加工業務の請負契約、J-23は運送契約、J-26は供給業務委託契約の事案であるが、これら三件はいずれも継続的かつ独占的な性格を有するため本稿の検討対象とする。以下では、これらの裁判例において具体的にどのような要素によって、またどのような法理によって契約責任が判断されたのか検討する。

なお、検討に先立ち、販売代理店契約の売主（あるいは受注者）側の契約違反が問題となった事案と、買主（あるいは注文者）側の契約違反が問題となった事案とを分類すると以下の通りとなる（表J（a））。

一―一　契約当事者の営業努力や投資

一手販売権を持つ販売代理店契約の事案では、損害賠償責任の決定にあたって契約当事者の営業努力や投資に言及するものが多く見られた。

例えば、一方的に取引を停止した売主の契約違反が追及された事案であるJ-5は、一手販

表J（a）	損害賠償責任肯定	損害賠償責任否定
売主の契約違反	J-2（ただし損害賠償請求失当）、3（相殺）、4、5、6（相殺）、8･9、11、12･13、18（相殺）、19、20・21、22（ただし過失相殺あり）、23、24、25、27（ただし過失相殺あり）、30、31。	J-1、32（ただし瑕疵担保責任肯定）。
買主の契約違反	J-7（一部のみ）、10、14（一部のみ）、15、16、17、23（相殺）、26、28、29（一部のみ）	J-3、6、18。

売権を持つ指定販売店としての買主（X）の売主（Y）への寄与や、売上高において相当の好成績を挙げたことを指摘したうえで、Yからのマージン率引下げの申入れは「合理的理由に乏しいものであり、Xが右申入れに応じなかったからといって……これを理由に一方的に解除することはできない」とした。

J-8は売主（Y_1）が製品の出荷を一方的にとりやめたことについて、「本件売買契約がY_2において販売ルートを開拓した上、これにより相当長期間にわたって商品を提供販売することを予定している……以上、Y_1の一方的な恣意的認定によってY_2への販売を停止することが許されないのは信義則上当然」であるとした。なお、J-8の控訴審であるJ-9も同様である。

J-11は、一方的に供給を停止した売主（Y）の責任判断にあたり、「Xは本件契約の前後を通じ、年々その業績を伸ばし、売上高、従業員数、店舗数等も順調かつ大幅に増加させていること、Yは、Xの信用調査をした上で、本件継続的取引を開始しているものであるところ、その後、Xに信用不安が生じたことを示す資料は見当たらないこと」を認めた。

J-12は、売主（Y）が製品の出荷を停止した事案について以下のように述べている。「本件のようないわゆる特約店契約の性質を有する販売代理店契約においては、代理店は当該商品の販売のために多額の投資を行い、あるいは犠牲を払い、相当の営業努力をもって販路の維持拡大に努め、商品供給者の利益のためにも貢献をしているのであって……公平の原則ないし信義則上、代理店に著しい不信行為、販売成績不良等契約の継続を期待し難い特段の事情が存しない限り、商品供給者は一方的に解約を申入れて商品の供給を停止することはできない」。「Yは自己の利益のみのために取引停止の申入れをしているのであって、右申入れには何ら正当な理由がな」い。また、J-12の控訴審判決であるJ-13も同様に判示した。

注文者側が取引を停止したことについて損害賠償責任が争われた事案でも、当事者が当該契約の履行のためになした

投資への言及が見られる。加工業務の請負契約について注文者（Y）が一方的に取引を停止した事案である J-15では、「右のような取引関係に立つ当事者間においては、右のように受注者側がその受注のため相当の金銭的出捐等をなしている場合は、注文者は已むを得ない特段の事由がなければ、相当の予告期間を設けるか、または相当な損失補填をなさない限り一方的に取引を中止することは許されない」とした。

同様に、供給業務委託契約の事案である J-26でも、発注を一方的にとりやめた注文者（Y）の責任について、「契約の実現に一定の資本の投下が必要で、継続されることを前提に当該契約が締結された場合、当事者はその契約から投下した資本を回収することを期待しているから、このような場合には……契約を解約するために『正当な事由』が存在すること必要である」とした。そして、そのような事由がないにもかかわらず一方的に取引を停止したことについて損害賠償責任を認めた。

上記はいずれも損害賠償責任が肯定された事案であるが、責任を追及する側の営業努力がなかったことを理由に、損害賠償責任が否定された事案も存在する。J-1は、買主（X）が一手販売権を持つ販売代理店であるにもかかわらず、X以外と取引を行った売主（Y_1ら）の損害賠償責任が問われた事案であるが、「本件契約締結の前後においてXが同肥料の市場開拓、販売成績向上等のため企業の物的、人的構成やそれをめぐる環境に重大な変更をもたらしたあとはない」等として、X以外とのY_1らの取引について責任を認めなかった。

以上の事案については、販売代理店契約あるいは供給業務委託契約の当事者の帰責根拠として、契約当事者の営業努力を尽くしていたか否か、当該契約のために投資を行っていたか否かといった規範的な要素が考慮されていたといえる。

一―二　当該取引の事業全体における比重

また、問題となった取引が契約当事者の事業全体に対してどれほどの比重を占めるものであるかに言及した裁判例が見受けられる。

例えば、継続的な加工食品の売買を一方的に中止した買主（Y）の損害賠償責任について、J-28は、本件取引の終了は、XのYとの取引に対する依存度が相当程度大きいものであることをYが認識していたにもかかわらず、Y自らAと直接取引をするというもっぱらY側のみの事情によるものであるとして、責任を肯定した。

一方で、契約両当事者にとっての当該取引の比重を考慮して、損害賠償責任が否定された事案もある。一手販売権を持つ販売代理店である買主（X）以外と取引を行った売主（Y_1ら）の損害賠償責任を否定したJ-1では、「同府下での同肥料の販売がY_1の事業全体にとって相当重要な比重を占めていた一方で、肥料販売事業の他に海運業を営んでいたXにとっては、同肥料の取扱量はその最盛期においても全肥料取扱量の約一割程度にしか達」しないことが考慮された。契約当事者の当該取引への依存度が高いか否かの判断が帰責根拠として考慮されており、これは当事者の明示的な合意とは異なる規範的判断であるといえる。

一―三　契約当事者の行動態様

この他、損害賠償責任の決定にあたって、契約当事者の行動について違法性や信義則違反の有無を検討した裁判例がある。

売主側の取引停止や、相手方への態度を理由として売主の損害賠償責任が肯定された事案として以下のものがある。例えばJ-6は、売主（X）が買主（Y_1）の代金未払について、Y_1がXの取引停止について、それぞれ損害賠償責任を主張したものである。これに対し、Y_1の代金未払については、本件製品のように「注文品のうち一部の未納品があり、

それによって製品としての完成ができないときは、注文品全体について不完全履行の状態にあるものというべく、これに対しY_1が代金の全部または一部を支払わなかったからといって、その代金不払に違法性があるとはいえない」としてY_1の責任を否定した。さらに、このためXの取引停止には相当の理由がないとして、Xの責任を肯定した。

J-24は、契約の目的物の価格をめぐって紛争が生じ、売主（Y_1）が供給を停止したことについて損害賠償責任が争われたが、薬価等の変化は契約締結当時の経済状況から予想される範囲内であり、信義則違反といえる事情もないとして、Y_1による解除の効力を否定、Y_1の責任を肯定した。

J-27は、継続的売買契約の目的物について売主(Y)が誤った説明をしたために買主(X)に損害が生じた事案であるが、Xに対して誤った説明をしたことに加え、事後処理においても、経営状態への影響を恐れたYが途中から返品に応じなくなる等態度を変化させたことをも考慮し、Yの損害賠償責任を認めた。

一方、取引を中止した買主の損害賠償責任の決定にあたって、売主側の行動の違法性が検討された事案がある。J-17では、売主（X）の行為が違約にあたるとして取引を中止した買主（Y）の損害賠償責任が争われた。Xの違約は主としてAが自己の不正行為を糊塗するためにXに誤った指示をしたことに起因するのであり、Xが不正の利益を得たわけでもなく、Yによる解除を正当化するほどの重大な違法性はないとした。そのうえで、Yの取引停止について損害賠償責任が肯定された。

以上の事案では、契約当事者の行動態様が考慮され、その違法性や信義則違反の有無といった規範的要素が帰責根拠を構成しているように思われる。(12)

一―四　過失相殺による規範的要素の考慮

三二件のうち、J-22、27の二件については過失相殺が認められている。

J-22は、製品の納入を停止した売主（A）の損害賠償責任を肯定したが、一方で、「AによるY$_1$に対する本件納品停止は、Y$_1$によるその契約上の優位性を背景にした右のような一連の行為が誘因となっているものというべきであるから、それに由来する損害の発生については、Y$_1$にも責められるべき点があることは否定でき」ないとして、Y$_1$の被った損害のうち三割の過失相殺を認めた。ここでは、Aの営業努力や当該取引への依存度から、Y$_1$が契約上優位な立場にあったことが指摘され、Y$_1$の行為について過失相殺がなされている。

J-27では、商品について誤った説明を行った売主（Y）の損害賠償責任を肯定したうえで、Xが本件商品以外にも複数の契約相手から提供を受けた多数の商品について通信販売を行う業者であること等に鑑み、Xとしても本件商品を調査すべき義務があったとし、二割の過失相殺を認めた。ここでは、Xが本件取引について知識・経験を有する通信販売業者であったことが考慮されている。

一―五　規範的要素の排除

一方で、意図的に規範的要素を排除することで、一方的に取引を停止した買主の損害賠償責任を否定した裁判例が二件存在する。

J-18は、買主（Y）が売主（X）の競合他社との取引を開始したことを理由に、XがYとの取引を停止したことについて、Yが契約違反を主張したものである。競合他社との取引について、「Xとの信頼関係に悪影響を及ぼすものであり、Yに道義的な責任を生じさせるものとは思われるが、本件契約書には明文で競合する他社との取引を禁止した条項はないこと……を考えると、本件では催告を要せず契約を即時に解除できるほどの信頼関係を破壊する事由がYにあったと

は認められない」と判示された。ここでは、Xの道義的責任を認めつつも、明示の義務違反がないことから、結局損害賠償責任が否定された。

また、J-29は、発注を停止した買主（Y）に対して売主（X）が損害賠償を請求したものである。Xは本件商品の品質確保や販促を行ってきた以上、本件商品を供給する地位は一定期間確保される旨主張したが、判決は、そのような行動はXの義務であり、Xの利益にも関わるものであるから「過大評価することは相当でない」とした。また、「そもそも更新期間を一年と定めたのは、Xを含む当事者が、それ以上長期にわたる契約への拘束を選択しなかった結果であるとした。すでに自動更新がなされていた約一ヵ月分については、発注義務の違反による損害賠償請求が認められたものの、更新拒絶された一年分についての請求は認められなかった。結局、Xの営業努力等は評価されず、あくまで明示の義務違反はないという立場から、実質的にYの責任が否定されたものと考えられる。

二　わが国の契約責任論との整合性

以上のように、一定の事案においては、必ずしも当事者の合意に還元されない規範的要素が帰責根拠として読み込まれている。この点、従来の伝統的通説である過失責任主義はこのような裁判実務と整合的なものなのだろうか。また、新しい契約責任論における判断枠組みは、従来の判断枠組みを変更するものではなく、むしろ裁判実務をより整合的に説明するものとされている[13]。そこで以下では、これらの判断枠組みを当てはめて検討する。

二―一　伝統的な過失責任主義

わが国における契約責任は、伝統的に過失責任であるとされてきた。そこでは契約違反に基づく損害賠償責任の決定

にあたって、（ⅰ）債務の本旨不履行に加え、（ⅱ）不履行について債務者に過失があったことが必要であるとされる。

もっとも、このような理解は条文から必然的に導かれるものではない[14]。学説からも、伝統的通説はドイツ法の学説継受の流れを汲んだものに過ぎず、条文の起草者意思に沿ったものではないとの指摘がかねてよりなされてきた[15]。また、債務不履行責任の帰責事由が争われた裁判例を分析したうえで、帰責事由は実際には過失の有無で判断されているわけではないと主張する研究もある[16]。

この点、本稿で取り上げた裁判例を概観してみても、伝統的通説が説明するような「債務の本旨不履行＋過失」という責任判断構造が採用されているわけではないように思われる。というのも、一手販売権を持つ販売代理店契約における損害賠償責任が争われた場合、伝統的通説の理解によれば、「契約違反があったか否か」と「債務者に過失があったか否か」とがそれぞれ検討されることになろうが、実際の裁判例はこれとは異なる。

まず、本稿で取り上げた裁判例においては、「債務の本旨不履行」と「過失」とが必ずしも区別して論じられているわけではない。例えば、一手販売権を持つ販売代理店契約の売主（あるいは、請負契約の受注者）が一方的に供給を停止した事案において、供給停止が債務の本旨不履行に当たることを認定したうえで、その供給停止につき売主に過失があるか否か検討するのではなく、売主の供給停止がいかなる経緯によるものであるか総合的に検討するなかで契約責任の有無を決定しているようである[17]。買主（あるいは注文者）が一方的に注文を停止した事案も同様に、注文停止について本旨不履行であるか、過失があるかがそれぞれ検討されているわけではない[18]。これらの裁判例においては、伝統的通説とは異なり、むしろ不履行と過失とを一元的に検討することで、債務者の帰責根拠を判断していると考えられる。

また、帰責根拠の判断にあたって、伝統通説は債務者の本旨不履行、及び債務者の過失に注目するが、この点についても本稿において検討した裁判例とは違いが見られるように思われる。契約違反を犯した（と追及される）債務者の帰

責根拠を論ずるにあたって、裁判例では、債務者のみならず債権者の行為態様が評価されている。

例えば、一方的に供給を停止した売主の契約違反が争われた際、具体的には、売主がなぜ供給を停止するに至ったかを検討するなかで、（債務者たる売主の事情だけでなく）買主がどのような行動を取っていたかをも検討している。買主が営業努力を尽くしていたり投資を行ったりしている場合に、売主が一方的に取引を停止したことについて責任を肯定した裁判例（J-5, 8, 9, 11, 12, 13）や、逆に、買主が営業努力を尽くさなかったために売主が取引を停止したとして売主の責任を否定した裁判例（J-1）がある。

一方的に注文を取りやめた注文者について契約違反が争われた場合にも、注文者だけでなく受注者の事情を考慮する裁判例がある。ここでは、受注者が一定期間にわたり契約が継続することを見込んで投資を行ったことや、そのために受注者にとって当該取引が依存度の高いものであったことが考慮され、それにもかかわらず注文を停止した注文者の責任が肯定されている（J-15, 26, 28）。また、売主の行為が違約にあたるとして取引を中止した買主について、売主の行動に違法性が認められないことから、契約責任が肯定された事例がある（J-17）。

以上のように裁判例においては、発生した損害について、契約両当事者の背景や事情を総合的に考慮しながら帰責根拠がどこに求められるのか検討しているように思われる。このように考えると、わが国の伝統的通説における判断枠組み――債務の本旨不履行＋債務者の過失――は、必ずしも実情に即した理解ではないように思われる。

二―二　改正後民法における契約責任判断

上記のような伝統的通説に対して、契約責任の帰責根拠を「契約の拘束力」に求める説が近時有力に展開されている[19]。ここでは、債務者が契約において約束したことを（不可抗力によらず）履行しないことが帰責根拠となる[20]。相手

方の契約違反を主張する債権者は、不履行の事実を証明すれば足り、「帰責事由」を証明する必要はない。これに対して債権者は、責めに帰すべからざる事由を証明しなければ免責されない。

このように従来の「帰責事由」は見直しを迫られ、近時の債権法改正作業においても、過失責任主義から脱却し、債務不履行責任の要件を本旨不履行及び過失とするのではなく、契約の拘束力そのものに求めることが意図されてきた(21)。改正後民法四一五条は、「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」と規定する。この改正は、免責事由が債務発生原因に即して判断されるべきものであること、したがって、契約の場合には免責の可否が契約の趣旨に照らして判断されるべきものであることを示すものであり、過失責任原則の否定であると説明される(22)。

以上のように、伝統的通説に基づく帰責事由の理解が否定されたとしても、免責の際の判断要素となる「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」との関係はいまだ明らかでない。この点について、「前者を抜きにして後者の基準のみから免責事由が判断されることを意味するものではない」との説明があるもの(23)の、条文の文言上は「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」とは併記されている。

この点、本稿で検討した裁判例をみてみると、当事者の帰責根拠の判断にあたって、当該取引のために営業努力を尽くしたか、どれだけ投資を行ったか、取引全体における比重はどれほどか、等が考慮されていた。これらの事情による免責が、「契約その他の債務の発生原因」に基づくものであるのか、「取引上の社会通念」に基づくものであるのか、一見して明らかであるとはいえない。

例えば販売代理店契約において、買主が販促を行ったり人員・設備を整えたりして、売主の供給する製品について売上を伸ばすよう努力することは、（たとえ契約締結時に明示的に合意されなかったとしても）契約の趣旨から当然であるようにも思われる。実際に、買主による品質確保や販促は自身の利益にもかかわるものであり、買主の義務であると評価した事案がある（J-29）[24]。

一方で、当該取引が契約当事者の事業全体に対してどれほどの比重を占めるものであるかによって損害賠償責任の有無が決定されることについては、「契約その他の債務の発生原因」に基づく基準であるとは言い難い。販売代理店契約の買主以外と取引を行った売主について、裁判例は、当該取引が売主の事業全体にとって相当重要な比重を占めていたのに対し、買主にとっては約一割程度にしか達しないものであったことを考慮し、売主の損害賠償責任を免責している（J-1）。このような考え方の背景には、当該取引への依存度が大きい契約当事者を、相手方による一方的かつ急な取引の停止から守ろうという考慮が働いているように思われ、その意味で「取引上の社会通念」に基づく基準であるように思われる。

このように考えると、免責事由は契約の趣旨に照らしてのみ定まるものではなく、少なくとも本稿で検討した継続的かつ独占的な性格を有する売買契約においては、当事者が意図していない事情によって免責されることがあるようである。そこでは必ずしも「契約その他の債務の発生原因」に基づく基準が優先されているわけではなく、むしろ個々の契約による妥当な紛争解決のために「取引上の社会通念」に基づく規範的判断がなされることもあるのではないだろうか[25]。

二―三　継続的取引に関する研究

以上で見たように、過失責任主義、新しい契約責任論のいずれも、本稿で取り上げた事案については整合的な契約責任の判断基準を提供するものではないといえる。もっとも、従来より帰責根拠にまつわる問題は、もっとも基本的な契約として単発の売買取引を想定して議論されてきた[26]。従って、民法四一五条が想定しているのは、基本的には単発の売買契約であるはずである。

むしろ本稿で取り上げたような特徴を有する事案については、継続的取引の研究、とりわけその解消の場面について議論が蓄積されてきた。中田は、継続的売買、とりわけ中間流通業者の継続的な取引を念頭に置き、その解消の場面に焦点を当てて分析を行っている[27]。そして、そのような場面における被解消者の救済を考えた場合、考慮すべき要素として、当事者の属性や立場、（継続的取引の解消の場面における）非解消者の投資や依存度といった事情が挙げられるとする。

その他、橋本は、長期間契約について特に解消の場面から分析している。ここでは、複合的・長期間契約の法的構造を分析するとともに、そこにおける当事者の行為規範を明らかにすることが企図されている[28]。升田は、実務家的観点から継続的取引について裁判例を整理し、継続的契約の定義のあいまいさや利害関係の調整の難しさゆえに、契約実務に有用な法理論を提示し難いと指摘している[29]。

これらの議論は特に継続的取引の解消に主眼を置いており、本稿とは検討の直接的対象が異なるものの、本稿との関係でも、重要な示唆が得られる。というのも、継続的取引の解消に対する被解消者の救済を検討することは、損害賠償の範囲・算定方法、履行の強制を検討することに他ならず、契約違反に対する損害賠償法理と深くかかわることになる。すなわちここでは、本稿の検討対象である帰責根拠、あるいは契約責任の責任判断構造が間接的に検討されているといえる。

また、単発の売買契約が事実上継続的に繰り返される場合も珍しくなく、どのような契約を継続的契約と

してその他の契約と異なる扱いをすべきか確定する必要がある。[30] この点、裁判例において契約上一定の注意義務（に該当すべきもの）が契約内容をなしていれば、あるいは、何らかの（当事者の合意に還元されない）違反について当事者に契約責任が認められるとするならば、それは帰責根拠をなしていることになる。ここでは、継続的取引としての契約内容の確定に、規範的な要素が読み込まれることになる。

継続的取引の議論を全ての契約に適用されることを前提とする民法四一五条の議論にどこまで組み込めるのか不明確な部分もあるものの、そもそも、契約の不均衡や依存を特徴とする取引においてこそ契約責任、外在的な責任決定規範が重要となり得ることは否定できない。こうした性格を有する継続的取引を念頭に置いて損害賠償責任論の枠組みをとらえなおすことには一定の意義があろう。

（12）なお、契約当事者の行動態様が考慮されたわけではないが、J32は契約違反について事案の経緯から不可抗力に該当するとした。この事案では、有害物質を含む商品を供給した売主（Y）について契約違反を認める一方、故意の犯罪行為によって本件商品に有害物質が混入された経緯を踏まえ、これは「通常想定し得ない異常事態であって、不可抗力に準ずるもの」であるとしてYの帰責性を否定した。ただし、債務不履行責任とともに瑕疵担保責任が追及されており、結局Yの契約上の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任が認められた。

（13）潮見（二〇一五年）・前掲注7・六七頁等。

（14）改正前民法四一五条は「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする」と規定する。伝統的通説は、債務の本旨不履行に加えて要件とされる「責めに帰すべき事由＝帰責事由」を「過失」と解してきた。

（15）例えば北川は、ドイツ法学説継受の流れについて、ドイツ法における学説の対立や議論とは切り離された形で「地盤協

定のすんだもののごとく」わが国に導入されたと批判する。北川善太郎『契約責任の研究――構造論』有斐閣（一九六三年）四四頁。また、改正前民法四一五条がフランス民法の系譜に連なるものであると指摘し、ドイツ的構成による債務不履行の三分体系を批判するものとして、参照、川島武宜『債権法講義総則（一）』近代思想社（一九四八年）一三一頁、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』良書普及会（一九七八年）四六、五一頁等。

(16) 債務不履行責任の帰責事由に関する多数の裁判例を検討したものとして、参照、長尾治助『債務不履行の帰責事由』有斐閣（一九七五年）。長尾は、過失責任主義を「人間の自由に対する社会的な保障制度の一としての意思尊重に基礎を有する一の法律制度である」と評価しつつも、今日の契約上の義務の深化と多様化に合わせ、帰責事由の判断において、単に過失の有無で判断するのではなく、社会的性格が要請されていると述べる。また、長尾の研究を引用したうえで、債務不履行の帰責事由がないと認められた裁判例に着目して検討したものとして、参照、広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ個別的考察（二）債権編』有斐閣（一九九八年）三五頁〔中田裕康執筆部分〕、中田裕康『債権総論〔第四版〕』岩波書店（二〇二〇年）三五頁。中田は、債務不履行に基づく損害賠償責任の帰責事由について、ドイツ法的な過失責任主義によるというより、個々の具体的契約内容に即し、債務不履行と過失の有無とを一体として考慮して責任の成否を判断していると指摘する。

(17) 売主側の契約責任が肯定された事案として、J-2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 (J-8の控訴審)、11, 12, 13 (J-12の控訴審)、18, 19, 20, 21 (J-20の控訴審)、22, 23, 24, 25, 27, 30, 31。売主側の契約責任が否定された事案として、J-1, 32。

(18) 買主側の契約責任が肯定された事案として、J-7, 10, 14, 15, 16, 17, 23, 26, 28, 29。買主側の契約責任が否定された事案として、J-3, 6, 18。

(19) 契約責任を論じるにあたり、債権・債務の発生原因である個別具体的な「契約」から説き起こして問題をとらえ、当該債務が「契約」に基づいて生じたものであることや、当該債務を発生させた「契約」の内容が、債務不履行の問題を処理するための法理論にどのような影響を与えるかという点に関心を向ける議論は一九九〇年代半ば以降に活性化した。森田宏樹『契約責任の帰責構造』有斐閣（二〇〇二年）、潮見佳男『契約責任の体系』有斐閣（二〇〇〇年）、同『契約法理の現代化』有斐閣（二〇〇四年）、同『債務不履行の救済法理』信山社（二〇一〇年）等。これらの学説の展開について、詳細は本稿第四章第四節参照。

(20) 森田（二〇〇二年）・前掲注19・五四頁以下。
(21) 基本方針の段階での議論につき、参照、民法（債権法）改正検討委員会編（二〇〇九年）・前掲注・二四六～二四七頁。
(22) 潮見（二〇一五年）・前掲注7・六〇頁等。
(23) 同上。なお中間試案の段階では、損害賠償の要件は「契約による債務の不履行が、当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるときは、債務者は、その不履行によって生じた損害を賠償する責任を負わないものとする」とされており、「取引上の社会通念」の語は見られない。法制審議会民法（債権関係）部会『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（別冊 NBL 一四三号）』商事法務（二〇一三年）第一〇、一（二）。下線は引用者による。
(24) なおこの事案では、こうした営業努力が義務である以上「過大評価することは相当でな」く、買主が努力を尽くしていたとしても、売主が一方的に更新拒絶することは許されるとされた。
(25) この点に関連して、新しい契約責任論のもとでの契約責任の帰責性判断は、契約上の義務の内容・射程がどこまで及んでいるのかによってなされるとの説明がなされる。このような判断は契約上の債務の「強度」による分類――結果債務、債務者の具体的な行為義務違反を債権者が立証すべき手段債務、債務者が具体的な行為義務違反がないことの立証責任を負う手段債務――に服する。さらに、この区分は相対的なものであり、濃淡ないし段階があるという。森田宏樹『債権法改正を深める――民法の基礎理論の深化のために』有斐閣（二〇一三年）三七頁以下。このような考え方からは、一概に「契約その他の債務の発生原因」が「取引上の社会通念」に優先するという発想は出てこないように思われる。契約によって帰責根拠が柔軟にとらえられるべきであるとする点で、本稿に親和的な立場であるといえる。
(26) 例えば、鈴木禄彌『債権法講義』創文社（一九八〇年）八七頁。
(27) 中田（一九九四年）・前掲注10・四七七頁以下。参照。
(28) 橋本恭宏『長期間契約の研究』信山社（二〇〇〇年）。特に三一二頁以下では、当初契約の貫徹が困難となった場合において、契約を変更したうえで継続する場合の契約当事者の規律が問題であるとされる。
(29) 升田（二〇一三年）・前掲注10・特に八三頁以下。
(30) 中田（一九九四年）・前掲注10・八頁。

第四節　fault 論による再構成の試み

一　アメリカの裁判例における fault

アメリカ契約法はわが国と異なり、伝統的に厳格責任主義を採用するものと理解されてきた。しかし近年、アメリカ契約法における fault の役割を見直そうとする学説が有力に主張されている[31]。このような新しい fault 論には、厳格責任主義から fault を基礎とする契約責任法理への転換を主張する規範的な議論だけでなく、現状認識として fault が重要な役割を果たしていることを示そうとするものも多い。

そこで実際の裁判例を眺めてみると、契約責任の判断にあたって fault が考慮されていると評価し得るものがみられた[32]。例えば、債務者に明示の義務違反があるにも関わらず債務不履行責任が否定された事案[33]や、明示の義務違反のない債務者の債務不履行責任が肯定された事案[34]があった。ここでは、明示の義務違反がただちに帰責根拠となるわけではなく、当事者が機会主義的に行動したか、契約違反が故意によるものであったか等について検討したうえで責任判断がなされていた。なお、その際には、当事者の機会主義的行動を抑止するような黙示の義務を good faith の法理を通じて契約内容に読み込む等の処理を行う裁判例が多くみられた。

アメリカ契約法学において帰責根拠として fault が一定の役割を果たしていると評価される裁判例には、必要量購入契約の違反に基づく救済の事案の他、賃貸借契約や建築請負契約の違反の事案が含まれる。これらの事案はいずれも、契約が現在化されておらず、後から影響を受けやすい。さらに、一方当事者が契約違反や損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場にあり、にもかかわらず契約違反や損害の発生・拡大を生じさせた場面であるといえる。

こうした状況をふまえると、少なくとも一定の契約類型については、アメリカ契約法の伝統的通説の理解とは異なる

判断要素が機能しているのではないかと考えられる。もっとも、裁判例が契約内容に規範的な要素――例えば、機会主義的に行動しないという黙示の合意――を読み込んでいる以上、形式的には契約に違反したかどうかによって契約責任の有無が判断されているということができる。その意味で、契約責任の帰責根拠として第一に契約違反を掲げる厳格責任の立場は維持されるが、帰責根拠の実態は明示の合意違反に尽きるものではない。実際の裁判例は、契約締結時における当事者の意思には還元されない要素をfaultとして読み込むことにより、より妥当な紛争の解決を図ったり、当事者の適切な行動を促進したりしていると評価できる。

二　日米の裁判例の比較

近年の契約法学において、アメリカ契約法は伝統的に厳格責任主義に立つにもかかわらず、実際の裁判例においては明示の合意違反には還元されない規範的判断がなされていることが示された。そこで、日米の裁判例の比較検討の便宜上、（ⅰ）契約責任を追及されている側に明示の義務違反があったか否か、（ⅱ）契約責任を追及されている側に明示の義務違反以外のfaultが認められるか否か、という観点から本章で取り上げたわが国の裁判例を分類すると以下のようになる（表J（b））[35]。

ここでまず注目されるのは、明示の義務違反がないにもかかわらず損害賠償責任が肯定された事案、及び、明示の義務違反があるにもかかわらず損害賠償責任が否

表J（b）	明示の義務違反あり	明示の義務違反なし
faultあり	J-2、3（相殺）、4、6、8、9、10、16、19、20、21、23（相殺）、24、25、26、31。 ⇒損害賠償責任肯定 J-7、14。 ⇒損害賠償責任肯定、一部のみ J-22、27。 ⇒損害賠償責任肯定、過失相殺	J-5、11、12、13、15、17、28、30。 ⇒損害賠償責任肯定 J-18、29。 ⇒損害賠償責任否定
faultなし	J-1、6、32。 ⇒損害賠償責任否定[36]	

定された事案である。これらの事案では、アメリカ契約法実務同様、わが国においても、明示の義務違反のみに帰責根拠が求められるわけではなく、むしろ fault の有無によって責任判断がなされていると説明できる。

前者の事案では、継続的に取引を行うか、どれだけの期間契約関係を続けるかが、契約締結時には明示的に合意されていなかった（J-5, 12, 13, 15, 17, 28, 30）。そうである以上、取引を停止したり更新を拒絶したりすることは、必ずしも明示の義務違反であるとはいえない。あるいは、契約の一方当事者が取引条件の改定を求めたものの、相手方が応じないために契約を解除して製品の供給を停止した場合についても、そのような改訂の交渉が拒絶されたために以降の取引を取りやめること自体は明示の義務違反であるとはいえない（J-11）。しかし裁判例はこれらの事案において、例えば、取引停止を受けた債権者が売上高において相当の好成績を挙げたことを指摘したうえで、取引停止について契約違反を認め損害賠償責任を肯定している。

また後者の事案は、売主が買主に独占的な一手販売権を与えておきながら、買主の競合他社との取引を開始した（J-1）、代金を支払わなかった（J-6）、瑕疵ある目的物を供給した（J-32）等、いずれも明示の義務違反が認められる。しかし裁判例は、買主が市場開拓や販売成績向上のための営業努力を尽くさなかった場合には、売主が買主以外との取引を開始したとしても損害賠償責任を問われないとした。あるいは、相手方の一部未納のために製品を完成させることができないという事情を認めて代金未払について責任を否定したり、契約の目的物たる食品に有害物質が混入した経緯について不可抗力であると評価して責任を否定したりした。

さらに、明示の義務違反がある場合に契約責任が肯定された裁判例のなかにも、請求内容の一部について損害賠償責任が否定されたり、過失相殺が認められたりした事案がある。これらの事案は、近年のアメリカ契約法における fault 論の観点からは、契約に違反した債務者は、自分に fault の認められない損害については責任を負わないと説明するこ

とができよう。

例えば、一手販売契約を締結した買主が他の業者から仕入れを行ったことについて損害賠償責任が肯定された事案では、これに加えて売主から五〇万円の違約金の支払が求められた（J-7）。裁判所は、違約金の特約については、買主が零細企業であったこと等を指摘したうえで、「自己の取引上の地位が相手方に対して優越していることを利用して正常な商慣習に照らし相手方に不当に不利益な条件で取引する場合に該当する（独禁法第二条第七項第五号一般規定の一〇）ばかりでなく……独禁法が禁遏しようとする状態の実現に直接かつ積極的に奉仕する場合に該当するから」無効であるとし、違約金の支払請求を棄却した。同様に、販売代理店契約の期間中（二〇年）に一方的に仕入れ先を変更した買主についても、「売主が取引上優越した地位を利用して……期間二〇年の拘束という不当に不利益な条件を科したものであり」、独禁法一九条及び公序良俗に反するとして、拘束期間が二〇年であることは無効であるとした（J-14）。結局、六ヵ月分の逸失利益については買主の損害賠償責任が肯定されたが、その余については売主の請求は認められなかった。

過失相殺が認められた事案では、納入の停止や商品についての誤った説明等、契約に違反した売主の損害賠償責任を肯定した。一方で、「本件納品停止は、買主によるその契約上の優位性を背景にした右のような一連の行為が誘因となっているものというべきであるから、それに由来する損害の発生については、買主にも責められるべき点があることは否定できず」ないとして過失相殺を認めた（J-22）。あるいは、買主が本件商品以外にも複数の契約相手から提供を受けた多数の商品について通信販売を行う業者であること等に鑑み、Xとしても本件商品を調査すべき義務があったとして過失相殺を認めた（J-27）。

三　統一的な枠組みとしてのfault

本稿では、共通の性格を持つ裁判例について、日米の具体的事案の比較検討を試みた。具体的には、アメリカ契約法においては必要量購入契約、生産物一括売買契約、割合賃料による賃貸借契約の事案、日本契約法においては主に一手販売権を持つ販売代理店契約が扱われた。

これらの事案はいずれも、契約が現在化されていないために後から影響を受けやすく、契約の一方当事者が契約違反や損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場にあるものである。近年のアメリカ契約法におけるfault論は、このような事案において、単に明示的な合意に反したか否かによって契約責任の有無が決まっているわけではないと指摘するものであった。ここでは、義務違反契約違反や損害の発生・拡大についてコントロールし得る立場にある当事者が、機会主義的な理由からそれをせず、契約違反や損害の発生・拡大を生じさせたか否かが帰責根拠となると指摘された。

本稿で検討したわが国の裁判例の大多数についても、faultの有無が帰責根拠となっていると説明することができそうである[37]。個々の裁判例における具体的な判断を見ても、契約上の紛争にかかわる損害の発生について、契約両当事者の事情や行為態様を総合的に考慮しながら、誰がその責任を負うべきか検討しているように思われる。

さらに、わが国の裁判例における過失相殺についても、その機能についていえば、債権者にfaultの認められる損害については契約責任の追及を制限する（その分の損害について債権者に帰責根拠を認める）ものであり、faultの観点から統一的に理解することができそうである[38]。

（31）本稿第二章参照。特に、アメリカ契約法の現状認識としてfaultが契約法規範を構成していると評価する議論として、George M. Cohen, *The Fault that Lies within our Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1447 (2009) 等が挙げられる。

(32) 本稿第三章参照。

(33) 〔A-1〕Loudenback Fertilizer Co. v. Tennessee Phosphate Co. (121 F. 298; 1903 U.S. App. LEXIS 4608), 〔A-2〕Oscar Schlegel Mfg Co. v. Peter Cooper's Glue Factory (231 N.Y. 459; 132 N.E. 148; 1921 N.Y. LEXIS 656), 〔A-12〕Moore v. American Molasses Co. of NY (106 Misc. 263; 174 N.Y. 440; 1919 N.Y. Misc.), 〔A-26〕Asahel Wheeler Co. v. Mendleson (180 A.D. 9; 167 N.Y.S. 435; 1917 N.Y. App. Div. LEXIS 8094). なお〔 〕内は本稿第三章における通し番号を指す。

(34) 〔A-4〕Texas Indus., Inc. v. Brown (218 F.2d 510; 1955 U.S. App. LEXIS 5339), 〔A-5〕Western Oil & Fuel Co. v. Kemp, Webb Oil Co. (245 F.2d 633; 1957 U.S. App. LEXIS 4836), 〔A-8〕UEF Incorporated v. Methode Electronics, Inc. (808 F. Supp. 1407; 1992 U.S. Dist. LEXIS 19242), 〔A-9〕Koch Hydrocarbon Co. v. MDU Resources Group, Inc. (988 F.2d 1529; 1993 U.S. App. LEXIS 4555), 〔A-10〕Porous Media Corp. v. Midland Brake, Inc., (220 F.3d 954; 2000 U.S. App. LEXIS 17427), 〔A-11〕Patterson v. Meyerhofer (240 N.Y. 96; 97 N.E. 472; 1912 N.Y. LEXIS 747), 〔A-18〕Lakota Girl Scout Council, Inc., v. Havey Fund-Raising Mgmt. Inc. (519 F.2d 634, 643; 8th Cir. 1975), 〔A-20〕Cissana Loan Co. v. Barrron (149 Wash. 386; 270 P. 1022; 1928 Wash. LEXIS 694), 〔A-22〕Mutual Life Ins Co. v. Tailored Woman Inc. (309 N.Y. 248; 128 N.E. 2d 401; 1955 N.Y. LEXIS 952), 〔A-25〕Orville E. Fortune v. Nat'l Cash Register Co. (364 N.E.2d 1251, 1255-56; Mass. 1977).

(35) 表J（b）はアメリカ契約法の裁判例をまとめた表（本稿第三章第三節参照）に対応する。

(36) 表J（b）の左下に区分される三件は、損害の発生について契約責任を追及する側にfaultがあり、契約責任を追及されている側にはfaultが認められない事案であるといえる。

(37) 明示の義務違反がある場合に責任が肯定された事案（J-2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 16, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 31）については、faultの有無にかかわらず、単に明示の義務違反が帰責根拠となったと説明することが可能である。しかしfault論の立場は、上述したように、厳格責任主義と矛盾するものではないのであり（本稿序章第二節参照）、fault論から説明できないわが国の裁判例は三一件のうちJ-18, 29の二件のみということになる。この二件では、その他の裁判例において評価されたような規範的判断が意図的に排除され、一方的に取引を停止した買主について、あくまで明示の義務には反していないとして損害賠償責任が否定された。

(38) もっとも、わが国の民法は損害賠償責任についての四一五条とは別に、過失相殺に関する規定を四一八条に置いている。

実際の裁判例においては、債務者に損害賠償責任があるか（契約違反についての契約両当事者のfault）と、過失相殺が認められるか（損害の発生・拡大についての債権者のfault）とは別個の争点として争われる。

第五節　小括

契約責任の帰責根拠の検討にあたり、具体的事案の実質的検討の積み重ねが重要であるという立場から、本章では、一定の契約類型における契約違反に基づく損害賠償責任の判断構造の分析を試みた。契約類型としては、アメリカ契約法の裁判例におけるfaultの役割を参考に、契約締結時に定まっていない内容について一方当事者が機会主義的にコントロールし得るもの――継続的かつ独占的な売買契約や請負契約――を選択した。

裁判例の検討の結果、損害賠償責任の判断にあたって、契約当事者が営業努力を尽くしていたか否か、当該契約のために投資をしたか、当該取引への当事者の依存度等に基づく契約上の立場の優劣はあったか等が考慮されていることが分かった。このような場面では、契約当事者が明示的な契約上の義務に反したことにとどまらない規範的判断がなされているようである。

このような裁判例における責任判断構造について、わが国の契約責任論からは必ずしも整合的に説明されていないといえる。わが国の伝統的な過失責任主義の立場からは、損害賠償責任は債務の本旨不履行＋債務者の過失によって成立するとされてきた。しかし実際の裁判例においては、紛争において発生した損害について、契約両当事者の背景や事情を総合的に考慮しながら、一元的に責任を判断している。

新しい契約責任論の立場は、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める。改正債権法もこの立場を踏襲し、免責の

判断を「契約その他の債務の発生原因」にかからしめる。ただし、条文上は「契約」とともに「取引上の社会通念」が併記され、後者については前者から契約内容を導くことができないときに補充的に考慮するということのようである。これに対して、本稿において検討した裁判例では、必ずしも「契約」に基づく基準が優先されているわけではなく、むしろ個々の契約による妥当な紛争解決のために「取引上の社会通念」に基づく規範的判断がなされているといえる。

さらに本章では、わが国の裁判例をアメリカ契約法における fault 論の立場からとらえ直すことで、その大多数が fault に基づく責任判断構造として説明できるものであることを確認した。わが国の裁判例も、契約上の紛争にかかわる損害の発生について、契約両当事者の事情や行為態様を総合的に考慮しながら、誰がその責任を負うべきか検討している。過失相殺制度も、債権者に fault の認められる損害の責任追及を制限し、その分について債権者に責任を負わせるものであるといえる。

このように、わが国の一定の裁判例は、当事者の明示の義務違反のみに基づかない帰責根拠を採用しており、その責任判断構造は fault という枠組みで統一的に理解することが可能であろうと思われる。

終章

第一節　アメリカ契約法における fault

一　契約責任法理の形成と転換

アメリカ契約法において pacta sunt servanda（契約は履行すべし）は承認された格言であり、契約責任は伝統的に

厳格責任であると解されてきた[39]。一度成立した契約は履行されねばならず、契約によって引受けたことを履行しない当事者は、そのことをもってただちに契約責任を負うことになる。しかしながら近年、契約責任を厳格責任とする伝統的通説に動揺が見られる。そこで本稿はまず、近年の fault 論に至るまでのアメリカ契約責任法理の形成の歴史と、伝統的な契約法学のアプローチを概観した。

アメリカ契約法の発端に遡ると、そこでの契約責任は必ずしも厳格責任主義に立つものではなかった[40]。むしろ個別の契約類型ごとの公平の観点から契約内容が規制されており、この意味では、厳格責任主義の立場とは異なる責任判断構造が機能していたといえる。

これに対して、客観的に明確な統一的ルールの要請から、有効な約因を備えた契約には法的効力を認めるという考え方が有力となった。約因法理を基礎とする交換的取引理論は、Holmes 及び Williston によって体系化され、第一次契約法リステイトメントにおいて結晶化された。ここに至り、それ以前の契約法学説が個別の典型的な法律関係ごとの「関係的な義務」を論じていたのに対し、「合意によって形成された義務」が強調されるようになった。これに伴い、契約責任の決定にあたっても、当事者が自ら合意した義務に違反したか否かが帰責根拠を構成することとなった。

このような古典的契約理論は、しかし、一八七〇頃から勢いを失っていくことになる。一九七九年には Gilmore が、古典的契約法理論における約因を基礎とする交換的取引理論の崩壊を指摘している[41]。Macneil もまた、契約を現在化し単発的にとらえる契約観を批判した。特に継続的取引において顕著であるように、契約法規範には、「役割の整合性」や「社会基盤」との調和といった関係規範が含まれるとの議論が展開された[42]。

本稿との関係でいえば、Gilmore や Macneil らの指摘はいずれも、契約をとらえるにあたって明示された合意以外の規範的な要素を取り込もうとする方法論であるという共通点を見出すことができる。Gilmore のいう「信義則」等の一

般条項による紛争解決は、契約当事者の合意内容のみを帰責根拠とする立場にとどまらないものである。[43] Macneil も、契約は社会的背景――これは、当事者の合意内容のみに還元されないものである――と切り離すことのできないものであると指摘している。[44] 両者はいずれも、帰責根拠は当事者の合意内容のみによって構成されるものではないとする立場と親和的であると考えられる。

とはいえ、具体的な責任判断の場面、すなわち、損害賠償や履行請求といった救済が問題となる場面において、帰責根拠をいかにとらえるかは、ここまでは必ずしも明確に論じられてはいなかった。契約責任は厳格責任であるとの説明が依然通説としての地位を確立しており、帰責根拠は当事者が契約において引き受けたことそのものに求められていた。そこでは、債務者がなぜ契約に違反したかといった事情は基本的に考慮されずに契約責任が肯定されると考えられてきたのである。

二　アメリカ契約法における fault の発見

以上のような伝統的な厳格責任主義に対して、近年、従来契約法学においてはほとんど顧みられてこなかった fault を積極的に評価する議論が見られる。これらの学説は、当事者の明示の義務違反以外の帰責根拠が認められると主張し、一定の事案においては、契約当事者の fault の有無という規範的あるいは介入的な要素が機能してきた、あるいは機能すべきことを指摘するものであった。近年の fault 論は、二〇〇八年のシカゴ大学ロー・スクールにおけるシンポジウム「Fault in American Contract Law」においてその立場を鮮明にし、その後も議論が続いている状況である。[45]

とはいえ、アメリカ法での fault は、日本法におけるように帰責根拠として体系的に議論されてきたわけではなく、その体系的な位置づけや、fault という言葉の定義自体、いまだ明確に共有されているとはいいがたい。よってアメリ

カ契約法における fault のとらえ方は一様ではなく、学説において主張される内容も多様である。そこで本稿では、近年の fault に関する研究の一応の整理を試みた。

まず、伝統的な厳格責任の立場から fault に基づく契約責任判断構造への転換を主張する議論がある。伝統的には、契約責任の判断において当事者の fault は考慮されず、fault が重要な役割を担う不法行為法とは対照的であるといえる。これに対して Muris や Cohen は、主に機会主義的な契約違反の場面を想定し、機会主義的な行動を取ったという債務者の fault を契約責任判断に持ち込むことで、このような契約違反を減少させることができるとする[46]。Eisenberg は故意の契約違反の場面について、債務者の fault がより重くとらえられ、最終的な賠償額の決定に反映されるべきであるとする[47]。ここでは、契約法において fault が現在よりも大きな役割を果たすことが正当化されるか否かが論じられている。

さらに Cooter = Porat は、従来の契約責任の判断において債務者のインセンティブのみが考慮されてきたことを批判し、そのうえで、債権者の債務者に対する過剰な信頼を抑え、不十分な協力を是正するため、新しい契約類型――anti insurance、decreasing liability contracts――を提案する[48]。契約違反の場面にける債権者側のインセンティブという観点は、わが国における近時の契約責任論との関係でも興味深いものである。わが国でも近年、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求め、従来の過失責任主義を放棄する立場が有力に主張されている。この点、単に債務者が契約違反を犯したか否かに着目するだけではインセンティブの最適化が図られないとする Cooter = Porat の主張は、日本法に対しても有用な示唆を与え得るものであるといえよう。

一方で、fault に基づく契約責任への転換を主張するのではなく、現在の法制度の中に fault を見出す研究もなされている。近年の fault に関する研究は、基本的には、契約法における fault の役割が限られていることを認めている。これらの研究の主眼はむしろ、厳格責任主義のもとで運用されてきた様々な契約法理論の中に浸透している fault を分析す

ることにある。例えばEric Posnerは、契約違反が債務者のfaultによって生じたものでない場合に、そのことをもって債務者が契約責任を免れる場合を挙げている(49)。また、Cohenは、損害の発生や拡大について債権者にfaultがあった場合に損害軽減義務が認められることを指摘し、債権者のfaultが契約責任の決定に影響を与える場面であると説明する(50)。これらの議論は、従来の契約責任判断の枠組みの中にfaultと呼びうるものを見出すことで、契約法におけるfaultの役割を見直そうとするものもある。

以上のように、アメリカ契約法におけるfault論には、契約法にfaultを持ち込むことの意義を論じるものの他、実際の契約法理のなかにfaultが見出せることを指摘するものがあった。そこで本稿はさらに、当事者の明示の義務違反以外の要素が帰責根拠となっていることが指摘される事案の検討を行った。具体的には、契約期間がある程度長期に渡り、契約締結時に契約内容の全てが決定されているわけではなく、そしてそのために契約の一方当事者が機会主義的行動を取り得るといった特徴を備えた、必要量購入契約をはじめとする事案を検討した。

その結果、（i）債務者に明示の義務違反がないがfaultがあるために責任が肯定された事案、（ii）債務者に明示の義務違反があるがfaultがないために――裏返せば債権者側にfaultが認められるために――責任が否定された事案が存在することが確認された。これらの事案では、契約当事者は締結時に契約内容を全て決定するのではなく、また、契約違反や損害の発生・拡大について一方がコントロールし得る立場にある。このような場合、裁判例は、当事者が機会主義的行動（opportunistic behavior）によって契約違反や損害の発生・拡大を生じさせたか否かによって契約責任を判断しており、契約当事者のfaultの有無が帰責根拠となる一例であると説明できる。

伝統的に厳格責任主義を採用してきたアメリカ契約法においても、明示の義務違反にとどまらない規範的ないし介入的な要素が帰責根拠として機能しているといえる。

三　わが国へのfault論の紹介

アメリカ契約法学におけるfault論について、日本に紹介した論稿はこれまでに複数みられる。

笠井は、二〇〇八年のシカゴ大学ロー・スクールにおけるシンポジウム「Fault in American Contract Law」を起点とする議論を整理し、日本民法の不履行責任規範の理解に示唆をもたらすものとして紹介している[51]。ここでは、日本法における過失や過失に類似する要素は、不履行の要件のみならず、信義則や善管注意義務といった法理・法概念の中で存在することに触れ、不履行責任規範を改めて考え直す契機として、アメリカ契約法学における議論に着目している。

笠井によれば、アメリカ契約法においては、厳格責任の原則が一定の範囲で維持されており、一方で特に免責法理等において「過失（fault）」が契約責任の成否を左右するという意味における「過失責任主義」が妥当しているとする[52]。そして、帰責事由を経済的側面や倫理的側面から検討するアメリカ契約法学の議論を参照することで、わが国においても帰責性判断の精緻化に資することができると評価する[53]。

また小林も、実務の観点からアメリカ契約法学におけるfault論を紹介している[54]。小林は、帰責性判断を通じた債務者免責の仕組みを、内在的に「リスク引受け」の要素を織り込んでいるものと理解する。すなわち、債務者に帰責性なしとして免責の対象とされた事象は、契約時に立ち返って、そもそもいずれの当事者も引き受けるべきリスクではなかったと説明され、厳格責任は建前としては貫かれることになる。他方で、契約履行過程における当事者の行動に対する客観的評価を加味することについては実務上も有益であると指摘する。

（39）RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS ch.11, introductory note, at 309-12 (1981). 本稿第一章第四節参照。

（40）本稿第一章第二節・第三節参照。

(41) GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974).

(42) Ian Macneil, *Whither Contracts?*, 21 J. LEGAL EDUC. 403 (1969); Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).

(43) 本稿第一章第五節参照。

(44) 本稿第一章第五節参照。

(45) このシンポジウムを論文集としてまとめたものとして、107 MICH. L. REV. 1341 (2009). さらに、この論文集を修正・要約して出版したものとして、OMRI BEN-SHAHAR AND ARIEL PORAT EDS., FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW (2010). 本稿第二章参照。

(46) Timothy J. Muris, *Opportunistic Behavior and the Law of Contracts*, 65 Minn Law Rev. 521-590 (1981); George M. Cohen, *The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 941 (1992).

(47) Melvin Aron Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpectd Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, *in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 82-97 (Shahar & Porat eds., 2010).

(48) ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT: IMPROVING TORTS, CONTRACTS, AND RESTITUTION (2014).

(49) Eric A. Posner, *Fault in Contract Law*, *in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 69-81 (Shahar & Porat eds., 2010).

(50) George M. Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 VA. L. REV. 1225 (1994); ; Cohen, *The Fault that Lies within our Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1447 (2009); Cohen, *How Fault Shapes Contract Law*, *in* FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW 53 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010).

(51) 笠井修『契約責任の多元的制御』勁草書房（二〇一七年・初出二〇一一年）。同三九頁では、日本民法における「契約の拘束力」に関する新しい契約責任論の動きに触れ、同時期に日本とアメリカにおいて逆方向の動きが見られることを指摘している。

（52）同二五七頁。なお、笠井は一貫して fault 論の文脈における fault を「過失」と訳している。
（53）同二五八～二六〇頁。
（54）小林一郎「米国契約法における帰責性（fault）の役割」NBL 一〇六二号（二〇一五年）二七頁。なお小林は、わが国の契約実務においては、「責めに帰すべき事由」の用語を結果債務・手段債務の区分けに応じて意識的に使い分けているのではなく、むしろ両者を連続的に理解し、その差を相対的なものとして認識していると指摘している。

第二節　日本法における契約責任決定規範と fault

一　契約責任法理の展開

アメリカ契約法における契約責任の帰責根拠を検討した結果、厳格責任主義が必ずしも普遍的なものではなく、規範的な要素である fault が責任判断構造に読み込まれていることが明らかにされた。

翻ってわが国の契約法は伝統的に過失責任主義の立場に立つとされる。民法四一五条は（ⅰ）債務者が債務の本旨に従った履行をせず、（ⅱ）債務者に故意・過失または信義則上これと同視すべき事由があった場合に、債務者に損害賠償責任を認めるものと解されてきた。しかしこのような考え方は、一九世紀のドイツ法学の思想を反映したものであり、民法の起草過程からは必ずしも導かれないとの指摘がかねてよりなされてきたところである(55)。

そこで、ドイツ法学説継受への反省、母法であるフランス民法の検討を通じ、債務不履行の三分体系が否定され一元的にとらえられるようになるとともに、契約責任を「契約に基づく責任」としてとらえる立場が展開されてきた(56)。これは、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力そのものから導き、従来の過失責任主義を放棄しようとするものである。この

ような新しい契約責任論の考え方は、CISGをはじめとする国際的潮流に即したものであるとされ、近時の債権法改正においても採用された[57]。

この点、起草過程の検討から、債務者が合意に反したことをもって契約責任を肯定し、債務者に理由のない損害については別に免責する規定を設けるCISGの立場は、そもそもわが国の民法の起草当時の意図と親和的なものであると考えられる。特に、民法四一五条と四一八条の関係についてみると、損害賠償責任は債務者の過失を要せず認められており、これに対して、債務者側に理由のない不履行や、債権者側の理由による不履行の場合に対応する必要が生じたことから、民法四一八条が設けられた経緯がうかがえる[58]。これは、CISG四五条ないし六一条と、同八〇条との関係に類似しているといえる。

近時の債権法改正においても、新しい契約責任論の主張が色濃くあらわれている。とはいえ、最終的に公表された改正法においては、新しい契約責任論の立場が貫徹されているとは必ずしも言えないようである。例えば、民法四一五条の改正について、基本方針は「過失」や「帰責事由」といった語を排し、免責事由は「契約において債務者が引き受けていなかった事由」であるとして、帰責根拠は当事者の合意からのみ導かれることを明確にしていた。しかし最終的な改正法では、免責事由について「帰責事由」の語が維持されることとなった。さらに、これは「契約その他の債務の発生原因」と「取引上の社会通念」によって判断されるというが、この二つの判断基準の関係は必ずしも明確でない[59]。また、民法四一八条については、結局「過失相殺」という文言は維持されることとなったものの、英米法やCISG等の損害軽減理論を参照した経緯がうかがわれる。

わが国において従来の過失責任主義から離れ、帰責根拠を契約の拘束力に求める枠組みを受け入れたとしても、契約責任の決定にあたって規範的ないし介入的な判断が行われる余地はなお認められように思われる。そこで本稿では、当

事者の合意に介入的な契約法理論に関するわが国の議論の蓄積を概観した後、実際の裁判例において明示的な義務違反にとどまらない契約両当事者の帰責根拠がいかに判断されているか、分析を試みた。

二　裁判例の分析と fault 論による再構成

アメリカ法の裁判例をみると、（ⅰ）債務者が契約上明示された義務に違反していないにもかかわらず契約責任が肯定された事案、（ⅱ）債務者が契約上明示された義務に違反しているにもかかわらず契約責任が否定された事案、が存在した。fault 論の立場からは、これらの事案は、（ⅰ）明示の義務違反はないが、債務者に fault が認められるために契約責任が肯定された、あるいは、（ⅱ）明示の義務違反はあるが、債務者に fault が認められないために――むしろ損害の発生・拡大について債権者に fault が認められるために――契約責任が否定された、と説明される。

そこで本稿は、厳格責任主義を採用するアメリカ契約法において規範的判断がなされていると指摘される契約類型を参考に、これらと似た性格――すなわち、契約期間がある程度長期に渡り、契約締結時に契約内容の全てを決定せず、そのために契約の一方当事者が機会主義的行動を取り得る――を持つ裁判例を検討した。具体的には、一手販売権を持つ販売代理店契約において、損害賠償責任の帰責根拠が争われた事案である。

裁判例の検討の結果、損害賠償責任の判断にあたって、明示の義務違反以外の要素――例えば、契約当事者が営業努力を尽くしていたか否か、当該契約のために投資をしたか、当該取引への当事者の依存度等に基づく契約上の立場の優劣はあったか等――が考慮されていることが分かった。このような場面では、契約当事者が明示的な契約上の義務に反したことにとどまらない規範的判断がなされているといえる。

三　fault による統一的な理解

わが国の伝統的な過失責任主義の立場からは、損害賠償責任は債務の本旨不履行＋債務者の過失によって成立するとされてきた。しかし実際の裁判例においては、紛争において発生した損害について、契約両当事者の背景や事情を総合的に考慮しながら、一元的に責任を判断している。

また、新しい契約責任論の立場は、契約責任の帰責根拠を契約の拘束力に求める。債権法改正の法案もこの立場を踏襲し、「契約その他の債務の発生原因」に基づく免責を認め、さらに場合によっては「取引上の社会通念」に基づく免責をも認めるようである。これに対して、本稿において検討した裁判例では、必ずしも「契約その他の債務の発生原因」に基づく基準が優先されているわけではなく、むしろ個々の契約による妥当な紛争解決のために「取引上の社会通念」に基づく規範的判断がなされているといえる。

さらに本稿は、わが国の裁判例を、アメリカ契約法における fault 論の立場からとらえ直すことを試みた。その結果、裁判例の大多数が fault に基づく責任判断構造として説明できるものであることが確認された。わが国の裁判例も、契約上の紛争にかかわる損害の発生について、契約両当事者の事情や行為態様を総合的に考慮しながら、誰がその責任を負うべきか検討している。過失相殺制度も、債権者に fault の認められる損害の責任追及を制限し、その分について債権者に責任を負わせるものであるといえる。

このように、わが国の裁判例は、当事者の明示の義務違反のみに基づかない帰責根拠を採用しており、その責任判断構造は fault という枠組みで統一的に理解することが可能であろうと思われる。

（55）本稿第四章第三節参照。
（56）同上。
（57）本稿第四章第五節。例えば、内田貴『債権法の新時代』商事法務（二〇〇九年）八二頁以下。
（58）基本方針【3.1.1.73】は「債権者の損害軽減義務」と題して以下のように規定する。「（一）裁判所は、債務不履行により債権者が被った損害につき、債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたときは、損害賠償額を減額することができる。（二）債権者は、債務者に対し、損害の発生または拡大を防止するために要した費用の賠償を、合理的な範囲で請求することができる」。ここでは、「過失相殺」の文言は排され、「損害軽減義務」によって損害賠償額が調整されることが意図されていた。
（59）なお、新しい契約責任論の下で履行請求権と損害賠償請求権のいずれもが契約の拘束力から直接導かれると考える場合、損害賠償請求権の根拠規定たる民法四一五条の位置づけが問題となる。

第三節　日本法への示唆と今後の課題

一　日本法への示唆

本稿が示そうとする点は以下の四点に集約される。

第一に、厳格責任主義をとるアメリカ契約法でさえ、契約責任の有無・賠償額の決定にあたってfaultが多元的に機能している（あるいは、faultを考慮することで、より妥当な紛争解決が可能である）との指摘がある。日本法においても、契約責任は当事者の明示的な意思のみによっては導かれず、契約責任決定規範としてfaultを評価する余地がある。

第二に、契約当事者のfaultが考慮される態様について、以下の二通りが考えられる。一つは当事者意思の解釈によっ

て fault を読み込む場合であり、いま一つは他律的・外在的規範として fault が機能する場合である。

第三に、契約当事者の fault が考慮される（あるいは考慮されるべき）契約類型について、日米の裁判例の検討から、長期間に渡る契約で、契約締結時に定まっていない内容について一方当事者が機会主義的にコントロールしやすいという特徴が見出される。

第四に、以上の検討は、改正後民法四一五条の「取引上の社会通念」概念の具体化、あるいは同条における「契約」と「取引上の社会通念」との関係性を明らかにするための一助となり得る。また、これらの検討を通じ、わが国における従来の「帰責性判断」の精緻化が進むことが期待される。

本稿は、特に契約違反に基づく損害賠償請求の場面に着目し、そこで当事者の明示的な義務違反にとどまらない規範的要素がいかに帰責根拠を構成するか分析することを試みた。その背後には、契約規範の実体的構造をいかにとらえるかという、より大きな課題があるように思われる。契約当事者を規律する契約規範として第一に挙げられるのは、当事者の合意であろう。これを自律的規範とすると、当事者の合意に基礎づけられず、また当事者の合意によって排除することでのできない規範が他律的規範であるといえる。問題は、このような他律的規範が認められるか否かであり、認められるとして、どのような場面でどのような内容の他律的規範が当事者を規律するかということにある。

契約は、当事者間の交渉を経て成立し、履行がなされ、あるいは履行がなされなかったり不完全であったりした場合には、救済がなされ得るというプロセスをたどる。当事者を規律する契約規範がいかに形成されるか考えた場合、契約に拘束力があるか否かは、裁判所が契約違反に対して認める救済にかかっており、この問題は、当事者にどのような救済が認められるかに収束するといえる。

契約規範を構成するのは当事者の合意（自律的規範）だけではなく、他律的規範が持ち込まれることもある。この点、

本稿は、明示的な合意の違反にとどまらない契約当事者の帰責根拠を探求するものである。本稿の検討対象であった救済の場面では、他律的規範が契約の解釈によって黙示の合意として読み込まれる等の作業を通じて、契約責任の有無や損害賠償額の決定に影響を与えることがあり得る。このように考えると、規範的ないし介入定な帰責根拠を分析することは、契約規範の実体的構造というさらなる課題に一定の解答を示し得るものであるといえる。

二　残された課題

もっとも、本稿は日米の契約責任の帰責根拠にかかわる学説・裁判例の展開を照らし合わせながら、明示の義務違反以外の規範的ないし介入的な帰責根拠たるfaultが果たす役割について、その一例を示したに過ぎない。さらなる契約類型、あるいは、わが国において損害賠償の帰責根拠として論じられている場面以外における交錯領域について、なお検討を進める必要がある。

二―一　付随義務論との関係

本稿では、契約責任の判断において明示の義務違反以外の規範的な要素があらわれる場面として、特に損害賠償責任を規定するわが国の民法四一五条を中心に検討した。しかし、すでに本稿でも示した通り、過失相殺や信義則の法理も規範的な要素を読み込む受け皿として機能している。帰責根拠（ないし免責事由）としてだけでなく、契約当事者の責任の有無や賠償額の決定など、多様な場面においてfaultが機能する可能性がある。

この点、本稿では触れられなかったが、わが国において付随義務論として論じられてきた領域との関係が問題となる。わが国ではドイツ民法を参考に、債務の構造を（ⅰ）給付義務、（ⅱ）付随義務、（ⅲ）保護義務に分類して分析する

立場がある[60]。このうち（ⅱ）は「給付義務を債務の本旨に従って実現できるよう配慮する、給付結果・給付利益の保護へ向けられた義務」、（ⅲ）は「債権者・債務者間で相互に相手方の生命・身体・財産を侵害しないよう配慮すべき注意義務」であるとされる[61]。（ⅰ）が契約から発生する債務であるのに対し、（ⅱ）及び（ⅲ）は信義則から発生すると説明される。このような債務構造分析アプローチは、給付義務のみならず、その前後左右を含む付随的な義務を捕捉し、様々な場面の問題を統一的体系的に理解しようとするものである。

もっとも付随義務論については、かねてより批判がなされているところである。とりわけ「債務」ではなく「契約」による理解を主張する立場からは、「ドイツ民法のように、給付義務・付随義務という形で債権総則のレベルにおいて扱われるべきではなく、債務発生原因が契約の場合には契約各論のレベルで、言いかえれば、個々の契約の解釈として解決されるべきである」と指摘されている[62]。さらに、債務者の負担が合意により引受けた部分を超えて、契約目的達成のために必要と考えられる事柄や、履行の際に生じ得る相手方の完全性利益の侵害からの保護のために必要と考えられる事柄にまで拡張することが承認された今、給付義務・付随義務構成は役割を終えたとの指摘もある[63]。

付随義務論は、契約から導かれるもの以外の債務を体系的に説明しようとするものであり、学説からの批判も含めて、その意義を問い直す必要があろう。

二―二　不可抗力との関係

わが国の近時の債権法改正においては、契約に基づく損害賠償責任は、債務の不履行によって肯定され、免責事由に該当すれば免責されるという形をとることになる。そうであれば、同じく契約責任を免責する機能を持つ不可抗力との関係が問題となる。本稿の問題意識に引き付けていえば、不可抗力によって契約目的が達成されなかった場合は、まさ

に債務者にfaultがないといえる場面であろう。

わが国では、「不可抗力」という概念は異常な事変、予見不可能な自然災害のほか、戦乱等の人為的状況をも含むとされる[64]。ただし、不可抗力は免責事由であるが、「無過失（債務者に過失がないこと）」とは同一視されないことが多い。後者は「債務者が社会生活において必要とされる平均的な注意を尽くしたこと」を意味し、前者よりも広い概念であるとされるという[65]。

ただし、不可抗力を結果債務における「債務の射程ないし厳格さの限界を画するもの」と理解すれば、当事者が契約に基づいて画した債務の内容と射程に即して「免責事由」としての不可抗力が相対的に把握され得るとの指摘がある[66]。また、こうした考え方は、CISGにおける免責と――不可抗力免責という枠組みそのものを採用しているわけではないものの――つながるとも指摘される[67]。というのも、CISGは、帰責根拠を契約違反に求め、そのうえで、義務の不履行が自己の支配を超える障害によって生じた場合に損害賠償責任を免責するという構成をとっているのである[68]。

当事者にfaultがないために契約責任が否定される場面を論じる際、不可抗力免責との異同について、CISGにおける責任判断構造を参照しながら検討することで、一定の示唆が得られよう。

（完）

（60）奥田昌道『債権総論〔増補版〕』悠々社（一九九二年）一六頁以下・一六三頁以下。
（61）同上。
（62）平井宜雄『債権総論』信山社（一九九四年）四九頁以下。
（63）潮見（二〇〇〇年）・前掲注19・二一六頁以下。

(64) 奥田昌道編『新版注釈民法（一〇）Ⅱ債権（一）』有斐閣（二〇一一年）一七〇頁以下〔北川＝潮見執筆部分〕。
(65) 同上。
(66) 森田（二〇〇二年）・前掲注19・五〇頁。
(67) 奥田〔潮見補訂部分〕（二〇一一年）・前掲注64・一七二頁以下。
(68) 曽野裕夫「ウィーン売買条約（CISG）の意義と特徴」ジュリ一三七五号（二〇〇九年）一〇頁。ただし、その障害の回避可能性・克服可能性がないことだけでなく、契約締結時におけるその障害の予見可能性がないことも要件とされているため、実際に免責が認められる場合は限られるとされる。

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

論　説

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（六）

――国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から――

津田智成

目　次

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

第二節：本稿の分析手法と構成
第一章：役務のフォートの判断基準としての義務違反
第一節：役務のフォートの判断基準
第一款：役務のフォートの行為不法的側面
第二款：役務のフォートの結果不法的側面
第二節：義務の判断基準
第一款：法規定
第二款：職務の性質
第三款：法の一般原則
第三節：小括――役務のフォートの行為不法的側面と結果不法的側面――
第二章：役務のフォートの類型論
第一節：論理的類型論
第一款：伝統的説明
第二款：現代的説明
第二節：経験的類型論
第一款：違法な法律行為
第二款：公務員の法的地位に対するフォート
第三款：さまざまな不作為
第四款：過誤・不手際・不注意
第五款：予防原則
第六款：役務の組織上の瑕疵
第七款：瑕疵ある情報
第八款：損害を生ぜしめる態度

（以上、六八巻二号）
（以上、六八巻五号）
（以上、七一巻一号）
（以上、七一巻五号）

第三節：小括――多様な形態をとる役務のフォート――
第三章：役務のフォートの評価方法
第一節：具体的評価
第一款：事件の諸状況
第二款：用いうる手段
第三款：損害の予見可能性
第二節：抽象的評価
第一款：公役務の組織編成ないし体制整備
第二款：行政客体の権利
第三節：小括――行為規範の措定を規律する諸要素――
第四章：結果債務理論
第一節：手段債務――注意義務――
第二節：結果債務――実効性確保義務――
第三節：小括――行為規範の高度化と結果不法説的解釈――
終章：総括――役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件――
第一節：役務のフォート概念の弾力性
第二節：行為規範の措定のあり方についての試論的考察

（以上、七一巻六号）

第三章：役務のフォートの評価方法

本章においては、前二章における役務のフォートの判断基準や類型論についての検討を前提に、原則として「義務違

（以上、本号）

反」として定義され、さまざまな義務に対する違反により構成される役務のフォートが、どのように評価されているのか、具体的には、その評価に当たって考慮されている要素がいかなるものであるのか、そして当該考慮要素がどのように機能しているのか、を解明することを試みる。

そもそも、フランスにおける国家賠償責任に関する判例の大部分は、いわゆる事例判決であることから、裁判官が役務のフォートの評価方法に関する一般理論を示すような判示を行うことは極めて稀であるといえる。ただ、Laurent Richer は、その稀有な例として、一九五七年に Lille 行政裁判所が下した一つの判決[1]を紹介している[2]。この判決において、Lille 行政裁判所は、役務のフォートによる賠償責任を評価するに当たって考慮される五つの要素を以下のように整理している。すなわち、①損害の予見可能性（予見が容易であればあるほど、賠償責任が認められやすくなる）、②被害者と行政主体の関係の性質（役務又は公の工作物の利用者は、第三者と比較すると賠償が認められにくい）、③役務が用いうる手段（行政の任務が当該手段に鑑み困難であればあるほど、賠償責任が認められるケースは稀になる）、④行政主体の注意義務を高度なものにする行政活動の危険な性格、⑤一般利益の観点から見た役務の重要性（役務が極めて重要なものでありいかなる代価を払ってでも確保されなければならない場合、賠償責任は行政主体の重大なフォートあるいは非常に重大なフォートが存する場合にしか認められない）という五つの考慮要素である。この整理は、半世紀以上前の判決によるものであり、時代的な制約もあるため、必ずしも現在の判例理論を正確に反映しているわけではないものの、特に①～③は、今日の判例においてもしばしば見られる重要な考慮要素であるといえる。

他方、学説においても、公役務横断的な役務のフォートの評価方法に関する一般理論が提示されるということはほとんどない。ただ、この点に関しては、序章でも紹介したとおり、Didier Truchet が一つの整理を提示しているので、ここで改めて確認しておくこととしたい[3]。すなわち、Truchet は、役務のフォートの認定に当たって考慮される要素とし

て、①行政主体の行為と法規定の遵守、②当該行為を取り巻く事実状況、③損害の性質と重大性、④被害者の態度、どのように行政活動がなされるかについての被害者の認識の程度、フォート及びその結果に対する被害者の防御能力を挙げている。そして、①と②の要素については、これを〝主要な〟考慮要素として位置づけ、とりわけ「行政主体の行為」という要素の考慮を当然のこととし、さらに、③と④の要素については、「裁判官が、その判決の理由づけの中に当該諸要素を登場させることに抵抗を示している」と述べている。この内、①乃至③の要素が、役務のフォートの認定に当たって考慮されていることについては、これまでの検討においても示してきたところである。④の要素は、前章でも指摘したように、基本的には賠償責任の減免という賠償額の確定の場面において考慮されているが、場合によってはフォートの認定の次元においても考慮されることがある。例えば、被害者が問題となる公役務の運営に対して非協力的である場合や被害者の不注意や怠慢が存する場合には、行政に課せられる義務が軽減ないし免責されるといったことや、逆に、特定のリスクの実現に対して被害者の自力での回避ないし防止が困難であり、行政による介入に頼らざるをえないといった場合には、行政に課せられる義務が発生ないし高度化するといったことが考えられよう。ただ、このTruchetの指摘も、一頁ほどにまとめられた非常に簡潔なものであり、具体的な判例を挙げて詳細な分析がなされているわけではない。

そこで、ここでもやはり、この点に関する詳細な研究を行っているMichel Paillet のテーズが重要な手がかりとなる。繰り返し述べているように、Paillet は、そのテーズ『フランス行政法における公役務のフォート』において、第一部で役務のフォート概念が判例上どのように現れているのかを把握した上で、第二部で役務のフォート理論の体系化ないし再構築を試みている。そして、Paillet は、その第一部において「公役務のフォートの認定」という章を設け、その中で、まず役務のフォートの有無を判断するに当たって裁判官が用いているアプローチを研究する必要があることを指摘し、

その判断の方法、基準及び要素がいかなるものであるのか、という問題提起を行っている。[4] Paillet は、この問題を分析する視角として行政裁判官による役務のフォートの「評価」の性格に着目している。すなわち、そこでは、「具体的評価」と「抽象的評価」及び「客観的評価」と「主観的評価」という二つの評価方法の対比が分析軸とされているのである。この内、後者については既に前二章において検討を行ったことから（第一章第一節第一款三及び第二章第二節第八款五参照）、本章においては、特に前者の「具体的評価」（第一節）と「抽象的評価」（第二節）という分析枠組みに着目して検討を進めていくこととする。ただ、こうした検討に入る前に、民法上のフォートの評価方法との関係において論じられてきた、役務のフォートの評価方法に関する学説の展開を簡単に確認しておくこととしたい。

フランス行政法における伝統的学説は、行政裁判官による役務のフォートの評価が「具体的」かつ「客観的」なものであることを指摘し、そのことを民法における不法行為責任に対する国家賠償責任の自律性の根拠としてきた。[5] 例えば、役務のフォート理論を最初に体系化したと評されている[6] Maurice Hauriou は、役務のフォートが、公役務の標準的な注意義務に照らして「具体的に（in concreto）」評価されるものであることを先駆的に主張していた。[7] そして、かかる役務のフォートの評価方法は、しばしば抽象的性格を有するとされる民法上のフォートの評価方法と対比されてきた。例えば、Jacques Defrenois は、民法上のフォートが、標準的な慎重さ及び思慮深さを有する人、古法の善良なる家父（bon père de famille）という抽象的なモデルが同様の状況において行ったであろう行為との比較において「抽象的に（in abstracto）」評価されるものであるのに対して、役務のフォートは、当該事件の諸状況に応じて「具体的に（in concreto）」評価されると指摘していた。[8] かくして、フランス行政法学において二〇世紀初頭から前半にかけて打ち立てられた、行政裁判官のアプローチと民事裁判官のアプローチとの間の対比構造は、二〇世紀後半に入ってからも引き継がれることとなった。[9] 例えば、Jean Rivero は、その教科書において、「役務のフォートの具体的性格」という項目を

立て、そこで、「裁判官は、役務のフォートを評価するに当たって抽象的規準に準拠することはしない。個々の事件においてフォートが存するか否かを判断するに当たって、裁判官によって問われることとなるのは、当該役務が担当する任務の困難性の程度、時間的状況（平和な時期か危機的な時期か）、場所的状況、当該役務が用いえた人的及び物的リソース等に鑑み、当該事件においてどこまでを当該役務に期待してしかるべきであったか、ということである」、「その結果、役務のフォート概念は相対的性格を有することとなり、同様の所為であっても、事件の諸状況に応じて、フォートの性質を有するものとしてみなされたり、フォートの性質を有しないものとしてみなされたりすることがありうることとなる」と述べている[10]。

しかしながら、その後、このような伝統的学説に修正を迫る見解が有力に主張されるようになった。例えば、Laurent Richer は、民法学者である Noël Dejean de La Batie のテーズ『フランス民法における抽象的評価と具体的評価』[11]から示唆を受け、独自の分析に基づき「役務のフォートの評価に関する普通法（droit commun）は、抽象的評価である」[12]という結論を導き出している。まず、Richer は、「役務のフォートが具体的に評価される」という点については、学説において「完全なる一体性（une parfaite unanimité）」が存在し、これらの学説が具体的評価を当該事件の諸状況の全体を考慮するものとして解していることを指摘する[13]。もっとも、Richer によれば、そこでの考慮事項とされている時間的状況や場所的状況は「抽象的評価」においても考慮されうるものであり、かかる諸状況を評価の区別の基準とすることはできないという[14]。その上で、Richer は、変数となる唯一の要素は「被告に固有の特殊性の考慮」であり[15]、この変数に応じてフォートの評価は以下のような三つの類型に区別されうるとする[16]。すなわち、当該役務の特殊性（弱みや優位性）のすべてを考慮する「具体的評価」、当該役務の特殊性のすべてではなく一定の特殊性を考慮する「抽象的評価」、当該役務をその特殊性を一切考慮することなく理念的な特定のモデルと比較する「ア・プリオリな評価

(appréciation a priori)」の三つである。そして、行政法においては、「具体的評価」は例外的なものであり、「ア・プリオリな評価」は稀なものであるとした上で、行政裁判官がほぼ常に当該役務が有する手段を一定の限度内で考慮していることに鑑みれば、「役務のフォートの評価に関する普通法は、抽象的評価である」と結論づけるのである。(17)

もっとも、こうした議論は、行政裁判官による役務のフォートの評価方法についての理解に関する争いというよりは、その用語法に関する争いなのではないかと思われる。(18) つまり、「具体的評価」と「抽象的評価」という用語をいかなる意味において解するか、によって役務のフォートの「評価」に対する理解が異なるように見えるということである。ただし、先の Richer の指摘にもあるように、伝統的学説の中には、抽象的になされる民法上のフォートの評価に当たっては、あたかも当該事件の具体的な諸状況が全く考慮されないかのような記述を行うものもあり、その点については理解を正す必要があるということは確かであろう。実際、現在の学説においては、役務のフォートと民法上のフォートの評価方法に関する差異を強調する議論はほとんどなくなっている。(19)

以上の議論をまとめると、役務のフォートの評価にはグラデーションがあり、それを「具体的評価」と呼ぶか、「抽象的評価」と呼ぶかはともかく、一般的に行政裁判官が行っているのは、具体的な事件の諸状況を踏まえた上で、当該役務の特殊性のすべてではなく一定の特殊性を考慮する評価であるが、場合によっては、当該役務の特殊性等を広く捨象し純粋に抽象的な行為モデルに準拠する高度に抽象化された評価が行われたり、当該役務の特殊性等を広く考慮するような高度に具体化された評価が行われることもある、という整理ができるのではないかと思われる。

第一節：具体的評価

Paillet によれば、行政裁判官は、役務のフォートの認定に当たって、具体的評価と抽象的評価のいずれか一方を採用しているというわけではなく、両方の評価方法を用いているという[20]。Paillet は、これらの評価方法について明確な定義を提示していないが、役務のフォートの評価を抽象化する要素より具体化する要素の方が重要であるとして、具体的評価を本来的なものとして、抽象的評価を補充的なものとして位置づけている[21]。そこで、ここではまず、Paillet の整理[22]を参考に、役務のフォートの評価を具体化する要素の内、①事件の諸状況、②用いうる手段、③損害の予見可能性という三つの要素を取り上げ、その内容と、それが当該評価においてどのように機能しているのか、を具体的な判例に沿って分析することとしたい。

第一款：事件の諸状況

Paillet が挙げている、役務のフォートの評価を具体化する一つ目の要素は、事件の諸状況である[23]。役務のフォートによる賠償責任に関する判例においては、しばしば、「本件事件の諸状況（circonstances de l'affaire）[24]」という文言が現れる。Paillet によると、この文言への言及は、過度に厳格な定式によって自らを拘束することのないようにするための裁判官の一つの手段である[25]と同時に、当該行政運営を、その実際のコンテクストにおいて捉え直すという一定の配慮の表れでもあるという[26]。

一　時間的状況と場所的状況

そもそも、「事件の諸状況」という文言は非常に抽象的であり、判決文からは裁判官がそこで具体的に何を考慮しているのかが定かでない場合も少なくない。この点に関して、Paillet は、その具体的内容として、最初に時間的状況と場所的状況を挙げている[27]。すなわち、役務のフォートが存するかどうか、あるいは、それが重大であるかどうかを判断するために、裁判官は、明らかにこの時間的状況と場所的状況を考慮しているというのである。

1．時間的状況――まず、時間的状況について言えば、この要素は、役務のフォートの認定に当たって多くのケースにおいて考慮されている。この時間的状況を明確に考慮している判決として、《Artuso 判決[28]》を挙げることができる。一九七一年七月一二日の二三時半頃、港の埠頭で釣りをしていたA氏が波にさらわれた。通報を受け現場に駆けつけた救助隊員らが救助を試みたが、A氏は溺死してしまった。当該事故に関する Port-en-Bessin 市の賠償責任について、コンセイユ・デタは、まず、当該事故現場には明白な危険性が存在していたわけではないことから、当該事故現場へのアクセスを禁止又は規制しなかった点において、市長は、市の賠償責任を生ぜしめうる、いかなるフォートも犯さなかったと判断した。そして、本件の諸状況、特に「本件事故の発生時刻（l'heure de l'accident）」に鑑みれば、救助の組織編成又はその実施について、いかなるフォートも認められえないと判示した。まさに、この後半の判示部分は、役務のフォートの認定に当たって時間的状況（夜間の救助役務であったこと）が考慮されていることを明確に示すものであるといえる。なお、コンセイユ・デタは、以上の判示に続けて、当該事故は、もっぱら、悪天候で波が打ち寄せるなかで釣りをしていたA氏によって犯された不注意に帰責すべきものであるという指摘を行っている。既に役務のフォートが存在しないことを明言した後になされている当該指摘は蛇足のようにも思われるが、この点にわざわざ言及していることからすると、右のような被害者の行動が、少なからず本件における役務のフォートの認定ないし賠償責任の存否の判

断に影響を与えたのではないかと思われる。

また、問題となる行為が時間的に切迫した状況においてなされたものであることを考慮している判例も少なくない。例えば、《époux Martin 判決》[29]においては、外科医が帝王切開の手術中に電気メスで妊婦に火傷を負わせた事件について、コンセイユ・デタは、当該手術が時間的に切迫した状況で行われていたことを考慮することにより、当該外科医の重大なフォートを否定している。また、《Candoni 判決》[30]もその例として挙げられる。本件では、Mureaux 市の志願消防士ら（sapeur pompier volontaire）が、廃用になった雨水浸透ますに転落した七六歳の女性の救助を試みたところ、救助作業中に女性が死亡した事故について、救助役務のフォートが認められるかが問題となった。具体的には、志願消防士らによって構成された救助役務が単なるロープしか用いずに救助作業を行った点について、より適切な手段を用いえたのではないかということが問われることとなったが、コンセイユ・デタは、本件救助作業の実施に伴う「緊急性（urgence）」、特に被害者の負傷と窒息のリスクを考慮することにより、救助役務による重大なフォートを否定した。

さらに、非常に稀なケースではあるが、戦時中などの「例外的状況（circonstances exceptionnelles）」における加害行為が問題となるような場合にも、この時間的状況が、役務のフォートの有無を判断する際の重要な要素となる。その典型例としては、《Wannieck 判決》[31]が挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。Wannieck 氏は、フランス外人部隊に入隊後しばらくして、軍当局から反動分子として嫌疑をかけられ、務めていた任を解かれた。その後、拘束され、Lyon と Marseille の刑務所に約六〇日間投獄された。そこで、同氏は、予審を経ることなく自身にかけられた嫌疑や、自身に対してとられた過酷かつ不正な措置によって損害を被ったとして、国家賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、まず、公役務の運営において犯されたフォートが国の金銭的な責任を生ぜしめる性質を有するかどうかを判断するに当たって、裁判官は、当該役務が責任を負う諸利益の性質、当該役務に伴う特別な困難性及びその執

行を取り巻く例外的状況を考慮しなければならないとの判示を行った。そして、かかる規範は、本件のように、「戦時中に（pendant la guerre）」、国防に関する利益の保護のために、特に軍当局によって反動分子としてみなされた外国人――たとえ当該外国人が軍に仕え、依然として国の旗下にいるとしても――に対して、行政主体によってとられた措置についても適用されるとした。その上で、コンセイユ・デタは、戦闘中に、軍に従事する外国人に対して国家安全保障の利益のために必要と考えられる予防措置や隔離措置をとるに当たって、軍事行政が直面する例外的な困難性が存在していたことなどを指摘し、Wannieck 氏に対してとられた措置について軍当局の役務のフォートは認められないとした。

2．場所的状況――次に、場所的状況を考慮した判決としては、植民地における刑務所役務に伴う特別な困難性を考慮した《Zulémaro 判決》[32]が挙げられる。本件は、仏領ギアナの住民である Zulémaro 氏が収容所を脱獄した二名の囚人に殺害されたことから、原告である被害者遺族が、特に当該囚人らが脱獄した収容所の監視の瑕疵と、当該囚人らについて行われた捜査の不十分さを理由として国家賠償請求を行った事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、①当該囚人らが生活していた場所や、特に彼らが弾薬や武器を置く避難場所としていた食堂について、いかなる監視も行われていなかったこと、②当該収容所周辺に共犯組織が存在することが通報されていたにもかかわらず、当該組織に対していかなる措置もとられていなかったこと、③本件殺人事件の数日前に当該囚人らが武器を持って二人の看守を襲撃した事件が起きていたが、当該事件についてなされた捜査が不十分であったこと、④とりわけ憲兵らへの援助依頼が遅れたことなどを指摘した上で、本件諸状況においては、「植民地における刑務所役務の特別な困難性を考慮しても」、国の賠償責任を生ぜしめる性質の明白かつ特別に重大なフォートが当該役務に帰責されるべきであると判断した。

ただし、Paillet によると、この《Wannieck 判決》を除くと、この場所的状況という要素が役務のフォートの評価において、それ単体で決定的な役割を果たすことは稀であるという[33]。というのも、この要素は、「時間及び場所に関する

諸状況」[34]というように時間的状況と合体した形で、あるいは「本件事件の諸状況」というあいまいな形で考慮されているからである。その例として、《Yener 判決》[35]が挙げられる。本件は、一九七五年一〇月二四日の一三時半頃、駐仏トルコ大使とその運転手が、数百メートル離れた大使館に向かってBir-Hakeim橋を車で走行していたところ、テロによる襲撃に遭い死亡した事件について、被害者遺族らにより国家賠償請求訴訟が提起された事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、まず、「時間及び場所に関する諸状況（circonstances de temps et de lieu）」に鑑みると、警察当局が当時とられていた監視措置よりも入念な監視措置をとるべきであったということはできず、また、特にテロ当日にトルコ大使が身辺警護を要請していたという事実も認められないことを確認した上で、警察役務が、かかる措置をとらなかった点において国の賠償責任を生ぜしめる性質の重大なフォートを犯したとはいえないとの判断を示した。

以上のように、役務のフォートの有無を評価するに当たって、時間的状況や場所的状況が考慮される場合には、特にその「緊急性」や「例外的状況」といった要素の考慮が、行政に課せられる義務を減免する方向に、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働くことが少なくない。ただし、時間的状況や場所的状況という考慮要素が、常にこうした機能を果たしているわけではない。例えば、場合によっては、場所的状況が行政主体に課せられる義務を厳格なものとすることもある。具体的には、水浴場やゲレンデにおける危険性を周知させる義務等が行政主体に課せられる場合には、多数の人々が利用する観光地のコミューンに対しては、他のコミューンよりも相対的に厳格な義務が課せられることがある[36]。

二　困難性

1．困難性と重大なフォート要件――Paillet が次に挙げているのは、問題となる公役務の執行に「困難性」あるい

は「特別な困難性」が伴うという状況である。[37] この困難性という要素の考慮が、行政に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働くことについては多言を要しないであろう。この困難性という要素は、先に紹介した《Wannieck 判決》でも明言されているように、行政判例において確固たる地位を築いており、あらゆる行政活動に関して現れる。[38] 例えば、《Maubec 判決》[39]においては、医師の診断ミスが問題となった事件について、X線撮影による診断が特に困難であったことを理由として医師の重大なフォートが否定されている。逆に、《Administration générale de l'Assistance publique à Paris 判決》[40]においては、手術の際に外科医が患者の体内にガーゼを置き忘れ、結果として再度の手術が必要となった事件について、いかなる特別な困難性も、それを許容しうるいかなる例外的な状況も存しないことが指摘された上で、この手落ちが重大なフォートを構成することが認められている。また、交通警察に関する《Compagnies d'assurances mutuelle générale Française 判決》[41]においては、自転車レースのツール・ド・フランス開催時に起きた車両の衝突事故について、その当時通行規制を行うことの例外的な困難性が考慮されることにより、警察役務の重大なフォートが否定されている。さらに、《Pigot 判決》[42]においては、戦争被害に関する補償の審査に係る遅滞が問題となった事件について、とりわけ、一件書類の複雑さや、被災者の利益のために当該書類を全面的に調べ直す行政主体の義務が考慮されることにより、役務のフォートが否定されている。第一章において紹介した《Erhardt 判決》[43]（第一章第一節第二款一参照）も、困難性という要素を考慮した典型的な判決である。事案の内容を省略して説明すると、本判決においては、郵便役務が原告の自宅への郵便配達を中断したことによる国家賠償請求について、原告の自宅へ通じる道の状態が著しく悪く、郵便車両でのアクセスが極めて困難であったことを理由に、郵便役務のフォートが否定された。

ところで、特定の活動がそれ自体において困難なものとしてみなされる場合だけでなく、通常は容易とされる任務の

執行であっても、場合によっては、裁判官が無視しえないような特別な困難性を伴うことがありうる。[44] その例としては、《Centre hospitalier de Montauban 判決》[45]が挙げられる。本件は、県の医療センターに付属する治療教育施設において、ある少年が、休み時間に遊んでいた他の在院者が投げた小枝により左目を負傷した事故について、国家賠償請求訴訟が提起された事案である。コンセイユ・デタは、当該施設の運営は、あらゆる状況において、重大なフォートが存する場合を除き賠償責任の成立を否定する性質の困難性を伴うものではないが、当時、当該施設には在院者の中に危険な性格障害を持つ者がいたことを理由として、本件においては、重大なフォートが国家賠償責任の要件となると判断し、結論として重大なフォートの存在を否定した。

右の判決からもわかるように、また、既に前稿[46]でも紹介したように、この困難性という要素は、現代のフランス行政法学においては、主に重大なフォート要件との関連において論じられている。というのも、伝統的に、役務に伴う困難性の要素は、重大なフォートという加重要件を正当化する根拠として位置づけられてきたからである。[47] もっとも、一九九〇年代からの判例の発展により、特に緊急医療救助役務[48]、海難救助役務[49]、火事対策役務[50]について重大なフォートの適用を否定した諸判例の出現により、この要件の正当化根拠としての困難性の地位が揺るがされることとなった。[51] これらの判例は、重大なフォートの適用基準としての困難性の基準が、もはや真に適切なものではないことの重要な例証であると評されている。[52] ただ、このような重大なフォート要件の放棄は、必ずしも係争役務に伴う困難性の考慮を禁ずるものではなく、[53] 当該困難性は、単純なフォートの存否を評価するに当たっても考慮されうる。[54] 具体的には、当該困難性を根拠として行政主体に課せられる義務を減免し、それにより単純なフォートとまでは認定できない単なるミスの余地を認めることが可能となるのである。[55]

2．困難性と単純なフォート――以上のことは、二〇一六年のコンセイユ・デタの総会意見において、明確に示され

ている。[56] その事案は、以下のようなものであった。Val-d'Oise 県と Hauts-de-Seine 県の地方長官が、一九五五年四月三日の法律に基づいて下した緊急事態宣言下における家宅捜索命令の取消しと、当該捜索に起因する損害の賠償を求める訴訟を提起された行政裁判所が、行政裁判所法典法律篇第一一三－一条に基づき、法律問題に関する意見を求めるため、当該事件の一件書類をコンセイユ・デタに移送した。具体的には、右捜索命令を正当化する理由に対する行政裁判所の審査方法や、当該捜索に起因する国家賠償責任の成立要件等についての法律問題が提起されることとなった。本件で問題となっている行政家宅捜索について、一九五五年四月三日の法律第一一条は、緊急事態を宣言するデクレ又は緊急事態を延長する法律が、明示的な規定により、内務大臣や地方長官に、昼夜を問わず行政家宅捜索を命じる権限を与えることができる旨を定めている。すなわち、当該場所に公共の安全と秩序に対する脅威となる行動をとる者が頻繁に出入りしているとみなす重大な理由が存在する場合に、一部の例外を除き、住居を含む、あらゆる場所における捜索を命じる権限が、それである。

本意見において、コンセイユ・デタは、国家賠償責任の成立要件に関する問題を、家宅捜索を命じる決定（法律行為）とその執行（事実行為）とに分けて整理している。まず、前者については、「家宅捜索を命じる決定に帯びる違法性はいかなるものであっても、国の賠償責任を生ぜしめうるフォートを構成する」と判示した上で、損害賠償が認められるためには、損害の直接的かつ確かな性格と、犯された違法性と主張された損害の間の因果関係の直接的な性格が必要であるとして、違法な法律行為に関する従来の判断枠組みに沿った解釈を示している（第二章第二節第一款参照）。この点に関しては、本意見が、越権訴訟における右決定の違法性の評価に当たって、緊急事態宣言を行う原因となった例外的状況において、家宅捜索が命じられた緊急性が考慮されること、また、その審査が、問題となる措置がとられた日に存在した事実状況に鑑み、その当時行政庁が有していた情報を考慮することにより行われ、その後に生じた事実、特に

捜索の結果は当該審査に影響を及ぼさないことを明示している点が注目される。

他方、後者に関しては、「一九五五年四月三日の法律に基づき命じられた家宅捜索の執行において犯されたフォートはいかなるものであっても、国の賠償責任を生ぜしめうる」[57]との判示がなされており、重大なフォート要件ではなく単純なフォート要件が適用されることが明確にされている。そして、当該フォートが家宅捜索の執行において犯されたかどうかを評価するに当たっては、捜索時にその場にいる者の行動及び緊急事態宣言を行う原因となった特殊な状況における活動の「困難性」が考慮されることが明らかにされている。また、捜索の結果それ自体は、フォートの認定に影響しないことも確認されており、仮に当該捜索により全く証拠が見つからなかったとしても、そのことから直ちにフォートが認定されるわけではない。つまり、家宅捜索の正当化は、「確実性（certitude）」に基づくものではなく、「非常に強い推定（présomption très forte）」によるものであるといえる[58]。さらに、本意見においては、一九五五年四月三日の法律第一一条に基づき命じられた家宅捜索の執行条件について、それが、緊急事態宣言を行う原因となった特殊な状況において、当該措置を根拠づけた理由により正当化され、かつ、それに比例したものでなければならないという前提が示された上で、いくつかの具体的な行為規範が示されている。例えば、特に、夜間の家宅捜索は、緊急性あるいは日中にそれを行うことの不可能性によって正当化されなければならないことや、捜索の際には、人の尊厳の尊重に留意し、かつ、その場にいる未成年の児童の状況に特別な注意を払うことが重要であること、武力や強制力の行使は、捜索活動の遂行や人の保護に必要なものに厳格に制限されなければならないこと、などである。

本意見において、特に注目すべき点は、一九五五年四月三日の法律第一一条に基づく家宅捜索命令あるいはその執行に起因する国家賠償責任の成立要件として単純なフォートを適用し、そして、その認定に当たって当該捜索活動に伴う困難性が考慮されることを明示している点である。本意見は、基本的にBéatrice Bourgeois-Machureauによる論告

に沿ったものとなっていることから、以下では、この点に関する当該論告の内容を紹介することとしたい[59]。Bourgeois-Machureau は、まず、家宅捜索命令による国家賠償責任の要件に関しては、重大なフォート要件が「完全に廃れた（totalement obsolète）」ものとなっているとの認識の下で、特段の検討なく重大なフォート要件の適用を否定している。同様に、当該捜索の執行による国家賠償責任の要件に関しても、特に行政家宅捜索の問題について重大なフォート要件を適用してきた伝統的な判例法理[60]との関係で、議論の余地があることは認めつつも、その結論としては単純なフォート要件を適用すべきだとしている。その理由としては、まず、一九九〇年代以降、行政警察（消防、海難救助、飛行場警察、国境警察）に関する判例において、重大なフォート要件を放棄する動きが広がっていることが挙げられている。また、一九五五年四月三日の法律第一一条に規定されている家宅捜索によって、行政が、憲法上保障されている権利及び自由を著しく害する、極めて例外的な権限を有していることに着目し、被害者救済への配慮の必要性を指摘している[61]。そこでは、かつて救急医療役務に関して重大なフォート要件を放棄した判決において、論告担当官の Jacques-Henri Stahl が、「かつての無答責の原則の遺産である、重大なフォートの仕組みは、今では、訴訟当事者によって公法人の賠償責任を不当に制限するものとして認識されている。行政による加害行為の被害者は、それを、自分たちが裁判を受けることを妨げる一種の無答責の推定として捉えている[62]」と指摘していたことを想起させ、今日この指摘がこれまで以上に意義を持つようになっているとしている。さらに、緊急事態宣言下における家宅捜索手続において、本意見で問題となっている家宅捜索命令とその執行の後に、犯罪の事実が発見された場合には司法的なフォローアップが行われるところ、当該司法役務については、司法組織法典法律篇第一四一－一条により、国は司法役務の瑕疵ある運営によって生じた損害を賠償しなければならず、特別の規定がある場合を除き、当該賠償責任は、重大なフォートあるいは裁判拒否によってしか生ぜしめられないが、近年この重大なフォート要件が緩やかに解釈される傾向にあることも付言されている[63]。

Bourgeois-Machureau は、以上のような理由に基づき重大なフォート要件の適用を否定したのであるが、その一方で、単純なフォート要件の適用により、フォートの存否そのものを評価するに当たって、行政当局、とりわけ警官隊の活動に伴う困難性を考慮することが認められなくなるわけではないこと、さらには、裁判官が当該行政活動に伴う困難性を看過することのないよう特に注意深い検討を行う必要があることを明確に指摘している。したがって、重大なフォート要件が放棄されたことにより、必ずしもフォートの認定それ自体が容易になるというわけではない(64)。

3．困難性の要因――それでは、どういった事情が、この困難性という要素を根拠づけるのであろうか。この点に関しては、例えば、時間的状況と場所的状況が、重大なフォートの適用の有無を判断するに当たって重要な役割を果たすことが指摘されている(65)。具体的には、戦争、伝染病、災害などの重大なトラブルが起きている非常時においては、当該状況の存在が賠償責任の範囲に影響を及ぼすこととなるという。つまり、かかる状況下においては、平時は単純なフォートにより成立する国家賠償責任が、重大なフォートが存する場合にしか成立しないということがありうるというのである。このように、時間的状況と場所的状況が困難性の要因となる場合は往々にしてあり、前記《Wannieck 判決》及び《Zulémaro 判決》は、その好例であろう。

また、この点に関しては、次款で紹介する「用いうる手段」という考慮要素についても同じことがいえる。すなわち、行政が用いうる手段の乏しさが、困難性の要因となることがありうる。例えば、Jean-Pierre Dubois は、判例が当該公役務に伴う困難性を考慮して行政賠償責任を軽減する場合、判例は明らかに時間的・場所的状況や行政主体が用いうる手段を考慮していると述べている(66)。

さらに、被害者ないし関係者の行動も、ここでいう「困難性」の要因となりうる――因果関係や賠償責任の減免等を判断する際の考慮要素となることも多い（第二章第三節参照(67)）――(68)。例えば、租税役務については、納税者が納税義務

を回避するために巧妙な対策をとったり、反抗的な態度をとったりすることが、当該役務に伴う困難性の要因となることが指摘されている[69]。また、前節で紹介したとおり（第二章第二節第四款参照）、被捜索者ファイルに登録された未成年者の出国を許した国境役務のフォートが問題となった《Aubry-Dumont 判決》[70]の評釈において、Benoît Camguilhem は、コンセイユ・デタが、所轄大臣が少女が国境役務の監視を欺くための工作を行ったことの立証を行っていないことについて言及している点に注目し、出国を図る者の行為が当局の職務を複雑なものにする場合には、当該任務が「特別な困難性」を伴うものとなり、重大なフォート要件の適用が正当化される可能性があることを指摘している[71]。このように――また先に紹介した《Centre hospitalier de Montauban 判決》を見てもわかるように――、個々の役務に共通する困難性と、同じ役務であっても事件ごとに固有の困難性があるため、同じ役務について複数の賠償責任の仕組みが併存することがありうる[72]。

4．困難性を伴う公役務の典型例――以上の検討を踏まえた上で、近年、テロ行為の防止のために危険な組織や人物の監視等を行う情報機関の任務に伴う特別な困難性を明示的に考慮することにより、重大なフォートによる国の賠償責任を否定した、《Monnet 判決》[73]を紹介することとしたい。本件は、二〇一二年三月一五日に Montauban で兵士が殺害されたテロ事件について、情報機関の役務のフォートによる国の賠償責任が認められるかが問われた事案である。三月一一日から一九日の間に右兵士を含めた計七名を殺害した、フランス国籍を有するM氏は、二〇〇六年以来、イスラム過激派の環境に入り浸っていたことを理由に、Toulouse の情報機関による監視の対象となっていた[74]。M氏は、二〇一〇年末のアフガニスタンへの旅行後、二〇一一年前半に、当該情報機関による徹底的な調査を受けた。とりわけ、当該情報機関は、約四〇回の尾行並びに電話及び電気通信の監視を行っていた。二〇一一年の夏の間パキスタンに滞在していたM氏は、帰国後、二〇一一年一一月一四日に、国内安全情報局（Direction centrale du renseignement intérieur）

で尋問を受けた。この尋問の際に残された情報機関の記録によると、M氏は、観光や結婚といった理由を挙げて、種々の海外での滞在の詳細について説明し、自身が穏健なイスラム教徒であり、過激な思想は有していないと述べたという。この尋問以降、M氏は、本件テロ行為まで特別な監視措置の対象とならなかった。そこで、被害者遺族と、当該遺族に補償金を支払った、テロ行為及びその他の犯罪被害者のための補償基金（Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions）によって訴訟が提起されることとなった。第一審判決[75]は、情報機関の任務に伴う「困難性（difficulté）」は認めつつも、単純なフォート要件を適用した上で、右のように尋問の後で監視を中止した決定が、情報機関によって犯されたフォートを構成するとし、しかも、二〇一三年のはじめに内務大臣もそのことを公に認めたことを指摘し、国の賠償責任を認めた。

これに対して、控訴審判決[76]と本判決は、重大なフォート要件を適用し、国の賠償責任を否定した。控訴審判決において、Marseille 行政控訴院は、まず、M氏を対象とした二〇一一年前半の調査により、同氏の潜在的な危険性や、その過激なプロフィール、その不審な行動が明らかになっていたものの、そこでは、同氏に対する予審の開始を正当化しうる、テロ行為に関連する犯罪の十分に確かな証拠を収集することができなかったことを指摘している。他方、この調査と右尋問において、テロ行為の準備や実行の確かなリスクに関する兆候がないとした情報機関の判断については、その後時を経ずに本件事件が起きたことに鑑みると、特に右尋問でM氏による虚偽を見抜くことができず、また維持すべき監視を中止した、情報機関の評価の誤りがあったことを認めている[77]。しかし、かかる誤解は、一般論として、「情報機関の活動に内在する特別な困難性（difficultés particulières inhérentes à l'activité des services de renseignement）」があることと、本件においては、新たな形態のテロ行為を把握・防止するための当該情報機関の手段や知識が限定されていたことに鑑みれば、重大なフォートとしては認定されえないとし、国の賠償責任を否定した。上告を受けたコンセイ

ユ・デタも、最初に、重大なフォートのみが、個人又は個人グループの監視における情報機関の不作為を理由とした、テロ行為の被害者に対する国の賠償責任を生ぜしめる性質を有すると判断した点において、行政控訴院は法の誤りを犯していないとした。その上で、M氏の危険性について誤解したことも、その結果として監視措置を継続しなかったことも、情報機関が用いえた物的手段及び「この種のテロ攻撃の防止に内在する特別な困難性（difficultés particulières inhérentes à la prévention de ce type d'attentat terroriste）」に鑑みると、重大なフォートの存在を性格づけないとした、行政控訴院の判断には十分な理由があるとして、これを支持した。

このように、本判決は、従来重大なフォート要件の適用を正当化する要素として解されてきた、「特別な困難性」――「この種のテロ攻撃の防止に内在する特別な困難性」〔傍点筆者〕としているところを見ると、その射程を限定しようとしているようにも見える――を、重大なフォートの有無の判断に当たって明示的に考慮しているが[78]、その要因を明らかにしていない。また、Laurence Marion も、本判決の論告において、重大なフォート要件の適用の有無を検討するに当たって、コンセイユ・デタが、重大なフォートの輪郭を把握することを可能ならしめる基準を体系化したことがなく、その判例は、この問題について、経験主義（empirisme）によって特徴づけられているとした上で、諜報制度に関しては、重大な脅威がある状況下において「困難性」――控訴審判決と本判決とは異なり「特別な困難性」という表現は用いていない――と危険性によって特徴づけられる活動について重大なフォートの仕組みを維持することには原則として異論はないとして、係争活動に伴う「困難性」に言及しているが、その具体的な内容は明確にしていない[79]。ただ、この点に関しては、Marion が、重大なフォートの有無を検討するに当たって、本件事件が起きた二〇一二年当時のフランスにおいては、行政当局が、一九九五年の同時多発テロ以来、イスラム過激派による攻撃を経験しておらず、組織化されたネットワークの支援なしに行動する孤立した個人によるテロ行為に直面していなかったことや、本件事件後に法改正[80]に

より設けられた法的手段や財政的手段が存在しなかったことを指摘している点が注目される。[81][82]

先にも述べたとおり、近年の判例が、困難性を伴うと考えられる、さまざまな公役務の領域において重大なフォート要件を放棄しており[83]、また単純なフォート要件を適用したとしても困難性を考慮することは可能であるにもかかわらず[84]、本判決が重大なフォート要件を適用したことについては疑問も呈されているが[85]、少なくとも、本件のような情報機関の活動に「困難性」あるいは「特別な困難性」が伴うことについては、異論の余地はないように思われる。考えられる要因は多数存在する。例えば、控訴審判決や本判決の論告においても指摘ないし示唆されているように、近年テロの手口は大きく変化しており、従来のようなピラミッド型の指揮命令系統が確立された大規模組織によるテロだけではなく、特に本件のように、自律性の高い小規模な組織や、孤立した個人（いわゆる「一匹狼（le loup solitaire）」）によるテロも発生するようになっており、それによって、情報機関の任務は、探知（détection）・監視（surveillance）・無力化（neutralisation）のいずれの場面においても困難性を増している[86]。とりわけ、テロ組織の過激なイデオロギーに触発された個人が個人的な発意により起こすテロ行為については、それが、いつ、どこで誰によって起こされるかを予見することは非常に困難である[87]。また、本判決の論告においても指摘されているような、情報機関が用いうる手段（物的手段、人的手段、法的手段、財政的手段）の不足[88]は、情報機関の任務の遂行を困難なものとする要因としてみなされうる。実際、二四時間ごとに八人から一〇人の警察官を必要とするともいわれる[89]、危険人物の監視を継続することは、当時の限られた手段に鑑みると困難であったと考えることは可能であろう。ただし、控訴審判決や本判決、その論告においては、こうした手段の不十分さが困難性と並列する形で考慮されていることに留意が必要である。さらに、テロ組織あるいは個人は、当然のように、暗号化された通信手段を用いたり、尋問の際に自らの素性を偽るなど、情報機関の監視から逃れるためにさまざまな偽装工作を行うため、当該組織あるいは個人が、テロを実行する危険性を有している

か否かを評価することが困難な場合は少なくないだろう[90]。以上のように、情報機関の任務、とりわけ本件のような個人ないし小規模な組織によるテロ行為を防止するための任務は、困難性あるいは特別な困難性を伴う任務の典型例であるといえる。

第二款：用いうる手段

一　用いうる手段を考慮する意義

Paillet によれば、役務のフォートの評価の具体的性格が明確に現れるのは、裁判官が、損害の原因となった任務を行うために公役務が用いうる手段を考慮する場合であるという[91]。これが、Paillet が挙げている、役務のフォートの評価を具体化する二つ目の要素である。すなわち、そこでは、問題となる公役務が具体的にどのような手段を用いえたのかという当該役務に固有の特殊性が考慮されるということであり、その意味において、役務のフォートの評価は具体化されることとなるのである。実際、この点に関して、Gérard David は、「裁判官は、行政が自らに課せられた責務を果たすために用いうる手段に応じて、行政の義務の範囲を決定することとなる[92]」と指摘している。また、Richer も、「最近の判例においては、ますます明示的に役務が用いうる手段を参照する、非常に明確な傾向が存在する[93]」と述べている。Paillet は、この要素の考慮が、「何人も不可能に拘束されることなし（à l'impossible nul n'est tenu）」という法格言を適用したものであり、その物的及び人的手段が行政に期待することを可能ならしめないような完璧さを行政に要求することは非現実的であると解されうると述べている[94]。

一般的に、この用いうる手段という要素の考慮は、行政に課せられる義務を減免する方向に、ひいては役務のフォー

トの存在を否定する方向に働くものであるといえる。[95][96] 実際、Paul Duez は、役務の責務が重大でかつ多数に上り、当該責務を果たすためのリソース（方法、人員、金銭、設備）があまり豊富ではない場合には、それだけいっそう役務のフォートの認定のハードルが上がることを指摘している。[97] この点に関しては、先にも述べたとおり、用いうる手段という要素が、「困難性」という要素と切り離すことのできない関係性を有することに留意が必要である。[98] というのも、手段の不十分さは、当該役務の困難性の要因になりうるからである。

なお、こうした用いうる手段に関する評価方法については、それが公役務の欠陥を国家賠償責任を免除する口実に仕立て上げることにつながるという批判もありうる。[99] 例えば、André Demichel は、公役務が用いうる手段の不十分さを理由に役務のフォートの存在を否定する判決を批判する文脈において、「公役務の運営は、手段の不十分さが当該公役務の責めに帰せしめられるものでなかったとしても、《良き公役務》という抽象的モデルとの比較において、手段の不十分さを考慮することなく評価されなければならない」[100] と述べている。この点に関しては、次節において詳述することとする。

二　用いうる手段の不十分さ

役務のフォートの評価に当たって、用いうる手段の不十分さに言及している判例は多数存在する。[101] 例えば、医療に関する賠償責任の領域においては、しばしば問題となる施設が用いえた手段の乏しさが、その義務を減免する要素として考慮されている。[102] 病院における患者の自殺について監視の瑕疵の有無が問われる場合、裁判官は、病院が有する手段に応じて、具体的には患者を監視するのに十分な数のスタッフがいるかどうか、また当該病院が精神病患者の治療を専門としているかどうかといった点に応じて、当該病院に課せられる監視義務の程度を評価している。その例としては、

《Hawezack 判決》[103]が挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。Hawezack 婦人は、一九六〇年五月一六日に、抑鬱状態のため Avignon 医療センターに入院した。その翌日、同婦人は建物の屋根窓から宙に身を乗り出した際に転落し、数日後に死亡した。事故の日の朝、同婦人は医師による診察を受けていた。その際、同婦人は病院からの外出許可を求めたが、回復が認められなかったことから、個室において引き続き安静治療が施されることとなった。同婦人は医師によって命じられた鎮静注射を受けた後、個室に閉じ込められた。この個室の構造は逃走の可能性が合理的に考えられえないようなものであった。特に、この個室には床から二・三メートルの高さにある屋根窓しか設けられていなかった。以上の事実を指摘した上で、コンセイユ・デタは、当該屋根窓には格子がはめられていなかったという事実も、同婦人が特別かつ恒常的な監視に服せしめられることなく個室に一人で残されていたという事実も、本件諸状況においては、当該医療センターが用いえた手段に鑑みれば、当該施設の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成するものとしてみなされえないと判示した。つまり、本判決においては、問題となる役務が用いうる手段が監視の瑕疵の不存在という結論を導出するための考慮要素として援用されているのである。

また、警察役務に関する《Compagnie Air-Inter 判決》[104]も、その例として挙げられる。本件は、一九七四年三月二一日から二二日にかけての夜、Air-Inter 社の航空機がテロ行為により破壊された事件につき、同社が、飛行場及び航空機に関する警察措置が不十分であったとして、当該機体の破壊による損害について国家賠償請求訴訟を提起した事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、一九七三年に始まった騒乱期において Corse 地方で行われた爆破テロの数、これらの破壊行為の性質・日時・場所・目標を予測する困難性、及び当該地域に駐留している又は増援により派遣される警察の人員が限られていたことを考慮することにより、Corse 地方長官の警察権限の不行使は、国の賠償責任を生ぜしめる重大なフォートを構成しないと判示した。このように、本判決においては、明示的に人的手段の不十分さが考慮

されており、それが役務のフォートの存在を否定するための一つの要素として働いていることがわかるだろう。

さらに、近年注目を集めた判決として、《Gilbert 判決》[105]を挙げることができる。本判決は、用いうる手段という要素が役務のフォートの評価に大きく影響したと思われる重要な判決であるため、その内容を詳細に見ていくこととしたい。二〇〇一年九月二一日、Grande Paroisse 社によって操業されている、Toulouse の AZF 化学肥料工場の敷地内に置かれた、農業用硝酸アンモニウムと工業用硝酸アンモニウムの貯蔵施設の一つである倉庫（三三一号棟）において爆発が起き、周辺地域に多数の死傷者を含む、大規模な人的及び物的被害が生じた。当時の特定施設に関する法律により県の地方長官の許可の対象となっていた、この工場の倉庫には、同社が製造した六〇〇トン以上の農業用硝酸アンモニウムと工業用硝酸アンモニウムが保管されていた（許可されていたのは最大五〇〇トンまでであった）。爆発当日、二日前に別の建物から運ばれた塩素誘導体と工業用硝酸アンモニウムが混ざった、数百キロのバケット（benne）の中身が、二三一号棟に積まれていた他の生成物の上にこぼれ出ていた。これらの生成物がかけ合わさり、それらが湿度の高い環境下で劣化した床の上に積み上げられたことにより、約二〇分の内に、それらの自然分解・自然燃焼が生じ、その結果、大量の三塩化窒素が生成され、それが右爆発の引き金となった。本件爆発事故による被害についての補償は同社によってなされていたが、周辺住民は、それとは別に、その監督役務のフォートを理由に国に対して精神的損害の賠償を求める訴訟を提起した。

コンセイユ・デタは、まず関連法令を参照することにより、国には、環境法典法律篇第五一二－一条の許可の対象となる施設に対して査察等を行う監督権限が付与されており、この監督任務の執行に当たっては、当該施設の性質、危険性及び規模に、査察の頻度と性質を適合させること、また、特別なリスク要因や事業者によって犯される可能性のある規則違反について自身が有する情報を考慮することを確認する。そして、この監督任務の執行におけるフォートは、行

政が有しえた右情報を考慮することにより評価されなければならないにもかかわらず、行政控訴院[106]が、AZF工場の二二一号棟に危険な製品（生成物）が大量に長期間にわたって不正な状態で保管されていたことのみをもって、それを当該施設の監督任務における行政のフォートの徴表と判断した点について、これを法の誤りであると評価している。その上で、AZF工場には、七〇ヘクタールの敷地に八二の特定施設が存在し、敷地全体が、公共の安全の保護のための最も厳格な仕組みである、公用地役を伴う「セベソ高閾値（SEVESO seuil haut）」に分類されているところ、当該監督役務が、二〇〇一年に、本質的に最も危険な施設を対象に一一回の査察を行っていたこと、そして、二二一号棟は本件爆発事故に先立つ数年間査察の対象となっていなかったが、行政が当該建物に特別な危険が潜んでいると認識することを可能ならしめる情報は全く存在しなかったことを指摘している[107]。コンセイユ・デタは、以上のような事実関係等に鑑み、その結論として、特に、本件爆発事故に先立つ数年間、二二一号棟を査察せず、同棟内の硝酸アンモニウムの保管条件の不正を検知しなかった点において、監督権限の行使におけるフォートの性質を有する不作為があったという原告の主張には理由はないとして、国の賠償責任を否定した。

本件においては、確かに、二二一号棟を査察していれば、当該倉庫の危険性を認識し、事業者に課せられた義務（硝酸アンモニウムと塩素誘導体の貯蔵を物理的に分離したり、廃棄物処理の手順を確立する義務等）を遵守させることによって、結果的に爆発事故を防ぐことができたと解することも可能であったかもしれない。しかしながら、本判決が、こうした解釈をとらず、国の監督権限の行使におけるフォートを認めなかった背景には、特定施設の特殊性や、その数に比して査察官が少ないこと（所轄大臣によると約五〇万の特定施設のうち、四六、〇〇〇が許可制度の対象となっており、そのうち一二〇〇近くがセベソに分類されており、その約半分はAZFの敷地と同じく公用地役の対象となっているところ、査察官は訳一四五〇人[108]）、つまり人的手段の不十分さへの配慮に基づく、コンセイユ・デタの「プ

ラグマティズム（pragmatiseme）」があり、この点に関しては本判決に批判的な論者も一定の理解を示している。[109] すなわち、本判決において、本質的に最も危険であるとみなされる施設以外の施設も含めた〝網羅的な〟査察が義務づけられるということになると、今後他の特定施設でもそれを行わなければならないこととなり、それは右のような査察官の人員等に鑑みると、行政に不可能を強いることになるのではないか、という考慮が働いているということである。本判決の Xavier de Lesquen による論告において、「行政にシステマティックな監督義務を課すことはできないように思われる」[110]という指摘がなされているのも、こうした点を考慮したものと考えられる。実際、de Lesquen は、監督役務が用いる手段を考慮することや、監督役務の賠償責任が補完的なものであることを明確に指摘している。[111] 以上のように見てくると、用いる手段の不十分さが考慮されるのは、特定の個人や組織を監視・監督する任務が問題となる場合が多いことがわかる。

第三款：損害の予見可能性

一　予見可能性の不存在あるいは予見の困難性

Paillet が挙げている、役務のフォートの評価を具体化する三つ目の要素は、損害の予見可能性である。[112] 係争事件の諸状況において損害の予見可能性が存在しない場合に、役務のフォートが認められないことについては異論の余地はない。特に、この予見可能性の存否ないし程度が役務のフォートの評価を左右することとなるのは、特定の個人の行為や事件あるいは事故等の発生を防止するためにとるべき措置を、行政がとらなかったことが問題となるような場合である。そこでは、たいていの場合、行政が損害発生の危険を実際に認識していたことまでは求められず、その予見が可能であっ

たことだけで足りる。[113] つまり、損害の予見可能性は、行政が自身で危険の不存在を確認することができ、また確認しなければならない時点から、危険の実際の認識を推定させるのである。[114] ただし、Richer によれば、例外的に、実際の予見がフォートの要件となることもあるという。[115] 例えば、倒壊のおそれがある不動産に関する警察活動[116]がそれであり、かかるケースにおいては、当該不動産が示す危険性を認識し、行政にそれを知らせることを義務づけられるのは、何よりもまず当該不動産の所有者であるという。もっとも、一口に予見可能性と言っても、その可能性の程度にはグラデーションがあり、それに応じて行政に課せられる義務の程度が変化することとなる。[117] このことは、前述の Lille 行政裁判所が役務のフォートの判断要素として予見可能性の容易性を挙げていたことからもわかるだろう。

役務のフォートの評価に当たって損害の予見可能性の有無が問題となる典型的な領域は、医療役務や刑務所役務である。[118] まず、医療役務に関して言えば、患者が自殺した、あるいは逃げ出したといったような事件においては、当該患者の過去の行動や病状等から、当該事件の発生を予見できたかどうかが問われることとなる。[119] また、刑務所において囚人が自殺したり、他の囚人を死傷させたりするような事件についても、同じことがいえる。[120] 例えば、《Remery 判決》[121]においては、囚人のJ氏が他の囚人を負傷させた事件について、J氏がこれまで他の囚人や看守に対して攻撃的な態度を示していなかったことを考慮することにより、重大なフォートを構成する監視の瑕疵はなかったという判断がなされている。その他、他人に危害を加えるおそれのある人物に対する収容等の警察措置に関する不作為責任が問われる場合にも、同じような形で予見可能性が問題となりうる。その例として、《Jeangrand 判決》[122]が挙げられる。本件は、一九六九年一〇月七日に児童を襲撃したA氏を、当該事件発生前に職権により精神病院に収容することを命じなかった地方長官の不作為について、国家賠償請求訴訟が提起された事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、A氏が、右襲撃事件の前年に風俗紊乱罪の嫌疑をかけられた際に、司法当局によって任命された専門家がA氏には危険性がない

という鑑定報告を行っていたことや、A氏が、本件事件の二週間前から三度にわたって幼い児童に対して非難すべき行為を働いていた事実を憲兵隊が知ったのは、本件事件後の一九六九年一〇月九日であったことなどを考慮することにより、地方長官の重大なフォートを否定した。

この予見可能性に関する近年の重要判例として、刑務所において首吊り自殺をした囚人の遺族が、刑務所役務の監視の瑕疵によるフォートを理由に国家賠償請求訴訟を提起した、《Merabet 判決》[123]を挙げることができる。本判決において、コンセイユ・デタは、まず、囚人の自殺によって物的損害や精神的損害が生じた場合、国の賠償責任は、特に監視又は警戒の欠如による、刑務所役務のフォートに基づき成立しうるとした上で、当該フォートは、行政が、とりわけ当事者の前歴、その行動、その健康状態について有していた情報に鑑み、自殺を防止するために合理的に期待されうる措置を講じなかった場合にしか認められえない、という一般的な判断枠組みを示している。その上で、原審の事実認定を以下のようにまとめている。すなわち、本件で自殺を図った囚人は、二〇〇〇年代に精神疾患のために医師による治療を受けていたが、刑務所に収監された二〇一一年三月三一日から自殺した二〇一二年七月二三日までの間に、自殺のリスクがあったとは認められない。同囚人は、二〇一二年七月二三日午前八時三〇分頃に、母親からの連絡がないことへの不安感や、刑罰の修正（aménagement de peine）の申請が拒否されたことへの失望感、就労意欲があることを訴えた後に、頸部や腹部への自傷行為を行った。そこで、同囚人は、直ちに医療役務と精神科医のケアを受け、一時間ほど勾留担当官と接見した後で、医療役務から特別な警戒を行うようにという指示はなかったものの、特別な監視の下に置かれることとなった。その日の遅くまで他の囚人が戻ることはなかったため、同囚人は一人で残された状態になっていたが、比較的落ち着いていたように見えた。看守が一三時と一三時五〇分の二度確認を行っていたが、その後、一六時三五分に意識を失った状態で発見されることとなった。コンセイユ・デタは、以上のような事実を踏まえた上で、こうした囚人

の行動は自殺の予見を可能ならしめるものではないとして、刑務所役務のフォートを認めなかった、控訴審判決を支持する形で国家賠償責任の成立を否定した[124]。このように見てくると、本判決においては、まさに、当該刑務所役務のフォートの評価に当たって、囚人の自殺が予見できたかどうかが問題となっていることがわかる[125]。なお、本判決の評釈においては、刑務所の被収容者の爆発的な増加と看守の少なさに起因する、刑務所における監視任務の困難性が指摘されているが[126]、このような行政が用いうる手段の不十分さに起因する困難性が、予見可能性や自殺を防止するために合理的に期待されうる措置の評価の問題と関連しうるものであることに留意が必要であるように思われる[127]。

二　損害発生の蓋然性あるいは予見の容易性

他方、特に同様の事故が以前にも発生していたり、行政が通報等をきっかけに特定の危険の存在を知らされていたというような事情がある場合には、役務のフォートの評価に当たって相対的に厳格な審査がなされることもある。

その例として、Nantes 行政控訴院によって下された《Olivier et Marchetti 判決[128]》が挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。一九八四年八月二四日の一三時一五分頃、Olivier 氏が、その二人の子供等と、Saint-Jean-Trolimon 市の海水浴場で海水浴を行っていたところ、足下の砂が崩れるのを感じたことから救助を求めたが、最後に救助された Olivier 氏は、意識を失った状態で引き上げられ、その後死亡が確認された。この海難事故により生じた損害について、遺族により同市に対する損害賠償請求訴訟が提起された。Nantes 行政控訴院は、まず、市町村法典法律篇第一三一－二条[129]を参照することにより、定期的に多数の人々が利用する水浴場を管轄する地域の市長には、当該水浴場が、そのために整備されておらず、特定の季節しか利用されていないとしても、情報提供、水浴者の安全及びその救助を確保するために必要な措置をとることが義務づけられていることを確認した。本件において、市は当該海水浴場

に通じる道に「潮流の激しい危険な海水浴場」であることを周知する掲示を行っていたが、Nantes 行政控訴院は、「特に（surtout）」シーズン中に同種の事故が既にいくつも起きていたことを指摘し、市長が、この未整備の場所を利用することの真の危険性を滞在客に警告しうる十分に正確な情報を提供していなかったと評価した。また、当該海水浴場が多くの人々により利用されていたにもかかわらず、その近隣に救助センターに迅速に通報できるような手段が全く存在しなかったことも併せて指摘することにより、市町村法典法律篇第一三一－二条に基づく権限の不行使について役務のフォートを認定した。つまり、本判決においては、少なくとも行政側は「潮流の激しい危険な海水浴場」であることを周知させることにより一定の注意義務を尽くしていたにもかかわらず、「特に」同種の事故がいくつも起きていたことを理由に、より厳格な危険性の周知義務が課せられることにより役務のフォートが認定されているのである。さらに、本件においては、当該海水浴場が多数の人々によって利用されていたという、前述の場所的状況の考慮も、そこで課せられる義務を厳格なものとする一要素として働いていると見ることも可能であろう。

また、近年の判決として《Commune de Baalon 判決》[130]が挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。Baalon 市長は、一九九六年七月一日に、建設住居法典法律篇第五一一－一条以下の諸規定に基づき、ある建物の所有者に対して、六二日以内に当該建物の危険を取り除くために必要な措置をとるよう命じた。同市の要請に応じて Verdun 小審裁判所によって任命された専門家による一九九六年九月一三日の鑑定報告書においては、廃墟状態にある当該建物には公有財産及び近隣住民にとって重大かつ切迫した危険性があり、早急に取り壊す必要があるとされていた。しかし、その後、当該建物の所有者により必要な措置がとられることはなかった。それから四年以上経った二〇〇一年一月七日、当該建物は倒壊し、それによって隣人である原告の敷地を囲む壁が破損した。ところで、当時の右法典法律篇第五一一－三条は、鑑定報告書により重大かつ切迫した危険性が確認されている場合には、市長が、安全を保障する

ために必要な暫定的措置を命じること、また、その催告によって付与された期限内に当該措置がとられない場合には、市長が職権かつ所有者の費用により必要な措置を執行させる権限を有することを定めていた。そこで、原告は、こうした警察権限の不行使によって損害を被ったとして、Baalon 市に対する損害賠償請求訴訟を提起した。本判決において、コンセイユ・デタは、以上のとおり、一九九六年九月一三日の鑑定報告書により当該不動産の危険性が市長の知るところとなったことを指摘した上で、かくして当該鑑定報告書から四年以上の間、当該建物の倒壊を避けるための有効な措置をとらなかった点、特にその催告を繰り返さなかった点、さらには最終手段として所有者の費用負担により当該危険を取り除くのに必要な工事に取り掛かるための手続きをとらなかった点において、市長のフォートを認定した。つまり、本判決においては、特に重大かつ切迫した危険性が存在していたこと、右鑑定報告書により損害の予見可能性が明確に存在していたこと、しかも当該損害を防止するために必要な時間的余裕が十分にあったことから、単なる一度の催告だけでは足らず、有効な措置、繰り返しの催告、強制的な取り壊し工事といった高度で明確な作為義務が課せられているのである。

（1）T.A. Lille 12 avril 1957, *Gaz. Pal.* 1957. II, juris. p. 311.
（2）Laurent Richer, *Thèse 1978*, pp. 5-6.
（3）Didier Truchet, *Droit administratif*, 8e éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 1234-1235 ; Voir également, Charles Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009, n° 235.
（4）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 168.
（5）Voir, *Ibid.*, n° 169.
（6）Voir Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. X ; Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la*

responsabilité administrative, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 585 ; Christophe Guettier, « Faute civile et faute administrative », *Responsabilité civile et assurances (R.C.A.)* juin 2003, p. 67.；拙稿・北大法学論集六五巻三号六四七－六四九頁参照。

（7）Maurice Hauriou, note sous C.E. 10 et 17 février 1905, *Tomaso Grecco* et *Auxerre*, S. 1905.Ⅲ. 115-116.

（8）Jacques Defrenois, *La faute du service public*, Th. Bordeaux, 1937, p. 31.

（9）ただし、当時においても、かかる対比構造を絶対視することに疑問を呈し、その差異の相対性を指摘する論者もいた（Gérard Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine, 1951, pp. 225 et s.）。

（10）Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960, n° 274 ; Voir également, T.A. Limoges 30 juin 1954, *Établissements Legrand, A.J.D.A.* 1955, p. 84.

（11）Noël Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965.

（12）Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 65.

（13）*Ibid.*, p. 64.

（14）*Ibid.*

（15）Voir également, Noël Dejean de La Batie, *supra* note 11, p. 3.

（16）Laurent Richer, *Thèse 1978*, pp. 64-65.

（17）Voir également, Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité,* Paris, L.G.D.J., 1980, n° 232 et 238-239.

（18）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 171 ; Voir également, Pierre-Édouard du Cray, « L'insuffisance de moyens dans le droit de la responsabilité administrative », *D.A.* 2014, étude 9, n° 16.

（19）Voir, Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 158；拙稿・北大法学論集六四巻六号一一一七頁以下（第一章第一節）参照。

（20）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 171 ; Voir également, Charles Vautrot-Schwarz, *supra* note 3, n° 235.

（21）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 171 ; Voir également, Benoît Delaunay, *La faute de l'administration,* Paris, L.G.D.J., 2007,

n° 60.

(22) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 172-178 ; Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 231-235 ; Voir également, Roland Vandermeeren, « Police », *R.R.P.P.*, 2017 (Actualisation 2020), n° 173-175 et 199-208 ; Benoît Plessix, *Droit administratif général,* 3e éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 1271 ; Hafida Belrhali, *Responsabilité administrative*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 2020, n° 168.

(23) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 173 ; Voir également, Didier Truchet, *supra* note 3, n° 1234 ; Christophe Guettier, « La responsabilité en droit administratif », Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12e éd., Paris, Dalloz, 2020, n° 1161.21.

(24) C.E. Sect. 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, Rec. 12.

(25) Voir, Jean Rivero, « Le Conseil d'État, Cour régulatrice », D. 1954, chron. p. 159.

(26) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 173.

(27) *Ibid.*, n° 174 ; Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 232 ; Voir également, Laurent Richer, *Thèse 1978,* p. 53.

(28) C.E. 10 novembre 1976, *consorts Artuso*, Rec. 1103.

(29) C.E. 20 mars 1970, *époux Martin*, Rec. 1190.

(30) C.E. 23 janvier 1980, *Consorts Candoni, Nantes, R.D.P.* 1980, p. 1764.

(31) C.E. 5 novembre 1920, *Wannieck*, Rec. 923.

(32) C.E. 4 janvier 1918, *Mineurs Zulémaro c./ l'État*, Rec. 9.

(33) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 174.

(34) C.E. 20 septembre 1944, *Sieurs Finidori et autres*, Rec. 254.

(35) C.E. Sect. 29 avril 1987, *Consorts Yener et consorts Erez,* Rec. 151, *R.F.D.A.* 1987, p. 636, concl. Christian Vigouroux, *A.J.D.A.* 1987, p. 450, chron. Michel Azibert et Martine de Boisdeffre, D. 1988, somm. p. 53, obs. Franck Moderne et Pierre Bon.

(36) Voir, Marcel Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 277 ;

Voir également, C.E. 15 octobre 2014, *M^me^ Batache et autres*, Rec. 850, *A.J.D.A.* 2014, p. 2036, obs. Carine Biget.

（37）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 175 ; Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 233.

（38）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 175.

（39）C.E. 13 octobre 1971, *sieur Maubec*, Rec. 1189.

（40）C.E. Sect. 12 juin 1953, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris*, Rec. 283.

（41）C.E. 21 décembre 1966, *Compagnies d'assurances mutuelle générale Française. Accidents et Union et Phénix Espagnol*, Rec. 689.

（42）C.E. 11 mai 1969, *Ministre de l'Équipement et du Logement c./ Pigot*, Rec. 949.

（43）C.E. 17 octobre 1986, *Ministre des P.T.T. c./ Erhardt,* Rec. 240, *A.J.D.A.* 1986, p. 694, chron. Michel Azibert et Martine de Boisdeffre.

（44）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 175.

（45）C.E. 17 juin 1964, *Centre hospitalier de Montauban*, Rec. 343.

（46）拙稿・北大法学論集六五巻二号二五二頁以下（第二章第一節）参照。北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任（二）（二・完）」法学論叢一一七巻四号、一一八巻一号（一九九〇年）も併せて参照。

（47）Voir, Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, t. 1, 12^e^ éd., Paris, P.U.F., 1992, pp. 583-584 ; Jacques Moreau, *La responsabilité administrative*, 2^e^ éd., Paris, P.U.F., 1995, p. 68 ; René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e^ éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1463 ; Didier Truchet, *supra* note 3, n° 1237 ; Yves Gaudemet, *Droit administratif*, 23^e^ éd., Paris, L.G.D.J., 2020, n° 375.

（48）C.E. Sect. 20 juin 1997, *Theux*, Rec. 253, concl. Jacques-Henri Stahl.

（49）C.E. Sect. 13 mars 1998, *Améon et autres*, Rec. 82, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1998, p. 197, concl. Laurent Touvet.

（50）C.E. 29 avril 1998, *Commune de Hannappes,* Rec. 185 ; C.E. 29 décembre 1999, *Communauté urbaine de Lille*, Rec. 436.

（51）Voir, René Chapus, *supra* note 47, n° 1470 ; Jean Waline, *Droit administratif*, 28^e^ éd., Paris, Dalloz, 2020, n° 512-513 ;

Yves Gaudemet, *supra* note 47, n° 375.

(52) Patrice Chrétien, Nicolas Chifflot et Maxime Tourbe, *Droit administratif*, 17e éd., Paris, Sirey, 2020, n° 762 ; Voir également, Jean-Pierre Dubois, « Responsabilité pour faute », *R.R.P.P.*, 2014 (Actualisation 2020), n° 118.

(53) Jacques-Henri Stahl, *supra* note 48, p. 259 ; Voir également, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 89.

(54) Voir, Gilles Pellissier, « Évolutions récentes du droit de la responsabilité administrative », *Collectivités territoriales intercommunalité* 2005, étude 14, n° 14 ; Benoît Delaunay, *supra* note 21, n° 289 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *Droit administratif*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2019, n° 949.

(55) Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, 14e éd., Paris, L.G.D.J., 2020, n° 1086 ; Voir également, Philippe Foillard, *Droit administratif*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 404.

(56) C.E. Ass. Avis 6 juillet 2016, *M. N... et autres*, Rec. 320, concl. Béatrice Bourgeois-Machureau, *R.F.D.A.* 2016, p. 943, note Olivier Le Bot, *A.J.D.A.* 2016, p. 1635, chron. Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, *J.C.P. A.* 2016, n° 2256, étude Michel Verpeaux, *D.A.* 2016, comm. 58, note Gweltaz Eveillard, D. 2016, p. 1567, obs. Marie-Christine de Montecler, *J.C.P. G.* 2016, n° 1079, note Pauline Türk, *Gaz. Pal.* 28 octobre 2016, p. 44, note Sophie Roussel ; Voir également, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 53, p. 956.

(57) 捜索対象者やその関係者が被った損害については、フォートによる賠償責任が適用され、それ以外の第三者が被った損害については、公的負担の前の市民の平等に基づくフォートによらない賠償責任が適用されるという整理がなされている。

(58) Olivier Le Bot, *supra* note 56, p. 950.

(59) Béatrice Bourgeois-Machureau, *supra* note 56, pp. 331-333.

(60) C.E. 5 décembre 1941, *Sieur Gompertz*, p. 209 ; Voir également, Circulaire du 25 novembre 2015 relative aux perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence.

(61) Voir également, Michel Verpeaux, *supra* note 56, n° 5.

(62) Jacques-Henri Stahl, *supra* note 48, p. 258.

（63）Voir, Cass. Ass. plén. 23 février 2001, n° 99-16.165, Bull. civ. Ass. plén. n° 5, *Gaz. Pal.* 28 juillet 2001, p. 28, concl. Régis de Gouttes, note Evelyne Collomp, *J.C.P.* 2001. I. 340, chron. Geneviève Viney, *J.C.P.* 2001.Ⅱ. 10583, note Jean-Jacques Menuret, D. 2001, p. 1752, note Charles Debbasch, *A.J.D.A.* 2001, p. 788, note Serge Petit, *R.C.A.* 2001, chron. 10, note Pascale Vaillier ; Voir également, Sophie Roussel, *supra* note 56, p. 46.

（64）Voir, Olivier Le Bot, *supra* note 56, p. 950 ; Gweltaz Eveillard, *supra* note 56, p. 30.

（65）Patrice Chrétien, Nicolas Chifflot et Maxime Tourbe, *supra* note 52, n° 762 ; Voir également, Jean-Jacques Thouroude, *La faute qualifiée dans la responsabilité administrative*, Th. Caen, 1974, pp. 140 et s.

（66）Jean-Pierre Dubois, *supra* note 52, n° 154.

（67）Voir, C.E. 19 juillet 2017, *Commune de Saint-Philippe*, Rec. 803, *A.J.D.A.* 2017, p. 1966, concl. Laurence Marion ; C.E. 28 décembre 2018, *M. Klai et syndicat CGT des chômeurs et précaires de Gennevilliers-Villeneuve-Asnières*, Rec. 906, *Revue de droit sanitaire et social (R.D.S.S.)* 2019, p. 151, concl. Charles Touboul.

（68）Voir, Jacques Moreau, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsablité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 163.

（69）Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 55, n° 1091.

（70）C.E. 26 avril 2017, *M. et M^me^ Aubry-Dumont*, Rec. 798 et 805, *A.J.D.A.* 2017, p. 1469, concl. Xavier Domino, *D.A.* 2017, comm. 34, note Benoît Camguilhem, *J.C.P. A.* 2017, n° 2135, note Hélène Pauliat ; Voir également, C.E. 26 juin 1985, *M^me^ Garagnon*, Rec. 209.

（71）Benoît Camguilhem, *supra* note 70, p. 46.

（72）Jean-Pierre Dubois, *supra* note 52, n° 154.

（73）C.E. 18 juillet 2018, *M^me^ Monnet et autres*, Rec. 900, *A.J.D.A.* 2018, p. 1801, tribune Patrick Wachsmann, et p. 1915, concl. Laurence Marion, *J.C.P. A.* 2018, n° 2347, note Charles-Édouard Minet, *D.A.* 2018, comm. 56, note Alice Minet-Leleu, *J.C.P. G.* 2018, n° 989, note Alexis Duprau ; Voir également, C.E. 28 mai 1984, *Société française de production*, Rec. 728 et 736 ; T.A. Paris 18 juillet 2018, n° 1621238/3-1, *A.J.D.A.* 2019, p. 130, note Amandine Blandin.

(74) 控訴審判決の事実認定によると、同氏は、二〇〇六年から、イスラム過激派とみなされる人物の個人情報が記載された「S ファイル（Fiche S）」の対象となり、また、強盗等の罪で、二〇〇七年一二月から二〇〇九年九月まで投獄されていた。

(75) T.A. Nîmes 12 juillet 2016, n° 1400420, *A.J.D.A.* 2016, p. 1823, concl. Aurore Fougères.

(76) C.A.A. Marseille 4 avril 2017, n° 16MA03663, *A.J.D.A.* 2017, p. 1239, concl. Michaël Revert, *J.C.P. A.* 2017, n° 2168, note Pauline Parinet ; Voir également, Fouad Eddazi, « La responsabilité de l'état en matière de renseignement : affirmation et construction d'un régime », *D.A.* 2017, étude 16.

(77) このように、本件においては、少なくとも単純なフォートの存在は否定し難い状況があり、国の賠償責任を否定するためには重大なフォート要件を適用するしかなかったのではないかという指摘がなされている（Voir, Alice Minet-Leleu, *supra* note 73, p. 41 ; Alexis Duprau, *supra* note 73, p. 1710 ; Amandine Blandin, *supra* note 73, p. 135.）。

(78) この点については、当該活動の特別な困難性を重大なフォートの認定の段階で「再利用すること（réutiliser）」により、それに行政を二重に保護する機能を与えているという批判がなされている（Alice Minet-Leleu, *supra* note 73, p. 42）。

(79) Laurence Marion, *supra* note 73, pp. 1917-1918. ：なお、本論の趣旨とずれるため、詳細は省略するが、Marion は、本件において重大なフォート要件を適用する根拠を、情報機関の活動に伴う困難性だけに求めているわけではない。例えば、機密情報を取り扱う情報機関の活動に関する審査には困難性が伴うため、審査の対象を重大なフォート、つまり明白な機能不全（défaillance évidente）に限定することが現実的であることや、身分照会検査（contrôles d'identité）のような司法警察の事実行為や、裁判役務の運営については、一部の例外を除き重大なフォート要件が適用されていること、諜報活動は特定の個人の自由やプライバシーを侵害するものであるところ、第三者の監視という任務の遂行に失敗したことによる国の責任を問いやすくすることで、非司法的な枠組みにおいて行われる当該監視活動を月並みなものにしてしまうおそれがあること、被害者に対しては補償基金からテロ攻撃に関連した損害の特殊性を考慮した十分な補償が行われることになっているため、国のフォートを認めても、被害者の補償には影響を与えないか、あるいはごくわずかな影響しかないことなどが指摘されている。

(80) フランスのテロ対策に関連する法制度や、本件事件の前後の法改正に関しては、服部有希「【フランス】二〇一二年テロ対策法」外国の立法二五四号（二〇一三年）一二頁、同「【フランス】二〇一四年テロ対策強化法：インターネットによる

テロの拡大」外国の立法二六二号（二〇一五年）一〇頁、豊田透「【フランス】緊急状態延長法の制定：パリ同時テロをめぐって」外国の立法二六六号（二〇一六年）一二頁、同「【フランス】二〇一六年テロ対策強化法」外国の立法二六八号（二〇一六年）八頁、齊藤笑美子「海外法律情報／フランス 情報活動に関する法律：テロ後の動向」論究ジュリスト一六号（二〇一六年）一〇二頁、奥村公輔「フランスにおけるテロ対策と緊急事態『法』の現況」論究ジュリスト二一号（二〇一七年）四一頁、浦中千佳央「危急事態法下のフランス：テロ対策の新展開」産大法学五〇巻一・二号（二〇一七年）一九七頁、奥村公輔「〔フランス法令翻訳〕国内安全及びテロとの闘いを強化する二〇一七年一〇月三〇日法律第一五一〇号」駒澤法学一七巻二号（二〇一八年）三四頁、同「フランスにおけるテロ対策強化の諸問題：『永続的例外事態』と『緊急事態の一般化』」法律時報九〇巻九号（二〇一八年）一二二頁、安藤英梨香「【フランス】国内の治安及びテロとの闘いを強化する法律」外国の立法二七六号（二〇一八年）八頁参照。

(81) Laurence Marion, *supra* note 73, p. 1919.

(82) なお、テロ対策のためのさまざまな手段が整備された現在は、同様の事件について、より厳格な判断がなされる可能性もある（Voir, Amandine Blandin, *supra* note 73, p. 135 ; Didier Truchet, *supra* note 3, n° 1241.）。

(83) 実際、前述の二〇一六年のコンセイユ・デタの総会意見が、緊急事態における行政家宅捜索については単純なフォート要件が適用されることを示したことにより、警察役務に関しては重大なフォート要件が消滅したと解する論者もいた（Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odine, *supra* note 56, pp. 1638-1639.）。

(84) Aurore Fougères, *supra* note 75, p. 1824 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 55, n° 1090.

(85) Patrick Wachsmann *supra* note 73, p. 1801 ; Alice Minet-Leleu, *supra* note 73, pp. 39-41 ; Hafida Belrhali et Anne Jacquemet-Gauché, « Trop ou trop peu de responsabilité ? Deux voix critiquent deux voies », *A.J.D.A.* 2018, p. 2057 ; Didier Truchet, *supra* note 3, n° 1241.

(86) Voir, Laurence Marion, *supra* note 73, p. 1919 ; Michaël Revert, *supra* note 76, p. 1244 ; Charles-Édouard Minet, *supra* note 73, n° 4 ; Fouad Eddazi, *supra* note 76, n° 9.

(87) Voir, Michaël Revert, *supra* note 76, p. 1244 ; Charles Charles-Edouard Minet, *supra* note 73, n° 4.

(88) Voir, Laurence Marion, *supra* note 73, p. 1919 ; Michaël Revert, *supra* note 76, p. 1244 ; Charles-Édouard Minet, *supra*

note 73, n° 4 ; Alexis Duprau, *supra* note 73, p. 1709 ; Patrick Wachsmann, *supra* note 73, p. 1801 ; Fouad Eddazi, *supra* note 76, n° 9.

(89) Laurence Marion, *supra* note 73, p. 1919.

(90) Voir, Charles-Édouard Minet, *supra* note 73, n° 4 ; Alexis Duprau, *supra* note 73, p. 1710.

(91) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 176. ; Paillet は、このような用いうる手段を考慮する具体的な評価方法が、国の賠償責任が「一般的でも絶対的でもない」ことを明言した《Blanco 判決》(T.C. 8 février 1873, *Blanco*, D. 1873.Ⅲ. 20, concl. David.) のロジックに間接的に合意されたものであったことを指摘している (Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 176 ; Voir également, Hervé Detton, concl. C.E. 3 avril 1936, *Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, S. 1936.Ⅲ. 109.)。

(92) Gérard David, *Essai sur la relativité de la faute du service public*, Th. Caen, 1952, p. 124.

(93) Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 50.

(94) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 176 ; Voir également, Pierre-Édouard du Cray, *supra* note 18, n° 2.

(95) Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 235 ; Voir également, Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 49.

(96) ただし、行政が、他の適切な手段を用いえたにもかかわらず、それを利用しなかったことにより損害が生じたような場合には、そのとるべき手段の選択の誤りについて役務のフォートが認定されることもある (Voir, C.E. 1er mars 1974, *Sieur Mourat*, Rec. 161 ; C.E. 29 décembre 1999, *Communauté urbaine de Lille*, Rec. 436, D. 2000, p. 247, obs. Pierre Bon et Denys de Béchillon.)。

(97) Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2012, Réimpression de l'édition publiée en 1938 (2e éd.), p. 42.

(98) Voir, Yves Gaudemet, *supra* note 47, n° 375.

(99) Voir, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 176.

(100) André Demichel, « Vers le self-service public », D. 1970, chron. p. 79 ; Voir également, André Demichel, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 166.

(101) Voir, Pierre-Édouard du Cray, *supra* note 18, n° 8 ; Benoît Plessix, *supra* note 22, n° 1271.

（102）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 177.

（103）C.E. Sect. 5 janvier 1966, *Sieur Hawezack*, Rec. 6, D. 1966, juris. 317, note Franck Moderne ; Voir également, C.E. 5 mars 1975, *Dame Moulis*, Rec. 177.

（104）C.E. 10 février 1982, *S. A. Compagnie"Air-Inter"*, Rec. 743 ; Voir également, C.E. 19 mars 1965, *Sieur Fouet*, Rec. 183 ; Jean Marie Auby, « La responsabilité des services publics de lutte contre l'incendie », D. 1957, chron. p. 103.

（105）C.E. 17 décembre 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c./ M. Gilbert et autres*, Rec. 754, *Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel* février 2015, p. 5, concl. Xavier de Lesquen, *A.J.D.A.* 2015, p. 592, note Anne Jacquemet-Gauché, *E.E.I.* 2015, comm. 27, note Sophie Edlinger et Christian Huglo, *Droit de l'environnement* mai 2015, p. 181, note Hervé Arbousset.

（106）C.A.A. Bordeaux 24 janvier 2013, n° 10BX02881, *A.J.D.A.* 2013, p. 749, note Guillaume de La Taille.

（107）コンセイユ・デタは、その根拠として、一九九〇年に事業者によって行われた危険性の調査により、硝酸アンモニウムの貯蔵場所での爆発のリスクが否定されていたことや、行政が当該施設における規則違反について知らされていなかったことを挙げている。この点に関して、Anne Jacquemet-Gauché は、この一〇年以上前の調査の内容が「セベソ高閾値」に分類される敷地に関しては完全に時代遅れのものとなっていることや、深刻なリスクがあることを事業者が行政に知らせてくれると信用していることについての楽観主義（optimisme）を批判している。そして、本判決において行政に課せられている義務が緩やかなものである点に着目し、黙示的に重大なフォート要件を維持あるいは復活させたものではないか、との疑念を示している（Anne Jacquemet-Gauché, *supra* note 105, p. 595 ; Voir également, Hervé Arbousset, *supra* note 105, pp. 185-187 ; Hafida Belrhali, « La responsabilité administrative de demain. Potentialités et contentieux potentiels », *A.J.D.A.* 2021, p. 1255.）。

（108）Voir, Xavier de Lesquen, *supra* note 105, p. 7 ; Anne Jacquemet-Gauché, *supra* note 105, p. 595.

（109）*Ibid.* ; Sophie Edlinger et Christian Huglo, *supra* note 105, p. 51 ; Hervé Arbousset, *supra* note 105, pp. 184 et 186-187.

（110）Xavier de Lesquen, *supra* note 105, p. 7.

（111）*Ibid.*, p. 8 ; Voir également, Anne Jacquemet-Gauché, *supra* note 105, p. 594 ; Jean-Pierre Dubois, *supra* note 52, n° 174 ;

Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 55, n° 1093.

（112）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 177.

（113）Laurent Richer, *Thèse 1978,* p. 54.

（114）*Ibid*.

（115）*Ibid*.

（116）C.E. 3 juin 1927, *Ministre des Régions libérées c./ Époux Selingue*, Rec. 655 ; C.E. 25 avril 1941, *Maurel*, S. 1942.Ⅲ. 13.

（117）Voir, C.E. 22 octobre 1975, *Sieur Bergon*, Rec. 521 ; C.E. 10 février 1982, *S. A. Compagnie"Air-Inter"*, Rec. 743.

（118）Voir, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 178 ; Laurent Richer, *Thèse 1978,* p. 55. ；なお´公衆衛生警察に関する諸判例においては´血液製剤や´アスベスト´医薬品による被害の発生を予見することが可能となった時期が問題となっている（C.E. Ass. 9 avril 1993, *M.D., M.G. et M.B.*, Rec. 110, concl. Hubert Legal ; C.E. Ass. 3 mars 2004, *Ministre l'emploi et de la solidarité c./ Consorts Botella*, Rec. 125, *R.F.D.A*. 2004, p. 612, concl. Emmanuelle Prada-Bordenave ; C.E. 9 novembre 2016, *M*me *B*…, Rec. 496, concl. Jean Lessi.）°

（119）C.E. 31 janvier 1964, *Consorts Bonnery*, Rec. 75 ; C.E. 1er mars 1974, *Sieur Mourat*, Rec. 161.

（120）Voir, Isabelle Fouchard, « Décès violents de détenus en prison. Les évolutions récentes de la responsabilité de l'État », *A.J.D.A*. 2011, pp. 143-144.

（121）C.E. 26 mai 1978, *Remery*, Rec. 222.

（122）C.E. 10 avril 1974, *Ministre de l'Intérieur c./ époux Jeangrand*, Rec. 1158 ; Voir également, C.E. 26 janvier 1979, *Consorts Bourgaux*, Rec. 29.

（123）C.E. 28 décembre 2017, *M. Merabet*, Rec. 800, *D.A*. 2018, comm. 16, note Hervé Arbousset, D. 2018, p. 1175, chron. Éric Péchillon, *Actualité juridique-Pénale (A.J.P.)* 2018, p. 163, note Jean-Paul Céré.

（124）逆に´刑務所において未成年者が自殺した事件について´自殺した少年が´刑務所での生活に適応するに当たって困難に直面していたことが既に勾留期間中に表面化していたことや´自殺の当日に裁判所から五か月の禁固刑を言い渡されていたことなどを考慮することにより´その予見可能性を認め´結果的に´刑務所役務のフォートを認定した判決もある（C.E.

9 juillet 2007, *Delorme*, Rec. 1063 et 1072, *L.P.A.* 9 octobre 2007, p. 14, concl. Mattias Guyomar, *A.J.D.A.* 2007, p. 2094, note Hervé Arbousset, D. 2008, p. 1019, chron. Éric Péchillon ; Voir également, Isabelle de Silva, « La rénovation du régime de responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires », *A.J.D.A.* 2009, p. 416.）。

（125）Voir, Hervé Arbousset, *supra* note 123, p. 37 ; Éric Péchillon, *supra* note 123, p. 1178.

（126）Hervé Arbousset, *supra* note 123, p. 37.

（127）Voir, Isabelle Fouchard, *supra* note 120, p. 143.

（128）C.A.A. Nantes 21 mars 1990, *M^mes Olivier et Marchetti c./ Commune de Saint-Jean-Trolimon*, Rec. 426, *R.F.D.A.* 1991, p. 485, obs. Jean-Claude Hélin et René Hostiou ; Voir également, C.E. 8 novembre 1985, *Lange*, *R.D.P.* 1986, p. 920.

（129）第一章第二節第二款二1参照。

（130）C.E. 27 septembre 2006, *Commune de Baalon*, Rec. 1061, *A.J.D.A.* 2007, p. 385, note Fabrice Lemaire, *J.C.P. A.* 2006, n° 1305, note Gilles Pellissier.

第二節：抽象的評価

裁判官は、役務のフォートの認定に当たって、その評価を具体化する諸要素を広く考慮しているものの、たとえそれが、たいていの場合黙示的であったとしても、より抽象的なアプローチをとることがある(1)。Michel Paillet によれば、この抽象的評価は、裁判官が、問題となる行政活動を、行政客体が正当に期待しえた結果をそれにもたらすために当該行政活動があるべきであった姿に照らして評価するものであるという(2)。そして、この抽象的評価は、判例上二つの形態をとるとされている。一つはある種の迂回によって役務の組織に準拠するというものであり、もう一つは直接的に一定

の結果に対する行政客体の権利を考慮するというものである。そこで、以下では、まず前者の公役務の組織編制ないし体制整備に着目したアプローチ（第一款）、次に後者の行政客体の権利に着目したアプローチ（第二款）という順で検討を進めていくこととしたい。

第一款：公役務の組織編成ないし体制整備

一　公役務の組織編成ないし体制整備に準拠する意義

前節において検討したとおり、裁判官は、しばしば、役務のフォートの存在を否定するために、その評価を具体的する諸要素を援用することがある。例えば、損害の発生という結果を回避できなかったことはやむをえなかったということを論証するために、当該行政主体が十分な人的あるいは物的手段を有していなかったという事情が援用されるような場合である。これに対して、Paillet によれば、裁判官は、例外的にではあるものの、役務のフォートの存在を肯定するために、「良き公役務の組織」を行政主体に要求することがあるという[3]。そこでは、問題となる公役務の組織編成や体制整備のあり方に着目することにより、十分な人的あるいは物的手段が整えられているか、といったことが問われることとなる。その際、公役務の運営の具体的諸条件は後方に追いやられることとなり、公役務の組織編成ないし体制整備が最も重要な考慮要素となる。つまり、裁判官は、そこで、黙示的に「良き組織は良き運営を可能ならしめる。逆に、悪しき組織は悪しき運営を後押しする」[4]というシェーマに従って判断を行うのである。かかる解釈は、フォートの推定の解釈と同一ではないものの、それと類似するものであるといえる。というのも、Paillet によれば、「ここで、フォートを推定させるのはもはや損害ではなく、役務の組織の瑕疵ある性格こそが当該事件において悪しき運営があったとい

うことを推定させる」[5]からである。かくして、公役務の組織編成ないし体制整備上の瑕疵を考慮するということは、先に検討した具体的諸要素が有する免責的効果（effet absolutoire）に対する重要な限界を成すという[6]。つまり、この文脈においては、手段の不存在は、免責事由ではなく、逆に組織に瑕疵があるという烙印を押すための一要素となりうるのである[7]。

Paillet は、このような抽象的評価が行われる典型的な領域として医療役務を挙げている。ここでは、その一例として《Lemaire 判決》[8]を紹介することとしたい。本件は、ある子供が入院中に未熟な雑役婦（fille de salle）によって行われたガーゼの貼付により生じた重度の火傷が原因で死亡した医療事故について、国家賠償請求訴訟が提起された事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、当該事故が「Nord 県の賠償責任を生ぜしめる性質の役務の組織上の瑕疵に帰責すべきものである」と判示した。つまり、コンセイユ・デタは、雑役婦の加害行為自体を問題とするのではなく、未熟な雑役婦に当該行為を行わせた組織編成を問題としているのである。Paillet は、本判決において裁判官がとったアプローチについて、頭を抱えるようなデリケートな問題と直面する専門技術的な観点からの審査（当該行政活動が専門技術的に非難されるべきものであったか否かの審査）よりも、「役務の組織編成」という統制がより容易な観点からの審査を選択したものであると評している[9]。

こうした抽象的評価の特徴は、高度な義務ないし行為規範を行政に課すことを可能ならしめる点にあるといえる。この点に関して、Paillet は、「《役務の組織》に準拠するということ、それは、結局のところ、実際に行われた行政活動を当該活動の理想像（son image idéale）と比較するということであり、また、実際に行われた行政活動を行政機構が適切に編成されていた場合に行われていたはずの行政活動と比較するということである[10]」と述べている。言い換えれば、具体的な事件における行政活動が、瑕疵なく組織された行政としての「良き行政」という抽象的なモデルとの関係にお

いて評価されるということである。[11] そこでは、前節で検討したような役務のフォートを具体化する諸要素（例えば、当該役務の運営上の困難性や用いうる手段の不十分さ）は捨象されうる。[12] つまり、このような抽象的評価において、裁判官は、実際に行政が自己の管理する役務を「瑕疵なく」運営するというだけでなく、当該役務が自己の任務を「実効的に」遂行しうるように、行政が当該役務を組織編成ないし体制整備するということまで要求しているのである。[13] かくして、Paillet が指摘するように、「理論的に運営上のフォートに対置される《組織上のフォート》は、裁判官をして行政に課せられる義務の範囲を拡大させることを可能ならしめる」。[14][15]

二　具体例

Paillet は、抽象的評価を行う判例として、右で紹介したような医療役務に関する判例や前章で紹介した《Gil-Garcia 判決》[16]（第二章第二節第六款参照）の他、いくつかの判例を挙げている。ここではまず、《Ville de Cognac 判決》[17]を見ておくこととしたい。本件は、当時一四歳の少年Bが、市民プールにおいて規則により許可なく利用することが禁じられていた、高さ五メートルの飛び込み台から飛び込み、それによって他の利用者に被害が生じた事故について、市に対する損害賠償請求訴訟が提起された事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、許可なく飛び込み台を利用することを禁じる規則を利用者に「実効的に」遵守させうるような監視体制を整えることを怠った点において、Cognac 市は、当該事故の被害者に対する自己の賠償責任を生ぜしめる性質の「役務の組織におけるフォート」を犯したと判示している。ただし、当該規則は適切な掲示により利用者に知らされていたことから、規則違反をした少年Bにも当該事故は帰責すべきものであるとして、Cognac 市の賠償責任を半額に減額した。このように、本判決においては、特定の監視員の具体的な行為ではなく、市民プールにおける監視体制について役務のフォートが認定されている。しかも、そ

こでは、単に飛び込みを禁止する規則を掲示するだけでは足りず、市民プールにおける当該規則を「実効的に」遵守させうるような監視体制を整える必要があったとして、行政に高度な義務が課せられているように見える。

同様の判決として、《Ville de Rennes 判決》[18]が挙げられる。本件は、Rennes 市の市民プールにおいて児童が溺死した事故に関して、児童の両親が同市を相手取って損害賠償請求を行った事案である。本件事故の際、当該プールの監視は一名の監視員によって行われていたが、当該監視員は一時的に監視という本来の任務から離れ、更衣室を開く仕事を行っていた。また、当該プールにおいては大人用プールと子供用プールとが物理的に分けられていなかったことから、その監視に当たっては特別な警戒が必要であった。コンセイユ・デタは、以上のような事実関係を確認した上で、こうした諸状況は、「Renne 市の賠償責任を生ぜしめる性質の役務の組織におけるフォートの存在の徴表である」と判示した。この判決を見ると、《Ville de Cognac 判決》と同様に、監視員の具体的な行為ではなく、右のような不十分な監視を余儀なくさせた監視体制が問われていることがわかる。

さらに、学童送迎役務に関する《Époux Salabaras 判決》[19]も、その例として挙げられる。本件は、当時六歳半の児童が、学童送迎バスから降車し、走って通りを横断したところ他の車両にひかれ、両前腕部を切断する重症を負った事故に関して、Cenon 市に対する損害賠償請求訴訟が提起された事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、六歳半の当該児童が本来降車すべき学校の停留所より前の停留所でいかなるチェックもなく降車しえたという事情が、特別な監視や幼い児童の安全を確保するために必要な措置が Cenon 市によってとられていなかったこと、さらに当該バスの運転手がこの点についていかなる命令も受けていなかったことの徴表であると判断した。その上で、当該事故が「学童送迎に関する公役務の瑕疵ある組織」に帰責されるべきものであるとして、役務のフォートを認定した。ただし、当該児童のフォート、具体的には、本来降車すべき学校の停留所より前の停留所で降りたことや、道路を必要もなく横断し

たこと、降りたばかりの車両と後続の停車車両によって視界が妨げられていたにもかかわらず、横断歩道以外の道路を走ったことを認定することにより、Cenon 市の賠償責任を半額に減額した。このように、本判決においても、そこで問題とされているのは、バスの運転手個人の行為ではなく、学童の送迎体制であるといえる。

以上のように、役務の組織編成ないし体制整備に着目したアプローチはさまざまな領域において採用されているが、このような抽象的評価がいかなる基準の下で採用されているのか、言い換えれば、どのような場合に裁判官が当該評価を行うこととなるのか、ということは必ずしも明らかでない。ただ、抽象的評価が、役務のフォートの認定を容易にすることを可能ならしめる性質を有していることに鑑みれば、実践的には、裁判官が国家賠償責任を認める必要性があると判断した事案において、当該評価方法が採用されているという可能性が考えられる。実際、ここで紹介した（Paillet がその例として挙げている）判例を見る限り、死亡事故や四肢の切断といった重大な事故、言い換えれば、被侵害法益が人の生命や身体という重要な法益であり、しかも損害が重大であるという事例が多いように見える。つまり、判決理由において被侵害法益の性質や損害の重大性が明示的に援用されているわけではないものの、かかる観点から見ると、黙示的な形で、こうした要素が、国家賠償責任を認める必要があるという裁判官の心証を形成し、行政に課せられる義務の範囲を拡大させることを可能ならしめる抽象的評価の採用を促している、と解することも可能ではないかと思われる。もっとも、被侵害法益が財産的利益である場合には組織編成ないし体制整備上の瑕疵が一切問われないというわけではなく、また、被侵害法益が重要であり損害が重大な場合には常に組織編成ないし体制整備上の瑕疵が問われているというわけでもないことから、いずれにせよ、これを絶対的な基準と見ることはできない。

第二款：行政客体の権利

一　行政客体の権利に準拠する意義

役務のフォートの有無は、原則として行政に課せられる義務に対する違反が存したか否かという観点から評価されていることから、裁判官が、行政客体の権利を前面に押し出し、単なる当該権利に対する不正な侵害についてフォートを認定するということは稀である[20]。このような行政客体の権利侵害という要素が、通常、損害の次元において考慮されるものとして解されていることについては先に述べたとおりである（第一章第一節第二款参照）。もっとも、Paillet によれば、行政裁判官は、特定のケースにおいて、役務のフォートの存否を判断するに当たって直接的に行政客体の権利に準拠しているという[21]。実際、コンセイユ・デタは、《Blanco 判決》[22]において、国家賠償責任を評価するに当たっては、「国家の諸権利と私人の諸権利とを調和させる必要性」があるとの判示を行っていた。また、同様に、著名な論告担当官である Jean Romieu は、かつて《Tomaso Grecco 判決》の論告[23]において、役務のフォートの有無を判断するに当たって裁判官が考慮する要素として、当該役務の性質、当該役務に伴う危険性（aléas）及び困難性、当該役務が必要とするイニシアチブ及び自由の程度に加えて、関係する個人の権利の性質、その重要性、受忍すべき障害（gêne）の程度、当然に受けるべき保護の程度、侵害の重大性を挙げていた。

その例として、Paillet は、学校事故に関する《Ville de Montauban et Viala 判決》[24]を挙げている。本件は、当時九歳の児童が、教室に設置されていた防護柵のないストーブに近づいた際に、その火が服に燃え移り重度の火傷を負った事故について、国家賠償請求訴訟が提起された事案である。本判決において、コンセイユ・デタは、一八八六年一〇月三〇日の法律並びに一八八七年一月一八日のデクレ及びアレテが、学生がいかなる危険にもさらされることのないような

状態に学校の設備が整えられるよう配慮する義務を国に課していることを指摘し、当該ストーブに防護柵を設置するよう求めなかった点において、当該義務に対する違反による国の役務のフォートを認定した。本判決は、一見すると、役務のフォートの判断に当たって国に課せられた「義務」に準拠しているように見える。Paillet は本判決について詳細な分析を加えていないが、おそらく、そのいわんとするところは、本判決においては、いかなる危険にもさらされることのないような状態に学校の設備が整えられることに対する学生の権利への準拠がなされているということであろう。言い換えれば、そこでは右法令により保護されている学生の生命や身体の安全への権利を読み込んだ解釈が行われているということではないかと思われる(25)。

そして、Paillet によれば、かかる行政客体の権利への準拠は、それが裁判官をしてはるかに抽象的な形で役務のフォートを評価するに至らせる点において重要であるという(26)。なぜなら、当該権利が明示的に言及される場合、その援用は、裁判官が、より厳格に行政活動について検討することを可能ならしめるからである。つまり、Paillet によれば、当該権利は、具体的な偶発事とは無関係に、例えば行政が用いうる手段にかかわらず、「行政が尊重しなければならない内在的価値（valeur intrinsèque）」を有するものであるという(27)。したがって、そこでは、用いうる手段の不十分さは免罪符にはならず、行政には、当該権利の保護を確実なものとするための適切な手段を整備しておくことが求められることとなる(28)。

二　結果債務

ところで、Paillet は、これと同様の現象が、行政客体が期待する権利を有する一定の結果の実現が行政に要求される場合、つまり次章において詳しく検討する「結果債務（obligation de resultat）」としての義務が行政に課せられる場合

に現れると指摘している[29]。この場合、裁判官は、行政活動により実現すべき結果が実現されているか否かに応じて役務のフォートを評価する。ただし、Paillet によれば、たいていの場合、役務のフォートの評価に当たって問題となるのは、もっぱら行政の行為や注意深さであることから、かかる結果債務としての義務が行政に課せられることは比較的稀であるという[30]。このような解釈がなされるのは、主に行政の不作為が問題となるケースである。

その例として挙げられているのが、先にも紹介した《Courtial 判決[31]》である（第一章第二節第二款三参照）。その事案は、以下のようなものであった。一九四七年六月二七日、Molière-sur-Cèze 市の公立小学校の学生である当時一〇歳の児童は、Gard 県の学校衛生役務により開催された健康診断において、肺の放射線検査を受けた。当該検査により右児童の両肺に結核の病変があることが明らかになっていたにもかかわらず、その検査結果は当該児童の家族に伝えられなかった。その後、一九四八年六月一〇日に、家族のかかりつけ医の診察を受けたところ、児童の健康状態は良好であり、いかなる慢性疾患にも感染症にもかかっていないとの診断がなされた。そして、一九四八年一一月一六日、中学生となった右児童が、当該中学校で行われた放射線検査を受けた結果、結核にかかっていることが判明し、必要な治療を受けることとなった。そこで、一九四七年六月に行われた検査の結果が伝えられなかったことにより、一九四八年一一月まで必要な治療を受けられなかったことで病状が悪化したとして、国家賠償請求訴訟が提起された。コンセイユ・デタは、まず、以上のような事実を指摘した上で、学校衛生役務には、その「実効性」を確保するために当該健康診断の結果を右児童の家族に伝えること、とりわけ、その子供の健康を守るために当該家族が知っておく必要のある医学的事実を当該家族に直ちに知らせるための「あらゆる適切な措置」をとることが義務づけられると判断した。その上で、一九四七年六月二四日の健康診断後にその検査結果が Molière-sur-Cèze 市の地区のソーシャルワーカーに伝えられていたことは認められるとしても、家族が右児童の身体に確認された病気を知らされていなかったという事実は、学校衛生役務に

帰責すべきフォートを構成し、国の賠償責任を生ぜしめる性質を有すると判示した。ただし、コンセイユ・デタは、一九四八年六月一〇日の診察においてかかりつけ医が結核にかかっていることを発見できなかったことにより、家族がその病気について知らない状態が続いたことを指摘し、国が賠償責任を負うのは、一九四七年六月二四日から一九四八年六月一〇日までの損害であると評価している。なお、Paillet は、本判決が、当該役務の活動の手段の不十分さに関する国民教育大臣の主張を黙示的に退けていることを指摘している[32]。

また、同種の判決として火事対策役務に関する《Commune de Saint-André-les-Alpes 判決》[33]も挙げられている。その事案は、次のようなものであった。一九五四年一〇月七日、原告の Ventre 氏の所有する家畜小屋で火災が発生した。通報を受けた消防隊員らが当該火災現場に到着したが、可搬式消防ポンプが部品の故障によりすぐに使用することができず、消火活動の開始が遅れてしまった。本判決において、コンセイユ・デタは、以上のような事実を確認した上で、たとえ Saint-André-les-Alpes 市が消防用の器具を良好な状態に保っておくために自らの権限の範囲内においてあらゆる措置をとっていたとしても、当該故障はそれ自体において Saint-André-les-Alpes 市の重大なフォートを構成すると判示した。

Paillet は、こうしたさまざまな解決法を通して、裁判官がフォートに関する自らの評価を抽象化するに至らせうると述べている[34]。すなわち、Paillet によれば、その際、役務のフォートは、損害の発生を取り巻く事実の諸要素の全体によって評価されるのではなく、「当該行政活動の結果と行政客体が期待する権利を有していた結果」とが直接的に比較されることによって現れるという。つまり、それは、役務のフォートの評価の具体的性格を限界づけるものであり、あるいは少なくともそれを緩和するものなのである。

（1）Voir, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 179.

（2）*Ibid.* ; Voir également, Charles Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009, n° 235.

（3）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 180.

（4）*Ibid.*

（5）*Ibid.*

（6）*Ibid.*

（7）Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 236 ; Voir également, Pierre-Édouard du Cray, « L'insuffisance de moyens dans le droit de la responsabilité administrative », *D.A.* 2014, étude 9, n° 15 ; Benoît Plessix, *Droit administratif général*, 3e éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 1271.

（8）C.E. 21 juillet 1939, *Sieur Lemaire*, Rec. 510 ; Voir également, C.E. 9 novembre 1959, *Sieur Sarotte*, Rec. 591 ; C.E. 14 mars 1973, *Dame Lagarde*, Rec. 221.

（9）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 181.

（10）*Ibid.*

（11）*Ibid.* : なお、Pierre-Édouard du Cray は、抽象的評価において準拠すべきモデルである「通常の」役務というものが、いかなるものであるのかを正確に知ることの困難性を指摘している。例えば、同じ医療役務のフォートを評価する場合でも、大学病院の専門科と地域の病院に同じ要求を行うことはできず、したがって、裁判官は、その義務の強度を判断するに当たって、必然的に具体的評価（問題となる行政主体の固有の特性を考慮する評価）に立ち返ることになると述べている（Pierre-Édouard du Cray, *supra* note 7, n° 19.）。

（12）Voir, C.E. 20 novembre 1968, *Compagnie d'Assurances « La Fortune »*, Rec. 579 ; C.E. 27 janvier 1988, *Ministre de l'éducation nationale c./ Giraud*, Rec. 39.

（13）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 181.

（14）*Ibid.*

(15) なお、「医療役務の組織又は運営におけるフォート」(C.E. 12 décembre 1941, *Hôpital civil d'Antibes c./ Dame veuve Tortel*, Rec. 218.)、あるいは「役務の組織及び運営において犯されたフォート」(C.E. 2 février 1962, *Vincensini*, Rec. 1104.) といった複合的な形で役務のフォートが認定されることもある。

(16) C.E. 23 juin 1986, *Centre hospitalier spécialisé de Maison-Blanche c./ Consorts Gil-Garcia*, Rec. 706.

(17) C.E. 9 juillet 1975, *Ville de Cognac*, Rec. 413.

(18) C.E. 5 octobre 1973, *Ville de Rennes*, Rec. 551.

(19) C.E. 26 mai 1976, *Époux Salabaras, R.D.P.* 1976, p. 1387.

(20) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 182.

(21) *Ibid*, n° 183.

(22) T.C. 8 février 1873, *Blanco*, D. 1873.Ⅲ. 20, concl. David.

(23) Jean Romieu, concl. sur C.E 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, Rec. 140.

(24) C.E. 22 juillet 1921, *Ville de Montauban et Viala*, Rec. 750.

(25) その他の例として、医療役務に関して、患者が一定水準の医療の保証を享受する権利が挙げられている (Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 183.)。

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*

(28) Voir également, Pierre-Édouard du Cray, *supra* note 7, n° 20.

(29) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 183 ; Voir également, Pierre-Édouard du Cray, *supra* note 7, n° 3.

(30) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 183.

(31) C.E. 15 juin 1955, Rec. 327, *Sieur Courtial*, D. 1955, juris. p. 790, concl. Claude Heumann. ; ただし、本判決を含め、Paillet が「結果債務」に関する判例として挙げているものの中には、それが真に「結果債務」としての義務を行政に課したものといえるのか疑問視されているものもある。この点については、次章において詳しく論じることとする。

(32) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 183.

（33）C.E. 28 juin 1961, *Commune de Saint-André-les-Alpes*, Rec. 440.
（34）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 184.

第三節：小括――行為規範の措定を規律する諸要素――

以上、本章においては、原則として「義務違反」として定義され、さまざまな義務に対する違反により構成される役務のフォートが、どのように評価されているのか、具体的には、その評価に当たって考慮されている要素がいかなるものであるのか、そして当該考慮要素がどのように機能しているのか、を明らかにすることを試みてきた。以下では、小括として、改めて重要な点を指摘し直すことにより、本章における検討を整理することとしたい。

伝統的に、フランス行政法学においては、「具体的（・客観的）」に評価される国家賠償責任法における役務のフォートと、「抽象的（・主観的）」に評価される民事不法行為責任法におけるフォートとを対比させる形で議論が行われてきた。かかる議論は、民法上のフォートに対する役務のフォートの自律性、さらには民法上の不法行為責任に対する国家賠償責任の自律性、ひいては私法に対する公法の自律性を主張するためのものであったといえる。しかしながら、現在の学説においては、こうした対比構造の下で、役務のフォートと民法上のフォートの評価方法に関する差異を強調する議論はほとんどなくなっている。論者によって、その定義が異なるため、抽象的評価と具体的評価の区別の基準は必ずしも明確ではないが、それを「具体的評価」と呼ぶか、「抽象的評価」と呼ぶかはともかく、一般的に行政裁判官が行っているのは、具体的な事件の諸状況を踏まえた上で、当該役務の特殊性のすべてではなく一定の特殊性を考慮する評価

であるといえる。ただ、場合によっては、当該役務の特殊性等を広く捨象し純粋に抽象的な行為モデルに準拠する高度に抽象化された評価が行われたり、当該役務の特殊性等を広く考慮するような高度に具体化された評価が行われることもある。

この点に関して、Michel Paillet は、具体的評価と抽象的評価の定義を明確にしていないものの、事件の諸状況、用いうる手段、損害の予見可能性という、役務のフォートの評価を具体化する要素を考慮するアプローチ（具体的評価）を、本来的な評価方法として位置づけ、こうした要素を捨象することを可能ならしめるアプローチ（抽象的評価）を補充的な評価方法として位置づけている。まず、この Paillet の整理による「具体的評価」において考慮される要素である事件の諸状況について振り返ると、当該諸状況には、時間的状況と場所的状況、さらに問題となる役務に伴う困難性が含まれるとされている。時間的状況や場所的状況が考慮される場合には、特にその「緊急性」や「例外的状況」といった要素の考慮が、行政に課せられる義務を減免する方向に、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働くことが少なくない。困難性の要素については、それが伝統的に重大なフォート要件の適用を正当化するものとして解されてきたこともあり、非常に重要な考慮要素であるといえる。ただ、この要素は、単純なフォート要件の認定の場面においても考慮されうる。困難性の要因は、時間的・場所的状況、用いうる手段の不十分さ、被害者や関係者の行動、予見可能性等、さまざまである。こうした困難性の要素の考慮は、一般的に、行政に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働く（第一節第一款）。

次に、用いうる手段についても、多くの場合、当該手段の不十分さの考慮が、行政に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働くことが指摘できる。例えば、特定の個人や組織を監視・監督する任務が問題となる場合、裁判官は、不十分な手段しか用いえなかった行政が、当該個人や組織によって引き起こされた事件

ないし事故を予見し、回避させることは困難であった（あるいは不可能であった）との判断の下に、役務のフォートを否定することがある。ここでいう手段には、物的手段や人的手段、法的手段、さらには財政的手段といったものが含まれる。ただ、これらの手段の区別は必ずしも明確でなく、物的手段や人的手段の不十分さが結局のところ財政的手段の不十分さに帰着するということも少なくない（第一節第二款）。

最後に、損害の予見可能性について振り返ると、特に、その存否ないし程度が役務のフォートの評価を左右することとなるのは、特定の個人の行為や事件あるいは事故等の発生を防止するためにとるべき措置を、行政がとらなかったことが問題となるような場合であるといえる。すなわち、当該行為や事件あるいは事故等の発生が予見することができないようなものであった場合には、役務のフォートが認められることはない。典型的には、医療役務において、患者が自殺をしたり逃走したような場合や、刑務所役務において、囚人が自殺したり、他の囚人を死傷させたような場合に、当該行為の予見可能性が問題となっている。なお、前章で紹介した「予防原則」（第二章第二節第五款参照）が、今後、国家賠償請求訴訟において適用されるようになれば、行政主体に調査義務ないし情報収集義務が課せられることにより、予見可能性の範囲を拡張するような解釈がなされる可能性もある。他方、特に同様の事故が以前にも起きていたり、特定の危険の存在を行政が知らされていたというような事情がある場合、言い換えれば、特定の損害が発生する蓋然性が存在したり、それを予見することが容易であるといった事情がある場合には、役務のフォートの評価に当たって相対的に厳格な審査がなされることもある。こうした場合には、損害の発生を防止するために単なる注意義務を尽くすだけでは足らず、一定の実効性が求められることがある（第一節第三款）。

他方、右のPaillet の整理による「抽象的評価」は、裁判官が、問題となる行政活動を、行政客体が正当に期待しえた結果をそれにもたらすために当該行政活動があるべきであった姿に照らして評価するものであり、以上のような役務

のフォートの評価を具体化する諸要素、言い換えれば、その考慮が、多くの場合、行政に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働く諸要素を、捨象するアプローチであるといえる。というのも、このアプローチにおいては、行政主体に「良き公役務の組織」が要求されることとなり、例えば、具体的評価においては、その考慮が行政に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働く手段の不十分さが、逆に「公役務の悪しき組織」の証左となりうるのである。要するに、これが役務のフォートの「抽象的評価」と呼ばれるのは、当該評価においては前述のような具体的な諸要素が捨象され、問題となる行政活動が、瑕疵なく組織された行政としての「良き行政」という抽象的なモデルと関係において評価されるからである。その際、裁判官は、行政に対して、それが管理する役務を「瑕疵なく」運営するということだけでなく、当該役務が自己の任務を「実効的に」遂行しうるように、行政が当該役務を組織編成ないし体制整備するということまで求めている。つまり、裁判官は、こうした「組織上のフォート」を問題とすることにより、行政に対して相対的に高度な義務を課すことができるのである。したがって、公役務の組織編成ないし体制整備についての考慮は、行政に課せられる義務を高度化し、ひいては役務のフォートの存在を肯定する方向に働くものであるといえる（第二節第一款）。

また、Paillet は、行政裁判官が、役務のフォートの存否を判断するに当たって、直接的に行政客体の権利に準拠することにより抽象的評価を行う場合があることを指摘している。Paillet によれば、当該権利は、具体的な偶発事とは無関係に、例えば行政が用いうる手段にかかわらず、「行政が尊重しなければならない内在的価値」を有するものであり、したがって、かかる権利の援用は、裁判官が、より厳格に行政活動について検討することを可能ならしめるという。かくして、この行政客体の権利についての考慮も、行政に課せられる義務を高度化し、ひいては役務のフォートの存在を肯定する方向に働くものであるといえる。そして、Paillet は、こうした解釈が、次章で検討する「結果債務」に通ずる

ものであることを指摘している（第二節第二款）。

役務のフォートが、原則として、行政主体の行為又は公役務の運営の態様に着目した行為不法的な観点から評価され、義務違反ないし行為規範違反により構成されることについては、前二章の検討において繰り返し述べてきたとおりであるが、このことは、本章の検討からも明らかであるように思われる。すなわち、具体的評価においても、抽象的評価においても、少なくとも形式的には、こうした行為不法的な観点から役務のフォートが認定されていることに変わりはなく、抽象的評価においてとられている、ある種の「結果」ないし特定の「権利」に着目したアプローチは、あくまで黙示的なものである。ただ、近年、明示的な形で、かかるアプローチをとっている判例が出現している。それが、Paillet も指摘している、一定の結果の実現を行政に求める「結果債務」としての義務を明示的に課し、当該義務違反について役務のフォートを認定する判例である。こうした判例の出現は、役務のフォートに関する判例法理の歴史的な発展の過程において、一つの重要な転換点をなすものであるといえる。そこで、次章においては、この「結果債務」とはいかなるものであり、いかなる場合に行政に課せられているのか、という問題について検討を進めていくこととしたい。

〔未完〕

※なお、本稿の執筆に当たっては、JSPS 科研費14J04923、18K12621、公益財団法人野村財団国際交流助成（研究者の海外派遣）、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学生事業の助成を受けた。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 72 No. 3(2021)
SUMMARY OF CONTENTS

The Lay Judge System and Naive Theory of Law: Based on the National Survey Conducted in 2020

MATSUMURA, Y., KINOSHITA, M. & OHTA, S*

The authors conducted a nationwide questionnaire survey of the general public in 2020 on their attitudes toward the jury system and criminal trials (which reflect the naive theory of law). This paper presents the basic results of the analysis, along with the research design, survey methodology, and questionnaire structure.

* Hokkaido University, Professor Emeritus
Doshisha University, Professor
Meiji University, Professor and the University of Tokyo, Professor Emeritus

執筆者紹介（掲載順）

吉田邦彦	北海道大学大学院法学研究科教授・ 南京師範大学兼職教授
松村良之	北海道大学名誉教授
木下麻奈子	同志社大学教授
太田勝造	明治大学教授・東京大学名誉教授
ルベン・ロドリゲズ・サムディオ	北海道大学大学院法学研究科助教
崔碩鎭	北海道大学大学院法学研究科助教
楊瑞賀	北海道大学大学院法学研究科助教
高泉鼎	台湾・国立台湾大学法律学系博士後研究人員
木戸茜	富山大学経済学部講師
津田智成	北海道大学大学院法学研究科准教授
辻康夫	北海道大学大学院法学研究科教授
梁小煒	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程

令和３年９月23日　印　刷
令和３年９月30日　発　行

編集人　松尾誠紀

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
小名木明宏

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 72 September 2021 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Comparative Study of Legal Scheme for Covid-19 Disasters: Asian Responses ····· Kunihiko YOSHIDA 1

The Lay Judge System and Naive Theory of Law: Based on the National Survey Conducted in 2020 ☆ ····· Yoshiyuki MATSUMURA, Manako KINOSHITA & Shozo OHTA 21

Current Status of Indigenous Law in Latin America ····· Ruben E. RODRIGUEZ SAMUDIO 67

Political Parties of Local Assembly in Post-war Japan (2) : Focusing on the Independent Politicians of Japanese Prefectural Government ····· Seokjin CHOI 137

Comparative legal study on the effect of the Non-assignment clauses (4) ····· Ruihe YANG 153

A comparative study of the theory of normative perpetrator and indirect perpetrator in Japan and Taiwan (2) ····· Chuan-Ting KAO 189

Multiple Standards of Contract Liability (4) —— Stimulated by the Study of "Fault" in American Contract Law —— ····· Akane KIDO 414[1]

Le critère et la méthode de la qualification de la faute de service dans le contentieux administratif de la responsabilité en France (6) : en comparaison du principe de la responsabilité du premier alinéa de l'article 1 de la Loi de la responsabilité de l'État au Japon ····· Tomonari TSUDA 346[69]

NOTES

Division and solidarity in Ainu movement: A review of Mai Ishihara's *Autoethnography of 'silence'* (2020) ····· Yasuo TSUJI 227

A Comparative Study on the Criminal Protection of Virtual Property in Japan and China—On the Data of Online Games (1) ····· Xiaowei LIANG 243

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan