HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 北大法学論集 第74巻 第4・5・6号 全1冊 |
| Citation | 北大法学論集, 74(4・5・6) |
| Issue Date | 2024-03-29 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/91455 |
| Type | journal |
| File Information | lawreview_74_4・5・6_all.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

# 北大法学論集

第 74 巻　　第 4･5･6 号（合併号）

## 論　　説

続「日本人の法意識」はどのように変わったか
—— 2022年調査を踏まえて ——
…… 松村 良之、木下 麻奈子、前田 智彦、森 大輔　1

刑の執行猶予の量刑判断について（1）
—— 日台における一般情状に対する考察を踏まえて ——
…… 林　贊紘　41

中国法における懲罰賠償制度の運用と実態（1）
—— 判例の考察を通じて —— …… 郎　晴　61

出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法における同性カップル（1）
—— ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として ——
…… 川崎まな　107

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（2）
—— 損害論の視角からの分析 —— …… 林　耕平　203

司法の優越をめぐる法と政治（4）
—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——
…… 鈴木繁元　269

不動産売買契約における目的物の不適合と損害賠償内容に関する日台比較考察（2）
——「損害項目」の分析を中心に —— …… 楊　廸耕　299

「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（7）
—— ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ——
…… 橋本　伸　411

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（4）
——「仮定的同意」の問題を手掛かりとして ——
…… 富山侑美　507

チーム医療における刑事過失責任（2）
—— 組織的医療における個人の過失責任のあり方及び
関係者間の責任分担 —— …… 張　佳宇　527

## 判 例 研 究

刑事判例研究 …… 小棚木公貴　633
国際法判例研究 …… 開出雄介　675

＊　　＊　　＊

城下裕二教授の経歴と業績 …… 小名木明宏　685

2024（令和６）年

# 北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

**名誉教授**

厚谷襄児（経済法）
臼杵知史（国際法）
遠藤乾（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（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）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
畠山武道（行政法）
長谷川晃（法哲学）
林竧（商法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
藤原正則（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（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）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
辻康夫（政治学）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中村督（ヨーロッパ政治史）
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・ブラニスラブ（知的財産法）
林誠司（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
牧佐智代（民法）
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）
小濵祥子（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）
ソック・ヴァンニー（民法）
盛永悠太（憲法）
林儻紘（刑法）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

城下裕二教授は、本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

ここに同教授の肖像を掲げて、多年にわたる本研究科へのご貢献に対し、厚く感謝の意を表します。

北海道大学大学院法学研究科

城下　裕二　教授

論　　説

# 続「日本人の法意識」は どのように変わったか

―― 2022年調査を踏まえて ――

松村 良之、木下 麻奈子、前田 智彦、森 大輔

## Ⅰ　はじめに

本研究の目的は50年間におよぶ法に対する日本人の態度の変化を検証することである(1)。本稿は、我々が2022年に行った社会調査（以下、「2022年調査」と略す）の単純集計を掲載し、過去50年間における日本人の法態度(2)の変化を示す。比較する調査は、2005年に松村・木下等が行った調査（以下、「2005年調査」と略す）(3)、日本文化会議（1982）が1976年に行った調査（以下、「1976年調査」と略す）である。なお日本文化会議が1971年に行った調査（日本文化会議編 1973、以下、「1971年調査」と略す）でも質問した設問については、同様に結果を示す。このように本研究が追試であるという性質上、我々の研究上の問いは1976年調査（一部は1971年調査）で明らかにされた法態度の構造が、現在においてもどれだけ維持されているかということである。

## Ⅱ　調査方法

### 1．2022年調査の調査方法

2022年調査の母集団は18歳以上の日本人である。年齢の上限は設けなかった。

サンプルサイズは1,200であり、サンプリングは層化無作為二段抽出

である。サンプルの抽出地点数は75地点、１地点からの抽出人数は16人であった。抽出に用いた台帳は、住民基本台帳のみである。サンプリングは2021年10月から12月に行われた。

2022年調査の実査は、2022年１月14日から2022年２月６日にかけて行われた。調査方法は訪問留め置き法（一部、郵送による返送を含む）である。有効回収率は57.6％（691サンプル）であった。コロナ禍での調査であったため調査を遂行できるか自体が懸念されたが、最終的には近年の社会調査としては高い有効回収率を得ることができた。

## ２．先行調査の調査方法

先行調査の調査方法については松村・木下他（2006b：2005－2004）にも掲載しているが､比較の対象として本研究においても重要であるため、ここにも再掲する。なお、調査方法は各調査の報告書、論文に記載されているとおりを記した。

### 【1971年調査の調査方法】

1971年調査の対象者は、首都30キロメートル圏内に居住する有権者である（日本文化会議 1973:53）。詳しくは本稿Ⅱ４．を参照してほしい。サンプリングの方法は、層別等間隔無作為二段抽出法による。サンプリングの基礎となる選挙人名簿としては1971年（昭和46年）６月２日に執行された参議院議員選挙での確定数（11,699,231人）のものが使用されている。抽出標本数は、1,500標本（100地点、１地点15票本）である。調査方法は、調査員による個人面接聴取法であった。調査期間は、1971年（昭和46年）７月22日～27日であった。回収分析標本数は1,053標本、回収率は70.2％であった（日本文化会議 1973：54）。

なお、1971年調査および1976年調査の調査票は、標準的な社会調査票からみると設問および回答選択肢の構成・文言が奇異に感じられる部分が多いと思われるかもしれない。この点については別途議論する。

### 【1976年調査の調査方法】

1976年調査の調査対象者は、首都圏30キロメートル圏内の20歳以上の一般男女である。標本数およびサンプリングは、層化無作為二段抽出に

よる1,500サンプル（100地点、１地点15サンプル）である（日本文化会議 1982:217）。調査方法は、個別訪問面接聴取法、調査期間は1976年（昭和51年）３月11日～３月29日である。回収状況は、回収数1,080サンプル、回収率は72％であった。

**【2005年調査の調査方法】**

2005年調査は、注３にも記載したように、特定領域研究（B）「法化社会における紛争処理と民事司法」（領域代表 村山眞維）の一部として行われた（松村・木下他 2006b：2005－2004）。この特定領域研究の研究では、日本全国の20歳以上70歳以下の成人を母集団とし、調査全体のサンプルサイズを25,014とする大規模な調査を行った。この調査のサンプリングは二段階抽出ランダムサンプリング（層化無作為二段抽出法）で、抽出地点は1,137地点であり、１地点から22名を住民基本台帳もしくは選挙人名簿で系統抽出法により抽出した。サンプリングは、2004年12月から2005年１月にかけて行われた。

全体のサンプルサイズが大きいので、調査票を11種類作成し、そのうちの１バージョンを、日本文化会議（1973；1982）の追試を目的としたものに割当てた（それが2005年調査である）。したがって2005年調査のサンプルサイズは2,274である。実査は2005年２月から３月にかけて訪問留め置き法で行なわれた。有効回答数は1,138、有効回収率は50.0％である。なおリサーチデザインの詳細については、松村・木下他（2006a）を参照されたい。

**３．質問文の変更**

2022年調査は原則的に2005年調査の設問と同一のものを用いたが、若干の変更がある（付録：表１）。ほとんどの変更は、強調するため下線を引くといった些末な変更であるが、現代の社会状況の変化に即した修正も行った。たとえばQ15－1では、「汽車」という言葉は都市部ではほとんど用いられないことから、質問文の「汽車にのったら」を「鉄道にのったら」に変更した。また、Q42では、法令の改正に基づき、選択肢に「50万円以下の罰金」を付け加えた。これらの修正は、設問の内容を大きく変更するものではないので、先行調査と等価の内容だと考えている。

なお、過去の各調査での質問文の詳しい変更点（1971年調査から1976年調査への変更点および1976年調査から2005年調査への変更点）については松村・木下他（2006b：2003－1998）に掲載している。

### ４．首都圏30キロ圏内のサンプル

1971年調査及び1976年調査では首都圏30キロメートル在住の人を対象としていた(4)。首都圏30キロメートルとは、総務省（旧総理府）統計局が国勢調査の結果を集計する際に、旧東京都庁（東京都千代田区）を中心とする一定の半径の円内に含まれる市区町村の地域を合わせて、同心円状の距離帯に区分していることに基づく。すなわち首都圏30キロメートルは旧東京都庁から30キロメートルとなる地域である。

首都圏30キロメートルに在住の人を対象とした調査結果を、全国の人を対象とした調査結果を比較するために、それらの度数分布表（表２）を全国調査の結果と併せて提示した。なお、いずれの設問においても分布に大きな違いはみられなかった。

## Ⅲ　調査の結果

### １．法態度に関する結果

2022年調査の結果を、先行調査の1976年調査、2005年調査と比較しながら検討する。各設問の度数分布表は付録に表２として、まとめて掲載する。調査票にその質問文が用いられなかった場合は、表内のセルに「－」で表示した。また、本文では原則的に設問順に結果を紹介する。

2022年調査が２つの先行調査の追試であるという性格上、本稿で用いられる設問の文言や、それに関する説明は、先行調査の結果を公表した論文（松村・木下他 2006b）と重複せざるをえない。しかし、結果を比較するという目的のためには他の方法がないため、冗長ではあるが、記述統計の結果を報告する。

なお、1971年調査および統計数理研究所が行っている「日本人の国民性調査」（中村、土屋、前田 2015）でそれぞれ尋ねられた質問が2022年調査でも用いられている場合には、該当する箇所で言及する。

日本人の国民性調査（中村、土屋、前田 2015:93、以下、「国民性調査」

と呼ぶ）は、統計数理研究所が５年ごとに行っている社会調査である。調査年は異なるが変化の傾向を見るために、以下では国民性調査第13次全国調査（2013年実施）の結果も併せて紹介する(5)。なお、我々の調査結果で割合を示すときは小数点第一位まで表記したが、国民性調査の報告書では整数で表記されているので、本稿の本文で引用する際はそのとおりに記した。

まずQ1では、自分にとって好ましい上司について尋ねている。選択肢２の「時には規則をまげて無理な仕事をさせることもありますが、仕事のこと以外でも人のめんどうをよく見ます」の選択率は、1976年で77.6％、2005年で60.9％、2022年で43.3％と減少し、1976年に比べると2022年は34ポイント下がった。代わりに選択肢１の「規則をまげてまで無理な仕事をさせることはありませんが、仕事以外のことでは人のめんどうを見ません」が増加している。

国民性調査第13次全国調査（中村、土屋、前田 2015：93）の「＃5.6 めんどうをみる課長（＃は国民性調査の設問番号に付与された印である。以下、同じ）」をみると、選択肢２の「めんどうをみる上司」を選択した割合は、1973年で81％、1978年で87％、2003年で77％、2008年で81％、2013年で81％であり、我々の調査の方が選択された割合が小さい。

Q2では、大切なことを２つ選択するように指示した。2022年調査では、「親孝行をすること」が最も多く52.5％、次いで「個人の権利を尊重すること」が50.8％であった。1976年調査では選択率が最も高かった選択肢は「個人の権利を尊重すること」で59.8％、二番目は「親孝行をすること」で52.9％であった。2005年調査では「親孝行をすること」が61.3％、二番目が「個人の権利を尊重すること」で44.4％であった。

国民性調査第13次全国調査（中村、土屋、前田 2015：91）の「#5.1d 大切な道徳」をみると、「親孝行をすること」の選択率は、1973年で63％、1978年で70％、2003年で73％、2008年で76％、2013年で75％であった。

Q3－1では、入社試験で１番の人を採用するか、２番となった親戚の人を採用するかを問うている。「１番の人を採用するようにいう」の選択率は、1976年調査では62.6％、2005年調査では62.6％、2022年調査では69.1％であった。

国民性調査第13次全国調査（中村、土屋、前田 2015：88）の「#5.1c1 入

社試験（親戚）」では、「１番の人を採用するようにいう」の選択率は、1973年（K+M）[6]で73％、1978年で72％、2003年で73％、2008年で79％、2013年で78％であり、国民性調査の方が選択される割合が高い傾向にある。

さらにQ3－2では、Q3－1における「２番の人」が親戚の人ではなく、恩人の子供の場合を尋ねた。その場合でも、「１番の人を採用するようにいう」の選択率は、1976年調査では42.2％、2005年調査では36.2％、2022年調査では48.9％であった。2005年調査と比べると、2022年調査は約13ポイント増加した。

国民性調査第13次全国調査（中村、土屋、前田 2015：89）の「#5.1c2 入社試験（恩人の子）」では、「１番の人を採用するようにいう」の選択率は、1973年（K+M）で52％、1978年で47％、2003年で54％、2008年で58％、2013年で56％であった。

Q4では、個人の権利と公共の利益を比較させた。2022年調査では、「公共の利益のためには、個人の権利が多少犠牲になることがあってもしかたがない」の選択率は、1971年調査で48.4％、1976年調査で57.9％、2005年調査で40.4％、2022年調査で40.1％であった。この結果は2005年調査と比べてほとんど変化がないが、1976年調査と比較すると約18ポイント下がっている。

一方、国民性調査第13次全国調査（中村、土屋、前田 2015：115）で尋ねられている「#7.5b_ 公益と個人の権利」（国民性調査では、この設問を公共の利益ではなく「公益」としている）の結果をみると、「公共の利益」を優先する考えを選択した割合は、1973年調査で55％、1978年調査で55％、2003年調査で51％、2008年調査で55％、2013年調査で53％であった。

融通性の尺度は、「法に対してゆうずう（表記は原文のママ）をきかせる考え方」を測定しており、「日本人の特色とよくいわれるので」取り上げている（日本文化会議 1973：131－146）。法に対して寛容か、厳格かは、法意識の基本的次元の一つとして詳しく検討が加えられている（日本文化会議 1973：12－17，131－146；1982：65）。以下に、融通性に係わる設問の結果をみてみよう。なお融通性尺度等の経年変化については木下（2023）を参照してほしい。

まずQ5では「国有林のなかにつつじや、ふじ、など庭に植えるのに

ちょうどよいような雑木が生えているとします。しかしそのへんには『国有林につき立ち入りを禁ず』という立札が立っています。ここでＡさんとＢさんとは意見がわかれました。あなたはどちらの意見に近いですか。」と尋ねた。これに対し、選択肢１の「Ａの意見に近い（A「どうせほっておいたら、雑木として刈りとられてしまうのだから２～３本とってもかまわない」）の選択率は、1971年で41.6％、1976年で12.3％、2005年で12.4％、2022年で7.1％であった。1971年が突出して高いが、1971年以前の調査がないため、これが一時的な現象なのか、あるいはそれ以前も高かったのかは明らかではない。とくに1971年調査で「ワラビやゼンマイ」であった設問文が、1976年調査では「つつじやふじ」に変更されている。そのため、国有林へ勝手に入る是非という側面より、物を盗ることの是非が強調された可能性もある。

Q6では「近所に空地があります。これはＡさんの私有地なのですが、たまたま、いま空地になっています。そこへ近所の子供たちがきて、野球をやったり、ボール遊びをしたりします。そこで、Ａさんはいつも『ここは私の土地だからここで遊ばないように』と注意をするのですが、子供たちはなかなか言うことをききません。ところで、この近所に住んでいるＸさんとＹさんは、この件について話しあって意見が対立しました。あなたはどちらの意見に近いでしょうか。」と尋ねた。その結果、選択肢１の「どうせ空いているのだから、子供たちが遊んだってかまわないではないか」の意見に近いとする割合は、1971年調査で54.1％、1976年調査で39.6％、2005年調査で27.5％、2022年調査で16.5％であった。

Q7は不治の病で患者に同情して投薬を止めてその患者を死に至らせた医師については、「無罪にすべきだ」を選択する割合は、1976年調査で38.9％、2005年調査で37.5％、2022年調査で34.8％であった。2022年調査では「有罪とすべきだ」を選択する割合は21.9％であり、「無罪にすべきだ」よりも少なかった。一方、「わからない」は43.3％であった。

Q8で時効の制度に関する考えを尋ねたところ、「時効などない方がよい」を選択する割合は、1976年調査で39.7％、2005年調査で59.1％、2022年調査で66.7％であった。2022年調査では、1976年調査に比べて27ポイント増加している。なお、時効に関する設問としてQ17、Q18も参照してほしい。

Q9の犬に襲われて、他に方法がないので、難を逃れるため、他人の家のドアをこわして侵入したことについて、「罰せられると思う」と回答するものは、1976年調査で32.5％、2005年調査で43.3％、2022年調査で47.8％であった。

Q10の好ましい公務員のタイプについては「法のねらいをくんで、臨機応変に法を適用しようとする人」が好きとする割合は、1971年調査で66.4％、1976年調査で73.4％、2005年調査で74.0％、2022年調査で79.8％と、増加している。

Q11の法律の適用については「法律というのは、状況によって制裁を加えるかどうかを判断すべきもので、文字どおりに適用するのはよくない」と回答するものは、1971年調査で62.3％、1976年調査で65.7％、2005年調査で63.6％、2022年調査で62.5％であった。

Q12では、いちど交わした契約が、何年かたって実情にそぐわなくなったときへの対応について尋ねた。その結果、「実情にそぐわなくなったときには話し合ってその契約は守らなくてもすむようにしてもらう」を選択する割合は、1971年調査で64.3％、1976年調査で61.7％、2005年調査で64.3％、2022年調査で72.8％であった。

Q13では契約書についての意見を尋ねた。その結果、「契約書というものは、あとで解釈などをめぐってもめないように、できるだけこまかく具体的にキチッと決めておく方がよい」と回答する割合は、1971年調査で89.5％、1976年調査で89.1％、2005年調査で87.6％、2022年調査で89.3％と一貫して高く、ほとんど変化は見られない。

日本文化会議(1982:58)では、日常軽易なものに対する厳罰志向スケールを構成するために、Q14－1、Q15－1、Q16、Q29の４問を用いている。ここでは初めの３問と枝問のQ14－2、Q15－2の結果を紹介する。Q29については、後述する。

まずQ14－1では、車がくる気配がほとんどないことが明らかだったときに、信号が赤でも渡るか渡らないかについて尋ねた問いである。それに対し、「信号が赤なら渡らないで、青になるまで待つと思う」と回答するものは、1976年で57.8％、2005年で54.0％、2022年で60.3％と全般的に高かった。なお、2005年調査以降は選択肢から「状況による」を削除したため、「わからない」の選択率が高くなった可能性もある。

Q14－2では、前問で「わからない」と回答した人に対し、どういう状況だと渡るかを、複数選択で回答させた。その結果、「自分が非常に急いでいるようなときには渡る」を選択する割合は、1976年調査で11.9％、2005年調査で59.1％、2022年調査で52.1％であり、選択率が高かった。前述したようにQ14-1の選択肢から「状況による」を削除した影響がここにも出た可能性がある。

Q15－1は鉄道に乗ったら「車内禁煙」という表示がしてあった場合、車内はがらがらで他人に迷惑がかかりそうにないときに喫煙するかどうかを尋ねた。その結果「吸ってはいけない」と回答するものは、1976年調査で89.0％、2005年調査で94.4％、2022年調査で98.0％と一貫して高かった。なおこの設問では、2005年調査で「汽車にのったら」と尋ねていたのを、2022年調査では「鉄道にのったら」に、また「汽車はがらがらで」であったのを「車内はがらがらで」に変更した。

Q16では、「場内飲食禁止」と表示されている映画館で大勢の人が客席にすわったまま飲食している場合でも、「自分だけでも休憩室へ行ってそこで飲み食いするだろう」を選択したものは、2005年調査で62.3％、2022年調査で67.7％であった。

なお、1976年調査では汽車で禁煙とされている場合に喫煙するかという設定であったため、2005年調査以降では、「場内禁煙」を「場内飲食禁止」に、「タバコをすう」を「ジュースを飲んだりスナックを食べたり」に、「喫煙室」を「休憩室」にそれぞれ変更した。ただし本論文の度数分布表では、1976年調査の設問と2005年調査以降の設問を等価なものとして扱い、集計している。

時効については尋ねたのが、次のQ17とQ18である（Q8も参照してほしい）。まずQ17では大事件の時効について尋ねたところ「時効などない方がよい」を選択する割合は、1976年調査で51.5％、2005年調査で71.3％、2022年調査で73.2％であった。なお、この設問については、1976年調査で「３億円事件が（原文のママ）」と尋ねていたのを、2005年調査で「三億円事件やグリコ森永事件などのいくつかの大事件は」に変更し、さらに2022年調査で「三億円事件やグリコ森永事件などの被害額が巨額で世間を騒がせたいくつかの大事件は」に変更した。

Q18の世話になった老人夫婦をころしてお金を奪った場合では「時効

などない方がよい」を選択する割合は、1976年調査で68.8％、2005年調査で80.6％、2022年調査で82.2％であった。

Q19では「親を殺した場合、ほかの殺人よりも重い罪とすべきだと思いますか」と尋ねた。その結果、「親を殺したという理由で特別の扱いをする必要はない」を選択する割合は、1976年調査で34.0％、2005年調査で42.6％、2022年調査で64.3％であった。

Q20では「子供の頃天才少年とさわがれた人が、平凡な大人になり、たいへん貧乏暮しをしていました。それを雑誌記者が記事にしたとします。このような記者の行為は「個人の基本的人権をおかす、プライバシーの侵害である」と思いますか。それともどんなことでも読者は知りたいのだから、このような記事を発表することは『読者の知る権利を守ることになり、けっこうなことである』と思いますか」と尋ねた。その結果、「プライバシーの侵害である」を選択する割合は、1976年調査で60.2％、2005年調査で68.5％、2022年調査で72.2％であった。

Q21では「さいきんのテレビ番組のなかには、刑法にふれるようなわいせつな番組もあるといわれています。このような状況のなかで、あなたはこれらの番組の放映に対してどう思いますか。以下の意見のなかではどの意見にいちばん近いですか。」と尋ねた。その結果、「処罰はしないまでも行政官庁や警察などが、勧告ぐらいはすべきである」を選択したものは、1976年調査で53.6％、2005年調査で48.5％、2022年調査で47.7％であった。なお、この設問については、1976年調査と2005年調査では質問文は「わいせつな番組が増えているといわれています」であったが、2022年調査では「わいせつな番組もあるといわれています」に変更した。

道徳感情については２種類の尺度を用いて測定している。第一は「素朴な道徳感情スケール」と名付けられたもので、設問の Q22 (1)、(3)、(4)、(5)、(8)、(9) の６問で構成されている。第二は、「法律―道徳感情スケール」と名付けられたもので、設問の Q22 (2)、(6)、(7) の３問で構成されている。以下では各問の回答傾向を見て行こう。

素朴な道徳感情スケールを構成する質問をみると、Q22 (1)「悪いことをしたらバチがあたると思いますか」という問いで「はい」と回答した割合は、1976年調査では57.6％、2005年調査では83.3％に増加し、さ

らに2022年調査でも83.3％であった。

Q22 (3)「良いおこないをしたときも、悪いおこないをしたときも、神や仏はこれを知っていると思いますか」という問いで、「そう思う」と「まあそう思う」の回答を併せた割合は、1976年調査では43.0％、2005年調査では63.3％、2022年調査では61.0％あった。

Q22 (4)「ひとのタタリはあると思いますか」という問いで、「ある」と回答した割合は、1976年調査では46.0％、2005年調査では55.3％、2022年調査では52.6％であった。

Q22 (5)「先祖に恥じないような生活をしなければいけないと思いますか」という問いで、「そう思う」と「まあそう思う」の回答を併せた割合は、1976年調査では59.2％、2005年調査では79.2％、2022年調査では73.7％あった。

Q22 (8)「悪い行いをすれば、たとえその人には何事もなかったとしても、その子や孫に必ず報いがあらわれるという言いつたえがあります。あなたはそう思いますか、そう思いませんか」という問いで、「そう思う」と回答した割合は、1976年調査では33.4％、2005年調査では43.8％、2022年調査では35.4％であった。

Q22 (9)「よく、『うそつきは泥棒のはじまり』ということを言いますが、あなたもそう思いますか、そうは思いませんか」という問いで、「そう思う」と回答した割合は、1976年調査では57.4％、2005年調査では52.4％、2022年調査では44.1％であった。

次に、法律―道徳感情尺度を測定するのに用いられた問いをみてみよう。Q22 (2)「法律に違反しなければ、多少悪いことをしてもかまわないと思いますか」という問いで、「そうは思わない」と「あまりそう思わない」の回答を併せた割合は、1976年調査では74.9％、2005年調査では80.7％、2022年調査では82.0％あり、若干の増加が見られた。

Q22 (6)「他人に迷惑をかけないようにするのは、法律でそれが禁止されているからではなく、人間としての良心によるのだと思いますか」という問いで、「そう思う」と「まあそう思う」の回答を併せた割合は、1976年調査では95.7％、2005年調査では98.9％、2022年調査では97.2％あった。

Q22 (7) 何かするときに、こういうことをしたら法律にふれるかどう

かということと、人間としてやってよいことかどうかということと、世間一般の人はどちらをより多く考えて行動していると思いますか」という問いで、「人間としてやってよいことかどうかをまず考える」と回答した割合は、1976年調査では79.5％、2005年調査では90.1％、2022年調査では89.7％であった。

法に対する態度についての質問をみると、まずQ23「家族の中に罪を犯しているものがあり、まだ発覚していないとします。このようなときに、あなたはその家族に『自首』をすすめますか。すすめませんか」という設問では、「すすめる」を選択した割合は、1971年調査では84.5％、1976年調査では69.8％、2005年調査では62.9％、2022年調査では58.1％あり、長期的には減少している。ただし「すすめない」も増加しておらず、代わりに「場合による」が増加している。

Q24「身に覚えのないことで、警察に逮捕されそうになったとき、次のようなことに賛成ですか、反対ですか」という問いには３つの下位の設問がある。

まずQ24 (1)「逮捕令状があっても身に覚えがないことであるなら、従わなくてよい」という設問に対して「そう思う」を選択した割合は、1971年調査では55.7％、1976年調査では40.3％、2005年調査では48.6％、2022年調査では47.3％であった。

次にQ24 (2)「逮捕令状がないのに、逮捕しようとしたときには、暴力で抵抗してもさしつかえない」という設問に対して「そう思う」を選択した割合は、1971年調査では28.3％、1976年調査では21.4％、2005年調査では12.6％、2022年調査では7.4％と減少した。

Q24 (3)「逮捕令状がなければ逃げてしまえばいい」という設問に対して「そう思う」を選択した割合は、1971年調査では18.5％、1976年調査では12.0％、2005年調査では5.8％、2022年調査では5.8％と変化した。

Q25－1「妻子のいる男が妻子の側に何ら非難すべき点もないのに、妻子を残して“じょうはつ”してしまいました。この男は有罪だと思いますか、無罪だと思いますか」という設問に対して「有罪」を選択した割合は、1976年調査では48.8％、2005年調査では39.0％、2022年調査では25.7％と減少した。その一方で「無罪」を選択した割合は増加しておらず、代わりに「わからない」を選択した割合が1976年調査では22.2％、2005

年調査では40.7％、2022年調査では48.0％と増加した。

次にQ25－2「この男について３つの意見があります。あなたはどの意見に賛成ですか」という設問について「Bの意見に賛成（B「法律的には無罪だと思うが、妻や子が日常生活に困るかもしれないのに、じょうはつしてしまうとは道徳的に許せないことだ」）」を選択した割合は、1976年調査では76.3％、2005年調査では76.6％、2022年調査では72.9％とほとんど変化が見られなかった。

Q26－1「あなたはわが国の法律の中に20歳未満のものに対し、酒を飲んだりタバコをすうことを禁止する法律があるのを知っていますか」という設問について「知っている」を選択した割合は、1976年調査では97.9％、2005年調査では97.7％、2022年調査では97.8％と高水準を維持している。

さらにQ26－2「この法律は効果をあげていると思いますか」と尋ねたところ、「あげている」を選択した割合は、1976年調査では19.2％、2005年調査では18.3％、2022年調査では43.1％であった。

Q27「法律について次のような２つの意見があります。あなたはどちらの意見に賛成ですか」との設問で、「法律はおたがいに、ぐあいよく生活できるようにつくるべきである」を選択した割合は、1971年調査で54.5％、1976年調査では49.5％、2005年調査では32.0％、2022年調査では43.5％と変化した。

Q28「『自分の意見では正しくないと思う法律（いわゆる悪法）でも、国の法律である以上は守るべきである』という意見にあなたは賛成ですか」という設問で、「賛成である」を選択した割合は、1976年調査では28.9％、2005年調査では14.9％、2022年調査では16.4％であった。

前述した日常軽易なものに対する厳罰志向スケールを構成する質問の一つとして、Q29がある。2022年調査では、「鉄道に乗って『キセル（乗降駅付近だけの乗車券や定期券を持ち、途中区間をただ乗りすること）』といった不正乗車をする人がいますが、このような不正乗車はもっときびしくとりしまるべきだと思いますか。それほど気にする必要はないと思いますか。」と尋ねた。現在の日本では自動改札が導入されICカードが普及しているので「キセル」を行うことは困難であるため、この設問で使われている「キセル」という言葉は、余り用いられていない。その

懸念から説明文を加えた。この問いに対して、「もっときびしくとりしまるべきだ」を選択した割合は、1971年調査では50.3％、1976年調査では47.9％、2005年調査では66.4％、2022年調査では64.0％であった。

Q30「死刑はどんなときにも廃止すべきだと思いますか。場合によっては死刑もやむを得ないと思いますか」という設問で、「場合によっては死刑もやむを得ない」を選択した割合は、1971年調査では84.4％、1976年調査では82.1％、2005年調査では86.2％、2022年調査では82.5％であった。

Q31「ここに100人の人がいて、99人は本当に罪を犯しており、１人だけは無実で罪を犯していないとします。このようなとき次の２つの意見があります」という設問で、「無実の１人を助けよ」を選択した割合は、1971年調査では48.0％、1976年調査では37.8％、2005年調査では31.7％、2022年調査では28.7％であった。その一方で、「罪の種類による」を選択した割合が増加している。

Q32では「あなたは日本において、罪を犯した人に対して加えられる刑罰はきびしすぎると思いますか、それともゆるすぎると思いますか」と尋ねた。その結果、「きびしすぎる」を選択した割合は、1976年調査では1.3％、2005年調査では0.5％、2022年調査では0.9％と変化した。また「ゆるすぎる」を選択した割合は、1976年調査では18.7％、2005年調査では33.4％、2022年調査では18.9％であった。さらに「ちょうど適当」を選択した割合は、1976年調査では31.5％、2005年調査では7.8％、2022年調査では17.9％であった。2022年調査では「ややゆるすぎる」と「ゆるすぎる」を併せた割合は50.3％とほぼ半数を占めた。

Q33「あなたは今日の日本の裁判制度のなかで、犯罪者の人権は尊重されていると思いますか、それとも尊重されていないと思いますか」という設問で、「尊重されすぎている」を選択した割合は1976年調査では7.3％、2005年調査では29.1％、2022年調査では16.4％あった。

Q34「では逆に被害者の人権は、尊重されていると思いますか、それとも尊重されていないと思いますか」という設問で、「非常によく尊重されている」を選択した割合は1976年調査では1.4％、2005年調査では1.1％、2022年調査では2.2％あった。2022年調査では「尊重されているとはいえない」を選択した割合がもっとも多く45.2％であった。

Q35「罪を犯して刑務所に入って服役しているものに対する扱いについて、次のような２つの意見がありますが、あなたは一口で言ってどちらの意見に近いですか」という設問について、「罪は罪として、やはりきびしくこらしめることが必要であるから、あまり待遇をよくする必要はない」を選択した割合は、1971年調査では37.3％、1976年調査では30.2％、2005年調査では49.9％、2022年調査では41.8％と変化した。その一方で、「できるだけ人道的に、思いやりをもって扱うべきである」を選択した割合は2022年調査では34.2％であり、2005年調査より約５ポイント増えた。

Q36「一般的に刑罰を加えるということの意味について２つの対立した考え方があります。あなたはどちらの考えに賛成ですか」という設問で、「刑罰というのは、悪いことをした人が、これから社会に復帰できるよう、立ち直らせてやることである」を選択するものは、1971年調査では70.8％、1976年調査では74.0％、2005年調査では52.1％、2022年調査では57.6％と変化した。

Q37「あなたは、自分の権利が侵害されたと感じたとき、裁判所に訴えることを考えますか」という設問で、「よほどのことがないかぎり考えない」を選択した割合は、1971年調査では49.9％、1976年調査では60.6％、2005年調査では65.9％、2022年調査では61.3％であった。

Q38「訴訟について、いろいろな意見がありますが、あなたは次のような意見に賛成ですか、反対ですか。『訴訟は、お金もかかるし、暇もかかり、たとえ訴訟に勝っても損をすることの方が多い』」という設問で、「そう思う」を選択した割合は、1971年調査では58.8％、1976年調査では59.6％、2005年調査では57.8％、2022年調査では52.1％であった。

Q39「訴訟や調停などについて、あなたは次のどの意見に近いですか」という設問で、「『訴訟』をする方がよいと思えば、どんどん訴訟をすべきである」を選択した割合は、1971年調査では8.6％、1976年調査では8.1％、2005年調査では6.3％、2022年調査では10.2％であった。その一方で、「『訴訟』をするというのはあまり好ましくないが、『調停』や裁判所での『公的な話し合い』ぐらいならどんどんやってよい」を選択した割合は、1971年調査では39.7％、1976年調査では42.7％、2005年調査では40.6％、2022年調査では43.7％であった。

Q40「子は親を扶養する法律上の義務があると思いますか」という設問で、「義務がある」を選択した割合は、1971年調査では48.1％、1976年調査では55.8％、2005年調査では40.4％、2022年調査では29.6％であった。2022年調査では、2005年調査から約11ポイント下がった。

Q41「殺人に対して、法律上定められているもっとも重い刑罰はどんなことだと思いますか」という設問で「死刑」を選択する割合は、1971年調査では41.4％、1976年調査では76.3％、2005年調査では74.1％、2022年調査では72.5％であった。1971年調査での選択率が低い。

それに続く設問の Q42「窃盗をはたらいたものに対して、法律上定められているもっとも軽い刑罰はどんなことだと思いますか」では、2006年（平成18年）の刑法改正により窃盗罪の法定刑として罰金刑が新設されたため、2022年調査では選択肢に「50万円以下の罰金」を加えた。2022年調査で「50万円以下の罰金」を選択した割合は46.6％であった。それ以前の調査では「１年未満の懲役刑」が一番軽い刑罰の選択肢であったが、それを選択する割合は、1971年調査では51.6％、1976年調査では64.6％、2005年調査では48.0％であった。

Q43「日本国民の憲法上の三大義務というのは、どれだと思いますか」の上位３つの2022年調査の選択肢は、「納税」83.4％、「勤労の義務」62.4％、「子弟に教育を受けさせる義務」58.2％であった。1971年調査と1976年調査では、三大義務として選択した上位３つは、「納税」、「人権尊重擁護の義務」、「子弟に教育を受けさせる義務」であったが、2005年調査と2022年調査では「人権尊重擁護の義務」が４位に下がり、代わりに「勤労の義務」が３位となった。

Q44「ここにいくつかの犯罪があります。これらの犯罪の中で、もっとも悪質で重く罰すべきだとあなたが思うものはどれですか。あなたが『もっとも重く罰するべきだ』と思うもの、『２番目に重く罰するべきだ』と思うもの、『３番目に重く罰するべきだと思う犯罪を選んで、それぞれの番号を書いてください』」という設問を見てみよう。

まず Q44（1）「もっとも重く罰するべきもの」では、「同意殺人」を選択する割合は、1976年調査では82.1％、2005年調査では65.6％、2022年調査では58.0％であり、いずれの調査でも「同意殺人」の選択率が最も高かった。

次にQ44 (2)「２番目に重く罰するべきもの」では、「強制わいせつ」を選択する割合は、1976年調査では43.1％、2005年調査では36.3％、2022年調査では38.0％であり、いずれの調査でも「強制わいせつ」の選択率が高かった。

Q44 (3)「３番目に重く罰するべきもの」では、「常習の窃盗」を選択する割合は、1976年調査では34.0％、2005年調査では36.5％、2022年調査では34.5％であり、いずれの調査でも「常習の窃盗」の選択率が高かった。

最後に、Q45「宗教についておききしたいのですが、たとえば、あなたは、何か信仰とか信心とかを持っていますか」と尋ねた設問では、「もっている、信じている」を選択した割合は、1971年調査では21.9％、1976年調査では29.1％、2005年調査では33.0％、2022年調査では32.6％を選択した。

国民性調査第13次調査の報告書（中村、土屋、前田 2015：71）でも、同じ文言を用いて、信仰や信心の有無について尋ねている。それによると2013年において28％が「信じている」を選択しており、全体の傾向としては、2022年調査の結果と大きなずれはないと言える。

## ２．デモグラフィック要因に関する結果

2022年調査のサンプルのデモグラフィック要因の数値を見てみよう（付録：表３）。

### (1)　性別

サンプリングを行った結果の対象（以下、「設計サンプル」と呼ぶ）1,200人の内訳は、男性は47.3％（568人）、女性は52.7％（632人）であった。そのうち、有効に回答したサンプル（以下、有効回収サンプルと呼ぶ）691人のうち、男性が47.9％（331人）、女性が52.1％（360人）であった。

### (2)　年齢

2022年調査では、サンプルを18歳以上としたため、表３のような結果となった。40歳から49歳と60歳から69歳の有効回収サンプルの割合が、設計サンプルよりもそれぞれ若干大きい。

### (3) 居住地

国勢調査では、政令指定都市と東京都区部（東京23区）を併せて大都市と呼ぶ。2022年調査では、調査時点で政令指定都市であった20市と東京都区部を併せて21大都市と呼んだ（なお、2005年調査時は14大都市であった）。

21大都市の居住者は有効回収サンプルでは27.1％、その他の市は59.8％、町村は13.2％であった。

### (4) 年収

個人の年収は削除し、世帯の年収についてのみ尋ねた。所得が「なし」から500万円未満と回答したものの累計は、37.0％であった。また「わからない」と回答したものが23.0％であった。

### (5) 学歴

学歴をみると、高等学校卒が40.0％、大学卒が25.1％、専修学校（専門学校）・各種学校卒が11.7％、短期大学卒が10.2％であった。

### (6) 職業

職業別では、常時雇用の一般従業員が35.4％を占め、最も多かった。臨時雇用・パート・アルバイトは14.3％、専業主婦・主夫は14.3％であった。なお、無職は16.9％である。

## Ⅳ まとめ

本稿では、単純集計のレベルではあるが、日本人の法意識の全体像を示した。各調査の調査時期は最大半世紀を隔てている。それ故、結果を解釈するについては、社会の変化に伴って生じる、質問票の文言という刺激の文化的等価性の問題を考慮に入れなければならないが、その上で、ここ50年におよぶ法意識の変化の概要を記述することができた。なお、1971年、1976年の調査は他機関の調査であり、我々が個票データにアクセスすることは不可能であったので、単純集計すなわち（各設問の回答選択肢の）頻度を比較にとどまらざるを得なかった。

社会調査は継続して調査を続けることにより、はじめてその特徴を理解することができる（設問の回答率の変化は、一時的なものである可能性も存在する）。したがって、同一の社会調査を今後も継続し、個票データのレベルでデータを共有すること、そしてその個票データを基礎に、複数の設問について回答相互間の分析（多次元解析）手法を用いてより深い分析を行うことが重要である。さらに付け加えれば、2005年からのデータは個票データとしてアクセス可能であるので、時系列の分析についても、多次元解析の手法によりより深い分析を行うことが可能となる。

繰り返しになるが、このような時系列の社会調査は、今後も定期的に継続して実行し、個票データのレベルでデータを共有することが可能になることが重要なのである。

## 注

(1) 本研究は JSPS 科研費 JP19H01409の助成を受けたものである。

(2) 本論文の題名は、1971年調査の結果を示した日本文化会議（1973）に基づき「法意識」としているが、調査手法、計測方法は心理学の態度論に基づくものである。法態度の概念については木下（2021）を参照。

(3) 2005年調査は、文部科省科学研究費特定領域研究（B）「法化社会における紛争処理と民事司法」（領域代表 村山眞維 千葉大学教授（当時）、現千葉大学・明治大学名誉教授）の一環として、A01班「現代日本人の法意識」（班長 松村良之 北海道大学教授（当時）、現名誉教授）は A02班「紛争行動の研究：法の主題化過程」（班長 村山眞維）と共同で大規模な法意識調査を行った。本稿で比較する2005年調査は、その一部として行なわれたものである。

(4) 詳細は、https://www.stat.go.jp/data/kokusei/2005/users/kubun.html（最終アクセス2022年８月８日）を参照。どの地域が該当するかは、次の国勢調査の HP で公開されている。https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&layout=datalist&toukei=00200521&bunya_l=02&tstat=000001080615&cycle=0&tclass1=000001110196&tclass2val=0

(5) 公開されている最新の調査は国民性調査　第14次調査（統計数理研究所国民性調査委員会　2021）であるが、概要しか公表されていないので本稿では取り上げない。

(6) 国民性調査ではサンプルを二分し、Ｋ型とＭ型の２つの調査票が用いられている（中村、土屋、前田 2015：2）。

**《引用文献》**

木下麻奈子（2021）「法を摑まえる―法意識研究から法態度研究へ―」法と社会研究 6：33-57

――― （2023）「法態度はどのように変わったか―契約に関する融通性，素朴道徳感情，厳罰志向への態度を中心に」法と社会研究 8：117-131

松村良之（1983）「書評　日本文化会議（編）現代日本人の法意識　第一法規 1982」法律時報 55（5）：116-118

松村良之、木下麻奈子、藤本亮、山田裕子、藤田政博、小林知博（2006a）「現代日本人の法意識研究の理論モデルとリサーチデザイン」北大法学論集 57（3）：1477-1532

――― （2006b）「『日本人の法意識』はどのように変わったか：1971年、1976年、2005年調査の比較」北大法学論集 57（4）：2006-1967

中村隆・土屋隆裕・前田忠彦（2015）『国民性の研究　第13次全国調査―2013年全国調査―』統計数理研究所　調査研究リポート　No.116.
https://www.ism.ac.jp/editsec/kenripo/pdf/kenripo116.pdf（最終アクセス 2023年11月８日）

日本文化会議（編）（1973）『日本人の法意識　調査分析』至誠堂

――― （1982）『現代日本人の法意識』第一法規.

統計数理研究所国民性調査委員会（2021）『日本人の国民性　第14次全国調査結果の概要』https://www.ism.ac.jp/survey/index_ks14.html（最終アクセス 2023年11月８日）

## 表１　2005年調査・2022年調査項目対照表

| 2005年調査 | 2022年調査 | 変更点 |
|---|---|---|
| タイトル | タイトル | 「暮らしと法律についての全国調査」を「暮らしと法律についての調査」に変更した。 |
| Q2. | Q2. | 質問文の「２つ」を強調するために下線を引いた。 |
| Q14-2 | Q14-2 | 質問文の「すべて」を強調するために下線を引いた。 |
| Q15-1 | Q15-1 | 質問文の「汽車にのったら」を「鉄道にのったら」に変更。 |
| Q15-1 | Q15-1 | 質問文の「汽車はがらがらで」を「車内はがらがらで」に変更。 |
| Q17. | Q17. | 質問文の「三億円事件やグリコ森永事件などのいくつかの大事件は」を「三億円事件やグリコ森永事件などの被害額が巨額で世間を騒がせたいくつかの大事件は」に変更。 |
| Q21. | Q21. | 質問文の「わいせつな番組が増えているといわれています」を「わいせつな番組もあるといわれています」に変更。 |
| Q22.(6) | Q22.(6) | 質問文の「人間としても」を「人間としての」に変更。 |
| Q29. | Q29. | 質問文の「をする人がよくいますが、このような「キセル」は」を、「といった不正乗車をする人がいますが、このような不正乗車は」に変更。 |
| Q42. | Q42. | 平成18年の刑法改正により窃盗罪の法定刑に罰金刑が新設されたことから、選択肢に「50万円以下の罰金」を付け加えた。 |
| Q43. | Q43. | 質問文の「何と何だと思いますか」を「どれだと思いますか」に変更。 |
| Q44. | Q44.(1) | (1) と番号をつける。「もっとも重く罰するべきもの」を「「最も重く罰するべきもの」はどれですか」に変更。「もっとも」を強調するために下線を引いた。 |
| Q44. | Q44.(2) | (2) と番号をつける。「２番目に重く罰するべきもの」を「「２番目に重く罰するべきもの」はどれですか」に変更。「２番」を強調するために下線を引いた。 |
| Q44. | Q44.(3) | (3) と番号をつける。「３番目に重く罰するべきもの」を「「３番目に重く罰するべきもの」はどれですか」に変更。「３番」を強調するために下線を引いた。 |
| Q44. | Q44. | 「下の点線内から選んでください」という文言を追加。 |
| フェースシートに入る前 | | 「性別について」を「性別などについて」に修正。 |
| F1. | F1. | 質問文の「あなたの性別は」を「あなたの性別を教えてください」に変更。 |
| F2. | F2. | 質問文の「昭和何年何月のお生まれですか」を「あなたの生年月日をおしえてください」に変更 |
| F3. | なし | 削除 |
| F4. | F3. | 問番号を変更 |
| なし | F4. | 卒業した学校についての設問を新規追加 |
| なし | F5. | 現在の仕事についての設問を新規追加 |

## 表２　「現代日本人の法意識」度数分布表：1971年調査、1976年調査、2005年、2022年調査（全地域と首都圏30キロ圏内）の比較[注1]

注1：表の左側にある2022年調査の列が2022年調査の全地域の結果を示す。

**Q1. ある会社に次のような２人の上司がいます。もしあなたが使われるとしたら、どちらの上司に使われる方がよいと思いますか。どちらか１つあげてください。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 規則をまげてまで無理な仕事をさせることはありませんが、仕事以外のことでは人のめんどうを見ません | 281 | 41.0 | 252 | 22.5 | 13.5 | − | 43 | 45.3 |
| 2 時には規則をまげて無理な仕事をさせることもありますが、仕事のこと以外でも人のめんどうをよく見ます | 297 | 43.3 | 682 | 60.9 | 77.6 | − | 37 | 38.9 |
| 3 わからない | 108 | 15.7 | 185 | 16.5 | 8.9 | − | 15 | 15.8 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,119 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 19 | | | | 0 | |

**Q2. 次のうち大切なことを<u>２つ</u>あげてくれといわれたらどれにしますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 親孝行をすること | 363 | 52.5 | 698 | 61.3 | 52.9 | − | 41 | 43.2 |
| 2 恩返しをすること | 334 | 48.3 | 494 | 43.4 | 34.3 | − | 49 | 51.6 |
| 3 個人の権利を尊重すること | 351 | 50.8 | 505 | 44.4 | 59.8 | − | 50 | 52.6 |
| 4 自由を尊重すること | 282 | 40.8 | 418 | 36.7 | 45.2 | − | 46 | 48.4 |
| 5 わからない | 10 | 1.4 | 28 | 2.5 | 2.6 | − | 0 | 0.0 |
| 合計 | 1,340 | | 2,143 | | 194.8 | − | 186 | |
| 無回答 | 3 | | 17 | | | | 0 | |

**Q3−1. あなたが、ある会社の社長だったとします。その会社で、新しく職員を１人採用するために試験をしました。入社試験をまかせておいた課長が、「社長のご親戚の方は２番でした。しかし、私としましては、１番の人でもご親戚の方でも、どちらでもよいと思いますが、どうしましょうか」と社長のあなたに報告しました。あなたはどちらを採用しろといいますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 一番の人を採用するようにいう | 476 | 69.1 | 711 | 62.6 | 62.6 | − | 69 | 72.6 |
| 2 親戚を採用するようにいう | 92 | 13.4 | 205 | 18.1 | 25.2 | − | 15 | 15.8 |
| 3 わからない | 121 | 17.6 | 219 | 19.3 | 12.2 | − | 11 | 11.6 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,135 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 3 | | | | 0 | |

**Q3−2. それではこの場合、２番になったのがあなたの親戚の子供でなくて、あなたの恩人の子供だったとしたら、あなたはどうしますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 一番の人を採用するようにいう | 335 | 48.9 | 406 | 36.2 | 42.2 | − | 49 | 51.6 |
| 2 恩人の子供を採用するようにいう | 175 | 25.5 | 439 | 39.2 | 41.9 | − | 24 | 25.3 |
| 3 その他 | 59 | 8.6 | 49 | 4.4 | 3.1 | − | 8 | 8.4 |
| 4 わからない | 116 | 16.9 | 227 | 20.2 | 12.8 | − | 14 | 14.7 |
| 合計 | 685 | 100.0 | 1,121 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 6 | | 17 | | | | 0 | |

**Q4. 次のような意見があります。あなたはどちらに賛成ですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 個人の権利を認めるためには、公共の利益が多少犠牲になることがあってもしかたがない | 221 | 32.2 | 353 | 31.3 | 26.1 | 42.0 | 31 | 32.6 |
| 2 公共の利益のためには、個人の権利が多少犠牲になることがあってもしかたがない | 275 | 40.1 | 455 | 40.4 | 57.9 | 48.4 | 39 | 41.1 |
| 3 わからない | 190 | 27.7 | 318 | 28.2 | 16.0 | 9.6 | 25 | 26.3 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,126 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 12 | | | | 0 | |

**Q5. 国有林のなかにつつじや、ふじ、など庭に植えるのにちょうどよいような雑木が生えているとします。しかしそのへんには「国有林につき立ち入りを禁ず」という立札が立っています。ここでAさんとBさんとは意見がわかれました。あなたはどちらの意見に近いですか。[注2]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 Aの意見に近い（A「どうせほっておいたら、雑木として刈りとられてしまうのだから2～3本とってもかまわない」） | 49 | 7.1 | 141 | 12.4 | 12.3 | 41.6 | 4 | 4.2 |
| 2 Bの意見に近い（B「雑木として刈りとられてしまうとしても、とにかく『立入禁止』と書いてある以上、そこへ入ってとってはいけない」） | 619 | 90.0 | 952 | 83.7 | 85.0 | 55.2 | 87 | 91.6 |
| 3 わからない | 20 | 2.9 | 45 | 4.0 | 2.7 | 3.2 | 4 | 4.2 |
| 合計 | 688 | 100.0 | 1,138 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 3 | | 0 | | | | 0 | |

注2：Q5では、1971年版の質問文で「ワラビやゼンマイ」とあったのを、1976年以降の調査では「つつじや、ふじ、など庭に植えるのにちょうどよいような雑木」に変更した。

**Q6. 近所に空地があります。これはAさんの私有地なのですが、たまたま、いま空地になっています。そこへ近所の子供たちがきて、野球をやったり、ボール遊びをしたりします。そこで、Aさんはいつも「ここは私の土地だからここで遊ばないように」と注意をするのですが、子供たちはなかなか言うことをききません。ところで、この近所に住んでいるXさんとYさんは、この件について話しあって意見が対立しました。あなたはどちらの意見に近いでしょうか。[注3]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 Xの意見に近い（X「どうせ空いているのだから、子供たちが遊んだってかまわないではないか」） | 114 | 16.5 | 313 | 27.5 | 39.6 | 54.1 | 20 | 21.1 |
| 2 Yの意見に近い（Y「いくら空いていても、この空地は私有地なのだから、所有者の許可なしに使用するのはよくない」） | 551 | 80.0 | 766 | 67.4 | 56.1 | 42.5 | 73 | 76.8 |
| 3 わからない | 24 | 3.5 | 58 | 5.1 | 4.3 | 3.4 | 2 | 2.1 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,137 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 1 | | | | 0 | |

注3：1971年調査では選択肢1に「“インゴウオヤジ” でこまったものだ」が、選択肢2に「近頃の子供たちは言うことをきかなくなってこまったものだ」とあったが、1976年調査以降はそれらの文言を上記のように修正した。

**Q7. ある医師が、不治の病で激痛に苦しむ患者に同情して、投薬を止めてその患者を死に至らせたとします。あなたはこの医師を有罪にすべきだと思いますか。無罪にすべきだと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 有罪にすべきだ | 150 | 21.9 | 246 | 21.7 | 29.2 | − | 18 | 19.1 |
| 2 無罪にすべきだ | 239 | 34.8 | 426 | 37.5 | 38.9 | − | 35 | 37.2 |
| 3 わからない | 297 | 43.3 | 464 | 40.8 | 31.9 | − | 41 | 43.6 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,136 | 100.0 | 100.0 | − | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 2 | | | | 1 | |

**Q8. 罪を犯しても一定期間たつと、もはや検察官が起訴をすることができず、したがって罰せられることもなくなるという時効の制度について、あなたはどう思いますか。このような制度はあった方がよいと思いますか。ない方がよいと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 時効などない方がよい | 458 | 66.7 | 670 | 59.1 | 39.7 | − | 65 | 69.1 |
| 2 時効はあってもよい | 145 | 21.1 | 273 | 24.1 | 47.7 | − | 23 | 24.5 |
| 3 わからない | 84 | 12.2 | 191 | 16.8 | 12.6 | − | 6 | 6.4 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,134 | 100.0 | 100.0 | − | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 4 | | | | 1 | |

**Q9. あなたが、Aさんの家の飼犬におそわれて、他に方法がないので、難をのがれるためことわりなしにBさんの家のドアをこわして侵入したことについて、罰せられると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 罰せられると思う | 328 | 47.8 | 492 | 43.3 | 32.5 | − | 48 | 51.6 |
| 2 罰せられないと思う | 223 | 32.5 | 428 | 37.7 | 57.0 | − | 26 | 28.0 |
| 3 わからない | 135 | 19.7 | 215 | 18.9 | 10.5 | − | 19 | 20.4 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,135 | 100.0 | 100.0 | − | 93 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 3 | | | | 2 | |

**Q10. 公務員には２つのタイプの人がいます。あなたはどちらの人の方が好きですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 Aの方が好き(A「いつどんなときでも、法をまげることなく、文字どおりにそれを適用しようとする人」) | 79 | 11.5 | 175 | 15.4 | 19.6 | 29.1 | 13 | 13.8 |
| 2 Bの方が好き(B「法のねらいをくんで、臨機応変に法を適用しようとする人」) | 548 | 79.8 | 842 | 74.0 | 73.4 | 66.4 | 76 | 80.9 |
| 3 わからない | 60 | 8.7 | 121 | 10.6 | 7.0 | 4.6 | 5 | 5.3 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,138 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 0 | | | | 1 | |

**Q11. 法律について次の２つの意見があります。あなたはどちらの意見に近いですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 Aの意見に近い（A「法律というのは、守るためにあるのだから違反した場合は、必ず制裁をするということでなければ意味がない」） | 178 | 25.9 | 282 | 24.8 | 26.3 | 33.5 | 27 | 28.7 |
| 2 Bの意見に近い（B「法律というのは、状況によって制裁を加えるかどうかを判断すべきもので、文字どおりに適用するのはよくない」） | 430 | 62.5 | 723 | 63.6 | 65.7 | 62.3 | 58 | 61.7 |
| 3 わからない | 80 | 11.6 | 132 | 11.6 | 8.0 | 4.2 | 9 | 9.6 |
| 合計 | 688 | 100.0 | 1,137 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 3 | | 1 | | | | 1 | |

**Q12. いちど交わした契約が、何年かたって実情にそぐわなくなったとき、あなたはどうしますか。次の２つのどちらの意見に近いですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 いくら実情にそぐわなくなっても、契約は契約だから、一度決めたことは守る | 115 | 16.7 | 261 | 23.0 | 31.7 | 31.6 | 8 | 8.5 |
| 2 実情にそぐわなくなったときには話し合ってその契約は守らなくてもすむようにしてもらう | 500 | 72.8 | 730 | 64.3 | 61.7 | 64.3 | 79 | 84.0 |
| 3 わからない | 72 | 10.5 | 145 | 12.8 | 6.6 | 4.1 | 7 | 7.4 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,136 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 2 | | | | 1 | |

**Q13. また契約書について次のような意見があります。あなたはどちらの意見に近いですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 契約書をとりかわすときでも、契約などというものは形式的なものだから、できるだけ簡単にして、契約書の表現もできるだけゆうづうがきくようなものにしておく方がよい | 29 | 4.2 | 53 | 4.7 | 6.3 | 8.5 | 6 | 6.4 |
| 2 契約書というものは、あとで解釈などをめぐってもめないように、できるだけこまかく具体的にキチッと決めておく方がよい | 612 | 89.3 | 989 | 87.6 | 89.1 | 89.5 | 85 | 90.4 |
| 3 わからない | 44 | 6.4 | 87 | 7.7 | 4.7 | 2.0 | 3 | 3.2 |
| 合計 | 685 | 100.0 | 1,129 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 6 | | 9 | | | | 1 | |

**Q14−1. 車のあまり通らない、しかも見通しのたいへんよい交差点に歩いて通りかかったとき、信号が赤になったとします。このようなとき、まわりを見まわしても、車がくる気配がほとんどないことが明らかだったとしたらあなたは信号が赤でも渡りますか。それとも車が来ないことはわかっていても、信号が赤だったら青になるまで待ちますか。[注4]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 信号が赤でも渡るだろうと思う | 201 | 29.3 | 408 | 35.9 | 16.6 | − | 34 | 35.8 |
| 2 信号が赤なら渡らないで、青になるまで待つと思う | 414 | 60.3 | 614 | 54.0 | 57.8 | − | 48 | 50.5 |
| 3 状況による | − | − | − | − | 24.8 | − | − | − |
| 4 (3) わからない | 71 | 10.3 | 115 | 10.1 | 0.9 | − | 13 | 13.7 |
| 合計 | 686 | 100 | 1,137 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 1 | | | | 0 | |

注4：1976年調査では、選択肢「3 状況による」があったが、2005年調査以降は削除した。

**Q14−2. Q14−1で「わからない」と回答された方にお尋ねします。では、どういう状況のときには渡りますか。当てはまるものすべてに○をつけてください。[注5]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 みんなが渡っているようなときには、自分1人だけ残ってもしようがないので、そういうときは渡る | 21 | 29.6 | 32 | 27.8 | 6.0 | − | 4 | 30.8 |
| 2 自分が非常に急いでいるようなときには渡る | 37 | 52.1 | 68 | 59.1 | 11.9 | − | 8 | 61.5 |
| 3 場所によって、赤のときには絶対渡らない信号と、赤でも渡ることがよくある信号とがある | 34 | 47.9 | 39 | 33.9 | 8.0 | − | 8 | 61.5 |
| 4 時間帯による（真夜中や早朝などには渡る） | 31 | 43.7 | 38 | 33.0 | 10.0 | − | 4 | 30.8 |
| 合計 | 123 | | 177 | | 35.9 | − | 24 | 184.6 |
| 無回答 | 1 | | 3 | | | | 0 | |

注5：Q14−2の設問は、複数選択を認めているので、合計は100% にならない。また質問文の「すべて」を強調するために下線を引いた。なお、1976年調査では、前問 Q14−1に「状況による」という選択肢があったため、2005年調査以降の結果と異なる分布となっているのではないかと推測される。

**Q15−1. 鉄道にのったら、「車内禁煙」という表示がしてあります。しかし、車内はがらがらで、タバコをすってもあまり他人に迷惑がかかりそうにないようなとき、あなたは「禁煙」と書いてある以上、それは規則なのだから守らなければいけないと思いますか。それとも規則はそうでも現実にあまり他人に迷惑をかけることがないのなら、吸ってもよいと思いますか。[注6]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 吸ってはいけない | 671 | 98.0 | 1,071 | 94.4 | 89.0 | − | 92 | 96.8 |
| 2 吸ってもかまわない | 3 | 0.4 | 26 | 2.3 | 6.9 | − | 1 | 1.1 |
| 3 場合による | 1 | 0.1 | 13 | 1.1 | 2.1 | − | 0 | 0.0 |
| 4 わからない | 10 | 1.5 | 24 | 2.1 | 2.1 | − | 2 | 2.1 |
| 合計 | 685 | 100.0 | 1,134 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 6 | | 4 | | | | 0 | |

注6：2005年調査で質問文が「汽車にのったら」であったのを、2022年調査では「鉄道にのったら」に変更し、2005年調査で「汽車はがらがらで」あったのを、2022年調査では「車内はがらがらで」に変更した。

**Q16. 映画館によっては「場内飲食禁止」という表示がでていても、大勢の人が客席にすわったままジュースを飲んだりスナックを食べたりしています。このようなとき、どうせ自分一人が飲食しなくてもしようがないので、自分もジュースを飲んだりスナックを食べたりするだろうと思いますか。それとも、自分だけでも休憩室まで行ってそこでジュースを飲んだりスナックを食べたりすると思いますか。[注7]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 自分も座席で飲み食いするだろう | 114 | 16.7 | 279 | 24.7 | 15.8 | − | 17 | 17.9 |
| 2 自分だけでも休憩室へ行ってそこで飲み食いするだろう | 462 | 67.7 | 704 | 62.3 | 75.1 | − | 63 | 66.3 |
| 3 場合による | 53 | 7.8 | 52 | 4.6 | 2.2 | − | 8 | 8.4 |
| 4 わからない | 53 | 7.8 | 95 | 8.4 | 6.9 | − | 7 | 7.4 |
| 合計 | 682 | 100.0 | 1,130 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 9 | | 8 | | | | 0 | |

注7：1976年調査では、汽車であったのを2005年調査では「映画館」の設定に変更した。

**Q17. 三億円事件やグリコ森永事件などの被害額が巨額で世間を騒がせたいくつかの大事件は、時効になりました。あなたは、このような場合の時効についてどう思いますか。[注8]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 時効などない方がよい | 502 | 73.2 | 809 | 71.3 | 51.5 | − | 67 | 70.5 |
| 2 時効はあってもよい | 108 | 15.7 | 187 | 16.5 | 38.1 | − | 18 | 18.9 |
| 3 わからない | 76 | 11.1 | 138 | 12.2 | 10.4 | − | 10 | 10.5 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,134 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 4 | | | | 0 | |

注8：1976年調査で「３億円事件が」と尋ねていたのを、2005年調査で「三億円事件やグリコ森永事件などのいくつかの大事件は」に変更し、さらに2022年調査で「三億円事件やグリコ森永事件などの被害額が巨額で世間を騒がせたいくつかの大事件は」に変更した。

**Q18. では小さい時世話になった善良な老人夫婦に借金を申し込んで断られたのをうらんで、この老人夫婦を殺してお金を奪った男が時効になったとします。あなたは、このような場合の時効についてどう思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 時効などない方がよい | 565 | 82.2 | 913 | 80.6 | 68.8 | − | 74 | 77.9 |
| 2 時効はあってもよい | 73 | 10.6 | 110 | 9.7 | 21.8 | − | 14 | 14.7 |
| 3 わからない | 49 | 7.1 | 110 | 9.7 | 9.4 | − | 7 | 7.4 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,133 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 5 | | | | 0 | |

**Q19. 親を殺した場合、ほかの殺人よりも重い罪とすべきだと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 重い罪とすべきだ | 142 | 20.7 | 453 | 39.9 | 52.7 | − | 19 | 20.0 |
| 2 親を殺したという理由で特別の扱いをする必要はない | 442 | 64.3 | 483 | 42.6 | 34.0 | − | 64 | 67.4 |
| 3 わからない | 103 | 15.0 | 198 | 17.5 | 13.3 | − | 12 | 12.6 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,134 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 4 | | | | 0 | |

**Q20. 子供の頃天才少年とさわがれた人が、平凡な大人になり、たいへん貧乏暮しをしていました。それを雑誌記者が記事にしたとします。このような記者の行為は「個人の基本的人権をおかす、プライバシーの侵害である」と思いますか。それともどんなことでも読者は知りたいのだから、このような記事を発表することは「読者の知る権利を守ることになりけっこうなことである」と思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 プライバシーの侵害である | 495 | 72.2 | 777 | 68.5 | 60.2 | − | 68 | 71.6 |
| 2 知る権利を守ることになるのでけっこうなことだ | 9 | 1.3 | 19 | 1.7 | 5.4 | − | 1 | 1.1 |
| 3 プライバシーや知る権利とあまり関係がない | 111 | 16.2 | 201 | 17.7 | 24.6 | − | 15 | 15.8 |
| 4 わからない | 71 | 10.3 | 137 | 12.1 | 9.8 | − | 11 | 11.6 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,134 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 4 | | | | 0 | |

**Q21. さいきんのテレビ番組のなかには、刑法にふれるようなわいせつな番組もあるといわれています。このような状況のなかで、あなたはこれらの番組の放映に対してどう思いますか。以下の意見のなかではどの意見にいちばん近いですか。[注9]**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 刑法にふれるようなわいせつな番組を放送した者はどんどん処罰すべきである | 172 | 25.1 | 350 | 30.8 | 15.0 | − | 26 | 27.7 |
| 2 処罰はしないまでも行政官庁や警察などが、勧告ぐらいはすべきである | 326 | 47.7 | 550 | 48.5 | 53.6 | − | 48 | 51.1 |
| 3 こういう番組を規制することは、表現の自由をおかすことになるので、規制すべきではない | 71 | 10.4 | 70 | 6.2 | 21.1 | − | 8 | 8.5 |
| 4 わからない | 115 | 16.8 | 165 | 14.5 | 10.3 | − | 12 | 12.8 |
| 合計 | 684 | 100.0 | 1,135 | 100.0 | 100.0 | − | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 7 | | 3 | | | | 1 | |

注9：質問文の「わいせつな番組が増えているといわれています」を「わいせつな番組もあるといわれています」に変更。

**Q22. (1) 悪いことをしたらバチがあたると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 はい | 565 | 83.3 | 944 | 83.3 | 57.6 | − | 80 | 86.0 |
| 2 いいえ | 113 | 16.7 | 189 | 16.7 | 40.5 | − | 13 | 14.0 |
| 合計 | 678 | 100.0 | 1,133 | 100.0 | 100.0 | − | 93 | 100.0 |
| 無回答 | 13 | | 5 | | | | 2 | |

**Q22. (2) 法律に違反しなければ、多少悪いことをしてもかまわないと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 28 | 4.1 | 48 | 4.2 | 7.3 | − | 3 | 3.2 |
| 2 まあそう思う | 96 | 13.9 | 171 | 15.1 | 16.3 | − | 18 | 18.9 |
| 3 あまりそう思わない | 290 | 42.0 | 399 | 35.3 | 22.2 | − | 42 | 44.2 |
| 4 そうは思わない | 276 | 40.0 | 513 | 45.4 | 52.7 | − | 32 | 33.7 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,131 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 7 | | | | 0 | |

**Q22. (3)良いおこないをしたときも、悪いおこないをしたときも、神や仏はこれを知っていると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 183 | 26.5 | 376 | 33.2 | 26.2 | − | 16 | 16.8 |
| 2 まあそう思う | 238 | 34.5 | 341 | 30.1 | 16.8 | − | 38 | 40.0 |
| 3 あまりそう思わない | 145 | 21.0 | 234 | 20.7 | 19.7 | − | 24 | 25.3 |
| 4 そうは思わない | 124 | 18.0 | 181 | 16.0 | 35.7 | − | 17 | 17.9 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,132 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 6 | | | | 0 | |

**Q22. (4) ひとのタタリはあると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 ある | 356 | 52.6 | 619 | 55.3 | 46.0 | − | 50 | 53.2 |
| 2 ない | 321 | 47.4 | 500 | 44.7 | 51.3 | − | 44 | 46.8 |
| 合計 | 677 | 100.0 | 1,119 | 100.0 | 100.0 | − | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 14 | | 19 | | | | 1 | |

**Q22. (5) 先祖に恥じないような生活をしなければいけないと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 228 | 33.1 | 469 | 41.3 | 36.8 | − | 23 | 24.2 |
| 2 まあそう思う | 280 | 40.6 | 430 | 37.9 | 22.4 | − | 44 | 46.3 |
| 3 あまりそう思わない | 126 | 18.3 | 160 | 14.1 | 17.2 | − | 19 | 20.0 |
| 4 そうは思わない | 55 | 8.0 | 77 | 6.8 | 22.4 | − | 9 | 9.5 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,136 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 2 | | | | 0 | |

**Q22. (6) 他人に迷惑をかけないようにするのは、法律でそれが禁止されているからではなく、人間としての良心によるのだと思いますか。**[注10]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 499 | 72.3 | 948 | 83.5 | 83.1 | − | 61 | 64.2 |
| 2 まあそう思う | 172 | 24.9 | 175 | 15.4 | 12.6 | − | 33 | 34.7 |
| 3 あまりそう思わない | 13 | 1.9 | 6 | 0.5 | 2.2 | − | 0 | 0.0 |
| 4 そうは思わない | 6 | 0.9 | 7 | 0.6 | 1.4 | − | 1 | 1.1 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,136 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 2 | | | | 0 | |

注10　質問文の「人間としても」を「人間としての」に変更。

**Q22. (7) 何かするときに、こういうことをしたら法律にふれるかどうかということと、人間としてやってよいことかどうかということと、世間一般の人はどちらをより多く考えて行動していると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 法律にふれるかどうかをまず考える | 71 | 10.3 | 112 | 9.9 | 18.4 | − | 16 | 16.8 |
| 2 人間としてやってよいことかどうかをまず考える | 618 | 89.7 | 1,020 | 90.1 | 79.5 | − | 79 | 83.2 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,132 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 6 | | | | 0 | |

**Q22. (8) 悪い行いをすれば、たとえその人には何事もなかったとしても、その子や孫に必ず報いがあらわれるという言いつたえがあります。あなたはそう思いますか、そう思いませんか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 244 | 35.4 | 496 | 43.8 | 33.4 | − | 25 | 26.3 |
| 2 そうは思わない | 269 | 39.0 | 382 | 33.7 | 40.6 | − | 44 | 46.3 |
| 3 わからない | 177 | 25.7 | 254 | 22.4 | 26.0 | − | 26 | 27.4 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,132 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 6 | | | | 0 | |

**Q22. (9) よく、「うそつきは泥棒のはじまり」ということを言いますが、あなたもそう思いますか、そうは思いませんか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 304 | 44.1 | 595 | 52.4 | 57.4 | − | 36 | 37.9 |
| 2 そうは思わない | 253 | 36.7 | 376 | 33.1 | 33.0 | − | 38 | 40.0 |
| 3 わからない | 133 | 19.3 | 165 | 14.5 | 9.6 | − | 21 | 22.1 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,136 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 2 | | | | 0 | |

**Q23. 家族の中に罪を犯しているものがあり、まだ発覚していないとします。このようなときに、あなたはその家族に「自首」をすすめますか。すすめませんか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 すすめる | 401 | 58.1 | 714 | 62.9 | 69.8 | 84.5 | 46 | 48.4 |
| 2 すすめない | 12 | 1.7 | 11 | 1.0 | 3.9 | 3.7 | 1 | 1.1 |
| 3 場合による | 216 | 31.3 | 310 | 27.3 | 23.4 | 10.6 | 39 | 41.1 |
| 4 わからない | 61 | 8.8 | 100 | 8.8 | 2.9 | 1.1 | 9 | 9.5 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,135 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 3 | | | | 0 | |

**Q24. 身に覚えのないことで、警察に逮捕されそうになったとき、次のようなことに賛成ですか、反対ですか。**
**Q24. (1) 逮捕令状があっても身に覚えがないことであるなら、従わなくてよい。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 325 | 47.3 | 550 | 48.6 | 40.3 | 55.7 | 47 | 49.5 |
| 2 そう思わない | 185 | 26.9 | 315 | 27.8 | 51.8 | 42.2 | 26 | 27.4 |
| 3 わからない | 177 | 25.8 | 267 | 23.6 | 7.9 | 2.2 | 22 | 23.2 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,132 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 6 | | | | 0 | |

**Q24. (2) 逮捕令状がないのに、逮捕しようとしたときには、暴力で抵抗してもさしつかえない。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 51 | 7.4 | 143 | 12.6 | 21.4 | 28.3 | 9 | 9.5 |
| 2 そう思わない | 518 | 75.3 | 744 | 65.6 | 69.2 | 66.5 | 65 | 68.4 |
| 3 わからない | 119 | 17.3 | 248 | 21.9 | 9.4 | 5.2 | 21 | 22.1 |
| 合計 | 688 | 100.0 | 1,135 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 3 | | 3 | | | | 0 | |

**Q24. (3) 逮捕令状がなければ逃げてしまえばいい。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 40 | 5.8 | 66 | 5.8 | 12.0 | 18.5 | 9 | 9.5 |
| 2 そう思わない | 529 | 76.8 | 849 | 74.8 | 76.6 | 77.1 | 70 | 73.7 |
| 3 わからない | 120 | 17.4 | 220 | 19.4 | 11.4 | 4.4 | 16 | 16.8 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,135 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 3 | | | | 0 | |

**Q25−1. 妻子のいる男が妻子の側に何ら非難すべき点もないのに、妻子を残して“じょうはつ”してしまいました。この男は有罪だと思いますか、無罪だと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 有罪 | 177 | 25.7 | 441 | 39.0 | 48.8 | − | 29 | 30.5 |
| 2 無罪 | 181 | 26.3 | 230 | 20.3 | 29.0 | − | 23 | 24.2 |
| 3 わからない | 331 | 48.0 | 461 | 40.7 | 22.2 | − | 43 | 45.3 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,132 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 6 | | | | 0 | |

**Q25−2. この男について３つの意見があります。あなたはどの意見に賛成ですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 Aの意見に賛成（A「そういう無責任な男は法律的にもきびしく処罰すべきである」） | 56 | 8.1 | 107 | 9.4 | 12.7 | − | 9 | 9.5 |
| 2 Bの意見に賛成（ B「法律的には無罪だと思うが、妻や子が日常生活に困るかもしれないのに、じょうはつしてしまうとは道徳的に許せないことだ」） | 503 | 72.9 | 868 | 76.6 | 76.3 | − | 66 | 69.5 |
| 3 Cの意見に賛成（C「人間は自由に生きる権利があるのだから、妻子がいても一人で生活してみたくなったという男をせめるというのはおかしい」） | 32 | 4.6 | 34 | 3.0 | 5.0 | − | 6 | 6.3 |
| 4 わからない | 99 | 14.3 | 124 | 10.9 | 6.1 | − | 14 | 14.7 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,133 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 5 | | | | 0 | |

**Q26−1. あなたはわが国の法律の中に20歳未満のものに対し、酒を飲んだりタバコをすうことを禁止する法律があるのを知っていますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 知っている | 675 | 97.8 | 1,109 | 97.7 | 97.9 | − | 90 | 94.7 |
| 2 知らなかった | 10 | 1.4 | 11 | 1.0 | 1.4 | − | 5 | 5.3 |
| 3 わからない | 5 | 0.7 | 15 | 1.3 | 0.6 | − | 0 | 0.0 |
| 合計 | 690 | 100.0 | 1,135 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 1 | | 3 | | | | 0 | |

**Q26－2. この法律は効果をあげていると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 あげている | 295 | 43.1 | 208 | 18.3 | 19.2 | － | 43 | 45.3 |
| 2 あげていない | 230 | 33.6 | 799 | 70.5 | 74.5 | － | 38 | 40.0 |
| 3 わからない | 160 | 23.4 | 127 | 11.2 | 6.4 | － | 14 | 14.7 |
| 合計 | 685 | 100.0 | 1,134 | 100.0 | 100.0 | － | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 6 | | 4 | | | | 0 | |

**Q27. 法律について次のような２つの意見があります。あなたはどちらの意見に賛成ですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 法律はおたがいに、ぐあいよく生活できるようにつくるべきである | 299 | 43.5 | 361 | 32.0 | 49.5 | 54.5 | 46 | 48.9 |
| 2 法律は世の中に正義がおこなわれるようにつくるべきである | 262 | 38.1 | 587 | 52.1 | 39.8 | 42.0 | 34 | 36.2 |
| 3 わからない | 126 | 18.3 | 179 | 15.9 | 10.7 | 3.5 | 14 | 14.9 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,127 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 11 | | | | 1 | |

**Q28.「自分の意見では正しくないと思う法律（いわゆる悪法）でも、国の法律である以上は守るべきである」という意見にあなたは賛成ですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 賛成である | 113 | 16.4 | 168 | 14.9 | 28.9 | － | 21 | 22.1 |
| 2 必ずしも全面的には賛成できない | 497 | 72.1 | 835 | 73.8 | 59.0 | － | 67 | 70.5 |
| 3 全く反対である | 16 | 2.3 | 46 | 4.1 | 7.0 | － | 1 | 1.1 |
| 4 わからない | 63 | 9.1 | 82 | 7.3 | 5.1 | － | 6 | 6.3 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,131 | 100.0 | 100.0 | － | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 7 | | | | 0 | |

**Q29. 鉄道に乗って「キセル（乗降駅付近だけの乗車券や定期券を持ち、途中区間をただ乗りすること）」といった不正乗車をする人がいますが、このような不正乗車はもっときびしくとりしまるべきだと思いますか。それほど気にする必要はないと思いますか。**[注11]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 もっときびしくとりしまるべきだ | 441 | 64.0 | 751 | 66.4 | 47.9 | 50.3 | 50 | 52.6 |
| 2 それほど気にする必要はない | 113 | 16.4 | 196 | 17.3 | 34.3 | 41.3 | 21 | 22.1 |
| 3 金額による | － | － | － | － | 11.8 | 4.7 | － | － |
| 4 (3) わからない | 135 | 19.6 | 184 | 16.3 | 6.0 | 3.6 | 24 | 25.3 |
| 合計 | 689 | 100 | 1,131 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 7 | | | | 0 | |

注11：2005年調査の質問文は「『キセル』をする人がよくいますが、このような『キセル』は」であったのを、2022年調査では、「『キセル（乗降駅付近だけの乗車券や定期券を持ち、途中区間をただ乗りすること）』といった不正乗車をする人がいますが、このような不正乗車は」に変更した。また1971年調査および1976年調査では、選択肢「3 金額による」があったが、2005年調査以降は削除した。

**Q30. 死刑はどんなときにも廃止すべきだと思いますか。場合によっては死刑もやむを得ないと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 どんなときにも廃止すべきだ | 33 | 4.8 | 59 | 5.2 | 12.2 | 14.8 | 7 | 7.4 |
| 2 場合によっては死刑もやむを得ない | 567 | 82.5 | 973 | 86.2 | 82.1 | 84.4 | 79 | 83.2 |
| 3 わからない | 87 | 12.7 | 97 | 8.6 | 5.6 | 0.8 | 9 | 9.5 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,129 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 9 | | | | 0 | |

**Q31. ここに100人の人がいて、99人は本当に罪を犯しており、１人だけは無実で罪を犯していないとします。このようなとき次の２つの意見があります。**
**A「この１人の無実のものが誤って罰せられるには、他の99人が罰をのがれることより大変なことであるから、１人でも無実のものが有罪にされるようなことになるよりは、99人の有罪者が無罪になってもやむを得ない」という意見。**
**B「１人の無実の人には気の毒であるが、だからといって99人の本当に罪を犯しているものをすべて無実にしてしまうのでは、社会の秩序は保てない。100人とも処罰することになってもやむをえない」という意見。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 無実の１人を助けよ | 197 | 28.7 | 358 | 31.7 | 37.8 | 48.0 | 27 | 28.4 |
| 2 １人くらいやむを得ない | 19 | 2.8 | 40 | 3.5 | 19.3 | 30.4 | 7 | 7.4 |
| 3 罪の種類による | 291 | 42.4 | 421 | 37.3 | 19.7 | 13.6 | 41 | 43.2 |
| 4 わからない | 180 | 26.2 | 311 | 27.5 | 23.3 | 8.1 | 20 | 21.1 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,130 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 8 | | | | 0 | |

**Q32. あなたは日本において、罪を犯した人に対して加えられる刑罰はきびしすぎると思いますか、それともゆるすぎると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 きびしすぎる | 6 | 0.9 | 6 | 0.5 | 1.3 | − | 1 | 1.1 |
| 2 ややきびしすぎる | 12 | 1.7 | 19 | 1.7 | 4.5 | − | 1 | 1.1 |
| 3 ちょうど適当 | 123 | 17.9 | 88 | 7.8 | 31.5 | − | 17 | 17.9 |
| 4 ややゆるすぎる | 216 | 31.4 | 401 | 35.4 | 18.9 | − | 29 | 30.5 |
| 5 ゆるすぎる | 130 | 18.9 | 378 | 33.4 | 18.7 | − | 19 | 20.0 |
| 6 わからない | 201 | 29.2 | 240 | 21.2 | 25.0 | − | 28 | 29.5 |
| 合計 | 688 | 100.0 | 1,132 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 3 | | 6 | | | | 0 | |

**Q33. あなたは今日の日本の裁判制度のなかで、犯罪者の人権は尊重されていると思いますか、それとも尊重されていないと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 尊重されすぎている | 113 | 16.4 | 328 | 29.1 | 7.3 | − | 17 | 18.1 |
| 2 尊重されている | 291 | 42.4 | 380 | 33.7 | 39.9 | − | 40 | 42.6 |
| 3 尊重されているとはいえない | 76 | 11.1 | 114 | 10.1 | 21.5 | − | 12 | 12.8 |
| 4（人権は）ひどく侵害されている | 3 | 0.4 | 3 | 0.3 | 1.7 | − | 1 | 1.1 |
| 5 わからない | 204 | 29.7 | 304 | 26.9 | 29.5 | − | 24 | 25.5 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,129 | 100.0 | 100.0 | − | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 9 | | | | 1 | |

**Q34. では逆に被害者の人権は、尊重されていると思いますか、それとも尊重されていないと思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 非常によく尊重されている | 15 | 2.2 | 12 | 1.1 | 1.4 | − | 1 | 1.1 |
| 2 一応尊重されている | 141 | 20.5 | 158 | 14.0 | 40.2 | − | 16 | 16.8 |
| 3 尊重されているとはいえない | 311 | 45.2 | 559 | 49.5 | 35.6 | − | 47 | 49.5 |
| 4 (人権は) ひどく侵害されている | 68 | 9.9 | 200 | 17.7 | 4.1 | − | 12 | 12.6 |
| 5 わからない | 153 | 22.2 | 200 | 17.7 | 18.7 | − | 19 | 20.0 |
| 合計 | 688 | 100.0 | 1,129 | 100.0 | 100.0 | − | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 3 | | 9 | | | | 0 | |

**Q35. 罪を犯して刑務所に入って服役しているものに対する扱いについて、次のような２つの意見がありますが、あなたは一口で言ってどちらの意見に近いですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 罪は罪として、やはりきびしくこらしめることが必要であるから、あまり待遇をよくする必要はない | 287 | 41.8 | 564 | 49.9 | 30.2 | 37.3 | 41 | 43.2 |
| 2 できるだけ人道的に、思いやりをもって扱うべきである | 235 | 34.2 | 333 | 29.5 | 60.8 | 58.2 | 34 | 35.8 |
| 3 わからない | 165 | 24.0 | 233 | 20.6 | 9.0 | 4.5 | 20 | 21.1 |
| 合計 | 687 | 100.0 | 1,130 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 4 | | 8 | | | | 0 | |

**Q36. 一般的に刑罰を加えるということの意味について２つの対立した考え方があります。あなたはどちらの考えに賛成ですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 刑罰というのは、悪いことをしたことに対して、それをこらしめるためにするものである | 191 | 27.8 | 374 | 33.1 | 19.0 | 24.8 | 31 | 32.6 |
| 2 刑罰というのは、悪いことをした人が、これから社会に復帰できるよう、立ち直らせてやることである | 395 | 57.6 | 589 | 52.1 | 74.0 | 70.8 | 51 | 53.7 |
| 3 わからない | 100 | 14.6 | 167 | 14.8 | 6.9 | 4.4 | 13 | 13.7 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,130 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 8 | | | | 0 | |

**Q37. あなたは、自分の権利が侵害されたと感じたとき、裁判所に訴えることを考えますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 すぐ考える | 36 | 5.2 | 60 | 5.3 | 11.1 | 22.8 | 3 | 3.2 |
| 2 たまには考えることもある | 150 | 21.8 | 193 | 17.1 | 23.7 | 24.0 | 23 | 24.2 |
| 3 よほどのことがないかぎり考えない | 422 | 61.3 | 744 | 65.9 | 60.6 | 49.9 | 58 | 61.1 |
| 4 わからない | 80 | 11.6 | 132 | 11.7 | 4.5 | 3.3 | 11 | 11.6 |
| 合計 | 688 | 100.0 | 1,129 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 3 | | 9 | | | | 0 | |

**Q38. 訴訟について、いろいろな意見がありますが、あなたは次のような意見に賛成ですか、反対ですか。（○は一つ）「訴訟は、お金もかかるし、暇もかかり、たとえ訴訟に勝っても損をすることの方が多い」。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 そう思う | 359 | 52.1 | 651 | 57.8 | 59.6 | 58.8 | 49 | 51.6 |
| 2 そう思わない | 117 | 17.0 | 160 | 14.2 | 21.6 | 27.1 | 16 | 16.8 |
| 3 わからない | 213 | 30.9 | 316 | 28.0 | 18.7 | 14.2 | 30 | 31.6 |
| 合計 | 689 | 100.0 | 1,127 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 2 | | 11 | | | | 0 | |

**Q39. 訴訟や調停などについて、あなたは次のどの意見に近いですか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1「訴訟」をする方がよいと思えば、どんどん訴訟をすべきである | 70 | 10.2 | 71 | 6.3 | 8.1 | 8.6 | 14 | 14.7 |
| 2「訴訟」をするというのはあまり好ましくないが、「調停」や裁判所での「公的な話し合い」ぐらいならどんどんやってよい | 300 | 43.7 | 455 | 40.6 | 42.7 | 39.7 | 44 | 46.3 |
| 3 できるだけそういうことをしないで、「私的な話し合い」で解決するよう努力すべきである | 155 | 22.6 | 355 | 31.6 | 41.3 | 46.6 | 18 | 18.9 |
| 4 わからない | 161 | 23.5 | 241 | 21.5 | 7.8 | 5.0 | 19 | 20.0 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,122 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 16 | | | | 0 | |

**Q40. 子は親を扶養する法律上の義務があると思いますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 義務がある | 203 | 29.6 | 456 | 40.4 | 55.8 | 48.1 | 24 | 25.5 |
| 2 義務はない | 323 | 47.1 | 443 | 39.3 | 37.4 | 47.9 | 49 | 52.1 |
| 3 わからない | 160 | 23.3 | 229 | 20.3 | 6.7 | 4.0 | 21 | 22.3 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,128 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 10 | | | | 1 | |

**Q41. 殺人に対して、法律上定められているもっとも重い刑罰はどんなことだと思いますか。**[注12]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 5年の懲役刑 | 2 | 0.3 | 2 | 0.2 | 0.0 | 3.6 | 1 | 1.1 |
| 2 10年の懲役刑 | 4 | 0.6 | 3 | 0.3 | 0.3 | 7.1 | 1 | 1.1 |
| 3 15年の懲役刑 | 7 | 1.0 | 14 | 1.2 | 0.4 | 10.6 | 1 | 1.1 |
| 4 20年の懲役刑 | 12 | 1.7 | 12 | 1.1 | 1.0 | − | 1 | 1.1 |
| 5 無期懲役刑 | 94 | 13.7 | 145 | 12.9 | 16.6 | 26.3 | 7 | 7.4 |
| 6 死刑 | 499 | 72.5 | 835 | 74.1 | 76.3 | 41.4 | 72 | 76.6 |
| 7 わからない | 70 | 10.2 | 116 | 10.3 | 5.4 | 7.2 | 11 | 11.7 |
| 合計 | 688 | 100.0 | 1,127 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 3 | | 11 | | | | 1 | |

注12：Q41では、1971年版の質問文「うらみをはらすために１人の人を殺した者に対して」を、1976年調査以降の調査では「殺人に対して」に変更。また1971年の選択肢から１年未満、１年、３年、７年、を削除し、20年を追加。問の形式も変更した。

**Q42. では、窃盗をはたらいたものに対して、法律上定められているもっとも軽い刑罰はどんなことだと思いますか。**[注13]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 50万円以下の罰金 | 320 | 46.6 | − | − | − | − | 45 | 47.9 |
| 2 1年未満の懲役刑 | 82 | 12.0 | 541 | 48.0 | 64.6 | 51.6 | 9 | 9.6 |
| 3 1年の懲役刑 | 9 | 1.3 | 57 | 5.1 | 10.7 | 22.8 | 1 | 1.1 |
| 4 3年の懲役刑 | 24 | 3.5 | 75 | 6.6 | 5.3 | 10.5 | 3 | 3.2 |
| 5 5年の懲役刑 | 7 | 1.0 | 31 | 2.7 | 1.9 | 2.6 | 1 | 1.1 |
| 6 7年の懲役刑 | 2 | 0.3 | 6 | 0.5 | 0.3 | 0.8 | 0 | 0.0 |
| 7 10年の懲役刑 | 14 | 2.0 | 33 | 2.9 | 1.4 | 0.6 | 2 | 2.1 |
| 8 わからない | 228 | 33.2 | 385 | 34.1 | 15.7 | 10.1 | 33 | 35.1 |
| 合計 | 686 | 100.0 | 1,128 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 5 | | 10 | | | | 1 | |

注13：Q42では、1971年版の質問文「最低の刑罰」を、1976年版と2005年版では「もっとも軽い刑罰」に変更。問の形式も変更。選択肢から死刑を削除。さらに2022年調査では、刑法が2016年に改正され窃盗罪の法定刑に罰金刑が新設されたため、選択肢に「50万円以下の罰金」を加えた。

**Q43. 日本国民の憲法上の三大義務というのは、どれだと思いますか。(○は3つまで)**[注14]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 家族扶養の義務 | 63 | 9.1 | 158 | 13.9 | 24.1 | 27.1 | 7 | 7.4 |
| 2 納税 | 576 | 83.4 | 826 | 72.6 | 66.2 | 69.4 | 84 | 88.4 |
| 3 国土防衛 | 19 | 2.7 | 33 | 2.9 | 5.2 | 8.3 | 2 | 2.1 |
| 4 人権尊重擁護の義務 | 190 | 27.5 | 389 | 34.2 | 48.4 | 45.8 | 20 | 21.1 |
| 5 投票 | 64 | 9.3 | 165 | 14.5 | 27.7 | 26.8 | 15 | 15.8 |
| 6 子弟に教育を受けさせる義務 | 402 | 58.2 | 547 | 48.1 | 37.4 | 44.0 | 57 | 60.0 |
| 7 勤労の義務 | 431 | 62.4 | 563 | 49.5 | 32.6 | 29.2 | 66 | 69.5 |
| 8 憲法尊重擁護の義務 | 99 | 14.3 | 210 | 18.5 | 32.5 | 35.0 | 16 | 16.8 |
| 9 わからない | 48 | 6.9 | 109 | 9.6 | 6.7 | 3.9 | 3 | 3.2 |
| 合計 | 1,892 | 273.8 | 3,000 | 263.6 | 280.8 | 289.5 | 270 | 188.4 |
| 無回答 | 4 | | 14 | | | | 1 | |

注14：Q43の設問は、複数選択を認めているので、合計は100% にならない。また質問文の「何と何だと思いますか」を「どれだと思いますか」に変更した。

**Q44. ここにいくつかの犯罪があります。これらの犯罪の中で、もっとも悪質で重く罰すべきだとあなたが思うものはどれですか。あなたが「もっとも重く罰するべきだ」と思うもの、「2番目に重く罰するべきだ」と思うもの、「3番目に重く罰するべきだ」と思う犯罪を選んで、それぞれの番号を書いてください」。**

**Q44. (1)「もっとも重く罰するべきもの」はどれですか。**[注15]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 強盗の準備をしたが実行しなかった【強盗予備】 | 4 | 0.6 | 20 | 1.8 | 0.5 | − | 0 | 0.0 |
| 2 13歳未満の男女に対してワイセツな行為をした(暴行はしていない)【強制わいせつ】 | 172 | 25.5 | 235 | 21.4 | 12.7 | − | 20 | 21.3 |
| 3 サギをやった【詐欺】 | 59 | 8.8 | 50 | 4.6 | 1.6 | − | 10 | 10.6 |
| 4 常習の窃盗【常習の窃盗】 | 45 | 6.7 | 68 | 6.2 | 1.5 | − | 6 | 6.4 |
| 5 盗品と知りながら買った【盗品の有償譲受】 | 3 | 0.4 | 5 | 0.5 | 0.8 | − | 0 | 0.0 |
| 6 他人から自分を殺してくれとたのまれその人を殺した【同意殺人】 | 391 | 58.0 | 720 | 65.6 | 82.1 | − | 58 | 61.7 |
| 合計 | 674 | 100.0 | 1,098 | 100.0 | 99.2 | − | 94 | 100.0 |
| 無回答 | 17 | | 40 | | | | 1 | |

注15：選択肢に(1)と番号をつけた。さらに「もっとも重く罰するべきもの」を「『最も重く罰するべきもの』はどれですか」に変更し、「もっとも」を強調するために下線を引いた。なお、3つの設問文に下に「下の点線内から選んでください」という文言を追加した。

**Q44. (2) 2番目に重く罰するべきもの」はどれですか。**[注16]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 強盗の準備をしたが実行しなかった【強盗予備】 | 15 | 2.2 | 27 | 2.5 | 7.1 | − | 3 | 3.2 |
| 2 13歳未満の男女に対してワイセツな行為をした(暴行はしていない)【強制わいせつ】 | 254 | 38.0 | 397 | 36.3 | 43.1 | − | 36 | 38.7 |
| 3 サギをやった【詐欺】 | 155 | 23.2 | 186 | 17.0 | 8.5 | − | 28 | 30.1 |
| 4 常習の窃盗【常習の窃盗】 | 142 | 21.3 | 333 | 30.4 | 24.4 | − | 13 | 14.0 |
| 5 盗品と知りながら買った【盗品の有償譲受】 | 16 | 2.4 | 30 | 2.7 | 6.0 | − | 2 | 2.2 |
| 6 他人から自分を殺してくれとたのまれその人を殺した【同意殺人】 | 86 | 12.9 | 122 | 11.1 | 9.7 | − | 11 | 11.8 |
| 合計 | 668 | 100.0 | 1,095 | 100.0 | 98.8(%) | − | 93 | 100.0 |
| 無回答 | 23 | | 43 | | | | 2 | |

注16：選択肢に(2)と番号をつけた。さらに「2番目に重く罰するべきもの」を「『2番目に重く罰するべきもの』はどれですか」に変更し、「2番目」を強調するために下線を引いた。

**Q44. (3) 3番目に重く罰するべきもの。**[注17]

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 強盗の準備をしたが実行しなかった【強盗予備】 | 18 | 2.7 | 47 | 4.3 | 9.5 | − | 2 | 2.2 |
| 2 13歳未満の男女に対してワイセツな行為をした(暴行はしていない)【強制わいせつ】 | 111 | 16.7 | 225 | 20.7 | 19.5 | − | 22 | 23.7 |
| 3 サギをやった【詐欺】 | 215 | 32.3 | 260 | 23.9 | 20.5 | − | 22 | 23.7 |
| 4 常習の窃盗【常習の窃盗】 | 230 | 34.5 | 397 | 36.5 | 34.0 | − | 38 | 40.9 |
| 5 盗品と知りながら買った【盗品の有償譲受】 | 39 | 5.9 | 84 | 7.7 | 11.7 | − | 5 | 5.4 |
| 6 他人から自分を殺してくれとたのまれその人を殺した【同意殺人】 | 53 | 8.0 | 76 | 7.0 | 3.8 | − | 4 | 4.3 |
| 合計 | 666 | 100.0 | 1,089 | 100.0 | 100.0 | − | 93 | 100.0 |
| 無回答 | 25 | | 49 | | | | 2 | |

注17：選択肢に(3)と番号をつけた。さらに「3番目に重く罰するべきもの」を「『3番目に重く罰するべきもの』はどれですか」に変更し、「3番目」を強調するために下線を引いた。

**Q45. 宗教についておききしたいのですが、たとえば、あなたは、何か信仰とか信心とかを持っていますか。**

| 選択肢 | 2022年調査 | | 2005年調査 | | 1976年調査 | 1971年調査 | 首都圏30キロ圏内 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 度数(人) | % | 度数(人) | % | % | % | 度数(人) | % |
| 1 もっている、信じている | 220 | 32.6 | 368 | 33.0 | 29.1 | 21.9 | 27 | 29.0 |
| 2 もっていない、信じていない、関心がない | 454 | 67.4 | 747 | 67.0 | 70.7 | 78.1 | 66 | 71.0 |
| 合計 | 674 | 100.0 | 1,115 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 93 | 100.0 |
| 無回答 | 17 | | 23 | | | | 2 | |

## 表３　デモグラフィック要因（2022年調査の全地域と首都圏30キロ圏内）

**F1　性別（全地域）**

| | 設計サンプル | | 有効回収サンプル | |
|---|---|---|---|---|
| | 度数 | % | 度数 | % |
| 男性 | 568 | 47.3 | 331 | 47.9 |
| 女性 | 632 | 52.7 | 360 | 52.1 |
| 合計 | 1,200 | 100.0 | 691 | 100.0 |

**（首都圏30キロ圏内）**

| 有効回収サンプル | |
|---|---|
| 度数（人） | % |
| 41 | 43.2 |
| 54 | 56.8 |
| 95 | 100.0 |

**F2　年齢分布（全地域）**

| | 設計サンプル | | 有効回収サンプル | |
|---|---|---|---|---|
| | 度数 | % | 度数 | % |
| 18歳，19歳 | 22 | 1.8 | 8 | 1.2 |
| 20歳－29歳 | 129 | 10.8 | 60 | 8.7 |
| 30歳－39歳 | 138 | 11.5 | 81 | 11.7 |
| 40歳－49歳 | 201 | 16.8 | 131 | 19.0 |
| 50歳－59歳 | 180 | 15.0 | 107 | 15.5 |
| 60歳－69歳 | 182 | 15.2 | 124 | 17.9 |
| 70歳－79歳 | 207 | 17.3 | 117 | 16.9 |
| 80歳－89歳 | 116 | 9.7 | 58 | 8.4 |
| 90歳以上 | 25 | 2.1 | 5 | 0.7 |
| 合計 | 1,200 | 100.0 | 691 | 100.0 |

**（首都圏30キロ圏内）**

| 有効回収サンプル | |
|---|---|
| 度数（人） | % |
| 1 | 1.1 |
| 8 | 8.4 |
| 16 | 16.8 |
| 16 | 16.8 |
| 13 | 13.7 |
| 8 | 8.4 |
| 23 | 24.2 |
| 8 | 8.4 |
| 2 | 2.1 |
| 95 | 100.0 |

**F3　市郡部別居住地分布（全地域）**

| | 設計サンプル | | 有効回収サンプル | |
|---|---|---|---|---|
| | 度数 | % | 度数 | % |
| 21大都市 | 352 | 29.3 | 187 | 27.1 |
| その他の市 | 704 | 58.7 | 413 | 59.8 |
| 町村 | 144 | 12.0 | 91 | 13.2 |
| 合計 | 1,200 | 100.0 | 691 | 100.0 |

**（首都圏30キロ圏内）**

| 有効回収サンプル | |
|---|---|
| 度数（人） | % |
| 66 | 69.5 |
| 29 | 30.5 |
| 0 | 0.0 |
| 95 | 100.0 |

注　21大都市とは、東京都特別区部と地方自治法252条の19の政令都市を併せたものを指す。

**F4　世帯年収（全地域）**

| | 度数 | % |
|---|---|---|
| なし | 6 | 0.9 |
| 70万円未満 | 1 | 0.2 |
| 100万円未満 | 10 | 1.5 |
| 200万円未満 | 42 | 6.5 |
| 300万円未満 | 46 | 7.1 |
| 400万円未満 | 73 | 11.3 |
| 500万円未満 | 62 | 9.6 |
| 600万円未満 | 57 | 8.8 |
| 700万円未満 | 41 | 6.3 |
| 800万円未満 | 47 | 7.3 |
| 900万円未満 | 26 | 4.0 |
| 1,000万円未満 | 31 | 4.8 |
| 1,500万円未満 | 39 | 6.0 |
| 1,500万円以上 | 18 | 2.8 |
| わからない | 149 | 23.0 |
| 合計 | 648 | 100.0 |
| 無回答 | 43 | |

**（首都圏30キロ圏内）**

| 度数（人） | % |
|---|---|
| 1 | 1.1 |
| 0 | 0.0 |
| 0 | 0.0 |
| 2 | 2.2 |
| 3 | 3.3 |
| 11 | 12.1 |
| 7 | 7.7 |
| 7 | 7.7 |
| 1 | 1.1 |
| 8 | 8.8 |
| 3 | 3.3 |
| 8 | 8.8 |
| 4 | 4.4 |
| 12 | 13.2 |
| 24 | 26.4 |
| 91 | 100.0 |
| 4 | |

**F5　卒業した学校（全地域）**

| | 度数 | % | （首都圏30キロ圏内）度数（人） | % |
|---|---|---|---|---|
| 小学校・中学校 | 54 | 8.0 | 3 | 3.2 |
| 高等学校 | 271 | 40.0 | 32 | 33.7 |
| 専修学校（専門学校）・各種学校 | 79 | 11.7 | 5 | 5.3 |
| 短期大学 | 69 | 10.2 | 14 | 14.7 |
| 高専（高等専門学校：工業分野を中心として、中学卒業後に入る５年一貫の高等教育機関 | 10 | 1.5 | 1 | 1.1 |
| 大学 | 170 | 25.1 | 36 | 37.9 |
| 大学院 | 21 | 3.1 | 4 | 4.2 |
| その他 | 3 | 0.4 | 0 | 0.0 |
| 合計 | 677 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 14 | | 0 | |

**F6　仕事（全地域）**

| | 度数 | % | （首都圏30キロ圏内）度数（人） | % |
|---|---|---|---|---|
| 経営者・役員 | 34 | 5.0 | 8 | 8.4 |
| 常時雇用の一般従業員 | 241 | 35.4 | 37 | 38.9 |
| 臨時雇用・パート・アルバイト | 97 | 14.3 | 9 | 9.5 |
| 派遣社員 | 4 | 0.6 | 2 | 2.1 |
| 自営業主・自由業者 | 60 | 8.8 | 5 | 5.3 |
| 家族従事者 | 9 | 1.3 | 0 | 0.0 |
| 内職 | 2 | 0.3 | 0 | 0.0 |
| 学生 | 20 | 2.9 | 3 | 3.2 |
| 専業主婦・主夫 | 97 | 14.3 | 18 | 18.9 |
| 無職 | 115 | 16.9 | 13 | 13.7 |
| その他 | 1 | 0.1 | 0 | 0.0 |
| 合計 | 680 | 100.0 | 95 | 100.0 |
| 無回答 | 11 | | 0 | |

論　　説

# 刑の執行猶予の量刑判断について（1）

## ―― 日台における一般情状に対する考察を踏まえて ――

林　　贊　紘

目　次

序章
　第１節　問題の所在
　第２節　本稿の目的と分析視角
　第３節　本稿の構成
　第４節　本稿における主な用語の説明
第１章　刑罰論から見た日台における刑の執行猶予に関する制度的考察
　序節　　問題の所在と構成　　（以上、本号）
　第１節　制度の創設に関する考察
　第２節　制度の性質に関する考察
　第３節　小括
第２章　統計に見る日台における刑の執行猶予の運用状況について
第３章　量刑理論から見た刑の執行猶予に関する考察―一般情状を中心に
第４章　結論―総括と提案

## 序章

### 第１節　問題の所在

台湾では、1949年５月19日から1987年７月15日の間に政治騒乱を鎮めるために、戒厳令が施行されていた。約39年の戒厳期間において、実刑

或いは厳罰は、犯罪問題又は治安維持に対する唯一の対策として広く科されている傾向にあった[1]。そして、戒厳令が解除されて以降、この対策による影響力が原因で刑務所の過剰収容が問題となっている。その問題を解決するために、台湾政府は既存の刑の執行猶予制度（以下、執行猶予制度と呼ぶ）を積極的に運用することを念頭に置く法的措置を講じた。しかしながら、未だに過剰収容問題が改善されていないどころか、執行猶予制度自体についても、言い渡し率の低下や被告人に言い渡す執行猶予判決の量刑理由の不備等の問題が生じている。

上述したような執行猶予制度の運用によって生じた問題の主な原因は二つある。一つは、被告人が形式的に執行猶予の適用対象になったとしても、最終的に実際に実刑を受けた裁判例が極めて多いことである。もう一つは、台湾の裁判実務において、「量刑基準」と「量刑事情」に対する概念の理解が混同されており[2]、裁判官は「今回の犯行が社会にどのような影響を与えるのか」という判決の量刑理由について論じる際に、具体的な理由や根拠を説明せずに、例えば「本件の法的措置を行う理由としては、社会安全を守ることを前提として、今回の犯行からみれば、再犯の恐れがある或いは再犯防止のためである」というような常套句を用いて最終的な旨として言い渡し、そしてそのまま宣告刑を決めていたという事例は、執行猶予判決の量刑理由の中で、しばしば見られるようになったことである。これらの原因から見て、それらの背後にある一般情状の判断について探求することで、本稿のテーマである刑の執行猶予の量刑判断（以下、執行猶予の量刑判断と呼ぶ）に関する捉え方につながると考えられる。

そして、ここにいう「一般情状の判断」をめぐる問題について鳥瞰したい。台湾の刑事裁判において、一般情状に関する認識については、実

[1] この時期において共産党の党員や関係者、または当時の台湾の支配者である蒋介石と蒋経国父子政権を批判した者或いは関係者などが犯罪者として死刑もしくは拘禁刑に処された事例が相当数存在した（陳顯武「法律的政治分析―論戒嚴時期的政治刑法」（『國家發展研究』６巻２期、2007年）158-162頁）。

[2] 謝煜偉「認真看待死刑量刑」司法改革雜誌93期（2012年12月）52-53頁を参照。

務面における最高裁の見解[3]によれば、基本的には日本とほぼ同様であり、これは量刑判断において犯情以外の要素、すなわち一般予防・特別予防を中心に関連する事情を指すとされている[4]。しかしながら、執行猶予の量刑判断においてそのような認識の中で一般情状の位置づけの変化がある。すなわち執行猶予における一般情状の判断において一般予防に対する考慮という着目点を置いておらず、特別予防のみに対する考慮を実際に採用するのが通例である。

そこでは、台湾では執行猶予判決の形成過程において一般的に採用されている手法が、上記の通例によるものであることから、この手法が一般情状の考慮に対してどのように理解されるべきかという疑問が生じている。この疑問に答えるための取り組みとして、前述の通り、政府は「過剰収容問題を解決するために、可能な範囲で執行猶予判決を積極的に下し、全体的な執行猶予率を向上させる」というアプローチを採用している。このアプローチの下で行われている執行猶予制度の成り立ちと発展の軌跡を考察することで、特に執行猶予判決理由における一般情状の評価と判断に関連する法的変化を検証できる。したがって、以下では、その変化はどのような法的動向を通じて表現されているかを紹介し、また、その変化の中にどのような問題点が起こっているのかを明らかにしたい。

一般情状の判断に関する主な法的動向は二つある。一つは「裁判所による執行猶予判決の言い渡しを促進する実施事項（台湾華語：法院加強緩刑宣告實施要點）」の増訂（以下、前者と呼ぶ）であり、もう一つは「条件付き執行猶予」制度の新設と「性犯罪」に関する法改正（以下、後者と呼ぶ）である。

まず、前者については、司法院（台湾の最高司法機関）は、裁判官に対して実刑判決か、執行猶予判決かを選択する際の判断基準を明確にすることを立法目的とし、1987年６月２日に「裁判所による執行猶予判決の言い渡しを促進する実施事項」[5]（以下、促進事項と呼ぶ）を公布した。この促進事項の実施を通じ、裁判官に実刑以外の選択肢である執行猶予

[3] 臺灣最高法院105年度台上字第984號判決を参照。

[4] この点につき、城下裕二『責任と刑罰の現在』（成文堂、2019年）211頁を参照。

[5] 当該法律の条文内容については、参考資料として本論文の終章に添付する。

が運用できることを意図的に意識させることで過剰収容問題の解決に有効であるとされ、期待が寄せられた。そして、当該促進事項の特徴については、裁判官は被告人がもう二度と罪を犯さないという確信を形成する必要があり、また「当時の犯行の重大さ」と「犯行後の態度」という２つの要素をその確信形成の根拠として総合的に考慮しなければならないことが、執行猶予判決を言い渡す前提条件である[6]。

しかしながら、上述した特徴は量刑の考え方の第一ステップである犯情の考慮要素と、量刑の考え方の第二ステップである一般情状の考慮要素を内包しており、またそれらの考慮要素の優先順位が明示されていないため、量刑判断が行われる際に、被告人が執行猶予よりも実刑の対象となりやすいという不利な状況に置かれる可能性があるかもしれない。具体的には、例えば、ある軽微な犯情の事案において、「被告人に対して『罪刑均衡』原則に基づいて執行猶予の言い渡しが適当であるにもかかわらず、裁判官が促進事項に従い、一般情状の要素である被告人自身の犯行後の態度のみを考慮し、かつその態度が裁判官の期待に応えていない」場合に、最終的には実刑を言い渡す結果にならない可能性がないことは否定できない。

また、当該促進事項に規定されている「当時の犯行の重大さ」と「再犯の恐れがないこと」の関係にも問題点がある。具体的には、前者の判定と後者の確認をめぐる判断は各自の理論（前者は応報刑論で、後者は予防刑論）を用いてそれぞれ犯情と一般情状に対する考慮が必要である。そして、その考慮は個別的に行われるのが通常であり、しかも前者（「当時の犯行の重大さ」）は犯情を考慮する事由の一つとして明確化されている必要があると定型的に決められている。例えば、当該促進事項によると、1年以上の懲役刑[7]が法定刑とされる犯罪類型について、裁判官に対して執行猶予判決を言い渡さないよう要請するという条文が存在する（促進事項第７条の（一））。しかしながら、応報刑論の範疇に所属する

[6] 当該促進事項の公布（1987年司法院廳二字第03743號函）とその最新版（2018年司法院院台廳刑一字第1070022153號函）を比較対照した結果、その実際の運用上の特徴は1987年から2018年までの約30年間にわたり、何も変化していない。
[7] 台湾の刑罰体系において、日本の禁錮刑に相当する刑罰は存在しない。

前者（「当時の犯行の重大さ」）に関する判定は通常、犯情の判断において行われている。だが、当該促進事項の実施により、その判定が一般情状の判断においても予防刑論の範疇に所属する後者（「再犯の恐れがないこと」）の確認が行われる際の根拠となり、再評価されることになる。そこで、このような運用手法に関する意義と合理性があるのかについて学問的に追及する余地があるといえる。

実際には、当該促進事項は犯情に関わる要素と一般情状に関わる要素を同時に内包しており、その位置付けについてはいくつか不明な点がある。さらに、この促進事項の実践的合理性があるのかという懸念も抱かれている。このような疑問点を本節のテーマである「一般情状の判断」の関連課題として取り上げたことで、「一般情状の判断」が行われる際のあるべき姿をどのように理解すべきかという喫緊の課題が浮上している。この課題について、本論文の主要な目的の一つとして、明らかにする必要がある。

次に、後者については、上記の促進事項の制定後、1995年から2005年にかけて再犯者による重大犯罪事件の増加や未解決の過剰収容問題の深刻化などといった社会問題を解決するために、台湾刑法は1935年に施行されてから70年ぶりに大規模に改正された。この刑法改正において、執行猶予制度に主として二つの変革がなされた。一つは、条件付き執行猶予の新設であり、もう一つは単純執行猶予の適用対象外に関する条件の設定である。前者では、執行猶予制度は社会内処遇の一環として、短期自由刑の弊害を回避するだけでなく、同時に新しい規定の内容を通じて社会問題に柔軟に対応できるというメリットをも裁判官に理解させ、運用させやすいために、条件付き執行猶予という制度が新設され[8]、既存の執行猶予制度[9]に追加された。この条件付き執行猶予制度の特徴は当該制度の適用対象となる特定の犯罪者に負担を課す（例えば、社会に対して義務労務を提供すること）または指示を与えること（例えば、再犯予

[8] 臺灣立法院第五屆第三會期司法委員會第九次全體委員會會議紀錄（2003年３月30日）4-5頁を参照。

[9] 台湾における執行猶予制度の実施状況について、2005年の刑法改正以前は、単純執行猶予と保護管束付き執行猶予のみが実施されていた。

防に必要な命令に従うこと）であり、それらを強制的に実行させることが含まれている。後者では、一般犯罪よりも再犯率が極めて高い性犯罪者に対しては、単純な執行猶予の適用を除外するための法律が制定されるようになった。この二つの法的変更は、刑法典の修正内容の一部として2005年２月２日に公布された。このような法的動向により、量刑段階において一般情状を考慮する際の特徴が浮かび上がることと考えられる。ここでは、それぞれの特徴及びそれらに伴う問題点を以下に説明する。

2005年に新たに制定された条件付き執行猶予の主な特徴は次の三つある。

第一に、2005年に条件付き執行猶予の実施が始まり、それ以来、一般情状の判断において、裁判官が執行猶予判決を下そうとする際に、三つの措置（単純執行猶予・保護管束付き執行猶予・条件付き執行猶予）の中から一つを選ぶことが可能である。その選ばれた措置を最終的に宣告刑の内容とする仕組みがある中で、条件付き執行猶予の平均実施率に関して、近年の統計によれば、５割強となった[10]。また、その選ばれた措置が条件付き執行猶予である場合には、裁判官が被告人に関する犯情と一般情状に基づいて刑を宣告する際に、被告人に対して裁判官からの言い渡す条件付き執行猶予の中で法定条件はいくつか存在する。それは単一の条件（例えば、被告人が公庫に金銭を払うこと）或いは複数の条件（例えば、被告人が公庫に金銭を払うことだけではなく、社会にも義務労務を提供すること）等に限定されず、再犯防止のために必要な諸命令（例えば、性犯罪者に対して保護管束処分・尿検査や密接な監督、電子監視を同時に運用すること）もあることである。したがって、これらの条件や命令の選択はすべて裁判官の裁量にかかっている。

第二に、条件付き執行猶予の各条件の内容から見ると、当時の刑法改正の政策[11]の影響により、被害者または地域社会に関連したことが大多

[10] 司法院全球資訊網のデータベース：154. 地方法院刑事第一審案件宣告緩刑被告應遵循事項―按年別分 https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2266-1-5-60.html（最終アクセス2023年11月2日）を参照。

[11] 法改正の理由と目的は以下の通りである。

数であり、しかも条件付き執行猶予の適用対象である被告人がこれらの条件を履行しない場合には、条件付き執行猶予が取り消され、以前に猶予されていた刑罰が執行されることが明らかになった。

第三に、条件付き執行猶予が実施されて以来、裁判実務において、たとえ適用対象者が初犯（同種前科がない場合）であり、社会に甚大な危害を与えないと判断されていても、最大５年間の猶予期間や保護管束処分や負担・指示（条件付き執行猶予の条件内容）が同時に課される実例が存在する[12]。

したがって、前述のように、これらの三つの特徴をまとめると、量刑裁量の拡大と被害者または地域社会の視点の導入を明確に読み取ることができる。したがって、上記の特徴により、2005年以降の執行猶予の全般的な運用には著しい変化がもたらされてきた。執行猶予の全般的な運用において、本来の制度に比べると、確かに条件付き執行猶予制度の導入を通じて新たな選択肢が増え、これらの新しい選択肢により被告人の事情に柔軟的に対応でき、被害者または地域社会のニーズや関係修復などが量刑の際にも考慮されるという表面的なメリットがある。しかしながら、実際には、一般情状の考慮から見ると、その変化の中にいくつかの注意点があり、特筆すべき問題は以下の通りである。

（１）まず、本来であれば、法改正によって裁量権の範囲が拡大されたことにより、裁判官が被告人の一般的な事情に関する情状に鑑みて、単純執行猶予・保護管束付き執行猶予・条件付き執行猶予のいずれかを適切に選択する制度が設計されているはずだった[13]。

---

「軽微な犯罪の場合に犯罪者を許す可能性があるため、犯罪者が社会内処遇制度（例えば、社会奉仕や和解や損害賠償など）を通じて被害者だけではなく、その家族やコミュニティとの関係を修復できるようになれば、犯罪者の更生と改善を促進し、社会への復帰を支援することを目的としている。」と記載されている。この内容の詳細については、法務部『法務部検討暨改進當前刑事政策研究小組研究資料彙編』（法務部、1999年）２頁以下を参照。

[12] 例えば、臺灣桃園地方法院刑事判決111年度訴字第1047號、臺灣高等法院高雄分院刑事判決111年度金上訴字第286號、臺灣臺北地方法院101年度審簡字第123號等の量刑理由を参照。

[13] 留意すべきことは、特定の場合に向けた条文がある。それは、裁判官が性

しかしながら、実際の運用を見ると、単純執行猶予率が年々低下している一方で、条件付き執行猶予率[14]だけでなく、保護管束付き執行猶予率も年々増加している傾向が見られる[15]。この傾向については、いくつかの疑問が生じる。それは、その三者の区別基準に関する規定がそもそも存在しない状態で、裁判官がどのような理由に基づいて、単純執行猶予ではなく、保護管束付き執行猶予または条件付き執行猶予を言い渡しているのかについてである。また、その一方で被告人に対して、仮に単純執行猶予判決を言い渡す条件を満たしたとしても、裁判官が何らかの理由で単純執行猶予判決を下すことを拒否し、代わりに保護管束付き執行猶予または条件付き執行猶予判決を下す可能性があるのではないかという疑問も存在する。

（２）次に、性犯罪者が執行猶予の適用対象者となる場合、初犯であろうと再犯であろうと、刑法典により必ず保護管束付き執行猶予判決を受けることになっている。特に再犯の場合、再犯率が極めて高い性犯罪者に対しては、条件付き執行猶予判決を言い渡されたとしても、先に述べた保護管束処分の義務付けを施すことが基本となる。加えて、条件付き執行猶予の中で定められた八つの条件から一つ以上が選ばれ、科せられることも特徴となっている。

---

犯罪者に対して保護管束付き執行猶予判決を言い渡すことが、例外的に刑法上で規定されているというものである。（刑法第93条第１項）。

[14] 条件付き執行猶予制度の運用率については、2005年に当該制度の運用が始まり、2007年までは全体的な執行猶予率の２割未満を占めていたが、その後、徐々に上昇し、2010年に約35％となり、近年の平均値は５割強となっている（2015年54％）。この統計については、周玉琳「統計短文」（台湾台北地方法院検察署統計室、2015年）１頁、楊秀滿「統計短文」（台湾高等法院台南分院検察署統計室、2016年）１頁。

[15] 台湾では、保護管束の運用方式は三つある。一つは保護管束付き執行猶予、二つは保護管束付き仮釈放、そして他の保安措置の代替手段である。保護管束付き執行猶予率については、2006年（法改正の翌年）は全体（上述した三つの運用方式を合計した保護管束付き判決の数）の約7.20％であったが、10年間を経て、2016年には全体の約35％に上昇した。この統計については、法務部統計処『中華民國100年犯罪狀況及其分析』（法務部、2014年）185頁、法務部統計処『法務統計年報』（法務部、2021年）72-73頁を参照。

しかし、量刑の観点から見て、上記の特徴は量刑判断の組み立て方を阻害する恐れがある。なぜならば、性犯罪に対する執行猶予の量刑判断において、一般情状の判断が全て不要になり、一律に保護管束付き執行猶予判決のみを言い渡すということは、犯罪者の更生を考慮した上で刑を軽くするという一般情状の調整機能が、「性犯罪者の再犯リスクが高い」という社会防衛思想の観点から否定されることを意味している。したがって、社会防衛思想を前提としているからこそ、一般情状の調整機能をどのように活かしていくのかが看過できない課題となっている。

（3）そして、法改正により被害者と地域社会の視点を取り入れた条件付き執行猶予の条件及び内容については、応報を中心としている伝統的な制裁とは異なり、「被告人は被害者または地域社会との関係を修復すること」（以下、関係修復と呼ぶ）が条件設定の主な目的として運用されているのが特徴である。そのため、裁判官は一般情状を判断する際に、前述の関係修復を考慮すべき要素として扱う。

しかしながら、その関係修復の基本は被害者または地域社会のために、裁判官から一方的に被告人に命じるという強制的な意味を含んでいる。これは被告人の主体性を中心にし、そこから個人の周辺事情を考慮することを原則とする一般情状の概念と一致していないと推察される。したがって、一般情状においても、必ずしも特別予防に還元されない「関係修復」が含まれる事実関係から見れば、どのような観点でその事実関係の合理性を解読し、またはその既存の事実関係の中で適切な限界を設定することができるのかという疑問が存在する。

（4）また、それに関連して、裁判官に対するインタビュー調査の一部結果から、条件付き執行猶予が運用されている目的の一つは、条件付き執行猶予の「条件付き」という仕組みを通じて、犯罪者自身による犯罪行為の代価、すなわち刑罰のような懲罰の苦痛を体験させ、味わわせることによって、その他の人々の犯罪を予防することが明らかにされている[16]。

執行猶予の設計理念に焦点を当てると、この運用目的については、一

[16] 謝如媛「緩刑的刑事政策意涵：厳罰趨勢下的寛典？」臺大法學論叢43巻４期（2014年12月）1637-1638頁を参照。

般予防の視点で理解するか、それとも特別予防の視点で理解するかという問題が生じる。前者の場合には、この運用目的のもとで執行猶予判決を下すかどうかの判断において、前述した制裁の威嚇的効果が強調される傾向にある。一方、後者の場合にはこの運用目的が特別予防の内容として適切かどうかという問題が浮上する。このような事情から、執行猶予判決において、一般予防の考慮が適切であるかどうか、そして特別予防の基本理念について再検討する余地があると考えられる。

（５）最後に、執行猶予判決の内容にも疑問がある。例えば、条件付き執行猶予の裁判例から見て、犯罪の重大性が明白に軽微な被告人に対しても最大５年間の猶予期間の有罪判決が言い渡され、同時に執行猶予期間中に保護管束処分と義務労務処分が付されることがある。これにより、宣告刑が責任刑の上限を上回るような事態が起こると考えられる。

いずれの問題も、一般情状における特別予防に関する本来の姿・役割、そして執行猶予制度の本質との相互関係の確認を再検証する余地がある。本稿では、これら多岐にわたる疑問を正確に理解するだけではなく、それらを更に解明するために、執行猶予に関する一般情状の特別予防的機能を検討する。そこでは、機能に対する理解はもちろんのこと、応報的機能との関係の枠組みの中でどちらに重きをおいて量刑の決定作業を進めるべきなのかという点にも注目する。そして、執行猶予判決を言い渡す際の量刑判断において、一般情状と執行猶予制度の立法目的や制度設計との関係を更に詳細に掘り下げる。また、執行猶予における一般情状の判断に関する将来の在り方についても探究して行く。

以上が本稿の基本的な問題意識である。

## 第２節　本稿の目的と分析視角

第１節で述べた問題意識を踏まえ、本稿では日台における執行猶予判決の形成過程や量刑事情である「一般情状」の判断との関係に焦点を当て、現代刑罰論・量刑論・処遇論における理論的・実践的な課題を探究する。これにより、今後の執行猶予制度のあり方だけではなく、一般情状事実を考慮する際のふさわしいアプローチを明らかにすることを目指している。具体的には、日台における執行猶予制度の立法目的と制度設

計の背後にある考え方（刑罰論）が量刑過程における一般情状の判断の仕組み（量刑論）にどのような変化や影響を与えるかを考察する。それを通して、一般情状が持つ機能及びその今日的意義の考え方と処遇効果（処遇論）を検討した上で、今後の執行猶予判決の形成過程における一般情状に関する評価と、基準に求められるべき役割とあるべき姿を提示する。

この目的を遂行するために、本稿では、1907年4月24日に施行された日本の執行猶予制度の全体像と、その判決の量刑理由において考慮される一般情状事実の考え方を研究対象とする。具体的には、制度分析と一般情状の判断に関する理解に重点をおいた比較検討及び考察を行い、それから日本の過去・現在及び将来への経験を踏まえて、さらに今後の台湾における執行猶予の量刑判断の望ましい姿の実現に向けた提言を行う。まず、比較対象として日本を取り上げる理由は、以下の通りである。

（1）台湾における執行猶予制度の創設には日本からの影響があること

台湾における現行刑法の規定の変遷について、その歴史を振り返ってみると、1912年に暫行新刑律が正式に公布される前に、当時の立法担当者、大清帝国の修訂法律大臣である沈家本が、日本東京帝国大学出身の刑法学者岡田朝太郎氏を招聘した。招聘された岡田朝太郎氏は西洋の法制を参考にし、初めて西洋の法制を帝国法制に導入したという経緯があり、その過程で執行猶予制度も導入された。しかし、導入された西洋の法制（執行猶予を含む）は大清帝国が滅亡するまで一度も実施されなかった。もっとも中華民国時代になってからも、初期に運用されていた暫行新刑律の条文内容を見ると、大清帝国の法制から中華民国の法体制に違反しないように規定された規則（執行猶予を含む）が抽出され、そのまま採用されていた[17]。

その後、1928年に暫行新刑律は中華民国刑法典という名称に変更され、その法典に対する改正作業が開始された。1935年における中華民国刑法典の公布に至るまでの一連の討議についても、当時の刑法改正案委員会

[17] 林山田『刑法通論（上冊）（増訂10版）』（元照出版、2008年）107-110頁を参照。この他、蔡墩銘「中華民国刑法と日本刑法の関係」ジュリスト999号（1992年）108頁以下を参照。

の委員合計10名のうち、ほとんどが留学経験者であり、その中で特に日本留学経験者が大多数を占めていた[18]。したがって、20世紀初頭から始まった中華民国刑法の変遷を見ると、1932年から1934年にかけての刑法改正に関する討議過程を経て、最終的には1927年のドイツ刑法草案や1931年の日本改正刑法準備草案の原案などが参考にされ、改正が行われた[19]。当該刑法典の主な特徴としては、総則編（執行猶予制度を含む）と各則編の双方において、帝国時期の伝統法制から解放されており、法典構造と大部分の条文内容は諸外国刑法（特に日本刑法とドイツ刑法）の影響を受けていることが挙げられる[20]。同刑法典には、日本の刑法を参照している箇所が見受けられ、特に法的構造と運用上の基本原則などにおいて共通点が数多く存在する。

（２）執行猶予制度の法的性質・立法・量刑の目的及び応用に関する比較を行う上で、法的改革のきっかけやその変化を考察する意義があること

具体的には、一般情状の判断において、本稿の一つの考察対象である犯罪者の社会復帰に関する特別予防をどのように考慮するのか、特に特別予防と一般予防の相互関係はどうなるのかについて、日本法から示唆を得ることができる。ここでは、執行猶予制度の創設に関連する理念を以下で概観する。

特別予防については、拘禁刑の問題点から執行猶予制度の位置付けを

---

[18] 刑法改正案委員会（1932年－1934年）の委員名簿と委員らの留学経験は以下の通りである。

史尚寛（日本・ドイツ・フランス留学）・蔡培（日本留学）・羅鼎（日本留学）・郗朝俊（日本留学）・趙琛（日本留学）・瞿曾澤（日本留学）・徐元誥（日本留学）・劉克儁（ドイツ留学）・盛振為（アメリカ留学）・林彬（留学経験なし）という人員構成である（黄源盛「回顧与动向：1935年民国刑法及其八十年来修正述要」法治現代化研究第２期（2018年）125-126頁、高野義夫『中国人名資料事典（第６巻）・底本：外務省情報部が作成した現代中華民国満州国人名鑑（昭和７年版）』（日本図書センター、1999年）140・143・166・220・366・396頁を参照。

[19] 孫科『孫科文集（第一冊）』（商務印書館出版、1970年）391頁。

[20] 車浩「未競的循環―犯罪論体系在近代中国的歴史展開」政法論壇（中国政法大学）第24巻第３期（2006年）66頁を参照。

特定できると言っても過言ではない。刑罰の歴史の流れにおいて、16世紀末に拘禁刑が登場して以来、各国の国情により拘禁刑に関する処遇方式が変化しつつあり、さらには世界中で主な刑罰のようになった。しかしながら、言うまでもなく、現在でも運用されている拘禁刑の実績から見ると、犯罪者の社会復帰に大きな効果を期待できるかについては明らかになっておらず、逆に拘禁刑自体には、様々な弊害が伴うことが指摘されてきたのも事実である。そのため、社会内処遇は拘禁刑を回避し、換言すれば、刑務所収容に代わる手段として運用されている[21]。また、それに関連して、本稿の研究対象としての執行猶予は社会内処遇に関する基本制度の１つとして[22]実施されており、先に述べた社会内処遇の意義（犯罪者の社会復帰・拘禁刑の回避）も含まれていると認められる。

これに対して、一般予防は、前述の通り、執行猶予の量刑判断には関係しないとされていることが現在の日本の通説である。だが、実際には通説が形成される前に、その両者（特別予防・一般予防）の関係性について以下のような議論が存在した。

執行猶予制度の立法および量刑の目的から見ると、裁判官が拘禁刑を言い渡すことを通じて被告人と国民の胸に「応報的正義」を刻み込むような威嚇効果を強調する実刑判決とは異なり、執行猶予判決は違う効果を求めるものである。具体的には、執行猶予は刑罰による威嚇効果よりも、むしろ一定期間を無事に経過した後に被告人を刑罰の適用対象から外すという制度設計を通じて、裁判時に刑罰を宥恕し、つまり「応報的正義」の要求に反する特徴がある。そのため、刑罰による威嚇効果または感銘力の一般予防の効果が弱まるとの見解が示されている[23]。この見解は当初、執行猶予制度の導入の是非をめぐったドイツ・日本において

[21] 前野育三＝前田忠弘＝松原英世＝平山真理『刑事政策のすすめ―法学的犯罪学―』（法律文化社、2011年版）56-57頁を参照。

[22] 刑法理論研究会『現代刑法学原論』（三省堂、1996年版）406頁。なお、川出敏裕＝金光旭『刑事政策』（成文堂、2023年版）247頁以下も参照。

[23] ドイツにおける執行猶予制度の導入については、約19世紀末において反対意見として主張された。この詳細については、正木亮『刑法と刑事政策』（有斐閣、1963年）118頁を参照。

受け入れられなかった[24]。だが、現在、台湾における執行猶予に関する一般情状の量刑判断の考える経路から見て、上記の見解が一部取り入れられているとも考えられる。そこでは、執行猶予判決の形成過程において一般情状の判断余地に影響を与え、具体的には制度の立法や量刑の目的が執行猶予判決に関する一般情状の判断余地にどのように影響を及ぼすかという議題が浮かび上がる。この点を看過することはできない。したがって、日本における執行猶予制度の導入の是非をめぐる議論状況を鑑みることで問題解決の手がかりを見つけ出すことができるよう模索してみる。

以上のように、理論的な観点から言えば、日本はもちろん、日本の制度の原型を引き継ぐ台湾も同様に、判決が下される段階において、被告人に対して犯情が確認されながら、執行猶予の形式的要件が満たされ、執行猶予の適用対象になるはずの場合には、裁判官が実刑判決かそれとも執行猶予判決かを選択する際に、二つの考えうる判断枠組みが存在すると言える。一つ目は、社会内処遇の意義、つまり犯罪者の社会復帰（通説としての特別予防）を強調するものである。この視点では、執行猶予は犯罪者が社会に円滑に復帰する手段として適切であると理解されており、同時に拘禁刑により犯罪者の社会復帰が不利になる可能性に配慮しつつ、行為責任の枠内で被告人に実刑判決ではなく執行猶予判決を言い渡すべきだとされる。

もう一つの判断枠組みは、国民の規範意識を維持するために、応報的正義の要求（一般予防）を念頭に置くものである。この判断枠組みでは、犯罪者の社会復帰という観点が相対的に薄れ、実刑判決が優先的に考慮されることになる。言い換えれば、この視点では、裁判官は実刑の威嚇効果を強調するために、執行猶予の目的を優先的に遂行しなくても法的

[24] その当時、反対説に対する反駁については、ドイツにおける学界の主流な考え方として「それは刑罰の基本思想に関わる問題ではなく、むしろ短期自由刑を避けるための実行問題である」という指摘があった。また、正木亮・前掲注（23）118-119頁は、日本では、小野清一郎博士の見解によれば、刑の執行を猶予することは被告人の良好な行状を条件として刑罰を赦免するという特徴がある。そのため、賞と罰を両立し、包含された応報観念においても、応報的正義と衝突せず、むしろ共存し得る制度であると述べている。

に許容されるとされている。

上記の二つの判断枠組みには、最初に述べた一般情状の判断（実刑か執行猶予か・執行猶予の種類選択）における特別予防と一般予防における調和の問題だけではなく、現行の刑罰に関する基本理念と目的が徐々に一般予防的考慮に傾くという問題も生じることである。そのため、台湾の制度の原型である日本の制度の沿革と実際運用に対して、刑罰論や量刑論の視点から注目しつつ、考察する価値がある。

また、執行猶予制度の運用面から見ると、台湾では、先に述べた二つの判断基準の背後にある要素、すなわち一般情状事実とされてきた事情から裁判官が最終的な判断を形成するまでの一連の考慮については、単に一般予防と特別予防だけでなく、最近の過剰収容問題への対策や再犯防止施策、被害者支援策などという刑事政策的要素も絡んでいる。さらに、これらの刑事政策的要素が特別予防の主要な目的になる傾向にある。そのような傾向のもとで、例えば条件付き執行猶予判決が言い渡される場合のように、一般情状事実とされてきた事情に付加される条件が執行猶予制度の運用に実質的な影響を及ぼすことがある。ここで注目すべきは、一般情状に関する運用方針や刑事政策的な要素が判断基準の一部としてどれだけ妥当性を持って位置づけられているかである。

この点に関して、実際に上述したような刑事政策的な要素が生じた理由については、日本においても同様であり[25]、次に述べる法制度の導入まで至った。その導入された制度は二つある。一つ目は、2000年以降、犯罪被害者及びその遺族に対する配慮・支援を主な目的とする刑事訴訟法に関する法改正（2000年に新設された被害者意見陳述制度と2007年に新設された被害者参加制度）である。もう一つは、2009年に被収容人員適正化方案に関する部会において、過剰収容の緩和はもちろんのこと、再犯防止に焦点を当てた提案、いわゆる2016年以降、運用されている刑

[25] ここで言及されていることは過剰収容問題への対策である。2000年から2006年にかけて、日本では過剰収容問題が発生し、政府はこの問題に対処するために法制審議会の特別部会（被収容者人員適正化方案に関する部会）を設置した。この詳細については、浜井浩一『実証的刑事政策論―真に有効な犯罪対策へ』（岩波書店、2011年）160-161頁・178-179頁を参照。

の一部執行猶予制度と、社会貢献活動を保護観察の特別遵守事項として定められた制度である。この二つの法的変更は、特に後者の場合、日本における執行猶予制度の運用面に実質的な影響を与えると考えられる。そのため、法制度の導入による運用実態が量刑段階における特別予防の本来の目的を真に反映させることができるのかを総合的に明らかにしたいと考えている。

## 第３節　本稿の構成

本稿の構成は以下の通りである。第一章では、執行猶予制度の起源を明らかにし、それをもとにして、日本と台湾における制度の変化に焦点を当てる。具体的には、日本における1907年からの執行猶予制度と台湾における1935年からの執行猶予制度に基づき、刑罰論の観点から制度の意義やその運用目的、また実刑との相互関係について考察する。そして、第二章では、公的統計を通じて、近年の日台における執行猶予制度の運用状況を整理し、当該制度の基本的理解と運用特徴を確認する。

第三章では、量刑論の観点から日本と台湾における執行猶予判決を下す際、その適用条件と判断基準についての検討作業を行う。具体的には、日本と台湾における執行猶予判決において、一般情状に属する量刑事情を考察し、それぞれの量刑事情の背後にある基本原則または理念を明らかにし、これによって審判を担当する者が実際に実刑判決と執行猶予判決を選択することによって生じた事象を示したいと考えている。また、それに加えて、一般情状の判断において、過去の法改正が日本と台湾における量刑事情の位置付けに及ぼした影響を検討し、その結果が執行猶予制度の機能と役割（特に再犯者または特別犯罪類型の取り扱い・猶予期間の決定方法など）にどのような影響をもたらしたのかを明らかにすることを目指している。

そして、第四章では、今後の裁判実務を考慮するにあたり、台湾のみならず、日本の制度設計においても参考に成り得る「被告人の社会復帰に資する基準」に関わる一般情状の将来像、および方向性を体系的に提言する。なお、本稿は成人の執行猶予制度を対象に論述するため、それ以外の特別法（例えば、少年法・軍刑法）に関する議論は研究対象外とする。

## 第４節　本稿における台湾の執行猶予制度に関する主な用語の説明

１．台湾の現行刑法

（１）説明

台湾の現行刑法典は1935年に中華民国政府が改正した刑法典であるが、当時の台湾は日本領土の一部であったため、中華民国政府による刑法典の改正は法的効力を持っていなかった。

台湾が1945年10月25日に中華民国政府によって実効支配された後、中華民国刑法典は1945年10月25日以降、台湾における刑法典として適用されている。

（２）本稿との関係

台湾における執行猶予制度の原型は、中華民国刑法典の前身である1912年の暫行新刑律にまで遡る。このため、刑法に関する歴史的変遷と現在の様相に含められていた政策的な影響は執行猶予制度の変化に関連しており、留意する必要がある。

２．保護管束処分

（１）説明

保護管束処分とは、社会に対して比較的に軽い危険性がある犯罪者に関する監督・保護を特定の機関や団体などに委任する制度である。

（２）本稿との関係

「犯罪者を保護管束に付するのか」という裁量権について、執行猶予を言い渡すには原則として裁判官自らの裁量で決定する（台湾刑法第93条第１項）。したがって、保護管束付き執行猶予または保護管束付き条件付き執行猶予といった形で被告人に言い渡すことが可能であり、そこでは犯情と一般情状の間にどのように考慮されるべきなのかについての回答を求めたい。

３．条件付き執行猶予

（１）説明

条件付き執行猶予とは、裁判官が執行猶予の適用対象者に対して、一定の負担や指示を命じ、執行猶予期間中にこれを強制的に履行させるものである。

台湾刑法第74条第２項によると、負担または指示の内容は以下の通り

である。

① 被害者に謝罪すること。
② 悔悟書を提出すること。
③ 被害者の財産的及び非財産的な損害に対して相当額の賠償を支払うこと。
④ 公庫に相当額の賠償を支払うこと。
⑤ 指定した政府機関、政府機構、行政法人、コミュニティ、またはその他の公益目的の機構や団体に対して、40時間以上240時間以下の義務労務を提供すること。
⑥ 禁絶治療､心理補導､またはその他適切な処遇措置を受けること。
⑦ 被害者の安全を保護するために、必要な命令に従うこと。
⑧ 再犯予防に必要な命令に従うこと。

条件付き執行猶予は、様々な要件が含まれ、これらを満たすことが求められている。

（2）本稿との関係

条件付き執行猶予判決を下すにあたり、特別予防の観点からそれらの条件内容に関する判断基準の妥当性や他の選択肢（単純執行猶予・保護管束付き執行猶予）との取捨選択の考え方に注目し、本稿の考察対象としたい。

## 第一章　刑罰論から見た日台における執行猶予に関する制度的考察

### 序節　問題の所在と構成

本稿の議論の前提として、日本と台湾における執行猶予制度の創設とその後の制度改正について、刑罰論の視点から再検討する。この再検討の理由は、犯罪者の取り扱いを執行猶予制度の創設及び設計内容において明らかにすることで、犯罪者像の変容と刑の量定に取り組む姿勢に対する評価も決まってくると推察されるからである。また、刑罰体系において執行猶予制度の運用が拘禁刑の執行とは全く異なる点にも注目している。

しかしながら、犯罪者が執行猶予制度の適用対象者となり、執行猶予期間中に一般社会での生活が可能である一方で、良好な行状を維持できない場合には、そのような事情（良好な行状を維持できない原因）が考慮され、結果として前刑（言い渡された拘禁刑）に服する必要があると観念される。

一般的な見解によると、執行猶予制度の目的は、自由刑に伴う弊害を認識した上で、その弊害を回避する手段として、刑務所に収容されることを避ける手段を採ることであり、これは時代を先取りした自由刑に対する一つの対策と見なされている[26]。

しかしながら、先に述べたように、例え犯罪者が執行猶予制度の適用対象者であっても、制度設計から見れば、何らかの事情により容赦なく刑務所に収容される可能性があるため、当該制度の設計内容（入所の可能性あり）と制度の目的（刑務所に収容されずに自由刑の弊害を回避すること）の間に本質的な齟齬が生じる可能性があると考えられる。

刑罰論の視点から見ると、先述の齟齬は、それらがどのような意義を持ち、どのように理解されているかが強調されているため、これを看過することはできない要素であると考えられる。それを踏まえて、本章では、その齟齬の背後、つまり執行猶予の目的の一つである「自由刑の弊害を回避すること」という通説の形成過程を刑罰の目的・機能の視角から再検証することにした。具体的には、以下の３点に注目する。

１つ目は執行猶予制度の目的を再検証することである。ここでは、執行猶予制度を歴史的源流から整理することにより、執行猶予制度自体だけではなく、執行猶予制度の発想の根源となった英米の宣告猶予制度の創設[27]経緯や、その制度発展の脈絡についても捉えていく。そして、制

[26] 日本の文献について、香川達夫「起訴猶予・執行猶予・仮釈放」荘子邦雄ほか編『刑罰の理論と現実』（岩波書店、1972年）243頁、西岡正之「保護観察付執行猶予の現状と課題」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系　第７巻　犯罪者の社会復帰』（日本評論社、1982年）294頁以下、吉岡一男『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）70頁以下、台湾の文献について、韓忠謨『刑法原理』（個人出版、1982年）471-472頁、林山田『刑罰學』（臺灣商務印書館、2009年）208-209頁、許春金主編『刑事政策與刑事司法』（一品文化、2022年）170-172頁を参照。

[27] 執行猶予制度の起源は、一般的に近世の英米法の歴史にあると認識されて

度の根源だけでなく、背後に伏在する当初の思惑や変遷を辿り、どのようにして制度の運用目的に結び付けられているのかについて、形成過程及び相違点を明らかにする。（第１節）

２つ目は執行猶予制度の性質を考察することである。この節では、刑罰論の視点から自由刑と執行猶予の本質を明らかにし、執行猶予制度の位置づけと作用を刑罰体系において明確にするため、そしてその後に日本と台湾における執行猶予制度に関する比較を行う。（第２節）

３つ目は法的変遷を通じて日台における執行猶予制度の設計上の変化を考察することである。具体的には、日台の制度設計の変遷、すなわち、制度の創設過程や制度改正の内容に焦点を当て、そこで制度設計が制度の目的を果たすまでに、それぞれの制度運用の背後にどのような刑罰観が存在し、その刑罰観の変遷の特徴に注目する。また、その刑罰観が制度の目的にどのように寄与し、実刑との連動関係にどのような意味があるかについても、統合的に考察していく。（第３節）

上記の３点を踏まえた上で、日台の執行猶予制度の現状をどのように評価できるのかについて考察し、当該制度における刑罰の機能を確認した後、制度面の問題点を明らかにするため、現行制度の課題について検討を行うこととする。

【付記】

筆者は、2022年９月26日に北海道大学より博士（法学）の学位を授与された。本稿は、この博士論文に加筆、修正を加えたものである。また、博士論文を執筆するにあたり、文部科学省外国人留学生学習奨励費と公益財団法人末延財団の博士課程奨学金の助成を受けた。この場を借りて、受けた助成に心より感謝を申し上げる。

---

いるという説については、小野清一郎『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他』（有斐閣、1931年）７頁以下、浦辺衛「執行猶予と宣告猶予」警察論集13巻６号（1960年）63頁、小川太郎『刑事政策講義』（法政大学出版局、1976年）161-162頁。

論　　説

# 中国法における懲罰賠償制度の運用と実態（1）*

――判例の考察を通じて――

郎　　晴

目　次

序章
　第１節　問題の所在
　第２節　本稿の課題と構成
第１章　懲罰賠償制度の要件・効果をめぐる学説の動向
　第１節　財産権侵害型
　第２節　生命・身体侵害型
　第３節　知的財産権侵害型
　第４節　小括　（以上、本号）
第２章　財産侵害型における懲罰賠償制度の運用実態
　第１節　第17号指導性案例
　第２節　第17号指導性案例以降の展開
　第３節　運用実態に関する分析
　第４節　小括
第３章　生命・身体侵害型における懲罰賠償制度の運用実態
　第１節　製造物責任
　第２節　欠陥製品販売責任
　第３節　食品安全責任といわゆる「公益訴訟」
　第４節　小括
終章

* 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、「中国法はなぜ懲罰賠償制度を取り入れるのか」を加筆・修正したものである。

# 序章

## 第1節　問題の所在

本研究は、①アメリカ法から継受した中国法上の懲罰賠償制度のメカニズム（制度成立過程の要素、法規定、学説）と、②裁判運用の実態を明らかにしたうえで、懲罰賠償制度における比較法的研究を行うものである。なお、①について、筆者は以前の論文で、中国法の懲罰賠償制度がどのような社会・経済・政治の背景の下で制定され、どのように変容していったのか等について考察したことがある[1]。実に、同論文の問題意識が、中国法における懲罰賠償制度の全体像を把握することを示そうという限りにおいて、本論文との問題意識は共通する。

しかし、その②としての本稿は、懲罰賠償制度の主たる懲罰的機能を確保するために、どのような適用要件とどのくらいの賠償金を用意しているのか、これに対して学説がいかなる説明を加えているのか。また、各法領域に散在している当該制度という同じ名前の救済手段でも文脈により異なる機能を果たしているのではないのか。そして、当該制度が実際の裁判ではどのように運用されているのか、立法者の意図した制度機能が変容していないのか、といった一連の疑問を考察しようとする点で、前稿とは異なるものである。

したがって、本稿は、さまざまな法領域に導入後の懲罰賠償制度における運用の実態を解明することを最大な目的とするものである。すなわち、中国法では各法領域、司法解釈および地方法規の隅々まで懲罰賠償を認めているが、その適用要件・効果および賠償額の算定方法がどのように定められているのか。また、裁判実務上では、懲罰賠償の成否及び賠償額の認定は基本的に人民法院に委ねられることとなるが、条文を越えて判断されたのか。このような場合には、法院がどのような考慮要素に基づいて判断したのか、さらにそれはいかなる考慮に基づいてなされているのか、を考察するものである。

---

[1] 拙稿「中国法における懲罰賠償制度の成立と変容①・②―立法史の考察を通じて―」『北大法学論集』第74巻第2号（2023年）1～40頁、第74巻第3号（2023年）159～258頁。

## 第２節　本稿の課題と構成

以上の問題意識を踏まえた上で、以下の課題を設定し、明らかにしたい。

第１に、懲罰賠償の適用について、法規定や司法解釈および地方法規はそれぞれどのように定めているのか、また、学説はそれについていかなる説明を加えているのかを手掛かりとしながら検討を行っていく。これらの検討を通じて懲罰賠償制度の概要を明らかにする。

第２に、裁判の場では、懲罰賠償がどのように運用されているのか、また人民法院はいかなる要件、どのくらいの賠償額を認めているのか、もしくはいかなる要件で懲罰賠償を否定しているのかを解明し、裁判運用の実態を明らかにする。

そして、中国法における懲罰賠償制度はそもそもどのような発想に基づいて設けられたのか、要するに、懲罰賠償制度の「懲罰的」要素にはいかなる意義があるのか、この制度を支える根本的要因を分析したい。

ただし、ここでは、まずさまざまな特定領域に散在する懲罰賠償制度についての学説の議論状況を検討するために、現行法における当該制度を被侵害保護利益の類型ごとに分類したい。このように分類する理由は、これらの制度の要件と効果、つまり主観的故意や懲罰賠償額の算定基準および賠償額の範囲ないし上限がそれぞれの法領域において異なっている状況にあるからである。このような問題が存在することは、例えば以下のようなケースを考えてみればわかる。

> ＡはＢの販売する70元の「自熱鍋」（２層の入れ物の間に使い捨ての生石灰に水を注いで15分間で熱々の鍋ができる近年の中国ならではのインスタント食品である）を購入した。食べている最中に自熱鍋が爆発し、それによってＡが酷い火傷をした。

さて、このような場合、Ａには財産権侵害（自熱鍋）と生命・身体の侵害（火傷）が生じている。こうして、Ａは、一体どの条項に基づいて、Ｂに対して懲罰賠償を請求すればいいか、或いはどの条項に基づいて懲罰賠償額がより多く得られるか、という問題が生じる。

このような問題があるため、本稿では被侵害保護利益の類型ごとを分

類した方がよいと考え、現行法における懲罰賠償制度を①「財産権侵害型」と、②「生命・身体侵害型」という二種類に大別しよう。

詳しく言えば、①「財産権侵害型」に分類したものは、消費者法55条１項、食品安全法148条２項、旅行法70条１項、民法1185条、民法1232条、薬品管理法144条３項、商標法63条１項、種子法73条３項、不正競争防止法17条３項、特許法71条１項、著作権法54条１項、という11箇条である[2]。また、①「財産権侵害型」については、「知的財産権利益侵害型」と「財産権侵害型」を区別して検討を加える。「知的財産権利益侵害型」に分類したのは、民法1185条、商標法63条１項、種子法73条３項、不正競争防止法17条３項、特許法71条１項、著作権法54条１項である。「財産権侵害型」に分類したのは、民法1232条、消費者法55条１項、食品安全法148条２項、旅行法70条１項、薬品管理法144条３項である。そして、②「生命・身体侵害型」に分類したものは、消費者法55条２項、食品安全法148条２項、旅行法70条１項、民法1207条、民法1232条、薬品管理法144条３項という６箇条である。

以上のことから、本稿は、以下の順序に従って、考察を進める。すなわち、第１章では、中国法における懲罰賠償制度の適用要件・効果を概観しながら、近時の学説はそれについていかなる説明をくわえているのかを把握する。第２章と第３章では、財産権侵害型と生命・身体の侵害型における懲罰賠償に関する特徴的かつ代表的な法制度を対象として、裁判運用の実態を分析する。なお、各類型における、裁判運用の実態を分析する際には、裁判例や学説を二つの角度から検討する。一つは、どのような紛争をいかなる形で解決しようとしているか（紛争の機能的・類型的考察）、他は、それを達成するために、いかなる法理論が用いられているか（法律構成的考察）という角度である。終章では、中国法における懲罰賠償制度の全体像の考察から得られた知見を用い、当該制度を支える根本的要因を分析し、当該制度が現代中国法の中でどのような位置づけられるべきか等を考える。

[2] 条文内容については、拙稿・前掲注（１）を参照されたい。

## 第１章　懲罰賠償制度の要件・効果をめぐる学説の動向

本章では、懲罰賠償制度の概要を把握するために、要件および効果について如何に定められているのか、これに対して学説ではいかなる議論が展開されているかを検討する。検討の対象として現行法における当該制度に限定することとする。なぜなら、まず、第１章でも見てきた不法行為責任法、民法総則はすでに民法の施行により廃止されているからである。また、最高人民法院による司法解釈・意見および地方条例も確かに重要であるが、それらは「法律」ではなく、社会・経済・政治又は政策によりしばしば変更または削除されてしまうからである。これらの理由から、以下では、現行法を中心に検討することとする。

そしてさらに、本章では、懲罰賠償制度に関して、私人による民事訴訟の利用を促進するためには、訴訟する際に被害者側の立証責任を軽減する必要があるのではないかという立場から、要件論における加害者側の主観的故意（以下では、「主観的故意」という。）と客観的実損害の発生、その効果論としての賠償額の算定方法と範囲を中心に検討する。その理由は次のとおりである。

主観的故意と客観的実損害の発生の要否について、一般に、懲罰賠償の目的は、悪意性の強い加害者を罰することである。そのため、加害者の主観的意図（たとえば、害意、無思慮、意図的な無視、危害の度外視など）と実損害の発生が重視されており、懲罰賠償の認定および懲罰賠償額の算定が重要な要素となるからである。一方、この制度の適用による効果としての賠償額については、まさにその懲罰賠償額の金額の大きさこそが、「懲罰」という制度機能の実現と結びついているからである。もし、賠償額が低額であれば、加害者はあまり気にすることなく不法な行為を行うから、結局懲罰的機能は果たされないだろう。

### 第１節　財産権侵害型における懲罰賠償

本節では、財産権侵害型における懲罰賠償制度について取り上げる。ここでは、消費者保護領域に関する消費者法55条１項を例にとりながら、どのような要件が満たされた場合に懲罰賠償が認められ、そして、どのぐらいの賠償額が認定されるのかを検討する。

## １　要件

現行消費者法55条１項（以下では、「55条１項」という。）は旧49条を継受したものである。そのために、以下では、まず旧49条を概観し、次に55条１項について述べる。というのも、この消費者法旧49条こそが中国法における懲罰賠償制度のベースとして重要なものであると考えるからである。

### （１）消費者法旧49条

旧49条によれば、適用要件としては、①原告は「消費者」[3]であること、②加害者である被告が「経営者」[4]であること、③経営者に「詐欺行為」があること、④「損失」[5]が発生したこと、⑤詐欺行為と損害の間に因果関

---

[3] 消費者法２条は、「消費者が生活上の消費需要を満たすため、商品を購入し若しくは使用し、又はサービスを受ける場合、その権利利益は本法の保護を受ける。本法に規定がない場合は、その他の関係する法律および規定の保護を受ける。」と規定する。同条によれば、消費者の概念について、①商品を購入・使用しまたはサービスを受ける個人であり、②その購入目的が営利ではなく自己或いは家庭生活を営むためであるという２つの要件が満たされた場合、消費者にあたる、とされている。詳細については、河上正二＝王冷然「中国の消費者権益保護法と懲罰的損害賠償（上・下）」NBL841号19 ～ 29頁・842号43 ～ 52頁（2006年）を参照されたい。

[4] 消費者法３条は、「経営者は、消費者に対し自己が生産し若しくは販売する商品又はサービスを提供するにあたり、本法を遵守しなければならない。本法に規定がない場合は、その他の関連する法律および法規を遵守しなければならない。」と規定する。同条によれば、製造者や販売者も経営者の範囲に入るのである。そこで、本稿では、特に断らない限り、経営者＝販売者という意味で使用する。

[5] 中国法では、「損害」と「損失」という用語について混用する傾向にある。一般的に、「損害」とは、一定の行為態様或いは人によって、法に保護される権利と利益に不利益を与えたことである。主に、財産的不利益だけではなく、その他の不利益形式（人身･死亡または精神的の損害）も含まれている。他方で「損失」とは、損害の一種であり、財産的損失に限るとされる。このように、損失は損害であるが、損害が必ずしも損失であると限らない。消費者法は、意図的に「損害」と「損失」を区別して規定している。「損害」に関しては、消費者法旧35条（法改正前の条文、現行法40条である。）において、消費者が商品又はサー

係があることが要求されている。また効果としては、「消費者の受けた損失」の「増額賠償」――それは「消費者の購入する商品の価額または受けるサービス費用と相当額」とされる――が既定されている。

さて、この要件のなかで、その内容が最も重要な問題となるのが③の「詐欺行為」である。なぜなら、詐欺行為であるかいなかによって、同条の「損失」に対する理解だけではなく、直接的に同条の適用可否が決定されるからである。そこで、以下では、詐欺行為について議論状況を概観する。

（ｉ）適用要件――詐欺行為における主観的「故意」の要否

（ｉ－ｉ）概要

旧49条は、経営者に詐欺行為があった場合に懲罰賠償が適用されるとしているが、具体的な詐欺行為の成立要件については明確に定めなかった。そこで、1996年３月15日に国家工商行政管理局により制定された「消費者詐欺行為処罰辦法」[6]（以下では、「処罰辦法」という。）の２条[7]と３条[8]において、詐欺行為の具体的行為態様に関する内容が定められた。

---

ビスを受ける際に損害を受けた場合に、販売者に対して、財産・人身の損害に関する請求できる填補的損害賠償に関する一般規定が置かれている。なお、旧49条は、「消費者の受けた損失」を増額賠償請求することができるとしており、つまり財産上の経済的損失（取引価格ないし商品価格）に限定している。両条文の関係に関しては、旧49条は旧35条の特別規定と位置付けると指摘されている。李昌麒＝許明月『消費者保護法』（法律出版社、2012年）280頁参照。

[6]「処罰辦法」は国家工商行政管理局によって定められた「規定」である。2015年３月15日に国家工商管理総局が新たに制定した「消費者権利利益を侵害する行為に対する処罰辦法」（侵害消費者権益行為処罰辦法）の施行により廃止された。

[7] 処罰辦法２条は、「消費者に対する詐欺行為とは、経営者が商品またはサービスを提供する際、偽りまたはその他の不正な手段を用いて、消費者を騙しまたは誘導し、それによって消費者の利益を侵害する行為である」と規定した。同条は現行処罰辦法４条に改正された。

[8] 処罰辦法３条は、「経営者が商品を提供する際、以下のいずれかに該当する場合は消費者に対する詐欺行為に属する。①劣質な品や偽物を混ぜ合わせて販売し、偽物を本物と偽り、または劣質な商品を良質商品と偽って販売した、②

とりわけ３条に列挙された13種類のうちいずれかの行為態様に該当しさえすれば、その客観的な事実をもって、当該行為が詐欺行為にあたるとされている[9]。

もっとも、上記処罰辨法に列挙されていなかった行為態様、例えば、経営者は消費者に商品を提供する際に、商品の瑕疵に関する一部だけを隠蔽したような場合にも、旧49条のいう詐欺行為に該当するのかどうかについては、法文から直接には明らかではなく、解釈に委ねられている。

学説では、消費者法に規定された詐欺行為が、民法通則58条[10]と契約

---

虚偽または不正な方法を用いて商品の数量を不足させた、③処分・不良・等外などの商品を正規商品と詐称して販売した、④虚偽の在庫一掃セール・値下げセール・最低・格安価格またはその他の詐欺的な価格表示で商品を販売した、⑤虚偽の商品説明・商品標準・実物サンプルなどの方法によって商品を販売した、⑥実名および標識を使用せず商品を販売した、⑦他者を雇うなどの方法を用いて誘導して詐欺的な販売を行った、⑧虚偽のデモンストレーションおよび説明を行った、⑨ラジオ・テレビ・映画・新聞雑誌などのマスメディアを利用して商品に対して虚偽の宣伝を行った、⑩消費者の前払金を騙し取った、⑪通信販売を利用し代金を騙し取った後、或いは約束した条件に適する商品を引き渡さない、⑫虚偽の懸賞付き販売・代金返還販売などの方法によって商品を販売した、⑬その他の虚偽または不正な方法を用いて消費者を欺く行為した。」と規定した。現行処罰辨法６条に改正された。

[9] 同辨法４条に列挙された５種類の行為態様のいずれに適した場合も、経営者は消費者を欺く故意がなかったことを立証できなければ、消費者に対する詐欺行為にあたるとされている。処罰辨法４条は、「経営者は、商品を提供する際、以下のいずれかに該当する場合は、消費者を欺き若しくは誘導するために行われた行為ではないことを証明できない場合、消費者に対する詐欺行為の法的責任を負わなければならない。①使用の有効期限切れ若しくは変質した商品を販売した場合、②他人の商標を侵害した商品を販売した場合、③生産地を偽造し、他の企業の名称或いは氏名を偽造し或いは冒用した商品を販売した場合、④他人の特有する商品のネーミング・ラッピング・デコレーションを偽造し或いは冒用した商品を販売した場合、⑤認証マークや優良マークなどの良質マークを偽造し或いは冒用した商品を販売した場合」と規定した。同条は現行処罰辨法６条に改正された。

[10] 民法通則58条３項は、「当事者一方の詐欺又は脅迫或いは人の弱みにつけこむことによって、相手方が自己の真意に反して民事法律行為をした場合は無効

法[11]上の（故意を要求する）詐欺概念と同じ意味かをめぐって理解が分かれている。以下では、この点についての学説の議論状況を確認する。

（ⅰ―ⅱ）同質説（故意必要説）

まず、契約法、物権法などの草案起草に参加し、指導的役割を果たす梁慧星の説[12]について。彼は、巨額な賠償額を経営者に課すことによって、経済発展を阻害させるという懸念から、経営者の主観的故意要件が必要だと主張する論者の一人である。彼にとって、消費者法とは民法の特別法であり、民法上の詐欺に従って解釈すべきものである。そのため、旧49条の詐欺行為を、民法通則および契約法上の概念と同様に解すべきであると説く。

また、民法通則58条は詐欺行為の要件について詳しく言及しなかったため、最高人民法院は民法通則58条に応じた意見68条[13]（以下では、「民

---

である。」と規定した。同規定は現行民法典において148条として定められた。民法典148条は、「当事者の一方が詐欺によって相手方が真実の意思に反して民事法律行為を施させた場合、詐欺を受けた者は、人民法院又は仲裁機構に取消を請求する権利を有する。」と規定する。

[11] 契約法52条は、「以下に掲げる事由のいずれかに該当する場合、契約は無効とする。（1）当事者の一方が詐欺、脅迫を用いて契約を締結し、国家の利益を害した場合。（2）悪意による共謀し、国家、集団又は第三者の利益を侵害した場合。（3）合法的な形で不法な目的を隠蔽した場合。（4）社会の公共利益を侵害した場合。（5）法律、行政法規における強制的規定に違反した場合。」と規定した。なお、同規定は現行民法典において146条として定められた。民法典146条は「行為者と相手が虚偽の意思表示をもって行った法律行為は無効とする。虚偽の意思表示によって隠蔽した民事上の法律行為の効果については、関係法律の規定に基づいて処理する。」と規定した。

[12] 梁慧星「消費者権益保護法第49条的解釈適用」人民法院報2001年３月29日。なお、梁慧星は『裁判的方法』（法律出版社、2017年）199頁では、アメリカ法における懲罰的損害賠償は加害者の主観的故意の存在を要件としている。中国の消費者法旧49条はアメリカ法における当該制度を参照したものであるため、当然ながら、主観的故意要件を必要とすべきである、と主張している。

[13] 1988年４月２日に、最高人民法院は「関於貫徹執行『民法通則』若干問題的意見（試行）」を公布した。同意見68条は、「一方当事者が故意に不実な情況を告げ、或いは故意に真実を隠蔽し、それによって相手方を誤った認識に陥らせ、

通意見68条」という。）を公布し、そこで説示されている行為態様に該当すれば詐欺行為にあたると説明した。要するに、民法通則に定められた詐欺行為とは、一方当事者が商品又はサービスを提供する際に客観的に詐欺行為の事実があり、故意に相手方に不実のことを告げ、或いは故意に事実を隠蔽し、相手方を錯誤に陥らせることを指す、と民通意見68条は述べたのである。つまり、梁の見解は最高人民法院と同一の解釈を示しているのである。

この見解によれば、旧49条の詐欺行為が成立するためには主観的故意が必要とされるため、加害者に過失または重過失がある場合だけでは旧49条の適用ができないということになる。

（ｉ―iii）異質説（故意不要説）（多数説）

これに対して、経営者の主観的故意要件を不要とする見解も存在する。この見解は大概次のように説く。すなわち、消費者法の立法趣旨を照らしてみれば、旧49条に定められた詐欺行為の民事責任は不法行為法における無過失責任（或いは厳格責任）の一つの種類である。このような責任は、不法行為法の特別法としての性質を有する消費者法によって規定されることとなる。それゆえ、経営者の主観的態様を考慮する必要はない。経営者側が客観的に詐欺行為を行った事実が存在するだけで、それは旧49条の詐欺行為に該当するものである、というのがその内容である[14]。つまり、経営者に過失または重過失があった場合にも、詐欺行為は成立し得ることになると解される。

以上のように、旧49条の議論状況を概観してきた。その結果、多数説によれば、詐欺行為における主観的故意を要件としないことが示されている。

---

それに基づき意思表示させる行為を詐欺行為と認定する。」と規定した。

[14] 李友根「消費者権利保護与法律解釈―対一起消費糾紛的法理剖析」南京大学法律評論秋季号（1996年）166頁、王衛国「中国消費者保護法上的詐欺行為与懲罰性賠償」法学３期（1998年）27頁、謝暁尭「欺詐：一種競争法的理論詮釈―兼論＜消費者権益保護法＞第49条的適用与完善」現代法学２期（2003年）164頁、董文軍「論我国≪消費者権益保護法≫中的懲罰性賠償」当代法学２期（2006年）69頁参照。

（２）現行消費者法55条１項

55条１項は旧49条の適用要件の部分は変えなかったが、懲罰賠償の範囲を商品価格の３倍に引き上げ、懲罰賠償額が500元未満の場合、500元として最低賠償額を改めたのである。

55条１項における懲罰賠償の適用には、旧法と同様に経営者の詐欺行為が前提要件とされている。しかし、従来における詐欺行為をめぐって経営者側の主観的故意が必要とされるか否かの点については、改正法でも明確にはならなかった。ただし、多数説によれば、55条１項が旧49条を継受したのであるため、経営者に主観的故意が要件とされず、客観的に詐欺行為の存在があれば３倍の懲罰賠償を認めるべきであるとされている[15]。

しかしながら、近時の学説では、55条１項の文言からすると、損失の発生が要件とされるものの、実損害（生命・身体の損害）の発生の要件を必要とするか否かでは見解の対立が見られる。さらに、同条項のいう「消費者の受けた損失」をどのように理解すべきかについても見解が異なっている。この点について、55条１項をどのように性質決定するかにより、学説の理解が分かれている。以下では、学説の議論状況を概観する。

（ｉ）適用要件――客観的に実損害の発生の要否

（ｉ―ｉ）契約責任説

まず、55条１項を契約責任と解する見解は、実損害の発生（財産的損害、人身的損害、精神的損害など）を懲罰賠償の要件としない。詐欺行為があれば、直ちに懲罰賠償責任を負うべきと主張する見解が支配的である（多数説的見解）(a)。もっとも、55条１項の性質は契約責任であると主張するが、損害の発生を必要とする少数的見解もある (b)。

(a) 実損害の発生を不要とする見解[16]

消費者法55条１項を契約責任と位置づけつつ、「消費者の受けた損失」

[15] 李友根・前掲注 (14) 125頁参照。

[16] 楊立新「“王海現象”的民法思考：論消費者権益保護中的懲罰性賠償金」河北法学５期（1997年）７頁、楊立新「≪消費者権益保護法≫規定懲罰性賠償責任的成功与不足及完善措施」３期（2001年）７頁、王利明「懲罰性賠償研究」中国社会科学４期（2000年）112頁参照。

については、純粋経済的損失や財産上の損害ではなく、消費者の「自由決定権」の侵害による利益の損失であると解する見解もある[17]。この見解によれば、消費者は自由な意思決定に基づいて契約を締結し、その結果として当該契約に拘束される。しかし、経営者の詐欺行為によって、消費者は誤った認識に陥らせ、当該契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたため、契約が成立したのである。それは、消費者の自由な意思決定をすることが妨げられているということであり、受けるべき利益を受けられていないのである。このことを「消費者の受けた損失」として捉える、という見解である。この場合からは、経営者に詐欺行為があった時点ですでに消費者の「自由決定権」を侵害することとなり、やはり実際の損害の発生を要件とする必要がないということになろう。

(b) 実損害の発生を必要とする見解[18]（少数説）

この見解は、伝統的な民法上の理解に基づいて、損害の公平な分担の角度から、損害の発生が発生することを不可欠な要件とし、「損害がなければ賠償なし」という損害賠償の原則を堅持しているのである。つま

---

[17] 陳承徳「論“損失”在懲罰性賠償責任構成中的地位」法学９期（2014年）152頁参照。

[18] 梁慧星「消費者権益保護法第49条的解釈適用」人民法院報2001年３月29日、李昌麒＝許明月『消費者保護法』法律出版社（2012年）280頁参照。その理由について、次の３点に挙げられている。第１は、契約法がすでに契約違反による損害賠償責任の規定（契約法113条２項）を明確に設けたのである。当該規定は契約責任であり、懲罰賠償責任と同視するという意味を示しているものである。第２は、経営者が消費者に提供した偽物・粗悪品またはサービスに瑕疵があることからすると、経営者の提供行為が当該契約に約定された品質の基準に適合しないこととなる。そのために、経営者は債務不履行に基づいて消費者に対して損害賠償責任を負わなければならないのである。第３は、消費者法は消費者と経営者との間を巡る消費者問題である。消費者問題は契約関係の存在によって生じたものである。そこで、55条１項の性質は、契約責任に属すべきである。55条１項の適用は契約法113条１項にいう填補的損害賠償責任の成立を前提として、つまり同損害賠償責任が成立しなければ、懲罰賠償が認容されないのである。損害賠償責任の成立には、財産的損害が生じたことを要求している。したがって、55条１項のいう「消費者の受けた損失」は財産上の損害の発生である。という説明である。

り、加害者が詐欺行為を行った場合、消費者に対して財産（商品）返還が実現された後に、実際の損害の発生することが必要とされ、損害がなければ懲罰賠償を適用すべきではないとする見解である。

（ⅰ―ⅱ）不法行為責任説[19]

55条１項を不法行為責任（無過失責任）であると解する見解についてみよう。この見解は、実損害の発生を不要と解している。

不法行為責任説の立場によれば、消費者法が不法行為法（民法通則）[20]の特別法として位置付けられる。それゆえに、消費者契約領域における経営者の詐欺行為に起因して契約の履行ができなくなった場合、これは契約責任ではなく、不法行為責任が成立するということとなる。要するに、55条１項は民法通則上の不法行為責任の特別規定であり、一種の無過失責任と位置付けられるため、実損害の発生要件は不要である。そして、「消費者の受けた損失」については、商品の価格又は受けるサービス費用そのものの損失であり、いわば「経済的損失」であるとされる。

不行為責任説によれば、消費者が経営者の詐欺・脅迫又は強迫の手段によってなされた消費者の意思表示は無効とされる（民法通則58条３項）。経営者の詐欺行為により損害を被った場合には、民法通則106条に基づいて消費者の意思表示が取り消され、その効果として、目的物及び代金が返還される。さらに、詐欺行為によって損害が生じた場合、消費者は経営者に対して不法行為責任に基づいて損害賠償を請求することができるとされる。

---

[19] 劉栄軍「懲罰性損害賠償与消費者保護」現代法学５期（1996年）33～39頁参照。

[20] 民法通則106条２項は、「公民・法人が故意または過失により国家・集団の財産を侵害し、或いは他人の財産や人身を侵害したときは、民事責任を負わなければならない」と規定し、同条３項は、「故意または過失はないが、但し法律に民事責任を負うべきであると規定しているとき、民事責任を負わなければならない」と規定した。同規定は、現行民法典において176条として定められた。民法典176条は、「民事主体は法律規定及び当事者の約定により民事義務を履行し、民事責任を負わなければならない。」と規定する。

（ⅰ―ⅲ）契約締結上の過失責任説[21]

最後に、55条１項の性質を契約締結上の過失責任と解する見解についてみよう。

朱広新は、55条１項の性質は契約締結上の過失責任であるため、同条項の適用には損害の発生を必要としないと主張している。彼は次のように説明する。すなわち、契約113条１項は有効な契約に基づく債務が完全に履行されることによって受ける利益が得られなかった場合に対して、損害賠償を請求することができる一般規定である。同条２項は契約締結上の過失による損害賠償に関する規定であり、その範囲は信頼利益のみであり、財産的損害を含まないのである。また、55条１項は契約法113条２項の例外規定である。そこで、詐欺行為によって契約を締結させられた場合、民法通則61条１項または契約法58条[22]（契約締結上の過失責任）に基づいて、当該契約の意思表示を取消すことができる。したがって、55条２項の適用には、財産的損害の発生を要件としないと解すべきである、と彼は言う。

この朱広新の見解は、法体系および契約締結上の過失という法理に基づいて､55条１項を契約法113条１項の例外規定として位置づけている、

---

[21] 楊明「購仮索賠的法律保護」法学雑誌２号（1996年）12頁、許徳風「論瑕疵責任与締約過失責任的競合」法学１期（2006年）87頁、朱広新「懲罰性賠償制度的演進与適用」中国社会科学３期（2014年）104頁参照。

[22] 民法通則61条１項は、「民事行為が無効と確認され、又は取り消された後、当事者が当該行為によって取得した財産は、損害を被った当事者一方に返還しなければならない。」と規定した。契約法58条は、「契約が無効の時、当該契約によって取得した財産は返還し、返還できないときは、価額に換算して補償しなければならない、故意・過失があるときは、相応の責任を負わなければならない。」と規定した。同規定は、現行民法典において157条として定められた。なお、民法典157条は、「民事法律行為が無効・取消され、又は効力が発生していないことが確定した後、行為者が当該行為によって取得した財産は返還しなければならない。返還不能又は返還する必要がない場合、金銭に換算して補償しなければならない。過失のあった一方は、これにより相手方が被った損害を賠償しなければならない。当事者の双方に過失があった場合、各自が相応する責任を負担しなければならない。法律に別段の規定がある場合、その規定に従う。」と規定する。

と理解できる。彼の見解に従えば、55条１項の「消費者の受けた損失」について、以下のような意味を導くことができる。まず第１に、「消費者の受けた損失」とは、契約締結上における信頼利益の損失であり、人身権または財産権上の固有利益の損害ではなく、さらに債務不履行による履行利益の損害でもない。第２に、条文上の「消費者の受けた損失を増額賠償しなければならない」の意味に関しては、契約責任であるが、損失の範囲は契約締結上の過失責任に基礎づけられ信頼利益の範囲に限定されている。したがって、この「受けた損失」とは、契約締結準備や履行の準備のために実際に支払った「商品価格」であり、そこには、契約が締結され、履行されたなら得られた利益の賠償は含まれないことになるだろう。

朱広新の見解は、55条１項における懲罰賠償責任が契約締結上の過失責任であると解している。多数説が指摘するような違約責任とは異なるのである。とはいえ、学説においては、この主張は未だ広くは受け入れられていない。

（３）要件についてのまとめ

ここまで、55条１項における懲罰的損賠賠償の適用要件の学説の議論状況を観てきた。これについて簡単にコメントしよう。

まず、経営者の主観的故意が要件とされるべきか否かについて評価が分かれていると言える。このような見解が分かれる理由は、消費者法の中国法における位置づけをめぐる理解の相違にあるといえよう。すなわち、消費者法を民法の特別法と位置づけ、消費者法に規定された詐欺行為概念を民法上の詐欺概念と同質のものと解すると、加害者に主観的故意が必要とされる。これと異なり、消費者法を不法行為法の特別法と位置づけると、55条１項が特別法上の無過失責任にあたるため、詐欺行為の成立要件に経営者の主観的故意は不要であることになる。

こうした見解の衝突は、当然、学者間の間で大きく争われた。しかし、さらに重要なのはこれが実際の裁判でも争いとなったということなのである。つまり、それぞれの学説の影響の大きさから彼らの論争が各人民法院にも持ち込まれ、懲罰賠償における請求事件の判決内容が極端に分かれる問題が生じたのである[23]。このことは次章以下で確認されること

になる。

ともかく、多数説によれば、詐欺行為における主観的故意と実際の損害の発生を要件としないことが明示されている。経営者に詐欺行為が存在すれば、消費者に商品の価格または受けるサービス費用を返還した上で、商品価格の３倍の賠償金を請求することができるというルールが提示されている。

このように、多数説は、消費者保護の特殊性から、消費者が主観的故意と損害を主張・立証することが現実に困難であるゆえに、詐欺行為における主観的故意と実際の損害の発生を要件としないと解している。それは、消費者が懲罰賠償制度を利用しやくすることによって懲罰の効果を期待しているのである。

## ２　賠償額

（１）概説

立法関係者の議論によれば、懲罰賠償の主たる目的は懲罰にある。これを実現するために消費者には多くの賠償金を得られる可能性が与えられるべきである。では、具体的に、どれほどの賠償額が予定されているのか、みていくこととしよう。

（２）懲罰賠償額――賠償額の制限に対する学説の消極的見解

そもそも、立法過程において、懲罰賠償額の算定方法およびその範囲について、消費者の被った実損害を算定基準とし、様々な事情に応じて実損害額の１～３倍の懲罰賠償額を規定すべきと主張する意見があった。しかしながら、立法者は、経営者と消費者の双方の利益を配慮し、消費者を積極的『維権』（権利利益を主張する）の社会闘争に参加させる程度の賠償額に設定した。これは、経済の発展、つまり経営者である企業の発展へ影響を及ぼさない程度の「増額賠償」の負担に設定する経済政策・社会政策上の考慮に起因しているのである。つまり、中国は経済発展を最も優先すべきという国家的政策があるゆえに、企業や経営者側

[23] 李友根「論多倍賠償的基数確定―最高人民法院第17号指導案例研究」当代経済法学研究第１期（2015年）12頁参照。

に高額的に負担させてはならないという立法者の考慮である[24]。

これによって、旧49条は、懲罰賠償額の範囲を「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」（以下では、「商品価格」と略する。）と設定したのである。

しかし、学説では、旧49条における賠償額の範囲が少額であるため、制度の目的ないし意義が実現されないと指摘されていた[25]。これを受けて、55条１項は賠償額の範囲を増額した。

55条１項における賠償額の範囲は、一見すると大幅に増額されているが、従来の定型化された算定方法と賠償額の制限が依然として堅持されている。このことに対して、学説からは、消費者が訴訟提起しようとするインセンティブ、または詐欺行為者を懲罰するためになる余地はさほど大きくないと指摘されている[26]。なぜならば、消費者は訴訟を提起し勝利したときに得られる収益上のインセンティブが大きいときに、訴訟を提起するからである。逆にそれが低ければ訴訟をせず泣き寝入りしがちである。商品価格の３倍の賠償金といえ、その算定基準が商品価格に過ぎないのであれば、得られる訴訟利益は限界がある。もちろん、よほど高い商品であれば話は別である。しかし、実際には、少額な商品でも、大きな損害（財産・生命・身体・精神的）を消費者に与えることは多々あるのである。そのようなときに、消費者は訴訟提起をする意味を見いだせないだろう。

学説では、立法者が定型化された懲罰賠償を設けた理由は、消費者と経営者にとっての予測可能性を与えるものであり、これは立法者が人民法院に根強い不信感を抱いているからであると説明されている[27]。懲罰賠償額に対する裁量権を人民法院に持たせないことは、消費者を予め規定された懲罰賠償額の範囲を超える金額への期待を抱かせないことにす

---

[24] 林徳瑞「論『中華人民共和国消費者権益保護法』第四十九条之懲罰性賠償金制度」律師雑誌11月号278期125頁参照。

[25] 劉大洪＝段宏磊「消費者保護領域懲罰性賠償的制度嬗変與未来改進」法律科学４期（2016年）114頁参照。

[26] 劉大洪＝段宏磊・前掲注（25）118頁参照。

[27] 周勇兵『消費者私法の比較法的研究―日中の比較を通じて』（大学教育出版社、2011年）86頁参照。

る。これは、懲罰という制度目的を実現することが困難となるという問題を生じさせる。

以上のように、懲罰賠償額について、人民法院は事件ごとに如何なる状況であっても、賠償額の算定方法とその範囲を変えてはいけないということである。要するに、懲罰賠償が認められたとき、人民法院は条文とおりに、一律に商品価格の３倍という懲罰賠償額を命じるほかないということである。

しかしながら、条文上では「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の３倍」だけと定められているが、商品価格の一部或いは全額を支払わなければならないとまで明確に示されていなかった。実際には、消費者は商品価格の一部だけ経営者に支払う場合がしばしば生じうる。この場合に、消費者の被った実損害の多少と関係なく、支払った商品価格の一部だけ、或いは商品本体の価格を算定基準として懲罰賠償が算定されるのかについて、あまり議論されてこなかった。

## ３　小括

以上では、財産権侵害型における懲罰賠償制度のうち、消費者法55条１項を例として、適用要件および効果について如何に定められているのか、これに対して学説ではいかなる議論が展開されているかについて概観してきた。同条は詐欺行為における経営者の主観的故意および懲罰賠償の適用には実損害の発生の要否について、条文上では明確にしなかった。

多数説によれば、55条１項の適用範囲は詐欺行為があった場合に限られているが、詐欺行為における主観的故意要件および消費者に実損害の発生を必要しない、とされる。この多数説が受け入れられたならば、たとえば消費者は客観的に経営者の詐欺行為の存在を証明できれば、経営者に対して商品の価格または受けるサービス費用を返還した上で、それの３倍とする懲罰賠償を請求することができることとなる。こうして、消費者は経営者の主観的故意の存在および自己の損害を証明することから解放され、訴訟の負担が軽くなるから、制度の利用が容易となる。このようにして、手厚い消費者の保護だけではなく、懲罰賠償制度の活用が期待される。

## 第２節　生命・身体の侵害型における懲罰賠償

本節では、生命･身体の侵害型における懲罰賠償について取り上げる。ここでは、製造物責任・欠陥製品販売責任（不法行為責任法47条、民法1207条、消費者法55条２項）、食品安全責任における懲罰賠償（食品安全法148条２項）について概観しよう。

なお、以下では、民法制定後、廃止された不法行為責任法47条も含めて検討する。なぜなら、不法行為責任法47条は民法1207条の基礎となった法律であり、今なお民法1207条の解釈にとって重要なものだからである。

### １　要件

製造物責任と欠陥製品販売責任における懲罰賠償制度は、不法行為責任法47条（民法1207条[28]）と消費者法55条２項に規定されている。食品安

[28] 民法1207条は、不法行為責任法47条を一部継受した上で、「製品の欠陥の存在を明らかに知りながら製造・販売を継続し、或いは前条に基づいて有効な救済措置を講じなかったため、他人を死亡させ、または健康に重大な損害をもたらした場合、被権利侵害者は相応の懲罰賠償を請求する権利を有する」に変更した。つまり、同条は上記した主観的要件、客観的要件を維持しながら、もう一つ「或いは前条に基づいて有効な救済措置を講じなかったため」という主観的態様を増設した。増設された部分のいう「前条」は、民法1206条を指している。民法1206条によれば、製品が流通後に欠陥の存在が発見されたとき、製造者・販売者は販売の停止・警告・リコールなどの救済措置を適時に講じなければならないと規定されている。このように、民法1207条は、製品の欠陥の存在を明らかに知りながら製造・販売を継続し、或いは製品の流通後に欠陥の存在が発見されたとき、適時に欠陥製品の販売を停止・警告・リコールなどの措置を講じなかったことによって、他人を死亡させ、または健康に重大な損害をもたらした場合、被権利侵害者は相応の懲罰賠償を請求する権利を有するとしているのである。学説では、増設された「或いは前条の基づいて有効な救済措置を講じなかった」については、本来行為者は生命・身体的損害の発生を認識・予見することができたにもかかわらず、注意を怠ったためそれができなかったような心理状態、いわば主観的な過失であると説明している 。この見解によれば、「……有効な救済措置を講じなかったため」は民法上の故意と異なって、間接的故意である。つまり、損害が予見できたにもかかわらず，その予見できた損害の発生を回避すべき義務を怠ったという意味での過失であると理解される。

全責任における懲罰賠償は食品安全法148条２項である。

まず、三つの条文の共通する点は、主観的要件の「明らかに知りながら」という文言である。すなわち、不法行為責任法47条（以下では、「47条」という。）は、不法行為者に製品の欠陥[29]があることを「明らかに知りながら」こと（原文は「明知」である。）が必要されている。消費者法55条２項（以下では、「55条２項」という。）は47条を基礎として、商品又はサービスの欠陥[30]を「明らかに知りながら」消費者に提供し、さらに、食品安

---

しかし、実際の裁判運用では、「製品の欠陥の存在を明らかに知りながら製造・販売を継続」したことと「……有効な救済措置を講じなかった」ことに関する具体的な判断について、どのように判断すべきか、という問題が生じてくる。王竹＝龔健「我国缺陥産品懲罰性賠償責任研究―以《民法・侵権責任編》第1207条為中心」山東大学学報１期（2021）119 ～ 130頁参照。

[29] 不法行為責任法47条は製品の欠陥についての定義を定めていなかった。そこで、立法者は同条の「欠陥」を「製品品質法」２条と46条の規定に適用されると説明しているで。「製品品質法」は製造物責任に関する基本的な法律はである。製品品質法が1993年９月１日に施行され、2000年７月８日に改正された。製造物責任法に関する法制度を構成するその他の法としては、「民法通則」、「消費者法」、「不正競争防止法」の他に、多数の地方法令、行政法規、司法解釈などがある。同法の特徴は、関連法令上、製造物責任問題の監督管理について政府に非常に重要な役割が与えられており、国家品質技術監督局および各級の品質技術監督局が、製造物責任問題の主管管理部門とされている。また、行政監督手段と強制措置として、現場調査権、人員に対する質問調査権、製品などの差押権などが法律により付与され、会社に対し警告、是正命令、営業停止、営業免許取消等を行う権限も有している。ちなみに、製品品質法２条は、「中華人民共和国国内において製品の生産、販売活動に従事する場合、必ず本法を遵守しなければならない。本法でいう製品とは加工、製造を経て、販売に用いる製品を指す。建設工事には本法の規定は適用しない。ただし、建設工事に使用する建築材料、建築部材・部品および設備が前項に規定する製品範囲に属する場合は、本法の規定を適用する」と規定する。製品品質法46条は、「欠陥とは、製品に人身及び他人の財産の安全に危害を及ぼす不合理な危険が存在することを指し、製品が人体の健康、人身及び財産の安全を保障する国家基準、業界基準がある場合には当該基準に合致していないことを指す」と規定する。

[30] 「欠陥」とは何。立法者によれば、消費者法55条２項のいう「欠陥」とは、不法行為責任法47条の「欠陥」と同様な意味であり、製品品質法46条を参考すると示されている。つまり、経営者の生産し、販売者の販売した商品又はサービ

全法148条２項（以下では、「148条２項」という。）は製造者ではなく、販売者に対して食品安全基準に適合しないことを「明らかに知りながら」販売したという主観的要件が必要とされている。

一方で、客観的要件については、欠陥製品・商品・サービス（47条と55条２項）に関して、他人を死亡させ、又は健康に重大な損害を生じたことが必要とされている。しかし、食品安全の場面は、実損害の発生を要件としないのである。

最後に、懲罰賠償額の算定方法とその範囲について、この三つの条文は異なっている。47条は「相応の懲罰賠償」、55条２項は「損失の２倍以下の懲罰賠償」、148条２項は「食品価格の10倍又は損失の３倍の賠償金」となっている。

以下では、個々の条文の適用要件と賠償額の算定およびその範囲をめぐって学説の議論を検討する。

（１）「明らかに知りながら」について

（ｉ）47条における「明らかに知りながら」

47条は「明らかに知りながら」について、条文上では明確な判断基準を規定しなかった。同条のいう「明らかに知りながら」とは、あることを知る、知ることができるまたは知ると推定することができる、のいずれかを指すのかについて不明である。

そこで、学説では、「明らかに知りながら」の意義をめぐって理解が分かれている。以下では、この点についての学説の議論状況をまとめる。

（ｉ－ｉ）民法上の主観的「故意」と同質説（多数説）

まず、民法学者の楊立新は「明らかに知りながら」を民法上の主観的故意と同質であると主張する。そして彼は、47条が要件として「明らか

---

スに人体の健康、人身及び財産の安全を保障する国家基準、業界基準に合致していないこと、或いは仮に国家基準・業界基準が存在しない場合でも、人体の健康、人身及び財産の安全に危害を及ぼす不合理な危険が存在すると理解されているのである。賈東明『中華人民共和国消費者権益保護法解読』（中国法制出版社、2014年）280 ～ 285頁参照。

に知りながら」を採り入れた理由について、1994年のアメリカにおける懲罰的損害賠償の上限を規制する立法草案と台湾消費者法51条の適用要件を参考にしたものであると説明している。47条の「明らかに知りながら」とは、製造者・販売者は確実に自己の製造或いは販売する製品に欠陥が存在し、それによって他人の生命または健康に危険・損害をもたらすことを知っていることを指すと主張している[31]。

このように、楊の見解によれば、「明らかに知りながら」とは、不法行為者は自己の行為によって他人の権利を侵害することまたは違法と評価される結果を発生させることを認識しながら、あえてその行為を行う心理状態をいう主観的故意である。要するに、この見解は、47条にいう「明らかに知りながら」は、損害の発生を認識していながらこれを容認して行為する心理状態をいう。つまり、「明らかに知りながら」には、過失を含まないということになる。

（ｉ－ⅱ）「明らかに知りながら」には「重過失」を含むとする見解（少数説）

不法行為責任法における立法過程で、王利明案と梁慧星案は、「故意または重過失により製造物の欠陥を生じさせた」場合に懲罰賠償を適用できると主張していた[32]。両案によれば、重過失は、他人の生命・身体や財産および権利利益を侵害することによって損害の発生を予見できたにもかかわらず、それを無視することである。このような他人の権利利益を無視するような心理状態は故意と酷似しているため、重過失があった場合、懲罰賠償が適用されるべきである、という説明である。

両案の主張する重過失は、主観的故意と比すれば、他人の安全を考慮する主観的態様の積極的悪性（動機）より軽度であることを指し、いわば通常の過失や軽度の過失と全く異なっていると考えられる。しかしながら、何が重過失か、または過失との区別をどうのように判断すべきかについて、彼らは論じられなかった。

---

[31] 楊立新『侵権責任法　第二版』（法律出版社、2012年）338頁、王勝明『中華人民共和国侵権責任法釈義』（法律出版社、2013年）236頁参照。

[32] 拙稿・前掲注（１）。

しかし、最高人民法院の法官は上記した両案の主張を批判している[33]。その理由は、不法行為者に重過失があった場合まで懲罰賠償の適用範囲を拡大すると、不法行為者に対して過酷すぎるのである。このことは、製造者・販売者が把握しなければならないリスクに対する予測を無限に拡大させることとなる。したがって、製造物責任における懲罰賠償は、主観的故意に限定すべきであると批判されている。

（ⅱ）55条２項における「明らかに知りながら」――民法上の「故意」と同質説（多数説）

消費者法の立法者は、55条２項の「明らかに知りながら」について、経営者が商品に不合理な危険が存在することを知っていながら、かつそれによって消費者に損害をもたらすことを放任し、消費者に提供した場合に、経営者に主観的悪意性があることと認めるべきである[34]と説明している。

学説では、55条２項における「明らかに知りながら」について、民法上の主観的故意と同様であると解する見解が多数説であり、次の二つの具体的な状況をもって説明している。すなわち、第１に、消費者に不合理な危険を与える商品或いはサービスの欠陥が存在することを知っていた後に、利益を獲得するために、経営者は消費者の人身および財産上の利益を無視して消費者と取引した場合、第２に、消費者に不合理な危険を与える商品或いはサービスの欠陥が存在することを知っていたにもかかわらず、なお消費者の権利・利益を侵害したいという積極的な意思をもって、経営者が欠陥商品或いはサービスを消費者に提供した場合である。

このように、55条２項のいう「明らかに知りながら」について、前者は危険行為を放置する間接的故意行為であり、後者は直接的な故意による侵害行為である。要するに、学説は、55条２項に規定された侵害行為は、主観的故意に限定したのである。そこでは、経営者の行為が直接的

[33] 陳現傑『＜中華人民共和国侵権責任法＞条文精義与案例解析』（中国法制出版社、2010年）166頁参照。

[34] 賈東明・前掲注（30）283頁参照。

侵害か間接的侵害であるかによって懲罰賠償の請求に影響を与えることはないと理解されている。このようなことから、学説では、不法行為責任法47条と消費者法55条２項のいう「明らかに知りながら」を両方とも主観的故意として解していることがわかる。つまり、「明らかに知りながら」は損害の発生を認識していながらこれを容認して行為する心理状態を有する主観的故意のことである。

（ⅲ）148条２項における「明らかに知りながら」――民法上の「故意」と同質説（多数説）

学説では、148条２項の「明らかに知りながら」は、不法行為責任法47条と55条２項と統一的に解釈すべきであるから、これも主観的故意とみなすべきである、とする見解が提唱されている[35]。

そこで、2020年12月８日に最高人民法院により公布された「食品安全民事事件に関する司法解釈」[36]（以下では、「食品安全事件に関する司法解釈」という。）の６条において、「明らかに知りながら」の具体的行為態様に関する内容が定められている。同条に列挙された６種類のうちいずれかに該当すれば、148条に定める「明らかに知りながら」にあたるとされている。

しかしながら、食品安全責任は製造物責任と欠陥製品販売責任と異なり、過失によって食品安全基準に適合しない食品を販売した場合、懲罰賠償が適用されうるかという問題がある。というのは、過失には、故意、重過失、軽度の過失が含まれている。一般的に、故意又は過失があれば、不法行為責任を負うべきである。食品安全責任における懲罰賠償の「明

[35] 張紅「侵権責任之懲罰賠償」武漢大学学報１期（2020年）89頁参照。

[36] 2015年に食品安全法が改正されたが、食品安全問題にかかわる被害事件は度々発生し、食品安全の違法行為が繰り返されている。これらの問題が消費者の食品安全に対する信頼や経済の健全な発展に影響を与えている。このような背景中、最高人民法院は食品安全の民事訴訟を正確に審理し、公衆の身体健康と生命安全を保障するために、2020年12月８日に「食品安全民事紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈（一）」を公布し、2021年１月１日より施行された。当該司法解釈は、民法、食品安全法、消費者法、民事訴訟法等の法律との立法趣旨に整合することを維持しているものである。

らかに知りながら」は、故意又は過失を区別せず、どちらに当てはまるかについて不明確である。実社会では、例えば、利益を追求するために、賞味期限切れの食品をあえて売る事件も起きている。また、管理の欠落によって、賞味期限切れの食品を売ったような事件もある。或いは、従業員のうっかりとした不注意でおきる事件も十分あり得る。したがって、「明らかに知りながら」を「故意」、「重過失」或いは「過失」のいずれかの用語・概念に統一すべきであると主張するのである。

（２）客観的要件：死亡又は健康に重大な損害の発生

47条と55条２項は「死亡、または健康に重大な損害」という結果が生じた場合に、懲罰賠償を請求することができると定めている。立法者によれば、懲罰賠償の濫用を防ぐために生命・人身の損害が生じた場合だけに懲罰賠償請求することを認める、という趣旨である。つまり、重大な財産的損害が生じたとしても、当該制度の適用は認められていないのである[37]。

しかしながら、47条と55条２項は、客観的に被害者が死亡又は健康に重大な損害をもたらした事実の存在を必要とするが、なにが健康にとって重大な損害なのかについては明確な基準がなく、これについては解釈にゆだねられていると指摘できよう。

学説では、健康に重大な損害について、後遺障害或いは臓器・四肢の機能が著しく低下し、生命危機状態、重病による入院治療、慢性病による長期治療が必要とされる病気などを指すとされている[38]。要するに、欠陥製品による生命・健康権、死亡、後遺障害或いはその他の障害が生じた場合のみに懲罰賠償制度を請求することができる。つまり、生命・身体の侵害型における懲罰賠償は、財産上の侵害および人格権の侵害を排除しただけではなく、軽度な人身の損害も除外していることになる。結局のところ、両条は、死亡又は健康に重大な損害が生じた場合にのみ懲罰賠償制度の利用を認めているのであって、この法領域における要件を非常に限定的にしたといってよい。

---

[37] 王勝明・前掲注（31）251頁参照。

[38] 楊立新・前掲注（31）338頁参照。

（３）食品安全法148条２項――実損害の存在が不要（多数説）

（ⅰ）実損害の存在が不要とする見解

実際の損害が消費者に発生していなくてもよい点も立法者によって明確に指摘されている[39]。つまり、消費者は食品安全基準に適合しない食品を購入後、実際に食べていなくても当該食品が食品安全基準に適合しないことをもって製造者・経営者に対して食品価格の10倍賠償金を請求することができるようになった。

もっとも、食品安全事件に関する司法解釈７条において、食品安全法148条２項における懲罰賠償の適用に人身損害の発生を要件としないと明確に示している。

学説では、上記した立法者と同様に懲罰賠償の懲罰機能を実現するために、損害の発生を要件とはみなしていないと主張されている[40]。

（ⅱ）消費者の善意要件の要否――「知偽買偽」問題

ところで、消費者の善意が必要であるかの問題もある。つまり、偽物と知りつつ商品を購入する「知偽買偽」者も懲罰賠償制度を利用できるかという問題である。

消費者法制定（1994年）の後間もなく、クレーマーである「知偽買偽」ないし「王海現象」[41]が急増した。初期には王海の請求は人民法院の支持を得ていた[42]が、1998年以降、「知偽買偽」者は消費者ではないことを理

---

[39] 信春鷹『中華人民共和国食品安全法釈義』（法律出版社、2009年）376頁参照。

[40] 高聖平「食品安全懲罰性賠償制度的立法宗旨與規則設定」法学家６期（2013年）参照。

[41] 1994年消費者法が制定された後、旧49条の意義をいち早く認識し、中国各地で偽物・粗悪商品を探し回り、偽物・粗悪商品であると知りながらあえて買い集め、懲罰賠償額の獲得を目指す訴訟提起を業とする王海という人物が登場した。その後、王海の活動がマスコミに報道され、それをマネーして懲罰賠償額を獲得するために提訴する職業クレーマーが急増し、社会現象を起こした。このような社会現象を「王海現象」ないし「知偽買偽」と称されている。

[42] 最高人民法院広報担当官は、「知偽買偽の有無は、消費者自ら権利利益を守る・主張する権利に影響を与えない。通常、商品を購入する者は消費者の適格性を認定されるべきで、当然ながら増額賠償の請求を可能とすべきである。」

由として、懲罰賠償が認容されない傾向になった[43]。わけても、1999年６月に、人民検察院も「知偽買偽」者が消費者法旧49条を適用すべきかどうかに関する議論に参加したことが示されている[44]。これを発端に旧49条の消費者適格性が再検討されるようになった。

そもそも、「知偽買偽」問題を生じさせた重要な要因の一つは、消費者法が消費者概念を詳しく示さなかったからである。すなわち、消費者法２条[45]に定める消費者の概念、または消費者法55条（旧49条）における懲罰賠償は、経営者の詐欺行為を要件としており、諸費者側は善意（消費者が経営者の詐欺行為を知らないこと）であるべきと明記しなかったのが原因なのである。

学説では、消費者法55条のいう「消費者」に「知偽買偽」者が当たるか否かについては、見解が分かれていた。否定説によれば、「知偽買偽」者は消費者ではないとして懲罰賠償適用を排除するという見解を示している。すなわち、「知偽買偽」者は、消費者法上の消費者概念と異なり、生活上の消費ではなく、賠償額という形での利益獲得であり、実質は職業とする事業行為である。消費者法の理念は、消費者を保護することに限定し、職業化ないし産業化としている事業者を保護するものではないとして、懲罰賠償の適用を認めない[46]と解説している。他方で、肯定説によれば、懲罰賠償の立法趣旨に鑑みれば、消費者側の事情を考慮して

---

と説明している。徐隽「最高法統一食品薬品糾紛案件裁判尺度―消費者“知偽買偽”可索賠」質量探索１期（2014年）１～２頁参照。

[43] 税兵「懲罰性賠償的規範構造――以最高人民法院第23号指導性案例為中心」法学４期2015年98頁参照。

[44] 李世剛＝佐藤孝弘「中国消費者権益保護分野における懲罰賠償制度の新たな動向～『消費者権益保護法』第55条の適用に関して～」国際商事法務45巻３号（2017年）337 ～ 347頁参照。

[45]「消費者」概念について、多数説によれば、以下の２つの要件が求められている。すなわち、①商品を購入しまたはサービスを受ける個人であること、及び②その購入目的が営利ではなく、自己或いは家庭の生活のためである。王利明「消費者的概念及消費者権益保護法的調整範囲」民商法研究６期（2004年）774 ～ 779頁参照。

[46] 梁慧星・前掲注（18）、税兵・前掲注（43）参照。

いないため、「知偽買偽」者を排除すべきではないと解されていた[47]。

これに対して、最高人民法院は『食品及び薬品に係る争いに対する法律適用に関する若干問題の規定』[48]（以下では、「食品に関する規定」という。）をもって、消費者の善意要件を排除した。つまり、消費者の「偽物であることを明らかに知っている」ということは、経営者の詐欺行為に対して懲罰を下すという懲罰賠償制度の趣旨には影響を与えないとしたのである。そのうえで、最高人民法院の法官は、食品・薬品の品質問題の存在を明らかに知っていたにもかかわらずなお購入した「知偽買偽」者にも懲罰賠償の適用を認容すべきと明示した[49]。

こうして、食品に関する規定が公布されたことによって、人民法院が食品・薬品を購入した者は「知偽買偽」者であるかいなかを問わずに、懲罰賠償の認定に影響を与えなくなった。つまり、「知偽買偽」者は消費者としての資格を有することが認められている。悪質な経営者を懲罰することへの、最高人民法院の積極的な姿勢を読み取るべきであろう。

## ２　賠償額

### （１）47条（民法1207条）における「相応の懲罰賠償」

#### （ｉ）不法行為責任法47条の時点での学説

まず、不法行為責任法の立法過程において、梁慧星案の「……賠償金

---

[47] 李友根・前掲注（14）、楊立新・前掲注（16）参照。

[48] 2014年３月15日、最高人民法院は「食品薬品紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する規定」（法釈〔2013〕28号）を公布した。同規定３条は、「食品・薬品の品質の瑕疵を原因として争いが生じたとき、買主は製造者又は経営者に対し、その権利を主張し、その主張に対し製造者および経営者は買主が食品・薬品の品質問題を明らかに知りながらなお購入したことを理由として抗弁を行う場合、人民法院はその抗弁を支持しない。」と規定する。

[49] 最高人民法院広報担当官は、「知偽買偽は、消費者が自ら権利利益を守るまたは主張することに全く影響を与えない。ゆえに、商品（又はサービスを受けた）を購入しただけで、その者は消費者の適格性を獲得し、消費者資格を有すると認めるべきである。当然ながら、その者は懲罰賠償を請求することも可能である。」と説明している。徐隽「最高法統一食品薬品糾紛案件裁判尺度―消費者“知偽買偽”可索賠」質量探索１期（2014年）１～２頁参照。

額の３倍以下の懲罰賠償金を課すよう判決することができる。」、王利明案の「……製造者・販売者に代金の２倍とする賠償金を請求することができる。」が採用されなかった。また、既存の特別法としての消費者法などの懲罰賠償の算定方法も採用されずに「相応の懲罰賠償」という不明瞭な規定が設けられている。

立法者は、「相応の懲罰賠償」を採った理由について、次のように説明している[50]。すなわち、懲罰賠償制度の機能は、不法行為者が不法行為によって獲得した利益を吐き出すことによって、当該不法行為の社会的予防効果を実現することである。しかし、訴訟濫用を防止するために、あえて当該制度の算定方法と賠償額の範囲を定めなかった。「相応の懲罰賠償」の判断基準について、不法行為者の悪意の程度、損害の結果、利益の獲得および不法行為者に対する懲罰・抑止と相当すべきであり、具体的な賠償額の算定は人民法院にゆだねられたのである。

（ｉ－ｉ）台湾法またはアメリカ法の算定方法を参照とする見解

さて、このような不法行為責任47条の賠償額の算定について解釈が必要となる状況について、台湾消費者法の算定方法を参照とする見解がある。すなわち、既存の財産権侵害における懲罰賠償は、商品価格を算定基準としている。この算定方法は比較的容易に懲罰賠償額を算出することができる。しかし、製造物責任の懲罰賠償額の算出でこの方法を使用すると、不法行為者に対する懲罰の強度が足らなくなる恐れがある。そのため、47条の算定方法を既存の算定方法のままとすることは適切ではない。そうではなくて、実際の損害額を懲罰賠償の算定基準とすべきである。例えば、台湾法における消費者保護法51条は「……消費者は損害賠償額の３倍以下の懲罰賠償を請求することができる」と規定している。台湾法のように、47条の懲罰賠償額の算定方法は損害賠償額を算定基準とし、それに上乗ずる算定方法とすべきである、という主張である[51]。

---

[50] 王勝明・前掲注（31）263頁、奚暁明『中華人民共和国侵権責任法条文理解与適用』（人民法院出版社、2010年）343頁、王利明＝周友軍＝高聖平『侵権責任法疑難問題研究』（中国法制出版社、2012年）414頁参照。

[51] 台湾消費者保護法51条は、「本法に基づき提起された訴訟につき、企業経営

また、台湾法ではなく、アメリ法を参考にすべきであると主張する見解がある。この見解によれば、懲罰賠償制度は、充分な賠償額と適宜な懲罰を通じて不法行為を抑止するための制度である。制度機能の実現という観点から考えれば、充分に賠償額を認定するために、実際の損害額を算定基準とすべきである。そのうえで、懲罰という制度目的を達成するようにするためには、適宜な懲罰となるためには、不法行為者の非難すべき状況を考慮すべきである。具体的に、不法行為者の財産と経済状況、過失の性質と影響力の程度、損害の結果、および利益獲得の状況といった４つの側面を考慮すべきである[52]、という主張である。

（ｉ―ⅱ）消費者法55条や精神的損害賠償の上限額を適用とする見解

楊立新は、不法行為責任法47条における不明確な賠償額の算定方式については、消費者法55条２項の算定方法を参照すべきであり、賠償額の範囲について、消費者法55条２項と同様に被害者が被った実際の損害額（財産的損害、生命・人身的損害賠償、精神的損賠賠償）の２倍以内の範囲とすべきであると主張していた[53]。

これに対して、張新宝と李倩は、楊立新の主張する「２倍以内の範囲」ではなく、より多い「実損害額の３倍」とすべきである、と主張した。この見解によれば、中国法における懲罰賠償制度は未だに成長段階にあり、かつ人民法院の能力にも差がある。このような状況下では、懲罰賠償が巨額化することを制限する方が望ましい。それに、精神的損害賠償

---

者の故意によりもたらした損害について、消費者は損害賠償額の３倍以下の懲罰賠償を請求することができる。ただし、過失による損害については、損害賠償額の１倍以下の懲罰賠償を請求することができる」と規定する。楊立新は、台湾の裁判実務において、故意による消費者紛争事件では、実損害賠償額の0.1倍、２倍或いは３倍の懲罰賠償金が課され、過失による場合では、最高額が実損害賠償と同額の懲罰賠償額が課される。また、台湾の裁判官が懲罰賠償金の算定に対して、一定の随意性を有することなどを例として説明している。楊立新『侵権責任法　第二版』（法律出版社、2012年）339頁参照。

[52] 王利明＝周友軍＝高聖平・前掲注（50）、張莉「論侵権責任法的懲罰性賠償制度的適用」東南学術１期（2011年）133頁参照。

[53] 楊立新「我国消費者保護懲罰性賠償的新展開」法学家２期（2014年）78頁参照。

の規定を参照しながら、加害者の主観態様、被告の財産状況、利得の状況を勘案する必要があり、実損害額の３倍を上限とするのが適切である[54]、と彼らは述べている。

さらに、王利明は上記した主張に加えて、懲罰賠償の適用は填補的損害賠償の成立を前提要件とし、賠償額の範囲を填補的損害賠償額の２～３倍に制限とすべきである。なお、填補的損害賠償額の２倍を最低賠償額とし、それの３倍を超えない制限とする理由については、アメリカ法と中国法における消費者法55条の立法経験を参考した[55]、と説明している。

（ⅱ）近時の学説

さて、以上のような諸々の学説が唱えられていたこともあり、民法審議中に当該賠償額の算定方法と賠償額の範囲を規定すべきと主張する意見[56]があったものの、結局、民法1207条は賠償額の算定方法を採用せず、賠償額の算定方法および賠償額の範囲について規定しなかった。しかし、立法資料が公開されていないため、何故、賠償額の算定方法と賠償額の範囲を規定しなかったかについて、不明である。

なお、最高人民法院は民法1207条が賠償額の算定方法と範囲を規定しないほうが、懲罰機能が実現されることになる、と説明している[57]。なぜならば、人民法院は自由裁量権を最大限に発揮することができるからである。一般法としての民法1207条はあえて賠償額の算定と範囲を規定

---

[54] 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、張暁梅『中国懲罰性賠償制度的反思與重構』（上海交通大学出版社、2015年）50頁参照。

[55] 王利明・前掲注（50）参照。

[56] 張紅「侵権責任之懲罰賠償」武漢大学学報１期（2020年）89頁、舒穎「全国人大常委会組成人員審議民法侵権責任編草案時建議明確産品責任懲罰性賠償倍数」（2019年８月25日）〔中国人大ウエブサイト：http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201908/9300f641ce4f40678e24509baa00a17f.shtml〕（最終閲覧：2023年10月12日）。

[57] 石宏『中華人民共和国民法釈解與適用』（人民法院出版社、2020年）452～453頁参照。

せず、人民法院の裁量に委ねている。その算定とその範囲について、人民法院は事件の情況、不法行為者の主観的悪意の程度、および実際に生じた損害の度合いを考慮することで、不法行為者を懲罰・抑止することができる程度の適切な懲罰賠償額を認定することができるのである、と説明している。

民法学者の鄒海林と朱広新は、最高人民法院のこの見解をさらに深めている。彼らによれば、懲罰賠償額の算定とその範囲は、事件ごとの具体的な事情を考慮要素として、総合的に判断すべきであると主張している。その考慮要素について、不法行為の性質、不法行為による得た利益および不法行為者の財産状況なども考慮すべきであると補足説明している。そして、民法1207条を「人民法院への空白的な委託書」と称している[58]。

（２）55条２項における「２倍以下の懲罰賠償」

55条２項は、消費者に又はその他の被害者を死亡させ、若しくは健康に重大な損害をもたらしたという結果が生じた場合に、本法49条と51条などの法律規定に基づいて損失の賠償を請求することができ、並びに受けた損失の２倍以下の懲罰賠償を請求することができると定めている。

立法者は、同条のいう「受けた損失」の内訳は、健康と生命にかかわる人身損害、精神的損害および財産損害という三つの損害を含むと解説している[59]。まず人身損害について、事業者が提供した商品またはサービスが消費者或いはその他の被害者に健康上に損害を与えた場合、医療品・介護費・交通費・治療費・リハビリに支出した合理的範囲での費用及びそれによる収入の減少を損害内容として含む。仮に身体的障害をもたらした場合はさらに障害による補助機器費や障害に関する損害賠償も含むことになる。また、死亡した場合、葬式費用や死亡に関する損害賠償も含む。次に、精神的損害については、事業者が消費者或いはその他の被害者に対して侮辱・身体検査・身体自由の束縛等の身体的権利利益を侵害する行為を行うことで重大な精神的損害を与えた場合、被害者に

[58] 鄒海林＝朱広新『民法典評論　侵権責任編』（中国法制出版社、2020年）453頁参照。

[59] 賈東明・前掲注（30）280 ～ 285頁参照。

精神的損害賠償を請求する権利を有する。最後に、③財産的損害について、実際に生じた財産上の損害を請求することができる。一方で、これらとは別に、さらにすべての損害の合計額の２倍以下の懲罰賠償金を請求することができることになる、というのが立法者の解説であった。

このように、55条２項は受けた損失の内訳を細かく規定し、上限額も定めた。同条項は、商品の価格又は受けるサービス費用を算定基準とする算定方法を変え、被害者の受けた実際の損害と結びつけることにしたのである。

学説は、55条２項における懲罰賠償額について、次のふたつの意味があると説明している[60]。すなわち、一つは、被害者は懲罰賠償額を実損害の２倍という最大な賠償額を請求することができる。二つ目は、具体的不法行為に応じて、懲罰賠償額を不法行為者に対する懲罰に値する程度の範囲まで決定する裁量権を人民法院に与えているということである。しかし、このような算定方法は人民法院による恣意的な判断をもたらし、確実性と安定性を欠くのではないかという問題が生じうる。

（３）148条２項――「食品価格10又は損失の３倍」

通常では、食品価格は極めて低額である。この場合には、食品価格の10倍という賠償金を設けたとしても、消費者の受けた損失または損害はとても低くなるのである。それゆえに、食品安全法旧96条２項における懲罰賠償に対して、学界での批判が多くみられている[61]。

近時では、法と経済学を専門とする学者は、賠償額について批判している。すなわち、仮に148条２項は「食品価格の10倍」賠償に加えて「損失の３倍」賠償を増額したとしても、懲罰賠償額が少額でしかないのである。今回の法改正は、実質的に食品安全問題を解決することが全く期待されないと、というのがその内容である[62]。

---

[60] 朱広新・前掲注（21）112頁参照。

[61] 朱広新「懲罰性賠償制度的演進與適用」中国社会科学３期（2014年）104～207頁参照。

[62] 陳業宏＝洪穎「食品安全懲罰性賠償制度的法経済学分析」中国社会科学院研究生院学報５期（2015年）81頁参照。

このように、148条２項における賠償額の範囲は「食品価格の10倍」に「損失の３倍」を増設したが、賠償額の制限がされていることが変わっていない。このことは、消費者が訴訟提起しようとするインセンティブ、または食品安全基準に適合しない食品を製造・販売者した者を懲罰するためになる効果はさほど大きくないと指摘されている。なぜならば、実社会では、食品価格はそれほど大きい物ではなく、消費者は予め訴訟利益が少額になる確実性が予測でき、消費者にとっての訴訟提起へのインセンティブにならないからである。すなわち。消費者は訴訟を提起し勝利したときに得られる収益上のインセンティブが大きいときにこと訴訟を提起するからである。逆にそれが低ければ訴訟を提起しないのである。食品価格の10倍又は損失の３倍の賠償金といえ、その算定基準が食品価格又は損失に過ぎないのであれば、得られる訴訟利益は限界がある。この場合に、消費者は訴訟提起をする意味を見いだせないだろう。それゆえに、148条のような賠償額が制限されてしまっていることから懲罰の機能が果たされないであろう。

（４）賠償額についての小括

一旦ここでまとめよう。まず、民法1207条は不法行為責任法47条と同様に「相応の懲罰賠償」とし、消費者法55条２項は「損失の２倍以下」、食品安全法148条２項は「食品価格10倍又は損失の３倍」としている。

次に、民法1207条は算定方法と賠償額の範囲を規定していないため、不明確である。これに対して、統一された学説が見られなかった。

消費者法55条２項は懲罰賠償額の算定方法を明確にした一方で、懲罰賠償額を「損失の２倍以下」と制限している。消費者法55条２項は、「……２倍以下」という文言を使用しているため、人民法院に一定の裁量権を与えていることになっている。すなわち、人民法院は経営者に損失の２倍を超えない範囲までに懲罰賠償額を命じることができるのである。損失の２倍以内であれば、損失と相当額、或いはそれの1.5倍も可能である。そこで、上記した朱広新が指摘したように、人民法院は如何なる考慮要素に基づいて、２倍以内という範囲の幅を認定すればよいのか不明であり、また人民法院による恣意的な判断をもたらし、確実性と安定性を欠くのではないかという問題が生じうるのである。

最後に、食品安全法148条２項は「食品価格の10倍」又は「損失の３倍」と選択できるものとしている。つまり、同条は二つの賠償額の算定方法とその範囲を消費者に与えている。しかし、消費者は二つの算定方法と賠償額の範囲のいずれかを選択するか、または同時に請求することができるのかについて不明である。学説では、懲罰賠償額が高額化になる可能性がそれほど多くないため、制度が利用されないという懸念が示されている。

以上のように、懲罰賠償額の角度からみれば、民法1207条（不法行為責任法47条）を除き、消費者55条２項、食品安全法148条２項は予め懲罰賠償額の算定方法と賠償額の範囲を制限されている。しかしながら、懲罰賠償額が制限されたことによって、制度の懲罰機能が十分に果たされるのかという問題が指摘できるのである、つまり、懲罰機能の発揮が制限されたことになろう。

### ３　小括

本節では、生命・身体の侵害型における懲罰賠償の要件と効果、およびこれに対して学説を、製造物責任、欠陥製品販売責任、食品安全責任に分類しながら検討してきた。

まず、要件について、製造物責任、欠陥製品販売責任、食品安全責任の適用要件が共通する部分があれば、異なる部分もある。すなわち、共通するのは、主観的要件の「明らかに知りながら」が必要とされている点である。他方で、客観的要件について、製造物責任と欠陥製品販売責任における懲罰賠償制度は、「死亡又は健康に重大な損害」の存在を要件としている。これに対して、食品安全法責任は生命・身体的損害の発生を要件としない。

多数説によれば、主観的「明らかに知りながら」要件には民法上の主観的故意と同質である、とされる。この説は、被害者は加害者の主観的「明らかに知りながら」ないし「故意」を証明する必要となる。

しかしながら、客観的「死亡又は健康に重大な損害」要件について、健康に重大な損害であるかいなかについて不明である。これに対して、学説では、統一されて見解が見られなかった。

このように、要件の面からみれば、製造物責任・欠陥製品販売責任・

食品安全責任における懲罰賠償は訴訟提起ないし懲罰賠償請求の認定基準をハイレベルに設定していると評価できる。

次に、懲罰賠償額の算定方法とその範囲について、まちまちである。製造物責任・欠陥製品販売責任の場合は「相応の懲罰賠償」と「損失の２倍以下の懲罰賠償」、食品安全責任の場合は「食品価格の10倍又は損失の３倍」と定められている。

「相応の懲罰賠償」における賠償額の算定とその範囲を明示しないという立法者の立場は不明であることは、不法行為責任法47条から民法1207条までに引き継がれている。この問題が顕在化している中、学説では、外国法の台湾法とアメリカ法を参照すべきであるとか、消費者法55条を参照すべきであるとかいう見解が見られるが、統一見解が存在しない。しかし、これらの学説の動向は共通するところは、賠償額の範囲を制限しようとする姿勢である。

「損失の２倍以下の懲罰賠償」と「食品価格10倍又は損失の３倍」という規定は、いずれにせよ、両者ともに、賠償額の範囲が制限されることが一致している。このような制限立法によって、人民法院は明白な賠償額的指針を与えられるため、それより超過する賠償金が出される可能性を取り除くことができ、また被告側が支払わねばならない賠償額の範囲を加害者に予告することができることになる。その反面で、制度目的の実現を阻止する恐れがあるという問題があるように思える。

以上のように、学説の傾向を大まかにまとめれば次のようになろう。すなわち、生命・身体の侵害型における懲罰賠償の適用範囲は死亡或いは健康に重大な損害を生じさせた重大な場合および食品安全基準に適合しない場合に限定され、「明らかに知りながら」を主観的故意と解している。その一方で賠償額の制限については、見解が統一しているのである。

結局のところ、生命・身体の侵害型における懲罰賠償制度において、学説は、基本的には立法意図を維持する立場が示されている、といえよう。この意味では、一般法としての民法と消費者法・食品安全法によって特別な保護を受けるべき消費者であっても、その例外がないということになる。なぜなら、消費者という特殊な保護を受けるべきであるにもかかわらず、民法1207条と同様な厳格化された適用要件が設けられてい

るからである。このことは、懲罰賠償が積極的に活用されることを排除しようとする、明確に学説に共通する法思想をうかがうことができる。

## 第３節　知的財産権侵害型における懲罰賠償

本節では、知的財産権侵害型における懲罰賠償の適用要件と効果について概観する。

まず、要件について、商標法63条１項と不正競争防止17条３項は、主観的要件として「悪意」を要求している。特許法71条、著作権法54、民法1185条は主観的要件を「故意」としている。これに対して、種子法73条３項は、主観的要件を設けていない。

次に、懲罰賠償額について、民法は「相応の懲罰賠償」と規定したものの、賠償額の算定方法とその範囲が不明である。種子法は「相当額以上３倍以下」とし、その他の４つの制度は同様に「相当額以上５倍以下」と上限している。

このように、異なる法分野では、懲罰賠償の適用には、主観的要件と賠償額が異なっている。以下では、そのうちの商標権と民法における懲罰賠償制度を検討する。

### １　商標法における要件と効果

（１）14年商標法での議論

先行研究によれば、第１章で解説したように14年に旧商標法が施行されたが、実際の裁判運用では、当該制度上に多くの問題が存在していたため、懲罰賠償が認められたケースはわずか数件に留まった。結局、14年商標法63条１項（以下では、「63条１項」という。）はほとんど適用されていないと言わざるをえないものだった[63]。

その理由として主に次の２点に挙げられている。すなわち、各人民法

[63] 孫卿軒＝李暁秋「我国商標侵権懲罰性賠償司法実践的問題、反思與改進建議」大連理工大学学報（社会科学版）41巻４期（2020年）103頁、王蓮峰＝蹇佳伶「商標侵権懲罰性賠償的法律適用研究―基於我国123件判決書的実証分析」電子知識産権５期（2020年）73 ～ 90頁、広東省深圳市福田区人民法院課題組「商標侵権懲罰性賠償的制度構建」知識産権５期（2020年）40 ～ 54頁参照。

院は、（ⅰ）適用要件における主観的「悪意」と客観的「情状が重大」に対して、統一的かつ明確な判断基準を示すことがなかった、（ⅱ）条文上に示された三つの填補的賠償額を根拠とせず、人民法院の自由裁量権によって新たな算定方法で填補的損害賠償額を査定しているけれども、当該算定方法について具体的に説示しなかった、ということである。以下では、（ⅰ）と（ⅱ）について、簡単に触れてみたい。

（ⅰ）適用要件の問題

63条1項の懲罰賠償が認められる主観的要件の「悪意」および客観的要件の「情状が重大」の態様について、条文上では明確に説示されなかったため、人民法院の判断が別れた。

まず、主観的要件「悪意」について、人民法院ごとによる判断が別れた。それぞれの人民法院は、以下のいずれかの行為態様が存在した場合、権利侵害者に悪意があったと認定していた。すなわち、①行政機関が侵害行為であることを明確に権利侵害者に通知したにもかかわらず、権利侵害者は商標権侵害行為を継続したこと、②すでに人民法院による判決が下されたこと、③侵害者はすでに自己の権利侵害行為を認めたこと、④商標権侵害による調停協議書に署名したこと、⑤行政機関による罰金が科されたこと、⑥商標の類似性が高いと判断されたため、商標権登録できなかったこと、⑦弁護士が権利侵害者に手紙で通知を出したものの、権利侵害行為が停止されないこと、⑧権利侵害者は権利侵害したことを明らかに知っていることが証明されたこと、⑨権利侵害行為を反復的に行うこと、などであった。また、少数の人民法院は、当該商標が知名度を有しているかどうかを考慮要素とすることもあった。すなわち、社会的に有名な商標が問題となった場合は、権利侵害者は当然ながらその商標を知っており、かつ自己の行った権利侵害行為に対して認識しているはずであるゆえに、悪意があったと見做されたのであった。

次に、「情状が重大」の判断基準について、しかし、人民法院の間で、この問題についての見解が統一的に示されることはなく、事案ごとにばらばらな判断が行われていた。各人民法院は、次の行為態様があるような場合に情状が重大であると認定した。すなわち、①権利侵害行為による得た売上（収益）の多少、②商標権侵害が数多くの都市に渡り、かつ

インターネットを通じて全国まで広告宣伝したこと、③被告は当該商標のライセンシーであり、商品が偽物であることを知りながら製造または販売したこと、④被告と原告は長年のライセンス契約関係であり、被告は原告にもたらした侵害が他の権利侵害者より重大であった、⑤侵害された商品の数が多数であった、⑥侵害が大規模であり、権利侵害の禁止命令が課されてもなお権利侵害を行うこと、⑦権利侵害者が商標権者の弁護士から商標権侵害に関する通知を受け取ったとしても、権利侵害行為を継続したこと、⑧反復的に商標権を侵害したこと、⑨権利侵害の回数と時間が多いことである。また、少数であるが、悪意による権利侵害を行った行為自体は情状が重大にあたると認定する人民法院も見られた。しかし、やはり、統一的見解が示されることはなかった。

（ⅱ）懲罰賠償額

63条１項の条文上では、懲罰賠償額の算定基準を、①権利者が被った実際の損失、②侵害者が侵害による得た利益、③ライセンス料の倍数、という三つの填補的損害賠償額が設けられている。

しかしながら、人民法院は、上記した三つの賠償額を査定することが困難であるため、懲罰の度合いに応じて14商標法63条１項の「法定賠償」（300万元以下の賠償）に基づき懲罰賠償額を認定する判決が多く存在している。だが、人民法院は何を以て懲罰賠償額の算定基準として、それに何倍を乗ずるかによって懲罰賠償額を算出したのかについて、明確に論じなかった。つまり、懲罰賠償額の算定基準、算定方法およびその内訳は不明であった。

以上のように、実際の裁判運用では、14年商標法63条１項は主観的「悪意」と客観的「情状が重大」に対して、明確かつ統一的な判断がされていなかった。また、懲罰賠償額の算定基準である三つの填補的損害賠償額の査定も困難であるため、人民法院は自由裁量権に基づいて新たな算定方法を用いて算定しているものの、そのことに関して十分な説明がなされているとは言えなかった。

このように、各人民法院がそれぞれの判断基準を設けているので、同じような事件でも判決の結果は著しく異なる可能性があった。これでは、人民にとって予測可能性が存在せず、司法そのものへの不信を生む。こ

のような問題点が存在していたので、14年商標法の懲罰賠償制度は十分に裁判で利用されなかったのである。あえて言えば、このままでは当該制度は次第に空洞化してしまう可能性もあるといわざるをえない。

（２）近時における実証研究の動向

以上のような問題があったにも関わらず2019年に制定された新商標法63条１項は、旧法の適用要件を変更せずに受け継がれ、懲罰賠償額の範囲を「最大５倍賠償」まで引き上げただけであった。それゆえ、上述の問題は解消されていないといえる。

これに対して、近時の学説において、さらに、上で説明したように、人民法院が法定賠償を懲罰賠償として混用する傾向があることを問題視する見解も出てきた[64]。というのは、そもそも、法定賠償とは、被告による権利侵害が成立していることを前提として、当該権利侵害に伴う填補的損害賠償額（権利者の実際損失、侵害者の侵害による得た利益、登録商標のライセンス料）の査定は困難であるとき、裁量により法定賠償額（旧法300万元）を超えない範囲内で損害賠償額を認定することができる填補的損害賠償制度である。当該制度の趣旨は、あくまで実際の損害賠償額に対する立証の困難の救済かつ十分な損害賠償額を補償し、および侵害行為を抑止するためのものである。しかしながら、従来の裁判運用では、法定賠償は「準懲罰賠償」の性質を有する制度であると拡大解釈されている、とこの見解は指摘している。すなわち、懲罰賠償が適用されたわずかのケースでは、人民法院は填補的損害賠償額の査定ができないときに、法定賠償（300万元を超えない範囲内（つまり０～300万元の間））に基づき懲罰賠償額として算定したのである。

しかし、やはり法定賠償を懲罰賠償とする裁判運用は、条文と乖離している。法定賠償は填補的損害賠償の認定が困難な場合には、填補的損害賠償を代替としての損害賠償制度であり、その目的は損害の填補である。つまり、法定賠償制度は填補的損害賠償の枠組みを越えず、懲罰賠償とは性質に異なっている。法定賠償を懲罰賠償に読み替えることがで

[64] 張広良「知識産権損害賠償懲罰体系的構建」法学462巻５号（2020年）119頁参照。

きないのである。

結局のところ、14年商標法63条１項に関する実証研究の結果が示したように、新商標法の条文規定では、当該制度の懲罰機能は果たされていないといわざるをえないだろう。

さらにいえば、14年商標法63条１項に関する実証研究から提示されている問題点を概観してきた。結局、新商法63条１項は、種子法、不正競争防止法などもそうであったように、実際の裁判では適用されにくい条文となる可能性が高いだろう。つまり、上で挙げたようないくつかの問題点が克服されない限り、当該制度の懲罰・抑止機能は立法意図通りに果たされないのである。

## ２　民法典における要件と効果

民法1185条によれば、適用要件としては、知的財産権侵害者に「故意」があること、情状が重大であること、損失が発生したことが要求されている。その効果としては、「相応の懲罰賠償」とされている。以下では、主観的故意要件と賠償額について概観しよう。

### （１）民法1185条における主観的故意要件

知的財産権侵害における懲罰賠償制度を民法の一般条項として導入すべきか否かをめぐる議論があるなか、結局、民法は、14年商標法63条１項を下の立法経験を踏まえて、14年商標法63条１項にいう「悪意」を「故意」と改めて、明文の形で懲罰賠償制度を導入した[65]。

何故に民法1185条が商標法63条１項、種子法73条３項と不正競争防止法17条３項のいう主観的要件の「悪意」と異なる「故意」という文言が使われているのかについて、立法参加者は次のように説明している。すなわち、悪意と故意は、確実な損害の結果が発生することを意欲と認識していること、および結果発生の認容という意味で捉える部分で同じものである。しかし、悪意は、さらに法律と他人の権利に対する軽視或いは他人に対して心からいだく悪い感情という動機や目的が強い部分において、故意より積極的な害意であるといえる。この最も害意性の強い悪意

[65] 鄒海林＝朱広新・前掲注（58）238頁参照。

があるといえるためには、故意のあることが必要とされるのみならず、その他の特別な①直接故意（損害の結果を追求する）、と②法律によって保護される権利利益を公然として無視・違反まで必要とされるのである。

しかし、このような意味での悪意とは、あくまで当人の心理状態の反映であって、それを他人、つまり人民法院や権利を侵害されたものが判断し、証明することは困難である。すると、懲罰賠償も適用されにくくなるだろう。このような結末を避けるために、民法1185条は単なる故意を要件としたのである。

（２）民法1185条の「故意」と特別法との関係

ここでは、種子法73条３項を例として検討する。民法1185条の適用要件は種子法73条３項と異なっている。つまり民法1185条は適用要件に主観的「故意」を要し、種子法73条３項は主観的要件を要していないのである。

中国法では、民法は一般法であり、種子法の上位法である。民法1185条は､知的財産権侵害における懲罰賠償制度に関する一般条項でもある。そうすると、種子法73条３項における懲罰賠償制度を適用する可否判断に関して、民法1185条が優先的に適用され、植物新品種権侵害者に対して主観的故意の存在を適用要件が必要とされることになってしまう。しかし、それでもよいのか、という問題が生じる。

この問題に対して、最高人民法院知的財産権法廷副廷長の朱理は次のように述べる。すなわち、種子法の改正目的に鑑みれば、懲罰賠償制度の制定目的は、重大な市場秩序を乱す行為、および種子品種の偽造行為を抑止するためであると解すべきである。当該立法目的を実現するために、懲罰賠償の適用要件として、主観的故意が必要であると考えるべきである。また、懲罰賠償制度の導入趣旨から考え見れば、制度の適用要件を主観的故意と情状が重大の場合に限定しなければ、過失の場合でも当該制度が適用されると、懲罰賠償制度の濫用という問題を惹き起こす恐れがあると指摘している[66]。したがって、種子法73条３項の適用要件

[66] 朱理「専利侵権懲罰性賠償制度的司法適用政策」知識産権８期（2020年）21頁

は主観的要件の「悪意」ではなく、「故意」を必要とすることになる。

このように、種子法73条３項において、条文では主観的故意を要件として定めていないにもかかわらず、民法1185条の主観的「故意」も必要であると解している 。つまり、種子法73条３項に民法1185条と同様な厳格化された適用要件が設けられることとなり、その適用範囲の拡大を避けようとする立場であろう。

（３）懲罰賠償額

これまで見てきた多くの懲罰賠償制度は不法行為責任法47条（民法1207条）を除き懲罰賠償額の算定方法とその賠償額の範囲を制定していた。しかし、民法1185条は、その賠償額の算定方法および賠償額の範囲について明確にしなかった。

実際のところ、消費者法などの法律と一致として、「被害者が侵害を被った実際の損失」と「侵害者が侵害により得た利益」の３倍上限額に規定すべきという提案はあったようである[67]。だが、この提案は結局民法に採用されなかった。

なお、立法参加者は民法1185条が懲罰賠償を規定した理由については解説を行っている。しかし、彼はその解説において、なぜ賠償額の算定方法と賠償額の範囲を規定しなかったか言及しなかった[68]。

これに対して、学説では、懲罰賠償額の算定に関して、「比例原則」に従って算定すると解する見解、と電子商務法42条３項を参照とする見

---

参照。

[67] 王利明・前掲注（50）103頁参照。

[68] 民法1185条は懲罰賠償制度を明文化した理由について、次のように説明している。すなわち、法体系の観点から、商標法、種子法、特許法などは民法の特別法に属し、優先的に適用される。一般法としての民法においても知的財産権における懲罰賠償制度が確立されたことは、これらの特別法が民法の範疇に属することを示すだけではなく、特別法上の懲罰賠償制度と合致する立場と具体的な内容の一致性を表明しているからである。要するに、民法においても当該制度が導入されることによって、異なる特別法別に散在する懲罰賠償制度間の違いを統一かつ調整することが図られるためである、という説明である。鄒海林＝朱広新・前掲注（58）249頁参照。

解が見られる。以下では、個々の見解について、簡単に確認しよう。

鄒海林と朱広新は、懲罰賠償額の認定について、以下のように述べる。すなわち、そもそも懲罰賠償制度は、填補的損害賠償の存在を大前提としている。そこで、適切な懲罰賠償額を算定するために、填補的損害賠償額と懲罰賠償額との間で「比例原則」（填補的損害賠償と懲罰的損害比率の均衡を保つこと）を守るべきである、と。そして、彼らによれば、この「比例原則」にあたるかどうかの判断において考慮すべき要素は次の通りである。すなわち、損害の重大さ、侵害行為に対する非難の度合い、将来に同様な侵害行為を阻止するために必ず権利侵害者の財産と収入、権利侵害による収益、原告の訴訟提起のために支出した費用、原告が訴訟提起に対する訴訟奨励の費用、であり、これらが総合的に考慮されるのである。

立法参加者楊立新は、消費者法と食品安全法ではなく、電子商務法42条３項を参照すべきであると指摘している[69]。電子商務法42条３項における「加倍賠償」は懲罰賠償であると認識し、その算定方法と賠償額の範囲を「実際の損失と相当額」とすると解している。

どちらにせよ、一般法としての民法1185条は故意による知的財産権侵害の場合に懲罰賠償が適用できると規定しているが、その算定方法と範囲を明確にしておらず、学説では、これについての統一した見解が得られていないのが現状である。結局のところ、民法1185条は特別法に規定がない知的財産権分野においても、当該制度が適用される可能性があると認めているが、具体的な内容は人民法院に担わせたわけである。

### ３　小括

本節では、知的財産権侵害における懲罰賠償制度として、商標権法と民法を例として概観してきた。

新商標法63条１項は主観的「悪意」を要求しているが、特に新商標法63条１項の裁判運用では、「悪意」に対して、人民法院ごとによる判断が別れている。ただし、人民法院の異なる判断基準のいずれも、客観的な行為態様の存在から推定していることが示されている。また、「情状

[69] 楊立新・前掲注（16）882頁参照。

が重大」の判断基準についても、人民法院は客観的な行為態様から認定されている。

そして、裁判運用の研究結果によれば、懲罰賠償額について、法定賠償額を算定基準とする傾向にあり、しかも、賠償額は少額であると学説から指摘されている。

民法上の知的財産権における懲罰賠償制度は商標法の悪意と異なって、主観的故意を要件としている。これに対して、学説の議論はまだ少ない。算定方法が不明で上限も規定されていない「相応の懲罰賠償」について、学説では、いくつかの見解が唱えられているものの、これについてもまだ議論は成熟していないといえる。

### 第４節　小括

本章では、被侵害保護利益類型ごとに懲罰賠償制度がどのような適用要件（主観的要件と客観的実損害の発生）と効果（賠償額）、そしてこれに対して、学説ではどのような議論がされてきたのかについて分析してきた。ここでは、条文と学説を以下のようにまとめることができる。

制度設計上では、まず適用要件についていえば、文言上では相互に類似する部分もあれば、異なる部分もある。要件についてみると、財産権侵害型では、明確に定められていなかった。生命・身体の侵害型では、主観的「明らかに知りながら」的要件と客観的「死亡又は健康に重大な損害」の発生を設けている。知的財産権侵害型では、商標権・植物新品種権・営業秘密には「悪意」、特許権・著作権・民法には「故意」とし、客観的「情状が重大」であることを要件としている。

次に、賠償額の算定方法とその範囲についてみると、財産権侵害型では、商品価格を算定基準として、それに３、10倍乗じたものである。生命・身体の侵害型では、填補的損害賠償額を算定基準として、それに２倍或いは３倍以下乗じたもの、と「相応の懲罰賠償」の二種類が存在している。知的財産権侵害型では、「権利者が被った損失」、「侵害者が侵害により得た利益」、「ライセンス料の倍数」という三つの填補的損害賠償額を算定基準として、それに相当額以上から３倍、相当額以上から５倍以下乗じたものである。

以上のように、現行中国法における懲罰賠償制度の設計上では、全体

として統一された適用要件や賠償額の算定方法と範囲が存在せず、それぞれが独立ないし相互的に交差し、構築している状況にある、といえる。つまり、各懲罰賠償制度は、断片的な性格を帯びることとなり、法体系上の全体的整合性に齟齬が生じていることを指摘できる。

ここでいう断片的な性格とは、かつて拙稿「中国法における懲罰賠償制度の成立と変容①・②―立法史の考察を通じて―」（『北大法学論集』所収）で言及したように、これらの制度が、現実社会の中で頻繁に発生するさまざまな種類の社会問題に対して、アドホックな応急的解決手段として制定されたものであり、実用性優先の制度となっている。つまり、法体系上の全体的整合性については考慮されないのである。

ところで、各法領域によって適用要件、賠償額の算定方法とその範囲が異なってくるため、特定の類型の事件が起きたとき、いずれかの条文に基づいて認定されるのか、それによって賠償額が大きく異なってくるという問題も生じる。

このような制度設計に対して、学説の考えは、被侵害保護利益の類型ごとによって異なっている。財産権侵害型において、多数説は主に以下の観点から議論を展開している。すなわち、制度趣旨を照らし合わせて、消費者は経営者の主観的故意要件の存在および自己の損害を立証責任から軽減させることによって制度の活用が期待されるという観点から、主観的故意要件と実際の損害の発生が不要と示されているのである。

生命・身体の侵害型において、学説は懲罰賠償の濫用を防ぐために、主観的要件と客観的要件が満たされた場合に限って、当該制度の適用を認めるという主張である。

知的財産権侵害型において、要件について学説は以下のように考えている。主観的「悪意」要件は一般法としての民法上の「故意」と同質であるか否か、また如何なる場合には客観的「情状が重大」であることにあたるのかという議論はまだ少なく、現時点で成熟していない。

そして、懲罰賠償額の算定方法とその範囲についての学説の考え方は、それぞれの侵害保護利益類型ごとに様々なものがある。もっとも、いずれの類型においても、賠償額の範囲の拡大を学説は積極的に主張していていない。

論　　説

# 出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法における同性カップル（1）

## ―― ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として ――

川　崎　ま　な

目　　次

序章
1　はじめに～本稿の主題と目的
2　問題の所在及び本稿の意義
3　本稿の構成について

第１部　国内法、国内判例及び裁判例
4　憲法における同性カップル
4.1　憲法24条の「家族」について
4.2　民法における同性カップル
4.3　その他の社会的状況及び国民の意識等について
4.4　小括　国内法及びその他の社会的状況及び国民の意識等について
5　国内判例及び裁判例における同性カップル　（以上本号）
6　出入国管理及び難民認定法における同性カップル
7　第１部のまとめ　国内法、国内判例及び裁判例における同性カップル

第２部　国際人権法及び諸外国の状況
8　国際人権法における同性カップル
9　諸外国における同性カップル
10　ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義
11　第２部のまとめ　国際人権法及び諸外国おける同性カップル

終章

# 序章

## 1　はじめに～本稿の主題と目的

本稿の主題は、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法（以下、入管法とする）において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」である[1]。

入管法においては、日本国籍者等のように日本と密接な関係にある者の異性パートナーについては、「日本人の配偶者等」の在留資格等が設けられるとともに、入管実務においても、異性パートナーとの関係性が考慮され在留特別許可が与えられる傾向にある。国内判例においても、異性パートナーとの関係が考慮される傾向にある。この様に、異性カップルは、本邦で共に暮らすことが、一定程度保障されているのが現状である[2]。

一方、同性カップルは、異性カップルと同様に、同性パートナーと親密な関係を形成し、本邦で共に暮らしているという実態があるにもかかわらず、その関係が法的に承認されていない為に、異性カップルには認められる権利等が認められていない状況にある。

そして、同性カップルの関係が法的に承認されていない為、出入国管理行政、入管法では、わずかな例外事例を除いて、同性パートナーとして本邦で共に暮らすことが保障されていない。また、国内裁判例では、同性パートナーの在留資格等が争点となった裁判例が少数ではあるものの存在するが、現時点では、本邦で同性カップルが共に暮らすことを異性カップルと同等のレベルで保障する裁判例は存在しない。

---

[1] 本稿で用いる同性カップルとは、事実婚状態にあるものの、現行制度上、法律婚が認められない同性カップルを想定している。

[2] 本邦で共に暮らすことが、一定程度保障されているが、それはあくまでも在留制度の枠内でしかなく、異性カップルの間でも子どもの有無等の諸事情により在留特別許可の認められやすさに差が生じているのが現状である。よって、一定程度という留保を付した表現とした。異性カップルの在留についても、入管法における外国人の人権の大きなテーマではあるが、本稿では同性カップルの在留問題を中心に据えるため、異性カップルの在留の問題について検討することはしない。

そこで、本稿では、前述した同性カップルが置かれている状況を問題視し、「出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を主題とする。そして、本稿は、「異性カップルと同様に、同性カップルも本邦において、共に暮らすことが保障されるべきである」ことを証明することを目的とするものである。

## 2　問題の所在及び本稿の意義

以下では、本稿において「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を検討する意義について、論じる。

### 2.1　性的マイノリティ及び同性カップルの実態について

以下では、日本国内における性的マイノリティの実態数及び同性カップルの実態数について検討し、日本国内に性的マイノリティ及び同性カップルが実態として存在することを示す。

#### ⑴　性的マイノリティの実態数について[3]

日本国内に居住する性的マイノリティの実態数に関しては、政府機関等が作成する公式の調査は、2023年11月現在、存在しない。しかし、複

[3] LGBT は、性的マイノリティのうちの性的指向が同性に向くレズビアン、ゲイ、出生時の性別と性自認が異なるトランスジェンダーを示す用語であり、インターセックスやアセクシャルなどは、その対象とはなっていないという欠点がある。この欠点を補うものとして、近年、LGBT ではなく、LGBTQ 等と表現する動きもある。しかし、あえて本稿では、LGBT という用語を用いることとする。

その理由は、性的マイノリティよりも LGBT という用語の認知度が、株式会社電通が実施した『LGBTQ+ 調査2020』（https://www.dentsu.co.jp/news/release/2021/0408-010364.html（最終アクセス2023年11月2日））によると、80.1% とされ、一般的に広く浸透してきていること、政府機関等においても用いられていることによるものである。本稿で、LGBT 以外の性的マイノリティについて述べる際は、性的マイノリティという用語を使用することとする。

数の民間企業等で、実態調査が行われている[4]。

株式会社電通が実施した「LGBTQ＋調査2020」によると、LGBTQ＋層に該当すると回答した人は、8.9％であった[5]。電通グループが、2023年に実施した「LGBTQ＋調査2023」では、LGBTQ＋層に該当すると回答した人は、9.7％であった[6]。

また、LGBT・性的少数者に関する専門シンクタンクである株式会社LGBT 総合研究所が、2019年に実施した実態調査では、LGBT・性的少数者に該当する人は約10.0% とされている[7]。さらに、電通の「LGBT 調査2015」によれば、LGBT 層をターゲットとした商品･サービス市場は、レインボー消費と呼ばれ、その市場規模は5.94兆円とも言われている[8]。

これらの調査結果から、相当数の LGBT を初めてとする性的マイノリティの人々が日本国内に居住していることが分かる。

### ⑵　同性カップルの実態数について

政府機関が実施する世帯数調査としては、国勢調査が存在するが、同性カップルは、同調査の対象となっていない[9]。一方、「公的調査で同性カップルを把握している国は少なく」なく、「同性カップル世帯が全カップル世帯に占める割合は概ね〇・二～一・四％である」とされている[10]。

---

[4] 2017年の日本学術会議の提言によると、「日本でこれまでになされた公的調査としては、文部科学省「学校における性同一性　障害に係る対応に関する状況調査について」（平成26年6月）」があるとされている。https://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf（最終アクセス2023年11月4日）。

[5] https://www.dentsu.co.jp/news/release/pdf-cms/2021023-0408.pdf（最終アクセス2023年11月4日）。

[6] https://www.group.dentsu.com/jp/news/release/001046.html（最終アクセス2023年11月4日）

[7] https://www.daiko.co.jp/dwp/wp-content/uploads/2019/11/191126_Release-1.pdf（最終アクセス2023年11月4日）。

[8] https://www.dentsu.co.jp/news/release/2015/0423-004032.html（最終アクセス2023年11月4日）。

[9] https://www.marriageforall.jp/blog/20200820/（最終アクセス2023年11月4日）。

[10] 菊地夏野・堀江有里・飯野由里子編著『クィア・スタディーズをひらく２　結婚、家族、労働』（晃洋書房、2022年）５頁。

民間の調査研究でも、同性カップルの実態数について調査したものは存在しないが、地方公共団体による同性パートナーシップ制度の交付件数及び弁護士会への人権救済申立人数から、その数をある程度推測することは可能である。同性パートナーシップ制度の交付件数は、2023年5月31日時点では、5171組とされている[11]。また、人権救済申立人数のうちカップルの申立人数は、142組であった[12]。しかし、同性カップルの実態数は、交付件数よりも多いと見るべきであろう。何故なら、自身の性的指向を周囲の人々にカミングアウトしていない所謂クローゼット状態にある性的マイノリティも少なくなく、同性パートナーシップ制度を利用したくとも出来ない同性カップルが相当程度いることが推測されるからである。また、同性パートナーシップ制度の導入自治体数が2023年6月には328、人口カバー率が70.9％と増加傾向にあることは[13]、各自治体において、パートナーシップ制度が求められるニーズがあるということを示している。また、同性カップルを対象とするサービスを導入する企業が増加傾向にあることも、日本国内に居住している同性カップルが相当数いることを示す事実であると言えよう。

### ⑶　同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益

同性カップルは、その関係が法的に承認されないことにより、様々な場面において、不利益を被っている。それでは、具体的には、どんな不利益があるのであろうか。

清水雄大は、異性カップルが受けることが出来る利益や権利義務を法的側面、社会的側面、個人的側面、に分類した検討を行うことで、同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益を明確化する[14]。

---

[11] https://nijibridge.jp/data/（最終アクセス2023年9月17日）。

[12] 同性婚人権救済弁護団編『同性婚だれもが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）13頁。

[13] https://nijibridge.jp/data/（最終アクセス2023年9月17日）。

[14] 清水雄大「日本における同性婚の法解釈〈上〉」Law and Sexuality2　51頁（2014年）。

法的側面では、①配偶者相続権、②税制・社会保障における優遇、③病気療養時などにおける権利・利益（緊急時の面会等）、④夫婦財産制、⑤パートナーシップ解消時の法的保護、⑥不法行為や犯罪による死亡時の損害賠償請求など（犯罪被害者給付金等）、⑦刑事法上の権利・利益（証言拒絶権）、⑧性同一性障害特例法の非婚要件、⑨外国人パートナーの在留資格・帰化、⑩子を育てる権利（共同親権等）、⑪その他家族法上の権利義務（同氏義務等）、が同性カップルには認められていないとされる。

社会的側面では、①住宅の確保（同性二人の場合、賃借時の入居を拒否される場合がある）、②勤務先からの手当支給、休暇取得、③生命保険金の受取人指定、④銀行取引、⑤その他身近なサービス（携帯電話料金の家族割引など）、が同性カップルには認められていないとされる。

個人的側面としては、「純粋に『結婚したい』という実益を伴わない感情が保障されること」、が同性カップルには認められていないとされる。

清水雄大の分析によると、同性カップルはその関係が法的に承認されない為に、以上の様な異性カップルが当然に与えられる利益や権利義務が認められていない。婚姻をしていない内縁関係にある異性カップルでさえ認められるものが、同性カップルには認められていないのが現状である。

外国籍と日本国籍からなる同性カップルの場合は、法的側面の⑨が認められないことにより、国内でその関係を継続することが困難である。また、国籍に関係なく、同性カップルが生活を共にし、人生を共に生きていくことを望んだ場合、社会的側面としてあげられた各利益は、生活を維持していく上で、重要な意味を持つ。また、パートナーの病気、死別など、人生において避けることの出来ないライフイベントが発生した際、法的側面として提示されたものが保障されないことにより生じる不利益は、極めて大きいものである。同性カップルは、これらの不利益に対し、養子縁組をするなどし、個人的に対応しているというのが現状である。法律婚をしている異性カップルが当然に手にすることが出来るこれらの権利利益を同性カップルは当然には手に出来ず、当事者の金銭的負担等により手にすることが出来たとしても、それは極めて限定的なものでしかない。

以上のように、同性カップルはその関係を法的に承認されないことにより、数々の困難に直面していることが明らかとなった。

### 2.2　出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルが置かれている現状について

#### 2.2.1　異性カップルについて

##### ⑴　異性カップルの実態数について

出入国在留管理庁が公表する2022年の「出入国在留管理」によると、「2021年末現在の中長期在留者数と特別永住者数を合わせた在留外国人数は276万635人」であり、「在留外国人数の我が国の総人口に占める割合は2.2％」とされ、「『日本人の配偶者等』の在留資格による中長期在留者数は14万2044人で、在留外国人全体の5.1％を占めている」とされる[15]。

在留資格「日本人の配偶者等」には、日本人の配偶者若しくは特別養子又は日本人の子として出生した者が対象となっており、同白書の数値は日本人と親密な関係にある異性パートナーに限定した数値ではないものの、同数値から日本人と法律婚をし、親密な関係にある異性パートナーが、相当数本邦に在留しているということが言える。

##### ⑵　出入国管理行政及び入管法における異性カップルについて

異性カップルが本邦において共に暮らすことを望んだ場合、入管法には、在留資格「日本人の配偶者等」のように、日本人と親密な関係にある外国籍の者を対象とした在留資格が設けられている。仮に、それらの在留資格取得の要件を満たしていなかったとしても、異性パートナーには、特別在留許可が認められる場合がある。なお、国内判例も、異性パートナーの在留を保障する傾向にある。よって、異性カップルの場合、本邦において、共に生活することが、ある程度は保障されているのが現状である。

---

[15] 2022年版出入国在留管理 https://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/03_00031.html（最終アクセス2023年11月4日）。なお、最も多い在留資格は、「永住者」であった。

### 2.2.2　同性カップルについて

#### ⑴　同性カップルの実態数について

前述したとおり、日本国内に居住する同性カップルの実態数を示す調査は存在しない。同性カップル全体の実態数については、前述したとおり、ある程度の推測が可能であったが、同性カップルのうち、在留資格の取得が問題となる同性カップルについては、その実態数を推測し得るものは何もないのが現状である。在留資格の取得が問題となる同性カップルの実態数を明確化することは出来ないものの、在留資格の取得は、同性カップルが直面する困難として、各種文献等において取り上げられていることから、この問題に直面する同性カップルは少なくないということが言える[16]。在留資格は、外国籍の者が本邦に滞在する為に必要不可欠であり、同性パートナーも例外ではない。詳細については、後述するが、同性カップルの関係が考慮されない入管法及び入管法実務の現状では、同性パートナーは短期間の在留資格による滞在を余儀なくされる場合が多く、在留資格が更新されない為に、本邦で同性パートナーと暮らすことを断念し、別れに至る同性カップルも多いと言われている[17]。

#### ⑵　出入国管理行政及び入管法における同性カップルについて

##### ①　外国籍同士の同性カップルについて

法務省入国管理局入国在留課長による通知（平成25年10月18日付け法務省管在第5357号）により、外国で有効に成立した同性婚における配偶

[16] 永易至文『プロブレムＱ＆Ａ　同性パートナー生活読本』（緑風出版、2009年）88頁～91頁。杉浦郁子・野宮亜紀・大江千束『プロブレムＱ＆Ａ　パートナーシップ・生活と制度【増補改訂版】』（緑風出版、2016年）162頁～170頁。LGBT支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著『セクシャル・マイノリティＱ＆Ａ』（弘文堂、2016年）170頁～172頁。東京弁護士会 LGBT 法務研究部編著『LGBT法律相談対応ガイド』（第一法規、2017年）70頁～71頁。同性婚人権救済弁護団編『同性婚だれもが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）123頁。東京弁護士会性の平等に関する委員会セクシュアル・マイノリティプロジェクトチーム編著『セクシュアル・マイノリティの法律相談 LGBT を含む多様な性的指向・性自認の法的問題』（ぎょうせい、2016年）197頁～198頁。

[17] 同性婚人権救済弁護団編・前掲注16）123頁など。

者に対し、在留資格「特定活動」で入国・在留することが原則認められるようになった[18]。同通知は、入管法の「在留資格『家族滞在』『永住者の配偶者等』等にいう『配偶者』は、わが国の婚姻に関する法令においても有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者であり、外国で有効に成立した婚姻であっても同性婚による配偶者は含まれない」としている。同通知以降、2013～20年に少なくとも93件の付与例があったとされている[19]。

また、「実務上、『外交』及び『公用』については、同性婚配偶者が、本国において『同一の世帯に属する家族の構成員』（法別表１の１の表の外交の項の下欄、公用の項の下欄）として認められていれば、在留資格該当性を肯定され、『外交』又は『公用』の在留資格が付与」されているとともに、「パートナーシップ制度に基づく公的な登録を行った外国人間の同性パートナーは、パートナーシップ契約書や生活用口座の同一性等の社会的実体があるときは、『特定活動』（告知外特定活動）が認められること」があるとされる[20]。

この様に、外国籍同士の同性カップルについては、不十分ながら、一定程度、同性カップルとして本邦で暮らすことが保障されているのが現状である[21]。

---

[18] 東京弁護士会性の平等に関する委員会セクシュアル・マイノリティプロジェクトチーム編著『セクシュアル・マイノリティの法律相談 LGBT を含む多様な性的指向・性自認の法的問題』（ぎょうせい、2016年）197頁～198頁。

[19] https://jp.reuters.com/article/idJP2021032601001999（最終アクセス2023年11月4日）。

[20] 山脇康嗣『詳説　入管法と外国人労務管理・監査の実務　第３版』（新日本法規、2022年）715頁。

[21] 佐野秀雄、佐野誠『第５版　よくわかる入管手続　基礎知識・申請実務と相談事例』（日本加除出版、2017年）331頁では、「特定活動」の在留資格で入国・在留が認められる余地はあることが述べられるとともに、「難しいかもしれませんがチャレンジしてみてはいかかでしょうか。」との記述がなされている。同書の著者は、行政書士であり、同記述は、実際に行政書士法人に寄せられた質問をベースとしているとの説明がなされていることから、「特定活動」の在留資格を得ることは容易ではないことが推察される。

**②日本国籍の者と外国籍の者からなる同性カップルについて**

「日本人の配偶者等」等における「配偶者」とは、わが国において有効な婚姻の配偶者が対象となっているとされる。前述した平成25年10月18日管在5357号は、「配偶者」の意義について、民法において有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者を意味し、外国で有効に成立した同性婚による配偶者は含まれないとしている[22]。よって、婚姻届けを提出しても、受理されない同性カップルの同性パートナーは、現行入管法上は「配偶者」として、在留資格を取得できる余地はなく、本邦に安定的に在留することが困難な状況にある。

但し、「同性婚が認められている外国で日本人と結婚した外国人同性パートナーに、日本での在留資格を認める方向で検討に入った」と報道されており[23]、近い将来、同性婚が有効な国において日本国籍の者と同性婚をした外国籍の同性パートナーについては、在留資格「特定活動」が付与される可能性が高まっており、同性カップルの権利保障とっては、大きな前進と言える。しかし、外国で婚姻をする為に、当事者は、日本で形成した生活を手放すなどの代償を支払う必要がある。このように、同性カップルは、異性カップルであれば、支払う必要のない代償を支払うことを強いられることとなり、両者の間には依然として不等な区別が存在し続けることになる。よって、たとえ、在留資格「特定活動」が認められたとしても、同性カップルの権利が十分に保障されたとは言えないだろう。

### 2.3　先行研究の状況について

入管法における異性カップルからなる家族の権利保障ついては、各種の先行研究がある[24]。

---

[22] 通知における配偶者の解釈について、山脇・前掲注20）553頁では、入管法における『配偶者』の意義を「入管法独自に解釈するものといえます。」と評している。

[23] https://www.yomiuri.co.jp/politics/20210517-OYT1T50110/（最終アクセス2023年11月4日）。

[24] 家族生活を営む権利については、植野妙実子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社、2019年）118頁、近藤敦『人権法』（日本評論社、第２版、2020年）153頁以下な

新井信之は、日本国憲法24条は「事実上を含めて家族という共同生活を行う自由すなわち生活共同体を形成しかつ営む権利を保障していると考えられる」とし、「日本国憲法は家族それ自体を明示的に憲法上の人権享有主体とは規定していないが、当然そのことを含意する趣旨である。」とするとともに、国際人権規約Ｂ規約23条が家族を権利の享有主体として認めていることから、憲法98条２項を通じて、家族の人権享有主体性を導くことが出来るとする[25]。さらに、新井信之は、「家族単位の憲法上の地位が認められるとするならば、」「とくに日本国民と実質的な家族関係が存在する者を単に法律レベルの解釈で一律に外国人として退去強制し、その結果として引き起こされる他の家族構成員の家族生活を侵害することは許されないことになる。」と論じる[26]。

植野妙実子は、憲法24条から「家族が引き離されず、共に暮らす権利、いわゆる通常の家族生活をおくる権利が考えられるとし、その中には家族を呼び寄せる権利が含まれるとしてる[27]。

近藤敦は、憲法24条に加え、自由権規約17条が「家族」生活への侵害禁止、23条１項が「家族の保護を受ける権利」を定めていること、子どもの権利条約３条が子どもの最善の利益を保障することに言及し、外国人の在留資格との関係において、家族の権利と子どもの権利が保障されるべきであるとする[28]。また、近藤敦は、「内縁関係・同性パートナー・親の呼び寄せ、離婚･死別･DV 被害者の場合の自律的な在留資格など、家族の多様なあり方に応じた法整備が望まれる。」とし、同性パートナーの権利保障についても言及している[29]。

奥野圭子は、「家族が引き離されない権利（家族とともに生活する権利）を、24条２項の趣旨に照らして解釈された13条（見方によっては25条）

---

どがあるが、これらの論稿では、同性カップルに対する言及がない。

[25] 新井信之『日本国憲法から考える現代社会・15講―グローバル時代の平和憲法』（有信堂高文社、2015年）163頁～ 164頁。

[26] 新井・前掲注25）165頁。

[27] 植野妙実子「家族と平等」杉原泰雄編『新版　体系憲法事典』469頁（青林書院、2008年）。

[28] 近藤敦『移民の人権－外国人から市民へ』（明石書店、2021年）60頁～ 61頁。

[29] 近藤・前掲注28）62頁。

によって保障される一つの憲法上の権利として構成し、それの侵害を問題とすることも、理論的には可能なのではないだろうか。」とする[30]。

なお、筆者は過去の拙稿において、ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材に、国内入管法判例における「家族」を如何に扱うべきかを検討したが、異性カップルからなる家族が対象であり、同性カップルは検討の対象外となっていた[31]。

前述したとおり、異性カップルについては、各種の先行研究はあるものの、入管法における同性カップルからなる家族の権利保障については、その必要性に言及するものはあれど、詳細に検討した先行研究はほぼない状況にある[32]。

そもそも、LGBT を含む性的マイノリティが当事者となった裁判例の数が、数年前まで数えるほどしかなく、学術的に LGBT を含む性的マイノリティの人権保障が論じられるようになったのがここ数年であること、が先行研究の空白生んだと思われる。

### 2.4　本稿の意義

入管法等における同性カップルの現状を検討した結果、異性カップルと異なり、同性カップルの権利保障が不十分であることが判明した。また、入管法における同性カップルの権利保障について詳細に検討した先行研究はほぼない状況であることから、本稿において、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を検討する意義及び必要性は、大いにあるものと思われる。

## ３　本稿の構成について

本稿の主題が、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法にお

---

[30] 奥野圭子「国境を超えて家族生活を営む権利（１）オーストラリア法と比較しての一考察」神奈川大学国際経営論集49巻93頁（2015年）。

[31] 川崎まな「退去強制事例における家族と子ども：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として」北大法政ジャーナル18巻91頁（2011年）。

[32] 同性カップルにまで検討を及ぼしている論稿としては、奥野・前掲注30）87-98頁、奥野圭子「国境を超えて家族生活を営む権利（２）オーストラリア法と比較しての一考察」神奈川大学国際経営論集50巻109-122頁（2015年）がある。

いて同性カップルは如何に取り扱われるべきか」であることは、前述したとおりである。

この主題に対し、本稿は、「出入国管理行政及び出入国管理及び難民認定法において同性カップルは異性カップルと同等に扱われるべき」であることを結論として示すことを目的とする。この結論は、憲法13条及び24条により、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利は保障されるべきであるのに、異性カップルと同じ状況にある同性カップルが入管法上その関係を保障されていないことは、憲法14条に違反することを論証することで、導き出されることとなる。

### 3.1　検討方法及び検討対象について

憲法13条及び24条により、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利は保障されるべきであるのに、入管法上、同性カップルの関係が保障されていないことは、憲法14条に違反することを示すために、①国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、②国内判例及び裁判例の状況、③国際人権法の状況、④諸外国の状況、についての検討を行う。

これらを検討対象とする理由は、以下のとおりである。

第一に、国籍法違憲判決[33]において、最高裁は、諸外国の状況や人権条約等に言及し、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」により、立法当時は、合憲であった国籍法を違憲とする判断を導いている。また、非嫡出子相続分差別違憲決定[34]では、「我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化」を指摘している。以上のことから、最高裁がこれらの要素を重視していると思われるからである。

第二に、最高裁の判断枠組みに則った検討をすることは、実務に資するところが大きく、結果として当事者の早期救済につながると思われるからである。何故なら、最高裁の判断枠組みに則った主張であれば、下

[33] 最大判平成20年6月4日民集228号101頁。

[34] 最大判平成25年9月4日民集67巻６号1320頁。

級審の裁判官にとって受け入れやすく、立証の仕方によっては、原告の主張が通りやすくなることもあるからである。

各検討対象と結論との関係については、下記のとおりである。

前述したとおり、本稿は、憲法13条及び24条により、同性カップルの関係が法的に承認されるべきであるにもかかわらず、入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が保障されていないことは、憲法14条に違反することを論証し、結論として入管法上、同性カップルは異性カップルと同様に扱われるべきことを示すことを目的としている。

憲法13条及び24条により同性カップルの関係が法的に承認されるべきであることは、上記①で憲法学説、民法学説及び社会的状況及び国民の意識等、上記②で国内判例、上記③で自由権規約等の日本が批准している人権条約、自由権規約委員会の見解及びヨーロッパ人権裁判所の判例、上記④で諸外国の状況、を検討することにより論証する。憲法学説及び民法学説を検討することで、憲法及び民法により、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきことを示すとともに、その他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例、国際人権法、諸外国の状況、を検討することで、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきとする国内及び国際的な意識等が形成されつつあること、を示す。

入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が保障されていないことを、上記①で入管法及び入管実務、上記②で入管法判例、を検討することで論証する。そして、憲法、民法及びその他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例が同性カップルの関係を法的に承認し、その権利を保障すべきとする流れにあることに反して、入管法、入管法実務及び入管法判例において、同性カップルの関係が保障されていないことを示す。

憲法14条に違反することについては、異性カップルと同じ状況にある同性カップルが異なる扱いを受けていることが上記①及び上記②で示され、その区別に合理性がないことが上記①、上記③及び上記④により、示されることとなる。

### 3.2　国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について

検討対象となる国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について、以下詳述する。検討の中心となる国内法は、憲法、民法、入管法である。憲法及び民法については、同性婚等に関連する学説を中心に同性カップルが如何に解釈されているかを検討する。同検討を通して、憲法学説及び民法学説では、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきであることが認容され、要請されつつあることを示し、入管法においても同性カップルの関係が保障されるべきことを示す。さらに、入管法及び入管実務の検討を通して、入管法及び入管実務における異性カップルの扱いを確認し、同性カップルとの異同を明らかにし、問題点を明確化する。

その他の社会的状況等及び国民の意識等についての検討対象は、①同性婚導入に対する意識調査、LGBT に対する意識調査などの各種調査[35]、②日弁連による人権救済申立、③日本学術会議による提言、④国会の院内集会、同性婚法案等の審議の状況、⑤地方公共団体による同性パートナーシップ制度等の取り組み、⑥民間企業の動き、である。これらを検討することにより、国民の意識、規範意識及び社会的状況が同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきであるとする流れにあることを示す。

### 3.3　国内判例の状況について

検討対象となる国内判例は、家族の問題が争点となった最高裁判例、性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった下級審判決及び入管法関連判決とする。

最高裁判例については、国籍法違憲判決、非嫡出子相続分差別違憲決定、再婚禁止期間規定違憲判決[36]、夫婦同氏規定合憲判決[37]、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるためのいわゆる「子

[35] なお、現時点において、公的な調査は実施されていないことから、本稿において対象とするのは、民間の各種団体の調査によることとなる。

[36] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁。

[37] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁。

なし」要件が憲法13条及び14条に違反するか否かが争点となったもの[38]等の検討をあわせて行う。

以上の検討を行うことで、第一に、最高裁の家族観が同性カップルの関係を法的に承認すること及びその権利を保障することを否定していないこと、第二に、国籍法違憲判決及び非嫡出子相続分差別違憲決定において、最高裁判例の判断にその他の社会的状況及び国民の意識、国際人権法、諸外国の状況等が影響を及ぼしていること、第三に、再婚禁止期間規定違憲判決及び夫婦同氏規定合憲判決を検討することで、憲法24条の解釈、を明らかにする。

性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった判決ついては、同性パートナーに対する犯罪被害者給付金の不支給が争点となったもの[39]、同性パートナーの不貞行為に対する損害賠償請求が争点となったもの[40]、結婚の自由をすべての人に訴訟[41]等について検討を行う。これらの判例等の検討を通して、国内判例における同性カップルの位置づけを確認する。

入管法関連判決については、異性カップルの扱いを確認するとともに、性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった裁判例を検討することで、両者の異同を明らかにする。

### 3.4　国際人権法の状況について

国際人権法における同性カップルについて、検討する。

まず、日本が批准している自由権規約、特に同規約23条及び26条にお

---

[38] 最判平成25年12月10日民集67巻９号1847頁。

[39] 名古屋地裁令和2年6月4日判決（判タ1482号131頁）。

[40] 宇都宮地方裁判所真岡支部令和1年9月18日判決（判時2473号51頁）。

[41] 本稿では、2019年2月14日に東京、大阪、名古屋、札幌に提起された同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定は違憲であるとする一連の訴訟を「結婚の自由をすべての人に訴訟」と呼称することとする。その理由は、同訴訟の当事者達が「同性婚訴訟」ではなく、「結婚の自由をすべての人に訴訟」とした意思を尊重する為である。当事者が呼称に込めた思いについては、加藤丈晴「『結婚の自由』をすべての人に－同性婚をめぐる日本初の憲法判断とその影響－」国際人権№33　60頁（2022年）を参照のこと。

ける性的マイノリティ及び同性カップルについて検討する。自由権規約を検討するのは、日本が批准している条約である為であり、同規約23条及び26条を中心に検討するのは、23条が、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」として家族に対する保護を定めていること、26条が法の前の平等を定めており、自由権規約委員会の見解において、同条により同性カップルの権利が保障されていることによる。

また、他の人権条約機関に比して、自由権規約委員会では、同性カップルの権利保障が争点となった事件が多く取り扱われていることから、同委員会に対する個人通報の見解も検討の対象とする。次に、自由権規約委員会等の条約機関から出される一般的意見、一般勧告、日本に対する改善勧告についても検討する。

以上の様に、人権条約機関の検討は、自由権規約及び自由権規約委員会が中心となる。その理由は、自由権規約委員会での取り扱いが多いこと及び自由権規約委員会による見解、一般的意見、勧告が、重要であることによる。

自由権規約委員会による見解等が重要であるのは、自由権規約委員会が「規約によって設置された履行監視機関であり、『高潔な人格を有し、かつ、人権の分野において能力を認められ』『個人の資格で職務を遂行する』18人の委員で構成」され「委員会は30年以上にわたって履行監視活動に従事してきた経験を有し、その実績は評価され」ており、「このような機関が、規約によって与えられた解釈権限を行使して示した解釈、少なくとも通報で示した解釈は、高い権威が認められてしかるべきであり、『有権（authoritative）解釈』とみなされてよい」とされていること、法的拘束力はないものの、締約国はそれを尊重すべきとされていることによる[42]。さらに、勧告については、いわゆる選択的夫婦別氏訴訟の最高裁令和3年6月23日判決[43]の宮崎・宇賀反対意見において、女性差別撤廃委員会による勧告を憲法24条２項違反の理由の一つとして位置付けて

[42] 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」世界法年報第29号62頁以下（2010年）。

[43] 最大判令和3年6月23日判タ1488号94頁。

いる様に、最高裁における勧告の活用が期待されるところであり、検討する意義は十分にあると言えるからである[44]。

これらの検討を通して、日本が批准している自由権規約等が、性的指向による差別を認めていないこと、同性カップルの権利を保障すべきとしていること、同性カップルの関係を法的に承認するよう求めていることを明らかにする。

最後に、ヨーロッパ人権裁判所の判例について検討する。

ヨーロッパ人権裁判所の判例では、性的マイノリティ及び同性カップルの権利保障に関連する判例、同性カップルの関係の法的承認に関連する判例、入管法関連の判例について検討する。これらの判例を検討するのは、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティ及び同性カップルの権利保障の発展の歴史によるものである。

ヨーロッパ人権裁判所は、まず、性的マイノリティの権利を保障することを判例として確立させた後、居住権の承継などの同性カップルの権利が保障されることを判例として確立させた。そして、ついに、ヨーロッパ人権裁判所は、同性カップルの関係を法的に承認することは国家の義務であるとするに至った。これらの判例の発展を背景に、2016年、ヨーロッパ人権裁判所は、入管法判例において、同性カップルの関係は保障されるべきであるとの判断を示したのである。よって、ヨーロッパ人権裁判所判例の入管法上の同性カップルの権利保障を検討するに当たり、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティの権利保障、同性カップルの権利保障、同性カップルの関係の法的承認に関する判例についても、検討を行うこととする。

これらの検討を通し、国際人権法上、性的指向による差別は許されないこと、同性カップルの関係が法的に承認されるべきであること、入管法上も同性カップルの関係が保障されるべきとされていることを示す。また、国際人権法上、同性カップルの権利が平等原則により保障される

[44] 松田浩道「国際法の国内的効力－宮崎・宇賀反対意見のインパクト」法律時報93巻11号84頁（2021年）では、「憲法判断の中で人権条約や人権条約機関の勧告を用いる際の一つのモデルとして、今後の実務において重要な指針を提供するであろう。」と評価されている。

ことが一般化していることを示す。

そして、最後に、ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義について論じる。ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討対象とするのは、ヨーロッパ人権裁判所が、「性の多様性に関連する国際判例はそれほど多くない」中で「圧倒的な先駆に位置づけ」られていること、「普遍的な人権条約の解釈や国内裁判における解釈に対して強い影響を与えていること」及び「国際人権法上の解釈として権威的な正統性をもつ」ことによるところが大きいが[45]、本稿では、ヨーロッパ人権裁判所、ヨーロッパ人権条約の締約国、自由権規約委員会、日本（国会、下級裁判所、最高裁等）という４つのアクターの関係に着目した検討を行う。その検討を通して、ヨーロッパ人権裁判所が日本に影響を及ぼしていること及び最高裁とヨーロッパ人権裁判所の判断手法に親和性があること等を示し、国内裁判所においてヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が活用され得ることを示すとともに、その活用方法についても検討を行うこととする。

### 3.5　諸外国の状況について

諸外国における同性婚の法制化の状況、性的指向に基づく差別への状況を確認することで、国際的には、同性カップルの関係を法的に承認する傾向にあり、性的指向による差別を禁止する傾向にあることを示す。なお、本稿では、諸外国における同性婚法制化についての判決等については言及するにとどめ、内容の分析は行わないこととする。

## 第１部　国内法、国内判例及び裁判例

### ４　憲法における同性カップル

日本国憲法中、同性カップルに関連すると思われる条文は、憲法13条、14条及び24条である。同性婚等に関する議論も、主にこれらの条文により展開されている。そこで、以下では、各条文における学説を整理し、

[45] 谷口洋幸「３国際人権法における性の多様性　性的指向・性自認（SOGI）と人権を中心に」二宮周平編『性のあり方の多様性』242頁（日本評論社、2017年）。

学説において同性カップルが如何に解釈されているのかを明らかにし、憲法学説上、性的指向による差別が認められないこと、同性カップルの関係が法的に承認されること、異性カップルと同様にその権利が保障されること、が認容され、要請されつつあることを示す。

### 4.1　憲法24条の「家族」について

#### ⑴　憲法学説の状況

日本の憲法学における戦後の家族をめぐる議論について、辻村みよ子は、「当初は憲法24条を『消極的な自由権的人権を保障するにすぎない』と解する傾向が強かった」とし、1960年代後半からは、「憲法24条自体あるいは24・25条を統一的に把握して社会権的に理論構成する見解」も登場したが、「全体として、同条の位置づけと家族に関する憲法理論的研究は十分ではなかった」が、1990年代以降、「家族をめぐる憲法上の理論的課題を明らかにする試みが進められた」と評価している[46]。また、辻村は、24条について「個人尊重主義を徹底することによって」、近代型家族をも超越する「超（脱）近代的」で「多様な現代型家族を許容しうる時代先取り的性格」を有していることを指摘している[47]。

憲法学説においては、米沢広一が、「二四条は、夫婦、親子から成る法律上の家族を社会や個人を支える基軸として措定している」とし、同性カップルについては「憲法が法律上の家族と多様な人的結合体との全面的な同一扱いを要求している」とはいえないとする一方で[48]、安念潤司は、家族形成を契約自由の原則に委ねる契約的家族観に立脚し、婚姻相手は異性に限定されないとする[49]。

一方で、齊藤笑美子は、ある個人が法の家族に属しているか否かよりも、関係における個人の要保護性やニーズに基づき、必要に応じて法規制に取り込む方が適切であるとし、「『憲法の想定する家族像』や『家族

---

[46] 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）88頁。

[47] 辻村・前掲注46）87頁。

[48] 米沢広一「憲法と家族法」ジュリストNo.1050、８頁（1995年）。

[49] 安念潤司「家族関係と自己決定」岩村正彦［ほか］　編『岩波講座現代の法14』（岩波書店、1998年）。

モデル』なるものの探索は、少なくとも憲法上は不要」と考えている[50]。

この様に、憲法24条により想定される家族については、各学説においてかなりの隔たりがあり、学説の議論状況は、成熟しているとは言えないのが現状である。

24条は、家族生活における個人の尊厳と両性の平等を定めているが、家族については、明確に定義していない。本条２項を受けて、民法が法律婚を採用し、子に対する規定を設けていることから、民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えていると言える。よって、憲法24条の家族には、夫婦と子どもが含まれることは間違いないと言えるが、本条における「家族」がそれ以外の家族を排除するものであるか否かについては判然とせず、本条の「家族」を24条の文言から明確化することもまた困難である。しかし、本条の制定趣旨が、家制度の否定であったことを鑑みると[51]、本条が許容しない家族については、明確化することは可能であろう。まず、大日本帝国憲法下における「家」制度の様に家族における個人よりも家族という集団を重視することは許されないだろう。また、児童・高齢者虐待、配偶者暴力のある家族は、「個人の尊厳」が保障されていると言うことはできず、本条が想定する家族ということはできないだろう。

今日、人々の家族に対する観念は多様化しており、同性カップルの様に、憲法の制定時には想定されなかった関係を如何に評価すべきかを検討する段階にあると言える。しかし、後述するように、同性婚の議論においては、憲法24条の「婚姻」に同性カップルが含まれるか否かが争点となっているが、憲法24条の「家族」に同性カップルが含まれるか否かについては必ずしも十分に論じられていないのが現状である。

### ⑵　最高裁判例における憲法24条と「家族」

平成27年12月16日の２つの最高裁判決において、最高裁は憲法24

---

[50] 齊藤笑美子「憲法・人権からみたジェンダーおよび親密圏」二宮周平・風間孝『家族の変容と法制度の再構築－ジェンダー／セクシュアリティ／子どもの視点から』233頁（法律文化社、2022年）。

[51] 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ　第５版』（有斐閣、2012年）302頁。

条について下記の様に述べている。

**①　夫婦同姓規定合憲判決**[52]

「憲法24条２項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条１項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものといえる。」

「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条１項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」

**②　再婚禁止期間規定違憲判決**[53]

最高裁は、夫婦同氏規定合憲判決と同様に、24条２項について、婚姻及び家族に関する事項は一次的には国会にあること、24条２項は、国会の立法に際し、「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したもの」と述べる。

さらに、24条１項については、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しており、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。」としている。

**③　小括**

２つの平成27年12月16日最高裁判決（以下、平成27年最高裁判決）が出されるまで、最高裁は、24条の性質について、詳細に検討したことがなかったが、平成27年最高裁判決において、初めて24条の性質について

---

[52] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁。

[53] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2427頁。

詳細な検討を行っている。

夫婦同氏規定合憲判決では、憲法13条、14条に違反しない場合であっても、憲法24条に違反する場合があることが示され、憲法24条の独自の意義が示されており、今後の判例の発展が期待されるところであるが、制度を前提に権利を評価している点には問題があると言えよう。

再婚禁止規定違憲判決では、24条１項により、「婚姻をするについての自由」が保障されることが示された。憲法学説上は、24条１項は「婚姻の自由」を保障しているとされているが、最高裁が「婚姻をするについての自由」と表現していること、そして「婚姻をするについての自由」は「十分尊重に値する」とされていることから、最高裁は博多駅事件[54]やレペタ訴訟[55]との類似性を見出し、尊重される権利の保障の程度が弱いと評価する論者もいる一方で[56]、博多駅事件やレペタ訴訟での「尊重」の用法が異なることを指摘し、権利の保障の程度は弱くないとする論者や「婚姻の自由」を憲法上の権利を認めたと理解する論者もいる[57]。同性カップルに関して言えば、再婚禁止規定違憲判決が、婚姻についてその主体を男女として表現するのではなく、「いつ誰と婚姻をするか」と表現したことに着目し、最高裁は、同性婚を禁止していないとの解釈を示す論者もいる[58]。

いずれにせよ、平成27年最高裁判決をもって、同性カップルの関係を法的に承認することもその権利を保障することが否定されているとも、明言することは困難であると思われる。

---

[54] 最判平成2年7月9日刑集44巻５号421頁。

[55] 最大判平成元年3月8日民集　43巻２号89頁。

[56] 佐々木雅寿「民法733条および民法750条の合憲性」月報司法書士532号76頁（2016年）。

[57] 御幸聖樹「『尊重』の意味－『尊重に値する』ことは権利が認められたことにはならないのか？」大林啓吾、柴田憲司編著『憲法判例のエニグマ』101頁（成文堂、2018年）は、権利の保障の程度は弱くないとする。石埼学「夫婦同氏訴訟」『新・判例解説 Watch　vol.18』31頁（2016年）は、「婚姻の自由」を憲法上の権利を認めたと理解する。

[58] 木村草太「夫婦同姓合憲判決の意味―何の区別が問題なのか？」自由と正義67巻６号、117頁（2016年）。

### 4.1.2　憲法学説における同性カップルについて

榎透の分類によると、同性婚について論じる学説には、５つの立場があるとされる。第一に、憲法上、同性婚は禁止されているとするもの、第二に、憲法上、同性婚は認められないが、同性パートナーシップ制度などは認められるとするもの、第三に、憲法24条の婚姻は異性婚であるが、立法で同性婚を認めることは可能とするもの、第四に、憲法24条の婚姻は異性婚であるが、13条と14条を根拠として同性婚は要請されるとするもの、第五に、憲法24条の婚姻は異性婚に限定されないとするもの、である。この様に、24条の婚姻に同性婚は含まれないとする学説であっても、同性カップルの関係を何等かの形で憲法上保障することまでを否定する学説はほぼないと言える[59]。

以下では、同分類に従い、憲法学説を概観することとする。

#### ⑴　憲法上、同性婚は禁止されているとするもの

少数説ではあるが、憲法24条の婚姻は異性婚であり、24条の家族とは異性同士の夫婦とその子どもであり、同性婚はもちろんのこと同性パートナーシップ制度のような制度も認められないとする学説もある[60]。

仮に、憲法上、同性婚は禁止されており、同性パートナーシップ制度のような制度も認めないとすると、婚姻制度によりその関係を法的に承認される異性カップルと実態としては変わるところのない同性カップルの間に生じる区別が合理的であることが説明される必要がある。しかし、禁止説は、その根拠を憲法24条の「両性」という文言にのみ求めており、説得的であるとは言えない。

#### ⑵　憲法上、同性婚は認められないが、同性パートナーシップ制度などは認められるとするもの

工藤達朗は、「憲法はあらゆる結合を『婚姻』としているわけではない。

---

[59] 榎　透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集第135号27頁（2019年）。

[60] 八木秀次（麗澤大学教授）「日本の家族観に基づく法判断を」https://www.sankei.com/article/20150302-SKUYXEXO2RMYPAXY5VKSNCI5RE/（最終アクセス2023年11月25日）。

『両性』や『夫婦』の言葉からも、男と女の１対１の結合だけを婚姻としている。」とし、「それ以外の共同生活や人的結合の自由は、婚姻の自由に含まれない。男女の１対１の結合だけが、憲法24条１項で保障されているのである。」とする[61]。そして、「同性のカップルや一夫一婦制以外の男女の結合」は、憲法13条の問題であるとする。13条と個別的自由権は一般法と特別法の関係にあり、24条が同性カップルを婚姻としない以上、同性のカップルについては、憲法13条で論じるべきとする[62]。

長谷部恭男は、「男女の１対１の結合が婚姻であることは、制度の核心部分に含まれているので、同性カップルなどを婚姻と取り扱うことはできない、ということになる」としている[63]。

渋谷秀樹は、2017年の著作において、「憲法24条１項は、婚姻が両性の合意のみに基づく契約関係であることを要求」しており、両性とは「当時の社会規範からして男女を意味すると解せざるをえない」として、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」と述べている[64]。

なお、これらの学説においても、同性カップルの権利を何らかの形で保障することを否定はされていない。

例えば、羽渕雅裕は、24条２項が法律は個人の尊厳に立脚して、制定されなければならないと規定していること、「現在においては同性婚を否定する理由は乏しいこと、むしろ同性婚を保護することが同性カップルの子どもの保護につながることを考えると、ドメスティックパートナーシップのような制度を創設することによって同性カップルに対する保護を与えるということは、単に憲法に違反しないというだけでなく、24条２項によって（たとえ暫定的なものであったとしても）ある程度積極的に要請されると解することはできないだろうか。」としている[65]。

---

[61] 工藤達郎「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』（有斐閣、2005年）153 ～ 154頁。

[62] 工藤達朗「結婚するって本当ですか？―憲法における婚姻と家族―」、法学教室276号30頁（2003年）。

[63] 長谷部恭男『憲法　第７版』（新世社、2018年）187頁。

[64] 渋谷秀樹『憲法　第３版』（有斐閣、2017年）462 ～ 463頁。

[65] 羽渕雅裕著『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）104 ～

### ⑶　憲法24条の婚姻は異性婚であるが、立法で同性婚を認めることは可能とするもの

24条は同性婚を想定していないとしながらも、24条は同性婚を禁止するものではないとする学説もある。

木下智文は、「本条は、あくまでも婚姻の自由の保障規定であり、前述の説明も、 同性婚に法律婚としての地位を与えることが要請されていないということにとどまり、同性婚を否定するものではない。同性婚に法律婚としての地位を与えるかどうかは、法律に委ねられているとみるべきである。」とする[66]。

### ⑷　憲法24条の婚姻は異性婚であるが、13条と14条を根拠として同性婚は要請されるとするもの

憲法24条の婚姻は異性婚であるが、13条と14条１項（少なくともどちらか１つ）を根拠として、憲法上同性婚が要請されるとする立場には、以下のものがある。

清水雄大は、憲法24条が「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する」とする趣旨は、旧民法において定められていた戸主の同意権を否定することにあり、同性婚を排除しているわけではないとする。よって、24条は同性婚を禁止していると解すべきとまでは言えないとし、13条によって同性カップルの婚姻の自由が保障され、14条１項により性的指向による差別は認められないとする[67]。

大野友也も、清水雄大と同様に、憲法24条の「両性」という文言は、「同性婚を排除するために採用された文言ではなく、女性が抑圧されていた状況を打開するべき採用された条項である。」とし、24条が同性婚を禁止していると解するべきとまでは言えないだろう。」とするが、「あくまで24条は同性婚を禁止していない、と主張するにとどまる『許容説』と

106頁。

[66] 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2019年）307頁。

[67] 清水雄大「日本における同性婚の法解釈〈下・完〉」法とセクシュアリティ３号４頁（2008年）。

いうことになりそうである。」としている[68]。

### ⑸　憲法24条の婚姻は異性婚に限定されないとするもの

#### ①　中里見博

24条が、「異性愛主義を背景とした文言とそれを乗り越える原理とが同時に存在するという矛盾を抱え込んでいること」を指摘し、立法時の文化的背景や立法者意思だけによるのではなく、「条文が許容する範囲内で、最大限人権拡張的に解釈されるべき」であり、「二四条の普遍的な諸原則に反しない家族形成であるかぎり、たとえそれが同性によるものであっても、二四条はまさに『個人の尊厳』の観点から許容していると考えるべきである。」とする[69]。

#### ②　渋谷秀樹

前述したとおり、2017年の著作において、渋谷秀樹は、同性婚は異性婚と同程度に保障されると解することは、困難であるとしていた。しかし、2022年の論文において、婚姻を「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」と再定義し、「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」とし、見解の変更を表明している[70]。

現行民法及び戸籍法の諸条項を支える立法事実は、「同性愛が精神疾患あるいは性格異常であるとする知見が否定され、さらに世界の動向そして国民意識が大きく変わった以上、婚姻に関する現行民法および戸籍法の諸条項を支える立法事実は根本から変わったと評価しなければならない。」とする。そして、日本においても「同性婚の法的承認は、許容命題から下命命題へと変化を遂げたとみるべきであろう。」とする。婚姻を「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」と再定義し、

---

[68] 大野友也「日本国憲法と同性婚」月報全青司452号13頁（2017年）。

[69] 中里見博「現代改憲論における家族条項改変問題」法律時報77巻９号88頁（2005年）。

[70] 渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割　第３部【第３回】憲法理論からみた同性婚の省察」判例時報2515号112頁（2022年）。

「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」とし、2017年の著作での見解の変更を表明している[71]。

なお、渋谷秀樹は、かつて自説において、憲法の文言上、同性間の婚姻を異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは困難であるとしていたのは、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学」と心理学における知見の変更を知らずに記した見解であったと説明している[72]。

**③　木村草太**[73]

憲法24条１項の「両性の合意のみ」の趣旨について、24条１項が定められた経緯が家制度の否定にあったこと及び文理解釈から、24条１項は、同性婚を禁止していると解することは出来ないとする。

憲法が同性婚を禁止していないとすれば、民法・戸籍法の同性間の婚姻の成立を否定した規定（同性婚否定規定）は、違憲となる可能性が出てくるとして、２つの違憲論を提示する。

一つ目の違憲論は、同性カップルの「婚姻する権利」の侵害と構成することである。しかし、同構成について、木村草太は、同性カップルと異性カップルとの不平等を問題に出来ない弱点があるとし、二つ目の違憲論として、婚姻合意をした相手の性別による区別を不平等として、平等権（憲法14条１項）の侵害を問題とすることを提案する。

一連の結婚の自由をすべての人に訴訟における国側の「婚姻制度の目的は生殖関係の保護」との主張に対し、木村草太は、民法が生殖関係があっても必ずしも婚姻を成立させるわけではないこと、民法が生殖関係のないカップルの婚姻を認めていることを指摘し、婚姻制度の目的は生殖関係の保護だとする国側の主張には説得力はないとする。そして、「婚姻制度の目的は、親密な共同生活関係の保護だと理解せざるを得ず、それが国民意識にも適う」とし、「同性カップルが異性カップルと同様に

---

[71] 渋谷・前掲注69）112頁。

[72] 渋谷・前掲注69）112頁。

[73] 木村草太「婚姻と憲法－同性婚・別姓婚・非婚の共同親権を素材に」法学教室№501、10頁以下（2022年）。

親密な共同生活を営んでいることからすれば、同性婚否定規定による区別は、婚姻制度の目的と関連性のない不合理な区別」だとし、憲法14条１項に違反するとする。

### 4.1.3　憲法14条と同性カップル

異性カップルによる婚姻を法的に認める一方で、同性婚等により同性カップルの関係を保護しないことについては、「性別」による差別とする学説、「社会的身分」による差別とする学説がある。以下では、これらの学説を整理、検討する。

#### ⑴　性別による差別とする学説

性別による差別と構成するものとして、大野友也、清水雄大がいる。大野友也は、性別以外の条件が全て同じの男性と女性がいたと仮定すると、両者がある男性と婚姻を望んだ場合、前者は男性という性別であるがために、婚姻をすることが出来ないとし、これは性別に基づく差別に当たるとする[74]。清水雄大は、同性婚を望む女性がいた場合、現行法上は女性と婚姻をすることが出来るのは男性であるがゆえに、性別を理由とする差別に当たるとする[75]。

一方、松井茂記は、「通常の性差別は男性もしくは女性であることを理由に不利益が課されている場合を指す。」とし、女性が女性と婚姻を望んだとしても婚姻を認められないことは、「相手の性別が問題であって本人の性別が問題なのではない。したがって、同性婚の否定を通常の意味での性差別ということは難しいであろう。」とする[76]。

#### ⑵　社会的身分による差別とする学説

松井茂記は、「おそらく同性婚の否定は、同性愛という個人の性的指

---

[74] 大野・前掲注68）13頁。

[75] 清水雄大「日本における同性婚の法解釈〈下・完〉」Law and Sexuality3（2008年）

[76] 松井茂記『LAW IN CONTEXT　憲法　法律問題を読み解く35の事例』（有斐閣、2010年）４頁。

向に基づく区別ととらえられそうである。」とし、これが憲法14条の列挙事由に当たるとすれば、社会的身分であろうとする。そして、社会的身分とするのであれば、「疑わしい差別というにふさわしいものに限定する必要があろう。おそらく本人ではどうすることもできないような特徴や生まれながらの特徴に限定するのが妥当かもしれない。」とし「もし性的指向が生来のものであって、本人の自発的な選択によって変更できないようなものであれば、これを『社会的身分』にあたるということも可能であろう。」とする。

#### 4.1.4　憲法13条と同性カップル

現在の憲法学界全体として、教科書等で憲法13条と家族関係について明示しているものは少数であるとされる[77]。また、「1970年代からの佐藤幸治、竹中勲論文等で、自己決定権についての研究が進んだが、そこで指摘された家族形成権やリプロダクティブ・ライツについて、具体的に検討した論考は少なく」、今日の憲法学界でも、「女性の人権や同性カップルの人権ないし差別の禁止をそれ自体として研究しようとする機運は低調であるといわざるを得ない。」とされている[78]。

この様に、憲法13条において同性カップルの人権についての議論は現時点において盛んであるとは言えない状況にあるが[79]、憲法13条により、同性カップルの人権を論じようとするのであれば、憲法13条による自己決定権により、婚姻の自由や家族形成の自由を導き出し、同条により同

---

[77] 辻村・前掲注46）98頁。

[78] 辻村・前掲注46）101頁。

[79] 同性婚を13条の問題として扱う論稿として、西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由としてではなく人格権の問題として」関西大学法学論集69巻３号552 ～ 602頁（2019年）、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(1) Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢　183巻１号91-124頁（2018年）、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(2) Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢　183巻４号100-145頁（2018年）、中岡淳「同性婚の憲法的保護の可能性(3) Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢　183巻４号100-145頁（2019年）、がある。

性カップルを保護することが考えられる。

自己決定権の範囲については、一般的行為自由説と人格的利益説との対立がある[80]。前者によった場合、憲法13条の射程は、あらゆる生活領域に関する行為の自由と考えれることになり、婚姻の相手として同性を選択することも自己決定権に含まれることとなろう。後者によった場合は、論者によって、個人の人格的生存に不可欠な利益の内容につき違いはあるが、同性をパートナーとして選択し、婚姻をするということは、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする自己決定とみることは可能であると思われる[81]。よって、いずれの説によってとしても、13条により同性カップルの権利保障を論じることは可能になると思われる。

#### 4.1.5　小括　憲法学説における同性カップル

憲法学説における同性カップルを検討した結果、以下の点が明らかとなった。

第一に、憲法24条の婚姻に同性婚が含まれるか否かについては、学説において統一的な見解が確立しているわけではないことである。

第二に、ほぼ全ての学説において、根拠とする条文、保障の程度又は手段に違いはあれど、同性カップルの関係を法的に承認することを否定していないことである。ただし、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が

---

[80] 土井真一「§13【個人の尊重・生命、自由及び幸福追求権に対する権利・公共の福祉】」長谷部恭男編『注釈日本国憲法⑵国民の権利及び義務⑴』102頁（有斐閣、2017年）。

[81] 人格的利益説に立つ佐藤幸治は、『日本国憲法論』（成文堂、2011年）191頁の注48において「24条１項は『婚姻の自由』」および離婚の自由）を保障した自由権規定であり、憲法は一組の男女とその間に生まれる子どもからなる法律上の家族の保護を目的としていると解する立場に立てば（初宿正典）、それ以外の結合形態（同性ペアが同居する家族や未婚の母と子どもからなる家族など）は13条の問題として捉えられることになろう。」としている。よって人格的利益説に立ったとしても、同性カップルの権利保障について、13条により論じることは可能であると思われる。

大方のところであろう」との評価が妥当なのではないかと思われる[82]。

第三に、ここ十数年で学説の状況が変化してきており、憲法24条の婚姻に同性婚も含まれるとする見解が有力に主張されるようになっていることである。

学説の状況の変化を示すものとして、高橋和之の著作「立憲主義と日本国憲法」中の同性婚についての記述を挙げることが出来る。同書における同性婚の記述は、版を重ねるごとに変化している。例えば、2005年刊行の初版及び2010年刊行の第２版では、「結婚の自由については憲法二十四条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の結婚まではカバーしていないというのが通説である。」とされていた[83]。2013年の第３版では、「しかし、ヨーロッパ諸国やアメリカの州では同性婚を認める例も増加してきている。」という一文が追加され[84]、2017年の第４版では、第３版では、「アメリカ合衆国最高裁は、二〇一五年六月二十六日判決で同性婚を禁止した州法を違憲と判断した」という補足説明が追加された[85]。最新の2020年の第５版では、「同性間の結婚まではカバーしていないというのが通説であった。」とされている[86]。現在、通説は許容説を採用しているが、いずれ憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないとする要請説となる日も来るものと思われる。

以上のことから、憲法学説では、同性カップルの関係を何らかの形で法的に承認することについて否定する学説はほぼないと言ってよいと思われる。よって、憲法の13条、24条、14条のいずれか又は全ての条文を根拠に、入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が何ら保障されていない現状を憲法に違反すると言うことが可能であると思われる。

なお、本稿がいずれの学説によるか等については、後述する第１部国

---

[82] 川岸令和「§24【家族生活における個人の尊厳と両性の平等】」長谷部恭男編『注釈日本国憲法⑵国民の権利及び義務⑴』510頁（有斐閣、2017年）。

[83] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法」（有斐閣、2005年）126頁及び高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第２版」（有斐閣、2010年）139頁。

[84] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第３版」（有斐閣、2013年）145頁。

[85] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第４版」（有斐閣、2017年）153頁。

[86] 高橋和之「立憲主義と日本国憲法　第５版」（有斐閣、2020年）156頁。

内法及び国内判例、第２部国際人権法及び諸外国の状況、の検討を経た上で、終章において論じることとする。

### 4.2　民法における同性カップル

同性婚については、明治民法の立法時には議論の対象とされておらず、その後も概説書等でも、近年に至るまで触れられることはなかったと言われている[87]。

しかし、同性婚を婚姻意思の問題としてとらえ、同性婚の場合には婚姻意思を欠くものとする議論は存在しており、議論が皆無であったわけではない。例えば、中川善之助は、婚姻意思の問題として「婚姻をなすとは、その時代の社会通念に従って婚姻と見られる関係を形成することであり、……同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」とし[88]、我妻栄は、「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意思である。しからば、夫婦関係とは何か、といえば、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである」とし[89]、「同性間の『婚姻』はこの意味では婚姻ではない」としていた[90]。

だが、「1990年代半ば頃から現行制度上で「性中立化」を問う議論が積極的に見られるようになり、特にここ10年間に同性婚の禁止から容認（「禁止していない」を含む）へと全体的な解釈の変化がみられる。」ということが指摘されている[91]。また、概説書等においても、同性婚に関する記述が見られるようになっている。その多くは、当然の前提として民法は１組の男女からなる男女の結合を婚姻と解していることを指摘し、近年の民法上の問題として、同性婚を取り上げているにとどまる[92]中で、

---

[87] 大村敦志『民法読解　新続編』（有斐閣、2015年）32頁～ 33頁。

[88] 中川善之助『親族法　上巻』（青林書院、1960年）158 ～ 159頁。

[89] 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）14頁。

[90] 我妻・前掲注88）18頁。

[91] 田巻帝子「婚姻の性中立化」二宮周平編『現代家族法講座　第２巻　婚姻と離婚』14頁（日本評論社、2020年）。

[92] 近年刊行された概説書で同性婚に関する記述があるものとして、以下のものがある。

窪田充見は、興味深い指摘を行っている。窪田は、「現在の一般的な理解によれば、同性間の婚姻は認められていない」ことを前提としつつ、同性の関係を論じる当たっては、「現在の婚姻法秩序が、こうした同性間の関係を排除しているものなのかという点が、重要なてがかり」となるとし、「現行民法が、異性間の関係のみを前提としていることから、ただちに答えが導かれる」わけではなく、「現行法では用意されていない、そうした同性間の関係をどのように位置付けて、法的に扱うべきか」が問題と指摘している[93]。

民法には、婚姻についての定義規定はなく、性的指向や同性同士で婚姻をすることが婚姻障碍事由とされていないことから、直接的には同性婚を禁止していないと理解されている[94]。しかし、現行民法の規定から同性婚を導き出す要素がないことから、日本家族〈社会と法〉学会は、婚姻の成立に関し「異性又は同性の二人の者は、婚姻をすることができる」とする条文の新設の提案をおこなっており、「夫婦」という文言を性中立的に「婚姻当事者」とすることを提案している[95]。同学会は、現役の家族法研究者の大半が会員であるとされていることから[96]、民法学において、現行民法を改正することで同性婚は実現可能とする見解が通説とはいかないまでも、有力になりつつあると言えると思われる。

---

我妻栄、有泉亨、遠藤浩、川井健、野村豊弘『民法３　親族法・相続法　第４版』（勁草書房、2020年）51頁、本山敦・青竹美佳・羽生香織・水野貴浩『家族法〔第３版〕』（日本評論社、2021年）24頁、本山敦編『逐条ガイド　親族法－民法725条～ 881条』（日本加除出版、2020年）12頁、松岡久和・中田邦博『新・コンメンタール民法（家族法）』（日本評論社、2021年）20頁、常岡史子『家族法』（新世社、2020年）42頁～ 43頁、床谷文雄・神谷遊・稲垣朋子・且井佑佳・幡野弘樹『新プリメール民法５〔第２版〕』（法律文化社、2020年）20頁、前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法Ⅵ　親族・相続　第５版』（有斐閣、2020年）50頁。

[93] 窪田充見『家族法－民法を学ぶ〔第４版〕』（有斐閣、2019年）154 ～ 155頁。

[94] 田巻・前掲注90）17頁。

[95]「家族法改正～その課題と立法　提案」家族〈社会と法〉33号（2017年）21 ～ 236頁。

[96] 二宮周平（2020年）「意見書」28頁。https://www.call4.jp/file/pdf/202008/75c6d7814cd45e67d8d40a879e85d235.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

### 4.3　その他の社会的状況及び国民の意識等について

以下では、国内判例以外における社会的状況を概観し、同性カップルを取り巻く社会的状況の変化を確認する。

#### ⑴　国会

##### ①　法案審議

立憲民主党、共産党、社民党の野党３党により、2019年6月3日、同性婚を可能とするために必要な法整備を行い婚姻の平等を実現するための民法改正案（婚姻平等法案）を国会に提出されているが、審議未了で廃案となっている[97]。

なお、衆議院法制局齋藤法制局参事は、令和3年2月25日の第204回国会予算委員会第三分科において、憲法24条の解釈について、「理論的に幾つかの解釈が成り立ち得ると考えますが、結論から申しますと、少なくとも、日本国憲法は、同性婚を法制化することを禁止はしていない、すなわち、認めているとの許容説は十分に成り立ち得ると考えております。」と答弁していることから[98]、法制局としては少なくとも禁止説に立つものではないと言うことが出来る。

自民党は、2016年5月に概要を取りまとめた「性的指向及び性同一性の多様性に関する国民の理解の増進に関する法律案」[99]を2020年6月に「性的指向・性自認に関する特命委員会」において条文化を進めるための要綱を了承し、法案の成立に向けた作業を進めていたが、2021年6月、自民党内での議論がまとまらず、通常国会への提出を断念した[100]。その後、通称「LGBT 法，LGBT 理解増進法，性的少数者への理解増進法」

---

[97] https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?billId=119802015&searchDiv=2&current=7（最終アクセス2023年11月25日）。

[98] https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/003320420210225001.htm（最終アクセス2023年1月15日）。

[99] https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?billId=119002057&searchDiv=2&current=1（最終アクセス2023年11月30日）。

[100] https://www.nhk.or.jp/politics/articles/feature/62170.html（最終アクセス2023年11月25日）。

として、2023年6月16日に国会で成立し、23日に施行された[101]。

**②　院内集会**

2019年から毎年、同性婚の実現を目的とした国会の院内集会が開催されており、2022年4月22日に行われた院内集会には、議員本人の参加者が、公明党４名、立憲民主党14名、日本共産党７名、国民民主党１名、社会民主党１名、日本維新の会１名、れいわ新選組１名等であったとされる[102]。

2023年には、「第５回目となる今回は、秘書の代理出席を含めて72名の国会議員にご参加いただき、過去最高」となり、議員本人の出席は、44名（自民党５名、公明党３名、立憲民主党21名、日本維新の会３名、共産党８名、れいわ１名、社民２名、沖縄の風１名）とされる[103]。

**③　各党公約**

例えば、2021年10月に行われた衆議院選挙では、自民党を除く各政党が、公約の中で同性婚に触れている[104]。立憲民主党は、性的マイノリティへの差別解消を図る平等法の制定、同性婚の実現を目指すとし、公明党は、同性のカップルを対象にした自治体のパートナーシップ制度の推進と、LGBT への理解を促進するための法案の整備にも取り組むとしている[105]。また、共産党は、同性婚を認める民法改正、LGBT 平等法の制定を[106]、日本維新の会は、同性婚を認め、LGBTQ など性的少数者が不当な差別をされないよう立法措置を講じるべきだとしている[107]。国民民主

---

[101] https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?lawId=0000161546&searchDiv=2&current=5（最終アクセス2023年11月25日）

[102] https://www.marriageforall.jp/blog/20220422/（最終アクセス2023年11月25日）

[103] https://www.marriageforall.jp/blog/20230621_mfajkokkai5th/（最終アクセス2023年11月25日）

[104] https://www.nhk.or.jp/senkyo/database/shugiin/2021/pledge/policy/08/（最終アクセス2023年11月30日）。

[105] https://www.komei.or.jp/special/shuin49/wp-content/uploads/manifesto2021.pdf（最終アクセス2023年11月30日）。

[106] https://www.jcp.or.jp/web_policy/2021/10/post-888.html#_s02（最終アクセス2023年11月30日）。

[107] https://o-ishin.jp/policy/8saku2021.html（最終アクセス2023年11月25日）

党は、「LGBT 差別解消法案」の成立を目指すとし[108]、れいわ新選組は、LGBT などの差別解消や同性婚について法制化するとし[109]、社民党は、同性婚の導入、「LGBT 差別解消法案」を成立させるとし[110]、「NHK と裁判してる党弁護士法72条違反で」は、同性婚の合法化について国会での論議を積極的に求めていくとしている。

2022年の参議院選挙では、自民党及びれいわ新選組以外の主要政党は、LGBT について言及をしている。立憲民主党は、同性婚を可能とする法制度を実現するとし[111]、公明党は、性的指向、性自認に関する性の多様性を尊重する社会を築くことを掲げ[112]、日本維新の会は、同性婚を認め、LGBTQ などの性的少数者が不当な差別をされないための施策の推進を掲げ[113]、国民民主党は、性的マイノリティなどの子どもが互いを理解し、共に学ぶことが出来る「インクルーシブ教育」の環境をつくるとし[114]、日本共産党は、LGBT 平等法を制定し、同性婚を認める民法改正を行うとし[115]、社民党は、同性婚を法制化し、婚姻の自由を等しく保障するとし[116]、NHK 党は、同性婚の合法化について、国会での議論を積極的に求

---

[108] https://new-kokumin.jp/wp-content/themes/dpfp/files/DPFP-Policies-Pamphlet2.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[109] https://reiwa-shinsengumi.com/reiwa_newdeal/newdeal2021_09/#s02（最終アクセス2023年11月25日）。

[110] https://sdp.or.jp/policies/（最終アクセス2023年11月25日）。

[111] https://elections2022.cdp-japan.jp/lifesecurity/09/（最終アクセス2023年11月25日）

[112] chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.komei.or.jp/special/sanin2022/wp-content/uploads/manifesto2022.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[113] chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://o-ishin.jp/sangiin2022/ishinhassaku2022.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[114] chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://new-kokumin.jp/wp-content/uploads/2022/06/aa56be5ada4f88075e277df648acde2e.pdf（最終アクセス2023年11月25日）。

[115] https://www.jcp.or.jp/web_policy/2022/06/202207-saninseisaku.html（最終アクセス2023年11月25日）。

[116] https://sdp.or.jp/information/priority-policy-2022/（最終アクセス2023年11

めていくとする[117]。

このように、自民党以外の各政党は、同性婚や性的マイノリティの差別解消法案等の政策について、積極的な姿勢を示している。

### ⑵　地方公共団体における取組み

2015年の東京の渋谷区と世田谷区のパートナーシップ制度を皮切りに、2023年6月時点で、328の自治体でパートナーシップ制度が導入されており、人口カバー率は70.9パーセントとなっている[118]。その内訳を見ると、大阪市、札幌市、さいたま市、横浜市、大阪市、福岡市のような人口100万人以上の大都市も含まれており、さらに、東京都、大阪府、茨城県、群馬県、三重県、佐賀県のように都道府県単位で導入している地方公共団体も存在している。また、2021年、明石市が同性カップルの関係だけでなく、子どもを含んだファミリーシップ制度を導入した。明石市以外でファミリーシップ制度を導入している地方公共団体は、東京都足立区、大阪市、名古屋市などがある。

### ⑶　民間企業の取り組み

#### ①　婚姻の平等（同性婚の法制化）への賛同

「Business for Marriage Equality」によると、2022年12月23日時点で、337の企業・団体が、婚姻の平等（同性婚の法制化）への賛同を表明しているとされる[119]。賛同企業は、LIXIL グループ、丸井グループ、ライフネット生命、チェリオ、パナソニック、ソフトバンク、ウォルマート・ジャ

---

月25日）。

[117] https://syoha-senkyo.jp/policy/013/（最終アクセス2023年11月25日）。

[118] https://nijibridge.jp/data/（最終アクセス2023年11月25日）。

[119]「Business for Marriage Equality」とは、日本で活動する３つの非営利団体による、婚姻の平等（同性婚の法制化）に賛同する企業を可視化するためのキャンペーンである。公益社団法人　Marriage For All Japan(MFAJ)、NPO 法人　LGBT とアライのための法律家ネットワーク（LLAN）、認定 NPO 法人　虹色ダイバーシティが共同で運営し、同性婚の法制化への賛同企業を募る活動を行っている。http://bformarriageequality.net/info/detail/1918/（最終アクセス2023年11月25日）。

パン／西友などである。また、森・濱田松本法律事務所、アンダーソン毛利友常法律事務所、西村あさひ法律事務所といった最大手の法律事務所を含む24のグローバル・ローファームや16のグローバル金融機関、GE、アマゾン、コカ・コーラ、マイクロソフト、グーグル、IBM、ジョンソン・エンド・ジョンソン、Netflix、クラフトハインツなどが賛同しているとされる[120]。

**②　同性カップルを対象とした商品**

三井住友銀行は、2020年2月27日、住宅ローンの連帯債務型借入における配偶者の定義に、「事実婚の方々」のほか「同性パートナーの方々」を含める対応を開始した[121]。上記サービスの利用には、自治体の発行する同性パートナーシップ証明書またはこれに類する証明書を提出が必要とされている。同種のサービスは、ほかに千葉銀行も実施している。また、みずほ銀行、琉球銀行、三井住友信託銀行、三井住友銀行、横浜銀行、東日本銀行なども、住宅ローンに関する配偶者の定義を同性カップルにも拡大する取組みを実施している。

**⑷　国民の意識**

2019年に実施された性的マイノリティについての意識に関する全国調査では、同性婚の法制化に〈賛成〉は、2019年調査で64.8%、〈反対〉は30.0% であった。2015年と比べて〈賛成〉は13.6ポイント増加した。また、20代の〈賛成〉は、2019年調査で83.8% という高い割合になった[122]。

国立社会保障・人口問題研究所が2018年に実施した「第６回全国家庭動向調査」によると、「男性どうしや、女性どうしのカップルにも、なんらかの法的保障が認められるべきだ」の問いに対する賛成の割合は、

---

[120] http://bformarriageequality.net/accj/（最終アクセス2023年11月25日）。

[121] https://www.smbc.co.jp/news/j602017_01.html（最終アクセス2023年11月30日）。

[122] 釜野さおり・石田仁・風間孝・平森大規・吉仲崇・河口和也（2020年）『性的マイノリティについての意識：2019年（第２回）全国調査報告会配布資料』JSPS 科研費（18H03652）「セクシュアル・マイノリティをめぐる意識の変容と施策に関する研究」（研究代表者　広島修道大学　河口和也）調査班編
http://alpha.shudo-u.ac.jp/~kawaguch/2019chousa.pdf（最終アクセス2022年5月19日）。

75.1% であった。「29歳以下」と「30 ～ 39歳」では　90% を超え、それぞれ92.1% と90.5% という高い割合となった[123]。同研究所が、2022年に実施した同調査では、「男性どうしや、女性どうしの結婚（同性婚）を法律で認めるべきだ」への賛成割合は75.6% となり、2018年と比較して約６ポイント上昇している[124]。

### ⑸　弁護士会の提言

日弁連では、2019年7月18日付けで「同性の当事者による婚姻に関する意見書」を取りまとめ、7月24日付けで法務大臣、内閣総理大臣、衆議院議長および参議院議長宛てに提出している。

日弁連は、同提言の趣旨について、「我が国においては法制上、同性間の婚姻（同性婚）が認められていない。そのため、性的指向が同性に向く人々は、互いに配偶者と認められないことによる各種の不利益を被っている。これは、性的指向が同性に向く人々の婚姻の自由を侵害し、法の下の平等に違反するものであり、憲法13条、14条に照らし重大な人権侵害と言うべきである。したがって、国は、同性婚を認め、これに関連する法令の改正を速やかに行うべきである。」としている[125]。

### ⑹　日本学術会議の提言

2017年9月29日、日本学術会議法学委員会の社会と教育におけるLGBTI の権利保障分科会は、「性的マイノリティの権利保障をめざして―婚姻・教育・労働を中心に」という提言を行っている[126]。同提言では、「婚姻の性中立化（性別を問わないこと）に向けた民法改正の必要性」が

---

[123] 国立社会保障・人口問題研究所「2018年社会保障・人口問題基本調査　第6回全国家庭動向調査　結果の概要（2019年9月13日公表）」58頁 https://www.ipss.go.jp/ps-katei/j/NSFJ6/Kohyo/NSFJ6_gaiyo.pdf（最終アクセス2023年1月1日）。

[124] 「2022年社会保障・人口問題基本調査第７回全国家庭動向調査結果の概要（令和5（2023）年8月22日公表）」89頁（最終アクセス2023年11月25日）。

[125] https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2019/190718_2.html（最終アクセス2023年11月30日）。

[126] https://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf（最終アクセス2023年11月30日）。

提言されている。

### ⑺　在日米国商工会議所からの意見書

在日米国商工会議所は、2018年9月に、「日本政府に対して、LGBT（Lesbian（レズビアン）、Gay（ゲイ）、Bisexual（バイ セクシュアル）、Transgender（トランスジェンダー））カップルにも婚姻の権利を認めること」を提言した[127]。同提言の目的については、「LGBT カップルに婚姻の権利を認めることにより、日本でビジネスを行う企業が、生産性を最大化するための職場環境の基礎的要素である人材の採用や維持、そして多様な従業員の公平な処遇において直面している障害を取り除くことができる。」としている。

## 4.4　小括　国内法及びその他の社会的状況及び国民の意識等について

憲法学説及び民法学説を検討した結果、両学説ともに、同性カップルの関係を何らかの形で法的に承認し、その権利を保障することについて、認容、要請しつつあることが判明した。

国会における法案審議、院内集会、各党公約について検討した結果、立法府において、同性カップルの関係の法的承認が一つの争点となっているという事実が確認された。また、衆議院法制局は、憲法24条は同性婚の法制化を禁止していないと考えていることも明らかとなった。

地方公共団体におけるパートナーシップ制度の導入状況等を検討した結果、パートナーシップ制度の導入が一部地域に限定された現象ではなく、全国的な流れとなっており、その流れは拡大中であるという事実が確認された。

民間企業の取り組みを検討した結果、民間企業においても同性婚の法制化に賛同する企業が多数存在すること、各種商品の販売において、同性カップルを異性カップルと同様に配偶者として扱う動きがあるという事実が確認された。

---

[127] https://static1.squarespace.com/static/5eb491d611335c743fef24ce/t/5eca5ef6063db750f2664cd6/1590320893440/1806_marriage_equality__hrc__.pdf（最終アクセス2023年11月30日）。

各種調査の結果から、同性婚の法制化について、賛成であるとする割合が、６割を超えるという事実が確認された。

弁護士会及び日本学術会議の提言からは、司法及び学術の専門家においても、同性婚を法制化すべきであるという認識が確立され、提言として公表されているという事実が確認された。

以上の検討結果から、憲法学説、民法学説、その他の社会的状況及び国民の意識等においては、同性カップルの関係が法的に承認され、その権利が保障されるべきであるとする考えが確立しつつあるということが確認された。そして、このことから、入管法上、異性カップルと同性カップルを異なる扱いをする合理性がないことを示す事実があるということが言える。

## ５　国内判例等における同性カップル

### 5.1　最高裁判例における家族と同性カップル

最高裁判例において、同性カップルの権利及び「家族」とは何かが直接的に争点となったことはないが、「家族」に関する規定が争点となった事案から、最高裁判例における「家族」を推測すること及び同性カップルが如何に解されるかを推測することは可能である。

渡辺康行は、「尊属殺重罰規定の合憲性」と「婚外子法定相続分規定の合憲性」に関する訴訟を素材に「裁判所･裁判官はいかなる家族観をもって憲法判断を行ってきたのか。」を分析しているが[128]、本稿では、これらの判例に加えて、国籍法違憲判決、性同一性障害者の婚姻に関する平成25年最高裁判決及び夫婦同姓規定合憲判決[129]を加えた検討を行うこととする[130]。特に、非嫡出子相続分差別規定違憲決定に至るまでの最高裁判

[128] 渡辺康行「憲法判例のなかの家族－尊属殺重罰規定違憲判決と婚外子法定相続分規定違憲決定」、駒村圭吾編著『テクストとしての判決『近代』と『憲法』を読み解く』69頁（有斐閣、2016年）。

[129] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁及び最大決令和3年6月23日（判時2501号３頁）。

[130] 春名麻季「最高裁の憲法判例に現れる家族制度―憲法的視点と欧州との比較―」四天王寺大学紀要第68号155頁（2019年）では、最高裁判例を３つのカテゴリー、つまり、第一に、生殖補助医療技術の進歩により提起される問題、第

例の変遷には注目すべき点が多く、重要である[131]。

### ⑴　尊属殺人重罰規定に関する判例

#### ①　昭和25年10月11日最高裁判決[132]

「夫婦、親子、兄弟等の関係を支配する道徳は、人倫の大本、古今東西を問わず承認せられているところの人類普遍の道徳原理（下線筆者）、すなわち学説上所謂自然法に属するものといわなければならない。」

#### ②　昭和48年4月4日最高裁判決[133]

「親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであつて、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義（下線筆者）というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であつて、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するということができる。」

#### ③　小括

①の最高裁判例では、家族における個人よりも、道徳的な家族としてのつながりを重視していることを指摘することができ、家制度の残滓が

---

二に、伝統的家族像に依拠して設けられている法律規定における「個人の尊重」・差別の問題、そして第三に、本来想定されていないにもかかわらず、既存の法律規定によって解決可能とされた問題に分類し検討を行っている。同論文でも、国籍法違憲判決、性同一障害者の婚姻に関連する判例を取り上げて、検討を行っている。

131　最高裁は、平成7年決定において、「現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係している」としており、相続制度から、最高裁の「家族像」を見ることができると言える。

132　最高裁判所刑事判例集４巻10号2037頁。

133　最高裁判所刑事判例集27巻３号265頁。

うかがわれる。一方、②は、尊属殺重罰規定の立法目的に合理的な根拠があると認めながらも、その加重の程度が極端であり、普通殺に関する刑法199条の法定刑に比し、著しく不合理な差別的取り扱いであるとしている。

### ⑵　非嫡出子相続分差別規定違憲決定及び国籍法違憲判決

#### ①　国籍法違憲判決[134]

「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない（下線筆者）父母の身分行為に係る事柄」であるとし、非嫡出子の被る不利益は看過し難いものであるとするなど、非嫡出子の立場への配慮が見られる。さらに、我が国おける社会的、経済的環境等の変化、家族生活や親子関係における意識の変化、家族生活や親子関係の実態の変化・多様化が指摘されている。

#### ②　平成25年非嫡出子相続分差別規定違憲決定[135]

平成７年の合憲決定から平成25年の違憲決定に至るまで、多数意見は、同規定を合憲とし続けたが、反対意見の中には、憲法24条が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れないとする意見が見られた[136]。平成25年の違憲決定では、「その定めの合理性については、個人の尊厳（下線筆者）と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。」、「家族という共同体の中における個人の尊重（下線筆者）がより明確に認識されてきた」といった表現が用いられ、前述した反対意見において主張されていた「個人の尊厳」の影響が随所に見られるものとなった。

さらに、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重（下線筆者）し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されて

---

[134] 最大判平成20年6月4日民集228号101頁。

[135] 最大判平成25年9月4日民集67巻６号1320頁。

[136] 例えば、最大決平成7年7月5日民集49巻７号1789頁の裁判官中島敏次郎、同高橋久子、同尾崎行信、同遠藤光男の反対意見などがある。

きているものということができる。」とし、子どもを個人として尊重する姿勢も見られるものとなった。

**③　小括**

①及び②の「非嫡出子」の存在に着目し、渡辺康行は、前述した昭和48年4月4日の最高裁判決とは異なり、子どもを個人として尊重する傾向が形成されてきたこと、「『尊属に対する尊重報恩』を説いた昭和48年判決と、『法律婚の尊重』を自明の前提としつつ、『家族という共同体の中における個人の尊重』という認識の浸透を説いた平成25年決定との間では相当に変化している。」ことを指摘することが出来るとする[137]。

### ⑶　性同一性障害者の婚姻と子ども

平成25年12月10日最高裁判決[138]の多数意見及び寺田補足意見では、婚姻を夫婦と子どもからなるものとしている。

**①　多数意見**

「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定（下線筆者）についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとすることは相当でないというべきである。」

**②　寺田補足意見**

「現行の民法では、「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男女の（下線筆者）カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結びついている」。「嫡出推定の仕組みこそが婚姻制度を支える柱」としている。ただし、上記は、現行法における理解を示したものであり、異なる立法論を否定するものではなく、基本的にすべて憲法の枠内で国会において決められることであるとしている。

寺田裁判官の意見で特徴的なのは、民法上のという前置きを置いて検討していること、上記以外の理解に基づく「家族」を新しく立法により、

---

137　渡辺・前掲注116）107頁。

138　最高裁判所民事判例集67巻９号1847頁。

創設することを否定していない点にある。

### ⑷　夫婦同姓規定合憲判決[139]

#### ①　平成27年判決の多数意見

同判決では、家族について「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」とし、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである」としている。

また、婚姻については、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということ」とし、法律婚を重視しているように思われる。

このように、同決定において、最高裁は、「夫婦と嫡出子」からなる家族を想定しており、制度を前提に氏を理解しており、上告人が主張する憲法上の権利として保障される人格権の一内容である「氏の変更を強制されない自由」を認めていない点に特徴がある。

なお、令和３年判決の多数意見では、平成27年判決の様な家族及び婚姻についての言及は見られない。

#### ②　平成27年判決の寺田補足意見

「男女間に認められる制度としての婚姻（下線筆者）を特徴づけるのは、嫡出子の仕組み（772条以下）をおいてほかにない」とし、多数意見よりも、「法律婚による夫婦と嫡出子」からなる家族が強く意識されている。特に、嫡出子の重要性が、顕著に表れている点に特徴がある[140]。

#### ③　平成27年判決の岡部補足意見

「世の中の家族は多数意見の指摘するような夫婦とその間の嫡出子のみを構成員としている場合ばかりではない。民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えていることまでは了解するとしても、そのような家

[139] 最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁及び最大決令和3年6月23日（判時2501号３頁）。

[140] 石綿はる美「『家族』の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏」、論究ジュリ№18、84頁（2016年）。

族以外の形態の家族の出現を法が否定しているわけではない。（下線筆者）」とし、多数意見に比して、多様な家族の存在を肯定している。氏についても、多数意見に比して、その重要性を認めており、「個人の尊厳」という文言を用いている点に特徴がある。

**④　令和３年判決の深山卓也、岡村和美、長嶺安政の補足意見**

憲法24条１項の婚姻は、「法律婚であって、これは、法制度のパッケージ（下線筆者）として構築されるものにほかならない。」

**⑤　令和３年判決の三浦守の意見**

「婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つ（下線筆者）である。婚姻が法制度を前提とするものであるにしても、憲法24条１項に係る上記の趣旨は、個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことを中核とするということができる。」

**⑥　令和３年判決の宮崎・宇賀反対意見**

「婚姻自体は、国家が提供するサービスではなく、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会で自生的に成立し一定の方式を伴って社会的に認められた人間の営み（下線筆者）であり、私たちは、原則として、憲法24条１項の婚姻はその意味と解すべきであると考える。」

「家族という概念は、憲法でも民法でも定義されておらず、その外延は明確ではない。社会通念上は、その概念は多義的である。」

「子の氏とその両親の氏が同じである家族というのは、民法制度上、多様な形態をとることが容認されている様々な家族の在り方の一つのプロトタイプ（法的強制力のないモデル）にすぎない（下線筆者）と考えられる。」

**⑦　小括**

平成27年判決と令和３年判決を検討した結果、家族については、大別すると、①一人の男性と一人の女性からなる夫婦とその子どもからなるものとするもの、②①の関係に限定せず、より広い範囲で家族を捉える考え方があるということが明らかとなった。

**⑸　小括**

最高裁判例を分析した結果、最高裁が想定する家族とは、法律婚によっ

て形成される男女の夫婦とその間に生まれた嫡出子ということであることが判明した。論者によっては、最高裁の多数意見が、「家族の形態として夫婦と嫡出子という１つの形態にこだわる向きが窺われる」と評する者もいるが[141]、最高裁はあくまで現行民法の規定する「家族像」を述べているにすぎず、民法が想定していない家族までも否定するという強固な「家族像」を表明しているわけではないと思われる。さらに、非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、社会の変遷が決定に大きな影響を及ぼしていることから、家族に関する規定の解釈には、社会の変遷による影響も無視できず、今後最高裁の「家族像」が変容する可能性も否定できない。その証拠に、各判決の少数意見では、従来の最高裁が示してきた「婚姻」や「家族」と異なる解釈を示すものも増えてきている。

同性カップルについて言えば、再婚禁止期間違憲決定において、憲法24条１項は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたもの」と表現していることが注目に値する。同決定において、婚姻を表する際に、「男女」という文言は、使用されていないことから、最高裁は、同性婚容認の余地を残したとも解釈することもできるように思われる。

### 5.1.2　最高裁判例の考慮要素について

#### ⑴　国籍法違憲判決

本件において、まず、最高裁は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。」とし、日本国籍が重要な法的地位であることを確認した。

そして、非嫡出子という身分については、「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。」とし、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別

[141] 田代亜紀「憲法学における『家族』の位置づけに関する一詩論」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性　辻村みよ子先生古稀記念論集』225頁（日本評論社、2019年）。

を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」とし、より厳しい審査を行うこととした。

次に、審査を行う際の考慮要素として、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」、「社会通念及び社会的状況の変化」を指摘した上で、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあること」、「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。」ことを指摘した。

さらに、諸外国の状況については、「国籍法３条１項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。」ことを指摘する。

そして、「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。」と結論付けた。

### ⑵　非嫡出子相続分差別規定違憲決定

まず、最高裁は、「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情（下線筆者）なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等（下線筆者）を離れてこれを定めることはできない。」ということを確認する。ここで、最高裁は、考慮すべき要素として、「国の伝統」、「社会事情」、「国民感情」、「婚姻ないし親子関係に対する規律」、「国民の意識等」を挙げている。

次に、重要な事柄として、①昭和22年民法改正以降の婚姻や家族の実態の変化、その在り方に対する国民の意識の変化、②本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況が大きく変化し、我が国以外で嫡出子と嫡出

でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にあること、③日本が批准する自由権規約、子どもの権利に関する条約が子どもの出生による差別を禁止していること、④自由権規約及び子どもの権利委員会から本件規定に対して規定の削除の勧告、懸念が表明されていること、⑤我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化し、差別的な取り扱いが改善されていること、⑦昭和54年の法務省民事局参事官室により法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして公表された「相続に関する民法改正要綱試案」、平成６年の同小委員会の審議に基づくものとして公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」、平成８年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」平成22年にも国会への提出を目指して上記要綱と同旨の法律案が政府により準備されたこと、⑧最高裁判例による度重なる問題の指摘、を挙げる。

そして、「種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない。」とする。

前述した事柄について、最高裁は、「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその

子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる。」とした。

### ⑶　小括

国籍法違憲判決では、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」、「社会通念及び社会的状況の変化」、「諸外国の状況」、「日本が批准した条約の規定」を指摘し、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等」が変化しているとし、国籍法が憲法14条に違反すると結論付けた。

非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘」等を総合的に考察している。

以上のことから、最高裁は、法律の違憲性審査に当たって、国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例の状況、日本が批准する人権条約、諸外国の状況を考慮しているということが言える。

## 5.2　下級審判決における同性カップル

数年前まで、性的マイノリティが当事者となった国内判決は、著名な東京都青年の家事件などの数件程度しか存在しない状況にあった[142]。

しかし、近年、下級審判決において、性的マイノリティが当事者となったもの、同性カップルの権利保障が争点となるものが出現している[143]。

---

[142] 東京高判平成9年9月16日判タ986号206頁。

[143] 性的マイノリティが当事者となったものとしては、東京地裁令和元年12月12日判決（LEX/DB25580421）がある。

本件は、経済産業省が、身体的性別及び戸籍上の性別は男性であるが自認している性別は女性である同省職員である原告（性別適合手術、特例法の審判をいずれも受けていない）に対し、執務室から２階以上離れた階の女性用トイレの使用しか認めなかったことなどに対し、国家賠償法１条１項に基づき慰謝料等を請求し、認容された事例。

これまで、国内において、同性カップルの権利保障が争点となったものは、皆無と言ってよく、近年の当事者運動の高まりとセクシャルマイノリティ問題に取り組む弁護士等の増加に伴い、未だその数は少ないものの、増加傾向にある[144]。しかし、下級審判決において統一的な見解が形成されるまでには至っておらず、同性カップルの権利を保障しようとするものもある一方で、同性カップルの権利を認めないものもあるが、これまで、可視化されていなかった同性カップルの権利問題が可視化されるようになったことにより、これからの発展が期待されるところである。

### 5.2.1　同性カップルの権利が争点となった判決

#### 5.2.1.1　同性カップルの一方から不貞行為を行った同性パートナーへの慰謝料請求

**⑴　宇都宮地裁真岡支部令和1年9月18日判決**[145]

**①　事案の概要**

本件は、原告が、原告と同性カップルの関係にあった被告Ａ及び後に被告Ａと婚姻した被告Ｂに対し、被告らが不貞行為を行った結果、原告と被告Ａの同性の事実婚（内縁関係）が破綻したとして、共同不法行為に基づき損害賠償を請求した事案である。

**②　判旨**

「現在の我が国においては、法律上男女間での婚姻しか認められていないことから、これまでの判例・学説上も、内縁関係は当然に男女間を前提とするものと解されてきたところである。」

「しかしながら、近時、価値観や生活形態が多様化し、婚姻を男女間に

---

同性パートナーの権利保障については、大阪地裁令和2年3月27日判決（LEX/DB25570889）がある。

本件原告男性は、約45年同居し、一緒に事務所経営を行う同性パートナーがいたが、同性パートナーの親族らに同性パートナーの葬式の参列等を拒否されたことから、損害賠償等を請求した事案であるが、請求は認容されなかった。

144　東京弁護士会の会報誌 LIBRA2021年1 ～ 2月号の６頁には、同誌の2016年3月号で、性的マイノリティを特集してから「その後わずか数年間における裁判例の蓄積には目覚ましいもの」があると表現されている。

145　宇都宮地真岡支判令和1年9月18日判時2473号51頁。

限る必然性があるとは断じ難い状況（下線筆者）となっている。世界的に見ても、同性のカップル間の婚姻を法律上も認める制度を採用する国が存在するし、法律上の婚姻までは認めないとしても、同性のカップル間の関係を公的に認証する制度を採用する国もかなりの数に上っていること、日本国内においても、このような制度を採用する地方自治体が現れてきていることは、公知の事実でもある。かかる社会情勢を踏まえると、同性のカップルであっても、その実態に応じて、一定の法的保護を与える必要性は高いということができる（下線筆者）（婚姻届を提出することができるのに自らの意思により提出していない事実婚の場合と比べて、法律上婚姻届を提出したくても法律上それができないの場合に、およそ一切の法的保護を否定することについて合理的な理由は見いだし難い。）。また、憲法24条１項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」としているのも、憲法制定当時は同性婚が想定されていなかったからにすぎず、およそ同性婚を否定する趣旨とまでは解されないから、前記のとおり解することが憲法に反するとも認められない。（下線筆者）

そうすると、法律上同性婚を認めるか否かは別論、同性のカップルであっても、その実態を見て内縁関係と同視できる生活関係にあると認められるものについては、それぞれに内縁関係に準じた法的保護に値する利益が認められ、不法行為法上の保護を受け得ると解するのが相当である（下線筆者）（なお、現行法上、婚姻が男女間に限られていることからすると、婚姻関係に準じる内縁関係（事実婚）自体は、少なくとも現時点においては、飽くまで男女間の関係に限られると解するのが相当であり、同性婚を内縁関係（事実婚）そのものと見ることはできないというべきである。）」。

### ⑵　東京高裁令和2年3月4日判決[146]

「以上の事実に照らすと、控訴人及び被控訴人の上記関係（以下「本件関係」という。）は、他人同士が生活を共にする単なる同居ではなく、同性同士であるために法律上の婚姻の届出はできないものの、できる限り社会観念上夫婦と同様であると認められる関係を形成しようとしていた

[146] 東京高判令和2年3月4日判時2473号47頁。

もの（下線筆者）であり、平成28年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったということができる（下線筆者）。したがって、控訴人及び被控訴人は、少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものというべきである。」

「以上の事実に照らすと、控訴人及び被控訴人の上記関係（以下「本件関係」という。）は、他人同士が生活を共にする単なる同居ではなく、同性同士であるために法律上の婚姻の届出はできないものの、できる限り社会観念上夫婦と同様であると認められる関係を形成しようとしていたものであり、平成28年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったということができる。したがって、控訴人及び被控訴人は、少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものというべきである。」

### ⑶ 小括

第一審である宇都宮地裁真岡支部判決は、同性カップルの関係を内縁に準じる関係としている一方で、控訴審である東京高裁令和2年3月4日判決は、同性カップルの関係を「理念的には原審よりも同性間の内縁の保護をさらに進めたといえる」と評価されている[147]。また、宇都宮地裁真岡支部判決は、「憲法24条の基底にも反しないと踏み込んでいる点は、注目に値する。」と評価されている[148]。さらに、東京高裁判決では、同性婚を認めている国・地域、登録パートナーシップ等についても言及しており、「現代の社会情勢をより正確に認識していることが注目される。」と評されている[149]。また、同判決では、「同性カップルの共同生活関係は、『事実婚』としての法的評価を受けたといえる」とし、その評価の背景に

[147] 森山浩江「同性パートナーシップと法的保護」ジュリストNo.1557、63頁（2021年）。

[148] 新島一彦「同性カップルに対する法的保護の可能性－LGBTに関する最近の動向を踏まえて―」平成法政研究第25巻第２号262頁（2021年）。

[149] 新島・前掲注131）262頁。

は「控訴審がより正確に事実を指摘した近時の社会情勢に対する認識がある。」と評価されている[150]。

筆者としても、第一審が、当該同性カップルにも「内縁関係に準じた法的保護に値する利益」が認めれるとしたのに対し、控訴審が、当該同性カップルの関係を「婚姻に準ずる関係」とした点に注目したい[151]。いずれの判決もその程度に違いはあれど、同性カップルの関係が何らかの形で保護されるべきとされている点は、注目に値する。本件は、東京高裁に控訴された後、最高裁に上告されたが、令和3年3月17日に上告が棄却され確定している。

なお、2022年2月14日の報道によると、日本国籍の女性と６年間に渡り、日本で生活をした後に、関係を解消し別居したドイツ国籍女性が行った財産分与の申し立てについて、横浜家裁は、「日本の法律は婚姻および離婚の当事者を『夫婦』または『父母』と規定するなど異性間でのみ認めていることは明らかだ」などとしたうえで「婚姻の実質的要件を欠く場合にまで内縁の夫婦関係と認め、婚姻に関する規程を適用するのは現行の法律の解釈上困難だ」と指摘し、申し立てを却下したされる[152]。この様に、国内裁判例においては、未だ同性カップルを法的に如何に取り扱うかについては、定まっていない状態にある。

#### 5.2.1.2　犯罪被害者給付金

##### ⑴　名古屋地裁令和2年6月4日判決[153]

##### ①　事案の概要

原告男性と共同生活を継続していた男性が、原告と交際していた別の男性（以下「本件加害者」という。）に殺害された。本件は、原告が、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律（以

[150] 二宮周平「同性カップルの事実婚としての法的保護」法学新報127巻３・４号、466頁（2021年）。

[151] 但し、第一審は慰謝料を110万としているのに対し、控訴審は慰謝料を100万円と評価していることから、第一審よりも控訴審の方が、明らかにより同性カップルの権利を保障しているとは言えないと思われる。

[152] https://www.tokyo-np.co.jp/article/160210（最終アクセス2023年11月26日）。

[153] 名古屋地判令和2年6月11日判タ1482号131頁。

下「犯給法」という。）５条１項１号にいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」として同号所定の「犯罪被害者の配偶者」に該当するなどと主張して、遺族給付金（犯給法４条１号）の支給の裁定を申請したところ（以下「本件申請」という。）、愛知県公安委員会から、犯給法５条１項１号所定の「犯罪被害者の配偶者」とは認められないとして、遺族給付金の支給をしない旨の裁定（以下「本件処分」という。）を受けたことから、その取消しを求めた事案である。

**②　判旨**

「犯給法の目的が、社会連帯共助の精神に基づいて、租税を財源として（下線筆者）遺族等に一定の給付金を支給し，国の法制度全般に対する国民の信頼を確保することにあることに鑑みると，犯給法による保護の範囲は社会通念により（下線筆者）決するのが合理的である。」

「同性間の共同生活関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいるとは評価できるものの、同性間の共同生活関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置付けるかについては、いまだ社会的な議論の途上にあり、本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得るとの社会通念が形成されていたということはできないというほかない。（下線筆者）。以上のとおり、本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係が婚姻関係と同視し得るものであるとの社会通念が形成されていたとはいえず、本件処分当時においては、同性の犯罪被害者と共同生活関係にある者が、個別具体的な事情にかかわらず、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」（犯給法５条１項１号）に当たると認めることはできないというべきである。」

### ⑵　名古屋高裁令和4年8月26日判決[154]

本件は、前述した名古屋地裁令和2年6月4日判決の控訴審である。

（判旨）

「同性間の共同生活関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいるとは評価できるものの、同

[154] 名古屋高判令和4年8月26日判タ1506号48頁。

性間の共同生活関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置付けるかについては、いまだ社会的な議論の途上にあり、本件処分当時の我が国において、犯罪被害者給付金制度を含む法体系全般において、同性間の共同生活関係を、異性間の共同生活関係ないし婚姻関係と同視することが要請されるとの社会的な意識が醸成されていたとは認め難い。（下線筆者）」とし、同性の犯罪被害者と共同生活関係にある者が、個別具体的な事情にかかわらず、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」（犯給法５条１項１号）に当たると認めることはできないとした。

### ⑶　小括

両判決は、ともに同性パートナーは、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」（犯給法５条１項１号）に当たると認めることはできないとしている。

名古屋地裁令和2年6月4日判決では、同性カップルの関係が、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律（以下、犯給法）における「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に当たるか否かが争点となった。本件は、犯給法による保護の範囲は、社会通念により決するのが合理的であるとしている点に特徴がある。さらに、本判決は、原告が主張した事実（地方公共団体によるパートナシップ制度等）を消極的に評価し、本件処分当時の国内の状況からは、同性カップルの関係を婚姻関係と同視し得る社会通念が形成されていたとは言えないと結論付けている。しかし、社会通念を根拠とすることについては、疑問が呈されている[155]。

一方、名古屋高裁は、「憲法24条は（下線筆者）、憲法制定当時に同性婚が想定されていなかったため、このような定めとなっており、同性婚を禁止した趣旨とは解されない（下線筆者）。」とし、憲法上同性婚は禁止されていないとする。そして、性的指向については、「性的指向（性

[155] 二宮・前掲注133）470頁以下。渡邉泰彦「同性カップルが犯給法５条１項１号の『事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当するか」新・判例解説Watch28号128頁（2020年）。

愛を抱く相手が異性か同性か)、性自認（自分の性別についてのアイデンティティ）は、生物学的基盤によるものであると解されており、自らの意思や努力によって変えることのできない属性（下線筆者）であるというべきである。」とし、「このように自らの意思や努力によって変えることのできない生物学的基盤による属性の違いによって、結果的に別異の取扱いが生ずることについては、慎重であるべき（下線筆者）といえる。したがって、同性パートナーについて、婚姻自体は認めなくても、法的に様々な保護をする立法がされ、同性パートナーについて、異性パートナーないし異性婚姻関係と同視することが要請されるとの社会的な意識が醸成されていた場合には、犯罪被害者給付金の給付において、同性パートナーについて異なる扱いをすることが、立法府の合理的な範囲の裁量権を逸脱したと評価される可能性がある（下線筆者）。」とし、今後の社会的な意識如何によっては、憲法14条に違反する可能性があるとしている点が注目されるところである。

### 5.2.2　結婚の自由をすべての人に訴訟

#### 5.2.2. 1　はじめに

##### ⑴　検討判決について

同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定が、憲法13条、14条、24条１項、24条２項に違反するか否かが争点となった一連の「結婚の自由をすべての人に訴訟」の地裁判決を検討する。2023年11月現在、札幌地裁、大阪地裁、東京地裁、名古屋地裁、福岡地裁による判決が出されており、その全てを検討の対象とする。

検討する争点は、①憲法13条、②憲法14条、③憲法24条１項、④憲法24条２項、とし、国家賠償法に関する争点については検討しないこととする。

##### ⑵　検討方法について

各地裁判決の検討順については、判決が出された順に行うこととする。その理由は、後続の地裁判決が先行の地裁判決の影響を受けていることによる。後述するように、東京地裁判決以降、その傾向が顕著に見られる。出された順に検討を行うことで国内裁判所の議論の発展状況が明確

となるとともに、国内裁判所の議論の傾向が示され、国内裁判所における判断基準を抽出することが可能となるはずである。

各争点の検討順については、①憲法24条１項、②憲法13条、③憲法14条、④憲法24条２項、とする。まず、24条１項から検討を開始する理由は、24条１項の「婚姻」の解釈が、憲法13条、14条、24条２項、の解釈に大きな影響を及ぼしているからである。上記①以降は、重要度が低いものから順に検討を行うこととした。重要度の判定は、各争点を検討した地裁の数、判決文中の重要度により決定した。上記②は、検討した地裁の数が最も少ないことから検討順位を２番手とした。上記④は、札幌地裁判決以外の４つの地裁判決において重点的に検討されていること、同性カップルを24条２項の「家族」として捉えることが持つ可能性、から最も重要な争点であると判断し４番手とした。

### ⑶　各判決の概要について

ここでは、各論点の検討に入るに当たり、各地裁判決の概要を整理する。

#### ①　札幌地裁判決[156]

札幌地裁判決は、①憲法24条１項・２項、②憲法13条、③憲法14条という検討順序を採用している。残りの４地裁判決と異なり、①の検討は控えめなものとなっている一方で、③の検討を重点的に行い、憲法14条に違反するとした点に特徴がある[157]。憲法14条の判断においては、性的指向を「自らの意思に関わらず決定される個人の性質」であるとし、性別、人種などと同様のものとした上で、区別取扱いが合理的根拠を有するか否かは、「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」としている点が特筆に値する。

#### ②　大阪地裁判決[158]

大阪地裁判決は、①24条１項、②憲法13条、③24条２項、④憲法14条

[156] 札幌地判令和3年3月17日判時2487号３頁。

[157] 同様の評価をするものとして、白水隆「異性婚限定制度違憲訴訟」ジュリストNo.1570　16頁（2022年）。

[158] 大阪地判決令和4年6月20日訟月68巻12号1563頁。

という検討順序を採用し、③の検討を重点的に行っている。婚姻によりもたらされる「公益に係る利益」を人格的尊厳に関わる重要な人格的利益とする点に特徴があるが、民主的過程における議論が途上であることを重視し、将来的に24条２項に違反する可能性を指摘しつつも、立法裁量の逸脱を認めなかった。また、性的指向を本人の意思や努力によっては変えることができない事柄である為、より慎重に検討される必要があるとしながらも、14条についても合理的な立法裁量を理由に違憲性を認めなかった。

**③　東京地裁判決**[159]

東京地裁判決は、①24条１項、②憲法14条、③24条２項という検討順序を採用し、③の検討を重点的に行っている。なお、13条については、原告が13条違反を主張していない為、検討対象外となっている。

本判決で特筆すべきは、札幌地裁判決及び大阪地裁判決では示されなかった同性カップルの関係を憲法24条２項の「家族」と捉えるという視点を示したことにある。同性カップルを24条２項の「家族」として捉える視点は、後続の名古屋地裁判決及び福岡地裁判決に引き継がれている。さらに、現行法上、同性カップルに対して家族となるための法制度が存在しないことを憲法24条２項に違反する状態であるとしたことも特筆に値する。

また、東京地裁判決では、認定事実中の「⑴性的指向、性的少数者に関する知見等」の「イ同性愛に関する知見の変遷」としてヨーロッパ人権条約及び自由権規約委員会等に関する言及がなされている点も注目に値する。

**④　名古屋地裁判決**[160]

名古屋地裁判決は、①24条１項、②24条２項、③憲法14という検討順序を採用し、②の検討を重点的に行っている。なお、13条については、原告が13条違反を主張していない為、検討対象外となっている。②の検討に当たっては、東京地裁と同様に同性カップルを24条２項の家族として捉えている。

---

159　東京地判令和4年11月30日裁判所ウェブサイト。

160　名古屋地判令和5年5月30日裁判所ウェブサイト。

本判決で特筆すべきは、５地裁判決において唯一、本件諸規定が憲法24条２項及び憲法14条に違反すると明示したことである。東京地裁判決は、同性愛者がパートナーと家族となる法制度については多様なものが想定され、それが立法裁量に委ねられており、その方法も現行の婚姻制度に限定されないことから、24条２項に違反しないとした。しかし、名古屋地裁判決は、「累計的には膨大な数になる同性カップルが現在に至るまで長期間にわたって」「重大な人格的利益の享受を妨げられている」ことを重視し、国会の立法裁量を超えるものと判断している点が特筆に値する。

また、本判決の特徴としては、国際人権法について言及している点にある。本判決は、認定事実中の「⑶性的少数者の権利保護をめぐる各種国際機関等の動向」として、国連の条約機関の動向等に言及している。東京地裁判決及び福岡地裁判決においても、認定事実中に国際人権法に関する言及が見られるが、その分量は、本判決が最多である。さらに、24条２項の違憲性判断においても、国連の条約機関等からの勧告について言及が見られる。

**⑤　福岡地裁判決**[161]

福岡地裁判決は、①24条１項、②憲法13条、③憲法14条、④24条２項という検討順序を採用し、④の検討を重点的に行っている。

④の検討に当たっては、東京地裁と同様に同性カップルを24条２項の家族として捉えている。本判決は、東京地裁判決と同様に、憲法24条２項に違反する状態にあるという判断を示した。検討順序や検討内容も東京地裁判決に近いものがある。

福岡地裁判決の特徴としては、24条２項の違憲性の判断において、国連の決議、自由権規約委員会、社会権規約委員会からの懸念、勧告を立法事実として参照していることにある。

### 5.2.2.2 「婚姻」及び「婚姻の本質」について

ここでは、各地裁判決における「婚姻」及び「婚姻の本質」について確認し、論じることとする。その理由は、各地裁判決の「婚姻」及び「婚

[161] 福岡地判決令和5年6月8日裁判所ウェブサイト。

姻の本質」の捉え方が各論点の解釈に影響を及ぼしていることによる。

**⑴　札幌地裁判決**

「婚姻の本質は、両性（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にあると解される（最高裁昭和61年（オ）第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻６号1423頁参照）

「婚姻とは、婚姻当事者（下線筆者）及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為（下線筆者）であると解される」

**⑵　大阪地裁判決**

「婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むこと（下線筆者）」

「婚姻とは、二当事者（下線筆者）の永続的かつ真摯な精神的・肉体的結合関係について法的承認が与えられる（下線筆者）とともに、その地位に応じて法律上の効果が生ずることにより様々な法的保護等の利益を享受し得る制度（下線筆者）」

**⑶　東京地裁判決**

「婚姻の本質は、当事者（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にある」

「婚姻は、その社会において「婚姻」とする旨の承認を得た人的結合関係（下線筆者）をいうものと解される」

**⑷　名古屋地裁判決**

「婚姻の本質は、両当事者（下線筆者）において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にある」

「婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法890条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条１項等）などの重要な法律上の効果が与えられるもの（下線筆者）とされている」
「婚姻は、正当な男女の結合関係を承認するものとして存在し、男女の生活共同体として、その間に生まれた子の保護・育成、分業的生活共同体の維持を通じ、家族の中核を形成するものであると捉えられてきた」
「婚姻は、男女が共同生活を送りながら、子を産み育て、次世代へ承継していく営みにおいて、重要かつ不可欠な役割を果たしてきたもの」

**⑸　福岡地裁判決**

「婚姻の本質は、両当事者（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）（最高裁判所昭和61年（オ）第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻６号1423頁参照）」である。
「現行法上、婚姻とは、当事者（下線筆者）が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことを市町村長に届け出、市町村長がこれを受理することで、当事者間に各種の法的権利義務を伴う身分を発生させ、身分関係を公証し、これに公的な保護が与えられる制度（下線筆者）であると認められる。」

**⑹　検討**

**①　札幌地裁判決と４地裁判決との違い**

婚姻の本質に関する札幌地裁判決と残りの４地裁判決の大きな違いは、その主体にある。つまり、札幌地裁判決は、婚姻の本質の主体を「両性」と表現しているが、残りの４地裁判決は、「当事者」、「両当事者」とし、主体の性別を問題としていない。婚姻の本質の引用判例が明示されているのは、札幌地裁判決及び福岡地裁判決のみであるが、婚姻の主体以外の表現については、ほぼ全地裁判決で一致していることから、引用判例は共通しているものと思われる。なお、婚姻の本質について、大阪地裁判決では「公的承認」という文言が追加されている。

**②　何故、婚姻の本質及び婚姻の主体を「両性」としなかったのか**

仮に引用判例のとおり、婚姻の本質の主体を「両性」とした場合、婚

姻の本質を備えることが出来るのは異性カップルのみであるとする解釈が可能となり、同性カップルは、婚姻の本質を備えることは出来ないと結論付けられてしまう。そうなった場合、24条１項の「婚姻」には同性婚は含まれないとした以上、同性カップルの関係を婚姻又はその他の方法により、法的に保障する道は完全に断たれてしまうことになる。そうならない為に、あえて婚姻の本質の主体を「両性」としなかったのではないかと思われる。前述したとおり、札幌地裁判決は、婚姻の本質の主体を「両性」としているが、婚姻に関する記述においては「婚姻当事者」という文言を用いていることから、札幌地裁判決もまた、婚姻の本質において、「両性」は重要な要素ではないと解しているように思われるのである[162]。そうでなければ、14条違反とした結論との整合性がつかないからである。

筆者は、「婚姻の本質」の主体から「両性」を除いたことが、各地裁判決の24条の解釈等において重要な役割を果たしたと考えているが、詳細な検討については、後述することとする。

#### 5.2.2.3　憲法24条１項の「婚姻」に同性婚は含まれるのか

**⑴　札幌地裁判決**

「同条の制定経緯に加え、同条が『両性』、『夫婦』という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である。そうすると、同条１項の『婚姻』とは異性婚のことをいい、婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定が同性婚を認めていないことが、同項及び同条２項に違反すると解することはできない。」

**⑵　大阪地裁判決**

「憲法24条の文理や制定経緯等に照らすと、同条１項における『婚姻』は、異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含むものではないと認めるの

[162] 同様の解釈をするものとして、中岡淳「判例研究　同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の憲法適合性」115頁。

が相当である。そうすると、憲法24条１項が同性間の婚姻について規定していない以上、同条により社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみであるといえ、同項から導かれる婚姻をするについての自由も、異性間についてのみ及ぶものと解される。以上によれば、本件諸規定が憲法24条１項に違反するということはできないというべきである」

「憲法24条１項が異性間の婚姻のみを定めているからといって、同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまで解するべきではない。そこで、本件諸規定については、憲法24条１項に違反しないとしても、同項の上記解釈を前提として、同条２項適合性を検討することが相当である」

**⑶　東京地裁判決**

「憲法24条１項が法律婚制度の構築を求めた同条の『婚姻』について、異性間の婚姻のみならず同性間の婚姻も含むものと解することができるかについて検討する。」

「まず、憲法24条１項は、『両性』、『夫婦』という男性と女性を示す文言を用いている。この点について、憲法24条の制定経緯をみると」「一貫して男性と女性を示す文言が用いられており、これを踏まえて最終的には『男女相互ノ合意』に代えて『両性の合意』という文言が用いられたことが認められる」「そうすると、これらの文言からは、同条にいう『婚姻』は、異性間の婚姻を指すものと解するのが自然である。」

「憲法制定時の帝国議会における審議の過程においても同性間の婚姻について議論が行われた形跡は見当たらず、婚姻は男女間のものであることが当然の前提とされていたことがうかがわれ、これは、憲法24条等の制定に伴い改正された現行民法の審議の過程においても同様である」

「そうすると、憲法24条にいう「婚姻」とは、異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻を含まないものと解するのが相当である。」

「我が国においても、同性愛に対する差別・偏見を解消しようとする動き、同性カップルに一定の法的保護を与えようとする動きがあることは前述のとおりであるものの、現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認があるものとまで

は認め難いものといわざるを得ない。したがって、憲法制定時からの社会状況の変化等を踏まえても、現段階において、憲法24条の「婚姻」について、これに同性間の婚姻を含まないという前記ウの解釈が不当であり解釈を変更すべき状態となっているものということはできない。」

**⑷　名古屋地裁判決**

「憲法24条の文理や制定経過等によれば、少なくともその制定当時において、同性間に対して民法及び戸籍法等の法律によって具体化された法律婚制度を及ぼすことが、同条１項の趣旨に照らして要請されていたとは解し難い。」

「同条の主眼は、明治民法下の家制度を改め、戸主同意権を廃するなど、婚姻を含む家族生活について民主主義の基本原理である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定める必要から設けられたものであると解される。そして、同性間の結合が「婚姻」に含まれるかについての議論がなされた形跡はないこと（認定事実⑵ウ（イ））を考慮すれば、同性間に対して現行の法律婚制度を及ぼすことが、同条１項の趣旨に照らして禁止されていたとまではいえないと解される。」

「婚姻制度は伝統的には男女の結合関係を前提としてきたものであり、婚姻制度の趣旨に対する理解において、依然として、自然生殖の可能性と完全に切り離されたとはいえない状況にある（前記オ）。そして、伝統的な制度及び価値観を重視する立場の国民も一定の割合を占めている中で（前記カ）、法律により具体化された現行の法律婚制度の対象をそのまま拡大させることにより、婚姻当事者以外の者や既存の婚姻制度の適用対象者に影響が生じ得るにもかかわらず（前記キ）、同性カップルを保護するために現行の法律婚制度以外の方法を選択するという可能性を排除して、憲法が一義的に、同性間に対しても現行の法律婚制度を及ぼすことを要請するに至ったとは解し難いといわざるを得ない。」

「現時点においても、現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことが、憲法24条１項の趣旨に照らして要請されていると解することは困難であるから、婚姻をするについての自由が同性間に対して及ぶものであるとは認められず、同性間に婚姻を認めていない本件諸規定が、同条項に違反するものとはいえない。」

### ⑸　福岡地裁判決

「憲法24条１項が同性愛者間の婚姻の自由を保障するものといえるか否かについて検討すると、憲法24条１項の「両性」及び「夫婦」という文言からは、同条が男女の婚姻を想定しているものと解さざるを得ない。」

「憲法24条１項の制定時において同性婚は想定されていなかったものと認められ、当該規定は同性婚を禁止する趣旨であるとはいえないものの、同条でいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、同性婚を含むものではないと解するのが相当である。」

「婚姻についての社会通念や国民の意識、価値観は変遷し得るものであり、こうした社会通念等の変遷により同性婚が異性婚と異ならない実態と国民の社会的承認がある場合には、同性婚は「婚姻」に含まれると解する余地があると言い得る。」

しかし、「婚姻についての社会通念や価値観が変遷しつつあるとは言い得るものの、同性婚が異性婚と変わらない社会的承認が得られているとまでは認め難いところである。したがって、同性婚を憲法24条１項の「婚姻」に含むと解釈することは少なくとも現時点においては困難であり、原告らの上記主張を採用することができない。」

### ⑹　検討

全ての地裁判決において憲法24条１項の「婚姻」に同性婚は含まれないとする結論は、共通している。その理由も、24条の文言の意味の一般的な解釈及び制定経緯によっている点も共通している。さらに、憲法24条１項は、同性婚を禁止していないという点についても共通している。但し、福岡地裁判決は、社会通念等の変遷により、24条１項の「婚姻」に同性婚が含まれ得る点を指摘しており、注目される。

しかし、現時点では、国内裁判所においては、24条１項の「婚姻」に同性婚は含まれないとする解釈が確立していると見るよりほかにないと言える。

#### 5.2.2.4　13条について

原告側から13条違反が主張されているのは、５地裁判決のうちの札幌、大阪、福岡の３地裁のみとなっている。ここでは、各地裁判決中の13条

に関する記述を抜粋し、検討を加える。

### ⑴ 札幌地裁判決

「憲法24条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね、同条１項はその裁量権の限界を画したものと解されることは上記⑴において説示したとおりであり、同条によって、婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない。同性婚についてみても、これが婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであり、婚姻及び家族に関する個別規定である同条の上記趣旨を踏まえて解釈するのであれば、包括的な人権規定である同法13条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である。」

### ⑵ 大阪地裁判決

「婚姻及び家族に関する事項は、憲法24条２項に基づき法律によって具体的な内容を規律するものとされているから、婚姻及び家族に関する権利利益等の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ、法律によって定められる制度に基づき初めて具体的に捉えられるものである。そうすると、婚姻をするについての自由は、憲法の定める婚姻を具体化する法律に基づく制度によって初めて個人に与えられるか、又はそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益であるということはできない。」

「したがって、憲法24条が異性間の婚姻のみを定めており、これを前提とする婚姻制度しか存在しない現行法の下では、同性間で婚姻をするについての自由が憲法13条で保障されている人格権の一内容であるとはいえない。また、包括的な人権規定である同条によって、同性間の婚姻制度を含む特定の制度を求める権利が保障されていると解することもできない。」

### ⑶ 福岡地裁判決

「婚姻とは当事者の意思を前提に各種法律によりその要件が定められ、

これを満たしたときに一律に権利義務が発生する法律上の制度であり、当事者の意思のみによってその要件や効果を決定できるものではなく、婚姻を基礎とした家族の形成も当事者の意思によりその要件や効果が全て定まるものではない。このように婚姻に関して、法律により要件が定められている理由は、婚姻自体が国家によって一定の関係に権利義務を発生させる制度であることからの当然の帰結であって、同性愛者の婚姻の自由や婚姻による家族の形成という人格的自律権が憲法13条によって保障されている憲法上の権利とまで解することはできない。したがって本件諸規定は憲法13条に違反しない。」

#### ⑷　検討

いずれの地裁判決も、民法及び戸籍法の諸規定は、憲法13条に違反しないとする。そして、その理由付けにも共通性が見られる。つまり、婚姻とは制度であるから、憲法13条により同性愛者の婚姻の自由などは保障されないとするのである。婚姻は制度であるという理解は、夫婦同氏合憲判決で示されたものと同一であり、真新しさは感じられない。さらに、判決文中に占める分量からも、主たる争点にする気はないことを読み取ることが出来る。よって、13条を主軸とし、本件諸規定の違憲性を主張することには困難が伴うということが出来る。

### 5.2.2.5　14条について

14条違反については、全ての地裁において争点となっているが、検討の度合いには差がある。札幌地裁は、14条を主要な争点としているが、残りの４地裁は、主要な争点を24条２項としている。

#### ⑴　審査枠組

##### ①　札幌地裁判決

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、再婚禁

止期間違憲訴訟大法廷判決等）。」

**②　大阪地裁判決**

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、最高裁平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻８号2427頁等）。」

**③　東京地裁判決**

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、平成27年再婚禁止期間大法廷判決、平成27年夫婦同氏制大法廷判決等参照）」

**④　名古屋地裁判決**

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、最高裁昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁等）」

**⑤　福岡地裁判決**

「憲法14条１項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解される（最高裁判所判所昭和37年（オ）第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻４号676頁、同裁判所昭和45年（あ）第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻３号265頁、同裁判所平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻８号2427頁参照）。」

**⑥　検討**

審査枠組は、全ての判決において共通であり、「憲法14条１項は、法

の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである。」とする。そして、引用判例も共通しており、国籍法違憲判決、再婚禁止期間違憲判決、夫婦同氏制度合憲判決において引用された判例と再婚禁止期間違憲判決及び夫婦同氏制度合憲判決が引用される形となっており、審査枠組は定型的で独自性は見られず、審査枠組が各地裁判決の結論の違いを導いたとは言えない。

### ⑵　立法裁量

#### ①　札幌地裁判決

「憲法24条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねたものである。」「同条及び13条によって、同性間の婚姻をするについての自由や同性婚に係る具体的制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されることにも照らすと、立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有していると解するのが相当である。」

#### ②　大阪地裁判決

「同法24条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきとの要請、指針を示すことによって裁量の限界を画したものであるから、婚姻制度に関わる本件諸規定が、国会に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合に、当該区別は、憲法14条１項に違反するものと解するのが相当であるというべきである（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻６号1320頁参照）。」

#### ③　東京地裁判決

「憲法24条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的に国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものであ

るから、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、立法府に与えられた上記の裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条１項に違反するものということができる（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻６号1320頁参照）。

**④　名古屋地裁判決**

「同条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的に国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものである（再婚禁止期間大法廷判決、夫婦同氏制大法廷判決参照）。」

「そうすると、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、立法府に与えられた上記の裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条１項に違反するものということができる（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定・民集67巻６号1320頁参照）。」

**⑤　福岡地裁判決**

「憲法24条２項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的に国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものであるから、婚姻及び家族に関する事項についての区別取扱いについては、立法府に与えられた上記の裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条１項に違反するものと解される（最高裁判所平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻８号2427頁参照）。」

**⑥　検討**

札幌地裁判決は引用判例が明示されていないが、大阪地裁判決、東京地裁判決、名古屋地裁判決は、平成25年9月4日の最高裁判決を引用している。福岡地裁判決は、平成27年12月16日の最高裁判決を引用しており、各地裁判決において大きな違いはない。

### ⑶　区別取扱について

#### ①　札幌地裁判決

「本件規定は、異性婚についてのみ定めているところ、異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を享受するか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を享受することはできない。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で区別取扱いがあるということができる（以下「本件区別取扱い」という。）。」

「以上のことからすると、立法府が、同性間の婚姻及び家族に関する事項について広範な立法裁量を有していることは、上記（1）で説示したとおりであるが、本件区別取扱いが合理的根拠に基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるかは、検討されなければならない。」

#### ②　大阪地裁判決

「婚姻の本質は、自分の望む相手と永続的に人的結合関係を結び共同生活を営むことにある以上、同性愛者にとっては、異性との婚姻制度を形式的には利用することができたとしても、それはもはや婚姻の本質を伴ったものではないのであるから、実質的には婚姻をすることができないのと同じであり、本件諸規定はなお、同性愛者か異性愛者かによって、婚姻の可否について区別取扱いをしているというべきであって、これを単なる事実上の結果ということはできない。」

「かえって、本件区別取扱いは、上記のとおり、性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると、本件区別取扱いの憲法適合性については、このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要がある（下線筆者）。」

#### ③　東京地裁判決

「婚姻の本質は、当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるところ、同性愛者にとっては、異性との婚姻はこのような婚姻の本質を伴ったものにはならない

のであるから、形式的には異性との婚姻制度を利用することができたとしても、実質的には婚姻ができないことに等しい。そうすると、本件諸規定は、それ自体には性的指向についての要件等を設けておらず、性的指向について中立的な制度にはなっているものの、同性愛者が婚姻することを実質的には不可能としているものであり、このような効果は本件諸規定が婚姻を異性間のものに限っていることによって生じた結果であるといえるから、性的指向による区別取扱いに当たるものと認められる。」

**④　名古屋地裁判決**

「本件諸規定は、異性愛者であっても同性愛者であっても異性と婚姻することができるという意味で別異取扱いはなされていないが、婚姻の本質は、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるのであり、性的指向が向き合う者同士の婚姻をもって初めて本質を伴った婚姻といえるのであるから、性的指向が向かない相手との婚姻が認められるといっても、それは婚姻が認められないのと同義であって（異性愛者に同性との婚姻のみを認めるとしても意味がないのと同じことである。）、同性愛者にとって同性との婚姻が認められていないということは、性的指向により（下線筆者）別異取扱いがなされていることに他ならず、原告らの主張は採用できるものであり、これに反する被告の主張は採用しない。」

**⑤　福岡地裁判決**

「婚姻の本質は、両当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるところ、性的指向は人の恋愛・性愛の対象に関わるもので前記精神的及び肉体的結合の対象を定めるものであるから、同性愛者が異性と婚姻することができるとしても、そのような婚姻は、婚姻の本質を有さないものであり、同性愛者は異性に対して恋愛・性愛の対象が向かない以上、婚姻制度を利用することができないことになる。よって、同性同士の婚姻を認めない本件諸規定は、同性愛者が婚姻制度を利用できないという区別取扱いがあり、性的指向が婚姻の本質と結びついている以上、その結果は決して事実上ないし間接的なものということはできないから、被告の上記主張はいずれも採用することができない。」

「以上のとおり、本件諸規定は性的指向に基づく（下線筆者）区別取扱いをするものであるところ、前記第２の１(1)及び前記１(1)のとおり、ほとんどの場合性的指向は人生の初期か出生前に本人の意思とは関わりなく定まっており、性的指向を自己の意思や精神医学的療法で変えることは困難であることは、医学的に明らかになっており、このような本人にとって自ら選択ないし修正の余地のない事柄（下線筆者）をもって婚姻の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては慎重に検討することが必要である（下線筆者）。」

**⑥　検討**

全ての判決において、区別取扱いがあるとしている。よって、地裁レベルでは、本件諸規定により、同性カップルは、異性カップルと異なる扱いを受けている点については、確立した解釈であると言える。

**⑷　本件区別取扱いが合理的根拠を有しているか**

**①　札幌地裁判決**

「同性愛は、現在においては精神疾患とはみなされておらず、さらには、性的指向の決定要因は解明されていないものの、人がその意思で決定するものではなく、また、人の意思又は治療等によって変更することも困難なものであることは、確立された知見に至ったということができる（認定事実(1)ア、(6)）。そうすると、性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものということができる（下線筆者）。

このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない（下線筆者）。」

「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益（下線筆者）は、それが異性間のものであれば、憲法24条がその実現のための婚姻を制度として保障していることからすると、異性愛者にとって重要な法的利益（下線筆者）であるということができる。異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・

変更できるものではないことに照らせば､異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」

「したがって、本件区別取扱いは、このように異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である婚姻によって生じる法的効果（下線筆者）を享受する利益について、区別取扱いをするものとみることができる。」

「本件規定は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることを重要な目的としていると解することができる。」が、「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護（下線筆者）も、本件規定の重要な目的であると解するのが相当である。」

「このような本件規定の目的は正当であるが、そのことは、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を享受し得ないものとする理由になるとは解されない。」

「同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる（下線筆者）と解される。」

「これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。なぜなら、仮にそのように解したときには、本件規定は、誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定と解さざるを得なくなるからである。」

「本件区別取扱いは、人の意思によって選択・変更できない事柄である性的指向に基づく区別取扱い（下線筆者）であるから、これが合理的根拠を有するといえるかについては、慎重な検討を要するところ、同イで説示したとおり、婚姻によって生じる法的効果を享受することは法的利益であって、同性愛者であっても異性愛者であっても、等しく享受し得る利益と解すべきであり、本件区別取扱いは、そのような性質の利益についての区別取扱いである。」

「本件規定の目的そのものは正当であるが、昭和22年民法改正当時は正しいと考えられていた同性愛を精神疾患として禁圧すべきものとする知

見は、平成４年頃には完全に否定されたことに照らせば、同性婚について定めていない本件規定や憲法24条の存在が同性愛者のカップルに対する一切の法的保護を否定する理由となるものではない。そうであるにもかかわらず、本件規定により、同性愛者と異性愛者との間で、その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別が生じる結果となってしまっている。」

「異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかなく、いかなる性的指向を有する者であっても、享有し得る法的利益に差異はないといわなければならない。そうであるにもかかわらず、本件規定の下にあっては、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段が提供されていないのである。」

「本件区別取扱いの合理性を検討するに当たって、我が国においては、同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとする要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることは考慮すべき事情である一方、同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいることは、同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌すべきものというべきである。」

「本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。したがって、本件規定は、上記の限度で憲法14条１項に違反すると認めるのが相当である。」

**②　大阪地裁判決**

「本件諸規定は、憲法24条２項が、異性間の婚姻についてのみ明文で婚姻制度を立法化するよう要請していることに応じ、個人の尊厳や両性の

本質的平等に配慮した異性間の婚姻制度を構築したものと認められ、その趣旨目的は、憲法の予定する秩序に沿うもので、合理性を有していることは既に述べたとおりである。そして、本件諸規定が同性間の婚姻制度については何ら定めていないために本件区別取扱いが生じているものの、このことも、同条１項は、異性間の婚姻については明文で婚姻をするについての自由を定めている一方、同性間の婚姻については、これを禁止するものではないとはいえ、何らの定めもしていない以上、異性間の婚姻と同程度に保障しているとまではいえないことからすると、上記立法目的との関連において合理性を欠くとはいえない。したがって、本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体が立法裁量の範囲を超えるものとして憲法14条１項に違反するとはいえない。」

**③　東京地裁判決**

「本件諸規定は、婚姻の可否について性的指向による区別取扱い（下線筆者）をするものであるところ、これにより、同性愛者は、婚姻（法律婚）制度全体を利用することができない状況に置かれ、異性愛者とは異なり、婚姻によって生ずる様々な法的効果等を享受することができないという不利益を受けているということができる。」

「しかしながら、前述のとおり、憲法24条１項は、異性間の婚姻について法律婚としての立法を要請しているものと解すべきものであるところ、このように婚姻を異性間のものとする社会通念の背景には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活（下線筆者）を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みがあることは前述のとおりである。そうすると、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り、同性間の婚姻を認めていないことは、上記のような社会通念を前提とした憲法24条１項の法律婚制度の構築に関する要請に基づくものであって、上記区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる。

「したがって、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないこと自体が、立法裁量の範囲を超え、性的指向による差別に当たるとして、憲法14条１項に違反するとはいえない。」

**④　名古屋地裁判決**

「婚姻及び家族に関わる立法として、本件諸規定は、性的指向という、

ほとんどの場合、生来的なもので、本人にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由として、婚姻に対する直接的な制約を課すことになっているのであり、その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。」

「こうした事柄の性質を踏まえ、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという点については、既に検討したとおり、本件諸規定が、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度（下線筆者）で、このような場合に当たるというべきであるから、その限度で、憲法24条２項に違反すると同時に、憲法14条１項にも違反するものといわざるを得ない。」

**⑤　福岡地裁判決**

「憲法24条１項にいう「婚姻」は異性間の婚姻を指し、異性間の婚姻の自由は尊重されるべきものと解され、同条２項においては、異性間の婚姻についての立法を要請しているものと解することができる。」

「当時の婚姻制度の目的は、婚姻の法的効果や戸籍制度との関係上、その要件を明確にする必要があるところ、その範囲を生物学的に生殖可能な組合せに限定することで、国が一対の男女（夫婦）の間の生殖とその子の養育を保護することにあったと認められる。このような、生殖とその子の養育の保護という目的（下線筆者）は現在においても重要なものであるし、婚姻は男女によるものであるという当時の社会通念もまた、変遷しつつあるものの、現在においてもなお失われているということはできないのは前記のとおりである。」

「そうすると、憲法24条２項の異性婚の立法の要請に従って定められた本件諸規定は憲法のこうした要請に基づくものということができるから、本件諸規定の区別取扱いについては合理的な根拠が存するものと認められる。」

「したがって、本件諸規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないことが性的指向による区別取扱いに当たりその合理性には慎重な判断を要するとしても、立法裁量の範囲を超えるものとして、憲法14条１項に違反するとはいえない。」

### ⑸　検討

５地裁判決の共通点は、14条の審査枠組、立法裁量の解釈、本件諸規定により区別取扱が存在すると判断したこと、にある。

しかし、14条違反と判断したのは、札幌地裁判決及び名古屋地裁判決のみとなっている。そこで、以下では、各地裁判決の結論を分けたものが何であったのかを検討する。

「憲法14条１項の平等権制約に関する判例の基本判断枠組」については、①「差別される人権や利益が重要で自己のコントロールの及ばない要因に基づく法的区別の審査は比較的厳しくなる」とされ、②「差別を受ける人権の重要性、法律が差別を命じる場合、自己のコントロールの及ばない要因に基づく差別等が審査を厳しくする要素」で、③「広い立法裁量、法律が差別を直接命じていない場合（差別の回避可能性）等が審査を緩やかにする要素である。」と指摘されている[163]。

本件諸規定は、上記判断枠組で言うところの「差別を直接命じていない」ものであるが、全ての地裁判決において、区別取扱いがあるとされていることから、結論を大きく左右したとは言い難い。そうすると、残りの要素の判断が結論に大きな影響を与えていると言えそうである。

そこで、以下では、上記判例の基本的判断枠組に基づき各地裁判決の検討を試みる。

#### ①　札幌地裁判決

札幌地裁判決は、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものということができる」とする。これは、札幌地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると評価することが出来る。さらに、札幌地裁判決は、婚姻によって生じる法的効果を享受することは、「重要な法的利益」とする。これは、札幌地裁判決が上記判例の基本的判断枠組でいうところの「差別される利益が重要」と捉えていると評価すること出来る。

そして、札幌地裁判決は、区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの判断は、「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重に

[163] 佐々木・前掲注54）76頁。

されなければならない」とし、最終的に札幌地裁判決は、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としながらも、「合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。」とする。

以上のことから、札幌地裁判決では、性的指向を「自己のコントロールの及ばない要因」とし、婚姻によって生じる法的効果を「重要な法的利益」とし厳しい審査がなされたと言うことが出来ると思われる。

**②　大阪地裁判決**

大阪地裁判決は、性的指向を「本人の意思や努力によっては変えることの出来ない事柄」している。これは、大阪地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると言えるが、「事柄」という文言から札幌地裁判決よりも低く見積もられていると言える。

また、大阪地裁判決は、婚姻によって得られる「公認に係る利益」は、個人の尊厳に関わる重要な利益であるとする。これは、大阪地裁判決が上記判例の基本的判断枠組でいうところの「差別される利益が重要」と捉えていると言える。しかし、大阪地裁判決は、婚姻をすることが出来ない不利益は、民法上の他の制度により相当程度解消されているとしていることから、札幌地裁判決と比して、差別される利益の重要性は低いと大阪地裁判決が考えていると評価することが可能であると思われる。

以上のことから、審査を厳しくする要素はあれど、札幌地裁判決よりも、それらが低く評価されていると言え、それが、札幌地裁判決と異なる結論を導いたと言える。

**③　東京地裁判決**

東京地裁判決は、性的指向を「本人の意思で変えることのできない事由」としている。「事由」という文言から、札幌地裁判決及び大阪地裁判決よりも低く見積もられており、審査を厳しくする要素としては強く機能していないように思われる。

一方、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族として法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」としていることから、差別される利益の重要性は認めている。

しかし、24条１項が異性婚を法律婚として要請していることを根拠に、

本件諸規定が同性婚を認めていないことには合理性があると結論付ける。

以上のことから、東京地裁判決では、審査を厳しくする要素の効果は低く、広い立法裁量が結論を左右したと言える。

**④　名古屋地裁判決**

名古屋地裁判決は、性的指向を「ほとんどの場合、生来的なもので、本人にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄」とする。これは、名古屋地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると言える。

さらに、名古屋地裁判決は、婚姻に得られる利益について、「両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられるという利益は、憲法24条２項により尊重されるべき重要な人格的利益」や「人の尊厳に由来する重要な人格的利益」とする。これは、名古屋地裁判決が上記判例の基本的判断枠組でいうところの「差別される利益が重要」と捉えていると評価すること出来る。

以上のことから、札幌地裁判決と同様に、名古屋地裁判決では、性的指向を「自己のコントロールの及ばない要因」とし、婚姻によって生じる法的効果を「重要な法的利益」とし厳しい審査がなされたと言うことが出来ると思われる。なお、名古屋地裁判決は、24条２項に違反するとの判断を前提に14条違反を導いており、その点は、札幌地裁判決と異なる。

**⑤　福岡地裁判決**

福岡地裁判決は、性的指向は、「自ら選択ないし修正の余地のない事柄」としている。このことから、名古屋地裁判決が、性的指向を上記判例の基本的判断枠組でいうところの「自己のコントロールの及ばない要因」と捉えていると言える。

一方、婚姻制度を利用出来ないことは、「個人の尊厳に照らして人格的利益を侵害するものとして到底看過することができない」としている。単なる人格的利益と表現していることから、差別を受ける利益の重要性は低く見積もられていると言える。

また、24条１項が異性の法律婚を要請している一方で、同性婚には同条の保護が及ばないこと等を根拠に立法裁量の範囲を超えず、14条に違

反しないとする

以上のことから、福岡地裁判決では、審査を厳しくする要素の効果は低く、立法裁量を広く解したことが結論を左右したと言える。

#### 5.2.2.5　24条２項について

##### ⑴　札幌地裁判決

「同条の制定経緯に加え、同条が「両性」、「夫婦」という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である。そうすると、同条１項の「婚姻」とは異性婚のことをいい、婚姻をするについての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定が同性婚を認めていないことが、同項及び同条２項に違反すると解することはできない。」

##### ⑵　大阪地裁判決

「本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、婚姻を、単なる婚姻した二当事者の関係としてではなく、男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係（下線筆者）に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるものと考えられる。このような婚姻の趣旨は、我が国において、歴史的、伝統的に社会に定着し、社会的承認を得ているということができる。」

「以上によれば、本件諸規定が異性間の婚姻のみを婚姻として特に保護する制度を構築した趣旨には合理性があるというべきである。」

「他方で、本件諸規定が異性間の婚姻制度のみを規定し、同性間の婚姻を規定していないため、異性愛者は自由に異性と婚姻をすることができるのに対し、同性愛者は望みどおりに同性と婚姻をすることはできないという重大な影響が生じている。」

「しかし、本件諸規定の下でも、同性愛者が望む同性のパートナーと婚姻類似の結合関係を構築、維持したり、共同生活を営んだりする自由が制約されているわけではない。さらに、婚姻によって生ずる法律上の効

果についても、」「他の民法上の制度等を用いることによって、一定の範囲では同等の効果を受けることが可能である。」

「以上のとおり、本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としていることについては、その趣旨には合理性があり、その影響も、これにより生ずる同性カップルと異性カップルの間の享受し得る利益の差は契約等により一定の範囲では緩和され得るということはできるものの、公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在するということができる。」

「個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要があるといえるものの、その方法には様々な方法が考えられるのであって、そのうちどのような制度が適切であるかについては、現行法上の婚姻制度のみならず、婚姻類似の制度も含め、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因や、各時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた上で民主的過程において決められるべきものである。」

「以上の点を総合的に考慮すると、上記のような状況において、同性カップルの公認に係る利益の実現のためにどのような制度が適切であるかの議論も尽くされていない現段階で、直ちに本件諸規定が個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くと認めることはできない。よって、本件諸規定が、立法裁量の範囲を逸脱するものとして憲法24条２項に違反するということはできない（なお、上記のような国民的議論を経た上で、国会が本件諸規定を改廃し、同性間の婚姻制度を構築するという選択をすることも可能であることはいうまでもないが、このことと、本件諸規定が憲法24条に違反するか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。）。」

### ⑶　東京地裁判決

「憲法24条は、本件諸規定が定める婚姻を同性間にも認める立法をすること、又は同性間の人的結合関係について婚姻に類する制度を法律により構築することなどを禁止するものではなく、上記のような立法は、その内容が個人の尊厳と両性の本質的平等に反し立法府に与えられた裁量権の範囲を逸脱するものでない限り、憲法24条に違反するものではない

ということができる。」

「同性愛者は、性的指向という本人の意思で変えることのできない事由により、本件諸規定により婚姻制度を利用することができない状態に置かれている。また、前記認定事実(4)アのとおり、一定数の地方公共団体がパートナーシップ証明制度を導入し、同性カップルをパートナーすなわち家族として公証することを行っているものの、これは地方公共団体ごとの取組みであって、国においてはこのような制度は存在しない。その結果、同性愛者は、そのパートナーとの共同生活について、家族として法的保護を受け、社会的に公証を受けること（下線筆者）が法律上できない状態にある。」

「憲法24条２項は、婚姻に関する事項のみならず、家族に関する事項（下線筆者）についても、その立法に当たり個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべき旨を示しているところ、このような状態が、憲法24条２項が掲げる個人の尊厳に照らして合理性を欠き、立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという点を踏まえ、本件諸規定の憲法24条２項適合性を検討する。」

「婚姻は、親密な人的結合関係について、その共同生活に法的保護を与えるとともに、社会的承認を与えるもの（下線筆者）である。このように親密な人的結合関係を結び、一定の永続性を持った共同生活を営み、家族を形成することは、当該当事者の人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有し、その人生において最も重要な事項の一つであるということができるから、それについて法的保護や社会的公証を受けることもまた極めて重要な意義を持つものということができる。」

「同性愛者にとっても、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益（下線筆者）は、個人の尊厳に関わる重大な人格的利益（下線筆者）に当たるということができる。」

「以上を踏まえ、本件諸規定を含む現行法上、同性間の人的結合関係について、パートナーと家族になり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けるための制度（以下「パートナーと家族になるための法制度」という。）が設けられていないことについて、個人の尊厳に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超

えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否か、本件諸規定の憲法24条２項適合性について検討する。」

「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条２項に違反する状態にあるということができる。しかしながら、そのような法制度を構築する方法については多様なものが想定され、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない（現行の婚姻制度とは一部異なる制度を同性間の人的結合関係へ適用する制度とする方法や、同性間でも利用可能な婚姻に類する制度を別途構築する方法を採ること等も可能である。）ことからすれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条２項に違反すると断ずることはできない。」

### ⑷　名古屋地裁判決

「現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことは、憲法24条１項の趣旨に照らし、禁止されてはいないが、要請されているともいえない。そして、同条２項は、同条１項を前提として、法律による婚姻制度の具体化を国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、国会に要請、指針を示す規定と解されるから、同条２項も、現行の法律婚制度を同性間に対して及ぼすことを要請していないと解するのが整合的であり、本件諸規定が同性間に現行の法律婚制度をそのまま適用することを認めていないことは、同項に違反するものでもないというべきである。」

「同性カップルは、本件諸規定が、同性カップルに対して法律婚制度の利用を認めず、他にこれを認める法令の規定が存しないことにより、法制度の下で、法律上及び事実上の多彩な効果を一体のものとして享受することができない状態となっており、異性カップルとの間に著しい乖離が生じている。同性カップルは、自然生殖の可能性が存しないという点を除けば、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成しうる（下線筆者）という実態において、異性カップルと何ら異なるところはなく（原告ら本人、弁論の全趣旨）、現在の医学心理学の知見によれば、性的指向及び性自認は、ほとんどの場合、人生の初期又は出生前に決定

され、自らの意思や精神医学的な療法によって変更されるものではないとされている（認定事実⑴ア）点に照らせば、同性カップルが上記の状態に置かれている点が憲法上是認されるかどうかは、なお検討を要するというべきである。」

「そして、憲法24条２項は、婚姻のほか、「家族」についても、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した立法の制定を要請している。家族という概念は、憲法でも民法でも定義されておらず、その外縁は明確ではなく、社会通念上は、多義的なものである。上記のとおり、同性カップルにおいても、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成しうることは、異性カップルと何ら異ならないのであるから、同性カップルの関係性について、家族の問題として検討することは十分に可能なはずである。」

「そこで、以下、同性カップルが上記の状態に置かれている点については、「家族」に関する事項として、憲法24条２項に違反しないかを検討する。」

「婚姻の本質が、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にあり、法律婚制度が、この本質に重要な価値を認め、これを具体化し実現し保護しようとしたことにあるためであると解される。そして、このような本質的な人間の営みは、法律婚制度が整えられる以前から歴史上自生的に生じたものと考えられる。したがって、法律婚制度を利用するについての自由が十分尊重に値するとされる背景にある価値は、人の尊厳に由来するものということができ、重要な人格的利益（下線筆者）であるということができる。」

「こうした両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられるという利益は、憲法24条２項により尊重されるべき重要な人格的利益（下線筆者）であると解される。」

「しかしながら、同性カップルは、制度上、このような重要な人格的利益を享受できていないのである。」

「憲法24条の適合性を審査するためには、本件諸規定により具体化された現行の「家族」に関する法制度の趣旨を検討する必要がある。」

「婚姻の本質は、両当事者において永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと（下線筆者）にあるのであり」、「婚姻の意義は、単に生殖と子の保護・育成のみにあるわけではなく、親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することが、人生に充実をもたらす極めて重要な意義を有するもの（下線筆者）と理解されていたと解される。このような親密な関係に基づき永続性をもった生活共同体を構成することは、同性カップルにおいても成しうるはずのものである。」

「家族の形態として、男女の結合関係を中核とした伝統的な家族観は唯一絶対のものであるというわけではなくなり、同性愛を精神的病理であるとする知見が否定されるに至った状況で、世界規模で同性カップルを保護するための具体的な制度化が実現してきており、わが国でも同性カップルに対する理解が進み、これを承認しようとする傾向が加速しているということができる。そうすると、現行の家族に関する法制度における現行の法律婚制度はそれ単体としては合理性があるように見えたとしても、そこで重視されるべき価値に対する理解の変化に伴い、その享有主体の範囲が狭きに失する疑いが生じてきており、結果として、同性愛者を法律婚制度の利用から排除することで、大きな格差を生じさせていながら、その格差に対して何ら手当てがなされていないことについて合理性が揺らいできているといわざるを得ず、もはや無視できない状況に至っていると考えられる。」

「憲法24条の適合性を審査するためには、さらに、本件諸規定により具体化された現行の法律婚制度が採用されたことによる影響を検討する必要がある。」

「本件諸規定が、異性間に対してのみ現行の法律婚制度を設け、その範囲を限定することで、同性間に対しては、国の制度として公証することもなく、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組み自体を与えない状態としているが、婚姻制度の趣旨に対する国民の意識の変化に伴い、同性カップルが法律婚制度に付与されている重大な人格的利益を享受することから一切排除されていることに疑問が生じており、累計的には膨大な数になる同性カップルが現在に至るまで長期間にわたってこうした重大な人格的利益の享受を妨げられているにもかかわ

らず、このような全面的に否定する状態を正当化するだけの具体的な反対利益が十分に観念し難いことからすると、同性カップルの関係を保護するのにふさわしい効果としていかなるものを付与するかという点においては、なお、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべく、国会の裁量に委ねられるべきものとしても、上記の状態を継続し放置することについては、もはや、個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くに至っているものといわざるを得ず、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるというべきである。」

「したがって、本件諸規定は、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で（下線筆者）、憲法24条２項に違反するものである。」

**⑸　福岡地裁判決**

「本件諸規定が憲法24条２項にも適合するものとして是認されるか否かは、当該規定の趣旨や同規定に係る制度を採用することによる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量を超えるものと見ざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」

「同性カップルの人的結合に関する事項は、憲法24条１項に基づく婚姻の自由は認められないものの、同性間の永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む意思（下線筆者）を婚姻及び家族に関する諸規定に照らしてどのように扱うべきかという問題であるから、同条２項の「婚姻及び家族に関するその他の事項」に該当するものということができる。そして、前記１（2）の起草過程のとおり憲法24条の根底にあった理念の一つは、個人の尊厳（下線筆者）であり、これは異性愛者であっても同性愛者であっても変わりなく尊重されるべきものであるから、同性カップルに関する事項についても、国会の立法裁量が与えられると同時に、憲法24条２項の裁量の限界にも画されると

解するべきである。」

「本件諸規定の下では、原告らは婚姻制度を利用できずこれによりもたらされる権利利益を享受する機会を得られず、法的に家族として承認されないことで重大な不利益を被っており、このような不利益は個人の尊厳に照らして人格的利益を侵害するものとして到底看過することができないもの（下線筆者）である。すなわち、婚姻は家族の単位の１つ（火炎筆者）であり、前記のとおり、永続的な精神的及び肉体的結合の相手を選び、公証する制度は、基本的には現行法上婚姻制度のみであるところ、同性カップルが婚姻制度を利用できず、公証の利益も得られないことは、同性カップルを法的に家族として承認しないことを意味するものである。そして、前記のとおり、婚姻制度を利用できるか否かはその者の生涯にわたって影響を及ぼす事項であり、国民の意識における婚姻の重要性も併せ鑑みれば、婚姻をするかしないか及び誰と婚姻して家族を形成するかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益であると認められるところ、原告らが婚姻制度を利用できない不利益は前記のとおり憲法13条に反するとまでは言えないものの、上記人格的利益を侵害されている事態に至っているといえる。」

「本件諸規定の下で原告ら同性カップルは婚姻制度を利用することによって得られる利益を一切享受できず法的に家族と承認されないという重大な不利益を被っていること、婚姻制度は異性婚を前提とするとはいえ、その実態が変遷しつつあること、婚姻に対する社会通念もまた変遷し、同性婚に対する社会的承認がいまだ十分には得られていないとはいえ、国民の理解が相当程度浸透されていることに照らすと、本件諸規定の立法事実が相当程度変遷したものと言わざるを得ず（下線筆者）、同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条２項に違反する状態にあると言わざるを得ない。」

「しかしながら、前記のとおり婚姻をするかしないか及び誰とするかを自己の意思で決定することは同性愛者にとっても尊重されるべき人格的利益ではあるものの、憲法上直接保障された権利とまではいえず（下線筆者）、その実現の在り方はその時々における社会的条件、国民生活の

状況、家族の在り方等との関係において決せられるものである。そして、憲法24条２項は「婚姻及び家族に関するその他の事項」について立法府の合理的裁量を認めているところ、上述の同性愛者らの重大な不利益を解消し、自己決定を尊重する制度の在り方については、様々な考慮をする必要がある。」

「婚姻の特徴を満たす法的制度としては、婚姻制度を適用する以外にも」、「諸外国で制度化されてきた同性間の人的結合に関する制度が複数あり、婚姻とほとんど同じ法的効果を同性カップルに与える登録パートナーシップ制度は、同性間の人的結合に法的権利義務や公証の利益を与えるものとして、その内容次第では婚姻制度の代替となり得るものであり、同性婚についてこのような婚姻制度と異なる制度を設けるか否かについても立法府における議論に委ねることが相当である。また、同性間の人的結合においては、生物学上の親子と戸籍上の親子が一致せず、これを前提にした規定が必要となること等から、嫡出推定の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の可否については、現行の婚姻制度と異なるものとする余地があり、このような制度設計や枠組みの在り方については、我が国の伝統や国民感情を含めた社会的状況における種々の要因を踏まえつつ、さらに、子の福祉等にも配慮するといった様々な検討・調整が避けられず、立法府における検討や対応に委ねざるを得ない。」

「また、前記のとおり、我が国において、国会で同性婚に関する質疑が行われ、地方自治体によるパートナーシップ制度が初めて導入され、同性婚に関する各種意識調査が開始されたのはいずれも平成27年以降であり、この頃に初めて同性婚に関する問題が我が国で本格的に議論され始めたものと認められる。近時の調査によっても、20代や30代など若年層においては、同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な意見が多数を占めるものの、前記のとおり60歳以上の年齢層においては肯定的な意見と否定的な意見が拮抗しており、国民意識として同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な意見が多くなったのは、比較的近時のことであると認められる。そうすると、立法府による今後の検討や対応に委ねることが必ずしも不合理であるとまでは言えない。」

「以上によれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が立法府たる

国会の裁量権の範囲を逸脱したものとして憲法24条２項に反するとまでは認めることができない。」

### ⑹ 検討

各地裁判決は、①24条２項に違反しないとする札幌地裁判決、大阪地裁判決、②24条２項に違反する状態にあるとした東京地裁判決、福岡地裁判決、③24条２項に違反するとした名古屋地裁判決、に分類される。

特筆すべきは、札幌地裁判決が憲法14条における判断で示した様に、残りの４地裁判決もまた、婚姻を子どもを産み育てるためだけではなく、共同生活を営む場として捉え、同性カップルが営む共同生活を何らかの形で保障しようとしていることである。これは、同性カップルが婚姻の本質を伴った共同生活を営むことが出来るとする事実認定が前提となっており、前述した各地裁判決における婚姻の本質及び婚姻の解釈がそれを裏付けている形となっていると言える。

東京地裁判決以降の３地裁判決で示された同性カップルを憲法24条２項の「家族」と捉えるという判断手法も特筆に値する。何故なら、憲法学説では、同性カップルを24条２項の「家族」として捉えるものがなく、この判断手法は東京地裁判決において初めて示されたものと言えるからである。よって、本論文では、同性カップルの関係を法的に保障する一つの手段として、同判断手法についても、検討を加えて行くこととする。

#### 5.2.2.7 地裁判決から導かれること

地裁判決を大別すると、①14条のみに違反するとした札幌地裁判決型、②24条２項に違反する状態にあるとした東京地裁及び福岡地裁判決型、③憲法24条２項及び憲法14条に違反するとした名古屋地裁判決型、④全ての争点において違反しないとした大阪地裁判決型に分類することが出来る。

東京地裁判決以降、後続の２地裁判決が東京地裁判決の枠組みを追随していることから、主要な争点は24条２項となりつつあると言える。よって、同性カップルの関係が法的に承認されることの一つの手段として、同性カップルを24条２項の「家族」と捉えるアプローチは有効であると言える。

同性カップルを24条２項の「家族」と捉えるアプローチのメリットは、憲法24条１項の「婚姻」に同性婚が含まれることを前提としないことにある。５地裁判決全てにおいて、24条１項の「婚姻」に「同性婚」は含まれないとする解釈が示されていることから、裁判所を納得させ得る程度の24条の「婚姻」に同性婚が含まれることの証明のハードルは高いと言える。24条２項のアプローチは、この高いハードルを越えることを要求されないという点にメリットがある。また、同性カップルを「家族」と捉えるアプローチを採った場合、仮に、大阪地裁判決の様に、婚姻における子の養育が強調され、同性カップルの関係は異性婚とは異なるものであるから憲法14条等に違反しないとされたしても、24条２項により何らかの保障を導き出すことも出来ると思われる。

また、全ての地裁判決において、本論文が検討対象とする国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、国際人権法の状況、諸外国の状況を立法事実の変遷等の判断において参照されていることから、やはりこれらを検討対象とすることには、大いに意義があると言える。特に、東京地裁判決以降は、札幌地裁判決及び大阪地裁判決には見られなかった国際人権法に関する言及があったことから、国際人権法によるアプローチも検討していくべきであると考える。

そこで、本稿では、24条２項によるアプローチの検討に当たっては、後述するヨーロッパ人権裁判所の判例を参考とする。

ヨーロッパ人権条約では、12条において婚姻の自由を定め[164]、８条において「家族生活」の尊重を定めている[165]。ヨーロッパ人権裁判所は、12

---

[164] ヨーロッパ人権条約12条（婚姻についての権利）
婚姻することができる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って婚姻をしかつ家庭を形成する権　利を有する。

[165] ヨーロッパ人権条約８条（私生活及び家族生活の尊重についての権利）
１項「すべての者は、その私的及び家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有している。」
２項「この権利の行使については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはなら

条の「婚姻」に同性婚は含まれないとしながらも、８条の「家族生活」に同性カップルは含まれると解釈することで、同性カップルの権利を保障している。よって、本稿では、ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討した後に、憲法24条１項の解釈にヨーロッパ人権条約12条を、憲法24条２項の解釈にヨーロッパ人権条約８条を参照することにより、憲法24条２項の「家族」に同性カップルを含めるというアプローチを手段の一つとして提示することとする。

### 5.3　小括　国内判例における同性カップル

最高裁判例を検討した結果、最高裁が想定する家族とは、法律婚によって形成される男女の夫婦とその間に生まれた嫡出子ということであることが判明した。しかし、非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、社会の変遷が決定に大きな影響を及ぼしていることから、家族に関する規定の解釈には、社会の変遷による影響も無視できず、最高裁の「家族像」が変容する可能性も否定できない。さらに、同性カップルについて言えば、再婚禁止期間違憲決定において、憲法24条１項は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたもの」と表現していることから、最高裁は、同性婚容認の余地を残したとも解釈することも可能であると思われる。

下級審判決を検討した結果、性的マイノリティ及びLGBTが当事者となった事例が増加していること、札幌地裁令和3年3月17日判決を筆頭に同性カップルの権利を保障する判決が出されているということを確認することが出来た。

特に、結婚の自由を全ての人に訴訟に関する一連の地裁判決では、５地裁中の２地裁判決が違憲判断、２地裁判決が違憲状態にあるとしたことが重要である。一連の地裁判決からは、国内判例において、同性カップルの権利を保障する動きがあり、その傾向が強まりつつあると言うことが出来る。さらに、いずれも憲法24条は同性婚等により同性カップルの関係を法的に承認することを禁止していないとしていることから、将

---

ない。」

来的には憲法24条１項の「婚姻」に同性婚が含まれると解釈される余地もあると言える。また、これらの地裁判決の傾向から、最高裁においても同性カップルの権利を保障する判断が出される可能性があると言えると思われる。最高裁は、同性カップルの権利が争点となった事案を未だ扱ってはいないものの、トランスジェンダーの権利が争点となった事案において、性的マイノリティの権利保障について積極的な姿勢を採っていることから[166]、同性婚についても、同様の姿勢を見せる可能性があると言える。

以上の検討結果から、①最高裁は、同性カップルの関係を法的に承認することについて否定的であるとは必ずしも言えず、むしろ積極的な姿勢を見せる可能性があること、②下級審判決においては、同性カップルの権利を保障する流れが生まれており、その傾向が強まりつつあること、③下級審判決において憲法24条が同性婚等による同性カップルの関係の法的承認を禁止していないとする解釈が確立されていること、を述べることが出来る。

これらの国内判例における状況から、入管法上、同性カップルを異性カップルと異なる扱いをすることの合理性が失われていることを示す国内の状況が存在するということが言える。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2022年12月26日）「出入国管理行政及び入管法における同性カップル―ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として―」に加筆、修正を加えたものである。

[166] 最判令和5年7月11日裁判所ウェブサイト及び最大決令和5年10月25日裁判所ウェブサイト。

論　　説

# 契約責任法における責任内容確定の構造と方法（２）

## ―― 損害論の視角からの分析 ――

林　　耕　平

目　次

第１章　はじめに
第２章　ドイツ法の検討
　第１節　ドイツ損害賠償法の問題構造
　第２節　責任内容論
　　１　損害概念の析出
　　（１）　一般債務不履行責任における責任内容論
　　ア　問題の所在――「抽象的損害計算」の基礎づけ
　　イ　19世紀の判例・学説――市場価格ルールの適用
　　ウ　20世紀以降の判例・学説
　　（ア）　前提――制定法の状況
　　（イ）　転売利益限定説
　　（ウ）　転売利益非限定説
　　a　R. ノイナーの見解
　　b　ラーベルの見解　（以上、73巻６号）
　　c　Chr. クニューテルの見解
　　d　リームの見解
　　e　J. W. フルーメの見解
　　エ　小括
　　（２）　瑕疵担保責任における責任内容論
　　ア　問題の所在――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否
　　イ　請負における判例変更とそれをめぐる学説の議論
　　（以上、本号）

ウ　請負における判例変更の射程（売買への影響）に関する判例の展開とそれをめぐる学説の議論
（３）　まとめ――一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論の接合
２　析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
第３節　損害賠償分類論
第３章　日本法の検討
第４章　おわりに

c　Chr. クニューテルの見解

以上でみてきた1930年代のノイナーとラーベルの研究の後、1950年代から2000年代にかけて、損害論の視角から「抽象的損害計算」の基礎づけについて論じる（ものと理解することができる）重要な研究がいくつか現れた[1]。それらはいずれも、転売利益非限定説に属するといえるものであるが、本稿では、そのうち、2002年債務法改正の直後に現れたChr. クニューテル（*Christian Knütel*）の研究を取り上げることとしたい。これは、それらの研究の中で、クニューテルが最も洗練された形で契約責任法における損害概念（ないし利益概念）の理解を提示していることと、ドイツの学界からの評価をみたときに、契約責任法における損害概念（ないし利益概念）に関する研究全体の中でも、クニューテルの研究が特に重要な研究の１つとして評価されている[2]ことによる。

---

[1] *Ernst Steindorff*, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/1960), S. 431; *Brigitte Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972; *Ulrike Bardo*, Die „abstrakte" Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 231 ff.; *ders.*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 725; *Christian Knütel*, Die Schwächen der „konkreten" und „abstrakten" Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 555. このほか、*Nils Jansen*, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, S. 164 f. も参照。

[2] 例えば、Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 241-304, 2007, §§

（a）紹介

1）利益概念の理解

クニューテルの見解の最大の特徴は、不履行に基づく損害賠償（Schadensersatz wegen Nichterfüllung）（改正 BGB280条・281条・283条[3]）には、厳密には「損害賠償」ではないものが含まれているとする点にある。クニューテルによると、不履行に基づく損害賠償は、「積極的利益（positives Interesse）」を賠償するものである[4]。この「積極的利益」は、以下の２つに分かれる[5]。

ア）一般利益――損害ではない

第１は、「一般利益（allgemeines Interesse）」である。これは、「買主が目的物の取得自体に有する利益（Vorteil）」（傍点は原文ではイタリック体。以下、引用箇所では特記なき限り同様）である[6]。クニューテルによると、実は、この「一般利益」は「損害」ではなく、したがって、「一般利益」の給付は損害賠償ではない。「一般利益」の給付は、契約上の履行義務の金銭による履行である[7]。

a）一般利益≠損害説の根拠

クニューテルは、この見解を、「一般利益」を「損害」と等置する一般的見解――この中には、ノイナーらの客観的損害論も含まれる[8]――が

---

280-285 Rn. 64 ff. (*-Martin Josef Schermaier*) においては、――モムゼン、ノイナー、ラーベルとともに――クニューテルの名前が本文で挙げられ、その見解が紹介されている。

[3] クニューテルは、不履行に基づく損害賠償の根拠条文として改正 BGB の条文のみを挙げている（*Knütel,* a.a.O. (Fn. 1), S. 575など）。しかし、以下で紹介していく彼の見解は、債務法改正の前後を通じて変わらず妥当するものとして主張されているとみられる（S. 580などを参照）。

[4] *Knütel,* a.a.O. (Fn. 1), S. 571.

[5] *Knütel,* a.a.O. (Fn. 1), S. 573.

[6] *Knütel,* a.a.O. (Fn. 1), S. 575.

[7] *Knütel,* a.a.O. (Fn. 1), S. 558.

[8] なお、クニューテルは、客観的損害論のほか、（金額）差額説もこの一般的見解に含めている（*Knütel,* a.a.O. (Fn. 1), S. 581）が、これは、金額差額説が「一般利益」的な損害概念を観念する立場に立っているという趣旨ではなく、金額差額説が不履行に基づく損害賠償の中に「損害賠償」でないものを含めない立

抱える３つの問題点を指摘することによって根拠づけている。

aa）歴史の観点――「債務の永久化」の考え方

１点目として、一般的見解は、歴史的にみて誤っている。古典期ローマ法の方式書訴訟においては、「金銭判決の原則（Prinzip der *condemnatio pecunaria*）」が妥当していた。そのため、物の引渡しを求める訴えにおいては、常に、物ではなく、――少なくとも「物の価値」分に相当する――一定の金額を給付することを命じる判決が下されていた。こうした「価値賠償請求権」は、金銭の形をとった履行請求権にほかならず、損害賠償請求権ではない。というのも、そこでは、「債務の永久化（*perpetuatio obligationis*）」の考え方[9]――物が訴え提起時に滅失していた場合であっても、その滅失が債務者の過失または遅滞に基づくときは、物が訴え提起時になお存在していると擬制することにより、価値の給付義務という形で債務を存続させるという考え方――が採られていたからである。こうした「債務の永久化」の考え方は、普通法学下において「債務転形論」へと発展していき、1900年に施行されたBGBにも基本的には受け継がれている[10]。したがって、「一般利益」を「損害」と等置するのは、歴史的にみて誤っている[11]。

bb）解釈学の観点――給付目的物の不取得自体による損害の不発生

２点目として、一般的見解は、解釈学的にも誤っている。というのも、売主の責めに帰すべき不能が生じた場合には、債務内容の転形が生じるにすぎないため、買主の財産に増減はない。つまり、「買主は、売買目的物を取得しなかったということ**のみ**によっては、損害を被っていない」のである[12]。

cc）結論的妥当性の観点

---

場に立っているという趣旨であると考えられる。

[9] この考え方につき、詳しくは、森田修「ドイツにおける債務転形論の成立――ドイツ民法典における不能・遅滞二分法成立史の再検討」同『契約責任の法学的構造』30頁（有斐閣・2006年・初出1986年）などを参照。

[10] 以上につき、*Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 576 ff.

[11] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 581 f.

[12] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 581 f.

３点目として、一般的見解によると、不当な結論が導かれる。というのも、一般的見解に従った場合、請求権の内容を「確かに損害賠償の給付には妥当するが、一般履行利益の給付には妥当しない原則」――例えば、254条の共働過失――に従って判断することとなってしまうからである[13]。

b）一般利益≠損害説の帰結

以上の３点から、「一般利益」は「損害」ではないといえる。「一般利益」の給付は、契約上の履行義務の金銭による履行である。すなわち、「現実に給付する義務と、一般利益の範囲において金銭の形で給付する義務は、契約上の履行請求権というまったく同一のものの２つの現象形態である」[14]。このことから、以下の帰結が導かれる。

まず、「一般利益」の給付義務は、契約締結によってすでに基礎づけられているのであって、ただその義務に条件が付されているにすぎない。したがって、「損害」の発生とその証明は不要であるし、債務者の帰責事由も不要である[15]。ただし、債務者の責めに帰すべきでない不能が生じた場合には、債務者は――現実給付義務と「一般利益」給付義務を併せた意味における――履行義務から解放される[16]。

また、共働過失を定めた254条も含め、249条以下の規定は適用されない[17]。

イ）特別利益――損害

第２は、「特別利益（besonderes Interesse）」である。これは、「まさにその１人の特別な債権者にとって重要な、さらなる利益（Vorteile）（例えば、逸失転売利益）と、不利益（Nachteile）（例えば、違約金の徴収）

---

[13] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 582.

[14] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 576.

[15] 帰責事由の要否については、*Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 555においては明言されていないが、*ders.*, Wider die Ersatzfähigkeit „fiktiver" Mängelbeseitigungskosten, BauR 2004, S. 592において、「BGB280条１項２文……の文言に反して、……過失（*Verschulden*）を要件としない」と明言されている。

[16] 以上につき、*Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 575.

[17] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 575, 586.

の不発生」である[18]。この「特別利益」の給付は、「一般利益」の給付とは異なり、損害賠償である。したがって、「損害」の発生が要件となるし、249条以下の規定も適用される[19]。

この「特別利益」の例としては、すでに挙げた転売利益や違約金のほか、「共通価値」の騰貴分、事実的填補購入費用などが挙げられている[20]。このうち、「共通価値」の騰貴分については、説明を要しよう。

クニューテルは、「共通価値」の騰貴分について、以下のように説く。すなわち、「売買目的物の共通価値が一般利益の算定基準時〔引用者注：現実給付請求権消滅時[21]〕から最終口頭弁論時までに騰貴した場合には、買主は、原則として、この騰貴分を逸失利益として主張することができる」。その際には、「買主は、最終口頭弁論時になお売買目的物の所有者であっただろうことを示す事情を主張しなければならない。このことは、買主が転売のために取得したわけではなく、かつ目的物が――すでに消費されているのが通常である――消費財ではない場合には、常に『事物の通常の経過』にあたるだろう」[22]。

これは、まさに先にみた[23]「現有価値」構成にほかならない。しかも、最終口頭弁論時までの消費の有無、つまり最終口頭弁論時までの価値の減少の有無が考慮されている[24]点において、この構成を採用する他の論者とは異なり、金額差額説（の基礎にある主体関連的損害把握）[25]との整

---

[18] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 573.

[19] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 575, 586.

[20] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 588.

[21] 基準時問題に関するクニューテルの見解については、第２章第２節２で取り上げる。

[22] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 588.

[23] 第２章第２節１（１）ウ（イ）c（b）２）を参照。

[24] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 562 f. も参照。

[25] クニューテルにおいて「特別利益」（の喪失）が主体関連的な損害として把握されていると考えられることについては、後述する。もっとも、「特別利益」（の喪失）には、金額差額説における損害概念とは異なる部分があり、全体としては、クニューテルが「特別利益」について金額差額説を採用しているということはできない。これについても、後述する。

合性も維持されている。このように、「現有価値」構成は、転売利益構成と並んで、「主観的損害計算」によって「抽象的損害計算」を基礎づけることのできるもう１つの構成であるということができる。もっとも、この構成は、目的物が消費財の場合には適用が難しいこともあってか、転売利益構成とは異なり一般化することはなかった。

２）利益概念の構成要素

では、以上の２つの利益概念を構成要素ごとに分解するとどうなるか。

ア）一般利益

まず、「一般利益」をみていく。

ａ）個別的利益把握の採否――個別客体着目説

「一般利益」は、給付目的物という個別客体の取得を利益と捉えるものである。

ｂ）人的基準――客観的利益計算

また、「あらゆる買主には、不履行に基づく損害賠償として、最低限……売買目的物の共通調達価値[26]の分の賠償が認められる」とされている[27]。したがって、クニューテルは、「一般利益」の賠償（給付）という形で、賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的利益計算」を認めているということができる[28]。

また、そこでは、次のように、ノイナーらと同様の理由づけが持ち出されていることが注目される。「『買主が目的物を贈与または消費しようとしているため、売主は履行の必要がない』という抗弁を売主に許すという考えに至る者などいない。他方で、買主が積極的利益を請求したとき、つまり契約に従って履行されたとすれば置かれていたであろう状態に置かれることを請求したときにはそうした抗弁〔引用者注：『買主が目的物を贈与または消費しようとしていたため、売主は「一般利益」の

[26]「共通調達価値」とは、調達価値――債権者が給付目的物（の代替品）を調達する場合に支払わなければならない代金額――によって評価される「共通価値」（ないし「物の価値」）のことであると考えられる。クニューテルが給付の客観的価値の評価基準を（売却価値ではなく）調達価値に求める見解に立っていることについては、第２章第２節２を参照。

[27] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 583.

[28] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 590も参照。

給付による履行を行う必要がない』という抗弁〕を許すことができるというのであれば、その理由を理解することはできない」[29]。

イ）特別利益

次に、「特別利益」をみていく。クニューテルによると、「特別利益は、一般利益と同様、差額説によって確定されるものではない」[30]。

a）個別的損害把握の採否――個別客体着目説

クニューテルは、コイク（*Brigitte Knobbe-Keuk*）の見解――本稿では独立には取り上げていないが、コイクは、1970年代に、金額差額説（メルテンスの見解も含まれる）を批判して、個別客体に着目した損害把握を採用すべきことを説いた論者である[31]――に依拠しつつ、「特別利益は、不履行との間に相当因果関係のある個別損害の総和」であると説く[32]。

b）人的基準――主観的損害計算

人的基準については、「特別利益」の定義にも表れているように、「主観的損害計算」が行われることになると考えられる。

c）金額包含的損害把握の採否――金額非包含的損害把握

「特別利益」が金額を含むかどうかについて、クニューテルは明示的には言及していない。しかし、彼が依拠するコイクは、「損害」には「事実としての損害（realer Schaden）」と「計数としての損害（rechnerischer Schaden）」の２つがあるとしたうえで、両者の関係について、金銭賠償が行われる際に前者を金額に評価したものが後者であるとしている[33]。したがって、――「損害」とは「金銭的評価の対象となる不利益」のことであるという――本稿の用語法[34]に照らすと、コイクは、損害を前者の意味で理解しているといえる。そのため、「特別利益」に関してコイク

[29] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 582.
[30] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 587.
[31] *Keuk*, a.a.O. (Fn. 1), S. 20 ff.
[32] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 587.
[33] *Keuk*, a.a.O. (Fn. 1), S. 21 ff.
[34] 第１章２（２）ア（ア）ｂを参照。

の損害概念理解に依拠しているクニューテルも、「特別利益」には金額が含まれないという理解に立っているものと推測される。

（b）評価――R. ノイナーらの客観的損害論との比較

では、以上のようなクニューテルの見解は、どのように理解されるべきだろうか。以下では、ノイナーらの客観的損害論との比較を通して、この見解を評価していこう。

1）客観的損害論との共通点――直接損害と一般利益の共通性

客観的損害論との共通点として挙げることができるのは、ノイナーの「直接損害」（ないしラーベルの「抽象的算定」の基礎にある損害概念）とクニューテルの「一般利益」の共通性である。いずれにおいても、給付目的物という個別客体に着目して損害（ないし利益）が把握されていたほか、賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的損害（ないし利益）計算」が認められていた。その「客観的損害（ないし利益）計算」を認める理由についても、履行請求の場合との比較に依拠した同じ理由づけがされていた。

こうした共通性は、損害賠償請求権には「権利追求的性質」があるというノイナーの見解を、クニューテルが基本的には好意的に紹介している[35]ことにも表れている。このことを踏まえると、「一般利益」給付請求権は、「直接損害」賠償請求権と同様に、給付に向けられた債権者の「債権」という「権利」自体を保護する目的で認められるものであるとみることもできる。

2）客観的損害論との相違点

とはいえ、客観的損害論との間には、相違点も多い。

ア）一般利益≠損害説の採用

第1に、ノイナーの「直接損害」（ないしラーベルの「抽象的算定」の基礎にある損害概念）が「損害」として構成されていたのに対して、クニューテルの「一般利益」は「損害」ではないとされていた。この対立の基礎にあるのは、「債務」の内容に関する理解の違いであると考えられる。

クニューテルは、「債務の永久化」の考え方に依拠し、「一般利益」の

[35] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 583.

給付も契約上の「債務」の内容に含まれると考えている。だからこそ、「一般利益」の給付は「債務」の履行であって「損害」の賠償ではないと考えることになるわけである。

これに対して、客観的損害論は、クニューテルのいう「特別利益」の給付に相当するものはもちろんのこと、「一般利益」の給付に相当するものも、契約上の「債務」の内容には含まれないと考えている。すなわち、契約上の「債務」の内容は、現実給付に限定されると考えている[36]。だからこそ、「一般利益」および「特別利益」の給付に相当するものは、「債務」の履行ではなく「損害」の賠償であると考えることになるわけである。

このようにみると、客観的損害論とクニューテルの間に帰責事由の要否という点において対立があることについても説明がつく。

客観的損害論においては、「一般利益」（および「特別利益」）の給付に相当するものは、「債務」の内容を超えた負担、つまり「約束」の範囲を超えた負担であることになる。だからこそ、そうした「約束」の範囲を超えた負担を債務者に課すことの正当化根拠として、帰責事由が必要となるわけである。

これに対して、クニューテルにおいては、「一般利益」の給付は、「債務」の内容に含まれている負担、つまり「約束」の範囲内の負担であることになる。だからこそ、正当化根拠としての帰責事由は必要とはならないわけである。

以上により、「一般利益」（に相当するもの）が「損害」として構成されるかどうかという点をめぐる客観的損害論とクニューテルの対立について、その立場の分かれ目が明らかとなった。では、責任内容論を検討対象とする本稿にとって、この対立は重要な意味を持つのだろうか。結論から述べると、本稿においては、この対立を重視する必要はないと考えられる。というのも、本稿の関心は、あくまで、債務者が現実給付義務

[36] なお、この理解に立つ場合には、「債務転形論」が否定されているか、あるいは少なくとも徹底されていないということができる。なぜなら、「債務」が同一性を保ったままその内容を変えるというのが「債務転形論」の主張であるのに対して、この理解においては、履行に向けられた債務と損害賠償債務は別の「債務」であることが前提とされているからである。

を履行しない場合に、債務者がどのような内容の金銭給付義務を負うべきかという点にある。その金銭給付義務が「損害」賠償義務として構成されるかどうかという点は、帰責事由の要否という責任成立論に属する問題を検討するにあたっては重要な意味を持つが、責任内容論の検討にあたっては（少なくともさしあたりは）重要な意味を持たないと考えられる。

イ）特別利益概念の理解――個別客体着目説および金額非包含的損害把握

第２に、ノイナーの「間接損害」およびラーベルの「具体的損害」においては、メルテンスの見解と整合的な損害概念の理解が示されていたのに対して、クニューテルの「特別利益」においては、メルテンスとは異なる損害概念の理解が示されていた。つまり、クニューテルの「特別利益」の理解をメルテンスの見解と比較すると、――「主観的損害計算」が行われるという点においては共通しているものの――損害が個別客体の喪失として把握される点と、損害概念に金額が含まれない点において異なっている。

そもそも、クニューテルにおいて、「特別利益」は、「まさにその１人の特別な債権者にとって重要な、さらなる利益（例えば、逸失転売利益）と、不利益（例えば、違約金の徴収）の不発生」であるとされていた。こうした定義や具体例をみる限り、クニューテルの「特別利益」（の喪失）も、メルテンスの損害概念と同じように、主体関連的な損害であると考えられる。メルテンスの分析（ないしそれを手がかりとした本稿の分析）[37]を踏まえると、仮にこうした主体関連的損害把握を貫くのであれば、クニューテルにおいても、「特別利益」（の喪失）は総体財産の減少であり、金額を含む損害概念であるという理解が示されることになるはず（少なくとも、そうした理解が導かれやすいはず）である。ところが、前述のように、実際にはそうした理解は示されていない。これはなぜだろうか。

その原因は、クニューテルが依拠するコイクの損害概念理解にあると考えられる。そこで、まずはそのコイクの損害概念理解を確認しておこ

[37] 第２章第２節１（１）ウ（イ）ｃ（ａ）２）イ）を参照。

う。前述のとおり、コイクは、金額差額説（メルテンスの見解も含まれる）を批判して、個別客体に着目した損害把握を採用すべきことを説いた論者である。ここで注目すべきは、コイクが、損害概念は一元的なものであるという理解、つまり、損害概念には（性質の異なる複数の種類のものがあるわけではなく）１種類のものしかないという理解に立っている[38]ということである。確かに、ドイツ法のもとでこの理解に立った場合には、金額差額説的な損害概念――金額を含んだ総体財産の減少としての損害概念――を観念することは難しい。なぜなら、そうした金額差額説的な損害概念が唯一の損害概念であるということになると、249条１項で採用されている自然的原状回復を説明することが困難になるからである。コイクが金額差額説を批判したうえで、金額を含まない個別客体の喪失としての損害概念を観念する主たる理由の１つは、ここにあるとみることができる[39]。

しかし、コイクにおいては、なぜ損害概念は一元的なものであると考えるべきなのかという肝心の部分が十分に論証されていない。また、そもそもクニューテルは「一般利益」と「特別利益」という２種類の損害概念――「一般利益」は「損害」ではないとされているので、正確には、２種類の利益概念だが――を観念する立場に立っているのだから、コイクと前提を異にしており、金額差額説的な損害概念を観念することに今述べたような意味での障害はないといえる。したがって、クニューテルにおいて「特別利益」（の喪失）が個別客体の喪失かつ金額を含まない損害概念として理解されていることについては、必ずしも十分な根拠がないということができるだろう。

ウ）事実的填補購入費用の位置づけ――特別利益

第３に、ラーベルが事実的填補購入費用を客観的算定に位置づけていたのに対して、クニューテルは事実的填補購入費用を「特別利益」に位

[38] *Keuk*, a.a.O. (Fn. 1), S. 23.

[39] *Keuk*, a.a.O. (Fn. 1), S. 23を参照。なお、クニューテルも、「特別利益」に関してコイクの損害概念理解に依拠する理由として、「差額説は、すでに、我々の損害賠償法の原則である自然的原状回復を説明することができない」という点を挙げている（*Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 587 Fn. 140）。

置づけていた。この違いが何に起因するのかについては、この段階では十分に明らかにすることができないため、瑕疵担保責任における責任内容論を検討するなかで明らかにすることとしたい[40]。

d　リームの見解

2010年代に入ると、それまでの見解とはまったく異なる観点から契約責任法における責任内容論を論じる見解が現れた。それが、249条以下の基本構造を踏まえた理論枠組みを提示するリーム（*Thomas Riehm*）の見解である。

（a）249条以下の基本構造

まず、249条以下の規定[41]は、以下のような「原状回復」と「純粋金銭賠償」の二層構造を有する[42]。

1）原状回復

第1に、249条（および250条）は、「原状回復（Restitution）」[43]という賠償方法を定めている。これは、賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を現実に回復することを目的とする賠償

---

[40] 第2章第2節1（2）イ（イ）a（a）2）を参照。

[41] 条文については、連載第1回の注（82）を参照。

[42] *Thomas Riehm*, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 364 f. また、*ders.*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 20 ff. も参照。なお、念のため述べておくと、249条以下の基本構造に関する以下の記述は、リーム独自の見解ではなく、現在の一般的な見解である。

[43] なお、「原状回復（Restitution）」と「自然的原状回復（Naturalrestitution）」という用語の使い分けについては、ドイツにおいて揺れがみられる。一方で、両者を区別せず、249条1項による賠償と249条2項・250条による賠償を併せて「原状回復」ないし「自然的原状回復」と呼ぶ立場がある（*Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 364; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 62. Ed., 2022, § 249 Rn. 58 f. (*-Johannes W. Flume*)）。他方で、両者を区別し、249条1項による賠償のみを「自然的原状回復」と呼び、それと249条2項・250条による賠償を併せて「原状回復」と呼ぶ立場がある（Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 320, § 251 Rn. 1 (*-Hartmut Oetker*) など）。本稿では、便宜上、――原典で前者の用語法が採用されている場合も含めて――後者の用語法で統一している。

方法である。別の言い方をすると、「原状回復」により回復・実現されるのは、賠償権者の「完全性利益（Integritätsinteresse）」である[44]。

ここでいう「完全性利益」は、「（価値的ではなく）現実的な利益」という意味であり、「履行利益」（・「信頼利益」）と並び立つ概念としての「完全性利益」とは異なる概念である[45]。そこで、本稿では、２つの概念の混同を避けるため、前者の意味における「完全性利益」に代えて（本稿独自の用語である）「現実的利益」、後者の意味における「完全性利益」に代えて（ドイツでも用いられることのある[46]）「保持利益（Erhaltungsinteresse）」という語を用いることとしたい。

さて、「原状回復」は、さらに以下の２つに分かれる。

ア）249条１項――自然的原状回復

１つ目は、249条１項が定める「自然的原状回復（Naturalrestitution）」である。これは、「原状回復措置」――現実的利益の回復・実現のための措置――を講じることを賠償義務者に対して直接請求するという方法である。例えば、損傷を受けた自動車の修理を加害者に対して請求する場合がこれにあたる。

イ）249条２項・250条――原状回復費用賠償

２つ目は、249条２項（および250条[47]）が定める「原状回復費用賠償

---

[44] J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-254, 2021, § 251 Rn. 2 (*-Clemens Höpfner*); Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, § 251 Rn. 10 (*-Christian Grüneberg*).

[45] 「完全性利益」という用語が、「履行利益」（・「信頼利益」）と並び立つ概念として用いられる場合には、債務の履行により得られる利益といえるかどうかという観点から区別がされている（この点については、第２章第３節で詳しく取り上げる）。これに対して、ここで問題となっている「完全性利益」は、（後に説明する）「価値利益」と並び立つ概念として用いられており、この場合には、現実的な利益か価値的な利益かという観点から区別がされている。このように、２つの「完全性利益」は、対立概念との区別の観点という点において異なる概念である。以上につき、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）75頁注（102）も参照。

[46] 例えば、*Roland Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., 2021, S. 10.

[47] 250条２文により認められる責任の内容が「原状回復費用賠償」と「純粋金銭

(Ersatz der Restitutionskosten)」である。これは、賠償権者自身（ないしその委託を受けた第三者）が「原状回復措置」を講じるために必要となる費用を賠償義務者に対して請求するという方法である。

この「原状回復費用賠償」については、「処分自由論」の採否――賠償権者は賠償義務者から支払われた原状回復費用を原状回復のために用いる必要があるのか――をめぐって争いがある[48]。物損に関する限り、判例・通説は、「処分自由論」を肯定する[49]。

2）251条――純粋金銭賠償

第２に、251条は、「純粋金銭賠償（reiner Geldersatz）」[50]という賠償方法を定めている。これは、賠償義務を基礎づける事情により生じた賠償権者の財産の価値の減少を回復することを目的とする賠償方法である。別の言い方をすると、「純粋金銭賠償」により回復・実現されるのは、賠償権者の「価値利益（Wertinteresse）」である[51]。

（b）一般債務不履行の場面における適用のあり方

続いて、リームは、以上の基本構造を持つ249条以下の規定が、「給付に代わる損害賠償」が問題となる場面においてどのように適用されるのかを論じる。つまり、不法行為責任については、「自然的原状回復」・「原

---

賠償」のいずれであるかについては争いがあるが、通説は前者だとする（議論状況につき、Münchener, a.a.O. (Fn. 43), § 250 Rn. 12 (*-Oetker*) を参照）。

[48] この点に関するドイツの議論を詳しく紹介するものとして、長野・前掲注（45）67頁以下。

[49] 判例として、BGHZ 61, 56 (58)=NJW 1973, 1647など。学説として、*Hermann Lange/Gottfried Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 228; Münchener, a.a.O. (Fn. 43), § 249 Rn. 377 (*-Oetker*) など。なお、判例法理については、その実質に着目した場合には別の理解も成り立ちうることが示されている（長野・前掲注（45）94頁以下）が、ここでは立ち入らない。

[50] 「純粋金銭賠償」は、*Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 23で用いられている用語である。「純粋」という修飾語は、「金銭賠償」から、「自然的原状回復」との共通性が高い「原状回復費用賠償」を除いたものという意味で付されたものであると考えられる。なお、リームのいう「純粋金銭賠償」は、他の論者においては、「補償（Kompensation）」と呼ばれることが多い。

[51] Staudinger, a.a.O. (Fn. 44), § 251 Rn. 3 (*-Höpfner*); Grüneberg, a.a.O. (Fn. 44), § 251 Rn. 10 (*-Grüneberg*).

状回復費用賠償」・「純粋金銭賠償」という３つの賠償方法が認められることに特に異論はないが、では「給付に代わる損害賠償」についてはどうなるのかということが問題とされているわけである。リームの見解の特徴は、後に詳しくみるように[52]、「給付に代わる損害賠償」においては（少なくとも原則として）「純粋金銭賠償」を定める251条のみが適用されるとする通説に反し、「給付に代わる損害賠償」においても、不法行為責任と同様に、「自然的原状回復」・「原状回復費用賠償」・「純粋金銭賠償」のすべてが問題となるとする点にある[53]。

１）原状回復（履行状態実現）

まず「原状回復」についてみていくが、ここで用語法について一言しておく。

「原状回復（Restitution）」は、「元の状態に戻す」という意味合いを持つ言葉である。これは、確かに、不法行為責任においては、「賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を現実に回復すること」を的確に言い表した用語であるということができる。

しかし、本稿が検討対象とする契約責任においては、「賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を現実に回復すること」とは、「債務が履行されたとすれば存在するであろう状態を現実に実現すること」を意味する。ここでは、将来存在したであろう状態を実現することが問題となっているのであって、過去に存在していた状態を回復することが問題となっているのではないから、「原状回復（Restitution）」という用語にはやや違和感がある。それどころか、「原状回復」という用語は、――とりわけ不当利得や解除の場面において――「契約が締結されなかったのと同じ状態を回復する」というまったく別の意味で用いられることがあり、これとの混同を招く危険すらある。

そこで、以下では、必要な限りにおいて、「原状回復（Restitution）」

[52] 第２章第２節１（２）イ（イ）ｂを参照。

[53] 以下で紹介するリームの見解をほぼ全面的に支持するものとして、*Barbara Dauner-Lieb*, Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch!, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, 2020, S. 110 ff.

に代えて、――契約責任に特化した用語となる点において必ずしも一対一対応していない点を自覚しつつも――「履行状態実現」という用語を用いることとしたい。同様に、「自然的原状回復」、「原状回復費用賠償」、「原状回復措置」も、必要な限りにおいて、それぞれ、「直接的履行状態実現」、「履行状態実現費用の賠償」、「履行状態実現措置」と言い換えることとする。

ア）自然的原状回復（直接的履行状態実現）

リームによると、「給付に代わる損害賠償」においても、（特定後の）種類債務および代替物に関する特定物債務については、「直接的履行状態実現」が認められうる。すなわち、これらの場合には、不能（改正BGB275条１項[54]）や債権者による給付に代わる損害賠償の請求（改正BGB281条４項）により、給付目的物そのものを求める履行請求権が消滅したとしても、それと同種ないし同等（vergleichbar）の物を求める「直接的履行状態実現」請求権が認められる余地は残る[55]。

イ）原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）

また、同種ないし同等の物の給付を「直接的履行状態実現」とみた場合、債権者が填補取引のために必要となる費用を「履行状態実現費用」とし

---

[54] 【改正 BGB 第275条（給付義務の排除）】

（１）給付請求権は、給付が債務者又はあらゆる者にとって不能である限り、排除される。

（２）債務者は、給付が、債務関係の内容及び信義誠実の要請に鑑みて債権者の給付利益と著しい不均衡にある負担を要する限り、給付を拒絶することができる。債務者に期待することができる努力を確定する際には、給付障害が債務者の責めに帰すべきものであるかどうかも考慮しなければならない。

（３）債務者は、債務者が自ら給付を行わなければならない場合で、かつ、債務者の給付を妨げている障害と債権者の給付利益を衡量して、債務者に給付を期待することができない場合にも、給付を拒絶することができる。

（４）債権者の権利は、第280条、第283条から第285条まで、第311a 条及び第326条によって定まる。

[55] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 365 ff. なお、2002年債務法改正前の「不履行に基づく損害賠償」における「直接的履行状態実現」の可能性につき詳細に論じるものとして、*Peer Gebauer*, Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung, 2002.

て債務者に請求することができるということも、そこから容易に導かれる[56]。こうした填補取引としては、例えば、売主が引渡しを行わなかった場合の買主の填補購入のほか、売主が瑕疵ある給付をした場合の買主自身（ないしその委託を受けた第三者）による瑕疵除去がある[57]。

リームは、判例・通説と同様、一般原則として「処分自由論」を認めたうえで、その一般原則を填補購入の場面にも適用して、事実的填補購入費用だけでなく仮定的填補購入費用の賠償も認められるという帰結を導く。そして、一般債務不履行の場面における「抽象的損害計算」は、この仮定的填補購入費用の賠償として認められるものであるとする[58]。

２）純粋金銭賠償

リームによると、「純粋金銭賠償」としては、以下の２つが認められる。

ア）本体価値の賠償

第１は、「本体価値（Substanzwert）」の賠償である[59]。これは、目的物の客観的価値を賠償するものである。リームは、「履行状態実現費用の賠償」とこの「本体価値」の賠償を併せて、「本体喪失損害（Substanzausfallschaden）」――「債務の内容となっている給付自体を取得する利益〔の喪失〕」[60]――の賠償と呼ぶ[61]。そして、この両者の関係について、通常は「填補取引費用」と「本体価値」は一致するのだが、瑕疵ある給付がされた場合には、前者が修補費用、後者が目的物の減価分ということになり、これらは必ずしも一致しないとする[62]。

イ）利用利益喪失損害の賠償

---

[56] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 369.

[57] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 397.

[58] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 373 f.

[59] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 378.

[60] Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, 1. 7. 2022, § 280 Rn. 221 (-*Thomas Riehm*).

[61] *Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, AcP 203 (2003), S. 736.

[62] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 379. また、*ders.*, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 397も参照。

第２は、「利用利益喪失損害（Ertragsausfallschaden）」[63]の賠償である[64]。「利用利益喪失損害」とは、「計画された給付目的物の利用（Verwendung）から生じる財産的利益の逸失」のことであり[65]、例えば、転売利益（の喪失）[66]や営業利益（の喪失）[67]がここに含まれる。

e　J. W. フルーメの見解

以上でみてきたリームとほぼ同時期に、「給付に代わる損害賠償」が問題となる場面における損害の算定方法を、経済学的な観点も容れつつ論じたのが、J. W. フルーメ（*Johannes W. Flume*）である。

（a）責任内容の確定方法の概観

フルーメは、買主が依拠することのできる構成として、以下のものを挙げている。

1）填補購入費用

ア）仮定的填補購入費用

まず、仮定的填補購入費用を挙げている[68]。仮定的填補購入費用の賠償を認めると、必然的に「抽象的損害計算」――市場価格（と代金額の差額）による算定――を認めることになることから、フルーメは、――彼自身は必ずしも明言していないものの――「抽象的損害計算」の基礎づけをこの仮定的填補購入費用という構成に求めるものとみられる。

イ）事実的填補購入費用

---

[63] “Ertragsausfallschaden”は、原語に忠実に訳すならば、「収益喪失損害」などとなろう。しかし、”Ertragsausfallschaden”は、目的物が収益目的で利用される場合に限られるわけではなく、目的物が自らの需要を満たす目的で利用される場合にも認められる（BeckOGK, a.a.O. (Fn. 60), § 280 Rn. 269 (-*Riehm*) を参照）こと、後にも述べるようにリームにおいては「利用（Verwendung）」という概念が重要な役割を果たしていることから、「利用利益喪失損害」と訳すこととした。

[64] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 24.

[65] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 61), S. 739.

[66] BeckOGK, a.a.O. (Fn. 60), § 280 Rn. 221 (-*Riehm*).

[67] BeckOGK, a.a.O. (Fn. 60), § 280 Rn. 228 (-*Riehm*).

[68] *Johannes W. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 161.

次に、事実的填補購入費用を挙げている[69]。

２）転売利益

さらに、転売利益を挙げている[70]。

（ｂ）仮定的填補購入費用構成の正当化

ここまでは、すでにみてきたラーベルやリームの見解とあまり変わらない。フルーメの見解の意義は、以上のうち「仮定的填補購入費用」という構成がどのように正当化されるのかを、経済学的な観点も踏まえつつ明らかにしたことにある。

１）売買契約の機能――「利得」の取得

フルーメは、まず、売買契約が正常に履行される場面を念頭に、売買契約の機能を分析する。

彼によると、売買契約によって、両当事者は、「利得（payoff）」を得ることになる。「利得」は、売買代金額と（履行時＝履行期における）目的物の市場価格の相対的な関係によって定まる[71]。すなわち、買主の「利得」は「市場価格－代金額」により、売主の「利得」は「代金額－市場価格」により定まる。この「利得」は、正の値になることもあれば、負の値になることもある。例えば、代金額を100とする売買契約において、買主の「利得」は、市場価格が110の場合は +10、市場価格が100の場合は0、市場価格が90の場合は－10となる[72]。

売買契約によって得ることのできるこうした「利得」には、以下の２つの側面がある。

ア）「利得」の静的な側面――売買契約の「良さ」

第１に、「利得」は、売買契約が当事者にとってどの程度「良い」取引なのか、あるいは「悪い」取引なのかという売買契約の「良さ（Güte）」を表している[73]。この第１の側面は、（履行時という）一定の時点を基準

[69] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 161.

[70] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 185を参照。なお、買主が填補購入をすることにより回避することのできた転売利益の喪失について賠償が認められるかという問題については、第２章第２節２で検討する。

[71] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 115.

[72] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 115 ff.

[73] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 115 ff.

とした売買契約の「良さ」を問題にしている点において、静的な側面だということができる。

イ）「利得」の動的な側面――価格変動リスクからの保護

他方で、売買契約が――時間の経過に伴い市場価格が変動するという意味において――動的な環境において締結されるという点を踏まえると、第２に、「利得」の動的な側面を語ることができる。それは、「利得」は、「売買契約の締結により市場価格との関係において価格が保全されること、つまりいわゆるヘッジングを表すものでもある」ということである[74]。すなわち、買主は、履行時における市場価格が売買代金額を上回った場合には、その市場価格で購入せずに済んだという意味において価格変動リスクから保護されたことになる。他方、売主は、履行時における市場価格が売買代金額を下回った場合には、その市場価格で売却することを回避できたという意味において価格変動リスクから保護されたことになる。その反面、買主は、市場価格が売買代金額を下回った場合には、節約できたはずの出費をしたことになり、売主は、市場価格が売買代金額を上回った場合には、得られたはずの収益を得られなかったことになる。このように、両当事者は、売買契約の締結により、売買代金額を境界線とした価格変動リスクの分配を行っている。「利得」は、当事者がこうしたリスク分配により保護された程度（あるいは損失を受けた程度）を示す指標であるということができるのである[75]。

こうした「ヘッジ効果」は、複雑な金融取引だけではなく、「あらゆる売買契約に内在している」。というのも、あらゆる売買契約において、売買代金額が確定され、かつ契約締結時と履行時に――ときとして極小の――時間的間隔が空いているからである[76]。

２）給付に代わる損害賠償の目的――現実給付交換の再現

こうした売買契約の機能を踏まえて、フルーメは、次に、売買契約が

[74] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 121.
[75] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 122.
[76] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 123.

正常に履行されない場面を念頭に、「給付に代わる損害賠償」における損害の算定問題を論じる。

フルーメによると、「正の利得価値（*positive* payoff-Werte）――これは、市場価格と売買代金額の関係に応じて、売主が得る場合もあれば買主が得る場合もある――は、BGB280条３項・281条により賠償されるべき金銭的利益と一致する」。このルール、すなわち市場価格ルールは、現実の給付交換の結果を金銭によって「再現（replizieren）」する意味を持つ[77]。すなわち、市場価格ルールに従った賠償を受けることにより、被不履行当事者は、「目的物を契約上合意された売買代金額で取得したのと同じ状態に置かれる」。例えば、売主不履行事例において、代金額が100で市場価格が120の場合には、買主の不履行損害の額は20となる。買主は、この20によって、合意された100という価格において目的物を市場から調達することが可能となり[78]、先にみた「ヘッジ効果」が「再現」される[79]というわけである。

こうした現実の給付交換の「再現」という考え方と関連して、フルーメは、「給付に代わる損害賠償」は、「病理的（pathologisch）で道徳に反した（amoralisch）状態に対処する」ものではなく、「現実履行と並ぶ契約履行の一形態」、すなわち「金銭履行（*Pekuniarerfüllung*）」であるとも述べている[80]。「履行」という語はクニューテルの見解を想起させるが、フルーメにおいては「給付に代わる損害賠償」を請求するために帰責事由が必要であることが前提とされている[81]ため、ここで意図されているのは、「給付に代わる損害賠償」は損害賠償ではなく履行請求であるということではないと考えられる。フルーメが現実の給付交換の「再現」という考え方を採っていることを踏まえると、この記述は、現実履行によって実現される利益と「給付に代わる損害賠償」によって実現される

[77] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 173.

[78] *Johannes W. Flume*, Der monetäre Wert des (Kauf-) Vertrags – Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens, AcP 215 (2015), S. 290.

[79] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 173.

[80] *Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 156.

[81] *Flume*, a.a.O. (Fn. 78), S. 342を参照。

利益は一致する、あるいは少なくとも共通の性質を有するという意味において理解されるべきであろう。この限りにおいて、フルーメの見解は、これまでみてきた、ノイナーの「直接損害」、ラーベルの「給付目的物の代償物」としての損害賠償、クニューテルの「一般利益」、リームの「本体喪失損害」において示されていた考え方と方向性を同じくしているということができる[82]。もっとも、フルーメにおいては、これらの論者とは異なり、契約責任法における損害概念を２種類に分けるという発想が明確には示されていない。そのため、――遅延賠償が「金銭履行」であるとは考えられていないことについては推測がつくものの――あらゆる「給付に代わる損害賠償」が「金銭履行」なのか、それとも「金銭履行」ではない「給付に代わる損害賠償」も存在するのかという点がはっきりしないこととなっている。

イ　小括

以上、転売利益限定説に続いて、転売利益非限定説に属する５人の論者の見解をみてきた。ここで、一般債務不履行の場面における責任内容論を対象とした検討を小括しておこう。

（ア）ここまでの検討から得られる示唆――本体喪失損害と利用利益喪失損害の二元的把握の可能性および必要性

ここまでの検討からは、まず、契約責任法においては２種類の異なる損害概念が存在するという発想がありうる――２種類の損害を観念するという考え方を採ることが少なくとも理論的には「可能」である――ということが明らかとなったといえる。その２種類の損害概念とは、以下

[82] もっとも、フルーメ自身は、給付交換の「再現」という考え方はノイナーの「最小限の損害」の考え方とは異なると述べている（*Flume*, a.a.O. (Fn. 68), S. 173）。そこでは、不履行損害の額は市場価格に応じて変化するものであり、額が0になることもあるのだから、「最小限の損害」を語ることはできないとの批判がされている（S. 258も参照）。しかし、この批判は、債権者が負う反対債務の価額が控除されるかどうかという問題（連載第１回の注（51）を参照）に関わるものであり、本稿の扱う算定の問題とは別問題について述べるものとみるべきである。したがって、純粋に算定の問題に絞って見た場合には、フルーメの見解と「最小限の損害」の考え方は方向性を同じくしているということができるだろう。

の２つである。

a　本体喪失損害

（ａ）共通に観念されるある損害概念の析出――損害＝給付（ないしその客観的価値）を取得しなかったこと自体［本体喪失損害］

第１は、ノイナーにおける「直接損害」、ラーベルにおける「給付目的物の代償物」としての損害賠償（の基礎にある損害概念）、クニューテルにおける「一般利益」（の喪失）、リームにおける「本体喪失損害」、フルーメにおける「金銭履行」としての損害賠償（の基礎にある損害概念）である。これらの論者においては、要するに、「給付（ないしその客観的価値）を取得しなかったこと自体」が損害として把握されているということができる[83]。以下では、この損害概念を、その性質を最も的確に言い表していると考えられるリームの「本体喪失損害」という語で呼ぶこととしたい。

（ｂ）その特徴

この「本体喪失損害」は、以下のような性質を有していた。

１）人的基準――客観的損害計算

まず、人的基準については、賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的損害計算」が認められていた[84]。その際には、多くの論者において、履行請求の場合には「利益（Interesse）」（つまり、次に説明する「利用利益喪失損害」）が市場価格を下回るという債務者の抗弁が許されないにもかかわらず、損害賠償請求の場合にその抗弁を許してしまうと、履行請求の場合と比較して不当に債務者を有利な地位に置くこととなるという理由が持ち出されていた。

こうした「客観的損害計算」を認める必要性は、転売利益限定説がその基礎にある理論からすると本来認められない場面についても「抽象的損害計算」を認める傾向にあったという事実に裏づけられているといえ

[83] ただし、前述のとおり、クニューテルにおいては、これが「損害」ではなく「利益」として構成されていた（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｃ（ａ）１）ア）を参照）。

[84] なお、論者によっては、事実的填補購入費用も「本体喪失損害」に位置づけられていた。このような考え方のもとでは、「本体喪失損害」の賠償においては、「客観的損害計算」だけでなく「主観的損害計算」も認められるということになる。

る。というのも、（市場価格依拠型）転売利益の賠償が認められないはずの場面においても「抽象的損害計算」を認めるというのは、実質的には「客観的損害計算」を認めているのと変わらない。「本体喪失損害」を観念しない転売利益限定説すら（実質的には）「客観的損害計算」を認めているという事実は、「客観的損害計算」を認める必要があるという評価が立場の違いを超えて共有されていることを示しているわけである。

このように「客観的損害計算」を認める必要があることを踏まえると、「本体喪失損害」を観念することは、単に「可能」であるというだけでなく、「必要」である――要するに、転売利益非限定説を支持すべきである――ということができる。

2）金額包含的損害把握の採否――金額非包含的損害把握

また、「本体喪失損害」においては、損害概念に金額が含まれておらず、金銭的評価論が独立に観念されていた。

b　利用利益喪失損害

（a）本体喪失損害と並び立つ概念として共通に観念される損害概念の析出――損害＝債権者が給付を利用することにより取得したであろう利益（の喪失）［利用利益喪失損害］

他方で、転売利益非限定説においても、損害概念がこの「本体喪失損害」に尽きると考えられていたわけではなかった。例えば、ノイナーにおいては「間接損害」、ラーベルにおいては「具体的損害」として、金額差額説に従った（あるいはそれと整合的な）損害把握も同時に行われていた。また、リームの「利用利益喪失損害」も、債権者の利用によって得られる利益（の喪失）を損害とみる点において、主体の活動に着目していたメルテンスの財産把握（ひいては損害把握）との共通性をうかがわせる。さらに、クニューテルの「特別利益」（の喪失）も、――クニューテル自身は金額差額説に従った損害把握ではないとしていたものの――メルテンスの損害概念と同じように、主体関連的な損害であるとみることができるものであった。これらの論者においては、要するに、「本体喪失損害」と並んで、「債権者が給付を利用することにより取得したであろう利益（の喪失）」が損害として把握されているということができる。以下では、

この第２の損害概念を、ここでもリームにならい、「利用利益喪失損害」と呼ぶこととしたい。

（ｂ）その特徴

この「利用利益喪失損害」は、以下のような性質を有していた。

１）人的基準――主観的損害計算

まず、人的基準については、「主観的損害計算」が行われていた。

２）金額包含的損害把握の採否――金額包含的損害把握

また、「利用利益喪失損害」においては、一部の例外[85]を除き、損害概念に金額が含まれていた[86]。これにより、――論者において自覚されているかは必ずしも明らかではないが――金銭的評価論が賠償範囲論と融合することになる。

３）賠償範囲論を論じる必要性

さらに、その賠償範囲論について、ラーベルは、もっぱら「利用利益喪失損害」（「具体的損害」）においてのみ論じており、「本体喪失損害」においては論じていなかった。ここには、前述したように、「本体喪失損害」においては給付内容さえ確定されていれば賠償範囲論をそれとは別に論じる必要がないという理解をうかがうことができる。

（イ）未解決の問題――仮定的填補購入費用と客観的価値の意味と位置づけ

ところで、「本体喪失損害」には、厳密には、２通りの理解が存在していた。すなわち、仮定的填補購入費用と客観的価値である。しかし、この２つを挙げるラーベルにおいても、これらが相互にどのような関係に立つのかについては言及がなかった。また、ノイナーのように片方の理解しか示さない論者や、クニューテルのようにいずれの理解であるか

[85] 前述のとおり、クニューテルは、損害概念に金額が含まれないという理解に立っているものと考えられる（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｃを参照）。しかし、そこでも述べたとおり、このようなクニューテルの理解には必ずしも十分な根拠がない。

[86] 主体関連的財産把握を採用した場合には、損害概念に金額を含める考え方が導かれやすいということについても、すでに説明したとおりである（第２章第２節１（１）ウ（イ）ｃ（ａ）２）イ）ｃ）bb）を参照）。

を確定することが困難な論者[87]もいる。このように、ここまでの検討からは、仮定的填補購入費用と客観的価値という２つの理解の意味と位置づけについては十分に明らかにすることができていない。

もっとも、唯一、リームは、「履行状態実現費用の賠償」としての仮定的填補購入費用の賠償と、「純粋金銭賠償」としての「本体価値」の賠償を区別していた。そこでは、両者の額は通常は一致するのだが、瑕疵ある給付の場合には必ずしも一致しないことが説かれていた。この指摘を踏まえると、一般債務不履行の場面において仮定的填補購入費用と客観的価値の意味と位置づけが十分に論じられていなかったのは、両者から導かれる賠償額が一致するため、区別の実益に乏しかったからではないかという推測が成り立つ。裏を返せば、賠償額が必ずしも一致しない瑕疵担保の場面においては、両者の意味と位置づけについて何らかの議論があることが期待される。そこで、次に、瑕疵担保責任における責任内容論をめぐる議論をみていこう[88]。

### （２）瑕疵担保責任における責任内容論

以下では、瑕疵担保責任をめぐる議論をみていく。

#### ア　問題の所在――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否

瑕疵担保の場面においては、請負契約や売買契約を念頭に、仮定的瑕疵除去費用（fiktive Mängelbeseitigungskosten）の賠償の可否をめぐって議論が行われている[89]。これは、請負人の仕事（売主が引き渡した目的

---

[87] 実は、瑕疵担保責任に関するクニューテルの見解をみると、彼が「本体喪失損害」（「一般利益」）を客観的価値として理解していることが明らかとなるのだが、これについては後述する（第２章第２節１（２）イ（イ）a（a）１）を参照）。

[88] なお、事実的填補購入費用については、「本体喪失損害」に位置づける論者（ラーベル、リーム）と「利用利益喪失損害」に位置づける論者（クニューテル）に分かれていたが、この対立をどのように理解すべきかについても、瑕疵担保の場面における議論をみることで明らかとなる。

[89] 仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐるドイツの議論を紹介・分析するものとしては、すでに、永岩慧子「請負の瑕疵責任における給付に代わる損害賠償額の算定――ドイツ連邦通常裁判所2018年２月22日判決の検討を中心に」名経法学44号（2020年）69頁、山田孝紀「売買契約・請負契約の給付に代わる

物）に瑕疵があった場合に、注文者（買主）は、瑕疵に基づく損害賠償（改正 BGB634条４号[90]（売買の場合は改正 BGB437条３号[91]）・280条３項・

仮定的損害賠償――ドイツ法における近時の展開」日本法学87巻３号（2021年）65頁がある。とりわけ、山田の論文は、2020年以降の新たな判例の展開も含めて、ドイツの判例・学説の議論を詳細にフォローするものであることから、本稿が同論文とどのような関係に立つのかという点をあらかじめ説明しておく必要がある。

後述するように、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐるドイツの議論は、近時判例に動きがあったことから非常に活発化しており、そこでの論点は極めて多岐にわたっている。山田の論文は、そうした多岐にわたる論点に関する議論を幅広くフォローするものであり、そのような意味において、重要な先行研究として位置づけられるべきである。これに対して、本稿は、損害概念を析出する素材として仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐるドイツの議論を取り上げていることから、そうした多岐にわたる論点の中でも、特に損害論に重きを置いて紹介・分析を行っている。より具体的には、山田の論文と比較したときの本稿の特徴は、（先取りにはなるが）次の３点にまとめられる。

第１に、本稿は、学説を網羅的に取り上げるのではなく、損害論について重要な知見をもたらすと考えられる学説を中心に取り上げる。そのため、特に損害論に関わる部分について、本稿は、山田による学説紹介を補充する意味を持つ（例えば、山田の論文では、U. ピッカー、ハルフマイヤー、リームといった論者の損害論に関わる主張の核心部分がほぼ紹介されていない）。

第２に、本稿は、ドイツの議論を検討することにより、損害論について２つの立場が対立し、この対立が仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に一定の影響を及ぼしていることを明らかにする。山田の論文でも、損害論は、多数の論点のうちの１つとして取り上げられ、ドイツの議論について一定の整理が行われているが、本稿では、より詳細かつ正確にこの点の分析を行うことを目指す（この点については、後掲注（167）も参照）。

第３に、本稿は、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐる議論の検討を終えた後、そこから得られた損害論に関する知見を、一般債務不履行の場面をめぐる議論――「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐる議論――から得られた知見と接合するということを試みる。

なお、山田は、ドイツ法の検討を踏まえて、日本法についても一定の検討を行っているが、これについては第３章で取り上げる予定である。

[90] 以下、請負における瑕疵担保責任に関する規定を必要な限りで掲げておく。なお、本稿では2002年債務法改正前の議論も併せて取り上げているが、改正前

281条１項１文）として、実際には自ら瑕疵を除去することなく、仮に瑕疵を除去するとすればそれに要するであろう費用の賠償を請求するこ

---

BGB の規定については、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐる議論に影響を及ぼしうる改正に関わる部分に限り、後に紹介する（後掲注(109)を参照）。

【改正 BGB 第634条（瑕疵がある場合における注文者の権利）】

仕事に瑕疵がある場合には、別段の定めがない限り、注文者は、次の各号に掲げる権利を有する。

１．第635条により追完を請求する権利

２．第637条により瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求する権利

３．第636条、第323条及び第326条第５項により契約を解除し、又は第638条により報酬を減額する権利

４．第636条、第280条、第281条、第283条及び第311a 条により損害賠償を請求し、又は第284条により無駄になった費用の賠償を請求する権利

【改正 BGB 第635条（追完）】

（１）注文者が追完を請求する場合には、請負人は、その選択に従い、瑕疵を除去し、又は新たな仕事を製作することができる。

（２）請負人は、追完の目的のために必要な費用、とりわけ、輸送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。

（３）請負人は、追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、第275条第２項及び第３項の適用を妨げることなく、それを拒絶することができる。

（４）（略）

【改正 BGB 第636条（解除及び損害賠償に関する特則）】

第281条第２項及び第323条第２項に定める場合のほか、請負人が第635条第３項により追完を拒絶する場合又は追完が失敗に終わった場合若しくは追完の請求を注文者に期待することができない場合にも、期間設定を要しない。

【改正 BGB 第637条（自己追完）】

（１）注文者は、請負人が追完を正当に拒絶したのではない限り、追完のために設定した相当な期間が徒過した後に、瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。

（２）この場合においては、第323条第２項を準用する。追完が失敗に終わった場合又は追完の請求を注文者に期待することができない場合にも、期間設定を要しない。

（３）注文者は、請負人に対して、瑕疵を除去するために必要な費用の前払を請求することができる。

とができるかという問題である。

---

[91] 以下、売買における瑕疵担保責任に関する規定を必要な限りで掲げておく。なお、改正 BGB439条３項は、2018年瑕疵担保法改正によって追加されたものである。改正前 BGB の規定については、後に紹介する（連載第３回の脚注を参照）。

【改正 BGB 第437条（瑕疵がある場合における買主の権利）】

物に瑕疵がある場合には、別段の定めがない限り、買主は、次の各号に掲げる権利を有する。

１．第439条により追完を請求する権利

２．第440条、第323条及び第326条第５項により契約を解除し、又は第441条により売買代金を減額する権利

３．第440条、第280条、第281条、第283条及び第311a 条により損害賠償を請求し、又は第284条により無駄になった費用の賠償を請求する権利

【改正 BGB 第439条（追完）】

（１）買主は、追完として、その選択に従い、瑕疵の除去又は瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。

（２）売主は、追完の目的のために必要な費用、とりわけ、輸送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。

（３）買主が瑕疵ある物をその種類及び利用目的に従って他の物に組み込んだ場合又は他の物に取り付けた場合には、売主は、追完の枠内において、買主に対して、瑕疵ある物の取外しのために必要な費用及び修補された物又は引き渡された瑕疵のない物の組込み又は取付けのために必要な費用を償還する義務を負う。この場合において、第442条第１項中買主の認識に関して「契約の締結」とあるのは、「買主による瑕疵ある物の組込み又は取付け」と読み替えるものとする。

（４）売主は、買主が選択した種類の追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、第275条第２項及び第３項の適用を妨げることなく、それを拒絶することができる。その際には、とりわけ、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重要性及び買主に著しい不利益を与えることなく他の種類の追完を行うことができるかどうかという問題を考慮しなければならない。この場合には、買主の請求権は、当該他の種類の追完に限定される；第１文の要件のもとで当該他の種類の追完をも拒絶する売主の権利は、妨げられない。

（５）（略）

【改正 BGB 第440条（解除及び損害賠償に関する特則）】

第281条第２項及び第323条第２項に定める場合のほか、売主が第439条第４項により両方の種類の追完を拒絶する場合又は買主に認められる種類の追完が

ところで、請負については、瑕疵に基づく注文者の権利として、損害賠償請求権とは別に、「自己追完（Selbstvornahme）」を行う権利が認められている（改正 BGB634条２号・637条。なお、売買については、同様の規定は存在しない）。これは、注文者が瑕疵を自ら除去したうえで、それに必要な費用の償還を請求するという権利であり、事前の償還請求も認められる（改正 BGB637条１項・３項）。事前償還請求は、請求時点で瑕疵を除去しておくことを要しない点において仮定的瑕疵除去費用の賠償と共通しているが、以下の２点において異なる。第１に、費用償還請求は損害賠償請求ではないので、請負人の帰責事由が不要である[92]。第２に、事前償還請求はあくまで将来実際に支払われることになる瑕疵除去費用の前払にすぎないから、注文者は、請負人から支払われた瑕疵除去費用を瑕疵除去のために用いなければならない[93]。したがって、注文者が（相当期間内に）瑕疵除去を行わなかった場合には全額を、瑕疵除去を行ったものの前払金が余った場合にはその残額を、請負人に返還しなければならない[94]。逆に、瑕疵除去を行ったところ前払金が足りなかったという場合には、追加の費用償還請求が可能である[95]。仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題は、この第２の点において事前償還よりも注文者に有利な仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めることができるかどうかという問題として理解することができる。

この問題に関しては、従来、請負・売買のいずれについても仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという連邦通常裁判所（BGH）の確立した判例が存在していた[96]。ところが、2018年に、BGH 第７民事部は、請負

---

失敗に終わった場合若しくはその追完の請求を買主に期待することができない場合にも、期間設定を要しない。修補を２回試みても成功しなかった場合には、物又は瑕疵の種類その他の事情からそうでないといえない限り、失敗に終わったものとする。

[92] Grüneberg, a.a.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 2 (-*Björn Retzlaff*).

[93] Grüneberg, a.a.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 10 (-*Retzlaff*).

[94] Grüneberg, a.a.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 11 (-*Retzlaff*).

[95] Grüneberg, a.a.O. (Fn. 44), § 637 Rn. 9 (-*Retzlaff*).

[96] ただし、売買については、この判例法理が形成されたのは2002年債務法改正後のことである。債務法改正前の状況も含めて、詳しくは後ほど説明する。

についてこの判例を変更し、賠償を否定するという立場に転じた。この判例変更を受けて、BGH 第５民事部は、2020年から2021年にかけて、売買についても仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべきかという問題に取り組むこととなった。その過程では、第５民事部から第７民事部に対して2018年の判決（判例変更）を維持するかどうかについて照会も行われたが、最終的には、第７民事部が請負について仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという2018年の判決の立場を維持したのに対して、第５民事部は、売買については仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する従来の判例法理を維持するという判断を下し、BGH の内部において、請負事例と売買事例の判断が分かれることとなった。こうした判例の展開を受けて、近時、ドイツにおいて、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題はますます注目を集めることとなっている。そこで、以下では、判例の展開を、2018年の請負事例に関する判例変更までと、その後の請負事例と売買事例の関係をめぐる判例の展開の大きく２つに分けて、学説の反応とともにみていくこととしたい。

イ　請負における判例変更とそれをめぐる学説の議論

（ア）判例

まずは、2018年の判例変更に至るまでの請負に関する判例をみていく。

a　従来の判例――請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

従来、BGH は、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定していた[97]。その中には、（賠償時において注文者による瑕疵除去がなお可能ではあるけれども、）請負人から支払われた瑕疵除去費用を瑕疵除去のために用いる必要がないことを認めたもの[98]もあれば、注文者が仕事の対象を売却したことにより賠償時において注文者による瑕疵除去がもは

[97] BGHZ 61, 28 (30)=NJW 1973, 1457; BGHZ 61, 369 (372)=NJW 1974, 143; BGHZ 74, 258 (265)=NJW 1979, 2207; BGHZ 99, 81 (84 ff.)=JZ 1987, 247=NJW 1987, 645; BGH, NJW-RR 2003, 878= BauR 2003, 1211; BGH, NJW-RR 2004, 1462 (1463)= BauR 2004, 1617; BGH, NJW-RR 2005, 1039=BauR 2005, 1014; BGHZ 186, 330 Rn. 11=NJW 2010, 3085.

[98] BGHZ 61, 28 (30)=NJW 1973, 1457; BGHZ 74, 258 (265)=NJW 1979, 2207; BGH, NJW-RR 2003, 878= BauR 2003, 1211.

や不可能となっているにもかかわらず、瑕疵除去に要する費用の賠償を認めたもの[99]もある。

賠償を認める際、BGH は、「瑕疵自体がすでに損害である」という理由を挙げることが多い[100]。

b　判例変更の萌芽

BGH は、こうした判例法理を維持しつつも、2007年と2010年に、判例変更の萌芽とも評しうる判決を下している。

（a）BGH 2007年６月28日判決

まず、BGH は、2007年６月28日に、仮定的瑕疵除去費用に関する２つの類似の事案のそれぞれにつき、共通の考え方を基礎とした判決を下している（以下、NJW への掲載順に「第１事件」・「第２事件」と呼び、両判決を併せて「BGH 2007年判決」と呼ぶ）[101]。

1）事案

事案は、簡略化すると、次のようなものであった。いずれの事件においても、建築主 A を起点として B、C、D へと続く請負契約の連鎖において、D の仕事に瑕疵があったことを理由として、C が、D に対して、仮定的瑕疵除去費用によって算定された損害の賠償を請求した。第１事件においては、（A の B に対する瑕疵担保に基づく請求権および）B の C に対する瑕疵担保に基づく請求権について、消滅時効期間がすでに満了していた。第２事件においては、B と C の間で、C が B との関係で損害の補償として負担すべき金額は瑕疵除去費用の全額ではなく、そこから減額された額であるという旨の合意がされていた。

2）判旨――損益相殺による仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

---

[99] BGHZ 99, 81 (84 ff.)=JZ 1987, 247=NJW 1987, 645; BGH, NJW-RR 2004, 1462 (1463)= BauR 2004, 1617.

[100] BGH, NJW-RR 2003, 878= BauR 2003, 1211; BGHZ 173, 83 Rn. 15=NJW 2007; BGH, NJW 2007, 2697 Rn. 12. さらに、BGH, NJW-RR 2005, 1039=BauR 2005, 1014も参照。

[101] BGHZ 173, 83=NJW 2007, 2695; BGH, NJW 2007, 2697. 第１事件を紹介するものとして、青野博之「損害賠償金の使途の自由――ドイツ民法第249条第２項第１文に基づく損害賠償」駒澤法曹８号（2012年）102頁。

BGH は、いずれの事件においても、賠償を否定すべきであるという立場を示した（第２事件においては、BC 間で合意された金額を超える限りにおいて賠償を否定すべきであるという立場を示した）。その理由は、いずれの事件においても、損益相殺の考え方に求められている。すなわち、「瑕疵に基づく損害賠償を連鎖の終点側にいる契約相手方に対して主張する者がいる場合において、その者自身がこの瑕疵を理由として連鎖の起点側にいる契約相手方から請求を受けることがもはやありえないことが認められたときは、損益相殺の考え方を援用することができる」[102]。

３）評価――仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場との親和性

以上の両判決は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定したものではない。むしろ、従来の判例と同じく、仮定的瑕疵除去費用の賠償が可能であることは明示的に認められている[103]。したがって、形式的には、両判決は、損益相殺という特別の考慮によって例外的に仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定される場合があることを示した判決であると評価されることになる。

しかし、実質的にみると、両判決は、単に例外を認めたというだけではなく、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般的に否定する考え方にかなり接近しているということができる[104]。というのも、C が B から瑕疵に基づく請求を受ける可能性がないということは、D から支払われる瑕疵除去費用を C が瑕疵除去（のために用いられる損害賠償金の支払）のために用いる可能性がもはやなくなったということを意味する。この点において、両判決の事案は、通常の二当事者間の請負において、注文者が仕事の対象を売却したことにより賠償時において注文者による瑕疵除去がもはや不可能となっている場合と共通であるといえる。したがって、両

[102] BGHZ 173, 83 Rn. 20=NJW 2007, 2695. BGH, NJW 2007, 2697 Rn. 19も同旨。
[103] BGHZ 173, 83 Rn. 16=NJW 2007, 2695; BGH, NJW 2007, 2697 Rn. 13.
[104] BGH 2007年判決の採る考え方が仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定してきた従来の判例法理と整合しないことを指摘するものとして、*Claus Halfmeier*, Grundstrukturen des bauvertraglichen Schadensersatzes, BauR 2013, S. 325など。

判決は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場と親和性のある判断を示したことになるのである。

（b）BGH 2010年７月22日判決

続いて、BGH は、2010年に、以下のような判決（以下、「BGH 2010年判決」と呼ぶ）を下している[105]。

1）判旨――売上税に関する処分自由の否定

BGH によると、仮定的瑕疵除去費用には、注文者から第三者（注文者の委託を受けて瑕疵を除去する者）に支払われるべき売上税は含まれない。すなわち、売上税については、実際に支払われた場合にのみ賠償を請求することができる。その理由は、以下のとおりである。

確かに、249条２項２文（物損の場合には、売上税は実際に課されない限り原状回復費用賠償の対象に含まれないとする規定）は、請負契約上の損害賠償請求権に対しては適用されない。これは、規定の文言および体系的位置に照らすと適用対象が物損事例に限定されることと、249条２項２文は明示的に「第１文に定める必要な金額」のみを対象としているが、仕事の瑕疵に基づく損害賠償は249条２項１文（原状回復費用賠償を定める規定）を根拠として認められるものではないことによる。

しかし、2002年損害賠償法改正により249条２項２文を導入した立法者の考慮に照らすと、請負契約上の給付に代わる損害賠償においても、仮定的瑕疵除去費用に売上税を含めるのは、「注文者の損害の過剰賠償」にあたると考えられる。というのも、まさに建築請負契約法における〔実務〕経験が示しているように、仮定的瑕疵除去費用による算定は、過剰賠償をもたらすことが多い。したがって、249条２項２文が導入された趣旨である、「損害賠償の範囲を、従来よりも強く、被害者が損害除去のために実際にどのような処分（Dispositionen）を行ったかということとも対応させること」が正当化される。そして、売上税の範囲の明確さなどに照らすと、少なくとも売上税については、実際に支払われた場合に限って賠償を認めることが正当化されるというわけである。

2）評価――仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場との親和性

[105] BGHZ 186, 330=NJW 2010, 3085.

この判決は、249条２項２文の直接適用を否定しつつも、過剰賠償の回避という同規定の趣旨は請負契約上の給付に代わる損害賠償にも妥当するとして、売上税は仮定的瑕疵除去費用に含まれないという判断を示したものである。これにより従来よりも仮定的瑕疵除去費用として賠償が認められる範囲が狭くなったこと、しかも、その理由が過剰賠償の回避という仮定的瑕疵除去費用一般に妥当する考慮に求められていることから、BGH は、BGH 2007年判決に続いて、仮定的瑕疵除去費用の賠償を一般に否定する立場と親和性のある判断を示したということができる[106]。

c　判例変更――BGH 2018年２月22日判決

こうしたなか、BGH（第７民事部）は、2018年に、従来の判例を変更し、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという判決（以下、「BGH 2018年判決」と呼ぶ）を下した[107]。

（a）事案

事案は、次のようなものであった。注文者である原告は、施工者である被告との間で、自宅の敷地内に自然石タイルを敷くという内容の請負契約を締結した。ところが、被告の敷いた自然石タイルには亀裂等の瑕疵があった。

そのため、原告は、まず、第一審において、瑕疵除去費用の事前償還を請求し、これは認容された。

控訴審においては、原告がその係属中に本件不動産を売却したことに伴い、事前償還請求から、仮定的瑕疵除去費用によって算定される損害賠償請求に訴えが転換された。控訴審は、売上税分の賠償を認めないという限りにおいて、第一審判決を変更した。

上告審においては、注文者が瑕疵除去の可能性を手放した場合の損害の算定方法が争点となった[108]。

---

[106] 本判決が仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定してきた従来の判例法理と整合しないことを指摘するものとして、*Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 325など。

[107] BGHZ 218, 1=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

[108] なお、本件においては、設計・監理を請け負った建築家に対しても、仮定的瑕疵除去費用によって算定される損害賠償請求が行われているが、ここでは

（b）判旨

BGH は、原判決を、仮定的瑕疵除去費用による算定を認めた部分について破棄し、差し戻した。

1）仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

BGH によると、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定してきた従来の判例法理は、「少なくとも2002年１月１日〔引用者注：債務法改正の施行日〕以降に締結された請負契約に対しては[109]、もはや維持されない。このこ

---

ひとまず省略し、後に改めて取り上げる。

[109] なお、後の判例により、BGH 2018年判決による判例変更の射程が「2002年１月１日より前に締結された契約」には及ばないことが確認されている（BGH, NJW-RR 2020, 269 Rn. 28=NZBau 2020, 155）。これは、BGH 2018年判決が、（後ほど紹介するように、）請負において仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要がない理由として、（費用の前払をしてほしい）請負人は事前償還請求権（改正BGB637条３項）により十分に保護されているという点を挙げていることと関係している。すなわち、当該後の判例によると、判例変更の射程が「2002年１月１日より前に締結された契約」に及ばないのは、主として、次のような理由によるものであるとされる（BGH, NJW-RR 2020, 269 Rn. 29=NZBau 2020, 155）。

まず、改正前 BGB のもとでは、注文者が仕事の瑕疵を理由として例えば不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、原則として、請負人の瑕疵除去のための猶予期間を設定する必要がある（改正前 BGB635条・634条１項１文・３文前段）。この期間が経過した後は、注文者は、請負人に対して、瑕疵除去を請求することができない（改正前 BGB634条１項３文後段）。そして、瑕疵除去請求権が消滅した後は、注文者は、もはや瑕疵除去費用の償還請求（改正前 BGB633条３項）――ここには、判例法理として認められていた事前償還請求も含まれる――をすることができなくなる（これは、改正前 BGB633条３項が、瑕疵除去費用の償還請求の要件として瑕疵除去の遅滞を要求していることによる。すなわち、瑕疵除去請求権が消滅すると、瑕疵除去の遅滞もなくなるため、事前償還請求も含めた瑕疵除去費用の償還請求ができなくなるというわけである。この点については、BGH, NJW 2021, 53 Rn. 55を参照）。このように、改正前 BGB のもとでは、注文者が、事前償還請求による保護を十分に受けることができない。そのため、（注文者に十分な保護を与えるためには、）仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要があるとされる。

【改正前 BGB 第633条】

（１）請負人は、仕事が保証された性質を備え、かつ、その価値又は通常の使用若しくは契約上想定された使用にあたっての有用性を消滅又は減少させる欠

とは、以下の考慮に基づく」(Rn. 31)。

ア）仮定的瑕疵除去費用の金額分の財産減少の不存在

「瑕疵除去のための費用を支出していない注文者は、この（仮定的にすぎない）費用の形および額における財産的損害を被っていない。注文者の財産は、請負人による瑕疵のない給付〔があった場合〕と比較して、そのような（仮定的な）費用の金額分減少したわけではない。注文者が瑕疵を除去してもらい、そのための費用を支払ってはじめて、支出された費用額における財産的損害が注文者に生じる」(Rn. 32)。

イ）損害＝瑕疵自体説の否定

「従来の理解とは異なり、仮定的瑕疵除去費用による損害算定は、瑕疵自体がこの費用の額における財産的損害であるということをもっては基礎づけられない。仕事の瑕疵は、さしあたっては、給付の不足にすぎない」。「等価関係の破壊という結果を伴ったこうした給付の不足がすでに注文者に生じた財産的損害として評価されるということが正当化されたとしても、それをもっては、まさに、そうした財産的損害がどの程度

---

陥を抱えないように、仕事を製作する義務を負う。

（２）仕事が前項に規定する性状を備えていない場合には、注文者は、瑕疵の除去を請求することができる。（以下略）

（３）請負人が瑕疵の除去につき遅滞に陥っている場合には、注文者は、瑕疵を自ら除去し、必要な費用の償還を請求することができる。

【改正前 BGB 第634条】

（１）注文者は、請負人に対して、第633条に定める種類の瑕疵を除去するための相当の期間を定めて、その期間の経過後は瑕疵の除去を拒絶する旨の意思表示をすることができる。（第２文略）瑕疵が適時に除去されなかった場合には、注文者は、期間の経過後に、契約の解消（瑕疵担保解除）又は報酬の引下げ（代金減額）を請求することができる；この場合においては、瑕疵除去請求権は排除される。

（２）～（４）（略）

【改正前 BGB 第635条】

仕事の瑕疵が請負人の責めに帰すべき事情に基づく場合には、注文者は、瑕疵担保解除又は代金減額に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

の額において存在するのかという点が明らかにされていない」(Rn. 33)。

ウ）過剰賠償の回避

「仮定的瑕疵除去費用による損害算定は、評価的な観点からみても、請負契約法――とりわけ建築請負契約法――における給付の不足を適切に反映するものではない。むしろ、多くの場合、過剰賠償と、それに伴い、損害法上の一般原則に照らして……正当化されない注文者の利得を招く。というのも、(仮定的) 瑕疵除去費用は、例えば仕事の種類、瑕疵除去の方法、他の専門業者を巻き込む必要性といった様々な事情に依存しており、合意された報酬――両当事者はこれをもって瑕疵のない仕事を評価したのである――を (例外的な場合以外にも) 明らかに超過する可能性があるからである。したがって、(仮定的) 瑕疵除去費用は、瑕疵除去をしていない注文者のもとに依然として残る給付の不足とそれによって生じた等価関係の破壊を金額に評価するのに適していない」(Rn. 34)。

「こうした判例〔引用者注：BGH 2007年判決や BGH 2010年判決など〕をさらに推し進めて、BGB634条４号、280条、281条の給付に代わる損害賠償の範囲を、注文者が瑕疵除去のために実際にどのような処分 (Dispositionen) を行ったかということとより強く対応させることが必要である」(Rn. 36)。

２）代金減額における減額分算出方法に依拠した減価分の評価の肯定

「注文者は、損害法上の一般原則に照らして、次のような方法で損害を算定することができる。それは、貸借対照表の要領で、仕事により作り出され、あるいは加工され、注文者の所有物となっている物が瑕疵がなければ有したであろう仮定的な価値と、瑕疵があるために実際に有する価値の差額を確定するという方法である」(Rn. 27)。

ところで、「注文者は、瑕疵除去をしないことにした場合には、BGB634条３号、638条により、給付利益の侵害に対する補償として、報酬を減額することができる。この評価は、BGB634条４号、280条、281条による小さな損害賠償 (kleiner Schadensersatz)[110]の形での給付に

[110]「小さな損害賠償」とは、瑕疵給付や一部給付が行われた場合における追完

代わる損害賠償における損害算定に際して考慮されなければならない。というのも、注文者は、この点について、――過失が必要となる分、より厳格な要件に服する――損害賠償請求権を選択したことにより、BGB634条３号、638条の代金減額権を行使した場合よりも不利な地位に置かれるべきではないからである」(Rn. 40)。「したがって、損害を算定するにあたっては、BGB634条３号、638条に依拠して、次のような方法を採ることができる。それは、仕事について合意された報酬を出発点として、(除去されていない) 瑕疵による仕事の減価分を評価するという方法である。これによると、基準となるのは、仕事の瑕疵により生じた等価関係の破壊である」(Rn. 41)。

３）減収分の賠償の肯定

「注文者は、仕事により作り出され、あるいは加工された物を――本件のように、法的紛争の途中で――瑕疵を除去しないまま売却した場合には、物の瑕疵を理由とする具体的な減収分によって損害を算定することができる。減収分は、典型的には、瑕疵がなければその物が有したであろう仮定的な価値と、〔買主から売主＝注文者に〕支払われた売買代金額の差額を手がかりとして確定することができるだろう。売買代金額は物の実際の価値を示すものなので、そのようにして確定された減収分は、通常は、その物の減価分と一致する」(Rn. 28)。

「注文者は、物を売却した場合であっても、取得した売買代金額が物の実際の価値を超えることを証明したときは、――具体的な減収分を超える――減価分によって損害を算定することができる」(Rn. 29)。

４）事実的瑕疵除去費用の賠償の肯定

「注文者が瑕疵を除去してもらった場合には、注文者が支出した瑕疵除去費用――合理的に評価した場合に、必要であるとみてよかったもの――は、BGB634条２号、637条によってのみ償還されるべきものでは

---

に代わる損害賠償のことである。これに対して、瑕疵給付や一部給付が行われた場合において、債権者が受領した給付を返還して、給付全体に代わる損害賠償を求めるときの損害賠償は、「大きな損害賠償 (großer Schadensersatz)」や「給付の全部に代わる損害賠償 (Schadensersatz statt der ganzen Leistung)」と呼ばれる (改正 BGB281条１項２文・３文・５項を参照)。

ない。この場合において、注文者は、支出した瑕疵除去費用を BGB634条４号、280条、281条の損害としても賠償請求することができる」。「注文者は、〔支出した瑕疵除去費用よりも〕低額の減価分の賠償による必要はない」(Rn. 46)。

５）瑕疵除去費用の事前償還の肯定

「さらに、BGB634条４号、280条、281条により小さな損害賠償の形で給付に代わる損害賠償を請求した注文者は、瑕疵を除去する意思を有する場合には、原則として、BGB634条２号、637条の前払を請求する権利を有する」(Rn. 48)。「BGB281条４項〔引用者注：債権者が給付に代わる損害賠償を請求した時に給付請求権が消滅することを定める規定〕は、このことを妨げない」(Rn. 49)。

６）本判決の射程――請負に限定

最後に、BGH は、本判決による判例変更の射程が売買事例にも及ぶかという問題につき、これを否定している。BGH によると、その理由は、「判例変更が、請負契約法の特殊性に基づくものだからである」(Rn. 70)。

「一方で、請負契約法における注文者の損害に関する著しい過剰賠償の危険は、――数多くの事例で示されているように――売買契約法における買主の損害に関するものよりも明らかに大きい。これは、とりわけ、請負契約法においては、通常、仕事の瑕疵を除去するよりも安い費用で新たな仕事を製作することがすでに事実上不可能であることによる」(Rn. 71)。

「他方で、請負契約法においては、瑕疵を（なお）請負人の費用において除去する処分自由を注文者に与えるという目的との関係でも、仮定的瑕疵除去費用賠償請求権を認める必要はない。請負契約法においては、注文者は、――売買契約法には対応する規定が存在しない――BGB637条の規定が認める権利、とりわけ BGB637条３項の前払請求権により、十分に保護されている」(Rn. 72)。

（イ）学説

では、請負（および売買）における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について、学説ではどのような議論がされてきたのだろうか。以下では、BGH 2018年判決に対する学説の反応（および同判決以前の学説の状況）

をみていく。その際、本稿では、各論者が瑕疵除去費用の賠償の基礎に置いている損害概念がどのようなものであるかという観点からの分析を行う。とはいえ、――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否を扱う論稿が多数にのぼるにもかかわらず――基礎に置かれる損害概念という観点を意識する論稿は、決して多くはない。しかし、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否をめぐる議論を単なる価値判断の主張の応酬に終わらせないためには、瑕疵担保の場面において、そもそもどのような内容の損害が賠償されるべきなのか――裏を返せば、どのような内容の利益が実現されるべきなのか――を明らかにしたうえで、その損害概念ないし利益概念に照らして仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのかを論じるべきである。そこで、以下では、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否を論じる学説を網羅的に取り上げることはせず、（場合によっては暗黙のうちに）瑕疵除去費用の賠償の基礎に置かれている損害概念を読み取ることができる学説に絞って取り上げることとする。

損害概念の観点から分析すると、学説は、「純粋金銭賠償構成」と「履行状態実現費用賠償構成」の２つに分かれる。

a　純粋金銭賠償構成（Chr. クニューテル）

まず、純粋金銭賠償構成をみていく。この立場に立つのは、一般債務不履行の場面でも紹介したクニューテルである[111]。

[111] 類似の見解として、*Gerald Mäsch*, Schuldrecht BT: Differenzhypothese statt fiktiver Mängelbeseitigungskosten – Schadensersatz wegen Mängeln an den im Außenbereich eines Einfamilienhauses verlegten Natursteinplatten, JuS 2018, S. 908 f.; *Maximilian Lotz*, Die Ersatzfähigkeit „fiktiver Mängelbeseitigungskosten" im Rahmen des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung im Werk- und Kaufrecht, JuS 2019, S. 750; *Benedikt Walesch/Marem-Lisa Athie*, Schadensersatz wegen Verletzung einer Primärpflicht im Werkvertragsrecht – Eine vom Vertragstyp überlagerte schadensrechtliche Besonderheit?, NZBau 2020, S. 138 f. このほか、*Paul Popescu*, Zum Baumangel als Schaden im Schutzsystem relativer Rechte, BauR 2014, S. 1690 ff.; *ders.*, Das Ende der fiktiven Schadensabrechnung im Werkvertragsrecht, BauR 2018, S. 1601 f. も参照。

（a）瑕疵除去費用の賠償の位置づけ――純粋金銭賠償［価値利益の実現を目的とする賠償］

クニューテルにおいて、瑕疵除去費用の賠償は、――そのような形で明言されているわけではないものの――純粋金銭賠償、すなわち価値利益の実現を目的とする賠償として位置づけられていると考えられる。このことは、請負人の瑕疵担保責任の内容に関する彼の考え方から読み取ることができる。

すでに述べたとおり、クニューテルにおいて、不履行に基づく損害賠償において賠償される「積極的利益」は、「一般利益」と「特別利益」の２つに分かれる。

1）一般利益――減価分

まず、請負人の瑕疵担保責任が問題となる場面において「一般利益」にあたるのは、仕事の減価分である[112]。

ところで、一般債務不履行の場面においては、「本体喪失損害」の理解として、仮定的填補購入費用と客観的価値の２つがありうるのであった。しかし、クニューテルがいずれの理解を採っているのかについては、そこでは明らかとなっていなかった。

ここで、瑕疵担保の場面において「一般利益」が減価分を意味することが明らかとなったことで、一般債務不履行の場面においても、「一般利益」は仮定的填補購入費用ではなく客観的価値として理解されていることが明らかとなったといえる。なぜなら、仮に仮定的填補購入費用として理解されているならば、ここでも「一般利益」の枠内で仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められることになるはずだからである。

2）特別利益――事実的瑕疵除去費用

他方の「特別利益」としては、事実的瑕疵除去費用の賠償が認められている[113]。これは、一般債務不履行の場面において事実的填補購入費用

---

[112] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 15), S. 592.

[113] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 15), S. 593. なお、クニューテルは、「特別利益」としての位置づけにもかかわらず、事実的瑕疵除去費用の賠償において帰責事由は不要であるとするが、これは、改正 BGB637条で帰責事由を要しない費用償還請求権が認められていることとの均衡を考慮したものである（S. 593）。

が「特別利益」に位置づけられていたことと整合する。クニューテルにおいて、このように事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償が「特別利益」に位置づけられている理由は、「一般利益」が客観的価値を意味することを踏まえると、よく理解することができる。

というのも、仮に事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償を「一般利益」――「買主が目的物の取得自体に有する利益」――に位置づけようとするならば、それらの費用（ないしその支出）自体を損害とみるのではなく、現実の給付を取得することにより（現実に）得られる利益（契約責任における現実的利益。以下では、「現実給付取得利益」と呼ぶ）の喪失を損害とみて、それらの費用は現実給付取得利益を実現するための手段であると理解することになると考えられる。リームにおいては、事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償が履行状態実現費用の賠償として位置づけられていたことから、こうした理解が採用されているとみることができる。また、ラーベルも、抽象的算定の基礎づけとして仮定的填補購入費用をも採用したうえで、事実的填補購入費用を「具体的損害」ではなく客観的算定のほうに位置づけていたことから、こうした理解を採用している可能性が高い。

ところが、クニューテルにおいては、「一般利益」が客観的価値として（のみ）理解されている。そのため、（「特別利益」と同様に、）「一般利益」は、現実給付取得利益ではなく、価値利益であるということになる[114]。そうすると、事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用は現実給付取得利益を実現するための費用であるという理解を採る可能性は断たれる。したがって、それらの費用の支出による財産（の価値）の減少を損害とみることになる。こうして、ラーベルやリームとは異なり、事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償が純粋金銭賠償として理解され、「特別利益」に位置づけられることになるわけである。クニューテルは、「――BGH の理解とは異なり――支出自体が損害なのであっ

[114] クニューテルの「一般利益」につき同様の理解を示すものとして、*Gunter Deppenkemper*, Keine fiktiv berechneten Mängelbeseitigungskosten – zurück zum BGB vor anno 1900?, jM 2018, S. 226.

て、瑕疵が損害なのではない」と述べている[115]が、これは、以上のような意味で理解されるべきであろう。

（ｂ）帰結――仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

以上のように瑕疵除去費用の賠償を純粋金銭賠償に位置づけることの必然的な帰結として、クニューテルは、――BGH 2018年判決が出る10年以上も前であり、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する判例が確立していた当時において――仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべきであるとの主張を行っている[116]。すなわち、損害は瑕疵除去費用が実際に支出されてはじめて生じるのだから、瑕疵除去の有無にかかわらない仮定的瑕疵除去費用の賠償は認められないというわけである（もっとも、事実的瑕疵除去費用の事前賠償については認めている[117]。つまり､注文者は、実際に瑕疵除去を行う前に瑕疵除去費用の賠償を受けることができるが、改正 BGB637条３項の事前償還の場合と同様に、受けとった費用を瑕疵除去のために用いなければならない。そして、瑕疵除去を行ったものの前払金が余った場合には、残額を返還しなければならない)。

また、クニューテルは、仮定的瑕疵除去費用の賠償が過剰賠償を招くという理由も挙げている。そこでは、仮定的瑕疵除去費用が減価分を超過するという意味での過剰賠償が危惧されている[118]。これは、(履行状態実現費用の賠償を観念せず) 純粋金銭賠償に一元化するという彼の立場からは、挙げられて当然の理由であるといえる。

なお、こうしたクニューテルの主張は、請負に限定されているわけではない。クニューテルは、不法行為法についても、仮定的原状回復費用の賠償を否定すべきだという立場を採っている[119]。

---

[115] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 15), S. 593.

[116] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 15), S. 593.

[117] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 15), S. 593.

[118] *Knütel*, a.a.O. (Fn. 15), S. 594.

[119] *Christian Knütel*, Umsatzsteuer ade? – Zur Neufassung des § 249 BGB, ZGS 2003, S. 17 f. ただし、クニューテルは、2002年損害賠償法改正で249条２項２文が追加されたことにより、売上税以外の原状回復費用については仮定的賠償が法律上承認されたとみている。そのため、2002年損害賠償法改正後については、仮定的原状回復費用の賠償を否定すべきだという主張はあくまで立法

b　履行状態実現費用賠償構成

以上の純粋金銭賠償構成と対置されるのが、履行状態実現費用賠償構成である。

（ａ）瑕疵除去費用の賠償の位置づけ――履行状態実現費用の賠償［現実給付取得利益の実現を目的とする賠償］

これによると、瑕疵除去費用の賠償は、履行状態実現費用の賠償、すなわち現実給付取得利益（契約責任における現実的利益）の実現を目的とする賠償として認められるものである。

１）明らかに履行状態実現費用賠償構成を採る見解（リーム、U. ピッカー）

この立場を代表するのは、すでに一般債務不履行の場面において紹介したリームと、U. ピッカー（*Ulrike Picker*）[120]である。

ア）給付に代わる損害賠償への249条２項１文・250条の適用の有無――適用肯定説

この立場からは、まず、給付に代わる損害賠償の責任内容に関する適用条文について、通説とは異なる理解が示される。

一般に、給付に代わる損害賠償に対して、債務法総則の規定である249条以下が適用されることは認められている[121]。しかし、249条以下の個別の条文に目を向けたとき、通説は、少なくとも原則としては、給付に代わる損害賠償に対して249条（と250条）――原状回復（履行状態実現）を定める規定――は適用されず、251条――純粋金銭賠償を定める規定――のみが適用されるとする[122]。これは、主として次のような考慮に基

---

論だということになる。

[120] 不法行為法における責任内容論に関するピッカーの見解を紹介するものとして、長野・前掲注（45）114頁以下・202頁以下。

[121] Münchener, a.a.O. (Fn. 43), § 249 Rn. 2 (-*Oetker*); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, 2019, § 280 Rn. E 36 (-*Roland Schwarze*) など。

[122] *Dagmar Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000, S. 18; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 45. Ed., 2011, § 281 Rn. 36 (-*Hannes Unberath*); *Mäsch*, a.a.O. (Fn. 111), S.

づくものとみられる。すなわち、直接的履行状態実現の請求は、履行請求とその内容において重なっている。その履行請求権は、改正 BGB281 条４項により、給付に代わる損害賠償を請求した時に消滅する。そうすると、直接的履行状態実現の請求を肯定することは、給付障害法において消滅したはずの履行請求権を損害法において復活させることを意味することになる。したがって、直接的履行状態実現の請求は認められない[123]。そして、履行状態実現費用の賠償を定める249条２項１文（・250条）は、249条１項の直接的履行状態実現が認められることを前提としているため、給付に代わる損害賠償に対しては適用されない[124]。

これに対して、リームやピッカーに代表される履行状態実現費用賠償構成の論者は、給付に代わる損害賠償に対する履行状態実現費用の賠償の規定の適用を認める[125]。その理由は、以下の２点に求められている。

---

908; *Wolfgang Voit*, Die neue Berechnung des Schadensersatzanspruchs bei Werkmängeln – Das Ende der „dritten Säule“ zur Finanzierung eines Bauvorhabens?, NJW 2018, S. 2166; *Lotz*, a.a.O. (Fn. 111), S. 750; Staudinger, a.a.O. (Fn. 121), § 280 Rn. E 37, § 281 Rn. B 128 (-*Schwarze*); *Walesch/Athie*, a.a.O. (Fn. 111), S. 138など。

[123] *Kaiser*, a.a.O. (Fn. 122), S. 18 f.（ただし、改正前 BGB に関する記述）; *Mäsch*, a.a.O. (Fn. 111), S. 908; Staudinger, a.a.O. (Fn. 121), § 280 Rn. E 37 (-*Schwarze*); *Walesch/Athie*, a.a.O. (Fn. 111), S. 138.

[124] *Voit*, a.a.O. (Fn. 122), S. 2166; *Walesch/Athie*, a.a.O. (Fn. 111), S. 138; *Gerald Mäsch*, Schuldrecht BT: Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Kaufrecht, JuS 2021, S. 794.

[125] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 61), S. 736; *Ulrike Picker*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018, JZ 2018, S. 679; *Jochen Mohr*, Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht, JZ 2019, S. 920; *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 53), S. 112 f.; Staudinger, a.a.O. (Fn. 44), § 249 Rn. 230 f. (-*Höpfner*). また、Münchener, a.a.O. (Fn. 43), § 281 Rn. 134 (-*Wolfgang Ernst*) も参照。なお、BGB では、自然的原状回復（直接的履行状態実現）の原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）に対する優先が認められており、賠償権者は、人損・物損の場合を除き、まず自然的原状回復（直接的履行状態実現）のための期間を設定し、それが経過した後でなければ原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）を請求することができないことになっている（249条２項１文・250条１文）。しかし、給付に代わる損害賠償の場合には、すでに給付障害法に

ａ）改正 BGB281条４項が適用肯定説の障害にならないこと

第１に、通説の論拠として持ち出されていた改正 BGB281条４項は、給付に代わる損害賠償に対して履行状態実現費用の賠償の規定を適用することの障害にはならないとされる。確かに、同項は、給付に代わる損害賠償における直接的履行状態実現の請求を否定する根拠にはなりうる[126]。しかし、同項の趣旨は、給付に代わる損害賠償だけでなく（債権者が翻意して履行請求に切り替えた場合の）履行にも備えておかなければならないという二重の負担から債務者を解放することにあるため、履行と内容的に重なる直接的履行状態実現のみを否定すれば十分であり、履行状態実現費用の賠償を否定する理由はない[127]。特に請負については、改正 BGB637条により請負人の費用において瑕疵除去を行う権利が注文者に認められていることと平仄を合わせるためにも、履行状態実現費用の賠償が認められるべきである[128]。

---

おいて債務者の履行ないし追完の機会が与えられている（改正 BGB281条１項１文を参照）ことから、給付に代わる損害賠償の要件が備わったときには、改めて250条１文の期間設定をすることなく、249条２項１文の類推適用ないし準用により直ちに履行状態実現費用の賠償を請求することができるとされる（*Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 368, 371; *ders.*, Fiktive Schadensberechnung im Mietrecht, NZM 2019, S. 279）。

[126] なお、前述のように、リームは、このような譲歩すらせず、給付に代わる損害賠償における直接的履行状態実現を認める（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｄ（ｂ）１）ア）を参照）。

[127] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 61), S. 736; *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 279; *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 920. この点について、ピッカーは、次のように説明している。すなわち、改正 BGB281条４項による履行請求権の排除は、債務者が行うべき給付（Leistung）の内容にのみ関わるものであり、債権者のもとに実現されるべき結果（Erfolg）に関わるものではない。同項の趣旨は、債務者を現実給付（Naturalleistung）の義務から解放して金銭給付（Geldleistung）の義務のみを負わせる点にある。そうである以上、債権者が一次的給付結果（Primärleistungserfolg）を債務者の費用において自ら実現することは妨げられない（*U. Picker*, a.a.O. (Fn. 125), S. 679）。

[128] *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 920.

b）判例法理の理論的基礎づけが容易になること

第２に、給付に代わる損害賠償に対する履行状態実現費用の賠償の規定の適用を認めることにより、以下のように、判例法理の理論的基礎づけが容易になるとされる。

aa）売上税につき処分自由を否定する判例法理

まず取り上げられるのは、売上税は実際に支払われた場合に限り賠償されるとしたBGH 2010年判決である。

BGHは、仕事の瑕疵に基づく損害賠償は249条２項１文を根拠として認められるものではないとして、同項２文――物損の場合には、売上税は実際に課されない限り原状回復費用賠償の対象に含まれないとする規定――の直接適用を否定しつつも、同規定の趣旨は請負の場面においても妥当するという理由により、前記の結論を導いていた。

これに対して、履行状態実現費用賠償構成からは、249条２項２文の適用[129]を認めることが可能であるため、あえて趣旨に立ち返るまでもなく、容易に前記の結論を導くことができるとされる[130]。

bb）不均衡な瑕疵除去費用の賠償を否定する判例法理

また、後に詳しく取り上げるが[131]、BGHは、請負と売買のいずれについても、瑕疵除去費用が瑕疵除去により実現される結果との関係で不均衡に高額である場合には、251条２項１文――「原状回復」に不均衡な費用を要する場合に、その「原状回復」を拒絶する権利を賠償義務者に認める規定――の準用により、その瑕疵除去費用の賠償を否定するという判例法理を確立している[132]。しかし、判例は、BGH 2010年判決で明言しているように、瑕疵除去費用の賠償に対する249条２項１文の適用を認めていないので、それとの一貫性を保ちつつ、251条２項１文の準用を

---

[129] なお、249条２項２文は直接には物損のみを適用対象としているので、厳密には直接適用ではなく類推適用ないし準用という形になる（*Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Gedächtnisschrift, S. 368; *ders.*, a.a.O. (Fn. 125), S. 279を参照）。

[130] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 280.

[131] 第2章第2節2を参照。

[132] 請負につき、BGHZ 59, 365 (366)=JZ 1973, 220=NJW 1973, 138など。売買につき、BGHZ 200, 350 Rn. 34 ff.=NJW 2015, 468など。

認めることは困難となる。

これに対して、履行状態実現費用賠償構成からは、理論的一貫性を保ちつつ251条２項１文の（直接）適用を認めることが可能であるとされる[133]。

イ）責任内容の確定方法

こうした履行状態実現費用賠償構成によると、責任内容を確定する方法には、以下の２つがあることになる[134]。

ａ）履行状態実現費用の賠償――瑕疵除去費用の賠償

第１は、履行状態実現費用の賠償（249条２項１文・250条）である。これは、「現実給付取得利益」[135]（契約責任における現実的利益）を実現することを目的とした賠償方法である。BGH 2018年判決前の判例が瑕疵自体を損害とみていたのも、こうした賠償方法を認める考え方と親和性があるといえるだろう。

この賠償方法において、事実的瑕疵除去費用の賠償が認められることには争いの余地がない。これに対して、仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるかどうかは、（履行状態実現費用賠償構成を採ったうえで）別途論じられるべき問題となる。この問題については、後述する。

ｂ）純粋金銭賠償――減価分の賠償

第２は、純粋金銭賠償（251条）である。これは、「価値利益」を実現することを目的とした賠償方法である[136]。この賠償方法においては、減価分の賠償が認められる。

２）ハルフマイヤーの見解

この履行状態実現費用賠償構成との関連で、もう１人、ハルフマイヤー

---

[133] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 280 f.

[134] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 22 ff.; *U. Picker*, a.a.O. (Fn. 125), S. 678; *Deppenkemper*, a.a.O. (Fn. 114), S. 227; *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 920.

[135] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 42) Grundsatz, S. 24では「現実給付利益（naturales Leistungsinteresse）」、*Deppenkemper*, a.a.O. (Fn. 114), S. 226では「履行利益（Erfüllungsinteresse）」、*Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 920では「実現・回復利益（Herstellungsinteresse）」と呼ばれている。

[136] *Deppenkemper*, a.a.O. (Fn. 114), S. 226; *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 920.

（*Claus Halfmeier*）の見解を取り上げておきたい。ハルフマイヤーは、2007年にBGHの裁判官に就任した後、2013年に、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されるべきことを主張する論文を公表した[137]。この論文は、BGH 2018年判決でも直接的に参照されており[138]、判例変更に大きな影響を与えた（なお、ハルフマイヤー自身は、当該事件の担当裁判官ではなかった）。

ア）紹介

a）給付に代わる損害賠償への249条２項１文・250条の適用の有無――適用否定説

まず、ハルフマイヤーによると、給付に代わる損害賠償に対して249条２項・250条は適用されず、251条のみが適用される。その理由は、先にみた通説と同じく、給付に代わる損害賠償においては改正BGB281条４項により249条１項の自然的原状回復（直接的履行状態実現）が認められないため、自然的原状回復（直接的履行状態実現）を前提とする原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）も認められないということに求められている[139]。

b）責任内容の確定方法

では、ハルフマイヤーにおいて、請負人の瑕疵担保責任としての損害賠償責任の内容はどのように確定されることになるか。

aa）瑕疵除去費用の賠償

彼は、瑕疵除去費用の賠償について、次のように論じている。

aaa）出発点

ⅰ）損害＝瑕疵自体説の支持

まず、当時の判例法理が瑕疵自体を損害とみていたことについて、給付に代わる損害賠償請求権はまさに追完請求権に「代わる」ものであるというのが改正BGB281条１項の文言に表れた立法者意思であるとの理由から、支持している[140]。

---

137 *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 320 ff.

138 BGHZ 218, 1 Rn. 13, 32=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

139 *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 321.

140 *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 322 f.

ii）利益＝現実的利益説の支持

また、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する見解の論拠として持ち出されることのある、注文者の履行利益ないし給付利益は「財産的利益」に限定されるわけではなく、「完全性利益〔引用者注：本稿でいう「現実的利益」〕」にも及ぶという理解についても、支持している[141]。

bbb）結論

i）仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

しかし、ハルフマイヤーによると、損害概念ないし利益概念について以上のような理解に立ったからといって、仮定的瑕疵除去費用の賠償は正当化されない。その理由は、大きく分けて、以下の２点に求められている。

α）249条以下の体系

第１に、ハルフマイヤーは、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める判例を、「BGB249条以下の体系から乖離している」として批判する[142]。これは、249条２項・250条の適用が否定される以上、仮定的瑕疵除去費用の賠償を基礎づける条文は存在しないという趣旨の批判であると考えられる。

β）処分自由論の否定

第２に、ハルフマイヤーは、注文者の処分自由を否定し、注文者は請負人から支払われた瑕疵除去費用を瑕疵除去のために用いる必要があるとする[143]。この点については、後に詳しく取り上げることとする。

ii）事実的瑕疵除去費用の賠償の肯定

他方、ハルフマイヤーは、事実的瑕疵除去費用の賠償については肯定する。そして、「費用賠償請求権は本来的履行請求権ではないため、BGB281条４項はここでは妨げにならない」として、この賠償を原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）として位置づける[144]。

なお、この事実的瑕疵除去費用については、――改正 BGB637条３項

---

141 *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 323.

142 *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 322. また、S. 323も参照。

143 *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 324.

144 *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 323.

の事前償還請求権とは別に――事前賠償も認められるとする。これは、仮に注文者が先に費用を支出しなければならないこととすると、とりわけ請負人の倒産リスクを負うことになる点において、請負人が契約に従った履行をした場合よりも不利な地位に置かれてしまうからであるとする[145]。

bb）減価分の賠償

また、ハルフマイヤーも、他の論者と同じく、251条の純粋金銭賠償として、減価分の賠償を認める[146]。

イ）評価――実質的には履行状態実現費用賠償構成を採用

こうしたハルフマイヤーの見解は、どのように評価されるべきであろうか。

確かに、ハルフマイヤーにおいては、給付に代わる損害賠償に対する249条２項・250条の適用が明示的に否定されている。しかし、そこで挙げられているのは、履行状態実現費用の賠償は直接的履行状態実現が認められることを前提とするという形式論であり、リームらが適切に反駁しているように、これは説得力を欠く[147]。実際、ハルフマイヤー自身も、

---

[145] *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 324.

[146] *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 321 f.

[147] 特に、前掲注（127）のピッカーの指摘――債務者が行うべき給付（Leistung）と、債権者のもとに実現されるべき結果（Erfolg）を区別すべきであるという旨の指摘――は重要である。この指摘は、一般に、債権者の救済手段（履行請求権も含めた広い意味での救済手段）について考察する際には、当該救済手段が債務者に課す「行為」と、その行為によって債権者のもとに実現される「利益」という２つの観点を区別することが重要であることを示唆している。このようなアプローチから、今問題となっている、直接的履行状態実現と履行状態実現費用の賠償の関係について考えてみると、次のように考えることができるだろう。すなわち、両者は、いずれも債権者の現実給付取得利益（現実的利益）の実現を目的とするものである。そのため、確かに、「利益」の観点に絞って考えれば、履行状態実現費用の賠償は直接的履行状態実現が認められることを前提とする（一定の現実給付取得利益が認められないことを理由として直接的履行状態実現が否定される場合には、それに伴って履行状態実現費用の賠償も否定される）ということもできる。しかし、「行為」の観点から考えてみると、債

瑕疵除去費用賠償請求権は履行請求権ではないから改正 BGB281条４項の存在は妨げにはならないというリームらと同じ論拠に基づき、事実的瑕疵除去費用の賠償については履行状態実現費用の賠償として位置づけており、249条２項・250条の適用の否定を貫ききれていない。

また、ハルフマイヤーの損害概念理解をみると、瑕疵自体を損害とみる理解や（価値利益だけでなく）現実的利益も実現されるべきであるという理解が支持されており、これは、「現実給付取得利益」の実現を目的とする履行状態実現費用の賠償を観念する考え方と合致するといえる。

このように、ハルフマイヤーにおいては、――形式論にとらわれた結果、249条２項・250条の適用が（部分的に）否定されてはいるものの――実質的には、履行状態実現費用賠償構成が採用されているということができる。そうすると、ハルフマイヤーが仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定した決定的な理由も、１点目の249条以下の体系にあるのではなく、２点目の処分自由論の否定にあるとみるべきである。

（ｂ）処分自由論の採否

では、その処分自由論の採否という問題について、詳しくみていこう。なお、以下で取り上げる論者においては、請負事例と売買事例で処分自由論の採否が分かれるという考え方は特に採られていない。そのような考え方を採る学説も含めて、請負事例と売買事例の関係をどのように考えるべきかという点をめぐる学説の議論については、まさにその点を扱った2020年以降の BGH の判例の展開とともに、改めて取り上げることとする。

---

務者に履行状態実現措置を課す直接的履行状態実現と、債務者に損害賠償金の支払を課す履行状態実現費用の賠償はまったく異なるものであり、また、後者が前者を前提とするという関係にもない。そして、改正 BGB281条４項による履行請求権の排除が、履行請求権の「行為」の側面に関わるものである以上、同項によって直接的履行状態実現が否定されるべき理由も、その「行為」の側面に求められるべきである。そうであるならば、直接的履行状態実現が目的とするところの債権者の「利益」――現実給付取得利益――自体は、依然として保護されるべきであるということができる。したがって、その「利益」を別の「行為」によって実現する履行状態実現費用の賠償については、（少なくとも改正 BGB281条４項を理由としては）否定すべきではないと考えられる。

1）処分自由論否定説――仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定

まず、注文者（・買主）の処分自由を否定する見解をみていく。すでに紹介した論者の中では、ピッカーとハルフマイヤーがこれに属する。

これによると、請負（・売買）における仮定的瑕疵除去費用の賠償は否定される。もっとも、子細にみると、この見解は、処分自由論の否定を不法行為法にも及ぼすかどうかという点において、２つに分かれる。

ア）処分自由論全面的否定説（U. ピッカー）

まず、不法行為法も含め、損害賠償法全体にわたって処分自由論を否定するのが、ピッカーである[148]。

a）紹介

ピッカーによると、249条以下が定める「原状回復（Restitution）」と「補償（Kompensation）」（本稿のいう「純粋金銭賠償」）という２つの賠償方法のうち、「原状回復」は、損害のない状態を現実に回復することを目的とするものであるから、原状回復費用賠償も、その「原状回復」の目的に適う場合および限度においてのみ、すなわち、賠償権者の「完全性利益〔引用者注：本稿でいう「現実的利益」〕」が実際に実現される場合および限度においてのみ認められる。したがって、（損害賠償法全体において、）仮定的原状回復費用の賠償は、――その費用額が251条により賠償が認められる財産価値減少分を超過する限り――過剰賠償にあたり、認められない[149]。なお、「補償（Kompensation）」の側からみると、このような賠償を認めることは、251条により賠償が認められる財産的損害を超過して賠償を認めることを意味するため、253条に定められた

---

[148] *Ulrike Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, 2003, S. 62 ff.; *dies.*, a.a.O. (Fn. 125), S. 679. このほか、*Reinhard Greger*, Das Geschäft mit dem Unfall – Kippt die fiktive Reparaturkostenabrechnung?, MDR 2019, S. R5 f.; *ders.*, Die fiktive Schadensabrechnung zwischen Dispositionsfreiheit und Überkompensation – Zum Arbeitskreis II des 58. Deutschen Verkehrsgerichtstags, NZV 2020, S. 6; *Björn Retzlaff*, Der Schaden und seine Beseitigung – oder: Warum das Februar-Urteil des VII. Zivilsenats dogmatisch richtig ist, BauR 2019, S. 873, 876も参照。

[149] *U. Picker*, a.a.O. (Fn. 148), S. 66 f.

非財産的損害の賠償の禁止に対する抵触にあたる[150]。

他方、249条２項と250条２文による事実的原状回復費用の賠償においては、事前賠償も認められる。これは、主として、先に費用を支出しなければならないことによる負担やリスクから賠償権者を解放するためである[151]。

b）評価

aa）原状回復の目的に立ち返った立論の説得力の高さ

こうしたピッカーの見解は、原状回復の目的に立ち返って、それと適合するような責任内容の確定方法を導くものであり、強い説得力を持つ。

bb）過剰賠償の回避という論拠の分析

ところで、ピッカーも含め、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定される際には、「過剰賠償の回避」（ないし損害法上の利得禁止）という論拠が持ち出されることが多い。「過剰賠償」と評価されるのは、何らかのあるべき責任内容が前提とされたうえで、賠償義務者が実際に負う責任内容がそれを超過する場合である。そうすると、「過剰賠償」であるという評価は、何らかのあるべき責任内容を前提とした場合の帰結にすぎないといえる。むしろ重要なのは、どのような責任内容をあるべきと考えるのか、そしてその根拠は何なのかということである[152]。

このことを踏まえてピッカーの見解をみると、過剰賠償にあたるとの帰結だけではなく、その前提として、原状回復費用賠償においては事実的原状回復費用の賠償のみが認められるべきであること、そしてそれが原状回復の目的から導かれることまで述べられている。

これに対して、同じく過剰賠償の回避を論拠とするBGH 2018年判決においては、前提とされるあるべき責任内容とその根拠が必ずしも明ら

---

150 *U. Picker*, a.a.O. (Fn. 148), S. 67 f.

151 *U. Picker*, a.a.O. (Fn. 148), S. 230 ff.; *dies.*, a.a.O. (Fn. 125), S. 679.

152 ピッカーも、「利得禁止に対する抵触は、超過した金額が法律上許される『補償（Ausgleich）』に役立つことがもはやありえないという法律上の評価を取り込むことによってのみ基礎づけることができる」と指摘している（*U. Picker*, a.a.O. (Fn. 148), S. 67 Fn. 72）。

かではない。というのも、一方では、仮定的瑕疵除去費用の額が「合意された報酬……を……明らかに超過する」ことが危惧されていた（Rn. 34）。しかし、他方では、「BGB634条４号、280条、281条の給付に代わる損害賠償の範囲を、注文者が瑕疵除去のために実際にどのような処分を行ったかということとより強く対応させることが必要である」ともされていた（Rn. 36）。ここには、ピッカーと同じように、仮定的瑕疵除去費用の賠償が（少しでも）認められた時点で過剰賠償にあたる――減価分の賠償として正当化される部分があることを考慮に入れるならば、仮定的瑕疵除去費用の賠償による賠償額が減価分を（少しでも）超過した時点で過剰賠償にあたる――との理解が示されているようにもみえる（もっとも、その場合でも、ピッカーとは異なりその根拠は示されていない）。このように、BGH 2018年判決のいう過剰賠償の回避は一義的ではない。もっとも、BGH（第７民事部）は、請負事例と売買事例の関係が問題となった2020年以降の新たな判例の展開の過程で、特に請負においては過剰賠償の危険が大きいということを基礎づけるために、過剰賠償の意味を（BGH 2018年判決と比べると）明確化している。そこで、過剰賠償の回避という論拠については、2020年以降の新たな判例の展開をみていく際に改めて分析を行うこととする。

イ）処分自由論部分的否定説（ハルフマイヤー）

以上のピッカーの見解に対して、契約責任に限定して処分自由論を否定していると考えられるのが、ハルフマイヤーである[153]。

a）紹介

ハルフマイヤーも、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されるべき根拠として、ピッカーと同じように、損害法上の利得禁止と253条による非財産的損害の賠償の禁止を挙げる[154]。

そのうえで、ハルフマイヤーは、判例が不法行為法において展開してきた処分自由論も、その適用範囲は不法行為法に限定されるため、請負

[153] 同様の見解として、*Julian Christmann*, Wann fiktive Herstellungskosten real oder nur Fiktion sind, JuS 2019, S. 846 f.; *Alexander Weiss*, Fiktive und abstrakte Schadensberechnung in neuem Licht, NJW 2021, S. 1051 f.

[154] *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 323 f.

における仮定的瑕疵除去費用の賠償を基礎づけることはできないとする。その理由は、以下のとおりである。

不法行為法の人損[155]・物損事例においては、被害者は、自らの関与なしに加害者の過失により強制的に新たな状況に置かれる。これに対して、注文者は、瑕疵のない仕事という内容の給付利益を請負契約によって決定している。「注文者は、『瑕疵がある場合には、その利益に代えて、この瑕疵ある仕事と、それに加えて自由に用いることのできる金銭を取得する』というように、その利益を後になってから再定義（umdefinieren）することはできない」[156]。

ｂ）評価

このように、ハルフマイヤーは、不法行為事例について処分自由を肯定しつつ、請負事例について処分自由を否定する。ハルフマイヤーの特徴は、その理由を賠償権者（被害者ないし注文者）の自らの利益に対する関与の仕方の違いに求めている点にあるのだが、以下では、説明の便宜上、まずは、ハルフマイヤーが最後の箇所で言及している利益の再定義という考え方について検討を加えておきたい。

aa）利益の再定義権限による処分自由の正当化の可能性

ハルフマイヤーの見解においては、結論として、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されているが、その際、ハルフマイヤーは、注文者は自分の給付利益を再定義できないという理由を挙げている。ここからは、次の２つの推測が成り立つ。まず、１点目として、ハルフマイヤーは、利益の再定義が認められない限り――つまり、原則としては――賠償権者の処分自由を否定すべきであるという立場に立っていると考えられる。次に、２点目として、ハルフマイヤーは、例外的に利益の再定義が認められれば賠償権者の処分自由を正当化できるという考え方に立っていると考えられる（注文者については、その利益の再定義が認

[155] なお、ハルフマイヤーにおいては人損と物損が同列に扱われているが、判例においては、人損事例における処分自由は否定されている（BGHZ 97, 14 =JZ 1986, 638= NJW 1986, 1538）。

[156] *Halfmeier*, a.a.O. (Fn. 104), S. 324.

められなかったために原則どおり処分自由が否定されたのだと考えられる)。

まず、１点目からみていくと、ハルフマイヤーは、この点において、ピッカーと共通の考え方を採用しているとみることができる。すなわち、一方で、ピッカーにおいては、(損害賠償法一般について、) 現実的利益を実際に実現するという原状回復の目的に適合するような形で原状回復費用賠償を認めるべきであるという考え方が採られていた。他方で、ハルフマイヤーも、利益の再定義が認められない限り処分自由を否定すべきであるという考え方に立っている (とみられる) ことに照らすと、(損害賠償法一般について、) 賠償権者の当初の現実的利益の内容がそのまま維持される限り、賠償権者は原状回復費用賠償 (履行状態実現費用の賠償も含む) として受けとった損害賠償金をその現実的利益の実現のために用いなければならないという考え方に立っていると推測される。要するに、ハルフマイヤーも、原状回復費用賠償では現実的利益を実際に実現するという原状回復の目的に適合する限度でのみ賠償が認められるべきであるという原則論を採用する点においては、ピッカーと共通であると考えられるわけである[157]。

次に、２点目について述べると、ハルフマイヤーは、利益の再定義が認められれば例外的に原状回復の目的による拘束を乗り越えることができるという考え方に立っていると考えられる。これは、１点目とは異なり、ピッカーにはみられない考え方である。すなわち、ピッカーは、損害賠償法一般について、(利益の再定義を認めるといった形で例外を認めることをせず、) 原則としての仮定的原状回復費用の賠償の否定を貫くという考え方に立っていた。これに対して、ハルフマイヤーは、不法行為事例と請負事例を対比したうえで、不法行為の場合に限っては、利益の再定義を認めるものと考えられる。

では、利益の再定義とはいったいどのような考え方なのか。この点についても、ハルフマイヤーにおいては詳しく論じられていないため推測するほかないが、ありうる理解の１つは、以下のようなものである。すなわち、賠償権者が損害賠償金として受けとる原状回復費用 (履行状態

[157] *Weiss,* a.a.O. (Fn. 153), S. 1051も、この点についてハルフマイヤーと同様の考え方を採るものとみられる。

実現費用も含む）には、本来は、「現実的利益の回復・実現のために使わなければならない」という使途の限定が付いている。仮定的原状回復費用の賠償を認めるということは、賠償権者に、その使途の限定を外す権限、つまり、本来は手段にすぎないはずの「原状回復費用分の金銭」について、その金銭を得ること自体を自己目的化する権限を認めることを意味する。これは、当該損害賠償によって賠償権者のもとに回復・実現されるべき利益の内容を、「もともと保持していた現実的利益」から、「加害行為後に保持している現実的利益＋原状回復費用分の金銭」に（不法行為責任の場合）、あるいは、「契約において実現が約束された現実的利益（現実給付取得利益）」から、「不履行（瑕疵ある給付）後に実現されている現実的利益（現実給付取得利益）＋履行状態実現費用分の金銭」に（契約責任の場合）、変更する権限を認めるということにほかならない。したがって、もしこのような形で自分の利益を再定義する権限を賠償権者に認めることができるならば、仮定的原状回復費用の賠償を正当化することができると考えるわけである[158]。

このように、ハルフマイヤーの利益の再定義の考え方は、当初の現実的利益の内容自体に変更を加える権限を認めることによって、原状回復の目的による拘束を乗り越えようとする考え方であるとみることができる。

---

[158] なお、このように再定義された利益の実現を目的とする賠償は、もはや原状回復（履行状態実現も含む）――つまり、当初の現実的利益の回復・実現――を目的としていない、つまり原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償も含む）とは異なる賠償方法であるといえる。とはいえ、財産の価値の減少の回復を目的としているわけでもないため、純粋金銭賠償とも異なる。利益の再定義の考え方は、本来は使途の限定が付いている原状回復費用につき、その使途の限定を外す権限を認めるという考え方であるから、まずそもそも使途の限定付きの原状回復費用賠償――しかも、事前賠償――が認められることを前提としているといえる。そうすると、利益の再定義の考え方に基づく仮定的原状回復費用の賠償は、原状回復費用賠償そのものとは異なるものの、原状回復費用賠償を基礎としつつ、その派生形として認められる賠償方法であるとみるべきであろう（そのため、本稿では、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する見解について、この見解が利益の再定義の考え方により正当化される余地があることを認識しつつも、引き続き、履行状態実現費用賠償構成に属する見解として整理することとする）。

bb）請負と不法行為の違い――現実的利益（の内容）に対する賠償権者の意思的関与の有無

では、ハルフマイヤーにおいて、利益の再定義権限が不法行為事例においてのみ認められたのはなぜか。ハルフマイヤーは、その理由を、現実的利益（の内容）に対する賠償権者の意思的関与の有無の違いに求めていると考えられる[159]。すなわち、請負事例では、債権者（注文者）は自らの現実的利益（現実給付取得利益）の内容を債務者（請負人）との契約において自ら決定している以上、債権者は、その現実的利益（現実給付取得利益）の内容に拘束されても仕方がない（再定義権限が認められなくても仕方がない）。これに対して、不法行為事例では、被害者は自らの現実的利益の内容（例えば、身体や所有権という権利の内容）を加害者との契約において自ら決定したわけではない。そのため、被害者は、（加害者との関係において、）その現実的利益の内容から離脱することが認められてよい（再定義権限が認められてよい）。このようにみると、ハルフマイヤー自身は明言していないものの、ハルフマイヤーは、請負に限らず、契約責任全般――債権者の意思的関与があることが重要であることを踏まえると、より正確には、契約責任の中でも履行利益賠償全般――について、処分自由を否定するものと考えられる。

2）処分自由論肯定説（リーム）――仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

以上の処分自由論否定説と対立するのが、（損害賠償法全体にわたって）処分自由論を肯定する見解である。すでに紹介した論者の中では、リームがこれに属する。

ア）紹介

これによると、請負・売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償は肯定される[160]。その理由は、以下の点に求められている。

---

[159] 同様ないし類似の考え方を示すものとして、*Christmann*, a.a.O. (Fn. 153), S. 846 f.; *Weiss*, a.a.O. (Fn. 153), S. 1048 f.

[160] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 281; *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 923（ただし、請負のみに関する記述）; *Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 53), S. 108 f., 113 f. このほか、*Friedhelm Weyer*, Werkvertraglicher Schadensersatz nur in Höhe der

ａ）形式的理由――249条２項２文反対解釈

まず、形式的理由として、249条２項２文の反対解釈が挙げられる。すなわち、249条２項２文は売上税に関する処分自由のみを否定しているから、逆にいうと、売上税を除く原状回復費用については処分自由が肯定されるというのが立法者意思であるとみるべきであるとされる[161]。

ｂ）実質的理由

また、実質的理由として、以下の２点が挙げられる。

aa）過剰賠償の危険の不存在

第１に、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定される際には主として過剰賠償の危険が論拠とされるが、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定したとしても、以下のように、過剰賠償の危険はないとされる。

aaa）予想される瑕疵除去費用に依拠して減価分を評価するという方式の存在

そもそも、多くの場合において、予想される修補費用の額に依拠して減価分が評価されるため、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めても、損害法上正当化されない利得は生じないとされる[162]。

bbb）251条２項１文の適用

また、仮定的瑕疵除去費用が減価分を明らかに超過する場合には、251条２項の適用により対処することができるとされる[163]。

bb）事件処理の効率化

---

tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten?, NZBau 2013, S. 273; *Mark Seibel*, Die BGH-Entscheidung VII ZR 46/17 und das Märchen von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“, NZBau 2019, S. 81 f.; *ders.*, Die BGH-Entscheidung VII ZR 46/17 und die unzulässige Umgehung des Großen Senats für Zivilsachen, MDR 2019, S. 263 ff.; *ders.*, Das wiederholte Märchen des VII. Zivilsenats des BGH von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“, MDR 2021, S. 82も参照。

[161] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 281. このほか、*Weyer*, a.a.O. (Fn. 160), S. 273; *Susanne Heinemeyer*, Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?, NJW 2018, S. 2443; *Seibel*, a.a.O. (Fn. 160) MDR 2021, S. 82も参照。

[162] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 280.

[163] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 280 f.; *Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 921, 923.

第２に、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めることにより、事件の処理を効率化することができるとされる。というのも、（すでに支出された）事実的瑕疵除去費用の算定においては、あらゆる個別損害項目の額をめぐって争いが生じうる。また、事実的瑕疵除去費用の事前賠償あるいは瑕疵除去費用の事前償還が請求された場合には、前払金の清算をめぐる第２訴訟が提起されうる[164]。さらに、（予想される瑕疵除去費用に依拠することなく）減価分によって算定される場合においても、多くの場合、一般に承認された算定方法が存在しないことから、鑑定費用がかさむことになる。このように、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めない場合、損害算定や訴訟追行に追加的な費用がかかり、事件処理の効率性が低下するというわけである[165]。

イ）評価

a）過剰賠償の意味をめぐる処分自由論否定説との理解の不一致

リームにおいては、「過剰賠償」として、仮定的瑕疵除去費用が減価分を明らかに超過する場合が念頭に置かれているといえる。これに対して、処分自由論否定説を採るピッカーにおいては、仮定的瑕疵除去費用が減価分を少しでも超過すれば「過剰賠償」にあたるとされていた。このように、「過剰賠償」の意味が共有されていないという点において、「過剰賠償」の危険の有無に着目した処分自由論肯定説と否定説の議論は噛み合っているとはいいがたい。

b）原状回復（履行状態実現も含む）の目的に関する検討の欠如

また、ピッカーのように、原状回復（履行状態実現も含む）の目的は現実的利益（現実給付取得利益も含む）を実際に実現することにあると理解したうえで、その目的と適合するような責任内容の確定方法を導くこと（のみ）を考えた場合には、処分自由論（全面的）否定説が導かれることになる。このことを踏まえると、処分自由論肯定説を採るのであれ

[164] この点に言及するものとして、*Mohr*, a.a.O. (Fn. 125), S. 923.

[165] 以上につき、*Riehm*, a.a.O. (Fn. 125), S. 280. このほか、*Weyer*, a.a.O. (Fn. 160), S. 269 f. も参照。

ば、原状回復（履行状態実現も含む）の目的についてピッカーと同様の理解を採るのかどうかを検討したうえで、ピッカーと同様の理解を採る場合には、原状回復（履行状態実現も含む）の目的による拘束をどのように乗り越えるのかを検討する必要があるといえる。先にみたように、ハルフマイヤーは、――原状回復（履行状態実現も含む）の目的についてピッカーと同様の理解に立ちつつも――不法行為責任について、賠償権者（被害者）が現実的利益の内容を自ら決定していないという点に着目し、被害者に利益の再定義権限を認めることによって、原状回復の目的による拘束を乗り越えているとみることができる。

ところが、リームにおいては、こうした原状回復（履行状態実現も含む）の目的に関する検討を欠いたままに処分自由論肯定説が採られており、ここに問題があるといえる。

（ウ）小括――履行状態実現費用の賠償と純粋金銭賠償の二元的把握の可能性

以上、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題について、請負に関する2018年の判例変更（までの判例の展開）とそれをめぐる学説の議論をみてきた。次項では、その後の判例の展開――具体的には、請負における判例変更の射程（売買への影響）に関する判例の展開――とそれをめぐる学説の議論をみていくが、その前に、ひとまず、ここまでの議論を小括しておこう。

学説は、履行状態実現費用の賠償という賠償方法を観念しない純粋金銭賠償構成と、履行状態実現費用の賠償という賠償方法を観念し、瑕疵除去費用の賠償をそこに位置づける履行状態実現費用賠償構成の２つに分かれていた。基礎に置かれる損害概念ないし利益概念を読み取ることができる学説に限って取り上げているという事情はあるものの、取り上げた学説の中では、比較的多数が後者を支持しているといえる。また、判例も、履行状態実現費用賠償構成によるとその理論的基礎づけが容易になるという点を踏まえると、（2018年の判例変更の前後を通じて）この構成と親和性があるとみることもできる。

とはいえ、――基礎に置かれる損害概念ないし利益概念を読み取ることができる学説という縛りを取り払って――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否を論じる学説全体を見渡した場合には、履行状態実現費用賠償構

成を明示的に主張する論者は少数派であるというのもまた事実である。しかし、これは、――ハルフマイヤーにおいて顕著にみられたように――履行状態実現費用の賠償は直接的履行状態実現が認められることを前提とするという形式論に基づき、給付に代わる損害賠償に対する249条２項１文・250条の適用を否定するという、説得力を欠いた理解が通説化してしまっていることにその根本的な原因があると考えられる。

ともあれ、この段階では、履行状態実現費用賠償構成という発想がありうること――履行状態実現費用賠償構成という考え方を採ることが少なくとも理論的には「可能」であること――を確認しておけば足りる。履行状態実現費用賠償構成を採ることが「必要」であるかどうかという点、つまり純粋金銭賠償構成と履行状態実現費用賠償構成のいずれに優位性があるかという点については、後に改めて検討することとしたい[166]。

ここでは、さしあたり、履行状態実現費用賠償構成の主張内容がどのようなものであったかを簡単に確認しておこう。履行状態実現費用賠償構成によると、契約責任法における責任内容論は、以下のように、二元的な構造を有することになる。

a　履行状態実現費用の賠償――損害＝現実給付取得利益（の喪失）

第１に、履行状態実現費用の賠償という賠償方法がある。ここでは、「現実給付取得利益」（契約責任における現実的利益）が実現されるべき利益となる（裏を返せば、「現実給付取得利益」の喪失、すなわち現実給付の不取得が賠償されるべき損害となる）。

瑕疵担保の場面においては、瑕疵除去費用の賠償がここに位置づけられる。事実的瑕疵除去費用の賠償が争いなく認められるのに対して、仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるかどうかは、処分自由論の採否という――履行状態実現費用の賠償という位置づけが与えられたうえで別途生じる――問題として争われている[167]。

---

166　第２章第２節２および第２章第３節の中で検討を行う予定である。

167　山田・前掲注（89）77頁以下・105頁・119頁は、ドイツの議論を以下のように整理している。すなわち、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する見解は、瑕疵自体が損害にあたるという考え方（本稿のいう履行状態実現費用賠償構成に

b　純粋金銭賠償――損害＝価値利益（の喪失）

第２に、純粋金銭賠償という賠償方法がある。ここでは、「価値利益」が実現されるべき利益となる（裏を返せば、「価値利益」の喪失が賠償されるべき損害となる）。

瑕疵担保の場面においては、減価分の賠償がここに位置づけられる[168]。なお、BGH 2018年判決が認めていた減収分の賠償も、現実給付取得利益の実現を目的とするものではなく、給付を取得することにより財産（の価値）の増加として得られる利益の実現を目的とするものであるため、ここに位置づけることができる。

＊　本研究は、JSPS 科研費 JP22K13306の助成を受けたものである。

---

対応する）を前提としている。これに対して、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する見解は、瑕疵自体は損害ではなく、実際に支出された費用が損害にあたるという考え方（本稿のいう純粋金銭賠償構成に対応する）を前提としているとする。こうした整理は、損害論に着目した分析である点において本稿と同様の方向性にある。しかし、本稿でこれまで示してきたように、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する見解は、履行状態実現費用賠償構成からも十分に導きうるものである（その代表例が、ピッカーである）。この点において、上記の整理はやや正確性に欠ける。

なお、こうした本稿の分析――仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する見解は、純粋金銭賠償構成を前提とするものと履行状態実現費用賠償構成を前提とするものに分かれるという分析――は、長野・前掲注（45）93頁以下が、不法行為（の物損事例）における処分自由論（長野のいう仮定的費用論も含む）の採否をめぐるドイツの議論について示した分析――処分自由を否定する見解（判例批判理論）は、「現実的支出説を基礎とするものと権利回復説を基礎とするものの２つの系統に分かれる」という分析――とも整合的である。処分自由論の採否をめぐる契約責任と不法行為責任の関係は極めて重要な問題であるが、本稿ではハルフマイヤーの見解を紹介する程度にとどまった。この点についての本格的な検討は、別の機会に行うこととしたい。

[168] 永岩・前掲注（89）92頁も、ドイツの議論の検討結果として、瑕疵除去費用の賠償と減価分の賠償という２つの賠償方法が見出されることを指摘したうえで、「前者が、本来の契約内容の実現を目的とし、後者が、瑕疵をそのままにした場合の対価的均衡の回復であるという点で、両者は異なる性格を有するものである」と指摘している。

論　　説

# 司法の優越をめぐる法と政治（４）

## ―― 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　（以上、74巻２号）
第３章：司法の優越の揺らぎ
　第１節：司法の優越が否定された事例
　　第１款：大統領による反抗事例
　　第２款：連邦議会による反抗事例
　　第３款：公衆による反抗事例
　第２節：司法の優越の政治的構築
　　第１款：人種別学制度と司法の優越
　　第２款：ロー判決と司法の優越
　第３節：小括――司法の優越の限界――　（以上、本号）
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３章：司法の優越の揺らぎ

前章においては、司法の優越を規範的に評価する学説の検討を行った。この作業を通じて、司法の優越が、アメリカにおける主要な学説群とも親和的なものであったことを示した。アメリカにおいて司法の優越が学界や司法部、更には社会においても広く受容され、定着するに至っ

た[1]理由は、連邦最高裁を至高の憲法解釈者として措定することにより、統治システムの安定を図るという機能的な点のみならず、戦後アメリカ憲法学を席巻した学説群において、司法の優越がその前提として内蔵されていた点にも見出すことができよう。

このようなアメリカにおける司法の優越が、連邦最高裁の判決において表明されたものとして最も著名であるのが、Cooper v. Aaron[2]である。すなわち、ブレナン（William Brennan）によって主導された法廷意見において[3]、連邦最高裁こそが、憲法が何を語るかについての究極的な解釈者であることが宣明されたのである。かかる宣明については、連邦最高裁こそが憲法が何を規定しているのかを決定する責任を負っており、いったん連邦最高裁の憲法解釈が下されれば、それは国家の法となり、訴訟における当事者以外もその解釈に拘束されると理解される[4]。

しかしながら、このような規範理論としての司法の優越は、アメリカにおける憲法政治の歴史において常に支持されるものではなかった。すなわち司法の優越は、アメリカにおいて支配的な規範理論ではありつつも、それが貫徹されなかった事例も少なくはなかったのである。アメリカの歴史を振り返れば、多くの事例において、連邦最高裁の憲法判断は、連邦の執行部や立法部、さらには州政府や公衆からの反抗に遭遇してきた[5]。例えば、第１章で言及したジェファソン（Thomas Jefferson）やジャ

---

[1] Miguel Schor, *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy,* in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY 87 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018).

[2] 358 U.S. 1 (1958).

[3] Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958,* 68 GEO. L.J. 1, 79 (1979).

[4] このようなクーパー判決における連邦最高裁の宣言は、ビックル（Alexander M. Bickel）によって、以下のように評される。「連邦最高裁は国家の法を定める権限を与えられており、市民はそれを無批判に受け入れなければならない。たとえ間違っていたとしても、連邦最高裁のみが憲法の名の下に宣言をするがゆえに、それが定めるものはすべて正しい。」ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 264 (2d ed. 1986).

[5] KEITH E. WHITTINGTON, POLITICAL FOUNDATION OF JUDICIAL

クソン（Andrew Jackson）、リンカーン（Abraham Lincoln）といった歴代の大統領に関する各事例がそうであるように[6]、憲法の究極的解釈者としての連邦最高裁の地位が揺らいだ事例、そして憲法解釈者としての政治部門の対等な地位が強調された事例もまた、数多く存在するのである[7]。さらには、論争的な憲法上の問題の解決を政治部門が司法部に託すことによって、司法の優越が政治的に構築されてきたと捉える研究も、アメリカにおいては精力的になされてきた。これら研究は、実証的な分析を基盤としつつ、アメリカにおける司法の優越は完全なものでも安定的なものでもなく、政治部門の動機に依存する面が大きいことを強調するものであり、司法の優越の現実的な側面を知る上で注目に値する[8]。

本章においては、憲法の究極的解釈者としての司法部のイメージとは正反対の、「剣も財布も持たない」司法部が、政治部門や公衆との相互関係の構築に苦心する有り様の一端を示す。いわば、司法の優越について、規範的側面からのみならず、実証的側面からも分析を試みるというのが本章の趣旨となる。具体的には、第１節において、連邦最高裁の判決に対する反抗の代表的事例を、①大統領による反抗、②連邦議会による反抗、③公衆による反抗、に分けて検討・分析を行う。第２節においては、人種別学制度や人工妊娠中絶といった、アメリカにおける論争的な憲法上の問題を素材として、司法の優越が連邦の他部門によって構築された事例を検討・分析することとする。

---

SUPREMACY; THE PRESIDENCY, THE SUPREME COURT, AND CONSTITUTIONAL LEADERSHIP IN U.S. HISTORY 15 (2007).

[6] *See,* John Yoo, *Judicial Supremacy Has Its Limits,* 20 TEXAS REVIEW OF LAW & POLITICS 1 (2015).

[7] こうした憲法上の事例を網羅的にまとめたものが、フィシャー（Louis Fisher）による業績である。*See,* LOUIS FISHER, RECONSIDERING JUDICIAL FINALITY; WHY THE SUPREME COURT IS NOT THE LAST WORD ON THE CONSTITUTION (2019).

[8] *See,* Whittington, *supra* note 5.

## 第１節：司法の優越が否定された事例

### 第１款：大統領による反抗事例

連邦最高裁の憲法判断は、しばしば大統領による反抗に遭遇してきた。このような各大統領における連邦最高裁に対する反抗は、しばしばディパートメンタリズムを主張する論者により、その理論を正当化する歴史的事実として強調されてきた[9]。そして、ディパートメンタリズムを主張する論者の中でも、大統領には司法部と対等な憲法解釈権限が存することを強力に主張する論者として、ポウルセン（Michael Stokes Paulsen）を挙げることができる。彼は、ザ・フェデラリストやMarbury v. Madison[10]などを論拠としつつ、大統領における独立した憲法解釈権限を擁護する[11]。そして彼は、大統領が連邦最高裁の判決を拒否する権限を、Ex parte Merryman[12]より、Merryman Powerと呼称する[13]。このメリーマン判決こそが、連邦最高裁の判決の執行を大統領が拒否し、司法の優越が否定された典型例として位置付けることができるものである[14]。同判決は、戦時下における軍事権限の範囲を初めて示した事例であり、そして何よりも、Dred Scott v. Sandford[15]とともに、大統領と連邦最高裁の憲法解釈が衝突した事例として象徴的な地位を占めてきたの

---

[9] *See,* NEAL DEVINS & LOUIS FIHSER, THE DEMOCRATIC CONSTITUTION (2d ed. 2015).

[10] 5 U.S.137 (1803).

[11] Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is,* 83 GEO L.J. 217, 228 (1994).

[12] 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861).

[13] *See,* Michael Stokes Paulsen, *The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation,* 15 CARDOZO L. REV. 81 (1993).

[14] ポウルセンは、執行部の憲法解釈が他部門と衝突する場合を４つの局面に分けて説明する。すなわち（1）憲法上の根拠に基づく恩赦権限と拒否権限の発動局面、（2）執行部が違憲であるとみなした制定法の不執行、（3）特定の訴訟の文脈外で司法部が明示した法的ルールに対する不承諾、（4）司法部が出した判決の不執行、の４つである。メリーマン判決に対するリンカーン大統領の反応は（4）のカテゴリーに該当する。Paulsen, *supra* note 11, at 263-264.

[15] 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

である[16]。

まずは、メリーマン判決に至るまでのプロセスと判決の内容を概観する。事件の当事者は、メリーマン（John Merryman）というメリーランド州における分離派の人物であった。当時、南北境界線に接するメリーランド州においては分離独立運動が盛んに行われており、メリーマンもそれら運動に参加し、橋の爆破や電線の破壊活動等に従事していた。このようなメリーランド州における動乱に対応するべく、リンカーンは、スコット将軍（Winfield Scott）に対し、人身保護令状の停止を委任する命令を発出した。その最中において逮捕された一人が、メリーマンであった。これに対して、メリーマン側が、当時の連邦最高裁首席判事であったトーニー（Roger Taney）に人身保護令状を請求したのが本件の端緒となる。

このようなメリーマン側の請求に対し、トーニーは人身保護令状を発行した。しかしながら、メリーマンを拘束する軍は、これを無視するという挙に出た。すなわち、連邦の執行部が司法部による判断に反抗するという事態が発生したのである。かような局面において、トーニーは、大統領が連邦最高裁の命令を実行する憲法上の義務を有し、独自の憲法解釈権限を有しないことを主張したのである[17]。すなわち、「大統領が保持する唯一の権力は、……「法律が誠実に執行されるよう留意する」ことを要請する憲法規定に記載された権限及び責務である。……大統領は、憲法によってその責務が割り当てられている政府の対等な部門によって解釈され、裁定された通りに、それらが誠実に実行されるよう留意しなければならないのである。このように、司法の権威が執行部の援助なしには打ち勝つことができないほど強力な力によって抵抗された場合、司法の権威を援助することが大統領の義務とされている。しかし、この場合、大統領は司法の権威に従属するのであり、司法部がその手続きを執行し、判決を実施することを援助するのである。」[18]と。

---

[16] Seth Barrett Tillman, *Ex Parte Merryman: Myth, History, and Scholarship,* 224 MIL. L. REV. 481, 481 (2016).

[17] Paulsen, *supra* note 11, at 279.

[18] 17 F. Cas. at 149.

メリーマン判決における争点の一つは、人身保護令状の停止に関する憲法条項である憲法１条９節２項の解釈問題であった。すなわち、この条項を根拠として、執行部にも人身保護令状の停止をする権限が存するか否かが問われていたのである。しかしながら、本論文との関係において重要な論点として位置付けられるのが、司法部の憲法解釈は誤りであるという立場を採用する大統領が、司法部の命令を執行する憲法上の義務を有するか否か、という問題であった[19]。トーニーはこの論点について、大統領は連邦最高裁の憲法解釈に従属するとして、司法の優越を宣言したのである[20]。

それでは、メリーマン判決に対するリンカーンの対応はどのようなものであったか。リンカーンは、メリーマンの釈放を拒否したうえで、1861年４月、メリーマン判決に対する自身の見解を連邦議会に示した[21]。そこにおいて彼は、憲法は、反乱の発生などの公共の安全がそれを必要とするとき、人身保護令状の特権の停止を明確に認めていると述べた。そして、人身保護令状の特権の停止について定める憲法条項は、誰がその権限の行使主体であるかについて明示していないとする[22]。なぜならば、かかる憲法条項は、「明らかに危険な緊急事態のために起草されたものであり、起草者が、議会――反乱によってその召集が妨害される可能性が高いが――が招集されるまでの間、あらゆる局面において、危険な事態を成り行きに任せることを意図したとは考えられない。」[23]からである、と。すなわち、人身保護令状の停止が必要となる緊急事態において、召集に時間のかかる連邦議会ではなく、大統領がその権限を行使できるように、憲法はかかる権限の行使主体を明示しなかったと主張した

---

[19] Paulsen, *supra* note 13, at 92.

[20] *Id.* at 93.

[21] Jeffery D. Jackson, *The Power to Suspend Habeas Corpus: An Answer from the Arguments Surrounding Ex Parte Merryman,* 34 U. BALT. L. REV. 11, 20 (2004).

[22] Paulsen, *supra* note 13, at 95.

[23] 4 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN, 431 (R. Basler ed., 1953).

のである[24]。こうしてリンカーンは、戦時における最高司令官として、人身保護令状の執行を拒否することを宣言した。

このように、メリーマン判決をめぐる対立は、憲法解釈権限をめぐる連邦の部門間の争いとして捉えることができる。すなわち、大統領であるリンカーンが、連邦最高裁による判決を無視し、司法の優越が否定された事例として位置付けられるのである。

### 第２款：連邦議会による反抗事例

（1）　宗教的被服の着用と連邦議会

連邦議会による反抗事例として、まず挙げられるのが、宗教的被服の着用が宗教の自由に関連して問題となった1986年のGoldman v. Weinberger[25]と、それに対する連邦議会の反応である。本件の原告となったユダヤ教徒であるゴールドマン（Simcha Goldman）は、アメリカ空軍の大尉であり、勤務中はユダヤ教の民族衣装であるヤルムルケ（Yarmulke）を着用していた。1981年５月、空軍はゴールドマンに対し、勤務中のヤルムルケ着用は空軍規則に反するものであり、もしも着用を続けた場合は軍法会議にかけられる恐れがある旨を通達した。訴訟においてゴールドマンは、制服着用中にヤルムルケを着用することを国防長官及び空軍長官に要求した。連邦地裁は、空軍の規則を適用することでヤルムルケの着用を禁ずることは、第１修正に反するとした[26]。これに対し、D.C. 巡回区連邦控訴裁判所は、「統一性という空軍の関心事の特殊な性質により、規則の厳格な施行が許容される」[27]とする判断を下した。

これをうけた1986年の連邦最高裁判決は、第１修正は、たとえその効果がゴールドマンの宗教的信条により必要とされるヤルムルケの着用を制限するものであっても、ゴールドマンに規則を適用することを禁止するものではないと判断した。すなわち、標準化された制服を軍人に着用

---

[24] 山本龍彦＝大林啓吾「司法審査論の新地平（二・完）法原理機関説へのレクイエム？」桐蔭法学13巻１号（2006年）14頁。

[25] 475 U.S. 503 (1986).

[26] Goldman v. Secretary of Defense, 530 F. Supp. 12 (D.D.C. 1981).

[27] Goldman v. Secretary of Defense, 734 F.2d 1531, 1532 (D.C. Cir. 1984).

させることは、集団全体の使命のために個人の選好やアイデンティティを従属させることを促進する、という空軍側の主張――つまりは、統一性や階級、規律や服従などの価値の重視――は、規則を正当化するに十分であると、連邦最高裁は判断したのである。

なお、ブレナンはその反対意見において、法廷意見は、「軍事的必要性という根拠のない主張への軽率な敬譲を支持し、憲法の主要な解釈者として、そして個人の自由の防護者として」[28]の役割を放棄するものであると、厳しく批判した。その上で、宗教の自由の擁護者としての責任は、連邦司法部のみにあるのではなく、州政府や他の連邦の部門にも共有されるものであると論じる。ブレナンはこのように人権保障機関としての役割を果たすことができなかった多数意見を厳しく批判しつつ、宗教的少数者の人権を保護する役割は司法部のみならず他の部門も果たすべきものであると論じた。そして、「最高裁と軍は、軍人の憲法上の権利を拒否することとなった。連邦議会がこの過ちを是正することを我々は望まなければならない」[29]として、憲法上の権利保障を立法部門に委ねる判断を示したのである。

このような連邦最高裁の判断に対して、連邦議会はどのような反応を示したのであろうか。連邦最高裁の判決から２週間以内に、軍人が制服以外の被服を着用することを認める法案が議会に提出された。同法案は、ヤルムルケの事例にとどまらず、軍の構成員による軍務の遂行を著しく妨害しない限度での宗教的被服の着用を認めるものであった。下院軍事委員会は、この提案を若干修正したものを1987年の国防総省権限法案の条項として採用し、下院に報告した[30]。上記修正案は、結局上院で否決されたものの、翌年、同様に、軍務を妨げない限りにおいて、制服着用中であっても適切かつ保守的な宗教的被服の着用を認める法案が下院に提出され、最終的には上院も通過することとなった。すなわち、ここでは連邦議会は、連邦最高裁の判決に対抗する法律を制定したと評価する

[28] 475 U.S. at 514.

[29] *Id.* at 524.

[30] Fisher, *supra* note 7, at 160.

ことができる[31]。

（2）　連邦最高裁の変遷と宗教の自由回復法

連邦議会と連邦最高裁の対立事例として次に取り上げるのが、宗教の自由の解釈における審査基準をめぐる争いである。連邦最高裁は、1990年の Employment Division v. Smith[32]において、それまでの先例を覆し、宗教の自由に関する憲法解釈を大きく転換することとなった。これに対して連邦議会は、1993年、宗教の自由回復法（Religious Freedom Restoration Act：以下 RFRA とする）を制定することで、スミス判決に対抗した。すなわち、この RFRA は、直前のスミス判決における憲法解釈と対立するものであり、連邦最高裁における「何が法であるかを語る」権威に対する、連邦議会による真っ向からの挑戦と評価することのできるものであった[33]。

まずは、RFRA 制定に至るまでの、連邦最高裁における判断の変遷を概観する。アメリカ合衆国憲法は第１修正において、「連邦議会は国教を樹立する法律や自由な宗教活動を禁止する法律を制定してはならない。」と定める。このうち後半部分の宗教の自由を定める部分の解釈が問題となったのが、一連の最高裁判決である。かかる宗教の自由条項の解釈において、一つのターニングポイントとなったのが、1963年の Sherbert v. Verner[34]であった。この判決において連邦最高裁は、いわゆるシャーバート・テストと呼ばれる審査基準を定立するに至る。同判決では、宗教上の理由で土曜日に働くことができない人の失業手当の受給資格が問題となった。連邦最高裁は、宗教上の教えに従うことによって失業した人間に対する失業手当の受給拒否は、宗教の戒律に従って失業手当を失うか、他方では仕事を維持するために宗教の戒律のひとつを放棄するかの選択を迫るものであり、宗教の自由に対して実質的な負担

---

[31] *Id.*

[32] 494 U.S. 872 (1990).

[33] Neal Devins, *How Not to Challenge the Court,* 39 WM. & MARY L. REV. 645, 651 (1998).

[34] 374 U.S. 398 (1963).

を課すものであること、かような制約においては、政府の「やむにやまれぬ利益」が必要であるとの審査基準を示した。つまり、宗教を狙い撃ちしていなくとも、宗教的行為に実質的な負担を強いる規定は、政府側における「やむにやまれぬ利益」によって正当化されなければならないという厳格な審査に付されることが、シャーバート判決において宣明されたのである。

このシャーバート・テストと呼ばれる審査基準は、失業給付手当に関する事例において、確立したものとなっていたが[35]、それを転換させたのが、前述のスミス判決である[36]。同事例は、ネイティブ・アメリカンであるスミスが、オレゴン州法においてその使用が禁じられていた、ペヨーテという幻覚剤を宗教的儀式において用いたところ、診療所の職を解雇され、さらに、職務に関する非行によって解雇されたことを理由として、失業補償給付の請求も拒否されたことに端を発する。連邦最高裁は、宗教の自由の制約が、「一般的に適用可能であり、他の点では有効な規定の付随的効果に過ぎない場合」[37]は、第１修正には反しないと判示した。その上で、当該州法は、特定の宗教をターゲットとするものではないと判断した。つまり、規制が特定の宗教を狙い撃ちするものでなければ、それは宗教の自由の侵害を構成するものではないとして、規制の形式面に着目するアプローチを採用したのである[38]。これは、一般的に適用される規制であっても、それが宗教的行為に実質的な負担を課す行為であれば厳格な審査に付すというシャーバート・テストから、宗教の自由の保障範囲を狭く解する方向への転換と解することができる。

---

[35] 森口千弘「宗教への敵意――Smith テストと Masterpiece Cakeshop 判決――」同志社法学72巻４号（2020年）610-611頁。

[36] 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）153頁。

[37] 494 U.S. at 878.

[38] このように、規制の形式面に着目するアプローチを、「形式的中立性（formal neutrality）」と呼び、規制が生み出す実質的な負担に着目するアプローチを、「実質的中立性（substantive neutrality）」と呼ぶ。Douglas Laycock, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality toward Religion,* 39 DEPAUL L. REV. 993, 999-1006 (1990).

このような連邦最高裁における宗教の自由に関する判断の転換は、あらゆる宗教団体や公民権団体の反発を生み出すこととなった[39]。彼らは、スミス判決は、宗教の自由という憲法上の権利に対する根本的な攻撃であるとみなしたのである。かような社会運動は、全米福音派協会（National Association of Evangelicals）やアメリカ自由人権協会（American Civil Liberties Union）などのグループから支援を受けつつ、立法的な解決を求めるようになった。このような運動の興隆を受けて、連邦議会はRFRA制定に向けて動き出すこととなる。

RFRAは、1993年、上下両院を圧倒的多数で通過し、成立することとなった。同法は、宗教の自由の保障範囲をスミス判決以前の状態に戻すことを意図するものであった。すなわち同法によれば、政府側が、宗教活動に対して課する負担が「もっとも制限の少ない方法」で「やむにやまれぬ利益」を促進することを証明できない限り、宗教活動に「実質的な負担」を課することを禁じる。換言するならば、RFRAはスミス判決が否定した宗教の自由条項の解釈を採用したのであった[40]。ここにおいて、宗教の自由に関する、連邦議会と連邦最高裁の憲法解釈が、一時的に対立するという構図が現出したのである[41]。

### 第３款：公衆による反抗事例

次に、連邦最高裁に対する、公衆による反抗事例を検討する。

1940年、連邦最高裁はMinersville School District v. Gobitis[42]において、第１修正は国旗敬礼を拒否した小学生のエホバの証人二人の処罰を妨げるものではないことを、８対１の大差で宣言した。しかしながら、そのわずか３年後のWest Virginia State Board of Education v.

---

[39] Robert F. Drinan & Jennifer I. Huffman, *The Religious Freedom Restoration Act: A Legislative History,* 10 J. L. & RELIGION 531, 532 (1993).

[40] Michael W. McConnell, *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores,* 111 HARV. L. REV. 153, 161 (1997).

[41] 安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立教法学63号（2003年）67頁。

[42] 310 U.S. 586 (1940).

Barnette[43]において、連邦最高裁は６対３で判例変更をするに至る。このわずかな期間における判例変更において注目するべきは、公衆による連邦最高裁の憲法判断に対する反発である[44]。

1940年に下されたゴビティス判決は、二人のエホバの証人の信者が、偽りの偶像に敬意を払うことで自分たちの精神的地位が脅かされるという理由で、公立学校の式典において、アメリカ国旗への敬礼を拒否したことに端を発する。フランクファータによる法廷意見は、この問題は「良心の自由」と「国家の結合を保護するための権威」という「相反する主張」に直面するものであると論じた[45]。その上で、「国家の統合（national unity）は国家の安全保障の基礎である」[46]として、「国旗こそが我らの国家の統合の象徴なのである」[47]と宣言する[48]。結論として連邦最高裁は、国旗への敬礼を拒否する生徒たちに対して敬礼を強制することは、第１修正に反しないと判断したのであった。

ゴビティス判決に対する司法部外からの反応は、手厳しいものとなった。新聞は、連邦最高裁は憲法上の自由を侵害し、人々のヒステリーに屈したと批判した。例えば The New Republic は、ヒトラーに対抗するためにヒトラーの哲学を採用することの危険性を訴え、連邦最高裁の判決に対して厳しい批判を加えた[49]。その他にも、当時の多くの新聞や大衆紙は、こぞって連邦最高裁の判断を批判していた[50]。また判決に対す

---

[43] 319 U.S. 624 (1943).

[44] *See,* Devis & Fisher, *supra* note 9, at 3; Lawrence G. Sager, *The Incorrigible Constitution,* 65 N.Y.U. L. REV. 893, 929 (1990).

[45] 310 U.S. at 591.

[46] *Id.*

[47] *Id.* at 596.

[48] フランクファータによる法廷意見につき、金井光生「国旗敬礼強制拒否事件判決における＜シンボリズム＞に関する覚書――Gobitis 判決（1940年）と Barnette 判決（1943年）の媒介者にしてホームズ裁判官の鬼子としてのフランクファータ裁判官」行政社会論集22巻３号（2010年）131頁以下も参照。

[49] BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION 241 (2009).

[50] Francis H. Heller, *A Turning Point for Religious Liberty,* 29 VA. L. REV.

る学界の評価につき、ヘラー（Francis H. Heller）は、当時のロー・レビューにおいて、ゴビティス判決を明確に肯定する論稿を見つけることはできなかったとする[51]。このようにゴビティス判決は、国旗敬礼に関する国家的な論争を招き、公衆からの激しいバックラッシュに遭遇することとなったのである[52]。

また、国旗敬礼に関する国家的な論争においては、公衆による反発に加えて、政治部門の動向も見逃すことはできない。例えば連邦議会が1942年に可決した、アメリカ国旗の掲揚と使用に関する制定法は、ゴビティス判決における憲法上の原理に反旗を翻す内容であった。すなわちこの連邦法は、国旗敬礼についての厳格な執行に反対し、より簡素化を要請する内容を含んでいたのである[53]。司法省に関しても、新たに制定された連邦法がゴビティス判決に反することを認識していたようであるが[54]、連邦議会の動きに追随することとなる[55]。

このような連邦最高裁に対するバックラッシュの最中にあって、ブラック（Hugo Black）、マーフィー（Frank Murphy）、ダグラス（William O. Douglas）の各判事は1942年の Jones v. Opelika[56]において、公式にゴビティス判決における反省を表明することとなる。すなわち、「我々はゴビティス判決の意見に参加した。今こそ、我々がこの事例もまた誤った判断であったと信じていることを述べる適切な機会であると考える。確かに、歴史的な権利章典の下で機能している我々の民主的な統治形態は、少数派の宗教的見解がいかに不人気で異端であったとしても、それを受け入れる高い責任を負っているのである」[57]と宣言したのである。

---

440, 452-453 (1943).

[51] *Id.* at 451.

[52] Friedman, *supra* note 49, at 241.

[53] Devins & Fisher, *supra* note 9, at 274.

[54] *See,* Victor W. Rotnem and F. G. Folson, Jr., *Recent Restrictions Upon Religious Liberty,* 36 AM. POL. SCI. REV. 1053, 1064 (1942).

[55] Robert L. Tsai, *Reconsidering Gobitis: An Exercise in Presidential Leadership,* 86 WASH. U. L. REV. 363, 409-413 (2008).

[56] 316 U.S. 584 (1942).

[57] *Id.* at 623-624.

政治部門や公衆による判決に対するバックラッシュは、僅か３年後における判例変更を促すこととなった[58]。ゴビティス判決の多数派を構成した二人の判事に代わってルートリッジ（Wiley B. Rutledge）とジャクソン（Robert H. Jackson）が登用された後の連邦最高裁は、1943年のバーネット判決においてゴビティス判決を覆すこととなった。バーネット判決においてジャクソンは、権利章典の目的は、「政治的論争の変遷から特定の主題を引き離し、それらを多数派や役人の手の届かないところに置き、裁判所によって適用される法原理としてそれらを確立することである」[59]とする。さらに、「生命、自由、財産、自由な言論、礼拝や集会の自由、その他基盤となる権利は、投票に服するものではない。それらは、いかなる選挙の結果にも依拠しない」[60]と続ける。すなわち、かかる領域における法的問題こそ、政治部門ではなく司法部によって決せられるべきであることを、ジャクソンは宣言したのである。しかしながら、連邦最高裁の憲法判断の権威性という観点において、国旗敬礼に関する論争の経緯に鑑みれば、ジャクソンの宣言はそれまでの最高裁の言葉の実態を反映したものであるとは言えない。すなわち、1940年の判決における連邦最高裁の権威は、公衆や政治部門からのバックラッシュによって、結果として３年間しか維持することができなかったのである[61]。

---

[58] グレーバー（Mark A. Graber）は、ルーズベルト大統領によるゴビティス判決後のジャクソンとルートリッジの最高裁判事への任命には、彼らが連邦最高裁の判断に重大な懸念を表明していたという要素が大きく働いていた可能性を指摘する。Mark Graber, *Counter-Stories: Maintaining and Expanding Civil Liberties in Wartime,* in THE CONSTITUTION IN WARTIME: BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY 104 (Mark Tushnet ed., 2005).

[59] 319 U.S. at 638.

[60] *Id.*

[61] 連邦最高裁の判例変更につき、セイガー（Lawrence G. Sager）は、ゴビティス判決後のナチス・ドイツの暴虐を契機として、アメリカにおいて、国旗敬礼の強制が憲法に反するというコンセンサスが形成された可能性を提示する。そして、このような見解によれば、連邦最高裁はバーネット判決において、単に「社会における大転換に追随」したにすぎないと述べる。Sager, *supra* note 44, at 930.

## 第２節：司法の優越の政治的構築

第１節では、アメリカの憲法史において、連邦最高裁の憲法判断が政治部門によって覆された事例、あるいは、司法部の外からの影響力が、連邦最高裁に憲法判断の変更を強いた事例を概観した。ここからは、後のレーンキスト・コートにおける司法の優越の宣明とは裏腹に、剣も財布もない司法部が、政治部門や公衆からのバックラッシュにさらされてきた歴史の一端を垣間見ることができる。

第１節で示したように、アメリカにおける憲法史を遡ると、連邦最高裁における憲法解釈の優越性が否定された事例が一定数存在することが明らかとなる。他方、第１章及び第２章において指摘した通り、司法の優越がアメリカの司法界や学界において一定程度浸透していることも否定できない。このことは、ミース（Edwin Meese Ⅲ）が「ディパートメンタリズムの嚆矢」[62]とも評価される演説[63]を行った後、連邦最高裁の判決こそが国家の最高法規であり、また、そのような最高法規に対する政治部門や公衆の不服従は、アメリカの憲法制度の基盤を揺るがすものであるとの激しい批判が巻き起こったことからも明らかである[64]。そこでは、過去の事例を根拠として、連邦最高裁の最終的な憲法解釈権限を否定することは、法の支配や立憲主義を否定することを意味し、憲法解釈における無秩序状態を招くという懸念が存在していたといえよう。公衆に目を向けても、例えば1987年のワシントン・ポストの記事によれば、世論調査において約６割が、連邦最高裁こそが憲法解釈における最終的権威を有していると回答しており、ここからも、司法の優越はかなりの程度浸透していたと評価することができる[65]。

---

[62] 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って――」帝京法学25巻２号（2008年）117頁。

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

[64] 拙稿「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――」北大法学論集74巻２号（2023年）144頁を参照。

[65] Ruth Marcus, Constitution Confuses Most Americans, The Washington Post, Feb. 15, 1987, at A13. メリル（Thomas W. Merrill）も、執行部が司法部の判断に

ところで、連邦最高裁の憲法判断が、それが政治的・社会的に大きな論点に関する判断であればあるほど、憲法判断に至るまでの過程における政治部門の役割を見過ごすことはできない。この点は、第１章においても若干言及した。すなわち、司法の優越が否定された典型例としてしばしば引用される、ジャクソン大統領による連邦最高裁に対する反抗や、リンカーンによるドレッド・スコット判決の否定といった事例は、「当時の大統領が直面していた特定の政治的文脈や政治的課題の中に彼らを位置づけることで、より明快に理解することができる」[66]のである。

ディパートメンタリズムと司法の優越に関する議論が、アメリカにおいて花開くより以前に、このような司法部と政治部門の関係に着目しつつ、実証的な研究を加えた論者としては、ダール（Robert A. Dahl）を挙げることができる。彼の主張の要点は、連邦最高裁はその当時の政治部門における支配的な勢力の援助なしには、連邦政府における政策過程に影響を与えることはできない、というものであった[67]。すなわち、「連邦最高裁の主要な役割とは、勝利を得た連合の基盤的な政策について正統性を付与することである。……おそらく、連邦最高裁は、その行為が政治指導者によって抱かれる明示・黙示の一連の広汎な規範と一致し、それを補強する場合においてのみ成功しうる」[68]のである。

このような実証的検証に基づいて、司法の優越とその背後にある政治的基盤の存在に着目する研究の系譜に、本節にて中心的に扱うホイッティントンやグレーバーの研究を位置付けることができる[69]。彼らが着目するのは、アメリカにおいて、広く定着したと思われる司法の優越と、その構築において政治部門が果たした役割である。彼らは、主として大

---

従う法的な義務を有するという点については、広範な支持が存在していたと指摘する。Thomas W. Merrill, *Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments,* 15 CARDOZO L. REV. 43, 46 (1993).

[66] Whittington, *supra* note 5, at 49.

[67] Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker,* 6 J. PUB. L. 279 (1957).

[68] *Id.* at 294.

[69] Mark A. Graber, *Judicial Supremacy and the Structure of Partisan Conflict,* 50 IND. L. REV. 141, 154 (2016).

統領や連邦議会の動向に着目しつつ、政治部門における司法の優越に対する反抗も存在する一方で、政治部門自身が司法部の権威性を強調するような事例も、歴史上存在したことを強調する。つまり彼らは、アメリカ社会において権威ある地位を獲得した連邦最高裁に「アメリカ国民が絶対的な信頼を置き、忠誠を誓う統治の基本法」[70]たる憲法を語らせることによって、自身では解決困難な政治的課題を解決するという、政治部門側の動機が存在する局面を顕在化させたのである。このような手法は、政策決定者の側において、特定の政策に対する立場を明確にできない内部的・外部的事情がある場合には、特に有用であるといえる[71]。第２節では、司法の優越が政治部門によって構築された局面を、人種別学制度と人工妊娠中絶という憲法上の問題に着目しつつ、検討することとする。

### 第１款：人種別学制度と司法の優越

人種別学制度を違憲と断じた1954年の Brown v. Board of Education[72]が、ウォーレン・コートの司法積極主義の代表として、そして、反多数者主義的で少数者の人権を保護する連邦最高裁イメージの典型例として語られることについては、言を俟たない。すなわち、鉄道における人種分離制度が第14修正の平等保護条項に反しないと判断した、悪名高き Plessy v. Ferguson[73]からおよそ半世紀を経て、「分離すれども平等」法理の先例たる同判決とは反対の結論を、ウォーレン・コートは提示することとなった。プレッシー判決からブラウン判決に至るまでのアメリカ社会における状況の変化と、その連邦司法部に対する影響に注目する業績は数多く存在するが[74]、ここで着目するのは、ブラウン判決を生み出

---

[70] 柳瀬孝雄「司法制度改革と市民の法主体性 主権／人権の二元論克服に向けて」柳瀬孝雄編『司法の国民的基盤 日米の司法政治と司法理論』（日本評論社、2009年）27頁。

[71] GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 420 (2d ed. 2008).

[72] 347 U.S. 483 (1954).

[73] 163 U.S. 537 (1896).

[74] この点に関する先行業績として、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論（一）

すこととなった政治的要因である。つまり実証的研究によれば、政治部門の側が連邦最高裁の判決の拘束力を強調することにより、人種別学制度という憲法上の問題を、政治の場ではなく司法の場で決定させることを目論んだというのである[75]。

第２次世界大戦後、トルーマン（Harry S. Truman）および連邦議会における民主党にとって、人種差別は無視することができない政治問題として浮上することとなる。その対外的な背景としては、当時の冷戦激化の中、民主主義陣営の中心として、自由と民主主義を標榜するアメリカの政治的イデオロギーの存在が挙げられる。すなわち、自由と民主主義を標榜するはずのアメリカが、国内において人種差別問題を抱えていることは、自国の国際的なイメージを失墜させるものでもあった[76]。また国内の情勢に目を向ければ、第二次大戦における黒人の貢献や、ニューディール連合における黒人勢力の存在なども、重要な要素として挙げることができる。つまり、選挙戦略の面から見ても、人種差別の解消は、民主党にとって極めて重要な課題となっていたのである[77]。

このような背景もあって、トルーマンは、人種差別問題の解決に向けて動き出すが、立法による解決は大きな困難に直面することとなった。というのも、公民権に関する問題は、民主党にとって、南部の白人民主党と、よりリベラルな北部民主党の対立を招き、既存の議会における連合を分断しかねない性質を有するものであったからである[78]。その証左として、上院においては、南部選出の議員によるフィリバスターが発生

---

（二）――憲法訴訟における事実解釈の研究――」国家学会雑誌106巻7・8号（1993年）１頁以下、同107巻7・8号（1994年）１頁以下、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣、2011年）、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）69頁以下などを参照。

[75] Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary,* 7 STUD. AM. POL. DEV. 35, 44 (1993).

[76] Mary L. Dudziak, *Desegregation as a Cold War Imperative,* 41 STAN. L. RRV. 61, 62 (1988).

[77] *Id.* at 79.

[78] Whittington, *supra* note 5, at 144.

したり[79]、1948年の大統領選挙では、サーモンド（Strom Thurmond）率いるディクシークラット（Dixiecrat）が、最終的に39人もの大統領選挙人を獲得したことなどが挙げられる[80]。このような経緯からして、「公民権に対する政治的な積極主義は、選挙における実質的な危険性を招くものである」[81]と評価しうるものであった。すなわち、人種差別問題をめぐって、民主党内が分裂しかねない状態となってしまったのである[82]。

かような事態に至り、連邦最高裁は、政党における連合の脆弱性を克服するための、そして政党に望まれるような成果を出すための、戦略的な資源として注目されることとなる。すなわち、政治から一定の独立を保つ司法部は、政党の構成員や支持者から嫌悪される行動から政策決定者が距離をとることを可能にする存在であったのである。具体例を挙げるならば、司法省は、Shelley v. Kraemer[83]をはじめとした事案において、アミカス・ブリーフの提出等を通じて、人種差別に対する連邦最高裁の積極的な審査を後押ししていく[84]。また、スティーブンソン（Adlai Stevenson）も、連邦最高裁の行動と法令遵守の顕著な記録が、政治の場から人種差別問題を取り除くことを望んでいたと述べている[85]。すなわち、ジム・クロウの終焉について、当時の政治的多数派の間では一定のコンセンサスがありながら、それを達成させることが著しく困難な政治的状況にあり、その打破のために連邦最高裁の権威性を利用しようとした意図が、当時の連邦の政治部門において存在したといえよう。

---

[79] STEVEN SHULL, AMERICAN CIVIL RIGHTS POLICY FROM TRUMAN TO CLINTON: THE ROLE OF PRESIDENTIAL LEADERSHIP 35 (1999).

[80] Whittington, *supra* note 5, at 144.

[81] *Id*.

[82] Keith E. Whittington, *"Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court,* 99 AM. POL. SCI. REV. 583, 592-593 (2005).

[83] 334 U.S 1 (1948).

[84] Graber, *supra* note 75, at 63. また、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス――現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景――』（成文堂、2012年）89-90頁も参照。

[85] Whittington, *supra* note 5, at 145.

このような政治部門の連邦最高裁に対する態度は、トルーマン政権後においても継続することとなる。ブラウン判決が出されたのちに、アイゼンアワー（Dwight D. Eisenhower）は、ブラウン判決に対する支持を直接表明することとはなかった。しかしながら判決後、彼は、「最高裁は語った。私はこの国における憲法上のプロセスを支持することを誓う。そして私は最高裁の決定に従う」[86]として、司法の優越を援用することで、人民に判決を遵守するよう促した。その上で、連邦最高裁が政治的に独立していることを強調することで、ブラウン判決が共和党政権下において下されたことの政治的意味合いを薄めようともしたのである[87]。すなわち、人種隔離政策を終了する責任を、連邦最高裁に転嫁するというのが大統領側の戦略であり、ここにおいて司法の優越は、政治過程における対立を解消するための代替的な場を提供する役割を果たしたといえよう。

人種別学制度に関連する司法の優越の政治的構築については、クーパー判決も見逃すことはできない。

まずは、同判決に至るまでの経緯を概観する。事件の舞台となったアーカンソー州リトルロックは、人種別学制度に対しては比較的穏健であり、人種的暴力の歴史もほとんどないような地域であった[88]。ところが、アーカンソー州知事であったフォーバス（Orbal Faubus）は、セントラル高校での人種差別撤廃計画の実施を阻止するべく、州兵を派遣した。すなわちフォーバスは、公共の秩序維持を建前として、人種統合を実力行使によって阻止するという挙に出たのである。そしてこの行動は、教育委員会は人種統合プランを進めるべしという連邦地裁の命令と、明白に抵触するものであった[89]。この混乱は、最終的にはアイゼンアワーが連邦軍を派遣することで、沈静化することになる。

---

[86] Dwight D. Eisenhower, Public Papers of the Presidents of the United States: Dwight D. Eisenhower, 1954, 491(1960).

[87] Whittington, *supra* note 5, at 146.

[88] Daniel A. Farber, *The Supreme Court and the Rule of Law: Cooper v. Aaron Revisited,* 1982 U. Ill. L. REV. 387, 392 (1982).

[89] *Id.* at 394.

その後、混乱から生じた圧力に耐えることができなかったリトルロックの教育委員会は、人種統合プランの実施を遅らせるべく、連邦地裁に提訴することとなる。これに対して連邦地裁は、リトルロックにおける人種統合プランに対する反発を考慮しつつ、教育委員会の遅延要求を受容した。この判断が控訴審において覆され、裁量上訴が認められることとなった。

クーパー判決は、上記のように、州レベルの政治家が、ブラウン判決――つまりは、連邦最高裁の憲法判断の権威――に公然と反抗的な姿勢を採っている最中において下されることとなった。連邦最高裁はマーベリ判決を引用しつつ、以下のように言明する。

> 憲法第６条は、憲法典を「この国の最高法規」とする。1803年、マーシャル首席判事は、全員一致の法廷のために、かの有名な Marbury v. Madison において、憲法典は「国家の基本的かつ至高の法」であると言い及びつつ、「何が法であるかを語るのは、断固として司法部の職分であり、責務である」と宣明するのである。この判決は憲法を語るにおいて、連邦司法部こそが最高であるという基本的な原理を宣明したものであり、かかる原理は、我々の憲法制度の恒久的かつ不可欠な特徴として、連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである[90]。

このようにして連邦最高裁は、司法の優越を高らかに宣言することとなる。同判決は、当時のウォーレン・コートと司法の優越を結びつける重要な契機となるものであったが、問題は、なぜ連邦最高裁がこのような強気な態度を採ることができたかにある。この点についても、司法部以外の部門の支持という要素が注目に値する。当時、「憲法の意味を決定するに際しての連邦最高裁の優越性に関する、もっとも傑出した擁護者」[91]とも評すべき存在が、アイゼンアワーであった。すなわち彼は、

---

[90] 358 U.S. at 18.

[91] Christopher W. Schmidt, *Cooper v. Aaron and Judicial Supremacy,* 41 UALR L. REV. 255, 267 (2019).

個人的見解としてはブラウン判決に深い憂慮を示していたものの[92]、自身の政治的利益を守るために、公的には、憲法解釈における司法の優越を受容する姿勢を示していたのである[93]。さらにリトルロックの教育委員会も、ブラウン判決における連邦最高裁の憲法判断の権威を、「渋々ながらにせよ」[94]容認する立場を採っていた。すなわち、クーパー判決は、大統領や教育委員会といったアクターの支持が十分に期待できる段階において下された判決である、という見方もできるのである[95]。とりわけ、アイゼンアワーにおける連邦最高裁に対する支持という特殊な事情が、司法の優越を連邦最高裁が宣明した象徴的な事例としてのクーパー判決を生み出したといえよう。そして、連邦最高裁の側からしてみれば、クーパー判決こそが、司法の優越に関する大胆な主張を展開する、またとない機会だった[96]。つまり、同判決においては、「他の有力な政治的アクターの支持が期待できる状況で」[97]司法の優越が宣明されたとも見ることができるのである。

### 第２款：ロー判決と司法の優越

1973年に下されたRoe v. Wade[98]は、連邦最高裁が、人工妊娠中絶問題について回答を付与した判決として、アメリカ社会に非常に強いインパクトをもたらした。実際、判決から約50年経過した現在においても、ロー判決の維持・変更を巡る議論は、司法部内にとどまることなく、大統領選の争点としても一大トピックとして取り上げられるほどである。そして、1973年を起点とする、人工妊娠中絶問題に関する積極的審査を

---

[92] *See,* Whittington, *supra* note 5, at 145-149.

[93] リトルロックをめぐる騒乱に際して、アイゼンアワーは、連邦最高裁における憲法を解釈する責務と権威に言及しつつ、連邦最高裁の判決を執行する大統領の責務についても強調している。*Id.* at 148.

[94] 勝田卓也「マーベリ判決の神話」法学新報119巻９・10号（2013年）185頁。

[95] 勝田・前掲注94）184-190頁、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）112-117頁。

[96] Whittington, *supra* note 5, at 149.

[97] 勝田・前掲注94）186頁。

[98] 410 U.S. 113 (1973).

維持する連邦最高裁の態度は、「政治部門の意向を介さない現代の連邦最高裁の傾向を象徴する」[99]とも評されるものであった。

まず公衆の動向に目を向けると、ロー判決が下された1973年前後において、選択的中絶を認めるとする世論は、次第に多数派を形成しつつあった。例えば、ギャロップ社による1972年の調査によれば、多数派の人々が、個人の選択の問題として人工妊娠中絶を支持していたのである[100]。また、1960年代後半からロー判決が下される年にかけて、プロ・チョイス派の公衆における支持率は、およそ30パーセントも上昇していることを統計データは示している[101]。このような世論の動向の背景には、60年代におけるサリドマイド禍や風疹の流行、障がいを持つ胎児の増加といった問題の深刻化の最中において、中絶を求める女性が増えていたこと、貧困層の女性をターゲットとした闇中絶の横行とそれに伴う犠牲の増加、同時期における女性の権利運動の高まりなどがある[102]。すなわちロー判決は、全国的な多数派における、人工妊娠中絶の権利を認めるべきという一般的な感覚に沿った判断だったとも見ることができるのである。

他方、連邦の政策決定者は、人工妊娠中絶問題が連邦における政治過程のアジェンダになることを避けてきたという側面も見逃すことはできない。すなわち、上記のような、人工妊娠中絶に関する世論の変遷がありつつも、当時の連邦の政策決定者は、人工妊娠中絶が連邦の政治過程において中心的な論題とならないように努めていたのである[103]。

---

[99] 見平・前掲注84）104頁。

[100] Corinna Barrett Lain, *Upside-down Judicial Review*, 101 GEO. L.J. 113, 135 (2012).

[101] *See,* David G. Barnum, *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period,* 47 J. POL. 652, 659 (1985). ロー判決を執筆したブラックマン（Harry Blackmun）は、1972年のワシントン・ポスト紙に掲載された、選択的中絶に対する支持率が非常に高いことを伝える記事を、ロー判決のファイルに収めていたという。Friedman, *supra* note 49, at 297.

[102] Lain, *supra* note 100, at 135-139.

[103] Graber, *supra* note 75, at 55.

20世紀半ばにおいて、共和党と民主党は、経済活動への積極的介入の是非、公共事業の振興や手厚い社会保障の可否等、主に経済的な面において論争を交わしてきた。しかしながら、1960年代の終わりまでに、そのような構図は急速に崩れていく。すなわち、これら主要政党は、引き続きニューディールの遺産を巡って分割されていたものの、投票者の関心は、法と秩序、人種、あるいは生活の様式へとむけられるようになった[104]。とりわけ民主党においては、ジェンダー・ロールに関する新しい理解に引き付けられたリベラル層と、そのような動きに反発する伝統主義者とが分裂することとなる[105]。すなわち、アメリカ社会において当時広範になされていた人工妊娠中絶を巡る論争を、連邦議会において中心的に取り上げることは、政党における政治的連合の維持そのものに対する脅威ともなり得るものであった。このように、連邦議会が党派を分断しかねない圧力に直面し、特定の政治問題において一方の立場を採用することのコストがあまりにも高い場合、最善の方策は連邦最高裁の権威性を利用することでもあった。

ロー判決後の政治部門も、人工妊娠中絶問題が連邦レベルにおいて中心的な争点とすることを避け続けていた。連邦議会は引き続き、人工妊娠中絶問題に関する判断を司法部に任せるという方針を崩すことはなかった。例えば、人工妊娠中絶に関する連邦最高裁の管轄権を縮小しようとするプロ・ライフ派の議員の画策を、議会の多数派は阻止し続けていたのである[106]。

また、ロー判決後、初の大統領選で当選したカーター（James E. Carter）は、大統領選挙戦中は自身の宗教的な保守性を売りにしており、人工妊娠中絶についても「個人的には」反対の立場を表明していた[107]。これに対して当時の民主党の指導者達は、人工妊娠中絶に関する連邦最高

---

[104] *Id.*

[105] *Id.*

[106] *Id.* at 56.

[107] 見平・前掲注84）107頁。カーター自身、熱心な「エバンジェルカル」であり、それを大統領選当時においても「売り」にしていたとされる。大石和彦「憲法裁判における原理と政治（二）――合衆国最高裁判決 Roe v. Wade がもたらしたもの――」法学61巻４号（1997年）56頁。

裁の立場にコミットしている状況であった。このような状況を踏まえ、彼は連邦最高裁に敬譲的な立場を採用することを表明する。すなわち、「私は、個人的には中絶に反対する」が「連邦最高裁によって解釈された憲法を擁護する宣誓を大統領として行っており、それゆえに、もし連邦最高裁が人工妊娠中絶問題やその他の繊細な問題につき、私と正反対の見解を採ったとしても、私は私の宣誓と大統領としての義務に従い、連邦最高裁の判決を実行しなければならない」[108]と宣言したのである。すなわち、カーターの人工妊娠中絶問題に対する態度もまた、司法の優越を援用することにより、問題を政治の場から除去し、最終的解決を司法の場に委ねるものであったと評価することができよう。つまり、政治部門においては、連邦最高裁の権限を強化し、その拘束的な権威を強調することによって、党派的に解決に乗り出すのが困難な政治的問題を、自らの責任から遠ざける動機が存在する局面があるということを指摘することができる[109]。人工妊娠中絶は、まさにこのような動機を政治部門に生じさせた憲法問題だったのである。

上記で取り上げた人種別学制度や人工妊娠中絶は、連邦の政治部門が、自らの政治的利益を守るために、司法の優越を利用した事例として位置付けることができる。つまり司法の優越は、連邦最高裁によって自律的に宣言され維持されるというよりも、政治部門の政治的動機によって構築される局面が存在する。そしてそのような局面は、政治部門における分断を招きかねないような憲法上の問題が顕在化した時に訪れるのである。すなわち、「憲法を解釈する司法部の権威は完全なものでもなく、安定的でもない。他の政治部門が司法の優越を認識する独自の動機を有するがゆえに、司法部は、解釈上の優越性を維持することが可能になる」[110]のである。

---

[108] Jimmy Carter, Public Papers of the Presidents of the United States: Jimmy Carter, 1980-81, 2354 (1982).

[109] *See,* Whittington, *supra* note 82.

[110] Whittington, *supra* note 5, at 27.

## 第３節：小括――司法の優越の限界――

第３章においては、まず、アメリカにおいて広く受容されたはずの司法の優越が、政治部門や公衆による反抗に遭遇した事例を検討した。そこでは、連邦最高裁の憲法判断に反するような政治部門の行為によって、実質的にその判断が覆されてしまった事例があり、また、論争的な憲法問題に関する連邦最高裁の判決が、政治部門や公衆の反発に遭遇し、わずかな期間で判例変更を余儀なくされた事例が存在することを示した。そして、ホイッティントンやグレーバーといった実証的検証を重視する立場に着目することにより、アメリカを二分するような憲法上の問題に政治的な決着をつけるために、司法の優越が連邦の政治指導者によって構築された歴史が存在することを析出した。すなわち、実証的側面から言えば、連邦最高裁が憲法解釈において最終的権威を握ることができるか否かは、連邦議会や大統領といった連邦における政治部門が、司法の優越を受容するか否かに大きく依存する局面が存在するといえよう。

これら事例の分析に関連して、ファロン（Richard H. Fallon）は、実証的な分析を踏まえれば、アメリカの憲法制度は純粋な司法の優越を採用するものではなく、「政治的に構築された境界」内において司法審査がなされている、という認識が適切であると指摘する[111]。すなわちファロンは、アメリカの憲法制度における連邦最高裁の役割の重要性、さらにはその憲法解釈における権威性を認識しつつも、他の部門や公衆との関係において、その権威性には限界が生じざるを得ないことを主張するものであろう。

これに加えて注目すべきは、アメリカにおける憲法解釈をめぐる多様なアクターの存在である。すなわち、歴史を振り返れば、合衆国の法及び憲法に関する適切な解釈に関する各部門間、そして時には公衆を交えた論争が繰り返されてきた点を指摘しうる。アメリカの法制度はしばし

[111] Richard H. Fallon, *Judicial Supremacy, Departmentalism, and the Rule of Law in a Populist Age,* 96 TEX. L. REV. 487, 491 (2018). 同様の指摘はフィシャーによってもなされている。LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS 244 (1988).

ば、連邦最高裁に対する「不健全な崇拝」に陥っているとも評される[112]。しかしながら、上記において列挙した事例は、むしろ、連邦最高裁の判決を受けて公衆及び政治部門がそれに反応するといった、憲法の意味を決する動態的なプロセスの有り様を示すものであるともいえよう。このことは、裁判所の判断のみにおいて人権保障や憲法上の価値の実現が完結するものではなく、司法部と政治部門、そして時には公衆との相互関係における、憲法的価値の実現過程を探究することの重要性を示唆するものである。この点については、ビックルによる以下の記述が参考になる。

> 連邦最高裁の判決は、普遍的な規範として提示されるかもしれない。しかし実際には、それらは広く同意を得たときのみ規範となるのである。それらは、訴訟当事者以外の誰も拘束することはない。同様の立場にある他のすべての人々が、同様に拘束されるという誓約を実現するために、連邦最高裁の判断は、まず政治的機関、そして最終的には人民の同意と協力を必要とするのである[113]。

まさに、アメリカの憲法史を振り返れば、剣も財布もない連邦最高裁の憲法解釈の優越性には、政治部門や公衆の対抗的措置によって一定程度の限界が生じてきたのである。むしろ、司法の優越とは、「重要な側面において、連邦最高裁が代表部門や人民自身とパートナーシップを組み、協働すること」[114]と評価しうるのである。

このように司法の優越の現実的側面を重視する立場は、憲法解釈における三権の対等性を唱えるディパートメンタリズムを主張する論者にも

---

[112] Paulsen, *supra* note 11, at 344; Sanford Levinson, *Tiers of Scrutiny-From Strict Through Rational Bases-and the Future of Interests: Commentary on Fiss and Linde,* 55 ALB. L. REV. 745, 746-47 (1992).

[113] ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS 90 (1978).

[114] Reva B. Siegel, *Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective,* 150 U. PA. L. REV. 297, 351 (2001).

見られる特徴である[115]。そして、このように司法の優越の限界を指摘する見解によって、しばしば言及される理論が、「対話（Dialogue）」である。すなわち、連邦最高裁の憲法解釈は、憲法の意味についての最終的な判断ではなく、連邦最高裁、議会、大統領、さらには公衆の間で憲法解釈をめぐる対話がなされるという主張である。このように、対話という語は、憲法解釈は連邦最高裁のみによって行われるのではなく、司法部と政治部門や人民との緻密な議論において形成されるものであることを示唆する[116]。

アメリカ憲法学において、この対話理論は、異なる立場の論者によって、これまで言及されてきた。例えば、司法審査を民主制における逸脱若しくは反多数者主義的な実践として捉える立場は、対話的な側面を強調することにより、司法審査と民主制の緊張関係を緩和することを志向する。つまり、もし裁判所が憲法の意味について、公衆や政治部門との対話に従事するならば、司法審査は反民主的であるという主張はその力を失うという結論が導かれる。例えば、著書において、「一方における社会的同意と多数支配の維持の必要性と、他方における憲法上の司法審査の実践との間の根本的な緊張」[117]を考察したビックルは、裁判所は「政治機関や社会全体との継続的な対話（continuing colloquy）」に従事しており、それは、憲法上の原理が「一方的に完成するのではなく会話的に進化する」過程であると記述する[118]。

このようにビックルが、「反多数者主義の難点」なる問題を克服し、司法審査と民主主義をいかにして調和させるかを論じ、政府が原理を実現するプロセスを対話と表現しているのに対して、フリードマン（Barry Friedman）のように、司法部が多数者の意思に反するような行動をとるという想定自体に疑念を抱く立場も存在する。すなわちフリードマン

---

[115] *See,* Paulsen, *supra* note 11, at 222; Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability,* 84 VA. L. REV. 83 (1998).

[116] Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review,* 91 MICH. L. REV. 577, 653 (1993).

[117] Edward A. Purcell Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution,* 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 521, 535 (1976).

[118] Bickel, *supra* note 4, at 244.

は、ビックルの想定する「反多数者主義の難点」なる前提は誤りであるとする立場から出発して、連邦最高裁の判決とそれに対する公衆や政治部門の反応を実証的に検証することにより、アメリカの憲法制度における対話的なプロセスを析出することを試みる。つまり、アメリカにおいては、現に対話がなされていることを実証的に検証したのが、フリードマンの研究であると位置づけることができる。このように、対話を論じる前提において、アメリカにおける議論は多種多様であることが指摘できよう。

また、ショアー（Miguel Schor）によれば、アメリカにおける対話理論は、連邦最高裁が民主主義的な傾向に従順であることを経験的に確立するために、二つのアプローチを採用しているとする。彼の整理によれば、一つは、連邦最高裁人事といった「事前」のメカニズムの役割に着目し、もう一つは、司法部の判断に対する政治的な反応といった「事後」的な要素を強調するものである[119]。前者の例としては、連邦最高裁人事により、連邦最高裁の見解はその当時の多数派を形成する政治的連合の政策からは、それほど逸脱することができないとするダールの研究が挙げられる[120]。また、後者の代表例としては、連邦最高裁はその判断において、他部門の選好を考慮に入れなければならない戦略的な部門であることを主張する研究や、憲法上の権利を巡る政治的・社会的な動向と司法部の判断の関係に着目する研究が挙げられる[121]。

このように、アメリカにおける対話理論は、憲法の意味について語る連邦最高裁の権威――すなわち司法の優越――と、政治部門や公衆との関係に着目するものであるが、その理論的な前提や、着眼点、切り口において多種多様であることを指摘することができる[122]。そこで次章にお

---

[119] Schor, *supra* note 1, at 88.

[120] *See,* Dahl, *supra* note 67.

[121] *See,* Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash,* 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007).

[122] 我が国においては、カナダの対話理論に影響を受けた「対話的違憲審査の理論」が、憲法判断に消極的であると評される日本の最高裁に対し、積極主義への転換を促す理論の一つとして、近時注目されている。〔佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）。〕しかし、我が国を含め、多くの国に理

いては、アメリカにおける対話理論の生成と発展について検討・分析することで、同理論の整理を試みる。続いて、対話理論に着目しつつ、司法の優越に生じる実際的限界を認識したうえで、司法部が他部門との憲法秩序形成に参与するための具体的アプローチの在り方について検討を加えることとする。

論的な影響を与えているとされるカナダの対話理論は、その理論的背景や具体的内容も含め、アメリカにおける対話理論とは大きく異なる点があることも見逃すことはできない。〔村山健太郎「違憲審査制の類型論と違憲審査の活性化」論究ジュリスト36号（2021年）117頁以下。〕カナダとアメリカの対話理論の類似点、相違点については、次章において検討を加えることとする。

論　　説

# 不動産売買契約における目的物の不適合と損害賠償内容に関する日台比較考察（2）

――「損害項目」の分析を中心に――

楊　　廸　耕

目　次

第１章　はじめに
　第１節　「損害項目」による分析の必要性
　第２節　台湾法の視点
第２章　台湾法
　第１節　台湾民法の沿革と現行法
　　第１款　中華民国民法典成立の経緯
　　第２款　第一民律草案と第二民律草案における売買目的物に瑕疵がある場合の規律
　　１　瑕疵担保責任について
　　（１）第一草案
　　（２）第二草案
　　（３）二つの民律草案の相違点
　　２　不完全給付責任について
　　第３款　1929年中華民国民法債編と1999年債編改正
　　１　瑕疵担保責任－特定物を中心に
　　（１）立法理由及び立法例
　　（２）現行条文の構造
　　２　不完全給付責任
　　（１）条文の構造と沿革
　　（２）不完全給付責任の効果
　　第４款　瑕疵担保責任と不完全給付責任
　　１　学説の紹介

（１）瑕疵担保責任
（２）不完全給付責任
２　裁判実務の見解－最高法院77年（1988年）度第７次民事庭会議決議
（１）不完全給付責任の確立
（２）瑕疵の発生時点による不完全給付の適用
第２節　不動産売買における瑕疵と「損害項目」についての裁判例分析
第１款　裁判例の概観
第２款　責任成立の要件－瑕疵の判断
１　土地
（１）法令による利用制限
（２）土壌汚染又は埋設物に関する瑕疵
資料　台湾法の関連条文　（以上、74巻３号）
２　建物
（１）物理上の瑕疵
（２）塩素含量が基準を超える瑕疵（海砂屋）
（３）使用制限の瑕疵
（４）居住環境の瑕疵
第３款　責任成立の要件－売主の主観的な要素
１　品質に対する保証
（１）明示的な保証
（２）当事者の合意を解釈して認められる品質保証
２　瑕疵の不告知に関する故意
３　瑕疵に対する帰責－不完全給付責任の成立
（１）売主の瑕疵なき目的物を引渡義務
（２）売主の注意義務
（３）売主の告知義務
（４）小括
第４款　損害賠償の内容－損害項目の分析
１　瑕疵損害－目的物自体の損害
（１）価値減損－代金減額請求権に基づく場合
（２）修補費用
（３）修補できない価値減損
２　瑕疵損害－目的物自体以外の損害
（１）設計変更による損失
（２）転売先の請求による損害、鑑定費用、訴訟費用

（３）修補期間中に不動産の利用不能状況の出来によって生じた損失（賃貸費用）
（４）転売利益、家賃収益、値上がり利益
３　瑕疵結果損害－完全性利益の賠償
第３節　小括
第１款　代金減額の内容－価値減損、修補費用
第２款　損害賠償の内容－瑕疵損害、瑕疵結果損害
第３款　台湾法の特徴　（以上、本合併号）
第３章　日本法
第４章　結び

## ２　建物

### （１）物理上の瑕疵

建物によくみられる事案は、物理的な損傷があるものである。物理的な損傷とは、傾斜（B1【1】－ B1【9】）、亀裂（B1【10】－ B1【13】）、水漏れ（B1【14】－ B1【30】）、構造の強度不足（B1【31】－ B1【34】）、シロアリ（B1【35】､B1【36】）､設備の不具合（B1【37】－ B1【42】）である。以下、建物に物理的な損傷があるときに、どのように瑕疵を判断するかについての裁判例を検討する。

ア　傾斜

まず、傾斜の事案について検討する。B1【1】は、購入した建物を引き渡された後に､当該建物に不同沈下が発生したことを発見した買主が、売主に補強してもらったものの当該建物にいまだ市場価値の低下があるとして、売主に対して、市場価値の減損分を損害賠償として請求した事案である。差戻審（一）（台湾高等法院92年（2003年）重上更（一）字24号判決）において、高等法院は、「社会通念によれば、住宅を購入する通常の目的は、居住の用に供することであり、居住の用に供する上で最も大切なものが構造の安全性である。本件において、Y1（売主）は本件建物を X1らと X2ら（以下、X らは X1らと X2らを指す）の前主に引き渡した際に、既に当初の設計強度に回復していた。X らは修補後も内柱の

偏心があると主張したが、安全性に対して影響を与えていない。しかも、内柱の偏心があるところは地下２階であり、X1らと X2らの部屋は２階以上にある。この点はＹらにとって重要ではない」とした。したがって、354条ただし書により、瑕疵があるとはいえないとした。しかし、上告審（最高法院95年（2006年）台上字625号判決）は、「本件建物は Y1によって修補されてから、本来の構造の設計強度に回復されたが、効用の瑕疵が追完されただけである。修補後にも、価値減少の瑕疵がまだあり、追完されえない場合に、買主は給付不能の規定に基づき損害賠償を請求することができる」と述べ、原判決の判断を否定した。前記差戻審（一）の高等法院は、住居に適さない場合、効用の瑕疵を修補するのであれば安全性も回復されるため、瑕疵がないと判断したが、最高法院は、効用の瑕疵だけではなく、価値の瑕疵も考慮すべきであるとした。

また、建物の傾斜により、構造の安全性に影響があったために瑕疵があると認定された事件がある。B1【2】における台湾高等法院99年（2010年）上易字469号判決は、一審（台北地方法院98年（2009年）訴字678号判決）の「嘱託の鑑定によれば、本件建物には不等沈下により1/115の傾斜が発生している。その傾斜は構造の安全性に影響を与え、正常な居住に支障が生じうる…この鑑定結果からみれば、傾斜により、本件建物の価値、通常の効用の減少が発生した」との判断を支持した。そして、B1【4】における台湾高等法院102年（2013年）上易字889号判決は、台湾省結構工程技師工会鑑定手冊（鑑定の手引き）に定められる基準に基づき、傾斜のレベルが1/200よりが高い場合には、取引観念によって価値、通常効用の減少の瑕疵があると認定できるとし、本件建物の傾斜レベルにおいて、場所によっては1/37であるため、瑕疵があると認定した。

さらに、建物の交換価値に着目して、傾斜によって交換価値が減少する場合に、価値の瑕疵を認めた事案がある。B1【5】の台湾高等法院98年（2009年）重上字28号判決は、建物に傾斜があると断定されたため、以下の理由により、瑕疵を認定した。「当該建物の主な機能は、居住の用に供するだけでなく、資産として重要な交換価値を持つところにある。しかし、そこに傾斜が発生した。これにより、建物の交換価値は減少する。したがって、X（買主）が当該建物の傾斜により、建物に価値減少の瑕疵があると主張することは正当である」。その他にも、傾斜の発生

について構造の安全性に影響しなくとも交換価値が減少することに着目して瑕疵があると判断した判決に、B1【6】における士林地方法院90年（2001年）訴字201号判決、B1【7】における台北地方法院96年（2007年）訴字6236号判決、B1【8】における台北地方法院99年（2010年）訴字1611号判決がある。

イ　亀裂と水漏れ

壁の亀裂のように建物の構造に問題がある場合には、水漏れ等の瑕疵も伴うことが多い。B1【12】における台湾高等法院98年（2009年）上易字888号判決では、売主の施工不良によって天井の一部が隆起状となり、壁の亀裂によって雨水のシミが発生するため、通常の効用に影響するとされ、物の瑕疵があると判断された。B1【13】における高雄地方法院101年（2012年）訴字785号判決では、「建物の床、壁に多数の亀裂、鉄筋の露出及び腐食、タイルの隆起、亀裂などの減少がある場合に、直ちに構造の安全性を損なうことがなくても、取引の価値及び効用が減少するため、物の瑕疵がある」とされた。これらの現象が発生する場合には、一般的に、瑕疵があると認定される。

また、水漏れは壁の亀裂によって発生する現象であり、瑕疵そのものではないとする裁判例がある。それによると、水漏れの状況は修補により改善されたとしても、本来の傷のない壁には戻らないため、価値減損の瑕疵が依然として残されているとされる。すなわち、B1【15】の高等法院（台湾高等法院86年（1997年）上字269号判決）は、「水漏れは壁の亀裂によって生じた現象であり、瑕疵そのものではない。つまり、瑕疵は壁の亀裂である。Yが修補した後では、水漏れの現象はなくなった［が］…XはYから新築を購入した（建物の竣工から約２年経っても、市場においては新築である）が、壁の亀裂が発生し、その価値が減損するといわざるをえない」とした。この事案において、最高法院（最高法院88年（1999年）台上字642号判決）は、この原審の瑕疵判断について言及しなかったが、代金減額について意見を述べ、この原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。しかし、差戻審（台湾高等法院88年（1999年）上更（一）字183号）は、以下の理由により、原判決を棄却した。本件の水漏れの発生原因は、結局のところ不明であり、台風が来たときにしか発生しな

い。Ｙは修補すると申し出たが、Ｘはそれを拒否した。したがって、本件の瑕疵は重大ではなく、通常の効用が減少するとは認定しがたい。水漏れの現象は、Ｘが建物に対して価値の減損があるか否かを証明しなかったため、瑕疵とすることができない。

水漏れの事案は、建物の取引、特に住宅の取引において、頻繁に発生するものであり、裁判例も数多く蓄積されている。裁判所は、水漏れの発生によって居住の目的が損なわれ、通常の効用が減少し、建物の価値も減少（建物の修繕、維持費用の増加）するとして、ほとんどの場合、物の瑕疵を肯定している（B1【18】における士林地方法院97年（2008年）訴字477号、B1【19】における台北地方法院97年（2008年）訴字4741号判決、B1【20】における台北地方法院91年（2002年）北訴字30号判決、B1【21】における新竹地方法院102年（2013年）訴字318号判決、B1【22】における士林地方法院99年（2010年）訴字919号判決、B1【23】における士林地方法院99年（2010年）訴字215号判決、B1【25】における台北地方法院100年（2011年）訴字2651号判決）。

ウ　構造強度不足

構造強度の不足により、建物の安全性が損なわれる事案がある。安全性の低減によって取引上の価値が減少するため、瑕疵が認定される傾向にある。B1【31】において、購入した建物の引渡しを受けた買主は、建物の梁及び耐震壁に穴が開き、毀損がある状況を発見した。鑑定により、当該建物の構造安全性が不足であり、建物自体が倒壊するおそれがあることが判明した。台北地方法院99年（2010年）訴字140号判決は、「本件建物の構造安全性の不足により、居住の安全性は影響を受けた。社会上の取引観念により、Ｘ（買主）が事前に瑕疵を知っていたならば、構造安全性に問題がない物の価格で（筆者：構造安全性の不足がある物を）購入しない…したがって、構造安全性の不足が本件建物の使用、取引の価値を減少させる」として、瑕疵があると判断した。

エ　住宅の設備及びシロアリによる侵食

購入した住宅の設備に不具合が発生する場合、瑕疵として認められるか否かが問題となる。まず、水道に錆による汚染があり、瑕疵があると

したB1【38】の高雄地方法院98年（2009年）重訴字353号判決は、「X（買主）はY（売主）から本件建物を購入した。目的物には、建物の構造だけでなく、建物において使用する水道、電力の設備などの付属設備も含まれる。また、本件建物は集合住宅であるため、Yが引き渡した建物は通常の効用及び品質を備え、水道の設備も備えなければならない。つまり、水質が汚染されないことが担保されていなければならない。本件建物の熱水道には鉄製継手が使われており、錆による水の汚染が発生したため、水道として通常の品質を備えていない。したがって、瑕疵がある」と判断した。

その他、シロアリや虫によって建物の内装が侵食され、内装を含む建物の取引価値が影響されたとして、瑕疵を認めたB1【35】における桃園地方法院99年（2010年）訴字1848号判決、B1【36】における新北地方法院97年（2008年）訴字742号判決がある。

オ　小括

居住の用に供する建物に関しては、物理上の瑕疵による効用の減損が頻繁に起こる。特に、傾斜及び構造強度の不足は、居住の安全性に影響を与える。裁判例によると、物理上の損傷により、建物の居住の安全が脅かされ、住宅としての使用が妨げられる場合に、通常の効用が減少し、瑕疵があるとされる。一方、建物の取引価値に着目し、物理上の欠陥によって通常効用が減少しなかったとしても、建物の取引価値が減少すれば、瑕疵があると認定される場合もある。

### （2）塩素含量が基準を超える瑕疵（海砂屋）

海の砂を混ぜたコンクリートが使われたために、塩素の含量が基準値を超えている建物（いわゆる海砂屋）を購入したことにより買主が損害を被る事案が、国家標準[1]ができた90年代から頻発している。国家標準

[1] 標準法２条、３条５号によると、国家標準とは経済部標準検験局が標準法に規定される手続きにより、制定あるいは転訂（国家標準化）され、公開に使用される標準である。日本のJIS（Japanese Industrial Standard）に相当する。レディーミックストコンクリート（預拌混凝土）に関する標準（CNS3090）は、

は強制的なものではなく自主的な基準である。しかし、塩素含量の多寡によって建物の鉄筋構造の強度が左右されるため、瑕疵判断の際にも考慮される基準である。下級審を含めて、本稿で取り扱うのは、B2【1】－ B2【41】の41件（代金減額と損害賠償に関わる事案に限定）である。

ア　国家標準の適用問題

問題とされる建物のほとんどは、国家標準が設けられる前に竣工したものである。それらの建物が国家標準の公表後に取引される場合、買主は、塩素含量が国家標準を超えていることによる瑕疵を主張できるかが問題となる。

この問題をめぐって争われる事案は、いくつかある。B2【19】における台湾高等法院99年（2010年）上字1187号判決において、裁判所は次のように判断した。「塩素による鉄筋構造の侵食とは、鉄筋が塩素の侵食により錆びたり、膨張したりすることを指す。コンクリートの環境が遊離塩素含量の増加を促進する場合に、コンクリートにある鉄筋の腐食が発生し、構造の安全が損なわれる。したがって、建物の塩素含量が国家標準の基準を超えたならば、建築のとき又はかつて鑑定により即時の危険がないと判定されたとしても、慢性の腐食作用が発生し、建物の居住の安全性が脅かされる。それ故、『建築時』には塩素含量に関する国家標準が設けられていなかったが、このような高塩素含量の建物に対する腐食作用は時間が経過してもなくならず、その後、鑑定により、塩素含有量が基準を超えると判定された場合、『建築時』に国家標準が設けられていないという理由で、当該目的物の高塩素含量が瑕疵ではないと主張することはできない」とした。そして、「本件建物が1987年に建てられた時、中央標準局は新築に使うコンクリートの塩素含量についての標準を設けていなかったが、2010年の鑑定により、塩素含量が標準を超えると判定された」ため、物の瑕疵（通常効用の瑕疵）があると判断された。また、B2【2】の台湾高等法院101年（2012）上易字848号判決は、建物が

1994年７月22日にでき、1998年６月25日に一度改正されたものである。生コンクリート（新拌混凝土）の塩素含量に関する標準（CNS13456）は1995年１月４日にできたものである。

同じく1987年に完成した時には国家標準はなかったが、それができた1994年以降の取引においては、これを適用するとした。

このように、国家標準ができた後に購入された建物については、それを超える塩素含量があり、瑕疵があると判断されるようになったため、類似の事案が増えるようになった。

イ　瑕疵の判断

瑕疵の判断について、裁判所は次のような基準を提示している。例えば、B2【7】の台湾高等法院86年（1997年）重上字492号判決は、「本件の建物が建築技術規則で要求される強度を満たしておらず、塩素が基準を超える場合にはコンクリートに影響を与え、耐震強度を低減させるなどの鑑定結果からみれば、本件建物の価値が減少し、通常の効用若しくは契約に予定された効用が減少する瑕疵があると判断できる」とした。この事案は、購入した建物（合建契約[2]により1988年に購入）に、壁の亀裂、コンクリートの剥落、建物鉄筋の腐食現象を発見した際（1994年）、建物の建築の時点で、海砂を使ったことによってコンクリートの塩素含量が基準値を超えており、耐震の強度が不足していたことが鑑定によって明らかにされたものである（鑑定により、178.5kg/cm$^2$以下であると判断。建築規則は210kg/cm$^2$を要求する。）。

また、B2【8】の台北地方法院96年（2007年）訴字5460号判決は、次のように判断している。「建物の売買において、建物が丈夫であり、安全性かつ耐用性がある構造を備えることが売買の両当事者にとって重要である場合、目的物である建物が安全で居住可能な構造を備えなければ、建物の効用が損なわれており（効用の瑕疵）、瑕疵があると判断すべきである。したがって、コンクリートの塩素含量が高く、建物の構造の安全性に影響を与える場合に、一般的な建物があるべき通常の効用が減少したこととなり、その建物には瑕疵があると認めるべきである」。この事案は、買主の賃貸建物に賃借人が改装工事を施した時に、天井に数箇

[2] 合建契約とは、土地の所有者が土地を提供し、建築業者が出資して、建物を建てる契約である。契約の性質は、契約の内容によって決まる。黄立主編『民法債編各論（上）』（元照出版、2004）589頁-590頁を参照。

所の鉄筋の露出、コンクリートの剥落が発見され、塩素含量を測量した結果、それが、契約に約定された基準値の十数倍も超えて検出されたものである。

そして、B2【9】新北地方法院90年（2001年）訴字896号は、「本件建物にはいわゆる『海砂屋』の重大な瑕疵があり、建物の構造に耐圧強度の不足、耐震強度不足の疑い、塩素含量の超過があるため、その安全性が失われ、建物の価値と効用もかなり減少する。したがって、上記の重大な瑕疵によって、本件建物が居住の目的を達成するのは困難である」ため、瑕疵があると判断した。

他の裁判例も、塩素含量が基準を超える建物に対して、建物の居住の安全性が損なわれる場合に、通常効用及び価値減少の瑕疵があると認定している（B2【2】における桃園地方法院99年（2010年）訴字1587号判決、B2【3】にける台湾高等法院98年（2009年）上易927号判決、B2【4】における台北地方法院88年（1999年）訴字3476号判決、B2【5】における新北地方法院94年（2005年）訴字817号判決、B2【6】における台北地方法院101年（2012年）訴字2389号判決、B2【7】における台湾高等法院86年（1997年）重上字492号判決、B2【8】における台北地方法院96年（2007年）訴字5460号判決、B2【9】における新北地方法院90年（2001年）訴字896号）、B2【10】における板橋地方法院97年（2008年）重訴字306号判決、B2【14】における台北地方法院100年（2011年）訴字5128号判決、B2【15】における台湾高等法院93年（2004年）重上字264号判決、B2【17】における台湾高等法院90年（2001年）上字596号判決、B2【18】における台湾高等法院99年（2010年）上字845号判決、B2【19】における台湾高等法院99年（2010年）上字1187号判決、B2【20】における台湾高等法院99年（2010年）重上字477号判、B2【22】における台北地方法院88年（1999年）訴字1818号判決、B2【23】における台北地方法院100年（2011年）訴字915号判決、B2【25】における台北地方法院98年（2009年）訴字619号判決、B2【26】における台北地方法院100年（2011年）訴字2731号判決、B2【27】における台北地方法院99年（2010年）訴字369号判決、B2【29】における士林地方法院98年（2009年）訴字1354号判決における、B2【30】における士林地方法院100年（2011年）重訴字53号判決、B2【31】における士林地方法院103年（2014年）訴字262号判決、B2【33】における士林地方法院96年（2007年）

訴字60号判決、B2【34】における新北地方法院101年（2012年）訴字532号判決、B2【35】における新北地方法院101年（2012年）訴字423号判決、B2【36】における新北地方法院101年（2012年）訴字1879号判決、B2【37】における新北地方法院99年（2010年）訴字954号判決、B2【38】における新北地方法院99年（2010年）重簡字365号判決、B2【39】における新竹地方法院102年（2013年）訴字176号判決、B2【40】における福建金門地方法院98年（2009年）訴字13号判決）。

ウ　瑕疵を否定する事案

一方、瑕疵を否定する判決もある。上記のように、裁判所が瑕疵を判断する場合、建物の塩素含量超過によって価値が減少しているか否かを一つの判断基準としていた。B2【5】の台湾高等法院96年（2007年）上易字330号判決においては、目的物である建築された当時（1980年）、塩素含量に関する規制がなく、契約において現状有姿による引渡しであるさとれた。現状による引渡しで合意している以上は、瑕疵がないと判断された。高等法院は、さらに、「契約の締結時に、土地と建物の公示価格が約200万元であり、所有権移転登記後も、X（買主）が本件不動産に対して270万元の根抵当権を設定したため、Xは220万元で本件建物と本件土地を購入したが、塩素含量が標準を超えたことにより、目的物の価値又は契約に予定された効用が減少していない」ため、瑕疵を否定した。

エ　小括

建物の塩素含量が国家標準を超える場合、塩素による鉄筋の侵食によって建物の構造安全性は影響を受ける。裁判所は、国家標準が公布された後に取引される建物については、公布前に建築されたとしても瑕疵を認定しうるとする。そして、塩素含量が国家標準を超える建物に対して、建物の構造が損なわれ、居住の安全性も低下し、それにより、常に建物の価値又は効用が減損するため、価値の瑕疵又は効用の瑕疵があると認定している。

### （3）使用制限の瑕疵

台湾では、土地に限りがあり、建物の空間を最大限に活用する必要が

ある。しかし、せっかく建物を購入したとしても、規制によって利用の制限がかかっている場合もある。例えば、建物の一部が違法建築とされたり、ロフト（夾層[3]）を設置できると思って購入したのに違法とされたりする場合がある。このような場合に、買主は売主に対して、規制による利用制限を瑕疵と主張できるか否かが問題となる。

ア　通常効用の瑕疵

まず、建物の一部が違法建築とされる事案である。B3【6】の台湾高等法院91年（2002年）上易字535号判決は、「通常建物の取引観念によれば、建築物が通常の効用を備えるとは、合法的な使用許可と登記を取得することができ、建築法規に従い、安全な居住環境を得られるということである。もし、建築物が前記の機能を欠き、毀損するおそれがある場合、当該建築物においては通常の効用が滅失又は減少するため、物の瑕疵があると判断すべきである」とした。そして、目的物である建物の一部が防火区画を占め、建物の壁も隣の土地を占める違法建築であるため、利用空間は狭められ、建物の使用は制限されていたため、瑕疵があると判断した。

そして、購入した建物の一部が公有地を占拠しているため、瑕疵があると認定された事案がある。B3【9】においては、目的物である土地と建物との引渡後に、買主が隣地所有者（市役所）との間で土地の境界線をめぐる争いが生じ、境界線確認訴訟の結果、土地の一部が隣地所有者の所有地にあることが判明した。高等法院（台湾高等法院98年（2009年）上易字1032号判決）は、次のように述べて、一審（桃園地方法院97年（2008年）訴字1480号判決）の瑕疵判断を支持した。すなわち、「本件建物は敷地と分離することができない。建物が使用権限のない敷地に建てられることにより、取り壊されるおそれがある。そして、一般の使用権限がある土地の建物よりも価値が低い。通常の取引観念により、物の瑕疵として認められるべきである」とした。

[3]「夾層」とは、集合住宅の一戸において、天井と床との間でもう一つの空間（階）を設ける内装のことを指す。日本のロフト、メゾネットに相当する。

イ　契約に予定された効用の瑕疵

B3【1】、B3【2】、B3【3】において、物件の広告にロフトを設置することができるという文言があり、モデルルームにもロフトが設置されていたため、買主は、ロフトを設置できるとの認識で契約を締結した。その後、買主が実際にロフトを設置しようとした際に違法であるとされた。これらの事案に対して、裁判所の判断（B3【1】における台湾高等法院90年（2001年）重上字68号判決、B3【2】にける台北地方法院88年（1999年）重訴字319号判決、B3【3】における台湾高等法院91年（2002年）上字605号判決）をまとめると、次のようになる。広告などにより、買主が信じ込み、契約の交渉にも入ったため、広告の文言は契約の一部となる。売主はロフトを設置することができる建物を買主に引き渡さなかったため、当該建物には契約に予定された効用がないという瑕疵がある。

また、違法な増築の事案B3【4】、B3【5】で、裁判所（新北地方法院101年（2012年）訴字309号判決、台湾高等法院98年（2009年）上易字380号判決）は、増築物に対して、「摘発されたことがない」、「取壊しの通知を受けたことがない」という文言が契約書に書かれていたため、売主がそれらの品質を保証していると判断した。そして、増築物はいつか取り壊される可能性があると判明したため、瑕疵があると判断した。

ウ　小括

使用制限の事案において、建物が他人の所有地を占めたり、違法建築とされたりすることによって、一般的な使用が損なわれる場合に通常効用の瑕疵が認定されている。しかし、一般的な使用を超える目的が求められる場合、例えば、ロフトを設置することができる建物、増築物を使用することができる建物の取引では、瑕疵の判断は、それらの使用目的について当事者間で約定したか否かに依拠して判断されている。

### （4）居住環境の瑕疵

上記（1）、（2）は、建物自体の構造に関わる瑕疵であった。一方、建物の居住環境に関して瑕疵が発生することもある。例えば、購入したマンションに付属する共用施設が備えられていない場合（B4【1】－ B4【5】）、購入したマンションで自殺などの事故が発生した場合（B4【6】－

B4【31】）や、嫌悪施設が近所に設置される場合（B4【32】－ B4【37】）、快適な居住環境を得られないことがある。

ア　共用施設の利用不能

まず、購入した不動産の共用施設に不備が発生する場合、それが瑕疵となるか否かを争う事案がある。B4【3】は、プール、スパ（SPA）などの共用施設が付属しており、最高の生活環境を提供する等の広告によって宣伝されたが、プールの使用許可を取得していなかったために、プールが使用できなかった事案である。この事案における契約書13条７項は、「プール等は、使用許可を取った後の施工項目であり、買主はこれに同意し、使用許可を取った時点での図と異なることや行政機関の取締りがあることを理由に、代金減額や賠償請求などを申し出ない」としていた。一審（台北地方法院100年（2011年）訴字2766号＝台北地方法院100年消字14号＝台北地方法院100年訴字2719号判決）と二審（台湾高等法院101年（2012年）重上字531号判決）はＸら（買主）の請求を否定したが、最高法院（最高法院103年（2014年）台上字196号判決）は、「使用許可がないためにプールを利用できないことからみれば、建物がそれにより、価値又は効用が減少し、瑕疵となるか又は不完全給付となるかについて、さらに審理する必要がある」として、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。しかし、差戻審（台湾高等法院103年（2014年）上更（一）字23号判決）は、「本件契約書によって、プールに関しては、使用許可取得後の施工項目であり、Ｙ（売主）が行政機関に取り締まられることもＸらに明確に告げたため、契約に予定された効用を満たした物をＸらに引き渡したといえる」として、瑕疵を否定した。

また、温泉付きのマンションを購入したが、温泉を使用できず、住宅にも水漏れが発生した事案がある。B4【1】における広告では、「豊かな生活環境」、「別荘の生活品質」及び「優良な温泉住宅」という特徴が宣伝され、温泉開発の許可の番号も掲載されていた。一審（士林地方法院99年（2010年）訴字96号判決）は、まず、「本件不動産売買契約の内容は、Ｙ（売主）が提供した建物に温泉施設があることを含む」と判断した。しかし、「引渡しから２年を超え、Ｙは『温泉経営の許可』、『汚染水の排出許可』を得ていない。その手続きの時間は長く、今後のことも予測で

きない。したがって、Y が X（買主）に引き渡した建物に温泉施設がなく、契約に予定された効用がないという瑕疵があり、Y は X に対して瑕疵担保責任を負うべきである。Y は X に対して契約に予定された効用を有する建物を提供しなかったため、その時から、瑕疵担保責任を負う」とした（二審の台湾高等法院101年（2012年）上字11号判決も同じ）。

また、集合住宅の共用部にガーデン広場があると約定されたが、「売主が引き渡した建物の広場が設計図と違うため、違法な増築とされ、取り壊される可能性がある。したがって、物の価値が減少する瑕疵がある」と判断された判決がある（B4【4】の台南地方法院88年（1999年）重訴字258号判決）。

このように、公共施設を付属させる B4【1】、B4【3】、B4【4】の事案では、建物の安全性や構造などにかかわらず、その施設が契約に予定されているか否かによって瑕疵が判断されている。

イ　自殺など（凶宅）

住居の近くに嫌悪施設[4]が設置されたり、建物内で自殺などの事故が発生したりする場合、購入者は心理的な影響を受け、それにより購入意欲が低下することがある。近年、このような事件が多く争われており、裁判例も蓄積されている。以下では、このような心理的な影響を与える事故又は施設がどのように瑕疵と認定されるかについて分析する。

（ア）肯定例

Ⅰ　通常効用の瑕疵又は価値の瑕疵

居住者が自殺したなどのいわゆる事故物件は、台湾では「凶宅」とよばる。凶宅は法律上の用語ではないが、裁判所は、「『凶宅（自殺事故などが発生した住宅）』とは、『殺人事件又は自殺致死事故が発生した』建物である。『凶宅』の形成要因は必ずしも建物に直接に物理的な損傷を

[4] 嫌悪施設には、不動産実務上、生命、身体を脅かす施設（例えば、空港、ガソリンスタンド、変電設備など）と居住の生活環境を乱す施設（例えば、ゴミ場、墓地、焼却炉など）とがあると言われている。（http://home.url.com.tw/index.php?func=housedetail&info_no=468を参照）

与え、又は通常の効用を減少させることはない。…しかし、一般的に、『凶宅』である建物は嫌悪感を持たれることが多く、入居している者は、居住の品質だけでなく、心理的な側面によっても影響を受ける。したがって、不動産取引市場及び実務において、このような事件の発生により、購入の意欲及び価格が左右され、市場の価格も下落することは起こりうる。それ故、不動産取引市場において、『自殺致死』が発生したことは、取引上重要な情報であり、取引の価値にも影響するため、重大な瑕疵として認めるべきである。それは、売主が負うべき瑕疵担保責任の範囲である。売主が知っているかどうかを問わず、瑕疵担保責任を免除できない」として、瑕疵を認定した（B4【10】の台湾高等法院台中分院102年（2013年）上字233号判決）。

そして、「凶宅」が通常効用の瑕疵又は価値の瑕疵となるかどうかの判断について、B4【22】における新北地方法院100年（2011年）訴字378号判決は、具体的に４つの要素を提示している。①時間の要素（事故発生からの時間の経過）、②場所の要素（平穏な生活を妨げるか否か）、③目的物の現状、④近隣の地理的な環境と住民の要素（例えば、都会の建物と郊外の建物との違い）である。この判決においては、自殺事故の発生が契約締結時の３年前であったため、買主にとって心理的な恐怖感はまだ残っており、平穏な生活を送ることができないため、建物に通常効用の瑕疵と価値の瑕疵があると認められた。裁判所は、それらの要素を総合的に考慮して判断を行う場合が多い。凶宅であるため、通常効用の瑕疵又は価値の瑕疵にあたると判断した事案は、他にも、例えばB4【14】における台湾高等法院台南分院98年（2009年）上字145号判決、B4【16】における台湾高等法院台南分院102年（2013年）上易字145号判決、B4【18】における桃園地方法院103年（2014年）訴字1026号判決、B4【19】における台北地方法院99年（2010年）訴字2175号判決、B4【20】における台北地方法院96年（2007年）訴字8434号判決、B4【21】における新北地方法院99年（2010年）訴字318号判決、B4【22】における新北地方法院100年（2011年）訴字378号判決、B4【25】における新北地方法院96年（2007年）訴字1393号判決、B4【28】における嘉義地方法院100年（2011年）訴字513号判決、B4【29】における高雄地方法院100年（2011年）訴字68号判決がある。

Ⅱ　契約に予定された効用の瑕疵

宅建業者は、不動産売買契約が成立する前に、不動産説明書を作成し、買主に対して説明しなければならない。宅建業者は、説明前に売主に不動産説明書への署名をさせ、説明後に買主に署名をさせ、契約成立後にこれを買主に引き渡さなければならない。この不動産説明書は、契約の一部とみなされる（不動産経紀業管理条例23条、24条）。不動産説明書の中には、不動産の状況について書かれた不動産現況説明書（以下、現況説明書）がある。現況説明書に記載された内容は、瑕疵を判断する際の一つの手がかりとなる。裁判所は、当事者間で約定された品質の判断において、それを斟酌する。

現状説明書の内容によって、自然死亡でないことが目的物の重要な品質であると判断された事案がある。火災による死亡事件が発生した事案であるB4【17】において、現状説明書には火災が発生したことがあるという項目が設けられていたが、そこには「否」と付けられていた。また、同書類に自殺、他殺など自然死亡でない事件の発生はないと書かれていた。地方法院（台北地方法院102年（2013年）訴字3176号判決）はこれを斟酌し、自然死亡でないことは当該建物の重要な品質に関わるため、火災による死亡事故の発生を瑕疵であると認定した。

また、自殺事故の発生からだいぶ時間が経った事件として、B4【9】がある。当該事案の台湾高等法院101年（2012年）上易字930号判決は、26年前の自殺事故であったとしても、「現況説明書」（契約内容の一部と解釈）に自殺などの事故がないと記載されていたため、その品質を備えない建物には瑕疵があると判断した。また、B4【24】における新北地方法院102年（2013年）訴字587号判決も、10年前に発生した自殺事故によって建物の価値が減損しており、「現況説明書」において自殺が発生していないとされていることは建物の重要な品質となるため、瑕疵の存在を認定した。同様の判断を行う事案において、B4【26】における桃園地方法院101年（2012年）訴字150号判決、B4【31】における新竹地方法院102年（2013年）訴字550号判決がある。

（イ）否定例

一方、「凶宅」であるか否かの判断は、個人の主観に大きく依存する

という理由から、瑕疵にあたらないと判断される事案がある。B4【11】では、X（買主）は、2007年５月25日、Y（売主）から、360万元で台中市にある建物（以下、本件建物）と土地とを購入した。しかし、1995年10月11日に、薬品中毒による死亡事件があったことが判明した。X は、2007年12月11日、本件建物と土地とを第三者に280万元で売却した。そこで、X は Y に対して、瑕疵担保責任に基づき、80万元の代金減額を請求した。

一審（台中地方法院97年（2008年）訴字321号判決）は、「殺人事件又は自殺事件が発生したことのある建物に対して、一般人は心理的な価値減損を感じ、住居環境の品質に対しての不安も生じさせる。さらに、嫌悪感を生じさせるため、購入者の意欲に影響し、これらの建物の市場価値は周辺の建物より低くなる。しかし、建物が、自殺により『凶宅』となるかどうかは､個人の主観的な感覚又は心理的な価値感覚による。また、宗教の信仰によっても異なる。そして、時間の経過、記憶の消去又は宗教上の儀式により、そのような心理的な不安を払拭することができる。したがって、一般の取引観念上、建物の価値、効用、品質の下落を必ずしも導くわけではない」と述べ、「本件建物で自殺が発生したのは契約締結時より11年前のことであり、本件建物はその期間中に何回も売却されたため、その価値、効用又は居住品質が減損するとはいえない。X は第三者に契約金額より低い280万元で売却したが、不動産の市場価格に影響する要素は様々であり、単に転売の差額が本件建物の瑕疵により発生するとはいえない」と示し、瑕疵を否定した。

二審（台湾高等法院台中分院98年（2009年）上易字８号判決）は、さらに、「自殺の態様は様々であり、『凶宅』であるかどうかを判断する際には、当地の風習、購入者の主観的な観念及び価値観、自殺が発生した後の居住状況などを斟酌して、個別の事案ごとに判断されるべきである」と述べ、「本件は、自殺者が自殺した後に速やかに病院に搬送されたものであり、建物内にて死亡し何日も経った場合とは異なる」と補足し、一審の判断を踏まえ、X の請求を否定した。このように、裁判所は、死亡事件の発生が瑕疵となるか否かについて、いくつかの要素を考慮する場合もある。

死亡事件の態様が瑕疵判断に影響を与える判決は、例えば、B4【27】

における台中地方法院104年（2015年）訴字1033号判決にみられる。自殺による死亡ではなく、病気による自然死亡であるため、凶宅として認められず、買主による瑕疵の主張は否定された。B4【30】における新竹地方法院98年（2009年）訴字154号判決は、建設中に作業員が事故によって死亡した事件であるが、それは自殺又は殺人事件でないため、建物の効用、価値又は品質は損なわれておらず、瑕疵として認められないと判断した。同じく工事事故による死亡事件であるB4【15】の台湾高等法院台南分院100年（2011年）上易字44号判決は、本件の工事事故による死亡事件は非自然的な人身事故による死亡でないため、建物の価値、効用、品質に対する減損の瑕疵がないとした。B4【23】における新北地方法院103年（2014年）訴字804号判決は、部屋からの転落により死亡した事案であり、自殺又は殺人事件の発生ではないため、瑕疵の存在を否定した。

また、事故発生時から経過した時間により、瑕疵の存在を判断する事案[5]がある。例えば、B4【8】では、建物と土地との売買契約が締結されたのは2012年２月24日であり、買主は、契約締結後、建物で1990年に自殺事故が発生していたことを知った。一審（台北地方法院101年（2012年）訴字3888号判決）は、自殺者が部屋内で死亡したため、瑕疵を肯定した。そして、売主の保証責任も認めた。しかし、二審（台湾高等法院103年（2014年）上字85号判決）は、自殺が発生した時点が契約締結時より12年前ほどであり、それも瑕疵判断の一つの要素であるとした。そして、契約書中に自殺が売主の所有期間中に発生していなければならないという文言が入っており、本件の自殺はその期間中に発生したものではないため、「凶宅」として瑕疵があるとの主張を認容することができなかった。買主は上告したが、最高法院の最高法院104年（2015年）台上1105号裁定により却下された。

B4【13】において、買主は2009年11月９日に売主から建物を購入したが、後になって、その建物で15年ほど前に自殺事故が発生していたこと

[5] しかし、肯定例において、B4【26】における桃園地方法院101年（2012年）訴字150号判決、B4【28】嘉義地方法院100年（2011年）訴字513号判決は、宗教信仰の要素又は事故発生時から経つ時間は、価値減損の程度の問題であり、瑕疵判断に影響しないとした。

が判明した。一審（台中地方法院99年（2010年）訴字192号判決）と二審（台湾高等法院台中分院100年（2011年）上易字77号判決）とも瑕疵を否定した。前記のB4【11】と同様、様々な要素を斟酌すべきであるとし、①自殺の時点が契約締結時よりはるか前である15年前のことであること、②買主が代金を払い続けたこと、③鑑定の結果、契約締結時の本件建物の価格は市場の建物の価格と異ならないことから、本件建物に価値、効用又は品質が低下する瑕疵はないとした。

（ウ）小括

このように、死亡事件が発生した不動産売買の事案においては、裁判所の判断とその理由づけが分かれている。瑕疵肯定例は、事件発生により、一般的に買主に嫌悪感が生じ、建物の価値も減損するとして、通常効用の瑕疵又は価値の瑕疵を認めている。一方、瑕疵否定例は、①凶宅の判断は個人の主観的な価値観又は信仰によるものであり、直ちに瑕疵として認めることができないこと、②事件発生時点から経過した時間、③死亡の態様などを考慮して、瑕疵を否定する判断をしている。

ウ　嫌悪施設

（ア）通常効用の瑕疵又は価値の瑕疵

心理的な要素による瑕疵は、不動産の周辺に嫌悪施設がある場合にも発生する。まず、購入した建物の近くに墓地があった場合に、それが瑕疵として認められるか否かについて争われた事案がある。B4【32】の一審（台北地方法院102年（2013年）訴字5133号判決）は、売主は契約上建物の構造、防水設備などに関してのみ保証すると判断した。その理由は以下のとおりである。鑑定結果では墓地が建物の価値を減損させることが明らかだが、墓地による取引価値の減損が不動産の備えるべき価値、効用又は品質とどのように関わるのかについては自明ではない。また、墓地が不動産取引の嫌悪施設とされたことは、買主の心理的な側面に影響を与え、不動産の価格に対する評価を下げるだけであって、不動産に瑕疵があるか否かとは無関係である。

一方、二審（台湾高等法院103年（2014年）上字1456号判決）は、X（買主）が提示した民間団体の「嫌悪施設の不動産市場への影響」という報

告書を採用し、不動産の近くに墓地がある場合には、墓地が嫌悪施設となると判断した。その理由は以下のとおりである。鑑定によれば、墓地の存在は不動産市場価値の下落にも繋がるため、不動産自体の瑕疵でなくても、市場において消費者の心理的な価値判断だけでなく、不動産の価値も減損する。X が墓地の存在に対して気にしていないとしても、本件不動産の隣にある墓地による価値減損の認定には影響しない。したがって、瑕疵を認定した。

また、建物の周辺に汚水槽が設置される場合に、それが瑕疵となるか否かが問題となる事案もある。B4【33】における台湾高等法院台中分院89年（2000年）重上字83号判決は、購入した建物の近くに汚水槽が設置されたことは瑕疵であるとした。すなわち、建物の前の公共施設である「汚水槽」が嫌悪施設の一種であり、建物の価値が減損する。また、売主は、本件建物を売る際にこのような施設の存在を告知すべきであったにもかかわらず、告知しなかったとして、このような瑕疵に対して担保責任を負うべきであるとした。

そして、B4【36】は、購入した建物（一軒家）の真下に汚水槽や排水管などの共用施設が設置されていた事案であり、B4【34】は、購入した部屋に上階の排水管が露出し、リビングに侵入した事案である。B4【36】の台中地方法院97年（2008年）訴字12号判決は、とくに B4【34】の二審判決（台湾高等法院台中分院97年（2008年）消簡上１号判決）の見解を引用して、排水管などの施設が建物の近くに設置されたことが、居住環境に影響するとして、瑕疵を認めた。B4【34】の二審判決は、次のように述べている。「一般の社会通念によれば、住宅は生活、休息の場所であり、皆、自宅で十分な安らぎを望み、家族との穏やかな過ごしを享受したいと思うものである。…食事又は休息の際に、上の階からの下水やトイレの流水音を聞いて、気持ちが影響されないということは想像しがたい。さらに、その排水管が将来破損する可能性による精神的な苦痛を（買主に）受忍させることも想像にかたくない。当該部屋のリビングと厨房の出入り口の上に排水管が露出している。それは上の階の下水を排出する設備である。通常の取引観念によれば、そのような排水管の設置は、一般の住宅の品質、効用に達していないため、瑕疵を認める。部屋の設計又は施工方法は…契約に定められない場合に、少なくとも社会の一般人

の期待に応じなければならない」。このように、汚水槽と排水管とが目的物の周辺に設置されたことにより、居住者が騒音と破損に対する恐怖を受忍することになるため、そのような場合には、物の瑕疵にあたるとした。

さらに、B4【35】は、トイレ、浴室とその排水管（修理口）が主寝室の天井に設置された事案である。台湾高等法院高雄分院98年（2009年）上易字206号判決は、次のように述べ、瑕疵を認定した。「トイレと浴室は、穢れた、湿った場所である。…伝統的な観念上は、このような穢れが集中する場所がリビング、キッチンなどの入り口に面すれば、不吉を招くと思われている…本件部屋の真上に他の住宅のトイレと浴室が設置されており、入居時に変更を求めることもできなかった。このような心理的な嫌悪要素により、購入した建物の価値は減損する。また、天井に修理口が設けられ、排水管が故障すれば、プライベートな空間である主寝室に、修理のために他人を入れざるをえない。このような状況により、一般的に本件建物を購入する人の意欲も下がる…本件建物の効用及び価値は明らかに減少しており、物の瑕疵となる」。

上記の判決から、実務上では、浄水槽や排水管などのような嫌悪施設の設置により、居住の環境が悪化する傾向があるため、通常効用または価値が減損する心理的な瑕疵を認めるケースが少なくない。

（イ）契約に予定された効用の瑕疵

購入したマンションの共用部分に設置された機械設備からの騒音を瑕疵と認めなかった事案がある。B4【37】における台北地方法院103年（2014年）訴字1824号判決は、当該設備から発した音が、当時の騒音防止基準を超えておらず、居住には影響しないとした。また、個人の主観的な感覚において、一般人より高い居住環境の基準がある場合には、契約書で明確に定めるべきであるが、本件には、そのような事実がうかがえないため、契約に予定された効用又は品質の瑕疵があることを否定した。

エ　小括

居住環境の瑕疵について、温泉又は公共施設の不備が瑕疵となるか否かは、当該設備が契約に予定されているか否かによる。居住環境の瑕疵の判断は、多くの場合、心理的な要素が不動産の価値に影響するか否か

に左右される。不動産の価値が減少させられる場合、裁判所は瑕疵を認める傾向にある。

死亡事件の発生が瑕疵となるかに関する事案においては、まず、「凶宅」となれば、悪い評判により不動産の市場価値が下がる傾向があるため、通常効用の瑕疵又は価値の瑕疵が認定される傾向がみられる。しかし、「凶宅」について裁判所は、個人（買主）の主観的な価値観・宗教の信仰、死亡の態様（自然の死亡でない）、事故発生時から経った時間、地域性などの要素を考慮して判断する場合もある。裁判例においては判断が分かれている。

また、住宅の周辺に嫌悪施設が設置された場合にも、当該施設の存在が不動産の価値に影響するのであれば、瑕疵として認められる。しかし、嫌悪施設については、法律上、何らかの基準が定められていないため、定着した基準があるとはいいがたい。例えば、B4【37】においては、機械設備の騒音がないことが契約に予定されていなかったため、瑕疵が否定された。

さらに、一般的に備えるべき効用、品質を超える不動産を求める場合に、その効用、品質について契約又は法律の基準に定めがなければ、瑕疵として認めることは困難である。例えば、上記の温泉などの施設に関する B4【1】、B4【3】と騒音に関する B4【37】の事案がこれに該当する。

### 第３款　責任成立の要件－売主の主観的な要素

瑕疵担保責任は無過失責任であるため、瑕疵が認定されれば、買主は、契約成立時に瑕疵の存在を知っていた（台民355条）場合を除き、売主に対して台民359条に基づき代金減額を請求できる。

しかし、代金減額請求は、後述するように、代金額が上限とされているため、買主は、代金減額請求により被った損害がカバーされない場合には、他の救済を求めるしかない。台湾民法の瑕疵担保責任規定においては、特殊な効力[6]に関する規定が設けられている。台民360条である。

[6] 瑕疵担保責任における一般的な効力は、代金減額又は契約解除であるとされる。鄭玉波『民法債編各論（上）』（三民書局、1997年）50-55頁を参照。

同条は、売主が品質を保証した場合、又は故意に瑕疵を告知しない場合に、買主は、売主に対して不履行の損害賠償を請求できると規定している。

また、瑕疵ある目的物により生じた損害について、買主は、債務不履行である不完全給付に基づき、売主に対して損害賠償を請求することもできる（台民227条１項による226条又は231条の適用）。さらに、瑕疵結果損害の賠償も請求できる（台民227条２項）。前述したように、不完全給付責任の成立について、最高法院77年７次決議があるため、瑕疵の発生時点によって責任成立の認否は左右されると解されるが、瑕疵が契約成立前に発生した場合は、当該決議の射程外であるため、不完全給付責任が成立する余地があると解されうる。もっとも、台民227条によれば、不完全給付責任が成立するためには、売主の帰責事由が必要である。

このように、買主は、代金減額請求以外に救済を求める場合、台民360条又は台民227条に基づき売主に対して損害賠償を請求することができる。しかし、これらの規定によれば、損害賠償請求権を成立させるためには、売主の主観的な要素（保証、故意、帰責＝過失）がなければならない。以下、裁判例において、これらの主観的な要素がどのように判断されるかを検討する（品質の保証については、契約に予定された効用の瑕疵の判断と重なることがあるが、ここで検討する裁判例は、売主の品質保証に基づく損害賠償責任が認められる事案である）。

## １　品質に対する保証

### （１）明示的な保証

まず、契約書において品質が明白に保証されている場合は、当然ながら、その品質が備わっていないと、保証品質の瑕疵があるとされる。引渡後に目的物である土地に廃棄物が発見されたL【17】において、契約の特約事項によって売主は「土地に汚染物又は廃棄物がない」ことを保証しているため、原状回復の責任を負うとされた（台湾高等法院100年（2011年）上字240号判決と桃園地方法院98年（2009年）訴字374号判決）。

建物の場合、B1【11】において、施工不良及び材料の不良による損傷について売主が責任を負うと明記された保証書が渡されていたため、亀裂などが保証品質の瑕疵であるとされた（台湾高等法院高雄分院99年

（2010年）上易字117号判決、高雄地方法院98年（2009年）訴字1678号判決）。B1【21】では、契約書の特約において水漏れについては引渡しの前の修繕を保証する文言があり、B1【26】では、建物の主要な構造安全の部分について15年保証するという定めがあったため、建物に施工不良による水漏れが発生したことについて、保証品質の瑕疵があるとされた（台湾高等法院103年（2014年）上易字1433号判決＝新竹地方法院102年（2013年）訴字318号判決、台湾高等法院103年（2014）上易字1005号判決＝台北地方法院102年（2013年）訴字3729号判決）。自殺の発生がないと契約書に明確に書かれていたB4【8】の台北地方法院101年（2012年）訴字3888号判決、B4【9】の台湾高等法院101年（2012年）上易字930号判決は、自殺の発生が判明したため、品質保証の瑕疵であるとした。

### （2）当事者の合意を解釈して認められる品質保証

ある品質について、売主が契約に明示的に保証していなかったとしても、契約の目的に鑑み、契約の解釈によって当該品質に対して保証したことを認める場合がある。実際の判断例には、次のようなものがある。

① B2【7】

本件は、建物を購入後に、買主が内装工事を行った際に、傾斜の状況が判明されたものである。最高法院（最高法院91年（2002年）台上字2617号判決）は、品質の保証責任を判断しなかった原審（台湾高等法院86年（1997年）重上字492号判決）の大まかな債務不履行責任の判断を退けた。すなわち、最高法院は、「原審は、Y1（売主）が引き渡した物には価値の減少若しくは通常効用又は契約に予定した効用の瑕疵があると判断したため、360条の瑕疵担保責任の問題は生じうるが、原審は、Y1が本件の品質を保証しているか否かを判断しないままに、Y1が債務不履行責任を負うと判断した。これは不適切である」とした。差戻審（一）（台湾高等法院92年（2003年）重上更（一）字58号判決）は、「…Y3ら（合建契約[7]者）の間での合建契約には、施工の構造について、『鉄筋コンクリートを使用、精密な計算により、台風と地震に強いことを保証する』

[7] 前掲注２）を参照。

という文言がある。その後、Y1はＡ建設会社の代理人として、その合建契約の権利を譲り受け、Ｘらに本件売買契約によって引渡しをしたため、Y1が売った本件建物に対して保証があるという事情がみられる」としてY1の保証責任を認めた。

② B2【15】

本件は、1987年に購入した建物について、1999年の921震災後に甚大な亀裂、コンクリートの剥落などが生じたため鑑定したところ、強度不足及び塩素含量の超過状況があると判明したものである。二審（台湾高等法院93年（2004年）重上字264号判決）は、瑕疵について次のように判断した。「本件建物が引き渡された際に、塩素含量に関する標準はなかったが、所管機関の塩素含量に関する標準が単なる建築物の安全性を確保する行政の管理方法であり、所管機関が標準値を公示していないことをもって、安全な建築物を供する標準が低下するとは主張できない。また、本件建物の引渡しから震災までの期間は僅か12年であり、一般に期待できる使用年数内であるため、本件瑕疵は使用年数の超過により発生したものではなく、コンクリートの塩素含量の超過によるものである。さらに、本件建物の説明書には『精密な計算によるRC構造…耐震、防水、防熱、防風の機能が備え、頑丈、安全である』という文言が載っており、その内容は契約内容の一部になる。したがって、売主は本件建物の耐震機能の品質について保証したと認めるべきである」。つまり、二審は、本件売買契約の成立が、政府の塩素含量に関する国家標準が公布前であったとしても、説明書に耐震の性能に関する保証の内容が記載されていれば、契約当時に基準値がなかったとしても、売主に瑕疵担保責任を負わせることができるとした。

③ B2【28】

本件は、買主Ｘが転売しようとしたときに、建物に多量の塩素が含まれることが判明し、売主Ｙに対して、瑕疵担保責任に基づき、損害賠償を請求した事案である。士林地方法院96年（2007年）訴字286号判決において、建物の塩素含量は建築技術規則建築構造編331条４項に規定される鉄筋コンクリートの0.3kg/$m^3$を超え、1998年６月25日に改正した

国家標準の0.3kg/$m^3$も超えているが、コンクリートの強度は基準に適合しており、建物の構造に影響しないと認定されている。しかし、今後、建物にひびが入れば、本件建物の損傷は一般の建物よりも早く進行するため、品質上の瑕疵があると判断すべきであるとされた。また、契約書に、「海砂屋ではない」と書かれていることを解釈すれば、その文言は塩素含量が基準を超えないということを意味するといえ、Y は品質の瑕疵（海砂を使っていること）がないことを保証したというべきであり、本件建物は基準値を超えているため、契約書の保証範囲にも入るとされた。

④　B2【16】

本件は、買主が転売しようとした際に、当該建物が検査によって海砂屋と判明したため、転売先から契約を解約された事案である。台湾高等法院90年（2001年）上更（一）字220号判決は、品質の保証について、契約書には塩素含量の国家基準を超えないことが書かれていなかったとしても、物件の現状説明書にはそれが記載されており、買主に当該説明書が渡された上で売買交渉が行われた過程をみれば、両当事者が合意した内容であると認めるべきであるとした。

⑤　L【8】

本件は、買主 X が投資のために購入した土地につき、購入後に、建物建築禁止という開発制限があると判明したものである。高雄地方法院100年（2011年）重上字342号判決は次のように判断した。本件契約書の付属文書である「土地権利説明書」には、土地の開発制限がないと記載されており、「要望事項」には、「まもなく収用、農地から建築用地に変更」などの文言が入っていた。しかし、当該土地の一部は、契約締結の前、都市計画の一部に指定され、その後、分割されている。分割された土地は河川用地であり、「一般収用」[8]の方式により収用される。残りの部分は工業用地のまま維持された。X は投資目的で、「区段収用」[9]の土地を

[8]「一般収用」は一般的にいう「土地収用」の方法である。

[9]「一般収用」に対して「区段収用」では、国家は一定の区域内にすべての私有

購入する予定であったが、「一般収用」となってしまった。本件契約書の「土地権利説明書」に「農地から建築用地に変更」という文言が記載されており、「X が投資する際に、その土地が将来収用されると予見し、収用方法による価格の変動が投資の目的となるため、契約締結時に上記の内容を記載することを求めた。したがって、収用方法は、本件土地の価格に影響する一要素である…すなわち、X がその文言を入れる真意は、本件土地が県により区段収用の土地になることが予定されていないと、『農地』から『建築用地』に変更することが不可能となる」ためである。したがって、売主は、本件土地が区段収用であるという品質を保証したと判断できる。

⑥　L【6】

本件において、商業ビルを建てるために競売により土地と建物を購入した X は売主 Y に対して「商業用地」であるか否かを確認し、それに対して、Y は「商業用地」であると返答した。また、X は営利目的の会社であり、「公共施設用地」を購入するわけにはいかず、Y にも「公共施設用地」を売り出す意思はうかがえない。そのため、新竹地方法院88年（1999年）重訴字151号判決は、Y は本件土地が「商業用地」であることを保証したと判断した。

⑦　L【14】

本件は、量販店経営のために土地を賃借した借主 X が、その後、量販店建設のために土地を掘った際に、土壌が汚染されていることが判明し、市から汚染対策を求められたため、貸主 Y らに対して、瑕疵担保責任または不完全給付責任に基づき、汚染対策費用などの損害賠償を請求したものである。台北地方法院94年（2005年）重訴字185号判決は、貸主の瑕疵担保責任について次のように判断した。本件契約１条１項によれば、「甲（貸主）は彰化県彰化市ｏｏｏ路138号土地を乙（借主）に賃貸

地を収用し、改めて開発する。公共施設の建設が完了した後、一部の土地は所有権者に割合により返還し、一部は、国民住宅又は他の行政機関に売り渡す。残りは競売する、という土地改良の措置である。

し、量販店建設及び設備利用に供することを目的とする」等とある。したがって、本件土地の賃貸借の目的が量販店建設及び設備利用であることは明らかである。また、同条２項の規定によれば、「甲は乙が自分の名義によって建築許可を申請することに同意し…甲は土地使用の承諾書等の書類を用意し、申請が通るまでに全力で協力する」とある。したがって、「本件契約の目的は量販店の建設であり、Ｙらは本件土地に量販店を建築できる品質を保証している。…Ｙらが引き渡した土地は両当事者が約束した利用、収益の状態にはなく、通常又は契約に予定された効用の減少若しくは滅失の瑕疵があるため、Ｘは巨額の損害を被っている。台民347条による台民360条前段の準用に基づき、本件土地の汚染によって発生した損害に対してＸがＹらを訴えた件については、Ｙらが債務不履行責任を負う」とする。

⑧　B1【39】

本件は、購入した建物に設備（カーテンウォール[10]）の不具合を発見した買主Ｘは、売主Ａが前主Ｙに対する権利行使を怠ったとして、Ａに代位して、ＡのＹに対する契約上の権利を主張したものである。台湾高等法院87年（1998年）上字1070号判決は、製造物責任の概念[11]を借用して、Ｙの保証責任を判断した。すなわち、「商品を製造する大企業は、

[10] カーテンウォールは、一般の壁面と異なる施工基準を受ける。この事案において、施工不良の壁面は、カーテンウォールであるかどうかも争われている。

[11] 消費者保護法７条：「商品の設計、生産、製造を行い、又はサービスを提供する企業の経営者は、提供した商品が市場に流通し、又はサービスを提供したときに、当該商品又はサービスが当時の技術若しくは専門的な水準上に期待される安全性を備えることを保証しなければならない。（１項）

商品又はサービスが消費者の生命、身体、健康、財産を損なう可能性がある場合には、警告の標識及び緊急の処置方法を明確に示さなければならない。（２項）

企業の経営者は、前二項の規定に違反したことによって消費者又は第三者に対して損害を与えた場合に、連帯賠償の責任を負わなければならない。但し、企業の経営者は、自身の無過失を証明する場合、裁判所はその賠償責任を軽減することができる。（３項）」

商品の安全性及び衛生上の危険がないことを保証する。これは、商品の製造者が社会に対して果さなければならない、商品に関する最も基本的な保証である。したがって、Ｙは建築した本件建物に関して売買契約において約束した瑕疵担保責任のほか、商品の『安全又は衛生上の危険がない』という品質の保証責任を負う」（台民360条）とした。

⑨　B2【41】

買主は、購入した建物に塩素含量が基準値を超えていたため、前記のB1【39】の最高法院89年（2000年）台上字1194号判決を引用して、売主が建物に関する最も基本的な保証を負うべきであると主張したが、士林地方法院91年（2002年）訴字1370号判決は、売主が建設会社（製造者）ではないことを理由として、その主張を否定した。

以上の判決は、売主の品質の保証責任が、契約に予定されていたかどうかに関わるものである。契約書において、品質を保証すると明記されている場合（L【17】、B1【11】、B1【21】、B1【26】、B4【8】、B4【9】）はもとより、明確な保証がなかったとしても、解釈によって保証の範囲は確定される。不動産売買において、品質保証を判断する際には、不動産現状説明書といった契約書の付属文書を斟酌する場合が多い。つまり、契約の一部とされる不動産現状説明書が一定の品質を保証する場合、売主の保証責任を肯定する事案（B2【7】、B2【15】、B2【28】）があり、また、契約の交渉において一定の内容を合意する場合にも、売主の保証責任を認める事案（B2【16】、L【8】）がある。さらに、契約の目的を探求することによって売主の品質保証を肯定する事案（L【6】）、L【14】）がある。また、売主が建設会社である場合、製造物責任において求められる安全性が基本的に保証されているとして、売主に責任を負わせる余地があるとする事案もある（B1【39】、B2【41】）。

## ２　瑕疵の不告知に関する故意

故意に瑕疵が告げられなかった場合、台民360条に基づき、買主は損害賠償を請求できる。しかし、買主が損害賠償を求めるために売主に対

して故意に瑕疵を告げなかったことを主張する事案は、比較的少ない。以下、故意に瑕疵を告知しなかったことについて、裁判所がどのように判断するかを検討していく。

① L【1】

購入した土地の一部が道路予定地と指定された本件において、台湾高等法院89年（2000年）上更（三）409号判決は、「売買契約を締結する前に、土地の一部が公道となることが公布されており、そのことを所有者である売主が知らないはずはない。そして、道路の予定地として指定された後、速やかに買主に売却し、所有権移転登記をしたことから、本件は、一般の取引習慣とは異なり、売主が故意に瑕疵を告げなかった」と判断した。

② L【8】

投資を目的として「区段収用[12]」を求めて購入した土地の一部が、結局「一般収用」により指定された本件において、高雄地方法院100年（2011年）重上字342号判決は、契約締結の前に、売主は、土地の一部が一般収用であることを知りつつ、買主が区段収用の品質を求めてきた際に、権利説明書に署名し、保証したとして、故意に瑕疵を告げなかったと判断した。

③ L【9】

市役所の競売により、購入した土地の一部が既成の道路となっている本件において、台中地方法院98年（2009年）訴字1976号判決は、売主（役所）は土地の一部が既成の道路であることを既に知りつつ、土地競売情報の備考欄に当該土地の一部について「既成の道路として分割済み」と記し、買主に誤信させたことを伺えるため、故意に瑕疵を告げなかったことがあると判断した。

④ B1【1】

購入した建物に柱のずれや傾斜などがあり、補強によって効用の瑕疵

[12]「一般収用」と「区段収用」について、前掲注８）、９）を参照。

が治癒されたが、価値減少の瑕疵が成立するか否かを巡り、最高法院と高等法院との間で、本事案は行き来していた。最終的に、上告審（最高法院95年（2006年）台上字625号判決）は、効用の瑕疵だけではなく、価値の瑕疵も考慮すべきであるとした。そして、さらに、「Y1（売主）が本件建物の瑕疵を知らないという主張に対しては疑いがある。原審が本件瑕疵の実際の状況を斟酌せずに、他のより軽い瑕疵が修補されたことによって、Y1が本件瑕疵を知らなかったと推論し、さらにY1が故意に瑕疵を告げなかったことがないと判断するのは不当である」。つまり、最高法院は、買主Ｘらが損害賠償を請求するためには、Y1が故意に瑕疵を告げなかったという要件を満たさなければならないので、Y1は瑕疵を知っているはず（原審が判断した事実に基づく）であるのに、それを踏まえずに判断を下した原判決を破棄した。

⑤　B1【3】

本件において、契約締結の17年前に、隣地の施工により所有する建物に傾斜が発生したため、売主は、それを一度修補したが、完全になおらなかった。そのことから、売主は既に瑕疵を知っていたと伺える。それにもかかわらず、契約時に示した建物の現状説明書に、「隣地による毀損や亀裂、傾斜はない」と表記し、契約書にも瑕疵についての説明がなかったことから、台北地方法院95年（2006年）訴字7981号判決は、売主の故意の不告知を認めた。

⑥　B1【22】

購入した建物に水漏れが発生した。売主は売却の依頼をする前、水漏れの修繕を行ったが、修復には至らなかった。しかし、建物の現況説明書において相反する説明をしたことから、士林地方法院99年（2010年）訴字919号判決は、売主の故意の瑕疵不告知を認めた。

⑦　B2【11】

購入した建物の塩素含量が基準値を超過していた。売主は、本件建物の地下室を掘った際に連続壁の瑕疵を知ったが、適切な措置をせず、壁にけい酸カルシウム板を付けるだけの処置をし、瑕疵を買主に告知しな

かった。台湾高等法院高雄分院96年（2007年）消字１号判決は、台民360条のただし書によって、売主は不履行の損害賠償責任を負うべきであるとした。

⑧　B1【37】

購入する建物に排水不良が生じた。台中地方法院101年（2012年）重訴260号判決は、売主が施工者でなかったとしても、工事現場に監督者を派遣したため、排水口が正常の水位より低く、排水不良の瑕疵があることを知っていたと考えるのが当然であるとした。それを隠し、建物を販売したため､売主は故意に瑕疵を告げなかった（台民360条の）と認めた。

このように、売主が故意に瑕疵を告知しないとの判断は、台民360条によれば、売主が瑕疵を知っていたことを前提とする。そして、その瑕疵を隠して告げなかったり、契約文書とは異なる説明をしたりすることにより、売主は故意に瑕疵を告知しなかったと認定される。

### ３　瑕疵に対する帰責－不完全給付責任の成立

瑕疵がある場合、台民360条に基づくだけではなく、不完全給付の債務不履行責任に基づいても損害賠償を請求できる。しかし、台湾において債務不履行責任を問う場合には、売主の帰責事由が要件として必要である。売主の帰責の判断については、いくつかの態様が見られる。

#### （１）売主の瑕疵なき目的物を引渡義務

売主には瑕疵なき物を引き渡す義務があるため、瑕疵ある物を買主に引き渡せば、債務の本旨に従わず、帰責性があると判断される。このように判断する裁判例には、次のようなものがある。まず、購入した土地が市により道路の予定地に指定されたＬ【1】において、台湾高等法院88年（1999年）重上更（二）字63号判決は、「公権力により生じた瑕疵が契約締結後に発生したならば、売主の責めに帰すべき事由は確かにないかもしれないが、本件においては、本件売買契約が締結される前に既に非建築用地に変更されていたため、Ｘ（売主）は建築用地として販売する

ことができない。つまり、Xにはもともと瑕疵なき物を引き渡す義務があり、現時点では債務の本旨に従った履行ができないため、帰責事由があると判断すべきである」とした。また、購入した土地に廃棄物が埋蔵されていたL【16】において、高雄地方法院100年（2011年）重訴字251号判決は、「契約に基づき、Y（売主）が工場建設に可能な土地を提供するのであれば、債務の本旨を満たす。…しかし、土地に廃棄物が埋蔵されていたことにより、耐荷重が不足となり、工場の建設に適さなくなった。本件土地の引渡し時の現状によって、売買契約に予定した効用を満たすことができないため、本件土地の給付が債務の本旨に適合するとはいえない。それは不完全給付である」とした。

なお、建物の場合には、売主が建設業者であることが少なくない。売主の施工不良によって建物に瑕疵が生じ、売主に帰責性があると判断する事案は多く存在する。例えば、購入した建物に国家標準を超える塩素が含まれていたB2【15】において、台湾高等法院93年（2004年）重上字264号判決は、塩素含量に関する国家標準が建設当時になかったため、売主の責任を否定した一審に対して次のように判断し、売主の不完全給付責任を肯定した。「本件建物が引き渡された時、塩素含量に関する標準はなかったが、本件建物は居住用であったため、塩素含量に関する所管機関の標準が単なる建築物の安全性を確保するための行政の管理方法にすぎないとし、安全な建築物を供する標準が低下していたと主張することができない。したがって、居住用建物に物の瑕疵が存するか否かは、客観的な視点からみたとき、安全な住宅を供する目的が果たされるか否かにより判断すべきである。そして、本件建物の引渡しから1999年の921大地震（1999年９月21日に台湾で発生したマグニチュード7.6の大地震）までは12年しかなく、一般的に期待される建物の使用年限内である。…瑕疵の原因はコンクリートに塩素含量が高い砂を使用したことにあり、使用年限により発生した瑕疵ではない。しかも、Y（売主）は建設業者であり、塩素含量が高い砂を使用し、建物の耐震力を低下させたことに対して、責任を免れることができない。したがって、過失がある。」また、B1【14】は、購入した建物に水漏れが発生した事案である。売主による施工不良があり、訴訟が提起される前に、売主は２回ほど買主による水漏れの通知によって修補を行ったが、３回目の通知には応じな

かった。台湾高等法院93年（2004年）上易字189号判決は、建物の瑕疵（水漏れ）が売主の施工不良により発生したと判断した上で、売主が、旧227条[13]により、不完全給付の損害賠償責任を負うべきであるとした。そのほか、売主が建設業者であった事案において、施工不良によって建物には塩素含量が基準値を超え、構造の欠陥や水漏れなどの瑕疵があったため、売主の帰責性を肯定し、不完全給付責任を負うとしたものがある。B2【7】における台湾高等法院93年（2004年）重上更（二）79号、B1【33】における台湾高等法院台中分院92年（2003年）重上157号判決、B1【26】における台北地方法院102年（2013年）訴字3729号判決、B1【17】における台湾高等法院台中分院96年（2007年）建上更（一）21号判決、B1【27】における新北地方法院100年（2011年）訴字592号判決、B1【28】における桃園地方法院103年（2014年）訴字171号判決、B1【29】における桃園地方法院93年（2004）訴字1674号判決。

また、契約上約定された「瑕疵のない建物」を引き渡さなかったために、売主に不完全給付責任が認められた事案もある。例えば、購入した建物に水漏れが発生したB1【21】において、新竹地方法院102年（2013年）訴字318号判決は、売主は水漏れの修繕を行ったが、修復できなかったため、約定した水漏れのない建物を引き渡すことができなかったとして、売主が不完全給付責任を負うと判断した。購入した建物に虫による侵食があったB1【35】において、桃園地方法院99年（2010年）訴字1848号判決は、契約により、内装には虫の侵食がないと約定されていたため、その後、目的物である建物の内装が虫の侵食により毀損された場合に、売主は不完全給付責任を負うと判断した。

### （2）売主の注意義務

瑕疵の存在について、売主に注意義務を負わせ、それを果たさなかった場合、帰責性があると判断する事案がある。以下の事案は、注意義務

[13] 本件契約は、1999年民法債編改正前の1998年に締結されたため、民法旧227条を適用するとされた。旧227条には、「債務者が給付をしないか、又は完全な給付をしないときは、債権者は、裁判所に強制執行及び損害賠償を請求することができる」と定められていた。

の判断に関わるものである。

① L【4】

本件は、購入した駐車スペースがマンションの使用許可と一致しないため、市により建築法の規定に反するとの指摘を受けた上で、使用禁止の命令を受けた事案である。台湾高等法院99年（2010）上易字299号判決は、「駐車スペースが違法であるかどうかについては、マンションの平面図、設計図及び使用許可から知ることができるが、Y（売主）が変更した駐車スペースが合法であるかどうかを調べずに売り出したことが無過失であるとはいいがたい」とした。

② L【20】

購入した土地に、多くの廃棄物が発見された本件において、台南地方法院98年（2009年）新簡103号判決は、「Y（売主）が所有権を買主に移転したとき、土地に大量の廃棄物があったと知ることはできず、一般の人でも土地に廃棄物が埋設されていることに気づくことができないため、Yが土地に廃棄物があるという瑕疵について、故意又は過失の帰責事由はない。それ故、不完全給付責任を負わない」とした。

③ B3【9】

購入した建物の一部が公有地を占めていた本件において、台湾高等法院98年（2009年）上易字1032号判決は、「Y（売主）の陳述によれば、境界の争いをYは知っていたため、境界の実際の範囲に対してより高い注意義務を負うべきである。Yが境界の争いをそのままにして越境の建物を完成させたことに関しては、境界の実際の範囲に対して注意すべきなのに注意しなかったため、瑕疵の発見につき無過失とはいいがたい」とした。

### （３）売主の告知義務

瑕疵の存在を知りつつ、売主が故意又は過失によりこれを告知しなかったことに対して、売主に帰責性があると判断される場合がある。まず、異なる見解を示した二つの最高法院判決を紹介する。

一つは、瑕疵が契約成立前に存在し、売主がそれを知りつつ故意又は過失により買主に告知しなかった場合に不完全給付責任を肯定するL【5】の最高法院94年（2005年）台上1112号判決である。二審の台湾高等法院92年（2003年）上字532号判決は、「改正前の（旧）台民227条の完全な給付をしないとは、債務者の帰責事由により、債務の本旨に従わない給付をしたことを指す…本件土地については1983年に既に第三者が使用許可を取得していた。Y（売主）はその事実を確認せず、1987年に当該土地をX（買主）に売った。それにより、Xが建築用地としてこれを使用できなくなったため、Yの責めに帰すべき事由があるといえる。したがって、Yが瑕疵ある本件土地を引き渡したことは不完全給付にもなる」とした。そして、最高法院は、次のことを改めて述べて、債務の本旨に売主の告知義務を含むとした。つまり、「目的物が特定物である場合に、契約締結の前に、売主が故意又は過失により瑕疵を買主に告げず、そのまま建築用地として買主にこれを売った場合は、債務の本旨に従う給付を行ったとはいえない。」

一方、B2【21】の最高法院98年（2009年）台上字1811号判決は、次のような見解を述べている。「物の瑕疵担保責任と不完全給付責任は要件と効果とが異なり、売主が引き渡した目的物に対して瑕疵担保責任を負う場合、その瑕疵が契約成立後に発生し、かつ、売主に帰責事由があるときには、売主は同時に瑕疵担保責任と不完全給付責任を負う。そして、売主の瑕疵に対する帰責性は、瑕疵の発生が売主によるものかどうかによって判断すべきであり、売主が瑕疵を告知したか否かとは関係がない。原審は、売主が過失により契約成立時に瑕疵を発見せず、買主にも告げなかったために、帰責事由があると判断し、不完全給付責任が成立すると認めたことは相当でない」。つまり、この判決の見解によれば、売主は、契約成立時に瑕疵を買主に告知しなかったとしても、不完全給付責任を負わないことになる。

しかし、下級審には、売主が瑕疵を告知したか否かにより、売主の帰責性を判断する判決が数多く存在する。

①　L【7】

本件の台湾高等法院台中分院96年（2007年）上字37号判決は、L【5】

の最高法院94年（2005年）台上字1112号判決の見解を引用して、「本件の目的物は特定物であり、目的物に私道が存在したため、X（買主）の目的物に対する利用が制限されている。Y（売主）は故意又は過失により契約締結時にその瑕疵を告げなかったため、Yの給付は債務の本旨に従ったとはいいがたく、Yは不完全給付責任を負うべきである」とした。

② L【13】

本件の台北地方法院101年（2012年）訴字2471号判決は、次のように判断した。「売買目的物が特定物であり、瑕疵が契約成立前に発生し、売主が契約締結時に瑕疵を故意又は過失により買主に告知しなかったため、買主が瑕疵を知らずに目的物を購入した場合、売主の給付内容は債務の本旨に従わないため、不完全給付の債務不履行責任を負うべきである（最高法院94年（2005年）台上1112号判決参照）」。そして、目的物である土地に基準に反する汚染物質が存在した本件では、売主が当該基準に反するとされる金属物質の加工事業を行っており、その加工事業のために、目的物である土地が汚染されたことが認定された。裁判所は、その事実から、「Yら（売主）のうち、一人が金隆興会社の取締役であり、二人が当該会社の株主であるため、当該会社の作業中にYらが本件土地の重金属の汚染を知っていた可能性が高い。したがって、X（買主）が主張した損害はYらの責めに帰すべき事由によって生じたとする」とした。

③ B1【19】

本件は、購入した建物に水漏れが発生し、駐車場である地下室に鉄筋露出があったものである。売主Yが過失により本件の瑕疵を買主Xに告げず、Xは駐車スペース付近の鉄筋露出等の欠陥を補強することにより、30万7446元の修繕費用がかかると見積もった。一審（台北地方法院97年（2008年）訴字4741号判決）は、これを固有利益とした上で、XはYに対して債務不履行に基づく損害賠償請求ができるとした。これに対して、二審（台湾高等法院100年（2011年）上易字564号判決）は、「本件の瑕疵は、最初に本件建物及び駐車スペースが建てられたときに行った工法又は使用された材料により発生したものであり、Yには帰責事由が

ない。そして、それらはＹが本件建物と駐車スペースを購入した時に知ることができるものでもない。Ｙは本件契約締結時にＸにそれらの瑕疵を告げることはできないため、ＸがＹに対して227条に基づき請求した修繕費用の損害賠償を認めることができない」とした。

④　B1【20】

購入した建物に水漏れや壁の亀裂などが発生した本件において、台北地方法院91年（2002年）北訴字30号判決は、次のように判断し、瑕疵担保責任と不完全給付責任を認めた。「Ｙ（売主）は、専門的な建設会社であり、建築に関する規定をよく知っているはずである。また、建築物の所在地の環境等に対しても一般人よりよく観察しているはずである。基隆地域は海に近く、雨が多いため、Ｙは建物の防水機能が極めて重要であると知り、最新の建築技術規則において、換気設備を備えることが規定されていることを知っていたが、換気設備を設置せず、防水のシステムも備え付けなかった。Ｘが本件不動産を購入した際にも、その状況について故意にＸに告知しなかった」。

⑤　B1【38】

高雄地方法院98年（2009年）重訴字353号判決は、「Ｙ（売主）が本件建物を建設したときには、熱水の配水管にステンレス鋼を使用することが普及しており、その部品（継手）には同じ性質の物を使用した方がよいことがわかっていた。しかし、Ｙは錆が出やすい鋳鉄の継手を使用した。そのことにつき過失がある。ＹはＸらに対して契約締結時に過失によって上記の瑕疵を告知せず、Ｘら（買主）は瑕疵を知らないまま、本件建物を購入した。したがって、Ｙは不完全給付の債務不履行責任を負うべき」であるとした。

また、心理的な瑕疵がある建物（事故ある建物）の場合、不完全給付責任における売主の帰責性は、瑕疵を知っていたか否か、そして、瑕疵の存在を買主に告げたか否かによって決せられる。それらの事案には、B4【6】の台湾高等法院100年（2011年）重上字686号判決、B4【7】の台湾高等法院104年（2015年）消上字3号判決、台北地方法院103年（2014年）

消字19号判決があり、すべて売主が自殺の事故について知らなかったため、不完全給付責任を否定したものである。

### （４）小括

上記の事案からは、不完全給付における帰責事由の判断の方法をいくつかの類型として抽出することができる。①瑕疵なき目的物を給付する義務を肯定し、瑕疵が判明すれば、帰責事由があるとするもの（L【1】、L【16】、B1【21】、B1【35】）、②瑕疵の発生に対して売主に注意義務を負わせ、彼がそれを果たさなければ、彼に過失があるとし、責任を負わせるもの（L【4】、L【20】、B3【9】）、③建物について、売主の属性を考慮し、彼の施工不良によって瑕疵が発生する場合に、彼に帰責性を認めるもの（B1【14】、B1【18】、B1【26】、B1【27】、B1【28】、B1【29】、B1【33】、B2【7】、B2【15】）がある。④B2【21】の最高法院は、売主の帰責性は瑕疵の発生に対してのみ判断すべきであるという見解を出した。しかし、それ以外の多くの裁判例は、瑕疵に対して認識があり、故意又は過失によりこれを告知しなかった場合にも、帰責事由があると判断する（L【5】、L【7】、L【13】、B1【19】、B1【20】、B1【38】）。瑕疵担保責任においては、売主が品質を保証し、又は故意により瑕疵を告げなかった場合には、損害賠償責任を負うが、過失により瑕疵を告げなかった場合には、不完全給付責任も成立することが明らかになった。

## 第４款　損害賠償の内容－損害項目の分析

本款では、売買の目的物である不動産に瑕疵がある場合に、買主が売主に対してどのような損害賠償を請求できるかを検討する。その際に、判断基準が必ずしも定かでない日本法を解明するために、日台の裁判例に共通の損害項目を対照するという分析手法を用いる。以下では、台湾民法を例に、各損害項目において、裁判例がどのように判断しているのかを分析していく。

### 1　瑕疵損害－目的物自体の損害

台民354条により、瑕疵は、効用減損の瑕疵、価値減損の瑕疵、品質保証の瑕疵に分類される。目的物に瑕疵があると判断される場合、目的物に存在する瑕疵が賠償されるべき損害[14]として評価される上で、その物の価値減損と修補費用の項目が参照される。

#### （1）価値減損－代金減額請求権に基づく場合

価値の瑕疵が認められると、その物には価値減損が必然的に発生していることになる。このような価値減損については、多くの場合、台民359条の代金減額請求によって処理される。すなわち、目的物に効用の瑕疵、価値の瑕疵が存在する場合、買主に与えられる救済手段には代金減額と契約解除とがある。しかし、契約解除により公平性が著しく失われる場合には、契約解除は制限される（359条ただし書）。

代金減額の算定は、算定基準時と算定方法とに関わる。本章第１節第４款１（１）ウ（ア）において紹介したように、学説上、代金減額の算定方法については３つの見解が示されている。甲説は、売買当時の瑕疵がある物と瑕疵がない物との差額とするものである。乙説（多数説）[15]は、売買当時の瑕疵がある物と瑕疵がない物との価値の比率により計算するものである。乙説は、代金減額は本来の契約関係を維持するためになされるものであるので、その計算においては、両当事者が契約を締結した時における給付と反対給付との均衡が保たれながら行われなければならない[16]という。また、少数説であるが、代金減額の算定が困難であるこ

---

[14] 台湾法においては、物の瑕疵について、独立する359条による代金減額請求権の規定があるため、瑕疵損害は、360条及び227条による損害賠償の場面に論じられるが、本稿は改正前の日本法と対照させるため、359条による代金減額を代金減額的損害賠償とし、それも瑕疵損害の範疇に含めることとする。

[15] 邱聡智著・姚志明校訂『新訂債法各論（上）』（元照、2002年初版）121頁、黄茂栄『買売法』（2002年５月）659頁、黄・前掲注２）123頁、姚志明「物之買賣瑕疵擔保責任之研究」『融整法學的經驗與見證：邱聰智、張昌邦教授六秩華誕祝壽論文集』（元照出版、2006）182頁。

[16] 黄・前掲注２）123頁。

とから、減額代金は瑕疵を修補する費用であるとする[17]丙説がある。そして、代金減額の算定基準時は、学説上、契約締結時とされている。以下では、裁判実務において行われる代金減額の算定方法と算定基準時に対する見解を分析する。

ア　算定方法

（ア）瑕疵ある物の価値と瑕疵なき物の価値との差額

最高法院は、代金減額の算定方法について次のような見解を示した。まず、最高法院72年（1983年）台上726号判決（最高法院民刑事裁判選輯第４巻１期141頁。以下、1983年判決）は、「裁判所は、代金減額の請求について、売買当時の瑕疵がある物と瑕疵がない物の有すべき価格を比較して得た差額によりそれを斟酌すべきである。任意に増減することはできない」と述べた。この判決の事案は次のとおりである。買主Ｙが売主Ｘに女性用のシャツ（1200ダース）を発注し、その中の966ダースを受領した後、一部の代金を支払った。しかし、Ｙが残代金を支払わなかったため、ＸはＹに対して残代金の支払いを求めた。Ｙは目的物の瑕疵により、海外のバイヤーに損害金を支払ったため、残代金をそれにあて、不足分につき反訴としてＸに対し代金返還を請求した。原審は、Ｘの残代金支払い請求を否定し、反訴であるＹの代金返還請求も否定した。そこで、最高法院は、「代金減額の請求に対して、売買当時の瑕疵がある物と瑕疵がない物の有すべき価格を比較して得た差額によりそれを斟酌すべきである」といいつつ、目的物に瑕疵がある場合の価値とない場合の価値とを考慮せずに、第三者から請求された損害金の一部を代金減額にあてた原審の判断を否定した。

また、建物の不等沈下により地下室に亀裂、水漏れ等が発生した事案に対する最高法院86年（1997年）台上1615号判決（司法院公報第39巻12期121-123頁、司法周刊第858期３版。以下、1997年判決）は、「民法359条の規定は、売買当事者双方の利益及び損失を調整する役割を果たす。したがって、買主が請求した代金減額は、同じ品質の物の市場価値と当該瑕疵ある物の価値とを比べ、実際に減少した価値をもとに計算すべき

[17] 姚・前掲注15）182頁を参照。

である。売買当時の代金と市場の価値が同等である場合には、市場価値から瑕疵ある物の価値を差し引いた金額を、買主が主張できる代金減額とする。しかし、もし代金が市場価値より低い場合に、売主が瑕疵による価値減損分を控除する意思があるか否かを問わず、市場価値から実際の瑕疵ある物の価値を差し引いた金額を代金減額とするならば、公平性は失われる。したがって、裁判所が買主の請求できる代金減額を計算するときには、まず、売買当時の市場価値と売買代金とが同等であるか否かを調べなければ、適切な判断を下すことができない」とした。すなわち、最高法院は、まず、①代金減額（台民359条）の機能は、当事者の利益及び損失を調整するものであると述べた上で、②代金減額の算定は、同じ品質の物の瑕疵ある場合と瑕疵なき場合とを比べて、それらの価値の差額とすべきであると提示した。そして、③売買当時の代金が市場価値より低い場合に市場価値により算定すれば公平性が失われるため、裁判所は直ちに瑕疵ある物の価値と瑕疵なき物の価値との差額を代金減額とすることができず、売買当時の市場価値と代金が一致しているかどうかを調査する必要があるとした。しかし、調査の結果によって代金が瑕疵なき物の価値より低いと判明した場合に、最高法院がどのように判断するかについては明示されていない。この場合には、下記の（イ）において検討する最高法院（最高法院99年（2010年）台上字1972号）が提示した方法により算定したほうが公平性を図ることができるであろう。

このように、前記の1983年判決が提示した算定方法は、甲説にあたると考えられる。そして、1997年判決によると、もし代金が瑕疵なき物の価値と一致していれば、瑕疵なき物の価値と瑕疵ある物の価値との差額を代金減額とすることができる。例えば、B1【16】の最高法院88年（1999年）台上字642号判決は1997年判決と同じ見解を示しており、売買当時の瑕疵なき目的物の市場価値を調べていなかった原審の判断を否定した。また、B2【10】の板橋地方法院97年（2008年）重訴字306号判決は1983年判決を引用し、「代金減額の請求は、売買時に瑕疵がある物の価値と瑕疵がない物の価値との差額により判断すべきである」と述べ、鑑定により算出した契約時の瑕疵なき物の市場価値（9383万730元）と瑕疵ある物の市場価値（7491万4455元）の差額である1891万6275元を代金減額として算定した。しかし、この事案では、代金が１億4058万元である。

代金が瑕疵なき物よりも高い場合について、1997年判決は言及していないが、この場合にも、瑕疵なき物の価値と瑕疵ある物の価値との差額を代金減額とすることは不公平になるのではないかという疑問が生じる。一方、代金が市場価値より低い場合に、買主が主張した代金減額の全額を認めたB1【9】の台北地方法院94年（2005年）訴字6227号判決がある。この事案は、建物に傾斜があるものである。代金額（1095万元）は、瑕疵なき物の市場価値（1360万元）より20％低かったが、裁判所は、買主が主張した建物の補正費用､エレベーターの修繕費用など(186万元)を、裁判所が依頼した鑑定により算出する額（188万2500元）より低いため、全額認めた。このような算定は、買主に有利である。このように、代金減額の算定方法について甲説をとると、買主に有利になったり、不利になったりするという状況が生じる。

実際に、代金と瑕疵ある物の価値との差額を代金減額とした裁判例もよくみられる。例えば、建物の亀裂が瑕疵とされたB1【12】において、台湾高等法院98年（2009年）上易字888号判決は、代金額と鑑定による瑕疵がある不動産の価値との差額を代金減額とした。そして、購入した建物の一部が違法建築とされたB3【5】において、台湾高等法院98年（2009年）上易字380号判決は、瑕疵となる違法増築の部分は価値がゼロであるとし、瑕疵ある目的物の価値は増築を除いた価値であるとした上で、買主が請求できる代金減額は、代金から瑕疵ある目的物の価値を差し引いた金額であるとした。類似の事案に対するB2【17】の台湾高等法院90年（2001年）上字596号判決は、増築した３階部分が高塩素含量という状況にあり、「当該部分は違法増築であり、10年余使われ、居住の安全を損なう瑕疵もあるため、瑕疵がある3階の増築部分には価値がないと判断できる。したがって、Xが請求できる代金減額は増築部分に対して支払った代金である」とした。

そして、不動産の市場価値を算出するのが困難である場合、鑑定によらない方法によって瑕疵ある目的物の価値を決める例がある。L【1】の台湾高等法院89（2000年）年上更（三）字409号判決は、瑕疵担保責任の代金減額は、瑕疵（土地に公道と指定された部分）があるために、本来、買主が得られたはずの当該部分の土地とその上にある建物の収用補償費を基準とした。つまり、売買代金から土地の公示価格及び買主が得られ

るはずの収用補償費を差し引いた差額である。また、L【10】の台湾高等法院85年（1996年）上字683号判決は、土地と建物の収用補償費を、瑕疵（高速道路用地に指定された）がある土地の残存価値とし、それと代金との差額を代金減額とした。この二つの事案は、土地が収用されるおそれがあるものであるが、瑕疵がある土地の価値を算出しにくいため、買主が得られるはずの収用補償費を瑕疵がある土地の価値としたものと考えられる。

代金と瑕疵ある目的物の価値との差額を代金減額とした上記裁判例では、代金と瑕疵なき目的物の価値と一致しているか否かについて、判決文からは把握できないが、代金が瑕疵なき物の価値と一致していない場合に、瑕疵なき物の価値と瑕疵ある物の価値との差額を代金減額とするのであれば、公平性を欠く状況が生じる。この状況を避けるために、最高法院が提示した次の(イ)の算定方法を用いるべきであると考えられる。

（イ）瑕疵ある物の価値と瑕疵なき物の価値との比率による代金減額

最高法院は、最高法院99年（2010年）台上字1972号判決（最高法院民事裁判書彙編第61期167-172頁。以下、2010年判決）により、もう一つの代金減額の計算方法を提示した。事案[18]は、X（買主）がY（売主）から購入した駐車スペースは、Y（建設会社）が主事機関の許可を得ておらず、予定した区画数を勝手に変更したことにより、面積や車道の幅などが不足となった。Xは、Yに対してそれが瑕疵であると主張し、代金減額（台民359条）又は損害賠償（台民旧227条）を請求した。原審は、代金減額請求について、Yの変更後に無許可であるとされた面積と建築許可により有すべき面積との比率により、減額代金を算定した。2010年判決は、その判断に対して、次のように述べた。「Xが物の瑕疵により請求する代金減額は、売買当時の瑕疵ある物の価値と瑕疵なき物の価値を比較し、両者の差額が瑕疵なき物の価値に占める比率により、減少する額を計算すべきである。瑕疵の部分が目的物に占める比率によって計算すべきではない」。本判決は、面積不足が瑕疵であると認定される場合に、不足した面積と目的物全体の面積との比率によって計算するのではな

[18] 本稿において取り扱われる事案のL【3】である。

く、不足した面積の価値と目的物全体の価値との比率によって計算すべきであるとして原審の判断を否定したものであり、乙説を採用したものである。つまり、面積不足の瑕疵であっても、不動産の全体的な価値、効用などに影響するため、不動産全体の価値がどの程度下がったかを判断しなければならない。

また、2010年判決は面積不足の事案に対するものであるが、その他の類型の事案においても裁判所は、2010年判決において示されたような方法に依拠して代金減額を算定している。例えば、より早期のものであるが、建物の購入後、台風が来た際にその主寝室の壁に亀裂が生じ、水漏れも発見され、大量の雨水が部屋に流れ込み、内装にも損傷が発生したB1【15】において、最高法院88年（1999年）台上字642号判決は、すでに2010年判決と同じことを述べていた。すなわち、359条による代金の減価額は、「売買当時に瑕疵ある物のあるべき実際の価格と瑕疵なき物のあるべき価格とを比例して算定すべきである」。なお、下級審の裁判例の多くも、この算定方法をとっている。例えば、L【2】における新北地方法院101年（2012年）訴字1347号判決、L【8】における高雄地方法院100年（2011年）重上字342号判決、B1【31】における台北地方法院99年（2010年）訴字140号判決、B1【3】における台北地方法院95年（2006年）訴字7981号判決、B1【7】における台北地方法院96年（2007年）訴字6236号判決、B1【8】における台北地方法院99年（2010年）訴字1611号判決、B2【12】における台湾士林地方法院97年（2008年）訴字511号判決、B2【31】における士林地方法院103年（2014年）訴字262号判決、B2【26】における台北地方法院100年（2011年）訴字2731号判決、B4の事故物件をめぐる判決の大半である。そのうち、大部分の裁判例は、鑑定により算出した瑕疵による減価率を代金に乗じた額を減額代金とする。不動産の価値は、鑑定技術の発展によって正確に評価することができるようになっている。しかし、鑑定方法によって、代金減額の法的な位置づけも変わってくると考えられる。つまり、次に述べる鑑定方法のうち、収益還元法を取る場合には、将来の収益も考慮に入れるため、代金減額が履行利益まで含まれることとなろう。また、評価する要素も鑑定によって様々であるため、代金減額の算定も左右される。次のウにおいて、裁判例でどのように鑑定が利用され、代金減額が算定されているかを検討する。

イ　算定基準時

代金減額の算定基準時は、減額されるべき代金に影響を与える。1983年判決は、契約時が代金減額の算定基準時であるとしている。なぜその時点に設定したのかについては明らかにされていない。その後の1997年判決と2010年判決はともに、契約時が算定基準時であるとしている。

最高法院は代金減額の算定基準時を契約時とした理由を示さなかったが、下級審判決である台北地方法院100年（2011年）訴字2731号判決（B2【26】）は、その理由を示したものと考えられる。つまり、売主は、「本件建物は契約締結後に値上がりしたため、価値減損は発生していないと主張したが､代金減額は契約関係を維持するためになされるものであり、その計算については、売買契約『締結時』の売買当事者間の給付と反対給付との均衡関係を維持するために、締結後の目的物の価格変動を考慮すべきでない」。

代金減額の算定基準時は、本稿が扱う大部分の裁判例において契約時とされている。例えば、前記のB1【15】において、最高法院は、1997年判決に従い、売買契約当時の市場の価値を調べなかった鑑定に依拠する原審の判断を否定した。そして、下級審判決においても、代金減額の算定基準時は1983年判決と1997年判決の見解に沿って、契約締結時の状況により判断するものが多くみられる。前記のL【2】の一審判決、L【9】における台中地方法院98年（2009年）訴字1976号判決、B1【33】における台湾高等法院台中分院97年（2008年）建上更（二）字72号判決、B1【4】における台湾高等法院102年（2013年）上易字889号判決、B2【10】における板橋地方法院97年（2008年）重訴字306号判決、B4【1】における台湾高等法院101年（2012年）上字11号判決、B3【8】における台北地方法院99年（2010年）訴字610号判決、B2【28】における台湾士林地方法院96年（2007年）訴字286号判決、B2【23】における台北地方法院100年（2011年）訴字915号判決、B2【30】における士林地方法院100年（2011年）重訴53号判決､B2【31】における士林地方法院103年（2014年）訴字262号判決、B2【26】における台北地方法院100年（2011年）訴字2731号判決、B2【37】における新北地方法院99年（2010年）訴字954号判決、B2【32】における士林地方法院98年（2007年）訴字859号判決、B2【39】における新竹地方法院102（2013年）年訴字176号判決などは、この例である。これらの裁

判例は、代金減額を算定する場合に契約時を基準として、目的物の瑕疵ある価値と瑕疵なき価値とを比較し、代金減額を算定するものである。

一方、B2【12】の士林地方法院97年（2008年）訴字511号判決は、鑑定の基準時にずれ（同じ事件の別訴訟における鑑定を使用したため、１年の差が出る）があるが、同地域の建物であるため、減価率は異ならず、代金減額の算定に影響しないとした。B2【6】の台湾高等法院102年（2013年）上字517号判決は、代金減額の算定基準時を契約時としつつ、引渡し時（契約締結の１ヶ月後）を基準時とした鑑定により算定したが、その結果は代金減額の算定に影響しないため、その鑑定による価値減損を代金減額として認めた。これらの事案は、契約締結時を基準としてはいなかったが、代金減額の判断に影響がないために、契約時を基準とした他の裁判例と異なる時を基準としたものではないと考えられる。

ウ　鑑定による算定

代金減額を算定する際に、甲説又は乙説のいずれをとったとしても、不動産の価値が瑕疵によってどの程度下がっているのかを把握しなければならない。裁判例にしばしばみられるのは、不動産估価（鑑定）評価である。

どのような鑑定評価の方法をとるかは、価値減損の算定に影響する。そのため、以下では、台湾における不動産鑑定評価方法について簡単に紹介する。台湾における不動産鑑定評価方法（カッコ内は日本に相当するもの）には、不動産估価技術規則（法令）に基づいて、比較法（取引事例比較法）、収益法（収益還元法）、成本法（原価法）がある。そして、不動産估価師（不動産鑑定士）が不動産の価値を評価する際には、少なくとも２つの方法により、評価を行うべきであるとされている（同法14条[19]）。

比較法（同法18条[20]）は、市場における目的物の条件と類似の不動産の

[19] 不動産估価技術規則14条：「不動産估価師は、２つ以上の方法により目的物の価格を推算すべきである。但し、２つの方法をとれない場合、報告書に説明する場合には、この限りでない。」

[20] 不動産估価技術規則18条：「比較法は、評価の目的物の価格を比較すること

取引価値を収集し、相互の相違点を比較、分析した後、不動産の価値を推算する方法である[21]。比較法により得られる価値は、「合理価値」又は「正常価値」である。したがって、このような価値を算出するため、いくつかの要件を満たさなければならない。すなわち、①公開性のある取引市場であること、②売買当事者が情報を十分に把握すること、③比較目的物に市場の取引性があること、④売買当事者間の意思が自由であること、⑤合理的な経済行為であること、⑥適切な時間内に取引が完了していること、⑦取引は合理的な支払方法で行われていることである[22]。それ故、瑕疵ある不動産の価値を算定するため、比較法を用いる場合に、取引市場において同じ条件の瑕疵ある不動産を比較の対象とし、それに関するデータに基づき、価格を推算することとなる。

そして、収益法（同法28条[23]）は、不動産投資によって取得する収益を基準とする鑑定方法である。すなわち、評価する不動産を所有する期間中に、将来予想できる収益を考慮して、収益還元率により現在の価値を算出する方法である[24]。瑕疵ある不動産の価値を算定するため、収益法を用いる場合、当該不動産の収益性を考慮しながら、算出することとなる。

成本法（同法48条[25]）は、成本分析法ともよばれる。仮に鑑定対象の建築物と同じ建築物を建てるとしたら、どの程度のコストにより建てることができるかを考慮する方法である。つまり、建築物の価値を形成する要素を考慮しながら、鑑定評価を行う期日に、同様の材料又は同じ有用

---

を踏まえ、比較、分析や調整などにより、目的物の価格を推算する方法である（１項）。このような方法により算出した価格は比較価格である（２項）。」

[21] 卓輝華『不動産估価』（五南、2011年二版）214頁。

[22] 卓・前掲注21）215-218頁。

[23] 不動産估価技術規則28条：「収益法は、直接資本化法、折現現金流量分析法などの方法を採用することができる（１項）。前項の方法により、算出した価格は収益価格である（２項）。」

[24] 卓・前掲注21）244頁。

[25] 不動産估価技術規則48条：「成本法は、価格時点における再調達原価又は置換原価を求め、減価償却累計額又はその他控除すべき部分を差し引き、対象不動産の価格を推算する方法である」。

性を持つ物により、再調達原価又は置換原価（コスト）を算出し、経年使用などによる減価分を控除する方法である。成本法は、主に建設による原価の試算のために用いられており、取引活動における経済的価値の計算ではない[26]とされている。瑕疵ある不動産の価値を算定するため、成本法を用いる場合には、瑕疵ある不動産を維持する費用（コスト）が考慮される。

このように、それぞれの方法には、それぞれの特徴と目的とがあり、算定結果も異なる。不動産估価師は、二つ以上の方法をとり、鑑定を行わなければならない。

裁判実務上、不動産売買の紛争において、瑕疵による不動産の価値減損を算定する場合、鑑定を用いることが多い。そして、鑑定の内容及び方法が、裁判上の争点となる場合がある。以下、価値減損を算定するときに用いられる鑑定結果を争う事案を検討する。

裁判所は鑑定を斟酌するが、必ずしもすべての鑑定結果を信頼し、それにより判断するわけではない。当事者が提示した鑑定又は嘱託による鑑定の結果が合理的であるか否かを判断し、裁判所は代金減額を決める。例えば、投資の目的により土地を購入したが、その一部は、政府に収用され、その目的が達することができなくなるL【8】の一審（高雄地方法院100年（2011年）重上字342号判決）は、代金減額について、比較法と成本法による鑑定を採用し、算定した結果、買主が多めに支払った代金の返還を認めた。一審では、売主が、鑑定について、割引率の考慮により、（瑕疵ある目的物に対して）過小評価されていると抗弁した。しかし、裁判所は、鑑定評価報告書に割引率を採用する理由が記載されており、さらに、「本件土地の現在の価値（筆者：瑕疵ある土地の価値）を算定するには、投資者の視点を入れなければならない。投資者は、すべてのリスクを考慮した上で、投資したいのである」と述べた上で、本件鑑定人が専門的な判断を行ったとして、割引率を考慮するのが相当であると判断した。

また、鑑定の結果に対し、台民359条における代金減額の目的を勘案した上で、その結果を調整する判決がある。B2【30】の士林地方法院

[26] 卓・前掲注21）278頁

100年（2011年）重訴53号判決は、「減価分を算出するもととなる鑑定は、最も差異が小さい成本法を排除し、専ら差異の大きい収益法と比較法とにより算出した。このような方法により算出した結果は、実際の減価分より高く算定されるおそれがあるため、失当である。そして、民法359条の代金減額の目的は、契約の対価関係を維持することにある。したがって、代金減額を算定する際に、塩素含量の基準値超過（筆者：瑕疵）による価値の減少に関する個別の事案を検討するほか、塩素が建物の鉄筋構造に与えた損傷により耐用年数の経済的な価値減少という成本（コスト）価値の要素も考慮すべきである。それ故、成本法により算定された本件建物の価格も、本件建物の価値減損金額を判断する一つの手がかりとなる」と述べた。結局、裁判所は、収益法、比較法と成本法とを総合的に調整して、代金減額分を算出した。

そして、鑑定方法が契約内容に反映されているか否かを判断する例もみられる。違法に増築された部分の使用不能が売主の品質保証の瑕疵となるか否かを争っていたB3【4】において、一審（新北地方法院101年（2012年）訴字309号判決）と二審（台湾高等法院102年（2013年）上易字517号判決）とも、売主の品質保証の責任を認定し、買主の代金減額請求を認容した。一審は、代金減額について、成本法をとる鑑定の結果により算出されたものを認めたが、二審は、その鑑定結果について「成本法は売主の保証した品質の欠缺を反映できない」ため、改めて、鑑定を依頼し、差額租金還元法（筆者：賃借権や地上権などの権利価値を算定する方法であり、収益法の考えと類似）により算定された金額を代金減額として認めるべきであるとした。また、建物に水漏れや傾斜などが発生するB1【23】の士林地方法院99年（2010年）訴字215号判決は、比較法及び直接資本化法（収益法）をとる鑑定を採用した。しかし、本件不動産には修補しても回復できない価値減損が残っている。裁判所は、当該鑑定における比較法で採用された事案（類似の裁判例）の中に修補を前提とするものがあるため、価値減損の算定に反映されていないとして、比較法による算定内容を調整して、あらたに代金減額を算定した。

このように、裁判所は、鑑定結果をそのまま採用するのではなく、売主の責任が反映されるようにその鑑定結果を調整している。代金減額が対価均衡の維持を目的とするならば、算定する際に、減額代金に契約の

目的を反映する鑑定方法も考慮する必要がある。また、比較法を採用した類似の事例は、必ずしも、両当事者が合意した契約の目的にかなうとは限らない。比較する事例を選ぶ際に、両当事者が合意した契約の目的を考慮し、適切なものを選ばなければならない。また、収益法をとるのは、買主が収益目的で不動産を購入する場合に限ったほうが、より正確に代金減額を算定できると思われる。

エ　土地の価値の鑑定評価における建物の瑕疵の影響

台湾では、日本と同じく、土地と建物とが民法上、別個の財産として扱われている。したがって、建物は独立の不動産として取引される。しかし、不動産取引においては、とりわけ分譲マンションの場合、建物を購入すれば､土地の持分の権利も一緒に購入することがほとんどであり、一軒家の場合でも、土地又はその権利を一緒に購入することが多い。建物に瑕疵がある場合に、建物の価値が減損するのはもとより、土地の価値にも影響することがあり､それによって代金減額の算定が左右される。

㈠　建物の瑕疵が土地の価値の鑑定評価に影響を与えるとされた例

B1【1】の最高法院93年（2004年）台上381号判決は、物理上の瑕疵（柱ずれ）がある事案において、「建物の利用は土地の利用と分離することができない。集合住宅のように利用年数が長く、所有権者が多く、建替えをすることが困難である場合、その土地の利用には本来、相当な制限がかかる。したがって、土地の価値を、その上にある建物の価値と分離して、独立に認定することは困難である」とした。

B1【8】の台湾高等法院101年（2012年）上字366号判決は、上記の判決の見解を踏まえつつ、「一般的に不動産の売買価格は、敷地の価格と建物の価格に相当な利益を加え、形成されている。したがって、売買建物の価値が傾斜の瑕疵により減損した場合、その減損は、直接には敷地の価格に影響を与えないが、本件建物の価格と土地に帰属すべき利益により分担されることになる。すなわち、本件建物における傾斜の瑕疵により、本件建物の取引価値が減損するだけでなく、土地に帰属すべき利益も減損する。一般的に、土地と建物とを一緒に購入する場合に、建物に傾斜の瑕疵があれば、建物及び敷地の取引価格に影響が出る。本件契約

は、土地と建物との価格についてそれぞれ約定しなかったため、両当事者は、土地と建物とを一つの目的物としたのである」とした。

B2【8】の台北地方法院98年（2009年）訴字1064号判決は、「本件建物は物理上修繕され、その構造は補強されたが、消費者は心理的な要素により当該不動産を購入する意欲を低減させる。これは、本件不動産に対する影響が、建物だけではなく、当然に建物が位置する土地にも及ぶことを示している」と説明しつつ、B1【1】の最高法院判決の見解を踏まえ、「建物の使用と土地の使用は不可分である。集合的住宅のように使用年数が長く、所有者の数も多く、建替えをするのが容易でない場合、土地の使用は相当な制限を受けている。したがって、土地の価値は、その上に存在する建物の価値と分離して、独立に認定することができない…土地の上にある本件建物に瑕疵があるからには、当該土地の価値も当然に影響される」として、代金減額を認めた。

そのほか、購入した建物が一軒家である場合のB2【12】において、台湾高等法院98年（2009年）上字726号判決は、まず、B1【1】の最高法院判決の見解を引用して、「集合住宅式の建物は使用年数が長く、所有者の数も多く、建て替えるのは困難であり、土地の利用はある程度制限されている。それ故、土地の価値と建物の価値は完全に分離して算定しにくい」とした。本件建物は、一軒家であるが、土地が共有されており、集合住宅式の建物の敷地と同様に考えることができる。そして、建物に塩素含量の基準値超過の瑕疵がある場合に、建物の取引価格が減損するほか、土地価格に対応する利益（一般的に不動産価格の減損は、「建物の価格」及び「土地の価格に対応する利益」で分担する）も減損する。したがって、土地と建物とを一緒に売った時に、建物に塩素含量超過の瑕疵があることにより、建物と土地の取引価格は影響される。買主Xが本件不動産を購入する目的は居住用であり、購入の際に、建て替える予定もなかった。代金も、土地と建物とを一緒に設定していた。以上の理由により、本件建物の瑕疵が土地の価値にも影響すると判断できる。したがって、本件の代金減額は、契約当時の瑕疵がない本件不動産の価値（2100万元、内装の価値も含む）に基づいて、算定する。この事案以外に、B2【38】の新北地方法院99年（2010）重簡字365号判決も、B1【1】最高法院判決の見解を引用し、建物の瑕疵は土地の価値にも影響するとした。

当然のことながら、鑑定対象が建物だけである場合の鑑定結果をもとに、そこで算定された減価率から、そのまま土地と建物を含む代金減額を算定することはできない。B2【3】の台湾高等法院98年（2009年）上易字927号判決は、建物だけを対象とした鑑定によって算出された減価率をもとに、土地と駐車スペースを含む総代金から代金減額を算定した一審判決に対して、調整を施した。

⑷　建物の瑕疵は土地価値の鑑定評価に影響しないとされた例

一方、B1【15】における最高法院88年（1999年）台上字642号判決は、「本件の売買契約書には、『建物代金：367万元、土地代金：277万1500元』という内容がある。鑑定人が提示した23万／坪というのは本件不動産（土地と建物）の総額を建物の坪数で割ったものである。しかし、本件瑕疵は建物の主寝室の壁の亀裂であり、土地に瑕疵はない。したがって、X（買主）が主張できる代金減額は建物代金にとどまるべきである」とし、代金減額の算定の際に瑕疵がない土地の価格は算入しないと述べた。

建物の瑕疵を土地の価値に反映させないという見解は、例えば、B2【13】の士林地方法院97年（2008年）訴字511号においてもみられる。すなわち、一軒家と分譲マンションとでは異なり、分譲マンションの買主は、土地の持分に対して抽象的な存在であり、建物の実際の使用面積を重視する。建物だけに塩素含量の問題があり、土地には面積の不足あるいは土地の通常効用の減少などの瑕疵が存在しないため、土地には台民354条に規定される瑕疵があるとはいえない。B1【3】の台湾高等法院99年（2010年）上字99号判決は、建物の瑕疵は、土地の価値に影響を与えるか否かという問題について、土地自体には瑕疵がないため、鑑定報告書に計算されていた土地の価値の減損分を代金減額に算入しないとした。B2【4】の台北地方法院88年（1999年）訴字3476号判決は、「土地と建物は、社会取引通念又は民法66条１項[27]によると、それぞれ独立の不動産とすることができる。物の瑕疵の場合に、それが品質又は効用の瑕疵であっても、土地と建物はそれぞれ独立したものとみなすことができるため、代金減額を計算するときには個別に計算すべきである」とした。

[27] 民法66条１項：「不動産とは、土地及びその定着物である。」

上記の裁判例からは、代金減額を算定する際に、建物の瑕疵が土地の価格に影響するかにつき見解が分かれており、決着していないことがわかる。

### （2）修補費用

建物に、物理的な瑕疵、高塩素含量の瑕疵（海砂屋）がある場合には、修補費用の填補により、瑕疵を修正することができる。また、土地の汚染、埋設物がある場合には、汚染又は埋設物の除去費用も修補費用となる。修補費用は、目的物の不完全な状態（瑕疵）を追完（修補）するための費用である。このような費用の賠償を認めるには、売主が買主に対して債務不履行責任を負っていなければならない。したがって、瑕疵担保責任が債務不履行責任の性質と異なるとする見解（法定責任説、担保説）をとる場合、原則として修補費用が認められることはない。台湾では、学説上、瑕疵担保責任の性質については、担保説と履行説とに分かれているが、修補費用については、瑕疵担保責任の救済手段である代金減額（小さい損害賠償）として認められるとする見解[28]がある。裁判例においては、代金減額請求権に基づいて認められる場合もあれば、損害賠償請求権に基づいて認められる場合もある。次のように、実際、裁判所は、修補費用に関して、損害賠償によってそれを認めるだけではなく、代金減額請求によってもそれを認める事案が多く存在する。以下では、代金減額請求権に基づく修補費用の塡補及び損害賠償請求権に基づく修補費用の賠償に関する事案を検討する。

ア　代金減額請求権に基づく修補費用の塡補

代金減額を算定する際に、上記のように、瑕疵がある物の価値とない物の価値との差額により算定するものもあれば、修補費用を代金減額（目的物の価値減少）として認めるものもしばしばみられる。代金減額は修補費用によって評価すると説明する下級審裁判例がある。B2【27】の台北地方法院99年（2010年）訴字369号判決は、瑕疵（高塩素含量）を認めつつ、代金減額について、「建物に塩素含量が高いという瑕疵がある場

[28] 姚・前掲注15）181頁。これは、ドイツの Westermann 教授を引用した見解である。MunchKomm/Westermann, 3, Aufl., §463　Rn.20を参照。

合には、その建物は瑕疵がない建物よりも値段が低く、売り出しにくい。本件建物の塩素含量は標準値を超え、鉄筋侵食が発生する等のほか、鑑定によれば、完全に塩素を除去することができない。したがって、本件建物の価値は一般の建物よりも低くなる。その差額は、売主に負わせるべきである」とした。その算定については、「本件建物に影響を与える瑕疵を除去又は減少する費用は、価値減損の最低算定の基準[29]による。買主は瑕疵による価値の減少が必要な修補費用より高いと証明できれば、その超過分も請求できる（最高法院77年（1988年）度第９次民事庭会議決議（一）（以下、最高法院77年９次決議）を参照）。買主は、修補費用より高い価値の減損分を証明できていないため、請求できる代金減額は修補費用にとどまる」。

B2【36】の新北地方法院101年訴字1879号判決は、次のように判示した。建物に塩素含量が高いという瑕疵があり、「補強と修復によらなければ正常に使用できる状態に戻すことができないため、そのような建物の取引価格は通常の建物よりも低い。この部分はＹ（売主）に担保させるべきである。鑑定報告書によれば…修補費用は51万6700元である」。「Ｙは、代金減額請求に関し、売買当時の建物の価値と瑕疵により減少した価値とを比較して計算すべきであると抗弁したが、建物に影響を与える瑕疵の除去又は減少の費用は、価値減損の最低算定基準である。買主は、瑕

[29] 下記（次の（３）「修補できない価値減損」における説明）のように、不動産の毀損（瑕疵）による価値減損は、学説上、技術性価値減損と取引性価値減損とが含まれると言われている。技術性価値減損は、修補費用であり、取引性価値減損は、修補により回復できない価値減損である。例えば、風評被害は、それである。裁判実務上、これらの価値減損の賠償は、最高法院77年（1988年）度第９次民事庭会議決議（一）により肯定されている。「物が毀損されたときに、被害者は、（旧）196条に基づき、賠償を求めるほか、民法213条から215条までの規定の適用を排除されない。（旧）196条に基づき、毀損による物の減少価額の賠償を請求する場合に、修補費用で算定することができる。しかし、必要な費用に限る（例えば、修理の材料に新品を使用する場合に、経年使用などによる減価分を控除する）。被害者は、毀損により減少した物の価額が、必要な修補費用を超えることを証明できれば、その分の賠償も認める」。

ここでの価値減損の最低算定基準は、技術性価値減損、すなわち修補費用である。詳しくは「修補できない価値減損」の項目において、さらに説明する。

疵により減少した価額が必要な費用を越えると証明できるのであれば、その差額も請求することができる（最高法院77年９次決議）」。買主Ｘがその部分を証明できなかったため、裁判所は、必要な修補費用以上の主張は認めなかった。そして、最高法院77年９次決議を引用して、瑕疵担保責任の代金減額による価値減損は修補費用を含むとした。

修補費用を代金減額請求権に基づいて認める裁判例は、多数存在する。それらの裁判例は、次のとおりである。

①　L【16】

本件は、土地に廃棄物が埋められていた事案である。台湾高等法院高雄分院100年（2011年）重上10号は、土壌を元に戻すために土壌を購入した費用と土地の締固めの費用（修補費用）を代金減額請求権に基づいて認めた。（最終的に両当事者は和解した）

②　B1【3】

建物に傾斜や亀裂などの瑕疵があった本件において、一審（台北地方法院95年（2006年）訴字7981号判決）は、建物の価値減損分を代金減額として認めたが、二審（台湾高等法院99年（2010年）上字99号判決）は、建物の価値減損額（修補費用）（56万2500元、個人の負担分）を代金減額として認めた。

③　B1【10】

建物の床のタイルに爆裂、壁に亀裂が生じた本件において、台中地方法院100年（2011年）訴字3146号判決は、建物のタイルの爆裂と壁の亀裂は通常効用の瑕疵（１年の保証期間は超過）であるとし、売主の瑕疵担保責任が肯定した。そして、本件建物の減少価値は修繕費用であり、代金減額は本件建物の修繕費用であるとした。

④　B1【16】

建物に水漏れが生じた事案において、台湾高等法院99年（2010年）上字892号は、Ｘ（買主）が請求した契約解除を認めなかったが、Ｘが代金減額請求権に基づいて主張した本件建物の価値減損（修補できるために

価値減損がない)、壁の侵食に対する修補費用、家賃の損失、水漏れによる内装の損傷のうち、修補費用のみを認めた。

⑤　B1【18】

台風が襲来した際、建物に水漏れや水浸しなどが発生した本件において、士林地方法院97年（2008年）訴字477号判決は、契約により売主が免責されない瑕疵（円形窓の素材、排水不良の問題）については、売主の過失又は不知が要件とされないため、売主は担保責任を負うとした。そして、修補費用を考慮した代金減額を鑑定によって算出した。

⑥　B1【19】

本件は、X（買主）がY（売主）から購入した建物に水漏れが発生し、駐車スペースが位置する本件建物の地下室に鉄筋露出があった事案である。台北地方法院97年（2008年）訴字4741号判決は、駐車スペース付近における鉄筋露出、コンクリート剥落の発生を、居住と駐車の安全に影響する通常効用の瑕疵と認めた。代金減額については、建物の水漏れによる価値減損は修補費用であり、鑑定によれば、それは19万8989元であり、また、駐車スペースの部分については、鑑定によれば、価値減損は48万1250元であるとした（鑑定人は駐車スペースが位置する地下室の修繕が終わっても本件目的物の価値も減損すると証言している)。

⑦　B1【24】

本件は、建物にタイルの剥落、鉄筋の腐食、壁の穴、白華（エフロレッセンス）現象、水漏れなどの瑕疵があった事案である。台湾高等法院89年（2000年）上易字226号判決は、代金減額そして、水漏れと白華現象に対する修補費用部分のみを認めた。

⑧　B1【30】

本件は、水漏れ、鉄筋露出などの瑕疵があった事案である。買主の代金減額の請求に対して､士林地方法院99年（2010年）重訴字89号判決は、修補により、瑕疵による価値減損を回復できるため、代金減額として修補費用を認めたが、買主が主張した取引上の価値減損を認めなかった。

⑨　B1【33】

本件では、1999年の921大震災により、建物に欠陥があると判明した。それらの欠陥により、建物の低層部のコンクリートが剥落し、鉄筋が毀損されて露出し、建物の壁が数箇所に亀裂し、建物が沈下した状況があった。最高法院（最高法院100年（2011年）台上字498号判決）は、差戻審（二）（台湾高等法院台中分院97年建上更（二）字72号）の売主（Y1）に対する責任の判断を認容し、Y1の上告を棄却した。差戻審（二）は、主位的請求について、Y1の不法行為責任を認定したが、政府の補助とY1の出資との修繕により建物の安全性が回復され、Xら（買主）に損害がないため、損害賠償の請求を退けた。しかし、予備的請求である瑕疵による代金減額を認めた。その算定は、売買契約締結時に建物の構造上の瑕疵がある場合とそれがない場合との差額に基づくべきであるが、契約締結時の価額算定が困難であるため、訴訟提起時の嘱託鑑定によるべきであるとした。そして、修繕工事費用のうち、Y1は３割しか負担（出資）しなかったため、残りの「７割はY1が修補しなかった部分とする。Xらが請求できる瑕疵による代金減額（訴訟提起時の嘱託鑑定による）はこの部分に限り、認めることができる」とした。

⑩　B2【8】

建物の塩素含量が国家標準を超過していた本件において、台北地方法院98年（2009年）訴字1064号判決は、瑕疵を認め、売主の代金減額請求を認めた。代金減額については、「本件建物の塩素含量が高いことにより、一部の鉄筋に錆が生じている。ただし、これは修補によって補強できる。修補費用は、81万8000元から106万3400元までである」とした。

⑪　B2【14】

建物の塩素含量が国家標準を超過していた本件において、台北地方法院100年（2011年）訴字5128号判決は、通常効用の瑕疵と価値減少の瑕疵を認めた。代金減額について、裁判所は、本件建物を修復する可能性があり、建物の価値減損率が市場価格変動における客観的でない要素により影響されやすいため、通常の効用及び品質まで修補すれば十分であるとして、修補費用の減額を認めた。

⑫　B2【22】

建物の塩素含量が国家標準を超過していた本件において、台北地方法院88年（1999年）訴字1818号判決は、塩素含量の高い瑕疵を修補可能であるとして、修補費用の代金減額を認めた。

⑬　B2【20】

建物の塩素含量が国家標準を超過していた本件において、士林地方法院99年（2010年）重訴字116号判決は、代金減額は不動産（土地と建物）の価値減損の割合により算出されるとし、瑕疵がある目的物の減少した価値を、建物の建替費用（建物の価値がゼロ）であるとした。つまり、完全な建物ができるまでの修補費用を、購入した不動産の減損分であるとしたのである。

一方、代金減額が不完全給付による損害賠償の一種であると明言し、代金減額請求権に基づき修補費用の減額を認める裁判例もある。まず、最高法院89年（2000年）台上30号（最高法院民事裁判書彙編第39期199-200頁、以下、2000年判決）は、次のように述べる。「買主が、売買目的物に瑕疵があることにより売主に対して請求した代金減額は、実質的に不完全給付の損害賠償の一種である。それは、民法360条をみれば、当然のことである」。これは、代金減額が損益相殺に適用されないと判断した原審判決を否定するために述べられたものであるが、代金減額の算定に関して、その後のいくつかの下級審裁判例において引用されている。

⑭　B1【2】

建物に傾斜が発生した本件において、台湾高等法院99年（2010年）上易字469号判決は、2000年判決を引用して、物の瑕疵による代金減額の請求は実質上、不完全給付による損害賠償請求の一種であり、それは民法360条をみれば、当然であるとし、修補費用相当分の代金減額を認めた。

⑮　B2【8】

本件は、建物の塩素含量が国家標準を超えていた事案である。台湾高等法院100年（2011年）上字534号判決は、「売買目的物に瑕疵があること

により買主が請求した代金減額は不完全給付による損害賠償の一種である（2000年判決参照）ことを斟酌すると、Z（売主）が建物を販売する場合に、通常の効用、品質に適合する建物の状態（建物のコンクリートの強度が国家標準に達して、正常な使用ができる状態）で提供すべきである…本件建物を修復すれば、悪化の進行は止められる（証人による）。したがって、本件建物を通常の効用、品質まで修補する費用は、本件建物の代金減額の算定基準とすることができる」とした。また、その計算方法は、「本件建物に含まれる塩素は上記の国家標準を超えていたが、その取引価格は市場の相場よりかなり低く…建物の価値減損率が市場価格変動における客観的でない要素により影響されやすいために、両当事者が争っていない鑑定による修補費用の中間値（（81万3000元＋105万7000元）÷２＝93万5000元）をとり、代金減額分とする」とした。

⑯　B1【31】

本件は、建物を購入後、建物に構造安全性の不足があると判明した事案である。台湾高等法院101年（2012年）重上767号判決は、まず、本件建物は、その瑕疵の修補によって、本来の安全強度を回復することができるため、市場価値による代金減額の算定は失当であるとし、鑑定による修補費用62万元を代金減額として認めた。また、X（買主）の不完全給付による損害賠償の主張に対しては、2000年判決を引用し、物の瑕疵による代金減額の実質は、不完全給付による損害賠償の一種であると明言し、代金減額を認めた以上、不完全給付による損害賠償について判断しなくてよいとした。

⑰　B2【18】

建物の塩素含量が国家標準を超えていた本件において、台湾高等法院99年（2010年）上字845号判決は、次のように判示した。まず、2000年判決を引用し、代金減額は不完全給付による損害賠償の一種であると明言した。鑑定によれば、修補すれば一般建物のように使用でき、通常効用の状態に回復できる。また、建物の価値減損率は、市場価格変動における客観的でない要素の影響を強く受ける。このような状況を避けるため、本件建物を通常効用の品質の状態に回復する修補費用相当分の減額を認

める。

以上のように、裁判所は、「修補の可能性」、「修補費用は本来の品質の回復に必要な費用」、「修補費用が価値減損の最低の計算基準（最高法院77年９次決議）」とし、無過失責任とされる台民359条に基づく代金減額を修補費用によって算定する傾向にある。すなわち、裁判所は、瑕疵担保責任の性質には触れず、修補費用の性質にも言及せずに、修補費用を瑕疵による価値減損（代金減額請求に基づく）の算定によって認めているのである。また、一部の裁判例では、代金減額の本質は不完全給付による損害賠償であるとして、代金減額請求権に基づいて修補費用の減額を認めている。

しかし、修補費用が対価均衡を維持する目的を超えた場合、代金減額の算定においてそれが認められない場合もある。

⑱　B2【10】

本件建物のコンクリートに塩素が多く含まれていたため、鉄筋の腐食が発生し、構造安全性が低下した。修補するならば、その修補方法には「外加電流法」と「犠牲陽極法」があり、前者による修補によって40年間維持することが可能であり、後者による修補によって8-10年間維持することが可能である。一審の板橋地方法院97年（2008年）重訴字306号判決（二審、上告審も同じ）は、どちらの方法を採用しても、本件目的物の残り28年の使用年数（もともと建築完成日から50年で計算）と釣り合わなくなるため、修補費用による代金減額を認めなかった。

⑲　B2【34】

建物の塩素含量が国家標準を超えていた本件において、新北地方法院101年（2012年）訴字532号判決は、買主Ｘが提示した「修補費用は、本件建物を通常効用の状態までに修補する費用である。上述の本件建物の価値減損の比率は、塩素含量の高い瑕疵がある場合とその瑕疵がない場合とを比較して算出したものである。価値減損比率の算出においても、本件建物のコンクリートの高レベルの塩素含量、耐圧不足について考慮されている」。したがって、前記の要素を考慮して算出した価値減損分

のほかに修補費用を認めると、通常効用までの修補費用より、売主Yにさらなる価値減損分に対する責任を負わせることになる。それにより、当事者間における対価の均衡を維持しなくなる。したがって、Xが主張した価値減損分以上の修補費用の代金減額を認めないとした。

⑳　B2【37】

建物の塩素含量が国家標準を超えていた本件において、買主は、鑑定による建物の価値減損のほか、バルコニーの修補費用も請求した。新北地方法院99年（2010年）訴字954号判決は、代金減額について、鑑定による契約当時の建物の減額分を認めたが、修補費用（29万8725元）を認めなかった。その理由は、「売買契約が双務、有償契約である場合、契約当事者は反対給付に対して対価の均衡を求める。したがって、通常の効用及び価値の瑕疵を無瑕疵の状態まで修補する費用は、当事者の対価均衡を維持するのに必要な費用といえる。その分を代金減額として請求することができる。しかし…（鑑定は）前記の本件建物の価値減損比率（14.82％）を求める上で、塩素含量の高い瑕疵がある場合とそれがない場合とを比較し、バルコニー部分の高レベルの塩素含量、耐圧不足の要素も考慮している。そして、その計算もバルコニーに標準値を超える塩素含量があることを含む。したがって、価値減損比率の計算は、建物全体の塩素含量、耐圧不足が修補されていないことを前提に算出されているため、建物の全体的な価値減損を代金減額として認め、バルコニーの修補費用も認めれば、Y（売主）がバルコニーの修繕責任を負う以上に、瑕疵がないバルコニー部分についての代金の一部返還責任も負うこととなる。これは、明らかに当事者間における対価の均衡を維持する状態が崩されることとなる。」

修補費用は、不完全な給付の追完により発生するものであり、瑕疵担保責任における代金減額の機能と異なっていると思われているが、上記の事案をみれば、裁判所は、必ずしもそのように区別して判断をしていない。目的物に瑕疵がある場合に、せめて瑕疵がない状態に戻すために必要な費用を、代金減額請求権に基づいて認める余地があるとしている。修補費用の否定例を見ても、裁判所は、修補費用を代金減額請求権に基

づいて認めないとしているわけではない。代金減額の対価的均衡を維持する機能を重視し、買主を利得させず、重複填補を避けるため、対価の均衡を超える修補費用は認めないとしているにとどまる。

イ　損害賠償請求権に基づく修補費用の賠償

目的物の瑕疵を修補することが可能であるならば、買主は、瑕疵担保責任による代金減額請求権ではなく、不完全給付又は台民360条による損害賠償請求権に基づいて修補費用を請求する場合もある。修補費用の位置づけについて、B1【11】の一審（高雄地方法院98年（2009年）訴字1678号判決）は、「瑕疵担保責任の体系においては、修補費用は買主が瑕疵の修補により支出した費用であるため、売主が修補しないという不履行による損害賠償の範囲（筆者：360条）に入る。不完全給付責任の体系においては、…修補費用は完全な給付がされなかったことにより引き起こされた買主の損害である」ため、買主は両制度いずれに照らしても、修補費用を損害賠償として請求できるとした。二審（台湾高等法院高雄分院99年（2010年）上易字117号判決）は、買主が台民360条のみに基づいて請求したため、他の主張については判断しなかった。

Ⅰ　台民227条の不完全給付責任に基づく修補費用の賠償

台民227条の不完全給付責任に基づき修補費用の賠償が認められる裁判例は、次のとおりである。

①　L【13】

土壌の重金属含量が基準を超えていた本件において、台湾台北地方法院101年（2012年）訴字2471号判決は、「Ｙら（売主）のうち、一人が金隆興会社の取締役であり、二人が当該会社の株主であるため、Ｙらが当該会社の作業中に本件土地に重金属汚染があることを知っていた可能性は高い。したがって、Ｘが主張した損害は、Ｙらの責めに帰すべき事由によって生じたというのは正当である」として、Ｙらの帰責事由を認め、彼らは不完全給付責任を負うとした。そして、汚染土壌の対策費用は拡大損害として、民法227条１項ではなく、同条2項によりその賠償を認めるとした。

② L【16】

土地の地下に大量なゴミ、廃棄物、アスファルトの残留物が発見された本件において、台湾高雄地方法院100年（2011年）重訴251号判決は、請求権時効が完成したため、売主瑕疵担保責任を認めなかったが、227条の不完全給付責任が認め、原状回復の費用（土壌を戻すために土壌を購入した費用と土地の締固めの費用）の賠償を認めた。

③ B1【33】

地震が起きた後、建物の低層部のコンクリートが剥落し、鉄筋が毀損されて露出し、壁が数箇所亀裂して落下した欠陥があった本件において、二審（台湾高等法院台中分院92年（2003年）重上157号判決）は、売主Y1の設計変更によって瑕疵が発生したため、Y1に帰責事由があり、買主Xらは、台民227条に基づき、Y1に対して、損害賠償を請求することができるとし、瑕疵を修補するための工事費用の賠償を認めた。

④ B1【14】

本件の二審（台湾高等法院93年（2004年）上易字189号判決）は、売主が瑕疵（亀裂、水漏れ等）を２回ほど修補したが改善せず、買主は、旧227条に基づき、強制執行を申し出、損害賠償も請求できると判断した。買主が請求した損害のうち、修補費用の賠償を認めた。

⑤ B2【7】

購入した建物には、建築時に、国家標準を超える塩素を含む海砂を使ったことによって耐震強度が弱まったことが判明した本件において、差戻審（二）（台湾高等法院93年（2004年）重上更（二）字79号）は、売主の不完全給付責任を認め、「本件建物は修補可能である。『構造の補強費用』は、Xら３名（買主）それぞれに対して14万元余、19万元余、46万元余（１平方メートルあたりの修補費用による計算）である。この費用は原状回復のための費用である。このような修補費用は本件建物の通常の効用を回復し、その耐用度を維持するための費用である」とした。

⑥ B1【21】

本件の新竹地方法院102年（2013年）訴字318号判決は、売主に水漏れがない建物を引き渡す義務を認めた上で、建物に水漏れが発生したために、彼の不完全給付責任を認め、修補費用の賠償を認めた。

⑦　B1【10】

本件は、買主Ｘらが売主Ｙから建物を購入し、引渡しを受けた後、床のタイルの爆裂、壁の亀裂を発生した事案である。一審（台中地方法院100年（2011年）訴字3146号判決）は、修補費用を代金減額として認めたが、二審（台湾高等法院台中分院102年（2013年）建上易18号判決）は、代金減額としてではなく、不完全給付の損害賠償として認めた。つまり、最高法院77年７次決議を引用して、瑕疵が契約成立後に発生し、売主に帰責事由がある場合に、売主は瑕疵担保責任のほか、同時に不完全給付の債務不履行責任も負うとした。そして、Ｘらが購入した不動産の瑕疵は売買契約成立後に発生し、Ｙには帰責事由があるため、Ｘらは不完全給付に基づく損害賠償を請求することができ、その損害は修補費用（減少した価値）であると判断した。

⑧　B1【17】

建物の購入後、約定した内容と異なり、傾斜や水漏れなどが発生した本件において、差戻審（台湾高等法院台中分院96年（2007年）建上更（一）字21号判決）は、売主の帰責について明言していないが、使用許可の内容に従わない施工であったため、瑕疵担保責任と不完全給付責任とを認めた。しかし、瑕疵担保責任の時効が完成していたため、瑕疵担保責任による損害賠償請求はできないが、不完全給付による損害賠償請求はできると判断した。そして、賠償されるべき損害として、修補費用（階段の高度不足の修補、水道の工事費用、屋上のはしごの増設、傾斜の修補等）を認めた。

⑨　B1【20】

建物に水漏れ、壁と階段の亀裂及びペンキの剥落、換気扇が不設置などの瑕疵がある本件において、一審（台北地方法院91年（2002年）北訴字30号判決）は、売主Ｙの帰責性を認め、彼は故意に買主に瑕疵を告知

しなかったため、360条、227条及び最高法院の決議（最高法院77年７次決議）によって、Ｙは瑕疵担保責任を負うだけでなく、不完全給付の債務不履行責任も負うべきであるとした。そして、修補費用及び建物の価値減損の損害賠償を認めた。

⑩　B1【38】

建物の購入後、熱湯の配管に鋳鉄製継手が使われ、錆が生じたことが判明した本件において、一審（高雄地方法院98年（2009年）重訴字353号判決）は、売主Ｙの責任について、「Ｙは建設会社に依頼して建てた建物を賃貸、売買する事業を営んでいるため、給水設備の部品、材料が通常の効用及び耐用年数を備えているか否かについて、注意することができる。Ｙが本件建物を建設した当時、熱湯の配管にはステンレス鋼を使用することが普及していたため、給水設備の部品（継手）に同じ性質の物を使用することが一般的に推奨されていた。しかし、Ｙは、Ｘら（買主）に対して、契約締結時に過失によって上記の瑕疵（鋳鉄配管の設置）をＸらに告知せず、Ｘらは、瑕疵を知らないまま、本件建物を購入したため、不完全給付の債務不履行責任を負うべきである」とし、継手の交換費用（修補費用）の賠償を認めた。

Ⅱ　台民360条に基づく修補費用の賠償

また、上述のように、瑕疵担保責任の規定である台民360条によれば、品質の保証又は故意に瑕疵を告げない場合にも、原告は、損害賠償を請求できる。台民360条に基づき、修補費用を認めた裁判例は、次のとおりである。

⑪　L【14】

賃借した土地の土壌が汚染されていた本件において、台北地方法院94年（2005年）重訴字185号判決は、賃貸人の契約による品質保証責任を認めた上で、227条より360条のほうを優先的に適用し、土壌汚染のためにさらに支出した費用（工事現場に化学土壌を布で被せる費用、環境局のサンプリングにかかる費用、汚染土の処理及び運搬の費用）が賠償されるべき損害であるとした。

⑫　B2【11】

売主が本件建物の地下室を掘ったときに、連続壁の瑕疵を知ったが、適切な措置をとることなく壁にけい酸カルシウム板をつけ、その瑕疵を買主に告知しなかった。台湾高等法院高雄分院96年（2007年）消字１号判決は、売主の瑕疵不告知という理由として、台民360条の後段によって、売主は不履行による損害賠償責任を負うべきであるとした。そして、賠償されるべき損害については、一審と同じく216条１項を引用して、もう一枚のRC壁とその設置によって生じた費用が賠償されるべきであると判断した。つまり、本件で賠償されるべき損害は、地下室の外壁の補強に必要な費用（147万4178元）等であった。

⑬　B1【39】

台湾高等法院87年（1998年）上字1070号判決は、「商品を製造する大企業は、商品の安全性、及び衛生上の危険がないことを保証する。これは、商品の製造者が社会に対して果たしうる、商品に関する最も基本的な保証である。したがって、Y（建築主）は建築した本件建物の売買契約において約束した瑕疵担保責任のほか、『安全、及び衛生上の危険がない』品質の保証責任を負う。また、売主が引き渡した目的物に瑕疵がある場合に、瑕疵担保責任を負うほか、不完全給付の債務不履行責任も負うべきである。YがZ（売主）に引き渡した本件建物には瑕疵があるため、X（買主）はZを代位し、Yに対して、不完全給付の規定に基づき追完を求めることができる。Xは瑕疵を発見した後、ZとYに対して追完を要求したが、応じてもらえてなかったため、自ら修補をした。したがって、XはZを代位してYに対して台民360条に基づき修補費用を請求できる」と判断した。

⑭　B2【15】

台湾高等法院93年（2004年）重上字264号判決は、売主の保証責任を認め、台民360条に基づき、同法213条１項によって、賠償されるべき損害は原状回復のために必要な費用であるとした。原状回復のために必要な費用とは、建替えのために必要な費用である。すなわち、取壊しの費用、改築の期間中に増加した家賃の費用、引越し費用、改築の設計費用、そ

して建築費用等である。

一方、ごく少数ではあるが次のような例もある。B2【23】における台湾台北地方法院100年（2011年）訴字915号判決は、「X（買主）は30万8657元の修補費用を請求したが、修補費用の性質は損害賠償の原状回復費用であるため、別の規定に基づいて請求すべきである。台民360条により損害賠償を請求できるが、X は既に代金減額を請求したため、損害賠償の性質を有している修補費用を請求することはできない」として、修補費用の賠償を否定した。

ウ　小括

売主が台民360条に基づき品質保証の責任、故意に瑕疵を告げなかった責任、そして227条に基づき不完全給付責任を負う場合に、修補費用の賠償が認められているが、359条に基づき、売主の帰責性が問われない代金減額によって、修補費用が認められる判決も多数存在している。すなわち、修補費用の填補は売主の帰責を要件とする債務不履行の損害賠償によってのみ認められるわけではない。数多くの判決は、代金減額の枠内で、修補費用の賠償問題を解決している。

### （3）修補できない価値減損

不動産に瑕疵が発生する場合に、買主が目的物の価値減損を主張するにあたって、修補費用を代金減額として請求する例も多くみられる。しかし、瑕疵は修補したが、その瑕疵によって目的物の市場価値がまだ回復に至っていない場合がある。そのような価値減損を賠償するか否かが裁判で争われている。修補できる価値減損は「技術性価値減損」といわれ、修補できない価値減損は「取引性価値減損」といわれる。その区別は、損害賠償の方法とその範囲に関わっている。まず、その区別を紹介する。

台湾では、損害賠償の方法に関して、台民213条から215条までの規定と台民196条（不法行為に関する規定）が設けられている。213条１項では、損害賠償の方法の原則が掲げられている。すなわち、原状回復である。ここでいう原状回復とは、損害が発生する前の元来の状態に回復することではなく、損害が発生しなければあったはずの状態に回復するこ

と[30]である。したがって、損害が発生した後の財産変動の状態も考慮しなければならない[31]。それは損害賠償の範囲を規定する216条を合わせてみれば明らかである。つまり、被った損害だけでなく、失った利益をも填補しなければならない[32]。そして、214条、215条と196条は、その例外である金銭的賠償の規定である。214条は、加害者が原状回復の催告に応じない場合の規定であり、215条は、原状回復が不可能又は著しく困難である場合の規定である。

台民213条２項は、原状回復が金銭により行われる場合に、損害発生時から利息を計算するという規定であり、同条３項は、原状回復の代わりに、必要な費用を請求できるという規定である。後者の規定は、1999年債編改正の際に新設された規定である。原状回復をそもそもの原則としてきた台湾法において、金銭的賠償をいつ請求できるかについては、改正前は、最高法院判例の見解に縛られていた。つまり、最高法院60年（1971年）台上3051号判例が依拠すべき判断基準とされていた。当該判例は、「損害賠償の方法は、原状回復を原則とし、金銭的賠償を例外とする。したがって、損害が発生した後、原状回復が可能な場合に、被害者が加害者に対して賠償を求めるときは、まず原状回復を求めねばならない。法律の規定又は契約の約定がない限り、直ちに金銭的賠償を請求することはできない」と明言する。この判例は、被害者にとって不都合があるとの批判を受けていた。その後、改正により、213条３項の規定が設けられ、当該判例も最高法院によって廃止された。

原状回復の例外規定については、1999年債編改正により、もう一つの規定が修正された。それは台民196条の規定である。旧196条は、「不法に他人の物を毀損した者は、被害者に対してその物が毀損によって減少した価額を賠償しなければならない」と規定していた。この規定による

---

[30] 曽世雄（詹森林續著）『損害賠償法原理』（新学林、2013年11月３版）176頁、王千維「由民法第二百十三條第三項修正看我國民法物之損害賠償責任理念的變動」政大法学評論第74期（2003年６月）５頁。

[31] 王澤鑑「回復原状與金銭賠償－損害賠償方法的基本架構」月旦法学雑誌第127期（2005月12日）199頁。

[32] 王（千）・前掲注30）４頁。

と、自分の物を毀損された被害者は、その物の価値減損しか加害者に対して請求できない。そこで、最高法院の決議により、被害者に同人が修補費用を請求できる道を開いた。それが、最高法院77年９次決議である。当該決議は、「物が毀損されたときに、被害者は（旧）196条に基づき賠償を求めるほか、民法213条から215条までの規定の適用を排除されない。（旧）196条に基づき、毀損による物の減少価額の賠償を請求する場合には、修補費用で算定することができる。しかし、必要な費用に限る（例えば、修理の材料に新品を使用する場合には経年使用などによる減価分を控除する）。被害者は、毀損によって減少する物の価額が、必要となる修補費用を超えることを証明できれば、その分の賠償も認める」というものである。この決議は、被害者に対して原状回復（修補に必要な費用）の請求ができる選択肢を与えたが、その論理については批判もある。つまり、原状回復の原則を価値減少の算定に織り込むために、損害賠償の方法の体系が崩されてしまう[33]。換言すれば、催告なしに金銭的賠償を請求できないと規定した214条の意味がなくなる。

このように最高法院77年９次決議は、原状回復の原則に従い、修補費用に加えて、新たに発生した価値減損が立証されれば、その賠償を請求することができると提示する。しかし、修補すなわち原状回復がなされたにもかかわらず物の価値減損が発生する場合、被害者はこれも賠償請求できるのかという問題については、最高法院58年（1969年）台上989号判決がこれを否定した。事案は、Y（上告人）が住宅を取り壊し、映画館を建て替えようとしたところ、工事中に隣地の防護をしっかりしなかったため、X（被上告人）が所有する建物の壁が工事によって沈下したものである。Y が依頼した会社に修補してもらったが、原状回復には至らなかった。そこで、X は Y に対して修補請求をし、建物の価値減損の賠償を請求した。修補請求は確定したが、価値減損の部分について、最高法院は次のように述べて、これを認めなかった。「原審が、Y に修補を命じたため、既に原状回復の目的を達成した。しかし、さらに価値減損の賠償も認めた。そうすると、X は二重の利益を得ることになる。

[33] 王澤鑑「物之損害賠償制度的突破與發展」法令月刊第39巻第10期（1988年10月）14頁。

（旧）196条に、他人の物を毀損した者は、被害者に対して毀損により減少した価額を賠償するという規定があるが、これは、被害者が原状回復を請求せず、金銭的賠償により請求する場合に限り適用する」。この判決をきっかけに、ドイツ法における技術性価値減損（technischer Minderwert）と取引性価値減損（Merkantiler Minderwert）の概念[34]が注目されることとなった。前者は、毀損された物の本来の外見及び効用を回復するために必要な修補費用を指し、後者は、修補後にも残存する取引価値の減少を指す。すなわち、当時の修復技術の制約を受け、排除することのできない毀損された物の価値減損である[35]。台湾民法において、技術性価値減損を認める根拠とされているのは修補費用であり、金銭的賠償に対する理解の違いによって、213条によるという見解[36]もあれば、214条による見解[37]もある。取引性価値減損を認める根拠についても見解が分かれている。196条に求めるもの[38]もあれば、215条に求めるもの[39]もある。前者は、取引性価値減損が仮定的な概念であり、原状回復によってカバーできないため、その根拠は原状回復を規定する213条、213条を補充する214条と215条にはなく、「毀損により減少した価額」という文言がある（旧）196条にあるとする。後者は、台湾民法215条に相当するドイツ民法251条の規定を参考にして、取引性価値減損の賠償は、215条の「回復不可能」な場合にあたるとする。したがって、学説は、取引性価値減損の賠償に対して積極的な立場に立つが、その法律構成がそれぞれ異なるだけである。実務においては、最高法院77年９次決議が、技術性価値減損と取引性価値減損の両方を積極的に認めてきた。

最高法院77年９次決議は、不法行為による損害賠償の範囲に関するも

---

[34] 王・前掲注33）11頁。

[35] 黄茂栄「技術性貶値、交易性貶値」『民事法判解評釈』（植根法学叢書編輯室、1978年９月）271頁。

[36] 黄（茂）・前掲注35）271頁。

[37] 王・前掲注33）11頁。214条における金銭的賠償は、原状回復の必要な費用であると解釈する。

[38] 黄（茂）・前掲注35）271-272頁

[39] 王・前掲注33）11頁。馬維麟「我国最高法院歴年來判決之檢討與分析」萬國法律雙月刊第89期（1996年10月１日）53頁。

のである。裁判所は、この法理を、契約責任である瑕疵担保責任による代金減額又は債務不履行責任による損害賠償の範囲を確定する場合にも、引用している。つまり、瑕疵により、目的物に価値減損が発生する場合、その目的物にある瑕疵を修補する費用の賠償が認められ、さらに、修補費用以上に目的物の価値が減損していた場合、それも賠償されるべき損害として認められる可能性がある。

修補しても回復できない価値について、それを損害として賠償すべきか否かをめぐって、最高法院と高等法院との間を行き来した事案B1【1】がある。建物に傾斜及び不同沈下があるため、建設業者Y1と合建契約者Y2（以下、Yら）がそれを修補したが、買主Xらは、それでも価値の減損があるとして、Yらに対してその損害賠償を求めた。二審（台湾高等法院88年（1999年）重上字380号判決）は、「鑑定により、本件建物が安全であると判断されたとしても、正常の価格で販売することはできない。なぜならば、不動産の市場価格は、単に建物自体の価値だけによって形成されたことではなく、経験則により、心理的な要因が価格形成にも影響を与える。それゆえ、本件建物に施工時に瑕疵が既に存在していたため、その後、安全性の補強があったとしても、心理的な要因による価格減損がまだ残る」として、総合的に事情を斟酌し、不完全給付責任に基づき、本件不動産価格の５％を損害として認めた。

最高法院（最高法院91年（2002年）台上字2368号判決）は、原審の「総合的に事情を斟酌」した点を問題視し、原審は心証を形成した理由を説明していないとして、その判断を破棄し、事件を原審に差し戻した。差戻審（一）（高等法院92年（2003年）重上更（一）字24号判決）は、「社会通念によれば、住宅購入の通常の効用は、居住の用に供することであり、居住の用に供する上で最も大切なのが構造の安全性である。本件においては、Y1が本件建物をX1らとX2らの前主に引き渡した際に、前記の瑕疵が存在するという事実があったが、修補は不可能ではなく、本件建物が本来の構造の設計強度にまで回復されたため、原状回復が不能又は困難である事情はうかがえない。したがって、本件建物は社会通念上の通常の効用又は契約に予定された効用を満たしたと判断すべきである」として、Yらの責任を否定した。X1らとX2らは上告した。

最高法院（最高法院93年（2004年）台上字381号判決）は、Yらは目的

物に瑕疵がないことを担保すべきであるとした。損害賠償の目的は、損害を填補し、損害が発生する前に有すべき状態を回復しなければならないことにある。その場合には、事故が発生した後の変動状況も考慮しなければならない。したがって、物が毀損された場合、被害者は、修補又は修補費用の賠償による物理的な原状回復を求めるほか、物の毀損による取引価値の減少分の賠償をも請求することができる。本件建物の瑕疵は、地下２階にあり、両当事者は合意により本来の設計強度までに補強したが、X1らと X2らの「物理的」な瑕疵による技術的な価値減損しか填補されておらず、「取引上」の価値減損の填補に及ばなかったとして、原審の判断を再び破棄し、本件を原審に差し戻した。差戻審（二）（高等法院93年（2004年）重上更（二）字30号判決）は、あらためて、X1らと X2らが一審において主張した瑕疵による損害の存否を判断したが、結局否定した。X1らと X2らは、本件建物の経済的価値は、瑕疵があるため減価償却の加速によりさらに減少すると主張した。これに対して、差戻審（二）は、鑑定書からはそのような事実がうかがわれないとして、その損害賠償を否定した。また、差戻審（一）の見解を維持し、瑕疵は、修補され、本来の設計強度にまで回復したため、瑕疵があるとはいえないとした。つまり、瑕疵は追完され、本来の構造設計強度と一致するため、存在しない。これに対して、X1らと X2らは、再度上告した。

最高法院（最高法院95年（2006年）台上字625号判決）は、次のように判示して、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。瑕疵の存在（柱が設計図面上あるべき位置からずれていること）は明らかであり、Y1は建設会社であるため、それに気付かないわけがない。そして、修補により、本来の構造の設計強度に回復したが、効用の瑕疵が追完されただけである。修補後においても、まだ価値減少の瑕疵があり、それを追完できない場合には、X1らと X2らは給付不能の規定に基づき（台民227条による）損害賠償を請求することができるとし、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。そして、X1らと X2らは控訴を撤回した。

また、B1【31】では、価値減損分の賠償を認めるか否かについて、最高法院まで争われた。最終的に、最高法院（最高法院104年（2015年）台上523号判決）は、「損害賠償は損害を填補することを目的とし、損害事故が発生する前のあるべき状態を回復することが本件では求められる。

その際には事故発生後の変動状況をも考慮すべきである。したがって、物が毀損された場合に、被害者は修補又は修補費用の賠償を請求し、物理的な原状を回復させるほか、毀損による取引上の価値減損も請求できる」と述べた。そして、目的物の瑕疵は修補できるが、「このような修補は、本件建物の『物理上』の瑕疵により生じた損失しか填補できず、本件建物の『取引上』の価値減損の損失に及ばない。原審がこの点を斟酌しなかったのは不当である」とした。

上に最高法院判決は損害賠償の範囲に関する一般論を述べ、建物に物理上の瑕疵がある場合に、その瑕疵による損失を填補するほか、取引上の価値減損をも考慮すべきであるとした。しかし、同判決は、修補とは別の価値減損分が、代金減額によって認められるのか、あるいは損害賠償によって認められるのかは、明らかにしていない。

さらに、同じ最高法院で、修補費用の賠償以外に価値減損が発生するならば、それも賠償すべきであるとの見解が出されている。B1【5】の二審（台湾高等法院98年（2009年）重上字28号判決）は、「建物の主要な機能は、居住の用に供されることだけでなく、価値のある資産として保有されることにもある。建物には1/61、1/56度の傾斜があるため、本件建物の価値は減少し、瑕疵がある」と認定した。代金減額については、鑑定により、目的物の引渡し時である2008年５月20日を基準とし、当時の価値減損（補強と修補費用、153万1983元）を減額すべき代金とした。しかし、二審は、和解により建物の傾斜を引き起こした第三者の建設会社が同意した賠償額（補強と修補費用、159万2448元）が、その価値減損分を超えているため、代金減額を認めないとした。最高法院（最高法院100年（2011）上字2200号判決）は、「建設会社が賠償に同意した金額は建物の補強及び修復に必要な費用であり、建物の価値減損の賠償ではない。したがって、買主に対して建物の価値減損が既に填補されたため代金減額を求めることができないとは必ずしもいえない」と述べた。最高法院は、第三者である建設会社が買主に対して修補費用を賠償したとしても、瑕疵により建物に価値減損が発生していた場合、売主は瑕疵担保の代金減額の責任を免れないとしたのである。

このように、最高法院は、瑕疵がある不動産に対しては、代金減額請求か損害賠償請求かにかかわらず、修補できない価値減損が存在する場

合には、その填補も必要であるとしている。そして、前記の最高法院77年第９次決議が損害賠償法の共通する法理であるために、下級審の裁判例の中にも、当該法理を、台民359条の瑕疵担保責任に基づく代金減額の場合にも台民227条の不完全給付責任に基づく損害賠償の場合にも適用すると明言するものがある。例えば、B2【40】の福建金門地方法院98年（2009）訴字13号判決は、塩素含量超過の事件であり、売主が瑕疵を故意に告げなかったため、瑕疵担保責任又は不完全給付責任を負うべきであると判断したものである。そして、買主が請求できる代金減額又は損害賠償には、「技術上の価値減損」（修補費用）と「取引上の価値減損」とが含まれるとした。

上記のように、裁判例は、修補しても回復できない価値減損が目的物に存在する場合に、その分の価値減損を認める傾向にあることがわかる。この「取引上の価値減損」について、どのような要素が考慮されるのかを検討することは、買主がどのような損害を受けたのかについての理解に資するため、さらに検討する必要がある。本稿が取り扱う裁判例によると、具体的に次のように整理できる。

ア　風評損害

海砂屋事件や建物傾斜事件の場合、瑕疵による目的物の物理的な損傷は、修補費用によって填補しうるが、不動産市場においては、当該不動産の物理的な損傷が修復されたとしても、風評や嫌悪感による市場価値の減損が発生することはよくみられることである。また、自殺の発生などによって建物に対する嫌悪感が生じた場合、不動産そのものに物理的な損傷はないが、市場価値が下落することもよくあることである。買主が瑕疵担保の代金減額又は債務不履行の損害賠償として風評損害の賠償を請求する場合、裁判例もこれを考慮している。

（ア）物理上の損傷及び塩素含量の超過（海砂屋）

上記の最高法院77年９次決議が示したのは、修補費用による価値減損が賠償された後においても、不動産の価値が回復されえない場合に、その減損した価値をも賠償されうる、ということである。この決議は（旧）台民196条の不法行為の損害賠償に関するものであるが、瑕疵担保責任

の代金減額に基づく価値減損の場合にも引用される。つまり、この決議の見解に従い、代金減額において、修補費用によって填補されえない風評被害による価値減損も賠償されうることとなる。

この決議を明白に引用する判決がいくつかある。例えば、B1【23】において、士林地方法院99年（2010年）訴字215号判決は、「修補費用とは、性質上、瑕疵の建物に対する影響を除去し又は減少させる費用であり、その額は価値減損の最低の算定基準とすべきである。瑕疵により減少した価額が修補に必要な費用を越える場合に、買主はその差額も請求できる（最高法院77年９決議の要旨を参照）。水漏れや、コンクリートの塩素含量が高く、完璧に無瑕疵の状態に回復することができない場合（特に塩素含量が高いとき）、水漏れの建物、海砂屋の風評被害や『凶宅』などは、不動産取引の裁判例においてその目的物の価格に影響する重要な要素となる。したがって、単に修補費用のみにより代金減額を算定することは買主にとって不公平である」と述べ、売主が主張した修補費用（鑑定により、27万元余り）による算定を否定し、代金減額の算定に関する乙説をとり、価値減損（一審：191万元余り、二審：121万元余り）を代金減額として算定した。また、修補費用が代金減額として認められた海砂屋の問題に関する判決（B2【27】の台北地方法院99年（2010年）訴字369号判決、B2【36】の新北地方法院101年（2012年）訴字1879号判決）は、必要となった修補費用以上の価値減損が立証されなかったため、訴えを認めなかったが、最高法院77年第９次の決議に言及し、それ以上の価値減損が立証されるならば、その分の代金減額も認められる可能性があるとした。

また、上記決議に言及しないものの、風評被害による価値減損が賠償されるべき損害として認められた事案もある。例えば、コンクリートの塩素含量が高い事案であるB2【8】においては、最終的に両当事者が代金減額に合意して和解したが、台北地方法院96年（2007年）訴字5460号判決は、補強したとしても価値減損が発生するため、その部分も代金減額（不完全給付責任の損害賠償の一種）として認めるべきであると述べていた。つまり、「補強をしなければ、通常の効用（筆者：効用減少の瑕疵）に戻ることができない。そして、補強をしたとしても、その取引価格は正常の建物の価格（筆者：価値減少の瑕疵）より低くなることは

避けられない。この部分も売主が担保すべきである」とし、「本件建物は物理上修繕され、その構造が補強されたが、消費者は心理的な要素により当該不動産を購入する意欲を低減させられる」ため、代金減額の判断にその視点を入れるべきであるとした。同じ海砂屋の事件であり、B2【16】の差戻審（高等法院90年（2001年）上更（一）字220号判決）は、売主の品質保証責任を認めた上で、「建物に標準を超える塩素を含むコンクリートが使われたことが知られた場合、当該建物を修復したとしても、買い手に対して心理的な影響を与えることは一般的なことである。したがって、原審が鑑定を嘱託し、その結果により算出された心理的な要素による価格減損」の賠償を認めた。

また、B2【26】の台北地方法院100年（2011年）訴字2731号判決も、塩素含量が国家標準を超えるという事実は、「建物構造の安全性という物理的な要素以外に、消費者の心理的な側面にも影響する要因となる。そのような心理的な要因により、当該不動産の購入意欲が下がり、その取引価格は正常な建物よりも低くなる。いわゆる風評被害による価値減損である」と述べ、契約締結時の価値減損を算出し、その分の代金減額を認めた。B2【38】の新北地方法院99年（2010年）重簡字365号判決も、鑑定では、物理的及び性能上の要因が考慮されるほか、心理的な要因も考慮されるとし、それらをもとに契約締結時の価値減損分を算出し、それを代金減額とした。B2【35】の新北地方法院101年（2012年）訴字423号判決も同じ見解をとり、代金減額を認めた。B2【29】の士林地方法院98年（2009）訴字1354号判決は、売主の瑕疵担保責任（品質保証責任）を認め、代金減額として、風評被害を考慮した価値減損（53万1585元）の鑑定を採用した。

しかし、数少ない例ではあるが、修補費用と価値減損とを請求した買主に対して、修補費用は損害賠償請求によるべきであり、代金減額請求によるべきでないと述べ、風評被害による価値減損のみを認めた裁判例もある。例えば、B2【23】の台湾台北地方法院100年（2011）訴字915号判決は、売主の瑕疵担保責任を認めた上で、鑑定により、「風評被害による心理的な要素、近年裁判所の判断、塩素含量の超過により将来の不動産の建替えからみる土地の残存価値等を考慮し、本件不動産が塩素含量の超過により減損された割合は35.06％である」として代金減額を算出

したが、修補費用（損害賠償の性質）のほうは認めなかった。

塩素含量超過の事案以外にも、修補費用のほかに風評被害による価値減損が認められる事案がある。例えば、建物の傾斜が瑕疵であると判断したB1【6】の士林地方法院90年（2001年）訴字201号判決は、「代金減額について、嘱託鑑定を依頼された証人の証言によれば、『本件建物に亀裂等の実質的な損害はないが、心理的な影響が重要である』とある。鑑定は、本件不動産の傾斜により生じた不便、居住に対する恐怖、市場競争力の低下、修繕費用の増加、減価償却の加速という要素を考慮し、価値減損を算出した」とした。B1【8】も同様の事案であり、台北地方法院99年（2010年）訴字1611号判決は、代金減額を訴訟で行った鑑定によって算出したが、「建物の傾斜によって発生した価値減損には、直接的な減損、すなわち、傾斜の修復又は損傷の回復による費用のほか、『間接的な減損』、いわゆる風評被害による減損もある。本件建物の傾斜率が1/81-1/273であるということは、正常な使用であれば居住安全に問題はないが、将来、これを売却するとき、本件建物の瑕疵に対する心理的な要因によって取引価値減少の損害が発生することを意味する。したがって、前記の鑑定（本件において別の鑑定）により算出されたものは代金減額の算定の根拠とならない」とした。

上記のように、風評被害による価値減損は多くの事案において認められるが、認められない事案もいくつか存在する。例えば、建物に水漏れの瑕疵があると判断されたB1【22】において、一審（士林地方法院99年（2010年）訴字919号判決）は、嫌悪施設の不動産に対する影響についての資料（「大台北地区各主要嫌悪施設対不動産市場価格変動的影響比較表」）を参考にし、減価分を算出した。しかし、二審（台湾高等法院101年（2012年）上易字1156号判決）は、価値減損分の算定について、一審は水漏れと無関係な嫌悪施設に関する減価資料を参考にした鑑定を採用したため、それは不適切であると指摘した。また、水漏れは既に買主によって修補された（修補費用の賠償は別問題）ため、契約締結時の価値減損について斟酌する必要はないとし、買主の代金減額による価値減損の請求を否定した。

B2【14】において、二審（台湾高等法院102年（2013年）上字1279号判決）は、瑕疵がある建物を修補、補強することにより通常の効用の状態に戻

すことができるため、修補後の風評被害による価値減損は発生しないとした。また、買主がその後、隣の部屋も購入することを勘案すると、当該建物が修補された後までも、取引価値に影響が及ぶことはないと判断できるので、風評被害による価値減損の請求を認めることができないとした。

前者（B1【22】）は水漏れの事件であり、通常、水漏れを修補でき、修補すれば、建物の通常効用は回復する。したがって、裁判所はそれ以上の価値減損を認めないと考えられる。後者（B2【14】）の塩素含量超過の事案においては、ほとんどの場合に風評損害が発生するが、発生しない場合もあることがわかる。その判断基準も修補できるか否かであるが、買主の行動などによって市場価値が下がっていないと判断されるときに、価値減損は発生しないとされる。

（イ）嫌悪施設、自殺

台湾では、自殺などの事故が発生した不動産、又は周辺に嫌悪施設が設置された住居も、心理的ないし環境的要因により市場価値が下落する。このような心理的ないし環境的瑕疵はそもそも修補することが不可能であるため、本稿で取り上げた裁判例は、価値減損の賠償請求がほとんどである。また、買主は、台民359条の代金減額に基づき、その価値減損分を請求する場合が多い。これらの事案は、次のように整理できる。

まず、自殺などの死亡事件が発生した不動産について、瑕疵が肯定されれば、当該不動産の市場価値は必ず下落するため、価値減損の賠償が認められる。

これらの事案には、次のようなものがある。B4【8】における台北地方法院101年（2012年）訴字3888号判決（減価率17％）、B4【10】における台中地方法院101年（2012年）重訴字130号判決（減価率25％）、B4【12】における台湾高等法院台中分院103年（2014年）上字360号判決と台中地方法院102年（2013年）訴字2178号判決（減価率25％）、B4【14】における台湾高等法院台南分院98年（2009年）上字145号判決（減価率35％）、B4【15】における台南地方法院99年（2010年）訴字726号判決（減価率４％）、B4【16】における台南地方法院101年（2012年）訴字13号判決（減価率15％）、B4【17】の台北地方法院102年（2013年）訴字3176号判決（減価率

４％）、B4【19】の台北地方法院99年（2010年）訴字2175号判決（減価率15％）、B4【20】の台北地方法院96年（2007年）訴字8434号（減価率15％）がある、B4【21】の新北地方法院99年（2010年）訴字318号判決（減価率40％、請求のまま）、B4【22】の新北地方法院100年（2011年）訴字378号判決（減価率15％）、B4【24】の新北地方法院102年（2013年）訴字587号判決（減価率12.5％）、B4【25】の新北地方法院96年（2007年）訴字1393号判決（減価率30％）、B4【26】の桃園地方法院101年（2012年）訴字150号判決、B4【28】の嘉義地方法院100年（2011年）訴字513号（減価率15％）、B4【29】の高雄地方法院100年（2011年）訴字68号（減価率22.5％）、B4【31】の新竹地方法院102年（2013年）訴字550号（減価率15％）。ほとんどの場合、買主は台民359条に基づき代金減額を請求している。裁判所も、瑕疵（価値減損の瑕疵）を認定した場合には、売主に瑕疵担保責任を負わせ、代金減額を認めている。

そして、当該不動産が「凶宅」であるために、どれほど価値が下がるかについて、裁判所は鑑定報告を参考にする。これらの裁判例によれば、このような事案の減価率として、15％－25％と判断する傾向がみられるが、裁判所は、鑑定の結果をそのまま受け入れるわけではなく、いくつかの視点から検討し、調整する。どのようなことを考慮するかについては、判決文を読む限り、次のように整理できる。

a　死亡の態様

B4【15】は工事による死亡事件である。一審（台南地方法院99年（2010年）訴字726号判決）において、当事者が鑑定を否定したため、裁判所は減少した価値を判断した。つまり、本件死亡の態様が一般の自殺と異なるため、減価率も低くなる（４％）とした。しかし、二審（台湾高等法院台南分院100年（2011年）上易字44号判決）は瑕疵を否定した。

b　目的物の立地

B4【10】の台中地方法院101年（2012年）重訴字130号判決は、買主が請求した代金減額に対して（代金の50％）、目的物の立地が良いこと、自殺事件後にも正常に営業と居住が可能であること、発生の時点が契約時より５年前であることなどを考慮した上で、減価率（25％）を算出した。

c　事件発生時間の遠近

B4【24】の新北地方法院102年（2013年）訴字587号判決は、事件の発生時点が契約時より10余年前であったため、買主の主張した減額幅を引き下げた。また、B4【31】の新竹地方法院102年（2013年）訴字550号判決も、事件の発生が契約時より20年前であったため、価値減損の程度も時間の経過により薄まっていくとし、減価率を調整した。一方、B4【16】の台南地方法院101年（2012年）訴字13号判決は、目的物の周辺地域の「凶宅」に対する嫌悪の程度を考慮し、事件後５年が経過しても、嫌悪の程度が下がっていなかったため、鑑定により算出された減価率（15％）を調整しないとした。

d　事件発生後、目的物の使用状況

また、前記B4【10】の判決は、自殺事件後にも正常に営業と居住が可能であることを考慮した鑑定結果を採用した。

e　目的物の周辺地域における嫌悪の程度（地域性）

B4【14】の台湾高等法院台南分院98年（2009年）上字145号判決は、地域性を考慮して減価率を上げた(35％)。つまり、嘉義という地方では「凶宅」に対する嫌悪感が他地域より強いため、減価率を上げた。また、前記B4【16】の一審判決は、目的物の周辺地域の「凶宅」に対する嫌悪の程度を考慮して、減価率を調整しないとした。

f　市場価値と代金との差

B4【9】の台湾高等法院101年（2012年）上易字930号判決は、瑕疵なき目的物の価値が代金を上回ったため、請求金額を下げた。B4【15】の台南地方法院99年（2010年）訴字726号判決は、死亡の態様を考慮して減価率を算出したが、契約締結時の瑕疵なき市場価値が代金を超えていたため、減価率をさらに下げた（４％）。

これらの事案において、代金減額の算定方法は相対的な方法（乙説）が多く採用されている。

嫌悪施設の事案は比較的少なく、価値減少の程度も高くない。B4【32】

の高等法院103年（2014年）上字1456号判決では、墓地の歴史が200年であったために、目的物の価格に対する影響も軽微であり、減価率も2.5％と認定されている。B4【33】の台湾高等法院台中分院89年（2000年）重上字83号判決では、買主は20％の減額を請求したが、裁判所は下落した価値は２％であると判断した。建物の寝室の真上にトイレが設置され、天井にトイレ排水管の修理口が設置されたB4【35】において、台湾高等法院高雄分院98年（2009年）上易字206号判決と高雄地方法院98年（2009年）雄訴字４号判決は、鑑定による結果を採用した。つまり、トイレが寝室の真上に設置され、その排水管の修理口も寝室の天井に設置されたことにつき、実際の使用への価値減損と取引市場に反映する価値減損とを合わせて、減価率は10.94％と算定された。これらの事案においても、嫌悪感による価値減損は、民法359条に基づいて認められている。

このような事案においては、自殺又は嫌悪施設の不存在に関して保証したこと、又は告知しなかったことに対する、売主の瑕疵担保責任又は不完全給付に基づく損害賠償責任が認められうるが、ほとんどの場合、価値減損のみが請求されているため、代金減額請求によって処理されている。例えば、B4【8】の一審判決、B4【9】の二審判決とB4【17】の判決においては、売主の品質保証責任が認められた。また、B4【35】の判決においては、売主が故意に瑕疵を告げなかったことも認められた。そして、B4【10】の一審判決においては、自殺の発生は取引上重要な情報であるため、瑕疵担保責任の範囲内に入り、売主がその瑕疵を告知しなかったために不完全給付責任も成立するとされた。B4【12】の一審判決とB4【25】の判決においては、売主は買主に瑕疵を告知しなかったとされ、不完全給付責任が認められた。

これらの裁判例によれば、風評又は嫌悪感による価値減損の賠償は、瑕疵担保責任の台民359条による代金減額に基づいて認められている。したがって、風評又は嫌悪感による価値減損の賠償は、帰責性のない売主に対しても、代金減額によって請求することができる。

イ　使用不便等による価値減損

瑕疵が修補されたとしても、当該目的物が完全な使用状態に回復されない場合もある。このような使用不便による価値減損の賠償を認めるか否かについて争われた裁判例がある。建物の購入後に、国家標準を超える塩素を含む海砂を使ったことによって耐震強度が弱まった瑕疵が判明したB2【7】は、売主の不完全給付責任を認めた上で、賠償されるべき損害として、買主が請求した修補費用以外の「価値減損」を認めるか否かについて争われた事案である。最高法院93年（2004年）台上字1041号判決は、まず、台民360条（品質保証の責任）を適用した台湾高等法院92年（2003年）重上更（一）字58号判決に対して、法律構成が間違いであると指摘した。そして、原審（差戻審（一））において、売主Y1の次のように、抗弁として主張した重複賠償について、さらなる審理が必要であるとし、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。つまり、鑑定によれば、「本件建物の構造は、法律上に定められた基準に適合しており、一般の使用には問題がない」、「本件建物は瑕疵の修補ができるため、修補後には『構造設計のコンクリート強度』を満たす」、「本件建物が修補によりよく手入れをすれば、一般鉄筋コンクリートの使用年数の60年をもつ」ということから、買主Xらが請求した損害填補の費用（筆者：修補費用）と「建設の減損価値」とは同じ損害項目であろう。

差戻審（二）（台湾高等法院93年（2004年）重上更（二）字79号判決）は、Y1の不完全給付責任を認め、Y1の重複賠償（修補費用と「建築の価値減損」）の抗弁を次の理由により否定した。つまり、「『よく手入れをすれば』とは、巨額の費用を使うということであり、瑕疵なき建物に使う『手入れ』の費用とはるかに異なっている」、「本件の瑕疵は、使われたコンクリートに塩素を含む海砂が入っていることにあり、瑕疵は建物の全体に及んでいる。一部の修補を行っても、本件建物の減損した価値は回復できない」という理由により、Xらが修補費用のほかに請求した「建設の減損価値」を認めた。Y1は上告したが、最高法院により棄却された。

この事件では、修補費用以上の価値減損が賠償されるかが争点となった。結局、裁判所は、修補費用の賠償以外に、瑕疵の存在により、目的物の利用において増加する手入れの費用を考慮し、それによる価値減損も賠償すべき損害とした。

一方、使用不便による価値減損が修補により填補されれば、当然、そ

の賠償は認められないこととなる。建物に傾斜や水漏れの瑕疵があったB1【17】においては、売主に帰責性があると判断され、不完全給付の損害賠償責任が認められた。買主は、差戻審（一）（台湾高等法院台中分院96年（2007年）建上更（一）字21号判決）で、損害賠償又は代金減額として、工程性補償（技術性価値減損に相当する）と非工程性補償（取引性価値減損に相当する）とを請求した。非工程性補償は、中華民国建築技術学会鑑定手冊（以下、鑑定手引）を参考にしたものである。すなわち、建物の傾斜が1/200以上、1/50以下で、安全性に問題がない場合に、修補費用のほかに、使用不便の程度により、建替え工事費用の60％を補償するというものである。差戻審（一）がそれを斟酌しなかった点を、最高法院は問題視した。差戻審（二）は、本件建物の傾斜度は上記の鑑定手引の補償基準に達しておらず、その使用の不便は建物の傾斜によってもたらされたが、修補によって直すことができるとして、非工程性補償を否定した。

不完全給付の損害賠償請求に基づき、使用不便による価値減損が認められる事案だけでなく、瑕疵担保責任の代金減額請求に基づき、それが認められる裁判例も多数存在する。

建物傾斜の事件であるB1【2】の一審（台北地方法院98年（2009年）訴字678号判決）は、分譲建物全体の修補費用が契約代金とほぼ同じであったため、これを否定したが、非工程費用については認めた。その非工程費用は、台北市建築物工程施工損害隣房鑑定手冊[40]を参照して算出した。その中には、傾斜に起因する修補のほかに、使用不便及び価値減損が含まれるとした。二審（台湾高等法院99年（2010年）上易字469号判決）は、代金減額は不完全給付の損害賠償責任の一種であると述べ、修補費用については、買主が全体の修補工事において負担すべき部分の費用を認め、非工程費用については、一審の見解を受け継いだ。

[40] その手引きによると、目的物傾斜の補償費用の算定原則に関して、工事の施工による近所の損害は、民法上の不法行為であり、取引行為ではない。したがって、施工により、隣の建物の土台が弱まり、沈下及び建物の傾斜が起きた場合、補償費用としてあり得るのは、工程性費用と非工程性費用である。前者は、修補の費用であり、後者は、使用の不便及び価値の減損である。

また、B2【22】の台北地方法院88年（1999年）訴字1818号判決は、まず、買主が請求したにもかかわらず、売主が保証したとの事実がなかったために、売主の品質保証責任を否定した。そして、不完全給付責任については、瑕疵は契約成立前に発生し、売主に帰責事由もなかったため、不完全給付責任は発生しないとした。同判決は次のように述べて、瑕疵担保責任による代金減額請求のみを認めた。つまり、建物を修補しても、経済的価値減損が残る。この部分の代金減額は、本件建物に瑕疵がある場合と瑕疵がない場合にあるべき価値（筆者：客観的な価値）との間の割合により算定すべきである。鑑定によれば、本件建物が瑕疵により影響される割合は、建物自体、内装、維持管理の状況、面積、構造、材料及び使用の利便性等を考慮すると、10.5％である。したがって、瑕疵なき物の価値に10.5％を乗じた金額が代金減額である。同判決によれば、使用利便性の妨げを考慮する価値減損は瑕疵担保責任の代金減額によって認められることがわかる。

そのほか、代金減額を算定する際に、使用不便の要素を考慮する下級審判決がある。土地の下に浄水槽、U 型状物が設置されていることが判明した事案であるL【19】において、宜蘭地方法院95年（2006年）訴字20号判決は、これを瑕疵として認めた。すなわち、それらの物の存在が土地の完全な使用及び収益を妨げるため、正常な土地の客観的価値及び完全な収益と、そのような物が存在する土地の価値とは異なるものとなる。それにより生じた価値減損を、売主の瑕疵担保責任に基づき、代金減額として認める。そして、それらの物は除去することができるが、それはあくまで修補の問題であり、瑕疵の存在は否定できないとした。ここでは、買主が目的物の完全な使用を妨げられることにより生じた価値減損も瑕疵担保責任の代金減額として認められている。

また、B2【39】は海砂屋の事案であり、その塩素含量が基準を超えていたために瑕疵が認められたものである。新竹地方法院102年（2013年）訴字176号判決は、買主の代金減額請求を認め、修補費用及び価値減損（契約締結時を基準として計算したもの。不動産の権利、地域要素、個別要素、市場の状況、不動産の最も有効な利用状況などを考慮する。）の両方ともを認めた。

B2【32】も海砂屋の事件であり、契約に塩素含量について保証する条

款があったものである。士林地方法院98年（2009年）訴字859号判決においては、建物に、塩素含量が基準を超えるコンクリートが使用されていたため、瑕疵があると判断された。代金減額による価値減損の算定においても、「使用不便」、「入居後の心理的な要素」、「市場の競争力の低下」、「建物維持費の増加」、「減価償却の加速」などが考慮された。

建物傾斜の事案であるB1【6】の士林地方法院90年（2001年）訴字201号判決は、359条の代金減額を認めた上で、鑑定を依頼し、不動産の傾斜により生じた不便さ、居住に対する恐怖、市場競争力の低下、修繕費用の増加、減価償却の加速という要素を考慮し、各要素の減価比率を合わせて代金減額を算定した。また、建物の鉄筋強度の不足が瑕疵とされた事案B1【34】において、新北地方法院97年（2008年）重訴字547号判決は、代金減額の算定について、鉄筋を補強するための修補費用を認めたほか、鑑定により、補強した後に、部屋の使用空間が占められ、見た目も悪くなるため、その部分の価値減損（代金の15％）を認めた。

このように、瑕疵を修補しても改善されない使用不便が生じた際に、その使用不便による損害が賠償されるか否かについては争いがあるが、裁判例は、瑕疵担保責任による代金減額請求においても、これを肯定する傾向がある。

ウ　減価償却の加速による価値減損

瑕疵がある不動産は、その瑕疵により減価償却の速度が上昇し、当該不動産の価値が正常な不動産より低くなる。このような損害がどのぐらい賠償されるべきかについて判断する判決がいくつかある。

上記B1【1】では、売主が故意に瑕疵を告げなかったと判断された。そこで、買主は、瑕疵を修補したとしても減価償却の加速により目的物の価値減損が生ずると主張したが、差戻審（二）（台湾高等法院93年（2004年）重上更（二）字30号）は、これを否定した。差戻審（二）は、修補すれば原状に回復されるため、それ以上の価値減損を認めるべきではないという見解をとった。しかし、最高法院は、この見解を否定した。また、上記B2【32】の士林地方法院98年（2009年）訴字859号判決とB1【6】の一審と二審判決も、代金減額の鑑定において、減価償却の加速による価値減損を考慮した。

減価償却の加速による価値減損は、B1【1】で、売主の故意の不告知の責任（360条）に基づき損害として認められうると示されているが、代金減額請求のB2【32】とB1【6】の一審と二審判決においても、価値減損鑑定において考慮されている。したがって、減価償却の加速も代金減額の価値減損を判断する際の一つの考慮要素となる。

## ２　瑕疵損害－目的物自体以外の損害

これまで、目的物である不動産に瑕疵が存在し、その価値又は効用を回復するために買主が請求した修補費用又は価値減損を、裁判例がどのように判断するのかについて検討した。瑕疵ある目的物自体の損害の問題である。しかし、不動産売買では、それ以外、つまり、瑕疵の存在により、買主がさらに費やした費用や転売利益の損失などが発生する場合もある。以下は、それらの損害が裁判でいかに判断されるのかについて検討する。

### （１）設計変更による損失

瑕疵の存在により、当該不動産の本来の使用計画を変更する場合がある。そのような変更により、さらに費用を支出し、又は既に支出した費用が無駄になることがある。そのような損失をどのように賠償認定するかが問題となる。

L【7】は、土地の一部が道路用地として指定されていたため、買主が予定した建築計画を変更せざるを得なくなった事件である。買主は、売主に対して、台民360条又は台民227条に基づき、その変更によって増加した費用を損害として請求した。一審（彰化地方法院94年（2005年）訴字413号判決）は、売主の保証による瑕疵担保責任を認め、代金減額の請求を認容したが、最高法院77年７次決議を引用し、本件瑕疵は契約締結前に発生したため、不完全給付責任は成立しないとした。そして、建築計画の変更による支出の増加を損害とし、その賠償は不完全給付責任によるべきであるとして、その部分の請求を認めなかった。

L【14】においては、賃借人は賃借した土地に大型量販店を建設する予定であったが、工事を始めたところ、土地が農薬により汚染されてい

たことが判明した。それにより、予定の工事を一旦停止せざるを得なくなったため、工事停止により生じた追加の費用又は無駄になった費用を賃借人が請求できるかが問題となった。差戻審（一）（台湾高等法院102年（2013年）重上更（一）字24号判決）は、賃貸人の帰責性を認め、台民227条２項に基づき、それらの費用の賠償を認めた。

B2【11】においては、建物の地下室に国家基準を超える塩素含量があったため、通常品質及び効用の瑕疵があると判断された。一審（高雄地方法院92年（2003年）消字１号判決）は、消費者保護法７条の製造物責任を認めたが、二審（高等法院高雄分院96年（2007年）消字１号判決）は、消費者保護法７条は不法行為に関する規定であるとして、その適用を否定した。そして、売主は連続壁の瑕疵を知ったが、故意にこれを買主に告げなかったとして、台民360条に基づく損害賠償責任を認めた。買主は鑑定費用、検測費用、補強のための修補費用などを請求したが、裁判所はそれらうち、地下室の外壁を補強するために必要な費用である147万元余と、補強により新しい壁を設置するための費用、消防設備の移動、エレベーター、駐車スペースの調整により生じた費用を損害として認めた。

B2【2】では、建物に基準を超える塩素が含まれていたため、通常の効用の瑕疵が認められた。買主は台民359条の代金減額に基づく請求だけでなく、既に支出した内装工事（その後、転売者に取り壊された）の費用も損害として賠償請求した。一審（桃園地方法院99年（2010年）訴字1587号判）は、内装工事の費用については、売主が保証したこと又は故意に瑕疵を告知しなかったことがうかがわれないため、台民360条の損害賠償責任を負わないとした。そして、買主の内装工事は不動産購入後の快適な環境を得るためにされたものであり、本件瑕疵とは関係がないとして、内装工事費用の賠償を否定した。内装工事費用について、二審（台湾高等法院101年（2012）上易字848号判決）は、一審と同じ見解を採用した。

これらの事案からは、瑕疵を修補することとは異なり、本来の設計を変更したり、支出した費用が無駄になったりする場合、瑕疵が認められたとしても、それらの費用が無過失責任である瑕疵担保責任に基づく代金減額の範疇に入る余地がないことがわかる。裁判例からは、売主の損

害賠償責任によってそれらの費用を売主に負担させる傾向があることがうかがえる。そして、売主に責任を負わせるために、台民360条に基づく保証があるか否か、故意に瑕疵を告げなかったか否か、売主に帰責性があるか否か、という主観的な要素が考慮されている。

### （2）転売先の請求による損害、鑑定費用、訴訟費用

海砂屋などの瑕疵については、専門家に頼らなければこれらを明らかにすることは困難である。また、瑕疵のある不動産の購入後、転売先から解約又は損害賠償を請求され、損害が発生する場合もある。さらに、転売先と訴訟をした場合、訴訟にかかる裁判費用などの諸費用も発生する。これらの費用は、瑕疵を修復するためのものではなく、瑕疵の存在によって追加的に発生する費用である。

まず、転売先の請求による損害について、L【5】は、土地の一部が公用地とされていたものである。当該土地は第三者に転売されたが、一部利用できないとの理由から、買主は転売先から訴えられている。その後、買主は転売先と和解し、本件土地を転売先から返還され、転売先に対して、350万元の損害を賠償した（和解による）。そこで、買主は売主に対して利用不能の一部の土地について契約解除及び損害賠償を請求した。買主が主張した損害賠償の内容は、被った損害（転売先に賠償したもの）と失った利益（転売先に転売して得られたであろう利益）とを合わせた350万である。一審（台北地方法院91年（2002年）訴字4095号判決）は、契約締結前に既に瑕疵が存在していたとして売主の責任を否定したが、二審（台湾高等法院92年（2003年）上字532号判決）は、瑕疵が存在していたことを調査しないまま、売却した売主には帰責性があるとして、不完全給付の損害賠償責任を認めた。そして、買主が解約されたことによって被った損害を認めた。

瑕疵が顕在化した際の第三者との訴訟費用は、瑕疵による損害でないという理由からその賠償が認められなかった事案がある。B3【9】では、土地の一部が役所に管理される土地となっており、買主が役所に対して境界確認訴訟を行って、敗訴した。買主は敗訴部分の土地を役所から購入させられた。そこで、買主は売主に対して瑕疵担保責任と不完全給付責任とに基づき、損害賠償を請求した。一審（桃園地方法院97年（2008年）

訴字1480号判決）と二審（台湾高等法院98年（2009年）上易1032号判決）は、売主の不完全給付責任を認めたが、役所との訴訟費用と、購入させられた土地の部分に対する支出については、瑕疵による損害ではないため認めなかった。

L【16】においては、X（買主）はZ（売主）から土地を購入し、P（転売先）に売却した。当該土地は、ZがYから購入したものである。その後、当該土地に廃棄物が埋蔵されていることが判明した。PはXに対して代金減額を求め、訴訟を起こし、その結果和解した。XはZに土地の瑕疵を告げ、ZのYに対する損害賠償請求権の譲渡を受けた。そこで、XはYに対して、Pと和解した金額と裁判費用を求めた。一審（台湾高雄地方法院100年（2011年）重訴字251号判決）は、Yの瑕疵担保責任は時効により消滅したが、Yは不完全給付責任を免れないとした。裁判費用の損害については、「和解契約は両者の間に効力が生じるだけであり、Zに及ばない。また、一審、二審の訴訟費用はPとXとの訴訟金額に関わり、本件土地の瑕疵を除去し、土地の原状を回復することとは関係がない。しかも、別訴（著者：XとPとの訴訟）において、訴訟費用がどのくらい発生したかは不明であり（筆者：職権により調査した結果）、和解契約の内容において、Xが負担すべき訴訟費用も明らかでない。したがって、Xが自発的に負担した訴訟費用は本件における不完全給付の損害賠償範囲に入らない」と述べ、その賠償を否定した。

また、契約書に、海砂屋又は輻射屋（放射性物質を含む建物）について買主が検測すべきであるとする文言が入っていたために、その検測費用の賠償が認められなかったB2【2】がある。建物の転売により、塩素含量が基準を超えるという瑕疵があると判明した。桃園地方法院99年（2010年）訴字1587号判決は、転売先から請求された代金減額分及び検測費用、内装工事の費用のうち、検測費用及び内装工事の費用を認めなかった。内装工事の費用及び検測費用の損害賠償を認めなかったのは、売主が保証したこと又は故意に瑕疵を告知しなかったことがうかがわれないため、台民360条の損害賠償責任を負わないからである。そして、買主の内装工事は不動産購入後の快適な環境を得るためであり、本件瑕疵とは関係がないとして、それらの損害賠償も認めなかった。同じ海砂屋の事案であるB2【24】において、台北地方法院98年（2009年）訴字

1307号判決は、鑑定費用について、買主が360条に基づき損害賠償として請求したが、既に代金減額を請求していたため、360条の損害賠償を請求することができず、しかも、その鑑定費用は買主が立証責任を果たすためにかかった費用であるため、売主に対して請求することもできないとした。

B2【11】において、一審（高雄地方法院92年（2003年）消字１号判決）は、売主に瑕疵担保責任及び消費者保護法７条の損害賠償責任を負わせ、鑑定費用及び検測費用が賠償されるべき損害として認めた。二審（高等法院高雄分院96年（2007年）消字１号判決）は、消費者保護法７条の責任を否定し、台民360条により損害賠償責任は認めたが、鑑定及び検測が２回ほど行われ、計算の重複を避けるため、時間的に一番近い（２回目の）費用だけを賠償されるべき損害として認めた。

B2【17】では、建物の構造が傾斜、沈下しており、３階の構造の塩素含量が国家標準を超えていた。台湾高等法院90年（2001年）上字596号判決は、瑕疵担保責任及び不完全給付責任による損害賠償を否定したが、瑕疵担保責任による代金減額（３階の無価値となった部分）を認めた。買主は検査費用（瑕疵有無の鑑定費用）も請求したが、それは売買当時買主が支払った代金の範囲内ではないため、代金減額として請求できないと判断した。

B2【34】の新北地方法院101年（2012年）訴字532号判決も、建物の塩素含量が基準を超えていた事案であり、売主の瑕疵担保責任を認めた。代金減額を認めたが、鑑定費用は認めなかった。その理由は、その部分がＸ（買主）の立証のための支出であるため、代金減額として請求できないからである。

B1【12】の新北地方法院97年（2008年）訴字2589号判決では、Ｙ（売主）の不完全給付責任が認められた。Ｘ（買主）は台民227条２項に基づき鑑定費用を請求したが、それは瑕疵により直接に生じた損害ではないため、認められなかった。

上記のような損害は、瑕疵を修補する出費ではなく、瑕疵により追加的に発生した支出である。まず、鑑定費用については、瑕疵担保責任の代金減額（台民359条）によらず、不完全給付責任（台民227条）又は瑕疵担保責任の損害賠償（台民360条）の枠内で判断すべきことがわかる（肯

定例のB2【11】、否定例のB2【2】、B2【17】、B2【24】、B2【34】、B1【12】)。そして、鑑定費用は、立証のための支出であるために、その賠償が認められなかった事例がある(B2【34】)。転売先の請求による損害と訴訟費用の賠償については、売主の帰責性が要件とされる(B3【9】、L【16】)。しかし、B3【9】では、訴訟費用が瑕疵による損害ではないため、認められなかった。L【16】では、訴訟費用は土地の原状回復と関係がないため、認められなかった。これらの損害は、台民359条による代金減額の範囲に入らないが、台民360条又は台民227条による損害賠償の範囲に入る余地がある。裁判例からは、これらの損害に対して損害賠償の範囲を画定する際に、瑕疵と直接に関連するか否かが参考にされたことがうかがえる。

### (3) 修補期間中に不動産の利用不能状況の出来によって生じた損失(賃貸費用)

不動産の瑕疵を修補する期間中に、買主が当該不動産で生活できなくなり、他の場所を借りて生活せざるをえないことがある。この場合、家賃支出が発生し、損害が生じる。このような支出が、鑑定による価値減損の算定において考慮される場合もある。

まず、代金減額による事案には、B1【16】とB1【18】とがある。建物の購入後に水漏れ、壁の侵食などが発生したB1【16】において、台湾高等法院99年(2010年)上字892号判決は、瑕疵の修補ができるため、X(買主)が請求した解除を認めなかったが、代金減額を認めたと判断した。Xが請求した代金減額の内容には、家賃支出も含まれていたが、当該瑕疵がある建物の居住機能は失われていなかったため、その支出の賠償を認めた。

B1【18】においては、円形窓の耐圧性が弱かったため台風により飛ばされ、建物に水漏れも発生した。一審(士林地方法院97年(2008年)訴字477号判決)は、通常効用の瑕疵、価値減損の瑕疵を認定し、買主は台民359条に基づき代金減額の請求ができるとした。代金減額については、「本件鑑定によれば、修繕の期間中、本件建物は効用の減損により使用できなかった。使用の代替的原則に基づき、その期間中、他の不動産を借りて生活するため、その賃貸料金のコストを代金減額の判断要素

とするのが合理的である」と述べ、家賃を考慮した代金減額を認めた。しかし、二審（台湾高等法院99年（2010年）上易字735号判決）は、「X（買主）は上記の瑕疵により本件建物を完全に使用することができず、修繕期間中他の家を借りる出費などの事実を立証しなかったため、本件鑑定による計算の方法を認めることができない」ことから、その部分の代金減額を認めかった。修補期間中に発生する家賃支出について、この事案では、一審と二審とで異なる見解が示された。二審は、その出費が賠償されるか否かは、実際にその出費があったか否かによるとした。

修補期間中の不動産の利用不能によって生じた損害の多くは、売主の保証責任又は不完全給付に基づく損害賠償責任の枠内で判断される。B1【33】では、複数の買主Xらがおり、地震によって、建物の構造に欠陥があることが判明した。台湾高等法院台中分院92年（2003年）重上字157号判決は、Xらの一部に対してしか不完全給付責任を認めなかった。不完全給付責任に基づき、Xらが請求できるのは、修補の工事費用、修補期間における生活上に必要な支出及び失った利益に限られたが、これらの損害についての立証がないとして、Xらの請求を否定した。

B1【41】では、建物の柱の厚さが不足し、鉄筋の露出、防水の施工不良、駐車場の設計不良などの瑕疵があると判明した。X（買主）は不法行為、債務不履行などに基づき損害賠償を主張した。Xは、他の建物及び駐車場を借りるため、家賃支出の損害の賠償を請求したところ、一審（台北地方法院99年（2010年）建字305号判決）は、建物については、それが単に使用不便であるのか、それとも実際に賃料支出の損害が発生したのか明らかでないため、その請求を認めなかった。駐車場については、Xが他の駐車スペースを借りていることを立証しなかったため、その主張も認めなかった。二審（台湾高等法院102年（2013年）重上字691号判決）は、建物については、Xが当該建物に居住できないことを立証しなかったため、賃料支出の賠償を認めなかった。駐車場については、代わりの駐車場を借りている期間中の賃料が賠償されるべき損害であるとした。

建物の亀裂により水漏れが発生したB1【12】では、買主Xは台民227条２項に基づき、家賃の支出及び引越しの費用を請求したが、一審（新北地方法院97年（2008年）訴字2589号判決）と二審（台湾高等法院98年（2009年）上易字888号判決）はともに、修繕期間中、別のところを借り

る必要がないと判断し、その請求を認めなかった。

B2【16】では、当事者間に塩素含量に関する合意があったため、売主に品質保証の責任が認められた。買主は損害賠償を請求したが、台湾高等法院90年（2001年）上更（一）字220号判決は、修繕期間中に発生する家賃損害について、買主が実際に当該建物に住んでいたため、これを認めなかった。

B1【17】では、建物に、傾斜、水漏れなどの瑕疵があることが判明した。買主は工程性補償（修補費用、鑑定費用、賃貸人に対する賠償）と非工程性補償（傾斜の鑑定手引きにより建て替え費用の60％）とを請求した。非工程性補償の認否について、高等法院と最高法院とで異なる判断が出たが、最高法院（最高法院97年（2008年）台上字1150号判決）は非工程性費用を考慮すべきであるとした。その結果を受け、差戻審（二）（高等法院台中分院97年（2008）建上更（二）字８号判決）は、最高法院に従い、売主の帰責性を認め、台民227条により、修補期間中に発生するはずの家賃支出を認めた。

B1【14】は、建物に水漏れと亀裂とが発生しており、買主Ｘが不完全給付責任に基づき損害賠償を求めた事案である。Ｘは、修補期間中に別のところを借りる賃料の損害及び非工程補償費（家賃支出、営業損失、引っ越し費用等）についても賠償請求をしたが、一審（台北地方法院91年（2002年）訴字4424号判決）と二審（台湾高等法院93年（2004年）上易字189号判決）はともに、前者を認めず、後者を認めた。前者については、居住できない状況が瑕疵によるものか否かがうかがわれなかったためである。

建物に亀裂、施工不良の瑕疵が発生したB1【11】では、買主Ｘが瑕疵担保責任、不完全給付責任に基づき損害賠償を求めた。Ｘは修繕期間中の家賃支出の賠償も請求したが、一審（高雄地方法院98年（2009年）訴字1678号判決）は、当該瑕疵がある建物は居住の不便さをもたらすが、居住に適さないわけではないとして、その支出の賠償を認めなかった。一方、二審（台湾高等法院高雄分院99年（2010年）上易字117号判決）は、当該瑕疵がある建物に対して正常な使用ができず、修繕するには３ヶ月が予定されており、その期間中の家賃支出を損害として認めるべきであるとし（台民360条に基づく）、その以外の家賃支出の賠償を認めなかった。

これらの事案によると、修補期間中に発生する家賃支出に関して、瑕疵担保責任に基づく代金減額による判断もある（B1【16】とB1【18】）が、ほとんどの場合、不完全給付責任に基づく損害賠償による判断が多いことがわかる。いずれにしても、裁判所は、実際にその支出が発生したか否かの基準により、賠償されるべき損害か否かを判断している。そして、多くの判決は、別所を借りることにより生じた賃貸費用が実際に発生していないため、これを否定している。

### （4）転売利益、家賃収益、値上がり利益

瑕疵担保責任の効果である代金減額は対価的均衡をはかるためにあるという見解は、しばしばみられるものである。その算定の基準時は契約締結時に限るとされている。一方、契約締結後の市場変動を考慮する場合、そのような損害は履行利益に属し、一般的には損害賠償請求に基づいて認められる。上述のように、台湾民法において買主が損害賠償を請求できるのは、台民360条により、売主が品質の保証をする場合、売主が故意に瑕疵を告知しない場合と227条による不完全給付の場合である。これらの規定によるためには、売主に一定の帰責性が要求される。裁判例も、値上がり利益の賠償については損害賠償請求の中で判断する。また、買主が投資目的で不動産を購入する場合もある。例えば、第三者に転売したり、賃貸したりする場合である。しかし、その不動産に瑕疵があったため、転売先から解約されたり、しばらく賃貸できなかったりするとき、このような損失はどのような要件によって認められるかも検討する必要がある。

まず、逸失利益については、代金減額請求に基づいて認めることができないとする見解がある。B1【35】の一審（桃園地方法院99年（2010年）訴字1848号判決）は、代金減額が保護する範囲と損害賠償の範囲とは異なるものであるとした。買主が購入した建物をリフォームする際に、内装が虫により侵食されていることが判明した。内装の取壊し費用及び将来の取引価値の減損（158万6600元）は瑕疵担保責任による代金減額に含まれるが、「物の瑕疵担保責任は、売買契約の対価関係を衡平に調整するためにあり、買主が瑕疵のない物につき適切な価値評価を行うことを保障するためにある。そのため、買主が後に目的物を転売して得られる

利益とは関係がない。X（買主）が請求した本件建物の取引価値の損失は瑕疵担保制度が保護する範囲を超えているため、採用できない」とした。

L【7】では、瑕疵担保責任による代金減額の範囲と不完全給付責任による損害賠償の範囲は異なるものであるとされている。土地の一部が道路用地として指定されていることが判明した。買主は建築計画の変更によって得られなくなった利益の賠償を請求したが、一審（彰化地方法院94年（2005年）訴字413号判決）は、不完全給付責任は成立しないとして、この請求を認めなかった。そして、二審（台湾高等法院台中分院96年（2007年）上字37号判決）は、L【5】における最高法院94年（2005年）台上1112号判決を引用して、売買の目的物が特定物であり、契約成立前に目的物に存在する瑕疵について、売主が、故意又は過失により、その瑕疵を買主に告げず、しかも買主もその瑕疵を知らないならば、売主が債務の本旨に従う給付をしたとはいえないため、売主に不完全給付責任を負わせるべきであるとし、設計変更により得られなかった利益の賠償を認めた。

B2【6】では、建物が高塩素含量建物（海砂屋）であるとされ、役所から使用停止及び建替えの必要があると通知された。X（買主）は、契約時に瑕疵があることによって生じる本件建物の価値減少分及び建替えの期間中（108年（2019年）４月16日まで）の７年間に収益を得られない分を含めて代金減額請求をした。台湾高等法院102年（2013年）上字517号判決は、瑕疵担保責任に基づく代金減額を認めたが、「物の瑕疵担保責任と不完全給付の債務不履行責任は、その法的性質、構成要件及び規範の機能が異なっている。前者は、売主の帰責事由を要求せず、後者はそれを要求する。…前者の代金減額は瑕疵のある物と瑕疵がない物の有すべき価格の差額とし、後者は被った損害及び失った利益を賠償請求できる。したがって、政府の補助金20万元、取壊しの費用17万元、建替え期間中の賃貸料114万元余は履行利益の問題であるため、本件建物に瑕疵がある場合に有すべき価値の判断と関係がない。Xがこれらを代金減額の一部としたことは不当である」として、建替え期間中の家賃収益の賠償を認めなかった。

契約締結後の値上がりについて、L【1】の最高法院89年（2000年）台上2347号判決は、不完全給付責任の成立についての原審の判断を否定しつつ、不完全給付責任が成立した場合、その損害賠償の範囲は次のよう

に定められるとした。「債権者が実際に被った損害を基準とすべきであり、債務者が契約に従って債務を履行できたならば、債権者が享受できるすべての利益を考慮すべきである。しかも、客観的な事実、社会経済の状況及び当事者が受けた損害の程度を斟酌すべきである。本件土地と建物が引渡し時に工場として使用できる場合と使用できない場合の取引価格の差額は、X（売主）が契約に従った履行ができない場合に、Y（買主）が得られる利益とすることができる」。これに関連して、契約締結後の要素を考慮する裁判例がいくつかある。肯定例としては、転売先から解約されなければ得られたであろう利益を認めたL【5】の二審判決がある。当判決（台湾高等法院92年（2003年）上字532号判決）は、売主は目的物である土地の一部について第三者が使用許可を有していることを確認せずにその土地を販売したため、売主には帰責性があると判断した。したがって、売主の不完全給付責任を認め、第三者に売っていたら得られたであろう利益を賠償されるべき損害とした。

また、売主の品質保証責任を認めつつ、台民360条の損害賠償請求に基づき、逸失利益の賠償を認める事案もいくつかある。B2【16】では、買主が第三者に転売する際に、建物が海砂屋であることが判明した。そこで、買主は売主に対して修繕費用と価値減損とを請求した。上告審判決後の差戻審（台湾高等法院90年（2001年）上更（一）字220号判決）は、現状説明書は「本件建物は海砂屋ではない」と書いたため、売主は品質に関して保証責任を負うべきであるとした。本件建物のコンクリートの塩素含量は国家標準を超えており、本件建物には保証された品質を備えていない瑕疵があり、その瑕疵は売買契約成立時には既に存在していたため、売主に帰責性があるか否かを問わず、瑕疵担保責任を負うべきであるとした。失った利益（第三者の解約により得られなかった利益）については、転売主（買主）と転売先との間の転売契約（塩素含量について売買契約よりも厳しい基準を設定していた。）は売主と買主との間の売買契約に影響せず、第三者からの解約により生じた損害は、本件建物が海砂屋であることと相当因果関係にないため、認められないとした。

L【8】は、買主が投資目的により土地を購入した事案である。売主は買主に対して、当該土地を「農地から建築用地に変更」すると保証したが、結局そうしなかった。そこで、買主は売主に対して、台民360条、359条

と227条に基づき、代金の減額分と当該土地が農地から建築用地に変更されたならば得られたであろう利益の賠償とを請求した。一審の高雄地方法院100年（2011年）重上字342号判決は、売主の保証責任を肯定し、代金減額を認めたが、失った利益については次のように判断した。「本件土地の価格の変動は、市場の資金、経済の環境、予測の心理等の要素により左右される。買主が定められた計画、設備又は他の特別な事情により客観的に予見できる利益を確実に獲得できる事実がうかがえない。また、鑑定報告書によれば、区段収用を予定した土地であっても、収用の期日が未定であり、変換できる土地の位置も確定しておらず、土地周辺が発展及び成長する年数も確定していないため、将来の価値変動が確定できず、投資リスクは低くない。したがって、本件土地は売主が保証した品質を備えていなくても、買主が予測した値上がり目標に達するかどうかについては、客観的な確実性がない。買主は客観的に確実な利益を獲得できる計画があることを立証できないため、その部分の請求を認めることができない」。これらの判決は、逸失利益の賠償を損害賠償の枠組みの中で判断しているが、瑕疵との相当因果関係がない、又は客観的な確実性がないために、その賠償を否定した例である。

裁判例の中には、損害賠償において売買契約締結以後の要素を考慮しないとして、値上がり利益が価値減損の賠償に含まれないものもある。B3【9】の桃園地方法院97年（2008年）訴字1480号判決において、不完全給付責任を負う売主は損害賠償責任を負い、賠償されるべき損害として価値減損が認められた。そして、「建物の価値減損とは、売買当時X（買主）が本件建物の瑕疵により被った実際の損失をいい、時間のコスト及び物価変動の要素は考慮されるべきではない。したがって、Xが請求できる本件建物の価値減損は、鑑定による85万1537元である」とされた。ここでは、価値減損の算定基準時を、売買当時に限定している。すなわち、売買契約締結後の値上がりを考慮していない。

B2【28】は、買主が第三者に転売した海砂屋であったために、転売契約は解約された事案である。買主は、第三者からの解約により得られなかった利益の賠償を請求した。士林地方法院96年（2007年）訴字286号判決は、塩素含量についての品質を保証すると契約書に書かれていたため、売主の品質保証の責任を認めた。しかし、転売利益については、「転売

価格と購入価格との差額を、不履行による損害賠償額とすることができない」ため、認めなかった。つまり、B3【9】一審判決のように、価値減損の賠償においては、契約締結後の状況を斟酌しないとした判決である。

賃貸収益に関する事例も多い。まず、肯定例のL【6】がある。売主は、本件土地が「商業用地」であることを保証した。しかし、本件土地は、実際には「公共施設用地」として指定されていた。差戻審（二）（台湾高等法院94年（2005年）重上更（二）字27号判決）は、売主に品質保証の責任（台民360条、227条に基づく）を認めた。その賠償範囲について、買主は、本来ならば当該土地で商業ビルを建設し、賃貸することを計画していたところ、上記の瑕疵により、その計画が遂げられなくなり、賃貸収益を失ったと主張した。しかし、本判決は、買主が建物の建設に投資した資本から生じる利息を建設コストの一部としたが、賃貸収益については、その資本より生じる利息より少ないため、買主は賃貸収益の損害を被っていなかったとして、その賠償を認めなかった。これに対して最高法院96年（2007年）台上1310号判決は、原審の計算方法を問題視し、次のように判断して、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。本件の逸失利益の算定は、本件土地が「商業用地」である場合に予見することができる利益と、「公共施設用地」である場合に予見することができる利益を比較して、その差額を逸失利益とすべきであり、この逸失利益は売主の責任原因事実と相当因果関係にある。差戻審（三）（台湾高等法院96年（2007年）上更（三）字127号）は、それを受け、逸失利益の内容を、「商業用地」として利用し通常得られたであろう利益と、「公共施設用地」として利用し通常得られたであろう利益との差であるとした。

L【14】は、土地に汚染物があったため、借主が汚染対策をしなければならなくなり、開始した工事も停止させられ、予定していた量販店の営業開始が遅れることとなった事案である。借主は、予定より遅れた期間中に営業していれば得られたであろう利益を損失として賠償請求した。台湾高等法院102年（2013年）重上更（一）字24号判決は、貸主の保証責任と債務不履行による損害賠償責任を認め、台民227条1項、台民226条1項の規定により、7100万元の営業損害の賠償を認めた。

L【17】は、売買契約の特約条項に、販売した農地には汚染物又は廃棄物がないと保証する文言があったが、その後、土地に廃棄物が存在す

ることが判明した事案である。買主は、土地を使用できないことにより失った賃貸収益の賠償を請求した。桃園地方法院98年（2009年）訴字374号判決は、売主の保証責任を認め、台民227条により、この請求を認めた。

B3【7】は、建物の一部が違法建築となっていた事案である。士林地方法院96年（2007年）訴字335号判決は、違法建築について、売主は建築者ではないが、購入から売却まで一年もあり、調べれば簡単に違法状態を発見できるはずであったとした。それでも、買主に告げなかった点を指摘し、その瑕疵について、瑕疵担保責任を負うべきであるとした。そこで、当時、３つの部屋が実際に第三者に賃貸されており、その瑕疵により早期に解約されたため得られなかった家賃収益の賠償請求を認めた。

B1【17】は、建物に複数の瑕疵があり、そのうち、排水の施工不良によって17年後に水漏れが発生した事例である。買主には建物を第三者に賃貸する予定があり、その瑕疵により第三者に賃貸できなくなったため、買主はその損害賠償を差戻審（二）で追加請求をした。台湾高等法院台中分院97年（2008）建上更（二）字８号判決は、売主の台民227条に基づく不完全給付責任を認め、これを認容した。

B1【40】は、屋上に防水設備を整えていなかったため、最上階の部屋を購入した買主が居住又は賃貸できなくなった事案である。買主は、修補が完成するまで賃貸できないことによる損害の賠償を請求した。二審（台湾高等法院87年（1998年）上字1222号判決）は、その瑕疵が訴訟中に修補されたため、居住又は賃貸できない状態となっていないとして、家賃収益の賠償を認めなかった。差戻審（一）（台湾高等法院90年（2001年）上更（一）字219号判決）は、その瑕疵が修補されるまで水漏れの状態は続き、建物の正常な使用と居住に影響があったとした。家賃収益の賠償を認めるか否かについては、次のように判断した。「民法216条２項の消極的な損害（失った利益）は、一般的に予見できる損害であり、確実に得られた利益であるとは限らない。客観的な事情をみて、当該利益の取得が可能であり、責任原因事実により発生したものであれば、逸失利益とする」（最高法院81年（1992年）台上2149号判決を参照）。本件建物には、水漏れの状況が存在しており、買主は賃貸する可能性があるとして、賃貸できないことによる損害の賠償を認めた。

上記の裁判例をみれば、転売利益、家賃収益は、代金減額（台民359条）

の請求により認められる余地がないことがわかる。このことは、B1【35】の一審判決、L【7】の一審判決とB2【6】の差戻審判決をみれば明らかである。そして、それらの損害が認められるためには、多くの場合、瑕疵の存在だけではなく、売主の瑕疵に対する関与（帰責性）が要件とされる。つまり、瑕疵の存在に対して直接の帰責性があることや、瑕疵の存在を告げないといった行為、又は契約上品質を保証することが必要とされる。また、損害が賠償されるか否かの判断基準は、台民216条２項による。すなわち、損害の発生に関して、通常の場合又は定められた計画、設備若しくはその他の特別な事情により、予見できる損害であることが要件となる。L【8】は、客観的に確実に利益を取得できることが立証されず、損害が否定された事例である。家賃の収益についても、第三者が実際に賃貸しているか、又はそれを予定しているかが判断の基準になる。例えば、L【6】、B1【17】、B3【7】、B1【40】である。一方、数少ないが、契約後の状況を考慮せず、実際に発生した損害に限るという基準を立てる裁判例もみられる（B3【9】の一審判決、B2【28】の一審判決）。

### ３　瑕疵結果損害－完全性利益の賠償

学説によれば、瑕疵により惹起された損害は、瑕疵損害と瑕疵結果損害とに分けられる。1999年債編改正により、瑕疵結果損害の賠償は台民227条２項に基づき請求できるようになったが、売買契約における瑕疵担保規定である台民360条の損害賠償の範囲にそれが含まれるか否かという問題は解決されていない。つまり、売主が品質の保証又は故意に瑕疵を告げなかった場合に、買主は、360条に基づき瑕疵結果損害の賠償を請求できるかどうかは、明らかにされていない。不動産の売買契約における瑕疵結果損害の事例は少ないが、以下では、裁判例がどのように瑕疵結果損害を認定するかについて検討する。

土地売買に関する事案は、数の上では多くないが、上記のL【14】の差戻審（一）判決とL【13】の判決とがある。L【14】は土地賃貸借の事案である。高等法院102年（2013年）重上更（一）字24号判決は、台民360条の規定を準用して、貸主の品質保証に基づく損害賠償責任を認め、汚染対策費用の賠償を認めた。そして、汚染された土地の引渡しにより、既

に施工した工作物が毀損され、予定していた工事が停止させられた。その工事停止に関する鑑定を行うために支出した鑑定費用、予定していた工事にかかる諸費用について、貸主の帰責性（貸主が土地の汚染を知っていた）を認め、227条２項に基づき、その賠償を認めた。これらのような目的物を修補する費用以外の損害は瑕疵結果損害と呼ばれるが、瑕疵損害（汚染対策費用）（360条に基づいてその賠償が認められる）とは区別され、227条２項に基づいてその賠償が認められる。

L【13】では、買主は土地の汚染者ではなかったが、所有者だったために汚染関係人[41]とされ、汚染対策措置を命じられた。台北地方法院101年（2012年）訴字2471号判決は、売主が土地の売却前に汚染物質をその上で使用したため、瑕疵の発生にについて帰責性を有し、瑕疵の発生も知っていたとして瑕疵により生じた費用（汚染対策費用）の賠償を227条2項に基づいて認めた。

L【15】も賃貸借の事案であるが、L【13】と類似しており、土地を賃借後、賃借人が汚染関係人とされ、土地の除染措置を命じられたので、賃借人が賃貸人を訴えたところ、一審（雲林地方法院99年（2010年）訴字４号判決）は、賃貸される前に既にガソリン漏れが発生し、土地は汚染されていたとして、賃貸人に帰責性があると判断し、不完全給付責任を負わせた。汚染対策措置費用（既に支出した分に限る）は、履行利益以外の損害（筆者:瑕疵結果損害）とされ､加害給付により発生しており、台民227条２項に基づいて認められるべきであるとした。本判決は、汚染対策措置費用をL【13】の判決の捉え方と異なり、瑕疵給付による履行利益以外の損害とした。

建物の売買（賃貸借）に関しては、次の判決がある。まず、B2【1】は海砂屋の事案で、買主は227条２項に基づき修補費用と建物の塩素含量

[41] 土壌及地下水汚染整治法第２条：「19、汚染関係人：土地が汚染管理区域又は汚染整治区域に指定された場合に、汚染行為者でない土地使用者、管理者又は所有者を指す。」同法14条：「整治区域の汚染行為者又は潜在汚染責任者が前項の規定（筆者：汚染に対する調査、対策計画の提出と実施）により対処しない場合に、直轄市、県（市）の所管機関は、汚染土地関係人に対して、前項の規定により対処することを通知することができる。」

の鑑定費用を損害として賠償請求した。士林地方法院91年（2002年）重訴字60号判決と台湾高等法院91年（2002年）重上字388号判決はともに、本件買主が請求した損害は、「売買目的物の範囲内の損害であり、目的物以外の損害ではない」として、買主の227条２項に基づく損害賠償の請求を否定した。

B1【19】は買主が売主に対して台民359条に基づき建物と地下の駐車場との価値減損を代金減額（建物については修補費用、駐車場については瑕疵による価値減損）として請求した事案である。一審（台北地方法院97年（2008年）訴字4741号判決）はこれを認めた。そして、売主が過失により瑕疵（建物及び駐車場の水漏れ、鉄筋露出）を告知しなかったこと、および駐車場の天井を修補する費用を買主の固有利益（完全性利益）とすることを認めた上で、不完全給付による損害賠償を認めた。しかし、二審（台湾高等法院100年（2011年）上易字564号判決）は、駐車場の天井を修補する費用について、瑕疵は建設者が建築中に作り出したものであり、売主は知らなかったため、売主に帰責性はないとして、賠償されるべき損害として認めなかった。

B1【14】では、建物に水漏れが発生し、それにより内装が損傷され、その損傷を回復する費用が発生した。台北地方法院91年（2002年）訴字4424号判決は、水漏れの発生は売主の施工不良によるものであるとして、売主の不完全給付責任（旧台民227条）を認めた。内装の損傷については、次のように述べて、買主の請求を認容した。現在では、加害給付の規定である現行法227条２項により処理されるが、改正前の旧227条には現行法227条２項のような加害給付の条文がないため、買主が請求した損害のうち、内装の損傷の修繕費用については、不完全給付（旧台民227条）による損害賠償の範囲に含まれる。

B1【26】は、最上階の防水施工不良により水漏れが発生し、それにより買主が施工した天井の内装に亀裂が発生した事件である。買主は、台民227条に基づき、水漏れの修繕費用及び天井の建替え費用を請求した。台湾高等法院103年（2014）上易字1005号判決は、売主の防水施工不良によって水漏れが発生したとして、売主の帰責性を認め、不完全給付責任を認めた。そして、水漏れの修補費用だけではなく、買主が自ら施工した天井の建替え費用について、不完全給付に基づく固有利益の侵害によ

る損害として賠償されるべきであるとした。

B1【42】は、賃借した部屋に排水口からの浸水があり、営業用の絵に損傷が生じた事件である。台湾台中高等法院102年（2013年）上易字580号判決は、賃貸人は賃貸物に対して使用収益できる状態を維持する義務がある（台民423条）と判断し、賃貸人がその義務を果たさなかったとして不完全給付責任を認めた。そして、227条２項に基づき、浸水による絵の価値減損、建物を利用できないことによる賃貸料金、内装の修補費用の賠償を認めた。

B1【35】は、虫の侵食によって、既存の内装だけではなく、買主が自ら施工した内装も取り壊さざるを得なくなった事件である。一審（桃園地方法院99年（2010年）訴字1848号判決）は、売主が債務の本旨に従わない目的物を引き渡した場合、売主に帰責性があり、不完全給付責任が成立するとした。買主が自ら施工した内装については、契約の目的物の範囲に含まれないが、その取壊し費用は不完全給付と因果関係のある損害であり、固有利益（完全性利益）が侵害されたことによる損害としてその賠償を認めた。しかし、二審（台湾高等法院102年（2013年）上易字341号判決）は、買主が取壊し工事の見積書を提示したが、内装部分を取り壊す必要性及び取壊し工事の施工に関する事実を立証しなかったため、その部分の賠償を認めなかった。そのほか、瑕疵による内装の損害を売主の加害給付により認めた裁判例に、B1【27】の台湾高等法院101年（2012年）上字501号判決、B1【28】の台湾高等法院104年（2015年）上易字682号判決、B1【29】の台湾高等法院95年（2006年）上易字341号判決がある。

非財産的損害について争われた事案は一つある。B4【36】は、一戸建ての建物の地下に共用施設（浄化槽、排水管など、嫌悪施設）が設置され、買主がそれらを瑕疵として主張し、瑕疵給付（価値減損）と加害給付（うつ病による損害）による損害賠償を求めた事件である。台中地方法院97年（2008年）訴字12号は、これらの瑕疵について、売主が認識していながら故意に隠したとして、売主の不完全給付責任を認めた。しかし、加害給付によるうつ病発症の主張については、瑕疵との関連性が立証されていないとして、これを否定した。

以上の裁判例は、瑕疵のある給付により、買主又は賃借人の固有利益

（完全性利益）が侵害された事例である。このような瑕疵結果損害が改正後の台民227条２項によりカバーされるという点については、学説及び裁判例の間に異論はない。そして、227条の不完全給付責任は過失責任であるため、瑕疵結果損害の賠償を請求するには、債務者の帰責性が要件とされる。この債務者の帰責性には、瑕疵の発生（L【14】、B1【14】、B1【26】）と瑕疵の存在（L【15】、B1【19】、B3【37】）に関するものがある。一方、360条により、売主が品質を保証し又は故意に瑕疵を告げなかった場合にも、買主は損害賠償を請求できる。損害賠償の範囲に瑕疵結果損害も含まれるか否かの問題を扱った事案は、L【15】のみである。360条の損害を瑕疵損害に限り、裁判所は専ら瑕疵結果損害を227条２項に依拠して判断しているようにみえる。しかし、360条によって判断している事例が少ないため、裁判所の傾向を見出すことは困難である。

### 第３節　小括

不動産に瑕疵が発生し、それによって買主が被った様々な損害に対して、台湾民法は、瑕疵担保責任及び不完全給付責任の制度を用意している。売主が無過失の場合、買主に与えられる救済は代金減額請求権又は契約解除権である。一方、売主が品質を保証した場合、又は故意に瑕疵を告知しなかった場合、買主には不履行の損害賠償請求権が与えられる（台民360条）。売主になんらかの帰責性がある場合にも、買主には損害賠償請求権が与えられる（台民227条）。本章では、瑕疵により引き起こされた様々な損害を、裁判例がどのように判断するのかを検討してきた。その結果は、次のようにまとめることができる。

#### 第１款　代金減額の内容－価値減損、修補費用

無過失の売主に対して買主が請求できるのは、瑕疵担保責任（台民359条）に基づく代金減額にとどまる。同条の代金減額の目的は、前記最高法院1997年判決によれば、「民法359条の規定は、売買当事者双方の利益及び損失を調整する役割を果たす」ことにあり、「代金減額は、同じ品質の物の市場価値と当該瑕疵ある物の価値とを比べ、実際に減少し

た価値をもとに計算すべきである」とされている。したがって、不動産に価値減少又は効用減少の瑕疵がある場合には、その瑕疵により減少した価値を買主に填補すべきであり、代金減額はこれに基づいて算定される。本章で整理したように、台湾の裁判例では、代金減額に基づき、契約時を基準時として、目的物の価値減損が認められることに異論がない。最高法院は、算定の基準時については、売買契約時とし（1983年判決、1997年判決）、算定方法については、瑕疵がない物の価額と瑕疵がある物の価額の差とする方法（1983年判決）と代金額から瑕疵ある物の価値と瑕疵なき物の価値とを比例した割合により控除する方法（2010年判決）を提示している。

売買の瑕疵担保責任において、買主に修補請求権があるか否かについては、学説上、争いがある。しかし、多くの裁判例をみる限り、修補費用は瑕疵担保責任に基づく代金減額によって認められている。代金減額により修補費用が認められる根拠は、学説上あまり議論されていないが、裁判例の中には、価値減損を算定する際に修補費用による評価を考慮するとする判決もあれば、代金減額が損害賠償の一種であるとされるために修補費用が認められるとする判決もある。前者は、最高法院77年９次決議により、修補費用の賠償が「価値減損の最低算定基準である」とされたことに依拠する見解である。修補費用が代金減額請求権に基づいて認められるとするもの（B2【27】、B2【36】、L【16】）、瑕疵により減少した価値は修補費用であるとするもの（B1【3】、B1【10】、B1【16】、B1【18】、B1【19】、B1【33】、B2【20】）、目的物の瑕疵は修補によって通常の効用を回復するため、その修補費用は代金減額に基づいて認められるとするもの（B2【8】、B2【14】、B2【22】）がある。いずれも、瑕疵がある目的物の価値又は効用を回復するために必要な修補費用が認められた事案である。後者は、代金減額は不完全給付の損害賠償の一種であるため修補費用が認められるとするもの（B1【2】、B1【31】、B2【8】、B2【18】）がある。

不動産売買においては、修補費用のほかに、瑕疵によって生じる風評被害、使用不便、減価償却の加速といった損害も発生する。先に検討したように、裁判例では、これらの価値減損は代金減額に反映されており、売主に帰責性がない場合でも認められる余地がある。

このように、瑕疵担保責任に基づく代金減額は、対価均衡調整のため

に、買主が取得した瑕疵ある目的物自体の価値又は効用を回復するための費用であるとされる。その内容は、実際には価値減損及び修補費用に限られる。代金減額は対価均衡をはかる制度であるため、当然ながら、代金を超えた部分の請求は否定される（B1【23】、B1【35】、B2【30】、B2【37】）。

### 第２款　損害賠償の内容－瑕疵損害、瑕疵結果損害

売主に帰責性がない場合、買主は台民359条に基づき代金減額を求めることができるが、填補される損害は不動産の価値減損分又は修補費用に限られる。これらは、目的物の価値又は効用を回復することしかできないものである。目的物自体以外の損害については、台民360条又は台民227条による損害賠償の枠内で判断されている。台民360条により、売主が品質を保証した場合、又は故意に瑕疵を告知しなかった場合に、買主は損害賠償を求めることができる。しかし、売主の品質保証又は故意の瑕疵不告知という態様しか規定されておらず、売主の過失による瑕疵の発生又は過失による瑕疵不告知という態様については規定されていない。そこで、一般規定である台民227条の不完全給付責任の検討に移ることとなる。1999年債編改正以前から、不完全給付責任という債務不履行の類型が旧台民227条の解釈によって認められていた。特に、最高法院は、77年７次決議により、不完全給付類型を肯定する見解を示した。不完全給付責任は1999年債編改正により明文化された。しかし、不完全給付責任の適用について、77年７次決議に影響され、契約成立前に発生した瑕疵に対して売主が不完全給付責任を負うか否かという議論[42]は、債編改正以後も争われている。本稿で取り上げた裁判例の中には、契約成立前に瑕疵が発生した場合に不完全給付責任の成立を否定するものもいくつかみられる。しかし、一部の裁判例は、契約成立前に発生した瑕疵に対しても、不完全給付責任が成立する余地があるとしている。また、売主に代金減額以上の損害賠償責任を負わせるためには、台民360条及び台民227条により、売主に一定の主観的な態様が存在しなければならない。

[42] ［本章第１節第４款２（２）］を参照。

上記の裁判例を整理した結果、瑕疵自体以外の損害については、次のようにまとめることができる。

設計変更による損失については、代金減額と無縁であり、専ら、保証又は故意不告知、不完全給付責任において判断される（L【7】、L【14】、B2【2】、B2【11】）。

また、転売先の請求による損害、訴訟のために支出した費用又は調査費用については、代金減額請求により処理すべきでないため、それらの賠償が否定される（B2【17】、B2【34】）が、売主に帰責性がある場合、それらの費用の賠償が認められる（L【5】、B1【13】、B2【2】、B2【11】、B3【9】）。

そして、賃貸費用については、代金減額の算定において考慮要素としたもの（B1【16】、B1【18】）もあるが、ほとんどの裁判例は、売主の保証責任又は不完全給付責任の成立を前提として判断する（B1【11】、B1【12】、B1【14】、B1【15】、B1【17】、B1【33】、B1【41】）。ここでの賠償の認否は、実際にその費用が発生したか否かによる（B1【12】、B1【14】、B1【15】、B1【33】、B1【41】）。

さらに、転売利益、家賃収益のような逸失利益の賠償請求は、対価均衡をはかるための代金減額と異なり、否定される（L【7】、B1【35】、B2【6】）。これらの請求に対しては、裁判所も、売主の保証責任又は不完全給付責任の成立を前提として判断する（L【5】、L【8】、L【6】、L【14】、L【17】、B1【15】、B1【17】、B1【40】、B2【6】、B3【7】）。これらの逸失利益の賠償の認否は、相当因果関係（L【6】、B1【15】）、損害発生の確実性（L【8】、B1【40】）によって判断する。

不動産の瑕疵により、買主（賃借人）の目的物以外の財産が侵害された場合に、それにより発生する損害が賠償されるか否かが問題となる。瑕疵結果損害の問題である。瑕疵結果損害は、台民227条２項により、債務者に帰責事由がある場合にのみ賠償される。まず、瑕疵結果損害の認定については、土地の売買の場合、特に汚染された土地の売買の場合に、瑕疵損害であるはずの汚染対策費用が瑕疵結果損害とされることがある（L【13】、L【15】）。しかし、私見では、汚染対策費用は瑕疵結果損害とすべきではないため、これらの判断には疑問がある。他方、水漏れや虫の侵食などにより、買主又は賃借人の所有物又は賃借物である建物

の天井や内装が毀損されたために、買主が支出した修補費用は瑕疵結果損害とされる（B1【14】、B1【19】、B1【26】、B1【42】、B1【35】）。売主の品質保証責任に基づいて、瑕疵結果損害の賠償が認められるかについては、裁判例が少ないため（L【14】）、実務の立場は明らかではない。売主の品質保証又は故意の瑕疵不告知の場合に瑕疵結果損害が認められるか否かについては、不動産売買契約の事案においてこの問題を取り上げる判決が少ないため、実務上の見解を把握できないが、売主の主観的態様を問う必要があるとされている。

### 第３款　台湾法の特徴

不動産に瑕疵が存在する場合に、買主は、瑕疵担保責任又は不完全給付責任に基づいて、その瑕疵によって発生した損害の賠償を請求する。本章では、台湾法の裁判例に現れる「損害項目」を取り出し、それぞれについて分析を行った。そこから裁判例の傾向を導き出すとすれば次のようになる。売主が無過失である場合、買主は瑕疵担保責任に基づく代金減額（台民359条）しか請求できず、その内容は、修補費用又は価値減損（目的物自体の損害）に限られる。仮に買主がそれ以上の損害を受けた場合に、それらの損害の賠償が認められるためには、売主の主観的な態様の要件が満たされなければならない。すなわち、売主が品質の保証又は故意の瑕疵不告知をした場合に、不履行による損害賠償請求に基づくか（台民360条）、又は売主に帰責性がある場合に、不完全給付による損害賠償請求に基づくか（台民227条１項）が問題となる。本章において検討したように、不動産売買の裁判例において頻繁に発生する損害としては、設計変更による損失、転売先の請求による損害、修補期間中の利用不能状況の出来による損失（賃貸費用）、転売利益などがあり、その賠償も認められる。さらに、瑕疵により、買主の完全性利益が侵害される場合に、買主は不完全給付責任の規定に基づいて損害賠償を請求できる（台民227条２項）。不動産売買の裁判例において頻繁に発生するのは、瑕疵の存在により、買主が施工した内装が毀損されるという損害である。このような瑕疵結果損害については、台民227条２項により、売主の帰責性を要件として、それらの賠償が認められる。

次章では、上記の台湾法の特徴を踏まえて、日本法にどのような示唆を与えられるかについて論じる。

論　　説

# 「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（7）

## ―― ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ――

橋　本　　伸

目　次

序章――問題の所在および分析方法・検討の順序
　第１節　問題の所在――わが国の議論状況とその問題点
　第２節　分析素材――ヒト由来物質の無断利用問題
　第３節　分析方法および叙述の構成　（以上、69巻５号）
第１章　ヒト由来物質の無断利用と利益の帰属問題
　第１節　Moore 事件以前の英米法の議論状況
　第２節　Moore 事件の登場――事案および判決の概要
　第３節　学説の動向――Moore 事件以後の議論状況
　第４節　本章の小括　（以上、69巻６号）
第２章　英米法における伝統的な利益吐き出しの根拠論
　第１節　利益吐き出しの理論的根拠の析出
　（以上、70巻６号、71巻３号）
　第２節　利益吐き出しの伝統的な理論的根拠の検討
　第３節　本章の小括　（以上、71巻５号）
第３章　近時のアメリカ法学における利益吐き出しの根拠論――Hanoch Dagan の見解の紹介と検討
　第１節　Dagan の利益吐き出しの根拠論の紹介
　第２節　Dagan の根拠論の検討――その意義と問題点
　第３節　Dagan の根拠論の適用場面の考察――ヒト由来物質の無断利用問題との関係
　第４節　本章の小括　（以上、72巻６号）
第４章　英米法における利益吐き出しの要件・効果論

第１節　利益吐き出しの要件論
　第１款　補充性の問題
　　第１項　不十分性の要否
　　第２項　不十分性の判断基準
　第２款　主観的認識の問題
　　第１項　必要説
　　第２項　不要説
　　第３項　総合考慮説
　第３款　因果関係の問題
　　第１項　事実的因果関係の問題
　　第２項　法的因果関係の問題
　第４款　利益吐き出しの制限事由の問題
　第５款　本節の小括
第２節　利益吐き出しの効果論――吐き出すべき「利益」の確定
　第１款　費用の控除
　第２款　利益の配分　（以上、本号）

## 第４章　英米法における利益吐き出しの要件・効果論

本章では、英米法における利益吐き出しの要件および効果をめぐる議論について検討することにしよう。

後述するように、英米法における利益吐き出しの要件および効果は、利益吐き出しが問題となる場面によって理解が分かれており、またある特定の場面内においてさえ理解が一致しないこともあり、混迷な状況にあると評することが許されるであろう。その主たる原因は、英米の利益吐き出しが、司法府が発展させた法理（コモン・ローとエクイティ）と立法府の介入（制定法）の寄せ集めであるために、統一的な法理の発展を阻害してきた点にある[1]。また、その他の原因として、こうした特殊な

[1] Stephen Watterson, *Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales*, in: Ewoud Hondius & André Janssen eds., Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout The World (Springer, 2015) 29（イギリス法を念頭に置いて、本文のように述べる）.

発展の帰結として、従来の利益吐き出しの理論的根拠は、問題となる場面によって異なり、またある特定の場面内においても複数の理論的根拠が併用されてきたため、理論的根拠と要件・効果の対応関係が不明瞭な状況となっていることや利益吐き出しが主としてエクイティ上の救済であったため、裁判所の裁量が重視され、理論的根拠との関係に配慮した説明が十分になされてこなかったという事情も挙げられるであろう。

このような状況は、利益吐き出し法理の発展にとって望ましいとはいえない。もちろん、これまで本稿の考察が明らかにしてきたように、英米の利益吐き出しを一元的に根拠づけることは難しいことを踏まえると、要件および効果も一元化することは困難であろう。そうであるならば、一つのありうる方向は、利益吐き出しの多様な理論根拠の中から一定の説得力のあるもの――たとえは、本稿がこれまで考察を通じて明らかにした、〔α〕行為抑制政策型、〔β〕損害代替型、〔γ〕自律的意思実現型の根拠――を念頭に置きつつ、各根拠に即して、要件および効果を再構成することではなかろうか[2]。

以下では、こうした方針の下に、利益吐き出しの要件・効果について検討を加えていく。具体的には、これまで取り扱ってきた場面を念頭に置いたうえで、まず利益吐き出しに関する従来の要件をめぐる議論（第１節）および効果をめぐる議論（第２節）を整理したうえで、最後に、本稿の立場から、利益吐き出しの根拠に即する形で、その要件および効

[2] もっとも、こうした観点からの考察は英米法においても十分になされているわけではなく、その意味で、本章の考察は筆者による試論的なものであり、またこの問題のすべての領域を踏まえられたものでないことから、いまだ不十分なものであることを予めご留意願いたい。なお、その後、利益吐き出しの根拠を多元的に捉えたうえで、それぞれのタイプごとに要件・効果を別途考えるとする本稿と同様のアプローチ方法を採る見解に接した（*See*, Benjamin Raue, *Disgorgement of Profits: Distributive and Deterrent Logics*, in: Franziska Kurz, & Franz Hofmann eds., Law of Remedies: A European Perspective (Intersentia, 2019) 153, 155 〜）。ただし、この見解と本稿の利益吐き出しの根拠の捉え方は完全に一致するわけではない（Raue は、利益分配型吐き出しと処罰・抑止型吐き出しの二つのタイプに分けて検討する）。その意味で、本稿の存在意義が否定されるわけではないであろう。

果の再構成を試みたい（第３節）[3]。

## 第１節　利益吐き出しの要件論

本節では、利益吐き出しの要件をめぐる議論についてみていくことにしよう。これまで検討してきたように、英米法が利益吐き出しを一般論として認めていることは異論ない。しかし、どのような要件の下で利益吐き出しが認められるかはいまだ明確とはいえない。というのも、権利侵害や義務違反の要件事実が認定されたとしても、利益吐き出しという救済が当然に認められるわけではないからである。これは、一定の要件事実が認定されれば一定の法的効果が自動的に発生するというドイツやわが国の法規範の規範構造が、コモン・ロー法系の国におけるエクイティ救済については成立し得ないことに起因する[4]。その原因は、利益吐き出

[3] 本章の考察は、後掲のもののほか、以下を参照。
〔教科書・体系書〕George Palmer, Law of Restitution (Aspen Law & Business, 1978)；Francis Gurry, Breach of Confidence (Clarendon Press, 1984) 417 ～；Peter Birks, An Introduction to the Law of Restitution (rev ed.) (Oxford U.P., 1989)；Lord Goff of Chievely & Gareth Jones, The Law of Restitution (5th ed.) (Sweet & Maxwell, 1998)；Andrew Burrows, The Law of Restitution (3rd ed.) (Oxford U.P., 2011)；Tanya Aplin, Lionel Bently, Phillip Johnson & Simon Malynicz, Gurry on Breach of Confidence: The Protection of Confidential Information (2nd ed.) (Oxford U.P., 2012)；Ward Farnsworth, Restitution: Civil Liability for Unjust Enrichment (University of Chicago Press, 2014)；Graham Virgo, The Principles of The Law of Restitution (3rd ed.) (Oxford U.P., 2015)；Dan Dobbs & Caprice Roberts, Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution (3rd ed.) (West Academic, 2017) 369 ～；Katy Barnett & Sirko Harder, Remedies in Australian Private Law (2nd ed.) (Cambridge U. P., 2018)
〔モノグラフ〕James Edelman, Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property (Hart Publishing, 2002)；Katy Barnett, Accounting for Profits for Breach of Contract: Theory and Practice (Hart Publishing, 2012) 186 ～；Peter Devonshire Account of Profits (Thomson Reuters Hong Kong Limited, 2013)
[4] この点につき、玉井克哉「特許権はどこまで『権利』か――権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐって」パテント59巻９号（2006）45頁、

しが裁量性の高いエクイティ上の救済である利益の清算を中心に発展してきたことにあると思われる[5]。

ところで、利益吐き出し救済が認められるためには、具体的にどのような要件を充足することが必要となるのであろうか。この点につき、判例・学説においては、主として以下の問題群が議論の俎上に載せられている。すなわち、第１に、利益吐き出しは、多様な権利・利益・関係の侵害を理由とする原則的な救済か、それとも他の救済が利用できない場合のみ認められる補充的な救済か（補充性の問題）（第１款）、第２に、利益吐き出しを認める際に、侵害者の主観的認識（故意や悪意）は要求されるか（主観的認識の問題）（第２款）、第３に、侵害行為と侵害者が取得した利益との間に一定の繋がりが存在することが必要か（因果関係の問題）（第３款）、第４に、利益の吐き出しが権利保有者側の事情により否定されることはあるか（利益吐き出しの制限事由の問題）（第４款）という点である。これらの問題群をめぐって、従前の判例・学説は、問題となる場面によって理解が異なることやある特定の場面でも理解が一致しないこともある。以下では、これらの問題群に関する従前の判例・学説の議論に一瞥を与えた上で、最後に、これまでの議論を整理し、若干検討する（第５款）。

### 第１款　補充性の問題

まず、利益吐き出し救済が認められるためには、他の救済が不十分であることが必要か否かという点（補充性の問題）についてみていくこととする。具体的には、利益吐き出しは主としてエクイティ上の救済であることから、コモン・ロー上の金銭救済が不十分（不適切）（adequate）な場合のみ認められるか否か（第１項）、また不十分な場合のみ認められるとした場合、その不十分性はどのような基準により判断されるか（第

60頁注17（ただし、特許権侵害の差止命令の文脈での議論である）を参照。

[5] もっとも、エクイティ上の救済の裁量性は、完全な意味での裁量ではなく、「エクイティ上の原理」に根拠づけられているとされる（Watterson, *supra* note 1, at 36）。本稿の以下の考察は、利益吐き出しとの関係で、その「原理」の中身を明らかにしていく作業と位置づけられる。

2項）について確認する。

### 第1項　不十分性の要否

最初に、利益吐き出し救済が認められるには、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが必要か否かについて確認する[6]。このような要件は、従来、差止命令などのエクイティ上の特定履行救済を認める際に要求されてきた[7]。エクイティ上の救済の現代的意義について研究を行うSamuel L. Brayによれば、不十分性の要否は、エクイティ上の救済を下すエクイティ裁判所の管轄権がコモン・ロー裁判所との関係で優先されるか否かに依存すると解される[8]。こうした理解は、主としてエクイティ上の救済である利益吐き出しとの関係でも妥当すると解される[9]。もちろん、コモン・ローとエクイティの区別は、裁判所が組織的に分離していた時代の産物であり、今日的には無意味なようにもみえるかもしれないが、救済手段との関係ではこうした区別は未だに意義を持つと説かれている[10]。Brayも、こうした区別がエクイティの介入のための理論的

---

[6] 以下の考察は、Samuel L. Bray, *Remedies*, in: Andrew Gold et al. eds., Oxford Handbook of New Private Law (Oxford U.P., 2021) 563, 569 〜に負う。

[7] *Id.* at 569.

[8] *Id.* at 570. 不十分性の要否について、執行する権利がコモン・ローで発生したものか、エクイティで発生したものかという観点から、理解する見解もある（Okeoghene Odudu & Graham Virgo, *Inadequacy of Compensatory Damages*, 17 R.L.R. 112, 117 (2009)）。このような理解によれば、前者の場合には、エクイティはコモン・ロー上の権利を執行するため追加的な要件が必要となる。これに対し、後者の場合には、自ら認めた権利を執行するため、追加的要件は不要となる。もっとも、このような理解は、Brayの見解と矛盾するものではないであろう。

[9] この点は、従来、不法行為や契約違反との関係では、利益の清算を認められてこなかったが、Blake事件がそうした状況に変化をもたらし、その際に、不十分性の要件が要求されたことからも明らかといえよう（*See*, Craig Rotherham, *Restitution for Wrongs*, in: Elise Bant et al eds., Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution (Edward Elgar Publishing, 2020) 78, 93）

[10] コモン・ローとエクイティの区分の意義につき、樋口範雄「コモン・ローと

根拠を明確にする点で意義があり[11]、判例においても考慮されていると指摘する[12]。以下では、こうした理解を前提にして、必要な場合と不要な場合に分けて確認していく。そのうえで、留保すべき点について言及する。

（1）必要な場合――エクイティに優先権がない場合

エクイティにコモン・ローに対する優先権がない場合、すなわち、競合的管轄権（concurrent jurisdiction）が認められる場合には、エクイティは、コモン・ローに配慮する必要があるため、一定の場合にのみ救済を認めることができる。その基準としては、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが挙げられる[13]。このような理解は、不法行為法や契約法の領域において妥当している。具体的には、差止命令や特定履行は、コモン・ロー上の金銭救済が不十分な場合のみ認められると説かれてきた。そして利益の清算（利益の吐き出し）についても、コモン・ロー上の救済が不十分であることが要求されている[14]。

---

エクイティ」同『はじめてのアメリカ法（補訂版）』（有斐閣、2013）140頁以下を参照。

[11] Bray, *supra* note 6, at 570.

[12] たとえば、特許権侵害の差止命令の可否において、コモン・ロー上の救済の不十分性が問題とされたものとして、e-Bay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 26 S. Ct. 1837. 164 L. Ed. 2d 641 (2006) が挙げられる。本事件については、玉井・前掲注（4）が詳しい。またこの問題についてのBrayの見解については、高橋脩一「近年の合衆国最高裁判決の分析から見た新たなエクイティ法理に関する議論（Samuel L. Bray, The Supreme Court and the New Equity）」アメリカ法2016-1号（2016）108頁、中田裕子「『エクイティ上の救済』の現代的意義――ERISA法§502(a)(3)を中心に」南山法学42巻3・4号（2019）73頁以下で紹介がある。

[13] コモン・ローに対するエクイティの補充性については、田中英夫『英米法総論（上）』（東京大学出版会、1980）12頁以下を参照。もっとも、補充性の原理についても緩和傾向もみられるとされる（樋口範雄「契約の特定履行――英米救済法研究のための覚書として」伊藤正己還暦『英米法の諸相』（東京大学出版会、1980）601頁以下を参照）。

[14] Bray, *supra* note 6, at 570；Rotherham, *supra* note 9, at 93.

Bray によれば、このような取扱いは、エクイティの競合的管轄権が、第一次的な法制度の不十分な状況に対する第二次的な矯正であるとの理解から正当化される。つまり、エクイティの介入は、コモン・ローを背景としているわけである。そしてエクイティ上の救済は、コモン・ロー上の救済との比較論なしに正当化されない。それゆえに、エクイティ上の救済が統計的に一般的である場合（たとえば、知的所有権侵害や意図的な不法行為など）でさえ、比較論による正当化のために、エクイティ上の救済は概念的に例外的なままとして、コモン・ロー上の救済が不十分か否かは検討される必要があるとされる[15]。

（2）不要な場合――エクイティに優先権がある場合

これに対し、エクイティにコモン・ローに対する優先権がある場合、すなわち、排他的管轄権（exclusive jurisdiction）が認められる場合には、エクイティは、コモン・ローに配慮する必要はないため、エクイティ上の救済が認められるためには、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることは求められない[15-2]。このような理解は、信託法および同法に遡ることができる現代の法の集まりである信認法の領域において妥当すると解されており、利益の清算がこれらの領域の中心的な救済として広く認められてきたこと[16]からも理解できるであろう。

（3）留保すべき点

もっとも、エクイティに優先権が認められる場面でも若干留保が必要な場面もある。それは守秘義務違反の場面である。というのも、従来は、守秘義務違反を理由に提訴する原告は、（コモン・ロー上の）損害賠償と（エクイティ上の）利益の清算の間で絶対的な選択権があると理解されていたが、近時の判例は、〔英16〕Blake 事件に従い、利益の清算をそれが適切な状況においてのみ認められる例外的な救済であるとする立場

---

[15] Bray, *ibid.*

[15-2] *Ibid.*

[16] *See*, Samuel L. Bray, *Fiduciary Remedies*, in: E. Criddle et al. eds., Oxford Handbook of Fiduciary Law (Oxford U. P., 2019) 1, 6.

を採ったためである[17]。そのため、不十分性の要否についての上記の取扱いは、当初は、歴史的な偶然によって形成されたものであったが、今日的には、権利・利益・関係の性質を踏まえて、コモン・ロー上の金銭救済で十分に保護できるといえるかどうかを踏まえた、実質的な判断がなされつつあるということができないであろうか。すなわち、エクイティ上の積極的介入は、権利等の性質から通常のコモン・ロー上の金銭救済で不十分であれば、その歴史的区分を問わず、認められるということである[18]。こうした点からみれば、守秘義務違反の場面では、そうした必要性ない状況があるとの理解（他方で、知的所有権侵害のように不十分性が必要であっても広く認められるのは、そうした保護が一般的に必要であるからとの理解）があるといえよう。

（4）小括

以上からは、利益吐き出しにおいてコモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが必要か否かは、伝統的には、エクイティにコモン・ローに対する優先権（排他的管轄権）があるか否かにより判断され、優先権がある場合には不要となり、それがない場合には必要となることが明らかといえる。具体的には、本稿で取り上げた場合では、信認義務違反の場面では、不十分性は不要となるが、不動産侵害や知的所有権侵害などの不法行為、さらに契約違反などの場面では、必要となるといえよう（ただし、知的所有権侵害の場合には、不十分性は広く認められるが）[19]。もっ

[17] Vercoe v. Rutland Fund, [2010] EWHC 424, [340]-[341](Ch)(per Sales J)（利益の清算は、権利が市場において売却されなかったであろうケースでは、適切であるのに対し、権利が売却されたである場合には、適切ではないとする）. *See*, Katy Barnett, *Gain-Based Relief for Breach of Privacy*, in: Jason Ne Varuhas & Na Moreham eds., Remedies for Breach of Privacy (Hart Publishing, 2018) 183, 189.

[18] [2010] EWHC 424, [339] (Ch)(Sales J)（Sales 判事は、利益の清算の付与が、事実および影響された権利の性質に依存するべきであり、その訴訟原因の歴史的な起源に依存するべきでないと論じる）.

[19] なお、プライバシー侵害については、英米法圏内でも、不法行為として扱う立場と守秘義務違反の一種として扱う立場に分かれており、前者として扱う

とも、近時の守秘義務違反の取扱いを踏まえる、その要否は、実質的に判断される傾向が出てきているとみることできる。

### 第２項　不十分性の判断基準

次に、コモン・ロー上の金銭救済の不十分性が要求される場合、その不十分性は、どのような基準に基づき判断されるかについて判例・学説の議論状況を確認する。

（１）判例における理解

まず、契約違反についてみると、〔英16〕Blake 事件では、貴族院は、利益の清算を「例外的な状況」においてのみ認められる救済であるとしたうえで、通常は、損害賠償、特定履行および差止命令の救済は、契約違反に対する十分な効果を提供し、これらの救済手段が不十分となる状況においてのみ、利益の清算の問題は生じると述べた。そして不十分な状況がいつかは、「確定的ルールは記述され得」ず、問題となっている契約違反の状況等を考慮しなければならないとしつつ、一般的な基準としては、「原告が被告の利益を上げる活動を防止し、そしてそれゆえに、被告から利益を剥奪することに正統な利益を有したか否か」によると説いた[20]。もっとも、「正統な利益」を有する場合がどのような場合かについては、貴族院の Nicholls 卿は、従来挙げられる契約が故意に違反された場合のみでは不十分であると述べるものの、それ以上述べてはいない[21]。

次に、不法行為の場面に関しても、利益の清算が認められるために填補賠償が不十分であることが要求されてきた。たとえば、被告を含むビタミン剤の競合する供給者間で価格を上げるためにカルテル合意がなさ

---

場合には、例外的な救済とした扱われることになるが、後者として扱う場合でも、その状況に変容がみられるため、原則的救済となるとはいえない。そのため、この点の違いは、相対的なものに過ぎないといえよう。*See*, Barnett, *supra* note 17, at 185.

[20] [2001] 1 AC 268, 285 (per Lord Nicholls). *See*, EDELMAN, *supra* note 3, at 152～; BURROWS, *supra* note 3, at 670.

[21] [2001] 1 AC 268, 286 (per Lord Nicholls).

れ、その被告からビタミン剤を購入した原告は、利益を得るために顧客に転売した後、制定法の義務違反の不法行為を理由に被告を訴え、そして利益の清算を求めた英国のケースにおいて[22]、控訴院は、不十分性の判断基準について以下のように述べた。すなわち、①損害を証明する困難性は、機械的に損害賠償を不十分にしない。ただし、証拠上の困難性が原告の責任ではない場合は、不十分性は満たされ得る。また②損害が被られていない場合には、填補賠償は不十分な救済とみなされ得る。ただし、原告が顧客に損害を転嫁した（そしてそれゆえに損失自体を被らなかった）という事実は、必ずしも填補賠償を不十分なものにするとは限らない[23]。本件では、②のただし書に該当したために、利益の清算は認められなかった。

（２）学説の議論状況

このように判例の基準は、必ずしも明確とはいえないままである。そこで、学説では、不十分性がいかなる場合に認められるかについてより立ち入った考察がなされている。ここでは、３つの見解を取り上げることにしよう。

（ｉ）特定履行の基準に依拠する見解

第１の見解は、不十分性の基準を特定履行との関係から導く立場である[24]。すなわち、特定履行は、コモン・ロー上の金銭救済が不十分な場合に、利用可能な二次的な救済である。もっとも、特定履行は、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であっても、いつも利用できるとは限らない。というのも、裁判所は、一定の場合には、特定履行を認めないからであ

---

[22] Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA (France), [2008] EWCA Civ 1086.

[23] *Id.* at [86]-[111](per Arden LJ), [146](per Longmore LJ), [157](per Tuckley LJ). なお、判旨の整理につき、Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 113を参照。

[24] Ralph Cunnington, *The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract*, in: Dakhongir Saidov & Ralph Cunnington eds., Contract Dagameg: Domestic and International Perspectives (Hart Publishing, 2008) 207, 237-39.

る。そのような場合としては、①裁判所が、不断の監視を行うことができないことなどを理由に、特定履行を命じることができない（cannot）場合と②裁判所が、原告が提訴するのが遅いこと、被告に困難をもたらすこと、あるいは認めることが公益に反することなどを理由として、特定履行を命じないだろう（will not）場合が挙げられる。この立場によれば、利益の吐き出しはこのような特定履行が認められない場合に認められることになる。もっとも、認められるのは、①の場合に限られ、②の場合は除外される（ただし、すぐ後の指摘でなされているように、その理由は示されていない）。そしてBlake事件では、被告は、自らの契約上の義務を履行せず、そしてその違反の結果を元に戻す――公表された事実を公表されなかった状態に戻す――ために命じられ得る特定救済は存在しなかったために、①の場合に該当し、その結果として、利益の吐き出しが認められたと理解される。以上のように、この見解においては、利益の吐き出しは、填補賠償が不十分であり、かつ特定履行が利用可能ではない状況において利用可能な第３の救済として位置づけられることになる[25]。

もっとも、こうした理解には疑問も提起されている[26]。すなわち、一方で、①の場合には、常に利益の吐き出しが認められるとの考え方によれば、利益吐き出しは広く認められることになるが、そのような理解は「例外的なケース」においてのみ利益の吐き出し（利益の清算）が利用可能になるべきであるとの〔英16〕Blake事件のNicholls卿の提案と相容れないこと、また裁判所による継続的な監視の困難性は、特定救済を不適切にし得るが、必然的にそれが当然に原告が利益の吐き出しを求める権利を有するべきことになると理解することにはならないとの疑問である。他方で、②の場合には、常に利益の吐き出しが認められないとする考え方は、利益吐き出しを制限しすぎる嫌いがある。というのも、継続的な侵害行為がなされている場合において、特定履行が認められないの

[25] *Id.* at 238. こうした理解は、第３章で考察したDaganの見解との共通性も感じられる。もっとも、Dagan自身は、契約違反の場面では、利益吐き出しを説くものではない。

[26] 以下の点につき、Rotherham, *supra* note 9, at 94. を参照。

であれば、その代わりの救済は寛大になされるべきであり、また特定履行が承認されるべきか否かを決定する際に考慮されなければいけない要素は、利益の吐き出しの利用可能性を決定する際に衡量されるべき要素と必ずしも同じある必要はないからである。

（ii）損害の立証の困難性に求める見解

第２の見解は、損害の立証の困難性に求める立場である。この立場は、Blake 事件においては、公表された情報の性質の特殊性（秘密諜報活動に関係しており、市場価値を有しないこと）[27]や契約の目的が金銭利益以外の利益を目的としていること[28]などから、通常の損害賠償による場合、損害の立証が困難となるため利益の清算が認められたと解する。

もっとも、先述の不法行為における判例の理解によれば、損害の立証の困難性という事情は、当然には不十分性を満たすとはいえないとされており、こうした事情は、それのみでは十分な基準とはいえない[29]。

（iii）多数の事情を考慮する見解

第３の見解は、様々な実質的な理由を考慮して利益吐き出しが望ましいか否かを検討する立場である[30]。この立場は、特定履行と利益の吐き出しを別個のものとであるとの理解を前提に、利益の吐き出しが利用可能になるべきか否かを決定する際には、他の救済では侵害行為を抑止することができないか否かを多数の実質的な理由を考慮して決定する。具体的な考慮要素としては、たとえば、①侵害者の主観的認識（利己的な場合には、肯定に傾く）、②侵害された権利・関係の重要性（人格的なものほど肯定に傾く）、③侵害の重大性（侵害行為が長期的なものほど

---

[27] Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 118.

[28] Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 Mich L. Rev. 559, 591 (2006)（Blake 事件のようなケースでは、有効に約束を監視するためには、期待利益賠償では不十分であり、「最善かつおそらく唯一の方法」は、利益の吐き出しを認めることであると指摘する）.

[29] Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 118.

[30] Rotherham, *Deterrence as a Justification for Awarding Accounts of Profits*, 32(3) O.J.L.S. 537,541 ～ (2012).

肯定に傾く）、④利益を吐き出させる救済が問題の行為を抑止する可能性、⑤抑止の費用と利益（利益よりも費用がかかるのであれば、否定に傾く）などの事情である。この立場は、これらの考慮事情のうち、①～③において、侵害行為を抑止する必要があるか否かを判断し、そして必要があると判断された場合には、④および⑤で利益吐き出しが望ましいかどうかを判断することにより、不十分性要件を判断することになる[31]。

この立場は、利益吐き出し固有の事情を考慮することで、より望ましい利用場面を明らかにする点で示唆的である反面、考慮する事情が多く、基準としての明確とはいえないであろう（ただし、この立場は、以上を考慮したうえで、結論として、不十分性要件を満たして、抑止論の下で利益吐き出しが認められる場面としては、信託と守秘義務違反と知的所有権侵害の場面にとどまると解する[32]）。

### （３）小括

ここでは、コモン・ロー上の金銭救済の不十分性がどのような基準に基づき判断されるかについて確認した。まず、判例では、契約違反の場面で用いられたBlake事件の基準は一般論にとどまり、基準としては不明確なままであり、また不法行為の場面までみると、その不十分性が必ずしも一貫して解釈されているとはいえない[33]。他方で、学説では、①特定履行と関連させて理解する見解（裁判所が特定履行を命ずることができない場合のみ、不十分性は認められる）、②損害の立証の困難性に求める見解、③様々な実質的な理由を考慮して利益吐き出しが望ましい状況を明らかにする見解など多岐に分かれている。もっとも、いずれの見解も疑問の余地が残されているが、利益吐き出しの根拠に即して適用場面を限定するのであれば、それらを用いる余地はあるであろう。

---

[31] この立場によれば、侵害者の主観的認識や因果関係の要素も、この要件の下で総合事情的に考慮されることになる（Rotherham, *supra* note 9, at 95）。

[32] Rotherham, *supra* note 30, at 538.

[33] Odudu & Virgo, *supra* note 8, at 119.

### 第２款　主観的認識の問題

次に、利益吐き出しが認められるために、侵害者の主観的認識――それを指し示す用語は、問題となる領域や論者により一様ではないが、たとえば、故意の（willful）、悪意（bad faith）、意図（intention）、意識的（conscious）、利己的（cynical）、計画的（deliberate）などが挙げられる[34]――が要求されるか否かという問題について確認していくことにしよう。

予めその全体像を示すと、――利益吐き出しが問題となるすべての場面において理解が一致しているわけではないものの[35]――英米の判例・制定法は、主観的認識の要否について、すべて当然に必要であるとするような理解ではなく、問題となる場面により異なる理解を示している。具体的には、①必要とする理解（必要説）を採る場合（第１項）、②必要としないとする理解（不要説）を採る場合（第２項）、③前提条件としては必要ないものの、利益吐き出しを認めるか否かを決する多数の要素の一つとしては考慮するとの理解（総合事情説）を採る場合（第３項）に大別することができる[36]。以下では、これらの各見解を順に確認し、それらの各見解の適用場面とその根拠を――利益吐き出しの理論的根拠との関係にも留意しつつ――みていくことにしたい。

#### 第１項　必要説

まず、侵害者の主観的認識を要求する必要説を取り上げる。多数の判

---

[34] 主観的認識について、善意と悪意という単純な区別は困難であるとして、より柔軟な非難可能性（culpability）の程度を考慮すべきとする立場もある（Daniel Friedmann, *Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery*, 79 Tex L. Rev. 1879, 1888(2001)）。

[35] たとえば、アメリカの商標侵害の場面では、従来、侵害者の主観的認識の要否をめぐり、連邦巡回区裁判所の中で理解が分かれていた。この点につき、後掲の注（106）の文献を参照。

[36] 以上の３つに加えて、故意があったとしても、利益吐き出しを認めるのに判例が躊躇している領域もある（具体的には、従来の契約違反の領域）（*See*, Rotherham, *supra* note 30, at 542）が、ここでは上記の３つに分けてみていくことにする。

例・制定法は、多くの場面において、利益吐き出しを認める前提条件として、侵害者の主観的認識を要求している[37]。学説においても、そうした理解が多数説を占めているといってよいであろう[38]。こうした理解によれば、侵害者が侵害行為について主観的認識を欠く場合には、利益吐き出しは認められないことになる。

（1）概要

英米の判例・制定法は、以下のような場面において、利益吐き出しの前提要件として侵害者の主観的認識を要求する。

まず、有体物侵害の場面が挙げられる。たとえば、〔米4〕Edwards事件では、隣接する土地の所有者の一方が他方の所有者の同意なしに、両者の土地の下に跨る地下洞窟を観光資源として利用することにより上げられた利益の吐き出しが認められたが[39]、判決は――必ずしも明確ではないが――利益の吐き出しを認める際に、侵害者の故意を要求したものと理解されている。たとえば、ある論者は、Edwards事件が「利益〔の吐き出し〕が故意による違法行為者からのみ回復可能であるとの一般的な立場への重大な支持を提供する。」と指摘する[40]。

---

[37] *See*, Doug Rendleman, *Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages*, 68 WASH. & LEE. L. REV. 973, 989 ～ (2011).

[38] 後掲の見解のほか、BIRKS, *supra* note 3, at 326 ～（違法行為による原状回復が認められる場面の一つとして、利益を得る手段として違法行為を故意に使用した場合を挙げる）；Earnest J. Weinrib, *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 THEORETICAL INQ. L. 1, 26 (2000) などが挙げられる。第3次リステイトメントも「利益吐き出し責任は、通常は『意識的な違法行為』と本リステイトメントが呼ぶもののケースに制限される。」として、基本的に同様の立場を示す（RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 3 cmt. a (AM. LAW INST. 2011)）。もっとも、場面により異なる取扱いを認めることもある（*See*, Nicholas McBride, *Restitution for Wrongs*, in: CHARLES MITCHELL & WILLIAM SWADLING EDS., THE RESTATEMENT THIRD: RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT: CRITICAL AND COMPARATIVE ESSAYS (Hart Publishing, 2013) 251, 255～）。

[39] 96 S.W. 2d 1028 (1936 CA Kent).

[40] PALMER, *supra* note 3, at 163（ただし、そのすぐ後に、著作権侵害の場面な

次に、知的所有権侵害の場面が挙げられる。この場面では、後述のように例外もあるが、多くの場面で主観的認識が要求されている。たとえば、イギリスでは、特許権侵害（1977年特許法62条１項[41]）、詐称通用、商標侵害などの場面[42]、また、アメリカでは、商標侵害の場面（ただし、従来の多数の下級審裁判例の立場[43]）が挙げられる[44]。

さらに、守秘義務違反の場面も挙げられる。たとえば、〔英９〕Peter Pan 事件や〔英10〕Spycatcher 事件は、いずれも守秘義務違反を理由に利益の清算が認められたが、両事件の違反者は、主観的認識が悪意であった。これに対し、違反者が善意であったために、利益の清算が認められなかった事案もみられる[45]。このように、守秘義務違反の場面も主観的認識が重視されているといえよう[46]。

最後に、契約違反の場面が挙げられる。たとえば、国家の機密情報を

---

どの取扱いから、こうした立場の一般化は困難であるとも指摘する）.〔 〕内は引用者による。

[41] Patent Act 1977, s 62(1)（侵害者が「その特許が存在することを知らず、そして存在すると想定する合理的な根拠を有しないこと」は、（損害賠償に加えて）利益の清算の抗弁となると規定する）. なお、本規定について、主観的認識を要求しない立場であるとする理解もある（Rotherham, *supra* note 30, at 542 n.31）。

[42] Burrows, *supra* note 3, at 647.

[43] *See*, Restatement (Third) of Unfair Competition §37 cmt. e (Am. Law Inst. 1995). ただし、必ずしも必要としないとする立場を採る巡回区もあり、近時の連邦最高裁もこの立場に与した（後述）。

[44] なお、アメリカの営業秘密の侵害は、利益吐き出し固有の要件としては求められないものの、不正目的利用を理由とする責任認定の判断において、認識または知る十分な理由の存在が要求されており、その限りでは必要説と位置づけることができるであろう（*See*, Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, *Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases*, 100 B.U.L.R. 1999, 2046 (2020)）。

[45] Seager v. Copydex Ltd. (No.2), [1969] RPC 250（本件では、侵害者が善意で守秘義務に違反したために、利益の吐き出しが不適切であるとして、損害賠償が付与された）。

[46] *See*, Gurry, *supra* note 3, at 420 〜 . もっとも、被告が認識しながら原告の機密情報を使用したとの要件があるとするのは誤りであるとの指摘もみられる（Aplin et al., *supra* note 3, at 783-84）。

開示しない旨の不作為特約違反に関する〔英16〕Blake 事件では、違反者の主観的認識（利己的な違反）があったことは明白であった[47]。本件の吐き出しは懲罰目的を持っていたことからも、この点が要求されたといえよう。また第３次原状回復・不当利得リステイトメント（以下、「第３次リステイトメント」という）は、機会主義的契約違反に関して利益吐き出しを認める前提として、違反者が「計画的（deliberate）」であることを要求している[48]。

以上からは、侵害者の主観的認識が、利益吐き出しが問題となる多くの場面において要求されているといってよいであろう。

（２）根拠づけ

では、こうした判例･制定法の立場は、どのように根拠づけられるか。以下のような考え方が挙げられる。

第１に、エクイティ上の救済としての利益吐き出しの性質を踏まえた説明である[49]。すなわち、利益吐き出しは、主に裁判所の裁量が大きく作用するエクイティ上の救済であるため、侵害者の主観的認識は、そうした裁判官の判断に大きく影響を及ぼすことから、重要な要素として位置づけられている。そしてこうした主観的認識の要件を要求しない利益吐き出しは､伝統的なエクイティ上の原理から逸脱することになるとされる。

第２に、利益吐き出しの根拠を侵害行為の抑止に求める見解からの説明である[50]。利益吐き出しの根拠として抑止に求める見解は、利益吐き

---

[47] *See*, Barnett, *supra* note 3, at 42.

[48] Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 39(1) (Am. Law Inst. 2011). こうした要件が追加された理由は、従来の契約違反による利益吐き出しに対する消極的な立場に配慮するためであるとされる（*See*, Caprice L. Roberts, *A Commonwealth of Perspective on Restitutionary Disgorgement for Breach of Contract*, 65 Wash. & Lee L. Rev. 945, 962 (2008)）。

[49] Samuelson et al., *supra* note 44, at 2049.

[50] Edelman, *supra* note 3, at 85（ただし、善意で認められる場合も例外として認める）；Barnett, *supra* note 3, at 41（契約違反）；Barnett, *supra* note 17, at 201（プライバシー侵害）；Peter Devonshire, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 32 Sydney L. Rev. 389, 405 (2010)；Kristin Boosfeld,

出しが認められるためには「故意」の侵害行為が必要であり、かつそれをもって十分であると論じる。こうした理解の前提には、悪意により他人の権利を侵害した者が、その可能性（odds）が彼らの利益になると計算した後に行動する傾向があること、そしてそのような侵害者が自己の利得を奪われると規定するルールが、これらの可能性を取り払い、それにより侵害者が違反（transgressions）を思いとどまらせることになるとの仮定がある[51]。また、法と経済学の立場からは、損害の回避費用が重要であるとして、損害に着目されるべきであり、損害を超える利益の付与は、潜在的な不法行為者が、彼らが回避する期待損害以上の費用が掛かる予防措置をとることを惹起する（過剰抑止をもたらす）との指摘がみられたが、こうした問題は、事故（過失）のケースではそうであるとしても、知的所有権侵害のように故意の侵害が通常である場合には、そうとはいえないとされ、むしろ侵害行為を思いとどまらせるとして、望ましいと指摘されている[52]。このような観点からも、侵害者の主観的認識は要求されるといえる。他方で、善意無過失の侵害者の場合には、その市場を迂回しようと試みておらず、および他人の所有権のインテグリティを傷つけようとしなかったという点からも否定されることが正当化される[53]。

第３に、権利保有者の保護と他者の自由の領域の調整という点からの説明である[54]。この見解によれば、法制度が個人に承認するすべての権

---

*Reallocating Gains: A Systematic Approach to Disgorgement of Profits*, 4 European Review of Private Law 823, 824 (2019)（一般論としてこのような理解を示す）.

[51] *See*, Rotherham, *supra* note 30, at 542（ただし、著者自身はこうした理解を支持するものではない）.

[52] Stephen E. Margolis, *Law and Economics of Copyright Remedies*, in: Richard Watt ed., Handbook on the Economics of Copyright: A Guide for Students and Teachers (Edward Elgar, 2014) 241, 246.

[53] Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 Northwestern University L. Rev. 1823, 1858 (2009).

[54] Raue, *supra* note 2, at 164（処罰・抑止型の利益吐き出しが、故意による不法行為または重過失による不法行為に制限されるべきと解く。ただし、有体物

利は他者の自由を制約することになるため、自由と法的保護を衡量することがすべての法制度の目標であるとされる。具体的には、一方で、権利保有者は有効な救済手段を提供されなければならず、他方で、過度に有効な救済手段は、権利保有者により濫用され得る。そのため、すべての人が有効に、法により承認された自由を使用することができることは公共の利益にかなうが、法は、その範囲を明確にしておらず、曖昧な部分が残る。しかし、当事者は、自由な使用を思いとどまらせる厳しい救済手段により抑止されるべきではない。というのも、善意の当事者が、過剰な填補的な法的救済を恐れるならば、イノベーションおよび行動の自由は抑えられることになるからである。それゆえに、自由な使用を思いとどまらせるための救済手段は、明白な財産権侵害行為のケースに制限されるべきことになる。このような観点から、行為が第三者の権利を侵害することが、事前の視点から確実ならば――すなわち、悪意である場合――、そのとき（のみ）、法は、「不法行為はペイしてはならない」をシグナルするはずであるとされる[55]。

第4に、利益吐き出しの根拠を侵害者への道徳的非難（処罰）という点に求める見解からの説明である[56]。この見解によれば、侵害者が私法上の訴訟において正当に罰せられるためには、侵害者が行ったことを認識することが重要である。というのも、そうでなければ、処罰を受けるに値するといえないからである。そのため、利益吐き出しが認められるためには、侵害者の側の無某（reckless）[57]を含む意図または認識が要求

や無体物を念頭に置く議論である）.

[55] 同趣旨を説く見解として、Boosfeld, *supra* note 50, at 835（過失のない権利の侵害行為後の利益吐き出しは、人々が全ての利益を生む活動を阻止し得ることから、利益吐き出しが認められるためには、原則として、侵害者の非難性が必要であると説く）；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2077（知的所有法領域全般を念頭に置いたうえで、利益吐き出しの抑止機能を果たしつつ、他者に過度な負担を課せないために、侵害者の主観的認識を要求する）などがある。

[56] Peter Jaffey, *Restitutionary Damages and Disgorgement*, 3 R.L.R. 30, 42 (1995)；Barnett, *supra* note 3, at 40 〜；Rotherham, *supra* note 30, at 543.

[57] reckless は、「故意にはいたらないが、通常の過失よりは非難性が大きく、わが国の未必の故意または認識ある過失を独立にカテゴリとしたものにあた

されるべきであるとされる。これに対し、侵害者が侵害行為を犯したことを知らないまたは疑わないならば、利益吐き出しが認められるべきではない。というのも、侵害者は、自分自身のものであると考え、あるいは、自らが公共的使用のために利用可能であると考えた財産を使用したからである。

第５に、棚ぼた利益が生じる場面を限定するという点からの説明である。この説明は、利益吐き出しが権利保有者に損害を超える利益、すなわち棚ぼた利益をもたらすことになり、このような利益の帰属は正当化することができないとの理解を前提としたうえで、そうした帰結が生じる範囲を限定するために、侵害者の主観的認識が要求されると解する。こうした理解は、たとえば、後述の商標侵害に関する Romag 事件の被告の主張や法廷助言者の意見書（いわゆるアミカスブリーフ）の中でも指摘されている。すなわち、被告（Fossil）は、「Fossil の利益〔の吐き出し〕の付与が、填補賠償の概念をはるかに超えた棚ぼたになり、そして Fossil を処罰するであろう」と申し立てた。また、アミカスブリーフも、故意性の認定を要求することが「利益〔吐き出し〕救済がいくつかのケースにおいて有し得るおそらく厳格なインパクト（draconian impact）を回避するために必要である。損害賠償が直接的に原告の損失を算定するけれども、被告の利益〔の吐き出し〕は被告の利得を算定する。それゆえに、清算は原告の現実の損害を過剰に賠償し、そして被告の損失による棚ぼたの判決を生み得る。」との控訴裁判所の判決[58]を引用して、指摘する[59]。

第６に、濫訴を防止するためという点からの説明である。これは、利益吐き出しが権利保有者に利益をもたらすことから、一定の制限を設けないと、権利保有者が濫訴することになるとの懸念から侵害者の主観的認識が要求されるとする理解である。こうした理解も、Romag 事件の

---

る。」と指摘される（田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991）702頁）。

[58] Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc., 817 F.3d 782, 785-86 (2016).

[59] *See*, Bortolin, *infra* note 108, at 954. なお、同論文の注115で意見書の URL が記載されているが、現在は閲覧不可のため、確認できなかった（最終確認：令和５年11月28日）。

アミカスブリーフにおいて指摘されている。すなわち、「悪意や故意性の証明に基づいてのみ、被告の利益の吐き出しを認めることは、また濫訴の商標訴訟を思いとどまらせる。」とされる[60]。

このような必要説の根拠づけは、主観的認識の要否を決する際に利益吐き出しの根拠との関係から説明する立場（第２〔３も〕および４の立場）とそれ以外の事情から説明する立場（第１、５～６の立場）に大別できるであろう。

（３）批判

もっとも、このような根拠づけは、いずれも疑問の余地がある。以下では、それぞれの問題点を確認していくことにしたい。

第１の説明に対しては、裁判官の利益吐き出しの可否の判断に影響を及ぼす要素は、他の事情もあり得るため、主観的認識があったからといって常に認められるわけではない。たとえば、侵害を認識しながら適切に権利を行使しなかった権利保有者側の懈怠などの事情は、利益吐き出しの制限事由として考慮されていることは後述する通りである。そうであれば、主観的認識も利益吐き出しを決する考慮要素の一つにすれば足り、前提条件とまでする必要はないのではないかという疑問である。

第２の説明に対しては、この説明は、故意により違反を犯す者が、一般的に十分な情報を持ち、そして合理的であると仮定しているが、実際には、侵害者は、そのようにしたことが明白に非合理的であった状況においてさえ、違反を犯すことはあるとされる[61]。また、後述のように、利益吐き出しの根拠として抑止論が用いられる場面でも、侵害された権利等の特殊性から、主観的認識が要求されない例外的な扱いが認められることもある[62]。そのため、抑止論を前提とする見解の中には、侵害行為を抑止するために利益吐き出しを認めるか否かを決する考慮要素の一

---

[60] *See, id.* at 958.

[61] Rotherham, *supra* note 30, at 543.

[62] RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 3 cmt a (AM. LAW INST. 2011)（「吐き出しの責任を立証するために必要とされる有責性の程度は、その文脈ごとに異なる。」とも指摘する）.

つとして侵害者の主観的認識を考慮するにとどめれば足りると解する立場（総合事情説）もみられるところである[63]。

第３の説明に対しては、自由と権利の保護の衡量が重要であることはその通りであるとしても、そうであるとすれば、故意まで要求する必要はなく、過失で足りるのではないかという疑問を提起し得る。というのも、立証の問題を考慮すると、主観的認識である故意に比べると、客観的な基準である過失の方が立証はしやすいからである[64]。

第４の説明に対しては、処罰論からすれば故意性が必要であるとする理解は最も理解しやすいかもしれないが、そもそも処罰することは、エクイティの役割ではないとする従来の理解[65]からすると、このような利益吐き出しの根拠論を承認すること自体に困難を伴うかもしれない。

第５の説明に対しては、権利保有者の棚ぼたを懸念して、利益吐き出しを否定すると、侵害者に棚ぼたを残すことになるとの批判が提起される[66]。たとえば、こうした懸念を示すある判決は、「その侵害する標章の使用に起因する利益を分離することが不可能である場合、商標所有者にとっての棚ぼたはあり得る。しかし、そうでないと解することは、その違法行為者に棚ぼたを与えるであろう。」と述べる[67]。

第６の説明に対しては、濫訴の懸念は完全に軽視されるべきではないが、すべての故意ではない侵害のケースにおいて利益を否定することを正当化しないと指摘されている[68]。というのも、濫訴訴訟は、あらゆる訴訟原因の下での懸念であり、そしてこの懸念は、その結論をもたらし、

---

[63] Rotherham, *supra* note 30, at 544.

[64] *Id.* at 543.

[65]「エクイティは処罰しない」という考えについては、Bray, *supra* note 16, at 31 〜 . なお、このような観点から受認者の信認義務違反による懲罰的損害賠償を批判する Samuel L. Bray, *Punitive Damages against Trustees?*, in: D. Gordon Smith & Andrew S. Gold eds., Research Handbook on Fiduciary Law (Edward Elgar Publishing, 2018) 201も参照。

[66] Bortolin, *infra* note 108, at 957.

[67] Mishawaka Rubber & Woolen Manufacturing Co. v. S. S. Kresge Co., 316 U.S. 203, 207 (1942).

[68] Bortolin, *infra* note 108, at 958.

同様に、あらゆる法領域においてすべての金銭救済が排除されるべきであるとの結果を導くことになるからである。

（4）小括

以上の考察からは、第1に、必要説は、多くの場面において、利益吐き出しを認める際に侵害者の主観的認識を前提条件として要求していること、第2に、必要説は、その根拠として①エクイティ上の救済の性質、②抑止論、③権利保有者の保護と侵害者の自由の調整、④処罰論、⑤棚ぼた論、⑥濫訴論から主観的認識を要求する理由を説明していること、第3に、第2の①～⑥の根拠づけは、いずれも異論の余地があることが明らかとなった。こうした状況を踏まえると、主観的認識がなくても認められるとする理解もあり得るであろう。そこで不要説に目を向けることにする。

### 第2項　不要説

次に、侵害者の主観的認識を要求しない不要説を取り上げる。そのような状況で利益吐き出しが認められる場面は必ずしも多くはないが、具体的には、著作権侵害と信認義務違反の二つの場面（いずれも英米で共通している）が挙げられる[69]。こうした取扱いの承認は、利益吐き出しの要件として主観的要件が必要不可欠な前提条件であるとの理解にも検討の余地があることを示唆しているといえよう[70]。もっとも、こうした立場は、――必要説に立つ論者からすれば当然であるが――多くの批判が向けられている。

以下では、著作権侵害と信認義務違反の各場面について順に取り上げ、不要説がどのように根拠づけられるか、またそのような理解に問題はないかについて確認する。

---

[69] このほか、本稿ではこれまで取り上げていない意匠権侵害もこの系譜に位置づけられる（35 U.S.C. § 289）。*See*, Samuelson et al., *supra* note 44, at 2064～.

[70] Watterson, *supra* note 1, at 49.

（1）著作権侵害の場面

（i）概要

まず、著作権侵害の場面について確認する。英米の著作権法は、利益の吐き出しの要件として、侵害者の主観的認識を明示しておらず[71]、判例も同様に要求していない[72]。たとえば、〔英17〕Redwood Music Ltd. v. Chappell & Co Ltd. 事件[73]は、善意の著作権侵害のケースにおいて、利益吐き出しを肯定した。実際上、侵害者は、多くの場合、著作権者の著作物を認識しながら侵害していることは多いであろうが[74]、そうした事情がない場合もあり得ることを踏まえるとすると、そうした場合にまで認められることをどのように正当化するかが問題となる。とりわけ、著作権侵害による利益吐き出しについて主観的認識を不要とする点については、利益吐き出し全体の中のみならず、知的所有法の領域内でも、特殊な扱いであり、一貫した説明が困難であるとの指摘[75]を踏まえると、そうであろう。

（ii）根拠づけ

こうした立場は、その根拠づけとして、以下のようなものを挙げる。

第1に、歴史的沿革からの説明である[76]。これは以下のような理解に

---

[71] 米国につき、17 U.S.C. §504(b). なお、英国につき、Copyright, Design and Patent Act 1988, s 97(1)（その行為に関係する作品に著作権が存在することを知らず、そして存在すると信じる理由がないこと）の抗弁は、損害賠償に対して成立するのみであり、利益の清算を含むその他の救済手段には認められないとされる（Wienerworld Ltd v. Vision Video Ltd., [1998] FSR 832）。*See*, Lionel Bently, *Accounting for Profits Gained by Infringement of Copyright; When does it End?*, 1 EIPR 5, 8 (1991)；Rotherham, *supra* note 30, at 542 n. 30；Virgo, *supra* note 3, at 460. もっとも、イギリス法の同法の下でも利益の吐き出しが認められるには侵害者の主観的認識の証明が必要であると説く見解もある（Edelman, *supra* note 3, at 235-6）。

[72] Palmer, *supra* note 3, at 163-64.

[73] [1982] RPC 109.

[74] Bently *supra* note 71, at 8.

[75] Burrows, *supra* note 3, at 647.

[76] *See*, Edelman, *supra* note 3, at 233 ～ .

よる。すなわち、利益の清算という救済は、当初、差止命令の付随物として利用できたのみであった[77]。ある判決は、「差止命令なければ、清算なし」という一般的ルールを明示した[78]。このような理解によれば、利益の清算を求める権利は、差止命令を求める権利に依存することになり、そして差止命令においては侵害者の主観的認識は要求されないため、利益の清算においても主観的認識は要求されないこととなる。

第２に、権利保有者の保護の観点からの説明である[79]。すなわち、自己の権利が侵害された者にとっては、侵害者がその権利を侵害するとき、それを認識していたか否かで違いはない。つまり、権利保有者の権利は侵害され、そして誰かがそのようにすることで利益を上げた。この事実こそが重要である。しかし、主観的認識が要求された場合、侵害者の認識を証明することがしばしば困難になり、権利保有者は、多くのケースにおいて、利益吐き出しを請求することができなくなる。このような観点から主観的認識は求められるべきではないと説かれる。

第３に、利益吐き出しの根拠を権利保有者（被害者）の損害の代替として捉える立場からの説明である[80]。すなわち、著作権侵害のようなビジネス競争を伴う不法行為の類型は、侵害行為がなければ権利保有者に侵害者が得た利益が帰属したであろう。つまり、権利保有者の損害の代替として侵害者の利益を捉えることができるため、主観的認識（少なくとも故意）は意味を持たないとされる。また、別の論者は、「もし被告の利益が原告の損失の代替として使用されているならば、損害賠償は、填補賠償的なものとして記述されるべきである。これは、故意性が要求されないこと、そしてこれらの損害賠償がエクイティ上の救済ではなく、

---

[77] 差止命令と利益の清算の関係については、W.R. Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights (4th ed.)(Sweet & Maxwell, 1999) 76；Fiona Patfield, *The Remedy of Account of Profits in Industrial and Intellectual Property Litigation*, 7 UNSWLJ 189, 192 (1984)；Bently *supra* note 71, at 6 〜など参照。

[78] Parrott v. Plmer, (1834) My & K 63240 ER 241 at 640, 244 (per Brougham LC).

[79] Boosfeld, *supra* note 50, at 833（ただし、著者自身はこうした立場を採るものではない）.

[80] Palmer, *supra* note 3, at 165.

コモン・ロー上の救済であることを明白にするであろう。」[81]と述べるが、これも、同趣旨であろう。

第４に、利益吐き出しの理論的根拠につき抑止論を前提とする説明である[82]。抑止論からすると、先述のように、侵害者が侵害するか否かを事前に判断するために侵害行為を認識できることが求められる。そうすると、著作権侵害の場面において侵害者が善意であっても、利益吐き出しを認める立場は、正当化することはできない。これに対し、より洗練化された考え方は、抑止の政策が故意の侵害を抑止することのみならず、ありうる侵害者に彼らが侵害していないことをチェックさせることを目的とすると指摘されている。

第５に、後述のように著作権侵害による利益吐き出しに際しては、利益配分が認められるため、吐き出される利益の範囲が他の場面より限定されることから、主観的要件が緩和されているとの説明もあり得るであろう。

（ⅲ）批判

もっとも、このような根拠づけは、いずれも疑問の余地があるように思われる。以下では、それぞれの問題点を確認していくことにしたい。

第１の説明に対しては、差止命令と利益の清算は機能を異にするという批判が提起されている[83]。すなわち、差止命令は将来の侵害行為を防止することを目的とするのに対し、利益の清算は過去の違法行為に関して機能するという点で役割を異にする。そして、利益の清算が差止命令の付随物であるとの理解は、利益の清算が多くの知的所有権の制定法により明示されて以降は、もはや維持する必要はないとされる。この点についてのイギリスの判例の理解は、従来の理解から完全に脱却できているとまではいえないものの[84]、差止命令が一定の事由――具体的には、①偶然の状況による場合（提訴が遅すぎた場合など）、②侵害が部分的

[81] Samuelson et al., *supra* note 44, at 2027.
[82] Bently, *supra* note 71, at 15 n.123.
[83] *Id.* at 7.
[84] *Ibid.*

である場合、③訴訟開始後に状況が変化した場合（侵害行為が終了した場合など）――により否定された場合でも、利益の清算を認める先例の存在が指摘されている。たとえば、〔英10〕Spycatcher 事件は、国家の機密情報を公表した事案において、その情報が公表時までにパブリックドメインにあり、そのため、さらなる損害が国王に課せられないこと、そして守秘義務が関連する秘密なことはもはや存在しないことを根拠に差止命令を否定しつつも、利益の清算を認めたものであり、利益の清算が差止命令に依存しないとの理解を採るものと位置づけられる。このように差止命令と利益の清算の関係が変容していることを踏まえると、前者において主観的認識が不要であるからといって、後者においても同様に解する必然性は存在しないであろう。

第２の説明に対しては、そこで懸念されている証明の問題は、立証責任を転換するなどにより解決する方法もあり得ることからすると、決定的なものとはいえないであろう[85]。

第３の説明に対しては、そうした根拠づけは、権利保有者の損害と侵害者の利益との間の対応関係がある場合には妥当するかもしれないが、そのような対応関係は、常に認められるわけではなく（たとえば、侵害者の方が著作権者よりも効率的である場合）、そのよう場合には、主観的認識（故意）を不要といってよいかは留保が必要であろう。

第４の説明に対しては、以下のような批判が提起されている。まず、著作物の適法かつ有益な使用の過剰抑止をもたらすという批判である[86]。すなわち、利益吐き出しが善意の侵害者にも適用されるとすると、利益吐き出しに付随する証明――たとえば、吐き出すべき利益を算定する際の控除可能な費用の証明や著作物以外の要素に起因する利益の証明――は、侵害者が負うことになり、証明ができない場合には、侵害者は善意であっても粗利益を吐き出す責任を負う。このような厳格な責任に直面すると、潜在的な利用者は著作物の熟慮に基づく使用を完全に迂回し、あるいは見送ることになり、著作物に対する需要の減少をもたらす。

---

[85] Boosfeld, *supra* note 50, at 833.

[86] Dane S. Ciolino, *Reconsidering Restitution in Copyright*, 48 Emory L.J. 1, 29-30 (1999).

そして需要の減少は、一般的な著作物の市場価格を下げ、さらに公の消費のために利用可能な作品数を減らすことになり、著作権法が存在する目的を妨げることになる。

次に、権原の調査費用の増加に伴う著作物のために市場需要の減少をもたらすという批判である[87]。すなわち、著作物を使用し、または譲り受けたい者は、善意の侵害者にも適用される厳格な責任を前提とすると、注意深く、譲渡人の権原を調査しなければならない。しかし、この調査は著作権の登記制度のようなものが存在しないことを考慮すると、困難であり、著作物を使用することに付随する費用を増加させる。そして結果的に、そのような著作物の需要減少、市場価格の下落、著作物を創作する金銭的インセンティヴの減少に加えて、公衆がアクセスする作品数の減少をもらし、最終的に著作権法の目的を妨げることになる。

さらに、先述の権利保有者の保護と侵害者の自由の調整という観点から主観的認識の必要性を説く立場によれば、主観的認識を要求しない著作権侵害による利益吐き出しは、権利保有者の保護に傾きすぎているということになろう[88]。

第５の説明に対しては、利益の配分が認められる他の場面でも主観的認識は当然に不要とされているわけではなく、根拠づけとして不十分であろう。

以上のように、著作権侵害による利益吐き出しにおいて侵害者の主観的認識は不要とされているものの、その際に用いられる根拠づけは、必ずしも十分な説得力があるとはいえず、学説において改革の必要性が指摘されている。具体的には、こうした広く認められることを疑問視して、①利益吐き出し自体を否定する立場[89]から、利益吐き出しを認めつつも、②他の多くの場面と同様に、侵害者の主観的認識を要求する立場[90]、③

---

[87] *Id.* at 31.

[88] Boosfeld, *supra* note 50, at 834（侵害者が故意の場合には、利益吐き出しを認めても、侵害者に予見できないリスクをもたらさず、経済への消極的なインパクトはないと指摘する）.

[89] Ciolino, *supra* note 86, at 62（立法論として、厳格な利益吐き出しを排除し、その代わりに懲罰的損害賠償を導入するべきと説く）.

[90] Edelman, *supra* note 3, at 235（善意の侵害者には認められないとする）；

要件論としては主観的認識を考慮しないものの、吐き出す利益の範囲を決する際の考慮要素とする立場[91]などが挙げられる。

（2）信認義務違反の場面

（ⅰ）概要

次に、信認義務違反について取り上げる。イギリス法では、たとえば、〔英13〕Regal 事件[92]において、貴族院は、以下のように述べる。すなわち、「受認者の地位の使用により利益を上げた者がその利益を清算する責任を負うと主張するエクイティのルールは、決して詐欺や善意の不存在に依存せず」、「その責任は、・・・利益が上げられたという単なる事実から生じる。」[93]。また「誠実かつ十分に善意でした不当利得者は、清算することを要求されるリスクを回避することはできない。」[94]。このように信認義務違反による利益吐き出しは、受認者の主観的認識に依存せず、利益を上げたという事実こそが重視されているといえる。こうした厳格な立場は、アメリカ法でも基本的に同様であると解されている[95]。このように、信認義務違反は、著作権侵害と同様に、受認者の主観的認識を要求しないという点では同じであるが、効果論――具体的には、著作権侵害が利益の配分を認めるのに対し、信認義務違反ではそれが認められないこと――まで踏まえると、利益吐き出しの中で最も厳格な立場が採られているといえる。では、このような立場はどのように根拠づけられるのであろうか。

---

Keele, *infra* note 219, at 1091（故意と不注意で区別する）；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2077.

[91] *See*, Virgo, *supra* note 3, at 461；Keele, *infra* note 219, at 1092（著作権侵害において、有責性の区別は、利益が算定される方法に影響を及ぼすと指摘し、間接費の控除において善意・悪意で区別する立場をその例として挙げる）.

[92] [1967] 2 A.C. 134.

[93] *Id*. at 144G-145A(per Lord Russell of Killowen).

[94] *Id*. at 145.

[95] E.g. Production Machine Co. v. Howe, 327 Mass. 372, 99 N.E.2d 32(1951).

（ii）根拠づけ

信認義務違反による利益吐き出しの厳格な立場は、信認義務の特殊な性質により根拠づけられる[96]。より具体的には以下の通りである。

第１に、利益吐き出しの根拠を抑止に求める立場からの説明である[97]。この説明によれば、受認者は、自己の地位を利用する大きな誘惑を受ける立場にいるため、悪意の場合のみならず善意まで認められるとする完全な吐き出しのリスクは、受認者が誘惑に屈することを阻止するのに有効であると解される。このような理解を前提とすれば、利益吐き出しの根拠として抑止に求める見解の下でも、信認義務違反の場面では、受認者の主観的認識は問われないこととなる。

第２に、権利保有者の保護と第三者の自由の調整の観点からの説明である[98]。この説明は、先述の主観的認識を要求する立場（必要説）の第３の立場を前提としたうえで、主観的認識を要求する理由が経済活動の自由を阻害するという点にあるとし、そしてその裏返しとして、信託の場面のように経済的な停滞の危険が差し迫っていない場合には、利益の吐き出し請求を一定の種類の非難性要件により制限する必要はないとし、その具体的な場合として、（受託者としての自己の地位を知っている）受託者が、信託財産を売却することから利益を得た場面を挙げる。というのも、信託の受託者は、受益者のために財産を保有し、かつ管理する立場にいることを自ら引き受けたため、信託財産の自己利益のための売買は、受託者が決して引き受けるべきではない行動であるからである。ここでは、受益者の利益において排他的に行動することは受託者の義務の本質であるとされる。それゆえに、このような場面においては、厳格な吐き出し政策によるビジネス活動への消極的な影響は、問題とならないとされる。なぜならば、受託者は決して信託財産でビジネスをし得な

---

[96] Palmer, *supra* note 3, at 165.

[97] Irit Samet, *Guarding the Fiduciary's Conscience—A Justification of a Stringent Profit-stripping Rule*, 28(4) O.J.L.S. 763, 768-771 (2008)；Edelman, *supra* note 3, at 149-50（信認関係に内在する信頼と脆弱性から、信認義務違反のより高い抑止によって本人の権利を保護する必要性があるとする）.

[98] Boosfeld, *supra* note 50, at 835.

いし、そしてそこから利益を得ることはできないからである（利益取得禁止原則〔no-profit rule〕）。要するに、受託者に自由な経済活動を保障する必要はないことから、主観的認識を不要であると解しても問題はないということである。

（ⅲ）批判

もっとも、このような善意の受認者への利益吐き出しを認める根拠づけにも、疑問の余地がないわけではない。

第１の説明に対しては、学説（とくに、利益吐き出しの根拠として抑止論を説く見解）は、著作権侵害と同様に、善意の信認義務違反による利益吐き出しが過剰抑止をもたらすとの懸念を示している[99]。というのも、そのような厳格なルールは、受認者が、自己のみならず、本人に利益をもたらすであろう方法で､機会を求めることを阻止するからである。つまり、厳格すぎるルールは、本人にとっても望ましくないということである。

第２の説明に対しては、信託も経済活動にかかわる領域はあるとの指摘が可能である。とりわけ、アメリカでは商事信託の発展があり、ビジネス活動との調和も考慮する必要があるのではないかという疑問を提起し得る[100]。

それゆえに、信認義務違反による利益吐き出しをめぐっても、著作権侵害の場面と同様に、改革の必要性が説かれている[101]。具体的には、①信認義務違反に該当する場面を限定する方法[102]、②受認者の能力・才覚により利益が生じる場合には、受認者に手当の付与を認める方法、③利益吐き出しの要件としては主観的認識を要求しないものの、手当の付与

---

[99] John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 YALE L. J. 929, 951 〜 (2005).

[100] イギリスと異なり、アメリカでは、商事の分野で信託が用いられるようになったことにつき、姜雪蓮『信託における忠実義務の展開と機能』（信山社、2014）203頁以下を参照。

[101] Mitchell McInnes, *Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, 122 L.Q.R. 11(2006).

[102] Palmer, *infra* note 332, at 172.

を決する際にそうした認識の有無を考慮する方法[103]などが挙げられる。

（４）小括

以上の考察からは、次の点が明らかとなった。

第１に、不要説は、（ⅰ）著作権侵害と（ⅱ）信認義務違反の場面を念頭に、利益吐き出しが受認者や侵害者の主観的認識を問うことなく認められると解していることである（とりわけ、効果の点まで考慮すると、信認義務違反は、最も厳格な立場である）。

第２に、（ⅰ）の場面（著作権侵害）では、不要説は、その根拠を①歴史的な取扱い、②損害の立証困難性により本人が救済されない事態の回避、③利益を損害の代替として捉える議論、④抑止論、⑤吐き出す利益の範囲との関係（利益の配分が認められているため、範囲が限定されること）などに求めた。ここでの立場も、主観的認識を不要とする点を利益吐き出しの根拠と関係づけるか否かで大別することができるであろう（③④〔②も？〕は、関係づける立場であるのに対し、①⑤は関係づけない立場であるといえる）。もっとも、いずれも疑問の余地はある。

第３に、（ⅱ）の場面では、不要説は、その根拠を①抑止論（（ⅱ）の場面では、信認関係の特殊性から、より強い抑止が要請される）や②権利の保護と自由の確保の調整（後者の自由の確保は（ⅱ）の場面〔特に、信託の受託者の場面〕では重視する必要はない）などに求めた。ここでは、いずれの根拠も、利益吐き出しの根拠に関係づけているといえる。もっとも、いずれも疑問の余地はある。

こうした状況を踏まえると、不要悦ですべての利益吐き出しが問題となる領域を説明することは困難であろう。そこで第３の立場に目を向けることにする。

### 第３項　総合考慮説

最後に、上記二つの中間的な立場として、侵害者の主観的認識を利益吐き出しの前提条件としては要求しないものの、利益吐き出しの可否を決する多数の要素の一つとして考慮する立場である総合考慮説を取り上

[103] ②③については、後述の allowance の議論を参照。

げる。具体的には、アメリカの商標侵害の場面における近時の連邦最高裁の立場（およびそれ以前の一部の下級審巡回区の立場）がそのような立場の例として挙げられる。もっとも、学説では、上記の場面に限定せず、より一般的にそうした立場に親和的な見解もみられる。たとえば、利益吐き出しにおいては、資源のタイプこそが重要であり、侵害者の非難性という不法な行為の性質は、二次的な役割のみを果たすとの指摘[104]や主観的認識は必ずしも前提条件ではなく、権利の性質や他の救済の存在など様々な事情を考慮して侵害行為の抑止の必要性があるか否かにより利益吐き出しの必要性を判断する立場[105]などが挙げられる。そこで、以下では、商標侵害による利益吐き出しに関する近時の連邦最高裁の立場とその根拠について確認したうえで、その問題点について指摘する。

（１）商標侵害の主観的認識の要否をめぐる連邦最高裁の立場

アメリカでは、商標侵害による利益吐き出しにおいて、侵害者の主観的認識を要求するか否かをめぐっては、従来、連邦最高裁判所が明確な立場を示してこなかったこともあり、連邦巡回区控訴裁判所の中で、①必要とする立場と②前提条件としては不要としつつ、多数の考慮要素の一つとして考慮する立場に分かれていた[106] [107]。このような中で、近年、

---

[104] Hanoch Dagan, Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values (Cambridge U. P., 1997) 108.

[105] Rotherham, *supra* note 30, at 541～; do., *supra* note 9, at 92～. この見解は、先述の不十分性の基準の第３の立場である。

[106] 従前の議論状況については、William G. Barber, *Recovery of Profits Under the Lanham Act: Are the District Courts Doing Their Job*, 82 Trademark Rep. 141 (1992)；Eugene W. Luciani, *Does the Bad Faith Requirement in Accounting of Profits Damages Make Economic Sense?*, 6 J. Intell. Prop. L. 69 (1998)；Danielle Conway-Jones, *Remedying Trademark Infringement: The Role of Bad Faith in Awarding an Accounting of Defendant's Profits*, 42 Santa Clara Law Review, 863 (2002) などを参照。

[107] こうした商標の場面の主観的要件の混乱状況は、〔英５〕Potton 事件以前のイギリス法においても同様であったとされる（*See*, Edelman, *supra* note 3, at 236-41）。すなわち、①侵害者が善意でも利益の清算を認めるもの（Cartier v. Carlisle, (1862) 31 Beav 292, 298; 54 ER 1151, 1153. 本件は〔英５〕Potton 判決

〔米16〕Romag Fasteners, Inc. v. Fossil, Inc. 事件[108]は、米国商標法1125条（a）（Lanham 法43条（a））の違反による場合には、「故意」が必要か否かという論点について、不要とする立場を採った。すなわち、善意・悪意で区別し、故意性を利益吐き出しの前提条件とする下級審の立場（①の立場）を拒絶したわけである。

もっとも、最高裁は、侵害者の主観的認識を、前提要件として要求しないとしたにとどまり、それを利益吐き出しの成否の判断において何ら考慮する必要がないとまで述べたわけではない。この点につき、最高裁は、侵害者の心理状態を利益吐き出しが適切であるか否かを決定する際の「重要な考慮」要素として理解する。すなわち、「精神状態（mens rea）は、Lanham 法以前のケースにおいて利益を付与する際に重要な考慮として現れた。これは、通常の被告の心理状態が適切な救済を割り当てるのに適切な実体的横断的原理を反映する。」そして「これらの伝統的原理を考慮すると、我々は、商標の被告の心理状態が、利益の付与が適切か否かを決定する際にかなり重要な考慮〔要素〕であることを疑わない。しかし、その多くを承認することは、〔被告が〕提唱する回復の硬直な前提条件を主張することとは大違いである。」と述べる[109]。

---

により賛成された）と②侵害者が故意により侵害した場合のみ認められると解するもの（Edelsten v. Edelsten, (1863) 1 De G J & S 185; 46 ER 72〔ただし、傍論〕; Moet v. Couston, (1864) 33 Beav 578; 55 ER 493）がみられた。もっとも、Edelman によれば、イギリスの判例の立場は、①から②にシフトしていったとされる（*Id*. at 238）。

[108] 140 S. Ct. 1492 (2020). 本件については、Tony Bortolin, *Awarding Some Profits against Unintentional Infringers*, 110 Trademark Rep. 930, 957 (2020); Laine Gonzalez, *Trademark Infringement and Profit Remedies in View of Romag v. Fossil*, 55 Ind. L. Rev. 139 (2022) のほか、萩原弘之＝寺澤幸裕＝宮脇正晴「米国における知財の動き」高林龍＝三村量一＝上野達弘編『年報知的財産2020-2021』（日本評論社、2020）204頁、特に217頁以下（宮脇執筆）、尾島明「商標権侵害を理由に利益の吐き出しを請求できるのは故意による侵害がある場合に限られるか」IP ジャーナル25号（2023）52頁も参照。

[109] 140 S. Ct. 1492, 1495.

（２）根拠づけ

このような立場は、どのように根拠づけられるであろうか。最高裁は、主観的認識を前提条件として不要とする根拠として、以下の２点を挙げる。

第１に、米国商標法1117条（Lanham 法35条）の規定における文言の違いである。すなわち、1117条（a）は、単に「1125条（a）の下での違反」が証明されなければならず、1125条（c）の違反を理由に必要とされるように「故意の違反」の証明を要求していないことから説明される。

第２に、Lanham 法全体の規律構造からの推論である。すなわち、Lanham 法の構造全体から、同法は多数の様々な条文において心理状態（mental states）を要件として要求する場合には、明示的に定めていることから、逆に、制定法においてそのような文言がない場合には、心理状態は求められていないと解されることになる。

このように、最高裁は、主観的認識を不要とする根拠を文言解釈や体系解釈に求めたといえる。他方で、最高裁は、意識的に実質論（政策論）には立ち入らなかった。すなわち、「競合する、そして同一の基準で測れない政策目標がある」ことを最高裁も承認していたものの、こうした競合する政策目標は、司法府の役割ではなく、立法府がなすべきことであると述べる[110]。

（３）問題点

もっとも、連邦最高裁は、故意性を前提要件としては不要としつつも、（いまだ利益吐き出しの成否を決する）重要な考慮要素として位置づけている。しかし、最高裁は、どのようにそれが考慮されるのかについて明確な基準を述べていない（単一の、支配的な基準を述べることを拒絶した）。具体的には、以下の通りである[111]。すなわち、❶裁判所の判決は、どのように侵害者の主観的認識が重要な要素として、利益吐き出しの基準に組み込まれるべきかを扱っていないこと、❷裁判所は、どれくらい侵害者の心理的な非難可能性や意図が多数の分析において比重を与えら

[110] *Id.* at 1497.

[111] Gonzalez, *supra* note 108, at 141, 150.

れるべきかを扱っていないこと、❸裁判所の判決の下では、もし無謀（未必の故意）により、あるいは過失により行動したと単に認定された被告が商標侵害のケースにおいて吐き出しに服し得るのかは明らかではないことが挙げられる。そのため、学説からは、「下級審裁判所をよりよく導き、そしてより完全にその巡回区の分裂を解決するために、〔最高〕裁判所は、これらの問題を扱った基準を提供するべきであった。」との批判がなされている[112]。

ともあれ、今後は、商標侵害の場面においては、下級審裁判所は自ら決定していくことが求められるであろう。その際には、従来、故意を前提要件と要求してきた巡回区裁判所は、❶従前の故意性を要求しない巡回区で採用された基準（とりわけ、第５巡回区控訴裁判所が採った多数要素アプローチ）と❷最高裁判所の判決を解釈したうえで、自ら新しい基準を決定する方法のいずれかの選択を強いられることになるであろう[113]。というのも、最高裁判所は明示的に、単一の、既存の巡回区控訴裁判所の基準を支持しなかったからである。

前者の多数要素アプローチにつき、第５巡回区控訴裁判所の基準が非常に適切なツールであると評されている[114]。それは以下のようなものである。すなわち、「(1) 被告が混同させ、あるいは騙す意図を有したか否か、(2) 売上が横流しされたか否か、(3) その他の救済手段の十分性、(4) 権利を主張する際の原告によるあらゆる非合理的な遅延、(5) その不正行為を利益の出ないものにするという公共の利益、そして (6) 売主が騙して売付けるケースであるか否かを含むが、これらに制限されない。」[115]。

もっとも、こうした基準が権利保有者にとって常に使いやすいといえるかは疑問も提起されている[116]。というのも、この基準の下では、陪審

---

[112] *Id.* at 154.

[113] *Id.* at 151-2.

[114] *Id.* at 154.

[115] Pebble Beach Co. v. Tour 18 I Ltd., 155 F.3d. 526, 554 (5th Cir. 1998)

[116] Mark A. Thurmon, *Federal Trademark Remedies: A Proposal for Reform*, 5 Akron Intell Prop. J. 5(2)137, 152-53 (2011).

がその侵害が故意であると認定した場合でさえ、裁判所が、利益吐き出しを否定することが正当化され得るからである。

（４）小括

以上のように、総合事情説は、商標侵害の場面において、文言解釈や体系解釈を根拠に、侵害者の主観的認識を利益吐き出しの前提条件としては要求しないものの、利益吐き出しを決する際の重要な考慮要素として捉えている。もっとも、どのように侵害者の主観的認識を考慮するかについては明確ではない。ともあれ、このような主観的認識についての３つの見解は、いずれか１つの立場ですべての利益吐き出しの場面を説明することは難しいであろう。

### 第３款　因果関係の問題

ここでは、侵害行為と侵害者が取得した利益との間に一定の繋がりが存在することが必要かという問題（因果関係の問題）について取り上げる[117]。利益吐き出しに関する因果関係の問題は、従来必ずしも注意を払

[117] 利益吐き出しに関する因果関係と疎遠性については、Lionel Bently, *Accounting of Profits for Infringement of Copyright: Potton Ltd v. Yorkclose Ltd*, 3 EIPR 106, 109 ～ (1990)；Bently, *supra* note 71, at 10 ～；Friedmann, *supra* note 34, at 1917 ～；Graham Virgo, *Restitutionary Remedies for Wrongs: Causation and Remoteness*, in: Charles Rickett ed., Justifying Private Law Remedies (Hart Publishing, 2008) 301；Deborah A. Demott, *Causation in The Fiduciary Realm*, 91 B.U.L.R. 851 (2011)；Mark P. Gergen, *Causation in Disgorgement*, 92 B.U.L.R. 827 (2012)；Rebecca Lee, *Disgorgement of Unauthtorised Fiduciary Gains: An Exercise in Causation?*, 11 Journal of Equity 29 (2017)；Matthew Conaglen, *Identifying The Profits for Which A Fiduciary Must Account*, 79(1) Cambridge Law Journal 916 (2020)；Alex C.H. Yeung & Jason Fee, *Limiting the Fiduciary's Account of Profits: But-For Causation?*, 26(10) Trusts & Trustees 916 (2020)；Kate Hursthouse, *Correlativity is Not Causation: A Principled Approach to Account of Profits for Breach of Fiduciary Duty*, Otago Yearbook of Legal Research 2020 (2021) https://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago828540.pdf などを参照。

われてこなかったため、十分に議論されてきたわけではないものの[118]、不法行為法の議論におけるのと同様に、事実的因果関係の問題と法的因果関係の問題に分けて検討されている[119]。すなわち、利益吐き出しが認められるためには、侵害行為と利益との間に事実の意味での因果関係があることが必要か、また必要であるとしてその因果関係はどのように判断されるか（事実的因果関係の問題）（第１項）。また事実的因果関係があるとして、因果関係がある利益は、すべて吐き出しの対象となるか、一定の範囲に制限されるか（法的因果関係の問題）（第２項）。以下では、この二つの問題を順番にみていくことにしよう。

### 第１項　事実的因果関係の問題

まず、利益吐き出しが認められるためには、侵害行為と利益との間に事実的因果関係があることが必要か、また必要とした場合、その事実的因果関係はどのような意味で理解されるかという点について確認する。

（１）事実的因果関係の必要性

判例・学説は、利益吐き出しが認められるための前提条件として、その侵害行為と利益との間に因果関係（causation）があることを要求する[120]。たとえば、あるイギリスの判例は、侵害行為とその結果として取得された利益との間に「一定の合理的な関係（reasonable connection）」

---

[118] George B. Klippert, Unjust Enrichment (Butterworths, 1983) 228（「原状回復法における因果関係に特別の注意がほとんど向けられてこなかった。疎遠性の側面としての因果関係の分析は、伝統的に、契約法および不法行為法における損害賠償ルールの議論に制限されてきた。」と指摘する）；Virgo, *id*. at 301；DeMott, *id*. at 853；Charles Mitchell, *Causation, Remoteness, and Fiduciary Gains,* 17 KCLJ 325, 327-28 (2006) など。

[119] 因果関係を二つのレベルに分けることについては、Friedmann, *supra* note 34, at 1917；Gergen, *supra* note 117, at 829（事実上の問題を他の考慮から区別することは、吐き出し法の明確かつより一貫した説明を提供することを可能にする、と指摘する）などを参照。

[120] Virgo, *supra* note 3, at 434 ～；Burrows, *supra* note 3, at 625.

がなければいけないと指摘する[121]。

問題は、ここでの因果関係がどのような意味で理解されるかという点である。その意味は必ずしも明らかではないとされるが[122]、判例・学説は、不法行為法の領域で用いられる「なかりせば（but for）」の意味、すなわち、侵害行為が利益発生のための唯一の原因であると解する立場と、そのような関係が必ずしもなくても、侵害行為が利益発生の原因の一つであれば足りるとする立場に分かれている（さらに、場面により使い分ける折衷的立場もある）。以下では、これらの立場を順に取り上げる。

（２）厳格な立場

利益吐き出しで問題となる因果関係は、不動産侵害や知的所有権侵害のように多くの場面において、事実的な観点から判断され、「なかりせば（but for）」の意味で理解されてきた。学説においても多数の見解がこうした立場を採る[123]。

（ｉ）判断基準

この理解によれば、侵害者は、侵害行為がなければ、利益を上げることができなかった場合のみ吐き出す責任を負うことになる[124]。では、どのような場合に利益を上げることができなかったと判断されることになるのか。とりわけ、なかりせばの因果関係の有無は、知的所有権侵害の場面などで問題となる[125]。この点については、具体的には、以下のような基準が提案されている[126]。

---

[121] CMS Dolphin Ltd v. Simonet, [1979] AC 374 (per Lawrence Collins J).

[122] Hursthouse, *supra* note 117, at 12；Conaglen, *supra* note 117, at 45.

[123] Mitchell, *supra* note 118, at 327；Devonshire, *supra* note 50, at 402；Virgo, *supra* note 117, at 327. *See* also, Barnett, *supra* note 3, at 189, 210（契約違反の場面において、なかりせば基準を支持）.

[124] E.g. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 Yale L. J. 1339, 1343 (1985). Murad v. Al-Saraj, [2005] EWCA Civ 959 para 62 (per Arden LJ).

[125] *See*, Rotherham, *supra* note 9, at 95.

[126] 以下につき、Fiona Patfield, *The Modern Remedy of Account*, 11 Adel L. R. 1,

第１に、侵害者が代替手段（alternative）を使用することにより、その利益を上げることができたか否かという基準である[127]。すなわち、代替手段がない場合（＝侵害した権利なしには商品を製造することができなかった場合）には、生じた利益は侵害行為に起因し、侵害行為と利益との間で事実的因果関係が肯定される（たとえば、〔英９〕Peter Pan 事件など）[128]。これに対し、代替手段がある場合（＝侵害した権利なしでも商品を製造することができた場合）[129]には、その利益が侵害行為のみに起因するとは必ずしもいえないから、事実的因果関係は否定される[130]。このように利用可能な代替手段があるか否かが重要な基準となる。この点に関する立証責任は、侵害者に課せられる。そのため、〔英５〕Potton 事件において利益吐き出しが否定されたのは、侵害者がその建物を建築するために別のデザインを使用したであろうことを立証できなかったからと理解される[131] [132]。

---

19 (1987)（守秘義務違反を含む知的所有権侵害の問題を中心に考察する）に負う。

[127] Farnsworth, *supra* note 124, at 1343.

[128] Goff & Jones, *supra* note 3, at 759.

[129] それにもかかわらず、被害者の権利を侵害する理由としては、侵害者が侵害することによりその製品をより効率的に製造することが可能となる点が挙げられる（Gurry, *supra* note 3, at 424-5）。

[130] Burrows, *supra* note 3, at 625（違法行為者が違法行為に関わらずその利得を上げたならば、一般的には原状回復的救済〔利益吐き出し〕の正当化根拠は存在しないと指摘する）.

[131] Bently, *supra* note 117, at 110. *See* also, Virgo, *supra* note 3, at 505（信認義務違反の場面を念頭に置いた上で、特定の利益が義務違反から得られなかったことを証明する責任は受認者に課せられる。というのも、受認者が義務違反からあらゆる方法で利益を得るべきではないからである）。

[132] なお、こうした理解は、契約違反の場面などでも妥当するとの理解がみられる。たとえば、山田八千子「売主の契約違反と買主の損害――アメリカ法における利得吐き出し法理の適用をめぐって」東洋法学34巻２号（1991）87、89頁（「一見すると、約束違反者の利得が契約違反により生じたように見えても、違反者が他の手段を用いて同じ利得を得られたとしたら、事実上の因果関係は認められないからである。」「…売主が買主に売却したのと同質で同僚の財産を第三者から譲り受けることが可能であったという状況を仮定してみれば、違反をしなくてもその利得は得られたはずである。」）参照。ただし、このような理

第２に、侵害者と取引に入った第三者がその侵害行為がなくても侵害者と取引をしたか否かという基準である。すなわち、侵害行為がなくても侵害者が第三者と取引をしていた場合には、その利益は侵害行為に起因するものとはいえず、事実的因果関係は否定される。たとえば、〔英10〕My Kinda 事件では、被告が原告の使用するレストランの名称と類似するレストランの名称を使用すること（詐称通用）により、利益を取得したのに対し、被告が利益の清算を命じられた。というのも、顧客が被告のレストランを原告のそれと混同したからであった。つまり、侵害行為（詐称通用）がなければ、第三者（顧客）は被告のレストランを使用しなかったということである。

これらの基準のいずれが使用されるかは、知的所有権侵害のタイプにより決まることになる（たとえば、第１の基準は、製造方法の侵害に関係するのに対し、第２の基準は、製品の侵害に関係するとの見解がある[133]）[134]。

（ⅱ）根拠づけ

このような「なかりせば」の意味で因果関係を理解する立場は、その根拠として以下の点を挙げる。

第１に、裁判官や立法者にとって使用しやすいという点である。すなわち、たとえば、裁判官は、不法行為や契約違反などの場面でこの基準を使用しており、この調査方法を良く知っているため、実務的に魅力があるとされる[135]。

第２に、因果関係ルールの単純性と明快性を維持することが可能である点である[136]。これは、以下のような理解に基づく。すなわち、この立場によれば、侵害行為と利益との間になかりせばの因果関係があれば、

---

解が妥当しない場面（Snepp 事件の場面など）もある。

[133] Bently, *supra* note 117, at 110.

[134] このような理解の下で、因果関係が否定されたとしても、別の利益（回避された費用）の吐き出しが認められることはある。この点は、利益の配分とも関連する（*See*, McGowan, *infra* note 255, at 14 〜）。

[135] Yeung & Fee, *supra* note 117, at 916.

[136] Mitchell, *supra* note 118, at 336.

吐き出す利益の範囲は不明確に広がることになる。そこで、この立場は、こうした理解を前提としたうえで、過度に責任の範囲が拡張しないための歯止めは、別概念、すなわち「疎遠性」によって対応する[137]。このようにこの立場は、因果関係と疎遠性を峻別することにより、因果関係の単純さを維持しつつ、規範的問題の考察を後者のレベルで裁判官が扱うことを可能にする[138]。

第３に、侵害者のみが証拠を所有していることの懸念は、なかりせばの因果関係の不存在の反証を挙げる責任を侵害者に転換することで回避可能であることも挙げる[139]。

（３）緩やかな立場

以上の理解に対し、利益吐き出しが問題となる一部の場面では、なかりせばの基準を満たしていない場合でも、事実的因果関係を認めたうえで、利益吐き出しが認められることがある。具体的には、信認義務違反の場面や一部の契約違反の場面においてみられ、学説でも、そうした立場を支持する見解がみられる[140]。

（ｉ）判断基準

判例は、信認義務違反の場面では、信認義務違反が、利益発生の原因の一つになっていれば、因果関係を否定せず、受認者に利益吐き出しを

---

[137] *Id.* at 327, 336.

[138] *Id.* at 336.

[139] Lusina Ho, *Deemed Performance in Account of Profits*, in: Peter Devonshire & Rohan Havelock Eds., The Impact of Equity and Restitution in Commerce (Hart Publishing, 2019) 183, 194.

[140] Gergen *supra* note 117, at 831（なかりせばの因果関係の存在は、利益吐き出しの前提条件ではないと指摘する）；Barnett, *supra* note 17, at 201（プライバシー侵害との関係で緩やかな立場を説く）. *See*, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 51 cmt f (Am. Law. Inst. 2011)（なかりせばの因果関係の不存在は、いつも違法行為者を免除するとは限らないと指摘する）.

認めてきた[141]。たとえば、〔英18〕Murad v. Al-Saraj 事件[142]では、控訴院の多数意見は、利益の清算の事実的因果関係の問題について、「受認者が、その当事者が損失を出したことを証明することができるという事実は、Regal 事件〔注：〔英13〕事件〕の先例に基づくと、利益の清算に関する限り、関連しない考慮である。」と述べた上で、「私の考えでは、Regal 事件からは、たとえ信認義務違反がなかったとしても、受認者がその利益を上げたであろうということは抗弁ではない」と述べた[143]。換言すると、多数意見は、信認義務違反と受認者の利益との間になかりせばの意味での因果関係がない場合でも、利益の吐き出しを認めたわけである[144]。

また〔米14〕Snepp 事件においても、最高裁判所は、契約に違反した CIA エージェントを受認者として性格づけたうえで、エージェントがたとえ政府が許可を求めていたならば承認されたであろう見込みがあったとしても、要求された許可を受けることなしに公表した本から上げたロイアリティを吐き出すことをエージェントに命じた[145]。

このような理解によれば、なかりせばの因果関係の不存在（たとえば、本人に事前に情報を開示し、同意を得ることができたであろう証拠があること）は、必ずしも侵害者を免責することにはならない[146]。このような理解は、侵害行為が起こらなかったならば、起こったであろう事態を推論することを拒絶する立場ともいえる[147]。

（ii）根拠づけ

このような因果関係を緩く解釈する立場は、その根拠として、以下の点を挙げる。

第1に、なかりせばの因果関係は、損害に基づく賠償責任について妥

---

141 *See*, Mitchell, *supra* note 118, at 335.

142 [2005] EWCA Civ 959 (CA).

143 *Id*. at [67].

144 Virgo, *supra* note 3, at 434；Rotherham, *supra* note 9, at 95.

145 444 U.S. 507, at 515-16 (1980).

146 DeMott, *supra* note 117, at 853；Barnett & Harder, *supra* note 3, at 437.

147 Virgo, *supra* note 117, at 322；Devonshire, *supra* note 50, at 395.

当し、利益吐き出しに妥当するものではないとの説明が挙げられる[148]。すなわち、なかりせばの意味での因果関係は、コモン・ロー上の損害賠償のように損失基底的な救済に専ら適用されてきたことを踏まえると、直ちに利益に基づく救済である利益の清算のために適切であるか否かが問われ得る。この点につき、ある論者は、「受認者から多くの調査なしに利益を剥奪することと、相対的な原因への調査なしにすべての損失を彼に責任を負わせることは同じではない。」と説いている[149]。そのため、両者においては異なる考慮がなされており、損失に基づく救済上のルールが利益に基づく救済に全面的に適用されると想定することは困難であるとされる[150]。

第２に、受認者に不正行為への誘惑に抵抗するインセンティヴを受認者に提供する必要性という点からの説明が挙げられる[151]。すなわち、なかりせばの基準によれば、信認義務違反がなくても、受認者が本人の同意を得ることができたであろう場合には、利益吐き出しの責任を負わなくなる（たとえば、〔英18〕Murad 事件など）[152]。こうした事態を回避し、受認者が本人の利益に反して自己利益を追求することを阻止するために利益吐き出しの要件が緩和されている（受認者にとっては厳格になっている）というわけである[153]。

第３に、受認者の自由よりも受益者の保護を優先するという政策的な理由も挙げられる。すなわち、不法行為や契約におけるなかりせばの意味での因果関係は、債務をエンフォースすることと関連する当事者達の自由を守ることとの間で適切なバランスを取り得るけれども、それは必

---

148 Yeung & Fee, *supra* note 117, at 920.

149 J.D. Heydon, *Causal Relationships Between a Fiduciary' Default and the Principal's Loss*, 110 L.Q.R. 328, 332 (1999).

150 Yeung & Fee, *supra* note 117, at 920.

151 Conaglen, *supra* note 117, at 58；Hursthouse, *supra* note 117, at 21；Yeung & Fee, *id.* at 919.

152 Virgo, *supra* note 117, at 325.

153 たとえば、Virgo は、「信認義務違反による因果関係へのこのより寛大なアプローチは、おそらくは、信託関係および信頼関係の濫用の誘因から被告を阻止する必要性のためである」と述べる（Virgo, *supra* note 3, at 434-35）。

ずしも同じバランスが受認者の文脈において採られるべきことになるとは限らないとされる[154]。

（iii）留意点――信認義務違反におけるなかりせば基準の可能性

このように信認義務違反の場面においては、因果関係は緩く解されている。もっとも、この場面においても、なかりせばの基準を適用すべきと説く見解がないわけではない。

たとえば、Rebecca Lee は、信認義務違反の場面においては、信託規範と不法行為規範の衝突があり、いずれの規範が優先するかは、文脈により異なると指摘する。具体的には、信認義務が問題となる場面のうち、❶古典的な信託の受託者による信託財産の横領（およびその他の財産管理型の受認者の財産横領）の場面においては、強固な財産法（所有法）の論理が優先し、完全な吐き出しが認められる。その結果として、因果関係は緩やかな意味で理解される（後述の疎遠性による制限も排除される）ことになる。これに対し、❷その他の信認関係（特に非保管的な受認者）の場面では、不法行為法の論理が優先し、完全な吐き出しは妥当せず、その結果として、なかりせばの因果関係の意味で理解されることになる（そして疎遠性の適用も認められる）[155]。❶の場面において厳格な立場が採用される理由は、財産の専有があることから、擬制信託と同様の物的推論が妥当するのに対し、❷の場面ではそうした推論ができないこと、および❷の場面まで厳格な立場を採ると、却って信認関係の拡張を阻害することにもなりかねないことが挙げられる[156]。

以上の点を踏まえたうえで、Lee は以下のように提案する。すなわち、信託パラダイムは、その理論的根拠としての厳格な抑止を伴い、信託財産の横領を伴う信託違反やその他の管理型受認者の関係にのみ適用されるべきである[157]。受託者による信託財産の中核となる横領に分類されないとき、あるいは、受認者の違反が信託財産を危険にさらすことを伴わ

[154] Yeung & Fee, *supra* note 117, at 919.
[155] Lee, *supra* note 117, at 38-40.
[156] *Id.* at 47.
[157] *Id.* at 39.

ないとき、不法行為パラダイムは、受認者の責任が因果関係的に関連する利得を清算することのみであるならば、優先するべきである[158]。この立場は、受認者の概念が過剰に拡張することを回避するために、信託財産の横領から受託者が得た利益と純粋な機会主義的行動から（非受託者である）受認者が得た利益を区別し、そして両者で吐き出す利益の範囲が異なることを正当化する[159]。

（４）小括

以上の考察からは、次の点が明らかになったといえる。

第１に、事実的因果関係は利益吐き出しの文脈においても要求されているということである。

第２に、第１の基準について、判例・学説は、①なかりせば基準をとる立場と②なかりせば基準を満たさない場合でも、侵害行為が利益発生の原因の一つであれば足りるとする立場に分かれているということである。そして利益吐き出しが認められる多くの場面では、①の立場が採られているのに対し、信認義務違反や一部の契約違反（信認義務違反に準ずるよう場合）の場面では、②の立場が採られている（もっとも、信認義務違反の場面でも、問題となる状況に即して、①と②を併用する見解もある）。

第３に、各基準の根拠としては、①の立場は、その基準の明快性や実務における浸透度の高さなどに、また②の立場は、①の立場が「損害」に基づく賠償責任に限定されるとことや信認義務違反の場面において要求される利益吐き出しの根拠からの要請などの点に求められる。

本稿の立場からは、こうした事実的因果関係をどのように理解するべきかは、利益吐き出しの根拠や問題となる権利・利益・関係の性質との関係から検討していくべきであるといえよう。

### 第２項　法的因果関係の問題

次に、侵害行為と利益の間に事実的な因果関係がある場合に、その利

---

158 *Id.* at 40.

159 *Ibid.*

益がすべて吐き出しの対象となるのか、それとも法的な観点から一定の範囲に制限されるのかという法的因果関係の問題を取り上げる[160]。こうした問題は、疎遠性（remoteness）[161]、遠因（remote cause）[162]、あるいは近因（proximate cause）[163]の問題（以下では、「疎遠性」で統一する）として論じられている。以下では、こうした疎遠性による制限が利益吐き出しにも適用されるのか、また適用される場合には、どのような基準の下で判断されるかという点について確認する。

（１）疎遠性による制限の要否

不法行為に基づく損害賠償請求の文脈において、加害者の賠償責任が疎遠性（remoteness）の原理に基づき制限されることは周知のとおりである[164]。こうした制限が利益吐き出しの場面においても適用されることになるのかが、ここでの問題となる。具体的には、次のような〔設例〕において、問題となる[165]。

〔設例１〕動産の無断使用の場合

❶ＡがＣにＢの車を無断で貸すことにより賃料300ポンド（１日につき10ポンド、30日間）を得た場合

❷Ａが❶の300ポンドを原資として、株式に投資して配当金100ポンドを得た場合や株式を処分して売却金400ポンドを得た場合

〔設例２〕著作権侵害の場合

❶歌手ＡがＢの著作権のある歌を模倣して、レコードを販売して

---

[160] 疎遠性については、後掲のもののほか、Gergen *supra* note 117, at 855～；Lee, *supra* note 117, at 43などを参照。

[161] Birks *supra* note 3, at 351.

[162] Farnsworth, *supra* note 124, at 1349.

[163] Pamela Samuelson & Mark Gergen, *The Disgorgement Remedy of Design Patent Law*, 108 Calif. L. Rev. 183, 209 n.174 (2020).

[164] たとえば、望月礼二郎『英米法』（青林書院、1997）171頁以下。

[165]〔設例１〕につき、Bently, *supra* note 71, at 12、〔設例２〕〔設例３〕につき、Edelman, *supra* note 3, at 108を参照。

30,000ポンドを得た場合
❷Aは❶により得た利益を株式に投資し、その後、売却して300,000ポンドを得た場合

〔設例３〕受託者の信認義務違反の場合
❶受託者Aが受託者兼受益者Bに対する信認義務に違反して、信託財産を処分して300ポンド取得した場合
❷Bは、❶の200ポンドを原資として、株式に投資し、その後、売却して10,000ポンドを得た場合
❸Bは、❷の10,000ポンドを使用して、家を購入した。その後、その家の価値は上がり、売却して100,000ポンドを得た場合

上記の各設例において、侵害行為等と各利益（〔設例１〕〔設例２〕の❶❷の利益および〔設例３〕の❶～❸の利益）との間に事実的な意味での因果関係はあるといえる。もっとも、この利益すべてが吐き出しの対象となるとすると、その範囲が広くなりすぎようにも思われる。そこで、一定の範囲に制限するために「疎遠性」による制限に服するべきかが問われる。

この問題をめぐり、判例・多数の学説は、多くの場面において疎遠性の適用を認め、侵害行為と利益との間に事実的因果関係が認められるとしても、その利益は侵害行為と（法的な観点から見て）近接していなければならないと説いている[166]。その根拠は、これらの利益のすべてを吐き出しの対象とすることは、被害者を過剰に保護することになるという点に求められる[167]。このような立場によれば、たとえば、不動産侵害の〔米４〕Edwards 事件において、被告が洞窟の観光客用に建築し、そして運営したホテルで稼いだ利益を吐き出しの対象から除外したのは、疎遠性

[166] こうした立場は、Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §51(5)(a)(Am. Law. Inst. 2011)（その利益が「特定可能であり、そして算定可能であるとしても」、違法行為から生じた「過度に遠い」利益を損害賠償として排除する）でも採用されている。

[167] Virgo, *supra* note 3, at 435；Eisenberg, *supra* note 28, at 569～.

の原理の適用によるものであったと理解される[168]。

このような疎遠性ルールは、事実的因果関係ルールの無条件適用から生じる厳格な帰結を緩和するために必要であると説かれる[169]。もっとも、この見解に立脚したとしても、侵害行為に起因する利益のうち、どの利益が近接するか（または遠いか）をどのような基準により決するかをめぐっては、理解が分かれている。また肯定する見解の中にも一部の場面で例外を認める立場もみられる。次にこの点についてみていくことにしよう。

（２）疎遠性による制限の基準

疎遠性による制限がいかなる基準の下で認められるかをめぐっては、判例・学説の理解は分かれている。具体的には、以下の通りである。

（ｉ）予見可能性を基準とする見解

第１に、疎遠性の適用を侵害者が善意の場合に限定し、かつその適用を侵害者の予見可能性を基準に判断する見解である[170]。この見解は、過失不法行為法における基準（とりわけ、Hardley v. Baxendale 事件[171]の予見可能性基準）を利益吐き出しの文脈に拡張しようとするものである[172]。この見解によれば、侵害者が善意の場合には、侵害行為によりその利益が生じることを合理的に予見可能である場合のみ、吐き出しの対象となるのに対し、侵害者が悪意の場合には、予見可能性の有無を問わず、直接の利益（受け取ったのが最初か、その後の利益かを問わない）は、すべて吐き出しの対象となると解することになる。

このような基準が過失不法行為の場面で妥当するのは、次のような理解による[173]。すなわち、「損害の予見可能性が、その損害が過失行為を理

---

[168] 95 SW 2d 1028, 1033 (Ky Ct App, 1936)（「ホテルの運営からその上訴人により受け取られた利益」の大法官府の排除を是認）.

[169] Mitchell, *supra* note 118, at 328.

[170] EDELMAN, *supra* note 3, at 108-9.

[171] (1854) 9 Exch 341, 156 ER 145.

[172] Eisenberg, *supra* note 28, at 569.

[173] 以下につき、Gergen, *supra* note 117, at 855 n.113に負う。ただし、Gergen

由とする責任の範囲内にあるか否かの決定と関連する。というのも、損害が予見可能でなければ、そのような損害のリスクは、その行為を非合理的なものにしたリスクの中に存在し得ないからである。」。そして、この立場は、こうした理解を利益の吐き出しのとの関係に類推させるものである。すなわち、「その議論は、利益吐き出しの目的が、侵害者が購入するべきものを奪うことを抑止することであり、〔その目的は〕その期待された、あるいは予見可能な利益をその侵害行為から剥奪することにより達成される。これに対し、〔そのような目的を達するためには〕予測されない、あるいは予見できない利益を剥奪することは不必要である。」と解する。このような理解から、予見可能性基準は、利益吐き出しの場面にも妥当すると解される。

確かに、このような予見可能性基準は、後述の他の見解と異なり、コモン・ロー上の損害賠償の基準と平仄を合わせるものであり、実務的には受け入れやすいかもしれない。しかし、このような基準に対しては、疑問も提起されている。たとえば、上記の類推の議論は、それほど強いものではないとされる。その理由としては、この議論が、棚ぼた利益に対して権利保有者よりも侵害者がより強い請求権を有すると仮定しているが[174]、そのようにいえるかは必ずしも自明なことではないからである[175]。また、仮に予見可能性基準が利益吐き出しの場面に妥当するとしても、少なくとも信認義務違反の場面では不適当であるという批判もみられる。その理由としては、受認者の任務からあらゆる個人的利益を上げることを思いとどまらせることが求められるため、すべての吐き出しが求められるからである[176]。

そのため、不法行為法で用いられる基準とは異なる基準が模索されることになる。

---

自身は、すぐ後で述べるように、こうした理解は「誤り」であるとして批判的である。

[174] *Ibid.*

[175] この点は、先述の主観的認識に関する必要説への批判（本章第１節第２款第１項（３））に関する議論（特に第５の説明への批判の箇所）を参照されたい。

[176] Ho, *supra* note 139, at 195.

（ⅱ）最初の受領物を基準とする見解

第２に、最初の受領物に限定する見解である[177]。この見解は、侵害行為による利益を権利保有者に由来するもの（権利保有者の損失により生じたもの）とそれ以外のもの（権利保有者の損失により生じたもの以外）に区別し（前者を「差引き的受領物（subtractive receipt）」といい、後者を「非差引き的受領物（non subtractive receipt）」という）、利益吐き出しの対象を差引き的受領物と最初の非差引き的受領物に限定する。そして、「第２およびその後の受領物が、いつも遠すぎであるとカテゴリカルに是認することは信頼できないが、一般的にはそれらは遠すぎる」として、吐き出しの対象から除外する[178]。このような理解を〔設例１〕のケースに当てはめると、❶の利益（賃料）は「最初の非差引き的受領物」であるため、原則として、吐き出しの対象となるのに対し、❷の利益（配当金や株式の売却代金）は、「第二およびその後の受領物」として、一般的には遠すぎて、吐き出しの対象外となる。もっとも、こうした理解に対しては、吐き出しを最初の非差引き的利益に限定することは、「本質的に恣意的な抑制」になるとの批判がなされているように[179]、説得的な根拠づけが試みられているわけではない。

（ⅲ）直接性を基準とする見解

第３に、直接性の有無で判断する見解である[180]。この見解によれば、吐き出しの対象となる利益は、侵害行為から直接的に生じるものに制限され、間接的に生じた利益は、遠すぎるとして、吐き出しの対象から除外される。たとえば、〔設例１〕であれば、❶の賃料が直接的利益に該当し、❷の利益は間接的利益として扱われることになる。こうした理解は、判決の中でもみられるとされる[181]。

---

[177] Birks, *supra* note 3, at 351-55.

[178] *Id.* at 353.

[179] Andrew Burrows, The Law of Restitution (Butterworths, 1993) 412.

[180] Virgo, *supra* note 3, at 448；Virgo, *supra* note 117, at 306；Ralph Cunnington, *The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*, 71 Modern L. Rev. 559, 584 (2008).

[181] Virgo, *supra* note 3, at 459（契約違反に関する Blake 事件の控訴院の立場を

こうした立場は、実質的には、（ii）の立場に類似するといえるが、異なる点もある。すなわち、この見解は、例外として、信認義務違反の場面においては、信認義務違反を抑止するという政策は、疎遠性のかなり弱い基準が、義務違反の結果として直接的および間接的に上げられた利得を包含するために採用されるべきであるとしており、実質的に疎遠性の適用を排除している[182]。こうした理解は、裁判例の中でもみられるところである[183]。

もっとも、こうした理解に対しては、（i）の立場からは、コモン・ロー上の損害賠償で用いられる基準と異なるとして、混乱を回避するためには、利益吐き出しにおいても同様の基準を採用するべきであるとの批判もみられるが[184]、先述のように損害賠償と利益吐き出しの違いを踏まえれば、異なる立場を採ることも十分にあり得るであろう。

（iv）時間を基準とする見解

第４に、時間的な制限を基準とする見解である[185]。この見解によれば、

---

挙げる）.

[182] Virgo, *supra* note 117, at 327, 331. *See* also, Lionel Smith, *Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations*, 7 JOURNAL OF EQUITY 87, 103 (2013)（信認義務違反による利益吐き出しを第二次的な救済としてではなく、第一次的な権利と解する立場から、受認者の利益の完全な吐き出しが認められるのであり、そしてそれゆえに、疎遠性の考慮は不適切であると説く）.

[183] Gwembe Valley Development Co. Ltd. v. Koshy (No.3), [2003] EWCA Civ 1048, [2004] 1 BCLC 131（受認者〔被告〕は、本人〔原告〕の許可を得ないローン取引から利益を上げたケースにおいて、裁判所は、利益の清算を認め、その範囲を、彼になされた支払の形式において違法行為の遂行から直接的に生じた利益のみならず、その会社の株式保有率の価値の増加から生じる間接的な利益まで及ぼした）. *See*, Virgo, *supra* note 117, at 322.　これに対し、第３次リステイトメントは、意識的な認認者の信認義務違反の場面においても、疎遠性による制限を認める（*See*, RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 53(3)(AM. LAW. INST. 2011)）。

[184] Ho, *supra* note 139, at 195.

[185] オーストラリアの判例であるが、Warman International Ltd. v. Dwyer, (1995) 69 A.L.J.R. 362 (Austl.)（本人の暖簾を受任者が利用したケースにおいて、清算

権利保有者が一定期間について侵害者により上げられた利益を受け取る権利を有するが、その期間以後の利益はその侵害行為から生じなかったとみなされることになる。もっとも、その期間がどのように決まるのかについては必ずしも明確な基準が示されているとはいえない。

（3）小括

以上の考察からは、判例・学説は、原則として、利益吐き出し救済においても、法的因果関係（疎遠性）による制限に服するべきと解しているといえること（ただし、信認義務違反の場面などについて、例外的に適用を排除する見解もみられる）、そしてその基準をどのように理解するかについては、①予見可能性を基準とする見解、②最初の受領物に限定する見解、③直接性を基準とする見解、④時間を基準とする見解に分かれており、理解の一致はみられないことが明らかとなった。

これらの見解の対立点は何か。まず、①とそれ以外（②〜④）の違いについては、明確であり、損害賠償において従来用いられてきた基準をそのまま利益吐き出しにも用いるべきとするか否かのスタンスの違いであるといえる（①は、運用する裁判官に配慮して認めるのに対し、それ以外の立場は問題状況が異なるとして、望ましくないと考えている）。次に、②③と④の違いは、適用基準を単純に決定できるか否かという点にあると思われる（②③の基準は、最初の受領物や直接の利益に限定されるという点で単純であるのに対し、④の期間制限は、その適切な期間設定をどのように行うかをめぐり困難を伴うように思われる）。最後に、②と③の違いは、疎遠性の適用を認めることにつき例外を認めるか否かという点にあるといえる（②は例外を認めていないのに対し、③は例外を認める）。ここには、信認義務違反による利益吐き出しの根拠との関係で、厳格な取扱いが効果の場面でもなされるべきとする理解が反映しているといえよう[186]。もっとも、こうした考え方をより推し進めていく

---

期間を2年間に制限した）がこうした立場の代表として挙げられる。

[186] 利益吐き出しの根拠と因果関係の関係について検討する近時の研究としては、Hursthouse, *supra* note 117, at 19（信認義務違反による利益吐き出しの根拠として損害填補、抑止論、矯正的正義論を挙げたうえで、それぞれの根拠論

のであれば、利益吐き出しの根拠との関係でより強い要請から範囲を拡大することが求められることもあり得よう。もちろん、その際には、判断する裁判官にとっての基準の使いやすさという点に配慮することも必要であろう。

### 第４款　利益吐き出しの制限事由の問題

最後に、利益の吐き出しが権利保有者側の事情により否定されることはあるかという利益吐き出しの制限事由の問題を取り上げる。利益の吐き出しは、これまで述べてきたように、主としてエクイティ上の救済である。利益吐き出しのこうした性質は、信認義務違反や守秘義務違反の領域はもちろんのこと、知的所有権権侵害の領域などでも承認されつつある[187]。その帰結として、利益吐き出しも、一般的なエクイティ上の障害に服することになる[188]。具体的には、①遅延と黙認（delay and acquiescence）、②クリーンハンズの欠如、③困難（hardship）という３つの障害が挙げられる[189]。以下では、これらの内容ついて順にみていくこととするが、その前に、こうした障害の判例における一般的な承認状況について確認する。

#### （１）判例における一般的承認

裁判所は、権利保有者に利益の吐き出しを認めるか否かを決する際に、これらの障害に基づき裁量を行使し、ある場合には、利益吐き出しを否定し、またある場合は吐き出す利益の額を減らし得るとされる[190]。たと

---

と疎遠性の関係について検討する）がある。

[187] Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 227. *See, e.g.* Texas Advanced Optoelectronic Solutions, Inc v. Renesas Electronics America, Inc., 895 F.3d 1304 (2018)（連邦巡回区控訴裁判所は、裁判所のみが知的所有権侵害のケースにおいて利益吐き出しを付与することができると判示して、営業秘密の不正目的利用を理由とする陪審による利益吐き出しの付与を無効と判断した）.

[188] Barnett & Harder, *supra* note 3, at 464.

[189] 制限事由については、Barnett, *supra* note 3, at 200 ～；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2020 ～（エクイティ上の安全弁とする）など参照。

[190] Barnett & Harder, *supra* note 3, at 460.

えば、〔米16〕Romag 事件の裁判所による議論は、懈怠、エストッペル、汚れた手、そして黙認などの適切な実務の領域における被告の抗弁（defense）戦略の使用を支持するとされる[191]。

このような障害は、利益吐き出しの要件が満たしていることを前提としたうえで、侵害者から免責を求める抗弁として機能するものであるが、エクイティ上の救済としての利益吐き出しの性格から、裁判所の中には、そのような抗弁も、利益吐き出しを認めるか否かを決する際に考慮する事情に含めるものもある。たとえば、第２巡回区控訴裁判所は、利益吐き出しの付与の適切さを評価する際に考察されるべきエクイティ上の要素として以下を挙げる。すなわち、「(1) 被告が不法な行為から利益を得た確実性の程度、(2) その他の救済手段の利用可能性と十分性、(3) その侵害を実行する際の特定の被告の役割、(4) 原告の懈怠、そして (5) 原告の綺麗な（又は汚れた）手。」[192]。先述の補充性や主観的認識についての総合事情説の立場からは、こうした事情も利益吐き出しの可否を決する考慮要素の一つとして挙げられることになるのは当然といえよう。

（２）遅延と黙認

第１の障害は、遅延および黙認（両者を包含して懈怠と表現されることもある）の抗弁である。遅延とは権利保有者が権利を侵害されていることを知りながら、合理的な期間内に、権利行使しないことを指すのに対し、黙認とは侵害者が侵害していることを知りながらそれを傍観している状況を指す[193]。もっとも、両者はオーバーラップし、明確に区別することはできないとの指摘もみられる[194]。

権利保有者が侵害者による侵害行為を知りながら、権利行使をせずに、侵害者が利益を上げた後に、利益吐き出しを求めた場合に、侵害者が上記の抗弁を主張すると、利益吐き出しが制限されることになる。問題は、こうした制限がどのように正当化されるかである。学説における議論を

---

[191] Samuelson et al., *supra* note 44, at 1496；Gonzalez, *supra* note 108, at 159.

[192] George Basch Co. v. Blue Cora l , Inc. 968 F.2d 1532, 1540 (2d Cir. 1992).

[193] Devonshire, *supra* note 3, at 148-9.

[194] Barnett, *supra* note 3, at 201.

みると幾つかの観点からの説明が可能である。

まず、利益吐き出しの根拠として抑止論を説く立場からの説明が挙げられる[195]。この立場によれば、利益吐き出しは侵害行為を抑止する手段として理解されるが、そのような手段には費用が掛かる。そのような費用の中の一つとして、権利保有者が彼らの権利が侵害されることを阻止する措置を講じるインセンティヴを下げることにより、「モラルハザード」が生じるという形での費用が挙げられる。たとえば、ある論者は、侵害者ではなく、権利保有者が問題の侵害の「最小の損害回避者」である不注意な違反のケースや侵害者よりも権利保有者の方が監視しやすい立場にいる場合には、公正や効率性の観点からは、利益の吐き出しを認めることは困難になると説く[196]。このように抑止論の下では、遅延や黙認の抗弁は、モラルハザードの費用を下げるための手段として、正当化されることになる。

次に、功績という道徳理論から説く立場が挙げられる[197]。この立場によれば、遅延により制限される理由は、権利保有者が、訴訟提起を遅れたという点で完全な救済を受けるに値しないこと、および侵害者が「自由の身」であると仮定したために、自己に対して救済が命じられるに値しないことに求められる。また、黙認により制限される理由は、侵害者がその出来事が起こってからの時間の経過のために、いまその請求を擁護することが困難だと理解するという意味で、自己の非合理的な遅延が侵害者に先入観をもたらしたために、権利保有者が救済に値しないことが挙げられる。

もっとも、単なる遅延や黙認があったからといって、当然にこうした制限が認められるわけではない。というのも、一般的には、権利保有者が権利行使しなかったとしても、出訴期限法に定められた期間制限にかかる場合を除き、それは権利侵害を理由とする救済に対する障害ではな

---

[195] Rotherham, *supra* note 30, at 560-1.

[196] *Id*. at 560.

[197] Barnett, *supra* note 3, at 202（功績の観点から説明を加える），203（契約違反との関係でも適用が認められると説く）.

いからである[198]。そのため、判例は、遅延を理由に権利行使が制限されるためには、「単なる遅延を超えて、自分の厳格な権利に頼る意図がないと違法行為者が信じることを促すことをし、そして違法行為者がそのような信念のもとで権利保有者の不利益に行動しなければならなかった」ことを要求する[199]。

また黙認についても、権利保有者が自己の法的権利に頼ることが非良心的であることが求められる。そのため、その状況がそのように性格づけられないならば、黙認の抗弁は認められない[200]。

（３）クリーンハンズの欠如

第２の障害は、クリーンハンズの欠如の抗弁である。「クリーンハンズ」とは、エクイティ上の救済を求めるものは、自らの手が綺麗でなければならないとする法理である。この法理は、権利保有者が司法プロセスを濫用することを認められるべきではないとの理解を反映したものであるとされる[201]。たとえば、〔英16〕Blake 事件の例を少し変えて、イギリス政府がイギリス国民に対して Blake の裏切りを理由に報酬付きで Blake の殺害を認めたならば、裁判所は政府のクリーンハンズの欠如を理由に利益吐き出しを認めるべきではないとされる[202]。

問題は、こうした制限がどのように正当化されるかである。一つの考え方は、遅延と同様に、功績という道徳理論により説明する立場である。この立場によれば、権利保有者は、侵害者、裁判所、あるいは公衆を欺き、あるいは欺こうと試みた権利保有者は、他者の権利を尊重しなかったという点で、侵害者から利益を剥奪するに値せず、そして権利保有者の権利を裁判所により実現させるに値しないこととなる[203]。

なお、クリーンハンズの原則が利益吐き出しの場面で適用されるとす

---

198 Devonshire, *supra* note 3, at 148-9.

199 HP Bulmer Ltd. v. J Bollinger SA, [1978] RPC 79 (CA) at 136 (per Goff L.J.).

200 Devonshire, *supra* note 3, at 149（こうした理解は、広く知的所有権侵害の領域における判例の立場であるとする）.

201 Sarah Worthington, Equity (Oxford U. P., 2006) 40.

202 Barnett, *supra* note 3, at 208.

203 *Id*. at 208.

る理解は、悪意の侵害者に能力・手当の付与を認めるとする理解との関係で問題となる。というのも、権利保有者が悪意を根拠に救済に値しないと考えるのであれば、悪意の侵害者も、同様に手当の付与を認められるに値しないといえるからである[204]。

（4）困難

第3の障害は、困難（hardship）を理由とする抗弁である。裁判所は、救済を認めることが、侵害者に過度な困難を課す場合に、エクイティ上の救済を拒絶することができる[205]。こうした障害による免責の根拠としては、上記の遅延やクリーンハンズとは異なり、侵害者への慈悲という道徳理論が挙げられる[206]。

もっとも、この障害は、利益の吐き出しの場面では機能しないとされる。というのも、多くのケースにおいて、侵害者が得た利得を剥奪することは、単純に侵害者が自己の義務に違反しなかったならば、侵害者が占めたであろう地位に置くに過ぎないという点で、困難をもたらさないと考えられているからである[207]。そのため、ここではこれ以上立ち入らない。

（5）小括

以上を踏まえると、利益吐き出しは、――侵害者側の貢献という事情によって、後述のように利益の配分や手当の付与により吐き出す利益が減額されることに加えて――権利保有者側の事情によって、認められることが制限されることがあるといえる。その際の考慮事情としては、①遅延と黙認、②クリーンハンズの欠如、③困難という障害が挙げられる（ただし、③は適用される場面は想定されていないが）。こした取扱いは、利益吐き出しがエクイティ上の救済としての性格を有することに由来す

---

[204] Barnett & Harder, *supra* note 3, at 465.

[205] Barnett, *supra* note 3, at 208. *See* also, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 71(2)(b)(Am. Law. Inst. 2011).

[206] Barnett, *Id*. at 208.

[207] Barnett & Harder, *supra* note 3, at 464. このような抗弁の適用を認める見解は、侵害者の手当の付与の際に侵害者の主観的認識を考慮することになろう。

る。これらの障害は、利益吐き出しの理論的根拠との関係で次のように位置づけられるであろう。すなわち、①の障害は、抑止論との関係では、利益吐き出しが権利保有者の側にもたらすモラルハザード[208]を回避する役割を持つといえ、利益吐き出しの内在的制限と位置づけることができるが、②③は利益吐き出しのエクイティ上の救済という性質以上の説明をすることは困難であり、利益吐き出しの外在的制限と位置づけられるであろう。

### 第５款　本節の小括

本節においては、利益吐き出しが認められるために充足する必要がある要件の問題として、①補充性の問題、②主観的認識の問題、③因果関係（事実的因果関係・法的因果関係〔疎遠性〕）の問題、④利益吐き出しの制限事由の問題について考察した。その概要を再度示しつつ、若干のコメントを加えておくことにしたい。

まず、①の補充性の問題は、利益吐き出しが認められるためには、コモン・ロー上の金銭救済が不十分であることが必要か否かという問題であった。この点は、エクイティがコモン・ローに対して優先権（専属的管轄権）を有するか否かによって決せられると一応解されていた。すなわち、❶エクイティが優先権を有する場面（たとえば、信認義務違反など）では、不十分性要件は要求されない（不要説）。これに対し、❷エクイティが優先権を有しない場面（契約違反、不法行為、知的所有権侵害など）では、不十分要件は要求される（必要説）。もっとも、守秘義務違反のように❶に位置づけられる類型でも例外的救済として扱われることもあり、❷に位置づけられる知的所有権侵害も不十分性が容易に認められており、その取扱いは相対化されつつある。他方で、不十分性が要求される場合でも、不十分性の基準については、判例は明確な基準を示しているとはいえず、また学説も見解が分かれている（たとえば、(a) 特定履行との関係で説明する見解、(b) 損害の立証の困難性から説明する見解、(c) 多様な実質的理由を総合事情的に考慮して、侵害行為を抑止するために利益吐き出しが必要か否かを考察する見解など）。こうした議論か

[208] Rotherham, *supra* note 30, at 560-61.

らは、補充性の要否については、コモン・ローとエクイティの区分という歴史的な名残を原則としつつも、侵害された権利・利益・関係の性質に留意して、実質的な観点から検討されるべきであろう（信認義務違反において不要とされるのは、その性質から、通常の金銭救済では不十分なためであろう）。

次に、②の主観的認識の問題については、判例・学説は、利益吐き出しの要件として侵害者の主観的認識を要求するか否かをめぐり、❶必要説（多くの場面における一般的立場）、❷不要説（信認義務違反と著作権侵害の立場）、❸前提要件としては不要としつつ、吐き出しの可否を決する際に重要な要素として考慮する総合事情の一つとして主観的認識を考慮する立場（総合事情説）（アメリカの商標侵害の連邦最高裁判所の立場）に分かれている。これらの立場は、その根拠について、利益の清算の歴史、エクイティ救済の性質、利益吐き出しの理論的根拠、吐き出す利益の範囲（効果）など多様な観点から検討がなされている。具体的には、❶説は、(a) 侵害行為の抑止との関係および (b) 権利保有者の保護と他者の自由のバランスが重要な要素となっている。また❷説は、❶説の(a) (b) の要素が信認義務違反や著作権侵害では妥当しないという形で根拠づける（❸説は実質論には立ち入らないが、こうした理解は妥当するであろう）。こうした議論からは、利益吐き出しが認められるためには、常に侵害者の主観的認識が求められるわけではなく、一方で、利益吐き出しの根拠や侵害された権利･利益･関係の性質を考慮しつつ、他方で、吐き出される利益がどの程度なのかという効果にも留意しながら、考えていく必要があるといえる。そのため、どの場面でいかなる立場を採るかについては、後述の効果の議論を踏まえてから最後にまとめて述べることが適切であろう。

さらに、③の因果関係の問題について、利益吐き出しが認められるためには、侵害行為と利益との間に事実の意味での因果関係（事実的因果関係）があることが必要か、また必要である場合、その因果関係はどのように判断されるかが問題となる。この点をめぐり、判例・学説は、因果関係を必要としたうえで、その基準については、❶なかりせば基準を厳格に適用する見解と❷なかりせば基準を満たさなくても因果関係を認める緩やかな基準を採る見解に分かれている。両者の立場の違いは、利

益吐き出しとしてどの程度厳格さが要求されているかにあると思われる（この点は、厳格性が要求される信認義務違反については、❷の立場が採られることからも明らかであろう）。もっとも、事実的因果関係がある利益のすべてが吐き出しの対象となるかは別途の問題である。これは法的因果関係（疎遠性）の問題として論じられている。この点につき、判例・学説は、基本的に疎遠性の適用を認めたうえで、一定の範囲に吐き出しの対象となる利益を制限すべきと解している（ただし、信認義務違反の場面を念頭に、例外として適用を除外する見解もある）。もっとも、その基準をめぐって理解は一致していない。ここでの議論からは、利益吐き出しの根拠をどのように解するかにより、因果関係の理解の仕方も異なり得ることが示唆される。

最後に、④の利益吐き出しの障害事由の問題については、❶遅延と黙認、❷クリーンハンズの欠如、❸困難という３つの障害を考察した（ただし、利益吐き出しとの関係では、❸は問題となりにくい）。こうした障害による免責の正当化は、利益吐き出しの根拠との関係から説明することが可能な場面もある（❶）が、後述の効果の利益配分や手当の付与の効果論において根拠として用いられることがある道徳理論（功績や慈悲）の観点から正当化されることもある（❶〜❸）。そのため、❶については、利益吐き出しに内在する制約と捉えることも可能であるが、❷（および❸）は、利益吐き出しの外在的な制約として位置づけることができよう。

以上が利益吐き出しの「要件」をめぐる英米の議論の全体像である。ここから明らかなことは、①〜④の各問題において、様々な観点から検討がなされているため、判例・学説の理解は一致していないことである。もちろん、その際には、利益吐き出しの理論的根拠との関係で説明されることもある（とりわけ、抑止論は多くの場面で指摘されている）。しかし、常にそうした説明がなされているわけではない。

もっとも、こうした事態は、当然のことかもしれない。というのも、本稿では多様な利益吐き出しの場面を考察対象として取り上げたが、その中には考慮する要素が異なる問題も含んでいるからである。そこで、本稿は、これらの見解からどれか一つを望ましいとして決定するのではなく、複数の選択肢として残したうえで、本稿が既に特定したいくつか

の利益吐き出しの根拠論との関係で、適合的な要件論を検討していくことにしたい（もっとも、その詳細は、効果論も踏まえてから、最後に行う）。

## 第２節　利益吐き出しの効果論――吐き出すべき「利益」の確定

本節では、利益吐き出しの効果論、すなわち、吐き出すべき「利益」の確定方法についてみていくことにしよう。

これまでの考察を踏まえると、英米法では、利益吐き出しが――その根拠や適用範囲については理解が分かれるものの――一般論として認められていることは異論ないといえよう。それにもかかわらず、訴訟においては、原告は、「損害」の賠償を主張するのが一般的であり[209]、「利益」の吐き出しを主張することは少ないとされる[210]。その原因は、利益の吐き出しにおいて吐き出すべき利益を確定することが必要となるが、①この作業が非常に困難で当事者（原告）にとっては使用しづらい点[211]、およ

---

[209] E.g. Peter Hastie, *Restitution and Remedy in Intellectual Property Law*, 14 Australian Bar Review 6, 18 (1996)（「損害賠償はより効率的かつより素早い救済である」こと、また「裁判所は裁量を行使して、清算が非常に複雑であり、そして機械的処理にとどまらない場合には、清算を命じることを拒絶し得る」ことを指摘する）.

[210] *See*, Mitchell, *supra* note 118, at 328（信認義務違反の文脈を念頭に置きつつ、利益吐き出しのルールは、数百年間存在したものの、それが違法行為により填補賠償責任を課すルールと比べあまりエンフォースされておらず、その結果として、利益を吐き出す受認者の責任範囲を決定するルールは、比較的未発達のままである、と指摘する）;Bently, *supra* note 71, at 5（知的所有権侵害の場面を念頭に置きつつ、利益の吐き出しが広く使用されてこなかったと指摘する）; Barnett, *supra* note 17, at 184（イギリス法およびオーストラリア法を念頭に置きつつ、プライバシー侵害を理由に利益に基づく救済が一般的ではない理由の一つとして、利益の清算が一般的に扱いにくく、かつ算定するのが困難であるという事情やそして裁判所が利益を侵害行為に配分することが困難であるという事情を挙げる）.

[211] *See*, Patfield, *supra* note 126, at 31；Gareth Jones, *Benefits Obtained in Breach of Another's Confidence*, 86 L.Q.R. 463, 487 (1970)（「利益の清算は悪名高いほど算定することが困難であり、そして長期かつ費用のかかる訴訟を導き

び②運用するには費用が掛かるという点にあるとされる[212] [213]。こうした理解に対しては少数ながら異論も見られるが[214]、少なくとも裁判所は、こうした理解を前提としたうえで、利益吐き出しにおける利益の算定について、数学的な正確さを要求しておらず、合理的な近似値（approximation）で足りると解している[215]。ここでは、利益の算定の困

---

得る」と指摘する）；Gurry, *supra* note 3, at 418（「主たる困難性は、被告の総利益の配分に関係した。というのも、彼は原告の財産の不法な使用に帰するべき利益のみ清算する責任を負うからである。」「これらの実際の困難性の観点から、原告がめったに、守秘義務違反のケースにおいて損害賠償よりも利益の清算を請求することを選択しなかったと発見することは驚くことではない。」）；Barnett, *id.* at 192（メディア出版社による個人情報の不正使用のケースにおいて、報道機関の売上げのどの部分が守秘義務違反から生じたかを特定することは困難であると指摘する）.

[212] *See*, Ciolino, *supra* note 86, at 17（侵害者の利益救済は、適用することは困難であり、運用するには費用が掛かり、そして効果において恣意的であると指摘する）.

[213] なお、こうした原因に加えて、近年では、行動経済学の知見を踏まえて、人は、損失回避性が強く、利益よりも損失に対して過剰に反応することから、利益吐き出しに対しては関心が弱いという指摘もなされている（Eyal Zamir, *Loss Aversion and the Law*, 65 Vand. L. Rev. 829, 852 ～ (2012)〔契約違反による利益吐き出しが周辺化されてきた理由として以上の観点から説明する〕）。もっとも、この点については、ここでは立ち入らない。

[214] 契約違反の場面を念頭に置きつつ、利益吐き出しは管理費用の観点から効率的であると指摘するものとして、Steven Thel & Peter Siegelman, *You Do Have to Keep Your Promises: A Disgorgement Theory of Contract Remedies*, 52 Wm. & Mary L. Rev. 1181, 1224 ～ (2011). そこでは、「吐き出し救済は、管理することが容易である。というのも、違反した約束者が違反から現実に稼いだものの客観的に確証可能な証拠がほとんどいつも利用可能であるからである。さらに、裁判所が客観的な証拠に基づき救済手段を見積もる限り、訴訟当事者は正確に裁判所が命じるであろうことを予測することができる。それゆえに、情報の非対称性は、仮定的な受約者の期待利益の制度におけるよりも吐き出し制度における解決を頓挫させる傾向がない。というのも、受約者の主観的な価値は個人情報であり、彼女にのみ知られているからである。」と説かれる（*Id.* at 1224-5）。

[215] Goff & Jones, *supra* note 3, at 759；Normann Witzleb, *Justifying Gain-*

難性ゆえに、権利保有者が不利に扱われるべきではないとの裁判所のスタンスを読み取ることができるであろう[216]。しかしながら、利益の吐き出しを実務において定着するためには、これらの確定作業を明確にすることも必要であろう。本稿は、従来の議論を整理する形で、利益を確定する作業を一定程度でも明確化することを試みる。

ところで、利益吐き出しに関する先述の要件が充足されたとしても、侵害者は侵害行為により取得した利益をそのまますべて吐き出す責任を負うわけではない[217]。利益の吐き出しとして最終的に吐き出す「利益」は、大きく①費用の控除（第１款）、②利益の配分（第２款）、③手当の付与（第３款）という３つの作業[218]を経て、確定されることになる。

以下では、これらの３つの作業に関する英米の判例・学説の議論状況を確認したうえで、最後に、これまでの議論を整理し、若干の検討を行う（第４款）。結論を予告的に述べておくと、吐き出すべき「利益」を確定する上記作業のうち、①については概ね利益吐き出しが問題となる権利・利益・関係のすべての場面でなされるが、②と③については、すべてに当てはまるものではなく、問題となる権利等のタイプにより当てはまるものと当てはまらないものがあること、そしてその帰結として、吐き出す利益の範囲も権利等のタイプにより一様ではないこと――換言すると、効果の観点からみれば、利益の吐き出しもいくつかのタイプに類型化することができること――が明らかとなるであろう。

### 第１款　費用の控除

（１）はじめに

まず、「費用の控除」についてみていくとにしよう[219]。利益吐き出しに

---

*Based Remedies for Invasions of Privacy*, 29(2) O.J.L.S. 325, 361 (2009).

[216] Goff & Jones, *id*. at 759（困難性および費用は、その利益の清算請求を否定する理由とは解されるべきではないと指摘する）; Jones, *supra* note 211, at 487 も同旨。

[217] Burrows, *supra* note 3, at 688（利益吐き出しとして吐き出すべき範囲の問題は、「別個の政策問題」であると指摘する）.

[218] *See*, Devonshire, *supra* note 3, at 74-86.

[219] 費用の控除については、後掲文献のほか、Paul H. Hubbard, *Monetary*

おいて吐き出しの対象となる利益は、侵害行為を契機に侵害者が取得した総収益（gross revenue）ではなく、そこから一定の費用を控除した「正味の利益（純利益）（net profits）」であると一般的に解されている[220]。そのため、吐き出すべき「利益」の確定は、まず（a）侵害行為により侵害者が得た総収益を特定し、次に（b）（a）から仕入値を控除し（「粗利益（gross profits）」の確定）、最後に（c）（b）から侵害者が利益を上げるのに被った費用（宣伝広告費用、人件費など）を控除する（「正味の利益」の確定）ことを通じて行われる[221]。なお、利益発生に侵害者自身の権利や能力等も寄与している場合には、そのような要素は、後述の「利益の配分」や「手当の付与」の中で扱われ、「費用の控除」の中では扱われない[222]。

ここで問題となるのは、①どのような権利・利益・関係の侵害の場面で費用控除は認められるか（適用場面）、②どのような事情が控除の可否を決する際に考慮されるか（考慮要素）、③何ゆえそのような控除は認められるか（あるいは認められないか）（根拠）、④正味の利益を立証する責任は誰が負うか（立証責任）という点である。以下では、これらの問題を中心に従前の議論状況を確認する。

### （２）費用の控除が認められる場面

最初に、①の問題、すなわち、どのような権利・利益・関係の侵害の

---

*Recovery Under the Copyright, Patent and Trademark Acts*, 45 Tex. L. Rev. 953 (1967)；Patfield, *supra* note 126 at 18 ～；Kenneth E. Burdon, *Accounting for Profits in A Copyright Infringement Action: A Restitutionary Perspective*, 87 B.U.L.R. 255 (2007)；Virgo, *supra* note 117, at 307；Devonshire, *supra* note 50, at 389；Gergen, *supra* note 117, at 827 ～；Layne S. Keele, *Copyright Infringement's Blurred Lines: Allocating Overhead in the Disgorgement of Profits*, 2017 B.U.L.R. 1059, 1063 ～ (2017)；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2011などを参照。

[220] Virgo, *supra* note 117, at 321.

[221] *Id.* at 307；Devonshire, *supra* note 50, at 389, 410.

[222] Friedmann, *supra* note 34, at 1918. ただし、費用の控除の中で扱うとする立場もないわけではない。

場面において費用の控除が認められるかについてみよう。英米の判例は、利益吐き出しを認める場面において費用控除を一般的に認め、吐き出しの対象を「正味の利益」に限定する傾向があるとされる[223]。具体的には、以下の通りである。

まず、有体物侵害の場面についてみると、たとえば、〔米４〕Edwards 事件において、原告は、被告の不法侵害が故意であると主張して、被告の粗利益の吐き出しを求めたが、裁判所は、利益吐き出しの適切な基準が「正味の利益」であり、「粗利益」ではないとして原告の請求を否定した[224]。

次に、知的所有権侵害の場面については、たとえば、著作権侵害（イギリスでは、〔英５〕Potton 事件。アメリカでは、かつては費用の控除を否定していたが、現在は肯定している〔1978年連邦著作権法504条(b)〕）、商標侵害（Lanham 法35条）、詐称通用（〔英10〕My Kinda 事件）などで費用の控除が認められている。

さらに、守秘義務違反の場面についても、たとえば、〔英９〕Peter Pan 事件は、被告がその商品を製造する際に費やしたものと受け取られた価格の「差額が利益である」と述べ[225]、費用の控除を認めた。

最後に、信認義務違反の場面についてみると、この場面は既にみたように厳格な利益吐き出しのルールが形成されているが、費用の控除については認められている。たとえば、〔英13〕Regal 事件において、Wright 卿は、「そのようなケースのルールは、簡潔に、代理人が代理過程において秘密裏に（すなわち、本人の認識なしに）取得された正味の利益を清算しなければならないということになると表明される。」と述べた[226]。

このように、判例・制定法は、利益吐き出しが認められる場面の多く

---

[223] Virgo, *supra* note 3, at 515；Patfield, *supra* note 126, at 28.

[224] 96 S.W.2d at 1032.

[225] [1964] 1 WLR 96, 108. ただし、機密情報を不法に取得する費用の控除は否定されるとの指摘もみられる。*See*, Paul Stanley, The Law of Confidentiality: A Restatement (Hart Publishing, 2008) 136-37.

[226] [1967] 2 AC 134, 154 (Lord Wright).

において、吐き出しの対象が「粗利益」ではなく、「正味の利益」であると解しており、費用の控除を認めている。学説も一般論としてはこのような費用控除を受け入れている[227]。もっとも、費用の控除といっても費用の種類によって異なる取扱いがなされることもあり、また侵害者の主観的認識が控除の可否の判断に影響を及ぼすと説かれることもある。

（3）費用控除の可否を決する考慮要素

次に、②の問題、すなわち、どのような事情が控除の可否を決する際に考慮されるか（考慮要素）についてみよう。具体的には、控除の対象となる費用のタイプおよび侵害者の主観的認識によって控除の可否が影響するか否かについて確認する。

（ⅰ）費用の種類

まず、控除の対象となる「費用」の種類について検討しよう。先述のように、判例・学説は、利益の吐き出しに際して費用の控除を認めているものの、あらゆる費用を控除することまで認めているわけではない。もっとも、どのような費用が控除の対象となるかは、制定法において明示的に規定されておらず（たとえば、米国著作権法504条（b）や米国商標法1117条（a）を参照）、裁判所の判断に委ねられている[228]。

この点につき、判例は、侵害者が被った費用が「適切かつ必要」な場合のみ控除を認めている[229]。しかし、このような理解においても、「適切かつ必要」な費用とはどこまでを指すのかについては、不明瞭なままであるといえる。

そこで、費用の種類ごとに状況を確認してみよう。費用の控除で問題となる費用の項目としては、❶直接費（販売された商品に直接的に帰す

---

[227] *See*, e.g. VIRGO, *supra* note 3, at 515（合理的な経費に相当する総額のみならず、その利益を上げる際に被告により被られた費用を控除することは適切である、と述べる）.

[228] Keele, *supra* note 219, at 1063；Burdon, *supra* note 219, at 256；

[229] *See*, Bently, supra note 71, at 9（ただし、著者によれば、上記の立場のほか、侵害者が被った費用の正統性について検討することなしに当然に控除を認める立場もあるとされる）.

るべき費用を指す。たとえば、材料費などの変動費（variable cost））と❷間接費（販売された商品に直接的に帰するべきではない費用を指す。たとえば、人件費、賃料、公共料金、宣伝費など）が挙げられる[230]。このうち、❶は、利益を生んだ商品のために被った費用であり、関連性が強いという点から、控除されると解されている（もっとも、現実に販売された商品に関する費用に限られ、販売されていない商品の費用の控除は認められないとされる[231])[232]。これに対し、❷は、侵害する商品を製造してなくても被った可能性もあり、関連性が弱いという点から、控除の可否をめぐり理解が分かれている（この点は、次の主観的事情の考慮と関連させて議論されている）。

このような理解の対立の原因としては、控除できる費用が増えれば増えるほど、侵害者は吐き出す利益の負担が減るのに対し、権利保有者が手中に収める利益は少なくなり[233]、利益吐き出しの威力が弱くなるという事情がある。

（ⅱ）侵害者の主観的認識

次に、侵害者の主観的認識の有無が費用控除の可否に影響を及ぼすかという点について検討する。とりわけ、この点は、間接費の控除の可否との関係で問題となっており、裁判例における判断は分かれている。具体的には次の通りである。

肯定される場面としては、有体物侵害の場面が挙げられる。たとえば、〔米４〕Edwards 事件では、裁判所は、吐き出す利益の範囲が正味の利益に制限しており、電灯などの費用についての控除を認めたものの、被告が当該洞窟から利益を生むための労働費用等を控除対象から除外した[234]。被告が侵害行為を認識していた事案であったことを踏まえると、

---

[230] このほかに、既払いの連邦所得税の控除の可否も問題となるが、本稿では取り扱わない。

[231] Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc., 86 F. Supp. 399, 411-12 (S.D.N.Y. 1949). *See*, Hubbard, *supra* note 219, at 957.

[232] Keele, *supra* note 219, at 1064.

[233] *Id*. at 1062；Burdon, *supra* note 219, at 256.

[234] Andrew Kull, *Restitution Outlaw*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 17, 29 (2003).

侵害者の主観的認識が影響した可能性があるとされる[235]。

これに対し、否定される場面としては、信認義務違反の場面が挙げられる[236]。

見解が分かれているのは、著作権侵害の場面である。ここでは、アメリカの連邦巡回区控訴裁判所の立場は、(a) 侵害者の主観的認識を問わず、間接費が侵害行為にとって必要であることを理由に控除を認めるもの（ただし、故意の侵害者はより厳しい立証基準を課せられる）（第２巡回区）[237]、(b) 侵害者が善意の場合でさえ、その侵害行為が現実に間接費を増額させた場合のみ、控除を肯定するもの（第７巡回区）[238]、(c) 侵害者が故意の場合には、間接費の控除を否定するもの（第８巡回区）[239]などに分かれており[240]、主観的認識が影響を及ぼす立場（(b) (c)）と及ぼさない立場（(a)）に分かれている。

このように費用（とくに、間接費）の控除の可否の判断において、侵害者の主観的認識が影響を及ぼすこともあるといえる。もっとも、それをどのように説明するかが問題となる。これが次の根拠づけの問題であ

---

[235] Burdon, *supra* note 219, at 282-84（侵害者の非難可能性が影響を及ぼしたと指摘する。ただし、それのみで不十分で、悪意の侵害者との強制的交換への回避の要請も影響していると指摘する）．その他に、間接費の控除が否定された有体物関連の事案としては、Wooden-ware Co. v. United States,106 U.S. 432 (1882)（立木の窃盗者が立木を改良した事案）や Ward v. Taggart, 336 P.2d 534 (Cal. 1959)（詐欺取引のケース）などが挙げられている。

[236] Tlapek v. Chevron Oil Co., 407 F.2d 1129 (8th Cir. 1969)（受認者がその地位にいたときに得た石油資源情報〔機密情報〕を用いて、辞職後に自ら発掘作業を行い、石油を掘り当てた事案）．

[237] E.g. Hamil America Inc. v. GFI, 193 F.3d. 92, 104-107 (2d Cir. 1999)；Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 106 F.2d 45, 51 (2d Cir. 1939).

[238] E.g. Taylor v. Meirick, 712 F.2d 1112, 1120 (7th Cir. 1983).

[239] E.g. Saxon v. Blann, 968 F.2d 676, 681 (8th Cir. 1992). *See* also, Jarvis v. A&M Records, Inc., 827 F. Supp. 282, 294 (D.N.J. 1993)（故意による侵害行為と故意によらない侵害行為を区別し、「原告の著作権の被告の侵害行為が故意ではないならば、間接費でさえ控除され得る。しかしながら、被告の行為が故意ならば、間接費は控除され得ない。」と述べる）．

[240] 従前の裁判例の状況につき、Keele, *supra* note 219, at 1064 〜に負う。

る。

（4）費用控除の根拠づけ

ここでは、③の問題、すなわち、こうした費用（特に間接費）の控除（あるいは非控除）はどのように根拠づけられるかについて確認しよう。控除の可否についての根拠づけは、主として、原状回復法の基礎にある考え方や利益吐き出しの理論的根拠との観点から考察がなされている[241]。以下では、そうした観点から、肯定説と否定説に分けてみていくこととする。

（i）肯定説の根拠

第1に、原状回復法の基礎にある考え方である「エクイティは決して没収しない」との考え方、あるいは「エクイティは処罰をしない」との考え方に基づく説明である[242]。原状回復法に基づく請求の目的は、処罰することではなく、「被告から奪い、そして原告に、原告が権利を有する物を回復すること」であるとされる。利益吐き出しが認められる際に費用の控除が認められないと、侵害者は、直接の損失（自己の責任財産の減少）を被ることになり、権利保有者の原状回復を超えて、侵害者に罰を課すことになりかねない。これに対し、費用の控除が認められれば、そうした懸念は生じないということである。このような配慮のために、原状回復法は、侵害者が正味の利益のみを権利保有者に吐き出すことを

[241] こうした理解については、たとえば、Keele, *id.* at 1081（侵害行為による収益から間接費の控除を認めるか否かを決定するためには、「我々は、吐き出し救済の背後にある目的を決定しなければならない。いったん我々が、救済手段としての吐き出しの目的（purpose or purposes）を特定すると、我々は、間接費の配分または非配分が著作権侵害ケースにおけるその目的を促進するか否か、そしてどの範囲でかを考察することができる。」と指摘する）が明示的に論じる。

[242] Burdon, *supra* note 219, at 279；Stanley, *supra* note 225, at 137. *See* also, Hanoch Dagan, The Law and Ethics of Restitution (Cambridge U. P., 2004) 225（処罰という目的は私法の当事者関係に外在的な要素であり、私法の相関関係という枠組みでは理解できないと指摘する）.

確保するために最善のことをするとされる。このような考え方は、原状回復法（とりわけ、第３次リステイトメントの立場）の基礎にある考え方であるとされる。

第２に、利益吐き出しが権利保有者に棚ぼた利益をもたらすという理解からの説明である[243]。侵害者が自らの負担で被ったであろう必要費を節約することにより権利保有者が不当に利得を得ないことを確保するために必要であるとの説明もある。こうした棚ぼたの問題について従来の議論においては回避できていなかったため、それを緩和するための措置として、費用控除を認めるということになる。

これらの理解によれば、直接費のみならず、間接費も（主観的認識を問うことなく）広く控除の対象となるであろう。

（ⅱ）否定説の根拠

第１に、原状回復法の基礎にあるもう一つの考え方である「強制的交換を嫌う」とする理解からの説明である[244]。原状回復法は、先述の「エクイティは没収を嫌う」とする考え方のほかに、「意図的な違法行為者との強制的な交換を嫌う」とする考え方も重視している。そして原状回復法は、原則として後者の考え方を採るが、侵害者が悪意の場合には、前者の考え方（「強制的な交換を嫌う」）を採る。その結果として、費用控除が否定されることになるとされる。

第２に、利益吐き出しの根拠として処罰論からの説明である。処罰論からすると、吐き出しの対象となる利益を侵害者の利益に制限する理由はない[245]。そのため、少なくとも故意の侵害者は、非難に値するため、そのような者に罰を与えるために、費用の控除は認められるべきではないことになろう。

---

[243] Ho, *supra* note 139, at 195；Virgo, *supra* note 117, at 321；Stephen E. Margolis, *The Profits of Infringement: Richard Posner v. Learned Hand*, 22 Berkeley Tech L.J. 1521,1537 (2007)（実質的に、被告の間接費の配分がないと、著作権者は侵害者の能力を使用料なしで使用することになるであろうと指摘する）.

[244] Burdon, *supra* note 219, at 281.

[245] *See*, Keele, *supra* note 219 at 1095.

第３に、因果関係からの観点からの説明として、「いずれにせよ被られるであろう費用は、控除されるべきではない。というのも、定義上明らかなように、それらは、利益をあげる活動を迂回することにより回避され得ないからである。」と説かれる[246]。こうした理解は、第３次リステイトメントのコメントにおいてもみられる。すなわち、「もしその結果が、被告の不法な活動――間接費の一部を支払うことにより――が全体としての被告の稼働からの増加した利益を生むことになるならば、被告は、いずれにせよ被られたであろう（通常の間接費などの）費用を控除することを認められない。」とされる[247]。もっとも、こうした理解に対しては、間接費は機会費用に相当するため、因果関係の観点からすれば、むしろ控除が認められるべきであるとも説かれている[248]。

第４に、利益吐き出しの根拠の１つである抑止論からの説明である[249]。抑止論からすると、費用の控除を認めると、侵害者が侵害行為を通じて正当な活動に補助金を与えられることになり、侵害行為に対する適切な抑止を生まないことになることを根拠に、費用の控除は認められるべきではないとされる。もっとも、こうした懸念は、侵害行為がなければ、侵害者が一定のその他の追加的な製品を製造しなかったであろう場合には、生じるが、侵害行為がなくても、侵害者が追加的な侵害していない製品を製造していた場合には、生じない。その意味で、抑止論による場合には、間接費の控除が否定されるのは前者の場合に限定されることになる。このような理解によれば、間接費の控除は、侵害者の主観的認識により影響されることになはならない。というのも、故意による侵害者の過少抑止のリスクは存在せず、不注意な侵害者の過剰抑止のリスクを想定する理由がないからである[250]。

これらの見解は、間接費の控除において主観的認識を考慮するか否か

---

[246] Taylor v. Meirick, 712 F.2d 1112, 1121 (7th Cir. 1983).

[247] Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 51 cmt h (Am. Law. Inst. 2011).

[248] Gergen, *supra* note 117, at 843；Margolis, *supra* note 243, at 1543-52.

[249] *See*, Keele, *supra* note 219 at 1067-68；Burdon, *supra* note 219, at 259.

[250] Keele, *id*. at 1093（なお、Keele は、こうした理解を抑止論にのみならず、矯正的正義論からも導いている）.

をめぐり、否定説の中においても、原状回復法の基礎にある考え方や利益吐き出しの根拠論から考慮を要求する立場（第１および第２の立場）と因果関係の観点を重視して考慮しない立場（第３の立場。第４の立場は、吐き出しの根拠論を考慮しつつも、因果関係も考慮するためこの立場といえる）に大別することができるであろう。

（５）立証責任

最後に、④の問題、すなわち、正味の利益の確定に関する立証責任について確認しよう。以上のように英米の判例・制定法は、利益吐き出しの対象を正味の利益に制限しているといえる。もっとも、被害者（権利保有者）は、正味の利益を立証する責任を負っているわけではない。この点、判例･制定法は、被害者が侵害者の総収益のみを立証すれば足り、被った費用の立証責任については侵害者に負わせるという形で、立証責任の転換アプローチを採用している（たとえば、著作権侵害（連邦著作権法504条（b））や商標権侵害（Lanham 法35条（a））などの場面）[251]。

さらに、侵害者の売上情報はもっぱら侵害者自身の占有ないし支配内にあることを考慮し、裁判所は売上額を証明する権利保有者の努力にかなり寛大になる傾向があることも指摘されている[252]。具体的には次の通りである。まず､侵害行為による売上額が厳密に確定され得ないならば、裁判所はあらゆる疑問や不確実性を被告に不利に解する傾向がある。また被告がその現実の売上額について開示しないとき、裁判所は状況証拠やその回復額を決定するために利用可能な証拠から推定して決定し得る。さらに裁判所は、売上額に関する証拠開示手続において被告が協力しないことを吐き出すべき利益の額を増加させる根拠として使用する。たとえば、〔英16〕Blake 事件において、貴族院は、「清算を取得することにかつて伴った精密さと形式さにもかかわらず、利益の清算の下で支払うべき金額は、損害賠償ほど精巧かつ厳密に算定されるものになる必

[251] Barber, *supra* note 106, at 168；Hubbard, *supra* note 219, at 977；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2011.

[252] Barber, *id*. at 168.

要はない。」と述べた[253]。

このような実務における取扱いは、利益の吐き出しの作業が、損害賠償における損害額の算定ほどの正確さを要求していないことを示唆するといえよう。こうした判断の背後には、侵害者が権利保有者の権利等を侵害したことから利益吐き出しの問題が生じており、侵害行為に起因する困難性は侵害者が負担するべきであるとの価値判断があると思われる（とりわけ、侵害者が悪意の場合にはそうであろう）。もちろん、侵害者が控除対象となる費用の立証責任を果たさすことができなければ、吐き出す利益は、総収益となる[254]。

（6）小括

以上の考察からは、次の点が明らかになったといえる。

第１に、費用控除の適用場面については、広く認められており、特別にこの場面のみ否定されるということはない

第２に、費用控除の可否を決する際に、費用の種類や侵害者の主観的認識が結論に影響及ぼす余地はある。すなわち、直接費用の控除について、異論はみられないが、間接費の控除については見解が分かれている（とりわけ、侵害者の主観的認識が考慮されるか否かが問題となる）。

第３に、費用控除の可否の根拠づけをめぐり、学説は、原状回復法の基礎にある考え方、利益吐き出しの根拠、因果関係との関係に留意しつつ、検討しているということである。

第４に、正味の利益ないし控除対象の費用の立証責任については、侵害者の側が負うことになる。

以上を踏まえると、正味の利益の確定作業は、純粋に事実上のもの（会計上のそれ）ではなく、規範的なものであるといえる。すなわち、費用の控除が利益吐き出しの目的を害する結果となってはならないため、法的な観点から控除の可否が判断されているのである（とりわけ、侵害者が一部自己負担を強いられ、罰的な要素を伴い得る場合があることを考慮するとそうである）。

---

[253] [2001] 1 AC 268, 288 (per Lord Nicholls).

[254] Hubbard, *supra* note 219, at 956；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2050-51.

## 第2款　利益の配分

（1）はじめに

次に、利益の配分（apportionment of profits）について取り上げる[255]。利益吐き出しが認められる場面においては、侵害者が得た利益は、権利保有者の権利のみから生じることは稀であり、実際には、それ以外の事情が利益の発生に貢献していることが多い。そのような事情としては、侵害者自身の権利、労働、資金、独自の販売網などが挙げられる。このような場合に、判例・制定法は、侵害者に全ての利益を吐き出すことを命じるのではなく、利益発生に対する侵害者の寄与度に応じて侵害者に一定の持分を与え、権利保有者と侵害者の間で利益を分け合うということを行っている。このような作業は「利益の配分」と呼ばれる。このような利益の配分が認められる場面では、利益吐き出しは、実質的には、利益の分配として機能することになる[256]。

このような利益の配分をめぐっては、主として以下の点が問題となる。すなわち、①このような利益の配分はどのような権利・利益・関係の侵害の場面で認められるか（適用場面）、②配分が認められる場合、いかなる根拠に基づき認められるか（根拠）、③配分の可否の決定は、侵害者の貢献があれば常に認められるか、その他の事情が考慮することで否定されるか（考慮事情）、④配分は、どのような基準（方法）で決定されるか（配分割合）、⑤配分に関する立証責任は誰が負うか（立証責任）である。以下では、これらの問題を中心に従前の議論状況をみていくことにするが、その前に利益の配分とその周辺概念の関係を整理しておくことにしたい。

---

[255] 利益の配分については、Palmer, *supra* note 3, at 166 〜；Bently, *supra* note 71, at 11 〜；Ciolino, *supra* note 86, at 20 〜；Eisenberg, *supra* note 28, at 599 〜；Gergen, *supra* note 117, at 847 〜；David McGowan, *The Apportionment Problem in Copyright Law*, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 17-307 2017 〈http://ssrn.com/abstract = 3059053〉；Boosfeld, *supra* note 50, at 846 〜；Samuelson et al., *supra* note 44, at 2051 〜などを参照。

[256] 利益吐き出しの一つのタイプとして、利益分配型の吐き出しを説く見解として、Raue, *supra* note 2, at 153 〜がある。

（２）概念の整理

利益の配分と他の概念（因果関係、費用の控除、手当の付与）との関係について整理しておくと次の通りである。

第１に、因果関係との関係については、利益の配分も、因果関係の枠内の問題と解する立場[257]もある。このような理解の下では、利益の配分は、複雑な因果関係の問題として捉えられることになろう。これに対し、利益の配分は、因果関係とは別個の問題としたうえで、配分の問題は、因果関係分析が満たされた後で問題となると解する立場[258]もある。

第２に、費用との関係については、一方で、費用を寄与原因の一つとして捉える立場がある。この立場の下では、利益の配分を独自に考察することは必要なくなる（寄与原因を費用として控除することで足りる）。他方で、費用と寄与原因は別個のものであると捉える立場もある。この立場の下では、費用の控除とは別に、利益の配分を検討することが必要となる[259]。

第３に、後述の手当の付与との関係については、いずれも、侵害者の能力等が利益発生に貢献した場合に、その貢献を考慮し、一定の利益を侵害者の下に残すものである。そのため、両者を区別せずに論じる余地もあり得るであろう。しかし、両者は、貢献の考慮の仕方において異なる点に留意する必要がある。すなわち、利益の配分は、侵害者と権利保有者が共同事業の合意を行ったように、両者の寄与度に応じて利益に対する持分を認めるのに対し、手当の付与は、従業員の給与のような形で

---

[257] Bently, *supra* note 71, at 11 〜 .

[258] Gergen, *supra* note 117, at 847；Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 212.

[259] Bently, *supra* note 71, at 11. Bently によれば、〔英５〕Potton 事件では、住宅が建設された土地を購入する費用は、その建築資材と同様に、出費と捉えられたのに対し、キッチンのデザインは、配分が必要となる「寄与原因」として理解された。また〔英10〕Spycatcher 事件では、その活字組みおよび紙は、出費としてみられ、その紙のその他の話は「寄与原因」としてみられるとされる。そして、出費と寄与原因の区別の基準は、それが費用の出費を伴うか否かという点（伴う場合は、出費として費用控除の問題となり、伴わない場合には、寄与原因となる）に求められる。

侵害者の貢献を考慮するにとどまる[260]。そのため、両者は別個の問題である。侵害者にとってどちらが有利であるかは、生じた利益の額の多寡によりも異なるが、少なくとも利益が十分ある場合には、利益の配分の方が手当の付与よりもメリットがある[261]。そのため、利益の配分が認められるか否かは、権利者および侵害者双方にとって大きな関心事になるといえる。

本稿は、議論を明確化するために利益の配分を因果関係、費用の控除、手当の付与と区別し、別個のものとして捉える立場を採る。

（３）利益の配分が認められる場面

ここでは、①の問題、すなわち、利益の配分が認められる場面についてみていくことにしよう。費用の控除とは異なり、利益の配分が認められるか否かは、場面により違いがみられる。

（ｉ）認められる場面

まず、認められる場面の典型として、著作権侵害の場面が挙げられる。たとえば、アメリカの判例は、当初、この場面において利益の配分に否定的な立場を採っていたものの[262]、その後、〔米８〕Sheldon 事件において肯定する立場に転換した。本件は、被告が原告の著作物を用いて、映画を作成することにより利益を上げたことを理由に、原告が著作権侵害

---

[260] *See*, Boosfeld, *supra* note 50, at 842-3, 846.

[261] *See*, Friedmann, *supra* note 34, at 1898（手当の付与は、侵害者と権利保有者の相対的な寄与度に応じて分ける利益の配分よりは、権利保有者にとって有利であると指摘する）。他方で、侵害者の貢献があっても、利益が少ない、あるいはない場合もありうる。この場合には、利益の配分は認められないが、手当の付与は認められる余地はある（この点は、オーストラリア法学において議論がなされている）。

[262] 否定判例は、利益の配分の可能性に言及しつつも、当該利益のどの部分が侵害者固有のものであるかは明らかではなく、利益を分けることが「不可能」であることを根拠に配分を否定し、被告に全ての利益の吐き出しを命じた（Collaghan v. Myers, 128 U.S. 617 (1888)；Belford v. Schribner, 144 U.S. 488 (1892)）。*See*, PALMER, *supra* note 3, at 171.

を理由に利益吐き出しを求めたのに対し、被告は、自己が得た利益の大部分が、被告が「購入し、そして対価を支払った」要素――すなわち、俳優、舞台面、プロデューサー、ディレクター、そして一般的な諸経費――に起因するとして、利益の配分を主張した事案であった。このような事案において、地方裁判所は、その結果が「懲罰的かつ不当」になると認識しつつも、映画の正味の利益全額（587,604ドル）の付与を認めた[263]。これに対し、第２巡回区控訴裁判所は、①被告は原告の財産と自分自身の財産を混和することから生じる困難の多くを受け入れることに同意しなければならないこと、また②その付与はすべての誤りの合理的な機会において原告に有利に解されなければならないことを述べて、原告に被告が得た利益の５分の１（20％）を付与すると判示した[264]。最高裁も、控訴裁判所の一般的な立場および結論を支持した上で、次のように述べた。すなわち、その利益がその著作権で保護された資料の使用に完全に起因しないことを証拠が示しているとき、その証拠が「分割の公正な根拠を提供する」のに十分であるならば、配分はされるべきである[265]。このような利益の配分は、イギリスの裁判所においても認められている（〔英５〕Potton 事件[266]など）。

次に、特許権侵害の場面について、アメリカでは、現在は利益吐き出しが廃止されているものの、認められていた時代においては、利益の配分は認められていた[267]。

さらに、詐称通用の場面に関しては、イギリスの判例は、「いずれの

---

[263] 309 U.S. 390, at 398.

[264] 106 F.2d 45, 51 (2d Cir. 1939). *See*, Gergen, *supra* note 117, at 847；Friedmann, *supra* note 34, at 1889（最終的な吐き出しの利益は、著作権の現実の価格（通常の損失）の４倍であるが、全利益の20％であったと指摘する）.

[265] 309 U.S. 390, at 408.

[266] もっとも、本件では、結論として、利益の配分は否定されたが。

[267] Mowry v. Whitney, 81 U.S. 620 (1871)；Sidell v. Vickers, (1892) 9 RPC 152(CA). この点につき、田村善久『知的財産と損害賠償』（弘文堂、1993）164頁（侵害者利益の返還が「利益全額が返還されるのではなく、特許発明に帰することができない分は侵害者の手元に残されるとされていた。いわゆる利益の配分（apportionment）が行われる必要があった。」と指摘する）も参照。

当事者も他の者に正当に帰属するものを有しないであろう」と述べ、利益の配分を認めている（〔英10〕My Kinda 事件）[268]。

最後に、契約違反の場面が挙げられる。もっとも、この場面は、契約の保護法益の違い（経済的利益か非経済的利益か）に応じて、利益の配分の取扱いが異なっている。すなわち、経済的利益（商事利益）に関する契約違反の場面には、利益の配分が認められている。たとえば、〔米17〕EarthInfo, Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc. 事件[269]では、契約において被告の貢献が要求されていたため、利益の配分は肯定された[270]。これは、利益の配分を認めないと、原告に不当な棚ぼたを残すことになるという配慮からなされたものといえる[271]。

利益の配分の根拠については、後述するが、このような配分を認めるとする理解の背後には、権利保有者の権利と侵害者の資源の結合があって富（利益）が生まれたことから、その富は「それらの相対的な寄与分に従って」[272]、両者の間で分けられるべきであるとする価値判断があるといえよう[273]。もっとも、この価値判断は常に貫徹されているわけではない。

（ii）認められない場面

次に、認められない場面の典型としては、信認義務違反の場面が挙げられる[274]。この場面では、利益の配分は、当事者達の間での事前の合意がある場合を除き、認められないとされる[275]。その根拠としては、――受認者が義務違反から利益を得てはならないという信認法の厳格な考え方も当然あるであろうが――、実際的な理由は、利益の配分がこの場面

---

[268] [1982] 8 FSR 147, 159.

[269] 900 P.2d 113 (Colo. 1995).

[270] *Id.* at 121.

[271] Eisenberg, *supra* note 27, at 601.

[272] Friedmann, *supra* note 34, at 1925.

[273] *See*, Gergen, *supra* note 117, at 847.

[274] その他に、意匠権侵害の場面も挙げられる（*See*, Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 214 ～）が、ここでは立ち入らない。

[275] Barnett & Harder, *supra* note 3, at 462；Mitchell, *supra* note 118, at 327；Devonshire, *supra* note 50, at 404；Rotherham, *supra* note 9, at 96.

においては適していないということが挙げられる。すなわち、利益の配分は、侵害する行為と侵害しない行為を区別し得る状況では適しているが、信認義務のように違反された義務の範囲が広く、両者が分離され得ない状況――受認者が信認義務違反により利益を得た場合には、（たとえその利益がかなり受認者自身の仕事および技能により増加されたとしても）義務違反により直接的に生じたものとして扱われる――では、適していないのである[276]。

そのため、信認義務違反の場面では、受認者は、善意の場合でも利益吐き出し責任を負い、かつ利益の配分も認められないという非常に厳格な責任を負わされているといえる[277]。もっとも、受認者の能力・才覚などの貢献は、全く考慮されないかというとそうではない。この点は、後述の手当の付与として扱うべきとの提案が説かれている。

また、契約違反の場面のうち、非経済的利益（国防の利益など）に関する契約違反の場面については、利益の配分は認められない。たとえば、〔米14〕Snepp 事件では、被告であるエージェントは、その本の出版から現実化したすべての利益を吐き出す責任を負うと判示された[278]。そこでは、その本を書く際のエージェントの努力がかなり利益源の創作に貢献したことは疑問の余地はなかったが、裁判所はその事実を完全に無視したといえる[279]。その理由としては、この場面では、被告が得た利益は、被告の努力にほとんど帰することができ、利益の配分を認めると、利益吐き出しが無意味になり、そもそもここでは本を書くために自分自身の

---

[276] Cunnington, *supra* note 180, at 580；Barnett, *supra* note 3, at 190-1.

[277] もっとも、信認義務違反の領域で利益の配分の可能性が全くないわけではない。たとえば、Warman International Ltd. v. Dwyer, (1995) 69 A.L.J.R. 362 (Austl.) は、そのような可能性を指摘した先例として挙げられる（もっとも、本件では、結論としては否定された〔at 374〕）。学説でも、利益の配分は、信認義務違反による受認者への手当の付与が功績の原理に従って正当化が難しいケースに対する解決策を提供し得ると説く見解もみられる（Barnett, *supra* note 3, at 191；Barnett & Harder, *supra* note 3, at 462）。ただし、この点については、本稿ではこれ以上立ち入らない。

[278] 444 U.S. 507 (1980).

[279] Friedmann, *supra* note 34, at 1899.

能力・才覚を用いることこそが被告の違法行為であったからであるとされる[280]。なお、本件の結論は、被告であるエージェントが、単なる契約違反ではなく、信認義務違反として性格づけられたことが影響しているかもしれないが、こうした帰結は、単なる契約違反として性格づけられた〔英16〕Blake 事件でも同様の立場が採られたことからすると、義務違反の性格づけ自体によって決まるものではないといえよう。

（ⅲ）理解が不明確または分かれている場面

以上の二つの場面に対して、理解が不明確または分かれている場面がいくつかある。具体的には以下の通りである。

まず、有体物侵害の場面については〔米４〕Edwards 事件が利益の配分を認めた否かをめぐって理解が分かれている。本件では、被告が原告の土地の下の洞窟部分の使用から生じる正味の利益の３分の１に対する利益の吐き出しを命じた。というのも、その洞窟の３分の１は原告の土地の下にあった（残りの３分の２は被告の土地の下にあった）からである[281]。このような帰結は、一見すると、利益の配分を認めたもののようにもみえるが、ここでは、生じた利益がすべてその土地に帰されて、そして原告と被告の土地の割合に従って分割されており、被告がこの洞窟を観光アトラクションにするために費やした様々な貢献や侵害者の側にしか入口がなかったという事情は何ら考慮されていない[282]。もっとも、侵害者がアトラクションの一環として入口近くに建設したホテルからの収益については吐き出しの対象から外されている。この点については、❶起業家としての被告の貢献に対する（大雑把な）補償方法であるとする理解と❷そのホテルの利益が「遠すぎた」として、疎遠性の観点から説明する方法があるが[283]、いずれにせよ、利益の配分が認められたか否

[280] Eisenberg, *supra* note 28, at 600-1.

[281] 95 SW 2d 1028, 1029 (Ky Ct App, 1936).

[282] Friedmann, *supra* note 34, at 1917.

[283] 両者の理解につき、Friedmann, *id.* at 1919（Friedmann 自身も、起業家としての被告の活動が、そのホテルの利益の「近因」とみなされるべきであると述べる）を参照。

かは不明確なままである。

次に、商標侵害の場面についても、米国の判例の理解に変遷がみられる[284]。すなわち、Lanham 法施行以前の判例は、利益の配分を否定する立場[285]から配分を認める立場[286]へと移行したものの、同法施行以後[287]は、多くの裁判所はその利益のどの部分がその侵害する標章の使用から生じたか（あるいは、生じていないか）を決定する際の本質的な困難性のために、単純に、議論することなしに、その利益のすべてが回復可能であることを当然の前提とする立場が採られた（ただし、少数ながら認めたものもないわけではない[288]）。そのため、学説では、判例においては利益の配分は認められていないとする理解を指摘する見解もみられる[289]。

さらに、守秘義務違反の場面については、受領者（confidant）が伝達者（confider）の機密情報の不法な使用なしに製品を製造することができなかった状況では、利益の配分の問題は生じず、製品の販売から得られる正味の利益の吐き出しが認められるとされる（たとえば、〔英９〕

---

[284] 以下につき、Barber, *supra* note 106, at 169-72を参照。

[285] 〔米６〕Hamilton-Brown 事件（最高裁判所は、回復可能な利益が侵害行為に帰するべき利益に制限されるべきであるとの被告の主張を拒絶した）。

[286] Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co., 316 203, 1022 (1942).

[287] 同法35条は、著作権侵害のように、吐き出す利益を侵害行為に帰することができる利益に制限する旨定めていない。

[288] E.g. Holiday Inns, Inc. v. Airport Holiday Corp., 493 F. Supp. 1025 (N.D. Tex. 1980). 本件は、原告（Holiday Inns）のフランチャイジーであった被告（Airport Holiday）が、フランチャイズ契約の終了後も「Holiday Inn」の商標を使用し続けたのに対し、原告が被告に対し原告の商標を使用することから得た利益の吐き出しを求めた事案である。第１審は、被告のビジネスの70％については被告の個人的な努力である毎週の取引に帰するべきものであるのに対し、30％については「Holiday Inn」という商標を見る被告の常連客からの一時的な取引に帰するべきものであるとの被告の証明に基づき、被告の利益の30％のみがその侵害行為に帰することができると判示した。第５巡回区控訴裁判所は、第１審の判断を是認した。

[289] *See*, Samuelson et al., *supra* note 44, at 2009（商標について利益の配分が一般的に存在しないと指摘する）.

Peter Pan 事件では、利益の配分は問題とならず、正味の利益が吐き出しの対象となった)[290]。これに対し、問題となる製品の製造は、その機密情報がなくても、他の手段により可能であったが、その情報を用いることで効率的な製造を可能にした状況では、利益の配分の問題は生じるが、この点に関する判例は存在せず、扱いは不明であるが[291]、利益の配分を肯定するべきと説かれている[292]。

最後に、プライバシー権侵害などの人格的な権利の侵害の場面において、利益の配分が認められるかについては、直接的に利益吐き出しが認められたケースがみられないことから、不明であるが、雑誌の一部記事で個人の情報が掲載された場合などでは、配分が認められるべきと説かれている[293]。

（4）利益の配分の根拠づけ

次に、②の問題、すなわち、いかなる根拠に基づき利益の配分が認められるかという点について確認しよう。配分の結果として、侵害者は、侵害行為がなければ所有しなかったであろう富を保持することを可能になる[294]。そのため、配分がいかなる根拠に基づき認められるかは重要となる。この点については、肯定する見解の中でも、多様な根拠づけがなされているため、いくつかの観点に分けて整理していくことにしたい(なお、各見解において念頭に置いている場面は一様ではない)。

（i）権利保有者の立場から見た場合

第1に、権利保有者の権利内容からの説明である。すなわち、侵害者は他人の権利の侵害行為により得た利益にのみ責任を負い、権利保有者は侵害行為に起因する利益に対してのみ権利を有する[295]。このような理

---

[290] DEVONSHIRE, *supra* note 3, at 127.

[291] *Id*. at 128.

[292] GURRY. *supra* note 3, at 424-25.

[293] STANLEY, *supra* note 225, at 137（守秘義務違反の構成による）.

[294] Gergen, *supra* note 117, at 847.

[295] GURRY, *supra* note 3, at 1424；Bently, supra note 71, at 10.

解の前提には、所有権などの財産権は、その権利の利用からの経済的な成功まで保障していない（あくまで機会の保障に過ぎない）という考え方がある（たとえば、知的所有権は、経済的成功を発明者や創作者に保障していないし、所有権は、所有者に市場において取るに足らない商品を提供する排他的機会のみを所有者に割り当てるのみである）。このような経済的機会を成功に導くためには、権利保有者はいまだに、時間、努力、技術、金銭、そして運を投下する必要がある[296]。逆にいえば、そのような努力を投下せずに生じた利益については、権利保有者は受け取る資格を有しないということである。それゆえに、侵害行為が利益の唯一の原因である場合を除き、侵害行為に起因する利益とそれ以外の原因に起因する利益がある場合には、利益の配分は当然認められることになる。

第２に、利益吐き出しの最大の問題とされる棚ぼたの問題との関係からの説明である。すなわち、侵害行為の抑止に利益の吐き出しを求める立場の下では、利益吐き出しが権利保有者に自己の損害以上の利益を与えることとなり、それが棚ぼたになると理解されてきた。とりわけ、こうした事態は、権利保有者の権利のみならず、侵害者の側の要素が利益発生に貢献している場合には顕著である。このような場合に、侵害者が得た利益をすべて吐き出させ、そして権利保有者に帰属させることは、侵害者に自己の貢献を放棄させることになる[297]。このような観点から見ると、利益の配分の根拠は、侵害者が「自分自身のもの」から生じた利益を保持することを認めつつ、権利保有者が原状回復法を通じて棚ぼた利益を得ることを排除し、そして侵害者が不公正に罰せられることを阻止することに求められるといえる[298]。たとえば、著作権侵害の場面では、著作権者は、自己の損害を超える棚ぼた利益を回復することを認められるべき説得的な理由はないと説かれる[299]。ここでは、利益吐き出しに伴う棚ぼたを調整する法理として利益の配分は位置づけられているとみる

---

[296] Raue, *supra* note 2, at 157-58.

[297] Friedmann, *supra* note 34, at 1887.

[298] Ciolino, *supra* note 86, at 20.

[299] *Id*. at 22.

ことができるであろう。

（ⅱ）侵害者の立場から見た場合

第3に、「損失の帰するところ利益も帰するべきである」との考え方からの説明である[300]。たとえば、著作権侵害の本の販売により利益を上げた例を挙げると、その経済的成功は、決して単一の要素に基づかず、異なる要素および貢献の結合により生じている。とりわけ、本の経済的成功は、その他の要素の中でも、著作権で保護された内容、出版社の専門知識および組織的構造、彼らの生産の事前の資金調達、そして本屋の販売および市場化努力に依存している。このように、利益が単一の要素に帰することができないのであれば、ビジネス取引の利益は、一般的に、市場においてその商品やサービスを提供し、そしてそれに対応する損失を負担した者に帰するべきである。その理由は以下の通りである。すなわち、これらの費用がその収入を超えるならば、その損失は、使用された資源の所有者ではなく、商品やサービスを提供する者が負担しなければならない。そうであるとすれば、その逆の状況、すなわち、収入がその費用を超えるならば、その人がその利益を求める権利を有することになってしかるべきであるということである。こうした理解は、「損失の帰するところ利益も帰するべきである」とする考え方からの帰結である[301]。

第4に、功績（desert）に基づく説明である[302]。たとえば、ある論者は〔米4〕Edwards 事件において、原告の土地の展示に起因する利益について被告に一定の持分の形で利益の配分が認められるべきであるとする。その理由としては、❶原告の利益が生じるには（洞窟への入口があった）被告の土地の使用を必要としたこと、❷被告が労働および資本のリスク

---

[300] Raue, *supra* note 2, at 156-57（なお、Raue は、利益吐き出しのタイプとして、制裁型のそれも提案するが、制裁型においてはこうした利益の配分は認められないとする）.

[301] *Id.* at 157.

[302] Gergen, *supra* note 117, at 848；Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 212 ～がある。なお、手当の付与でもこうした功績に基づく説明はみられる。

を負ったこと、❸観光資源としてその洞窟を開発するというアイディアに貢献したことが挙げられる。とりわけ、被告の土地からのアクセスがなければ原告の土地は、経済的に無価値であったという事情は、功績による配分請求を説得的なものにすると説かれる。

（iii）公益的な観点からの説明

第５に、社会的に望ましい活動への委縮効果の低減という点からの説明が挙げられる[303]。この見解は、利益吐き出しが社会的に望ましい活動を躊躇させ、効率性を害することになるとの懸念（とりわけ、法と経済学者が示す点）に対して、利益の配分によりそれを緩和するものとして正当化しようとするものである。このような理解によれば、利益の配分は、侵害者自身の正当な努力にその利益の一定持分を割り当てことになることになるから、知らずに他人の権利を利用して経済活動を行ったとしても、その利益の全てを吐き出す必要はなくなり、一定程度安心して活動が可能となる。

（iv）仮想的契約という考え方による説明

第６に、仮想的契約（hypothetical contract）という考え方を用いた説明が挙げられる[304]。この見解は、従来の利益吐き出しの議論が利益のすべてを吐き出すことについて十分な根拠づけができていないとの理解を前提としたうえで、権利保有者と侵害者との間で利益を再配分することこそがあるべき姿であると考えている。そしてその方法として、その権

---

[303] Barnett & Harder, *supra* note 3, at 463（受認者の場面を念頭に置く）.

[304] Boosfeld, *supra* note 50, at 836 ～ . Boosfeld は、ドイツ法学において近年、利益吐き出しの統一的アプローチを提案する論者の一人として挙げられる（*See*, Gerhard Dannemann, *The Future of German Unjustified Enrichment Law*, 25 R. L. R. 44, 53 (2017). その主要業績は、Kristin Boosfeld, Gewinnausgeleich（Mohn Siebec, Tübingen, 2015）である）。その意味で、本稿の対象とする英米法の議論として位置づけことはできないが、彼女の議論（少なくとも Boosfeld, *supra* note 50）においても、多くの英米の利益吐き出しに関する先行研究が参照されており、英米の議論のありうる発展・応用形態として捉えることは可能であると思われ、ここで紹介することとした。

利の使用に関して権利保有者との間で利用者（侵害者）が締結しなければいけなかったはずの契約（これを「仮想的契約」と呼ぶ）を構想する[305]。すなわち、この手法は、実際にはなされなかったものの、仮想的に侵害者と権利保有者の間で契約が締結されていたならば、どのような条件で締結されたのであろうかを考え、そこから利益の配分を考えようとするものである。以下では、第１に、前提として、適法に利益を上げる方法としてどのような方法があるか、第２に、なぜ事後的に仮想的契約を考えなければいけないのか、第３に、どのように仮想的契約を構想するのかという点を中心にこの見解の概要を確認していくこととする。とりわけ、第３の点の考察から、この見解の説く利益の配分の方法を確認することができるであろう。

まず、利益を適法に上げる方法については、大きく以下の４つの方法が挙げられている。すなわち、①利益を上げる者が自分自身の権利を用いて自分自身の努力で利益を上げる方法（この場合には、すべての利益が権利保有者に帰属する）、②利益を上げる者が契約により他者のためにのみに上げることに同意して利益を上げる方法（この場合には、生じた利益は他者に帰属しつつ、利益を上げた者が一定の手当の付与を受ける）、③利益を上げる者が契約により他者のためのみならず、自分自身のために利益を上げる方法（この場合には、各当事者は生じた利益に対する持分権が認められる）、④利益を上げる者がライセンスを購入して、自分自身のために利益を上げる方法（この場合には、利益を上げる者は、権利者にライセンス料のみを支払えばよい）である[306]。これらの方法の違いは、後の仮想的契約の具体的な構想方法に関係することになる。

次に、仮想的契約を構想する理由について。この見解によれば、侵害者は、本来、上記の契約のいずれかを締結すべきであったにもかかわらず、それをせずに無断で他人の権利を利用した。この場合、侵害行為そ

[305] Boosfeld, *id.* at 826. なお、Boosfeld の利益吐き出し論（利益の分配論）は、あらゆる私的な権利（対物的権利または対人的な権利）の侵害の場面に妥当すると説いている（*Id.* at 832-33）。ただし、権利保有者が処分できない権利（臓器など）については除外されている。

[306] *Id.* at 830-02.

れ自体は、侵害されなかった状態に戻され得ないが、矯正的正義の理由のために、侵害者は自己が最初に負った義務を履行したのとできる限り近い状態にするために次善の（second best）行動を取らなければならない。そしてそれが、権利保有者との契約を締結したように扱われるというものであるとされる[307]。以上が事後的に仮想的契約を構想する理由となる。

最後に、仮想契約の構想方法について。この見解は、侵害行為時に権利保有者が自己の権利を処分することができ、そして処分したであろう場合を念頭に置いたうえで、以下のような推論を行う[308]。すなわち、まず、権利侵害がなければ、侵害者と権利保有者の間でライセンスが締結されたかどうかを考える。そして、（α）締結されたと考えられる場合（第1の④の方法が用いられた場合）には、権利保有者は、ライセンス料を請求することのみでき、利益吐き出しを請求することはできないこととなる。これに対し、（β）締結されなかった場合には、ライセンス料は基準とならない。その場合には、まず❶利益を上げる者（侵害者）が権利保有者と自己の双方のために部分的に上げられている利益に同意したであろうことを証明した場合（③の方法が用いられたであろう場合）には、権利保有者は、利益を上げる者が彼のために部分的にその利得を上げたならば彼が享受したであろう地位に置かれる。これに対し、❷利益を上げた者が❶を証明することができなかった場合（結果として、②の方法が用いられたと解される場合）には、権利保有者のためにのみ利益を上げたものとして扱われるため、権利保有者はその全利益を請求することができる（ただし、侵害者はその能力等を理由に手当の付与が認められる）[309]。

こうした仮想的契約の構想からは、（α）に該当するか否かが、権利

---

[307] *Id.* at 836.

[308] *Id.* at 839-42.

[309] こうした理解を前提とすれば、信認義務違反の場面において利益の配分が認められない実質的理由は、受認者が（事前の契約で定めた対価を除き）本人のために利益を上げることが求められている立場であり、自己のためにも利益を上げることは認められないという点にある。

保有者にとって重要となる（というのも、この点の違いにより、自己に帰属する利益が大きく異なるからである）[310]。それではどのようにライセンスが締結されたか否かは判断されるのであろうか。その判断は、類似する状況において当事者達が通常、ライセンス合意に達するであろうことを指し示す客観的要素があるか否かを分析することによるとされる。換言すると、純粋に権利保有者の主観的回答によっては決まらないということである。というのも、その利益がライセンス料を超えるときはいつでも、権利保有者は遡及的に、ライセンス合意を拒絶し、そして代わりに利益吐き出しを請求するインセンティヴを持つからである。そのうえで、客観的にライセンスに同意したといえる状況の具体例としては、⑴権利保有者が以前に類似するケースにおいてライセンスを承認していた場合、⑵権利保有者がライセンスを承認する法的義務を負っている場合（たとえば、標準必須特許の場合）、⑶その権利のみが利益を上げるプロセスにおいて比較的小さな役割（従属的な役割）しか果たさない場合（たとえば、車の開発において他人が特許権を有するねじを無断で用いた場合など）が挙げられる[311]。

この見解は、上記のように解することにより、侵害行為が起こらなかったならばあったであろう状態とできる限り近い状態（＝準原状回復）を実現しようするものであるといえる[312]。

もっとも、上記の説明から明らかなように、このような仮想的契約が認められるのは、権利保有者が当該権利を処分することができることが必要である。そのため、このアプローチは、権利保有者が処分できない権利（たとえば、臓器売買のように法律により処分が禁止されている権利など）の侵害の場面においては、利益の配分を正当化することはでき

---

[310] Boosfeld, *supra* note 50, at 839-40.

[311] *Id.* at 840-01.

[312] こうした準原状回復アプローチは、本稿が注目したDaganの見解（第３章）との類似性を感じられるが、権利が侵害された場合の次善の解決の理解の仕方がBoosfeldとは異なっているといえようか。なお、準原状回復というタームについては、吉田邦彦『民法と公共政策講義録――批判的・横断的民法のすすめ（具体的法政策学）』（信山社、2018）192頁に負う。

ないであろう[313]。

（５）利益配分の決定の考慮要素

ここでは、③の問題、すなわち、利益配分の可否の決定は、純粋に侵害者の貢献があれば常に認められるのか、それともそれ以外の事情により影響されるかという点について確認する。

（ｉ）侵害者の主観的認識

利益の配分の可否に影響を及ぼす事情として最も問題となる侵害者の主観的認識について確認する。この点に関して学説は、①侵害者の主観的認識を考慮する立場、②侵害者の主観的認識を考慮しない立場、③利益吐き出しのタイプに応じて考える立場に分かれている。

まず①の立場は、利益吐き出しの根拠として抑止論から説かれる。たとえば、アメリカの商標侵害の場面では、侵害者が故意のケースでは、――吐き出すべき利益が侵害行為にすべて起因するわけではないにもかかわらず――侵害する標章の下での販売からのすべての利益が付与されるべきとする立場を採る巡回区控訴裁判所（たとえば、第8巡回区）もみられる[314]。その根拠は、完全な利益吐き出しが、故意による侵害行為の抑止のために必要であるという点に求められた[315]。このように、利益吐き出しの要件としては、侵害者の主観的認識を要求しないとしても、吐き出す利益の範囲を決する際の考慮要素となることはあるといえる[316]。

---

[313] Boosfeld, *supra* note 50, at 838. これに対し、処分権はあるものの、権利保有者が明示または黙示に同意しないような状況（名誉を傷つける写真の公刊など）では、仮想的契約アプローチは妥当するとする（*Id.* at 838）。なお、この場合に、侵害者が上記状況であるとして契約締結しなかったであろうという事実に事後的に訴えることはできないとする（というのも、これは本来的な現実の契約が生じることを意味せず、それは上げられた利得の公正な分配を認めるに過ぎないからである）。

[314] Truck Equipment Service Co. v. Fruehauf Corp., 536 F2d 1210, 191 USPQ 79 (CA 8 1976).

[315] Barber, *supra* note 106, at 172.

[316] Bortolin, *supra* note 108, at 961.

次に②の立場は、先述の仮想的契約アプローチの理解を前提に、考慮しない理由として以下の点を挙げる。すなわち、❶主観的事情は利益の配分と関係しないこと、❷そもそもそうした侵害者の主観的認識を証明することは困難になること、❸利益配分についての同意があったか否かの判断は客観的なものであるため、侵害者が主観的にそのような合意の必要性について知っていたか否かは問題とならないことなどである[317]。

最後に③の立場は、利益吐き出し＝非制裁（利益分配）を目的とする場合には、侵害者の主観的事情を考慮することなしに、利益の配分が認められると解する[318]。これに対し、利益吐き出しを制裁（ここでの制裁の意味は、応報というよりも、侵害行為の抑止の面にウェイトがある）を目的とする場合には、抑止効果が最大化するような形で解釈することが必要であるとして、侵害者の主観的事情を考慮する[319]。具体的には、善意の侵害者は、彼ら自身の資源の使用に起因する利益の部分を保持する権利を有する。これに対し、悪意の侵害者は、侵害しない活動のために彼らの資源を使用することを推奨されるべきであるから、自己の利益の持分を剥奪されるべきであるとされる。

（ii）その他の事情

侵害者の主観的認識以外に考慮するべきその他の要素としては以下の点が挙げられる。

まず、侵害者の貢献の程度である。すなわち、貢献度が比較的小さい場合には、配分は認められないとされる[320]。たとえば、〔米4〕Edwards事件の事案を少し変えて、問題となった洞窟のほとんどすべてが被告の土地の下にあり、洞窟の入口だけが原告の土地上にあった場合には、持分の信頼できるルールがないことを理由に、すべての利益吐き出しが正当化されると説かれる。そして、それにより生じる不公正および非効率は、小さく、そして単純なルールを持つことによる利益により相殺され

[317] Boosfeld, *supra* note 50, at 833.
[318] Raue, *supra* note 2, at 162-3.
[319] *Id.* at 167.
[320] Friedmann, *supra* note 34, at 1889.

るとされる[321]。また、他人の財産を第三者に賃貸し、かつ賃料が通常の市場価格を超える賃料で賃貸した場合、所有者は、侵害者への利益の配分なしに、すべての利益を回復することができる。というのも、侵害者の貢献は、乏しすぎると考えられ、無視され得るからである[322]。

次に、侵害者の貢献が違法（不道徳）または公序に反することである。判例の中には、このような場合に、利益の配分を否定したものがみられる[323]。学説においても、同様の理解が示されている。たとえば、ＢがＡに帰属する動産を無断でＣに売却し、その際に、ＢはＣを騙すことにより価格を釣り上げた場合、Ｂの貢献は重大といえるけれども、その利益は非難すべき方法で取得されたといえ、このようなＢの貢献は無視されるべきであると説かれている[324]。このように貢献があるとしても、それが非難に値する場合には、当然に考慮されるとは限らない。

（６）配分割合の決定方法

ここでは、④の問題、すなわち、どのように利益の配分を行うかという点についてみよう。利益の配分において、侵害者の正確な持分を決定し、そして証明することは困難であり、非常に複雑な作業になるとされる[325]。この点について、個々の制定法（連邦著作権法など）は、何ら具体的な指針を示していない。そのため、裁判例の中では、利益の配分の仕方は一様ではない。

たとえば、著作権侵害の場面における裁判所が採用する手法についてみると、①製品全体の費用に対する侵害された著作物の公正な市場価値の比率を使用して利益を配分する方法や②製品全体を構成する表現量に対する侵害物の量の比率を用いて利益を配分する方法などが挙げられ

---

321 Samuelson & Gergen, *supra* note 163, at 218.

322 Friedmann, *supra* note 34, at 1892.

323 E.g. Reading v. Attorney-General, [1951] A.C. 507 (HL)（イギリス軍の軍曹が、その制服と地位を利用して、カイロに密輸入する手助けする代わりに多額の金銭を得た事案。裁判所は、国王がそのすべての金銭に対する権利を有すると判示し、被告に持分を与えなかった）. *See*, Friedmann, *id*. at 1889 n.38.

324 Friedmann, *id*. at 1892.

325 Boosfeld, *supra* note 50, at 843；Bently, *supra* note 71, at 11.

る[326]。具体的には、①の方法の下では、侵害された著作物を使用するライセンス料が１ドルであり、そしてその製品の総費用が５ドルであるならば、侵害者は純利益の５分の１を吐き出さなければならない。これに対し、②のアプローチの下では、侵害物が製品全体の４分の１を構成するならば、侵害者は純利益の４分の１を吐き出さなければならない。このように配分の方法は、必ずしも確立されておらず、そのために矛盾する結果を導くとも指摘されている[327] [328]。

（７）立証責任

最後に、⑤の問題、すなわち、利益の配分についての立証責任は誰が負うかという点についてみていくことにしよう。判例・制定法は、――理解が分かれる場面もみられるが[329]――概ね、利益の配分についての立証責任は、――費用の控除と同様に――侵害者が負うと解している[330]。そのため、侵害者が立証できなければ、すべての利益を吐き出す必要が

---

[326] Ciolino, *supra* note 86, at 22-3.

[327] *Id*. at 24.

[328] さらに、このような配分方法は、侵害した権利の代わりの侵害しない代替物が存在する場合にも適用されるか否かをめぐって議論がある。たとえば、そのような場合には、吐き出す利益（侵害行為に帰することができる利益）は、回避された費用であり、それを超える利益は侵害者に帰するべきと説く見解がみられる（McGowan, *supra* note 255, at 14 〜）。

[329] たとえば、アメリカにおいて特許権侵害を理由に利益吐き出しが認められた時代においては、原告（特許権者）と被告（侵害者）のいずれが合理的な近似値を立証する責任を負うかという点で争いがあった。原告とした判例もみられたものの、〔米７〕Sheldon 事件以後は、特許権侵害の場面も、被告が負うと解された（Palmer, *supra* note 3, at 174）。

[330] *Id*. at 172；Goff & Jones, *supra* note 3, at, at 759（守秘義務違反の文脈において、「その利益の何割が機密情報の使用以外の要素に起因することができるかの立証責任は受領者〔confidant〕に課せられるべきである」と述べる）；Barnett, *supra* note 17, at 184（プライバシー侵害の場面における利益の算定の困難性は、立証責任を侵害者に転換し、侵害者があらゆる正味の利益が当該違反に帰するべきではないと証明することを要求することにより扱われるべきであると説く）.

あることは、費用の控除の場合と同様である。

（8）小括

以上の考察からは、次の点が明らかになったといえる。

第1に、利益の配分の適用場面については、①有体物侵害の場面、②知的所有権侵害の場面（ただし、後述の⑦を除く）、③守秘義務違反の場面、④契約により保護される利益が経済的利益である契約違反の場面で適用が認められている。これに対し、否定される場面としては、⑤信認義務違反の場面や⑥非経済的利益に関する契約違反の場面が挙げられる。理解が分かれているのは、⑦商標侵害の場面である。また取扱いが不明確なのは、（利益吐き出しを認めるか否かがいまだ明確ではないことから当然であるが）⑧プライバシー侵害の場面である。ここからは、（控除の対象となる費用の種類については議論はあるが）多くの場面において一般論として認められる費用の控除とは異なり、利益の配分ではその当否について理解が分かれているといえる。

第2に、利益の配分の根拠をめぐり、（ⅰ）権利保有者の側からの説明、（ⅱ）侵害者の側からの説明、（ⅲ）公益的見地からの説明、（ⅳ）仮想的契約という観点からの説明がなされている。ここでは、費用の控除と比較して、利益の配分をめぐり多様な根拠づけが試みられていることが注目される。その原因は、（費用の控除以上に）利益の配分が利益吐き出しの力を減殺することになるから、認める場合には説得的な理由付けが求められるためであろう。

第3に、利益の配分を認める際の考慮事情としては、❶侵害者の主観的事情、❷貢献の程度（程度が小さい場合には配分は否定される）、❸貢献の適法性（違法な場合または公序良俗に反する場合には配分は否定される）などが挙げられる。このように、利益の配分は、侵害者の貢献があれば常に認められるわけではない。そして費用の控除と比較すると、❶については、費用の控除でも問題となっていたが、❷および❸については、費用の控除では問題となっておらず、利益の配分固有の考慮要素といえるであろう（こうした点からも、費用の控除と利益の配分を区別することが望ましいといえる）。

第4に、利益の配分の基準については、いくつかの方法が挙げられる

が､必ずしもその方法は確立されているとはいえないということである。

第５に、利益の配分に関する立証責任については、侵害者が負うということである。

このように、英米法は、利益吐き出しを多くの場面で認められているが、それと同時に、利益発生に侵害者の能力等の貢献がある場合には、利益の配分によって調整を行っているのである（このような配分が認められる場面での利益吐き出しは、利益分配型の吐き出しとして捉える方がより望ましいかもしれない)。もっとも、こうした配分が望ましくないとして、否定される場面も存在する（とりわけ、信認義務違反)。その理由は、実質的なもの（信認義務違反による利益吐き出しに対する厳格な立場との関係で、利益の配分が正当化されないこと）と形式的なもの（信認義務の広範性ゆえに違法行為と非違法行為の区別の困難性）に求められている。また一般論としては認められる場面でも、一定の事情（侵害者の主観的認識の有無や行為の適法性）が作用して配分が否定されることはある。いずれにせよ、侵害者自身の権利や能力が利益発生に寄与していた場合には、利益の配分が認められるとする理解は、多くの場面ではその通りであるとしても、限界もあり、一定の留保を付しておく必要があるといえよう。

〔附記〕本研究は､令和元－３年度（2019-2021年度）科学研究費補助金（若手研究）（研究課題番号19K13552）の成果の一部である。

論　　説

# 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（4）

## ――「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、74巻２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１節　問題の所在
第２節　判例
第１款　ドイツの判例
（１）鼓室形成判決

（２）BGH1988年３月25日判決
（３）BGH1994年９月13日判決
第２款　我が国の判例
（１）開頭手術判決
（２）東京地判平成13年３月21日
第３款　小括
第３節　検討
第１款　推定的同意の法的性質
第２款　緊急治療の正当化要件
第３款　家族等のインフォームド・コンセントの意義
第４節　小括　（以上、本号）
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１節　問題の所在

ここまで、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（治療行為の一環）としてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素があることを前提として、患者の同意という正当化要件として有効となる患者のインフォームド・コンセント、すなわち「十分な」インフォームド･コンセントの範囲を明確化し、それによって過大化した医師の説明義務を制限する理論の構築を試みた[1]。すなわち、患者のインフォームド･コンセントを得るという義務を医師に課し、

[1] 拙稿「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（１）―「仮定的同意」の問題を手掛かりとして―」北大法学論集72巻４号１頁、「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（２）―「仮定的同意」の問題を手掛かりとして―」北大法学論集72巻６号63頁参照。

患者の意思に反した専断的治療行為を防ぐことによって、患者の生命・健康という法益が保護されているが、これによって治療行為に関するあらゆる患者の自己決定権が認められるのではなく、生命・健康に関する人格的生存に必要な自己決定権を侵害された場合に、医師の法的責任が生じると解するのが相当であるとした。具体的には、「もし、医師に説明されていたとしたら、患者が治療を拒否していたであろう」といえる場合には、患者の人格的生存に著しく不利益をもたらすものであるから、傷害罪として違法となる。逆に、「もし、医師に十分に説明されていたとしても、患者が同様に同意していたであろう」という仮定的同意が認められる場合には、患者の人格的生存に対して影響がない場合であり、自己決定権を侵害されているとはいえず、医師に法的責任を負わせることはできない。このような場合には、患者の意思に反していないのであるから、刑法上、治療行為の正当化要件として患者の同意が必要とされているのは、「患者の意思に反してまで治療を強制されない」ということを保障するためであるということとの整合性もあり、仮定的同意が認められたということは、行為時に有効な患者の同意が既に存在していたということが事後的に確認されたという評価が出来よう。説明に欠ける部分があることによって、一見すると十分なインフォームド・コンセントが存在しないように見えるが、結局、仮定的同意は「十分な」インフォームド・コンセントにあたるということである[2]。

これに対し、患者のインフォームド・コンセントを得ることができない場合の１つである、意識のない患者の緊急治療の正当化については、これとは別の観点から検討しなければならない。なぜならば、医師の説明も患者の同意も明示的には存在しないからである。しかし、これまでも述べてきたとおり、このような場合に、患者の同意要件を充たさない、すなわち患者の自己決定権が保護されないからといって治療行為として正当化できないということにはならないはずである。後述する通り、我が国の医療実務において、意識のない患者の緊急治療の場合には家族等のインフォームド・コンセントを得て治療を行っている。しかし、家族

[2] 拙稿「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―」北大法学論集74巻２号71頁参照。

等のインフォームド・コンセントが法的にどのような意義があるのか、ということは一定の解決を見ているとは言い難い。他方、この問題について判示した我が国の刑事判例はこれまで存在せず、民事判例上は、端的に家族等への説明義務や代諾を認めるか、あるいは緊急であるということをもって、患者本人のインフォームド・コンセントを得ることを免除する旨判示しているに過ぎない。刑法学説上は、ドイツの判例理論に倣って、患者のいわゆる推定的同意（die mutmaßliche Einwilligung）によって患者の同意要件を充たすと考えるのが通説である。すなわち、事前的に何ら同意がないとしても、「もし、患者が事態を認識していたならば、治療に同意していただろう」ということがいえる場合には、患者の同意要件を充たし、正当化される。ところが、被害者の推定的同意がなぜ違法性を阻却するのか、その理論的根拠も未だ一定の解決をみておらず、従って「患者の」推定的同意が刑法上どのような性質を持つものであるのか、明確な答えがあるわけではない。まして、先述の通り、医療実務上は家族等がいる場合には家族等のインフォームド・コンセントを行わなければならないとしていることからすると、医師に課す家族への説明義務の法的意義が一層不明確となる。確かに、前述の通り、患者の推定的同意を正当化要件とする以上、患者の意思の推定が必要となる。その際、患者本人が治療行為の時点で同意能力を有していないため、家族等の意見から推定するというのはあり得るかもしれないが、結局家族等のインフォームド・コンセントは他者決定であるから、患者本人のインフォームド・コンセントを治療行為の正当化要件として要求してきた意義との関係が問題となる。さらに、生命や将来の健康に対する重大で切迫した危険性がある緊急治療という状況は、前章までで検討してきたような、患者の自己決定を医師とともに完成させる治療の状況とは全く異なっており、それぞれの正当化要件が根底において一致していなければならないとする理由も明らかではないし、むしろ別異に扱うべきである。

そこで、本稿においては、まず、我が国の通説と同様に治療行為傷害説をとるドイツの判例における理論と我が国の民事判例を整理し、そこで問題となってきた推定的同意の法的性質を概観した上で、緊急状況における治療行為の正当化要件と医療実務で行われてきた家族等のイン

フォームド・コンセントを得るということの法的意義を考察する。刑法の通説上は家族等のインフォームド・コンセントが無意味であると考えているとしても、民法上の意義の有無は検討しなければならないからである。その上で、改めて患者の同意が治療行為の正当化要件として必要とされている根拠である自己決定権の限界と治療行為のうちの１つの状況としての意識のない患者の緊急治療の正当化理論を構築したい。このことは、次章において検討する、意思無能力者に対する治療行為の正当化の問題と繋がっている。この場合にも、前章・本章の検討と同様に、患者の十分なインフォームド・コンセントが得られない。

## 第２節　判例

### 第１款　ドイツの判例

ドイツの判例において、治療行為が傷害罪の構成要件に該当することが確立され、その正当化に患者の同意が必要である[3]とされて以降、患者の自己決定権を優先的に考慮する考え方から、意識不明の患者についても、その個人的な利益や欲求、価値観から患者の推定的意思を突き止めた上で治療を行うべきだという考え方が生じてきた。そこで、患者が意識不明である緊急治療や、手術中の術式変更・手術拡大、臨死介助の場面において、患者の推定的同意が認められる場合には正当化されるということが判例上確立されていった[4]。すなわち、明示的に事前的に同意することが出来ない患者に対して、自身で決定することはできないが、任意の処分権限を有する当人の、予想される自己決定であり、仮定的な意思に従って行われたといえる場合には、行為を正当化するというものである。このような意思の推定は、当人の個人的・主観的な選好と客観的利益衡量との両方から判断すると考えられている。もっとも、後述する通り、このような推定は、患者の自己決定権の保護と相容れないものになる可能性がある。そこで、患者の推定的同意による正当化が可能と

[3] 前掲注（１）参照。

[4] Schönke/Schröder/Heine/Weißer, StGB Kommentar, 30. Aufl., §223 Rn. 38g.

とるのは、本人の意思を確認していたのでは、生命・健康に著しい不利益がある「遅れると危険」(Gefahr im Verzug) な場合に限るという「補充性の原則」が徹底されている。そのことが判例上決定的となったのが、手術拡大の場面における以下の判例[5]である。

（１）鼓室形成術判決

事実の概要は、以下のとおりである。原告患者は1968年５月より右耳の聴覚障害を感じていた。そこで、被告医師の診察を受けたところ、中耳の化膿に基づく聴覚障害であるとされ、患者の右中耳を切開し、聴覚障害の原因・聴覚機能回復の可能性を探るため、またそれによって可能であれば聴覚回復のための手術を行うことを提案し、患者の同意を得た。しかし、手術に伴う特殊な危険性と、悪化を防止できない可能性については説明していなかった。同年同月６日に鼓室形成手術を行った被告医師が、顔面神経の経路の異常を伴う小中耳奇形があることを発見したにもかかわらず、手術を続行したため、顔面神経を切断し、原告患者に顔面麻痺を生ぜしめた。このような大きな危険性があることを説明されておらず、その合併症の危険性についても説明されていないため、十分な説明に基づいて同意する機会を奪われたとして、原告患者は被告医師に対して慰謝料を請求した。これに対し、BGH は以下のように判示した。

筋腫判決[6]において、手術を中断せずに拡大することが許されるとしたのは、その中断が拡大と同様に危険で、医学的に禁忌の場合であり、手術の拡大についての患者の同意を前提としてよいが、手術の最中にその危険が高まった状態に直面した医師は、説明の欠缺により手術の拡大に関する有効な患者の同意がなく、かつ、同意を得るために手術を中断・中止しても患者を危険にさらすことがない場合には、手術を中断しなければならない。

---

[5] BGHZ NJW 1977, 337. なお、「遅れると危険」の訳語は、町野朔『患者の自己決定権と法』(1986年) 39頁等による。この点に関し、天田悠「治療行為における『遅れると危険』と推定的同意―オーストリア刑法110条を手がかりとして―」『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集［下巻］』(2021年) 89頁参照。

[6] BGHSt 11, 111. 詳細は、前掲注（２）77頁以下を参照。

このように、本判決では、「補充性」がなければ患者の推定的同意による正当化が認められないということが示された。このような意識不明の状態における生命の危険という要件について、具体的にどの時点の誰の判断によって決定されるかを示したのは、以下の判決[7]である。

（２）BGH1988年３月25日判決

事実の概要は、以下の通りである。被告人である医師は、帝王切開によって被害者である患者を出産させた。患者は、骨盤が小さく、既に当該病院において２回帝王切開手術によって出産した経験があったが、今回は手術開始後、内臓の位置に変異が起き、腹腔内に強度の癒着が見られた。次に妊娠した場合には、母子の生命の危険があると医師が判断したため、帝王切開手術に加えて、患者の同意を得ずに卵管遮断による不妊手術まで拡大して行った。しかし、その約６年後、患者は妊娠し、極限的に難しい帝王切開手術を行い、無事に出産したため、結果的にこの手術は生命の危険の除去のために必要な手術ではなかったこととなった。そこで、同意なく行われた不妊手術について、被告人は重度傷害未遂罪で起訴された。これに対し、原審は、同罪の成立を認めたが、BGH は以下の理由により、同罪の成立を否定した。

まず、患者の推定的同意による正当化は、現在の生命の危険の除去に役に立たない場合であっても制限されるものではない。このような意思の推定において、第一に個人的な利益、望み、価値観などが判断において重要であり、合理的患者等の一般的・標準的な利益は、独自の意味はない。本件においては、さらに子供を望む発言を以前にしており、原審はこのことをもって、本件拡張手術は患者の推定的意思に反し、推定的同意による正当化は認められないとしたが、実際に生命に危険があると医師が判断し、そのことを患者に伝えたら患者が拡張手術に同意しただろうと考えて手術を実施した場合には、また、実際に同意した可能性を否定できない場合には、いわゆる正当化事由の錯誤として、医師を重度傷害未遂罪に問うことはできない。

手術の拡大においては、拡大が事前に予見できなかった場合であって

[7] BGHSt 35, 246.

も、意識の回復を待っていると患者の生命・健康に危険がある場合にのみ、推定的同意による正当化が認められ、危険性の有無の判断は、行為者である医師の医学的に適切な判断であればよく、結果的にその手術の拡大を行わなくても生命・健康に危険がなかったということが事後的に判明すること自体は、正当化の妨げにはならない、ということである。

このような患者の意思の推定はどのように行うのか、という問題が残される。この点について、とりわけ終末期医療[8]において、以下の判決[9]が示している。

（３）BGH1994年９月13日判決

認知症患者が転倒し、心停止により重大な脳の損傷が起きた女性患者について、医療を受ける機会の継続・中断を決定する権限及び財産管理権限を有する世話人となった息子が、その治療中止に同意したという事案において、息子は、要介護老人に関するTV番組で、体もこわばり、床ずれをしているのを見て「余命２～３週間となった場合には、栄養点滴をお茶に変えてほしい。」と８年ほど前に言っていたということを根拠に、母親の推定的意思に合致するとして無罪を主張していたのに対し、BGHは、以下のように判示して、その無罪を退けた。

このように、不可逆的に脳の損傷を負い、自己決定ができない状況においては、推定的同意が問題となる。その推定に当たっては、まず、本

[8] なお、本稿で取り扱うべき「緊急医療」とは状況が異なるように思われるが、実際に意識のない患者の緊急治療の場面では、もはや救命不可能となり、輸液や挿管などで最低限の延命処置をした後、治療を中止する判断を行うことが少なくない。従って、終末期医療における患者の意思の推定と無関係ではないと思われるので、本章において患者の意思の推定方法に関する限度で取り扱うものとする。さらに付言すると、本稿では取り扱うことはできないが、救命不可能であると判断された者の臓器提供の場面とも、時間的に連続するのが緊急医療である。臓器移植医療という終末期医療と密接に関わるため、治療中止に関する患者の意思についても、ここで若干取り扱うこととする。

[9] BGHSt 40, 257. 本判例を紹介するものとして、武藤眞朗「人工的栄養補給の停止と患者の意思」東洋法学49巻１号（2005年）６頁、甲斐克則『尊厳死と刑法』（2004年）234頁以下がある。

人の個人的な意思について入念に検討しなければならない。まず、以前の発言や書面においてそれが確認できるのであれば、それを参考にし、世話人や家族等の見解もその参考となる。しかし、それでも意思を推定できない場合には、一般的な価値観に妥当する基準を考慮し得るし、考慮しなければならない。［患者の意思が］疑わしい場合には、医師や世話人・家族等の個人的信念よりも「疑わしきは生命の利益に」の原則が優先される。

本件においては、８年ほど前の発言は、当該状況における患者の意思の推定には足りず、客観的に治療の中止に同意する根拠もないので、息子の主張は受け入れられない。

### 第２款　我が国の判例

以上のように、ドイツの判例においては、意識のない患者に対する治療行為では、患者の推定的同意に基づいて治療行為の正当化を行うが、まずは生命・健康に「遅れると危険」な状態が存在するという「補充性の原則」を要求し、これが認められる場合には、患者の意思の推定に当たって世話人や家族等の見解を参考にするということが明らかとなった。

それでは、我が国の判例の状況を以下で概観する。まず、未成年の患者の場合であるが、その意識がない場合には、法定代理人に対する説明義務があるとした最高裁判例が以下の判例[10]である。

#### （１）開頭手術判決

事実の概要は、以下のとおりである。転倒して後頭部を打って意識不明となった10歳の患者に、脳出血及び脳損傷の所見があったため、原告である患者の両親の同意を得て、開頭手術を行ったが、出血多量による心不全で患者が死亡した。両親に行った説明が不十分であったとして、説明義務違反に基づく慰謝料を請求したのに対し、第一審は「十分な説明を受けていたとしても、原告らは手術を依頼していただろう」という

[10] 最判昭和56年６月19日判時1011号54頁。本判決の評釈として、新美育文「判批」民商法雑誌86巻２号345頁、田上富信「判批」判時1037号170頁、須田清「判批」日本法学48巻１号162頁等がある。

ことに基づいて説明義務を否定し、また原審は、生命に危険がある場合には、手術の遅延に繋がるような、確実に把握できない事実である病状、手術の見込み・予後等についてまで説明義務はないとした。これに対し、最高裁も、結論としては本件について説明義務はないとしながらも、以下のように判示した。

「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、頭蓋骨陥没骨折の侵害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務がある」。

このように、我が国の判例の立場は、まずは本人の同意を得るための本人に対する説明義務を原則としつつ、それが不可能な意識不明の場合には、法定代理人の同意とそのための説明義務を必要とする、ということを、何ら根拠を挙げることなく適用してきた。この点で、ドイツの判例のように、本人の推定的同意の問題が出てくることは、第１章で若干の検討を行った、終末期医療における意識不明の患者の治療の中止の場合の患者の推定的意思の問題に限られる。そうすると、意識のない患者の治療の場合には、原則的には代諾があればよいと考えられ、自己決定権の尊重の観点から、それが許される場合をどのように制限するか、という問題に集中することになる。具体的には、次の判例[11]において、その基準が生命・健康への緊急な危険性の有無であるとされた。

（２）東京地判平成13年３月21日

事実の概要は、以下のとおりである。原告患者は、子宮筋腫があるが、分娩には問題ないとして、腹式帝王切開術で分娩すると被告医師から説明を受け、これに同意した。輸血を避けてほしいという希望は伝えていたものの、当該手術により次男を無事出産した。ところが、分娩後、被告医師が原告患者の子宮からにじみ出るような出血が持続しているのを発見し、医師である原告患者の夫に対して、分娩に引き続いて子宮の全摘出を行うのがよいと説明し、患者の夫が同意したため、原告患者に同意を得ることなく子宮の全摘出を行った。同意のない手術であるとして、慰謝料の請求を行った。これに対し、東京地裁は以下のように判示した。

[11] 東京地判平成13年３月21日判時1770号109頁。

「医療行為が、時に患者の生命、身体に重大な侵襲をもたらす危険性を有していることにかんがみれば、患者本人が、自由な意思に基づいて治療を受けるかどうかの最終決定を下すべきであるといわなければならないから、緊急に治療する必要があり、患者本人の判断を求める時間的余裕がない場合や、患者本人に説明してその同意を求めることが相当でない場合など特段の事情が存する場合でない限り、医師が患者本人以外の者の代諾に基づいて治療を行うことは許されないというべきである。これを本件についてみるに、既に判示したとおり、いったん閉腹して原告の回復を待ったとしても、直ちに原告の生命に影響するような状況にはなく、本件手術には本件帝王切開に引き続いて本件手術を行わなければならないほどの緊急性はなかったと認められる上、病名も子宮筋腫であって癌等の病気の場合のように患者に説明すること自体に慎重な配慮を要するともいえないから、代諾に基づく治療が許される特段の事情があるということはできず、被告らの主張は理由がない。」

このように、本人の現実的同意に基づいて自己決定権を尊重すべき場合ではないのは、本人の同意を取る時間的余裕のない緊急治療の場合、（癌等の精神的なケアの観点から）本人の同意を求めるべきではない場合であるとし、逆にこのような事情があれば「代諾」によって正当に治療を行うことができるということを示しているように思われる。

### 第３款　小括

意識のない患者に対する緊急治療について、ドイツにおいては推定的同意による正当化を行い、その適用の前提として補充性の原則を徹底した上で、患者の意思の推定の場面で患者の家族等の意見を参考とするという構成をとっている。すなわち、代諾の許容要件という形では議論されていないのである。これは、生命・健康に対する著しい危険がある状況であっても、治療行為に対する患者の個人的な事情も考慮に入れなければならないという考えから生じている。これに対し、我が国の判例は、ドイツと同様に、補充性の原則を要求する一方で、代諾を可能とし、むしろ家族等への説明義務を認めていえるといえよう。しかし、前述の通り、我が国の判例は民事判例に限られ、家族等の代諾がどのような意義があるか、家族間で意見が分かれた場合にはどのように対処するのか、

ということについては未解決のままである。

## 第３節　検討

ここまで概観した判例では、意識のない患者に対する治療で、それが生命・健康に対する危険がある緊急治療の場合には、患者本人のインフォームド・コンセントを得ることなく正当に治療行為を行うことができるとしている点では、ドイツも我が国も共通している。しかし、治療行為は患者の自己決定権を尊重して行われなければならないという原則との関係は未解決のままである。そこで、ドイツにおいて採用されている推定的同意に基づいて正当化する理論を足掛かりとして検討する。

### 第１款　推定的同意の法的性質

推定的同意は、「もし、被害者が事情を知ったならば、同意するであろう」ということが認められる場合には、その法益侵害が正当化されるという理論であるが、それが、独自の違法性阻却事由なのか、ドイツ刑法34条の正当化緊急避難の一事例なのかということには学説上争いがある[12]。まず、推定的同意を正当化緊急避難の一事例であるとするボッケルマンは以下のようにその根拠を述べている[13]。推定的同意が、分別のある人なら、その状況におかれた場合に同意するであろうという意味である以上、実際上は利益衡量の原則を意味する。より低い利益を犠牲にしてより高い利益を救助する者は、当人の「真の幸福」(wahres Wohl)のために行為しており、そのことは法的に許容される。しかし、このような見解は、正当化にとって、「推定的」なものにしろ、被害者の意思が考慮されるということを表現できていないという批判が妥当する[14]。

これに対し、この法理に初めて統一的な基礎付けを行ったとされる[15]

---

[12] Schönke/Schröder/Heine/Weißer, a.a.O, §32ff. Rn. 54.

[13] Bockelmann, Strafrecht AT, 1973, S. 105.

[14] Kindhäuser, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, §19 Rn. 2.

[15] Dorothea Maria Tachezy, Mutmaßliche Einwilligung und Notkompetenz in der präklinischen Notfallmedizin, 2009, S. 41. 町野・前掲注（５）200頁。

メツガーは、以下のように述べている[16]。推定的同意の違法阻却根拠は、行為が被害者の意思方向に合致している点に求められるのであって、利益欠缺の原理の１つの現れであることにおいては現実的同意の場合と異ならない。被害者が利益を放棄するという現実的意思は存在しないが、行為者の行為が被害者の意思に合致する蓋然性が、その時点で、すなわち、事前的に高度である場合には、事後的に彼がその行為を是認しなかったであろうということが判明したとしても、行為は合法性を取得する。すなわち、推定的同意とは、その者が事態を十分に認識したとするなら、彼の個人的立場から行為に同意を与えたであろうという、客観的な裁判官による蓋然性判断を意味する。このことは、ドイツの判例・学説において広く前提とされている[17]。また、いわゆる補充性の要件を要求する点も共通している。

これに対し、町野教授は補充性の要件は不要であるとする[18]。たとえば、友人に無断で友人の煙草を１本取って吸う行為が、友人の所在が不明で連絡が取れない場合にのみ推定的同意によって違法性が阻却され、それ以外の場合には常に処罰を免れないのは不当であるということを挙げている。「要は行為時における被害者の意思方向についての客観的な判断であり、行為が法益主体の意思に合致する蓋然性が十分に高度であれば、その現実的承諾を得るまでもなく、推定的承諾による行為の合法性を認めることは許されると解されなければ、あまりにも現実離れした結論を生じる」というのである。しかし、被害者の意思を確認できる場合にまでこのような意思の推定を許すということは、結局先に述べた利益衡量の原則に基づく正当化緊急避難の一事例であるとする見解との区別がつかなくなる。

### 第２款　緊急治療の正当化要件

このような理論が、意識のない患者に対する緊急治療の場面で正当化

---

[16] Mezger, Strafrecht Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 219ff.;ders. Strafrecht, 9. Aufl., 1960, §39 S. 101.

[17] Tachezy, a.a.O., S. 42.

[18] 町野・前掲注（５）201頁。

根拠となるか、ということを検討する。

前述の通り、推定的同意の法的性質としては、ドイツの通説のように、法益所有者の個人的利益とその処分の自由が、その意思を適時に表明できない場合にも法的に保護することに資するものであるとするのが相当であると思われる。しかし、これを緊急治療という、生命・健康という法益が今まさに失われようとしているときに、患者がどのような利益を優先するかの推定することを要求するものだとしたら、それを認めるのは難しいように思われる。とりわけ、本稿で扱っている意識のない患者の場合には、生命の危険が切迫していることが多いだろう。真の意味で患者の意思の推定を要求するのであれば、自殺志願者が遺書を握りしめて救急搬送された場合は、治療を拒否する意思が推定されるが、このような場合に救命できないとするのは救急医療の目的を見失う結果になりかねない。

この点について、緊急治療のみならず、意思無能力者の治療行為に対しても推定的同意を根拠として正当化を認める町野教授は、患者の意思の推定にあたっては、患者の主観的事情のほかに、治療行為の優越利益性や医学的適応性の程度といった治療行為に付随する客観的事情を考慮しなければならないとする。そうすると、軽度の侵襲によって治癒の結果がもたらされる可能性が大であるなら、患者がそれに同意を与える蓋然性は極めて高度であるから、患者の現実的同意が存在しない場合でも、このような患者の推定的意思との合致によって治療行為を正当化し得るというのである[19]。また、重度の侵襲を伴う行為の場合についても、それが治療行為であるならば「患者の利益のために行われるものであり、彼がそれに承諾を与える蓋然性が高い」ために、推定的意思に合致し、正当化される[20]。そうすると、遺書を握りしめた意識不明の自殺志願者の救命は、患者の生命という利益のために行われるものであり、同意を与える蓋然性が高いことによって、正当化される[21]。

---

[19] 町野・前掲注（５）203頁。

[20] 町野・前掲注（５）202頁。

[21] なお、町野教授は、このような状況を、拒絶意思を表明している場合と考え、その拒絶意思が有効なものかどうかを検討しなければならないとする。その有

このような考え方は大きな矛盾をはらんでいる。すなわち、患者の意思を推定し、その意思に合致していなければ正当な治療行為ではないとしながらも、その内実は医学的・客観的事情によって正当化することを認めることになる。しかし、このような見解も、緊急治療の場合には妥当するように思われる。なぜならば、緊急治療は、患者の自己決定権と医師の治療義務との衝突の場合であり、第１章で検討した憲法13条の幸福追求権と憲法25条２項の生存権の保障のための規定との対立を参考として考えると、以下のように整理されるからである。

第１章では、自己決定権は憲法13条の幸福追求権に由来するものであるから、医療行為においては、患者の生命・身体に関わる「人格的生存」のための治療の選択・拒否権が患者にあると考えられると示した。エホバの証人が輸血を拒否することは、その信念上、魂を葬り去るに等しい。それにもかかわらず輸血を伴う手術を強制されるとすれば、人格的生存にとって著しい不利益である。あるいは、治療をそれ以上行わずに、自宅で死を迎えたいという場合に、無理やり入院させて治療を行うことも、その人格的生存を脅かすものであろう。

これに対し、医師は第一に患者の生命・健康のために治療をする義務を負っている。医師法19条１項は「診療に従事する医師は、診療治療の求があつた場合には、正当な理由がなければ、これを拒んではならない」と規定しているが、もともとは自己決定権と同じく憲法13条の幸福追求権と憲法25条の生存権に由来する国民の健康権に由来するものであるとされている[22]。特に、憲法25条２項は、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」と定めているが、１項で定める抽象的な生存権を、立法等の措置により実現する義務を国に課す役割があり[23]、それを実際に行うことができるのは、その技術を持つ医師等の医療従事者その他専門家である。このことは、医師を国家資格とし、広い業務独占権を与えて職業選択の自由を制限していることからも明らかである。

---

効性の検討に当たっては、客観的利益を重要な資料としている。

[22] 米村滋人『医事法講義』（2016年）49頁。

[23] 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法　第７版』（2019年）278頁以下。

そうすると、憲法の文言上、幸福追求権は少なくとも「公共の福祉」に反する場合には制限されることになっている一方で、生存権にはそのような制限はない。確かに、通常の医療において、どのような治療を選択・拒否するかという自由が「公共の福祉」という要素によって制限されるとは考えにくいが、救急医療は、通常医療よりも時間的余裕がなく、国民の生命という最も大切な多くの権利を守るために必要不可欠なものであるが、患者の自己決定権を侵害するかどうかを確認できなければ治療を開始できない、ということになると、救急医療が崩壊することになる。

以上のことから、意識のない患者の緊急治療の場合には、まずは患者の生命・健康を保護するために医学的・客観的に必要な治療を行うことが、患者のインフォームド・コンセントがないということによって違法とされることはないと思われる。「自己決定ができないと認められ、しかも医療保護が必要なものに対して、国がその自己決定を補い後見的な立場から医療保護を加えることは、むしろ幸福追求権を保障することになる」[24]ということにもなる。

また、医療契約のための同意についても得られないが、緊急事務管理によってこれを行い得るとするのが相当である[25]。

### 第３款　家族等のインフォームド・コンセントの意義

前述の通り、結局、意識のない患者の緊急治療の場合には、医学的・客観的要件によって正当化し得るため、患者のインフォームド・コンセントがないことは刑法的な違法性に関して意義を有しない。そうだとすれば、一刻も早い治療の開始が求められる中、患者の身元を特定し、家族等を呼び、慌ててやってきた家族等に対して状況を説明してその同意を得るという行為も、法的に無意味なのだろうか。

法的に必要とされないのは（ⅰ）正当化要件としての患者の同意、（ⅱ）

---

[24] 大谷實『新版　精神保健福祉法講義　第３版』（2017年）45頁。

[25] なお、意識がある状態で搬送された場合には、治療に同意が得られず治療を行わずに帰宅したとしても、事務管理ではなく、本人の同意に基づく医療契約が成立するとされている。札幌地判平成13年４月19日判時1756号121頁。

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・コンセントのうち、（ｉ）及び（ii）の要素である。そうだとすると、（iii）として必要なインフォームド・コンセントは依然として残っている。緊急治療において（通常の医療においてもそうだが）、救命治療を行っただけで医師―患者関係が終了するわけではない。予後の経過も観察しながら何らかの治療を継続して初めて、医師が守るべき患者の健康が取得される。予後の治療に対しては、意識を回復した患者との間で（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・コンセントが必要となるが、その際、どのような救命を行ったかということが、医師―患者関係、ひいては治療効果にも影響がある。

たとえば、サッカー選手が事故に遭遇して、意識不明のまま病院に搬送され、片足を切断すればほぼ確実に救命できるが、足を出来るだけ切断せずに救命を試みることもでき、そのリスクと難易度は切断する場合よりも一定程度高いものの、あまりにも足の温存が難しければその時点で切断すれば間に合う、という場合を考えてみる。救急医療においては、先に述べた通り、生命を救うことが最優先であるので、何ら患者の意思を考えもせずに足を切断したとしても、治療行為は正当化される。しかし、このような２種類かそれ以上の方法で救命が可能であるとき、そのどれが患者にとってベストなのか、ということを考えなくていいわけではない。もちろん、患者本人は、意識がないためにこれを受け、同意や理解を示すことはできない。そこで重要となるのが、家族等である。

第１章で見た通り、終末期医療において、救命をやめる、いわゆる治療行為の中止の場合に、正当化されるためには、家族の意思表示から患者の意思を推定することが許されると考えられている[26]。ただし、「家族の意思表示から患者の意思を推定するには、家族の意思表示がそうした推定をさせるに足りるだけのものでなければならないが、そのためには、

[26] この他、脳死下臓器提供の場合には、脳死判定を行って、積極的治療や保存的治療を中止することにつき、患者本人が事前に拒否の意思表示をしていなければ、家族の同意によって治療を中止できると考えられる（臓器の移植に関する法律第６条３項）。

意思表示をする家族が、患者の性格、価値観、人生観等について十分に知り、その意思を適確に推定しうる立場にあることが必要であり、さらに患者自身が意思表示をする場合と同様、患者の病状、治療内容、予後等について、十分な情報と正確な認識を持っていることが必要である」、などと簡単に患者の推定的意思を認定してはならないことを示している[27]。また、「患者本人の任意な自己決定及びその意思の表明や真意の直接の確認ができない場合も少なくないと思われる。このような場合には、前記自己決定の趣旨にできるだけ沿い、これを尊重できるように、患者の真意を探求していくほかない。（中略）その真意探求に当たっては、本人の事前の意思が記録化されているもの（リビング・ウィル等）や同居している家族等、患者の生き方・考え方等を良く知る者による患者の意思の推測等もその確認の有力な手がかりとなる」[28]と裁判所は示している。

そうだとすると、緊急治療のような極限的な場合であっても、患者の意思を法の外で考慮するならば、家族等のインフォームド・コンセントは、治療効果の上で意義を有することとなる。どの程度の推定が必要な状況か、ということは医師の裁量の範囲内であるが、それを逸脱して、たとえば家族等がじきに到着し、意識の回復は認められないが容体も安定しているのにもかかわらず、家族等の到着を待たずして先の足の切断のような、結果に大きな差のある治療を行った場合が考えられる。このような場合に医療過誤の民事責任を負い得る[29]。

### 第４節　小括

本稿では、患者のインフォームド・コンセントを得ることができない場合の１つである、意識のない患者の緊急治療の正当化について検討した。まず、第２章までと決定的に異なるのは、医師の説明も患者の同意も明示的には存在しないということである。しかし、このような場合に、

---

[27] 横浜地判平成７年３月28日判時1530号28頁。

[28] 横浜地判平成17年３月25日刑集63巻11号2057頁。

[29] 同様の指摘として、Tachezy, a.a.O., S. 262.

患者の同意要件を充たさない、すなわち患者の自己決定権が保護されないからといって治療行為として正当化できないということはない。我が国の医療実務において、意識のない患者の緊急治療の場合には家族等のインフォームド・コンセントを得て治療を行っているが、家族等のインフォームド・コンセントが法的にどのような意義があるのか、ということは一定の解決を見ているとは言い難い。そこで、まず、我が国の通説と同様に治療行為傷害説をとるドイツの判例における理論と我が国の民事判例を整理した。ドイツの判例においては、一貫して、生命・健康に「遅れると危険」がある場合に、明示的に事前的に同意することが出来ない患者に対して、自身で決定することはできないが、任意の処分権限を有する当人の、予想される自己決定であり、仮定的な意思に従って行われたといえる場合には、行為を正当化するという患者の推定的同意を用いて正当化を行っていた。意識がない患者であっても、その自己決定権を侵害することは許されない、という考え方から生じる。他方、我が国の判例は、緊急治療の場合には、本人のインフォームド・コンセントが省略されても正当化され得る、ということを示したにすぎず、なぜ正当化されるかは明らかではない。また、この際に家族等への説明義務を認めているものもあり、家族のインフォームド・コンセントの意義が不明である。

そこで、患者の同意が治療行為の正当化要件として必要とされている根拠である自己決定権の限界として、意識のない患者の緊急治療があるとした。すなわち、このような場合には憲法13条に基づく幸福追求権の一つである患者の自己決定権と、憲法13条及び25条に基づく医師の治療義務とが衝突しているが、患者の自己決定権を制限することによって患者の健康を保護することは、むしろ患者の真の幸福追求権の保護であると考える。そうであるならば、医学的・客観的要件を具備した治療行為であるということによって、緊急治療は正当化されることになる。

このことと家族等のインフォームド・コンセントが要求されることとの関係は、救命のための治療の選択肢がいくつかある場合に、できるだけ患者の意思に沿ったものを選ぶことが理想的であり、そのための患者の意思の推定の根拠として、家族への説明と理解を得る必要があるとして、意義を認めることとした。

論　　説

# チーム医療における刑事過失責任（2）

## ―― 組織的医療における個人の過失責任の あり方及び関係者間の責任分担 ――

張　　佳　宇

目　次

序　章　はじめに
　第１節　準備的考察
　　第１項　日中における「チーム医療」
　　第２項　日中における「医療過誤」
　　　第１款　「医療過誤」の定義
　　　第２款　刑法上の対応
　　　第３款　比較法的な考察
　第２節　問題の提起
　　第１項　個人の過失責任のあり方への問題
　　第２項　関係者間の責任分担への問題
　第３節　過失構造論に関する本稿の立場

第１章　垂直的分業における過失の判断
　第１節　医師と看護師の連携
　　第１項　検討視座と方法
　　第２項　診療の補助における医師の過失
　　　第１款　診療の補助と医師の指示
　　　第２款　診療の補助と医師の監督
　　　第３款　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その一）
　第２節　上下関係にある医師間の連携
　　第１項　研修医の過誤に対する指導医の責任

第２項　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その二）
——埼玉医大抗がん剤過剰投与事件を例として——
第３節　小括

第２章　水平的分業における過失の判断
第１節　検討視座と方法
第２節　同職種間の連携
第３節　専門職間の連携
第１項　薬剤師、事務員と看護師間の連携
——３％ヌペルカイン事件を例として——
第２項　手術チームにおける連携
——横浜市大病院患者取り違え事件を例として——
第４節　小括　（以上、本号）

第３章　分業に伴う医療関係者間の責任分担
——「信頼の原則」の検討を中心に——
第１節　信頼の原則の概説
第２節　組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界
第１項　従来の判例
第２項　議論状況
第３節　検討
第１項　組織的医療における信頼の原則適用の可否
第２項　組織的医療における信頼の原則の適用限界とその基準
第１款　概説
第２款　垂直的分業の場合
第３款　水平的分業の場合
第３項　判例の再検討
第４節　小括

第４章　分業に伴う医療関係者間の過失責任
——「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に——
第１節　従来の判例
第２節　議論状況
第１項　肯定説
第２項　否定説
第３節　検討
第１項　学説の検討

第２項　組織的医療における過失犯の共同正犯
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第４節　小括

第５章　中国法への示唆
第１節　中国における医療事故罪の刑事裁判
第１項　背景
第２項　刑事裁判の状況
第３項　問題の所在
第２節　組織的医療における個人の過失責任のあり方
第１項　検討視座と方法
第２項　分業における各関与者の注意義務
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第３項　監督過失論のあり方
第１款　議論状況
第２款　実務の現状
第３款　検討
第４項　因果関係論のあり方
第１款　議論状況
第２款　検討
第５項　判例の再検討
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第６項　小括
第３節　組織的医療における関係者間の責任分担
第１項　検討視座と方法
第２項「信頼の原則」の検討
第１款　議論状況
第２款　検討
第３項「過失犯の共同正犯」の成否の検討
第１款　中国における「過失犯の共同正犯」
第２款　検討
第３款　過失競合論に基づく関係者間の責任分担
第４項　小括
第４節　小括

終　章　要約と残された課題
　第１節　要約
　第２節　残された課題

## 第１章　垂直的分業における過失の判断

垂直的な分業関係とは、各関係者に課される注意義務の間に、「異なった地位に根拠をもつ」指示・監督関係があることをいう。指示・監督関係には、地位上の上下に基づく関係と、能力上の上下に基づく関係、という２つの類型が考えられる[1]。下位者の過失によって結果が発生した場合に、上位者がどこまで責任を負うかは、上位者の置かれた立場と密接に関係している。医師と看護師の間には、地位上の上下関係のみならず、医学的知識・技術という意味での能力上の上下関係もあることは明らかである。それに対して、「下位者」の医師としても、一般的に、主治医として独立して業務を遂行する権限と能力をもっているため、医師間では、能力上の上下関係というより、地位上の上下関係を重視すべきである。そこで、垂直的な分業関係のもとで、医師と看護師との連携または上下関係にある医師間の連携において、下位者に対して、上位者である医師がどこまで注意義務を負うかを限界つげる理論及び複数過失間の関係を検討しておく。

### 第１節　医師と看護師の連携

#### 第１項　検討視座と方法

医療は、医療を受ける患者と医療を提供する医師またはその他医療従事者を当事者とし（医療法１条の２）、診療契約という関係のもとで行われているものである。その内容について、医療法は、「単に治療のみ

[1] 古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」刑法52巻２号（2013）301頁。

ならず、疾病の予防のための措置及びリハビリテーションを含む良質かつ適切なものでなければならない」（同法１条の２）と規定しており、医師法、歯科医師法は、医業（医師法17条）または歯科医業（歯科医師法17条）と療養方法等の指導（医師法23条）を規定している。

医業の内容としての医行為の意義について、医師法は明確に規定していないが、その関連法令は「……医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為……」（保健師助産師看護師法（以下、保助看法という）の37条）と規定しており、行政解釈[2]も同様の立場を採り、判例[3]と学説[4]も上記の定義を是認している。もっとも、タトゥー施術行為の医行為性に関する最高裁の判例（最決令和２年９月16日刑集74巻６号581頁）によれば、医行為は、「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし又は及ぼす恐れのある行為」だけではなく、「医療及び保健指導」に属する行為でなければならないことになった[5]。

また、医行為の内容について、広義の医行為には、治療目的を伴う診療行為のほかに、予防、出産の際の処置、あん摩、マッサージ、はり、整形、避妊、輸血・臓器移植目的のための採血・臓器摘出行為など疾病の治療を目的としない行為も含まれると一般的に理解されている[6]。しかし、「医療及び保健指導に属し、医師が行うのでなければ衛生上危害を

---

[2] 平成17年７月26日医政局長通知〔医政発第0726005号〕には、医行為は、「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」であると規定している。

[3] 最判昭和30年５月24日刑集９巻７号1093頁、最決平成９年９月30日刑集51巻８号671頁。

[4] 野田寛『医事法（上）』（青林書院・1984）60頁、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討：福田平・大塚仁博士古稀祝賀（上）』（有斐閣・1993）450頁。

[5] 辰井聡子「タトゥー施術行為と医行為」刑事法ジャーナル67号（2021）７頁。

[6] 福山道義「診療の補助行為と刑事規制」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院・2002）459頁、高田利広『保健婦助産婦看護婦準看護婦の業務と法的責任』（日本看護協会出版部・1962）９頁、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田平ら編『大塚仁博士古稀記念祝賀（上）』（有斐閣・1993）445頁。

生ずるおそれのある行為」は一体いかなるものであろうかが争われている。同時に、医行為は専門的な技術を有する医師または歯科医師（以下「医師」と表記）の業務独占とされている（医師法17条、歯科医師法17条）が、チーム医療の発展とともに、分業・協業は避けられない傾向にあり、そのリスクの低いものは、一定の専門的知識・技術を有する人に委ねることが許されることになった。今日の医療現場では、医行為をめぐり、看護師をはじめとする理学療法士、作業療法士、臨床検査技師、視能訓練士等のコ・メディカルスタッフは、「診療の補助」を業務として行っている[7]。

看護師または准看護師（以下「看護師」とも表記）は、業として上記「診療の補助」を行うことができるのみならず、保助看法の５条によれば、「療養上の世話」も業として行うことができる。「療養上の世話」は、「絶対的看護行為」ともいい、それには、患者の症状などの観察、環境整備、食事の世話などの衛生上の危害を生じるおそれがないものが含まれ、その実施は、医師の指示を前提としておらず、看護師独自の判断で行うことができる（准看護師は看護師の指示を受けてはじめて行うことができる）。したがって、「療養上の世話」を行う過程において、過失により結果を惹起した場合には、看護師のみが責任を負うことは一般的である。

それに対し、「診療の補助」は、医行為から派生したものであり、医行為の遂行を補助することを目的として存するものであるため、その実施には、医師の関与が常にあるといえよう。それゆえ、看護師の過失によって結果を発生させた場合には、医師の責任も問題となりうる。医師の責任を判断するにあたり、医師と看護師の間にどのような関係があったのか、さらに看護師に対して医師にどのような注意義務が課されるのかを論定することが重要である。すなわち、医師が自身の注意義務違反に違反したか、または看護師に対する監督義務に違反したかが問題となる。前者の場合には、医師の過失と看護師の過失とは単純な競合関係にあり、過失犯の一般論のもとで議論されれば足りる。それに対して、後

[7]「医療安全の確保に向けた保健師助産師看護師法等のあり方に関する検討会」（第一回）資料（厚生労働省ウェブ・サイト内 https://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/04/s0428-7h.html（2022年５月11日最終閲覧））

者の場合には、医師の過失は監督過失論のもとで議論されるべきである。

したがって、まず、医師について問題となる注意義務違反の性質を明らかにしなければならない。法令をみると、診療の補助における看護師と医師との関係を規定しているものは、保助看法37条しかない。同条は、「保健師、助産師、看護師又は准看護師は、主治の医師又は歯科医師の指示があった場合を除くほか、診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をしその他医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならない。ただし、臨時応急の手当をし、又は助産師がへその緒を切り、浣腸を施しその他助産師の業務に当然に付随する行為をする場合は、この限りでない」と定めている。しかしながら、「指示」とはどのような意味であろうか。「指示」が「監督」と同じ意味なのかが明らかではない。それと関係して、指示のある「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」は、すべて「診療の補助」の範疇に入るべきであるかという点[8]についても議論がある。

前述したように、「診療の補助」の存在は、医師による医行為を効率的かつ安全的に遂行することを目指すものである。それゆえ、どのように患者の利益を損なうことなく診療補助者を活用するかがチーム医療における大きな課題となる。それは、実際には、リスクコントロールと効率性をどのように調和すべきかという問題である。リスクコントロールの観点から、（ⅰ）補助者のできる診療の補助の範囲には一定の限界があり[9]、（ⅱ）権限及び能力上の上位者である医師が指示･監督することが必要であると考えられる。効率性の観点から、（ⅲ）医師があらゆる補助的行為を監督することを否定し、医師の関与範囲を正しく限定することが必要であると考えられる。

上記の考えを踏まえ、以下では、次の順序で検討を進めていく。まず、第一に、診療の補助と医師の指示との関係を明確にし、診療の補助における医師の関与範囲を最初から限定した上で、医師による指示について

---

[8] 星和美「保健師助産師看護師法と新たな看護」野田寛＝古村節男（編集）『医事法の方法と課題』（信山社・2004）547頁以下。

[9] 飯田英男『医療過誤に関する研究』（法曹会・1974）50頁。

の過失の判断に関する具体的な問題を論じる。第二に、医師がどこまで監督義務を負うべきかを明確にし、監督過失をめぐる問題を検討する。最後に、以上の議論を踏まえ、複数人の過失犯理論から、過失競合論と監督過失論の区別をめぐって、判例の再検討を試みる。

## 第２項　診療の補助における医師の過失

### 第１款　診療の補助と医師の指示

#### Ⅰ．保助看法37条と５条の関係

##### １．従来の議論

「診療の補助」の定義については、保助看法37条と同法５条の関係性をめぐり、議論が展開されている。すなわち、保助看法37で規定している「診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をしその他医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」と、同法５条で規定している看護師の業務としての「診療の補助」が同義であるか否かをめぐり、（ⅰ）両者が同義ではないとする見解と、（ⅱ）両者を同義と解する見解がある。

（ⅰ）の中には、（１）「保健婦助産婦看護婦法第37条の解釈についての照会について」（昭和26年９月医収第517号）は、「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」と「診療の補助」を意識的に区別しており[10]、そして保助看法は、看護師が第５条の診療の補助を行う際に医師の指示を要することを明文で規定しておらず、医師の指示を受けなかったこと自体に対する刑事制裁は予定されていないため、両者は同義ではないと主張する見解がある。また、同見解によれ

[10] 「保健婦助産婦看護婦法第37条の解釈についての照会について」（昭和26年９月医収第517号）は、「法37条の規定は、第５条が規定する看護婦の権能の範囲内においても、特定の業務については、医師または歯科医師の指示がなければ、これを行うことができないものであることを規定しているものである」とされている。

ば、「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」には、医師が自ら行わなければならないものと、医師の指示があれば看護師が行うことができるものが含まれる[11]。また、（ｉ）の中に、（２）保助看法は、「診療の補助」と「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」とを区別して規定している以上、少なくとも観念的には、診療の補助の一部は「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」のような危険性を有していないことを理由に、両者は異なる意味を有するとする見解もある[12]。

なお、（ｉ）の内部においても、「診療の補助」と「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」の関係性をどのように捉えるかについて争いがある。まず、(a) 保助看法５条の診療の補助の一部が同法37条の行為であるという包含関係で捉える見解がある。その中でも、①保助看法37条の行為とは、個別具体的な指示に基づかなければならないものをいうとともに、同法５条の診療の補助には、個別具体的な指示を必要とする行為と、包括的な指示を必要とする行為が含まれるとする見解がある[13]。②保助看法５条の診療の補助の一部はまったく医師の指示を必要としないと主張する見解もある[14]。

それに対して、(b) 保助看法37条の行為と同法５条の行為とを完全に別なカテゴリーと捉える見解もある。たとえば、北大電気メス器事件（札幌高判昭和51年３月18日高裁刑集29巻１号78頁）は、看護師の補助行為の範囲を論じる際に、「保健婦助産婦看護婦法三七条によれば、看護婦は、主治医の医師または歯科医師の指示があった場合の外診療機械を使用してはならないことが規定されており、同法五条と合わせて、診療機械の使用は医師の責任であり、看護婦は診療行為としての機械使用につ

---

[11] 福山道義「診療の補助行為と刑事規制」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院・2002）462頁。

[12] 小沼敦「看護師の業務範囲についての一考察―静脈注射と産婦に対する内診を例に―」国立国会図書館調査及び立法考査局『レファレンス』（2007）202頁。

[13] 小沼敦・前掲注（12）201頁以下。

[14] 高波澄子「看護師等が静脈注射を引き受けることを保助看法の解釈と看護業務の主体性から考える」『看護管理』14巻８号（2004）665-669頁。

いては医師の指示がない限り単にその使用の補助ができるにすぎないことが明らかである」と判示している。つまり、本判決によれば、医師の指示があれば、保助看法５条に定める業務範囲の制限が解除され、看護師が診療行為としての「診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をしその他医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」を行うことができることとなるのに対して、医師の指示がなければ、看護師は診療行為の補助としてしか上記行為を行うことができない。

また、（ⅱ）保助看法５条の「診療の補助」と同法37条の「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」を同義と解する見解は、看護師の業務を、医師の指示がなくても行えるもの（療養上の世話、臨時の手当、受胎調節の実地指導）、医師の指示がなければ行えないもの（診療の補助）、医師の指示があっても行えないものに区別している。しかし、「診療の補助」と「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」の関係性をどのように捉えるべきかという問題には触れていない[15]。

## ２．検討

前述のように、医行為の意義については「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」という理解が定着してきた。それゆえ、保助看法37条は、看護師が医師の指示を受けずに「医行為」を行うことを一般的に禁止するものと解することができる。また、医師の指示さえあれば、看護師がすべての医行為を行えるかどうかについて、医師の指示があっても、看護師が行えない医行為が存在するということは、一般的に是認される（例えば診断、手術、処方等）[16]。したがって、これらの理解を前提とれば、上記議論は、診療の補助のすべては、医行為か否か、医師の指示のもとで行うべきか、という２つの問題をめぐって展開されるといえる。以下では、この２つの問題について従来の見解を整理した上で検討を加える。

---

[15] 野田寛『医事法（上）』（青林書院・1984）79-80頁。

[16] 甲斐克則ほか（編）『医師法辞典』（信山社・2018）322頁（良村貞子）。

（ｉ）診療の補助と医行為

まず、診療の補助のすべては医行為か否かを検討する。医行為の該当性について、判例（最決令和２年９月16日裁時1752号３頁）は、「当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断する」と判示している。なお、疾病の診察や治療のために行われる検査行為も医行為として扱われている（大判大正12年12月22日刑集２巻1009頁、大判昭和15年３月19日刑集19巻134頁）。

看護師と患者との間には医療関係があり（医療法第１条の２）、看護業務については、療養上の世話と診療の補助との区分があるが、後者は診療の遂行の介助を目的とし、それには医療機械の操作、薬剤などの準備、投与、実施過程における容態の観察などが含まれる。例えば、看護師が診療の機械を準備して医師がそれを人体に使用する場合に、正しい機械を用意し、問題なく使用できる状態に機械を調整するという一連の準備行為は、治療目標の達成に大きな影響を与えるものといわざるを得ない。仮に準備の段階で不適切な処置があれば、人体に間接的な危険を与え、医師の使用行為によりその危険を現実化することになろう。それゆえ、医療機械の使用行為のみならず、それの準備行為も患者の安全に関わるので、広義の医行為とみなすことは当然である。

なお、(a) 看護師の診療の補助に医師の包括的指示が必要であるとする見解であっても、(b) 看護師の準備行為に医師の指示を要しないが、同行為が医師の使用行為に密接して行われることを理由に医師の監督を免れないとする見解であっても、実際には、すべての診療の補助に、医師の「注意」が不可欠であるが、程度の差があるにすぎないと主張する。そのため、これらの見解に対しては、仮に診療の補助の一部が医行為ではないと解すれば、何故、医師の「注意」が必要であるのか、という根本的な批判が可能である。したがって、すべての診療の補助は医行為に該当すると解すべきであり、その一部を医行為から除外する必要はないと思われる。このように、医行為には、医師が自ら行うのでなければならない絶対的医行為と、看護師が行うことができる相対的医行為（診療の補助）があると解することができる。

（ⅱ）保助看法37条と同法５条

次に、保助看法37条と同法５条との関係性を検討する。この問題を検討する前に、まずは、保助看法37条と医師法17条との関係性も整理すべきである。上記（１）の見解は、実際には、次のような前提を踏まえるものである。すなわち、同見解は、まずは保助看法37条の「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」は、「看護師として相応の医学的知識と技術があれば医師の指示をうけて行うことができる程度の行為」と解する。さらに、保助看法37条違反の法定刑（44条の２第２号）は医師法17条違反のそれ（31条１項１号）よりも低いことから、保助看法37条の医行為は医師法17条にいう医行為より危険性の低いものと解する[17]。

医師法17条は、医師ではない者が医業を行うことを禁止している。医業とは、業として医行為を行うことであり、業としてとは反復継続の意思をもって行うことを意味する（最決昭和28年11月20日刑集７巻11号2249頁）と理解すれば、医師法17条違反は、無資格者が医行為を行うことを前提としている。それに対し、保助看法は、まずは、看護師が行える医行為の範囲は「補助」的行為に限定している（法５条）。その範囲内であれば、看護師は相応の医学的知識・技術をもっているため、医師の指示を受けずに「診療の補助」を行うことは、無資格者が医行為を行うことよりも、危険性が低い。だからこそ、保助看法37条違反の法定刑が医師法17条違反のそれよりも低い（保助看法37条違反＜医師法17条違反）。逆に、診療の範囲を超えた「絶対的医行為」を行う場合に、看護師は相応の医学的知識と技術を有するとはいえないため、異なる取り扱いが必要となるべきである。このような理解によれば、「看護師として相応の医学的知識と技術があれば医師の指示をうけて行うことができる程度の行為」に該当するためには、「診療の補助」の範囲を超えないことが前提となる。しかし、その範囲を限定する機能を有するものは、保助看法37条ではなく、同法５条であるため、保助看法37条を「看護師として相応の医学的知識と技術があれば医師の指示をうけて行うことができる程度の行為」と解することは妥当でないと考えられる。

[17] 福山・前掲注（11）463-464頁。

なお、看護師が医師の指示のもとで診療補助の範囲内の行為を行うならば、医師法17条違反にならず、また、医師の指示を欠いても、外形的には診療の補助行為とみられる場合には、医師法17条違反ではなく、保助看法第37条違反にすぎず、そして医師の指示があっても、看護師が範囲を超えて医師の指揮監督によって補完できない行為を行う場合には、医師の指示があったため、保助看法37条違反にとどまるとする見解がある[18]。看護師が医師の指示を受けずに診療の補助を行うことは、保助看法37条違反にとどまると理解するという点で、上記見解は妥当であると思われる。しかし、医師の指揮監督によって補完できるかどうかということは、絶対的医行為と相対的医行為を判断する基準である。つまり、医師が具体的かつ詳細な指示・監督を行ったとしても、看護師の医学的知識・技術を完全に補完して医師と同等のものにすることはできない際に、当該行為は、診療補助の範囲を超えた絶対的医行為となるはずである。その際には、保助看法37条に該当するというだけで当該行為を正当化することができず、医師法17条違反に当たるかが問題となる。言い換えると、以上の解釈から、「保助看法37条に違反する」とは、看護師が医師の指示がなかったにもかかわらず、診療の補助を実施することを意味するため、看護師が医師の指示を受けずに、診療の補助を超えた絶対的医行為を実施する場合には、保助看法37条違反とともに、医師法17条違反にも該当すると解すべきである。したがって、保助看法37条の医行為と同法５条の診療の補助は同義として扱われるべきであるが、医師法17条の医行為と保助看法37条の医行為は、必ずしも同義でなく、両者を包含関係で捉えるべきである。医師法17条に違反しないためには、看護師が医師の指示を受けて（保助看法37条）「診療の補助」の範囲内の行為（保助看法５条）を行うことが必要である[19]。このような意味において、保助看法は医師法17条の特別法といえる。

---

[18] 高田利広『看護業務と法律：医業過誤・労働法の手引き』（医歯薬出版株式会社・1980）17-18頁。

[19] 野田・前掲注（15）81頁、小倉哲浩「医師法と保健婦助産婦看護婦法の関係」研修580号（1996）86頁参照。

（ⅲ）診療の補助と医師の指示

医師の指示と「診療の補助」の関係性を検討する。診療の補助を行う前の段階としては、次の４つの段階が考えられる。医師は、①診察と診断を行い、②どのような治療が必要かを判断した上で、③自らが直接対応するか、あるいは看護師に任せるかを判断し、後者の場合には、④さらに看護師にどのような指示を与えるべきかを判断するということである。診療の補助と医師の指示との関係性を論じる際に、①～③の段階において医師の医学的判断は必要であることに疑いがないが、④の段階において看護師が自ら診療の補助の内容を決定した上で、当該行為を行うことができるかどうかが争われている。

肯定の立場をとる者は、点滴治療中の患者の管理・終了時の針の抜去等を挙げて説明する[20]。しかし、診療の補助が一連の行為ないし行程で構成されるとき、医師の指示は概括的なもので十分であろう。例えば、「点滴注射」という診療の補助には、注射の準備、針の刺入、薬液の投与、経過観察、針の抜去、ロックは当然に含まれているが、医師が「点滴注射」を命じる際には、注射液の名称、投与方法、投与量、警告・禁忌事項などを明確すれば指示が成立し、看護師が理解しうる限り、一々指示を与える必要はないであろう（ただし、後述するように、この観点から、医師に対して各行程に課される監督義務も概括的なものであると理解することはできないことに留意すべきである）。要するに、針の抜去、ロック等の行為への指示は、「点滴注射」への指示に内含されるのであり、これらの行為の実施を例として、医師の指示が必要とされない場合がありうると説明することは、妥当性を欠くと考えられる。

また、例えば、手術部が器材の準備を担当し、診療部の医師が執刀医としてこれらの器材を使用する場合に、ある手術にどのような器材を準備すべきかについての医師の指示は、医師→看護師というパターンで行われるのではなく、医師→手術部→看護師というパターンで行われることになった場合を想定する。その際、医師の指示が不要なのではなく、指示を与える方法や対象が変わったにすぎない。したがって、(b) のよ

[20] 高波澄子「看護師等が静脈注射を引き受けることを保助看法の解釈と看護業務の主体性から考える」『看護管理』14巻８号（2004）667頁。

うに診療の補助と医行為とを完全に別なカテゴリーと捉え、機械の準備は、診療の補助に属し、また、機械の使用は、保助看法37条の医行為に属するとして、診療の補助に医師の指示を要しないと理解することは妥当ではない。

なお、保助看法37条の２は、「特定行為に係る看護師の研修制度」を規定している。この制度は、平成27年10月１日から施行されたものであり、「2025年に向けて、さらなる在宅医療等の推進を図っていくためには、個別に熟練した看護師のみでは足りず、医師又は歯科医師の判断を待たずに、手順書により、一定の診療の補助（例えば脱水時の点滴（脱水の程度の判断と輸液による補正）など）を行う看護師を養成し、確保」[21]することを図るものである。この制度は、看護師の高い専門性を発揮し、医師と看護師との連携を重視するものであり、それによれば、特定の条件を満たした場合を例外として、看護師が医師の判断を待たずに、手順書に基づき、直接「特定行為」を実施することが許されることとなる。しかし、だからといって、看護師が特定行為を行う場合に、医師の指示が不要であると解することはできない。なぜなら、厚生労働省は、「本制度を導入した場合でも、患者の病状や看護師の能力を勘案し、医師又は歯科医師が直接対応するか、どのような指示により看護師に診療の補助を行わせるかの判断は医師又は歯科医師が行うことに変わりは」[22]ないと説明しているからである。

以上から、保助看法37条のただし書の「臨時応急の手当」は、医師の指示を不要とする唯一の例外であると考えられ、かつ「臨時応急の手当」にあたる行為は、反復継続の意思をもっていないことで「業務性」を否定するため（最決昭和28年11月20日刑集７巻11号2249頁）、「診療の補助」という制限もなくなる。しかしながら、患者の身体に侵襲を伴う医行為を行う際にして、どのような医行為まで行えるかについては、保全法益と侵害法益との衡量により判断すべきであるため、この場合においても、

[21]「特定行為に係る看護師の研修制度の概要」（厚生労働省ウェブ・サイト内 https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000070423.html（2022年５月11日最終閲覧））

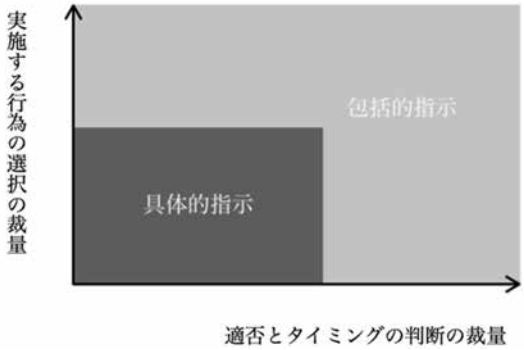
[22] 前掲注（21）。

看護師が絶対的医行為までを行えると考えてはならない。

## Ⅱ．指示義務

以上から、医行為を行うにあたり、自分自身の判断により実施することができる者は、医師に限定されているため、医行為の一部としての診療の補助を行うにあたり、看護師の能力を勘案し、診療の補助の内容を決定するという「医学的判断」を行えるものも、医師に限定されるべきであることが明らかになった[23]。この理解を踏まえると、医師の指示とは、医師が自らの医学的知識・技術に基づいて、診療の補助の範囲内であると判断した後、診療の補助の対象と内容について看護師に命令を与えることをいう。従来の議論からみて、保助看法37条にいう医師の指示は、実施する行為の選択及び適否とタイミングの判断における看護師の裁量の有無によって、包括的指示と具体的指示に分類することができる（図表２参照）。

**図表２　包括的指示と具体的指示について（イメージ）**




（出典）「看護師が実施する診療の補助における医師の指示について」より筆者作成（厚生労働省ウェブ･サイト内 https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002dten―att/2r9852000002dtlm.pdf（2022年５月11日最終閲覧））

[23]「第２回医師の働き方改革を進めるためのタスク・シフト／シェアの推進に関する検討会」令和元年11月８日参考資料。（厚生労働省ウェブ・サイト内 https://www.mhlw.go.jp/content/10800000/000564159.pdf（2022年５月11日最終閲覧））

厚生労働省は、包括的指示と具体的指示について、それぞれの例を挙げて説明している。それによれば、包括的指示とは、「看護師が患者の状態に応じて柔軟に対応できるよう、医師が、患者の病態の変化を予測し、その範囲内で看護師が実施すべき行為について一括した指示」をいい、「38.0度以上の発熱時、ボルタレン座剤25mg 挿肛」という指示は、それに当たる。具体的指示とは、「医行為を実施する際に伴う様々な判断（実施の適否や実施方法等）について、看護師が裁量的に行う必要がないよう、できるだけ詳細な内容をもって行われる指示」をいう。「A氏に発熱を認めた時、看護師が主治医へ患者の体温、その他バイタルサイン等患者の状態を報告し、主治医より『A氏に対して、直ちにボルタレン座剤25mg を挿肛』との指示を受ける」という場合は、具体的指示である[24]。両者は、医師の判断の裁量や看護師の判断の裁量の程度という点に差異がある。包括的指示の場合には、医師の指示に基づいて、看護師が発熱と判断したときに、対応処置を直接行うことができ、医師の再判断は必要ではない。つまり、包括的指示は、事前指示（病態の予測→診療の補助）→病態→診療の補助という流れで行われる。具体的指示の場合には、発熱という患者の病態が出ることをまず医師へ報告し、医師がどの治療を行うべきか、さらにどの診療の補助が必要かを判断した上で、看護師に詳細な指示を与え、看護師がその指示に基づいて診療の補助を行う。つまり、具体的指示は、病態→医師へ報告→医師の判断→診療の補助という流れで行われる。

しかし、包括的指示であれ、具体的指示であれ、いずれも診療の補助の前提条件であるが、看護師が過誤を犯さないために行われる監視・監督とは異なる。つまり、指示義務は、医師自身の職務に伴う注意義務であり、他人の業務行為によって結果を発生させないように監督すべき義務ではないことに留意しなければならない。医師が指示をなすべきであるのに、それを怠った場合、医師の責任を問うことは当然であり（神戸簡判平成10年３月３日判タ1035号51頁）。そして指示過誤だけで結果が

[24]「看護師が実施する診療の補助における医師の指示について」（厚生労働省ウェブ・サイト内 https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002dten-att/2r9852000002dtlm.pdf（2022年５月11日最終閲覧））

発生した場合には、過失の判断は容易である。

しかし、看護師が指示に従って診療の補助を実施する過程で過誤を犯し、医師がその過誤を看過し、自らの行為により結果を発生させた場合に、医師の過失は自分自身の注意義務違反によったものなのか、監督義務違反によったものなのかが問題となりうる。たとえば、看護師が医師の指示内容を誤信し、薬剤を間違えて準備し、医師がその確認を怠って結果が発生したという「場合、注射は本来的に医師が責任をもつべき医行為であることから、医師も過失を一般的に免れえず、したがって、医師と看護師の過失が競合することとなり、両者ともに過失責任を負うのが原則である。このような事案では、監督過失ではなく、両者の過失の競合が認められる。医師は、自ら注射を行っているのであって、注射行為の前段階における看護師の準備行為への関与に対する監督は、既に医師自身の実行によって背後に退くからである」とする見解がある[25]。すなわち、そこで問題となるのは、医師が看護師の準備行為を再点検する義務を負うか、また、そのような義務を負うべき場合に、この義務にはどのような性質があるか、ということである。この問題を答えるためには、医師がどこまで監督義務を負うかについて更なる検討を要するため、ここでは問題の提示にとどまることにしたい。

## Ⅲ．看護師の行為が介在した場合における指示過失の判断

以上、看護師との連携における医師の指示義務を論じてきた。そこで、医師と看護師の過失が単純に競合している場合に、指示過失を判断するにあたり、因果関係に関する問題を論じておきたい。

医師の指示過失とは、指示自体のミスが看護師の行為によって結果を惹起した場合をいう。指示過失における事故原因は、指示の不明確（久留米簡判昭和40年12月９日飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』84頁）、指示内容の誤り（函館簡判平成11年９月８日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』36頁）、指示の誤入力（高岡簡判平成14年12月12日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』94頁）に大別することができる。看護師が誤った指

[25] 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』（成文堂・2014）499-500頁。

示に従い、結果を惹起したときに、過失の判断は一般に比較的容易である[26]。ここでは、【事例１】（大阪高判昭和26年12月10日高刑集４巻11号1527頁）を挙げて説明する。

（事実の概要）医師Ｘの指示を受けた看護師Ｘが、泣き続けている満２年２月の幼児に豌豆大の丸薬を服薬させ、結局、同幼児が窒息死に至ったというものである。第一審（和歌山地判昭和26年３月13日高刑集４巻11号1539頁）は、被告人両名の過失を認め、医師を罰金８千円に、看護師を罰金３千円に処したが、被告人両名と検察側双方が控訴し、控訴審はこれを破棄した。

本件において、看護師に対して服薬せしめる方法についての適当な指示を与えるべき業務上の注意義務があるのに、これを怠った医師の指示過失が認められた。すなわち、泣き続けている幼児に対する薬剤の投与を行うにあたって、「泣くこと自体既に深呼吸をなす状態であるから、この際錠剤は気管内に嵌入し直ちに窒息死に至る危険あることは当然容易に予想されるが故に、この危険を避けるために看護婦等に対し適宜な方法を指示すべき業務上の注意義務を有することは条理上当然である」と本判決は判示した。この場合に、医師の行為と結果の間に、看護師の行為が介入していたとしても、過失の判断は困難ではないであろう。それに対し、看護師の過失と医師の指示過失とは異なる内容を有するが、医師の指示が看護師の過失を誘発した場合には、医師の過失があったかどうかを評価する際に、「事後的結果回避可能性」の有無が特に問題となりうる。

一体「事後的結果回避可能性」とはどのようなものであろうか。結果回避可能性の位置づけについて、それを結果回避義務の前提と捉えるか、因果関係の問題と捉えるかが争われている。結果回避可能性を単に結果回避義務の前提と捉える立場の中には、結果回避可能性を、規範的な結

[26] この場合に、医師のみが起訴されるのは一般であるが、指示を受ける看護師が実際に行うとき、医師の指示が明らかに適切でないとき、看護師として医師に確認すべき義務が課される場合に、看護師の責任を問う余地もありうる。

果回避可能性と物理的な結果回避可能性に分けて、両者は、判断の時点が異なり、前者の判断は、結果回避のために必要な行動を行為時に「一般人」は採り得るものであるかどうかを基準とし、後者の判断は、事後的にみて、結果回避のために可能な行動が実際に採り得るものであったかを基準とすると主張する見解がある[27]。ただし、ここにいう「事後的結果回避可能性」は規範的な結果回避可能性に包含され、両者のいずれも、結果回避義務の前提であるという意味での結果回避可能性に属し[28]、注意義務違反と結果との間の因果関係と関係していない。

それに対して、結果回避可能性は、行為者にとって必要な回避措置をとる可能性があったかどうかという事前的結果回避可能性と、結果回避措置をとる義務の履行が法益保護のために有効であったかどうかという意味での事後的結果回避可能性に区別することが可能であるとする見解もある[29]。この見解においては、前者は、過失犯固有の問題となり、つまり、事前的結果回避可能性を否定すれば、結果回避義務が認められないのに対し、後者は、注意義務違反と結果との関係を問題とする因果関係の問題として位置づけられるべきである[30]。この意味で、ここにいう「事前的結果回避可能性」は、上記見解にいう「結果回避可能性」と同視することができる。さらに、「事後的結果回避可能性」の判断は、条件

---

[27] 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社・2010）152-153頁。

[28] 伊東・前掲注（27）153頁注（42）。

[29] 山中敬一「結果の回避可能性と過失」平野龍一＝松尾浩也（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論〔第２版〕』（有斐閣・1984）38頁、高橋則夫『刑法総論〔第４版〕』（成文堂・2018）225頁。

[30] Jonathan Herring, Criminal Law-text, cases and materials, Oxford University Press, 2014.P.276においては、行為者が注意義務を履行していたとしても、結果を避けることはできなかったとき、行為者の注意義務違反と結果の間に因果関係がなかったとして、行為者の注意義務違反が結果を惹起したと評価できない、とされている。この点がHaywar事件の判決（(1908) 21CoxCC692）で最初に指摘されていた。この事件において、被告人は、手綱を握らずに馬車を運転していたところ、少女をはねて死亡させた。これに対し、裁判所は、仮に被告人が細心の注意を払って運転していたとしても、少女への衝突を避けることはできなかったため、被告人の過失行為が死亡結果の原因ではなかったと指摘される。

関係の判断なのか、または客観的帰属の判断なのかについての争いもある。しかし、責任非難の本質を回顧的非難として把握しなければならないのであり[31]、少なくとも、条件関係の判断は、惹起的関係の有無をめぐる事実的因果性にかかる判断にとどまり、他の事情を付け加えることを禁止すべきである。それに対して、客観的帰属の判断は、結果を結果回避義務に合致しなかった行為に帰属できるかどうかという規範的・制裁的判断であり、かつ事後的結果回避可能性のない行為の処罰は、法益保護に有益でないという側面からみれば、事後的結果回避可能性の判断は後者に委ねられるべきである。したがって、本稿で用いる「事後的結果可能性」は、客観的帰属論の問題に属し、事後的に制裁を根拠づける要件が充足されたかどうかという判断である[32]。

問題となるのは、事後的結果回避可能性は、どのように客観的帰属論と結びつくかということである。危険創出と危険実現が、客観的帰属の重要な前提とされて、そのうち、危険実現の判断基準について、ドイツの「判例や支配的見解が共通して立てるのが、『行為者が合義務的な行為をしていれば、結果は生じなかったであろうか』という問い（代替行為論）である」[33]。すなわち、仮に、合義務的な行為を行っても結果は生じたのであれば、客観的帰属が否定されることとなり、このような帰属阻却事由は、事実的因果性（条件関係）があるが、事後的結果回避可能性が欠如すると説明することができる。なお、前述のように、過失犯における規範的因果関係の評価の対象となる行為は、結果回避義務に違反してなされた行為であるため、「結果回避義務に合致した行為がなされても結果が生じた場合、当該結果を行為者の行為に帰属することができない」という仮定的考察は、不作為犯に特有のものではなく、過失犯においても排除できないものであると考えられる。したがって、第三者の行為が介在した場合に、このような仮定的考察は「結果回避義務に合致した行為がなされても、第三者の行為を防止できない場合に、第三者の

[31] 辰井聡子「因果関係論」刑法45巻３号（2006）372頁以下。
[32] 山中敬一「過失犯における『回避可能性』の意義」研修704号（2007）10頁以下参照。
[33] 古川伸彦『刑事過失論序説：過失犯における注意義務の内容』（成文堂・2007）38-39頁。

行為によって結果を惹起したとき、当該結果を行為者の行為に帰属することができない」というように変形すべきである。

ここでは、【事例２】宇治川病院事件（京都地判平成17年３月14日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』144頁（準看護師について）、京都地判平成17年６月13日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』155頁（医師について））を挙げて詳しい検討に進んでいく。

（事実の概要）じんましんの被害者を治療するために、医師Ｘは、「被害者に対し、塩化カルシウム液を静脈注射することとし、被害者のカルテに、塩化カルシウム20cc〔Ｖ〕」（〔Ｖ〕は静脈注射の意味である。）と記載し、Ａ看護師に対し、５分以上かけてゆっくり注射するよう指示した（行為Ⅰ）。Ａ看護師は、カルテに、「５分かけてゆっくり」と記載し、外来処置室で勤務していたＹ准看護師にカルテを渡し、被害者に対する注射を依頼した。

同準看護師Ｙは、「塩化カルシウムの製剤名が分からなかったことから、Ｄ病院１階薬局に行き、Ｂ薬剤師に対し、誤って、塩化カリウムとは何であるかと尋ね、Ｄ病院に置いてある塩化カリウム液はコンクライトＫである旨の回答を得た。そうしてＹ准看護師は、外来処置室の隣の注射薬準備室において、薬品棚からコンクライトＫのアンプルを取り、同アンプル内の塩化カリウム液を翼付静注針付き注射器の中に入れて準備し」、被害者に静脈注射をした後、同人が呼吸停止及び心停止の状態に陥った（結果Ⅰ）。

その後、医師Ｘは、「被害者に対し、その胸部及び腹部等を押すような動作を繰り返すのみで、看護師等に対しても救急蘇生措置に向けた適切な指示を行わず、他の医師の応援を頼むこともせずに時間を浪費し、その結果、午前10時20分ころにＣ医師が救急蘇生措置を開始するまで、被告人自身が人工呼吸等の救急蘇生措置を行うことはなかった」（行為Ⅱ）。よって患者に対し、加療期間不明の低酸素脳症後遺症による両上下肢機能全廃、躯幹麻痺及び咽喉機能不全等の傷害を負わせた（結果Ⅱ）というものである。準看護師について、第一審は、過失を認め、同人を禁錮10月に処し、医師について、第一審は、過失を認め、同人を禁錮１年に処した。医師が上告したが、その後、上告を取り下げた。

仮に、本件の事実を、患者が呼吸停止及び心停止の状態に陥った結果

（結果Ⅰ）にとどまった、というように修正すれば、指示の過失で医師の刑事責任を追及することができるかどうかが問題となろう。

本判決（量刑の理由）は、行為Ⅰについては、「塩化カルシウムは、昭和61年の再評価によりじんましんに有効と判定する根拠がないとされていたものである上、当時、D病院には希釈せず静脈注射をするのに使われる塩化カルシウム剤はなく、被告人が曖昧な指示をしたことが、准看護師による注射液の取り違えを誘発し、本件に至った面も否定できない」（下線は筆者）と判示した。もっとも、ここに用いた「誘発」は、刑法上の因果関係を意味するか否かが明らかではない[34]。

第三者の行為が介入しており、同行為が直接に結果を惹起した場合、この結果を行為者の行為に帰属できるかどうかという判断にあたっては、行為者の行為と第三者の行為の間にはいかなる関係があるかを考慮に入れなければならない。結論を先にいうと、本件において、医師の行為と看護師の行為の間に「誘発」関係があったことで結果を医師に帰属することはできないように思われる。理由は以下の通りである。

本件において、準看護師には２つの過誤があり、１つは薬液の誤認であり、もう１つは注射方法の誤りである。判決からみると、医師の指示が誘発されたものと評価されたのは、薬液の誤認である。具体的に、この過誤と医師の指示との間にいかなる関係があったかについて、まず、医師の指示をどのように評価すべきかを明確にすべきである。医師が指示された塩化カルシウム剤を注射する際に、希釈の必要はないが、本件病院には、塩化カルシウム剤がなく、その製剤として補正用薬液であるコンクライトCaしかなかった。この状況を考えると、結果を防止するために、医師による最善な指示は、「コンクライトCaを希釈して静脈注射する」ということである。

---

[34] 高速道路停車事件（最決平成16年10月19日刑集58巻７号645頁）において、最高裁は「誘発」という言葉を用いて因果関係を肯定したが、この場合においても、一つ一つの過失の連結の必然性というものの有無が重要である。甲斐克則「過失の競合」刑法52巻２号（2013）287頁。それ以外、誘発型に属する事件は、最決平成４年12月17日刑集46巻11号761頁、最決平成15年７月16日刑集57巻７号950頁、最決平成18年３月27日刑集60巻３号382頁がある。前田雅英『刑法各論講義〔第７版〕』（東京大学出版会・2020）143頁以下参照。

しかし、京都地判平成17年３月14日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』144頁によれば、①本件「病院において使用されている塩化カルシウム製剤であるコンクライトCa20ccのアンプルには、赤地に白抜きの文字で『希釈―点滴』と記載されたラベルが貼ってあり、そのラベルには赤地で『注意：必ず、希釈して使用すること』とも記載されている」。そして、②Ｙは「準看護婦として30年以上の経験を持ち、本件の数日前には補正用カルシウム製剤であるコンクライトCaを希釈点滴して使用している」。これらのことに鑑みると、医師としては、準看護師が正しい方法によって同薬液を注射することを信頼することができるため、コンクライトCaの静脈注射を指示する際に、「希釈して」という方法を言及しなくても、この指示が依然として適法性を有するものと評価できる[35]。すなわち、医師が上記の注射方法まで指示すべき業務上の注意義務を負わせられない本件において、薬液の誤認を誘発しないことで結果を防止しうる医師の「合義務的な行為」は、「コンクライトCaを静脈注射するよう」指示するというもので足りる。なぜなら、合義務的な行為か否かを判断する際に、行為者が主観的に認識しえた現存する法益侵害の危険の範囲がその行為者に対して要求しうる合義務的な行為の内容の上限を画するが、この危険判断における基礎ないし資料とされる事実は、行為者の行為時において実際に存在した全ての事情だからである[36]。そうすると、本件では、①と②との事実の存在によって、医師Ｘは、準看護師Ｙが自己の指示に従って希釈せずに患者の静脈に注射するということに

[35] 例えば、神戸地裁姫路支判昭和43年９月30日下級刑集10巻９号948頁は、サルソグレランの静脈注射の際に、「被告人が看護婦に行わせた静脈注射の指示方法、その実際の注射方法、技術において、被告人に医師としての監督義務に欠けるところがあったかどうかについて」、裁判所は、「被告医師Ｘは看護婦Ｙにサルソグレラン静脈注射をするよう指示したときに、注射速度等につき特に何らの注意を与えていないことは前認定のとおりであるが、Ｙ看護婦は経験約一四年の熟練看護婦であり、静脈注射についての知識技術にも習熟していたこともまた前認定のとおりであって、被告人が日常多用するサルソグレラン静脈注射に関し一々注意を与えていないからといって何の不思議はな」いことを理由として被告人Ｘの責任を否定した。

[36] 古川・前掲注（33）196頁以下参照。

よる危険を認識することができず、相応して、医師がコンクライトCaの静脈注射を指示する際に、「希釈して」と記載されなくとも、それは「法の期待」に違反すると評価することはできない。

しかしながら、このような「合義務的な行為」の実施を仮定したとしても、本件の結果を回避し得ないであろう。準看護師が自らの誤認によって、医師が指示した薬剤と塩化カリウム製剤であるコンクライトKを取り違えた後、同薬液のアンプルに明確に書かれた注射方法（アンプルには赤地に白抜き文字で「希釈―点滴」「希釈―腹腔内」と書かれ、また赤字で「注意：必ず、希釈して使用すること」とも書かれた黄色のラベルが貼ってある）に反したからである。すなわち、薬液種類に瑕疵のある医師指示が「許されざる危険」を創出したと評価するとしても、準看護師による注射方法の誤りは、上記の危険性を質的に変質させた。そのため、患者が呼吸停止及び心停止の状態に陥ったという結果は、医師の行為が創出した危険性に実現したものではなく、同結果を医師の行為に客観的に帰属することはできないように思われる。

したがって、医師が塩化カルシウムの製剤であるコンクライトCaを明確に指示したとしても、本件の結果を回避することができないため、事後的回避可能性を否定したとして、医師の指示過失が成立しないというべきである。本件判決では、この点に言及していないが、適切な救急蘇生措置を講じなかった行為（行為Ⅱ）と本件結果（結果Ⅱ）との因果関係を肯定した上で、医師Xが曖昧な指示をしたことを量刑の理由としてしか扱わないということからも、本稿と同様な立場を立つことが窺われる。その意味で、行為者の過誤が第三者の過誤の一部を誘発したことを認めるとしても、第三者の過誤によって行為者が創出した危険を変質し、この新たな危険において結果を実現した場合に、当該結果を行為者に帰属することはできないといえる。

## 第２款　診療の補助と医師の監督

### Ⅰ．監督義務

第１款の検討から、看護師が診療の補助を行う前に、医師の指示が必

要不可欠であることが明らかになったと思われる。事前の指示のほかに、看護師が単独で診療の補助を行う際に、看護師に対して、医師が行動中の監視や指導及び事後の点検などを内容とする様々な義務を負う可能性がある。どのような場合にどのような義務を負うのか、また、当該義務に違反した場合、医師の過失を監督過失として捉えるか、それとも直接過失として看護師の過失との過失の競合として捉えるかが問題となる。すべての診療補助行為を個別に分析することは困難であるため、ここでは、「静脈注射」を例として取り上げ、医師の監督義務の有無を判断するにあたってどのような基準に従うべきかを法学的見地から検討する。

日本看護協会が作成した「静脈注射の実施に関する指針」では、注射する薬剤の種類、実施方法、操作の難易度などを考慮し、静脈注射を４つのレベルに分類している。そのうち、レベル１～３を看護師が実施できる対象として規定しており、レベル３の行為の実施については、一定以上の臨床経験を有し、かつ専門教育を受けた看護師でしか行えないと定めている。以上の実施範囲の画定は、実際には、注射する薬剤の種類、実施方法、操作の難易度などによって総合的に静脈注射行為自体のリスク[37]を確定した上で、看護師の専門的知識と臨床経験の多寡に鑑み、通常の場合に、看護師がその抽象的危険性をコントロールできるような知識・経験・技能を持っているのかを判断することによって行われる。

許された危険の法理から、医行為はそもそも身体への侵襲を伴う行為であり、それを正当化する根拠の１つは、医行為は患者の健康の向上を目的としており、実際に患者の健康に資するものであることである。もっとも、それだけで医行為を正当化することができず、医行為から生じうるリスクを最小限度にとどめることは必要である。そのため、リスクを事前抑制するためには、医行為（あるいは診療補助行為）を実施する主体が相応の能力を持っていることが要請される。このように、看護師が

[37] すなわち、行為自体のリスクは、看護師の資格が診療の補助に要求されていることの示すように、一定の知識･経験･技能がなければ、的確な遂行（制御）が保障できないという意義での過誤の危険なのである。米田泰邦「刑事過失の限定法理と可罰的監督義務違反（下）――北大電気メス禍事件控訴審判決によせて――」判タ346号（1977）35頁参照。

相応の能力を持っていることは、診療の補助を看護師に委ねることが正当化されることの前提である。

しかしながら、診療の補助を適切な能力を持っている看護師に委ねることは、事故防止ための必要条件であるが、それは十分条件でない場合もありうる。なぜなら、看護資格は、専門的知識・能力を象徴するものであるが、それは医療活動に含まれているさまざまな作業のすべてを常に誤りなく完遂できることを保証するものではなく[38]、人間は人間である以上、いつでもミスを完全に犯さないことが不可能に等しいからである。ただし、だからこそ、すべての診療補助行為の実施が、常に医師の指導・監督のもとで行われなければならないことを意味していない。診療補助行為自体のリスクのみを考えると、看護師が十分な注意を払って危険の発生とその現実化を防ぐことができるとしても、過誤の発生可能性が高く、あるいはその過誤が重大な結果をもたらす可能性が高い場合に限り、高度の専門的知識・技術を持つ医師による指導・監督が必要である。すなわち、医師の監督は、看護師が過誤を犯さないように行われる危険の制御手段であるため、医師の監督義務の有無を判断する際に、看護師が相応の能力を持っているかどうかだけではなく、起こりうる過誤の類型とその発生頻度を合わせて考慮しなければならない。

制御手段としての医師の関与を論じる際に、コントロールされるべき危険性は、診療の補助を実施する過程で起こりうる過誤による危険である。しかも、この危険には、診療の補助自体から直接生じる直接的・積極的危険のみならず、後になされる処置の基礎となって不適切な処置を誘発したり、将来における適切な処置の機会を奪ってしまうことによって生じる間接的･消極的危険も含まれている[39]。したがって「診療補助行為自体のリスク」や「起こりうる過誤」を評価するにあたっては、具体的な行為を対象とし、個別的な分析をするほかならない。例えば、静脈注射の実施については、いくつかの行程を分けることができ、各行程において、リスクのレベルが異なり、起こりうる過誤の類型もさまざまで

[38] 米田・前掲注（37）36頁。

[39] 佐伯仁志「『医業』の意義:コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）５頁。

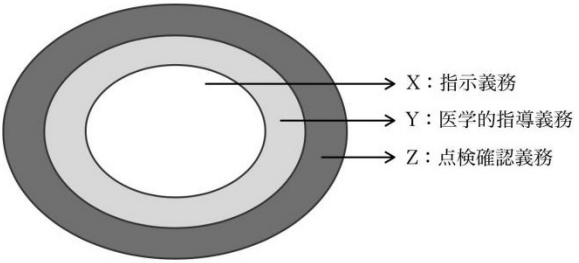
あるため、医師が関与すべき程度も異なることになる。具体的に、（ⅰ）準備の行程においては、警告・禁忌事項の見落とし、患者の誤認、指示受けの誤り、薬剤の誤り、投与量の誤りというような初歩的なミスを防止するために、通常の注意を払うことで足りるがゆえに、その段階で医師は関与しないことが一般的である。（ⅱ）刺入の行程においては、専門技術に関する過誤が起こりうる。そのような過誤を防止するために、看護師に高度な専門性が要求されるのみならず、異常な症状があったときに、医師が指導を与えることが必要である。その行程における医師の関与の程度は、準備の段階よりも大きくなる。（ⅲ）薬剤投与の行程においては、速度、時間、投与経路に関する投与方法の誤り、薬剤の誤り、投与量の誤り、患者の誤認などは、看護師が普通の注意を払うことだけで回避できるものであるが、専門的な処置が必要とされるときには、看護師に高度な注意を求めるのみならず、医師による処置が必要とされる場合もありうる。（ⅳ）抜去、ロックの行程においては、看護的知識・技術だけで対処できるため、係る行動は看護師が自身の判断で実施できるものといえ、医師の関与が必要ではない[40]。

上記観点を踏まえ、ここでは、説明の便宜上、診療の補助を軽度リスク、中程度リスク、重大なリスクに大別する。また、起こりうる過誤の類型化については、広義の行為の類型によらず、結果を防止するために看護師が払うべき注意の程度により行われる。すなわち、プリミティブな注意を払いさえすれば事故の発生を避けえる場合に、不注意によって結果を惹起したという過誤の類型は、プリミティブな不注意に基づく過誤と呼ばれる。ヒューマンエラーであり、警告・禁忌事項の見落とし、患者取り違え、薬剤の誤認、投与量の誤りなどはこの種の過誤にあたる。逆に、事故の発生を未然に防止するためには、より高い医学的知識・技

[40] 岡田きょう子ら「看護師による安全な静脈注射実施に向けた北海道大学病院での取組み：静脈注射エキスパートナース育成を中心とした教育体制の構築」看護総合科学研究会誌11巻（２）（2009）38頁。静脈注射の行程は、医療機関ごとの慣行によって異なる可能性があり、またこれらの慣行は、当時の医療水準に照らして是認されるかどうかを検討すべきであるが、このような、静脈注射を複数の行程に分類し、各行程の危険性に基づいて責任者を確定する方法は妥当と思われ、この限りで、参考とすることをしたい。

術が求められる場合に、不注意によって結果を惹起したという過誤の類型は医学的な不注意に基づく過誤と呼ばれる。この種の過誤は、一般的に、技術的な未熟さや知識の欠如、手技の失策に起因するものである。このような分類に応じて、医師に課される可能な注意義務は、看護師がプリミティブな不注意に基づく過誤を犯さないよう監督すべき点検確認義務と、看護師が医学的な不注意に基づく過誤を犯さないよう監督すべき医学的指導義務に分けることができる。このように、医師と看護師の連携における医師の注意義務には、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務が含まれる（図表３参照）

**図表３　診療の補助に関する医師の注意義務（イメージ）**




（注）
X：指示義務とは、診療の補助の決定と看護師の選任という意味での事前の医学的判断をすべき義務をいう。
Y：医学的指導義務とは、看護師が医学的な不注意で過誤を犯さないよう監督すべき義務をいう。
Z：点検確認義務とは、看護師がプリミティブな不注意で過誤を犯さないよう監督すべき義務をいう。
（出典）筆者作成

具体的には、次のように説明することが可能である。

### １．軽度リスクの診療補助行為

この場合には、看護師が自身の判断で行うことができ、医師は看護師の専門性を信じることができ、一般的に、医師は包括的指示をなすだけで十分であるといえ、実施中は医師が介入をせず完全に看護師に委ねることが許される（図表３のＸ）。つまり、この場合に、医師の過失の有

無は、指示自体のみと関係しており、実施過程における医師の関与を想定しないため、監督過失が成立する余地がないと解する。軽度リスクの診療補助行為の場合には、指示自体が不適切であれば、指示の誤りは医師の責任にし、実施の誤りは看護師の責任にするような明確な責任分担体制が考えられる。

### ２．中程度リスクの診療補助行為

この場合において、（ⅰ）医師の具体的指示が必要とされる場合（図表３のＸ）と、（ⅱ）具体的指示のほか、医師が自らその場に立ち合い、適切な指導を与えることが求められる場合がありうる（図表３のＸ＋Ｙ）。医師に医学的指導義務が課される場合には、看護師のプリミティブな不注意によって結果が発生したとき、医師の責任は決して問われない。判例としては、下記の【事例３】（新津簡判平成15年３月12日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』96頁）を挙げることができる。

> （事実の概要）准看護師Ｘが医師Ａの指示により、患者の静脈に塩化カリウム液である「K.C.L.」１アンプル約20ミリリットルを点滴するにあたり、同医師が記載した入院注射箋には同塩化カリウム液を他の点滴に混合して点滴すべき旨記されていたが、準看護師Ｘが塩化カリウム製剤を希釈しないまま、原液を患者の静脈に注入し、結局、高カリウム血症に基づく心停止により同患者を死亡させたというものである。

塩化カリウム製剤を希釈せずに静脈注射をすれば、不整脈や心停止など重大な結果を招くおそれがあるため、原液のままの投与は、絶対に許されない。それゆえ、かような診療補助行為は、本稿で述べた中程度リスクの診療補助行為にあたるものと考えられる。この場合に､医師には、カリウム製剤の投与方法について適切に準看護師に伝えるという業務上の指示義務が課される。本件において、医師が、指示書にその方法を記入することで上記注意義務を果たしたと思われる。それに対し、準看護師が指示書の内容を慎重に確認せず、全量を静脈注射したことは、初歩的なミスであって、すなわちプリミティブな不注意に基づいた過誤にあたるものであるから、医師に指示義務を超えた監督義務が課されていな

いがゆえに、同人の責任は問われない。

### ３．重大なリスクの診療補助行為

この場合には、結果を回避するために、医師に、指示義務、医学的指導義務に加えて、点検確認という厳重な注意義務が課される（図表３のＸ＋Ｙ＋Ｚ）。したがって、結果が発生したときに、看護師がプリミティブな不注意によって結果を惹起するか、医学的な不注意によって結果を惹起するかを問わず、医師の責任が問題となりうる。この種の診療補助行為は、一般的に、絶対的医行為と相対的医行為の境界線にある行為[41]に属するからである。

では、絶対的医行為か、重大なリスクの診療補助行為かをどのように判断すべきであろうか。ある行為が診療の補助の範囲を超えたかどうかについて、行政機関が解釈を行ったこともあるが、積極的な解釈が定められていない場合もありうる。また、行政解釈と医療現場の実態が乖離していることも多々見られる。すなわち、行政解釈がある行為を診療の補助の範囲を超えたものとしている場合であっても、医師数の不足等を理由に、医療現場ではそれを徹底せず、医師が看護師に当該行為を行わせることも多い。このような実態の存在に鑑み、判例も、単に行政解釈に抵触したことで直接看護師の行為を違法とするわけではなく、医師の責任を判断するにあたっても、看護師に絶対的医行為をさせたことのみから過失を肯定するわけではない（神戸地裁姫路支判昭和43年９月30日判時544号18頁）。

また、看護師が診療の補助の範疇を超えた絶対的医行為を行う際に、前述の理解によれば、医師法17条に違反する可能性がありうる[42]。しかし、実際には、看護師が医師法17条違反罪や保助看法37条違反罪で起訴された事件は存在せず、業務上過失致死傷被告事件の判例の中にも、医療現場の実情に鑑み、違法性の判断に慎重な姿勢をとるか、あるいは、

---

[41] 小沼敦・前掲注（12）200頁以下。

[42] 例えば、「麻酔行為について」（厚生省医務局医事課長通知〔昭和40年７月〕）によれば、看護婦が診療の補助の範囲を超えて、業として麻酔行為を行うことは、医師法違反になるものと解される。

行為自体の適法性を言及せずにその業務性が認められれば、業務上過失致死傷罪が成立するとされている（最判昭和28年12月22日刑集７巻13号2608頁）。そして、行為自体の適法性を直接に言及しないものの、それは医師が自ら行うべき行為であると認められた事例では、医師が看護師にして代行させる前提としては、医師が自ら行うように注意を払うことが必要である。つまり、この場合には、看護師の判断の裁量性を否定するだけではなく、看護師が当該行為をやり遂げる全過程において、医師は医療現場で立ち合い、詳細な指導を与え、事後にも点検確認を行うことが必要とされている。判例として【事例４】麻酔液誤注射事件（広島高判昭和32年７月20日高裁刑判特報４巻追696頁）を挙げる。

（事実の概要）外科医である被告人Ｘ、Ｙが肩胛関節の脱臼を訴える患者Ａを共同診療し、被告人Ｘは右患者に全身麻酔を施するために看護師Ｂにオーロパンソーダの静脈注射を命じたが、同看護師の注射液の誤認により、クロロフオルムを患者に静脈注射し、右注射液の中毒による心臓衰弱のため、患者を死亡させたというものである。

本件において、医師の責任を論じる際に、裁判所は、指示自体は正当であったことと､医師は注射の実施に関与していないことを認めながら、麻酔薬の静脈注射といった薬品、方法、分量等の誤りにより重大の結果を招く行為は、本来原則として医師が自ら行うべき医行為であり、看護師に代行させる場合には、直接の注射行為にはもちろん、その準備行為に対しても、医師に「注射薬液の正確なる確認、性状薬液中の溷濁、浮遊物の有無、或は分量等苟くも注射に関係することについては細大もらさず厳重なる検査を為し以て注射の過誤なきを期すべき業務上の注意義務」があったと判示した。

麻酔は、医学の進歩に役立つが、それは患者に麻酔薬および毒劇薬を施用し、その薬品、方法、分量等を一歩あやまると、患者に重大な危害を招くおそれのある医行為である。そのため、麻酔の静脈注射は、絶対的医行為と相対的医行為との境界線にあるものであり、すなわち本稿で述べた重大なリスクの診療補助行為に属する。

以上で、医師の注意義務は画一的なものではなく、それは診療補助行

為自体のリスクないし起こりうる過誤を考慮し、看護師の能力に基づいて段階的に動的に判断すべきであることが明らかになった。

なお、ここでは、準看護師ないし無資格者による診療の補助に関する医師の注意義務を簡単に言及しておきたい。保助看法５条は、准看護師が医師または看護師の指示を受けてはじめて看護師と同様な業務を行うことができると規定している。保助看法37条にいう「指示」は診療の補助に対する指示であり、かつその指示は医師しかできない医学的判断であるという本稿の理解によれば、６条にいう「指示」は、準看護師が療養上の世話を行う前に、医師または看護師がなされる指示であると解すべきである。なお、准看護師のできる診療の補助が制限されるべきであり、医師の事前の指示、事中の監督又は事後の点検確認は、看護師の場合よりも厳格にするが、准看護師が医師の監督のもとでのみ医療業務を補助しうる[43]というほどではない。

無資格者の場合には、行える診療の補助の範囲が厳しく制限されるだけではなく、判例からみると、医師は無資格者を助手として適法に使うことが認められる場合に、保助看法に違反するか否かを判断するにあたって、当該行為に内在される危険性の程度だけでなく、医師が無資格者を自己の手足として相当の指揮監督をするかどうかについての判断も重要である（東京高判平成１年２月23日判タ691号152頁）。

要するに、資格を有するものであっても、無資格者であっても、実施者の医学的知識・技術と医師の指示・監督で補完された医学的知識・技術が、衛生上の危害を生じないために必要な医学的知識・技術以上になりうる場合に限り、医師以外のものによる補助的行為が正当化されうる。

---

[43] この見解を主張するのは、山中・前掲注（25）498頁。しかし、例えば、針の抜去などの軽度リスクしかない付随行為を行う際に、上位の看護師による監督があれば足りると考えられる。しかも、同本には、この観点を論述する際に、【事例２】宇治川病院事件を例として挙げるが、前述したように、本件医師Ｘの過失について、裁判所は、量刑の理由の中で、医師Ｘの「曖昧な指示をしたことが、准看護師による注射液の取り違えを誘発し」たと述べただけであって、準看護師に対する医師の監督過失が認められないから、準看護師が医師の監督のもとでのみ医療業務を補助しうると説明する例として、本件を用いることは不適切であるように思われる。

したがって、医師の指示や監督が具体的かつ詳細であればあるほど、実施者のできる行為の範囲は広くなり、同様に、実施者が行う行為が困難であればあるほど、医師の指示・監督義務は厳しくなるということである。

## Ⅱ．監督過失の判断

本稿序章の第３節においては、単独の過失犯における実行行為とその構造を検討した。ここでは、検討から得られた結論を用いて監督過失を検討する。

監督過失については、まずその実行行為が不作為か、作為かが問題となる。監督者の結果回避義務の内容は、被監督者の作業を指導・監視することで、同人の行為によって事故が起こりうる危険を創出せず、あるいは、被監督者の過失によって創出した危険を解消することで結果を防止するというものである。つまり、監督者に課される結果回避義務は、常に作為義務を内容としている。このような監督過失の処罰範囲を不当に拡大しないために、保障人的地位にある監督者のみに結果回避義務を課すべきである。この意味で、結果回避義務は、監督義務から導かれるものであり、監督義務を履行するための手段である[44]。監督的地位ないし監督義務の有無の判断は、「誰が」義務を果たすべきかという監督過失が問題となる過失犯の主体を特定することを目的として行われるものである。しかしながら、被監督者の直接過失により結果が発生した場合であれば、直ちに監督者の責任を問うことを意味するわけではない。監督過失が成立するためには、監督者の結果回避義務の違反が必要であり、監督者にとって、被監督者の過誤を具体的に予見したことは、必要な結果回避措置をとる契機となる。この意味で、結果回避義務は、過失犯に特有の要素であり、過失犯の構成要件の規範から導かれるものであり、監督義務と結果回避義務との間には差異がある[45]。

---

[44] 神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討（上）：福田平・大塚仁博士古稀祝賀』（1993）49頁。

[45] 神山・前掲注（44）49頁。

被監督者が独立して作業を行う場合に、監督者の過失を認めるとき、その過失行為は不作為に求められるとする見解が支配的である[46]。しかし、監督者が被監督者に不適切な指導を与えて被監督者の直接過失により結果が発生した場合、監督過失を作為犯と解することができる[47]。したがって、厳密にいえば、監督過失には、作為義務に違反した不作為犯のみならず、作為義務に違反した作為犯もあり[48]、いずれについても、その因果の流れは、「監督過失→被監督者の直接な過失→結果」という図式であらわすことができる。

以上から、監督過失は、作為犯であれ、不作為犯であれ、直接行為者の行動のコントロールを媒介にして、過失結果の発生に関与する者の責任を問うものであると結論づけることができる[49]。このような監督過失の理解に対して、犯罪現象的観点からは、過失による間接的・共働的な結果惹起であり[50]、いわば共犯的形態に近いといえるものであるとする見解がある[51]。そこで、このような見解を前提とすると、監督過失は、過失による幇助犯なのか、あるいは過失犯の正犯性を有するものなのかについて、検討を要する。

まず、この問題は、過失犯においては、限縮的正犯概念を採るのか、拡張的正犯概念を採るのかということと関係している。しかし、「構成要件の実現に条件を与えた者は総て構成要件的行為を行う者であって正

---

[46] 前田雅英「監督過失について」法曹時報42巻２号（1990）６頁、林幹人『刑法の現代的課題』（有斐閣・1991）４頁、神山・前掲注（44）46頁など。

[47] 山中敬一「西ドイツにおける監督責任論――企業組織における監督義務を中心にして――」『法と政治の理論と現実（上）』（有斐閣・1987）442頁。

[48] なお、神山・前掲注（44）65頁、同「三石重油流出事故における管理・監督過失」刑法30巻２号（1989）262頁以下は、監督過失の行為構造について、作為と不作為以外に、両者の混合形態によって事故が発生した場合もある、とされる。

[49] 山中敬一「管理監督過失に関する西ドイツの理論状況」刑法28巻１号（1987）67頁。

[50] 日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」斉藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集：第一巻　過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂・2006）140頁。

[51] 前田・前掲注（34）218頁、山中・前掲注（25）776頁。

犯であるとする」[52]という拡張的正犯概念を採るならば、結果に対して過失的に関与した者を直ちに正犯として扱うことができるため、「過失による狭義の共犯」という観念は、不要かつありえないものであり[53]、狭義の共犯と区別する意味での正犯性の分析をも放棄するものにほかならない。したがって、ここでは、限縮的正犯概念を採ることを前提としつつ、監督過失が認められる場合に、監督者は、正犯として第一次的責任を負うべきかという問題を検討する。

正犯性の判断は、実際には、行為者を正犯として結果を帰属させるのか、または行為者を共犯として結果を帰属させるのか、という規範的な帰属論の問題に属するため、それは行為論や条件関係という事実確認を超えて、相当因果関係あるいは客観的帰属に委ねるべきであると考えられる。しかも、結果回避義務に違反して結果を惹起することは、過失犯に特有の要件であるから、結果に対して、正犯の寄与度があるか、共犯の寄与度があるかという判断は、結果発生に対して当該結果回避義務違反はどのような寄与があるかという判断に置き換えることができる。したがって、過失犯における正犯性の判断は、結果回避措置をとるならば、法益侵害を防止しえるかという判断である。それについて、本稿は、過失犯の領域においては、合義務的な行為の法益保護のための有効性の程度に基づき、正犯性を判断すべきであると提案したい[54]。すなわち、行

---

[52] 伊東・前掲注（27）382頁。

[53] 松宮孝明「過失犯における正犯概念（一）」立命館法学235号（1994）13頁。

[54] 不作為の条件関係を「作為があれば、結果発生なし」という仮定的な付け加えによって判断する通説によれば、不作犯の場合における正犯性の判断は、条件関係の判断にほかないが、条件関係の判断を単なる事実的判断として把握すると、不作為犯の場合にも、付け加え禁止説を貫徹しない理由はないと考えられる。従って、本稿では、不作為の条件関係の判断については、「作為があれば、結果発生なし」という通説的見解によらず、条件関係のレベルでは、作為により高度の蓋然性をもって結果が回避されうるまでを要求せず、不作為と「結果が一連の変化の流れにより合法則的に結びつけられている」といえるときに、条件関係が認められると解する。このように、過失による不作犯であれ、過失による作為犯であれ、同様の正犯性の判断枠組みを使うことが可能になろう。合法則的条件説については、古川・前掲注（33）32頁参照。

為者が合義務行為を行ったならば、結果の発生を完全に防止し得る場合には、行為者の行為は、結果に至る因果経過を実質的に支配しているため、正犯としての帰属が可能になる。逆に、行為者の合義務行為に法益保護のための有効性が肯定されるが、その合義務行為だけでは結果を回避できない場合には、行為者の行為は結果に至る因果経過を実質的に支配しているといえないため、正犯性を否定することになるはずである。

行為者の地位や持ち場によって有効性の程度に差異がありうることはいうまでもない。前述したように、看護師を監督すべき義務を負う医師は、看護師とは地位上の上下関係及び能力の上下関係にある。地位上の上下関係によって、看護師が診療の補助に従事する前の段階で、その開始要件としての医師の指示が必要となる。この意味で、診療の補助には「医師の委託業務」[55]という性質があるように考えられる。医師は、患者の法益を規範的に引き受けて、診療行為のうち、「補助的」業務を看護師に委ねることが許されるとしても、医行為の主体性を失わず、委託者としては、補助者の選任、診療補助行為の内容などについての決定権を持っているため、委託過誤に対しては第一次的責任を負うことになりうる。しかし、この委託者の地位によって、医師に指示義務を負わせるのは当然であるのに対し、委託者であっても、受託者のあらゆる業務を監督する義務を負うわけではない。なぜなら、医師と看護師との間に、医学的知識・技術上の高低があるけれども、看護師としても、一定の専門的知識・技術を持つからである。もっとも、医師の監督を全面に否定することになるわけではない。補助的業務の円滑かつ適正な実施がなければ、衛生上の危害が生じるおそれがあるがゆえに、危険情報（患者の病症、処置の難易度、看護師の能力など）を掌握している委託者である医師としては、その危険源のコントロールのために、一定の義務を負うべきである。また、同様の理由により、医師は危険源に対する事実上かつ権限上の支配を有し、直接行為者を監督して結果を回避する現実的な可能性があるというべきである。この意味で、この場合に、医師が看護師に対する指揮権をもち、看護師を含む危険源を現実的かつ実質的に支配して

[55] 山中・前掲注（25）807頁。

いることにより、監督者である医師の責任が根拠づけられる[56]。

したがって、上記のような保障人的地位を肯定すべき場合において、医師は、自らの医学的専門性に基づいて、看護師の作業を指導･監視し、看護師の行為によって事故が起こりうる危険を創出せず、あるいは、看護師の過失によって創出した危険を解消することで、結果を防止することができる。すなわち、仮定的判断によって、医師の合義務的な行為がなされれば、高度の蓋然性で結果が回避できるがゆえに、同人の結果回避義務違反が、結果に対する実質的な因果的支配をもっていることは確かである[57]。この場合に、作為も、不作為も、共犯と同等の可罰性があるのではなく、正犯と同等の可罰性があるものである[58]。

以上から、監督過失の場合には、監督者と被監督者の間に、被監督者が直接に結果を惹起しており、それを介して監督者が間接に結果を惹起しているというような過失の競合関係がある。しかし、ここで留意すべきことは、この過失の競合は、「現象形態」という意味の概念にすぎず[59]、監督関係にある複数の行為者は、過失の共同正犯なのか、過失の

---

[56] 権限と情報把握を理由に規範的・事実的な支配関係があったことによって作為義務を肯定する見解として、林幹人「国家公務員の作為義務」現代刑事法４巻９号（2002）25頁、甲斐克則『医療事故と刑法』（成文堂・2012）200頁以下参照。

[57] 島田聡一郎「不作為犯」法教263号（2002）117頁、同「不作為による共犯について（１）」立教法学64号（2003）33頁は、過失による不作為の正犯が、結果に対する排他的「因果経過の支配」をもっていることを必要とすると主張しているが､不作為としての監督過失の場合､危険を創出した主体は被監督者であり、同人は因果の流れを設定しているから、監督者の排他的支配が認められ以上、監督者の正犯性を否定するのは妥当ではない。なお、例えば、複数の医師が分担して治療にあたる場合（広島高判昭和32年７月20日裁特４巻追録696頁）に、共同担当医に診療の補助を行う看護師に対する同様な監督義務が課され、いずれも結果に対する排他的因果経過の支配をもっているといえない結果、誰も正犯性が肯定されなくなり、この結論はやはり妥当でないだろう。

[58] 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか（編）『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』（日本評論社･1988）86頁､大塚裕史「過失不作為犯の競合」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2012）158頁参照。

[59] 大塚（裕）・前掲注（58）153頁。

同時犯なのかが問題であり、これについては、章を改めて監督関係のもとで複数過失間の理論構造を考察した上で分析を展開したい(→第４章)。

## 第３款　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その一）

### Ⅰ．区別の基準

複数の過失が関わる場合には、(ⅰ)対等な共同加害者の過失が競合している場合と、(ⅱ)監督・管理過失と直接過失とが競合している場合に一般的に分けられる[60]。また、(ⅰ)については、過失犯の共同正犯の場合、並列的に競合している場合、重畳的に競合している場合、累積的に競合している場合などが考えられるが、過失犯の共同正犯以外の場合には、各行為者についてそれぞれの注意義務違反を問えば足りるとされる[61]。前述したように、看護師の診療の補助に対しては、医師は、事前の指示義務、事中の監督義務、事後の点検義務を負いうる。指示義務と点検確認義務を医師自身の注意義務と解すれば、これらの注意義務に違反した過失は、看護師の直接過失と競合しているといえる。そのため、この場合には、それぞれに対して注意義務違反を問えば足りる。しかし、看護師と医師が共同して作業を行う場合に、医師の過失が問題となるとき、当該注意義務は、医師自身の注意義務か、看護師に対する監督義務かが常に明らかであるとは限らない。例えば、看護師が準備を担当し、医師が看護師の準備ミスを看過したまま、それに基づいて診療を行う場合に、両者の過失は(ⅰ)に属するか、(ⅱ)に属するかは判断しがたい。

その問題については、業務分担関係が危険防止の観点から実質的な合理性があるかどうかによって判断すべきであると思われる。上記のケースにおける医師と看護師の関係は、典型的な分業関係である。注射を例とすれば、注射という業務は、看護師が医師の指示に従って薬剤師から注射液を受け取り、指示された方法により調剤し、薬剤を注射器に詰め

---

[60] 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則」法曹時報30巻２号１頁、米田泰邦『管理監督過失処罰』(成文堂・2011) 125頁。

[61] 大谷実『刑法講義各論〔新版第５版〕』(成文堂・2019) 196頁以下。

た後、医師が注射を行うことで行われる。正確な薬剤を正確な方法で詰めたかどうかを確認する義務は、他人がミスを犯すかどうかについての確認と解することができるが、自分の注射行為を適切に実施するための確認として捉えることもできると思われる。しかし、前述したように、医師に、看護師のすべての診療補助行為を監督すべき義務はなく、一般的には、能力上の上下関係に基づいて医学的指導を行えば足りる。そのため、注射行為のすべてを看護師に行わせることができ、かつ医師がその実施過程において監督義務を負わないにもかかわらず、仮に注射の準備行為のみを看護師に行わせる場合には医師は監督義務を負うとするならば､それは明らかに不合理であろう。したがって､共同作業の場合に、過誤を防止するために関与者が重畳的に負う点検確認義務は、医師自身の注意義務と解すべきである。このような義務の存否は、結果を防止するために、現実的な分業関係が実質的合理性を有するかどうかによって判断すべきである。また、一般に、共同作業の場合、医師自身の注意義務が否定されるのであれば、監督義務の成立する余地も残らないと考えられるが、医師が自らの行為に着手する前に事前の補助者の作業を確認しなかったため、看護師の過誤を見落し、自らの行為が直接に事故を生じさせた場合を監督過失とする見解がある[62]。

## Ⅱ．過失競合の肯定例

医師自身の注意義務の肯定例について、まず、【事例５】（前橋地裁太田支判昭和51年10月22日判タ678号59頁）をあげる。

> （事実の概要）「医師である被告人Ｘが執刀し、同Ｙ及び５名の看護婦が補助し、ＡならびにＢ女外３名の虫垂切除手術を行なうにあたり、同医院手術室において、前記Ａに対し、手術直前に腰椎脊髄腔内へ麻酔薬ネオベルカミンＳを注射しようとした際、被告人Ｙは、注射液アンプルの薬種・薬名の表示を正確に確認し」ないまま、被告人Ｘへ手交し、被告人Ｘは」、被告人Ｙ「が吸入する薬液アンプルの薬種・薬名の表示を確認」せず、「右

[62] 米田・前掲注（60）49頁。

Ｙが誤って静脈注射用止血剤トランサミン約1.7ミリリットルを注射器へ吸入したのを看過しその薬種薬名を確認しないまま漫然これを同女から受取り、前記Ａの腰椎脊髄腔内へ注射した。右Ａをして虫垂切除手術後の同日午後一時ころから、けいれん、呼吸困難等に陥らしめ、同日午後三時ころ、同医院二階一号病室において、同人をして窒息により死亡するに至らしめた」。

「同日、同医院手術室において、前記Ｂ女に対し、手術直前に腰椎脊髄腔内へ麻酔薬ネオペルカミンＳを注射しようとした際、医師被告人Ｙは、被告人Ｘの指示を受け、麻酔薬ネオペルカミンＳ注射液1.4ミリリットルを注射器へ吸入して右Ｘへ手交しようとしたが」、「注射液アンプルの薬種・薬名の表示を正確に確認」すること「を怠り、前記Ａの麻酔薬として誤つて注射器へ吸入した静脈注射用止血剤トランサミンのアンプル内の残量から、その薬種・薬名の表示を確認しないまま漫然静脈注射用止血剤トランサミン約1.4ミリリットルを注射器へ吸入して、被告人Ｘへ手交した」。被告人Ｘは、被告人Ｙ「が吸入する薬液アンプルの薬種・薬名の表示を確認したうえ注射器へ吸入させ」ることを「怠り、右Ｙが誤って静脈注射用止血剤トランサミン約1.4ミリリットルを注射器へ吸入したのに、これを看過し、その薬種・薬名を確認しないまま漫然これを同女から受取り、前記Ｂ女の腰椎脊髄腔内へ注射した以上」、「右Ｂ女をして、虫垂切除手術後の同日午後一時30分ころから、けいれん呼吸困難等に陥らしめ、同日午後３時30分ころ、同医院二階二号病室において、同人をして窒息により死亡するに至らしめた」というものである。裁判所は、被告人らを有罪として、被告人Ｘを禁錮10月（執行猶予付）に、被告人Ｙを禁錮６月（執行猶予付）にそれぞれ処した。

本判決は、「平素における被告人方医院における注射の取扱いに問題があ」ったことに鑑み、医師は重要な手術としての脊髄麻酔を行う際にして、看護師に全般に委ねることが許されないのみならず、少なくとも看護師の準備作業をダブルチェックすべきであるため、その麻酔薬の準備行為を看護師の独立の業務領域としてはならないと判示している。すなわち、医師と看護師が自らの職責に応じて、重畳的に、それぞれが麻酔薬の薬種・薬名を確認する義務が負い、本件では、医師が自身の注意

義務に違反したとして過失責任を問うべきであり、医師の過失と看護師の過失とは単純な競合関係にある。

もう一つの肯定例としては、【事例６】千葉大採血ミス事件[63]（東京高判昭和48年５月30日判時713号133頁）がある。

（事実の概要）「医師Ｘは看護婦Ｙの補助を受け、当時第二内科で通例として行なわれていた電気吸引器による採血方法で供血者Ａから輸血用血液を採取することとなり、看護婦Ｙから渡された消毒用ガーゼでＡの左肘窩部を拭きながらに対し簡単な視診、触診、問診を行ない、他方この間Ｙ看護婦は本件電気吸引器の電源コードをコンセントにさし込んだ。ところが、同看護婦はその際誤つてタコ管を左側面の陽圧パイプに接続し、しかも調節ダイヤル（陽圧用）が予め他の看護婦の手によつて右の方（圧力計の指計が〇・五の目盛を示す位）に廻されたままであつたのに気づかないでＸに採血チユーブ（前押号の二）を渡し、そして、Ａに駆血帯を巻いてタコ管の先の空気針を ACD 瓶（同号の一）の口にさし電気吸引器のスイツチを入れたが、同看護婦はこの場合にタコ管の先端に手のひら、綿球をあてる等して吸引に作動しているかどうかを確かめる措置もとらなかった」。医師Ｘは、右 ACD 瓶が噴射用陽圧パイプに接続されていたことを看過し、「右手に持つた採血チユーブの採血針をＡの左腕正中静脈に刺し、血液が採血チユーブに流入するのを認め金属針をＹ看護婦に手渡し、同看護婦がその金属針を既に高圧状態にあった ACD 瓶に接続させたため、前記Ａの正中静脈の血管内に多量の空気を注入し、よって同人をして空気塞栓症による脳軟化症の傷害を負わせ、同年６月７日午前７時30分頃同病院において右傷害による体力消耗により死亡するに至らしめた」というものである。医師について、第一審（千葉地判昭和47年９月18日判時681号22頁）は、過失を認め、罰金刑を言い渡したが、控訴審は、罰金刑を破棄し、禁錮刑（執行猶予付）を言い渡した。なお、看護師についても、同日付で医師と同一の刑が言い渡されている。

[63] 本件評釈として、宇都木伸「千葉大採血ミス事件」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）96頁、船山泰範「千葉大採血ミス事件」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）188頁参照。

本件においても、看護師の補助的作業に対する医師の二重点検義務を認めて、業務上過失致死罪が成立するとされるが、医師の注意義務は自身の注意義務か、あるいは看護師に対する監督義務かについては、前記の判断枠組みにしたがって詳しく分析を行いたい。

第一審（千葉地判昭和47年９月18日判時681号22頁）は、採血行為は、医行為に該当すると解した上で、「医師が主体となって施行すべきものである」が、「医師は採血行為のすべてをみずから行なわなくてはならないものではなく、適切な監督指示の下に診療の補助として看護婦を従事させることができるが、その程度は看護婦の熟練度および採血方法のいかんと密接に関連するものと考えられる」と述べており、医師の責任について次のように判示している。

まず、採血方法について、日本における「採血方法としては平圧式と減圧式の二方法」が行われているが、本件の第二内科において行われていた採血方法は、「電気吸引器を吸引ポンプとして用いた平圧減圧式方法に属する」。次に、採血行為の分担について、採血方法の決定は医師の責任であり、「採血の具体的行為は看護婦に補助させることができると解されるが、その限度については」、採血方法によって異なるものである。すなわち（ⅰ）「平圧式による場合、是非は別として、実際の採血行為は看護婦が行ない、医師はこれに立ち会わず間接的に監督する形をとっている例が多い」が、（ⅱ）「平圧減圧式方法による場合は、採血瓶の中の圧を減ずるために何らかの吸引器を使って操作することになるが、その吸引器の方式あるいは種類については特に規格はなく、従って、採血のやり方はその用いる器械の機能によって異ってくると考えられる。……採血にあたっては、医師は採血室の隣室に位置し、主として供血者の検診に携わり看護婦が採血室において採血する」べきである。吸引専用とされている真空ポンプは、「器械あるいは操作に何らかの故障があってもせいぜい平圧になるに過ぎず、陽圧になることはあり得ない」が、「同センターでは採血車による採血も平圧減圧式によっており、吸引は同車に設置されている小型の真空ポンプを用いる」。この採血の施行法、「とくに看護婦に実際の採血を行なわせているやり方が、もし是認され得るものだとするならば、それは第一に、吸引ポンプが吸引専用とされており、圧力もほぼ一定に保つことができ、器械あるいはその操

作に故障があつてもそのことで供血者に危害を与えることのないよう装置・構造上の配慮がなされていること、第二に看護婦に対し十分な訓練を施していることによって、医師は採血室に立ち会わず隣室に所在し不測の場合にそなえることで足りるとされているからと思われる。しかし、本件の如く器械が吸引と噴射の両機能を併有させたままであって、かつ二人以上の協同作業によらざるをえない採血にあっては、必ずしも同一に談ずることはできない」。したがって、「本件電気吸引器は吸引と噴射の両用のものとされていて、これを採血に使用するにあたり、誤つて噴射用（陽圧）パイプが用いられるときは供血者の体内に多量の空気を射入し、採血に際し最も忌むべき空気塞栓の事態を惹起する危険のあることは医療従事者としては当然予知しうるし、予知すべきものである」という点に鑑み、結果を回避するためには、段階的にいくつかの手段があるが、医師としては少なくとも、看護師の作業を二重に点検しなければならないとされる。すなわち、本件の採血が二名以上の者の協同を必要とする場合、「採血針を供血者の静脈に刺入する作業は医師が、電気吸引器を操作する作業等は看護婦がそれぞれ分担していたことは」合理性を有すると認められるが、医師が「補助者たる看護婦による電気吸引器の操作に過誤がないかにつき重要な関心をよせ、とくに吸引作用に正しくセツトされているかをみずから点検確認するか、少なくとも看護婦に具体的な指摘をして再点検せしめることが必要である。このことは協同して採血を施行している医師にとつては比較的容易なことであり、しかも危険防止のため十分有効性をもちうる」、とされる。

このように、標準的な採血方法を用いる場合には、十分な訓練を受けている看護師が採血を行う際に、危険を防止するために、医師に監督義務のみを負わせることで十分である。しかし、本件の採血方法は、標準的な採血方法にくらべて高い危険性を有するものであるため、看護師と医師の共同作業が必要とされる場合に、その業務分担は、形式上の合理性があったものにすぎない。すなわち、実質的な合理性がないものであるため、業務分担関係にしたがって各人の注意義務かつ責任範囲を限定できない。この点について、第一審判決は、「一般に医業の領域ではそこで通常行なわれている慣行に従えば相当の注意義務を果したとされることもあるが、これは医学の水準に照らし是認される慣行に当る限りい

いうることである。悪しき慣行は基準とはならない。第二内科における右の慣行は必要な検討も経ないまま広がつた、標準的な採血方法を行なつている他の機関のやり方にくらべ危険度の多い、まさしく悪しき慣行であつたというほかなく、これに従つたからとて被告人を免責するものでは決してない」と判示した。本判決は「監督」という文言を使っているけれども、看護師の作業に対する点検確認義務は、業務分担の実質的な合理性を欠くため、監督義務ではなく、医師自身の注意義務として扱われるべきである。

## Ⅲ．過失競合の否定例

医師自身の注意義務を否定している判例としては、【事例７】北大電気メス器事件[64]（札幌高判昭和51年３月18日判タ311号117頁）がある。

（事実概要）被告人Ｘは、間接介助看護師として業務に従事していたも

[64] 本件評釈として、飯田英男「北海道大学電気メス事件」唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選』（1989）150頁以下、同「北海道大学電気メス事件」唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選〔第２版〕』（1996）50頁以下、平良木登規男「予見可能性の意義」平野龍一ほか（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論〔第３版〕』（1991）110頁以下、米田泰邦「刑事過失の限定法理と可罰的監督違反（上）―北大電気メス禍事件控訴審判決によせて」判タ342号（1977）11頁以下、同「刑事過失の限定法理と可罰的監督違反（中）―北大電気メス禍事件控訴審判決によせて」判タ345号（1977）19頁以下、同前掲注（37）34頁以下、福田平「電気メス器誤接事件」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）123頁以下、井田良「予見可能性の意義（１）：北大電気メス事件」芝原邦爾ほか（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論〔第５版〕』（2003）100頁以下、同「チーム医療と信頼の原則――北大電気メス事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第２版〕』（2014）152頁以下、古川伸彦「予見可能性の意義（１）：北大電気メス事件」西田典之ほか（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論〔第６版〕』（2008）102頁以下、中谷瑾子「過失犯における予見可能性と信頼の原則――いわゆる北大電気メス禍事件第一審判決――」ジュリスト臨時増刊『昭和49年度重要判例解説』（1975）135頁以下参照。

ので、被告人Ｙ医師が執刀医となり、電気メス器を用いるなどして患者Ａに対する動脈管開存症の根治手術を行った際、その手術自体は成功したものの、Ｘが電気メス器についてはケーブルの接続、ダイヤルの調整などを扱うことになったところ、不注意にケーブルを誤接続させたまま、これを手術の用に供し、Ｙが右電気メス器を使用した際、手術器本体の出力端子から流れる高周波電流の一部が対極板ケーブルをへて対極板の装着された同患者の右下腿部､同部位に接近して装着されていた心電計の接地電極、心電計、そのアース、および電気メス器のアース、対極端子を結ぶ回路に分流し、右回路中、電気抵抗の高い右対極板装着部に高周波電流による多量の発熱が生じることになり、同患者の右足間接直上部に重度の熱傷が生じ、右下腿部切断のやむなきに至ったというものである。第一審（札幌地判昭和49年６月29日判タ311号117頁）は、看護師Ｘの過失があるとして有罪とされ､執刀医は無罪とされた。看護師の側と検察側双方が控訴したが、控訴審は、各控訴を棄却した。

本判決は、信頼の原則の適用に関しても重要な意義を有するものであるが、以下では、まず、執刀医の問題となる注意義務は、看護師と重畳的に負う点検確認義務か、あるいは看護師に対する監督義務かに関する判断に焦点に当てることとしたい。第一審は、執刀医として、電気メス器を使用して手術をしようとした際、そのケーブルの接続を介助看護師であるＸに任せることなく、自らもケーブルの接続の正否を点検確認すべき業務上の注意義務またはその懈怠の有無をめぐり、執刀医が、慣行に従って看護師にケーブルの接続の操作を行わせ、自らその接続の正否を点検確認しなかったからといって、直ちにこれをもって刑事責任の前提としてよいほどの注意義務の懈怠があったとみるのは相当でないと判断した。主な判決要旨は、以下の通りである。

（ｉ）業務分担関係に基づく責任分担の正否

①本件の動脈管開存症に対する手術は、「大動脈との分岐点で動脈管を切離し、肺動脈への血液の流れを断つことが必要であるが、大動脈直近にメスをあてるため大動脈に損傷を与えて大量出血を招くとか神経損傷などの危険を伴い高度の技術を要する手術である」ことに鑑み、医師の本来

的役割を顧慮し、「手術操作の専念者である以上、執刀医が補助的準備的作業の正確性について払うべき注意力はおのづから限られたものであり、かつ限られて然るべきものである」。他の補助的スタッフの担当している「執刀医でなくてもなしうる補助的、準備的作業については、できる限り執刀医以外の手術助手や看護婦が各自全責任をもって又は連帯して処理し注意を払うべきことが期待される。電気メス器本体について、アースを引くことやそのケーブルの接続もこれに含まれるであろうし、更にケーブルの接続の正否の点検の必要が認識される場合におけるその点検確認なども、本来的にはここにいう補助的準備的作業の範囲に含まれるといってよい」。

②慣行に従う分業関係の合理性は、予想される危険の程度をコントロールできるかどうかによって判断し、本件のような危険の内蔵性をそれほど強調することが許されなかった電気メス器について、そのケーブルの接続を看護師に任せ、医師自らこれを点検確認しなかったからといつて、その措置が不当であったとはいえないとされる。

つまり、危険の防止の角度から見て、執刀医と看護師の業務分担関係が実質的合理性を有し、看護師の接続の操作の正否をについて二重に点検確認を行うことは医師自身の注意義務として認められなかった。このような一般社会からみて明らかに不当であり、または非常識であり、あるいは危険とみられるものではない慣行に従ったことは、一応、標準的注意をつくしたものとして刑事責任を否定することができるという趣旨が窺われる。

（ⅱ）執刀医として具体的な危険性について具体的な認識の有無

「執刀医が具体的な認識を有していたような場合あるいはこれを容易に認識しえたような場合においては、執刀医の本来分担すべき業務の範囲に止まることなく、自ら又は他の手術助手に指示するなどして、ケーブルの接続の正否を点検確認すべきであったといわなければならないが」、①「手術部において電気メス器とケーブルを整備提供する場合、本来の附属品たるケーブル又はそれと同様交互誤接続不能なケーブルを準備提供すべき義務」があって、「各診療科の医師において、電気メス器の使用書記載の注意を守って使用する限り、事故は生じえないと考えてよい程度に整備す

べき義務があったことにより、診療科の医師一般の立場からいうならば、交互誤接続不能なケーブルが手術部により提供されるものと期待して然るべきであった」。

②本件「病院における特殊な事情として、手術部の看護婦や技能員によつて附属品以外の子供用対極板ケーブルが作られていたり、附属品以外のメスケーブルが準備提供されたりしていた実態を、診療科の医師である被告人Ｙにおいて容易にこれを知りえたのでない」。「執刀医の立場からみて具体的な危険発生の予兆も認識されないのに、その作業の正否について一々積極的な注意や関心を向けなければならないとしたならば、執刀医が本来果たすべき領域について集中的かつ徹底した注意を向けることは不可能となり、手術成績の向上は望みえず、それこそ患者に対し重大な危険をもたらすことになるため、執刀医においてケーブルの交互誤接続の可能性について具体的な認識を持たず、かつそのような認識を容易にもつことができたともいえない」と第一審は判定した。

以上から、第一審は、執刀医に注意義務違反がなかったとして、刑事責任を否定した。しかし、控訴審は、両者の間に合理な慣行に従った業務分担関係を肯定したとしても、「医師の診療行為を看護婦が補助する立場にあるものというべく、看護婦の補助行為について、それが看護婦の業務に属することを理由に、当然に医師の監督を排除すべきものとし、もしくは不要なものと解すべき理由はない。（従って被告人Ｙの弁護人の、ケーブルの接続が治療のための準備行為にすぎないものとし、その点を理由として直ちに右行為から生じた結果については専ら担当した看護婦の責に帰せられるべきである、とする主張は採用することができない）」（下線は筆者による）と判示し、以下の点を示している。

（ｉ）「看護婦の補助行為が性質上医師の監督に服するものであるにしても、およそ危険を内在する補助行為については、事情の如何を問わずことごとく医師において具体的な点検・確認を行なうべく、看護婦の措置を信頼する余地を許さないとすることは、当該医療行為における医師の役割や医師による点検の実施が当該医療行為自体に及ぼす影響をも無視することになり首肯しうるところではない。医師が看護婦の補助行為に対する監

督としてどのような措置をとることが義務づけられるかは、結局、補助行為の性質、当該医療行為の性質、作業の状況、医師の立場等の具体的状況に照らして判断されるべきである」。

（ii）「チームワーク手術における執刀医の立場は、自らは直接作業に携わらず、専ら配下の各員に指揮命令して作業を分担・遂行させ、その状況を監督することを本旨とする純然たる統率の地位にあるものとは性質を異にする面があるといわなければならない。……もとよりチームワークによる手術の執刀医も、執刀医としての立場で、自己の医療行為に対する補助者の補助行為に対する指示ないし監督義務を負うことは当然であり（但しどの程度の監督義務を負うかは上述のとおり具体的状況により判断されるべきである。）、また自らがチームの作業の中核である執刀を担当する関係上、補助者に対する指示・監督の外、手術の遂行について調整的権限を有する場合もありうると思われる。しかしながら、チームワークによる手術の執刀医が、単に執刀医としての立場だけにとどまらず、右の限度を越えて、当然にチームを指揮監督する統率者の地位にもあるものとして、その立場を前提とするチームの成員の作業に対する監督責任まで負担すべきものと即断することはできない。チームワークによる手術の執刀医の立場を右のように解することは、さきに述べた執刀医の本来の役割と対比して調和しないものがあることを否定できない」。

（iii）「本件手術の性質、患者の容態及び執刀直前の執刀医の役割、心理状態等に照らして考えると、本件のような危険性の高い重大な手術の執刀医としては、手術遂行に万全を期する以上、執刀直前の時点において、患者の容態を最終的に確め、手術を誤りなく遂行するための手順・方法を確認し、術中に起こりうべき容態の急変、大出血、合併症等の突発事態に対処すべき方策を検討すると共に、執刀を目前にして精神の安定と注意の集中をはかる必要があり、その時点での有形的な作業の有無にかかわらず、手術自体以外の分野に注意を向ける精神的余裕は乏しかったものと認められ、かかる立場にある執刀医に対しては執刀中に準じて手術そのものに精神を集中しうることを可能ならしめる態勢をとることが望まれ、執刀医が注意を他に分散して精神の集中を妨げられる結果を来すことは手術遂行に及ぼす影響も懸念されるところで手術目的の達成上好ましからぬことといわなければならない」。

（iv）看護師Ｘは、本件「病院手術部に勤務していた正規の看護婦で、電気手術器を使用する手術に対する介助の経験をも積んでいたものであり、被告人Ｙも、被告人Ｘについて詳しくは知らないものの同人がベテランの看護婦であることは承知していたこと（被告人両名の当審公判廷における各供述）、電気手術器のケーブルの接続は、既述のとおり診療の補助行為ではあるけれども、極めて単純容易な作業に属し、その方法について医師の指示を要するようなものではなく、およそ資格のある看護婦が担当してたやすく誤りを犯すとは容易に考えがたい種類の行為であること、それまで看護婦のしたケーブルの接続が誤つていたため不慮の事故を起こした例は皆無であつたことが明らかである。このように経験を積んだ正規の看護婦が共同作業における自己の分担として、方法につき何ら医師の指示を要しない極めて単純容易で定型的な作業を行なっていたという点は、看護婦の当該作業に対する医師の信頼の当否を判断するうえに斟酌さるべき一事情たることを否定できない」。

（ｖ）「従来対極板の装着が不完全であったため患者に軽度の火傷を生じた事例があることをもって事故発生の予兆であるというけれども、被告人Ｙが当時かかる事例の存在を認識していたことを認めるに足りる証拠はないのみならず、それまで他に右事例があったからといって、これを目して本件手術時におけるケーブル接続の過誤ないし危険発生の予兆とするに足りないことは明らかである」。「本件手術開始後電気手術器のメスの利きが弱く、被告人Ｙが本件のダイヤルの目盛を上げたのにしばらくの間その状態が改まらなかった現象のあったことが認められる」が、「本件事故当時まで同病院備え付けの電気手術器を使用した際、本体内部の接触の具合等によるためか、ケーブルの接続に誤りがないのに利きが弱くなり本体を振動させたり、各部を点検したりしているうちに正常に復することがまれではなく、右事実は被告人Ｙを含め電気手術器を使用する関係者の知るところであり、本件手術時にみられた利きの弱さも従前に経験された域を出ないものであったことが認められるから、右の現象をとらえてケーブルの接続の過誤ないし危険発生の予兆があったものとみるのは相当でない」とされ、ケーブルの接続の過誤ないし危険発生の予兆があったことは認められない。

（vi）執刀医の負担を考慮し、医師、看護婦が共同して行なう外科手術

において、看護婦の行なう電気手術器のケーブルの接続の正否が患者の安全にかかわりがある以上、過誤防止のためには単に接続を担当する看護婦自身の注意に依存するだけではなく、これを補う他の適当な方策が講ぜられて然るべきである。しかし、その方策としては、執刀医による点検が唯一の措置ではなく、執刀医に比すれば相対的に精神的時間的余裕があったかと思われる指導医もしくは助手による点検も考えられ、またケーブル及び本体の接続口の色テープによる区別も誤接続防止にかなり有効であったと思われ、さかのぼって事故防止のための器械・器具の総点検及び整備が十分にされる必要のあったことも明らかである。そして、右のうち器械自体にかかる事故防止の手段は本来手術部の講ずべきものであったのであり、このように誤接続防止のため他にとりうべき方策がありうるのにその措置がとられない状態で、執刀医にのみその負担を代替させることは、少くとも執刀中もしくは執刀直前の段階についていう限り、本件のように重大な手術遂行に重い負担を負う執刀医の立場に照らし合理的であるとはいえない」。

以上を前提に、控訴審は、「医師は人の信頼を受けて人の生命・健康を管理することを業とする者であるからその業務の性質に照らし人に危害が及ぶことを防止するがために最善の措置を尽すべき高度の義務を課せられていると主張する。確かに医師がその業務にかんがみ診療に伴う危険を防止するため高度の注意義務を負うことは抽象的には所論のとおりであるが、その義務が無制限に課せられてよいものではなく合理的な限界があるべきことも当然である。医師の行為が刑法上の制裁に値する義務違反にあたるか否かは、当該専門医として通常用いるべき注意義務の違反があるか否かに帰着すべく、結局当該行為をめぐる具体的事情に照らして判定される外ない。執刀医である被告人Ｙにとつて、前叙のとおりケーブルの誤接続のありうることについて具体的認識を欠いたことなどのため、右誤接続に起因する傷害事故発生の予見可能性が必ずしも高度のものではなく、手術開始直前に、ベテランの看護婦である被告人Ｘを信頼し接続の正否を点検しなかつたことが当時の具体的状況のもとで無理からぬものであつたことにかんがみれば、被告人Ｙがケーブルの誤接続による傷害事故発生を予見してこれを回避すべくケーブル接続の

点検をする措置をとらなかったことをとらえ、執刀医として通常用いるべき注意義務の違反があつたものということはできない」と判示した。

本件において、第一審は、分業関係に基づく責任分担の当否や具体的な危険性に関する具体的な認識の有無の問題に焦点を当てて、電気メスを用いた手術を行う際に、看護師に委任せず、自らも接続状態を確認することが医師自身の注意義務であったかどうかを分析した。それに対し、控訴審は、補助行為の性質、当該医療行為の性質、作業の具体的状況、医師の立場等に照らして、執刀医として、本来の職務を超えた看護師に対する監督義務の有無を中心に分析を行ったことが窺われる。控訴審の判決は、「監督過失」という表現を用いることで、意識的に医師自身の注意義務と監督義務を区別しているか否かは明らかではないが、少なくても、医師に、本来の職務に伴う自身の注意義務以外、他人の作業までについて注意を払うべき場合がありうるという点が示されている。

要するに、共同作業の場合に、特に医師が看護師の行為に基づいて自らの業務を行う場合には、当該行為を完全に他人に任せることなく、自らもその正否を点検確認すべきかどうかは、分業関係の当否と分業関係のもとで重畳的な注意義務の有無に関わっており、他人の行為を利用した自らの行為から生じる危険性を回避すべき、という側面から、自身に課される重畳的な注意義務であると解することが可能である。しかし、類型的作業行為に内含する具体的な危険性（具体的な予見可能性を有することを前提とする）をコントロールできるかどうかを基準として判断して、実質的な合理性のある分業関係の存在が肯定される場合には、このような自身の注意義務を否定することができる。もっとも、自身の注意義務を否定したとしても、過失が成立する余地がないわけではなく、看護師の過誤ないしその危険性の兆候があったかどうかを分析し、医師にその兆候を察知する義務を負わせることは、医師の本来の役割にどのような影響を及ぼすことに鑑み、医師自身の注意義務以外に、結果回避義務があるかどうかをさらに考察すべきである。

したがって、看護師の間接的な過誤を看過した医師が、自らの行為により事故が発生した場合に、医師の過失は、監督過失とする余地がないと考えられ、直接過失とすべきである。このような直接過失には、自身の注意義務違反によるものと、本来の職務を超えた注意義務の違反によ

るものがある。前者が肯定されるときには、後者を分析する必要はないが、前者が否定されるときには、後者の有無についての分析をさらに行うべきである。多くの場合、そのような区分によって決して異なる結論に至るわけではないことを否定できないが、これらの注意義務の根拠づけについては微妙な差異があるように考えられる。この点は「信頼の原則」と密接に結びづけているため、章を改めて検討しておきたい。

## 第２節　上下関係にある医師間の連携

本章の冒頭に述べたように、医師と看護師の間では、能力上の上下関係のみならず、地位上の上下関係を重視すべきであるのに対して、医師同士の間には、従来、医師の専門性・独立性という見地から、医師は独立して、患者に対する治療上の決定権を有し、医療過誤の刑事責任の追及も、直接患者の治療に当たった医師にとどまっていた。しかし、これは、医師同士間では監督過失の成立がすべて否定されることを意味するわけではなく、上下関係にある医師間の連携において、監督過失が成立する余地はあり、しかも、医師と看護師の連携の場合と同様に、とりわけ診療科のリーダーが関わる場合に、診療科のリーダーの過失は、直接過失か、監督過失かも問題となりうる。また、垂直的な分業関係における過失の判断に関する問題については第１節で詳述したので、この節では、上下関係にある医師間の連携において特有の問題のみを議論しておきたい。

### 第１項　研修医の過誤に対する指導医の責任

#### Ⅰ．研修医が行う医行為の基準

日本では、診療に従事しようとする医師に対し、臨床研修が必修とされて行われている（医師法16条の２）。その期間、原則として研修医が行うあらゆる医行為には指導医[65]の許可が必要とされるが、医療現場に

[65] 病院診療の指導医は、臨床経験10年以上で、かつ、２年以上の医学部学生あるいは研修医の指導経験を持つ者が望ましいのみならず、卒後臨床研修セン

おいて研修医が行う医行為は、以下の３つのレベルに大別することができる[66]。（ｉ）レベル１は、研修医が単独で行ってよい医行為である。レベル１の医行為は、それを初めて実施する時には、指導医の立ち合いのもとで実施すべきであるが、その後、特殊な状況がなかった場合には、研修医が単独で行えることとなる。例えば、定期処方の継続、静脈注射、医療面接は、このレベル１の行為に属するものである。（ii）レベル２は、指導医の許可を得た上で、単独で行ってよい医行為である。このレベルの医行為は、「同じ医療行為であっても患者個々に条件が異なる。同一患者における同一医療行為であっても患者の状態は一定ではないので、毎回許可を得てから実施する」。例えば、定期処方の変更、輸血、診断書の作成は、レベル２の行為にあたる。（iii）レベル３は、指導医の立ち合いを必要とする医行為である。このレベルの行為は２年間の研修期間において、研修医単独での施行を一切認めないとされる。例えば、関節内注射、内診、侵襲的検査や処置は、レベル３の行為に属する。なお、「実際の運用に当たっては、単独で行ってよい診療行為についても、指導医・上級医が責任を持って個々の研修医の技量を評価し、身だしなみ、立ち居振る舞い等をチェックしたうえで、各診療科・診療部門における実状を踏まえて実施する必要がある。各々の手技については、たとえ研修医が単独で行ってよいと一般的に考えられるものであっても、施行が困難な場合は無理をせずに上級医・指導医に任せる必要があ」[67]り、すなわち、医師と看護師の場合と同様に、指導医と研修医の場合にも、下位者のできる行為の範囲は、固定されたものではなく、危険のコントロールを目的として柔軟に対応し、実際の状況に合わせて決定されるべきであり、また、この範囲の決定権をもっているのは、通常、上位者の医師

---

ターなどが開催する研修指導医講習会、ワークショップなどを受講した者、学会専門医の資格を持つ者である。（厚生労働省ウェブ・サイト内 https://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/06/s0627-3h.html（2022年５月11日最終閲覧））

[66] 北海道大学病院臨床研修センターホームページ参照。（https://clinical-training-center.huhp.hokudai.ac.jp/junior-resident/standards/（2022年５月11日最終閲覧））

[67] 慈恵大学ホームページ参照。（http://www.jikei.ac.jp/boshuu/kensyuu/katsushika/shinryoukoui.html（2022年５月11日最終閲覧））

であることが明らかである。

## Ⅱ．研修医の立場及び責任

研修医の立場及び責任に関して、【事例８】の判決（広島地判平成15年３月12日判タ1150号302頁）は、重要な判示を示していることから、ここでは、同判決の要旨を紹介しておきたい。

（事実の概要）被告人Ｘは、Ａ市民病院外科の臨床研修医として勤務し、同病院心臓血管外科における研修のため、同科が行う診察、治療等の業務に従事し、患者Ｂ（当時２歳）の担当医として、同児に対する肺動脈狭窄の解除、心室中隔欠損及び心房中隔欠損の各閉鎖の手術が行われた後、午後１時40分ころから、同児が同病院集中治療室に収容された際には、上記手術に引き続き同児の担当医として同児の容態の観察を行っていたものであるが、上記手術後は、致死的不整脈である心室細動が起こり、血液の駆出停止等により低酸素性脳症等の脳障害を引き起こすおそれがあるところ、当時、同児は心室細動発生につながり得る心室性期外収縮を頻発させていたのであるから、同児の容態観察に当たっては、監視モニターの確認及び肉眼的方法等による同児に対する全身状態の観察、把握等を十分に行わず、さらに、監視モニターの動脈圧数値等の異常表示に気付いた後も、異常表示は器具の不具合によるものと思い込み、心電図の確認や肉眼的方法等による容態観察を行わず、器具の調整のみに当たった誤判断により、同児が心室細動による血液駆出停止を惹起した際、その発見及び救急措置が遅れ、よって、そのころ、同児に対し、酸素欠乏に基づく全治不明の低酸素性脳症の傷害を負わせたというものである。本判決は、研修医を罰金刑に処した。

検察側は、被告人Ｘは被害者の主治医としてICUにおいても術後管理に当たっていたのであるから、本件の結果に対して業務上過失傷害の責任を免れないと主張したのに対して、弁護人は、被告人Ｘは、市民病院の臨床研修医として、心臓血管外科での研修に従事していたもので、同科の業務のうち、指導責任者又は指導医の指示、指導のもとに行う業

務のみを行うことができたのであって、被害者の術後管理を行う義務はなく、被害者の治療に対して全責任を持つ主治医でもないのであるから、被告人において被害者の心室細動等の異常を発見し、それに対処する義務はない旨主張した。

本判決は、まず、第一に、被告人Ｘの地位について、本件市民病院の心臓血管外科において、「１人の患者について、２～３名の医師を、病棟での担当医と定め、これを『主治医』あるいは『病棟主治医』と呼び、いわゆる臨床研修医と上級医をこれに指名して、上級医を臨床研修医の指導医としていた」という医療体制が行われており、本件の被害者に対しては、「心臓血管外科の主任部長であるＣと被告人が病棟担当医となった」のみならず、「被告人も、被害者の入院当初にその両親に対して、自ら『主治医』と自己紹介したことが明らかであ」ると判示しており、被告人の主治医の地位が認められる。

第二に、被告人の責任の有無について、（ⅰ）「一般には、『主治医』とは、担当患者の診察、診療に最も中心的な責任を負う医師を意味する用語として用いられることが多いけれども」、本件の診療科では、１名患者について複数の主治医が定められ、そのうち、研修医と指導医という関係があるため、主治医の身分を有することで直ちに担当患者の診療の中心的責任を負うと断じてはならず、（ⅱ）「本件病院におけるICU運営要項等によれば、ICUは麻酔・集中治療科が管理・運営しICUに収容された手術後の患者については、麻酔科の医師が術後管理の責任を負うとされているが、心臓血管外科の患者については、同科の担当医も必要に応じて患者の術後管理に当たることが通例となっていたものと認められる」として、「被害者の術後管理に関与していた心臓血管外科の医師も一定の責任は免れないところであ」り、かつ「被告人は、心臓血管外科の研修医としてICU内の被害者に付き添っていたものであるが、上級医の指導の下で研修するとはいえ、被告人は単なる研修生ではなく、医師として患者の診察・診療に当たるのであるから、一定の注意義務と責任を負うことは当然であり、研修医であるが故に何らの責任も負わないと解することはできない」と判示している（下線は筆者）。

第三に、被告人Ｘが負っていた具体的な注意義務について、「被告人は病棟担当医として、被害者の入院に際して診察をし、また、手術前の

カンファレンスにも参加した上、手術の際には、第３助手として鈎引きを担当し、術後の被害者に付き添っていたものであって、被害者の病状や容態を相当程度に把握し得る立場にあり、また被害者のベッドサイドには監視モニターがあり、被告人は、医師として、心電図等の基本的な読み取り方や心室細動の波形については知っていたものと認められるのであって、以上の事実関係からすれば、被告人は、研修医であるとはいえ、被害者を担当する医師として、少なくともその容態を観察するとともに、ベッドサイドモニターを確認し、心室細動等の異常が生じた場合には、直ちに指導医である上級医や他の医師等に報告して被害者の病状悪化、ことに心室細動等による脳障害の招致を防止すべき注意義務があったというべきである」とされた。

また、研修医であっても、医師としての基本的注意義務を負い、これを怠った責任が認められるとした判例としては、さらに福岡高裁宮崎支判平成２年９月13日判タ770号76頁、甲府地判平成６年６月３日判タ1035号37頁などがある。

## Ⅲ．研修医に対する指導医の責任

前記指導医の「許可」は、看護師が診療の補助を行う前の医師の「指示」とは同様に、当該行為の開始要件として位置付けられるべきであるから、許可の是非に関しては、その責任は指導医のみにあるといえる。また、原則として、研修医の過失により結果が発生した場合、指導医の監督過失も問題となりうる。研修医と指導医の間には、臨床医にとって必要な知識・技術上の高低が認められるけれども、既述したように、研修医にとっても、医師免許を取得し、医師としての基本的な注意義務を負うため、指導医の監督過失の成否については、慎重に判断を行うべきである。まず、第一に、監督義務の有無については、指導医による監督が必要なのは、研修医が初めて医行為を行う場合と、レベル３の医行為を行う場合に限られるため、それ以外の場合には、一般的に、指導医の監督義務は否定される。第二に、指導医の監督義務を肯定する場合においても、監督義務違反の正犯性の判断は、補助者の場合よりも厳しく行うべきである。第三に、指導医と研修医が、共同して患者の診療を担当している

場合に、指導医自身の注意義務違反と監督義務違反を明確に特定しなければならない。この点については、下記の埼玉医大抗がん剤過剰投与事件を例として、診療部門のリーダーの責任とともに論じることにする。

## 第２項　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その二）
## ――埼玉医大抗がん剤過剰投与事件を例として――

診療部門のリーダーは、当該診療部においてその構成員の選任、配置という人的組織と、施設、設備などの配置、点検という物的組織を適切に確立する管理義務を負うことは明白であるところ、診療部門における診療全般を統括し､部下である医師らが担当する具体的な診療に対して、診療部門のリーダーは治療医としての注意義務を負うのか、または、どこまで監督義務を負うのかが問題となる。ここでは、【事件９】埼玉医大抗がん剤過剰投与事件[68]（最決平成17年11月15日刑集59巻９号1558頁）に寄せて分析を展開したい。

### Ⅰ．事実の概要及び判決の要旨

（事実の概要）被告人Ｘは、Ａ医科大学総合医療センター耳鼻咽喉科科

[68] 本件評釈として、多和田隆史「大学付属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例」ジュリスト1325号（2006）226頁以下､廣瀬清英「大学附属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例」判時1944号（2006）216頁以下、北川佳世子「抗がん剤過剰投与と主治医､指導医､科長の過失の競合」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）190頁以下、小林憲太郎「主治医が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例〔刑事判例研究130〕」ジュリスト1399号（2010）162頁以下、日山恵美「埼玉医大抗がん剤過剰投与事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第２版〕』（2014）154頁以下参照。

長兼教授として、同科における診療全般を統括し、同科の医師らを指導監督する業務に、被告人Ｙは、大学助手として、被告人Ｚは、同科病院助手として、患者の診療の業務にそれぞれ従事していた者であるが、被告人Ｙをリーダー、被告人Ｚを主治医として、研修医Ｂを加え、医療チームを組み、右顎下部の滑膜肉腫に罹患したＣに対し、抗がん剤である硫酸ビンクリスチン、アクチノマイシンＤ及びシクロホスファミドの３剤を投与する化学療法（VAC 療法）を実施するに当たり、被告人Ｚは、同療法や硫酸ビンクリスチンについての文献、医薬品添付文書の精査をせず、同療法のプロトコールが週単位で記載されているのを日単位と読み間違え、２ミリグラムを限度に週１回の間隔で投与すべき硫酸ビンクリスチンを12日間連日投与するという誤った治療計画を立て、それに従って研修医らに注射を指示し、Ｃに対し、連日硫酸ビンクリスチンを投与して多臓器不全に陥らせ、よって、同女を硫酸ビンクリスチンの過剰投与の副作用による多臓器不全により死亡させたというものである。

第一審（さいたま地判平成15年３月20日刑集59巻９号1570頁）では、主治医Ｚのほか、指導医であるＹと科長であるＸの責任を認めた。そのうち、指導医を罰金30万円に、科長を罰金20万円に処した。それぞれに関する判決要旨は以下の通りである。

（ｉ）指導医Ｙの過失

Ｙは「リーダーとして、被告人Ｚらを指導する役割を担っていたところ、滑膜肉腫や VAC 療法の臨床経験がなく、抗がん剤は細胞を破壊する作用を有するもので、その投与は患者の身体に対する高度な侵襲であることから、その用法、用量を誤ると患者の命にも関わる事態となり、また、強い副作用があることから、当該療法についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じて、その内容を十分理解し、副作用についても、その発現の仕方やこれに対する適切な対応を十分把握した上、主治医の被告人Ｚが立てた治療計画について、その適否を具体的に検証し、副作用に対する対応についても、同被告人を適切に指導すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、同年９月18日か19日ころ、被告人Ｚが立てた治療計画について了承を求められた際、同被告人が依拠した上記プロトコールの写を示されな

がら、それが週単位で記載されているのを見落とし、同被告人が立てた誤った治療計画をそのまま是認し、副作用に対する対応についても被告人Ｚを適切に指導しなかった過失」があった。

（ⅱ）科長Ｘの過失

「抗がん剤は細胞を破壊する作用を有するもので、その投与は患者の身体に対する高度な侵襲であることから、その用法、用量を誤ると患者の命にも関わる事態となり、また、強い副作用があることから、化学療法について十分な知識経験を有する医師の指導の下になされることが要請されるところ、当時同科には滑膜肉腫やVAC療法の臨床経験を有する医師がいなかったのであるから、VAC療法の実施を一般的な診療と同様に主治医の被告人Ｚやチームリーダーたる同Ｙに任せることなく、同療法についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じて、その内容を十分理解し、副作用についても、その発現の仕方やこれに対する適切な対応を十分把握した上、主治医の被告人Ｚが立てた治療計画について、その適否を具体的に検証し、同被告人の投与薬剤の副作用についての知識を確認するなどして、副作用に対する対応についても適切に指導すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、VAC療法を実施することを了承しただけで、被告人Ｚの具体的な治療計画を確認しなかったため、それが硫酸ビンクリスチンを12日間連日投与するという誤ったものであることを見逃し、副作用に対する対応についても適切な指導をしなかった過失」があった。

その後、原判決が、被告人Ｘ・Ｙ両名の過失につき、Ｃに対する監督医としての注意義務違反に限定し、患者に対する治療医としての注意義務違反を全く認めない縮小認定をしたのは事実誤認であるとして、検察側が控訴し、そして、被告人Ｘ及びＹも控訴した。

これにつき、控訴審（東京高判平成15年12月24日刑集59巻９号1582頁）は、原判決には、被告人Ｙにつき、Ｃに副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施すべき主治医としての注意義務及びその過失を認めなかった点、被告人Ｘにつき、Ｃに対する化学療法の実施に当たり科長回診等を行う治療医としての注意義務及びその過失内容を認定しなかった点で事実誤認があるとされ、原判決中被告人両名に関する部分を破棄した。指導医Ｙを禁錮１年６月に、科長Ｘを禁錮１年に処した。

判決要旨は以下の通りである。

（ｉ）指導医Ｙの過失

本件医療センターにおいては、「経験の少ない若手の医師や研修医を経験のある医師が指導監督しつつ、一緒に治療を進めていく」という観点に基づき、被告人Ｙ、被告人Ｚ、研修医Ｂは、患者Ｃの担当医として医療チームを組んでいた。

①具体的な投与計画を確認せず、投与間隔の誤った化学療法計画に基づいて、硫酸ビンクリスチンを過剰投与させた過失について。被告人Ｙは、「被害者担当の医療チームのリーダーであったもので、主治医と同様、被害者に対する治療責任を負っていたものである上、主治医のＺは、リーダーである被告人Ｙの承認なくして被害者の治療方針等を決定することができなかったものである」ところ、「滑膜肉腫やＶＡＣ療法の臨床経験がなく、抗がん剤は細胞を破壊する作用を有するもので、その投与は患者の身体に対する高度な侵襲であることから、前記Ｃの医療チームのリーダーとして治療を行うに当たり、滑膜肉腫及び前記各薬剤について、自ら臨床例、文献、医薬品添付文書等を精査検討し、また、科長である被告人Ｘ及び専門医等の指導助言を受けて、前記各薬剤の用法、用量、副作用、副作用発現時の対症療法等について十分理解し把握した上、前記Ｚに対し、適切な治療方法の計画立案を指導し、その化学療法において薬剤の投与間隔等に誤りがある場合には直ちにこれを是正」する「業務上の注意義務があるのに、これを怠り、臨床例、文献、医薬品添付文書等の精査検討をすることなく、平成12年９月20日前後ころ、前記Ｚから前記化学療法計画について承認を求められた際、その策定の経緯、検討内容（副作用に関するものを含む。）の確認を怠り、漫然とその報告を受け、前記Ｚが検索したプロトコールの一例の写しを示されながら、それが週単位で記載されているのに前記Ｚがこれを日単位と読み間違えて報告しているのを見過ごし、前記Ｚが立てた誤った治療計画をそのまま承認し、以後、前記Ｚらをして、投与間隔の誤った化学療法計画に基づいて、硫酸ビンクリスチンを連日同女の体内に静脈注射させて過剰投与させた。

②高度な副作用を看過し、これに対して適切な対応をとらなかった過失について。被告人Ｙは、チームの一員として治療医でもあったから、Ｃに

対するVAC療法が開始された後は、自らもCの治療状況、副作用の発現状況等を確認し、自己が休暇等を取る場合には主治医のZらからその報告をさせるなどしてCの状況を的確に把握し、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施して重大な結果発生を未然に防止する注意義務があることも優に肯定される。にもかかわらず、被告人Yは、これらを怠り、10月３日友里の容態を見るまでCの診察をすることなく、かつ、Cの治療状況を把握しなかったため、そのころまでにCに発現していた高度な副作用を看過した過失があることは明らかである」。

（ⅱ）科長Xの過失

「大学医学部医局内における科長（教授）は、診療科のすべての患者についてその治療方針を最終的に決定する責務・権限を有しており、その意味では、個々の患者に対する治療医としての責任を有していたもので、これを単なる監督責任と呼ぶことは相当でない。また、科長回診のときには直接患者を診察し、カルテをチェックするなどし、カンファレンスにおいて個々の患者の治療方針を医局全体で検討し、最終的に科長として決定していたものである。上記科長回診は主治医から報告を聞くだけであったとみるのは相当ではない。したがって、科長は、特に、入院患者に対しては、治療医として治療方針の最終決定権者であったと認められる」。

「このように、難治性の極めて稀な病気に罹患した患者に対し有効な治療方法が確立していない場合であり、かつ使用する抗がん剤もその使用法を誤れば重篤な副作用が発現し、重大な結果に陥る可能性があったのであるから、このような場合、科長であり、患者に対する治療方針等の最終的な決定権者である被告人Xとしては、Zの治療計画の適否を具体的に検討し、誤りがあれば直ちにこれを是正すべき注意義務を負っていたことはもとより、自らの科長回診及びカルテのチェック等により、患者であるCに対する治療状況、副作用の発現状況等を把握し、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施す注意義務を負っていたものと解される」。

「ZがVAC療法を選択したことについては、Z、被告人Y、同Xにおいて、同療法が最善の策であることにつき十分な検討がなされた形跡は認められないが、その点は、一応おくとしても、被告人Xは、ZがVAC療法を採用したいと承認を求めたときには、薬剤の具体的な投与計画を示させて、その適否を判断すべきであったことはもちろん、副作用及びこれに

対する対策につき十分な理解を有しているかなどを確認し、指導すべきであったものである。……そうであるのに、被告人Ｘは、Ｚに対し、症例を紹介する論文の写し等を交付し、県立がんセンターと治療方法について相談するよう抽象的な指示を出すなどしたにとどまり、９月20日前後ころ、Ｚが被告人Ｘに対し、Ｃに対して VAC 療法を行いたい旨承認を求めると、被告人Ｘは直ちにこれに承認を与え、具体的な投与計画や投与薬剤の副作用についてのＺの知識を確認することなどは一切なかった」。

「Ｃに対する治療の開始後には、被告人Ｘには治療医としての最終責任者としての注意義務があるところ、同年９月28日に実施された教授回診の際、Ｃのカルテ内容の確認を怠って、硫酸ビンクリスチン１日２mg を２日間連続投与したことに気付かず、同日のカンファレンスでもＺが VAC をやってますと報告し、被告人Ｘが具体的な薬剤投与計画の内容を確認することなく『よろしいですね、みなさん』などと発言し改めて承認を与え、硫酸ビンクリスチンが過剰投与されていることを看過したものである」。

その後、科長のＸは上告したが、最高裁（最決平成17年11月15日刑集59巻９号1558頁）は、上告を棄却した。科長のＸの過失について、次のように指摘されている。

「被告人は、主治医のＺや指導医のＹらが抗がん剤の投与計画の立案を誤り、その結果として抗がん剤が過剰投与されるに至る事態は予見し得たものと認められる。そうすると、被告人としては、自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、VAC 療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討し、これに誤りがあれば是正すべき注意義務があったというべきである。しかも、被告人は、Ｚから VAC 療法の採用について承認を求められた９月20日ころから、抗がん剤の投与開始の翌日でカンファレンスが開催された９月28日ころまでの間に、Ｚから投与計画の詳細を報告させるなどして、投与計画の具体的内容を把握して上記注意義務を尽くすことは容易であったのである。ところが、被告人は、これを怠り、投与計画の具体的内容を把握しその当否を検討することなく、VAC 療法の選択の点のみに承認を与え、誤った投与計画を是正しなかっ

た過失があるといわざるを得ない」（下線は筆者）。

「被告人には、VAC 療法の実施に当たり、自らもその副作用と対応方法について調査研究した上で、Ｚらの硫酸ビンクリスチンの副作用に関する知識を確かめ、副作用に的確に対応できるように事前に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちに被告人に報告するよう具体的に指示すべき注意義務があったというべきである。被告人は、上記注意義務を尽くせば、遅くとも、硫酸ビンクリスチンの５倍投与（10月１日）の段階で強い副作用の発現を把握して対応措置を施すことにより、Ｃを救命し得たはずのものである。被告人には、上記注意義務を怠った過失も認められる」（下線は筆者）。

## Ⅱ．検討

### １．指導医の過失

本件医療センター耳鼻咽喉科における診療は、「耳鼻咽喉科専門医の試験に合格した医師をリーダーとして、若手医師、研修医各１名がチームを組んで当たるという態勢が採られていた」。それぞれの職責については、指導医は、リーダーとして、「チームの若手医師らを指導する役割を担い、若手医師が主治医の場合であっても、リーダーの了承なしに治療方針を決定することができないこととなっていた」。

第一審判決では、主治医Ｚの過失、指導医Ｙの過失、科長Ｘの過失が競合して結果を惹起したと認定された。そのうち、本件の医療チームにおいて、指導医Ｙは、チームリーダーの地位に相応してチーム内の他の医師を指導する役割を担っていたことが認められた。その役割は、換言すれば、本件医療チームにおけるＹの職責である。この職責を果たすために、Ｙは、主治医Ｚが提案した本件の療法についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じて、その内容を十分に理解し、その副作用に対する対応についても適切な指導を与えるべき注意義務があった。この注意義務については、判決では「指導」という表現が用いられたことによって、第一審は、指導医Ｙの注意義務を監督義務として捉えると理解することは妥当でない。第一審では、この注意義務を、医療チーム内の権限・地位に基づいて主治医らを指導する指導医Ｙ自身の注意義務として捉える

と理解することができる。

しかし、控訴審が判示したように、Ｙを単なる指導者の立場にあると位置付けた第一審の判決は、患者Ｃ「に対する治療状況、副作用の発現状況等を的確に把握して、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施すべき」治療医としての注意義務を看過し、Ｙの注意義務を正しく理解しなかったものである。

本件において、主治医３人は医療チームを組んで、一人の患者に対して共同で責任を負うのであり、チームの共同意思決定（治療方針）を形成するために、若手医師が治療方針を提案し、リーダーがその提案を検討した上で治療方針を決定するという意味での「指導義務」は、チームの内部の権限に基づくものであり、治療医の立場が存在することによって、患者に対する自身の注意義務に包含することになる。控訴審は、第一審が認定したＹの注意義務の内容を拡張して解釈したにすぎないように思われる。

### ２．科長の過失

第一審は、まず、医師の高度の専門性を肯定した上で、「主治医を監督する立場にある科長は、主治医が一定の医療水準を保持するように指導､監督すれば足り､部下の医師の行う具体的診療行為の全てについて、逐一具体的に確認し、監視する義務まで負うものではなく、仮に主治医が医療過誤を犯しても、その刑事責任を問われないのが原則である」ということを認め、一般的な診療の場合における信頼の原則の適用可能性を提示した。さらに「本件のように難治性の極めて稀な病気に罹患した患者に対し、有効な治療方法が確立していない場合には、同様に解することができない」とし、科長のＸは「一般的な診療と同様に主治医の被告人Ｚやチームリーダーたる同Ｙに任せることなく、滑膜肉腫及びVAC 療法についての文献等の調査を通じて、その内容を十分理解し、そこで投与される硫酸ビンクリスチンについても、同様の調査を通じ、また、医薬品添付文書を熟読して、その用法、用量を理解し、副作用についても､その発現の仕方やこれに対する適切な対応を十分把握した上、主治医の被告人Ｘが立てた治療計画について、その適否を具体的に検証し、同被告人の投与薬剤の副作用についての知識を確認するなどして、

副作用に対する対応についても適切に指導すべきであった」（下線は筆者）と判示した。すなわち、第一審は、一般的な診療の場合に、科長として部下の診療行為を信頼する条件を否定しており、科長たるＸは他の主治医と同様に、患者に対する治療医の責任を負うこととなる。つまり、科長Ｘの注意義務も自身の注意義務と理解すべきであり、監督義務ではないと思われる。この点は、「被告人Ｘは、自ら本件治療計画を具体的に検討していない上、カンファレンスを主宰し、９月28日教授回診を行い、また、いつでも被害者の診療録を見得る状況にあった……同被告人は、自己に課された注意義務を果たしていない……」という第一審の判決の表現からも窺われる。

しかし、指導医の注意義務の認定と同じく、第一審が認定した科長の注意義務の内容も狭すぎると考えられる。控訴審は、本件診療科においても、「よくある症例でも、治療方針を決定する際には、科長に報告をして科長の許可を得ていたが、難しい症例、稀な症例、重篤な症例では、カンファレンスで討議をし、科長が最終的な判断をしていた」とし、本件患者の治療にあたり、科長たるＸは、治療医として治療方針の最終的な権限を持っているものであると判示した。具体的には、本件において、科長Ｘに①「Ｚの治療計画の適否を具体的に検討し、誤りがあれば直ちにこれを是正すべき注意義務」と、②「自らの科長回診及びカルテのチェック等により、患者であるＣに対する治療状況、副作用の発現状況等を把握し、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施す注意義務」があった。すなわち、控訴審の判決は、第一審の判決に比べると「監督的義務ないし指導義務を認めつつも、明確に本来の監督過失の理論構成を退け」、Ｘの「独自の過失が他２名の過失と競合するという理論構成を鮮明にしたといえる」[69]。

その後、最高裁の決定は、控訴審の判決のように、本件治療方針について科長たるＸの最終的な決定権を肯定した上で、同人の注意義務について、①本件「抗がん剤による治療の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、投与計画案の内容を具体的に検討して誤りがあれば是正すべき注意義務」を認めた。前述したように、本件診療は、

[69] 甲斐・前掲注（56）210頁。

一般的な診療のように、部下をすべてを任せるべきではなく、つまり、本件の事情の存在によって、通常の業務分担は実質的な合理性を部分的に喪失し、共同意思決定（治療方針）を形成する過程において、科長が自ら診療方針を詳しく検討した上で、決定することは不可欠な要件として取り扱われる。この限度で、科長は他の３名主治医とともに、患者の治療医としての責任を負うこととなる。

そして、副作用への対応についての科長の注意義務に関しては、原判決が治療医と同一の立場に基づくものとされるのに対し、最高裁の決定は、それは「過大な注意義務を課したものといわざるを得ない」とし、副作用への対応に関する科長の注意義務は、②「主治医らの上記抗がん剤の副作用に関する知識を確かめ、的確に対応できるように事前に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちに報告するよう具体的に指示すべき注意義務」にとどまり、科長の注意義務を限定的に解する趣旨であることが窺われる。②の注意義務は、①治療医としての注意義務とは異なり、直接に患者に対する注意義務ではなく、職制の下で業務分担に基づいて下位者が作業を行う際に過誤を犯さないように監督すべき義務に属するものであるように思われる。

したがって、最高裁の決定は、科長の注意義務について、自身の注意義務と部下に対する監督義務の双方を認めものである。医行為の危険性を段階的に分析し、危険をコントロールするために、現行の業務分担が実質的な合理性があるかどうかによって自身の注意義務の有無を判断し、さらに下位者に対する監督義務があるかどうかを判断するというアプローチを示しているという点で、本決定は重要な意義を持っているであろう。

### 第３節　小括

医師と看護師の連携において、まず、医師が看護師の作業に関与する範囲は、看護師が診療の補助を行う場合に限るべきである。具体的に、看護師に対する医師の注意義務は、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。そのうち、医師の指示は、診療の補助の前提となり、指示過失の判断で事後的結果回避可能性を重視すべきで

ある。医師の監督は、看護師が過誤を犯さないように行われる危険の制御手段であるため、医師の監督義務の有無とその程度は、診療補助行為自体のリスクと起こりうる過誤の類型とその発生頻度を合わせて考慮しなければならない。点検確認義務は、看護師が診療の補助の範疇を超えた絶対的医行為を行う際に、医師が負う注意義務である。また、医師と看護師が共同して作業を行う場合に、医師に課される注意義務は医師自身の注意義務か、監督義務かについては、危険防止の観点から、業務分担関係には実質的な合理性があるかどうかによって判断すべきである。よって、医師と看護師の連携において、過誤を防止するために両者が負う重畳的な点検確認義務は、医師自身の注意義務と解すべきである。

上下関係にある医師間の連携において、まず、研修医の医行為に対する指導医の「許可」と看護師の診療の補助に対する医師の「指示」とは同じ性質のものであり、どちらも下位者の行為の開始要件として捉えるべきである。そして、研修医にとっても、医師免許を取得し、医師としての基本的な注意義務を負うため、指導医の監督過失の成否については、慎重に判断すべきである。また、上下関係にある複数の医師が共同して作業を行う場合には、下位医の専門性と診療の難易度を合わせて、上位医師の注意義務の有無とその性質を判断すべきである。

## 第２章　水平的分業における過失の判断

### 第１節　検討視座と方法

本稿の第１章は、垂直的な分業関係の下で、関係者の過失判断に関する諸問題を検討してきた。本章は、水平的な分業関係の下で、関係者の過失責任のあり方について検討を加える。

まず、明確しなければならないのは、「水平的な分業関係」の定義である。水平的な分業関係とは、ある特定の作業が行われる際に、関与者の職位の上下を問わず、各関与者は、互いに指示・監督を受けずに、独立して職責を果たすことができるような分業関係を意味する。ゆえに、同職種間、異なる専門医間、医師と薬剤師の間には水平的な分業関係があることは言うまでもなく、医師と看護師の間にも、水平的な分業関係

がある余地が残される（指示・監督関係のない場合の協業）。

水平的な分業関係のもとで、複数の過失によって１つの結果を発生させた場合に、行為者の過失が同時的・並列的に競合する並列型の過失競合と、時間の流れの中で時点を異にして数人の過失が重なり合って結果を発生させる直列型の過失競合がありうる[70]。対等な関係にあった行為者の過失が並列的に競合する場合では、過失の判断は比較的容易であり、問題となるのは、これらの関与者は、過失の同時犯か過失犯の共同正犯かということである。この問題に対する検討は他章に譲る。ここでは、水平的な分業関係のもとで、引き継ぎ作業における直列型の過失競合に関する議論を中心にして検討する。

今日の医療体制、とりわけ大規模な医療施設では、引き継ぎ作業が多い。このような引き継ぎ作業が行われる場合、一般に、時間の流れの中で時点を異にして数人の過失が重なり合って結果を発生させる[71]。つまり、引き継ぎ作業において、医療従事者らが、それぞれ同一患者に対して、異なる作業を担当する場合や同一作業の異なる行程を担当する場合、または、時間の前後に同じ行程を担当する場合に、後任者が前任者の作業を点検・確認しないまま、漫然と信じることで事故を発生させることが一般的である。引き継ぎ作業で起こりうる事故は、（ⅰ）最初の行為者の過失がなければ、その後の過失も生じなかった点、（ⅱ）作業を引き継ぐ際に、後任者が前任者の作業を点検してその安全性を確認しなかった点、（ⅲ）各関与者の誰かが適切に対処していれば、最悪の結果は回避できた点に特徴がある。

このよう事故は、患者に近づくにつれて危険が増大していくという「スノーボール・モデル」で説明することができる[72]。すなわち、一連のプロセスの最初に作業をするスタッフが過誤を犯したときに、二番目のスタッフが引き継ぎ作業を行う過程でこの過誤を発見できれば危険を防止

---

[70] 競合態様の分類については、西原・前掲注（60）３頁以下参照。

[71] 日山恵美「エタノール誤注入と看護師の責任」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）227頁参照。

[72] 山内桂子＝山内隆久『医療事故：なぜ起こるのか、どうすれば防げるのか』（朝日新聞社・2000）114頁。

できるが、発見に失敗して最初のスタッフが創出した危険よりもより大きな危険を次のスタッフに向けて送り出し、このように、作業が継続されるうちに、危険の雪玉はドンドンと積もっていき、最後の大きな雪玉により、事故を発生させる[73]。

また、このような事故の発生メカニズムを説明しようとするものとして、ジェームズ・リーズン（JamesReason）が「スイスチーズ・モデル」が提唱されている[74]。「スイスチーズ・モデル」とは、「あるスタッフや機械が危険を発生させたとき、階層的な防護（人や設備）によってそれが事故になるのを防いでいるが、防護は完璧ではないので、チーズの穴（防護が不十分な箇所）がたまたま重なったところをその危険がくぐり抜けた場合に事故が生じるというもので」ある[75]。つまり、「スライスされた１枚１枚のチーズを１人のスタッフと考えれば、何人か集まれば少なくともそこに開けられた小さなミスは誰かが防いでくれるというわけである。ところが、事故の軌跡であるこの大きな矢印が示すように、これだけの専門の人間がいながら大きなミスを全員が見逃すことがときおりある」[76]。

引き継ぎ作業により結果が発生した場合に、直近過失一個説に立ち、偶然に最後に業務を行う者のみが全ての刑事責任を負うことは妥当でないとし、関与者のすべてを正犯（単独正犯）とすることが通常である。しかし、３人以上の行為者が関与していた場合、あるいは、比較的複雑な因果連鎖があった場合においては、責任を負うべき者をどのような基準に基づいて特定すべきかについて、議論が十分ではない。そして、このようなチーム作業の場合、「ひとたび一定のシステムの中に組み込まれると、そしてその組織活動の中で事故が発生すると、なかなかその『因

[73] 山内＝山内・前掲注（72）114頁、甲斐克則「医療事故の法的処理とリスクマネジメント：刑法・医事法の視点から」日本医療・病院管理学会誌48巻２号（2011）47頁以下。

[74] James Reason, Human Error, Cambridge University Press, 1990.P.208, Managing the Risks of Organizational Accident, Ashgate Publishing Limited, 1997.P.11-12, P.17.

[75] 山内＝山内・前掲注（72）113頁。

[76] 甲斐・前掲注（73）47頁以下。

果の連鎖』から脱却できないという方向に進んで」[77]おり、過失の競合が安易に認定され、過失犯の処罰がやや拡大傾向に走りすぎている傾向にあり、責任を限定する理論も検討すべきである。また、水平的分業は、さらに分業の基礎はそれぞれの専門的知識かどうかにより、同職種間の連携と専門職間の連携の場合に分けることができる。分業の基礎の異同は過失の判断にどのような影響を与えるかを議論することも重要である。以下では、同職種の引き継ぎ作業と異職種の引き継ぎ作業を分けて、それぞれにおける過失の判断及び責任の限定について検討を加える。

## 第２節　同職種間の連携

一人の患者に対して、複数の看護師が交替勤務制のもとで役割を分担して看護が行われている。例えば、血液凝固防止剤を患者に投与するにあたり、看護師Ｘが誤った薬剤を準備したが、引き継いだ看護師Ｙが薬剤の品名を確認せず、誤った薬剤を患者に注入したことにより患者を死亡させたという事案（東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁）は、交替勤務制のもとで発生したものである。また、下記の【事例10】京大病院エタノール事件（大阪高判平成16年７月７日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』590頁）のような３人以上が引き継ぎ作業を行う際に結果を発生させた事案もある。

（事実の概要）病院に勤務する看護師である被告人Ｘが、平成12年２月28日午後５時30分ころ、入院中の患者に装着された人工呼吸器の加温加湿器に滅菌精製水を補充しようとするにあたり、滅菌精製水の入ったポリ容器であると誤認して消毒用エタノールの入ったポリ容器を病室に運び込んで備え置いた上、同日午後６時ころから同月29日午前７時ころまでの間、加湿器のチャンバー内に滅菌精製水を補充しようとした際、被告人Ｘが準備した上記のポリ容器内から消毒用エタノール合計約300ミリリットルを取り出して、上記のチャンバー内に注入して補充した。次いで同月28日午後９時ころから同年３月１日午後11時ころまでの間、同患者の看護を担当

[77] 甲斐・前掲注（56）112頁。

したＡら看護師４名をして、上記ポリ容器内から消毒用エタノール合計約870ミリリットルを取り出して上記のチャンバー内に注入して補充させ、よって、約53時間にわたって気化したエタノールを患者に吸入させ、同患者を死亡させたというものである。第一審（京都地判平成15年11月10日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』587頁）は、看護師Ｘを禁錮10月、３年間の執行猶予に処したが、これに対してＸが控訴し、控訴審はこれを棄却した。

本件は、交替制のチーム医療として行われる看護体制のもとで、複数人の過失が時間の前後に従って累積的に重なったことによって結果を発生させた事件である。本件の争点は、複数の過失の介入によって最初の行為者の過失と結果との間の因果関係は中断されるか、または最初の行為者の過失から誘発された後任者らの過失をどのように評価すべきかというものである。

## Ⅰ．前任者である被告人の刑事責任

被告人Ｘの過失行為は、薬剤等の取り扱いに際してポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき業務上の注意義務を怠り、消毒用エタノール入りポリンタンクを滅菌精製水入りポリンタンクと軽信して被害者の病室に運び込んで備え置いた上、自ら10回にわたり合計300ミリリットルの消毒用エタナールを注入して補充した行為である。同人の過失行為と死亡結果との間には、他の看護師の行為が介入した。ここで検討すべき問題は、このような「介在事情」の存在によって、本件結果を被告人に帰属することを否定できるかどうかというものである。

被告人Ｘと同様に、Ａら看護師４名にも、薬剤の取扱いに際して、ポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき業務上の注意義務があり、Ａら看護師４名が確認しなかったまま注入作業を行ったことは上記注意義務に対する違反といえる。これを理由に、第一審判決（量刑の理由）は、「引き継いだ看護師４名の誤注入行為を被告人の過失とすることはできない」とされ、同時に、被告人の過失と引き継いだ看護師らの過失との間には、前者が後者を誘発した関係があると認定した。しかし、ここで判示された「誘発」は、具体的にどのような意味を持っているのか

が明らかではない。

本件において、被告人が消毒用エタノールの入ったポリ容器を病室内の所定の位置に備え置いたことによって、気化したエタノールを被害者に吸入させるという許されない危険を創出したと評価できる。それゆえ、問題となるのは、引き継いだ看護師らの誤注入行為による危険の増大と結果の実現は、被告人が設定した因果のプロセスに従ったものか否かというものである。本件病棟三階において、安全確認体制が完備されておらず、また、本件滅菌精製水のポリ容器と消毒用エタノールのポリ容器の形状が類似性の高いものであったことを考慮すれば、前任者である被告人が既に必要な薬剤を所定の位置に置いていたため、被告人の申し送りを受けて引き継いだ看護師らが注入作業を行う際に、被告人への信頼に基づいて点検・確認作業をやめてしまい、上記消毒用エタノールを滅菌精製水と勘違いして、誤注入行為を行う可能性が高いといえる。このような状況にあった場合、後任者である看護師らの過失が、前任者である被告人の過失に起因するものであり、気化したエタナールを吸入させ続けることで被害者を死亡させるという結果の発生は、被告人が設定した因果のプロセスに従ったものであると評価できる。

被告人の準備行為ないし注入行為だけでは結果を惹起し得ない。しかも、「これら４名が注意義務を尽くしていれば、被害者に対して約53時間にもわたってエタナールを吸入させ続けることはなかったはずであり、被害者が死亡するには至らなかった可能性もある」としても、被告人の準備行為に基づいて行われた後任者の行為は、被告人が創出した危険性を上回り、当初の被告人の行為による危険性を質的に転換させなかったため、本件結果は、被告人の行為による危険が結果として現実化したものと評価できる。したがって、本件において、被告人の過失行為に最後の結果を発生させ得る程度の危険が含まれないとしても、被告人の過失責任を認めるべきである。

## Ⅱ．引き継いだ看護師４名の刑事責任

本件では、被告人Ｘのみが起訴されたが、前述したように、看護師４名も同一注意義務に違反して、過失があったと評価できる。なぜなら、

他人がすでに薬剤を準備したことを理由に、注入作業を行う４名の看護師が注意義務を免れるわけではないからである。したがって、同一の内容を有する注意義務に違反した４名の看護師の行為は、結果に向かう同一の因果の流れにあったものであるにもかかわらず、被告人のみが起訴されたことは適切なのかについて、なお検討を要する。

本件判決は、刑事責任は被告人Ｘに限定されることはいかなる理由があるかを明示していないが、４名の看護師において、「注入の際にもこれが滅菌精製水であることを確認すべき」義務があって、「これを怠った過失がある」と述べている。また、４名の看護師にも過失があることを理由に原判決の量刑は不当であるという被告人Ｘの主張を、裁判所は、以下の理由により否定した。

> （ⅰ）「これらの４名の過失は、被告人が病室の所定の位置に備え置いた前記エタノール入りポリ容器を見てこれが滅菌精製水であると思い込み、注入の際に同容器のラベル等を見て確認することを怠ったというものであ」ったが、被告人の過失がなければ生じることのなかった過失であ」る。
>
> （ⅱ）「これら４名の過失と被害者の死亡との因果関係には疑問がある（特に、比較的遅い段階で関与した看護師については、既に被害者の血中アルコール濃度が致死量に達していた可能性が高い。）」。

（ⅰ）により、本判決は被告人Ｘの過失が４名看護師の過失を誘発したという第一審の判断を是認したことが窺われ、（ⅱ）により、本判決は因果関係の立証がないことを理由に、４名看護師の過失を否定したことが窺われる。

本件では、被告人の過失と結果の間に、４名の看護師の過失が時系列としては前後に従って累積的に重なり、４名の過失が被告人が最初に設定した結果に向かった因果の流れにあったものであるが、どの時点で被害者の血中アルコール濃度が致死量に達したかを証明できない場合には、確かに、比較的遅い段階で関与した看護師の過失と結果との間の因果関係に合理的疑いが残されるといえる。しかし、４名の看護師の過失行為と結果の間の因果関係を証明できれば、これらの者は前任者Ｘと同じく罪責を問うのかが問題となりうる。

この問題に答える前に、まず、分業が行われる際に、各関与者の責任分配は自分の役割分担に応じてすればよいか、それとも、他の関与者の作業について注意を払うべきかという問題への検討に戻らなければならない。確かに、各関与者は、常に互いの作業につき細部にわたってまで確認すれば、作業効率を著しく低下させ、分業の意味がなくなり、本来の目的が果たせないようになる。しかし、分業の成立は、当該作業に内包される類型的危険をコントロールできることを前提とし、本件のような簡単なチェックさえすれば結果を防止できる場合には、他の関与者の作業についてまで注意義務を負うとすることが可能かつ必要である[78]。特に、交替制の分業体制のもので、共同作業について、関与者の作業の順序や内容は、ある程度のランダム性を持っている。言い換えると、交替制の分業体制における各関与者は、各自の専門性に基づいて分業・協業するのではなく、それぞれの立場は同じく、かついつでも互いに交換することが可能である。このような分業体制においてであれば、分業というより、協業は目的というべきであり、つまり、チームの構成員は、共同で結果を回避するために努力すべきである。

上記の観点を踏まえると、本件において、看護師らは、三交替制で勤務しており、勤務が開始する前に、前任者からの申し送りを受け、加湿器のチャンバー内に滅菌精製水の補充を引き継いだ看護師らのいずれも前任者（被告人）が準備した薬剤の種類を確認すべき義務を負うと考えられる。また、本件滅菌精製水のポリ容器と消毒用エタノールのポリ容器とは、その形状が非常によく似ており、そのラベルには内容物が明確に記載されているものの、注ぎ口を手前にして置くとラベルが側面になって見えなくなる上に、ラベル以外に内容物を示す記載はなかったことに鑑みると、当時は薬剤の取り違えの起きやすい状況にあったが、その点検・確認義務の履行は、非常に簡単なものであるため、患者の安全確保のために、多層的な点検・確認義務が求められることは当然である。

しかし、同一の注意義務が課される各看護師をすべて正犯とすべきかが別の問題である[79]。前述したように、過失犯の正犯性の判断は、合義

[78] 小名木明宏「判批」判例時報1818号（2003）215頁以下。

[79] ここでの検討は、過失犯の単独正犯という意味での正犯性を対象としてい

務的な行為の履行は、法益保護に有効であるかどうかに基づいて行われ、行為者の地位や役割によって有効性の程度が異なる。このように考えれば、被告人が正しい滅菌精製水を用意して指定された場所に配置していれば、引き継いだ看護師らの過誤を誘発した上、本件消毒用エタノールを注入して気化したエタノールを被害者に吸入させ、死亡させたという結果を完全に防ぐことができるのであり、因果の経過を実質的に支配していたと評価できる。それゆえ、被告人は正犯として結果帰属されるべきである。

ところが、本件において、消毒用エタノールの量の累積過程があり、その過程で、結果が軽傷から重傷、死亡へ変化しており、どの段階で関与した看護師を正犯とすべきであるかは判断しがたい。しかし、これらの実行行為は単なる誤注入行為ではなく、ポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき業務上の注意義務に違反してなされた誤注入行為であり、本稿のいわゆる「作為義務に違反した作為犯」に当たる。それゆえ、正犯性の有無を検討する際に、各人の作為行為が結果にどれだけ寄与していたかではなく、それぞれの義務違反が死亡に至る因果経過にいかなる支配力を有していたかに着目すべきである。

本件の看護チームの構成員である各看護師にとって、自分が担当する作業を行う前に、上記注意義務を履行することは、自分が利用した前任者の作業をダブルチェックすることができるのみならず、これから注入作業を担当する看護師の誤注入を防止することもできる。これらの看護師が法によって期待された作為に出ていたならば、すでに発生している因果の流れを中断し、死亡の結果に至らないといえるため、致死量に直接な寄与をした看護師だけではなく、損害を増悪させる看護師を含む関与者の過失行為も、因果経過を実質的に支配していると評価できる。そのため、致死量に達する前に関与した看護師のいずれも業務上過失致死罪の正犯として刑事責任を問うべきである。

---

ることに留意すべきである。

## 第３節　専門職間の連携

上記のような看護師らが１人の患者に対して同一の作業の異なる行程を分担して共同で看護作業を行うことは、同職種間の連携の典型である。それと異なり、専門職間の連携においては分業・協業の基礎はそれぞれの専門性にあることは特徴的である。そこで、専門職間の連携において、医療従事者の個人の過失のあり方や関与者間の責任分配はどうなるかについて、（ⅰ）薬剤師、事務員と看護師間の連携の場合及び（ⅱ）手術チームのような多職種の多層の連携が関わる場合を分けて検討を加える。ここでは、（ⅰ）の事例として３％ヌペルカイン事件を、また（ⅱ）の事例として、横浜市大病院患者取り違え事件を考察の対象とする。

### 第１項　薬剤師、事務員と看護師間の連携
### ――３％ヌペルカイン事件を例として――

注射の場合には、医師が処方せんを発行し、看護師がこの処方せんに沿って薬剤を用意し、さらに患者にこの薬剤を注入するという引き継ぎ作業が多くみられる。実際に、指示を出す医師とそれを受けて診療補助行為を行う看護師だけではなく、その過程で、薬剤を調剤する薬剤師、薬剤を各科の看護師に交付する事務員、薬剤部から薬剤を各科に運んだ看護師も関与しうる。それゆえ、前任者が過誤を犯し、後任者は前任者の過誤を発見せず、危険を維持または増大させ、最後に患者にその危険を実現する場合がありうる。ここでは、【事例11】３％ヌペルカイン事件[80]（最判昭和28年12月22日刑集７巻13号2608頁）を素材として分析を展

[80] 本件評釈として、石井トク「看護婦静脈注射薬品過誤事件」唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選〔第２版〕』（1996）60頁以下、阿部純二「他人の過失の競合と因果関係」平野龍一（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論』（1978）52頁以下、同・「他人の行為の介入と因果関係（２）」平野龍一＝松尾浩也（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論〔第２版〕』（1984）44頁以下、井田良「３％ヌペルカイト事件」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）160頁以下、辰井聡子「国立鯖江病院事件：３％ヌペルカイン事件」」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第２版〕』（2014）

開しておきたい。

（事実の概要）薬剤師である被告人Ｘは、劇薬である３％ヌペルカイン溶液を調製する際、薬事法に違反して、赤枠赤字をもつて品名及び「劇」の字を記載した標示紙を貼付し且つ他の物と区別して貯蔵又は陳列して他薬との混同誤認を生じないよう措置をせず、同時製剤の葡萄糖注射液とともに同型同大の容器に詰めて同様の封緘を為し、単に葡萄糖注射液に施したと同様の青枠白地の用紙に青インクをもって「３％ヌペルカイン」と記入したのみの標示紙を容器の右同様部位に貼付した。

その後、薬剤師の業務を補助し各科看護師に対する葡萄糖などの注射液引渡の事務を担当していた事務員Ｙが其の事務遂行に必要な葡萄糖注射液の容器を求めて右滅菌器の中を窺い在中の100cc 入コルベン容器を全部葡萄糖注射液と信じたため一括これを取り出して普通薬を貯蔵する製剤室薬品棚に納めもつて右ヌペルカイン入容器を他薬の葡萄糖注射液の容器などと共に混蔵せしめるに至ったのであるが、被告人Ｘは右滅菌器に他薬と混入してヌペルカインの３％溶液を滅菌して置いたことを不注意にも忘却しており、右Ｙの行為を現認しながら同人に対しその労を謝するのみで何ら右劇薬が他薬と混在して陳列せらること特に容器、標紙、封緘、及び内容液の外観が全く同一である葡萄糖液と混在することの危険に想到することなく、漫然Ｙ被告の右過失行為を看却すると共に右ヌペルカイン容器を所定の劇薬格納場所に蔵置する措置を忘失し、よってＹにおいて右ヌペルカイン容器を葡萄糖注射液と誤信したまま、同日午前、病棟看護師Ａに対しこれを葡萄糖注射薬として交付した。

Ａもこれを葡萄糖注射液と誤信して、何ら劇薬ヌペルカインを必要とせず又その取扱の例のない内科病棟処置室に持ち運び、看護師等により注射液の充薬などに共用せられる同室処置台の上に置いた。その後、Ａが内科病棟処置室の処置台のところへ立ち戻り、注射器に詰めようとして偶々右容器の品名に気着き、それが３％ヌペルカインであることを知ったが、内科病棟処置室の処置台にかような劇薬が存することを不審に思う余り、自己が誤って持参した事実にも想到せず、「ああこんなものどうしたんだろ

---

138頁以下参照。

う、レントゲンの気管透視にでも使うのか」と思いそのまま処置台の隅に片寄せたのみで放置した。

続いて、主治医の指示により其の処方箋に基づく葡萄糖注射を為すに当たるＺ被告看護師はその外観により同様これを葡萄糖注射液と誤認し20cc注射器３本に詰めてその内の２本を看護師Ｂと共に一本宛携行して病棟内受持病室に到り各自入院患者ＣとＤに対しその静脈血管内に注射したために右両名をヌペルカイン中毒により死に致したというものである。

第一審（福井地裁武生支判昭和26年12月12日刑集７巻13号2629頁）は、看護師Ｚに対して禁錮10月を言い渡し、薬剤師Ｘと事務員Ｙに対して無罪を言い渡した。控訴審（名古屋高裁金沢支判昭和27年６月13日刑集７巻13号2634頁）は第一審の判決を一部破棄し、薬剤師Ｘと事務員Ｙに有罪を言い渡した。その後、薬剤師Ｘと事務員Ｙは上告したが、上告を棄却した。

本件は、薬剤師、事務員、看護師間の引き継ぎ作業において、複数の過失が重畳的に競合して結果を生じさせた事案であり、各関与者の誰かが「結果回避義務を履行してさえいれば、結果が発生することはなかった」[81]という特徴がある。以下では、先行者Ｘ・Ｙの過失行為と結果の間に因果関係があるか否か、また、各関与者の行為が正犯性を有するものか否かを順に検討する。

## Ⅰ．因果関係の有無

本件において、争点の１つは、牽連している複数の過失が競合して結果を生じさせた場合の因果関係である。とりわけ、薬剤師Ｘ・Ｙの過失行為と結果を直接に惹起した看護師Ｚの過失行為の間に、なお看護師Ａの行為が介在したため、因果関係の判断は困難である。

第一審判決は、薬剤部における被告人Ｘ・Ｙを無罪と認定し、直接過失者である看護師Ｚのみが業務上過失致死罪の罪責を負うと認定した。そのうち、Ｙの過失行為は、注射液を運んだ看護師Ａの確認行為によって補足され是正されるとし、被告人Ｚによる死亡結果とは相当因果関係

[81] 井田・前掲注（80）161頁。

を欠くものとして、被告人両名を無罪にした。第一審判決が述べている、Ｙの過失行為は看護師Ａの確認行為によって補足され是正されるということは、看護師Ａの確認行為が、Ｙが創出した「３％ヌペルカインを葡萄糖注射液として患者に注射する」危険を解消したことを意味せず、同確認行為により、薬剤の取り扱いに関する責任が、薬剤部から看護師Ａのに移ったと理解すべきである。言い換えると、看護師Ａの確認行為によって、被告人Ｘ・Ｙの過失行為と結果の因果関係は切れ、あらためて新たな因果の系列を開始した[82]。

第一審判決に対し、控訴審においては、看護師Ａの確認行為は、先行者の「過失行為の発展の危険を更に過失によって維持増大させしめたもの」であるとして、被告人Ｘ・Ｙの過失行為と結果の間の因果関係を肯定し、両者についても業務上過失致死罪が成立するとされている。最高裁は、控訴審の判断は正当として上告を棄却した。

介在事情の異常性により因果経過を中断することと異なるが、「補足・是正」も因果関係の「遮断・中断」の一場面であるため、第一審判決は、因果関係の中断を理由にＸ・Ｙの責任を免除したと解することが一般的である[83]。また、客観的帰属論の文脈で理解すれば、第一審判決は、薬剤の取り扱いに関する責任は看護師Ａの「答責領域」に属し、構成要件の保護目的がこの種類の結果を含まないとして、当該結果をＸ・Ｙに帰属させることができないと判断したともいえる。すなわち、「答責領域」の理論から、「特定の職務に従事する者が、その権限の範囲内で、第三者が干渉してはならないような、危険源の除去、および監視のための管轄を有している」こととなり、当該「職務従事者の侵害行為によって惹起される結果につき、最初の惹起者がその責めを免除される」[84]。

しかし、後述のように、Ａの行為はＸとＹが創出した危険性を減少させるものではなかった。また、答責領域の変わりによる帰属阻却も妥当

---

[82] 甲斐克則「過失犯と因果関係」Law & Practice ５号（2011）228頁以下、阿部・前掲注（80）53頁。

[83] 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣・1973）129頁。

[84] クラウス・ロクシン著、山口敬一監訳『ロクシン刑法総論第１巻「基礎・犯罪論の構造」〔第４版〕「翻訳第１分冊」』（信山社・2019）541頁。

でない。なぜなら、答責領域の変わりを理由に帰属を阻却するためには、少なくとも結果防止に、複数の注意義務履行が必要ではないことが前提であるからである。本件のような引き継ぎ作業の場合には、製剤と投薬の分業体制のもとで、薬剤師の製剤は、そもそも投薬のために存在するものであり、事務員の業務は薬剤師の仕事を補助して、薬剤を各科の看護師に交付することを内容として、そもそも製剤と投薬をつなぐような役割を担っているものである。そのため、薬剤師や事務員にとっては、誤った薬剤を患者に投与しないために、自分の役割内に深く注意を払うべきであり、そして薬剤師や事務員は、調剤や交付の段階で過誤があれば患者に危険をもたらすことを予見できる。したがって、本件のような結果を回避するために、後任者の注意義務履行だけではなく、薬剤師と事務員の注意義務履行も要請される。調剤行為と投薬行為の間に、関与者らの役割分担が明確になされているとしても、決してそれだけで答責領域をはっきり定めてはならず、第一審の判断はやはり妥当でないと考えられる。

それとは別に、X・Yの過失行為と結果の間に、「原因―結果」という関係の有無を判断するにあたって、直接に結果を惹起した看護師Zの過失行為が介在事情として因果関係を中断したかどうかも検討すべきである。それについて、X・Yの過失行為と結果の間に看護師Zの過失行為が介在したことで相当因果関係が否定されるとする見解があるが[85]、最高裁の判断を支持する見解もある[86]。

因果関係の中断は、独立した新たな因果のアクセスを創設したという点に答責領域の変わりと共通しているが、ここで重要なのは、看護師Zの過失行為が異常性の高いものであるか否かということであろう。介在事情の異常性は、単にこれが重大な過失に基づく行為であったかどうかによって判断してはならず、当該行為者の過失行為が発生した状況、その状況の存在が先行者の過失行為によって引き起こされたかどうかを総合的に分析し、これらの事情を踏まえ、その過失行為と先行者の過失行

[85] 井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』（酒井書店・1959）34頁。
[86] 大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル３号（2006）19頁、井田・前掲注（80）161頁、辰井・前掲注（80）139頁。

為との関係性を究明することで行われるべきである。本件において、看護師Ｚの行為は、看護師Ａの行為に密接し、Ａは看護師の共用の処置台に劇薬が置かれていることを発見した際、結果を防ぐことができる十分な対策をとらず、単にそれを隅に置いただけである。確かに、看護師Ｚは、容器のラベルを注意深く確認すれば、その薬剤が葡萄糖注射液でないことをすぐに発見できたことは事実である。しかし、薬剤師Ｘの薬事法に違反する過失行為、事務員Ｙの誤交付行為、看護師Ａが確認せずに受け取り、本件処置台に配置する行為が重なることで、看護師Ｚが過誤を起こしやすい状況に置かれたことも否定しがたい。だからこそ、このような状況にあった看護師Ｚの過失行為は、先行者らの行為と強い関連性があって、異常な介在事情とはいえないため、これによって結果を惹起したとき、この結果を先行者らの行為に帰属することができよう。

## Ⅱ．正犯性の判断

### １．結果回避義務の内容

過失犯においては、合義務的な行為の有効性によって正犯性を判断すべきであるという本稿の立場によれば、正犯性を検討する前に、まず、各関与者が負う結果回避義務とその違反の有無を明確しなければならない。本件は、前記【事例10】と同様に、時間の前後に各自の作業を行うという事実があったが、【事例10】においては各関与者の注意義務の内容が同一であるのに対し、本件における各関与者の職務が異なり、各々に課される具体的な結果回避義務の内容も異なる。

具体的に、薬剤師Ｘについては、薬事法に照らして、「外見上一見してそれと判明し得るよう他薬と紛れ易い容器を避け又、容器には薬事法の要求に従い赤枠赤字を以て品名及び『劇』の字を記載した標示紙を貼付し且つ他の物と区別して貯蔵又は陳列して他薬との混同誤認を生じないよう注意する業務上の義務があ」る。事務員Ｙについては、要求を受けて薬品を引き渡す際に、その薬品に相違ないかを確認する義務を負う。看護師Ｚについては、注射を行うにあたり、その薬品の容器に貼付している標示紙などを確認し、医師が指示した薬品であるかを調べる義務を負う。

なぜそのような違いがあったかというと、【事例10】では、１人の患者の看護のために複数の看護師がチームを組んで、各看護師の介入時間に差があったものの、この差はランダムなものであり、各人が分の勤務時間中に同じ作業の各行程を担当することが可能であり、とりわけ当該事案のように長時間の作業が行われる場合には、同じ行程を複数人で担当する可能性もある。だからこそ、同一作業が行われる際に、薬剤を準備した看護師であっても、薬剤を注入した看護師であっても、誤った薬剤を患者に吸入させて死亡させたという結果を回避するために、共同作業者全員に内容が同一の義務が課せられることが十分にありうる。

それに対し、協力関係の基礎は、それぞれの専門的知識である場合には、分担した業務が質的に異なる各関与者が、それぞれ掌握している危険情報も異なり、結果を防止するために課される結果回避義務の内容も異なるはずである。このような「水平的な分業においては、組織の各構成員は、原則として対等・独立・自己責任主義の関係にあり」[87]、「補完的機能において協力」[88]し合う。つまり、「自己の担当部分から生じるべき結果回避は担当者に専属的に課せられるのであって他の関与者は義務を負わないといえ」[89]る。例えば、調剤の専門的知識・技術や薬事法の知悉を必要としていない看護職は、薬剤師の作業に干渉してはならない。同様に、注射の実施に対して、相当の資格を有しない薬剤師も、看護師の作業に干渉することが禁止される。したがって、各関与者は自分の権限範囲内で結果回避義務を履行すれば足り、他人の作業を再確認することは不要かつ不可能である。

しかし、本件薬剤の取り違えは、単純な確認さえすれば結果が回避できるものである。つまり、分業の基礎は異なることにより、それぞれの業務の中核的内容に注意を払う可能性はないが、結果の防止に必要な注意義務の履行が専門的知識や技術を伴わない場合、専門性の異なる者間で共通の注意義務を負う余地がある。したがって、本件の分業において、薬剤師は看護師の注射に干渉することが禁止され、看護師は薬剤師の調

[87] 山中・前掲注（25）619頁。
[88] 山中・前掲注（25）626頁。
[89] 橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修743号（2010）９頁。

剤に干渉することが禁止され、両者が負う注意義務の具体的な内容も異なるが、薬品の取り違えを目的としているという点で両者の注意義務は共通している。

## ２．正犯性の判断

以上を踏まえ、正犯性を個別具体的に分析する。

まず、薬剤師Ｘは、①他の薬を紛れ易い容器を避け、②劇薬への赤枠･赤字をもつて品名及び「劇」の字を記載した標示紙を貼付し、③他の物と区別して貯蔵又は陳列してはじめて合義務行為を行ったといえる。①と②によって少なくも外見上一見してそれが葡萄糖注射液と異なるものであると判明し得ることになろう。よって、③を履行しなくても事務員の過誤を誘発する可能性を大幅に減少させ、事務員の過誤が生じたとしても、看護師Ａと看護師Ｚの過誤を誘発する可能性を減じることができる。そのため、①～③のいずれも行わなかった薬剤師Ｘは、業務上過失致死罪の正犯として処罰すべきである。

次に、事務員Ｙにおいて、①本件滅菌器の中に置いた100cc 入コルベン容器を全部葡萄糖注射液と信じたため一括これを取出して普通薬を貯蔵する製剤室薬品棚に納め、もって３％ヌペルカイン入容器を他薬の葡萄糖注射液の容器などとともに混蔵させた行為と、②３％ヌペルカイン容器を葡萄糖注射液と誤信したまま病棟これを葡萄糖注射薬として看護師Ａに交付した行為があった。しかし、３％ヌペルカインを劇薬の保管場所に定められていた製剤室調剤台の側面扉内に蔵置することは、薬剤師Ｘの職責であるため、Ｙの結果回避義務違反行為は、②に求められるべきである。このように、Ｙが看護師からの交付要求を受けて薬品を引き渡す際に、その薬品に相違ないかを確認する義務を履行すれば、３％ヌペルカインを、葡萄糖を求めた看護師Ａに交付することに至らないというまでもなく、結果発生を防止しうるのも当然であるため、同人も正犯として処罰すべきである。

看護師Ｚにおいて、患者に注射を行うにあたり、その薬品の容器に貼付している標示紙などを確認し、医師の指示した薬品であるかを調べる義務を履行すれば、処置台の隅に置いている薬剤は、指示された葡萄糖ではなく、よって被害者らに誤った劇薬を注射して死亡させた結果を直

接回避できる。そのため、看護師Ｚの行為も正犯性があるものである。

しかし、看護師Ａの過失の取り扱いについては疑問がある。看護師Ａの業務は、薬剤部と内科病棟をつなぐものであり、本件のように薬剤部に過誤が生じた場合に、看護師Ａは、薬剤の品名を確認しないまま薬剤部から受け取り、続いて何ら劇薬ヌペルカインを必要とせず又その取扱の例のない、看護師等により注射液の充薬などに共用される内科病棟処置室の処置台の上に置いたことで、上記過誤がもたらす危険の実現に物理的寄与をした。このような状況に置かれた看護師らが高度の蓋然性を持って同薬を葡萄糖として注射器に詰めて患者に注射する。このような事情を考えると、看護師Ａは、事務員から薬品を受け取る際に、その薬品は自分が求められた薬品か否かを確認すべき義務があるのに、これを怠った過失があったと考えられる。このように、同じ因果の流れにあった看護師Ａの過失行為が他の過失行為と競合して結果を惹起したと評価できるにもかかわらず、何故、同人のみが起訴されなかったかという問題が残る。

まず、看護師Ａの事後的行為が危険を解消するに足りるものではないというべきである。看護師Ａは、まずは、被告人Ｙから受け取った３％ヌペルカインを誤って自己の求めた葡萄糖注射液と誤信して、葡萄糖注射液とともにこれを内科病棟処置室の処置台へと運んで置いた。この行為は、被告人Ｘ･Ｙが創出した危険を増大させたものである。その後、看護師Ａは、偶々内科病棟処置室の処置台の上に３％ヌペルカインがあったことに気づいたが、自己が誤って持参した事実に想到せず、そのまま処置台の隅に片寄せて放置した。この行為は、刑事過失の判断にどのような意義を有するかが問題となる。この問題を答えるためには、看護師Ａが、葡萄糖だと思っていた液体がヌペルカイトであることに気づいたときに、同人に対して、どのような行動が期待されるであろうかを検討しなければならない。

内科病棟処置室の処置台は、病棟患者に対する注射液充薬のために存在するものであり、また、看護師共用の場所であり、処置台上にヌペルカインなどの劇薬が放置された例はまったくない。なお、本件３％ヌペルカインは、葡萄糖注射液と同様の容器、同色・同型の標示を具え、無色透明な同一の外観を有するものである。これらの前提条件を考慮に入

れると、看護師Ａに対して、３％ヌペルカインが葡萄糖と間違われるないように処置するという行為が期待される。そして、このような合義務行為が行われれば、本件結果発生に至らないことも当然である。

しかし、心理学的観点からは、行為者が、自己の行為による危険であることを認識している場合に初めて適切な結果回避措置を講じることが一般的である。そのような認識をもっていない場合には、疑念が残り、極めて不合理と思われる状況であっても、結果回避のために十分でない措置を講じる場合がありうる。看護師Ａは、そのような誤った認識を持っていたからこそ、強毒性のある３％ヌペルカイトを薬剤部に持って行って返却するなどの適切な措置をせず、ただそれを処置台の隅に置いていた。もっとも、前述のように、Ａは、本件内科病棟処置室にヌペルカインなどの劇薬が放置せられた例が絶無であったこと、本件３％ヌペルカインは、葡萄糖注射液と同様の容器、同色・同型の標示を備え、無色透明な同一の外観を有していること、劇薬を誤って注射すれば大きな危害が生じることを認識していた。そして十分な注意を払うならば、自己が３％ヌペルカイトを処置台に置いた事実を認識できる。そのため、看護師Ａは、この劇薬の存在に疑問を持ち、同人に対して少なくとも状況の確認などより適切な措置に出ることが期待されている。

では、看護師Ａの行為をどのように評価すべきであろうか。本件について、「切迫した危険がない」という理由によって看護師Ａの実行行為性を否定する見解がある[90]。しかし、実行行為性を肯定するためには、法益侵害の切迫性までは必要ではなく、具体的・実質的危険性がある行為は、結果発生への因果経過を支配する力があるかどうかが重要である。法益侵害の切迫性のない行為であっても、このような実質的な支配力があることが可能である。そして、過失行為はすべて注意義務違反行為であるため、実質的な支配力の有無は、法益保護のための合義務的行為の有効性に求められるべきである。

本件において、看護師Ａの処置は、（期待される）結果回避措置をとらなかったに等しいものであり、それは被告人Ｘの過失が創出して被告人Ｙの過失によって維持増大させた危険を解消することに足りるもので

[90] 内田文昭『犯罪構成要件該当性の理論』（信山社・1992）373頁以下。

はないのみならず、さらに同行為により看護師Ｚの行為を誘発することも通常認識可能であるといえる。したがって、看護師Ａは、薬剤を薬剤部から受け取る際に、その品名を確実に確認し、あるいは、看護師の共用の処置台に劇薬が置かれていることを発見した際に、結果を防ぐことができる十分な対策をとれば、本件結果の発生は防止しうるため、同人の過失行為の実行行為性を肯定すべきである。

本件について、「各人の職業的責任を強調することは、直ちに過失犯としての処罰を正当化するものではない。本件の具体的な状況において、それぞれの過誤がしばしば起こりがちなものであること、そして、システムが適切に組まれていれば、多少の不注意があっても深刻な事故を回避できたことは否定しがたい。結果の重大性によって必罰主義的に過失犯が運用されるのを避けるためには、こうした事象についてはシステムの装備を特別法により義務づけ、システムの不備により誘発された個人の過失行為の処罰を回避する法運用が考えられてよい」[91]と主張する見解がある。しかし、どのような過失行為が、システムの不備により誘発されたものといえるかが不明であるのみならず、システムの不備はどのように過失の判断とつながるか（構成要件該当、違法性、有責性のうち、どれを阻却するか）も問題となる。そして、システムの装備の重視と個人の職責の強調とは両立しうるし、両立させるべきである。なぜなら、システムの装備は、各関与者の役割と職責を明確にし、関係者間のよいコミュニケーションを図ることにより、危険を減少して、危険を分配して、したがって結果の防止を実現するからである。そのため、システムの安全性向上が当然に要求されるが、これは個人の職責を軽視する理由にはならず、行為者は基本的な注意義務に違反して結果を惹起した場合、システムの不備があっても、過失責任を負いうる。

### 第２項　手術チームにおける連携
### ――横浜市大病院患者取り違え事件を例として――

手術チームにおける作業には、同職種間の連携と専門職間の連携のい

[91] 辰井・前掲注（80）139頁。

ずれも必要かつ不可欠であるため、分業態勢は一層複雑になる。また、このような場合においては、前記の【事例10】、【事例11】のような引き継ぎ作業が常に存在しているのみならず、複数の作業を同時に行っていることも一般的であるため、責任の分配に関する問題は錯綜する。ここでは、【事例12】横浜市大病院患者取違え事件[92]（最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁）を素材とし、手術チームの連携において、過失の判断に関わる諸問題と過失犯からの離脱の可能性を中心にして検討を加える。

（事実の概要）Ａ大学医学部附属病院において、同病棟に入院中のＢに対する心臓手術、同じく同病棟に入院中のＣに対する肺手術が予定された。病棟看護師である被告人Ｄは、前記患者両名を前記病棟から手術室に引き継ぐ際に、手術室の患者受渡窓口において、手術室看護師である被告人Ｅに対して同患者の氏名が確実に伝えず、さらに、被告人Ｅも、確認措置を採らなかったから、Ｅにおいて、ＢをＣと、ＣをＢと誤信しながらＤからの引き渡しを受けて、「各手術室の介助担当看護師をして前記患者Ｂを患者Ｃの手術をする予定の12番手術室に、患者Ｃを患者Ｂの手術をする予定

[92] 本件評釈として、大塚裕史「横浜市大患者取り違え事件」伸宇都木ほか編『医事法判例百選』（有斐閣・2006）192頁以下、平山幹子「チーム医療と過失」『平成19年度重要判例解説』（有斐閣・2008）167頁以下、萩原由美恵「医療過誤と過失犯論（一）」中央学院大学法学論叢21巻１号（2007）１頁以下、同「医療過誤と過失犯論（二・完）」中央学院大学法学論叢21巻２号（2008）27頁以下、北川佳世子「刑事医療過誤と過失の競合」年報医事法学23号（2008）102頁以下、照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007（2008）26頁以下、甲斐克則「医療事故と過失の競合：横浜市大患者取違え事件最高裁決定を契機として」刑事法ジャーナル12号（2008）53頁以下、同「医療過誤と過失の競合：横浜市大患者取り違え事件最高裁決定」年報医事法学24号（2009）132頁以下、山本紘之「患者を取り違えて手術をした医療事故において麻酔を担当した医師につき麻酔導入前に患者の同一性確認の十分な手立てを採らなかった点及び麻酔導入後患者の同一性に関する疑いが生じた際に確実な確認措置を採らなかった点で過失があるとされた事例」法学新報14巻９･10号（2008）171頁以下、緒方あゆみ「チーム医療と過失」同志社法学60巻６号（2009）451頁以下、樋口亮介「チーム医療における過失」ジュリスト1382号（2009）140頁以下参照。

の３番手術室にそれぞれ搬送させ」た。

麻酔医である被告人Ｆは、３番手術室において、患者Ｂに対する心臓手術に関与するに当たり、麻酔導入前に患者の外見的特徴等や問診により患者がＢ本人であることを確認する際に、「Ｂさん、おはようございます」などと声をかけ、Ｃからは問い掛けに相応した返事を得ているため、それ以上の確認をせずに麻酔薬を導入した。麻酔導入後において、頭髪の色及び形状、歯の状況、手術室内で実施した検査結果等が、いずれも患者Ｂのものと相違し、患者の同一性に疑念を抱いたのであるから、同手術室内の他の医師にその旨伝えて確認を求めた上で、なお自ら手術室看護師に指示して病棟に電話をさせ、同病棟から患者Ｂを手術室に搬送した旨の電話回答を受けたため、３番手術室内の患者はＢであると軽信して患者Ｃに対する麻酔を継続した。

執刀医である被告人Ｇは、３番手術室において、「執刀前に手術室内で実施した経食道心エコー検査において、患者Ｂに手術を施す理由となった僧帽弁腱索断裂を伴う前尖及び後尖の逸脱が見られず、左心室から左心房への逆流の程度が重度から軽度に変化し、異常であった肺動脈圧も正常であるなど術前検査と著しく異なる検査結果が出ていることを認識したのであるが」、「上記検査結果の著変について患者の同一性確認の手段を全く講ぜず、患Ｃに対し、同人を患者Ｂであると誤信したまま僧帽弁形成の手術を継続するとともに、患者Ｂの現在する前記12番手術室に患者の取り違えを連絡する機会を失わせ」た。

麻酔科医師である被告人Ｈは、患者Ｃの術前回診を行い、その容貌、身体等の外見的特徴、手術前の病状等を把握していたが、前記12番手術室において、前記患者Ｃに対する肺手術に関与するに当たり、「麻酔導入前に患者の外見的特徴等や問診により患者がＣ本人であることを確認するのはもとより、同手術室内の患者の背中には、心臓疾患患者用の経皮吸収型心疾患治療剤（通称フランドルテープ）が貼付されていた上、既往歴として把握していた脊柱管狭窄症の手術痕が見当たらなかったのであるから、患者の同一性に疑念を抱」いていたが、「前記12番手術室に搬送された患者Ｂを、その同一性を十分確認することなく、姓による声掛け等をしただけで患者Ｃであると軽信し、前記フランドルテープをはがし、手術痕が見当たらないことの理由を確かめず、患者の同一性に疑問を抱かないまま患

者Ｂに麻酔を導入かつ継続」した。

執刀医である被告人Ｉは、前記12番手術室において前記患者Ｃに対する手術を施すに当たり、「主治医でもある同被告人自身入室していなかったのであるから、患者Ｃの容貌、身体、剃毛範囲等の外見的特徴、手術前の病状等を把握し、手術室内の患者が上記Ｃ本人であることを確認して執刀するのはもとより、執刀後においても、手術前には所見として把握していなかった肺気腫が存在し、肺癌と疑われた腫瘤が見あたらないなど術前検査の結果と異なる所見を認識したのである」が、「患者の同一性を確認する措置を採らず、患者Ｂに対する執刀を開始し、執刀開始後においても、所見の変化に疑問を抱いたものの患者の同一性につき再確認の手段を講じることなく、患者Ｂを患者Ｃであると誤信したまま開胸生検の手術を継続」した。

以上の結果、執刀医である被告人Ｇらにおいて、患者Ｃに患者Ｂに行うべき麻酔及び手術を施し、執刀医である被告人Ｉらにおいて、患者Ｂに患者Ｃに行うべき麻酔及び手術を施し、よって、「患者Ｃに対し、同手術の間麻酔状態に陥らせた上、全治約５週間を要する胸骨正中切開、心臓僧帽弁輪形成等の傷害を負わせるとともに、患者Ｂ対し、同手術の間麻酔状態に陥らせた上、全治約２週間を要する右側胸部切創、右肺嚢胞一部切除縫縮、右第５肋骨欠損等の傷害を負わせ」た。

以上の事案に対し、執刀医Ｇ、Ｉ、麻酔医Ｆ、Ｈ、看護師Ｄ、Ｅの６名が業務上過失傷害罪で起訴された。第一審（横浜地判平成13年９月20日刑集61巻２号149頁）は、執刀医Ｇ、Ｉ、麻酔医Ｈ、看護師Ｄ、Ｅの５名につき、業務上過失傷害罪の成立を認め、手術看護師Ｅに禁錮１年、執行猶予３年を、その余の被告人４名に罰金刑を言い渡した。麻酔医Ｆにつき、同人には、「３番手術室における患者の取り違えについて業務上の注意義務違反があったとの証明は不十分であり、したがってまた、12番手術室における傷害についてもその過失責任の証明が不十分である」として、Ｆに対して無罪の判決を言い渡した。これに対し、検察官、被告人側の双方が控訴した。第二審（東京高判平成15年３月25日刑集61巻２号214頁）は、麻酔医Ｆには麻酔導入前及び導入後における患者の同一性の確認義務に違反した過失があったとして、業務上過失傷害の事実が認められ、上記麻酔医を罰金25万円に、その余の被告人５名を罰金50万円に処した。さらに、

これに対し、麻酔医Ｆが上告しが、最高裁は、有罪の判断を維持し、上告を棄却した。

本件は、手術室入室前、麻酔薬導入前、手術開始前のそれぞれの段階において、患者の取り違えというミスに対し、誰も間違っていても他人が気付いてこのミスを防いでくれると思い込んだため、誰も防止措置を採らずに、曖昧さを残したまま作業を進め、結局、各人のミスが重なりあって重大の結果に至ったというものである。

本件において、手術室における医師らの重大な過失が介入していたことで、看護師２名の過失行為と結果との間の因果関係が切れるかどうかが争われるが、患者の同一性を確認する作業は、前任者の作業を前提として以後の作業を行うという共同作業であり[93]、この場合には、後任者が信頼に基づいて前任者が犯された過誤を看過することは起こりやすいため、相当因果関係説や客観的帰属論のいずれにせよ、医師らに重大な過失があったとしても、因果関係を否定することは妥当でないように思われる[94]。ここで関心を持っているのは、どの段階で誰が結果回避義務を負うか、とりわけ麻酔医であるＦの行為をどのように評価すべきかということである。以下では、それぞれについて順に検討を加える。

## Ⅰ．注意義務違反の有無

本件各関与者の注意義務について、最高裁は、「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であって、……、手術に関する医師、看護婦等の関係者は、……、各人の職責や持ち場に応じ、重畳的に、それぞれが責任を持って、患者の同一性を確認する義務があ」ると指摘している。本件で問題となる結果回避義務違反は、患者の同一性を確認すべき義務の違反であるが、各人の職責や持ち

[93] 大塚（裕）・前掲注（92）192頁。

[94] 異論として、甲斐克則「医療事故と刑事法をめぐる現状と課題」刑事法ジャーナル３号（2006）４頁。

場を画定することは困難である。本件は手術室入室前、麻酔導入前、手術開始前、という３つの段階に大別することができ、そこで、それぞれの段階に関与すべき者を確定することで、各人に結果回避義務違反があったかどうかを判断する。

**１．手術室入室前**

患者を手術室看護師に引き渡すことを作業の内容とする病棟看護師Ｄに対しても、ハッチウェイの手術室側で患者両名を取り受け作業をする手術看護師Ｅに対しても、「患者を取り違えず、確実に引き渡し、また、引き受け、各担当手術室看護師に引き渡す」ということは、基本的要求である。また、「手術室交換ホールでは、患者は着衣を取り、半透明の帽子を被り、下半身にタオルケットを掛けられるため、容貌等の個性が失われやすい状況になっており」、手術室に入室する前の方が、患者の同一性確認を行うことはより容易であること、一旦取り違えが生じ、取り違えが気づかれないまま引き継ぐと、誤った手術によって患者に重大な危害を与える可能性が高いことに鑑みると、上記看護師２名に患者の同一性確認義務が課されることは必要不可欠である。

では、看護師２名に結果回避義務違反があったであろうか。手術室に入室する前の段階において、複数の患者を同時に搬運する場合に、患者の引き渡しを順次行うべきであり、病棟看護師が手術看護師に患者の氏名を一人ずつ明確に伝えながら、カルテ等資料の引き渡しがなされ、同時に、手術看護師が以上の資料を確認した上、当該患者担当の手術介助看護師にさらに引き渡すべきである。それにもかかわらず、Ｄは「先にＢを渡したことから次の患者Ｃであることは被告人Ｅも当然把握しているものと思い、Ｃをハッチウェイ上から引き渡すにあたり、当該患者がＣであることを告げることなく被告人Ｅに引き渡し」、「上記のとおりカルテ等を当該患者を引き渡して直ぐに引き渡さず、Ｂ、Ｃを連続的に引き渡し、カルテ等も同様連続的に引き渡し、〔中略〕、単に姓のみで特定して当該姓の手術室担当看護婦にカルテ等を引き渡している」。そのため、看護師Ｄにおいて、結果回避義務違反が認められうる。

看護師Ｅは、「患者両名のいずれがＢであり、Ｃであるかを確認できない状況にあったことを自覚しているし、また、手術室看護婦では被告

人Ｅ以外にＢ、Ｃと面識のある者もおらず、その確認は一に受入れを担当している被告人Ｅの確認にかかっていることも把握している」が、Ｄから患者両名を引き受ける際に、Ｄ曖昧に質問して、Ｂを受け取った後、「Ｄに対し、先に次の患者の引渡しをするよう指示して、患者とカルテの同時的送り込みによる患者取り違い防止の機会をも失わせ、さらに、Ｃを受け取る際に、被告人Ｄにその氏名を確認もしていない」。そのため、看護師Ｅにおいても結果回避義務違反は肯定できる。

**２．麻酔導入前**

手術室に入室する前に、看護師らによって患者の同一性確認を行うことはより容易であるのに、手術室に搬入された後においても、患者取り違えの発生が生じる可能性があり、一旦取り違えが生じ、取り違えが気づかれないまま引き継ぐと、誤った手術によって患者に重大な危害を与える可能性があることに鑑み、手術室内の医師らに対しても、患者の同一性確認を行うことが期待される。ところが、手術チームにおける分業・協業は、各関与者それぞれの専門性に基づくものを中心とし、異なる専門分野の医師が異なる時点で関与することがありうるため、これらの関与者の確認義務は段階的に認めるのか、それとも手術の行程を問わず、全過程に認めうるのかについて検討を加えることが必要であろう。

（ｉ）麻酔医の注意義務違反の有無

まず麻酔導入前の段階において、麻酔医と執刀医に同一性確認義務があるか否かをそれぞれに検討する。

麻酔医において、麻酔薬を導入する際に、誤った患者に麻酔薬を導入することを回避するために、「麻酔を施そうとする患者が、麻酔、手術を予定された当該患者であるかどうかの確認をしてから麻酔を施すべき注意義務がある」ことは当然である。

３番手術室の麻酔医Ｆは、手術室に入室した後、手術台に仰臥していたＣを見て、麻酔導入前に、「Ｃに対し『Ｂさんおはようございます。金曜日にお会いした麻酔科のＦです。』などと声を掛けたのをはじめ、前投薬の効果等を確認する必要もあり、何度かＢさんと声を掛けたが、Ｃは頷くなどし、Ｂではないことを主張することはなかった」。なお、

Ｆは、「Ｃのまつげを触って反応を見て麻酔が効いていることを確認したが、Ｂの眉毛が黒色であるのに対し、Ｃの眉毛は白色であった」という外見的特徴の違いにも気づかなかった。その後、医師Ｊによって患者Ｃに麻酔薬を注射し、同患者を麻酔状態に陥らせた。

上記の事実に対し、第一審判決は、麻酔施用患者の確認について、本件病院に行われている慣行が合理性のあるものと認めた上、外見的特徴について、ＢとＣはそれほど顕著な相違がないため、両者の相違に気づくべきであったということが困難である状況にあったと判示した。それに対し、控訴審判決は、まず、本件病院が行われている患者の同一性確認の方法は不十分であるとした上、麻酔医Ｆは、「目の前の患者がＢかどうかを把握するだけの容貌、身体的特徴を十分に把握することができ」、同人「が意識的に患者の同一性確認に慎重を期していたならば、容易に目の前の患者がＢではないことに気付くことができた」と述べており、麻酔導入前の段階で麻酔医Ｆの注意義務違反を肯定した。控訴審判決と同様に、最高裁決定でも、本件病院に行われる慣行の妥当性を否定した上、悪しき慣行に従ったことは注意義務の履行をとしてはならないとされている。

この段階で、麻酔医は、通常、声掛けとカルテなどによって患者の同一性を確認するが、患者が高齢者であったり、あるいは緊張の状態であるなどの場合もありうるので、声掛けによる確認が結果の回避に不十分なものであるという控訴審と最高裁の判断に妥当性がある。このように、麻酔施用患者の確認が主としてカルテなどに基づいて行われることになるが、それは前任者である看護師らの確認作業に非常に依存することは確かである。ただし、本件のような看護師らの作業に過失があった場合、麻酔導入前の段階において、患者の状態が術前の評価と異なり、かつこの状態が麻酔の可否に影響を及ぼす場合に限り、麻酔の可否を再検討することでしか患者取り違えを回避できない。それゆえ、本件病院の慣行に沿うと、麻酔医は、麻酔施用前に、患者の同一性を独立して確認することが不可能に近い状況にあって患者取り違えの発生可能性を増加させる。その意味で、本件病院で行われていた慣行は、患者の確認方法として不十分であったというほかはない。したがって、悪しき慣行にしたがったことは注意義務の履行として認めることはできないという原則によれ

ば、結果を回避するために、麻酔医に対しては、より確実な確認措置をとることが要請され、麻酔医Ｆと12番手術室の麻酔医Ｈのいずれも結果回避義務に違反したというべきである。

（ⅱ）執刀医の注意義務違反の有無

麻酔導入前の段階における執刀医に麻酔導入前入室義務の有無も争点となる。検察側は、執刀医Ｇは患者Ｂの手術全般に責任を有する者であることを根拠に、麻酔導入前に自ら又は手術に助手として関与する医師らを介し、手術室に入室して患者に対する問診を行うとともに、患者の外見的特徴、手術前の病状等を把握し、患者の同一性を確認する義務があると主張した。

それに対し、第一審判決は、①多数の関係者の協同作業の場合に、他の関係者はそれぞれの分担している作業について責任を持って、その責任範囲内で患者の同一性を確認することが求められ、②そして患者の同一性確認の意味において、この段階に執刀医による確認は、看護師や主治医の確認よりも優れているのではなく、③執刀医としての担当部分の実施に伴い事前に指示しておかなければならない特段の事情もないため、患者の同一性確認のために、一般に麻酔導入前入室を義務とまで解することは相当ではなく、執刀医自身が麻酔導入前に入室するか否かは裁量の範囲内に属する事柄というべきであると判示した。また、主治医グループの医師にとっては、執刀医の注意義務を代理・代行する者ではなく、「自己の職責を果たすために患者の確認をしなければならないが、それはその入室時期に見合った確実な確認方法を取れば足りるものというべきであり、患者の同一性確認義務が当然に麻酔導入前入室義務を導くものとは解されない」とされている。同様な理由によって、主治医を兼ねている12番手術室の執刀医であるＩにも麻酔導入前に患者の同一性を確認すべき義務がないと判示した。

第一審判決と異なり、控訴審判決は、手術は、麻酔導入から開始されるのであり、麻酔を導入するにあたり、容態の急変等の危険性があることや、麻酔導入前と麻酔導入後では、患者確認の難易度が異なることなどによって、麻酔導入前の段階において、執刀医ないし主治医らは、現場に立ち合い、積極的に患者の同一性を確認すべき注意義務があり、そ

してそれぞれにその違反があったと判示した。

患者の同一性確認義務は、手術チームの各構成員の業務に内包される基本的な注意義務であるが、だからといって、すべての構成員が同時的にそれを果たすべきであるとまで解することは必要ではなく、各構成員の職責に応じて注意義務を分配することが可能である。注意義務を分配するにあたり、患者の安全性と共同作業の効率性との間にバランスをとることは重要である。つまり、麻酔導入前の段階に、本来の担当者以外に他の者の関与が必要であるという観点は、現在の分業態勢の下で、本来の担当者による結果回避措置のみでは安全性の確保にとって不十分であるということを理由とすべきである。確かに、本件のような安全確認体制の不備が事故発生の主な原因であった場合に､結果のみを考えると、行為者による結果回避措置が安全性の確保に不十分であったと結論づけることは極めて容易である。しかし、患者の取り違えは、初歩的なミスによるものであり、各関与者が通常の注意を払えば回避できたものであるため、事故が起きたからといって、分業体制の合理性を完全に否定することは妥当でなく、個別的に検討することが必要である。

この段階における主な作業は麻酔の導入であることはいうまでもなく、それは麻酔医の専門性に基づいて行われるものであり、麻酔医が相応の医学的知識・技術を有するものであり、麻酔行為自体に伴う危険をコントロールして適切な対応をなす十分な能力を持っており、研修医であっても指導医の立ち合いがあれば足りるといえる。患者の同一性が確認されたことは、麻酔施用の前提であるが、その前に看護師らによる確認も設置されており、そして麻酔の導入自体は麻酔医が単独で他の医師の介入なしに行えるのであれば、それに付随している専門性を要しない患者の同一性確認に他の医師の介入が必要とされることは不合理であろう。また、本件のような事故の防止は、安全確認体制の改善や確認手段の合理化に求められるべきであり、執刀医の早すぎる介入は、第一審判決が指摘しているように、患者の同一性を確認する意味において、有効といえるかは疑問である。したがって、この段階において、執刀医は、執刀に関する事前準備に専念すれば足り、麻酔導入前に入室するか否かは、執刀医の判断に任せるべきであり、執刀医に麻酔導入前に入室義務まで課すことは過剰であると思われる。

### ３．手術開始前

以上から、患者を麻酔状態に陥らせた結果に対して、麻酔医らは過失責任を問われるべきであることが明らかになった。手術開始の段階において、麻酔医Ｆの注意義務違反があったかどうか、また、執刀医の入室後の患者確認義務の有無が争点となるが、麻酔医Ｆに関する部分を単独に考察する必要があるため、ここでは、後者のみを検討する。

第一審判決は、執刀医の入室後の患者確認義務について、主治医を兼ねない執刀医と主治医を兼ねる執刀医とを区別している。「通常は、執刀医入室までには、患者が当該患者として搬送され、麻酔や補助的手術がなされているのであるから、特段の事情がない限り、手術室在室者から同一性について特段の申出がなければ、一々患者の同一性に間違いがないか問い質さなくとも、室内の状況等を把握し、不自然な点がないことを確認すれば、患者としての同一性も保持されていると考えるのが自然であるから、患者確認をしたとみて妨げがないというべきである」として、この段階で主治医を兼ねない執刀医Ｇの注意義務違反を否定した。逆に、後者である場合には、「執刀開始前において入室時期に応じた確認方法をとってその同一性を確認する義務がある」とされている。そのため、主治医を兼ねる執刀医Ｈの注意義務違反が認められる。

それに対し、控訴審判決は、執刀医は主治医を兼ねているか否かを問わず、「麻酔導入後に入室した執刀医は、執刀を開始する前に進んで患者の同一性を確認する義務がある」とし、執刀医２名の確認義務違反が認められる。

この点について、本稿は、次のような理由により控訴審判決の見解を賛成する。すなわち、前述したように、患者の同一性確認義務は、医行為の前提であるから、麻酔の施用、手術等という患者の身体に侵襲を伴う医行為を行う前に、その担当医師にとっては当然に患者を確認すべきである。それは医療従事者の本来の注意義務であり、同一性確認について明確な役割分担が存在している場合に限り、確認作業を特定の担当者の責任領域とすることができる。本件においては、このような注意義務を免除する前提が存しないため、執刀を担当する医師の職責に患者を確認することが当然包含され、だからといって、その確認義務の有無は主治医であるかどうかとは関係しない。

したがって、①「３番手術室の患者には術中の検査結果が術前の検査結果と顕著に異なる特異な事情が存した」こと、②「被告人Ｇは、手術前に予想していたより心臓が小さいことも認識していること」、③「後学のため見学に来ていた講師も被告人Ｄの執刀前に同被告人に手術は必要ないのではないかとの話をしたこと」に鑑み、執刀医Ｇは、誤った手術を行えば、患者に重大な損害が生じることを認識でき、その損害を回避するためには、可能性が低いとしても、他人の判断を安易に信用してはならず、自ら手術の必要性や患者の同一性について深く検討することが必要であり、これを怠った場合、同人の結果回避義務違反が認められるべきである。同様に、12番手術室の執刀医Ｈは、患者の状態が術前のCT 写真等の検査結果と異なっていることを認識したにもかかわらず、検討や調査を行わないまま、必要でない手術を行ったため、同人の結果回避義務違反が認められることに支障もないと思われる。

### ４．小括

最高裁決定によれば、患者の同一性確認義務の設定は、危険のコントロールという規範的見地に立脚するものではなく、予見可能性を前提とするものでもなく、医行為に伴う公的負担としているものである[95]。患者の同一性確認が医行為の大前提であって、医療関係者の初歩的・基本的な義務であるという側面からみて、最高裁決定を理解できないわけではないが、この立場によれば、本件被告人は起訴された６名にとどめるべきではなく、本件手術チームのメンバーは全員、手術介助の看護師に至るまで患者の確認義務違反を問われるのではないか[96]。しかし、そうすれば、「当該医療に部分的にせよ関係した以上、医療関係者はなかなか免責されな」くなるという懸念も出てくる[97]。なお、この公的負担としての注意義務を「職責」の範囲によって係る関係者に分配する場合に、いわゆる「職責」の範囲をいかに決定すべきかも明らかではない。実際に、以上の問題のいずれも責任者の特定に関わるものである。本件において

[95] 樋口・前掲注（92）141頁。
[96] 北川・前掲注（92）104頁。
[97] 甲斐・前掲注（94）９頁。

は、ミスの原因を作った者であった看護師と身体侵襲を行う際の責任者であった医師のみを起訴するという責任者の選定方には一定の合理性があるのに、麻酔医Ｆより過失が重かった主治医らや指導医が起訴されなかった点に異論が見られる[98]。

なお、侵害結果が２つあり（麻酔状態に陥らせた結果と誤手術によった傷害結果）、手術の段階が比較的明確に分かれている場合には、当然のことながら、前の侵害結果について正犯の責任を負う者が後の侵害結果についてまで正犯の責任を負うとは限らず、上記決定に定められる基準に沿って主体を特定するとしても、各人の過失行為の正犯性の有無を個別的に検討する必要があるように思われる。

その点について、作業経緯から、本件において、「共同で作業を行う部分とそれぞれが同時並行でかつ独立して行う作業の二つが共働して行われて」[99]おり、作業を行う際に、同一の意識の有無によって、共同作業と独立作業を区分することができるとする見解がある。同見解によれば、病棟から手術への患者の受け渡しという同一の意識を持っている看護師Ｄ･Ｅは患者の受け渡しを共同で行い、患者への手術という同一の意識を持っている執刀医Ｈ･Ｉは手術を共同で行うため、それぞれを過失犯の共同正犯とすべきであるが、麻酔医Ｆ･Ｇは同一の意識を持っていないため、両者を過失の同時犯と捉えるべきである[100]。しかし、「同一の意識」自体が曖昧な概念であり、その有無によって共同作業と独立作業を区分することは妥当でなく、共同性を根拠づけることもできないと考えられる。そして、共同性の有無によって共同正犯と同時犯を区分することができるが、共同作業だとしても、そうであるからといって、直ちに共同正犯が成立すると考えられない。上記見解は、共犯の共同性の根拠づけ、共同作業と独立作業との区分基準、という異なる次元に属する２つの問題を混同してしまうと思われる。

---

98 北川・前掲注（92）104頁。

99 鶴田修一「チーム医療における過失犯の成立要件と『共犯からの離脱』論:『患者取り違え事件』を中心として」明治大学法学会会誌64号（2014）112頁。

100 鶴田･前掲注（99）112-113頁、金子博「過失犯の共同正犯について:『共同性』の規定を中心に」立命館法学４号（2009）180頁。

患者の同一性確認作業は、共同作業か独立作業かを判断するにあたり、各関与者の結果回避義務の間にどのような関係性があるかを検討すべきである。本件の各関与者は、いずれにも、患者の同一性確認義務が課されるが、この注意義務は、２つの意味を有するものである。１つは、①予想された抽象的な危険を防止するために、手術に常に要求される患者確認義務である。もう１つは、②具体的な危険を防止するために、患者の同一性について疑いが生じた場合にさらなる患者確認措置をとる義務である[101]。看護師らが患者を引き渡し又は受け渡す際に、麻酔医らが麻酔を導入する前に、執刀医らが手術を開始する前に、①の注意義務を履行しなければならないが、各人が自己の職責の範囲内で独立して当該注意義務を履行することができ、相応して、不測の事態が発見されれば、②の注意義務をさらに履行することもできる。この場合に、患者の同一性を確認する作業は独立の作業である。それに対し、他の関与者の履行とあいまってはじめて具体化した危険を防止できる場合もありうる。この場合に限り、患者の同一性確認作業は共同作業であり、各関係者は、患者の同一性を確認するために、協力し合って②の注意義務を履行すべきである。このように、本件においては、手術開始前の段階のみに「共同作業」が肯定される余地があり、従ってこの段階に関与した被告人らすべてを正犯として扱うべきかどうかはさらに問題となる。この問題に関する本稿の立場は、麻酔医Ｆの過失の有無を検討することを通じて明らかにすることとする。

## Ⅱ．麻酔医Ｆの刑事責任

麻酔を導入した後、麻酔医Ｆは患者の同一性に疑念を抱いたため、まずは指導者である医師に疑義を訴え、さらに第１外科の主治医グループにもその旨伝えて確認を求め、なお自ら手術室看護師に指示して病棟へ確認電話をかけさせるなどの措置を講じた。以上の事情がいかなる形で過失犯の成否に影響を与えるかについては異なる見解が見られる。Ｆの過失を否定する見解のうち、①第一審判決のように、Ｆが注意義務を履

[101] 樋口・前掲注 (92) 143頁。

行したとするもの、②Ｆの個別的事情を考え、「経験の浅い29歳の麻酔科医であり、Ｆが提起した患者の同一性の疑義についてほかの経験豊富な医師らから否定的回答があれば、これ以上確認を求め危険を消滅させることは事実上困難であり、Ｆに過失責任を負わせるのは酷である」とするもの[102]、③適法行為の期待可能性がないとして責任を否定する余地はあり、その立場において可能な努力をしたＦに対する非難は軽減されるはずであるとするもの[103]がある。それに対して、最高裁決定のように、上記事情があったとしても、Ｆの過失責任が問われるべきであると主張する見解もある[104]。この点につき、以下では、本件の状況に置かれた麻酔医Ｆに対してどのような合義務的な行為が期待されるべきかを解明した上、過失及び正犯性の有無を検討しておきたい。

前述したように、患者取り違えを回避するために、関与者らには抽象的な確認義務と、疑念を抱いている際にさらなる結果回避措置をとるべき義務が課される。抽象的な確認義務は、常に医療関係者の職責に包含される義務であり、独立して履行できるものであるのに対して、手術開始前の段階において、後の確認義務の履行は、他人の履行と相まってはじめて結果を防止できる場合がありうる。この際に、患者の同一性確認作業は共同作業をいい、行為者の合義務的な行為を検討するにあたり、この点を考慮に入れるべきである。

合義務的な行為は、法の期待行為ともいい、これは「行為の当時において、行為者と同じ状況におかれた行為者と同じ立場に立つ一般の者にとって、危険防止のためにこの程度の負担を負わせるのが公平に合致すると考えられる具体的な安全のための行動（積極的な作為または不作為）が導き出され」[105]るべきである。「法は不可能を強いない」という原則から、法の期待の客観的な限界のみならず、その主観的な限界をも検討す

---

[102] 大塚（裕）・前掲注（86）16頁、同・前掲注（92）193頁。なお、同趣旨として照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007（2008）26頁、甲斐・前掲注（92）119頁。

[103] 平山・前掲注（92）168頁。

[104] 緒方・前掲注（92）463頁。

[105] 藤木英雄「総論」藤木英雄（編）『過失犯：新旧過失論争』（学陽書房・1975）26頁以下。

べきである。ここにいう主観的な限界は、「その行為者にとって認識可能な、行為時に現存する危険を消滅させること」[106]という定式により画されるべきである。すなわち、行為者の個別的事情を完全に捨象して、結果回避義務を一般化してはいけない。各関与者の注意義務が同一の発生根拠を有しており（公的負担としての注意義務の分配）、患者の同一性を確認するという点について各関与者の間に指導・監督関係がないとしても、各関与者に期待される具体的な結果回避措置の内容は、各人の職務上の地位や関与の状況によって異なるべきである[107]。

上記観点を踏まえ、本件麻酔医Ｆの個別的事情をみる。まず、麻酔薬を導入した後、手術を開始する前に、患者の同一性確認は客観的に困難な段階に至った。なぜなら、手術チームは、力関係が支配する領域であり、とりわけ手術の場面においては、途中で抜け出したくても抜け出せない状況にあって[108]、在室していた医師の中で最も若い研修医であるＦにとって、疑念を持っているとしても、自らの意思のみに基づいて手術の進行を中止することで誤った手術を回避することが不可能に近いからである。本件において、麻酔医が提起した同一性への疑義に対し、本件手術の第２助手を務め、当日までに４回診察し、当日朝にも回診して会っているＫ医師は、髪について散髪したんじゃないかとか胸の形が同じだなどと公言した。同時に、本件手術の第１助手で胸骨正中切開までの手術をする予定で、既に11回Ｂを診察していたＬ医師も、何ら同一性に疑義を抱かず、Ｋの発言を容認していた。このような状況の下で、被告人Ｆにとってはなお過誤の危険を消滅させる措置をとることは、相当困難であったことは否定しがたい。また、術前検査の結果と術中の経食道心エコー検査等とのデータの著しい相違があったけれども、この事実に対して、患者が取り違えられるかという側面から検討することは可能ではあるが、治療の必要性があるかどうかという側面から検討することも可能であり、後者に至った場合に、複数の医師が手術に関与しており、各関与者の地位と専門が異なり、とりわけ地位が比較的低い麻酔医Ｆと

106 古川・前掲注（33）196頁以下。
107 濵本千恵子「過失競合と因果関係」広島法学38巻２号（2014）60頁。
108 甲斐・前掲注（56）116頁。

しては、独立して治療の必要性を決定することはできると考えられる。しかも、「その方面で一目おかれているＪ医師が麻酔の影響ではないかと述べ、Ｍ講師ですら納得してしまっているのであり」、その際に、経験の浅い研修医であるＦにとって、疑念を一定程度で解消してしまったことは、理解できなくはない。

このように、一方では、「法は不可能を強いない」という原則から、上記の状況に置かれた麻酔医Ｆに期待される具体的な結果回避措置が一定程度で制限されるべきであり、よってこの段階で麻酔医Ｆに注意義務違反があったかどうかは疑問である。他方では、麻酔導入後での注意義務違反が認められるとして、麻酔医Ｆの合義務的な行為は、法益保護にとってある程度で有効であるが、その有効性が他の医師の意思や判断に大きく左右されるといえ、麻酔医Ｆの過失行為が結果に至る因果経過を実質的に支配しているとは評価し難く、その正犯性を否定すべきである[109]。

過失犯の場合には、何からの注意義務に違反した行為はみな正犯であるとする見解があるが[110]、この見解に対して、「故意であれば、共犯にすぎないものが過失の場合に正犯に格上げされる」[111]ことになり、「現行刑法が過失犯において狭義の共犯を不可罰としている趣旨を没却」[112]してしまうという批判が可能である。限縮的正犯概念を維持しつつ、正犯性のある行為のみを処罰の対象とすべき観点を踏まえると、本件において、麻酔医Ｆには、麻酔導入前に患者の同一性の確認義務に違反して麻酔を施した過失行為（１番目の過失行為）が正犯性を有するものであるが、麻酔導入後に患者の同一性を確認するための十分な措置を講じなかった

---

[109] この点について、甲斐・前掲注（56）119頁は、行為者が、「上記の個別的事情の中で、危険性消滅（絶無とはいかない）に向けた一定程度の相当な注意義務を尽かした場合、少なく正犯としての地位から狭義の共犯（従犯）へと格下げして不可罰とし、その因果連鎖から解放する」、という「過失犯からの離脱」の論理を主張している。

[110] 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988）86頁、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（成文堂・1999）371頁。

[111] 平山・前掲注（92）168頁。

[112] 大塚（裕）・前掲注（86）20頁。

過失行為（２番目の過失行為）の正犯性が否認されるべきである。しかし、２番目の過失行為の正犯性が失われたとしても、誤った手術による傷害結果に対して、麻酔医Ｆは過失責任を問われないわけではない。なぜなら、本件手術の場合に、看護師らの引き渡し・受け渡し――麻酔導入――手術の施行という３つ段階が密接に絡み合っているところ、各段階の関与者は、それぞれの責任範囲内で患者の同一性を確認すべき義務を履行することが求められており、前任者の注意義務違反があれば、後任者の注意義務違反を誘発しやすいといえ、１番目の過失行為により、誤った患者にその患者に対応しない治療を受けさせるという許されない危険を維持・増加させた場合、麻酔状態に陥らせた結果として上記の危険が実現されたというだけでなく、誤った手術による傷害結果も同一の因果経過に従ったものと評価できるからである。したがって、２番目の過失行為の可罰性が失われたとしても、傷害結果は、１番目の過失行為に帰属されうると考えられる。

## 第４節　小括

同職種間の引き継ぎ作業において、まず、第一に、因果関係の判断について、最初の行為者の過失行為に最後の結果を発生させ得る程度の危険が含まれないとしても、同人が創出した危険性は後任者の過失の介入で質的に転換させなかった場合に、同人の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきである。第二に、最初の行為者の過失から誘発された後任者らの過失について、交替制の分業体制における各関与者は、各自の専門性に基づいて分業・協業するのではなく、それぞれの立場は同じく、かついつでも互いに交換することが可能であるため、各関与者は共同で結果を回避するために努力すべきであり、多層的な点検確認義務が求められる場合がありうる。

専門職間の引き継ぎ作業において、第一に、因果関係中断論や答責領域の変わりにより、危険を創出した前任者の行為と結果との因果関係を否定することができない。第二に、原則として、各関与者は、他方の関与者の業務の中核的内容に注意を払うことがあり得ないが、結果の防止に必要な注意義務の履行が専門的知識や技術を伴わないとき、各関与者

が共通の注意義務を負う余地がある。第三に、専門職間の引き継ぎ作業において、初歩的なミスを防止するために、各関与者に同一の基本的な注意義務が課されるとしても、関与者全員が同時にそれを果たす必要はなく、各関与者の職責に応じて注意義務を分配することができる。第四に、専門職間の連携であっても、合義務的な行為を判断するにあたり、行為者の個別的事情を完全に捨象して、結果回避義務を一般化してはならず、各関与者に期待される具体的な結果回避措置の内容は、各人の職務上の地位や関与の状況によって異なるべきである。

判例研究

# 刑　事　判　例　研　究

小棚木　公　貴

**窃盗罪における不法領得の意思が問題となった事例**
**名古屋高等裁判所令和３年12月14日判決**
**令和３年（う）第300号：窃盗、威力業務妨害、信用毀損被告事件**
**高刑速（令３）号501頁**[1]

## Ⅰ　事案の概要

被告人は、スーパーマーケットに入店し、同店内に商品として陳列されていた販売価格428円の魚の切り身１点（以下、「本件切り身」とする）を手に取り、店内通路において包装を開封して中身を食べ、その後、（弁護人主張によれば

[1] 本判決の評釈として、王本優花「判批」研修893号（2022年）19頁以下、清水晴生「判批」白鷗29巻２号（2022年）73頁以下、高橋直哉「判批」法教505号（2022年）140頁（以下、「高橋判批」とする）、松宮孝明「購入代金支払前の「商品」の費消と「不法領得の意思」――名古屋高判令和３・12・14を素材として――」立命399・400号（2022年）874頁以下、足立友子「判批」ジュリ1583号（2023年）134頁以下。原判決の評釈として、中島賢一「判批」警公77巻１号（2022年）87頁以下。さらに、本判決に言及する文献・論文として、橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」同『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022年）152頁以下、樋口亮介「不法領得の意思―比較法と学説史を通じた議論の整理―」研修891号（2022年）３頁以下、高橋直哉「不法領得の意思について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』（成文堂、2023年）513頁以下（以下、「高橋論文」とする）、冨川雅満「不法領得の意思による占有侵害罪と毀棄隠匿との区別――効用享受の要否に関する近時の議論から見た裁判例――」刑ジャ76号（2023年）４頁以下がある。

約２分後）店内レジにおいて、レジ係にその包装を示して販売価格をレジ係に支払った。被告人は、本件当時、自らが作成した動画をインターネット上にアップロードして多数の者に視聴させるいわゆる「ユーチューバー」として活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を精算前に大胆に食べた後にレジで会計をし、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようとしたために、上記の行為に及んだものである[2]。

## Ⅱ　原判決[3]

弁護人は、被告人が精算前の切り身を食べたことは間違いないが、被告人には、直ちに精算を行う意思があったことから不法領得の意思がないとして、無罪を主張した。しかし、原判決は、以下のように述べ、被告人には不法領得の意思が認められるとして窃盗罪の成立を認めた。

「２　不法領得の意思について

（１）被告人の前記１（１）の行為（筆者補注：「令和２年５月29日、判示のＤ店に入店し、同店内に商品として陳列されていた魚の切り身１点（以下「本件被害品」という。）を手に取り、同店内の通路において、本件被害品の包装を開封して中身を食べ、その後、同店内のレジにおいて、レジ係にその包装を示して本件被害品の販売価格をレジ係に支払った」行為）は窃盗罪の客観的構成要件に該当し、故意も認められる。しかし、被告人に窃盗罪が成立するためには、更に主観的要素として不法領得の意思が必要である。この不法領得の意思とは、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用し又は処分する意思」をいう（大審院大正４年５月21日・刑録21輯663頁、最高裁昭和26年７月13日第二小法廷判決・刑集５巻８号1437頁参照）。

（２）本件被害品は、本件店舗において商品として陳列されていた食品である。被害者は、本件被害品を売却するために陳列していたものであるが、その販売方法は、来店客に陳列されている商品から自由に購入する商品を選んでもらい、レジにおいてそれらの代金を支払ってもらうというものである。被告人は、食

[2] 本事案では、威力業務妨害事件および信用毀損事件についても併合審理されているが、本稿では割愛する。

[3] 名古屋地岡崎支判令和３年８月27日 LEX/DB25571797。

品である本件被害品をレジにおいて代金を支払う前に、全て食べてしまっている。被害者は、本件店舗内で陳列されている商品をレジで精算する前に食べることを予定も許容もしていなかった。

そうすると、被告人の上記の行為は、単に食品を食べることとその代金の支払とが若干前後しただけというものではなく、本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を代金を支払うことなく食べたものというべきであって、まさに、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って処分しているといえる。被告人は、本件被害品が本件店舗で陳列されている商品であって、代金支払い前にそれを食べることは許されていないことを知りながら食べているのであるから、被告人には、不法領得の意思が認められる。

3　弁護人の主張について

これに対し、弁護人は、被告人の意図したところは、通常の買い物手順と比べ、わずか2分足らず、清算と処分との手順を逆転させるだけのことに過ぎないし、被告人には、対価を支払わずに本件被害品を取得しようとの意思はなく、わずか2分後には自身に所有権が移転することになる本件被害品を、一足早く口腔内に押し込む処分行為をしてみせる意思があったのみであるから、その処分行為に可罰性があるかは疑問がある、被害者は、本件被害品を店内に陳列し、金銭に換えてもらうことを求めていたのであり、それ以上でも以下でもないから、被告人は被害者の財産権について、尊重しないという規範的態度には出ていない、本件被害品を2分足らず借用してもとに戻すような不可罰の使用窃盗の場合と並列に考えることができるなどと主張する。

しかし、被害者は、本件店舗内に陳列した商品について、どのような形であれ金銭に換えられればそれでよいと考えて、陳列していたわけではない。前記のとおり、被害者は、店内に陳列している商品を販売するに当たっては、その販売のための方法を定めていたのであって、それ以外の方法で販売することは予定していない。被告人は、被害者が定める販売方法に反することを知りながら、本件被害品を買う前に勝手に食べてしまったのであるから、単に清算と処分との手順が前後しただけというわけではなく、被害者がその方法では売らないはずの商品を代金を支払うことなく領得をし、これを費消することによって確定的に所有者の権利を侵害しているのである。一時的な占有侵害であるがゆえに可罰性が問題となる使用窃盗の場合と並列に考えることはできない。

また、弁護人は、本件被害品は生食用ではない魚の切り身であり、被告人はこれを味わいたいわけでも栄養を摂取したいわけでもなかったのであるから、これを口腔内に押し込む行為は、外形的には「食べる」行為に見えるが、その実質は毀棄行為であるとして、利用処分意思もないという。

しかし、味わったり、栄養を摂取したりするためではなかったとしても、食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為は、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものであるから、前記１（２）のように考えて（筆者補注：「被告人は、本件当時、自らが作成した動画をインターネット上にアップロードして多数の者に視聴させるいわゆるユーチューバーとして活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を清算前に大胆に食べて､その後にレジで会計をし､その際の、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようと考えて」）行ったものであったとしても、口腔内に毀棄する行為であるとみることはできない。」

## Ⅲ　判旨[4]

本判決は、原判決の認定及び判断は、些か措辞不適切な部分があるが、被告人に不法領得の意思を認めた結論においては､不合理なものとは認められない、とし、以下のように述べて控訴を棄却した。

「（２）権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思（権利者排除意思）に関する主張について

ア　弁護人は、原判決の事実認定の補足説明における説示に対し、〔１〕権利者排除意思をあたかも使用窃盗事案特有の要素であり本件では問題とすべきではないかのように誤解し、〔２〕被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為だけを切り離して検討し、被告人がその後いかなる行動を予定していたかということを十分に考慮せず、〔３〕結局のところ、被告人の占有移転行為が所有者の意思に反していることを強調しているだけ、という３点で誤っており､被告人には対価を支払わずに自分のものにしてしまう意思がなく、交換価値的に回復するため直ちにレジに向かっていたことなどからすれば、被告人に権利者排除意思が認定できないという。

イ　そこでまず原判決に対する非難を検討すると、…このような説示は、被害

[4] 判決文については､名古屋高判令和３年12月14日 LEX/DB25591557から引用している。

者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないものであり、些か措辞不適切であるといわざるを得ない。

ウ　しかし、その上で本件において、権利者排除意思の存否について検討すると、以下のとおり、同意思は認められる。

（ア）不法領得の意思は、財物の占有が移転した時点において必要とされるところ、権利者排除意思は、その行為が窃盗罪として可罰的な程度の違法性を有しているかを判断するために、行為者がその後予定する当該財物の利用の程度、すなわち被害者の利用妨害の程度が窃盗罪として可罰的な程度に至っているかどうか、という観点から判断すべきものである。

（イ）そのような観点から、本件についてみると、原判決も指摘するとおり、被告人は、本件切り身を口腔内に入れて嚥下して費消することにより、本件被害品である本件切り身という個別財産について、被害者の権利を確定的に侵害していることに疑いはない。

これに関し、弁護人は、被告人には、本件切り身について対価を支払わずして自分のものとする意思がなく、被害者も、本件切り身を保持することよりも金銭への交換を求めていたものである上、被告人の行為が被害者の意思に反する理由は迷惑行為であるからという点にその本質があるなどと主張しており、これは、少なくとも被告人において、窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害を被害者に生じさせる認識がなかったことを指摘するものと解される。しかし、被害者は、単に商品を売買により金銭に交換するということにとどまらず、来店客が並べられた商品をそのままの状態でレジに持ち込んで代金を精算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めているのであって、このような手順が守られなければ、被害者において店舗内に多数並べている商品を適正に管理することが著しく困難になるなどその営業に重大な影響を及ぼすことが明らかであり、たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のものというべきである。したがって、被害者におけるこうした主観的利益は、財産的利益として客観的にも保護されるべきものであるところ、被告人も、被害者がこのような利益を有していることを知っていたからこそ、その手順を守らないことがインターネット上の動画視聴者の興味を引くような面白い場面（絵）になるとして、本件行為に及んだことが認められる。

（ウ）そうすると、本件において、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下する時点で予定していた被害者の利用妨害は、個別財産に対する罪という観点からは勿論のこと、仮に窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要であると考えたとしても、十分に可罰的な程度に至っている（弁護人の拠って立つ見解に沿っていえば、被告人が所有者を尊重しなかった、又は無視したと評価される）ことが明らかであるから、弁護人の主張を踏まえても、権利者排除意思を認めた原判決の判断に誤りはない。

エ　この点に関する弁護人の主張には理由がない。

（３）他人の物をその経済的用法に従って利用し又は処分する意思（利用処分意思）に関する主張について

ア　弁護人は、人の飲食に適しない本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為の外形からは、直ちに「本来的用法に従って処分した」「食べた」と評価することはできず、被告人の主観も踏まえた慎重な評価が必要であるところ、被告人としては、普段人が食べないものを口腔内に入れて嚥下する「絵」を撮ることを意図しており、本件切り身を飲食物としてではなく、口腔内に入れて嚥下することで費消できる物体としかみていなかったから、これにつき「本来的用法に従って処分した」「食べた」とはいい得ず、被告人には利用処分意思が認められない、という。

イ　そこで検討すると、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下した行為について、利用処分意思ありとして窃盗罪と評価するか、これを否定して毀棄行為と評価するかを判断するにあたっては、原判決のように「食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為が、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである」かどうかといった形式的な検討にとどまらず、被告人の意図が、毀棄・隠匿罪よりも法定刑の重い領得罪たる窃盗罪として処罰するだけの実質を備えているか、すなわち、被告人において、財物自体から生ずる何らかの効用を享受する意思を有しているかどうかを検討する必要があるというべきである。

本件についてみると、被告人は、原判決が説示するとおり、被告人が、本件当時、いわゆるユーチューバーとして活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を精算前に大胆に食べて、その後にレジで会計をし、その際の、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようとした、というのである。そうすると、被告

人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為は、動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このような「絵」を作出するための行動であるから、被告人は、正に、本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受する意思を有していたというべきである。したがって、弁護人の主張を踏まえても、被告人に利用処分意思を認めた原判決の判断に誤りはない。

ウ　この点に関する弁護人の主張にも理由がない。

（4）その他弁護人が縷々主張する点を踏まえても、被告人に不法領得の意思を認め、窃盗罪が成立するとした原判決の認定及び判断に、弁護人がいうような事実の誤認は認められない。」

その後、本件は上告されたが、最高裁（最決令和4年3月29日LEX/DB25592760）は「上告趣意は…単なる法令違反、事実誤認の主張であって、…上告理由に当たらない」と述べて、上告を棄却した。

## Ⅳ　はじめに

窃盗罪の成立には客観的な占有移転行為の存在およびその認識が必要である。しかし、判例はそれに加えて窃盗罪の主観的要件として不法領得の意思が必要であるとし、その内容を「権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用し又は処分する意思」と定義した[5]。通説は判例を支持し、不法領得の意思は権利者排除意思と利用処分意思から成り立っているとした上で、前者には窃盗と不可罰にすべき一時使用（以下、「使用窃盗」とする）を区別する機能があり、後者には窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する機能があると理解する[6]。

本事案では、被告人が店内に商品として陳列されていた魚の切り身の包装をその場で開封して中身を食べた行為について窃盗罪で公訴が提起されたとこ

---

[5] 大判大正4年5月21日刑録21輯663頁。また、最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。

[6] 例えば、西田典之ほか編『注釈刑法 第4巻 各論(3)』（有斐閣、2021年）36頁以下〔佐伯仁志〕。他方、不法領得の意思を「機能」から理解する通説とは異なり、近時、不法領得の意思を「所有」概念から理解する見解として、樋口・前掲注（1）18頁以下、穴沢大輔「領得罪の「通説」」法セ821号（2023年）23頁以下がある。

ろ、被告人側が不法領得の意思が否定されることを根拠に、無罪であると主張したため、不法領得の意思が争点となった。原判決および本判決は、不法領得の意思を権利者排除意思と利用処分意思に分けてそれぞれ検討した上で、双方とも肯定されることを根拠に不法領得の意思が認められると結論づけ、よって窃盗罪の成立を認めた。しかし、本判決が「原判決の認定及び判断は、些か措辞不適切な部分がある」と述べたように、原判決と本判決は結論に至る判断過程が異なっている点が注目される。さらに、本判決は不法領得の意思の判断方法に関して注目に値する判示を行っており、詳細に検討する必要がある。

本稿では、Ⅴ検討㈠において、本判決が「窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害」を被害者に生じさせ、かつ、その認識があったことを根拠に、権利者排除意思を肯定した点を、Ⅴ検討㈡において、本判決が「本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受する意思を有していた」ことを根拠に利用処分意思を肯定した点を、それぞれ原判決の判断方法と照らし合わせるなどして検討する。

## Ⅴ　検討㈠：権利者排除意思に関する検討

### 1．権利者排除意思に関する現状の判断枠組みと原判決の分析

#### ⑴　権利者排除意思に関する現状の判断枠組み

権利者排除意思には使用窃盗を窃盗罪の成立範囲から除外する機能が付与されていると理解されているところ、近時の学説は、その実質的な根拠を、被害者の被る法益侵害が可罰的違法性を欠くことに求める[7]。しかし、占有移転によって窃盗罪が既遂に達するという判例・通説の理解を前提とすると、事後的にどのような法益侵害が発生したかを「窃取」の中で考慮することはできないので、占有移転段階で行為者がいかなる法益侵害行為を予定していたかという主観面の問題として把握することになる。このとき、行為者が軽微な法益侵害を予定していた場合には権利者排除意思が否定され、窃盗罪が否定されることになる。

[7] これを正面から認めたものとして、藤木英雄『刑法講義 各論』（弘文堂、1976年）279頁。さらに、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第７版〕』（弘文堂、2018年）173頁、橋爪・前掲注（１）153頁以下。

権利者排除意思の具体的な判断基準については、主に自転車・自動車の無断一時使用に関する一連の事例（以下、「自転車事例」とする）において窃盗罪の成否が争われる中で問題となった。かつては、一時使用の意思しかない場合は不法領得の意思が認められないが、乗り捨ての意思がある場合には不法領得の意思が肯定されるという判断がなされており[8]、返却意思がある場合には権利者排除意思が否定されるかのような判断基準を示していた。しかし、その後、最高裁は返却意思がある場合でも、不法領得の意思は肯定されるという判断を下したことから[9]、権利者排除意思の判断基準が問題となった。

自転車事例に関する裁判所の判断に関して学説は、権利者排除意思は、行為時に予定していた財物の利用方法が被害者の利用可能性を可罰的な程度に侵害するようなものかという観点で判断されるべきであるとする。その上で、返却意思がない場合には利用可能性が永続的に奪われる利用方法であることを根拠に権利者排除意思が肯定され、また、返却意思がある場合にも使用時間、財物の経済的価値、一時使用による財物の価値減少の危険性、一時使用する間に占有者が財物を利用する可能性などを考慮し、被害者の利用可能性を可罰的な程度に侵害する（以下、「利用可能性侵害」とする）ような利用方法であることが認められる場合には、権利者排除意思が肯定されると整理した[10]。このような判断枠組みに従った場合には、行為者に短時間で財物を返却する意思があり、返却後も被害者が従前と同じように財物を利用することが可能な利用方法が予定されていた場合には権利者排除意思が否定されることになる[11]。

### ⑵ 限界事例および限界事例に関する各学説の理解

前項で示した自転車事例における判断枠組みに従った場合でも、なお利用可能性侵害を判断することが困難であって、権利者排除意思が問題となりうる限

---

[8] 大判大正９年２月４日刑録26輯26頁。また、前掲注（５）・最判昭和26年７月13日。

[9] 最決昭和43年９月17日集刑168号691頁、最決昭和55年10月30日刑集34巻５号357頁。

[10] 例えば、松原芳博『刑法各論〔第２版〕』（日本評論社、2021年）223頁、橋爪・前掲注（１）156頁、山口厚『刑法各論〔第２版〕』（有斐閣、2010年）200頁以下。

[11] 自転車事例について不法領得の意思を否定した裁判例として京都地判昭和51年12月17日判タ354号339頁があるところ、同判決は２、３時間使用して返却する意思であったこと、その間の自転車の消耗も考慮に値しないほど軽微であったことをその根拠として挙げている。

界事例が存在する。

まず、景品と交換する目的で、不正にパチンコ台からパチンコ玉を引き出した事例（以下、「パチンコ玉事例」とする）について、最高裁は、同行為は「経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもこれを再び使用し、あるいは景品と交換すると否とは自由であるからパチンコ玉につきみずから所有者としてふるまう意思を表現したものというべきもので、…いわゆる使用窃盗とみるべきではなく、パチンコ玉に対する不法領得の意思が存する」として権利者排除意思を肯定した[12]。

また、機密資料を無断で持ち出し、コピー後直ちに返却した事例（以下、「機密資料事例」とする）について、裁判所は「本件各資料は秘密性のほか有用性ないし経済的価値を十分有していたと認められる。そして、本件各資料の経済的価値がその具現化された情報の有用性、価値性に依存するものである以上、資料の内容をコピーしその情報を獲得しようとする意思は、権利者を排除し右資料を自己の物と同様にその経済的用法に従つて利用する意思にほかならない」として権利者排除意思を肯定した[13]。

さらに、札幌市の区役所で希望者に閲覧を許している住民基本台帳閲覧用マイクロフィルムを、閲覧のためとして正規の手続で借り出した上、複製の目的で短時間無断で区役所外に持ち出した事例（以下、「住民基本台帳事例」とする）について、裁判所（札幌地判平成５年６月28日判タ838号268頁）は「本件マイクロフィルムは、札幌市及び各区長が管理する住民に関する記録である。市町村が管理する住民に関する記録を他の者が管理保持することは現行法上予定されていない。したがって、本件マイクロフィルムの管理権を有する各区長が私人による所定の閲覧場所からの持出しや複写を容認しないことは明らかである。また、住民名簿は、多くの業種において顧客獲得・販路拡大に利用されるため、名簿業者が介在して取引の対象とされており、なかでも、本件マイクロ

[12] 最決昭和31年８月22日刑集10巻８号1260頁。同種の事例として、購入済みの商品の返品を仮装して代金相当額の金銭の交付を受ける目的で、売り場から商品を持ち出した事例につき、権利者排除意思を肯定した大阪地判昭和63年12月22日判タ707号267頁がある。

[13] 東京地判昭和59年６月15日刑月16巻５＝６号459頁。また、同種の事例として、東京地判昭和55年２月14日刑月12巻１＝２号47頁があり、やはり権利者排除意思が肯定されている。

フィルムのように住民基本台帳から正確に転記した上で市町村の管理するものは、その網羅性・正確性のため高い経済的価値を有するものである。このような本件マイクロフィルムを、複写する目的で所定の閲覧場所から持ち出すことは、まさに、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思、すなわち不法領得の意思に基づくものであると認められる。」として、権利者排除意思を肯定した。

限界事例における利用可能性侵害の判断方法について、学説は３説に分かれている。まず、第１説として財物それ自体の価値を減少させる利用である場合に利用可能性の侵害が肯定されると理解する見解がある[14]。この見解では、確かにパチンコ玉事例においては、返却されたパチンコ玉に対して本来不要な財物交付を行ってしまうという損失があり、機密資料事例・住民基本台帳事例においては、情報の独占的利用の可能性が害されたという損失があるが、いずれも財物それ自体の価値を減少させる利用ではなく、返却後も被害者は財物それ自体を従前と同様に利用することが可能であるため、財物それ自体の利用可能性が侵害されるわけではないとして、いずれの事例についても権利者排除意思を否定すべきとする。

次に、第２説として財物の利用価値・交換価値を減少させる利用である場合にも利用可能性の侵害が肯定されると理解する見解がある[15]。この見解は、パチンコ玉事例においてはパチンコ台からパチンコ玉を不正に取得することで、パチンコ玉が有する、景品を取得できる正当な地位を証明する手段としての交換価値が侵害されているため、また、機密資料事例においては不正コピーの目的で持ち出されることによって、機密資料が有する、秘密として独占的に保持するという利用価値が侵害されているため、それぞれ利用可能性侵害が認められるとして権利者排除意思を肯定する。機密資料事例の裁判例は、機密資料それ自体ではなく、機密資料に記載された情報の有用性・秘密性・価値性に機密

[14] 例えば、野村健太郎「財産罪における客体の価値」愛学61巻３・４号（2020年）90頁以下、今井猛嘉ほか編『刑法各論〔第２版〕』（有斐閣、2013年）156頁〔小林憲太郎〕、松原・前掲注（10）224頁以下。

[15] 例えば、深町晋也「窃盗罪」法教290号（2004年）75頁、和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）195頁。

資料の経済的価値が依存している点に言及して不法領得の意思を肯定していることからすると、第２説に親和的であると考えられる。

しかし、住民基本台帳事例については（当時）正規の手続を踏めば誰でもマイクロフィルムの情報を閲覧することが可能であるという事情[16]、また、住民基本データを閲覧させることで被害者（市）は利益を上げているわけではないという事情があり、無断コピーがなされることによって、秘密として独占的に保持するという利用価値が侵害されているとは言い難く、第２説からは権利者排除意思を肯定することが困難であることが指摘された[17]。

最後に第３説として、権利者が許容しないであろう程度・態様の利用がなされていれば、利用可能性の侵害が肯定されると理解する見解がある[18]。この見解は、パチンコ事例・機密資料事例について権利者排除意思を肯定し、また住民基本台帳事例についても、マイクロフィルムの保管・管理を徹底することが被害者の重要な関心であって、これに関する記録を第三者が保持することが容認されていないことからすると、被害者がマイクロフィルムを厳重に保管・管理し、不正コピーを防止することそれ自体がマイクロフィルムのいわば消極的効用としてその利用可能性を基礎づけていることを根拠に、利用可能性侵害が認められる、として権利者排除意思を肯定する[19]。

住民基本台帳事例の裁判例が、権利者排除意思の有無を判断する上で「本件マイクロフィルムの管理権を有する各区長が私人による所定の閲覧場所からの

---

[16] ただし、平成18年に住民基本台帳法が改正されたことにより、現在では、公益性や必要性が認められる場合などに限って閲覧が許可されており（法11条以下）、事件当時よりも閲覧基準が厳格化していることに留意する必要がある。

[17] 橋爪・前掲注（１）161頁、山口厚「不法領得の意思」同『新判例から見た刑法〔第３版〕』（有斐閣、2015年）195頁。

[18] 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）207頁、西田･前掲注（７）174頁。また、橋爪・前掲注（１）162頁は「財物の性質、管理方法やその管理者の関心・目的などにかんがみて､管理者が許容することがおよそありえないような利用をする意思」として、第３説を若干修正する。この修正した見解を支持するものとして、小池信太郎「窃盗罪における不法領得の意思」法教481号（2020年）74頁。さらに、髙橋論文・前掲注（１）517頁は、財物の価値は、その所有者の意思や感情などによっても左右されるとした上で、それは権利者排除意思を判断する上での考慮事情の１つとなりうることを指摘する。

[19] 橋爪・前掲注（１）161頁。

持出しや複写を容認しないことは明らかである」点に言及し、また、パチンコ玉事例の判例が「経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移」した点に言及して、それぞれ権利者排除意思を肯定していることからすると、どちらも第３説に親和的であると考えられる。

### ⑶ 原判決の分析

原判決は「被告人は、本件被害品が本件店舗で陳列されている商品であって、代金支払い前にそれを食べることは許されていないことを知りながら食べているのであるから、被告人には、不法領得の意思が肯定される」と述べた。これは、代金支払前に本件切り身を食べる行為を被害者が許容していないことを被告人が認識していたことを根拠に権利者排除意思を肯定した[20]点で、第３説に親和的であると考えられる[21]。

これに対して、本判決は「被害者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないものであり、些か措辞不適切」であるとして、原判決に批判的な理解を示している。本判決は、原判決の判断は故意があるから不法領得の意思があると判断したものであって、両者を混同しているという批判であると考えられるが、原判決に親和的な第３説に対しては、既に、一般にあらゆる一時無断使用を権利者は許容しないはずであって、使用窃盗一般に権利者排除意思が認められてしまうという批判[22]が向けられており、この批判と本判決が原判決に対してなした批判は同根の批判であると考えられる[23]。

---

[20] このような判断を支持するものとして中島・前掲注（１）93頁。

[21] 橋爪・前掲注（１）162頁以下は、スーパーマーケットの管理者としては、代金の精算が終わった後にはじめて商品の自由な処分を認めるという「手順」の順守はきわめて重要であり、この順序が逆転することは管理者としておよそ容認できない事態であることを根拠に権利者排除意思を肯定しており、本判決よりもむしろ原判決の理解に親和的であるように思われる。

[22] 松宮孝明『刑法各論講義〔第５版〕』（成文堂、2018年）217頁。

[23] 原判決が故意と不法領得の意思を混同させるような判断を示した背景には、占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生したという理解があると考えられる。そもそも、占有移転行為をもって直ちに財物の利用可能性侵害が肯定されるのではなく、その後の無断利用の継続によって財物の利用可能性の侵害が肯定されると理解する以上、

しかし、現状の判断枠組みにおいては、そもそも返却意思がない場合については、利用可能性侵害の度合いが大きいことを根拠に、なかば当然に権利者排除意思が肯定されてきた。そして本事案において被告人は、本件切り身を嚥下し費消するという返却すること自体不可能な利用方法を予定して占有移転行為を行っており、端的に返却意思が存在していないことを根拠としても、権利者排除意思を肯定することが可能であったように思われる[24]。

このように、現状の判断枠組みに従った場合、いかなる場合に利用可能性侵害が肯定されるかという限界事例の議論を踏まえる必要はなく、また、原判決のようにあえてその中から第３説に基づいて権利者排除意思を肯定する必要もなく、返却意思がないことから端的に権利者排除意思を肯定することが可能であったと考えられる。

---

占有移転時期と財物の利用可能性の侵害時期にはギャップが生じることになる。しかし、本事案においては商品として陳列されている本件切り身を開封して中身を食べるという行為が問題となったところ、どの時点で占有移転が生じたか、およびどの時点で財物の利用可能性侵害が生じたかという判断が非常に微妙である。この問題について、原判決が「客観的構成要件に該当し、故意も認められる」と判断した被告人の行為は、スーパーマーケットに入店してからレジ係に本件切り身を示すまでの一連の犯行であって、どの時点に占有移転行為を認めたかについては明らかではないが、原判決が「本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を代金を支払うことなく食べたものというべきであって、まさに、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って処分しているといえる」と述べていることを鑑みると、本件切り身を食べる行為によって、占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生したという理解をとったものと考えられる。しかし、故意が占有移転の認識であり、不法領得の意思が行為後の利用方法に関する意思であって異なる主観的要素である以上、故意の問題である占有移転時期と不法領得の意思の問題である利用可能性侵害時期は厳格に区別されるべきであったように思われる。他方で、本事案においては、占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生していることを指摘する見解として、髙橋判批・前掲注（１）140頁、髙橋論文・前掲注（１）525頁以下。

[24] 足立・前掲注（１）135頁は、本事案では、本件切り身の占有移転が行われた時点で、即時に費消され滅失してしまったため、権利者排除意思がなかったと構成するのは不可能と述べる。

## ２．本判決が示した新しい判断枠組みの新規性とその検討

### ⑴ 本判決が示した判断枠組みの新規性

本判決においては、「不法領得の意思は、…被害者の利用妨害の程度が窃盗罪として可罰的な程度に至っているかどうか、という観点から判断すべき」であり、「そのような観点から、本件についてみると、原判決も指摘するとおり、被告人は、本件切り身を口腔内に入れて嚥下して費消することにより、本件被害品である本件切り身という個別財産について、被害者の権利を確定的に侵害していることに疑いはない」として、財物の利用可能性が可罰的な程度に侵害されており、それを行為者が認識しているか否かによって権利者排除意思の有無が判断されているかのようにも思われる。

しかし、被告人側の主張が「少なくとも被告人において、窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害を被害者に生じさせる認識がなかった」ため権利者排除意思が否定されるという主張であることを指摘した上で、結論においては「本件において、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下する時点で予定していた被害者の利用妨害は、…仮に窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要であると考えたとしても、十分に可罰的な程度に至っている…ことが明らかである」ことを根拠に権利者排除意思を肯定しており、被告人側の主張に応答する形で、権利者排除意思を判断する上で、被害者に実質上の財産的損害を生じさせる認識があったかが検討されていることが注目される。

これは限界事例に関する第３説に従って権利者排除意思を肯定した原判決の見解とも、返却意思がないことを根拠に権利者排除意思を肯定する見解とも異なる新しい判断枠組みに沿って導き出された第３の見解であるといえる。

しかし、このような判断枠組みが認められるためには、窃盗罪においていかなる場合に財産的損害が認められるか、また、権利者排除意思を判断する上で、被害者に実質上の財産的損害を生じさせる認識があったかを検討することが許されるかという問題を順番に検討する必要がある。

### ⑵ 財産犯における財産的損害に関する理解

財産犯における財産的損害というテーマについては主として詐欺罪において活発に議論されている[25]。

[25] 詐欺罪における財産的損害に関する近時の論稿として、例えば、冨川雅満「財産的

詐欺罪も財産犯である以上、詐欺罪の成立には財産的損害が必要であると理解されているところ、かつては欺罔されなかったら財物・財産上の利益を交付・処分しなかったであろうといえるならば、財産的損害を肯定する形式的個別財産説が通説とされていた[26]。財物・財産上の利益を交付・処分すると被害者に個別財産の喪失が認められるが、同見解はこれが認められれば詐欺罪の成立に足るとしたのである。

しかし、例えば未成年者が書店で年齢を偽って成人向け雑誌を購入するような事例（以下、「未成年者事例」とする）では、確かに欺罔されなかったら成人向け雑誌を移転させなかったことが認められるため、書店に個別財産の喪失が認められるが、書店が相当対価として雑誌の代金を受け取っていることからすると、詐欺罪を否定するべきではないかという疑問が提起された。

財物を失った代わりに相当対価を受け取っていることがダイレクトに詐欺罪の成立を否定する根拠となるならば、詐欺罪を背任罪と同様に全体財産に対する罪と解し、被害者の財産状態の悪化が認められるか否かで詐欺罪の成否を判断する見解（全体財産説）[27]もありうる。しかし、背任罪のような「財産上の損害」が要求されておらず、財物や財産上の利益という個別の侵害客体を規定している詐欺罪を全体財産に対する罪と把握することに対しては批判がなされた。

そこで現在の通説[28]は、詐欺罪を個別財産に対する罪と解しつつ、相手方の取引目的に照らし、当該客体の移転をもって実質的損害と評価しうる場合に詐欺罪を認めるべきであるとする実質的個別財産説に立った上で、未成年者事例では書店は代金の獲得という取引目的を達成していることを根拠に実質的損害を否定し、詐欺罪の成立を否定する。

実質的個別財産説においては、相当対価を受け取った場合に財産的損害の有無が問題となりうるが、そのことが直ちに詐欺罪を否定する根拠とはならない。例えば、中風等に効果のない機器を中風等に効くと偽り、商品代金2200円を詐

---

損害をめぐる「通説」――実質的個別財産説に潜む問題」法セ821号（2023年）25頁以下、松原芳博「詐欺罪における実質的法益侵害」法教514号（2023年）31頁以下があり、現在の通説の形成過程を把握する上で参照した。

[26] 例えば、団藤重光『刑法綱要各論〔第３版〕』（創文社、1990年）619頁。

[27] 例えば、林幹人『刑法各論〔第２版〕』（東京大学出版会、2007年）143頁。

[28] 例えば、西田・前掲注（７）220頁以下、松原・前掲注（10）289頁以下、橋爪・前掲注（１）253頁以下。

取したが代金価格自体については相当だった事例では、確かに被害者は2200円と同価値の機器を受け取っているが、現在の通説は「中風等に効果のある機器」を求めたにもかかわらず、実際には「中風等に効果のない機器」が交付されていることを根拠に実質的損害を肯定し、詐欺罪の成立を認めている[29]。

一方、窃盗罪においては、背任罪以外の財産犯は個別財産に対する罪であるという一般的な理解を根拠に、個別財産を喪失していれば財産的損害として足りるという理解がなされてきたと考えられる[30]。ここに窃盗罪と詐欺罪とで財産的損害に関する理解が異なっていることが認められるが、具体的事案について窃盗罪の成否を判断するにあたっては、通常、この程度の理解があればそれで十分であったといえよう。

詐欺罪が問題となる事例の中には、未成年者事例のように被害者が自身の財産を引き渡せば相当対価が支払われるだろうと期待し、実際にもそれに対応した相当対価が支払われるという事例が一定程度存在する。そのような事例においては、相当対価が支払われているとしても、なお詐欺罪は成立するかという観点から、財産的損害が問題となりうるといえる。一方で、窃盗罪が問題となる事例においては、被害者は相当対価が支払われるだろうと期待しておらず(むしろ相当対価が支払われたとしても絶対にその財物を手放したくないと思っている場合もあろう)、また仮に被害者にそのような期待があったとしても、実際に相当対価が支払われることはほとんどない。このような事情があることか

---

[29] ただし、実際の判例（最決昭和34年９月28日刑集13巻11号2993頁）においては詐欺罪を成立させるにあたって、形式的個別財産説に親和的な判示がなされている。

[30] 例えば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻〔第３版〕』（青林書院、2019年）349頁以下〔川合昌幸＝西森英司〕は、窃盗罪に関する記述の中で財産的損害を論じていない。ただし、近年では、窃盗罪においても財産的損害が問題となるケースが存在し、詐欺罪と同様に実質的損害が存在する場合に限って窃盗罪の成立を肯定すべきとする見解が存在する。例えば、松原・前掲注（10）212頁以下、松原芳博「窃取の意義」別ジュリ251号（2020年）63頁、同「法益侵害と意思侵害――住居侵入罪、詐欺罪、窃盗罪に関する近時の判例をめぐって――」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）60頁以下、内田幸隆「窃盗罪における窃取行為について」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2014年）124頁以下。他方で、野澤充「窃盗罪における「財産損害」？――「相当額の対価」が存在する事例に関連して――」立命375・376号（2018年）284頁以下は、詐欺罪における財産的損害の議論を窃盗罪にも拡張させるべきではないと主張する。

らすると、多くの事例においては、特に財産的損害を問題としなくとも、窃盗罪の成立を認めることが可能である。

しかし、本事案においては被害者であるスーパーマーケットは客に商品を引き渡せば、相手方から相当対価として現金が支払われることを期待しており、行為者も実際に相当対価を支払っているという事情が認められるところ、これは詐欺罪において財産的損害が問題となる事例に類似しているといえる。本判決は、このように詐欺罪において財産的損害が問題となる事例と本事案が類似していることを考慮して、被告人側の主張に応答する形で、財産的損害を検討する必要があると判断したと考えられる。

その上で、本判決は詐欺罪に関する財産的損害に関して実質的個別財産説に立つことを前提に、窃盗罪についても、詐欺罪と同様に、実質的損害がある場合に財産的損害が肯定されることを示したものと考えられる。

### ⑶ 財産的損害と権利者排除意思の関係性について

窃盗罪についても、実質的損害がある場合に財産的損害が肯定されるという理解を前提としても、本事案において行為者が相当対価を支払ったという事情は占有移転後の事情であるため、行為時の客観的要件の中で財産的損害を論じることができず、占有移転時の「相当対価の支払の意思」の有無という行為時の主観面の問題として整理する必要がある[31]。

ここで、詐欺罪における財産的損害として実質的損害まで要求される背景には、単なる個別財産の喪失しか認められない場合には財産的損害が軽微であるため詐欺罪を否定すべきとする軽微性の問題も含まれると考えられる。そうであるならば、権利者排除意思が法益侵害の軽微性を主観面で判断する機能を有しているという近時の学説に基づくと、財産的損害の問題と権利者排除意思の問題は同じ軽微性の問題として符合している[32]ことになり、権利者排除意思の

---

[31] なお、詐欺罪においては通常、詐取とほぼ同時に対価が支払われるため、財産的損害の問題をあえて主観面の問題として理解する必要は乏しいと考えられる。

[32] 品田智史「財産犯における財産上の損害概念の諸相」刑雑53巻２号（2014年）221頁は、権利者排除意思は、一時使用の中でも利益侵害の程度が軽微なものは可罰性が欠けるため処罰しないという機能を有するという理解が現在の有力説であることからすると、不法領得の意思の場面においても、財産上の損害の要素が見られる、と指摘する。また、樋口亮介「詐欺罪と財産上の損害⑵」別ジュリ221号（2014年）101頁は、財産

中で実質的損害の認識の有無を判断することも許される[33]と考えられる。

このように、本判決は権利者排除意思を問題にしつつも、その実体を財産的損害における実質的損害の問題とする新たな判断枠組みを示しているところ、このような判断枠組みも許されると考えられる。

### 3.「手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のもの」の検討

#### ⑴ 財産的損害における「時間的ギャップに由来する法益侵害」の問題

既に述べたように、実質的個別財産説に立つ通説は未成年者事例において、書店が代金の獲得という取引目的を達成していることを根拠に財産的損害を否定する。そのような観点から見ると、確かに本事案においても被害者であるスーパーマーケットは代金の獲得という取引目的を達成していることが認められる。しかし、被害者はレジにおいて相当対価と引き換えに本件切り身を占有移転させようと考えていたにもかかわらず、実際にはレジに持ち込む直前に行為者が本件切り身を嚥下することで占有移転させた後、レジにおいて相当対価が支払われている。ここでは、被告人が相当対価を支払う前に占有移転させたことに実質的損害が認められるかが問題となっている。

この問題状況を整理すると、被害者が特定のタイミングで占有移転させようと思っていた財物を行為者が若干先取りして占有移転させた場合、本来のタイミングよりも早いタイミングで占有移転させたことに法益侵害（以下、これを「時間的ギャップに由来する法益侵害」とする）が認められるところ、この法益侵害が軽微である場合には実質的損害が否定されることになる。

その基準について、本判決は「たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のものというべきである」と述べており、相当対価を支払ったとしても、その

---

的損害が問題となった後掲平成13年決定が「社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払期間を早め」ることを要求した点について、被害の軽微性に注目したものであるとした上で、同じく軽微性を理由とする使用窃盗との均衡を考慮している。ただし、同「詐欺罪と財産上の損害(2)」別ジュリ251号（2020年）100頁以下にはかかる記述がないことに留意する必要がある。

[33] ただし、軽微性の問題として符合しているとしても実質的損害の有無を権利者排除意思の要件の中で理解する必然性まではないとも考えられ、いかなる要件として論ずるべきかという問題はなお残存しているように思われる。

支払が「手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のもの」である場合には時間的ギャップに由来する法益侵害が軽微ではないとして、実質的損害を肯定することを示した。このとき、いかなる場合に「手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のもの」といえるのかが問題となる。

### ⑵ 平成13年判決における「社会通念上別個の支払」の検討

時間的ギャップに由来する法益侵害の軽微性が財産的損害の中で問題となった判例として、詐欺罪の事例であるが、平成13年判決[34]が挙げられる。同判決の事案は以下のようなものであった。

被告人らは、大阪府から会社が請け負った新築くい工事を掌握しており、くい工事に関しては瑕疵なくこれを完成させた。本件工事に関し、大阪府から工事完成代金の支払を受けるためには、同府の担当者の完成検査を受け、これに合格した上で、担当者に完成した旨の検査調書を作成させ、大阪府知事宛てに工事代金を請求する必要があった。しかし、実際には、くい打ち工事によって生じる汚泥処理の見積もり量と実際の処理量が大きく食い違っていたため、被告人らはこのままだと完成検査に合格しないと思い、内容虚偽の汚泥処理券を提出し、その内容が真実だと誤信した担当者に検査調書を作成させ、大阪府知事に対して工事代金を請求し、よって振替送金の方式で7288万円を受領した。

本判決は、工事自体は瑕疵なく完成させているため、府側は請負代金を減額させることはできず[35]、ゆえに、被告人らが7288万円を受領したこと自体は問題ではないが、被告人が担当者に提出した処理券が虚偽であることを知れば、担当者は完成検査の合格を留保したと考えられるため、被告人らは本来の時期よりも早く工事代金を受け取ったという第１審（大阪地判平成９年９月17日刑集55巻５号500頁参照）の事実認定を前提とした上で、以下のような判断を行った。

「請負人が本来受領する権利を有する請負代金を欺罔手段を用いて不当に早

---

[34] 最判平成13年７月19日刑集55巻５号371頁。

[35] 原審（大阪高判平成10年６月３日刑集55巻５号508頁参照）は、府側が被告人らに払うべき請負代金は減額されるべきであるということを前提に、過大な代金を受け取ったことを根拠として詐欺罪の成立を肯定したが、最高裁は、本件請負契約が定額・一括請負契約であることを理由に原審の判断を否定した。

く受領した場合には、その代金全額について刑法246条１項の詐欺罪が成立することがあるが、本来受領する権利を有する請負代金を不当に早く受領したことをもって詐欺罪が成立するというためには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である。」と述べた上で、第１審は、被告人らの行為が工事完成払金の支払時期をどの程度早めたかについて認定していないとして原審に差し戻した[36]。

平成13年判決は、欺罔行為を行うことで本来の時期よりも早く工事代金を受け取ったことが詐欺罪の成否を判断する上で問題となっている。これに関して、第１審判決は、欺罔手段を用いて支払時期を早めることで、本来支払を受けられない時点で工事代金を受け取ったということをもって詐欺罪の成立を認めており、欺罔行為によって個別財産の喪失があれば財産的損害を肯定する形式的個別財産説に親和的である。一方で、平成13年判決は、単に支払時期を早めただけでは足りず、さらに「欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものである」場合に限って詐欺罪の成立を認めるべきであるとしており、実質的個別財産説に親和的な理解を示したとされている[37]。

ここで、平成13年判決を時間的ギャップに由来する法益侵害の軽微性という観点から整理すると、本来7288万円を支払うはずだったタイミングよりも早いタイミングで支払ってしまったことに法益侵害が存在するところ、「社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めた」場合には法益侵害の軽微性が否定されることになる。

したがって、平成13年判決と本判決はともに実際の支払が本来の支払と「社会通念上別個の支払」である場合に時間的ギャップに由来する法益侵害が軽微ではないとして実質的損害を肯定したものであり、本判決の分析にあたっては平成13年判決が先例的な役目を果たすと考えられる。

それでは、平成13年判決は「社会通念上別個の支払」をどのように認定したのだろうか。

---

[36] その後、差し戻し審（大阪高判平成14年10月８日 LEX/DB28085079）において無罪が言い渡されている。

[37] 朝山芳史「判解」最判解刑事平成13年度135頁以下。

まず、この判断にあたっては、どの程度の期間支払（占有移転）が早められたかや被害額の大きさといった、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素を重要視する見解がありうる[38]。この見解に基づくと、平成13年判決は、ある程度長い期間支払が早められており[39]、かつ被害額が7288万円であっても、なお「社会通念上別個の支払」が肯定されず、さらに長い期間支払が早められているか、被害額が大きいという事情が存在する場合に限ってこれが肯定されることを示したことになる。

一方で、「社会通念上別個の支払」を判断するにあたっては、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素だけではなく、債権者と債務者（本判決の事実関係に即した表現に修正すると「行為者と被害者」となる）の人的な関係の濃淡、履行期限（本判決の事実関係に即した表現に修正すると「引き渡し期限」となる）の確定性・厳格性といった質的な要素も考慮すべきとする見解が存在する[40]。同見解においては、確かに被害額が大きいものの、代金支払の履行期については、検査に合格した後、工事代金の請求がなされた日から40日以内という不確定なものであったことが「社会通念上別個の支払」を消極的に理解する上で重要視された可能性が指摘されている。

この見解は「社会通念上別個の支払」を判断する上で妥当な方向性を示していると考えられる。例えば、同じ１週間支払時期を早めた事案であっても、2023年10月13日から同年10月６日というように同じ月の中で１週間早めた場合と2023年４月３日から同年３月27日というように別の年度にまたがって１週間早めた場合では、同じ期間支払時期を早めたとしてもその性質は異なっている。すなわち、通常は３月にその年度の決算を行うことから、後者の方がより「社

[38] 木村光江「判批」法教258号（2002年）121頁以下は、利息などの利益を得たといえるだけの期間、支払を早めたと評価できる場合に「社会通念上別個の支払」が限定されることを指摘しており、このような見解に親和的であると考えられる。

[39] 平成13年判決の事案において、欺罔行為によって本来の支払時期よりも具体的にどの程度早められたかについて最終的に明らかにはされなかったものの、仮に被告人らが実際に処理した汚泥処理量を記載して汚泥処理券を作成した場合には、工事代金受領のために必要な完成検査の合格が留保されていたという事実関係が存在することを考慮すると、早められた期間はおそらく数分や数時間といった短い期間ではなく、少なくとも数日、場合によっては数週間以上であったと考えられる。

[40] 伊藤渉「判批」別ジュリ167号（2003年）93頁。

会通念上別個の支払」が認められやすいと考えられる。さらに、平成13年判決の事案においては、請負契約において受領した金銭の対価となるくい工事を完成させた後に内容虚偽の汚泥処理券を提出する等の欺罔行為に及んでいる点が「社会通念上別個の支払」を消極的に判断する上で重要な要素になったと考えられる。例えば、工事があと１日で完成するという時点で工事が完成したなどと偽って工事代金を請求したことによって本来よりも支払時期を早めた場合、実際にも工事代金を請求した１日後に工事を完成させたとしても、工事完成と代金請求の順番を前後させていることを根拠に「社会通念上別個の支払」を認めることは平成13年判決の理解からも可能であるように思われる。

このように、「社会通念上別個の支払」を判断するにあたっては、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素だけではなく、質的な要素も検討する必要があると考えられる。

### ４．本判決の検討

「社会通念上別個の支払」の判断にあたって、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素を重要視する見解に基づいた場合、平成13年判決では、結論として「社会通念上別個の支払」であることを肯定しなかったことを考慮すると、数分間早く428円相当の切り身を失った本事案については、なおさら「社会通念上別個の支払」であることを否定するべきであるようにも思われる[41]。

しかし、本判決は、嚥下後「短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われた」といった時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素を指摘しつつも、「被害者は…来店客が並べられた商品をそのままの状態でレジに持ち込んで代金を精算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めているのであって、このような手順が守られなければ、被害者において店舗内に多数並べている商品を適正に管理することが著しく困難になるなどその営業に重大な影響を及ぼすことが明らか」であるという時間的ギャップに由来する法益侵害の質的な要素を重要視して「社会通念上別個の支払」を肯定している。

---

[41] 松宮・前掲注（１）888頁以下は、被害金が小さいこと、費消時点で被告人には直後に代金を支払う意思も能力もあったこと、費消から支払完了まで約２分であったことを根拠に権利者排除意思を否定すべきであると主張するところ、このような理解に親和的であるように思われる。

本判決を平成13年判決との整合性を確認しつつ検討すると、行為者と被害者の人的な関係の濃淡という観点からは、平成13年判決においては、被害者との請負契約が存在しており、代金の対価である工事完成も存在していたが、本事案においては、被告人が本件切り身を嚥下した時点で被害者との売買契約は存在しておらず、被害者との売買契約に基づいて本件切り身を占有移転させたものではないという事情が認められる[42]。さらに本事案においては被害者と行為者は単なる客と店員の関係性に過ぎず、面識も全くないという事情が存在する。

また、引き渡し期限の確定性・厳格性といった観点からは、平成13年決定においては、既に述べたように履行期限が厳格ではない可能性が指摘されているが、本事案においては、被害者は代金支払の場所やタイミングに関してレジで商品と引き換えに代金支払することを求めており、引き渡し期限について厳格に定めている。そして、店が客にこれを求めることは現在の日本におけるスーパーマーケットでの商取引として一般にも承認されており[43]、被害者が引き渡し期限を厳格に定めることの妥当性も認められる[44]。

したがって、確かに時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素からは「社会通念上別個の支払」は消極的に理解されるようにも思われるが、その質的な要素も考慮すると、本判決において「社会通念上別個の支払」を肯定して権利者排除意思を認めた点は妥当であり、かつ、これは平成13年判決とも整合的に説明することが可能である。

### ５．本判決の射程

現状の判断枠組みにおいては、返却意思が否定される場合、利用可能性侵害が大きいことから直ちに権利者排除意思が肯定されていた。しかし、本判決が

---

[42] 髙橋判批・前掲注（１）140頁、足立・前掲注（１）135頁は、事後に支払われたのは代金ではなく、弁償金であると指摘している。

[43] 樋口・前掲注（１）24頁はアメリカの模範刑法典223.1条３項(c)が、販売のための商品については直ちに購入して支払う意思があれば占有移転を先行させても財産犯としない旨を規定しており、異なる価値判断もあり得ると指摘する。仮に日本にこのような規定があった場合、本事案において「社会通念上別個の支払」を検討するうえで、引き渡し時期の確定性・厳格性は重要視されないことになろう。

[44] 本判決が「被害者におけるこうした主観的利益は、財産的利益として客観的にも保護されるべきものである」と述べたのは、このことを確認的に述べたものと考えられる。

示した判断枠組みに従った場合、返却意思が否定されても、すぐにその後相当対価を支払う意思があり、その支払が「社会通念上別個の支払」に該当しない場合には、時間的ギャップに由来する法益侵害が軽微であるとして、実質的損害（の認識）が否定されることで、権利者排除意思が否定される余地が認められる。このように返却意思がなくとも、権利者排除意思が否定される余地を示唆したことに本判決の重要な意義があり、その場合には現状の判断枠組みとは異なる帰結が導かれる可能性がある。

また、本事案以外に窃盗罪において時間的ギャップに由来する法益侵害の軽微性が問題となりうる事例として、会社の上司Ａが部下らに対して毎年バレンタインデーにチョコレートを配っていたところ、部下Ｘがある年のバレンタインデーの前日の夜中、残業中に空腹を感じ、Ａの机の下を見たところ、自分宛ての500円相当のチョコレートの包みがあったので、明日になればいずれチョコレートをＡからもらえるのだから今食べてもいいだろうと考え、その包みを開封して食べたという事例が想定される。この事例では、Ａはバレンタインデーの当日にチョコレートを渡そうと思っていたのであるから、ＸはＡの意思に反して他人の物を自己の占有に移転させており、客観的な占有移転行為の存在およびその認識が認められる。しかし、本来は２月14日にＡからＸにチョコレートの占有移転がなされるはずだったのに、実際には２月13日の夜にチョコレートの占有移転がなされたことを考慮すると、被害者には数時間早くチョコレートの占有を失ったという時間的ギャップに由来する法益侵害が存在する。

この事例について、本判決と同様に「社会通念上別個の」占有移転があるか否かを検討すると、被害者は数時間早く500円相当のチョコレートを失ったのであるから、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素について「社会通念上別個の」占有移転は消極的に理解される。また、行為者と被害者が会社の上司と部下という比較的密接な関係性にあり、毎年Ａがバレンタインデーにはチョコレートを Ｘに配っていたこと、チョコレートの引き渡しがプレゼントという性質を持つことを考慮すると、行為者と被害者の人的な関係の濃淡、本来予定されていた引き渡し期限の確定性・厳格性といった質的な要素についても「社会通念上別個の」占有移転が消極的に理解されることで、権利者排除意思が否定される余地がある[45]。

[45] また、Ａが路上で午前10時に試供品の缶ジュースを配ろうと思っていたが、通行人

なお、チョコレートに代えて、持ち去った物が表彰状や給料袋だった場合、被害者が正式な手順を踏んでしかるべきタイミングで相手に直接手渡す必要性が認められるので、引き渡し時期の確定性・厳格性といった質的な要素から「社会通念上別個の」占有移転が積極的に理解されると考えられる。このような場合には、いずれにせよそれらがほぼ確実に、すぐに手に入る予定であったという量的な要素が認められたとしても、権利者排除意思を肯定すべきである。

## Ⅵ　検討(二)：利用処分意思に関する検討

### １．利用処分意思に関する現在の判例・通説の理解

#### (1)　利用処分意思に関する基本的な理解

利用処分意思には窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する機能が付与されていると理解されているが、具体的にいかなる判断基準に基づいて利用処分意思が肯定されるかが問題となる。

判例の示した不法領得の意思の定義に基づくと、利用処分意思は「経済的用法」に従って利用処分する意思が存在する場合に認められる。このとき、「経済的用法」を厳密に理解すると、客体の経済的価値に着目し、その経済的価値に基づく利益を享受しようとする意思があった場合に限定して利用処分意思が肯定されるように思われるが、判例はそのような場合に限定せず、広く利用処分意思を認めている[46]。

まず、水増し投票の目的で、選挙管理委員会が保管する投票用紙を持ち出した事例について、最高裁は「投票用紙を恰も自己の所有物のごとくこれを同用紙として利用する意思であった」として、不法領得の意思を肯定した[47]。この事

---

Ｘが午前９時55分にＡの目を盗んでこれを持ち去ったという事案では、５分間早く試供品のジュースを持ち去ったのであるから量的な要素について「社会通念上別個の」占有移転が消極的に理解され、また、Ｘが缶ジュースを持ち去ることで、客に商品を広告するというＡの目的が一応達成されていることから、質的な要素についても「社会通念上別個の」占有移転が消極的に理解されることで、権利者排除意思が否定される余地がある。

[46] 利用処分意思に関する判例の理解については、高橋則夫ほか著『財産犯バトルロイヤル――絶望しないための方法序説』（日本評論社、2017年）28頁以下〔内田幸隆〕を参照した。

[47] 最判昭和33年４月17日刑集12巻６号1079頁。

例では、特定の候補者を当選させるために投票用紙を持ち去ったのであって、投票用紙の経済的価値に基づく利益を享受したとはいえないため、厳密な意味における経済的用法は認められない。もっともこの事例では、投票用紙を投票用紙として利用するために持ち去っていることから、判例は、その物について本来想定されている利用方法（本来的用法）の実現を目指す意思があることを根拠に、利用処分意思を認めたものであるとして理解された。

しかしその後、最高裁は、木材を繋留する目的で電線を無断で切断し持ち去った事例[48]や性的目的で女性の下着を持ち去った事例[49]について不法領得の意思を肯定した。前者における客体の本来的用法は「電気を通す」ことであり、後者における客体の本来的用法は「履く」ことであることを考慮すると、判例は、本来的用法とはいえない用法に従った利用をする意思であっても、利用処分意思を認めたものであると理解された。

通説は、以上の判例の判断を支持している。通説は、窃盗罪の方が毀棄・隠匿罪よりも法定刑が重く規定されている実質的な根拠を、他人の財物から効用を享受しようとする動機形成には窃盗罪としての重い責任非難が向けられることに求める[50]。このような理解からは、窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する際には、他人の財物から何らかの効用を享受する意思があるかということが重要であり、他人の財物から享受しようとする効用の性質がいかなるものであるか、言い換えると、行為者が予定していた利用が経済的用法・本来的用法に従ったものといえるかは重要ではないという理解が導かれる[51]。

この点について、本判決は「原判決のように「食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為が、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである」かどうかといった形式的な検討にとどまら」ないと指摘しており、経済的用法・本来的用法とはいえない用法に従った利用をする意思であっても利用処分意思は認められるとする判例・通説の理解が踏襲されている。

---

[48] 最判昭和35年９月９日刑集14巻11号1457頁。

[49] 最決昭和37年６月26日集刑143号201頁。

[50] 例えば、橋爪・前掲注（１）167頁。

[51] 例えば、町野朔「隠匿行為と不法領得の意思」別ジュリ190号（2008年）61頁は、「行為者がその財物を使用するなら、それをどのように利用しようとも領得があるのであり、その目的によって行為の危険性に質的に大きな相違が生じるとも考えられない。」として判例の判断を支持する。

### ⑵ 毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある事例における理解

しかし、上記の判例・通説の理解に従ったとき、窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する機能が利用処分意思から失われるおそれがあるため、いかなる場合に利用処分意思を肯定するべきかという問題に直面することになる。特にこの問題は、毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある事例において顕在化した。

例えば、被告人らが被害者を殺害した後、犯行が発覚しないよう死体と別の場所に投棄する目的で腕時計等を死体から取り去ったという事例について、昭和62年地裁判決[52]は「被告人らには、未必的にせよ腕時計等から生ずる何らかの効用を享受する意思があつたということはできない」と述べて、不法領得の意思を否定した。昭和62年地裁判決においては、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思があれば利用処分意思が認められることを前提とした上で、犯行の発覚を防ぐために持ち去った場合には、「財物から生ずる」効用ではないとして利用処分意思を否定したと理解された。

一方、その後、被害者に対する報復を主な目的として犯行に及んだ後、物取りの犯行を装うため、バッグなどを持ち去った事例について、平成12年高裁判決[53]は「単に物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく」物取りを装う意図を有していることを根拠に、不法領得の意思を肯定した。平成12年高裁判決に従った場合、物を毀棄・隠匿することで人を困らせること等を含めて何らかの利益追求の意思がある場合の全てについて「単に物を毀棄したり隠匿したりする意思」ではないことを根拠に、利用処分意思が認められる可能性がある。しかし、同裁判例に対しては、ほとんどの場合に利用処分意思が認められることになり、実際上、利用処分意思不要説に帰着するという批判がなされている[54]。

---

[52] 東京地判昭和62年10月６日判時1259号137頁。

[53] 東京高判平成12年５月15日判時1741号157頁。なお、同裁判例以前に、自己のこれまでの犯行を隠蔽するため手提金庫を持ち去り川に投棄したという事例について、「被告人は終局的に被害者の所持を奪い、之を処分して自ら所有者の実を挙ぐる意思即ち不正領得の意思あつたものと解す」として犯行隠蔽目的で持ち去った場合でも利用処分意思を認めた裁判例（大阪高判昭和24年12月５日判特４号３頁）が存在する。

[54] 山口・前掲注（17）196頁。なお、利用処分意思不要説に対しては、毀棄目的で持ち去った場合には窃盗罪が成立し、その場で毀棄行為に及んだ場合は毀棄・隠匿罪が成

このように毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある事例について、判断が分かれていたところ、被告人らが被害者に対して内容虚偽の支払督促を申し立てた上、被害者に督促異議申し立ての機会を与えることなく支払督促の効力を確定させることを企て、被害者本人宛に発送される支払督促正本等を速やかに破棄する目的で、被害者を装って郵便配達員から支払督促正本等を受領したという事案につき、詐欺罪における不法領得の意思が問題となった。この事案について、平成16年決定[55]は「郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、破棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段として行ったときであっても異ならないと解するのが相当である」と述べて不法領得の意思を否定し、詐欺罪の成立を否定した。

平成12年高裁判決に基づいた場合、この事例においても、支払督促の効力を確定させる意図を有して受領行為を行っていることから、何らかの利益追求の意思があることを根拠に利用処分意思を認める余地があった。しかし、平成16年決定は財産的利得を得るための手段として受領行為を行っていることを認めつつも、財物を何らかの用途に利用、処分する意思がなかったことを根拠に利用処分意思を否定しており、利用処分意思を限定的に理解する昭和62年地裁判決に親和的である。

以上の判例・裁判例を経た上で、現在の通説[56]は、財物それ自体を利用・処分することによって直接的に何らかの効用を享受する（以下、「「直接的」享受」とする）意思がある場合には利用処分意思は肯定され、財物を利用・処分する結果として間接的に利益を享受する（以下、「「間接的」享受」とする）意思があるにすぎない場合には利用処分意思は否定されると理解する[57]。

---

立することになるが、前者を重く罰し、後者を軽く罰することに合理的な理由が見出し難いという批判がある。この点について、例えば、松原・前掲注（10）218頁。

[55] 最決平成16年11月30日刑集58巻８号1005頁。

[56] 例えば、井上弘通「判解」最判解刑事平成16年度581頁は「その物の利用・処分から直接に得られる利益」である場合に利用処分意思を肯定するべきであると指摘する。また、このような理解が現在の通説であることを指摘するものとして、冨川・前掲注（１）４頁以下。

[57] 現在の通説と異なる見解として例えば、木村烈「窃盗罪における『不法領得の意思』

## ２．「直接的」享受に関する検討

### ⑴「直接的」享受と「間接的」享受とを分ける基準について

「財物それ自体を利用・処分することによって直接的に何らかの効用を享受する意思がある場合には利用処分意思は肯定される」という捉え方が現在の通説であるにしても、「直接的」享受と判断される場合も「間接的」享受と判断される場合も、最終的に何らかの利益を獲得する手段として財物を利用処分している点では同一であり、特に毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある場合については、その限界も非常に微妙であることから、「直接的」享受・「間接的」享受が恣意的に決定されるおそれがある。

そのため、現在の通説がいかなる場合に「直接的」享受として利用処分意思を肯定し、いかなる場合に「間接的」享受として利用処分意思を否定するのかを本項と次項にかけて検討・分析する。

「直接的」享受と「間接的」享受を区別する基準に関しては複数の見解が存在するところ、その１つ[58]（以下、説明の便宜上、「多数説」と表記する）は財物が有する価値や性質を利益として把握した上で、毀棄行為を実現手段としてその利益を享受しようとしていた場合、言い換えると財物が存在することの価値に根差した積極的な利益を獲得しようとしていた場合に「直接的」享受であるとして利用処分意思を認める。一方で、財物を毀棄することに利益を認め、毀棄行為から利益を獲得しようとした場合、言い換えると財物がその場に存在しないことで得られる消極的な利益を獲得しようとした場合には「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定する[59]。

---

をめぐる理論と実務―いわゆる「利用・処分意思」に関する判例の分析を中心に」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社、2006年）422頁以下。同見解は、平成12年高裁判決の結論を支持した上で、平成16年決定については、支払督促正本が手続書類であって経済的価値が低いことを根拠に利用処分意思を否定すべきであるとして、その結論を支持する。

[58] 橋爪・前掲注（１）163頁以下。また同様の見解として、松原・前掲注（10）220頁以下、髙橋直哉「毀棄目的と不法領得の意思」別ジュリ251号（2020年）64頁以下、小池・前掲注（18）74頁以下などが挙げられる。

[59]「直接的」享受といえるか否かで利用処分意思の有無を判断する点では現在の通説の範疇にあるが、「直接的」享受と「間接的」享受を区別する基準が多数説とは異なる見解として、佐伯仁志「不法領得の意思」法教366号（2011年）80頁以下、足立友子「不

この点について、本判決は「被告人の意図が、毀棄・隠匿罪よりも法定刑の重い領得罪たる窃盗罪として処罰するだけの実質を備えているか、すなわち、被告人において、財物自体から生ずる何らかの効用を享受する意思を有しているかどうかを検討する必要があるというべきである」として利用処分意思の基準を示している。本判決においては、あえて「(財物) 自体」という文言が挿入されていることを鑑みると、多数説と同様に、財物が持つ価値や性質を利益として把握した上で、毀棄行為を実現手段としてその利益を享受しようとしていた場合に「直接的」享受であるとして利用処分意思を認めたものであると考えられる。

### (2) 多数説に基づいた場合における諸事例の検討

多数説は、毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思があり、利用処分意思の有無が問題となる事例を３つの類型に分けて整理している[60]。

---

法領得の意思」松原芳博編『刑法の判例〔各論〕』(成文堂、2011年) 87頁以下、山口・前掲注 (17) 202頁以下。同見解は、財物の毀棄と利益の獲得の関係性に着目して「直接的」享受か否かを判断する。そして、財物の毀棄がそのまま利益の獲得につながっている場合には「直接的」享受であるとし、損壊して謝礼をもらうために、財物を持ち去った場合や、競争会社の契約交渉を妨害して契約を獲得するべく、隠匿目的で見積もり書類の入ったカバンを持ち去った場合のように、財物の毀棄が間接的に利益の獲得につながっている場合には、「間接的」享受であるとする。この見解は、財物の毀棄と利益獲得までの因果経過に着目し、財物の毀棄と利益獲得に直接の因果関係がある場合に「直接的」享受とし、財物の毀棄が他者を妨害するものであって、その妨害行為によって利益を獲得するといった場合のように財物の毀棄と利益獲得に直接の因果関係がない場合には「間接的」享受と理解しているものと考えられる。この見解は、平成16年決定については、支払督促正本の毀棄は被害者の督促異議申立ての機会を奪われるが、そこからさらに裁判所によって強制執行が行われることによって利益を獲得するという因果経過を辿ることを根拠に「間接的」享受として利用処分意思を否定したものであると理解する。この見解は、基本的には多数説と同じ結論になるものの、債務者が債務の支払を免れるために廃棄する目的で借用証書を持ち去る事案に関して、同見解は、借用証書がなくなると債権行使が著しく困難になる場合には、借用証書と利益の獲得が直接的であるため利用処分意思を肯定すべきと主張するが、多数説は、行為者が借用証書それ自体を利用する意思を有していないとして、利用処分意思を否定すべきと主張しており、結論に差異が生じる。

[60] 橋爪・前掲注 (１) 167頁以下。なお、このような分類方法は、佐伯・前掲注 (59) 80頁以下が嚆矢となっていると考えられるが、前掲注 (59) で指摘するように同見解

類型１　食べるためにケーキを持ち去る場合や、燃やして暖を取るために薪を持ち去る場合、燃やすために灯油を持ち去る場合のように、財物の毀棄・隠匿が本来的用法に従った利用処分である場合には、「直接的」享受が認められる。

類型２　パイ投げに使うためにケーキを持ち去る場合、床に投げつけてストレス解消を図るためにケーキを持ち去る場合、優勝祝賀会のビールかけに使うためにビールを持ち去る場合、本来的用法に従った利用処分とはいえないが、行為者がその実現手段として財物を利用する意思がある以上、享受しようとした利益が行為者の特殊で主観的な欲求であったとしても、「直接的」享受が認められる[61]。

類型３　ケーキ屋の目の前でケーキを床にたたきつけることで、ケーキ店のアルバイトが悲しむ様子を見たいと思ってケーキを持ち去る場合、嫌がらせ目的で家具を燃やすために家具を持ち去ったという場合のように、他者が悲しんだり困惑したりすることから心理的な満足を得るために毀棄・隠匿をするような場合は、「間接的」享受しか認められない。

そして、多数説は類型３に付随して不法領得の意思を否定した判例・裁判例を以下のように検討・分析する。

昭和62年地裁判決や平成12年高裁判決のような犯行隠蔽目的の持ち去りは、財物それ自体の効用を享受しているのではなく、財物を犯行現場から隠匿する結果として犯行発覚を免れるという一定の効果を得ようとしているにすぎないとして、「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定すべきであって、平成12年高裁判決は結論が妥当ではない。

また、平成16年以前の判例においては、校長を失脚させるべく、教室の天井裏に隠すために同人が管理していた教育勅語謄本等を持ち去った事例[62]、世話になった弁護士の競売を延期させるために競売場から競売記録を持ち去った事例[63]について利用処分意思が否定されているが、財物を毀棄・隠匿する結果と

---

は「直接的」享受の理解が多数説と異なっている点に留意する必要がある。

[61] 類型２に関連して、横浜地川崎支判平成24年５月23日判時2156号144頁は、虐待殺傷目的を秘して猫の里親を探していた者から猫を譲り受けた事例について詐欺罪の成立を認めた。ただし、同裁判例では不法領得の意思の有無が争点になっていないことに留意する必要がある。

[62] 前掲注（５）・大判大正４年５月21日。

[63] 大判昭和９年12月22日刑集13巻1789頁。

して嫌がらせ目的・妨害目的の達成という利益を得ようとしているにすぎないことからすると、利用処分意思を否定した判断は妥当である。

利用処分意思を否定した判例・裁判例の多くは財産的な利得を目的とした毀棄・隠匿ではないという特徴があった[64]が、平成16年決定は、財物の毀棄・隠匿によって財産的な利得を得ようとしているにもかかわらず、不法領得の意思を否定したことに意義があると多数説は指摘する。その上で、平成16年決定は最終的に財産的な利得を得るためであっても、財物の毀棄行為から利益を享受しようとした場合には「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定したものであると理解する[65]。

### 3．本判決の検討

本判決は「被告人が、本件当時、いわゆるユーチューバーとして活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を精算前に大胆に食べて、その後にレジで会計をし、その際の、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようとした、というのである。そうすると、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為は、動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このよ

---

[64] 本文中で言及した判例・裁判例のほか、例えば、仕返し目的でチェーンソーを持ち去り、その後海中に投棄した事例（仙台高判昭和46年６月21日高刑集24巻２号418頁）、携帯電話を用いて助けを呼ぶことを封じ、また、これらを取り上げることで心理的圧力を加え、性交に応じさせる手段とするために携帯電話等を取り上げ、その後川に投棄した事例（大阪高判平成13年３月14日高刑集54巻１号１頁）、嫌がらせ目的で被害者があわび漁に使用していた衣服等を持ち去り海中に投棄した事例（東京高判平成18年４月３日高刑速（平18）84頁）、強盗致傷の犯人が被害者が警察に通報することを妨げるために携帯電話を取り上げ、また、被害者らの逃走を妨げるために自動車の鍵を奪い去り、その後損壊して使用不能にした事例（松山地判平成19年７月19日 LEX/DB28135424）がある。

[65] 高橋・前掲注（58）65頁。また、平成16年決定と同様に財産的な利得を得るためであっても、不法領得の意思を否定した裁判例として、名古屋高判平成18年８月９日判タ1261号346頁がある。同裁判例は、パチンコ台のロムを不正ロムにすり替えることで、パチンコの出玉率を良くするためにロムを取り外した事案について、「単にその場に放置できず、他の場所に投棄するためであったと解する余地がある」として、利用処分意思を否定している。

うな「絵」を作出するための行動である」として、被告人が獲得しようとした利益を「動画視聴者の興味を引くような「絵」」（以下、「面白い「絵」」とする）としている。このとき、多数説に沿って利用処分意思を判断する際には、かかる利益が本件切り身の価値や性質に基づくものであって「直接的」享受かを検討する必要がある。

例えば、生の切り身がどんな味か知りたかった、栄養を摂取したかった、空腹を満たしたかった、燃やして暖を取りたかった、魚の魂と自分の魂を一体化したかった…などのような場合には、それがいかに特殊な目的であったとしても、まさに本件切り身が有する価値や性質に基づく利益を得ようとしていると考えられる。しかし、本判決が「被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為は、動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このような「絵」を作出するための行動である」と述べるように、面白い「絵」という利益は本件切り身を口の中に入れて嚥下する姿・行為者がレジに向かう姿・レジ係の困惑した表情などの一連の光景を撮影することによって得られるものであり、単に本件切り身を撮影することで得られるものではない。そのため、面白い「絵」は本件切り身を嚥下し、その場から消失させることによって得られる消極的な利益であり、「間接的」享受であるとして、利用処分意思を否定すべきであると考えられる[66-67]。

他方、本判決は「被告人は、正に、本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受

---

[66] 例えば、松宮・前掲注（1）881頁は、「面白い「絵」の獲得は撮影行為を要するのであり、食品を口に入れることから直接に得られるものではない」と述べて、利用処分意思を否定的に理解する。同様に、王本・前掲注（1）26頁以下は「本判決が指摘するような「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用それ自体は財物から間接的に享受したものと考える余地があるように思われる」として、本判決の判断方法を消極的に捉える。他方、髙橋判批・前掲注（1）140頁、髙橋論文・前掲注（1）527頁以下ではこの点は特に問題視されていない。

[67] なお、注（59）のような見解に立ったとしても、嚥下行為はレジ係の困惑した表情を撮影するためになされたものであり、その困惑した表情を撮影することで面白い「絵」という利益を獲得することができるという因果経過をたどるところ、嚥下行為がそのまま面白い「絵」という利益獲得につながっているとはいえず、やはり利用処分意思は否定されることになると考えられる。

する意思を有していたというべきである。」と述べて利用処分意思を肯定する。しかし、本判決が利用処分意思の判断基準とする多数説を前提としたとき、被告人が獲得しようとした利益を面白い「絵」とするならば、それは「間接的」享受であるとして、利用処分意思を否定すべきであって、本判決を支持することはできない。

**4．原判決の検討**

多数説を前提としたとき、面白い「絵」という効用を享受する意思を有していることを根拠に利用処分意思を認めるべきではないとしても、本事案について直ちに利用処分意思を否定するのは妥当ではない。この点、原判決は本判決とは異なる根拠で利用処分意思を肯定しており、その根拠について検討する必要がある。

原判決の中で被告人側は「本件被害品は生食用ではない魚の切り身であり、被告人はこれを味わいたいわけでも栄養を摂取したいわけでもなかったのであるから、これを口腔内に押し込む行為は、外形的には「食べる」行為に見えるが、その実質は毀棄行為であるとして、利用処分意思もない」と主張したところ、原判決は「味わったり、栄養を摂取したりするためではなかったとしても、食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為は、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである」として利用処分意思を肯定した。

原判決は、「食品」である本件切り身の本来的用法は「食べる」[68]ことにあるとした上で、その本来的用法に従った利用をする意思があることを認めて、利用処分意思を肯定したと考えられる。

原判決に対して、本判決は「形式的な検討」であるとして批判的な評価を下している。しかし、原判決の見解は、経済的用法・本来的用法に従った利用をする意思が認められれば利用処分意思を認めるべきであることを前提に、経済的用法・本来的用法とはいえない用法に従った利用をする意思であっても、利用処分意思を肯定してきた判例・通説の形成過程を踏まえたものであり、そのような批判は妥当しないと考えられる。

もっとも、原判決に対しては、生食用の切り身ではない本件切り身はそのま

[68] このように原判決では被告人が「食品」を「食べた」ことに着目していることから、原判決の検討においては「嚥下する」ことを「食べる」と表現する。

ま食すという限りでは「食品」とは必ずしもいえず、それを「食べる」ことが本来的用法といえるかという問題が存在する。この点について、一般的にスーパーマーケットで切り身を生食用の切り身と生食用ではない切り身を分けて販売しているのは、食品表示法上の規制に則り、生食用と比較すると鮮度が悪い、または生食用とは食品処理が違うといった理由で、そのままで食すと食中毒の危険性が高い切り身について、生食用である旨を表示しないことで、生食用ではない切り身として販売しているという背景が存在する[69]。このような背景を考慮すると、生食用ではない本件切り身は食中毒の危険性が高いため、加熱して食べることを購買者に求めているにすぎず、なお「食品」と理解することは可能である[70]。

以上より、原判決はスーパーマーケットで売られている生食用ではない切り身が「食品」であって、食品の本来的用法が「食べる」ことにあることを根拠に、利用処分意思を肯定したところ、少なくとも本事案の解決にあたって[71]、利用処分意思を肯定した点は妥当であると考えられる。

ただし、原判決の判断方法については、多数説との整合性の観点からなお慎

---

[69] 食品表示法４条および同条の規定により定められた食品表示基準18条以下が示す生鮮食品に関する表示義務のうち、別表第24では、生食用の切り身につき、生食用である旨を表示する義務を定めており、その表示が不適切なまま販売した場合には行政上の指導を受けることになる。この点について例えば、船橋市ホームページ「誤認を招きやすい食品表示によるアニサキス食中毒の発生について」2020年10月22日（https://www.city.funabashi.lg.jp/kenkou/eisei/001/p085389.html, 2023年８月１日最終閲覧、以下同じ）、および、東京都保健医療局ホームページ「食品の表示制度 » 食品表示法 » 生鮮食品 » 一般用生鮮食品（水産物）」（https://www.hokeniryo.metro.tokyo.lg.jp/shokuhin/hyouji/shokuhyouhou_seisen_suisan.html）が詳細である。

[70] この点について、足立・前掲注（１）135頁は、「食品である被害品を食べたという形式面もなお、窃盗罪との判断に積極に働く要素である」と述べる。なお、樋口・前掲注（１）18頁以下は「食べ物を食べる」というのは所有者らしい振舞いそのものであるため、原判決のように端的に食べる意思があったことで利用処分意思が肯定されるとするが、既に前掲注（６）で指摘したように、同見解は通説とは異なる見解に立っていることに留意する必要がある。

[71] 例えば、本件切り身に代えて、キャットフードなどが「食品」に該当するか否かという問題は依然として残されている。なお、例えば、空腹を満たすためにキャットフードを持ち去った場合には、「食品」に該当するか否かという問題にかかわらず「直接的」享受が肯定されるため、利用処分意思が認められる。

重に検討すべき点が存在する[72]。

多数説は、経済的用法・本来的用法に従った利用をする意思であれば当然に利用処分意思を肯定する。しかし、ここには本来的用法に従った利用をする意思であれば、特定の効用を享受する意思（目的）があることが前提になっている可能性がある。言い換えると多数説は、既に［類型１］で指摘したように食べる目的でケーキを無断で持ち去る行為について本来的用法であることを根拠に利用処分意思を認めるが、その背後には、食べる目的でケーキを無断で持ち去っていれば、ケーキを味わいたい等というケーキを食べることから何らかの効用を享受する意思があるはずであるとして、その特定の効用を享受する意思があることを根拠に利用処分意思を認めている可能性がある。

ゆえに、原判決の理解に従った場合、食べる目的でケーキを無断で持ち去った事例において、特定の効用を享受する意思が無かったとしても、本来的用法に従った利用をする意思であることから直ちに利用処分意思を肯定することになるが、このような事例において多数説が利用処分意思を肯定するかはなお不明である[73-74-75]。

---

[72] 以下の議論では、面白い「絵」という効用を享受する意思は「間接的」享受であるとして利用処分意思が否定されるという理解を前提とする。

[73] 冨川・前掲注（１）８頁は、現在の通説（多数説）の理解に基づくと、特段の用途も考えずに客体を奪取した事案について利用処分意思を肯定することは困難であると指摘するところ、かかる指摘と同根の問題であると考えられる。

[74] さらに、新郎新婦の絵がチョコレートで描かれた結婚式用のケーキを結婚式を妨害する嫌がらせ目的で食べた場合や、花火大会を台無しにするために花火に火をつけて燃やした場合、ドラッグストアの業務を妨害するために商品として売られていた湿布を体に貼った場合を想定すると、多数説に従った場合、嫌がらせ・妨害目的の達成という利益が財物がその場に存在しないことで得られる消極的な利益であることを根拠に「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定すると考えられる。しかし、原判決の判断に基づくと、食べる目的でケーキを持ち去ったこと、あるいは燃やす目的で花火を持ち去ったこと、貼る目的で湿布を持ち去ったことがそれぞれ認められるため、本来的用法に従って利用する意思があることを根拠に利用処分意思が肯定される余地がある。このように、本来的用法に従った利用をする意思であるが、それが「間接的」享受である場合も想定することが可能であり、そのような事案については多数説の理解と原判決の理解が相反する可能性が存在する。

[75] 橋爪・前掲注（１）167頁は、財物の利用方法について本来的用法か非本来的用法か

### ５．本判決の射程と問題点

本判決は「本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受する意思を有していた」として利用処分意思を認めた。この判断について検討すると、本判決の射程に関しては以下の２点が問題となるように思われる。

第１に、被告人が本件切り身を嚥下した行為に関して本判決は、「動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このような「絵」を作出するための行動」と述べており、嚥下行為は享受しようとした効用を生み出す行為として整理されている。そのため、本判決の射程は、被告人が享受しようとした効用が嚥下行為を手段としない場合にも及ぶ可能性がある。

第２に、本事案における被告人は迷惑行為をユーチューブ等にアップロードすることで、ユーチューブ等の広告収入およびその迷惑行為を支持する支援者などから財産上の供与を受けることを狙って本件行為に及んだものと考えられる。そのような事情を考慮すると、被告人が獲得しようとした「絵」を「経済的な利益を生み出す『絵』」などと限定的に理解することは可能であったように思われる。しかし、本判決が享受しようとした「絵」を面白い「絵」と表現していることを考慮すると、本判決の射程に従った場合、特に経済的な利益を生み出す「絵」を獲得しようとしていなくとも利用処分意思が認められる可能性がある。

以上の２点の問題を鑑みると、本判決の射程では、被告人の行為が嚥下行為であるか否か、またどのような意図で動画撮影を行うか否かに関わらず、動画撮影目的で毀棄行為をする場合に広く及ぶ可能性がある。例えば、スーパーマーケットの大便器に切り身を流す動画を撮影し、個人的に友人に面白い「絵」として見せる目的で、商品として売られている切り身を持ち去る事例、不祥事を引き起こした企業の備品を持ち去り、これを派手に壊すまでの一連の光景を撮影した動画を SNS にアップロードする目的でこれを持ち去る事例についても、本判決の射程が及ぶ可能性がある。また、多数説は嫌がらせ目的で家具を燃やすために家具を持ち去った場合には利用処分意思を否定するが、嫌がらせ目的

---

を明確に区別することは不可能であると指摘するところ、本来的用法に従った利用をする意思が存在することを根拠に利用処分意思を肯定する判断方法を全面的に支持するにあたっては、かかる指摘にも目を向ける必要があると考えられる。

であっても一連の行為をSNSやユーチューブ等にアップロードするために動画撮影していた場合には、利用処分意思が肯定される可能性がある。

しかし、多数説の理解を前提とするならば、動画撮影目的で毀棄行為をした事例では「間接的」享受しか認められないとして、利用処分意思を否定するべきである。

## Ⅶ　おわりに

本事案の被告人は人々の耳目を引くような迷惑行為を撮影しユーチューブやSNSにアップロードするという行為を繰り返し行っていたこともあり、広くマスメディア等で報道がなされていたところ、本事案においては洋服店に対する迷惑行為について威力業務妨害罪および信用毀損罪で公訴が提起され、スーパーマーケットに対する迷惑行為については窃盗罪で公訴が提起された。

本稿では、本事案については不法領得の意思が肯定されるべきであって、よって窃盗罪が成立すべきであることを示したが、スーパーマーケットに対する迷惑行為については器物損壊罪等で公訴を提起するという判断もあったにもかかわらず、あえて窃盗罪で公訴を提起し、これが成立した背景には、SNS・ユーチューブにアップロードする動画の話題作りのために迷惑行為を行った場合には、窃盗罪のような重い犯罪で厳しく処罰される可能性があることを社会にしらしめることで将来的に同様の迷惑行為が行われることを防止しようと企図した可能性がある[76]。本判決に対しては、迷惑行為防止という背景があったとしてもそれにあえて窃盗罪を成立させる必要はないという観点から、窃盗罪以外の犯罪を成立させるべきであったという批判がなされているが、そのような批判にも目を向ける必要があると考えられる[77]。したがって、今後、占有移転を

[76] 橋爪・前掲注（1）168頁以下は、「直接的」効用と「間接的」効用は損壊する目的の微妙な差異によって決せられることを指摘しつつも、実務的には、少なくとも器物損壊罪での処罰が可能な事例については、特殊な目的の場合まであえて利用処分意思を認定するだけのニーズは乏しい可能性を指摘する。しかし、本判決は、器物損壊罪としても処罰可能であった事例であっても、そのような面白い「絵」を得るという特殊な目的を捉えることで、逆に窃盗罪を成立させた事例であったように思われる。本判決が非常に特殊な事例であることを差し引いても、実務においてはかかるニーズが存在することを本判決は示したのではないだろうか。

[77] 松宮・前掲注（1）891頁以下。

伴う迷惑行為については、具体的事案に応じてケースバイケースで窃盗罪の成否を判断していく必要があり、窃盗罪を成立させるべきではない事案については器物損壊罪など他罪の成否を検討するべきである。

他方で、多数説に従った場合に、利用処分意思を判断する上で「直接的」享受と「間接的」享受を区別することができるのかという問題は残っており[78]、仮に理論上区別することが可能だとしても、本判決のような特殊な事例においては、実務上それを正確に運用することは困難ではないかという疑問も残る。そのような観点から見ると、本判決は多数説（現在の通説）に対して疑問を投げかけた判決であったといえる。

さらに本事案は、従来まで不法領得の意思の領域で議論されてきた問題は、財産的損害や「窃取」の問題などとして把握されるべきではないかという要件論の問題、従来不法領得の意思が否定されるとして窃盗罪が否定された類型についても、なお窃盗罪に準じた軽い処罰類型を立法するべきではないか[79]など財産犯に関する様々な議論を喚起していると考えられるが、これらについては今後の検討課題としたい。

※本稿の校正中に、大塚雄祐「判批」早法98巻３号（2023年）163頁以下に触れた。

大塚評釈169頁以下は、行為者に返却意思がない場合であっても、なお権利

---

[78] 例えば、店先で飼われていたインコを逃がせば、騒ぎになりもやもやした気持ちがすっきりするかもしれないと思い、鳥籠とともに持ち去った事例について、東京高判昭和50年11月28日東高刑時報26巻11号198頁は、被告人らは「右インコを自己又は第三者のもとで飼育したり、それらを他に売却したり、インコを食用に供したり、又はその羽毛や鳥籠を利用するなど」したものではないとして、不法領得の意思を否定した。多数説からは、注（61）の裁判例は殺傷であったが、隠匿であったとしても同じ「毀棄」には変わりがなく、またストレス解消目的の持ち去りであることから、類型２に該当する「直接的」享受であるとして、利用処分意思を肯定する余地がある。他方、犯行隠滅目的と同様に、財物がその場にないことによって利益を獲得しようとした「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定する余地もある。

[79] 例えば、ドイツ刑法は248条ｂで乗り物の無権限使用について窃盗罪によりも軽く処罰する規定を設ける。また、わが国にも、改正刑法草案322条に「占有者の同意を得ないで、他人の自動車、航空機その他原動機を備えた乗物を一時的に使用した者は、３年以下の懲役、10万円以下の罰金又は拘留に処する。」として自動車等の不法使用罪を規定する条文があった。

者排除意思が否定される余地を認めており、この点は本稿の立場からも支持できる。しかし、大塚評釈174頁以下は、被害者は本件切り身の販売を予定して占有していたのであるから、被告人が本件切り身を消費した後数分以内で精算した本事案では、被害者は商品の相当対価を得られないという経済的損害を被っていないとして、権利者排除意思を否定すべきであると主張する。

大塚評釈は、被害者が本件切り身の相当対価を獲得すれば被害者の取引目的は達成していることを根拠に実質的損害を否定したものと考えられるが、この点は本稿の立場からは支持できない。被害者が引き渡しの方法やタイミングについて厳格に定めていることからすると、レジで本件切り身と引き換えに相当対価を獲得することではじめて被害者の取引目的が達成されると理解するべきであって、それが守られなかった本事案においては、相当対価が払われていたとしても被害者の取引目的は不達成に終わったとして、実質的損害を肯定するべきである。

判例研究

# 国際法判例研究

開出雄介

**本稿は、開出雄介「(判例研究) ディアロ事件 (ギニア共和国対コンゴ民主共和国) (本案判決・2010年11月30日) (賠償判決・2012年６月19日)」国際法外交雑誌122巻３号145頁 (2023) の、「Ⅳ　解説」「１　外交的保護の法的構造」を敷衍するものである。判決までの経緯、判決要旨については、同稿参照。**

## Ⅰ　会社についての株主本国の外交的保護と外交的保護の法的構造

### a．国内法上の会社と株主の区別

2007年の先決的抗弁判決では、ディアロがA1社、A2社の社員（株主）だからといって、ディアロの国籍国であるギニアが、会社について外交的保護を行うことができるわけではないとされた。2010年の本案判決では、かかる判断が踏襲され、ディアロの個人としての権利、株主固有の権利の侵害についてのみ、上のように判断されたのである。

裁判所はこのディアロ事件判決において、なぜこのように判断したか。それは、被告国であるコンゴ国内法上、会社と株主たる個人の権利は区別されており、会社に対する違法行為によって、株主固有の権利（株主総会に参加する権利など）を含む、ディアロ個人の権利に侵害があったとは言えないからである。国内法上の、会社と株主の区別がここでは決定的な意義を有している。

こうした、国内法上の会社と株主の区別を重視する考え方は、もともとは、バルセロナ・トラクション会社事件判決でICJが示したものである。当該判決でICJは、原告国であるベルギーの国民が、バルセロナ・トラクション社の株のほとんどを有していると主張されている状況のなかにおいても、「関連する国内法の規則に依拠しなければならない」として、会社と株主の国内法上の区

別に依拠して、バルセロナ・トラクション社について、株主本国であるベルギーが外交的保護を行うことを否定したのである[1]。

**b．対抗言説の論理**

さて、国内法に依拠した会社と株主の区別をしたバルセロナ・トラクション会社事件判決には、ベルギー指名の特別裁判官であったリップハーゲン、そして、フィッツモーリス、ジェサップ、グロ、田中各判事から、この点に反対する意見が付されていた。

これら判事は、そもそも外交的保護とは、海外になされた投資が、国家の経済的利益の一部であるとして保護するものであって、こうした経済的利益を重視する実質的な観点から言えば、会社に対する違法行為によって利益に侵害をうけたのはむしろ株主、ひいては、株主本国なのだから、株主本国にむしろ外交的保護が認められるべきであり、国内法上の会社と株主の区別は国際法上重視するべきではないとしたのである。例えば、リップハーゲン判事は、国際法と国内法の厳密な区別は、「国際平面での生活の現実を反映するものであり、国際平面での国家の権利義務のまさに内容を決定する。実際、国家は、外国企業や外国における企業の事業所への投資がその表れのうちの一つであるところの、自らの国際通商の発展に現実の利益を有していることは否定しえない。国家による通商体制を敷いている国を別としても、国際経済関係は一般に公的機関によって強く規律されている。他方、国によるこうした国際通商活動は、受入国の経済、従って公的利益に必然的に影響するのであり、受入国の国内法秩序や公的機関とも通常接触がある。従ってここでは、両国の利益の間の適切な均衡を確保するという、国際公法の諸規則の伝統的な任務が重要となるのである。かかる任務は、国内法の諸規則、特に国内私法に課されているそれと根本的に異なるものである。裁判所が『会社の権利と株主の権利の性質と相互関係』と呼ぶものについて特定の国内私法体系がする選択を決定する諸考慮は、外国人の待遇に関する責任について国際公法の諸規則に提示される諸問題と全く関係しないものなのである」と述べるのであり[2]、グロ判事は、「今日の経済的世界

[1] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3*, at 34.

[2] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970,*

は、自国、他国領域における自国民の経済活動に、非常に頻繁かつ強力に、介入し責任を持つのであり、個人の利益と国家の利益の区別は現実に即したものではないのである」[3]、経済的実質を見れば、「株主と会社の関係というものは、投資全体から見れば一体のものである」[4]、「国際経済法の規則の基礎は、経済の現実に即したものでなくてはならない。純粋かつ単純な会社の国籍の結びつきは、経済的な一貫性を持ったものとは言えない。二つの基準のうち裁判官が選ばなければならないのは、法と事実が一致するところとなる基準、すなわち、裁判に訴える権利があるのは、その国家経済が実際に毀損された国とする基準である」とするのである[5]。こうした考え方のもと、判事らは、会社の国籍を決定する上では、会社がどの国と実質的連関を有しているか、つまり、会社に経済的利益を有しているのはどの国かが決定的であるとしたのであり、本件にとって最も重要な先例は、「国籍とは相互的権利義務とともに、結合という社会的事実、実在、利益、感情による現実の連帯（une solidarité effective）を基礎とする法的な絆である」と判示し、こうした国籍こそが国籍国に外交的保護の権利を与えるとしたノッテボーム事件判決[6]であるとした。これは、当該判決が本事件において先例となることを否定した多数意見[7]と鮮やかな対象をなしている[8]。

ギニアは本件訴訟手続において、バルセロナ・トラクション事件判決に何人かの判事が「猛烈に反対した」ことを強調しており[9]、本案判決に付されたアル

---

*Opinion dissidente de M. Riphagen*, at 336.

[3] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, Opinion dissidente de M. Gros*, at 269.

[4] Id., at 271.

[5] Id., at 279.

[6] *Affaire Nottebohm (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955: C. I. J. Recueil 1955, p. 4*, at 23.

[7] *Barcelona Traction, supra* note 1, at 42.

[8] 他方で多数意見は、約束責任説をとった国連損害賠償勧告的意見に依拠しつつ、約束責任説をとったのであり（後掲注17と対応する本文参照）、本文で触れている対立は、基本権責任説をとったノッテボーム事件判決と、約束責任説をとった国連損害賠償事件勧告的意見という二つのうち、どちらを先例とするかの対立であったと言うことができるのである。

[9] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du*

＝ハサウネ、ユスフ判事共同反対意見は、バルセロナ・トラクション事件判決のフィッツモーリス反対意見――上に引用したグロ判事の反対意見の論理に明示的に賛同しつつ、株主本国による会社についての外交的保護が認められるべきであるとした上で、違法行為を行った国が会社の設立準拠法国である場合には、特に株主本国による外交的保護が認められるとしていた――を引用しつつ、「現実」に着目すれば[10]、本件において株主本国ギニアによる会社の外交的保護が認められるべきであるとしていた。こうして、ギニアや反対意見は、バルセロナ・トラクション事件判決個別意見の立場にたち、A1社と A2社についての、ギニアによる外交的保護を主張していたのである。

**c．多数意見の論理**

このように、外交的保護がそもそも、国家の経済的利益を保護するものであるとの理解のもとで、国内法上の会社と株主の区別を重視せず、株主本国にむしろ外交的保護がみとめられるべきであるとの考え方が、バルセロナ・トラクション会社事件についても、本件ディアロ事件についても、多数意見に反対する立場から示されてきていたわけであるが、このように、外交的保護がそもそも国家の経済的利益を保護するものであるとの考え方は、外交的保護に関する基本権（基本権的権利）責任説、すなわち、国家が国家であるだけで有する権利に基づいて、外交的保護を認めるとの考え方の一類型と言える[11]。そして、こうした基本権責任説は、外交的保護に関する通説的見解でもある[12]。つまり、こうした意見は、外交的保護の通説的見解にたった論者からむしろ示されていたものなのである。

しかし、a．で確認した通り、バルセロナ・トラクション事件判決においても、そして本件ディアロ事件においても、ICJ の多数意見は、共に国内法上の会社と株主の区別に依拠して、判決を下した。まずバルセロナ・トラクション事件

---

*Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, at 610.

[10] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 639, *Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Yusuf*, at 708.

[11] 拙稿「外交的保護の法的構造――国家責任法論の再構成のために――」国家学会雑誌131巻７・８号60頁（2018）、87頁。

[12] 拙稿・前掲注11、87頁。

判決においては、こうした区別を否定しようとするものとして、「自国民の海外での投資に損害が被られ、かかる投資は国家全体の経済的資源の一部であるので、投資へのいかなる損害も国家の経済的利益を直接的に侵害するから」行われるものが外交的保護であるとの「意見が示された」として[13]、多数意見に反対する立場の論理が明示的に触れられた上で、こうしたものは「外交的保護とは全く異なり、その外にあるものである」と退けられている[14]。そして、本件ディアロ事件本案判決では、上で引用した通り、わざわざ裁判所は、こうした区別が「人為的なものであると見えるかもしれない」としつつも、なお国内法上の会社と株主の区別は、「しかしそれでもやはりかかる区別は法的に基礎付けられたものなのであり、本件においてこれを保持することは不可欠である」とまで述べて維持し、株主本国の会社についての外交的保護を再度否定したのである。

それでは、バルセロナ・トラクション事件判決、ディアロ事件判決は、どのような外交的保護の法的構造理解を背景として、このように国内法上の区別を重視しているのだろうか。この点、外交的保護に関する学説としては、通説的見解である基本権責任説のほかにも、領域国は、国籍国に対して、黙示または明示に、領域内の国籍国の国民に、領域国国内法上一定の権利を保障する約束をしており、こうした権利が保障されない場合、国籍国が、かかる約束によって得た、かかる約束の遵守を請求する権利が侵害されたとして、領域国に責任追及を行うのが、外交的保護にほかならないとする、約束責任説がある[15]。基本権責任説と約束責任説は、権利義務関係の根拠や内容について異なっているほか、個人の権利の位置づけについても異なっている。すなわち、前者において個人の権利は国際法上の権利であると考えられるのに対して、後者においては領域国の国内法上の権利であると考えられるのである[16]。

バルセロナ・トラクション事件判決でICJはこうした約束責任説をとっていたものと考えられるが[17]、このディアロ事件においても、同様に約束責任説が

---

[13] *Barcelona Traction, supra* note 1, at 46.

[14] Id.

[15] 拙稿・前掲注11、第一章第一節。

[16] 拙稿・前掲注11、第一章小括。

[17] 拙稿・前掲注11、第二章第六節。バルセロナ・トラクション事件判決でも会社と株

とられているものと考えられる。というのも、まず、先決的抗弁判決（2007）において裁判所は次のように述べているのである。

> 出資者あるいは株主である自然人あるいは法人のための、その国籍国による外交的保護の行使は、他国による国際法に違反する行為によって当該個人に生じた権利侵害について、その国の責任を問題にしようとするものである。詰まるところこれは国連国際法委員会条文草案第１条に定義されている、自然人あるいは法人についての外交的保護に他ならない。出資者や株主の場合に国際違法行為となるのは、法人について彼らが有する直接的権利の被告国による侵害である。この直接の権利は、特に両当事国が認めるように、被告国の国内法において定義される。従って、非公開有限責任会社の出資者あるいは株主を公開している有限会社の株主の直接的権利についての外交的保護は、慣習国際法に由来する自然人あるいは法人の外交的保護一般の法的レジームの例外とはみなされえないのである。[18]

ここで裁判所は、「外交的保護一般の法的レジーム」において、個人の権利は、「特に両当事国が認めるように、被告国の国内法において定義される」として、個人の権利が被告国国内法上のものであることを明らかにしている。そしてその上で、そうした権利は、「両当事国が認めるように」与えられるとして、こうした権利が、領域国と国籍国の合意によって与えられるものであるとするのであり、さらに本案判決においては、問題となった国際義務の一つである人権条約を、「条約上の約束」と性格づけており[19]、裁判所は、この合意とは、被告国が国籍国にした約束にほかならないことを明確にしているのである。裁判所は、外交的保護をこうした約束に基づくものとしており、個人の権利は国内法上の権利であるから、国内法上の会社と株主の区別を重視していると考えられ

---

主の関係については国内法を参照することとされたが、被告国スペインの国内法ではなく、国内法により一般に受け入れられている一般規則が参照されるべきであるとされた（*Barcelona Traction, supra* note 1, at 37）。約束責任による外交的保護においては、まず被告国の国内法が問題となるのであり、ディアロ事件先決的抗弁判決ではこの点が明確にされたものということができる。

[18] *Ahmadou Sadio Diallo, supra* note 9, at 606.

[19] *Ahmadou Sadio Diallo, supra* note 10, at 671.

るのである。

このように国内法上の区別を国際法上重視することについて、既に触れたバルセロナ・トラクション事件の個別意見においてグロ判事は「国内法への反致は、本件において、国内法の国際法に対する優位、つまり国際法のまさに否定を打ち立てるに至る」と批判したが[20]、そのようになるわけではない。国内法上の権利を保障することは、国際法上の約束による要求、国際法上の義務なのであり、領域国が国内法を改廃するなどして、こういった権利を侵害することによっては、国際法上の国家責任が発生する。こうした意味で、こういった権利は、国際法上保障されなければならない国内法上の権利なのであり[21]、国家が国内法を操作することによって国際法上の義務を逃れうるということにはならないのである[22]。

## Ⅱ　人権についての外交的保護

ディアロ事件判決先決的抗弁においては、「外交的保護の事項的範囲が、国際的に保障される人権を特に含むように広がっている」とされ、学説からは戸惑いが示された。西村弓は、本事件先決的抗弁判決の前年に、「本来、国籍を問わず認められることを想定する人権規範と、外国人保護義務とはその基盤も性質も異なるはずである。普遍的に認められるべき人権の侵害については、国籍のリンクは必然性を持たず、被害私人の国籍国であるという事実によって当然には保護権を行使する根拠があるとは結論づけられないからである」としていた[23]のを引用しつつ、玉田大は同判決の評釈で、「伝統的な外交的保護制度は、（国籍継続原則に見られるように）特定国の国民であることを前提とした制度（二辺性）であるのに対して、人権保護規範は本来的に国籍リンクを想定しないため（対世性）、両者は基本的な性質を異にする」としていたのである[24]。

---

[20] *Opinion dissidente de M. Gros, supra* note 3, at 272.

[21] この点、拙稿・前掲注11、80-81頁。

[22] 国際投資法上、投資家の財産権は領域国国内法により決定されるとした上で、国際法と国内法の関係について同旨の説明をするものとして、Z. Douglas, *International Law of Investment Claims* (2012) 53.

[23] 西村弓「国際法における個人の利益保護の多様化と外交的保護」上智法学論集49巻３・４号324頁（2006）、299-298頁。

[24] 玉田大「国際司法裁判所　アマドゥ・サディオ・ディアロ事件（先決的抗弁2007年

確かに、国際人権規範を、「国籍を問わず認められることを想定する人権規範」、つまり直接個人に国籍に関係なく国際法上の権利を認めるものと理解し、他方で、外交的保護について、国籍というリンクないし絆が外交的保護の権利を与えるという考え方、つまり、基本権責任説[25]を前提とした場合には、確かに両者は「その基盤も性質も異なる」ものと理解され、外交的保護の事項的範囲に人権が含まれるようになったとの判示は、「基盤も性質も異なる」ものを結びつけた、理解が難しいものとなろう。

しかし、裁判所は本事件において、外交的保護において約束責任説をとっていたと考えられるのであり、また、上述の通り[26]、人権条約を、領域国が国籍国にした「条約上の約束」と性格づけているのであって、第二次世界大戦以後のここ数十年間、こうした人権に関する約束がなされるようになったことによって、外交的保護のまさに「事項的範囲」が広がったとしているに過ぎないと理解すれば、裁判所の判示を無理なく理解できるように思われる。こうした場合、裁判所は人権条約に約束の束、つまり、締約国それぞれが他の締約国全てにそれぞれにした、約束した国の領域内において約束された国の国民に一定の権利を与える約束の束が少なくとも含まれていると考えており[27]、こうした

---

５月24日）」岡山大学法学会雑誌58巻３号426頁（2009）、415頁。

[25] 拙稿・前掲注11、第一章第二節。

[26] 前掲注19に対応する本文参照。

[27] 人権条約に約束の束が少なくとも含まれるとの理解は、実はさほど珍しいものではない。例えば欧州人権裁判所は1978年に、「古典的な国際条約とは異なり、［ヨーロッパ人権］条約は締約国の間での互恵的な約束以上のものである。条約は、相互にされた二辺的約束の網に加えて、前文の表現における『集団的実施』から生じる客観的義務を創設しているのである」（傍点引用者。*Ireland v. United Kingdom* (Application No. 5310/71) (ECtHR, 18 Jan. 1978), at 81-82）と述べているし、自由権規約委員会一般意見24に反対する文脈において、英国は、「［…］規約41条の国家通報にかかる権限と、個人の取り扱いについて国家が他の締約国に規約［違反を］提起するという広範な実行から明らかになるのは、まさに現実のそして実際的な意味において、規約の実体的規定さえもじつは『相互の二辺的約束の網』を創設しているものとみなされるということである」と述べている（United Nations, General Assembly, *Report of the Human Rights Committee,* A/50/40 (1995), at 136)）。最近も、人種差別撤廃条約について国連法務局が、「人種差別撤廃条約の締約国は、当該条約も他の多数国間条約と同様に、義務とその義務を履行することを要求する権利から構成されており、特定の他国との間

約束に基づいて外交的保護が行われ得ると考えていると解されることになる。

---

で条約関係の成立を阻むことができるものと捉えている。幾つもの国が、留保に異議を唱えることによってその国と留保を付した国との間の条約の発効を阻むことが可能であると明らかに考えていたことは、締約国がこの条約について（地域的人権条約において認められるような）『相互的な』権利義務関係の上に『客観的な』義務と権利の層を創設したとはみなしていない」との趣旨の意見を発したことについて、洪恵子「多数国間条約の適用と未承認国――人種差別撤廃条約の適用における対世的（erga omnes）義務の意義」論究ジュリスト37号23頁（2021）、27頁。

# 城下裕二教授の経歴と業績

小名木　明　宏

## １．経歴

城下裕二教授は、2024年３月31日をもって、北海道大学大学院法学研究科の定年を迎えられる。

城下教授は1983年３月に北海道大学法学部を卒業され、1985年３月に北海道大学大学院法学研究科博士前期課程を修了し、法学修士号を取得、1990年３月に同博士後期課程を修了、法学博士号を取得された。指導教官は小暮得雄教授であり、学部時代には内田文昭教授の演習にも所属されていた。そして、同年４月に札幌学院大学助教授に採用され、1997年４月に同大学教授に昇任された。1997年４月から1998年３月までケンブリッジ大学法学部 Member of Faculty として、さらに1997年７月から1998年３月まではケンブリッジ大学ウルフソン・コレッジ Visiting Scholar として英国に滞在された。その後、2000年４月から2002年３月まで札幌学院大学法学部法律学科長と同大学評議員をされたのち、2002年４月に明治学院大学法学部教授に就任され、とくに2003年４月から2004年３月までは同大学法学部法律学科主任教授を務められた。そして、2008年４月に、北海道大学大学院法学研究科教授に就任され、現在に至っている。この間、2015年８月から10月31日まで、ケンブリッジ大学法学部〈法学・医学・生命科学センター〉Visiting Scholar、ケンブリッジ大学ウルフソン・コレッジ Visiting Fellow として英国に滞在され、2020年４月から2022年３月までは、北海道大学大学院法学研究科法曹実務専攻（法科大学院）専攻長（法科大学院長）を務められている。

北海道大学法学部・法学研究科では、先に挙げた法科大学院長以外にも、大学院教務委員、学生委員、図書委員などを歴任され、全学でも教務委員会委員をはじめ、特に、各部局の倫理審査委員会等において力を尽くされた。学外で

は、日本犯罪社会学会会員の理事や法と精神医療学会会員の理事を長年にわたって務められ、学界の発展に貢献された。

## 2．教育

城下教授は、北海道大学の全学教育においては、「社会の認識」や「初学者のための法律学入門－法曹への誘い－」などを、法学部においては「刑法」の講義や「演習」などを担当された。大学院法学研究科においては、「刑法」、「刑事法事例問題研究」、「刑法学特殊演習」、「刑法学特別講義」などを担当された。

「刑法」の講義では、刑法各論を取り扱い、これを明快に解説され、刑法についての学生の関心を高めた。「演習」では、さまざまな刑法の論点について、履修学生たちが検察と弁護人という２つの対立する立場に役割分担し、ディスカッションを通じて、刑法の重要な論点についての理解を深められるように教育的な工夫を凝らした（その様子は、法学セミナー 784号（2020年）2-3頁にゼミ生によって詳しく紹介されている）。大学院では、主として英国の刑法に関するテキストを精読する授業を、また、法科大学院の「刑法」、「刑事法事例問題研究」では刑法総論を担当し、司法試験合格に向けて、法的な基礎知識の獲得とそれを応用する能力の涵養に貢献した。

大学院博士課程においては、指導教員として多くの日本人研究者、中国人研究者を育成し、博士号取得と研究者養成に貢献された。

## 3．研究業績

城下教授の研究業績は、(1) 量刑論の研究、(2) 未遂論の研究、(3) 責任論の研究、(4) 医事刑法の研究に分けることができる。以下、それぞれについて概観する。

### (1) 量刑論の研究

大学院博士後期課程に進学した城下教授が、選ばれたテーマは、量刑論であった。ご本人曰く、あまり陽の当たる分野ではなく、その選択を諸先輩にも酷評されたとのことであったが、今となっては逆に先見の明があったということになる。当時、恩師の小暮教授は、城下教授から相談を受けられると、常に量刑論は「混沌とした」状況にあると評されたそうである。

従来、量刑基準については、十分な解釈論的、政策論的な検討が行われることなく、裁判官の裁量にゆだねられるものとして、学問的な注目度は薄かった。しかし、被告人の視点からは実際の裁判においてどの程度の量刑になるかは一大関心事であり、また、刑訴法381条に規定される量刑不当に基づく控訴理由が実務上は大半である。このような背景から城下教授は、刑法解釈学の視点から「あるべき量刑基準」を研究課題と設定したのである。そして、量刑にあたってどのような刑罰原理が機能しているのか、また、それらが具体的な事情をどのように反映して、量刑の基準を形成しているのか、さらに、行為時の事情のみならず、犯罪後の態度がどのように影響するのかを検討している。

このような問題意識から執筆されたものが、学位論文「量刑基準の研究―量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に―」であり、これをもとに北大法学論集43巻４号（1992年）から44巻５号（1994年）に「量刑基準に関する一試論（1）～（４・完）」を発表し、さらに加筆修正のうえ単著『量刑基準の研究』（成文堂、1995年）を出版された（北大法学論集の連載論文についての論評として、浅田和茂「刑事法学の動き」法律時報66巻10号（1994年）114 ～ 117頁（後に同『刑事責任能力の研究・下巻』（成文堂、1999年）412 ～ 418頁に収録）がある）。

その後、我が国では1999年に司法制度改革審議会が設置され、2001年に司法制度改革審議会意見書が出され、これに基づき明治以来の法制度に対する大改革が推進され、2004年までに一連の関連法案が審議され、すべて成立するに至った。その中でも大きな着目を浴びたのが2009年に運用が開始された裁判員制度である。素人である裁判員が刑事手続きに関与するとなると、刑事裁判への関心も高まり、自ずから、刑の重さにも着目が集まった。折しも、今世紀に入ってから法定刑の引き上げによる刑法の厳罰化が行われ、ここでも刑の重さに着目が集まった。まさに、城下教授の積み上げてきた研究成果が脚光を浴びたのである。

他方、城下教授は、先に挙げた『量刑基準の研究』の最後に、「量刑論は、刑法学のみならず、刑事訴訟法学・刑事政策学・犯罪学・犯罪社会学などの隣接諸領域との有機的関連の下に考察されるべきものである。量刑基準ないし量刑事情についても、かような観点から研究を深化させていくことが不可欠であろう。（同書・255頁）」と結んでおり、その後の研究の展望を示していた。これを実現したのが、単著『量刑理論の現代的課題』（成文堂、2007年）であり、２年後の2009年には増補版が、さらに2016年には中国語版が出版されている（初

版についての論評として、岡上雅美「書評」刑事法ジャーナル12号（2008年）118 ～ 119頁がある）。

ここでは、前著以降の成果がまとめられているが、特に注目すべきは、前著で予告した刑事手続法関連の諸論稿であろう。第５章から第８章までがそれで、３分の２近くにのぼる。さらに、刑事政策関連の考察もあり、前著の継続研究であると評価される。

そして、単著『責任と刑罰の現在』（成文堂、2019年）において、さらにその後のフォローアップをされ（論評として、岡上雅美「書評」刑事法ジャーナル64号（2020年）129 ～ 131頁がある）、本書第３部「量刑論の展開」として裁判員裁判と量刑の問題、被害者と量刑の問題を取り上げており、ここでも2009年の『量刑基準の研究』の結びの展望を実現している。

これ以降も、量刑に関する一連の論文は発表されており、将来的にはこれらが一つの研究書となることが期待される。

これらの研究を通じて、かつて二次的な関心事でしかなかった量刑論をメインステージに立たせ、しかも、実務と学界を架橋する重要な視点を確立された功績は非常に大きいものといえる。

### （2）未遂論の研究

伝統的な刑法解釈学の課題としては、城下教授は、未遂論の研究に重点を置いて研究してこられた。

大学院生博士後期課程時代に最初に執筆された論文が、修士論文に基づく「中止未遂における必要的減免について―『根拠』と『体系的位置づけ』―」（北大法学論集36巻４号173 ～ 237頁、1986年）であり（論評として、山中敬一「刑事法学の動き」法律時報59巻６号（1987年）173 ～ 175頁（後に、同（『中止未遂の研究』（成文堂、2001年）299 ～ 304頁に収録）がある）、また、札幌学院大学に就職されて最初に執筆された論文が「『予備の中止』について」（札幌学院法学８巻２号（1992年）１～ 27頁）であり、ご本人も最も思い入れのある分野であると推察される。

この分野は、未遂犯、中止犯、不能犯という複数の大きな問題領域が存在しているが、城下教授は、とりわけ中止犯に重点を置かれており、上記の学位論文で量刑事情としての「犯罪後の態度」（Verhalten nach der Tat）を取り上げられたのも、前掲論文「中止未遂における必要的減免について」のなかで中止

犯の減免根拠を刑事政策説から再構成され、中止行為をいわば「未遂犯における犯罪後の態度」として位置づけられたことの延長線上にあるということができよう（山中・前掲法律時報175頁は、「従来の法律説や併合説があいまいなままにしておいた問題点を明らかにし、継子扱いされてきた刑罰消滅事由の復権を図る本論文の意義は…大きい」と評価している）。その後も、「中止未遂の減免根拠をめぐる近時の理論動向」（小田中聰樹ほか（編）『渡部保夫先生古稀記念論文集　誤判救済と刑事司法の課題』（日本評論社、2000年）569 ～ 590頁）、「中止未遂における任意性について」（吉田敏雄ほか（編）『罪と罰　非情にして人間的なるもの　小暮得雄先生古稀記念論文集』（信山社、2005年）43 ～ 70頁）、「無許可輸入罪における実行の着手について」京藤哲久ほか（編）『変動する社会と格闘する判例・法の動き（渡辺咲子先生古稀記念）』（信山社、2017年）37 ～ 59頁）、「未遂犯論の系譜」（浅田和茂ほか（編）『刑事法学の系譜　内田文昭先生米寿記念』（信山社、2022年）498 ～ 518頁）、「『裏返しの犯罪論』について―中止未遂の理論構造との関連で―」（山口厚ほか（編）『高橋則夫先生古稀祝賀論文集　上巻』（成文堂、2022年）641 ～ 659頁）と、数多くの研究業績を上げておられる。これらの研究成果も将来、まとめて、単著として公刊されることが期待される。

### (3) 責任論の研究

城下教授は、責任論においても精力的に研究を推進された。量刑論自体が、すでに責任論のいわば「試金石」というべきものであるが、城下教授は、先に挙げた単著『量刑基準の研究』及び『量刑理論の現代的課題』において、いわゆる消極的行為責任主義の妥当性を強調されていた。その後も、さらに『責任と刑罰の現在』の第１部「責任論とその周辺」において、責任と特別予防の関係、錯誤論と責任主義、責任能力の問題を深く考察されている。

特に責任能力については、アスペルガー症候群（自閉症スペクトラム）、クレプトマニア、摂食障害、アルツハイマーといった医学上の諸症例と刑法解釈学の問題、さらには、心神喪失者等医療観察法との関連性といった隣接科学領域に踏み込んだ問題を検討しておられる。折しも、2001年に発生した大阪教育大池田小学校児童殺害事件以降、急速に議論が進み、2005年から施行され、その後も改正を経ている心神喪失者等医療観察法については、定点観測を思わせるような分析がなされている。

また、クレプトマニアについては、「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と刑事責任をめぐる近時の裁判例の動向」（山口厚ほか（編）『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集　下巻』（成文堂、2021年）154 ～ 179頁）や「クレプトマニア（窃盗症）・摂食障害と刑事責任」刑事法ジャーナル72号（2022）年19 ～ 34頁でも前掲書『責任と刑罰の現在』執筆以降のフォローアップを行っている。

**（4）医事刑法の研究**

城下教授は、医事刑法関連分野でも業績を残している。単行本では、編者として『生体移植と法』（2009年、日本評論社）を出版されており（論評として、白井泰子「文献紹介」年報医事法学25号（2010年）182 ～ 187頁）、その中で「生体移植をめぐる法的状況」を巻頭に掲げている。これは生体臓器移植をめぐる法的諸問題を多角的に分析したわが国で最初の論文集である。

城下教授は、札幌医科大学医学部及び保健医療学部において、10年近くにわたり非常勤講師として医療問題を素材とした「法学」の講義を担当され、また、２度にわたる英国での在学研究時にも臓器移植及び終末期医療をテーマの１つとされていた。帰国後にはケンブリッジ大学で親交のあった John Keown（現・ジョージタウン大学教授）、Matthew Dyson（現・オックスフォード大学教授）といったこの分野で著名な研究者を日本に招聘し、上記テーマに関する講演会・研究会を開催して翻訳も公刊している。城下教授の問題意識は生命倫理、医療倫理と刑事実体法の交錯であり、刑法、特別法を横断的に研究した成果が展開されている。

特に、わが国で1997年に成立した臓器移植法については早くからフォローされ、「臓器移植法案における摘出要件について」（札幌学院法学12巻２号（1996年）83 ～ 115頁）、その後も法及びガイドライン改正に合わせて、「改正臓器移植法の意義と課題」（刑事法ジャーナル20号（2010年）11 ～ 17頁）、「改正臓器移植法」（年報医事法学25号（2010年）191 ～ 197頁）、「生体移植と刑法」（甲斐克則（編）『医事法講座第６巻　臓器移植と医事法』（信山社、2015年）71 ～ 95頁）等を公刊されるとともに、甲斐克則（編）『医事法辞典』（信山社、2018年）において、オプト・アウト、オプト・イン、角膜及び腎臓の移植に関する法律等の関連用語の解説を担当されている。

以上のように、城下教授はそれぞれの研究領域で大きな業績をあげられてい

る。これらの研究は、刑事法、医事法を中心にした学内外の研究者との研究交流と、科学研究費をはじめとするさまざまなプロジェクトからの支援を得て行われたものである。これらが学界の共有財産となって、今後の刑法学がさらに進展することが期待される。

**城下裕二教授の経歴**

**【学歴・職歴】**

1960年８月　北海道生まれ
1983年３月　北海道大学法学部卒業
1985年３月　北海道大学大学院法学研究科博士前期課程修了（法学修士）
1990年３月　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程修了（法学博士）
1990年４月　札幌学院大学法学部助教授
1997年４月　札幌学院大学法学部教授
1997年４月－1998年３月　ケンブリッジ大学法学部 Member of Faculty
1997年７月－1998年３月　ケンブリッジ大学ウルフソン・コレッジ Visiting Scholar
2000年４月－2002年３月　札幌学院大学法学部法律学科長、同大学評議員
2002年４月　明治学院大学法学部教授
2003年４月－2004年３月　明治学院大学法学部法律学科主任教授
2008年４月　北海道大学大学院法学研究科教授（現在に至る）
2015年８月－10月　ケンブリッジ大学法学部〈法学・医学・生命科学センター〉Visiting Scholar、ケンブリッジ大学ウルフソン・コレッジ Visiting Fellow
2020年４月－2022年３月　北海道大学大学院法学研究科法曹実務専攻（法科大学院）専攻長（法科大学院長）・同研究科副研究科長

**【学会活動】**

(1) 日本刑法学会会員
(2) 日本法社会学会会員
(3) 日本犯罪社会学会会員（2014年10月～ 2017年10月：常任理事、2020年10月

～ 2023年10月：理事）
(4) 日本医事法学会会員
(5) 法と精神医療学会会員（2014年12月～現在：理事）
(6) 法と心理学会会員

**【社会貢献活動】**

(1) 2005年７月　青山学院大学大学院法学研究科博士論文審査委員（2005年11月まで）
(2) 2006年４月　日本評論社「法律時報」誌第３期編集委員〔刑法担当〕（2008年３月まで）
(3) 2011年５月　北海道情報公開・個人情報保護審査会委員（2013年３月まで）
(4) 2013年４月　北海道情報公開・個人情報保護審査会第三部会長（2015年３まで）
(5) 2013年４月　札幌弁護士会懲戒委員会予備委員（2015年３月まで）
(6) 2020年６月　札幌弁護士会綱紀委員会委員（2022年５月まで）
(7) 2020年９月　法科大学院協会理事（2022年３月まで）
(8) 2020年10月　令和２年司法試験予備試験考査委員（2021年２月まで）
(9) 2021年７月　令和３年司法試験予備試験考査委員（2021年11月まで）
(10) 2022年６月　札幌弁護士会資格委員会委員（現在に至る）
(11) 2022年７月　令和４年司法試験予備試験考査委員（2022年11月まで）
(12) 2023年９月　令和５年司法試験予備試験考査委員（2024年２月まで）

**【共同研究・競争的資金等（研究代表者）】**

(1) 科研費・基盤研究（C）課題番号 12620070　2000 ～ 2001年度
「『回復的司法』モデルの展開とわが国における適用可能性」
(2) 科研費・基盤研究（C）課題番号 22530064　2010 ～ 2012年度
「生体移植の刑事規制に関する総合的検討」
(3) 科研費・基盤研究（B）課題番号 26285017　2014 ～ 2016年度
「病腎移植に関する刑事法上の諸問題の総合的検討」
(4) 一般財団法人　司法協会・研究助成　2015 ～ 2016年度
「裁判員裁判における『同種事犯の量刑傾向』の意義と限界」
(5) 公益社団法人　日工組社会安全研究財団・研究助成　2017 ～ 2018年度

「裁判員裁判における『更生に資する量刑基準』の構築」

(6) 科研費・基盤研究（B）課題番号 17H02462　2017 ～ 2019年度
「臨床研究における刑事規制の総合的検討―『被験者保護法』モデルの構築を目指して」

(7) 科研費・基盤研究（B）課題番号 20H01430　2020 ～ 2023年度
「臓器移植法制・法政策の包括的再検証―改正法施行10年目の現況を踏まえた提言」

**城下裕二教授の業績**

**【著書】**

**〔単著〕**

(1)『量刑基準の研究』成文堂　1995年４月

(2)『量刑理論の現代的課題』成文堂　2007年12月

(3)『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』成文堂　2009年12月（中国語版：黎其武＝趙姍姍（訳）『量刑理论的现代课题（增补版）』法律出版社　2016年７月）

(4)『責任と刑罰の現在』成文堂　2019年12月

**〔編著〕**

(5)『生体移植と法』　日本評論社　2009年７月

**〔共著・共編著〕**

(6)『教材刑法判例（第２版）』（小暮得雄＝城下裕二＝吉田敏雄＝丸山治＝丸山雅夫＝半田祐司〔編著〕）北大図書刊行会（事件番号１～ 10　３～ 76頁担当）1991年５月

(7)『やさしい法学（第２版）』（鈴木敬夫＝千葉卓＝城下裕二＝落合福司＝久々湊晴夫＝山口康夫＝渡辺利治＝吉川日出男＝宇田一明＝小川賢一〔著〕）成文堂（「第２章　犯罪と刑罰」29頁～ 52頁担当）1997年２月

(8)『やさしい法学（第３版）』（鈴木敬夫＝千葉卓＝城下裕二＝落合福司＝久々湊晴夫＝山口康夫＝渡辺利治＝吉川日出男＝宇田一明＝小川賢一〔著〕）成文堂（「第３章　犯罪と刑罰」53 ～ 77頁担当）2001年３月

(9)『テキスト刑法各論』（立石雅彦＝川本哲郎＝小西由浩＝城下裕二＝岡田久美子〔著〕）青林書院（「第１編第４章「Ⅵ　横領の罪」～「Ⅸ　毀棄および

隠匿の罪」・第２編第１章「公共の安全に対する罪」148頁～213頁担当）2003年10月

(10)『テキスト刑法各論（補訂版）』（立石雅彦＝川本哲郎＝小西由浩＝城下裕二＝岡田久美子〔著〕）青林書院（「第１編第４章「Ⅵ　横領の罪」～「Ⅸ毀棄および隠匿の罪」・第２編第１章「公共の安全に対する罪」148頁～213頁担当）2005年４月

(11)『テキスト刑法各論（補訂第２版）』（立石雅彦＝川本哲郎＝小西由浩＝城下裕二＝岡田久美子〔著〕）青林書院（「第１編第４章「Ⅵ　横領の罪」～「Ⅸ毀棄および隠匿の罪」・第２編第１章「公共の安全に対する罪」148頁～213頁担当）2007年３月

(12)『New Live 刑事法』（本間一也＝城下裕二＝丹羽正夫〔以上、共編著者〕亀井源太郎＝稲田隆司＝山口直也〔以上、共著者〕）　成文堂　（「Lesson 4 責任主義」（p.63 ～ 78）・「Lesson 7　不作為犯と未遂犯」（p.113 ～ 130）・「Lesson 12　刑罰の本質・目的」（p.190 ～ 204）担当）2009年６月

(13)『刑法総論判例インデックス』（井田良＝城下裕二〔編〕）商事法務（全体の構成・編集および第３章「違法性（1）実質的違法性阻却（2）正当防衛」の10判例（p.124 ～ 143）担当）2011年10月

(14)『刑法各論判例インデックス』（井田良＝城下裕二〔編〕）商事法務（全体の構成・編集および第２章・「２　偽造罪」の５判例（p.256 ～ 261, 272 ～ 275）担当）2016年10月

(15)『刑法総論判例インデックス〔第２版〕』（井田良＝城下裕二〔編〕）商事法務　（全体の構成・編集および第３章「違法性（1）実質的違法性阻却（2）正当防衛」の10判例（p.136 ～ 149, p.152 ～ 157）担当）2019年12月

(16)『刑法演習サブノート210問』（井田良＝大塚裕史＝城下裕二＝髙橋直哉〔編著〕）弘文堂（全体の構成・編集および「55 未遂犯の処罰根拠」（p.109 ～ 110）「70 共犯の基礎理論（4）」（p.139 ～ 140）「84 共犯の錯誤」（p.167 ～ 168）「85 共謀（合意）の射程」（p.169 ～ 170）の４項目担当）2020年４月

(17)『刑法各論判例インデックス［第２版］』（井田良＝城下裕二〔編〕）　商事法務　（全体の構成・編集および第２章・「２　偽造罪」の５判例（p.270 ～ 275, 286 ～ 289）担当）2023年３月

(18)『消費社会のこれからと法　長井長信先生古稀記念』（穴沢大輔＝佐藤陽子＝城下裕二＝角田真理子＝松原和彦〔編〕）信山社　2024年１月

〔分担執筆〕

(19)『事例で考える法学入門（改訂増補版）』（荘子邦雄〔編〕）青林書院（第３章「犯罪に対して国家はどのように対応するのか？」78 ～ 111頁担当〔白取祐司教授と共同執筆〕）1991年３月

(20)『事例 DE 法学入門』（荘子邦雄〔監修〕＝白取祐司〔編集〕）青林書院（第３章「犯罪に対して国家はどのように対応するのか？」85 ～ 120頁担当〔白取祐司教授と共同執筆〕）1998年４月

(21)『刑法の重要問題50選　Ⅱ各論』（能勢弘之〔編〕）信山社（「住居侵入罪の保護法益と居住者の承諾」70 ～ 77頁担当）1999年７月

(22)『LIVE 刑事法』（本間一也＝丹羽正夫＝岡上雅美〔編著〕）成文堂（「Lesson15 刑罰の本質・目的」147 ～ 156頁担当）2000年５月

(23)『刑事法辞典』（三井誠＝町野朔＝曽根威彦＝中森喜彦＝吉岡一男＝西田典之〔編〕）信山社（「警察官」「警察官職務執行法」ほか捜査関係全11項目担当）2003年３月

(24)『みぢかな刑法〔総論〕』（内田文昭＝山本輝之〔編〕）不磨書房（「第４章 犯罪の意義」45 ～ 57頁担当）2004年５月

(25)『LIVE 刑事法（補訂版）』（本間一也＝丹羽正夫＝岡上雅美〔編著〕）　成文堂（「Lesson15　刑罰の本質・目的」147 ～ 156頁担当）2005年４月

(26)『学習コンメンタール刑法』（伊東研祐＝松宮孝明〔編〕）日本評論社（９条 ～ 21条　20 ～ 25頁担当）2007年４月

(27)『レクチャー　生命倫理と法』（甲斐克則〔編〕）法律文化社（「第８章　終末期医療（安楽死・尊厳死）」90 ～ 101頁担当）2010年２月

(28)『新版増補　生命倫理事典』（酒井明夫＝中里巧＝藤尾均＝森下直貴＝盛永審一郎〔編〕）太陽出版（「人身売買」「被害者」ほか全６項目担当）2010年３月

(29)『脳死・移植医療（シリーズ生命倫理学・第３巻）』（倉持武＝丸山英二〔責任編集〕）丸善出版（「第８章　生体移植」136 ～ 155頁担当）2012年１月

(30)『刑事裁判における心理学・心理鑑定の可能性』（白取祐司〔編著〕）日本評論社（「裁判員裁判における量刑判断」215 ～ 248頁担当）2013年２月

(31)『新・コンメンタール刑法』（伊東研祐＝松宮孝明〔編〕）日本評論社（「第１編　第２章　刑（９条～ 21条）」19 ～ 34頁担当）2013年３月

(32)『医事法講座第６巻　臓器移植と医事法』（甲斐克則〔編〕）信山社（「生体

移植と刑法」71 ～ 95頁担当）2015年９月
(33)『医事法辞典』（甲斐克則〔編〕）信山社（オプト・アウト、オプト・イン、角膜及び腎臓の移植に関する法律ほか全10項目担当）2018年10月
(34)『新・コンメンタール刑法』（松宮孝明＝金澤真理〔編〕）日本評論社（「第１編　第２章　刑（９条～ 21条）」19 ～ 36頁担当）2021年２月

**【論文】**

(1)「中止未遂における必要的減免について―『根拠』と『体系的位置づけ』―」北大法学論集36巻４号　173 ～ 237頁　1986年３月
(2)「『予備の中止』について」札幌学院法学８巻２号１～ 27頁　1992年１月
(3)「量刑基準に関する一試論―量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に（１）」北大法学論集43巻４号　87 ～ 152頁　1992年12月
(4)「量刑基準に関する一試論―量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に（２）」北大法学論集43巻５号　１～ 43頁　1993年３月
(5)「量刑基準に関する一試論―量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に（３）」北大法学論集44巻２号　47 ～ 116頁　1993年８月
(6)「量刑基準に関する一試論―量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に（４・完）」北大法学論集44巻５号　39 ～ 122頁　1994年１月
(7)「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」（指宿信助教授との共著）判例タイムズ819号　50 ～ 61頁　1993年３月
(8)「身代金誘拐罪における『近親其他被拐取者ノ安否ヲ憂慮スル者』の意義」札幌学院法学10巻２号　41 ～ 61頁　1994年３月
(9)「求刑・量刑をめぐる理論的課題」季刊刑事弁護創刊号　96 ～ 101頁　1995年１月
(10)「量刑基準に関する試論―量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に」刑法雑誌34巻１号　24 ～ 41頁　1995年３月
(11)「臓器移植法案における摘出要件について」札幌学院法学12巻２号　83 ～ 115頁　1996年３月
(12)「国選弁護報告書からみた国選弁護の実態」季刊刑事弁護６号　30 ～ 34頁　1996年３月
(13)「最近の判例における死刑と無期懲役の限界」ジュリスト1176号　66 ～ 72頁　2000年４月

(14)「量刑事情としての『捜査手続の違法』・再論」『梶田英雄・守屋克彦判事退官記念論文集　刑事・少年司法の再生』423 ～ 439頁　現代人文社　2000年10月

(15)「中止未遂の減免根拠をめぐる近時の理論動向」『渡部保夫先生古稀記念論文集　誤判救済と刑事司法の課題』569 ～ 590頁　日本評論社　2000年12月

(16)「臓器移植における『提供意思』について」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』45 ～ 62頁　青林書院　2002年12月

(17)「量刑事情の意義と限界」現代刑事法３巻１号28 ～ 34頁　2001年１月

(18)「少年に対する不定期刑の量刑基準について」『能勢弘之先生追悼論集　激動期の刑事法学』531 ～ 551頁　信山社　2003年８月

(19)「併合罪規定の解釈と量刑理論――新潟女性監禁事件最高裁判決の検討」季刊刑事弁護36号12 ～ 16頁　2003年10月

(20)「犯行後の態度と量刑」『松岡正章先生古稀祝賀論文集　量刑法の総合的検討』131 ～ 148頁　成文堂　2005年２月

(21)「中止未遂における任意性について」『罪と罰　非情にして人間的なるもの小暮得雄先生古稀記念論文集』43 ～ 70頁　信山社　2005年８月

(22)「法定刑の引上げと立法政策」犯罪社会学研究30号７～ 19頁　2005年10月

(23)「量刑」菊田幸一＝西村春夫＝宮澤節生（編）『社会のなかの刑事司法と犯罪者』369 ～ 379頁　日本評論社　2007年９月

(24)「裁判員制度における量刑」法律時報81巻１号20 ～ 26頁　2009年１月

(25)「消極的責任主義の帰趨　―わが国における近時の量刑理論の批判的検討―」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良（編）『理論刑法学の探究②』29 ～ 60頁　成文堂　2009年５月

(26)「無期刑受刑者の仮釈放をめぐる諸問題」犯罪と非行161号　５～ 27頁　2009年８月

(27)「改正臓器移植法の意義と課題」刑事法ジャーナル20号　11 ～ 17頁　2010年１月

(28)Current Trends and Issues in Japanese Sentencing, Federal Sentencing Reporter, Volume 22, Number 4, pp.243-248. 2010年４月

(29)「裁判員裁判における量刑の動向と課題」犯罪と非行170号　60 ～ 85頁　2011年12月

(30)「医療観察法における対象行為の主観的要件について」町野朔＝岩瀬徹＝日髙義博＝安部哲夫＝山本輝之＝渡邊一弘（編集）『刑法・刑事政策と福祉 岩井宜子先生古稀祝賀論文集』99 ～ 117頁　尚学社　2011年12月

(31)「裁判員裁判における量刑判断」白取祐司（編著）『刑事裁判における心理学・心理鑑定の可能性』215 ～ 248頁　日本評論社　2013年２月

(32)「終末期医療をめぐる刑法上の諸問題」刑事法ジャーナル35号　103 ～ 110頁　2013年２月

(33)「犯罪被害者と量刑―量刑の本質論・実体刑法の視点から―」刑法雑誌52巻３号　66 ～ 78頁　2013年５月

(34)「日本の裁判員裁判における量刑判断」（関永盛教授との共著）法学研究（釜山大学法学研究所）54巻２号　55 ～ 76頁　2013年５月

(35)「混合的包括一罪の再検討」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之（編集代表）『刑事法・医事法の新たな展開　上巻　町野朔先生古稀記念』331 ～ 360頁　信山社　2014年３月

(36)「アスペルガー症候群と刑事責任」井田良＝高橋則夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚（編）『川端博先生古稀記念論文集　上巻』241 ～ 268頁　成文堂　2014年10月

(37)「裁判員裁判における『同種事犯の量刑傾向』―最高裁平成26年７月24日判決を中心に―」札幌学院法学31巻２号　129 ～ 148頁　2015年３月（中国語訳：李冠煜（訳）東方法学　2016年第３期　143 ～ 151頁　2016年５月）

(38)「量刑判断における行為事情と行為者事情―『死刑と無期の間』を中心に」季刊刑事弁護83号　127 ～ 134頁　2015年７月（中国語訳：李冠煜（訳）東南法学　2017年春季巻　120 ～ 129頁　2017年６月）

(39)「特別予防論の現在と責任論の展望」法律時報88巻７号　15 ～ 22頁　2016年６月

(40)「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と刑事責任」井田良＝井上宜裕＝白取祐司＝高田昭正＝松宮孝明＝山口厚（編）『浅田和茂先生古稀記念論文集 上巻』299 ～ 319頁　成文堂　2016年10月

(41)「無許可輸入罪における実行の着手について」京藤哲久＝神田安積（編集代表）『変動する社会と格闘する判例・法の動き（渡辺咲子先生古稀記念）』37 ～ 59頁　信山社　2017年３月

(42)「数故意犯説と責任主義」井田良＝川口浩一＝葛原力三＝塩見淳＝山口厚

＝山名京子（編）『山中敬一先生古稀祝賀論文集　上巻』373 ～ 390頁　成文堂　2017年４月（中国語訳：李冠煜（訳）中山大学法律評論18巻２輯 277 ～ 294頁　2022年４月）

(43)「裁判員裁判における死刑選択基準」上石圭一＝大塚浩＝武蔵勝宏＝平山真理（編）『宮澤節生先生古稀記念　現代日本の法過程　下巻』117 ～ 136頁　信山社　2017年５月

(44) Julius Weitzdörfer, Yuji Shiroshita, and Nicola Padfield, Sentencing and Punishment in Japan and England : A Comparative Discussion, in : Jianhong Liu and Setsuo Miyazawa (eds.), Crime and Justice in Contemporary Japan, Springer, 2018, pp.189-214.　2018年１月

(45)「量刑（刑事政策の新動向　第６回）」法学教室456号　127 ～ 132頁　2018年９月

(46)「同時傷害の特例と限定解釈」高橋則夫＝山口厚＝井田良＝川出敏裕＝岡田好史（編）『日髙義博先生古稀祝賀論文集　下巻』49 ～ 75頁　成文堂　2018年10月

(47) Yuji Shiroshita, Medical Technology, Terminal Care and Criminal Law: Court Cases from Japan, in：Susanne Brucksch and Kaori Sasaki (eds.), Humans and Devices in Medical Contexts: Case Studies from Japan, Palgrave Macmillan, 2021, pp.143-166.　2021年６月

(48)「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と刑事責任をめぐる近時の裁判例の動向」山口厚＝酒巻匡＝大澤裕＝川出敏裕（編）『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集　下巻』154 ～ 179頁　成文堂　2021年12月

(49)「未遂犯論の系譜」浅田和茂＝井田良＝白取祐司＝長井圓＝丸山雅夫＝吉田敏雄（編）『刑事法学の系譜　内田文昭先生米寿記念』498 ～ 518頁　信山社　2022年１月

(50)「『裏返しの犯罪論』について―中止未遂の理論構造との関連で―」山口厚＝井田良＝佐伯仁志＝松原芳博＝仲道祐樹（編）『高橋則夫先生古稀祝賀論文集　上巻』641 ～ 659頁　成文堂　2022年３月

(51)「クレプトマニア（窃盗症）・摂食障害と刑事責任」刑事法ジャーナル72号19 ～ 34頁　2022年５月

(52)「裁判員裁判時代の量刑論を考える―野村健太郎『量刑の思考枠組み』を読んで―」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠＝松宮孝明『刑事法の理論と実務

④』141 ～ 164頁　成文堂　2022年10月
(53)「臨床研究に基づく論文掲載と虚偽・誇大広告罪の成否」山口厚＝松原芳博＝上嶌一高＝中空壽雅（編）『実務と理論の架橋―刑事法学の実践的課題に向けて―』293 ～ 314頁　成文堂　2023年２月
(54)「日本裁判員裁判的量刑判断之現況與課題」（台湾語訳：林儻紘）月旦法學337号160 ～ 170頁　2023年６月
(55)「準詐欺罪をめぐる解釈論上の諸問題」穴沢大輔＝佐藤陽子＝城下裕二＝角田真理子＝松原和彦（編）『消費社会のこれからと法　長井長信先生古稀記念』３～ 25頁　信山社　2024年１月

**【解説】**

(1)「交通ルールを守らせるのに刑法は必要・有益か？」法学セミナー 484号41 ～ 44頁　1995年４月
(2)「ギャンブルに刑法はどの程度かかわるべきか？」法学セミナー 484号　57 ～ 60頁　1995年４月
(3)「イギリスにおける刑事立法の動向」刑法雑誌38巻２号　241 ～ 246頁　1999年３月
(4)「損壊概念」ジュリスト増刊『刑法の争点（第３版）』208 ～ 209頁　2000年11月
(5)「謙抑主義（謙抑性の原則）」法学セミナー 558号　24 ～ 27頁　2001年５月
(6)「死刑制度―存廃論および適用基準を中心に―」法学教室249号　14 ～ 17頁　2001年5月
(7)「〔犯罪研究動向〕精神障害と犯罪者処遇」犯罪社会学研究28号　145 ～ 150頁　2003年10月
(8)「特集／『法と対話』の現状と課題　企画の趣旨」法律時報78巻12号　４～５頁　2006年11月
(9)「特集／生体移植をめぐる諸問題　生体移植をめぐる法的状況（企画の趣旨）」法律時報79巻10号　４～９頁　2007年９月
(10)「損壊概念」ジュリスト増刊『刑法の争点』216 ～ 217頁　2007年11月
(11)「死刑と無期懲役の間　―近時の判例動向から」法学セミナー 624号　４～５頁　2006年12月
(12)「2008年学界回顧　医事法」法律時報80巻13号127 ～ 133頁　2008年12月（宮

下毅准教授との共著）
(13)「永山基準の現在」法学セミナー 659号　巻頭言　2009年11月
(14)「2009年学界回顧　医事法」法律時報81巻13号　126 ～ 132頁　2009年12月（宮下毅准教授との共著）
(15)「改正臓器移植法（医事法トピックス）」年報医事法学25号　191 ～ 197頁　2010年８月
(16)「2010年学界回顧　医事法」法律時報82巻13号　122 ～ 129頁　2010年12月（永水裕子准教授との共著）
(17)「未遂犯（特集　法科大学院における刑法教育）」法学教室442号　28 ～ 33頁　2017年６月
(18)「2017年学界回顧　刑法」法律時報89巻13号　45 ～ 61頁　2017年12月（長井長信教授・小名木明宏教授・松尾誠紀教授との共著）
(19)「2018年学界回顧　刑法」法律時報90巻13号　39 ～ 55頁　2018年12月（長井長信教授・小名木明宏教授・松尾誠紀教授との共著）
(20)「2019年学界回顧　刑法」法律時報91巻13号　40 ～ 57頁　2019年12月（長井長信教授・小名木明宏教授・松尾誠紀教授との共著）
(21)「〔犯罪研究動向〕触法精神障害者の処遇に関する研究動向」犯罪社会学研究45号　131 ～ 139頁　2020年11月
(22)「『犯罪』と『刑罰』について考える」法学セミナー 807号　51 ～ 56頁　2022年４月
(23)「実行の着手（特集　刑法―議論が深まった論点を押さえる）」法学教室514号　15 ～ 19頁　2023年７月

**【判例評釈】**

(1)「アメリカ捜査法研究（2）　既に終了した犯罪に対するテリー原則の適用」法学研究（北海学園大学）24巻２号　75 ～ 85頁　1989年４月
(2)「爆発物取締罰則第１条及び３条の『人ノ身体ヲ害セントスルノ目的』の意義」ジュリスト1002号（平成３年度重要判例解説）164 ～ 165頁　1992年６月
(3)「販売目的の意義」　別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅱ各論〔第４版〕』190 ～ 191頁　1997年５月
(4)「強盗殺人等被告事件について、被告人２名に同時に死刑を言い渡した原

判決が破棄され、いずれも無期懲役が言い渡された事例」判例評論495号（判例時報1549号）71 ～ 75頁　1997年５月

(5)「裁判所の勧めによりボランティア活動を行った被告人に対し、これを有利な情状として考慮して再度の執行猶予を認めた原判決を破棄し、実刑に処した事例」判例評論476号（判例時報1646号）52 ～ 56頁　1998年10月

(6)「着手中止」「結果発生防止の真摯な努力」「予備と中止」曽根威彦＝日高義博（編）『基本判例　刑法総論』法学書院　99 ～ 101頁　1999年４月（第２版・104 ～ 106頁　2006年７月）

(7)「詐欺罪の保護法益」「国家的法益に対する詐欺」曽根威彦＝日高義博（編）『基本判例　刑法各論』法学書院　51 ～ 52頁　1999年４月（第２版・52 ～ 53頁　2006年７月）

(8)「常習累犯窃盗罪における常習性の判断基準」現代刑事法２巻５号　86 ～ 91頁　2000年５月

(9)「女児に対する強制わいせつ、殺人、死体遺棄などの事案において、懲役18年を言い渡した第一審判決を破棄し、被告人の人格の矯正が極めて困難であることなどを理由として無期懲役を言渡した事例」判例評論495号（判例時報1703号）52 ～ 56頁　2000年５月

(10)「犯行時17歳の少年が、好意を寄せていた元同級生の女子高校生に付きまとった挙げ句に、登校途中にナイフで殺害したという事案において、懲役５年以上10年以下の不定期刑が言い渡された事例」判例評論512号（判例時報1755号）59 ～ 63頁　2001年10月

(11)「第一審判決の無期懲役の科刑を維持した控訴審判決が量刑不当として破棄された事例」札幌学院法学18巻１号　57 ～ 79頁　2001年９月

(12)「結果防止行為の真摯性」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論〔第５版〕』142 ～ 143頁　2003年４月

(13)「職務行為の適法性」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅱ各論〔第５版〕』222 ～ 223頁　2003年４月

(14)「行政措置の不作為と職務関連性」ジュリスト1246号（平成14年度重要判例解説）160 ～ 162頁　2003年６月

(15)「自動車内において覚せい剤を所持した罪と同車内にとび口を隠して携帯した罪とが併合罪の関係にあるとされた事例」LEX/DB インターネット速報重要判例解説（文献番号2004-016）　2004年８月

(16)「併合罪と量刑判断」判例セレクト2004（法学教室294号別冊）33頁　2005年３月

(17)「小学校に侵入して児童八人を殺害するとともに児童等一五人を負傷させた殺人、殺人未遂等の事案について、被告人の完全責任能力を認め、死刑が言い渡された事例――大阪教育大学附属池田小学校児童殺傷事件判決」判例評論563号（判例時報1909号）192 ～ 197頁　2006年１月

(18)「包括一罪か併合罪か」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論〔第６版〕』204 ～ 205頁　2008年２月

(19)「情報の不正入手と横領罪―新潟鉄工事件」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅱ各論〔第６版〕』132 ～ 133頁　2008年３月

(20)「住居の玄関ドアが建造物損壊罪の客体に当たるとされた事例」ジュリスト1354号（平成19年度重要判例解説』183 ～ 184頁　2008年４月

(21)「被害者参加制度の下で審理が行われた自動車運転過失致死の事案について、本件事故に係る過失の態様や被告人の供述状況等に照らすと、同種事犯に対するこれまでの量刑傾向を批判的に検討しても、被告人を実刑に処するのはいささか重きに失するといわなければならないとして、被告人に対し、執行猶予付きの禁錮刑を言い渡した事例」速報判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol.5』213 ～ 216頁　2009年９月

(22)「１　被害者２名に対する殺人および傷害致死等の事案について、検察官の死刑の求刑に対して無期懲役を言い渡した事例

２　同一の被害者に対する殺人に先立つ傷害の事案について、約３か月間にわたる多数回の暴行とその結果としての傷害を包括一罪と判断した事案」速報判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol.8』187 ～ 190頁　2011年３月

(23)「迷惑防止条例違反の事案について、長期の未決勾留に先立つ捜査機関の手続に違法があったことも考慮して、懲役４月の求刑に対して被告人を罰金50万円に処した事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol.11 新・判例解説 Watch』139 ～ 142頁　2012年９月

(24)「労働基準法32条１項（週単位規制）違反の罪と同条２項（日単位規制）違反の罪との罪数関係」ジュリスト1440号（平成23年度重要判例解説）169 ～ 170頁　2012年４月

(25)「確定判決前後の犯行にそれぞれ懲役24年と懲役26年の刑を言い渡し、両

者を併科した事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol.12 新・判例解説 Watch』155 ～ 158頁　2013年３月

(26)「臓器売買事件」別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第２版〕』202 ～ 203頁　2014年３月

(27)「実行未遂と着手未遂」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ〔第７版〕』142 ～ 143頁　2014年８月

(28)「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅱ〔第７版〕』196 ～ 197頁　2014年８月

(29)「少年事件の裁判員裁判で初めて死刑が言い渡された第一審判決の量刑が維持された事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol. 11 新・判例解説 Watch』163 ～ 166頁　2014年10月

(30)「一審で裁判員の参加する合議体が強盗殺人等の事案につき死刑を選択したのに対し、控訴審が、前科を除けば死刑を選択し難い本件について、本件と前科との間に社会的な類似性は認められず、前科を重視して死刑を選択するには疑問があるなどとして、原判決を破棄して無期懲役刑を言い渡した事例」判例評論669号（判例時報2232号）35 ～ 40頁　2014年11月

(31)「傷害致死の事案につき懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第一審判決およびこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol. 17 新・判例解説 Watch』187 ～ 190頁　2015年10月

(32)「生活に困窮し、精神的に追い込まれた状況で突発的に当時13歳の実子を殺害した母親に対して、懲役７年の判決が言い渡された事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol. 18 新・判例解説 Watch』159 ～ 162頁　2016年４月

(33)「入れ墨の施術行為に医師法17条違反の罪の成立を認めた事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol. 22 新・判例解説 Watch』175 ～ 178頁　2018年10月

(34)「高齢者の万引き窃盗につき、弁護人の精神鑑定請求を却下して完全責任能力を認めた第一審の訴訟手続には法令違反があるとされた事例（①事件）・①事件の差戻審として精神鑑定を実施し、被告人はアルツハイマー型認知症にり患していると認めたが、それが犯行に大きく影響したことを否定して完全責任能力を肯定し、同認知症の影響及び再犯防止策等を考慮

して罰金刑を選択した事例（②事件）」　刑事法ジャーナル59号　99 ～ 109頁　2019年２月

(35)「虚偽のデータに基づき内容虚偽の論文を作成させて学術雑誌に掲載させた行為と旧薬事法66条１項にいう『記述』」ジュリスト臨時増刊『令和元年度重要判例解説』156 ～ 157頁　2020年４月

(36)「実行未遂と着手未遂」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ［第８版］』142 ～ 143頁　2020年11月

(37)「名義人の承諾と私文書偽造罪の成否」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅱ［第８版］』196 ～ 197頁　2020年11月

(38)「他人の助力を得て結果不発生に至った場合において中止行為が否定された事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol. 29 新・判例解説 Watch』195 ～ 198頁　2021年10月

(39)「疾患の影響下における交通事故」別冊ジュリスト『医事法判例百選［第３版］』224 ～ 225頁　2022年７月

(40)「医師による不同意堕胎致傷罪について、執行猶予付き判決を言い渡した事例」新・判例解説編集委員会（編）『速報判例解説 Vol. 31 新・判例解説 Watch』203 ～ 206頁　2022年10月

(41)「被告人に完全責任能力を認めて死刑を言い渡した原判決を破棄し、心神耗弱を認めて無期懲役を言い渡した事例」医事法研究６号　113 ～ 127頁　2022年12月

**【翻訳】**

(1)「クラウス・ティーデマン『コンピューター犯罪と1986年の西ドイツ刑法改正』」北大法学論集39巻１号　117 ～ 152頁（丹羽正夫氏との共訳）1988年８月

(2)「I.J. キオン『オランダにおける安楽死――法と実情――』」札幌学院法学11巻２号153 ～ 195頁（渡部保夫教授、ウイリアム・Ｂ・クリアリー氏との共訳）1995年２月

(3)「ジョン・キオン『イギリスにおける生命維持治療の中止――ブランド判決の道徳的・理性的再検討――』」札幌学院法学15巻２号　123 ～ 160頁　1999年３月

(4)「〔講演〕マシュー・ダイソン『準最適（sub-optimal）な臓器の移植に関す

る法的規制』」北大法学論集69巻３号　212 ～ 185頁　2018年９月

**【著書・論文紹介】**

(1)「Marvin E. Frankel, Sentencing Guidelines: A Need for Creative Collaboration, 101 Yale L. J. 2043-51 (1992); Daniel J. Freed, Federal Sentencing in the Wake of Guidelines:Unacceptable Limits on the Discretion of Sentencers, 101 Yale L. J. 1681-754 (1992)」アメリカ法1994-1 104 ～ 111頁　1994年７月

(2)「Kate Stith and Jose A. Cabranes, Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts, The University of Chicago Press, 1998」アメリカ法2000-2　300 ～ 307頁　2000年12月

(3)「松岡正章著『量刑法の生成と展開』」季刊刑事弁護25号140頁　2001年１月

(4)「山中敬一著『中止未遂の研究』」現代刑事法４巻４号　105 ～ 106頁　2002年３月

(5)「原田國男著『量刑判断の実際』」現代刑事法６巻２号　90 ～ 91頁　2004年２月

(6)「原田國男著『裁判員裁判と量刑法』」刑事法ジャーナル32号　190 ～ 191頁　2012年５月

(7)「町野朔＝山本輝之＝辰井聡子（編）『移植医療のこれから』」年報医事法学27号　195 ～ 199頁　2012年８月

(8)「太田達也著『刑の一部執行猶予　犯罪者の改善更生と再犯防止』」犯罪と非行180号　189 ～ 193頁　2015年９月

(9)「唐沢穣・松村良之・奥田太郎（編著）『責任と法意識の人間科学』」法律時報90巻９号　160 ～ 164頁　2018年８月

(10)「甲斐克則『臓器移植と刑法（医事刑法研究第６巻）』」年報医事法学33号　255 ～ 260頁　2018年８月

(11)「甲斐克則『精神科医療と医事法（医事法講座第10巻）』」医事法研究３号　207 ～ 211頁　2021年３月

(12)「金澤真理・安田恵美・髙橋康史（編）『再犯防止から社会参加へ―ヴァルネラビリティから捉える高齢者犯罪』」法学セミナー 798号　132 ～ 133頁　2021年７月

(13)「橋本広大『国際組織犯罪対策における刑事規制　処罰の早期化・犯罪収

益規制とイギリス比較法』」自由と正義74巻６号　75頁　2023年６月

**【シンポジウム・講演・ワークショップ・座談会記録】**

(1)「『脳死』問題の法的側面について」フォーラム人文創刊号　93 ～ 101頁　1996年１月

(2)「安楽死と尊厳死をめぐる諸問題」札幌学院大学現代法研究所年報（1995）1996年３月

(3)「脳死と法律」ライフサイエンス７号　23 ～ 29頁　2001年１月〔佐々木廸郎『日本人の脳死観―臨調答申を読む―』（中央公論事業出版　2004年２月）212 ～ 217頁に再録〕

(4)「代理出産を考える」札幌学院大学現代法研究所年報（2001）2002年３月

(5)「ワークショップ／生命操作と刑事規制」刑法雑誌42巻３号　398 ～ 402頁　2003年４月

(6)「『死体利用』と刑法――ワークショップを終えて」人倫研プロジェクト News Letter　No.4　２～３頁　2003年６月

(7)「臓器移植法の見直しについて」白金法学会会報７号　60 ～ 64頁　2003年10月

(8)「法定刑の引上げと立法政策」日本犯罪社会学会第31回大会報告要旨集　５～７頁　2004年12月

(9)「ワークショップ／心神喪失者等医療観察法」刑法雑誌44巻３号　147 ～ 150頁　2005年４月

(10)「『人倫研プロジェクト』ワーキンググループ・提言『身体・組織の利用等に関する生命倫理基本法（3）』（3）提言・その３：『死体関連身体・組織の利用にかんする生命倫理基本法』」北大法学論集56巻１号　393 ～ 436頁（臼木豊教授・佐藤雄一郎助手との共著）2005年５月

(11)「【座談会】裁判員制度で量刑実務はどのようになるのか」季刊刑事弁護44号18 ～ 33頁　2005年10月

(12)「ワークショップ／量刑法」刑法雑誌46巻２号　274 ～ 277頁　2007年２月

(13)「コメント　刑事法学の立場から（日仏シンポジウム　法の下の平等と刑事規制に関する日仏比較）」北大法学論集59巻５号　198 ～ 205頁　2009年１月

(14)「終末期医療をめぐる生命倫理と法　ジョン・キオン氏を迎えてのスタッ

フセミナー」明治学院大学法律科学研究所年報25号　1～14頁　2009年７月（高橋文彦教授との共著）

(15)「パネルディスカッション／量刑を語る！語る！語る！」日本弁護士連合会「第13回　刑事弁護経験交流会―情状弁護と量刑問題―」36～60頁　2010年３月

(16)「ワークショップ／裁判員裁判における量刑」刑法雑誌51巻３号　145～150頁　2012年３月

(17)「ワークショップ／生体移植」刑法雑誌52巻３号　112～117頁　2013年５月

(18)「性犯罪処罰規定をめぐる実体刑法上の課題」日本犯罪社会学会第40回大会報告要旨集　43～45頁　2014年３月

(19)「シンポジアムの趣旨について（シンポジアム②『北海道における指定入院医療機関の設置について』）」法と精神医療34号　75～77頁　2020年３月

**【意見書】**

(1)「平成12年（う）第20号強盗殺人被告事件に関する意見書」（2001年12月・広島高等裁判所刑事第１部に提出）

**【国内学会・シンポジウムにおける口頭による報告等】**

(1)（研究報告）
「量刑基準に関する試論―量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に」日本刑法学会第71回大会（於　関西学院大学・1993年５月）

(2)（問題提起者としての報告）
「量刑基準と具体的事例の解決」ワークショップ「量刑」日本刑法学会第73回大会（於　関西大学・1995年５月）

(3)（研究報告）
「イギリスにおける＜末期医療と刑法＞の動向」日本刑法学会北海道部会（於　北海道大学・1998年11月）

(4)（問題提起者としての報告）
「中止未遂の減免根拠をめぐる近時の理論動向」ワークショップ「中止犯」日本刑法学会第77回大会（於　早稲田大学・1999年５月）

(5)（研究報告）

「臓器移植法の見直しについて」日本刑法学会北海道部会（於　北海道大学・2000年３月）

(6)（オーガナイザー・司会）

ワークショップ「生命操作と刑事規制」日本刑法学会第80回大会（於　南山大学・2002年５月）

(7)（オーガナイザー・司会）

ワークショップ「心神喪失者等医療観察法」日本刑法学会第82回大会（於　広島大学・2004年５月）

(8)（問題提起者としての報告）

「死刑の量刑」ラウンドテーブル・ディスカッション「死刑存廃論の現代的位相」日本犯罪社会学会第31回大会（於　青山学院大学・2004年10月）

(9)（問題提起者としての報告）

「法定刑の引上げと立法政策」シンポジウム「最近の刑事政策関連立法・施策における政策形成過程の再検討――エビデンス・ベイスト・ポリシーの発想に基づいて――」日本犯罪社会学会第31回大会（於　青山学院大学・2004年10月）

(10)（問題提起者としての報告）

「罪数論と量刑論」ワークショップ「罪数論・競合論の今日的課題」日本刑法学会第83回大会（於　北海道大学・2005年６月）

(11)（オーガナイザー・司会）

ワークショップ「量刑法」日本刑法学会第84回大会（於　立命館大学・2006年５月）

(12)（基調報告）

「生体移植―法律学の立場から」日本医事法学会第37回研究大会（於　東京大学・2007年11月）

(13)（研究報告）

「改正臓器移植法の検討」日本刑法学会北海道部会（於　北海道大学・2010年１月）

(14)（パネリスト）

パネルディスカッション「情状弁護と量刑問題」日本弁護士連合会　第13回刑事弁護経験交流会（於　ミッドランドホール（名古屋市）2009年２月）

(15)（オーガナイザー・司会）

ワークショップ「裁判員裁判における量刑」日本刑法学会第89回大会（於　法政大学・2011年５月）

(16)（研究報告）

「犯罪被害者と量刑―量刑の本質論・実体刑法の視点から―」日本刑法学会第90回大会（於　大阪大学・2012年５月）分科会Ⅲ「犯罪被害者と量刑」

(17)（オーガナイザー・司会）

ワークショップ「生体移植」日本刑法学会第90回大会（於　大阪大学・2012年５月）

(18)（研究報告）

「『終末期医療と刑法』をめぐる最近の議論について」日本刑法学会北海道部会（於　北海道大学・2013年１月）

(19)（問題提起者としての報告）

「性犯罪処罰規定をめぐる実体刑法上の課題」テーマセッション「性犯罪事件を通して――司法は誰のためにあるのか――」日本犯罪社会学会第40回大会（於　北海学園大学・2013年10月）

(20)（研究報告）

「アスペルガー症候群と刑事責任」日本刑法学会北海道部会（於　北海道大学・2014年３月）

(21)（パネリスト）

パネルディスカッション「量刑データベースと情状弁護」日本弁護士連合会第13回国選弁護シンポジウム（於　ウインクあいち（名古屋市）・2014年９月）

(22)（判例報告）

「傷害致死の事案につき懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第一審判決およびこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」日本刑法学会北海道部会（於　北海道大学・2015年２月）

(23)（研究報告）

「量刑判断における行為事情と行為者事情―『死刑と無期の間』を中心に」刑事法学フォーラム第６回研究会（於　専修大学・2015年５月）

(24)（基調報告）

「量刑理論の現在とこれからの情状弁護」公益財団法人・日弁連法務研究財団 研修会「情状弁護の質的転換を目指して」（於　札幌弁護士会館・2017年10月）

(25)（研究報告）

「高齢者の万引き窃盗につき、弁護人の精神鑑定請求を却下して完全責任能力を認めた第一審の訴訟手続には法令違反があるとされた事例（①事件）・①事件の差戻審として精神鑑定を実施し、被告人はアルツハイマー型認知症にり患していると認めたが、それが犯行に大きく影響したことを否定して完全責任能力を肯定し、同認知症の影響及び再犯防止策等を考慮して罰金刑を選択した事例（②事件）」日本刑法学会北海道部会（於　北海道大学・2019年３月）

(26)（オーガナイザー・司会）

シンポジアム「北海道における指定入院医療機関の設置について」法と精神医療学会第第34回大会（於　北海道大学・2019年３月）

(27)（企画・ファシリテーター）

治療的司法センター設立５周年記念シンポジウム「新しい拘禁刑は何をもたらすか？」（於　成城大学・2023年３月）

(28)（報告と討論）

「ストーカー規制法の課題」日本犯罪心理学会第61回大会　公募シンポジウム「ハイリスク・ストーカーへの法と臨床―新たな視点の展開―」（於　お茶の水女子大学・2023年９月［オンライン開催・オンデマンド参加］）

(29)（オーガナイザー・司会）

「窃盗症（クレプトマニア）と刑事責任能力」法と精神医療学会第38回大会（於　香川大学　2023年12月）

**【国際学会・海外における講演・報告】**

(1)（講演）

“Death Penalty in Japan” Boalt Chapter of the National Association of Criminal Defense Lawyers（於　カリフォルニア大学バークレー校ロースクール・1995年３月）

(2)（オーガナイザー・司会・報告）

テーマセッション“Recent Trends and Issues in Japanese Sentencing System” 国際犯罪学会第16回世界大会（於　神戸国際会議場・2011年８月）

(3)（講演）

「裁判員裁判における量刑判断」釜山大学法学研究所シンポジウム “Recent

Trends and Issues on Criminal Law & Procedure in Japan”（於　釜山大学法学研究所（韓国）・2012年12月）

(4)（研究報告）

“Diseased Kidney Transplantation in Japan: Focusing on Dr. Mannami’s Cases”（ケンブリッジ大学医学部外科学講座・2015年10月）

(5)（基調報告・パネリスト）

“Criminal Justice and Sentencing : England and Japan Compared” Cambridge Festival of Ideas（於　ケンブリッジ大学ダーウィン・コレッジ・2015年10月）

(6)（基調報告）

「裁判員裁判における死刑選択基準」International Symposium for Evaluation of Capital Sentencing（於　法官學院（台湾）・2016年11月）

(7)（オーガナイザー・司会）

国際ワークショップ「病腎移植をめぐる法的諸問題―ドナーの拡大はどこまで可能か」Workshop on the legal issues of “Diseased Kidney Transplantation” : A Possibility of extended criteria donors?（於　北海道大学東京オフィス・2016年12月）

(8)（基調報告）

“Terminal Care and Criminal Law” DIJ (Deutsches Institut für Japanstudien) Workshop “Humans and Machines in Medical Contexts: Case Studies from Japan”（於　ドイツ日本研究所（東京）・2017年３月）

(9)（基調報告）

「日本の裁判員裁判における量刑」中日韓「公判中心の訴訟制度改革」シンポジウム（於　中国政法大学（北京）・2018年７月）

(10)（研究報告）

“Legal Issues on ‘Diseased Kidney Transplantation in Japan’ : From the Viewpoint of Medical Criminal Law”（柑本美和教授との共同報告）The 25th Annual World Association for Medical Law（於　早稲田大学国際会議場・2019年８月）

(11)（コメンテーター）

“Aktuelle Fragen des Medizinrechts in Japan und Deutschland”（主催　中央大学日本比較法研究所・2024年２月11日［オンライン開催］）

## 執筆者紹介（掲載順）


| | |
|---|---|
| 松村良之 | 北海道大学名誉教授 |
| 木下麻奈子 | 同志社大学法学部・教授 |
| 前田智彦 | 名城大学法学部・教授 |
| 森　大輔 | 熊本大学法学部・准教授 |
| 林　儻紘 | 北海道大学大学院法学研究科助教 |
| 郎　晴 | 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協力研究員 |
| 川崎まな | 釧路地方検察庁帯広支部検察事務官 |
| 林　耕平 | 北海道大学大学院法学研究科准教授 |
| 鈴木繁元 | 北海道大学大学院法学研究科助教 |
| 楊　廸耕 | 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協力研究員 |
| 橋本　伸 | 小樽商科大学商学部准教授 |
| 富山侑美 | 沖縄大学経法商学部専任講師 |
| 張　佳宇 | 中国広東省深圳市中級人民法院法官補佐 |
| 小棚木公貴 | 北海道大学大学院法学研究科博士後期課程 |
| 開出雄介 | 北海道大学大学院公共政策学連携研究部准教授 |
| 小名木明宏 | 北海道大学大学院法学研究科教授 |



令和６年３月22日　印　刷
令和６年３月29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　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

# THE HOKKAIDO LAW REVIEW

## Vol. 74 March 2024 No. 4・5・6

*CONTENTS*

**ARTICLES**

What are the Changes in Attitudes of Japanese People Toward the Law and the Legal System? Based on the Survey in 2022
···· Yoshiyuki MATSUMURA, Manako KINOSHITA, Tomohiko MAEDA, Daisuke MORI 1

The Penalty Measurement of A Suspended Sentences (1)
—— Based on the Investigation of Mitigating Circumstances about Japan and Taiwan —— ····· Zanhong LIN 41

The operation and status of punitive damages in Chinese Law (1)
—— An Examination of Cases —— ····· Qing LANG 61

Same-sex couples under Immigration Control and Refugee Recognition Act Using the precedents of the European Court of Human Rights as materials (1)
····· Mana KAWASAKI 107

Die Art und Weise, wie der Inhalt der Vertragshaftung bestimmt werden soll (2)
—— Eine Analyse aus der Sicht des Schadensbegriffs ——
····· Kohei HAYASHI 203

Law and Politics on Judicial Supremacy (4) ····· Shigemoto SUZUKI 269

Heads of Loss for Non-conformity in Sale of Immovables (2): A Comparative Study of Japanese and Taiwanese Law ···· Tiken YANG 299

Theoretical analysis of restitutional remedy regarding disgorgement of profits (7)
····· Shin HASHIMOTO 411

Das Verhältnis zwischen der Einwilligung des Patienten und Informed Consent von dem Aspekt der „hypothetischen Einwilligung“ (4)
····· Yumi TOMIYAMA 507

Criminal Negligence Liability in Team Medicine (2)
—— The Nature of Individual Negligence Liability and the Division of Responsibility among the Parties Involved in Organized Medicine ——
JiaYu ZHANG 527

**CASE NOTE**

Note on Criminal Law Case ····· Koki KOTANAGI 633

Note on International Law Case ····· Yusuke KAIDE 675

* * *

Professor Yuji Shiroshita's Curriculum Vitae and Publications
····· Akihiro ONAGI 685

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan