HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第75巻 第1・2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 75(1-2)
Issue Date	2024-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/92899
Type	journal
File Information	lawreview_75_1-2_All.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 75 巻　　第 1･2 号（合併号）

論　　説

「アジャイル・ガバナンス」の新規性
…… 村　上　裕　一　　1

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（5・完）
――「仮定的同意」の問題を手掛かりとして――
…… 富　山　侑　美　　33

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（3）
――損害論の視角からの分析――
…… 林　　耕　平　　69

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（2）
――ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として――
…… 川　崎　ま　な　　141

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（8・完）
――国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から――
…… 津　田　智　成　　304[　1]

紹　　介

婦選獲得同盟支部非設置地域としての北海道小樽
――『北海婦人新聞』の紹介――
…… 山　中　仁　吉　　195

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）
城下裕二（刑法）
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）
徐行（アジア法）
鈴木敦（憲法）
曽野裕夫（民法）
空井護（政治学）
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）
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）
村上裕一（行政学）＊
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）
城下裕二（刑法）
高島麻子（刑事実務）
仲世古善樹（刑事実務）
新川生馬（法実務基礎）
林賢一（民事実務）
林由希子（民事実務）

准教授

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）
川端倖司（行政法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
○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）
氷見哲洋（民法）
前田亮介（日本政治史）
森悠一郎（法哲学）
山本周平（民法）
横濱和弥（刑法）
横路俊一（民事訴訟法）

助教

ソック・ヴァンニー（民法）
中田翔太（刑法）
山中仁吉（日本政治史）
梁小煒（刑法）
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

論　　説

「アジャイル・ガバナンス」の新規性

村　上　裕　一

目　　次

1．「アジャイル・ガバナンス」の社会的背景
1.1. コロナの禍中の日本で
1.2.「ツールキット」と「デジ臨」
1.3. AGの２要素とアカウンタビリティ
2．行革と「アジャイル・ガバナンス」
2.1. 行革推進会議の課題整理
2.2. 行革方針としてのAGの留意点
2.3.「アジャイル・ネーションズ」のAG論
3．AGの理論的特徴：特長と課題
3.1. AGの特長：適応的ガバナンスと共に
3.2. AG導入に当たっての課題・留意点
3.3. 小括：事例分析に向けて
4．AGの観点からの事例分析
4.1. コンピュータの電磁妨害波規制
① イノベーションとレギュレーション
② コンピュータの社会導入と共同規制
③ 技術革新に規制はkeep upできるか
4.2. 自治体総合計画の政策評価
① 北海道庁の政策評価制度
② 道庁政策評価の実施状況
③ AGに資する政策評価の方法
4.3. フランス政府のコロナ危機対応
① ロックダウンとその解除法
② 有事におけるAGと「立法」

③　有事におけるAGと「司法」
5．終わりに：まとめと今後の課題

「アジャイル」の辞書的な意味は「素早く、容易に動くことが可能な」というもので、「敏捷性」と訳されることが多い。Oxford Dictionary of Englishには併せて「特にソフトウェア開発で用いられる、短期の作業段階への分割、及び、計画の頻繁な再評価と適応に特徴付けられる、プロジェクト・マネジメントの手法」とも記されている。その形容詞が付いた「アジャイル・ガバナンス」（以下、「AG」と記す）という言葉は最近、行政の文書や研究でよく見られるようになった。

特に上記の「短期の作業段階への分割」からは、公的セクターにおける「単位」への分解を一要素としていたニュー・パブリック・マネジメント（NPM）が行政学的には想起されるが、同時にそれが「ソフトウェア開発で用いられる」、「計画の頻繁な再評価と適応」と特徴付けられている点で、絶えず早く変わりゆく環境条件に短時間で対応・適応できる行政たるべきということに力点が置かれていることが窺われる。

本稿では、AG登場の実務的・理論的背景とその新規性について、次の５つの段階を踏んで論じていきたい。第１に、AGが注目を浴びるに至った社会的背景、第２に、AGが日本の行政改革方針とされている現状、第３に、AGの理論的特徴を先行研究に沿って整理する。その上で、第４に、３つの事例を用いてAGの新規性を検討・確認し、第５に、本稿の結論として、AGの真の新規性と我が国におけるそれに求められる要素をまとめる。

１．「アジャイル・ガバナンス」の社会的背景

1.1. コロナの禍中の日本で

海外では2007年頃からAGに関連する研究論文が出てきていたと言えるが[1]、日本では、新型コロナウイルスのパンデミックが実務と理論の両

[1] Luna, A. J. D. O., Kruchten, P., Pedrosa, M. L. D. E., Neto, H. R., & De Moura,

面に大きく作用したと考えられる。ちょうど第５波が襲来していた2021年７月には、経済産業省（商務情報政策局情報経済課）が事務局を務める「Society 5.0における新たなガバナンスモデル検討会」が報告書を公表している。そこでは、「Society 5.0」を実現するために必要なものとして、AGが提示された[2]。

2016年から５か年の第５期科学技術・イノベーション基本計画で登場した「Society 5.0」においては、「複雑で変化が速く、リスクのコントロールも困難なため、行政が目指すゴールも常に変化する（中略）。その「Society 5.0」の実現には、企業・法規制・インフラ・市場・社会規範といった様々なガバナンス・システムにおいて、「環境・リスク分析」、「ゴール設定」、「システム・デザイン」、「運用」、「評価」、「改善」のサイクルを様々なステークホルダーを巻き込んで、継続的かつ高速に回転させる「アジャイル・ガバナンス」の実践が必要」としている[3]。

H. P. (2014). State of the art of agile governance: a systematic review. *AIRCC's International Journal of Computer Science and Information Technology*. 6(5), pp.121-141. によると、AG に関する最初の記述としては、Qumer, A. (2007). Defining an Integrated Agile Governance for Large Agile Software Development Environments: A Systematic Review and Analysis. *Proceedings of the 8th International Conference on Agile Processes in Software Engineering and Extreme Programming*. pp.157-160. の「軽量で協力的、コミュニケーション志向、経済的で進化する効果的なアカウンタビリティ・フレームワーク、コントロール、プロセス、構造を含み、ビジネス・アジャイルの目標、パフォーマンス、リスク管理を戦略的に整合させることによって、アジャイル・ビジネス価値を最大化するもの」がある。

[2] 狩猟社会（Society 1.0）、農耕社会（Society 2.0）、工業社会（Society 3.0）、情報社会（Society 4.0）に続く第５の新たな社会。デジタル革新、イノベーションを最大限活用して実現する社会。サイバー空間とフィジカル空間を高度に融合させたシステムにより経済発展と社会的課題の解決を両立する、人間中心の社会（一般社団法人 日本経済団体連合会）とされる（https://www.keidanren.or.jp/policy/society5.0.html）。

[3] 経済産業省『Governance Innovation Vol.2：アジャイル・ガバナンスのデザインと実装に向けて』、iii 頁（https://www.meti.go.jp/press/2021/07/20210730005/20210730005-1.pdf）。

1.2.「ツールキット」と「デジ臨」

他方で、時期は前後するが、2020年12月に世界経済フォーラム（WEF）が公表した『*Agile Regulation for the Fourth Industrial Revolution: A Toolkit for Regulators*（第４次産業革命のためのアジャイルな規制：規制当局のためのツールキット）』を受けて、2021年10月に経済協力開発機構（OECD）が『*Recommendation of the Council for Agile Regulatory Governance to Harness Innovation*（イノベーションを活かす機動的な規制ガバナンスのための提言）』を公表した。そこで規制のツールキットとして挙がっているのは、①予測に基づく規制（anticipatory regulation）、②アウトカム志向型規制（outcome-focused regulation）、③実験的規制（experimental regulation）、④自主・共同規制（self- and co-regulation）、⑤データ駆動型規制（data-driven regulation）、⑥大括り規制（joined-up regulation）、⑦規制の国際協力（international regulatory cooperation）である[4]。

もっとも、これらは全く目新しいものというわけではない。例えば、①に関しては、国際海事機関（IMO）で船舶の安全規制の基になるFSA（Formal Safety Assessment：総合安全評価）においてハザード（危険因子）を特定する際、多くの海難事故のデータや記録を分析して、これまでの経験を正しく考慮に入れようとする「分析的手法」に加え、未経験の事象・現象のプロアクティブな評価を、専門家の見解を体系的に組み込んで行う「創造的手法」がすでに取り入れられている[5]。③には、本来的な意味における特区や規制のサンドボックスの制度が当てはまり[6]、確かに選択バイアスや因果推論の方法、実施・評価活動における客

[4] World Economic Forum. (2020). *Agile Regulation for the Fourth Industrial Revolution: A Toolkit for Regulators* (December 2020) (https://www3.weforum.org/docs/WEF_Agile_Regulation_for_the_Fourth_Industrial_Revolution_2020.pdf).

[5] 村上裕一（2014）「船舶の国際規制の特徴：他の産業分野との比較研究に向けた論点整理」、『日本海洋政策学会誌（第４号）』、127-138頁。

[6]「規制のサンドボックス」は、新技術が現行規制との関係で困難である場合に、その社会実装に向け、事業者の申請に基づき、規制官庁の認定を受けた実証を行い、実証により得られた情報やデータを用いて規制の見直しに繋げていくも

観性確保、政治決定との間で保つべき距離などについて課題や限界を抱えてはいるものの[7]、国内外で現に実施・運用されている。⑥や⑦に関しては、野生生物の生存確保を目的に掲げるワシントン条約（CITES（サイテス））に関して近年、締約国で合意したことをどう確実に実施・実行していくかということにも研究の関心が広がってきている中で、規制・警察・税関といった専門行政機関を巻き込みつつ、省庁横断的な法令に基づく国際的な連携・協力・政策統合の重要性が指摘されている[8]。

とはいえ、こうした規制ツールはいまだ一部の分野で見られるに過ぎず、それが実効的である条件については理論的にも実践的にもさらなる検証が必要な状況である。それを進めるためにも、こうしてAGと絡めつつ革新的な規制ツールを一覧化したことには一定の意義が認められる。なお、国際的には2020年11月にイノベーションを促進するためのルール形成に向けた国際的な協力枠組み（「アジャイル・ネーションズ」）が結成されたり[9]、民間主導の国際標準の中にもAGの観点が含まれたりしている。

そうした中で、岸田政権の看板の１つだったと言ってもよいデジタル臨時行政調査会（2021年11月～2023年10月）は、デジタル改革、規制改革、行政改革に係る課題に取り組むための原則として、「アジャイル・ガバナンス原則」を示した。こうして、国際・国内の文脈とパンデミックとイノベーション志向が相俟って、AGは今や日本政府の行革方針の１つになっている。企業ガバナンスに関しても、自ら積極的にガバナンスのプロセスに関与することの重要性が認識され始めている中で、官民

の（内閣官房）である（https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/s-portal/regulatorysandbox.html）。

[7] 村上裕一（2022）「「より良い規制」のための評価システムの条件」、『日本評価研究（第22巻・第２号）』、97-109頁（https://lex.juris.hokudai.ac.jp/~yuichim/20220930_.pdf）。

[8] 村上裕一（2023）「ワシントン条約の実施メカニズム：マルチレベル・ガバナンスの視点から（新・環境法シリーズ／第142回）」、一般社団法人産業環境管理協会編『環境管理（2023年12月号／第59巻・第12号）』、91-97頁。

[9] カナダ、デンマーク、イタリア、日本、シンガポール、アラブ首長国連邦、英国の７か国。

を問わず、ガバナンスに個人やコミュニティが参加できるような仕組みも模索されている。

1.3. AG の 2 要素とアカウンタビリティ

前掲の『アジャイル・ガバナンスの概要と現状』の整理によると、AGには大きく２つの要素がある。第１に、デジタル社会のガバナンスは、常に変化し続ける環境やリスクやゴールを捉え続けるモデルである必要があるというもの（「俊敏なガバナンス」）。第２に、デジタル社会のガバナンスは、サブ・システムを担う主体（企業、コミュニティ・個人、政府）が積極的にルール形成や問題解決を行うモデルである必要があるというもの（「マルチステークホルダー・ガバナンス」）である[10]。

そのうち「マルチステークホルダー・ガバナンス」については、やはり全く目新しいものというわけではない。例えば、グローバル・リージョナル・ナショナル・ローカルの（垂直方向の）多層性とパブリック・プライベートの（水平方向の）多元性の中で起こる様々な対立や齟齬を抑制し、協調に向かわせる調整メカニズム（「マルチレベル・ガバナンス」）は、これとかなり重なる。

例えば、国際条約実施の理念型は、条約の内容が締約各国の国内法令に取り込まれ、各規制現場で淡々と実施されていくというものだが、実際には常にそのような滞りのない実施過程であるわけではなく、時に真っ向から衝突する条約の論理と現場の論理の折り合いを付けていくものである。さらに、ある国際条約の趣旨目的（例：野生生物の生存確保）を突き詰めようとすると、そのための措置（例：野生生物の取引や貿易の規制）が他の国際条約や国内法令の趣旨目的（例：世界貿易機関（WTO）の自由貿易促進、野生生物で生計を立てている人々の権利保護）と衝突したり、矛盾が生じたりすることがあり、その場合も折り合いを付けることが必要になる[11]。その「調整」は、国際・中央・地方の政府

[10] 経済産業省『アジャイル・ガバナンスの概要と現状：Governance Innovation Vol.3』、14-19頁（https://www.meti.go.jp/press/2021/03/20220303003/20220303003-1.pdf）。

[11] 村上裕一（2020）「条約実施分析・試論：ワシントン条約を素材として」、『北

間関係の中で行われる場合もあれば、規制主体（政府）と規制対象（民間）の間や民間同士の間である場合もあり、その意味において実際のステークホルダーはマルチ（多元的）だ。

そうした状況下で、①国際空間の中で展開する規制動向、②規制の根拠になる科学技術の進化、③技術的知見を産出・保有しルールの策定や運用にまで参画する民間アクターの存在によって、国内規制はかなり規定されることになる。その意味で、国内規制を根拠付ける法令により権限と責任を負っている規制行政機関の「裁量」（discretion）は、被規制者である民間アクターと対峙しなければならないこともあって、縮減する。そこで規制行政機関が自らの「裁量」を見出す（べきな）のは、「規制の規制」もしくは「メタ規制」においてである[12]。これも「マルチステークホルダー・ガバナンス」の一種だ。

他方で、AGのもう１つの要素である「俊敏なガバナンス」には、時間の観点を入れて行政官僚制や政策過程を捉え直そうというところに新規性が窺われる。それと同時に、ここで強調しておきたいのは、AGが「PDCAを内包しつつも、外部に対する透明性やアカウンタビリティを確保するモデル」だとされている点である[13]。こうしてAGとアカウンタビリティ、すなわち民主性の関係をどう考えるかという問題提起がなされている点に、本稿では留意したい。

２．行革と「アジャイル・ガバナンス」

2.1. 行革推進会議の課題整理

AGは、岸田政権のデジタル臨調を受けて内閣官房（行政改革推進会議）の取り上げるところとなった。2022年５月にはその「アジャイル型政策形成・評価の在り方に関するワーキンググループ（WG）」が、報告書『ア

大法学論集（第70巻・第６号）』、1-29頁（https://lex.juris.hokudai.ac.jp/~yuichim/20200331_.pdf）。

[12] 村上裕一（2016）『技術基準と官僚制：変容する規制空間の中で』、岩波書店、29頁。

[13] 経済産業省・前掲注（10）報告書、18頁。

ジャイル型政策形成・評価の在り方に関するワーキンググループ提言：行政の「無謬性神話」からの脱却に向けて』を公表した。同年２月にスタートしていたこのWGは、「デジタル技術の急速な進展やコロナ禍に見られるように、行政を取り巻く環境が刻々と変化する中で、行政の無謬性から脱却し、複雑かつ困難な様々な課題に機動的に対応する必要」があるとの問題意識から、「スピーディに政策サイクルを回し、モニタリング・効果検証をしながら、柔軟に政策の見直し・改善を行っていくアジャイル型政策形成・評価の在り方とその方策を検討する」ことを目的とした。報告書では、AGに準えて日本の行政官僚制や政策過程の課題が整理されている。

それは、①政策課題の分析が不十分、②政策の目的・ゴールが不明確、政策の必要性の効果のエビデンス（裏付け）が乏しい、③データの取得・活用を含め、タイムリーで適切なモニタリング・効果検証がなされていない、④政策立案・決定プロセスにリソースを集中し過ぎ、⑤縦割りの行政による社会課題への対応の遅さ、⑥政策の見直しへのインセンティブがない、⑦リソース（人、金、時間）の不足といった点だ[14]。これまでも言われ続けてきたことではあるものの、日本の行政官僚制や政策過程の問題点が自己反省的かつ網羅的に整理されている点が注目される。

2.2. 行革方針としてのAGの留意点

このように、AGと日本の行革には「ゴミ缶モデル」的な関係性があることも否定できない。また、既往のPDCAサイクル論や官民連携論と比べた場合、AGの新規性には疑問もないわけではない。そうした中で、AGの特長として挙げられるのは、端的には行政の柔軟性（flexibility）と応答性（responsibility）である[15]。

---

[14] 内閣官房行政改革推進本部事務局「「アジャイル型政策形成・評価」について（令和４年２月14日）』、３頁（https://www.soumu.go.jp/main_content/000797752.pdf）。これについては匿名の実務者から情報提供を受けた。記して謝する。

[15] Mergel, I, Ganapati, S, & Whitford, A.B.（2020）. Agile: A New Way of Governing（Viewpoint Article）. *Public Administration Review*. Vol.81, Iss.1, January/February 2021. pp.161-165.

そこで問題になるのは、行政の柔軟性と応答性とがいかなる関係に立つのかということである。柔軟性と応答性は、両立し補完し合う関係であることが期待される反面、両者が衝突することもあるだろう。また、行政の柔軟性と応答性さえ確保されていれば良いのか。短いタイムスパンの中で仮に拾い上げられなかった価値があったとしたときに、長いタイムスパンの中でそれをどう拾い上げるのかということも考えなければならない。これについても、後程検討したい。

2.3.「アジャイル・ネーションズ」の AG 論

前掲の「アジャイル・ネーションズ」（脚注 9 を参照）の 1 つであるアラブ首長国連邦、在ドバイの政府研究・教育機関を核にして欧米の研究者と協働したプロジェクトに、「アジャイル・ガバメント」の成果がある[16]。それによると、「アジャイル・ガバメント」化に当たってテーマとなるのは、①文化全体での変革、②変革のためのスキルアップ（例：創造性、革新性、データ・リテラシー、ネットワーキング、問題解決力）、③問題に共に向き合い、特定し、解決策を共に考え実行すること、④テクノロジーを管理し活用する能力、⑤知識の共有、⑥未来を形作ること、⑦安定と変化のバランス、としている。

その上で、「アジャイル・ガバメント」化にとって最大の障壁となるのは、①テクノロジーや行財政のツール論が先行し、戦略的思考が追いつかない恐れ、②縄張りや縦割りの影響、③文化を創造するスキルを持つことができるかどうか、④問題解決に向けて知識とデータを共有する文化と仕組みを作れるか、⑤国際・国内両次元で「良き統治」（good governance）やアカウンタビリティが確保されるかといった点である。ここでもアカウンタビリティに言及があることに、注目したい。

3．AG の理論的特徴：特長と課題

前掲の『アジャイル・ガバメント』を含め、AGから派生した様々な

[16] Stephens, M., Awamleh, R., Salem, F.(eds.)(2022). *Agile Government: Emerging Perspectives in Public Management.* World Scientific Pub Co Inc.

研究を見ると、その多くがAGのポイントを行政の柔軟性と応答性だとするPublic Administration Review誌のViewpoint Article（VA）（脚注15を参照）を引用している。ついては、ここでそのVAを振り返ることで、AGの理論的特徴を整理しておきたい。以下では、AGの特長（**3.1**）とそれを導入する際の課題（**3.2**）をまとめた上で、本稿前半のまとめをして（**3.3**）、次章以降の事例研究に向けた論点整理としたい。

3.1. AG の特長：適応的ガバナンスと共に

VAがAGの特長として挙げているのは、第１に、AGが流動的で変化し続ける状況を前提としていることである。行政の責任は、状況に応じて的確な対応をなすことによって果たされたことになるのであって、実際に社会課題が解決され、皆が結果に満足（ないし納得）しているかが重要だとしている。AGは､行政活動の報告書のとりまとめと公表をもってアカウンタビリティが果たされるという考えを、そのタイムラグも理由として否定する。朝令暮改には確かに問題があり、信頼を裏切るような混乱を来すそれは厳に慎まれるべきだが、他方で､『呂氏春秋（りょししゅんじゅう）』にある「刻舟求剣」（舟に刻みて剣を求む：古い考えに固執し、新しい考えを受け入れず、融通が利かない）では行政責任は果たしきれないということが、強調されているのである。

第２に、階統制（ヒエラルキー）や縦割りに囚（とら）われない、状況即応に適した組織構造を有していること。その中で政策調整がシームレスに行われ、政策が有効なものかどうかが実利的に捉えられるべきだとしている。確かに、階統制は指揮命令系統や責任の所在を明確にし、縦割りはマネジメント次第で専門分野の間での活発な政策討議の機会を提供する。しかしながら､階統制を重んじる限り､現場の発案は（多くの場合、現場にはいない）上司の了承を取るという手続をいちいち経なければならず、また、縦割りの組織間での討議には時に多大な時間と労力を要する。その弊害が効用を上回るとき、その官僚制の病理は取り除かれるべきだということになる。

第３に、そうした病理を抱えうる官僚制的手続よりも、責任感ある組織構成員の裁量行使を尊重すること。官僚制組織の構成員個々の専門性が、ボトムアップで効果的・効率的に社会問題解決に活かされることが

期待されているということである。これは上記２点の論理的帰結でもある。状況即応的な行政活動を階統制や縦割りに囚われずに展開するには、現場でまさに問題に直面している官僚制組織の構成員個々人が即座に、その専門性に基づいて的確な判断を下し行動に移せることが重要になってくる、ということである。

第４に、継続的で内省的な学習プロセスを強調していること。行政の「無謬性神話」を葬り去り、試行錯誤を許容・勧奨するということである。確かに、行政は間違いを犯してはならない（犯さない）ということが言われてきたし、そのことにこだわるあまり状況即応的な行動が取れず、問題が先送りされ、結果的に皆の不利益になるという場面は少なからずあった。もちろんその「こだわり」がよい方向へ作用したこともなかったわけではないが、前掲の『アジャイル型政策形成・評価の在り方に関するワーキンググループ提言』には、行政の無謬性に囚われた官僚制の病理とでも呼べる場面が整理されており、この状況からいかに脱却するかという問題が提起されている。

それは、①解決すべき課題があるとしても、政策効果のエビデンスが揃っていなければ、無用な波風を立て行政の業務の一時的な増加を招きやすい、②新たな政策にチャレンジしない、③環境が変化し、政策が社会課題に十分に対応できていなくても、これまでは正しかったと安易に前例踏襲を続ける、④第三者に対する情報の開示や、第三者からの政策への指摘に対して柔軟な姿勢や体制をとることができない、⑤社会課題が複雑化し、府省庁横断的な対応が必要になっているにもかかわらず、縦割り意識のまま部分最適化に安住し、または固執するなど、政策の見直し・改善を行わない、⑥社会は様々な立場に多様化・多元化しているにもかかわらず、従来の特定の立場からの課題解決を続け、改めることができない、⑦社会課題の実態や政策効果を適時正確に把握するためのデータの取得・利活用やその環境整備へのインセンティブが高まらない、という点である[17]。

[17] 行政改革推進会議『アジャイル型政策形成・評価の在り方に関するワーキンググループ提言：行政の「無謬性神話」からの脱却に向けて』、１頁（https://www.gyoukaku.go.jp/singi/gskaigi/agilewg/img/220531_honbun.pdf）。

第５に、次の政策立案・実施に向けて、政策のプロセスや手続、要求事項に関する知識が蓄積・拡充していけること。前項で許容・勧奨されていた試行錯誤で得られた知見が後で参照可能なように順次蓄積され、同じ過ちを繰り返さなくて済むようにその知見が活用されるべきということである。上記のように各種報告書公表のみをもってアカウンタビリティを果たしたことにしない、ということでもあるのだろう。VAでは政府調達における包括購入契約（Blanket Purchase Agreements）が例示されている。法的に必須の要求事項は予め特定しておく一方、その他具体的な要求事項については、調達物を利用する各場面を最もよく知っている者が順次書き替えて、不完全な契約を状況に応じて修復していくという、売り手と買い手の継続的な協力関係が念頭に置かれている。

ちなみに、AGには適応的ガバナンス（adaptive governance）の要素が大いにあると考えられるが、両者は本質的に異なり、補完的であるべきとの主張もある[18]。AGが、変わりゆく状況に（的確にかどうかはともかく）瞬発力をもって対応することを重視するのに対して、適応的ガバナンスは､変わりゆく状況に適応していくということそれ自体を重視し、それを可能にするシステムを日頃から整えておくということも言っている。後者の方が注目している時間幅も行政システムの範囲も広いと考えられるが、こうして両者が本質的に異なる分、互いに補完的であるべきだとしている点は、特に政府のコロナ危機対応などの適否を単一のタイムスケールだけで評価すべきではないことを示唆していると思われる。

3.2. AG 導入に当たっての課題・留意点

他方でVAは、前節の裏返しとして、AG導入に当たっての課題や留意点を次のように整理している。第１に、AGは階統制や縦割りといった典型的な官僚制組織からの変革を言っているが、それによって指揮命令系統や責任の所在が不明確になることがある。この点は、責任を負わされうる者にとっては抵抗がありうるし、試行錯誤の中で起こりうる失

[18] Janssen, M., & van der Voort, H. (2020). Agile and adaptive governance in crisis response: Lessons from the COVID-19 pandemic. *International Journal of Information Management* (55) (https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2020.102180).

敗は行政の世評（reputation）を悪くもしうる。このことを主権者である国民や利害関係者が許容できるかというのが、最大の課題ではないだろうか。

第２に、新しいタイプのリーダーシップが必要だということである。VAが言うのは、試行錯誤（「俊敏なガバナンス」）と合意形成（「マルチステークホルダー・ガバナンス」）による意思決定をコンセプトとするAGでは、場合によって外部からの圧力を遮断するという、これまでにあまり注目されてこなかったリーダーシップが求められる、ということである。リーダーには、主体的に既存の手続や組織を再構成し、新たなシステムをデザインすることが求められる。これは、「メタガバナンス」とも言い換えられよう。

第３に、前節で例示した、新しい形態の調達契約が求められるということである。従来の契約は上から下へと流れていく直線的なもので、状況変化に対して必ずしも適応的ではなかったため、契約内容の再帰的で継続的な見直し・改善が志向されている。これまでのやり方を変えること自体、大きなエネルギーを要するが、例示した包括購入契約に関しては、当初から契約の全内容が特定されるわけではないため、責任の所在が不明確になるのではないか、結果的に政府に損失を与える契約内容になるのではないか、それに対する民主的統制が徹底されなくなるのではないかといった懸念もあり、それを乗り越えていけるのかという課題が挙げられている。

3.3. 小括：事例分析に向けて

ここまでの内容をまとめるならば、次の３点である。

第１に、AGの特長は、①短期の作業段階への分割、及び、計画の頻繁な再評価と適応、②「俊敏なガバナンス」と「マルチステークホルダー・ガバナンス」、③行政の柔軟性と応答性などと要約できる。第２に、AGに関する理論的な検討は2007年頃から見られたが（脚注１を参照）、2020年からのコロナ危機対応のあり方を検討する中で、行政官僚制の病理に関するそれまでの課題認識とも一部重なりを見せながら、偶然性も手伝って政府の行革方針となっており、今の行政官僚制や政策過程がこれに応じて変革できるかが課題となっている。第３に、AGには、「マル

チステークホルダー・ガバナンス」や規制のツール論など、必ずしも目新しくないものが含まれている。その一方で、時間の観点から行政官僚制や政策過程のあり方を捉えた敏捷性や状況即応性、それに付随した試行錯誤の許容・勧奨は特徴的である。

ただし、「俊敏なガバナンス」で差し当たり拾い上げられなかった価値（例：民主性、公平性、中長期的意味における正当性や妥当性）を、後でどう拾い上げるかという課題が残る。敏捷性をその特長とするAGは、（正しいかどうかはともかくとして）まず置かれた状況に応答することを重視する。これについて、AGではより短いスパンで実施と評価と修正を繰り返すことも想定されているので、それには行政の過ちが正されていくプロセスが組み込まれていることも忘れてはならない。それではこれを行政官僚制や政策過程でどう実現していくか。以下では３つの事例に即して、これを考えていきたい。

４．AG の観点からの事例分析

本章では、国内外の事例についてAGの観点から検討する。事例自体は、脚注に記すこれまでの成果物ですでに紹介したものもあるが、本稿ではAG研究のために、そのエッセンスを掻い摘まんで取り上げ、改めて分析対象としたい。

第１に、コンピュータの電磁妨害波規制の事例（**4.1**）では、コンピュータという当時最先端の技術が社会に入ってきた1970年代以降、規制を司る国際機関において、また国内でも郵政省などで、規制に向けた技術的検討が始まり、省庁の縄張り争いも相俟って、結果的にできあがった情報技術装置、通信装置、家電品等、医用電子装置の電波規制を所管各省と民間の自主規制団体が分業する態勢を紹介し、AG、とりわけ自主・共同規制の観点からこれを分析する。

第２に、自治体総合計画の政策評価の事例（**4.2**）では、政策評価本来の難しさがあることは踏まえつつ、北海道総合計画に即した政策評価がアウトプットとアウトカムの因果関係まで追究しきれていないこと、施策や事務事業の効果と外部環境の影響とを峻別しきらない中で評価が下されていること、道政が目指すべき大目標を随時見直す態勢整備やそ

のための成果指標設定が十分巧く行われていないことを課題として指摘し、AGに資する政策評価のあり方を考える。

第３に、フランス政府のコロナ危機対応の事例（**4.3**）では、実際の運用における重み付けを見込んだ全国一律のロックダウンと、分権的・自治的要素を含んだその段階的解除の方法について、また、危機時に適切な公共サービスを確保するための行政措置や公の秩序と安全を守るための行政警察権拡大を、直ちに議会法によってレジティマイズできるとする「緊急事態の法理」について。そして、2020年５月以降の新しい緊急事態法に関し、憲法評議会が人権保護の意見を表明し法の欠缺（けんけつ）を補った経緯を紹介し、AGでは立法・司法機能の位置付けも併せて考えるのが有効ではないかという主張をする。

4.1. コンピュータの電磁妨害波規制

①　イノベーションとレギュレーション

技術のイノベーション（革新）は、ときにレギュレーション（規制）と衝突する。先進技術を社会で利用していこうというとき、政府がそれに許認可を下すルールを持っていなかったり、権限を有する規制者がその適否を判断できなかったりすると、社会導入が叶わず、そういうことならばということで技術開発のインセンティブが殺（そ）がれる場合がある。せっかく優れた技術が出てきたにもかかわらず、規制が追い付いていないために社会がその便益を享受できないということになると、社会から規制に対する信頼も失われる。こうしてイノベーションにもレギュレーションにも「投資」をしないでおこうということになると、それこそ社会的損失は大きい。今でこそサンドボックス制度（脚注６を参照）が用意されているが、「Society 5.0」実現のためにAGが必要とされていることからすると、こうした規制の後れの問題をどう克服するかがAGを考える上で重要になる。AIやロボットの機能を備えた医療機器などが典型だ。

こうしたことが起こる背景には、イノベーションの論理とレギュレーションの論理の齟齬がある。まず、そもそもイノベーションは予測し難い。今や日常的に使われているインターネットや衛星測位システム（GPS）がもともと軍事技術の転用物であるように、技術開発はその後

の用途をすべて見通した上でなされるわけではなく、イノベーションは予期せぬところから起こり得る。したがって、それを早期に予測してそれに応じた規制を策定することは困難である。

次に、レギュレーションの行政資源が不足している。規制の主たる担い手である政府において、技術の進歩に応じて規制をメンテナンスするだけの人員も予算も専門的知識も時間も、十分にあるとは言い難い。また、レギュレーションには踏むべき手続がある。規制は多くの場合、国民の権利・利益に制限を加えるものなので、民主制国家ではそれを策定するに当たって議会を通して根拠法を定め、それに基づいて実施されなければならない。また、規制には多くの利害関係者がいるので、それらの合意を形成した上で規制を実施しないと各方面から反発に遭い、規制の実効性が保てなくなる。こうして、レギュレーションには時間がかかる。

さらに、イノベーションは何もしなくても自ずと起こるものではなく、何かきっかけが必要だ。イノベーションには「魔の川」(devil river：研究から製品開発へ)、「死の谷」(valley of death：製品開発から事業化へ)、「ダーウィンの海」(Darwinian sea：事業化から市場・産業化へ)という難所があるとされる。それを乗り越えていくには資金提供やソフト／ハードのインフラ整備を通じた支援が必要であり、それは多くの場合、政府の役割である。

つまり、レギュレーションがイノベーションにとっての障害になる場合がある。がその一方で、イノベーションにとってレギュレーションが不要というわけでもない。むしろ、例えば1990年代、自動車の衝突安全規制強化を受けメーカーにおいて重量増加・燃費悪化・コスト増加の「三重苦」を克服する技術開発が進み、軽自動車の性能が劇的に向上したように[19]、条件が整えばレギュレーションがイノベーションを引き起こす場合（技術強制）もある。それでは、これらの関係をどう整理すればAGに資するのだろうか。

[19] 村上裕一 (2009)「官民協働による社会管理：自動車安全のための技術基準策定プロセスを素材として」、『国家学会雑誌（第122巻・第9-10号)』、1266-1330頁。

②　コンピュータの社会導入と共同規制

JIS規格の定義では、電磁妨害は「機器、装置またはシステムの性能を低下させる可能性があり、また、生物、無生物にかかわらず全てのものに悪影響を及ぼす可能性のある電磁現象」であり、身近なところでは電気製品に通電した際に近くのラジオに雑音を生じさせたり、他の電気製品を誤作動させたりするものである。コンピュータが社会に入ってきた1970年代、米国連邦通信委員会（FCC）に続き、国際無線障害特別委員会（CISPR）B小委員会が作業班を立ち上げ、コンピュータの電磁妨害波規制の検討を始め、日本でも郵政省が規制策定に向けた研究を始めた。そして、その規制に係る技術規格を公表しようというその日に突如、コンピュータを含む電気製品のメーカーなどから成る業界団体、工業会４団体が、電磁妨害波の自主規制に取り組むことを発表した。これにはその監督官庁である通商産業省が関与したとされているが、その直後に工業会４団体は「情報処理装置等電波障害自主規制協議会（VCCI）」を立ち上げて、コンピュータなどの電磁妨害波規制に取り組むようになった。その後、結果として、情報処理装置などは民間のVCCIが、通信装置などは電波法（郵政省、後の総務省所管）が、家電品などは電気用品安全法（通産省、後の経済産業省所管）が、そして医療用電子装置は薬事法・薬機法（厚生省、後の厚生労働省所管）という分業態勢となった[20]。

これは省庁間の縄張り争いの帰結であり、一見すると省庁縦割りかつ複雑で、責任の所在も不明確になり得る。しかしながら、AGを考えるに当たってこの事例の教訓としたいのは、①「餅は餅屋」で、当該分野のことをよく知っている政府部局や民間アクターが、各々の専門的知見に基づき規制を策定し実施することが可能になっているという点、②被規制者であると同時に技術動向や最適な規制に関する知見を有するメー

[20] 村上裕一（2011）「官民協働の手段選択の条件等についての分析：電気用品の安全・障害に関する２つの規制の比較を通して」、『社会技術研究論文集（Vol.8）』、124-137頁（https://lex.juris.hokudai.ac.jp/~yuichim/20110400_.pdf）。1961年に施行された薬事法は、2014年改正により「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」（薬機法）となった。

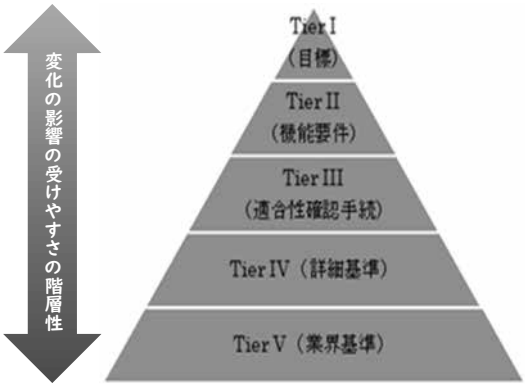

図　規制の階層化のイメージ

（出典）国際海事機関（IMO）の目標指向型基準（GBS）に、筆者が加筆した。
（注）Tier I から III までは IMO が、それ以外は民間の船級協会等が定める。

カーにとって予見性が高いことから、それが積極的に技術開発や規制策定に携わっていこうというインセンティブにも適合的だという点、③技術の進歩が早い部分について民間の自主規制に担当させることで、時に迂遠で時間を要する政府規制の手続をバイパスすることができているという点、である。その意味でこの事例は、AGとりわけ自主・共同規制にとって示唆的である。

③　技術革新に規制は keep up できるか

こうした官民の分業態勢の中で、他分野でも採用されてきているのは、まず政府がその法令で規制が達成すべき大目標を掲げ、民間がそれを実現するために自主規制で定めた具体的な方法（仕様や手続）を法令で引用・参照し、現場で実施していくという手法だ。例えば、規制をTier I（目標）、Tier II（機能要件）、Tier III（適合性確認手続）、Tier IV（詳細基準）、Tier V（業界基準）に階層化し[21]、状況変化の影響を受けやす

[21] GBS については、小川剛孝＝戸澤秀（2012）「目標指向型新造船構造基準（GBS）策定とその動向について」、海上技術安全研究所編『海上技術安全研究所報告（12（4））』、255-262頁を参照。なお、村上裕一（2012）「「法規制化」と

いものほど民間に任せていく（**図**）。そうすれば、法令を通じて行政責任が果たされ、規制の大枠へ民主的統制が及ぶようになるのと同時に、技術動向にかなり即応的な規制の策定・実施が可能になる。なお、この枠組みの中でどこまでを政府が受け持ち、どこからを民間に委ねるのかの線引きの方法を一般理論化するのは難しく、状況変化の影響の受けやすさを、分野ごとに検討する必要がある。その際、官民での専門的知見や規制を策定し実施する能力の偏在具合も、考慮することになるのではないか。

確かに、こうした官民共同規制（co-regulation）が採用された原子力分野などでは、官民の馴れ合いによって実効性を欠く規制になっていったとの指摘もなされてきた。また、たとえ共同規制の形を採ったとしても、規制行政機関の関わり方次第で、政府の規制に形式的に従ってさえいれば問題なしという慢心や気の緩みを被規制者で（も）ある民間に生んだ、との指摘もある。こうしたことからは、民間に委ねたならば委ねた分、民間には倫理（モラル）や社会に対する説明責任が問われることになるということを確認することになる[22]。それと同時に、政府にはそうした民間の取り組みを俯瞰し交通整理をするとともに、そこで法令の大目標にそぐわない行為があった場合にはそれを認知し是正する仕組み（「メタ規制」）を整備しておくことが求められる[23]。AGの文脈では、「法規制は、各企業が達成すべきゴールの外延について規定する「ゴールベース」のアプローチとすべき。企業がどのような方法でこれを達成するかについては、各々の自主的な取り組みに委ねる」。「その実践を後押しするために、標準やガイドラインといったソフトローによって、官民共同

業界自主規制の遷移」、『計画行政（第35巻・第３号）』、44-51頁では「ノルディック・モデル」として紹介した。

[22] 技術者の対社会責任としての倫理を強調する杉本泰治＝福田隆文＝森山哲＝高城重厚（2024）『第６版 大学講義 技術者の倫理入門』、丸善出版のほか、主として欧州発の概念として、技術の開発・利用・規制の倫理的・法的・社会的側面に注目するELSI（Ethical, Legal and Social Issues）や、科学研究と技術革新は無責任ではないものであるべしとするRRI（Responsible Research and Innovation）を挙げることができる。

[23] 村上・前掲注（12）図書、220、306頁。

でのルール形成を行っていくことが重要」とされている[24]。

官民共同規制に関しては、2023年末に民間の認証活動における不正が告発された[25]。認証基準自体の妥当性はひとまず措くとして、共同規制で民間に委ねる以上、十分起こりえた事件であることを確認した上で、むしろそうした過ち１つひとつをどう正していくかを考える必要があると考えられる。こうした過ちが見つかったからといって、共同規制の効用を否定する方がナンセンスだ。共同規制にも上記の長所があることを踏まえた上で、むしろ留意すべきは、過ちが隠蔽されることなく白日の下にさらされ、それが直ちに正される仕組みやツールが事前に用意されているかということである。民間の対社会責任としての倫理と、過ちを明らかにし直ちに正していく「メタ規制」が、AGの一種としての共同規制にも不可欠となる。

4.2. 自治体総合計画の政策評価

① 北海道庁の政策評価制度

自治体の総合計画は、自治体が行う多種多様な政策を全体としてまとめ、中長期的な方向性を示す仕組みとして策定されるものである。戦後から1960年代まではそれを全自治体が持っていたわけではないが、その自治体運営上の重要性が高まる中、1969年の改正地方自治法で基本構想の策定が市区町村に義務付けられた。地方分権の観点から、2011年の改正地方自治法でその義務付けは廃止されたが、その後も自治体は自主的に総合計画を策定し、自治体運営の基本的な仕組みとして定着している[26]。

---

[24] 羽深宏樹（2021）「アジャイル・ガバナンス概説：２つのガバナンス・イノベーション報告書の策定を通じて」、『NBL（1202）』、39-46（44）頁。

[25] 安全基準を満たしているかを審査・確認する政府の役割を、民間の資格保持者が代行しているものである。具体的には、①自動車のエアバッグの試験で、量産品と同じコンピュータが使われていなかった事例、②自動車の側面衝突試験の安全性能が法規に適合していない可能性が判明した事例、及び、③自動車エンジンの出力試験時に、量産用とは異なるソフトを使った装置を用いて測定し、数値のバラつきを抑えて報告した事例、である。

[26] 山崎幹根（2022）「地方自治体による政策・計画・条例（第３章）」、宇野二朗

北海道庁はその総合計画を、「（筆者注：策定から）10年間の道政の基本的な方向を総合的に示すもので、道民（中略）と道がともに考え、ともに行動するための指針となるもの」だとしている[27]。北海道庁の政策評価は、『北海道総合計画』に書かれた「政策」（例：安心して子育てができる社会の形成）の体系をブレークダウンした「施策」（例：子育て支援の充実）と「事務事業」（例：認定こども園整備費用の助成）を対象として行われ、結果を毎年公表している。北海道は、少なくとも評価項目数に関し、日本で最も熱心に政策評価に取り組んでいる自治体である[28]。

その歴史的背景として、1997年から99年にかけて、当時のいわゆる革新系知事の下で実施された「時のアセスメント」が挙げられる。それは、「時の経過によって、施策に対する当初の役割や効果について、改めて点検・評価を加える必要があるものについて、多角的、多面的な視点から検討を行い、時代の変化に対応した道政の実現に資する」ことを目的とした。対象となったのは、①施策が長期間停滞していると認められるもの、②時の経過の中で、施策を取り巻く社会状況や住民要望の変化などにより、施策の価値または効果が低下していると認められるもの、③施策の円滑な推進に課題を抱えており、施策が長期間停滞するおそれがあると認められるものであり、状況変化によって必要性が疑わしくなった公共事業に、これにより待ったが掛かった。そこで評価基準となったのは、①必要性（経済・社会情勢の変化等により必要性や意義が変わっていないか）、②妥当性（計画内容が時代に即しているか）、③優先性（緊

＝長野基＝山崎幹根（編著）『テキストブック 地方自治の論点』、45-63（52-54）頁。

[27] 北海道庁ホームページ（https://www.pref.hokkaido.lg.jp/ss/sks/hokkaido_sogokeikaku.html）。

[28] 北海道庁の調査によると、他都府県で施策と事務事業の両方を評価対象としているのが34回答中13、北海道のように100個以上の施策を評価対象としているのが25回答中10、北海道のように2000個以上の事務事業を評価対象としているのが18回答中２に過ぎず、北海道庁の政策評価が他と比べて量的に充実していることが明らかになった（https://www.pref.hokkaido.lg.jp/fs/9/8/2/6/1/4/3/_/09_R2-3_kihon_sankou4.pdf）。

急に実施する必要があるか)、④効果（実施の結果が所期の成果を挙げることができるか)、⑤住民意識（施策に対する住民の意識は変化していないか)、⑥代替性（代替方法の可能性はないか）である[29]。

公共事業の現場に強烈なインパクトを与えただけでなく全国の政策評価のあり方にも小さからざる影響を与えた「時のアセスメント」は、こうして政策評価に時間の観点を入れ、状況変化に応じた政策転換を図ろうとした点において、AGとかなり重なる。その精神は、いかなる点において今の政策評価に受け継がれているのだろうか。

②　道庁政策評価の実施状況

北海道庁の2022年度政策評価では、特定課題として７つの施策を取り上げた。そのうちの１つで、「人･地域：地域を支える人と基盤を創る」という政策を構成する「連携・協働・交流による未来に向けた地域づくり」という施策の下には、①個性と魅力を活かし様々な連携で進める地域づくり、②国際交流と多文化共生の推進、③北方領土の早期返還と隣接地域の振興、の３事務事業があり、それぞれ次の成果指標を用いて評価が行われた。それは､①について「北海道からの（人口）転出超過数」、②については「外国人居住者数」、③については「北方領土返還要求署名数」である。

なお、筆者の観察では、北海道庁の政策評価はここ数年間で、「担当部局がどれだけ頑張ったか」（アウトプット）から「その取り組みにどれほどの効果があったか」（アウトカム）の評価へとその比重を徐々に移してきている。このこと自体は前向きに受け止められるが､その半面、アウトプットから距離が遠過ぎて因果関係の有無が特定し難いアウトカム指標が、評価に用いられているきらいがある。これは昨今のKPI（重要業績評価指標）ブームも手伝って、北海道のみならずかなり全国的に見られる現象である。

例えば､上記の「転出超過数」の減少や「外国人居住者数」の増加は、確かに道庁の地域づくりの施策や事務事業の効果が表われたものだと考

[29] 北海道庁ホームページ（https://www.pref.hokkaido.lg.jp/ss/sks/toki/tokiindex.html)。

えられなくもない。しかしながら、特にコロナ禍という特殊な状況下にあって、施策や事務事業とそれら数値の変化の因果関係は測り難い（あるともないとも言い難い）。にもかかわらず、2022年度評価では、「転出超過数」が目標値3,000人に対して実績値が3,600人だったこと、「外国人居住者数」が目標値41,000人に対して実績値が36,316人だったこと、「北方領土返還要求署名数」が目標値9,381万人に対して実績値9,278万人だったことなどを受けて、総合判定が「概ね順調」となっている[30]。確かに、施策や事務事業の効果が捉え難い中で、これは苦肉の策をとった政策評価の結果であって、この種の「悩み」は評価界でかなり共有されているようだ。この点、北海道の政策評価では、担当部局から提供される補助指標やその他統計数値の動向も反映することで、直感により近い施策評価の総合判定になるような工夫をしている（これ自体が試行錯誤である）。

容易なことではないかもしれないが、本来は、そうした外部環境の変化を差し引く（もしくは、差し引かないとしてもそこに外部環境の影響がどれほどあったのかを推論する）ことは、必要な作業であるはずだ。このとき、上記のような数値の増減や目標達成の有無によって半ば短絡的に施策や事務事業の善し悪しを評価し、一喜一憂するのではなく、しかるべき指標をあくまで状況をモニタリングするための数値とし、その推移情報を出発点としてその原因を探る。それは施策や事務事業の結果かもしれないしそれ以外の要因によるのかもしれないが、いずれにしてもそこでの因果推論が、施策や事務事業の評価にとって肝になるのではないだろうか[31]。

総合計画は場合によっては10年の長期間に及ぶものであり、そこに書かれたことだけに固執していると、AGの言う柔軟性や応答性を欠くことになる。実際には道庁でも10年の経過を待たずに総合計画の見直し・改定を行っており、現に近々新計画が発表される予定だが、まずは現状において一律に成果指標とされているものを、目標値やKPIと位置付け

---

[30] 北海道庁ホームページ（https://www.pref.hokkaido.lg.jp/fs/7/3/4/5/8/9/9/_/3-6.pdf）。

[31] 政策評価の政策研究的側面について、田辺国昭（1998）「政策評価」、森田朗編『行政学の基礎』、岩波書店、284-301頁を参照。

るのか、モニタリング指標として用いるのか再検討し、また、10年にこだわらずより短い時間幅での推移を捉えるためのものか否かを指標ごとに検討し評価に活用することによって、AGとりわけ「俊敏なガバナンス」に資する政策評価へと近づけることができるのではないか。これも、総合計画の捉え方一つによるところがあると思われる。

③　AG に資する政策評価の方法

前掲の『アジャイル・ガバナンスの概要と現状』によると、AGでは、現在のシステムで当初設定したゴールが達成されているかどうかを評価し、不十分であればシステムを改善していく内側のサイクルと、システムの運用開始後、常に外部環境やリスクの変化や規制など社会的制度の変更を分析し、必要に応じてゴールをも見直すという外側のサイクルを回していく必要がある（傍点は筆者による）としている[32]。この主張の肝は、内側・外側の２つのサイクルを、マルチステークホルダーを巻き込んで迅速に回していくことにあると考えられるが、本来的な政策評価との関係では、次の３点を確認しておきたい。

第１に、政策評価では、インプット（例：投入した予算や人員の数量）、アウトプット（例：行った作業や事業の数量）、アウトカム（例：実際に生じた効果）が何かを特定して指標化した上で、それらの間の因果関係を捉えることが求められる。このとき、ミクロの事象を短いタイムスパンで捉えて当初の目標への接近度を評価するのか、マクロの事象を長いタイムスパンで捉えて評価し目標自体の改定やシステムの改善に繋げていくのかは事柄の性質によるとして、重要なのは指標の間の因果関係を検証し、インプットがアウトプットに、さらにアウトカムへと何が効いていて、何が効いていないのかを明らかにすることであるはずだ。第２に、政策評価に当たって、外部環境の影響や変化の取り扱いには注意を要する。例えば、確かに外部環境の影響を峻別しそれを除いて施策や事務事業自体の効果を測定することは難しいが、コロナ禍や長期的な人口減少傾向の中で、上で例示した地域づくりの施策や事務事業と転出超過数の増減とを直接に結びつけることには無理があると言わざるを得な

[32] 経済産業省・前掲注（10）報告書、17-18頁。

表　アウトプットとアウトカムについて考慮すべき可能性

アウトプット	アウトカム	（差し当たりの）判定／考慮すべき可能性
（＋）	（＋）	「順調」／アウトカムは偶然に得られたものかもしれない
（＋）	（－）	「遅れている」／アウトプットの方向性に誤りがあるかもしれない
（－）	（＋）	「順調」／そもそも施策自体が不要なものかもしれない
（－）	（－）	「遅れている」／そもそも施策自体に無理があるのかもしれない

（出典）筆者作成。
（注）アウトプットとアウトカムに関し、（＋）は良い結果もしくは改善、（－）は悪い結果もしくは悪化を示す。

い。関連して、アウトプットとアウトカムに齟齬がある場合には特に、施策や事務事業そのものの必要性や有効性に立ち戻って、政策評価の判定を下すべきとも考えられる（**表**）。その際、インプットと対比して、無駄が生じていないかどうかについても検証するのが本来の政策評価である。第３に、絶えず動くゴール（目標、到達すべき地点）にどう向き合うか。AGの観点からは、総合計画の大目標は念頭に置きつつ、状況変化に応じてそれを不断に見直すことが求められる。そのためにも、上記のように成果指標を目標値やKPIと単なるモニタリング指標とに分け、前者については達成・不達成を捉えるのに用い、後者については現状と動向の把握に用いる。いずれにしても、このとき短期で捉えるべきエビデンスと長期で捉えるべきエビデンスに分けることが必要だ。これにより、道政の透明性向上と道民へのアカウンタビリティ確保がこれまで以上に期待される。

4.3. フランス政府のコロナ危機対応

①　ロックダウンとその解除法

コロナ危機の初期を時系列で振り返るならば、まず2020年１月末に中国・武漢でロックダウンとなり、日本でもダイアモンド・プリンセス号、雪まつり以降、感染が広がってしまった北海道における知事からの公立小中学校休校要請（２月26日）、安倍総理からの全国小中高校への休校要請（同27日）という流れを辿り、当初それほどの危機感がなかったフランスでも３月17日からロックダウンとなった。フランスではそれから約２か月間、所定の書類を持っての生活必需品の買い物と通院以外、外

出ができなくなってしまい、これに違反した場合は１万円を超える罰金を科せられることになった[33]。日本では、感染症の正体がまだよく分からない状況下で、当初、厚生労働大臣が「37度５分以上の発熱が４日以上続かない限りは、帰国者・接触者相談センターに相談することを控えるべき」との目安を示していたのに対して、フランスではメディアで「助けが必要ですか（Besoin d'aide?）」のコマーシャルが繰り返され、ウェブやフリーダイヤルで相談を受け付けていた[34]。実際に電話をしたところで繋がったかどうかは不明だが、日仏の違いを実感したひとコマである。

さて、フランスにおけるロックダウン実施の政令は、保健大臣に権限を与えた公衆衛生法典による。同国では、憲法が危機時に大統領のとれる措置を定めているほか、コンセイユ・デタにおいて、危機時に適切な公共サービスを確保するための行政措置や公の秩序と安全を守るための行政警察権の拡大を直ちに（１週間以内に）定める議会法によってレジティマイズできるとする「緊急事態の法理」がある。コロナの緊急措置に係る法案は３月18日に政府から提出され、上・下院議会の可決とコンセイユ・デタの判決を経て、同24日には「新型コロナウイルス感染症の流行に対処するための緊急の法律第2020-290号」（「緊急事態法」）として施行された[35]。

以後、人口当たりの感染者数と集中治療室の逼迫度を併せて得られる「状況の深刻度」に応じてデパルトマン（県）を色分けした地図を公表し、情報は日々アップデートされていったが、これはロックダウンを解除していく際にも活用された。すなわち、３月中旬に政府が全国一律に実施したロックダウンを、５月初旬には「状況の深刻度」の緩和に応じ

[33] 村上裕一（2021）「北海道自治研究会：フランスの地方自治の体感」、公益社団法人北海道地方自治研究所『北海道自治研究（2021年10月／第633号）』、14-25頁。

[34] 村上裕一（2021）「フランスの地方都市で見たコロナ危機対応」、『第83回 全国都市問題会議：命とくらしを守り育む都市政策～コロナ禍を契機として』、121-125頁。

[35] 三輪和宏（2020）「フランス：新型コロナウイルス感染症の流行に対処する緊急法の制定」、『外国の立法』、6-11頁。

て解除していくことを各デパルトマンに認める枠組みを国は整備した[36]。仮に北海道知事の休校要請から最終的に政府による全国的な緊急事態宣言へと段階的に繋がっていったのが日本の特徴だったとすると、フランスはその真逆で、まず政府が全国一律の（ただし実際には警察官の重点配置などによって地域の状況に応じた運用をする）ロックダウンをし、その解除は「状況の深刻度」の緩和に応じて各デパルトマンに決めさせるやり方だった。地方への分権や自治が尊重されるべきという考え方は日仏でそれほど大きくは違わないと考えられるが、迅速で広域的かつ思い切った対処をしないと有効性を欠くのが感染症危機だとすると、ロックダウンはまず全国一律に実施しその解除を自治体の判断に委ねたフランスのやり方には、AGの観点からも、一定の合理性があったのではないだろうか。

②　有事におけるAGと「立法」

コロナ危機対応に当たり、①平時の行政（各省によるルーティーンの中での対応で、法的裏付けがあり）から②有事の行政（内閣による全省庁的な対応で、法的裏付けが不十分）へ、さらに③有事の法（内閣による全省庁的な対応で、法的裏付けがあり）へと移行していったのは日仏でも共通しているが、日本の②有事の行政が約１か月半続いたのに対し、フランスのそれは約１週間だった点が注目される[37]。

日本の場合、①から②への移行が、政府の新型コロナウイルス感染症対策本部が閣議決定により設置された１月30日、もしくは「新型コロナウイルス感染症を感染症法上の指定感染症として定める等の政令」が施行された２月１日であり、②から③への移行が、新型コロナウイルスを対象に含める「新型インフルエンザ特別措置法の一部を改正する法律（令和２年法律第４号）」が施行された３月14日だった。それに対して、フランスの場合、①から②への移行は政令によるロックダウンが始まった３月17日で、②から③への移行はコロナ緊急事態法が制定された３月24

[36] 村上・前掲注（33）記事、22-23頁。

[37] 村上裕一（2023）「有事の行政、有事の法：コロナ禍の「政府内コミュニケーション」の態様」、『法律時報（2023年７月号／第95巻・第８号）』、35-40頁。

日だったと考えられる。

法的裏付けを欠きある意味で不安定な②有事の行政を、フランスが短期間で脱せられたのは、上記の、緊急時にはまず行政措置を執れるが、それは直ちに議会法を定めることを要するという「緊急事態の法理」による。民主的統制を及ぼすという意味も含めて手続に時間が掛かってしまうことがAGの足枷になっているとすると、「緊急事態の法理」は、AGを可能にする方法とも理解しうる。

③　有事における AG と「司法」

確かに、日本では②有事の行政の間に、未知の感染症の法的位置付けに関し慎重かつ有意義な議論をしていたと理解しうることも否定できない。また、①から③への移行はあくまで外形的なものであって、それはともかく実質的な危機対応の態様を捉え直すべきなのかもしれない。さらに、たとえ緊急事態下であっても、政府による規制が間髪を入れずに議会でオーソライズされ即実施されるというのには、拙速性や強権性の危うさを感じ取るべきなのかもしれない。とはいえ、危機対応にとって適時性が最重要だとすると、敏捷性をその特長とし（正しいかどうかはともかく）まず置かれた状況に応答することを本旨とするAGの観点からすれば、まず「俊敏なガバナンス」の上で、それによって生じてしまった過ちをどのように把握し訂正していくかの方が、よほど重要になってくるのではないか。行政に適時の大胆なガバナンスを求める中で、その役割を期待したいのは司法に対してである。

フランスでは、ロックダウンにひとまず区切りが付こうという頃、当初のに代わる新たな緊急事態法では「国民の移動を自宅から100キロメートル以内に制限する」と規定していたものの、マクロン大統領が諮問した憲法評議会からの意見表明が、左派議員の指摘を受けて５月11日午後までずれ込んでしまった。元々は３月17日から５月10日まで原則外出禁止で、翌11日からは100キロメートルまで移動可となるはずだったが、同条文の施行が憲法評議会の意見表明で１日遅れたため、国民の自由な往来を規制する法的根拠がない状態になってしまった。政府は一部の規制を政令化してこれに対処したが、国民の移動に関しては為す術もなく、国民に対し移動を我慢するよう訴えるしかなかった。こうして、法の空

白期間（ギャップ）が発生したのである[38]。

この時、憲法評議会は、「政府による隔離や追跡といった規制が長時間に及ぶときは、司法的なプロセスを経るようにすべき」と、人権を保護する重要な意見を表明した。日本の内閣法制局や最高裁判所のような機能を果たす憲法評議会が、本来的な司法の役割を果たしたと見ることができる。このように、憲法評議会が政府の規制に待ったを掛けることによってギャップが発生するということは、日本ではなかなか考えにくいが、その分、立法や行政が緊急事態下で行う、状況即応的だけれども正しいとは限らない措置に対して、司法が独立の立場からその適否を検証していると捉えることができる[39]。

本稿では、第３章までのところで、AGの新規性は俊敏で状況即応的な行政を求める点にあると整理したが、その際に、行政は民主的なものであるべきこと、迅速な判断によって人権侵害や権限踰越があってはならないこと、行政活動としての正しさや適切さをどう担保するのかということなど、短いタイムスパンの中で拾い上げられなかった価値を後でどう拾い上げるのか、という論点を提起した。AGへの注目がコロナ禍をきっかけとしていることから、各国のコロナ危機対応を参照し評価をすることが許されるならば、フランスでは、感染症危機対応において重要になってくるAGとセットで、地方分権や自治を尊重したロックダウン解除法と「緊急事態の法理」による議会民主主義の担保、及び憲法評議会やコンセイユ・デタといった司法による検証と是正が注目される。AGはマルチステークホルダーと共に展開してくことが想定されているが、行政が状況即応的に思い切った判断を下し措置を執れるようにするためにも、そのカウンターバランスとしての立法や司法との関係性の中で、行政の活動もしくはガバナンスを位置付けていく必要がある。

[38] 村上裕一（2023）「フランスの行政の「伝統」と革新」、『季刊 行政管理研究（第182号）』、35-48（40）頁。

[39] 村上・前掲注（33）記事、23頁。

5．終わりに：まとめと今後の課題

本稿では、AGへの注目度が高まっている実務的・理論的背景とその新規性について論じてきた。内容をまとめるならば、第１に、AGについては、以前から言われてきた行政官僚制や政策過程本来の問題点が、敏捷性を意味する「アジャイル」の言葉を借りて改めて指摘されている面もあるが、科学技術・イノベーション（政策）の進展や新型コロナウイルスのパンデミックの苦い経験から、新たに捉えられた「俊敏なガバナンス」や柔軟性と応答性といった要素もあるということ。第２に、それを受けた日本の行革方針やAGの理論においては、今の行政官僚制や政策過程の融通の利かない部分、形式的に過ぎる部分、時間が掛かり過ぎる部分を、どのように改善していくかを課題としていること。同時に本稿では、「刻舟求剣」で例示した状況即応性を突き詰めることによって犠牲になりうる価値（例：民主性、公平性、中長期的意味における正当性や妥当性）を、後でどう拾い上げるかを考える必要があるとも論じた。第３に、コンピュータの電磁妨害波規制、自治体総合計画の政策評価、フランス政府のコロナ危機対応を事例として分析した。

そこから導き出した知見としては、第１に、規制が技術革新に後れをとらないようにするためにも、規制の策定と実施における官民共同規制が有効だが､そこでは政府による「メタ規制」の意義も指摘できること、第２に、政策評価には本来的な難しさがあるとはいえ、自治体総合計画上の成果指標を単に達成したか否かで施策や事務事業の善し悪しを判断するのではなく、モニタリング指標化に向いたものについてはそうして政策の大目標やツールの見直しに活用することが有効であり、そうすることによって、ある時点で決めたことを守り抜くことやそれを示したことをもって説明責任を果たしたとすることが実際に行われている現状から、考え方を変えていく必要があること、第３に、ガバナンスの敏捷性や状況即応性を高めることによって犠牲になった価値を拾い上げていくには、置かれた状況に応じて行政が思い切った判断を下し措置を執れるようにするためにも、ロックダウンとその解除法で紹介した運用局面での重み付けや集権的・分権的手法の使い分けのほか、行政のカウンターバランスとしての立法や司法との関係性の中でAGを位置付けていくこ

とが有効であること、である。

本稿ではAGを体系的に描写し分析しきることは叶わなかったが、事例からは、これまであまり言われてこなかったAGの特徴と新規性と課題を捉えることができた。AGは、特にこれまで未経験の事柄、未曾有の事態への対応にその強みを発揮することが見込まれ、現に本稿で事例とした先進技術規制、自治体行政、感染症危機対応との親和性が高かったとも言えるが、それはAGにとって最もチャレンジングな場面でもあるのかもしれない。行政にはその場しのぎ・行き当たりばったり・朝令暮改では困るものもあり、まずはAGに親和性のある場面と必ずしもそうではない場面を峻別すること、その上で、案件の規模に応じたしかるべき速度で（現状より多少スピードアップして）PDCAサイクルを回していくことが求められる。

これを踏まえて今後の検討課題を挙げるならば、第１に、グレーバーの言うように行政に限らず普遍的に存在する官僚制組織の合理性と不合理性の中に[40]、AGの強みをどう取り入れ、どう根付かせていくか、第２に、実際には戦略的なものになる官民関係を、行政だけでなく立法や司法の機関やプロセスを巻き込んでどのように統制・規律し、また全体として適正化していくか、第３に、AGの中で優先されるべき価値を的確に選別し、またそれによって犠牲になる価値をどうカバーし、行政責任のあり方を含め当事者に納得してもらう態勢を作るか、といったところだろうか。今後は他の社会科学や自然科学との学際的な視点を益々入れて、「より良き統治」に資するAGの実態解明と社会実装を追求していきたい。

謝　辞

本稿は、2020～24年度 科学研究費補助金「マルチレベル・ガバナンスの研究：人や組織のdiscretionによる事例分析」（代表：筆者、研究課題/領域番号：20K01442）の成果の一部をまとめたもので、①2022年10

[40] デヴィッド・グレーバー〔酒井隆史訳〕(2017)『官僚制のユートピア：テクノロジー、構造的愚かさ、リベラリズムの鉄則（*The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*）』、以文社。

月28日午前の、北大札幌キャンパスにおける機能強化事業「新たな学際領域を生み出す異分野融合研究拠点をコアにした若手研究者育成」主催「第８回 北大・部局横断シンポジウム」（実行委員長：村上正晃先生）文理融合セッション、②2023年12月17日午前の、大阪大学吹田キャンパス・コンベンションセンターにおける日本評価学会 第24回全国大会 自由論題３「データとエビデンス」（司会：田辺智子先生）、及び、③2024年２月15日午後の、立命館大学衣笠キャンパス・学而館におけるマルチステークホルダー研究会（司会：山田泰弘先生）での筆者の報告の内容に、加筆・修整を施したものである。本研究にご指導・ご協力くださった柳至先生（立命館大学）をはじめとする関係者各位に、深く御礼申し上げる。

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（5・完）

――「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、74巻4・5・6号合併号）
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
第1節　問題の所在
第2節　未成年者と同意―医療ネグレクトの場合を手掛かりとして―
第1款　親権と医療同意・医療契約
（1）同意権者としての親権者
（2）医療契約締結者としての親権者
第2款　医療ネグレクトに対する親権喪失・停止制度の運用について
（1）審判例
（2）児童福祉法との関係
第3款　未成年者に対する治療行為の正当化と家族等のインフォームド・コンセント
第4款　小括
第3節　精神障害者と同意
第1款　強制入院・治療制度の正当化根拠
第2款　後見人・家族等の同意権
（1）我が国の状況
（2）立法化の動き
第3款　精神障害者に対する治療行為の正当化と後見人・家族等のインフォームド・コンセント
第4節　小括
終章
第1節　まとめ
第2節　残された課題　（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

第１節　問題の所在

患者が意思無能力者[1]である場合には、治療行為の正当化要件は、どのように解することができるだろうか。この場合、患者のインフォームド・コンセントが得られないという点では意識のない患者に対する緊急治療の場合[2]と共通しているが、決定的に異なっているのは、必ずしも「遅れると危険」なほど生命・健康への客観的不利益が切迫しているとは限らない点である。また、一時的に意識を失っている患者と、過去・現在・未来に渡って一定期間意思無能力である患者とは、その保護の在り方が異なっているべきである。すなわち、一時的に意識を失っている患者は、治療によって意識が回復した後に、自律して人格的に生存することが可能だが、同意能力を完全に欠くか、少なくとも一定期間同意無能力である精神障害者の場合には、治療の前後でその人権が侵害されたとしても、それを自律的に回復させることが難しい場合がある。未成年の場合には、成年に達すれば完全な人格的自律性を手に入れることにはなるが、それがいつになるのか不明確であることが指摘される。このような、自己決定に関する弱者に対しては、受けられる医療が受けられなくなるかもしれないという点で、パターナリズム的な介入が必要な場合もあり、その

---

[1] 精神疾患があることや未成年であることによって同意能力がない場合を指す。もっとも、とりわけ精神障害者の場合には、完全な無能力ではなくても、一定程度減退していたり、あるときは完全な同意能力を有していて、あるときには減退又は消滅するという病状であったりする。このような場合に、患者の自己決定権をどのように保護していくか、ということは、後述するように、医療実務上の手法（ムンテラの部分とも解される）・立法の問題となってくるため、十分な検討には相当に複合的な視点が必要とされる。本稿は、あくまでも、治療行為の正当化と患者の自己決定権との関係という法的問題に注目するため、あえてこのような「グレーゾーン」については検討の対象から除外する。

[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（４）―「仮定的同意」の問題を手掛かりとして―」北大法学論集74巻４・５・６号合併号507頁参照。

ことと治療行為の正当化との関係がいかなるものか、ということは検討しておかなければならない。

後述するように、治療行為におけるこのような弱者へのパターナリズム的な介入としては、精神障害者の場合には成年後見人・家族等の補助を、未成年の場合には家族法内の親権制度に基づく家族等の補助をシステム上採用している。要するに、意思無能力者の治療行為は、その同意・拒絶を他人に代行させることが事実上許容されている[3]。しかし、このことと患者の自己決定権の保護との関係は明らかではないし、このようなシステムに則っているということが治療行為の正当化に与える影響も明らかではない。

この点について検討するために、まず、未成年の場合に親権者の同意代行を認めていることの意義と、治療行為の正当化との関係を、いわゆる医療ネグレクト[4]の場合を手掛かりとして検討する。また、精神障害者の場合にも後見人・家族等の本人以外の同意が必要とされているが、未成年者の場合とは異なり、我が国ではこれらの代行者が同意できるのは、診療契約上の同意に限られ、治療行為の正当化要件としての同意は与えられないことになっている。そこで、次に正当化同意権も後見人等に与えているドイツの法制度と比較検討する。

以上の検討を通して、意思無能力者に対する治療行為の正当化理論と家族等のインフォームド・コンセントの意義について結論付ける。

第２節　未成年者と同意―医療ネグレクトの場合を手掛かりとして―

第１款　親権と医療同意・医療契約

医療ネグレクトの問題を考えるに当たって、親権者等が治療を拒否し

---

[3] 町野朔『患者の自己決定権と法』(1986年) 226頁。

[4] 広義の医療ネグレクトは、ネグレクトによる児童虐待の延長として、子供に必要な医療を受けさせない場合であり、狭義の医療ネグレクトは、その他の点では全くネグレクトのない親が、宗教上の理由、医療不信などの理由で、子供に必要であるとされる医療についてのみ同意を拒否する場合である。永水裕子「医療ネグレクト―同意能力のない未成年に対する医療行為への同意権の根拠についての一考察―」桃山法学第20・21号 (2012年) 331頁。

ているということの意味を示さなければならない。そのために、まず親権と医療同意・医療契約との関係を明らかにする。

（１）同意権者としての親権者

患者が意思無能力者である場合の正当化要件としての患者の同意は、推定的同意で足りるとする説がある[5]が、既に述べたとおり、その内実は、客観的要素のみによって正当化することと同義であり、患者の自己決定権の保護に反するものである。生命・健康に対する「遅れると危険」な不利益がある場合であって、本人の明示的な同意が存在しない状態にのみ、患者の自己決定権は制限され、医学的客観的根拠に基づいて正当化される[6]。

しかし、すぐには治療が必要ではない場合も医療ネグレクトに含まれるとすると、このような考え方のみによって親権者のインフォームド・コンセントに正当化要件としての患者の同意に類する医療同意権としての性格を排除するのは望ましくない。そこで、親権者の同意権の根拠についての民法学説を整理[7]した上で、親権者が患者の治療に対する同意権をどのような意味で有し、それが医療ネグレクトの場合にどのような制限を受けるのかを検討する。

①法定代理権説

まず、親権者の法定代理権に基づいて、親による同意は「代理行為」としての法的性格を付与され、同意能力のない患者に代わって親権者が

[5] 町野・前掲注（３）・232頁、米村滋人「医療行為に対する『同意』と親権」法学83巻４号（2019年）157頁。

[6] 但し、先述のとおり、遺書を握りしめて搬送された自殺志願者や、診断や治療の説明に至る前まで意識を有しており、自らがエホバの証人の信者であるから絶対に輸血をする手術を拒絶する、ということを表明していた（明示的な拒否がある）場合については、このような自己決定権が尊重されるのは、それがその人の人格的生存にとって本当に欠かせない選択であることが必要であるとされ、その確認が取れないまま、救命可能な、しかしそのままでは失われる生命を医療現場で侵害することは許容され得ない。

[7] このような整理を行うものとして、永水・前掲注（４）323頁以下、米村・前掲注（５）155頁以下参照。

同意権を行使するとする説が、法定代理権説である。この説に対しては、自身の生命・身体に関する処分権は一身専属的なものだから、「代理」という考え方がなじまないとされている。

②身上監護権説

身上監護権説とは、未成年者への医療行為は、未成年の生命・健康に極めて重大な影響を及ぼすことから、民法820条の「監護・教育の権利義務」に基づき、親が子の利益になるように自ら監護権及び監護義務を果たすとする説である。この説については、離婚等により親権者と監護権者が分離した際（民法766条）に、実質的に子の監護を行わない親権者に監護教育する権利義務が残っているとしたら、どちらの同意を得なればならないと考えるべきか不明確になるという問題がある[8]。

いずれの説が妥当か否かにかかわらず、原則的に親には、子供の医療を受けさせるか否かということの決定権があるべきである。なぜならば、患者の自己決定権が、その生命・身体にとって人格的生存という観点から最も利益となることを選び、時に治療を拒否する権利であるとすると、子供にとって「最善の利益」[9]とはなにか、ということは、人格的に未成熟の未成年、まして意思無能力の未成年本人に決定することはできず、それをなし得るのが親のみであるからである。法的には、親権者や監護権者にはそれを行う権利と同時に義務が生じているということからも、同様の帰結となる[10]。我が国の家族法の特徴としても、「家族に、家族メンバーの生存を支えつつ広範な権利義務を与え、また家族に広範な自治

[8] とりわけ、親権者と監護権者とで意見が分かれたときに、どちらかの同意に基づいて最善の治療を行うことができるのか、あるいは共同の同意がなされるまで治療を開始できないのか、という問題が生じる。なお、2024年５月17日に成立した、離婚後の「共同親権」の導入をめぐる民法改正案との関係は、本稿では取扱わないものとする。

[9] この点について、まずは未成年者の客観的利益を保護し、親権者の選好は患者の最善の利益を考慮するための一要素であると考えるべきである。同様の指摘として、永水・前掲注（４）351頁。

[10] 同様の指摘として、永水・前掲注（４）348頁、田坂晶「刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義」島大法学55巻２号（2011年）６頁以下。

権を与える傾向」がある[11]ことからも、親権者に対して医療同意権がないとするのは不当であるように思われる。

以上のことからすると医療ネグレクトの場合には、親権者が拒否している以上、原則的に治療行為を正当化する家族のインフォームド・コンセントが存在しないことになる。

（２）医療契約締結者としての親権者

医療における医師－患者関係の形成は、準委任契約による医療契約に基づいていると考えるのが通説である[12]。契約の内容は、医療側が疾病の診断・治療その他医療の提供義務を負う一方で、患者が報酬支払い義務を負う有償・双務・諾成契約である[13]。当事者としては、意思能力・行為能力があれば患者本人又は配偶者[14]が行うものとされる。

患者が意思能力を有しない未成年の場合には、親権者や保育士等の同伴者とともに受診することになるため、同伴者との関係が問題となる。このような場合の契約当事者について、以下の４つの法律構成がなされている[15]。

①法定代理構成

これは、同伴する親権者が、法的代理人として契約を締結し、患者本人に効果が帰属するとする。患者本人が権利義務の主体となるため、医

[11] 水野紀子「医療ネグレクトに関する一考察」米村滋人編『生命科学と法の近未来』（2018年）324頁。

[12] 準委任契約ではないとする見解として、樋口範雄『医療と法を考える』（2007年）135頁、内田貴『民法Ⅱ　第３版』（2011年）300頁。このような見解の根拠として、準委任契約は両当事者が対等でなければならないが、医師には応召義務があり、原則として医療上必要な患者からの求めのある契約を拒否する権利がないこと、民法の委任の規定は条文が少ない上、医療に適合しない規定が多いことなどを挙げられている。

[13] 米村滋人『医事法講義』（2016年）93頁。

[14] 但し、民法762条の日常家事債務の範囲内であるとされる。

[15] このような整理を行うものとして、村山淳子「医療契約論―その実体的解明―」西南学院大学法学論集38巻２号（2005年）67頁以下、米村・前掲注（13）95頁以下。

療側に対する債務不履行責任等を直接追求できる点が評価されているが、同伴者が保育士、知人等の法定代理権を有しない者の場合には妥当しない。

②第三者のためにする契約構成

これは、同伴者を要約者、医療機関開設者を諾約者、患者本人を受益者とする第三者のためにする契約（民法537条）が成立するとする見解である。この場合、契約当事者は同伴者となり、親権者等の法定代理人でなくてもよい。

③不真正第三者のためにする契約構成

これは、同伴する親権者が自らの監護義務の履行のために医療機関開設者との間で医療契約を締結し、医療者は「親権の一部の代行者」として子に診療を実施すると理解するものである。契約当事者は親権者であり、患者本人は契約上の権利義務を有しない。

④事務管理構成

これには、事務管理（法定債務関係）により、同伴者と医療機関開設者との間に診療契約が成立し、診療は同伴者の事務管理として患者本人に効果が及ぶとする構成と、医療機関の患者に対する事務管理が成立するとする構成がある。

これらのいずれの構成をとるべきか、ということは状況によって異なるが、米村教授は以下のように述べている[16]。

「まず、未成年患者に親権者が同伴する場合は①②のいずれかの構成がとられ、いずれとなるかは代理意思の有無、すなわち同伴する親権者が報酬を自らの計算で支払う意思を有するか（②）、患者本人の計算で支払う意思を有するか（①）によって分かれる。次に、患者に親権者以外の者が同伴する場合は、同伴者が報酬支払いの意思を有する場合には医療契約が成立する（②）が、そうでなければ事務管理となる（④）。同伴者がいない場合（警察官や救急隊により搬送された場合を含む）は事務管理と構成」する。

このような見解の妥当性については、本稿が、刑法理論上の問題を検討するものである都合上、検討できないが、親権者等は契約当事者とし

[16] 米村・前掲注（５）97頁。

ての意義を有する以上、親権者の同意は、本来患者本人のインフォームド・コンセントで得られる医療契約締結のために必要な患者の同意を担うこととなると理解することができるように思われる。従って、この意味で、親権者である家族等のインフォームド・コンセントは欠かせないこととなる。

そうすると、医療ネグレクトのように、親権者が患者の治療に同意しないというのでは、医療契約が締結できない。

第２款　医療ネグレクトに対する親権喪失・停止制度の運用について

以上のように、親権者のインフォームド・コンセントは、（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を患者のために与える機能がある。しかし、先に述べた通り、医療ネグレクトにより大きな不利益を受ける意思無能力の未成年患者のパターナリズム的な保護が検討され、それが許容される基準がいかなるものなのか、ということが問題となる。また、その際の治療行為の正当化と医療契約の締結がどのような仕組みで行われるのかが問題となる。そのことを検討する前に、まず我が国の審判実務上の医療ネグレクトに対応するシステムを概観する。

（１）審判例

親権の濫用から子供を守るため、民法は従来から親権喪失宣告制度を規定していた（民法834条）。しかし、親権喪失宣告は、親権の全面的で無期限の剥奪という峻烈な効果があり、少なくとも狭義の医療ネグレクトの場合にまでこれを適用することはふさわしくないと考えられている[17]。そこで、2011年の民法一部改正において、親権を部分的又は一時

[17] 永水・前掲注（４）351頁。このため、実務上は、親権喪失宣告を本案とする審判前の保全処分という形で、一時的な親権停止の効果を生じさせていた。このような方法を探った例である津家審平成20年１月25日家月62巻８号83頁は、未成年である患者が、緊急に治療を行わなければ、腫瘍の眼球外浸潤により数か月以内に死亡するが、右目摘出手術、左目局所療法及び全身化学療法を行えば、90％の確率で救命されるが、右目が全盲となり、左目の視力もほぼ失う障害を抱えることになるという状況であった。未成年者の親権者である両親は、

的に制限する親権停止審判制度が設けられた。

＜民法834条の２＞

①父又は母による親権の行使が困難又は不適当であることにより子の利益を害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権停止の審判をすることができる。

②家庭裁判所は、親権停止の審判をするときは、その原因が消滅するまでに要すると見込まれる期間、子の心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮して、２年を超えない範囲内で、親権を停止する期間を定める。

この制度により、２年を超えない範囲で親権を停止することができるようになった。この制度を利用して親権の停止を行い、未成年患者への治療を行った事例として、以下の審判例である[18]。

事実の概要は以下のとおりである。未成年者患者は、頻繁に嘔吐を繰り返すようになり、病院を受診した結果、手術が必要と診断されたが、親権者である両親は手術の必要性については理解しているものの、宗教上の理由から輸血に同意することができなかった。そこで、無輸血手術が可能なｄ病院において、未成年者の手術を行うこととなった。ｄ病院における診断によれば、手術以外に根治方法はなく、診断確定時に可及的速やかに手術を行うのが適切であり、手術を行わない場合には、衰弱し、死亡する可能性がある。手術による死亡の危険性極めて低い。ｄ病院においては、無輸血での手術を予定しているが、凝固障害や手術中の多量出血は十分に可能性があり、その場合には輸血が必要となる。親権者らは手術については同意しているが、手術に伴う輸血を拒否している

医師からの再三の説明・説得にもかかわらず、「障害児を育てる自信がない」などの理由から治療を拒否していた。児童相談所長は、両親の親権喪失宣告の申し立てをし、手術・治療まで時間がないため、保全処分として両親の職務の執行を停止し、停止中に職務代行者として弁護士を選任する審判を求め、これが認容されたという事案である。

[18] 東京家審平成27年４月14日判時2284号109頁。

ため、親権停止の審判と審判前保全処分の申し立てをした。これに対して、以下のように審判し保全処分を認容した。

「上記認定事実によれば、未成年者の生命の安全及び健全な発達を得るためには、可及的速やかに手術を行う必要があり、無輸血手術を行う場合でも、凝固障害や手術中の大量出血の緊急の場合に備え、事前に輸血について同意を得ておく必要があるといえる。そうすると、輸血に同意しないことが宗教的信念などに基づくものであっても、未成年者の生命に危険を生じさせる可能性が極めて高く、親権者らによる親権の行使が困難又は不適当であることにより子の利益を害することが明らかであり、本件では保全の必要性も認められる。また、親権者らの陳述を聴く時間的余裕もない。したがって、本件審判申立事件の審判が効力を生ずるまでの間、親権者らの未成年者に対する親権者としての職務の執行を停止し、かつ、その停止期間中、申立人を職務代行者に選任するのが相当である。」

本審判は、従来の親権喪失審判ではなく、親権停止審判を行ったことだけでなく、そのために必要な、親権者の陳述を聞く手続きを省略している点で、未成年患者の生命の危険が切迫した医療現場での対応という点から評価されている[19]。このような親権者の宗教上の信念から輸血を拒否するケースは少なくない[20]。

（２）児童福祉法との関係

また、医療ネグレクトを含む、昨今大きな社会問題となっている児童虐待への対応として、親権者の意思よりも、未成年者の福祉、生命・身体の客観的利益の観点からパターナリズム的な介入を許そうとする傾向は、児童福祉法にも表れている。

＜児童福祉法33条の２＞

①児童相談所長は、一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成

[19] 水野・前掲注（11）217頁。

[20] 民法改正前の審判例として、大阪家岸和田支審平成17年２月15日家月59巻４号135頁、名古屋家審平成18年７月25日家月59巻４号127頁などがある。永水・前掲注（４）332頁以下参照。

年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法797条の規定による縁組の承諾をするには、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。

②児童相談所長は、一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見のあるものについても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のために必要な措置を採ることができる。ただし、体罰を加えることはできない。

③前項の児童の親権を行う者又は未成年後見人は、同項の規定による措置を不当に妨げてはならない。

④第２項の規定による措置は、児童の生命又は身体の安全を確保するために緊急の必要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、これをとることができる。

なお、施設入所措置がとられた児童についても同法47条５項において同様の規定がなされている。このように、児童相談所長等は児童の生命又は身体の安全を確保するために緊急の必要があると認めるときには、「親権者等の意に反しても」児童を監護することができるのである。そうすると、親権喪失・停止の手続きを経ずして、児童相談所長等に対して監護権が付与され、従って先に見た児童の医療同意権・契約締結権が付与されることになる[21]。そもそも、親権喪失・停止手続によって児童相談所長等に親権が付与されたからといって、医療同意権・契約締結権まで付与されるか否かも、少なくとも、児童相談所長等が子の「最善の利益」を考え得る立場なのかという点から疑問であるが、まして、親権喪失・停止手続きが必要であるほど、親権の濫用を行っている親であるということが認められてもいないのに、このような監護権を付与することに問題があるように思われる[22]。

---

[21] 永水・前掲注（４）354頁。

[22] 永水・前掲注（４）354頁。このため、「緊急事態において児童の生命・身体を保護する必要がある場合に限定された権限行使のみ認められるべきであろう」と指摘している。

第３款　未成年者に対する治療行為の正当化と家族等のインフォームド・コンセント

以上のように、我が国においては、親権の濫用にあたるほどの医療ネグレクトの場合は、親権を停止し、職務代行者による同意に基づいて意思無能力の未成年に対する医療行為を実施するようになった。このように、司法プロセスを経た上で、子の「最善の利益」を客観的に保障することは、そもそもなぜ親権者に医療同意権・医療締結権があるのかということと整合性がある。そうでなければ、医療の専断が万が一生じた場合に、歯止めとなる基準がなくなるからである。

しかし、このような制度運用が、実際に必要とされている事例すべてに適用されているわけではない事実[23]もあり、それを支える司法インフラも十分ではない[24]。また、少なくとも、審判に至るようなケースでは、患者の生命の危険がかなり高度であるのに対し、治療さえ行えば救命の可能性が非常に高く、失敗する可能性が低いという状況がある。このような場合には、親権者の有効な同意がなかったとしても、あえて親権喪失・停止手続をとらずに、意識のない患者の緊急治療の場合と同様に、医学的客観的要件のみによって治療行為を正当化し得るのではないだろうか。また、医療契約の締結についても、事務管理構成をとることによって可能であるように思われる[25]。

---

[23] yomiDr. コラム「口唇口蓋裂を受け入れられなかった家族」https://yomidr.yomiuri.co.jp/article/20171012-OYTET50005/ （2024年３月31日閲覧。）松永正訓（小児外科医）氏が遭遇した状況は以下のとおりである。口唇口蓋裂と先天性食道閉鎖症を患った新生児の手術に両親が、口唇口蓋裂の赤ちゃんの顔が受け入れられないという理由で手術に同意せず、治療ができないまま新生児室で餓死した事例である。当然松永氏は、口唇口蓋裂は形成外科手術によって綺麗に治すことができ、食道閉鎖症の手術は一刻を争うものであると何度も説明したそうである。それでも同意しないため、児童相談所に連絡して、両親の親権を制限して手術を実施しようとしたが、到着した児相職員は両親の説得を試みただけで「あとは先生たちで解決してください」と言って立ち去ったという。本エピソードを紹介するものとして、水野・前掲注（11）211頁。

[24] 米村・前掲注（５）164頁。

[25] このような見解を採るものとして、水野・前掲注（11）229頁。これに対し、患者の推定的同意による正当化を認める町野説を前提とする

問題は、そこまでの生命・健康に対する患者の切迫した危険が存在していない場合である。親権者は、子の監護をする義務だけでなく、自らの選好に基づいていかに監護するかという自由を有しているし、そうでなければ、「家族」制度が崩壊してしまう。戸籍における家長制度にもみられるように、我が国は従来、諸外国に比べ、自律的個人の尊重よりも家族集団としての権利の尊重を重視される傾向にあった[26]。完全な人権を享有する存在ではない未成年は、少なからず親権者によって判断された「最善の利益」を享受又は甘受しなければならないのである。そうであるならば、やはり、親権者によって、（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が与えられなければならない。従って、医師は、患者本人ではなく家族等に対する説明を行い、家族等の同意を得なければならない[27]。法の範囲外の（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという点でも同様である。もっとも、広義の医療ネグレクト、すなわち、身体的・精神的虐待を含む児童虐待の１つとして医療ネグレクトも併存している場合においては、医療の場面のみならず、生命を維持する衣食住の観点からも子供の生命・健康に危険がある。中長期的観点から見れば、相当程度大きな危険である。このような場合には、親権喪失・停止宣告の審判を経て、あるいは理論上は経ずに、正当に治療行為を行うことができるように思われる。なぜならば、医師には、虐待を通報する義務があり[28]、そこか

[26] 水野紀子「医療における意思決定と家族の役割―精神障害者の保護者制度を契機に、民法から考える―」法学74巻６号（2010年）74頁以下。

[27] 本稿では検討を行うことが出来なったが、患者本人が一定程度意思能力を持つようになった場合には、患者と親権者との間で意見が分かれることがある。その際にどちらの意見に従うべきか、という問題が発生するが、完全な意思能力や判断能力、同意能力を持っていない場合には、親権者への説明と同意が法的な意義を有する。但し、患者に意思能力がどの程度あるのか、ということは、年齢や客観的事情に基づいて判断されるものではないため、その判断を行う過程となるという意味では患者本人に対して十分か十二分に説明し、その理解を得ることが必要となると思われる。これは、（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに属する問題である。

[28] 児童虐待防止法５条１項：学校、児童福祉施設、病院その他児童の福祉に

ら親権喪失・停止宣告の審判手続きが開始されることが想定されるからである。

第４款　小括

医療ネグレクトをめぐる議論を通して、意思能力のない未成年患者の治療行為の正当化について検討した。患者に、生命・健康に対する患者の切迫した危険が存在している場合には、意識のない患者の緊急治療と同様に、家族等の同意がなくても治療行為が正当化される。生命・健康に対する患者の切迫した危険が存在していない場合には、原則として、親権者の同意が必要であり、親権者への説明は、それが患者本人に対するのと同程度必要となる。したがって、家族のインフォームド・コンセントの在り方と説明の欠缺に基づく医師の法的責任も第２章で検討した基準に従うことになる。

ただし、広義の医療ネグレクトの場合は、中長期的視点から子供の生命・健康に莫大な危険がある。そのような場合には、親権者の同意なく治療を行ったとしても違法ではないが、それは親権が喪失・停止される程度の児童虐待に当たる場合に限られる。

第３節　精神障害者と同意

意思能力のない精神障害者の場合にも、意識のない患者、意思能力のない未成年の場合と同様に、その権利が不当に侵害される危険が常にあることから、治療という場面では、自己決定権よりも医学的客観的利益を優先させるパターナリズム的な介入が許され得る。このことが、憲法25条の１項の生存権、またそれを支える憲法25条２項に資する医療従事

業務上関係のある団体及び学校の教職員、児童福祉施設の職員、医師、保健師、弁護士その他児童の福祉に職務上関係のある者は、児童虐待を発見しやすい立場にあることを自覚し、児童虐待の早期発見に努めなければならない。児童虐待防止法６条１項：児童虐待を受けたと思われる児童を発見した者は、速やかに、これを市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所又は児童委員を介して市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所に通告しなければならない。

者という構図から根拠づけられることは先に見た通りである。そこで、治療が必要であるにもかかわらず病識のない精神障害者であり、精神科治療を拒否していて、患者本人の同意が得られない場合には、家族等への説明と同意を得て治療を行うのが一般的である。このことは、第一に、精神障害者の強制入院制度に現れてくる。また、触法精神障害者に対しては、強制治療も認められている。このような場合の入院・治療行為の正当化がいかなる理由からなされるのか、ということが、この問題を解決する糸口となろう。従って、このような制度についてまず検討を加えたい。

もっとも、これは極端な場合であり、精神科治療に限られている。現実には、意思無能力の精神障害者であるが、身体的な疾患により手術等の治療が必要とされる場面で、患者の有効なインフォームド・コンセントが得られないということが最も問題である。また、高齢化社会にあって、認知症の患者に対する治療に苦慮しているというのも同じ問題である。この点について、近年、成年後見制度の活用を促す政策的背景から、従来、医療契約の場面において成年後見人の同意に意義があったところ、その権限を拡張し、医療実施に対する同意、すなわち、成年被後見人である患者自身に帰属する身体の自由権を、成年後見人が代理して行使することを可能にしようという動きがみられる。しかし、患者本人の身体は誰にも濫りに傷つけられないという意味で、インフォームド・コンセントの要件が必要とされているのであり、そこに他者の意思を介在させることは刑法理論的に問題があると言わざるを得ず、そのような動きの刑法的な妥当性については慎重に検討しなければならない。

たしかに、患者本人の意思を推し量るために、家族や後見人等の意見を汲み入れることは認められてきている[29]。しかし、治療行為を行うことが「濫り」な身体的な侵襲であるかどうかは、他者の意思の介在しない客観的判断によって検討されるものと考えられる。そうだとすれば、刑法理論上、どのような根拠から精神科医療における治療が正当化されるのか、ということを整理しておく必要がある。

その上で、治療同意権を世話人に与えるという制度を構築しているド

[29] 最決平成21年12月７日刑集63巻11号1899頁。

イツでの議論を検討し、精神障害者に対する治療行為の正当化理論を構築する。

第１款　強制入院・治療制度の正当化根拠

我が国で、原則的に治療行為に際して患者の現実的同意（私見では仮定的同意）が必要であることは前述のとおりであるが、精神科医療においては、本人の同意によらず入院をさせたり治療をさせたりすることが一定の要件下で許されている。

心神喪失者等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律（以下、医療観察法とする。）における①裁判官と精神保健審判員による合議体の判断で行われる医療観察法の入院処遇（43条１項）・通院処遇（42条１項２号）、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（以下、精神保健福祉法とする。）における②自傷他害のおそれがあり２名以上の指定医の診察の上で入院に至る措置入院（29条）、③１名の指定医の診察と家族等の同意で入院に至る医療保護入院（33条）、④１名の指定医の診察だけで72時間以内の入院が可能な緊急措置入院（29条の２）と応急入院（33条の７）である。特に、医療観察法における規定では、入院だけでなく、治療も強制的に行うことができると解し得る点で、患者の自己決定権の保護とは相容れない制度となっている。

このような強制入院・治療が認められる根拠としては、パレンス・パトリエ（パターナリズム）思想とポリス・パワー思想があるとされている[30]。前者は、精神障害者は自己の医療的利益を選択し決定する能力を欠いているから、本人に代わって社会が選択・決定して医療を行う必要があるという後見的な考え方であり、後者は、精神障害者の社会に与える脅威の除去のためという保安的な考え方である。実際に精神障害に基づいて触法行為を行った患者に対する強制入院・治療を規定する①の入院・通院処遇と、その入院の要件に他害行為のおそれが含まれている②

[30] それぞれの思想の詳細については、大谷實『新版　精神保健福祉法講義　第３版』（2017年）44頁以下、町野朔「心神喪失者等医療観察法案と触法精神障害者の治療を受ける権利」町野朔・中谷陽二・山本輝之編『触法精神障害者の処遇　増補版』（2006年）237頁以下参照。

措置入院には、保安的要素が含まれているということを否定するのは難しい[31]。しかし、このような入院・治療は刑罰や保安処分とは異なる性質のものであるから、パレンス・パトリエ思想による介入でなければ正当化されないと解するのが相当である[32]。

このことを、憲法25条から導くことも可能である。すなわち、「意思能力ないし社会的適応能力を充分に有していない精神障害者に対しては、その生存権を保障し福祉を図る見地から、本人の利益のために一定の強制権限を加えることが必要である。医療保護の必要性（treatment standard）を根拠として強制医療を認めるパレンス・パトリエ思想を機軸として、精神科医療」を考えるべきなのである。自己決定権の観点からも「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者に対して、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」とも考えられる[33]。

このような理由から、患者本人のインフォームド・コンセントがない

---

[31] パレンス・パトリエのみが医療観察法における強制入院・治療の根拠であるとする見解として、山本輝之「心神喪失者等医療観察法における強制処遇の正当化根拠と『医療の必要性』について―最高裁平成19年７月25日決定を契機として―」中谷陽二編『精神科医療と法』(2008年)。山本教授は、医療観察法の保安処分的な性格を否定するだけでなく、精神保健福祉法上の措置入院もパレンス・パトリエのみが正当化根拠であるとしている。山本輝之「措置入院制度の問題点について」立教法学97号（2018年）104頁。なお、措置入院中の強制治療は妥当ではないとしたものとして名古屋地判昭和56年３月６日判時1013号81頁。

[32] 山本教授は、措置入院「の要件には、『自傷行為を行うおそれ』もあるのであり、それをポリス・パワーで説明するのは困難である」という消極的な根拠づけを行っている。しかし、他害行為を行うおそれはすなわち、患者本人の本来の意思に基づかない精神的疾患の影響で構成要件該当行為を行う可能性と考えられることから、そのような人格的な不利益から患者を保護するという、より積極的な根拠によって、パレンス・パトリエ思想のみによる根拠づけが可能であるように思われる。いずれにせよ、このような後見的介入は、意思能力のある精神障害者についても適用されるのであるから、意思能力のない精神障害者についても妥当する。

[33] 大谷・前掲注（30）45頁。

場合にも、精神障害者に対する医療が正当化されると考えられる[34]。

では、このようなパターナリズム的な介入が緊急治療の場合と同様に認められ、医学的・客観的要件のみによって治療行為を正当化することを認めるとして、それをどのような仕組みで保障するのか、という問題がある。緊急治療の場合には、生命・身体に対する切迫した危険性があるため、まずは生命・健康の状態を回復させるという利益が圧倒的に大きい場合であるため、そのような検討は必要なかった。また、緊急治療の後で、本人が再び自己決定権を行使し得る立場になることから、何らかの不当な治療や治療ではない行為が行われた事実があった場合には、自らその救済を求めることができる。しかし、精神障害者の場合には、必ずしも意思能力が回復するとは限らないため、第三者の関与が必要であると思われる。他方、意思無能力である未成年の場合には、パターナリズム的な介入を第一にし得るのは、まさに親（ペイテルpater）であるということにより、親権者が医療同意権も契約締結権ももつと解するのが相当である。

そこで、我が国の状況を概観した後、医療同意権も契約締結権を世話人に付与しているドイツの考え方を参照する。

第２款　後見人・家族等の同意権

（１）我が国の状況

まず、精神科医療におけるインフォームド・コンセントの問題を明言する裁判例の１つとして、無診察医療と非告知投薬について示した民事

[34] なお、拙稿「精神科医療におけるインフォームド・コンセント―日本・ドイツ刑法学における議論を中心に―」法と精神医療34号（2019年）12頁では、このような憲法的な立場からの考察を行っていなかったため、精神障害者の意思能力が欠けている場合又は不十分な場合に「意思に反しているかもしれない」ということから十分な治療を行えず、患者の生命・身体に対する危険を増大させることが問題であるとしていたが、このような、可能性の観点からの消極的な理論によって自己決定権の制限を行うのではなく、憲法13条に基づく「人格的生存」の保障や、憲法25条に基づく「生存権」の保障という積極的な観点から同様の結論を導くように説を改める。

裁判例がある[35]。

事案は、以下の通りである。被告医師は、原告患者Xの叔母Aの訴えを聞き、Xが精神分裂病（現在の統合失調症）の妄想型であると診断して、水薬の処方を考えたが、Aの訴えだけでこれを行うことは不適当だと考え、Xの夫Bを呼んだ上でXに水薬を処方したという事案に対し、Xが被告医師に対し、医師法20条に違反する行為であり、これによりXの人格権が損害されたとして、損害賠償請求を行った。

これに対し、千葉地裁は、「非告知投薬、ことに患者本人の診察を経ないそれは、できる限り避けることが望ましいといえるが、病識のない精神病患者に適切な治療を受けさせるための法的、制度的なシステムが十分に整っていない日本の現状を前提とする限りは、㋐病識のない精神病患者が治療を拒んでいる場合に、㋑患者を通院させることができるようになるまでの間の一時的な措置として、㋒相当の臨床経験のある精神科医が家族等の訴えを十分に聞いて慎重に判断し、㋓保護者的立場にあって信用のおける家族に副作用等について十分説明した上で行われる場合に限っては、特段の事情のない限り、医師法20条の禁止する行為の範囲には含まれず、不法行為上の違法性を欠くものと解することが相当であると思われる」として、請求を棄却した。

また、判旨において、インフォームド・コンセントの原則に反しているといえなくはないということを言及した上で、「㋐非告知投薬は、日本における精神病の治療においては非常に広い範囲で行われており…、その中には本件のように患者本人を診察しないで行われるケースも相当含まれていること、㋑ことに、病識のない精神病患者が治療を拒んでいる場合には、患者を通院させることができるようになるまでの間の一時的な措置として、患者に気付かれることなく服用させることの可能な水薬が処方される例がままあること、㋒右のような場合にも、その処方は、家族等の訴えを十分に聞き、かつ、保護者的立場にあって信用のおける家族に副作用等について十分説明した上で慎重に行われていること、㋓

[35] 千葉地判平成12年６月30日判時1741号113頁。本判決の評釈として、星野茂「判批」別冊ジュリスト183号10頁、野々村和喜「判批」別冊ジュリスト219号218頁、宮下毅「判批」年報医事法学17号149頁がある。

病識のない精神病患者に適切な治療を受けさせるための法的、制度的なシステムが十分に整っていない日本の現状においては、このような患者を抱えた家族には民間の精神科医以外に頼る場所がなく、このような患者に対して診察や告知をしないで行う投薬を一切拒否することは患者とその家族にとって酷な結果を招くこと（残された手段は強制的な入院治療しかないが、これは事実上困難な場合が多く、また、医師と患者の関係を破壊するのでその後の治療に悪影響を及ぼす場合が多いこと）を認めることができる」として、インフォームド・コンセントの原則を貫徹することが患者本人の利益とはならないことを示している。もっとも、このような状況であるからといって、なぜ家族へのインフォームド・コンセントによって、このような治療が正当化されるのか、ということは理論的に明らかではない。

このように当然のように家族等のインフォームド・コンセントが法的に必要なものであるとされる背景には、精神保健福祉法の前身である1900年成立の精神病者監護法における監護義務者、1950年成立の精神衛生法における保護義務者の権利義務から由来するように思われる[36]。精神衛生法22条は、保護義務者に対し、精神障害者に医療を受けさせ、身上や財産の監督をする広範な権利義務を定めていたのである。そのような権利義務を付与する根拠としては、保護者が扶養義務者という家族であることが挙げられていた[37]。

しかし、本来、意思無能力であり行為能力のないものに対しては、その適切な財産管理の観点から成年後見人を選任し、その者に少なくとも財産の監督権利と義務が付与されるはずである。このような場合には、扶養義務を負う家族であるというだけで、このような広範な権利義務を付与することはなく、むしろ家族であるがゆえに長年の確執があるということによって、第三者に代行機能を委ねるべきであることも多く、その判断を裁判所が客観的に行うという仕組みになっている。そのように

[36] なお、現在は保護者制度が廃止され、医療保護入院は、「保護者」ではなく「家族等」の同意に基づいて行われる。精神医療にまつわる法改正、その転機となった事件等の詳細については、水野・前掲注（26）204頁以下参照。

[37] 水野・前掲注（26）208頁。

考えると精神障害者の同意権の問題だけが、民法の規定から不当に外されてきたといえるだろう。保護者制度が維持されていた旧精神福祉法20条は、法定の保護者である後見人、保佐人、配偶者及び親権者がいない場合は家庭裁判所が精神障害者の扶養義務者（親や子など直系血族及び兄弟姉妹）の中から保護者の選任を行い、配偶者及び親権者については、特別の事情がある場合には、保護者の義務を負うべき順位を変更し、その他扶養義務者の中から保護者を選任できるよう、選任審判手続きが制度化されていた。しかし、現行法では、この保護者制度が廃止され、より客観的な面からの患者の権利擁護が図られるものと考えられていたにも関わらず、医療保護入院に際しては「家族等」の同意を要求し、家庭裁判所の介入のない、何の担保もない三親等以内の親族や後見人、保佐人等の誰でも同意をすることができるとされた。そうなると、裁判所の選任審判を受けて法的に権利義務を確定されていた時代にも、その大きすぎる負担と、患者の権利の代行権が与えられることに対する根拠の不明確性が問題視されていた[38]にもかかわらず、司法的な制限なく負担と権利を付与されることになるのは不当である[39]。

（２）立法化の動き

このように、患者本人の権利擁護の観点から、司法的救済が難しくなっている現状に鑑み、成年後見制度を活用することによって司法的な介入をするための立法化の動きがある。平成28年４月８日に成立、同月15日に公布された成年後見制度の利用の促進に関する法律の11条３項において、「成年被後見人等であって医療、介護等を受けるに当たり意思を決定することが困難なものが円滑に必要な医療、介護等を受けられるようにするための支援の在り方について、成年後見人等の事務の範囲を含め検討を加え、必要な措置を講ずること」と規定されている。また、近時

[38] 水野・前掲注（26）207頁。

[39] もっとも、医療の側からは、誰かの同意に基づいているという事実を好意的に受け止める見解もある。新垣元「保護者制度の廃止とその問題点」高柳功・山本紘世・櫻木章司編著『三訂　精神保健福祉法の最新知識―歴史と臨床実務』（2015年）66頁。

も「身寄りがない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人の支援に関するガイドライン」が策定されるなど、盛んに議論されているところである[40]。このことから、現在我が国の民法上の議論では、契約代行権に加えて、医療代諾権も成年後見人に付与される方向にあるといえる[41]。その立法の際、参考とされているのは、ドイツ民法1906a条である[42]。

①ドイツ民法1906a条の規定

ドイツにおいては、精神障害者のインフォームド・コンセントが行えない場合、世話人すなわち後見人の同意と後見裁判所の許可を得て、強制治療を行うことができる。ドイツ民法典1906a条において、以下の７つの要件を充たした場合には、後見人が入院患者の治療に対して同意することができる、従って医師は刑法的な責任も免れるということが規定されている。すなわち、①強制治療が、差し迫った著しい健康侵害を阻止するため、被世話人の福祉のために必要な場合、②被世話人が精神疾患又は知的若しくは精神の障害のために医師による措置の必要性を理解できない、又はその弁識に従って行動できない場合、③強制治療が、被世話人の事前指示書から推定される意思又は推定的意思と合致する場合、④事前に被世話人に対して医師による措置の必要性の説得を試みた場合、⑤著しい健康上の損害が他の被世話人によって承認されている措置によって回避できない場合、⑥強制治療による利益が、想定される損害を明らかに上回る場合、⑦強制治療が、その後必要な療養が確保される医療機関における入院治療においてなされる場合、の７つの要件である。

本条は、2017年改正前においては、強制入院の患者のみに適用されていたものであるが、以下の連邦憲法裁判所の判断[43]に基づいて改正され、任意又は強制による入院治療中の患者については、患者の同意の問題に

---

[40] https://www.mhlw.go.jp/content/000516181.pdf （2024年３月31日閲覧。）

[41] しかし、現在もそのような立法はなされていない。

[42] 同様の指摘として、神野礼斉「ドイツ世話法における強制治療と国家の保護義務―連邦憲法裁判所2016年７月26日決定を素材として」九州国際大学法学論集23巻１－３号（2017年）208頁。

[43] FamRZ 2016, 1738. 本判決を紹介するものとして、神野・前掲注（42）190頁以下。

ついて以下のような立場を採ることとされた[44]。

②連邦憲法裁判所2016年７月26日決定

事実概要は以下の通りである。統合失調症に罹患したAの世話人は、医的措置や治療への同意も含めた監護・健康への配慮、居所指定を職務範囲としていた。2014年９月初め、入居していた介護施設において、自己免疫疾患のための治療薬の服用や食事を拒否し、自殺企図もあったため、同年９月半ば、認知症の閉鎖病棟において、世話裁判所による決定に基づき、自己免疫疾患・精神疾患等のための薬剤による強制治療が実施された。この時には身体が著しく衰弱し、歩くことも、自ら車いすを操作することもできなかったが、精神的には、自然の意思を表明することができる状態で、治療拒否の意思表示をしていた。2015年１月20日、世話人が収容に基づく強制治療の継続について区裁判所に許可を申し立てたところ、もはや身体の自由のきかない被世話人に対しては収容には当たらず、旧ドイツ民法1906条の強制治療は許可できないとしたことを受け、連邦通常裁判所に抗告し、ボン基本法100条に基づいて、同条の違憲性が問われ、以下のように判示した。

被世話人が重大な健康上の侵害に脅かされており、医的措置の必要性を弁識することが出来ず、又はその弁識に従って行動することが出来ないにもかかわらず、被世話人が空間的に治療から逃れる能力がないために、閉鎖的に収容されている状態には当たらないとして、自然の意思に反して治療を受けることができないことは、ボン基本法２条２項１文（何人も、生命に対する権利及び身体を害されない権利を有する）に基づく国家の義務に合致しない。したがって、旧同条は改正されなければならない。ボン基本法２条２項１文は、被世話人の自然の意思に反しても、必要であれば、医的措置による保護を保障することを国家に義務付けている。本人が疾病のために医的措置の必要性を弁識し、又はその弁識に従って行動することができないために、本人がその疾病とどう付き合うかについて自由な意思を形成することができない場合でも、たとえば自

[44] ドイツ世話法の改正背景等について詳細に紹介するものとして、山中友理「日独の精神科患者の自己決定権と強制治療」山中敬一先生古稀祝賀論文集下巻（2017年）519頁、神野・前掲注（42）181頁がある。

身の疾病についての自然の意思は、自己決定権の表れであり、その尊重も重要である。しかし、必要とされる治療に反する自然の意思は、本人における特別な援助と保護の必要性を何ら変ずるものではない。少なくとも入院治療を行っている被世話人に対しては、その収容が強制的なものであるか否かを問わず、保護としての強制治療が可能である。

以上のことから、ドイツ世話法における強制治療に関する規定は、インフォームド・コンセントの原則を、厳格な要件の下制約し、「強制治療を行うことこそ、患者（被世話人）の基本的人権の保護である」という別の原則から正当化しているものであると解されるように思われる。通院治療については、立法化されていないため、正当化の是非や根拠が不明であるが、あくまでも精神障害者の生命・身体の保護という観点からこのような強制治療が認められているということから、精神疾患の症状が重篤な場合には（強制）入院を行うこととし、その中で強制治療を行う道がある。

第３款　精神障害者に対する治療行為の正当化と後見人・家族等のインフォームド・コンセント

先述の通り、意思無能力の精神障害者に対して、その自己決定権を制約し、客観的に必要な入院や治療を行うことは、パターナリズム的な観点から正当化される。つまり、ドイツの決定の文言に従うならば、「ボン基本法２条２項１文は、被世話人の自然の意思に反しても、必要であれば、医的措置による保護を保障することを国家に義務付けている」のである。我が国に置き換えて考えると、憲法25条２項に基づく。したがって、このような場合に患者のインフォームド・コンセントは、法的には必要ないことが明らかとなった。そうであるならば、原則的に後見人・家族等のインフォームド・コンセントも意味を持たないことになる。

しかし、そのパターナリズム的・客観的介入に対して歯止めをかけるという意味で患者に代わり状況を把握する者が、医療側以外に必要であるように思われる。そのような意味では、成年後見制度を活用しようという動きにも一定の意味がある。ドイツにおいては、裁判所による裁量的判断というものが絶対的地位をもつという特徴もあり、世話人の代諾権に加えて、裁判所の判断を通すことで、患者の人権保護を行うことが

できると思われる。しかし、我が国の裁判所がそのような裁量的な判断を行うことは、従来行われておらず、客観的介入に対して裁判所が果たせる役割は、現状では小さい。そこで、平成30年５月発表の「成年後見制度の現状」を見てみると、成年後見人等と本人の関係について、親族（配偶者，親，子，兄弟姉妹及びその他親族）が成年後見人等に選任されたものが全体の約26.2％、親族以外の第三者が選任されたものが全体の約73.8％となっている[45]ことから、後見人が家族等である場合には利益相反関係にある場合もあるが、第三者が介入することによって、より客観的な視点からの患者の権利擁護が可能となり、成年後見制度はそういう意味で推進されるべきであるように思われる。そこで、後見人・家族等に状況を説明し、その理解を得るという意味での後見人・家族等のインフォームド・コンセントは必要である。

また、未成年であり、意思能力がないのではなく不十分である場合と同様に、精神障害者であり、意思能力がないのではなく不十分である場合には、意思能力がどの程度あるのか、あるときとないときがあるのか、などを観察した上で、できるだけ本人がどのような治療を行うのかを知ってもらい、「治りたい」という気持ちを引き出すことも、とりわけ精神科医療においては重要である。したがって、法的に患者本人のインフォームド・コンセントは意味をなさないとしても、説明と理解を得るための対話は、意思能力が十分ではない精神障害者の場合には、意思能力のある患者の場合よりも多くの時間と労力をかけて行わなければならない。それを損なう場合には、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意、（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意、（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントのうち、（ⅲ）の内容について医療過誤の責任を問われる可能性が残される。

第４節　小括

以上の考察から、患者のインフォームド・コンセントの（ⅰ）正当化

[45] https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2_2.pdf （2024年３月31日閲覧。）

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という性質は、意思無能力者に対する医療においては失われることになる。それが自己決定権侵害だ、といってみても、侵害されている「人格的生存」のうちの、自律的人格的が発現できない状態にあるのであるから、まずは医療の本質的な役割である生命・身体の客観的利益の保護、つまり「生存」を優先させるべきなのである。

この点、未成年の場合には、家族の中で「人格」の内容が形成され、将来的には完全に自律した存在となることが想定されることから、親権者に（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を行う権利が付与されることになる。従って、親権者のインフォームド・コンセントを得なければ治療行為は正当化されない。正当化要件として有効な親権者の同意は、通常の医療の場合と同様に仮定的同意の認められる範囲ということになる。

これに対して、精神障害者の場合には、家族等にこのような権利義務を課すべき根拠がない。そこで、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意を代行する者が誰か指定されるというのではなく、医学的・客観的要件によってこれが正当化される。その上で、何らかの権利侵害があった場合には、後見人・家族等がその救済を行うという考え方を採る。（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意の代行は、既に構築された成年後見制度に従って行われる。このようなことから、成年後見人・家族等へ説明し、その理解を得ることは必要なことである。

また、未成年の場合にも、精神障害者の場合にも、本当に意思無能力なのか、ということは一定の基準があるのではないため、できる限り、本人の理解を得るための説明が必要である。これは、（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに属するものであり、そこに医師の裁量権の逸脱があるならば、医療過誤として責任を問われ得る。

終章

第１節　まとめ

患者の自己決定権は、元来、患者の意思に反した治療が専断的治療行

為であり違法であることから認められる治療の拒否権であったのに対し、現在では、説明が不十分であることによって患者の同意の有効性が認められない治療が専断的治療行為であるとして、治療の選択権も含まれるようになった。医師の説明義務違反を根拠に法的責任を課すようになってからは、ますます患者の自己決定権が広く認められている。しかし、医師の説明義務の過大化という問題を生じさせていることは、患者の利益とはならない。そこで、本稿は、この問題を解決する一つの方法として、患者の自己決定権が制限されているように思われてもなお、治療行為が正当化される場合を想定し、その正当化理論についてそれぞれ検討を加え、患者の自己決定権の適切な範囲での保護を試みるものであった。その上で、刑法上・民法上・医療上の、インフォームド・コンセントの意義について検討を行った。

第１章では､その前提となる原則について整理・検討した。すなわち、治療行為の正当化の議論の中で大きな意義を有している患者の現実的同意に関して、それが医師の説明に基づくものでなければならないということから、医療実務上は患者のインフォームド・コンセントとして得られるものであることから、法的に「十分な」インフォームド・コンセントとは何か、ということを検討するための前提を整理した。

まず、学説・判例を整理することによって、法的に十分なインフォームド・コンセントかどうかは、医師の説明義務の存否、その履行という観点から検討されており、現在では相当広い範囲で医師の説明義務が認められているため、説明義務の過大化という問題が生じていることを示した。これは、患者の自己決定権を保障するために必要なものではあるが、実はこの患者の自己決定権がいかなるものなのか、ということの議論は多くはなく、この点が明らかにならない限り、無限定に説明義務の範囲が広がってしまうことになる。このことは、医師だけでなく、患者にとっても利益があることとはいえない。

他方、ドイツの判例においては、患者の自己決定権は､「生命・身体不可侵の権利」という憲法上の権利として構成されている。このことによって、患者の自己決定権を、生命・身体に関する自由な処分権に関する権利という制限を設けることができる。それゆえ、意思無能力であることなどによって自己決定権を行使できないからという理由で治療を行

わない、というのはむしろ「生命・身体不可侵の権利」に反し、国家は患者の生命・身体が侵害されないよう保護するために治療を行う義務があるという。

そこで、我が国の憲法的な観点からの絞り込みを試みた。そこでは、患者の「人格的生存」にとって必要な治療の拒否・選択権であることが必要であると考えられた。その内容については、「もし、説明をされていたとしたら、拒否していたであろう」という内容について説明されず、同意してしまった場合が想定される。

しかし、これがインフォームド・コンセントを得る中で、どのような点で認められた場合に、どのような責任があるのかというのは、インフォームド・コンセントの性質と併せて考えなければならない。本章では、患者のインフォームド・コンセントという形で得られる患者の同意は、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意、（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意、（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素があるということを示した。

第２章では、我が国と同様かそれ以上に説明義務の過大化の問題が生じているドイツにおいて、仮定的同意という法理論によってこのような問題を解決しているということに着目し、まずドイツの判例・学説における仮定的同意論を整理・検討した上で、もし、我が国において仮定的同意によってこのような問題を解決し得るとするならば、どのような理論的根拠により医師の免責を認めることができるのかということについて、治療行為の正当化の議論に立ち返りつつ、刑法的な観点から考察を行った。また、仮定的同意の有効範囲においては、医師の説明が不十分であっても患者の自己決定権を侵害するものではなく、刑法上正当化することを結論付けた上で、同様の問題に対する医師の民事責任について、若干の私見を示した。具体的には、以下のとおりである。

仮定的同意論は、説明義務違反に基づいて医師の損害賠償責任を過度に認めてきたドイツの民事判例において、それを制限するものとして発展してきたものである。ドイツにおいては、刑事判例においても、説明義務違反を根拠に医師を傷害罪で処罰していることから、このような処罰範囲を制限するための理論としても仮定的同意が採用されるようになった。このような刑事判例においては、仮定的同意が認められる場合

の法的効果は、故意犯の場合には違法性阻却であり、過失犯の場合には客観的帰責阻却であるとされている。しかし、このような法的効果が生じる根拠は明らかではなく、このように故意犯と過失犯とで別の法的効果が生じるとすることにも理論的な妥当性があるとはいえない。

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

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

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

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

これに対し、「もし、医師の説明の欠缺がなかったとしても、患者が同様に侵襲に同意していただろう」ということが認められる場合には、事前的には有効な患者の現実的同意は存在しないが、結局患者の選択には影響がなく、実施された治療が患者の意思に反していないということ

が認められるため、結果的に有効な患者の同意があったと評価できる。従って、①及び②の要件を具備する治療行為において、患者の仮定的同意が認められる場合には、違法性の阻却が認められるように思われる。そして、このような場合には、患者の生命・健康の利益を目指すという点で医師－患者間の関係形成にも問題がないのだから、医師の民事責任も否定される。精神的損害に対する民事責任が課される場面としては、ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに問題がある場合も残されているが、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ない。

第３章では、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、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理屈は存在しない。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、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して、意識のない患者の緊急治療の場合があるとした。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、むしろ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、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。

第４章では、意思無能力である患者については、パターナリズム的な観点から、患者のインフォームド・コンセントの（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という性質は、意思無能力者に対する医療においては失われることになる。それが自己決定権侵害だ､といってみても､侵害されている「人格的生存」のうちの、自律的「人格的」という点が発現できない状態にあるのであるから、まずは医療の本質的な役割である生命・身体の客観的利益の保護、つまり「生存」を優先させるべきなのである。

この点、未成年の場合には、家族の中で「人格」の内容が形成され、将来的には完全に自律した存在となることが想定されることから、親権者に（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を行う権利が付与されることになる。従って、親権者のインフォームド・コンセントを得なければ治療行為が正当化されない。正当化要件として有効な親権者の同意は、通常の医療の場合と同様に仮定的同意の認められる範囲ということになる。

これに対して、精神障害者の場合には、家族等にこのような権利義務を課すべき根拠がない。そこで、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意を代行する者が誰か指定されるというのではなく、医学的・客観的要件

によってこれが正当化される。その上で、何らかの権利侵害があった場合には、後見人・家族等がその救済を行うという考え方を採る。（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意の代行は、既に構築された成年後見制度に従って行われる。このようなことから、成年後見人・家族等へ説明し、その理解を得ることは民法的な観点から必要なことである。

また、未成年の場合にも、精神障害者の場合にも、本当に意思無能力なのか、ということは一定の基準があるのではないため、できる限り、本人の理解を得るための説明が必要である。これは、（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに属するものであり、そこに医師の裁量権の逸脱があるならば、医療過誤として責任を問われ得る。

以上のように、治療行為の正当化において、必ずしも自己決定権を尊重するための患者の同意が絶対的な意義を有しているわけではないことが明らかとなった。「人格的生存」は、現代社会において欠かせない自己決定権の保護の問題であると同時に、その中に含まれる「生存」が優先されるべき時もあるのである。しかし、インフォームド・コンセントは、正当化や医療契約締結の外の場面で大きな意義を有することも明らかとなった。これは、必ずしも本人のインフォームド・コンセントだけでなく、家族等のインフォームド・コンセントも同時に医療において尊重される必要性があるという考えを導くこととなる。一定の場合に、インフォームド・コンセントの法的な意義を失わせることにより、逆に患者の生命・身体を保護できるよう、医師はその裁量権の範囲で、よりよい医師―患者関係を形成していくことが大切である。

第２節　残された課題

本稿は、治療行為における患者の自己決定権の意義を、従来の学説よりもかなり限定的に解釈するものである。理論的検討は本文に任せるとして、本稿のスタートラインは、限られた医療資源を国民のためにどのように配分するかも政策的には大切であり、功利主義的な考え方をせざるを得ない場面があるはずであるとすれば、それはどのような場合なのか、という点であった。患者の自己決定権という極めて現代的・個人主義的な権利は、生命・身体という普遍的・絶対的な利益に対して、後退

せざるを得ない場面が少なからずある、ということである。この問題については、今後の立法論の問題として扱うのであれば、法と経済学に基づく理論化も可能であったと思われる。しかし、解釈論の枠内での解決を試みるため、このような視点を取り入れることはできなかった。

また、同様の観点から、昨今の新型コロナウィルスに対する医療政策が問題となる。感染症法上の隔離措置に関して罰則規定を新たに設けるとすると、患者の「隔離されない」という自己決定権の制限度合いは、本稿が考えるよりもさらに大きくなるように思われる。この場合には、患者を隔離することによって保護される利益と侵害される利益とを明確化することが必要であるように思われる。本稿では、患者の自己決定権は、生命・健康に関する人格的生存に関する拒否・選択権であるとしたが、症状や予後について未解明なウィルスに罹患している患者本人にとって、入院治療を受けることが、その後人格的生存に問題が生じるほどの大きな作用があるとは言えないように思われる。強制的に手術を行うというのであれば問題だが、少なくとも、入院の上、体調の観察、投薬等の治療を受ける程度ではこれを拒否する権利は認められない。ただし、隔離治療には、本人の利益ばかりでなく、周りの人に感染させないという公衆衛生の観点も否定できない。そうすると、不当な強制治療としての性格を否定しきれないところに問題があるため、今後、様々な観点から検討したい。

さらに、傍論として展開した、家族等のインフォームド・コンセントの問題について、本稿では、我が国の現状を概観した上で、問題点を指摘するにとどまっている。この問題は、「個人の自己決定権と家族」「医療における家族の役割」「家庭への（刑）法的介入」という大きなテーマから考察することが必要であり、立法論・運用論を念頭に置いて、別稿において今後研究を重ねていきたい。

この他、意思無能力者に対する治療行為については、意思決定支援の観点からの立法論の方がより有用であり、そのためにはより多くの国の比較法的観点が必要であったができなかった。この点も今後の研究課題としたい。

論　　説

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（3）

―― 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、74巻4＝5＝6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　（以上、本号）
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

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

以上、2018年の判例変更までの判例の展開を、学説の議論とともにみてきた。すでにみたように、BGH 2018年判決は、その射程を請負に限定していた。では、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は、どのように考えるべきだろうか。ここでは、請負と売買の間で仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する結論を揃えるべきなのか、それとも結論を分けるべきなのかということが問題となる。以下では、この点をめぐる判例・学説の議論をみたうえで、分析を行うこととしたい。

なお、以下でみていくように、この点をめぐる判例・学説の議論からは、必ずしも、損害論についての新たな知見が数多く得られるわけではない。しかし、この点をめぐる議論を検討することは、ここまでの検討で得られた知見を再確認する意味を持つとともに、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という、本稿の直接の検討対象である責任内容論に属する重要問題について、現在のドイツの議論の到達点を確認する意味も持つ。本稿が、以下、判例・学説（特に判例）の議論を詳細に紹介しているのは、このような理由によるものである。

（ア）判例

まず、判例をみていこう。以下では、請負における2018年の判例変更を受けて、売買についてBGHがどのような判断を示したかという点を中心にみていくことになるが、これをみる前に、まず、BGH 2018年判決以前に、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判例がどのような立場を採っていたのかという点を簡単に確認しておきたい。

売買については、もともと、2002年債務法改正の前後でBGHの判断が大きく異なっていた。

a　2002年債務法改正前――売買における瑕疵除去費用の賠償の否定

2002年債務法改正前において、BGHは、買主に、瑕疵に基づく損害賠償（特定物売買につき改正前BGB463条、種類売買につき改正前BGB480条２項[1]）として、減価分の賠償を認めていた[2]。そして、BGHによると、「この差額を算定する際に、売買目的物を瑕疵のない状態に修復するための費用に依拠することが、原則として許される」。「しかし、そこで行われているのは、補償されるべき減価分を簡易な方式によって算定するということにすぎない。この方式の基礎には、瑕疵の除去ないし保証された性質の修復のために必要な費用は、ほとんどの場合、より容易に明らかにすることができ、かつ通常は瑕疵に起因する目的物の減価分と一致するか、あるいは少なくともそれに近い値を示すという考慮がある」[3]。

これに対して、「製作費用（Herstellungskosten）の賠償に直接向け

---

[1] 【改正前 BGB 第463条】
売買目的物が売買の時において保証された性質を欠く場合には、買主は、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。売主が欠陥を悪意で黙秘した場合も、同様とする。
【改正前 BGB 第480条】
（１）種類のみによって定められた物の買主は、瑕疵担保解除又は代金減額の代わりに､瑕疵ある物に代えて瑕疵のない物の引渡しを請求することができる。この請求権については、瑕疵担保解除について適用される第464条から第466条まで、第467条第１文、及び第469条、第470条、第474条から第479条までの規定を準用する。
（２）危険が買主に移転する時においてその物が保証された性質を欠く場合、又は売主が欠陥を悪意で黙秘した場合には、買主は、瑕疵担保解除、代金減額又は瑕疵のない物の引渡しに代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

[2] BGH, NJW 1983, 1424 (1425); BGHZ 108, 156 (159)=JZ 1990, 143=NJW 1989, 2534; BGH, NJW 2008, 436 Rn. 11.

[3] BGH, NJW 2008, 436 Rn. 11 f.

られた独立の損害賠償請求権は、それと対応する一次的請求権を欠くため、買主には認められない」。すなわち、改正前BGBにおいては買主に瑕疵除去請求権［修補請求権］が認められない[4]ので、瑕疵除去費用の賠償も認められない[5]。したがって、瑕疵除去費用が減価分を明らかに超過する場合には、原則として、瑕疵除去費用による算定は認められない[6]。

b　2002年債務法改正後

2002年債務法改正により、買主には、瑕疵除去請求権が認められるようになった（改正BGB437条１号・439条１項）。これにより、BGHが瑕疵除去費用の賠償を否定する際に持ち出していた根拠はもはや妥当しないことになった。

（ａ）BGH 2018年判決前――売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

それに伴い、BGHは、売買についても、請負に関する判例にならい、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するようになった[7]。

（ｂ）BGH 2018年判決後

しかし、BGH 2018年判決が請負について判例変更を行ったことにより、売買についても、賠償を肯定するという判例法理を維持すべきかどうかが改めて問われることとなる。

実際、下級審のレベルにおいては、BGH 2018年判決以降、依然とし

---

[4] この点について補足しておくと、まず、特定物売買については、そもそも追完請求権を認める規定が置かれていなかった。また、種類売買については、代物請求権を認める規定は置かれていた（改正前 BGB480条１項１文）ものの、修補請求権を認める規定は置かれていなかった。改正前 BGB のもとでの買主の修補請求の可否をめぐる議論を詳細に紹介･分析するものとして、田中洋『売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定』（商事法務・2019年）28頁以下。

[5] なお、BGH が否定する「製作費用の賠償」に、仮定的瑕疵除去費用の賠償だけでなく事実的瑕疵除去費用の賠償も含まれるのかどうかは、判決文からは必ずしも明らかではない。

[6] BGH, NJW 2008, 436 Rn. 12.

[7] BGHZ 193, 326 Rn. 31=NJW 2012, 2793; BGH, BauR 2016, 1035 Rn. 21.

て肯定の立場を維持する判決と、判例変更の影響を受けて否定の立場に転じる判決に二分されるという状況が生じていた[8]。

この状況に終止符を打ったのが、2020年から2021年にかけてのBGHの一連の判例（計３つの判例）である。詳しい紹介に入る前にあらかじめ簡単に全体の流れを説明しておくと、まず、BGH第５民事部――不動産売買等を担当する民事部――が、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否が争点となる事案を担当することとなった。第５民事部は、（少なくとも）売買においては仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきだと考えた。ところが、第５民事部は、第７民事部――請負等を担当する民事部――がBGH 2018年判決において請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する際に依拠した論拠が、売買において仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する際の妨げになると考えた。そこで、第５民事部は、ドイツ裁判所構成法（GVG）132条３項[9]に基づき、民事拡大部への呈示（Vorlage）の前提となる手続として、BGH 2018年判決を維持するかどうかを第７民事部に照会するという決定（以下、「BGH 2020年３月決定」と呼ぶ）を下した。これに対して、第７民事部は、BGH 2018年

[8] 売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するものとして、OLG Düsseldorf, BauR 2019, 549 (552). これに対して、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するものとして、LG Darmstadt, NZV 2019, 91 (Juris-Rn. 55 ff.); LG Ravensburg, BeckRS 2018, 45092 Rn. 28 ff.; OLG Frankfurt a. M., BauR 2019, 866 (869 f.).

[9] 【GVG 第132条】
（１）連邦通常裁判所には、民事拡大部及び刑事拡大部が置かれる。両拡大部は、連合拡大部を形成する。
（２）ある民事部がある法的問題について他の民事部又は民事拡大部の判断とは異なる判断を下したい場合には、民事拡大部が判断を下す。（以下略）
（３）拡大部又は連合拡大部への呈示は、自らの判断とは異なる判断が下されようとしている当該他の部が、判決を下す部からの照会に対して、自らの法的理解を維持すると表明した場合にのみ許される。（以下略）
（４）判決を下す部は、自らの理解に照らして法の継続形成又は統一的な判例の確保のために必要であると認める場合には、根本的な意義を有する問題を拡大部に呈示し、その判断を求めることができる。
（５）・（６）（略）

判決で示した立場、つまり、請負における仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという立場を維持するという決定（以下、「BGH 2020年10月決定」と呼ぶ）を下したが、その際、第７民事部は、BGH 2018年判決よりもさらに請負契約の特殊性（ないし請負と売買の違い）に力点を置いた理由づけを行った。それを受けて、第５民事部は、もはや民事拡大部への呈示の必要はないと判断し、売買について、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという判決（以下、「BGH 2021年３月判決」と呼ぶ）を下した。

以下、これらの３つの決定・判決を詳しくみていこう。

１）BGH 2020年３月13日決定（第５民事部）

まず、BGH 2020年３月決定[10]をみていく。

ア）事案

本決定が扱った事案は、次のようなものであった。

買主である原告は、売主である被告との間で、（集合住宅の中の）一住居を購入するという売買契約を締結した。その際、物の瑕疵に関する売主の責任は（原則として）排除することとされたが、この住居では過去に寝室の壁に湿気が生じたことがあったことから、「2015年12月31日までに新たに寝室に湿気が生じた場合には、売主は、自らの費用でそれを除去する義務を負う」という契約条項が設けられた。

住居の引渡し後、2014年末に寝室に湿気が生じたことから、原告は、被告に対して、期間を設定して湿気の除去を請求したが、湿気が除去されないまま期間が経過した。そこで、原告は、本件訴訟において、（売上税の分を除いた）予想される瑕疵除去費用の賠償を請求した。

第一審は原告の請求を（一部）認容し、控訴審もその判断を維持したため、被告が上告した。

イ）判旨――BGH 2018年判決を維持するかどうかを第７民事部に照会

BGH第５民事部は、第７民事部に対して、同部がBGH 2018年判決で示した立場、つまり、改正BGB280条・281条１項の給付に代わる小さな損害賠償においては仮定的瑕疵除去費用による算定は認められないと

[10] BGH, ZIP 2020, 1073=MDR 2020, 718.

いう立場を維持するかどうかを照会するという決定を下した。

第５民事部は、次のように述べる。「第５民事部は、売買契約法については、こうした考え方〔引用者注：第７民事部がBGH 2018年判決で示した考え方〕に従うのではなく、第５民事部の従来の判例を維持することを望む。しかし、第７民事部が判例変更の際に依拠した論拠が、その妨げになると考えられる」（Rn. 10）。

ａ）売買と請負で判断を統一する必要性

aa）小さな損害賠償の算定を規律する条文――改正BGB280条・281条（一般給付障害法の条文）（論拠①[11]）

「給付に代わる小さな損害賠償の算定の手がかりとしては、以下の３つの候補がある。第１は、BGB249条以下、第２は、個別の債務関係に関する債務法各則の規定、第３は、一般給付障害法におけるBGB280条、281条である」（Rn. 11）。

「第５民事部と第７民事部は、――〔判示から〕分かる限りでは――BGB249条以下を援用してもここでの法的問題を解決することができないという点において、見解が一致している。この点については、確かに一部異論（ハルフマイヤー、ピッカー、モーア（*Jochen Mohr*）などの引用）もみられるが、この異論は当を得ない」（Rn. 12）。

「BGB249条以下は損害賠償請求権一般に適用可能な規定ではある……が、これらの規定は、とりわけ完全性利益〔引用者注：本稿でいう「保持利益」〕の補償について規律するものである。これに対して、BGB281条１項による給付に代わる損害賠償は、等価性利益〔引用者注：本稿でいう「履行利益」〕を補償するものである」。「給付障害の補償方法は、まず第一に、給付障害に関する規範から導かれるべきである。債務法が改正され、一般給付障害法の規律が詳細になったことによって、給付義務に関してBGB249条以下を補充的に参照する必要は、少なくとも部分的にはなくなった（BGB275条と251条２項の関係に関する判例の引用）」（Rn. 13）。

---

[11] 以下、便宜上、BGH 2020年３月決定の主張を支える論拠に対して、①から順に番号を付していく。

「内容的に〔も〕、BGB249条以下からは、改正後の債務法における給付に代わる損害賠償の算定方法は導かれない」（Rn. 14）。「BGB249条１項は、自然的原状回復の優先を定めている。BGB249条２項、250条、251条２項は、それぞれ、自然的原状回復が可能であるにもかかわらず、それに代えて金銭賠償を請求できる場合を定めている」。「〔しかし、〕こうした規範は、いずれも、給付に代わる損害賠償に対して何ももたらさない。〔というのも、〕債権者が期間経過後に給付に代わる損害賠償を請求した場合、一次的給付請求権はBGB281条４項により排除される……。その結果、自然的原状回復は問題とならない。給付に代わる損害賠償請求権は、最初から、BGB249条以下に立ち返るまでもなく、金銭賠償に向けられる」（Rn. 15）。

そうすると、残る候補は、債務法各則の規定と一般給付障害法の規定である（Rn. 18）。第５民事部が支持するのは、このうち、後者を算定の手がかりとする考え方である。

「確かに、第７民事部は、表面的には、ここでの法的問題を債務法各則の問題として位置づけている（『BGB634条の趣旨』、『請負契約法の特殊性』。BGH 2018年判決の引用）。しかし、第７民事部は、内容的には、請負契約特有の規律というよりも、むしろ、損害概念と過剰賠償の危険という一般化可能な考慮を根拠としている……。これは、本質的には、一般給付障害法、とりわけBGB280条、281条の解釈の問題である」（Rn. 19）。

「これらの規範は、売買契約上の給付に代わる損害賠償の算定においても重要な意味を持つ」。というのも、債務法改正により、瑕疵に基づく買主や注文者の権利は、解除や損害賠償に関しては一般給付障害法において統一的に定められることとなった（債務法各則には補完的な規定が置かれているにすぎない）。実際、売買に関する改正BGB437条３号や請負に関する改正BGB634条４号も、損害賠償に関する独自の規律ではなく、改正BGB280条・281条を参照している。したがって、「これらの規範こそが、売買契約および請負契約上の給付に代わる損害賠償請求権の真の根拠規定である」（Rn. 20）。

bb）BGH 2018年判決による判例変更の射程――請負に限定されない

「判例変更〔の射程〕は、少なくともこれまで第７民事部が示した論拠に照らすと、請負契約法に限定されない。第７民事部は、主として２つの論拠をもって〔請負と売買の間の〕不整合を否定しているが、第５民事部からみると、いずれの論拠も説得的なものではない」（Rn. 23）。

aaa）請負契約法の特殊性という論拠に対する反論

「このことは、第１に、〔第７民事部が〕『請負契約法の特殊性』に依拠している点についていえる」（Rn. 24）。

ⅰ）売買契約法と請負契約法の内容を揃えることが債務法改正の明確な目的であったこと（論拠②）

（第７民事部の考え方に反して、）「売買契約法と請負契約法の内容を揃えることが、債務法改正の明確な目的であった」。債務法改正での買主の追完請求権の導入（改正BGB437条１号・439条）に伴って、売買契約法と請負契約法の内容は非常に近いものとなった。それに対応して、第５民事部も、売買における追完請求権を、請負における追完請求権と同じ内容のものとして扱ってきた。「給付に代わる損害賠償請求権についても、履行（追完）請求権に代わるものである以上、同じことが妥当する〔引用者注：売買と請負の扱いを揃えるべきである〕」（Rn. 25）。

ⅱ）事前償還請求権の規定の有無は売買と請負の扱いを変える根拠とはならないこと（論拠③）

第７民事部は、BGH 2018年判決において、「請負契約法では売買契約法とは異なり前払請求権が規定されている」ことを指摘している。「しかし、設計に欠陥があった建築家との関係でも、〔売買の場合と同様に、〕……BGB637条３項に基づく前払請求をすることはできない。この限りにおいては、第７民事部は、注文者の前払請求権を一般損害賠償法から導き出している。損害賠償請求権は、買主も有している。そうであれば、買主が自己追完権〔引用者注：買主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売主に請求するという権利〕を有していないからといって、それは、売買契約における責任の体系と請負契約における責任の体系が異なることの根拠にはならない」（Rn. 26）。

以上の第５民事部の説示は、BGH 2018年判決において第７民事部が建築家の責任について判断を示した部分を念頭に置いたものである。当該部分については、先に同判決について取り上げた箇所では紹介を省略していたため、ここで補足しておきたい。

BGH 2018年判決の訴訟においては、施工者と並んで、設計・監理を請け負った建築家も被告とされていた。そして、第７民事部は、建築家の設計または監理に欠陥があり、それによって建物に瑕疵が生じたという場合について、注文者は、建築家に対して、建物に関する仮定的瑕疵除去費用の賠償を請求することができないという判断を示した[12]。これにより、施工者との関係でも建築家との関係でも仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されることになったわけであるが、ここで注意を要するのは、対施工者と対建築家では、仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定が持つ意味が異なりうるということである。すなわち、施工者との関係では、注文者は、改正BGB637条３項により瑕疵除去費用の事前償還請求（前払請求）をすることができるので、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されたとしても、先払の負担――（第三者を介して）瑕疵を除去しようとする注文者が、施工者から費用分の金銭を支払ってもらう前に費用を支出しなければならないという負担――を負わずに済む。これに対して、建築家は建物を建築する債務を負っているわけではないため、建築家との関係では、注文者は、改正BGB637条３項により建物の瑕疵を除去するための費用の前払を請求することができない。そのため、建築家との関係では、注文者は、仮定的瑕疵除去費用の賠償が否定されることによって、先払の負担を負うことになってしまうのではないかという問題が生じるわけである。

この点について、第７民事部は、次のような判断を示した。すなわち、注文者は、建築家に対して、（確かに改正BGB637条３項の前払請求をすることはできないが、）改正BGB634条４号・280条１項の損害賠償（給付とともにする損害賠償）として、「目的に拘束され、かつ清算を要する金銭を注文者に前もって支払う」ことの請求――本稿でいう事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求――をすることができる。したがって、対施

[12] BGHZ 218, 1 Rn. 60=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

工者の場合と同様、注文者は建物に関する瑕疵除去費用を先に支出しなければならないという不利益とリスクを負わなくて済む[13]。

上記の第５民事部の説示は、こうした第７民事部の判断を踏まえたものである。つまり、第７民事部は、事前償還請求が認められない対建築家の場合でも、(事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求を認めることによって）結局は仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定している。そうであれば、（第７民事部の考え方によると売買についても事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求を認める可能性がある[14]以上、）事前償還請求権の規定の有無は仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する売買と請負の扱いを変える根拠とはならないと説いているわけである。

bbb）請負においては売買におけるよりも著しい過剰賠償の危険が大きいという論拠に対する反論――経験的裏づけがないこと（論拠④）

先の説示に続いて、第５民事部は、次のように述べる。「BGB280条、281条の解釈を〔売買と請負で〕分けるという考え方は、第７民事部の第２の論拠、つまり、請負契約法における『著しい過剰賠償』の危険は売買契約法におけるそれよりも大きいという論拠……をもってしても根拠づけることができない」。「第５民事部は、これが経験的に裏づけられるかどうかは疑わしいと考えている」。例えば、BGHの判例によると、施工者からの住居の取得は、少なくとも、建築後３年程度経過した後で住居が譲渡された（それまでは賃貸されていた）場合には、売買契約として扱われる。しかし、「この〔３年程度という〕時間的限界を超えているかどうかによって、『過剰賠償』の危険に何か違いが生じるわけではないだろう。まさに、比較的新築の不動産が譲渡された場合のことを考えて、〔2002年債務法改正の〕立法者は、請負契約法と売買契約法のいずれに分類するかという点が意味を持たないようにしようとしたので

[13] BGHZ 218, 1 Rn. 67=JZ 2018, 671=NJW 2018, 1463.

[14] もっとも、後で紹介するように、第５民事部自身は、本決定において、売買における事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求を否定すべきだという立場に立っている（Rn. 43 f.）。

ある」（Rn. 27）。

b）（少なくとも売買において）仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性

「以上で述べてきた観点からは、判例の統一性〔の確保〕のためにこの点〔引用者注：仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否〕に関する民事部の判例を揃える必要があるという考え方が支持される」（Rn. 29）。

継続性のある判例法理を変更するためには、その判例変更を支持する「明らかに優位な根拠（deutlich überwiegende Gründe）またはまったくもって必然的な根拠（schlechthin zwingende Gründe）」がなければならない。しかし、「第５民事部からみると、この要件は売買契約法については満たされていない。〔むしろ、〕この点においては、従来の解決を支持する論拠のほうがはるかに優位に立つ」（Rn. 33）。

aa）追完請求権を基点とした積極的利益の算定（論拠⑤）

「BGB437条３号、280条、281条の損害賠償が『給付に代わる』ものとして認められるものである以上、債権者は、債務者が契約に従って履行したとすれば置かれていたであろう経済状態に置かれること（いわゆる積極的利益）を請求することができる……。積極的利益を算定する際の決定的な手がかりとなるのは、追完請求権である」。つまり、「損害賠償は、――（売主が行わなかったために）いまや買主自身が〔第三者を介して〕行わなければならなくなった――代物給付または修補のための費用を手がかりとして算定することができる。こうした費用を適切に表すのが瑕疵除去費用であるが、その際、瑕疵除去費用が実際に支出されたかどうかは意味を持たない。というのも、瑕疵除去費用は、損害賠償が請求された時点ではすでに買主の貸借対照表の借方に計上されているからである」。第７民事部がBGH 2018年判決において仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する考え方（さしあたりは減価分の賠償のみを認める考え方）に至ったのは、「第７民事部が、請求権の成立のために必要となる（にすぎない）義務違反（物の瑕疵）に焦点を当てたからである。しかし、少なくとも売買契約法においては、追完を基点とみるほうが正しい。なぜなら、売主は追完について優先的な義務を負うのであるし、ここでの損害賠償請求権が補償すべきは追完の欠如だからである」（Rn.

34)。

bb）減価分は給付利益を常に適切に反映するわけではないこと（論拠⑥）

「売買契約法において瑕疵除去費用を手がかりとした損害の算定を行うことが適切であるといえる他の理由としては、瑕疵に起因する目的物の減価分が買主の給付利益を常に適切に反映するわけではないということを挙げることができる。例えば、乗用車の売買において、けばけばしい色合いの車を発注したにもかかわらず、売れ行きのよい一般的な色の車が引き渡されたという場合を考えてみよう。このような物の瑕疵は、市場価値の減少ではなく、増加をもたらす可能性がある。〔この場合、〕乗用車の減価分は存在しないが、買主は、――自分は給付の対価として反対給付を行ったにもかかわらず――発注した給付を取得できていない。売主が修補（再塗装）をしなかった場合、買主が得られなかった給付（再塗装）の価値は、それに必要な費用を手がかりとして算定することができる。その際、その費用がすでに支出されたかどうかは意味を持たない」（Rn. 35)。

cc）債務法改正の立法者の理解との整合性（論拠⑦）

「従来の判例法理は、債務法改正の立法者の理解と整合する」（Rn. 36)。

債務法改正の重要な特徴の１つは、給付に代わる損害賠償・解除について（履行のための）期間設定の要件が設けられたことによる「履行請求権の優先」[15]である。これによると、物の瑕疵の場面では、まず追完による瑕疵の除去が優先的に行われ、給付に代わる損害賠償・解除・代金減額による救済は、（追完が行われない場合に）二次的に行われるものにすぎないとされる（改正BGB281条１項・323条１項[16]・441条１

[15] これについては、第２章第２節２・第２章第３節で詳しく取り上げる。

[16] 【改正 BGB 第323条（給付が行われなかったこと又は給付が契約に適合するように行われなかったことに基づく解除)】

（１）双務契約において債務者が履行期の到来した給付を行わず、又は契約に適合するように行わない場合において、債権者が債務者に対して給付又は追完

項[17]を参照）（Rn. 39）。「追完請求権の優先を導入することによって買主に……給付を取得させる……という〔債務法改正の〕目的は、第７民事部の新たな判例を引き継ぐと妨げられてしまう。というのも、もし……小さな損害賠償請求権が瑕疵に起因する減価分または実際に支出された費用に制限されるとなると、売主にとっては追完を行わないというインセンティブが生じてしまうからである」。また、買主が（第三者を介した）修補を行わない場合には、減価分の賠償のみが認められることとなるが、そうすると、「給付に代わる損害賠償請求権は、目的物の減価分だけでなく、実現されていない履行結果（Erfüllungserfolg）も補償するものであるとする債務法改正の構想が、無視されることとなってしまう。支出の有無にかかわらず瑕疵除去費用の賠償を認めることによって、履行請求権の優先がいわば損害法上も実現されることになる」（Rn. 40）。

dd）買主が先払をしなければならないという結論の不当性（論拠⑧）

「当部（der Senat）は、物の買主が瑕疵除去をしようとする場合に先に〔引用者注：売主から費用分の金銭を支払ってもらう前に〕費用を支出しなければならないという結論は、採用できないと考える」（Rn. 41）。

請負における改正BGB637条３項の前払請求権に相当するものは、売買においては認められない（Rn. 42）が、「前払請求権は、とりわけ、BGB437条３号、280条、281条１項の損害賠償請求権から〔も〕導き出すことはできない」。ところが、第７民事部は、BGH 2018年判決において、被害者（債権者）が先に支出しなければならないという事態を同じように回避しようとして、建築家の責任についてはこの考え方を採った（Rn. 43）。

のための相当な期間を設定したにもかかわらずそれが徒過したときは、債権者は、契約を解除することができる。

（２）～（６）（略）

[17] 【改正 BGB 第441条（代金減額）】

（１）買主は、解除に代えて、売主に対する意思表示により売買代金を減額することができる。（以下略）

（２）～（４）（略）

「第５民事部は、給付障害法一般についても、各論としての売買契約法についても、こうした立論には賛成できない[18]……。一般給付障害法の基礎にある解釈学的構想に照らすと、給付とともにする損害賠償請求権・給付に代わる損害賠償請求権は、目的に拘束されるものではない……。被害者の処分自由は物損についてはドイツ損害賠償法上承認された原則となっている」。まさにこの点において、損害賠償請求権は改正BGB637条３項で認められるような前払請求権と区別される。「売買契約法についていうと、仮に、目的に拘束され、かつ清算を要する前払請求権をBGB437条３号、280条、281条１項から導き出した場合、〔債務法改正の〕立法者が〔売買において〕前払請求権を伴った自己追完権を意図的に導入しないこととしたことと真っ向から矛盾してしまう」（Rn. 44）。

ee）売買における過剰賠償の不存在（論拠⑨）

「第５民事部の認識によると、売買契約法においては、従来の判例法理が過剰賠償をもたらしてきたという事実も認められない」（Rn. 45）。

「まず、『仮定的（fiktiv）』瑕疵除去費用という概念は、仮定的（fiktiv）な損害、つまり存在しない損害について賠償しなければならないという意味で誤解されてはならない。そのような理解は、そもそも出発点からして正しくない。なぜなら、給付と反対給付の関係が〔瑕疵がある時点で〕損なわれているからである。仮定性（Fiktion）が入り込むのは、追完という形での給付が行われなかったことに対する評価においてのみである」（Rn. 46）。

ff）不法行為法に関する判例との整合性（論拠⑩）

不法行為法における物損事例については、BGH第６民事部が被害者の処分自由を認める判例法理を形成している。このことを踏まえると、「法秩序の一貫性」という観点からも、第７民事部の新しい判例を引き

[18] そのため、本決定の主文においては、第７民事部への照会事項として、――仮定的瑕疵除去費用による算定の否定を維持するかどうかという点（照会事項１点目）に加えて――一般給付障害法上の損害賠償請求として「目的に拘束され、かつ清算を要する金銭を前もって支払う」ことの請求をすることができるという立場を維持するかどうかという点（照会事項２点目）も挙げられている。

継ぐべきではない（Rn. 49 ff.）。

ウ）分析と小括

以上、BGH 2020年3月決定の判旨をみてきた。以下では、本決定について、分析も交えながら小括しておきたい。具体的には、まず、これまでの本稿の方針どおり、本決定について、損害論の視角からの分析を行う。そのうえで、本決定が挙げた仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる様々な論拠について、その相互関係を整理しておく。

a）損害論に関する本決定の立場――実質的には履行状態実現費用賠償構成を採用？

まず、損害論について、本決定はどのような立場を採用しているのだろうか。つまり、本決定は、純粋金銭賠償構成に立つのか、それとも履行状態実現費用賠償構成に立つのか（あるいは、まったく別の考え方に立つのか）[19]。

本決定は、給付に代わる小さな損害賠償の算定に関する適用条文について、ピッカーらの見解に明示的に反対し、249条以下の適用を否定すべきだと説いていた（論拠①・Rn. 12）。その理由は、以下の2点に求められていた。第1は、給付障害の補償方法については、249条以下よりもまず（「等価性利益」の補償について定めた）給付障害法が優先的に適用されるべきだという理由である（Rn. 13）。第2は、給付に代わる損害賠償が請求された場合、改正BGB281条4項により履行請求権が排除され、（履行と内容的に重なる）自然的原状回復（直接的履行状態実現）も排除されるため、自然的原状回復の優先および例外的な金銭賠償の承認を定めた249条以下を適用する意味がないという理由である（Rn. 14 f.）[20]。

---

[19] なお、本決定が給付に代わる損害賠償請求権について売買と請負の扱いを揃えるべきであると説いている（論拠②・Rn. 25）ことに照らすと、本決定は、少なくとも、損害論について売買と請負で考え方を分けるという発想には立っていないと考えられる。そのため、以下では、本決定がそうした発想に立っている可能性を除外して検討を進める。

[20] なお、これらの2つの理由づけについては、いずれに対しても疑問がある。

まず、第1の理由づけについては、確かに、給付障害法（特に改正BGB280条以下）に給付に代わる損害賠償の算定（ないし責任内容論）に関する規定が

ここで注意すべきことは、本決定は、学説における通説のように、給付に代わる損害賠償に対しては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見解を採っているわけではないということである。本決定は、251条も含めて、249条以下の規定全体の適用を否定している（その代わりに、改正BGB280条・281条を算定の手がかりとすべきだと主張している）。そのため、適用条文の観点から、本決定が純粋金銭賠償構成を採っていると即断することはできない。

そもそも、本決定は、結論として、（少なくとも売買においては）仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきだという立場を採っていた。そうである以上、本決定が純粋金銭賠償構成を採用しているとは考えがたい。なぜなら、純粋金銭賠償構成からは、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという帰結が導かれるはずだからである。

では、履行状態実現費用賠償構成についてはどうか。つまり、本決定は――形式的には249条２項（も含めた249条以下全体）の適用を否定しているものの――実質的には履行状態実現費用賠償構成を採用したものであると理解することはできないだろうか。実は、以下で示すように、本決定には、こうした理解を支える説示がいくつかみられる。

まず注目すべきは、追完請求権を基点とした積極的利益の算定[21]を説いていた箇所である（論拠⑤・Rn. 34）。これによると、売買における給付に代わる損害賠償においては、――売主が行わなかったためにいま

あるのであれば、249条以下に優先してそれらが適用されるべきであろう。しかし、改正 BGB280条以下は、債務不履行責任の要件（ないし責任成立論）に関する規定であるため、これによって249条以下の適用が排除されることにはならないはずである（後に紹介する BGH 2020年10月決定の Rn. 21も同旨）。

また、第２の理由づけについては、改正 BGB281条４項によって履行請求権および自然的原状回復（直接的履行状態実現）が排除されたとしても、それだけで直ちに249条以下を適用する意味がなくなるとはいえない。というのも、金銭賠償の内部において、249条２項・250条の原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）と251条の純粋金銭賠償を区別することは、給付に代わる損害賠償の算定において有用な視点を提供する可能性があるからである。

[21] 類似の考え方として、*Friedhelm Weyer*, Werkvertraglicher Schadensersatz nur in Höhe der tatsächlichen Mangelbeseitigungskosten?, NZBau 2013, S. 271.

や買主自身が（第三者を介して）行わなければならなくなった――「追完」（瑕疵除去）のために必要な費用を手がかりとした算定が認められるとされる。では、本決定が、このように買主の「追完」措置に要する費用の賠償を認めるべきだと考えた理由はどこにあるのか。これは、本決定が、こうした買主の「追完」措置によって実現される利益――要するに、瑕疵部分についての（単なる価値利益ではない）現実的利益――を、買主の「積極的利益」を構成する利益――給付に代わる損害賠償によって実現されるべき利益――として認めたためであると考えられる。このようにみると、「追完」を基点とした積極的利益の算定という考え方は、瑕疵部分についての現実的利益を実現するために必要な費用――要するに、（仮定的）瑕疵除去費用――については賠償を認めるべきであることを説くもの[22]と理解することができるように思われる。そうであるとするならば、ここで示されている考え方は、実質的には履行状態実現費用賠償構成の考え方と重なるものであるということになる[23]。

また、本決定は、仮定的瑕疵除去費用の賠償は存在しない損害について賠償するものではないとし、その理由として、「給付と反対給付の関係が〔瑕疵がある時点で〕損なわれている」ことを挙げていた（論拠⑨・Rn. 46）。これは、瑕疵自体が損害にあたるという考え方を採用したものとみることができる[24]。この考え方も、費用そのものではなく、その

[22] ただし、この考え方からは、費用支出が不要となる理由（「仮定的」瑕疵除去費用の賠償が正当化される理由）までは出てこないため、この点については別途論拠が必要となる。本決定は同箇所（Rn. 34）においてこの点についても論拠を示しているが、これについては次項で触れる。

[23] 山田孝紀「売買契約・請負契約の給付に代わる仮定的損害賠償――ドイツ法における近時の展開」日本法学87巻３号（2021年）110頁は、本決定のこの箇所について、「BGH2020年３月決定は、追完請求権が代物給付や瑕疵除去を通じて瑕疵のない物の状態を確立する権利であることから、瑕疵除去費用を基準に追完に代わる損害賠償額を算定した。そこでは瑕疵のない状態を買主に実現させ、買主の給付利益を満足させるためにはどこまでの損害賠償額が認められるべきかという規範的評価を踏まえ、瑕疵除去費用相当額の仮定的損害賠償を認める判断がとられた可能性がある」と分析している。この分析も、本稿の分析と近いと考えられる。

[24] 同様の理解として、山田・前掲注（23）105頁。

費用を用いて除去されるべき瑕疵のほうを損害とみている点において、履行状態実現費用の賠償を認める考え方と親和性が高いということができる。

以上を踏まえると[25]、本決定は、――確かに、適用条文の点では、ピッカーらとは異なり249条２項（も含めた249条以下全体）の適用を否定する立場に立つものの――実質的には、履行状態実現費用賠償構成を採用したものであると理解することも十分に可能であるように思われる[26]。

b）仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠の整理

さて、本決定は、結論として、少なくとも売買においては仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきであるとしていた。他方で、請負については（第５民事部の担当範囲外であることから）明示的には判断を下していないが、売買と請負で判断を統一すべき旨を説いていることや、（後述するように）本決定が示した賠償肯定説の論拠の中には売買・請負の両方に妥当しうる論拠が含まれていることからすると、本決定は、売買・請負のいずれにおいても仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきであるという立場に立っているものと考えられる[27]。

こうした結論を導くにあたって、本決定は数多くの論拠を挙げていた[28]。そこで、これらの論拠が相互にどのような関係に立つのかを簡単に整理しておきたい（なお、ここでは基本的には論証構造の把握に努めることとし、個々の論拠に対する分析は、学説もみた後の「分析」の箇

[25] このほか、「給付に代わる損害賠償請求権は、目的物の減価分だけでなく、実現されていない履行結果（Erfüllungserfolg）も補償するものである」とするのが「債務法改正の構想」であると述べていた箇所（Rn. 40）も参照。

[26] こうした理解に立つとみられるものとして、*Thomas Riehm*, Fiktive Mängelbeseitigungskosten auf dem Weg zum Großen Zivilsenat, NJW 2021, S. 30.

[27] 同様の理解として、例えば、*Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 28.

[28] なお、仮に本決定が履行状態実現費用賠償構成に立っているという理解を採った場合には、これらの論拠は、処分自由論の採否という――履行状態実現費用賠償構成を採ったうえで別途生じる――問題について、売買・請負においては肯定説を採るべきことを導く論拠として理解されることになる。

所で、特に重要な論拠に絞って行うこととしたい)。

本決定の挙げた論拠は、（賠償の可否はともかくとして）売買と請負で判断を統一すべきことを導く論拠と、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきことを導く論拠の２つに大別される。

aa）売買・請負統一説の論拠

まず、（賠償の可否はともかくとして）売買と請負で判断を統一すべきことを導く論拠としては、債務法改正により売買契約法と請負契約法の内容が揃えられたこと[29]（論拠①中のRn. 20、論拠②・Rn. 25）と、売買と請負の区別が相対的であること[30]（論拠④中のRn. 27）が挙げられていた。

bb）賠償肯定説の論拠

次に、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべきことを導く論拠をみていく。これは、賠償を肯定することの必要性を基礎づける論拠と、賠償を肯定することの許容性（賠償を否定する必要性の不存在）を基礎づける論拠に分かれる。

aaa）賠償を肯定することの必要性を基礎づける論拠

賠償を肯定することの必要性を基礎づける論拠としては、次のものが挙げられていた。

ｉ）売買・請負の両方に妥当しうる論拠

まず、本決定は、追完請求権を基点とした積極的利益の算定を説いていた箇所（論拠⑤）において、費用支出の有無にかかわらず瑕疵除去費用の賠償を認めるべき理由として、「瑕疵除去費用は、損害賠償が請求された時点ではすでに買主の貸借対照表の借方に計上されている」とい

[29] 同様の論拠として、*Jürgen Lauer,* Die fiktive Schadensberechnung im Kauf- und Werkvertrag – ein Fall für den Großen Zivilsenat des BGH, BauR 2021, S. 625.

[30] 同様の指摘として、*Markus Wessel*, Schäden im Schadensersatzrecht – Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH auf das Schadensersatzrecht, DAR 2019, S. 184; *Lauer*, a.a.O.（Fn. 29）, S. 625; *Hans Christian Schwenker*, Fiktiver Schadensersatz im Werkvertrags-, Kaufvertrags- und Deliktsrecht, MDR 2021, S. 1042.

う理由[31]を挙げていた（Rn. 34）。これは、損害賠償請求時にはすでに（瑕疵除去費用によって算定される）損害――つまり、目的物の瑕疵――が発生しているという趣旨であると考えられる[32]。

このほか、本決定は、――例えば瑕疵によって減価が生じない場合のように――減価分は給付利益を適切に反映しない場合があること（論拠⑥・Rn. 35）、債務法改正の立法者の理解との整合性（追完をしないインセンティブが生じることの不当性）（論拠⑦・Rn. 36 ff.）、不法行為法に関する判例との整合性（論拠⑩・Rn. 49 ff.）といった論拠を挙げていた。

以上の論拠は、売買だけでなく、請負にも妥当しうる論拠であると考えられる。

ii）売買にのみ妥当する論拠

また、本決定は、買主が先払をしなければならないという結論は採用できないという論拠[33]も挙げていた（論拠⑧・Rn. 41 ff.）。すなわち、（確かに、請負においては、改正BGB637条3項の事前償還請求により先払を回避できるかもしれないが、）売買においては、事前償還が認められず、また、損害賠償として事実的瑕疵除去費用の事前賠償を認めることもできないため、上記結論を回避す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いうわけである。この論拠は、売買にのみ妥当する（請負には妥当しない）論拠であると考えられる。

bbb）賠償を肯定することの許容性（賠償を否定する必要性の不存在）を基礎づける論拠

他方で、賠償を肯定することの許容性（賠償を否定する必要性の不存

---

[31] 類似の論拠として、*Weyer*, a.a.O.（Fn. 21）, S. 271.

[32] 本決定のこの箇所について同様の理解を採るものとして、山田・前掲注（23）129頁注（99）。なお、本決定のこの論拠は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性を基礎づける論拠としては説得力に欠ける。なぜなら、瑕疵自体を損害とみる立場に立ったとしても、その損害を仮定的瑕疵除去費用によって算定すべきことは直ちには導かれないからである（履行状態実現費用賠償構成の考え方を採るのだとしても、ピッカーのように処分自由を否定する立場がありうる以上、処分自由を肯定すべき理由を別途提示しなければならない）。

[33] 同様の論拠として、*Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 31.

在）を基礎づける論拠としては、過剰賠償の不存在を説いていた部分を挙げることができる。そこでは、「過剰賠償」が、存在しない損害を賠償するものという意味で捉えられたうえで、「給付と反対給付の関係が〔瑕疵がある時点で〕損なわれている」、つまり、瑕疵自体が損害にあたるため、仮定的瑕疵除去費用の賠償は過剰賠償にはあたらないという論拠[34]が示されていた（論拠⑨・Rn. 45 f.）。なお、この論拠は、請負にも妥当しうるものであると考えられる。

２）BGH 2020年10月８日決定（第７民事部）・BGH 2021年３月12日判決（第５民事部）

続いて、BGH 2020年10月決定とBGH 2021年３月判決について、その判旨を順に確認したうえで、――両判例が基本的には同様の考え方に立つものであることから――両判例についてまとめて「分析と小括」を行う。

ア）判旨

a）BGH 2020年10月８日決定（第７民事部）――BGH 2018年判決を維持

第５民事部の照会に対して、第７民事部は、BGH 2020年10月決定[35]において、同部がBGH 2018年判決で示した立場、つまり、改正BGB634条４号・280条・281条１項の給付に代わる小さな損害賠償においては仮定的瑕疵除去費用による算定は認められないという立場を維持すると応答した[36]。

---

[34] 同様の論拠として、*Frank Peters*, Schadensbemessung beim Werkvertrag, JR 2019, S. 340（ただし、請負に関する記述）; *Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 29 f.

[35] BGH, NJW 2021, 53.

[36] なお、照会事項２点目に対しても、第７民事部は、建築家の設計または監理に欠陥があり、それによって建物に瑕疵が生じたという場合について、注文者は、建築家に対して、改正 BGB634条４号･280条の損害賠償請求として、「目的に拘束され、かつ清算を要する金銭を前もって支払う」ことの請求をすることができるという立場を維持すると応答している。ただし、第７民事部によると、BGH 2018年判決は、あくまで対建築家（および技術者）の場面に限って、特別に、損害賠償請求としての前払請求を認めたのであり、一般給付障害法においてこうした前払請求を認めたわけではないとされる（Rn. 74 ff.）。

aa）論拠①に対する反論

「仮定的瑕疵除去費用による損害算定は、BGB280条、281条という一般規定によってすべての契約類型について定められているというものではない」（Rn. 20）。

aaa）改正BGB280条・281条――要件の規定であり、損害の算定方法については定めていない（論拠㋐[37]）

「BGB280条、281条は、給付に代わる損害賠償請求権の一般的要件を定めている。これに対して、これらの規定の文言からは、給付が行われなかった場合または給付が債務の内容に従って行われなかった場合にどのような方法で損害が算定されるべきかという点については明らかにならない」（Rn. 21）。

「給付に代わる損害賠償請求権の法律効果は、BGB249条……を……援用しても確定できない。そのため、仮定的瑕疵除去費用による損害算定についても、BGB249条２項１文にその根拠を求めることはできない」。「というのも、給付に代わる損害賠償が請求されると、BGB281条４項によって給付請求権が排除され、その結果、自然的原状回復はもはや問題とならなくなるからである。さらに、BGB280条、281条の給付に代わる損害賠償請求権は、完全性利益〔引用者注：本稿でいう「保持利益」〕ではなく、給付利益を補償するものである……。以上の点については、第５民事部と第７民事部は見解が一致している」（Rn. 22）。

bbb）差額説と並ぶ損害算定方法としての信義誠実に基づく規範的評価――各契約類型の特殊性を考慮に入れる必要性（論拠㋑）

「財産的損害の算定については、BGBの施行以来、判例上、二元的損害概念が形成されてきた。これは、差額説と、信義誠実に基づく規範的評価の２つからなる……。後者においては、常に損害法上の評価が必要となる。その際には、一般原則だけでなく、各契約類型の特殊性も考

[37] 以下、便宜上、BGH 2020年10月決定の主張を支える論拠に対して、㋐から順に記号を付していく。

慮に入れなければならない（規範的損害）」。「問題となる法律関係の多様性に照らすと、一般に、あるいは給付に代わる損害賠償（小さな損害賠償）との関係で財産的損害の算定を行う際に、各分野における規範的評価を考慮することなくすべての法分野について統一的に算定を行うのは、望ましくないし可能でもない。こうした点を考慮したからこそ、立法者も、これまで損害の算定に関する規定を設けることに慎重な態度を採ってきたわけである」（Rn. 25）。

bb）契約類型にかかわらず仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する立場の論拠に対する反論

aaa）論拠⑤に対する反論――注文者が自ら瑕疵を除去しない場合、注文者が瑕疵ある仕事を保持しているという結果を給付利益算定の基点とすべき（論拠㋒）

「もっとも、第５民事部と第７民事部は、瑕疵ある給付がされた場合における……財産的損害の算定が、債権者の給付利益〔の実現〕を志向するものでなければならないという点においては、見解が一致している」（Rn. 26）。

「注文者は、〔第三者に〕瑕疵を除去してもらった場合には、支出した費用について、〔費用償還として請求できるほか、〕BGB634条４号、280条、281条による財産的損害〔の賠償〕として（も）請求することができる」（Rn. 28）。

「しかし、債権者が〔給付〕結果を自ら実現する〔引用者注：自ら瑕疵を除去する〕という形で自分の給付利益を保護していない場合に、いったいなぜ、BGB280条、281条により、一般的に――すべての契約類型について――仮定的瑕疵除去費用による財産的損害の算定を認める必要があるのかが分からない。この場合、注文者の手元には、瑕疵のない仕事の代わりに瑕疵ある仕事があるという状態のままである。したがって、財産的損害の算定においても、この結果を基点として算定するのが――少なくとも請負契約法については――正しい」。このとき、「自己追完がされていないため支出されていない、つまり仮定的な瑕疵除去費用は、第７民事部からみると、……注文者の貸借対照表の借方には計上されな

い」。したがって、減価分を超過する仮定的瑕疵除去費用の賠償は、「過剰賠償ないし利得の禁止という損害法上の原則に抵触する」（Rn. 29）。

もっとも、第７民事部は、売買に関する第５民事部と同様、――仮定的瑕疵除去費用の額が減価分の近似値を示していない場合を除いて――減価分を簡易に評価する方法として仮定的瑕疵除去費用を用いることについては認める（Rn. 30）。

bbb）論拠⑥に対する反論――注文者は自己追完をすればよい（論拠㋓）

第５民事部は、瑕疵によって減価が生じない場合には、減価分は給付利益を適切に反映しないと指摘していた。しかし、「こうした――売買契約法よりも、給付の内容が個々の契約ごとに異なる点に特徴のある請負契約法においてより多く生じる――状況においては、注文者が自己追完〔および費用償還請求または事実的瑕疵除去費用の賠償請求〕をすれば、……注文者に不利益が生じずに済む」（Rn. 31）。

ccc）処分自由論という論拠に対する反論――処分自由論は一定の損害賠償請求権が存在することを前提とするもの（論拠㋔）

249条２項１文との関係で発展してきた処分自由という原則も、「仮定的瑕疵除去費用による損害算定を要請するものではない」。「処分自由論は、BGB249条２項１文により算定されるべき損害の賠償を求める請求権が一定の額において存在することを前提とするものである。第７民事部の判例変更は、この〔処分自由という〕原則と整合する」。というのも、損害賠償請求権が存在する限り、注文者は請負人から支払われる損害賠償金の使用について自由だからである（Rn. 33）。

ddd）論拠⑦に対する反論――追完をしないというインセンティブは生じない（論拠㋕）

「最後に、請負契約法については、第７民事部の判例変更により請負人にとって追完を行わないインセンティブが生じたという事実もみられない」。注文者は自己追完をすれば減価分を大幅に超える瑕疵除去費用の償還ないし賠償を請求することもできるので、「――第５民事部の理解には反して――契約に従った履行をしなかった請負人には、追完請求

権を履行しないインセンティブは生じない」（Rn. 37）。

cc）請負における判例変更の必要性――請負における著しい過剰賠償の危険（論拠㋕）

「第７民事部による従来の判例法理の放棄は、――少なくとも請負契約法においては――従来の判例法理が原因で事態が誤った方向に展開していたのを終わらせるために必要なこととなっていた」（Rn. 38）。

請負における仮定的瑕疵除去費用による算定は、「第７民事部の長年にわたる経験に照らすと、数多くの事例において注文者に著しい過剰賠償をもたらしてきた」（Rn. 39）。

例えば、次のような事例を考えてみる。注文者は、請負人との間で、報酬４万ユーロで住居の床に白い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、請負人はライトグレーの自然石タイルを敷いた。タイルを交換するとなると、キッチンの再解体、家具の運び出し、敷いたタイルの取外し、新しいタイルの取付け、注文者一家の一時的なホテル宿泊が必要となるため、約６万ユーロがかかってしまう（Rn. 42）。

「注文者がライトグレーの自然石タイルを〔交換せずに〕保持すると決めた場合、従来の判例法理によると、注文者は、――実際には支出していない――６万ユーロの瑕疵除去費用をすべて請求することができる[38]。そうすると、注文者は、経済的にみれば、結果として、……４万ユーロの報酬を支払わずに済み、また、――望んでいた色ではないとはいえ――新しい自然石タイルを手に入れたうえに、さらに追加で２万ユーロの金銭を手に入れたことになる」（Rn. 44）。

「これは、第７民事部の評価に照らすと、瑕疵ある仕事に対する適切な損害補償ではなく、利得禁止に反する過剰賠償にあたる」（Rn. 45）。

[38] 本決定は、この事例においては――251条２項１文の準用による瑕疵除去費用の賠償の制限法理の適用要件である――費用の不均衡性が認められないという立場に立っているとみられる。というのも、本決定は、この事例においては改正 BGB637条の前払請求または費用償還請求は可能である――費用の不均衡性によってそうした請求が妨げられる（改正 BGB637条１項・635条３項を参照）こともない――と述べている（Rn. 43）からである。この点については、すぐ後に紹介する論拠㋖も参照。

「請負契約法においては、――もしかするとここは売買契約法と異なる点かもしれないが――こうした問題は決して少数の事例でのみ生じるというものではなく、むしろよく起こる。というのも、製作すべき仕事の性状について個々の契約ごとに独自の合意がされるというのは、請負契約に特有〔の現象〕だからである」。そして、そのように独自に合意された性状について瑕疵がある（にすぎない）ときには、(多くの場合、)注文者は、瑕疵を抱えたままでも、つまり自己追完をしなくても、(十分に)「生活していくことができる」(Rn. 46)。しかも、「請負契約法における瑕疵の除去においては、多くの場合、他の専門業者を巻き込む必要があり、これは、通常、瑕疵除去費用が非常に高額になる原因となる」(Rn. 47)。

dd）論拠②に対する反論――瑕疵担保に関する売買と請負の規律の違い

「瑕疵に基づく責任が追及される場合における損害の算定について、請負契約法と売買契約法を揃える必要はない。なぜなら、瑕疵に基づく権利、とりわけ前払請求権と追完請求権について、法律上の規定の内容が異なっているからである」(Rn. 58)。

aaa）追完請求権に関する規律の違い――請負のほうが費用の不均衡性が認められにくい（論拠㋖）

請負における追完請求権は、「内容的には……契約上の履行請求権を延長したものにすぎない。そのため、請負における追完請求権に対しては、原則として、――履行請求権の場合と同様に――請負契約特有の結果責任が妥当する。これによると、原則として、請負人は、約束した給付の履行リスクを、それに要する費用にかかわらず負担することになる」。これを踏まえると、改正BGB635条３項[39]（「追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合」には請負人が追完を拒絶することができることを定める規定）による請負人の追完拒絶は、例外的な場合にのみ認められるべきである（Rn. 64）。

[39] 条文については、連載第２回の注 (90) を参照。

これに対して、売買に関する改正BGB439条４項[40]（「追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合」には売主が追完を拒絶することができることを定める規定）については、同項２文で挙げられた考慮要素に鑑みても、請負よりも緩やかな基準で不均衡性が認められる[41]（Rn. 65）。

---

[40] 条文については、連載第２回の注（91）を参照。なお、当該脚注においては、2018年瑕疵担保法改正（のみ）を反映した439条を掲げていた（BGH 2018年判決や、本決定も含めた2020年以降の３つの判例の判決・決定文において引用されているのは、この状態における439条である）が、439条は、その後、2022年にさらに改正を受けている。本稿にとって重要な改正ではないが、以下、当該脚注で示した条文内容からの変更点を示しておく。

【2022年改正後 BGB 第439条（追完）】
(1)　（改正による変更なし）
(2)　（改正による変更なし）
(3)　瑕疵が明白になる前に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。（第２文削除）
(4)　（改正による変更なし）
(5)　（改正により追加。内容略）
(6)　（改正前の(5)に第２文を追加。内容略）

[41] 具体的には、次の２点が指摘されている。
第１に、改正 BGB439条４項２文で、不均衡性の有無を判断する際の考慮要素として「瑕疵のない状態における物の価値」と「瑕疵の重要性」が挙げられていることから、第５民事部の判例（BGHZ 200, 350）は、まず第一に依拠することができる手がかりとして、「瑕疵除去費用が瑕疵のない状態における不動産の取引価値を超過するか、または瑕疵に起因する減価分の200％を超過する場合には、その瑕疵除去費用は不均衡である」という定式を立てていると指摘される。
第２に、改正 BGB439条４項２文・３文によると、買主の選択した追完方法が他の追完方法と比較して不均衡な費用をもたらす場合にも、買主の選択した追完方法の拒絶が可能になることが指摘される。
なお、売買においては、請負とは異なり、追完方法の選択権が債権者にある（改正 BGB439条１項）ことから、改正 BGB439条４項の不均衡性の判断にあ

このように、請負におけるほうが、売買におけるよりも費用の不均衡性が認められにくい。したがって、請負におけるほうが、（251条２項１文の準用による）瑕疵除去費用の賠償の制限が認められにくく、仮定的瑕疵除去費用の賠償による過剰賠償の危険が大きい（Rn. 66）。

bbb）事前償還請求権に関する規律の違い――改正BGB637条３項の存在（論拠㋕）

もう１つの重要な違いは、請負については、売買の場合とは異なり、改正BGB634条２号・637条（３項）において注文者の自己追完権および前払請求権が定められているということである。この前払請求権があることによって、（第三者に）瑕疵を除去してもらおうと考えている注文者は、（仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められなくても）先に費用を支出せずに済む（Rn. 67）。

もし請負において仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのならば、「何のために〔債務法改正の〕立法者が前払請求権および費用償還請求権を伴った自己追完権を請負契約法において定めたのかが理解できなくなってしまう。前払や費用償還であれば――損害賠償とは異なり――請負人の過失がなくても請求が可能となるという説明は考えられるが、この説明は、過失の有無にかかわらず義務づけられる追完について〔債務者が〕履行しなかった場合、損害賠償請求権を正当化する過失が常に導かれるとするBGHの判例がある時点ですでに説得的ではない」（Rn. 68）。

第５民事部がBGH 2020年３月決定において従来の判例法理を維持した際の主たる論拠は、「買主には瑕疵除去費用を先に支出することを期待できない」という考慮であった。「この論拠は、――第７民事部にはこの点について判断する権限はないが――売買契約法においては成り立つかもしれない」が、請負契約法においては成り立たない（Rn. 69）。

たっては、買主の選択した追完方法がそれ自体として不均衡な費用をもたらす場合（「絶対的不均衡性」と呼ばれる）と、買主の選択した追完方法が他の追完方法と比較して不均衡な費用をもたらす場合（「相対的不均衡性」と呼ばれる）の２つが区別される（詳しくは、田中洋・前掲注（４）102頁以下を参照）。上記第１における判例の定式は「絶対的不均衡性」に関するものであり、上記第２において指摘されているのは「相対的不均衡性」のことである。

b）BGH 2021年３月12日判決（第５民事部）――売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の肯定

第７民事部の応答を受けて、第５民事部は、BGH 2021年３月判決[42]において、民事拡大部への呈示をすることなく、売買について、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという判断を下した。

請負と売買で判断が分かれる主たる理由は、事前償還請求権の規定の有無と過剰賠償の危険の大きさの２点に求められている。

まず、売買においては、請負とは異なり、事前償還請求権の規定がない[43]。そうすると、――瑕疵除去費用を先に支出するという負担を買主に課すべきではない以上――売買においては、請負とは異なり、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（Rn. 11, 17, 21, 29）。

次に、（とりわけ中古不動産の）売買においては、不動産が現状のまま売却されるのが通常であることから、請負とは異なり、給付の内容について独自の合意がされることが少ない。そのため、湿気のように、契約上前提とされた使用または通常の使用に支障を生じさせるような瑕疵が問題となることが多く、そうした場合には、通常、買主はその瑕疵を抱えたまま「生活していく」ことができないか、少なくとも、瑕疵がない場合よりも生活の質が明確に悪くなる。また、費用の不均衡性による瑕疵除去費用の賠償の制限も、請負の場合よりも緩やかな基準で認められる。したがって、売買においては請負におけるよりも過剰賠償の危険が小さいとされる（Rn. 26 ff.）。

イ）分析と小括

以上、BGH 2020年10月決定および2021年３月判決の判旨をみてきた。先ほどと同じように、以下では、両判例について、分析も交えながら小

[42] BGHZ 229, 115=JZ 2021, 626=NJW 2021, 1532. その後、BGH 第８民事部が、動産売買の事案においても、第５民事部と同様の論拠（事前償還請求権の規定の不存在）により、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定するという判断を示している（BGHZ 232, 1 Rn. 95=NJW 2022, 686）。

[43] また、売買において、損害賠償として、事実的瑕疵除去費用の事前賠償を認めることもできないとされる（Rn. 21）。

括しておきたい。具体的には、まず、両判例について、損害論の視角からの分析を行う。そのうえで、両判例が挙げた仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる様々な論拠について、その相互関係を整理する。

ａ）損害論に関する両判例の立場――不明

まず、損害論について、BGH 2020年10月決定および2021年３月判決はどのような立場を採用しているのだろうか。

以上でみてきたように、BGHは、最終的に、請負においては賠償を否定し（第７民事部）、売買においては賠償を肯定する（第５民事部）という立場を示した。これを踏まえると、損害論に関する両民事部の立場の理解ないし説明としては、（少なくとも）次の２つの候補が考えられる。

第１の候補は、売買においては履行状態実現費用賠償構成を採用した（第５民事部）のに対して、請負においては純粋金銭賠償構成を採用した（第７民事部）というものである。第２の候補は、請負・売買いずれにおいても履行状態実現費用賠償構成を採用したうえで、処分自由論の採否について請負（第７民事部）と売買（第５民事部）で結論を分けたというものである。

このうち、第１の候補の手がかりになりうるものとしては、BGH 2018年判決の中で示された論拠を挙げることができる。すなわち、第７民事部は、BGH 2018年判決において、請負について仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する際に、仮定的瑕疵除去費用の金額分の財産減少がないことと、瑕疵自体は損害にはあたらないことを論拠としていた。ここには、純粋金銭賠償構成の考え方が表れているとみることもできる。そして、第７民事部は、BGH 2020年10月決定においても、（請負について）こうした純粋金銭賠償構成の考え方を引き継いでいるとみるわけである。

しかし、第７民事部は、BGH 2020年10月決定においては、もはや上記のような純粋金銭賠償構成に親和的な論拠を挙げていない[44]。そうし

[44] その理由の１つとして考えられるのは、BGH 2020年３月決定における第５民事部の指摘、すなわち、第７民事部（BGH 2018年判決）の依拠した「損害概念」は請負契約特有の考慮ではなく「一般化可能な考慮」であるという指摘（Rn. 19）である。つまり、第７民事部は、この指摘を踏まえて、請負と売買の結論

た論拠に代わって、同決定は、財産的損害の算定については、BGBの施行以来、判例上、「差額説」と「信義誠実に基づく規範的評価」からなる二元的損害概念が形成されてきたとしたうえで、後者の「規範的評価」においては、「各契約類型の特殊性」を考慮に入れる必要があるという考え方を示している（論拠④・Rn. 25）。こうした考え方は、同決定において、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について請負と売買の結論が分かれうることを理論的に正当化する役割を担っている[45]。このことを踏まえると、同決定は、請負と売買のいずれについても、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題を「信義誠実に基づく規範的評価」の枠組みの中に位置づけたうえで、請負と売買でその「規範的評価」が分かれうることを示したものと理解することができる（なお、BGH 2021年3月判決も、損害論に関するこのような同決定の考え方を引き継いでいるものとみられる[46]）。

このように、同決定が仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題を（信義誠実に基づく規範的評価を行わない純粋な）「差額説」の枠組みで処理していないことを踏まえると、同決定は、純粋金銭賠償構成を採用していないとみるべきであろう（つまり、第1の候補は排除される）。なぜなら、純粋金銭賠償構成は、費用の支出による財産（の価値）の減少を損害とみる見解であり、瑕疵除去費用の賠償について（金額）差額説的な損害把握を行うものだからである。

では、同決定のいう「信義誠実に基づく規範的評価」は、どのような損害把握を前提とするものか。この点については、同決定の説示の中に明確な手がかりがあるわけではないため、必ずしも明らかではないというべきである。もっとも、――上記のように同決定が純粋金銭賠償構成を採っていないとみられるのに対して――同決定が履行状態実現費用賠

が分かれることを正当化できるように、仮定的瑕疵除去費用の賠償における損害概念の理解を変化させた（あるいは、もともとBGH 2018年判決の時点で純粋金銭賠償構成を採用していなかったのだが、そのように誤解されてもやむをえない表現ではあったため、BGH 2020年10月決定では同様の表現を避けた）可能性がある。

[45] Rn. 59も参照。

[46] Rn. 20 f. を参照。

償構成を採っている（第２の候補）と仮定したとしても、少なくとも同決定の説示との間に不整合をきたすわけでないということまでは指摘することができる。

すなわち、このような仮定のもとでは、同決定のいう「信義誠実に基づく規範的評価」は、次のような意味で理解されることになる。同決定は、まず、買主や注文者が瑕疵のない状態を（価値的にではなく）現実に実現するために必要な費用については賠償を認めるべきであるという「規範的評価」――要するに、履行状態実現費用については賠償を認めるべきであるという「規範的評価」――を下している。そのうえで、請負と売買の間にいくつかの重要な違いが存在することを踏まえて、仮に売買においては処分自由を認めるべきだとしても、請負においては処分自由を認めるべきではないという「規範的評価」を下しているとみるわけである[47]（また、BGH 2021年３月判決についても、売買について処分自由を認めるべきであるという「規範的評価」を下した判決として理解される）。

このように、同決定（およびBGH 2021年３月判決）は、仮に履行状態実現費用賠償構成を採っていると仮定した場合には、一応矛盾なく説明することが可能である[48]（もっとも、両判例が履行状態実現費用賠償

[47] 山田・前掲注（23）110頁も参照。

[48] なお、BGH 2020年10月決定における他の箇所の説示も、履行状態実現費用賠償構成との間に不整合を生じるものではない。

まず、確かに、同決定は、給付に代わる損害賠償の算定に関する適用条文について、第５民事部（BGH 2020年３月決定）と同様の理由により、249条（以下）の適用を否定する立場に立っている（論拠㋐中の Rn. 22）。しかし、すでにBGH 2020年３月決定との関係で述べたとおり、このことは、第７民事部が純粋金銭賠償構成を採っている――履行状態実現費用賠償構成を否定している――ことを必ずしも意味しない。

また、BGH 2020年10月決定は、第５民事部（BGH 2020年３月決定）が追完請求権を基点とした積極的利益の算定を説いていたのに対して、「債権者が〔給付〕結果を自ら実現する〔引用者注：自ら瑕疵を除去する〕という形で自分の給付利益を保護していない場合」には、注文者が瑕疵ある仕事を保持しているという結果を給付利益算定の基点とすべきだと反論し、（少なくとも請負においては）仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべきだと説いている（論拠㋒・Rn.

構成を採用していることを示す積極的な手がかりも存在しないため、結局のところ、損害論に関する両判例の立場は不明であると評価しておくのが妥当であろう）。

b）仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠の整理

さて、BGH 2020年10月決定および2021年3月判決は、結論として、請負においては賠償を否定し（第7民事部）、売買においては賠償を肯定していた（第5民事部）。こうした結論を導くにあたって、両判例（特にBGH 2020年10月決定）は数多くの論拠を挙げていた。そこで、先ほどと同じように、これらの論拠が相互にどのような関係に立つのかを簡単に整理しておきたい。その際、基本的には、BGH 2020年10月決定の挙げた論拠の構造を示すこととし、BGH 2021年3月判決の挙げた論拠については、その構造の中の適切な箇所に位置づける形で整理を行うこ

29）。この反論については、確かに、この箇所だけを読めば、純粋金銭賠償構成を前提とした反論――注文者がまだ瑕疵を除去していない場合には、費用が支出されていない以上、損害は生じていないという反論――として理解することができないわけではない（このように理解するものとして、*Mark Seibel*, Das wiederholte Märchen des VII. Zivilsenats des BGH von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts", MDR 2021, S. 82）。しかし、本文で述べたとおり、BGH 2020年10月決定が損害論について述べた箇所を読めば、同決定が純粋金銭賠償構成を採用していないことが分かる。むしろ、同決定が、この反論の箇所で、注文者が自ら瑕疵を除去することが給付利益の保護につながるとみていることからすると、同決定は、瑕疵除去費用の賠償は瑕疵のない状態の実現――つまり、現実的利益の実現――を目的とするものであると考えたうえで、実際に瑕疵のない状態が実現された場合に限ってそれに要した費用の賠償を認めるべきであるという立場に立っているとみる余地がある。

さらに、本決定は、第5民事部（BGH 2020年3月決定）が、瑕疵によって減価が生じない場合には、減価分は給付利益を適切に反映しないと指摘していたのに対して、そうした場合には、「注文者が自己追完〔および費用償還請求または事実的瑕疵除去費用の賠償請求〕をすれば、……注文者に不利益が生じずに済む」と応接している（論拠㋓・Rn. 31）。これは、履行状態実現費用賠償構成に立ったうえで、減価分がゼロの場合であっても、事実的瑕疵除去費用の賠償を認めておけば注文者の給付利益（ここでは現実的利益）は十分に保護されるということを述べたものとして理解する余地がある。

ととしたい。これは、BGH 2021年３月判決が売買に関して判断を下す際にも、基本的にはBGH 2020年10月決定の挙げた論拠（ないしそこに示された考え方）が前提とされていることによる。

BGH 2020年10月決定が挙げた論拠は、賠償を否定することの必要性を基礎づける論拠と、賠償を否定することの許容性（賠償を肯定する必要性の不存在）を基礎づける論拠に分かれる。便宜上、後者からみていく。

aa）賠償を否定することの許容性（賠償を肯定する必要性の不存在）を基礎づける論拠

賠償を否定することの許容性を基礎づける論拠（賠償を肯定する必要性を説く論拠に対する反論）としては、次のものが挙げられていた。

aaa）請負・売買の両方に妥当しうる論拠（反論）

まず、BGH 2020年３月決定が挙げていた、減価分は給付利益を適切に反映しない場合があるという論拠（論拠⑥）に対しては、注文者は自己追完をすればよいという反論が挙げられていた（論拠㋓・Rn. 31）。

また、同じくBGH 2020年３月決定が挙げていた、債務法改正の立法者の理解との整合性（追完をしないインセンティブが生じることの不当性）（論拠⑦）という論拠に対しては、事実的瑕疵除去費用の賠償請求（または費用償還請求）の可能性がある以上、追完をしないという請負人のインセンティブは生じないという反論[49]が挙げられていた（論拠㋕・Rn. 37）。

これらの反論は、請負だけでなく、売買にも妥当しうる反論であると考えられる。

bbb）請負にのみ妥当する論拠（反論）

次に、BGH 2020年３月決定が挙げていた、債権者が先払をしなければならないという結論は採用できないという論拠（論拠⑧）に対して、BGH 2020年10月決定は、請負については事前償還が可能なので仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要がないという趣旨の反論を加えていた

[49] 同様の指摘として、*Gottfried Schiemann*, Schadensersatz statt der Nacherfüllung, JZ 2021, S. 945.

（論拠㋐・Rn. 67, 69）（もっとも、BGH 2020年3月決定においても、この論拠が請負に及ばないことについては自覚されていた可能性が高い）。他方で、BGH 2020年10月決定は、事前償還が認められない売買については、BGH 2020年3月決定の論拠（論拠⑧）が成り立つ余地があると認めていた（Rn. 69）。実際、BGH 2021年3月判決は、売買においては事前償還の規定がないことを指摘したうえで、買主に先払をさせない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した（Rn. 11, 21）。

bb）賠償を否定することの必要性を基礎づける論拠

他方で、賠償を否定することの必要性を基礎づける論拠としては、次のものが挙げられていた。

aaa）請負にのみ妥当する論拠

まず、請負においては、著しい過剰賠償を回避するために仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する必要があるとされていた（論拠㋑・Rn. 38 ff.）。そこでは、注文者が仮定的瑕疵除去費用の賠償として報酬額を（大幅に）超える損害賠償金を受けとったうえで、それを瑕疵の除去に用いることなく、瑕疵ある仕事をそのまま保持するという状況が念頭に置かれていた。BGH 2020年10月決定は、こうした状況においては、経済的にみて、注文者が、「瑕疵ある仕事＋報酬超過分の金額」を一方的に取得することになることを指摘し、このことをもって「過剰賠償」と評価している。このような同決定の「過剰賠償」の理解に照らせば、仮に注文者が報酬額を（大幅に）超える損害賠償金を受けとったとしても、注文者がそれを瑕疵の除去に用いた場合には、経済的にみて、「報酬額」と引換えに「瑕疵のない仕事」を取得したことになるため、この意味での「過剰賠償」は生じていないということになるだろう[50]。だからこそ、同決定は、請負の特徴として、――他の専門業者を巻き込むことによっ

[50] 実際、同決定は、色違いの自然石タイルの事例（前述）に即して、瑕疵除去費用が報酬額を（大幅に）超える場合であっても、改正BGB637条の前払請求または費用償還請求は可能である（費用の不均衡性も認められない）としている（Rn. 43）。

て瑕疵除去費用が高額化しやすいことに加えて――性状について独自の合意がされることが多いため、注文者が瑕疵を抱えたまま生活できる場合が多いことを指摘し、それゆえ、請負においては上記の意味での「過剰賠償」が生じやすいとしたわけである。これに対して、BGH 2021年３月判決は、売買については、買主が瑕疵を抱えたまま生活できる状況が多くないため過剰賠償の危険は小さいと指摘し、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めた（Rn. 26 ff.）。

なお、過剰賠償に対しては、251条２項１文による対処も考えられるが、BGH 2020年10月決定は、売買と比べて請負においては不均衡性の基準が厳しいことを指摘し（論拠㋖・Rn. 64 ff.）、BGH 2021年３月判決もこれに同調している（Rn. 29 ff.）。

次に、BGH 2020年10月決定は、もし請負において仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのならば、債務法改正で事前償還請求権を定めた理由を説明できなくなるという論拠も挙げていた（論拠㋕・Rn. 68）。この論拠も、当然ながら、請負にのみ妥当すると考えられる。

bbb）射程が不明な論拠

このほか、BGH 2020年10月決定は、注文者が自ら瑕疵を除去していない場合には、注文者が瑕疵ある仕事を保持しているという結果を給付利益算定の基点とすべきだという論拠も挙げていた（論拠㋗・Rn. 29）。もっとも、この論拠については、これ以上の実質的な基礎づけが示されていないということもあり、その射程が必ずしも明らかではない[51]。

（イ）学説

以上、請負に関する2018年の判例変更の射程をめぐる判例の展開をみてきた。では、学説においては、仮定的瑕疵除去費用の賠償における請負事例と売買事例の関係について、どのような議論がされてきたのだろうか。以下では、BGH 2020年３月決定以降の判例の展開に対する学説

[51] 前掲注（48）で述べたとおり、この論拠は、履行状態実現費用賠償構成を採ったうえで、処分自由を否定すべきことを説いたものとみる余地がある。しかし、仮にそうだとしても、なぜ処分自由を否定すべきなのかという点は明らかにされていない。

の反応（およびそれ以前の学説の状況）をみていく。

学説は、請負と売買の間で仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する結論を分けるべきであるという立場と、結論を揃えるべきであるという立場の２つに分けることができる。

a　請負・売買区別説（プロイスナー）

まず、請負と売買の結論を分けるべきである――つまり、請負においては賠償を否定し、売買においては賠償を肯定すべきである――という立場に立つとみられるのが、プロイスナー（*Mathias Preussner*）である[52]。この立場からは、BGH第７民事部と第５民事部が最終的に採用した立場――BGH 2020年10月決定と2021年３月判決の立場――が支持されることになる[53]。

プロイスナーにおいては、損害論については特に言及はなく、請負と売買の結論を分けるべき（損害論以外の点に関する）理由がいくつか挙げられている[54]。そこでは、例えば、――BGH 2020年10月決定や2021年３月判決も指摘していた――事前償還請求権に関する請負と売買の規律の違い、つまり、請負では改正BGB637条３項で瑕疵除去費用の事前償還が認められるが、売買ではこれに対応する規定がないという点が挙げられている[55]。

b　請負・売買統一説（多数説）

しかし、このように判例の（最終的な）立場を支持する見解は、少数にとどまっている。むしろ、学説の多数は、請負と売買の結論を揃えるべきであるという立場に立つ。この立場からは、第７民事部の応答（BGH 2020年10月決定）を受けた第５民事部は、第７民事部の考え方に同調せず、当初の方針（BGH 2020年３月決定での方針）どおり、民事拡大部

[52] *Mathias Preussner*, Die systemische Bedeutung der Versagung fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Werkvertragsrecht, NZBau 2021, S. 11 ff.

[53] ただし、プロイスナーの論文においては、公表時期の関係上、BGH 2020年10月決定・BGH 2021年３月判決への言及はない。

[54] プロイスナーの見解を詳しく紹介するものとして、山田・前掲注（23）99頁以下。

[55] *Preussner*, a.a.O.（Fn. 52）, S. 12.

への呈示を行うべきであったと評価されることになる[56]。

このように請負と売買の結論を揃えるべきであるという立場は、請負・売買のいずれにおいても賠償を否定すべきだという立場と、いずれにおいても賠償を肯定すべきだという立場に分かれる[57]。

（a）請負・売買賠償否定説

まず、請負・売買のいずれにおいても賠償を否定すべきだという立場[58]についてみていく。損害論の視角から分析すると、この立場は、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けることができる。

1）純粋金銭賠償構成

まず、純粋金銭賠償構成の立場から請負・売買賠償否定説を採る（とみられる）論者をみていく。

ア）Chr. クニューテルの見解

純粋金銭賠償構成に立つ論者としては、すでにクニューテルを取り上げたところである。クニューテルは、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題を請負との関係でのみ論じているため、売買については必ずしも立場を明確に表明していない。しかし、クニューテルが純粋金銭賠償構成を採用していることを踏まえると、――クニューテルが契約類型に

---

[56] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 28 f., 32; *Seibel*, a.a.O. (Fn. 48), S. 84; *ders.*, Das wiederholte Märchen des VII. Zivilsenats des BGH von den „Besonderheiten des Werkvertragsrechts", in: Festschrift für Jürgen Lauer zum 65. Geburtstag, 2021, S. 416, 426 f.; *Lauer*, a.a.O. (Fn. 29), S. 626; *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 49), S. 946; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249–254, 2021, § 249 Rn. 230 (–*Clemens Höpfner*).

[57] 賠償の可否には触れず、請負と売買の結論を揃えるべきであるという立場のみを示すものとして、*Lauer*, a.a.O. (Fn. 29), S. 626. このほか、*Susanne Heinemeyer*, Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht?, NJW 2018, S. 2444も参照。

[58] 以下で紹介するもののほか、この立場に立つものとして、*Walter Müller*, Rückkehr fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Baurecht? – Zur Anfrage des V. Zivilsenates vom 13. 3. 2020, in: Festschrift für Jürgen Lauer zum 65. Geburtstag, 2021, S. 337 ff.; *Felix Andreas Kiefner*, Ersatz fiktiver Schäden im Kaufrecht?!, Jura 2021, S. 1082 ff.

よって損害概念の理解を変える（請負と売買で異なる損害概念の理解を採る）という考え方に立っていない限り――クニューテルは、請負だけでなく売買においても、瑕疵除去費用が実際に支出されてはじめて損害が生じるという理由から、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するものと推測される。

イ）メッシュの見解

実際、純粋金銭賠償構成の立場から、請負・売買賠償否定説を採ることを明言する論者も存在する。それが、メッシュ（*Gerald Mäsch*）である[59]。

a）紹介

メッシュは、請負・売買賠償否定説の根拠を改正BGB281条4項に求める。すなわち、請負と売買のいずれにおいても、改正BGB281条4項により、（債権者が小さな損害賠償を請求した時点で）履行（追完）請求ができなくなる。ここで、仮に249条1項の自然的原状回復（履行状態実現）として債務者に対する瑕疵除去の請求を認めると、履行（追完）請求を認めたのと同じことになってしまう。したがって、小さな損害賠償においては、249条1項の自然的原状回復（履行状態実現）は認められず、その自然的原状回復を基礎とする249条2項の原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）も認められない。そのため、小さな損害賠償請求権は、最初から、251条の金銭による賠償に向けられる。ここでは、「差額説」が適用される。これによると、債権者が（第三者に）瑕疵を除去してもらっていない場合には、瑕疵除去費用の金額分の財産減少、つまりその金額分の損害がないことになる。そのため、請負・売買においては、仮定的瑕疵除去費用の賠償は認められず、減価分の賠償が認められるにとどまるとされる[60]。

---

[59] 同様の見解として、*Maximilian Lotz*, Die Ersatzfähigkeit „fiktiver Mängelbeseitigungskosten“ im Rahmen des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung im Werk- und Kaufrecht, JuS 2019, S. 750 ff.; *Benedikt Walesch/Marem-Lisa Athie*, Schadensersatz wegen Verletzung einer Primärpflicht im Werkvertragsrecht – Eine vom Vertragstyp überlagerte schadensrechtliche Besonderheit?, NZBau 2020, S. 138 f., 141.

[60] *Gerald Mäsch*, Schuldrecht BT: Differenzhypothese statt fiktiver

これに対して、不法行為責任（物損事例）においては、改正BGB281条4項の適用がなく、249条2項1文が適用されるので、修補のために「必要な」金額の請求が可能である。そして、「必要な」金額という同項1文の文言および売上税に関する同項2文の反対解釈から、仮定的修補費用の賠償は認められるとされる[61]。

b）評価

こうしたメッシュの見解は、純粋金銭賠償構成の立場から仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定を導く点において、クニューテルと共通している。

もっとも、クニューテルにはみられない特徴として、メッシュは、純粋金銭賠償の根拠を改正BGB281条4項に求めている[62]。その結果、――クニューテルが、不法行為法にお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たのに対して――メッシュにおいては、純粋金銭賠償構成（ひいては仮定的賠償の否定）の妥当範囲は契約責任法（給付に代わる損害賠償）に限られることとなっている。

2）履行状態実現費用賠償構成

次に、履行状態実現費用賠償構成の立場から請負・売買賠償否定説を採る（とみられる）論者をみていく。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、契約責任法と不法行為法の別を問わず、損害賠償法全体にわたって処分自由論を否定すべきであるという考え方を採るのが、すでに取り上げたピッカーである。すなわち、ピッカーは、原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償も含む）という賠償方法を観念したうえで、その原状回復費用賠償においては、現実的利益を実際に実現するという原状

Mängelbeseitigungskosten – Schadensersatz wegen Mängeln an den im Außenbereich eines Einfamilienhauses verlegten Natursteinplatten, JuS 2018, S. 908 f.; *ders.*, Schuldrecht BT: Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Kaufrecht, JuS 2021, S. 793 ff.

[61] *Mäsch*, a.a.O. (Fn. 60) JuS 2018, S. 909.

[62] このような考え方は、*Lotz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 750; *Walesch/Athie*, a.a.O. (Fn. 59), S. 138にもみられる。なお、改正BGB281条4項を根拠に249条2項の適用を否定する考え方に説得力がないことについては、すでに述べたとおりである。

回復（履行状態実現も含む）の目的に適合する限度でのみ、つまり、事実的原状回復費用の賠償(事実的履行状態実現費用の賠償も含む)に限って賠償が認められるべきであるという考え方を採っていた。こうした考え方からすると、――ピッカー自身が仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題として明示的に論じているのは請負の場合に限定されているものの――ピッカーは、売買についても、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する立場に立っているものと推測される（なお、ピッカーの後も、損害賠償法全体にわたって処分自由論を否定すべきであるという立場に立つとみられる論者は現れている[63]ものの、以上のようなピッカーの「考え方」――原状回復の目的を考慮して仮定的賠償の全面的否定を導くという考え方――を明確に引き継いでいるといえる論者は、管見の限りは現れていない)。

イ）処分自由論部分的否定説

ａ）ハルフマイヤーの見解

これに対して、契約責任法においてのみ処分自由論を否定すべきであるという考え方を採るとみられるのが、すでに取り上げたハルフマイヤーである。すでに述べたとおり、ハルフマイヤーは、原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償も含む）では現実的利益を実際に実現するという原状回復（履行状態実現も含む）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みることができる。そのうえで、ハルフマイヤーは、請負事例と不法行為事例の間に、現実的利益（の内容）に対する賠償権者（債権者ないし被害者）の意思的関与の有無という違いを見出し、例外的に不法行為事例については利益の再定義権限ひいては仮定的原状回復費用の賠償を認めるという考え方を採っていた。こうした考え方からすると、先にも述べたとおり、――ハルフマイヤー自身は売買については立場を明言していないものの――ハルフマイヤーは、請負に限らず、

[63] 例えば、*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.

売買も含めた契約責任全般について、処分自由を否定するものと推測される。

b）ヴァイスの見解

こうしたハルフマイヤーの見解を引き継いでいるとみられるのが、ヴァイス（*Alexander Weiss*）である[64]。

aa）紹介

ヴァイスも、ハルフマイヤーと同様、不法行為責任と契約責任で結論を分ける立場に立つ。すなわち、不法行為責任においては仮定的賠償を認めるのに対して、契約責任においては仮定的賠償を否定する（ヴァイスにおいては、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する際に請負・売買のいずれも念頭に置いていることが明確である）[65]。不法行為責任と契約責任で結論が分かれる理由としてヴァイスが挙げるもののうち、特に重要だと考えられるのは、以下の２つである。

第１の理由は、加害者ないし債務者との接触が生じた原因に違いがあるというものである。つまり、不法行為において、被害者と加害者が接触した原因は、加害者が違法行為をしたこと（のみ）にあるが、その違法行為によって、加害者に、被害者の損害賠償金の使い方について指示できる権限が生じるとすれば、それは不当である。これに対して、契約責任が問題となる場面においては、（当然のことながら、）債権者と債務者は契約を締結している。この契約の締結により、当事者は、自らの処分について給付関係の内部に拘束されると考えられる。これは、以下のような意味である。すなわち、給付関係においては、債権者は等価性利益（Äquivalenzinteresse）を有している。その等価性利益は、「財産」だけでなく、「債権者が債務者から約束されたものを取得する利益」も保護するものである。裏を返すと、等価性利益の侵害は、貸借対照表上の不利益を被った場合にのみ認められるものではなく、債務者が約束したものを引き渡さなかったというだけですでに認められる。後者の場合

---

[64] 同様ないし類似の見解として、*Julian Christmann*, Wann fiktive Herstellungskosten real oder nur Fiktion sind, JuS 2019, S. 846 f.

[65] *Alexander Weiss,* Fiktive und abstrakte Schadensberechnung in neuem Licht, NJW 2021, S. 1048 ff.

の給付に代わる損害賠償は、「給付義務ないし追完義務を論理的に延長したもの」である。このように、債権者は、「債務者から約束されたものを取得する利益」を基礎として賠償を請求することができる。しかし、他方で、この損害賠償請求においては、（債権者が債務者との合意によって設定した）「債務者から約束されたものを取得する利益」が限界をも画する。つまり、この利益が実現されるのは、（第三者を介した）給付ないし追完が実際に行われた場合に限られる以上、そうした給付ないし追完が行われない場合の仮定的賠償は認められないとされる[66]。

第２の理由は、契約責任においては、仮定的賠償は等価関係の破壊をもたらすというものである。つまり、等価関係が保たれるのは、目的物の現実の給付と金銭給付が対峙する場合か、目的物の客観的価値と金銭給付が対峙する場合に限られる。第三者を介した給付（ないし追完）の費用が賠償される場合のうち、給付（ないし追完）が実際に行われた場合は、前者にあたるので、等価関係が保たれる。これに対して、そうした給付（ないし追完）が行われない場合に給付（ないし追完）に要する費用の賠償を認めることは、もはや契約中に基礎を持たない特別な経済的項目の賠償を認めることになってしまうとされる[67]。

bb）評価

こうしたヴァイスの見解は、――ヴァイス自身はハルフマイヤーを引用していない[68]ものの――上記第１の理由をみる限り、ハルフマイヤーの考え方を引き継ぐものであると評価することができる[69]。

まず、損害論については、実質的にみれば履行状態実現費用賠償構成

---

[66] *Weiss*, a.a.O.（Fn. 65）, S. 1048 f., 1051.

[67] *Weiss*, a.a.O.（Fn. 65）, S. 1051.

[68] なお、ヴァイスはクリストマン（*Julian Christmann*）を引用している（*Weiss*, a.a.O.（Fn. 65）, S. 1049 Fn. 37, S. 1051 Fn. 60など）が、そのクリストマンはハルフマイヤーを引用しており（*Christmann*, a.a.O.（Fn. 64）, S. 847 Fn. 33）、少なくとも間接的にはハルフマイヤーがヴァイスに影響を与えていることが分かる。

[69] なお、ヴァイスの見解の特徴は、処分自由論の採否の問題を、現実履行（ないし自然的原状回復）と金銭賠償の間の優先関係の問題と関連づけながら論じる点にあるのだが、ここでは立ち入らない。

が採用されていると理解することができる。なぜなら、ヴァイスのいう「債務者から約束されたものを取得する利益」は、それが「財産」と対置されていることや、その利益の賠償が「給付義務ないし追完義務を論理的に延長したもの」であるとされていることを踏まえると、現実的利益を意味していると理解することができるからである[70]。

また、この「債務者から約束されたものを取得する利益」が損害賠償の限界を画するという考え方は、ピッカーが主張していた考え方、つまり、原状回復費用賠償（履行状態実現費用の賠償）では現実的利益を実際に実現するという原状回復（履行状態実現）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考え方と共通するものとみることができる。

そのうえで、ヴァイスは、不法行為責任と契約責任で結論が分かれる理由を賠償義務者との接触の原因の違い、具体的には賠償義務者との契約締結の有無に求め、債務者と契約を締結した債権者は、自らの処分について給付関係の内部に拘束されるとする。ここには、債権者は給付関係ないし等価性利益（ここでは特に「債務者から約束されたものを取得する利益」）を自らの意思で設定した以上、そこから離脱できないこととされても仕方がないという考え方をうかがうことができる。

このようにみると、ヴァイスの見解は多くの点でハルフマイヤーの考え方を引き継ぐものであると評価することができるだろう。

なお、第２の理由については、過剰賠償の回避という論拠と関連するため、その分析を行う箇所で改めて触れる。

（ｂ）請負・売買賠償肯定説（リーム）

次に、請負・売買のいずれにおいても賠償を肯定すべきだという立場をみていく。これによると、BGH 2020年３月決定の立場が支持される

[70] もっとも、ヴァイスは、別の論文では、通説と同じように、改正 BGB281条４項を根拠として給付に代わる損害賠償に対する249条２項の適用を否定している。しかし、そこでは、251条の金銭賠償の枠内で、「減価分」の賠償だけではなく、「債権者の契約上の地位」の保護を目的とした（実際に支出された）自己追完費用の賠償も認められるとされており、実質的には履行状態実現費用賠償構成に親和的な考え方が示されている（*Alexander Weiss*, Die Rechtsfolgenmechanik des Schadensersatzes statt der Leistung, NJOZ 2024, S. 354 ff.）。

ことになる。この立場を主張する代表的な論者としては、リームを挙げることができる[71]。

先にも述べたとおり、リームは、瑕疵除去費用の賠償を履行状態実現費用の賠償として位置づけたうえで、（不法行為法だけでなく）契約責任法においても処分自由を肯定する立場に立つ。処分自由を肯定すべき理由としては、249条２項２文の反対解釈という形式的理由のほか、実質的理由として、251条２項１文の適用により過剰賠償の危険に対処可能であることや、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できることなどが挙げられていた。

リームは、BGH 2020年３月決定および10月決定が出た後に、判例の展開も踏まえた新たな論文[72]を公表している。その論文における主張は、従来のリームの主張と基本的には変わらないが、その主張を支える論拠については一部補強がみられるため、以下、これをみていきたい。

リームは、BGH 2020年３月決定と同じように、まず論証の前半で、請負と売買で判断を統一する必要があることを基礎づけた後、論証の後半で、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要があることを基礎づけるというスタイルを採っている。

１）請負と売買で判断を統一する必要性

まず、リームは、請負と売買の間で、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する判断を統一する必要があると説く[73]。その主たる理由は、（BGH 2020年３月決定でも挙げられていた）以下の２点に求められて

---

[71] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 28 f., 32. 同様の見解として、*Peters*, a.a.O. (Fn. 34), S.340, 342; *Johannes Meier*, Fortgeschrittenenhausarbeit – Zivilrecht: Käuferwahlrecht und Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten im Kaufrecht, JuS 2020, S. 760; *Barbara Dauner-Lieb*, Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch!, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, 2020, S. 113 f.; *Seibel*, a.a.O. (Fn. 48), S. 81 ff.; *Stephan Lorenz*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 12. 3. 2021, JZ 2021, S. 631 f.; Staudinger, a.a.O. (Fn. 56), § 249 Rn. 230 (*-Höpfner*); *Erik Schlereth/Fritz Stenger*, Die fiktive Mängelbeseitigung – ein dogmatischer Kraftakt, r+s 2022, S. 382 ff.

[72] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 27.

[73] *Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 28 f.

いる[74]。

ア）過剰賠償の危険の同等性

第１に、第７民事部は、判例変更の射程を請負に限定する際に、請負における著しい過剰賠償の危険を論拠としていた。しかし、施工者から住居を購入する場合や売主が組立義務を負う場合を考えると、請負と売買の区別は非常に流動的なものとなりうる。こうしたことも踏まえると、過剰賠償の危険は請負と売買で変わらないと考えられる。

イ）債務法改正により売買契約法と請負契約法の内容が揃えられたこと

第２に、2002年債務法改正によって売買契約法と請負契約法の内容が基本的に同じものとされたので、小さな損害賠償の算定方法についても揃えるべきである[75]。

２）仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性

続いて、リームは、（請負・売買のいずれにおいても）仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めるべきであると説く[76]。その主たる理由は、以下の４点に求められている。

ア）過剰賠償の不存在――損害＝瑕疵自体説の採用

第１に、そもそも、仮定的瑕疵除去費用の賠償は（基本的には）過剰賠償にはあたらない。というのも、（請負事例に即して説明すると、）仮に注文者の損失（Einbuße）が、瑕疵による仕事の減価分のみにあるのだとすると、瑕疵除去費用がその減価分を超える場合には、仮定的瑕疵除去費用の賠償は過剰賠償になってしまう。しかし、注文者の損失は、減価分だけではなく、追完がされていないこと、つまり、仕事の実際の性状に瑕疵があるという点にも存する[77]。そして、注文者は、まさに瑕疵除去費用を用いることによってのみ、請負人が実現すべきであった性状を（第三者を介して）実現することができるのであるから、瑕疵除去費用は、性状に瑕疵があるというこの損失を適切に反映するものである。

---

[74] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 29.

[75] 同様の理由づけとして、*Seibel*, a.a.O.（Fn. 48）, S. 81 f.

[76] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 29, 32.

[77] 同様の理解として、*Peters*, a.a.O.（Fn. 34）, S. 340.

したがって、仮定的瑕疵除去費用の賠償は（基本的には）過剰賠償にはあたらない[78]。

このように、リームは、瑕疵自体が損害にあたるという立場を前提として、その損害を（現実に）除去する――つまり、本来は請負人によって実現されるべきであった利益を（現実に）実現する――ために必要な費用としての(仮定的)瑕疵除去費用の賠償を認めるという考え方を採っている。ここには、リームが採用する履行状態実現費用賠償構成の考え方がよく表れているということができる[79]。

イ）251条2項による過剰賠償の危険への対処可能性

第2に、個別の事例においては仮定的（または事実的）瑕疵除去費用の賠償によって過剰賠償の危険が生じることはあるが、これに対しては、251条2項により瑕疵除去費用の賠償を否定するという方法で対処することが可能である[80]。

ウ）先払のリスクの回避

第3に、（請負以外の契約類型において）仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すると、瑕疵を除去したい債権者は瑕疵除去費用を先に（債務者から費用分の金銭が支払われる前に）支出するというリスクを負うこととなるが、これは不当である。すなわち、まず、売買をはじめとする請負以外の契約類型においては、請負における改正BGB637条3項のような事前償還請求権を認める規定がない。また、仮に損害賠償の枠内で清算義務のある前払請求権（本稿でいう事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求権）を認めることができるのならば、請負以外の契約類型においても債権者は上記リスクを負わなくて済むが、そのような損害賠償を認めることは、「損害算定の体系（Systematik der Schadensabrechnung）[81]に

---

[78] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 29 f.

[79] リームの見解を支持し、明確に履行状態実現費用賠償構成を採用するものとして、*Dauner-Lieb*, a.a.O.（Fn. 71）, S. 112 f.; Staudinger, a.a.O.（Fn. 56）, § 249 Rn. 230 f.（-*Höpfner*）.

[80] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 30 f. 同様の理由づけとして、Staudinger, a.a.O.（Fn. 56）, § 249 Rn. 232（-*Höpfner*）. このほか、*Lorenz*, a.a.O.（Fn. 71）, S. 631も参照。

[81] ここでいう「損害算定の体系」の意味は、必ずしも明らかではない。リーム

対する重大な侵害」となる[82]。

エ）事前償還と給付に代わる損害賠償の役割分担

第4に、第7民事部は、もし請負において――清算義務がない点で事前償還のいわば上位互換といえる――仮定的瑕疵除去費用の賠償が認められるのならば、事前償還は実務上の意味を失ってしまうとする。しかし、このような見方は必然的なものではない。というのも、事前償還は、仮定的瑕疵除去費用の賠償とは異なり、請負人の帰責事由の有無にかかわらず認められるものであり――もっとも、この点が実務上あまり意味を持たないということは認めざるをえない――、この点において、事前償還のほうが注文者にとって有利だからである。

むしろ、請負における事前償還請求権の存在は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定すべき根拠となる。というのも、請負における給付に代わる損害賠償の独自の意義は、――請負人の帰責事由の分、厳格な要件が課される代わりに――仮定的瑕疵除去費用の賠償という事前償還を上回る法律効果が認められるという点にある。つまり、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すると、請負における給付に代わる損害賠償は大幅に意味を失ってしまうわけである[83]。

（ウ）分析

では、以上でみてきた、請負事例と売買事例の関係をめぐる判例・学説の議論を分析していこう。以下でも、これまでと同様、まずは損害論の視角からの分析を行い、その後、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠の分析を行う。

a　損害論の視角からの分析――議論の全体的な傾向

まず、損害論の視角からの分析を行う。損害論に関する個々の判例・学説の立場については、すでにそれぞれの箇所で分析を示したので、こ

においては、損害賠償金には使途の限定が付されない（清算義務がない）こと――そして、まさにその点に、損害賠償請求と費用償還請求の違いがあること――が、ほぼ所与の前提とされているのかもしれない（BGH 2020年3月決定のRn. 44も参照）。

[82] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 31. 同様に事実的瑕疵除去費用の事前賠償を否定するものとして、*Schlereth/Stenger*, a.a.O.（Fn. 71）, S. 383.

[83] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 26）, S. 32.

こでは、判例・学説の議論の全体的な傾向について簡単に述べることとしたい。

以上でみてきたところからも分かるように、請負と売買の関係をめぐる新たな判例の展開があった2020年以降、損害論に関する議論はさほど進展をみせていない。すなわち、まず、判例については、――損害論に関する判例の立場を推測するための手がかりはいくつか示されているものの――BGH自身が損害論について明確に立場を表明したり、従来の学説の議論にはない新たな視点を提示したりしているわけではない。また、学説についても、純粋金銭賠償構成と履行状態実現費用賠償構成の対立という従来からみられた構図が引き続きみられることは確認されたものの、そのいずれに優位性があるかといった点について議論の進展があったわけではない。さらに、後者の立場に立った場合には、原状回復（履行状態実現）の目的から処分自由を否定すべきであるという、それ自体としては非常に説得的なピッカーの指摘について、これをどのように評価し、（場合によっては）どのように対処・克服するのかという点[84]を論じる必要があるが、この点についても、ほとんど議論の進展がない。

このような状況が生じている原因としてまず考えられるのは、2020年以降は請負事例と売買事例の関係が議論の中心に据えられたという点である。つまり、請負と売買で結論を分けるべきかどうかという点――例えば、事前償還請求権の規定の有無をどのように評価すべきか、過剰賠償の危険について請負と売買の間に違いがあるとみるべきか、債務法改正の立法者意思をどのように理解すべきかといった点――に注目が集まった結果、必ずしも請負と売買の関係に直接的に結びつくわけではない損害論に対する関心が（以前よりもさらに）薄れてしまったと推測される。

しかし、損害論が軽視されている「より根本的な原因」は、おそらく、「給付に代わる損害賠償においては、改正BGB281条4項によって直接

[84] この点は、厳密には、損害論そのものというよりも、次項で扱う「仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠」の問題であるが、便宜上ここで触れておく。

的履行状態実現（249条１項）が否定されるため、それに伴って履行状態実現費用の賠償（249条２項１文・250条）も否定される」という形式論[85]が通説化してしまっていることにあると考えられる。すなわち、本来、BGBには、249条以下に責任内容論に関する詳細な規定が置かれ、そこには原状回復費用賠償と純粋金銭賠償の二元構造も規定されていることから、責任内容論を損害論（ないし利益論）の視角から考察する契機が十分に存在しているはずである。実際、不法行為法においては、仮定的原状回復費用の賠償の可否について、従来から、249条以下の二元構造を踏まえた議論が展開されている[86]。契約責任法（給付に代わる損害賠償）においても、上記のような説得力を欠いた形式論によって最初から249条２項１文の適用を排除するのではなく、履行状態実現費用の賠償という賠償方法と純粋金銭賠償構成という賠償方法を並置するという発想がありうることを認識したうえで、契約責任法において本当にそのような発想を採るべきかどうかを実質的な観点から――場合によっては不法行為法における膨大な議論の蓄積も参照しながら――検討していくという議論のあり方が望ましいというべきであろう。

b　仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠の分析

以上のとおり、請負事例と売買事例の関係をめぐる議論は、損害論の観点からはあまり実りのある議論とはいえないものであった。とはいえ、

[85] こうした形式論――給付に代わる損害賠償には251条のみが適用されるという見解――を貫徹するならば、純粋金銭賠償構成の立場から仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定するという方向に向かうことになるだろう。実際、そのような論者としてメッシュを紹介したところである。しかし、このような考え方を採る論者は、――249条２項適用否定説自体は通説であるにもかかわらず――実はそれほど多くはない（前掲注(62)を参照。多くの論者は、給付に代わる損害賠償の責任内容を考察するにあたっては、251条も含めた249条以下の規定全体を重視していないとみられる）。その原因は必ずしも明らかではないが、249条２項適用否定説を支える形式論が、損害論ひいては仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否についての実質的な態度決定に結びついてしまうことを避けようとする傾向がみられるのかもしれない。

[86] 日本での紹介として、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）67頁以下。

この議論を通じて、請負・売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる論拠は数多く示されてきた。――請負事例と売買事例の関係も含めて――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について最終的に結論を出すためには、こうした論拠の相互関係を的確に把握したうえで[87]、個々の論拠の当否や重みづけについて丁寧に検討していく必要があるだろう[88]。もっとも、検討すべき論拠の多さや、この問題の理論的な広がり――請負事例や売買事例だけでなく、賃貸借[89]をはじめとする他の契約類型や、不法行為事例[90]においても同種の問題が存在する――を踏まえ

[87] 本稿では、すでに、2020年以降の新たな判例について、ごく簡単にではあるがこの作業を行った。

[88] なお、純粋金銭賠償構成に立った場合には、損害論の段階で仮定的瑕疵除去費用の賠償の否定という結論が出ることになるため、理論的には、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関わる様々な論拠についてあえて検討する必要はないことになる。しかし、その場合でも、賠償を否定することの必要性や許容性を基礎づける論拠は、賠償を否定すべき補完的な理由にはなりうる。実際、純粋金銭賠償構成に立つ論者の多くは、そうした補完的な理由を挙げている（例えば、*Christian Knütel*, Wider die Ersatzfähigkeit „fiktiver" Mängelbeseitigungskosten, BauR 2004, S. 594は、改正 BGB637条３項の前払請求権の存在により、注文者が請負人の倒産リスクを負わなくてよい旨を指摘している）。

[89] BGH 第８民事部は、建物の賃貸借契約の終了後に賃借人が美観修復（Schönheitsreparatur）および設置した物の撤去（Rückbau）を行わなかったという事案において、仮に賃貸人がそれらの措置を行うとすれば要するであろう費用の賠償を肯定し、請負に関する BGH 第７民事部の判例変更（BGH 2018年判決）後も従来の判例法理を維持することを明らかにした（また、当該事案では賃借物が毀損されていたため、仮定的修補費用の賠償も肯定した）。その理由は、BGH 2018年判決において示された考慮がもっぱら「請負契約法の特殊性」に基づくものであり、こうした賃貸借の場面には及ばないという点に求められている（BGH, NJW-RR 2023, 991=MDR 2023, 901=NZM 2023, 498 Rn. 23 ff.）。

[90] BGH 第６民事部は、請負に関する BGH 第７民事部の判例変更（BGH 2018年判決）後も、当該判決に特に触れることなく、不法行為事例（物損事例）における被害者の処分自由を肯定する（仮定的修補費用の賠償を肯定する）従来の判例法理を維持している（BGH, NJW 2019, 852 Rn. 6; BGH, NJW 2020, 236 Rn. 9など）。

ると、本稿でこの問題について本格的な検討を行う余裕はない。また、本稿は、あくまで損害論を分析視角とした責任内容論の理論枠組みを獲得することを目的とするものであって、責任内容論に属する諸論点について、損害論以外の考慮要素も吟味したうえで最終的な結論を出すことを目的とするものではない。そこで、本格的な検討は別の機会に委ねることとし、以下では、請負と売買の関係を考察するうえで特に重要であると考えられる２つの論拠――先払に伴う負担・リスクからの解放と、過剰賠償の回避――に絞って、簡単な分析を示すにとどめることとしたい。

（ａ）賠償を肯定する必要性を基礎づける論拠――先払に伴う負担・リスクからの解放

まず、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する必要性を基礎づける論拠として、先払に伴う負担・リスクを債権者に負わせるべきではないという論拠について分析していく。

１）各契約類型における分析

ア）請負――事前償還請求が可能――仮定的瑕疵除去費用の賠償は不要

まず、請負については、事前償還請求権に関する規定――改正BGB637条３項――が存在する。そのため、――対建築家の場合のように瑕疵除去費用の事前償還を請求することができない場合を除いて――注文者は、事前償還請求に依拠すれば、先払を回避することができる。したがって、少なくとも先払の負担・リスクという観点からみると、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めることは不要であるということになる。

BGH 2020年10月決定（論拠㋕・Rn. 67, 69）は、まさにこのような理由を挙げて請負における賠償否定説を導いていた。

逆に、請負において賠償肯定説に立つ場合には、先払リスクからの解放という論拠には依拠できないため、別の論拠を挙げる必要がある。実際、請負（および売買）について賠償肯定説に立つリームは、別の論拠として、事前償還と給付に代わる損害賠償の役割分担や、事件処理の効率化に関する論拠を挙げていた[91]。

[91] 以上のような整理に対しては、１点留保を付しておく必要がある。という

イ）売買

次に、売買については、事前償還請求の規定がない。もっとも、「費用償還」としての事前償還請求は認められないとしても、「損害賠償」の枠内で事実的瑕疵除去費用の事前賠償請求――これによると、買主は、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、仮定的瑕疵除去費用の賠償の場合とは異なり、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（したがって、買主が瑕疵除去を行わなかった場合や、瑕疵除去を行ったものの前払金が余った場合には、清算義務が生じる）――を認めることができるのではないかという点[92]に争いがあり、この点に関する立場の違いが、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償の要否（ひいては可否）に関する立場の違いにつながっている。

a）事前賠償否定説――仮定的瑕疵除去費用の賠償の必要性

まず、事前賠償を否定する見解がある。これによると、少なくとも先払の負担・リスクという観点からは、売買における仮定的瑕疵除去費用

のも、学説の中には、改正 BGB637条の費用償還請求権は追完請求権の存続を前提とするものであるなどの理由から、注文者がいったん小さな損害賠償を請求した後は、改正 BGB281条 4 項により費用償還請求（事前償還請求も含む）が不可能になるとする見解があるからである（例えば、*Lotz*, a.a.O.（Fn. 59）, S. 752; *Walesch/Athie*, a.a.O.（Fn. 59）, S. 140; *Lorenz*, a.a.O.（Fn. 71）, S. 630; *Schlereth/Stenger*, a.a.O.（Fn. 71）, S. 382 f.）。こうした見解を前提とすると、（売買だけでなく）請負においても、先払の負担・リスクという観点から仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要性を基礎づける可能性が出てくることになる。

これに対して、BGH（第 7 民事部）は、注文者がいったん小さな損害賠償を請求した後でも、改正 BGB637条 3 項の事前償還請求は可能であるという立場に立っている（BGH 2018年判決の Rn. 49を参照。本稿では紹介を省略したが、同判決は、Rn. 50 ff. でこの点について詳細な理由づけを行っている）。

このように、（請負における）仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について最終的な結論を出すためには、改正 BGB281条 4 項によって費用償還請求権が消滅するかどうかという論点についても検討する必要がある。

[92] この点は、請負をはじめとする売買以外の契約類型においても問題となりうるが、以下ではさしあたり売買の場面を対象として論述する。

の賠償を認める必要があるということになる。判例としては、BGH 2020年３月決定（論拠⑧）およびBGH 2021年３月判決（Rn. 21）[93]、学説としては、例えばリームがこうした考え方に立っていた。また、このように事前賠償を否定しつつ、先払の負担・リスクという観点での請負と売買の違いを強調していくと、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について請負と売買の結論を分けるという考え方にも至りうる（BGH 2020年10月決定・2021年３月判決）。

ｂ）事前賠償肯定説――仮定的瑕疵除去費用の賠償の不要性

これに対して、事前賠償を肯定する見解がある。例えば、ピッカーがこの見解を採っていた[94]。これによると、事前賠償によって先払を回避できるので、少なくとも先払の負担・リスクという観点からは、売買における仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要はないということになる[95]。

２）議論のまとめ

以上の整理からは、以下のことが明らかとなる。

ア）前提――先払に伴う負担・リスクを債権者に負わせるべきではないという価値判断の共有

まず、先払に伴う負担・リスク――とりわけ、債権者が先払した後に債務者が倒産し、瑕疵除去費用を回収できなくなるリスク――を債権者に負わせるべきではないという価値判断自体は、（請負や売買における）仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する立場のみならず、否定する立場からも受け入れられている。例えば、BGH 2020年10月決定は、注文者は事前償還請求が可能であるため先払をせずに済むという理由を挙げて賠償否定説を導いていたのであり、上記価値判断自体を否定していたわけ

---

[93] なお、BGH 2020年10月決定の立場については、前掲注（36）を参照。

[94] 第２章第２節１（２）イ（イ）を参照。このほか、クニューテルとハルフマイヤーも、（請負についてではあるが）この見解を採っていた。また、*Lotz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 752 f.; *Mäsch*, a.a.O. (Fn. 60) JuS 2021, S. 794; *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 49), S. 945 f. も、この見解を採る。

[95] *Mäsch*, a.a.O. (Fn. 60) JuS 2021, S. 794; *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 49), S. 946.

ではなかった。また、ピッカーが事前賠償を認めていたのも、まさに上記価値判断を理由とするものであった[96]。

イ）対立点――事実的瑕疵除去費用の事前賠償の可否

むしろ、立場の分かれ目は、損害賠償の枠内で事実的瑕疵除去費用の事前賠償を認めるかどうかという点にあり、この点に関する立場の違いが、売買において仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める必要があるかどうか（ひいては、結論として認めるかどうか）に関する立場の違いにつながっている。そのため、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否について最終的な結論を出すためには、事実的瑕疵除去費用の事前賠償の可否という前提問題について検討を深める必要がある[97]。

---

[96] 第２章第２節１（２）イ（イ）ｂ（ｂ）１）ア）を参照。

[97] この点を早くから指摘していたものとして、*Rolf Kniffka/Wolfgang Koeble* (Hrsg.), Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 2014, 6. Teil Rn. 253 (-*Rolf Kniffka*).

従来のドイツの議論では、事前賠償否定説の論拠として、「一般給付障害法の基礎にある解釈学的構想」(BGH 2020年３月決定)、「損害算定の体系」(リーム）といった、必ずしもその含意が明確とはいえない論拠のほか、(仮定的瑕疵除去費用の賠償までは認めず）事実的瑕疵除去費用の事前賠償を認めるにとどまった場合、事後的な清算が必要となり、それが新たな紛争の種ともなりかねないことから、損害賠償が有する実務上の利点が失われてしまうといった論拠（*Weyer*, a.a.O. (Fn. 21), S. 270）が挙げられている。これに対して、事前賠償肯定説の論拠としては、仮に債務者が契約に従った履行をしていれば債権者は先払に伴うリスクを負わずに済んだ以上、債権者にはそうしたリスクを負わせるべきではないという論拠が挙げられている（Ｃｌａｕｓ　Ｈａｌｆｍｅｉｅｒ, Grundstrukturen des bauvertraglichen Schadensersatzes, BauR 2013, S. 324; *Ulrike Picker*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 2. 2018, JZ 2018, S. 679; *Lotz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 752; *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 49), S. 945 f.)。

では、本稿の分析視角である損害論の観点からは、事前賠償の可否についてどのように考えることになるか。以下、若干の見通しを示す（なお、念のため述べておくと、本稿は、必ずしも損害論の観点だけで事前賠償の可否に関する結論が決まると考えているわけではない)。

まず、履行状態実現費用賠償構成に立った場合について検討する。そもそも、履行状態実現費用の賠償は、(債権者の履行状態実現措置を通じて、)「債務が

（b）賠償を否定する必要性を基礎づける論拠――過剰賠償の回避

次に、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する必要性を基礎づける論拠

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目的とするものである。ここで、「債務が履行されたとすれば存在するであろう状態」とは、――（代金・報酬等の対価を除けば）特に債権者側の「負担」なく――瑕疵のない給付を取得した状態のことである。履行状態実現費用の賠償は、そうした状態を実現するために必要な限りで、債権者が債務者に「負担」を転嫁することを認めるものであると考えることができる。そうした「負担」としては、まず、履行状態実現費用（ここでは瑕疵除去費用）そのものを挙げることができる。しかし、このような履行状態実現費用の賠償の目的を貫くのであれば、費用そのものだけでなく、債権者が費用を先払することに伴う「負担」――とりわけ、債務者の無資力リスク――についても、債権者が本来負うはずのなかったものである以上、債務者への転嫁を認めるべきだと考えられる（長野・前掲注（86）94頁も、不法行為法における「権利回復説」（連載第２回の注（167）を参照）との関係で概ね同旨を指摘する）。なお、債権者を先払に伴う「負担」から解放するためには、事実的瑕疵除去費用の事前賠償を認めればそれで十分であり、仮定的瑕疵除去費用の賠償を認める――つまり、債権者に処分自由を認める（清算義務から解放する）――ことまでは不要（過剰）である（この点を指摘するものとして、*Schiemann*, a.a.O.（Fn. 49）, S. 946）。

以上のように、履行状態実現費用賠償構成に立った場合には、事前賠償を認める方向に向かうのが自然であるように思われる。ピッカーやハルフマイヤーの見解は、まさにこうした考え方を採るものとして理解することができる。他方で、リームが事前賠償否定説を採っていることについては、単に損害論の観点だけを考えると説明が難しい。

これに対して、純粋金銭賠償構成に立った場合、瑕疵除去費用がまだ実際に支出されていない段階では財産の減少がないわけであるから、事前賠償を正当化するのは困難であるように思われる（長野・前掲注（86）67頁・94頁も、不法行為法における「現実的支出説」（連載第２回の注（167）を参照）との関係で概ね同旨を指摘する）。したがって、クニューテルやメッシュなどが事前賠償肯定説を採っていることについては、理論的一貫性の観点から疑問がある。他方で、*Walesch/Athie*, a.a.O.（Fn. 59）, S. 140は、純粋金銭賠償構成の立場から事前賠償否定説を採っており、この限りで一貫している。

事前賠償の可否を検討するにあたっては、こうした損害論との関係も含めた実質的な検討が必要となろう。

として、著しい過剰賠償を回避するためには仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する必要があるという論拠について分析していく。

先にも述べたとおり、「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ず、それゆえ、「過剰賠償」の意味は論者（ないし判例）によって異なりうる。したがって、過剰賠償の回避という論拠の当否や射程を検討するためには、まず、各論者（ないし判例）がどのような意味で「過剰賠償」という用語を用いているのかを明らかにしなければならない。

以上でみてきた議論において、「過剰賠償」は、少なくとも以下の3つの異なる意味で用いられている。

1）過剰賠償＝費用額が減価分を少しでも超過した場合

第1に、仮定的瑕疵除去費用の額が減価分を少しでも超過すれば「過剰賠償」にあたるとされることがある。例えば、クニューテルやピッカーは、この意味での「過剰賠償」の不当性を指摘して、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定していた[98]。もっとも、これらの論者において、「過剰賠償」は、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する「論拠」になっているというよりも、むしろ、仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定する――瑕疵除去が行われない限り減価分の賠償のみを認める――ことの「帰結」として導かれる評価にすぎないとみるべきであろう（仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべき「論拠」は、クニューテルにおいては純粋金銭賠償構成の採用、ピッカーにおいては原状回復の目的との整合性という別の点にあるとみるべきである）[99]。

2）過剰賠償＝費用額が減価分を明らかに超過した場合

[98] 第2章第2節1（2）イ（イ）を参照。

[99] なお、仮定的瑕疵除去費用の賠償を肯定する立場から、「過剰賠償」とは存在しない損害を賠償するものであるという理解を前提として、「瑕疵自体が損害にあたるため、（減価分を超過する）仮定的瑕疵除去費用の賠償がされても過剰賠償にはならない」という主張がされることがある（BGH 2020年3月決定の論拠⑨、リーム）。こうした主張においても、この第1の意味での「過剰賠償」が（反論の対象として）前提とされているとみることができる。

第２に、仮定的瑕疵除去費用の額が減価分を明らかに超過したことをもって「過剰賠償」にあたると評価されることがある。「過剰賠償」をこの意味で用いていたのは、賠償否定説ではなくむしろ賠償肯定説のほうである。具体的には、リームが、「過剰賠償」には251条２項の適用により対処可能であると説く際に念頭に置いていたのが、この意味での「過剰賠償」であった[100]。

３）過剰賠償＝費用額が報酬額を明らかに超過した場合

第３に、仮定的瑕疵除去費用の額が報酬額（ないし代金額）を明らかに超過したことをもって過剰賠償にあたると評価されることがある。これは、もともとはBGH 2018年判決にみられた理解であるが、その後、BGH 2020年10月決定（および2021年３月決定）においてもこうした理解が前提とされていた。とりわけ、BGH 2020年10月決定では、請負と売買で過剰賠償の危険に違いがあるかどうかが問題となっていたことから、BGH 2018年判決におけるよりも「過剰賠償」の意味が明確化されていた[101]。これによると、報酬額を（大幅に）超える瑕疵除去費用の賠償を受けることそのものというよりも、注文者がその費用を瑕疵除去に用いずに、瑕疵ある仕事を保持することによって、「報酬額」と引換えに「瑕疵ある仕事＋報酬額を（大幅に）超える瑕疵除去費用額」を取得できてしまうこと――要するに、経済的にみれば（報酬分を控除すれば）、注文者が「瑕疵ある仕事＋報酬超過分の金額」を一方的に取得できてしまうこと――が問題視されていた。

この意味における「過剰賠償」は、費用額があまりにも大きいことを問題視する点においては上記第２の意味における「過剰賠償」と類似するともいえるが、両者は、その基礎にある考え方や適用場面において、

[100] 第２章第２節１（２）イ（イ）ｂ（ｂ）２）を参照。

[101] なお、BGH 2018年判決の段階では、「過剰賠償」の意味として上記第１の意味を想定しているようにみえる箇所もあり、「過剰賠償」の意味が一義的ではなかったが、BGH 2020年10月決定においては、もっぱら第３の意味において「過剰賠償」が用いられており、BGH 2018年判決でみられた「過剰賠償」の多義性は解消されている。

大きく異なるものであると考えられる。

まず、上記第２の意味における「過剰賠償」は、瑕疵によって債権者が被った不利益――裏を返せば、瑕疵除去によって債権者が得られる利益――と、瑕疵除去費用額の間に不均衡がある場合を指すものとみることができる。この意味での不均衡は、――後に取り上げる議論を先取りする形になるが――251条２項１文の準用による瑕疵除去費用の賠償の制限法理が想定している費用の不均衡と同じものである（だからこそ、リームはこの意味での「過剰賠償」については251条２項により対処可能であると説いているわけである）。この意味での不均衡がある場合に瑕疵除去費用の賠償が否定されるべき理由は、251条２項１文をめぐる議論においては、「瑕疵除去によって実現される債権者の利益[102]との関係で不均衡な費用を債務者に負担させることは権利濫用にあたる」という考え方に求められている（この点についても、後述する）。したがって、第２の意味における「過剰賠償」は、「権利濫用」の考え方に基づくものであると理解することができる。

このような意味での「過剰賠償」は、債権者が受けとった費用を実際に瑕疵除去のために用いた場合にも問題となりうるものである。また、こうした「権利濫用」の考え方は、契約責任の場面だけでなく、不法行為の場面――例えば、物の毀損における修補費用の賠償の場面――にも妥当しうると考えられる。

これに対して、BGHが前提としている第３の意味における「過剰賠償」は、債権者（注文者・買主）が債務者（請負人・売主）から（最終的に）[103]取得する利益と、債務者が債権者から取得する利益の間の不均衡を問題にするものである。したがって、この第３の意味における「過剰賠償」は、「等価関係の破壊」という観点から理解すべきものである

[102] なお、後述するように、251条２項１文の準用において費用額と比較される債権者の利益は、厳密には（価値利益ではなく）現実的利益であるため、必ずしも減価分に対応するとは限らない（リームも、2021年の新たな論文ではこの点に明示的に言及している。*Riehm*, a.a.O. (Fn. 26), S. 30 f. を参照）のだが、ここでは措いておく。

[103]「最終的に」と付記した意味については、すぐ後で触れる。

と考えられる。この点において、BGHのいう「過剰賠償」は、ヴァイスが仮定的瑕疵除去費用の賠償を否定すべき第２の理由として挙げていた「等価関係の破壊」と共通の考え方に基づくものとみることができる[104]。

こうした「等価関係の破壊」は、対価関係に立つ給付と反対給付の存在を前提とするものであるから、不法行為の場面には妥当しないと考えられる（実際、ヴァイスは、不法行為の場面では仮定的賠償を肯定する立場に立っていた）。また、BGH（およびヴァイス）の考え方は、あくまで債権者が「最終的に」取得した利益を踏まえて――つまり、債権者が債務者から受けとった費用を瑕疵除去のために用いたかどうかも踏まえて――、「過剰賠償」（等価関係の破壊）の有無を判断するというものである。そのため、債権者が費用を用いて実際に瑕疵除去を行った場合には、――「報酬額（ないし代金額）」と引換えに「瑕疵のない目的物」を取得したにすぎないことから――「過剰賠償」とは評価されないと考えられる。BGH 2020年10月決定と2021年３月判決の間で、請負と売買における「過剰賠償」の危険についての判断、ひいては仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否に関する判断が分かれた理由も、まさにこの点にあった（請負と売買では、給付内容について独自の合意がされることが多いかどうか、つまり、債権者が瑕疵を抱えたまま生活できる場合が多いかどうかという点に違いがあると判断され、この点が、「過剰賠償」の危険について判断が分かれた理由となっていた）[105]。

---

[104] ただし、ヴァイスが、（減価分を超える）仮定的瑕疵除去費用の賠償を認めた時点で――つまり、契約で前提とされた等価関係から外れる利益を取得した時点で――等価関係の破壊を認めるのに対して、BGH は、仮定的瑕疵除去費用の額が報酬額を（明らかに）超過してはじめて等価関係の破壊を認めるものとみられ、この点には違いがある。

[105] なお、この第３の意味における「過剰賠償」については、第２の意味における「過剰賠償」と判断基準が異なる以上、251条２項１文の準用によっては対処できない場合が残ると考えられる。BGH 2020年10月決定が、売買と比べて請負においては不均衡性の基準が厳しく、瑕疵除去費用の賠償の制限が認められにくいことを指摘していたのも、このことを踏まえると理解しやすくなる。

（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

以上、一般債務不履行の場面における責任内容論と、瑕疵担保の場面における責任内容論を順に検討してきた。以下では、この２つの場面をめぐる議論の接合を試みる。これにより、ドイツ法の検討から結局どのような損害概念を析出することができたのかという点と、仮定的費用の賠償の可否に関して、両場面における議論がどのような関係に立っているのかという点を明らかにしたい。もっとも、ドイツでは、そもそも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がそれぞれ独立に取り上げられることが多く、２つの議論の接合などということはほとんど行われていない[106]。しかし、以下で示すように、この２つの議論は接合可能なものであるし、接合することにより契約責任法における責任内容論全体に有益な視点が提供されることになることから、本稿では、これを試みることとしたい（なお、念のため述べておくと、以下の記述は、日本法ではなくドイツ法を前提としたものである）。

ア　多元的損害把握の可能性――３種類の損害概念

結論から述べると、ドイツ法の検討からは、結局、３種類の損害概念が析出されたということができる。そこで、以下、これらの３種類の損害概念を順にみていきたい。なお、念のため確認しておくと、以下で述べようとしているのは、あくまで、ドイツの議論の中に３種類の損害概

[106] その原因は必ずしも明らかではないが、１つ考えられるのは、議論が活発に行われていた（行われている）時期が異なるという点である。すなわち、一般債務不履行の場面における「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐる議論は、非常に古い歴史を持つ。議論が活発に行われていたのはせいぜい20世紀までであり、21世紀に入ってからは、この問題を論じる論者は少なくなっている。これに対して、瑕疵担保の場面における仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否の問題は、BGH 2018年判決を契機として、つまり比較的最近になって活発に論じられるようになったものである。このように議論が活発に行われていた（行われている）時期が異なることにより、２つの議論を接合するという発想が出てきにくいこととなっている可能性があるわけである。

なお、すでに紹介したクニューテルやリームは、両場面を視野に入れたうえで一貫した理論を展開するごく少数の例外であるということができる。

念が見出されること、そして、そうした３種類の損害概念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」であることまでである。そのような考え方を採る「必要」があるかどうかという点――より具体的には、以下で挙げる第１の損害概念について、それを観念する立場と観念しない立場のいずれに優位性があるかという点――については、まだこの段階では明らかにならない。

（ア）損害＝現実給付の不取得

第１の損害概念は、現実給付（より厳密には、現実の給付結果[107]）の不取得である（この損害概念に対応する利益概念は、現実給付取得利益ないし現実の給付結果である）。

ａ　２つの側面

この損害概念は、２つの側面を持つ。

（ａ）本体喪失損害としての側面

１つは、――次にみる給付の客観的価値の喪失と共通の側面であるが――本体喪失損害としての側面である[108]。

（ｂ）現実的利益の喪失［履行状態実現費用の賠償］としての側面

もう１つは、現実的利益の喪失としての側面である。すなわち、この損害は、履行状態実現費用の賠償という方法により賠償される。これによると、債権者が履行状態実現措置――例えば、填補購入や瑕疵除去――を行うのに必要な費用を債務者が支払うという形で賠償が行われる。

---

[107] 本稿のいう「給付結果」とは、債務者の給付行為（自体）によって債権者が得る利益のことである。商品の売買におけるその商品や建物建築請負におけるその建物のように、給付目的物を観念することができる場合には、債権者がその給付目的物を取得すること（自体）によって得る利益が「給付結果」にあたる。

[108] なお、現実給付の不取得は、本体喪失損害――給付（ないしその客観的価値）を取得しなかったこと自体――と定義上は類似している。しかし、現実給付の不取得は、あくまで本体喪失損害に含まれる２種類の損害概念――現実給付の不取得と給付の客観的価値の喪失――のうちの１つであり、本体喪失損害と同一の概念ではない。両者の違いは、本文で次に述べるように、現実給付の不取得という損害概念には（価値利益の対立概念としての）現実的利益の喪失としての意味が込められているという点にある。

ここでは、直接的に債権者の利益を実現するのは債務者の損害賠償金の支払ではなく債権者の履行状態実現措置であり、そこで実現される利益は、価値利益ではなく現実的利益である。

b　具体例

この現実給付の不取得という損害概念の例としては、一般債務不履行責任における（事実的・仮定的[109]）填補購入費用の賠償の基礎にある損害概念と、瑕疵担保責任における（事実的・仮定的）瑕疵除去費用の賠償の基礎にある損害概念を挙げることができる。そして、（事実的・仮定的）填補購入費用や（事実的・仮定的）瑕疵除去費用は、現実給付の不取得という損害を金額に評価する際の算定資料として位置づけられることになる。

（イ）損害＝給付の客観的価値の喪失

第２の損害概念は、給付（より厳密には、給付結果）の客観的価値の喪失である（この損害概念に対応する利益概念は、給付の客観的価値である）。

a　２つの側面

この損害概念も、２つの側面を持つ。

（a）本体喪失損害としての側面

１つは、本体喪失損害としての側面である。すなわち、この損害概念は、債権者が給付の利用にかかわりなく、給付が行われること自体により取得したであろう利益（の喪失）、換言すれば、債権者の立場にあれば誰でも得ることのできる利益（の喪失）であるという性質を有する。「客観的価値」という概念に含まれる「客観」の要素は、ここに存する。こうした「客観的」価値の賠償を認める「必要」があることは、これまでも何度か述べたように、債権者による給付の利用態様を考慮することによって債務者が履行請求の場合よりも有利な地位に置かれるべきではないという考え方によって基礎づけられる。

（b）価値利益の喪失［純粋金銭賠償］としての側面

[109] もちろん、（仮定的填補購入費用の賠償や仮定的瑕疵除去費用の賠償といった）仮定的履行状態実現費用の賠償が認められるかどうか、つまり処分自由論の採否については、別途問題とされなければならない。

もう１つの側面は、「客観的価値」という概念に含まれる「価値」の要素に関わる。それは、価値利益の喪失としての側面である。すなわち、この損害は、――次にみる給付の利用利益の価値の喪失と同じく――純粋金銭賠償という方法により賠償される。これによると、債務者による損害賠償金の支払により、直接的に債権者の価値利益が実現される。ここでは、給付が行われたのと同じ状態が現実に実現されるわけではない。

ところで、一般債務不履行責任をめぐる議論においては、本体喪失損害の内部における仮定的填補購入費用と客観的価値の違いがあまり意識されておらず、それゆえに、本稿にとって両者の意味と位置づけが未解決の問題として残されていた。しかし、瑕疵担保責任をめぐる議論を検討することで、仮定的填補購入費用の賠償は履行状態実現費用の賠償として位置づけられ、現実給付取得利益の（仮定的な）実現を目的とするものである[110]のに対して、客観的価値の賠償は純粋金銭賠償として位置づけられ、価値利益の実現を目的とするものであるという違いがあることが明確になったといえる。

b　客観的価値の意味――当該債権者の利用にかかわりなく給付が有する価値

給付の客観的価値の喪失という損害概念が以上の２つの側面を持つことを踏まえて、改めて「客観的価値」の意味を確認しておくと、「客観的価値」は、「当該債権者の利用にかかわりなく給付が有する価値」を意味するものであるということができる。

c　具体例

この損害概念の例としては、一般債務不履行責任における目的物の客観的価値（の喪失）のほか、瑕疵担保責任における目的物の減価分を挙げることができる。

（ウ）損害＝給付の利用利益の価値の喪失

---

[110] ただし、処分自由論の採否の問題まで視野に入れた場合には、仮定的填補購入費用の賠償の意味と位置づけについて必ずしもこのようにいうことはできなくなる。というのも、そこでの考え方によっては、仮定的填補購入費用の賠償を、もはや現実給付取得利益の実現を目的としない賠償方法として位置づける可能性があるからである（連載第２回の注（158）を参照）。

第３の損害概念は、給付（より厳密には、給付結果）の利用利益の価値の喪失である（この損害概念に対応する利益概念は、給付の利用利益の価値である）。

ａ　２つの側面

この損害概念も、２つの側面を持つ。

（ａ）利用利益喪失損害としての側面

１つは、利用利益喪失損害としての側面である。すなわち、この損害概念は、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）であるという性質を有する。つまり、ここでは、当該債権者が給付を利用することによってはじめて生じる利益、換言すれば、当該債権者に固有の利益が問題となっているわけである[111]。

（ｂ）価値利益の喪失［純粋金銭賠償］としての側面

もう１つは、価値利益の喪失としての側面である。すなわち、この損害は、純粋金銭賠償という方法により賠償される[112]。

ｂ　具体例

この損害概念の例としては、一般債務不履行責任における転売利益（の喪失）や営業利益（の喪失）、転買主への損害賠償金の支払、瑕疵担保責任における、瑕疵ある物を売却したことに伴う減収分などを挙げるこ

---

[111] こうした性質を踏まえると、給付の利用利益の価値の喪失という損害概念については、給付の「主観的価値」（の喪失）として把握するという理解も成り立つ可能性があると考えられる。

[112] なお、利用利益喪失損害の賠償は、一見すると、現実的利益の賠償として位置づけることができるようにも思われる。すなわち、例えば転売利益の賠償や営業利益の賠償について考えてみると、これらの利益は、もともと金銭の形で得られる利益であるため、これらの利益の逸失に対する金銭での賠償は、現実の給付を取得すること（およびその給付を利用すること）により得られたであろう利益をそのままの形で実現するものであるとみることもできそうである。しかし、このように目的物が収益目的で利用される場合ではなく、自らの需要を満たす目的で利用される場合について考えてみると、その場合の利用利益の賠償――このような損害賠償を認めるべきかどうかはそれ自体として問題であるが、それは措くとして――は、価値利益の賠償でしかありえない。このようなことも考慮に入れると、利用利益喪失損害の賠償は価値利益の賠償として位置づけておくべきであろう。

とができる。

イ　仮定的費用の賠償の可否

続いて、仮定的費用――一般債務不履行責任における仮定的填補購入費用と瑕疵担保責任における仮定的瑕疵除去費用――の賠償の可否に関して、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がどのような関係に立っているのかという点を検討したい。

（ア）同一論者内部における不整合の不存在

まず確認しておくべきことは、両場面について論じる論者においては、（当然のことながら）両場面において一貫した理論が展開されており、不整合は存在しないということである。

例えば、リームは、一般債務不履行責任と瑕疵担保責任のいずれにおいても、処分自由論を肯定し、仮定的履行状態実現費用の賠償を認めていた。

ピッカーについては、――一般債務不履行責任の場面については瑕疵担保の場面ほど詳しく論じているわけではないため、その見解を紹介していなかったが――一般債務不履行責任においても仮定的填補購入費用の賠償を否定すべきことを主張しており[113]、この限りで一貫している。

クニューテルについては、一般債務不履行の場面において、「一般利益」が仮定的填補購入費用と客観的価値のいずれの意味において理解されているのかを確定することが困難であった。しかし、瑕疵担保の場面における彼の見解をみることにより、「一般利益」が客観的価値の意味で理解されていること、それゆえ、一般債務不履行責任における仮定的填補購入費用と瑕疵担保責任における仮定的瑕疵除去費用のいずれについても賠償が否定されていることが明らかとなった。このように、クニューテルについては、一般債務不履行の場面と瑕疵担保の場面で明示的に一貫した主張がされているというよりも、一貫性があるはずだという前提のもとで本稿が彼の見解の明らかではない部分を推測したのではあるが、その推測の正しさは、彼が事実的填補購入費用や事実的瑕疵除去費用の賠償を「特別利益」に位置づけていることにより裏づけられるので

[113] *Ulrike Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, 2003, S. 157 f. Fn. 145.

あった。

（イ）判例内部における整合性の有無

続いて、判例内部における整合性の有無を検討しておく。

a　本体喪失損害を承認するかどうかという点に関する整合性の有無

（a）一見、不整合があるようにみえること

一般債務不履行責任における判例は、転売利益限定説を採っていた。これによると、仮定的填補購入費用の賠償はもちろんのこと、そもそも本体喪失損害の賠償自体が認められない。しかし、これは、瑕疵担保責任における判例が減価分の賠償を認めている[114]ことと相容れない。そうすると、判例内部には、――仮定的費用の賠償の可否という点以前に――本体喪失損害を承認するかどうかという点において不整合があるということになりそうである。

（b）不整合があるとは断言できないこと

しかし、ここで注意しなければならないのは、一般債務不履行責任において転売利益限定説を採る判例は、20世紀前半のものが中心であるという点である[115]。しかも、転売利益以外の構成による「抽象的損害計算」の基礎づけが否定されていることを確認するうえで重要となる、転売利益の賠償が否定された例に絞ると、1920年代までに集中している[116]。そうすると、判例が一般債務不履行責任において転売利益限定説を現在に至るまで維持しているかどうかは必ずしも明らかではないということができる。

実際、J. W. フルーメは、2014年にBGHが下したある判決[117]をもって、判例は、市場価格ルールを適用していた19世紀の立場に回帰したと評している。

---

[114] なお、この減価分の賠償が「現有価値」の賠償としてではなく本体喪失損害の賠償として認められていることは、注文者が瑕疵ある物を売却した場合においても減価分によって算定することができるとされている（BGH 2018年判決の Rn. 29）ことから明らかとなる。

[115] 連載第1回の注（99）を参照。

[116] 連載第1回の注（102）・（107）を参照。

[117] BGH, NJW 2015, 548.

事案は、次のようなものであった。原告がインターネットオークションで中古車を１ユーロで落札したものの、出品者である被告が履行を拒絶した。原告は、当該中古車の価値は5,250ユーロであったとして、給付に代わる損害賠償として落札額との差額5,249ユーロの賠償を請求した。BGHは、被告の上告を棄却して、原告の請求を認めた原判決を維持した。

上告審での争点は、主として、給付（5,250ユーロの価値を有する中古車）と反対給付（原告が設定した最高入札額555.55ユーロ）に著しい不均衡があるために、売買契約が良俗違反（138条１項）により無効になるか、または原告に権利濫用（242条）が認められるのではないかという点であり、一般的にも、その点について――良俗違反も権利濫用も認められないという――判断を示した判例として（のみ）受け止められている[118]。

これに対して、フルーメは、非商人間での取引であり、かつ買主が填補購入を行っていない事案であるにもかかわらず、BGHが市場価格（と代金額の差額）による算定（すなわち「抽象的損害計算」）を認めたことに着目し、判例は市場価格ルールを適用していた19世紀の立場に回帰したと評しているのである[119]。もっとも、BGH自身がこの点について立ち入って論じたわけでもないため、現在の判例の立場をどのように理解すべきかについては、なお慎重な検討が必要であろう。しかし、少なくとも、本体喪失損害を承認するかどうかという点について、一般債務不履行責任と瑕疵担保責任の間で判例に不整合があると断言できる状況で

---

[118] *Astrid Stadler*, Pkw für 1 EUR: Ein rechtmäßiges eBay-Schnäppchen, JA 2015, S. 229 f. など。

[119] *Johannes W. Flume*, Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags – Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens, AcP 215 (2015), S. 282, 285 f.; *ders.*, Marktaustausch, 2019, S. 161. フルーメは、同種の事案で同様の判断を下した判決として、さらに、BGH, NJW 2015, 1009 Rn. 13; BGHZ 211, 331 Rn. 18=NJW 2017, 468を引用している。同じくこれらの判決を手がかりとしつつ、判例はもはや転売利益限定説を維持していないという理解を示唆するものとして、*Dauner-Lieb*, a.a.O. (Fn. 71), S. 106.

はなくなっているのは確かである[120]。

b　仮定的費用の賠償の可否という点に関する整合性の有無

仮に本体喪失損害を承認するかどうかという点について不整合がないとするならば、次に、仮定的費用の賠償の可否という点について一般債務不履行責任における判例と瑕疵担保責任における判例の間に不整合が存在するかどうかという点が、理論上は問題となる[121]。しかし、この点を明らかにすることは、実際上は不可能であり、かつ無意味でもある。というのも、一般債務不履行責任においては、瑕疵担保責任の場合とは異なり、客観的価値の賠償により、仮定的填補購入費用の賠償と（ほぼ）同じ[122]内容の責任が認められる。そのため、（仮定的填補購入費用の賠償の可否に関する立場を明示的に表明する判例が現れない限り、）判例が仮定的填補購入費用の賠償の可否についてどのような立場に立っているかを確定することはできないし、仮に確定できたとしてもそのことに

[120] なお、20世紀後半から2014年までの期間については、（数は少ないものの）転売利益限定説を採る判例が存在する（連載第１回の注（99）を参照）ほか、「事実的填補購入費用の推定」という構成により「抽象的損害計算」を基礎づける判例（連載第１回の注（107）を参照）が1997年と1998年に１件ずつ出ている。これらの判例をみる限り、表面的には、本体喪失損害を承認しない判例の立場は比較的最近まで維持されてきたとみることもできる。しかし、いずれも結論として「抽象的損害計算」を否定したものではない――それゆえ、本体喪失損害を承認しない立場に立つと断言できるものではない――こと、BGH が2014年の判決で特に理由を付さず本体喪失損害を承認する立場に親和的な判断を下したことを踏まえると、判例は、上記期間のいずれかの時点で、すでに暗黙のうちに本体喪失損害を承認する立場に切り替わっていたとみる余地もある。現在の判例の立場を明らかにするためには、こうした可能性も考慮に入れながら、20世紀後半以降の個々の判決をさらに精査していく必要があるだろう。

[121] つまり、「BGH 2020年10月決定および2021年３月判決で示された論拠に照らすと、BGH は仮定的填補購入費用の賠償の可否についてどのような立場に立つべきか」を論じることは、理論上は可能である。

[122]「ほぼ」という留保を付しているのは、厳密には、（調達市場価格ではなく）売却市場価格を客観的価値の評価基準とする立場がありうるからであるが、この問題については後に検討する。

実践的な意味は（ほぼ）認められない。

＊　本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。

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（2）

―― 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
4.2　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　国内判例における同性カップル　（以上74巻4・5・6合併号）
6　入管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　（以上本号）
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
12　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扱われるべきか
13　残された課題

6　入管法等における同性カップル

出入国管理及び難民認定法（以下、入管法とする）は、「わが国の外国人の受け入れに関する政策に基づいて、入国・在留を認める外国人を、在留活動の観点から類型化」して定めており[1]、入管法２条の２第１項[2]により、外国人は、在留資格がなければ他の法律に特別な規定があることを除き、本邦に在留することができないとされる。

入管法における上記の在留資格の定めにより、日本国内で同性カップルが生活を共にすることを望む場合、入管法及び他の法律により特別に定められた在留資格を外国籍の同性パートナーは有する必要がある。同性カップルの関係性が長期間に及べば及ぶほど、結びつきが強ければ強いほど、安定的な生活を維持していくことの重要性が高まり、継続的な在留を保障する在留資格の重要性は増す。そこで、以下では、入管法及び出入国在留管理庁（以下、入管とする）の実務における異性カップルと同性カップルの位置づけを確認することで、両者の異同を明らかにすることとする。

6.1　入管法等における異性カップル

入管法には、異性カップルを想定した在留資格が定められている。以下では、それらの概要を示し、入管法における異性カップルの位置づけ

---

[1] 多賀谷一照、髙宅茂『入管法大全―立法経緯・判例・実務運用―第２部　在留資格』（日本加除出版、2015年）１頁。

[2]（在留資格及び在留期間）
第二条の二　本邦に在留する外国人は、出入国管理及び難民認定法及び他の法律に特別の規定がある場合を除き、それぞれ、当該外国人に対する上陸許可若しくは当該外国人の取得に係る在留資格（高度専門職の在留資格にあつては別表第一の二の表の高度専門職の項の下欄に掲げる第一号イからハまで又は第二号の区分を含み、特定技能の在留資格にあつては同表の特定技能の項の下欄に掲げる第一号又は第二号の区分を含み、技能実習の在留資格にあつては同表の技能実習の項の下欄に掲げる第一号イ若しくはロ、第二号イ若しくはロ又は第三号イ若しくはロの区分を含む。以下同じ。）又はそれらの変更に係る在留資格をもつて在留するものとする。

を明確化する[3]。

6.1.1　外国籍を有する者同士の異性カップル

⑴　在留資格「永住者の配偶者等」

入管法別表２により、永住者等の配偶者又は永住者等の子として本邦で出生しその後引き続き本邦に在留している者には、在留資格「永住者の配偶者等」が与えられる。同在留資格における配偶者に該当するか否かの判断基準は、後述する在留資格「日本人の配偶者等」における配偶者と同様である。

⑵　在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」は、一定の在留資格を有して日本に在留する外国人の扶養家族を受け入れるために設けられたものである[4]。

入管法別表１の４は、「一の表、二の表又は三の表の上欄の在留資格（外交、公用、特定技能（二の表の特定技能の項の下欄第一号に係るものに限る。）、技能実習及び短期滞在を除く。）をもつて在留する者又はこの表の留学の在留資格をもつて在留する者の扶養を受ける配偶者又は子として行う日常的な活動」を行う者に対し、在留資格「家族滞在」を定めている。

「『扶養を受ける』にあたるためには、「扶養を受ける外国人の配偶者又は親が扶養する意思を有し、かつ、扶養することを可能な資金的（経済的）裏付けを有するもの」でなければならない扶養者が扶養の意思を有し、かつ、扶養することが可能な資金的裏付けを有すると認められることをいう」とされる[5]。

配偶者とは、「これらの在留資格を有する者と現に婚姻している外国

---

[3] 在留資格の分類については、山田鐐一・黒木忠正・髙宅茂 著『よくわかる入管法第４版』（有斐閣、2017年）85頁以下の分類を参考としている。

[4] 坂中英徳、齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第４版）』（日本加除出版、2012年）138頁。

[5] 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）552頁。

人であり、婚姻は法的に有効に成立している必要があり、内縁の配偶者は、配偶者とはされず[6]、パートナーである配偶者と離婚、死別した者は対象とされない。法的に有効な婚姻をしていても、「同居し、互いに協力し、扶助しあって社会通念上の夫婦の共同生活を営むという婚姻の実体」が必要とされる[7]。

また、「家族滞在」は原則として、その扶養者である配偶者が日本に在留する間に限って、日本に在留することが認められる在留資格である[8]。

よって、異性カップルの場合、婚姻が法的に有効であれば、在留資格「家族滞在」が認められ得る。

⑶ 在留資格「外交」「公用」

入管法別表第一は、「日本国政府が接受する外国政府の外交使節団若しくは領事機関の構成員、条約若しくは国際慣行により外交使節と同様の特権及び免除を受ける者又はこれらの者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動」として在留資格「外交」を設けている。

また同表において、「日本国政府の承認した外国政府若しくは国際機関の公務に従事する者又はその者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動」として「公用」の在留資格を設けている。

よって、異性パートナーの場合は、「同一の世帯に属する家族の構成員」として認められれば、在留資格「外交」「公用」が認められ得る。

⑷ 在留資格「特定活動」

法務大臣が個々の外国人について特に指定する活動である。該当例としては、外交官等の家事使用人、ワーキング・ホリデー、経済連携協定に基づく外国人看護師・介護福祉士候補者等がある。

特定活動の中には、18号「EPAインドネシア看護師家族」のように家族を対象としたもの、33号「高度専門職外国人の就労する配偶者」、

---

[6] 出入国管理法令研究会編著『入管関係法大全Ⅱ在留資格 立法経緯・判例・実務運用（第２版）』（日本加除出版、2021年）281頁。

[7] 山脇・前掲注５）553頁。

[8] 坂中英徳、齋藤利男・前掲注４）140頁。

のように配偶者等を対象としたものがある。

これらの活動に該当する場合、異性パートナーには、在留資格が認められる余地がある。

6.1.2　日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル

6.1.2.1　在留資格における異性パートナー

⑴　在留資格「日本人の配偶者等」

入管法別表２は、日本人の配偶者等を「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」と定義している。日本人の配偶者等の在留資格が定められている理由は、「配偶者である日本人との婚姻生活を本邦において営むために在留する外国人を受け入れるため」とされている[9]。

在留資格「日本人の配偶者等」中の日本人の配偶者に該当するためには、現に日本人と婚姻している必要がある。よって、たとえ日本人と婚姻したとしても、その後当該日本人と離婚したり、死別したりした場合は、日本人の配偶者等には含まれないとされている[10]。また、婚姻は、法的に有効に成立していることが必要であり、内縁の配偶者は日本人の配偶者には含まれないとされる[11]。また、「在留資格を設けた趣旨・目的からすると、ここにいう『日本人の配偶者』は、日本人と法律上婚姻関係にある外国人であって、夫婦としての同居・協力・扶助の活動を行って本邦に在留するものに限られる。その意味では、入管法上の『日本人の配偶者』の意義は、夫婦の身分関係・財産関係など私法関係を規律する民法上の配偶者の概念と必ずしも一致するものではない。」とされている[12]。さらに、最高裁平成14年10月17日判決（以下、最高裁平成14年判決とする）により[13]、婚姻が法的に有効に成立していることに加え、社会通念上の夫婦の共同生活を営んでいる婚姻の実体を伴った日本人の

---

[9] 出入国管理法令研究会編著・前掲注７）364頁。

[10] 同書365頁。

[11] 同上。

[12] 坂中英徳、齋藤利男・前掲注４）160頁。

[13] 最判平成14年10月17日民集56巻８号1823頁。

配偶者としての活動も要求されるとされる。また、最高裁平成14年判決は、在留資格「日本人の配偶者等」の意義について、「当該外国人が、日本人との間に、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むことを本質とする婚姻という特別な身分関係を有する者として本邦において活動しようとすることに基づくものと解される。」としている。

⑵ 在留資格「定住者」

「定住者」の在留資格は、特別な理由を考慮して居住を認めるのが相当である外国人を受け入れるために設けられたとされる[14]。入管法別表２は、「法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者」のための在留資格とする。

「定住者」には、定住者告示によってあらかじめ定める地位を有する者である告示定住と定住者告示によって定められた地位を有する者としての活動には当たらないが、定住者資格が認められる者である告示外定住に分類される。

定住者告示には、第三国定住による難民の受け入れ対象者や日系人に係る地位等が定められている。

異性パートナーの場合、定住者告示５号により、「日本人の配偶者等の在留資格をもって在留する者で日本人の子として出生したものの配偶者」、「日本人の子として出生した者の実子であって素行が善良であるものの配偶者」として在留資格が認めれられる余地がある。

6.1.2.2 入管実務における「日本人の配偶者」

⑴ 「入国・在留審査要領」

入管が策定した入国・在留の審査基準となる「入国・在留審査要領」（以下、審査要領とする）によると、法律上の婚姻関係の成立に加え、社会通念上の夫婦の共同生活を営むという婚姻の実体が伴っていることを要するとされている。そして、「社会通念上の夫婦の共同生活を営むといえるためには、合理的な理由がない限り、同居して生活しているこ

[14] 山脇・前掲注５）622頁。

とを要する。」とされている[15]。審査時には、当該婚姻が実体を伴うものであるか否かを判断するための提出資料として、①戸籍謄本、②住民票、③納税証明書、④身元保証書などの提出が求められる。ほかに、「配偶者の在職事実、配偶者の前妻又は前夫の住所、ガス・電気等の光熱費の契約状況及び使用量、携帯電話、固定電話の契約状況等について実態調査が行われる」こともあるようである[16]。

⑵ 「在留特別許可のガイドライン」における「日本人の配偶者等」[17]

「在留特別許可のガイドライン」は、第３次出入国管理基本計画（平成17年３月）により、「在留特別許可の透明性を高める」ことを目的として策定され、平成21年に改訂された（以下、平成21年ガイドラインとする）。

さらに、令和６年３月に、第211回通常国会において成立した出入国管理及び難民認定法及び日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する法律（令和５年法律第56号。以下、改正法とする。）及び参議院における改正法に対する附帯決議を踏まえ、同ガイドラインの見直しが行なわれ、改定された（以下、令和６年ガイドラインとする）。なお、令和６年ガイドラインは、令和６年６月15日までに施行される改正法と同時に運用が開始されることとなっている。

また、改正法では、在留特別許可の申請手続が創設され、改正前の入管法第50条では明示されていなかった在留特別許可の判断に当たっての考慮事情が法律上明示されることとなった。さらに、改正法50条では、法務大臣が在留特別許可をするかどうかの判断に当たっては、「家族関係」を考慮するとされている[18]。

---

[15] 入国・在留審査要領28－１.

[16] 山脇・前掲注５）456頁。

[17] https://www.moj.go.jp/isa/content/930002524.pdf（最終アクセス2024年２月25日）。

[18] 出入国管理及び難民認定法

第五十条　法務大臣は、外国人が退去強制対象者に該当する場合であつても、次の各号のいずれかに該当するときは、当該外国人からの申請により又は職権

①　平成21年ガイドライン

入管は、平成21年ガイドラインにおいて、「在留特別許可の許否の判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して行う」とし、その際、考慮する事項及び在留特別許可方向で検討する例、退去方向で検討する例を公表している[19]。

考慮する事項は、積極要素と消極要素に大別される。さらに、これらの要素を、特に考慮する要素とその他の要素として区別している。同ガイドラインでは、日本人と法的に婚姻が成立していることが特に考慮す

で、法務省令で定めるところにより、当該外国人の在留を特別に許可することができる。ただし、当該外国人が無期若しくは一年を超える拘禁刑に処せられた者（刑の全部の執行猶予の言渡しを受けた者及び刑の一部の執行猶予の言渡しを受けた者であつてその刑のうち執行が猶予されなかつた部分の期間が一年以下のものを除く。）又は第二十四条第三号の二、第三号の三若しくは第四号ハ若しくはオからヨまでのいずれかに該当する者である場合は、本邦への在留を許可しないことが人道上の配慮に欠けると認められる特別の事情があると認めるときに限る。

一　永住許可を受けているとき。

二　かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき。

三　人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき。

四　第六十一条の二第一項に規定する難民の認定又は同条第二項に規定する補完的保護対象者の認定を受けているとき。

五　その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき。

２ ～ ４（略）

５　法務大臣は、在留特別許可をするかどうかの判断に当たつては、当該外国人について、在留を希望する理由、家族関係、素行、本邦に入国することとなつた経緯、本邦に在留している期間、その間の法的地位、退去強制の理由となつた事実及び人道上の配慮の必要性を考慮するほか、内外の諸情勢及び本邦における不法滞在者に与える影響その他の事情を考慮するものとする（下線筆者）。

[19] 法務省入国管理局「在留特別許可に係るガイドライン」（平成21年７月改訂）第１。

る積極要素とされている[20]。

考慮する要素と在留特別許可の許否判断の関連については、「上記の積極要素及び消極要素として掲げている各事項について、それぞれ個別に評価し、考慮すべき程度を勘案した上、積極要素として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情を上回る場合には、在留特別許可の方向で検討することとなる。したがって、単に、積極要素が一つ存在するからといって在留特別許可の方向で検討されるというものではなく、また、逆に、消極要素が一つ存在するから一切在留特別許可が検討されないというものでもない。」とした上で、在留特別許可方向で検討する例として、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻し、他の法令違反がないなど在留の状況に特段の問題がないと認められること」があげられている[21]。

②　令和６年ガイドラインについて

同ガイドラインでは、「家族関係は、在留特別許可をするかどうかの判断において、重要な要素となり得るものであり、中でも、家族とともに生活をするという子の利益の保護の必要性は、積極要素として考慮されます。」とされ、特に考慮する積極要素として、「家族関係」に加え、「『素行』として分類される当該外国人やその家族と、日本人や地域社会との結び付き」が挙げられている[22]。

同ガイドラインでは、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と法的に婚姻している場合（退去強制を免れるために、婚姻を偽装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助しており、かつ、夫婦の間に子がい

---

[20] 法務省入国管理局・前掲注18）第１、１、⑶では、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、次のいずれにも該当すること　ア　夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること　イ　夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること」とされている。

[21] 法務省入国管理局・前掲注18）第２。

[22] https://www.moj.go.jp/isa/deportation/resources/08_00035.html（最終アクセス2024年３月14日）。

るなど婚姻が安定かつ成熟していること」及び「当該外国人が、入管法別表第二に掲げる在留資格で在留している者と法的に婚姻している場合（退去強制を免れるために、婚姻を偽装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助しており、かつ、夫婦の間に子がいるなど婚姻が安定かつ成熟していること」が家族関係において特に考慮する積極要素とされている。

③　小括

以上のように、平成21年ガイドライン及び令和６年ガイドラインにおいては、日本人と法的に婚姻していることが積極要素として考慮されており、日本人との婚姻に対する一定の配慮が見られる。この配慮は、平成21年ガイドライン及び令和６年ガイドラインにおいて変わることがないことから、日本人との婚姻に対する一定の配慮は、実務上定着していると言ってよいと思われる。

⑶　「在留特別許可された事例」における「日本人の配偶者等」

前述したガイドラインに加えて、入管は、在留特別許可をした事例とされなかった事例を公表している。「配偶者が日本人である場合」で不許可とされた事例としては、同居・婚姻の実態に疑義がもたれたもの、入管法違反以外（例 覚醒剤取締法違反等）の違反歴がある者などがあるようである[23]。

⑷　在留特別許可が認められ得る類型における異性パートナー

「これまで蓄積された実務運用や法務省入国管理局による在留特別許

[23] 法務省入国管理局「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について」（令和３年）chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.moj.go.jp/isa/content/001373299.pdf（最終アクセス2024年２月25日）

法務省入国管理局「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について」（令和４年）

chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.moj.go.jp/isa/content/001407772.pdf（最終アクセス2024年２月25日）。

可に係るガイドラインから、在留特別許可が認めれる場合について、ある程度､分析して類型化すること｣が可能とされる[24]。現在の実務運用上、在留特別許可が認められる可能性がある程度高類型｣は７つあるとされ、このうちの一つとして、｢日本人、特別永住者、『永住者』、『定住者』と法的に婚姻が成立しており、婚姻信憑性の立証が十分になされている場合」が挙げられているが、この類型に該当したとしても、｢総合判断で消極要素が積極要素を上回るときには在留特別許可が認められ」ないことから､この類型に該当することは､｢在留特別許可が認められるための、いわば『最低条件』的なものとして認識しておくべき」とされていることに注意が必要である[25]。

6.1.3　小括

入管法に定められた在留資格を検討した結果、異性カップルを対象とした在留資格が設けられており、異性カップルはカップルとして共に日本国内で暮らすことが一定程度保障されていることが明らかとなった。

「審査要領」､｢在留特別許可のガイドライン」､｢在留特別許可された事例」を検討した結果、入管実務においても、異性カップルはカップルとして共に日本国内で暮らすことが一定程度保障されていることが明らかとなった。

以上の検討結果から、入管法及び入管実務においては、異性カップルの関係が一定程度保障されいるということが言える。

6.2.　入管法等における同性カップル

6.2.1　外国籍を有する者同士の同性カップル

⑴　在留資格｢特定活動」

在留資格｢特定活動」とは、入管法別表１の５により、入管法別表第１の１から４までの表に掲げる活動以外の活動を行おうとする外国人を受け入れるために設けられたものである[26]。

---

[24] 山脇・前掲注５）798頁。

[25] 同上。

[26] 山脇・前掲注５）654頁。

通知平成25年10月18日管在5357号[27]（以下、平成25年通知とする）により、「人道的観点から、外国人同士の同性婚については、当該外国人当事者の各本国において有効に成立している場合は、本体者に在留資格があれば、その同性配偶者に告示外特定活動としての「特定活動」への在留資格変更が許可する」とされていることから、対象者の本国において有効に同性婚が成立しているカップルに対しては、特定活動として在留資格が認められることとなっている。但し、特定活動の在留資格が認められるためには、両当事者の本国において同性婚が認められている必要があり、片方の当事者の本国においてのみ、同性婚が認められている場合には、適用されない。また、当事者の本国において、同性婚が認められておらず、同性パートナーシップのみが認められている場合は、対象外となる。

なお、同性パートナーシップについては、平成31年度・令和元年度国家戦略特区ワーキンググループにおいて、同性パートナーの在留に係る特例の創設について、議論がなされている[28]。

---

[27] 法務省管在第5357号　平成25年10月18日　地方入国管理局長殿　地方入国管理局支局長殿　法務省入管管理局 入国在留課長石岡邦章　同性婚の配偶者に対する入国・在留審査について（通知）「在留資格『家族滞在』、『永住者の配偶者等』等にいう『配偶者』は、我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ころ、本年５月にフランスで『同性婚法』が施行されるなど近時の諸外国における同性婚に係る法整備の実情等を踏まえ、また、本国で同性婚をしている者について、その者が本国と同様に我が国においても安定的に生活できるよう人道的観 点から配慮し、今般、同性婚による配偶者については、原則として、在留資格『特定活動』により、入国・在留を認めることにしました。ついては、本国で有効に成立している同性婚の配偶者から、本邦において、その配偶者との同居及び扶養を受 けて在留することを希望して『特定活動』の在留資格への変更許可申請がなさられた場合は、専決により処分することなく、人道的観点から配慮すべき事情があるとして、意見を付して本省あて請訓願います。なお、管下出張所長へは、貴職から通知願います。」

[28] https://www.chisou.go.jp/tiiki/kokusentoc_wg/h30/teian/190121_gijiyoushi_t_01.pdf（最終アクセス2024年２月25日）。

関係省庁によるヒアリングの場で配布された資料によると、同特例の創設については、2017年６月22日、国際金融都市・東京の実現に向けた外資系金融機関CEO等との意見交換会にて、外資系金融機関CEOの「多様な外国人材を活用するためには、同性パートナーにも異性パートナーと同様に在留を取扱うことにより、アジアの他の金融都市にない強みとして、東京へ高度金融人材の流入を促す」との発言が発端となったものであるとされている。

平成29年９月５日、第31回国家戦略特別区域諮問会議での東京都知事提案では、高度外国人人材の受入促進による金融系外国企業等の進出の加速化」「ダイバーシティ実現の観点から、同性パートナーの在留に係る特例が必要とされた。特例の例として、「入国・在留審査上、パートナーシップ制度に基づく登録を行った同性パートナーについて、同性婚の配偶者と同様の扱いとすること」をあげ、同性婚の配偶者についても、現在の通知によるものではなく、告示で明確に規定することが望ましい。」としている。

外国籍を有する者同士の同性カップルに対する保障が拡充される点については、意義のある提案であるが、日本国籍を有する者と外国籍を有する者からなる同性カップルは、対象とされていない点に問題がある提案と言えよう。

⑵　在留資格「外交」または「公用」

入管実務では、「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』及び『公用』の各下欄）として認められてれば、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』されるとされている[29]。

⑶　在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」における配偶者は、法的に有効に婚姻が成立している必要があり、同性カップルには適用されない。しかし、在留資格「家族滞在」における子には、嫡出子のほか、養子（普通養子及び特別

[29] 山脇・前掲注19）586頁。

養子）及び認知された非嫡出子も含まれるとされる[30]。さらに、６歳以上の年齢の養子も含まれるとされる[31]。同性のカップルは、法的にカップルとして認められないことにより生じるデメリットを減じさせることを目的に、養子縁組をすることがある[32]。よって、養子縁組が有効であると解されれば、家族滞在が認められる余地もあると言えよう。

6.2.2　日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップル

⑴　在留資格「日本人の配偶者等」

入管が策定した「『入国・在留資格審査要領』によると、『配偶者』には、『外国で有効に成立した同性婚による者』は含まれないとされている[33]。よって、日本国籍を有する者と外国籍を有する者が、国外で法的に有効な同性婚をしていたとしても、同性パートナーには、日本人の配偶者等の在留資格は認められない。

⑵　在留資格「特定活動」

平成25年通知の対象は、外国籍を有する者同士の間で同性婚が成立している場合に限定されており、日本国籍を有する者と外国籍を有する者との同性カップルはその対象とされていないとされている。よって、日本国籍を有する者と外国籍を有する者が、国外で法的に有効な同性婚をしていたとしても、同通知の射程外となり、特定活動は許可されないと解されている[34]。

---

[30] 前掲・坂中英徳、齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第４版）』140頁。

[31] 山脇・前掲注５）554頁。

[32] 同性カップルの養子縁組については、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）171頁以下。

[33] 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）171頁。

[34] 山脇・前掲注５）564頁。

⑶　在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」の配偶者には、前述したとおり同性パートナーは該当しないとされる。しかし、在留資格「家族滞在」における子には、６歳以上の年齢の養子（普通養子及び特別養子）も含まれる。よって、養子縁組をした同性のカップルに家族滞在が認められる余地もあると言えよう。但し、日本国籍を有する者同士の養子縁組よりも時間、費用等の当事者の負担は重いものとなることやそもそも国際養子縁組が成立し得るのかなど問題点は多い[35]。

⑷　在留資格上には現われない同性カップルの存在

上記で検討したとおり、入管法の在留資格には、同性カップルを対象としたものは、存在しないのが現状である。しかし、問題の所在で指摘したとおり、国内で共に暮らす日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルは、確かに存在している。それでは、日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルはどのような在留資格により在留し、どのような困難に直面しているであろうか。

当事者らの証言によると、「多くの同性カップルの外国人パートナーは、『留学』『技術』『短期滞在』などといった在留資格で入国」しており、「パートナーの『就労』や『留学』の在留期間の延長ができず、困難な状況に直面したり、しかたなく別れて」しまうこともあるとのことである[36]。同種の困難は、同性婚の法制化を進めることを目的とする同性婚人権救済弁護団が、2015年に日弁連に対し行った人権救済申立書でも述べられている[37]。また、LGBT法連合会が作成するLGBT困難リストに

---

[35] LGBT 支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著・前掲注33）181頁。

[36] 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）124 ～ 126頁。

[37] http://douseikon.net/?p=537（最終アクセス2024年２月25日）。

以下、申立書中の該当箇所を抜粋する。

「私にとって一番大きな問題は外国人のパートナーの日本での滞在許可の問題です。私はフランスで暮らしているときに今のパートナーと知り合い、PACSをしました。そのお蔭で私はフランスでの滞在許可を延長することができました。私が日本に帰国するときに私のパートナーも私と生活をするため日本に来

も、「日本人と同性パートナー関係にある外国人が、『日本人の配偶者等』の在留資格を得ることができなかった」との記述がある[38]。さらに、2019年２月14日に一斉提訴された結婚の自由をすべての人に訴訟の原告の中には、日本国籍の女性と外国籍の女性の同性カップルがおり、在留資格取得の困難についても語っている[39]。これらの事実から同性パートナーが在留資格を取得出来ない又在留資格が更新されない為に、本邦でともに暮らしたいと願っても、それが叶わない状況に置かれていることが分かる。

この様に、同性パートナーは、在留資格「就労」等により、本邦に在留している者が多い。しかし、在留資格「就労」等による在留は、経済情勢や病気等の健康上の理由により就労が出来なくなり、在留資格の延長ができなくなる恐れと常に隣り合わせである。この在留資格の不安定さは、同性パートナーとの安定的な生活を送ることの障壁となっている[40]。

ることになりましたが、同性婚、PACS さえない日本では本人が日本で仕事を見つけて就労先からビザを申請してもらうしか日本での滞在許可を得る方法はありませんでした。日本への移住を決めたときから仕事を探しましたが、日本語が話せない私のパートナーにすぐに仕事が見つかるはずもなく、仕方なく日本に観光ビザで入国しました。ビザも仕事もない状態で本当に先行きのわからぬまま不安な日々でしたが本当に幸運なことに仕事がすぐにみつかり就労ビザを得て滞在許可を得ることができました。あの時仕事が見つからなかったら私のパートナーはすぐにフランスに帰らなければならなくなり、今私たち二人はどのようになっていたか、今となっては知る由もありません。今現在でもパートナーが仕事を失えば日本に在留することはできなくなるという状況です」。

[38] http://lgbtetc.jp/#sec_solution（最終アクセス2024年２月25日）。

LGBT 法連合会とは、性的指向および性自認等により困難を抱えている当事者等に対する法整備のための全国連合会の略称である。同連合会は、性的指向および性自認等により困難を抱えている当事者等に対する法整備を目的とした NPO 法人等の集まりである。

[39] https://www.bbc.com/japanese/47223423（最終アクセス2024年２月25日）。

[40] 現在係争中の結婚の自由をすべての人に訴訟の東京地裁の原告も、日本国内で暮らす際に、在留資格の不安定さから生じる問題を語っている。

6.2.3　小括　入管法における同性カップル

入管法等における異性カップル及び同性カップルについて、在留資格を中心とした検討を行った。その結果、以下の点が明らかとなった。

日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル及び外国籍同士の異性カップルは、カップルであることにより認められる各種在留資格が設けられていることが判明した。

一方、同性カップルについては、外国籍同士の同性カップルには、カップルであることにより認められる在留資格が不十分ながら設けられているものの、日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップルには、カップルであることにより認められる在留資格は存在しないのが現状であることが判明した。

以上の検討結果から、入管法において同性カップルが異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなった。

6.3　入管法判例等における異性カップル

6.3.1　国内判例における在留資格「日本人の配偶者等」を検討する意義

異性パートナーの在留資格が争点となる事案は、大別すると、①「日本人の配偶者等」の在留資格を有していたが、離婚や別居等のより、同資格の要件を満たさなくなった者に対する退去強制が争点となった事案、②在留資格「日本人の配偶者等」を有していないものの、日本人と内縁関係等により親密な関係を形成していた者に対する退去強制事例、に分類することができる。

以下では、前記①及び②の事例を中心に検討する。

前記①を検討するのは、入管法判例等における「婚姻」の意義を確認する為である。入管法判例等における「婚姻」の意義を明らかにすることにより、入管法判例等における異性カップルと同性カップルの異同が明らかとなるはずである。両者の異同を明らかにすることにより、入管法判例等における異性カップルと同性カップルの取り扱いの別異が正当なものであるか否かも明らかとなるはずである。また、入管法判例等における「婚姻」の意義を確認することで、同性カップルの関係がその「婚姻」に含まれないとされているのかが妥当であるのかという点も明らかとなるはずである。

前記②を検討するのは、内縁状態にある異性カップルと同性カップルが置かれた状況に類似性があるからである。現行制度上、同性カップルが婚姻届けを提出したとしても、不受理となり、婚姻は有効に成立しない。内縁状態にある異性カップルも各種の事情により、婚姻をしていない。両者は、婚姻の実態はあるものの、法律上の婚姻をしていないことから、「日本人の配偶者等」の在留資格を得ることが出来ないという点において類似している。よって、内縁状態にある異性カップルの事例を検討することには、意義があると言える。

しかし、両者には相違点も存在することには注意を要する。つまり、同性カップルは、そもそも婚姻制度上、同性婚が法制化されていないため法律婚することが出来ないが､内縁状態にある異性カップルの場合は、婚姻制度を利用することが出来るものの、各種の事情により、法律婚をしていないという大きな違いがある。この相違点から、両者を純粋に同じものとして比較することは出来ないが、類似の状況にある内縁関係の異性パートナーに与えられる在留資格を同性パートナーにも与えるべきではないかと主張することは可能であると思われる。よって、以下で、内縁関係にある異性パートナーの在留資格が争点となった事案を検討することは、一定程度の意義があると言える。

6.3.2　最高裁平成14年10月17日判決

⑴　最高裁平成14年10月17日判決が出されるまで

最高裁平成14年10月17日判決（以下、最高裁平成14年判決とする）が出されるまで、「日本人の配偶者」の該当要件については、下級審及び学説において、①法律上有効な婚姻関係にあること（婚姻の要件）だけでは足りず、さらに当該外国人が本邦において行おうとする活動が配偶者としての身分に基づく活動に該当すること（活動要件）を要するとの見解（活動要件必要説）と②婚姻関係が法律上有効に成立していれば足りるとする見解（活動要件不要説)、とする二説の対立があった[41]。しかし、後述のとおり、最高裁は、平成14年判決において、活動要件必要説を採用し、以後、判例及び実務においても、本説が踏襲されている。

[41] 法曹時報57巻１号215-218頁。

⑵　最高裁平成14年10月17日判決[42]

①　事案の概要

原告は、タイ王国の国籍を有した女性であり、昭和63年２月、同国において日本人男性であるAと婚姻し、平成元年４月、「日本人の配偶者又は子」の在留資格（後の「日本人の配偶者等」の在留資格）で本邦に上陸した。

原告は、その後、数回にわたり、「日本人の配偶者等」の在留資格による在留期間の更新許可を受けていたが、同６年４月、法務大臣に対し、在留期間の更新申請をしたところ、原告とAとが同２年８月以降別居状態にあったことなどから、入管法21条３項所定の在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由がないとして、不許可とした。

原告は、同年７月、Aとの婚姻関係が継続していることを理由として、改めて在留資格を「日本人の配偶者等」に変更する旨の在留資格変更申請をしたが、法務大臣は、入管法20条３項所定の在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由がないとして、これを不許可とする本件処分をした。本件は、原告が本件処分の取消しを求めるものである。

②　判旨

「外国人が「日本人の配偶者」の身分を有する者として別表第二所定の『日本人の配偶者等』の在留資格をもって本邦に在留するためには、単にその日本人配偶者との間に法律上有効な婚姻関係にあるだけでは足りず、当該外国人が本邦において行おうとする活動が日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当することを要する（下線筆者）ものと解するのが相当」である。

「日本人の配偶者の身分を有する者としての活動を行おうとする外国人が『日本人の配偶者等』の在留資格を取得することができるものとされているのは、当該外国人が、日本人との間に、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むことを本質とする婚姻（下線筆者）という特別な身分関係を有する者として本邦において活動しようとすることに基づくものと解される。ところで、婚姻関係が法律上存続している場合であっても、夫婦の一方又は双方が

[42] 民集56巻８号1823頁。

既に上記の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活（下線筆者）の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至ったときは、当該婚姻はもはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきである（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）（下線筆者）」

⑶　最高裁平成14年判決以降の裁判例

最高裁平成14年判決以降の裁判例においても、活動要件必要説が採用されているが、画一的に法律婚の有無により判断するのではなく、内縁関係についても、在留特別許可の判断に当たって考慮されるべき重要な要素とする裁判例や同居を絶対的な要件としない裁判例[43]も出現しており、変化が見られる。

裁決時点では、日本人との間に法的な婚姻関係が成立していなかったものの、婚姻の本質に適合する本質を備えた内縁関係にあった者に対し、配偶者と同様の保護に値するとし、在留特別許可を認めなかった裁決を取り消した裁判例としては、東京地裁平成16年９月17日判決[44]、東京地

[43] 京都地判平成27年11月６日判時2301号27頁。

本件は、中国国籍を有し「特定活動」の在留資格で在留していた原告女性が「日本人の配偶者等」への変更申請をしたところ、日本人との婚姻関係の実体はないとして不許可処分を受け、入管法49条１項に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受けた後、退去強制処分を受けたため、それらの取消しを求めた事案である。

同居について本件では、「我が国においても、婚姻概念が多様化している今日、『同居』のみを特別扱いするのは相当ではなく、同居の有無も、婚姻関係に実体があるか否かを判断する一要素にすぎないと考えられる。」

「夫婦としての共同生活の実体を判断する上で、同居の有無が一つの考慮事情となるとしても、夫婦によって種々の事情があることからすれば、完全に同居をしていなかったことをもって直ちに婚姻が社会生活上の実質的基礎を失っているとは判断できない。」とされた。

[44] 判例時報1892号17頁。中国国籍の女性に対して在留特別許可を付与しなかった入管局長の裁決について、日本人男性との婚姻の可能性等を適正に認定していれば在留特別許可を付与した可能性があり、入管局長の判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとして、裁量

裁平成19年６月14日判決[45]とその控訴審である東京高裁平成19年11月21日判決[46]、後述する東京地裁平成20年２月29日判決、東京地裁平成21年10月30日判決[47]、東京地裁平成27年11月10日判決[48]、後述する名古屋高裁

権の逸脱又は濫用に当たるとされた事例である。

[45] ウェストロージャパン文献番号2007WLJPCA06148006。

日本人女性と共同生活を営んでいるミャンマー国籍の男性が在留期限を超えて滞在を続けていたところ、退去強制手続において不法残留の容疑者であると認定されたことに対する異議に理由がない旨の裁決を受け、さらに退去強制令書の発付処分がされたため、在留特別許可を与えないでした裁決及び処分は裁量権を著しく逸脱したものであるとしてそれらの取消しを求めた事案において、原告らには内縁関係といえる真摯な共同生活が認められるから、出入国管理及び難民認定法上の保護対象となり得るものであり、原告の在留特別許可を付与しなかった裁決及びこれを前提としてされた処分には裁量権の逸脱又は濫用というべき違法があるとして、請求を認容した事例である。

[46] 判例集未登載である。概要については、山下幸夫「内縁関係にある外国人に在留特別許可を付与しない判断の裁量権の逸脱・濫用性 ミャンマー人男性による退去強制令書発付処分等取消請求事件」国際人権19号163頁（2008年）を参照。なお、本件は、最高裁平成21年９月15日の上告不受理決定により確定している。

[47] ウェストロージャパン文献番号2009WLJPCA10308005。

イラン国籍を有する原告が、不法残留に該当する旨の認定を受け、次いで同認定に誤りがない旨の判定を受け、さらにこれに関する異議申出にも理由がない旨の裁決を受けた後、東京入管主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けた。上記の裁決及び発付処分の各取消しを求めた事案である。原告には不法残留及び不法就労の期間が長いなどの事情も認められるが、他方、長期間平穏で安定した社会生活を送っており、日本人とも良好な人間関係を築いているなどの事情があることに照らせば、本邦への強い定着性が認められるなどと判示し、在留特別許可をしないでされた上記裁決は社会通念上著しく妥当性を欠き、上記処分も裁量権の範囲を逸脱してされたものというべきであるとして、請求が認容された。

[48] ウェストロージャパン文献番号2015WLJPCA11108011。

本件は、フィリピン共和国籍の外国人女性である原告が、入管法所定の退去強制対象者に該当する（退去強制事由は不法残留）との認定に係る異議の申出には理由がない旨の裁決及び退去強制令書を発付する処分を受けたのに対し、原告には日本国籍を有する内縁の夫がいて原告の介助を必要としているなどの

平成28年３月２日判決、名古屋高裁平成28年３月16日判決[49]、名古屋高裁平成28年11月30日判決[50]、名古屋高裁平成29年４月20日判決[51]などがあ

事情があるにもかかわらず、その在留を特別に許可しなかった上記裁決及びこれを前提とする上記処分はいずれも違法であると主張して、その取消しを求めた事例である。

[49] ウェストロージャパン文献番号2016WLJPCA03169006。

中国国籍の女性に対する退去強制令書発付処分等の取消請求事件において、同人の入管法49条１項に基づく異議申出に理由がないとした入管局長の裁決は、同人の実母が中国残留邦人として永住帰国援護の対象とされ、同人も、法令上、日本国籍の取得、永住帰国及び在留資格の取得ができる立場にあったという重大事項が存在していたにもかかわらず、最低限の調査も行わずにこれを無視又は軽視し、また、日本人男性との間に成熟かつ安定した実質的な夫婦関係が形成されていたことや、同人を中国へ帰国させることによる同夫婦の不利益を無視又は軽視する一方で、動機に酌量の余地があり同種事案の中でも重大とはいえない売春行為等を殊更強く問題視することによりなされたものであって、基礎となる事実の評価が明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるから、裁量の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、また、上記裁決を前提とした入管主任審査官の退去強制令書発付処分も違法であるとして、これらを取り消した事例である。

[50] ウェストロージャパン文献番号2016WLJPCA11309015

ブラジル国籍の外国人男性に対する退去強制令書発付処分等の取消請求事件において、当人の入管法49条１項に基づく異議申出に理由がないとした入管局長の裁決は、当人と本邦に永住権を有する外国人女性（日本国籍の義父がいるフィリピン国籍の女性）との間における法律上の婚姻を予定した安定的かつ継続的な内縁関係の実態を十分に調査せず、内妻と共に３人の子を監護養育している当人をブラジルへ帰国させれば一家離散、母子離別を招きかねない事態となる不利益を無視又は軽視する一方で、当人が偶々犯した当て逃げの交通事犯が初犯で結果も重大とはいえず犯情に酌むべき点が多々あるにもかかわらず、当人に不利な情状のみを殊更重大視することによりなされたものであって、基礎となる事実の評価が明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるといえるから、裁量の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、また、上記裁決を前提とした入管主任審査官の退去強制令書発付処分も違法であるとして、これら裁決及び処分を取り消した事例である。

[51] ウェストロージャパン文献番号2017WLJPCA04206001

る。

①　東京地裁平成20年２月29日判決[52]

（事案の概要）

本件は、ガーナ共和国国籍を有する男性である原告が、本邦に不法残留したことに基づく退去強制手続において、法務大臣の権限の委任を受けた東京入国管理局長から、入管法49条１項に基づく異議の申出が理由がない旨の裁決を受け、東京入管主任審査官から退去強制令書発付処分を受けたことについて、上記裁決及びこれに伴ってされた在留特別許可をしない決定には、原告が日本人女性と内縁関係にあることなどの事情を看過して裁量権を逸脱、濫用した違法があり、上記裁決を前提とする退去強制令書発付処分も違法であると主張し、これら各処分の取消しを求めるとともに、在留特別許可の義務付けを求めた事案である。

（判旨）

「日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとっては、配偶者の選択、住居の選定等、婚姻及び家族に関する憲法上の保護利益（憲法二四条）に関わる事柄（下線筆者）であり、このような憲法上の保護利益は、出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要するもの（下線筆者）であることはいうまでもない。そして、憲法二四条一項が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものである旨を定めていることに鑑みると、上記のような憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲は、婚姻の届出によって成立する法律上の婚姻にとどまらず（下線筆者）、婚姻の届出はしていないが事実上これと同様の事

不法在留をしたフィリピン国籍を有する外国人男性に対し、法務大臣から権限の委任を受けた入国管理局長がした出入国管理及び難民認定法49条１項に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決及び入国管理局主任審査官がした退去強制令書発付処分につき、控訴人と永住者であるフィリピン人女性とが内縁関係にあったにもかかわらず、その実態を十分に把握せず、又は同関係及び上記処分による控訴人ら家族の不利益を軽視する一方で、控訴人にとって不利な情状のみを殊更重視し、その時期も著しく不適切であったとして、裁量権の範囲を逸脱又は濫用したものであり、いわゆる時の裁量をも誤った違法なものであることを認め、同処分を取り消した事例である。

[52] 判時2013号61頁。

情にある関係、すなわち、内縁関係をも含むものと解するのが相当（下線筆者）である。」

「両者の関係が、両性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という婚姻の本質（下線筆者）に適合する実質を備えていると認められる場合には、当該外国人に在留特別許可を付与するか否かの判断に当たっても、そのような事実は重要な考慮要素として斟酌されるべき（下線筆者）であり、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない限り、当該外国人に在留特別許可を付与しないとする判断は、重要な事実に誤認があるために全く事実の基礎を欠く判断、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くために社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかな判断として、裁量権の逸脱、濫用となるものと解するのが相当」であるとし、在留特別許可の義務付け請求を認容した。

②　東京地裁平成27年11月10日判決[53]

（事案の概要）

本件は、フィリピン共和国籍の外国人女性である原告が、入管法所定の退去強制対象者に該当する（退去強制事由は不法残留）との認定に係る異議の申出には理由がない旨の裁決及び退去強制令書を発付する処分を受けたのに対し、原告には日本国籍を有する内縁の夫がいて原告の介助を必要としているなどの事情があるにもかかわらず、その在留を特別に許可しなかった上記裁決及びこれを前提とする上記処分はいずれも違法であると主張して、その取消しを求める抗告訴訟（取消訴訟）である。

（判旨）

「入管法は、『日本人の配偶者等』を在留資格として定める一方、法律婚に至らない内縁関係については、これを正面から在留資格として定めていない（２条の２、別表第二参照）。」

「しかしながら、婚姻とは、両性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本質とする特別な身分関係（下線筆者）であるところ、入管法が『日本人の配偶者等』を在

[53] ウェストロージャパン文献番号2015WLJPCA11108011。

留資格として定めている趣旨は、日本人との間で上記のような真摯な婚姻関係を実質的に形成した外国人について、本邦における在留を許すことにより、その婚姻関係を維持せしめ、もって当該外国人及び日本人並びに両名により形成される家族関係を保護しようとした趣旨のもの（下線筆者）であると解される（最高裁平成11年（行ヒ）第46号同14年10月17日第一小法廷判決・民集56巻８号1823頁参照）。」

「そうであるとすれば、外国人が、日本人と上記のような実質を伴った関係（いわゆる内縁関係）を形成していると認められ、かつ、当該外国人と日本人が法律婚の成立に向けて真摯な努力をしていたにもかかわらず、在留特別許可の許否の判断がされる時点では、両名の責に帰することのできない事情により法律婚の関係が成立するには至らなかったなどの特段の事情があるとき（下線筆者）は、相応の保護を受けるべきことがあって然るべきである。」

「したがって、当該外国人につき、上記のような特段の事情がある場合には、その在留特別許可に関する判断に当たり、日本人との内縁関係の存在及びその態様を、重要な積極要素として考慮しなければならないものと解することが相当である。」

認定事実によれば、「原告とEの間に子はいないが，両名は，本件不許可判断時において，真摯な内縁関係を実質的に形成しており，かつ，それが成熟かつ安定したものであったと認めることができる。」

しかし、原告と内縁関係にある日本人男性の間で「法律婚に至っていなかったことが，原告らの責に帰することのできない事情によるものであるということはできない上，原告らが法律婚の成立に向けて真摯な努力をしていたと評価することも困難といわざるを得ない。」

「以上によれば，本件不許可判断において，原告とEとの内縁関係が，原告の在留状況という消極要素を上回るほどの重要な積極要素に当たると評価しなかったことは，社会通念に照らして著しく不合理であるとまではいえない。」

③　名古屋高裁平成28年３月２日判決[54]

（事案の概要）

[54] D1-Law.com 第一法規 法情報総合データベース判例 ID28243421。

本件は、中華人民共和国国籍を有する女性である控訴人が、名古屋入国管理局入国審査官から、入管法24条４号ロ（不法残留）に該当する旨の認定を受けた後、名古屋入管特別審理官から、上記認定に誤りがない旨の判定を受けたため、入管法49条１項に基づき、法務大臣に対して異議の申出をしたところ、法務大臣から権限の委任を受けた名古屋入管局長から、平成26年７月９日付けで控訴人の異議の申出には理由がないとの裁決（以下「本件裁決」という。）を受け、引き続き、名古屋入管主任審査官から、同月14日付けで退去強制令書発付処分（以下「本件処分」という。）を受けたため、本件裁決及び本件処分の各取消しを求めた事案である。

原判決は、控訴人は入管法24条４号ロに該当し、出国命令対象者に該当しない外国人である退去強制対象者（入管法45条１項）に当たると判断した上で、本件裁決に裁量権の範囲の逸脱又は濫用はなく適法であり、これを前提としてされた本件処分も適法であるとして、本件各請求をいずれも棄却したため、控訴人が控訴した。

（判旨）

「確かに控訴人とDとの同居期間や婚姻期間は被控訴人が指摘するとおり長いとはいえない（下線筆者）が、双方の経験、年齢等にも由来する婚姻生活の充実さと真摯さは上記のとおりであって、本件裁決時において既に十分安定かつ成熟したものであった（下線筆者）というべきであり、上記①の点に関して述べた不法残留状態に至る諸事情のほか、再婚禁止期間が100日のみであれば在留期限内に婚姻の届出をすることも可能であったといえること、控訴人とDとの婚姻時期の遅れは、前記認定のとおり、早くから中国の実弟に依頼していた必要書類の送付が遅れるなどしたという事情によることのほか、当時通用していた６か月という不必要に長く違憲の再婚禁止期間もこれに全く影響していなかったとはいい難い面があること等をも考慮すれば、控訴人とDとの婚姻関係が不法残留という違法状態の上に築かれた砂上の楼閣であるかのごとく評価することは著しく相当性を欠き、その継続が法的保護の必要性に乏しいなどと断ずることも相当でない。（下線筆者）」

「控訴人とDは、平成24年11月頃から本件裁決時である平成26年７月９日まで約１年８か月の内縁期間及び婚姻期間（下線筆者）において、控

訴人が身柄を拘束されていた期間を除き、夫婦としての実態を伴う共同生活（下線筆者）を営んでいたことが認められ、控訴人の日本語での日常会話に支障はなく、控訴人はDの関係者や近隣の住人らからも親しまれ、Dとの夫婦関係も周囲の皆から祝福されていることがうかがわれ、本件裁決時における控訴人とDとの夫婦生活は、既に日本の地域社会に深く根付いていたものと認められる。そして、控訴人とDは、その後も現在に至るまで仲睦まじい夫婦生活を継続してきていることが認められ、Dの当審における証言態度やその内容からして、本件裁決時における控訴人及びDの婚姻意思は真摯なものであったと推認でき、このような真摯な婚姻関係は、今後も控訴人が日本に在留できる限りは継続していくであろうことが強く見込まれる。」

「本件裁決は、控訴人の生活実態や不法残留状態に至った経緯を十分に踏まえることなく、むしろその実情に反してまで控訴人の悪性のみを殊更強く問題視する一方で、退去強制手続に踏み切るより以前に控訴人とDとの日本における安定かつ成熟した婚姻関係が成立していたこと（下線筆者）や、控訴人を中国へ帰国させることによる控訴人やDの不利益を無視ないしは著しく軽視することによってなされたものというほかはなく、その判断の基礎となる事実に対する評価において明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことは明らかであるというべきであるから、裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法なものというほかはない。」

④　小括

前記①ないし③の裁判例を検討した結果、以下の点が明らかとなった。第一に、内縁関係であるという一事をもってカップルの関係を保護しないとすることは妥当ではないこと、第二に、当人らの責めに帰すことが出来ない事情により婚姻をすることが出来ず、内縁関係となっている場合は、内縁関係であることを消極要素として捉えるべきではないこと、とされていることが明らかとなった。

以上の検討結果から、当人らの責めに帰すことが出来ない事情により、婚姻をすることが出来ない内縁関係にある異性カップルの関係は、国内裁判例において保護されつつあるということが言える。

⑷　不法残留状態の上に築かれた婚姻に対する評価

実務及び判例は、不法残留中の婚姻について、不法残留状態の継続という違法状態の上に築かれたものとし、通常の婚姻よりも低く評価する傾向にあるとされる[55]。しかし、不法残留中の婚姻であっても、在留特別許可が一切認められないわけではなく、不法残留中の婚姻であったとしても、以下のように保護すべきとする判例もある[56]。

①　東京地裁平成20年２月29日判決[57]

（判旨）

「日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとっては、配偶者の選択、住居の選定等、婚姻及び家族に関する憲法上の保護利益（憲法二四条）に関わる事柄であり、このような憲法上の保護利益は、出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要するものであることはいうまでもない。そして、憲法二四条一項が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものである旨を定めていることに鑑みると、上記のような憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲は、婚姻の届出によって成立する法律上の婚姻にとどまらず、婚姻の届出はしていないが事実上これと同様の事情にある関係、すなわち、内縁関係をも含むものと解するのが相当（下線筆者）である。

「不法残留の点は、一定期間を限って本邦への上陸が拒否される事由となるにすぎず（法５条１項９号）、また、不法就労、外国人登録法違反、警察官及び入国審査官らに対する嘘の供述などの点も、それのみで直ちに退去強制事由となるものではないから、これらのことをもって、日本人の事実上の配偶者としての真摯な実体を有する原告に対し、なお在留特別許可を不相当とするような特段の事情とみることはできない。」

②　福岡地裁平成24年１月13日判決[58]

---

[55] 多賀谷一照／髙宅 茂『入管法大全―立法経緯・判例・実務運用―第１部 逐条解説』（日本加除出版株式会社、平成27年）487頁。

[56] ほかにも、東京地裁平成18年６月30日判決判タ1241号57頁、東京高裁平成26年２月26日判決（多賀谷一照『実務裁判例 出入国管理及び難民認定法』（日本加除出版株式会社、平成28年）131頁などがある。

[57] 前掲・判時2013号61頁。事案の概要については、本稿163頁を参照のこと。

[58] ウェストロージャパン文献番号2012WLJPCA01136014。

（事案の概要）

本件は、タンザニア国籍を有する女性とその子どものタンザニア国籍の女子である原告らが、入管法24条４号ロ所定の退去強制事由に該当するとの認定及び判定を受けた上、福岡入国管理局長から、法49条１項に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受け（以下「本件各裁決」という。）、さらに、同局長から本件各裁決の通知を受けた福岡入国管理局主任審査官から退去強制令書（以下「本件各退令」という。）の発付処分（以下「本件各退令発付処分」という。）を受けたところ、本件各裁決には裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、本件各裁決を前提とする本件各退令発付処分も違法であるとして、本件各裁決及び本件各退令発付処分の取消しを求めた。

（判旨）

「一般に、個人の人生において、婚姻は最も重要性を有する行為であることも多いのであり、これを破綻させるべきかどうかは、特に慎重に判断しなければならないというべきである。」「日本人の配偶者である外国人に在留資格を付与しない旨の判断は、前記のとおり、その夫婦に対し、極めて重大な影響を及ぼすものであり、単に、不法残留中に築かれた婚姻関係であることをもって、法的保護に値しないものということ」はできない（下線筆者）」

③　検討

前記①は、内縁関係にある異性カップルの関係が争点となった。一方、前記②は、法的に有効な婚姻関係にある異性カップルの関が争点となっている。異性カップルの場合は、その内縁関係及び婚姻関係が不法残留状態の上に築かれたとしても、その関係を保護すべきとする裁判例があることが明らかとなった。

「6.5入管実務における同性カップル」において後述するように、同性パートナーに対して在留特別許可が認められた事例があることから、内縁関係にある異性カップルと同様にその関係が真摯なものであり、内縁関係にあると認められれば、同性パートナーに対しても在留特別許可が認められる可能性があると言える。法律上有効な婚姻が出来ない同性パートナーは、離職等により在留資格を失い不法在留状態になる可能性は、異性カップルと比して高いことから、不法残留状態にある異性カッ

プルの事例と比較検討していくことには意義があると言える。

6.4　入管法裁判例における性的マイノリティ

⑴　性的マイノリティが当事者となったもの

難民認定訴訟において、性的マイノリティが当事者となったものは、東京地裁平成16年年２月25日判決[59]、東京地裁平成24年７月26日判決[60]、東京地裁令和２年８月20日判決[61]などがあるが、いずれも難民としては認定されてこなかった[62]。

しかし、大阪地裁令和５年３月15日判決は、ウガンダ共和国国籍を有する外国人について、レズビアンであることを理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するものであると認められるとして、難民に該当するとした。本判決は、「レズビアンであることを理由として難民該当性を肯定した事例であり，レズビアンであることを理由として難民該当性を肯定した裁判例は公刊物には見当たら」ないと評価されている[63]。

これまで、性的マイノリティであることを理由として難民該当性を認めた裁判例は存在しなかったが、前述した大阪地裁判決のように、難民該当性を認める裁判例が見られるようになり、変化の兆しが見られる。

⑵　同性カップルが当事者となったもの

①　東京地裁平成26年６月25日判決[64]

（事案の概要）

原告は、フィリピンの国籍を有する外国人であるが、出生時の性別は男性であるが性自認は女性のトランスジェンダー（下線筆者）である。原告は、不法入国により、入管法24条１項１号（不法入国）の退去強制

[59] 訟月51巻１号102頁。

[60] ウェストロージャパン文献番号2012WLJPCA07268010。

[61] ウェストロージャパン文献番号2020WLJPCA08208012。

[62] 本稿は、同性カップルの在留問題を中心に論じるため、難民認定訴訟についての検討はしない。

[63] 判タ1514号113頁。

[64] ウエストロージャパン文献番号2014WLJPCA06258022。

事由に該当する退去強制対象者として同法69条の２に基づき法務大臣から権限の委任を受けた東京入国管理局長から同法49条１項に基づく異議の申出は理由がない旨の裁決を受けるとともに、東京入国管理局主任審査官から本件退令発付処分を受けたことにつき、原告は同法24条１号所定の退去強制事由に該当しないから本件裁決及び本件退令発付処分はいずれも違法なものであって無効であり、また、本件裁決は憲法13条、24条、31条及び98条２項、市民的及び政治的権利に関する国際規約並びに国際慣習法に違反するとともに、裁量権の範囲から逸脱し、又はこれを濫用したものであるから違法なものであって無効であるところ、本件裁決を前提とする本件退令発付処分もまた違法なものであって無効であるなどと主張して、本件退令発付処分が無効であることの確認を求めた事案である。

（判旨）

原告は、「有効な旅券を所持しないで、本邦に不法入国した者であり、入管法24条１号が定める退去強制事由に該当する者であって、退去強制対象者に該当し、原則として本邦から当然に退去されるべき法的地位に置かれた者ということができる。」

以下、本件裁決に裁量権の範囲から逸脱し、又はこれを濫用した違法があるか否かを検討する。

「原告については、今回の入国だけでなく、過去２回の入国において、いずれも不法入国をしていること（下線筆者）、再入国の許可に基づく今回の入国の前提となった前回の入国は、退去強制による上陸拒否の規制を潜脱する目的で本件旅券を入手してされたものであることなどからすれば、原告の入国の状況は、我が国の出入国管理制度を軽視すること甚だしく、悪質であるといわざるを得ない。」

「入管法24条４号チが、覚せい剤取締法を含む規制薬物に関する取締法令に違反して有罪の判決を受けた外国人につき、その刑期の長短及び執行猶予の言渡しを受けたか否かに関わらず、本邦からの退去を強制することができるとしているのは、覚せい剤等の規制薬物が、他の犯罪に比べても、社会全般にもたらす害悪が大きいことから、これらの規制薬物から我が国の社会の安全を確保することを目的とするものであると解される。」

「そうすると、原告が覚せい剤取締法違反の罪により、２度にわたり、有罪を言い渡す判決の宣告を受けていること（下線筆者）は」、原告についての在留特別許可の許否の判断に当たり重大な消極要素として考慮されてもやむを得ないというべきである。」

さらに、「不法就労（下線筆者）を行っていたことが認められる。」

「以上によれば、原告については、遵法意識が極めて低く、その入国及び在留の状況は悪質であるというほかない。」

「原告とDはいずれも男性」であり、「フィリピンにおいて同性婚は認められていないし、我が国においても同性婚は認められていないから、両者の婚姻は法律上有効なものとはいえない。」（下線筆者）

「原告とDは、平成元年頃から交際を始め、同年11月頃から同居を開始し、その後原告が一時的にフィリピンに帰国した期間などを除いて、原告が平成23年５月24日に刑事事件２の被疑者として逮捕されるまで、同居し、生計も一にしていたことが認められる（下線筆者）」。しかし、原告とDの関係は、「原告の不法入国及び不法在留という違法状態の上に築かれたもの（下線筆者）であり、「本件各刑事事件のいずれについても、原告はDと共に覚せい剤を所持したり、使用したりしたこと」、「原告が退去強制を受けてフィリピンに送還された後に」パートナーである日本人男性が「フィリピンに渡航して原告に会うことを法的に妨げるような事情が格別見当たらないことからすれば、東京入国管理局長が、原告とDとの関係は、原告について在留特別許可をするか否かを判断する上で特に積極要素としてしんしゃくすべき事情ではないと考えたとしても、そのことをもって、当該判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであったとまでいうことは困難というべきである。」

②　東京地裁令和元年11月22日判決[65]

（事案の概要）

本件は、ボリビアの国籍を有する外国人男性である原告が、入管法24条４号チ（薬物犯）に該当することを理由とする退去強制の手続において、法務大臣の権限の委任を受けた東京入国管理局長から入管法49条１項の規定に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受けるととも

[65] ウェストロージャパン文献番号2019WLJPCA11228005。

に、東京入国管理局主任審査官から退去強制令書発付処分を受けたことにつき、原告が日本人男性と真摯な同性パートナー関係にある（下線筆者）こと等からすれば、本件裁決には裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した等の違法があり、また、本件裁決を前提とする本件退令処分も違法であると主張して、本件裁決及び本件退令処分の取消しを求める事案である。

（判旨）

原告は、覚せい剤所持等の罪で、懲役２年、執行猶予４年の有罪判決（本件有罪判決）を受けた（下線筆者）ことが認められる。

「入管法24条４号チ（薬物犯）は、覚せい剤等の規制薬物は、使用者に害悪をもたらすにとどまらず、社会全般に対して深刻な問題を引き起こすことを踏まえて、これを独立の退去強制事由にしたと解されるところ、上記の事情によれば、原告は、覚せい剤の使用につき常習性・依存性が認められる上、自ら覚せい剤の取引をしたことがあること（下線筆者）にも鑑みれば、原告が反省し、病院で薬物依存の治療を受けたこと（甲64、原告本人）等を踏まえても、覚せい剤の使用・所持及び指定薬物の所持により原告が本件有罪判決を受けたことは、適正な出入国管理の観点からみてもゆゆしい事態であるといわなければならず、そのことを、在留特別許可の判断に当たり重大な消極事情として考慮することが不合理であるとはいえない。」

原告は、平成24年５月20日、日本人男性のパートナーと知り合い、同年６月３日、交際を開始し、同年８月、日本人男性パートナーの住居である渋谷区のマンションで同居を開始（下線筆者）している。生活費は、日本人男性パートナーが負担（下線筆者）するとともに、平成27年５月22日、日本人男性パートナー宅に居住することを指定条件とする保釈許可決定がされている。また、原告と日本人男性パートナーは、渋谷区のパートナーシップ証明の取得のため、両者は愛情と信頼に基づく真摯な関係にあることを確認すること等を定めたパートナーシップ合意契約をし、これを公正証書にしている。

以上の事情によれば、原告と日本人男性パートナーは、「相応に真摯な同性パートナー関係にあったとは認められるものの、法律上の関係ではなく異性間における内縁関係に相当する関係であった上に、交際２か

月で同居を始め、その同居期間も本件裁決時でようやく５年であったこと（下線筆者）からすれば、」覚醒剤取締法違反（下線筆者）のような「重大な消極事情のある原告についての在留特別許可の判断に当たり、」原告と日本人男性パートナーが「同性パートナー関係にあることを格別有利に考慮しないことが不合理であるとはいえない。」

③　東京地裁令和２年10月15日判決[66]

（事案の概要）

原告は、ブラジル国籍を有する外国人男性であるが、性自認は女性のトランスジェンダー（下線筆者）である。原告は、平成９年に在留資格「定住者」、在留期間を１年とする上陸許可を受け、入国し、平成23年に在留期間３年とする更新許可を得た。しかし、平成24年９月３日、覚せい剤取締法違反の被疑事実により、逮捕され、平成24年11月14日、東京地方裁判所において、覚せい剤取締法違反の罪（同年９月１日頃の自宅での覚せい剤の自己使用及び同月３日の自宅での覚せい剤約0.142gの所持）により、懲役１年６月、３年間執行猶予の判決の宣告を受け、同判決は同月29日に確定した（下線筆者）。

原告は、同判決により、（令和元年法律第63号による改正前の）24条４号チに該当する旨の認定及びこれに誤りがない旨の判定を受けたため、同法49条１項に基づく異議の申出をしたところ、法務大臣から権限の委任を受けた東京入国管理局長から上記異議の申出は理由がない旨の裁決を受け、東京入国管理局H支局主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けたことから、本件裁決及び本件退令処分の取消しを求める訴えを提起した。

なお、原告は、本件裁決後の平成28年３月頃から日本人男性と交際を開始し、その後同棲するようになり、日本人男性が稼働して経済面で原告の生活を支え、原告は、料理その他の家事を担ってDの生活を支え、相互の協力関係が安定して継続した関係（下線筆者）にある。よって、原告が退去強制されると日本人男性とのパートナー関係が破壊されることなどから、本件裁決を撤回しないことは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となるとして、東京出入国在留管理局長による本件裁決の撤回の義

[66] ウェストロージャパン文献番号2020WLJPCA10158004。

務付け及び法務大臣による入管法50条１項に基づく在留特別許可の義務付けを求めた事案である。

（判旨）

「在留特別許可を付与しないでした裁決を撤回するか否かの判断は、適法にされた裁決をその後に生じた事情により将来に向かって撤回するものであるから、当該裁決を撤回しないことが法務大臣等に与えられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと評価されるのは、裁決後に在留特別許可を付与しない判断を見直すべき顕著な事情が生じたことにより、当該判断を維持することが社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかとなるに至った場合に限られるものというべきである。」

「原告に在留特別許可を付与しなかった東京入管局長の判断が裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものといえるか否かを検討する。」

「原告は、覚せい剤の自己使用及び所持の事実により、本件刑事判決を受けている（下線筆者）。さらに、入管法が、覚せい剤等の規制薬物に関する取締法令に違反して有罪の判決を受けた外国人については、執行猶予が付されたか否かにかかわらず、退去強制の対象とし（24条４号チ）、規制薬物の取締りに関する日本国又は外国の法令に違反して刑に処せられたことのある外国人の本邦への上陸を認めない（５条１項５号）こととしている趣旨は、規制薬物が、単に使用者に対して薬物中毒をもたらすにとどまらず、社会全般に対して深刻な問題を引き起こすことを考慮して、上記のような外国人は我が国にとって好ましくない程度が特に強いものとして位置付けることを明らかにしたものであると解される。」

「これらのことからすれば、原告の在留状況は、悪質であるといわざるを得ない。」

「原告は、本件裁決を撤回すべき事情として、日本人男性であるDとの交際や地域社会への定着性を深めていることを主張する。」

原告の同主張を検討するに、「原告は、本件裁決後、日本人男性と交際を開始し、その関係を深めるとともに、地域社会への定着性を深めていることが認められる。そして、その交際関係等が一定程度保護に値するものではあることは、」前述のとおりである（下線筆者）。しかしながら、「原告の在留状況の悪質さを考慮すれば、原告と日本人男性との交際関係が婚姻関係に準ずる程度のものとなっていたとしても、これをもって、

本件裁決後に在留特別許可を付しない判断を見直すべき顕著な事情が生じたということはできない。」

「原告の主張する事情を考慮しても、本件裁決については、裁決後に在留特別許可を付与しないとの判断を見直すべき顕著な事情が生じ、東京入管局長において在留特別許可を付与しないとの判断を維持することが社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に当たるということはできず、東京入管局長が本件裁決を撤回しないことが、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものであるということはできない。」

「したがって、本件裁決の撤回の義務付けの訴えは、行政事件訴訟法37条の２第５項の要件を満たさず、理由がない。」

④　東京地裁令和４年９月30日判決[67]

（事案の概要）

米国籍を有する外国人男性である原告Aが、日本国籍を有する男性である原告Bと米国において同性婚（本件婚姻）をした（下線筆者）ことを理由に入管法に基づき「定住者」への在留資格の変更の申請（本件申請１）をしたところ、東京入管局長から平成30年８月10日付けで「定住者」への在留資格の変更を許可しない旨の処分（本件不許可処分）を受け、その後、「定住者（又は『特定活動』）」への在留資格の変更の申請（本件申請２）をしたところ、東京入管局長から令和元年８月22日付けで「定住者」への在留資格の変更を許可しないこと等を内容とする通知（本件通知）を受けたことから、本件不許可処分が無効であることの確認（本件無効確認の訴え）・及び本件通知の取り消しを求める（本件取消しの訴え）とともに、東京入管局長に対し「定住者」への在留資格の変更の許可の義務付け（本件義務付けの訴え）を求めた。

また、原告らは、被告に対し、本件不許可処分等は東京入管局長が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して行ったものであり、これにより原告らが本邦において家族を形成維持するという法的利益の侵害を受けたなどと主張して、国賠法１条１項に基づき慰謝料等の損害賠償各550万円及び遅延損害金の各支払を求めた。

---

[67] 東京地判令和４年９月30日判タ1513号63頁。

（判旨）

「『定住者』への在留資格の変更が認められるためには、原則として、当該外国人が定住者告示に定める地位に該当することが必要であるというべきであるが、前記説示した入管法において『定住者』の在留資格を設けている趣旨に照らすと、当該外国人が定住者告示に定める地位に該当しない場合であっても、定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、あるいはこれに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合には、例外的に『定住者』の在留資格該当性を認める余地があると解するのが相当（下線筆者）である。」

原告Aの定住者の在留資格の該当性については、定住者告示に定める地位のいずれにも該当する者ではないとし、例外的にこれに準ずると認められる人道上の理由及その他の特別の事情があることは認められないとことから、「憲法13条、14条及び国際人権規約違反等の主張について判断するまでもなく、」東京入管局長が、原告Aが「定住者」の在留資格に該当しないと判断したことについて、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した違法があるといえないとした。

しかし、前述した平成25年通知に基づく運用と「特定活動」の在留資格該当性について以下のとおり判示し、原告Aの「特定活動」の在留資格該当性を認めた。

「平成25年通知に基づく運用により、日本人との同性婚の相手方である外国人については、入管法においてこれを理由とする固有の在留資格が存在していないことからすると、外国人同士の同性婚の配偶者と比較して、本邦における在留上、劣位に置かれることになるものである。」とした。

さらに、原告らが主張する同通知による運用が同性愛という性的指向に基づく差別に当たり憲法14条に違反する旨の主張に対しては、「平成25年通知による上記取扱いの違いが、事柄の性質に即応して合理的と認められるか否かについて検討するに、平成25年通知において、本国で有効に成立している外国人同士の同性婚の配偶者について、『特定活動』の在留資格を認めることとした趣旨は、平成25年５月にフランス共和国で「同性婚法が施行されるなどの近時の諸外国における同性婚に係る法

整備の実情等を踏まえるとともに、本国で有効に同性婚が成立している外国人について、その者の配偶者が本国と同様に本邦においても安定的に生活することができるように人道的観点から配慮し、在留制度上も一定の保護を与えるというものであって、そのような目的自体は正当である」が、「このような人道的観点からの配慮の必要性については、日本人を相手方として外国において有効に同性婚をし、その後当該日本人と本邦において生活している外国人についても、個々の同性婚の実態に鑑みて、その必要性を肯定することができるものである。」

原告らは、原告Aの本国において婚姻をし、その旨の婚姻証明書の発行を受け、本邦に同居し、一定期間にわたり互いに協力・扶助の関係にあると認められることからすれば、「『定住者』の在留資格が認められないとしても、本邦において日本人である原告Bと安定的に生活することができるように人道的観点から配慮すべきであったということができる。」

「また、外国人に対する出入国在留管理規制は、法務大臣等が国益の保持の見地に立って行うものであるが、諸外国のみならず本邦においても同性婚又はこれに類似する同性パートナー制度の創設・整備に関する社会的な需要や関心が高まっていること（甲35～７）を考慮すると、日本人との同性婚の相手方である外国人については、国益保持の見地から、単に本邦に在留するにとどまる外国人同士の同性婚の配偶者と比較しても、同等程度には保護する必要があるということができる（下線筆者）。」

平成25年通知は、外国人同士の同性婚がその者の本国で有効に成立していることを要件としているものであるが、原告らの婚姻は、原告Ａの本国で有効に成立していると解されるのであるから、「これに基づく婚姻関係を一定程度保護する必要があるというべきである。」

「平成25年通知が諸外国の同性婚の整備の状況等の違いを捨象しており、当該同性婚関係の解消の容易さについては着目していないことや、上記のとおり、日本人の同性婚の相手方である外国人に対しても、その個別の居住実態に照らし人道的配慮を行う必要性がある事例も存在することに鑑みれば、日本人と外国人との同性婚について、上記のような法的側面があるとしても、これをもって、平成25年通知に基づく取扱いの違いを許容する合理的な根拠となるものとは解されない（下線筆者）」

「以上に説示したところによれば、日本人との同性婚の相手方である外国人については、平成25年通知に基づく運用の射程が及ばないとして、外国人同士の同性婚の配偶者と異なり、その同性婚の実態等を考慮することなく、一律に『特定活動』の在留資格を付与しないとする取扱いには、事柄の性質に即応した合理的な根拠があるとはいえず、平成25年通知は、その運用において法の下の平等を定めた憲法14条の趣旨に反するというべき（下線筆者）である。」

「原告らの本件婚姻関係を一定程度保護する必要があったというべきである。これに加えて、原告Aが本邦において日本人である原告Bと一定の期間にわたり同居・協力・扶助の関係にあるものであり、『定住者』の在留資格への変更が認められないとしても、原告Aが日本人である原告Bと本邦において安定的に生活することができるよう人道的配慮を行う必要があった（下線筆者）ということができる。そうすると、東京入管局長としては、原告Aに対し、これらの個別的事情を踏まえて、外国人同士の同性婚の配偶者に認められている『特定活動』の在留資格と同様に、『特定活動』への在留資格への変更を認めるべきであったというべきであるから、上記在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があったと認められる。」

⑤　東京高裁令和５年11月２日[68]

（事案の概要）

本件は、④の控訴審判決である。

控訴の趣旨は、①原判決の取り消し、②控訴人に対してなされた在留資格の変更を許可しない旨の処分が無効であることの確認、③控訴人に対しなされた在留資格の変更を許可しない旨の取り消し、④控訴人に対し、在留資格を「定住者」とする在留資格変更の許可、⑤金員の支払い、であるが、本件各控訴はいずれも棄却されている。

なお、④の判決後、東京入管局長は、令和５年３月10日、控訴人Aの在留資格を「特定活動」（本邦に居住する日本人である控訴人Bと同居し、かつ、当該日本人と生計を共にする者が行う日常的な活動（収入を伴う

[68] 裁判所ウェブサイト chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/578/092578_hanrei.pdf

事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を除く。）に変更する旨の許可を与えている。

（判旨）

・憲法13条及び22条違反について

控訴人らが主張する憲法13条及び22条違反の主張に対しては、「実質的に、外国人である控訴人Aが日本人である控訴人Bと同性パートナーの関係を有することを理由として、本邦に在留する権利が保障されていることをいうことにほかならない」としたうえで、マクリーン判決を引用し、憲法13条及び22条に違反する点があったと解する余地はないとした。

・憲法14条違反について

憲法14条違反については、「男女間に成立する婚姻関係については、当該関係に基づく在留資格を付与する規定が設けられているのに対し、同性パートナーの関係については、これに相当する規定が設けられていないという点において、憲法14条の定める法の下の平等に反するかどうかは問題となり得る。」とする。

「この点について、同性間の婚姻が認められていない我が国においても、同性パートナー関係について、差別の撤廃や社会的地位の擁護に向けた取組、提言等が公的機関及び民間の団体を問わず広く行われているところであり（甲35～70）、こうした社会情勢の変化は、本件不許可処分等がされた当時、既に存在していたことが認められるものの、更に進んで、同性間の婚姻について、男女間に成立する婚姻関係と同等の地位が社会生活上確立しているといえるほどの実態が上記当時から存在していたとまでは認められない（下線筆者）。このことは、性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関し、国民の理解が必ずしも十分でない現状に鑑み、その理解の増進に関する施策の推進について、基本理念を定めるとともに、政府において基本計画を策定することなどを定めた『性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の促進に関する法律』が本年制定されたところからも指摘できる。こうした社会情勢に照らすと、外国人の在留に関しても、日本人と同性パートナー関係にある外国人について、当該関係の存在を理由に差別的な取扱いをすることは許されないことはもとより、その保護に向けた配慮が求

められるとしても、男女間で成立する婚姻関係について認められる在留資格と同等の在留資格に関する規定が設けられていないことをもって、直ちに性的指向によって合理的理由なく別異に取り扱うものということはできず、憲法14条に違反するということはできない。」

・在留資格「定住者」について

「定住者」の在留資格の変更が認められるためには、原則として、当該外国人が定住者告示に定める地位に該当することが必要であるというべきであるが、上記のとおり入管法において「定住者」の在留資格を設けている趣旨に照らすと、当該外国人が定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視することができるか、又はこれに準ずると考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合には、例外的に「定住者」の在留資格該当性（告知外定住者）を認める余地があると解する。」

「我が国において、同性間の婚姻については、男女間に成立する婚姻関係と同等の地位が社会生活上確立しているといえるほどの実態が、本件不許可処分等がされた当時から存在していたとまでは認められないことからすると、当該関係をもって、直ちに「日本人の配偶者等」や「永住者の配偶者等」と同等の保護が与えられる「定住者」の在留資格への変更を認めないことが社会通念に照らして著しく妥当性を欠くとまでいうことはできない。また、前記認定事実によれば、控訴人Aは、本件不許可処分等がされた当時、本邦における在留期間が長期にわたるものではなく、他に本邦への定着性が強いものであったというべき事情も見当たらない。こうした事情に照らすと、控訴人Aについて、「定住者」の在留資格への変更を許可しないこととした東京入管局長の判断に裁量権の逸脱、濫用があるということはできず、「定住者」の在留資格への変更を適当と認めるに足りる相当の理由があったということはできない。」

・在留資格「特定活動」について

「平成25年10月18日付けで、地方入国管理局長等宛てに発出した『同性婚の配偶者に対する入国・在留審査について（通知）』と題する書面（平成25年通知）」により、「本国で有効に成立している外国人同士の同性婚の配偶者については、本体者に在留資格があればその同性婚の配偶者にいわゆる告示外特定活動（入管法別表第一の五に定める法務大臣があらかじめ告示をもって定める活動以外のもので、法務大臣が個々の外国人

について特に指定するものをいう。）としての「特定活動」の在留資格を付与するというものであるが、日本人との同性婚の相手方である外国人（すなわち、その本国では同性婚が有効に成立している外国人）については、当該日本人の本国である我が国において同性婚が認められておらず婚姻が有効に成立していることにはならないため、一律に「特定活動」の在留資格を付与しない運用が行われていた。」

「しかし、この運用によると、日本人との同性婚の相手方である外国人については、外国人同士の同性婚の配偶者と比較して、本邦における在留上、劣位に置かれることとなるが、このような取扱いの差異を設けることについては、合理的な理由を見いだすのは困難である。また、前記のとおり、同性パートナー関係を巡る近時の社会情勢の変化を踏まえると、控訴人Ａのように、日本人との同性婚の相手方である外国人についても、在留資格の審査において、人道上の見地から一定の配慮が求められるところ、本邦に在留する外国人同士の同性婚の配偶者との比較からも、少なくとも同等程度には保護する必要があるというべきである。」

「そうすると、東京入管局長が、控訴人Ａに対し、本件不許可処分等をもって、「特定活動」の在留―資格を付与しない判断をしたといえるかどうかは、後記⑸のとおり別途検討を要するものの、そうした判断をしたと認められる場合には、公示外特定活動の性質上、広汎な裁量権が認められることを踏まえても、行政裁量を規律する平等原則に反し、裁量権の逸脱、濫用があったというべきであり、当該在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があったと認められる。」

⑶　検討

同性カップルが当事者となった入管法裁判例を検討した結果、当事者は、日本国籍と外国籍からなる同性カップルであり、①国内及び国外において法的に有効な婚姻関係にないもの、②国外において法的に有効な婚姻関係にあるもの、に大別されることが明らかとなった。以下では、それぞれの事案について検討を行う。

①　国内及び国外において法的に有効な婚姻関係にない同性カップルの事案について

前記①の同性カップルが当事者となった事案は３件あり、その全ての

事案において、外国籍の同性パートナーは覚醒剤取締法違反の有罪判決を受けており、そのうちの１件は不法入国により本邦に入国している。

在留特別許可のガイドラインでは、違法薬物に係る有罪判決は重大犯罪の典型とされ、「営利目的所持・輸入・譲渡等であれば在留特別許可は極めて困難」とされるが、自己使用あるいは自己使用目的の単純所持であれば、在留特別許可の可能性」もあるとされている[69]。また、不法入国については、在留特別許可のガイドラインでは、その他の消極要素とされているとともに、「入国当初から不法だった事案（不法在留事案）と適法に入国した後に不法残留になった事案とを区別し、不法入国事実（不法在留事案）をそれ自体として強く不利益に斟酌した例もある」とされている[70]。

東京地裁令和４年９月30日判決が出されるまで、入管法裁判例において同性カップルが当事者となった事案は、全て覚醒剤取締法違反や不法入国などを犯した同性パートナーが当事者となっている。これらの判決の結論は、前述したガイドライン及び実務の傾向に沿うものであると言え、異性カップルと異なる扱いをされていないと評価することも可能であろう。しかし、異性カップルの場合、原告が薬物犯罪による有罪判決を２回受けて服役していたとしても、日本人との婚姻関係の存在及び日本人である３人の未成熟子との親子関係の存在などが十分に考慮されておらず、裁量権を逸脱・濫用した違法があるとして、請求が認容した判決が存在する[71]。そのことからすると、前科があるという事実を殊更に重視し、同性カップルとしての関係が軽視されていると評価することも可能であると言える。

しかし、一方で、変化の兆しも見られる。東京地裁平成26年６月25日判決では、同性カップルの関係を法的に有効な婚姻関係ではないと一蹴していたのが、東京地裁令和元年11月22日判決及び東京地裁令和２年10月15日判決では、その関係について一定程度ではあるが、肯定的な評価が与えられている。このことから、入管法裁判例においても、同性カッ

---

[69] 山脇・前掲注５）811頁。

[70] 同上。

[71] 東京地判平成19年８月28日判時1984号18頁。

プルの関係に対する評価が変化しつつあると言える。

2024年３月現在では、不法残留や覚醒剤取締法違反等により有罪判決を受けている同性カップルの事例のみであるが、今後は、これらの違法行為歴がない同性パートナーの在留資格が争点となる事案も出てくるものと思われる。その際には、同性カップルの関係が如何に評価されるかを注視していく必要があると思われる。

②　国外において法的に有効な婚姻関係にある同性カップル

東京地裁令和４年９月30日判決（以下、東京地裁判決とする）及びその控訴審である東京高裁令和５年11月２日判決（以下、東京高裁判決とする）が、この分類に当てはまる。

両判決はともに、結論として、同性パートナーの定住者の在留資格該当性は認めなかったものの、平成25年通知により、日本国籍の者と法的に有効な婚姻関係にある同性パートナーに対して一律に在留資格「特定活動」が認められないとすることは認められないとしている。しかし、両判決の立論には以下で指摘するように異なる点もある。

・原告の憲法13条違反の主張について

東京地裁判決は、原告には在留資格「定住者」の該当性が認められないことを理由に判断するまでもないとする。東京高裁判決は、マクリーン判決を引用し、同条及び22条に違反する余地はないとするのみで、判断を行っていない。

・原告の14条違反の主張について

東京地裁判決は、在留資格「定住者」の判断においては、原告には在留資格「定住者」の該当性が認められないことを理由に判断するまでもないとする。一方、在留資格「特定活動」の検討に当たっては、後述するように判断を行っている。

東京高裁判決は、「男女間に成立する婚姻関係については、当該関係に基づく在留資格を付与する規定が設けられているのに対し、同性パートナーの関係については、これに相当する規定が設けられていないという点において、憲法14条の定める法の下の平等に反するかどうかは問題となり得る。」とし、同性パートナーを対象とした在留資格に関する規定が存在しないこと自体についての違憲性を検討している。しかし、在

留資格「定住者」及び在留資格「特定活動」の判断においては、憲法14条に違反するか否かの検討を行っていない。

・在留資格「定住者」について

両判決ともに、原告は在留資格「定住者」に該当しないとする。

東京地裁判決は、原告らの同性愛関係に対し一定の配慮をしつつも、日本において有効な婚姻がなされていないこと及び原告の日本への定着性が十分でないことにより、該当しないと結論づける。前述したとおり、憲法判断は行っていない。

東京高裁判決は、同性パートナー関係にあることに対して人道上の見地から一定の配慮が求められることは否定できないとしつつも、同性間の婚姻が異性間の婚姻と同等の地位を確立していないこと及び原告の定着性が強いものでないことなどを理由に該当しないと結論づける。前述したとおり、憲法判断は行っていない。

・在留資格「特定活動」について

東京地裁判決は、「日本人との同性婚の相手方である外国人については、平成25年通知に基づく運用の射程が及ばないとして、外国人同士の同性婚の配偶者と異なり、その同性婚の実態等を考慮することなく、一律に「特定活動」の在留資格を付与しないとする取扱いには、事柄の性質に即応した合理的な根拠があるとはいえず、平成25年通知は、その運用において法の下の平等を定めた憲法14条の趣旨に反するというべきである。」とする。

東京高裁判決は、「行政裁量を規律する平等原則に反し、裁量権の逸脱、濫用があったというべきであり、当該在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があったと認められる。」とする。

両判決は、日本国籍を有する同性パートナーと法的に有効な婚姻関係にある外国籍の同性パートナーに対し、一律に特定活動の在留資格を付与しないことは認められないとするが、その理由付けは異なる。つまり、東京地裁が平成25年通知の運用において憲法14条の趣旨に反するとして憲法判断を行った一方で、東京高裁は、行政裁量を規律する平等原則に反するとして憲法判断を行っていないという違いがあるのである。

東京地裁判決は、平成25年通知自体ではなく、その運用において憲法14条の趣旨に反するとする。「運用」という文言から、東京地裁判決は、

「憲法違反の法令の運用が行われているとの判断のもとに、当該事件の法令の執行は、その運用の一環として流失したものであるから違憲、無効である、と判断する手法」とされる「運用違憲」の判断を行ったと評価することもできよう[72]。よって、結論は同じであれど、保障の程度は、東京高裁よりも東京地裁の方が高いと言うことも可能であると思われる。

6.5　入管実務における同性カップル

前述したとおり、同性パートナーとしての活動が認められ、在留資格を許可されるためには、多くの障害が存在する。しかし、近年、少数ではあるが、同性パートナーに対し、在留資格を認めた事例があり、入管の対応にもわずかな変化を見て取れる。

⑴　台湾人男性のケース[73]

原告は、台湾国籍を有する男性であり、24年間同居している日本人男性パートナー Aがいる。原告は、1992年 9 月に在留資格を「留学」、在留期間を 1 年として入国した。原告は、1993年 9 月に一旦帰国した後、同年10月に在留資格を「短期滞在」、在留期間を 3 か月として入国した。原告は、1993年11月に、現在のパートナー Aと出会い、交際を開始した。原告は、1994年 1 月に、再度、在留資格「短期滞在」、在留期間を 3 か月として入国した。その後、間もなくして、原告はAと同居を開始した。原告はパートナー Aと離れがたいという思いから、在留期限を迎える同年 4 月以降も本邦に在留した。原告は、1995年頃に、HIV陽性と診断されたが、パートナー Aは献身的に原告を支え続けた。2007年頃、パートナー Aがうつ病となった際には、原告が経済的にパートナー Aを支えた。原告は、2013年10月には、オーバーステイ状態であることを弁護士に相談し、入管への出頭を予定していたが、2016年 6 月、職務質問を

[72] 大須賀明ほか「三省堂 憲法辞典」（三省堂、2001年）25頁。

[73] 和解となったため、判例集未登載である。事案の概要については、新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』日本加除出版株式会社、2018年）117頁以下及び LGBT 法連合会 編『日本と世界の LGBT の現状と課題』（かもがわ出版、2019年）85頁以下によっている。

受け、逮捕された。原告は、在留特別許可を求めたが、同年、退去強制令書の発付処分等が下された。2017年３月24日、原告は、退去強制令書発付処分の取消等を求めて、提訴した[74]。

2018年12月に実施された尋問後、裁判所から被告である国に対し、退去強制処分の見直しを求める打診があり、2019年３月15日、東京入国管理局長により在留特別許可が出され、在留資格「定住者」、在留期間１年とする在留資格が付与された。

報道によると、入管は、「在留状況や生活態度などを勘案したもので、日本人男性とパートナー関係にあることを特に重視して判断したものではない」とのコメントをしているとのことである[75]。訴訟担当弁護士によると、「日本人同性パートナーを有する外国人に在留特別許可が出されるのは私が知る限りでは初めてのことであり、同性カップルの権利保障にとって新たな一歩」と評価している[76]。

同事案の顛末は、同性パートナーであるという一事をもって、在留資格が認められないということではないことを示すものと言える。

⑵　性同一性障害者の同性パートナーのケース[77]

2019年９月３日の各紙の報道によると、東南アジア出身の性別は男性だが性自認が女性であるトランスジェンダーに対し、法務大臣から同年８月に在留特別許可を受けたと明らかにしたとされる。同人は、1981年に来日し、1993年に不法滞在となった。2002年に日本人男性と交際を始め、自宅を購入し同居していた。お互いの手術や入院を契機に、2016年、パートナーであることに合意する公正証書を作成した。同人は、2017年

---

[74] 前述したとおり、本件は和解となり判例集未登載となったため、その詳細を書面によって確認することはできない。しかし、筆者が裁判を傍聴し、訴訟記録を閲覧したところ、原告は、異性の日本人パートナーとの内縁関係を重視し、在留特別許可を出している判例を根拠に、法的に婚姻しえない同性カップルの場合も、内縁関係と同様に在留特別許可が認められるべきであるとの主張を行っていたことが確認された。

[75] 2019年３月23日毎日新聞。

[76] LGBT 法連合会 編・前掲注73）86頁。

[77] 朝日新聞2019年９月３日、日本経済新聞2019年９月３日。

３月に東京入管へ出頭し、２人が法律婚同様の生活を送っていることを説明し、同年８月14日に在留特別許可を受けた。入管は「生活スタイルや日本社会への定着性、人道的配慮などを総合的に判断した」とのコメントを出しているとされる。

本件報道及び入管のコメントからは、在留特別許可の判断に際し、同性カップルの関係性を示すものとして公正証書がどの程度考慮されたのかは、判然としない。しかし、同性カップルの関係を証明するものとして、一定程度の効果があったのではないかと推察される。仮に、同性パートナーシップ制度を利用している同性カップルが対象となった場合、パートナーシップ制度を利用しているということが、同性カップルの関係を証明するものとして一定程度の効力を有する可能性があると言えるのではないだろうか。

⑶ 同性愛を理由とした難民認定

2019年７月２日の各紙報道によると、「同性愛を理由に母国で迫害される恐れがある外国人について、政府が昨年に難民と認定していたことがわかった」と報道された[78]。報道によると、「初めてのケース」とのことである。認定された外国人の母国では、同性愛行為が刑事罰の対象となっていたとされる。

入管によると、申請者は同性愛行為に及んだとして母国の警察に逮捕され、２年間収監された後、保釈中に来日し、難民認定を申請していたという。

報道によると、入管は、同性愛指向について「人格または自己同一性に密接に関わり、変更することが困難な特性」と指摘し、帰国すれば逮捕されるおそれがあると認め、難民条約の「特定の社会的集団の構成員であることを理由に迫害を受ける恐れがある」とコメントしたとされる。

また、認定NPO法人難民支援協会によると「日本では、2018年に初めて、同性愛を理由に母国で迫害されるおそれがあると訴えた人が難民として認定されました。それ以降も同性愛を理由に難民認定がされてい

[78] https://www.asahi.com/articles/ASM723SMMM72UTIL00Y.html（最終アクセス2024年３月６日）。

ます。」[79]とされており、同性愛を理由に難民認定されているケースは増加していることが推察される。

6.6　小括　入管法判例等及び入管実務における同性カップル

入管法判例等を検討した結果、以下の点が明らかとなった。

⑴　在留資格「日本人の配偶者等」における婚姻について

前述したとおり、平成14年最高裁判決により、在留資格「日本人の配偶者等」は、法律上有効な婚姻関係と夫婦としての共同生活を営んでいるという婚姻の実態が必要とされている。そして、平成14年最高裁判決は、最高裁昭和62年９月２日大法廷判決を引用し、婚姻の本質は、「両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むこと」としている。また、平成14年最高裁判決を引用した前述した東京地裁平成27年11月10日判決では、在留資格「日本人の配偶者等」の趣旨を「その婚姻関係を維持せしめ、もって当該外国人及び日本人並びに両名により形成される家族関係を保護しようとした」と判示している。これらの判示から、在留資格「日本人の配偶者等」は、婚姻の本質を伴ったカップルの婚姻関係を維持させることで、外国人と日本人により形成される家族関係を保護しようとするものであるということが出来る。

平成14年最高裁判決が引用した最高裁昭和62年９月２日判決は、結婚の自由をすべての人に訴訟の各地裁判決でも引用されている。そして、入管法判例等における婚姻の本質と結婚の自由をすべての人に訴訟の地裁判決はともに婚姻の本質を「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むこと」としている。なお、前者は、「両性」という文言を使用しているが、後者は札幌地裁判決以外は同文言を使用していないという違いがある。しかし、婚姻の本質は、「共同生活」にあるという点は共通している。

結婚の自由をすべての人に訴訟における各地裁判決では、同性カップ

[79] https://www.refugee.or.jp/report/refugee/2021/08/lgbt-2/（最終アクセス2024年３月６日）。

ルも、異性カップルと同様に婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいることが事実認定されている。よって、入管法裁判例においても、同性カップルの関係を婚姻の本質を伴った共同生活と認められる可能性はあると言える。

実際に、結婚の自由をすべての人に訴訟の各地裁判決で認定されているように、同性カップルも異性カップルが形成しているものと同等の家族関係を構築し得る。しかし、現行制度上、同性カップルは婚姻をすることが出来ないことから、在留資格「日本人の配偶者等」から排除されているのが現状である。

以上の検討から、異性カップルと同性カップルの違いは、法律婚の有無のみであることが明らかとなった。

⑵　異性カップルの取り扱いとの違いについて

入管法判例等を検討した結果、異性カップルの場合、内縁関係であっても、異性カップルとしての関係が真摯なものであるとして、在留特別許可を認めなかった裁決を取り消した裁判例が存在していることが明らかとなった。

一方、法律上有効な婚姻をしていない同性カップルの場合、同性カップルとしての関係が真摯なものであるとして、在留特別許可が認められるべきであるとした裁判例は存在しないことが明らかとなった。

よって、入管法判例等においても、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と言える。

⑶　日本国籍と外国籍の同性カップルと外国籍同士の同性カップルの差異について

東京地裁令和４年９月30日判決及び東京高裁令和５年11月２日判決ともに、①法的に有効な同性婚をしている外国籍同士の同性カップルと法的に有効な同性婚をしている日本国籍と外国籍の同性カップルが、平成25年通知により異なる扱いを受けていること、②その異なる扱いは、認められないこと、という結論を同じくしていることが明らかとなった。さらに、東京地裁令和４年９月30日判決以降に、同性パートナーに対して、在留資格「特定活動」が認められていることが明らかとなった。

以上のことから、日本国籍の者と法的に有効な同性婚をしている外国籍の同性パートナーに対しては、在留資格「特定活動」が、認められつつあるということが言える。

⑷　入管実務における同性カップルについて

入管実務において同性パートナーに在留特別許可を与えた事例が少数ながら存在することが明らかとなったが、入管は、同性カップルであることを特に重視したわけではないとしていることから、入管実務において同性パートナーに対し、在留特別許可を与えることが実務として確立しているとは言えない状況であることが明らかとなった。

以上の検討の結果、入管法裁判例及び入管実務においても、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ことが明らかとなったのである。

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１部では、国内法及び国内判例等における同性カップルに関連する議論や状況を整理した。以下では、その検討結果を再確認し、第１部の検討結果を総括する。

⑴　「４憲法における同性カップル」での検討の結果

①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、②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、③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、が明らかとなった。

⑵　「4.2民法における同性カップル」での検討の結果

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ことが明

らかとなった。

⑶ 「4.3その他の社会的状況及び国民の意識等について」での検討の結果

①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こと、②地方方公共団体における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こと、③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こと、④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割を超えること、⑥弁護士会及び日本学術会議の提言から、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こと、が明らかとなった。

⑷ 「５国内判例における同性カップル」での検討の結果

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とが明らかとなった。また、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ことが明らかとなった。

⑸ 「６入管法における同性カップル」での検討の結果

・入管法について

①日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル及び外国籍同士の異性カップルは、カップルであることにより認められる各種在留資格が設けられていること、②外国籍同士の同性カップルには、カッ

プルであることにより認められる在留資格が不十分ながら設けられていること、③日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップルには、カップルであることにより認められる在留資格は存在しないのが現状であること、④前記①から③により、入管法において同性カップルが異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなった。

・在留資格「日本人の配偶者等」について

入管法判例等を検討した結果、在留資格「日本人の配偶者等」で求められている婚姻と結婚の自由をすべての人に訴訟で示された婚姻の意義は、共通しており、「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むこと」であることが明らかとなった。

そして、結婚の自由をすべての人に訴訟の各地裁判決において示されたように、同性カップルも異性カップルと同様に婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいることから、異性カップルと同性カップルの違いは、法律婚の有無のみであるにもかかわらず、同性パートナーは在留資格「日本人の配偶者等」から排除されていることが明らかとなった。

・入管法裁判例について

同性カップルが当事者となった入管法裁判例を検討した結果、当事者は、日本国籍と外国籍からなる同性カップルであり、①国内及び国外において法的に有効な婚姻関係にないもの、②国外において法的に有効な婚姻関係にあるもの、に大別されることが明らかとなった。

前記①の事案では、同性カップルの関係の評価が、一定程度ではあるが、肯定的なものとなりつつあり、入管法裁判例においても、同性カップルの関係に対する評価が変化しつつあると言えることが明らかとなった。

前記②の事案では、同性パートナーの定住者の在留資格該当性は認められなかったものの、平成25年通知により、日本国籍のものと法的に有効な婚姻関係にある同性パートナーに対して一律に在留資格「特定活動」が認められないことは誤りであるとしており、同性カップルの関係を一定程度保障しようとする傾向が出現しつつあることが明らかとなった。

・入管実務について

近年、少数ではあるが、同性パートナーに対し、在留資格を認めた事例があり、入管の対応にもわずかな変化を見て取れることが明らかと

なった。

⑹ 第１部総括

第１部での検討により、①国内において、同性カップルの権利を保障する動きが出現しており、その動きが一定程度定着し、その動きが強まっていること、②入管法裁判例及び入管実務も、同性カップルの関係を一定程度何等かの形で保障しようとする動きが見られること、③前記①の影響を受け、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に合理性がないと言うに値する状況が形成されつつあること、が明らかとなった。

①については、東京地裁令和６年３月14日判決が同性婚を認めていない民法等の諸規定が24条２項に違反する状態であるとし[80]、札幌高裁令和６年３月14日判決が、同諸規定を憲法14条及び24条に違反すると判示したことで、その動きが強まっているということも出来る[81]。

さらに、最高裁令和６年３月26日判決が、「犯罪被害者と同性の者は、犯給法５条１項１号括弧書きにいう『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つた者』に該当し得ると解するのが相当である。」[82]としたことにより、その動きが下級審にとどまらないことも明らかとなった。

【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。

---

[80] 判例集未登載であるが、下記より全文を確認することが可能である。chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.call4.jp/file/pdf/202403/2c62a09d6fb3aea49b744ce0bc02bef7.pdf

[81] 判例集未登載であるが、下記より全文を確認することが可能である。chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.call4.jp/file/pdf/202403/04097ed5db19a01e5f19d1c99857d8be.pdf

[82] 裁判所ウェブサイト
chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/849/092849_hanrei.pdf

紹　介

婦選獲得同盟支部非設置地域としての北海道小樽

――『北海婦人新聞』の紹介――

山　中　仁　吉

1．研究史上における『北海婦人新聞』の意義

本稿は函館市中央図書館所蔵の『北海婦人新聞』（以下、本紙）を紹介するものである[1]。本紙は、島野一二を編輯兼発行印刷人として、北海道小樽市に本社を置く北海婦人新聞社から発行された月刊新聞である。1930（昭和５）年６月21日に１号が刊行され、1932年６月１日の22号までの刊行が確認できる（ただし、10及び16－18号を欠く）[2]。

具体的な紹介は次節に譲るが、本紙は綱領のなかに「婦人公民権の附与」と「婦人参政権への進出」を掲げた。本紙が刊行された1930年頃の東京では帝国議会に婦人公民権案が提出されるようになり、女性参政権運動の主要な担い手であった婦選獲得同盟（以下、同盟）の対議会運動は最も活性化した。中央で活発な女性参政権運動が行われているさなかに、地方で婦人公民権・婦人参政権を綱領に含めた新聞が誕生したことの意義は小さくない。

以下、本節では、本紙が刊行された時期における中央の女性参政権運動の動向を確認しつつ、近年の女性参政権運動に関わる研究潮流に対して本紙（あるいは本紙が発行された北海道）を検討することの意義を示す。

[1] 本稿は北海道大学ダイバーシティ研究環境実現に向けた研究助成による支援を受けたものです。

[2] 以下、年号は西暦を用いる。

検討の前に本稿で言及する参政権概念を簡単に整理する。まず参政権と言う場合、広義／狭義の２つの参政権が考えられる。すなわち前者が選挙に限らない政治参加全般を保障する権利、後者が国政での選挙権・被選挙権である。本稿では「女性参政権運動」における「女性参政権」や単に「参政権」と言った場合は前者の意味として用いる。ただし、引用等で言及される「婦人参政権」は後者の狭義の参政権を指している。次に婦人公民権について、本稿では道府県と市町村会議員の選挙権・被選挙権として用いる。地方制度を成す町村制、市制、郡制、府県制、北海道会法では、地方議会に与る権利は公民に限定されていたゆえに公民権と呼ばれた。

さて婦人公民権案は第51議会（1925年12月26日～1926年３月25日）以降に連続して各議会で法律案として提出され、民政党の濱口雄幸内閣下の第58議会（1930年４月23日～同年５月13日）と第59議会（1930年12月26日～1931年３月27日）では衆議院を通過するまでに至る。1930年４月27日、婦選獲得同盟は東京で第１回全日本婦選大会を主催し、幅広い後援団体や出席者を集め、参政権を要求することを決議した。その直後の第58議会において民政党・政友会の両党は女性を公民に含める市制・町村制・北海道会法改正法律案を提出する。法案は衆議院を通過したものの、貴族院で審議未了のまま会期終了となる。1930年７月、濱口内閣が婦人公民権案を作成していることが明らかになるが、その内容は参加の範囲を市町村会選挙に限定し、年齢を30歳以上に制限するものであった。同盟はこれに反対を表明、11月には金沢で北陸婦選大会を開くなど気炎を上げたが、1931年２月５日に政府が提出した婦人公民権案は、年齢が男性20歳以上に対して女性25歳以上、範囲を女性のみ市町村に限定し、女性が当選した場合に配偶者の同意を要するという内容だった。２月14日に東京赤坂で開催された第２回全日本婦選大会は、政府案に反対し、完全を期した婦人公民権案の成立を決議したが、28日に政府案が衆議院を通過する。同盟は政府案の修正が叶わないのならばと法案否決を望み、３月28日に政府案は貴族院にて否決される。９月に満州事変が勃発、12月に政友会の犬養毅内閣が成立する。1932年１月に無産運動を含めた５団体で婦選団体連合委員会が結成され、犬養や民政党総裁若槻礼次郎を訪問するが、第60議会（1931年12月26日～1932年１月21日）と第61議会（1932年３月20日～同年同月24日）では婦人公民権案は提出されず、５月15日に犬養が暗殺されたことを受けて成立した斎藤実内閣下の第62議会（1932年６月１日～同年同月14日）と第63議会（1932年８月23日～同年９

月４日）では婦人公民権案が提出されるも衆議院において審議未了となった[3]。

『北海婦人新聞』が刊行された1930年６月から1932年６月までの時期は、まさに女性参政権運動の目標の一つである婦人公民権の実現可能性が最も高まりながら、武力紛争と政党内閣の退場によって急速に実現の見通しが失われた時期だった。このとき中央だけでなく地方においても活発な運動が見られた。井上直子氏の整理によると、同盟支部は新潟、東京市四谷（以上、1927年結成）、金沢（1929年）、広島、刈羽、熊本、秋田、京都、東京市小石川（以上、1930年）、東京府荏原郡城南、兵庫、群馬、松山、横手（以上、1931年）、東京（1933年：四谷・小石川・城南を統合）、愛知（1935年）に次々と誕生した[4]。

上記を見て明らかなように、北海道では同盟支部は設立されなかった。それゆえ当然ながら北海道における女性参政権運動に関わる研究は多くない。数少ない業績の一つが、札幌女性史研究会が編集した『北の女性史』（北海道新聞社、1986年）において林恒子氏が執筆した「婦選同盟の遊説」であり、1931年の同盟による北海道遊説（函館・小樽・札幌・旭川）を扱っている[5]。林氏は婦選獲得同盟機関誌『婦選』や地方新聞（『北海タイムス』『小樽新聞』）を用いて北海道での遊説が多数の参加者を得て成功した様子を明らかにし、そのなかで『北海婦人新聞』を発行している小樽の北海婦人新聞社が同盟の会友だったことを指摘している。さらに『北の女性史』は本紙に掲載された市川房枝の小樽での演説「政治と台所」の一部を資料として掲載しているが、出典は「婦選会館所

[3] 以上、第58議会から第63議会までの婦人公民権案の様子は、児玉勝子著／市川房枝監修『婦人参政権運動小史』ドメス出版、1981年、185-228頁を参照した。

[4] 井上直子「婦選獲得同盟による地域の婦選運動―支部運動の変遷と誌友会の形成をめぐって」一橋大学博士学位請求論文、2020年、７頁。

[5] 林恒子「婦選同盟の遊説」札幌女性史研究会編『北の女性史』北海道新聞社、1986年、106-107頁。北海道の女性参政権運動に関する林氏以外の業績について、札幌市教育委員会編『新札幌市史　第４巻　通史４』札幌市、1997年、698-699頁は、林氏の研究に依拠して北海道遊説について述べている。ただし、『新札幌市史』は札幌市会における婦人公民権建議案提出に言及している点は注目すべきである（同前696-698頁）。また、函館市史編さん室編『函館市史　通説編　第３巻』函館市、1997年、1003-1012頁が函館で誕生した種々の女性団体について言及しており、そのなかで函館初の女性新聞である『北方婦人』に注目して函館において女性参政権への関心があったことを指摘している。

蔵の新聞切抜帳」に存在する14号（1931年８月）であるという[6]。

従来の研究において本紙は、市川の講演内容を紹介するためにその14号が部分的に利用されていた。小樽における同盟の協力団体として北海婦人新聞社の存在が指摘されたのだが、本紙は地域の運動の実態を解明する一材料としてではなく、同盟幹部である市川の演説内容を知るために用いられていたにとどまる。本紙の研究史上における意義は、同盟幹部の遊説を熱く歓迎する一方で同盟支部の結成には至らなかった地域における女性参政権運動の実態を明らかにし得ることにある。

ではなぜ婦選獲得同盟の支部が設置されなかった地域における運動の解明が重要なのか。それは地域において運動の組織化が成功した事例である同盟支部に関心を寄せてきた従来の研究に対して組織化が失敗した地域の事例を比較対象として加えることで、女性参政権に関わる組織運動生成の促進／阻害要因をより説得的に説明することを可能にすると考えられるからである。

先にも挙げた井上直子氏は満州事変を契機に活動の変容を迫られるなかで婦選獲得同盟の支部間関係や本部がそれをいかに方向づけようとしたかという複雑な様相を実証的に明らかにし、運動像の再解釈を試みた[7]。しかし、その上でやはり検討しなければならない問いは、戦前日本において盛り上がりを見せ、戦争へ向かうなかでさえ戦略を転換することで維持された女性参政権運動が、参政権獲得という点で遂に成功を見なかったのはなぜかということである。

国政レベルの女性参政権運動については、運動が置かれた政治システムのなかで運動の目標である参政権の獲得がいかに目指されたかという観点から複数国間の比較研究が進展している[8]。比較という方法から参政権獲得の理由を探る

---

[6] 前掲『北の女性史』178頁。

[7] 前掲・井上「婦選獲得同盟による地域の婦選運動」。ところで井上氏を筆頭に本部と支部との関係など婦選獲得同盟を事例に女性参政権運動内の力学は多くが明らかにされたと言えるが、筆者は別稿において権利獲得運動としての女性参政権運動が対議会運動を通じて政治史に有した意味を検討する余地が残されていることを指摘し、新婦人協会を事例にその解明を試みた（山中仁吉「新婦人協会の成立―第一次世界大戦後における女性参政権要求の論理と運動戦略」『北大法学論集』74巻３号、2023年）。

[8] アメリカとスイスの女性参政権運動を比較分析したLee Ann Banaszak, *Why Movements Succeed or Fail: Opportunity, Culture, and the Struggle for Women Suffrage*., Princeton University Press, 1996やアメリカ・フランス・イギリスを対象に

ことは有用である。しかし、各国におけるその国に特有の事情や文化・社会的背景の存在は、運動の生成にまで遡った検討を困難にさせる。複数国間の比較研究は、運動内部の事情に代えて、政治システムのあり方や統治エリートの態度を分析の俎上に載せている。

かかる研究状況に対して組織化失敗地域に注目することは、分析対象は日本という一国に限定されるが、これまで蓄積されてきた日本史研究の成果の活用によって国内の各地域が置かれた特殊事情を考慮したうえで、組織化を成功させた地域との比較を通じ、いかなる要因が運動の生成に正／負の影響を及ぼすのかを明らかにすることができる。これによって従来行われてきた運動側の実態を解明するという方法で参政権運動の失敗を検討することの意義が改めて認識されるだろう。

林恒子氏は、演説会参加者の「女学校に入らぬ大多数の女子の教育向上が急務」との言葉を引きつつ、凶作や不況で生活水準か低下していたことが運動生成の阻害要因だったと指摘し[9]、北海道における運動不振の問題を提起した。本稿が示した組織化の地域間比較という視点は、政治史上における女性参政権運動の成否にとどまらず、北海道近代（女性）史における社会運動に関わる問いに対しても意義を見いだせる。

以下、次節では創刊理念や編輯人、主要記事について紹介し、第３節において周辺史料にも目配せしつつ本紙掲載記事を活用することで1931年の婦選獲得同盟による北海道遊説での小樽の様子を確認したい。

２．『北海婦人新聞』の概要

冒頭で述べたように、『北海婦人新聞』は、島野一二を編輯兼発行印刷人とし、発行所の北海婦人新聞社は小樽に本社を置いた。

島野一二とは誰か。自伝によると、島野は1893年11月に大阪商船に勤める島野八郎の長男として石川県石川郡美川町近くに生まれた。1912年５月に小樽に

した Dawn Langan Teele, *Forging the Franchise: The Political Origins of the Women's Vote*., Princeton University Press, 2018などがある。

[9] 前掲『北の女性史』107頁。

移り、色内町にある洋物の卸問屋の梅屋商店に入社する。1922年に独立し[10]、毛糸と靴下の小売りと木櫛の卸売りを始めた。その年に結成された北海道小間物化粧品卸商連盟の書記長を務めながら、1923年２月に『北海道小間物化粧品商報』（戦後、『北海道商報』と改題）を、1930年に『北海道織物新聞』（戦後、『北海道繊維新聞』と改題）を創刊する[11]。また、1934年の初当選から３期連続で小樽市会議員を務め、戦後も当選を重ね議長・副議長に選出されている[12]。

島野は上記２紙以外にも各種業界紙を構想しており、そのうちの一つが『北海婦人新聞』であった。「婦人新聞を考えてみた、愛国婦人会、国防婦人会のことを主題とすべく、また当時婦人だちに藤色が流行したときであったから、美しい藤色洋紙を使って発行したが、これは週刊発行でないと記事が古くなったり、また婦人方の経済的なこともあって失敗となった」と言う[13]。

島野は愛国婦人会（以下、愛婦）と国防婦人会（以下、国婦）を取り扱おうとしたと言う。全国組織として、愛婦の設立が1901年２月、大日本連合婦人会は1931年３月、国婦は1932年10月であり、これら三団体が中心となって1942年２月に大日本婦人会（以下、日婦）が発足する。小樽での設立は、愛婦が1901年[14]、国婦は1936年９月、日婦は1942年９月である[15]。本紙の刊行が確認できる1932年６月１日までに愛婦しか存在しておらず、国婦に関する島野の記憶は正確とは言えない。ただし、本紙創刊から遡り1922年暮れのことだが、島野は愛婦小樽支部から軍人遺族の窮状について聞くに及び、帳場に遺族のための募金

---

[10] 梅屋商店開業50年の1922年５月５日を以て独立するといい（『梅屋商店開業五十周年記念誌』梅屋商店、1922年、241頁）、島野は独立に際して退店することについての思いを語っている（同前253-258頁）。

[11] 以上、島野一二『喜寿を迎えて、自叙伝のまねごと』北海道商報社・北海道繊維新聞社、1971年、７－８頁（市立小樽図書館所蔵）。

[12]『小樽市史　第４巻』小樽市、1966年、47-55頁。

[13] 前掲・島野『喜寿を迎えて、自叙伝のまねごと』68頁。

[14] 1901年の小樽の愛婦の結成は、1902年２月の愛婦北海道支部結成に先駆けたものだった。「明治三十四年以降会員各年現在表」によれば、確かに1901（明治34）年時点で「小樽区」の会員数として計194名が確認できる（北海道史編纂掛編『愛国婦人会北海道支部沿革及事業一班』1918年頃（北海道大学附属図書館北方資料室所蔵））。ただし、小樽で設立された愛婦と愛婦北海道支部との関係は不明である。

[15]『小樽市史　第６巻』小樽市、1969年、685頁。

箱を設置したという[16]。島野が愛婦に注意を払っていたことに間違いはないだろう。

ところで小樽の愛婦、国婦、日婦について、三団体の会長には河原房子が就任している[17]。河原房子は、1878年愛知生まれ、実業家で小樽市議会議員及び議長や小樽市長（1938年４月～1945年５月）を務めた河原直孝の妻であり、子に直一郎、豊子、富子がいた[18]。房子と長女豊子は京都府立第一高等女学校卒、次女富子は京都精華高等女学校卒である[19]。本紙は、富子を「御家庭に在つてお母様〔房子：引用者注〕を援けて家事のお手伝ひの傍ら若き光に輝く日々を過ごして居られます」と評し、房子について「賢婦人として知られる方」と紹介しており[20]、２人に対して好意的である。本紙の性格を知るために北海婦人新聞社（島野一二）と愛婦を含む三団体（河原房子）の関係は明らかにされなければならないが、『北海婦人新聞』の紹介を目的とする本稿では本紙第１号に掲載された主幹・島野一二の「発刊のことば」からその綱領と事業を簡単に確認するにとどめたい[21]。

綱領

一　国体観念を明徴にし日本婦人精神の作興

私し共は常に此精神を体し日本婦人としての力強い国民教育のために尽さねばなりませぬ。

一　婦人智徳の涵養

どんな聖賢君子もみんな女の影響を受けました、即ち磨き積まれた婦人の智徳に育まれたのです、大きい此力をよりよく養ひませう。

一　良妻賢母主義

---

[16] 島野一二「慈善函」前掲『梅屋商店開業五十周年記念誌』228頁。

[17] 前掲『小樽市史　第６巻』685頁。

[18] 『小樽名鑑　前篇』小樽名鑑編纂事務所、1923年、34頁。人事興信所編『人事興信録　第８版』人事興信所、1928年、カ200頁。

[19] 帝国秘密探偵社編『大衆人事録　第14版　北海道・奥羽・関東・中部篇』帝国秘密探偵社、1943年、北海道19頁。

[20] 「令嬢かがみ　写真訪問　小樽　河原富子嬢」『北海婦人新聞』３号、1930年８月25日、４頁。

[21] 以下、島野一二「発刊のことば」『北海婦人新聞』１号、1930年６月21日、１頁。以下、引用に際して、読みやすさを考慮し、適宜旧字体の漢字は現在通用のものへ改めた。

新思想家、或は自由主義者と自任する人々の中には、良妻賢母を旧弊道徳だと罵倒します、実際に「良き妻良き母」が間違つて居りますか、私だちは互ひに其蒙を拓かせ、亦自らが左様ありたいと存じます。

一　経済生活の改善

私共の生活には、改善すべき事が多くあつて、仲々実行出来ない慣習にとらはれて居ります、共に力を協せて、出来得る事から改むる事に努めませう。

一　婦人技芸の発達

天から私共に与へられた技芸の才能、磨けば光り研むれば深い、みんなが芸術の殿堂に進みたいと存じます。

一　美粧衛生と流行

美粧は贅沢でなく保険衛生であり、社交礼義であらねばなりませぬ、然して時の流れに新味を見ることを忘れないやうに致しませう。

一　婦人公民権の附与

過去の時代から婦人の力を除けば世界の歴史は全く別物になります、何是婦人を看過したのでせう、否々、近く時の流れは婦人に公民権を付与します。

一　婦人参政権への進出

この問題は賛否交々でまりませうが、私共婦人の重大なる問題でありますから、共々に慎重なる研究を致したいと存じます。

事業

一、本紙は北海道樺太に於ける婦人界、並びに婦人団体の忠実なる報道機関であります。

二、本紙は北海道樺太に於ける婦人界、並びに婦人団体の善行事業の発展に協力し、本紙の綱領に邁進するものであります。

三、本紙は婦人及び婦人団体の、美粧衛生技芸の向上に賛助するものであります。

四、本紙は常に良き婦人及び婦人団体に味方するものであります

五、本紙は北方日本に於ける婦人の善行美事を礼賛するもので、人々の悪事を報ずる事を厳禁致ます。

本稿の関心からは８つの綱領のなかでもとりわけ「婦人公民権の附与」「婦人参政権への進出」が注目される。事業の第一に掲げている通り、本紙は小樽市内や道内の女性団体や女学校の動向を積極的に紹介する。それにとどまらず中央の女性参政権運動の出来事を盛んに報道し、小樽における運動の活発化に向けた北海婦人新聞社自身の取り組みを窺わせる記事もたびたび掲載した。以下、『北海婦人新聞』に掲載された女性参政権運動関係記事から主だったものを筆者が選択して（表）に掲げた。ただし、女性参政権を主題とはしないが記事のなかで一部言及しているようものは今回取り上げておらず、かかる記事など（表）には掲載しきれなかったものが多々存在することに留意されたい。

（表）『北海婦人新聞』の女性参政権運動関係記事

号数	発行年月日	主要記事
1	1930.6.21	穂積重遠「婦人問題の意義」。島野一二「発刊のことば」。「婦選の歴史」。
2	1930.7.25	「女性の協力一致と輿論の喚起へ」。穂積重遠「婦人問題の意義（下）」。
3	1930.8.25	井上準之助「不景気に対する御婦人への希望」。「婦人公民権をめぐつて剣劇時代」。
4	1930.9.25	「婦人公民権案の議会提出」。穂積重遠「婦人の職業と労働問題」。河本八重吉「婦人と政治」。
5	1930.10.25	穂積重遠「婦人労働問題」。関口泰「婦人公民教育（上）」。
6	1930.11.25	「女子労働者の社会的地位」。関口泰「婦人公民教育（中）」。「地方婦人の婦選への目覚め」。久留島武彦「婦人の自覚へ」。「参政権目標の婦人同志会総会」。
7	1931.1.25	「婦選と婦人の力」。安部磯雄「婦人問題の解決奈何」。関口泰「婦人公民教育（下）」。米田和歌子「母性愛に立脚する婦人運動」。安達雪子「婦人の新聞に就て」。「婦選問題」。「再び婦選大会」。
8	1931.2.25	「婦人労働問題とそれに対する一つの立場」。「婦人参政は次代の要求だ」。竹内節夫「現代女性の性格」。古瀬長栄「独逸婦人の運動」。「第三回全日本婦選大会」。
9	1931.3.25	嘉悦孝子「現代婦人観」。山田わか「婦選の障碍は婦人の無理解」。「婦人公民権案可決」。
11	1931.5.25	蝋山政道「婦人参政権運動をどう見るか」。
12	1931.6.25	「新らしき婦人論の解剖」。「婦人解放の尖端を進む」。
13	1931.7.25	「婦人時論」。「新らしき婦人論の解剖」。「婦人向上のために同志婦人の御賛意を待つ」。「小樽の生んだ日本の女性河崎女史を訪ふ」。
14	1931.8.29	「婦人運動の新しき出発」。「婦人問題講演会会場雑観」。「苦難の叫び紅焔堂に燃ゆ」。石本静枝「産調運動の現勢」。市川房枝「政治と台所」。河崎なつ「公民としての婦人」。
15	1931.9.15	「日支衝突と婦人の立場」。山川菊栄「婦人の地位」。
19	1932.2.25	「テロリズム拒否すべし！」。「議会の浄化」。「戦争と家庭」。守屋東「政治教育の好期」。「犬養さん訪問」。
20	1932.3.25	「母性の本能」。
21	1932.4.25	「家庭婦人の責任」。
22	1932.6.1	「犬養氏を悼む」。

3.『北海婦人新聞』と1931年の婦選獲得同盟による北海道遊説

前節では、『北海婦人新聞』の編輯人、理念、記事についてごく簡単にではあるが紹介した。本節では、北海道の女性参政権運動に関わる研究で言及されていた、1931年に行われた婦選獲得同盟幹部の市川房枝・石本静枝・河崎なつによる北海道遊説について、北海婦人新聞社の所在地である小樽市での演説会に関して若干の検討を加える。これは北海道における女性参政権運動の研究可能性を示すことになるとともに、今後の研究の準備作業の一環をなす。

北海婦人新聞社は1930年6月21日に創刊号を刊行した翌7月25日の2号に、社内に存在するという婦人参政北海道同志会について「広く同志を募ります」との広告を出した[22]。それ以降しばらくの間婦人参政北海道同志会について音沙汰は無いが、中央の婦選獲得同盟の活動の波は地方まで広がり、濱口内閣が作成した婦人公民権案への反対が強まりながら、11月に北陸婦選大会が開催された。『北海婦人新聞』は1931年1月25日の7号にて「新機軸的な組織に目ざめ具体化の第一歩へ進まねばなりますまい」と言って参政権運動のための新組織の結成を示唆し、運動の一員になることを希望する女性は北海婦人新聞社内社会部へ名前を知らせよと改めて呼びかけた[23]。

1931年2月、政府案が提出され、14日に政府案反対を掲げ第2回全日本婦選大会が開催されたが、28日に政府案が衆議院を通過した。この機を逃すまいとしたのか、同月に北海婦人新聞社は発行回数を増やす計画であることを公表し、新たに女性の記者を募集した。採用条件には「婦人運動に理解のある事」や「婦人公民権の附与と共に将来市町村会議員として立候補の意気を有する事」を提示し、「高等女学校卒業程度の学力」を有して「小樽市内に確実なる保証人」が必要であるとした[24]。増刊の背景には「北海道に於ける正しき婦人運動はど

[22]『北海婦人新聞』2号、1930年7月25日、広告

[23]「婦人参政権獲得の栞」『北海婦人新聞』7号、1931年1月25日、2頁。

[24]「得難き婦人を招聘」『北海婦人新聞』8号、1931年2月25日、8頁。ところで1931年に婦選獲得同盟幹部が訪問した北海道各都市には高等女学校が所在していた。1902年札幌（現・札幌北高等学校）、1905年函館（現・函館西高等学校）、1906年小樽（現・小樽桜陽高等学校）、1907年旭川（現・旭川西高等学校）にそれぞれ高等女学校が開校している。

う進めて行くべきか」という問題意識があった[25]。

先述した通り、前年1930年は広島、刈羽、熊本、秋田、京都、東京市小石川といった地域で同盟支部が結成された。1931年３月に政府の婦人公民権案が貴族院で否決された後、北海道から最も近い秋田支部では会合が盛んに行われていた。同盟本部から市川房枝や河崎なつが参加し、７月に秋田支部総会や演説会が開かれた。秋田支部の和崎ハルは「東北に最初に生れた我秋田支部の使命はいよいよ重大だ、今後大に陣容を整へて全東北、北海道へ呼び掛けよう、婦選は近づいた、我等は準備に全力を入れよう」と意気込む[26]。このとき北海婦人新聞社内の婦選部は「北海道に於ける婦人参政の同志の会」を組織したいと三度呼びかけた[27]。

1931年６月、かつて小樽高等女学校で教鞭をとった河崎なつが７月下旬に小樽に来る予定だと本紙上で伝えられた[28]。

河崎なつは、1889年に奈良に生まれた。奈良女子高等師範学校の卒業後、地元の小学校の訓導として勤務し、東京女子高等師範学校文科に入学し、『青鞜』に触れる。卒業後、1912年に小樽市立高等女学校教諭に着任する。1916年に東京女高師の文科研究科に入学し、翌年に講師となる。この頃小樽高女同窓会桜陽会東京支部を結成した。1918年に東京女子大学国語教授となり、1921年には与謝野晶子とともに文化学院創設に関わる。新婦人協会、東京連合婦人会、婦選獲得同盟などに参加した[29]。小樽高等女学校での４年間の勤務について、河崎本人によれば、次第に教育の仕事に興味を持ちはじめ、全校生徒500人の作文を河崎一人で受け持ったという[30]。河崎の教え子だった中井しづ､中川よね、土井たか恵らは、河崎の指導はそれまでの見舞状やお礼状の作文とは異なり生活記録を書かせるもので、河崎は生徒の成長を喜んで毎晩のように徹夜してい

---

[25]「週刊発行計画に当り各位の御高見拝承」『北海婦人新聞』12号、1931年６月25日、２頁。

[26] 和崎ハル「市川、河崎両女史に同伴して」『婦選』５巻８号、1931年８月１日、46頁。

[27]「婦人向上のために同志婦人の御賛意を待つ」『北海婦人新聞』13号､1931年７月25日、５頁。

[28]「河崎なつ子先生来樽されん」『北海婦人新聞』12号、1931年６月25日、５頁。

[29] 以上、河崎なつの経歴は林光「河崎なつ略年譜」『母親がかわれば社会がかわる―河崎なつ伝』草土文化、1974年、353-358頁を参照。

[30] 河崎なつ「私の歩んできた道」『婦人公論』23巻７号、1938年９月、79頁。

たと回想する[31]。かかる指導を受けた教え子のうち在京の卒業生が東京に戻った河崎を囲んで桜陽会東京支部は作られたようだ[32]。

さて河崎は1931年７月23日に小樽を訪れ、24日に小樽高等女学校を訪問し、婦人公民権の実現可能性が高いことを説いたという。記事は「婦人運動の観念に対する階級的差別を除かんとして来道されたのである」と河崎の北海道訪問の理由を伝える[33]。このとき同校卒業生の第８期生[34]が結成した二葉会が小樽での講演会を主催するように河崎から依頼されたという[35]。８月５日に河崎が帰京、河崎のもとへ市川房枝と金子しげりが訪問し、早速準備に着手した[36]。婦選獲得同盟の北海道遊説の背景には、河崎と二葉会との関係があった。

８月19日に市川房枝と石本静枝が東京を立ち、翌20日に函館に到着し、函館新聞社の主催で講演会が始まる[37]。石本が「産調運動の現勢」、市川が「政治と台所」と題して演説した。21日に出発が遅れていた河崎なつが合流し、３人は22日に小樽に到着する。

河崎が小樽高等女学校に勤めていたこともあり、小樽での河崎の人気は凄かった。講演会は二葉会が主催し、小樽新聞社が後援にまわった。開始時刻の午後７時、会場の小樽倶楽部には2000人が詰めかけ、その様子は「今夜ばかりは女の天下男子聴衆声なし」だったという[38]。まさに「未曾有の盛会」だった[39]。私立小樽双葉高等女学校の生徒も演説会に参加しており、会場は「身動

---

[31] 前掲・林『母親がかわれば社会がかわる』37-38頁。

[32] 前掲・林『母親がかわれば社会がかわる』39頁

[33]「小樽の生んだ日本の女性河崎女史を訪ふ」『北海婦人新聞』13号、1931年７月25日、６頁。

[34] 小樽高等女学校は1906年５月に開校した。８期生の入学は1913年であり、河崎の在職期間（1912 ～ 1916年）と重なる。

[35] 村山千代子「初めて講演会を主催して」『婦選』５巻９号、1931年９月７日、61頁。同記事は二葉会の村山千代子の講演会開催準備における奔走の様子を伝えている。

[36]「本部の日誌より」『婦選』５巻９号、1931年９月７日、68頁。

[37] 以下、特段の注記がない限り、遊説の記録は市川房枝・石本静枝・河崎なつ「婦選旗北海道に進む」『婦選』５巻９号、1931年９月７日、55-63頁、市川房枝･石本静枝「旅中通信」『婦選』５巻９号、1931年９月７日、55-60頁を参照した。

[38]「婦人問題講演会会場雑観」『北海婦人新聞』14号、1931年８月29日、１頁。

[39]「苦難の叫び紅焔堂に燃ゆ三女史講演会」『北海婦人新聞』14号、1931年８月29日、２頁。

きもならぬ入場者で、中途で帰ることも憚りに行くことも出来ないで、入場したら本当に全く動くこともどうすることも出来な」いほどの状態だった[40]。

演説は前掲の石本と市川に加えて、河崎が「公民としての婦人」を話した[41]。講演後の有志座談会には20余名の女性が出席した。石本は二葉会の村山千代子、山田節子、籾谷菊子、佐野なほ子、棚本とし子ら協力者の「御厚志は永く小樽の婦選運動史に誌して感謝したい」と言う。

支部結成には支部所在地に同盟会員が20名以上いることが必要だった[42]。座談会出席者が全員同盟に加入すると仮定して、辛うじて小樽に支部を設立できるほどの人数は存在したのである。その後の遊説は、23日に札幌で婦人問題研究会の主催、北海タイムス社の後援で時計台にて講演会が開催され、24日には旭川で旭川新聞社の主催で講演会が行われた。25日に市川が長岡市の講演会に向けて出発し、北海道遊説は終わる。札幌と旭川でも講演会は盛況で、同盟入会者も現れた。1933年３月の『婦選』によると、安達トシが「前略支部設置の事も、昨秋から健康を害し転地したりして居りました為、其侭になつて居りましたことお許しお願いたう存じます。段々快方へ向ひましたので、今度こそは努力いたす考へでございます」と札幌から同盟本部へ通信している[43]。組織化の担い手になりうる女性が必ずしも支部設置に消極的だったわけではなかった。

以上、『北海婦人新聞』を中心に1930年頃の小樽の女性参政権運動を見てみると、中央の運動活発化や同盟支部の相次ぐ設立のなかで女性参政権運動のための組織の結成が求められていることが分かった。また、同盟の北海道遊説の実現には河崎なつと小樽の二葉会の果たした役割が大きかったことが示唆される。小樽高等女学校だけでなく、小樽に存在した私立双葉高等女学校の生徒の存在が、小樽での講演会の成功の背景にあったことが窺われる。

---

[40]「八月の交友」『月刊双葉』49号、双葉学友会（代表者：中田イチ）、1931年９月10日、２頁（『学校法人北海道龍谷学園双葉高等学校100年史　１』北海道龍谷学園双葉高等学校、2008年、240頁）。

[41] 石本静枝「産調運動の現勢」と市川房枝「政治と台所」の演説内容は本紙に掲載されたが、前13号における河崎の７月の小樽訪問の記事にて河崎なつ「公民としての婦人」の演説内容の趣旨は伝えたと言い、概略だけの紹介となっている（『北海婦人新聞』14号、1931年８月29日、２頁）。

[42]「婦選獲得同盟支部内規」『婦選獲得同盟会報』３号、1926年３月31日、４頁。

[43]「各地通信」『婦選』７巻３号、1933年３月５日、69頁。

4．総括

本稿は函館市中央図書館に所蔵された『北海婦人新聞』の紹介を通じて、婦選獲得同盟支部非設置地域に関する研究の進展が日本女性参政権運動史における重要な問いに答えることを可能にし得ることを示し、一事例として1930年から1931年にかけての北海道小樽市での女性参政権運動に関わる取り組みの一端を明らかにした。

最後に具体的に研究を進展させるための課題と方向を示すことで本稿を終わりにしたい。

第一に、北海婦人新聞社の「婦人参政北海道同志会」構想（以下、「同志会」構想[44]）と同盟支部結成構想との関連。同社は中央の女性参政権運動を盛んに報じ、「同志会」構想をたびたび紙上に掲載したが、あくまで婦選獲得同盟や同盟による1931年８月の北海道遊説とは独立した動きであった。それゆえ小樽における女性参政権運動を明らかにするためには、「同志会」構想は同盟とは異なる地域女性参政権運動団体結成の企画だったのか、それとも同盟会友であった同社による同盟支部結成に接続させるための試みだったのかなど、北海婦人新聞社と同盟の関係を今後検討する必要がある。北海道遊説実現の立役者である河崎なつや北海婦人新聞社の島野一二の活動や主張を明らかにすることが上記検討の手掛かりになると考えられる。さらに実際に札幌支部結成に取り組んだ安藤トシの動向も視野に入れることで、河崎などによる同盟本部側とは異なる、地域の側からの支部結成構想も考慮することができる。

第二に、担い手としての女学生。北海婦人新聞社による「同志会」構想の内容について、実際にどのようにして組織化を試みていたのかは不明である。この点、北海婦人新聞社は女性記者に「高等女学校卒業程度の学力」を求めていた。小樽の演説会には小樽高等女学校卒業生の尽力は欠かせなかった。加えて双葉高等女学校の生徒も会に参加していたことを考えると、同地の女性参政権運動にとっては２校の生徒たちの実態に注目することが必要である。かかる実

[44] 本紙では次第に「婦人参政北海道同志会」という呼称が用いられなくなるが、北海婦人新聞社内に設置されたという社会部や婦選部がその後も結成を呼び掛けており、これらを含めて同社による小樽における女性参政権運動のための団体組織化構想を「同志会」構想と呼ぶ。

態解明の作業は必ずしも容易ではないが、同地の新聞、女学校同窓会誌、学籍簿・日直日誌などの分析から始めることができるだろう[45]。この作業を通じて「同志会」構想と同盟支部結成構想との担い手における重なりを検討することが可能となる。

第三に、諸団体間での担い手の重複。編輯兼発行印刷人の島野一二は、『北海婦人新聞』の発刊に際して愛婦と国婦を念頭に置いていたと言ったが、当時各種女性団体が地域で結成、浸透していた。このとき小樽では愛婦・国婦・日婦のすべての会長を河原房子が務めていた。また、旭川では1931年の演説会にも参加した矯風会北海道部長佐野文子は、1933年12月16日に発足した旭川国婦の発会式で動議を提出したことが確認できる[46]。組織化が失敗した事例では特定の団体を経時的に分析するという方法を採用することは難しく、諸団体の絡みあう運動潮流のなかで女性参政権運動団体の組織化という選択肢が後景に退いていく過程を再現しなければならない。

以上、検討を通じて、『北海婦人新聞』が研究史に加え得る貢献を示し、北海道近代史としてだけでなく女性参政権運動史上の問いに対する回答への道筋を開く素材として北海道における女性参政権運動史が有する意義を見いだすことができた。

---

[45] 北海道全体の女性参政権運動の検討には、双葉高等女学校（現・双葉高等学校）と小樽高等女学校（現・桜陽高等高校）だけでなく、前述した高等女学校を引き継ぐ札幌北高等学校、函館西高等学校、旭川西高等学校の調査も必要となる。さらに本稿で紹介した『北海婦人新聞』は現時点で函館市立中央図書館の所蔵しか確認できておらず、今後上記高等学校等の調査を通じて本紙欠号の所蔵の有無も明らかにしなければならない。

[46] 旭川市史編集会議編『新旭川市史　第４巻　通史４』旭川市長、2009年、235頁。

論　説

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（八・完）

――国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から――

津田智成

目　次

序章：本稿の問題意識――役務のフォート認定の基準と方法――
第一節：これまでの研究の到達点と残存する課題

第二節：本稿の分析手法と構成
第一章：役務のフォートの判断基準としての義務違反
第一節：役務のフォートの判断基準
第一款：役務のフォートの行為不法的側面
第二款：役務のフォートの結果不法的側面
第二節：義務の判断基準
第一款：法規定
第二款：職務の性質
第三款：法の一般原則
第三節：小括――役務のフォートの行為不法的側面と結果不法的側面――
第二章：役務のフォートの類型論
第一節：論理的類型論
第一款：伝統的説明
第二款：現代的説明
第二節：経験的類型論
第一款：違法な法律行為
第二款：公務員の法的地位に対するフォート
第三款：さまざまな不作為
第四款：過誤・不手際・不注意
第五款：予防原則
第六款：役務の組織上の瑕疵
第七款：瑕疵ある情報
第八款：損害を生ぜしめる態度

（以上、六八巻二号）
（以上、六八巻五号）
（以上、七一巻一号）
（以上、七一巻五号）

第三節：小括――多様な形態をとる役務のフォート――
第三章：役務のフォートの評価方法
第一節：具体的評価
第一款：事件の諸状況
第二款：用いうる手段
第三款：損害の予見可能性
第二節：抽象的評価
第一款：公役務の組織編成ないし体制整備
第二款：行政客体の権利
第三節：小括――行為規範の措定を規律する諸要素――
第四章：結果債務理論
第一節：手段債務――注意義務――
第一款：一定の行動による義務の履行
第二款：一貫した懈怠又は異常な遅滞
第二節：結果債務――実効性確保義務――
第一款：結果債務の黙示的承認
第二款：結果債務の明示的承認
第三節：小括――行為規範の高度化と結果不法説的解釈――
終章：総括――役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件――
第一節：役務のフォート概念の弾力性
第一款：「違法性＝フォート」テーゼ
第二款：役務のフォート理論と違法性同一説との関係
第三款：役務のフォート理論と違法性相対説との関係

（以上、七一巻六号）

（以上、七二巻三号）

（以上、七二巻六号）

第二節：行為規範の措定のあり方についての試論的考察
第一款：役務のフォート判断における義務の程度ないし範囲
第二款：国家賠償法一条一項の違法性又は過失のグラデーション
第三款：結果不法的要素の考慮のあり方

（以上、本号）

終章：総括――役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件――

本稿においては、ここまで、フランス国家賠償責任法における原則的責任要件である「役務のフォート（faute de service）」の認定の基準と方法についての研究を行ってきた。その要点については、各章の小括において整理してきたとおりである。フランス国家賠償責任法と我が国の国家賠償法一条一項は、その責任規範の基本的な構造等に差異があることから単純に両国の要件論を比較することはできないものの、以下では、かかる差異に留意しつつ、本研究により得られた知見に照らして、主に我が国の国家賠償法一条一項における諸要件、特に「違法性」と「過失」に関する学説及び判例についての整理・検討を行うこととしたい。

第一節：役務のフォート概念の弾力性

本研究により明らかとなった役務のフォート概念の主たる特徴の一つは、その〝弾力性〟である。すなわち、第一章から第四章まで挙げてきた役務のフォートに関する諸判例を見ると、役務のフォート概念が、個々の事案に応じて、「権

利侵害」、「権限規範違反」、「故意」、「注意義務違反」、「結果債務違反」といったさまざまな形をもって認定がなされ、さらに、時には侵害される権利ないし法益の「要保護性」により、それが否定されていることがわかる。つまり、この概念は、まさに「多様な形をとる概念（notion multiforme）」[1]なのである。我が国の国家賠償法一条一項の諸要件との関連で言えば、役務のフォート概念は、「故意」、「過失」、「違法性」（又は「権利・法益侵害」）のいずれにも形態を変えうる、あるいはそれを包含しうる〝弾力的〟な概念であるといえよう[2]。このことは、今日ではそのまま「フォート」と記されることが多い《faute》という単語に、どのような訳語を当てるべきか、というこれまでも種々議論のあった問題の解決の難しさをよく示している。ただ、これにあえて訳語を当てるとすれば、包括的な「不法」という訳語が最もその実体に近いのやもしれない。この点に関しては、かつて《faute》に「過失」という訳語が当てられることの多かった時代に、小早川光郎教授が、これに「不法」という訳語を当てていたことが改めて注目される[3]。本節においては、右のようなさまざまな形態のうち「権限規範違反」という形態をとる場合の役務のフォート理論に着目して、我が国においてその対立が顕著に語られている、いわゆる「違法性同一説」及び「違法性相対説」と、当該理論との関係を整理することを試みる。その上で、次節において行う試論的考察の背景にある問題意識を明確にすることとしたい。

第一款：「違法性＝フォート」テーゼ

フランス行政法学において、役務のフォートは、しばしば「法律行為」と「事実行為」という分析枠組みに沿って整理されている（第一章第二節第一款一・第二章第一節第二款一参照）。そして、前者が問題となる場合には、役務のフォートは、我が国の取消訴訟に相当する越権訴訟における「違法性（illégalité）」との関係において論じられることとなる。

このようなフランスにおける「違法性」と「役務のフォート」の関係についての問題は、我が国における「取消違法」（取消訴訟における違法性）と「国賠違法」（国家賠償法一条一項の違法性）の関係についてのそれを想起させるものであるといえる。この問題に関しては前稿及び本稿においても繰り返し述べているように、現在のフランス法においては、「違法性はいかなるものであっても役務のフォートを構成する」というテーゼ（「違法性＝フォート」テーゼ）が確立されており、違法性の存在から直截的に役務のフォートが認定されている（第二章第二節第一款参照）。そこでは、実質的に問題となる行為の法律適合性（法的要件の充足の有無）が客観的に問われているということとなり、結果的に「権限規範違反」から役務のフォートが構成されていると解することができるのではないかと思われる。

ただし、この問題に関する両国の法状況には、いくつかの根本的な差異が存することに留意しておく必要がある。まず、フランス法においては、そもそも、そこで用いられている文言自体が異なっていることに加えて、越権訴訟における取消事由としての「違法性」（越権）と国家賠償請求訴訟における国家賠償責任の成立要件としての「役務のフォート」とは、理論上異なる平面に置かれるものであるという前提が出発点となっている。また、このことから、我が国においては「公権力の行使」概念の拡大も相まって法律行為以外の事実行為についても、少なくとも形式的には[4]「違法性」の有無を語る必要があるのに対して、フランス法においては事実行為については基本的に「違法性」の有無は問題とならない。さらに、フランス法においては、我が国の国家賠償法一条一項のように「違法性」と「過失」を分化させないという意味において「統一的帰責事由」[5]として役務のフォートを要件としているため、違法性を認定しつつも過失の不存在を理由に国家賠償請求を棄却するという解釈はできない。

第二款：役務のフォート理論と違法性同一説との関係

一　原理的な法思想に関する共通点

ところで、判例上、一般論として「違法性＝フォート」テーゼが認められる論拠が明らかにされることはないものの、学説においては、その論拠として、「法治国家（État de droit）」の観念や、我が国における法律による行政の原理に相当する「適法性の原理（principe de légalité）」の観念が援用されている（なお、重大なフォート要件の適用範囲の縮小傾向からもわかるように、被害者救済の拡大を志向する、コンセイユ・デタの判例政策の基本的な方向性も、その背景にあるものと考えられる）。かかる学説につき、橋本博之教授は、次のような整理を行っている。「違法性とフォートの一致を強調する学説は、行政の行為規範違反という要素を重視する。役務過失の概念を行政に対して課される義務違反と位置づけるならば、適法性の原理から導かれる違法性と、行政賠償責任の要件たるフォートとが、重複すると考える必要性が増すであろう。違法性とフォートの一致を提唱したのが、客観法論者を代表するデュギィ[6]であったことは、このことを想起させる。さらに、この立場が、論理的に明晰であることも主張されている。「違法性＝フォート」という図式そのものが明快であることに加えて、違法性の存在と行政賠償責任の不成立という「ずれ」について、役務過失以外の損害等の要件の問題と整理することにより、違法性・役務過失・賠償責任という三者の相互関係が明確になるとされる[7]」〔傍点筆者〕。こうした解釈は、「取消違法」と「国賠違法」を同一のものと解する、我が国における「違法性同一説」・「公権力発動要件欠如説」が志向する解釈[8]と一定の共通点を有するものであるといえる。

例えば、この説に立つ塩野宏教授は、「論理構成としても、行政行為それ自体の違法とは別に国家賠償法上の違法の概念を立てることには疑問がある。というのは、行政行為は法律に適合していることを要請され、また、その要請を充たしている限りで損害賠償法上の責任を負わない。……中心となるのは、客観的な法秩序に照らして国家行為が違法と評価されるかどうかである。現在の国家賠償法は国家の代位責任という法律構成をとり、その際、当該公務員の故意・

過失を違法のほかにつけ加えたのであるが、かかる仕組みを前提とするならば、国家賠償法上の違法は、行政行為のように国に対する行為規範が明確に存在するときはその規範の違反を意味し、当該公務員の過失として評価されるべきものはこれに入らず、端的に過失の問題として処理するのが素直な見方といえるであろう。また、このように解することが、法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能[9]を効果的に働かすのに適していると思われる[10]」と述べている。また、藤田宙靖教授も、「国家賠償制度は、行政争訟制度と並び、「法律による行政の原理」そして「法治国家」の実現を担保するための制度として位置付けられることになるのであって、そこで前提とされる行政活動の「違法性」とは、本質的に、行政争訟制度において問題とされる行政活動の違法性と変わるものではないことになるはずである[11]」との指摘を行っている。

さらに、西埜章教授も、「「行為規範」は、行政の遵守すべき規範であり、行政作用の適法・違法を区別する重要な基準である……。その意味するところは、「法律による行政の原理」からして、一元的に把握されるべきであろう」、「違法であっても損害賠償責任が生じないことはあるが、それは過失、因果関係、損害の不存在等の問題とすべきである。法律による行政の原理からすれば、加害行為が法規（行為規範）に違反しているか否かが判断基準とされるべきであり、制度趣旨が異なるにしても、行政訴訟と国賠訴訟とで違法性概念が異なるというのは説明困難である。相対的違法性説の方が国賠訴訟の違法性が広く捉えられるというのであればまだしも、その逆になることもあるということであれば、被害者救済の観点からしても疑問を払拭することができない[12]」と述べている。最後に、宇賀克也教授も、①「裁判・立法といった特殊な分野に限定するのならばともかく、行政処分についてまで職務行為基準説を採用することは、国家賠償法の制裁・違法行為抑止・違法状態排除機能（適法状態復元機能）を著しく損なうことになる」こと、②「取消訴訟と国家賠償請求訴訟は目的を異にするから同一の用語が異なった意味をもちうるとしても、両者は共通の目的をもって

いるのであり、可能ならば、同一の概念として構成した方が混乱が生ぜず、国民にとって理解しやすい」こと、③「根拠規範、規制規範違反をもって国家賠償法上の違法とする法治国的国家責任論に立てば、根拠規範、規制規範違反自体によって国、公共団体に責任を負わせることにより親和的であり、立法論としても解釈論としても、過失要件の緩和を容易にしうる」こと、④「行政主体による侵害が公権力発動要件に適合したものであれば、行政法体系上は、損害賠償の問題ではなく、損失補償の要否の問題として考えるべきであって、公権力発動要件への適合の有無は、損害賠償の問題として処理されるべきか、損失補償の問題として処理されるべきかの分岐点として、きわめて重要な意義を持つ」ことなどを指摘している[13]。

このように見てくると、適法性（法治国家）原理と国家賠償制度とを理論的一貫性を持たせた形で結合させ、さらに、その論理的明晰性や実効的な被害者救済の要請をも重視した、フランス法における役務のフォート理論は、我が国の違法性同一説を比較法的な視点から一定程度後押ししうるものとして位置づけることが可能であるように思われる。ただし、その理論は、原初的に違法性とフォートを同一視するものというよりも、出発点としては両者は理論上異なる平面に置かれた概念として把握しつつも、「適法性を尊重する義務」（法令遵守義務）を媒介させることにより、〝結果的に〟両者を重複する（役務のフォート判断における行為規範を権限規範と一致させる）ものとして解するものというべきであろう[14]。例えば、前稿[15]でも紹介したように、Benoit Camguilhem は、「違法性はいかなるものであってもフォートを構成するという原則は、違法性とフォートの間の随伴関係（concomitance）に基礎を置くものである」とした上で、「違法性がフォートを引き起こすというより、違法性はフォートの徴表である。違法性の認定は、行政庁が自身に課せられた適法性を尊重する義務に違反したことを示す」ものであると述べている[16]。つまり、適法性の尊重は「結果債務（obligation de résultat）」であり、それゆえ、この適法性の尊重に対する違背は必然的にフォートを構成するという[17][18]のである。

二　損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整

ところで、前述のように、我が国とは異なり「違法性」と「過失」が分化されておらず、フォートを統一的帰責事由とするフランス法において、こうした「違法性＝フォート」テーゼを採用すると、個別の事案における具体的事情等を踏まえ、被害者に不法行為的な救済を与えるべきか（あるいは加害者に賠償責任を負わせるべきか）否かという損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整ができず、国家賠償責任が過剰に認められるおそれがあるのではないかという懸念も生じうる。そこで、フランス法においては、主に、単純に損害や因果関係が存在しないこと、さらには違法な法律行為が実体的に正当化される場合に賠償されるべき損害又は違法性ないしそれにより構成される役務のフォートと損害の間の因果関係が認められないことを理由として、国家賠償請求を棄却するという解釈をとることにより、その調整が図られている。つまり、右のような損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整は、主として損害や因果関係の要件において行われているのである[19]。

もっとも、かかる解釈を採用したとしても、客観的に法的要件を充足しない法律行為であっても、そこに予見可能性や結果回避可能性が十分に存しない場合には、結果的に行政に不能を強いることとなったり、それが損害や因果関係の問題に還元できないために、右のような損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整ができないという状況が生じるおそれがなお存在することに留意する必要がある。こうした状況の発生は、重大なフォート要件が全盛の時代は、当該要件において右のような調整を行うことにより回避することができたため、問題として表面化してこなかったが、当該要件の適用範囲が縮小している今日においては、――それが極めて例外的な場合に限られるとしても――看過できなくなる可能性もある[20]。

これに対して、「違法性」要件とは別に「過失」要件を置いている我が国[21]においては、基本的に、宇賀教授が指摘し

ているように「損害の公正な分配に関わる法としての国家賠償法の特性は、この過失要件で斟酌すれば足り」[22]、こうした問題が生じる可能性は相対的に低いものと考えられる。この意味において、少なくとも〝形式的な〟実定法の構造上は、日本法の方がフランス法よりも同一説的解釈をとりやすく、原則として行政処分については国賠違法を取消違法と異ならないものと捉え[23]、上記のような損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整を過失判断（場合によっては損害[24]又は因果関係判断）の次元において行う[25]という解釈には、――過失概念自体も相当な弾力性を有していることも併せて考えると――十分な理論的合理性が認められうるように思われる。行政訴訟制度の改善・充実を図ることや、国家賠償制度の過重負担を避けることの必要性ないし重要性は否定できないものの、右のような解釈が、関連する訴訟制度全体において各制度の実際上の欠缺や限界を補完し合い、多元的・多層的に法治国家原理の貫徹や実効的な被害者救済を実現することに適したものであるとすれば、帰責事由の分化を〝活用〟して当該解釈を採用することも、国賠違法の解釈に関する、ありうべき一つの〝判例政策〟と考えられるのではないだろうか。

三　裁判実務との乖離

もっとも、違法性同一説が、――論者によりその程度の評価は異なるであろうが――現在の裁判実務と一定程度乖離しているという[26]現実的な課題を抱えていることは否定できない。少なくとも、違法性同一説に立つ論者らにより主張されているような、――フランスの「行政裁判官」には響くであろう――国家賠償制度における法治国家原理の貫徹、国家補償法の整合的構築、実効的な被害者救済の要請（違法性の認定による過失の推定の可能性等）といった論拠は、我が国の裁判官には現状あまり響いていないようである。そもそも、歴史的沿革という観点から見ると、国家賠償法一条一項における「違法性」は、民法七〇九条における「権利・法益侵害」に淵源があり、「違法性」という同一の文言が

形式的には用いられているとしても取消訴訟における「違法性」とはもともと異なるものということになる[27]。この点に関しては、法律による行政の原理との関係をはじめとした、民事不法行為法にはない行政法的〝特性〟があるとも考えられるが[28]、少なくとも現在の判例は、民事不法行為的な発想をベースとして違法性相対説により国賠違法を判断しているものが多く[29]、近年の判例はその傾向をより強くしているようにも見える（上記のような損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整を行う〝主戦場〟を違法判断の次元に設定することへの躊躇は見られない）。また、国家賠償制度が有する違法行為統制機能等についても、判例上、そうした事実上の機能を国賠違法の解釈の次元に具体的な形で取り込もうとする姿勢は（少なくとも明示的には）見られない[30][31]。行政事件訴訟制度の機能不全や制度的欠陥がその背景にあるのだとすれば、それは、本来的には、当該制度それ自体の改善等により解決すべき問題であり、国家賠償制度をその解決の場とすべきではないと捉える向きもありうるだろう[32]。

ただし、仮に違法性相対説に立ったとしても、――かつてのフランス法がそうであったように――将来的に裁判実務において違法性同一説の論者らが主張しているような形で法治国家原理等を重視する立場がとられるようになり、国賠違法の判断における行為規範を権限規範と結果的に全面的に一致させるような解釈が実現されるという展望が描けるのであれば、現在の判例の状況は、――その出発点に関する疑問は払拭されえないとしても――実質的な同一説的解釈が実現されるまでの〝過渡期〟として位置づけることも不可能ではないように思われる。しかし、こうした将来展望は、現在の判例の状況を考えると、おそらく楽観的あるいは非現実的なものであり、見方によってはそのような解釈は国家賠償法一条一項の解釈論の限界を超えるものとして映るだろう[33]。法治国家原理や被害者救済をどのような形で（例えば、どの訴訟類型において）、どの程度実現するかは、各国における、関連する法制度や社会通念、さらには裁判官の「良心」あるいは価値判断等に依存するのであり、そのあるべき姿は一様ではない以上、同じ法治国家であるフランスにおいて

上記のような同一説的解釈がとられていることをもって直ちに我が国でも同じような解釈がとられるべきであるというような単純な議論ができないことは言うまでもない。もっとも、少なくとも、右のように国賠違法の判断における行為規範を権限規範と結果的に一致させるような解釈がなされる範囲が今よりも広がれば、実質的に違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の溝が一定程度埋まることは確かであるように思われる。したがって、判例との対話という観点からは、後者の立場を前提とした上でもなお、可能な限り、実質的に前者の立場に近い結論が導出されうるような解釈論の構築を希求すること（も併せて行うこと）が、より生産的な議論を可能にするのやもしれない[34]。筆者自身は、違法性相対説をとる判例の立場を支持するものではないが[35]、その一方で、違法性同一説が目指すところの法治国家原理の貫徹や実効的な被害者救済の実現のあり方は必ずしも択一的なものではなく、よりプラグマティックなアプローチとして、判例の立場を前提として、そのあり方を論じることにも一定の意義があるのではないかと考えている。

第三款：役務のフォート理論と違法性相対説との関係

一　出発点に関する共通点

周知のとおり、近年の判例は、最一小判平成五年三月一一日民集四七巻四号二八六三頁（奈良県民商事件）を「リーディングケース[36]」として、行政処分が問題となる場合であっても、国賠違法を取消違法と異なるものと解し（違法性相対説）、それを「職務上の注意義務違反」と解する立場（職務行為基準説・職務義務違反説[37]）を確立しつつある[38]。

右平成五年最判の判決文においては、かかる立場をとる理論的根拠は明示されていないが、その調査官解説には次のような説明が見られる。すなわち、「行政処分取消訴訟における違法性は、行政処分の法的効果発生の前提である法的

要件充足性の有無を問題とするのに対し、国家賠償請求訴訟における違法性は、損害塡補の責任を誰に負わせるのが公平かという見地に立って行政処分の法的要件以外の諸種の要素も対象として総合判断すべきものであるから、国家賠償法一条一項にいう違法性は、行政処分の効力発生要件に関する違法性とはその性質を異にするものであり、究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範違反性であると考えられる。したがって、右の違法性の有無は、行政処分の法的要件充足性の有無（取消訴訟における違法性）のみならず、被侵害利益の種類、性質、侵害行為の態様及びその原因、行政処分の発動に対する被害者側の関与の有無、程度並びに損害の程度等の諸般の事情を総合的に判断して決すべきものであろう」[39]。そして、こうした解釈をとる場合、過失判断において考慮される要素が違法判断においてほぼ考慮し尽くされることとなるため、両判断は実質的に一元的ないし重複的なものとなることが多い。この点に関しては、近年の判例の匿名コメントにおいても、職務行為基準説によると、違法性（職務上の注意義務違反）と過失の判断が基本的には一致することとなるとされている[40]。

先にも述べたとおり、フランス法においては、越権訴訟における違法性と国家賠償請求訴訟における役務のフォートは、出発点としては理論上異なる平面に置かれるものと解されているため、この点においては、右のような違法性相対説の考え方と共通点があるといえる（ただし、先にも述べたとおり、現在のフランス法においては、役務のフォート判断における行為規範を権限規範と結果的に全面的に一致させるところまで〝高度化〟させている点で異なる[41]）。例えば、古典的な学説においては、越権訴訟と国家賠償請求訴訟の差異に関して、「違法性に関するサンクションである取消しは、硬直的で冷厳なサンクションであるのに対して、賠償責任に関するサンクションである賠償は、柔軟でニュアンスのあるサンクションである」、「違法性と賠償責任は、相互に独立し、還元不能な二つの概念であり、それらが複雑な法的状況の中に混在して現れたとしても、分析を行うことで、たちまち、そのもつれを解きほぐし、それぞれのある

べきところに戻すことができる」[42]との指摘が見られる。かつての判例においては、かかる理解に重心が置かれ、問題となる決定の効力を失わせるに足りる誤りが犯されていても（違法性があっても）、行政主体が公権力の賠償責任を生ぜしめるフォートを犯しているかどうかについて、違法性の評価とは独立した評価を行うことができるとされていたのである[43]。この点に関しては、違法性相対説の主唱者である遠藤博也博士が、「適法性（legality：legalité）に関する法」（法的行為の要件・効果に関する法）と「責任（liability：responsabilité）に関する法」（損害・損失の塡補に関する法）の区別の有効性を指摘していたことが注目される[44]。また、一定の場合に実質的に国賠違法（場合によっては過失）の要件が「統一的帰責事由」化されている点も、役務のフォート要件との類似点として指摘することができよう。この点に関しては、大貫裕之教授が、上記調査官解説の職務行為基準説の立場では、不法行為そのものの成否を判断する「総合的帰責判断要素」としての違法性が問われているとみてよい、との指摘を行っていることが想起される[45]。つまり、そこでは、〝国家賠償責任を発生させるに足りる〟「違法性」の有無が問われているものと解される。

二　違法性相対説・職務行為基準説への理論的説明の付与

近年の学説においては、上記のような取消訴訟と国家賠償請求訴訟の目的や性質等の差異という視点を基礎として、あるいはそれを超えて、違法性相対説・職務行為基準説に、より深化させた理論的説明を付与しようとする試みが活発に行われるようになっている[46]。

１　「行政機関」と「公務員」の区別――まず挙げられるのは、近時の学説においてそれを基礎とした多くの議論を喚起している、神橋一彦教授の見解である。そこで、神橋教授は、主要な判例を基にした組織法的な考察を行った上で、取消違法と国賠違法が異なる論拠を「行政機関」と「公務員」の区別に求めている。すなわち、「取消違法の場合、問

題となるのは「行政庁」という「行政機関」の行為であり、そこにいう「違法」は、当該行政庁に権限を与える授権規範（権限規範）に照らした違法であり、その帰結は、当該行為の「無効」（取消・無効確認）ということになる。これに対して、国賠違法の場合は、そこで問題となるのは「公務員」という自然人の行為であって、違法判断は、当該公務員の職務上の行為規範であり、その帰結は、――国家賠償請求権の成立要件である――当該行為の「不法」ないし「違法」ということになる[47]」という整理をしている。

また、高木光教授は、この神橋教授の整理を基礎としつつ、これを国家賠償責任の性質論と関連づけ、「取消訴訟においては、「行政庁」という「行政機関」の行為である「行政処分」は、「行政主体」に「帰属」するものとみられます。これに対して、国家賠償法一条の責任を、沿革や文理に従って「代位責任」と理解し、その構造に忠実な「思考実験」を行うと、公務員の「違法行為」（厳密には「行政処分」という「行為」とは区別された「職務行為」）は、「公務員個人」（あるいは「職」）に帰属し、「責任」だけが「肩代わり」されるということになりそうです」、「そして、「行政処分」の違法性は、「行政主体――私人」間を規律する規範＝「外部法」に反するということを意味します。これに対して、「公務員個人」の「行為」の違法性は、「公務員――私人」間を規律する規範に反することを意味し、これが判例において、「職務上の義務違反」と表現されている[48]」との理解を前提として、「国家賠償法一条の責任を解釈論としても「自己責任」と構成することが正面から認められれば、公務員の「違法行為」もまた「行政主体」に「帰属」することになり、その「行為」の違法性は「行政主体＝私人」間を規律する規範＝「外部法」（＝「行政作用法」）に反することを意味するという理論構成が可能になる」が、代位責任説をとりつつ違法性同一説的な立場に立つのは論理的に矛盾するのではないかという趣旨の指摘を行っている[49]。

こうした整理ないし指摘は、国賠違法の判断枠組みそれ自体だけではなく、それを国家賠償責任の性質論と有機的に

関連づけた形で説明することも可能ならしめる点に大きな意義があり、特に現在のフランス法の仕組みとも整合的であるように思われる。すなわち、これらを前提とすると、現在のフランス法において、違法性と役務のフォートの関係について実質的に同一説的な解釈（神橋教授が言うところの「結果違法説」[50]的な解釈）がなされているのは、序章でも紹介したとおり、役務のフォートが「直接的性格」を有する概念であること、つまり〝行政主体〟に課せられる義務に対する違反と解される自己責任的法律構成をとっているからであるということになるのである。ただ、古くから自己責任的法律構成をとるフランス法においても、かつては、形式的にも実質的にも違法性相対説と同様の解釈がなされていたのであり、右のような「行政機関」と「公務員」の区別が、必然的に、違法性同一説と違法性相対説との区別に〝直結〟することになるのかについては、なお検討の余地がある[51]。また、性質論自体についても、我が国の判例においては、公務員個人の不法行為というよりは組織体の不法行為に着目した[52]、自己責任的法律構成に親和的な法解釈が行われることがある点に留意が必要であろう[53]。とはいえ、少なくとも現在のフランス法の仕組み等を踏まえて考えると、この理論モデルが、違法性同一説と違法性相対説あるいは自己責任的法律構成と代位責任的法律構成の区別を論理的にも傾向的にも整合的な形で説明することを容易ならしめる点において、説得力に富んだものであることは確かであるように思われる。

２　権利・法益侵害としての違法性あるいは「処分をすること」の違法性――次に挙げられるのは、民事不法行為法の視点から国家賠償法一条一項の考察を試みている中川丈久教授の見解である。中川教授は、国賠違法を、民法七〇九条における権利利益（不法行為法上の保護法益）の侵害[54]という意味で捉え直すことにより、多数の主要判例を分析した上で、それらを、①「全法令秩序に照らして、不法行為法上の保護法益にあたる「権利又は法律上保護された利益」が「侵害」されたかどうかが、国賠法一条一項のもとで争われた事案」、②「特定の法律（および条例）における〝法律上

の地位〟が侵害されたかどうかが、国賠法一条一項のもとで争われた事案」、③「裁判所が被告の不法行為責任を問うこと自体が法制度上許されないとして、不法行為責任を否定する判決群」という三つの類型に分類している[55]。そして、職務義務違反説と公権力発動要件欠如説の関係性について、「行政訴訟（とりわけ取消訴訟）における違法と、国賠一条訴訟の違法の概念の相互関係は、被害者たる原告がどのような権利利益を侵害する加害行為をとらえるか次第であるという観点から、かなり明確に整理できるように思われる。その限りで、行政法学説における公権力発動要件説と職務義務違反説の対立は、解消されるのではないだろうか」として、特に原告が②の類型の構成をして提訴する場合、公権力発動要件欠如説と「結果的に」同じことが実現されていると述べている[56]。

また、米田雅宏教授は、この中川教授の思考枠組みを基本的に引き継ぎつつ、しかし「職務上の義務」という観点を重視して[57]、「国賠法上で評価の対象となるのは、根拠法上定められた「処分」そのものではなく、「処分をすること（しないこと）」であって、根拠法上課せられている職務義務と国賠法上課せられている職務義務は基本的に異なるもの[58]」であると解している。すなわち、定型的行政処分の法律上の効果を含む「処分それ自体」と、当該処分によってもたらされる事実上の効果をも含む「処分を行うこと」を区別することによって、違法性相対説の理論的説明を試みているのである。そして、職務義務違反説と公権力発動要件欠如説の関係性については、「裁判所が①法律（根拠法）が個別具体的状況に適合して国賠法上の保護利益を保護していると判断する場合（保護法規が具体的な事例）には、法令違反＝（根拠法上課せられている）職務義務違反＝（事実上）国賠法上課せられている職務義務違反（国賠違法）（＋過失）を認定するという《自動モード》が働くが（いわゆる公権力発動要件欠如説と同じような処理）、②法律（根拠法）が個別具体的状況に適合しておらず、想定していない損害発生の責任成否が問題となっていると判断する場合には、諸要素の衡量を行う必要があるゆえ、国賠法上課せられている職務義務違反＝国賠違法（事実上過失を含む）を認定すると

いう《手動モード》が働く（職務義務違反説）という、《裁判官による論証方法の違い》としての整序の仕方」を提唱している。[59][60]

両教授が提示する、これらの分析枠組みは、――裁判官が実際にそのような意識（上記①乃至③の類型又は「処分」と「処分をすること」の区別に対する意識）を明確に持って判断しているかという主観はともかく――おそらくかなりの部分の国賠違法に関する諸判例を整合的かつ体系的に説明することを可能ならしめるものとして、今日の学説による判例分析の到達点を示しているように思われる。学説の中には、判例が違法性同一説と違法性相対説を使い分けているという見解も見られるものの、上記のような学説の議論や、特に最近の判例の流れ等を踏まえて、過去の判例を〝回顧的に〟見ると、真に純粋にあるいは意識的に違法性同一説がとられた判例というのがどれほど存在するのか、という疑問も生じえよう。すなわち、判例は、基本的に、一貫して違法性相対説を前提に国賠違法を判断しており、その中で〝結果的に〟違法性同一説をとった場合と同様の帰結になっているものが、それをとっているように見えるだけであるとの見方もありうるということである。[61]例えば、しばしば違法性同一説をとったものと解される、最判平成三年七月九日民集四五巻六号一〇四九頁及び最判平成一六年一月一五日民集五八巻一号二二六頁についても、これらの判決はいずれも、取消違法の存在を前提としたうえで、国賠違法についての固有の判断をすることなく、[62]直ちに過失の判断を行っているが、判決文を読む限り、少なくとも明示的には国賠違法の認定はしていない。実際、この平成一六年最判の調査官解説においては、「本件処分をしたことが国家賠償法上も違法と評価されるかどうかについては触れず[63]に」との記述があり、また、喜多村勝徳元判事も、この記述を参照しつつ、右両判決は、必ずしも違法性同一説をとったものというわけではなく、違法性相対説ないし職務行為基準説をとったものと解して差し支えないと述べている。[64]ただその一方で、右平成一六年最判が、最近のいくつかの判例[65]のように、明確に違法性相対説をとった上で、法令の解釈・適用の誤りに関する

規範的評価のための要素を違法判断において考慮することも解釈次第でとりえたにもかかわらず[66]、これを過失判断において考慮していること[67]などに鑑みると、少なくとも、当該判例の前後の時期においては、最高裁においても違法性同一説のオプションが維持されていた、あるいはある種の揺らぎがあったとの見方もありえよう（現在もこのオプションが完全に放棄されているのかは定かでない[68]）。

三　本稿における判例分析の視角

私見によると、以上のように判例の評価を困難なものとしている要因の一つは、裁判実務が、問題となる根拠法令の〝予定〟が解釈次第で可変的なものであることが少なくない中で、その時代の各個別の事案ごとに、当該事案における具体的事情等に応じて、違法性及び過失それ自体の独自の意義や両者の理論的関係等にそこまで（学説の関心ほど）こだわらずに、もっぱら損害の公平負担という観点から[69]、当該被害者に不法行為的救済を与えるべきか否か、あるいは、国又は公共団体に賠償責任を負わせるべきか否か（換言すると、包括的な「不法性」の有無）を、――関連する先例を踏まえつつも――アドホックに判断することが多いからではないかと思われる[70]。そして、そこでの判断は、個別の事案における具体的事情等を念頭に置いた、多分に「結果思考の法思考[71]」によるものであるため、判決文の上では形式的には根拠法令等からの演繹による行為規範の設定という〝体裁〟がとられるとしても、実際上は、帰納的性格や、場合によっては――その解釈により画された一定の限界を伴う――〝フィクション性[72]〟を持ったものとなりうる。このような前提的理解によると、さしあたり取消違法との関係、特に問題となる加害行為の類型の区別や根拠法令の〝予定〟といった点に着目する正道のルートをとらず[73]に、それに対する違反が国賠違法（又は過失）を構成する「職務上の（注意）義務」（権限規範とは区別された〝国賠法上の〟行為規範）の設定ひいては国家賠償責任の成否の判断に当たって裁判官の直

観ないし判断を左右する具体的事情等、ひいてはそれにより操作される当該義務の〝程度〟に着目した考察を行うことにも、一定の意義が認められうるのではないかと思われる（現在の判例の立場によると、定型的・典型的処分あるいは目的的損害が問題となる場合であっても、当該事案における具体的事情等によりその結論は可変的なものとなりうる(74)）。

こうした問題関心は、判例を体系的に説明しうる分析枠組みを提供することというよりは、むしろ違法性相対説・職務行為基準説をとる判例の立場の背景にある、実践的な思想あるいは価値判断を浮かび上がらせ、それによって従来の多くの学説とは異なる角度から国家賠償請求訴訟における裁判官の営為に対する解像度を上げ、それをもって右義務の程度の操作ないし国賠違法（又は過失）の判断に一定の枠づけが求められることを明らかにすることに向けられている。この意味において、先に紹介してきたような理論的に精緻化された分析と比較すると、相対的に体系性に欠けたプリミティブな（あるいは実験的な色彩を色濃く帯びる）考察となっていることは筆者自身も自覚しているところである。

ところで、裁判実務が行っている、右のような判断は、当該事案において発生した結果が〝法的な保護に値するか〟という被害者側の視点からの考慮と、そこで問題となる加害行為が〝国又は公共団体に賠償責任を負わせるのに十分な非難に値しうるものであるか〟という加害者側の視点からの考慮とが、相互に連関する形で行われているものと解される。このうち、裁判実務においては、後者の考慮、とりわけある種の「非難可能性」の有無の問題が重要な位置づけを有している（裁判官が重視する結論の「妥当性」を左右する重要な要素となっている）ように思われる。かかる裁判官の姿勢は、究極的には「法は不能を強いない」という原則（解釈論上は予見可能性や回避可能性等の問題に収斂する）や、萎縮効果の防止(75)等の政策的配慮等により説明されうる。この点に関しては、判例における国賠違法及び過失判断を洗練された形で定式化した、次のような中川教授の整理から大きな示唆を受けている(76)。すなわち、中川教授は、国賠違法の判断を「そもそも法的非難(77)に値する加害行為があったのか否か、つまり賠償責任を負わせうる事態かどうかを見

極める作業である。そこでは、権利利益（不法行為法上の保護法益）の侵害という結果を生じさせないように行為する義務（ただし、一般的に遵守可能なはずの義務）の違反が、加害者に見られたかどうかを判定する」ものとして、また、過失判断を「賠償責任を負わせうる事態（権利利益侵害という結果）が生じていたことを前提として、当該事案においてはとくにその結果を回避することが不可能であったとすべき事情はなかったか、言い換えれば、当該事案においてはとくに遵守不可能な義務であったかをみる」ものとして整理しているのである[78]。

ただし、中川教授は、これに続けて「以上のように、さしあたり両者を区別しておいたうえで、例外的に、両者を完全に一体化させるほかない場面もある」（その例として不作為事例を挙げている）と述べている。他方、こうした一体的判断が例外ではなく、原則であると見る余地もあるように思われる（実際、最近の判例はそのように理解できるものが少なくない[79]）。いずれにせよ、右のような一体的判断が行われる場合には、判例における国賠違法（場合によっては過失）の実体は、実質的にほぼ「不法」の概念そのものとなっていると見ることもできるかもしれない（先に引用した神橋教授による記述も改めて参照[80]）。なお、判例上、違法判断が〝主戦場〟となる傾向が見られる理由はさまざま考えられるが、行政活動については一定の権利・法益侵害を許容する根拠法令が存在する点に加えて、理論的には、違法概念が、他の過失概念等と比して、それらを包摂しうる相対的に操作性の高い〝弾力的な〟概念であり[81]、また、実践的には、我が国の裁判官の思考の傾向として国賠違法を認定することへの慎重さが存する（ように見える）点[82]などを挙げることができるように思われる。

以上のように見てくると、違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の実質的な対立の原因は、後者の説自体にあるのではなく、裁判実務におけるその運用のあり方にあるともいえるのではないだろうか。次節においては、こうした問題意識に基づき、判例の立場を前提とした考察を行うこととしたい。

（1）Jacques Moreau, *La responsabilité administrative*, Paris, P.U.F., 1986, p. 61 ; Voir également, Gilles Darcy, *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, p. 88.

（2）なお、この点に関しては、我が国の民法学においても古くから、フランス民法におけるフォート概念が、我が国の民法における「故意」や「過失」、さらには「違法性」をも含む複雑で広範な概念であることが指摘されていたところである（野田良之「フランス民法における faute の概念」川島武宜編集代表『損害賠償責任の研究（上）：我妻先生還暦記念』（有斐閣・一九五七年）一一一頁以下、アンドレ・タンク／星野英一（訳）「不法行為責任におけるフォート（faute）の地位」法学協会雑誌八二巻六号（一九六六年）二二頁参照）。

（3）小早川光郎「公務員の不法行為と責任の帰属――フランス行政賠償責任法の一側面――」国家学会編『国家と市民 第一巻』（有斐閣・一九八七年）三二三頁以下。

（4）特に学校事故等が問題となる場合に過失一元的判断がなされることが多いことは周知のとおりである（宇賀克也＝小幡純子編著『条解 国家賠償法』（弘文堂・二〇一九年）三二八－三三一頁〔角松生史〕参照）。

（5）橋本博之『行政訴訟改革』（弘文堂・二〇〇一年）一四三頁（初出：同「行政決定の違法性と損害賠償責任――フランスにおける行政賠償責任法理の展開を素材に――」成田頼明＝園部逸夫＝金子宏＝塩野宏＝小早川光郎編『行政法の諸問題（中）：雄川一郎先生献呈論集』（有斐閣・一九九〇年））。

（6）Léon Duguit は、法律行為が問題となる場合、フォートは、本質的にもっぱら、公務員の権限を定める法律の侵犯、あるいは換言すると、公務員の越権により構成され、この越権は、国の賠償責任を基礎づけるのに完全に十分であるとしていた（Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1930, pp. 498-499.）。

（7）橋本・前掲註（5）一六五頁。

（8）ただし、論者によりニュアンスはあるものの、「公権力の行使」概念の拡大等を踏まえて、違法性同一説が妥当する範囲は一定の範囲に限定されるという理解が一般的になっている（山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・二〇一二年）五四四頁以下（原論文初出：二〇一〇年）、宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究一号（二〇一二年）四二頁以下、塩野宏『行政救済法〔第六版〕』（有斐閣・二〇一九年）三三二－三三四、三四五頁参照。宇賀＝小幡・前掲註（4）二八二頁以下〔太田匡彦〕も併せて参照）。

（9）フランス法においても、仮に損害や因果関係の不存在等により国家賠償責任が否定されたとしても、フォートを認定すること自体に、そこから行政が将来の教訓を学ぶ「教導的価値（vertus pédagogiques）」等があることが、しばしば指摘されている（この点に関する最新の裁判例を紹介したものとして、拙稿「フランスにおけるコロナ禍と国家賠償責任」法學新報一三〇巻七・八号（二〇二四年）三四三頁以下参照）。小幡純子「フランス行政賠償責任における行政統制機能の一考察」フランス行政法研究会編『現代行政の統制――フランス行政法研究――』（成文堂・一九九〇年）一六三頁以下、久保茂樹「フランス国家責任法の一般理論についての再検討（四・完）」青山法学論集三四巻一号（一九九二年）五二頁以下、拙稿・北大法学論集六五巻二号二四二頁、拙稿・北大法学論集六五巻三号六二六頁も併せて参照。

（10）塩野・前掲註（8）三四一頁。さらに、「国家賠償請求訴訟においては、当該自然人たる公務員に課せられた職務義務（注意義務）のみならず、当該国家活動の法適合性も審理の中核となる。国家賠償法が代位責任的構成……をとっているからといって、国家賠償制度の本来的趣旨が見過ごされてはならない。その意味で、国家賠償法一条の違法性は、基本的には国家の権力的活動に課せられた法違反としてとらえるべきものである」とも述べている（同三四五頁）。

（11）藤田宙靖『新版 行政法総論（下）』（青林書院・二〇二〇年）二一三頁。他方、周到な理論的考察に基づき、相対説的解釈への一定の理解も示している（同二二二－二二三頁参照）。

（12）西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第三版〕』（勁草書房・二〇二〇年）二〇一頁。

（13）宇賀克也『行政救済法〔第七版〕』（有斐閣・二〇二一年）四七二－四七四頁。この他、亘理格「公立保育所廃止・民営化訴訟における相対効的紛争解決の可能性――取消判決の第三者効及び国家賠償法上の違法性を中心に――」政策科学一三巻三号（二〇〇六年）二一九頁、小幡純子『国家賠償責任の再構成――営造物責任を中心として』（弘文堂・二〇一五年）三五二－三五五頁（初出：同「国家補償の体系の意義」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣・二〇〇八年）、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ：実効的な行政救済の法システム創造の法理論』（有斐閣・二〇〇九年）五〇〇頁、同『行政法再入門（下）〔第二版〕』（信山社・二〇一六年）二四五－二四七頁、福永実「国賠法一条の違法性」法学教室三六〇号（二〇一〇年）三九頁、山本・前掲註（8）五四一－五四四頁、北村和生「国家賠償における違法と過失」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四年）一四九頁、曽和俊文「国家賠償（一）国家賠償法一条の基本構造」法学教室四一六号（二〇一五年）六〇頁、村上裕章『スタンダード行政法』（有斐閣・二〇二一年）三二一－三二二

頁、芝池義一『行政救済法』（有斐閣・二〇二二年）三〇五頁以下等も併せて参照。

（14）この点に関しては、我が国においても、国賠違法に関し、「適法な行為をすべき義務」や「法令遵守義務」について語られていることが注目される（宮田三郎『国家責任法』（信山社・二〇〇〇年）六四頁、神橋一彦『行政判例と法理論』（信山社・二〇二〇年）一九八頁以下（初出：同「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について――行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて――」立教法学七五号（二〇〇八年））、大貫裕之「国家賠償法における違法性に関する覚書」大貫裕之＝神橋一彦＝松戸浩＝米田雅宏編『行政法理論の基層と先端：稲葉馨先生・亘理格先生古稀記念』（信山社・二〇二二年）四〇七頁以下。稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学七三巻六号（二〇一〇年）七九三－七九四頁、藤田・前掲註（11）二〇三頁も併せて参照）。

（15）拙稿・北大法学論集六五巻二号二四一－二四二頁。小幡・前掲註（９）一六四－一六五頁も併せて参照。

（16）Benoît Camguilhem, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, n°. 440.

（17）*Ibid.*

（18）なお、Camguilhem は、そこで、加害者の意図を一切考慮することなく違法性を確認することのみによってフォートの認定がなされるという点において、違法性により構成されるフォートが客観的であることを指摘している。他方、違法性とフォートの間には常に違法行為を犯したことについて裁判官から行政に向けられる非難（reproche）が存するという点において、そのフォートは主観的でもあると述べている（*Ibid.*）。

（19）この点に関しては、「違法性＝フォート」テーゼの本質ないしその背景にある思考枠組みを捉えた、次のような橋本教授による指摘が重要である。「フランスの行政法学説は、違法性とフォートが論理的に「ずれ」があるにもかかわらず事実上一定限度で一致するという理解から、両者は理論的には一致するのであるが、実際の行政賠償責任の成否という点で「ずれ」が生じるという理解へと、シフトしたと言える。その学説上の論拠としては、形式・手続の瑕疵に対する救済という実践的意味、理論としての明晰さ、さらに、裁判官の行政作用に対する法的評価の一元化、といったものがあると見ることができる」、「フランスの行政救済制度上、越権訴訟と全面審判訴訟の手続上の二元性は維持されているのであるが、それにもかかわらず、違法性とフォートの重複が強調される方向へと議論がシフトしたのは、問題設定に一定の枠づけがなされ

た帰結であるように思われる。すなわち、「違法性＝フォート」という等式を認める学説は、そこからはみ出してしまう場合を議論の土俵から取り除いた上で、右の等式を正当化することを試みている。これは、フランス行政法における「判例分析的研究方法」と、「実益が感じられないにも拘らず抽象的な概念をうち立てることをしないという、法学説上の伝統的態度」の反映であるように思われる」（橋本・前掲註（5）一六五－一六六頁）。

（20）このような問題点を鋭敏に指摘するものとして、府川繭子「行政決定の違法性とフォートの再検討――違法性の『主観化』を契機として――」青山ローフォーラム五巻一号（二〇一六年）一一頁参照。

（21）かかる比較法的視点に関しては、府川・前掲註（20）三三頁も参照。

（22）宇賀・前掲註（13）四七三頁。北村・前掲註（13）一四七頁も併せて参照。

（23）なお、この「違法性」の概念自体が、常に〝客観的〟なものであるのか、についてはなお検討の余地がある。根拠法令自体に公務員の主観的な認識が織り込まれている場合はもちろん、そうでない場合であっても、――その当否はともかく――取消違法の判断の中に〝過失的〟な要素が入り込む場合がないとは言い切れないようにも思われる。この点については今後の検討課題としたい。

（24）損害要件については、宇賀＝小幡・前掲註（4）一四五頁以下〔原田大樹〕参照。

（25）この場合には、「法は不能を強いない」という原則は、違法要件では問題とならないものと見ることとなるのではないかと思われる（そのためには当該責任の性質に関する法律構成論の転換を要するとの見方もありえよう）。なお、――その具体例は挙げられていないが――「「処分をすること」によって生じた事実上の危険状態や行政主体が負うべき義務の範囲を確定する考慮要素には、過失要件だけで処理するには、あまりにも多様なものが含まれ、加重負担がかかってしまうことは否めない」との指摘もある（米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念・再論――『職務上の義務』の重層構造から見たその体系的理解」行政法研究五一号（二〇二三年）一一二頁）。また、この場合、同じ「違法」であるにもかかわらず、行政処分に関する国賠違法とそれ以外の事実行為等に関する国賠違法の判断方法には差異が生じることとなるが、一定の類型ごとに判断方法を使い分けること自体は必ずしも許容されないものではないように思われる。なお、現在のフランス法においては、越権訴訟における違法性との関係（法律行為）が問題となる場合には、単純なフォートの判断においては基本的に過失的要素等は考慮されない（当該要素等は重大なフォートの判断において考慮される）のに対して、それ以外

の場合には、単純なフォートの判断においても当該要素等が考慮される。

(26) 特に、塩野・前掲註（8）三四九頁註（5）参照。友岡史仁『行政情報法制の現代的構造』（信山社・二〇一二年）八六－八八頁（初出：同「情報開示請求手続と国家賠償法上の違法性」日本法学七四巻二号（二〇〇八年））も併せて参照。

(27) 詳しくは、中尾祐人「国家賠償法一条一項の違法性（一）（二・完）――法制定過程における理解の受容と変化」自治研究九四巻五号、同六号（二〇一八年）参照。同「国家賠償訴訟による救済の可能性と限界――国家賠償法一条一項の違法性の観点から」法学教室五二二号（二〇二四年）二四頁以下も併せて参照。これに対して、芝池義一教授は、「法律の文言の解釈は、立法に携わった者の意図あるいは立法の経緯によって固定されるものではない」と述べている（芝池・前掲註（13）三〇六頁）。

(28) 藤田・前掲註（11）二一六－二一七頁、大貫・前掲註（14）三九九頁以下参照。

(29) 中川丈久「国家賠償法一条における違法と過失について――民法七〇九条と統一的に理解できるか」法学教室三八五号（二〇一二年）七二頁以下参照。武田真一郎「国賠法一条の違法性の多元性と補完性について」成蹊法学九一号（二〇一九年）一五頁も併せて参照。

(30) 拙稿「国家賠償制度の役割」法学教室五〇五号（二〇二二年）二五－二七頁参照。なお、仲野武志教授は、「およそ事実上の機能それ自体はいかなる意味でも理論的根拠たりえない」と述べている（仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂・二〇一八年）三八一頁（初出：同「続・法治国原理の進化と退化？――行政法における違法概念の諸相」宇賀克也＝交告尚史編『現代行政法の構造と展開：小早川光郎先生古稀記念』（有斐閣・二〇一六年））。

(31) なお、――国賠違法の判断に関するものではないものの――固定資産の価格を過大に決定されたことによって損害を被った納税者が取消訴訟等の手続を経ずに国家賠償請求を行うことの許否が問題となった、最一小判平成二二年六月三日民集六四巻四号一〇一〇頁において、宮川光治裁判官は、その補足意見で、国家賠償法一条一項による国家賠償請求は、「憲法一七条を淵源とする制度であって歴史的意義を有し、被害者を実効的に救済する機能のみならず制裁的機能及び将来の違法行為を抑止するという機能を有している。このように公務員の不法行為について国又は公共団体が損害賠償責任を負うという憲法上の原則及び国家賠償請求が果たすべき機能をも考えると、違法な行政処分により被った損害について国家賠償請求をするに際しては、あらかじめ当該行政処分についての取消し又は無効確認の判決を得なければならないものでは

ないというべきである」と述べている。

(32) 橋本博之『現代行政法』（岩波書店・二〇一七年）二四四頁参照。なお、中川教授は、「筆者はそもそも、国賠一条訴訟は法治主義を担保する役割もになうべきであるとする行政法学説の一般的な考え方にも、再検討の余地を感じているが（法治主義は、国家による権利や自由の侵害を、原則的には事前に、阻止し是正することに意義があるのではないか。それは過失責任主義のもとで事後的救済のみをおこなう国賠一条訴訟に及ぶのか）……」との指摘を行っている（中川・前掲註(29)九五頁。米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察（二・完）――職務義務違反説の可能性」法学八二巻一号（二〇一八年）六二－五九頁、鵜澤剛「公務員の職務上の義務と国家賠償の機能――公務員の法解釈を中心に」法学セミナー六九巻二号（二〇二四年）七九－八一頁も併せて参照）。また、中原太郎教授は、「法律による行政の原理の観点からの独自性は、判断枠組みではなく判断要素のレベルに見出されるにとどまる」と述べている（中原太郎「使用者責任と国家賠償責任――比較考察と横断的整理の試み」瀬川信久＝能見善久＝佐藤岩昭＝森田修編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣・二〇一九年）四五一頁）。

(33) この点に関して、仲野教授は、判例理論から違法性同一説を見ると、その理解は、「もはや解釈論の限界を超えるというのであろう」とし、「国賠違法も過失も不法行為の帰責要件たる〝人に課された規範〟違反である以上、〝加害行為という結果を生じさせない義務〟違反は、国賠違法にも過失にもなりえないからであり、「保護法規（＝私人の権利利益の保護を目的とする法令）違反をその回避可能性を問うことなく違法とみるのは、『法は不能を強いない〔lex non cogit ad impossibilia〕』の原則に反する」からである」と述べている（仲野・前掲註(30)三八一－三八二頁）。

(34) この点に関しては、鵜澤剛教授による「違法の問題として処理するにせよ、過失の問題として処理するにせよ、公務員の職務上の義務がどのような構造を有するものかについて分析・検討することは、法治主義の実現・徹底という点で、重要な意義を有する」との指摘が注目される（鵜澤・前掲註(32)八八頁）。

(35) 現時点において筆者がありうべき解釈論として考える、国家賠償責任の性質論等も含めた体系的な理解は、宇賀＝小幡・前掲註(4)一五頁以下〔山本隆司〕における山本隆司教授の見解に近い（藤田・前掲註(11)一九八頁以下、特に二二一－二二三頁も併せて参照）。これは、今日の通説・判例とされる、いわゆる「代位責任説」の理論的限界や妥当性を問うことを前提とするものであるため、本稿においては、後述のような問題意識から、あえてこの点に立ち入ることはせず、

別稿にその機会を譲ることとした。

（36）「匿名コメント（最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁）」判例タイムズ一五〇四号二〇頁。

（37）その起源については、宇賀・前掲註（8）八頁以下参照。

（38）最一小判平成一八年四月二〇日集民二二〇号一六五頁、最一小判平成一九年一一月一日民集六一巻八号二七三三頁、最三小判平成二〇年二月一九日民集六二巻二号四四五頁、最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁、最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁等参照。

（39）井上繁規「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成五年度（上）（一九九六年）三七七－三七八頁。岡田幸人「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成二二年度（上）（二〇一四年）三六五頁も併せて参照。

（40）前掲註（36）二〇頁。

（41）前稿でも引用したように、この点に関して、橋本博之教授は、「フランスでは、越権訴訟の違法と国家責任の違法は、厳密な理論上は相違するが、現実の判断として一致する、という見方から出発した議論が展開される。ただし、日本の判例実務による職務行為基準説は違法性を限定する方向にのみ機能しており、現状でフランス型理論モデルは日本の判例実務・行政法学説の双方と距離がある」との指摘を行っている（橋本博之「判例実務と行政法学説――方法論をめぐる一考察――」小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革（上）』：塩野宏先生古稀記念』（有斐閣・二〇〇一年）三八三頁註（61））。

（42）Louis Delbez, «De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité», *R.D.P.* 1932, p. 490.

（43）François Gazier, concl. sur C.E. 30 juillet 1949, *Thibeau*, D. 1950. Ⅲ. 110.

（44）遠藤博也『行政法スケッチ』（有斐閣・一九八七年）一二〇頁。なお、遠藤博士が、国賠違法を、「究極的には他人に損害を加えることが法の許容するところであるかどうかという見地からする行為規範性」を内容とするものと解していたことは周知のとおりである（遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院新社・一九八一年）一六六頁）。

（45）大貫・前掲註（14）四一六頁。西田幸介「規制権限の不行使と国家賠償――『規制不作為違法定式』の判断構造」同編著『行政課題の変容と権利救済』（法政大学ボアソナード記念現代法研究所・二〇一九年）一四四－一四五頁、藤田・前掲註（11）二三四頁も併せて参照。

（46）なお、本稿においては、判例及び学説の変遷ないし進展を踏まえ、近時の学説を主な検討対象としている。初期の学説

については、古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣・一九七一年）一七一頁以下、下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房・一九七三年）一七八頁以下、遠藤・前掲註（44）〔一九八一年〕一六二頁以下参照。

（47）神橋・前掲註（14）二五五頁（初出：同「『職務行為基準説』に関する理論的考察――行政救済法における違法性・再論」立教法学八〇号（二〇一〇年））。小早川光郎「課税処分と国家賠償」稲葉馨＝亘理格編『行政法の思考様式：藤田宙靖博士東北大学退職記念』（青林書院・二〇〇八年）四二一頁以下、神橋・前掲註（14）一九六頁以下、仲野・前掲註（30）三七八－三七九頁、藤田宙靖「『行政機関』と『公務員』――国家賠償法一条一項の捉え方をめぐって」自治研究九五巻五号（二〇一九年）三頁以下、同・前掲註（11）二一二－二一三頁も併せて参照。

（48）高木光「公権力発動要件欠如説」自治実務セミナー五〇巻四号（二〇一一年）七頁。

（49）高木光『法治行政論』（弘文堂・二〇一八年）九八頁（初出：同「法律の執行――行政概念の一断面」高木光＝交告尚史＝占部裕典＝北村喜宣＝中川丈久編『行政法学の未来に向けて：阿部泰隆先生古稀記念』（有斐閣・二〇一二年））。ただし、神橋・高木両教授ともに、職務行為基準説が抱える潜在的な問題点も指摘している（神橋・前掲註（47）二七五、二八三－二八四頁、高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』――パトカー追跡事件判決再考」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『損害賠償法の課題と展望（中）：石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集』（日本評論社・一九九〇年）一五八頁以下参照）。

（50）神橋・前掲註（47）二五八頁以下参照。

（51）宇賀・前掲註（8）三三－三六頁参照。米田・前掲註（25）八九頁註（42）・（43）も併せて参照。

（52）なお、遠藤博士は、制度的決定ないし組織的決定である行政処分における行政庁の場合、「名目上には独任型行政庁であるため、大臣や知事など、行政庁を構成する単独の公務員を名指して特定することが可能であるが、実際に決定したものが省庁などの行政組織であり、大臣や知事はこれら匿名の行政組織を代表するものであるにすぎないことは周知のとおりである。もちろん、具体的事実関係においては、実際の担当者の誰彼について手落ち、手抜かりを指摘することが可能であるが、それも組織的決定の一環として評価されるべきであろう。ここでも行為者は組織体であって、個々の公務員個人ではないのである」と述べている（遠藤・前掲註（44）〔一九八一年〕一五二－一五三頁）。

（53）拙稿・北大法学論集六五巻五号一四九一頁以下参照。宇賀克也「国家補償法の課題」行政法研究二〇号（二〇一七年）

一〇七－一〇九頁も併せて参照。

(54) 武田・前掲註（29）二七頁も参照。

(55) 中川・前掲（29）七八頁以下。原田大樹「国家賠償」法学教室四五一号（二〇一八年）九七－九八頁も併せて参照。

(56) 中川・前掲註（29）九五頁。かかる見解については、公権力発動要件欠如説の主唱者である宇賀教授も好意的な評価をしている（宇賀・前掲註（13）四六〇－四六一頁。宇賀＝小幡・前掲註（4）一一二頁〔中原茂樹〕も併せて参照）。なお、仲野教授は、上記の整理によると、「直接的な不利益・慰謝料等いずれも損害として主張された場合には、不利益処分の国賠違法は、直接的な不利益との関係では取消違法と一致し、慰謝料等との関係では取消違法と一致しないものとして判断されるはずであるが、必ずしもそのような判断がされるとは思われない」と述べている（仲野・前掲註(30)三七四頁註（2）。米田・前掲註（25）九六頁註（65）も併せて参照）。

(57) 米田・前掲註（25）一一五頁註（130）参照。同八七頁以下も併せて参照。

(58) 米田・前掲註（25）九六頁。同八五－八六頁も併せて参照。

(59) 米田・前掲註（25）一〇九頁。

(60) このように「処分」と「処分をすること」を区別する米田教授の見解は、行政決定それ自体と、それとは区別される執行作用（執行された事実）とを区別する、フランス法の学説と一定の共通点が見られる。ここでは、「違法性＝フォート」テーゼを否定していた学説に関する、簡にして要を得た橋本教授の整理を紹介しておくにとどめたい。「違法性とフォートの不一致を主張する学説は、越権訴訟と行政賠償責任訴訟（全面審判訴訟）の制度的二元性を、大前提としている。したがって、共通の行政決定が係争となっているように見える場合であっても、行政決定それ自体の違法性と、決定の執行たる事実行為に係る役務過失とは、あくまでも理論的平面が異なるものということになる。さらに、違法性と役務過失は、これらを犯した行政活動に対するサンクションという点でも、「ずれ」が存在すると考えられてきた。すなわち、行政賠償責任訴訟における裁判官は、損害を被った人に金銭賠償を与えるべきか、という視点から判断を行うのであり、越権訴訟よりも具体的な事実関係を広く判断するものと考えられた」（橋本・前掲註（5）一六四－一六五頁。同一五〇－一五一頁も併せて参照）。

(61) 高木光『行政法』（有斐閣・二〇一五年）三六九頁、仲野・前掲註（30）三七八頁、米田・前掲（25）一一一頁参照。

(62) これに対して、最一小判平成一八年三月二三日集民二一九号九四七頁は、「熊本刑務所長の本件信書の発信の不許可は、裁量権の範囲を逸脱し、又は裁量権を濫用したものとして監獄法四六条二項の規定の適用上違法であるのみならず、国家賠償法一条一項の規定の適用上も違法というべきである」〔傍点筆者〕として、明確に国賠違法の認定をしている。なお、この判決の「匿名コメント」（判時一九二九号三九頁）は、「法令の解釈について、職務上尽くすべき義務を尽くしたとはいえず、また、……相当な資料に基づき合理的な判断過程を経て行われたものともいえない」ために国賠違法を肯定したものと解説しているが、仲野教授は、「そのような趣旨を判決文から読み取ることは困難である」と評している（仲野・前掲註（30）三七七頁註（29））。

(63) 福井章代「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成一六年度（二〇〇七年）九二頁。

(64) 喜多村勝徳「行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性との異同」藤山雅行＝村田斉志編『行政争訟（新・裁判実務大系二五）〔改訂版〕』（青林書院・二〇一二年）六三五－六三六頁。

(65) 最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁、最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁。最一小判平成一九年一一月一日民集六一巻八号二七三三頁、最三小判平成二〇年二月一九日民集六二巻二号四五頁も併せて参照。

(66) 神橋教授は、上記平成一六年最判について、「ここで過失の問題として扱われている問題を、《公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合には、職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったものとすることはできず……国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではない》といった形で、違法の問題として論じたとしても、現在の判例を前提とする限り、あながち不当とはいえないのではないかとおもわれる」と述べている（神橋・前掲註（47）二八一頁）。また、同教授は、同判決と最一小判平成一九年一一月一日民集六一巻八号二七三三頁とを対比させて、「法令解釈の誤りが問題となった事件について、《違法・過失二元的判断》に立つものと、職務行為基準説に基づきほとんど違法要件において判断するもの（過失要件は念押し程度の判断）とがあるが、その両者の間に、合理的区別があるかは疑わしい」という指摘も行っている（神橋一彦『行政救済法〔第三版〕』（信山社・二〇二三年）三七四頁）。なお、最三小判平成二五年三月二六日集民二四三号一〇一頁における田原睦夫裁判官の補足意見は、「客観的な注意義務違反は、基本的には違法性の判断枠組みの中に吸収されるべきものと考えるが、国家賠償法一条における責任の有無を問うに当たって主観的な側面における

過失の有無を検討せざるを得ない場合があることは否めず」と述べ、その例として上記平成三年最判を参照している。

(67) 拙稿「判批（最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁）」ジュリスト一五九七号（令和五年度重要判例解説）（二〇二四年）四六－四七頁参照。興津征雄「判批（同上）」法学教室五二三号（二〇二四年）一〇〇頁も併せて参照。

(68) この点に関しては、小早川光郎＝青柳馨編著「論点体系 判例行政法 三」（第一法規・二〇一六年）二〇八－二一〇頁〔横田典子〕も参照。なお、仲野教授は、上記平成三年最判の時点では、「処分の根拠法令違反こそが国賠違法であるという解釈もありえた」との指摘を行いつつ、その後の上記平成五年最判及び平成一九年最判の出現により、その見方が否定されたとしている（仲野・前掲註（30）三七八頁）。

(69) 拙稿「裁判官の心証形成の態様に着目した国家賠償及び損失補償の要件論に関する実験的考察（上）」法律時報九五巻四号（二〇二三年）一〇三－一〇五頁参照。武田真一郎『異説・行政法――後衛の山から主峰を望む』（東信堂・二〇二二年）二五二頁も併せて参照。

(70) この点に関しては、神橋教授が、「国家賠償法は違法な国家行為に対する金銭賠償であるから、全体として《当該事案において原告が国家賠償法上保護に値するか否か》という結論的な価値判断が、判決理由そのものを支配することはやむを得ないところであろう。しかしながら、当然そこに裁判官の恣意専断が支配するという事態は、やはり避けなければならないのであって、そうならないためには、一つにはもちろん、違法性同一説を採るにせよ、違法性相対説を採るにせよ、関係法令に即した違法（さらには過失）判断の理由付けが必要である。が、それと同時に、国賠法を解釈・適用する際にその前提となる諸概念（違法・過失など）について理論的に精緻な理解をえて、それが判断の前提にされなければならないとおもうのである。概念は思考の産物であるし、いうまでもないことながら、結論が先にあって、それに向けて概念の操作（操作といわないまでも、不明確な概念の使用）が行われることは、望ましくない」との指摘を行っている点も注目される（神橋・前掲註（47）二八四頁）。

(71) 藤田宙靖『最高裁回想録――学者判事の七年半』（有斐閣・二〇一二年）一五一頁、二四四頁註（2）参照。拙稿・前掲註（69）一〇三－一〇五頁も併せて参照。

(72) 根拠法令の〝予定〟に関する〝フィクション性〟を包括的な方向に極限まで進めた先に実質的な同一説的解釈の実現があるともいえる。ただし、この点に関しては、武田・前掲註（29）四頁、米田・前掲註（25）一〇〇頁以下も参照。

(73) こうしたアプローチに、根拠法令の〝予定〟に着目した判例分析の重要性を否定する意図はない（それにより容易に国賠違法の判断ができる場合があることは確かである）。なお、米田教授は、「法令は、事実上職務義務違反判定の一考慮要素にはなっても、国賠法上の違法判断の決定的な基準になるわけではない」としている（米田・前掲註（25）一一〇頁）。

(74) この点に関し、喜多村元判事は、「法律の定める要件を欠く行政処分であっても、一定の事情（被害者側の関与等）の下では、国家賠償責任を発生させるだけの違法性はないとするのが社会通念に合致しているのではなかろうか」との指摘を行っている（喜多村・前掲註（64）六三七頁）。また、高橋滋教授は、「職務行為基準説は各種の判断要素の総合的な衡量に基づくものであることから、個々の判断においては複数の視点が関連し合っているため、一つの視点から判断を割り切ることは困難である」と述べている（高橋滋『法曹実務のための行政法入門』（判例時報社・二〇二一年）三一八頁（原論文初出：二〇一九年））。米田・前掲註（25）八五－八六、一〇四－一〇七頁も併せて参照。

(75) この点に関しては、宇賀・前掲註（8）四一頁も参照。

(76) 中川・前掲註（29）七六頁。神橋・前掲註（47）二七六頁も併せて参照。

(77) 例えば、最三小判平成二一年四月二八日民集六三巻四号九〇四頁は、小学校の教員Aが、他の児童への悪ふざけを続けていた児童を追いかけて捕まえ、その胸元を右手でつかんで壁に押し当て、大声で「もう、すんなよ」と叱った行為（本件行為）が体罰に当たるか否かが争われた事案について、「本件行為にやや穏当を欠くところがなかったとはいえないとしても、本件行為は、その目的、態様、継続時間等から判断して、教員が児童に対して行うことが許される教育的指導の範囲を逸脱するものではなく、学校教育法一一条ただし書にいう体罰に該当するものではないというべきである。したがって、Aのした本件行為に違法性は認められない」との判示を行っているが、この判決について、中川教授は、「教師の行為が、禁止された行為に当たらず、行為態様の観点から、そもそも法的非難に値する（賠償責任を負わせうる）事態が生じているわけではないという趣旨と思われる」との見方を示している（中川・前掲註（29）八一頁）。なお、この判旨に反対の立場をとる評釈として、横田光平「判批」自治研究八七巻七号（二〇一一年）一二四頁以下参照。

(78) なお、小早川光郎教授は、上記平成五年最判につき、「公務員の行為によって納税者に不利益が生じたことにつき、不利益を生じさせた側に損害賠償の責任を求めるべきかどうかという意味合いで非難可能性の有無が問題となる場面において、その評価の観点として、過失の観点と並んで違法性の観点が登場する」と述べている（小早川・前掲註（47）四三二頁）。

（79）この点に関しては、中川教授も、「民法七〇九条が故意過失と権利利益侵害に分けて規定している以上、できるだけその二段階に分けて論じつつ、例外的に両者を一体的にしか判断しえない場合にのみ一体化させるという複合的なアプローチ（二元的アプローチ）も、論理的には可能である。最高裁判決は（すくなくとも本稿で取り上げるものは）、こちらのアプローチに親和的であるように思われる」という慎重な記述をしていることに留意されたい（中川・前掲註（29）七六頁）。最三小判平成二五年三月二六日集民二四三号一〇一頁における寺田逸郎・大橋正春両裁判官の補足意見も併せて参照。

（80）この点に関しては、第一回国会衆議院司法委員会議録第四号及び同参議院司法委員会議録第一三号における奥野健一政府委員の答弁（宇賀克也編著『国家賠償法〔昭和二二年〕（日本立法資料全集四二）』（信山社・二〇一五年）一二八頁、二九四－二九七頁）、藤田・前掲註（11）二二一頁も参照。なお、民法学においては、（違法性概念の必要性に対する理論的批判を援護する材料として）現実の裁判例における違法性概念の使われ方について、「裁判例で違法性という言葉が使われることは少なくないが、……故意・過失とは区別された要件として意識的に使われることもない。むしろ、不法行為を肯定しあるいは否定するという最終判断の表現として使われることが多いのである（「違法性がないから不法行為とはならない」というふうに）」との指摘が見られる（内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第三版〕』（東京大学出版会・二〇一一年）三六〇頁）。

（81）武田・前掲註（29）一三頁、米田・前掲註（32）五五－五〇頁参照。この点に関しては、瀬川信久教授が、民法上の不法行為判例を精緻に分析した上で、次のような整理を行っている点が示唆に富む（瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣・一九九八年）六二五－六二六頁）。「まず、不法行為成否の判断は様々な考慮の複合体である。そこでの考慮には、(α) 被侵害利益の要保護性、(β) 侵害の回避可能性、(γ) 加害行為を正当化する事由（これには、正当防衛・加害行為の社会的有用性のような加害者側の利益と、被害者の承諾のような被害者側の事情とがある）、(δ) この正当化事由の認識可能性などである。権利（保護法益）・過失・違法性は、これらの諸考慮を行う枠であるが、どの概念も周縁が不明確で固定していない。そして極端を言えば、これらの一つによって、(α)～(δ) の不法行為成否の判断全体を包摂できないわけではない。(ア) 権利（保護法益）を、過失ある違法な行為によって侵害されない地位と考えれば、権利侵害の判断に包摂できる。(イ) 過失を、他人の権利の違法な侵害と定義すれば、過失判断に包摂できる。(ウ) 違法を、過失によって他人の権利を侵害することだとすれば、違法性判断に包摂できる。それぞれの場合に、包摂する概念（(ア) では権利・保護法益）は、包摂される概念（(ア) では過失・違法性）よりも包

括的・抽象的なレベルで考えている」、「しかし、判例は、「権利」「過失」の概念を（ア）（イ）のように拡張していない。「権利」「法律上保護される利益」はあくまで被害者に帰属する利益（(α)）と捉え、例えば、「権利」の中で加害者にとっての予見可能性（(β)）を判断することはない。また、「法律上保護される利益」は、救済される利益を限定する機能を果たしている……。他方、「過失」では、加害者が当該侵害を回避できたか、回避すべきであったか（(β)）を判断し、被侵害法益の要保護性（(α)）を判断しない。また、正当防衛・犯罪報道のように、侵害を認識していても他の利益のゆえに不法行為にならないとされないとき（(γ)）に、「過失」がないからだとは考えない。以上に対し、「違法性」は、行為とその結果に対する否定的な評価を広く意味し、侵害の回避可能性（(β)）を含めて、加害行為に対する否定的評価全般を包摂できる。さらに、被害者の受けた不利益に対する否定的評価（(α)）を「違法」と呼ぶことも可能である」。以上の整理から、瀬川教授は、「違法性概念が伸縮性に富む」ものであると指摘している。

(82) 芝池・前掲註（13）三一二頁参照。なお、この点に関しては、フランス法においても、かつて判例上「違法性＝フォート」テーゼが確立されていない時代に、あらゆる越権をフォートとみなすことは、行政上の財政の疲弊及びかかる厳格さにより行政のイニシアチブに与える麻痺という観点から危険であると同時に、行政活動の非常な複雑さゆえに許容されるべき軽微な違法性が存在するため正義に反するとの指摘がなされていたところである（Prosper Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, A. Pedone, 1952, p. 255.）。

第二節：行為規範の措定のあり方についての試論的考察

本節においては、前節で示した整理や問題意識を踏まえた上で、比較法的な視点から、それに対する違反が国賠違法（又は過失）を構成する「職務上の（注意）義務」の設定ひいては国家賠償責任の成否の判断に当たって裁判官の直観ないし判断を左右する具体的事情等、ひいてはそれにより操作される当該義務の〝程度〟に着目して我が国の判例を分析す

ることにより、そこでの行為規範の措定ないし設定のあり方についての試論的な考察を行うこととしたい。この考察は、その過程において国賠違法又は過失にはある種の〝グラデーション〟があることを指摘するものであるが、その目的は、フランス法における重大なフォート概念に相当するような、（実質的な）「重大な違法」という新たな概念を我が国の実定法に持ち込もうとすることにあるわけではない。先にも述べたとおり、従来の多くの学説とは異なる角度から国家賠償請求訴訟における裁判官の営為に対する解像度を上げ、それをもって右義務の程度の操作ないし国賠違法（又は過失）の判断に一定の枠づけが求められることを明らかにすることに、その目的がある。この点に関しては、Michel Paillet が、重大なフォート要件が、役務のフォートに関する判例法理の、不可欠ではないにせよ少なくとも重要な特徴の一つであり、この重要性を無視すると、それと結びついたままである行政裁判官のアプローチを誤解するリスクを冒さざるをえないことになるとの指摘を行っていることが示唆的であろう。(1) なお、筆者は、既に別稿において、(2) 裁判官の心証形成の態様に関する分析軸を立て、右義務の〝程度論〟に着目した判例の検討を行い、そこで用いられている文言に注目することにより右のようなグラデーションの存在を指摘した。以下での記述やそこで参照・引用する判例や文献が、当該別稿におけるそれと部分的に重複することを最初に断っておくこととする。

第一款：役務のフォート判断における義務の程度ないし範囲

第一章から第四章まで挙げてきた役務のフォートに関する諸判例を見ると、行政に課せられる義務の〝程度〟ないし〝範囲〟が決して一律のものではなく各事案ごとに一定の軽重や広狭があることがわかる。この義務の程度ないし範囲を規律する考慮要素はさまざまである。例えば、①事件の諸状況、具体的には、時間的状況及び場所的状況並びに問題とな

る役務に伴う困難性、②当該役務が用いうる手段、③損害の予見可能性といった要素（困難性以外の要素は困難性の要因としても位置づけられうる）は、多くの場合、行政主体に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートを否定する方向において考慮される（第三章第一節参照）。他方、④役務の組織編成ないし体制整備や⑤行政客体の権利に着目した抽象的評価は、用いうる手段の不十分さ等による義務の減免を許さず、行政に課せられる義務を高度化することを可能ならしめる（第三章第二節参照）。また、特に不作為責任については、学説上、この義務の程度ないし範囲の問題が手段債務と結果債務という分析枠組みに沿って研究されている（第四章参照）。すなわち、そこでは、「一定の結果」を実現することまでは求められず、もっぱら当該結果の実現のために一定の注意を尽くすことが求められる「単なる注意義務」としての「手段債務」と、損害を生ぜしめる事故を避けるに至らせたであろう実効性のある行動をとること、あるいは行政客体の権利を実効的に保障することまで求められる「実効性確保義務」としての「結果債務」とが対置されるのである。さらに、前稿[3]でも紹介した「単純なフォート」と「重大なフォート」という区別の中にももちろん、このような義務の程度に関する問題を見出しうる。すなわち、序章でも紹介したように、フランス法においては、公役務に伴う困難性等[4]を根拠として、加重的要件である「重大なフォート」が一部の領域において適用されているのである。フランス行政法学においては、主にこの「重大なフォート」概念の存在ゆえに、伝統的に国家賠償責任の要件に関するグラデーションについて強い問題関心が寄せられ、この点に関する研究が活発に行われてきた。翻って我が国の議論状況を見ると、これまで取消違法との関係における国賠違法の判断枠組み論（あるいは「職務上の（注意）義務」の〝性質論〟）に関する議論が豊富に蓄積されてきた一方で、こうした義務の〝程度論〟に着目した議論は相対的に少なかったのではないかと思われる。

他方、こうした行政に課せられる義務の程度ないし範囲の問題が、結果不法的要素の考慮と密接な関連性を有しう

ることも指摘しておきたい。フランス法においては、原則として、役務のフォートは、行政主体の行為又は公役務の運営の態様の観点から評価され、「義務違反」ないし「行為規範違反」として認定されており、その判断に当たっては、行為不法説的解釈がとられているということができる（第一章第一節参照）。ただし、役務のフォートに関する判例の中には、被侵害法益の重要性を考慮することにより行政に課せられる義務ないし行為規範の高度化が図られている場合がある（第三章第二節参照）。かかる解釈は、純粋な行為不法説的解釈というよりは、結果不法的要素を行為不法に読み込んだ解釈であるということができる。また、かかる解釈を押し進める形で極限まで高度化された「結果債務」としての義務が行政に課せられる場合がある（第四章第二節参照）。この場合には、損害を生ぜしめる事故を避けるに至らせたであろう実効性のある行動、あるいは行政客体の権利の実効的保障という極めて高度な作為義務――実効性確保義務――が課せられることにより、形式的には行為不法説的解釈をとっているように見えるものの実質的には権利侵害即役務のフォートという純粋な意味での結果不法説的解釈に通ずる解釈がなされていると見ることもできるように思われる。要するに、形式的には行為不法説的解釈をとったとしても、解釈上の工夫あるいは操作により結果不法説的解釈が目指す帰結と同様の帰結を導出しうる可能性があるということである。さらには、一見すると義務違反ないし行為規範違反が存在しないように思われる場合に損害の重大性を考慮することにより役務のフォートを推認しているかのように見える判決も存在する（第一章第一節第二款参照）。かかる解釈については、結果不法的要素を行為不法に読み込んだ解釈というよりは、結果不法により行為不法を推認するような解釈（見方によっては相関関係説的解釈）との見方もできるのではないかと思われる。まさに以上のように多様な解釈を可能ならしめる点にもまた、役務のフォート概念の〝弾力性〟が見出されるのである。かかる役務のフォート概念の弾力性は、社会状況や行政活動、行政客体の法意識、行政主体と行政客体の法関係等の変化に国家賠償責任規範を柔軟に適応させることを可能ならしめるものであるといえる。

我が国においても、上記のように現在の判例の立場を前提として「職務上の（注意）義務」の〝程度論〟に着目する場合には、その判断における結果不法的要素の考慮のあり方に関心を向けることも一つの重要なポイントとなりうるように思われる。

第二款：国家賠償法一条一項の違法性又は過失のグラデーション

そもそも、我が国においては、国家賠償法一条二項が求償権の行使を「故意」又は「重大な過失」に限定することにより、その要件の加重を明示的に規定しているものの、同条一項は「違法」と「過失」について特に要件が加重される場合があることを定めているわけではない。また、判例も、このような要件の加重を明示的に認めることはしていない。さらに、学説においても、かかる要件の加重という視角からの分析が分野横断的になされるということは、ほとんどない。しかしながら、判例を分野横断的に観察すると、そこには、実質的に、「職務上の（注意）義務」の程度が軽減され、結果的に国賠違法（又は過失）の要件が加重されているようにも見える判決が存在する（後述のとおり、本稿はこうした要件の加重自体に否定的なわけではない）。すなわち、そこでは、当該加害行為の類型の特殊性や、当該事件における具体的事情等、例えば後述の「困難性」の要因等に鑑み、ある種の「非難可能性」の有無を厳格に問うことにより、その認定範囲を限定しているように見える文言が――場合によってはその要件の加重の実体を伴わない形で慣例的に――用いられているのである[5][6]。そして、こうした傾向が見られる分野は、フランス法における、上記の重大なフォート要件が適用される分野と、少なくとも部分的に重なっているように思われる。

一　裁判・立法

まず注目されるのは、右のような文言が用いられている典型的な分野が、今日「職務行為基準説」と呼ばれる理論[7]が最初期に現れた裁判・立法の分野であるということである。

例えば、裁判（判決）の国賠違法につき、そのリーディングケースである最二小判昭和五七年三月一二日民集三六巻三号三二九頁は、「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによって当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いて[8]これを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする」〔傍点筆者〕との判示を行っている[9]。

また、立法（不作為を含む[10]）の国賠違法についても、そのリーディングケースである最一小判昭和六〇年一一月二一日民集三九巻七号一五一二頁（在宅投票制度廃止訴訟）は、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」〔傍点筆者〕と判示している[11]。同最判後の判例[12]においては、当該要件が実質的に緩和されているとの見方が有力であるが[13]、基本的な考え方は維持されているものと解される[14]。例えば、直近の最大判令和四年五月二五日民集七六巻四号七一一頁（在外邦人国民審査権訴訟）は、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白

であるにもかかわらず、[15]国会が正当な理由なく長期にわたって[16]その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」〔傍点筆者〕としている。

そこで問題となるのは、こうした国賠違法の認定範囲の限定が何故に正当化されるのかということであるが、これらの〝特殊な〟[17]分野については、他の分野（特に行政処分等）と比して相対的に説明がしやすく、判決文においてもそれが明確にされているといえる。すなわち、例えば、裁判については、――論者によりその妥当性に関する評価は異なる[18]が――①自由心証主義と法令解釈の相対性、②上訴制度の存在と判決の既判力、③裁判官の独立等が挙げられる[19]。また、立法については、上記昭和六〇年最判が明確に指摘するように[20]、主として民主主義原理を前提とした立法行為の〝政治的性格〟等が挙げられる[21]。

こうした議論には、フランス法との一定の共通点が見られる。例えば、フランス法においても、裁判役務については、国家賠償責任の要件として重大なフォート（又は裁判拒否）が要求されているところ、久保茂樹教授が整理しているように、その責任制約根拠については、①司法官の独立及び精神の自由、②裁判役務利用者の非協力・役務の困難さ、③裁判役務に固有の保障の存在（上訴手段の保障）、④国家財政への配慮、⑤主権免責、⑥既判力等が挙げられている[22]。この点に関しては、久保教授による次のような指摘が、本稿の問題意識との関係で重要であるため併せて紹介しておきたい。「裁判責任に関する重過失要件は、今日、司法・行政いずれの裁判所においても必要とされるに至っている。裁判判決のみならず広く警察活動にもみられる重過失の要求は、わが国の「職務行為基準説」を彷彿させる（faute のレベルと違法性のレベルの差異はあるが）。このような要件の加重は、既判力の論理よりも、むしろ「プラティークな考慮」（オービー）に因るものと考えられよう」、「裁判責任の特殊性を、裁判役務の困難さのみに還元することは短絡的過ぎ

ようが、その特殊性を絶対視することもまた、行き過ぎであるように思われる」[23]。さらに、立法行為についても、――そこでは重大なフォート要件が適用されているわけではなく、また、憲法の規定等のフランス法特殊の事情があるため[24]単純な比較はできないものの――立法行為につきフォートを明示的に認定することを避ける[25]姿勢からは、民主主義原理（あるいは権力分立原則）を背景とした敬譲的な配慮を看取しうる。

以上の点に関して指摘しておきたいのは、――後述の他の分野にも関わることであるが――フランス法において重大なフォート要件が当初果たしていた役割に照らして見ると、右のような国賠違法の認定範囲の限定が、被害者救済の観点から見ても、必ずしも一概に批判的に捉えられるものではないということである。前稿において紹介したとおり、「この重大なフォートという概念は、当初、公権力の無答責の原理を克服するための道具概念として機能していた。すなわち、二〇世紀初頭、行政裁判官は、権力行為による国家賠償責任に関して、あらゆるフォートについて賠償責任を認めるのではなく、重大なフォートが存する場合にのみ賠償責任を認めることにより、徐々にこの領域における賠償責任を定着させていった。つまり、この時代における重大なフォートは、公権力の無答責の原理を打倒し、国家賠償責任の成立範囲を拡張することにより、国家賠償責任の一般化を促進する役割を果たしていた[26]」。つまり、――当然このような重大なフォート概念と完全にパラレルに見ることはできないものの――特に我が国における右のような裁判・立法に関する判例法理については、その特殊性等に基づき安易に〝一律の〟無答責[27]という方向に解釈を進めるのではなく[28]、その時代の法状況等に照らして国家賠償責任の成立範囲を限定することで一定の〝バランス〟をとりつつも不法行為的救済を通す可能性を残したものとして、積極的に評価する余地もありうるということである。なお、仮に、上記のような（少なくとも形式的には）厳格な判断枠組みを適用したとしても、そのあてはめにおける事実の評価ないし解釈の仕方次第でその認定範囲の拡大を図ることは必ずしも不可能ではない[29]。

他方、フランス法においては、裁判役務の中でも、判決それ自体ではなく、判決の遅滞が問題となる場合には、重大なフォート要件が適用されず、単純なフォート要件が適用されていることに留意する必要である。[30] 翻って我が国の裁判例を見ると、例えば、広島高裁岡山支判平成一五年六月一三日訟月五一巻五号一一三九頁は、判決言渡しの遅延を理由とする国家賠償請求事件について、「その判決言渡しについて、当該裁判官が違法又は不当な目的をもってこれを遅延したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したと認め得るような特別の事情がある場合には、当該裁判官の職務行為は、国家賠償法上違法の評価を受けるものというべきである」[31]として、裁判判決（の内容）に関する右昭和五七年最判の解釈を踏襲した形の判断を行っている。[32] 単純なフォート要件の適用を認めた、フランス法の右判例は、欧州人権条約に大きな影響を受けたものであり、ここで、当該判例をもって右裁判例の当否を語るつもりは全くない。しかし、少なくとも一般論として、国賠違法（又は過失）の判断枠組み（特にその要件を実質的に加重するような判断枠組み）は、問題となる加害行為の類型等を包括的・一体的に捉えて適用するのではなく、――各事案に応じてその適用を正当化する理論的根拠の有無等を慎重に精査することにより――個別的に細分化した形で捉えて適用すべき場合がありうるということは指摘しておきたい（かかる指摘は、後述の他の分野にも妥当しうる。[33]）。

二　規制権限不行使

同じように他の分野と比較して相対的に国賠違法の認定範囲を限定しているように見える文言が用いられている分野として、いわゆる規制権限不行使[34]が問題となる事例群を挙げることができる。

例えば、宅地建物取引業者に対する知事の監督処分権限の不行使の違法性が問われた訴訟において、最二小判平成元年一一月二四日民集四三巻一〇号一一六九頁（宅建業事件）は、「当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損

害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない」〔傍点筆者〕との判示を行っている（最二小判平成七年六月二三日民集四九巻六号一六〇〇頁（クロロキン薬害事件）も同旨）。規制権限不行使については、同最判がリーディングケースとなり、最三小判平成一六年四月二七日民集五八巻四号一〇三二頁（筑豊じん肺訴訟）[35]等が、「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法一条一項の適用上違法となるものと解するのが相当である」〔傍点筆者〕という一般的な判断枠組みを定式化し、それが直近の判例[36]に至るまで踏襲されている。

こうした規制権限不行使の国賠違法の判断枠組みについては、いわゆる裁量権収縮論との関係（考慮要素論）や反射的利益論に着目した議論が豊富に蓄積されてきた一方、なぜ「著しく合理性を欠く」と認められるときに限定されるのか、シンプルに「合理性を欠く」と認められるときではいけないのか、といった問題意識が持たれることはあまりなかったのではないかと思われる。その要因の一つは、一般論としての規制権限行使に関する裁量の存在あるいはその広範さへの認識が、相当程度共有されたものとして存在することにあると考えられるだろうか。例えば、右平成元年最判には、右引用部の直前に、当時の宅建業法所定の要件の認定には「裁量の余地があるのであって、これらの処分の選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているというべきである。したがって、」〔傍点筆者〕との判示がある[37]。かかる裁量の存在あるいはその広範さが直ちに、上記のような「著しく」という文言の付加を正当化する根拠となるかは議論の余地があるところであろうが、――訴訟類型等が異なるため単純に比較することは

できないものの――取消訴訟における裁量審査、特にいわゆる「社会観念審査」において用いられている表現との類似性や、行政事件訴訟法において非申請型（直接型）義務付け訴訟の訴訟要件（同法三七条の二）[38]が厳格化されている趣旨等も併せて考えると、それが、一つの根拠として援用される可能性があることは少なくとも直観的には理解できるところである。他方、これとは別に（場合によっては関連して）、いわゆる「補足性の理論」を根拠とした正当化も考えられる。この理論は、宇賀克也教授の定義を借りると、「被害者である私人に対して第一次的に責任を負うべきであるのは加害者たる被規制者であり、加害者は危険責任（通常は企業であるので報償責任としての性格も有する）を負い、行政主体は、二次的、後見的な監督責任を負うにすぎないことを理由として、国家賠償責任を全面否定しようとしたり、その範囲を縮減しようとしたりするものである」[39]。[40] このように行政主体が二次的、後見的責任を負っているに過ぎないという事情については、それを要件論の外側、つまり成立した国家賠償責任の（外部的あるいは内部的な）負担割合を確定するために考慮されるものとして位置づけることも当然可能であるが、要件論の枠組みの中に組み入れて考慮することも考えられる。例えば、宇賀教授は、「行政主体が二次的、後見的責任を負うということは、責任成立要件の期待可能性の考慮要素にはなるものの、国家賠償責任を全面的に否定する論拠とはなりえないと思われる」[41]と述べている。なお、上記平成七年最判は、「医薬品の安全性の確保及び副作用による被害の防止については、当該医薬品を製造、販売する者が第一次的な義務を負うものであり、また、当該医薬品を使用する医師の適切な配慮により副作用による被害の防止が図られることを考慮すると、当時の医学的、薬学的知見の下では、厚生大臣が採った前記各措置は、その目的及び手段において、一応の合理性を有するものと評価することができる」[42]〔傍点筆者〕との判示を行っている[43]。

ここで想起されるのは、フランス法においても、かかる規制権限不行使という類型と相当程度重なる類型として考えられる監督行政役務につき、伝統的に、重大なフォート要件が適用されてきたということである[44]。そして、当該要件の

正当化根拠として、自由裁量権の存在や監督行政役務に伴う困難性に加えて、右の補足性の理論と同様の考え方が挙げられている。すなわち、そこでは、問題となる損害の第一次的な原因が被監督者のフォートにあり、それを防ぐことができなかった監督行政役務の瑕疵は二次的な原因でしかないため、当該役務の責任を過度に容易に成立させないようにしようとする裁判官の意向があるなどといった指摘がなされているのである。ただ、こうした監督行政役務の特質については、――それを困難性の問題の中に完全に解消することはできないものの――当該性質があるがゆえに生じる、予見可能性や回避可能性等に関する困難性の問題（例えば、通常、関連する情報が被監督者の側に偏在していることから問題となるリスクの探知、あるいはそのための調査・検討が容易ではなく、また、規制権限の行使が被監督者の活動の自由を過度に制限することのないよう、その判断に当たり複雑な利益調整等が求められることなど）と関連づけて把握することも不可能ではない[45]。なお、ここでも指摘しておきたいのは、この監督行政役務についても、今日、重大なフォート要件が一律に適用されるのではなく、事案によっては、単純なフォート要件が適用されることもあるという点である。つまり、特定の公役務の類型を包括的・一体的に捉えるのではなく、それを個別的に細分化した形で捉えることにより、個々の事案に応じて重大なフォート要件と単純なフォート要件を使い分ける仕組みとなっているということである。

ところで、我が国の判例が、規制権限不行使の国賠違法につき上記のように比較的厳格に見える判断枠組みを採用しつつも、その結論として当該違法を認定しているものが極端に少ないわけではないという点にも留意する必要がある（筑豊じん肺訴訟、関西水俣病訴訟、泉南アスベスト訴訟、建設アスベスト訴訟[46]）。そこではまず、「著しく」合理性を欠くというような判断枠組みに要件の加重性を見ること自体を疑うことができ[47]、仮に当該加重の実体がないのであれば、――国賠違法は限定的にしか認定してはならないというような認識の存在を疑わせないために――こうした修飾語を安直に〝慣例として〟用いることを見直すことも考えられるように思われる。他方、これとは別に、その要因の一つとして

考えられうるのは、当該違法を認定している判例で問題となっている〝損害結果〟、具体的には被侵害法益の重要性（特に健康、身体、生命の安全）や損害の重大性[48]である[49]。フランス法においても、重大なフォート要件が適用される場合にそれがどのような場合に認定されるのか、につきさまざまな議論がなされてきたところであるが、そこでは判例において損害結果の重大性が考慮される傾向にあることがつとに指摘されてきた[50]。また、被侵害法益が重要なものであったり、損害が重大である場合には、そもそも重大なフォート要件の適用自体が回避される傾向にあるとの議論もある[51]。ただし、フランス法においても、こうした被侵害法益の重要性や損害の重大性は必ずしも絶対的な基準というわけではなく、場合によっては被害者の死亡というような重大な結果が生じていたとしても重大なフォート要件が適用されたり、その認定がなされないこともありうる[52]。こうした結果不法的要素の考慮のあり方については、次款において改めて考察することとしたい[53]。

三　行政処分等

1.「漫然と」要件の意義――現在の判例・裁判例においては、問題となる加害行為の類型を問わず[54]、国賠違法の判断における「職務上の（注意）義務」の設定に当たって、そこに「漫然と」[55]という文言を付加したものが広く見られるようになっている。この文言は、特に上記の裁判・立法の国賠違法の判断枠組みにおいて用いられている文言と比較すると、相対的に（実質的な）行為規範の緩和ないし要件の加重を示すものとしての明確性に欠けるものではあるが、本稿の問題意識からは特に注目されるものであるといえる[56]。

そもそも、この「漫然と」という文言は、今日「少なくとも行政処分の違法を理由とする類型について」の「リーディングケース」となっているとも評される[57]、最一小判平成五年三月一一日民集四七巻四号二八六三頁（奈良県民商事件）

において用いられたものである。すなわち、この平成五年最判において、最高裁は、「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」〔傍点筆者〕という判断枠組みを定立した上で、「以上によって本件をみるのに、被上告人〔筆者註：原告〕は、本件係争各年分の所得税を申告するに当たり、必要経費につき真実より過少の金額を記載して申告書を提出し、さらに、本件各更正に先立ち、税務職員から申告書記載の金額を超える収入の存在が発覚していることを告知されて調査に協力するよう説得され、必要経費の金額について積極的に主張する機会が与えられたにもかかわらず、これをしなかったので、奈良税務署長は、申告書記載どおりの必要経費の金額によって、本件各更正に係る所得金額を算定したのである。してみれば、本件各更正における所得金額の過大認定は、専ら被上告人において本件係争各年分の申告書に必要経費を過少に記載し、本件各更正に至るまでこれを訂正しようとしなかったことに起因するものということができ、奈良税務署長がその職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をした事情は認められないから、四八年分更正も含めて本件各更正に国家賠償法一条一項にいう違法があったということは到底できない」〔傍点筆者〕と判示したのである。(58)

この平成五年最判について、筆者は、別稿において、裁判官の心証形成の態様に着目した上で、「この「漫然と」という文言がどの程度意識的に用いられているかは定かではないものの、この副詞が有する本来的な意味に照らすと、それは当該処分の違法性を認定することに対する裁判官の消極的な姿勢の〝徴表〟として見ることができ、そこでは少なくとも通常の違法性よりも加重された違法性が要求されている――実質的に「重大な違法」が要件とされている――の

ではないか」[59]との仮説的な理解を示した。その上で、フランス法において重大なフォート要件の主たる正当化根拠とされる「困難性」という視点から「平成五年最判を翻って見ると、そこでは、原告が「本件係争各年分の所得税を申告するに当たり、必要経費につき真実より過少の金額を記載して申告書を提出し、さらに、本件各更正に先立ち、税務職員から申告書記載の金額を超える収入の存在が発覚していることを告知されて調査に協力するよう説得され、必要経費の金額について積極的に主張する機会が与えられたにもかかわらず、これをしなかった」という事情があったことが指摘されている点が注目される。すなわち、当該事案においては、正確な所得金額の認定を困難にする特殊な事情（被害者の非協力的態度等）が存在したということである。[60]……このように問題となる行政活動の遂行を困難にするような事情は、裁判官をして当該賠償を否定する方向に直観を働かせる（その心証形成において違法性や過失の認定を躊躇させる）重要な要因の一つとなるのではないかと思われる」[61]との指摘を行った。

こうした理解及び指摘を行ったのは、フランス法においても、かつては、租税役務という類型一般について、重大なフォート要件が適用され、また、その主たる正当化根拠である「困難性」の要因として、納税者が納税義務を回避するために巧妙な対策をとったり、反抗的な態度をとったりすることなど（一般的な要因としては、時間的・場所的状況、用いうる手段の不十分さ、被害者や関係者の行動、予見可能性等）が挙げられていたこと、つまり、こうしたフランス法の解釈と日本法のそれにある種の近似性を見たことが、その背景にあった。他方、フランス法においては、重大なフォート要件の適用が、租税役務という類型一般から、「租税の賦課又は徴収の手続」に限定され、続けて、個別の事件における「困難性」に応じて当該要件の適用の有無を判断するという含みのある仕組みへと転換し、最終的には、（同じように困難性を伴う他の公役務において当該要件が放棄されたことなどに鑑み）それが全面的に放棄されることとなったことに留意する必要がある。[62]こうしたフランス法の動向から得られる示唆は、包括的・一体的に把握された特定の加害

行為の類型に〝一般的な傾向として〟見られる、困難性の要因となりうる事情が、当該類型の中のより細分化された特定の類型や個別の事案においては存在しない場合があることなどを考えると、――当該事情により根拠づけられた――一定の判断枠組みを特定の加害行為の類型に一律に適用することには疑問が呈される可能性があるということである。要するに、それは、「少なくとも、上記平成五年最判が示したような判断枠組みを、他の更正処分、あるいは租税行政活動一般、さらには他の行政活動の類型に、安直に一般化することの妥当性を疑わせうるものであるといえる」[63]のである。

確かに、こうした判例の理解は、判決文に現れた表面的な字面に拘泥しているきらいがあり、また、そこに実体を超えた特別な意義を見出している可能性があることは否定できない[64]。実際、その判断枠組みの定立に当たり右平成五年最判が参照され「漫然と」という文言が用いられている場合であっても、国賠違法が一概に否定されているというわけではなく、国賠違法を認定している判例も存在する。もっともそこで目を引くのは、これらの判例が、その判断枠組みにおいては「漫然と」という文言を用いつつも、そのあてはめにおいては当該文言を（少なくとも形式的には）用いていないということである[65]。これに対して、その判断枠組みの定立に当たり上記平成五年最判を参照し「漫然と」という文言を用いつつ国賠違法を否定した判例の多くは、そのあてはめにおいても当該文言を用いている[66]。こうした傾向に着目すると、この「漫然と」という文言（や上記の裁判・立法の国賠違法の判断枠組みにおいて用いられている文言）からは、国賠違法の認定範囲ないし国家賠償責任の成立範囲を過度に拡張することなく（裁判官が考える）〝妥当な〟範囲にそれを調整する必要があるという前提的な認識の下で、修飾のない「職務上の（注意）義務」（あるいは〝客観的〟・〝結果的な〟違法性や違憲性）との関係である種の〝ずれ〟を創出ないし強調することにより、国賠違法の認定範囲を一定程度限定しようとする意図が看取されうるように思われる[67]。つまるところ、判例において違法性相対説・職務行為基準説が（加害行為の類型を問わず）とられることとなった、あるいは現在進行形でとられているのは、それが、問題とな

る加害行為の類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等に応じて――当該事案において発生した結果が法的な保護に値するかという被害者側の視点からの考慮と、そこで問題となる加害行為が国又は公共団体に賠償責任を負わせるのに十分な非難に値しうるかという加害者側の視点からの考慮を行った上で――上記義務の〝程度〟を操作することによって、国賠違法の判断の次元において、右のような調整を行うことを可能ならしめる「便利な枠組み」[68]であったからだと考えられうるのである。[69]

ここに、右のような裁判官による〝プラグマティックな思考の産物〟ともいえる職務行為基準説とフランス法における重大なフォート要件との、ある種の〝機能的な同質性〟を見出しうるように思われる。この点に関しては、フランス法における重大なフォート要件の機能をまとめた、北村和生教授による次のような分析が重要である。「重過失は、役務が困難等の理由で、賠償が認められにくい分野で、一定程度賠償を認め、一方、場合によっては、賠償に制限を加えるための裁判官の道具としての役割を果たすようになった。すなわち、行政裁判官は、一定の活動に重過失を要求し、その存在または不存在から賠償を認め、あるいは認めないことにより、私人の利益と行政の利益の調整を行う為の道具として、重過失を使っていると考えられる。これが、トゥルードの言う判例政策の道具（instrument d'une politique jurisprudentielle）としての機能、すなわち、「賠償を与えるのが必要かどうかを決定するための手段として」、「行政裁判官は加重過失を使用しているのである」。公役務過失自体同様の柔軟さを有しているが、裁判官に一層判断の幅を与えたい時、重過失という要件が必要とされるのである」。[70]

2.「漫然と」要件の位置づけ――現代の行政活動、あるいは国家賠償請求訴訟において問題となりうる事案が極めて多様であることなどに鑑みると、「公務員」に課せられる「職務上の（注意）義務」が一様とはならない（その結果として実質的に要件の〝グラデーション〟が生じる）ことは当然であり、こうした「漫然と」というような文言の付加（ひ

いては義務の程度の操作）自体が一概に否定されるべきものでないことについては多言を要しない。しかし、当該文言により、実質的に行為規範の緩和ないし要件の加重がなされている場合があるのだとすれば、それを正当化する理論的根拠（当該加害行為の類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等）を明確にする必要があるだろう。そして、もし、かかる理論的根拠が存在しない場合や、あるいは、そもそも「漫然と」というような文言がある種の〝決まり文句〟に過ぎず、それ自体特別な意義を持たない（質的あるいは量的な差異をもたらさない）というのであれば、一定のバイアスを窺わせるような文言を濫りに用いることは避け、よりニュートラルな判断枠組みを立てることも十分に考えられるはずである。実際、国賠違法の判断枠組みの定立に当たって、上記平成五年最判に倣って「漫然と」という文言を用いる裁判例が多数見られることは確かであるものの、裁判例の中には、同最判を参照しつつも当該文言を用いていないものも複数ある(71)。

例えば、東京地判平成二九年三月二七日判タ一四五二号二一四頁においては、「都税事務所長が、本件不動産の固定資産税等を過大に賦課・徴収したことが国家賠償法一条一項にいう違法に当たるか否かは、固定資産税等を過大に賦課・徴収したという結果のみをもって判断されるべきではなく、被告担当職員が、住宅用地の特例等の適用に関し、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くしたか否かにより判断するのが相当である（最高裁平成元年（オ）第九三〇号、第一〇九三号・同五年三月一一日第一小法廷判決・民集四七巻四号二八六三頁参照）」との判示が見られる。また、仙台地判平成二二年九月九日 LEX/DB 25442632も、「本件のような課税処分において、課税要件事実の認定や課税実体法規の解釈に誤りがあったとしても、それをもって直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、当該課税に関与した担当職員において職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさなかったと認め得るような事情がある場合に限り、違法の評価を受けるものと解するのが相当である（最高裁判所平成五年三月一一日第一小法廷判決・

民集四七巻四号二八六三頁参照）」との判示を行っており、さらに、碓井光明教授もこの裁判例が「「漫然と」との文言を用いていない[72]」ことを指摘している。なお、この仙台地判の上告審である最一小判平成二二年六月三日民集六四巻四号一〇一〇頁は、上記平成五年最判を参照していないが、「国家賠償法一条一項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定めており、地方公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときは、当該地方公共団体がこれを賠償する責任を負う」との判示を行っており、そこでは「漫然と」という文言は用いられていない。この平成二二年最判については、高橋滋教授が、「最高裁判所は、職員に課される職務上の義務の内容として、「職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合」等のような職務義務を著しく緩める基準を示していない。取消訴訟等のルートを通じても過大認定に伴う財産的不利益の完全な償還を図ることはできないため、裁判所は、同じ職務上の義務違反の有無についても……〔筆者註：上記平成五年最判〕とは異なる基準を用いるのが適当であると考えたのであろう[73]」〔傍点筆者〕との指摘を行っている点が注目される。

以上のように見てくると、職務行為基準説をとる裁判実務がそのベースラインとすべきは、上記昭和六〇年最判が一般論として提示しているような、「国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」という、「漫然と」というような文言による〝修飾のない〟形の判断枠組みなのではないだろうか（同最判が当該文言を用いていないことのみに着目するものであり、「個別の国民に対して負担する」という部分の当否はここではさておく）。これは、必ずしも、行政処分等の国賠違法の判断枠組みの定立に当たっても、

――例えば、最三小判平成二〇年四月一五日民集六二巻五号一〇〇五頁のように――立法行為に関する右昭和六〇年最判を参照すべきであるということを言わんとするものではなく、そこで上記平成五年最判を参照したとしても、右のような〝修飾のない〟形の判断枠組みの定立は可能であるという理解によるものである（実際そうした裁判例があることは右に示したとおりである）。つまり、固定資産評価審査委員会の審査請求棄却決定に係る国賠違法の有無が問題となった（結論として肯定）最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁の評釈において既に述べたとおり[74]、上記平成五年最判が「定立した判断枠組み（職務行為基準説）の〝核〟となる部分が、国賠違法を職務上の注意義務違反（取消違法と異なるもの）と解することにあるのだとすれば、上記の文言〔筆者註：「漫然と」〕は必ずしもその必須の要素というわけではないのではないだろうか」、「上記平成五年最判は、更正処分に当たり正確な所得金額の認定を困難にする特殊な事情（被害者の非協力的態度等）が存在した事案であったため、当該文言を付加することにも一定の根拠や必要性、意味等があったように思われるが、本判決を含め、上記の判例や裁判例において、よりニュートラルに〝職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく判断したと認めうるような事情〟といった形にするのではなく、これに「漫然と」という文言を付加するだけの根拠や必要性、意味等が同じようにあったのか、改めて検討の余地があるように思われる」。なお、この点に関しては、特に、同判決の評釈において、西本靖宏教授が、納税者の協力が必要である税務調査に関する事案と比較して、固定資産税の事案では、適切な調査を実施していれば容易に課税誤りに気づくことができる場合がほとんどであると指摘していることが示唆的であろう[75]。

四　要件加重の正当化根拠としての「困難性」とその要因

ここまで挙げてきたような判例上の国賠違法の判断における特定の文言を、フランス法における重大なフォート要件

と（少なくとも部分的に）パラレルに見て、その要件を実質的に加重するものとして解することができるとしても、かかる要件の加重自体は全く否定されるものではない[76]。それどころか、フランス法においては、重大なフォート要件の主たる正当化根拠とされる「困難性」は単純なフォート要件が適用される場合であっても考慮されうるものと解されているところ、形式的には単純なフォート要件が適用されている場合であっても、この「困難性」を考慮することにより実質的に重大なフォート要件が適用されているに等しいと評価されているような判例があることも踏まえて考えると、少なくとも予測可能性の確保という観点[77]からは、こうした要件の加重を明確にする文言を用いることに積極的な意義を見出すことも不可能ではない。ただし、そこで求められるのは、裁判所が、上記のような文言を付加することを正当化する理論的根拠（当該行為類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等）の有無を慎重に精査した上で、当該根拠がある場合にはそれを明確にすることにより、当該文言の使用を〝秩序立った形で〟行うことであろう。この点に関しては、山本隆司教授が、――本稿のように「漫然と」等の文言に要件の加重性を見ているわけではないが――「どのような法律構成であれ、賠償責任の要件を加重するには、解釈論・立法論の上で、事案類型の特徴という意味の個別事情により要件加重が十分正当化されなければならない[78]」との指摘を行っていることが特に重要であるように思われる。

この点、一定の〝包摂力〟を有する、右の「困難性」という概念は、当該加害行為の類型の特殊性や裁量の存在あるいはその広範さというような根拠によっては十分に説明しきれない（実質的な）要件の加重を――場合によってはそれらの根拠と関連づけながら――説明しうる、相当程度統合的な〝説明概念〟として用いられうる可能性がある。また、この概念は、先にも述べたとおり、ある種の「非難可能性」の有無を厳格に問う裁判官の姿勢とも整合的に結びつけられうる。というのも、予見可能性や回避可能性を前提とする「職務上の（注意）義務」違反を認定するに当たっては、客観的に適法な処分や結果回避のための措置等を行うことを困難にする事情等、換言すると、右の認定を行うことによ

る〝非難〟を躊躇させるような事情等があるか否か、ということが裁判官の心証形成においてその直観あるいは判断を左右する重要なポイントの一つとなっているのではないかと考えられるからである。ただ、この概念は、それ自体抽象的なものであるがゆえに、その有用性自体についての検証が必要なことに加えて、安直に国賠違法（又は過失）を限定する結果を招来するおそれもあるため、その要因（や要件の加重に必要とされる程度）を具体的な形で明確化していくことが求められる(79)。

そこで、過去の判例・裁判例を手がかりにして、〝一般論として〟、こうした困難性の要因となりうる事情等を例示的に列挙してみると、以下のようなものが挙げられうる（これらは常に単独で困難性の要因となるわけではなく、場合によっては並立してあるいは相互に結び付いた形でその要因となりうる）。まず、その典型例として挙げられるのは、特定の処分や判断等に伴う（その性質や分量に比した）時間的制約という要素である。法律行為にせよ事実行為にせよ、緊急ないし迅速に、あるいは比較的短期間に、処分や判断等を行う必要がある場合には、当該時間的制約が、裁判官をして、「職務上の（注意）義務」を軽減し、ひいては国賠違法（又は過失）を否定する方向に直観ないし判断を働かせる要素となりうる。こうした「時間的制約」が明示的に指摘される行為類型としては、建築確認審査(80)、競売に係る現況調査(81)、警察官又は検察官による取調べ・警察官による捜索差押え・検察官による拘留請求等がある(82)(83)。こうした法律行為の他、遭難救助活動(84)や、消防活動(85)、集中豪雨や地震等の災害発生時の避難勧告・警報・応急措置(86)等の、リスクが切迫した状況において緊急対応を余儀なくされるような事実行為も、その例として挙げられよう(87)。次に、法令の解釈が問題となる際に、特に（後に主に最高裁により）「正しい」ものとされる見解をとることを妨げるような事情（とりわけ「誤った」見解を後押しするものとみなしうるような判例があったり、当該見解を裁判例や行政委員会が一致して支持していたような場合(88)など）も、同じような直観ないし判断を働かせる要素となりうる（そこでは加害公務員の設定の仕方あるいは

審査権限の有無等も重要な問題となりうる[89]。また、特定の処分の基礎となる事実の認定ないし評価、あるいは何らかの判断や措置を正確・適正に行うために、被害者（場合によっては第三者）の協力を得る必要がある場合に、当該処分あるいは判断が当該被害者等にとって不利益的・侵害的・規制的なものであることなどから当該被害者等による十分な協力が期待できない、あるいは実際に十分な協力を怠った（よりストレートに適法な処分等を妨げる何らかの〝非〟が被害者等の側にある）というような事情[90]についても同じことがいえる（そこで要求される心証の程度の問題も関連する[91]）。さらに、地震等の自然災害[92]、ストーカー等の第三者による（特に突発的な）加害行為[93]、刑務所における受刑者の自殺等[94]が問題となる場合のように、それによる結果の発生の予見（ひいては、それを前提とした結果回避）が困難であるという事情も、右のような直観ないし判断を働かせる要素となりうる。なお、我が国の判例においてはあまり表立って出てくることはないものの、用いうる手段が不十分な場合[95]や、特に規制権限不行使の違法が問題となる場面で多く見られるように、高度に専門的な判断あるいは複雑な利益調整を要求される場合[96]などについても同じことがいえる可能性がある。

ただし、特定の加害行為の類型について〝一般的な傾向として〟こうした困難性の要因となりうる事情等が見られることがあるとしても、個別の事案によってはそれが存在しない場合（例えば、右の自殺の例で言えば、その兆候が明確にあった場合[97]）などがありうることに鑑みると、それによって実質的に要件が加重された判断枠組みを特定の加害行為の類型に一律に適用することについては慎重さが求められる（そこでは個別の事案における具体的事情等を考慮した〝調整〟が必要となる）。つまり、そこでは、右のような事情等が、①一定の行為類型に関する判断枠組みの定立、②当該個別事案における判断枠組みの定立、③あてはめのいずれの段階で考慮しうる、あるいは考慮すべきものなのか（当該事情等の射程ないし妥当範囲）を慎重に検討する必要がある。また、困難性の程度にはグラデーションがありうるため[98]、それを右①・②の段階で考慮する場合には、それが一定の要件の加重を正当化するために十分なものであるの

か、という視点からの検討も併せて行う必要があるように思われる。この点に関しては、フランス法において、重大なフォート要件を適用した最近の判例である《Monnet 判決》が、情報機関の活動に内在する「特別な困難性（difficultés particulières）」（単純な困難性ではない）を指摘している点が注目される（第三章第一節第一款二４参照）。

五　「職務上の（注意）義務」の〝程度論〟へ

以上のような本稿の問題意識から特に重要かつ稀有な先行研究として挙げられるのは、「職務上の（注意）義務」の〝程度〟あるいはそれを左右する要因に着目した分析を体系的かつ実証的な形で行っている、仲野武志教授の研究である。まず注目されるのは、仲野教授が、「判例理論を前提とする立場の学説には、どのような類型の処分等及びどのような事例に、どの程度の注意義務が要求されるかを一般理論化することを通じて、予測可能性を保障することが求められる」[99]との指摘を行っている点である。そして、仲野教授は、一〇〇以上に上る最高裁判例を網羅的に渉猟した上で、注意義務の程度に着目した、次のような整理を提示している[100]。すなわち、まず、①根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求される類型の処分等として、例えば、❶事実認定・法令解釈ともにきわめて容易な類型の処分等、❷根拠法令を所管する主務大臣が訓令通達を発し、法定受託事務の処理基準を定め、及び技術的な助言をする行為、❸人の生命、健康又は精神的自由が害されるおそれのある類型の処分等であって、事実認定・法令解釈につき確信が得られるまでしなくてよいもの、を挙げている。また、②根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求される事例として、❶事実認定・法令解釈ともにきわめて容易だった事例、❷人の生命、健康又は精神的自由が害されるおそれがあった事例であって、事実認定・法令解釈につき確信が得られるまでしなくてよいもの、❸適正な判断の指針となる最高裁判例があった事例を挙げている。さらに、③根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求されない類型の処分

等として、❶事実認定が容易でないにもかかわらず、確信がなくともせざるをえない処分等（根拠事実がもっぱら私人の支配領域にあり、その協力を得なければ的確な事実認定が困難であるにもかかわらず、平等原則上、一定の期日までにせざるをえない更正処分、他の債権者との競合を回避するため迅速にせざるをえない差押処分、国家資格を有する私人が根拠事実の存在を保証すべきものとされ、審査の方法及び期間も制限されている（建築士の設計独占に係る）建築確認等）、❷訓令通達、法定受託事務の処理基準又は技術的な助言に従ってされる処分等、❸先例に従った画一的処理が不可欠な公証行為等を挙げている。最後に、④根拠法令違反の処分等をしない高度の注意義務が要求されない事例として、❶国家資格を有する私人が根拠事実の存在を保証すべき立場で関与していた事例、❷適正な判断の妨げとなる最高裁判例があった事例を挙げている[101]。

こうした仲野教授の分析・整理は、――判例理論と違法性同一説との関係や裁量処分等と非裁量処分等の区別等を意識して行われたものであり、また、本稿のように上記のような特定の文言に注目したものではないが――義務の〝程度論〟あるいは「類型」と「事例」との区別に着目する基本的な問題意識や、当該問題意識により得られた判例の分析結果は、本稿の問題意識あるいは理解と一定程度重なっているように思われる。特に、右の整理の中には、先にその具体例を挙げた「困難性」という概念により説明が可能なものが複数見られる（ただし、より多角的な視点からこれを精緻化させている）。国賠違法の判断が複雑に絡み合った多種多様な事情等を――場合によっては黙示的に――考慮した上でなされることを踏まえて考えると、仲野教授が言うような「一般理論化」を厳密に行うことが極めて難しいことは確かであるものの、少なくともその主たる傾向を発見し、それに一定の枠づけを与えうるような理論枠組みを構築しようとする試みには小さくない意義が認められるのではないかと思われる。

ここまでの考察を一旦まとめると、以上のように実質的な要件の加重が疑われる特定の文言に着目した分析は、結局

のところ、形式的な観点から、解釈論上可能な範囲において、国賠違法（又は過失）の判断枠組みをより〝ニュートラル〟なものにすることを目指す試みであるともいえる。――フランス法における重大なフォート要件のような、そのグラデーションを明確化する概念を持たない我が国においては推論を重ねる困難な作業になるものの――こうした試みは、その結果として違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の対立を実質的に緩和するための、小さくはあるが、着実な一歩となるのではないかと思われる。ただし、上記のような文言への着目は、「職務上の（注意）義務」の〝程度〟（あるいは国賠違法又は過失のグラデーション）の存在を（筆者なりに）明らかにしようとするための端緒の一つでしかなく、より本質的に重要なことは、当該〝程度〟ないしそれを左右する具体的事情等（上記のような「困難性」の要因となりうる事情等）を整序することである（仮に上記のような特定の文言を端緒とした分析が、針小棒大な議論を展開するものとして当を得ないものとされたとしても、少なくともこうした整序を行おうとする試みの意義は失われないものと考える）。そして、かかる試みにおいて留意すべき一つのポイントとして考えられるのは、上記のような困難性の要因となりうる事情等が裁判官をして「職務上の（注意）義務」の程度を軽減（あるいはそれに対する違反の認定自体を否定）する方向に直観ないし判断を働かせる要素となることがありうるとしても、被侵害法益の重要性や損害の重大性等の結果不法的要素を考慮することにより、当該義務の程度（あるいはそれに対する違反の認定自体）が逆のベクトルで〝調整〟されうるという点である。(102)

第三款：結果不法的要素の考慮のあり方

一　結果不法的要素の考慮の意義

先にも述べたとおり、役務のフォートの判断に当たっては、被侵害法益の重要性や損害の重大性を考慮することにより、行政に課せられる行為規範を高度化させたり、その認定範囲自体を拡張したりするような解釈が行われている。そして、フランス法においては、被害者救済の拡大を志向する、コンセイユ・デタの判例政策の基本的な方向性により、こうした結果不法的要素の考慮が役務のフォートの認定範囲を広げる方向で機能していることが多い。ただし、こうした結果不法的要素の考慮は、特に被侵害法益が相対的に重要なものではない場合や損害の程度が軽微な場合には、それを限定する方向にも作用しうるものであることに留意が必要である[103]。違法性同一説に立つ論者らが、少なくとも行政処分については相関関係説的解釈を安易に持ち込むべきではない[104]と主張する背景には、こうした事情もあると考えられる[105]。なお、繰り返しになるが、違法性同一説に立った場合には過失判断の次元において損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整が行われることとなる[106]。我が国においても、前節（第三款一）で紹介した前記平成五年最判の調査官解説において述べられているように、国賠違法の有無が、「被侵害利益の種類、性質[107]」や「損害の程度」を含めた諸般の事情を総合的に判断して決すべきものとされている[108]ため、判例の立場を前提として「職務上の（注意）義務」の〝程度論〟に着目する場合には、その判断における結果不法的要素の考慮のあり方に関心を向けることも一つの重要なポイントとなりうるものと考えられる。

ところで、一般的に、職務行為基準説は、行為不法説をとるものとして解されることが多く[109]、本稿も基本的にそのような理解を前提としている。ただし、国家賠償請求訴訟における裁判官の基本的な視点の一つが、被害者の損害を塡補

しその救済を行う必要があるか、あるいは被害者が法的な保護に値するかという点にあるものと考えられることや[110]、まさに右の調査官解説等に鑑みると、いずれの事案においても結果不法的要素（特に損害の程度）を一切考慮していないということは考えにくく、少なくとも純粋な行為不法説的解釈がとられているわけではないのではないかとの見方もありうるように思われる[111]。すなわち、職務行為基準説につき右のような一般的な理解が示されるのは、判決文中に、そもそも結果不法的要素を考慮した跡が明示的に現れることがあまりなく[112]（この点はフランス法においても同様）、また、根拠法令が当該結果の発生を法的に許容していることが明らかであったり、あるいは――それが明らかでない場合であっても――「職務上の（注意）義務」違反の判断において「非難可能性」の要素が相対的に重視される[113]結果として暗黙の裡に総合考慮あるいは利益衡量による規範的評価の中で結果不法的要素がその劣位に置かれていることが多いからではないかとも考えられうるのである[114]。つまり、判例上、結果不法的要素が考慮されていない（純粋な行為不法説的解釈を行っている）ように見える場合であっても、実際には〝黙示的に〟当該要素が考慮されているものと解する余地もあるということである[115]。

もっとも、行為不法説的解釈と相関関係説的解釈、さらには後述のとおり結果不法説的解釈すら、各解釈間の差異は場合によっては実質的に相対的なものとなりうることに鑑みると、右のように職務行為基準説にどのような〝ラベル〟を貼るかという問題は、必ずしも本質的な問題ではない。――その適用範囲に関する当否はともかく――裁判実務が行政処分も含めて広く総合考慮型の理論としての職務行為基準説を採用していることを前提とすれば、そこでの結果不法的要素の考慮が実際上どのような形で行われているのか、あるいは、どのような形で行われるべきか、という点にこそ関心が向けられるべきであろう。私見によると、こうした結果不法的要素の考慮のあり方次第では、具体的には結果不法的要素の考慮の〝充実〟を図ることにより、場合によっては違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の対立

が実質的に緩和される可能性もあるように思われる。[116] 本稿で見てきたフランス法の判例の動向を見てもわかるように、現代の民主的法治国家においては、一般的に、法的な保護に値するものと考えられる権利・法益の範囲は、時代の変遷とともに拡大される傾向にあり、そうした傾向を忠実に反映した形の考慮が十分になされれば、――その速度はともかく基本的には――自ずと「公務員」に課せられる行為規範は相対的に高度なものとなっていくはずである（当然、前記の「困難性」の要因となりうる事情等により逆のベクトルでの調整も行われうるため一辺倒に高度化されていくわけではない[117]）。そのためには、――個別の事案における具体的事情等に注意を払いつつも――特に典型的な重要法益についてはある程度一貫した形で考慮を行うことに加えて、その他の法益についても、右重要法益と無暗に比較してそれを相対化させることを避け、その時代における法状況や社会状況等に照らして見た当該法益の保護の必要性等を可能な限り個別的かつ柔軟に評価する（換言すると解釈論上可能な範囲において当該法益を保護する規範の構築を模索する）という姿勢が肝要となるのではないかと思われる。権限規範とは区別された国賠法独自の行為規範を観念する職務行為基準説には、理論上、こうした法的な保護に値するものと考えられる権利・法益の範囲に対する法意識等の変遷に合わせて、時代的制約等から権限規範が必ずしもその保護を想定していたものとはみなし難い権利・法益の保護を実現するような解釈を可能ならしめるポテンシャルがあるとの見方すらありえよう。

問題は、現在の裁判実務においては、多くの場合、国賠違法又は過失判断における総合考慮あるいは利益衡量（特に結果不法的要素の考慮）が実際上〝ブラックボックス化〟しているという点である（この点はフランス法も同様である）。特に、判例の中には、その結論を導くために最低限必要なあるいは当該結論にとって有利な方向に働く考慮要素だけを明示的に挙げて判断枠組みの定立ないしあてはめを行っているものも少なくない。[118] このようなクローズドな判断手法は、学説による当該判例の事後的な検証を極めて困難なものとし、場合によっては、その総合考慮あるいは利益衡量に

当たり裁判官が過度に恣意的な判断を行うことを許すおそれもある。裁判実務が行政処分も含めて広く総合考慮型の理論としての職務行為基準説を採用するのであれば、実務上の限界はあるにせよ、判決文において、可能な限り、その思考の過程をより〝オープンな形で〟示すことが期待される（例えば、国賠違法を肯定するにせよ否定するにせよ、当該結論にとって不利な考慮要素を挙げたとしても、総合考慮あるいは利益衡量により、当該結論が正当化されることは十分ありうるはずであるし、さらに言えば、そこで、その〝一考慮要素〟としての法的要件の充足の有無が常に明示的に考慮されることになれば、違法性同一説が指摘する懸念も一定程度解消されることになろう）。ただし、そこでの判断は、あるべき不法行為的救済の範囲という視角から行われる裁判官による規範的な価値判断としての性格が多分にあるため、学説が理論的にそのあり方を論じることが難しいことは確認しておく必要があろう。実際、国家賠償責任の成立あるいは不成立という結論だけを見たときに、学説において多数の論者が一致して判例のそれを批判しているものというのはそれほど多くないように思われる（特に違法性同一説の立場から違法性を認定すべきであったとされる判例も結局過失で否定されていたであろうと評されているものも少なくない[119]）。よって、その結論だけを見ると、裁判官による右の規範的な価値判断は一般的に妥当なものとなっている、あるいは少なくとも理解できないものではないとの見方もありえよう[120]。

二　結果不法的要素の考慮による行為規範の高度化

序章でも紹介したように、我が国の学説においては、国賠違法の解釈について、行為不法説解釈と結果不法説解釈とが対立するものとして捉えられることが少なくない。しかし、学説の中には、この両解釈の差異が相対的なものであることを示唆する論者もいる。例えば、北村教授は、「結果不法説によると、民法不法行為法における相関関係説のように、

被害者に生じた損害の重大性を考慮して違法性を判断することになる」とした上で、「もっとも、行為不法説を妥当とすることは、結果不法説的な理解、すなわち被侵害法益の重要性を国家賠償法の違法判断から放逐すべきことを意味するものではない。国家賠償法には被害者救済の機能も重要なのであり、また、たとえ行為不法説を採用しても、重要な権利については、それを保護する厳格な義務が公務員に課せられると考えることもできる。したがって、結果不法説的な違法理解も一定の役割を果たす……。また、……職務行為基準説による違法性相対説を採用すれば、職務上尽くすべき注意義務違反の判断においては、被侵害利益の性質や重要性が考慮されることになる。このように考えれば、結果不法説的な見解は、実質的には一定の影響を有すると考えるべきである」[121]〔傍点筆者〕と指摘している。また、神橋一彦教授も、「国家賠償と損失補償の谷間」の問題に関して、「判例は行為不法説に立っているといってよいが、重大な法益侵害が生じている場合（例えば、生命、身体の安全が損なわれるような場合）には、過失ないし職務上の注意義務違反のレベルを高度にして、違法無過失という評価を回避する（すなわち、損害賠償制度の枠内で救済する）ということも考えられ、国家賠償と損失補償の境界も流動的であるといえる」[122]〔傍点筆者〕と述べている。なお、武田真一郎教授は、過失判断に関してではあるが、「損害が重大である場合には損害発生を予見すべきであるという規範的判断が強く働き、結果回避義務が厳しく問われるはずである」との指摘を行っている[123]。

要するに、被侵害法益の重要性や損害の重大性等の結果不法的要素を行為規範に読み込むことにより行為規範を高度化させることにより、場合によっては、形式的には行為不法説的解釈をとりつつも結果不法説的解釈が目指す帰結と同様の帰結に達しうる場合がありうるということである。そして、かかる解釈を押し進め、フランス法における「結果債務」のように行為規範が極限まで高度化されると、実質的には純粋な意味での結果不法説的解釈に通ずる解釈が実現されうることとなる。この意味において、行為不法説的解釈と結果不法説的解釈の差異は相対的なものであるともいえる

のである。ただし、この点については、行為不法説的解釈における結果不法的要素の読み込みをどのような形であるいはどのような範囲で行うのか、また、そもそもこうした読み込みを行う解釈に限界がないのか、具体的には当該要素が行為規範の設定からその違反の認定に至るまでのプロセスの中のどの段階で考慮しうるのか、あるいはすべきなのか、など検討すべき課題は少なくないように思われる。さらに、極めて例外的にせよ、損害の重大性を国賠違法（又は過失）の判断に〝直截的に〟反映させるような解釈が実現できないか、という点も検討の余地があるように思われる。この点に関しては、次のような芝池義一教授の指摘が特に注目される。「国家賠償の被害者救済機能に照らすと、被害が重大なものである場合には、国家賠償法上の違法性があると判断できることもあると思われる。すなわち、結果不法説にいうところの違法性が妥当する余地があると考えられる。この意味の違法性が妥当するのは、とくに法規範に対する違背の意味での違法性の有無を一義的に判断できない場合である。後者の違法性が存在しないことが明白である場合には、それにもかかわらず結果の重大性から違法性を肯定することは困難であろう」[124]、「確かに取消訴訟と国家賠償訴訟との役割の違いに着目すると、取消違法と国賠違法は必ずしも一致しないとする違法性相対説は間違いではない。機能主義の見地から見ると、訴訟が異なれば、そこにおける違法性の判断に差異が出てくることはあるのである。しかし、国家賠償訴訟では、行政内部的な規範に対する違背が国賠違法として認められ、国賠違法の判断において被害結果の重大性が考慮されることもあることからすると……、国賠違法は取消違法よりも広く、あるいは取消訴訟で違法が認められなくても国家賠償訴訟で違法が認められる余地があると考えられる」[125]。

以上のような理解との関係で一つの鍵となりうるものと考えられる点として、右のような結果不法的要素の考慮と、「組織的違法」あるいは「組織的過失」との関係性について若干付言しておきたい[126]。先にも述べたとおり、フランス法においては、特に被侵害法益が重要であり、損害が重大である場合に（ただし、これが絶対的な基準というわけではな

い）、補充的な評価方法として、「抽象的評価」と呼ばれるアプローチがとられることがある（第三章第二節参照）。かかるアプローチがとられる場合には、「具体的評価」と呼ばれるアプローチにおいて、一般的に、行政に課せられる義務を減免し、ひいては役務のフォートの存在を否定する方向に働く具体的な諸要素（用いうる手段の不十分さ等）が捨象され、組織編成ないし体制整備上の瑕疵が問われる（実質的に予見義務や結果回避義務が高度化される）ことになる。つまり、裁判官は、こうした「組織上のフォート」を問題とすることにより、行政に対して相対的に高度な義務（場合によっては実質的に「結果債務」と見ることができるような義務）を課すことができるのである。したがって、公役務の組織編成ないし体制整備に関する考慮は、行政に課せられる義務を高度化し、ひいては役務のフォートの存在を肯定する方向に働くものであるといえる（第三章第三節参照）。この点に関しては、我が国の判例及び裁判例においても、実質的に組織的過失が問われている事案の多くは、そこで問題となっている被侵害法益が重要で、かつ損害が重大である場合であり、また、そこでは比較的高度な義務ないし行為規範が「公務員」に課せられているものが目立つことが注目される[127]。ただ、基本的に判例が国賠違法又は過失判断につき〝結果論的な〟思考方法から距離を置いていることは明らかであり[128]、また、そこからは絶対的な基準と言えるほどの裏付けは得られないため、ここでは、（形式的には行為不法説的解釈の形態がとられていたとしても）結果不法的要素の考慮と組織的違法あるいは組織的過失の間には、一定の有意な相関関係のようなものがあるのではないか、また、こうした組織的な観点からの判断（あるいは加害行為に至るまでの行政過程を巨視点な観点から見た判断）を結果不法的要素の考慮の要請が特段強くなくとも（例えば、被害者が死亡しているケースのように被侵害法益が重要であり損害が重大である場合でなくとも）拡大していく余地がないか[129]、との問題意識を示すだけにとどめたい[130]。

三　裁判実務あるいは判例分析に求められる視点

先にも述べたとおり、結果不法的要素の考慮という点に着目した判例の分析には難しさがあるものの、そこで注目される一つの判例として、最二小判平成八年三月八日民集五〇巻三号四〇八頁が挙げられる。本件は、京都市屋外広告物条例違反で現行犯逮捕された原告が、およそ四四時間にわたり警察署に留置されたことについて国家賠償請求訴訟が提起された事案である。この判決において、最高裁判所は、「司法警察員による被疑者の留置については、司法警察員が、留置時において、捜査により収集した証拠資料を総合勘案して刑訴法二〇三条一項所定の留置の必要性を判断する上において、合理的根拠が客観的に欠如していることが明らかであるにもかかわらず、あえて留置したと認め得るような事情がある場合に限り、右の留置について国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものと解するのが相当である」という判断枠組みを定立した上で、本件においては、本件留置を継続した措置については、「国家賠償法一条一項の違法性を肯定するために必要とされる事情、すなわち合理的根拠が客観的に欠如していたことが明らかであるにもかかわらず、あえて留置を継続したと認め得るような事情はなかったものというべきである」[131]〔傍点筆者〕として違法性を否定した。

かかる多数意見との対比において注目されるのは、河合伸一裁判官による反対意見である。すなわち、河合裁判官は、「留置は基本的人権たる身体の自由を直接かつ現実に侵害するものであるから、留置を担当する捜査機関は不必要にこれを継続することのないよう常に注意すべきことが求められる。したがって、留置の必要性が消滅し、かつ、逮捕後の留置についての前示の事情を考慮してもなお、捜査機関においてその消滅を認識し得たし、認識すべきであったと認められる場合は、国家賠償法一条一項に該当すると解するのが相当である」〔傍点筆者〕という判断枠組みを定立した上で、本件の事実関係においては、原告を釈放しなかったことを国家賠償法一条一項における違法と評価するか、あるいは故

意・過失の問題として処理するかはともかく、いずれにしても国家賠償責任を認めた原審の判断は正当として是認することができると結論づけている。そして、右のような多数意見の判断枠組みについては、「裁判所に対して審判を求める意思表示たる検察官の公訴提起については妥当するとしても、そのような特質を有しない逮捕後の留置には妥当しないと考える。[132] したがって、右基準に基づき原判決には国家賠償法一条一項の解釈適用を誤った違法があるとする多数意見には賛成できない」〔傍点筆者〕と述べているのである。[133]

この判決における多数意見と反対意見を比較して見ると、両者が定立した判断枠組みにおいて捜査機関に課せられている義務の程度が明らかに異なることがわかるであろう。特に注目されるのは、傍点を付した部分において多数意見が「客観的明白性」を要求しているのに対して、反対意見が、かかる要件の加重を明確に否定している点である。むしろ反対意見は、「留置は基本的人権たる身体の自由を直接かつ現実に侵害するものであるから、留置を担当する捜査機関は不必要にこれを継続することのないよう常に注意すべきことが求められる」として、被侵害法益の重要性を考慮することにより、捜査機関に課せられる義務を相対的に高度化させているのである。ここで留意すべきは、河合裁判官が、決して被侵害法益の重要性一辺倒の考慮を行っているわけではなく、「捜査機関は、逮捕した被疑者を留置する必要があると思料するときは一定時間内これを留置することができるとされているが、留置の必要性が消滅したときは、制限時間内であっても、直ちに被疑者を釈放しなければならない。そして、留置の必要性があるというためには、当該事案の罪質及び軽重、証拠収集の状況と見込み、被疑者の年令及び生活状況等を総合的に考慮して、罪証隠滅のおそれ等が具体的かつ客観的に存在し、それとの対比において被疑者の身柄の拘束を継続することが正当であると認められることを要すると解すべきである」、「もっとも、留置を継続する要件としての必要性が客観的に消滅したときに捜査機関が被疑者を釈放しないことが、直ちに国家賠償法一条一項の責任を発生せしめると解することは相当でない。けだし、右責

任発生の有無は同法自体の立場からこれを決すべきであるし、また、逮捕後の留置については、それが捜査活動の初期にされるものであり、捜査機関は事案の解明が流動的な段階で比較的短時間の間に前記必要性の存否を判断しなければならないなどの事情があるからである」〔傍点筆者〕として、当該判断に伴う（本稿が言うところの）「困難性」も考慮しているということである。つまり、そこでは、当該考慮がなされた上でもなお、――被侵害法益の重要性も考慮することで「職務上の（注意）義務」の程度を調整することにより――その結論として国家賠償責任が認められるべきものと解されているのである。このことから示唆されるのは、――その当否はともかく（結局は個別の事案における具体的事情等による）――結果不法的要素の考慮が国賠違法を限定する方向の解釈に歯止めをかける〝ブレーキ〟として機能しうるということ（換言すると、要件の加重を回避したり、その認定自体を肯定する方向に働きうるということ）、しかしながら、判例上その総合考慮ないし比較衡量において右のような「困難性」等に鑑み「非難可能性」の有無を厳格に問う傾向があるように見えるため、その実体や妥当範囲等を具体的な形で解明していく必要があるということである。

この判決に関して特に注目されるのは、大橋洋一教授が、「とくに違法性一元説〔筆者註：職務行為基準説〕が国家賠償による救済を実質的に限定することはないのか、といった観点からの検討が必要である」、「具体的課題として、例えば最判一九九六〔平成八〕年三月八日……において、警察官による留置について「客観的明白性」が要件として付加された理論的根拠などが明らかにされる必要があろう」[134]との指摘を行っていることである。ここまで繰り返し述べてきたとおり、この平成八年最判のように裁判官が「職務上の（注意）義務」の程度を操作し、それに幅を持たせること自体は全く否定されるものではないものの、そこでは、問題となる加害行為の類型等を包括的・一体的に捉えて適用するのではなく、――各事案に応じてその適用を正当化する理論的根拠の有無等を慎重に精査することにより――個別的に細分化した形で捉えて適用すべき場合がありうるということを改めて想起させておきたい。つまり、河合裁判官が、多

数意見の判断枠組みについて、「検察官の公訴提起」には妥当するとしても「逮捕後の留置」には妥当しないと述べていることからも示唆されるように、問題となる加害行為の類型の特殊性や個別の事案における具体的事情等に応じて、また、場合によっては結果不法的要素に十分な注意を払いつつ、その行為規範を精緻に措定ないし設定していくことが求められるのではないかと考えられるのである。

以上の考察の要点をまとめると、現在の判例の立場を前提とする限り、その分析に当たっては、「職務上の（注意）義務」の〝程度〟ないしそれを左右する具体的事情等を個別の事案に応じて整序していくこと、また、そこでの行為規範の措定ないし設定における結果不法的要素の考慮のあり方に関心を向けることが重要であるように思われる。一方だけでは片手落ちであり、双方向からの分析が求められる。私見によると、こうした判例分析の視角は、結果的に、職務行為基準説をとる裁判実務における国賠違法の判断枠組みの〝ニュートラル化〟を解釈論上可能な範囲で実現し、場合によっては、違法性同一説と職務行為基準説（違法性相対説）の対立を実質的に緩和することに資する可能性があるものと考えられる。また、そこでは、裁判実務に対しては、「職務上の（注意）義務」違反の判断における総合考慮あるいは利益衡量の〝オープン化〟を求めつつ、学説の立場からも、その総合考慮あるいは利益衡量の構造の〝プログラム化〟を試みることが必要ではないかと思われる(135)。

当初は、本章において、右のような問題意識に照らして、裁判例、特に上告不受理等によりその判断が維持されたものも含め、網羅的に判例・裁判例を渉猟し、より具体的かつ実証的な形でそれを整理・分析することを予定していたが、もっぱら筆者の能力的限界から、膨大な数に上る裁判例を十分に処理しきれず、粗削りな形で検討の方向性を示すにとどまった感は拭えない。読者からの批判を仰ぎつつ、今後改めて検討を深めていくこととしたい。

（1）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n°. 429.

（2）拙稿「裁判官の心証形成の態様に着目した国家賠償及び損失補償の要件論に関する実験的考察（上）」法律時報九五巻四号（二〇二三年）一〇二頁以下。

（3）拙稿・北大法学論集六五巻二号二五二頁以下参照。

（4）北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任（一）」法学論叢一二七巻四号（一九九〇年）七三頁、拙稿・北大法学論集六五巻二号二五四－二五八頁参照。

（5）拙稿「裁判官の心証形成の態様に着目した国家賠償及び損失補償の要件論に関する実験的考察（下）」法律時報九五巻五号（二〇二三年）一一二頁参照。

（6）フランスの判例と比較すると、我が国の判例においては、こうした国賠違法（又は過失）の認定に対して〝消極的な〟（あるいは〝後ろ向きな〟）行為規範の立て方を行うものが相対的に多いように思われる。これに対して、フランスの判例においては、「適切」あるいは「実効的」に行動する義務のような、〝積極的な〟行為規範の立て方が行われることすらある。ただし、こうした観察は、あくまで形式的な観点からのものであり、実質的に見るとそう変わらない判断がなされていることも少なくない。

（7）その嚆矢ともされる、検察官による公訴提起に関する最二小判昭和五三年一〇月二〇日民集三二巻七号一三六七頁については、宇賀克也＝小幡純子編著『条解 国家賠償法』（弘文堂・二〇一九年）二六一頁以下〔興津征雄〕参照。そこで興津征雄教授が指摘しているように、「公権力発動要件欠如説と職務行為基準説（一般）との対立は、ここでの問題に影響を与えない」（同二六九頁）。

（8）西野喜一元判事は、「誤った裁判によって当事者が被る損害のうちには、上訴で原裁判が是正されても回復できないもの」があるということは明らかであるなどとした上で、この傍点部分を「極力柔軟に解釈すべき」である（それにより「判例の変更なしで、妥当な結果を導出できる」）との指摘を行っている（西野喜一「司法に関する国家賠償」村重慶一編『国家賠償（現代裁判法大系二七）』（新日本法規出版・一九九八年）二七頁）。

（9）例えば、本判決については、「裁判という特殊な事例におけるものであったため、違法性を特に限定する違法性限定説が採用されている」〔傍点筆者〕との評価もなされている（宇賀克也『行政救済法〔第七版〕』（有斐閣・二〇二一年）四五四

頁）。

（10）立法行為と立法不作為の区別に着目する近時の研究として、齊藤正彰「立法国賠における逸脱型と懈怠型」北大法学論集七三巻五号（二〇二三年）七一九頁以下参照。新井謙士朗「判批（最大判令和四年五月二五日民集七六巻四号七一一頁）」法学協会雑誌一四一巻五・六号（二〇二四年）四六八－四六九頁も併せて参照。

（11）千葉勝美裁判官は、「この判示は、国会議員の行為が国家賠償法上の違法となり得るすべての場合につき一般論を展開したものではなく、違法となり得る場合は極めて限定的にとらえるべきであるという見解を強調する趣旨で、当然にあるいは即時違法となるような典型的なしかも極端な場合を示したものである」〔傍点筆者〕と述べている（最大判平成二七年一二月一六日民集六九巻八号二四二七頁における補足意見）。

（12）最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁（在外邦人選挙権訴訟）、最大判平成二七年一二月一六日民集六九巻八号二四二七頁（再婚禁止期間訴訟）。判例の展開や関連する文献等につき、詳しくは、宇賀＝小幡・前掲註（7）一八八頁以下〔宇賀克也〕参照。

（13）杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成一七年度（下）（二〇〇八年）六五七－六五八頁、稲葉馨「立法行為」国家賠償判例の再検討」西田幸介編著『行政課題の変容と権利救済』（法政大学ボアソナード記念現代法研究所・二〇一九年）一二二頁以下（原論文初出：二〇一七年）、西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第三版〕』（勁草書房・二〇二〇年）三五八－三五九頁、宇賀・前掲註（9）四五六頁、朝田とも子「判批（最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁）」斎藤誠＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第八版〕』（有斐閣・二〇二二年）四五三頁参照。

（14）最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁は、同最判が示した判断枠組みとの関係において、上記昭和六〇年最判が「異なる趣旨をいうものではない」としている（大石和彦「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第七版〕』（有斐閣・二〇一九年）四一五頁も併せて参照）。

（15）山崎友也教授は、本判決が、明白性の要件を先例に比して緩やかに判断していることを指摘している（山崎友也「判批」法学教室五〇六号（二〇二二年）六〇頁参照。巽智彦「判批（同最判原審）」判例時報二四八七号（判例評論七五〇号）（二〇二一年）一二三－一二四頁も併せて参照）。

（16）佐々木雅寿教授は、「約一〇年の不作為は主要な考慮要素ではないと解されることから、本判決は、約一〇年の不作為が

なければ違法判断をしないという立場ではないと理解しうる。最高裁は、許容される期間の長さは、必要とされる立法措置の内容や困難性等に応じて変化すると考えていると解される」と述べている（佐々木雅寿「判批」判例時報二五六三号（判例評論七七五号）（二〇二三年）一二〇頁）。

(17) 塩野宏『行政救済法〔第六版〕』（有斐閣・二〇一九年）三三五－三三六頁参照。

(18) 特に批判的な評価を行うものとして、芝池義一「判批」民商法雑誌八七巻五号（一九八三年）七三六頁以下参照。

(19) 詳しくは、宇賀＝小幡・前掲註（7）二二八－二三一頁〔岩橋建定〕参照。村上敬一「判解」最高裁判所判例解説民事篇・昭和五七年度（一九八七年）二一三－二一四頁、寶金敏明「有罪確定判決」村重慶一編『国家賠償訴訟法（裁判実務大系一八）』（青林書院・一九八七年）二八八－二八九頁も併せて参照。

(20)「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない」（上記昭和六〇年最判）。

(21) この点に関しては、泉徳治「判解」最高裁判所判例解説民事篇・昭和六〇年度（一九八九年）三七七－三七八頁も参照。

(22) 久保茂樹「裁判判決と国家責任」フランス行政法研究会編『現代行政の統制――フランス行政法研究――』（成文堂・一九九〇年）二〇七頁以下。

(23) 久保・前掲註（22）二一四頁。北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任（二・完）」法学論叢一二八巻一号（一九九〇年）九一－九二頁も併せて参照。

(24) 詳しくは、伊藤洋一「ヨーロッパ法とフランス国家責任法」日仏法学二一号（一九九八年）七四頁以下、府川繭子「フランスにおける立法に起因する国家賠償訴訟の新局面――条約違反の法律をめぐって――」早稲田法学会誌五八巻二号（二〇〇八年）五一一頁以下、同「フランスにおける憲法違反の法律に起因する損害の国家賠償責任」早稲田法学九四巻四号（二〇一九年）五一一頁以下参照。

(25) 拙稿・北大法学論集六五巻三号六二三－六二四頁参照。

(26) 拙稿・北大法学論集六五巻二号二五三－二五四頁。北村・前掲註（23）六三頁、府川繭子「行政決定の違法性とフォートの再検討――違法性の『主観化』を契機として――」青山ローフォーラム五巻一号（二〇一六年）一七頁も併せて参照。

（27）なお、我が国における国家無答責の法理については、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史――国家賠償制度史研究』（弘文堂・二〇一三年）六〇頁以下（初出：同「明治憲法体制確立期における国の不法行為責任（一）～（五・完）――国家無答責の法理と公権力概念――」南山法学二八巻四号、二九巻二号、三〇巻一号、三一巻一・二号、三二巻三号（二〇〇五～二〇〇七年））が詳しい。

（28）この点に関して、最二小判昭和四三年三月一五日集民九〇号六六五頁は、「裁判官のなす職務上の行為について、一般に国家賠償法の適用があることは所論のとおりであって、裁判官の行う裁判についても、その本質に由来する制約はあるが、同法の適用が当然排除されるものではない」との判示を行っている。

（29）前掲註（8）・（15）・（16）参照。なお、フランス法においても、重大なフォート要件が法定されている司法警察役務の領域において、その認定を緩和する傾向が見られる（第二章第二節第三款一参照）。

（30）拙稿・北大法学論集六五巻二号二六〇－二六一頁参照。

（31）本判決は、その根拠を次のように説明している。「この点、判決言渡しの遅延については、当事者に不服申立ての方途が認められていないことから、訴訟手続内で不服申立制度が確立している裁判内容や手続に関する違法や過誤を理由として国家賠償を求める場合とはいささか場面を異にするとも考えられる。しかしながら、判決書の完成の時期を左右する要素としては、当事者の主張や証拠評価の難易（記録や論点の多寡を含む。）、判例・参考文献等の調査・入手の難易、他事件の審理・判決との時間調整の難易、合議の難易（合議事件の場合）等が考えられるところ、これらのうちのいかなる要素が判決書の早期作成に障害となったかの点を、国家賠償請求の可否を審理する裁判所が、証拠によって、あるいは当該事件の受訴裁判所を構成する裁判官の証人尋問によって明らかにするというようなことは、裁判官の自由な心証や合議の秘密を害するおそれがあり、許容されないことは明らかである。そうすると、判決言渡しの遅延を理由とする国家賠償請求においても、裁判内容の過誤等を理由とする国家賠償請求と同様、国家賠償責任が肯定されるためには、「当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする」（昭和五七年三月最高裁判決参照）との、極めて例外的、かつ、裁判官の自由心証や合議の秘密を離れても立証可能な明確な基準によらざるを得ないと考えられる」。

（32）この点に関しては、西埜・前掲註（13）四〇五－四〇六頁も参照。

（33）なお、常岡孝好教授は、上記昭和五七年最判について、「本判決の法理は、裁判官が行う司法行政事務には及ばないであろう」と述べている（常岡孝好「判批」斎藤＝山本・前掲註（13）四五五頁）。

（34）詳しくは、宇賀＝小幡・前掲註（7）三九七頁以下〔戸部真澄〕、西埜・前掲註（13）二六三頁以下参照。

（35）最二小判平成一六年一〇月一五日民集五八巻七号一八〇二頁（関西水俣病訴訟）、最一小判平成二六年一〇月九日民集六八巻八号七九九頁（泉南アスベスト訴訟）、最一小判令和三年五月一七日民集七五巻五号一三五九頁（建設アスベスト訴訟）。

（36）最二小判令和四年六月一七日民集七六巻五号九五五頁（福島第一原発訴訟）。筆者による同判決の評釈として、拙稿「判批」ジュリスト一五七九号（二〇二三年）八六頁以下参照。

（37）この種の判例における裁量審査につき、山下竜一「権限不行使事例の構造と裁量審査のあり方」曽和俊文＝野呂充＝北村和生＝前田雅子＝深澤龍一郎編『行政法理論の探究：芝池義一先生古稀記念』（有斐閣・二〇一六年）五六三頁以下参照。

（38）この点に関しては、野呂充「不作為に対する救済」公法研究七一号（二〇〇九年）一七八－一八〇頁も参照。

（39）宇賀・前掲註（9）四六七頁。原田尚彦『行政法要論〔全訂第七版補訂二版〕』（学陽書房・二〇一二年）二九九頁も併せて参照。

（40）類似の発想は、作為による加害行為の類型においても見られうる。この点については、建築主事による建築確認につき国賠違法の有無が問われた最三小判平成二五年三月二六日集民二四三号一〇一頁、大槻達也「判批（東京高判平成二六年五月一五日 LEX/DB 25504213）」自治研究九二巻一号（二〇一六年）一三五、一四一－一四三頁参照。

（41）宇賀・前掲註（9）四六八頁。島村健「判批（最一小判令和三年五月一七日民集七五巻五号一三五九頁）」論究ジュリスト三七号（二〇二一年）一八〇－一八一頁も併せて参照。

（42）この点に関しては、「かかる危険〔筆者註：直接的には被規制者の活動を規制・監督して社会に造出される危険〕の防止は被規制者が第一次的に責任を負い、被害者も自ら回避努力をすべきであり、また、行政がこうした危険を全面的に防止することは、その肥大化と国民の自由の喪失を招き、実際上も困難であるが、被害者が危険の存在を知り得ないことも多く、その防止、救済を行政に期待する社会的な要請に対処を迫られる」との指摘も注目される（篠原勝美「判解（最二小判平成元年一一月二四日民集四三巻一〇号一一六九頁）」最高裁判所判例解説民事篇・平成元年度（一九九一年）四一四－四一五頁）。

（43）この点を批判するものとして、桑原勇進「判批」法学協会雑誌一一四巻六号（一九九七年）七四四頁参照。

（44）拙稿・北大法学論集六五巻二号二五九－二六〇頁参照。

（45）なお、違法事由としての評価の誤りの類型につき重大なフォート要件が適用される場合について、評価の権限（裁量権）と関連づけて当該要件を論じる Jean-Jacques Thouroude の議論を紹介する、北村・前掲註（23）九〇－九一頁も参照。

（46）なお、この分野における判例や裁判例において、「結果論的な思考」が広く見られることを指摘するものとして、戸部真澄「予防原則と国家賠償」行政法研究一一号（二〇一五年）一五〇頁以下参照。また、神橋一彦教授は、「行為不法の基準となる行為規範といっても、結局は事後的救済である国家賠償において論ぜられる「行為規範」であるから、行為規範のレベルをどの程度に設定するかは、救済の問題と微妙に関連することは否めないと思われる」と述べている（神橋一彦『行政救済法〔第三版〕』（信山社・二〇二三年）三五一－三五二頁）。

（47）この点に関しては、「「着しく合理性を欠く」か否かという判断基準に対しては、行政庁のある程度の違法を許し、著しい違法のみを問題にするものであり、行政庁に対して寛大すぎるとの批判がある。しかし、「著しく合理性を欠く」という表現は、行政訴訟や行政処分の違法を理由とする国家賠償請求訴訟において、行政行為の違法性の判断基準について判断を示す場合、裁量権の逸脱、濫用と同義で用いられることが多い。すなわち、行政庁に裁量の認められる場合には、右裁量の戦囲にとどまる限りにおいては、当不当の評価はあっても違法の問題を生じることはない。これに対し、右裁量の範囲を逸脱し、あるいは裁量権を濫用したと認められる場合には、違法の評価を受けることになる。この後者の場合に「著しく合理性を欠き、裁量の範囲を逸脱する」などの表現が用いられている。したがって、右表現は、行政庁の違法を著しい違法とそこまでに至らない違法とに区別して、後者について行政庁の責任を問わないという趣旨ではない。本判決の前記表現は、「その許容される限度を逸脱して」と付加することにより、右の趣旨をより明確にしたものと考えられる」〔傍点筆者〕との指摘が特に注目される（山下郁夫「判解（最二小判平成七年六月二三日民集四九巻六号一六〇〇頁）」最高裁判所判例解説民事篇・平成七年度（下）（一九九八年）六〇五頁註（16））。

（48）この点に関しては、野呂・前掲註（38）一七七頁も参照。

（49）これに対して、上記宅建業事件で問題となった損害は財産的損害であり（橋本博之「判批」法学教室一一六号（一九九〇年）一〇七頁参照）、また、――根拠法令の保護法益はともかく――前掲註（36）で挙げた福島第一原発訴訟で問題となっ

た損害は主として避難に係る精神的苦痛であった。ただし、クロロキン製剤を服用した患者らがその副作用であるクロロキン網膜症に罹患したことにつき、厚生大臣による規制権限不行使の違法性が問われた、上記クロロキン訴訟において最高裁はそれを否定している。この判決について、磯部哲教授は、「クロロキンの適応症に腎炎やてんかんを含めていた国は他になかったことのほか、厚生省の当時の製薬課長が報告を受けて以降の対応はあまりにも遅く「不徹底で緩慢」（控訴審の判タ六六六号九四頁匿名コメント）と指摘されるほどであり、著しく合理性を欠いていたと見ることも可能と思われる」と述べている（磯部哲「判批」甲斐克則＝手嶋豊編『医事法判例百選〔第二版〕』（有斐閣・二〇一四年）二七頁。宇賀克也「判批」判例時報一五五号（判例評論四四六号）（一九九六年）二〇八頁、府川繭子「判批」斎藤＝山本・前掲註(13)四四七頁も併せて参照）。なお、上記宅建業事件に関しては、その損害の防止のために被害者側にも相応の「自助努力」が求められるという側面は確かにあるものの（篠原・前掲註(42)四一三頁参照）、こうした自助努力性の考慮にも一定の限界はありえよう（この点に関しては、大阪高判平成二〇年九月二六日訟月五五巻六号二一九五頁、及びその評釈として、下山憲治「判批」早稲田法学八四巻四号（二〇〇九年）九六－九七頁、中嶋直木「判批」東北法学三四号（二〇〇九年）三五〇－三五一頁、斎藤誠「判批」神田秀樹＝神作裕之編『金融商品取引法判例百選』（有斐閣・二〇一三年）一八一頁、小幡純子「判批」河上正二＝沖野眞已編『消費者法判例百選〔第二版〕』（有斐閣・二〇二〇年）一五九頁参照。西埜・前掲註(13)三一三－三一五頁も併せて参照）。

(50) 詳しくは、北村・前掲註(23)七七頁以下参照。なお、フランス行政法学において、重大なフォートが、それに違反するだけでフォートが「重大」と評価されるような重要な義務に違反した場合と、性格から見たフォート、つまり、瑕疵の程度が高いとされるがゆえに、フォートが重大とされる場合に分けられるという分析が存することにつき、同七八頁参照。

(51) Voir, Jean-Jacques Thouroude, *La faute qualifiée dans la responsabilité administrative*, Th. Caen, 1974, pp. 87 et s. ; Hélène Muscat et Christine Paillard, « La responsabilité administrative de l'État à l'heure de la covid-19 », sous la direction de Guillaume Le Floch, *Covid-19, approches de droit public et de science politique*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2021, p. 279 ; Voir également, Vadim Jeanne, « La carence fautive », *R.F.D.A.* 2023, p. 375.

(52) その例の一つとして、《Monnet 判決》が挙げられる（第三章第一節第一款二4参照）。この判決については、北村和生「フランスにおけるテロ防止権限の不作為と行政賠償責任――二〇一八年のコンセイユ・デタ判決を中心に」法と政治七二巻

一号（二〇二一年）四一七頁以下が詳しい。

（53）以上の点に関しては、兼子仁教授が、規制不作為責任の場合、「関係公務員の個人的注意義務違反ではなく、機関全体としての権限行使に関する〝組織過失〟（ドイツのOrganisationsverschulden、フランスの役務過失faute du service）が〝過失の客観化〟という正当な方向において、同時判定されている」との指摘を行っている点も注目される（兼子仁『行政法学』（岩波書店・一九九七年）二〇五頁）。この点に関しては、本節第三款二（最終段落）も併せて参照。

（54）この文言は、立法行為に関する裁判例においても用いられることがある（東京高判令和二年六月二五日判時二四六〇号三七頁）。

（55）なお、最三小判昭和三二年七月九日民集一一巻七号一二〇三頁は、「失火ノ責任ニ関スル法律」但書の「重大ナル過失」を、「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すもの」〔傍点筆者〕と定義している。

（56）この点に関して、武田真一郎教授は、後述の最一小判平成五年三月一一日民集四七巻四号二八六三頁等を念頭に、「職務行為基準説をとるといずれも国賠法上の違法性は否定されており、この説は事実上取消訴訟で違法とされた処分の国賠法上の違法性を否定する機能を果たしている。その原因の一つは、職務行為基準説のいう職務上の義務違反を判断する基準がきわめて不明確だからではないだろうか。各判例が示している注意義務の判断基準は、漫然と当該行為をしたとはいえないという程度の漠然としたものであるが、漫然と当該行為をしない限りは違法性がないというのであれば、国賠法上の違法性が認められる場合はきわめて限定されることになろう」との指摘を行っている（武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について――相関関係説、違法性相対説による理解の試み――」成蹊法学六四号（二〇〇七年）四七七－四七六頁）。また、稲葉馨教授は、同平成五年最判等の違法性相対説を採用する最高裁判決において、「何故《「職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然」と処分をしたと認め得るような事情がある場合に限って、国賠違法との評価を受ける》ことになるのか、という点について説明（らしきもの）を見出すことはできない」と述べている（稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学七三巻六号（二〇〇九年）八〇一頁）。

（57）「匿名コメント（最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁）」判例タイムズ一五〇四号二〇頁。

（58）この「漫然と」という文言の直接的な淵源は、上記平成五年最判の原審である大阪高判平成元年三月二八日訟月三五巻九号一七二二頁に求められる。すなわち、大阪高裁は、「被控訴人〔筆者註：国〕は……、課税処分が国賠法上も違法（公務員の職務上の法的義務違反）といえるためには、納税者に対し誤認による損害を甘受させることが著しく不当と認められる様な重大な誤認がある場合であって、且つ課税要件の欠缺が処分時の資料からみて、何人の判断によっても一見して明瞭に不合理であるほど明白な場合でなければならないところ、本件各処分に至る経緯……に徴し、又、所得の過少申告に際しては収入金額を除外するが、経費はむしろ過大に申告されることが普通であることに照らし本件各処分において売上の増加を把握し乍ら経費につき申告額そのままを採用したことに違法性はないと主張する」〔傍点筆者〕とした上で、「当裁判所も課税処分において課税評価額の認定に過誤があったからといって、その過誤あることをもって、直ちに国賠法上も担当公務員に故意、過失があって違法な処分となるものではなく、担当職員が資料の収集及びこれに基づく認定、判断において、職務上通常尽すべき注意義務を尽さず、過大認定となることを予見し乍ら、又は予見し得べかりしに拘らず、漫然と処分をなした場合に始めて国賠法一条の不法行為が成立するものと解する」、「従って、処分が限られた資料の下においてなされた結果、客観的に過誤を来たした場合には、処分当時、右限られた資料に基づいて処分するにつき止むを得ない事情があるときは、当該資料から通常職務担当者として何人も到達し得る判断に基づく限り、故意、過失ありとはいえないが、当該資料からも当然考慮すべき事実を安易に見逃してなされたときは、国賠法上も過失があるものといわなければならない」〔傍点筆者〕と判示している。このように、本件訴訟においては、国側が違法性の認定について極めて加重された要件を求めたのに対して、大阪高裁は、行政側の主張の趣旨を部分的に受け入れる形で（あるいは穏当な形に修正して）「漫然と」という文言を用いたものと推察される。

（59）拙稿・前掲註（２）一〇六頁。

（60）この点に関しては、山本隆司教授による「過失相殺法理による違法性の阻却」という視点からの分析が注目される（山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・二〇一二年）五三四－五三七頁（原論文初出：二〇一〇年））。

（61）拙稿・前掲註（２）一〇七頁。

（62）別稿でも述べたとおり、「前記平成五年最判と同様の事案が今日のフランスにおいて問題となった場合には、租税役務のフォート自体は認定した上で……、被害者のフォートによる賠償責任の減免を行うというような処理がなされる可能性が

考えられる」（拙稿・前掲註（5）一一二頁註（44））。なお、大貫裕之教授は、「「行政処分の発動に対する被害者側の関与の有無、程度」は過失相殺で考慮できる事情」であるとしている（大貫裕之「国家賠償法における違法性に関する覚書」大貫裕之＝神橋一彦＝松戸浩＝米田雅宏編『行政法理論の基層と先端：稲葉馨先生・亘理格先生古稀記念』（信山社・二〇二二年）四一五頁）。この点に関しては、「損害の発生に被害者側の関与があるような場合（平成五年最判はそのような事案である。）、違法性の問題として処理するよりも、過失の問題として処理する場合の方が、過失相殺は別にして、賠償責任自体は肯定されるという結論に傾きやすいのではなかろうか」という喜多村勝徳元判事による指摘も注目される（喜多村勝徳「行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性との異同」藤山雅行＝村田斉志編『行政争訟（新・裁判実務大系二五）〔改訂版〕』（青林書院・二〇一二年）六三七頁）。

（63）拙稿・前掲註（5）一一二頁。なお、この点に関しては、山本・前掲註（60）五三五－五三六頁、宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究一号（二〇一二年）二五－二七頁、米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察（二・完）――職務義務違反説の可能性」法学八二巻一号（二〇一八年）五九－五七頁も併せて参照。

（64）比較的明確化された重大なフォート概念すら単純なフォート概念との差異の相対性がつとに指摘されている（北村・前掲註（23）八六－八八頁参照）。

（65）最一小判平成一九年一一月一日民集六一巻八号二七三三頁、最一小判令和四年九月八日判タ一五〇四号一八頁参照。他方、裁判例の中には「漫然と」という文言をあてはめにおいて用いて国賠違法を認定しているものも存在する（例えば、東京高判平成二二年八月二五日判時二〇九八号四五頁、東京高判平成二六年五月一五日 LEX/DB 25504213、大阪高判平成二九年九月一日判時二三六六号一二頁、大阪高判令和元年一二月一七日判時二四三八号二七頁等参照）。

（66）最一小判平成一一年一月二一日集民一九一号一二七頁、最一小判平成一五年六月二六日金法一六八五号五三頁、最一小判平成一八年四月二〇日集民二二〇号一六五頁、最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁参照。最三小判平成二五年三月二六日集民二四三号一〇一頁も併せて参照。

（67）この点に関しては、芝池義一教授が、「違法性があるが、過失がないという理由で責任を認めない判決を下すと、国・公共団体の措置の非を半分は認めてしまうことになるが、職務行為基準説は、こうした評価を避ける論法とも感じられる。さらに職務行為基準説は、裁判において「拒否の論理」の役割を果たしてきたという印象がある（もっともこの役割につ

いては近年変化が生じており、最判二〇〇七〔平一九〕・一一・一＝在韓被爆者国賠事件のように、職務行為基準説をとりつつ原告の請求を認容する判決が現れている）」との指摘を行っている点が注目される（芝池義一『行政救済法』（有斐閣・二〇二二年）三一二頁。下山憲治「国家賠償請求訴訟による救済」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』（日本評論社・二〇一五年）三三二頁も併せて参照）。これに対して、米田教授は、「しかし、本稿は、職務義務違反説は「違法性限定」や「拒否の論理」から中立的な理論構成であると理解するものである」と述べている（米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念・再論――『職務上の義務』の重層構造から見たその体系的理解」行政法研究五一号（二〇二三年）一一二頁註（118））。

（68）高木光「国家賠償法一条における広義説」自治実務セミナー五一巻一号（二〇一二年）八頁、米田・前掲註（63）五二頁、三七－三六頁註（145）参照。藤田宙靖『新版 行政法総論（下）』（青林書院・二〇二〇年）二二二頁も併せて参照。

（69）なお、この点に関しては、米田教授が、「公務員の心証度の緩和」という視点からいくつかの判例を分析した結果として、「職務義務違反説は、（警察・検察官による捜査活動・検察活動の刑事司法手続など）特別な国家行為だけではなく、典型的な行政処分や即時強制のような事実行為の国賠違法の判断にも適用されるものである」、「従来の学説は、職務義務違反説の妥当範囲を典型的な行政処分と特別な国家行為で区別していたが、両者は、職務義務違反説の妥当範囲による区別ではなく、求められる心証度の違い、つまり高度の調査・検討義務が課せられ十分な心証度が要求されるケース（原則的事例）と、高度の調査・検討義務が要求されず心証度の緩和を許容する特別な事情が存在しうるケース（例外的事例）で区別される」という、「従来の学説の通説的な説明」とは異なる理解を示している点が示唆に富む（米田・前掲註（63）六二頁。後掲註（79）・（101）も併せて参照）。ただし、同教授は、その後の論文において、当該分析を部分的に修正している点に注意されたい（米田・前掲註（67）八六－八七、九二－九四頁）。

（70）北村・前掲註（23）八九頁。

（71）大阪高判平成九年四月一五日訟月四四巻八号一四六一頁、東京高判平成二四年一〇月三一日LEX/DB 25483345、さいたま地判令和二年一〇月一四日判自四八七号四五頁等参照。

（72）碓井光明『固定資産税評価精義』（信山社・二〇二三年）三九三頁。

（73）高橋滋『法曹実務のための行政法入門』（判例時報社・二〇二一年）三一二頁（原論文初出：二〇一九年）。

(74) 拙稿「判批」民商法雑誌一五九巻四号（二〇二三年）五二一－五二二頁。

(75) 西本靖宏「判批」ジュリスト一五八三号（二〇二三年）（令和四年度重要判例解説）一八一頁。なお、浦野正幸「国税」村重・前掲註（19）五二〇－五二一頁においては、徴収関係の過失認定の基準は課税処分のそれと比較して「緩やかになっているように思われる」、「これは、滞納処分においては、課税処分と異なり、過去の歴史的事実が問題となることは少なく、処分時の財産の状態が問題となるため、税務職員がその注意義務を尽くせば正当な判断が比較的容易であると認められるからと思われるが、そうとすれば、別異の解釈が可能な法律問題や事情の複雑な事実認定などその適否の判断が微妙な事案においては課税処分の場合と同様に考えてよいと思われる」との指摘がなされている。

(76) フランス法においても、その適用範囲は非常に限定されているものの、今なお重大なフォート要件は維持されている。なお、先にも紹介したとおり、フランス法においても、問題となる行政決定が越権訴訟において違法と判断されるものであったとしても、重大なフォートが存在しないことを理由に国家賠償責任が否定される場合がありうる（第二章第二節第一款二2参照）。

(77) この点に関しては、北村・前掲註（23）八八－八九頁も併せて参照。

(78) 宇賀＝小幡・前掲註（7）三二頁〔山本隆司〕。なお、この点に関しては、高橋信行教授が、「この論争〔筆者註：違法一元説（公権力発動要件欠如説）と違法二言説（職務行為基準説）との間の論争〕に立ち入ることは避けるが、一言だけ述べておくと、問題の本質は、「一元説か二元説か」という点ではなく、「請求認容要件を限定するか否か」という点にあると考えられる。この観点から見ると、国家賠償があくまで補完的な救済手段であることや、財政負担を必要とすることに鑑みると、何らかの形で請求認容要件を限定することも許容されると考えられる」と述べている点も注目される（高橋信行「判批（仙台地判平成二〇年七月一五日 LEX/DB 28141945）」季報情報公開・個人情報保護三二号（二〇〇九年）三九頁）。

(79) この点に関しては、「調査、検討義務ないし心証度の緩和を正当化する理論的根拠と法的根拠を明確にすることがなお試みられなければならない。心証度の緩和を安易に認めれば、事実認定やその評価がルーズになるおそれがあるからである」という米田教授の問題意識が想起される（米田雅宏「国家賠償法一条が定める違法概念の体系的理解に向けた一考察（一）――職務義務違反説の可能性」法学八一巻六号（二〇一八年）九七四頁）。

（80）東京地判平成二一年七月三一日判時二〇六五号八二頁、名古屋高判平成二二年一〇月二九日判時二一〇二号二四頁等参照。

（81）東京地判平成一三年三月二三日 Westlaw Japan 2001WLJPCA03230011、仙台地判平成一三年一二月二五日 LEX/DB 28071734、さいたま地判平成一四年五月一七日 Westlaw Japan 2002WLJPCA05179004、大阪高判平成二五年四月一八日訟月六〇巻四号七六八頁等参照。最三小判平成九年七月一五日民集五一巻六号二六四五頁も併せて参照。

（82）横浜地判平成八年五月八日判時一六〇六号六八頁、広島高判平成九年一二月二六日判タ九七九号一〇四頁、東京高判平成一三年一二月二五日訟月五〇巻一号一頁、東京地判令和二年一〇月二二日 LEX/DB 25586564、東京地判平成一六年七月二八日 Westlaw Japan 2004WLJPCA07280004、東京地判令和二年一〇月二二日 LEX/DB 25586564等参照。

（83）なお、登記官の審査に関しても、比較的古い裁判例の多くにおいて、「大量の登記申請に迅速に対応しなければならない事務の実情等」（東京地判昭和五二年七月一二日判タ三六五号二九六頁）が明示的に考慮されている（京都地判昭和四九年九月二〇日訟月二〇巻一二号八頁、大阪地判昭和五九年一一月二六日判タ五四六号一六四頁、名古屋地判昭和六一年五月八日判時一二〇七号八九頁、浦和地判平成四年一一月二七日訟月三九巻八号一四四一頁、千葉地判平成一二年一一月三〇日判時一七四九号九六頁等参照）。宇賀＝小幡・前掲註（7）三四八頁以下〔北島周作〕も併せて参照。

（84）京都地判平成二九年一二月七日判時二三七三号五九頁参照。

（85）大阪地判平成二八年一〇月二七日交民四九巻五号一二九〇頁、さいたま地判平成二二年五月二八日 LEX/DB 25443402等参照。

（86）神戸地裁姫路支判平成二五年四月二四日判タ一四〇五号一一〇頁、盛岡地判平成二七年二月二〇日訟月六二巻一号三八頁、仙台地判平成三〇年三月三〇日判時二三九六号三二頁、仙台高判平成二四年一二月一二日判自三七五号七六頁等参照。

（87）警察官によるパトカー追跡（最一小判昭和六一年二月二七日民集四〇巻一号一二四頁）や武器使用（東京高判平成二一年一二月一六日判時二〇七一号五四頁）にもこうした側面がありうる。

（88）最三小判平成二〇年二月一九日民集六二巻二号四四五頁、最一小判令和五年一〇月二六日判タ一五一七号五四頁等参照。

（89）北村和生「判批（大阪高判平成二七年一〇月一三日判時二二九六号三〇頁）」判例時報二三一七号（判例評論六九七号）（二〇一七年）一六一頁、神橋・前掲註（46）三一〇頁参照。

（90）最一小判昭和五三年七月一〇日民集三二巻五号八二〇頁、最一小判平成五年三月一一日民集四七巻四号二八六三頁、最

一小判平成一五年六月二六日金法一六八五号五三頁参照。最二小判平成九年三月二八日集民一八二号八五五頁、最一小判平成二七年三月五日集民二四九号一四一頁、福岡高判平成二七年二月二三日訟月六一巻一〇号一八七九頁も併せて参照。なお、被疑者ないし被告人が虚偽の供述や証拠隠滅の工作等を行うことも少なくない、司法警察官による逮捕、検察官による公訴提起、裁判官による刑事裁判の判決等の刑事司法作用もこの類型に整理しうる（例えば、逮捕状の請求等につき国賠違法を否定したものとして、東京高判平成一七年一〇月二七日判時一九二九号四五頁参照）。この点に関しては、フランス法においても、一般に裁判役務の利用者は役務に協力的ではなく自己の利害次第では虚偽を申し立てることさえあり、裁判機能の行使は「極端な困難さとそれに固有の過誤の危険」を伴うという指摘がなされている（久保・前掲註（22）二〇八頁参照）。

（91）宇賀・前掲註（63）二七－二八頁参照。

（92）最二小判令和四年六月一七日民集七六巻五号九五五頁、高松高判昭和六三年一月二二日判時一二六五号三一頁、札幌高判平成二七年七月七日判時二二八〇号四六頁等参照。

（93）東京高判平成一七年一月二六日判時一八九一号三頁参照。佐賀地判令和三年二月一九日 Westlaw Japan 2021WLJPCA02196011も併せて参照。なお、犯罪捜査と反射的利益論との関係につき、高橋正人「検察活動と国家賠償――取消訴訟との交錯を中心として――」東北法学三四号（二〇〇九年）三三三頁以下、角松生史「犯罪捜査・公訴権の行使に関する国家賠償請求訴訟と『反射的利益』論」佐藤幸治＝泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ：滝井繁男先生追悼論集』（日本評論社・二〇一七年）一七五頁以下参照。

（94）福岡高判平成二二年一一月二六日判タ一三五七号九八頁参照。東京高判平成一六年四月二八日判時一八六六号四四頁も併せて参照。

（95）例えば、千葉地判平成二九年九月二二日消費者法ニュース一一四号二二四頁においては、予見可能性の程度と結果回避義務に関して、「以上のとおり、経済産業大臣において、O.P.+10m の津波の発生を予見することは可能であったといえるが、……結果回避義務との関係で、予見可能性の程度は当然に影響し得るところであり、仮に、確立された科学的知見に基づき、精度及び確度が十分に信頼することができる試算が出されたのであれば、設計津波として考慮し、直ちにこれに対する対策がとられるべきであるが、規制行政庁や原子力事業者が投資できる資金や人材等は有限であり、際限なく想定し得るリ

スクの全てに資源を費やすことは現実には不可能であり、かつ、緊急性の低いリスクに対する対策に注力した結果、緊急性の高いリスクに対する対策が後手に回るといった危険性もある以上、予見可能性の程度が上記の程度ほどに高いものでないのであれば、当該知見を踏まえた今後の結果回避措置の内容、時期等については、規制行政庁の専門的判断に委ねられるというべきである」〔傍点筆者〕との判示が見られる。この点に注目した稀少な先行研究として、清水晶紀『環境リスクと行政の不作為』（信山社・二〇二四年）一九二頁以下（初出：同「福島原発事故をめぐる規制権限不行使に対する国家賠償責任の成否――五地裁判決が示唆する『行政リソースの有限性』論のインパクト」自治総研四七六号（二〇一八年））参照。この他、人員が限られた中での対応であることが考慮されている裁判例として、東京地判平成二一年六月二九日Westlaw Japan 2009WLJPCA06298021、大阪地判平成二四年一月二〇日 LEX/DB 25444860、仙台地判平成三〇年三月三〇日判時二三九六号三二頁等参照。

(96) 大阪地判平成六年七月一一日訟月四一巻八号一七九九頁、仙台地判平成一九年九月七日訟月五四巻一一号二五七一頁、大阪高判平成二三年八月二五日訟月五八巻九号三〇八九頁等参照。東京地判平成八年六月一七日判タ九二三号一一七頁も併せて参照。

(97) 東京地判平成一七年一月三一日判タ一一八一号二〇一頁参照。第三者による加害行為につき、最三小判昭和五七年一月一九日民集三六巻一号一九頁、大阪高判平成一八年一月一二日判時一九五九号四二頁も併せて参照。

(98) 例えば、法令の解釈の誤りが同じように問題となる場合であっても、「誤った」見解につき一致が見られる場合と、その見解が分かれている場合（「正しい」解釈をとる見解も一定程度ある場合）とでは、「正しい」解釈をとることについての困難性の程度は明確に異なるだろう。さらに言えば、後者の場合にあっても、その見解が八（誤）：二（正）程度の割合で分かれているのか、二（誤）：八（正）程度の割合で分かれているのかといった、その割合によっても困難性の程度に差異が生じうる。なお、株主優待金が所得税法上利益配当に該当するか否かの解釈に係る過失を否定するに当たり、「優待金の特殊な経済的法律的性格からみて微妙な事実認定とこれに対する専門的な法律的判断を必要とする」ことを指摘するものとして、最二小判昭和四三年四月一九日集民九〇号一〇三三頁参照。

(99) 仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂・二〇一八年）三八六頁（初出：同「続・法治国原理の進化と退化？――行政法における違法概念の諸相」宇賀克也＝交告尚史編『現代行政法の構造と展開：小早川光郎先生古稀記念』（有斐閣・

二〇一六年）。高橋滋『行政法〔第三版〕』（弘文堂・二〇二三年）二八八頁も併せて参照。

（100）仲野・前掲註（99）三八六－三八七頁。

（101）この点に関しては、国賠違法あるいは過失判断を主たる対象とした研究ではないものの、薄井一成教授による、「調査検討義務の程度」という視角からの分析も示唆的である。薄井教授は、「行政庁は、当該行政庁として通常の資質能力を有する者の判断に照らして合理的な確信が得られるまで、事務処理の基礎となる事実の存否につき、調査や検討を続けなければならない」という、「調査検討義務の程度」の原則的なルールがあるとしつつも、「最高裁は、行政庁が「合理的な確信」に至る前のいわば「一応確からしいとの心証」により決定を下すことを、以下の類型において許容する」としている。すなわち、その類型として、①「行政庁が短期間のうちに大量の決定を下さなければならず、その期間内に事務処理の基礎となる事実を認定することが、公益及び行政コストの観点から、事実上困難な場合」、②「私人が自己に有利な事実に関する資料を整えておくことがさして困難ではなく、またその資料により当該事実を明らかにすることが可能でありかつ容易であるにもかかわらずそれを行わなかった場合」、③「私人の重要な利益が重大な危険にさらされており、その危険を除去するために、行政庁が迅速・果敢な決定を下さなければならない場合」を挙げている（薄井一成「申請手続過程と法」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ　行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣・二〇〇八年）二七六－二七八頁）。この類型論に基づき国賠違法の判断枠組みについて検討した、米田教授は、その検討のまとめとして、「〝国賠法一条の違法は、原則として、行政機関の公務員が法適用に当たり十分な調査・検討義務を尽くすことなく実体的真実に反する行政決定を行ったこと（適法な行為を行う職務上の義務に違反したこと）を意味するが、実際にこれに該当するか否かは、調査・検討義務の完全な履行を公務員に課すことに困難な事情が存在していたか否かという観点から、判断される〟と言うことができよう」との指摘を行っている（米田・前掲註（63）六三頁）。他方、「職務上の義務は、あくまで適法な行為を行うことを指向して定立されるものであり……、裁判所によって事後に審査されることを理由に、最初から行政機関の公務具は軽い心証度に基づく暫定的な決定で許されるというわけでは、決してない。行政機関と裁判所の両者の違いを殊更に強調することによって心証度の軽減を安易に認めることのないよう、注意が必要である」とも述べている（同六三頁）。

（102）最一小判昭和四七年五月二五日民集二六巻四号七八〇頁、東京高判平成一三年一二月二五日訟月五〇巻一号一頁、東京

高判平成二九年二月二三日判時二三五四号七四頁等参照。

(103) 当然、あるべき不法行為的救済の範囲は各国ごとに異なりうるため、仮にそうした作用が現実にあったとしても一概に批判できるわけではない。

(104) なお、米田教授は、相関関係説的な理解を基本的に積極的に評価しつつも、それを民法学から直輸入することの危険性も指摘している（米田・前掲註（63）五一頁）。

(105) なお、この点に関しては、作為型の行政処分については、規制権限不行使や事実行為と比較すると、それにより直接的に国民の健康・身体・生命の安全が大きく害されるというような事例が相対的に起きにくい、あるいは少なくともこれまでの判例においては多くない点を指摘しておきたい。

(106) この点に関して、北村教授は、「過失の判断は、損害賠償法に必要な被侵害利益や被害者側の事情などの具体的な諸条件の利益考量等の機能を果たすことになろう」と述べている（北村和生「国家賠償における違法と過失」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四年）一四九頁。宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・一九九七年）六五－六六頁、一六三－一六四頁、北村和生「判批（最一小判平成五年三月一一日民集四七巻四号二八六三頁）」斎藤＝山本・前掲註（13）四三九頁も併せて参照）。

(107) なお、原田大樹教授は、「国家賠償法は今後とも、行政法と民事法の交錯領域として、相互の学問的連携を深めるべきであり、そのような方向性からすれば、行政法学は要件の独自性を主張するのではなく、権利利益の内容面での独自性を強調する方向性をとることが望ましいのではないか」と述べている（原田大樹「国家賠償」法学教室四五一号（二〇一八年）九七頁）。

(108) この点に関しては、下山憲治教授も、「損害賠償訴訟では被害発生を前提とした上で加害行為の法的評価を行うのであるから、一方で名あて人に対する権限行使の適法性確保と共に、他方で第三者たる被害者の人権・権利保障も法治主義の要請である。そのため、国賠法の「違法」というフィルターをつうじた個別法の解釈とそれに基づく評価にあたって、被害発生という結果の側面をまったく無視することはできないものと思われる」と述べている（下山・前掲註（67）三二六頁。秋山義昭『国家補償法』（ぎょうせい・一九八五年）七一頁、大浜啓吉『行政裁判法』（岩波書店・二〇一一年）四〇四－四〇七頁、高橋・前掲註（73）三二三頁以下も併せて参照）。

(109) この点に関しては、特に神橋一彦『行政判例と法理論』（信山社・二〇二〇年）二六七－二六八頁（初出：同「『職務行為基準説』に関する理論的考察――行政救済法における違法性・再論」立教法学八〇号（二〇一〇年））参照。

(110) 拙稿・前掲註（2）一〇二－一〇五頁、特に一〇四頁参照。

(111) この点に関し示唆的な指摘を行うものとして、神橋・前掲註（109）二四五頁（初出：同「行政救済法における違法性」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣・二〇〇八年））参照。

(112) （実際のあるいは想定される）損害の重大性や結果の重大性を明示的に考慮するものとして、広島高判平成六年三月二九日判タ八七〇号一四一頁、神戸地判平成一七年三月二五日 LEX/DB 28101221、大阪高判令和三年一二月九日判自五〇〇号三一頁等参照。

(113) この点に関しては、稲葉・前掲註（56）八〇一－八〇二頁も参照。

(114) 例えば、最一小判昭和六一年二月二七日民集四〇巻一号一二四頁（パトカー追跡事件）については、その原審や第一審との対比において、結果不法的要素（特に第三者の死亡という重大な結果）を考慮していないものと解されることもあるが、仮にそれを考慮していたとしても、総合考慮による国賠違法の判断の中で、萎縮効果等も考慮した上で、追跡行為に係る行為規範違反の判断における「非難可能性」の要素が消極的に解釈され（そしてそれが重視され）、結果不法的要素を考慮してもなお違法性を認定すべきものとは評価されなかった可能性もあるように思われる。なお、太田匡彦教授は、追跡行為について、「逃走者との関係では比例原則に従った追跡を許しつつ、第三者との関係では（通常の不法行為責任と同じく）結果回避義務に従った追跡を求めると、かなりの困難を伴い現実的とは言い難い要請の下での追跡を公務員に求めるか、十分な追跡が行えなくなる可能性も存在しよう。また、比例原則において、公権力行使の必要性・相当性を考える際の一要素として第三者ひいては社会全体に対して当該公権力行使が与える悪影響（被害）を考慮することは当然に求められる（危険を生じさせている対象者が受ける不利益だけに考慮要素を限定する必要はない）」との指摘を行っている（宇賀＝小幡・前掲註（7）二九六頁〔太田匡彦〕）。遠藤博也『実定行政法』（有斐閣・一九八九年）二一五－二一六頁も併せて参照）。フランス法においても、いかに生じた結果が重大であろうとも、当該事案における具体的事情等（特に当該役務に伴う困難性）が考慮され、役務のフォートが否定されることはありうる。

(115) なお、武田教授は、上記平成五年最判について、「違法な更正処分によって原告が受けた精神的苦痛や営業損失がそれほ

ど重大であったとは考えにくいので、本判決は税務署長がそのような損害の発生までも予見すべきであったとはいえないとして、注意義務違反を否定したとみることもできるであろう」、「これに対して、相関関係説によって違法性を判断することも可能である。本件では過払い分の還付により税額自体の損害はなく、違法な更正処分によって精神的苦痛を受けたとしてもその程度は小さいと思われるので、結果の不法性は小さいと考えられる。税務署長が売上額の認定を誤り、違法な更正処分をしたとしても、本件では原告が税務調査に非協力的であったことがその一因となっており、行為の不法性も大きいとはいえないと考えられる。両者を相関的にみれば原告に受忍限度を超えた精神的苦痛（権利利益の侵害）があったとはいえず、本件ではそもそも違法性（損害）がないということができるであろう」との指摘を行っている（武田真一郎「国賠法一条の違法性の多元性と補完性について」成蹊法学九一号（二〇一九年）二〇－二一頁。阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ：実効的な行政救済の法システム創造の法理論』（有斐閣・二〇〇九年）四九九頁、山本・前掲註（60）五三七頁も併せて参照）。

(116) この点に関しては、武田教授が、「国賠法の違法論が複雑化しているのに対し、相関関係説に立って過失の役割が重視されている民法の不法行為理論が有効に機能しているとすれば、その理由を検証して国家賠償に応用できるかどうかを考えてみることには意義があるはずである。さらに、民法の不法行為論を国賠法に応用することが法治国原理を担保する機能と両立しないのかどうか、むしろそのような機能を促進することがあり得るのではないかという問題も検証に値するものと思われる」（武田・前掲註（56）四九二頁）との問題意識に基づき、結果不法的要素の考慮や過失要件の活用等に関して、さまざまな示唆に富む分析を行っている点が注目される（特に、武田・前掲註（56）四六五頁以下、同「続・国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学八八号（二〇一八年）五〇八頁以下、同・前掲註（115）一四頁以下参照）。

(117) なお、この点に関して注目される近時の裁判例として、刑事施設に収容されている者が収容中に受けた診療に関する保有個人情報の全部を開示しない旨の決定について国賠違法の有無が問われた事案において、「本件決定により医療記録の開示を受けられないことにより、人の生命及び健康の維持という最も重要な人格的利益が侵害されるといえ、同利益が侵害されることによる精神的苦痛は看過できないものであり、また、医療上の措置に関する情報は、本来的に医療を受けた個人が知るべきであって、本人が望めば開示することが相当な性質の情報であることは明らかであるから、被収容者の診療記録の開示の可否については、相当程度に慎重に検討すべき職務上の義務が存在するというべきである」〔傍点筆者〕との

判示を行っている東京高判令和四年四月七日 LEX/DB 25592204が挙げられうる。

(118) その近時の例としては、最二小判令和四年六月一七日民集七六巻五号九五五頁（福島第一原発訴訟）が挙げられる。これに批判的な評釈として、山下竜一「判批」環境と公害五二巻二号（二〇二二年）九頁以下、大塚直「判批」Law and Technology 九九号（二〇二三年）八七頁以下、桑原勇進「判批」ジュリスト一五八三号（令和四年度重要判例解説）（二〇二三年）五三頁以下、清水晶紀「判批」新・速報判例解説 Watch 三三号（二〇二三年）三〇九頁以下、下山憲治「判批」判例時報二五七〇号（判例評論七七七号）（二〇二三年）一二六頁以下等参照。

(119) なお、木村琢麿教授は、「いずれにしても、職務行為基準説と公権力発動要件欠如説の対立は、基本的には理論構成の違い（故意・過失を違法性と別個に認定するかどうかの違い）にすぎず、損害賠償責任の成否に関する結論には実質的な違いが生ずることは少ないと考えられる」と述べている（木村琢麿『プラクティス行政法〔第三版〕』（信山社・二〇二二年）三二二頁）。

(120) 判例を全体として見たときに、それが「被害者側にとって有利な解釈の努力」（遠藤・前掲註（114）二一三頁）を行うことにより、国家賠償責任の成立範囲を徐々に拡張してきたことは確かであるように思われる。なお、この点に関連する「補償代替型国家賠償」の考え方につき、小幡純子『国家賠償責任の再構成――営造物責任を中心として』（弘文堂・二〇一五年）三六三－三六四、三六六－三六九頁（初出：同「国家補償の体系の意義」磯部＝小早川＝芝池・前掲註（111））、拙稿・前掲註（5）一一六－一一七頁参照。宇賀＝小幡・前掲註（7）三八四－三八五頁〔田尾良介〕も併せて参照。

(121) 北村・前掲註（106）〔二〇一四年〕一四六－一四七頁。なお、巽智彦准教授も、「そもそも、法治国的国家責任論が重視する「行為の不法」自体、被侵害法益等の考慮を通じて「結果の不法」を織り込んだものであるから、「行為の不法」と「結果の不法」との対立関係を強調するのは妥当でない」と述べている（巽智彦「書評 小幡純子著『国家賠償責任の再構成――営造物責任を中心として――』」季刊行政管理研究一五一号（二〇一五年）七九頁。宇賀＝小幡・前掲註（7）七〇四頁〔巽智彦〕も併せて参照）。

(122) 神橋・前掲註（46）四一一頁。

(123) 宇賀＝小幡・前掲註（7）一四〇頁〔武田真一郎〕。

(124) 芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣・二〇〇六年）二四〇頁。

（125）芝池・前掲註（67）三一三頁。遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院新社・一九八一年）一七〇頁以下、武田・前掲註（56）四六〇頁以下も併せて参照。

（126）この点に関しては、山本・前掲註（60）五四三－五四四頁も参照。

（127）東京高判平成四年一二月一八日高民集四五巻三号二一二頁、最二小判平成一八年六月一六日民集六〇巻五号一九九七頁、仙台高判平成三〇年四月二六日判時二三八七号三一頁等参照。ただし、この最後の平成三〇年仙台高判（大川小学校津波避難訴訟）については、（少なくとも形式的には）校長等の個人の行動（特にその予見可能性）を問うている点において理論的あるいは現実的な問題点を抱えていることが指摘されている（近藤卓也「津波被害と国家賠償」行政法研究三〇号（二〇一九年）三〇三頁以下、板垣勝彦「リスク社会と行為規範の設定――大川小学校の惨劇が遺したもの」ジュリスト一五四二号（二〇二〇年）一〇二－一〇三頁参照）。この点に関しては、日本国憲法一七条あるいは国家賠償法一条一項の建付けからすると解釈論上の限界に触れるおそれはあるものの、「組織的」過失の法理をより徹底して地方公共団体それ自体の過失を問うような解釈論を構築できないか、検討の余地があるように思われる（芝池・前掲註（67）三二〇－三二二頁、本註平成一八年最判参照）。なお、同判決に関しては、特に、下山憲治「国賠訴訟における違法・過失判断と津波避難訴訟・原発事故訴訟」論究ジュリスト三〇号（二〇一九年）一二五－一二六頁、齋藤健一郎「大川小学校津波訴訟控訴審判決の教育法的分析――教育条件整備的義務としての安全確保義務と組織的過失――」商学討究七一巻一号（二〇二〇年）二一二頁以下、藤田宙靖「大川小学校津波被災訴訟始末――『上告不受理決定』（最高裁）の意義――」日本學士院紀要七七巻一号（二〇二二年）三五頁註（11）も併せて参照。

（128）東京高判平成二一年一二月一六日判時二〇七一号五四頁、最二小判令和四年六月一七日民集七六巻五号九五五頁における菅野博之裁判官の補足意見参照。高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』――パトカー追跡事件判決再考」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『損害賠償法の課題と展望（中）』：石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集』（日本評論社・一九九〇年）一六〇－一六一頁も併せて参照。

（129）この点に関しては、最一小判平成一八年四月二〇日集民二二〇号一六五頁における泉徳治裁判官の反対意見参照（飯島淳子「行政組織とその構成員の責任に関する一考察」法学八一巻六号（二〇一八年）六七〇－六七二頁も併せて参照）。なお、神橋教授は、最一小判平成一九年一一月一日民集六一巻八号二七三頁について、「通達発出に関わる組織的な過失と

いうべきことがらが、「担当者が職務上通常尽くすべき注意義務」違反という形で問題となっている」と評している（神橋・前掲註（46）三六五頁。高木光「違法性相対説」自治実務セミナー五〇巻八号（二〇一一年）一三頁も併せて参照）。同最判においては、「上告人〔筆者註：国〕の担当者の発出した通達の定めが法の解釈を誤る違法なものであったとしても、そのことから直ちに同通達を発出し、これに従った取扱いを継続した上告人の担当者の行為に国家賠償法一条一項にいう違法があったと評価されることにはならず、上告人の担当者が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記行為をしたと認められるような事情がある場合に限り、上記の評価がされることになるものと解するのが相当である」としつつも、「原爆三法の統一的な解釈、運用について直接の権限と責任を有する上級行政機関たる上告人の担当者が上記のような重大な結果を伴う通達を発出し、これに従った取扱いを継続するに当たっては、その内容が原爆三法の規定の内容と整合する適法なものといえるか否かについて、相当程度に慎重な検討を行うべき職務上の注意義務が存したものというべきである」〔傍点筆者〕との判示がなされている（東京高判令和四年四月七日 LEX/DB 25592204も併せて参照）。この点に関しては、阿部泰隆教授が、「組織として行った行為については、組織として責任を負うべきであるから、その違法、過失は相当程度客観化されるべきである」、「「相当の慎重な根拠」を要求している判例も、過失責任主義の範囲内で、組織過失の方向へと歩んでいるように思われる」との指摘を行っている点が特に注目される（阿部泰隆『国家補償法の研究Ⅰ：その実践的理論』（信山社・二〇一九年）一九四－一九五頁（初出：同「一般の公務員の法令解釈に関する職務上の義務違反（過失又は違法性）の判例分析と組織過失への移行の提唱」自治実務セミナー五三巻一〇号（二〇一四年））。梶哲教「判批」斎藤＝山本・前掲註（13）四四一頁も併せて参照。

（130）こうした解釈論と国家賠償責任の性質論との関係につき、おそらく筆者と類似の方向の問題意識を有するものとして、高木光『法治行政論』（弘文堂・二〇一八年）三〇二－三〇三頁（初出：同「省令制定権者の職務上の義務――泉南アスベスト国賠訴訟を素材として」自治研究九〇巻八号（二〇一四年））参照。

（131）この点に関しては、井上繁規「判解」最高裁判所判例解説民事篇・平成八年度（上）（一九九九年）一五九頁以下、特に一六四頁も参照。

（132）村重慶一「警察に関する国家賠償」同・前掲註（8）四五頁も参照。

（133）多数意見に批判的あるいは反対意見に好意的な見解として、西埜章「判批」判例時報一五八二号（判例評論四五五号）（一

九九七年）二〇三頁、桑原勇進「判批」自治研究七四巻一二号（一九九八年）一一八頁、阿部・前掲註（115）四六九頁参照。この判決に関しては、橋本博之「判批」法学教室一九三号（一九九六年）一六一頁、斎藤誠「判批」ジュリスト一一一三号（平成八年度重要判例解説）（一九九七年）四五頁も併せて参照。

（134）大橋洋一『現代行政救済論〔第四版〕』（有斐閣・二〇二一年）四〇二頁。

（135）米田・前掲註（67）一一三頁参照。なお、こうした本稿の問題意識から一際注目される近時の研究として、土井翼「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」一橋法学一九巻二号（二〇二〇年）五七五頁以下、特に六一五頁以下参照。

※なお、本稿の執筆に当たっては、JSPS 科研費14J04923、18K12621、公益財団法人野村財団国際交流助成（研究者の海外派遣）、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学生事業の助成を受けた。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 75 No.1,2 (2024)
SUMMARY OF CONTENTS

Novelty of Agile Governance in Contemporary Government Discourse

Yuichi MURAKAMI*

This study explores the novelty of Agile Governance (AG) and its practical and theoretical background, which has received increasing attention. AG highlights the challenges in bureaucratic administration and policy processes while incorporating elements like 'agile' responsiveness, particularly notable in technological innovation and experiences during the COVID-19 pandemic. The AG aims to address the need to improve the rigid and time-consuming aspects of current administrative systems and policies, thereby influencing recent public administrative reforms in Japan. Three case studies provided additional insights into AG. The effectiveness of co-regulation between government and private entities in formulating and implementing regulations ensures that regulations match technological innovation, underscoring the significance of governmental 'meta-regulation'. Rather than solely assessing the effectiveness of policies and administrative operations based on predetermined benchmarks in local comprehensive plans, it is more effective to utilise specific indices as monitoring tools, thereby facilitating the reassessment of policy goals and tools. Enhancing AG involves positioning it within the relationship between legislative and judicial bodies, serving as a counterbalance. Future considerations include integrating AG strengths into

* Professor, Hokkaido University School of Law, and Public Policy School.

broader bureaucratic organisations, optimising strategic relationships between the public and private sectors, and prioritising values within the AG while ensuring stakeholder satisfaction. Interdisciplinary perspectives are crucial to elucidate and implement AG for improved governance.

執筆者紹介（掲載順）

村　上　裕　一　北海道大学大学院法学研究科教授

富　山　侑　美　沖縄大学経法商学部専任講師

林　　耕　平　北海道大学大学院法学研究科准教授

川　崎　ま　な　釧路地方検察庁帯広支部検察事務官

津　田　智　成　北海道大学大学院法学研究科准教授

山　中　仁　吉　北海道大学大学院法学研究科助教

令和６年７月24日　印　刷
令和６年７月31日　発　行

編 集 人　水　野　浩　二

発 行 人　北海道大学大学院法学研究科長
尾　崎　一　郎

印　　刷　株式会社 正文舎
札幌市白石区菊水２条１丁目
TEL 011(811)7151

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. 75 July 2024 No. 1・2

CONTENTS

ARTICLES

Novelty of Agile Governance in Contemporary Government Discourse ☆
····· Yuichi MURAKAMI 1

Das Verhältnis zwischen der Einwilligung des Patienten und Informed Consent von dem Aspekt der „hypothetischen Einwilligung“ (5)
····· Yumi TOMIYAMA 33

Die Art und Weise, wie der Inhalt der Vertragshaftung bestimmt werden soll (3)
—— Eine Analyse aus der Sicht des Schadensbegriffs ——
····· Kohei HAYASHI 69

Same-sex couples under Immigration Control and Refugee Recognition Act Using the precedents of the European Court of Human Rights as materials (2)
····· Mana KAWASAKI 141

Le critère et la méthode de la qualification de la faute de service dans le contentieux administratif de la responsabilité en France (8) :
en comparaison du principe de la responsabilité du premier alinéa de l'article 1 de la Loi de la responsabilité de l'État au Japon
····· Tomonari TSUDA 304[1]

INTRODUCTION

The Women's Suffrage Movement in Hokkaido during the Interwar Period: The Women's Newspaper in Otaru (1930-1932)
····· Jinkichi YAMANAKA 195

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan