



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第74巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 74(2)
Issue Date	2023-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/90235
Type	journal
File Information	lawreview_74_2_all.pdf



北大法学論集

第 74 卷 第 2 号

論 説

- 中国法における懲罰賠償制度の成立と変容（1）
—— 立法史の考察を通じて —— 郎 晴 1
- ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（9・完）
—— ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を
手掛かりにして —— 前 田 星 41
- 正当化要件としての患者の同意とインフォームド・コンセント（3）
—— 「仮定的同意」の問題を手掛かりとして ——
..... 富 山 侑 美 71
- 司法の優越をめぐる法と政治（3）
—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——
..... 鈴 木 繁 元 129

研究ノート

- 日本とロシアの漁業問題と国際法
—— グローバル・リージョナル・ナショナル・ローカルな文脈で
持続可能な漁業を考える —— 児 矢 野 マ リ 159

判 例 研 究

- 社会保障判例研究 川久保 寛 193

2023(令和5)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 兒 (経 済 法)
 今井 弘 道 (法 哲 学)
 白 杵 知 史 (国 際 法)
 遠藤 乾 乾 (国 際 政 治)
 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)
 権左 武 志 (政 治 思 想 史)
 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 一 (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 靖 (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)
 松浦 正 孝 (政 治 史)

松澤 弘 陽 (政 治 思 想 史)
 松久 三 四 彦 (民 法)
 松村 良 之 (法 社 会 学)
 宮本 太 郎 (比 較 政 治 経 済 学)
 宮脇 淳 (行 政 学)
 山口 二 郎 (行 政 学)
 山下 竜 一 (行 政 法)
 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)
 ○ 池田 悠 (労 働 法)
 岩谷 將 (政 治 史) *
 上田 信 太 郎 (刑 事 訴 訟 法)
 宇野 二 朗 (行 政 学) *
 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)
 齊藤 正 彰 (憲 法)
 齋藤 由 起 (民 法)
 佐々木 雅 寿 (憲 法)
 ○ 佐藤 修 二 (行 政 法)
 嶋 拓 哉 (国 際 私 法)
 城下 裕 二 (刑 法)
 鈴木 敦 (憲 法)
 曾野 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)
 中村 督 (ヨ-ロッパ政 治 史)
 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)
 三宅 新 (商 法)
 山木戸 勇 一 郎 (民 事 訴 訟 法)
 山崎 幹 根 (行 政 学) *
 山本 哲 生 (商 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)
 権左 武 志 (政 治 思 想 史)
 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)
 横山 和 可 子 (刑 事 実 務)
 吉田 邦 彦 (民 法)

准 教 授

伊藤 隼 (民 事 訴 訟 法)
 開出 雄 介 (国 際 法) *
 郭 薇 (法 哲 学、法 社 会 学)
 ○ 川久保 寛 (社 会 保 障 法)
 小濱 祥 子 (アメリカ政 治 史) *
 徐 行 (比 較 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)
 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

鈴木 繁 元 (憲 法)
 盛永 悠 太 (憲 法)
 林 償 紘 (刑 法)
 郎 晴 (比 較 法)

中国法における 懲罰賠償制度の成立と変容（1）*

—— 立法史の考察を通じて ——

郎 晴

目 次

序章

- （1）問題意識
- （2）本稿の課題と構成

第1章 旧消費者権利益保護法

- 第1節 制定の背景
- 第2節 制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況
- 第3節 小括

第2章 商品住宅に関する司法解釈

- 第1節 公布の背景
- 第2節 制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況
- 第3節 小括

第3章 旧食品安全法

- 第1節 制定の背景
- 第2節 制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況
- 第3節 小括

（以上、本号）

第4章 不法行為責任法

第5章 不法行為責任制定後の立法展開

- 第1節 旅行法

* 本稿は、北海道大学より2021年12月24日に授与された博士（法学）の学位申請論文、「中国法はなぜ懲罰的損害賠償制度を取り入れるのか」を加筆・修正したものである。

- 第2節 新消費者権利利益保護法
 - 第3節 新食品安全法
 - 第4節 旧民法総則
 - 第5節 医療損害責任訴訟に関する司法解釈
 - 第6節 薬品管理法
 - 第7節 民法典
- 第6章 知的財産権法における懲罰賠償制度の拡充
- 第1節 旧商標法
 - 第2節 種子法
 - 第3節 不正競争防止法
 - 第4節 新商標法
 - 第5節 特許法
 - 第6節 著作権法
 - 第7節 人民法院による意見、地方条例、司法解釈
- 終章

序章

現代中国法は、多くの国々の法から強い影響を受けていた比較法的産物である。すなわち、ある時期には大陸法の影響を受け（1920年代—40年代の中華民国法、また1990年代以降には特にヨーロッパ大陸法系からの影響）、またある時期には、ソビエト社会主義法（1949年—92年頃）からの影響を受けている。さらに近年では、各種国際条約や英米法、とくにアメリカ法からの影響も広がりつつある。このように比較法的な視座から見た場合、中国法は、多様な法体系と法的伝統が混然一体となって形成されてきた混合法体系として位置づけられる¹。そして、この特色が色濃く出た法制度の一つとして、「懲罰賠償」制度²を挙げることができ

¹ 高見澤磨＝鈴木賢『中国にとって法とは何か—統治の道具から市民の権利へ』（岩波書店、2010年）23～104頁参照。

² 中国法にいう懲罰賠償は多義的で、英米法における懲罰的損害賠償とは異なる。高見澤磨＝鈴木賢＝宇田川幸則＝徐行『現代中国法入門 第9版』（有斐閣、2022年）168頁参照。したがって、本稿では、両者を区別するため、前者を「懲

る。

本稿は、中国法における懲罰賠償制度がどのように成立し、そしてどのように変容してきたかを立法史の考察を通じて明らかにしていくことを目的とするものである。

以下では、まず本稿の問題意識を示した上で(1)、本稿の課題と構成について一言述べておくことにしたい(2)。

(1) 問題意識

周知のように、日本の通説と判例は、厳格な民刑峻別論の下、私法制度の不法行為法における損賠賠償制度の目的は、不法行為によって被害者に生じた損害を回復・填補することであり、不法行為を行った加害者に対する「制裁」や不法行為の「抑止」は公法制度の刑事法・行政法の管轄であるという基本的原則を現在も維持している³。とりわけ、こうした理解は、判例においてその後も墨守されている。例えば、近年の判決でも、最高裁は、懲罰的損害賠償制度としての金員の支払いを命じたアメリカの判決につき、それが日本の公序に反することを理由に、外国判決の承認執行を否定した⁴。このように、日本法では、加害者への制裁は刑事上・行政上の手続きに委ねられ、民事法上においては、アメリカ法の懲罰的損害賠償制度の導入に否定的な立場を採り続けているのである。

この点、中国に目を転じると、現代中国法では大陸法からの影響を受けて一応の法分野の区別が存在する。それにもかかわらず、日本法とは

罰賠償」と称する。

³ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1939年)94～95頁、末川博『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、1970年)263～278頁。近時のものとして、末吉村良一『不法行為法 第5版』(有斐閣、2017年)16～19頁などがある。また、最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁参照。

⁴ 最判令和3年5月25日裁時1768号25頁。芳賀雅顯「最新判例批評(40)民訴法118条3号の要件を具備しない懲罰的損害賠償としての金員の支払を命じた部分が含まれる外国裁判所の判決に係る債権について弁済がされた場合に、その弁済が前記部分に係る債権に充当されたものとして前記判決についての執行判決をすることの可否[最高裁令3.5.25三小法廷判決]」判例時報2536号(2023年)143～148頁参照。

異なり、法の目的を実現するために私人の積極的訴訟参加に足りるインセンティブを与えるという英米法における準刑事法たる性質を持つ懲罰的損害賠償制度が、抵抗なく採り入れられている。

そもそも従来、中国法における懲罰賠償の概念については、次のように理解されていた。例えば、王利明（現・中国人民大学常務副学長・中国法学会副会長・民法学会会長）は、「懲罰賠償とは、民事裁判において、人民法院により被害者の受けた実損害賠償を越えた賠償金が被害者に与えられるものであり、その目的は被害者の受けた実損害を填補するためではなく、加害者の不法行為を懲罰し、抑止するためのものである。」⁵と説明していた。この説明から明らかなように、当該制度は、私人による民事訴訟を通じて、悪質な行為を行った加害者を懲罰し、その他の同様の行為を抑止することを目的としている。そのために、被害者の受けた填補的損害賠償を超える賠償金を加害者に課すという方法を採用しているのである。このように、懲罰賠償は、民事上の手続を通して行われるものの、その役割については、被害者の損害を填補することとは全く異なったものが期待されているのである。

従来の学説では、このような制度が中国法に導入された理由について、著しく変容していく中国の社会経済情勢の影響を受けて、アメリカ法の懲罰的損害賠償制度を多種多様な法領域に導入する必要性が生じたからであると説明してきた⁶。この理解によれば、1990年代の改革開放政策を

⁵ 王利明『侵權責任法研究（上）』（中国人民大学出版社、2010年）105～108頁以降。なお、王利明の定義した懲罰的損害賠償の概念はその後の学説においても踏襲されている。例えば、楊立新「〈消費者權益保護法〉規定懲罰性賠償責任的成功与不足及完善措施」清華法学14卷3号（2010年）7頁、張莉「論侵權責任法的懲罰性賠償制度的適用」東南學術1期（2011年）175頁、陳承堂「論“損失”在懲罰性賠償責任構成中的地位」法学9期（2014年）141頁、劉大洪＝段宏磊「消費者保護領域懲罰性賠償的嬗变与未来改進」法律科学4期（2016年）114頁、丁瑤「懲罰性賠償条文群的規範結構厘定」山東法官培訓學院學報3期（2018年）148頁、黃薇『中華人民共和國民法典侵權責任編解讀』（中国法制出版社、2020年）168頁、最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組『中華人民共和國民法典侵權責任編理解與適用』（人民法院出版社、2020年）346頁などが挙げられる。

⁶ 李友根「懲罰性賠償制度的中国模式研究」法制與社会發展2015年6期109頁、

経て、経済の発展を最優先にしてきた状況下において、法益侵害の対象が、詐欺行為による偽物の氾濫、欠陥製品や有毒・有害な食品による財産的損害から、生命・身体の侵害へと広がったことが要因として挙げられる。特に、医療事故が多発するなどの様々な社会問題が深刻化する中で発生した偽造薬品により多数の死亡者が出た事件⁷、2008年の毒ミルク事件⁸、2018年の欠陥ワクチン事件⁹、および2020年の毒粉ミルク事件¹⁰の再発といった一連の著しく反社会的な違法行為は、中国社会全体に極めて大きな不満をもたらすこととなった。これらの社会問題は、人々の権利利益を侵害し、経済発展を阻害し、社会の安定をも脅かす要因になっており、その解決は中国政府にとって喫緊の課題となっていた。こうした状況を背景に、ここ30年間余り中国政府・立法者は、アメリカ法の懲罰的損害賠償が中国社会で頻繁に発生する多種多様な社会問題およびそれへの不満を解消しようと考えようになり、民事法領域への懲罰的損害賠償制度の導入およびその拡充が急ピッチで進められることになった。以上が、中国における懲罰賠償制度の概念およびその導入に関する従来の学説の理解である。

しかしながら、中国法における懲罰賠償制度は、アメリカ法のような

白江「我国応拡大懲罰性賠償在侵權責任法中的適用範圍」清華法学9巻3号(2015年)111頁参照。

⁷ 2006年4月19日より、病院の偽薬品で注射を受けた14名の患者が相次いで死亡した事件。張新宝『侵權責任法立法研究』(中国人民大学出版社、2009年)451頁参照。

⁸ 2008年に発生した三鹿毒ミルク事件は、粉ミルク製品の製造過程で有害物質メラミンが混入され、それを飲んだ乳児に健康被害を与えたものである。本件により29万人もの乳児が泌尿器等に異常を生じ、そのうち6名が死亡した。張新宝・前掲注(7)451頁参照。

⁹ 2018年に、欠陥ワクチンが山東省政府傘下の疾病予防センターを通じて流通し、21.5万人の児童に接種された事件。結論として、責任者らに対して行政処分である過料を課したにとどまった。〔日経ビジネス：<https://business.nikkei.com/atcl/opinion/15/101059/080100168/>〕(最終閲覧：2023年3月31日)。

¹⁰ 2019年から2020年にかけて、中国湖南省の各地で再び毒粉ミルクを飲んだ乳児に健康被害を与えた「巨頭幼児」事件が発生した。〔<https://www.afpbb.com/articles/-/3283418>〕(最終閲覧：2023年3月31日)。

不法行為領域だけでなく、契約に基づく各法領域にも導入されており、さらには、最高人民法院の司法解釈・規定、各高級人民法院による意見・規定、並びに地方条例にも懲罰賠償制度が存在している。

前者については、具体的には以下のような法領域に、懲罰賠償制度の存在を見出すことができる。

まず1994年の消費者権利利益保護法旧49条である。同法を嚆矢・起源に、2009年に食品安全法、2010年に不法行為責任法、2013年に旅行法、2014年に商標法、2016年に種子法、2017年に民法総則、2019年に不正競争防止法と薬品管理法、2020年に民法典（具体的には、製造物責任、知的財産権侵害、環境汚染・生態破壊侵害責任）、そして2021年には特許法と著作権法に懲罰賠償が導入された。

後者の司法解釈に関しては、2003年に商品住宅、2017年に医療損害責任、および2021年の知的財産権侵害民事事件の審理における懲罰賠償の適用に関するものがある。

次に最高人民法院による規定としては、2010年に旅行、2014年に食品薬品紛争に関する規定があり、さらに地方条例としては、2020年の上海市外商投資条例に懲罰賠償と明記される条項が散在する。

以上の制度は全て、アメリカ法を参照したものと一般的に理解されている¹¹。しかしながら、果たして本当にそうであろうか。これらの制度の中には、中国固有のものがないだろうか。或いは「近時の高速な経済成長を経ても、中国法はいまなお、西洋法とは極めてラディカルに異質なままである」¹²ものが存在していないだろうか。

そもそも、日本では受け入れられていない懲罰的損害賠償制度が、な

¹¹ 奚曉明主編＝最高人民法院侵權責任法研究小組編著『中華人民共和國侵權責任法条文理解与適用』（人民法院出版社、2010年）339～341頁、楊立新『侵權責任法』（法律出版社、2010年）334頁、高利紅＝余耀軍「環境民事侵權適用懲罰性賠償原則探究」法学3期（2003年）106頁、朱凱「懲罰性賠償制度在侵權責任法中的基礎及其適用」中国法学3期（2003年）86頁、陳年水『中国懲罰性賠償制度研究』（北京大学出版社、2016年）11頁、劉大洪＝段宏磊「消費者保護領域懲罰性賠償的嬗變与未来改進」法律科学4期（2016年）114頁など。

¹² 鈴木賢「中国法の思考様式—グラデーショナル的法文化—」アジア法学会編『アジア研究の新たな地平』（成文堂、2006年）321頁。

ぜ中国では受け入れられたのか。大陸法からの影響が中心であった現代中国法において、それとは異なる英米法体系の制度が導入されたことで、導入後の中国法はその構造上、何らかの特殊な性格を帯びることとなるのではないだろうか。そこに中国固有の要素を色濃く残しているとすれば、それとアメリカ法の制度が接合される理由は何か。この点を論じることで、現在の中国法における懲罰賠償とはいかなる制度なのかを明らかにすることが可能となる。とりわけ、それは民事責任・刑事責任とどのような関係を持つのか。「民事罰」とは何か。アメリカ法に特有の「私人による法の実現」という法思想が、中国法においても実現できるのか、といったことが判明することにもなるであろう。

さらに、これらの論点は、日本法と中国法の違いを示すことに繋がる。両者の違いは、いかに、そしてどのように生じているのか。より具体的には、中国法は日本法と同じように、懲罰的損害賠償の支払を命ずるアメリカにおける判決の承認執行が認められないのか。若しくは認められる場合には、どの程度の範囲で認められるのかといった問題が生じてくる。

(2) 本稿の課題と構成

上記の問題を究明するために、本稿は、現代中国法における懲罰賠償制度がどのような背景の下で制定され、そして実際にどのように変容していったのかを明らかにすることを課題とする。具体的には、以下の2点を考察する。すなわち、第1に、諸制度がいかなる政治・社会・経済的背景のもとで制定され、どのような目的・機能（以下では、「機能」という。）¹³が期待されたのかという形成過程に着目する。第2に、学説がそれぞれの懲罰賠償制度の内容や形成過程に対して、いかなる説明を加えているのかを明らかにし、懲罰賠償制度の全体像を把握していく。

本稿は以下の順序で考察を進める。すなわち、懲罰賠償制度が認めら

¹³ 中国法学界では、懲罰賠償制度に関して、「目的」と「機能」とを厳密に区別していない。本来は両者を区別して考察することが望ましいが、詳細な検討は別稿に委ねたい。さしあたり本稿では「目的」と「機能」とを合わせて、単に「機能」と記すこととしたい。

れた個別の立法を時系列的に即して概観する。具体的には、①旧消費者権利利益保護法（第1章）、②商品住宅に関する司法解釈（第2章）、③旧食品安全法（第3章）、④不法行為責任法（第4章）、⑤不法行為責任法制定後における立法の展開（第5章）、⑥知的財産権法における制度の拡充（第6章）である。その次に、検討を加える。このような作業を行うことによって、中国における懲罰賠償制度の全体像を明快な形で示すことができるだろう。

第1章 旧消費者権利利益保護法（1994年1月1日）

中国において、消費者保護に関する法体系は、「民法通則」¹⁴・「消費者権利利益保護法」・「契約法」¹⁵などの主要な法律により構成されている。そのうち、懲罰賠償制度が初めて導入されたのは、1994年に施行された「消費者権利利益保護法」（以下では、「消費者法」という。）49条（2013年改正前の条文。以下では、「旧49条」という。）であるとされている¹⁶。同条は、中国法の中に初めて英米法系の懲罰賠償制度を導入したものと評される一方、「中国式の懲罰賠償制度」¹⁷形成の原点として、その後の立法に大きな影響を与えることにもなった。

本節では、まず旧49条の導入の背景について説明し（第1節）、次に

¹⁴ 民法通則は「改革開放後再開していた民法起草のなかで作成された民法草案第4稿を底本として起草が始まり、1986年4月11日に採択された。本法は民法全体を制定することが困難な状況下で、民法全体におよぶ基本的な内容を簡潔にカバーする民事基本法であった。」が、民法典の施行より廃止された。高見澤ほか・前掲注（2）45頁（鈴木賢執筆部分）を参照されたい。

¹⁵ 契約法は1999年10月1日に施行された。同法113条2款は、「経営者が消費者に商品またはサービスを提供する場合において、詐欺行為があったときは、『消費者権利利益保護法』の規定に従って損害賠償責任を負わなければならない」と規定する。同条によれば、経営者は契約違反を行った場合に、消費者に通常 of 填補的損害賠償責任を負うことになった。これについては、高見澤ほか・前掲注（2）185～188頁（宇田川幸則執筆部分）を参照されたい。

¹⁶ 全国人大常委会法制工作委员会民法室『消費者權益保護法立法背景與觀點全集』（法律出版社、2013年）292頁参照。

¹⁷ 李友根・前掲注（6）109頁参照。

同条の制度機能と沿革について、立法当時の意見とその後の学説の議論状況を順に紹介する（第2節）。最後に、若干の検討を加えた上で、現在の多数説の理解に疑義を提起する（第3節）。

第1節 制定の背景

1980年代以降の中国経済は、鄧小平が推進する改革開放路線に沿って、計画経済体制から商品経済へと変わる「計画的商品経済」論が提起され、社会主義統制型から市場重視型へ移行した。すなわち、社会主義の原理・原則を維持しながら、共産党による強力な指導を通じて、改革開放政策によって、経済発展と経済体制移行を政策目標として掲げることになった¹⁸。

こうした背景には、1989年6月の天安門事件の際の民主化運動によって共産党の一党支配の正統性を大きく損なった中国政府が、いかにして自らの政権の正統性を維持するのかという切迫した問題があった。そのための手段として中国政府が採用したのが、社会主義市場経済体制への移行であり、利益追求の自由を容認するという方針となったのである¹⁹。視点を変えると、天安門事件で民主化や政治的自由を求めた人民は、その要求を高度経済成長への期待に置き換えることによって、共産党の一党支配を容認してきたのである。

そのため、1990年の政府工作報告では、「国内市場を安定させ、人民の生活を支援する」²⁰ことなどが提唱された。さらに、元国家主席・江沢民政権の下で再び積極的な「社会主義市場経済体制」²¹の構築が推進さ

¹⁸ 高見澤ほか・前掲注（2）48頁以降参照。

¹⁹ 高見澤ほか・前掲注（2）50～52頁参照。

²⁰ 元國務院総理李鵬「1990年國務院政府工作報告」（1990年3月20日第7回全国人民代表大会第3次会议）〔中央人民政府ウェブサイト：http://www.gov.cn/test/2006-02/16/content_200883.htm〕（最終閲覧日：2023年3月31日）。

²¹ 鄧小平の南巡講話を受けて、1992年11月に中国共産党第14回党大会が開催された。そこで、元国家総書記江沢民の「改革開放と現代化建設の足取りを加速化し、中国的な特色ある社会主義事業のより大きな勝利を勝ち取ろう」と題する報告が採択され、社会主義市場経済体制の確立が提起されることとなった。陳曉菊「中国における社会主義市場経済と経済行政法のパラダイム転換—法と

れ、そこでは「最も先進的な生産力」が重視され、国有企業の民営化や沿海地区の発展を積極的に支持する「強者優遇」の政策に重点が置かれることとなった²²。

その結果、各取引領域に渡ってさまざまな規制が緩和される。市場経済政策の目的の一つが工業化の推進にあったため、その主眼は製造業に置かれた。とりわけ、家電製品、化学製品、薬品、衣料品、食品などが大量生産されるようになった。それと同時に、外国の商品も中国市場に流入して、人々の生活態様が急激に豊かになり、大量生産と大量消費社会が実現された²³。

しかしながら、経済発展を遂げたとはいえ、それに伴って必要となる市場経済に相応しい社会秩序ないし法制度の整備が進まなかったために、例えば、詐欺行為による偽物や粗悪品の氾濫などから数多くの消費者被害が生じるという大きな社会問題が発生したのである。

そこで、中国政府は、経済の発展を阻害する詐欺行為の横行を防止するために、量目不足・粗悪品・偽物追放キャンペーンを繰り返し行ったものの、これには十分な効果が見られなかった。また、偽物や粗悪品の使用などによって消費者の身体や財産へ損害が生じ、その回復が困難なものであったときに、填補的損害賠償を原則とする既存の制度や地方における取締法規では、十分に消費者の合法的権利利益を保護することができないのではないか、という意見が主張されるようになった²⁴。

それゆえ、時代の変化に合わせて実効性の高い法規範の導入を講じる必要性・切迫性などが訴えられ、このような希求を受けて、最終的には「消費者権利利益保護法草案」（以下では、「消費者法」という。）が1993年10月31日第8回全国人民代表常務委員会第4次会议で可決され、1994年1月1日より施行されることとなったのである。

政策の融合—（1）」法政論集266号（2016年）66頁参照。

²² 佐々木智弘『中国「調和社会」構築の現段階』（日本貿易振興機構アジア経済研究所、2011年）3～15頁参照。

²³ 李海峰「中国における消費者問題の変化と消費者保護に関する一考察」山口経済学雑誌53巻6号（2005年）155頁参照。

²⁴ 劉栄軍「懲罰性損害賠償と消費者保護」現代法学5号（1996年）37頁参照。

第2節 制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況

(1) 立法参加者の議論

消費者法の誕生は、中国の消費者保護の歴史において大きな意義を持っており、その中における旧49条は、民法上の填補的損害賠償を修正し、詐欺行為を行った経営者と闘う消費者を刺激する目的を有すると評されている²⁵。同条は、以下のように規定する(条文は筆者の試訳による。以下同様)。

旧49条²⁶

経営者が商品またはサービスを提供する場合において、詐欺行為があったときは、消費者の要求に従い、消費者の受けた損失につき増額賠償しなければならない。増額賠償の金額は、消費者が購入した商品の価格または受けるサービス費用と相当額とする。

しかし、消費者法の立法過程の議論状況に関する資料が公表されていないため、立法者の意思を表現する論拠は必ずしも明らかではない。しかしながら、立法作業に携わった者の著作や論文を通じて、ある程度の立法意図を推測することができるであろう。ここでは、消費者法の主導者である全国人民代表大会(以下では、「全人大」という。)委員会法制工作委員の一人である何山(現・消費者権利利益保護法学研究会会長)の1993年論文を検討することで、当時の立法意図を推測していく。

何山は、旧49条を次のように説明する。すなわち、「偽物の頒発に対する最適な対策方法として『法という武器』を消費者に譲り、多くの大衆の力を動員して経営者と闘わせる。そのためには、民間で流行している『欠一罰十』(一がならずと十倍で罰する)という商経験を『欠一賠十』(一がならずと十倍で賠償する)に改める形で消費者法に規定することが必要である。これにより、消費者に対して一定のインセンティブを与

²⁵ 梁慧星「中国的消費者政策和消費者立法」法学5号(2000年)20～26頁参照。

²⁶ 中国語原文：〔第49条 经营者提供商品或服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。〕

えることが可能である。消費者法の基本原則である『公平原則』や『自願原則』（自由意思）に、このような形式で民間の商経験から導入した『懲罰性賠償原則』を加えるべきである」と。何山は上記のように懲罰賠償制度の導入目的を説明し、そしてその結果、「偽物商品を売る鼻つまみ者は袋叩きに合うような局面を作り上げて、その結果、彼らは身を隠す場をなくすことになる」と指摘する²⁷。

以上の説明によれば、①旧49条の機能は、詐欺行為をなす経営者を相手方として実際の損害よりも高額な賠償金を消費者に獲得させることを可能にすることによって、消費者が積極的に訴訟を提起する誘因を与え、社会で氾濫している量目不足、悪質商品および偽物の存在を根絶させることにある。そして②同条の沿革は、民間規制ないし慣習を法制化したものといえる。なお、何山は、当時における私人による権利行使が制約されていた中で、旧49条が加害者に対して不利益を課すことのみならず、被害者の権利を実現する手段としても意味を持っていたと解していた。

（2）その後の学説における議論状況

（i）立法者の意図を支持する見解

まず、消費者法に関する解説を執筆した梁書文・黄赤東は、何山の議論を踏まえた上で、当該制度の由来について以下のように論じている。すなわち、「本法は、第1に、消費者に対して特別な保護を与える政策であることを示し、第2に、違法行為と闘うために合法的な武器を使用することを消費者に促すのに役立つ、第3に、違法経営者を打撃および予防するための懲罰機能を有し、第4に、懲罰賠償制度はまた、人民群衆が長年にわたって違法行為と闘うための武器であるという点に重要な意義がある」と述べる。その上で、当該制度の由来は、「市場取引において、消費者を騙した量目不足の売買に対して、通常では、経営者が不足する数量の10倍の賠償額を支払うという『欠一罰十』（一が足らずと十倍で罰する）で処理する方法」を採用し、本法の「懲罰性損害賠償制度」は、市場取引による成功した「欠一罰十」の方法を法律効果が生じる行

²⁷ 何山「論“欠一賠十”的懲罰性賠償思想」中国工商管理研究3期（2002年）48頁参照。

為規範にしたものであると説明している²⁸。

このような梁書文・黄赤東の説明によれば、旧49条は民間規制ないし慣習に由来したものであり、その目的は、消費者を騙した経営者ないし詐欺行為をなした経営者から発生した損害分に付加した額の損害賠償金を得ることができるというインセンティブを付与することで、消費者に対して積極的に訴訟を提起するよう促しているものと理解される。

次に、懲罰賠償制度を研究課題とする学者の一人の金福海は2008年の研究論文²⁹において、旧49条は、社会経済の発展の実際のニーズに対応する中国独自の制度であり、英米法の継受ではないと述べている。異なる法文化の国家で偶然に類似する制度が生まれた理由は、中国でも英米諸国と同様に、現実社会で大量な詐欺行為問題が発生したため、その解決に必要とされたからである、と彼は強調した。

以上の理解によれば、①旧49条の機能は、訴訟を推奨すること、すなわち、詐欺行為をなす経営者を相手方として闘うために実際の損害よりも高額な損害賠償金を消費者が得ることを可能にすることで、消費者に積極的に訴訟提起する誘引を与え³⁰、そしてその結果として、悪質商品・偽物を根絶させ、市場取引環境の健全化を目指すことにある。そして②同条の沿革は、英米法由来のものではなく、伝統的な慣習として取引でよく使用されていた民間規制ないし取引商慣習の「欠一罰十」という賠償方法を直接採用したものであると解されることになる。まさに、立法者が意図した立場といえる。

(ii) 立法者の意図から離れる見解

もっとも、その後の学説は、こうした起草者意思を重視する立場を否定し、アメリカ法を重視する立場にシフトしていく。

例えば、民法学に最も貢献してきた学者の一人であった楊立新の1997

²⁸ 梁書文＝黄赤東『消費者保護法及配套規定新釈新解』（中国民主法制出版社、1999年）978～979頁参照。

²⁹ 金福海『懲罰性賠償制度研究』（法律出版社、2008年）137頁参照。

³⁰ 梁慧星・前掲注（25）20～26頁参照。

年の論文³¹である。彼はそこで法継受との関係において旧49条を論じたのであった。当該論文によれば、中国古代から懲罰賠償と類似した制度が存在していたことがあるため、消費者法を制定する際に、立法者は英米法における懲罰的損害賠償制度を参考に制定しようとする立法提案を躊躇なく受け入れた、とされる。また当該制度の主たる機能は懲罰であると説明されていた。

また、90年代のアメリカ留学から帰国した代表的な民法学者である王利明は、2000年論文³²において、中国では初めてアメリカ法における懲罰的損害賠償制度の趣旨、適用範囲および裁判例などについて詳しく紹介した。彼は、消費者法旧49条はアメリカの懲罰的損害賠償制度と類似の制度であることを明確に示し、さらに当該制度の機能はアメリカ法と同様に「懲罰性」も期待しえることを強調した。

以上の理解によれば、①旧49条の機能は、填補的損害賠償より付加した賠償金を認めることにより加害者に懲罰を課すことであり、そして②同条の沿革は、中国固有の制度ではなく、アメリカの懲罰的損害賠償制度であると理解されることになろう。

こうした理解は、——上記の二つの見解の影響力もあって——2000年以降、アメリカ法における懲罰的損害賠償制度に関する具体的な研究が急増するとともに、起草者の意図を離れた上記学説を支持する見解が多数³³を占めることとなった。

第3節 小括

（1）議論の整理

消費者法旧49条は、条文上では「増額賠償」という文言が使われているものの、学界では「懲罰的損害賠償」と広く呼ばれている。同条は、80年代後半以降の政治・経済社会の著しい変容の中で生じた消費者詐欺被害問題、つまり政治体制全体の安定性に影響を与える社会問題に対応

³¹ 楊立新「“王海現象”的民法思考—論消費者權益保護中的懲罰性賠償金」河北法学5期（1997年）4頁参照。

³² 王利明「懲罰性賠償研究」中国社会科学4期（2000年）112頁参照。

³³ 梁慧星「消費者權益保護法第49条的解釈適用」人民法院報2001年3月29日参照。

するために、立法者が伝統的な填補的損害賠償を脱して「増額賠償」を選択したことによって制定されたのである。すなわち、旧49条をはじめとする懲罰賠償制度は理論的な積み重ねによって形成されたものではなく、経済発展と政権の正統性を維持するため、当時の社会経済の発展のニーズに合致させるように政策目的を加味したものであったと理解することができよう。

さて、では具体的にどのようにして社会のニーズにこたえようとしたのか、という問題であるが、消費者法の立法参加者の理解を踏まえると、旧49条の機能は、訴訟提起へのインセンティブであり、そして同条の沿革は中国固有の慣習であると理解することができるであろう。その後の学説でも、こうした立法者の意図を支持する見解もみられたが、同条の機能を懲罰である解し、そしてその沿革をアメリカ法由来のものとする理解が登場し、その後当見解が多数説を占めるようになっていく（議論の整理として以下の図1参照）。

図 1

	起草者の意図	その後の学説①：起草者意思を支持する立場	その後の学説②：起草者意思から離れる立場
旧49条の機能	訴訟推奨	訴訟推奨	加害者の懲罰
旧49条の沿革	中国固有の制度	中国固有の制度	アメリカの制度

(2) 多数説の理解への疑問

このように旧49条の機能を懲罰であると解し、そしてその沿革をアメリカ法由来のものとする理解は、現在では多数説を占めているといえる。

しかし、このような理解に対しては次のような疑問がある。すなわち、①旧49条により認められる賠償額によって経営者を懲罰することは難しいこと³⁴、②消費者法の制定過程からすれば、同条の主たる機能は訴訟

³⁴ 近時、民法学者である楊立新は、旧49条の制定によって、消費者が積極的に増額賠償制度を利用し、訴訟を提起することを通じて、経営者の詐欺行為を懲罰・抑止（予防）することは実現されなかったと主張している。主な理由として、第1に増額賠償または懲罰的損害賠償を採用する各法律（消費者法旧49条、後述する旧不法行為責任法47条と旧食品安全法96条2項等）との間で、そ

推奨であり、それによって詐欺行為を抑止しようとするものであること、③王利明は、中国固有のものであった同条の沿革を中国民法に過度にアメリカ法を投影し、同条の機能をアメリカ法と同じ懲罰的損害賠償機能であると誤認してしまっているのではないかと指摘していること、④その後の学説の中には、多数説の懲罰理解を前提とした上で、同条に関してどこまで「懲罰性」が実際に果たされているのかをめぐる実証研究および社会調査まで行った論文すら存在しているが、そこでは旧49条の本来の機能や制度の由来についての顧慮がなされていないこと³⁵である。このように多数説は、権威主義的に一部の学説の理解を無批判に受け入れてきたが、制度の由来を十分に考察することによる再検討の余地は依然として残されていることが示唆されるのである。

第2章 商品住宅に関する司法解釈（2003年6月1日）

その後、2000年の国务院政府工作报告では、「市場秩序における不正を是正し、法の下で、偽物および消費者権利利益を侵害する各種の詐欺行為を厳格に処罰する」、また「内需拡大の方針を堅持するために、住宅などの消費者信用を積極的に発展させ、住宅ローンに関する手続を簡

の適用範囲に関し統一性を欠くこと、また第2に、旧法49条は、経営者の詐欺を前提とした増額賠償制度であるが、増額賠償額の算定方法が不明な点があること。すなわち、商品価格に相当する額の倍額賠償と商品価格返還や実損害の賠償責任との関係についても、具体的検討の必要性が生じており、また、「詐欺行為」が要求されている点で適用範囲が狭いこと、増額賠償額が低く、悪質な経営者に対する懲罰として不十分であるということ、が挙げられる。つまり、賠償額の不透明さに原因の一端が存在すると解される

³⁵ 応飛虎「知偽買偽行為適用懲罰性賠償的思考—基於法経済学和法社会学的視角」中国法学6期（2004年）114頁参照。当該論文では、懲罰機能が果たされない理由は、「第1に、訴訟コストおよび訴訟収益が予測不可能なことである。第2に、商品またはサービスの価格と同額の賠償金では、訴訟提起への誘因となり得るほどの魅力が足りない。第3に、消費者と経営者間の情報・交渉力に格差があることである。」という3つの側面から論じ、それによって旧49条がすでに形骸化にさらされた可能性があると説明されている。

略化しかつ審査の効率を向上させよう」³⁶といった新たな政策が提唱された。

さらに、2001年12月には中国のWTOへの加盟が実現し、13億人口の巨大市場である中国貿易が自由化され、急速な経済発展が成し遂げられていく。すなわち、その内容としては、WTO加盟以前は「製造業」（世界の工場とも言われている）を主としてきた中国経済は、加盟以降には外資企業が展開できる業種がこれまでの製造業の輸出だけではなく、不動産投資開発³⁷や食品製造業の輸出による「経済財源」などにも拡大させるようになったのである。

本節では、WTO加盟以降、中国の経済発展の柱を支えた不動産投資開発業において生じた新たな社会問題に対応するために作り出された司法解釈について検討を行っていく。具体的に、まず、司法解釈が如何なる背景の下で公布されてきたのか（第1節）、そして次に、制度の機能と沿革について概観する（第2節）。そして、最後に若干の整理を行うものとする（第3節）。

第1節 公布の背景

不動産投資開発は、中国の経済発展を牽引した最も重要な産業であり、江沢民政権下の「強者優遇」などの政策によるものである。しかしながら、その一方で、商品住宅³⁸に関して詐欺行為や故意による契約違反などの

³⁶ 元国務院総理朱鎔基「2000年国務院政府工作報告」（2000年3月5日第9回全国人民代表大会第3次会議）〔中央人民政府ウェブサイト：http://www.gov.cn/test/2006-02/16/content_201153.htm〕（最終閲覧：2023年3月31日）。

³⁷ 2002年9月に公布された「外商企業建築業企業管理規定」により、外資100%出資企業設立の法的根拠が整備された。しかし、外国企業の本国法人によるプロジェクトごとの直接受注を認めた法律が廃止されたため、WTO加盟後の新ルールにおいては、外資建設業は現地法人を設立しない限り中国内の建設プロジェクトから排除される仕組みになっている。堀内敬則「中国はWTO加盟でどう変わったかーサービス業の規制緩和措置とその実態ー」みずほ総合研究所（2006年8月）〔<https://www.mizuho-ri.co.jp/publication/research/pdf/research/r060801china.pdf>〕（最終閲覧：2023年3月31日）

³⁸ 中国語原文は「商品房」である。「商品房」とは不動産の一種類であり、分譲

問題が数多く発生していた。これらの問題は、経済的状況・商品住宅取引の特殊性および法制度による対応の不在という事情を背景として登場したものである。以下では、商品住宅に関する司法解釈の公布について、その社会経済的背景につき見ていくこととしたい。

（i）商品住宅取引の重大性の増加

第1に、商品住宅に関する詐欺行為や故意による契約違反などという現象の登場は、中国における経済体制の変化に伴い、商品住宅が取引財としての性格を帯びるようになったことに起因するものである。敷衍すると次の通りである。

まず、計画経済時代から1980年代までにおいては、政府や国有企業による「住宅福利支給制度」を内容とする「住宅福利住宅支給制」が敷かれていた。この制度の下では、住宅は一般に、国有ないし公的住宅であるため、個人が不動産の所有権を持たず、また自由に売買することはできなかったため、不動産取引が行われることはなかった³⁹。

しかし、その後、計画経済から市場経済への移行とともに、都市部において、地方から大量の労働者が流入したため、住宅環境の改善が求められるようになった。そのような社会環境の中で、1983年の土地管理法、1990年の国有土地使用権譲渡条例、1995年の土地登記規制などの法規が相續いて制定されることになる⁴⁰。さらに、1998年7月3日、国務院は「都市住宅制度改革の深化と住宅建設の加速についての通知」⁴¹を公布した。

マンションを指している。本稿では、「商品房」を「商品住宅」と称する。

³⁹ 孫根志華「中国における投資主導型の成長（1993－2010年）」城西国際大学研究論文17～21頁参照。

[<https://www.jiu.ac.jp/files/user/education/books/pdf/690-69.pdf>]（最終閲覧：2023年3月31日）

⁴⁰ 渠涛「中国物権変動制度に関する一考察」名古屋大学法学論集227号（2008年）798頁参照。

⁴¹ 当該通知は、①従来の政府や国有企業による分配住宅制度を廃止し、代わりに住宅補助金を支給する、②既存公有住宅の譲渡を推進する、③住宅金融制度を整備し、個人の住宅購入を促進する、などに重点が置かれていた。国務院「都市住宅制度改革の深化と住宅建設の加速についての通知」(国発[1998]23号、

これらの法規や政策・改革によって、土地の所有権は、都市においては国有、農村においては集団所有とされながらも、従来の国から支給される一元的供給ではなく、個人が住宅の所有権を持つようになった。

そして、第1節で概観したように、90年代後半以降、国民所得水準の上昇に伴った新規消費需要の創出を機に、都市部住民による商品化された住宅に対する需要の増加や投資が急速に拡大した。さらに、2000年代に入ると住宅の需要は都市部から各地方・農村部にまで広がり、こうして中国は全国規模の不動産バブルを迎えたのである⁴²。

(ii) 商品住宅取引の特殊性

第2に、商品住宅に関する詐欺行為や故意による契約違反等の現象が発生してきたことは、商品住宅取引の特殊性に関する事情も挙げることができる。すなわち、中国においては、土地は国有であるため、不動産開発業者が国から土地の建設用地使用权(およそ50-70年間の使用期間)の払下げを受けて商品住宅を建設し、売買する⁴³。もっとも、商品住宅の予約販売を行う場合には、都市商品住宅予約販売管理弁法5条によれば、多数の書類——①土地使用权証書または土地使用に係る許可証、②建設工事計画許可証および施工許可証、③既に竣工検収に合格していることなどの証明書、④商品住宅予約販売許可証——を用意することが必要となり、かなりの時間を要することから、これらの書類が整う前に(概ね2年程度前に)不動産開発業者は商品住宅の販売を開始する、という事情が存在する。ただし、ここでの契約は、「予約契約」にとどまり、本契約(土地の使用权証書および不動産の所有権の移転の効果が生じる)

1998年7月3日) 参照。

⁴² 長友昭「中国物権法制定以後の不動産をめぐる諸論点—ルビコンのその先—」早法92巻3号(2017年)6頁参照。

⁴³ 商品住宅販売は、不動産開発業者が竣工し、かつ検収合格した建物を販売する商品住宅現物販売と、不動産開発業者が建築中の建物を事前に販売して買主から手付金または売買代金を受領する商品住宅予約販売に分類される。商品住宅現物販売の場合には、①土地使用权証書または土地使用に係る許可証、②建設工事計画許可証および施工許可証、③既に竣工検収に合格していることなどの証明書を用意する必要がある(商品住宅販売管理弁法7条)。

は建物が竣工したのちになされる。このような中国の不動産開発における特殊な環境のため、予約契約段階後に、不動産価格が上昇した場合、不動産開発業者は、第一買主との契約に違反して、より高く評価する第二買主に販売するというインセンティブを持つようになった。したがって、こうした商品住宅取引の特殊性が、商品住宅の二重売買を多発させる契機となったのである。

(iii) 対応する立法の不存在

第3に、第2の問題に対処する立法が存在していなかったことが挙げられる。理論的には、上記のような故意による契約違反を行う不動産開発業者に対して、一般法として民法通則、および1999年に施行された契約法による救済が想定されるが、商品住宅を直接の適用対象とできる明文規定は存在していなかった。また、2007年以前には物権法も存在していなかったことにも留意されたい。

もっとも、この当時に1994年の消費者法旧49条の懲罰賠償を認める余地はあった。しかしながら、学説の多く⁴⁴は、消費者法の適用に関して①商品またはサービスのみを対象としており、商品住宅は高額なため「生活必需品」に当たらず、②商品住宅の買主は「消費者」にあたらないこと、③比較的高額な商品住宅の売買に消費者法旧49条に適用すると、賠償額が大きくなり、不動産開発業者にとって大きな負担となることなどを根拠に否定する立場を採った。また、実務でも、消費者法が制定されて以来、商品住宅売買契約領域において、消費者法旧49条の懲罰賠償制度の認否が争われた事件数は、2012年までの間にわずか7件にとどまっております⁴⁵、

⁴⁴ 曾凌「懲罰性賠償在商品房買賣合同糾紛中的適用及制度完善」福建法学1期（2004年）46頁、王秀燕「論懲罰性賠償在我国商品房買賣中的適用」經濟與法9期（2004年）65頁、遲穎「商品房銷售虛偽宣傳之懲罰性賠償責任」法学10期（2015年）24頁、錢玉文「論商品房買賣中懲罰性賠償責任的法律適用」現代法学39卷5期（2017年）68頁参照。

⁴⁵ ①広東省広州市中級人民法院（1999）穗中法房終字第1684号、②河南省鶴壁市山城区人民法院（2001）山民初字第2038号、③河南省鶴壁市中級人民法院（2002）鶴民終字第137号、④河南省鶴壁市中級人民法院（2002）鶴民再字第34号、⑤河南省許昌市中級人民法院（2010）許民二終字第71号、⑥河南省安陽市中級

そのうち消費者法旧49条が適用された案件はわずか1件⁴⁶にすぎなかった。

上述のような社会経済の変化とともに、不動産取引市場において、不動産開発業者の故意による契約違反ないし詐欺行為によって多くの買主に重大な損失をもたらしたものの、既存の法律の枠組み内では解決ができないことは、市民からの不満をもたらした⁴⁷。また、既述のように適用されるべき法律の不存在、特に物権法が存在していなかったため、商品住宅取引の登場とその展開にもなって、契約法が必要となるばかりではなく、その紛争解決の対策も早急に要求されるようになっていく。このような社会的要請さらには商品住宅取引に関する諸問題に対応するために、2003年6月1日に、最高人民法院は、法律の不存在の補充かつ具体的紛争事件の処理を目的として、物権法定定よりも前に、不動産取引全体ではなく商品住宅取引に限定する形で、消費者法の規定を踏まえた上で、「商品住宅売買契約紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」⁴⁸（以下では、「商品住宅に関する司法解釈」という。）を公布した。

第2節 制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況

（1）立法者の意図

最高人民法院は、以下のように述べている。

まず、本司法解釈8条と9条（以下では、「8条・9条」という。）は、消費者法旧49条における「増額賠償責任」を根拠として、懲罰賠償制度を取り入れたものである。もっとも懲罰賠償は、懲罰・抑止を機能として、契約違反者に違約責任を加重する一種の特別な制度である。当該制度の適用要件および行為類型別を具体的かつ明確的に条文として規定し

人民法院（2010）安民一終字第466号、⑦湖南省懷化市鶴城区人民法院（2012）懷鶴民一初字第148号。錢玉文・前掲注（43）67頁より抜粋。

⁴⁶ 河南省鶴壁市山城区人民法院（2001）山民初字第2038号。

⁴⁷ 李勝利「購房者利益保護与懲罰性賠償責任—最高人民法院一則司法解釋相關條款之評析」法商研究5期（2006年）57頁参照。

⁴⁸ 司法解釋の法源性等について、高見澤ほか・前掲注（2）123頁を参照されたい。

ではじめて、当該制度の有する機能を発揮することができる。それゆえに、司法解釈は、懲罰賠償責任における適用範囲の拡大と濫用を防止するために、列挙方式を用いて明確に5種類の事由を設けたのである。これによって、不動産取引市場において、多発してきたさまざまな詐欺行為や故意による契約違反、信義則に背いた違法行為などの事件に対処するために、懲罰賠償制度が本司法解釈に盛り込まれたのである。したがって、当該制度を通じて、不動産取引の安全を損なった違法行為を懲罰・抑止し、そしてその法的効果として、契約者の権利利益を保護し、社会における誠実信用制度の確立を促進することが期待できる⁴⁹、と解説している。

次に、中国では、「漢の時代からすでに『加責入官』、唐と宋の時代に『倍備』、明の時代に『倍追鈔貫』⁵⁰制度が存在し、これらの制度は行政罰の色彩を有していた。このことから、中国は古代からすでに懲罰賠償制度の芽を有していたことが明らかである」と指摘した上で、現代中国法はすでに消費者法旧49条において懲罰賠償を採用してから10年が経過した。加えて、1999年に制定された契約法113条⁵¹においても、懲罰賠償制度が制定された。したがって、8条・9条は、消費者法旧49条と契約法113条2項に規定された「懲罰賠償」原則の精神に基づいて確立したものである⁵²、と解している。その規定は、以下の通りである。

⁴⁹ 最高人民法院民事審判第一庭『最高人民法院關於審理商品房買賣合同糾紛案件司法解釋的理解與適用』（人民法院出版社、2019年）113～114頁参照。

⁵⁰ 「加責入官」・「倍備」・「倍追鈔貫」は、損害額に付加した複数倍の賠償額を認める制度である。（筆者による理解）

⁵¹ 旧契約法113条は、「当事者の一方が契約上の義務を履行せず、または約定通りに履行しなかったことにより相手方に損失を与えた場合、損失の賠償額は、契約違反によって受けた損失に相当しなければならない、契約履行によって得ることのできる利益を含むことができるが、契約に違反した一方が契約締結時に予見したまたは予見し得た契約違反による損害を超えてはならない。経営者が消費者に商品またはサービスを提供する場合において、詐欺行為があったときは、『消費者権利利益保護法』の規定に従って損害賠償責任を負わなければならない。」と規定した。

⁵² 最高人民法院研究室『最高人民法院現行有効民事司法解釋 核心条文解讀於解釋精神概要第1版』（法律出版社、2013年）87頁、最高人民法院民事審判第

8条⁵³

以下のいずれかの事由が存在したことによって、商品住宅売買契約目的が実現不可能となった場合、商品住宅を取得できない買主は契約解除、支払済みの商品住宅代金および利息の返還、損失の賠償、並びに売主に対して支払済みの商品住宅代金の相当額を超えない範囲での賠償責任を請求することができる。

(一) 商品住宅売買契約締結後、売主が買主に告知せずに当該商品住宅を第三者の抵当に供した場合

(二) 商品住宅売買契約締結後、売主が当該商品住宅を第三者に売却した場合

9条⁵⁴

売主が商品住宅売買契約を締結する場合において、以下のいずれかの事由により、契約の無効または取消若しくは解除をもたらした場合、買主は売主に対して、支払済みの商品住宅代金および利息の返還、損失の賠償、並びに支払済み商品住宅代金と相当額を超えない範囲での賠償責任を請求することができる。

(一) 故意に当該商品住宅の予約販売許可証明が取得されていないことを隠蔽し、または偽った商品住宅予約販売許可証明を提供し

一庭『最高人民法院關於審理商品房買賣合同糾紛案件司法解釋的理解與適用』（人民法院出版社、2019年）114頁參照。

⁵³ 中国語原文：〔第8条 具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。〕

⁵⁴ 中国語原文：〔第9条 出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；（二）故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖人给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。〕

た場合

（二）故意に当該商品住宅が既に抵当権を設定された事実を隠蔽した場合

（三）故意に当該商品住宅が既に第三者に売却され、または立退きによる安置住宅⁵⁵である事実を隠蔽した場合

以上の最高人民法院の解説によれば、①8条・9条が懲罰賠償であること、その機能が懲罰・抑止にあること（もっとも、無制限な拡大適用を阻止するために、その適用範囲は、一定の事由に該当する場合に制限される）。そして、②両条の沿革は、中国古代から存在していた行政罰の制度から発展したものを継受したものである。すなわち、消費者法旧49条はすでに古代から存在していた制度を継受したため、8条・9条は消費者法旧49条を経由して再度受け継がれたものであることが理解できる。

（2）学説の議論状況

（i）制度の機能について

学説では、8条・9条の機能は懲罰と抑止であることを認めた上で、そこに訴訟推奨機能も加えるべきと説く見解がある。例えば、銭玉文は、経済法学者の李友根の「経済分析の視角から、消費者法における懲罰賠償制度の奨励機能は、全体の被害者ないし公共利益を代行して訴訟提起する個別被害者に実際の損失を超える賠償金を仕返し或いは収益を与え、このことから、支出と収益が透明化されることで、消費者の権利が保障され、消費者による集団的訴訟活動を激励することができる」との見解、並びに謝曉堯の「消費者法における懲罰賠償の趣旨や、制度運用に関する実証分析から、消費者への訴訟奨励が主たる役割であり、副次的に懲罰や抑止機能を有する制度であることが明らかになっている」という見解に賛意を示した上で、当事者の立場から見れば、商品住宅取引における懲罰賠償制度は、被告（契約違反者）との関係では、懲罰・抑

⁵⁵ 「立退きによる安置住宅」とは、立退きされた後、不動産開発業者から補償としてもらう住宅のことを指す。

制機能であるのに対し、原告(消費者)に対しては、訴訟奨励機能がある、と指摘している⁵⁶。

他方で、商品住宅問題の発生に対しては、司法解釈の実効性がほぼ果たされないとの批判がしばしば出されるようになった。具体的に、以下のような事情である。

まず、適用対象の限定と適用要件の厳格さによって、懲罰賠償が利用しにくい、という問題があった。すなわち、本司法解釈における懲罰賠償制度は、①適用対象⁵⁷が商品住宅開発会社を売主、商品住宅の購入者を買主とし、契約目的物が商品住宅⁵⁸に限定されており、そして②適用要件として売主の主観的故意性が要求されているために、被害者にとっては利用しにくいという問題が存在した。

次に、実際の賠償額に関する問題である。すなわち、賠償額の算定は困難であり、また賠償額の範囲は、支払済みの商品住宅代金と相当額を越えない部分に限定されていることから、実際上に認められる賠償額は、少額(0～支払済みの商品住宅代金と相当額を越えない範囲までに)にもなり得ることが指摘されている。

こうしたハードルの高い適用要件と実際に認められる賠償額の少なさとは、当該制度の魅力を下げることとなり、当該制度における当初の機能は満たされないだろうとの見解も示されている⁵⁹。

(ii) 制度の沿革について

多数説によれば、司法解釈は商品住宅売買に関わる悪質な契約違反と

⁵⁶ 銭玉文「論商品房買売中懲罰性賠償責任的法律適用」現代法学39巻5期(2017年)64頁参照。

⁵⁷ 商品住宅に関する司法解釈1条は、「本司法解釈にいう商品住宅売買契約とは、不動産開発業者は建築前或いは建築済みの商品住宅を市場に売り出し、所有権を買主に移転し、買主は代金を支払う契約である。」と規定する。

⁵⁸ 商品住宅(分譲住宅)とは、市場経済の中で、経営資格を持つ不動産開発企業(外商投資企業を含む)が譲渡を通じて土地使用権を取得し、経営している住宅を指す。

⁵⁹ 王晓傑＝郭自強「商品房買売中懲罰性賠償制度研究」焦作師範高等専科学校学报2012年第1期54～57頁参照。

いう社会問題は経済成長を阻害するため、アメリカ法の懲罰的損害賠償制度がすでに導入された消費者法旧49条の立法設計を受け継ぎながら、その適用を契約責任領域へと拡大させたものである、という⁶⁰。

これに対して、少数説は以下のように指摘する。例えば、司法解釈の公布に携わった最高人民法院法官の韓延斌は2003年の論文において、故意に商品住宅売買契約を破る違法行為を懲罰するために、消費者法旧49条における「増額賠償」制度を土台として、司法解釈において同様の「増額賠償」制度を定めたのである、と強調した⁶¹。この論文によれば、司法解釈8条・9条は消費者法旧49条を踏襲したものであると解されることになる。これこそ、最高人民法院の立場、つまり立法者の意思を維持・貫徹する立場をとっていることは明らかである。

第3節 小括

（1）議論の整理

以上、商品住宅に関する司法解釈における懲罰賠償がいかなる背景の下で公布されたかを概観した。2000年以降、不動産の個人所有権が認められるようになり、不動産価格が高騰化し続ける一方、不動産に対する人々の需要も急激に拡大した。これを契機として、より多くの利益を獲得とする不動産開発業者が、契約を守ることなく、高値になった不動産を用いて二重売買や詐欺行為を働く事件が増加するようになった。そこで、最高人民法院は、このような悪質な形で利益追求する不動産開発業者を懲罰・抑止するために、8条・9条を追加の手立てとして公布したものであるといえる。

しかしながら、そもそも8条・9条は、明確に「増額賠償」と記している。それにもかかわらず、学界において当該条文は「懲罰的損害賠償」とであると称されている。この点についてはやはり、懲罰的損害賠償という形式的な名称の存在の背景に、何か別の現実的意義があったのである

⁶⁰ 張新宝＝李倩「懲罰性賠償的立法選択」清華法学2009年第4期20頁、遲穎「商品房銷售虛偽宣傳之懲罰性賠償責任」法学2015年第10期24頁参照。

⁶¹ 韓延斌『審理商品房買賣合同糾紛案件私法解釋的理解與適用』法律適用2003年第5期2～7頁参照。

う。要するに、最高人民法院は、このような現実的意義を考慮した上で、あえて司法解釈における懲罰賠償額を巨額にならないように制限していると言わざるを得ない。つまり、過大な賠償額を売主に課すことによって、不動産開発産業における経済活動を委縮させてしまうことへの懸念という政策的な考慮が認められるのである。

そして、立法者の意思を踏まえると、8条・9条の沿革も、少数説に賛成する立場を採る、つまり消費者法旧49条と同様に中国固有のものであると解される。というのも、司法解釈は、旧49条の議論を踏まえた上で制定されたことから考えれば、8条・9条も消費者法の延長線上にあるとするのが素直な解釈であるからだ。したがって、司法解釈における懲罰賠償制度も、アメリカ法からの継受ではないといえる。あくまでも、中国社会で新たに発生した不動産取引被害などに対応するために、旧49条と同様の立法背景にあって作られた中国固有の制度であるといえる。(議論の整理として、以下の図2参照)。

図2

	起草者の意図	その後の学説①：起草者の意図を支持する立場	その後の学説②：起草者の意図を拡大する立場
8条・9条の機能	懲罰・抑止	懲罰・抑止	懲罰・抑止＋訴訟推奨
8条・9条の沿革	中国固有の制度	中国固有の制度	アメリカの制度

(2) 司法解釈の行方

なお、本稿の執筆過程において、最高人民法院は、2021年1月1日からの民法典（以下では、「民法」という。）の施行にあわせて、民法に適合した法律適用基準の統一を確保するために、民法に関連する諸司法解釈について改正・添削などを行った新たな決定を公表した。その結果、商品住宅に関する司法解釈8条と9条は削除された⁶²が、両条文が削除された理由は定かではない。

⁶² 「最高人民法院關於修改〈最高人民法院關於修改在民事審判工作中適用〈中華人民共和國工會法〉若干問題的解釋〉等二十七件民事類司法解釋的決定（法積〔2020〕17号）」2020年12月31日、[最高人民法院ウェブサイト：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-282621.html>]（最終閲覧：2023年3月31日）。

この点、近時の不動産産業については、新型コロナウイルスのパンデミックから早期の回復に転じるための中国経済のけん引役が期待されていることが、理由として考えられる。実際、中国政府の行った景気刺激策として、金融緩和による巨額の資金が不動産市場に流れ込んでいる⁶³。このような状況の中で、最高人民法院は、社会・経済情勢の変化による商品住宅に関する司法解釈の見直しおよびその必要性の有無を勘案して、司法解釈における懲罰賠償制度を残さずに全部削除したのではないかと推測することができる。

付言すると、新型コロナウイルスの封じ込めを狙った「ゼロコロナ政策」によって、中国経済とりわけ商品住宅市場の悪化が続いている。中国政府は、不動産企業への資金調達制限などを緩め、支援政策などに転換している。その一方で、商品住宅に関する司法解釈における懲罰賠償制度を維持し続けることは、不動産企業にとって不利になる恐れがあり、必要性が薄くなった。それゆえに、当該制度が削除されたのではなかろうか。そうだとすれば、このことから現在の中国政府が、安定とした経済活動を重視する姿勢を鮮明にしたこと、またそれにとどまらず、現在の中国では法制度が経済・政策より劣位にあり、かつ法制度は政策の積極的な実現に奉仕するものになり得ている可能性が指摘できよう。

ともあれ、当該決定以降の実際の裁判運用では、商品住宅をめぐる紛争に関しては懲罰賠償を適用する根拠条文が存在しないことから、当然当該制度を適用することができなくなる⁶⁴。民法または消費者法における懲罰賠償制度のいずれが適用根拠になるか、解釈によって異なってくるであろう。いずれにしても、民法が施行されてまもなく、商品住宅をめぐる訴訟においてどのような処理がなされるのか、今後の裁判実務の動きに留意したいところである。

⁶³ NHK ビジネス特集「1億円ならお買い得!? コロナ禍でも過熱 中国マイホーム事情」(2021年2月12日) [<https://www3nhk.or.jp/news/html/20210212/k10012862181000.html>] (最終閲覧：2023年3月31日)。

⁶⁴ 朱曉峰「論〈民法典〉中的懲罰性賠償体系與解釈標準」上海政法学院学報(法治論叢)2021年第1期(2021年)137～152頁参照。

第3章 旧食品安全法（2009年6月1日）

経済の全面的な発展を目指す改革開放政策により経済成長が進む過程で、食品安全に関する被害事件が成長に比例するかのごとく増加するようになる。食品安全を脅かす事件の頻発は、一国の食品産業全体の基盤を揺るがすことも稀ではない。また、中国政府の管理能力がしばしば問われ、政権の安定的な維持にも影響を及ぼす可能性がある。

こうした状況に対して、中国政府は当該問題の解決を導くための法整備として、1982年に「食品衛生法（試行）」を公表し、1995年に「食品衛生法」を制定した。その後、食品安全に関する世界的な関心の高まりを重要な契機として、2009年に食品安全法を制定したのである。

本節では、まず当該法によって導入された懲罰賠償制度の制定背景について考察し（第1節）、次に当該制度の機能と沿革における学説の議論状況を確認し（第2節）、最後に議論の整理を行う（第3節）。

第1節 制定の背景

大飢饉時代⁶⁵を経験した計画経済の時期では、基本的に品質よりも量

⁶⁵ 1959年から1961年にかけての「大躍進」政策によって、農村経済を混乱させ、食糧不足により数千万人の飢餓者を出すという大惨事を招いた。それから1966年から10年に続いたプロレタリア文化大革命を経ていることや計画経済の影響により、長期にわたり食品不足が続いた。80年代の社会主義市場経済への転換を契機として、農業の産業化および近代化の促進によってまっとうな食品の供給量の拡大が実現された。中国は1984年のFAO総会で「温飽」（衣食など最低限の生活の保障）の問題をほぼ解決したと世界に向けて宣言した。1994年の食糧生産の不作等に対応して国内買付価格の大幅な引き上げ等の「生産振興」策をとり、中国の食糧生産量は一気に増加して生産過剰となった。河原正一郎「中国の食糧政策の動向—保護価格政策から国際競争志向価格政策へ—」農林水産政策研究7号（2004年）51頁、Roderick MacFarquhar and John K.Fairbank（費正清訳）『劍橋中華人民共和国史—中国革命内部的革命1966—1982年（下巻）』（中国社会科学出版社、2007年）477～544頁、河原昌一郎「中国の食品安全に関する現状と問題点（特集 中国食品添加物事情）」月刊フードケミカル30巻7号（2014年）7頁、龜山新「災害体験とチャイニーズネス—1920年華北大飢饉を裁判例に—」日中社会学研究23号（2015年）55頁参照。

的な充足確保に重点が置かれ、必要な量の食料の供給を確保することが重要な政策目的であった。それゆえに、社会では食品の安全性や品質に関する意識が薄く、そのための法整備も十分にはなされなかった。

その後、すでに述べたように、市場経済原理が導入され、また2001年末のWTO加盟を経ることにより、中国市場はグローバル市場へとつながっていく。さらに2002年からの中国では、本格的に「全面的小康社会」⁶⁶の建設が、経済発展の目標とされた。

政治・政策面においては、元国家主席胡錦濤政権は「弱者救済」の政策に重点を置き⁶⁷、「和諧社会」（矛盾のない調和のとれた社会のことを指す）⁶⁸が政治・社会発展の新たな目標として掲げられた。特に2006年国務院政府工作報告⁶⁹では、経済の安定した高成長を維持し、消費環境、消費政策および国民の衣・食・住の環境を改善し、旅行・文化・フィットネス等のサービスを積極的に発展させ、消費を妨げる非合理的な現行

⁶⁶ 「小康社会」は、1980年代以降、鄧小平が提起した国家全体の経済力が増大する発展目標（中国が困窮社会から豊かな近代国家に至る三つの発展段階である）である。本格的に提起された2002年11月の共産党16期全国人民代表大会では、全面的小康社会の建設内容を「更に経済の発展、民主の健全、科学教育の進歩、文化の繁栄、社会の調和、人民生活の豊富をさせる」と定めている。

⁶⁷ 佐々木・前掲注（22）頁参照。2002年11月、胡錦濤政権は「公のための立党、民衆のための執政」や「親民政治」、「人を基本とする」などの民衆よりの政治スローガンを掲げた。それは前政権である江沢民政権との違いを示し、それ以上に共産党が民衆から乖離しては、社会の安定、政権の安定を揺るがすことになるとの危機感によるものであるとされている。

⁶⁸ 元国家主席胡錦濤は、経済成長優先によって激増する汚職・腐敗、深刻化する環境破壊と格差拡大などの社会問題による不安定化のリスクを覆い隠す必要性が生じたと考えた上で、「和諧社会」建設が初めて完全な形で提出されたのは、2004年9月の中国共産党第16期4中全会で採択された「党の執政能力建設を強化することに関する中共中央の決定」の中である。その後、2006年の第16期6中全会では、「社会主義和諧社会建設に関する決定」がなされ、「和諧社会」建設は胡錦濤政権の中心となる政治スローガンとなった。

⁶⁹ 元国務院総理温家宝「2006年国務院政府工作報告」（2006年3月5日第10回全国人民代表大会第4次会議）〔中央人民政府ウェブサイト：http://www.gov.cn/test/2009-03/16/content_1260216.htm〕（最終閲覧：2023年5月13日）。

規定および政策を修正することが述べられた。さらに2007年国務院政府工作報告⁷⁰では、食品安全および薬品市場秩序を全面的に改善し、人民の飲食および薬品安全を保障することも強調されている。

このような様々な目標やスローガンの提唱を背景として、2008年前後から、食品生産業は急速に生産量が拡大した。最も生産量が大きく増加したのは、乳製品、肉製品、食用植物油などである⁷¹。

しかしながら、国内では、農産物の供給、産地の環境、食品の加工・販売など、様々な段階において、安全性への配慮ならびに食品の安全基準や検査・測定、認証システムなどに関して不備が残っていた。そして、これらの不備に対する行政機関の監督の怠慢がしばしば生じたために、生産・販売業者の利益追求による悪質な偽物・有害食品が市場へ横行する事件⁷²が広範に発生し、人々の不満の高まりから、新たな社会問題として顕在化するようになる⁷³。

⁷⁰ 元国務院総理温家宝「2007年国務院政府工作報告」(2007年3月5日第10回全国人民代表大会第5次会議)〔中央人民政府ウェブサイト：http://www.gov.cn/test/2009-03/16/content_1260188.htm〕(最終閲覧：2023年5月13日)。

⁷¹ 河原昌一郎「中国の食品安全問題—食品安全に関する中国の現状と取組—」〔https://www.maff.go.jp/primaff/kanko/project/attach/pdf/120331_23cr01_02.pdf〕(最終閲覧：2023年5月13日)

⁷² 中国で広く報道された有害有毒食品の事件について、以下でそのいくつかを紹介する。1990年代には、農薬の投与回数誤りなどにより農薬に汚染された「毒野菜」が市場に出回り、中毒事件が頻発した。2000年代以降は、レストランなどから下水道等に廃棄された浮遊物をすくい上げて油を抽出する「地溝油(ゴミ油)」が食品の生産・加工またはレストランで再利用されている事件、赤身の豚肉が高価なため、「瘦肉精」(豚肉の肉赤身化剤の使用)を使用して脂身肉を赤身肉に加工し販売したことを原因とする、食中毒事件が現在においても続発している。また、「人毛醤油」は、人毛から抽出したアミノ酸を利用して醤油を製造し、形式的には醤油の品質検査基準に達することから、広範囲に流通している。河原・前掲注(65)参照。

⁷³ 食品の安全管理の権限は、食品・薬品(食品薬品监督管理局)・農業(農業部)・衛生(衛生部)・品質検査(質量監督検査検疫総局)・商務(商務局)・工商業(工商行政管理総局)・環境保護部・公安部など10以上の食品管理行政機関に握られているため、行政機関の連携不足や所轄監督の責任範囲の曖昧さゆえに、各機関は自身の職権内のことしか責任を負わない。こうした体制では、職責は明

この時期、国際的に見ても、中国産食品の安全性に対する各国の懸念も拡大していた。とりわけ、EUは2002年に残留薬品の基準を超えていることを理由として中国の動物由来食品の輸入を禁止した。また、日本で発生した「中国産冷凍ホウレンソウ」事件など⁷⁴やアメリカで発生したペットフード事件⁷⁵は世界に衝撃を与えている。

さらに、2008年には、北京オリンピック開催の最中に、食中毒事件として象徴的な「三鹿毒粉ミルク事件」⁷⁶が発生した。当該事件は、「食品

確ではなく、管理体制の欠如などの問題が生じている。楊琴「中国食品安全法についての検討」[<https://core.ac.uk/download/pdf/153144711.pdf>]（最終閲覧：2023年5月13日）

⁷⁴ 日本でも、2002年3月に輸入された中国産冷凍ホウレンソウから残留基準値の10倍前後の発がん性のある殺虫剤が、2005年8月には中国産養殖ウナギから使用禁止のマラカイトグリーンが検出された。鎌田文彦「中国における食品の安全性確保に対する取組」外国の立法235号（2008年）169頁参照。

⁷⁵ 2007年3月から4月にかけて、アメリカで有毒物質（メラミン）が混入された中国産のペットフードを食べた犬や猫が相次いで死亡した事件である。愛知県衛生研究所「メラミン添加によるペットフード原材料の擬装」（2007年6月7日）[<https://www.pref.aichi.jp/eiseiken/3f/melamine.html>]（最終閲覧：2023年3月31日）。

⁷⁶ 三鹿毒粉ミルク事件とは、メーカーの三鹿集団（中国河北省に位置する石家庄三鹿有限公司とニュージーランド生活協同組合フォンテラ（株式43%を保有する）との合弁会社であり、粉ミルクを中心とした乳製品の製造を行っていた。同社の粉ミルクの国内における市場占有率は18%で、15年連続首位を記録した当時の大手企業である。2008年12月24日に破産の法律的手続きに入ったと発表された）が、粉ミルク製品に有害物質のメラミンなどを混入させて、それを飲んだ29.6万人もの乳児が泌尿器等に異常を生じ、そのうち6名を死亡させた前代未聞の健康被害である。当該事件については、2008年7月段階で中国衛生部門がすでに三鹿の粉ミルクを飲んだ乳児の泌尿器に異常の多発を把握していたものの、公表しなかった。ところが、三鹿の株式を保有するニュージーランドの乳業会社フォンテラの中国常駐社員は、同年8月2日に粉ミルクがメラミンに汚染されていることに気づき、三鹿側に製品のリコールを求めたが、三鹿側に拒否された。そして、同社員は中国のニュージーランド大使館に報告し、報告を受けたニュージーランド大使館が石家荘市政府に働きかけたが、その意見が通らなかった。そこで、フォンテラは本社を通じてニュージーランド政府に陳情し、ヘレン・クラーク首相（当時）が本件を知った後に、ただちに外交ル-

の安全」に係る様々な社会問題に対する人々の怒りに火に油を注ぐ結果となり、不法行為責任法草案の審理と明文化による懲罰賠償制度(詳説については、本稿の第4節に譲る)の導入に拍車をかけたといわれている⁷⁷。

以上のような食品の安全性をめぐる内外の緊迫した状況下で、中国政

トを通じて中国政府に働きかけたことで、中国政府はオリンピックで打ち立てた国際的イメージが大きく損なわれることを避けるため、やむを得ず同年9月11日に中国衛生部の公表によって当該事件を公表した。渡辺浩平「粉ミルク事件とメディア」21世紀中国総研第4号(2008年10月3日発行)を参照。その後、当局は三鹿集団の元幹部らに対して、死刑、無期懲役、5～20年の懲役刑、および罰金を処した。被害者に対しては、三鹿集団など22社が資金を出し、腎臓結石にかかった幼児一人あたり2千元、深刻な場合には3万元、死亡した場合には20万元の補償を提示した。アムネスティ発表国際ニュース「中国：粉ミルク事件の活動家に対する判決に非難」(2010年11月10日)〔https://www.amnesty.or.jp/news/2010/1206_1243.html〕(最終閲覧：2023年3月31日)。

なお、2009年11月に、自身の幼い子供が当該ミルクによって病気になったため「被害者の親たちを支援するグループ」を立ち上げた、損害賠償請求を求めた中国人活動家は、当局によって「公序かく乱」罪容疑で逮捕され、3ヵ月に渡って弁護士との接触や家族との面会が認められず、そして、2010年11月10日に、北京市大興区人民法院は同氏に対して2年半の有罪判決を言い渡したのである。AFP「中国の有毒粉ミルク問題、補償求めた親に「公序かく乱」で禁固2年半」(2010年11月11日)〔<https://www.afpb.com/articles/-/2774842>〕(最終閲覧：2023年3月31日)。

結局、当該事件に関する損害賠償請求を求める民事訴訟は提起されなかった。三鹿集団など22社の関連企業が被害児童を対象として国家衛生部による統一基準に基づいて医療費と賠償金の支払い基金を創設したが、多くの被害児童が賠償金を受け取ることができなかった。中国乳協「近3万メラミン乳粉患児仍未領賠償」(2011年6月9日)〔<https://m.antpedia.com/news/147817.html>〕(最終閲覧：2023年5月13日)。

⁷⁷ 2008年4月20日第11回全人大常務委員会が公布した食品安全法草案90条によれば、同条の目的は、食品汚染および有害有毒食品による人体への危害を防止・抑制または削除、食品による病気の発生を予防・減少させ、並びに民衆の生命と健康を保障するために制定した食品安全責任における懲罰的損害賠償である。周江洪「關於修改〈食品安全法(草案)第90条的建議〉」法学6期(2008年)137頁参照。

府は、人民の社会への不満が溜まっていること、また食品安全性事件が国外の消費者の中国産食品に対する信頼に極めて悪い影響を与えることなどを認識し、国家と社会の安定と経済の良好な発展に対して危機感を抱くようになっていった。

そこで、立法者は、社会の安定維持、食品の輸出促進および輸出食品の品質向上を図り、国内外から向けられた不信を払拭することを目的として、2007年11月に食品安全法（草案）を国務院から全人大に提出し、同年12月から全人大常務委員会⁷⁸によって同法案の審議が開始された。この草案は、2009年2月28日に「食品安全法」として議決され、同年6月1日から施行されている。同法において、懲罰賠償の内容が規定されたのは96条2項（2015年改正前の条文。以下では、「旧96条2項」という。）である。その規定は、以下の通りである。

旧96条2項⁷⁹

食品安全基準に適合しない食品を製造し、或いは食品安全基準に適合しない食品であることを明らかに知りながら販売を継続した場合、消費者は製造者または販売者に対して、損失の賠償を請求するほか、食品価格の10倍の賠償金を要求することができる。

第2節 制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況

（1）立法者の意図

立法者は、当該制度の沿革について、以下のように説明する。すなわち、消費者法はすでに填補的損害賠償の原則を変更し、英米法の懲罰的損害賠償制度を参考にして旧49条を制定した。食品安全法は、消費者法旧49条を踏まえた上で、再び懲罰賠償制度を定めたのである。

⁷⁸ 全人大常務委員会とは、中国における最高国家権力機関・立法機関（立法者）である全人大の常設機関である。立法・司法機関などの詳細について、高見澤ほか・前掲注（2）91頁を参照されたい。

⁷⁹ 中国語原文：〔第96条 违反本法规定，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。〕

そして、制度の機能については、食品安全基準に適合しない食品を製造し、或いは食品安全基準に適合しない食品を販売した悪質な違法行為者を懲罰・抑止し、これによって消費者の合法的権利利益を保護し、消費者の財産および精神的損害が填補される。そこで、旧96条2項は、消費者法旧49条を参考として、賠償額を商品価格または受けるサービス費用と相当額から食品価格の10倍まで引き上げることとした。ただし、同条は、消費者法と商品住宅に関する司法解釈における詐欺行為による懲罰賠償とは性質が異なり、食品安全責任領域における懲罰賠償制度の拡大制定である⁸⁰、と明確に説明した。

このように、立法者の意図を踏まえて、①旧96条2項の機能は、悪質な製造者または販売者を懲罰・抑止することにある。すなわち、消費者の権利利益を保護し、食品安全性問題をめぐる紛争を解決するために、より多くの金銭的負担を与えることで、悪質な製造者または販売者を懲罰し、ならびに当該行為者の行為を抑止する旨の制度が確定されている。そして②沿革については、旧96条2項は、英米法からの継受である消費者法旧49条の経験のリセットした上で、整備されたわけであると見るのが妥当である。

(2) 制度の機能と沿革をめぐる近時の学説状況

(i) 制度の機能について

学説上は、立法者の意図を支持して旧96条2項の機能が懲罰と抑止にあると認識するのが、多数説となっている。多数説によれば、食品安全法における懲罰賠償制度は、懲罰や抑止機能を有するが、それにくわえて高額な賠償金を得られるというインセンティブの観点からすれば、消費者を民事訴訟への誘引し、さらには消費者の受けた苦痛を慰撫することにより社会全体の安定維持が実現するという重要な機能をも持つことが主張されている⁸¹。

⁸⁰ 信春鷹『中華人民共和国食品安全法積義』（法律出版社、2009年）243頁参照。

⁸¹ 祝彬「＜食品安全法＞中の懲罰性賠償責任探析」医学與哲学（人文社会医学版）31卷2期（2010年）55頁、陳業宏＝洪穎「食品安全懲罰性賠償制度的法經濟学分析」中国社会科学院研究生院学報5期（2015年）81頁参照。

他方で、持続的な食品安全性問題の発生に対しては、旧96条2項の実効性がほぼ果たされないとの批判⁸²がしばしば出されるようになった。具体的に、以下のような事情である。

まず、旧96条2項における適用要件の曖昧さによって、懲罰賠償請求の認否をめぐる判断基準が不明瞭である、という問題があった。条文上の文言によれば、生産者と販売者に対して異なる適用要件が設けられている。すなわち、生産者の場合には、食品安全基準に適合しない食品を製造した際に、販売者の場合には、食品安全基準に適合しない食品であることを明らかに知りながら販売した場合に、10倍の賠償責任を負うことになる。しかしながら、通常では、消費者が生産者よりも販売者と食品を取引する中で、販売者が「明らかに知りながら販売した」という主観的故意要件の主張・立証責任を消費者側に課すのは不可能に近い。また、損害の発生の要否も不明である。というのも、例えば、食品安全基準に適合しない食品を摂取した消費者に人身的損害が生じなかったものの、財産的損害が発生したという場合には、消費者が食品価格の10倍の賠償を請求することできるのか、という疑念が生じる。

次に挙げられるのは、実際の賠償額に関する問題である。すなわち、旧96条2項は食品価格を算定基準として、旧49条（商品価格と同額）より賠償範囲を食品価格の10倍まで引き上げた方法を採用している。このことから、一見すると旧96条2項の賠償額は、旧49条の賠償範囲より高額に映るが、通常食品価格は低額なものが多く、この金額を算定基準としてその10倍を上限とする十倍賠償額が認められたとしても、加害者を懲罰するどころか財産的損害および生命・身体的損害を受けた消費者の損害さえ補うには不十分な可能性が高い。

さらに、実証研究によれば、旧96条2項に基づいて訴訟提起されたケースの中には懲罰賠償が認められた判決はわずか30%に過ぎなかったとされる。そのため結果として、当該制度は懲罰・抑止機能どころか、訴訟推奨機能（仮に旧96条2項が訴訟推奨機能を持ちうるとしても）さえも

⁸² 馮博「從“鼓勵性懲罰”到“懲罰性制度”——食品藥品安全問題的法律經濟學分析」法學雜誌12期（2016年）88～98頁參照。

果たされていない⁸³、と批判されているのである。

(ii) 制度の沿革について

2000年以降になると、懲罰賠償制度がいかなる比較法的な影響関係のなかで成立したのか、つまり、どこの国や法圏からの継受により形成されたかに着目して考察する研究はほぼ見られなくなった。それと引き換えに、中国における懲罰賠償制度は中国固有の制度によることに言及せず、アメリカ法を参照して制度化されたとの評価を下されるようになり、この考えが次第に有力となっていった。例えば、信春鷹（全人代憲法と法律委員会の主任）は権威的なコメントールにおいて、旧96条2項の由来について、アメリカの懲罰的損害賠償制度が再び食品安全法に規定された、と強調している⁸⁴。

これに対して、李響は、旧96条2項がアメリカ法を継受した制度であることに異論はないが、当該規定の内容では懲罰機能が果たされないと指摘している。具体的には、そもそも中国における懲罰賠償制度はアメリカ法の「加重的損害賠償制度」を導入したにもかかわらず、一部の学者によって「懲罰性」が求めるようになったため、「懲罰的損害賠償」と名称を変えたのではないかと疑念が提起され、名称を正すべきである⁸⁵と指摘した。つまり、加重的損害賠償制度は、より多くの賠償金を加害者に付加させるという意味で外形的には懲罰的損害賠償に類似するものの、賠償額の上限が予め定められていること、またその目的は加害者の懲罰ではないこと、被害者の救済に重点を置いていることで、懲罰的損害賠償とは本質的に異なることを述べている。

さらに、近時の学説では、旧96条2項はアメリカ法から継受したもの

⁸³ 李響「我国食品安全法“十倍賠償”規定之批判與完善」法商研究6期（2009年）44頁、王成「食品安全法十倍賠償條款司法適用の実証考察」北京行政学院学报5期（2012年）14頁、張媛「聚焦食品安全法：十倍賠償案件原告勝訴率僅30%」法制日報（2015年4月9日）第4版、呂來明＝王慧誠「食品安全法懲罰性賠償條款的適用条件」人民司法応用1期（2019年）80頁参照。

⁸⁴ 信春鷹・前掲注（80）240頁以降参照。

⁸⁵ 李響「我国食品安全訴訟中的懲罰性賠償芻議」法治研究1期（2021年）48～59頁参照。

ではなく、一貫として中国固有のものである⁸⁶と指摘しているが⁸⁷、その理由について、明確に言及されていないため、説明がいささか不十分であるといえよう。

第3節 小括

（1）議論の整理

本節で概観したように、2000年代以降から、懲罰賠償制度の社会的必要性が高まっていったことが明らかになった。すなわち、中国社会において、「強者優遇」から「弱者救済」・「和諧社会」への政策転換の下で、WTO加盟による経済発展の国内改革や対外開放の加速に伴って、食品安全性が問題となった事件が多発していた。これらの事件は、大きな社会問題となり、社会の安定を損ないかねないものであった。これに対応するために、立法者は消費者法を踏まえた上で、食品安全法における懲罰賠償制度を制定した。要するに、立法者は、消費者法における懲罰賠償制度の機能を悪質な業者（加害者）を懲罰することによって加害行為が抑止されるものと理解した上で、社会全体の安定維持を図るという現実的な必要性を考慮して、懲罰賠償制度を食品安全法に導入したのである。

この時期の学説では、食品安全法における懲罰賠償制度の主たる機能は、①懲罰と抑止にあることを踏まえた上で、さらに、高額な賠償額を被害者に対する補償とすることで、②消費者を訴訟提起へ誘引する——訴訟推奨、③消費者を慰撫する、そして④社会の安定維持を図る重要な機能を持つと解している。つまり、当初の立法者の想定を超えて、当該制度は多数の機能を果たし得ると主張する論者が増加している。

そして、旧96条2項における懲罰賠償制度はアメリカ法からの継受ではなく、あくまでも、国内外で新たに発生した食品の安全性問題を解決するために、当該制度が初めて導入された消費者法旧49条と同様の成立背景および形成プロセスを踏んで制定された中国固有のものである。そ

⁸⁶ 崔光日「東アジアにおける懲罰的損害賠償の受容と最近の変更」沖野眞己他編『比較民法学の将来像 岡孝先生古稀記念論文集』（勁草書房、2019）731～747頁参照。

の理由は、第1に、第1章で述べたように、旧96条2項の源流であるところの消費者法旧49条が、中国固有の慣習に由来していることである。

第2に、旧96条2項の「食品価格の10倍」は取引慣習「欠一罰十」に由来するということである。この点について立法者は明言していないが、制度設計に際しその発想があったと推測される（議論の整理として、以下の図3参照）。

図3

	起草者の意図	その後の学説①：起草者意思を支持する立場	その後の学説②：起草者意思を拡大する立場
旧96条2項の機能	懲罰・抑止	懲罰・抑止	懲罰・抑止 + 訴訟推奨 消費者への慰撫 社会の安定維持
旧96条2項の沿革	中国固有の制度	中国固有の制度	アメリカの制度

(2) 多数説への疑問

以上のように、旧96条2項は、懲罰・抑止・訴訟推奨・社会の安定維持といった多数の機能を有するものであると解し、そして沿革をアメリカ法由来のものとする理解は、多数説を占めつつあるといえる。

しかしながら、次のような疑問が生じる。すなわち、旧96条2項の賠償額の算定方法は、消費者法と同様に食品価格を算定基準とし、賠償範囲を食品価格の10倍を上限として設定する。食品の価格が極めて少額の場合が多いことに鑑みれば、結局、賠償額は少額なものになりかねず、加害者に対する懲罰・抑止機能は実際には果たされていない可能性が高い。

例えば、上述した三鹿毒粉ミルク事件に照らしてみれば、粉ミルク価格の10倍の賠償額を大企業に課した場合でも、被害者の生命身体・財産・精神的損害および経済的損失のいずれも補填するには不十分のみならず、これではむしろ懲罰賠償の主たる機能の発揮が阻害されかねない。例えば、数十円の食品を購入し、その食品に安全基準上の問題があった場合においても、消費者に食品代金の最大10倍の賠償（数百円：日本円換算で、2万円未満）をすれば足りてしまうのであり、かかる懲罰賠償

の意義はどこにあるのかという疑問が生じるのである。

実際のところ、三鹿毒粉ミルク事件の後、被害者が懲罰賠償制度に基づいて民事訴訟を提起するケースは一件も存在しなかった⁸⁷。裏を返せば、食品安全責任領域に限ってみれば、当該懲罰賠償制度は、被害者（消費者）である私人が訴訟に積極的に参加する制度設計となっているとは言い難く、学説で想定されていた訴訟推奨の側面から考えれば、懲罰賠償制度の果たすべき機能の一つが全く期待できない状況となっているのではないかという懸念が生じる。

⁸⁷ 馮博・前掲注(82)95頁参照。

ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判(9・完)

——ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を手掛かりにして*——

前 田 星

目 次

はじめに

序論 研究の射程

第1節 魔女研究における法史的研究：手続論と学識法曹

(1) 魔女研究史の概観

(2) 法史的研究の意義

第2節 本稿について

(1) 研究の目的と対象

(2) 論文の構成 (以上、70巻4号)

第1章 地域・著者・史料

第1節 17世紀ヴェストファーレン公領の魔女迫害

(1) 対象地域の地理的概要と裁判権

(2) 魔女裁判をめぐる状況

(3) 魔女コミサール (以上、70巻5号)

第2節 史料について

(1) 学識法曹ハインリヒ・フォン・シュルトハイス

(2) 魔女裁判マニュアル『詳細なる手引き』

第2章 例外犯罪としての魔女術罪

第1節 魔女＝例外犯罪？

*本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2019年3月25日授与)「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判：ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を手掛かりにして」を加筆・修正したものである。

- (1) 例外犯罪であること
- (2) 例外犯罪の歴史
- (3) 例外犯罪論の分析にあたって (以上、70号6号)

第2節 魔女術の例外犯罪性

- (1) 例外犯罪の性質・具体的な犯罪群について
- (2) 裁判権に関する例外
- (3) 刑罰・処置に関する例外 (以上、71巻1号)
- (4) 手続に関する例外① - 被告人の防御の権利
- (5) 手続に関する例外② - 拷問と証人

第3節 小括 - シュルトハイスの手続と近世の例外犯罪論

(以上、71巻2号)

第3章 組織犯罪としての魔女術罪

第1節 魔女の集団

第2節 組織犯罪性

- (1) 魔女の組織 - 規模と関係性
- (2) 血縁関係と魔女
- (3) 尋問の主眼
- (4) 供述の信憑性と法的効力① - 拷問の条件としての告発の信憑性 (以上、71巻5号)
- (5) 供述の信憑性と法的効力② - 「良き評判のある」人物に対する告発の場合
- (6) 供述の信憑性と法的効力③ - 自白の撤回

第3節 小括 - 魔女裁判手続と魔女術犯罪の組織性

第4章 魔女術罪と宗教

第1節 魔女術と宗教の関わり

- (1) 魔女術罪の宗教性
- (2) 魔女裁判における悪魔の存在意義
- (3) 魂の救済をめぐる問題 (以上、72巻6号)

第2節 魔女と悪魔

- (1) 悪魔と魔女の関係 - 悪魔との契約
- (2) 悪魔の能力
- (3) 悪魔の存在と裁判手続
- (4) 小括

第3節 魂の救済

- (1) 背景としての宗派化と手続上の効果 (以上、73巻4号)
- (2) 聴罪司祭と魔女コミサール
- (3) 小括

第4節	魔女裁判手続における宗教的要素の意義	
終章	近世刑事司法の中の魔女裁判と学識法曹	
第1節	学識法曹としてのシュルトハイスの立ち位置	
第2節	課題と展望	(以上、本号)

(2) 聴罪司祭と魔女コミサール

先に見たように、シュルトハイスのテキストにおいては、裁判の(より限定して言えば尋問の)過程が、単に犯罪の立証というだけではなく、魔女の魂の救済を巡る悪魔との闘いの物語として解釈されている。魔女の自白や告発は魔女自身だけでなく、仲間や彼女らによって引き込まれるであろう別の誰かの魂の救済のために必要なものとして表現される。魔女コミサールや裁判従事者はそれらの人々の救済のために、悪魔の奸計を尋問されている魔女に暴露し、時に魔女を励まし、自白や告発を勧めるのである。ここで描かれている魔女コミサールは、さながら司祭のように振る舞っている。

シュルトハイスのテキスト内に現れるそのような振る舞いの中で、ひととき印象的なシーンを紹介しておこう。それは、『詳細なる手引き』の第五章にて、コミサールによる魔女の尋問の仕方を具体的に例示している部分にある。魔女と目される被疑者グレタに自白を進める中で「博士」(コミサール)は、神の慈悲とキリストの犠牲を思い出すようにグレタに呼びかける¹。さらに「博士」は、自身がヴェディングハウゼン修道院²やルンベック修道院(アルンスベルク近郊の修道院)の高位聖職者た

¹ Heinrich von Schultheiß, Eine Außführliche Instruction Wie in Inquisition Sachen des grewlichen Lasters der Zauberey gegen Die Zaubere der Göttlichen Majestät vnd der Christenheit Feinde ohn gefahr der Unschuldigen zuprocediren, Köln 1634, S. 191.

² なお、既に言及したように、シュルトハイスは『詳細なる手引き』を書いた時期にはもうヴェディングハウゼン修道院との間にコネクションを持っていた可能性がある。拙稿「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判(3)」『北大法学論集』第70巻6号、2020年、61-62頁を参照。

ちとつながりがあり、彼らの力を借りられると述べる³。その後、「博士」はサバトと仲間について自白を迫る際に、尋問の最中にグレタと共に祈りを捧げるのである。「博士」はグレタに対して「手を合わせ、私に続くように」と述べ、「悪魔との関係を絶つことを含めた、三位一体の神への祈り」を主導する⁴。そしてこの祈りによってグレタが「悪魔とその支持者と関係を絶つ」ことが出来たと言い、勇気を持って自白するよう勧めるのである。

シュルトハイスの記述の中での魔女コミサールによるこのような振る舞いに関しては、背景に正式な聴罪司祭との軋轢があったようだ。前章でも多少言及したところではあるが、刑事裁判においては被告人がしばしば自身の無実を聴罪司祭に訴えたり、それを聞いた聴罪司祭が自白の撤回を勧めたりする様なことがあったとされる⁵。そう考えると、聴罪司祭もまた、近世の司法においてはひとつのアクターであったと述べる事が出来るだろう⁶。しかしながらそれ故にこそ、聴罪司祭たちは魔女裁判において、職掌や職業倫理の面でジレンマを抱えていたようであり、他の裁判従事者との間にはある種の緊張関係も有していたのかもしれない

³ Schultheiß, a.a.O.(註1), S. 206.

⁴ Ebd., S. 209-211.

⁵ 拙稿「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（7）」『北大法学論集』第72巻6号、2022年、105頁、註68を参照。

⁶ 尤も、刑事司法の中で聖職者がどれほどの役割を果たし得たのかは、必ずしも明らかではない。例えば、南西ドイツのカルヴァン派の聖職者であったアントン・プレトリウス（1560-1613年）は、1597年にビルシュタインにおいてとある魔女裁判を止めさせたと伝えられている。イーゼンブルク＝ビューディングン伯ヴォルフガング・エルンスト一世によって宮廷説教師に任じられたプレトリウスは、1597年に魔女裁判の構成員として伯に任命された。その際、被告人に対する拷問に強く反対し、結果として魔女裁判を止めさせたということが、記録に残っている。しかし、プレトリウス研究者であるヘーグラーに拠れば、これは聖職者によって魔女裁判が直接的に止められたほぼ唯一のケースであるとされる。なお、このことが原因であるかは不明だが、その後プレトリウスは宮廷説教師の任を解かれている。Hartmut Hegler, Stefan Wiltschko, Anton Praetorius und das 1. Große Fass von Heidelberg, 2. Auflage, Nordhausen 2007, S. 80-82.

い。シュルトハイスの聴罪司祭たちへの態度も、そういった聴罪司祭たちの近世刑事司法上の立ち位置と無関係ではない。そこで、シュルトハイスのテキストを分析する前に、他の論者たちの主張を見ながら、聴罪司祭についてどのような議論があったのかを確認してみたい。

既に何度も取り上げたマルティン・デルリオは、『魔術の探求』の第6巻において聴罪司祭のことを取り扱っている。デルリオに拠れば、聴罪司祭には裁判官と医者というふたつの役割がある⁷。とりわけ裁判官との関係においてデルリオは、次のような問題があることを報告している。すなわち、しばしば裁判官が聴罪司祭に対して、(裁判の際に行われたものに限らず)被告人の告解の内容を教えるように要求することがあるという⁸。おそらくは証拠集め(あるいは、もしかしたら糺問の端緒のための情報収集)の目的があったと思われる。これに対してデルリオは、いかなる犯罪においても告解の秘密は守られねばならず、それはたとえその人の死後であってもそうである、と述べている⁹。そして、もし犯罪

⁷ Martin Delrio, *Disquisitionum Magicarum Libri Sex*, Louvain 1599/1600, L. 6, p. 470, „QVVM duplilcem personam great confessarius, iudicis & medici; facile intelligitur vtriusque munere fungi debere. Iudicis quidem personam sustinet, quando confessiones excipit, tantùm: tum enim Dei vices gerit in ligando & absoluendo, Medici gerit non tum solummodò, sed etiam extra tribunal illud poli, quando consulitur, idque vel à reis, vel à laesis, vel à iustitiae executoribus, & administris, vel denique ab aliis quibuslibet. De duplici hoc officio nun nobis agendum.“

⁸ *ibid.*, L. 6, Cap. 1, §. 2, p. 473, „Hanc sectionem addo, propter quorundam confessariorum simplicitatem, & quorundam Iudicum temeritatem atque malitiam; qui, quantum possunt conantur ex confessariis, directè, indirectè, tum ant Rei mortè, tum post eam, exculpere; num reus fuerit peccati illius conscius. Adeò vt alicubi audierim solitos quodam loco confessarios à iudico post latam sententiam mortis in reum interrogari; sitnè iustè damnatus reus? necne? & religiosos quosdam, eò quòd hanc Iudicum iniquam importunitatem, vt sacrilegam, graui oratione repressissent, imposterum ad reos audiendos vocari desiisse.“

⁹ *ibid.*, L. 6, p. 470, „Notandum primò sigillum confessionis vim aequalem habere in omni crimine, etiam maximè enormi; vt in crimine laesae Maiestatis

に関する事実を聞いたならば、個人を特定することのできないような一般的な情報だけを与えるに留まるように、とデルリオは勧めている¹⁰。デルリオはここで、聴罪司祭と裁判官の間には、犯罪の訴追と告解の秘密についての守秘義務を巡って問題があることを明らかにしているが、彼は聴罪司祭に対して、告解の秘密を破った聖職者に対する罰を挙げながら、守秘義務を守るように厳命している¹¹。

また、魔女裁判に対して反対したフリードリヒ・シュペーが聴罪司祭であったということはよく知られたことである。その著書である『刑事的警告』自体が、自身の経験を基に書かれたとされる。シュペーは同書の第30問において「魔女の聴罪司祭」に宛てての教訓を書いている¹²。彼は、しばしば裁判官が詐欺のような手法を用いて自白をさせることを非

humanae, & haeresis; unde patet falsum & erroneum esse versiculum illum vulgarem? *Est haeresis crimen, quod nec confessio celat.* Notandum secundò, ex communi sententia, seruandum sigillum, vt ante rei mortem, sic eo mortuo, quia moriendo ius famae suae non amisit: nec confessio eius propterea minus confessio esse caepit, quam priùs. Notandum tertio, Doctores quando concedunt veniam detegendi, seu narrandi aliqua accepta in confessione; nunquam loqui de expressione delicti in specie, vel personae nominatione; sed omnes tantum agere, de quandam generali reuelatione delicti, sic facta, vt per eam nequeat ad personatum cognitionem deueniri. Notandum 4. aliud esse si agatur de delicto committendo, aliud si de iam commisso.“

¹⁰ 直前の註を参照。

¹¹ *ibid.*, L. 6, Cap. 1, §. 2, p. 474, „sacerdos reuelando violans sigilli (quod ex iure diuino positio fluxit) secretum, hodie deponendus, & in carcerem perpetuum monasterij cuiuspiam detrudendus est. *vide Const. Later. c. 2. & c. omnis. de poen. & remiss. & Farin. pract. crim. 1. 51. nu. 93.* aliquando tales iussi fuere à Pontificibus degradari & poena mortis affici, & meritò, exemplum ponit Felicianus. *lib. de degrad. c. 14.*“ なお、信徒に対して一般的に年一回の告解を義務づけた第四ラテラノ公会議の決議には、そのように告解の秘密を暴露した聖職者に対し、解任と修道院送りを定めている。藤崎衛監訳「第四ラテラノ公会議（1215年）決議文翻訳」『クリオ』第29号、2015年、104-105頁。

¹² Friedrich von Spee, *Cautio Criminalis*, Paderborn 1631, Q. 30, p. 212, „Quae praecipue documenta Confessariis Sagarum tradenda putemus?“

難し¹³、聖職者は決してこのようなことをしてはならないと述べる¹⁴。彼に拠れば、聴罪司祭が減刑を約束して告解をさせるということが行われていたようである。さらにシュペーは、聖職者が拷問に口出しをするという事態があったと聞いたと報告している¹⁵。

シュペーはさらに、もしある人が無実であるということを知ってしまった場合はどうすればよいかと問いかける¹⁶。シュペーは、それを口

¹³ このような「詐術」は刑事法学においても議論的となったようである（しばしば「名誉ある詐術 *cautela honesta*」と呼ばれる）。ヨハン・ブルネマンは『糾問訴訟論』の中で、「裁判官は不処罰の約束によって自白を引き出ししてはならない」と述べているが、直後に「裁判官は、これをできる限り避けるべきであり *a qua quantum fieri potest, absteineat*、他の適法な方法によって *aliis justioribus modis* 犯行の真実を解明することに努めなければならない」と述べており、こういった約束そのものを否定してはいない。しかし、例えば国家に対する陰謀などの重大事件の場合、内通者に対して行われたこういった約束は必ず守られなければならないと述べる。ブルネマンは、フラミニウス・カルタリウス（フラミニオ・カルターリ）が、証人により既に犯行が確認されている場合に「不処罰の約束という詐術」を用いることが出来ると述べていると紹介しているが、ブルネマン自身はこれに賛同していない。上口裕『近世ドイツの刑事訴訟』成文堂、2012年、100-103頁。

¹⁴ *Spee, aa.O.*(註12), Q. 30, p. 220f., „DOCUMENTVM VI. Etsi amplocteremur sententiam Delrij, docentis, licero Iudici aequiuocatione sermonis, aliove quod dolo bono reos circumscribere: id id tamen fieri à viris spiritualibus nullatenus pmitteremus. Ratio est, ne ministerio eorum, atque ordini inuratur nota, quae non tam facile seculari Iudici ad herescit. Scio contigisse, vt cum Sacerdos quidam Recupiam aequiuoce promisisset mitigationem supplicij, nex eam deinde consequeretur; ita turbatum esse hac deceptione, vt vix tandem obtineri potuerit, vt ante mortem se extrema expiare poenitentiae purgatione.“

¹⁵ *ibid.*, Q. 30, p. 220, „DOCUMENTVM VII. Omnino autem dedecet, si viri spirituales, vt nonnullos audio fecisse, suggerant Iudicibus torquendi modos, nisi forte mitiores. Lictorum hoc non Sacerdotum munus est.“ これは、前述のプレトリウスの件を指しているのかもしれないが、これ以上言及はないため同定不能である。註6を参照。

¹⁶ *ibid.*, Q. 30, p. 235f., „DOCUMENTVM XVI. Quaeri possit, quid faciat Confessarius, si (quod impossibile non est, vt vide apud Tannerum) ex confessione vel aliunde, cuiuspian innocentiam cognouerit? An indicabit? Posset, si indicet,

外することによって守秘義務を破ることになってしまうとしても、無実の者は助けるべきであると述べている。ただし彼は、その際に決して裁判官と対立したりすることのないよう、また被告人の死後であれ死ぬ前であれ、公にそのようなことを明らかにすることのないようにと忠告している。というのも、それは裁判所や裁判官の名誉を傷つけることであるからである。こうしてシュペーは、もし告解その他の方法である人の無実を知ってしまったなら、それを裁判官に伝えるべきであると結論している。同じようにシュペーは、拷問によって強制されて無実の人を告発してしまったという告解を聞いたらどうするべきか、と問うている¹⁷。

periculum enasci reuelandi sacramentalis sigilli, dum scilicet alios quoque audiens, de illis tacet: nam innueret tacendo, hos igitur non esse qualis prior: Quod si periculum hoc absit, quia V. C. alios non audit, &c. atque etiam putat non frustra apud Iudicem se laboraturum, nex causaturum reo noua tormenta, nex aliud aliquod in commodum secuturum, vt scandalum magnum populi, &c. non video, cur non modo non possit, sed debeat conari vt subueniat; ita enim charitas iubet, & ita Scriptura: *Erue eos*, inquit, *qui ducuntur ad mortem*, & *qui trahuntur ad interitum*, *liberare ne cesses*, Prouerb. 24. II. Caueat tamen ne innotescat aliis reis, Confessarium pro innocentibus intercedere, ne occasionem sumant hinc sacrilege confitendi, vt ante monui docum. 13. Caueat quoque ne contra Iudices quicquam agat aut dicat, seu ante seu post mortem reorum, quod eos infamet, aut iudicia publica perturbet: Si quid erit, id non apud alios, sed ipsos proferat, & moneat: cum hoc vtique Apostolicos viros non dedecere dicat Apostolus, cum ait: *an nescitis quoniam Angelos iudicabimus, quanto magis secularia?*² I. Cor. 6.“

¹⁷ *ibid.*, Q. 30, p. 237f., „DOCUMENTVM XVII. Nex minus quaeri possit quid agendum, cum quis alios innocentes denunciauit tormentis coactus? Res intricata: sic tamen dicendum: seu grauiter peccatum sit, siue non sit, quod quis tantis tormentis victus, innocentibus culpam afflauerit; hoc tamen certum est, teneri eum vt id reuouet *quam efficaciter possit*. Cum autem Iudices nihili faciant (Quam recte ipsi viderint, & tu vide infra dub. 40.) reuocationem eam, quae fit à reis post latam sententiam probe mortem; tenebitur vt reuocatio sit efficax, reuocare tempestiuus ante latam sententiam; & hoc quidem iuxta communem sententiam, etsi metuat seu prouideat se ad paenas reuocandum: quia in pari sui & proximi necessitate rationem potius habere debet innocentis

シュペーはこれについては、告発者には撤回の義務があると述べ、たとえそれによって再び拷問にかけられることになろうとも、撤回せねばならないと述べている。

聴罪司祭への告解に関しては、刑事法学者であるヨハン・ブルネマンもまた言及している。彼もまた、シュペーと同様に、拷問を受けた被告人が痛みの故に偽って自白をしたということを聴罪司祭に告解した場合、聴罪司祭はこのことを裁判官に報告すべきか否かという問をたてている¹⁸。この問題に対し、ブルネマンは、聴罪司祭はむしろ裁判官に報告すべきであるとさえ述べている。この際に、ブルネマンが、シュルトハイスが、魔女の告発を信頼する事が出来ると論じる際に用いたのと同じ「魂の救済」の理論を用いていることも興味深い¹⁹。このようにブルネマンが言及している事からも、聴罪司祭と自白をめぐる問題がしばしば近世刑事司法の場において発生していたと推察される。

以上見てきたように、聴罪司祭は、近世の刑事司法において無視され

cui fecit iniuriam dum eum falsa accusatione inique laesit.“

¹⁸ 「あわせて、ここで次の点を問題としておきたい。有責判決を受けた被告人が説教師に、〔それまで犯した〕罪を告解したが、有責判決を受けた罪については自分は無罪である、確かに自白したが、それは激しい拷問を受けたために再度の拷問よりは死ぬ方がましだと思ったためである、事件のすべてと自分の無実を神の手に委ねるつもりである、と述べた場合はどうすべきか。すなわち、説教師はこれを裁判官に告げ、被告人の無罪の証明が可能か否かを糺問し、かつ再度法学部に一件記録を送付するよう、裁判官の注意を促すべきか否か。私はこれに対し、説教師はそれを行うことができるだけでなく、行うべきでもある、と答えたい。すなわち、被告人がこの期に及んで魂の救済に思いを致さず、告解において良心を偽ろうとしているとは考えられないから、被告人に不利益な推定根拠が他に存在しない限り、裁判官は職権により被告人の無罪について取り調べなければならない (D. 48, 19, 19)。しかし、被告人の犯行否認を直ちに借信すべきではなく、一件記録を再調査し、被告人の無実を証明しうるか否か、すべての事情を精査した上で、被告人の防御を再度許すべきである。」上口、前掲書 (註13)、289頁。〔 〕は訳者。

¹⁹ 拙稿「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判 (8)」『北大法学論集』第73巻4号、2022年、64-65頁。

得ざる存在であった²⁰。デルリオが述べているように、聴罪司祭は普段から信徒の罪の告白を聞いており、その中にはしばしば犯罪に関することもあった。近世においては、聴罪司祭と裁判関係者の間で職分に関わる問題が起こっていたようである。シュペーの記述からも、聴罪司祭（および聖職者）がしばしば魔女裁判の手續に深く関わり得たことは理解できる。特にシュペーやブルネマンは、自身が無実であるという告解や、拷問によって無実の者を告発してしまったという告解を聞いたときにどうすべきか、ということについて論じている。いずれの場合も、魔女裁判の進行に大きく影響を与えかねない重大かつ致命的な情報が、告解によってもたらされる可能性を示している。

このような状況であったため、しばしば聴罪司祭と裁判従事者との間には強い確執が生じていた。リップシュタットのイエズス会上長ヨハンネス・クヴィンケンが、1630年12月27日付けで同会のケルン管区長に送った手紙には次のようにある²¹。「ランデスヘルの魔女コミサルたちは我々に、被疑者たちの、とりわけ魔女たちの霊的な司牧のためにはや何も認めないという事を堅く決議した。たとえこれらの人々が我々に名を挙げて切実にそれ〔=告解〕を請うたとしても。なぜなら、彼らは我々

²⁰ 以上のことは、聴罪司祭という存在が近世の刑事司法の中に確かに一定の役割を有していたということを意味しているのかもしれない。シュペーやブルネマンの記述からは、聴罪司祭（に対する告解）には、拷問に対するひとつのストッパーの役割が期待されていたようにも見える。もちろん、その際には前述のように聴罪司祭の守秘義務との競合が問題となったことだろう。近世における守秘義務の扱いや違反への罰則、実際にどの程度適用されていたのかなどは、本稿の目的と筆者の能力を大きく超えてしまうため本稿で考察することは出来ない。また繰り返しにはなるが、もし近世の世俗の刑事司法において、聴罪司祭たちに上記のような役割が期待されていたとしても、シュペーやブルネマンの述べる通り、密かに裁判官に報告することが許されている程度であることに鑑みれば、聴罪司祭たちは裁判の枠組みの中では極めて周縁的な存在に過ぎなかったと言えるだろう。

²¹ Rainer Decker, Die Hexenverfolgungen im Herzogtum Westfalen, in: Westfälische Zeitschrift, Bd. 131/132, 1981/1982, S. 339-377, ここでは S. 367-368; 小林繁子「三聖界選帝侯領における魔女迫害の構造比較」学位請求論文（東京大学大学院総合文化研究科）、2013年、111頁。

をさえ、魔術について疑わしいと思っているからだ。あるコミサールは、もし彼がアダム・タナー神父を捕まえたならば、彼を魔女術の故に告発するだろうと、とさえ不遜にも主張するようになっている。なぜなら、彼〔＝タナー〕は魔女たちについてそれほどまでに寛大に記しており、すべてを裁判官の判断に委ねはしなかったからだ。別の者は、もしかしたらイエズス会士たちがその犯罪に関与しているかもしれない、と公言してさえいる²²。ここには、イエズス会による聴罪をコミサールたちが認めようとしなかったとあり、当時魔女裁判を巡って両者の間に横たわっていた緊張関係を伝えている。

シュルトハイスもまた、他のコミサール同様に聴罪司祭の存在について幾分苦い思いを抱いていたようで、『詳細なる手引き』の第9章においてこれについて論じている²³。シュルトハイスは聴罪司祭にも「敬虔で神を恐れる聴罪司祭」と「神を恐れぬ偽善的な聴罪司祭」がいると述べる²⁴。この「神を恐れぬ偽善的な聴罪司祭」は、シュルトハイスに言わせれば、聴罪司祭自身やその縁者が告発された際に被告人を無実だと主張し、コミサールや裁判関係者たちを「残忍な人々」として中傷する。また、一部の聴罪司祭たちは被告人の表面上の態度に騙されたり、魔女について誤った見解を支持しており、例えば悪魔が無実の者の姿をとってサバトに姿を現すことができると信じている場合があるという²⁵。こういった

²² Wolfgang Behringer, *Hexen und Hexenprozesse in Deutschland*, München 1988, S. 378. [] は筆者。

²³ シュルトハイス自身は、『詳細なる手引き』の中では特にイエズス会に対して冷淡な態度は取っていない。確かに彼はイエズス会士でもあるアダム・タナーを強く論駁している。しかし、他方で彼は、同じくイエズス会士であるデルリオ、パウル・ライマンらの名前を「イエズス会士」として挙げ、さらにイエズス会の神父たちを「カトリック教会で最も価値のある人々 *Ecclesia Catholica optime meritos viros*」と表現している。ヴェルツブルクにおいて多数のイエズス会士が魔女として火刑に処されたという嘘に、イエズス会士が「悪魔の悪巧み」によって騙されているという話についても言及しているが、やはりイエズス会に対して強硬な姿勢をとっているわけではない。なお、シュルトハイスはイエズス会のギムナジウムで学んだと思われる。

²⁴ Schultheiß, aa.O.(註1), S. 446.

²⁵ Ebd., S. 446.

た聴罪司祭たちによって、一度自白した魔女が撤回するような事態に陥るとシュルトハイスは述べる。また、シュルトハイスが実際にエスターアイデンにおいて魔女裁判を執り行っていた際に、表向きは敬虔なある聴罪司祭が告発されたという事例を挙げている。その事例の中で聴罪司祭はコミサールのやり方について、「哀れな罪人に対して非常に苛烈に、非キリスト教的に手続を進めているという風に中傷した」²⁶。シュルトハイスの想像する魔女の組織にはあらゆる身分、あらゆる立場の人が属しているということは第3章で既に述べたが、聴罪司祭が魔女裁判の進行に対して（恐らくは外部から）影響を及ぼしうる存在であったということがわかる²⁷。

このような聴罪司祭に対して、シュルトハイスはどのように対処すべきだと述べているだろうか。シュルトハイスは聴罪司祭たちを魔女裁判に関わらせるにあたって、いくつかのことを訓告している。例えば、「もし聴罪司祭が僅かな不信を糺問の故に持ったとしても、彼には魔女たちの傍できわめて小さな事でさえも覚えておかせたり、あるいは聞かせたりしてはならない」と述べる²⁸。つまり糺問にとって不利な情報を、聴罪司祭は被尋問者に与えてはならないということである。同様に、聴罪司祭は容易く魔女たちに欺かれて、コミサールや裁判関係者たちに不審の念を抱くかも知れないが、それを公表するべきではないとも明言している²⁹。シュルトハイスは、魔女裁判において何らかの不法があったと見

²⁶ Ebd., S. 450, „vnnd gleichwol hat der *Ardenti* nicht allein beydem Gerichtsschreiber angedenter massen/ sonder auch bey andern vornehmen Herrn im Fürstenthumb Paderborn mich *diffamirt*, als wann ich viel zu scharff/ ja vnChristlich gegen die arme Sünder *procedirte*.“

²⁷ ここで挙げられた事例がどこまで事実であるかは確認しようがないが、既に述べたように、フリードリヒ・シュペーや、後述するミヒャエル・シュタツパートなど、少なくともシュルトハイスらコミサールのやり方に批判的な聴罪司祭がいたことは事実である。

²⁸ Schultheiß, aa.O.(註1), S. 461.

²⁹ Ebd., S. 462, „solte der Beicht Vatter einiger *consideration* halber bedenckens haben/ die geklagte beschwernuß den *Commissarien* oder Gerichtspersonen anzuzeigen/ so gebürt jhm doch nicht/ dieselbe

うけられた場合は、そのことを統治者に告げるよう指示している。

さらに、「聴罪司祭は捕らわれた魔女についても他の者たちについても、書類も口頭による伝言も、投獄中の魔女たちに渡すべきではない」という訓告からは、シュルトハイスが聴罪司祭が魔女の仲間である可能性を認め、聴罪司祭のことを信用していないということがうかがえる³⁰。また、もし聴罪司祭自身やその親族が告発されたり逮捕されたり、あるいは有罪であった場合、聴罪司祭を被告人から遠ざけておくこと、被告人が特定の人物を聴罪司祭として希望した場合には注意するように、といったことも指示されている。そして、誰を聴罪司祭として任命するかは「糾問官の鑑定に」従うようにと述べている³¹。

以上の事から、シュルトハイスが聴罪司祭から、魔女裁判に直接的に干渉できるような影響力を奪おうとしていることが明らかだろう。近世において、裁判構造の外部から魔女裁判への干渉する方法は幾通りか存在した。それは例えば鑑定意見などであり、それがどれほどの影響力を持っていたかは議論の余地があるが、これは間違いなく外部からの干渉であった。コミサール制度というのは、学識法曹が現地で直接裁判の指揮をするという仕組みによって、このような外部からの影響を排除するという側面もあったが、それでもなお魔女裁判に干渉する方法は残されていた。聴罪司祭というのは、そのような方法のひとつであったと見ることができだろう。シュルトハイスの記述を見てみると、一方ではコミサールが聴罪司祭のように振る舞い、また他方では聴罪司祭の信用性を低く見積もったり行動を制限したりするなど、聴罪司祭の魔女裁判へ

zudiulgiren, vnd das Gericht *zudiffamiren*, dan es kan der Beicht Vatter viel so mildt von den Hexen berichtet vnd betrogen seyn.“

³⁰ Ebd., S. 461, „muß der Beicht Vatter keine schreiben/ keine mündtliche werbung von den verstrickten Hexen/ noch von andern den inhaftirten Hexen zubringen.“

³¹ Ebd., S. 464, „Es hat sich auch kein Priester darab/ daß er auff der verstrickten begeren/ zu jhnnen nicht wirdt *admittirt*, mit fügen nicht zubeschweren. Dann es können die *Inquisitorn* redliche auch ehrliche vrsache haben.“

の影響力を削ごうとしていることがわかる³²。

³² なお、実際にヴェストファーレン公領における魔女裁判において、聴罪司祭がどのように魔女裁判に関与していたのかについて簡単に述べておきたい。既に第一章で紹介したとおり（拙稿「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（3）」『北大法学論集』第70巻6号、2020年、69頁。）、1676年にアムステルダムで公刊されたヘルマン・レーアの著作の中には、ヴェストファーレン公領の聴罪司祭であったミヒヤエル・シュタツパート（?-1663年）の報告が所収されている。ここでシュタツパートは、同地で行われた魔女裁判における21件の「不法」を報告している。ミヒヤエル・シュタツパートは1616年頃までヴェストファーレン公領で聴罪司祭を務めていたようであるが、魔女の疑いがかかったため、同地での聴罪司祭としての活動を止めたとされている。シュルトハイスが述べた事例の聴罪司祭が彼のことであるのかどうかは不明である。Tanja Gawlich, Der Hexenkommissar Heinrich von Schultheiß und die Hexenverfolgungen im Herzogtum Westfalen, in: Harm Kluenting (Hrsg.), Das kurkölnische Herzogtum Westfalen von den Anfängen der kölnischen Herrschaft im südlichen Westfalen bis zur Säkularisation 1803, Münster 2009, S. 297-320, S. 297-320; 拙稿「魔女裁判と学識法曹：ヴェストファーレン公領における魔女裁判実務」『法制史研究』第70号、2022年、53-54頁。

シュタツパートは処刑が確定した人々とのやりとりを伝えているが、その中では実体的真実の追究と守秘義務との間で揺れ動く聴罪司祭の姿を垣間見ることが出来る。例えば、年代不明（恐らくは1616年）のカレンハートでの裁判において、被告人が虚偽の自白をせねばならなかったことを告解した際には、改めて裁判官と参審人たちを扉の前に「密かに」立たせ、被告人の述べることを聞くようにと促した（尤も、被告人はこの際は自白を撤回しなかった。シュタツパートはこれを「耐えがたい苦痛の恐怖故」であると述べている）。Hermann Löher, Hochnötige Unterthanige Wemütige Klage der Frommen Unschültigen, Amsterdam 1676, S. 243-244. 被告人たちに再度の拷問をおそれる気持ちがあったこと、それによって自白の撤回を躊躇っており、聴罪司祭に対する告解にも二の足を踏みがちであったことは、他の報告からも読み取れる。ある女性は聴罪司祭に対し、「あなたが裁判官に言わないという事を信じる事が出来れば、私はすべての真実を話しましょう」と述べたという。Löher, S. 259. また、シュルトハイスが関与したとおぼしき裁判に関する報告も計5件ほどあり、そのうちの二件ではシュルトハイスが尋問の際に「誘導尋問」を行ったという話が挙げられている。しかし、シュタツパートがこのことをシュルトハイスに報告したところ、シュルトハイスはこれを一蹴している。拙稿「魔女裁判と学識法曹：ヴェストファーレン公領における魔女裁判実務」『法制史研究』第70号、2022年、

(3) 小括

以上のように、魂の救済という観点からシュルトハイスの史料を見ると、いくつかの点を指摘できる。まず、魔女の尋問が、魂を救済したい魔女、救済に責任を持つコミサール、救済を妨げたい悪魔による闘いの構図として理解されているということである。これらのうち、コミサールを含む当局の側が魂の救済について責任を持っているという言説は、近世において進行していた宗派化と国家形成の文脈に合致するものであると言える。

また、魂の救済に関する配慮は、当局の側だけに関わるのではなかった。「悔悛」した魔女は、自身の魂の救済を求め、また他の魔女の救済をも求めていると考えられたのである。このような認識は、「悔悛」した魔女の告発の信頼性を高めることに繋がっている。それは例えば「悔悛」した魔女が虚偽の告発をするはずがない、という主張や、子供の魂の救済を心配する親による子供への告発は信頼に値する、という主張に繋がっていたのである。同様に、「悔悛」のハードルは告発の撤回を認めるか否かということにも関係している。ここでは、魔女の供述が本当に客観的な事実であるのかどうかは問題とされない。つまり、この理論は、魔女の供述について客観的な事実であるのかということを確認する必要性を薄めているのである。このようにして魂の救済という宗教的要素は明確に魔女裁判の手續に影を落としていると言える。

一方で、シュルトハイスの記述の中ではコミサールと聴罪司祭の関係性についても問題になっている。近世において聴罪司祭は日ごろから信徒たちの告解を聞き届け、その秘密を知る立場にあった。また刑事裁判においては『カロリナ』にも定めてあるように、しばしば処刑される前

54-55頁。このケースから、当時のコミサールと聴罪司祭の関係性をうかがい知ることが出来ると同時に、聴罪司祭が、仮に魔女裁判における「不法」を知り得たとしても、直接的に裁判を阻止するようなことが難しかったことが分かる。

なお、シュタツパート（あるいはレーア）は、聴罪司祭たちの中にも、ある種の軽率な聴罪司祭がいると述べている。そういった聴罪司祭たちは被告人が有罪であると思い込んで告解や自白を強要したり、告解しない場合に聖体拝領や秘蹟を与えることを拒んだり、「被告人が罪を認めようとしない」とコミサールに報告するぞ、と被告人に告げたりするという。Löher, S. 255-256.

に聴罪司祭を呼び、有罪とされた者がゆるしの秘蹟を受ける機会を設けることがあった。しかしながら、このような聴罪司祭は魔女裁判において尋問を受けた者や有罪とされた者たちから、無実の訴えや拷問によって告発を強制されたという訴えを聞くことがあったようである。このような場合に、しばしば聴罪司祭が被尋問者に撤回を勧めることによって裁判の進行を滞らせたり、あるいは公的に裁判手続や裁判官を非難したりするという事態が生じ得た。シュルトハイスはこのような事態に対して苦言と訓戒を述べている。このためシュルトハイスは、聴罪司祭の役割をコミサールが果たしていると述べたり、聴罪司祭が魔女の仲間である可能性を示唆したり、実際に聴罪司祭が魔女裁判においてできることを制限するように勧めていた。これらからは、聴罪司祭の持つ魔女裁判への影響力を弱めようという意図が感じられ、近世の魔女裁判における聴罪司祭とコミサールや裁判官との職分をめぐる争いを垣間見ることができる。

第4節 魔女裁判手続における宗教的要素の意義

本章においては魔女裁判手続における宗教的要素を検討した。本章冒頭で述べたように、魔女術や魔女迫害と宗教との関わりを詳細かつ一般的に述べる事は困難であるため、本稿ではシュルトハイスのテキストに沿う形で二つの論点のみを取り挙げて考察したのであるが、具体的にどのような事を取り上げたのか。また、それを通じて魔女裁判について何を明らかにする事ができたのか。最後にまとめてみたい。

まず、近世の魔女裁判において、悪魔の存在というのは非常に大きな意味を持っていた。魔女の魔術は悪魔との契約によって可能となるという理論が主流であったが、この契約は「明示的な契約」と呼ばれ、魔女の自由意志による犯罪であるということを示唆していたため、魔女の責任の重さに関する議論へと繋がっていた。一方で、ボダンやカルプツォフなどはこれを「明示的な契約」と「黙示の契約」とに分けていた。この区分に拠れば、魔女の自由意志に基づかない契約がありえ、そしてそれに基づいて裁かれるという事になる。実際にカルプツォフにおいては魔女術罪の犯罪者に対する刑罰に関するひとつの区分となっていた。一

方シュルトハイスのテキストをみると、魔女が「明示的な契約」を結ぶのはその通りであるが、「黙示の契約」があるとは述べられておらず、またシュルトハイス自身区別していないように見える。

また悪魔に何が可能なのか、ということはすなわち魔女に何が可能なのかということでもあった。これは、魔女術罪において実際に起こりうるものがなにか、という問題でもあったため、魔女の供述の信頼性に大きく影響した。例えばシュルトハイスは悪魔は肉体を持たないが肉体を形成することができ、それ故に魔女と性交することはできるが、魔女を妊娠させることはできないと主張していた。また、ボダンなどは悪魔が魔女を変身させてサバトへと移動させることができるのだと論じていたが、他の悪魔学者たちはそのような移動の仕方を否定していた。また、シュルトハイスは悪魔が幻覚を見せることができるのだということを認めた上で、それによって魔女の供述間の差異を無視しうるのだと述べている。このように、悪魔の能力は魔女の供述が信頼できるのかということに強く関わっていた。

さらに悪魔の存在は、このような証明の点以外でも魔女裁判手続に影響を与えていた。ボダンやシュルトハイスの手続を見ると、悪魔の存在が手続の迅速化に影響していることがわかる。例えばシュルトハイスは、悪魔が透明な姿で尋問の最中に自由に入出りできるのだと述べ、そこで尋問されている魔女に様々働きかけるのだと述べている。シュルトハイスは防御の機会を与えることの危険性をこの悪魔の存在から論じており、ここからは悪魔が例外的取り扱いの正当化根拠ともなったことがわかる。

続いて魂の救済という論点についてはどのような事が言えるだろうか。シュルトハイスは魔女裁判の遂行を、魂の救済に責任を持つ当局の役割であると考えていた。近世においてはとりわけ宗派化が進行する中で、当局が人々の霊的な福祉に責任を持つと考えられ、そしてそれを理由として人々の生活へと干渉を進めていく展開が見られた。この流れとシュルトハイスの認識は符合するところがあるが、このような観点からシュルトハイスは、魔女に対して自白をすること、そして仲間を告発することを熱心に勧めたのである。

さらにこの魂の救済は魔女の側においても問題とされ、「悔悛」した魔女は自分の魂が救済されることを求めるため、嘘を言うことがないと

考えられた。同じように、例えば「悔悛」した魔女は、自分の子供もまた魔女である場合、自分の子供の魂の救済を求めて、告発することがあるという。シュルトハイスは、このような場合には、告発が信頼に値すると述べている。このように、魂の救済の理論は魔女の供述の信頼性に影響を与えている。

また、シュルトハイスのテキストからは、魔女コミサールと聴罪司祭の関係性についても理解を深めることができる。近世においては信徒たちが聴罪司祭へと罪の告解をすることが定められていた。このため聴罪司祭たちは信徒たちの生活において重要な位置を占めていたのであるが、同時に彼らは刑事司法においてもしばしば一定の役割を担っていた。刑事事件において有責とされた人物が、処刑の前に告解をすることを求め、これに対して聴罪司祭が呼ばれて告解を聴きとどけ、ゆるしの秘蹟を与えるということがあったのである。これもまた魂の救済のための行為ではあったが、そこにおいて聴罪司祭はしばしば有責とされた人々から、自分が無実である旨や拷問によって無実の人を告発してしまったという告解を聞くことがあったようである。この際に、聴罪司祭が撤回を勧めたり、あるいはそのことを公にして裁判所の名誉を傷つけたりするという事態が生じ得た。とりわけ魔女裁判においては、スーパーのように聴罪司祭を行っていた人物がそのような告解に接して、魔女裁判の手續を非難するという事も起こっていた。

このような聴罪司祭という存在に対して、シュルトハイスは明確な不信感をもって接している。彼は、聴罪司祭にも魔女の仲間がいる可能性や、また聴罪司祭が騙されたり魔女についての誤った考えを持っている可能性を示唆しつつ、聴罪司祭が魔女裁判において被告人に対してできることを制限しようとしている。その一方で、魔女コミサール自身が尋問などの最中に聴罪司祭のような振る舞いをする事で、聴罪司祭の職分を奪っているようにも見られる。このような魔女裁判における聴罪司祭の影響力を減じようという試みの背景には確かにスーパーのような魔女裁判を批判する聴罪司祭たちの存在があったであろうし、シュルトハイス自身が『詳細なる手引き』の中で、そのような聴罪司祭によって裁判の妨害や中傷を受けてきたということを明らかにしている。また、コミサール制という魔女裁判遂行のためのシステムを考えた時に、なるべ

く外部からの干渉を減らそうと考えたのかも知れない。いずれにせよ、聴罪司祭という存在は、魔女裁判を促進させる立場にとっては、邪魔な存在であったようだ。

本章で検討した以上のようなことを通じて指摘しておきたいのは、悪魔の存在にしても魂の救済にしても、これらは単なる非合理的で顧みるに値しない迷信などではなく、実際に近世の魔女裁判において法的効果を持った問題であり、それ故に近世において重要な論点のひとつであったという事である。シュルトハイスの議論においては裁判手続理論の根幹に結びついている重要な要素であったと言える。例えば、目に見えない悪魔が存在し、自由に被逮捕者と接触できるという考えは、被逮捕者に対する隔離と拙速な裁判を正当化した。また「悔悛」した魔女が自分の魂の救済に対して強い怖れを抱いているという考えは、魔女の供述の信憑性を高めることに繋がった。このような事例を考えるときに、魔女裁判手続を取り扱う上で宗教的な要素や神学的な議論への留意を欠かすことは、全く不適切であると言える。

とりわけシュルトハイスの魔女裁判の手続理論においては、この宗教的要素は手続理論の重要な部分で登場している。魂の救済の理論によって、魔女の供述の真実性を客観的に精査するという本来あるべき証拠調べの手続は歪められてしまった。また悪魔の幻覚を見せる能力によって、証言の矛盾が無視されてしまった。これらの点が正しく吟味されていたならば、あるいは魔女裁判の手続は直ちに終了していた可能性がある。このように宗教的な要素は裁判手続の肝心な部分を歪め、そのことが致命的な結果に繋がり得たとは言えないだろうか。繰り返しになるが、魔女裁判を手続理論的な視点から見際には、どのような宗教的観念によってどのような手続に影響がでているのかということに着目する必要があるのである。

終章 近世刑事司法の中の魔女裁判と学識法曹

第1節 学識法曹としてのシュルトハイスの立ち位置

本稿の目的を再度確認しておこう。序論において示した本稿の目的は、

魔女裁判を推進する側の学識法曹の主張を分析し、当時の状況や批判との関係の中に位置づけることで、魔女迫害における学識法曹の存在を評価し、そして従来の魔女迫害とは異なる一面を提示することであった。これまでの考察によって、この目的がどのように果たされ、またどのような問題が残されているのかを、ここで述べておきたい。

魔女迫害を推進する側の学識法曹の一人であるハインリヒ・フォン・シュルトハイスの手續理論の特徴として、本稿では例外犯罪論、組織犯罪性、宗教的な要素の三点を取り挙げた。これらを分析の軸として、近世における悪魔学者、魔女裁判反対論者、刑事法学者による著作を参照しつつ、シュルトハイスの位置づけを明らかにした。

例外犯罪論については、近世において他の一般的な犯罪とは異なる取り扱いをしよう、あるいはするべきだと考えられた犯罪類型が存在したこと、そしてそこに魔女術罪が含まれることはすでに魔女研究者や法制史家によって指摘されていた。しかして、その具体的な法的効果について、本稿ではシュルトハイスのテキストに沿いながら、体系的に論じることができたと思う。例外犯罪論は大きく分けて刑罰・処置に関する例外と手續に関する例外、裁判権に関する例外が想定されたが、このうち裁判権に関する例外は近世において、少なくとも魔女術罪と関係する形では、議論されてはいなかった。刑罰・処置に関する例外については死刑と財産没収の併科の可能性を取り挙げたが、これは元々「大逆罪」の場合に科されていた刑罰であった。これについて刑事法学者たちは財産没収の併科には消極的であったし、悪魔学者たちの間でも議論があった。手續に関する例外としては、被告人の持つ防御の権利を制限できる可能性と、拷問及び証人適格に関する例外的取り扱いの可能性が存在した。前者については、刑事法学者や魔女裁判の批判者は例外犯罪においてもそのような権利（「手續の中核領域」³³）が守られなければならないという意識があったのに対して、被告人の防御の権利に制限を加えようという主張もあった。後者については、拷問の回数や程度、拷問特権に関しての例外的取り扱いや、通常は証人適格のない証人を許容することなど

³³ ハーラルト・マイホルト（森永真綱訳）「例外犯罪：近世における『敵に対する刑法』？」『ノモス（関西大学法学研究所）』第29号、2011年、123-141頁、136頁。

が、刑事法学者たちにおいても主張されていた。

シュルトハイスはこのような例外犯罪論の中でも、最も魔女に対して厳しい立場をとっている。魔女に対する火刑と財産没収の併科を可能であるとし、さらに証人適格による制限を可能な限り緩めている。拷問の回数に関しても、例外犯罪論を引き合いには出さないものの、刑事法学者たちの認める最大限の回数（3回）を認めている。加えてシュルトハイスは被告人の防御の権利さえ、制限することを認めているのである。これには、シュルトハイスが魔女術罪を大逆罪や異端に比べても重い犯罪であると考えていたことが影響していた。

第2章で確認したように、例外犯罪論によって手続のどの部分が例外的取り扱いをされうるのかという大枠については大部分合意があり、共有されていたと見ることができる。しかしながら、そもそも例外犯罪論とは、例外犯罪とされた犯罪の際に「必ず」例外的取り扱いをしなければならないという議論ではなく、飽くまでも例外的取り扱いを「できる」という議論であった。このことから、魔女裁判においてどの点で例外的取り扱いをするかという決定次第では、通常の手続とあまり変わらない手続で進められることもあれば、被告人にとって致命的なまでに不利になる場合もあり得た。この例外犯罪論を用いながら、被告人にとって致命的なまでに不利になった例が、シュルトハイスの理論だと述べる事ができる。

組織犯罪性については、どのようなことが言えるだろうか。近世において魔女は集団としてイメージされており、それを象徴するのが「サバト」の観念であった。従来の研究においてこの組織は、単純な悪魔と魔女との結びつきを基本として、現実を反転させたようなものであると見なされていたが、近年の研究においては社会的現実を反映した複雑な構造の組織であると考えられるようになってきている。とりわけシュルトハイスのイメージでは師弟関係や交友関係、血縁関係によって結びつき、またあらゆる身分や階層の人々を含む組織として観念されている。この魔女の組織の想定は、尋問の目的を、尋問されている当人の罪状について確認するという点よりも、その仲間をあぶり出すという点に集中させるといふ影響を持った。

また、この組織性という問題を考えるときに、近世の刑事法手続にお

いては共犯者の告発を信頼することができるのか、ということが論点となっていた。特に魔女裁判の場合、仲間（共犯者）である魔女の告発を証拠として認めるか、またはどの程度の重要性を持った証拠として考えるのかという点は、裁判を拡大させる上で大きな問題であった。魔女裁判への反対者たちはこのような告発の価値を認めなかったり、信頼できないとする立場を採っていたが、刑事法学者たちは例外犯罪において共犯者の告発を徴表として認めるという立場を採っていた。また、そのような告発が二人以上によって証明されたなら、拷問へと手続を進めようというのが刑事法学上のスタンダードな立場だったようだ。

これについてシュルトハイスもまた、具体的な状況に応じて告発の評価自体は変化するが、そのような共犯者の告発を認めている。また、一人の告発のみで拷問へ進みうると論じたボダンほど過激ではないが、一人の告発と他の徴表によって拷問に進みうると述べており、徴表が必ず二人以上によって証明されなければならないという刑事法学上の原則と比較すると、やや魔女にとって不利な主張を行っていることがわかる。

また、共犯者とされる魔女が処刑の前に告発を撤回した場合についても問題とされた。通常は自白の撤回とは、当人の罪状認否が念頭にあったようであるが、魔女裁判の場合はそれと共にその魔女が処刑の前に、ある人物に対する共犯者であるという告発を取り下げることが問題であった。これについては、悪魔学者と魔女裁判の反対者として立場は正反対であった。つまり、前者は撤回を認めず、後者は撤回を認める立場であった。刑事法学者は、無視しようという立場も、鑑定意見を待つべきという慎重派もいた。

シュルトハイスは原則的に撤回を認める立場を採っているが、しかしその際の判断基準として「悔悛」の有無を挙げている。これは当時しばしば用いられた基準ではあるが、シュルトハイスの場合は「悔悛」の基準を満たしているかどうか判断するのが、一体誰なのかという点が明瞭ではなく、魔女コミサールが判断し得た可能性がある。仮にそうであるとすれば、シュルトハイスの基準は極めて恣意的な手続になりうる可能性を秘めていると言える。

魔女裁判手続と、魔女術罪の宗教的要素とはどのような関係にあったと言えるだろうか。魔女術罪の宗教的要素は、法制史家を魔女研究から

遠ざけていた原因の一つであった。しかし、本稿で明らかにしたように、魔女裁判においてはこの宗教的要素は荒唐無稽な妄想としてではなく、明確に手続において影響を与える要素であった。第4章では、シュルトハイスの記述に沿う形で悪魔の存在と魂の救済という二点を取り扱った。

悪魔の存在は魔女術罪において重要な要素であったのみならず、魔女裁判の手続にも影響を与えていた。魔女は悪魔と契約を結ぶことによって様々な超自然的な現象を引き起こせると考えられていたが、その魔女にできることというのは、悪魔にできることと関連があった。悪魔との性交や魔女の飛行など、シュルトハイスの記述は概ね他の悪魔学者たちと意見を同じくしていた。さらに、シュルトハイスは悪魔が幻覚を見ることができるということから、魔女の供述の間の差異を無視することができるかと主張している。これらの悪魔にできることについての議論は、魔女の供述の内容を信頼することができるのかという点に関連していた。

一方で悪魔の存在はしばしば裁判の迅速化の主張の根拠でもあった。つまり、目に見えない悪魔が尋問部屋や牢に自由に入出入りして、魔女に入れ知恵をしたり、あるいはまだ捕まっていない魔女たちに情報を与えたりすると考えられた。これに対抗するために裁判を迅速に行うというのはボダンなどの主張にも見られるが、シュルトハイスにおいては悪魔の存在は防御の機会を制限するという例外的取り扱いの正当化根拠ともなっている。

当局の側に臣民の魂の救済への配慮が必要であるという主張は、近世の宗派化の流れと合致するものであったが、シュルトハイスにおいては自白と告発を被尋問者に強く勧めるという態度へと結びついた。また、「悔悛」した魔女が自身の魂の救済を気にかけるのだという理論は、「悔悛」した魔女の告発の信頼性を高め、他方で魔女の供述内容を客観的に調査する必要性を下げたままになっていた。このように、魔女術罪の宗教的要素は魔女裁判の手続上の要点に作用して、求められていた手続的保障や証明のハードルなどを無効化してしまっているのである。

以上の各章における考察結果から、シュルトハイスをどのように評価できるだろうか。まず全体的に見て、シュルトハイスが当時の刑事法学者の理論から大きく外れている部分は、それほど多くないと言えよう。とりわけ例外犯罪論と組織犯罪性をめぐる議論において彼は、

当時の刑事法学者たちと議論の枠組みを共有していたか、あるいはその延長線上で議論を展開していた。しかしながら、彼は刑事法学や批判を意識しながらも、ほとんど全ての論点において、常に魔女にとって極めて不利な結論を導き出している。つまり、彼は魔女迫害者として、その刑事法学の知識を最大限に活用しているのである。

ただし、例外犯罪論における防御の機会の制限や、告発の信憑性を論じる上での「悔悛」というハードルについては、彼は当時の刑事法学の議論に完全に反しているか、あるいはそれを越えた議論を展開している。この点においては、ボダンやデルリオなど他の悪魔学者たちからの影響が大きく見られる点であるが、シュルトハイスの場合、これらをさらに具体的に法的手続の中に組み込んでいる。そしてこれらの近世刑事法学の枠組みを大きく超える諸点は、悪魔の存在や魂の救済といった、魔女術罪の宗教的な特殊性から導き出されている。

タナーに対する論駁においてもそうであったように、シュルトハイスは魔女を訴追する際に有利な手続に関する議論では法学的な論拠も提示しつつ議論することが多いが、それによる危険性を回避するという方法においてはしばしば宗教的な手段や理論か、あるいは「慎重さ」という言葉で説明することが多い。手続的保障が無視された部分を、しばしば「神による助け」や「神の意志」、「祈り」といった論理が補っているのである。明らかに彼の理論においては、刑事法学者たちの議論に比べて、このような要素の比重が増している。この点が、彼と刑事法学者たちの思考や理論を大きく分けているように思われる。

もちろん、シュルトハイスは魔女裁判に関わった学識法曹たちの中でも、魔女裁判を推進する側に属するひとりの学識法曹に過ぎない。よって、シュルトハイスに対する評価を直ちに学識法曹全体に普遍化することはできない。とはいえ、シュルトハイスは、魔女研究の最初期において論じられていたような金銭欲に取り憑かれたような迫害者でも、また近年の魔女研究において言われるような法学的議論によって魔女裁判を食い止める合理主義者でもなく、法学のみならず神学や悪魔学の知識も動員しながら魔女迫害を理論づけていく、魔女裁判の専門家としての姿を見せてくれる。このような人々の手によって近世の魔女裁判は、飽くまでも基本的には近世刑事法学の理論的枠組みに従いつつ、しかし時折

宗教的な要素によってその手続的な要点を滑らされながら展開していったと考えることができるのではないだろうか。

シュルトハイスの学識法曹としての立ち位置をまとめると次のようになる。シュルトハイスは大部分近世刑事法学の枠の中にありながら、魔女に対して最も厳しい立場を採り続けたということは論じたとおりである。そしてまた、彼は悪魔学者から影響や魔女裁判に対する批判を受け取りつつ、魔女迫害を理論づけていったのである。本稿で論じたような事はいずれも、つまり例外犯罪性や組織犯罪性についても、魔女術における宗教的要素についても、従来の研究においては既に知られていた事柄ではあった。しかしながら、それを魔女迫害を推進する学識法曹の視点から眺めてみたとき、それらが確かに魔女裁判の大規模化に繋がるひとつの理論的背景となっていたことを、本稿では明らかにできたと思う。

第2節 残された課題と今後の展望

本稿における検討を通じて以上のような成果が得られたわけだが、最後に、本稿では検討しきれなかった問題やさらなる研究の可能性を提示したい。

まず本稿では、序論で示したような研究状況もあり、学識法曹というテーマから魔女迫害を見てみると、いかなる魔女迫害像が浮かび上がってくるのかということ念頭に叙述を進めた。それはシュルトハイスという魔女迫害を推し進めた一人の学識法曹を例として挙げることで如上の成果を出したが、しかしながら近世において魔女迫害に関与した学識法曹は極めて多く、それに関して彼らが出版した論稿（裁判記録や鑑定意見ではなく）も、非常に多い。その多くは一部が研究者によって史料編に載せられたり³⁴、研究において言及されたりしている。これらとの比較検討は、さらにシュルトハイスの特異性を浮かび上がらせ、同時に近世刑事法学の枠組みとの結節点を明確にするであろうが、こういった

³⁴ Joseph Hansen, Johannes Franck, Quellen und Untersuchungen zur Geschichte des Hexenwahns und der Hexenverfolgung im Mittelalter: Mit einer Untersuchung der Geschichte des Wortes Hexe, Bonn 1901; Wolfgang

史料全てを確認し検討を加えることは、膨大な時間と労力が必要となってしまうため、現実的とは言えない。とはいえ、シュルトハイスを手がかりとしながら、さらに幾人かの著名な法学文献を取り上げ、考察を行うことが出来るだろう。さしあたっては、ゲーデルマン『法的に認められ、裁かれるべき魔術師、毒使い、魔女についての論文』（1592年）などが挙げられるだろう。さらに、近世においては、聖職者はもちろん、医師や哲学者など法学者以外にも様々な「専門家」たちが魔女に関わる論争に加わっていた。例えばパウル・ライマン³⁵『道徳神学』（1625年）やアントン・プレトリウス『魔術術と魔女に関する基本的報告』（1598年）、といった文献を挙げる事ができる。こういった法学以外の専門家たちの議論と法学者たちの議論とを対照することで、当時の知の在り方を明らかにすることが出来るかもしれない。

また、大きな前提として本研究はシュルトハイスのテキストを基にした魔女裁判の手續理論研究である。シュルトハイスのテキストと実際の魔女裁判との関係性については既に第1章において説明したところであるが、シュルトハイスがここで述べられた手續と全く同じことを実務において行っていたかどうかは、本稿においては検討の対象外となっている³⁶。一方で手續理論の解明は、実務における判断と対照されることによって、その意義がより明確になる。言い換えれば、手續や理論において主流となっている主張に対して、具体的な裁判においてどのような判断が下っているのかという比較検討を通じて、鑑定意見や、ひいては学識法曹たちの魔女裁判への影響力の程度を測ることが出来る。本研究はこのように、実務記録の精査を行った研究によってバランスをとる必要があるのであるが、そのような実務記録に関する研究は現在、多くの魔女研究者によって関心を寄せられ、研究が蓄積されている分野である³⁷。

Behringer, Hexen und Hexenprozesse in Deutschland, München 1988.

³⁵ パウル・ライマン（1575年-1635年）については以下を参照。Rainer Florie, Paul Laymann, Ein Jesuit im Spannungsfeld von Wissenschaft und Politik, Münster, 2017.

³⁶ 拙稿（註2）、68頁を参照。

³⁷ 本稿において取り挙げたローレンツ、ツァゴラ、ザウター以外にも、以下のような文献が実務記録を史料として研究している。Gesine Hauer,

筆者もまた、シュルトハイスの最後の魔女裁判記録や、ミヒャエル・シュタツパートによる報告を通して、シュルトハイスの理論がどの程度実務で貫徹されているのかを検討したことがある³⁸。とはいえ、シュルトハイスの指揮した魔女裁判の記録自体も限られており、比較を行う際にはより広範囲の実務記録を参照せねばならないだろう。ヴェストファーレン公領やケルン選帝侯領に限っても、本稿第1章で取り挙げたような地域研究が存在するため、これらの研究成果や用いられている史料との比較検討によって、シュルトハイスの手續理論研究の意味はより明確になるだろう。

これに対して、魔女裁判を含めた近世刑事司法についての詳しい法史的研究は犯罪史研究と共に盛り上がったが³⁹、本稿で行ったような個別の近世刑事法学者の議論を丁寧に精査するような研究はまだ少ないように思える。なかでも本稿を執筆するにあたり、大逆罪など犯罪類型をテーマ化して丁寧に法学者たちの見解を追うような研究が管見の限りではほとんどなかった。本稿第2章で取り扱ったように、魔女術罪に関する議論は、例外犯罪の筆頭であるところの大逆罪に関する法手続をめぐる議論とかなり接近しているため、魔女術罪の研究を進めるためにも、大逆罪に関する議論を把握する必要性は大いにあるだろう。そしてこのことは、魔女術罪における理論の研究が他の犯罪や、より広く刑事司法全般の研究へフィードバック可能であることを示している。これはマイホルトが既に試みていることであるが⁴⁰、未だ取り扱われていない問題も多

Hexenprozesse an der Ludoviciana, Die Spruchpraxis der juristischen Fakultät Gießen in Hexensachen (1612- 1723), Hildesheim 2016; Christoph Gerst, Hexenverfolgung als juristischer Prozess: Das Fürstentum Braunschweig-Wolfenbüttel im 17. Jahrhundert, Göttingen 2012.

³⁸ 拙稿「魔女裁判と学識法曹：ヴェストファーレン公領における魔女裁判実務」『法制史研究』第70号、2022年、41-78頁。

³⁹ 池田利昭「中世後期・近世ドイツの犯罪史研究と「公的刑法の成立」：近年の動向から」『史学雑誌』第114巻9号、2005年、1556-1580頁。

⁴⁰ Harald Maihold, Die Bildnis- und Leichnamstrafen im Kontext der Lehre von den crimina excepta, in: Zeitschrift der Savigny- Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 130, 2013, S. 78-102.

く、研究の余地のある領域であると言える。

最後になるが、シュルトハイスがどのようにして自らの魔女裁判手続の理論を組み上げていったのかということは、本稿を執筆する中で筆者の中に常に存在した。例えば本稿でも確認したように、魔女術罪を例外犯罪として扱うか否か、あるいは扱うとしてもどこまで例外的取り扱いをみとめるのかについては、論者によって意見が分かれるところであった。なぜ、シュルトハイスは斯様にも魔女に対して厳しいスタンスを主張していたのだろうか。彼はそのようなやり方を、どこで身につけていったのだろうか。これには様々な要因が考えられる。例えば、当時のケルン選帝侯領での実務の状況から、魔女裁判を遂行するにあたって当然のやり方として受け継いだのかもしれない。史料が極めて潤沢に残っている学識法曹であればともかく、シュルトハイスについてこの疑問を詳細に論じていくことはかなり困難であると思われる。しかし、筆者はこの疑問について、大学教育の影響があった可能性を考えている。シュルトハイスが学籍を置いていたケルン大学には、ペーター・オスターマンがローマ法の教授として在籍していたが、既に言及したように、彼は魔女裁判において魔女マークを「徴表の中の徴表」と見なし、ヨハネス・ヨルダナエウスとの間に激しい論争を起こしていた⁴¹。シュルトハイスのテキストを見る限り、シュルトハイスはオスターマンのように魔女マークを重視してはいないものの、何らかの影響を受けたとは考えられないだろうか。あるいは、彼が在籍していたもう一つの大学であるヴェルツブルク大学ではどうだったか。ヴェルツブルクは、神聖ローマ帝国内でも魔女迫害の苛烈だった地域のひとつに数えられるが、この地で学んだことはシュルトハイスにとってどのような影響を与えたのだろうか。こういったことを考えるとき、魔女迫害と大学との関係により焦点をあてる必要があるように思われる。こういった研究は、しばしば鑑定意見を用いることで行われてきたが、まだまだ一部の大学を対象としたものに限られているように思われる⁴²。しかし、こういった実務に

⁴¹ 拙稿（註19）、42-43頁。

⁴² 拙稿「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（1）」『北大法学論集』第70巻4号、2019年、25-26頁。

関係する史料と併行して、学位論文や討論録のような教育に関する史料を用いて、魔女裁判についてどのような見解を持った法学者が在籍していたのかを明らかにするというアプローチも有効であろう。例えば W. トゥルーゼンは、クリスティアン・トマジウスがハレ大学で彼の弟子たちと共に作成した魔女裁判に批判的な学位論文を挙げながら、こういった法学部内部での議論が魔女裁判を終わらせるに至った法学的背景であると論じている⁴³。魔女裁判の遂行にどこまでの影響力を持ったかについての評価は必要であるにせよ、大学の教育者のスタンス、ひいては大学のスタンスを明らかにすることは、そこで学んだ学識法曹たちの影響力を考えるにつけ、重要なことに思われるのであるが、これについては今後の研究課題とし、ここで筆を置くこととしたい。

⁴³ Winfried Trusen, Rechtliche Grundlagen der Hexenprozesse und ihrer Beendigung, in: Sönke Lorenz (Hrsg.), Das Ende der Hexenverfolgung, Stuttgart 1995, S. 203-226.

正当化要件としての患者の同意と インフォームド・コンセント（3）

——「仮定的同意」の問題を手掛かりとして——

富 山 侑 美

目 次

序章

第1節 問題の所在

第2節 検討の方法

第1章 患者の現実的同意とインフォームド・コンセント

第1節 問題の所在

第2節 正当化要件としての患者の現実的同意に関する学説の展開

第3節 判例

第1款 我が国の判例

（1）乳腺症事件

（2）舌癌事件

（3）エホバの証人輸血拒否事件

（4）乳房温存療法事件

（5）小括

第2款 ドイツの判例

第3款 小括

（以上、72巻4号）

第4節 基本的人権としての自己決定権の保護との関係

第1款 検討の視点

第2款 ボン基本法2条2項1文と患者の自己決定権

第3款 日本国憲法13条と患者の自己決定権

（1）エホバの証人輸血拒否事件控訴審判決

（2）東海大学病院安楽死事件

（3）川崎協同病院事件

(4) 幸福追求権について

(5) インフォームド・コンセントと患者の自己決定権

第5節 小括 (以上、72巻6号)

第2章 仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意

第1節 問題の所在

第2節 判例

第1款 ドイツの民事判例

第2款 ドイツの刑事判例

(1) サージボーン事件

(2) 椎間板事件

(3) 椎間板事件以後の判例

第3款 小括

第3節 学説

第1款 因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解

(1) ウルゼンハイマーの見解

(2) ロクシンの見解

(3) クーレンの見解

(4) ミッチュの見解

第2款 違法性阻却説

(1) ローゼナウの見解

(2) ベックの見解

第3款 小括

第4節 検討

第1款 刑法理論における仮定的同意

(1) ドイツの学説の検討

a) ウルゼンハイマーの見解への批判

b) 客観的帰責説への批判

c) 違法性阻却説への批判

(2) 仮定的同意による治療行為の正当化

第2款 インフォームド・コンセントの本質としての仮定的同意

第5節 小括 (以上、本号)

第3章 意識のない患者の緊急治療と家族等のインフォームド・コンセント

第4章 意思無能力者と家族等のインフォームド・コンセント

終章

第2章 仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意

第1節 問題の所在

第1章では、治療行為の正当化要件として、患者の同意が必要であることから、それを有効にするための医師の説明義務が過大化しているという問題と、患者の自己決定権の憲法・民法・刑法的な内容について検討した。そこでは、治療行為の正当化として患者の同意が有効であることと「十分な」インフォームド・コンセントであることとは別個のものであることを示した。すなわち、医療実務においては、治療行為の正当化についてインフォームド・コンセントが必須とされているが、説明が不十分であっても、患者の同意が無効であり、治療拒否・選択権という患者の自己決定権が侵害されていると直ちにはいえない。その基準として、「人格的生存」要件は一定の意味を有する。

実際に、患者の現実的同意があるとはいえない場合も、治療行為として正当であると考えられている。大別すると以下の3つの場合である。すなわち、(Ⅰ)十分な説明に基づかない患者の同意がある場合、(Ⅱ)患者が意識不明等でインフォームド・コンセントを得ることが不可能である場合、(Ⅲ)患者が精神障害者や未成年であるために、医師の説明を十分に理解し、判断することができない同意無能力者である場合である。しかし、これらの場合に、いかなる理論的根拠により正当化されるかは明らかではない。そこで、本章では、(Ⅰ)十分な説明に基づかない患者の同意がある場合について、治療行為の正当化がどのようにして可能なのか、インフォームド・コンセントや患者の自己決定権の理論とはどのような関係にあるのか、ということを検討する。

「十分な」インフォームド・コンセントを突き詰めていくなら、第1章で紹介した民事判例にみられるように、医師の説明義務は過大化してゆく。すなわち、説明が不十分であることによって医師の法的責任(我が国では民事責任)を負うということになるにつれて、患者ができるだけ多くのことを説明され、その上で治療を選択するということが必要となってくる。

しかし、医師に過大な説明義務を課し、大きな負担を強いることは、

健全な医療を損なう恐れがあり、患者の利益とはならない。患者のインフォームド・コンセントを得る、ということが、個々の患者の様々な事情を考慮して、医師と患者が病気の治療に協同して専念するためのものではなく、訴訟になったときの医師の保身のための手続に映ることもあるからである。さらに、医師が過大な説明義務を充たす説明を行うことによって患者に過大な情報を与え、あらゆる判断を全て患者に委ねることは、かえって患者に不利益をもたらすこともある。あらゆる事情を知りたい、という人にとっては良いかもしれないが、何事も選択肢が多ければ多いだけ良いわけでもない。その中から何かを選択する、というのは、病気を治すという本来の目的に使うべき患者自身のエネルギーを、別のことに使わなければならないということの意味し得る。

他方、今日のドイツの刑事判例において、我が国と同様、治療行為は傷害罪の構成要件に該当すると考えられており、学説上もそのことを前提として患者の自己決定権の問題が検討されている。また、我が国と同様に、医学的正当性の要件と患者の同意要件とを充たす場合には正当化が認められ、このうち患者の同意要件が有効となるためには、医師の説明が必要であると考えられている。ドイツにおいては、判例上もこのような考え方が示されており、医師の説明義務違反がある場合には、傷害罪の成立が認められる。それゆえ、ドイツにおいても我が国と同様、医師の説明義務の過大化という問題が生じている。

医師の説明義務の過大化の問題を解決する理論の1つとして、近年、ドイツにおいていわゆる「仮定的同意 (die hypothetische Einwilligung)」が盛んに議論されている。これは、不十分な説明に基づいて、患者が治療行為に同意していることを前提として、「もし、医師の説明義務違反がなかった (医師が十分に説明していた) としても、患者がその治療行為に同意していただろう」という関係が認められる場合には、医師の免責を認めるという理論である。この理論を前述した乳腺症事件の場合に適用すると、もし、患者が左乳房の全摘手術について説明を受けていたとしても、当該侵襲を同意していただろうと言える場合には、医師の法的責任が否定される。

この理論は、十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の治療行為の正当化の問題として読み換えることができる。そこで、本章におい

ては、仮定的同意論はどのような理論的根拠に基づいて医師の免責を認め得るのかということ、を、刑法的観点から検討した上で、正当化要件としての患者の同意の有効性に関する問題と、民事訴訟上問題となるインフォームド・コンセントとの関係を明らかにすることとする。そのために、仮定的同意論がドイツの民事判例において発展し、その後刑事判例においても採用され、現在は刑法学説上も盛んに議論されていることから、まず、ドイツの民事及び刑事判例を概観した上でドイツの学説を整理・検討することによって、(I)十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の治療行為の正当化理論がどのように考えられるべきか、考えを示していくこととする¹。

第2節 判例

第1款 ドイツの民事判例

医師が説明義務に違反している場合に、当該義務違反に基づく治療行為と患者の損害との間の因果関係が欠缺しているということを根拠に医師の不法行為責任を否定とする判例は、1900年代初頭から存在していたが²、仮定的同意に独自の意義を認めたと評価されているのは、連邦通常裁判所（以下、BGH。）1984年2月7日判決³である⁴。

事実概要は、以下のとおりである。原告である34歳の女性患者は、両頸部及び左上胸部にリンパ節の肥大が見られ、1974年7月に、被告医師Aの下でリンパ肉芽腫症（die Lymphogranulomatose）であると診断された。その治療のため、被告医師Bによって同年同月2日から放射線治療が開始されたが、放射線治療に伴う脊髄損傷（der

¹ 仮定的同意に関する判例の詳細は、拙稿「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（1）（2・完）」北大法学論集68巻1号61頁以下、2号45頁以下を参照。

² RG JW 1907, 505; RG JW 1932, 3328; RGZ 163, 129; BGH NJW 1956, 1106など。

³ BGHZ 90, 103.

⁴ Vgl. *Hemgstenberg*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht – Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, 2013, S. 10.

Rückenmarksschädigung) のリスクについては説明されていなかった。治療開始から約14日後に、嚥下障害や呼吸困難を起こし、同月20日からは、脊髄炎 (Rückenmarksreizung) によって、頸椎と腰椎を屈伸させる際に打たれるような痛みを訴えるようになった。翌1975年4月から、まず、両肢に感覚障害 (Gefühlsstörung) が発生し、その後、痙性の麻痺、肛門及び膀胱の括約筋の衰弱並びに右上腕の感覚麻痺も生じた。同年8月6日、被告Aの病院において、脊髄炎であると診断されたため、同年8月から翌1976年9月まで、大学病院Fにおいて、細胞増殖抑制性の薬によって治療されたが、1975年12月から、第5胸髄 T5の部分に不完全対麻痺 (die inkomplette Querschnittslähmung) を起こした。

原告は、被告の放射線治療に関するリスクに関する説明義務違反による損害賠償請求を行ったが、地方裁判所 (以下、LG。) がこの訴えを退けたため、原告が上告した。BGHは、これを受け入れ、以下の理由から原判決を破棄差戻した。

医師は、放射線治療を行わなければ、残された平均寿命が2、3年しかなかったことや、対麻痺を発症する確率が10倍高かったということ根拠に、もし原告患者がふさわしい説明を受けていたとしても、放射線治療に同意していただろうと主張しているが、「患者の自己決定は、医学的にみて不合理なものであっても尊重される」ため、このような主張によって医師の損害賠償責任を否定することはできない。また、「患者個人の行為当時の立場からみて、説明されていた場合にも同意していただろうということは、医師側から立証できない」。従って、患者側が、もし、説明をされていたならば、同意していなかったであろうということ立証する責任を負い、その際、「決心の迷い (Entscheidungskonflikt) を表明していたということの立証をもってこれを成し得る」が、本件については、原審の認定においてそのような立証が説得的に行われていない。

本判例は、仮定的同意が認められるか否かということの判断は、個々の患者を基準とするとした上で、患者にその立証責任を負わせることを明示したものである。具体的に、行為時点において、患者自身が「決心の迷い」を表明していたかどうかということ立証することによって仮定的同意の抗弁が否定されるとした。仮定的同意についてのこのような

立場は、現在の判例においても採用されている⁵。後述する刑事判例においても、「決心の迷い」という基準に基づいて患者の意思を推定するという手法が用いられている点でも、本判例の存在意義は大きい。また、本判例において最も重要なことは、これまで医師の説明義務という観点から、説明しなければならぬ事項を説明していたか否かについての立証責任が医師に存在すると考えられてきていたが、患者の内心についての問題であるということを重視する意味でも、その立証責任を患者に転嫁していることである。

第2款 刑事判例

このような仮定的同意に関する民事判例の影響を受け、刑事判例においても仮定的同意によって医師の説明義務違反に基づく刑事責任を否定することが認められるようになった。

まず、仮定的同意の考え方を刑事判例において初めて考慮したものであるとされているのは、第2筋腫判決⁶である⁷。事案は、以下の通りである。

被告人である医師が、被害者である患者の下腹部の2つの腫瘍を摘出するために子宮 (die Gebärmutter) を手術していたが、その手術において、腹壁を切開した結果、多数の筋腫結節 (der Myomknoten) 及び子宮の右端にりんご大の有茎筋腫結節 (der gestielter Myomknoten) が発見された。それゆえ、医師は、子宮の外側と左右の卵巣を残して、子宮のそれ以外の全ての部分を摘出した。この手術は、専門家として妥当な計画、方法及び範囲において行われたものであったが、手術の後で、患者がこのような広範囲に及ぶ手術には同意していなかったということが明らかとなった。

第1次事実審においては無罪の判決が下されたが、患者の上告によっ

⁵ BGH NJW 1986, S. 1541; 1991, S. 1543; 1992, S. 2351など。

⁶ BGHSt 15, 200.

⁷ *Rönau*, Anmerkung, JZ 2004, S. 801.

て行われた第1上告審であるBGH 1957年11月28日判決⁸の差戻審のLGにおいては、過失傷害罪とされた。このLGによる過失非難の根拠は、医師の個人的な経験や知識から尽くすことを要求された注意を怠ることによって、患者に対し事前に手術の拡大の必要性を伝えなかったこと及び誤って患者の有効な同意があるということを前提としてしまったことに、医師の過失があるという。

これに対して医師が上告したが、BGHは、手術の拡大の可能性について、「事前に説明されていたとしても、患者が同意を与えていただろうという場合には、医師が患者の同意が存在すると考えたとしても過失がない」として、LGの有罪判決を破棄差戻した⁹。

本判決は、刑法上、仮定的同意が認められる場合には、が存在すると考え得るということを認めるものであるが、具体的にどのような場合に仮定的同意が認められるのかということについては示されていない。この点を明らかにしたのが、「睾丸摘出事件（Der Hodenentfernungs-Fall）」¹⁰である。事案は、以下の通りである。

当時、病院の外科助手であった被告人医師Oeは、左睾丸に痛みを伴う腫れを訴えている被害者である患者Jを診察し、その原因について、結核かもしれないし、良性ないし悪性の腫瘍かもしれないと診断し、治療のために左右の両睾丸を摘出する必要があると考えた。しかし、癌の可能性といった暫定的な診断については患者に説明しなくてよいと考え、両睾丸の摘出手術が必要であるということのみを患者に説明した。Jが、1度に両睾丸を切除しなければならないのかどうか被告人に尋ねたところ、被告人は、1度に全て摘出するのではなく、手術中に組織を顕微鏡で検査することによって病因を特定してから、どのような処置をするか決定すると伝えた。これに対しJは何も言わず、手術前の準備の間も何ら疑問を示さなかったため、被告人は、Jが手術の範囲について顕微鏡による検査の結果によって決定することに同意し、その決定につ

⁸ BGHSt 11, 111.

⁹ 以上の事実概要及び訴訟経過の詳細については、*Hengsteiberg*, aa.O., S.82 ff. 参照。

¹⁰ BGH JZ 1964, S. 231.

いて任されたものと考えた。手術において、病因が重度の開放性の結核 (der offener Tbc) によるものであることが判明し、それによって今後すぐに発症し得る膀胱結核 (die Blasentuberkulose) を予防するためには両睾丸を切除することが必要であると判断して両睾丸を摘出し、病気は治癒した。被告人が、手術後に患者に対し、行われた手術について説明したところ、患者は、もし手術の範囲及び影響について説明されていたならば、手術に同意していなかったらと主張した。なお、結核性炎症のために、患者は手術の前に既に生殖無能力になっていた。

LG は、患者の有効な同意は、手術の利害得失について、自身で事前に十分考慮し判断した場合に存在するため、医師はそのために十分に説明をし、質問する機会や考える時間を与えなければならないとした上で、本件においては医師の十分な説明が欠けるために有効な同意は存在せず、傷害罪の違法性は阻却されないが、被告人が患者の有効な同意があると誤認していたために故意が阻却され、過失傷害罪が成立するとした。これに対し、被告人が上告し、BGH は、以下のような理由から原判決を破棄し、被告人を無罪とした。

まず、原則的に「たとえ医療準則に従った医師の手術であっても、患者の同意に瑕疵がある場合には、傷害罪の構成要件に該当し」、その違法性が阻却されるのは患者の有効な同意が存在する場合である。これに対し、同意がない場合には「たとえ手術に落ち度がなく、良好な結果を得られたとしても違法性は阻却されない」とした。患者の有効な同意の要件については、手術の方法及び範囲に関する医師説明であるとするのが有力であり厳格な立場であるとした。

その上で、本件については、手術を延期することができないわけではないが、病因を特定するために必要であったこと、結核又は癌若しくは良性腫瘍である可能性があるという暫定的な診断は、病因が特定できていない段階においては医師が説明すべき範囲には入らないこと、患者はどの臓器に対する手術であるかということや、場合によっては両睾丸の摘出が必要となるということを知っていたこと、病気による両睾丸の痛みがあるために睾丸の摘出が必要であり、その暫定的な診断や手術範囲の判断に両睾丸が含まれるということを患者が知っていたことなどを理由に、暫定的な診断について説明しなかったことは説明義務違反ではな

いとした。被告人の怠った説明が既に説明義務の範囲ではないために、患者の同意が有効であると判断して無罪を言い渡した。

LGが、手術の影響について全く知らず、知らないことについて同意を与えることはできないということを被告人が認識する義務があったということを過失責任の根拠にしているのに対し、BGHは、第2筋腫判決を引用して、過失非難が可能な場合として、「もし患者に対し（中略）手術範囲について説明していたならば、その範囲の手術を患者が間違いなく拒否する」ということを、被告人が認識することができ、認識したに違いないという場合を挙げている。この見解によると、「Jが、本件のような〔患者の年齢や術前に既に患者の睾丸が生殖無能力になっていたこと、手術の必要性、生命への危険が差し迫っていることなどの〕事情にもかかわらず、もし左の睾丸をどのような場合であれ摘出しなければならないということを説明していたならば、絶対に患者が同意していなかったであろうということを、被告人が認識できたであろうということが認められる場合にのみ、過失非難が妥当する」。そして、本件においてはこのことが認められないために、もし両睾丸の摘出が不可避であることを説明していたとしても、患者は同意していただろうということが認められ、過失非難は妥当しないとした。

本判決は、補足的にはあるが、仮定的同意の考え方による過失非難の否定を認めている。そのようなことが認められる根拠として、睾丸が既に生殖無能力になっていたことや手術の必要性といった、客観的事情を具体的に挙げていることが、上述の第2筋腫判決とは異なっている。もっとも、この判例においても、刑法上のどのような根拠から過失責任を否定するのかということは明らかにされていない。これに対し、仮定的同意の存否の判断材料や、仮定的同意の刑法的効果について論じているのが、「O脚事件 (Der O-Beine-Fall)」¹¹である。事案は、以下の通りである。

¹¹ BGH Urteil vom 25. 09. 1990 5 StR 342/90. (http://www.juris.de/jportal/portal/t/p7k/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_pid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE520909100&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint)

付帯原告である被害者患者Jは、O脚を手術で矯正してもらうために一般病院Bの整形外科長であった被告人医師の下を訪れた。被告人の診察を受ける前に、既に2人の医師の診察を受け、患者のO脚は手術が必要なものではなく、手術を行う利益よりもリスクの方が大きいということを経由に、O脚矯正手術を思いとどまるよう助言されていたが、どうしても手術を行いたかったため、被告人の診察を受けた。被告人は、とりわけこの患者の希望を重視して、高位脛骨骨切り術 (die lange Schrägosteotomie) によってO脚矯正手術を行うこととした。術前説明において、手術の危険性及び合併症の可能性については、一般的な事項についてしか話しておらず、骨髄炎 (die Osteomyelitis) や関節の癒着不良 (die Pseudarthrose) といった本件手術特有のリスクについては説明していなかったが、患者は、この手術は簡単ではなく大きな手術になり、危険なものではないが、自身の強い希望を聞いてくれる被告人に出会えたことを喜び、手術に同意した。2回に分けて行われる手術の前に、毎回、助手である女医 H.-L. が、患者に対し創傷治療障害、血液供給障害及び感覚障害並びに痛みに関する全般的な説明のみを行って、この手術特有のリスクについて説明せずに同意書を取り、手術が行われた。手術後、入院中に、患者の左足に骨髄炎及び関節の癒着不良が生じ、何度も手術を行ったが、カリパー副木 (die Gehapparat) を装着しても十分に歩行することが困難な状態になり、癒着不良は現存したままとなった。

このような事実に対し過失傷害罪の成否が争われ、LGは、被告人に無罪を言い渡した。BGHは、本件手術が医学的正当性のあるものであると認められることに加え、以下の理由から無罪部分に対する患者の上告を棄却し、被告人を無罪とした。

「確かに、被告人がこの手術に特有のリスクについて説明しなかったことは、義務違反行為である」が、この義務違反行為と傷害との間の因果関係が存在しない。なぜならば、「患者がO脚を手術によって矯正したいという切なる希望を叶えてくれる被告人にようやく出会ったということや、被告人の医師としての技量や手技に無条件の信頼を置いていたということが認められる本件の事情の下では、もし、関連する全てのリスクについて説明されていたとしても、患者は手術に同意していただろうということが認められる」からである。従って、被告人に過失傷害罪

は成立しない。

本判決は、まず、仮定的同意が認められるか否かということの判断材料として、どうしても本件手術を希望していたという患者の主観的・個人的な事情を具体的に挙げている。さらに、仮定的同意が認められる場合には、説明の欠缺と結果との間の過失因果関係が否定されるために、医師の責任が否定されると明示している。すなわち、仮定的同意により医師の刑責を否定する理屈が、因果関係の否定であるということを示した点に、本判決の意義がある。もっとも、患者の主観的・個人的な事情をどこまで考慮するか、あるいはいかに考慮するか、という認定についてはなお、明らかではない。

以上のような判例の状況を踏まえた上で、仮定的同意の刑法上の性質を明確にしたのが、以下の判例である。

（1）サージボーン事件¹²

大学病院の神経外科長であった被告人は、1990年6月から、傷んだ頸部椎間円板（Halsbandscheibe）を除去した後で、隣接する椎体骨（Wirbelkörper）との間に、椎間固定具（Abstandhalter）として、牛骨のサージボーン合わせ釘（サージボーンという削る機械で作る合わせ釘）をはめこむというある種の侵襲（HWS-Disc-Ektomien 手術法。以下、術式①）を実施していたが、この合わせ釘は、例えばカナダといった諸外国では慣例だったものの、ドイツ薬品法（Arzneimittelgesetz）においては許認可義務があるものであり、1990年時点において連邦保険庁（Bundesgesundheitsamt）から認可を受けていなかった医薬品であった。当時のドイツにおいては通常その代わりに、椎間固定器具として自身の骨を使っていた（以下、術式②）。

術式②のメリットは、自身の骨そのものから隣接する椎体骨との結合が促され、よって望ましい強度を得ることができるということで、デメリットは、患者の骨盤の腸骨稜（Beckenkamm）への外科的侵襲が再度必要になり、その結果この部位の感染や衰弱によって、相当な痛みがあるということであった。他方、術式①のメリットは、余分な手術が必要

¹² BGH JR 1996, S. 69.

ないということで、デメリットは、サージボーン合わせ釘は単に隣接する椎体の骨の成長のための骨組みとしての役割を果たすに過ぎないために、骨の結合にかかる時間が術式②に比べて長く、従って、より長い間にわたって、例えば脱臼 (Dislokation) や脱出症 (Ausstoßung)、麻痺 (Zusammenbruch)、削りくずの吸収、椎体の損傷といった削りくずによる合併症 (Spankomplikation) を起こす危険があることであった。

本件の被害者である6名の患者らは、以上のような術式①の手術を被告人によって行われ、削りくずによる合併症が発症した。患者らは確かに、術式①を選んだか術式②を選んだかということに左右されずに存在する、通常の手術の危険、特に死亡したり横断麻痺を発症したりする危険性や、手術の失敗については説明されていたが、患者らを不安にさせないために、術式①によって、術式②と比べて合併症の危険性が高められることや利用されるサージボーン合わせ釘はドイツ薬品法の下では許認可義務があり、しかし認可されていなかったという事情については説明されていなかった。患者らは、もし術式①では通常と異なった許認可義務のある材料が使われるということや、その特殊なメリットやデメリットについて説明されていたならば、本件手術に同意していなかった、もしくは少なくとも即座には同意していなかったとしている。

LGは、(a) 術式①と術式②の危険性の差異に関する説明を行っていないということと、(b) 術式①に利用するサージボーン合わせ釘が当時認可されていなかったということに関する2つの説明義務違反が存在することを根拠に、被告人を故意の傷害罪で有罪とした。これに対して被告人が上告し、BGHは以下のような根拠から原審を破棄差戻した。

まず、(a) について、そもそも「治療方法の選択は、医師の第1の任務であるために、どのような治療法があり得るか、そしてその治療法ないし他の治療法にどのような理由で賛成ないし反対するかということの説明するように医師が患者に求められることは通常はない」という前提に立った上で、「治療の選択についての説明が必要となるのは、一方の治療法を選択した場合に患者に特殊な負担を強いることになる場合、あるいは特別な危険と成功のチャンスが示される場合である」と示した。本件においては、サージボーン合わせ釘の場合に骨の接合が遅いために、その遅れた時間の間に削りくずによる合併症が予期されるということに

について具体的な認定はなされていない以上、術式①と術式②の危険性の差異に関する説明を行っていないということが説明義務違反にあたることはないとした。

他方、(b)については、「患者らが、許認可がないことについて他の情報源から情報を得ていたとは言えないし、被告人が使おうとしているサージボーン合わせ釘の代わりに、自身の骨から作った椎間固定具を利用することが考えられるということ、そしてそれが他の病院では通常行われていることだということ、患者らは知っていたが、この認識は、サージボーン製品の認可が下りていないことに向けられた説明義務を果たしたとは言えない」として、術式①が術式②と異なった材質の椎間固定具を利用するという点で異なり、その椎間固定具は許認可が義務付けられているが、実際には許可されていないということは、説明義務違反にあたるとした。

以上の理由から、被告人によって行われた「手術が適法となるためには、患者らが、被告人によってその手術の経過、成功の見込み、危険性、他の治療選択の可能性について説明された上で与えた、有効な同意が必要である」が、患者らは必要な説明をなされていない上に、患者の決定にとって本質的であった可能性のある事情について十分な考慮をする機会を与えられていなかったため、患者Pの同意は無効であり、傷害罪の構成要件に該当すると判示した。

しかし、BGHは、仮定的同意の一般論を以下のように提示した上で、本件においては仮定的同意によって医師の可罰性が否定される可能性があるために破棄差戻しを免れないとした。すなわち、「説明の欠缺は、侵襲について医師が完全に説明した場合には、患者が同意を与えなかったらという場合にのみ、傷害罪による医師の可罰性が生じ得る。すなわち、説明義務違反がある場合にも、義務付けられた説明を全て行っていた場合にも患者が同意していたであろうという場合には、医師の傷害罪による可罰性が否定される」。このことは検察官によって立証されなければならない、もし疑いが残るならば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、義務に従った説明の場合にも同意があったらということを前提としなければならない。本件においては、ある患者が、基本的に自分以外の骨に対して嫌悪感をもっていたということにより、サージ

ボーン合わせ釘についてのメリットやデメリットについて完全に説明を受けていた場合には、自身の骨から作る合わせ釘を選択していただろうと供述しているものの、主張されているように自身以外の骨に対して基本的に嫌悪していたにもかかわらず、なぜその患者がサージボーン合わせ釘による手術に同意したのかということが納得できることではないために、これでは自身の骨による合わせ釘を組み込むことを希望した可能性が認められたに過ぎず、「疑いが残る場合」であると言えるので、患者が同意していたであろうということを前提としなければならないとした。

本判決は、「仮定的同意 (die hypothetische Einwilligung)」という文言を初めて用いた上で、その定義は「もし、医師が患者に十分に説明していたとしても、患者は手術に同意していただろうということが認められる場合」であると明示し、仮定的同意が認められる場合には、医師の可罰性が否定されるという枠組みを示したものである。また、仮定的同意の立証は検察官が行い、その立証に疑いが残る場合には「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、同意があっただろうということも前提としなければならないということも示している。もっとも、このような免責がどのような刑法理論的根拠により示されるのかということは本判決では明らかではない。この点について明らかにしたのが、以下の判例である。

(2) 椎間板事件¹³

被害者である患者 A は、事前に行われた核スピン断層撮影法 (Kernspintomographie) によって、A の腰の脊椎 (Lendenwirbelsäule) のうち、より重傷の椎間板ヘルニア (Bandscheiben- vorfall) が上部 L4/L5間に、その下により軽傷のヘルニアが L5/S1間に発見され、重い方のヘルニアについて手術が必要であったために、1996年8月に O クリニックの神経外科長であった被告人医師の治療を受けた。第2主任医師である女医 K が、若い助手医師とともに執刀したが、彼女は気付かずに、その下にある L5/S1間を手術し、除去してしまった。翌日、その患者に、

¹³ BGH JR 2004, S. 251.

神経線維の損傷を喚起する下肢の麻痺症状が出現し、その原因としては、同じ箇所の新たな脱出症という早期再発の可能性、あるいは手術の部位の取り違えによって、当初の脱出症が存続している可能性があり、放射線医 D によるレントゲン診断及びコンピューター断層撮影法 (Computertomographie) により、手術部位の取り違えであったことが明らかになった。以上のことは、記録から被告人も K も認識していた。

被告人は、K に助言を求められたため、患者に対し、ミスについては伝えずに、実際には手術を行っていない L4/L5 間の早期再発により再手術が必要であると説明した上で 2 回目の手術を行い、2 回目の手術の報告においては、既に 1 回目の手術で除去されている軽い方のヘルニアについて、この機会についでに除去したと述べるよう助言した。K は、実際にこのような事実に即さない説明をして患者から 2 回目の手術の同意をとり、2 回目の手術の報告においてもこのような虚偽の説明を行った。よって、2 回目の手術の以前に右側の腰椎骨の半分 L5/S1 間の除去は終わっていたという事情について、患者は知らなかった。

LG は、被告人を傷害の教唆罪としたが、BGH は以下のように判示して、被告人及び被害者の双方からの上告のうち、被告人の上告を認め、原審を破棄差戻した。

まず、本件のように、「不可欠に行われた 2 回目の手術の根拠についての欺罔によって得られた同意は、無効であり違法性を阻却しない」とした上で、もし、患者が本当の説明をされた場合にも、実際に行われた手術に対して同意を与えていただろうという仮定的同意が認められる場合には、違法性が阻却されるものであると確認した。これを前提とした上で、仮定的同意が認められるか否かについて、LG の認定によっては判断できないため、差戻しを免れないとしている。すなわち、LG は、事実に即した説明の場合には、2 回目の手術の必要性和緊急性のために、執刀医 K によって手術されることに同意したかもしれないし、手術ミスを行った K ではなく他の医師による手術を希望していたかもしれない、という認定では不十分であり、「仮定的同意の認定の際には、手術が必要であったことや、合理的な患者ならば同意していただろうということは関係ない」とした。

本判決は、サージボーン事件における仮定的同意の定義をそのまま援

用した上で、医師の刑法上の免責を認める根拠が違法性阻却であるということを示したものである。また、その判断の際には患者の具体的な決定が重要であり、合理的な患者を想定する辜丸摘出事件の立場を否定するものである。このような個別具体的な患者の判断を想定するという自体は、O脚事件においても取られていた枠組みではあるが、そのことを仮定的同意の認定のための判断基準として明示したのは、本判決が初めてである¹⁴。しかし、どのような根拠により、違法性を阻却できるのかということは明らかにされていない。この点については、以下第3節で概観する通り、学説において争いがあるところである。

以上の判例は、治療行為の正当化要件である医学的必要性が認められ、その処置の方法についても医療準則に則って行われたものであると認められる事案であった。しかし、近時の判例においては、そのような要件を充たさない、美容整形や民間療法、検査、さらに実験的医療に位置づけられるものについても、以下のように仮定的同意の判断枠組みを用いている。

(3) 椎間板事件以後の判例

その後、美容手術という、医療準則に従わない医師の侵襲の場合に仮定的同意が認められる範囲を示したものが「脂肪吸引事件」¹⁵である。一般的に、美容整形の場合に侵襲の違法性を阻却する患者の同意の前提となる医師の説明義務の範囲は、一般医療の場合のそれと比べて、非常に大きいことは既に知られていることであるが¹⁶、そのような基準と同程度の詳細な説明をしていたとしても同意していただろうと認められる場

¹⁴ 本判決の判断枠組みを援用した上で、仮定的同意が認められないために医師の説明義務違反行為による故意の傷害罪の成立を認めたものとして、連邦通常裁判所2004年1月20日判決(BGH JR 2004, S. 469)がある。本事案は、被告人医師が、患者の肩脱臼(die Schulterluxation)の手術において、器具の破損により患者の骨に埋まってしまった穴あけドリルの先端を除去するために必要な2回目の手術において、その手術を行う根拠について欺罔した上で同意を得た事案であった。

¹⁵ BGH NStZ-RR 2007, S. 340.

¹⁶ 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ 序説・医療過誤』313頁以下参照。

合には、仮定的同意による医師の免責を認める余地があることが示されたと言える。

さらに、「ターボ禁断療法事件」¹⁷では、前述の脂肪吸引事件と同様に、医療準則に従っていない侵襲行為である場合にも仮定的同意が考慮され得るということ認めつつも、個々の事案における特殊事情についての説明まで十分に行っていた場合を仮定した上で、その場合にも同意があったかどうかということを検討することが必要となるとされた。

検査行為の場合においても、仮定的同意による医師の免責の可能性があるということを示したものが、「胃内視鏡事件 (Der Gastroskopie-Fall)」¹⁸である。緊急に必要な検査であったわけでもなく、事前の同意を手に入れ得ないわけでもない検査である場合には、手術の場合と異なり、その検査が原則的に必要であるという客観的な事情を根拠に、検査範囲を拡大することに対する仮定的同意は認められないということを確認している。手術範囲の拡大の場合については、既に第2筋腫事件及び睾丸摘出事件において検討されているように、手術の拡大の必要性という観点から仮定的同意を認めていたのに対し、検査範囲の拡大の場合には、それとは異なった判断枠組みによって認定するということを示したと言える。実験的医療の場合における仮定的同意の問題を取り扱っている。「自家肝細胞移植事件」¹⁹は、実験的医療の場合においても仮定的同意によって医師の免責が可能であるということを示した上で、過失犯において仮定的同意が認められる場合には、説明義務違反と結果との間の義務違反連関を否定するという判断枠組みを確認したものである。

第3款 小括

以上のように、民事判例において認められるようになった仮定的同意による医師の免責は、現在では刑事判例にも及んでいる。

まず、仮定的同意とは、患者に説明されなかった事項があったとしても、「もし、その事項について説明されていたとしても、同意していた

¹⁷ BGH NStZ 2008, S. 150.

¹⁸ BGH NStZ 2012, S. 205.

¹⁹ BGH NJW 2013, S. 1688.

であろう」ということが認められる場合をいう。民事上は、その立証責任を患者側が負い、同意した時点で「決心の迷い」があったということを立てた場合には、医師側の仮定的同意の抗弁が否定される。逆にこの立証ができない場合には、医師の損害賠償責任を否定することになる。刑事上は、過失犯の場合には、義務違反連関を否定することによって過失責任を否定し、故意犯の場合には、違法性を阻却するという立場を採っており、過失犯と故意犯とでは法的効果が異なるとされている。もっとも、その立証については、過失犯と故意犯とで区別はなく、検察官が医師に対して立証し、もしその立証に疑いが残るならば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、医師に有利になるように、説明があった場合にも患者が同意していたということを前提とすること、その判断については、合理的な患者ならば同意していたかどうかということではなく、個々の患者の個人的な見解や状況に鑑みてその患者自身が同意していたかどうかということを基準とすることとされている。

以上のような立場は2004年の椎間板事件までに確立されたものであり、以後の判例に踏襲されている。

さらに、近時のBGH判決においては、医学的適応性並びに医術的正当性の要件を充たさない治療行為である美容整形や民間療法、検査行為、実験的医療の場合にも、仮定的同意によって医師の説明義務に対する免責の可否を判断することが明確に判示されている。

このような判例の状況を受け、ドイツの刑法学説においても仮定的同意について検討がなされている。特に、判例においては明らかにされていない法的効果に関する理論的な根拠について、盛んに議論されているところである。次節において、これらを概観することとする。

第3節 学説

第1款 因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解

仮定的同意によって医師が免責される理論的根拠として、医師の行為の傷害結果への帰責が否定されることを挙げる見解として、以下に示す因果関係否定説と客観的帰責阻却説の2つがある。

（1）ウルゼンハイマーの見解

この見解は、仮定的同意が認められる場合には説明の瑕疵と同意の無効との間の因果関係が否定され、傷害罪の構成要件該当性が否定されるというものである²⁰。この見解を主張するウルゼンハイマーは、「医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果関係が肯定される場合にのみ、（過失）傷害罪の客観的構成要件該当性が肯定される」ため、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果性が認められないために、（過失）傷害罪の構成要件該当性が否定されるとしている。「説明義務に違反していなかったとしても、同様に患者が侵襲に同意していただろう」ということは、過失犯において、「注意義務に違反していなかったとしても（合義務的代替行為の場合にも）、同様の結果が発生したであろう」ということと同様の構造をなしており、後者について因果関係を否定するものであるならば、仮定的同意の場合にも因果関係を否定すると解することができるからである²¹。このような因果関係の証明について、ウルゼンハイマーは、患者の推測上の決定は、「病気の重大さや期間の長さ、手術の必要性、予後の見通し、治療選択の際の客観的なリスクの比較衡量」によって示すことができるとしており、このような事実が認められる場合には仮定的同意が認められ、この証明に疑いが残る場合であっても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、医師に有利になるように、仮定的同意が存在したということを前提とすることになるとしている²²。

また、ウルゼンハイマーは、このような仮定的同意による医師の処罰の制限が認められる範囲についても、過失犯における注意義務違反の場合と同様の考え方に基づいて示されるとしている。すなわち、過失犯において、違反された法的義務の保護範囲にはない危険が実現した場合に行為者が免責されるということを仮定的同意の場合にも適用し、「違反

²⁰ *Ulsenheimer*, Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29. 6. 1995- 4 StR 760/94, NStZ 1996, S. 132ff.

²¹ *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 133.

²² *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 133.

された医師の説明義務の保護範囲内にはない危険が手術において実現した場合には、保護目的思想の顧慮によって、医師の可罰性が否定される。この具体例として、患者に対して手術に関する原則的な説明や、最悪の結果が発生する可能性に関する原則的な説明は行っていたものの、部分的に説明の欠缺があった場合に、欠缺していない原則的な説明に関する部分についての危険が実現した場合を挙げている²³。

このような因果関係否定説には、以下のような批判が妥当する。すなわち、一般的に、合義務的代替行為の理論が当てはまる場合であっても、「行為なければ結果なし」という関係が認められる以上、因果関係を否定することができないとされているため、仮定的同意が認められる場合にも因果関係を否定することはできない²⁴。

以上のような批判を受け、合義務的代替行為の問題は因果関係ではなく客観的帰責の問題であり、それゆえ仮定的同意の問題も客観的帰責の問題であるとする見解が有力となっている。このような見解を採るのは、ロクシン、クーレン及びミッチュであり、具体的にはそれぞれ以下のような見解を示している。

(2) ロクシンの見解

客観的帰責の考え方は、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合に、既遂行為の構成要件該当性を否定するというものである²⁵。この考え方によって、仮定的同意の場合に医師の刑責が否定されとしているのが、ロクシンである²⁶。ロクシンによると、説明義務に違反して侵襲行為を行った医師は、許されない危険を創出しているが、説明していたとしても同様に患者が同意していただろうということが認められる場合には、その危険が発生した結果に実現したとは言えないので、客観的帰責が否定され、既遂傷

²³ *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 133.

²⁴ Vgl. *Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227.

²⁵ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, S. 343ff.

²⁶ *Roxin*, aa.O., S. 590ff.

害罪の構成要件該当性が否定されるということになる²⁷。ロクシンは、以下の通り、①仮定的同意がどのような範囲で認められるかということをも具体例とともに示した上で、②その判断方法を示している。

まず①について、ロクシンは、「完全な説明があった場合にも、同意が確実に与えられていただろうという場合にのみ、説明の欠缺が重大なものではなかったという理由で、帰責阻却される」としている。なぜならば、「説明義務は、患者がその侵襲の影響とリスクについて、義務に従った情報を与えられている場合にのみ、医師による侵襲が行われるということを確認するものであるべき」であり、「事実に即した説明の場合には、治療に同意しなかったであろうという具体的な可能性のみが存在する場合にも、もはやそのような場合ではない」からである²⁸。つまり、医師が十分に説明していたとしても、患者が同意していたということが確実に言える場合には、説明の欠缺が重大なものではないため、その危険が結果に実現したとは言えず、帰責が阻却されるが、少しでも患者が同意していなかった可能性が認められる場合には、自己決定権の保護の観点から、説明の欠缺は重大なものであり、帰責阻却を認めることはできないというのである。

ロクシンは、仮定的同意が認められる具体例として、白内障を罹患しているある患者が十分な説明を受けずに眼の手術に同意し、その手術を受けたことによって視力が回復したという場合を挙げている。ロクシンによれば、このような場合には、「手術のリスクは小さなものであり、また、視力を回復させたいと思う患者には任意の治療選択はできないので、原則的な説明があった場合にも同意があったと期待される」ために、「説明の欠缺は作用しておらず、義務違反連関が欠けるその他の場合と同様に、帰責が阻却される」。それゆえ、仮定的同意による医師の免責が認められる²⁹。

以上のようなロクシンの見解によれば、仮定的同意が認められるか否かということは、説明の欠缺が重大であったか否かということによって

²⁷ Roxin, aa.O., S. 591.

²⁸ Roxin, a. a. O., S. 592.

²⁹ Roxin, a. a. O., S. 591.

判断されることになる。このような考えから、ロクシンは、②について以下のように述べている。すなわち、「侵襲に関する本当の説明があった場合には、患者が同意していなかったらという具体的な可能性がある」か否かということが判断基準となり、この点を立証する際には、例えば、患者への尋問が有効であるが、その他に「医師の人間性に問題がないことや、その手術が医学的な必要性を示していること、他に考えられ得る治療方法の選択肢が存在しないこと」などの客観的事情が存在する場合には、「それに反する具体的な状況が存在しない限りにおいて、患者が事実即ち説明を受けていた場合にも同意していたであろうということの根拠となる」ために、患者が同意していなかったらという具体的な可能性を否定する有力な根拠となる。逆に、患者が治療を拒否しないように医師が故意に説明を行わなかったという場合には、医師が意図的に違法な行為態様によって危険を創出しているので、むしろ医師の可罰性の根拠とされる、としている。

ロクシンが挙げたこのような基準は、患者側の客観的事情及び医師側の事情に依拠するものであり、仮定的同意による医師の行為の帰責阻却は、患者が治療に同意していなかったらという具体的な可能性が示されない限りにおいては、患者個人の主観的要素とは関係なく行うことができるということになる。

(3) ターレンの見解

近年、客観的帰責論の位置づけに関し、違法性阻却事由の問題である場合には違法性段階において考慮すべきであるという考えが主張されている³⁰。これは、刑法上重大な規範違反行為について、構成要件段階と違法性段階に分けて事前判断を2度行うという立場を採るならば、客観的帰責の否定による不法の否定という事後判断も2度行われなければ

³⁰ Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen - Zugleich Bespr. des Urteils des LG München v. 10. 11. 1987, JZ 1989, S. 728ff.; Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331f.

ならないとする考え方である。このように考える場合には、事前判断において構成要件に該当する行為であっても、事後判断において構成要件段階での客観的帰責が否定される場合に構成要件該当性が否定されるのと同様に、事前判断において違法性が肯定される（違法性阻却事由が欠缺している）行為であっても、事後判断において客観的帰責が否定される場合には既遂不法が否定されるべきであるということになる³¹。

このような、違法性段階における客観的帰責の問題を仮定的同意による医師の刑責の否定に関する根拠として適用しているのは、クーレンである³²。クーレンは、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺によって患者の同意が無効であるために侵襲行為を正当化することはできないが、説明の欠缺がなかったとしても同様に患者が同意し、同様の侵襲行為が行われていると言えるため、侵襲行為が説明の欠缺に基づいておらず、違法性段階の客観的帰責の考え方によって既遂不法が否定されるとしている。クーレンは、①このように言える根拠を示した上で、②仮定的同意がどのような場合に認められるのか、さらに③認められる場合には、どのような法的効果があるのかということについて、以下のように述べている。

①について、まず、仮定的同意が問題となる場合に、客観的帰責を構成要件段階ではなく、違法性段階で考慮する根拠について、クーレンは、「もし、[現実的及び推定的] 同意を違法性阻却事由であると解するならば、[それが欠缺している場合である] 仮定的同意の検討及び傷害結果の発生が違反された説明義務の保護範囲内にあるのかどうかという問題の検討は、構成要件該当性の段階ではなく、早くとも違法性の段階においてなされ得る」ということを挙げている。その上で、「[仮定的同意は、] 構成要件的结果が、許されない危険行為によって違反された規範の保護範囲にはない、すなわち規範の保護範囲内ではこの行為の特別な危険は実現していない(危険連関が欠けている)[場合である]」ことを根拠に、

³¹ Kuhlén, Roxin-FS, S. 332.

³² Kuhlén, Roxin-FS, S. 331ff.; ders, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für Heinz Müller-Diez zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431ff.; ders, JR 2004, S. 227ff.

「仮定的同意の法理論は、明らかに、構成要件論において是認されている義務違反連関の欠缺における帰責阻却という構造をなしている」としている。以上のことから、仮定的同意は、違法性段階における客観的帰責の問題であるとしている³³。

②について、クーレンは、検察によって医師に対して、義務に従った説明の場合には患者が同意していなかったらうということが証明される場合には仮定的同意が否定され、この証明に疑いが残る場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、患者が同意していただらうということを前提とすることができるため、仮定的同意が認められるとしている。このような証明は、「患者の利益状況又は意思表示から明らかにされ得る」が、患者個人がどのように決定したらうか（ないし決定するだらうか）ということを検討する必要がある、特に被害者を少なくとも事後的に尋問することができる場合には、この決定に対する根拠を追及しなければならないと示した³⁴。

また、このような証明を行う場合には、実際にどのような行為を仮定して結果を観測するか、ということが問題となる。この点について、クーレンは、帰責可能性を検討する際に想定される行為は「違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」であるが、違法性阻却事由が全く存在しないのに、もし違法性阻却事由が存在していたらばどうであったか、ということ想定してはならないとしている。例えば、およそ正当防衛状況が存在しない場面において、行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生したということに対して、もし正当防衛状況が存在していたとしても行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生していただらうということを考えることは妥当ではない。従って、ここで想定されるのは「些細な違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」のみである。クーレンによれば、仮定的同意において仮定する「説明義務違反という違法性阻却事由の欠缺がなく、十分に説明していた」場合は、この範囲内にあるため、違法性段階の客観的帰責の問題として仮定する条件とすることができると言え

³³ Kuhlen, Roxin-FS, S. 337.

³⁴ Kuhlen, JR 2004, S. 229.

る³⁵。

③については、「構成要件該当行為に対する構成要件の前提となる結果の客観的帰責（中略）が欠ける場合には、既遂犯の客観的構成要件該当性を阻却する[ということ]に相応して、説明の欠缺と結果との間の義務違反連関と危険連関は客観的違法性の枠内において検討されるべきであり」、客観的違法性が欠ける場合には、既遂犯の客観的不法を阻却する」とし、仮定的同意が認められる場合であっても、未遂不法は残されるとしている³⁶。

（4）ミッチュの見解

上述のクーレンの見解と同様に、違法性段階における客観的帰責の考え方が仮定的同意による医師の免責の根拠となるということ認めつつ、その適用範囲についてクーレンとは異なった見解を述べるものとして、ミッチュの見解がある³⁷。ミッチュは、まず、①客観的帰責という考え方を考慮するのはどのような場合であるのかということを示した上で、②違法性段階での客観的帰責論によって医師が免責が認められるのはどのような場合なのかということ、具体例を交えて検討している。

①について、ミッチュはまず、構成要件段階における客観的帰責は、行為と結果との間の因果関係の欠缺が認められないということが確定した後に考慮されるとしている。その上で、既に因果関係が欠けている場合には、結果の根拠づけに客観的帰責を必要としないために、客観的帰責を考慮する余地はないとしている。すなわち、「行為が構成要件に該当し、結果も構成要件に該当し、そして、行為が結果に対して因果性を有する（中略）が、義務違反ないし行為の危険性が結果に実現しておらず、従って、義務違反連関ないし危険連関が欠けている[という場合にのみ、

³⁵ Kuhlen, Roxin-FS, S. 339.

³⁶ Kuhlen, Roxin-FS, S. 338.

³⁷ Mitsch, Die „hypothetische Einwilligung“ im Arztstrafrecht, JZ 2005, S.279 ff. クーレンとミッチュの見解の相違を、具体的な事例を挙げながら詳細に解説するものとして、Schwarz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009, S.35ff. がある。

客観的帰責論という法解釈類型によって] その行為は客観的に構成要件に該当しないということになる」ということである³⁸。

ミッチュは、このような考え方を違法性段階において適用すると、以下のようになるとしている。すなわち、「[違法性段階での] 客観的帰責の問題は、(既遂) 行為に関する不法判断とともに生じる結果無価値を示すところの結果である場合にのみ立てられる(中略) ので、結果無価値のない結果の場合は、客観的帰責は問題とならない」³⁹。

このことを前提とした上で、②について、ミッチュは以下のように述べている。すなわち、説明の欠缺が認められる場合には、確かに一見すると、違法性が阻却されないように思われるが、このうち、「治癒する可能性が高まるものであり、従って患者が同意していたであろうという医師の侵襲は、(中略) 正当化事情の存在のために、結果無価値が欠けている」ため、仮定的同意の問題ではない。ミッチュによると、この根拠は、結果発生の時点において、仮定的同意を認めることができるような事情が存在する場合には、事前の段階で推定的同意による違法性阻却が認められるという性質のものということになり、発生した結果に対する同意の有効性が認められるということである⁴⁰。以上のことから、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるので⁴¹、その場合には違法性段階における客観的帰責の問題とはならず、従って仮定的同意によって医師の免責を根拠づけられるのは、治癒可能性ないし治療効果のない侵襲の場合のみであるということになる。

ミッチュは、このような見解を示した上で、仮定的同意によって医師

³⁸ Mitsch, a. a. O., S. 282f.

³⁹ Mitsch, a. a. O., S. 283.

⁴⁰ Mitsch, a. a. O., S. 283.

⁴¹ ミッチュは、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、既遂結果の違法性が阻却されるために結果不法が存在しないが、行為不法が残されているために、未遂結果の違法性に関する検討の余地がある、という部分的違法性阻却 (die Teil-Rechtfertigung) によってこのことを根拠づけている (Schwarz, a. a. O., S. 33ff.)。ただし、このような場合になぜ推定的同意が認められるのかということについては、ミッチュの見解からは明らかではない。

の免責が認められるのは、具体的に以下の場合であるとしている。すなわち、「治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲の場合[において]、もし、医師の侵襲が、説明が行われないことあるいは間違っただ説明を行うことによって得られた患者の同意に依拠して行われたならば、違法性の阻却されない傷害構成要件該当行為であるが、例えば、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも（有効に）同意していたであろうという場合には、義務違反連関が欠けるために客観的帰責が否定される」としている⁴²。さらに以下のような具体的な事例において仮定的同意による医師の免責が可能であるとしている。すなわち、「いわゆる『抜歯事件』⁴³を、欠缺のある説明が患者から切に訴えられた治療の希望に先行しているという状況に変更するならば、（中略）意思の欠缺のために同意は無効であ[り]、（中略）歯科医師による侵襲の結果は、周知の通り、（予想通り）失敗であった[ために、仮定的同意の第1要件である結果無価値を示す結果であるということ]を充たす]ため、これは仮定的同意の場合である」としている。なぜならば、この場合、「もし、患者が抜歯の前に既に、手術した場合にどのような結果となるか（すなわち、頭痛からの解放という期待された結果が得られないという事後的な事実）を知っていたならば、患者は侵襲に同意しなかったであろう」と考えられ、それゆえ、「医師の行為の結果は、『同意に基づくもの』ではなく、構成要件該当性という結果不法を否定するものとして適していない」と言えるからである。しかし、「実際は、患者が（事前に）治癒の可能性の見当をつけていたために、患

⁴² Mitsch, a.a.O., S. 284.

⁴³ BGH JR 1978, S. 518. 事実概要は以下の通りである。慢性的な頭痛に悩まされていた被害者である女性患者Pが、この痛みが歯と関係するものだと考え、被告人である医師Aに対し、抜歯するよう依頼した。しかし、Aの診察においては、頭痛が歯によって引き起こされているとは見受けられなかったため、抜歯の必要がないことを伝えたが、Pはそれでも抜歯に固執したため、Pの依頼に応じ、Pの歯を16本抜いた。これに対し、BGHは、必要な判断能力を欠くために、Pの現実の同意は存在しない。というのも彼女は、何度も説明されたにも関わらず、「素人考えの強い、自身で行った診断に固執していた」からである。被告人を傷害罪により有罪とした。

者は事実在即した説明（とりわけ、治癒する可能性がないということ強く意識させるような説明）の場合にも、同意していた」と言うことができ、「正しい説明の場合にも、患者は侵襲の失敗の危険を引き受けることを妨げられないであろう」ために「説明の欠缺の危険は、結果不法に実現していない」と言える。従って、仮定的同意により既遂不法への客観的帰責が阻却される⁴⁴。

以上から、ミッチュの見解は、違法性阻却に欠缺がない場合にも同様の結果が発生していただろうという場合には、違法性阻却の欠缺が結果の発生にとって決定的であったとは言えないために、結果への帰責を否定するという自体には賛成し、仮定的同意の場合にも医師の不処罰を根拠づけるものとして機能し得ることは認めているが、その適用範囲については、クーレンのようにあらゆる説明義務違反の場合に一括して適用するのではなく、治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲において、説明の欠缺によって得られた患者の同意に基づいて行われた場合に限定していると言える。具体的には、およそ成功する見込みのない手術について、十分に説明せずに侵襲を行った場合のうち、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも同意していたであろうという場合にのみ、客観的帰責の理論に基づいて既遂不法を否定することができる。

第2款 違法性阻却説

以上の見解は、因果関係ないし客観的帰責という、行為と結果との間の関係性を検討することによって、医師の免責を根拠づけようとするものである。これに対し、違法性阻却説は、仮定的同意を同意論の一部であると考え、現実的同意や推定的同意と区別された独自の違法性阻却事由であるとするものであり、既に故意犯を論ずる仮定的同意の刑事判例において示されているものであるとともに、学説においてはローゼナウ及びベックが主張しているものである⁴⁵。これに対しては、以下のよう

⁴⁴ Mitsch, a. a. O., S. 284.

⁴⁵ Rosenau, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 683ff., Beck, Was ist das

な批判が強い。すなわち、「仮定的同意 [によって、医師の傷害罪としての違法性を阻却する] という法理論を徹底して適用する場合、説明の欠缺が刑法上一層重要性を失うことになる。（中略）つまり、仮定的同意は自己決定権と調和し得ない」⁴⁶。

（1）ローゼナウの見解

このような批判に応える形で、ローゼナウは、仮定的同意について、まず、①傷害罪の構成要件は、自己決定権を保護しているわけではないということを前提として、説明義務に違反した医師を傷害罪として処罰することに反対するというを示した上で、②因果関係否定説や客観的帰責阻却説によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることを批判し、違法性阻却説によって根拠づけるべきであると主張している。さらに、仮定的同意が違法性阻却事由であると解する場合、③仮定的同意がどのような要件で認められるか、そして、④現実的同意や推定的同意といった他の違法性阻却事由とどのような点で区別されるのかということについても示している。

①について、ローゼナウは、「医師の侵襲について問題なのは、自己決定権について優先されるのが患者側でも行為者側でもないということではなく、治療と慈しみであり、「自律性の保護は、結局、StGB223条以下の反射の効果として是認されるのであって、主要な保護法益として認められているわけではない」ため、「223条 [傷害罪] の構成要件は、身体の完全性が保護法益であるということがはっきりとわかっており、（中略）自己決定を保護法益として解釈しなすことは許され得ない」としている。この根拠として、「主要な保護法益である身体の完全性に対する侵害は、例えば脅迫罪（StGB241条、1年以下の懲役）や強要罪（StGB240条、3年以下の懲役）と比べてより厳しく処罰されて」いることを挙げ、「医療準則に従った侵襲の場合に、説明の欠缺のみが非難要素であるならば、[脅迫罪や強要罪] より厳しく処罰されるのは適切で

Hypothetische an der hypothetischen Einwilligung?, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 389ff.

⁴⁶ Vgl. *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 695f.

はない」としている。このような理由から、説明を怠った医師も傷害罪については免責されるべきであるとしている⁴⁷。

また、②について、ローゼナウは、因果関係否定説に対して、「仮定的同意において問題となるのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」ため、因果関係の問題として捉えることは不可能であるということを主張している⁴⁸。客観的帰責阻却説に対しては、「適切な説明がある場合にも身体の完全性に対する同様の侵襲に対する有効な同意が得られていたことが明白である場合には、結果不法が否定される」という帰結を導くために、考慮に値するという評価を与えつつ⁴⁹、未遂処罰の可能性を残しており、何らかの刑事責任を問われる点に問題があるとしている。なぜならば、(a) 医療慣習との関係及び (b) 民事法との整合性の観点から、以下のような問題が生じるからである。

(a) について、医療慣習の状況を以下のように分析している。「一般的な治療法であり、それと関連する侵襲（例えば注射）の場合、患者が説明の後で実際に拒否することはないために、結論的には具体的な説明は重要ではないということになる。[従って、] 具体的な説明が欠けていた場合も、仮定的同意の要件が満たされている。というのも、患者が正しい説明を受けていた場合にも同様に侵襲に同意していたであろうからである。医師はこの仕組みを知っている。すなわち、この仕組みは医師の経験に合致している。そのため、医師の日常的な業務においてしばしば説明が全くなされない。また、非日常的あるいは特にリスクがある侵襲である場合にも、実際には多くの場合に説明の欠缺が患者の意思表示に影響がないといってもよいだろう。なぜならば、患者の具体的な決定にとって、他の観点、特に医師の推薦なども重要な役割を担う。患者が医師の下に来るのは、第1に自己決定権を行使するためではなく、医師の配慮や助言、信頼関係の範囲内における推薦を期待しているためであるからである。そして、通常はこの推薦に従って治療が行われている」⁵⁰。

⁴⁷ *Rosenau, Maiwald-FS, S. 696.*

⁴⁸ *Rosenau, Maiwald-FS, S. 690.*

⁴⁹ *Rosenau, Maiwald-FS, S. 690.*

⁵⁰ *Rosenau, Maiwald-FS, S. 695.*

以上のように分析し、このような医療慣習の状況に鑑みれば、患者の意思に実際に合致している医師の行為について、説明義務違反を理由として刑事責任を負わせるのは妥当ではないということになると主張している。

(b)については、「法秩序の統一という考え方[によると]、違法性の問題は全法秩序に一貫して答えられ得ることにな[り]、問題となっている医師が民事上の責任を免れているにもかかわらず、刑事責任を問われることはあり得ない」ということを根拠に、民事裁判において免責された医師に対し、未遂犯の限度であっても刑事責任を負わせるのは妥当ではないとしている⁵¹。

以上のことを根拠として、ローゼナウは、仮定的同意を、同意論において議論しようとしている。その上で、③について、仮定的同意が民事判例において過剰な説明義務を抑制するものとして発展してきたという背景から、民事判例が用いている基準と同様に「本物の決心の迷いが認められない場合」に仮定的同意による医師の免責が認められるとしている⁵²。

さらに、④について、ローゼナウは、以下のように述べている。

まず、仮定的同意は、現実の同意と同様に侵襲に対する医師の説明と患者の同意は存在しているが、現実の同意と異なって、医師の説明の欠缺のためにその同意が無効である場合であり、かつ、推定的同意と同様に有効な同意は存在しないが、推定的同意と異なって、医師が侵襲について説明を行い、患者の同意を得ることが可能な状況が存在している場合であるという定義に立つその上で、推定的同意と仮定的同意との区別に関して、「推定的同意の場合には、被害者が全く自己決定を行わない[ために、]（中略）平均的で理性的な患者から推定的意思を押し量ることにな[り、]（中略）高度のパターナリズムであり、侵襲を行った医師による他者決定である」のに対し、「仮定的同意の場合には、現存しないただの仮定的な患者の同意が代用されることはな[く、]（中略）患者の

⁵¹ *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 697f.

⁵² *Rosenau*, Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB Kommentar 2. Aufl., 2014, §§32ff. Rn.51; *ders*, Maiwald-FS, S. 694.

信条や個人的な見解が正確に考慮され得る〔ため、〕(中略) 平均的で理性のある患者は基準として妥当しない」と言える点で異なっているとされている。さらに、「仮定的同意は、侵襲に同意する意思を患者が実際に持っているということが要件となるという意味では、原則的な同意があることにな〔り、〕説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされない」という点以外については、むしろ現実の同意との共通性を有する⁵³。

以上から、仮定的同意は、現実の同意によっても推定的同意によっても違法性の阻却が認められない場合において、独自に違法性を阻却としてしている。もっとも、仮定的同意が認められる場合になぜ違法性阻却し得るのかということの理論的な根拠は明らかにしていない。

(2) ベックの見解

ローゼナウの見解からさらに一步踏み込み、被害者の同意が違法性を阻却する根拠に立ち返って同意論を再構築した上で、同意の有効性の問題として仮定的同意による違法性阻却を認めているのが、ベックの見解である。

ベックは、仮定的同意が問題となる場合を3つの場合に分類した上で、それぞれについて正当化の根拠を検討している。①説明の欠缺によって同意が無効となっているが、事後的に患者の同意意思が表明された場合、②欺罔等によって同意が無効となっているか、行為時に同意が存在しないが、事後的に患者の同意意思が表明された場合、③行為時に有効な同意が存在せず、その後死亡したり、同意無能力であったりして、事後的な患者の同意意思の表明が存在しない場合である。

まず、①の場合について検討するに際し、たとえば、手術代金についての動機の錯誤といった、法益関係の錯誤にあたらぬものを除外している。なぜならば、「単なる副次的な事項に関する錯誤は、自由な処分権限の侵害とはならない」からである⁵⁴。問題となるのは、「侵襲そのものではなく、身体の完全性に関する何らかの要素についての錯誤」であっ

⁵³ Rosenau, Maiwald-FS, S. 696f.

⁵⁴ Beck, a. a. O., S. 396.

で、「確かに身体の完全性を侵害しているが、同時に故意の侵襲そのものではない場合」であるとしている。何らかの要素の具体例として、ベックは、将来のリスクや人生上の利益を挙げる。もし患者がこのような事項について説明されていたとしても同意していたであろうということを事後的に表明した場合、すなわち仮定的同意が存在しているといえる場合に、どのような理論的根拠に基づいて正当化されるのかについて、まず、(現実的) 同意による違法性阻却理論の本質を「利益欠缺ないし法益放棄の表明」であるとして以下のように述べている⁵⁵。「確かに、医師に事前に説明義務があったという事実は変えられないが、その説明の前若しくは最中にも、患者はその情報を放棄することができる。…そうだとすると、この場合 [「もし説明されていたとしても同意していたであろう」というのは]、同意を代用したり仮定したりしているのではなく、患者が実際に事前に法益を自由に処分しないし利益を放棄したといえる」⁵⁶。結局、これは患者の既に行為時に表明された同意の有効性の問題に集約されるというのである。

これに対し、脅迫や欺罔に基づいて同意が表明されている場合や、同意が全く表明されていない場合には、このような理論から正当化することはできない。なぜならば、自身の自由領域の実現あるいは同意に基づいて行為しているわけではないからである。そこで、事後的に同意の表明がある場合を②、事後的にも同意の表明がない場合を③として検討している。

まず、②の場合について、事後的な意思の表明と事前の意思の表明との関係を検討し、「確かに、同意による可罰性の否定の根拠を、主に法益被侵害者の具体化可能性の法的実現であるとするならば、事後の同意と事前の同意は異なる評価をされるように思われる」⁵⁷とする一方で、

⁵⁵ ベックは、同意の正当化原理を、a) 自己決定権の積極的行使ないし法益所有者と行為者による法益の共同形成、b) 利益欠缺ないし法益放棄の表明、c) 法益維持の社会的利益と法益所有者の自由利益との間の衡量の結果の3通りの理解があり得るとしている。Beck, a. a. O., S. 396.

⁵⁶ Beck, a. a. O., S. 397.

⁵⁷ Beck, a. a. O., S. 396.

「軽度の社会的圧力によって、自律性や同意決定能力に問題があるとは考えないのと同様に考えると、事後の同意と事前の同意とを別のものと評価する根拠はない」⁵⁸として、この問題を同意の法構造から議論しなおさなければならないと指摘する。前述のとおり、ベックの考えでは、同意は、法益の被侵害者の利益欠缺若しくは法益放棄の表明である。そうすると、仮に事後的に意思が表明されたとしても、行為時点では表明されていないが、実際には利益欠缺によって違法性が否定されていたのだから、最初からもはや可罰性のない行為であった⁵⁹のである。従って、事後的な同意表明も、利益欠缺の表明として行為の（違法）評価を変更する根拠となる。

なお、ベックは、同様にこの結論に至る根拠づけとして、社会的妥当性の考え方を挙げている。すなわち、可罰性の判断はあくまで行為時であるという通説に則ると、「事後的な状況や被害者の行動によって可罰性が変動することは、偶然性に可罰性を委ね、自身の行為が可罰的か否かということがわからない間隙が生じてしまう」。また、このような事態によって、「全国民の法や法治国家に対する信頼が減少する」。「確かに、表明されたのは事後的であるが、これは意思を遡及的に仮定しているのではなく、むしろ表明時と〔行為時の違法性の〕評価とを結びつけるものである」と理解すると、可罰性の判断が行為時に行われるとする通説にむしろ合致する、というのである⁶⁰。結局ここには、存在しない意思の虚構（Fiktion）である「仮定（Hypothetisches）」は存在しない⁶¹。

③の場合については、①②の場合とは異なって、被侵害者の意思を「仮定」をしなければならなくなる。つまり、事後的な意思の表明がない以上、仮定的同意の根拠が存在する、すなわち、もし説明していたとしたら同意していたであろうという、患者の虚構の意思を仮定することが、①②の場合と同様に行為の評価を変更するかどうか、またこれが可罰性とどのような関係にあるか、ということが問題となる。もし、この場合であつ

⁵⁸ Beck, a. a. O., S. 399.

⁵⁹ Beck, a. a. O., S. 399.

⁶⁰ Beck, a. a. O., S. 400.

⁶¹ Beck, a. a. O., S. 401.

でも、利益欠缺や法益放棄の意思が証明され得る場合には、②の場合と同様に虚構ではない、とベックは考える。他方、これがあくまでも虚構である場合には、このような虚構に基づいて可罰性を否定することは、刑法理論上許されない⁶²と明言している。従って、例えば、侵襲の前に患者の同意がなく、侵襲の危険に基づいて患者が死亡して事後的にも意思が表明されない場合には、医師は処罰されることになる⁶³。他方、侵襲の前に同意がある場合については、利益欠缺や法益放棄の意思が証明され得る場合に、この同意が有効であるということになる。

第3款 小括

以上のように、仮定的同意に関するドイツの刑法学説は、①帰責阻却事由として考える見解と、②違法性阻却事由として考える見解が存在する。

①の見解については、仮定的同意が因果関係を否定するものであるとするウルゼンハイマーの因果関係否定説、及び客観的帰責を否定するものであるとするロクシン、クーレン及びミッチュの客観的帰責阻却説が主張されている。ロクシンの見解は、客観的帰責を構成要件段階に位置づけるため、既遂構成要件該当性を否定することになるが、クーレン及びミッチュの見解においては、違法性段階に位置づけ、既遂不法を否定することになる。この中でもクーレンは、あらゆる医師の説明義務違反の場合にこの理論が適用可能であると主張しているのに対し、ミッチュは、医師が説明に違反している場合であっても、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるため、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、仮定的同意が認められるか否かの検討によって、客観的帰責が否定されると主張している。

②の見解は、現実の同意や推定的同意と並んで違法性を阻却するとす

⁶² Beck, a. a. O., S. 402.

⁶³ Beck, a. a. O., S. 403. もっとも、侵襲の段階で同意がない場合は、いわゆる仮定的同意の場合ではないといえる。この点については、本稿は、第3章において検討する。

るローゼナウの見解である違法性阻却説が主張されていると同時に、故意犯の場合における判例の立場でもある。また、仮定的同意が認められる場合には結論として違法性を阻却するが、その理屈を、現実的同意・推定的同意と並ぶ独自の正当化事由としてではなく、現実的同意の有効性の問題として捉えるバックの見解がある。ローゼナウは、医学的適応性及び医術的正当性の認められる医的侵襲行為において、仮定的同意が認められる場合には、医師の未遂処罰の可能性も残すべきではないことや、仮定的同意と現実的同意及び推定的同意との区別が可能であること、仮定的同意によって傷害罪の違法性を阻却することは患者の自己決定権を侵害するものではないことなどを主張している。また、仮定的同意は推定的同意と異なり、その侵襲に同意する患者の意思が実際に存在するという点に注目し、仮定的同意の場合にはこのような意思の存在によって違法性阻却効が導かれるとしている。しかし、仮定的同意が認められる場合になぜ違法性阻却し得るのかということの理論的な根拠は、判例やローゼナウの見解においては挙げられていない。さらに、判例においては、故意犯と過失犯とで仮定的同意による医師の免責の根拠を区別しており、後者においては義務違反連関の否定によって構成要件該当性を否定しているが、そのように区別する妥当性もない。これに対し、バックの見解は、仮定的同意を現実的同意の一場合として位置付ける。

以下、第4節においては、ここまで概観してきたことを検討した上で、我が国において仮定的同意という法理論によって医師の免責を認め得るとすれば、どのような理論的根拠によってなし得るのか、ということについて若干の私見を述べる。さらに、治療行為の正当化における患者の意思の尊重とどのような関係にあるのか、それとインフォームド・コンセントとの関係はどのようにあるか、ということを示す。

第4節 検討

第1款 刑法理論における仮定的同意

(1) 学説の検討

a) ウルゼンハイマーの見解への批判

上述の通り、ウルゼンハイマーによって主張された因果関係否定説と

は、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意との間の因果関係が否定されるために医師の侵襲行為の傷害構成要件該当性が否定されるとする見解であるが、これに対しては以下のような批判がなされている。

まず、ローゼナウは、「仮定的同意において問題なのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」と批判している⁶⁴。すなわち、結果と直接結びつく行為との関係を因果関係として考えるならば、傷害罪の構成要件該当性において問題となるのは侵襲行為と傷害結果との関係であり、侵襲行為に先行する医師の説明の欠缺と患者の同意という違法性阻却事由の有効性との関係は、因果関係の存在の問題ではない。従って、仮定的同意において検討するこのような関係は、因果関係の問題ではなく、違法か否かという規範的な問題、すなわち客観的帰責の問題であるというのである。

さらにプッペは、仮定的同意の場合に検討するのはいわゆる仮定的因果関係 (der hypothetische Kausalzusammenhang) であるが⁶⁵、それは実際のところは擬制された因果関係 (der fiktive Kausalzusammenhang) であり、真の因果関係の問題ではないと批判している。すなわち、「医師が説明義務に違反している場合に得た患者の同意が無効な同意であるのに対し、医師が説明義務に違反していないという仮定された状況で得られた同じ手術に対する同意は、本来法的効果の異なった有効な同意という異なった結果で」あるはずである。従って、これは「実際には異なった結果である同意を、法的効果としては同一のものとして取り扱おうとする、擬制された因果関係と呼ばざるを得ない」のであり、やはり通常の意味での因果関係が否定されるとは言い得ない⁶⁵。

また、前述した通り、仮にこのような関係が因果関係の問題であっても、一般的に「行為なければ結果なし」という関係が認められる場

⁶⁴ Rosenau, Maiwald-FS, S. 690.

⁶⁵ Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative - Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3. 3. 1994 und 29. 6. 1995, GA 2003, S. 767ff.

合には因果関係を否定できないとされており⁶⁶、仮定的同意が認められる場合であっても、「行為（説明義務違反行為ないし侵襲行為）なければ結果（患者の同意ないし侵襲結果）なし」と言えるために因果関係を否定することはできないという批判がなされ得る。

もっとも、説明義務違反行為を過失犯の実行行為と捉えた上で、過失因果関係の問題とする場合には、仮定的同意を因果関係を否定するものとする余地はある。しかし、そのように考えたとしても、原因が複数存在するいわゆる択一的因果関係（die alternative Kausalität）の場合や、代替原因（die Ersatzursachen）が存在するような場合には、他の原因によっても同じ結果が発生したかどうかという問題が一義的には答えられ得ないことから、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が被告人に有利になるように適用され、真に不可欠な条件ではなかったとして、常に因果関係が否定されてしまうという問題がある。このことを前提として、プッペは、この考え方を仮定的同意においても適用した場合、医師が義務に従った説明を行った場合にも患者が同意したかどうか、という問題に対して一義的に答えられ得ない以上、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、あらゆる説明の欠缺が刑法的保護から排除されることになり不当である、と批判している⁶⁷。

さらに、山中教授は、このような因果関係の検討が転用できるのは過失犯の場合のみであって、仮定的同意の場合は過失犯に限定されるものではないために、因果関係論における解決は妥当ではないと批判している⁶⁸。

以上のことから、仮定的同意が認められる場合に医師が免責される根拠として、因果関係が否定されるということを挙げることはできないように思われる。このような批判を受けて、説明の欠缺と同意の有効性ないし侵襲結果との間の関係を客観的帰責連関であると考え、仮定的同意が認められる場合には客観的帰責が否定されるために医師が免責されるという見解を主張するのが、既に述べたロクシン、クーレン及びミツチュ

⁶⁶ 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（1984年）24頁。

⁶⁷ Puppe, GA 2003, S.767ff.

⁶⁸ 山中・前掲注（16）280頁以下。

による客観的帰責阻却説である。

b) 客観的帰責説への批判

客観的帰責の考え方は、上述の通り、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合には、その結果を行為者の行為に帰責できないために行行為者が免責されるという理論であるが、まず、この理論そのものに対する批判が可能である。例えば、杉本教授は、客観的帰責論は「結果犯規定の行為規範違反を別の実定法規（取締法規）に対する違反に見出すことであり、このことは「規範論理的に見て正当化され得」ず、「理論的必然性も全く無い」としている⁶⁹。

また、仮に、客観的帰責論によって解決するとしても、仮定的同意による医師の免責の根拠としては考えることはできないとして、客観的帰責阻却説を批判するものも存在する。

例えば、山口教授によると、「義務に合致した行為によって代替されるべき行為は、処罰を基礎づける実行行為でなければならぬ」ということを前提とした上で、「患者に対して医的侵襲をなす場合に傷害罪の構成要件に該当する実行行為は、侵襲行為そのものであり、患者に対する不十分な説明はそれに当たらない」。そのため、「説明が不十分であり患者の同意が無効となる場合に、医師に期待される行為は、侵襲行為自体を行わないことであり、患者に対して十分な説明をすることではない。従って、仮定的同意が認められる場合であっても客観的帰責は否定されない⁷⁰。

これに加えて、ジコーは、たとえ合義務的代替行為として医師が十分に説明することを仮定したとしても、その場合には異なる結果が発生するため、仮定的同意が認められる場合であっても、やはり客観的帰責が

⁶⁹ 杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（下）」比較法学38巻2号87頁以下。

⁷⁰ 山口厚「客観的帰属と違法性阻却」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年）86頁。

否定されないとしている⁷¹。すなわち、仮定的同意の場合には、「現実には医師の説明が不十分であり、患者の意思の欠缺のため」に、同意が無効となり、従って構成要件に該当する違法な侵襲結果が発生しているが、他方、説明を十分行っていた場合（合義務的代替行為の場合）には「同意が有効となり、治療侵襲の違法性が阻却され、医師の可罰性も否定される」ために、構成要件該当結果がなくなることになる⁷²。従って、仮定的同意の場合には、合義務的代替行為の場合に異なる結果の発生が予測されるため、客観的帰責を否定することができない。

また、杉本教授は、上述の通り、客観的帰責論そのものに欠陥があることから、仮定的同意の理論的根拠として客観的帰責論を用いることも妥当ではないとしている⁷³。

以上のような批判は、客観的帰責論の構造的な問題に対するものであり、全ての客観的帰責阻却説に妥当するように思われる。このような批判に加えて、ロクシン、クーレン及びミッチュの個別の見解に対する批判も以下のようになされている。

まず、ロクシンの客観的帰責阻却説は、仮定的同意は、説明が欠缺していることによって、医師は許されない危険を創出しているが、その危険が発生した結果に実現していないという場合であるので、既遂行為の構成要件該当性を否定するという見解である。これに対しては以下のような批判がなされている。

クーレンは、同意を違法性阻却事由であると解する立場に立った上で、このように解する場合には、その有効性を問題とする仮定的同意の検討も早くも違法性の段階でなされるべきであり、構成要件段階での客観

⁷¹ Sikor, Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung, JR 2008, S. 180ff.

⁷² これと同様の批判を行うものとして塩谷毅「被害者の仮定的同意について」立命館法学5・6号上巻(2009年)1822頁以下、佐藤陽子「仮定的同意に関する序論的考察」『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』(2014年)235頁以下などがある。このような批判が妥当しないとするものとして、杉本一敏「仮定的同意論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要49号(2009年)144頁以下がある。

⁷³ 杉本・前掲注(72)147頁以下。

的帰責の問題として考えることはできないとしている⁷⁴。

また、ロクシンは、仮定的同意が認められるか否か、すなわち危険が結果に実現したか否かということ判断する基準として、説明の欠缺が重大であるか否かということ挙げられており、その具体的内容として、他に治療法がないなどの患者個人の意味とは関係のない客観的事情や、医師の人間性といった事情を想定している。しかし、このような基準は不明確であるという批判が妥当するようと思われる。従って、ロクシンの見解は支持され得ない。

上述のように客観的帰責論の位置づけについての批判を行うクーレンは、違法性段階での客観的帰責阻却説を主張している。すなわち、仮定的同意が認められる場合には、違法性段階への帰責が阻却され、傷害罪の既遂不法が否定される。しかし、客観的帰責論は、伝統的には構成要件段階において考慮するものであるため、このような見解を検討するためには、まず、客観的帰責の考え方を違法論に転用することの可否について検討しなければならない。

この点については、ドイツにおいて既に同意以外の違法性阻却事由の場合において議論されており⁷⁵、我が国においても近年注目されつつある考え方である⁷⁶。この適用の可能性のある具体的例として例えば、正当防衛による違法性阻却に関する事例において以下のような場合が想定される。すなわち、被告人が、不正な侵害者に対する正当防衛行為として、拳銃で侵害者を射撃するのではなく、威嚇射撃の限度で発砲することが許されているという状況において、威嚇射撃を怠り、直接侵害者に向けて発砲したという場合である。このような場合、正当防衛の必要性・相当性の要件を欠くために違法性が阻却されず、過剰防衛となるが、もし威嚇射撃を行っていたとしても、それによって侵害を防衛することが

⁷⁴ Kuhlen, Roxin-FS, S. 332ff.

⁷⁵ Puppe, JZ 1989, S. 729ff.

⁷⁶ 山口・前掲注(70)73頁。日本刑法学会第87回大会において、違法性段階における客観的帰責の問題に関するロクシンの講演「ドイツの理論刑法の最近の状況について」が行われたことも、我が国の学説の動向に影響を与えたとされている。また、近時では、松本圭史『刑法における正当化と結果帰属』（2020年）がある。

できず、侵害者に向けた発砲まで必要となるという状況の場合には、もし威嚇射撃の限度で防衛行為を行うという義務に違反していなかったとしても、結局侵害者を射撃するという結果が発生していただろうということが言えるので、正当防衛によって違法性を阻却することができないとしても、被告人が侵害者に向かって行った発砲を、その結果に帰責できないと考えるのである⁷⁷。

このような考え方は、行為者が実際に行った構成要件該当行為ではなく、法的義務に従った代替行為を仮定し、その場合にも同様の違法結果が発生していただろうということが言える場合に、実行行為の結果への帰責を否定するという、構成要件段階における客観的帰責論と構成上変わりがない。従って、構成要件段階での客観的帰責を認める限りにおいて、このような転用論自体は是認することができることとされている。

このような考え方を是認した上で、同意による違法性阻却の場合にも転用し、仮定的同意による医師の免責を根拠づけることに対しては、以下のような批判がなされている。

まず、Puppeは、以下のような理由により、仮定的同意の場合にこのような考え方をを用いることはできないとしている⁷⁸。すなわち、「患者が完全な説明を受けていた場合にも医師によって選択された治療法を同意していたかどうかという問題は、答えられ得ない」ものであり、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、この問題が医師に有利になるように判断されることによって、ほぼ全ての場合に患者が同意していたであろうということを前提としなければならなくなる。たとえ完全な説明の場合には患者が同意していなかったということが認められたとしても、「医師が説明の欠缺によっては結果の客観的帰責の要件を満たし得ないということを知っている場合には、[故意が阻却されるために]未遂処罰も否定される」こととなる。このため、違法性段階での客観的帰

⁷⁷ このような場合に、山口教授は、侵害者に対する発砲行為は結局必要になる行為であるから、防衛行為としての必要性・相当性を欠いていないために、結局正当防衛が成立して違法性が阻却されると解する余地があるとされている。山口・前掲注(70)84頁。

⁷⁸ Puppe, GA 2003, S. 769ff.

責阻却説に基づく仮定的同意による医師の免責を認めるならば、「医師が患者に十分に説明しないことによって、医療準則によりカバーされるあらゆる危険を患者に押し付けたとしても、医師が処罰されないことになる」。

しかし、この批判は手続きにおける立証の問題であり、犯罪実体論の問題ではない。例えば、民事判例における仮定的同意の立証については「決心の迷い」という事情を患者に立証させるという方法によって、合理的な判断を行うことが可能となっている。もちろん、刑事裁判における立証は、民事判例におけるそれよりも厳格なものでなければならない。すなわち、仮定的同意が否定されるためには、「適切に説明を受けていたならば、拒否していた可能性がある」ということの立証では足りず、「確実に拒否していた」ということの立証まで要求される。しかし、そのような立証が困難ではあってもおよそ不可能であるとは言えないであろう。従って、このような批判は妥当しない。

また、グロップは、合義務的代替行為に関する考察が客観的帰責を否定するのは、不作為及び過失の場合のみであって、作為及び故意が問題とされる仮定的同意の場合には適用することができないと批判している⁷⁹。すなわち、仮定的同意の場合には、故意犯である傷害罪に対する医師の行為は、治療侵襲という作為行為であるから、客観的帰責論は適用できない。しかし、義務違反行為が作為行為なのか不作為行為なのかということは確定的なことではなく、また過失犯において採用されていた判断枠組みである客観的帰責論が、故意犯に妥当しない理由はない⁸⁰。従って、このような批判も妥当しない。

以上から、クーレンの見解は、そもそも客観的帰責論によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることには理論的及び構造的問題が存在するため、妥当な見解であるとは言えない。

さらにミッチュの見解は、クーレンの見解のような違法性段階での客観的帰責論を仮定的同意の場合に適用することを認めた上で、クーレン

⁷⁹ *Gropp*, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 201ff.

⁸⁰ 杉本・前掲注(69) 93頁。

の見解とは異なり、説明の欠缺が存在する場合のうち、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるため、客観的帰責による医師の免責の可能性はなく、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、客観的帰責によって医師が免責されるとするものである。

これに対しては、前述の通り、なぜ治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるのかということが明らかではない。そもそも、クーレンとミッチュの見解の差異は、推定的同意の理解の差に帰するものである⁸¹ため、実質的な相違はないように思われる。

従って、ミッチュの見解によっても仮定的同意による医師の免責を根拠づけることはできないように思われる。

以上の検討から、客観的帰責阻却説は、仮定的同意によって医師の免責を認める根拠として妥当ではない。そこで、ドイツの判例が採用しているように、違法性阻却事由として解する可能性があるのかということを検討する必要がある。もっとも、前述したように、判例上はその根拠が明らかではなく、ローゼナウ及びベックのみが、これを理論的に支持しようとしている。また、判例は、仮定的同意を故意犯の場合と過失犯の場合とで区別しており、前者の場合には違法性を、後者の場合には客観的帰責を阻却するものであるとしている。客観的帰責による解決が妥当ではないということは、既に述べたとおりであるが、このように故意犯と過失犯とを区別することに論理的必然性もなく、妥当ではない。従って、このような解決が可能なのかどうかということは、違法性阻却説を検討することによって決せられることになる。

c) 違法性阻却説への批判

ローゼナウの見解は、仮定的同意を同意論の一部として捉えるものである。ローゼナウは、仮定的同意の場合には、説明の欠缺のために有効な同意は存在せず、現実の同意と区別されるが、推定的同意との比較で

⁸¹ 山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』第1巻(2006年)275頁。

は、推定的同意の場合には患者の自己決定が存在しない一方で、仮定的同意の場合には患者の意思が存在しているということによって区別されるとしている。

この見解に対しては、①仮定的同意による違法性阻却を認めると、推定的同意との関係で、患者の同意の有効性及び緊急状況といった特殊事情の存否が違法性阻却事由の要素として機能しなくなるという問題が生じること⁸²、②患者本人の現実的な意思ではなく仮定的意思が医師にとって重要となり、患者の自己決定権が侵害されその保護が著しく困難になること⁸³、③仮定的同意を違法性阻却事由であると解する場合には、仮定的同意と追認とを区別するのが困難であるために、実質的には患者の事後的な同意を新しい正当化事由として承認することになり、同意は事前のものでなければならないという原則に反することになること⁸⁴などが批判として挙げられている。これらの批判は、いずれも、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に相反するものであるということとその本質としている。

この点を解決しようとするのがベックの見解である。すなわち、ベックは、行為時の患者の意思が行為の可罰性の判断において重要であるから、それが明らかにされているか否かは問題ではない。説明の欠缺等の理由によりその意思が有効な同意という形で「表明」されていなかったとしても、それが事後的に示されるのであれば、実際に利益欠缺又は法益の放棄が行為時になされたものと考えられる、というのである。しかし、この見解には、治療行為の特殊性が加味されていないという問題がある。ローゼナウの見解への批判と同様に、被害者ではなく「患者の」自己決定権の保護という観点からみても、利益欠缺ないし法益放棄と同

⁸² *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332ff.

⁸³ *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332ff; *Duttge*, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, *Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 182f.

⁸⁴ *Otto*, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, *JURA* 2004, S. 683; *Gropp*, a. a. O., S. 206f. 同様の見解として、武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾—『仮定的承諾』序説—」*東洋法学*49巻2号（2006年）33頁。

視することができるか、という検討を欠いているように思われる。従って、違法性阻却説に対してこれらの批判が妥当するか否かということは、仮定的同意によって医師の行為の違法性を阻却することが患者の自己決定権の保護に反するか否か、ということを検討することによって明らかになるように思われる。

(2) 仮定的同意による治療行為の正当化

この点について考察するためには、そもそもなぜ侵襲行為の違法性を阻却するために患者の同意が必要であるのか、またその前提としてなぜ医師の説明が必要であるのか、ということから考えなければならない。以下、このことを明らかにし、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に反するものなのかを検討した上で、仮定的同意論によって我が国においても医師の免責を認めるとするならば、どのような理論的根拠によって裏付けられ得るのかということについて若干の私見を述べることにする。

ここまで検討してきたことからすると、仮定的同意を違法性阻却事由として解するのが妥当であるように思われる。このことに対する根拠づけは、違法性阻却原理を検討することによって可能となるように思われる。

我が国において、違法性阻却原理に関して、大別すると(i)目的説、(ii)社会的相当性説、(iii)優越利益説の3つの見解が主張されている。(i)は、行為が正当な目的のための正当な手段である場合には、違法性が阻却されるとする説である。「『正当な目的』達成のための『相当な手段』という考え方の内容は明確ではなく、それが実際にどのようにして判断されるのかは明らかではない」⁸⁵ということが、この説に対する批判である。

また、(ii)は、問題となる法益侵害行為が、別の法益の保護に資するものであり、その手段として「社会観念上は認し得ること」という意味での社会的相当性を有する場合には、違法性が阻却されるという説である。この説に対しては、まず、社会的相当性という観念が不明瞭であるということが批判として挙げられる。さらに、「結果無価値が結果価

⁸⁵ 内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986年)307頁。

値によって止揚されているのに、さらに行為価値による行為無価値の止揚を要求するのは、結局、行為無価値のみを根拠として犯罪の成立を肯定すること」になるという批判もなされている⁸⁶。

これに対し、(iii)は、法益性が欠如している場合又は利益衡量によって優越利益性が認められる場合には、違法性阻却が認められると解する説である⁸⁷。法益性が欠如すると言えるのは、問題となる法益が、被害者の有効な同意などによって保護に値しない場合であり、優越利益性があると言えるのは、法益侵害を惹起することが、別の法益を保護するために必要であり、侵害法益 A（惹起された法益侵害）と保全法益 B（回避された法益侵害）とを衡量した結果、保全法益が侵害法益と同等か、それよりも優越している場合である。このような場合には、「 $B - A \geq 0$ となるから、社会功利主義の見地から、その行為は全体として正当化されることになる」⁸⁸。この見解は、利益を判断する際に「判断者は憲法を頂点とする実定法を手掛かりとして、衝突する利益を評価し、それを衡量して結論を出さなければならない」ため、「違法判断が直観によってなされ、恣意が介入するという事態をさけることが可能となり、判断者の判断過程を外部に対して可視的にし、それに対する合理的な検討・批判を可能とする」⁸⁹点が、(i)及び(ii)説に比べて優れており、支持することができるように思われる。従って、侵襲行為の場合にも、優越利益説によって違法性阻却効が導かれるものであるとして、それぞれの要件を検討すべきである。

このような前提に立った上で、治療行為の正当化要件について考えると、以下のようなことになる。

治療行為において、その行為によって維持・増進される生命・健康という身体的利益の方が、その行為によって侵害される患者の身体的利益よりも大きいという意味で、前者に客観的優越利益性が認められる。こ

⁸⁶ 山口厚『刑法総論（第3版）』（2016年）110頁。同様の見解として、内藤・前掲注（85）313頁以下がある。

⁸⁷ 山口・前掲注（86）110頁以下。

⁸⁸ 西田典之『刑法総論（第2版）』（2010年）134頁。

⁸⁹ 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986年）147頁参照。

のような客観的優越利益性は、治療行為が①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を具備する場合に認められると言えるだろう。しかし、治療行為は、既に述べた通説によると、①及び②の要件を充たすことのみによって直ちに違法性を阻却することはできず、③患者の同意の要件も必要である。なぜならば、侵襲行為において衡量されるのは、いずれも患者自身に帰属する利益であり、たとえそれが客観的優越利益性の認められるものだとしても、本人の意思に反して、それを擁護することを認めることはできないからである⁹⁰。すなわち、③の要件は、患者の自己決定権の保護し、専断の治療行為を防止するために必要なのである。

先に述べたとおり、通説によると、③の要件については、それが有効であるための前提として医師の説明が必要であるとされており、このことは是認することができる。なぜならば、自身の病気がどのようなものであり、それに対してどのような侵襲が行われるのかといったことを何ら認識していない患者は、そもそも侵襲に関する自己決定をできないからである。しかし、③の要件は、違法性阻却事由の1つである、いわゆる被害者の同意と必ずしも同じものではなく、被害者の同意の場合より緩和された要件のもとで、その存在と有効性を肯定しうる⁹¹。なぜならば、①及び②の要件を充たす場合には、前述したように、客観的には患者の利益をもたらすものであるため、③の要件としては医的侵襲行為が患者の意思に反していないということが認められれば足りるからである。

このことに関し、町野教授は「患者の意思は医学の専断を抑制するという役割を果たすものであり、患者の個人的選択に反する治療行為に限って違法であると考えべきである」という前提に立たれた上で、「患者の意思が治療行為の正当化に意味を持ち自己決定権が認められなければならないのは、治療行為の持つ客観的な事前・事後の優越利益性が主観的にも患者の選択に反しないことを確保する必要があるからである」と述べられている⁹²。

⁹⁰ 町野・前掲注(89)132頁以下。

⁹¹ 町野・前掲注(89)178頁。同様の見解として、内藤・前掲注(85)532頁、山口・前掲注(86)176頁、佐藤・前掲注(72)217頁以下がある。

⁹² 町野・前掲注(89)172頁以下。

また、実際の医療現場において、手術を受ける患者が、個々の侵襲の詳細な態様や危険についてまで全て認識した上で同意しているわけではないことからしても、患者の同意を被害者の同意と同列に扱うことができないということは明らかであろう⁹³。

このようなことからするならば、③の要件は、被害者の同意よりも緩やかなもので足りるとするという方向性は妥当なものである。

もっとも、町野教授は、以上のことを前提とされた上で、具体的に、患者の推定的同意が認められる場合には患者の意思に反しておらず、③の要件が充たされるとされている。すなわち、教授は、患者の推定的同意が認められる場合には、行為が患者の意思方向に合致している蓋然性が認められるため、客観的優越利益性のある行為により侵害された法益の法益性が欠如するというために違法性が阻却できるとするのである⁹⁴。より具体的に言うならば、「[もし、適切な説明が医師からなされることによって] 患者が当該状況を正しく認識したとするなら治療的侵襲の結果・危険に対して同意を与えることを拒絶しなかったであろうと認められる場合には、患者の現実的な同意が存在せず、あるいは[医師の説明の欠缺によって]それが無効であったとしても、[推定的同意(意思方向との合致の蓋然性)が認められることによって]結果の発生は合法となる」ということである⁹⁵。

しかし、町野教授が見解のように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和することには、以下のような疑問があるように思われる。

まず、米村教授が指摘されているように、このような町野教授の見解は、「自己決定権を保護すると言いながら、実際上は推定的同意によって大半の医的侵襲行為が正当化されることになり、不当である」という

⁹³ 内藤・前掲注(85)533頁。また、このことについて町野教授は、これらの同意が有効となるためには、「医師は患者に対して医学の講義を事前にしなければならぬことになってしまう」と述べられている。町野・前掲注(89)197頁。

⁹⁴ 推定的同意の違法性阻却根拠について、詳細に論証されているものとして、町野・前掲注(89)199頁以下がある。

⁹⁵ 町野・前掲注(89)199頁以下。

批判がなされる余地がある⁹⁶。この点について、ローゼナウも、患者の推定的同意は、患者が自己決定や意思の形成を全く行わないということであるので、このような要素によって③の要件の有効性を判断すると、患者の意思が治療行為の正当化要件とは関係ないということになると批判している⁹⁷。

また、第3章で検討するが、推定的同意による違法性阻却が認められるのは、意識不明の患者に対する緊急手術など、患者が実際に同意できない場合に限定されるべきであるとされている⁹⁸。これに対し、仮定的同意が問題となるような治療行為の場合には、このような場合とは異なり、緊急性の要件を欠き、現に医師が十分に説明し得る状況及び患者が同意を表明し得る状況が存在しているので、推定的同意による違法性阻却は認められないように思われる。

さらに、山口教授が指摘されているように、このような町野教授の理解は、「『法益主体の意思に合致する』（被害者の同意）」という違法性阻却事由から、「『法益主体の意思に合致する事前的蓋然性が存在する』という別の違法性阻却事由を引き出すもの」⁹⁹であり、不当であるという批判も妥当するようと思われる。しかも、その「蓋然性」の判断は、結局客観的な医学的必要性に依拠せざるを得ず、客観的利益衡量による正当化との違いが明確とはならない。この意味で、町野教授が一貫して主張される「患者の意思に反した治療が専断的治療行為であり、その範囲内で自己決定権を法的に保護する」ということから逸脱する自己決定権侵害となるように思われる。

以上のことからすると、町野教授が示されるように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和するというのは妥当ではないように

⁹⁶ 米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 下巻』（2014年）106頁以下参照。

⁹⁷ Rosenau, Maiwald-FS, S. 696.

⁹⁸ Vgl. Kuhlen, Roxin-FS, S. 333. また、山口教授は、仮定的同意を推定的同意を限定的に理解したものであるとして、いずれの場合にも法益主体の事前の意思確認ができないという状況でのみ正当化を認めるべきであるとしている。山口・前掲注（86）183頁。

⁹⁹ 山口・前掲注（86）169頁。

思われる。

これに対し、本稿で検討した、「仮定的同意」が認められる場合には、確かに、行為時点においては、説明に基づく明示的に有効な同意は存在していないが、もし説明をしていたとしても、患者が同意していたであろうということが認められる場合であるので、この場合には、①及び②の要件を充たす侵襲行為が、事前的に見ても患者の意思に反しているものではないということが認められる。従って、前述したことからするならば、このような場合に、治療行為として違法性阻却を認めることは可能であるということが言えるように思われる。

このことについて、ローゼナウは以下のように述べている。すなわち、仮定的同意は「説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされないという場合」であるが、「侵襲を同意する意思を患者が実際にもっているということが要件となるという意味では、原則的な同意がある」場合であり、従って③の要件を具備しているということができ、治療行為の違法性が阻却される。ベックも同様に、「患者の意思に反していない」ということを、被害者の利益欠缺や法益放棄の場合と並列的に考えることで暗に示している。

また、古川教授が「仮定的同意の問題は、存在しない同意を仮定的に認める、という話ではな¹⁰⁰」いとして、仮定的同意という用語ではなく「潜在的同意」と言い表された上で、このような同意が存在する場合には、「説明していなくても、患者の理解が得られてい[る場合であるので、]侵襲は正当化される」とされているのも、①及び②の要件を充たす治療行為が、患者の意思に反していないと認められる場合には、違法性が阻却されるとするという趣旨であるように思われる¹⁰⁰。

以上のことからするならば、①及び②の要件を充たす治療行為において、仮定的同意が認められる場合には、当該侵襲が患者の意思に反していないということを超えて、実際に表明した患者の同意が、本来求められる現実的同意としては無効であるようにみえるが、正当化に必要な患者の同意は存在していると認められるので、違法性の阻却が認められるとい

¹⁰⁰ 古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論—ドイツ刑事判例に現れた考え方を中心に」『山口厚先生献呈論文集』（2014年）88頁以下。

うことになる¹⁰¹。

第2款 インフォームド・コンセントの本質としての仮定的同意

以上、治療行為の刑法上の正当化理論という観点から仮定的同意論を検討したが、これとインフォームド・コンセントとの関係がどのようにあるかということは明らかになっていない。すなわち、第1章で検討した通り、患者のインフォームド・コンセントには、(i) 正当化要件としての患者の同意、(ii) 医療契約締結のために必要な患者の同意、(iii) ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の3つの要素があるということ、それと、患者の生命・身体に関わる人格的生存のために必要な自己決定権を保護する、ということとの関係を明らかにしておかなければいけない。

先に述べた通り、(i) 正当化要件としての患者の同意として必要なのは、患者の意思に反してまで身体的干渉を受けない権利の保障である。その意味では、仮定的同意は、刑法上の正当化要件として有効な患者の同意であり、「刑法的に」十分なインフォームド・コンセントであることは明らかである。

しかし、患者のインフォームド・コンセントを得ることを通して自己決定権を尊重することには、(ii) 医療契約締結のために必要な患者の同意を得ること、(iii) ムンテラ実施の結果としてのインフォームド・コンセントという要素も含まれる。また、第4章でも触れることになるが、インフォームド・コンセントは、ムンテラとしての要素、すなわち治療の1つの過程とみることができ、十分に医師と患者が話し合った上で、患者の生命・健康という利益のために最善の方法を協同して選択していくのがインフォームド・コンセントの本来の役割である。そうであるならば、インフォームド・コンセントは、医師と患者の人間関係形成の1つの場面であるのだから、その人間関係形成において問題が生じた

¹⁰¹ なお、拙稿・前掲注(1)では、仮定的同意が認められる場合には「患者の意思に反しない」ということを根拠に違法性の阻却を認める、推定的同意より主観的利益を重視した正当化事由であるとしていたが、本稿は説を改め、仮定的同意は、表示された同意の有効性の問題であるとする。

場合には、隣人同士の間関係の問題の場合と同様に民事的介入の可能性はあり得る。その範囲については、医療の場面と隣人の場面とでは状況が異なる。医師が優先すべきは、まずは患者の生命・健康という利益の擁護であることから、隣人同士の場合よりも医師の民事責任の範囲は限定的なものと解するのが相当である¹⁰²。

そこで、どの範囲で限定するかという問題についても、仮定的同意が認められ、患者の同意が有効な範囲においては医師の民事責任も否定し得るように思われる。確かに、説明が不十分であり、医師－患者関係に倫理上の問題が生じているが、(ii) 医療契約締結のために必要な患者の同意という意味でのインフォームド・コンセントを覆すだけの拒否・選択の意思があるとは言えないからである。つまり、患者の生命・健康の利益を目指すという点で、契約上の医師－患者間の関係形成にも問題がない。仮にこのような問題を(iii) ムンテラとしてのインフォームド・コンセントの問題として捉え、従って、精神的な損害に対する慰謝料としての民事責任は残るとしても、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ないのではないだろうか。したがって、医師の説明が不十分であり、患者の十分なインフォームド・コンセントがないということによって医師が民事責任に問われ得るのは、仮定的同意の認められない場合に限定すべきである。

第5節 小括

医師の説明義務という概念は、治療行為の正当化の議論の中で発展し、

¹⁰² また、隣人同士の場合には、双方が原告となり得るが、インフォームド・コンセントをめぐる医師－患者関係の形成の場面では、医師側が原告となることはあり得ない。そういう意味でも、隣人同士の場合とは異なる。また、医師の治療義務・応召義務の観点からも、自由な契約関係ともいえない。とりわけ、医師－患者間の対話の問題であるインフォームド・コンセントをめぐる民事訴訟は、患者側からしか提起し得ず、医師の側は訴えられる側にしかならない点がその根拠として挙げられるだろう。

判例や学説において議論されてきたものである。このような議論の中で、現在の我が国において、その範囲は非常に過大なものとなっている。このことは、医師－患者間における健全な医療の確立を損ね、ひいては患者にとって不利益となるという問題を生じさせている。本稿は、同様がそれ以上の問題が生じているドイツにおいて、仮定的同意という法理論によってこのような問題を解決しているということに着目し、まずドイツの判例・学説における仮定的同意論を整理・検討した上で、もし、我が国において仮定的同意によってこのような問題を解決し得るとするならば、どのような理論的根拠により医師の免責を認めることができるのかということについて、治療行為の正当化の議論に立ち返りつつ、刑法的な観点から考察を行った。また、仮定的同意の有効範囲においては、医師の説明が不十分であっても患者の自己決定権を侵害するものではなく、刑法上正当化することを結論付けた上で、同様の問題に対する医師の民事責任について、若干の私見を示した。具体的には、以下のとおりである。

仮定的同意論は、説明義務違反に基づいて医師の損害賠償責任を過度に認めてきたドイツの民事判例において、それを制限するものとして発展してきたものである。ドイツにおいては、刑事判例においても、説明義務違反を根拠に医師を傷害罪で処罰していることから、このような処罰範囲を制限するための理論としても仮定的同意が採用されるようになった。刑事判例においては、仮定的同意が認められる場合の法的効果は、故意犯の場合には違法性阻却であり、過失犯の場合には客観的帰責阻却であるとされている。しかし、このような法的効果が生じる根拠は明らかではなく、このように故意犯と過失犯とで別の法的効果が生じるとすることにも理論的な妥当性があるとは言えない。

このような判例の状況に対し、ドイツの刑法学説においては、仮定的同意の法的効果に関して、(1)因果関係の否定ないし客観的帰責の阻却がなされるとする見解と、(2)違法性阻却がなされるとする見解が存在している。しかし、(1)の見解に対しては、仮定的同意が認められるような場合であっても因果関係ないし客観的帰責を否定することはできないという批判が妥当し、仮定的同意の理論的根拠として考えることはできない。

他方、治療行為の正当化原理に立ち返ってみるならば、(2)の見解は妥当であるように思われる。その理由は、以下の通りである。

治療行為が、①医学的適応性及び②医術の正当性の要件を充たす場合には、客観的優越利益性が認められるため、③患者の同意の要件は、被害者の同意とは異なり、それよりも緩やかなものでよい。その内容としては、専断的治療行為ではない、すなわち当該治療行為が患者の意思に反していないということでも足りると解されている。従って、①及び②の要件を充たす治療行為が患者の意思に反していないということが認められる場合には、③の要件を充たし、違法性が阻却される。

もっとも、このような前提に立ったとしても、③の要件を推定的同意が認められる範囲まで緩和するというのは妥当ではない。なぜならば、患者の意思方向との合致の蓋然性があることによって③の要件が充たされるとするならば、その判断基準は医学的客観性に依拠せざるを得なくなり、①及び②の要件を充たす治療行為のほとんどは、それだけで正当化されることになるからである。それでは、患者の自己決定権を保護し、専断的治療行為を阻止するために必要とされている③の要件を、事実上無意味なものにしてしまう。

これに対し、「もし、医師の説明の欠缺がなかったとしても、患者が同様に侵襲に同意していただろう」ということが認められる場合には、患者の意思に反していないということが認められる。従って、①及び②の要件を具備する治療行為において、患者の仮定的同意が認められる場合には、違法性の阻却が認められるように思われる。このような場合には、患者の生命・健康の利益を目指すという点で医師－患者間の関係形成にも問題がないのだから、医師の民事責任も否定される。精神的損害に対する民事責任が課される場面としては、ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに問題がある場合も残されているが、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ない。

以上が、説明が不十分であることに基づいて患者の同意がある場合についての治療行為の正当化理論とその範囲の検討、インフォームド・コンセントの関係についての検討であった。以下、第3章では、患者が意

識不明等で患者のインフォームド・コンセントを得ることが不可能である場合について、続いて第4章では、患者が精神障害者や未成年であるために、医師の説明を十分に理解し、判断することができない同意無能力者である場合についてそれぞれ治療行為の正当化理論とその範囲を検討し、それと実務上要求されている家族等のインフォームド・コンセントとの関係について検討する。

司法の優越をめぐる法と政治（3）

—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——

鈴木 繁 元

目 次

- 序章：違憲審査制と司法の優越 (以上、73巻5号)
- 第1章：アメリカにおける司法の優越 (以上、74巻1号)
- 第2章：司法の優越の正当化議論
- 第1節：司法の優越の実体的正当化
- 第1款：法と政治の区分と司法の優越
- 第2款：原理への着目
- 第2節：「確定」機能の担い手
- 第1款：憲法・権威・確定
- 第2款：なぜ連邦最高裁か
- 第3款：議論の整理
- 第3節：小括——「神話」としての司法の優越？ (以上、本号)
- 第3章：司法の優越の揺らぎ
- 第4章：アメリカにおける対話理論の生成と発展
- 結論と今後の課題

第2章：司法の優越の正当化議論

ウォーレン・コートは、1958年の *Cooper v. Aaron*¹において、連邦最高裁が憲法の究極の解釈者であること、さらには、司法の優越が

¹ 358 U.S. 1 (1958).

Marbury v. Madison²以来アメリカにおいて存在し続けることを明示的に宣言するに至る。そして、「近時の司法優越主義の端緒」³とも評されるウォーレン・コート期以降、連邦最高裁は、自らの憲法解釈こそが「国家の最高法」である旨を度々主張するようになる⁴。そのような傾向がとりわけ顕著であると評価されるのが、レーンキスト・コートであった⁵。レーンキスト・コートは、1997年の City of Boerne v. Flores⁶に代表されるように、とりわけ第14修正5節の下での連邦議会の権限との対抗関係において、司法の優越に言及しつつ、あたかも連邦最高裁が排他的な憲法解釈権限を有するかのような判断を下していった⁷。ポスト (Robert C. Post) とシーゲル (Reva B. Siegel) は、このような連邦最高裁の態度を「司法中心的憲法 (Juricentric Constitution)」⁸と評するが、連邦最高裁における司法の優越の強調は、学界においてもまた、大きな反響を呼ぶものであった⁹。

² 5 U.S. 137 (1803).

³ 大河内美紀「Our “Settled” Constitution」論究ジュリスト28号 (2019年) 130頁注11。See, William E. Nelson, *Brown v. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism*, 48 ST. LOUIS U. L.J. 795, 797 (2004).

⁴ Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 210-11 (1962); Powell v. McCormack, 395 U.S. 486, 549 (1969); United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 704 (1974); Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 868 (1992).

⁵ 大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる——」帝京法学25巻2号 (2008年) 103頁以下を参照。またグレーバー (Mark A. Graber) は、とくにレーンキスト・コートとロバーツ・コートは、司法の優越を前面に押し出す傾向にあると指摘する。Mark A. Graber, *Judicial Supremacy Revisited: Independent Constitutional Authority in American Constitutional Law and Practice*, 58 WM. & MARY L. REV. 1549, 1553 (2017).

⁶ 521 U.S. 507 (1997).

⁷ City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 529 (1997); Kimel v. Fla. Bd. of Regents, 528 U.S. 62, 81 (2000); Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U.S. 356, 365 (2001).

⁸ Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 IND. L.J. 1, 2 (2003).

⁹ See, Erwin Chemerinsky, *The Religious Freedom Restoration Act is a Constitutional Expansion of Rights*, 39 WM. & MARY L. REV. 601 (1998).

さらに、司法の優越はアメリカの憲法学界においても、広く規範論として受容されるに至る¹⁰。たとえばホイットントン (Keith E. Whittington) は、ロースクールのケースブック、大衆紙、法学者や連邦最高裁までもが、司法の優越を支持していることを指摘する¹¹。またポウルセン (Michael Stokes Paulsen) は、「我々の世代は、司法の優越という思考に慣れており、司法部の判断が最終的なものであり、他のすべてのアクターを拘束するものだと思い込んでいる」¹²として、司法の優越が憲法学者の間で浸透していることを指摘している¹³。この点につき、市民的自由や平等の保護という方向性のもと社会改革を実現し、「社会関係の形成・政治関係における違憲審査制と裁判所の位置付けを飛躍的に高めた」¹⁴ウォーレン・コートが存在が、とりわけリベラル派の法学者において司法の優越を浸透させる一助となったと主張するクレイマー (Larry D. Kramer) の説示を踏まえるならば¹⁵、リベラルなウォーレン・コートによる司法の優越の宣明が、その後のアメリカにおける学説を一定程度枠づけることになったとも評価しうる。

本章では、かようにアメリカの憲法学界において受容されるに至った司法の優越に、いかなる規範的意義が認められるのかについて探る。第1節では、主として司法部の判断の実体面に着目しつつ、司法の優越を正当化する議論を追う。第2節においては、司法部の実体的な判断内容

¹⁰ Scott E. Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*, 24 HASTINGS CONST. L.Q. 359, 363 (1997).

¹¹ Keith E. Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C. L. REV. 773, 777 (2002).

¹² Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 GEO L.J. 217, 298 (1994).

¹³ ただし80年代以降のアメリカにおいては、人民立憲主義やディパートメントリズムなど、司法の優越に対抗する理論も蓄積されつつある。

¹⁴ 木下智史「立憲主義の原型と変容——アメリカ合衆国の議論を素材として——」公法研究80号(2018年)6頁。

¹⁵ LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW 223 (2004). なお、新井誠「議会と裁判所の憲法解釈をめぐる一考察」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法 理論的対話の試み』(尚学社、2013年)198頁も参照。

からは独立して¹⁶、統治機構における連邦最高裁の制度的な立ち位置を司法の優越の論拠として重要視する議論を検討することとする。

第1節：司法の優越の実体的正当化

第1款：法と政治の区分と司法の優越

レーンキスト・コートは、「マーベリ判決以来、連邦最高裁は憲法条項の究極の解釈者であり続けている」とする言明に代表されるように¹⁷、連邦最高裁こそが憲法解釈における最終的権威を有するとする姿勢が顕著であった。それと同時に、レーンキスト・コートにおいて顕著であったのが、その保守的な判断傾向である。すなわち、レーンキスト・コートは、保守的司法積極主義と称されるほどに¹⁸、とりわけ州に対する連邦の権限規制が問題となる領域で積極的に違憲判決を下す一方で、個人の自由に対する保護からの退却姿勢をも見せていたのである¹⁹。

かようなレーンキスト・コートにおける積極的な違憲判断の傾向につき、ポストは、ドゥオーキン (Ronald Dworkin) を引用しつつ、連邦最高裁は、憲法上の問題を「権力政治の戦場から原理のフォーラムに引きずり出すという使命を明確に受容し」²⁰たと評する。そして、保守的な連邦最高裁における、あらゆる憲法問題を最終的に解決するという「うぬぼれ」は、かつてのようにリベラルな方向での積極的な違憲判断を期待した人々の期待を裏切るものであったことをも指摘する²¹。すなわち、「権力政治の戦場」から自律して、「原理のフォーラム」として最終的な

¹⁶ Frederick Schauer, *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*, 92 CALIF. L. REV. 1045, 1048 (2004).

¹⁷ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616-617 n.7 (2000).

¹⁸ See, Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. COLO. L. REV. 1139 (2002).

¹⁹ Michael Kent Curtis, *Judicial Review and Populism*, 38 WAKE FOREST L. REV. 313, 318-319 (2003).

²⁰ RONALD DWORIKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 71 (1985).

²¹ See, Robert C. Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 HARV. L. REV. 4, 6 (2003).

憲法判断を下すべき機関であるはずの連邦最高裁が、その判断傾向において保守的であったことは、特にリベラルな憲法学者が意図せざる帰結でもあったのである²²。

ポストが、司法の優越を宣明しつつ積極的な違憲判断を下す連邦最高裁を評価する過程で言及した、「原理のフォーラム」としての裁判所の地位こそが、司法の優越を実体的に正当化する際に、しばしば強調されるものである。例えばホイットントンとは、司法の優越は、便宜的な考慮を行う政治部門（特に立法部）と、「原理」に基づく判断をなす司法部の区別に根差すものであると主張する²³。すなわち、「論理と推論に基づいて判決に到達することを約束する唯一の機関であるという点」²⁴こそが、司法部の制度的特質であること、そしてそのような特質こそが司法部の正当性を基礎付けるものであるとする立場は²⁵、「アメリカの歴史に深いルーツを有するもの」²⁶であり、ウェクスラー（Herbert Wechsler）

²² こうした連邦最高裁の動向に対する、リベラル派憲法学者からのリアクションの一つとして、人民立憲主義を挙げることができる。人民立憲主義を紹介する邦語文献としては、木下智史「合衆国におけるポピュリスト的立憲主義の展開と民主主義観の変容」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義観の変容と憲法学』（日本評論社、2016年）282頁以下、松井茂記「「ポピュリスト的立憲主義」をめぐる」佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法 阿部照哉先生喜寿記念論文集』（成文堂、2007年）353頁以下、金澤孝「人民立憲主義論（Popular Constitutionalism）と反多数派支配主義の難題（The Counter-Majoritarian Difficulty）への示唆」早稲田法学会誌57号（2007年）49頁以下、岡室悠介「憲法における「人民」の位相（一）（二）（三・完）——合衆国における人民立憲主義論を素材として」阪大法学66巻1号（2016年）123頁以下、同66巻2号（2016年）83頁以下、同66巻5号（2017年）49頁以下、川鍋健「人民のための違憲審査——ポストとシーゲルの民主的立憲主義論について——」一橋法学17巻3号（2018年）521頁以下などを参照。

²³ Whittington, *supra* note 11, at 809.

²⁴ ERWIN CHERMERINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION 89 (1987).

²⁵ NEIL DUXBURY, PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE 258-260 (1995).

²⁶ Whittington, *supra* note 11, at 809. ホイットントンによれば、政治と法を鋭く分ち、「原理」に基づく判断を下す機関として司法部を把握する理解

やビッケル（Alexander M. Bickel）といったリーガル・プロセス学派、さらには「司法の優越の熱狂的支持者」²⁷たるドウオーキンに継受されていったものであった。特にホイットントンが、1950年代以降のアメリカ主流派憲法理論をけん引したと評する、リーガル・プロセス学派の代表的論者たるウェクスラーは²⁸、原理に基づく推論こそが、裁判所を「裸の権力機関」²⁹たる政治部門と分かち制度上の特質であり、司法部に固有の機能であることを強調する論者であった。

第2款：原理への着目

ウェクスラーの議論を検討する前に、リーガル・プロセス学派について簡単な整理を行うこととする³⁰。ハート（Henry M. Hart, Jr.）とサックス（Albert Sacks）によって1958年に著された「プロセス法学のマイル

は、Marbury v. Madison にまでさかのぼる。すなわち、マーシャル（John Marshall）は、「裁判所の任務は、あくまでも個人の権利について判断すること」であるとして、本質的に政治的な問題は、裁判所は決して扱うことができない旨を宣言していたのである。5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803).

²⁷ Graber, *supra* note 5, at 1551.

²⁸ See, Keith E. Whittington, *Herbert Wechsler's Complain and the Revival of Grand Constitutional Theory*, 34 U. RICH. L. REV. 509 (2000).

²⁹ Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV.L. REV. 1, 12 (1959).

³⁰ リーガル・プロセス学派については、脚注で引用する文献のほかに、田中英夫＝谷川久「"Legal Process"——アメリカにおける立法学の一つのかたち——（一）（二・完）」*ジュリスト*225号（1961年）6頁以下、同227号（1961年）15頁以下、高見勝利「「より良き立法」へのプロジェクト：ハート＝サックス〈The Legal Process〉再読」井田良＝松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（ナカニシヤ出版、2014年）21頁以下、山本龍彦「最高裁の中の〈アメリカ〉——憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）169頁以下、椎名智彦「現代アメリカ法におけるプロセス的視座の諸相」*青森法政論叢*18号（2017年）1頁以下などを参照。

ストーンともいふべき³¹「THE LEGAL PROCESS」³²は、当時のアメリカのロースクールにおける主要な教材となっていた³³。1950年代には、アメリカ法学界において広く受容されるに至ったリーガル・プロセス学派は、「ホームズ判事の形式主義法学批判に始まりリアリズム法学に至る、それまでに先行したアメリカ法学の成果を織り込んだ一つの集大成としての性格」³⁴を有するものであった。すなわち、Lochner v. New York³⁵に象徴される憲法解釈観は、形式主義と呼称され、法の当該具体的事件への適用とは、あらかじめ法条項において定められた意味の機械的な適用にほかならないと論じるものであったが³⁶、このような機械的・形式的司法観を前提とする形式主義法学に対する批判として台頭したのが、リアリズム法学であった。ホームズ判事 (Oliver W. Holmes) を「思想的源流に戴く」³⁷リアリズム法学は、裁判官の判決形成における、一般的な原理やルールなどの不確定性を指摘し、むしろそれらは、裁判官の主観的な基準を正当化するための道具でしかないという見解を採用するものであった³⁸。このようリアリズム法学の立場を継受しつつ、——すなわち、「裁判官による法形成の認識というリアリズムの基本的成果自体は原則として受容しつつ」³⁹——適切な判決を形成するために裁

³¹ 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス ——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展——」北大法学論集31巻2号(1980年)737頁。

³² See, HENRY M. HART, JR. AND ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (Eskridge & Frickey eds, 1994). 同書は、エスクリッジ (William N. Eskridge, Jr.) とフリッキー (Philip P. Frickey) によって復刊されたものである。

³³ 椎名・前掲注30) 2頁。

³⁴ 藤谷武史「[より良き立法]の制度論的基礎・序説 ——アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号(2010年)167頁。

³⁵ 198 U.S. 45 (1905).

³⁶ 松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)53-55頁。

³⁷ 椎名智彦「岐路に立つ法の支配」戒能通弘編『法の支配のヒストリー』(ナカニシヤ出版、2018年)246頁。

³⁸ G. Edward White, *The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change*, 59 VA. L. REV. 279, 281 (1973).

³⁹ 常本・前掲注31) 734頁。

判官がなすべきこととは何かという問題に取り組んだのが、リーガル・プロセス学派であった。彼らの根底には、「アメリカの民主制における逸脱した制度」⁴⁰としての司法審査をいかに正当化するか、という問題意識が存在していた。その特徴としては、裁判所・立法部・執行部・私人を法形成の主体と観念し、これら法形成主体相互の協調的關係のもと、それぞれの制度的適性 (institutional competence) に応じて、社会における問題・紛争を解決するべく行動するべきであるとする、プロセス的な思考方法が挙げられる。その中で、政治部門と対置されるべき司法過程の機能的特質として要請されるのが、緻密な理由付け (reasoned elaboration) であった。

このリーガル・プロセス学派の代表格として挙げられるのが、ウェクスラーである⁴¹。ホイットンソンは、1950年代以降の主流派憲法理論の探究の対象が、連邦最高裁による「合衆国憲法の解釈を嚮導するための一般的に受容される理論を形成する」⁴²ことにあったということを指摘し、ウェクスラーの研究をその中心に位置づける⁴³。ウェクスラーの探究をかような地位に押し上げたものは、ハーバード・ロー・レビュー誌上にブラウン判決批判として掲載された、「憲法の中立的な原理に向けて (Toward Neutral Principles of Constitutional Law)」であった⁴⁴。

⁴⁰ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 18 (2d ed. 1986).

⁴¹ 参照、常本・前掲注31) 735-739頁。

⁴² Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N.Y.U. L. REV. 1, 1 (1998).

⁴³ ホイットンソンは、ウェクスラー以降の憲法理論を「ウェクスラー後の憲法理論 (post-Wechslerian constitutional theory)」とカテゴライズする。Whittington, *supra* note 28, at 515.

⁴⁴ ウェクスラーの憲法理論については、松井・前掲注36) 90-92頁、常本・前掲注31)739-740頁、西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察(二)——その歴史的発展過程と機能的分析——」*広島法学* 3巻3号(1979年) 59-61頁、野坂泰司「『司法審査と民主制』の一考察(四)」*国家学会雑誌*97巻9・10号(1984年) 666-675頁、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論(二)——憲法訴訟における事実解釈の研究——」*国家学会雑誌*107巻7・8号(1994年) 683-705頁などを参照。

ウェクスラーの論文は、ブラウン判決批判として著名な⁴⁵、前年度のホームズ記念講義におけるハンド (Learned Hand) の所説⁴⁶に対する応答という形式をとる。ウェクスラーによる、同論文におけるブラウン判決批判の要諦は、判決の帰結ではなく「法廷意見の理由付け」⁴⁷にあった⁴⁸。すなわち、彼にとって重要であったのは、「問題の性質ではなく、裁判所によって正当に付与される回答の性質」⁴⁹であり、裁判所は「中立的原理」⁵⁰に基づいた価値の選択をしなければならないのである。

裁判所は、事件が適切に係属した場合、それが価値選択に関係するものであっても、——否応なく含むものであるが——憲法条項に照らして他の部門の行為を審査する権限と責務の双方を有する。しかしながら、それをなす際に、裁判所はむき出しの権力機関とは異なって機能するように拘束されている。すなわち、法を司る裁判所として参画するのである。このことは、どのようにしてかような類の決定が、何らかの法的な性質を有すると主張することができるのかに向き合うことを要請する。私が思うに、その答えは主として、裁判所の判断が完全に原理づけられたものであること、あるいはそうあることを義務付けられていることにある。私の考える、原理づけられた判断とは、事件におけるすべての問題について理由づけられたものであり、その一般性と中立性において、関連するあらゆる現下の帰結を超越するものである。政府の他の部門や州の部門の価値選択を覆すための、かような類の十分な理由づけがない場合、それら部門による価値選択は、当然のことながら存続しなければならない。⁵¹

⁴⁵ Nelson, *supra* note 3, at 825.

⁴⁶ See, LEARNED HAND, THE BILL OF RIGHTS: THE OLIVER WENDELL HOLMES LECTURES (1958).

⁴⁷ Wechsler, *supra* note 29, at 32.

⁴⁸ Nelson, *supra* note 3, at 826.

⁴⁹ Wechsler, *supra* note 29, at 15.

⁵⁰ *Id.* at 17.

⁵¹ *Id.* at 19.

ウェクスラー曰く、「それらが競合する価値あるいは願望の選択」⁵²であるという意味において、裁判所は憲法判断をなす際に、不可避免的に「政治的な」問題に直面せざるを得ない。しかし、このような局面においてアドホックな判断をなすことは、裁判所がむき出しの権力機関（naked power organ）として機能することを可能にしてしまうものであり、そのような帰結は「我々の立憲主義における最も根深い問題である」⁵³と指摘する。すなわち、憲法判断が不可避免的に政治性を帯びるからこそ、裁判所は政治部門とは異なる司法部固有の機能として、原理に基づいた判断をしなければならないのである。そして、ウェクスラーにとってのブラウン判決とは、「提示された解決が ad hoc な判断にすぎないという意味において、政治的なものと評価されることになる」⁵⁴のであり、それゆえに、同判決に対しては、中立的原理の要請を満たすものではないという評価が下されることとなる⁵⁵。

このようにウェクスラーは、憲法上の問題について、アドホックな判断でその帰結を重視することと、中立的原理によって判断が基礎付けられていることを対比的に論じ、後者こそが、政治部門と区別される「法を司る裁判所」において、固有の役割であるべきことを強調する。彼にとって、「司法過程の主要な構成要素とは、まさに、それが真に原理に基づくものでなければならない」⁵⁶からこそ、司法部はその機能において、政治部門とは区別されるのである。このように、ウェクスラーの憲法理論における課題は、民主制における司法審査の正当化の要請に対応するべく、司法部が「むき出しの権力機関」としてではなく、「法を司る裁判所」として機能する方法を説明することにあつたといえよう。

ホイットントンによれば、ウェクスラーのかような試みは、「ウェ

⁵² *Id.* at 15.

⁵³ *Id.* at 12.

⁵⁴ 岡野誠樹「憲法－訴訟－法 ——違憲審査と訴訟構造の交錯——（一）」国家学会雑誌133巻1・2号（2020年）105頁。

⁵⁵ ブラウン判決が中立的原理の要請を満たすものではないと批判した点にこそ、ウェクスラーの論文が論争を呼んだ主たる原因があつた。参照、常本・前掲注31）739頁。

⁵⁶ Wechsler, *supra* note 29, at 15.

クスラー後」の憲法理論を枠づけるものであった。すなわち、「ウエクスラー後」の主流派憲法理論の多くにおいて、原理に基づく推論 (principled reasoning) は「裁判所の専権事項」⁵⁷とみなされるようになった。そして、原理の宣明こそが裁判の重要な機能の一つであり、民主制における司法部の正当性を基礎付けるものとされたのである⁵⁸。このように、司法部とそれ以外の政府の部門を、原理に基づく推論をなすか否かで区分する見解は、ハート (Henry M. Hart, Jr)⁵⁹やビックル、そして、のちのドゥオーキン⁶⁰の研究においても継受された⁶¹。ここにおいて、政治部門 (特に立法部) を「利益集団政治のフォーラム (forums of interest group politics)」、裁判所を『「原理」のフォーラム (forums of “principle”)』と捉える、「アメリカにおける一つの有力な傾向」⁶²を見て取ることができるのである。そしてホイットントンは、「ウエクスラー後」においてとりわけ支配的となった、「立法部を支配する便宜に関する考慮と司法部を支配する原理に関する考慮の間の明確な区分」⁶³にこそ、司法の優越の規範的正当化のルーツを見出すのである。

司法部における原理の宣明という、実体面における司法の優越の規範的正当化議論は、ドゥオーキンにおいてさらに顕著である。すなわち、「司法の優越の熱狂的な支持者」⁶⁴とも評されるドゥオーキンは、司法過程を政治過程と対比させ、裁判所は、憲法と人民を人民自身から防護す

⁵⁷ Whittington, *supra* note 28, at 515.

⁵⁸ Duxbury, *supra* note 25, at 258-259.

⁵⁹ Henry M. Hart, Jr., *The Time Chart of the Justices-Foreword*, 73 HARV. L. REV. 84, 99 (1959).

⁶⁰ See, RONALD M. DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* (1996).

⁶¹ フィス (Owen Fiss) も、立法部は制度的にもイデオロギー的にも憲法の意味の探究には不向きであり、その時々の人々の選好に傾きがちであることを指摘し、司法部との相違を強調する。Owen Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 10 (1979).

⁶² 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988年) 58頁。

⁶³ Whittington, *supra* note 11, at 810.

⁶⁴ Graber, *supra* note 5, at 1551.

るべきであると述べ、「原理のフォーラム」としての司法部の性質を強調する。

（政治過程）は、一つの問題を中心に形成された政治的な連合体によって支配されており、議員を買収したり脅迫したりして、自分たちの思い通りに投票させるために、圧力団体のおなじみの戦術を使用する。自由の精神にとって重要であるとハンド判事が考えた偉大な道徳的議論は、決して始まることはない。また、通常の政治は、すべての強力な集団が不満を抱かないように、彼らが望むものを十分に与えるような政治的妥協を志向する。そして、道徳的な原理に基づく理由づけられた議論が、そのような妥協の一部になることはほとんどないし、友好的になることもない。⁶⁵

これに対する司法過程について、ドゥオーキン以下のように論ずる。

私たちは、いくつかの問題を権力政治の戦場から原理のフォーラムに呼び出す機関を有する。それは、個人と社会の間の最も深い、最も基盤的な対立が、いつか、どこかで、最終的に、正義の問題になるという期待を抱かせるものである。私はそれを宗教とも予言とも呼ばず、法と呼ぶのである。⁶⁶

ドゥオーキンの議論においては、上記のように、権力政治が行われるフォーラムたる政治過程と「原理のフォーラム」たる司法過程による「二元的な法秩序形成観が構築」⁶⁷されている。そして、アメリカの憲法秩序では、司法部のみが「原理のフォーラム」として機能し、「権力政治の闘争の場」の喧騒から離れて、「正義の問題」にフォーカスすることができるのである。

⁶⁵ Dworkin, *supra* note 60, at 344-345.

⁶⁶ Dworkin, *supra* note 20, at 71.

⁶⁷ 山本龍彦＝大林啓吾「司法審査論の新地平（一）法原理機関説へのレクイエム？」桐蔭法学12巻1号（2005年）95頁。

上記で概観したように、原理の宣明者としての裁判所の地位に着目する見解は⁶⁸、人民の選好を集約し、それによって政策を執り行う政治部門と、原理に基づく決定を行う司法部とを「分断的に把握」⁶⁹することで、両者の判断の相違を浮かび上がらせるという特徴を有する。「ウェクスラー後」とも評される、アメリカにおける50年代以降の主流派の憲法理論が、裁判官がいかにして憲法を解釈するのか、そして、いかにして民主制における司法部の正当性を維持するのかということを探究⁷⁰するに際して着目した点の一つが、裁判所における原理づけられた判断という特徴であった。すなわち、政治から一定の距離を有し、人民の選好によってその判断を左右されず、「原理の問題を取り扱う一定の能力を有する」⁷¹ことこそが、裁判所における固有の機能であり、この点において政治部門とは区別されること、かような能力においてこそ、民主制における司法審査は正当化されうるとしたのであった。そして、「原理」の宣明という制度的な特質ゆえに、裁判所が憲法解釈において優越的地位

⁶⁸ ただし、リーガル・プロセス学派に属する論者によってしばしば言及される「原理」については、その意味は一義的に定まるものではないことには留意しなければならない。例えば、ウェクスラーにおいては、憲法上の判断が一般性・中立性に基礎づけられていることを要請し、その対極にあるアドホックな判断こそが立憲主義にとっての脅威とされていた。換言するならば、彼の議論は、「原理」の内実についての定義を厚く行うものではなかった。これに対してドゥオーキンの議論は、「原理」を、公正・正義などの道徳的な要因によって個人や団体の権利を規定しているがために遵守されるべき基準であるとして、その定義を厚く行うものであることが指摘されている。この点について、山本龍彦は、アメリカ憲法理論における「原理」観について、ウェクスラーに代表される50年代の見解とドゥオーキンに代表される70年代の見解を対比的に論じている。参照、山本龍彦「法原理機関説」の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学14巻1号（2007年）121-124頁。なお、ウェクスラー、ビッケル、ドゥオーキンの各論者が「原理」に込めた意味の相違について論じるものとして、佐藤・前掲注62）59-66頁も参照。

⁶⁹ 松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回（一）——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として——」民商法雑誌140巻1号（2009年）55頁。

⁷⁰ Whittington, *supra* note 28, at 510.

⁷¹ Bickel, *supra* note 40, at 25.

を占めるとされるのである⁷²。この点において、「実体的に望ましい法的帰結を導出する」⁷³司法部の能力を論ずることと、司法の優越の理論的根拠の結びつきを見て取ることができよう⁷⁴。

第2節：「確定」機能の担い手

本章冒頭で述べたように、1997年に下されたバーニー判決は、連邦最高裁による、裁判所を憲法典の唯一の番人と想定する「司法中心的憲法（Juricentric Constitution）」⁷⁵とも称される態度の表れであると評され、とくに同判決における司法の優越の宣明は、学界において反響を呼ぶものとなった。

同判決では、信教の自由回復法（Religious Freedom Restoration Act: RFRA）の州に適用される部分が、連邦議会における第14修正5節に基づく権限の逸脱に相当するか否かが争われた⁷⁶。ケネディ（Anthony Kennedy）による法廷意見は、第14修正5節に基づく連邦議会の権限は、実質的な権限ではなく救済的な権限であると措定し、本件におけるRFRAは連邦議会における救済的な権限を逸脱するものであり、同法の州に適用される部分は違憲であると判示した。本論文との関係で注目すべきは、その末尾における言明である。すなわち、「我々の国家における経験は、政府の各部門が憲法および他の部門の適切な行為や決定を尊

⁷² See, Chemerinsky, *supra* note 24, at 81-105.

⁷³ Whittington, *supra* note 11, at 809.

⁷⁴ クレイマーは、ウォーレン・コート期後に司法の優越が学界において規範論として支配的になった要因の一つとして、民主制への不信を挙げる。すなわち、第二次大戦後、ナチズムや共産主義の台頭といった経験を踏まえ、民主制を利益集団による自己利益の追求の場とみなす見解が広まった。クレイマーは、このような民主制への不信は、「原理のフォーラム」としての裁判所への期待を高めることになったと主張するのである。Kramer, *supra* note 15, at 221-222.

⁷⁵ Post & Siegel, *supra* note 8, at 2.

⁷⁶ なお、連邦最高裁における判例法理の変遷については、安西文雄「信教の自由——アメリカにおける展開とわが国への示唆」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、2018年）147頁以下などを参照。

重している場合に、憲法は最良にも保持されることを教示するものである。連邦最高裁が憲法を解釈するとき、それは司法部門の領域の範囲内においてなされたものであり、何が法であるかを語ることは、司法部の責務である。政府における政治部門の行為が、既に司法部がなした憲法解釈に反している場合、後続の事件及び争訟において、連邦最高裁は、先例拘束を含む確立された原理に基づき、その先例を適切なものとして扱わなければならない、そうでない行為は予期しえない。RFRAは、ここに挙がっているような事件及び争訟を統制するために設計されている。しかし、ここで引き合いに出された連邦法の規定は連邦議会の権威を逸脱しており、それはRFRAではなく連邦最高裁の先例が統制しなければならない。』⁷⁷という部分である。ここにおいて連邦最高裁は、マーベリ判決を引用しつつ「何が法であるかを語ることは、司法部の責務である」と述べ、司法の優越を宣明することとなった。すなわち連邦最高裁は、第14修正の解釈において、議会よりも司法部の方がその能力において適していることを宣言し、「クーパー判決以来、最も裁判官中心的な憲法観を採用」⁷⁸することとなったのである。

このような、司法の優越の「最高潮」⁷⁹とも評される重要な局面と同時期に、シャウアー (Frederick Schauer)⁸⁰とアレクサンダー (Larry Alexander) による共著論文は公表された⁸¹。同論文は、司法の優越を法の確定機能という視点から「無条件に」⁸²擁護するものであり、学界における激しい

⁷⁷ 521 U.S. at 535-536.

⁷⁸ Michael W. McConnell, *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores*, 111 HARV. L. REV. 153, 163 (1997).

⁷⁹ Robert F. Nagel, *Judicial Supremacy and the Settlement Function*, 39 WM. & MARY L. REV. 849, 850 (1998).

⁸⁰ シャウアーの憲法理論の紹介として、奈須祐治「フレデリック・シャウアー合衆国憲法解釈におけるルールの意味」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像理論家編』(尚学社、2010年) 99頁以下を参照。

⁸¹ Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359 (1997).

⁸² *Id.* at 1362.

論争の的となるものであった⁸³。第2節においては、かように司法の優越の擁護論者として著名である、シャウアーとアレクサンダーの議論を検討の対象とする。

第1款：憲法・権威・確定

「ディパートメンタリズムの嚆矢」⁸⁴とも評される、当時の司法長官であったミース (Edwin Meese III) によるチュレーン大学での講演は⁸⁵、すぐさま激しい批判にさらされることとなった⁸⁶。例えばそれは、司法の優越を拒絶することは、法の秩序に混沌をもたらすものであるとする批判であったり、あらゆる公務員の見解が法となるがゆえに、法の支配の危機を招くものであるといった批判であった⁸⁷。すなわち、ミースの主張における党派性に対する批判もさることながら、三権における対等な憲法解釈権限を認める彼の議論に対しては、憲法解釈に無秩序がもたらされるという懸念が示されていたのである。

このような、司法部以外の部門における対等な憲法解釈権限を認めることに対する批判は、ミースによる司法の優越批判以前においても存在していた。例えば、連邦最高裁における、憲法問題を解決することへの責任を強調した *McCulloch v. Maryland*⁸⁸ におけるマーシャル (John Marshall) の言明がそれに該当しよう。マーシャルが危惧していたのは、

⁸³ Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 CONST. COMMENT. 455, 458 (2000). デビンス (Neal Devins) とフィシャー (Louis Fisher) は、彼ら二人の議論が「連邦最高裁の決定に従う人民政府の義務についての学術的な議論を再活性化」させるものであったと評する。 Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 VA. L. REV. 83, 84 (1998).

⁸⁴ 大林・前掲注5) 117頁。

⁸⁵ See, Edwin Meese III, *The Law of the Constitution*, 61 TUL. L. REV. 979 (1987).

⁸⁶ See, Robert F. Nagel, *Comment on Democratic Constitutionalism*, 61 TUL. L. REV. 1027 (1987).

⁸⁷ Stuart Taylor, *Liberties Union Denounces Meese*, N.Y. TIMES, Oct. 24, 1986, at A17, col.1.

⁸⁸ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

憲法解釈の主体が多すぎて、それら主体が自らの主張を妥協せずに主張し、合衆国の分裂や内戦に発展する可能性であった。すなわち彼は、同判決において俎上に上がった合衆国銀行設立法案の合憲性という重大論点について、「平和的に決定されなければ、敵対的な立法の原因となり、おそらくは、より深刻な性質の敵意の源泉となるだろう」⁸⁹と懸念を表明したのである。つまりは、憲法についてそれぞれの州が異なった解釈をするという事態が、憲法解釈における無秩序さを生み出す可能性を、マーシャルの言明は示すものであるといえよう。19世紀前半における州権論争で著名なウェブスタ (Daniel Webster) も、「連合の権限を、一つの解釈ではなく、13あるいは24の解釈に従属させることほどにばかげたことがあるだろうか。すべての人によって設立され、すべての人に責任を持ち、すべての人のために決定する権限を有する一つの法廷ではなく、憲法上の問題は、それぞれが自身のことについて自由に判断し、他の判断を尊重する義務を負わない24の人民による主体に委ねられるべきなのであるか。」⁹⁰と懸念を表明する。すなわち、ウェブスタにとっての司法の優越とは、法の支配の維持に資するものであり、また、憲法上の無秩序を防ぐためのものであるとするものであった。そして彼は、このような憲法解釈における無秩序状態が存在するのならば、連邦政府の存立それ自体も危うくなるという危機感を抱いていたのである。

シャウアーとアレクサンダーが、1997年公表の論文及びそれに対する批判に応答した2000年の論文⁹¹において提唱した司法の優越の擁護論は、マーシャルやウェブスタのような、憲法解釈における無秩序さの出現を懸念する立場に通じるものである。彼らの議論において注目すべきは、法の確定機能を重視している点である。シャウアーとアレクサンダーによれば、法の重要な機能とは、「何がなされるべきかを権威的に確定する」⁹²ことであった。すなわち、法の内実がいかなるものであろうとも——実体的な価値とは独立して——、とある問題を法によって権威的

⁸⁹ *Id.* at 400-401.

⁹⁰ 6 REG. DEB. 78 (1830).

⁹¹ *See*, Alexander & Schauer, *supra* note 83.

⁹² Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1371.

に確定することは、人々の行為を調整し、あらゆる種類の協働的行為を誘発するものであるとする⁹³。つまり、彼らによれば、たとえその内容が誤っているように見えたとしても、法に従う理由とは、法が多様な実体的見解や相互に排他的な利益等を調整する能力を有しているからなのである⁹⁴。

このような確定機能が重要視される例として、シャウアーとアレクサンダーは財産や契約に関する権利が問題となる局面を列挙しているが、権威的な確定という機能は立憲主義との関係においても重要な要素であるとする。例えば、言論の自由のルールに関する不確実性は、憲法上保障された言論に対する過剰な抑止効果を生み出す可能性がある。それゆえに、彼らによれば、十分に確定されてはいるものの、最良とは言えない言論の自由に関するルールは、十分に確定されていないものの、より優れた言論の自由に関するルールよりも、確定されたルールがもたらす信頼性とそれゆえに抑制されえない言論の存在ゆえに、好ましいものとなるのである⁹⁵。

こうして彼らは、法の確定機能という一般的な議論と憲法の解釈権限の問題を結びつける。すなわち、「何をすべきかを権威的に決定し、個々の公務員の利己的で戦略的な行動を一般的利益のために調整すること」⁹⁶は、憲法の重要な機能でもあると主張するのである。シャウアーとアレクサンダーによれば、アメリカ合衆国において単一の成文憲法が創出されたのは、人民や政府の構成員が多様な見解を有する問題において、統一的な判断を下すことに資するがゆえなのであった。

しかしながら、彼らによれば、憲法が何を意味するかについて多様な見解が乱立する限り、憲法の機能は十分に果たされず、憲法における確定機能に望ましくない程度不安定さをもたらすこととなる。このように、憲法について多様な解釈が成立しうる場合においては、単一で権威

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.* at 1374.

⁹⁵ *Id.* at 1373.

⁹⁶ *Id.* at 1376.

的な解釈者を創造する「前憲法的規範 (preconstitutional norm)」⁹⁷が必要になるとする。そのひとつの可能性として彼らが提唱するのが、憲法についての単一で権威的な解釈者として連邦最高裁を措定することである。もちろん、前憲法的規範としては、司法の優越の代替案として、三権に対等に憲法解釈権限を認めるディパートメンタリズムを採用する可能性もあり得る。しかしながら彼らは、そのような選択は「解釈上の無秩序」⁹⁸を招くものであり、彼らが最重要視する憲法における確定機能を真剣に考慮していないものであると評価する⁹⁹。シャウアーとアレクサンダーはこの点を重視し、「プロテスタント的な」¹⁰⁰憲法解釈の考え方を否定し、司法の優越を支持するのである。すなわち彼らは、連邦最高裁による憲法解釈が、解釈の対象である憲法典からかい離するかもしれないという可能性にもかかわらず、最終的な憲法解釈権限の定立という点を最重要視し、他の部門は連邦最高裁の憲法解釈に従う義務があると主張するのである。

第2款：なぜ連邦最高裁か

上記のように、シャウアーとアレクサンダーの議論では、憲法における確定機能が重要視されている。しかし、憲法における確定機能には単一の権威的な憲法解釈者が必要であるとして、それがなぜ司法部（とくに連邦最高裁）なのであろうか。この点につき、権威的な確定機能を担

⁹⁷ *Id.* at 1377.

⁹⁸ *Id.* at 1379.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ ここでいう「プロテスタント」とは、合衆国憲法の解釈において連邦最高裁にその最終的権威を認める「憲法のカソリシズム的理解」と、憲法解釈における正統性を連邦最高裁のみならず個々の人民にまで認める「憲法のプロテスタント的理解」を対比させるレヴィンソン (Sanford Levinson) の議論からの引用である。See, SANFORD LEVINSON, CONSTITUTIONAL FAITH(1988). なお、レヴィンソンの憲法理論の紹介として、中川律「サンフォード・レヴィンソン 合衆国市民にとっての憲法の意味の探求者」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』(尚学社、2010年) 202頁以下、蟻川恒正『憲法解釈権力』(勁草書房、2020年) 87頁以下などを参照。

う機関として、司法部が立法部や執行部に比して優れている点として彼らが列挙するのが、政治部門は自身の権限を自ら抑制するのに不適格であること¹⁰¹、先例拘束性により、司法部の判断に安定性が見込めること¹⁰²、憲法は多数派勢力の暴走を制御する機関として司法部を設計していること、などである¹⁰³。これらの司法部における特徴から、憲法上の問題についての権威的な確定という点における連邦最高裁の制度的優位性を、彼らは導出するのである¹⁰⁴。

しかしながら、その後シャウアーは、憲法解釈における優越性を有する連邦最高裁の地位について、従来とはやや異なった視点から、その理論的補強を試みているように思われる。それによれば、憲法解釈における司法部の優越性は、司法部の能力に関する過度に理想的な見解ゆえではないし、また他部門や人民の意思決定についての能力の不足によるものでもない。むしろ、合理的かつ善意の政策であっても、それに対する外部的な制約は、憲法規範自体の外部的な性質に付随する当然の帰結であるとするのである¹⁰⁵。換言するならば、シャウアーは、司法部の判断が、その理由づけや法的帰結において説得力を有するがゆえに政治部門の憲法判断に優越しているとするのではなく、外的な見地からの公正な抑制機能という司法部の制度的な役割に着目し、司法の優越の擁護論を展開しているといえよう。

シャウアーはまず、連邦最高裁の憲法上の役割についての要点を把握するために、いくつかの先例に着目する。これら先例は、愚かな立法部や執行部の行為を覆す、賢明な連邦最高裁という図式ではなく、賢明で良識のある立法部や執行部（あるいは、州裁判所）の第一階の決定についての、連邦最高裁による第二階の抑制の重要性を示すものであるとされる¹⁰⁶。

¹⁰¹ Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1377-1378 n.80.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.* at 1387.

¹⁰⁴ See, Mark Tushnet, *Two Versions of Judicial Supremacy*, 39 WM. & MARY L. REV. 945, 954-956 (1998).

¹⁰⁵ See, Schauer, *supra* note 16.

¹⁰⁶ *Id.* at 1051.

まず、その例として挙げられているのは、親権を争う裁判において、親が異なる人種と再婚することによって子どもに及ぼし得る影響を考慮することは、憲法上許容されない旨を判示した *Palmore v. Sidoti*¹⁰⁷である。この事例は、フロリダ州在住の白人夫婦が離婚したのち、その子どもの監護権が母親に付与されたところ、後に母親が黒人男性と結婚し、同居を始めたことに端を発する。それに対し元夫は、夫婦の人種が異なることを理由として、子どもの監護権を自身に渡すよう要求した。

州裁判所は、人種が混在する家庭に子どもが留まることは、子どもに対して有害な影響を及ぼすと判断し、子どもの父親に監護権を付与することを決定した¹⁰⁸。これに対して連邦最高裁は、当時のアメリカにおいて、異なった人種間の子どもが社会においていかなる影響を被るかについても言及しつつ¹⁰⁹、それでもなお、子どもの監護権者の決定において人種を考慮に入れることは、第14修正の平等条項に照らして許容されない旨を判示した。すなわち、「人種的偏見の影響は、それがいかに現実的であったとしても、人種的な区分によって、乳児をその親権者として適切であると認められる実の母親の親権から外すことを正当化することはできない」¹¹⁰し、「憲法はそのような影響を統制下に置くことはできないが、それを許容することもない」¹¹¹と判断したのである。つまり連邦最高裁は、子どもの利益を最大化する決定であっても、そして、問題の解決において人種という要素に着目することが、人種差別を反映しているものではなかったとしても、人種に基づく監護権決定は、平等条項に照らし許容されるべきではないとしたのである。ここにおいて、州裁判所が「子どもの利益」という観点から一階の決定をなしたのに対し、連邦最高裁が、長期的な観点——すなわち、人種的な区分——から第二階の抑制を施したという構図が見て取れることを、シャウアーは指摘する

¹⁰⁷ 466 U.S. 429 (1984).

¹⁰⁸ この点につきシャウアーは、異なった人種間の結婚が誤っていたためではなく、当時の社会においてそれを誤りであると信ずる人々が多数派であったことに鑑みた判断であった可能性を指摘する。Schauer, *supra* note 16, at 1052.

¹⁰⁹ 466 U.S. at 434.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.* at 433.

のである。つまり、州裁判所が「子どもの利益」という短期的な利益に資する判断をしたとしても、人種が疑わしい区分である以上、本件において人種を判断の要素として使用することは、人種差別を反映している場合と同様に、そうでない場合においても許容されるものではないと、連邦最高裁が判断したと評価することができるのである¹¹²。

またシャウアーは、健全な政策決定に対する第二階の抑制機能が表れている事例として、第1修正に関する諸事例を取り上げる¹¹³。例えば *Brandenburg v. Ohio*¹¹⁴において連邦最高裁は、暴力行為の唱道を州が処罰するには、かかる唱道が差し迫った違法な行動を煽動することを要するとして、州による規制は違憲であると判断した。あるいは、ミネソタ州セントポール市の条例に基づき、アフリカ系アメリカ人の家の庭に燃えた十字架を放り込んだ未成年者が起訴されたことに端を発する *R.A.V. v. City of St. Paul*¹¹⁵において、同判決の法廷意見は、当該市条例に基づく規制が表現の内容に基づく規制であると認定した上で、当該市条例が市のやむにやまれぬ利益を実現するために合理的に必要であるかを審査する¹¹⁶。そして、「例えば、特別に扱われる話題に限定されない条例は、同様に有益な効果を有するだろう。実際に、内容の制限によって独自に実現されるただ一つの利益は、このように選ばれた特定の偏見に対する市議会の特別な敵意を表明することという利益である。それはまさに、第1修正の禁ずるところである。」¹¹⁷と判示した。このほかにも、連邦最高裁による第二階の抑制の事例として、*R.A.V.* 判決と同様に十字架の燃焼行為が問題となった *Virginia v. Black*¹¹⁸や、暴力的な内容のビデオゲームに関する規制が問題となった *Brown v. Entertainment*

¹¹² Schauer, *supra* note 16, at 1052.

¹¹³ Frederick Schauer, *The Annoying Constitution: Implications for the Allocation of Interpretive Authority*, 58 WM. & MARY L. REV 1689, 1698 (2017).

¹¹⁴ 395 U.S. 444 (1969).

¹¹⁵ 505 U.S. 377 (1992).

¹¹⁶ *Id.* at 395-396.

¹¹⁷ *Id.* at 396.

¹¹⁸ 538 U.S. 343 (2003).

Merchants Association¹¹⁹などをシャウアーは挙げる¹²⁰。

シャウアーによれば、上記の第1修正に関する事例においては、表現者やメッセージを発する者を制約する側のアクターは、「第1修正の歴史や理論において特に主役を演ずる、反対意見を抑圧したり権力を誇示する公務員」¹²¹ではなかった。むしろ彼らは、一般福祉を増大させることを模索したり、特定の層が被る被害に対応することを模索する、責任ある立法部、執行部、あるいは法執行部門の一員であった¹²²。つまり、これらの事例において連邦最高裁は、誠実で善意の政策決定者による第一階の政策決定を抑制していたということである。すなわち、第二階の抑制機能が問題となる事例においては、権力欲のある政策決定者による悪意ある行為が無効とされたわけではない。むしろ、善良な人々が合理的な短期的決定をすることによって、重要で長期的な第二階の価値(second-order values)が侵されることを防ぐために、第一階の政策決定は無効とされたとシャウアーは説くのである¹²³。このように、政治部門による政策決定が、連邦最高裁の第二階の抑制によって無効化されるような事例のことを、シャウアーは「消極的憲法(The Negative Constitution)」と呼称する¹²⁴。かような機能は、悪意ある政治部門による不誠実な政策決定に対する抑制ではなく、むしろ、善良な政策決定に対する抑制にフォーカスするものであると指摘することができよう。

この「消極的憲法」の執行においてシャウアーが重視するのは、外部的な抑制の存在である。すなわち、多数派による短期的な欲望に対して、長期的な利益を守るために、外部の監視役を設置することが必要であるとするのである。換言するならば、「何人も自身の事件について裁定してはならない(nemo debet esse iudex in propria sua causa)」のである¹²⁵。このような外部的抑制の重要性は、とりわけ多数派による支持を

¹¹⁹ 564 U.S. 786 (2011).

¹²⁰ Schauer, *supra* note 113, at 1698.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

¹²³ Schauer, *supra* note 16, at 1055.

¹²⁴ *Id.* at 1051.

¹²⁵ *Id.* at 1057.

あまり得られず、制度的にも軽視された利益の保護において、特に明らかになるとされる。その例としてシャウアーが挙げているのは、*Unites States v. Carolene Products Co.*¹²⁶の脚注4における「分断され孤立した個人」のみならず、無神論者や国旗を燃やす者、児童ポルノ製作者など多岐にわたる¹²⁷。彼らの権利保護においてこそ、多数派勢力から距離を置いた、連邦最高裁という外部の監視役の果たす役割が重要となるのである。すなわち、短期的な価値の実現を優先する政策を実施するに際し、多数派の支配する政治部門は、自身に対して公正な視点からの抑制機能を働かせることができない。換言するならば、自身を抑制し、その営為の障壁となるような憲法条項を解釈する主体は、概してそのような障害・抑制を除去する解釈をしてしまうことが多い¹²⁸。政治部門が自らの政策的選好に対して自己抑制——すなわち、煩わしい（Annoying）抑制——をかけることなどおおよそ期待しえないがゆえに、政治部門からの一定の自律性を有する連邦最高裁を、第二階の抑制を課す主体として措定せざるを得ないのである。かかる意味において、連邦最高裁の憲法解釈の優越性は正当化されるというのがシャウアーの立場である。換言するならば、シャウアーは、司法部の判断の実体的な内容が政治部門や人民のそれに比して優れているがゆえに司法の優越を正当化しているのではなく、統治機構における連邦最高裁の制度的な位置づけに着目しつつ、司法の優越を擁護する立場を採用していると評価することができるのである。

第3款：議論の整理

シャウアー（とアレクサンダー）の議論は、誰が憲法の解釈をするのかという問題に対し、連邦最高裁における確定機能を重要視するアプローチを採用することで、司法の優越の正当化を試みるものであった。彼らの議論の特徴は、法的な安定性を生み出す確定こそが憲法における重要な機能であること、この確定機能は、その解釈が他のすべての解釈

¹²⁶ 304 U.S. 144 (1938).

¹²⁷ Schauer, *supra* note 16, at 1058.

¹²⁸ Schauer, *supra* note 113, at 1709-1710.

を拘束する権威ある解釈者を持つことによって達成されること、さらに連邦最高裁こそがこの役割を最もよく果たすことができると示した点であった。そして、連邦最高裁が憲法の最終解釈者となることは、司法部が多数派による暴走を抑制する機関として位置付けられること、政治部門における権力の自己抑制機能の不存在、さらには司法部における先例拘束性の存在から正当化されるとする¹²⁹。

シャウアー（とアレクサンダー）による所論は、学界において激しい批判を巻き起こすものであった。例えば、サイドマン（Louis M. Seidman）は確定議論に注目しつつ、社会における政治的対立に最終的な決着をつけてしまうことは、むしろ共同体の脅威となる可能性があることに言及する¹³⁰。またデビンス（Neal Devins）とフィシャー（Louis Fisher）は、憲法の条文や構造、起草者意図、歴史的経験からは、司法の優越を導き出すことはできないことを指摘する¹³¹。さらに、連邦最高裁を何が法であるかを判断する権威的な機関として位置付けることは、むしろ司法部の権威を維持するための脆弱な基盤を破壊しかねないと批判する。すなわち、連邦最高裁の判断が受容されるか否かは、政治部門や社会の動向によって左右されるため、それにもかかわらず司法部による権威的な確定を重視することは、政治的な不均衡を生み出し、判決が政治部門の嗜好に合わせて転化させられる「憲法の周縁化」¹³²という状況を生み出しかねないとするのである。また、連邦最高裁に憲法上の問題の権威的な確定を担わせることについては、司法部の能力上、確定が不可能な領域が存在することや、そもそも連邦最高裁判事の任命やその判断において多数派主義的・政治的な色彩は色濃くならざるを得ないというホイットントンによる批判も注目に値する¹³³。

¹²⁹ Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1377-1378 n.80.

¹³⁰ See, LOUIS MICHAEL SEIDMAN, *OUR UNSETTLED CONSTITUTION* (2001).

¹³¹ この点について、アレクサンダーとシャウアーは、彼らの研究が、憲法条項や、連邦最高裁をめぐる歴史に基づくものではなく、あくまで規範的な試みであることを強調する。Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1370.

¹³² Devins & Fisher, *supra* note 83, at 91.

¹³³ See, Whittington, *supra* note 11, at 786-808.

本節において、もう一つ指摘しなければならないことは、シャウアーの議論自体においても、その関心の変遷を見て取ることができるという点である。すなわち、シャウアーの従来議論においては、何が法であるかを権威的に決定する連邦最高裁の確定機能が重要視されていた。これに対し、それ以降の議論においては、政治部門による第一階の政策決定に対して第二階の抑制を課す機能、換言するならば、司法部における権力統制という機能の重視¹³⁴へと議論の重点が移行していると考えられる。すなわち、例えば2017年の論文においてシャウアーは、司法の優越は、従来議論で重視されていた確定機能という積極的な側面のみならず、政治部門に対する第二階の抑制という消極的な側面からも正当化されうるとしている¹³⁵。それによれば、第二階の抑制がいかに解釈され執行されるかについてこそ、憲法の解釈権限に関する中心的な問題が生じる¹³⁶。そして、連邦議会や大統領、あるいは州政府は、自身の権限に対する制限を狭く解し、自身に付与された権限を広く解する傾向にあるからこそ、そのような部門から外部性を有する連邦最高裁が、他部門の第一階の政策決定を抑制するのに最も適しているとされるのである。すなわち、連邦最高裁を憲法解釈における優越的地位に置くことは、連邦最高裁の判断自体の質ゆえではなく、あるいは、第二階の抑制という観点から連邦最高裁が最も良い判断を下すからでもない。むしろ、政治部門が自身の権限の抑制者として機能することはおよそ期待しえないがゆえに、セカンド・ベストの選択肢として、司法の優越を選択せざるをえないのである。この点において、第二階の抑制という機能に重点を置く司法の優越の正当化議論は、消極的な性質のものであると評価することができるのである。しかしながら、司法の優越に対する積極的な正当化か、あるいは消極的な正当化かという相違点はあるものの、司法部の判断の実体面からは独立して、司法の優越の正当化を試みている点において、シャウアー（とアレクサンダー）の議論は一貫しており、この点こそが彼らにおける司法の優越の正当化議論の特徴的な点であるといえよう。

¹³⁴ 大林啓吾「判決の余韻」千葉大学法学論集33巻1号（2018年）138-139頁。

¹³⁵ Schauer, *supra* note 113, at 1711.

¹³⁶ *Id.* at 1699-1700.

第3節：小括——「神話」としての司法の優越？

本章では、アメリカにおける、規範論としての司法の優越を正当化する議論を、大きく二つに分けて検討してきた。第1節においては、20世紀中盤のアメリカにおける主流派たる憲法理論と司法の優越の関係に目を配りつつ、「原理のフォーラム」としての司法部の役割の強調と司法の優越を結びつける学説を取り上げた。このような傾向がもっとも強いとされるのが、「司法の優越の熱狂的支持者」¹³⁷とも称されるドゥオーキンであった。司法部は、原理を宣明する機関としての制度的特質を有するのであり、人民の選好に基づき、便宜を考慮する判断を下す政治部門（とくに立法部）と区別される。この点にこそ、憲法の解釈における司法部の優越性に関する規範的正当化のルーツを見出すことができる¹³⁸とするのが、ホイットントンの見立てであった。

第2節では、確定機能に着目するシャウアーとアレクサンダーの議論を分析した。彼らは、「何がなされるべきかを権威的に確定する」¹³⁹機能が立憲主義の重要な要素であることを強調し、かかる確定機能の担い手として司法部（とくに連邦最高裁）が適任であることを主張する。なぜならば、政治部門は自らの行為を公正な視点から抑制することはできないのであり、政治的に独立し、制度的に外部に位置する司法部による第二階の抑制が、政治部門の自己抑制よりも、権力統制という面において優れているからである。彼らの議論は、司法部の判断の実体面における優位性、あるいは司法的判断の正しさゆえではなく、その判断内容からは独立した論拠に基づき、司法の優越の正当化を試みている点に特徴がある¹⁴⁰。

¹³⁷ Graber, *supra* note 5, at 1551.

¹³⁸ 参照、山本＝大林・前掲注67) 142頁注10。

¹³⁹ Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1371.

¹⁴⁰ このような見解は、バーニー判決の法廷意見においても見ることができる。曰く「もしも議会が第14修正の意味を変えることによって自らの権限を定義することができるならば、もはや憲法は優越的で恒久的な法とはなりえない。」と。521 U.S. at 529. すなわち、連邦最高裁は、自身の役割が、政治部門の特定の行為が憲法条項に反する場合に生じる権限の濫用を防止することのみにあるので

ここまで、第1章においては建国初期から19世紀末に至るまでの司法の優越の動向を追ひ、さらに本章においては、学説における司法の優越の正当化議論を追ってきた。本章冒頭で指摘したように、司法の優越は規範論としてもアメリカの憲法学界、さらには連邦最高裁において受容されるに至った。そして、司法の優越をめぐる議論は、司法長官ミースによる演説やレーンキスト・コートにおける保守的傾向等、現実の政治アクター、連邦最高裁の動向を反映し、1980年代後半より活況を呈することとなる。かような議論状況において、ディパートメンタリズムや人民立憲主義、そして司法の優越の擁護理論は、それぞれ「有力な先例と論客とを擁し、歴史事象の説明や現下の実践的争点をめぐって、対抗し合って」¹⁴¹きた。

しかしながら、はたしてアメリカにおける司法の優越は、ディパートメンタリズムや人民立憲主義の激しい批判対象となるほどに、現実において厳然たる規範として存立していたのであろうか¹⁴²。この点につき、例えばフィシャーは、司法の優越がアメリカにおいて占める地位は「神話の地位」¹⁴³にすぎないと批判する。フィシャーの言説における、「神話」という表現に含まれた意図を敷衍するならば、それは、実証的な基盤がないにもかかわらず、憲法学者や裁判官、あるいは人民の間で司法の優越が継続的に力を持っていたことに対する疑問であろう。

フィシャーが指摘するまでもなく、司法の優越が実証的な側面において抱える困難性は、アメリカにおいても早くから指摘されていた。代表的な論者としては、ディパートメンタリズムを唱える論者によって盛ん

はなく、政治部門が憲法の意味を自身で再定義することによって、権力の抑制そのものが解体されてしまうことを防ぐことにあると述べたのである。

¹⁴¹ 蟻川・前掲注100) 24頁。

¹⁴² See, Corinna Barrett Lain, *Soft Supremacy*, 58 WM. & MARY L. REV. 1609 (2017). なお、川岸令和「リベラル・デモクラシーと裁判所——違憲審査の活性化に向けて」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）409頁も参照。

¹⁴³ LOUIS FISHER, RECONSIDERING JUDICIAL FINALITY: WHY THE SUPREME COURT IS NOT THE LAST WORD ON THE CONSTITUTION xii (2019).

に引用されるビッケルを挙げることができる。彼の代表的著作である「The Least Dangerous Branch (最も危険の少ない部門)」の第2版に序文を寄せたウェリントン(Harry H. Wellington)は、リンカーン(Abraham Lincoln)の言葉を引用しつつ、「最も危険の少ない部門」において、ビッケルは究極的には最終性の問題を考慮していた。連邦最高裁の判断したことは、「政治的ルールとして」最終的なのではなく、人民が選挙において統制を及ぼす機関や公務員によって受容されて初めて最終的なのである。ほとんどの憲法学者は、このようなビッケルの複雑な憲法理論の側面を考察してきていない。最終性の問題が出発点として据えられるならば、学究の方向性は変わることになるであろう。¹⁴⁴と述べる。さらに遡るならば、司法の抑制論の著名な論者であり、「ビッケルの司法観にも影響を及ぼした」¹⁴⁵とされるフランクファータ(Felix Frankfurter)は、芦部信喜によれば、「もっとも弱い統治機関」である司法部の「権威と権力を守る」ことを、その司法哲学の本質的要素としていた¹⁴⁶。すなわち、政治部門や公衆が、連邦最高裁の憲法解釈にどのような反応を示すのか、これらアクターに対して連邦最高裁がその権威性を維持していくためには、どのようにふるまうべきかという問題意識が、彼らには伏在していたといえよう¹⁴⁷。そして、アメリカの歴史において、連邦最高裁の憲法解釈が政治部門や人民によって覆されてしまった事例、あるいは連邦最高裁の権威性が否定されることのインパクトの大きさが、彼らの学説にも反映されていたとも考えられる。ビッケルやフランクファータ、さらには彼らの理論に親和的な学説を提唱する論者については第4章で取り上げるが、次章においてはその前段階的な作業として、アメリカにおいて連邦最高裁の憲法解釈の優越性が否定された事例、そして、裁判所外のアクターによって司法の優越が「構築」された事例を検討することで、

¹⁴⁴ Bickel, *supra* note 40, at xii.

¹⁴⁵ 大林啓吾「アレクサンダー・ビッケル アメリカの立憲構造を明らかにした夭折の天才」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』(尚学社、2010年) 35頁。

¹⁴⁶ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年) 33頁。

¹⁴⁷ 参照、田中英夫「合衆国最高裁判所による違憲立法審査権の行使をめぐる論議について」公法研究38号(1976年) 15頁、芦部・前掲注146) 33頁。

司法の優越が現実において厳然たる規範として存立していたか否かを探究することとする。

日本とロシアの漁業問題と国際法

—— グローバル・リージョナル・ナショナル・
ローカルな文脈で持続可能な漁業を考える ——

児矢野 マ リ*

1. はじめに

日本は、日本海およびオホーツク海をはさんでロシアと向き合っており、北方の「境界」地域である北海道から、ロシア（ロ）はごく近い距離にある。北海道北端の宗谷岬（稚内市）からサハリン（樺太）までは約43kmである。また、ロシアが実効的支配をしている北方四島（択捉島、国後島、色丹島、歯舞群島）のうち、国後島は知床半島東岸の羅臼町から約52km、さらに歯舞群島に至っては、根室半島の納沙布岬から僅か約4kmである。けれども、日本はロシアとの間で未だ平和条約を締結していない。その一つの大きな要因は、両国間における北方四島をめぐる領有権問題（北方領土問題）である。そして、これを受けて海洋の境界も画定してない。

しかし、漁業に関しては両国間で、4つの二国間協定（日ロ漁業協力協定（1985年）¹、日ロ地先沖合漁業協定（1984年）²、安全操業枠組協定（1998年）³および日ロ

* 北海道大学大学院法学研究教授

¹ 「漁業の分野における協力に関する日本国政府とソヴィエト社会主義共和国連邦政府との間の協定」（1985年5月12日署名・同年5月13日発効）。1991年にロシアが承継しており、本稿では日ロ漁業協力協定と呼ぶ。

² 「日本政府とソヴィエト社会主義共和国連邦政府との間の両国の地先沖合における漁業の分野の相互の関係に関する協定」（1984年12月7日署名・同年12月14日発効）。1991年にロシアが承継しており、本稿では日ロ地先沖合漁業協定と呼ぶ。

密漁防止協定（2012年）⁴）が結ばれている。これは、日本海およびオホーツク海が豊かな漁場であることから、同海域における海洋生物資源の保存と最適かつ合理的な利用を確保するための国際協力を推進するとともに、係争海域周辺での漁業活動をめぐる紛争の発生を回避して⁵、両国間の相互利益を実現するためである。

日本は漁業・魚食大国であり、漁業を含む北海道の水産業はそれを支える⁶。また、長年にわたり水産業は農業と並んで北海道の主要産業であり、そこにおいてロシアとの関係は歴史的に1つの重要な位置を占めてきた⁷。そして、両国

³ 「日本政府とロシア連邦政府との海洋生物資源についての操業の分野における協力の若干の事項に関する協定」（1998年5月12日署名・同年5月28日発効）。

⁴ 「北西太平洋における生物資源の保存、合理的利用及び管理並びに不正な取引の防止のための日本国政府とロシア連邦政府との間の協定」（2012年9月8日署名・2014年12月10日発効）。

⁵ 後述するように、かつては北方四島周辺海域で日本漁船の拿捕や国境警備隊からの銃撃事件も生じ、両国間で緊張が高まることもあった。とりわけ安全操業枠組協定の締結は、こうした状況を背景とする。なお、日本は、韓国および中国との間でもそれぞれ島の領有問題を抱え、それぞれの国との間で海洋の境界が画定していない。この意味で、隣接する全ての国との間で境界が画定していないという、世界的に稀有な状況にある。ただし、漁業に関しては日口間と同様に、これら2つの国との間でもそれぞれ漁業協定を締結している。日韓漁業協定（「漁業に関する日本国と大韓民国との間の協定」1998年署名、1999年発効）と、日中漁業協定（「漁業に関する日本国と中華人民共和国との間の協定」1997年署名、2000年発効）である。これらの協定については、杉山晋輔「新日韓漁業協定締結の意義」『ジュリスト』1151号（1999年）98-105頁；三好正弘「日中漁業問題」水上千之編『現代の海洋法』（有信堂高文社、2003年）224-245頁；鶴田順「日中漁業協定の暫定措置水域などにおける海洋生物資源管理の現状と課題（上）」『環境管理』53巻5号（2017年5月）58-62頁・「同（下）」『同』53巻6号（同年6月）95-99頁など。ただし、日口間と日中・日韓間とは、関連事情の相違を反映して二国間漁業条約のあり方や内容はかなり異なる。

⁶ 2020年の統計では、北海道の漁業生産量は全国都道府県の中で第1位であり、第2位の長崎県の約4倍となっている。「2-5 漁業・養殖業都道府県別生産量・産出額（令和2年）」水産庁『令和3年度水産の動向』（水産白書）（第208回国会（常会）提出）「参考図表」5頁。

⁷ ロシアは、北海道の水産加工業にとっても、原材料の供給源として死活的に

間の漁業協定とそれに基づく実践は、法的に、また事実上も、北海道の地域産業とそれに支えられた地域社会に大きな影響を与えてきた。さらにより広い文脈においては、日ロ間の漁業協定は歴史上、また現在においても、北太平洋の漁業秩序のみならずグローバルな海洋法秩序およびその発展とも密接な関係にある。このように、漁業をめぐる日本とロシアの二国間体制とその実践は、ローカル・ナショナル・リージョナル・グローバルな文脈をもっている。

その一方で、一般に二国間条約は多数国間条約に比べて、締結および実施の両面で当該二国間関係の影響を直接受けやすい。加えて、前述したように日ロ両国の関係は政治的に複雑であり、人の往来も日中または日韓間ほど自由ではない。そして現実にも、2022年2月末に始まるロシアによるウクライナへの軍事侵攻と日本の対ロシア制裁を契機に、両国の関係は悪化しており、二国間漁業協定に基づく協力関係も少なからぬその影響を受けている⁸。とはいえ、本論で述べるように、その影響の有無や程度は既存の4つの漁業条約の間で異なる

重要とされる。北海道大学スラブ・ユーラシア研究センター＝NPO法人ロシア極東研＝公益社団法人北海道国際交流・協力総合センター（HIECC）主催「生存戦略&実社会共創研究セミナー HIECC 第11回 北海道で考える北東アジア国際情勢シンポジウム 日ロ漁業協定セミナー～ウクライナ戦争下における交渉のゆくえ～」(2023年2月6日、オンライン)における原口聖二氏（北海道機船漁業協同組合連合会 常務理事）の講演。

⁸ ロシアは日本を「非友好国」に指定し（朝日新聞デジタル「ロシア政府、日本・米国・EUなどを「非友好国」に制裁に対抗か」2022年3月8日<<https://www.asahi.com/articles/ASQ382GJDQ37UHBI03T.html>>（2023年3月22日閲覧））、日本との北方領土問題を含む平和条約交渉の中断、北方領土の元島民らによる「ビザなし交流」などの交流事業の停止、平和条約交渉の前進に向けた北方四島での共同経済活動に関する対話からの離脱を表明した。NHK NEWS WEB「ロシア外務省 日本との平和条約交渉を中断する意向を表明」2022年3月22日<<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20220322/k10013544671000.html>>（2023年3月22日閲覧）。さらに、北方四島周辺海域の日本漁船の安全操業に関して、安全操業枠組協定の下で2023年分の操業条件にかかる政府間協議には応じない旨、日本政府に伝達した。北海道新聞（道新）「協議凍結 制裁が原因」2023年1月30日朝刊；NHK NEWS WEB「ロシア 北方四島周辺「安全操業」政府間協議応じず」2023年1月22日<<https://www3.nhk.or.jp/sapporo-news/20230122/7000054459.html>>（2023年3月22日閲覧）。

面もある。これは、それら4つの条約間で両国の相互利益のあり方が一様ではないことを、示すものでもあるだろう。

他方で、多くの国際文書にもある⁹ように、現代では、海洋生物資源の持続可能な利用は国際社会の共通利益とされている。とすれば、4つの条約に支えられた日ロ二国間の現行体制は、その実現のためにいかなる役割を担い、また果たしうるのか。そこにはなにかの課題はないか。これらの問いは、多数国間条約に基づく地域漁業管理機関(RFMO)のみならず、隣接国との二国間条約に基づく関係においても、漁業・魚食大国である日本が、持続可能な漁業の実現において、どのようにして、どの程度、国際的な責務を果たしてきたか、また果たしうるのか、ということにも関わる。

本稿は、以上の点を探究するための出発点として、漁業をめぐる日ロ間の法的枠組とその実践について、要点を記述的に整理する。これは、1990年代後半以降、国際法の分野では両国間の漁業協定を扱う先行研究がほとんどない状況¹⁰に鑑みて、今後の議論のための前提を提供するものである。ただし、日ロ

⁹ 1992年の国連環境開発会議(リオサミット)で採択された「持続可能な開発のための人類の行動計画」(アジェンダ21)(Agenda 21, United Nations Conference on Environment & Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, UNCED Report, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), 1993.) 第17章; 国連食糧農業機関(FAO)採択の「責任ある漁業のための行動規範」(FAO行動規範)(1995年)(FAO, Code of Conduct for Responsible Fisheries, Rome, 1995); 国連「持続可能な開発目標」(SDGs: Sustainable Development Goals)(2015年)(United Nations General Assembly, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, Draft resolution referred to the United Nations summit for the adoption of the post-2015 development agenda by the General Assembly at its sixty-ninth session, Seventieth session, Agenda items 15 and 16, Integrated and coordinated implementation of and follow-up to the outcomes of the major United Nations conferences and summits in the economic, social and related fields, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, 18 September 2015, A/70/L.1.*) 目標14(海の豊かさを守ろう)、など。

¹⁰ 1990年代前半までは、湖河性魚類資源を含む北太平洋の沿岸諸国(ソ連/ロシア、米国、カナダ)と日本との法的関係を論じるものや、200海里排他的経済水域(EEZ)体制の確立の文脈において、和文・英文ともに一定数の先行研究はある。たとえば、水上千之「第5章 北太平洋の漁業問題」『日本と海

間の漁業協定の実施状況については、一般に入手可能な公的文書や資料・データが極めて限られており、独立の研究者の立場で、事実関係の詳細を把握したうえで掘下げた実態分析と現状評価を行うことは、必ずしも容易ではない。けれども、持続可能な漁業の推進における日口間の協力の重要性に鑑みて、将来の探究のための基礎となることを期待して、現時点において可能な範囲でひとまず現行体制とその実践の整理を試みることは、それなりに有益ではないかと思われる。

本稿では、さしあたり漁業をめぐる日本とロシアの関係を主に3つの観点から捉える。そして、まず前提として北太平洋海域における日本漁業の変遷とグローバルな海洋法秩序のあり方に触れた後、それら3つの観点からの記述的な整理を順番に行う。すなわち、第1に、グローバルな海洋法秩序の変動に連動する、北西太平洋及び日口隣接海域の漁業をめぐる国際的な法体制とその実践の現状である。第2には、北方領土問題を背景とする日口間の漁業協力をめぐる関係のあり方である。そして第3に、違法・無規制・無報告(IUU: illegal, unregulated or unreported)漁業に対処するための国際規制の展開と日口間協

洋法』(有信堂高文社、1995年)；山本草二『国際漁業紛争と法』(玉川選書、1976年) 85-102・129-138頁；同『海洋法』(三省堂、1992年) 186-187頁；小田滋『海の資源と国際法I』(有斐閣、1971年) 21-34頁；W.T. Burke, 'Anadromous Species and the New International Law of the Sea,' *Ocean Development and International Law*, Vol. 22 (1991), pp. 98-99 & 107-108; F. O. Vicuña, 'International Cooperation in Salmon Fisheries and Comparative Law Perspective on the Salmon and Ocean Ranching Industry,' *Ocean Development and International Law*, Vol. 22 (1991), p. 137. ロシア語の先行研究については、筆者の言語能力の問題もあり不明である。なお、近年の先行の研究が少ない日口間の状況は、日韓間または日中間の場合とはやや対照的である。日韓・日中の漁業協定に関しては、2000年代以降も国際法の先行研究はコンスタントにある。たとえば、前掲・注5)に掲げる和文に加えて、英文でも、Joon-Suk Kang, 'The United Nations convention on the law of the sea and fishery relations between Korea, Japan and China,' *Marine Policy*, Vol. 27 (2003), pp. 111-124; Zou Keyuan, 'Sino-Japanese joint fishery management in the East China Sea,' *Ibid.* pp. 125-142; Kuan-Hsiung Wang, 'Management of Fishery Resources: A Starting Point Towards Cooperation in the East China Sea,' *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 22 (2016), pp. 69-85など。

力の位置づけである。

なお、本稿はあくまでも現時点で入手可能な資料・データに基づいて、以上3つの各観点からの現行体制とその実施状況の大まかな整理を行うものである。そして、理論的分析や現行体制全体に対する横断的かつ総合的な評価は、将来における関連資料の入手可能性に期待して今後の機会に譲る。また、本稿では入手可能な公的文書をめぐる限界により、やむをえず記述の根拠が新聞報道¹¹や二次文献などに大幅に依拠するものとなっている。

2. 北太平洋海域における日本漁業の変遷とグローバルな海洋法秩序

(1) 日本の「北洋漁業」の隆盛・衰退と国際法

主に北海道(釧路、根室、函館など)と東北地域を拠点とする日本の北洋漁業¹²の隆盛と衰退¹³は、日本の近代、第二次世界大戦後の日本の復興、20世紀

¹¹ なお、日口間の漁業関係が北海道地域に深く関わるものであることから、本稿の依拠する新聞報道も、必然的に北海道の地方紙である北海道新聞によるものが多くなっている。

¹² 北洋漁業とは、通例、①露領漁業(ロシア領漁業)、②北千島漁業、③母船式カニ漁業、④母船式サケ・マス漁業を含む4種類を指すといわれる。歴史的には、上記①が最も古くから発展し、日露戦争の結果ポーツマス条約(1905年)(11条)を受けて締結された日口漁業条約(1907年)により、基礎が確立したとされる。上記②は、1907年頃よりタラ延縄漁業を中心に開始され、その後缶詰工場建設後のカニ漁業、さらに1920年代後半以降サケ・マスの沖獲り漁業が発展したという。上記③は北千島カニ漁業から発展したもので、1920年以降始まったといわれている。上記④は、起業として本格的に確立したのは1929年以降であり、上記①における漁区の縮小と独占資本への集中に伴い、これから排除された資本の転業という形で出発したとされる。北海道水産部漁業調査課 北海道漁業制度改革記念事業協会編『北海道漁業史』(第一法規、1957年)835-837頁。

¹³ 北洋漁業に関する文献はとくに漁業史の分野で膨大にあるが、たとえば、北海道水産部漁業調査課 北海道漁業制度改革記念事業協会編・掲掲書・835-908頁;北海道水産部編『続北海道漁業史』(第一法規、1969年)35-64 & 131-174頁;板橋守衛『北洋漁業の盛衰一大いなる回帰』(東洋経済新報社、1983年);中井

後半の海洋法秩序の変動および現在の北太平洋を含む北方海域の漁業秩序の形成¹⁴と、密接に関連する。日本は、20世紀初めから約半世紀以上（1945年～52年の占領期を除く）にわたり、ロシア、米国（米）およびカナダ（加）を沿岸国とする北太平洋とその北部にあるベーリング海（ロシア領カムチャツカ半島と米領アラスカ・アリューシャン列島に囲まれる）とオホーツク海（北海道とサハリン、カムチャツカ半島と千島列島に囲まれる）および日本海北部において、大規模な遠洋漁業を行った。1907年の日ロ漁業協定に基づくロシア領漁業に続いて、母船式のサケ・マス漁業とカニ漁業が発展し、ソ連成立後は日ソ漁業協定（1928年）を経て、日本の母船式漁業は、カムチャツカ半島周辺とオホーツク海にも拡大した。20世紀半ばからは、サケ・マス流し網漁業と基地式の底曳き網漁業（カレイ、タラ、スケトウダラなど）も展開した。

けれども、日本漁船による大量漁獲は、既に1930年代から沿岸国（ロシア、米国、カナダ）の警戒と反発を招き¹⁵、第二次世界大戦後には諸条約の締結による対日漁業規制をもたらした。米国のトルーマン宣言¹⁶（1945年）などを経て、

昭『北洋漁業の構造変化』（成山堂書店、1988年）など。最近の著作では、濱田武士・佐々木貴文『漁業と国境』（みすず書房、2020年）81-108頁；片岡千賀之・小岩信竹・伊藤康宏編著『日本漁業の200年』（北斗書房、2022年）106-109, 134-141 & 173-177 & 頁など。1920年代から30年代の北洋漁業を新たな視点で論じるものとして、伊藤考治「生態学的地図作成の試み—戦間期の北太平洋における鮭鱒漁業の変容と水産海洋学のアプローチの台頭」太田出・川島真・森口（土屋）由香・奈良岡聰智編著『領海・漁業・外交—19～20世紀の海洋への新視点—』（晃洋書房、2023年）121-166頁；神長英輔「1930年代後半の日ソ漁業交渉」前掲書・219-259頁など。ジャーナリストによる広範囲の取材に基づくものとして、本田良一『日ロ現場史 北方領土—終わらない戦後』（北海道新聞社、2013年）171-301頁などもある。

¹⁴ 国際法研究者による文献として、水上・前掲注10）・175-248頁。また、山本・前掲注10）85-102 & 129-138頁；小田・前掲注10）21-34 & 109-111頁も参照。

¹⁵ 例えば、アラスカのプリストル湾における日米間のサケ・マス漁業紛争は有名である。この紛争については、小野寺五典・廣吉勝治「日米漁業摩擦の起源とその背景—いわゆる「プリストル湾事件」に関する素描と一考察—『北海道大學水産學部研究彙報』47巻1号（1996年）13-29頁など。

¹⁶ 米国トルーマン大統領による「公海の一部区域における沿岸漁業に関するアメリカ合衆国の政策」宣言（1945年9月28日）。

具体的には、1950年代からの幾つかの漁業条約、すなわち、サケ・マス漁業については、北東太平洋海域の日米加漁業条約（1952年）¹⁷および北西太平洋海域の日ソ漁業条約（1956年）¹⁸、またカニ漁業に関しては、日米カニ取極め（1964年）および日ソカニ取極め（1969年）¹⁹などの締結による²⁰。

この流れは、1970年代におけるカナダ・米国・ロシアを含む多くの諸国による自国沿岸200海里漁業水域の設定を経て、国連海洋法条約²¹（1982年）による国際的な漁業規制の強化（200海里排他的経済水域（EEZ）制度、公海漁業資源の保存と管理の義務、魚種別アプローチの採用など）に繋がり、北洋漁業は衰退した。その先に現在の北海道漁業があり、日本とロシアの漁業をめぐる国際法とその実践がある。

¹⁷ 「北太平洋の公海漁業に関する国際条約」（1953年発効、93年失効）。条約適用海域は北東太平洋全域（領海除く）。この条約は、抑止・抑制（abstention）の観念（最大限に利用され、かつ大規模な科学的研究のための法規制の対象となっている資源に関しては、その保全と漁獲に実績のない国はそれらの漁獲を自発的に抑止・抑制する）に基づく義務を明記し、その結果として日本の漁獲は制限された。この観念およびその評価に関しては、水上・前掲注10）176-194頁；山本・前掲注10）91-102頁；小田滋・前掲注10）117-176頁など。

¹⁸ 条約適用海域は、日本海、オホーツク海およびベーリング海を含む北西太平洋の全域（領海除く）。この条約は、日ソ国交正常化の最大の促進要因となり、日ソ共同宣言と同日発効。水上・前掲注9）200頁。詳細に関しては、水上・前掲注10）195-205頁。

¹⁹ この動きは、大陸棚条約（1958年）における、定着性種族を含む（2条4項）大陸棚の天然資源の開発に対する沿岸国の主権的権利（同条1項）の明記と連動する。米ソは同条約を批准したが、日本は未批准。第一次国連海洋法会議での大陸棚条約の起草交渉をめぐる議論、その後の日米カニ取極めおよび日ソカニ取極めの締結の経緯に関しては、山本・前掲注10）134-138頁；S. Oda, *International Law of the Resources of the Sea, Reprinted edition with Supplements*, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pp. 71-74。

²⁰ 水上・前掲注10）197-222頁；山本・前掲注10）85-102 & 129-138頁。漁業外交の視点から、片野歩・阪口功『日本の水産資源管理』（慶應義塾大学出版会、2019年）181-195頁。

²¹ 「海洋法に関する国際連合条約」1994年発効。

(2) 漁業をめぐる国際規制の枠組—グローバルな法体制

漁業をめぐる現在のグローバルな法体制²²は、海洋に関する規則を包括的に定める国連海洋法条約を中心とする。そして、日ロ両国は締約国としてこの条約に拘束される。また、その規則の殆どの内容は国際慣習法としても確立しているため、国連海洋法条約の非締約国、例えば米国にも適用される。

国連海洋法条約に基づく規律は、主に3つのアプローチの複合から成る。第1に、国家管轄権の配分にかかる海域別アプローチとして、締約国は、自国の領海における排他的主権(2条)、大陸棚の天然資源の開発に関する主権的権利(77条)、およびEEZの天然資源の開発、保存、管理などのための主権的権利(56条)を有し、自国のEEZでは生物資源の保存や最適利用の義務(61条・62条)を負う。また、公海自由の原則(87条)により公海の漁獲は自由(116条)だが、資源の保存に関する義務を負う(117条～119条)。

第2に、魚種別アプローチとして、海洋生物種の属性を踏まえた6つの種類の資源²³ごとに異なる規則がある。サケ類を含む溯河性資源²⁴の保全と管理に関しては、その溯河性・越境性・回遊性を考慮して「母国主義」(当該資源の発生する河川の所在する国の第一義的利益と責任)を基礎とし、公海における漁獲を原則として禁止しつつ、漁獲に関して関係国の経済的な利益にも妥当な

²² 概要に関しては、Y. Tanaka, *The International Law of the Sea, Third edition*, Cambridge University Press, pp. 281-321 ; R. Churchill, V. Law & A. Sander, *The Law of the Sea, Forth edition*, Manchester, 2022, pp. 513-599 & 718-778; A. Boyle & C. Redgwell, *International Law and the Environment, Fourth edition*, Oxford University Press, 2021, pp. 724-775など。

²³ 隣接するEEZ相互間に跨る資源、EEZ及びEEZに接続する水域内の双方に存在する資源(ストラドリリング性魚類。63条)(カレイ、サンマ、スルメイカ、タラ、マイワシ、マサバなど)、高度回遊性魚種(64条)(附属書I掲載種として、マグロ類、サメ類など)、海産哺乳動物(65条)(鯨類、アザラシなど)、溯河性資源(66条)(サケ類など)、降河性資源(67条)(ウナギなど)、定着性の種族(68条・77条4項)(貝類、サンゴ類など)。

²⁴ 溯河性資源とは、河川上流で繁殖して河口から海域に移動し、海洋を広く回遊した後、再び同一の河川(母川)に戻って繁殖するというライフサイクルをもつ魚類。国連海洋法条約の英語正文では anadromous stock だが、日本政府公定訳では溯河性資源と訳されている。本稿では、公定訳が別の訳語をあてている場合を除いて、科学の用語法にならない stock に「系群」という訳語をあてる。

考慮が払われるべきとし、国際協力の必要性和地域的機関の潜在的な役割を重視している(66条)。

加えて、ストラドリング性魚類資源に関しては、国連海洋法条約の魚種別アプローチに基づく一般的な規定をより具体化するために、国連公海漁業協定(1995年)²⁵が採択されている。資源の保存と利用に関する予防的アプローチ、生態系アプローチ、EEZ内外水域の保存管理措置にかかる一貫性の原則などを採用し、RFMOの役割を重視する。日本とロシアは締約国として、この条約に拘束される。

第3に、いかなる海域における海洋生物資源の利用にも、海洋環境の保護及び保全に関するさまざまな規則(第12部192-265条)が適用される。締約国は、海洋環境の保護および保全に関する一般的な義務を負い(192条)、自国の管轄する資源活動からの海洋環境の汚染を防止するために必要な措置をとらねばならず(194条)²⁶、そのために第12部の各規定の定めるさまざまな義務を負う。

3. 北西太平洋海域における日本とロシアの漁業関係—北洋漁業のその後

(1) 日本とロシアのサケ・マス漁業

日本の北洋漁業の一翼を担っていた北西太平洋のサケ・マス漁業のうち、現

²⁵ 「分布範囲が排他的経済水域の内外に存在する魚類資源(ストラドリング魚類資源)及び高度回遊性魚類資源の保存及び管理に関する1982年12月10日の海洋法に関する国際連合条約の規定の実施のための協定」(2001年発効)。日本とロシアともに締約国。

²⁶ 国際判例によれば、海洋生物資源の減少は海洋環境・生態系の問題であり、漁業活動はその対象種を含む海洋環境の保護及び保全に配慮した形で行われるべきという。すなわち、国際海洋法裁判所(ITLOS)は、海洋生物資源の保存を海洋環境の保護および保全の一要素として捉え(*Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p.280, para. 70*)、締約国は漁業活動において192条および194条に基づく義務を負うとした(*Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SPRC), Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Reports 2015, p.5, para. 120.*)。

在も適法に行われているのは、1) 日本のEEZ内での日本漁船によるロシア系サケ・マス資源(ロシアを母川国とする資源)の流し網漁業と、2)ロシアEEZ内における日本政府の補助金による試験操業としてのサケ・マス曳き網漁業に限られる。このようにして、国連海洋法条約、後述する北太平洋溯河性魚類保存条約(1992年)²⁷および日ロ漁業協力協定の下で、現在、北西太平洋では公海のサケ・マス漁業は行われていない。なお、後述するように上記1)と2)とではその根拠となる日ロ間の協定は異なるが、実務上は両者を併せて、日ロサケ・マス漁業交渉で扱っている²⁸。

まず、上記1)は日ロ漁業協力協定²⁹に基づく。この協定は、北西太平洋の生物資源の保存、再生産、最適利用及び管理に関する互恵的協力の発展(1条)を目的とする。そして、母川国主義(2条1項)に基づいて、日ロ各国の200海里水域および公海におけるサケ・マス類を含む溯河性資源の保存と管理について定める。当該資源の保存のため、その母川国は、自国200海里水域と公海の漁獲規制を設け、関係国と協議し両水域における総漁獲可能量(TAC)を決めることができる(同条2項)。また、当該資源は原則として200海里水域でのみ漁獲され、公海での例外的な日本漁船によるロシア系資源の漁獲については、日ロ間で漁獲条件の合意のため協議を行う。さらにロシアは、日本による漁獲に関して、当該資源の再生産のための貢献や漁獲実績などを考慮する(同条3項)。また、例外的な日本漁船による公海漁獲の規制に関しては、日本政府による漁獲許可、ロシア公務員による日本漁船の乗船検査、拿捕、違反に対する日本の裁判管轄権などの規則を定める(同条4・5・7項)。そして、日ロ両国の科学・技術に関する協力の義務を明示し(同条7・8項、3・4条)、本協定の目的達成のため日ロ漁業合同委員会(各国の政府代表1人および2人以内の代表代理から成る)の設置について規定する(7条)。加えて、本協定のいかなる規定も、海洋法の諸問題に関する日ロいずれの国の政府の立場又は見解に影響

²⁷ 「北太平洋における溯河性魚類の系群の保存のための条約」(1993年発効)。締約国は日本、カナダ、韓国、米国、ロシア。

²⁸ 水産庁「「プレスリリース 日ロさけ・ます漁業交渉(日本水域)」の結果について(令和5年3月24日)」。<https://www.jf.aff.go.jp/j/press/kokusai/230324_12.html>(2023年3月31日閲覧)

²⁹ この協定の締結経緯、協定の概要と1993年までの実行については、水上・前掲注10) 213-221。

響を与えない旨の条項をおく（8条）。

以上の協定の下で、日本のEEZ内の日本漁船によるロシア系サケ・マス資源の流し網漁業は、日ロ漁業合同委員会での協議を経て、漁獲割当量を含むその年の操業条件が決定されている。合同委員会の協議には、各国政府の漁業担当機関（日本は水産庁、ロシアは連邦漁業庁）および外務省の職員から成る政府代表と代表代理に加えて、政府代表団としてその他の関係者（自治体関係者や漁業団体の関係者など）も出席している。そして、そこで決定された操業条件に従い、日本漁船の流し網漁業は、日本がロシアに協力金を支払って実施されている。直近2023年の操業条件は、合計漁獲割当量が2050トン(t)（カラフトマス、ベニザケ、ギンザキ、マスノスケで合計1550t、シロザケ500t）、漁業協力費が2億円～3億13万円の範囲で漁業実績に応じて決定する、というものであった³⁰。この数年間、合計漁獲割当量には変動がなく、漁業協力金も少額の変動にとどまる³¹。

なお、日ロ漁業合同委員会の決定に基づいて「日ロ漁業専門家・科学者会議」が設置されている。毎年秋に開催されるこの会議での意見交換の結果は、翌年の日ロ漁業合同委員会に提出される。また、同会議の作成した毎年の科学技術協力計画案は日ロ漁業合同委員会で検討され、採択されている³²。このようにして、日ロ漁業合同委員会の協議において、最新の科学的知見が考慮される仕組みは、ひとまず存在している³³。

次に、上記2)にいうロシアEEZ内の日本漁船によるサケ・マス曳き網漁業は、2016年に始まった試験操業である。日本は、1988年よりソ連200海里内(北

³⁰ 水産庁・前掲注28)。

³¹ 水産庁がプレスリリースとして公表している「日ロさけ・ます漁業交渉」の結果について、2019年から2023年までの過去5年間分のデータを水産庁から入手して、筆者が比較した結果による。

³² たとえば、直近2023年については、水産庁・前掲注28)。

³³ ただし、いかなる知見が、どのように、どの程度、実際の協議において考慮されているかは不明である。この協定によれば、日ロ漁業合同委員会の毎年の会議の議事録は作成されることになっている（7条5項）が、過去の議事録は非公開とされているからである。同様に、日ロ漁業専門家・科学者会議の報告や提案も非公開であり、日ロ漁業合同委員会が採択した科学技術協力計画も非公開であるため、詳細は不明である。

方四島周辺水域を含まない)で、民間の日ソ合弁事業として自国漁船のサケ・マス操業³⁴を実施していたが、これは2015年に終了した。ロシアでは同年6月に、環境保全を理由³⁵に自国EEZ内における流し網漁業を全面禁止する国内法が制定され³⁶、2016年から日本漁船はロシアEEZ内でサケ・マス流し網漁業を操業できなくなったからである。これを受けて、サケ・マス曳き網漁業はその代替をめざすものである。その操業条件は、後述する日口地先沖合漁業協定に基づく政府間協議を経て決定され、日本はロシアに入漁料を支払って、試験操業を実施してきた。2021年の政府間協議で合意された操業条件は、漁船隻数が1隻、漁獲割当量は合計125t、入漁料は2433万円であった³⁷。

³⁴ これは、1992年以降のソ連200海里外の日本漁船によるサケ・マス漁獲の禁止と引き換えに、1987年の日ソ漁業合同委員会でソ連が提案したものである。この合弁事業のため、全国鮭鱒流し網漁業熊井連合会（全鮭連）など日本のサケ・マス業界6団体は、合弁事業の日本側投資会社「北洋合同水産」を設立した。この動きに関しては、水上・前掲書・注10) 219-220頁；本田・前掲書・注13) 236-277頁。

³⁵ 流し網漁業は、環境保全の観点からは問題視されることが多い。大量の魚類やその他の水産資源を無差別に捕獲するため、水産資源の持続性を阻害するものであるとともに、海鳥や海生哺乳類の混獲も伴うからである。国連でも1991年に、公海流し網漁業の全面的停止（モラトリアム）が総会で採択されている。Resolution 46/215 of 20 December 1991. 以上の点に関しては、R. Caddell, 'International Fisheries Law and Interactions with Global Regimes and Processes,' in R. Caddell & E.J. Molenaar (eds.), *Strengthening International Fisheries Law in an Era of Changing Oceans*, Hart Publishing 2019, pp. 137-140；水上・前掲注10) 231-233頁など。

³⁶ 連邦法第208号（『連邦法『漁業及び水産資源の保護について』の改正について』）の制定である。その概要と背景については、小泉悠「立法情報『ロシア』サケ・マス流し網漁を禁止する法律」『外国の立法』（2015年8月）14-15頁。背景には、ロシア国内の漁業紛争（定置網漁業中心のサハリン州 vs. 流し網漁業中心のカムチャツカ地域）があったとされる。小泉・前掲論文；濱田＝佐々木・前掲注13)・106頁。また、クリミア紛争以降EUの経済制裁（水産物の対ロシア輸出禁止）を受け、国内の水産物自給のため日本漁船を締め出したいロシア政府の意向もあっただろう。

³⁷ 水産庁「『日ロさけ・ます漁業交渉』の結果について」（令和3年4月5日）。
https://www.jfa.maff.go.jp/j/press/kokusai/210405_12.html（2023年1月31日）

以上のサケ・マス漁業に関して、2022年と2023年の政府間交渉は対ロシア制裁と切り離して実施され、2022年には日本のEEZ内で日本漁船の操業も行われた。また、交渉開始は、2022年にはロシアによるウクライナ侵攻の影響で4月中旬までずれこんだが、2023年には例年と同時期となり、解禁日（4月10日）以降、道東の小型漁船が出漁した³⁸。けれども、ロシアEEZ内の試験操業の実施は、2022年の交渉では操業船舶の安全性を懸念する日本政府の判断により見送られ³⁹、2023年の交渉時点では「検討中」とされている⁴⁰。

他方で、北太平洋の公海におけるサケ・マス漁業については、太平洋溯河性魚類保存条約が多数国間の規則を定めている⁴¹。この条約は、条約水域（北緯33度以北の太平洋及び接続する諸海の水域にある公海）において、サケ・マス類を含む溯河性魚類の漁獲を、科学的調査を目的とする場合を除いて禁止し、その混獲の最小化を締約国に求める（3条1・2項）。また、条約水域では、締約国の権限当局による他の締約国の船舶に対する乗船・検査や、違反操業の従事者の逮捕、船舶の拿捕および必要な状況調査を認め（5条2・3項）、締約国に関連情報の交換を求める（6条）。さらに、溯河性魚類の系群の保存のため、科学的調査の実施に関する締約国の協力義務を定める（7条）。そして、条約実施のため北太平洋溯河性魚類委員会（NPAFC）（8・9・10条）が設置され、活動している⁴²。

このようにして、この条約の適用海域となる公海では、日本漁船はサケ・マスを漁獲できない。日ソ漁業協力協定の下で日本漁船に割当のあったロシア系サケ・マスの漁獲⁴³は、1980年代末のロシアの方針転換⁴⁴に加え、この条約の

³⁸ 道新「サケ・マス流網漁解禁 200カイリ内 根室など6隻出漁」2023年4月10日朝刊。

³⁹ 道新「ロシア域サケ漁見送り」2022年6月25日朝刊。

⁴⁰ 道新「日ロサケ・マス交渉妥結 漁獲条件 前年と同じ」2023年3月25日朝刊。

⁴¹ この条約の概要に関しては、水上・前掲注10) 223-230頁。

⁴² NPAFCの活動については、<<https://npafc.org/>>（2023年3月10日閲覧）。

⁴³ たとえば、1985年の第1回日ソ漁業合同委員会では、漁獲割当量37,600tおよび協力費42億5,000万円で妥結した。その後年間漁獲割当量は年々減少したが、1991年までソ連の200海里水域外の日本漁船によるソ連系サケ・マスの漁獲は実施された。水上・前掲注10) 218頁。

⁴⁴ 前掲注34) 参照。

発効により全面的に終了した。

(2) 日本とロシアのサケ・マス以外の魚種の漁業

北西太平洋海域は、サケ・マス以外にもタラ、スケトウダラ、サンマ、カレイ、ホッケなど、商業的価値の高い魚が多い。公海域におけるそれらの漁業は、国連公海魚協定をアンブレラとする北太平洋公海漁業資源保存条約 (NPFC 条約) (2012年)⁴⁵により、また、日ロ各国の EEZ 内の漁業は日ロ地先沖合漁業協定により、規制されている。

NPFC 条約は、条約水域 (概ね北緯20度以北の北太平洋の公海) における漁業資源が存在する北太平洋の海洋生態系を保護しつつ、当該漁業資源の長期的な保存と持続可能な利用の確保を目的とする。その一般原則は、漁業資源の最適利用の推進と漁業資源の長期的な持続可能性の確保、最大持続生産量を実現可能な水準に漁業資源を維持し又は回復することを確保するため入手可能な裁量の科学的情報に基づく、予防的アプローチと生態系アプローチによる措置の採択、脆弱な海洋生態系に著しい悪影響を防ぐための漁獲活動の管理などである (3条)。また、条約の実施のため北太平洋漁業委員会 (NPFC) の設置を定め (5-12条)、旗国の義務 (13条) と寄港国の義務 (14条) に加えて、遵守と取締り (17条) について定めている。

この条約により設立された NPFC⁴⁶は、クサカリツボダイ、マサバ、サンマを含む魚種の漁獲などに関する保存管理措置を決定し、締約国の遵守状況を監視している。近年、日ロ両国が自国 EEZ 内で漁獲してきたサンマの資源状況が懸念され⁴⁷、北海道の年間総漁獲量も激減している⁴⁸。主な要因の1つは、公海での漁獲国/団体 (韓国、中国、台湾、日本、ロシア) による資源の奪い合

⁴⁵ 「北太平洋における公海の漁業資源の保存および管理に関する条約」 (2015年発効)。締約国/団体は日本、カナダ、韓国、中国、台湾、バヌアツ、米国、ロシア、EU。

⁴⁶ NPFC については、<<https://www.npfc.int/>> (2023年3月10日閲覧)

⁴⁷ 水産研究・教育機構「令和3年度 国際漁業資源の現況 81 サンマ 北太平洋」5-7。<https://kokushi.fra.go.jp/R03/R03_81_SAP.pdf>

⁴⁸ NHK NEWS WEB「サンマ水揚げ量 過去最低ペース」 (2022年12月10日) <<https://www3.nhk.or.jp/sapporo-news/20221210/7000053288.html>> (2023年3月10日閲覧)

いだという⁴⁹。NPFCでは、サンマにつき総漁獲可能量（TAC）の設定は合意されたが、国別の割当には合意がない⁵⁰。なお、2022年の漁期には、道東沖で操業する北海道のサンマ漁船は、日ロ関係の悪化からロシア水域内の航行の安全性を懸念し、同水域を迂回したという⁵¹。

次に、日ロ両国のEEZ内の漁業については、1977年締結の日ソ／ソ日漁業暫定協定を実質的に一本化した日ロ地先沖合漁業協定に基づいて、相互利益の原則に立ち、両国漁船の相互入漁が認められている（1条）。これは、北西太平洋の生物資源の保存と最適利用に関する両国の共通の関心を踏まえたものである（前文）。そのため、日ロ各国は、本条約に基づく日ソ漁業委員会（6条）での協議を経て、資源状態、自国の漁獲能力、相手国の伝統的な漁獲量と漁獲の方法その他の関連要因を考慮し、自国水域における相手国漁船のための漁獲割当量、魚種別組成と操業区域、その他の具体的な操業条件について毎年決定する（2条）。沿岸国は、自国EEZ内の相手国の違法操業船を拿捕又は留置でき、その場合は相手国に通報し、適当な担保又はその他の保証の提供後速やかに釈放する（4条2項）。そして、本協定の目的達成のため日ロ漁業委員会（各国の政府代表1人および2人以内の代表代理から成る）が設置される（6条）。また、この協定は北方領土問題を前提に、この協定とそれに基づく活動や措置は両国間の問題にかかる両政府の立場を害しない旨の規定（7条）をおいている。

この協定に基づいて、日ロ間では、毎年11月または12月開催の日ロ漁業委員会で、翌年の入漁条件が協議されている。日ロ漁業委員会には、各国政府の漁業担当機関（日本は水産庁、ロシアは連邦漁業庁）および外務省の職員から成る政府代表と代表代理に加えて、政府代表団としてその他の関係者（自治体関

⁴⁹ 片野・阪口・前掲注20）91-95頁。

⁵⁰ North Pacific Fisheries Commission. 2021. 6th Meeting Report. NPFC-2021-COM06 Final Report Rev. 01 447, paras. 49-52 & Annex S. (Available at <www.npfc.int> as of 20 June 2023.) なお、2023年3月に開催された第7回NPFC会合において、サンマのTAC削減が決定され、禁漁期間も設定されたが、国別の割当に合意がない点では同じである。North Pacific Fisheries Commission – Seventh Meeting. 2023. Meeting Report. NPFC-2023-COM07-Final Report, paras. 83-100 & Annex U. (Available at <www.npfc.int> as of 20 June 2023.)

⁵¹ 道新「道東サンマ 不安の船出」2022年8月10日朝刊。

係者や漁業団体の関係者など）も出席している⁵²。そして、委員会での協議の結果に基づいて日口間で相互入漁が実施されている⁵³。また、日本は無償の相互入漁（日口間で漁獲割当総量は同一）に加え、ロシアへの入漁料支払いを伴う有償入漁も行っており、その操業条件も協議される。

なお、この協定は日口漁業協力協定とは異なり、科学的協力に関する明示的な規定はない。けれども、日口漁業委員会では、日口両国水域に共通に存在する主要な魚種系群の持続的利用を図るため、科学者グループを設置し、それらの資源状態について、前述した日口漁業専門家・科学者会議での議論を踏まえて協議し、報告書を作成している⁵⁴。このようにして、日口漁業委員会での協議において、両国の専門家による最新の科学的知見が考慮されうる仕組みは存在する⁵⁵。

具体的には、たとえば2022年には、日口漁業専門家・科学者会議は2021年開催の日口漁業委員会の決定に従い、両国が双方の水域内で利用している同一資源について最新の情報を交換し、資源状態に関する見解をとりまとめた。10月には、「さんま、まさば、まいわし、かたくちいわし、いかおよびすけとうだらの生態学および現存量に関する意見交換会」が開催され、幾つかの魚種を対象に調査研究結果の報告と議論を実施した。また、翌月に開催された日口漁業専門家・科学者会議では漁業や資源状態に関する資料及び意見の交換を行い、漁業の状況と資源状態に関する共同報告と2023年の調査協力計画案を作成して

⁵² たとえば、水産庁「「日口漁業委員会第39回会議（日口地先沖合漁業交渉）の結果について」（令和4年12月27日）。<<https://www.jfa.maff.go.jp/j/press/kokusai/221227.html>>（2023年1月30日閲覧）。

⁵³ ただし、日口両国の想定する漁獲割当量の隔たりから漁業委員会での交渉妥結が遅れ、日本漁船はロシアEEZ内操業の漁期を逃すこともあった。道新「根室痛手 マダラ漁期逃す」2019年2月26日朝刊。

⁵⁴ 水産庁 水産研究・教育機構「令和4年度 国際漁業資源の現況—67 日口浮魚・底魚（総説）」67-2頁 <https://kokushi.fra.go.jp/R04/R04_67_JapanRussia-R.pdf>（2023年5月1日閲覧）。

⁵⁵ ただし、日口漁業委員会会議の議事録及び関連資料、また日口漁業専門家・科学者会議の作成した報告書や調査協力計画案は非公開であるため、この委員会の協議において、いかなる科学的知見が、どのように、またどの程度考慮されているのか、さらに、日口漁業専門家・科学者会議からの報告や提案がどのように検討がされているのか、については不明である。

いる⁵⁶。この計画案は、2023年開催の日ロ漁業委員会第40回会議で検討され、採択されているものと推測される。

そして、直近の具体的な状況として、2022年12月の日ロ漁業委員会第39回会議（日ロ地先沖合漁業交渉）で妥結した2023年分の操業条件については、漁獲割当総量は日ロ同量で、各国75,000t（日本はサンマ・スルメイカ・マダラ、ロはサバ・マイワシ・イトヒキダラなど）であり、漁船の総隻数は674隻（日本は585隻、ロは89隻）である。また、ロシア水域における日本の有償入漁については、マダラなどのTACは694.66t、総隻数は22隻であり、入漁料は2694万円であった⁵⁷。これに関連して、無償入漁のTACは年ごとに増減はあるが、過去5年間で、全体として減少傾向にある⁵⁸。これは、日本EEZ内のサバなどの漁獲枠を増やしたいロシアに対する、日本の「守り」の姿勢を反映するという指摘もある⁵⁹。無償入漁では、相互主義により日ロ間でTACは同量となるため、ロシア水域のTACを増やすことは逆に日本水域でのロシア漁船によるTACを増やすことを意味するため、近年ロシア水域で漁獲実績がふるわない日本にとっては経済的に必ずしも有益とはいえないからである。また、日本の有償入漁は、2022年分から前年比でTACおよび入漁料ともに約35%減少している（総隻数は変化なし）。なお、日本水域におけるロシアへの漁獲割当量は、日本の国内法上のTAC魚種⁶⁰に該当するもの（サバ、マイワシなど）に関しては、当

⁵⁶ 水産庁 水産研究・教育機構・前掲注54) 67-1頁。

⁵⁷ 水産庁・前掲注52)。

⁵⁸ 水産庁がプレスリリースとして公表している日ロ漁業委員会（日ロ地先沖合漁業交渉）の会議の結果について、2018年から2022年までの過去5年間（第35回会議～第39回会議）分のデータを水産庁から入手して、筆者が比較した結果による。

⁵⁹ 北海道大学スラブ・ユーラシア研究センター他主催「日ロ漁業協定セミナー」（前掲注7）における濱田武士氏（北海学園大学経済学部）の講演。

⁶⁰ 2018年11月までは、国連海洋法条約の批准（1996年）に際して制定された「海洋生物資源の保存及び管理に関する法律」（TAC法）により、また2018年12月以降は改正漁業法により、サンマ、スケトウダラ、マアジ、マイワシ、サバ類、ズワイガニ、スルメイカを含む7種が、TAC魚種とされている。なお、最新のTAC制度を含む日本の漁業資源管理に関しては、水産庁「(2) 我が国の資源管理」<https://www.jfa.maff.go.jp/j/kikaku/wpaper/r02_h/trend/1/t1_3_2.html>（2023年6月3日閲覧）。

該年のTACの中に含まれることになっている。

近年、ロシア水域における日本漁船の操業に関して、ロシアの権限当局（国境警備局）による監視が厳格化しつつあるとされる⁶¹。2021年5月には、サハリン沖で日本漁船が、ロシアEEZ内での違法操業を理由に拿捕された⁶²。また、2022年にロシアは、9月以降の日本漁船によるサンマ漁業に、例年とは異なり漁業許可証を発行しなかったという⁶³。さらに、日ロ関係の悪化による拿捕のリスク回避のため、「拿捕保険」と呼ばれる特殊保険に加入する北海道の漁船も増えているとされる⁶⁴。

その一方で、日本水域におけるロシア漁船の操業に関しては、直近の2022年実績で3件、これを含め過去5年間で合計9件（2018年および2019年は各2件、2020年はゼロ件、2021年は2件）の違法漁獲の取締りがあった⁶⁵。全体として大きな推移はない。

4. 北方領土問題と日本・ロシアの漁業関係

（1）日ロ間の安全操業枠組協定

北方領土の周辺海域は、カニ、マダラ、カレイ、キンキ、ウニが豊富である。けれども前述したように、北方四島の領有権問題を背景に日本とロシアの間では海洋の境界が画定していない⁶⁶。その中で、日ロ間の安全操業枠組協定（1998

⁶¹ 道新・前掲注51)。

⁶² 実際には、日本漁船の操業はサハリンとの地理的な中間ラインの日本側におけるものだったが、ロシアの想定する中間ラインが未公表で漁船にとり不明のため起きたともいえる、との指摘もある。道新「消えた『四島返還』第5部100」2022年8月13日朝刊。

⁶³ 道新「サンマ水揚げ8.9%減」2022年12月7日朝刊。

⁶⁴ 道新「海と国境505」2022年9月26日夕刊。

⁶⁵ 水産庁「プレスリリース 令和4年の外国漁船取締実績について」（令和5年2月28日）<<https://www.jfa.maff.go.jp/j/press/kanri/230228.html>>（2023年5月29日閲覧）。

⁶⁶ ただし、第二次世界大戦後から根室海峡に事実上の中間ラインはあるとされ（ロシア設定の中間ラインの正確な位置は公表されていない）、1977年には、日本漁船の拿捕を防ぐため、海上保安庁、道庁、漁協などの協議を経て、中間ラインの少し内側に日本側の操業自粛ラインが設定された。そして、1998年の

年)に基づき、日本漁船は北方四島周辺12海里内で一定の操業が認められている。

この海域では、根室海峡を中心に日本漁船は終戦後も操業を続け、海域を実効的に支配しているソ連／ロシア国境警備局による拿捕や銃撃事件が絶えなかった⁶⁷。また、1970年代から90年代初めには、「諜報船(レボ船)」「(ソ連当局に米軍・自衛隊や公安関係の情報を提供する見返りに操業を黙認されていた日本漁船)⁶⁸や「特攻船」(ソ連国境警備局取締船の追尾を逃れる特殊な小型高速船)による四島周辺海域での違法漁業も多かった⁶⁹。

安全操業枠組協定は、以上の状況を背景に、冷戦終結直後に日ロ関係が改善するなかで、両国の政治的思惑も合致して締結された。日本は、安全操業の実現を領土問題解決に向けた環境整備の一つと考え、ロシアは極東地域への経済支援を望んだからとされる⁷⁰。

この協定は、その適用水域(その付表に示された北方四島の周辺の緯度と経度の点を順次結ぶ測地線により囲まれる水域)において、両国が、日本「漁船による生物資源についての操業が実施されるため、また、当該水域における生物資源の保存、合理的利用及び再生産のため、協力する」(1条)ことを目的とする。付表によるこの協定の適用水域は、四島周辺でロシアの主張する領海を含んでおり、本協定は、そのような水域において、日本漁船の操業に加えて生物資源の保存、合理的利用及び再生産の確保をめざしている。

「北海道海面漁業調整規則」の改正により、これは操業規制ラインとなった。道新「海と国境531」2023年10月26日夕刊、同「同532」同年同月27日夕刊。現在、このラインは「北海道漁業調整規則」(北海道規則第94号)33条の別表第3の定めるライン(規則ライン)とされている。

⁶⁷ 1945年4月30日～2015年12月10日で、根室海峡とその周辺で1,341隻が拿捕され、乗組員9,504名が拘留され、銃撃事件は13件発生し、うち未帰還は23隻、31名(拿捕時の船舶沈没や拘留中の自殺による)とされる。本田良一「日ロ漁業の枠組みと操業実態」『漁業経済研究』60巻1号(2016年)、27頁。

⁶⁸ 諜報船(レボ船)については、西木正明『オホーツク諜報船』(角川文庫、1985年)。

⁶⁹ なお、1990年代初めからロシア当局の取締りが厳格化し、レボ船や特攻船はほぼ消滅したといわれる。この点も含めて諜報船や特攻船に関しては、本田良一『密漁の海で—正史に残らない北方領土[新訂増補版]』(凱風社2011年)6-206頁。

⁷⁰ その背景・経緯や締結後の実情について、本田・前掲注13)9-67 & 126-151頁；同・前掲注67)27-28頁；濱田=佐々木・前掲注13)121-126頁。

そして、日本漁船の操業は、日ロ各政府の認めた各国の団体の間で毎年合意される了解覚書に従い実施され(2条1項)、日本政府は、生物資源についての操業、保存および再生産に関連して、同団体による支払いが確保されるように措置をとる(同条3項)。このようにして、本協定に基づく日本漁船の操業の実施は、あえて日ロ各国の認める「団体」間の合意に基づくことになっている。

また、両政府は原則として毎年、本協定の実施に関連する諸問題について協議を行い(4条)、適当な場合は、日本の水産庁、海上保安庁、ロシア連邦農業食糧省、ロシア連邦国境警備庁、その他の両政府の関係機関の間の連絡を促進する(5条)。このような形で、日本漁船の操業の実施は前述した「団体」間の合意によるが、両国政府間の関連諸問題に関する毎年の協議と、時宜に応じた両国政府の関係機関間の連絡を想定している。

さらに、両国間および両国の団体と企業間の協力の発展が奨励されている(3条)。これは、規定のあり方からは主に経済面での協力を中心とするものだろう(「漁獲物の市場価格の動向に関する情報の交換、漁獲物の加工を含む両国間の漁業一般の分野における協力の発展」)(同条第1文)。その一方で、前述した2つの漁業協定とは異なり、科学的調査などの科学的な相互協力に関する規定はなく、両国間の科学技術面における協力は明示的には想定されていない。

さらに、この協定は北方領土問題を前提に、この協定とそれに基づく活動や措置は両国間の問題にかかる両政府の立場を害しない旨、規定する(6条)。そして、特筆すべきは、日本漁船による協定違反の場合の手續や管轄権に関する規定を含まない⁷¹ことである。

以上の協定に基づいて、北方四島周辺海域においては、北海道水産会を支払い団体として日本からロシアへの協力金の支払いと技術援助(機材供与)を条件に、日本漁船の操業が実施されてきた。これは、毎年11月頃開催の政府間協議に続く民間交渉で、翌年の操業条件や協力金・技術援助の金額が合意され、それを記した覚書(北海道水産会とロシア連邦漁業国家委員会、国境警備長と

⁷¹ ただし、出入域手續などを定める「操業手續の指針」に基づき、「日本側は集団で操業し、安全操業の水域に入る場合は事前通報し、退出する場合も通報する・ロシア国境警備局の臨検を受け、操業日誌のチェックを受ける。」という。本田論文・前掲注68) 21頁。

の間で交わされる)による⁷²。直近の2022年の操業条件は、漁獲割当量が2177t(スケトウダラ955t、ホッケ777t、タコ213t、その他232t)、漁期については、スケトウダラが1月1日～3月15日、ホッケが9月16日～12月31日、タコが1月1日～31日と10月16日～12月31日であり、隻数は48隻であった。また、日本からの支払いは、協力金が2130万円、機材供与が2110万円とされた⁷³。この操業条件の内容は、2019年から2022年まで変動はない⁷⁴。

さらに、形式上はこの協定とは無関係であるものの、日本政府はロシア側の要請に応じた外務省の事業として、サハリン州との協力事業に関する援助金(約1億5千万円)を、事実上協力金と併せて毎年支払っている。これも併せれば、水揚げ実績と隻数に照らして、日本からの支払いは実質的に相当額に上る⁷⁵。このような安全操業は、日本の国内法上、漁業法の下において都道府県(北海道)の沖合等で操業する漁業として知事許可漁業に該当する。そして、北海道漁業調整規則(32条の2別表2の2)の定める規則ラインより国後島側の水域において、歯舞群島と色丹島の南側水域でタコ、国後島と択捉島の北側水域でホッケやスケトウダラなどの漁業が、北海道知事の許可を受けて行われてきた。ただし現実には、協定では想定されていないロシア当局による日本漁船への「見学」(実質的に臨検(日本漁船に乗船し操業承認書を点検するなど))⁷⁶が実施されてい

⁷² 根室市『令和4年度版 水産ねむろ』(令和5年3月発効)25頁。

⁷³ 外務省「「北方四島周辺水域における日本漁船の操業に関する協定」に基づく日ロ政府間協議および民間交渉の結果について」(令和3年12月28日) <https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press4_009230.html> (2023年1月30日閲覧)。毎年、漁獲割当量は魚種により多少の変動はあるが、支払い金額はほぼ同じ。

⁷⁴ 水産庁がプレスリリースとして公表している「北方四島周辺水域における日本漁船の操業に関する協定」に基づく日ロ政府間協議及び民間交渉の結果について、2017年から2021年までの過去5年間分のデータを水産庁から入手して、筆者が比較した結果による。

⁷⁵ おそらく世界一高額の入漁料だろうという。本田・前掲注68)28頁;濱田=佐々木・前掲注13)125頁。

⁷⁶ 従来日本政府は、協定上臨検は認められないとして、ロシア当局の船上検査を「訪船」と呼んできた。しかし、2019年の民間交渉で交わされた覚書(北海道水産会とロシア漁業庁・ロシア国境警備局間)では、事前通告を伴う「見学」として実質的に臨検が認められたという。道新「北方四島安全操業 ロシアの乗

る。そして、これは2018年から急増し、2022年には前年の倍以上に上ったと報道されている⁷⁷。

以上のように、安全操業枠組協定は、北方四島の12海里水域内の操業、民間による操業条件の決定、管轄権規定の不存在という点で、きわめて特異である。さらに、日本からの多額の協力金や機材供与のための支払いに加え、日本の国内法上は知事許可漁業でありながら、明文上管轄権規定が存在しないなかで、ロシア当局による事実上の乗船検査も行われており、現実の運用状況においても特異な条約である。また、前述した他の2つの漁業協定とは異なり、既に述べたようにこの協定には両国間の科学的な協力について明示がなく、前述した協定の2つめの目的にもかかわらず、少なくとも条文上は、この協定の実施における科学の役割は明確ではない。

そして、近年この協定の実施には不安定さが目立っている。第1に、2022年6月に日本政府からサハリン州への援助金の支払いが停滞し、ロシア政府は協定の履行停止を発表した。結局9月には支払いが済み、操業が行われた⁷⁸。第2に、前述したように、近年ロシア当局による漁船への見学が急増しているとされる。第3に、2023年1月にロシア政府は日本政府に対して、この協定自体は維持するが、遅れている政府間協議には日本の対ロシア制裁のゆえに応じられない旨、伝達した⁷⁹。日本政府はロシア政府に善処を求め⁸⁰、影響を受ける日

船・点検容認」2019年1月14日朝刊。

⁷⁷ 2022年のホッケ刺し網漁では、ロシア国境警備局による書類点検などが昨年の約2.5倍(延べ259隻)に上り、漁港での競りに遅れる漁船も出たという。道新「越年、落胆の漁業者」2022年12月31日朝刊。なかには、安全操業枠組協定に基づく「操業手続の指針」に反した記入漏れによる罰金支払い要求や、書類不所持による漁船の一時連行の事案もあるとされる。道新「安全操業」臨検」延べ46隻」2019年3月23日朝刊。

⁷⁸ 外務省は、ロシアが日米欧の制裁で国際決済網から除外されており送金方法が課題だったとするが、サハリン州への援助金支払いは安全操業の前提条件ではないとの外務大臣の発言もあり、対ロ制裁との関係で慎重になったがロシアの強硬姿勢より立場を変えた、との見方もある。道新「四島周辺安全操業」2022年6月15日朝刊。

⁷⁹ 道新「協議凍結 制裁が原因」2023年1月30日朝刊。

⁸⁰ 道新「四島安全操業 早期実現求める」2023年1月31日夕刊。

本の漁業者⁸¹への支援を発表した⁸²。けれども、その後もロシア政府は協議に応じておらず、操業実施の目途が立たない状況が続いている。

安全操業枠組協定は、両国それぞれの政治的思惑を受け、日口間の係争水域において日本漁船が操業を行うための二国間条約である。それゆえに、制度設計および運用の両面において、かなり特異な面がみられる。また、日口関係の悪化に伴い不安定さも顕在化している。この協定は、その目的実現に向けて、今後どのように、またどの程度機能しうるのか—係争水域の漁業に関する二国間条約の1つの先例としても、その行く末を見守る必要がある。

(2) 貝殻島昆布採取協定（民間合意）

以上述べた日口間の二国間条約に加えて、北方四島周辺海域における漁業に関しては、歴史的な事情を反映して日本の民間団体とロシア政府機関との間で、コンブ漁業に関する合意も結ばれている。これは、北海道水産会とロシア漁業省との間で結ばれた貝殻島昆布採取協定（1981年）であり、当事者に日本政府を含まない合意である。

北方四島のうち歯舞群島にある貝殻島（岩礁）は、納沙布岬から3.7kmの距離にある。周辺海域には良質のコンブが豊富にあり、第二次世界大戦前より日本漁船によるコンブ採取が盛んであり、地域にとっては重要な産業であった。ソ連による実効的支配の下でも地域の漁業者によるコンブ採取は行われ、拿捕の事案も相次いだため、日本漁船による安全なコンブ採取のために地元の強い意向を受け、漁業団体（大日本水産会）のイニシアチブで交渉が始まった。そして、1963年に大日本水産会とソ連政府機関との間で現行協定の前身となる協定が合意された⁸³。その後、1977年からソ連の200海里水域設定に伴う4年間中断したが、1981年にはその後身として、現行の貝殻島昆布採取協定が結ばれた⁸⁴。こ

⁸¹ 例えば、国後島周辺海域のスケトウダラ刺し網漁は、羅臼漁協の冬季水揚げの柱であり、地域への打撃は多大であるという。道新「漁業者落胆 先行き不安」2023年1月22日朝刊。

⁸² ロシアのウクライナ侵攻後に作られた「日口漁業協定関係漁業者対策事業」の枠組による。道新「四島安全操業 漁業者支援」2023年1月24日朝刊。

⁸³ 大日本水産会とソ連国民経済会議付属漁業国家委員会との間の協定。

⁸⁴ 1966年の協定および現行協定も含めてコンブ協定の合意の背景と交渉経緯に関しては、伊藤康彦「昆布漁業と貝殻島安全操業について」『日本水産学会誌』

のような現行の協定は、前身となる1963年協定の内容をほぼ引き継いでいる。

この協定の下では、毎年の交渉で操業条件（採取種類・採取料・操業隻数・操業期間）が決まり、日本側は入漁料を支払い操業する。ただし、安全操業枠組協定とは異なり、日本のコンブ採取従事者はこの区域に適用されているソ連の法律、決定、規則などを遵守しなくてはならない旨、規定する（5条）。但し、協定の附属書は、協定に違反した日本漁民のコンブ採取権の喪失に関して定める（6条）ものの、採取権取消の主体が誰かについては明記しない⁸⁵。

この協定に基づいてコンブ漁は実施されてきたが、近年では、ロシア側に支払う採取料の負担、生育不良などによる資源量の減少などで、漁業者の経営は厳しくなり、許可隻数も年々減少している⁸⁶。直近の2023年春の交渉でも、操業期間は6月1日から9月30日まで（例年通り）、コンブ採取量は3081t（前年比300t減）、ロシア側に支払う採取料は8254万円（前年比600万円減）、隻数は204隻（前年比16隻減）で合意されている⁸⁷。なお、2022年には北海道水産会とロシアの交渉の開始が例年より数か月遅れて5月末となり、合意が6月初めとなったため、出漁が例年の解禁日の6月1日から3週間遅れた⁸⁸が、2023年は例年通りの日程で交渉が進み、例年通りの操業が可能になった⁸⁹。その一方で、2022年にはロシア国境警備局による臨検（日本とロシアの中間ラインのロシア主張水域側）の件数が急増し（延べ数は前年の4倍以上）、臨検の際の確認も

77巻4号（2011年）694-698頁；本田・前掲注13）71-125 & 151-168頁；同論文・前掲注67）26-27頁；濱田＝佐々木・前掲注13）117-120頁。

⁸⁵ 前身では「ソ連官憲又は大日本水産会」との明記があるという。本田・前掲注13）110-111頁。

⁸⁶ 根室市・前掲注72）23頁-24頁。2022年分の許可隻数は、ピーク時（1983年～2004年）から約40%減。2023年には、さらに減少している。

⁸⁷ NHK NEWS WEB「貝殻島コンブ漁は日ロ交渉が妥結 6月1日に出漁へ」2023年4月22日 < <https://www3.nhk.or.jp/sapporo-news/20230422/7000057011.html> >（2023年4月30日閲覧）；道新「貝殻島コンブ漁妥結 日ロ 6月1日操業見通し」2023年4月22日夕刊。

⁸⁸ NHK「北方領土 貝殻島周辺のコンブ漁 日本とロシアの民間交渉妥結」2022年6月4日 <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20220604/k10013657141000.html> >（2023年1月30日閲覧）；道新「貝殻島 日ロ民間交渉妥結 コンブ漁継続 安堵と重み」2022年6月5日朝刊。

⁸⁹ 道新・前掲注88)

厳格化したとされる。漁船の拿捕事案はないが、地元の漁協は現地の指導船を増やすなどの対応をとったと報道されている⁹⁰。

以上のように、北方四島周辺海域においては、政府間協定に加えて民間団体とロシア政府機関との間の協定も存在する。そして、この協定は2022年には危ぶまれる状況もあったが、最近の様子からは、操業自体は継続されている。これは、前述のように安全操業枠組協定が日ロ関係の悪化を受けて事実上運用が停止されている状況とは、対照的である。その背景には、両協定間における合意の主体および性質に関する違いがあるものと推論される。ただし、新聞報道によれば、前述したようにロシア国境警備局による監視体制は強化されてきており、係争海域における漁業活動が抱える構造的な問題は解消していない。

5. IUU 漁業に対処するための国際規制の展開と日ロ間協力の位置づけ

(1) IUU 漁業に対処するための国際規制の展開

IUU 漁業は、持続可能な漁業に向けた関係者の意欲と努力を害し、海洋生態系に悪影響を与えるとともに、適正な競争を阻害して正当な漁業を不利な立場におく。その対策として、1990年代から地球規模の条約（公海漁業保存措置遵守協定（1993年）⁹¹、国連公海漁業協定、違法漁業防止寄港国措置協定（2009年）⁹²）の採択、RFMOs による多様な対処措置の導入、漁獲物の取引が比較的多い二国間の協定の締結や、国連食糧農業機関（FAO）の関連スキーム⁹³の採

⁹⁰ 道新「貝殻島コンブ漁「臨検」を厳格化」2022年7月14日朝刊。同「貝殻島コンブ漁 ロシア「臨検」急増」同2022年9月6日朝刊。

⁹¹ 「保存および管理のための国際的な措置の公海上の漁船による遵守を促進するための協定」（2003年発効）。日本は締約国だが、ロシアは締約国ではない。

⁹² 「違法な漁業、報告されていない漁業および規制されていない漁業を防止し、抑止し、および排除するための寄港国の措置に関する協定」（2016年発効）。日本およびロシアともに締約国。

⁹³ 「IUU 漁業をなくすための国際行動計画」（FAO, *International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*, Rome, 2001.）など。

扱が進んでいる⁹⁴。地域による格差はありつつもその実施状況は世界全体で向上したとされるが⁹⁵、依然として IUU 漁業は国際社会で大きな問題となっている。最近では、従来の便宜置籍船⁹⁶の問題に加え、IUU 漁業の隠れ蓑として漁獲物の洋上転載の問題がある⁹⁷。その対処のため、FAO による任意指針の採択⁹⁸や、RFMOs による規制措置の導入⁹⁹も進んでいる。

地球規模の条約に基づいて、また多くの RFMO では、主に便宜置籍船も含め旗国の責任の強化と IUU 漁獲物の市場流通の防止が図られており、近年では、前者の限界を踏まえ後者の規制が強化されてきている。これは、IUU 漁獲物の陸揚げと転載を禁止して IUU 漁業からの漁獲物が市場に出回ることを阻止し、IUU 漁業のインセンティブを減らすというアプローチである。

このアプローチは、地球規模の条約ではまず国連公海漁業協定で採用され(23条)、寄港国措置協定はこのアプローチを強化した。寄港国措置協定によれば、締約国は寄港国として主に3つの措置をとらなくてはならない。すなわち、1) 自国の港に寄港を要請する船舶に対して附属書に掲げる情報を提供させること、2) 当該船舶が IUU 漁業に従事したことにつき十分な証拠がある場合は、一定の例外を除いて自国の港への寄港を拒絶し(9-10条)、また既に船舶が入港している場合は自国の港の使用を拒絶すること(11条)、3) 自国の港に寄港中の船舶を附属書に従い検査して(12-13条)、その結果を、当該船舶の旗国などの関係国、RFMO および FAO などに送付すること(15条)である。また、当

⁹⁴ IUU 漁業に対処するための国際規制の発展と課題に関しては、例えば、E.R. van der Marel, 'Problems and Progress in Combating IUU Fishing,' in Caddell & Molenaar (eds.), supra note 35, pp. 291-318.

⁹⁵ FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture: Towards Blue Transformation*, Rome, 2022, pp. 163-164.

⁹⁶ 便宜置籍船とは、船舶に対する有効なコントロールを意図的に放棄しつつ、自国への船舶の登録・自国籍の付与・自国国旗の掲揚を認めることにより登録税などの収入といった利益を得ようとする国に登録された船舶のことを意味する。

⁹⁷ FAO, supra note 96, p. 129. 洋上転載とは、漁獲した魚を洋上で運搬船に積み移す行為。

⁹⁸ *Voluntary Guidelines for Transshipment*, Appendix E, FAO, COFI/2022/INF/10; COFI/2022/5, paras. 28-31.

⁹⁹ 旗国の第一次的な責任の下で転載と水揚げの申告の仕組みの導入など。

該船舶の旗国も、取調べを受けた自国船舶の完全な取調べを実施しなくてはならない(20条)。

加えて、多くのRFMOも、強力な寄港国措置(寄港した漁船の検査、IUU漁業からの疑いのある漁獲物の陸揚げ・転載の禁止など)を加盟国に求めている¹⁰⁰。また、IUU漁業からの漁獲物の市場流通を防ぐため、輸出入規制措置として漁獲証明制度¹⁰¹や統計証明制度¹⁰²も導入されている¹⁰³。この点に関して、以上の貿易制限措置は、WTO/GATTの自由貿易ルールとの関係では、一般にGATT第20条(g)の例外的措置として正当化されると考えられている¹⁰⁴。

(2) 日ロ密漁防止協定とその実効性

日本とロシアの間では、北西太平洋のロシア水域内でロシアの国内法に違反してカニが漁獲され、そのような違法な漁獲物がロシアから日本に輸出されるのを防ぐため、2012年に日ロ密漁防止協定が締結されている。これは、前述したIUU漁業をめぐる国際規制の展開と連動しており、IUU漁獲物の市場流通の防止という近年の規制手法を、従来ロシア産のカニの輸入が多い日本と原産地ロシアとの間で、輸出証明書手続として導入するものである。そして日本にとっては、「乱獲によるカニの枯渇を防ぐことにより、カニの我が国への長期

¹⁰⁰ 北西太平洋漁業機関(NAFO)、南極海洋生物資源保存委員会(CCAMLR)、大西洋まぐろ類保存国際委員会(ICCAT)、インド洋まぐろ類委員会(IOTC)など。

¹⁰¹ 漁獲証明制度とは、漁獲物の水揚げや輸入に際して、それが違法漁業によるものでないことの証明書(その漁獲起源および漁獲から市場までを追跡できる情報を含む。)を水揚げ国や輸入国が確認し、その漁獲物の遡った追跡を可能とする情報を取得するとともに、この証明書がない場合は当該漁獲物の水揚げや輸入を禁止する制度。

¹⁰² 統計証明制度とは、漁獲物の輸出に際して漁船や畜養場、加工場を管理する国が漁獲を行った船名や水域を確認した証明書を発行し、輸入国が証明書を回収することにより各国の漁獲状態を監視する制度。

¹⁰³ CCAMLR、ICCAT、IOTC、みなみまぐろ保存委員会(CCSBT)、全米熱帯まぐろ類委員会(IATTC)など。

¹⁰⁴ R. Churchill, 'International Trade Law Aspects of Measures to Combat IUU and Unsustainable Fishing,' in Caddell & Molenaar (eds.), supra note 35, pp. 317-349.

的な安定供給に寄与することが期待]¹⁰⁵される。

この協定は、北西太平洋における特定種類のカニ資源の保存、合理的利用および管理のため、ロシアの国内法に違反してロシアから日本に持ち込まれることを防止するための協力を、締約国に求める（2条）。規制の対象となる生物資源は、北西太平洋における所定の種類のカニ資源とその加工品（タラバガニ、ズワイガニ、ガザミ、ケガニ、モズクガニ、その他のカニ）（別表1）であり（1条（b））、ロシアの権限当局はロシアから日本へのその輸出に際して輸出者に対して証明書を発給し（4条1項）、その写しその他の関連関係する情報を日本の権限当局に提供しなくてはならない（同条2項）。また、日本の権限当局は、ロシアからのそれらの輸入に際して、ロシアの権限当局が発給した証明書を確認しなければ輸入を認めてならならず（5条1項）、証明書を受理した場合は、その写しをロシアの権限当局に提供するための措置をとらなくてはならない（同条2項）。そして、この協定に基づき設置される両国の政府間委員会が、この実施と運用を監視し、監督し、必要な場合は両政府に対して適切な勧告を行う（7条）。

このような協定の締結の背景には、1990年代から北海道内の港（根室、釧路、網走、稚内など）において、ロシア水域でロシアの国内法に違反して捕獲されたものと推定されるカニの水揚げと流通が激増した、という事情があった¹⁰⁶。

¹⁰⁵ 外務省「報道発表 水産物の密漁・密輸出対策に関する日露協定の発効のための書簡の交換」（平成26年11月10日）。<https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press4_001436.html>（2023年3月23日閲覧）。

¹⁰⁶ 当時、ロシアから日本に対するカニの輸出統計と日本の輸入統計に数倍の差があった。このことも含め、米国、日本、韓国および中国に関する違法なロシア産カニの貿易に関しては、WWF ジャパン（公益財団法人 世界自然保護基金ジャパン）『違法なロシア産カニ 貿易フロー調査』（2015年6月）が詳しい。<https://www.wwf.or.jp/activities/data/201506wwf_illegal_crab_reportJP.pdf>（2023年3月23日閲覧）。なお、これより前の時代（とりわけ1970年代～90年代初め）には、前述したレボ船や特攻船などの日本漁船が北方四島周辺海域（とくに北方領土で囲まれた「三角水域」）でカニを捕獲し、根室地方の各港に水揚げして、それらのカニは闇の仲買人が市場価格よりも安く買い取り、仲買人を介して、最終的に正規の流通ルートに乗る形で販売されていたという。1980年代後半頃は、根室市で出回っているカニの9割以上がこのようなカニだったとされるが、1990年代初めのソ連国境警備隊の取締りの強化により消滅したと

これに対処するため、「日ロ行動計画」(2003年)に続いて2007年に日ロ専門家会議が設置され、協定の締結に向けて段階的に協議が進められた¹⁰⁷。

この協定は、日本国内では外国為替及び外国貿易法に基づく輸入に際しての確認手続きを通じて、実施されている。具体的には、輸入者は以下の手順をとらなくてはならない¹⁰⁸。すなわち、まず、ロシア産の冷凍カニやその調整品(冷凍された燻製品など)を輸入するためには、輸入者は、事前確認申請においてロシア連邦漁業庁が発給した証明書の原本を経産省に提出する。第三国を経由して輸入する場合も同様であるが、ロシア連邦漁業庁の証明書の発給が受けられない場合は、船積地域の政府その他の公的機関が発給した原産証明書の原本又はその写しを提出する。たとえば、韓国を経由する場合は、大韓商工会議所の発行する原産地証明書で代用できる。そして、以上により発給された事前確認書を、通関時に税関に提出する。次に、冷凍していないロシア産のカニ(活・生鮮・冷蔵など)やその調整品(冷凍されていない燻製品など)を輸入する場合は、輸入者は通関時にロシア連邦漁業庁が発給した証明書の原本を提出する。第三国を経由する輸入の場合も同様であるが、ロシア連邦漁業庁の発給が困難な場合は、積荷地域の政府その他の公的機関が発給した原産地証明書の原本を提出する。冷凍カニと同様に、たとえば韓国を経由する場合は、大韓商工会議所の発行する原産地証明書で代用できる。

以上の動きは、前述したようにIUU漁業規制に関するグローバルな国際法の展開に連動する。そしてロシアは、日本との協定締結に先立ち韓国、中国および北朝鮮ともそれぞれ類似の二国間協定を締結しており¹⁰⁹、日ロ密漁防止協

される。本田・前掲注67) 24-26頁。

¹⁰⁷ 外務省ロシア課「水産物の密漁・密輸出対策に関する日露協定」(2012年9月) <https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/24/9/pdfs/0908_01_03.pdf> (2023年3月23日閲覧)。

¹⁰⁸ 経済産業省「カニの輸入管理(事前確認・通関時確認)」<https://www.meti.go.jp/policy/external_economy/trade_control/03_import/07_kani/kani.html> (2023年5月17日閲覧)。

¹⁰⁹ 「海洋生物資源のIUU漁業の防止における協力に関するロシア連邦政府と大韓民国間の協定」(2009年12月22日署名) ; 「海洋生物資源のIUU漁業および捕獲の防止、中止および撲滅の分野における協力に関するロシア連邦政府と中華人民共和国間の協定」(2012年12月6日署名) ; 「海洋生物資源のIUU漁

定は、北東アジアのカニをめぐる IUU 漁業に対する国際規制のネットワークの一部でもある。

日ロ密漁防止協定の発効(2014年)直後、従来北海道を中心に大量に出回っていたロシア産のカニ(活カニ)は激減したとされる¹¹⁰。けれども、過去10年間の日本におけるロシア産冷凍カニの輸出入状況について、「ロシアの日本への輸出量に比べ、日本のロシアからの輸入量をはるかに多い不自然な状態が続いている」と指摘し、関係団体との踏み込んだ調査により、第三国(たとえば、保税倉庫のあるオランダ(ロッテルダム)や韓国(釜山))経由で、比較的容易に船積地域で入手可能される原産地証明書(原本又は写し)による代替を通じて、北西太平洋産のみならずベーリング海やバレンツ海を産地とするロシア産の違法カニが日本に輸入されている可能性を指摘する報道¹¹¹もある。

加えて、日ロ密漁防止協定が発効した2010年代半ば頃より、カニの好漁場であるオホーツク海の日本 EEZ において、便宜置籍船を含む外国漁船が貨物船を装って漁具(かにかご)を違法に設置し、カニを違法漁獲するケースが頻発している¹¹²。このように違法に漁獲されたカニは、日本ではなく外国で水揚げ

業および捕獲の防止、中止および撲滅の分野における協力に関するロシア連邦政府と朝鮮民主主義人民共和国間の協定」(2012年1月30日署名)。いずれも FAO のデータベース (FAOLEX Database), available at <<https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC104100/>>; <<https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC129434/>>; <<https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC131283/>> (2022年8月15日閲覧)。

¹¹⁰ 道新「ロシア産カニ 道内消えた—密漁防止協定発効から10日」2014年12月21日朝刊。

¹¹¹ 中日新聞「カニ輸出入量 20倍差 ロシア→日本 WWF と調査」2023年1月16朝刊。なお、複数のロシアメディアによれば、ロシアの漁業庁は、2022年12月末に「モスクワの飲食店やホテルに供給されたカニのうち、合法的カニとの確認を得られたのはわずか3%だったと公表した。残り40%は違法なカニで、57%は原産地の合法性が疑われるカニだった。」と発表しており(みなと新聞「モスクワの合法カニわずか3% ロシア漁業庁が飲食店・ホテルを調査」2023年1月11日)、ロシア国内でも違法カニが多く出回っているとの指摘もある。

¹¹² 北海道漁業調整事務所「令和4年オホーツク海における取締活動の結果について」(令和5年2月10日) <<https://www.jfa.maff.go.jp/hokkaido/press/kantoku/230210.html>> (2023年3月20日閲覧)。

され、一般に船積地域で比較的容易に入手可能といわれる原産地証明書により、第三国経由の冷凍カニとして日本に輸入されている可能性もあるかもしれない。

以上のように、日ロ密漁防止協定の定める輸出証明手続は、日本の国内法により担保されており、北西太平洋のロシア水域におけるカニ資源の違法な漁獲と日本への輸出の抑止において、一定程度貢献しているように見える。他方で、ロシア産も含むカニ一般をめぐる IUU 漁業問題は、グローバルな流通網と日本における漁獲物の消費との関連において、順調に解決に向かいつつあるといえるかどうかは必ずしも定かではなく、より広い文脈において検討すべき課題もあるように思われる。

6. おわりに

日本とロシアの漁業関係は、さまざまな条約や民間合意が関連し、地元の事情、地方と政府の関係、業界の利益、二国間、地域およびグローバルな政治・経済の要因も絡み、複雑に展開している。本稿では、グローバルな海洋法秩序の変動に連動する北西太平洋漁業の現体制と実践、北方領土問題を背景とする四島周辺海域の漁業にかかる特異な枠組とその実行、さらに IUU 漁業に対処するための国際規制の展開と日ロ間協力の位置づけについて、その法的枠組を整理するとともに実践の一端を示した。それを通じて、さまざまな要因に揺れる日本とロシアの漁業関係と、それを支える法的枠組の効用と限界を考えるための基礎を提供した。

海洋生物資源の保存と持続可能な利用は、冒頭に述べたように今や国際社会の共通利益とされており、日ロ間のいずれの漁業条約も、相互利益を基礎とする二国間の文脈において、その実現を推進すべきであろう。けれども、二国間の漁業条約はいずれもその属性においてローカルな文脈を抜きに語ることができず、さらに、係争地域の漁業をめぐるのは高度にナショナルな文脈もある。そして、このようなローカルまたはナショナルな文脈における利益は、必ずしもリージョナルおよびグローバルな文脈における持続可能な漁業の推進と整合的な関係に立つとは限らない。このような利益関係の錯綜は RFMO においてもみられるが、隣接二国間の漁業関係は条約の制度設計および実施の両局面において、当事国間関係（時として漁業分野にとどまらない）のあり方に直接左右される余地が大きく、問題はより複雑となる。

多様な要因に左右されやすい二国間の法的枠組とその実践を、いかにして各文脈における課題に最大限応えつつ、海洋生物資源の持続可能な利用の実現に向けて展開させていくか—歴史の教訓も踏まえ、中・長期的な観点からさまざまな知恵が求められる。

[付記] 本稿の2. および3. は、出版社(有斐閣)の許可を得て、拙稿「北海道から国際法を見る—日本とロシアの漁業問題」『法学教室』510号(2023年3月)(47頁)の一部に大幅な加筆修正を行ったものであり、本稿では、その他にもところどころ上記拙稿と類似する表現を用いた箇所がある。本稿は、JSPS 科研費18K18549および20H01441の助成を受けた研究成果の一部である。本稿は、2023年5月30日に脱稿した。

社会保障判例研究

川久保 寛

介護老人保健施設における介護支援専門員・支援相談員の説明義務

東京高判令和3年10月27日（付原審）

（損害賠償請求控訴事件・令3年（ネ）1634号）

判時2516号51頁

I 事実の概要

X（控訴人・原審原告）は、Y（被控訴人・原審被告）が運営する介護老人保健施設（以下、「本件施設」という）の利用者であり、平成28年末で92歳であった¹。Xの長女であるCは、Xの代理人として本件施設との契約締結などを行っていた。Yは本件施設を運営する医療法人であり、本件施設には、介護支援専門員であるBや支援相談員であるDなどが勤務していた。

平成28年6月10日、Xは、本件施設と施設利用契約（短期入所療養介護）を締結した。契約締結にあたって、XはCを代理人としてBおよびDから重要事項説明書（1頁あたり46行。全9頁）を用いた「説明」を受けた。重要事項説明書には、利用料金として食費および居住費の記載があり、介護保険負担限度額認定制度（以下、「本件制度」という）について記述があった。契約締結時、BおよびDは重要事項説明書を一通り説明したものの、その内容を逐一読み上げることはせず、本件制度の利用や、重要事項説明書の「上記①『食費』及び上記②『居住費』において、国が定める負担限度額段階…の利用者の自己負担額については、支援相談員又は事務員にお尋ねください。」との注記につい

¹ 令和2年末で96歳であったとの事実認定（2認定事実（2））から逆算した。

て指摘や説明をしなかった(認定事実①)。

同契約締結の頃から、Cは、Xの収入が低額の公的年金のみであるとして、B等に対して利用料金を減額する方法を繰り返し尋ねていた。B等は、Xが利用料金の軽減を希望していることや、Cが重要事項説明書における本件制度の説明記載部分およびこれに関する注記を理解していないことを知ったが、XまたはCに対して、上記契約締結時の説明以外には、具体的に説明しなかった(認定事実②)。そのため、平成31年4月に本件施設を退所するまで、Xは、本件施設が定める利用料金をそのまま支払っていた。

平成28年9月12日にも、Xは、同様に説明を受けて施設利用契約(通所リハビリテーション)を締結し、平成29年5月11日には、施設利用契約(介護老人保健施設サービス)を結び、本件施設に入所した。

平成31年3月ごろ、Xが本件施設を退所して特別養護老人ホームに入所することになり、Cは、当該特別養護老人ホームの介護支援専門員から本件制度の説明を受けた。Xは本件制度を申請し、3月18日づけで港区長から負担限度額決定を受けた(食費につき日額650円、従来型個室の居住費につき日額1,310円、多床室の居住費につき日額370円)。仮に、本件施設利用を開始した平成28年6月からXに本件制度が適用されたとすると、Xが支払う利用料は162万3,750円減額されていた。

Xは、Yに、債務不履行または使用者責任を含む不法行為に基づく損害賠償178万6,125円(本件制度利用による減額分および弁護士費用)および利息を求めて損害賠償請求訴訟を提起した。

原審(東京地判令和3年3月12日)は、Xが主張した消費者契約法および介護保険法にもとづく本件制度の説明義務を認めず、Yの説明義務の履行を認めて、Xの請求を棄却した。また、原審は、前記認定事実①②を認定せず、「Xまたは親族が本件施設に対して費用について心配がある旨の相談をしていた。」としたうえで、下記の判断を示した。

「Xと本件施設との契約が消費者契約であるという余地がある。しかし、本件制度は介護保険法にその根拠を有し、市町村等が行うものであって、上記契約の内容となるようなものではないから、契約当事者における情報の偏在等が問題になる場面とはいいい難く、消費者契約法の趣旨を根拠に、本件制度の説明義務を基礎づけることはできないものといわざるを得ない。」

介護保険法96条1項は…「介護老人保健施設の設備、運営等について定めた

ものであり、これをもって本件制度の説明義務を基礎づけることはできない。その他、介護保険法の定める介護支援専門員についての各規定に照らしても、介護支援専門員において利用者に対して本件制度の説明を行う義務を導くことはできないものといわざるを得ない。」

「本件施設入所時²に重要事項説明書にもとづく説明を受けており、本件制度の記載があることからすると、一応の説明義務を果たしたものと認めることができる。」

II 判旨 原判決一部取り消し（請求一部認容）

裁判所は認定事実①②を追加したうえで、介護支援専門員および支援相談員が本件制度にかかる説明義務を負っており、BおよびDがそれらに違反しているとして、請求の7割（約125万円）を認めた。

（1）説明義務

- 介護支援専門員および支援相談員について介護保険法令と通知の規定を確認し、
- ①「介護保険法においては…施設利用契約に基づいて支払う施設の利用料金のうち食費及び居住費という基本的かつ継続的な費用（利用料金）については、介護保険負担限度額認定制度（本件制度）が設けられており、被保険者がその所得等の状況に応じ特例入所者介護サービス費を支給されることとされている。本件制度は、これを利用して当該被保険者の自己負担額が大幅に軽減されることによって、当該被保険者が低所得者であっても、あまねく的確な介護サービスを受けることを介護保険法において保障するものであるということが出来るから、本件制度に係る情報は、低所得者の被保険者にとっては、極めて重要な事項であるというべきである。」
- ②「介護老人保健施設に所属する資格要件のある介護支援専門員はもとより、

² 対象とする時期が読み取りにくい。原審は事実認定部分で「利用契約」「入所」と書き分けているから、「入所時」は、④平成29年5月11日の利用契約（入所）締結時の1回、と考えられる。しかし、利用契約（通所、入所）のいずれでも重要事項説明書を用いて説明していると認定していることからすると、この記述は「利用時」の誤りで、⑤すべての利用契約締結時の都合3回、とも考えられる。なお本判決は⑥と認定している。

支援相談員(以下、介護支援専門員と支援相談員を併せて「介護支援専門員等」という。)は、その専門的知識から本件制度による介護サービス費用の負担軽減の趣旨及び内容を熟知している一方、当該介護老人保健施設との間で施設利用契約を締結することになる被保険者は、介護保険制度、特に本件制度に係る情報について素人であり、必ずしもこれに十分通じているとは限らないから、介護支援専門員等の上記法令上の地位及び役割に加え、双方の情報量の格差があることを考慮すれば、介護支援専門員等は、専門的知見を有する者として、本件制度に係る情報を的確に被保険者に教示すべき立場にあり、被保険者は、介護支援専門員等から情報の提供を受けることを期待すべき立場にあるといえる。」

「介護支援専門員等は…被保険者に対し、本件制度について重要事項説明書に分かりやすく記載するなどして、これに基づく説明をすることが求められており、特に、これらの者から、介護サービスの費用負担を軽減する公的な制度の有無や内容について相談を受けた場合には、これを的確に説明することが要請されているものと解される。」

- ③「介護保険施設が、介護保険の被保険者と施設利用契約を締結するに当たり、介護保険施設の開設者ないしその介護支援専門員等において、低所得者である被保険者から介護サービスの費用負担を軽減する公的な制度の有無や内容について相談を受けながら本件制度に係る保険給付について説明せず、その結果、当該被保険者が、本件制度を利用することができず、本件制度を利用する場合の自己負担額を超えて当該契約の利用料金の全額を支払うことになった場合には…被保険者の利用料金の支払額という契約の要素に当たる重要な事項について説明を怠り、施設利用契約締結に付随する信義則上の義務に違反して当該被保険者に財産的損害を与えたものとして…債務不履行責任又は不法行為責任(民法709条ないし715条)を負うものと解するのが相当である。」

(2) 本件における説明義務違反の有無

本件における対応をみると

- ①「重要事項説明書に本件制度に関する記載をしていたものの、その記載の体裁は…これを読む者が容易に視認し、理解し得るものであったとは必ずしもいい難く、現に重要事項説明書に基づく説明を受けたCは、その後もBや

D に対して、費用負担の軽減の方策の有無について相談していたというのであるから、同人らは…C が本件制度を認識しておらず、そのような C に対して本件制度を説明すれば本件制度を利用する蓋然性が高いことを認識したものと考えられる。」

「本件介護支援専門員等は、X 又は C に対して本件制度の説明をする義務を怠ったと認められるのであって…信義則上の付随義務としての説明義務に違反したものであるべきであり…C の本件介護支援専門員等に対する相談の状況に照らすと…少なくとも過失があることは明らかというべきである。」「本件施設を運営する Y は、それによって X に生じた損害について不法行為（使用者責任）に基づく損害賠償責任を負うと認めるのが相当である（…債務不履行に基づく損害賠償責任を負うことも明らかである。）」

- ②「もっとも、重要事項説明書には…本件制度に関する記載があり、当初から利用料金の自己負担額の軽減について関心の高かったといえる C も、これを見過ごしたことに落ち度があったことは否定できないこと、C が本件介護支援専門員等を信頼して同人らに対して利用料金の軽減の方法に関して相談したことには無理からぬ面があるとしても、C には、他の方法として、介護保険給付を実施する主体である港区の介護保険課に相談し、あるいは同課から本件制度について説明した介護保険のパンフレットを入手するなどして、本件制度を知ることができたと認められることからすれば…3割の限度で過失相殺をするのが相当である。」

Ⅲ 検討 判旨・結論ともに賛成

1. はじめに

本件は、介護保険制度において食費・居住費を軽減する負担限度額認定制度の説明義務が問題となった裁判例である。本判決は、介護老人保健施設の介護支援専門員および支援相談員が説明義務を果たさず、そのために被保険者が本件制度を利用できなかったことを認定し、契約に付随する信義則に違反しているとして施設を運営する法人に損害賠償義務を認めた。また、賠償について3割の過失相殺を認めている。本判決の意義は、下級審ではあるが、介護保険法の指定事業者職員による社会保障制度の説明義務違反が認められたことにある。

一方で、本判決は、事実認定や判断枠組みが原審と大きく異なっており、消費者契約法の適用についても判断が分かれている。まずは、原審との違いおよ

び消費者契約法の適用を確認するところから本判決の検討を始める(2へ)。

また、介護支援専門員は介護保険法が定める唯一の国家資格であり、介護サービス利用契約の締結時や履行確認などに関わることを通じて被保険者を支援する専門職である。介護支援専門員の義務は、介護保険法令上では抽象的な義務にとどまっており、本判決はその具体化を行った裁判例とみることができる。支援相談員とともに、介護支援専門員の義務について検討する(3へ)。

そして、本件制度は、介護保険制度における負担軽減制度である。本件制度の位置づけは、指定事業者職員による説明の対象になるかどうか、また説明されなくとも被保険者による利用が可能かどうかに関わる。本件制度を通じて、説明義務を検討する(4へ)。

最後に、本判決の意義を確認し、説明のあり方について考えたい。なお、本判決は、Xの要介護度や家族構成、在宅での生活の様子などが認定されておらず、Xの支援関係が不明である。認定された事実以外を検討することは判例評釈の則を超えるが、社会保障制度の説明義務および介護保険法が予定する被保険者への支援のあり方と関わるため、指摘したい(5へ)。

ここで「説明」と「情報提供」について確認しておく。従前から、社会保障制度の申請権や受給権などの権利行使においては、行政や事業者による支援が重要と考えられている³。支援の一つが社会保障制度に関する「情報提供」であり、対象者を限定せずに行う広報・周知や、個別具体的な対象者とやり取りを交わす「説明」・教示と整理されている⁴。本稿でも同様の理解に立つこととする。

³ 社会保障法では各法律に情報提供の義務規定を置くことがある(身体障害者福祉法9条5項2号ほか)。また、社会福祉法は事業者の情報提供義務および説明義務を規定する(75条以下)。

⁴ 山下は、社会保障領域の情報提供について整理し、申請前・申請段階・受給権発生後に場面を分けて検討したうえで、申請前と申請段階では区分しがたいとする(山下慎一「社会保障法における情報提供義務に関する一考察」福岡大学法学論叢60巻2号(2015年)1頁)。また、木下秀雄「社会保障法における行政の助言・教示義務」賃社1457・1458号(2008年)25頁、大原利夫「社会保障法における個別の情報提供義務について」法学志林〔法政大学〕113巻3号(2016年)115頁、川久保寛「社会保障における行政の情報提供と年金給付の教示義務」社会保障研究3巻3号(2018年)392頁参照。

2. 原審との比較と消費者契約法

(1) 原審の判断枠組み

原審は、「本件制度は介護保険法にその根拠を有し、市町村等が行うものであって、…契約の内容になるものではないから」として、本件制度の説明義務について市町村に限定し、施設職員には義務がないとしていた。本件制度は、介護保険法にもとづく負担軽減制度であるから、保険者が情報提供義務および説明義務を一定程度負うことは明らかである。本件においても、保険者である港区が十全に情報提供を行っていれば、被保険者であるXもしくは代理人Cによる本件制度の申請に至った可能性がある。

また、原審は、「Xと本件施設との契約が消費者契約であるという余地がある。」としつつ、本件制度が契約の内容とならず「契約当事者における情報の偏在等が問題になる場面とはいいい難い」として、適用を否定する。確かに、本件利用契約は介護サービス利用契約であり、本件制度の申請や利用に関わる説明が施設の負う債務の本旨とは考えにくい。さらに、社会保障給付に関わる契約について消費者契約法の適用が争われた裁判例は少なく、適用について統一されていない⁵。

しかし、原審は、本件制度の説明義務は市町村にあり施設利用契約に含まれないとしつつ介護支援専門員には説明義務があるとして、本件制度の説明義務について検討する。この枠組みは、本件制度が施設利用契約に関わる内容であって被保険者が支払う負担に関わるから、事業者職員である介護支援専門員が説明する義務を負いうる、との理解によるものであり、解釈上認められてきた事業者の情報提供義務である⁶。つまり、消費者契約法の適用にかかわらず、介護サービス契約にもとづいて介護支援専門員による本件制度の説明義務を問うことは可能である。

⁵ たとえば有料老人ホームの入所契約について消費者契約法の適用を認めた裁判例（東京地判平成30年11月5日（LEX 文献番号25558305））がある一方で、否定した裁判例（東京地判平成29年3月15日（LEX 文献番号25552987）など）もある。

⁶ 本件のような介護サービス利用契約における情報提供について、岩村正彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点」岩村正彦編著『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）16（33）頁。

(2) 消費者契約法の適用可能性

もともと、消費者契約法は、消費者を保護する観点を持つ特別法であり、社会保障給付に関わる契約と親和性がある。

消費者契約法は、消費者と事業者間の情報の質・量・交渉力の格差に鑑み、事業者の一定の行為による消費者の誤認・困惑等について、契約の取消し等を定める(1条)。消費者・事業者の定義規定(2条)からも、介護保険の被保険者や指定事業者を含むといえる⁷。また、消費者契約法は、事業者に努力義務を課しつつ(3条1項)、取消し(4条)、無効(8条)を定める。本件のような介護サービス利用契約でも、事業者が契約の取消し・無効を怖れて被保険者に対して誠実に説明を行うことなどが想定できるから、被保険者が保護される場面を想定することは可能である。

実際に、3条1項にいう事業者の努力義務は介護サービス利用契約において望ましい内容であり、勧誘について「加齢又は心身の故障によりその判断力が著しく低下していることから…」とする4条3項5号は、高齢者や認知症患者を対象にした条文とされる⁸。また、適用対象である消費者は、個別具体的な消費者ではなく、「一般平均的な消費者」が想定される⁹。そして、契約によって想定される対象者像は異なり、おおよそ高齢者が締結する契約では一般平均的な高齢者が想定されることになる¹⁰。消費者契約法の解釈には、介護サービス利用契約の利用者のような高齢者を保護しようとする視点があると考えられる。

(3) 小括

本判決は、消費者契約法の適用については何ら触れておらず、介護保険法の規定から介護支援専門員および支援相談員の義務を導いている。

判旨(1)②は、介護保険法にもとづく介護支援専門員および支援相談員の

⁷ 適用除外ではなく(48条)、消費者契約法が民法・商法の特別法であることをもって(11条)、当然に社会保障法に及ばないものではない。

⁸ 後藤巻則・齋藤雅弘・池本誠司『条解消費者三法 第2版』(弘文堂、2021年)68頁以下〔後藤〕。

⁹ 後藤ほか・前掲注(8)77頁〔後藤〕。

¹⁰ 横山は「介護サービス契約については、介護サービスを必要とする高齢者が基準となる。」とする(横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商123巻3・4号(2001年)557頁)。

義務を解釈し、被保険者に「情報の提供を受けることを期待すべき立場」を認める。具体的には、契約関係を前提にしつつ、介護支援専門員および支援相談員双方に、抽象的な説明義務（「情報を的確に被保険者に教示すべき」、「本件制度について…説明をする」）と具体的な説明義務（「相談を受けた場合には、的確に説明する」）を認める。これらの判示部分に先立つ箇所、本判決は「介護支援専門員等の上記法令上の地位及び役割に加え、双方の情報量の格差があることを考慮すれば、」としており、消費者契約法を適用していないが、その趣旨が及んでいることを読み取れよう¹¹。

また、判旨（1）③は、本件制度の説明義務を「信義則上の付随義務」とし、その違反を認める¹²。契約の締結過程として理解でき¹³、妥当な解釈と考える。具体的に、本判決は、契約締結時に相談を受けた場合、施設利用契約にもとづいて介護支援専門員もしくは支援相談員が説明をしないことによる損害賠償義務を導出する。ここでは、本件制度の説明義務を負う点で、介護支援専門員と支援相談員は同等である。つまり、両者は本件制度を説明できるからこそ義務を負う。この解釈には、次に確認する両者の専門性ととともに、本件制度の位置づけ、説明の態様に関わる。

3. 介護支援専門員・支援相談員の義務

（1）介護支援専門員の位置づけと業務

介護支援専門員は、介護保険の被保険者を支援する専門職であり、居宅サービス計画の策定を通じて、長期的に関わることが期待されている¹⁴。介護支援専門員は、要介護者ないし要支援者からの「相談に応じ」、各事業者との「連絡

¹¹ 岩村は、運営基準を含む介護保険法令が消費者契約法に類似した規制を図っているとしつつ、規律の方法や程度、具体化に問題があると指摘する（岩村・前掲注（6）34頁）。また、石畝は、現状を分析したうえで、消費者契約法に照らした介護サービス利用契約の規制モデルを検討する（石畝剛士「介護保険契約の規制枠組み 序論」法政理論44巻4号（2012年）103（123）頁）。

¹² 情報提供義務違反の法的構成について、横山・前掲（10）575頁以下。

¹³ 後藤巻則『消費者契約法と民法改正』（弘文堂、2013年）232頁以下参照。

¹⁴ 介護支援専門員に期待される機能について、川久保寛「高齢者の介護サービス利用支援と法 ケアマネジャー・ケアマネジメントを手がかりに」社会保障法35号（2019年）34頁。

調整等」を行う（7条5項）。介護保険法上、介護支援専門員は相談・連絡調整を担う専門職であり、居宅サービス計画（以下「ケアプラン」という）を作成する職務に限定されない。また、介護支援専門員の資格は5年の更新制であり、定期的に研修を受けて知識・スキルの維持・向上を図る（69条の2、施行規則113条の17）。

具体的には、介護支援専門員はケアマネジメントを行い、対象者を支援する。ケアマネジメントは、おおむね①アセスメント、②計画の作成、③計画に応じたサービスの利用、④サービスの継続的な管理と再評価、から成っており、そのために事業者と「連絡調整」というやり取りを交わすことになる（8条24項）。介護サービスの利用にあたっては、被保険者本人が権限を行使できることを前提に、契約の締結やサービスの履行、変更など多岐にわたる法律行為に介護支援専門員が関わる。介護サービス契約の締結時、介護支援専門員は本人の法律行為を代理する権限がなく、本人が署名する書類を準備したり、本人が気づきにくい誤りを指摘したりするといった事実行為を行う。また、モニタリングは、ケアプランの実施状況の把握として基準省令が介護支援専門員に求める行為であり¹⁵、介護支援専門員と被保険者の月1回の面談は、そのための手段である。そして、要介護認定には期限があり（28条1項）、定期的に更新することになるが¹⁶、（介護支援専門員が所属する）居宅介護支援事業者が申請を代行できる（28条4項、施行規則35条3項）。要介護認定は介護保険給付を基礎づける重要な手続きであり、介護支援専門員が関わることで、本来は被保険者が行う必要がある認定申請や更新申請を確実にしている。このように、介護支援専門員は、被保険者に密接かつ長期に関わる支援を行い、被保険者の権利保護を行う役割を果たしている。

こうした介護支援専門員の業務については、在宅の高齢者を支援する介護支援専門員（以下「在宅ケアマネ」という）を念頭に検討されることが多い。上記の検討も、介護サービス契約関係における被保険者と事業者の当事者関係に関与して、在宅の被保険者を支援する在宅ケアマネを念頭に置いたものである。

実際に、在宅ケアマネと、指定介護老人福祉施設や指定老人保健施設に勤務する介護支援専門員（以下「施設ケアマネ」という）は、支援を根拠づける契約

¹⁵ 指定居宅介護支援等の事業の人員及び運営に関する基準13条13号および14号。

¹⁶ 6か月もしくは12か月。例外的にいずれも倍にできる規定がある（施行規則38条3項）。

関係が異なる¹⁷。在宅ケアマネは、要介護者もしくは要支援者である被保険者と居宅介護支援事業者が締結した支援契約にもとづいて支援を行う。当該契約には、保険給付である介護サービスが付随せず、居宅介護支援業者に勤務する在宅ケアマネが行う支援のみ被保険者に提供される（被保険者は、事業者との介護サービス利用契約と、在宅ケアマネとの支援契約の2つを締結する）。一方で、施設ケアマネは、施設入所者と施設が締結した介護サービス利用契約にもとづいて支援を行う。当該契約では、施設による介護サービスの提供が主たる債務であり、入所者の生活は施設内で完結し複数の事業者による介護サービスを調整する必要はないため、在宅ケアマネに比べて、施設ケアマネによる支援は副次的なものにとどまる。

一方で、介護保険法は、施設の入所者にもケアプランを作成し、モニタリングなどを行うことを求める。施設ケアマネは、当該施設に常勤で雇われている専門職であり、入所者の施設サービス計画の策定・管理を行う¹⁸。また、ケアプランの策定・管理にあたっては、介護報酬の請求において担当する介護支援専門員を明記しなければならず、介護支援専門員が管理できるケアプランの数には上限が設定されているため¹⁹、介護保険法令上、介護支援専門員は、支援相談員よりも明確に義務の履行を期待される立場にある。したがって、理論上、介護支援専門員のみにも説明義務を課すことがありえる（詳しくは5で検討する）。

（2）支援相談員の位置づけと業務

介護保険法令上に規定がある介護支援専門員に比べると、支援相談員の位置づけはあいまいである。支援相談員は介護老人保健施設の基準省令が定める人

¹⁷ 介護保険法は、在宅ケアマネが行う居宅介護支援を定義するが（8条24項）、施設ケアマネが行う介護支援を明確に定義していない。

¹⁸ 指定介護老人福祉施設の人員及び運営に関する基準（基準省令）2条1項9号、同基準省令に関する課長通知第4－8号。また、介護老人保健施設については、指定老人保健施設の人員及び運営に関する基準（基準省令）2条1項7号参照。

¹⁹ 在宅ケアマネは利用者35名につき1名を基準としており（指定居宅介護支援事業運営基準2条2項）、40名を超えると介護報酬が逡減するため、39名が上限とされる（なお、ICTの導入等の条件を充たすと5名分増える）。施設ケアマネは利用者100名につき1名の配置が必要である（指定介護老人福祉施設運営基準2条1項9号、指定老人保健施設運営基準2条1項7号）。

員であり、介護支援専門員とともに1人以上配置しなければならない人員である(2条1項4号)。しかし、勤務形態は、介護支援専門員が「専らその職務に従事する常勤の者でなければならない」とされているのに対して²⁰、支援相談員は「専らその職務に従事する者」とされており、基準省令では、入所者が100名を超えなければ常勤であることを求められない²¹。また、支援相談員が行う業務は、基準省令を受けた課長通知によって、①入所者及び家族の処遇上の相談、②レクリエーション等の計画、指導、③市町村との連携、④ボランティアの指導が挙げられている²²。さらに、課長通知は、支援相談員に「保健医療及び社会福祉に関する相当な学識経験」を求めのみで明確な資格を求めている。

(3) 小括

本判決は、施設ケアマネと支援相談員が説明義務を同じように負うとする。

判旨(1)②は、「介護老人保健施設に所属する資格要件のある介護支援専門員はもとより、支援相談員…は、その専門的知識から本件制度による介護サービス費用の負担軽減の趣旨及び内容を熟知している」として、施設ケアマネと支援相談員が本件制度の説明にあたって同等の説明すべき立場にあるとする。つまり、施設ケアマネと支援相談員は、施設を運営する法人が入所者に対して負う契約上の債務を履行する職員として同等であり、さらに本件制度の説明にあたって同等の義務を負うことになる。

施設ケアマネと支援相談員は、被保険者およびその親族を支援する役割を期待されており、業務の一部が重複する。本判決は、特段の限定を付さずに、両者に施設入所者に対して本件制度を説明する義務を認めており、付随義務であるものの、両者が履行すべき行為として本件制度の説明を認めたものと考えられる。そのように考えると、次に、本件制度の位置づけが重要になる。

²⁰ ただし書きで「入所者の処遇に支障がない場合には、当該介護老人保健施設の他の職務に従事することができる」としており、兼務を認める(運営基準2条5項)。支援相談員についても同様である。

²¹ 基準省令を受けた課長通知において、利用者の人数にかかわらず支援相談員に常勤であることを求める(介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準について(平成13年老企第44号)第2-4(1))。

²² 同通知第2-4(1)。

4. 介護保険の費用負担と本件制度

(1) 一部負担と本件制度

介護サービスの利用に伴って負担しなければならない一部負担は、原則として1割負担であり(41条4項ほか)、被保険者の所得によって割合が異なるものの、高齢者に配慮しているとみることができる。また、一部負担の上限を設けて負担を軽減する制度である高額介護サービス費(51条)や、施設入所時に居室費や食費を減額する特定入所介護サービス費(51条の3)は、介護における一部負担が長期にわたりうる点から配慮する制度である。

特定入所介護サービス費は、保険給付上の本件制度の名称であり、その負担額を「負担限度額」ということがある。特定入所介護サービス費は、施設の入所者が支払う居室費(個室費用)や食費の減額を行う保険給付である。個室費用は施設側の都合で個室に入居した場合など負担しなくてよい場合があるが、ユニット制が広まっていることから²³、入所者は何らかの居室費を負担することが多い。特定入所介護サービス費の受給には保険者への申請とその認定が必要であり、現在は被保険者世帯の所得と資産を調査・確認したうえで、保険者が受給できるかどうか、いくら受給できるのか(減額されるのか)認定するため²⁴、申請する被保険者は、世帯の収入や経済状況、資産について書類の提出や調査への対応が必要になる。なお、特定入所介護サービス費は保険給付であるから、本件制度を利用することで施設に経済的な損失は生じにくい²⁵。むしろ、入所者が一部負担を支払いやすくなり、施設にとっては未収金が生じにくくなるため、メリットが大きいといえる。

(2) 小括

判旨(1)②では、施設ケアマネおよび支援相談員に本件制度を説明する義務を認め、本件のBおよびDが本件制度を知らなかった可能性を検討しない。

²³ ユニット制をめぐる政策について、結城康博『日本の介護システム 政策決定過程と現場ニーズの分析』(岩波書店、2011年)148頁以下。

²⁴ 認定の基準について、川久保寛「医療保険および介護保険の給付における所得と資産」*社会保障法研究*10号(2019年)173(183)頁。

²⁵ 判時匿名コメントの通り、Yが基準額を上回る居室費や食費を設定している場合にはYが損をする可能性がある。

先立つ事実認定では、本件の重要事項説明書にある本件制度の注記についてBおよびDが指摘や説明をしなかった、としている（認定事実①）。そして、判旨（1）②と（2）①では、本判決は、本件の記載がわかりにくく、BもしくはDによって言及されなければ説明義務を果たしたといえない、と判断している。具体的な説明内容は、先述の通り、本件制度は被保険者の収入および資産状況等によって受給の可否および給付の程度が変わる制度であるから、施設ケアマネおよび支援相談員は、窓口を教示したり手続きを説明したりする説明にとどまらざるを得ない。これらの行為は、被保険者の経済状況を大まかに把握していれば履行できると考えられ、書類の確認や手間もかからず容易である²⁶。

そして、本判決によると、施設ケアマネおよび支援相談員は、入所者からの相談がなくても、本件制度の説明義務を負うことになる。この説明義務は、契約締結時のように一部負担に注意を払う時点でおおよそ履行することになるが、契約締結時に限ったものではなく（判旨（2）①参照）、契約関係にあるときには常に、とりわけ入所者から相談があったり入所者が理解していないことを施設職員が認識できたりするような場合には（判旨（1）②後段参照）、施設ケアマネおよび支援相談員にその履行が求められることになる。

一方で、本件制度は、施設ケアマネや支援相談員のみが認識しているマイナーな制度ではないことは確かである。介護保険制度の利用時に保険者から交付される資料や、市町村のweb、検索サイトなどでも、被保険者が認識することは可能である。また、本件の契約締結時にBおよびDによる指摘や説明がないとしても、XもしくはCが重要事項説明書を読んで気づいて、BもしくはDに質問したり港区に問い合わせたりすることはありえるだろう。Cの年齢は不明だが、不可能な行動とは言い切れない。判旨（2）②の損害額の過失相殺は妥当である。

²⁶ 履行が容易であることを理由に、説明義務を果たすべきとされた裁判例がある（介護者割引訴訟）。評釈として、太田匡彦「社会保障法判例」季刊社会保障研究46巻3号（2010年）308頁、木下秀雄「福祉行政の障害者割引制度の説明義務と損害賠償責任」賃金と社会保障1513号（2010年）4頁。

5. 本判決の意義と説明のあり方

(1) 本判決の意義

第一に、本判決は、施設利用契約に付随する指定事業者職員の説明義務を具体化した裁判例である。入所者にとって費用負担は契約上の義務であり、負担軽減によってその履行を確実にできる。一般に、介護保険の被保険者もしくは要介護者と、指定事業者職員には情報の格差があることから、職員が制度を熟知していない利用者に説明する義務が認められよう。本判決は、施設ケアマネおよび支援相談員に抽象的説明義務を課して利用者に説明を受ける期待権を認めており、介護保険法における施設利用における権利義務関係を具体化したとすることができる。また、施設ケアマネを配属してケアマネジメントを行う点などから、本件の枠組みは、介護老人保健施設だけではなく、介護老人福祉施設にも及ぶと考えられる。

第二に、本判決は、施設ケアマネと支援相談員を区別せずに説明義務を認めた裁判例である。両者の専門性には差異があるが、本件制度を受給するにあたって両者は専門的な理解にもとづく詳細な説明をしなければならない立場にないから、本判決のように解釈することに問題はないと考える。さらに、本件制度が介護保険制度を利用するにあたって様々な場面で一定程度周知されていることから考えると、施設ケアマネおよび支援相談員が知らない可能性を認めない一方で、損害額の過失相殺を行ったことも妥当と考えられる。

(2) 説明義務と支援のあり方

もっとも、説明義務とその履行について複数の論点が残る。

社会保障サービスを利用するための契約締結にあたって、契約書と重要事項説明書が分かれていたり²⁷、一見して理解しにくい書面や実務上時間に追われるように契約したりすることは十分にあることである。これらは、不十分な説明や、理解が伴わないままの契約締結をもたらしかねず、事後的に問題になる可能性がある。これらを改善するために、基準やガイドラインなどで詳細に規律することが考えられる。賃貸借における重要事項の説明のように²⁸、専門職

²⁷ 書面交付について、社会福祉法77条1項。また、岩村・前掲注(6)35頁以下参照。

²⁸ 資格証を提示して説明しなければならない(宅建法35条4項)。読み上げは法律上の義務ではないが、基準(法65条参照。国土交通省または都道府県知事が定める)で書

を関与させる規制は取りうる手段であろう。その場合、介護支援専門員のみを契約の説明に関与させることが考えられる。確かに介護支援専門員は一定の知識およびスキルを備えた専門職であり、対象者の状況に応じた適切な説明義務の履行を期待できる。しかし、介護支援専門員はケアプランを通じて支援を行う専門職であり、またケース会議の主催や地域連携など多岐にわたる職務を担うことが期待されているため、入所者すべての契約説明を行わせることは適当ではあるまい。

また、契約締結に当たっては、専門職でなくても、指定事業者職員は対象者の状況（聞いている様子、目の動き、しぐさなど）を踏まえて説明の仕方を変えることが求められる²⁹。高齢者であれば配慮して説明すべきであろうし、負担に関係する部分については特に十分に説明すべきであったといえる。本件では、判断能力が不十分な者を支援の対象とする成年後見制度が問題となっていないが、成年後見制度における意思決定支援について国によるガイドラインが発出されており、高齢者や知的障害者などの意思決定支援に影響を与え始めている³⁰。

そして、在宅ケアマネが本件制度の説明義務を負うか、議論の余地がある。施設サービスの一部負担を軽減する本件制度は、在宅の被保険者が利用することは少ない。しかし、要介護状態の変化などによって、在宅の被保険者が介護老人福祉施設に入所することは十分あり得ることである。この場合、在宅ケアマネと当該施設の施設ケアマネが被保険者を支援する関係にあるため、施設ケアマネのみに本件制度の説明義務を課すことで被保険者の権利を保護できると考えることもありえよう。しかし、在宅の被保険者が介護老人福祉施設の入所を検討している（具体的な施設は決まっていない）段階では、在宅ケアマネのみが被保険者を支援する関係にある。被保険者の選択権を保障するのであれば、

面の交付のみで説明しなかった場合を義務違反としていることから、読み上げによる説明が広く行われている。

²⁹ 専門職団体によるガイドラインの策定など対応が進んでいる。高齢者に対する説明について、「ミニシンポジウム 高齢者の意思決定支援の実務とこれから」社会保障法35号（2019年）参照。

³⁰ 意思決定支援ワーキング・グループ「意思決定支援を踏まえた後見事務のガイドライン」（2020年）。<https://www.courts.go.jp/vc-files/courts/2021/20201030guideline.pdf>（2023年6月20日アクセス）。

この段階で被保険者が本件制度を十分認識することが必要なのではないだろうが³¹。本件では在宅ケアマネが関わっていないため、本判決では在宅ケアマネと施設ケアマネの役割分担は不明となっている。本判決の枠組みが在宅ケアマネに及ぶとは読み取れないが、少なくとも、在宅ケアマネが本件制度の説明義務を履行するニーズは存在している。

このほか、本件は、Xの要介護状態やXおよびCの認知能力³²、C以外のXの家族の有無・Xとの関わり、地域包括支援センターなどXを支援しうる専門機関や支援者などについて認定されていないため、事実関係に不明な部分がある。そのため、本判決には一定の意義が認められるが、その影響は限定的なものにとどまると考える。

* 本件評釈について東京社会保障法判例検討会（早稲田大学）、高齢者法研究会（横浜国立大学）でも報告を行った。参加者から様々なご指摘をいただいたことに感謝いたします。どうもありがとうございました。

³¹ 施設入所を含む住まいの選択について、川久保寛「高齢者の住まいの選択における情報提供・相談－「住み替え」を支える制度に着目して－」高齢者法研究会編著『高齢者法の理論と実務（仮）』（中央経済社、2023年刊行予定）。

³² Cの年齢は不明だが、Xの年齢からするとCもそれなりに高齢である可能性がある。Xを支援するキーパーソンであるCの認知能力やXへの対応は、Xの権利擁護に関わる重要な要素であり、XもしくはCによる本件制度の申請にも関わりうる。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 74 No. 2(2023)
SUMMARY OF CONTENTS**

**Hexenprozesse in der frühneuzeitlichen Strafrechtspflege (9):
Rechtsdiskurs in „INSTRVCTION“
(1634) Heinrichs von Schultheiß**

Hoshi MAEDA*

Der Zweck dieser Arbeit ist es, den Einfluss von Rechtsgelehrten, die an Universitäten Jura studiert haben, auf die Hexenprozesse im frühneuzeitlichen Deutschland zu beleuchten und einen Aspekt der Hexenprozesse hervorzuheben, der sich von dem herkömmlichen Bild der Hexenverfolgung unterscheidet.

In der Einleitung werden zunächst die aktuellen Trends in der Hexenforschung vorgestellt und die Gründe für die Festlegung des Zwecks und des Themas der vorliegenden Arbeit erörtert. In den letzten Jahren hat sich in der Hexenforschung die Erkenntnis durchgesetzt, dass es unmöglich ist, die alleinige Ursache der Hexenverfolgung zu verfolgen, und es gibt eine wachsende Tendenz, die Struktur der Hexenverfolgung aufgrund vielschichtiger Ursachen zu klären. In diesem Zusammenhang gibt es aufgrund der geringen Forschungsleistung der Rechtshistoriker nur wenige Studien über die an den Hexenprozessen beteiligten Rechtsgelehrten, und ihre Bewertung ist noch nicht genug geklärt. In Anbetracht der Tatsache, dass die Hexenprozesse "Strafrechtsprozessen" sein, wird jedoch die gelehrten Juristen (insbesondere diejenigen, die die Durchführung der

* Assistanzprofessor, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Hiroshima Shudo Universität.

Hexenverfolgungen befürworten) zu einem Untersuchungsgegenstand. Heinrich von Schultheiß, der die Hexenprozesse im Kurfürstentum Köln und dem Herzogtum Westfalen, wo die Hexenverfolgung besonders heftig war, tatsächlich geführt hat, ist daher Gegenstand dieser Studie. In dieser Arbeit analysierte ich seines Hexenprozessverfahren und seine Rechtstheorie mit der zeitgenössischen Literatur vergleiche und ihn damit positioniere.

Für die anschließende Diskussion werden in Kapitel 1 die Situation der Hexenprozesse im Kurfürstentum Köln und Herzogtum Westfalen, die Situation von Schultheiß sowie Inhalt und Art des als Materiale verwendeten "INSTRVCTION" (1634) dargestellt.

In Kapitel 2 wurde die Eigenschaft der Hexerei (*Crimen magiae*) als die Außenverbrechen erörtert. Es war in der Hexenforschungen bereits bekannt, dass Hexerei als Ausnahmenverbrechen angesehen wurde, d. h. ein Verbrechen, das auf besondere Weise anders als gewöhnliche Verbrechen behandelt werden konnte. Aber gab es nur wenige Studien, die systematisch die rechtlichen Auswirkungen der Theorie des "Crimen exceptum" erörterten, und es war nicht immer klar, welche verfahrensrechtlichen Auswirkungen die Behandlung als außergewöhnliches Verbrechen haben würde. In diesem Kapitel werden die rechtlichen Auswirkungen der Theorie des "Crimen exceptum" in sträfliche Ausnahmen, verfahrensrechtliche Ausnahmen und Ausnahme der Gerichtsbarkeit unterteilt, die jeweils anhand der Texte von Schultheiß bestätigt werden. Zum Schluss lässt es sich sagen, dass Diskurs von Schultheiß mit wenigen Ausnahmen (Einschränkung des Verteidigungsrechts des Angeklagten) größtenteils einen Rahmen mit frühneuzeitlichen Strafrechtlern teilt (Begrenzung der Zahl der Folterungen, Zulassung unqualifizierter Zeugen) und eine Erweiterung ihrer Diskurse darstellt (gleichzeitige Urteilen der Todesstrafe und Konfiskation des Vermögens). Ein Beispiel für die für den Angeklagten ungünstigste Auslegung und Entwicklung des Arguments der Theorie des "Crimen exceptum" findet sich im Diskurs von Schultheiß.

In Kapitel 3 wird die organisierte Kriminalität des Verbrechens der Hexerei erörtert. Die Tatsache, dass die Hexen als eine Gruppe behandelt

und dass dadurch eine nach der anderen entlarvt wird, wurde bereits in früheren Studien erwähnt. Was Einflüsse wirkt diese Erkenntnisse auf den spezifischen Aspekte des Verfahrens, und was Diskurse gibt es darüber, war eine Frage, die es zu untersuchen galt. In Schultheiß' Darstellung ging es in erster Linie darum, den Verhörenden dazu zu bringen, seine Gefährten zu nennen, und nicht darum, die Schuld der betreffenden Person in der Beschreibung des Verhørs zu bestätigen.

Es gab auch eine Disputation über die Zuverlässigkeit solcher Denunziation von Hexen in Hexenprozessen. Das heißt, es wurde argumentiert; Anschuldigungen von Komplizen keine Beweise seien; Hexen versuchen könnten, unschuldige Personen zu belasten; Hexen, die Frauen oder Kinder waren oder feindselige Absichten gegenüber der gesamten Menschheit hegten, keine kompetenten Zeugen seien; was geschehe, wenn ein Geständnis widerrufen werde. Schultheiss entgegnet daraufhin mit Verweis auf die Theorie der "Crimen exceptum", dass es auch in der Strafrechtswissenschaft anerkannt ist, dass die Beschuldigung eines Komplizen und die Aussage eines normalerweise nicht qualifizierten Zeugen ein Beweismittel sein kann. Er erklärt auch, dass die Gefahr für die Unschuldigen durch Vorsicht und göttlichen Segen vermieden werden kann (religiöse Elemente in Hexerei). Über den Widerruf von Geständnissen, so lässt er ihn grundsätzlich zu, legt aber ein Kriterium fest, das darauf beruht, "ob die Person reuig ist oder nicht". d. h. der Widerruf einer "reuigen" Hexe gilt, der einer nicht reuigen nicht. In diesem Fall ist es wichtig, wie man feststellt, ob eine Person reuig ist oder nicht, aber Schultheiss erklärt diesen Punkt nicht, aber wenn der Hexenkommissar dies hätte feststellen können, hätte es ein sehr willkürliches Kriterium sein können. Zusammenfassend hat dieses Kapitel den verfahrenstheoretischen Hintergrund der Massenprozesse aufgezeigt, ausgehend von der Erkenntnis, dass Hexerei ein organisiertes Verbrechen ist.

In Kapitel 4 wird das religiöse Element in Hexereiverbrechen erörtert. Das religiöse Element in Hexereiverbrechen ist ein Grund, warum Hexenprozesse in der rechtsgeschichtlichen Forschung wenig behandelt

wurden. Dieses Kapitel befasst sich jedoch mit den Elementen "Existenz des Teufels" und "Seelenheil", die sich in Schultheiss' Texten finden, mit dem Ziel, ihre Auswirkungen in der Verfahrenstheorie zu klären. Zunächst glaube man, dass die Ursache für die von Hexen verursachten übernatürlichen Phänomene das Vertrag mit dem Teufel sei. Was der Teufel tun nicht konnte, konnten die Hexen auch nicht tun. Aus diesem Grund handelt es sich bei der Glaubwürdigkeit der Aussagen der Hexen um Diskurs über die Fähigkeiten des Teufels. In der Frühneuzeit auch gab es verschiedene Disputationen zu dieser Punkte: ob Dämonen Körper haben; ob Hexen mit Teufel Geschlechtsverkehr haben; ob Hexen fliegen können; ob Teufel Hexen halluzinieren lassen kann usw. Meinung von Schultheiß folgte im Allgemeinen den Meinungen der Dämonologen der damaligen Zeit und akzeptierte die damaligen Kritik. Insbesondere in Bezug auf Halluzinationen akzeptierte er zwar die Möglichkeit, dass Teufel der Hexen halluzinieren lassen könnte (daher gibt es die Kritik, dass Hexen Opfer seien), benutzt diese aber auch, um Unstimmigkeiten zwischen den Aussagen der Hexe zu ignorieren. Die Existenz des Teufels wurde auch an anderer Stelle als Rechtfertigung für die Beschleunigung von Prozessen und die ausnehmenden Behandlungen von Hexereiverbrechen herangezogen.

Zweitens stellt Schultheiss im Hinblick auf das Seelenheil fest, dass die Obrigkeit die Verantwortung hat, das Seelenheil ihrer Untertanen zu berücksichtigen. Dies führte dazu, dass die Obrigkeit Hexen strafrechtlich verfolgte und auch die Hexenkommissare die verhörte Hexe mit Begeisterung ermutigten, ihre Mithexen zu nennen. Denn wenn Hexen im Pakt mit dem Teufel sterben, ohne ihre Sünden zu bereuen, werden sie das Heil ihrer Seelen nicht erlangen. Andererseits werden die Aussagen mit der Begründung als zuverlässig angesehen, dass "reueige" Hexen sich um das Heil ihrer eigenen Seele sorgen. Ein ähnliches Argument wird für Eltern (Hexen) angeführt, die sich um das Seelenheil ihrer Kinder (Hexen) sorgen. Das religiöse Element in der Hexereianklage wirkte sich also auf einen wesentlichen Teil des Prozesses aus, indem es die Verfahrensgarantien und die Hürden für die Beweisführung außer Kraft setzte.

Im letzten Kapitel bestätige und fasse ich die nachgewiesenen Ergebnisse zusammen und biete Perspektiven für die weitere Forschung. Schultheiss folgt in der Regel den Argumenten des frühneuzeitlichen Strafrechts und ist auch für Kritik empfänglich, widerlegt sie oder zeigt sich zurückhaltende Haltungen. In seinem Diskurs plädiert er jedoch für ein möglichst weitgehendes und aggressives Vorgehen gegen Hexen als Verfolger von Hexen, um die Hexen zu verfolgen. Und er ist auch stark von Dämonologen beeinflusst, was die Einschränkung der Verteidigungsrechte des Angeklagten und das religiöse Element in Hexereiverbrechen betrifft. Im Vergleich zu den Argumenten der Juristen ist Schultheiss' Diskurs stärker auf diese Elemente ausgerichtet, und seine Theoretisierung der Verfolgung durch die Mobilisierung von Wissen nicht nur aus der Jurisprudenz, sondern auch aus der Theologie und der Dämonologie zeigt den Aspekt als den Fachmann der Hexenprozesse.

Leider der Umfang des Vergleich in dieser Arbeit war auf einige wenige Personen, die die Demonologen, Juristen und Theologen enthalten, beschränkt. Auch der Bezug zur Praxis konnte nicht geklärt werden. Diese Fragen bleiben für die weiteren Forschungen. Insbesondere wird die Bedeutung der theoretischen Forschung noch deutlicher, wenn sie der Praxis gegenübergestellt wird, so dass die Beziehung zu solchen praktischen Aufzeichnungen ein Thema für die Zukunft sein sollte. Andererseits können die Ergebnisse dieser Forschung nicht nur auf die Hexenverfolgung, sondern auch auf die frühneuzeitliche Strafjustiz im Allgemeinen zurückgeführt werden. Auf der Grundlage dieser Forschung, ich zu einer rechtshistorischen Studie über Strafjustiz und Strafrechtsprechung in der frühen Neuzeit auszubauen.

**Japan-Russian fisheries co-operation and international law:
Its contribution to sustainable fisheries in the global,
regional, national and local contexts**

Mari KOYANO*

The article aims at giving an overview of existing legal frameworks of fisheries co-operation between Japan and Russia to see how bilateral agreements could contribute to promoting sustainable fisheries in the global, regional, national and local contexts. It describes the core structure of four bilateral agreements concluded between the two countries and the state of their implementation, including the 1984 Agreement on Mutual Relations in the Sphere of Coastal Fisheries of Both Countries, the 1985 Agreement on Co-operation in the Field of Fisheries, the 1998 Agreement on Some Matters of Cooperation in the Field of Fishing Operations for Marine Living Resources, and the 2012 Agreement on Conservation, Rational Use and Management of Live Aquatic Resources in the North-West Pacific Ocean and Prevention of Illegal Trade of Live Aquatic Resources. It discusses their roles in relations to three issues, i.e. sustainable fisheries in the North-West Pacific where there exists a long history of international competition and co-operation for fisheries resources management among Japan and other coastal States, including Russia; fisheries relations in waters surrounding disputed northern islands between the two countries; and bilateral co-operation for combatting IUU fishing that may also be relevant in a global context. The bilateral legal frameworks have been working as expected. However, there are some challenges in the global context of sustainable fisheries.

* Professor, Graduate School of Law, Hokkaido University

執筆者紹介 (掲載順)

郎 晴 北海道大学大学院法学研究科助教
前 田 星 広島修道大学法学部法律学科助教
富 山 侑 美 沖縄大学経法商学部専任講師
鈴 木 繁 元 北海道大学大学院法学研究科助教
児矢野 マ リ 北海道大学大学院法学研究科教授
川久保 寛 北海道大学大学院法学研究科准教授

令和5年7月28日 印刷
令和5年7月31日 発行

編集人 會 澤 恒
発行人 北海道大学大学院法学研究科長
尾 崎 一 郎
印刷 北海道大学生協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886
発行所 北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 74 July 2023 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

- The introduction and transformation of punitive damages in Chinese Law (1)
— An Examination of the Legislative History —
..... Qing LANG 1
- Hexenprozesse in der frühneuzeitlichen Strafrechtspflege (9):
Rechtsdiskurs in „INSTRVCTION“ (1634) Heinrichs von Schultheiß ☆
..... Hoshi MAEDA 41
- Das Verhältnis zwischen der Einwilligung des Patienten und Informed
Consent von dem Aspekt der „hypothetischen Einwilligung“ (3)
..... Yumi TOMIYAMA 71
- Law and Politics on Judicial Supremacy (3)
..... Shigemoto SUZUKI 129

NOTES

- Japan-Russian fisheries co-operation and international law:
Its contribution to sustainable fisheries in the global, regional,
national and local contexts ☆ Mari KOYANO 159

CASE NOTE

- Note on Social Security Law Case Hiroshi KAWAKUBO 193

[]...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