HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第75巻 第5・6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 75(5-6)
Issue Date	2025-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/94412
Type	journal
File Information	lawreview_75_5・6_All.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 75 巻　　第 5･6 号（合併号）

論　　説

国際人権訴訟と日本国憲法 …… 齊藤正彰　1

登録知財権の存否又は効力に関する訴えの
国際裁判管轄について …… 嶋　拓哉　29

カラー・ブラインド時代のマイノリティ政策（1）
―― 構造的不正義と歴史的不正義を中心に ――
…… 辻　康夫　59

共同正犯における意思連絡の要否とその内実（1）
…… 中田翔太　87

環境刑法における法益保護（1）
―― 環境媒体侵害の刑法的規制を中心に ――
…… 梁　小煒　109

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（5）
―― 損害論の視角からの分析 ―― …… 林　耕平　137

代替取引義務（損害軽減義務）による履行請求権の限界づけ（2）
―― 履行遅滞の場合についての比較法的考察 ――
…… 程　坦　165

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative
Law Perspective (3) …… ルベン・ロドリゲズ・サムディオ　219

チーム医療における刑事過失責任（4）
―― 組織的医療における個人の過失責任のあり方及び
関係者間の責任分担 …… 張　佳宇　255

研究ノート

損益相殺の受容 …… 濱口弘太郎　315

判例研究

社会保障法判例研究 …… 柏木彩奈　375

＊　　＊　　＊

池田清治教授の経歴と業績 …… 曽野裕夫　410[1]

2025（令和７）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）
木下和朗（憲法）
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）
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

中田翔太（刑法）
山中仁吉（日本政治史）
梁小煒（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

池田清治教授は、本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

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

北海道大学大学院法学研究科



池田　清治　教授

論　　説

国際人権訴訟と日本国憲法

齊　藤　正　彰

目　次

Ⅰ　国際人権法の存在
　1　国際人権法の意味
　2　人権と国際法
　3　国際人権条約と多層的立憲主義
Ⅱ　国際人権条約の国内的実施の前提
　1　国際法と国内法
　2　憲法と条約
　3　国際人権条約と国内裁判所
Ⅲ　国際人権訴訟と違憲審査制
　1　憲法の解釈基準としての条約
　2　国際人権法の比較法的参照――第１の方策
　3　憲法98条２項の要請――第２の方策

Ⅰ　国際人権法の存在

1　国際人権法の意味

「人権の国際的保障」が重要であることは、多くの憲法の教科書でも言及される。「国際人権法」とは、「国際人権・法」（国際人権に関する法）ではなくて、「国際・人権法」（国際的な人権法）と解するのが適切であろう。つまり、国際人権法は「人権の国際的保障」のしくみと考えるべきものであり、（憲法上の）「人権」とは別個の体系として「国際人権」

というものが存在するとみるべきではない憲法の人権カタログとは陣容が異なるようにみえるのは、人権をめぐる状況・観点の相違にすぎない[1]。

「国際人権法」として考察の対象となるのは、「人権に関する条約や宣言、そしてその実施を確保するための人権保障システム」であるとされる[2]。ここで、「条約」とは法的拘束力のあるもの、「宣言」とは法的拘束力のない宣言、決議、綱領、規則、原則、ガイドライン等を指している。

法的拘束力の有無にこだわらず、人権に関して国際的にまとめられた形のものを「国際人権文書」といい、その内容を指して「国際人権基準」と呼ぶことがある。

なお、武力紛争における人間の生命・身体の被害を最小限にとどめるための「国際人道法」（かつては「戦時国際法」と呼ばれた。今日では「武力紛争法」ともいわれる）[3]や、迫害を受けるおそれがあって国外に避難した人々の保護に関する「国際難民法」も、国際人権法と関わりを有する領域である[4]。

2　人権と国際法

(1)〈人間の権利〉を保障するしくみ[5]

国家や憲法の存在を前提としなくても、人間には、誰でも、「人がただ人間であるということのみに基づいて当然に有する権利」があると考

---

* 本稿は、2024年３月25日に札幌弁護士会において「世界基準の人権保障実現に向けて」と題して開催された勉強会における基調講演の原稿および資料を基に、加筆して註を付したものである。

[1] 横田耕一「人権の国際的保障をめぐる理論問題」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂・1994年）161頁。なお、芹田健太郎『国際人権法と日本の法制』（信山社・2021年）８－９頁。

[2] 阿部浩己ほか『テキストブック国際人権法〈第３版〉』（日本評論社・2009年）８頁。

[3] 日本国憲法と国際人道法との連携可能性について、齊藤正彰「多層的立憲主義と平和主義」憲法問題35号（2024年）38-39頁。

[4] 芹田健太郎『国際人権法』（信山社・2018年）87-89頁。

[5] 齊藤正彰『力点憲法』（信山社・2024年）第２章・第３章参照。

えられる。これを〈人間の権利〉と呼ぶことができる。〈人間の権利〉を略して「人権」ともいえるであろう。

人間として生まれたというだけで当然に認められること（固有性）から、「生まれながらの人権」といえる。人間である限り奪われず、不当に侵害・制約されないこと（不可侵性）、人種・性別・身分等によって区別されず、すべての人間に等しく認められること（普遍性）といった特徴を有する。そのような権利を保持する存在であることが「人間の尊厳」の意味であるとも解される。

〈人間の権利〉は、条文に定めることで認められる（条文に書いてあるから存在する）というわけではない。そういうものがあるはずだ、あるいは、そうあるべきだと考えられているのである。その意味で「理念的権利」である。こうした〈人間の権利〉という考え方と、それを国家の統治制度の基本法に取り込んだ「法的権利」としての「憲法上の人権」とを区別するのが、近年の憲法学の一般的なスタンスであろう。

〈人間の権利〉を保護するために、国家は、法律を制定して、人々の行為を規制し、利害の衝突を調整する。その際の国家の活動に行き過ぎや不足があったために〈人間の権利〉が損なわれた場合の救済のしくみが、「憲法上の人権」の保障であるといえる。

⑵ 〈人間の権利〉の国際的保障

それに対して、「人権の国際的保障」が求められる状況は多様である。国際社会においては、ⓐ政府が〈人間の権利〉を侵害している国家、ⓑ政府が〈人間の権利〉を保護する能力を欠いている国家、ⓒ政府による〈人間の権利〉の保護が不十分な国家、ⓓ政府によって〈人間の権利〉が相応に保護されている（しかし十全とは限らない）国家のような状況がある。日本を含む先進国と呼ばれる国々の多くはⓓに属するであろうが、それでも、人権の国際的保障と無関係ではない。日本も、国際的な人権機関から繰り返し数々の指摘を受け、法改正まで迫られているし、近年の最高裁判例は国際人権法の影響を受けていると考えられる。

⑶ 国際人権法の歴史

人権を国際的に（国際社会のしくみを通じて）保障するという考え方

は、古くから当然に存在していたわけではないとされる。

人権保障を標榜する近代の立憲主義憲法が登場した後も、長い間、人権は国内管轄事項とされてきた。国際法上の権利・義務の主体は国家であって、個人が国際法によって権利を主張することはできないし、一国の人権問題に他国や国際機関が介入することは、内政不干渉の原則に反すると考えられたのである。たしかに、奴隷貿易の禁止、宗教的・民族的な少数者の保護、戦傷病者や捕虜の保護等、特定の主題に関して個人の人権保護につながるような条約が結ばれることもあった。しかし、それらの条約の主目的は、国家間の対立の回避と利益の保護にあったともいわれる。

人権問題を国際法の対象外と捉える流れが大きく変わる契機となったのは、第２次世界大戦であるとされる。連合国側は、「人権および基本的自由の尊重」を戦争目的に掲げ、ナチズムやファシズムといった全体主義による人権侵害に対して国際法が力を持たなかったことが戦争の被害をもたらしたとした。国内での人権保護が国際社会の平和と安定に結びつくと考えられるようになったのである。国際連合憲章には人権保護の規定が盛り込まれ（前文、１条、55条等）、人権保護も国連の任務とされた。

ただし、国連憲章自体に権利章典（人権カタログ）が盛り込まれたわけではなく、憲章が国連加盟国に直接に人権の保護を義務づけているわけでもない。保障される人権の内容は、1948年の世界人権宣言と、その後の国際人権規約、そして陸続と整備されてきた主題別の国際人権条約等によって具体化されたのである。

国連では、当初想定されていた単一の国際人権章典ではなく、①人権の具体的内容を明確にする（法的拘束力のない）宣言、②人権の尊重を義務づける（法的拘束力を有する）条約、③条約に規定された人権の国際的実施措置（条約義務の履行監視制度）に分けて検討することとし、まず①「すべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準」としての世界人権宣言が1948年に国連総会で採択された。②「国際人権規約」の起草作業は、東西冷戦を背景として、自由権を重視する西側諸国と社会権を重視する東側諸国との対立があり、さらには経済的基盤の弱いアジア・アフリカの新興独立国が社会権の実現についての厳格な国際的義

務に反発したこともあって難航した。1966年に、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」（A規約=社会権規約）と「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（B規約=自由権規約）、③にあたる「市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書」（B規約選択議定書）が採択され、1976年に発効した（日本についてはA規約・B規約が1979年に発効したが、選択議定書は未締結。なお、「死刑の廃止をめざす、市民的及び政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書」（B規約第２選択議定書／死刑廃止条約）が1991年に発効し、また、A規約についても個人通報制度を導入する選択議定書が2013年に発効しているが、いずれも日本は締結していない)[6]。

ところで、世界人権宣言採択の前日には、「集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約」（ジェノサイド条約）が国連で採択されている。国際人権規約の起草過程で最初に条文化されたのは自由権と参政権であり、国際人権規約に先行して1950年に署名され1953年に発効した「人権と基本的自由の保護のための条約」（欧州人権条約）は、自由権のみを保障対象とし、とりわけ人身の自由に重点を置いている。当時の国連加盟国は、第２次大戦の連合国と中立国、新独立国の60か国であり、これらの国々の関心は、大戦中の人権侵害の再発防止にあったとされる。

3　国際人権条約と多層的立憲主義

⑴　国際条約による人権保障

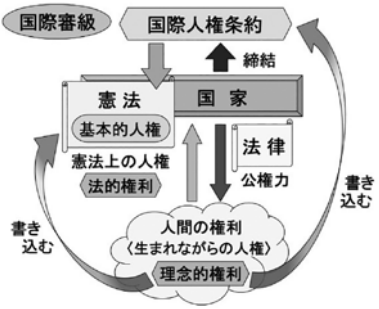
今日、地球上で〈人間の権利〉を守る方法は、国家とその憲法のしくみだけではない。国際的なしくみのなかで日本国憲法の人権保障を見つめ直すことが重要である。

たしかに、地球上の人々が生まれながらに〈人間の権利〉を享有しているとしても、それを保障するには多様な方法がありうるところ、現在

[6] 判例・学説とも、かつてはA規約・B規約という呼称（準備作業＝制定過程における通称に由来する）が一般的であったが、内容を示す呼び方をすべきとの意見が強まり、今日では社会権規約・自由権規約と呼ばれることが多い。ただ、社会権・自由権の２分類の弊害に留意する必要があろう。

は国家が人権保障の第１次的な主体とされている。それは、国家が、人権保障のための能力を有しているとともに、自らが人権侵害の当事者にならないための国内的な統治機構の整備がなされているからであろう。しかし、第１次的主体である国家による人権保障が十分ではない場合に備えて、第２次的主体として、条約機関をはじめとする国際機構の存在が重要である。

前述のように、第１次的主体である国家による人権保障が信頼できない状況と程度はさまざまである。したがって、それに対応する国際的なしくみも種々のものがある。主要国では、国内機関と国際機構が「多層的」に人権保障のしくみを構築していくことの重要性に関心が集まりつつある。また、裁判所よりも市民のアクセスが容易で実効的な問題解決が期待できる「国内人権機関」の設置についての国際的要請が強まっている[7]。



憲法学説からは、国家が人権保障について条約の形式で約定したことの意味を問い直す見解も示される。憲法によって設営される政府が諸外国との間で約束した文書から、国家に対する個人の主観的権利が生じるとすることには疑問があるとされるのである。そのため、国際人権文書の起草過程において世界の英知が結集されていたとしても、「一種の胡散臭さ」がいわれることになる。これが、国際人権条約をあくまで国家間の権利義務の相互交換を定めた「条約」と観念することによる本来的ジレンマ（対国家の人権保障を国家間の約束である国際条約の締結という国家の行為に委ねていることになる）である。

しかし、条約が「国家を義務づける法」であるとしても、国家は、領

[7] いわゆる「国内人権機関」(National Human Rights Institution) については、齊藤正彰「国内人権機関をめぐる現況」法学館憲法研究所 Law Journal 32号（2025年５月発行予定）参照。

域内において国際人権条約上の権利を保障することを、多数国間条約の枠組みを用いて条約締約国集団あるいはそれらからなる国際社会に対して約束することによって担保したと理解するのが、国際人権条約の企図に整合的であると考えられる。そして、そこには、「国際人権法の審級」としての「国際審級」の存在が指摘される[8]。

⑵　国際人権条約の国内的実施と「国際人権訴訟」

国際人権条約の国内的実施とは、自国が締結した国際人権条約が課す義務を、国家が自国内で実現することである。主権国家が併存する国際社会は、国家を超越して固有の強制手段を保持する組織を欠いているとされる。したがって、国家に条約によって義務を課し、締約国が国内で条約義務の実現を図るという方途が基本となる。その意味で、国際人権条約は、第１次的には国内的実施を予定しているといえるであろう。

国際人権条約は、公権力の行使によると否とを問わず、締約国において〈人間の権利〉の一定水準が確保されることを要求している。締約国には、自らが条約上の権利を侵害しないという消極的な避止義務だけでなく、私人による条約上の権利の侵害を防止・排除する積極的義務があるとされる[9]。

---

[8] 齋藤民徒「国際人権法の審級論――日本国裁判所と仮想の「第四審」」法時94巻４号（2022年）34頁以下、小畑郁「人類関心事項としての日本の「入国管理」法制」法時95巻９号（2023年）３頁参照。

[9]「条約上の権利」についての国家の「積極的義務」をめぐっては、齊藤正彰「国際人権条約の私人間効力」法時94巻４号（2022年）31-32頁参照。「積極的義務」論と「私人間」における権利保障の関係については、同『多層的立憲主義と日本国憲法』（信山社・2022年）122-130頁参照。国際人権条約における「積極的義務」については、「権利を実現するために必要な措置を取ることは、権利が空文でなく現実に実現されることという観点から導かれる義務であり、権利の実効的保障の要請に内在する積極的義務である。この積極的義務の内容には、権利を法的に保護する立法措置を取ること、国家機関による権利侵害はもちろん私的当事者による権利侵害をも防止・排除するために適切な行政措置を取ること、並びに、権利侵害が生じた場合に司法的救済その他の効果的な救済を与えまた再発防止のための措置を取ることが含まれる」（申恵丰『国際人権法――国際基準のダイナミズムと国内法との協調〈第２版〉』（信山社・2016年）158頁）

国際人権条約の国内的実施においては、国内裁判所において国際人権条約を援用する訴訟が重要である。こうした国内裁判所における訴訟は「国際人権訴訟」と呼ばれる。国内裁判所（とくに最上級裁判所）が判断基準として国際人権条約を用いることは、他の（下級）裁判所の判断、立法機関・行政機関の行為に大きな影響を与えることにもなるであろう。

締約国の国内裁判所における実施が重要であるとはいえ、国際人権条約の規定の解釈が締約国ごとに区々であるなら、国際人権条約の意義は大幅に減殺されてしまう。そこで、人権保護の普遍的な基準の具体的内容を解明する役割を担うものとして条約機関が設置されている場合には、原則として、条約機関による解釈が遵守すべき条約の内容を示すと考えられる。つまり、条約機関が解釈を示すしくみを有する条約を締結した場合には、条約機関の意見・見解を可能な限り考慮に入れることが、憲法98条２項のいう「日本国が締結した条約……を誠実に遵守すること」に適うと解されるのである。

締約国の最上級裁判所は、条約機関から条約違反の判断を受けるのを避けるために、条約機関による条約解釈を顧慮する傾向があるとされる。

との説明がなされる。自由権が中心のＢ規約や欧州人権条約においては、国家（政府）の侵害行為（作為）による条約上の権利の侵害だけでなく、㋐政府の不作為や㋑私人の行為による侵害について、締約国の「積極的義務」を論じることで、条約機関が締約国の条約上の義務違反を問うことが可能になる。つまり、〈人間の権利〉の保護が締約国に条約上要請されることを論じる理屈立てが、国家の「積極的義務」論であるとすれば、その具体的な実現方法は各国法によることになる（条約の「受け入れ構造」の問題）。㋐政府の不作為については、たとえば、新島漂着砲弾爆発事件判決（最判昭59・３・23民集38巻５号475頁）の事案において、国内的には国賠法の枠組みで政府の行為を論じているが、かりに条約機関で扱われるとすれば、生命権（Ｂ規約６条）についての積極的義務の問題になるかもしれない。㋑私人の行為への対処については、(A)条約上の権利についての「積極的義務」論の広汎な守備範囲と、(B)憲法の人権規定の「私人間効力」論が問題になる場面との相違に留意すべきであろう。(A)には立法措置も行政措置も含まれるのに対して、(B)の枠組みで行われる国際人権条約の（国内裁判所での）私人間適用は、(A)国家の積極的義務の種々の実現方法の一つと位置づけられる。

ただし、国内裁判所は、十分な理由があると考えるときには、条約機関の意見・見解と異なる解釈を採用することもできる。このように解することは、締約国との「建設的対話」を求める条約機関のスタンスとも合致すると考えられる。

⑶　多層的立憲主義の可能性――国家権力の統制の多層化

国際人権条約は、人権保障の実現を確保する方途として、多数国間条約の枠組みを用いるものと解される。条約という国家間のしくみ（自国の逸脱を掣肘しうる諸国ないし国際機構の存在）によって政府を統制するという構想は、十分意味を有するはずである。

政府に対する法的統制を条約という枠組みによって実現しようとする国際人権条約には、国家権力を制限して人権を保障するという立憲主義の特質を看取することができるであろう。国際人権条約のしくみは、憲法の人権規定および違憲審査制を補完する機能を有すると考えられるのである。

かつては、国民の代表である議会が、権利保護の中心的役割を期待された。後には、違憲審査制が、立憲主義の要請と目されるようになった。しかし、現代の立憲主義が違憲審査制を標準装備としているとしても、違憲審査を行う裁判所も、国家権力の一翼を担う機関であるとすれば、その判断を監視する枠組みが求められるはずである。国法体系内部での人権保障が必ずしも十全ではないことに鑑みて、憲法による人権保障のしくみに国際人権条約による人権保障のしくみを積み上げることで公権力を統制する構想を、多層的立憲主義と呼ぶことも許されるであろう。主要な国際人権条約における個人通報／申立制度[10]の整備と、その導入

[10]「個人通報制度」ないし「個人申立制度」とは、一般に、条約上の権利を侵害された個人が、国内の救済手段を尽くした上で、条約で設置された委員会等（treaty body：条約機関、条約体）に救済を求める制度である。芹田健太郎ほか『ブリッジブック国際人権法〈第２版〉』（信山社・2017年）159頁以下、申・前掲書（註９）550頁以下および628頁以下。なお、芹田・前掲書（註４）471頁参照。また、日本弁護士連合会第62回人権擁護大会シンポジウム第２分科会実行委員会編『国際水準の人権保障システムを日本に――個人通報制度と国内人権機関の実現を目指して』（明石書店・2020年）37頁以下、個人通報研究会編『国

国の増大は、それが立憲主義の次代の標準装備となりつつあることを示唆しているのかもしれない。

〈人間の権利〉が各国において憲法や法律として実定化されているのに対して、国際社会においては、国家とは異なる方法で、国家の枠を超えて〈人間の権利〉の検出と実現が図られるといえる。憲法が国会の判断を完全には信頼しないという前提で違憲審査制を導入しているとはいえ、裁判所も憲法に基づいて設営されている以上、権限行使には限界がある。その時点での立法府の決定が批判されうるものであったり、旧態依然たるものであったとしても、立法裁量の問題もあり、国内裁判所が常に個人を救済できるとは限らないであろう。それに対して、国際人権条約は、締約国内の多数派の利害・思考からは独立した回路で、人権保護の一定水準を要求する。そのような国際人権基準が国内立法者に再考を促すことも期待される。さらに、欧州人権裁判所をはじめとする国際的な人権機関では、諸国の立法・判例の動向を参照する傾向がみられ、比較法・比較憲法と国際人権法の接合・循環も指摘されている。

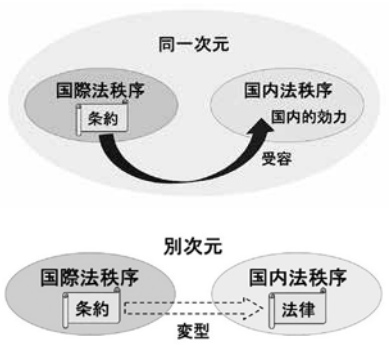
そのような国際人権条約の性質から、とりわけ違憲審査制を有する締約国においては、憲法解釈に援用すること等によって国際人権条約に「間接的な憲法的地位」を認め、「憲法に対するのと同等の尊重ないし配慮」を確保することが、国際人権条約の企図にとって有用である。具体的な方策についてはⅢで論じるが、その前に、憲法と条約の関係をめぐる基本的な前提を確認しておくこととしたい。

Ⅱ　国際人権条約の国内的実施の前提

1　国際法と国内法

憲法と国際社会の関わりについては、国際法と国内法（憲法を含む）の関係が問題となる。理論的には、法の妥当根拠（法としての効力の根源）が同一かが問題とされた。国際法秩序と国法秩序とが同一の次元にあるか否かを論ずるのが、国際法学上の「一元論」と「二元論」という

際人権個人通報150選』（現代人文社・2023年）参照。



議論であるといえる。

Ⓐ両法秩序が同一次元にあれば、国際法秩序において成立した条約は、一定の手続を経て国法秩序に入り、そこで効力を得ることができる。Ⓑ両法秩序が別次元なら、条約が国法秩序に入ることはありえず、条約を国内法の性質に移し換えること（変型）が必要である[11]。日本国憲法は、Ⓐの考え方である。条約は、憲法７条によって公布されると、法律等と同様の法的効力（国内的効力）を有することになる。

ところで、Ⓐにおいて、同一次元にあるならば、両者は連続した法秩序を構成するとみて、いずれが上位あるいは根源なのかを問う立場がある。国内法を根源とすると国家の数だけ国際法があることになるので、国際法が根源とされる（国際法優位の一元論）。ただし、国際法が上位の秩序であるとしても、国法秩序における条約の地位（効力の順位）の決定は、各国の憲法に委ねられるとされる。しかし、上位ないし根源であるはずの国際法秩序が、条約の国法秩序における地位を規律しないというのは、やや晦渋かもしれない[12]。

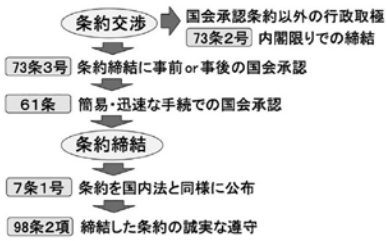
---

[11]「国内法の性質に移し換える」といっても、条約の規定内容を法律として立法し直すことが必須であるわけではない。ここで、「承認法による受容方式」（齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社･2002年）19頁）の制度･運用を、一元論と二元論のいずれの観点から把握するかが問題となる（同『憲法と国際規律』（信山社・2012年）42頁）。

[12] 齊藤・前掲『憲法と国際規律』（註11）44頁。日本の著名な「ケルゼニアン」の１人（山田哲史「国際法と国内法の関係論から多層的・多元的な法秩序の中での憲法論へ」江島晶子編『講座立憲主義と憲法学⑹グローバルな立憲主義と憲法学』（信山社・2024年）147頁註77）は、一元論・二元論の定義において、国際法と国内法が「同じ次元に属する」とみるか「次元を異にする」とみるかにのみ言及し、一元論においていずれが上位・根源なのかを問う立場には言及せず、（内部における形式的効力の決定も含めて）国法秩序の妥当根拠は「国内法

今日、国際法として成立した規範が国法秩序において実際に有する効力については、妥当根拠をめぐる理論的論争を離れて、実際的な考察をする立場が主流である[13]。国法秩序と国際法秩序は、両者の結節点にある国家（政府）の責任を通じて、矛盾・衝突を回避するように調整されるという説明（調整理論、等位理論）も、そのような立場の議論と解される。

2　憲法と条約



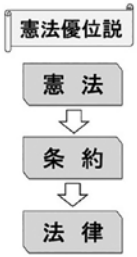
国際法の法源（法形式）としては、条約と慣習国際法（国際慣習法）があるが、ここでは条約と日本国憲法の関係について概観する。国際法上の条約（実質的意味の条約。題名に「条約」とつかない「国連憲章」「国際人権規約」「WTO協定」等も広く含む）は、日本の法令用語では「国際約束」と呼ばれる。国際約束は、締結に際しての国会承認の要否によって、「国

に対する意味の国際法」ではなく「そのいずれをも超えた法秩序――世界法秩序または人類法秩序――によってまかされてある」とする（宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社・1978年）809-811頁）。「世界法秩序または人類法秩序」という抽象的な論拠の提示は、妥当根拠論の断念にも等しいと解しうるかもしれない。その際、ミルキヌ＝ゲツェヴィチ〔宮沢俊義＝小田滋訳〕『国際憲法――憲法の国際化』（岩波書店・1952年）の原著者に関する、「国際社会における公法の統一へ向けた共約可能な「発展」動向と、それを支える国際法と国内法との事実上の相互作用の存在を描き出せれば、歴史的事実においては、国際法と国内法の関係を、ウィーン法学派の構想に近い方向で、論ずることができる」（石川健治「「国際憲法」再論――憲法の国際化と国際法の憲法化の間」ジュリ1387号（2009年）27-28頁）との指摘が想起されうる。

[13] したがって、国際人権条約の国内的効力あるいはその実効性確保の問題を検討する場合に、国際法学上の「一元論」と「二元論」という議論に取り組む必要性は乏しい（齊藤・前掲『国法体系における憲法と条約』（註11）10-14頁、同・前掲書（註９）30-32頁参照）。

会承認条約」と「行政取極」に分類される。憲法学説が「条約」という場合、通常は、前者を指している（憲法上の条約）。法律事項を含むもの、財政事項を含むもの、政治的に重要であって批准が要件とされているものは、締結について国会の承認が必要とされる（当時の大平正芳外相が国会で説明したので「大平三原則」と呼ばれる）[14]。

条約が国法秩序の段階構造（ヒエラルキー）においていかなる地位（序列）にあるのかが問題になる。そのような条約の「形式的効力」（効力順位）も、各国の憲法によって定められる。



当初は、条約と憲法とが矛盾・抵触するときは条約が優先するという「条約優位説」も有力であったとされる。しかし、日米安保条約と憲法９条の関係が論じられるようになると、憲法改正よりも手続が簡単な条約締結によって憲法の内容を実質的に変更できてしまうことが問題とされた。そこで、条約は法律に優位するが憲法には劣位するという「憲法優位説」が通説的見解となった。ただ、かりに条約が憲法と抵触すると判断された場合でも、付随的違憲審査制のしくみとしては、その事件に条約が適用されない（その意味で、条約の国内的効力が否定される）だけであり、条約の国際法上の効力は否定されない。

国内的効力を有する条約の規定を、国内裁判所においてそのまま適用できるかが問われる。これが、条約規定の「直接適用可能性」の問題である（「国内適用可能性」ともいわれる）。これは、条約の規定がself-executing（「自動執行力」とか「自力執行性」とも訳される）であるか

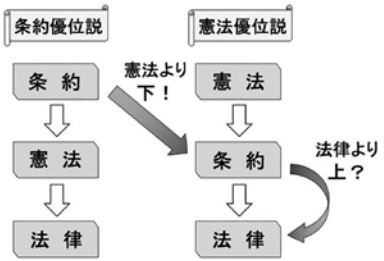
[14] 大平三原則に関しては、齊藤正彰「条約過程の憲法問題――条約締結をめぐる対抗あるいは協働」只野雅人ほか編著『統治機構と対抗権力』（日本評論社・2023年）70頁以下参照。なお、「批准」とは、条約の「締結」（条約に拘束されることへの同意の表明）のための最も慎重な方式である。重要な条約は「批准」の方式で締結される場合が多いからか、「条約を結ぶこと」を「批准」と呼んでいる例もみられるが、正確ではない。また、旧日米安全保障条約（1952年）の下での在日米軍による施設・区域の使用等を定める「行政協定」について国会承認の要否が争われた経緯もあり、憲法73条２号に基づいて国会承認を必要とせずに締結されるもの（行政取極）が「行政協定」と呼ばれる傾向があった。

の問題として論じられてきた。たとえば国際人権条約にも、憲法25条のように法律による具体化を必要とする（self-executingではない）規定が存在するのである。self-executingではないとしても、国内的効力は否定されず、法的拘束力は有している。したがって、non- self-executingなことは、「プログラム規定」[15]であることと同義ではない。この点について、かつての塩見訴訟判決（最判平元・3・2判時1363号68頁）の立場は不明確であったが、第2次夫婦別姓訴訟決定（最大決令3・6・23判時2501号3頁）の宮崎裕子＝宇賀克也反対意見では、学説の水準に沿った理解が示されている。

3　国際人権条約と国内裁判所

(1)　条約適合性審査の躊躇

憲法優位説が形成された当時は二国間の契約的な条約が中心であったが、その後、多国間の立法条約が増加して、国際機構も発展してきた。条約の性質・内容は多様化しており、条約を分類して対応を考えることも重要である。国家の対外的約束であるだけでなく、国際人権条約のように、裁判規範として国内裁判所で適用することが求められる条約も増えている。



その際に、法律の条約適合性を国内裁判所が審査することも可能なはずである。しかし、憲法優位説は、〈条約は憲法よりも下〉と論じただけで、「法律に対する条約の優位」[16]を十分に論証してい

[15] プログラム規定説の理解に関して、齊藤正彰「国際人権条約の国内的実施についての棟居3原理」棟居快行先生古稀記念『もうひとつの憲法学』（信山社・近刊）Ⅴ章2参照。

[16] 国法秩序において、〈憲法→法律→命令〉が法的な授権関係（委任秩序）とされるのに対して、〈憲法→条約→法律〉は上位から下位への権限付与の関係ではない。「法律に対する条約の優位」とは、条約と法律が衝突した場合は条約が優先するという、適用上の優先関係を示していると解すべきであろう。

なかった。しかも、裁判所の違憲審査権についての憲法81条のような規定は、条約適合性審査については存在しない。日本の裁判所は、法律を条約違反と判断することには慎重である[17]。

国際人権訴訟について、日本の裁判所は、(a)国際人権法に基づく主張を無視する傾向があること、(b)合憲性について詳しい検討を行い、国際人権法に基づく主張を簡単に退ける傾向があること、(c)国際人権法違反を認定するのを躊躇する傾向もあることが指摘されていた。

これについては、国際人権法という新しい分野に明るくない裁判所が、「未知の領域に踏み込むことを避け、憲法という慣れ親しんだ法に基づいて判断しようとするのはある意味では自然である」とされ、また、「裁判所が法違反を認定することに消極的なのは国際人権法に限ったことではない。それは日本の裁判所の消極主義の一つの表れに過ぎない」ともいわれてきた[18]。

(2)　裁判所の消極性の要因

しかし、裁判所は、ただ未知の領域を避けているというだけではなく、自らの権限行使に十分な根拠を見出せないために避けている面もあるのではないかとも考えられる。

国会の制定した法律を条約違反と判断することは、結果としては憲法

---

[17] 近年、権力分立や権限配分を論じて「法律に対する条約の優位」の再検討を唱える見解も示されたが、論拠と帰結の考察が十分でなく、事実上、撤回されたといえるであろう。「法律に対する条約の優位」の根拠が脆弱であるとしても、根拠の補完を図ることを考えるか、根拠薄弱を理由に定着していた理解を否定するかは、別問題である。「法律に対する条約の優位」をめぐる近年の議論について、齊藤正彰「日本の憲法秩序と国際人権条約」小畑郁＝山元一編『新国際人権法講座(2)国際人権法の理論』(信山社・2023年) 209-210頁、同「憲法の解釈基準としての条約――日本の憲法秩序と国際人権条約・補遺」北法74巻3号(2023年) 1-3頁、「第一部会 討議要旨」公法85号(2024年)139-140頁参照。

[18] 岩沢雄司「日本における国際人権訴訟」小田滋先生古稀祝賀『紛争解決の国際法』(三省堂・1997年) 254頁、259頁、265頁。なお、浅田正彦「人権分野における国内法制の国際化――法的形式主義とミニマリズムの克服に向けて」ジュリ1232号 (2002年) 82-83頁。

違反の判断に匹敵する効果を有しうるのにもかかわらず、そうした権限を行使する根拠や要件ないし限界が、必ずしも明確ではない。「法律に対する条約の優位」を理由として国内裁判所が法律の適用を排除するということについて、憲法上に明文の根拠規定がなく、先例ないし理論にも依るべきものがない場合、国内裁判所に法律の条約適合性審査を期待することには限界があるかもしれない。

そこで、条約が、憲法とともに、法律に対して優位するとされていることを重視し、国際人権条約の内容を違憲審査制のなかで実現してゆくこと、換言すれば、違憲審査制とのすり合わせを考えることが有用であろう。

また、条約機関の意見・見解、たとえばB規約委員会が示す㋐「総括所見」（政府報告書審査の後に示される評価・勧告。「最終見解」ともいう）、㋑「見解」（個人通報事案についての判断を示したもの）、㋒「一般的意見」（㋐や㋑を通じて形成された条約解釈をまとめたもの）に含まれているB規約の解釈に従うように求めても、裁判所は、それらは日本について「法的拘束力」がないとして、考慮しようとしないことがある。条約機関の意見・見解を、どのような根拠に基づいて、どのように扱うべきかに関しては、従来の学説の説明にも不明確なところがあり、ここでも裁判所の躊躇を招いているのかもしれない。

⑶　条約違反を理由とする最高裁判所への上訴

くわえて、現行訴訟法上、国際人権条約違反を理由とする最高裁への上訴（上告および特別上告・特別抗告）は認められていないという問題がある。最高裁に上訴できるのは憲法違反だけで、条約違反はあくまで条約違反として扱うべきなのであろうか。しかし、法律の司法審査に際しては憲法に匹敵する位置づけを認めながら、条約違反を理由とする上訴を最高裁が等閑視するならば、その整合性が問題となるであろう。

法令の解釈を統一する最上級裁判所としての任務に鑑みて、さらに、法律の条約適合性と憲法適合性の平仄を確保する観点からも、法律の条約適合性の問題に最高裁がまったく関与しないというのは疑問である。

Ⅲ　国際人権訴訟と違憲審査制

1　憲法の解釈基準としての条約

⑴　憲法優位説の再充充塡

憲法優位説を前提とすれば、「憲法内容と条約内容の関係」には一般的に４つの類型が想定される。①憲法と条約の内容が完全に一致する場合、②憲法よりも同一趣旨の条約の人権保障の内容が広かったり具体的に詳細である場合、③憲法の保障内容が条約よりも広汎な場合、④憲法と条約が矛盾する場合、である。

① 憲法＝条約	憲法で足りる
② 憲法＜条約	条約によって憲法の内容を補充
③ 憲法＞条約	憲法を適用（条約による水準低下は禁止）
④ 憲法vs条約	憲法を適用（条約は憲法違反）

①の場合は、論理的には想定されるが、実際に全く同一といえるか自体が議論の対象となるであろう。かりに、ほとんど同一とみられる場合に、論理的には「条約を援用する必要はない」としても、憲法違反とともに国際人権条約違反を論じることに意味がないわけではなかろう。③の場合に関しては、条約の援用による人権保障水準の低下は、国際人権条約自体が禁止しているのが一般的である。

そして、④の場合が、憲法９条と日米安保条約の関係を背景として、従来の憲法優位説が精力を傾注してきた主戦場であった。その意味では、憲法と条約の関係についての考察は、限定された射程で行われていたといえる。憲法優位説を否定するのではなくて、憲法優位説の内容を充塡する意味で、条約への憲法の対応のあり方の再検討が必要であろう。

４類型のうち国際人権条約の国内的実施において重要となる②は、従来の憲法優位説の中核的な問題関心ではなかったといえる。人権保護という方向性は、憲法も条約も基本的に共通である。②の場合には、「人権は憲法にすべて尽きているといった解釈態度は克服されなければならない。憲法の人権は、趣旨を同じくする条約によって補充され豊富化さ

れなければならない」[19]とされるのである。

⑵　憲法解釈における条約の参照

②の場合に「条約によって憲法の内容を豊富化すること」については、早くから有力な憲法学説においても提唱されていた。

しばしば参看されるのは、ある講演においてなされた、「人権条約の規定が日本国憲法よりも保障する人権の範囲が広いとか、保障の仕方がより具体的で詳しいとかいう場合は……、憲法のほうを条約に適合するように解釈していくことが必要だ」[20]という発言である。同様に、著名な憲法学の体系書においても、「裁判所が「基本的人権」の保障を充実する方向で憲法の関連規定（13条の補充的保障も含めて）の解釈に人権条約を取り入れることは、憲法98条２項の趣旨に照らしても、司法の責務である」と述べられている[21]。

問題は、憲法の解釈基準として条約を援用することが許される、あるいは求められる根拠である。

⑶　批判的見解

憲法の解釈基準として国際人権条約を援用することは、憲法優位説の下では、国法秩序において上位にある憲法を下位の条約を基準として解釈するということとなる。そのため、学説の一部に強力な批判もあった。

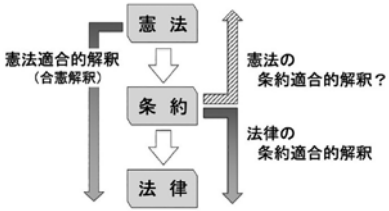
批判的な学説からは、憲法違反は憲法違反、条約違反は条約違反として扱うべきであり、国際人権条約の規定が詳細であっても、「憲法の拡大解釈」によって結果的に条約規定の趣旨と同内容を導くことができるから、憲法解釈への条約の援用を考える必要はないとされる。

しかし、「憲法の拡大解釈」を具体化する手がかりとして、国内的効

[19] 横田耕一「人権の国際的保障と国際人権の国内的保障」ジュリ1022号（1993年）26-27頁。

[20] 芦部信喜「人権の普遍性と憲法」法セ437号（1991年）29頁［同『憲法叢説⑵人権と統治』（信山社・1995年）22頁所収］。

[21] 佐藤幸治『日本国憲法論〈第２版〉』（成文堂・2020年）137頁。なお、同「憲法秩序と国際人権」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法⑴国際人権法と憲法』（信山社・2006年）37頁以下参照。

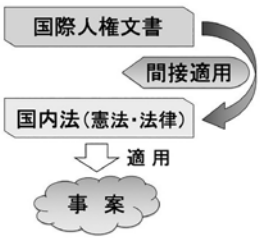


力を有する国際人権条約を解釈基準にすることができるはずである。憲法に基づいて「日本国が締結した条約」は、「憲法の拡大解釈」のための有用な根拠を提供すると考えられるのである。

今日では、〈憲法解釈に際して条約を参照することは許されるが、それは外国法や外国の判例を参照するのと類似する〉という理解までは、多くの憲法学説が同意するものといえるであろう。しかし、（外国法と同様に）参照するのもしないのも裁判所の勝手、ということではなくて、国際人権条約を憲法の解釈基準として用いるべきであると積極的に根拠づけることはできないであろうか。大別して、２つの方策が考えられる。

2　国際人権法の比較法的参照――第１の方策

(1)　国際人権文書の「間接適用」論



かねて、国際法学説においては、国際人権文書の「間接適用」を積極的に行うべきことが唱えられていた。国内法（憲法を含む）を解釈・適用する際の指針として、あるいは判断を補強するものとして、国際人権基準を参照することが「間接適用」として提唱されたのである（近年は、「間接適用」という呼称が誤導的であるとして、「国内法の国際法適合的解釈」とも呼ばれる）。これは、国内法が国際人権法に適合しているかを審査・判断するのではなく、国内法の解釈・適用に国際人権法の内容を反映させていこうとする「やや迂回した方法」[22]であるとされる。

国際人権文書の間接適用は、(A)国内法の規定について複数の解釈が可能な場合に、国際人権法に適合する解釈に導く、(B)国内法の一般概念の具体的内容を示す、といった効果を有するとされる。

[22] 阿部・前掲書（註２）45頁。

国際人権文書の間接適用という手法の利点として、㋐条約の直接適用に比べれば、国内裁判所にとって比較的受け入れやすい方法であること、㋑条約の国内的効力が認められていない国でも、国内裁判所において国際人権基準に依拠できること、㋒国際人権文書の法的性格（国際法上の法的拘束力の有無といったもの）に関わりなく、自国が締結していない条約や、そもそも締約国となりえない条約（例えば、日本にとっての欧州人権条約）でも参照できること、㋓条約規定の直接適用可能性（self-executingか否か）といった論争のある問題を回避できること等が挙げられる。

ちなみに、二風谷ダム判決（札幌地判平9・3・27判時1598号33頁）は、B規約27条を土地収用法の解釈基準（違法性の基準）として間接適用したものと説明されることがある[23]。

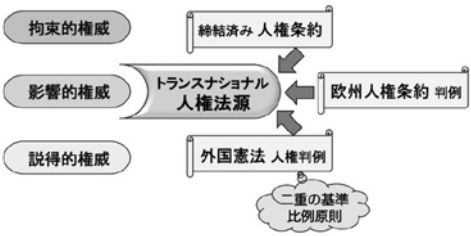
⑵　トランスナショナル人権法源論

この間接適用論の流れを汲むものとして、憲法学説においては、「トランスナショナル人権法源論」[24]が知られている。そこでは、「国内裁判所が人権問題を解決するために依拠する法的規準」が、「国境を超えたトランスナショナルな存在を包含」することによって、「憲法と国際人権規範や外国人権判例が重層化する」と説明される。法的拘束力にこだわる議論が批判され、国際人権法を参照することと外国法（外国憲法）を比較法的に参照することの相違が相対化される。諸外国の憲法判例や国際人権法が、考慮に入れるべき「憲法的財産」として「一括的に観念」されるのである（欧州人権条約だけでなく、欧州社会憲章、EU基本権憲章、EU法やEU裁判所判例等も含まれうる）。そうしたトランスナショナル人権法源は、法的拘束力を有する「拘束的権威」ではないとしても、

[23] ただし、直接適用と解する見解もあり、国際法学説において議論がある。詳しくは、齊藤・前掲『憲法と国際規律』（註11）108頁以下参照。

[24] 山元一『国境を越える憲法理論――〈法のグローバル化〉と立憲主義の変容』（日本評論社・2023年）。齊藤正彰「〈書評〉山元一『国境を越える憲法理論 －〈法のグローバル化〉と立憲主義の変容』（日本評論社、2023年）」憲法研究13号（2023年）169頁以下参照。

義務的性格を有する「影響的権威」であって、国内裁判所がそれに従わない場合には十分な説明が求められると説明される。



日本国憲法の解釈において、「二重の基準」論をはじめとするアメリカの違憲審査基準論や、ドイツの「三段階審査」論や比例原則といった諸外国の憲法解釈実践を、「法制度が似ている」「役に立つ」といった理由で、憲法解釈に取り入れ（ようとし）てきたのであるから、B規約委員会の意見・見解でも、欧州人権裁判所の判例でも、それを日本国憲法の解釈に際して参照することに法的な制約はないはずである。それが、トランスナショナル人権法源論の根幹にある見立てと解される。

「国際機関の解釈を国内裁判所に受容させるには、……、いわば世界的な法曹共同体の経験の所産であることを、これまで以上に強調していく必要がある」とする見解[25]も、同様のスタンスと解される。

最高裁の国籍法違憲判決（最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁）および民法900条4号の法定相続分についての違憲決定（最大決平25・9・4民集67巻6号1320頁）は、国際人権法を（外国法とともに）厳密な意味での法規範ではなく「国際的動向」として取り上げ、しかし違憲判断の重要な手がかりとしていた。しかも、条約機関が示した解釈にも目配りしている。そうした国籍法違憲判決および法定相続分違憲決定のスタンスは、トランスナショナル人権法源論と親和的なものとみることもできる。

最高裁は、〈規範的な環境に関する一連の事情として、諸国が合意した法規範としての国際人権条約から「国際標準」（それは条約機関によって更新されうる）を比較法的に検出する〉という手法を用いているとみることができるかもしれない。そして、第2次夫婦別姓訴訟決定の宮崎

[25] 宍戸常寿「コメント」国際人権22号（2011年）103頁。

＝宇賀反対意見は、条約機関から繰り返し勧告を受けたという「事実」を手がかりに憲法解釈を絞り込み、条約機関の意見・見解に調和的な憲法解釈の選択を求めるものと解される。これは、最高裁の従来の到達点の延長上に、「国際標準」を検出する新たな条約調和的解釈を展開したものといえる[26]。

さらに、性同一性障害特例法違憲決定（最大決令５・10・25民集77巻７号1792頁）は、多数意見において欧州人権裁判所判例に言及した（ほぼ同内容の言及は、最決平31・１・23判時2421号４頁の鬼丸かおる＝三浦守補足意見にみられた。それが大法廷の多数意見においてなされたことは注目される）。著名な元最高裁判事が欧州人権裁判所判例の重要性に言及していることも注目される[27]。

⑶　射程と限界

しかし、間接適用論やトランスナショナル人権法源論では、国法秩序の段階構造における地位において優位する憲法に対して、条約を解釈基準とすることができる論拠が説明されていない。「任意ないし適宜の参照」を推奨するだけで、国内裁判所に対して憲法解釈における条約の援用を義務づけていないから、条約（下位の規範）が憲法（上位の規範）の解釈基準になることがなぜ可能なのかを説明する必要がないともいえる。条約の国内適用をめぐる理論的問題や、憲法を条約に従って解釈するという「下克上」ないし「逆転現象」にはこだわらず、参照すべき国

[26] 齊藤・前掲「日本の憲法秩序と国際人権条約」（註17）224-226頁参照。

[27] 泉徳治「グローバル社会の中の日本の最高裁判所とその課題――裁判官の国際的対話」国際人権25号（2014年）13頁以下、同「〈書評〉小畑郁・江島晶子・北村泰三・建石真公子・戸波江二編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』〔信山社、2019年〕」国際人権31号（2020年）131頁以下（なお、泉徳治「最高裁判所の違憲審査権行使上の諸問題」市川正人ほか編著『日本の最高裁判所――判決と人・制度の考察』（日本評論社・2015年）325頁および327-328頁、泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」の問題点」石川健治ほか編著『憲法訴訟の十字路――実務と学知のあいだ』（弘文堂・2019年）382-387頁も参照）、千葉勝美「国際人権法に対する最高裁憲法判断の今日的姿勢」国際人権32号（2021年）３頁以下。

際人権法の内容を重視するのが、間接適用論やトランスナショナル人権法源論の長所であり、また、弱点でもある。

間接適用論やトランスナショナル人権法源論では、締結されて国内的効力が認められている条約と、未批准の条約や、その他の法的拘束力を有しない国際人権文書、さらには外国法とが、国法体系における実際上の効果において相対化されることが懸念される。日本国憲法の下では、国内的効力を有している条約の適用が重要な問題のはずである。

また、間接適用論やトランスナショナル人権法源論では、裁判所による恣意的選択を規律する力は減衰することになるであろう。再婚禁止期間違憲判決（最大判平27･12･16民集69巻８号2427頁）および夫婦別姓訴訟判決（最大判平27･12･16民集69巻８号2586頁）では、かねて条約機関から法改正を求められていた問題であるにもかかわらず、いずれの判決の多数意見においても、国際人権法に言及がなかったことが問題とされる。

たしかに、裁判所による解釈の妥当性を担保するものとして、国際的な解釈共同体に対する説明責任が構想されていると解される。しかし、国際人権条約の個人通報制度が存在しない日本の現状では、裁判所の恣意的選択を防ぐことについての実効性が十分には期待しがたいことになろう[28]。

3　憲法98条２項の要請――第２の方策

⑴　国際法調和性の原則

憲法98条２項は、「日本国が締結した条約……は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定している。ここに示された憲法的決定は、99条の憲法尊重擁護義務とも相俟って、憲法の規定に明らかに矛盾するのではない限りで、憲法解釈において条約を可能な限り顧慮することを要請するもの（「国際法調和性の原則」）と解される。そのようにして、国際人権条約の内容は、条約に調和的に解釈可能な憲法規定を通じて憲法に取り込まれることとなり、いわば「間接的な憲法的地位」を獲得す

[28] 齊藤・前掲書（註９）184頁参照。

ることになる。

したがって、国際人権条約を憲法の解釈基準とすることは、憲法98条２項の要請に基づいて行われるものと説明できる。つまり、憲法自体が、憲法を条約と調和的に解釈するよう求めていると考えられるのである。それは、単に関連する条約規定を「任意ないし適宜に参照」することとは、法的意味において大きく異なる。もちろん、条約を援用した解釈によって憲法の基本原則が大きく歪められ、あるいは憲法の体系的解釈の観点から難がある場合には、そのような解釈を行うことは98条２項によっては根拠づけられないことになる。

⑵　憲法の条約調和的解釈

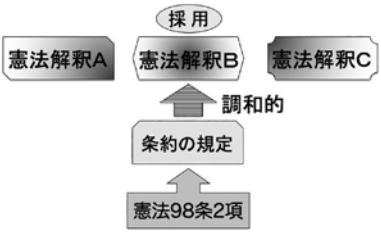
ところで、近年、憲法学説においては、「合憲限定解釈」と「憲法適合的解釈」の区別が論じられるようになっている。一般に、「合憲限定解釈」とは、〈法令に違憲の瑕疵がある場合に、違憲部分を除去するような解釈によって問題の解消を図るもの〉とされる。それに対して「憲法適合的解釈」とは、〈法令に違憲の問題は生じそうにないけれども、法令の意味内容について憲法論を踏まえて補充的に明らかにしようとするもの〉と整理される[29]。

条約については、「合人権条約限定解釈」という日本語がこなれないからか、憲法についても法律についても「条約適合的解釈」とするのが一般的である。そして、そのような「条約適合的解釈」が条約違反を前提とするものか否かについては、必ずしも明確ではなかったといえる。

憲法と法律の関係では、法律に違憲的部分があることを前提とする合憲限定解釈も可能であろう。しかし、憲法と条約の関係では、憲法規定から条約と抵触する部分を切り取るような憲法の「条約適合的解釈」は、憲法優位説を前提とする限り困難であろう。また、憲法の人権規定の保障内容が条約よりも広汎である場合に、憲法規定を条約に「適合」させ

[29] 宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣・2012年）72頁、山田哲史「日本における「憲法適合的解釈」論の現状分析」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣・2018年）13頁。

ることは、場合によっては、国際人権条約自体によって禁じられている〈条約を援用して保護を縮小する解釈〉にも該当するであろう。

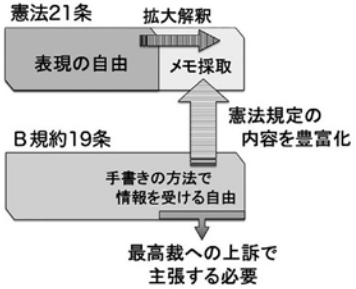


他方、裁判所が、憲法解釈によって判断を導いた後に、その帰結が「国際人権条約の趣旨にも沿う」と言及することは、判決文の装飾あるいはリップ・サービスにすぎないといわれるかもしれない。しかし、憲法規定の解釈として論理的にはＡ・Ｂ・Ｃの選択肢がある場合に、裁判所が、国際人権条約に調和的な憲法解釈Ｂを採用したうえで、「この憲法解釈は国際人権条約の趣旨にも合致する」と確認的に述べているとすれば、「憲法の条約調和的解釈」の端緒をそこに見出すことができるのではなかろうか。

最高裁では、個別意見であるが、❹「監獄法令の上記規定は、少なくとも被勾留者と弁護人等との間の信書の授受に関する限り、憲法が保障する弁護人依頼権に由来する刑訴法の弁護人等の接見に関する規定と整合するように解釈すべきであり、このような解釈は、市民的及び政治的権利に関する国際規約14条３項(b)及び17条の規定の趣旨にも沿う」とする最判平15･９･５判時1850号61頁の梶谷玄＝滝井繁男反対意見、❸「上記のような国籍法３条１項の適用は、「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」ことを規定した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条３項や児童の権利に関する条約７条１項の趣旨にも適合するものである」とする国籍法違憲判決の泉徳治補足意見の例が挙げられる。そして、❷第２次夫婦別姓訴訟決定における宮崎＝宇賀反対意見は、国際人権条約を視野に入れて憲法解釈を絞り込み、憲法解釈のいくつかの選択肢――多数意見のように民法750条を違憲としない解釈もある――のうち、条約解釈（条約機関の意見・見解）に調和的なものの選択を求める趣旨と解されるのである[30]。

憲法の条約調和的解釈としては、❶〈複数ある憲法解釈の選択肢のうち、条約と調和するものを選択すること〉とともに、❷〈従来の憲法解

[30] 齊藤・前掲「憲法の解釈基準としての条約」(註17) 19-20頁。



釈では包含されていなかった範囲に、条約によって憲法の内容を豊富化して保障を拡げること〉も想定されるであろう。いわゆるレペタ法廷メモ訴訟判決（最大判平元・3・8民集43巻2号89頁）は、この例であると解される。

ただ、❶と❷のいずれにしても、条約調和的解釈の対象となる（条約規定の趣旨を読み込む先となる）ような、類似の憲法規定がない場合には、別の方法を考える必要がある。

そこで、裁判所による国際人権条約の「瑕疵ある適用または無視」を憲法98条2項違反と構成することが考えられる。少なくとも、重要な条約規定についての、条約違反の主張の黙殺や、憲法規定の内容との安易な同一視、条約機関の意見・見解に示された条約解釈の等閑視といった扱いがある場合には、条約を「誠実に遵守すること」を求める98条2項に違反するものと解することができるであろう。

Ⓐ 国際人権条約の内容を関連する憲法規定に読み込む（条約調和的解釈❶❷）
Ⓑ 国際人権条約の「瑕疵ある適用または無視」を憲法98条2項違反と構成

(3) 条約違反を避止する最高裁の責務

このようにして国際人権条約に「間接的な憲法的地位」を認めることで、条約違反を理由に最高裁に上訴することを実質的に実現できるであろう。つまり、〈Ⓐ国際人権条約の内容を憲法解釈に読み込むこと〉が困難である場合には、〈Ⓑ下級裁判所による国際人権条約の「瑕疵ある適用または無視」を憲法98条2項違反と構成すること〉を試みるのである。

もちろん、あらゆる条約違反が直ちに憲法98条2項違反となるわけではない。98条2項が要請するのは、条約を「誠実に遵守すること」である。最高裁による統制を必要とするような不誠実な条約の扱い方が、憲法違反となると解される。日本がその国際法上の義務に反することを避止し、下級裁判所による国際人権条約の顧慮を確保することが、最高裁

の責務と考えられるのである。

国内裁判所に国際人権条約の顧慮を促すような枠組みが重要である。個人通報制度が導入されていない段階においても、下級裁判所による条約の「瑕疵ある適用または無視」が存在する場合の最高裁への上訴を認め、その際に最高裁が条約機関の意見・見解を顧慮することで、国内裁判所による国際人権条約の実施を確保する枠組みの醸成が期待されるのである。なお、個人通報の経路がなくても、条約機関の意見・見解に示された条約解釈と齟齬する判例は、政府報告書審査という別の国際審級で問われることから逃れられない[31]。

日本に個人通報制度が導入された暁には、最高裁は「不戦敗」を防ぐために、国際人権条約違反の避止に積極的に関与する必要が生じるはずである[32]。逆に、提訴する市民の側では、下級審段階から国際人権条約違反の主張を積み重ねておくことが求められるであろう[33]。国際人権法について理解を深めることが求められるのは、国内裁判所の裁判官だけではないのである。

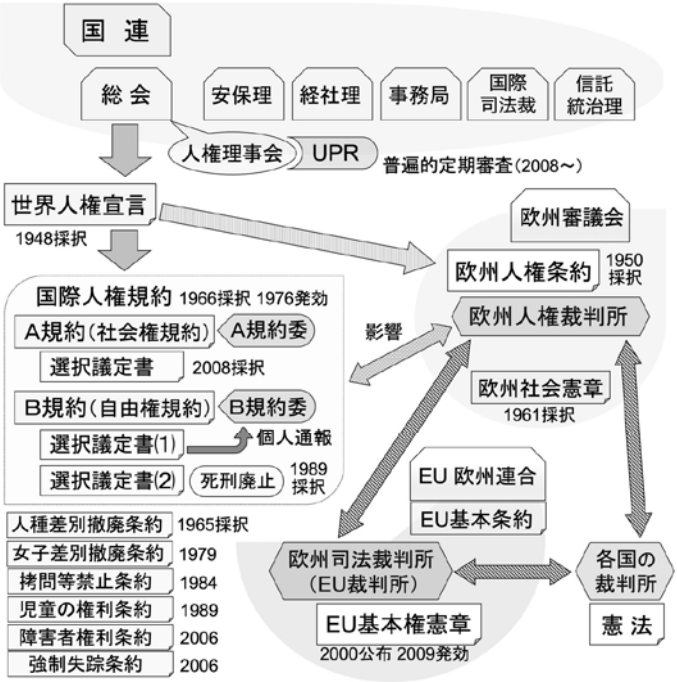
---

[31] 齊藤・前掲書（註９）186頁および212頁参照。

[32] 同書218-219頁参照。

[33] その際には、国際人権条約上の主張を投入する先の憲法解釈上の論点（国際人権法の着地点）を見極めることも肝要であろう。たとえば、国籍法違憲判決でも法定相続分違憲決定でも、国際人権法は、憲法訴訟における「立法事実の変化」論を後押しする役割を担っていたと解される。また、いわゆる同性婚をめぐっては、憲法24条１項が、私人間における究極の親密空間に憲法の規律を及ぼしている意味の理解が焦点となろう。「本条は、国民の家族的生活に対する、憲法の根本的態度を明らかにし、……あらゆる家庭生活の面において、その法律的規整は、特に個人の尊厳と両性の本質的平等を期さなければならないこととする。……、憲法が特にこれを掲げたことは、国民の家族生活のあり方が、憲法の基調とする民主主義の完成に、重大な関係があると認めたからである」（法学協会編『註解日本国憲法（上）』（有斐閣・1948年）230-231頁／同（有斐閣・1953年）469-470頁）との理解は、重要な手がかりとなるかもしれない。そして、今日、憲法が規律すべき親密空間としての「婚姻」は男女間に限られないと考えるならば、24条の規律は同性カップルにも及ぼされるべきことになる。この点に、国際人権法による解釈支援が期待されうる。他方、24条２項の文言に依拠するのは、基本的な条文解釈の面で難がありそうである。

【資料】



＊国際人権規約

「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」（A規約）
「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（B規約）
「市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書」（B規約第1選択議定書）
「市民的及び政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書」
（B規約第2選択議定書／死刑廃止条約）
「経済的､社会的及び文化的権利に関する国際規約の選択議定書」（A規約選択議定書）

＊欧州審議会

Council of Europe（CoE）は、「欧州評議会」とも訳される。EU（欧州連合）とは別の組織で、加盟国もEUより多い。日本は、アメリカ、カナダ、メキシコ、バチカンとともにオブザーバー資格を有する。事務局機能に優れ、欧州人権条約の他にも多数の条約の作成を主導している。ちなみに、European Council（欧州理事会）は、EUの首脳会議（EUの閣僚理事会とは別のもの）。

＊EU基本条約

EU（欧州連合）の設立文書（基本条約）は、現在は「欧州連合条約」（マーストリヒト条約と呼ばれた）と「欧州連合の機能に関する条約」（EU機能条約、かつてのEC条約）等から成り、改正条約は署名地に因んでアムステルダム条約、ニース条約、リスボン条約のように呼ばれる。

論　　説

登録知財権の存否又は効力に関する訴えの国際裁判管轄について

嶋　　拓哉

1．問題の所在

民訴法３条の５第３項に関する疑問点は２つある。同項は、登録知財権の「存否又は効力に関する訴え」を法定専属管轄事項として規定するが、具体的にどのような訴訟類型を想定すれば良いかが一つ目の問題である。この点に関して、立案担当者は、「具体的には、特許権等の不存在確認の訴えや無効確認の訴え等が考えられ」る[1]としつつも、日本の登録知財権の無効等に関する判断が行政審判における審決および審決取消訴訟に委ねられていることを理由として、民訴法３条の５第３項の適用が実際に問題となるのは、「主として、外国で設定の登録がされて発生した知的財産権の存否又は効力に関する訴えである」と結論付けている[2]。立案担当者および通説的見解は法定専属管轄規定の双方化[3]を支持

[1] 佐藤達文＝小林康彦編著『一問一答・平成23年民事訴訟法等改正・国際裁判管轄法制の整備』（商事法務、2012年）111頁。

[2] 佐藤＝小林編著・前掲注（１）112頁。

[3]「法定専属管轄規定の双方化」を肯定する見解は、民訴法３条の５が法定専属管轄規定として日本の国際裁判管轄を根拠付けるだけではなく、民訴法３条の10に基づき、同法３条の５の連結点が外国に所在する場合には、日本の国際裁判管轄を否定する剥奪的機能を有すると考える。詳細は、嶋拓哉「国際的な法定専属管轄って、これでいいのか？――登録知財権に焦点を当てて考える」国際私法年報24号168 ～ 175頁（2022年）を参照。

するが、法定専属管轄規定の双方化を否定する立場を採れば、民訴法３条の５第３項はもはや直接管轄としての意義を有さず、専ら間接管轄規定として機能するに止まる。そこで、民訴訟３条の５第３項の機能および射程を如何に考えるべきかが問題となる。

次に、登録知財権の「存否又は効力に関する訴え」は、登録知財権侵害に基づく損害賠償請求訴訟および損害賠償債務不存在確認訴訟（両者を併せて「侵害訴訟」ということがある）は含まないとするのが立案担当者の見解[4]であり、通説的見解[5]でもある。もっとも、登録知財権侵害に基づく損害賠償請求訴訟において、侵害者とされる被告から原告の知財権が無効である旨の抗弁が提出された場合や、損害賠償債務不存在確認訴訟において、侵害者とされる原告からその前提問題として被告の知財権が無効である旨の主張があった場合はどうであろうか。これが２つ目の疑問である。欧州連合では既にブリュッセルIbis規則24条４号において所要の改正がなされた論点であるが、わが国でも、損害賠償請求訴訟における被告または損害賠償債務不存在確認訴訟における原告から、侵害があったとされる登録知財権が無効である旨の主張がなされた場合に、この主張を民訴法３条の５第３項の事項的適用範囲に含めるべきか否かを検証する必要があると思われる。

２．民訴法３条の５第３項の直接管轄規定としての意義

（１）立案担当者および通説的見解

立案担当者および通説的見解は、民訴法３条の５第３項が規定する登

---

[4] 佐藤＝小林編著・前掲注（１）113 ～ 114頁。

[5] 高部眞規子編著『最新裁判実務体系10・知的財産権訴訟Ⅰ』（青林書院、2018年）99、103頁［鈴木わかな］、牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務体系Ⅲ』（青林書院、2014年）425頁［井上泰人］、櫻田嘉章『国際私法〔第７版〕』（有斐閣、2020年）365 ～ 366頁、松岡博編『国際関係私法入門〔第４版補訂〕』（有斐閣、2021年）283頁［多田望］、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第９版〕』（有斐閣、2024年）277頁、中西康ほか『LegalQuest 国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2022年）288頁、木棚照一『国際知的財産法入門』（日本評論社、2018年）131 ～ 138頁、嶋拓哉＝高杉直編『国際民事手続法』（勁草書房、2022年）102 ～ 103頁［竹下啓介］。

録知財権の「存否又は効力に関する訴え」とは、「知的財産権の存否又は効力自体が訴訟物として争われる場合」であるとする[6]。そのうえで、既述（前章１.）のとおり、これら見解によれば、具体的には「特許権等の不存在確認の訴えや無効確認の訴え等が考えられ」る[7]としつつも、日本では、登録知財権の存否又は効力に関する判断が行政審判における審決および審決取消訴訟に委ねられている[8]ことを理由として、民訴法３条の５第３項の適用が実際に問題となるのは、「主として、外国で設定の登録がされて発生した知的財産権の存否又は効力に関する訴えである」と結論付ける[9]。この立案担当者の見解は、直接管轄の局面を念頭に置いた場合には、①民訴法３条の５第３項は、日本の国際裁判管轄を積極的に根拠付ける機能を有しないこと、②法定専属管轄規定の双方化を前提とすれば、外国の登録知財権の存否又は効力に関する訴えについては、民訴法３条の10および３条の５第３項に基づいて、日本の国際裁判管轄が否定されるべきことの２つを意味する[10]。他方で、間接管轄の局面を念頭に置けば、日本の登録知財権の存否又は効力に関する外国裁判所の判決は民訴法118条１号要件を満たさないため、その内国効力を承認する余地はないとの結論に至る[11]。

また、立案担当者および通説的見解によれば、民訴法３条の５第３項に規定する「効力」は登録知財権の有効性を意味すると考えられてい

---

[6] 佐藤＝小林編著・前掲注（１）111頁。

[7] 佐藤＝小林編著・前掲注（１）111頁。なお、髙部編著・前掲注（５）98頁［鈴木］も併せて参照。

[8] 日本では登録知財権の存否は拒絶査定不服審判および審決取消訴訟において争われ、効力は無効審判および審決取消訴訟において争われる。

[9] 佐藤＝小林編著・前掲注（１）112頁。なお、髙部編著・前掲注（５）99頁［鈴木］も併せて参照。

[10] 髙部編著・前掲注（５）98頁［鈴木］、牧野ほか編・前掲注（５）424頁［井上］、澤木＝道垣内・前掲注（５）277頁、中西ほか・前掲注（５）165頁、嶋＝高杉編・前掲注（５）97 ～ 98頁［竹下］。

[11] 髙部編著・前掲注（５）98頁［鈴木］、牧野ほか編・前掲注（５）424頁［井上］、道垣内正人「特許権をめぐる国際私法上の問題」特許管理60巻６号888 ～ 889頁（2010年）、嶋＝高杉編・前掲注（５）102頁［竹下］。

る[12]。よって、権利の帰属に関する訴えや権利侵害に基づく損害賠償請求訴訟および損害賠償債務不存在確認訴訟は、権利の存否又は効力に関する訴えに該当しないことを理由に、民訴法３条の５第３項の射程外であるとする[13]。立案担当者および通説的見解は法定専属管轄規定の双方化を肯定するが、そうした双方化を肯定する見解に立ったとしても、外国登録知財権の侵害に基づく損害賠償請求訴訟や損害賠償債務不存在確認訴訟について、民訴法その他の国内法に基づいて日本の国際裁判管轄を肯定することは妨げられない[14]。

（２）ブリュッセル Ibis 規則24条 4 号

ブリュッセルIbis規則24条４号は、「出願又は登録を要する特許、商標、意匠その他これらに類似の権利の登録又は有効性を対象とする手続」を、登録国の法定専属管轄事項とする旨を規定するが、このうち登録知財権の「有効性」とは、権利の有効性（die Gültigkeit）を指す[15]。この「有効性」が具体的に如何なる意味内容を有するものであるのかは、わが国

---

[12] 法制審議会・国際裁判管轄法制部会第４回議事録７頁、同第７回議事録30頁、道垣内・前掲注（11）889頁、松岡編・前掲注（５）283頁［多田］。

[13] 高部編著・前掲注（５）99頁［鈴木］、牧野ほか編・前掲注（５）425頁［井上］、澤木＝道垣内・前掲注（５）277頁、櫻田・前掲注（５）365 ～ 366頁、木棚照一編著『国際私法』（成文堂、2016年）374頁［江泉芳信］、本間靖規ほか『国際民事手続法〔第３版〕』（有斐閣、2024年）60頁［中野俊一郎］、木棚照一『国際知的財産法』（日本評論社、2009年）217 ～ 222頁、木棚照一編『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』（経済産業調査会、2003年）138頁［渡辺惺之］、茶園茂樹「知的財産権関係事件の国際裁判管轄」国際私法年報11号73頁（2010年）、申美穂「知的財産権侵害訴訟に関する国際裁判管轄について（１）」法学論叢155巻２号34頁（2004年）、飯村敏明＝設樂隆一編著『知的財産関係訴訟』（青林書院、2008年）279頁［杉浦政樹］、嶋＝高杉編・前掲注（５）102 ～ 103頁［竹下］。

[14] 高部編著・前掲注（５）99頁［鈴木］、牧野ほか編・前掲注（５）425頁［井上］、道垣内・前掲注（11）889頁、本間ほか・前掲注（13）60頁［中野］。

[15] J. Kropholler/J. von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. (Recht und Wirtschaft, 2011), EuGVO Art. 22 Rdn. 46; T. Rauscher (Hrsg.), EuZPR/EuIPR, Band 1 [Brüssel Ia-VO], 5. Aufl. (Otto Schmidt, 2021), Art. 24 Rdn. 170 [P. Mankowski].

民訴法３条の５第３項の事項的適用範囲を探求するに当たり比較法的指針を提示してくれるものと思われる。

一般には、ブリュッセルIbis規則24条４号に規定する、権利の「有効性」とは、直接的には権利が有効に成立しているか否かという問題（登録知財権の存否や失効の問題）、申請の先後に基づいて優先権を主張できるか否かといった問題を念頭に置いている[16]。中でも事案として最も多いのは、登録知財権が有効でない旨を主張してその取消しを求める事案である[17]。他方で、登録知財権の譲渡・返還請求等に代表される権利の帰属に関する訴え、侵害に基づく損害賠償請求訴訟および損害賠償債務不存在確認訴訟は同号の事項的適用範囲に含まれないとされる[18]。また、

---

[16] 欧州司法裁判所は、この点に関して「特許権の有効性、存在、失効、申請の先後を理由とする優先権が主張できるか否かといった問題」が対象となる旨を判示する（Ferdinand M.J.J. Duijnstee v Lodewijk Goderbauer, ECJ of 15. Nov. 1983, Case 288/82, ECR 3663, 3677）。D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung（Brüssel Ia）（C. H. Beck, 2017）, Art. 24 Rdn. 117 [D. Paulus]; J. Kropholler/J. von Hein, a.a.O.（Fn.15）, EuGVO Art. 22 Rdn. 43-46; C. Heinze/C. Warmuth, Intellectual Property and the Brussels Ibis Regulation, in P. Mankowski（ed.）, Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation（Edward Elgar, 2020）, 147, 152; M. R. Isidro（ed.）, Brussels I bis（Edward Elger, 2022）, para. 24.44 [L. M. Kahl]; V. Lazić/P. Mankowski, The Brussels I-bis Regulation（Edwrd Elger, 2023）, para. 4.075等も、こうした見解を支持する。

[17] Napp Laboratories v. Pfizer Inc. [1993] FSR 150; Chiron Corp v. Evans Medical Ltd and others [1996] FSR 863; Fort Dodge Animal Health Ltd v. Akzo Nobel NV, 29 International Review of Industrial Property and Copyright Law 927（1998）.

[18] A. Dickinson/E. Lein（ed.）, The Brussels I Regulation Recast（Oxford Univ. Pr., 2015）, §8.42 [M. Lehmann]; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, a.a.O.（Fn. 16）, Art. 24 Rdn. 119-121 [D. Paulus]; J. Kropholler/J. von Hein, a.a.O.（Fn.15）, EuGVO Art. 22 Rdn. 48ff; R. Geimer/R. A. Schütze, EuZVR（Europäisches Zivilverfahrensrecht）, 4. Aufl.（C. H. Beck, 2020）, EuGVVO Art. 24 Rdn. 228-229 [R. Geimer]; Münchener Kommentar ZPO, Band 3, 6. Aufl.（C. H. Beck, 2022）, Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 36-38 [P. Gottwald]; P. G. Mayr（Hrsg.）, Handbuch des Europäischen Zivilfahrensrechts（Manz, 2017）, Rdn. 3.597 [A.

特許権の対象範囲に含まれる発明の帰属や発明者の特定を巡る訴訟[19]、特許権出願の有無や出願の有効性を巡る訴訟も同じく、同号の事項的適用範囲には含まれない[20]。

なお、ドイツ等では権利の有効性に関する問題は、登録に関する問題と並んで公法的領域に属するとされ、ブリュッセルIbis規則24条４号の適用が想定され得ないとする見解がある[21]が、この見解によれば、ドイ

Wittwer]; M. Karayanidi, Rethinking Judicial Jurisdiction in Private International Law (Hart, 2020), 194. P. Torremans, Intellectual Property and Private International Law, 3rd ed. (Oxford Univ. Pr., 2024), para. 1.40; C. Heinze/C. Warmuth, supra note (16), 152. なお、1983年11月15日付欧州司法裁判所判決 (Ferdinand M.J.J. Duijnstee v Lodewijk Goderbauer, ECJ of 15. Nov. 1983, supra note (16)) は、従業員と雇用主 (正確には、雇用主の清算人) との間で、従業員が雇用期間中に行った発明にかかる特許権の帰属を巡る訴訟についてのものであったが、同裁判所は、職務発明に伴う特許権の帰属は法定専属管轄規定の事項的適用範囲には含まれない旨の判断を行っている。また、2017年10月５日付欧州司法裁判所判決 (Hanssen Beleggingen BV v. Tanja Prast-Knipping, ECJ of 5 Oct. 2017, Case C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738) は、ドイツ企業がベネルクス知財庁に商標登録を行っていたところ、同企業のオーナーの妻が夫からの相続財産として同一の商標をベネルクス知財庁に登録申請しその登録が認められたことから、当該商標の帰属を巡ってドイツ企業がオーナーの妻を相手取りドイツの裁判所に提起した訴訟である。欧州司法裁判所は、登録知財権がいずれの者に帰属しているかといった問題はブリュッセル Ibis 規則24条４号の法定専属管轄の対象には含まれない旨を判示している。

[19] 発明に対する権利を有しない者が特許権を出願すれば、そのことは特許権の有効性を巡る判断の基礎を構成するものの、発明に対する権利の帰属等を巡る問題は飽く迄も特許権の有効性判断の前提問題に過ぎず、ブリュッセル Ibis 規則24条４項の事項的適用範囲に含まれないと解されている (IRnova AB v FLIR Systems AB, Case C-399/21, ECLI:EU:C:2022:648, para.44-45)。

[20] V. Lazić/P. Mankowski, supra note (16), para. 4.083.

[21] ドイツでは、ブリュッセル Ibis 規則24条４号の適用を巡って見解の対立がある。即ち、知財権の存否および登録にかかる判断は一次的には特許庁の行政手続に委ねられており、司法機関の手続は二次的なものに止まるほか、これら手続はいずれも公法規定に服するとされる。これらのことを踏まえて、知財権の存否および登録の判断はブリュッセル Ibis 規則１条１項が規定する私法的要素を有しておらず、従ってドイツでは、直接管轄の局面において同規則24条

ツ等では間接管轄の局面では兎も角、少なくとも直接管轄の局面において同号は空文化する。

（3）直接管轄の局面における民訴法3条の5第3項

このように見てくると、民訴法3条の5第3項が規定する登録知財権の「存否又は効力に関する訴え」が指し示す内容は、ブリュッセルIbis規則24条4号が規定する事項のうち、登録知財権の「有効性を対象とする手続」の内容とほぼ一致すると考えられる。これら条文がともに定める法定専属管轄事項は、登録知財権の成立の有無および成立した登録知財権の失効に関する問題であるが、少なくとも日本では、これらの問題は非民事の領域に属する手続（行政審判における審決および審決取消訴訟）に委ねられるのが通常である。従って、民訴法3条の5第3項が直接管轄規定として機能する局面は主として、外国登録知財権の存否又は効力に関する訴えが日本の裁判所に提起された場合において日本の国際裁判管轄を否定するかという問題に限定されることになる[22]。私見の如

4号の適用が想定され得ないとする見解が提唱されている（R. Geimer/R. A. Schütze, a.a.O（Fn. 18), EuGVVO Art. 24 Rdn. 233f [R. Geimer]）。この見解によれば、ドイツでは間接管轄の局面は兎も角、少なくとも直接管轄の局面では同号は空文化する。他方で、ブリュッセルIbis規則では私法的手続と公法的手続の区別が未だ厳密に整理されていないことや、こうした区別はコモン・ロー諸国では一般的ではなく欧州連合全体をカバーする同規則上は両者を相対化する必要があること等を理由として、仮令ドイツ法上は知財権の存否および登録の判断が公法領域に属するにしても、ブリュッセルIbis規則24条4号の適用範囲に含めて考えても一向に構わないとする見解も提唱されている（T. Rauscher（Hrsg.）, a.a.O（Fn. 15）, Art. 24 Rdn. 175［P. Mankowski］; J. Kropholler/J. von Hein, a.a.O（Fn. 15), EuGVO Art. 22 Rdn. 47）。このうち後者の見解によれば、知財権の存否および登録を巡る紛争については、公法事項の属地主義的性格および公法の属地的適用を根拠とするのではなく、まさにブリュッセルIbis規則24条4号を根拠として、ドイツの法定専属管轄が肯定されることになる。

[22] もっとも、民訴法3条の5第3項が直接管轄規定として機能する局面が全くないわけでもない。従前の裁判例において、一般論ではあるが、商標権の不存在確認の訴えを認める余地を残したものが存在するからである（名古屋地一宮支判昭和59年3月23日判工所2831の8頁〔イトオテルミン第1審〕。名古屋

く、法定専属管轄規定の双方化を否定する見解に立てば、外国の登録知財権の「存否又は効力に関する訴え」が日本の裁判所に提起された場合であっても、民訴法３条の５第３項は日本の国際裁判管轄を否定する剥奪的機能すらも有しないことから、直接管轄の局面における同項の存在意義は皆無に近くなるだろう[23]。

そのうえで、立案担当者および通説的見解によれば、登録知財権の帰属に関する訴えは、登録知財権の「存否又は効力に関する訴え」（民訴法３条の５第３項）に含まれないとしつつも、登録の移転・抹消請求に関する訴えは、「登録に関する訴え」（民訴法３条の５第２項）として法定専属管轄の対象に含まれることになる[24]。即ちこれらの見解では、日本の登録知財権の譲渡契約の当事者間において、譲渡対象である日本の登録知財権がいずれに帰属するかという問題が生じた場合には、外国裁判所がその日本の登録知財権の帰属問題について裁判管轄権を行使することを容認しておきながらも、その権利帰属を巡る判断を反映させるために登録移転・抹消請求を行う段階では外国裁判所が裁判管轄権を行使

高判昭和61年12月26日判工所2831の16頁〔同第２審〕、最判昭和62年６月４日判工所2831の20頁〔同上告審〕も名古屋地裁の判断を維持。本事案については、田村善之『商標法概説〔第２版〕』（弘文堂、2000年）321頁、427 ～ 428頁を参照）。すなわち、本判決では、商標権の譲渡契約が無効であれば、商標権の移転登録およびこれを前提とする存続期間の更新登録も無効であり、利害関係を有する者はこれら各登録の抹消登録手続を求めるとともに、商標権の不存在確認を求める利益があるとの一般論が展開されている（もっとも、本事案の具体的判断としては請求が棄却されている）。立案担当者は、民訴法３条の５第３項の適用が実際に問題となるのは「主として、外国で設定の登録がされて発生した知的財産権の存否又は効力に関する訴えである」とする（佐藤＝小林編著・前掲注（１）112頁）が、ここで「主として」という文言が付されているのは、恐らくは上記裁判例を念頭に置いてのことではないかと思料される。

[23] なお、執筆者が法定専属管轄規定の双方化を否定する見解を採用すること、およびその根拠については、嶋拓哉「わが国は『外国の登記・登録に関する訴訟』に裁判権を行使してはいけないのか？」北大法学論集71巻５号963頁以下（2021年）を参照。

[24] なお、このことは欧州連合のブリュッセル Ibis 規則24条４号にも同様に妥当する。

することを許容しないことになるのだが、こうした結論を採ることに実際的な意義があるかと問われれば、大いに疑問である。権利帰属を巡る外国裁判所の判決の内国効力を承認するのであれば、日本の裁判所に残された使命は、その外国裁判所の判決内容を忠実に登録に反映させるために必要な判断を行うだけのことであるが、これを法定専属管轄事項とすることに実質的な意義を見出すことは難しいように思われる。知財権を含めた権利一般を巡る私人間の民事紛争において重要なのは、移転・抹消登録請求に関する判断ではなく、権利の帰属という当事者間の実体的法律関係に関する判断の方である[25]。例えば、ブリュッセルIbis規則24条では、内国不動産の物的権利関係については法定専属管轄事項としつつも、移転・抹消登記請求に代表される不動産登記に関する問題は法定専属管轄の対象外とする[26]が、これは内国不動産の権利帰属に関する実体的な判断の方が、それを忠実に反映するだけの登記請求に関する判断よりも国家的利害としての重要度が高いという認識に基づくものである。内国不動産に関わる法的紛争総てを法定専属管轄事項とするのは適当ではないとしつつも、自国国境の完全な一体性を維持するという目的のために（for the sake of maintaining the integrity of state territorial borders）、不動産の権利移転を含めてその実体的な権利帰属を巡る紛争に限り、法定専属管轄事項とするのが適当と判断したのである[27]。繰返しになるが、問題の重要性や物事の順序に鑑みれば、登記・登録の移転・抹消請求を法定専属管轄事項とするのではなく、私人間の権利帰属に関する実体問題を法定専属管轄の対象に含めるのが本筋である。裏を返せば、仮に私人間における権利帰属を巡る実体問題を法定専属管轄事項か

[25] 嶋・前掲注（3）179頁、同「『不動産の権利に関する訴訟』を国際的な法定専属管轄の対象にする必要はないのか？――実効的な領土保全に向けた取組みとして」北大法学論集72巻5号1351 ～ 1353頁（2022年）。

[26] 不動産の物的権利関係の問題は、ブリュッセル Ibis 規則24条1号に基づいて、不動産が所在する構成国の法定専属管轄が認められる。また、登記の有効性の問題はブリュッセル Ibis 規則24条3号に基づいて登記国の法定専属管轄事項とされるものの、その事項的適用範囲には登記の帰属に関する問題は含まれない。

[27] M. Karayanidi, supra note (18), 189.

ら除外するであれば、登録移転・抹消請求を法定専属管轄事項に含めることに然程の意義はないと考えるのが自然であるように思われる。

もっとも、私人間における実体的な法律関係の問題を法定専属管轄の対象に含めるか否かについては、立法論の観点から多様な見解があり得る。欧州連合では内国不動産の物的権利関係の問題を法定専属管轄事項とするが、これについても、立法論的視点から批判的な意見が寄せられることも少なくない[28]。日本では内国不動産の物的権利関係の問題を法定専属管轄の対象外とするが、やはり立法論としてこれに批判的な見解が存在する[29]。そのうえで、知財権の帰属を巡る問題に立ち戻って議論を続ければ、この問題は欧州、日本ともに法定専属管轄の対象から除外しているが、この点について目立った異論・批判は見当たらない。そもそも法定専属管轄の根拠が従前からの歴史的経緯、伝統に拠るところも大きく曖昧であるため、必ずしも理論的な精査が厳密になされているわけでもない。従って、法定専属管轄の事項的適用範囲を如何に画すべきかという問題は多分に感覚的、情緒的な性格を帯びているのも事実である[30]。また、法定専属管轄の事項的適用範囲を検討するに当たっては、それが国家的・主権的利害を反映するものである以上、法政策的な考慮も重要である。日本でも近時、法定専属管轄を自国の国際的強行法規の適用を確保するための手段として位置付けようとする見解が提唱されている[31]。あるいは執筆者のように、法定専属管轄を自国の強行規定、特

---

[28] M. Lehmann/S. Lorenzo, Der Rumpfgerichtsstand für dingliche Klagen nach Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ（Art. 22 Nr. 1 EuGVVO), IPRax 2007, 190, 194f; D. Solomon, Der Immobiliargerichtsstand im Europäischen Zuständigkeitsrecht, im Festschrift für B. von Hoffmann zum 70. Geburtstag（Ernst und Werner Gieseking, 2011), 727, 731; R. Geimer, IZPR, 9. Aufl.（Otto Schmidt, 2024), Rdn. 896; J. Schröder, Internationale Zuständigkeit（Westdeutscher, 1971), 367ff.

[29] 澤木＝道垣内・前掲注（５）266, 274頁、嶋拓哉「外国人による内国不動産の物的権利の取得に関する一考察――国際民事手続法の視点を中心に据えて」JCA ジャーナル70巻４号53頁以下（2023年）等。

[30] 嶋拓哉「欧州連合規則における法定専属管轄に関する一考察」北大法学論集71巻１号42頁（2020年）。

[31] 横溝大「国際専属管轄」名古屋大学法政論集245号130 ～ 132頁（2012年）。

に外人法の適用を確実にするための手段として活用すべきとする見解も成り立ち得る[32]。例えば、水源地、基地周辺、国境線上にある離島等安全保障上重要な地域に所在する内国不動産について私人間の権利移転を制限する政策を採り、特に外国人の内国不動産の取得・所有に対して積極的な規制に乗り出すというのであれば、日本においても、不動産の物的権利関係の問題を法定専属管轄の対象に含めるべき法政策的な要請は高まるはずである[33]。同様に、経済安全保障の観点等に立って、外国人に対する特定の技術移転を防止する等の目的で、自国の登録知財権に関しても私人間における権利移転を制限する方針に転換するのであれば、今後、登録知財権（特に特許権）の権利帰属の問題を法定専属管轄の対象に含める必要が生じる可能性は否定しきれまい[34]。

---

[32] 嶋拓哉「国際私法・国際取引法の視点からみる『経済安全保障』」北大法学論集75巻３＝４号349頁（2024年）、同・前掲注（29）53頁以下。

[33] 日本でも1925年に外国人による内国土地の取得を規制する目的で、外国人土地法が制定されている（なお同法の施行は翌1926年）。もっとも、この法律は具体的な規制対象となる権利や制限内容を直接には定めておらず、戦前は、勅令でこれらの事項を規定していたが、戦後まもなくして勅令が廃止された後は、それに替わる政令が制定されないまま現在に至っている。従って、日本では現在、外国人による土地取得を規制する法律は存在するものの、具体的な規制内容が定められておらず、実効的な規制が望めない状態が続いている（この点については、嶋拓哉「道内のインバウンドを巡る法的問題について（下）」開発こうほう2019年８月号26頁以下、同・前掲注（29）56 ～ 57頁を参照）。この外国人土地法は外人法としての性格を有するものであると考えられるが、こうした法律の確実な適用を通じて外国人による日本の不動産取得を実効的に規制するためには、内国不動産の物的権利関係の問題を法定専属管轄の対象に含めることが必要であろう。特に、竹島や対馬を巡る韓国の動向、尖閣諸島、沖縄諸島、東シナ海を巡る中華人民共和国の動向等を念頭に置けば、日本固有の領土の一体性を断固として守るためにも、内国不動産の物的権利関係の問題について、実体法、手続法両面における法整備を積極的に進めることが切望される。

[34] 他方で、外国人に対する特定の技術移転の問題については、特許権といった権利を単位とする規制ではなく、技術を単位とする規制が有効であると考えられ、実際にそれに沿った対応が採られている（例えば、北朝鮮に対する禁輸措置や旧対共産圏輸出統制委員会による共産主義国家への技術移転の制限を想起すれば、このことがよく理解できるであろう）。この問題は単に、国家安全

（4）民訴法3条の5第3項と侵害訴訟

（イ）日本

立案担当者および通説的見解によれば、民訴法3条の5第3項に侵害訴訟が含まれないことは既述（2.（1））のとおりである。裁判実務も、外国特許権に対する侵害訴訟について日本の国際裁判管轄を肯定する[35]。こうした結論は、欧州連合のブリュッセルIbis規則も同様である[36]。

もっとも、裁判実務において、外国特許権侵害に基づく請求を認容する判決を下した事案は存在しない。日本の裁判所がこうした訴訟について国際裁判管轄を肯定したところで、仮に本案審理において外国特許権侵害に基づく請求を認容する余地が皆無であるとすれば、結局のところ、日本の国際裁判管轄を否定するのと事実上同じことである。まずは最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁（「カードリーダ事件最高裁判決」という）に沿ってこの点を確認してみたい。原告X（日本法人）が米国特許権を有していたが、被告Y（日本法人）がその発明の技術的範囲に属するY製品を日本で製造しこれを米国に輸出したことから、Yに対して、日本におけるYによる製造・輸出行為が米国特許法上特許権侵害の積極的誘導行為に当たるとして、これら行為の差止請求、Y製品の廃棄

保障上の問題に止まらず、産業スパイによる技術不正取得の問題にも大いに関係する。外国への技術流出を実効的に規制するためには如何なる規制枠組みが有効であるかを検討する過程で、技術類型を単位とする実体法規制の枠組みではなく知財権という権利を単位とする実体法規制の枠組みに転換すべきか否か、および知財権の帰属に関する問題を法定専属管轄事項として位置付けるか否かといった問題が併せて議論の俎上に上る可能性もあるだろう。

[35] 最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁、東京地判平成15年10月16日判時1874号23頁。

[36] 但し、ブリュッセルIbis規則24条4号第1文では、外国登録知財権の侵害に基づく損害賠償請求訴訟において被告が原告の外国知財権の無効抗弁を行った場合、あるいは侵害債務不存在確認訴訟において原告が被告の外国知財権の無効を主張した場合には、その被告による無効抗弁又は原告による無効主張に限り法定専属管轄の対象とすることが明文で規定されている。従って、この場合であっても、侵害訴訟および侵害債務不存在確認訴訟自体が登録国の法定専属管轄の対象となるわけではないと考えられている。この点については、次章（3.）において詳述する。

請求および損害賠償請求を行ったのが、本件事案である。最高裁は日本の国際裁判管轄を肯定したうえで、本案審理の結果、差止請求、廃棄請求および損害賠償請求のいずれも棄却した。最高裁による判断の骨子は概ね、以下のとおりである。

① 差止請求および廃棄請求については、特許権の効力の問題と性質決定し、条理に基づいて準拠法が米国法であるとした。そのうえで、米国外におけるYによる特許権侵害の積極的誘導行為に米国特許法を適用し違法と認定することが、属地主義原則を採る日本の特許法秩序の基本理念とは相容れないとし、法例33条（法の適用に関する通則法［「通則法」という］42条に相当）に基づき米国特許法の適用を排除した。

② 損害賠償請求については、不法行為の問題と性質決定し、法例11条１項（通則法17条に相当）に基づき準拠法が米国法であるとした。そのうえで、米国特許法によれば、米国外におけるYによる特許権侵害の積極的誘導行為は損害賠償責任を発生させる可能性があるにしても、属地主義原則を採る日本の特許法秩序に照らせば、不法行為に該当するものではない。従って、法例11条２項（通則法22条１項に相当）に基づいて、日本法を適用した結果、Yの行為について不法行為の成立を否定した。

上記①および②より明白であるが、いずれの請求も棄却した最高裁の判断は、準拠法である米国法によれば自国外でのYによる積極的誘導行為は違法と評価し得るが、そのことは属地主義原則を採る日本の特許法と相容れない、あるいは日本の特許法に照らせばYによる行為の違法性を認定し得ない、という論理に支えられたものである。逆に言えば、仮に問題となった事案がYの侵害行為が米国内で完結してなされ、XがYの当該行為を問題視し一連の請求を行うものであったとすれば、最高裁のこの論理に従う限りは、請求を棄却すべき理由はもはや存在せず、米国特許法に基づいて請求が認容される可能性があったと考えられる。つまり、外国特許権の侵害事案であったとしても、事実関係がこうした様相を呈する場合には、単に日本の国際裁判管轄を肯定するに止まらず、本案において外国法に基づく請求を認容する余地が実際に存在するということである[37]。

このことは、東京地判平成15年10月16日判時1874号23頁（「サンゴ砂事件判決」という）でも裏付けられる。この事案では、原告X（日本法人）はX商品を製造し米国に輸出していたが、これが被告Y（日本法人）の有する米国特許権の技術的範囲に属さず、またはYの米国特許権が無効である旨を主張して、米国内でX商品を販売することがYの米国特許権を侵害しないとして、Yが米国特許権に基づく差止請求権を有しないことの確認等を求める訴訟を提起した。本事案は外国特許権侵害に基づく損害賠償債務不存在確認訴訟（消極的確認訴訟）の類型に属するが、東京地裁は、日本の国際裁判管轄を肯定したうえで、差止請求を特許権の効力の問題と性質決定し、条理に基づいて準拠法が米国法であるとした。続けて同地裁は米国特許法の要件充足をきめ細かくチェックし、Yが差止請求権を有しないことを確認したが、具体的な事実関係次第では、米国特許法に基づいてYが差止請求権を有するとの認定を行う余地も十分にあったと理解すべきである。

（ロ）比較法的視点

しかしながら、海外に眼を転じると、知財権の存否又は有効性に関する訴訟はもちろんのこと、侵害訴訟についてまで法定専属管轄の規律対象に含める見解が存在する。このことは、比較法的に見ると、侵害訴訟

[37] 英国では従前より、外国での侵害行為に関する事物管轄の制約（the jurisdictional limitations in relation to infringements abroad）というルールが存在することから、外国で行われた外国知財権の侵害行為を巡る訴訟について自国の国際裁判管轄を肯定し得ないと考えられてきた（P. Torremans, supra note（18）, para. 6.111, 7.228）。またP. Torremansは、近時では外国での侵害行為に関する事物管轄の制約が放棄される傾向が見受けられることを踏まえて、外国知財権の侵害訴訟について英国の国際裁判管轄が肯定されるにしても、侵害訴訟の中で当該知財権の存否又は有効性に関する抗弁が提出された場合には、別途フォーラム・ノン・コンヴィニエンス（forum non convenies）を根拠として、最終的には英国裁判所が自国の国際裁判管轄を否定するのが適切であるとの見解を表明している（P. Torremans, supra note（18）, para. 6.111, 7.229）。もっとも日本には、英国と異なり上記のような管轄権に関する制約ルールは存在しておらず、カードリーダ事件最高裁判決等においても外国知財権の侵害訴訟に対する日本の国際裁判管轄が否定されていないことは、本文記載のとおりである。

を法定専属管轄の対象に含まないとする立場が必ずしも世界規模でコンセンサスを得られていない証左でもある。即ち、コモン・ロー諸国では従前より、外国の知財権およびその侵害行為に関して事物管轄を否定するという原則[38]が存在するとして、登録知財権か非登録知財権かの別を問わず、外国知財権の存否又は有効性に関する訴訟のみならず、外国知財権の侵害訴訟についても国際裁判管轄を否定すべきとの見解が総じて優勢であったように思われる[39]。

まず手始めに、外国知財権の存否又は有効性に関する訴訟の取扱いをみると、登録知財権（特許権）に関するオーストラリアの裁判例[40]、非登録知財権（著作権）に関する英国裁判例[41]が著名である。いずれの裁判例も同様の論理に立脚しているが、このうち後者を採り上げると、米国でシャーロック・ホームズ作品の販売を計画していた英国法人が米国で同作品の著作権者とされていた被告を相手取り、英国裁判所に、米国において被告の当該著作権が有効に成立していないことの確認等を求めて訴訟を提起した[42]。英国裁判所はこの事案において、外国不動産に関する権利と同様に、知財権は各国の主権の行使によって創設される権利であり、かつその効力は属地的に権利付与国に限定されること等を根拠に掲げて、外国知財権の存否又は有効性に関する問題について自国の国際裁判管轄を否定した。このように、英米法系諸国では、知財権の存否又は有効性を巡る問題は本質的にその知財権の付与国と強く結びついて

---

[38] 知財権を巡るコモン・ロー上の事物管轄原則（subject-matter jurisdiction principles）について詳細な説明を行うものとして、T. Kono（ed.）, Intellectual Property and Private International Law（Hart, 2012）, 35-37 [T. Kono and P. Jurčys]。

[39] T. Kono（ed.）, supra note（38）, 1079 [C. Wadlow].

[40] Potter v. Broken Hill Pty Co. Ltd. [1906] 3 CLR 479.

[41] Tyburn Productions Ltd. V. Conan Doyle [1990] 1 All ER. 909.

[42] シャーロック・ホームズ作品は訴訟提起時に既に、英国ではパブリック・ドメインの状態になっていたが、米国ではいまだそうした状態にはなっていなかった。もっとも、原告は米国では本文に言うような確認判決が得られないと考えて、敢えて英国での訴訟を選択したとされる（P. Goldstein/P. B. Hugenholtz, International Copyright, 4th ed.（Oxford Univ. Pr., 2019）, 106）。

いると考えられており、仮に被告が自国の対人管轄権に服する場合であったとしても、外国知財権の存否又は有効性が争点であるときには、自国の国際裁判管轄を否定すべきとの立場を採っている[43]。

次に、外国知財権の侵害訴訟の取扱いをみると、英国では従前より事物管轄の制約（subject-matter jurisdictional limitation）から、訴訟の中でその前提として外国知財権の存否又は有効性が争われるか否かに拘らず、こうした侵害訴訟について自国の国際裁判管轄を否定してきた[44]。英国の裁判所では古くから、外国不動産の権利侵害事案に管轄権を有しないとする準則（モザンビーク・ルール）が受け入れられてきた[45]が、不動産と知財権の類似性を根拠としてこの準則が知財権にも妥当すると考えられてきたのである[46]。もっとも、近時ではこうした様相に変化が見受けられる。即ち、英国最高裁が米国でなされた米国著作権（非登録知財権）の侵害行為を巡る訴訟において英国の国際裁判管轄を肯定する判決を下した[47]ほか、外国登録知財権の侵害訴訟についても、かかる事

---

[43] A. Arzandeh, Forum (Non) Coveniens in England: Past, Present, and Future (Hart, 2018), 15-16.

[44] P. Torremans, supra note (18), Para. 6.111, 7.228.

[45] British South Africa Co. v. Companhia de Moçambique [1893] AC 602 (HI).

[46] J. J. Fawcett/P. Torremans, Intellectual Property and Private International Law, 2nd ed. (Oxford Univ. Pr., 2011), para. 6.145; 種村祐介「知的財産権侵害の国際裁判管轄権に関する連合王国最高裁 Lucasfilm 事件判決――審理可能性の判断を中心に」早稲田法学65巻３号103頁（2020年）。

[47] Lucasfilm Ltd. and others v. Ainsworth and another [2011] UKSC 39において、英国最高裁は米国著作権の侵害訴訟を巡って、被告が英国在住であることを理由として自国の国際裁判管轄を肯定したが、そこに至るまでには紆余曲折があった。第一審判決（Lucasfilm Ltd. and others v. Ainsworth and another [2008] All ER(D) 07 (Aug)）では、外国著作権の侵害訴訟と外国著作権の有効性に関する訴訟を比較した場合、前者の方が英国の国際裁判管轄を肯定する余地が大きいとの認識を示し、米国著作権の侵害訴訟について英国の国際裁判管轄を肯定した。そのうえで第一審判決では、英国が外国の登録知財権の有効性に関する訴訟について国際裁判管轄を有し得ないとする一方で、外国の非登録知財権の有効性については裁判管轄権を行使し得る余地があるとの見解を示していた。要するに第一審判決では、英国裁判所が裁判管轄権を行使し得る余地

物管轄の制約はもはや及ばないとして自国の裁判管轄権を行使すべきとする見解が次第に有力に提唱されるようになっている[48]。従って、現在

が大きい順に、①外国非登録知財権の侵害訴訟、②外国登録知財権の侵害訴訟、③外国非登録知財権の有効性に関する訴訟、④外国登録知財権の有効性に関する訴訟、と考えたわけである。しかしながら、控訴審判決（Lucasfilm Ltd. and others v. Ainsworth and another [2009] EWCA Civ 1328）では、一転して第一審判決の判断を覆し、仮令侵害者が英国国内に住所を有する場合であっても、外国の権利に関しては事物管轄（subject-matter jurisdiction）が及ばないというコモンロー上の制約が存在していることから、外国著作権の侵害請求訴訟について管轄権を行使することは認められないとの判断を下した。英国では、英国裁判所は外国不動産の権利侵害事案に管轄権を有しないとするモザンビーク・ルールが古くより再三にわたり示されてきたが、控訴審判決は、こうした考え方をそのまま外国知財権にも当てはめたものと理解されてきた（T. Kono (ed.), supra note (38), 1078 [C. Wadlow]）。J. J. Fawcett/P. Torremans, supra note (46), para. 5.247, 7.224 and 7.242は、この控訴審判決に批判的な立場を採りつつも、英国における当時の客観的な議論状況について、「知財権が欧州域外で生じたものであれば、英国裁判所は外国の権利に関する事物管轄の制約に基づいて、権利の有効性に関する訴えのみならず侵害行為に関する訴えについても審理を拒否することになるだろう」とする見方を示していたところである。なお本文に記載したとおり、英国最高裁は控訴審判決を覆し、英国内に被告に対する対人管轄権（personal jurisdiction）の基礎が存在することを理由として、本件訴えについて同国の国際裁判管轄を肯定したが、その詳細な分析は、種村・前掲注（46）95頁以下に譲る。

[48] 近時の学説の状況をみると、登録か非登録であるかの相違に関係なく外国知財権の侵害訴訟に英国の国際裁判管轄権が及ぶとする見解が有力に主張されている（Cheshire, North & Fawcett, Private International Law, 15th ed. (Oxford Univ. Pr., 2017), 496; Dicey, Morris & Collins, The Conflict of Laws, 16th ed. (Sweet & Maxwell, 2022), para. 26-034）。また、事物管轄の制約が外国登録知財権（特許権）の侵害事案に及ばないとした下級審裁判例も出現している（Chugai Pharmaceutical v, UCB [2017] EWHC 1216 (Pat); Actavis UK Ltd. v. Eli Lilly & Co. [2017] UKSC 48）。もっとも、外国登録知財権の侵害訴訟には事物管轄の制約が及ぶとする見解も依然として根強く残っており、議論の帰趨は定まっておらず状況は流動的である（P. Torremans, supra note (18), para. 6.111; P. Goldstein/M. Trimble, International Intellectual Property Law, 6th ed. (Foundation Pr., 2024), 30-31）。

の英国では、外国知財権の存否又は有効性を争う訴訟については、登録知財権、非登録知財権の別を問わず、事物管轄の制約がコモン・ロー上のルールとして存続していると評価できる[49]ものの、外国登録知財権の侵害訴訟にも事物管轄の制約が及ぶと考えられているかと問われると、この点は微妙である[50]。

むしろ、非登録知財権か登録知財権かの相違により侵害訴訟を巡る国際裁判管轄の判断を異にする立場を堅持していると思われるのは、英国と同じくコモン・ローを継受する米国である。米国では、著作権者である英国企業がNY州所在企業にライセンスを付与したものの、そのNY州所在企業が南米６カ国で著作権侵害を行ったことから米国の連邦地裁で著作権侵害訴訟を提起した事案において米国の国際裁判管轄を肯定する[51]一方で、カナダ商標権の侵害訴訟の事案では米国の国際裁判管轄を否定した[52]。このうち、前者の判決では、登録知財権と非登録知財権の間で侵害訴訟を巡る管轄判断が異なることに関連して、著作権は外部への表出によって成立するものであり、そこでは国家行為が要求されていない点を明示的に指摘したうえで、「本件訴訟ではNY州所在企業によってその侵害がなされたか否かを判断するだけであって、侵害対象とされる著作権の存在および有効性を問うものではない」とか、「外国裁判所

---

[49] A. Briggs, Private International Law in English Courts (Oxford Univ. Pr., 2014), para. 4.06; P. Torremans, Litigating Cross-border Intellectual Property Disputes in the EU Private International Law Framework, in P. Beaumont/M. Danov/K. Trimmings/B. Yüksel (ed.), Cross-border Litigation in Europe (Hart Publishing, 2017), 639, 665.

[50] 現在の英国の議論状況が不透明さを増しており、外国登録知財権の侵害訴訟に事物管轄の制約が及ぶか否かが判然としない状況にあることを指摘するものとして、種村・前掲注(46) 113～115頁がある。なお、種村祐介先生が著された『国際不法行為法の研究』(成文堂、2017年) 283～339頁では、モザンビーク・ルールの解説、外国知財権侵害訴訟の国際裁判管轄とモザンビーク・ルールとの関係性等が詳細に説明されている。本稿の執筆にあたっても同書籍の記述内容を大いに参考にさせて頂いた。

[51] London Film Productions Ltd. v. Intercontinental Communications, Inc., 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984).

[52] Vanity Fair Mills, Inc. v. T. Eaton Co., 234 F.2d 633 (2nd Cir., 1956).

は本裁判所による未熟な決定を受け入れることを強いられることもないし、本裁判所がその他の国の判決との間で不体裁な摩擦を生み出すこともない」といった論旨を展開している。こうした論旨を踏まえると、少なくとも米国では現在においても、外国知財権の侵害訴訟の国際裁判管轄を判断するに当たって、国家行為である登録の有無を重要な考慮要素として位置付けているように思われる。

3．侵害訴訟における知財権無効の抗弁の取扱い

（1）立案担当者および通説的見解

日本の裁判所に外国登録知財権の侵害訴訟が提起された場合に、被告から原告の当該知財権が無効である旨の抗弁が提出されることがあるが、こうした抗弁と民訴法３条の５第３項の関係が問題とされる。立案担当者および通説的見解は法定専属管轄規定の双方化を肯定する立場であることから、こうした外国登録知財権が無効である旨の抗弁を日本の裁判所に提出できないのではないかという疑問が一応は湧いてくるのである[53]。もっとも、立案担当者は「（民訴法）第３条の５第３項は、設定の登録により発生する知的財産権の存否又は効力に関する訴えの管轄権について、その登録が日本でされたものである場合には、日本の裁判所に専属すると定めるものであり、外国特許権等の侵害に係る訴えにおいて、その特許が無効であるとの主張をすることができるかどうかに影響を及ぼすものではない」[54]（括弧内は執筆者による）として、外国登録知財権の侵害訴訟において日本の裁判所に権利無効の抗弁を提出することは妨げられないとする。この点、民訴法３条の５第３項は法定専属管轄の対象を知的財産権の存否又は効力に関する「訴え」に限定しているの

[53] なお、侵害債務不存在確認訴訟において、原告が被告の外国登録知財権が無効である旨を主張する場合にも同様の問題が生じる。これ以降の本文では主として、記述内容が煩雑になるのを避けるために、侵害に基づく損害賠償請求訴訟において、被告から原告の外国登録知財権が無効である旨の抗弁が提出された場合を念頭に置いて検討を進める。

[54] 佐藤＝小林編著・前掲注（１）115頁。

であって、「抗弁」をその対象に含めるものではないと考えているようである[55]。理由はさておき、通説的見解も結論において立案担当者と同じ立場を採っている[56]。

（2）欧州における議論

ブリュッセルIbis規則24条４号では、「出願又は登録を要する特許、商標、意匠その他これらに類似の権利の登録又は有効性を対象とする手続」については、「それが訴訟により提起されたものか、抗弁として提起されたものかを問わず、当該出願又は登録が申請され若しくは行われ、又は欧州連合の制定法等の法律文書若しくは国際条約の規定に基づき行われたものと見做される構成国の裁判所」（下線は執筆者による）に法定専属管轄を認めている。すなわち、他の構成国の登録知財権の侵害を理由とする損害賠償請求訴訟において、被告から原告の知財権が無効である旨の抗弁が提出された場合には、その抗弁の限りにおいて、知財権の登録国である当該他の構成国が法定専属管轄を有するとされる。従前の法定専属管轄規定であるブリュッセルI規則22条４号にはかかる内容は盛り込まれておらず、2012年のブリュッセルIbis規則の制定に当たって、ブリュッセルI規則22条４号に上記の下線部を付加する形で新設さ

[55] 牧野ほか編・前掲注（５）424頁［井上］。

[56] 高部編著・前掲注（５）99頁［鈴木］、牧野ほか編・前掲注（５）424頁［井上］、松岡編・前掲注（５）283 ～ 284頁［多田］、嶋＝高杉編・前掲注（５）103頁［竹下］、茶園茂樹「外国特許権侵害事件の国際裁判管轄」日本工業所有権法学会年報21号75-76頁（1997年）、申美穂「知的財産権侵害訴訟に関する国際裁判管轄について（２・完）」法学論叢155巻５号71-73頁（2004年）等。なお、道垣内正人先生は、外国登録知財権の侵害訴訟において知財権が無効である旨の抗弁等を提出することは基本的に可能であるとしたうえで、日本の裁判所が当該抗弁等をどのように取扱うべきかという点については、立案担当者および通説的見解と異なる考えを提示する。道垣内先生によれば、こうした場合に、日本の裁判所は外国登録知財権が無効であるとは判示せずに、特許法104条の３の趣旨を踏まえて、外国登録知財権が外国当局により無効とされるべきものと認められるときは、知財権者は相手方に対してその権利を行使できないとする判断に止めるべきであり、かつそれで十分であるとする（澤木＝道垣内・前掲注（５）277 ～ 278頁、道垣内・前掲注（11）889 ～ 890頁）。

れたものである[57]。この現行規定は、Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG事件（以下「GAT v. LuK事件」という）[58]における欧州司法裁判所の判断を忠実に反映させたものである。しかしながら、学説では従前より、特許権の有効性そのものが訴えにより争われる場合に限って法定専属管轄の対象とすると考える見解が多数説を形成していた[59]ことから、GAT v. LuK事件における欧州司法裁判所の判断およびブリュッセルIbis規則24条4号の新設には総じて批判的である[60] [61]。

---

[57] 嶋・前掲注（30）3～4頁。

[58] Case C-4/03 [2006] ECR I-6523. なお、GAT v. Luk事件の判断を追認した欧州司法裁判所の判決として、Roche Nederland BV & Others v. Frederick Primus, Milton Goldenberg (Case C-539/03 [2006] ECR I-6535) がある。これら事件の概要については、嶋・前掲注（30）30～32頁（2020年）を参照。

[59] P. Torremans, supra note (18), para. 7.30ff.; J. Kropholler/J. von Hein, a.a.O. (Fn. 15), EuGVO Art.22 Rdn. 50; R. Geimer/R. A. Schütze, a.a.O. (Fn. 18), EuGVVO Art. 24 Rdn. 19 [R. Geimer].

[60] European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIPS Principles and Commentary (Oxford Univ. Pr., 2013), Article 2:401. N06f. [P. Torremans]; U. Magnus/P. Mankowski (ed.), European Commentaries on Private International Law, Vol. 1 [Brussels Ibis Regulation] (Dr. Otto Schmidt, 2016), Art. 24. para. 67 [Luís de Lima Pinherio]; T. Hartley, Civil Jurisdiction and Judgments in Europe (Oxford Univ. Pr., 2017), §12.38; M. Lehmann, Exclusive Jurisdiction under Art. 22(2) of the Brussels I Regulation: The ECJ Decision Berliner Verkehrsbetriebe v. JPMorgan Chase Bank (C-144/10), 13 Yearbook of Private International Law 507, 517 (2011); H. Schack, Die Entwicklung des europäischen Internationalen Zivilverfahrensrechts- akutuelle Bestandsaufnahme und Kritik, in R. Stürner et. al. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag (Mohr Siebeck, 2009), 317, 331; J. Bukow, Die Entscheidung GAT/LuK und ihre Konsequenzen – Vom Ende der Cross-Border Injunctions, in M. Grosch/E. Ullmann (Hrsg.), Festschrift für Tilman Schilling: zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007 (Heymanns, 2007), 59, 71; C. Heinze/C. Warmuth, supra note (16), 153f; J. Adolphsen, Renationalisierung von Patentstreitigkeiten in Europa, IPRax 2007, 15ff; E. Gottschalk, EuGH,

もっとも、外国登録知財権の侵害訴訟における知財権無効の主張を如何に取扱うべきかという問題に関して、比較法的視点を導入するのであれば、ブリュッセルIbis規則24条４号を比較対象とするのは適切ではない。ブリュッセルIbis規則は飽くまでも構成国間の国際裁判管轄の配分を目的としたものである。同規則24条４号も他の構成国の登録知財権の有効性が問題となる事案を念頭に置いた規定であり、非構成国の登録知財権の有効性が問題となる事案に同号は適用されない[62]。また支配的見解によれば、非構成国に対する同号の反射的効果も否定的に解されている[63]。従って、構成国の裁判所において非構成国の登録知財権の存否又は有効性が争われる場合であって、被告の住所がその構成国に所在するときには、ブリュッセルIbis規則４条１項に基づいてその構成国の国際裁判管轄が肯定される[64]。また被告の住所が法廷地である構成国に所在

13.7.2006-Rs. C-4/03 GAT/LuK. Zur ausschließlichen Zuständigkeit nationaler Gerichte bei Patentverletzungsverfahren, JZ 2007, 299ff; C. Heinze/E. Roffael, Internationale Zuständigkeit für Entscheidungen über die Gültigkeit ausländischer Immaterialgüterrechte, GRUR Int 2006, 787ff.

[61] GAT v. Luk 事件の判決およびブリュッセル Ibis 規則24条４号に対しては特に、これらが侵害者とされる者に侵害訴訟の遅延を図る機会を与えるという点に批判が集中している。ブリュッセル Ibis 規則24条４号では、登録国で知財権の存否又は有効性に関する判断がなされるまでの間、侵害訴訟をどのように取扱うべきかについて何ら方針が示されていないばかりか、知財権の存否又は有効性の確認のための登録国の手続にタイムリミットが設けられず、また登録国に対して常識的な期間内にそうした手続を開始することを促すための条項も設けられていないといった批判が寄せられている（V. Lazić/P. Mankowski, supra note（16）, para. 4.078）。

[62] T. Rauscher（Hrsg.）, a.a.O（Fn. 15）, Art. 24 Rdn. 9-11 [P. Mankowski]; J. Kropholler/J. von Hein, a.a.O（Fn. 15）, EuGVO Art. 22 Rdn. 7; R. Geimer/R. A. Schütze, a.a.O（Fn. 18）, EuGVVO Art. 24 Rdn. 12 [R. Geimer]; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, a.a.O（Fn. 16）, Art. 24 Rdn. 10 [D. Paulus].

[63] 嶋・前掲注（30）19 ～ 27頁。

[64] Münchener Kommentar ZPO, a.a.O（Fn. 18）, Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 5 [P. Gottwald]; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, a.a.O（Fn. 16）, Art. 24 Rdn. 10 [D. Paulus]; R. Geimer/R. A. Schütze, a.a.O（Fn. 18）, EuGVVO Art. 24 Rdn 12 [R. Geimer]; T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 5 Aufl.（C. F. Müller, 2017）,

しないときには、ブリュッセルIbis規則６条１項に基づいて、その構成国の国内法（国際民事訴訟法）に則り管轄の有無に関する判断が下されることになる[65]。もっとも、非構成国の登録知財権の有効性を問う訴訟に関して、自国の国際裁判管轄を如何に考えるべきかという問題については、構成国毎に見解は分かれるし、また同一構成国内であっても必ずしも見解が統一されているとは限らない[66]。

従来、欧州では、知財権の属地主義原則の影響により知財権の存否又は有効性に関する問題を取扱うことができるのは当該知財権の付与国に限られるとする考え方が有力に提唱されていた。例えば、E. Riezlerは、知財権が「属地主義による制約の訴訟手続上の反射的効果（prozessualen Reflexwirkung der Beschränkung der territorialen Reichweite）」[67]を有することを根拠として、外国特許権の存否等に関する問題について国際裁判管轄を否定する見解を提唱した[68]が、理由は兎も角、知財権の存否又は有効性を付与国のみが判断し得るとする考えは、当時の欧州で広く共有されていたものであった。しかしながら現在においては、こうした考えが必ずしも共通の理解として位置付けられているわけではない。外国知財権（特に登録知財権）の侵害訴訟において知財権の存否又は有効性に関する主張がなされた場合において、その主張を如何に取扱うべきかという問題を巡っては、見解が一つに収斂しているわけではない。むしろ、細部に亘り異なる見解が提唱され、百家争鳴の様相を呈していると言えるだろう。

第一に、GAT v. LuK事件における欧州司法裁判所の判断（およびブ

Rdn. 1904.

[65] Münchener Kommentar ZPO, a.a.O（Fn. 18）, Brüssel Ia-VO Art. 24 Rdn. 5 [P. Gottwald]; U. Magnus/P. Mankowski（ed.）, supra note（60）, Art. 24 para. 9 [Luís de Lima Pinheiro]; D. Paulus/E. Peiffer/M. Peiffer, a.a.O（Fn. 16）, Art. 24 Rdn. 10 [D. Paulus].

[66] T. Kono（ed.）, supra note（38）, 42 [T. Kono and P. Jurčys].

[67] E. Riezler, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht（Gruyter, 1949）, 231.

[68] E. Riezler, a.a.O（Fn. 67）, 233. 同様の見解を採るものとして、W. Kisch, Handbuch des deutschen Patentrecht（J. Bensheimer, 1923）, 177f.

リュッセルIbis規則24条４号の新設）以前におけるドイツの通説的見解が代表的であるが、外国知財権の存否又は有効性に関する問題が既判力の対象範囲に含まれる場合に限り、これら問題に関する判断を下し得ないとする見解がある（第一の見解）[69]。抗弁等の形で外国知財権の存否又は有効性が争われる限りは既判力の対象範囲に含まれないことから、この見解によれば、外国知財権の侵害訴訟において当該知財権の不存在又は無効が主張されるとしても、自国の裁判管轄権の行使を否定する謂れはないとの結論に至るはずである。もっとも、こうしたドイツの通説的見解にあっても、自国の裁判管轄権の行使が制限されるのは既判力が対世的な効力を有する場合に限る[70]のか、対人的な効力に止まる場合も含む[71]のかを巡って見解の対立がある。

第二に、ブリュッセルIbis規則24条４号と同じく、訴訟における位置付けを問わず、外国知財権の存否又は有効性に関する審査を行うことを一切認めるべきではないとする見解が提唱されている（第二の見解）[72]。

---

[69] C. Heinze/E. Roffael, a.a.O. (Fn. 60), 790; J. Kropholler/J. von Hein, a.a.O (Fn. 15), EuGVO Art. 22 Rdn. 50; R. Geimer/R. A. Schütze, a.a.O (Fn. 18), EuGVVO Art. 24 Rdn. 19, 231, 237-238 [R. Geimer].

[70] LG Düsseldorf von 31.5.2001, GRUR Int. 2001, 983, 983; D. Stauder, Die Anwendung des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens auf Klagen im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Zweiter Teil, GRUR Int. 1976, 510, 513f; K. Grabinski, Zur Bedeutung des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (Brüsseler Übereinkommens) und des Lugano-Übereinkommens in Rechtsstreitigkeiten über Patentverletzungen, GRUR Int. 2001,199, 209.

[71] S. Kubis, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen (Ernst und Werner Gieseking, 1999), 225f; A. Keukenschrijver, Patentnichtigkeitsverfahren, 2. Aufl. (Carl Heymanns, 2005), Rdn. 399; U. Krieger, Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte in Deutschland und die TRIPS-Standards, GRUR Int. 1997, 421, 421.

[72] GAT v. LuK 事件における法務官 L. A Geelhoed の意見書は、こうした見解の代表格である（Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 16 September 2004, Case C-4/03, para 41f, 48.）。Fort Dodge Animal Health Ltd. v. Akzo Nobel NV, supra note (17), 931f.; Coin Controls Ltd. v. Suzo International

この見解によれば、外国知財権の存否又は有効性を対象とする訴訟は勿論のこと、侵害訴訟の中で先決問題として外国知財権の存否又は有効性が争われる場合であっても、国際裁判管轄の行使は認められないとの結論に至る。但し、こうした見解とても、外国知財権の侵害訴訟において当該知財権の存否又は有効性に関する主張がなされた場合の対応を巡って、侵害訴訟そのものを却下すべきとする立場[73]と、当該知財権の付与国において存否又は有効性に関する判断が示されるまでの間、侵害訴訟の審理を停止すべきとする立場[74]に分かれて対立している。

第三に、侵害訴訟の中で外国知財権の不存在又は無効が主張される場合に止まらず、外国知財権の存否又は有効性そのものを争う訴訟についても、自国の国際裁判管轄の行使を妨げないとする見解も提唱されている（第三の見解）。こうした見解は、前述のE. Riezlerとは異なり、知財権の存否又は有効性に関する訴えが法廷地である自国の法体系において法定専属管轄事項とされている場合であっても、外国知財権にその反射的効果を認める必要はないとする認識に立つものである。例えば、H. Schackは、「内国裁判所により、外国知財権が不存在である旨が確認されたからと言って、その効果は内国および当該判決を承認した国の領域内に止まる。当該知財権の付与国がこの内国判決に従うか否かはまさにその国の判断に委ねられており、内国判決における外国知財権不存在の確認がその付与国の主権を侵害するわけではない」[75]とし、付与国の主権に対する配慮は必要でもないし、有意義なものでもないと一蹴する。

（UK）Ltd. [1997] FSR 660, 676; Sepracor v. Hoechst [1999] FSR 746, 753.

[73] Fort Dodge Animal Health Ltd. v. Akzo Nobel NV, supra note（17）, 931f.; Coin Controls Ltd. v. Suzo International（UK）Ltd., supra note（72）, 676; Rechtbank van eerste aanleg te Brussel vom 12.5.2000, GRUR Int. 2001, 170, 171.

[74] Gerechtshof's-Gravenhage vom 23.4.1998, Nederlands Internationaal Privaatrecht 1998, Nr. 371, 389, 392f; Rechtsbank's-Gravenhage von 29.10.1997 [1998] FSR 199, 213f.（これらはいずれもオランダ裁判所の判決である）

[75] H. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8 Aufl.（C. H. Beck, 2021）, Rdn. 626; ders, Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht（Duncker & Humblot, 1979）, 25f.

またA. Weigelは、外国知財権の不存在、失効および制限に関する訴訟の国際裁判管轄が知財権の属地主義原則や国際公法を根拠に否定されることはないとしたうえで、そうした内国判決は外国（典型的には付与国を指す）の高権的行為の内国効力を排除できるという点で重要な意義を有すると指摘する[76]。加えて、かかる内国判決の意義として、付与国において知財権者が侵害訴訟を提起し損害賠償請求が認められたとしても、内国判決において当該知財権の存在又は有効性が否定されるのであれば、その内国判決を根拠として、損害賠償請求を認容した付与国の判決の内国での執行を妨げ得ること、あるいは、承認・執行制度を通じて外国でその内国判決を活用することが可能であること等を指摘する[77]。こうした見解は、外国知財権の存否又は有効性そのものを争う訴訟であっても自国の国際裁判管轄を肯定する余地を認めるが、そうであれば、外国知財権の侵害訴訟の中で当該知財権の不存在又は無効が主張される場合についても、ア・プリオリに自国の国際裁判管轄を否定する立場は採らないと考えられる[78]。

（3）私見

私見は、上記（2）に列挙したもののうち、第三の見解との間で、法定専属管轄規定の双方化に否定的であるという点において基本的な認識を共有している。以下では、法定専属管轄訴訟において外国登録知財権の存否又は効力が争点となる場合を2つに分けて、私見を論じることと

---

[76] A. Weigel, Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit und Territorrialitäts-Prinzip im deutschen gewerblichen Rechtsschutz (Ernst und Werner Gieseking, 1973), 120.

[77] A. Weigel, a.a.O. (Fn. 76), 120-121.

[78] H. Schack は、「そうした（属地主義原則に対する）配慮は必要でもないし有意義でもない。外国知財権の侵害訴訟の国際裁判管轄は問題なく認められるが、その中で裁判所は、その前提問題として主張されている外国知財権の存否について判断しなければならない」（括弧内は執筆者による）と論じている。侵害の有無の前提問題として外国知財権の存否が争われる場合であっても、侵害訴訟の国際裁判管轄が何ら影響を受けないことを当然の前提として自説を展開している（ders, a.a.O. (Fn. 75), [Internationales Zivilverfahrensrecht] Rdn. 626）。

したい。

（イ）外国登録知財権の存否又は効力に関する訴訟が日本の裁判所に提起される場合

私見によれば､民訴法３条の５第３項について双方化を否定する以上、同項を根拠として、外国登録知財権の存否又は効力に関する訴訟を日本で提起することは妨げられない。

例えば、登録国の法体系によれば、登録知財権の存否又は効力について私人間の確認請求権を認めており、この権利に基づいて日本で訴訟が提起される場合には、日本の裁判所としては、民訴法３条の２以下の規定に基づいて、自国の国際裁判管轄の有無を粛々と判断すれば良い。登録国においてこうした訴えについて自国の専属管轄を定める法規定が存在する場合であっても、そのことを以て、日本の国際裁判管轄を直ちに否定する必要はない。登録国において法定専属管轄規定が存在することは、民訴法３条の９に規定する「特別の事情」に関する考慮要素の一つとして位置付ければ足りるであろう。また、外国登録知財権の存否又は効力に関する訴訟について通常は、①訴訟の対象が外国当局の権限に基づいて創設される権利の存否又は効力であり、当該外国当局による審査内容および手続等の適正を確認することが審理の中心事項であること、②外国当局の審査および手続が適正になされていたか否かに関する証拠は、概ね当該外国に集中していると見込まれること等の事情が認定されることも少なくない。こうした事情も民訴法３条の９の「特別の事情」に関する審査の中で考慮すればよい。

なお、知財権の登録国の法体系によれば、私人が登録機関に対して、民事訴訟の形態により、登録知財権の存否又は効力に関する訴訟を提起することが許容されているかもしれない。仮令登録国によれば民事訴訟の外装を纏っているにせよ、法廷地である日本の視点に即して捉え直せば、こうした訴訟の本質は登録機関に対して登録という行政行為の是正を求めることにあるため、非民事領域に属する性格を有するものと考えられる。日本の民事訴訟の枠組みの中で、こうした訴訟を取扱う余地はないと思われる[79]。

[79] この点に関して、石黒一憲先生は、東京高判平成５年６月28日判タ823号126

（ロ）外国登録知財権の侵害訴訟において、当該知財権の不存在又は無効が主張される場合

私見では法定専属管轄規定の双方化を否定する以上、外国登録知財権の侵害訴訟において当該知財権の不存在又は無効が主張されたからといって、殊更に特別視する必要はない。まして主文ではなく理由の中でこの主張に関する判断がなされる限り既判力が及ばないことから、日本の裁判所として理由中でこの点に関する判断を行ったとしても、登録国である外国との間で法的摩擦が生じるとも思えない。なお、立案担当者および通説的見解は、外国登録知財権の侵害に基づく損害賠償請求訴訟において、侵害対象である外国知財権が無効であること等を抗弁として提出できるかどうかは、実体法上の問題として、準拠法となる当該外国知財権の保護国（登録国）の法律に基づいて判断すべきであるとする[80]。しかしながら、侵害に基づく各請求権に付着した抗弁であるから、各請求権の準拠法に基づいて判断すべきである。カードリーダ事件最高裁判決が提示した性質決定を巡る議論を前提とすれば、知財権の無効等を損害賠償請求に対する抗弁として提出するのであれば不法行為準拠法に基づいて、差止・廃棄請求に対する抗弁として提出するのであれば保護国（登録国）法に基づいて、各々その抗弁提出の可否を決すべきである[81]。

頁を引用しつつ、「ある国の法的制度が他の国からみて実質において民事法と理解されるべきか刑事法と理解されるべきかは、例えば金銭の支払先が国とされているか私人とされているかというような形式的な基準のみによって判断するのではなく、その法的制度が設けられた趣旨、目的、その制度が果たすべきものとして期待されている役割等を考慮し、当該法制度の本質を実質的に検討して、これを我が国の法制度の下においてどう評価するかという観点から判断すべき」との見解を示している（石黒一憲『国際民事訴訟法』（新世社、1996年）9 ～ 10頁）。石黒先生の見解を推し進めれば、たとえ登録国の法体系では私法領域に属する請求として位置付けられている場合であっても、登録国の行政機関に対して登録知財権の存在又は有効性を争い、登録という行政行為の是正を求める訴えを民事訴訟として日本の裁判所が受け付けるとすれば、それは「民事・非民事の不当な混淆」（同22頁）を許容するものであって容認できない。

[80] 佐藤＝小林編著・前掲注（1）115頁、髙部編著・前掲注（5）99頁［鈴木］、牧野ほか編・前掲注（5）424頁［井上］。

[81] なお、立案担当者および通説的見解は法定専属管轄規定の双方化を肯定す

4．結語

登録知財権の「存否又は効力に関する訴え」（民訴法３条の５第３項）が指し示す内容は、ブリュッセルIbis規則24条４号が規定する事項のうち、登録知財権の「有効性を対象とする手続」の内容とほぼ一致するものと評価できる。これら条文が共に規定する法定専属管轄事項は、登録知財権の成立の有効・無効および失効といった問題であるが、少なくとも、日本では、こうした問題は概ね非民事の領域に属する手続（行政審判における審決および審決取消訴訟）に委ねられる。従って、民訴法３条の５第３項が直接管轄規定として機能する局面は極めて限定されることになり、同項の存在意義は間接管轄における機能に殆ど集中することになる。特に、私見の如く、法定専属管轄規定の双方化を否定する見解に立てば、外国登録知財権の「存否又は効力に関する訴え」が日本の裁判所に提起された場合であっても、民訴法３条の５第３項は日本の国際裁判管轄を否定する剥奪的機能すら有しないことから、直接管轄の局面における同項の存在意義は限りなく皆無に近くなる。

とりわけ外国登録知財権の存否又は有効性を争う訴えについて日本が裁判管轄権を行使し得るか否かについて論じると、私見では民訴法３条の５第３項の双方化を否定する以上、日本が裁判管轄権を行使するに当たって同項が妨げになることはない。しかしながら、私人が外国の登録

るが、登録知財権の侵害訴訟は民訴法３条の５第３項が規定する法定専属管轄事項に含まれないことから、法定専属管轄規定の双方化を支持する見解に立脚した場合であっても、外国登録知財権の侵害訴訟についてわが国の国際裁判管轄をア・プリオリに否定する理由はない。そのうえで、侵害訴訟の先決問題として外国登録知財権の存在や有効性が問われる場合であっても、それは「訴え」として問題を提起しているわけではなく、飽くまで「抗弁」として提出しているに過ぎないのだから、同条３項の双方化の対象には当たらない。よって、私見と立案担当者・通説的見解との間で理屈は異なるが、いずれに拠ろうとも、①外国登録知財権の侵害訴訟についてわが国の国際裁判管轄を肯定し得ること、②①の訴訟の中で、その前提問題として知財権の存否又は有効性が争われる場合であっても、日本の裁判所がこのことについて判断を示しても何ら問題がないことの２点に関する限り、結論に差は生じない。

機関を相手取りこうした訴訟を提起する場合には、登録国の法体系においてこうした訴訟に民事訴訟としての外装を纏わせていたとしても、その実体に照らせば日本では非民事の領域に属する問題であるから、日本の裁判所としては民事訴訟の枠組みでこうした訴えを取扱うことは困難である[82]。他方で、登録国法によれば外国登録知財権の存否又は有効性について私人間の確認請求権を認めている場合も想定され得るが、その場合には、民訴法３条の２以下の一般規定に基づき日本の裁判管轄権行使の可否が決せられる。存否又は有効性を争っている対象が外国の登録知財権であること等は、民訴法３条の９が規定する「特別の事情」の有無を判断するに当たっての考慮要素と位置付ければよい。

もっとも、日本では、外国登録知財権の存否又は有効性そのものが争われる訴えについて日本の裁判所が裁判管轄権を行使し得るかという問題は殆ど議論されてこなかった。日本ではむしろ、外国登録知財権の侵害訴訟において当該知財権の不存在又は無効を主張することが可能かという問題に焦点が当てられてきた。民訴法３条の５第３項の双方化を否定する以上、私見によれば外国登録知財権の存否又は有効性を争点とする訴えを日本の裁判所で提起することすら、ア・プリオリには否定されない。ましてや、外国登録知財権の侵害訴訟において、その知財権の不存在又は無効を主張することを否定する理由はどこにもない。さらには、主文ではなく理由の中でかかる主張に関する判断がなされるのであればその判断には既判力が及ばないことから、日本の裁判所としてこの点を理由中で判断したとしても、何らの問題も生じないと言うべきである。

（以　　上）

（追記）本稿は、JSPS科学研究費補助金（20K20415, 22K01170）の研究成果の一部です。関係者の皆様に謝辞を申し上げます。

[82] また仮に民事領域の問題として捉え得るにしても、被告が外国の公的な登録機関である以上、原則として日本からの裁判権免除が認められることになるだろう。

論　　説

カラー・ブラインド時代のマイノリティ政策（1）

―― 構造的不正義と歴史的不正義を中心に ――

辻　　康夫

目　次

第1節　形式的平等の時代の不平等
第2節　支配・抑圧の可視化　（以上本号）
第3節　構造的不正義への対応
第4節　歴史的不正義の修復

本稿の課題

多文化主義は、人種・民族集団の文化・コミュニティ・アイデンティティを尊重しながら、これを全体社会に公平な条件で統合する政策原理である。筆者は多文化主義を、それが主題化するマイノリティの困難・ニーズに対応して、3つのアプローチに分類している。「文化アプローチ」は、マイノリティ集団の固有の文化の実践から生じるニーズを問題にする。「コミュニティ再建アプローチ」は、マイノリティ集団が陥る社会病理の克服をめざす。これに対して、「支配・抑圧アプローチ」は、マイノリティ集団と主流派集団の間の支配・抑圧の関係の是正をめざす。本稿は、このうち、「支配・抑圧アプローチ」の検討を行うものである。

一般に、民族・エスニシティ・人種によって区別されたマイノリティ集団は、主流派集団によって、不当な支配や抑圧を受けてきた。このため、

マイノリティの要求や、政策実践の中で、不平等な関係の是正は中心的な位置を占める。その目的のためには複数の手法が存在するが、多文化主義の政策は、そのための有力な手法のひとつと考えられるのである。

本稿は、はじめに、マイノリティ集団が被ってきた不平等な関係の推移を概観し、今日の状況の特殊性を確認する。20世紀末以降、マイノリティ集団に対する公的・明示的な差別の多くが消失したが、その後もインフォーマルな形の支配・抑圧が持続していることが多い。そこで、このようなインフォーマルな従属関係を可視化し、それを是正する政策が必要になる。本稿では、その理論的根拠を「構造的不正義」および「歴史的不正義」の議論を軸に検討する。

第二に、このような取り組みの中で、「多文化主義」の政策が、重要な役割を果たしうることを示す。すなわち平等な関係の実現のために、文化・コミュニティ・アイデンティの尊重が有用となる場合が存在することを示す。

本章では、アメリカの黒人の事例を素材として取り上げる。アメリカでは公民権運動を受けた1960年代の諸立法によって黒人に対する法的・形式的平等が実現するが、その後も現在に至るまで、多様な領域において、主流派の白人との間に顕著な不平等が持続している。そこに存在する不正義の可視化のために「構造的不正義」「歴史的不正義」が論じられており、本章の関心に適した事例なのである。

第1節　形式的平等の時代の不平等

1．古典的な支配・抑圧の時代：20世紀中葉まで

主流派集団がマイノリティ集団に強要する不利益を、アイリス・ヤングは、「支配（domination）」と「抑圧（oppression）」の要素に分けている（Young 1990）。「支配」とは、他者の自治・自己決定を奪い自らの統制下におくことである。「抑圧」とは、他者が自律的に活動するための自由・資源・機会を奪うことである。このような不平等な関係が形成される際には、それを正当化するイデオロギーが必要になる。かくして、マイノリティ集団が劣等であり、平等な処遇に値しないとする様々な観念やストーリーが作られることになる。

近代初頭から20世紀初頭にかけて、西洋においては近代国家が形成され、これと並行して国民集団が形成される。この過程において、国民集団形成の中心となった主流派集団と、その周縁に位置づけられたマイノリティ集団の間に、非対称的な関係が形成された。すなわち、多くのマイノリティは、政治的な自律性を奪われ、従属的地位におかれた。固有文化の実践を妨げられ、主流派文化の受容を強要された。職業選択の自由も制限され、社会生活においても周縁化を強いられた。

このような不平等な関係を正当化するために、マイノリティ集団の劣等性を主張する理論が提示され、マイノリティ集団が平等な処遇に値しないことが主張された。こうした実践の代表例として「レイシズム」があげられる。レイシズムにおいて、人間は身体的な特徴によっていくつかの「人種」に分類される（Garner 2010; ミシェル 2020）。人種相互の間には知的・倫理的・政治的な優劣が存在すると観念され、この観念に基づいて、権力関係や差別の実践が正当化される。レイシズムの特徴のひとつはその本質主義にある。「人種」は自然界に根拠を持つので、その本質は不変である。そこから生じる人種間の優劣も不変なものと見なされ、支配従属関係が基礎づけられるのである。

「人種」の観念は、西洋人が非西洋地域を植民地化する過程で大きく発展する。すなわち、植民地および新大陸において白人の支配を確立し、アフリカとの奴隷貿易を展開するうえで、人種間の序列を確立することは不可欠であった（ミシェル 2020）。学術研究もこれに応じ、身体計測などを通じて人種概念を精緻化してゆく。生物学と結びついたこのようなレイシズムは19世紀末から20世紀中葉まで、力を持ったのである。

エドワード・サイードによれば、「オリエンタリズム」も、同じ時期に展開をとげた（Said 1978）。中東を研究対象とするオリエンタリズムは、文献学や言語学の手法を用いて、「人種」よりも「文明」の観念に基づいて、西洋と東洋の優劣を議論した。オリエンタリズムの言説の中では、「東洋人」はひとつの実体を形成し、その本質において、西洋人に劣るとされる。すなわ東洋人は、論理的思考の能力を欠き、倫理的な欠陥をもち、政治的には自治を行う能力がないとされる。こうした東洋人の観念は、西洋人による長い東洋研究の伝統の中で作られ、西洋人の生み出した膨大なテキストによって支えられている。このような知識を

生み出す「研究」は、西洋が東洋を支配するという権力関係の中で行われた。すなわち、西洋人は東洋人を一方向的に研究する資格を持ち、その研究が生み出した「知識」は、経験的事実や当事者の認識と大きく乖離しながらも、権力の付与する権威に支えられて、高度な安定性を維持したのである。

アメリカの場合、イギリス植民地時代以降、黒人の奴隷労働は社会建設の不可欠の原動力となった（上杉 2013）。奴隷制度は19世紀末に廃止されるが、解放された黒人を白人の支配下におく仕組みが作られた。南部の諸州において、黒人はシェアクロッピング小作制度のもとで経済的搾取をうけ、また人種隔離制度が、学校・公共施設など、生活の様々な領域に広がった。北部に移動した黒人も、白人住民の排斥運動によって住居分離にさらされた。また使用者や白人の労働組合によって、製造業の熟練職から排除され、未熟練の職種に閉じ込められた。政治的にも、南部では投票権が事実上はく奪され、北部においても政治力はわずかであった。社会生活においては、黒人が白人に敬意を払う「人種エチケット」が強要され、抵抗する黒人は、恣意的な逮捕、囚人としての強制労働、リンチの暴力ににもさらされた。警察や裁判所は、白人の支配する機関であり、黒人への暴力を抑止しなかった。以上のような制度や慣行は、レイシズムのイデオロギーに支えられていた（Bonilla-Silva 2021, p.42）。すなわち、ほとんどの白人は、黒人が知的・道徳的に劣っており、白人が黒人と混ざり合うことを不適切と考えていたのである。

このような明示的な差別は、各国において、20世紀中葉以降、批判を受けるようになる。国際的な人権規範が浸透し、民族や人種に基づく差別の不当性の認識が広がる。マイノリティ集団は平等な地位をもとめて政治運動を展開し、これを受けて差別的な制度が除かれてゆく。差別を支えてきた生物的レイシズムやオリエンタリズムも学術的な信頼性を喪失した。この結果、マイノリティ集団に対する差別的な法制度が廃止され、法的・形式的な平等が実現するのである。

しかしながら、形式的平等の実現によって、ただちに集団間の実質的平等が実現したわけではない。実際のところ、主流派集団とマイノリティ集団の間には、インフォーマルな制度・政策・実践の組み合わせを通じ

て、支配・抑圧の構造が持続することが多い。

アメリカの黒人について、この事情を確認しよう。アメリカでは1950年代後半から60年代の公民権運動の結果、1964年公民権法、1965年投票権法、1968年公正住宅取引法が成立し、公的制度における明示的差別が廃止された。黒人の本質的な劣等性を主張する生物学的レイシズムも公式に否定され、黒人が通常の人間の水準にみたない劣等な存在であると考える人はほとんどいなくなった（Bonilla-Silva 2021, pp. 37-39）。社会の公的制度や、政府の公的見解において、黒人は白人と平等な存在として扱われることになった。

しかしながら、現在でも、白人と黒人の間には、富や収入、教育、就業、健康、犯罪など、人生の福利のほとんどの指標において、顕著なギャップが存在している。たとえば、黒人の世帯収入の中央値は、白人のそれの62%にとどまる[1]。黒人世帯の資産の中央値および平均値は、それぞれ白人世帯の資産の12.8%、14.5%に過ぎない[2]（2019年）。黒人の貧困率は白人の2.0倍（2021年）である[3]。犯罪とのかかわりも多く、黒人の収監率は白人の4.8倍である[4]。

---

[1] 2021年の黒人世帯の収入の中央値は48,297ドル、白人世帯は77,999ドルである。Jessica Semega and Melissa Kollar, *U.S. Census Bureau, Current Population Reports, P*60-276, *Income in the United States: 2021,* U.S. Government Publishing Office, Washington, DC, September 2022.

[2] 2019年の調査では、白人世帯の資産の中央値は188,200ドル、黒人世帯は24,100ドルであった。白人世帯の資産の平均値は983,400ドル、黒人世帯は142,500ドルであった。Bhutta, Neil, Andrew C. Chang, Lisa J. Dettling, and Joanne W. Hsu (2020). "Disparities in Wealth by Race and Ethnicity in the 2019 Survey of Consumer Finances," FEDS Notes. Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, September 28, 2020, https://doi.org/10.17016/2380-7172.2797.

[3] 2021年に、黒人と白人の貧困率は19.5%、10.0％であった。Emily A. Shrider and John Creamer, U.S. Census Bureau, Current Population Reports, P60-280, *Poverty in the United States: 2022, U.S.* Government Publishing Office, Washington, DC, September 2023.

[4] 2022年の、黒人の収監率は10万人当たり911人、白人は188人である。E. Ann Carson, PhD, and Rich Kluckow, DSW. Stephanie Mueller, Todd Minton, Tracy

健康についても顕著な較差が存在する。黒人の出産した新生児の死亡率は、白人の2.4倍であり[5]、黒人の妊婦死亡率は白人の2.6倍である（2021年）[6]。黒人の成人の糖尿病の有病率は、白人の1.6倍であり[7]、黒人のエイズの罹患率は白人の9.3倍である（2021年）[8]。黒人の平均寿命は白人より3－6歳短い（2018-2021年）[9]。

このように、アメリカ社会において、多くの側面において、白人と黒人の間には大きな較差が存在し、黒人が不遇な立場にあることに争いはない。他方、このような較差を不正義とみなすべきかをめぐっては、意見の大きな隔たりが存在する。すなわち、このような較差を不正義とはみなさない見解も有力なのである。以下では、この較差を正当化する「カラー・ブラインド・レイシズム」のイデオロギーを概観したのちに、このイデオロギーの問題点を指摘し、格差の是正を主張するための方法について検討する。

Snell, *Prisoners in 2022 – Statistical Tables*. U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, November 2023, NCJ3071491.

[5] 2021年に、黒人女性からの新生児の死亡率は1000人中10.55、白人女性は4.36であった。Ely DM, Driscoll AK. “Infant mortality in the United States, 2020: Data from the period linked birth/infant death file.” *National Vital Statistics Reports*, vol 71 no 5. Hyattsville, MD: National Center for Health Statistics. 2022. DOI: https://dx.doi.org/10.15620/cdc:120700.

[6] 2021年に、黒人妊婦の死者は、出産10万件あたり69.9、白人は26.6であった。Hoyert DL. “Maternal mortality rates in the United States, 2021.” NCHS Health E-Stats. 2023. DOI: https://dx.doi.org/10.15620/cdc:124678.

[7] “Diabetes and African Americans,” Website of U.S. Department of Health and Human Services, Office of Minority Health. https://minorityhealth.hhs.gov/diabetes-and-african-americans（last accessed 2024.7.17）

[8] “HIV/AIDS and African Americans 2020", Website of U.S. Department of Health & Human Services, Office of Minority Health. https://minorityhealth.hhs.gov/hivaids-and-african-americans.（last accessed 2024.7.17）

[9] 両者の差は、2018年から2021年まで、3.9歳、4.0歳、5.9歳、5.5歳のように推移している。

2．不正義隠蔽のイデオロギー：カラー・ブラインド・レイシズム

ボニラ＝シルヴァは、公民権運動以後のアメリカにおいて、黒人への明示的な差別が減少し、抑圧の構造とイデオロギーが大きく変わったことを明らかにしている（Bonilla-Silva 2022）。露骨な人種偏見や白人至上主義は残存しているものの、白人の多くはこの立場をとらなくなっている。これに代わって彼らが信奉する人種的イデオロギーは、「カラー・ブラインド・レイシズム」と名づけられるべきものである。

このイデオロギーによれば、アメリカは公民権運動を経て根本的に転換し、平等な社会になった。現在、社会のルールは公平であり、そのルールにしたがって人々が行動した結果、白人と黒人の較差が生まれるとしても、それを不正義と考えるべきではないというのである。

このイデオロギーには、４つの中核的要素が存在する。その第一は、個人主義的な「自己決定」と「責任」の強調である。個人は、自らの人生について選択を行うことができる一方で、選択の結果に対して、責任を負うことを求められる。社会経済的な財の配分については、新自由主義的なビジョンが支持される。すなわち収入や富の配分は、公平な競争を通じて行われる（ibid., p.81）。個々人は努力を積み重ねることで、必要な能力を身につけ、これに見合った報酬を受け取るべきである。今日のアメリカでは、「平等な機会」が保障され、誰もが自らの努力に見合った収入を得ている。したがって、白人と黒人の収入の較差も、不正義には当たらないとされる。また、較差を是正するためのアファーマティヴ・アクションは、公正な競争のルールをゆがめるものとして、批判されるのである。

住居分離や、社交の分離についても類似の正当化が行われる（Bonilla-Silva 2022, pp.88-89）。アメリカでは白人と黒人の居住地区が分離している地区が多く、後述のように、これが両集団間の社会経済的較差を持続させる一因と考えられている。両集団間の社交の分断についても、同様の点が指摘される。ところが「カラーブラインド・レイシズム」は、「個人の選択の尊重」のレトリックにより、このような状況を正当化する。「どこに、誰と一緒に居住するか」「誰と交際するか」の決定は、人生のあり方を大きく規定するものであるから、その決定はそれぞれの個人にゆだねらるべきである。その帰結として居住地区の分離や、社交の

分離がおこることに不正は存在しない。たしかに、両集団間の混住や社交が進むことは、望ましいことではあるが、それは個人の自発的選択を通じて実現すべきことである。政府は人々の好みを変えることはできないし、居住や交際のパタンやを変更するために介入することは不適切とされるのである。

第二の要素は、較差につながる行動の「自然化」であり、ある現象を「物事の自然のなりゆき」として説明する姿勢である（ibid., pp. 90–93）。これはとりわけ、人種による居住地域や生活領域の分離を説明するために用いられる。すなわち、多くの白人が社交の対象として、白人のみを選ぶが、「人間にとって、自分と似た人とつきあうこと」は、「自然なこと」であり、これは差別的意図に発するものではないとされる。マイノリティもまた、仲間うちで集まることを好むので、白人の行動が特異なわけではない。この立場は同じ人種集団のメンバーとつきあう欲求を再生産する仕組みを解明する代わりに、一方では、これを個人の自発的な選択として、他方では、これを自然な成り行きとして扱う点に、イデオロギー性を持つ。

第三の要素は、黒人の文化の問題視である（pp. 93–97）。今日の黒人社会には、怠惰で努力を嫌う文化が存在するとされる。すなわち、黒人は楽をして収入を得ることをのみを考え、教育を通じて技能を身につけることに不熱心である。また、家族関係が不安定で、若いシングルマザーが多いことも問題である。勤勉や教育を軽視するこのような文化のゆえに、黒人は競争のなかで成功できず、貧困から抜け出せないというのである[10]。

第四の要素は、人種差別の矮小化である（pp. 97–101）。社会の中に、黒人に対する様々な差別が存在することは広く認識されており、カラー・ブラインド・レイシズムも、これを否定するものではない。このイデオロギーの主張は、差別が存在するとしても、それが黒人の苦境を

[10] 興味深いことは、「黒人の怠惰」という認識は、直接の体験から生じたものではない点である。現行制度が平等になったという想定と、黒人が貧しいという現実があり、ここから、演繹されるものである。ある回答者は、「自分はよくわからないけれども、ほかに原因が考えられないこと」をもって、黒人が怠惰であるという考えに至っている（pp. 94–95）。

生み出す主要な要因ではないというものである。黒人は、差別が自らの成功を妨げていると主張するが、これは誇張である。黒人がよい職業につけないのは、黒人が勉強を怠り、職業能力を欠いているためであって、差別が原因ではないとされる[11]。差別が存在するとしても、それを過大に評価するべきではないというのである。

差別の過大評価に関するこの見解を支持する白人は少なくない。黒人の大多数は差別が過小評価されていると考えるが、これに対して、白人の過半数は、むしろ差別が過大評価されていると考えている[12]。このような食い違いは、重視される差別の次元の違いと結びついている。黒人が重視するのが、社会構造や制度における差別であるのに対して、白人の多くは個人の行為の次元に注意を限定し、制度や構造の次元を軽視するのである[13]。

以上のように、黒人の劣悪な境遇が改善されない原因は、黒人の側に存在するとされる。黒人には勤労の習慣が弱く、家族の規範も弛緩しており、教育における努力が不足している。黒人同士で集まる反面、白人と交わらないため、成功の機会を失っている。それにもかかわらず、差別に貧困の原因を求める黒人は、自らの特権を求めて、「人種の切り札」

---

[11] 近年の調査では、黒人が就職・昇進において不利益を受けていると考える人は、白人では44%、黒人では82%であった。Juliana Menasce Horowitz, Anna Brown, and Kiana Cox, *Race in America 2019,* Pew Research Center, APRIL 9, 2019. https://www.pewresearch.org/social-trends/2019/04/09/race-in-america-2019/。

[12] 黒人の88% は、差別が過小評価されていると考える。他方、白人の54% は、Kiley Hurst, "Americans are divided on whether society overlooks racial discrimination or sees it where it doesn't exist", Pew Research Center, 2023.8.25.

[13] 黒人の52%は、個人の行う人種差別よりも、構造的レイシズムをより重要であると考える。白人は、70%が個人の行うレイシズムをより重要と考え、構造的レイシズムを重視する人は18% に過ぎない。Katherine Schaeffer and Khadijah Edwards, "Black Americans differ from other U.S. adults over whether individual or structural racism is a bigger problem," Pew Research Center, November 15, 2022. https://www.pewresearch.org/short-reads/2022/11/15/black-americans-differ-from-other-u-s-adults-over-whether-individual-or-structural-racism-is-a-bigger-problem/

を乱用しているのであり、これこそが、人種対立を持続させているというのである。このようなイデオロギーと、それに基づく実践が「カラー・ブラインド・レイシズム」なのである。

第2節　支配・抑圧の可視化

それでは、このような論理の支配する中で、これを反駁し、人種間の平等化を主張するためにはどのような立論が可能であろうか。

構造と歴史

近年の調査をみると、黒人の視点からは、二つの点において「不正義の感覚」（J. シュクラー）が抱かれていることがわかる。第一は、「構造的不正義」の感覚であり、現在の社会過程が不公正であり、較差を引き起こしているという認識である。すなわち、黒人の大多数は、個人の行為よりも、制度や構造における差別を深刻な問題と考え、このゆえに、黒人が就職や昇進において不利益を受けていると考えている。白人の認識は、これと大きく異なる。白人は、「差別」をもっぱら個人の行為のレベルで考え、個人の行為と区別される構造や制度のレベルの差別を軽視する。「カラー・ブラインド・レイシズム」のイデオロギーも、このような想定の下で成り立っていると考えられる。

第二は、「歴史的不正義」の意識であり、奴隷制度やジム・クロウ制度という過去の出来事に関するものである。圧倒的多数の黒人は、奴隷制度が今日の黒人の社会的境遇に大きな影響をおよぼしており、また、奴隷にされた人々の子孫に対する補償が必要であると考えている[14]。白人の意識はこれと大きく異なり、過去の不正義が現在に与える影響を認識しないものが相当数を占め、補償が必要と考える者はわずかである。

[14] ある調査によると、黒人の85% が奴隷制が相当な影響をもつと考え、77% が子孫への補償が必要であると考えている。なお、白人においては、相当な影響があると考える割合は50% であり、補償が必要と考えるのは、18% に過ぎない。Carrie Blazina & Kiana Cox, “Black and White Americans are far apart in their views of reparations for slavery,” Pew Research Center, November 28, 2022.

このように、「構造的不正義」および「歴史的不正義」の感覚は、黒人の間で広く共有されている一方で、白人には共有されていない感覚であり、今日の不平等を認識する鍵になることが予想される。以下ではこの二つの論理をそれぞれ展開し、平等性に向けた論理を示したい。

支配・抑圧の諸要素

1964年公民権法によって明示的差別が禁止され、形式的な平等が実現したのちも、これだけでは黒人の解放が実現しないことは、早くから認識されてきた。カーマイケルとハミルトンは、黒人を支配する構造を「制度的レイシズム」として定式化した（Carmichael & Hamilton 1967, pp.6-32）。個人が行う明示的レイシズムと区別された制度的レイシズムは、白人社会全体が黒人社会に対して行うものである。それらは、「正当な外見を持つ（respectable）」制度を通じて行使されるが、その効果は、貧困や飢餓を引き起こす深刻なものである。カーマイケルとハミルトンは、政治システムにおける黒人の無力化、白人の雇用主・家主・商店主による搾取、社会の差別意識などを通じ、白人が黒人を植民地的に支配する構造が持続していることを指摘するのである。

このような視点からの黒人問題の研究は、今日まで多く蓄積されてきた。以下、近年の研究に即して、構造的な支配・抑圧のあり方を概観しよう。ボニラ＝シルヴァによれば、公民権運動の後、不平等な関係を再生産する機能が、国家部門から経済部門および市民社会に移動した。今日、両集団間の較差を再生産しているのは、明示的に差別的な法制度や実践ではなく、多様な要素が構成する「構造」である。ここで構造とは、社会的、政治的、経済的、イデオロギー的なレヴェルの社会関係と実践の集積である。それらの要素の中には、悪質さの高いものも低いものも存在するが、これらが組み合わさることで、黒人を白人の下位にとどめおく力学が生まれる。

今日、集団間の関係を論じるためには、「構造的支配・抑圧」に焦点を当てる必要がある。個人の行為や、特定の制度のみに注目したならば、公民権運動期以降、レイシズムは減少したように見えるが、社会構造に注目するならば、人種集団間の支配・抑圧の関係が持続しているのである。以下では、このような構造を構成する諸要素を見てゆきたい。

（1）住居分離

アメリカの諸都市では、民族・人種ごとに居住地区が区別され、これが黒人の生活改善を妨げていることが、多くの研究者によって指摘されている。このような住居分離は、偶然に生じたものではなく、白人の意図的な行為によって作られた部分が大きい（Massey & Denton 1993; Massey 2016; Nightingale 2015）。

奴隷制の廃止後、移動の自由を得た黒人は、アメリカ社会の工業化の進展のなかで、南部の農村から北部の大都市へと移動した。この移動の波に直面して、1910年のバルティモアを皮切りに、多くの都市が、黒人の居住区を制限する条例を制定した。こうした法的規制に並行して、白人の生活領域に入り込む黒人に対して、白人住民による「人種暴動」や自警団の暴力が多発し、人種の境界を維持したのである。

居住地区を制限する法令は、法廷闘争を経て、1917年に違憲とされたが、その後は不動産所有者、不動産業界、政府機関の共同によって、これに代わる仕組みが作られてゆく（Massey 2016, p.373）。「制限的住民協約（restrictive covenant）」は、不動産業界が主導して考案した手法である。一定地域の不動産所有者が、黒人への賃貸や売却を行わない私的契約を行う。この協約が地域の所有者の多数によって承認されれば、それが法的拘束力を持つ。このようなやり方で、地域住民が共同して黒人を締め出す手法が作られたのである。第二に、不動産業界は、住居分離を推進する、業界内の方針を確立する。すなわち、全国不動産取引業協会は、1924年に、その倫理規定の中で、不動産業者が居住地区に、顧客の不動産の価値を低下させるような人種や国籍の者を導き入れないようにすることを明記する。これは職業的義務の形をとりながら、黒人や有色人種に対する排除の推進を、業界の方針として確立したものであった。1927年には、シカゴ不動産協会が制限的住民協約のひな型を作成し、これが全国の不動産業者に使われることになった。

政府諸機関は、不動産業界と緊密に連携しながら、住居分離を促進する政策を展開した。連邦住宅局（FHA Federal Housing Administration）や退役軍人局（Veterans Administration）は、自らの補助によって購入される不動産に、制限的住民協約が適用されることを推奨した。また、両機関は、住居地区を信用度の違いによって区分する際に、住民の人種

を考慮した。黒人の居住地区や、人種の混住地域は、将来の発展が見通せず、リスクの大きい地域とされ、政府はローンへの保証を与えなかった（レッドライニング）。FHAのマニュアルは、「居住地区が安定性を獲得するためには、不動産が同一の社会的・人種的集団によって保有されなければならない」としているのである。このようにして、人種集団の居住地区を区別し、白人の居住地区のみに公的財源を投下する方針が形成されたのである。

このような環境のもとで、ほとんどすべての都市において、不動産業者による黒人差別が行われた。シカゴでの調査によれば、不動産業者の大多数が、黒人に対して、白人居住地区の土地の売却や賃貸を拒否した。その拒絶は、明示的な形をとるものが多かったが、より隠れたやり方で行われることもあった。すなわち、当該の不動産がすでに売却済みであると偽る虚言や、黒人の顧客をもっぱら黒人居住地区や貧困地区の物件に誘導する「ステアリング」も広く行われた。第二次世界大戦後には、ハイウェイが建設され、郊外の住宅地への白人の移動が起こり、郊外は白人の居住地区として発展していった（Nightingale 2015）。

これらの差別的な実践に対しては、抵抗の運動が続けられてきた。制限的住民協約は1948年に違憲とされ、1940年代以降は、諸州で居住の自由を保障する立法が行われてゆく。1960年代以降、公民権運動の高まりの中で、「公正住宅法（Fair Housing Act）」（1968年）が、住居の売買や賃貸借における差別を禁止し、「公平信用機会法（Equal Credit Opportunity Act）」（1974年）は抵当付き貸付における差別を禁止した。コミュニティ再投資法（Community Reinvestment Act）」（1977年）は、「レッドライニング」を禁止するにいたった。

こうして、差別的な不動産取引が禁止されるに至ったが、これによって住居分離が解消したわけではない。これらの規定の多くは、実効的な介入の仕組みを欠いている。政府の財源は限られ、対応できる案件はごくわずかにすぎない[15]。また、被害者が法廷で争う場合には、差別を受けたことの挙証責任を負わざるを得ないため、訴訟のハードルも高い。

[15] 2008年の調査では、400万件の差別事例のうち、行政が注意を向けたのは、２万件にとどまった（Nightingale 2015, p.2）

このため差別的な慣行は根絶されず、隠れた形で持続することになる（Massey 2016, p.374）。実際のところ、多くの団体による監査実験（audit studies）が、差別的慣行の持続を示してきた。連邦政府も1977年、1988年、2000年に調査を行い差別の持続を確認している（Massey 2016, p.374）。黒人やヒスパニックの顧客は、白人に比べて少数の物件しか紹介されず、悪い条件をを提示され、また特定地区に誘導される。また、黒人がローン申請を却下される比率は、同じ収入の白人に比べてはるかに高く、また高い金利を要求される例も多い[16]。

現在も用いられる住居分離の手法として、自治体が都市計画権限を用いて行うゾーニングがある。住居の密度を制限し、手頃な価格の多世帯住宅を建てられなくすることで、貧しい人々を締め出す手法である。この手法によって、階級と人種による住居の分離が強められることが指摘されている（Massey 2016, p.375）。このように、住居分離の動きと、これを克服する動きは、いたちごっこをくりかえし、今日に至っているのである。

住居分離は、排除を構成する他の要素と連動しながら、人種間の較差を引き起こしてきた。第一に、居住地の選択は、社会の提供する雇用や就学などのアクセスを大きく規定する。居住地の移動を妨げられれば、これらの機会へのアクセスを妨げられ、社会的上昇の手段を奪われる。黒人の居住地区からは、良質な雇用へのアクセスが困難なことが多く、失業や貧困を持続させる要因となっている（Massey 2016, pp. 375–77）。また、次に見るように、住居分離は教育へのアクセスの不平等を生み出す重要な要因となっている。第二に、このように分離されたマイノリティの居住地区では、生活の基礎的なニーズを満たすことが困難になる傾向がある。すなわち、行政はこれらの地域に対する公共投資や公共サービスを切り詰めがちであり、民間による投資も滞る。医療施設、商業施設、文化・娯楽施設の維持が困難になり、安全な住居、医療へのアクセス、新鮮な食品などのニーズを満たすことが困難になる（Nightingale 2015, p.3）。またこうした排除は、各種の社会病理を発生

[16] 金融機関を相手取った訴訟も提起され、2019年にはJPモルガン・チェイスが、集団訴訟で2400万ドルの支払いに応じている（Bonilla-Silva 2021, p.47）

させ、地域の治安や社会関係を悪化させる。第三に、このような地域では、住宅の取得を通じて資産を蓄えることが難しい。黒人の居住する地区では、家屋の価値が上昇せず、また、住宅ローンや家屋保険のコストが高いため、経済的な利益を確保しにくい。このように、住居分離は構造的不正義をうみだす重要な要因と考えられるのである。

（2）教育の較差

教育の較差も、構造的不正義を持続させる重要な要素と認識される。公民権法以前の時代には、黒人と白人に提供される教育には大きな較差が存在した。すなわち、17州では学校の分離が法律によって定められており、それ以外の州のなかにも、学校の分離が部分的に行われているものが相当数存在した（Orfield & Pfleger 2024, p. 7）。学校分離は、連邦最高裁のブラウン判決（1954年）によって違憲とされ、連邦裁判所の監視のもとで、教育の統合を行うべきことが命じられた。ところがこのような判決に対して、南部の政治指導者は一致して反対したため、統合の動きは遅々として進まず、10年後の時点でも、学校の分離状態はほとんど変化していなかった[17]。

この状況を変えたのが、1964年公民権法である。この法律は連邦政府に対して、分離解消（desegregation）の任務と、そのための権限を与えるものであった（ibid., p.16）。連邦政府は、その資金を受け入れる諸組織に対して、その給付の条件として分離解消を要求することができたのである。ジョンソン政権はこれに注力し、連邦最高裁も分離政策の歴史を持つ州に対して、分離解消の計画を命じた。ここから1970年代初頭にかけて、学校の統合が大きく進展することになる。

学校の統合において困難をもたらしたのは、住居分離の存在である。すなわち居住地区が人種ごとに分かれている場合、各地域の人口構成を反映して、白人と黒人のうちの一方のみが通う学校が生まれやすい。これに対処するため、連邦最高裁の1971年のスワン判決は、バスを利用してでも、学校の統合を進めるべきことを判示したのであり、これによって1970年代には学校の統合が大きく進むことになった（ibid., p.17）。

[17] 1964年の時点で、南部黒人の生徒の98% が、黒人だけの学校に通っていた。

この判決は、南部白人による強い反発を引き起こし、共和党のニクソン大統領は、彼らの支持を得るために、公民権法の積極的適用に反対する姿勢をとった。彼は連邦最高裁判事に保守派を任命し、学校統合をめぐる連邦最高裁の姿勢も、消極的なものに転換してゆくことになる[18]。1991年ドウェル判決では、十分な期間、適切な取り組みがされた州に対しては、裁判所の命令による統合計画の義務が解除されるべきことが判示され、1990年代を通じてほとんどの命令が解除されることになる。さらに2007年に連邦最高裁は、州や自治体が自主的に行う学校の人種統合の政策を制約する判決をくだす。すなわち、人種統合の意義は認めるものの、直接に人種を基準として学校の割り当てを行うことを、平等保護条項違反と判示したのである。こうして、連邦政府と連邦最高裁の政策が転換したことで、学校の人種統合は急速に後退し、事実上の人種分離が復活することになる[19]。

教育の分離は、他の要素と結びついて、教育の環境やプログラムの較差を引き起こす。第一に、マイノリティが集中する学校には、貧困などの困難を抱えた生徒が多く、教育上の困難が生じやすい[20]。第二に、これらの学校では、財源の不足が生じやすい。アメリカの多くの州は、各地域の「地方不動産税」を公立学校の財源にあてているが、その額はその地域の不動産の価値によって決まるから、地域差が大きい。一般に貧しい学校区では税収が乏しく、公立学校は十分な財源を確保できない。さらに、同一の学校区のなかでも、黒人・ヒスパニックの集中する学校は、必要な予算が多い半面で、予算獲得のための政治力が低く、深刻な財源不足に陥りやすい。このため、建物や設備の補修ができず、教材が

[18] 1974年には、都心部の分離解消の取り組みに、郊外を巻き込むことが連邦最高裁によって否定される。大都市の学校くでは、白人生徒がわずかしかいないところが多く、人種間の統合のために、郊外の白人居住地を計画に含める必要があった。これが否定されたことで、分離解消の取り組みが制約を受けることになる（Orfield & Pfleger 2024, p. 18）。

[19] 1980年代には、黒人の生徒の43% が白人中心の学校に通っていたが、2021年において、この数字は16%まで減少した（た（Orfield & Pfleger 2024, p. 5）。

[20] 白人生徒の比率が10%以下の公立高校は、全体の20% であるが、その生徒の78% は「貧困」に該当する（ibid. p.5）。

不足し、教職員の給与も低いことが多い（Condron & Roscigno 2003）。このような財政の不均衡の是正を求める訴訟も提起されたが、成功しなかった。すなわち、連邦最高裁の1973年ロドリゲス判決は、地方不動産税を公立学校の財源にすることで生じる財政の較差が、憲法修正14条の平等保護条項に反しないと判示した。判決によれば、教育の権利は憲法に保障された基本的権利とみとめられず、このため、州はすべての学校区に平等な資金を割り当てることを求められない。このため、学校区の間に大きな較差があっても、合衆国憲法に反しないとするのである（Orfield & Pfleger 2024, p.18）。これは今日でも有効な判決であり、財政の平等化の障害になってきた。

以上、学校間の較差の問題を概観したが、これに加えて、ひとつの学校の内部でも、黒人と白人の間の処遇の較差が問題になる。黒人と白人の生徒を比較すると、教師は黒人の生徒への期待が低く、親身な指導をしない傾向がある。黒人の生徒はコース分けの際に、学問を重視するアカデミックなコースではなく、より下位のコースや、特別クラスに入れられ、質の高い教育を受けられない傾向がある。また、黒人の生徒は白人に比べて、停学や退学などの処罰もうけやすい。このように、学校間、学校内のいずれにおいても、黒人生徒が良質の教育を受けるうえでの障害が存在するのである。

（3）社会的ネットワークの分断

人種間の交際についての強い偏見は低下してきた（Bonilla-Silva 2021, p. 49）。かつては人種間の結婚が否定的にとらえられていたが、1990年代に至って、これを肯定する意見が多数になった。また、人種差別を批判する規範の高まりとともに、多くの白人は、自らが黒人への偏見をもっておらず、黒人の友人がいることをアピールする傾向がある。このように、明示的な差別は低下したが、他方で行動自体はほとんど変化がなく、実際には、両者の間の結婚の比率もわずかである[21]。白人と

[21] ある調査によれば白人の結婚相手のなかで、非白人の比率は５％であり、黒人は１％に過ぎない。結婚式への招待客の中に、黒人の友人を招いた白人は3.7% である。白人の社会的ネットワークの91% が白人であり、黒人のネッ

黒人の間の親しい交友は限定され、両者の社会的ネットワークははっきり分断されている。

この原因のひとつは、交友のパタンを身につける小学校から中学校の時期に、交流の機会が限られていることである。前述のように、白人と黒人では、居住地域や学校が分離されている。学校内に白人と黒人の生徒がいる場合にも、両者のクラスが分けられて、交流の機会が奪われることが多い。このため、人種の境界をこえてつきあうことへの好みが生まれず、逆に偏見が身につきやすい。高校や大学のレベルでは、白人と黒人の両方の学生が在籍し、交際の機会が生まれるが、中学時代までに身についた交友のパタンのゆえに、白人、黒人はそれぞれのサークルをつくり、人種を超えて親しく交わることが少ない。大学入学の時点では白人学生には、メディアで報道されるネガティブなストーリー以外には、黒人についての知識がほとんどなく、ステレオタイプを持ってしまっている者も多い。これが大学内にも対立を再生産してしまう（Brooks 1996, ch.2）。

この態度は社会人になってからも続く。白人の多くは職場の黒人の同僚や、近所の黒人の隣人とも、必要以上にはつきあわない。職場や学校など、フォーマルな場で接触しても、その関係はその場をこえて持続せず、その場を離れれば関係も消失する。白人を対象とした調査では、黒人の友人がいる者は10%以下である（Bonilla-Silva p.151）。こうして白人は白人同志つきあうことを自然のことのように感じるようになり、また黒人のいない環境を心地よく感じるようになる。

人種間結婚についての態度は微妙なものである（Bonilla-Silva 2021, pp. 165-171）。一方で、圧倒的多数の白人が、人種間結婚には何ら問題はなく、恋愛においては本人の選択が尊重されるべきと考える。しかしながら、自らの問題として、これを実行しようとする意欲は一般的でない。第一に、社交の空間が分断されているため、当事者が、両方のネットワークとつながりを持つうえでの苦労が生じやすい。こうした負担を負うべきは、当事者であると考えられている。これに加えて、白人は黒人と交友した経験が乏しいため、親密な交際への関心を持たない場合も多い。

トワークの83% が黒人である（Bonilla-Silva 2021, p. 49）

こうしてパートナーの選択においても、白人を選択することが多くなる。

このように、白人は個人の選択を尊重するリベラルな態度をとるが、個人の選好を生み出す社会構造を視野に入れないため、集団間の社交の分断を容認してしまうことになる。こうした分断を改善するためには、初等中等教育段階の社交の改善が不可欠なのであり、これは住居分離や学校分離などの社会構造の是正を要請するのである。

このような社交の分断は、黒人の就労に深刻な影響を与える。アメリカでは多くの場合、知人の紹介によって就職がなされる。社会的な資源の多くを保有するのは白人であり、白人のネットワークの外にいる黒人には、良質の職を探すことが難しいことが多いのである。

（4）職業生活の不利

前述のように、黒人と白人を比較した場合、収入における大きな較差が存在するが、それはいくつかの要因によってもたらされる。第一は、教育の較差の影響である。前述のように、貧困や住居分離の影響で、良質の教育を受けられない人々が存在し、これが就業上の困難を引き起こすのである。第二は、社交のネットワークの分断である。アメリカでは、企業による採用の多くが、インフォーマルな社会的ネットワークを通じて行われる。その比率は8割にのぼるという（Bonilla-Silva 2021 p.87）。前述のように、白人と黒人の居住地域が分離され、社交の世界も分断されているから、黒人の多くにとって、白人の支配する企業の雇用にアクセスすることが困難なのである。

第三に、黒人に対する偏見が、雇用上の差別を生んでいる。雇用上の差別は公民権法において禁止されているが、それにもかかわらず民間企業が黒人への差別を行っていることを示す多くの研究が存在する。この点が特に明らかになるのは、就職・採用の時点である。就職・採用においては、企業と応募者との雇用関係がまだ生じておらず、また、採否の決定における企業の自由度が大きいから、企業の持つ人種的偏見が、その行動にもっとも直接に現れる。過去25年間の多くのフィールド実験・観察実験を集積した最近の研究によれば[22]、白人の応募者は、同様の能

[22] Quillian, Lincoln, et al. "Meta-analysis of field experiments shows no change

力・資格をもつ黒人の応募者と比較して、面接試験に招かれる確率が36%高く、黒人より顕著に優遇されている。しかも、このような差別の傾向は、統計上、過去30年間にほとんど変化しておらず、今後も、差別が減少するという楽観を持つことはできないのである。

（5）政治的周縁化

南北戦争以前、奴隷であった黒人は選挙権を持たなかった。自由黒人の処遇は州ごとに異なるが、選挙権が認められていた州でも、財産資格による制限が課され、ほとんどの黒人は政治から排除されていた。南北戦争の終結後、合衆国憲法修正第14条によって、黒人に公民権が与えられ、法の下の平等が規定された。また第15条によって、州が人種や肌の色を理由として選挙権を奪うことが禁止された。しかし各州は、有権者登録に一定の条件を課することが可能であり、旧奴隷州の多くでは識字テスト、人頭税、さらには露骨な暴力などを通じて、黒人の投票の権利を奪った。公民権運動の結果、1965年投票権法が成立し、黒人の投票が可能になり、ようやく、その声が政治過程において表明されるようになった。

しかしながら、これによって黒人の平等な参加が完全に実現したわけではない。憲法および投票権法によって、黒人の政治参加を保障する枠組みが整えられたが、これに対しては南部諸州を中心に、保守的な白人の抵抗が持続してきた。南部諸州においては、保守的な白人が共和党を支持し、圧倒的多数の黒人が民主党を支持するため、共和党には黒人の投票を抑制することに党派的利益がある。近年では、共和党が、選挙における黒人の影響力を減じる制度変革を精力的に進めており、状況の悪化が広く危惧されるに至っている。

アメリカでは、選挙区の区割りや投票方法など、具体的な制度の設計・運用は州政府にゆだねられており、各州は合衆国憲法、連邦法、各州憲

---

in racial discrimination in hiring over time." *Proceedings of the National Academy of Sciences* 114.41 (2017): 10870-10875. 著者はこのような根強い差別を前にして、反差別法のより強力な実施や、アファーマティブ・アクションなどの救済策の必要を指摘する。

法の制約のもとにこれを行う。黒人の政治参加の保障の上で重要なのは、州の行動に適切な制約が課せられることである。この意味で、合衆国憲法の平等保護条項、投票権法の規定、それらを解釈する連邦最高裁の役割が重要である。

黒人の政治参加の保障の課題は、政策上は二つの点をめぐって現れる。第一は、投票権の行使の保障であり、第二は、黒人の投票の有効性の確保である。投票権の行使については、投票権法の成立後も、常に妨害の動きが存在してきた。当初は識字テスト、暴力による威嚇、職場による解雇などの妨害も行われた（Brooks 1996 p.85-87）。これらの露骨な妨害はやがて制止されるが、間接的な形での妨害はローカルな場で、その後も持続することになる。たとえば、黒人有権者に対して、有権者登録における不親切な対応、申請の厳格な審査などによる投票の抑制が行われてきた。また、車を持たず、また勤務時間の自由度が少ない黒人の登録を妨害するために、有権者登録の会場をアクセスの悪い場所に設定したり、登録の時間帯を平日の日中に限定したりする試みが各地で繰り返されてきた。これに対しては、多数の訴訟が提起されてきた。

第二の問題は、投票の有効性ないしは投票の価値の保障である（Brooks 1994, p.91）。マイノリティである黒人が、自らの代表者を選出しうるかどうかは、選挙制度や選挙区割りのあり方によって左右される。投票権法の第２条は、個人の投票の価値を希釈することを禁じており、その後の法律の修正と連邦最高裁の判決を通じて、マイノリティの包摂の枠組みが規定されてきた。

1980年の連邦最高裁の判決において、大選挙区完全連記制（各投票者が定員と同じ数の候補者に投票する）のように、マイノリティに対して極端に不利な制度を採用することが、投票権法第２条に違反するとして禁止された。また小選挙区の区割りについても、まとまった人数の人種的ないし言語的マイノリティが存在する場合に、彼らが自らの代表を選出する力を減じるような区割り行うことは、同規定に違反するとされた。具体的には、一地域に集住する人種集団を、複数の選挙区に分散させたり、あるいは逆に、過大に一つの選挙区に詰め込んだりすれば、その集団が代表者を選出する力が低下するから、この規定に違反すると考えられるのである。もっともこの解釈をめぐっては、多くの訴訟が提起され、

判例も変遷をとげてきた。

このような枠組の下で、マイノリティが代表者を選出できるように、マイノリティが多数派になる「マイノリティ多数選挙区（minority-majority district）」が多数作られてきた。同時に、これに対しては、人種を意識した区割りが、平等保護条項への違反であるという訴訟が多数提起され、判決は「マイノリティ多数選挙区」の設立に、一定の制約を課するようになった。他方の共和党は、「マイノリティ多数選挙区」の合憲性を前提に、黒人有権者を特定の「マイノリティ多数選挙区」に必要以上に詰め込むことで、逆に、他の選挙区の黒人有権者の数を減らし、全体としての黒人の影響力を減じる手法を多用する。これに対して、黒人の側からの訴訟が提起され、最高裁がこれを違憲とする例も見られる。問題の根本は、選挙の原則である多数決原理と、マイノリティの実効的政治参加の保障とのあいだの、適切な関係が確立されていないことである（Brooks 1996, ch5）。

このような中で、状況を大きく変化させたのが、連邦最高裁のシェルビー判決（2013年）である。投票権法第2条は、黒人に不利益な制度変更を防ぐために、差別的な伝統を持つ州を指定し、これらの州の制度変更にあたっては、連邦政府による事前承認を行う手続きを規定していた。ところが、シェルビー判決は、経年による南部社会の変化に伴って、この指定がすでに有効性を失っているとして、これを無効としたのである。これによって、州は事前承認の制約を解除されることになり、黒人の権利を保障する連邦法の機能が弱まることになった。

連邦最高裁の保守化は、共和党のトランプ政権期に、3名の保守派判事が任命されたことで決定的になった。最高裁の判事構成のバランスがくずれ、いまや9名中6名を保守派判事が占めることになった。最高裁判事の党派性が強まる中で、黒人の政治参加を脅かす状況が生じている。

シェルビー判決以降、共和党が支配する州では、「制限的投票立法（restrictive voting laws）」とよばれる多数の立法が行われるようになった。これらの立法は、ほぼすべてが共和党の議会や知事が主導するものであり、民主党の支持基盤であるマイノリティ、とくに黒人の投票率を抑制すること狙ったものである。この種の立法は州ごとに多様であるが、代表的なものは、投票に際して政府の発行する写真付きの身分証明書の

提示を求めるものであり、運転免許証やパスポートを持たないものは、州政府が別途発行する証明書の取得などが必要になる。運転免許証を所持しない黒人は多く、投票へのハードルが上がるのである。

この他にも、投票所を減らす、日曜日の投票を制限する、期日前投票の期間を短縮する、などの制度変更も行われる。概して、投票の便宜を減じるこれらの規制は、車を持たず、勤務時間の制約などが大きい低所得者やマイノリティが投票に出向く負担を増加させる。当然ながらこれらに対しては、多くの訴訟が提起されており、その人種差別的性格のゆえに無効とされたものもある。これらの制限的な制度が導入されることで、投票の条件の不平等が拡大することが懸念されている。最近の調査によれば、白人と黒人の投票率の較差が、近年増大しており、その一因がこのような制度変更にあることが推測されている[23]。

選挙区割りについても、投票権法の保護が失われる危惧が強い。連邦最高裁判所は、政治的党派が、区割りを自党に有利に操作する党派的ゲリマンダリングについて、これが立法部によって対処すべき問題であり、司法によって救済するものではないとして、司法適合性を否定した[24]。2024年には、人種問題についても同様の姿勢を示し、黒人有権者の選挙区を、自党に有利に操作した共和党議会による操作についても、これが人種差別ではなく、政治的考慮にもとづくゲリマンダリングであるとして、救済の対象とすることを否定した。このように、黒人の政治参加の権利は、深刻な後退の脅威に直面しているのである。

（6）警察・刑事司法による暴力的統制

一般にある集団を支配・抑圧し、低い社会的な地位を甘受させるためには、これに抵抗する者への暴力的統制が必要になる（Bonilla-Silva 2021, pp.56-57）。奴隷制の時代には、監視やむち打ちなどによってこれが行われた。ジム・クロウの時代には、白人と黒人の社会的役割や、集

[23] *Growing Racial Disparities in Voter Turnout*, 2008-2022 By Kevin Morris and Coryn Grange, MARCH 2024, Brennan Center for Justice at New York University School of Law

[24] 勝田卓也（2024）p.42

団間の接触についての「人種エチケット」が厳密に定められ、これを遵守しない黒人にはリンチや人種暴動などの暴力的制裁が行われ、政府や司法もこれを黙認した。公民権法以降の時代には、私人の暴力は抑制されるようになったが、これに代わって国家機関、すなわち警察、刑事司法、FBI、社会福祉担当の官吏などが、黒人への統制の機能を果たしていることが指摘される。

警察は、歴史的に黒人の抗議行動や暴動を抑制する役割を果たしてきた。警察の中には黒人やヒスパニックを危険視する文化があり、積極的にマイノリティ地区の取り締まりを行うことにより、こうした見方が一層強まることになる（Bonilla-Silva 2021, pp.63-64）。

不審者を呼び止めて身体検査を行う「ストップ・アンド・フリスク」は、その9割が黒人及びヒスパニックの若者を対象にしており、彼らに恐怖心を植え付けている。実際のところは、白人の若者の方が、薬物の売買や使用、銃器の携帯を頻繁に行うという研究もあり、また黒人においてストップ・アンド・フリスクが逮捕につながる割合は低い。このように、黒人やヒスパニックの若者を重点的に取り締まる人種プロファイリングは正当化できない。むしろこのような検査は、警察がこれらの集団を統制下におく手段として利用されているのである（Bonilla-Silva pp. 59-61）。また、警察による死者のなかで、黒人の比率が最も高い。このような経験から、黒人やヒスパニックの若者は、警察に強い不信感を持つことになる。

また、警察や公安組織は、黒人の運動を秩序への脅威とみなし、黒人活動家の監視やその妨害を行ってきた。公民権運動以来、FBIはM.L.キングやマルコムXをはじめリーダーを監視下に置き、諜報工作によって信用を失墜させ、運動組織を解体させてきた（ibid., p.64）。警察の暴力に抗議するブラック・ライブズ・マターの運動が高まる中で、いくつかの州では、これに逆行する「ブルー・ライブズ・マター」が掲げられ、また警察官への暴力をヘイトクライムと分類して、重い刑罰を与える立法が行われた（ibid., p.59）。このように、警察による暴力的抑圧の是正には抵抗があり、克服は難しい。

裁判の過程においても、黒人は白人に比して、不利な扱いをうける。同じ犯罪でも白人に比して、黒人が厳しい処罰を受ける傾向がある（ibid.,

pp.56–59）。薬物の利用者の中で黒人の比率は14%に過ぎないが、収監される者の中では、黒人は74%を占める。銃器・薬物にからむ犯罪では、黒人の方が白人より刑期が1.5倍長い。黒人が白人に危害を与えた場合、同じ条件で白人が黒人を傷つけた場合と比較して、有罪になる比率は数倍も高い（ibid., pp.61–63）。

このような不均衡の原因の一つは、陪審員の選定の方法にある。陪審員には年配で、富裕、教育水準が高く、処罰に積極的な人が選ばれる傾向があり、白人が選ばれる確率が高い。このため、彼らが持つバイアスが判決に反映されると考えらえる（ibid., p.62–63）。

アメリカでは1960年代末から厳罰化の動きが始まり、1990年には大量収監が発生する。懲罰的な処遇は服役後にも続き、福祉の給付や公営住宅の入居資格が否定され、資格取得を制限されるなど、就職や社会復帰が妨げられる（Valls 2018, pp. 168–170）。この時期、収監者の中の黒人の比率が急増する。今日では、黒人の収監率は白人の６倍であり、20–30歳代では、収監率は白人の８倍である（Bonilla–Silva 2021., pp. 58–61）。今日生まれた黒人男性の３分の１が、一生のどこかで収監を経験する計算になる。このような状況は、黒人の家族やコミュニティを破壊し、失業や貧困を持続させ、偏見を再生産するのである。

（７）市民社会における暴力や威圧

アメリカでは、白人による黒人への暴力的締め付けは、公的機関によるものに限られない。公民権運動の後は、私人による暴力は減少したが、根強く存在している。とくに、人種差別的な自警団活動は残存しており、これによって黒人が襲われる例は少なくない。しかも、近年ではこのような自警団活動を助長するような法改定が見られる。すなわち、通常の観念によれば、危険に直面した人は、まずそこから避難するする必要があり、避難が困難な場合にはじめて、反撃することが正当防衛として正当化される。ところが数州において、この要件が緩和され、危険に直面した者が避難することなく、直ちに反撃することが許されるようになったのである（ibid., p.59）。2012年には、自宅付近をジョギングしていたトレイボン・マーティン氏が、自警団活動中と称する白人二人に射殺される事件が起こった。当初、犯人は起訴すらされず、全国的な抗議運動

がおこった。これをうけて犯人が起訴されたものの、正当防衛が認定されて無罪になり、黒人差別の実態を広く認識させることになった。

黒人への締め付けは、このような暴力行為に限らない。近年では、インターネットを利用して、社会の「マナー」を乱す行動をとる黒人やヒスパニックの行動に、白人が社会的制裁を加える行為が増えている（ibid., p.67）。たとえば、黒人が公園や街路でマナーを破ったとして、あるいは、黒人男性から「威嚇」を受けたとして、白人が警察に通報する。警察もこれに過剰に反応して出動し、黒人にハラスメントを行う。その一部始終がインターネットに投稿され、社会的非難が巻き起こる。ここで注目すべきは、白人の通報者が、社会の人種的序列を前提に、自らの権力を利用することを意図していることである。すなわち、警察に通報したり、ネットに投稿したりする際には、相手が黒人やヒスパニックであることを強調し、社会のステレオタイプに訴えるのである。すなわちこれは、人種的偏見を再生産する草の根の実践といえるのである。警察による暴力が繰り返されるたびに、警察組織における人種偏見が指摘されるが、この偏見は、社会一般に存在する偏見を反映していることが指摘されている。ここに見たように、警察の暴力は、社会一般における差別の実践と連続しているのである。

参照文献

Anderson, Elizabeth 2010 *The Imperative of Integration*, Princeton University Press.

Bonilla-Silva, Eduardo. 2021. *Racism without racists: Color-blind racism and the persistence of racial inequality in America*. Rowman & Littlefield.

Brooks, Roy. 1996 *Separation or Integration? A Strategy for Racial Equality*. Harvard University Press.

Carmichael, Stokely, & Charles V. Hamilton. 1967. *Black power*. New York: Vintage Books.

Michael J. Klarman, "The Degradation of American Democracy and the Court, 134 Harvard Law Review 1-264 (2020).

Condron, Dennis J., and Vincent J. Roscigno. 2003. "Disparities within: Unequal spending and achievement in an urban school district." *Sociology of education* : 18-36.

Garner, Steve 2010, *Racism*, Sage Publications.

Massey, Douglas &Nancy Denton 1993. *American Apartheid: Segregation and the Making of the Underclass*. Harvard University Press.

Massey, Douglas. 2016. " Segregation and the perpetuation of disadvantage". In *the Oxford Handbook of the Social Science of Poverty*.

Nightingale, Carl. 2015."Spatial segregation and neighborhoods." *Oxford Research Encyclopedia of American History*.

Orfield, Gary and Ryan Pfleger. 2024 Unfinished Battle for Integration in a Multiracial America：From Brown to Now. UCLA Civil Rights Project. April 2024.

Said, Edward W. 1978 *Orientalism*, Georges Borchardt Inc.

Valls, Andrew 2018. *Rethinking Racial Justice*. Oxford University Press.

Young, Iris Marion 1990. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press.

上杉忍　2012『アメリカ黒人の歴史：奴隷貿易からオバマ大統領まで』中公新書

勝田卓也　2022「アメリカの民主政治の劣化と最高裁（1）（2・完）」大阪市立大学法学雑誌．68 巻 4 号，69巻 1 号

ミシェル、オレリア 2021『黒人と白人の世界史:「人種」はいかにつくられてきたか』明石書店

論　　説

共同正犯における意思連絡の要否とその内実（1）

中　田　翔　太

目　　次

序章　はじめに
第1章　共同正犯についての基本的理解
　第1節　共同正犯の基本的理解をめぐる議論
　　第1款　因果的共犯論の適用を前提に共同正犯を連続的に捉える理解
　　第2款　因果的共犯論の適用を前提に共同正犯を連続的に捉える理解に対する近時の判例・学説
　　第3款　共同正犯の基本的理解についての問題
　第2節　共同正犯における因果的共犯論
　　第1款　因果的共犯論の適用可能性
　　第2款　各関与者の個別の行為と結果との因果関係が必要であると理解する立場からみた共同正犯の因果経過
　　第3款　全体行為に着目する立場からみた共同正犯の因果経過
　　第4款　小括
　第3節　関与者の集合体としての性質（一体性）
　　第1款　一体性による共同正犯の正犯としての基礎づけ
　　第2款　結果発生の可能性を高める一体性
　　第3款　関与者間の関係性に着目する必要性
　　第4款　共同正犯に固有の特徴がもたらす結果発生の可能性の高まり
（以上、本号）
　第4節　アメリカ法におけるコンスピラシー
　第5節　集団の危険をもたらす関与者間の関係性としての一体性

第6節　個人責任と集団責任に関する本稿の立場
第7節　実行共同正犯と共謀共同正犯の区別
第2章　共同正犯における意思連絡の要否
第3章　意思連絡の位置づけ
第4章　意思連絡における意思の相互伝達
第5章　意思連絡として了解すべき内容
第6章　共同正犯に関する代表的な判例についての検討
終章　おわりに

序章　はじめに

刑法上の議論においては、理論的課題の解決と、判断過程の明確化などの実際上の判断の双方が重要であると思われる[1]。共同正犯においては、従来から共謀共同正犯の成否や共同正犯の正犯性など、共同正犯についてのさまざまな理論的課題が議論されてきた。しかし、その一方、共同正犯の成否に関する判断は判例・学説の蓄積[2]にもかかわらず、必ずしも明確であったとはいえない。

また、共同正犯の成立要件の内実を明らかにすることなく承継的共同正犯[3]など共同正犯の限界を問う問題を解決することはできず、かえって議論が混迷を深めることにもなりかねない。特に共同正犯の成立要件

[1] 理論的な根拠が浮き彫りにされることによって実際上の判断も明確化されるというように両者は連動する。なお、理論的課題の解決と実際上の判断の双方が重要であるとはいっても、その議論によっていずれに重点が置かれるかが異なるように思われる。たとえば、因果関係や実行の着手をめぐる議論においては、その理論的問題の重要さは言うまでもないが、実際上の判断をどのように行うかという点が特に重要であると思われる。

[2] たとえば、共謀共同正犯や共謀の成否を判断する上で考慮される要素・間接事実を挙げるものとして、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009）58-59頁や司法研修所編『裁判員裁判において公判準備に困難を来した事件に関する実証的研究』（法曹会、2018）59頁など。

[3] 承継的共同正犯については、中田翔太「承継的共犯の理論的根拠と限界」北大法政ジャーナル27号（2020）1頁以下などを参照。

のうち意思連絡の理解によっては、片面的共同正犯などの問題は結論が大きく左右されることとなる。それにもかかわらず、共同正犯の成立要件をめぐっては、正犯意思という意味での「共謀」や「重要な役割」といった要件は手厚く議論されてきたが、意思連絡それ自体がどのような内実を有するかという点については、他の要件に比べると十分に議論されてこなかったように思われる。さらに、第２章で示すとおり、片面的共同正犯を肯定する立場においても、共同正犯が成立する場合の多くは意思連絡が認められると指摘されるところ、このような意思連絡の内実を明らかにすることが共同正犯の成否そのものの判断を安定的かつ明確なものにすると思われる。

そこで、本稿は、共同正犯における意思連絡を考察の対象とし、その内実を明らかにした上で、判断の明確化を目指す。

判断の明確化のためには、意思連絡とは何かという大きな判断枠組みを最初に示すのではなく、意思連絡を構成する要素を抽出し、その要素ごとに検討を加えることが必要である。なぜなら、要素ごとに検討することによって、どのような点に着目して判断すべきかが浮き彫りになり、考慮要素の単なる列挙による総花的な判断がなされるおそれを低減できるからである。

そのため、本稿は、意思連絡がそもそも共同正犯の成立要件として必要か否か、また、それが必要であるとして意思連絡を成り立たせる要素はどのようなものであるかを明らかにする。

具体的には、まず、意思連絡の要否と内実を解明するためには、その基礎となる理解を定める必要があるから、第１章では、共同正犯の基本的理解を明らかにする。この点は、近時、特に議論されている因果的共犯論の共同正犯への適用可能性および一体性を中心に分析する。これを前提に、第２章では、意思連絡の要否について検討する。その上で、第３章は、共同正犯の主観面について、その構造を分析し、共同正犯の主観的要件とされてきた概念間の関係を検討する。そして、第４章は、関与者は互いに意思の表明・了解のやり取りをどこまで続ける必要があるかという意思の相互伝達と呼ぶべき問題について分析する。最後に、第５章と第６章において、意思連絡として了解すべき内容を共同正犯の類型ごとに明らかにした上で、意思連絡の内実を示すにあたって抽象的な

議論となることを避けるため、共同正犯の代表的な判例を素材に具体的な適用を検討する。

第1章　共同正犯についての基本的理解

第1節　共同正犯の基本的理解をめぐる議論

第1款　因果的共犯論の適用を前提に共同正犯を連続的に捉える理解

かつて、我が国における共同正犯論は、共謀共同正犯に関する肯定説と否定説の対立を背景として実行共同正犯と共謀共同正犯を区別して議論していた[4]。たとえば、学説では、共謀共同正犯を否定しつつも、各関与者の行為を全体として観察することによって実行共同正犯における実行行為と評価される範囲を拡張し、犯罪の見張りを行った者にも共同正犯を成立させるという主張がなされた[5]。

これに対し、現在は、共謀共同正犯を肯定する立場が多数を占め、因果的共犯論が共同正犯にも妥当することを前提に「実行共同正犯と共謀共同正犯という二種類の異なった共同正犯があるわけではなく、いずれも共同正犯の成立要件を充たす点で共通しており、両者の間にある相違・区別は連続的なものにすぎない」[6]という理解が有力である。

また、因果的共犯論は学説だけでなく実務にも浸透しており、なかでも共犯関係の解消に関して最高裁が判断を示した最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁や傷害罪の承継的共同正犯が問題となった最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁は、因果的共犯論に少なくとも親和的であるとされ、判例上も因果的共犯論が定着してきたと評されてきた。

このように因果的共犯論が共同正犯にも妥当するという理解からは、各関与者は自らの行為と因果性を有するものについてだけ処罰されるこ

---

[4] 共同正犯をめぐる議論の変遷については、亀井源太郎「共犯論の『通説』――共犯論は何をどのように論じてきたか」法セミ809号（2022）35頁以下参照。

[5] 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣、1948）203-204頁。

[6] 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016）338-339頁。

ととなる[7]。言い換えれば、共同正犯においても、単独正犯と同様に、自らの個別の行為と結果との因果性が必須の要素とされ、その因果性を欠けば、共同正犯は成立しない。このような帰結は、個人責任の原則が共同正犯にも妥当しなければならないことを明示している。同時に、そこで個人責任の原則として要請される内容は、自らの個別の行為と結果との因果性の存在という単独正犯と同質のものであるといえる。そして、共同正犯と単独正犯との構造上の差異は、要求される因果性が構成要件該当事実を促進するもので足りるか否かという因果性の程度にあることになる。このような共同正犯の理解は、個人責任の原則を厳格に共同正犯に適用するものといえよう。

第２款　因果的共犯論の適用を前提に共同正犯を連続的に捉える理解に対する近時の判例・学説

しかし、近時、いわゆる特殊詐欺の事案で詐欺罪の承継的共同正犯が問題となった最決平成29年12月11日刑集71巻10号535頁が現れた。同決定は、「被告人は、……本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、……被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」と判示し、欺罔行為と受領行為の一体性に言及した上で、先行行為も含めた共同正犯の成立を認めた。これは、後行者が先行する欺罔行為に関与していないにもかかわらず、当該欺罔行為も含めて共同正犯を認めたという点で、因果的共犯論からは説明しづらく、因果的共犯論が判例上も定着してきたという認識を揺るがすことになった。

また、危険運転致死傷罪の共同正犯が問題となった最決平成30年10月23日刑集72巻５号471頁は、「被告人とＡは、互いに、相手が本件交差点において赤色信号を殊更に無視する意思であることを認識しながら、相手の運転行為にも触発され、速度を競うように高速度のまま本件交差点

[7] 山口厚「共同正犯の基本問題」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001）210頁。

を通過する意図の下に赤色信号を殊更に無視する意思を強め合い、時速100kmを上回る高速度で一体となって自車を本件交差点に進入させたといえる。……被告人とＡは、赤色信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する意思を暗黙に相通じた上、共同して危険運転行為を行った」として共同正犯の成立を認めた。同決定は実行共同正犯を認めた事案ではないとする理解がある[8]。その一方で、因果的共犯論が共同正犯に妥当することは「自明の前提」ではないとして、同決定は実行共同正犯を認めたものであって、「実行共同正犯は、関与者ごとの個別の実行行為から犯罪実現までの因果性に注目するのではなく、共同意思に基づく共同実行行為を把握し、個別の実行行為ではなく共同実行行為からの既遂結果惹起を問題にするものである」とも主張される[9]。

このような判例の動向と同様に、学説では、近時、因果的共犯論を前提にせず各関与者の個別の行為と結果との因果関係は不要であると理解し、各関与者の集合体としての「全体行為」に着目して共同正犯を理解する立場が示されている[10]。

さらに、研究者と実務家の双方から実行共同正犯と共謀共同正犯を区別する立場[11]が現れ、学説上はそのような区別を前提にさらに類型化を

---

[8] たとえば、小林憲太郎「危険運転致死傷罪の共同正犯」研修855号（2019）10頁。

[9] 樋口亮介「平成の刑法総論」法時91巻９号（2019）37頁。

[10] たとえば、井田良「承継的共同正犯についての覚書」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集［上巻］』（成文堂、2017）637-646頁参照。

[11] 研究者による主張として、たとえば、伊藤嘉亮「共同正犯における『重要な役割』に関する一考察（１）――正犯性拡張機能について――」早研154号（2015）１頁以下、同「共同正犯における『重要な役割』に関する一考察（２）――正犯性拡張機能について――」早研155号（2015）27頁以下、同「共同正犯における『重要な役割』に関する一考察（３・完）――正犯性拡張機能について――」早研156号（2015）29頁以下、同「共謀共同正犯の構造（１）――心理的拘束力の解明を目指して」早研158号（2016）15頁以下、同「共謀共同正犯の構造（２・完）――心理的拘束力の解明を目指して」早研159号（2016）23頁以下の一連の論文は、実行共同正犯と共謀共同正犯における「重要な役割」について論じ、共謀共同正犯では集団圧力が正犯性の根拠となるとする。また、実務家による主張として、菊池則明「危険運転致傷罪における実行共同正犯と共謀共同正犯」佐

進め、それら類型ごとに共同正犯の成否を判断するものもあらわれている[12]。

第3款　共同正犯の基本的理解についての問題

以上のとおり、現在は因果的共犯論が共同正犯に妥当することを前提に実行共同正犯と共謀共同正犯の成立要件が同一であると解し、両者を連続的に理解する立場が有力ではあるが、このような立場に対しては、①因果的共犯論は共同正犯にも適用されるかという問題、②共同正犯における各関与者の集合体としての性質をどのように考えるべきかという問題、③そもそも共同正犯を実行共同正犯と共謀共同正犯とに区別して理解すべきであるかという問題が提起されているといえよう。

これらはいずれも共同正犯の基本的理解に関わる問題であり、これらの問題に対する理解を示さなければ共同正犯の意思連絡の内実を明らかにすることはできないと思われる。そこで、本章では、これらの問題について分析を加える。

以下では、はじめに因果的共犯論が共同正犯にも適用され（問題①）、

伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020）67頁以下。

[12] このような近時の類型論の総論的検討として、樋口亮介「類型論に基づく共同正犯の構造化（その１）」法セミ803号（2021）106頁以下、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その２）」法セミ804号（2021）104頁以下、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その３）」法セミ806号（2022）103頁以下、同「類型論に基づく共同正犯の構造化（その４・完）」法セミ807号（2022）118頁以下の一連の論文。また、各論的検討として、伊藤嘉亮「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の『場』を提供する場合の共同正犯の成否（その１）」法セミ808号（2022）107頁以下、同「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の『場』を提供する場合の共同正犯の成否（その２・完）」法セミ809号（2022）107頁以下、樋口亮介「薬物輸入の罪における共同正犯（その１）」法セミ810号（2022）93頁以下、同「薬物輸入の罪における共同正犯（その２）」法セミ811号（2022）102頁以下、同「薬物輸入の罪における共同正犯（その３・完）」法セミ812号（2022）110頁以下。

また、伊藤・前掲注（11）「共謀共同正犯の構造（２・完）」41-43頁も共謀共同正犯について支配型と対等型を区別して分析を進める。

共同正犯の処罰は集合体としての性質により基礎づけられることを示した上で（問題②）、最後に共同正犯の成立要件は実行共同正犯と共謀共同正犯に区別して検討するべきであることを結論づける（問題③）。

第2節　共同正犯における因果的共犯論

第1款　因果的共犯論の適用可能性

まず、因果的共犯論[13]として論じられるものには、「共犯の処罰のためには正犯の行為はどのような要件を備える必要があるか」という共犯の従属性に関するもの[14]と自らが因果的に影響を有していない行為については責任を負わないという個人責任の原則が共犯にも妥当することという内容が含まれる[15]。

しかし、前者は狭義の共犯を想定したものである[16]。また、前者は正犯の行為が備えるべき要件に着目した議論であるから、各関与者の個別の行為と結果との因果関係の要否を問題とする場面では、あえて因果的共犯論を前者の内容で理解すべき理由はない。そのため、ここでは、因果的共犯論の内容は、個人責任の原則が共犯にも妥当することと捉えることとする。

因果的共犯論は共同正犯に適用されないとする立場も、「個別の被告人ごとに、実行行為者を支配・指示していたこと、一体扱いを基礎づける意思連絡の一員であったこと、あるいは、共同実行行為に参加したことを処罰根拠としている点で、個人責任を問うものではある」として、

---

[13] 因果的共犯論をめぐる議論については、十河太朗「因果的共犯論の意義」山口厚ほか編『実務と理論の架橋――刑事法学の実践的課題に向けて――』（成文堂、2023）865頁以下。

[14] この点の内容については、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論§§1～72』〔島田聡一郎〕（有斐閣、2010）809-810頁などを参照。

[15] このような用語法について、小林憲太郎「いわゆる実行共同正犯について」判時2480号（2021）101頁、十河・前掲注（13）869-873頁。

[16] 共犯の従属性の議論が共同正犯に妥当しないとするものとして、たとえば、山口・前掲注（6）311-312頁。

個人責任の原則は共同正犯に適用されると主張する[17]。

しかし、このような主張に対しては、「共同正犯についても個人責任の原則が妥当するのであれば、全体行為にではなく、各人に処罰される根拠が備わっていなければならないはずであ」[18]り、「個別行為の因果性とは別の形で、各人が処罰根拠を備えていることを説明できなければならない」[19]という理解を前提として、上記の因果的共犯論は共同正犯に適用されないとする立場からの説明に疑問が示されている。

すなわち、「実行行為者に指示命令を与えた場合に、共同正犯としての処罰を根拠づけるのは、実行行為を支配・指示していたことである」という説明は「単なるトートロジーにすぎ」ず、「実行行為を支配・指示することが、なぜ処罰を根拠づけるのか」が論じられるべきであると指摘される[20]。この点については、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場の論者は、背後者が実行行為者を支配・指示する関係にあることなどの「共同正犯固有の構造」[21]を前提として、共謀共同正犯における共謀は心理的拘束または心理的障壁の除去をもたらし[22]、一方で実行共同正犯においては協調して行われる刑法規範への違反に対し、その刑法規範の妥当性を維持するために、一体としての協調行動が許されないことを明示する必要がある[23]という意味で、共同正犯としての処罰が基礎づけられると考えた上で、共同正犯は、実行行為者を支配・指示していたなどの態様でこのような共謀や協調行動を行うことを処罰するものであるから、個人責任を問うものであると理解するのかもしれな

---

17 樋口亮介「特殊詐欺における包括的共謀と抜き事案における共同正犯の成否――共同正犯の基本的理解に立ち返って」刑法61巻2号（2022）148頁。

また、伊藤嘉亮「共同正犯の因果性拡張機能」早研152号（2014）41-42頁は責任主義が憲法原理であることを指摘する。

18 谷岡拓樹「共同正犯における因果的共犯論の意義」早誌73巻2号（2023）58頁。

19 谷岡・前掲注（18）59頁。

20 谷岡・前掲注（18）61頁。

21 樋口・前掲注（17）146頁。

22 樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修844号（2018）7頁。

23 樋口亮介「実行共同正犯」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019）145頁。

い。このように理解するのであれば、上記の論者の説明も「単なるトートロジー」とまではいえないこととなろう[24]。

もっとも、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場からは、個別の行為と結果との因果性は不要であるとも主張される[25]。これに対しては、このような立場も「各行為者の行為と全体行為との因果関係を要求し、ひいては各行為者の行為と構成要件的結果との因果関係を要求するものであり、事実上、因果的共犯論を排斥しているわけではない」と指摘される[26]。しかし、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場の主眼が因果性を問題とすることなく包括的共謀を認めることにある[27]とすると、やはり個別の行為と結果との因果性は不要と解されていると理解することになろう。このように考えると、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場は、因果性以外の観点から個人責任の原則が満たされると理解するものと位置づけられると思われる。そうで

---

[24] このほかにも、3つの疑問が示されている。第1に因果的共犯論が狭義の共犯に適用されることは否定されないのに、なぜ共同正犯には因果的共犯論が適用されないのかが示されていない（谷岡・前掲注（18）61頁）、第2に「因果性が認められないために幇助犯としてすら処罰されない行為を共同正犯として処罰することになりかねない」（谷岡・前掲注（18）61頁）、第3に「個別行為を不要とするのであれば、責任能力や故意などについて、いつの時点のそれらを問題とするのか」が明らかではない（谷岡・前掲注（18）61-62頁）という3点である。

これらのうち、第1の点については、樋口・前掲注（9）36頁は因果的共犯論を本来的に狭義の共犯に妥当する理論と位置づけているから、このような理解からは、むしろ共同正犯に因果的共犯論が適用される根拠こそ示されるべきということになろう。

また、第3の点については、因果的共犯論が共同正犯に適用されないとする立場を本文のように理解するのであれば、共謀や協調行動を行なった時点で責任能力などを問題とすれば足りると思われる。

これらに対し、第2の点は、因果的共犯論を共同正犯に適用しないことによって生じる不当な処罰を指摘するものといえ、重要であると思われる。

[25] 樋口・前掲注（17）147-148頁。

[26] 十河・前掲注（13）879頁。

[27] 樋口・前掲注（17）150-151頁参照。

あるならば、因果性を検討せずともどのような場合に個人責任の原則が満たされるかを明らかにする必要があるが、この点はなお十分には明らかにされていない[28]。しかし、因果的な影響を有しなければ、少なくとも生じた結果に対していかなる範囲で個人が責任を負うのかが明らかではない[29]から、個別の行為が結果に対して因果性を有しない場合には個人責任の原則は満たされないと思われる。

このように考えると、自らが因果的に影響を有していない行為について責任を負わないという個人責任の原則が共犯にも妥当するという意味での因果的共犯論は共同正犯にも適用されるといえ、共同正犯において因果性の観点は維持される。もっとも、各関与者の個別の行為と結果との因果関係をどのように理解するかという点はなお検討する必要がある。

第2款　各関与者の個別の行為と結果との因果関係が必要であると理解する立場からみた共同正犯の因果経過

各関与者の個別の行為と結果との因果関係が必要であると理解する立場は、自らが分担しない実行行為から結果が生じた場合であっても、その結果に対する心理的因果性があるとして共同正犯を認める。

たとえば、「甲乙が丙の殺害を共謀して同時に発砲したが、甲の弾丸のみが命中して丙が死亡したという……設例の場合、乙が殺人既遂の罪責を負う根拠は、乙が甲と殺害を共謀することによって、甲の殺意を強化し、その殺害行為を心理的に促進したことにより、丙の死亡という結果と心理的因果性をもった点に求められるのである」[30]と主張する。このように因果関係の程度は単独正犯よりも緩和され、「促進」という限度ではあるものの、共同正犯においても単独正犯と同様に因果関係が認められる。ここでの因果経過は、個別の行為と結果との間に実行担当者による実行行為が介在したものとして想定される。

---

[28] 豊田兼彦「共同正犯の構造の再検討」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』（成文堂、2020）93頁も参照。

[29] 中田翔太「判批」北法74巻3号（2023）381頁も参照。

[30] 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010）43頁。

第3款　全体行為に着目する立場からみた共同正犯の因果経過

各関与者の集合体としての全体行為に着目する立場は、全体行為と結果との因果関係は要求するものの、個別の行為と全体行為との関係をどのように考えるかということについては理解が分かれている。たとえば、「刑法60条は、複数名による犯罪実現に向けた共同現象を直裁に捉えることを可能にするものであり、関与者各自の個別行為を特定することを不要とし、特定の個別行為と結果との間の因果性を処罰要件から外すという意義を持つ」として個別の行為と全体行為との因果関係は不要であると主張される[31]。しかし、「全体行為と結果との因果関係さえあればよいとされるだけでは、その責任を負う者は共同者全体だとしか言うことができず、全体行為を構成するAやBに全部責任を帰することができない」[32]と指摘されるとおり、個別の行為と全体行為との間に何らかの関係がなければ、関与者の集合体ではなく個別の関与者が発生した結果について責任を負う根拠を欠くであろう。

全体行為に着目する異なる立場として、「全体的行為とは個々の関与者の行為遂行そのものによって形成されるのであり、行為とは異なる次元にある外的現象と同じようにこれに対する因果関係を構想することには無理があろう。」[33]とした上で、全体行為を行う「集団を形成して、全体的行為の遂行に関わった個々の関与者の義務違反に対して、正犯としての犯罪結果が帰属される」[34]という理解も示されている。しかし、このような理解に対しては、全体行為を形成したことが各関与者に帰属されることは説明できても、結果が各関与者に帰属される説明にはならないのではないかという疑問がある。

また、「全体行為を個々の共同者に帰責するには、全体行為と個々の行為との正犯責任を基礎付けるだけのつながりが必要であり、それが全

---

31 樋口・前掲注（17）148頁。

32 安田拓人『基礎から考える刑法総論』（有斐閣、2024）386-387頁。

33 松生光正「共同正犯の構造について」法務研究76巻4号（2010）231頁。

34 松生・前掲注（33）233頁。

体行為の危険を高めたという関係」[35]であるとも主張される。しかし、実行行為が結果発生の危険を生じさせても、結果との因果関係が認められないのであれば、未遂犯として結果の責任を負うことはない。それと同様に、各関与者が全体行為の危険を高めたとしても、全体行為から生じた結果について各関与者に責任を負わせることができる説明とはならないと思われる。

このように考えると、全体行為に着目したとしても、各関与者が結果の責任を負うことを説明するためには、全体行為という観点を含めて個別の行為との結果との事後的な因果性を必要とするほかないのではないか。すなわち、因果経過として個別の行為と結果との間に介在する全体行為を想定し、そのような介在事情があることを前提とした上で、従来の立場と同様に、個別の行為と結果との因果性を必要とするものと考えるべきであると思われる。このような理解からは、従来の立場とは異なり、介在行為として、実行担当者による実行行為ではなく、集合体による全体行為を考えることとなる。しかし、このように考えるならば、あえて全体行為という概念を想定する必要はなく、個別の行為と結果との因果性だけを問題とすれば足りると思われる。もっとも、各関与者の集合体としての性質が共同正犯についての判断に影響を与えうるという点は重要であり、これは後述するとおり、共同正犯の正犯性において検討すべきである。

第4款　小括

以上のように、本節では、自らが因果的に影響を有していない行為について責任を負わないという個人責任の原則が共犯にも妥当するという意味での因果的共犯論は、共同正犯にも適用されることが確認された。

また、各関与者の個別の行為と結果との因果関係が必要であると理解する立場と全体行為に着目する立場のいずれにおいても、個別の行為と結果との間の因果性を必要とすべきことが導かれた。

もっとも、各関与者の集合体としての性質を考慮することは、共同正

[35] 安田・前掲注 (32) 382頁。

犯の基礎づけとして重要である。すなわち、次節でみるとおり、そのような集合体としての性質を考慮するからこそ、共同正犯の正犯としての処罰は基礎づけられると思われる。

言い換えれば、因果的共犯論のみから共同正犯を基礎づけようとしても、それは個人責任の原則が共同正犯にも適用されることをいうにすぎず、個人責任の原則の共同正犯への適用を前提に、なぜ共同正犯が正犯として処罰されるのかを示すことはできないのではないかと思われる。

第3節　関与者の集合体としての性質（一体性）

第1款　一体性による共同正犯の正犯としての基礎づけ

共同正犯には関与者の集合体としての性質があり、そのような一体性[36]の機能を明らかにしなければ共同正犯の意思連絡がどのようなものかを示すことはできない。

まず、一体性は共同正犯の正犯性を基礎づけるものと理解する必要がある。

すなわち、共同正犯を単なる因果的寄与の重大さから理解しようとしても、教唆による因果的寄与も重要であるという点で、教唆犯と区別することができず[37]、また、重要な役割を果たすことを理由に正犯としての処罰を根拠づけようとしても､そのような重要な役割を果たす者は「広い意味での共犯の中では責任が重いということまでしか言えておらず、正犯としての責任は基礎付けられていない」[38]。これは言い換えれば、共同正犯においては、自らが実行行為のすべてを行っていなくても、実現した結果全体について正犯としての責任を負うという一部行為全部責任

[36] このような集合体としての性質は、「共同性」ともいわれる。たとえば、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020）331-332頁。

[37] 山口・前掲注（6）341頁、松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂、2020）237頁、橋爪･前掲注（36）332頁。教唆犯は重大な因果的寄与があるからこそ、正犯の刑を科されるともいえよう。

[38] 安田・前掲注（32）377頁。

の原則が認められているところ、因果性という観点のみでは、そのような一部行為全部責任の原則が認められる根拠を明らかにすることができないということを意味するといえよう。

そのため、共同正犯の正犯性を基礎づけるためには、狭義の共犯と共通する単なる因果的な影響という観点だけではなく、共同正犯に特有の一体性という観点も含めて論じる必要がある。そして、共同正犯と狭義の共犯を単に区別できるというだけではなく、なぜ両者の処罰が区別されるのかという点を明らかにする必要がある。そのような正犯性の基礎づけは、共同正犯に固有の処罰根拠と言い換えることができる。

したがって、一体性がなぜ共同正犯としての処罰を根拠づけるのかを明らかにしなければならない。言い換えれば、一体性とはどのようなものかを明らかにする必要がある。

第2款　結果発生の可能性を高める一体性

まず、一体性については、結果発生の可能性を高める性質があるということが考えられる。もっとも、そのような結果発生の可能性の高まりがただちには共同正犯を基礎づける根拠とはならないと思われる。

まず、共同正犯が単独正犯よりも危険性が高いか否か、または結果実現が容易であるか否かは、個別の事案によって異なるのではないかという疑問が考えられる[39]。

また、結果発生の可能性が高まるとしても、共同正犯ではすでに結果が生じているため、犯罪を実現しやすくしたことが共同正犯を処罰する根拠にただちにはならないのではないか。すなわち、共同正犯においては、あくまでも結果を発生させたことが処罰されるため、犯罪が実現しやすくなったとしても、そこからただちに共同正犯としての処罰を導くことはできないと思われる[40]。このような意味において、単に結果が発

[39] 照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務②』(成文堂、2020) 117頁。

[40] 仮に共同正犯においては犯罪が実現しやすいと考えることができるならば、共同正犯における実行の着手時期が単独正犯におけるそれよりも早期に肯定で

生する可能性が高まるということが、直接的に、共同正犯を処罰する根拠になるわけではない。

さらに、単に結果が発生する可能性が高まるということは、共同正犯だけではなく、狭義の共犯にも当てはまる。

そうすると、結果発生の可能性の高まりという観点から共同正犯の正犯としての処罰を根拠づけるとしても、そこでは、狭義の共犯とは異なる共同正犯固有の特徴が見出されなければならない。

この点については、共同正犯において各関与者が重要な役割を果たしても、それ自体は単独正犯の成立要件を満たすには足りない場合が多いという指摘[41]を踏まえると、一体性は、因果的寄与の重大さだけでは基礎づけられない単独正犯と比較した場合の共同正犯の正犯性の不足を補うために必要なものであるといえるから、単独正犯にはない共同正犯の構造に着目することが有用である。

第3款　関与者間の関係性に着目する必要性

この点については、広義の共犯の因果性を心理的因果性に限定する議論が参考となる。

論者は、「共犯においては、単独犯より拡張された因果性が妥当」し、「XとYとの間に共犯関係が存在することによって、Yの行為が促進される。共犯の因果性はこのような関係の存在によって、単独犯のそれを拡張したものであり、共犯の因果性は共犯関係の存在であるといってよい。」とする[42]。その上で、論者は、「共犯の因果性は共犯行為と正犯行為との間で論じなければならない。」と論じる[43]。ここでは、「共犯の因

きるという議論はありうるかもしれない。

41　島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」斉藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻　過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006）463頁。橋爪・前掲注（36）326頁も「あくまでも本来の正犯は構成要件該当事実をすべて単独で実現している者であり、単独正犯と共同正犯の間には埋められないギャップが存在する」と指摘する。

42　町野朔『刑法総論』（信山社、2019）413頁。

43　町野・前掲注（42）414頁。

果性」という用語が用いられているものの、それは共犯行為と構成要件的結果とのものとしてではなく、「共犯行為」と「正犯行為」という関与者それぞれの行為間の関係を指すものとして用いられている。そして、このような「共犯の因果性」は正犯行為を促進するものであることから、論者は共犯の因果性は心理的因果性に限定されると論じる[44]。

共犯の因果性を心理的因果性に限定することの当否は措くとしても、ここでは、心理的因果性に限定することによって、共犯の特徴として、関与者間の人的な結びつきに着目する点が注目される。

すなわち、広義の共犯においては、単独正犯とは異なり、複数の関与者が存在し、一方の関与者が他方の関与者に影響を与えており、そのような関与者間の関係性によって結果が実現されやすくなるということができる。そして、広義の共犯についてこのようにいうことができる以上、共同正犯の一体性としての共同正犯固有の特徴にもそのような関与者間の関係性に関する性質があると考えることができよう。

第4款　共同正犯に固有の特徴がもたらす結果発生の可能性の高まり

共同正犯における関与者間の関係性からみて、結果発生の可能性が高まるということについては、次のような主張を挙げることができよう。

すなわち、①「各構成員に心理的同調性が生じ、その集団の共同目的関係から離脱することに対する心理的抵抗感が強ま」り「『犯罪遂行が確実』になる」[45]、②「複数人が共同し、しかもその行為が相互に結びついている場合には、一般に、いずれの行為者についても、単独ではできないことができる可能性が高まり、これをあわせてみるとき、犯罪実現の可能性は、単独犯の場合よりも飛躍的に高まっている」[46]、③「共同正

---

[44] 町野朔「惹起説の整備・点検――共犯における違法従属と因果性――」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況』130頁以下、町野朔『プレップ刑法〔第3版〕』（弘文堂、2004）226頁。

[45] 川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013）556頁。

[46] 島田・前掲注（41）463-464頁。この主張は、嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論（2・完）――共同正犯論序説――」法協121巻10号（2004）191頁が論じる「双方向的な因果的影響力」を前提としたものである。

犯は複数人が一体となって、強い関係性に基づいて犯罪を共同実行するものであり、容易に反対動機を乗り越えて犯罪が実現されやすい」[47]、④「人間はそのコミュニケーション能力を通じて全体行為計画の下で他者と共同して行為を遂行することが可能であり、そのような場合には結果の発生・不発生に関わる偶然性が減少し、法益侵害の危険（結果発生の確実度という意味での危険性）は個人で行動するときに比して増加」[48]し、また、「意思連絡の下で行為することによって、各行為者は犯罪実行に対する反対動機、規範的障害を相互的に抑圧し、共同者がいるという意識による安心感から心理的に鼓舞され、その意思の実現を容易にするような支援を受けることができ、あるいは当該行為を行わないという決定がより困難になるという心理的拘束を受ける」[49]、⑤「単独正犯に達しない者まで正犯に格上げする」刑法60条という「創設規定が理論的に正当化され」る理由は、「複数者が一体となることで単独の場合よりも不法の実現が類型的に容易化する」ことにあり、このような「共同正犯における複数者の一体性は、典型的には同一の犯行計画に基づいて各自が役割分担を行うケースにあらわれるが、理論的にはそれに限らず、現

---

[47] 橋爪・前掲注（36）331頁。

[48] 内海朋子『過失共同正犯について』（成文堂、2013）134頁。同134頁はこのような危険増加が共同正犯の帰責原理の出発点とされるべきであると論じる。

もっとも、同「共同正犯論の系譜」浅田和茂ほか編『刑事法学の系譜』（信山社、2022）614-615頁は、「共同正犯は、一つの共同行為計画に関与することを複数の者が合意することにより、動機面・行為面の双方において共同して因果の流れを統制していく犯罪類型である点が重要」であると論じる。この点について、同「共同正犯における行為計画に関する一考察」慶應ロー 37号（2017）178頁は、「通常、人の有意的行為は、行為者の内心において犯罪行為計画が立てられた（動機統制の段階）上で、行為実行（行為統制の段階）に至る」とした上で、同178-179頁は「共同正犯の場合は、各関与者は、他者と連絡し合いながら一つの行為計画を共同して立て、当該共同行為計画に従いつつ、分業によりながら行為実行に至る。この過程を単独犯における動機統制・行為統制の過程と比較すると、共同正犯者は、動機統制の段階において他者との合意により拘束され続け、その拘束は行為統制の段階に至っても作用し続けるのである」と論じる。

[49] 内海・前掲注（48）『過失共同正犯について』134-135頁。藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975）284-285頁も同旨。

場共謀のような、特段の計画の事前共有なしに、咄嗟の意思疎通に基づいて互いに犯行意思を強め合うだけのケースにおいても認めることができる」[50]と主張されてきた。

これらの主張は、いずれも関与者間の関係性に着目して共同正犯において結果発生の可能性が高まることを説明するものではある。もっとも、このように結果発生の可能性が高まるということが事前に判断されるのか、または事後的に判断されるのかは必ずしも明らかではない。さらに、これらは、心理的な抵抗感や反対動機の乗り越えなどの観点から犯罪が実現する可能性が高まることを説明するものの、これらの主張も言及する共同正犯における「集団」や「一体」が犯罪の実現との関係でどのような効果をもたらすかがなお十分に明らかにされていないように思われる。

学説では、共同正犯について、実行行為を遂行する能力の拡張に着目する見解が主張されている。

すなわち、共同正犯が正犯として処罰される根拠は「集団犯としての危険性にあ」り、「例えば、ある犯罪行為を分担的に実現する場合、単独犯の場合と比較すると、個々の行為者にとっては、心理的・物理的により少ないエネルギーの投入によって同一の犯罪結果を実現できることになる。個々の行為者がより容易に且つより少ないリスクで犯罪を遂行できるということは、社会にとって同じ犯罪行為であっても単独行為者の場合よりも危険であり、侵害的であることを意味する。このように人が集団的に結合する場合は、ある者の実行行為がより容易になるというよりも、実行行為を遂行する能力そのものが単独犯の場合よりも拡大されているのであって、このような実行能力の拡大によるより大きな社会侵害性、したがってより大きな規範違反性が、個々の関与者が部分的にしか実行していないにもかかわらず、全体による犯罪遂行の結果を帰属される根拠といえるであろう。つまり、共同正犯においては、……組織化することによって実行行為能力を人的に拡大したことに対し責任を問われているのであり、したがって、個々の関与者は、実行行為能力の拡

[50] 小林憲太郎「実務・学説・目的的行為論（３）」判時2568号（2023）102頁。

大に寄与するのでなければ正犯者としては処罰されえないのである」[51]と論じられる。さらに、このような主張に賛成して、「全体としてのパフォーマンスを増加させる重要な貢献があれば、その貢献者は、そのような危険増加を根拠として共同正犯で処罰されてよいと考えることは十分に可能である」[52]とした上で、加えて、心理的障壁を取り除くことによっても、全体行為としての危険増加を肯定でき、共同正犯を認めることができるとも主張される[53]。

以上の主張は、関与者全体の働きに着目して危険増加のメカニズムを明らかにするものといえる。これは、共同正犯の集団としての構造の詳細な分析から、共同正犯の正犯としての処罰を説明する点で優れていると思われる。

もっとも、共同正犯ではすでに結果が生じているため、危険増加が共同正犯を処罰する根拠にただちにはならないと思われる。そこで、上記のような危険増加が一体性の内容であると解すべきではなく、危険増加を関与者の関係性という観点から捉え直した上で、一体性の内容を明らかにする必要があると思われる。また、このように理解しても、意思連絡がなされることによって、関与者が個別の行為について引くに引けなくなることは考えられるところ、共同正犯における集団としての危険が、以上の見解が主張するような、各関与者が「心理的・物理的により少ないエネルギーの投入によって同一の犯罪結果を実現でき」、「個々の行為者がより容易に且つより少ないリスクで犯罪を遂行できる」という実行行為を遂行する能力の拡張や心理的障壁の除去に限定されるかという点にはなお疑問がある。

近時、共同正犯においては、共同の行為計画に基づいて事前的な危険増加が生じ[54]、そのような危険増加の実質的な根拠は「関与者間の意思

---

[51] 松生・前掲注（33）233-234頁。

[52] 安田・前掲注（32）381頁。

[53] 安田・前掲注（32）380-382頁。

[54] 馬場智大「時間的に前後して関与した共犯者間の罪責について（一）」論叢193巻４号（2023）111頁。

連絡を通じて、共同の行為計画における各関与者の役割が決せられる」[55]ことにあるとの主張がなされている。そして、このような危険増加は類型的なものであるとされる[56]。このような理解からは、「共同正犯における意思連絡の意義は、各関与者が意思連絡の相手方を心理的に拘束することにではなく、むしろ、意思連絡を通じて共同の行為計画の中における自己の役割・立ち位置を正確に把握し、それによって共同正犯行為による結果実現の危険性が高められる」ことにあるという帰結が導かれる[57]。このような主張は、共同正犯に固有の特徴として[58]、意思連絡を通じて各関与者が自らの役割を決定・把握するということに着目して、危険増加を基礎づけたものといえる。これは、意思連絡を通じてどのように危険が増加するかを具体的に示したものとして注目される。

しかし、たしかにそのような役割の決定・把握によって危険増加が基礎づけられるとしても、たとえば、意思連絡がなければ行為を取りやめることができたのに、意思連絡があることで、各関与者が引くに引けないと感じて行為を取りやめることができなくなるなど、それ以外のメカニズムによって危険が増加する場合もありうると思われる。そのため、共同正犯における集団としての構造をより詳しく分析する必要がある。なお、この見解は、「共同正犯における結果とは、共同の行為計画の形成によって増加された危険が具体的に現実化したという意味での結果」であるとして、各関与者の個別の行為が結果に対して因果性を有することは必須ではなく、「共同正犯的寄与がその全体において結果に対して

---

[55] 馬場智大「時間的に前後して関与した共犯者間の罪責について（二）」論叢194巻2号（2023）76-77頁。

[56] 馬場・前掲注（55）76頁。

[57] 馬場・前掲注（55）78-79頁。同80頁は、「関与者間で形成・共有された行為計画に基づいて、各関与者の寄与同士が統合され、またそれらが機能的に展開されることによって、行為の危険性（すなわち、結果実現の危険性）が類型的に高められるというところに、『共謀』の持つ処罰根拠としての実質が存する」と論じる。

[58] 共同正犯に固有の特徴に着目するからこそ、危険増加が類型的であるといえる。

因果的であれば」よいと論じる[59]。このような主張は、個別の行為と結果との因果関係が不要であることを、共同正犯の「結果」の意義から導くことが特徴的である。しかし、結果に現実化した危険はたしかに共同の行為計画によって増加されたものではあるが、それはあくまでも個別の行為から生じた危険であるため、共同正犯における結果は個別の行為の危険が現実化したものでもある。したがって、共同正犯における結果が、増加された危険が現実化したものであることをもって、各関与者の個別の行為が結果に対して因果性を有することが必須ではないことを導くことはできないと思われる。よって、論者のいう事前的な危険増加があれば、なぜ個人責任の原則に反しないか、具体的には、個別の行為が結果に影響を与えたことが事後的に明らかになっていないのに、その関与者に当該結果の責任を負わせてよい根拠が問われる必要があろう。

次節では、集団としての構造をさらに分析するため、アメリカ法におけるコンスピラシーの議論を参照する。

【付記】

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2024年３月25日授与）「共同正犯における意思連絡の要否とその内実」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたり、JST次世代研究者挑戦的研究プログラムJPMJSP2119の支援を受けた。

[59] 馬場・前掲注（54）111頁。

論　　説

環境刑法における法益保護（1）

―― 環境媒体侵害の刑法的規制を中心に ――

梁　　小　煒

目　次

序章　はじめに
　第一節　問題の提起
　第二節　本稿の構成
第一章　ドイツ刑法における環境犯罪をめぐる検討
　第一節　刑法典における環境犯罪の立法沿革
　第二節　環境犯罪の保護法益に関する各見解
　　第一項　人間中心主義
　　第二項　生態主義
　　第三項　行政主義
　　第四項　折衷的生態・人間中心主義
　　第五項　論争の実質―法益の本質に関する争点
　第三節　法益論に基づく検討
　　第一項　法益保護説の維持　　（以上、本号）
　　第二項　一元的・人格的法益論とその批判
　　第三項　二元的法益論による検討
　　第四項　環境法益の適格性
　　第五項　小括
　第四節　環境法益侵害の犯罪態様―水域の汚染（刑法324条）を素材として
第二章　中国刑法における環境犯罪をめぐる検討
第三章　日本刑法上の環境保護に対する一考察
第四章　終わりに

序章　はじめに

第一節　問題の提起

現代社会の発展に伴い、生態基盤の破壊や自然資源の消耗などの問題は日に日に厳しさを増している。このような地球の生態環境の問題に相応して、現在の時代において、環境保護の必要性が注目されつつある。すなわち、例えば「私たちが呼吸する空気、土壌、飲料水、食糧の汚染の増加から、原材料の搾取、森林の枯渇、砂漠化、ゴミの散乱、種の絶滅、オゾン層の破壊と温室効果まで、ここ数十年間の大規模な環境破壊は人々にこの依存の必然性を痛感させていた」[1]との悲嘆が、私たちに対して、現在の生態環境における各種の不利変化及びその可能な解決策に焦点を当てるように注意している。

現在では、「技術的な生産（die technische Güterproduktion）が成長し、止めどなく、かつ、見通しなく進歩するにつれて、自然生態の維持はますます脅かされ、環境のバランスは―結局、まったく補償されない―乱されるのである」[2]と指摘されるように、もし現代の工業社会における環境資源の乱用行為を放任しつづけるのであれば、人間社会の維持にとって耐えられない結果が生じる必然性は現れる。換言すれば、個別の環境乱用が生態系にとって軽微なうちに何事もないが、皆が自分の利益のために環境資源の無節制の消耗を増加していくと、地球生態系の均衡が打破され、それによって、人類全体は莫大な悪影響を受けることになってしまう。これはまさに「放牧地の悲劇」であろう。

要するに、地球環境のこれ以上の悪化を阻止するべきである。この課題の国際的共有化について、例えば、1972年には、ストックホルムで開催された「国連人間環境会議」において合意された「人間環境宣言・原則１」は、「尊厳と福祉を保つに足る環境で、自由、平等及び十分な生

---

[1] *Frank Saliger*, Umweltstrafrecht, 2.Aufl, 2020, S.1. 最近では、オーデル川の汚染に起因する魚類その他の動物の大量死亡が注目されている。関連の記事としては、siehe Warnung vor Fischsterben, in:FAZ 25.April.2023.S.5.

[2] *Günter Heine*, Ökologie und Recht:Zur historischen Entwicklung normativen Umweltschutzes, GA1989, S.116.

活水準を享受する基本的権利」を宣言し、さらに、1992年には、リオ・デ・ジャネイロで開催された「環境と開発に関する国連会議」において、「環境と開発に関するリオ宣言」が出されてきた[3]。とりわけ、当該リオ宣言の第３原則は、「開発の権利は、現在及び将来の世代の開発及び環境上の必要性を公平に充たすことができるよう行使されなければならない」と規定している。すなわち、人間社会の持続可能な発展という長期的利益のために、現世代においては、自然環境の継続的な過剰利用への効果的対処が不可欠である。

それゆえ、現状としては、工業化の進捗とともに、自然環境への脅威が過去よりも拡大しているので、その法的保護の必要性もより重視されるべきであろう。もちろん、生態システムの自発的な原因（豪雨や火山活動など）による地球環境の破壊の現象は、通常、人間の行為と直接関連せず、法的規制によっては解決できない（ただし、例えば人類活動にも起因する気象変動結果の一環としての豪雨の増加も現在注目されているので、人間行為と生態の自発的な環境破壊との連関が、まったく存在しないわけでもないとの議論は、最近ではなされている）。それゆえ、人間社会における生産や生活などの活動によって生じさせる環境汚染問題や生態破壊問題[4]こそが、相応の環境立法で規制され、コントロールされる主要な対象となる。

現代の環境問題の特徴としては、第１に、微量の有害物質が長期間にわたって環境に放出され、その複合的な作用が不特定の生態系や不特定多数の人間に不可逆的な影響を及ぼす点、そして第２に、どのような形で影響が生じるのかは現時点では必ずしも確実的ではない点である[5]。こ

---

[3] 山本輝之「法益の保護、刑法の謙抑性の原則は維持できるのか？」法学教室223号（1999年）17頁参照。

[4] 通常の理解によれば、「環境汚染」とは、排出された物質またはエネルギーが環境の自浄能力または生物の負荷限度を越えて、生態環境の原来の安定な状態に悪影響を与えるのであり、「生態破壊」とは、自然環境を恣意的に利用し、よって環境要素の質と量を変更させて、生態のバランスの打破や資源の枯渇をもたらすことができるような行為を指す。詳しくは、吕忠梅＝窦海阳「以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系」『中国社会科学』2020年第２期、121頁参照。

[5] 嘉門優「環境保護と刑法」甲斐克則編『現代社会と刑法を考える』（法律文化社、

のような環境問題への対応について、刑法がどのような役割を担うべきであるかということは世界的レベルの課題として、当然、日本、ドイツ及び中国の共通のテーマに属するのである[6]。

ここでいう「環境」とは、基本的には自然生態の環境に係る人間の生存基盤を指す[7]。まず、ドイツでは、1971年の「環境綱領」(Umweltprogramm) において「土壌、大気、水、植物・動物圏を人の介入というマイナス効果から保護すること」という包括的な記述を環境政策の主要目的と定め、当該保護が「人間の尊厳をもった生活」を目指すものであるとしている[8]。現在では、環境影響評価法（Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung ＝UVPG）第２条「概念規定」１項は「本法の意義上の保護財は、１. 人間、特に人間の健康、２. 動物、植物及び生物の多様性、３. 地域、土壌、水域、空気、大気及び景観、４. 文化遺産その他の物質的資産、並びに５. 上記の保護財の間の相互作用である」を明示している。当該規定は特に「保護財の相互作用」に着目しているので、一般的な見解によれば、「環境」という概念は「最終的に生態システムという総体システ

2012年）164頁参照。

[6] すなわち、例えば「最近、刑法学の国際的傾向として、環境刑法の重視ということをあげることができる。これは、地球規模で進行する環境破壊への危機感を背景として、刑法も環境保護の手段として役立てていこうとする意識に基づくものである。しかし、従来の刑法の枠組みが環境の保護に適した手段足りうるかについては争いがあり、行政法的規制との関係も含めて、今後議論の深化が要請される領域であろう」との叙述がこの点を指摘するのである。川口浩一「環境刑法―廃棄物処理法の罰則規定を中心として」阿部泰隆＝淡路剛久編『環境法（第４版）』（有斐閣、2011年）291頁以下。

[7] 長井圓『未来世代の環境刑法２』（信山社、2019年）３頁参照。1994年にリオ・デ・ジャネイロで開催された第15回国際刑法学会で合意された「環境に対する犯罪に関する決議」において、環境概念の定義については、「環境とは、地球のすべての構成物、すなわち生物及び非生物を意味し、空気、大気圏、水域、土地のすべての付着物（土壌と鉱物、動植物を含む）、及びこれらの構成物の間の相互的生態関係を指す」と規定されている。

[8] BT-Drs.7/2710, Umweltprogramm der Bundesregierung vom 29.9.1971. 山中敬一「ドイツ環境刑法の理論と構造」関西大学法学論集41巻３号（1991年）500頁も参照。

ムとしての生物圏と同等である」[9]と認められている。

他方、中国では、環境保護法２条において、「本法でいう環境とは、人類の生存と発展に影響を与える天然の、または人工の改造を受けた各種の自然要素の総体を指す。大気、水、海洋、土地、鉱産、森林、草原、湿地、野生動物、自然遺跡、人文遺跡、自然保護地域、名勝景観、城市と田舎など」と規定されている。通説の見解では、本条における「人類の生存と発展に影響を与える自然要素」という前提的条件は、行為客体を「自然環境保護」に係るものにまで限定して、社会的、経済的要素を排除したといわれるべきであるとされている[10]。

また、日本では、環境基本法14条は、「環境」の内容として、①大気、水、土壌その他の環境の自然的構成要素、②生態系の多様性や野生動物の種の保存などの生物多様性、③森林、農地、水辺地などの自然環境、及び④人間と自然との豊かな触れ合いがあると規定している。一般的な見解によれば、これは例示的な規定であり、「環境」概念の直接的な定義とはいえないが、そこには環境立法が対処すべき「自然環境」の重要な領域が示されているとされる[11]。

したがって、この３か国において「自然環境」は、現在の環境問題に対する法的対応の客体となっており、これは環境刑法においても同様である。環境刑法における環境は、「環境媒体」（水、土壌、空気等）と「その他の現象形態」（Erscheinungsform）（動物圏、植物圏、特定の保護地域）を含んでいる[12]。すなわち、外部環境に排出される汚染物質が人間の生命、身体を危殆化するという伝統的「公害犯罪」と異なり、現在の「環境犯罪」は地球生態系としての自然環境の維持に直接対処しているのである。問題は、このような環境犯罪の保護法益は自然環境そのものであるか（環境法益の適格性）、また、もし保護法益が各環境要素と

---

[9] *Bernd Bender/Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel*, Umweltrecht, 4.Aufl, 2000, S.4.

[10] 汪劲『环境法学（第四版）』、北京大学出版社2018年、２頁参照。

[11] 北村喜宣『環境法（第６版）』（弘文堂、2023年）７頁参照。

[12] *Frank Saliger*, in:Satzger/Schluckebier/Widmaier Strafgesetzbuch Kommentar, 4.Aufl, 2019, Vor§324Rn.11.

確定されたのであれば、刑法上それがどのように保護されるべきか（環境法益侵害の犯罪態様）である。

第二節　本稿の構成

本稿の構成は、ドイツ刑法、中国刑法、そして日本刑法という順番で検討を行い、この３か国の環境犯罪の構成要件を対象として、環境汚染あるいは生態破壊行為の罪における保護法益及び対応の犯罪態様の問題を解明したい。

第一章では、ドイツ刑法上の環境犯罪について検討を行う。1980年代から、ドイツでは環境犯罪の立法がなされている。それゆえ、地球生態系の保全に係るドイツの環境刑法の検討は比較的早く開始された。自然環境侵害の罪に関する保護法益については、各種の見解が存在しており、特に自然環境それ自体の要保護性について争いがある。その背後には、実質的な保護法益の内容に対する論争が存在する。ゆえに、ここではドイツ刑法上の法益論を考察した上で、自然環境に関する罪の保護法益のあり方を究明する。そしては、環境法益侵害の犯罪態様について合理的な方向性を探求する。

第二章では、中国刑法上の環境犯罪について検討を行う。従来の中国刑法は、地球生態系の保全を考慮に入れなかった。これに対し21世紀以来、環境犯罪についての立法及び相応の条文の改正が頻繁に行われており、環境刑法に関する学説上の討論も徐々に激しさを増している。本章では中国の現行環境刑法の条文を素材として、その保護法益及び犯罪態様のあり方について関連の学説を考察した後、自説を展開したい。その同時に、ドイツの環境刑法に関する検討から得られた知見が中国の環境刑法で適用可能かについても検討を行う。

第三章では、日本刑法における自然環境保全の罪について考察する。産業技術の発展に伴い、日本の公害刑法は、1960年代から発展してきた。その後、生態系保護の理念の発展及び環境基本法の制定に伴い、地球環境問題の刑事立法が行われてきた。しかし、現在は、自然環境に関する罪についての検討がそれほど多くない。本章では日本の環境刑法に対する具体的な考察を行い、ドイツ刑法と中国刑法の場合と同様にその保護法益及び犯罪態様のあり方を解明したい。

第四章では、本稿の中核的検討をまとめた上で、ドイツ刑法、中国刑法、日本刑法の考察から得られた結論を叙述する。その上で、日本法への示唆及び残された課題についても言及する。

第一章　ドイツ刑法における環境犯罪をめぐる検討

第一節　刑法典における環境犯罪の立法沿革

ドイツの環境刑法の条文は、1980年の「第18回刑法一部改正法―第１回環境犯罪対策法」[13]（1.UKG）が同年７月１日に発効したのに伴い、初めてドイツ刑法典に取り込まれた。「包括的な刑法制裁の可能性を通じて、重大な環境損害及び危殆化に対してこれまでよりも効果的に対抗し、その上で、同行為の社会的損害の性質を社会一般人の意識にまで強く至らせることにする」[14]というのが、その立法理由である。当時の刑法典第28章「環境に対する罪」には、324条「水資源の汚染」、325条「空気の汚染と騒音」、326条「環境を危殆化する廃棄物の処理」、327条「設備の許容されない操業」、328条「核燃料物質の許容されない取扱」、329条「要保護地域の危殆化」、330条「重大な環境の危殆化」、330a条「毒物の放出による重大な危殆化」が追加され、330b条「行為の中止」、330c条「没収」、330d条「概念規定」も置かれた[15]。

そして、1994年の「第31回刑法一部改正法―第２回環境犯罪対策法」[16]（2.UKG）によって、各罪の行為態様や法定刑が改正された一方、空気及び土壌に対して水と同様に保護するため、新設の罪として、324a条「土壌の汚染」を置き、旧325条は325条「空気の汚染」と325a条「騒音、振動及び非イオン放射線の惹起」に分けられた[17]。なお、同年の憲法改正

---

[13] 18.StÄG v.28.03.1980-BGBl.I S.373. 立法過程については、山中・前掲注８）499頁以下、507頁以下参照。

[14] BT-Drs.8/2382, S.1.

[15] Vgl.*Eduard Dreher/Herbert Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45.Aufl, 1991, Vor§324-§330d. 町野朔編『環境刑法の総合的研究』（信山社、2003年）228-231頁［伊東研祐］参照。

[16] 31.StÄG v.27.06.1994-BGBl.I S.1440.

[17] Vgl.*Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67.Aufl, 2020, Vor

案[18]により、ドイツ基本法20a条「自然生存基盤の保護」が追加され、よって対応する憲法的な目標設定が基本法に規定された。

その後、1998年の第６次刑法改正法[19]を通じて、環境刑法にはわずかな変更が加えられた。つまり、「環境に対する罪」が刑法典第29章になったほか、326条のタイトルは「危険な廃棄物の許容されない取扱」になっており、330条、330a条には一定の変更が生じたにすぎない。なお、同年の国連包括的核実験禁止条約の施行法[20]は、核爆発の惹起及び関与行為に対する処罰を328条２項に置き、これらの規定を国外犯処罰である５条に11a号として追加した[21]。

1998年から、ヨーロッパ会議、ヨーロッパ連合の議会及びその委員会はヨーロッパ共同体の環境刑法の創設に努め、その結果として、「自然環境の刑法的保護に関するヨーロッパ議会と委員会の2008/99/ヨーロッパ共同体（EG）指導綱領」[22]が生まれた。当該綱領の目的は、共同体の環境保護法への重大な違反に対して、刑法上の処罰に関するEU範囲内の最低基準を創設するということである[23]。

同指導綱領を国内法にするために、ドイツは2011年の第45回刑法一部改正法[24]を通じて、条文の改正を行なった。すなわち、325条の処罰範囲は設備の使用のない排出行為へと拡張しており（３項）、同条の交通機関に係る軽微行為に対する適用の排除範囲は減縮された（７項）。326条１項の行為形式の拡張（国内の運送が処罰になった）及び２項の「廃棄物の運び出し」の適用の拡張（EGによる運び出しの指令がある廃棄物が対象であるが、「相当な量」という限定もある）があった。327条２項は、ほかのEU加盟国における設備の許容されない操業をも含むこと

---

§324Rn.1; 町野・前掲注15）232-234頁［伊東研祐］参照。

[18] Gesetz v.27.10.1994-BGBl.I S.3146.

[19] 6.StrRG v.26.01.1998-BGBl.I S.164.

[20] UVNVAG v.23.07.1998-BGBl.I S.1882.

[21] 町野編・前掲注15）235頁［伊東研祐］参照。

[22] ABl.EU L328 v.06.12.2008 S.28. 当該綱領は実際、遅くとも2010年12月26日まで各加盟国により国内法にされるべきだと要求している。

[23] *Vgl.Saliger*（Fn.12）SSW-StGB, Vor§324Rn.1.

[24] 45.StÄG v.06.12.2011-BGBl.I S.2557.

になった。328条１項は行為形式を拡張し（核燃料その他の放射性のある物質の「生産」）、環境に対する損害の適格性に係る文言をも追加したほか、同条３項には、放射性のある物質または危険性のある物質と混合物の定義はEGの指令に従うことになった。329条の保護は『Natura-2000-Gebiets』における自然生存空間に及ぶことになった。なお、330d条「概念規定」２項により、ほかのEU加盟国で行う自然環境への違法行為の結果がドイツで生じた場合、当該違法行為はドイツの行政法に対する違反がないにもかかわらず、ほかのEU加盟国の環境保護に係る行政法に反していれば、処罰され得ることになった[25]。

最近の改正は、2016年の廃棄物処理法の改正に係る法律[26]によって行われてきた。326条２項は、それにより第45回刑法一部改正法の前の文言に戻り、EGの指令に従属するという要求が削除されてきた。

以下では、現在のドイツ刑法典29章「環境に対する罪」における各条文を概括的に紹介する。

324条「水資源の汚染」は、権限なく水資源を汚染しまたはその他水質を悪化させる行為に対する処罰である。

324a条「土壌の汚染」は、行政法上の義務に違反して、他人の健康、動植物あるいは他の価値のある物、または水に損害を与えるに適する方式で一定の物質を土壌に放出する行為、または一定の物質を土壌に放出し、よって広い範囲で土壌を汚染しあるいはほかの不利変更をする行為に対する処罰である。

325条「空気の汚染」は、行政法上の義務に違反して、①設備の操業において、設備範囲外の他人の健康、動植物あるいは他の価値のある物に損害を与えるに適するような空気の変更をする行為（１項）、②設備の操業において、設備範囲外に有害な物質を大量に放出する行為（２項）、③２項で処罰されない場合の、空気に有害な物質を大量に放出する行為（３項）に対する処罰である。当該「有害な物質」は、他人の健康、動

[25] Vgl.*Hero Schall*, in:Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9.Aufl, 2016, Vor§324Rn.9ff.

[26] v.01.11.2016-BGBl.I S.2452.

植物あるいは他の価値のある物に損害を与える物質、または水、空気、土壌に汚染あるいはその他の悪化を持続的に与える物質である（６項）。

325a条「騒音、振動及び非イオン放射線の惹起」は、行政法上の義務に違反して、設備の操業において、設備範囲外の他人の健康を害することに適する騒音を惹起する行為、または行政法上の騒音、振動及び非イオン放射線に係る義務に違反して、設備の操業において、他人の健康、行為者に属しない動物あるいは他人の価値のある財物を危殆化する行為に対する処罰である。

326条「危険な廃棄物の許容されない取扱」は、基本犯としての本条１項については、許容された範囲以外で、または規定され、許容された手続に違反して、①人間または動物に伝染できるような公共危険性のある病気に係る毒物や病原菌を含む廃棄物（１号）、②発ガン性、生殖への危殆化または遺伝子の変更に係る廃棄物（２号）、③爆発性、事前発火性または厳重な放射性のある廃棄物（３号）、または、④種類、性質または数量に基づいて、水、空気、土壌を持続的に汚染しまたはその他悪化させることに適する廃棄物（４号ａ選択肢）あるいは動植物の生存を危殆化する廃棄物（４号ｂ選択肢）に、収集、運輸などの処理をする行為に対する処罰である。

327条「設備の許容されない操業」は、必要な許可なくまたは禁止に違反して、核技術施設の操業や重大改変などの行為、連邦インミッション保護法などの行政法所定の設備の操業を行う行為に対する処罰である。また、ほかのEU加盟国で危険な設備の操業を行い、設備以外の他人の身体、生命を損害することに適し、または動物、植物、水、空気または土壌に重大な損害を与えることに適する場合も処罰される。

328条「放射性物質またはほかの危険物質の許容されない取扱」は、１項は、必要な許可なくまたは禁止に違反して、①核燃料を取扱い、または②種類、性質または数量に基づき、そのイオン放射線が人を死亡させ、人の健康に重大な損害を与え、あるいは動物、植物、水、空気または土壌に重大な損害を与えることに適するほかの放射性のある物質を取扱う行為に対する処罰である。２項は、核燃料の運輸義務の不履行、前項の物質を権限なき者に引渡す行為、核爆発の惹起及びその関与に対する処罰である。３項は、行政法上の義務に違反して、EGの指令の意義

上の放射性物質または危険物質、混合物を設備の操業において取扱う行為、または危険物品を取扱う行為を行い、よって他人の健康、動物、植物、水、空気、土壌またはほかの価値ある物を危殆化する場合の処罰である。

329条「要保護地域の危殆化」は、１項は、連邦インミッション保護法によって公布された法令または当該法令による命令に違反して、要保護地域において設備の操業を行う行為に対する処罰である。２項は、水源または鉱泉の保護地域に対する保護に係る法律または禁止に違反して、水を危うくする物質の取扱に関する経営上の設備の操業などの行為に対する処罰である。３項は、自然保護地域、国家公園におけるその保護目的に反する各種の行為に対する処罰である。４項は、『Natura-2000-Gebiets』に係る行政法上の義務に違反して、EGの綱領の意義上の自然生存空間を損害する行為に対する処罰である。

330条「環境犯罪の加重事情」は、324条-329条の罪を故意に犯し情状が重い場合、または他人に死亡、重大な健康損害の危険を与え、多数の人の健康を危殆化し、あるいは他人を死亡させる場合に対する処罰である。

330a条「毒物の放出による重大な危殆化」は、有毒物を伝播、放出し、よって他人の死亡、他人の重大な健康損害、多数人の健康損害の危険を惹起し、または他人を死亡させる場合の処罰である。

ほかには、330b条「行為の中止」、330c条「没収」、330d条「概念規定」がある。

上記の条文の内容から見て、現在ドイツ刑法典29章「環境に対する罪」の下には、人身、財産の損害または危険を要求するような伝統的な公害犯罪に係る構成要件があり、また、水や土壌のような自然的環境基盤への侵害のみを要求する構成要件も存在する（一番典型的なのは324条「水資源の汚染」である）。後者の保護法益の内容は何かについては争いがある。下記の第二節で、この点に関する検討を行う。

第二節　環境犯罪の保護法益に関する各見解

保護法益の問題は、環境犯罪における行為客体がどのような目的に基づ

いて保護されているかに係っている。すなわち、構成要件に水域などの個別の環境媒体への侵害のみが規定されている場合、当該侵害行為に対する規制は環境自体の保護を目的としているか、それとも環境媒体背後の人身安全や行政管理秩序の維持を目的としているかについては検討せざるを得ない。当該問題に対して、ドイツ刑法では現在、主に４つの見解が存在している。すなわち、人間中心主義（Der rein anthropozentrische Ansatz）、生態主義（Der rein ökologische Ansatz）、行政主義（Der administrative Ansatz）及び折衷的生態・人間中心主義（Der vermittelnde ökologisch-anthropozentrische Ansatz）[27]がある。実際、これらの争論の背後には、保護法益と人間の関係の問題や、法益概念の異なった理解の間の対立がある。これについては後述で詳しく考察する。

それではまず、各見解の主張及びその批判から出発しなければならない。

第一項　人間中心主義

１．人間中心主義の内容

人間中心主義の重点は人間自身にある。すなわち、当該見解によれば、環境刑法の任務は人間に対する直接的な保護である。現行刑法の環境犯罪の条文が設置される前に、1971年の刑法対案の「人に対す犯罪」という各論編において、環境犯罪はすでに「人間への危殆化」という部分に置かれていた[28]。当該対案によって、刑法上の環境保護は、自然環境そのもののためではなく、「環境の危殆化から人間の生命と健康を保護することのみを目指す」[29]というべきである。

現行の条文に対する解釈について、学者の見解として、例えばHohmannによれば、刑法324条以下の環境犯罪の構成要件は人間及びそ

---

[27] *Saliger*（Fn.1）Umweltstrafrecht, S.13ff;*Paul Krell*, Umweltstrafrecht, 2017, S.4ff. なお、環境刑法における法益保護論への批判に対する紹介として、川口浩一「環境刑法総論の基本問題（１）」関西大学法学論集65巻４号（2015年）114頁以下参照。

[28] *Jürgen Baumann* u.a.（Hrsg.）, AE-StGB, BT, Straftaten gegen die Person, 2.Halbb., 1971, Vor§151ff.

[29] *Baumann* u.a.（Fn.28）Vor§151（S.49）.

の健康の保護を目的としているが、これらの条文は、刑法211条以下の殺人に関する罪や223条以下の傷害に関する罪とは違い、人間の生命、健康への直接的な攻撃から保護を果たすことではない。「人間の自然生存基盤という客体への攻撃には、最後に人間の生命と健康に対する間接的な作用が内在しているので、環境犯罪の条文はこのような環境そのものへの直接侵害から人間の健康法益を保護していることになる」[30]という。

また、環境犯罪を新設する必要性として、私たち現在の高度技術化社会において、人間の生命と健康は伝統的な謀殺と傷害を通じて危殆化されるだけではなく、新しく、単に間接的な効果のある傷害の可能性が創造されており、これは―感覚上知覚できるわけではない―個々の人ではなく、むしろ全体の人間の生命と健康を脅しているので、伝統的な人の法益とする生命、健康、身体の完全性に対する上記のような侵害から保護を務めることが環境刑法の任務であるということになるとHohmannは主張する[31]。

この観点から出発すると、例えば刑法324条１項の「水資源を汚染しまたはその他水質を悪化させる」というメルクマールの解釈の際に、人間の生命や身体の侵害可能性は考慮されるべきである。すなわち、ある行為態様が個人的法益に損害を与えることに適しない場合、構成要件的行為とされ得ず、同条の適用から排除されなければならない[32]。刑法324条の「水資源の悪化」は、水汚染によって人間の生命や健康への抽象的危殆化を生じさせた場合にのみ認められ得る[33]。

つまり、Hohmannの見解によれば、刑法324条は確かにその文言上、人間を行為客体として規定していないが、個人的法益に前倒しの保護をする罪とされた以上、人の生命、身体等に対する抽象的危険犯と解釈さ

---

[30] *Olaf Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte:Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, 1991, S.195.Hohmann の見解の紹介として、金尚均『危険社会と刑法』（成文堂、2001年）147頁以下参照。

[31] Vgl.*Hohmann*（Fn.30）S.195.

[32] Vgl.*Hohmann*（Fn.30）S.196.

[33] Vgl.*Olaf Hohmann*, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, GA1992, S.85.

れることになる。

また、Hassemerの見解も同様の立場にある。彼によれば、現代社会は行為の可能性を拡張し、新たな制度に伴って新たな侵害の可能性を創出している。社会の現代的傾向、社会関係の緊密化（Verdichtung）及び複雑な制度の創出は、法及び法的思考において個人的、人格的要素を制度により機能化するような契機ではない。その反対に、刑法はまさにこの時期において人格的要素を強調して保護すべきである。なぜなら、刑法の役割は最終的には普遍的な保障や社会的損害の減少ではなく、人への犯罪についての帰責と、それによる社会問題の個別化であるからである[34]。

それゆえ、法益は刑法上の保護に値する人間の利益であり、機能する複雑な社会制度は人格の保護の可能性の条件としてのみ保護され得ると、Hassemerは認める。この点から出発して、保護法益は単なる自然環境ではなく、健康と生命にとって必要な媒体としての環境のみである[35]。環境犯罪は実害犯（清潔な環境に関する場合）ではなく、むしろ危険犯に属する（健康と生命に関する場合）のである[36]。すなわち、Hassemer説によれば、健全な環境は人の生活条件の全体像として、個人の生活上重要な利益（ここでは個人の健康など）の実現に仕えるものであり、これは行為客体としての環境媒体への直接的な影響から保護されているのである[37]。

以上の検討から見てきたように、人間中心主義から見ると、環境刑法は人間の生命、身体、健康などの伝統的な個人的法益のために保護の前倒しを提供するものであり、水などの環境基盤の維持に対する配慮は刑法の任務ではないと認められる。

---

[34] Vgl.*Winfried Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtslehre, in:*ders.*, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S.165f.

[35] Vgl.*Hassemer*（Fn.34）Grundlinien, S.166f.

[36] *Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann*, in:Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 4.Aufl, 2013, Vor§1, Rn.137.

[37] Vgl.*Sabine Swoboda*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW122（2010）, S.34.

2．人間中心主義への批判

人間中心主義の解釈について、その主要な問題点は、同見解が現行法の文言に合致しないところにある。例えば人間中心主義の反対説は、刑法典29章のタイトル「環境に対する罪」から見て、自然環境に対する侵害行為と危殆化の行為の場合、環境は危険の源ではなく、むしろ保護客体に属すると指摘する[38]。

また、そもそも環境犯罪の立法理由においても、人間中心主義の見解は賛成に値しないものだと認められ得るはずである。すなわち、例えば1980年の「第１回環境犯罪対策法」において、保護客体については、「刑法上の環境保護は、環境の危険から人間の生命及び健康を保護することにまで制限されるのではなく、これは人間の生存空間の要素としての水、空気、土壌のような基礎的な生存基盤に対する保護をも含んでおり、このような生態の保護財をも法益として認めるべきである」との説明がなされている[39]。

したがって、個人的法益のみに着目する人間中心主義は一面的であるといえよう。

第二項　生態主義

1．生態主義の見解

人間に最も価値があると理解する人間中心主義と異なり、生態主義によれば、自然環境基盤あるいはその現象形態としての動物、植物ひいては無機物は、人間と同等に取り扱われている。それによって、人間は最も価値のある主体ではなく、むしろ自然生態の一部にすぎないと考えられるのである[40]。

そうだとすると、自然環境の各構成要素は「もはや私たちの単なる行

---

[38] *Saliger*（Fn.1）Umweltstrafrecht, S.14.

[39] BT-Drs.8/2382, S.9f, Vgl.*Saliger*（Fn.1）Umweltstrafrecht, S.14.

[40] Vgl.*Klaus Bosselmann*, Von Umweltrecht zum ökologischen Recht, in:*Christopher Stone*, Umwelt vor Gericht:Die Eigenrechte der Natur, 1987, S.9ff.Hohmann によれば、このような見解の出現は哲学、科学の発展の結果ではなく、相応の生態危機が発生しているからである。Vgl.*Hohmann*（Fn.30）S.75.

為客体ではなく、むしろ主体の性格を認められるべきである」と理解されることになる[41]。ゆえに、環境財は人間の利益と関係せず、環境自身の維持のために保護されており、人間には相応の配慮義務が生じていることになる[42]。

極端な生態中心主義の見解として、例えばStoneにより、森林、海洋、河川その他のいわゆる「自然客体」の総体としての自然環境には固有の権利が与えられたのである[43]。彼は自分の見解を権利の発展途上に位置する「考えられないこと」の一例と評価している。すなわち、歴史の各段階における権利の緩やかな拡張は、最初の時点には「考えられないこと」として示されており、法人の権利主体性に対する承認の過程は一例である[44]。ゆえに、現在の時代においても、自然の客体に対する権利の承認は無意味なことではなく、まだ普遍的に肯定されていないが、環境が権利を持っていることは確かである。

また、Meyer-Abichは、動植物その他の客体の固有の権利の承認が平等原則の表現であると認めている。具体的にいえば、異なった対象がその同一性については同じように、その相違については別々に取り扱われるべきであるということは正義の基本的原則の要求であり、この点は人間と彼らの自然仲間との関係にとっても同様である[45]。

そうすると、解明されるべきは、人間と動植物の間に、どのような共通性があるかという問題である。Meyer-Abichによって、人間とほかの動物との同一性は第１に、両者が同様に感情能力と苦痛能力を持つことにあり、そして第２に、ある物体に価値あるいは無価値を与えることにある。一方、植物も同じく感情能力と利益を持っている。例えば、植物はほかの生物のように、健康または病気になることもあり、この点は、植物が不適切な場所で咲いていないようなことから見れば明らかであ

---

[41] Günter Hager, Naturverständnis und Umweltrecht, JZ1998, S.227.

[42] つまり、「世界に生存している人間は、世界に対してはその責任を感じている」というべきである。これに賛成する見解として、*Volker Krey/Manfred Heinrich/Uwe Hellmann*, Strafrecht BT1, 17.Aufl, 2021, S.390.

[43] Vgl.*Stone*（Fn.40）S.30.

[44] Vgl.*Stone*（Fn.40）S.25ff.

[45] *Klaus Michael Meyer-Abich*, Wege zum Frieden mit der Natur, 1984, S.173.

る。最後に、自然の固有の価値は人間による権利の創設によって表現されており、動植物その他の客観的な存在の権利は、受託されているという意義において、人間により行使されるべきである[46]。

以上の見解から見て、生態主義の見解は環境財を絶対化し、水などの環境基盤及び動植物の自己の利益を承認するものだといわれるべきである。構成要件の文言から出発すれば、同観点は、単に水質の悪化を要求する刑法324条や、要保護地域に対する各種な影響が十分となる刑法329条に対する解釈としては成立可能である。そうすると、結局、厳格な生態志向の見解によれば、刑法324条の保護法益は（人間との関連性を不要とする）自然的水の清潔のみであると認められる[47]。

2．生態主義への批判

純粋たる生態主義に対する批判としては、まず、憲法による解釈から出発したものがある。ドイツ基本法の価値秩序によって、人間の尊厳が一番高いレベルの価値であって、すべての法秩序がこの人間中心の価値秩序に基づいているので、自己目的としての環境保護はこのような価値秩序と相容れないといわれるべきである[48]。それに加えて、生態中心主義は基本法20a条の文言にも合致しない。すなわち、同条文には「国家は未来世代に対する責任からも、憲法に合致する秩序の範囲において、立法により、または法律、法に基づく執行権、司法により、自然の生活基盤及び動物を保護する」との文言が規定されている。当該国家組織の目標規定が未来世代に対する責任から「も」自然の生存基盤を保護する限り、当該規定の要求は明らかに現存の人間を念頭に置いている[49]。

このように、生態主義は、憲法価値の中核である人間との必要な関連を無視して、現行の基本法秩序に反するものと評価されるべきである。

また、生態主義によれば、人間は世界に対して責任を負う必要があるとされる。この点について、Bloyが指摘するように、当該視点は実際上、

---

[46] *Meyer-Abich*（Fn.45）S.177ff,184ff,190.

[47] Vgl.*Hohmann*（Fn.30）S.180.

[48] Vgl.*Hohmann*（Fn.30）S.94.

[49] Vgl.*Saliger*（Fn.1）Umweltstrafrecht, S.16.

高度な道徳上の自覚に対応するものであり、よって人間の生活利益と存続利益を環境刑法の保護領域から排除してしまったことになる[50]。つまり、人間の利益の存否とまったく関係しないので、この倫理的自然保護は「自然のまま」の生態環境を人間の影響範囲から外すということを目指すにすぎないのである[51]。

このような構想に対する批判として、Bloyは「もし環境刑法が道徳的・宗教的律法の履行を強制する役割を担うとすれば、それは『刑法の倫理化』という内在的矛盾を示す典型的な例となる」のであり、「このような倫理化は確かに一定の肯定的な側面をも持っているだろうが（基本的道徳基準の保証）、刑法の道徳上の過重な負担の危険性から逃れ得ないことになるのであろう」[52]としている。すなわち、この考え方は確かに生態環境を行為客体としているが、「人間は人間として私たちの世界のためにあるべき責任を取る」という点から見ると、その保護目的はあくまでも生態面の倫理に係る価値信念の維持に着目しているにすぎない。倫理道徳の保護という任務は、社会的損害に対処する最後の手段としての現代的刑法の要求には合致しないというべきである。

また、たとえ刑法倫理化の問題をさておいて、法益保護をなお堅持しようとしても、純粋たる生態主義の法益理解は法益概念に対する誤解の帰結と評価されざるを得ないというような批判も存在する。例えば、J.A.Müssigによれば、法規範は社会におけるコミュニケーションシステムの構造であり、社会システムの特殊な統一体に関連するものである。法システムが社会内部の関係を形成しているという法の基本像から出発して、法益概念もそれによって社会的志向の存在であり、「社会システム中の個別規範の社会的機能の法教義学的再現」と定義されるべきであるとされる[53]。

---

[50] Vgl.*René Bloy*, Umweltstrafrecht:Geschichte−Dogmatik−Zukunftsperspektiven, JuS1997, S.579.

[51] Vgl.*René Bloy*, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW100(1988), S.495.

[52] *Bloy*(Fn.51)JuS1997, S.579.

[53] Vgl.*Bernd J.A.Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S.222.

それゆえ、生態も総体システムである社会の一部であり、環境財は環境に係る特殊な社会の機能とされている。そうすると、自然環境は「社会環境の一断面（Ausschnitte）として社会内部の構造に属しており、その実現と形態は社会認識構造、及びこれと結びついた総体の社会の自己記述（Selbstbeschreibung）の反映過程に依存している」[54]と認められる。これにより、環境犯罪は「社会の一定の生態の態様を保証するもの」[55]であり、社会の機能面から離れた生態保護は「法益保護」として考えられるべきではない。

最後に、生態主義の世界像も、そもそも人間による判断から離れてはならない。なぜなら、生態財の自己権利を承認する者は人間であり、自然の権利と人間の権利が衝突する場合、その解決のための利益衡量も人間の判断に基づいて行われるからである[56]。結局、環境の自己利益はどのように存在するかについての判断は人間の決定に従うので、環境利益は、本質的には人間の理解する利益と認められるべきであり、純粋たる生態主義の価値判断はもはや不可能である。

第三項　行政主義

１．行政主義の法益理解

行政主義によれば、環境は、権限のある行政当局によって保護に値するものだと決められたという状態において保護されるべきである。なぜなら、人間の生存のために、資源の消耗などの自然侵害は不可避なので

---

[54] *J.A.Müssig*（Fn.53）S.222.

[55] *J.A.Müssig*（Fn.59）S.229.

[56] Vgl.*Hohmann*（Fn.30）S.95f. なお、Arthur Kaufmann は、生態自然を独自の権利主体として法的に保護することは現実的には実施可能なのではないと評価する。すなわち、彼は確かに、目的財産（法人など）が人間と同様に権利能力を有しているし、自分の権利を自分で行使できないような精神病者などの権利が代理を通じて行使可能になると述べた上で、生態自然自身の権利能力を否定する必然性がないと主張する。しかし、彼はその一方で、当該生態（動物その他の自然の部分）の自己権利に対する承認が法技術上実行できないと指摘する。Vgl.*Arthur Kaufmann*, Gibt es Rechte der Natur?, in:*Manfred Seebode*（Hrsg.）Festschrift für Günter Spendel zum 70.Geburtstag, 1992, S.71ff.

あり、このような人間作用の必然性に基づき、行政機関による有限な資源の分配を必要とするからである[57]。

そうすると、環境刑法は自然のままの生態環境を保護するのではなく、むしろ行政法の管理下にある環境を保護対象としていることになる。刑法324条を例として、単なる水汚染あるいはその他の水質の悪化の惹起が可罰的行為ではなく、権限がある水資源の管理当局による経営計画に合致しない場合においてのみ、行為が可罰的なものとなる[58]。

行政主義の見解として、例えば、Papierによれば、「権限者としての行政機関により、行政法上予定された手続と形式において、及び行政法上の処分に係る実質的な範囲において、保護に値すると考えられた」水資源が刑法324条の法益とされる[59]。また、行政法によって形成された（in ihrer Ausgestaltung durch das Verwaltungsrecht）人間の自然な生存基盤としての環境が保護財であり、ここでは、当局のコントロール機能が独自の保護法益である中間法益として強調されるべきであるので、当局の予防的なコントロールも刑法上の保護財と認められる見解もある[60]。

環境刑法の行政従属性からして、行政主義の理解は不可能ではないように思われる。なぜなら、環境犯罪に関連する現行の条文において、構成要件に該当するために、「権限なく」や「行政法上の義務に違反して」などの行政法違反を必要条件としており、行政上の許可のある汚染行為は常に社会的相当性を備えているからである。行政主義の見解は、行政による公共の福祉の実現を目指しているといえるのであろう。

---

[57] *Saliger*（Fn.1）Umweltstrafrecht, S.16.

[58] *Roland Schmitz*, in:Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 3.Aufl, 2019, Vor§324Rn.24.

[59] *Hans-Jürgen Papier*, Zur Disharmonie zwischen verwaltungs- und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht, Natur und Recht 1986, S.2.Papier 説について、山中・前掲注８）536頁も参照。

[60] Vgl.*Michael Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S.172.

2．行政主義への批判

確かに、環境行政法がすでにある汚染行為を許可した場合、環境刑法はこれを犯罪化することができない。しかし、批判的見解によれば、行政主義の法益理解は依然として問題を生ずるのである[61]。例えば、刑法324条の検討において、ある水資源には利用の秩序またはほかの公法上の目的設定が欠けている場合に、それが保護に値しないものとなった、とのような理解は不適切である。なぜなら、保護法益の存否の問題は、水管理に係る行政当局が特定の水資源についての勤務をしているかどうかに関連するべきではないからである[62]。

ゆえに、環境刑法の行政従属性が存在しているという点は否定できないが、これは「形式的な行政行為」を保護財と認めることを意味しているわけではない。生態財の保護が委ねられた権限者である環境行政当局は、環境保護、一般的な行為の自由、並びに経済的利益の間における目的の衝突を法律の基準に基づいて解決するような役割を負っているにすぎないのであり、刑法の条文が環境行政法の機能を支えることは、行政に対する保護ではなく、できる限り最善の環境保護を実現するためである[63]。行政への違背行為は確かに324条以下の環境犯罪の処罰基礎（構成要件の行政従属性）であるが、不遵守そのものは法益という刑法上の保護内容に属しないので、行政の不遵守を処罰することは秩序違反法の任務である[64]。それゆえ、刑法上の検討において、行政管理の維持は環境保護の目的ではないといわれるべきである。

第四項　折衷的生態・人間中心主義

1．折衷説の法益理解

折衷的生態・人間中心主義は現在、ドイツ刑法上の通説である[65]。折

---

[61] Vgl.*Saliger*（Fn.1）Umweltstrafrecht, S.17ff.

[62] *Klaus Rogall*, Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts, in:Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S.511.

[63] Vgl.*Rogall*（Fn.62）S.513.

[64] Vgl.*Schmitz*（Fn.58）MK-StGB, Vor§324Rn.25.

[65] Vgl.*Rudolf Rengier*, Strafrecht BT2, 25.Aufl, 2024, S.506;*Saliger*（Fn.12）

衷説は、環境侵害のみを要求する構成要件において、人の生命、身体の法益の保護を否定した上で、環境財の独自性を承認することにより、環境自体を保護の対象とすると同時に、生態的環境の保護には、最終的には人間との関連性が認められるべきだとするものである[66]。つまり、自然環境は、現世代及び未来世代の人間の生存基盤の維持のために保護されている客体である[67] [68]。ただし、立法技術の観点から、自然環境は一つの総体として保護されるのではなく、むしろその個々の環境媒体（水、土壌、空気）及び動植物として、それぞれの構成要件によって保護されていることになる[69]。

なお、この見解はドイツ基本法20a条においてその憲法的基礎を見出している。前述のように、基本法20a条「自然的生存基盤の保護」は「国

SSW-StGB, Vor§324Rn.11;*Schmitz*(Fn.58)MK-StGB, Vor§324Rn.19;*Martin Heger*, in:Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar, 28.Aufl, 2014, Vor §324Rn.7;*Günter Heine/Ulrike Schnittenhelm*, in:Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30.Aufl, 2019, Vor§§324ffRn.8.

[66] Vgl.*Saliger*(Fn.1)Umweltstrafrecht, S.19f.

[67] *Heine/Schnittenhelm*(Fn.65)Schönke/Schröder StGB, Vor§§324ffRn.8.

[68] Schall によれば、解釈論として、生態主義の法益理解と折衷的生態―人間中心主義の法益理解とは違いがない。人間に対する機能を強調するのは、ただす自明の事情を言い返すことにすぎないからである。つまり、人間生存との関連は、どのような環境財が刑法規範に保護されているか、及びある環境財についてどの程度の外延が刑法の保護に含まれているかについての問題の解明には役に立たないのである。Vgl.*Schall*(Fn.25)SK-StGB, Vor§324Rn.27. しかし、解釈に役に立たないといっても、人間需要の機能への明示は法益の適格性を証明するためのものであり、省略されるのは不適当である。純粋生態中心の法益論に至るおそれがあるからである。「生態基盤の独立保護が刑法の構成要件に現れるという事情は、厳格な生態法益の理解と人間に関係する生態法益の理解との間の相違を消し去ることを許してはならない」という見解も、環境財の社会的機能を明示する必要性を強調するものである。*Lorenz Schulz*, Strafrecht als Rechtsgüterschutz-Probleme der Mediatisierung am Beispiel >ökologischer< Güter, in:*Klaus Lüderssen*(Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band1:Legitimationen, 1998, S.228. 要するに、法益の正当性・適格性の確認と、実際の適用に際しての構成要件解釈とは別の問題である。

[69] *Schmitz*(Fn.65)MK-StGB, Vor§324Rn.19.

家は未来世代に対する責任を果たすためにも……自然的生活基盤及び動物を保護する」[70]と規定している。それゆえ、当該文言は、人間の生存条件の維持という機能を持つ自然環境に対する保護を示している。すなわち、憲法上の視点から見ても、現存の個人的法益を越えて、現世代と未来世代の人間の生存条件のための危険防止という公共の福祉を環境財と認めるべきなのである[71]。

2．折衷説に反対する見解

折衷説への批判は、主に前述した人間中心主義の支持者によって唱えられている。すなわち、前述の人間中心主義で述べたように、この見解によれば、環境基盤や動植物それ自身の法益の適格性は否定されることになる。なぜなら、後述の人格的法益論（personale Rechtsgutslehre）から出発して、保護法益を人格発展の条件と認めた上で、環境をこのような発展の条件と考えてはいないからである。

具体的にいえば、人格的法益論の見解は人格から法益を構想し、超個人的法益を個人の人格的発展に資するための存在として理解している[72]。それによって、公衆の法益としての超個人的法益の保護は、実際には個人の人格的発展の条件に対する前段階の保護とされている[73]。そうだとすると、人の生命や健康の維持を可能にするような環境のみが人格発展の条件である[74]。それゆえ、超個人的法益は具体的個人財の維持に資する条件とされるべきであり、環境刑法の保護財は個人的法益に係る必要があると考えられる[75]。

したがって、人格的法益論の主張によれば、この折衷説は健康、生命などの個人的法益との関係に着眼しないので、この場合での自然環境は

---

[70] ドイツ基本法の条文の邦訳について、高田敏＝初宿正典編『ドイツ憲法集（第８版）』（信山社、2020年）を参照した。

[71] *Heine/Schnittenhelm*（Fn.65）Schönke/Schröder StGB, Vor§§324ffRn.8.

[72] *Hohmann*（Fn.33）GA1992, S.79.

[73] *Hohmann*（Fn.30）S.142.

[74] *Hohmann*（Fn.30）S.194.

[75] Vgl.*Hassemer*（Fn.34）Grundlinien, S.167;auch *ders.*, Freiheitliches Strafrecht, 2001, S.239.

個人の人格的な発展の条件ではなく、人格的法益論の意義上の法益には属し得ないとされる。

第五項　論争の実質―法益の本質に関する争点

これまで検討したように、環境刑法の保護法益について、ドイツでは現在、主に４つの見解が存在している。その中でも、行政主義の主張する行政管理の保護は刑法の目的に合致せず、純粋な生態主義は人間尊厳の保障という憲法の最高価値に合致しないので、両主張は支持できない。

それゆえ、伝統的な人間のみを対象とする個人的法益に基づく「人間中心主義」と、現在及び未来世代の人間にとって必要な生存基盤という、個人の法益から独立するような環境法益の維持を目指す「折衷的生態・人間中心主義」との間の対立をめぐって、さらなる検討が行われるべきである。

すなわち、一方で、人間中心主義の主張するように、実質的な違法性の判断基準としての法益は個人の人格発展の条件と認められている。そして、超個人的法益もそれにより、個人の発展を目指す限り正当な財となり、個人的法益のために機能化されたものだとする解釈[76]が、現代社会における新たな問題（環境保護、経済秩序の維持など）の解決に適応できるかは問われる。

他方、折衷説の主張では、超個人的法益は確かにすべての個人の共同利益であるが、個人的法益との関連性を考慮する必要がないとされる。そうすると、人間中心主義の要求する個人利益への還元を考えずに、国民のための集合的制度（kollektive Institute）をも法益と認める見解[77]を受け入れることになる。ただ、この場合、超個人的法益は、国家は自己目的のためでなく、人間に資するべきであるという憲法上の価値秩序に反しないとはいえるのかも問われることになる。

これらの問題について、法益の特徴やそのあるべき内容を解明しない限り、回答することができないのであろう。それゆえ、ドイツにおける

---

[76] Vgl.*Hohmann*（Fn.33）GA1992, S.79.

[77] Vgl.*Roland Hefendehl*, Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA2002, S.24.

現在の法益理論、特に一元的法益論と二元的法益論の主張を検討しながら、環境刑法において合理的な保護法益を見出すべきである。

第三節　法益論に基づく検討

第一項　法益保護説の維持

ドイツの学界では現在、刑法の任務とその実質的な合法性の基礎は法益保護にあるとするのが、ほぼ一致した見解である[78]。例えば、学説においては、「刑法の任務は補充的法益保護として理解される」[79]、「刑法は法益を保護する任務がある。共同体における人間の共同生活のために不可欠であり、よって公的刑罰を手段とする国家の強制力により保護される必要があるような生活利益に関する積極的価値判断はすべての刑法規範の基礎である」[80]や、「各論の禁止規範と命令規範において、法益保護に資するという刑法の中心機能は明白である」[81]などの説明がなされている。

つまり、通説の見解によれば、一国の刑法が、法益を侵害または危殆化する行為しか処罰できないということは、法治国家の刑法に対する要求であるとされる[82]。

一方、判例にも、法益保護を明確に言及したものがある。すなわち、「刑法上の犯罪は、すべての人のために保障された法益に対する有責的な侵害である」[83]としているように、刑法による法益保護を肯定したドイツ連邦憲法裁判所の過去の判例が存在しており、また、「刑法規範は、課された目的に関しては、憲法を越える、より厳格な要求がないゆえに、憲法に従属するのである。特に、その要求は刑法上の法益論から導き出

---

[78] Vgl.*Ioanna Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S.7.

[79] *Claus Roxin/Luis Greco*, Strafrecht AT1, 5.Aufl, 2020, §2Rn.1.

[80] *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrehct AT, 5.Aufl, 1996, S.7.

[81] *Rudolf Rengier*, Strafrecht AT, 12.Aufl, 2020, §3Rn.2.

[82] Vgl.*Frank Saliger*, Positives und symbolisches Strafrecht.Von guter und schlechter Kriminalpolitik, ZIS2022, S.279.

[83] BVerfGE25, 269, 286.

されたものではない」というように、法益概念の適用を拒絶したような、連邦憲法裁判所の比較的新しい決定もある[84]。

具体的にいえば、法益論を反対する同決定については、まず、「法益概念について、確かに意見の一致は存在していない。規範的法益概念の意味において、立法者が現行法に基づいて法律上の保護に値すると考えるようなものを『法益』と理解する場合、同概念は、各刑法規範の立法理由（ratio legis）に還元されることになる。そうすると、当該概念は立法者への指導機能を果たすものではない」[85]ことから、「実定的法益概念」に反対している。

次に、「これとは異なり、『自然主義的な』法益論で特定の『社会生活上の対象』のみを正当な法益と認めようとし、あるいはまた別に、超実定的法益概念から出発しようとする場合、このような概念―憲法上の審査基準の要素と理解され適用される―は次のような矛盾に陥る。つまり、憲法上の秩序によれば、刑罰の目的と同じように、刑法の手段によって保護されるべき利益をも確定し、刑罰規範を社会の発展に適応させるのは、民主的に選出された立法者の責務である」[86]ことにより、「超実定的法益概念」をも否定することになる。最後に、刑法の保護対象について、当該判例は法益概念を拒絶したが、「人間の共同生活の重要な部分」[87]の保護については承認している。

しかし、同決定に対する反論として、例えば、本決定は、173条２項[88]が「家庭秩序の維持、従属的な伴侶の保護及び近親相姦による後世代の遺伝的重大病気の阻止」[89]を目的とするものだと認める点について、Roxinは「連邦憲法裁判所の主張のように、刑法規範に求められる目的は刑法上の法益論から導き出すことはできない。しかし、裁判所は

---

[84] BVerfGE120, 224, 241.

[85] BVerfGE120, 224, 241.

[86] BVerfGE120, 224, 242.

[87] BVerfGE120, 224, 244.

[88] ドイツ刑法173条２項「近親相姦」の規定によれば、血族である直系尊属と性交した者は、２年以下の自由刑または罰金に処し、親族関係が消滅した場合も同様である。性交した血族の兄弟姉妹も同様の刑に処せられる。

[89] Vgl.BVerfGE120, 224, 243.

その後、刑法条文に保護される法益―家族、性の自己決定権、後世代の健康―を見つけ出そうとすることは、奇妙な矛盾にある」[90]とし、本決定の結論は依然として法益保護に着目していると指摘する。また、Saligerによれば、もし刑法上の保護法益を「共同社会における人間の自由、平和な共同生活のための条件」と理解するとしたら、この実質的法益概念は、実際には上記の判例の要求する「人間の共同生活」に対する保護よりも具体的であると考えられる[91]。したがって、法益保護を否定する同決定は賛成され得ない。

上記のような、法益を直接に定義する判例のほか、刑法の任務を別の文言で言及した判例も多数存在している。例えば、「特定の行為が禁止規範を越えて特別な社会的害悪の性質を備えており、人間の秩序ある共同生活にとっては看過できないゆえに、それを阻止することが特に切迫している場合、刑法は最後の手段として適用される」との判示[92]、「刑法規範が他人または公共への保護に資する」との判示[93]、刑法の任務が「重要な共同体の利益」[94]に関連するとの判示などはその例である。

このような「共同生活」、「公共」、「共同体の利益」の維持について、学説上の見解によれば、これらの判例は実際に、共同体の基本価値の保護を刑法の目的としていると同時に、同基本価値を最も広義的な意義上の法益と認めているように理解されるべきである[95]。すなわち、ここでいう公共や社会の共同生活の保護は法益を無視したものではなく、むしろ法益は「共同体における個人の発展に資するもので、個人の法益は、これを制限する共同体関係や社会関係において存在している」[96]と考えられるので、「社会共同生活の重要な条件」は依然として法益に関連す

---

[90] *Claus Roxin*, Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA2013, S.438.

[91] Vgl.*Saliger*（Fn.82）ZIS2022, S.279.

[92] BVerfGE88, 203, 258.

[93] BVerfGE90, 145, 172.

[94] BVerfGE90, 145, 184.

[95] Vgl.*Bernd Kasper*, Die Erheblichkeitsschwelle im Bereich des Umweltstrafrechts, inbesondere bei§324StGB:Bagatellkriminalität im Umweltstrafrecht, 1997, S.8.

[96] Vgl.*Anastasopoulou*（Fn.78）S.38.

るものである。

それゆえ、共同体保護と法益保護との関係について、Hilgendorfのいうように、法的共同体の大多数の構成員により「価値のある」と認められた利益のみが法的に保護され得るものであり、当該法的保護にある価値は、共同体の基本価値として、保護法益と認定されるべきである[97]。

以上の判例、学説の検討から見て、刑法が法益保護の最後の手段であるという結論は、なお維持されるべきであろう。問題となるのは、法益という概念はどのような内容を含むか、法益の内容に対する判断をどのような基準の下で行うべきであるかである。関連の検討は、現代の法益理論の議論状況を基礎にして行われる必要があるように思われる。

[97] Vgl.*Eric Hilgendorf*, in:*Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius* (Hrsg.)Handbuch des Strafrechts, Band1-Grundlagen des Strafrechts, 2019, §1Rn.58, Fn.133.

論　　説

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（5）

―― 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、75巻１＝２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
（１）各損害概念に妥当する規範内容
ア　損害概念ごとの考察
イ　３種類の損害概念をまとめて取り上げた考察
（ア）基準時　（以上、75巻３＝４号）
（イ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算
a　抽象的損害計算・具体的損害計算の意味と適用場面
b　抽象的損害計算と具体的損害計算の関係
（２）損害概念相互の序列関係
ア　問題の所在――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存否
イ　判例・学説
ウ　小括――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存在　（以上、本号）
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

（イ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算

続いて、人的基準の問題を検討する。

a　抽象的損害計算・具体的損害計算の意味と適用場面

まず、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」の意味と適用場面についてみていく。

本稿では、ドイツの議論を検討するにあたって、「抽象的損害計算」を、さしあたり、市場価格（と代金額の差額）による算定と定義した。そして、この「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐって、（市場価格依拠型）転売利益の賠償により基礎づける転売利益限定説と、本体喪失損害の賠償により基礎づける転売利益非限定説の間に対立があることをみてきた。

ドイツにおいては、こうした基礎づけをめぐる対立に伴い、「抽象的損害計算」という概念が論者によって異なる意味で用いられていること

が指摘されている[1]。

（ａ）転売利益限定説――「抽象的損害計算」を訴訟法的に理解

すなわち、前者の立場に立つ論者は、「抽象的損害計算」は単なる推定であり、被告（債務者）には、債権者の具体的事情を踏まえた推定の覆滅が認められる（つまり、「抽象的損害計算」は本稿のいう「主観的損害計算」にあたる）と考える[2]。これは、「抽象的損害計算」を訴訟法的に理解する立場であるといえる。

（ｂ）転売利益非限定説――「抽象的損害計算」を実体法的に理解

これに対して、後者の立場[3]に立つ論者は、「抽象的損害計算」は債権者の具体的事情を考慮しない算定方法（つまり本稿のいう「客観的損害計算」）であり、被告（債務者）には、債権者の具体的事情を踏まえた反論が認められないと考える[4]。これは、「抽象的損害計算」を実体法的に理解する立場であるといえる。

１）抽象的損害計算――債権者の具体的事情を考慮することなく行われる算定［客観的損害計算］

さて、ドイツ法の検討の結果、このように実体法的に理解された「抽象的損害計算」の基礎づけには、以下の２つがあることが明らかとなった。

---

[1] *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S. 511 ff.; *Christian Knütel*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 557; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 8. Aufl., 2019, Vor § 281 Rn. 24 f. (-*Volker Emmerich*).

[2] 転売利益限定説の中でも、「抽象的損害計算」についてこのような理解に立つことを特に明確に示しているものとして、例えば、Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002, § 325 Rn. 16 (-*Helmut Heinrichs*) を参照。

[3] すでに述べたように、本稿は、（さしあたりドイツ法について）転売利益非限定説を支持する。

[4] 転売利益非限定説の中でも、「抽象的損害計算」についてこのような理解に立つことを特に明確に示しているものとして、例えば、*Robert Neuner*, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931), S. 293 f., 302を参照。

ア）仮定的填補購入費用の賠償

１つは、仮定的填補購入費用の賠償[5]である。――仮定的填補購入費用の賠償を認めるかどうかについては立場が分かれうるが、仮に認める立場に立った場合には――この賠償は、当該目的物について填補購入を想定することができる（当該目的物が代替物である）限り、常に認められる。

イ）目的物の客観的価値の賠償

もう１つは、目的物の客観的価値の賠償[6]である。この賠償も、常に認められる。

２）具体的損害計算――債権者の具体的事情を考慮して行われる算定［主観的損害計算］

「抽象的損害計算」が以上のような意味で理解される限り、それと対置される「具体的損害計算」は、本稿のいう「主観的損害計算」と同じ意味、すなわち、債権者の具体的事情を考慮して行われる算定という意味において理解されることになる。ドイツ法の検討の結果、この意味における「具体的損害計算」の基礎づけには、以下の２つがあることが明らかとなった。

ア）事実的填補購入費用の賠償

１つは、事実的填補購入費用の賠償[7]である。この賠償は、填補購入が実際に行われた場合に限って認められる。

イ）給付の利用利益の価値の賠償

もう１つは、給付の利用利益の価値の賠償である。この賠償は、仮に履行がされたならば当該債権者が実際に(賠償請求の対象となっている)

---

[5] ここでは一般債務不履行の場面を念頭において仮定的填補購入費用の賠償を取り上げたが、瑕疵担保の場面における仮定的瑕疵除去費用の賠償も、この意味における「抽象的損害計算」にあたるとみてよいであろう。

[6] ここでは一般債務不履行の場面を念頭において目的物の客観的価値の賠償を取り上げたが、瑕疵担保の場面における目的物の減価分の賠償も、この意味における「抽象的損害計算」にあたるとみてよいであろう。

[7] ここでは一般債務不履行の場面を念頭において事実的填補購入費用の賠償を取り上げたが、瑕疵担保の場面における事実的瑕疵除去費用の賠償も、この意味における「具体的損害計算」にあたるとみてよいであろう。

利用利益を取得したであろうと認められる場合に限って認められる。

b　抽象的損害計算と具体的損害計算の関係

次に、抽象的損害計算と具体的損害計算の関係をめぐる問題を検討する。ここでは、具体的損害計算による賠償額が抽象的損害計算による賠償額よりも低い場合の処理に関して、２つの問題を取り上げることとしたい。

なお、以下の検討においては、「抽象的損害計算」を――実体法的な理解と訴訟法的な理解の対立からはいったん距離を置き――単に市場価格（と代金額の差額）による算定という意味で用いる（それに伴い、「具体的損害計算」も、当該債権者に固有の指標に基づく算定という意味で用いることになる）。これは、以下で明らかにするように、抽象的損害計算と具体的損害計算の関係をめぐる問題――その中でも、とりわけ2つ目に取り上げる問題――における見解の対立が、まさに「抽象的損害計算」を実体法的に理解するか訴訟法的に理解するかという点に関する立場の違いを反映したものであることによる。

（ａ）事実的填補購入費用が抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額の場合の処理

まずは、事実的填補購入費用が抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額の場合に、債務者はどのような内容の責任を負うべきかという問題を検討する。

１）問題の所在

そうした債権者に有利な填補購入が行われる原因としては、様々なものが考えられる。例えば、そもそも市場価格は平均値にすぎず、ほとんどの場合、実際の代金額はそこから上下に（若干）ぶれるという事情に起因する場合がある。また、債権者が大売出し等の特別な機会を利用したことによる場合や、債権者の特別な才覚・努力による場合も考えられる。このほか、抽象的損害計算の基準時の後、市場価格が下落してから債権者が填補購入を行う場合も考えられる[8]。以上の各場合に、債権者は、

[8] 以上につき、*Ulrike Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989, S. 113 f.; *Ulrich Huber*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 737を参照。

なお抽象的損害計算に依拠することができるのか、それとも事実的填補購入費用による算定に限定されるのかが問題となる。

２）学説

学説は、以下の２つに分かれる。

ア）抽象的損害計算選択可能説（通説）

通説は、債権者は抽象的損害計算を選択することができるとする[9]。抽象的損害計算を実体法的に理解する論者のほとんどは、この見解を採る。彼らは、抽象的損害計算においては、債権者の具体的事情にかかわらず、市場価格による算定が常に認められると考えるわけである（なお、抽象的損害計算を訴訟法的に理解する論者も、有利な填補購入を行った債権者に抽象的損害計算の選択を認める[10]）。

イ）具体的損害計算限定説（バルドー）

これに対して、抽象的損害計算を実体法的に理解する論者の中でも、バルドーは、具体的損害計算、すなわち事実的填補購入費用による算定に原則として限定されるとする[11]。

---

[9] *Ernst Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936, S. 459; *Brigitte Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 115, 118; *Herbert Wiedemann*, Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, 1984, S. 721; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 251 f.; *Knütel*, a.a.O.（Fn. 1）, S. 586.

[10] Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, §§ 343-375, 12./13. Aufl., 1926, Anh. zu § 374 Anm. 60（-*Heinrich Koenige*）など。この立場において抽象的損害計算の選択が認められるのは、有利な填補購入により取得した商品を転売することにより転売利益を得たとしても、そのことが抽象的損害計算――債務者の引き渡すべき目的物に関する転売利益の賠償――の妨げにならないからであるとされる。というのも、債権者は、仮に債務者が履行していたとしても、債務者が引き渡した目的物に加えて（填補購入により取得した）その商品をも転売し、二重に転売利益を得ることができただろうといえるからである。

[11] 抽象的損害計算を訴訟法的に理解する立場に立ったうえで、抽象的損害計算を「事実的填補購入費用の推定」という構成（連載第１回の注（107）を参照）により基礎づける場合にも、当然のことながら、事実的填補購入費用による算定に限定されることになる（判例として、BGH, WM 1998, 931（931 f.）. 学説として、*Josef Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1, Teilband 2, 8. Aufl., 2000, S.

この考え方の基礎には、事実的填補購入費用の位置づけに関するバルドーのある特徴的な理解がある。バルドーによると、「填補購入において賠償されるのは、〔原契約の代金額と比べて〕より高額の調達価格を支払ったことによる損失ではなく、その調達価格によって確定される目的物の調達価値である」[12]。このうち、前半部分は、事実的填補購入費用（ないしその支出）自体を損害とみるべきではないことを説くものであり、事実的填補購入費用の賠償を履行状態実現費用の賠償として位置づける見解とも共通する。これに対して、後半部分は、事実的填補購入費用を給付の客観的価値の尺度とみるべきことを説くものであり、バルドー特有の理解であるといえる。

バルドーによると、このように客観的価値を測る方法として填補購入を理解する以上、事実的填補購入費用が市場価格を下回る場合にも、市場価格よりも事実的填補購入費用が客観的価値の尺度として優先されるべきである[13]。ここには、単なる平均値にすぎない市場価格よりも、実際の填補購入において支払われた代金額のほうが、客観的価値をより的確に表しているという理解をうかがうことができる。

ただし、バルドーは、有利な填補購入が、損害軽減義務として要求される程度を超える債権者の努力に基づく場合には、損害軽減義務を超えたことによる節約分の賠償も認める（これと同様の考え方は、判例においてもみられる[14]）。債権者の努力が義務の範囲を超えるといいつつ、それによって生じた利益を債務者に享受させるのは一貫していないというのである。そのような債権者の努力の例としては、市場価格の下落を

130; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 315-327, 2001, § 325 Rn. 64 (-*Hansjörg Otto*); Münchener, a.a.O. (Fn. 1), Vor § 281 Rn. 34 (-*Emmerich*))。

[12] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 104.

[13] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 112 f.

[14] 判例は、事実的填補購入費用による算定に限定されるという立場に立ちつつ（前掲注(11)を参照）も、債権者の「義務の範囲を超える努力（überobligationsmäßige Bemühungen）」に基づく有利な取引が債務者の利益になることがあってはならないとする（BGH, WM 1998, 931 (932)）。

期待した投機が挙げられている[15]。

３）分析――両見解の違いが大きくないこと

では、以上の議論を分析していこう。以下で示すように、通説とバルドーの見解の違いは、見かけほど大きくないということができる。

ア）結論面

まず、結論面に関して述べると、バルドーの見解の主眼は、平均値としての市場価格と実際の代金額との間に不可避的な差異が生じた場合に後者を客観的価値の尺度とする点にあると考えられる。しかし、そもそもその差異はそれほど大きくはならないであろうし、また、通説においても､最初から市場価格を変動幅を持つものとして理解する[16]場合には、実際の代金額を市場価格とみて抽象的損害計算を行う限り、バルドーの見解との違いは生じない。

また、バルドーのいう損害軽減義務の範囲を超える努力が行われた場合には、通説においては市場価格による算定、バルドーの見解においては「事実的填補購入費用＋節約分」による算定が行われるということになり、若干の違いはあるものの、結論が大きく異なることはほぼないと考えられる。

そうすると、唯一両見解の結論が大きく異なることになるのは、損害軽減義務の範囲を超える努力が行われていないにもかかわらず、市場価格の変動幅の下限を下回る代金額で填補購入が行われた場合である。しかし、そのような填補購入が実際にありうるのかは疑わしく、結局、両見解の結論はあまり変わらないものと考えられる。

イ）理論面

次に、理論面に関して述べると、確かに、両見解は、抽象的損害計算の選択の可否という点で対立している。しかし、その対立は、あくまでバルドーが事実的填補購入費用を客観的価値の尺度として理解していたことに起因するものであって、損害論の観点からみると、両見解は、有利な填補購入があったとしても客観的価値の賠償を認めるという限度において共通している。これは、抽象的損害計算を実体法的に理解する立

[15] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 114 f.

[16] *Johannes W. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 181を参照。

場に共通の特徴であるということができる。

（b）抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額で転譲渡（転売・転贈与）したであろうと認められた場合の処理

続いて、仮に履行が行われたとすると、抽象的損害計算の基礎とされる市場価格よりも低額で転譲渡（転売・転贈与）したであろうと認められた場合（すでに具体的な転売・転贈与契約が締結されている場合も含む）に、債務者はどのような内容の責任を負うべきかという問題を検討する。ここでは、債権者が、なお抽象的損害計算に依拠することができるのか、それともその低額での転売による転売利益の賠償に限定される（転売価格が原契約の代金額を超えない場合や転贈与の場合には、それすら認められない）のかが問題となる。

この点については、――議論は決して活発ではないものの――以下の２つの見解が対立している。

1）抽象的損害計算選択可能説

まず、債権者は抽象的損害計算を選択することができるとする見解がある。

これを明示的に主張するのは、バルドーである[17]。その根拠としては、「仮に買主が目的物を取得したとすると、買主の財産は――さしあたり（zunächst）――価値の差〔引用者注：目的物の客観的価値と代金額の差〕の分だけ拡大しただろう」[18]ということや、債務者の履行により生じる債権者の財産の拡大が（転譲渡により）長続きしない場合であっても、債権者は履行を請求することができる[19]ということが述べられている。要するに、ここでは、給付目的物を受領した後に債権者がそれをどのように利用するか――転譲渡するのか、それとも保持するのか――にかかわらず履行請求をすることができる以上、不履行に基づく損害賠償においても、債権者の利用態様にかかわらず、債権者がさしあたり取得したであろう給付の客観的価値（と代金額の差）の賠償を請求すること

[17] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 120 ff.
[18] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 120.
[19] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 121.

ができると考えられているわけである。

これと同じ考え方は、ノイナーやラーベルなどにおいてもみられた。すなわち、彼らは、本体喪失損害の賠償においては賠償の最小限を画する意味を持つ「客観的損害計算」が認められるということを根拠づける際、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を持ち出していた。彼らにおいては必ずしも明示的に述べられていたわけではないが、今ここで問題としている（市場価格よりも低額での）転譲渡は、債権者による給付の利用の典型例であるといえるため、彼らも、バルドーと同じく、抽象的損害計算の選択を認める見解に立っているものと推測することができる。

このように、本体喪失損害という概念を承認する限り、つまり、抽象的損害計算を実体法的に理解する立場に立つ限り、市場価格よりも低額で転譲渡したであろうと認められた場合にも抽象的損害計算の選択を認める見解を採ることになると考えられる。

２）具体的損害計算限定説

これに対して、抽象的損害計算を訴訟法的に理解する立場に立った場合には、市場価格よりも低額で転譲渡したであろうということが認められることにより、市場価格で転売したであろうという推定が覆されることになるため、抽象的損害計算は認められず、具体的損害計算に限定されることになる[20]。

（２）損害概念相互の序列関係

以上で、各損害概念に妥当する規範――ある損害概念を基礎とした損害賠償が請求された場合に、その責任内容を確定するための規範――の検討を終える。ここからは、損害概念相互の序列関係に関する規範――そもそもある損害概念を基礎とした損害賠償を他の損害概念を基礎とした損害賠償に先立って請求することが認められるかという点に関する規範――について検討していく。

---

[20] RGZ 100, 112 (113). 本判決を紹介するものとして、北川善太郎「損害賠償の範囲――抽象的損害算定」『ドイツ判例百選』（有斐閣・1969年）111頁。

ア　問題の所在――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存否

ここで問題となるのは、利用利益喪失損害の賠償を履行状態実現費用の賠償（現実給付の不取得という損害を基礎とした損害賠償）に先立って請求することが認められるかという問題である。例えば、代替物の売買契約において売主が引渡しを行わなかったという事例において、買主は、自ら履行状態実現措置（填補購入）を行うことなく、利用利益喪失損害（転売利益の喪失や営業利益の喪失など）の賠償を請求することができると考えるべきか。それとも、そうした利用利益喪失損害は、買主が履行状態実現措置（填補購入）を行うことにより自ら回避すべきものであるため、買主は、履行状態実現措置に要する費用の賠償を請求することはできるものの、利用利益喪失損害の賠償は履行状態実現措置をとることができない場合（不代替物の場合など）を除き請求することができないと考えるべきか。

この問題は、ドイツにおいては、特に転売利益の賠償において、債権者に損害軽減義務（254条２項）としての填補購入義務が原則として認められるかどうかという形で議論されている（なお、ここでの「損害軽減義務」は、先に紹介した、債権者が行う措置（履行状態実現措置）の合理性が問題になる場合の「損害軽減義務」とは意味が異なることに注意を要する）。

イ　判例・学説

以下では、この問題に関する判例・学説の紹介・分析を行う。以下のように、この問題については、抽象的損害計算を実体法的に理解するか訴訟法的に理解するかに応じて、２つの見解が対立している。

（ア）転売利益限定説――填補購入義務原則的否定説

まず、判例・伝統的通説のように、転売利益限定説を採り、抽象的損害計算を訴訟法的に理解する立場に立った場合、填補購入義務は原則として認められるだろうか。なお、転売利益限定説は損害概念を多元的に把握する立場に立つものではないため、填補購入義務が原則として認められるかという問題は、転売利益限定説においては、損害概念相互の序列関係の問題という性質を持ちえないことをあらかじめ断っておく。

a　内容

判例・伝統的通説は、極めて大きな損害が生じる危険性があるなどの特段の事情がある場合を除き、填補購入義務は認められないとする[21]。

b　分析――転売利益限定説と填補購入義務原則的否定説の連関

判例・伝統的通説がこのように填補購入義務を原則として認めないのは、転売利益限定説を採っていることと関係があると指摘されている。すなわち、判例・伝統的通説は、抽象的損害計算を転売利益の賠償によって基礎づけている。そして、その転売利益の賠償は、市場性のある商品（marktgängige Ware）が問題となっている場合に認められる。ここで、市場性のある商品の場合に填補購入義務を認めると、抽象的損害計算が常に認められないことになってしまう。そのため、自らの抽象的損害計算の基礎づけと一貫性を保とうとするならば、填補購入義務を広範に認めるわけにはいかないというわけである[22]。

（イ）転売利益非限定説――填補購入義務原則的肯定説（現在の通説）

これに対して、転売利益非限定説を採り、抽象的損害計算を実体法的に理解する立場に立った場合には、目的物が不代替物の場合など填補購入が不可能な場合を除き、填補購入義務を認めるのが一般的であり、これが現在の通説となっている[23]。なかでも、リームはその実質的根拠を

---

[21] 判例として、RG, LZ 1909, Sp. 143 Nr. 19; RG, LZ 1909, Sp. 321 (322); RG, JW 1910, 613 Nr. 4 (614); RG, LZ 1914, Sp. 475 Nr. 4; RG, Recht 1921, Sp. 228 Nr. 1603; BGHZ 62, 103 (107) など。学説として、Staub, a.a.O. (Fn. 10), Anh. zu § 374 Anm. 61 (-*Koenige*); Palandt, a.a.O. (Fn. 2), § 325 Rn. 17 (-*Heinrichs*) など。

[22] *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 134.

[23] *Ernst Steindorff,* Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/1960), S. 461; *Keuk*, a.a.O. (Fn. 9), S. 184 ff.; *Bardo*, a.a.O. (Fn. 8), S. 139; *Knütel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 589; *Huber*, a.a.O. (Fn. 8), S. 743; *Thomas Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 20 ff., 387 ff.; *ders.*, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 365 ff.; *Flume*, a.a.O. (Fn. 16), S. 184 f.; *Barbara Dauner-Lieb*, Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch!, in: Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, 2020, S.

提示しているため、以下では、リームの見解を詳しく取り上げることとする。

a　内容――リームの見解

リームは、その教授資格論文[24]において、「現実履行原則（Grundsatz der Naturalerfüllung）」――「物の給付を求める請求権については、その現実履行（in Natur zu erfüllen）が優先されるべきであるという原則」[25]――をそもそも認めるべきか、認めるとして、どのような内容において認めるべきかという問題に取り組んだ。リームの研究対象は広範であり、契約上の請求権だけでなく、不法行為法、不当利得法、物権法などにおける法律上の請求権にも及ぶ[26]。また、実体法だけでなく、訴訟法と執行法も研究対象とされる[27]。リームの研究の主眼は、こうした広範な領域において妥当すべき「現実履行原則」の内容を明らかにすることにあるのだが、以下では、本稿の関心に即して、リームの研究のうち契約上の請求権に関する部分を中心に紹介することとする。

（a）3段階の給付利益実現手段

まず、リームによると、債権者の給付利益（Leistungsinteresse）[28]を満足させる手段は、以下の3段階に分かれる[29]。

115.

[24] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz. また、この教授資格論文で示した理論枠組みを特に給付に代わる損害賠償において展開したものとして、*ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 363. 以下の紹介では、この論文も補充的に参照する。

[25] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 529の定義である。ただし、リームの研究対象は、物の給付を求める請求権に限定されるものではなく、作為請求権および不作為請求権をも含めた現実給付請求権一般に及ぶ（S. 1）。

[26] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 2 ff.

[27] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 6 f.

[28] リームのいう「給付利益（Leistungsinteresse）」は、履行利益――債務が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益――と（概ね）同義であると考えられる。ただし、以下で紹介するリームの記述に照らすと、ここでリームが念頭に置いているのは、履行利益全体というよりも、むしろ、履行利益のうち給付に代わる損害賠償の対象となるもののみであると考えられる。

[29] なお、先に述べたように、リームは、給付に代わる損害賠償においても直

１）第１段階――履行請求権

第１段階は、「債務者による現実履行」である[30]。契約上の請求権の場合、これは、改正BGB241条１項[31]の履行請求権により実現される[32]。

２）第２段階――填補取引費用の賠償

第２段階は、「債務者の費用における第三者による現実履行」である。これは、債権者が債務者以外の者に現実履行を委託し（つまり、填補取引を行い）、その現実履行の費用を債務者に請求するというものである[33]。契約上の請求権の場合、これは、改正BGB280条３項の給付に代わる損害賠償の形をとり、損害法上は、履行状態実現費用の賠償（249条２項準用）にあたる[34]。

３）第３段階――純粋金銭賠償

第３段階は、「純粋金銭賠償」である。ここでは、債権者は、第１段階・第２段階とは異なり、現実給付を取得するのではなく、その金銭等価物を取得するにすぎない[35]。この「純粋金銭賠償」には、「本体価値」の賠償だけでなく、「利用利益喪失損害」の賠償も含まれる[36]。契約上の請求権の場合、「純粋金銭賠償」は、填補取引費用の賠償と同じく改正BGB280条３項の給付に代わる損害賠償の形をとるが、填補取引費用の賠償とは異なり損害法上は251条の金銭による賠償にあたる[37]。

接的履行状態実現が認められうるという立場に立つ（第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｄを参照）のであるが、以下では、直接的履行状態実現については扱わない。

[30] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 20.

[31] 【改正 BGB 第241条（債務関係から生じる義務）】

(1) 債権者は、債務関係に基づき、債務者に対して給付を請求する権利を有する。給付は、不作為であることもある。

(2) 債務関係は、その内容に応じて、各当事者に、相手方の権利、法益及び利益の顧慮を義務づけることがある。

[32] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

[33] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 22.

[34] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25 f.

[35] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 23.

[36] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 23 f.; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 378.

[37] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26.

（b）給付利益実現手段相互の序列関係――現実履行原則

リームによると、こうした3段階の給付利益実現手段には、序列関係（Rangfolge）が存在する。すなわち、これらの3つの手段の間には、第1段階・第2段階・第3段階の順に優先されるべきであるという「現実履行原則」が妥当しているとされる[38]。この「現実履行原則」は、厳密には、債権者を拘束するもの――そこでは、債権者が、債務者に対して、上位の段階に属する手段に代えて下位の段階に属する手段に依拠した請求をすることができるかが問題となる――と債務者を拘束するもの――そこでは、債権者が上位の段階に属する手段に依拠して請求してきた場合に、債務者が下位の段階に属する手段に依拠することによりその請求から解放されることができるかが問題となる――の2つに分かれる[39]のだが、以下では、本稿の関心に即して、前者のみをみていく。

1）第1段階と第2段階の間の序列関係

まず、第1段階――履行請求権――と第2段階――填補取引費用の賠償――の間の序列関係についてみていく。

ア）現象形態――填補賠償付加要件（改正BGB281条～283条）

リームによると、この序列関係は、給付に代わる損害賠償の請求のために必要な要件に表れている。すなわち、債権者は、さしあたり、履行請求しかすることができない。給付に代わる損害賠償は、――帰責事由のほか――改正BGB281条から283条までに定められた付加要件、とりわけ、改正BGB281条1項の猶予期間の設定という要件を満たしてはじめて請求することができる。こうした規律により、債務者による現実給付の原則的な優先が確保されている[40]。

イ）根拠

こうした序列関係が認められるべき実質的根拠は、以下の点に求められている。

---

[38] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 24 f.

[39] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 18 f. を参照。

[40] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26.

ａ）両当事者の利益状況の観点

まず、両当事者の利益状況の観点が論じられる。

「債権者の視点からみると、第１段階と第２段階は、ほぼ同じである。なぜなら、いずれの場合においても、債権者の現実給付利益が満たされるからである。――ドイツ法では通常そうであるように――債権者が填補取引費用自体に加えて遅延損害と追加的な取引費用を債務者から賠償してもらえるとすると、債権者にとっての違いは、債権者が填補取引の苦労を引き受けなければならず、この不快さについて、また、場合によっては、容易に証明することができないその他の損害項目について、賠償を受けることができないという点にしかない」[41]。

「これに対して、債務者の視点からみると、第１段階と第２段階の間には重大な違いがある。すなわち、ここでは、債務者は、すでに第２段階（債務者の費用における第三者による現実履行）において、現実に履行を行うことに対する利益――契約上の債務の場合には、自らの給付費用と契約代金との差額――をもはや実現することができず、その代わりに、第三者の利益の資金を出さなくてはならないことになる」[42]。例えば、ある商品を代金30万円で売却するという売買契約において、売主がその商品を給付するのに20万円の費用がかかるとする。そうすると、売主は、現実に履行を行うことにより、10万円のマージンを取得できることになる。これに対して、買主が第三者から例えば代金35万円で填補購入を行い、その費用を売主に請求した場合には、売主は、10万円のマージンを取得することができないどころか、填補購入による増加費用の５万円を賠償しなければならない――第三者のマージン（の一部）の資金を出さなければならない――ことになるというわけである。

以上を踏まえると、第２段階よりも第１段階のほうが優先されるべきだといえる。したがって、第２段階に進むことができるのは、第１段階が不可能か、または一方当事者にとって期待不可能である場合に限られる（債権者が第２段階に依拠して請求することができるのは、第１段階が不可能か、または債権者にとって期待不可能である場合に限られ

[41] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 24.

[42] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

る）[43]。

b）効率性の観点

また、現実履行請求権と金銭給付請求権の間の序列関係は、経済学的な効率性の観点からも基礎づけられる。

aa）現実履行請求権の原則的な優先の正当化

まず、現実履行請求権が原則として優先されるべきことについては、主として、以下の３点から正当化される。

aaa）契約の遂行によるパレート改善の実現

第１は、現実履行請求権が行使され、契約が遂行されることによって、両当事者が契約の締結により志向したパレート改善[44]がそのまま実現されることになるという点である[45]。

bbb）契約違反前に交渉を行うインセンティブの設定

第２は、給付障害の場合にも現実履行請求権が一次的な債権者の権利であることにより、債務者の契約違反が生じる前に両当事者が交渉を行うインセンティブが設定されるという点である[46]。

給付障害の場合に債権者が現実履行請求権を行使することができるという前提のもとでは、（合理的な）債務者は、もはや契約の履行を望まない場合――例えば、製造費用が増加した場合や、より有利な価格での購入を申し出る第三者が現れた場合――であっても、債権者との交渉をせずに一方的に契約に違反することはない。なぜなら、契約違反後に債

---

[43] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

[44] パレート改善も含め、法と経済学の基本的な考え方については、スティーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』（日本経済新聞出版社・2010年）などを参照。なお、リーム自身は、法と経済学の基本的な考え方を説明している箇所（*Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 150 ff.）において、*Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., 2005; *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., 2012などを参照している。

[45] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208.

[46] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208.

権者から現実給付を請求されるおそれがあるからである。つまり、債務者は履行可能な状態を保っておく必要があるのである。ここで、債務者が給付目的物を他の目的――例えば、より有利な価格での購入を申し出る第三者への売却――に利用しようとするならば、債権者との間で、事前に、（場合によっては補償金の支払と引換えに）現実履行義務からの解放を求める交渉をしておく必要がある。この交渉において、債権者は、自らの給付利益を開示することになる。なぜなら、給付利益は、合理的な債権者が現実給付請求権の放棄と引換えに要求する補償金の下限を画するからである。こうして情報が開示されることにより、理想的な場合には、両当事者間にパレート改善を導く合意が形成されることになる。この合意の内容は、（場合によっては補償金の支払と引換えの）契約の解消であることもあれば、反対給付その他の契約条件の修正であることもあれば、当初合意された条件のままでの契約の遂行であることもある。このような合意に至らなかった場合にはじめて、（費用が高くつく）訴訟手続が必要となる[47]。

これに対して、給付障害の場合に債権者が金銭給付のみを請求することができるという前提のもとでは、これと同じような交渉のインセンティブは存在しない。なぜなら、契約違反後に債権者から現実履行を請求されることを恐れる必要がないからである。したがって、債務者は、もはや現実給付を行うことができる状態を保っておく必要はなく、一方的に契約に違反して、給付目的物を他の目的に利用することができる[48]。

ccc）填補取引費用の賠償との比較における効率性の高さ

第３は、現実履行のほうが填補取引費用の賠償よりも効率的であるという点である。確かに、代替性のある給付の場合には、市場において代替品を容易に取得することができるので、現実履行請求権は債権者の利益を実際上満足させるためには不要であるかもしれない。しかし、債務者が現実給付を自ら行ったほうが、さしあたっては効率的である。なぜなら、債務者が自らのマージンを実現することができるうえに、填補取

[47] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 201.

[48] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 202.

引に関する取引費用が生じないからである。填補取引が経済的に望ましい解決となるのは、（さらなる）給付の遅延による債権者の損失が填補取引を原因とする効用の喪失よりも大きくなるときに限られる[49]。

bb）猶予期間の設定による金銭給付請求への移行の正当化

しかし、現実履行が非効率的となってしまう場合には、現実履行請求権の優先を貫くべきではない。したがって、何らかの要件のもとで、現実履行請求権から金銭による損害賠償の請求権への移行を認める必要がある[50]。

ドイツ法は、猶予期間の設定（および経過）を基本的な移行の要件とする規律を採用している（改正BGB281条１項）。この規律は、以下のように正当化される。

aaa）債権者に一方的な移行の決定権を認める必要性――給付利益に関する情報の偏在

まず、債権者が猶予期間の設定という形で一方的に移行を決定する権利を有することについては、給付利益に関する情報の偏在により正当化される。

すなわち、債権者の給付利益――ここには、「利用利益（Verwendungsinteresse）」、すなわち、「給付を計画どおりに利用することに対する利益」[51]も含まれる――を完全に知っているのは、債権者のみである。というのも、債権者以外の者――債務者、立法者または裁判官――は、債権者の利用計画（Verwendungsplanung）に関する情報を（完全には）有していないからである。したがって、債権者のみが、自らの利用計画を手がかりとして、債務者の現実給付を待ちつづけることや、債務者の給付能力・給付意思が不確かであることに伴う損失が、金銭給付に移行したほうが有利になりそうだといえるほどに大きいもの

[49] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208.
[50] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 208 f.
[51] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 46.

かどうかを判断することができる[52]。

そうすると、――こうした情報の問題に対する最適の解決である――契約違反前の交渉が不可能であるか、あるいは失敗に終わった場合には、原則として、債権者に一方的な移行の決定権を認めるべきであることになる。法律により、あるいは裁判官により移行が指示されるという規律は、――給付障害の発生により直ちに移行するというものであれ、法律または裁判官により設定された期間の経過後に移行するというものであれ――債権者に決定権を認める規律よりも劣る[53]。

bbb）猶予期間の必要性――債務者の投資の保護

しかし、債権者の一方的な決定権は、債務者がすでに行った、当該契約に特有の投資（vertragsspezifische Investitionen）が無駄になってしまうというリスクを伴う。そのため、社会全体にとって最適な資源配分を達成するためには、この債務者の投資の保護という点も考慮に入れなければならない。このことは、債務者が瑕疵ある給付をした場合に特によくあてはまる[54]。

とはいえ、債務者がどの程度の投資をすでに行ったのかということについて、債権者は関知しない。したがって、ここでも、契約を今後どのようにするかについての交渉が、最適の解決となる[55]。

こうした交渉が不可能であるか、あるいは失敗に終わった場合には、債権者の一方的な決定権を制限する必要がある。そのための規律が、ドイツ法が採用する債権者による猶予期間の設定の要請である。このメカニズムにより、債権者の一方的な決定権と債務者の投資の保護が結びつけられることになる。すなわち、債権者が債務者に対して給付のための猶予期間を設定することにより、債権者は、――それまで債務者には明かされていなかった――自らの給付利益に関する情報を伝達することになる。つまり、一方で、債権者が債務者による現実給付に対してそもそ

[52] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 209 f.
[53] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210.
[54] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210.
[55] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210.

も利益を有しているという情報が伝達されるとともに、他方で、どの時点までこの利益が存続するか、つまり、どの時点から債務者による現実履行を拒絶して填補取引を行うことが債権者にとって有利となると予想されるかという期限に関する情報が伝達される。これにより、債務者は、期間内に現実履行を行って自らの投資を活かすか、それとも填補取引の費用を負担するか（あるいは他の形で損害賠償を給付するか）を決定することができる。債務者は、すでに行った投資の価値を考慮してこの決定を下すことになる[56]。

2）第2段階と第3段階の間の序列関係

次に、第2段階――填補取引費用の賠償――と第3段階――純粋金銭賠償――の間の序列関係についてみていく。

ア）現象形態――純粋金銭賠償付加要件（251条1項）

リームによると、この序列関係は、純粋金銭賠償の請求のために必要な付加要件に表れている。すなわち、リームのように填補取引費用の賠償を249条2項に位置づけた場合、純粋金銭賠償は、251条1項により、填補取引が不可能であるか、または填補取引費用の賠償が債権者に対する賠償として不十分であるという付加要件を満たしてはじめて請求することができることになる[57]。

リームは、給付に代わる損害賠償を常に251条に位置づける立場に立った場合[58]でも、こうした序列関係は、254条2項の損害軽減義務により導かれるとする[59]。もっとも、251条1項の適用問題とする自身の見解のほうが、より精緻であり、損害法上の規律体系とより整合するものであると述べる[60]。

イ）根拠

こうした序列関係が認められるべき実質的根拠は、以下の点に求めら

---

[56] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 210 f.

[57] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372.

[58] 給付に代わる損害賠償の責任内容に関する適用条文をめぐる議論については、第2章第2節1（2）イ（イ）b（a）1）ア）を参照。

[59] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 26.

[60] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373.

れている。

ａ）両当事者の利益状況の観点

まず、両当事者の利益状況の観点が論じられる。

第１段階・第２段階と比べて、「第３段階は、債権者にとって、多くの場合、不利である。なぜなら、ここでは、もはや現実給付利益は満足を受けず、財産的利益が満足を受けるにすぎないからである」[61]。この違いは、とりわけ、非財産的利益の扱いにおいて大きな違いをもたらす。例えば、債権者が給付目的物に対して何らかの愛着利益（Affektionsinteresse）を有しているとする。このとき、第１段階・第２段階においては、債権者が給付目的物（またはその代替品）を現実に取得することにより、その愛着利益も実現される。これに対して、第３段階においては、253条１項により非財産的損害の賠償が禁止されるため、その愛着利益の分は賠償されないことになる[62]。

また、「債務者の視点からみて、第２段階と第３段階の間には、債務者が給付目的物自体の価値だけでなく逸失利益の価値をも賠償しなければならないという点にしか違いはない（が、少なくともその点に違いはある）」[63]。

以上を踏まえると、第３段階よりも第２段階のほうが優先されるべきだといえる。したがって、第３段階に進むことができるのは、（第１段階だけでなく）第２段階も実現不可能である場合に限られる[64]。

ｂ）効率性の観点

また、填補取引費用の賠償と純粋金銭賠償の間の序列関係は、経済学的な効率性の観点からも基礎づけられる。

aaa）債権者の利用計画が現実に実現されることによる価値創出

まず、填補取引費用の賠償においては、純粋金銭賠償とは異なり、債

---

[61] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 24.

[62] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 23 f.; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 364.

[63] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

[64] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 25.

権者の利用計画が現実に実現されることにより、価値創出が生じる[65]。

bbb）利用リスクの適切な分配

次に、填補取引費用の賠償においては、純粋金銭賠償とは異なり、利用リスク（Verwendungsrisiko）が適切に分配されることになる[66]。この点については、リーム自身が最も重視する根拠であるとみられる[67]ため、以下、やや詳しめに取り上げる。

利用リスクとは、債権者が給付目的物の利用による利益を取得することができないというリスクのことである[68]。例えば、計画していた転売が何らかの理由により失敗に終わる場合がこれにあたる[69]。

債務者が現実履行を行う場合には、利用リスクを負担するのは債権者である。例えば、債権者は、債務者から受領した給付目的物の転売に失敗して、転売利益を取得することができないというリスクを負っている。換言すると、債権者が有しているのは、利用チャンス（Verwendungschance）――給付目的物の利用による利益を取得することができるというチャンスないし可能性――にすぎない[70]。

ところで、損害賠償においては、債務者が契約に従った履行をしたとすると債権者が置かれたであろう状態が実現されるべきであり、債権者にそれ以上のものが認められるべきではない[71]。この観点から填補取引費用の賠償と純粋金銭賠償を比較すると、以下のようになる。

まず、填補取引費用の賠償においては、債権者が現実に給付（の代替品）を取得するわけであるから、現実履行の場合と同様に、債権者が利用リスクを負担することになる[72]。

これに対して、純粋金銭賠償においては、逸失利益（252条）が一定

---

[65] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 213.

[66] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 213.

[67] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372 f. では、この根拠のみが挙げられている。

[68] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204を参照。

[69] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204.

[70] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204.

[71] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372.

[72] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204.

の蓋然性をもって証明された場合には、債権者は、その賠償を、固定された金額として取得することになる。これにより、債権者は、実際にはその逸失利益を取得することができなかった可能性があるにもかかわらず、それに相当する金額を確実に取得することができることになる。これは、利用リスクが債権者から債務者に転嫁されていることを意味する（その反面、一定の蓋然性に達しなかった場合を考えると、債権者から利用チャンスが奪われることになる）[73]。

以上の比較を踏まえると、純粋金銭賠償は填補取引費用の賠償に劣後すると考えるべきである[74]。

ウ）内容

第２段階と第３段階の間の序列関係は、子細にみると、以下のような内容を持つ。

ａ）序列関係の対象――填補取引費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償

リームは、第３段階においては、「本体価値」の賠償と「利用利益喪失損害」の賠償の２つが問題となるとしていた。このうち、第２段階との関係で劣後する――填補取引が不可能である場合などを除き認められないことになる――とリームが考えているのは、「利用利益喪失損害」の賠償のみであるとみられる[75]。なぜなら、利用リスクの適切な分配という根拠は、「本体価値」の賠償とは無関係だからである。

ｂ）填補購入義務の発生時期――給付に代わる損害賠償請求権の発生時

また、リームによると、填補購入義務の発生時期は、給付に代わる損害賠償請求権の発生時である。すなわち、給付に代わる損害賠償請求権が発生するまでは、債権者は、填補購入義務を負わないとされる[76]。こ

---

[73] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204 f.; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 372.

[74] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 204; *ders.*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373.

[75] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Grundsatz, S. 523も参照。

[76] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373 Fn. 45.

こで、リームが、給付に代わる損害賠償請求権の発生時として、給付に代わる損害賠償の請求が可能になる時点（猶予期間経過時）を想定しているのか、それとも履行請求権が消滅する時点（給付に代わる損害賠償を請求した時点）を想定しているのかは、必ずしも明らかではない。しかし、少なくとも、リームが、不履行時に直ちに填補購入義務の発生を認めるという考え方を採っていないことは注目に値する。

そして、リームは、その根拠を、「ドイツ債務法における一次的履行請求権の優先」に求める[77]。これは、ドイツ債務法が、履行請求権を優先的な救済手段として位置づけている以上、債権者は一定の時点――給付に代わる損害賠償の請求可能時または履行請求権消滅時――まで履行請求権に固執してよい（履行請求を断念して填補購入を行うということをしなくてよい）旨を説くものとみることができる[78]。

なお、履行請求権への固執の許容という観点は、基準時問題においても問題となっていた。そこでは、履行請求権消滅時説が通説になっていることは、ドイツ法が履行請求権への固執を認める立場に立っていることとの関係で理解することができることが明らかとなった[79]。このように、基準時問題と、填補取引費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の問題という２つの異なる問題にまたがって、履行請求権への固執の許容という共通の要請が問題になっているとみることができる。

b　分析

以上、填補購入義務を原則として認める見解をみてきた。以下では、この見解を分析していく。

（a）第１の現実履行原則と第２の現実履行原則の関係
――必ずしも連動しない

リームは、給付利益実現手段を履行請求権・填補取引費用の賠償・純粋金銭賠償の３段階に分けたうえで、第１段階と第２段階、第２段階と

---

[77] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 23）Gedächtnisschrift, S. 373 Fn. 45.

[78] 改正前 BGB のもとで、このような根拠に基づき、填補購入義務の発生時期を履行請求権消滅時（猶予期間経過時）とするものとして、*Huber*, a.a.O.（Fn. 9）, S. 243, 256.

[79] 第２章第２節２（１）イ（ア）c（b）２）イ）b）を参照。

第３段階の間にそれぞれ序列関係を認める。リームの見解の特徴は、履行請求権と給付に代わる損害賠償請求権の関係――リームにおいては、第１段階と第２段階の関係がこれにあたる――だけでなく、給付に代わる損害賠償の内部における填補取引費用の賠償と純粋金銭賠償の関係をも「現実履行原則」として扱う点にあるといえる。

もっとも、第１段階と第２段階の間の序列関係（以下、「第１の現実履行原則」と呼ぶ）と第２段階と第３段階の間の序列関係（以下、「第２の現実履行原則」と呼ぶ）は、必ずしも連動するものではないと考えられる。すなわち、「第１の現実履行原則」と「第２の現実履行原則」が必ずしも共通の根拠に基づくものではないことを踏まえると、例えば、「第２の現実履行原則」のみを採用し、「第１の現実履行原則」は採用しないという立場も成り立ちうるものと考えられる。そこで、以下では、本稿の検討対象である「第２の現実履行原則」に絞って、その妥当性を考察することとする。

（ｂ）第２の現実履行原則の妥当性――利用リスクの適切な分配という根拠の説得力の高さ

「第２の現実履行原則」の最も重要な根拠である利用リスクの適切な分配は、要するに、損害賠償においてはできる限り現実履行が行われたのと同じ状態が実現されるべきであるという考え方が、利用リスクの所在についても妥当することを説くものである。これは、法の経済分析を受け入れるかどうかにかかわらず採用可能な、強い説得力を持った根拠であるといえる。填補購入義務を原則として認める見解が現在の通説を形成しているのも、この説得力の強さを裏づけているように思われる[80]。

[80] J. W. フルーメは、填補購入義務を原則として否定し、それゆえ転売利益の賠償を原則として認める見解は、過剰賠償を招くと批判する。すなわち、買主には填補購入費用を賠償すれば十分であり、買主がその費用を用いて填補購入をし、転売契約を履行して転売利益を取得するかどうかは、現実履行の場合と同じく、買主の決定に委ねられるべきであると述べる（*Johannes W. Flume*, Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags – Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens, AcP 215 (2015), S. 285. また、*ders.*, a.a.O. (Fn. 16), S. 184も参照）。ここには、リームのいう利用リスクの適切な分配とも通ずる視点が表れている。

ウ　小括――履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係の存在

以上の検討を踏まえると、抽象的損害計算を実体法的に理解する立場に立つ場合には、履行状態実現費用の賠償と利用利益喪失損害の賠償の間の序列関係を認めるべきであると考えられる。

＊　本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。

論　　説

代替取引義務（損害軽減義務）による履行請求権の限界づけ（２）

―― 履行遅滞の場合についての比較法的考察 ――

程　　坦

目　次

序章
　第１節　問題意識
　第２節　考察対象と分析の視角
　第３節　本稿の構成
第１章　ウィーン売買条約
　第１節　序
　第２節　履行請求権と損害軽減義務との関係
　　第１款　CISGにおける債権者の投機可能性の存在
　　第２款　損害軽減義務とその適用範囲　（以上、第75巻３＝４号）
　　第３款　損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる見解
　　第４款　裁判例
　第３節　本章のまとめ
　　第１款　債権者の投機可能性の存在
　　第２款　履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務の承認可能性
第２章　中国法
　第１節　序
　第２節　民法典制定以前の法規定
　　第１款　「経済契約法」（1981）
　　第２款　「渉外経済契約法」（1985）
　　第３款　「民法通則」（1986）
　　第４款　「経済契約法」（1993・改正）

第５款　「統一契約法」(1999)　（以上、本号）
第３節　民法典制定以前の裁判例
第４節　現行法
第５節　近時の学説の展開
第６節　本章のまとめ
第３章　改正前の日本法
第４章　債権法改正と現行民法
第５章　終章

第１章　ウィーン売買条約（承前）

第２節　履行請求権と損害軽減義務との関係（承前）

第３款　損害軽減義務と履行請求権との関係をめぐる見解

CISGがウィーン外交会議で採択された後、CISGの注釈書やCISGを含む国際売買法に関する書籍が、次々に公刊された。それらの書籍の中に、損害軽減義務という観点から履行請求権への制約について触れる学説は多くないが、この論点に触れる学説としては、時系列に沿って次のような見解がみられる。

１　Knapp の見解（1987）

Knapp教授（Professor of Law at the Charles University of Prague）は、CISG 77条に定める損害軽減義務の法的性質とその適用について、次のように指摘している。すなわち、第１に、CISG 77条は、ウィーン売買条約が規定する他の法的義務とは異なる。損害軽減義務違反を援用した債務者は、損害賠償額の減額という救済のみを得られる。債務者は、CISG 77条に求められる債権者の損害軽減義務の履行を強制することができないし、債権者が損害軽減義務に反した場合に、債務者は、これを理由に契約を解除することもできない[1]。第２に、債権者が損害軽減義務

[1] Victor Knapp,Victor Knapp, at Art.77, para. 2.2, in Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds), Commentary on the International Sales Law:

に違反した場合に、債権者の損害賠償額の算定にあたって、まず、CISG 74条、75条あるいは76条に基づき債権者の損害賠償額を算定し、次に、債権者が合理的措置（例えば、代替取引）を講じれば軽減されるべきであった損害額を損害賠償額から控除する[2]。

また、Knapp教授は、損害軽減義務と履行請求権との関係について次のように述べている。すなわち、損害軽減義務違反の効果は、損害賠償という救済方法に限定され、他の救済手段に影響を及ぼさない[3]。例えば、売主がCISG 46条に基づき買主に対して代金の支払いを請求する場合、買主は、売主が損害軽減に向けた合理的措置をとらなかったことを理由に代金の支払いを拒絶できない一方、代金の減額を請求することもできない[4]。しかし、買主が契約を履行しないことが明らかである場合に、売主が最初は解除権の行使も代替取引もせずに履行請求権を堅持したものの、最終的に契約を解除して損害賠償を請求する際、買主は、売主がCISG 77条に違反したことを理由に損害賠償額の減額を請求することができる[5]。ウィーン外交会議において、損害軽減義務違反の効果が代金請求権に影響を及ぼすべきであるとのアメリカ提案を否定する際、アメリカ代表が取り上げた例において、損害軽減義務があれば十分であるため、アメリカ提案が必要でないとの意見がある。それによれば、ウィーン外交会議は、履行請求権を排除する損害軽減義務を認めないものの、損害軽減義務を拡大的に解釈する立場をとっていると解することができる[6]。具体的にいえば、ウィーン外交会議がとる立場は、次のようなものである。(1) 債務不履行の場合に、債権者は契約解除権を有していても、債務者に対して履行を請求することができ、契約を解除する義務は負わない。(2) もっとも、債務の履行を請求する債権者は、債務者が契約の債務を履行しないこと及びその債務不履行によって自らに損失が生ずるこ

The 1980 Vienna Sales Convention (Giuffrè, 1987), at Art.77, para. 2.10.

[2] *Id.* at paras. 2.11, 2.12.

[3] *Id.* at para. 3.1.

[4] *Id.* at para. 3.2.

[5] *Id.* at para. 3.3.

[6] *Id.* at para. 3.9.

とを予見できる場合、契約解除とその後の代替品購入や目的物の再売却が、CISG 77条に基づく損害軽減のための合理的な措置であると考えられる[7]（avoidance of the contract and a subsequent resale of the goods or a subsequent cover purchase are, however, considered reasonable measures to mitigate the loss under Article 77 in cases in which the party claiming specific performance was in a position to foresee that the other party would not comply with his obligations under the contract and that a loss would be caused to the injured party as a result of non-performance by the other party）。Knapp教授は、（2）の場合に、債権者が契約を解除して代替取引を行わなかったことが損害軽減義務の違反であると指摘している[8]。すなわち、損害軽減のための合理的措置は、債権者が債務者の債務不履行の可能性および債務不履行によって生じる損害を予見できる時からできるだけ早く講じられなければならない[9]（measures directed at mitigating the loss are to be taken as soon as the party to the contract could foresee the danger of breach of the contract by the other party and of his consequent potential loss）。

2　曽野和明＝山手正史の見解（1993）

曽野和明および山手正史両教授は、「履行請求に対する事実上の制約である損害軽減義務」との観点から検討を行った[10]。すなわち、物品の引渡しがない場合や買主が契約に従った履行をしなかった場合に、債権者は、原則として履行を請求し続けることができる。また、「ウィーン売買条約において、引渡しがなされない場合の損害賠償額の算定につき、契約解除後に代替取引が行われなかった場合には契約代金と解除時の市場時価との差額を基準とされる。それによれば、契約目的物の市場価格が上昇している場合（あるいは下落し続けている場合）、契約の解除が遅れれば遅れるほど損害賠償額は増加することになる。しかしながら、

---

[7] *Id.* at para. 3.9.

[8] *Id.* at para. 3.10.

[9] *Id.* at para. 3.11.

[10] 曽野和明＝山手正史『国際売買法』（青林書院・1993）160-163頁、191-192頁。

買主は代替取引により他から物品の入手が可能であるにも関わらず、履行を請求し続けて解除権の行使を遅らせることに利益はない（売主もまた、履行を請求し続けて解除権の行使を遅らせることにつき利益はない）。なぜなら、条約は他方において当事者相互に損害軽減義務を課しているからである[11]。」つまり、債権者は、債務者の「契約違反から生ずる損失を軽減するために、契約を解除して代替取引をすることを含め、その状況の下で合理的な措置を取らなければならず、この措置を取らなかった場合には、債務者から損害軽減義務違反による減額を求められることになるからである[12]。」

3　Stoll ＝ Gruber の見解（2005）

Stoll（Professor of University of Freiburg）　とGruber（Legal Counsel of European Central Bank Frankfurt）両教授は、損害軽減義務の適用範囲について次のように述べている。すなわち、損害軽減義務違反の効果は、損害賠償という救済方法に限定される。そして、債権者は、損害軽減義務に違反していたとしても、損害賠償以外の救済を請求することができる[13]。つまり、ウィーン外交会議において、損害軽減義務違反の効果を履行請求権に及ぼすべきであるとのアメリカ提案は否定された。それゆえに、債権者は、債務者に対して履行を請求することよりも、契約を解除して損害賠償を請求したほうが債務者にとって負担がより少ない場合でも、債務の履行を請求する権利有している[14]。すなわち、債権者が履行請求権を請求する途中で契約を解除して損害賠償請求権に切り替える場合でも、債権者の最初の履行請求権に固執することは、損害軽減義務違反と評価することができないと考えられる[15]（Generally the promisee's insistence on performance cannot therefore be criticized

---

[11] 同上・160-161頁、191頁。

[12] 同上・191頁。

[13] Hans Stoll and Georg Gruber, Art.77, para.4, in Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer（eds.）, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods（CISG）(Oxford University Press,　2ed English ed. 2005).

[14] *Ibid.*

[15] *Ibid.*

as a failure to mitigate loss within the meaning of Article 77, even if he subsequently avoids the contract and claims damages）。

4　Honnold の見解（2009）

まず、ウィーン外交会議においてアメリカ代表であるHonnoldは、どのような場合に損害軽減義務が問題となるかについて次のように述べている。すなわち、CISG 75条と76条は、「解除後の合理的期間」や「解除時」を損害賠償額算定の基準時として定めることにより、債権者が市価の変動を見て債務不履行から生ずる損害を拡大させることを防止できるのである。それゆえ、債権者がCISG 75条と76条に基づき損害賠償を請求する場合に、損害軽減義務はほとんど問題とならない。これに対して、債権者がCISG 74条に基づき損害賠償、特に逸失利益損失を請求する場合に、損害軽減義務が問題となり得る[16]。Honnold教授は、次の２つの場合を分けて、買主が履行期前に履行を拒絶する意思を表明した場合における売主の損害軽減義務を検討した。それは、（1）転売を目的とする契約（goods purchased for resale）の場合と（2）生産のために原料・材料を購入契約（materials needed for current production）の場合、である。

（1）の場合について、Honnoldは、売主は、買主による履行期前の履行拒絶を承諾して（accept the repudiation）契約を解除する義務を負わず、売主が主張した損害賠償が減額されるべきではないと主張する[17]。Honnoldは、自分の見解を説明するために次の例［例77A］を取り上げた。すなわち、６月１日に、買主Xは、売主Aから1000梱の綿を１梱にあたり50ドルで購入する契約を締結した。それによれば、Aは、８月１日に綿を引渡すべきであるとされる。XもAも綿の購入・転売を業とする商人である。綿の市場価格は、６月１日以降下落しつつあり、７月１に１梱にあたり40ドルになった。７月１日に、Xは、Aに対して債務の履行

[16] John O. Honnold,John O. Honnold（edited and updated by Harry M. Flechtner）, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention（Kluwer Law International, 4th ed. 2009）, at Art.77, para. 418.
[17] *Id.* at para. 419.1.

を拒絶する意思を表明し、Aが早く綿を他人に再売却するように請求した。Aは、Xの請求を拒否した。履行期が到来する日である８月１日に、綿の市場価格は、１梱あたり30ドルに下落した。Xは、Aによる綿の受領と代金の支払いという請求を拒絶した。そして、Aは、Xの債務不履行を理由に契約を解除し、Xに対して２万ドル（５万−３万）を損害賠償として請求した。Xは、自らが履行を拒絶する意思を表明した７月１日に、Aが損害を軽減するために綿を１梱にあたり40ドルで再売却すべきであったと抗弁した。Honnoldは、［例77A］において、AがCISG 72条（1）[18]に基づき契約を解除する権利を有するし、AがXの履行拒絶を拒否したことは､不当や不経済なことではないと主張する[19]。なぜなら、綿の市場価格がいつ底値に達するかは、誰も知らないからである[20]。

これに対して、（2）の場合について、Honnold教授は、違約された買主が生産利益損失の拡大を防ぐために他から代替品を調達する義務を負うべきであると主張する[21]。

次に、Honnold教授は、ウィーン外交会議において自分の提案について、「ウィーン外交会議の最終段階における時間的節約を重視し、基本的考え方まで否定されるわけではない」ことを理由に、損害軽減義務違反の効果を売主の代金請求権に拡張すべきであると主張する[22]。Honnoldは、自分の見解を説明するために次の例［例77E］を取り上げた。すなわち、「売主Aが建材用の鉄製桁を買主Xが契約で指定した寸法に切断して引渡すとの売買契約が６月１日に締結された。７月１日に、売主が作業を開始する前に、第三者である購入者が買主との契約を解除してきたので、買主は直ちに売主にこの新たな状況発生について通知し、桁を切断しないように頼んだ。それにもかかわらず、売主は、契約に定められた仕様に従って桁を切断し、買主にその受領を迫ったが、買主はこれ

---

[18] CISG72条（1）：当事者の一方は、相手方が重大な契約違反を行うであろうことが契約の履行期日前に明白である場合には、契約の解除の意思表示をすることができる。

[19] John O. Honnold, *supra* note 16, at Art.77, para. 419.1.

[20] *Ibid*.

[21] John O. Honnold, *supra* note 16, at Art.77, para. 419.2.

[22] *Id*. at para. 419.3; 曽野和明＝山手正史（1993）・前掲注10・252頁。

を拒絶した。そこで、売主はそれを他へ売却したが、その桁の長さは他者には利用できないためほとんど価値がなかった」[23]。Honnoldは、［例77E］において、Aが履行を継続することが不必要な浪費を伴うため、CISG 77条が特別法（lex specialis）として適用され、Aの代金（履行）請求権が損害軽減義務によって制限されるべきであると主張する[24]。

5　Schwenzer の見解（2016・2022）

Schwenzer（Professor of University of Basel）教授は、Schlechtriem/Schwenzerのコメンタリー（第４版と第５版）において、損害軽減義務の適用範囲について次のように述べている。すなわち、CISG 77条の文言から見て、損害軽減義務違反の効果は損害賠償という救済方法に限定されると言わざるを得ない。しかし、近時の通説によると、CISG 77に定められる損害軽減義務は、他の救済手段に影響を及ぼすべきである、とされる[25]。例えば､債権者が投機的に解除権の行使を遅らせた場合に、債権者の解除権は排除されないものの、債権者が主張した損害賠償は、CISG 77条に基づき減額される可能性がある[26]。

6　小括

（１）履行請求権の排除事由としての代替取引義務の否認

以上で明らかなように、履行請求権が損害軽減義務によって排除されないという考えは、一般的な理解である。すなわち、債権者は、契約を解除して代替取引を行うことによって債務不履行から生ずる損害を回避

---

[23] *Ibid.*; Honnold が取り上げた例の日本語の訳は、曽野和明＝山手正史（1993）・前掲注10・252頁参照。

[24] *Ibid.*

[25] Ingeborg Schwenzer, Art.77, para. 4, in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (Oxford University Press,4th English ed. 2016); Ingeborg Schwenzer, Art.77, para. 4, in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (Oxford University Press,5th English ed. 2022)

[26] *Ibid.*

や軽減できるとしても、その選択肢を取らずに債務者に対しても引き続き債務の履行を請求することができる。

もっとも、製作物供給契約において、売主の履行が注文をキャンセルした買主だけでなく、他の者にとっても無価値である場合、売主が自らの債務の履行を完了することは、経済的な無駄を生じさせることになる。このような場合に、売主の代金請求権が損害軽減義務によって制限されるべきか否かについて争いがある。すなわち、売主による契約価格全額の請求を認められるべきではないというHonnold教授の観点に対し、Knapp等教授は反対意見を示していた。注意すべきなのは、Honnold教授によって挙げられた例が製作物供給契約に限定される一方、このような契約が典型的売買契約に当たるか否かについても、もともと条約の起草者の間で疑問があったことである。

（2）履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務の認否

債権者が代替取引をできるにもかかわらずそれをせずに履行を請求し続けることは、原則とし認められることがわかる。ただし、債権者が債務の履行を請求する途中で填補賠償請求に切り替えた場合、最初に履行請求権に固執したことによって拡大した損害を債務者に対して請求できるであろうか。すなわち、このような場合に、債権者には、損害軽減義務としての「適時解除義務を介在する代替取引義務」を求めることができるのだろうか。この問題に対して、学者の見解は必ずしも一致するとは言えない。また、債権者が「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであると考えても、どのような場合に債権者にこの損害軽減義務を求めることができるかについて、学者の見解は、一致しないように思われる。

Knapp、曽野和明と山手正史及びSchwenzer四教授は、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を肯定すると思われる。Knapp教授は、債権者は、相手方が契約の債務を履行しないこと及び債務不履行によって損失が生ずることを予見できる場合、損害を軽減するため契約を解除して代替取引をすべきであると主張する[27]。これに対し、Honnold

[27] Victor Knapp, *supra* note 1, at Art.77, para. 3.9.

教授は、上記の［例77A］において、買主の履行期前の履行拒絶に対して、売主が履行期前の履行拒絶を承諾して契約を解除する義務を負わない理由として、売主が綿の市場価格がいつ底値に達するか誰も知らないからだと主張する[28]。また、曽野和明と山手正史両教授は、目的物の価格に変動があった場合に、債権者が、履行を請求し続けて解除権の行使を遅らせることに利益を有しないため、損害を軽減するために契約を解除して代替取引をとらなければならないと主張する[29]。さらに、Schwenzer教授は、債権者が投機的に解除権の行使を遅らせた場合、債権者の主張した損害賠償はCISG 77条に基づき減額される可能性があると主張する[30]。

なお、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を否定する見解も存在する。StollとGruber両教授は、債権者が最初的に履行請求権を堅持したが、その途中で契約を解除して填補賠償を請求する場合、債権者の最初の履行請求権への固執は損害軽減義務違反と評価することはできないと考える[31]。

以上の検討を経て、次のことが明らかになったと思われる。すなわち、損害軽減義務違反の効果が直接的に履行請求権の排除まで及ばないのは、一般的な理解である。すなわち、債務不履行の場合に、債権者は、契約を解除しかつ代替取引をすることができる場合であっても、債務者に対して履行を請求することができる。もっとも、損害軽減義務違反の効果が履行請求権の行使に間接的に影響を与えるべきだとする見解が見受けられる。それによれば、債権者が最終的に填補賠償を請求する場合、合理的な代替取引が可能でありながらそれを行わず、履行請求権に固執した行為は、損害軽減義務違反と評価されうる。この場合、債権者が主張する損害賠償は、CISG77条によって減額されることになる。

---

[28] John O. Honnold, *supra* note 16, at Art.77, para. 419.1.

[29] 曽野和明＝山手正史（1993）・前掲注10・160–161頁、191頁。

[30] Ingeborg Schwenzer（2016）, *supra* note 25, at Art.77, para. 4; Ingeborg Schwenzer（2022）, *supra* note 25, at Art.77, para. 4.

[31] Hans Stoll and Georg Gruber, *supra* note 13, at Art.77, para. 4.

第 4 款　裁判例

UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）が公表した最新版のウィーン売買条約が適用された裁判例ダイジェストにおいて、CISG 77条に基づいて債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を肯定した裁判例が 1 件だけ見られる[32]。この判例の内容は、以下のものである。

「I 1 」時計売買契約案[33]

【事実】

ウクライナの商人であるX（原告）は、スイスの売主Y（被告）から時計を購入する契約を締結した。本件契約締結後、Yは、ウクライナのAと独占的販売店契約を締結した（以下で「契約 1 」と呼ぶ）。「契約 1 」締結後、Yは、Xに対して時計の引き渡しを停止した。それ以降、Xは、本件契約の価格より高い値段で自らのライバルとしてのAから時計を購入せざるを得なくなった。

2005年 3 月23日付の通知において、Xは、本件契約に基づきYが遅くとも2005年 4 月 8 日に時計を引き渡さなければならず、時計の引渡しがない場合にXが本件契約を解除して損害賠償を請求する旨の意思をYに告げた。

2005年 9 月22日に、Xは、Yを被告としてスイス州裁判所（Cantonal Court of Neuchtel）に対して訴訟を提起し、本件契約の価格と転売契約の価格との差額を損害賠償として請求した。2009年 7 月に、スイス州裁判所は、Xの請求を棄却した。その理由は、Xが転売契約の価格を証明できないため、損害賠償額は、確認されることはできなかったからである。また、スイス州裁判所は、Xが損害を軽減するためにウクライナにいる他の時計小売業者から時計を購入しなければならないと認定した。

---

[32] UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods（2016 Edition）356. http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf

[33] Switzerland, 17 December 2009, Case NO. 4A_440/2009, Supreme Court, https://cisg-online.org/files/cases/7939/translationFile/2022_20271608.pdf, last visited on July 20, 2024.

Xは、スイス連邦最高裁判所（Bundesgericht）に対して上告し、本件契約の価格と転売契約の価格との差額を損害賠償として請求した。

【判旨】

スイス連邦最高裁判所は、Xが主張した損害賠償請求に対して、次のように述べている。すなわち、CISG 30条によれば、Yは、Xに時計を引渡しなければならない、とされる。Yが時計の引渡をしないため、Xは、Yに対して損害賠償を請求することができる。しかし、Xが転売契約の存在を証明できないため、本件契約の価格と転売契約との差額としての損害賠償請求は、認められない。

なお、CISG 77条によれば、物の引渡しがないときに、買主は、代替取引をすることが合理的に可能であればそれを行わなければならないとされる。買主は、CISG 75条に基づき、当初契約の価格と代替取引の価格との差額を損害賠償として請求することができる。買主が代替取引をすることが合理的に可能であるのにしなかった場合に、代替取引をすれば軽減されるべきであった損害額は、損害賠償の額から控除されることになる。それゆえ、本件において、Xに認められる損害賠償額は、本件契約の価格と転売契約の価格との差額ではなく、むしろ本件契約の価格と行われるべきであった代替取引の価格との差額である。スイス州裁判所がXによる損害賠償請求を棄却したことは、CISG 74条と77条に反したということである。スイス連邦最高裁判所は、Xの損害賠償請求の一部を認め、一部を原審に差し戻す。

【コメント】

本件は、買主Xが填補賠償（本件契約と転売契約との差額）を請求した事案である。スイス連邦最高裁判所は､引渡しがない場合に、Xが「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであると認定した。Xが代替取引をすることが合理的に可能であるのにしなかった場合に、本件契約の価格と行われるべきであった代替取引の価格との差額は、Xの損害賠償額として認められる。

3節　本章のまとめ

第1款　債権者の投機可能性の存在

本章第2節では、CISGにおける履行請求権、解除制度および損害賠償額算定の基準時を紹介してきた。結論として、CISGは、履行請求権の排除事由としての代替取引義務を認めない。また、CISGにおいて、債権者は、債務不履行後に目的物の市価変動を見て解除権の行使を遅らせることによって、高額の損害賠償を請求するという投機的行為をとることができる。

1　権利としての履行請求権の承認

CISGの前身であるハーグ統一売買法は、履行請求権について、まず、大陸法の立場をとって履行請求権を承認することを出発点とし、次に、英米法の状況を考慮して代替取引義務を履行請求権の排除事由として認める。すなわち、ULIS 25条と61（2）によれば、履行期到来後の契約違反に際して、債権者は、代替取引（買主による代替品購入や売主による物品の再売却）が慣行に適合しかつ合理的に可能である場合に、債務者に対して履行を請求する権利を有しないとされていた。この場合に、契約は、かかる代替取引がなされるべきである時から自動的に解除される。

これに対して、UNCITRAL作業部会は、ハーグ統一売買法をベースにしてCISGを起草した時に、履行請求権に関して、pacta sunt servandaという原則に基づいて大陸法の立場をとり、債権者が債務者に対して履行を請求する権利を有することを承認する。また、ウィーン外交会議において、履行請求権が債権者による代替取引の可能性によって排除されるというアメリカ提案は採用されなかった。すなわち、CISG 28条に基づき、債権者が代替取引をできるにも関わらずそれをせずに履行を請求する場合、債権者による現実的履行の強制が認められるか否かは、参加国の国内法によって取り扱われる問題である。

2　解除権の行使―「債権者の意思表示による解除」

ハーグ統一売買法は、ULIS 26条(1)と62条(1)において、債務者が履

行を遅滞した場合に、債権者が合理的期間内に履行を請求するか、あるいは契約を解除するかについての決定を債務者に通知しないと、契約が自動的に解除されると規定している。ハーグ統一売買法に採用された「事実の存在自体による解除（ipso facto avoidance）」は、債権者による投機可能性を排除するために設けられるものである。

これに対して、CISGの起草者は、「ipso facto avoidance」と結びつく「重大な契約違反」や「合理的期間内」という概念自体にある曖昧さ、債権者利益の保護の要請、および他の条文による債権者の投機可能性の防止の可能性を理由に、「ipso facto avoidance」を放棄し、債権者の意思表示による解除制度を採用した。

3　損害賠償額算定の基準時としての「解除時」

1978年草案72条（CISG 76条）は、契約が解除された後、代替取引が行われない場合に、「解除権発生時」を損害賠償額算定の基準時として定めている。ウィーン外交会議において、「契約解除の意思表示をする権利を有するに至った時点（解除権発生時）」が現実に確定しにくいとの意見があったため、結局「解除時」に改めるとされていた。

以上の検討を経て、売買契約において、債務者による履行遅滞の場合に、債権者は、市価の変動を見て解除権の行使を遅らせるという投機的行為をとることができると言わざるを得ない。

第２款　履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務の承認可能性

しかし、債権者は、合理的な代替取引をできる状態において、適時に契約を解除しかつ代替取引をせずに履行請求権に固執した場合には、その結果として債務不履行から生ずる損害を拡大させることとなる。このような場合に、債権者が履行請求権に固執した行為が損害軽減義務違反と評価され、債権者が主張した損害賠償は、CISG77条によって減額されることができるであろうか。

この問題は、CISGにおいて正面から規定する条文が存在しない。学者の見解において、Knapp、曽野和明と山手正史及びSchwenzer四教授

は、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」を肯定する立場を示している。

しかし、CISGの立法経緯から見て、債権者による投機可能性という問題の解決が、正面から条文を規定することではなく、損害軽減義務の適用に委ねる方向は、示されていると思われる。その理由は、以下のものである。

第１に、「1977“Sales”Draft」では、買主の履行請求権について、買主が代替品を購入することが合理的に可能である場合には売主に対して履行を請求する権利を有しないという提案が提出された。この提案に対して、「売主の利益の保護が、買主に債務不履行により生じた損害を軽減する義務を負わせることで十分である[34]」という理由に基づいて否定する見解がある。結局、この提案は、採用されなかった。

第２に、1971年12月９日付のUNCITRAL事務局による報告書において、ULISにおける「ipso facto avoidance」の採否を検討する際に、「ipso facto avoidance」という制度の意義が債権者による投機可能性の排除にあるが、債権者による投機可能性が「ipso facto avoidance」によって排除されるより、むしろ「直接的な解決、すなわち、投機的な解除権行使の遅延があった場合に履行請求を拒絶するということや、損害賠償請求において損害の拡大分を加算することを拒絶する条項が置かれるべき」との反対意見があった[35]。

第３に、1978年草案72条（CISG 76条）の修正過程から見ると、ノルウェーとカナダ代表は、主に「解除権発生時を基準としたのは、いつ解除権が発生したのかに関して紛争が生じてしまうことや解除権行使を促してしまう」[36]ことへの懸念から、基準時を「解除時」に改めると提案し、債権者による投機行為の防止まで否定したわけではない。また、ノルウェー代表は、「通知を受けた買主は、73条（[CISG 77条]）に従い、

---

[34] Doc. B(1); YB vol. Ⅷ 42, A/32/17, Annex Ⅰ; Docy. Hist. 335.

[35] 吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務　履行期前の履行拒絶に関する考察〔増補新装版〕』（東京大学出版会・2020）160頁；Ⅲ YB 49, Docy. Hist. 91.

[36] 吉川吉樹（訳）曽野裕夫（補訳）『注釈ウィーン売買条約最終草案』（商事法務・2015）254頁参照。

損害軽減のため合理的措置をとる義務を負うため、市価の変動を見て解除権行使を利用する投機的行為によって利益を得られないのである（After being so informed the buyer should under article 73 have the duty to mitigate the loss by taking appropriate measures, and would consequently have nothing to gain by speculating in price movements thereafter）。それゆえに、引渡しがない場合に、契約解除の意思表示をする権利を有するに至った時より、むしろ解除時を損害賠償額算定の基準時とするのは、合理的であるように思われる[37]」と指摘する。

第４に、UNCITRAL事務局は、1978年草案73条（CISG 77条）を解釈する際に、目的物の価格が上昇する状態において、売主からの履行期前の履行拒絶を受けた買主が、履行期の到来を待たずに合理的期間内に代替品を購入して損害を軽減することが求められることを指摘している。すなわち、事務局は、損害賠償額の算定において買主が「適時解除義務を介在する代替取引義務」を負うべきであると認定している。UNCITRAL事務局が作成した1978年草案の注釈は、ウィーン売買条約に関して正式な注釈（official commentary）ではないが、「CISGの立案担当者の考えを知るための重要な資料として位置付けられる」[38]ものであるため、参考になる価値があると思われる。

第５に、1980年外交会議において、1978年草案73条（CISG 77条）に対して、アメリカ代表Honnoldは、損害軽減義務違反の効果が損害賠償に限定されず、代金請求権や代金減額請求権に影響を及ぼすべきであると提案した。この提案によれば、売主は、損害軽減義務に違反した場合に、契約価格全額を請求することができないとされる。アメリカ提案は、最終的に採用されなかった。それゆえに、ウィーン売買条約において、損害軽減義務違反の効果は損害賠償に限定されるのである。

これに対して、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」は、損害賠償において適用されるものである。このような損害軽減義務を認める場合、損害軽減義務違反の効果が他の救済手段に間接的に影響を及ぼすことになるが、この考え方は、1980年外交会議で否定されるわけで

[37] Doc. C(7); O.R. 222; Docy. Hist. 757.

[38] 吉川吉樹（訳）曽野裕夫（補訳）(2015)・前掲注36・はしがき参照。

はない。

以上の検討を経て、ウィーン売買条約において、債権者の「適時解除義務を介在する代替取引義務」（履行請求権の間接的制限事由としての代替取引義務）は、認められるべきであると思われる。

第２章　中国法

第１節　序

前章では、ウィーン売買条約における損害軽減義務と履行請求権との関係を検討してきた。中国法に関しては、1999年「統一契約法」の起草にあたり、ウィーン売買条約の影響を受けた[39]。2020年公布された民法典は、1999年「統一契約法」の内容、特に違約責任の部分について大きな修正を加えていない。そこで、本章では、ウィーン売買条約を参考にした中国法における損害軽減義務と履行請求権との関係、すなわち、損害軽減義務が履行請求権にどのような制限を与えるかを明らかにする。

具体的には、第２節では、中国の改革開放から民法典制定まで（1980年～2020年）の契約関係を規律する主要な法規定、すなわち「経済契約法」（1981年・1993年改正）、「渉外経済契約法」（1985年）、「民法通則」（1986年）、および「統一契約法」（1999年）を紹介し、契約責任法における履行請求権の位置付けとその変遷を明らかにする。第３節では、民法典制定以前の損害軽減義務に関する裁判例を検討し、履行請求権の排除事由としての損害軽減義務を承認する裁判例、および履行請求権の間接的制限事由としての損害軽減義務を承認する裁判例が裁判実務において存在することを明らかにする。第４節では、現行法（「民法典」）における履行請求権とその排除事由、履行請求権と填補賠償請求権との関係、損害軽減義務とその適用に関する法規定を紹介する。第５節では、「行き詰まった契約」に関する違約者の解除権の有無、および民法典580条２項に関わる近時の学説を検討する。第６節では、本章の内容をまとめ

[39] 梁慧星編『中国民法典草案建議稿附理由：債権総則編』（法律出版社・2013）序言６頁参照。

る。

第２節　「民法典」制定以前の法規定

中国の改革開放から民法典が公布されるまで、契約関係は主に以下の四つの法律によって規律されていた。これは、「経済契約法」（1981年・1993年改正）、「渉外経済契約法」（1985年）、「民法通則」（1986年）、および「統一契約法」（1999年）である[40]。本節では、本稿のテーマと関係ある限りにおいて、立法の時間軸に照らしてこれらの法律を紹介することにしよう。

第１款　「経済契約法」（1981）[41]

1950年９月27日に公布された「機関、国営企業、合作社契約締結の暫定方法」は、中華人民共和国において契約法規に関する初の立法であった[42]。これから30年間、中国社会における契約関係は、このように個々の特定規定によって規律されていた[43]。

1978年からの改革開放政策は、中国社会に大きな影響をもたらし、深刻な社会変革を引き起こした。それに伴い、社会の変容に応じて契約関係を統一的に調整する法律が求められるようになった。1981年に公布された「経済契約法」は、現代中国法における最初の契約法として位置付けられていた[44]。当時、計画経済政策が実施されており、経済契約を規

[40] 実は、1980年代に契約関係を規制する法律として、「経済契約法」（1981年）、「渉外経済契約法」（1985年）および「技術契約法」（1987年）の三つが制定された。その中で、「技術契約法」は、主に中国国内の技術開発、技術移転、技術相談および技術サービスの契約関係に適用される法律である。本文のテーマとはあまり関係がないため、「技術契約」の規定についての紹介は省略する。

[41] 本法は、1981年12月13日に公布され、1982年７月１日から施行された。また、「経済契約法」は、中国語で「経済合同法」という。

[42] 本方法は、1986年７月25日に失効した。

[43] 柴振国「合同実際履行原則之我見－兼与梁慧星同志商榷」法学研究（1988）66頁。

[44] 小口彦太・木間正道・田中信行・國谷知史『中国法入門』（三省堂・1991）

制することで市場調整の補助的役割を果たすことは期待されていた。すなわち、経済契約は、「経済における縦横の関係を調整する役割を果たし、国家計画を具体化し実現するための重要な手段であり、計画を策定する際の重要な根拠や必要な補完要素でもある」と考えられていた[45]。経済契約の定義については、「経済契約法」２条において、経済契約とは、法人間で一定の経済目的を実現し、互いの権利義務関係を明確にするための協議であるとされている。さらに、「経済契約法」は、売買[46]、建設工事請負、加工請負、貨物運送、電力供給、倉庫保管、財産賃貸借、借金、財産保険、技術協力といった10種類の典型契約を規定している。1993年改正後の「経済契約法」では、法人に加えて、個人商工業者、農村請負経営者、またはその他の経済組織の間に締結される契約にも本法が適用されると定められており（２条）、また技術協力契約は他の法律に規制されるため、本法から削除されたことになった。

以下で、「経済契約法」（1981年）における履行請求権の位置づけとその排除事由に関する法規定を紹介する。

第１項　「経済契約法」の法規定

１　履行請求権の位置づけについて

「経済契約法」６条によれば、契約が成立した場合、当事者はその契約に基づく義務を全面的に履行しなければならないとされている。権利の観点から見ると、当事者は契約が成立した場合に、債務の履行を請求する権利を有すると言える。また、「経済契約法」35条は、契約違反の場合において、損害賠償や違約金の支払いのほか、債権者が継続履行を請求する際に、違約者は引き続き履行をしなければならないことを定めている。これは、違約の場合において、履行請求権が救済手段として損害賠償請求権に対して体系的優位性を有することが読み取れると考えら

151頁。

[45] 1993年６月22日の「『中華人民共和国経済契約法修正案（草案）』に関する説明」という報告を参照。その報告の具体的内容は、何勤華＝李秀清＝陳頤編『新中国民法典草案総覧（増訂本）中巻』（北京大学出版社・2020）1375-1378頁参照。

[46] これは、中国語で「購銷」と表現される。

れる。

ここで注意すべきなのは、経済契約の締結が法人間の合意のみによるものではないという点である。「経済契約法」11条によれば、国家の指令性計画[47]製品やプロジェクトに関する経済的取引は、国家から示された指示に従って経済契約を締結しなければならないと定められている。つまり、国家の指令性計画製品やプロジェクトに関する経済的取引において、契約義務の履行が国家計画を実現するのに必要であることから、履行がなお可能かつ必要である限り、債権者が填補賠償（履行に代わる損害賠償）を請求することはできず、債務の履行を請求することしかできないという結論に至ると考えられる。これにより、「経済契約法」35条で定められている契約違反に対する法的責任、すなわち、損害賠償責任は填補賠償以外のもの、例えば遅延賠償を指すと考えられる。この結論は、後述する「経済契約法」27条の規定、すなわち、履行が不可能や不要となる場合に限り、契約の変更又は解除が認められるという点によって裏付けられるものである。

2　履行請求権の排除事由について

「経済契約法」において、履行請求権の排除事由に関する明確な規定は存在しない。「経済契約法」27条が契約の変更または解除に関する規定を定めており、以下の場合に限り契約の変更または解除が認められるとされている。すなわち、当事者が契約の変更または解除について合意に達した場合、経済契約の締結に基づく国家計画が変更または取り消された場合、経済契約の履行が不可能になった場合、および違約によって経済契約の履行が不要になった場合である。また、「経済契約法」29条によれば、経済契約の変更または解除が国家の指令性計画製品やプロジェクトに関わる場合、変更または解除に関する合意をする前に、その計画を担当する業務主管機関の承認を得なければならないとされてい

[47] 国家指令性計画とは、国家の指令に基づき、強制力を持つ計画であり、計画を実行する担当機関はその計画を完遂することを保証しなければならない。指令性計画は、通常、国家の重要な建設プロジェクトや、人民の基本的な物質文化生活のニーズを満たすことに関連する。

る。この二つの条文を前提とすると、債務の履行が不可能な場合または国家計画の変更・取消の場合に初めて、債権者は契約の変更・解除をして填補賠償を求めることができるようになり、（元の）履行請求権しか行使できない状態から解放されると考えられる。

「経済契約法」における履行請求権の位置づけとその排除事由に関する法規定を次の表のとおりである。

「経済契約法」

第６条

経済契約が法により成立すると、法律上の拘束力を持つ。当事者は契約の義務を全面的に履行しなければならない。いずれの当事者も、一方的に契約を変更または解除してはならない。

第11条

国家の指令性計画製品やプロジェクトに関する経済的取引は、国家から示された指示に従って経済契約を締結しなければならない。もし契約締結時に合意に至らない場合は、当時者双方の上級計画主管機関に委ねられ、処理が行われることになる。国家の指導性計画製品やプロジェクトに関する経済取引は、国家から示された指標に従い、各機関の実際の状況に基づいて経済契約を締結する。

第27条

１項　次のいずれかに該当する場合に、経済契約の変更や解除が許される。

1　当事者双方が合意により変更や解除を同意し、その変更や解除は国家の利益に損失をもたらさず、かつ国家計画の施行に影響を及ぼさない場合；

2　経済契約の締結に基づく国家計画が変更または取り消された場合；

3　当事者の一方が操業停止、休業、または生産計画の変更により、確実に経済契約を履行できない場合；

4　経済契約が、不可抗力や当事者一方に責任がない外部的事由によって、履行できなくなる場合；

5　経済契約の履行が、当事者の一方が違約したことによって不

必要になった場合
第29条
経済契約の変更または解除が国家の指令性計画製品やプロジェクトに関わる場合、(変更または解除）に関する協議を締結する前に、その計画を担当する業務主管機関の承認を得る必要がある。
第35条
当事者の一方が経済契約に違反した場合、相手方に違約金を支払わなければならない。契約違反によって相手方に生じた損失が違約金を超える場合、違約者はさらに債権者に損害賠償を行い、その違約金の不足分を賠償しなければならない。また、債権者が継続履行を請求する際に、違約者は、契約を引き続き履行しなければならない。

第2項　違約責任の立法趣旨

経済契約法草案を審議した1981年12月の第5回全国人民代表大会第4次会議において、顧明（当時、全国人民代表大会常務委員会法制委員会副主任）は、「『中華人民共和国経済契約法（草案)』に関する説明」を報告し、経済契約の違約責任について次のように述べた[48]。すなわち、「違約責任は、原則として違約者が負担すべきである。一方当事者の過失によって経済契約が履行不可能になったり、完全履行できなくなる場合、過失のある当事者は、違約責任を負わなければならない。違約者は相手方に対して違約金を支払うべきでり、約定された違約金がもたらされた損失よりも低い場合には、さらにその不足分を債権者に対してを賠償しなければならない。債権者が継続履行を求める場合に、違約者は、契約を引き続き履行しなければならず、違約金をもって履行に代えることはできない。このような規定は、国家計画の実現を確保するために設けられているものである。なぜなら、中国においては国家計画に基づき締結される契約が多く、契約の不履行は国家計画の実現に悪影響を及ぼす可

[48] その報告の具体的内容は、何勤華＝李秀清＝陳頤編（2020）・前掲注45・1392-1394頁参照。

能性があるからである。このような「実物履行原則」[49]は、社会主義経済契約法を資本主義経済契約と区別する際の重要な特徴である。上級の指導機関または業務主管機関の過失によって経済契約の履行が不可能になったり、完全に履行できなくなった場合、経済契約法に基づき、上級の指導機関または業務主管機関は違約責任を負わなければならない。まず、経済契約の違約者は規定に従って相手方に違約金や賠償金を支払い、その後、責任を負うべき上級の指導機関または業務主管機関は対応策を講じる。このような規定は、責任を明確にし、指導機関または業務主管機関が業務を改善することを促すのに役に立つ。」

第３項　「最高人民法院による経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」[50]

最高人民法院も、1984年の「経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」（以下では「経契法意見」という）において、契約違反の際の継続履行の重要性も強調した。次のとおりである。

> 「最高人民法院による経済契約法の貫徹執行の若干問題に関する意見」
> 第２条　経済契約の違約責任に関する問題
> ４項　経済責任が処理された後の契約履行に関する問題
> 違約金や賠償金の支払いは、違約責任において最も主要な役割を果たすが、契約で約定される実物履行や役務の提供に代わるものではない。「経済契約法」35条によれば、債権者が継続履行を請求するときに、違約者は契約を引き続き履行しなければならないとされている。契約の履行を継続できるにもかかわらず、それを一方的に破棄した当事者には、この規定によりさらに厳格に対応する必要がある。

[49] ここでは、中国語の「实物履行原则」をそのまま用いる。

[50] 本意見は、1984年９月17日に公布され、2000年７月25日から失効した。本意見は、最高人民法院による司法解釈であり、法的拘束力を持つものである。その具体的内容は、https://china.findlaw.cn/fagui/p_1/171775.html で確認できる（最終訪問日は2024年９月14日である）。

元の契約において変更や補充が必要な項目がある場合、契約当事者双方は再び協議し、合意に基づく新しい契約に従って履行することができる。

上記意見を見ると、最高人民法院は、違約責任において違約金や賠償金の支払いが最も主要な役割を果たすと述べているが、実際には履行請求権の体系的優位性が強調されると考えられる。すなわち、債務の履行がなお可能かつ必要である場合に限り、債権者は継続履行を請求することができるとされている。

第4項　実際履行原則（実物履行原則）に関する見解

債権者が継続履行を求める場合には、違約者は、契約を引き続き履行しなければならず、違約金をもって履行に代えることはできない。このことは、「経済契約法」の立法機関（全国人民代表大会）によって「実物履行原則」と呼ばれる一方、学界では「実際履行原則」[51]とも呼ばれている。しかし、「実際履行原則」の認否について学者の立場が必ずしも一致しているわけではない。以下で、「実際履行原則」をめぐる諸見解を紹介する。

1　実際履行原則を肯定する見解

黄欣は、実際履行原則を経済契約の履行に関する原則の一つとして、次のように指摘した[52]。すなわち、契約当事者は、契約で約定した目的物をもって債務を履行しなければならず、他の目的物で代えることはできない一方、違約金や損害賠償をもって代えることもできない。また、債権者は、債務の履行が不可能な場合を除き、実際履行を請求しなければならない。なぜなら、経済契約の履行は当事者双方がお互いに負う義

[51] 「実際履行原則」は、中国語で「実际履行原则」と表現され、英語では「Principle of Actual Performance」である。

[52] 経済契約の履行に関する原則とは、実際履行原則、全面履行原則、協力履行原則、及び経済的履行原則の四つである。黄欣「関于経済合同的履行問題」政法論壇（1982）58頁以下参照。

務だけでなく、両当事者が国家や社会に対しても負う義務であるからである[53]。

王衛国は、社会主義計画経済と資本主義市場経済の区別に端を発し、債務の実際履行が中国社会主義契約法において基本原則として捉えられており、強制履行が契約法における最も主要な救済方法であると主張している[54]。ただし、王衛国は、次の６つの場合に、強制履行が適用されるべきではなく、あるいは制限されるべきだと考えている[55]。第１に、客観的にみて契約の実際履行は無意味であり、あるいは不可能である（「指令性契約」の変更や行政命令によって引き起こされる履行不能も含まれる）場合；第２に、強制履行が経済的に不合理な結果をもたらす場合；第３に、強制履行に莫大な時間がかかる場合；第４に、履行に瑕疵があり、瑕疵修補、代品給付、代金減少といった方法が適用できない場合；第５に、債務の履行に人格的要素を含む場合；第６に、契約の目的物が市場において供給が需要を超えるものであり、売主が債務の履行を行わない場合、である。

２　実際履行原則を否定する見解

実際履行原則が指令性計画経済制度に基づくものであると考える梁慧星は、経済契約が指令性計画に基づいて締結され、指令計画の実現を確保する機能を持つため、経済契約関係が民法の外観を呈しているにすぎず、実は行政法上の法律関係に過ぎないと指摘している[56]。また、梁慧星は、実際履行原則は社会主義国家が国家計画や人民の基本生活需要を保障するため、商品供給の不足という問題を扱う際にのみに用いられる法律手段であると言及している[57]。

さらに、梁慧星は、旧ソ連民法を検討する上で、実際履行原則を前提とする場合、契約当事者が相手方に履行義務を負う一方で、国家に対し

---

[53] 同上・55-56頁。

[54] 王衛国「論合同的強制実際履行」法学研究（1984）46頁。

[55] 同上・49頁。

[56] 梁慧星「関于実際履行原則的研究」法学研究（1987）70頁。

[57] 同上・72頁。

ても履行義務を負うと指摘している[58]。これに基づき、契約当事者は、一方的に契約を変更や解除することができないだけではなく、合意によっても契約を変更や解除することができない。梁慧星は、結論として「経済契約法」35条及び（後述する）「民法通則」111条は、実際履行原則を採用していないと主張し、債務不履行の場合に債権者が履行とその他の救済手段（例えば、損害賠償）を選択する権利を定めていると述べている[59]。

王家福は、梁慧星の見解を支持し、実際履行原則が計画経済制度を反映する法原則に過ぎないと主張しており、経済制度改革を進める中国法は実際履行原則を採用していないと指摘している[60]。

第５項　小括

以上から明らかなように、1981年に公布された経済契約法は、計画経済の性格を強く持っており、債務不履行の場合に債権者による継続履行請求を重視すると解することができる。これは、国家計画に基づいて結ばれた契約の債務者は、債権者だけではなく国家にも責任を負うためである。すなわち、債務の履行が不可能な場合や不要となる場合を除き、債務者が債務の履行をしなければならない一方で、債権者も継続履行請求権しか行使できないと考えられる。梁慧星と王家福は、「経済契約法」が実際履行原則を採用せず、債権者が債務不履行の場合に救済手段について選択権を有すると主張している。ただし、経済契約法35条によれば、債権者は契約が履行不能となる場合（不可抗力や国家計画の変更または取り消しによる場合など）や、契約の履行が違約によって不要となる場合にのみ、契約を解除することができる。つまり、債権者は、履行不能または履行不能とみなされる場合にのみ契約を解除することができるのである。また、債務不履行の場合に、債権者は直ちに填補賠償を請求する権利を有しないとされている。したがって、「経済契約法」においては、債務不履行の場合に債権者が履行と填補賠償の選択権を有することは言

[58] 同上・69頁。
[59] 同上・77-78頁。
[60] 王家福『経済法要義』（中国財政経済出版社・1988）180頁。

い難いと考えられる。

以上のような検討を経て、「経済契約法」は、改正前の日本法におけるような「履行請求権の原則性」を論理的に承認しなかったものの、計画経済制度の背景において実際履行原則を認めることが、改正前の日本法における「債務転形論」の承認により導かれる結果に近くなると考えられる。すなわち、契約が変更または解除されない（履行がなお可能かつ必要である）限り、債権者は填補賠償請求をすることができず、履行請求権しか行使できない状態から解放されず、履行請求権と填補賠償請求権のいずれかを選択する権利を有しない。この結果、債権者が継続履行を請求することが、自らの損害軽減義務に違反するとは評価されにくいと考えられる。

第２款　「渉外経済契約法」（1985）[61]

中国の改革開放政策の遂行に伴い、中国の企業と外国企業や個人との交流・協力が徐々に増加していた。中国国内の法人に適用される「経済契約法」は、計画経済政策からの影響を深く受けたため、市場原理に基づく契約関係を調整できなくなっている。このような背景のもとで、1985年に中国企業や組織と外国の企業や組織、個人との間にのみ適用される「渉外経済契約法」は公布された。

「渉外経済契約法」は、履行請求権の位置付けに関して「経済契約法」とは異なる姿勢を示していた。すなわち、「渉外経済契約法」は、継続履行に関して実際履行原則を認めないと考えられる。その証拠として、次のような点が挙げられる。

第一に、履行請求権の位置づけについて、「渉外経済契約法」16条によれば、契約が成立した場合、当事者はその契約に基づく義務を全面的に履行しなければならないとされている。すなわち、債権者は契約の成立により債務の履行を請求する権利を有するとされている。しかしながら、「経済契約法」とは異なり、「渉外経済契約法」においては、救済手

[61] 本法は、1985年３月21日に公布され、1985年７月１日から施行された。本法18条、22条の日本語への翻訳は、北尻得五郎･佐々木静子（監修）塩田親文（編）『現代中国渉外取引法論』（法律文化社・1990）84-85頁参照。

段としての履行請求権は賠償請求権に対して体系的優位性を有していないと考えられる。「渉外経済契約法」18条によれば、当事者の一方が契約を履行しない場合、または契約上の義務の履行が約定の条件に適合しない場合に、相手方は損害賠償を請求するか、その他の合理的な救済措置を取ることができると定められている。この条文から、損害賠償（金銭賠償）が違約責任の基本形態として位置付けられていたという見解が導かれる[62]。つまり、「渉外経済契約法」18条で定められている契約違反に対する法的救済として、損害賠償請求権は遅延賠償のほか、填補賠償も含まれると考えられる。

第二に、「渉外経済契約法」においても履行請求権の排除事由に関する明確な規定は存在しない。「渉外経済契約法」29条によれば、履行不能に加えて、違約が契約の締結に期待された利益に重大な影響を及ぼす場合、履行遅滞に陥った債務者が与えられた合理的な猶予期間内になお履行しない場合、または約定された解除要件が満たされる場合において、債権者は契約を解除する旨を債務者に通知することができるとされている。

以上の２点を踏まえると、債務者は、履行不能の場合に限らず、契約解除の要件が満たされるその他の状況においても、契約解除よって債務履行の拘束力から解放され得ることがわかる。また、債権者は債務の履行がなお可能であるにもかかわらず、履行遅滞によって填補賠償を請求することができると言える。これにより、「渉外経済契約法」は「実際履行原則」を採用しないという結論に至ったと考えられる。さらに、履行遅滞の場合には、債権者が履行請求権と填補賠償請求権のいずれかを選択する権利を有することから、債権者が履行請求権に固執することによって損害を拡大させる場合には、損害軽減義務違反と評価される可能性があると考える。

「渉外経済契約法」における履行請求権の位置づけ、および契約の解除に関する規定は、次のとおりである。

---

[62] 王家福（1988）・前掲注60・652頁。

「渉外経済契約法」

第16条

契約が法により成立すると、法律上の拘束力を持つ。当事者は契約で定められた義務を履行しなければならない。いずれの当事者も、一方的に契約を変更または解除してはならない。

第18条

当事者の一方が契約を履行しない場合、または契約上の義務の履行が約定の条件に適合せず、契約に違反している場合に、相手方は、損害賠償を請求し、またはその他の合理的な救済措置を取ることができる。その他の合理的な救済措置をとっても、相手方の受けた損害が完全に填補されない場合には、相手方は、さらに損害賠償の請求権を有する。

第29条

次のいずれかに該当する場合に、当事者の一方が相手方に対して契約を解除する旨を通知することができる。

1　相手方が契約に違反し、それによって契約締結時に期待された経済的利益に重大な影響を及ぼす場合；
2　相手方が契約で定められた期間内に履行を行わず、許容された合理的な猶予期間内でもなお履行しない場合；
3　不可抗力により契約全部の義務が履行不可能である場合；
4　契約で定められた解除要件が満たされる場合、である。

第３款　「民法通則」（1986）[63]

「経済契約法」や「渉外経済契約法」などの契約関係を規律する単行法の後に制定された「民法通則」は社会主義計画主義と資本主義市場経済との区別を強調せず、近代西欧型の民法への復帰を図っていると言わ

[63] 本法は、1986年４月12日に公布され、1987年１月１日から施行され、2020年１月１日をもって失効した。本法の日本語への翻訳は、小川竹一・國谷知史・田中信行・通山昭治（共訳）「中華人民共和国民法通則草案・中華人民共和国民法通則」法律時報58巻９号（1986）70頁以下参照。

れている[64]。その論拠の一つとしては、「民法通則」も「渉外経済契約法」に則って実際履行原則も採用していないことを挙げることができる。履行請求権の位置づけに関しては、まず、「民法通則」84条が債権の定義を規定している。債権とは、契約の約定や法の定めによって当事者間に生じた特定の権利および義務関係である。債権債務の成立に基づき、債権者は債務者に対して債務の履行を請求する権利を有している。次に、「民法通則」111条が履行請求権を救済手段として損害賠償請求権とともに定めている[65]。すなわち、「民法通則」においては、履行請求が権利として強調されており、債権者がある特定の契約を締結しなければならないとか、債務の履行がなお可能である限り、継続履行を請求することしかできないといったことは見当たらない。

「民法通則」84条および111条の内容は、次のとおりである。

「民法通則」

第84条

債権、債務とは、契約の約定に従うか、または法の定めに従って、当事者の間に生じた特定の権利および義務関係である。権利を享有する者が債権者であり、義務を負担する者が債務者である。

債権者は、債務者に対して契約の約定や法の定めに従って債務の履行を請求することができる。

第111条

当事者の一方が契約義務を履行せず、または契約義務の履行が約

[64] 中華人民共和国成立前の政府、すなわち清朝政府、北洋政府、そして中華民国政府は、民法典の起草と公布に取り組んできた。例えば、「大清民律草案」（正式に公布されなかった）、「民国民律草案」（正式に公布されなかった）、そして「中華民国民法」（1928年に起草され、1929年から1930年にかけて民法典の各編が順次公布）があった。前述の民律草案や民法典は、ドイツ、フランス、日本の民法典を参考にして設けられるものであった。新中国成立後、民事法関係を調整する法律は基本的に旧ソ連の法律を参考にするものである。そのため、CISG などを参考にした「民法通則」は、近代西欧型民法の復帰と見なすことができる。

[65] 『中華人民共和国民法通則－配套規定（注解版）１』（法律出版社・2009）152頁。

定の条件に適合しない場合に、相手方は履行を請求するか、または補完措置をとることを請求する権利を有し、さらに損失賠償を請求する権利も有する。

第4款　「経済契約法」(1993・改正)[66]

中国が計画経済から市場経済に転換したことをきっかけに、「経済契約法」は1993年に大幅に修正された。旧経済契約法には民法通則と抵触する部分があったため、その部分は民法通則や渉外経済法に沿う方向で修正された[67]。改正「経済契約法」31条は違約責任について旧「経済契約法」35条の内容をそのまま保持し、「当事者の一方が経済契約に違反した場合…債権者が継続履行を請求するときに、違約者は契約を引き続き履行しなければならない」と定めている。にもかかわらず、改正「経済契約法」は国家計画の実現を確保することも強調せず、実際履行原則にも固守していないと考えられる。なぜなら、改正「経済契約法」26条は旧法27条の内容を修正し、国家計画の変更や取り消しがあった場合に契約の変更・解除ができるとする規定を削除するとともに、「当事者の一方が契約で約定された履行期内に契約を履行していない場合」に契約が解除され得ると新たに規定している。すなわち、契約債務の履行がなお可能である場合に、債権者が履行遅滞を理由に契約を解除できる。これは、契約履行の請求は債権者の権利であり、旧経済契約法の規定のように国家計画の実現を確保するために国家や社会に対して負う義務ではないことを意味すると理解できる。

「経済契約法」(1993・改正)

第6条

経済契約が法により成立すると、法律上の拘束力を有する。当事者は、契約の義務を全面的に履行しなければならない。いずれの当事者も、一方的に契約を変更または解除してはならない。

---

[66] 本法は、1986年4月12日に公布・施行され、1999年10月1日をもって失効した。

[67] 小口彦太・田中信行『現代中国法』(成文堂・2004) 165頁。

第26条
１項　次のいずれかに該当する場合に、経済契約の変更や解除が許される。
１　当事者双方が合意により変更や解除を同意し、国家利益または社会公共利益を損なわない場合；
２　経済契約全部の義務が不可抗力により履行不可能になる場合；
３　当事者の一方が契約で約定された履行期内に契約を履行していない場合
２項　前項２号または３号に該当すると認められるときは、当事者の一方が相手方に対して契約解除の旨を通知することができる。相手方が経済契約の変更または解除により損失を受ける場合、法律により責任を免れる場合を除き、変更や解除を行った当事者は賠償しなければならない。
第29条
１項　当事者の一方の過失によって経済契約の履行が不可能になったり、完全な履行ができなくなった場合に、その過失のある当事者は違約責任を負わなければならない。当事者双方に過失がある場合には、実際の状況に応じて、各当事者が負うべき違約責任を別個に負わなければならない。
第31条
当事者の一方が経済契約に違反した場合、相手方に違約金を支払わなければならない。契約違反によって相手方に生じた損失が違約金を超える場合、違約者はさらに債権者に損害賠償を行い、その違約金の不足分を賠償しなければならない。また、債権者が継続履行を請求するときに、違約者は、契約を引き続き履行しなければならない。

第５款　「統一契約法」（1999）

第１項　「統一契約法」の立法経緯と各草案

１　「立法方案」

1990年代に入ってからは、中国国内の経済改革とともに、裁判実務に

おいて新たな問題が次々と登場してきた。例えば、「融資租賃」[68]、外国貿易の代理または不動産取引の仲介といった問題である[69]。しかしながら、従来の計画経済体制に基づく契約関係を規制する「経済契約法」、「渉外経済契約法」および「技術契約法」には、契約法体系において矛盾する規定が存在する一方で、市場経済体制の要請も満たせていなかった[70]。このような問題の存在を背景に、1993年に全国人民代表大会常務委員会による「経済契約法の改正に関する決定」が可決された後、当該委員会の法制工作委員会が開催した会議に出席した学者は、統一契約法を起草する時期がすでに来ていると主張していた[71]。そして、1994年１月に契約法起草会議が北京で開催され、同年11月に学者による「中華人民共和国契約法立法方案」（以下で「立法方案」という）が可決された。

「立法方案」の内容は、本稿と関係がある限りでは次のようなものである[72]。まず、立法指導思想について、「（一）我が国の改革開放と社会主義市場経済の発展、全国統一の大市場の構築及び国際市場との接続を出発点として、我が国の契約立法や司法実践の経験、理論研究の成果をまとめ、広く市場経済が発展した国や地域の立法の成功経験や判例を参考にし、現代市場経済の客観的規律を反映した共通のルールをできるだけ採用し、国際的な公約や国際慣行との調和を図ることが求められている。」

次に、契約の履行について、「第四章第一節（契約履行に関する一般的規定）当事者は契約の約定に従って義務を厳格に履行すべきである。我が国の従来の民法理論における実際履行原則は、高度に集中した計画経済体制の産物であり、本法では採用されていない。」

---

[68] 中国語で「融資租賃」と表され、日本語で「ファイナンスリース」に相当する。

[69] 王勝明「関于合同法的立法背景、指導思想及適用範囲」科技与法律第１号（1999）15頁以下参照。

[70] 王晨「中国における民法典の立法」比較法学30巻２号（1997）149頁；小口彦太＝田中信行（2004）・前掲注67・165頁。

[71] 梁慧星「中国統一契約法の起草と論証」中国律師第1期（1998）65頁〔壬子取材・執筆〕。

[72] 梁慧星「『中華人民共和国合同法』立法方案」http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13642による 最終訪問日は2024年９月24日である。

最後に、違約責任について、「第四節（そのほかの違約責任）強制履行に関する規定が定められるべきである。その要件には、債務者が請求すること、契約の履行がなお可能であること、強制履行が必要であること、そして法院が強制履行が適切であると認定することの四つがある。」

２ 「第一稿」～「意見募集稿」

「立法方案」が可決された後、中国の12大学の学者が法制工作委員会からの委託を受けてそれぞれ契約法を起草した。1995年１月に、梁慧星（当時、中国社会科学院法学研究科研究員）、張広興（当時、「法学研究」副編集長）、および傅静坤（当時、中国社会研究員法学研究科博士後期課程に在学中）がその起草した内容をまとめて「中華人民共和国合同法草案（学者建議稿）」（いわゆる「第一稿」）を法制工作委員会に提出した。その後、法制工作委員会により、1995年10月に「第二稿」、1996年５月に「第三稿」[73]、1997年５月に「意見募集稿」は次々と作成された。

「第一稿」から「意見募集稿」までの契約履行、違約責任、および強制履行に関する規定を次の表のとおりである。

「第一稿」から「意見募集稿」における法規定

第一稿	第二稿	第三稿	意見募集稿
第63条（厳格履行）：契約が有効となった後、当事者は契約の約定に従って厳格に履行しなければならない。	第40条：当事者は、契約の約定または法律の規定に従い、自らの義務を全面的に履行しなければならない。	第42条：当事者は契約の約定に従って自らの義務を全面的に履行しなければならない。	第41条：当事者は契約の約定に従って自らの義務を履行しなければならない。契約に約定されていなくても、信義則や取引慣行に基づいて通知、協力または秘密保持などの義務を負う場合に、当事者はそれを履行しなければならない。

[73]「第三稿」の内容については、梁慧星「関于中国統一合同法草案第三稿」も参考にできる。https://www.lawtime.cn/info/lunwen/jjfhetong/2006102655810.html による　最終訪問日は2024年９月24日である。

第138条（違約責任）：契約当事者の一方は契約の債務を履行せず、またはその履行が法定や約定の条件に従わない場合、違約責任を負わなければならない。ただし、その当事者は自らに過失がないことを証明できる場合には、その限りではない。	第65条：当事者は債務を履行せず、または債務の履行が契約の約定や法律の規定に従わない場合、違約責任を負わなければならない。違約責任を負う方法には、以下のようなものがある： 1　違約金の支払い； 2　損害賠償； 3　手付金の支払いまたは返還 4　法律に基づくその他の方法。	第68条：当事者が債務を履行せず、または債務の履行が契約の約定や法律の規定に従わない場合、相手方は履行または救済措置を講じることを請求することができる。当事者は履行しない場合、違約責任を負わなければならない。違約責任を負う方法には、以下のようなものがある： 1　違約金の支払い； 1　損害賠償； 2　手付金の支払いまたは返還； 3　強制履行； 4　法律に基づくその他の方法。	第76条：当事者は債務を履行せず、または債務の履行が契約の約定や法律の規定に従わない場合、違約責任を負わなければならない。違約責任を負う方法には、以下のようなものがある： 1　違約金の支払い； 2　損害賠償 3　手付金の返還を請求できないこと、または二倍の手付金を返還すること； 4　現実履行； 5　法律や当事者の約定に基づくその他の方法。
第154条（強制履行）：債務不履行後、債務の履行がなお可能である場合、債権者は契約の解除の代わりに、法院に対して強制履行を請求することができる。ただし、次のいずれの場合には、その限りではない。 1　債務者に強いて現実的に履行させることが莫大な費用を要する場合； 2　契約の性質に応じて強制履行が不適切である場合。	第71条：当事者の一方が契約に反した場合、相手方は必要に応じて人民法院に対して強制履行を請求することができる。ただし、次のいずれの場合には、その限りではない。 1　当事者が別に合意した場合； 2　契約の性質に応じて強制履行が不適切である場合。 3　強制履行が莫大な費用を要する場合。 2項　強制履行だけではすべての損失を十分に賠償できない場合、当事者はその不足分を賠償するよう請求することができる。	第74条：当事者の一方が契約に反した場合、相手方は必要に応じて人民法院に対して強制履行を請求することができる。ただし、次のいずれの場合には、その限りではない。 1　当事者が別に合意した場合； 2　契約の性質に応じて強制履行が不適切である場合。 3　強制履行が莫大な費用を要する場合。 2項　強制履行だけではすべての損失を十分に賠償できない場合、当事者はその不足分を賠償するよう請求することができる。	第84条：当事者の一方が契約に反した後、次のいずれかに該当する場合、相手方は人民法院に対して強制履行を請求することができる。 1　法律や国家計画の管理に基づいて契約を締結する場合； 2　契約の目的物が不動産である場合； 3　契約の目的物が市場で入手しにくい場合； 4　強制履行が必要となるその他の場合。 2項　現実的強制の履行は、当事者が違約金の支払いや損害賠償を請求することに影響を与えない。

3 「草案一次審議稿」～「草案四次審議稿」

「意見募集稿」が公開された後、1998年８月に、全国人民代表大会常務委員会は社会からの意見を受ける上で「草案一次審議稿」を公布した。その後、1998年９月に「草案二次審議稿」、1998年12月に「草案三次審議稿」、および1999年１月に「草案四次審議稿」は次々と作成された。

上記の各草案審議稿における契約履行、違約責任、および強制履行（履行請求）に関する規定は、次の表のとおりである。

「草案一次審議稿」から「草案四次審議稿」における法規定

草案一次審議稿	草案二次審議稿	草案三次審議稿	草案四次審議稿
第61条：当事者は、約定に従って自らの義務を履行しなければならない。 ２項　当事者は信義則に基づき、契約の性質や目的、取引慣行に応じて、以下の義務を履行すべきである。 １　適時に通知すること； ２　協力； ３　必要となる条件を提供すること； ４　損失の拡大を回避すること； ５　秘密保持。	第61条：当事者は、約定に従って自らの義務を履行しなければならない。 ２項　当事者は信義則に基づき、契約の性質や目的、取引慣行に応じて、以下の義務を履行すべきである。 １　適時に通知すること； ２　協力； ３　必要となる条件を提供すること； ４　損失の拡大を回避すること； ５　秘密保持。	第60条：当事者は、約定に従って自らの義務を履行しなければならない。 ２項　当事者は信義則に基づき、契約の性質や目的、取引慣行に応じて通知、協力、または秘密保持といった義務を履行すべきである。	第60条：当事者は、約定に従って自らの義務を履行しなければならない。 ２項　当事者は信義則に基づき、契約の性質や目的、取引慣行に応じて通知、協力、または秘密保持といった義務を履行すべきである。
第113条：当事者は契約義務を履行せず、または契約義務の履行が約定に従わない場合、違約責任を負わなければならない。	第113条：当事者は契約義務を履行せず、または契約義務の履行が約定に従わない場合、違約責任を負わなければならない。	第108条：当事者の一方が契約義務を履行せず、または契約義務の履行が約定に従わない場合、相手方は違約者に対して履行や救済措置を講じること、損害賠償といった違約責任の負担を請求することができる。	第108条：当事者の一方が契約義務を履行せず、または契約義務の履行が約定に従わない場合、相手方は違約者に対して履行や救済措置を講じること、損害賠償といった違約責任の負担を請求することができる。

第115条：当事者の一方が代金または報酬の支払いを履行しない場合、相手方は代金または報酬の支払いを請求することができる。 2項　当事者は代金または報酬の支払いを遅らせる場合、当該代金または報酬に対する遅延利息を支払わなければならない。	第115条：当事者の一方が代金または報酬の支払いを履行しない場合、相手方は代金または報酬の支払いを請求することができる。 2項　当事者は代金または報酬の支払いを遅らせる場合、当該代金または報酬に対する遅延利息を支払わなければならない。	第110条：当事者の一方が金銭債務を履行せず、または金銭債務の履行が約定に従わない場合、相手方はその履行を請求することができる。 2項　当事者の一方が金銭債務を履行せず、または金銭債務の履行が約定に従わない場合、約定に基づいて違約金を支払わなければならない。違約金についての約定がない場合、履行遅延に対する遅延利息を支払わなければならない。	第110条：当事者の一方が代金または報酬の支払いを履行しない場合、相手方は代金または報酬の支払いを請求することができる。 2項　当事者の一方が代金または報酬の支払いを遅らせる場合、約定に基づいて違約金を支払わなければならない。違約金についての約定がない場合、履行遅延に対する遅延利息を支払わなければならない。
第116条：当事者の一方が非金銭債務を履行せず、または非金銭債務の履行が約定に従わない場合、相手方は、強制履行を請求することができる。但し、次の各号に掲げる事由のいずれかに該当する場合を除く。 1　法律上または事実上履行が不能である場合； 2　債務の目的物が市場で容易に入手できる場合； 3　債務の目的物が強制履行に適さない場合または履行費用が著しく高い場合； 4　債権者が合理的な期間内に履行の請求をしていない場合。	第116条：当事者の一方が非金銭債務を履行せず、または非金銭債務の履行が約定に従わない場合、相手方は、強制履行を請求することができる。但し、次の各号に掲げる事由のいずれかに該当する場合を除く。 1　法律上または事実上履行が不能である場合； 2　債務の目的物が市場で容易に入手できる場合； 3　債務の目的物が強制履行に適さない場合または履行費用が著しく高い場合； 4　債権者が合理的な期間内に履行の請求をしていない場合。	第111条：当事者の一方が非金銭債務を履行せず、または非金銭債務の履行が約定に従わない場合、相手方は、履行を請求することができる。但し、次の各号に掲げる事由のいずれかに該当する場合を除く。 1　法律上または事実上履行が不能である場合； 2　債務の目的物が強制履行に適さない場合または履行費用が著しく高い場合； 3　債権者が合理的な期間内に履行の請求をしていない場合。 2項　強制履行後にその他の損失がある場合は、損害	第111条：当事者の一方が非金銭債務を履行せず、または非金銭債務の履行が約定に従わない場合、相手方は、履行を請求することができる。但し、次の各号に掲げる事由のいずれかに該当する場合を除く。 1　法律上または事実上履行が不能である場合； 2　債務の目的物が強制履行に適さない場合または履行費用が著しく高い場合； 3　債権者が合理的な期間内に履行の請求をしていない場合。 2項　強制履行後にその他の損失がある場合は、損害

２項　強制履行後にその他の損失がある場合は、損害賠償を請求することができる。	２項　強制履行後にその他の損失がある場合は、損害賠償を請求することができる。	賠償を請求することができる。	賠償を請求することができる。

4　小括

上記の「統一契約法」に関する立法経緯を見てみると、履行請求権について次の２点をまとめることができると考えられる。

（1）全面履行原則と権利としての履行請求権の承認

前述したように、実際履行原則を前提とする「経済契約法」において、債務の履行がなお可能である場合には、債権者が履行を請求することは単なる権利ではなく、国家計画の実現を確保するために国家に対しても負う義務である。その後、市場経済の要請に応えるために、「統一契約法」が起草される際に提出された「立法方案」によれば、従来の民法理論における実際履行原則は高度に集中した計画経済体制の産物であり、「統一契約法」では採用されないことが明らかになった。その代わりに、「統一契約法草案」では契約の履行に関して「全面履行原則」が採用されることになる。全面履行原則に関しては、1998年８月に開催された第９回全国人民代表大会常務委員会第４次会議において、胡康生が「『中華人民共和国経済契約法（草案）』に関する説明」という報告の中で次のように述べている。すなわち、「当事者は契約の約定に従って自らの義務を履行しなければならない。また、当事者は信義則に従い、契約の性質、目的、および取引慣習に応じて、契約履行に際して適時の通知、協力、必要な条件の提供、損害拡大の防止、さらに守秘義務を負うべきである」とされる[74]。また、契約法草案を審議した1999年３月の第９回全国人民代表大会第２次会議において、顧昂然（当時、全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会主任）は、「『中華人民共和国契約法（草案）』に関する説明」[75]を報告し、契約の履行に関して、「契約法草案においては全

[74] その報告の具体的内容は、何勤華＝李秀清＝陳頤編『新中国民法典草案総覧（増訂本）下巻』（北京大学出版社・2020）2078-2081頁参照。

[75] 同上・2205-2208頁参照。

面履行原則が強調されている。当事者は契約の約定に従い、自らの義務を全面的に履行すべきであり、一方的に契約を変更または解除することができない」と述べた。この点について、「第一稿」63条１項では「厳格履行」という言葉が使用されるのに対し、「第二稿」42条１項や「第三稿」42条１項では義務の全面履行を明確に規定している。また、「意見募集稿」以降の草案では、義務の履行に関して「当事者は、契約の約定に従って自らの義務を履行しなければならない」という形式で定められている。

なお、債務者は、契約の約定に従った履行をする義務を負う。それに基づき、債権者は契約によって債務者に債務の履行を請求できると言える。すなわち、契約法各草案は、債務の成立という観点から、契約の成立によって権利としての履行請求権を認めるものと考えられる。

（２）広範囲にわたる履行請求の認容とその排除事由

「経済契約法」は、救済手段としての履行請求権を認めていたにもかかわらず、その排除事由について明確な規定がなかった。これに対し、契約法に関する各草案は、違約責任のもとで救済手段としての履行請求権とその排除事由の規定を試みている。たとえば、債務の目的物の性質や高額な履行費用、法律上または事実上履行が不可能であるといった点は、履行請求権の排除事由として考慮されている。注意すべきなのは、「意見募集稿」84条１項１号と２号、「草案一次審議稿」116条１項２号、さらに「草案二次審議稿」116条１項2号において、債務の目的物が不動産であることや市場で入手困難ことが、履行請求を認める際の考慮要素となっている点である。これによれば、市場において代替取引を行うことが容易である場合には、債権者による履行請求は許容されないと理解できる。債権者による代替取引の可能性が履行請求権の排除事由となる理由について明確な説明はないが、「『中華人民共和国契約法（意見募集稿）に関するいくつかの問題の説明』」[76]によれば、違約金の支払いや損害賠償は違約責任を負う際の基本的な方法であるとされている。これは、

[76] 1997年５月に公表された文書である。その具体的内容は、同上・2036-2040頁参照。

「統一契約法が世界中で最も先進的な立法になるために、英米法系の契約法を参考にして導入することに重点を置くべきである」という立法意見に基づくものと考えられる[77]。

しかしながら、「草案二次審議稿」116条１項２号は学者によって激しく批判されていた。北京大学法学部の研究者は、次のような反対理由を提出している。「目的物の取得が市場において困難でない場合に、債権者が強制履行を請求できないことは、社会通念に一致しないと考えられている。すなわち、債権者が契約を結ぶ目的は、相手方から目的物を取得することにある…（116条１項２号に依拠して強制履行を求められない場合には）債権者は市場で代替物を購入せざるを得なくなるが、債権者が元の契約を締結する理由はどこにあるのだろうか。このような規定は権利の配置における公平に反するだけでなく、契約そのものや契約の目的にも反するものである[78]。」

結局、「草案三次審議稿」111条１項、「草案四次審議稿」111条１項、さらに「統一契約法」110条は、債権者による代替取引の可能性を排除事由とすることを削除し、伝統的大陸法系のルールに則って広範囲にわたる履行請求を認めることになる。

第２項　「統一契約法」の法規定およびそれに関する司法解釈

前項では、「統一契約法」の立法経緯と各草案における履行請求権に関する法規定を紹介した。以下では、履行請求権や損害軽減義務に関する「統一契約法」の法規定、およびこれに関連する最高人民法院による司法解釈を説明する。

１　履行請求権の位置づけとその排除事由

履行請求権の位置づけとその排除事由については、「統一契約法」の正式条文は「草案四次審議稿」の規定とほぼ同様である。まず、「統一契約法」60条は、全面履行原則に基づき、当事者が約定に従って義務を

[77] 梁慧星「中国合同法起草過程中的争論点」法学第２期（1996）15頁参照。

[78] 北京大学法律学系民法教研室「関于統一合同法草案的修改建議」中外法学第61期（1999）100頁〔王成執筆〕参照。

全面的に履行すべきことを定めている。「統一契約法」60条を権利という視点から捉えれば、債権者は債務者に約定に従って債務の全面的履行を請求することができる。これにより、契約の成立により権利としての履行請求権も成立すると言うことができる。

次に、「統一契約法」107条は、違約があった際の違約者に課される違約責任（継続履行や損害賠償を含む）を定めている。「民法通則」が民事責任を独立の章として定めている（「民法通則」第６章）ことを、「統一契約法」は承継し、違約責任も独立の章（第７章第107条～122条）として規定している。日本民法典のように、「債権総則」のもとで「債権の効力」を規定するのに対し、「統一契約法」の立法例は「責任法モデル」とも呼ばれることがある[79]。学界の多数説によると、責任は同一性をもって債務から転形するものであり、債務不履行となった場合に債務者に課せられる法的責任であるとされている[80]。そして、「統一契約法」107条に続いて、109条および110条は、債務の履行が約定に合致しない場合に、債務者が継続履行責任[81]を負うか否かについて規定している。債権者側の視点から見れば、これらは、債務者が任意履行を行っていない場合に、債権者による金銭債務または非金銭債務の履行請求に対して現実的履行の強制が認められるか否かという条文である。債権者が金銭債務または非金銭債務の履行を請求することは、救済手段としての履行請求権を行使することである。すなわち、「統一契約法」109条および110条は、継続履行責任を定めることによって救済手段の履行請求権も承認すると言うことができる。

最後に、「統一契約法」110条は、履行請求権の排除事由を定めているものである。しかし、「統一契約法」は、基本的に「草案四次審議稿」110条および111条の内容を維持し、広範囲にわたる履行請求を認めるとともに、債権者による代替取引の可能性を履行請求権の排除事由として

---

[79] 韓世遠『合同法総論』（法律出版社・2018）740、741頁。

[80] 同上。

[81] 「継続履行」（いわゆる強制履行）とは、債務不履行があった場合に、国家の強制力によって違約者に契約の債務を継続的に履行させる法的責任である。楊代雄編『袖珍民法典評注』（中国民主法制出版社・2022）529頁参照〔葉鋒執筆〕。

導入しないのである。

「統一契約法」60条、107条、109条および110条の内容は、以下の通りである。

「統一契約法」

第60条

当事者は、約定に従って自らの義務を全面的に履行しなければならない。

2項　当事者は信義則に基づき、契約の性質や目的、取引慣行に応じて通知、協力、または秘密保持といった義務を履行すべきである。

第107条

当事者の一方が契約義務を履行せず、または契約義務の履行が約定に従わない場合、履行を継続し、救済措置を講じ、または損失を賠償する等の違約責任を負わなければならない。

第109条

当事者の一方が代金または報酬を支払っていない場合は、相手方が代金または報酬の支払いを請求することができる。

第110条

当事者の一方が非金銭債務を履行せず、または非金銭債務の履行が約定に従わない場合、相手方は、履行を請求することができる。但し、次の各号に掲げる事由のいずれかに該当する場合を除く。

1　法律上または事実上履行が不能である場合；

2　債務の目的物が強制履行に適さない場合または履行費用が著しく高い場合；

3　債権者が合理的な期間内に履行の請求をしていない場合。

2　損害賠償の範囲とその制限

「統一契約法」は、「違約責任」（第7章）の下で、損害賠償の範囲（113条）、損害拡大の防止[82]（119条）および双方違約（120条）について定め

[82]「損害軽減義務」は、中国語で「減損義務」と表現される。

ている。

「統一契約法」113条によれば、契約違反に直面した債権者は、違約によって生じたすべての損失（逸失利益損失を含む）について損害賠償を請求できるが、その賠償の範囲は、債務者が契約締結時に予見しまたは予見すべきであった損失に限定される。通説を前提とし、債務者の予見しまたは予見すべきであったのは、損失の額ではなく損失の種類または性質にとどまるものである[83]。

なお、「民法通則」131条は、第6章（民事責任）第3節（不法行為の場合の民事責任）のもとで、「損害の発生に被害者の過失が寄与した場合に、加害者の民事責任を軽減できる」と規定している。中国の学者は通常、本条がcontributory negligence（寄与過失）を定めるものとして捉えるのに対し[84]、日本の学者は本条が「混合過失」を定めるものであると述べたことがある[85]。また、通説によれば、契約に関する規定である「民法通則」114条（損害拡大の防止）[86]は不法行為にも適用され、また寄与過失は違約の場合にも適用されるとされている[87]。このことは、寄与過失（「民法通則」131条）と損害拡大の防止（「民法通則」114条、「統一契約法」119条）との関係について新たな問題を引き起こすことになる。最初は、債権者が合理的な措置を適時に講じなかったことによって損害が拡大した場合、債権者に過失があったと評価できるかについて

---

[83] 韓世遠（2018）・前掲注79・796頁参照。

[84] 韓世遠（2018）・前掲注79・810頁。これは、中国語で「与有過失」と表現される。「民法通則」で定められる寄与過失（第131条）は、英米法では、債権者の過失が寄与した場合には、債権者は、債務者の責任を一切追及できないという意味で使われることがある。これに対し、「民法通則」では、損害の発生に被害者の過失が寄与した場合には、被害者は加害者の責任を一切追及できないわけではなく、加害者の不法行為責任は軽減されるにとどまる。

[85] 奥田進一「中国環境被害者の救済法制：民事救済を中心に」日本不動産学会誌第22巻第2号（2008）55頁。

[86] 「民法通則」114条：「当事者の一方が相手方の違約によって損害を被った場合には、損害の拡大を防止するための措置を適時に講じなければならない。その措置を講じずに損失が拡大した場合は、拡大した損失につき賠償を請求してはならない。」

[87] 韓世遠（2018）・前掲注79・810頁。

議論がなされた[88]。その後、両者は適用範囲や責任に関する法的構造が異なるという見解が現れた[89]。この見解によれば､寄与過失においては、債権者が損害の発生に寄与し、その寄与した程度に応じて責任を負うべきであるが、損害軽減においては、債権者はすでに発生した損害に対して軽減措置を講じたり、損害の拡大を防止するための措置を取るべきである。これを怠った場合、回避できた損害や防止できた拡大損害について債権者は損害賠償を請求できない。

さらに、最高人民法院は、いくつかの「司法解釈」において、損害軽減義務の適用に関する規則を定めている。たとえば､「最高人民法院による売買紛争事件の審理に関する法律適用についての解釈」によれば、「統一契約法」119条は、売買契約における逸失利益損失が請求される時に適用されうるのである。また､「最高人民法院による当面の形勢における民商事契約紛争事件の審理に関する若干問題についての指導意見」は、いかなる利益損失が逸失利益損失に当たるかを明らかにする一方、逸失利益を計算する際に損害拡大の防止義務が考慮されるべきであると規定している。

「統一契約法」113条、119条、120条および損害軽減義務の適用に関連する「司法解釈」の内容は、以下の通りである。

「統一契約法」

第113条

当事者の一方が契約上の義務を履行せず、または契約の義務が約定に合致せず、相手方に損失を与え「統一契約法」

第113条

当事者の一方が契約上の義務を履行せず、または契約の義務が約定に合致せず、相手方に損失を与えた場合は、損害賠償額は、違約によって生じた損失に相当するものでなければならず、契約履行後の得べかりし利益を含む。但し、契約に違反した一方が契約締結時

[88] 崔建遠『合同責任研究』（吉林大学出版社・1992）218頁；王利明『違約責任論』（中国政法大学出版社・1996）456頁。

[89] 韓世遠（2018）・前掲注79・811頁、812頁参照。

に予見し、または予見すべきであった契約違反によりもたらされ得る損失をこえてはならない。

2項　経営者が消費者に対して商品またはサービスを提供した場合に詐欺行為があったときは、「中華人民共和国消費者権益保護法」の規定に基づき、損害賠償責任を負うものとする。

第119条

当事者の一方が違約した後、相手方は、適当な措置を講じて損失の拡大を防止しなければならない。適当な措置を講じずに損失が拡大した場合は、拡大した損失につき賠償を請求してはならない。

2項　当事者が損失の拡大を防止するため支出した合理的な費用は、違約した当事者がそれを負担する。

第120条

当事者双方が契約に違反している場合に、それぞれが相応の責任を負わなければならない。

「最高人民法院による売買契約紛争事件の審理に関する法律適用問題についての解釈」[90]

第29条

売買契約の一方当事者の違約により相手方に損失が生じた場合、相手方が逸失利益の損失の賠償を主張する際には、人民法院は当事者の主張に基づき、「契約法」113条および119条、本解釈30条、31条の規定に従って認定しなければならない。

第30条

売買契約の一方当事者の違約により相手方に損失が生じた場合、その損失の発生について相手方にも過失があった際には、違約者による損害賠償額から相応の額を控除する主張が認められるべきである。

第31条

売買契約の一方当事者が相手方の違約により利益を得る場合、違

[90] 本司法解釈は、2012年５月10日に公布され、同年７月１日から施行されたが、2020年12月に失効した。

約者が損害賠償額からその利益を控除する主張が認められるべきである。

「最高人民法院による当面の形勢における民商事契約紛争事件の審理に関する若干問題についての指導意見」[91]

（現在、世界的な金融危機の影響によって生じた契約紛争が司法の分野に明らかに現れており、特に企業経営に関わる民商事契約の紛争案件が大幅に増加している。また、マクロ経済情勢の変化によって引き起こされた新たな裁判実務上の問題も多く見受けられる…現在、人民法院が民商事契約紛争を扱う際に直面しているいくつかの問題について、以下の意見を提出する）

三、逸失利益損失を分類し、その賠償について適切に判断すること

第９条

市場主体による契約違反が顕著になる現状において、一方当事者の違約行為は、通常、相手方に逸失利益損失をもたらす可能性がある。取引の性質や契約の目的などの要素に照らして、逸失利益損失は主に次の三つに分類される。すなわち、生産利益損失、営業利益損失、および転売利益損失である。生産設備や原材料を目的とする売買契約においては、売主の違約によって買主に生じた逸失利益損失は、主に生産利益損失に該当する。請負経営契約、賃貸契約、サービスまたは役務提供契約においては、一方当事者の違約によってもたらされる逸失利益損失は、営業利益損失に該当する。物品の転売を目的とする売買契約においては、元契約の売主の違約によって買主に生じる逸失利益損失は、転売利益の損失に該当する。

第10条

人民法院は逸失利益損失を計算または判断する際に、予見可能性、損害軽減、損益相殺、過失相殺といった制度を総合的に適用すべきである。また、非違約者が主張する逸失利益損失の賠償額から、違約者が予見できなかった損失、非違約者が不当に拡大させた損失、

[91] 本指導意見は、裁判官が事案を審理する時に参考にするものにすぎず、2009年７月７日に公布され、同日に施行された。現在もなお有効である。

非違約者が違約によって得た利益、非違約者にも過失があったことにより生じた損失、および取引に必要となるコストを控除すべきである。［契約法］113条２項に定める経営者による詐欺行為があった場合、または［契約法］114条１項に定める契約当事者が損害賠償の算定方法について合意していた場合、さらに違約によって人の生命、身体、精神に被害がもたらされた場合には、逸失利益損失の賠償規定は適用されない。

第11条

人民法院は逸失利益損失を判断する際に立証責任を合理的に（契約当事者の間に）分配すべきである。違約者側は、通常、非違約者が合理的な措置を講じなかったことによって損害を拡大させたこと、非違約者が違約によって利益を得ったこと、または（損失の発生に）非違約者にも過失があったことについて、立証責任を負うべきである。非違約者側は、（違約によって）生じた逸失利益損失の額および取引に必要となるコストについて、立証責任を負うべきである。予見すべきであった損失については、非違約者が主張できるし、人民法院が具体的状況に照らして裁量を下すこともできる。

第３項　学説

１　履行請求権と填補賠償請求権との関係に関する論争

債権者が契約によって債務者に履行を請求する権利を有することについては､学者の間で異論がない。ただし､任意履行がなされない場合に、債務者はいつまで継続履行責任を負うべきか、あるいはいつから填補賠償責任を負うか（債務不履行に対する救済という視点から見れば、債権者はいつまで法的救済としての履行を請求すべきかや、いつから填補賠償を請求できるか）について、大きな論争がある。

この問題について「統一契約法」107条が言及していないため、具体的事案に応じて判断すべきであるとする見解や[92]、各違約責任が平等な関係に立つため､債権者の選択によって決められるとする見解がある[93]。

[92] 崔建遠『合同法』（法律出版社・2016）258頁参照。

[93] 李永軍『合同法』（法律出版社・2010）540頁参照。

つまり、履行遅滞があった場合に、債権者は直ちに填補賠償を請求することができるとするのが、多数説である。これに対し、少数説によれば、「契約は守られるべし」の原則に基づき、任意履行がなされない場合、債務の履行がなお可能である限り、債務者は債務を履行しなければならず、債権者は債務の履行を請求しなければならない[94]。債権者は、相当の期間を定めて債務の履行を催告し、その期間内に履行がないときに初めて契約を解除することができるし、あるいは填補賠償を請求することもできる[95]。少数説に対しては、「契約は守られるべし」という原則に固執しすぎて、経済的効率性を見落としているとの批判がある[96]。

2　履行請求権の排除事由に関する見解

「統一契約法」110条によれば、法律上または事実上履行が不可能である場合、債務の性質が強制履行に適さない場合または履行費用が著しく高い場合、債権者が合理的な期間内に履行の請求をしていない場合には、債権者は非金銭債務履行の強制を求めることができないとされている。ここで、いかなる場合に法律上不可能になるか、または債務の性質が強制に適さないかについては、ほとんど異論がない。一方、いかなる場合に事実上不可能となるか、または履行費用が著しく高くなるかについては、学者の見解は必ずしも一致しているわけではない。

具体的には、事実上不可能とは、物理的に不可能なことであるとする見解[97]がある一方で、目的物に二重売買や二重賃貸借があった場合にも事実上不可能とされるとの見解[98]もある。また、二重売買や二重賃貸借があった場合は、当然に事実上不可能とはならず、履行費用が著しく高くなるかどうかを評価した上で判断すべきだという反論も存在する[99]。

---

[94] 王洪亮『請求権基礎的解釈与反思』（法律出版社・2015）192頁参照。

[95] 債権者が填補賠償請求を請求することによって、債務者の履行義務が消滅するとともに、債権者の反対給付義務も消滅する。王洪亮『債法総論』（北京大学出版社・2016）265頁、266頁。

[96] 孫良国「違約方的合同解除権及其界限」当代法学第５期（2016）51頁。

[97] 冀放「給付不能之履行費用過高問題探析」政律論壇第34第６期（2016）151頁。

[98] 韓世遠（2018）・前掲注79・769 頁。

[99] 冀放（2016）・前掲注97・153-154頁。

さらに、履行費用が著しく高くなるのは、債務者の履行に要する費用が債権者が履行によって得る利益と比べて著しく過大なものであるとする見解[100]がある一方で、債務者の履行に要する費用が債権者からの反対給付と比べて著しく過大なものや、債務の履行に長期間を要するとの見解[101]も見られる。債務者の履行に要する費用が債権者からの反対給付と比べて著しく高くなるのは、むしろ経済的に不可能とされ、事情変更原則によって扱うべきであるとの反論[102]もある。

なお、債務者の履行に要する費用が債権者が履行によって得る利益と比べて「著しく高い」と評価できる場合については、「最高人民法院による合同法に関する若干問題についての解釈（二）」19条２項[103]の内容を参考にし、前者の額が後者の額の130％になるときに当てはまるという見解[104]がある。また、目的物に二重売買があった場合に、売主が第二買主から目的物を買い戻すために要する費用が、第一買主が履行によって得る利益に相当する額の130％を超えるとしても、売主の責めに帰すべき事由を考慮に入れ、例外的に履行費用が「著しく高い」場合にはあたらないとされている[105]。

最後に、債権者は合理的な期間内に履行の請求をしていない場合には、非金銭債務履行の強制を求めることができない。この条項は、履行請求権を失うという意味での“失権期間”が定められているものである。“合

---

[100] 崔建遠（2016）・前掲注92・364頁；韓世遠（2018）・前掲注79・770頁。

[101] 王利明『合同法研究（第２巻修訂版）』（中国人民大学出版社・2011）592頁。

[102] 冀放（2016）・前掲注97・151頁。

[103]「最高人民法院による合同法に関する若干問題についての解釈（二）」19条１項、２項：「「合同法」74条で規定されている「明らかに不合理な低価格」について、人民法院は取引地の一般業者の判断を基に、取引当時の取引地の物価部門の指導価格や市場取引価格を参考にし、その他の関連要素と併せて総合的に考慮して確認すべきである。

転売価格が取引時の取引地の指導価格または市場取引価格の70％に達しない場合、一般的には明らかに不合理な低価格と見なされる。また、転売価格が当地の指導価格または市場取引価格の30％を超える場合、一般的には明らかに不合理な高価格と見なされる。」本司法解釈は、現在失効している。

[104] 冀放（2016）・前掲注97・153-154頁。

[105] 同上。

理的な期間”については、人民法院は契約の類型、債務の性質、そして取引慣習などに応じて判断すべきである[106]。

3　履行請求権と損害軽減義務との関係に関する見解

損害軽減義務は、早い時期に中国法に導入されたが、それに関する検討は少なかった。損害軽減義務を初めて本格的に検討したのは韓世遠である。韓氏は1990年代の後半に「民法通則」114条の解釈論として、損害軽減義務の法的性質とその内容を議論した[107]。すなわち、損害軽減義務は、弱い強制力しか認められない不真正義務あるいは間接義務（Obliegenheit）であり、損害軽減義務に反した場合の法的効果は、継続履行責任や損害賠償責任が生じるのではなく､債務者の権利の喪失や、損害賠償の減額といった債務者自身に不利益な結果をもたらすに過ぎないものである[108]。

2010年前後からは、損害賠償算定の基準時や損害軽減義務と履行請求権との関係について、学者の注目が徐々に集まり始めた。まず、損害賠償額算定の基準時については、契約不履行後、被害当事者が損害の拡大を防ぐために合理的な措置をとる義務があるため､「被害当事者が契約違反を知った時点」を算定基準時とすべきだという見解がある[109]。もし合理的な措置を怠った場合には、元の契約価格と被害当事者が契約違反を知った時点の市場価格との差額が賠償額として認定される[110]。次に、市場で代替品が容易に入手できる状況において、債権者が代替取引を行わずに履行請求権を行使して損害を拡大させた場合、その拡大した損害について損害賠償を請求できないとする見解がある[111]。さらに、イギリス法を参考にし、履行期前の履行拒絶があった場合、履行拒絶を受けた当事者には、これを契約違反とみなすか否かの選択権を認められるべき

106　梁慧星『読法条学民法』（人民法院出版社・2014）193頁。

107　韓世遠「減損規則論」法学研究第１期（1997）144頁以降。

108　同上・145頁。

109　李永軍（2010）・前掲注93・232頁。

110　同上。

111　劉廷華「論実際履行的適用及限制的法経済学依据」北方法学第６期（2010）117頁以降。

だという見解もある[112]。また、履行拒絶を受けた当事者は、履行拒絶を承諾した場合にのみ損害軽減義務を負うべきであるとされる[113]。それを一歩進めて、契約の目的物が市場に代替物として存在する場合や、他からの履行が合理的である場合には、債権者の履行請求権は認められるべきではなく、また、債権者が商業上の合理的期間内に代替取引を行わなかった場合には、元の契約価格と行うべきであった代替取引の価格との差額が損害賠償額とされるべきだとする見解もある[114]。

4　小括

「統一契約法」には、債権・債務の関係から生じる本来的履行請求権（権利としての履行請求権）が承認されている上で、債務不履行があった場合に法的救済として広範囲にわたる履行請求権（救済手段としての履行請求権）が認められている。履行請求権が契約責任の体系においてどのような位置づけを占めるのかは、救済手段としての履行請求権と填補賠償請求権との関係、履行請求権の排除事由、さらに履行請求権と損害軽減義務との関係にも影響を及ぼす。

「民法通則」84条は、債権・債務とは、契約の約定や法の定めに従い、当事者の間に生じた特定の権利および義務関係であることを定めている。伝統的理解によれば、債権とは、「特定の人をして特定の行為をなさしめる権利」であるとされる[115]。しかし、中国の学者は、従来から改正前の日本法とは異なり、履行請求権の正当化根拠を債権それ自体に求めることはない。填補賠償請求権が履行請求権と同一性をもって履行請求権から転形するという見解はあまり見受けられない。むしろ、救済手段としての履行請求権が填補賠償請求権に対して体系的優位性を持つという少数説が存在するにもかかわらず、多数説によれば、履行請求権と填補賠償請求権が平等な関係に立つものであり、債権者の選択に委ねら

112　肖紅「論予期違約中減損規則」社会科学家第５期（2007）118頁以降。

113　同上。

114　王燕霞＝劉艶梅「減損規則与債権人行使履行救済権的沖突及協調」学術交流第４期（2007）67頁。

115　楊立新『債権総則研究』（中国人民大学出版社・2006）３頁参照。

れるとされている。多数説も少数説も、履行請求権と填補賠償請求権が併存関係にあることについて異論がなく、ただ債務不履行が生じたときに、債権者が履行請求権と填補賠償請求権のいずれかを選択する自由が広く承認されるか否かという点に相違があると考えられる。

また、「統一契約法」においては、履行請求権の排除事由は物理的不能に限定されず、債務の性質が強制履行に適さない場合や履行費用が著しく高い場合など、いくつかの状況に応じて広く認められるようになっている。実務において、一部の法院は、金銭に加えて、時間の消耗や労務の負担さえも履行費用として捉えることがある。韓世遠教授は、「債権者が合理的な期間内に履行の請求をしていない場合には、非金銭債務履行の強制を求めることができない」という条項が、契約が有効である限りにおいて履行請求権が当然に存在するものではないことを裏付けると述べている[116]。

以上の分析から、中国法において、履行請求権の存在が自明のものではないため、履行請求権は何らかの事由によって制限される可能性があるという結論を導き出すことができる。言い換えれば、中国法において、「救済手段としての履行請求権・損害賠償請求権・解除請求権の関係を、体系化原理としての履行請求権が制御しているという意味での履行請求権の第一義性」および「債務転形論」は観念されないと考えられる[117]。

「統一契約法」107条では違約責任の類型のみが列挙されており、填補賠償請求権の要件はまだ不明確である[118]。にもかかわらず、履行請求権と損害賠償請求権が併存する関係にあることが前提とされ、債権者はある時点から履行請求権と填補賠償請求権のいずれかを選択する権利を有する。そして、債権者が填補賠償請求権を行使できる状況において、

---

[116] 韓世遠（2018）・前掲注79・771 頁参照。

[117]「履行請求権の第一義性」、「債務転形論」について詳しくは、森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣・2006）を参照すること。

[118] 契約を解除しない限り、債権者が填補賠償請求権を行使できるか否かについて、学者の意見は一致していない。否定見解は、王洪亮（2016）・前掲注95・311頁に参照されている。肯定見解は、張金海「論合同解除与違約損害賠償的関係」華東政法大学学報第４期（2012）18－29頁、および郝丽燕「走出違約方解除権的誤区」南大法学第３期（2020）27頁に参照されている。

履行請求権に固執することによって損害を拡大させる場合には、損害軽減義務違反と評価される可能性があると考えられる。

なお、「統一契約法」の立法過程から見ると、代替取引の可能性が履行請求権の排除事由として導入されないことは明らかである。「統一契約法」110条但書の場合を除き、債権者が他から履行を得ることが合理的に見て可能な状況において、履行請求権と填補賠償請求権のいずれかを選択する権利を有するとされているからである[119]。すなわち、中国法において、単なる経済的効率性を根拠として代替取引の可能性によって履行請求権が排除されるわけではないと言える。

以上の整理を踏まえ、「統一契約法」時代における履行請求権と損害軽減義務との関係に関する研究の到達点は、それほど深いとは言えず、立法論との関連が強く、損害軽減義務が履行請求権を制限する理論的前提やその正当性についての議論が欠けているといえる。

[119] 韓世遠（2018）・前掲注79・772-773頁。

論　　説

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (3)

Ruben E. Rodriguez Samudio

Ⅰ. CHAPTER 4: HARM AND LOSS FROM THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW

Having examined the general rules of delictual liability and specific non-economic losses under Japanese law, we turn to comparative law, particularly how civil law and common law systems view the concepts of harm and loss. Although, at a general level, the law of delicts and the law of torts follow similar paths under common and continental law, in practice, their approach to harm and loss has shaped discussions and understanding of non-economic losses. The first challenge is determining what constitutes harm and loss, as they can be defined from various perspectives, and their importance varies depending on legal tradition. As Wards has explained:

> *Tort liability under the common-law system has from the very beginning been determined on the basis of a posteriori arguments in contradistinction to a priori logic of the civil law. Yet, the inductive process of the common-law was undoubtedly less the result of design than of necessity. In the early development of fear-damage, a hatchet blow in the middle of the night before the startled eyes of Madam Tavern-Keeper*

was reason enough for Judge Thorpe to sustain a verdict of half a mark without needless concern for the principles which were being established that would make the brandishing of a dunning letter worth $500.[1]

The *a priori* approach of civil law is responsible for the importance of harm and loss as elements of civil liability. Since loss is one of the essential elements for establishing liability under the law of delicts, civil law scholars and judges must first grapple with abstract ideas to effectively apply them to specific cases. In doing so, the requirements of *redressable harm* or *redressable losses* naturally become the main point of inquiry. By contrast, the law of torts emphasizes *a posteriori* arguments over abstract concepts, which arguably precludes the possibility of concepts such as loss and harm from developing to the extent they have under civil law. This difference is evident in the "tests" that common law courts establish as part of their rulings.

As Zimmermann[2] explains, "*[t]he continental law of delict presents the picture of a coherent body of rules based on general principles and abstract concepts.*" He continues by pointing out that "*the crisp provisions of the modern codes, still essentially shaping our ideas about delictual liability, are the result of a long and characteristic process of generalization, systematization and abstraction.*" In the case of the theory of harm and loss, the process of abstraction composes a series of criteria that seek to remove these concepts from any specific context and establish them as general principles applicable to individual cases. This process is especially true in countries that adhere to the French general clause system of delictual liability.

In comparison, the common law approach of prioritizing the facts

[1] Peter Ward, Tort Cause of Action, 42 Cornell L. Rev. 28, 30 (1956).

[2] Reinhard Zimmermann, The Law of Obligation –Roman Foundations of Civilian Tradition 907 (1996).

of a case over the principles allowed for the development of claims for non-economic loss much earlier than in civil law countries, albeit limited in most cases to a parasitic nature. The original general clause model, Article 1382 of the French Civil Code, does not define *dommage,* but the consensus defines it as a loss regarding an individual's person, property, or rights. While most civil law countries that follow the French model do not have a statutory definition of harm or loss in their civil codes, there are some exemptions. For example, Article 1835 of the Paraguayan Civil Code defines harm as any loss regarding an individual's person, rights, faculties, or property.[3] Likewise, Article 1737 of the Argentinian Civil and Commercial Code defines harm as the infringement of an individual's legal right or interest, property, or collective rights.[4] These two definitions align with traditional definitions of harm in civil law scholarship.

In his seminal two-volume treatise on the subject, De Cupis[5] posits that, at a general level, a loss is nothing more than a *"decrease or alteration of a favorable situation."* However, only loss as a legal phenomenon qualifies to be the subject of legal studies. Moreover, this observation is not as objective as it may initially seem, as identifying "*a favorable situation"* entails a subjective evaluation. Therefore, two standards are needed: the first to delineate a favorable situation and the second to determine when this situation has decreased.

De Cupis continued by stating that harm as the cause of legal effects, *i.e.*, a legal event, is composed of two elements. The first is a material element, *i.e.*, a physical phenomenon that is the concept's

---

[3] Article 1835: There will be harm when an individual suffers a loss to his person, rights, or faculties, or to the items under his ownership or possession. Translation by the author.

[4] Article 1737: There exists harm when a right or interest not reproached by the law and concerns the person, patrimony, or a collective right. Translation by the author.

[5] Adriano de Cupis, El Daño 81 (Angel Martínez Sarrión trans. Bosch 1975).

nucleus. The second is a formal element in the form of a legal rule.[6] The legal effect of harm is thus the law's reaction, the goal of which is to redress the harm. Therefore, harm entails an event or fact, a phenomenon in the physical world that produces specific results. This argument, while simple to understand, is again problematic, as a physical phenomenon might not be sufficient to justify redress in favor of the victim. Therefore, the legal rule forms the basis for a second standard and allows for an objective measurement of favorability. It does so by establishing rights or interests, which in turn afford the ability to claim redress in the case of infringement.

However, through his work, De Cupis occasionally confused the terms harm as a physical phenomenon and harm as the loss that results for the victim. De Cupis[7] recognized that it might be possible to question whether a harmful event or act should be considered a legal fact, yet any legal harm must derive from a human act by its nature. He argued that the harmful event and harm (loss) are parts of a complex process, but the main element required to produce a legal effect is the harm, which must nevertheless derive from a human act.[8]

When De Cupis argued that only harm deriving from a human action should be considered a valid cause for a legal effect, *i.e.*, civil liability for damages, he was referring to the distinction between the concepts of harm and loss. A car accident alone does not provide the vehicle owner with a claim for damages; to claim *dannum emergens,* the owner first must establish that the car had value, then quantify that value. The same is true for *lucrum cessans,* for which the victim must first prove the occurrence of a loss, such as an inability to work for a certain amount of time. Not having a vehicle could cause a victim to lose income in some cases, but not all. Therefore, the accident and

[6] *Id.* at 82.
[7] *Id.* at 83.
[8] Ibid.

the loss are different elements of civil liability.

Furthermore, under this approach, it is inadequate to qualify harm as either economic or non-economic because harm refers to a change in the physical world, regardless of legal rules. Thus, any harm yields the possibility of an individual suffering economic and non-economic losses. De Cupis admits this, writing that "*it is easy to realize that a single fact can derive in both material and intangible harm (losses).*" [9]

Under common law, harm and loss are profoundly connected to each individual tort. Discussions of whether there can be any general principle in the common law of torts have been ongoing for over a century. As Pollock pointed out:

> *It is not only certain favoured kinds of agreement that are protected, but all agreements that satisfy certain general conditions are valid and binding, subject to exceptions which are themselves assignable to general principles of justice and policy. So we can be no longer satisfied in the region of tort with a mere enumeration of actionable injuries.*[10]

However, Pollock's ideas do not seem to have withstood the passage of time. Prosser has referred to "tort" as:

> *Tort is a term applied to a miscellaneous and relatively unconnected group of civil wrongs, apart from than breach of contract, for which a court of law can afford a remedy in the form of an action for damages. The law of torts concerns the compensation of losses suffered by private individuals in their legally protected interests due to conduct of others that is regarded as socially unreasonable.*[11]

Zimmermann comments on torts as a whole, saying, "*[t]ort does not constitute a coherent body of law, definable in general and abstract*

---

[9] *Id.* at 125.

[10] Frederick Pollock, The Law of Torts 24 (4th ed., 1886).

[11] William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts 1 (1941).

terms, but is no more than the sum total of variety of individual torts that have developed, under the writ system, in characteristically casuistic and haphazard fashion." [12] If this is indeed the case, and there are no general principles applicable to all torts, then the concept of loss derived from the remedy is logical. Legal loss in such cases is understood as the amount the victim receives. However, that is not to say that monetary compensation is the absolute remedy to a legal loss. Instead, a legal loss can have no remedy surpassing that granted in the form of damages. It also means that this approach is not compatible with a more general view of loss, such as that of the French system. On the other hand, since this approach replaces the lack of general principles of harm or loss with an itemization-like list of damages, it is arguable to a certain extent that it is also applicable to systems that limit liability to the infringement of a set of rights, *i.e.*, that of Germany.

Regardless, loss as a concept is not absent from the law of torts; indeed, any book about tort is likely to utilize terms like "the loss of the victim." However, these instances convey a specific meaning within each tort. Roberts argues that there are two models available to explain tort law. Under the first, known as the loss model, the overall objective of tort law is to define cases in which the law may justly hold one party liable. Furthermore, at least under the tort of negligence, damage (loss) is the critical element, and the duty of care is essentially a "control device" that is concerned with the reasons a defendant might be exempt from liability, regardless of the existence of loss.[13]

The second model, or rights model, posits that a tort is a species of wrong, with a wrong being the breach of a duty owed to someone else. Such a breach, in turn, is the infringement of a right that the plaintiff has against the tortfeasor. Therefore, the law of torts relates

[12] ZIMMERMANN, *supra* note 2, at 907.

[13] ROBERT STEVENS, Torts and Rights 2 (2007).

to the secondary obligations resulting from violating primary rights. The main focus of tort law is the infringement of such rights, not the infliction of a loss.[14]

Nevertheless, Roberts has not defined loss, a posture mimicked by many commentators. Furthermore, by arguing that the rights model is adequate both for torts that are actionable *per se* and those that require another element, he has placed emphasis on a defendant's duty of care rather than on a victim's loss. This approach may render a general conceptualization of harm or loss impossible, as every tort has a unique set of rules and standards.

However, some commentators have argued that the issue of liability can change depending on the standard and the importance of the loss. A prime example is the tort of negligence. The traditional understanding is that liability in negligence is based on the fact that the tortfeasor breached a duty of care. However, McBride has theorized that the tort of negligence can be approached from two angles. The first proposes that parties do not have a duty of care but rather a duty to pay damages if they fail to perform that care. McBride has called this the "cynical view" of duties of care in negligence.[15] By contrast, the second angle argues that parties who obligate themselves to conduct or refrain from performing an act have to fulfill that obligation, and failure to do so yields a secondary to pay damages emerges.[16] McBride has deemed this the "idealist view" of duties of care.

In the specific case of the tort of negligence, McBride has argued that to those who adopt the idealist view, liability is based on a wrong, *i.e.*, an individual is liable because the victim suffered a loss that

---

[14] Ibid.

[15] Nicholas J. McBride, *Duties of Care – Do they Really Exist?*, 24(3) Oxford Journal of Legal Studies 417, 420 (2004) (U.K).

[16] *Id.* at 421.

resulted from a breach of the duty of care.[17] By contrast, those who maintain the cynical view believe it is possible to explain the law of negligence without relying on the concept of duty of care. According to McBride, a cynic would indicate that an individual should be held liable for negligence if, by acting unreasonably, their actions caused another person to suffer some loss, and the law does not provide any defense.[18] Furthermore, he has asserted that the cynical view dictates that the court's inquiry into whether a duty of care has been breached is really a question of whether there is any reason the defendant should not be held liable.[19]

Jansen advances this idea further by incorporating an analysis of civil law and presenting two ways to approach the issue of liability under negligence: either an individual is liable because of a breach of legal duty, or liability is based on the wrongdoer's responsibility for a particular outcome.[20] In addition, he highlights how English common law approaches the discussion through various losses, while Germany requires the infringement of a protected right, and Italy demands that the loss be unjust. By contrast, the French model rejects these approaches and employs the ideas of damage, fault, and causation to assess liability.[21]

Recently, discussions have engaged with the idea of a more abstract concept. Nolan has defined damage as the following:

> *[A] certain kind of interference with a person's protected interests – typically and paradigmatically either bodily or mental injury, or an impairment of the value or utility of*

[17] *Id.* at 422.

[18] *Id.* at 423.

[19] *Id.* at 424.

[20] Nils Jansen, *Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability,* 24(3) Oxford Journal of Legal Studies 443, 443(2004)(U.K.).

[21] *Id.* at 444.

property – such as would ground a claim in negligence" and loss as a "*an abstract concept of being worse off', such that the suffering of a loss amounts to a 'detrimental difference' to the person who suffers it.*[22]

He has also presented a reason for a concept of damages under a right-based analysis of the law of negligence:

[T]he existence of the duty to act with reasonable care that (on this view) underpins negligence law depends on showing that it was reasonably foreseeable that the defendant's actions would result in the claimant suffering (as appropriate) physical injury or psychiatric illness, or damage to property in which the claimant had a sufficient interest at the time it was damaged.[23]

To Nolan, this confusion of terms also causes disorientation regarding the law of negligence. He specifies that damage refers to the wrong in some cases, stating that "*this kind of usage is to be deprecated, as when 'damage' is collapsed into 'wrong', the utility of the damage concept as a distinct element of the cause of action for negligence is lost.*" [24] Furthermore, damage under the law of negligence implies that there is a victim. Cases of personal injury do not present much of a problem, as the damage results from the defendant's conduct.

However, he has clarified in cases of property damage:

[T]he need to establish this connection between claimant and damage requires us to show not only that a particular item of property has suffered 'damage', in the sense of an impairment of its utility or value, but also that the claimant has a certain kind of right in the property in question.

Nolan ultimately concluded that "*[i]n everyday parlance, we can*

[22] Donal Nolan, *Rights, Damages and Loss,* 36 (3) Oxford Journal of Legal Studies 1, 2 (2016).

[23] *Id.* at 4.

[24] *Id.* at 6.

certainly say that the claimant's body or car has been 'damaged', but the damage that grounds a negligence claim is the more intangible notion of a certain kind of interference with a person's protected interests."

This paper does not analyze the intricacies of the right-based analysis of negligence law, as that is another legal area of its own. Nevertheless, Nolan's argument is not found in the common law of torts at large. Furthermore, the fact that it is an argument regarding the law of negligence potentially indicates that these types of non-limited liability clauses are more hospitable to a general theory of harm than those based on specific conducts or the infringement of absolute rights. For a more traditional approach, the figure of "damages" is perhaps an adequate reference. Each type of damages, from compensatory to punitive, seeks to remedy the victim's losses. Therefore, a legal loss can be defined by its remedy rather than by a set of abstract and general principles that enshrine logical rules.

Under De Cupis's analysis of harm, in these types of systems, both material and formal elements of harm converge within a single event. The law of torts or an exhaustive list of rights suggests that an aggressor's conduct in and of itself is the standard to guide the measurement of the loss. Particularly when considering intentional torts, such as battery, assault, or intentional infliction of emotional distress, the discovery of a general concept of harm or loss seems impossible. After all, these torts mainly focus on the conduct of the tortfeasor rather than the loss suffered by the victim as grounds for establishing liability.

Ⅱ. REDRESSABLE LOSSES IN CIVIL LAW

In Civil Law jurisdictions, the most basic characteristic of a protected interest is that it is a human interest.[25] As such, the well-

[25] De Cupis, *supra* note 5, at 109.

being of a human individual supersedes an animal's interest in its own life. However, for an interest to be legally relevant, the law must provide a remedy in the event of an infringement.

De Cupis argued that one must understand the concept of "asset" to understand the concept of interest. Accordingly, an asset is anything that can satisfy a necessity, with said necessity being a requirement or need that arises from the lack of a particular asset.[26] He cited two main theories that aim to explain the concept of interest under that background. The first theory considers interests as a valuation of an asset concerning a need. The second theory posits that interest is the objective measure of the relation between the subject of the need and the object capable of satisfying that need.[27]

Carneluti has rejected the first theory, as legal rules do not protect the subjective valuation that an individual grants to an asset[28] because the victim retains the valuation that the asset provided, even in cases where harm has occurred. In other words, since the interest, in this case, is an intellectual endeavor, a particular asset's value derives from the individual's consciousness. The harm cannot affect this consciousness, so it cannot be legally protected.

Nevertheless, continental Civil Law has adopted two approaches to the matter of redressable losses. Although the term Civil Law is used to refer to both French and German legal traditions, these traditions employ starkly different approaches to the concepts of harm and loss. This section briefly discusses the background of codification processes and how they have influenced the law of delicts in each system. It also briefly introduces how these two legal traditions approach the concepts of harm and loss. As such, this section is not a

---

[26] Ibid. However, De Cupis uses the term *bene* or *bien* which denotes not only material assets but also inmaterial interests.

[27] De Cupis, *supra* note 5, at 110.

[28] Francesco Carnelutti, Il Danno e il Reato 12 (1926) (It.).

review of the elements of delictual liability; however, it briefly addresses them to provide clarification.

A. THE FRENCH METHOD

The French *Code* is the product of the ideology of the French Revolution. Merryman and Pérez-Perdomo explain that:

> *The rampant rationalism of the time also had an important effect on French codification… The assumption that, by reasoning from basic premises established by the thinker of the secular natural law school, one could derive a legal system that would meet the needs of the new society and government.*[29]

Therefore, the *Code* was never intended as a legal tool for lawyers and judges. Instead, it was written with the French people in mind.

Merryman and Pérez-Perdomo further state:

> *There was a desire for a legal system that was simple, non-technical and straightforward- one in which the technicality and complication commonly blamed on lawyers could be avoided. One way to do this was to state the law clearly in a straightforward fashion, so that ordinary citizen could read the law and understand what their rights and obligations were…"* [30]

This desire for simplicity is apparent in the text of Article 1382 of the *Code,*[31] which is the primary provision governing delictual liability.

---

[29] JOHN H. MERRYMAN & ROGELIO PÉREZ-PERDOMO, The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America- 29 (3rd ed., 2007).

[30] Ibid.

[31] Article 1382: 'Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive, à le réparer'

"Any act of man, which causes damages to another, shall oblige the person by whose fault it occurred to repair it"

Translation from: https://www.biicl.org/files/730_introduction_to_french_tort_law.pdf.

No legal qualifications or technical terms, except maybe fault, could confuse a reader about the general principle the statute enshrines.

However, this also means that the concept of *dommage* can be construed broadly, as there is no statutory limit; hence, creating a situation in which *dommage* is any decrease of a favorable position. Therefore, legally relevant criteria must be set for a loss to be considered certain. The simplicity of the general clause requires that lawyers and judges compose a standard for approving or denying the compensation of a loss. These rules, developed per traditional legal thinking, are general principles applied to any number of factual situations.

Furthermore, the issue of intent does not influence the existence of liability as much as it is an issue of causation or remoteness under English law.[32] Except in some instances, such as abuse of rights, negligence is sufficient to support most claims.[33] In this regard, it seems dubious that non-specialists could comprehend some of these concepts' intricacies. Ironically, the simplicity of the *Code* invited the technicality that the French drafters endeavored so strongly to avoid. In this case, as De Cupis explained, the formal elements of loss are not limited to the legal norm expressed by law; instead, they also include legal doctrines that support and expand the formal law.

The rules that guide the examination of losses to determine if reparations are justifiable are known as "characteristics of redressable loss" (*les caractères du préjudice réparable*). Cadiet[34] explains that,

---

[32] David Howarth, The General Conditions of Unlawfulness, *in* Towards a European Civil Code 845, 862 (Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak, Perron eds. 4ed. 2011).

[33] Cees Van Dam, European Tort Law 226 (2ed., 2013).

[34] Loic Cadiet, *Les Métamorphosis Du Préjudice, in* Les métamorphoses de la responsabilité: sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997 / [colloque commum aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers] 39 (1997)

traditionally, a loss must have subjective elements to be considered legally significant – *i.e.*, it must be personal and legitimate. A legal loss must also have objective elements, *i.e.*, it must be direct and certain. There are some variations in wording, but these criteria are generally accepted.[35]

The certainty of loss in this regard entails that the loss must be real, not hypothetical.[36] [37] A future or eventual loss, *i.e.*, one that has yet to materialize but is expected to do so, is also considered certain. Accordingly, losses that might not occur are not compensated for, even if they are possible.[38] A loss is direct when it results from a harmful act or event. This criterion engages with causality and addresses problems arising from establishing a causal link between the plaintiff's action and the victim's loss. Finally, the subjective elements of loss refer to its legal value, *i.e.*, the importance a society places on protecting such interests. This value has to do with substantive law and customs and sources of law in general. It is deeply rooted in the concept of unlawfulness of any particular system.

Those abstract rules do not involve the quantification of the loss. Instead, their main objective is to create a method for determining when a specific loss warrants liability. The existence and quantification of loss are, therefore, two separate elements, which in turn are treated in different manners, as illustrated by the use of the terms *dommage*

(Fr.).

[35] Philippe Le Tourneau & Loic Cadiet, Droit de la Responsabilité et des Contrats (2000) (Fr.).

Henri Mazeud, Leon Mazeud & André Tunc, Lecons de Droit Civil – Obligations Théorie Générale (Francois Chabas ed. 8ed., 1991) (Fr.).

[36] Alain Benavent, Droit Civil – Les Obligations – 467 (10 ed., 2005) (Fr.).

[37] However, this requirement is not as strict as it might seem ar first, as Le Torneau mentions "car la certitude n'est pas de ce monde".

[38] Manuella Bourassin, Droit des Obligations – La Responsabilité Civile Extracontractuelle– (2nd ed., 2014) (Fr.).

for the harm or loss and *dommages-intérêts* for the actual monetary awards. This division is aligned with the basis of the system, as focusing on quantification before determining if a loss deserves compensation would require an exhaustive list of losses to ensure coherency. It would also contradict the influence under which the *Code* was drafted. The French method is then a set of rules that aim to provide the means to discover which of the many daily losses that individuals suffer should be legally protected without explicitly limiting a victim's claims.

B. THE GERMAN METHOD

German legal tradition has arguably dictated clear and specific rules since before the advent of the modern German nation.[39] Modern German legal culture is fond of legal order to the point that commentaries by German legal scholars have been likened to descending a pyramid composed of a significant number of sub-sections.[40] Perhaps the primary difference between the French *Code* and the BGB, at least from a historical point of view, is their intended public. The German code was not written with the German people in mind. Rather, it was a product of the historical school of jurisprudence. It is historically oriented, scientific, and rational[41], and was written for an audience of law professionals.

Merrymann and Pérez-Perdomo have explained that *"the idea that the law should be clear and simple so that it could be correctly understood and applied by the popular reader was expressly rejected."* [42] The BGB is not the result of abstraction or examining the natural and

---

[39] Frederick the Great's Landrecth of 1794 had more than seventeen thousand provisions.

[40] Van Dam, *supra* note 33, at 149.

[41] Merryman & Perdomo, *supra* note 29, at 31.

[42] *Id*. at 32.

secular world for general concepts. It was designed to be systematic and scientific to a degree rejected by the French drafter, and the effects are apparent in the law of delict.

In contrast to the French general clause, itself a result of the development of fault-based liability during the 19th century, the Pandectists advocated for a return to the limited scope of aquilian liability that existed in Roman law.[43] Consequently, Article 823 of the BGB only lists specific protected rights that, if infringed upon, can render an individual liable for damages. Zimmermann[44] posits that *"the German law of delicts does not protect a person's property at large,"* which in turn means that some losses, such as pure economic loss, can only be addressed under contract law, as they are not among Article 823's protected absolute rights.[45]

Four requirements must be satisfied to file an action under Article 823 of the BGB: first, the violation of one of the enumerated rights; second, such interference must be unlawful; third, it must be culpable; and fourth, there must be a causal link between the defendant's conduct and the victim's harm.[46] Among the elements of civil liability, the infringement of one of the enumerated legal rights has replaced the emergence of a loss.

Under that premise, the idea of a general theory of harm that dictates a set of abstract rules to apply to different situations becomes purposeless and immediately disappears. The drafters of the BGB had a specific type of loss in mind when redacting those rules. Although the legal science of the 19th century influenced the BGB, the drafters

---

[43] ZIMMERMANN, *supra* note 2, at 1036.

[44] *Id.* at 905.

[45] Francesco Paresi *et al.*, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, 27 International Review of Law and Economics 29, 32 (2007).

[46] B. S. MARKESINIS & HANNES UNBERATH, The German Law of Torts: A Comparative Treatise 43 (2002).

were opposed to defining harm or loss.[47] The result is a system in which legal remedies for a victim are restricted to the specific cases listed in the BGB, *i.e.*, rights to life, bodily integrity, health, freedom, and property. The last clause, concerning other rights, is related to the concept of *Rechtswidrigkeit* and serves to limit liability. Therefore, it was unnecessary to devote energy or time to creating an abstract concept of harm or identify its differences with the idea of loss. Furthermore, during the late 19th century in Germany, the only type of loss of legal importance was that which could be subject to economic valuation.

These factors led to the implementation of the *Differenztheorie* developed by Mommsen, under which damages are purely compensatory.[48] This theory identifies recoverable loss as the difference between a plaintiff's position after an unlawful act and what it would have been without the occurrence of that act. Zimmermann has asserted that "*[s]ince, as a rule, only material damages are recoverable, this involves a comparison of the actual value of the plaintiff's assets after the damaging event with their hypothetical value*

---

[47] Mina Wakabayashi, *Hotekina Gainen toshite「Songai」no Imi – Doitsu Ho ni okeru Hanrei no Kento wo Chushin ni (1)*, 248 Ritsumeikan Law Review 108, 119 (1996) (Japan).

[48] Nils Jansen, *Developing Legal Doctrine – Fault in the German law of Delict–, in* The Development and Making of Legal Doctrine 96 (Nils Jansen ed., 2014).

For a more in depth look at the historic development of the concept of harm in Germany:

Mina Wakabayashi, *Hotekina Gainen toshite「Songai」no Imi – Doitsu Ho ni okeru Hanrei no Kento wo Chushin ni (1)*, 248 Ritsumeikan Law Review 108 (1996) (Japan), Mina Wakabayashi, *Hotekina Gainen toshite「Songai」no Imi – Doitsu Ho ni okeru Hanrei no Kento wo Chushin ni (2)*, 251 Ritsumeikan Law Review 105 (1997) (Japan), Mina Wakabayashi, *Hotekina Gainen toshite「Songai」no Imi – Doitsu Ho ni okeru Hanrei no Kento wo Chushin ni (3)*, 252 Ritsumeikan Law Review 63 (1997) (Japan).

established on the assumption that this event had not occurred." [49]

However, since the primary purpose of the *Differenztheorie* is to quantify the loss rather than define it, German legal tradition arguably allows for the concepts of legal harm and loss to be construed as synonymous. Furthermore, by providing a list of legal interests that must be infringed upon for liability to arise, harm and loss have already been granted statutory relevance. Therefore, the application of *Differenztheorie* is rational in the context that such a valuation of legal interests in a monetary fashion takes precedence over their definition. The loss suffered by the victim refers to a specific type of infringement and is unlawful by the very nature of that infringement. It is further arguable that De Cupis's model presents the material and formal elements of harm as equivalent under German law.

So far, the discussion has centered on distinguishing harm and loss as two discrete concepts. However, at least from a legal perspective, this is arguably only possible or necessary in Civil Law countries that follow a general clause system. The case is much weaker for the German system, where legally protected rights are listed and the courts are not concerned with identifying new losses to redress, as these interests have been assigned a clear position and value within the legal system.

Ⅲ. UNLAWFULNESS

Having established how the philosophies behind codification processes influenced the ideas of harm and loss in France and Germany, the next step is to analyze the concept of unlawfulness. Although the importance of unlawfulness is the same in both systems, the different approaches yield somewhat varied results. Unlawfulness is an essential element under the Civil Law delictual liability system.

[49] ZIMMERMANN, *supra* note 2, at 824.

However, most codes do not explicitly state that an unlawful action or loss must occur to entitle the victim to a claim.[50] In modern times, the unlawfulness requirement is the result of studies of the German Pandectist movement during the late 19th century to express that not every harmful conduct leads to liability.[51] However, even before the promulgation of the BGB, civil codes such as the Austrian Code of 1811 or the Swedish Code of 1881 had already employed language that required unlawfulness in the area of delictual liability.[52] In Roman law, the concept of *injuria* referenced an act against the law. Therefore, it was more similar to the modern idea of illegality than unlawfulness. However, with the advent of the *ius commune* the focus shifted from the illegality or unlawfulness of the act to negligence (*culpa*) or intent (*dolus*).[53]

Regardless, since the function and role of delictual and tort liability have changed from purely punitive to compensatory, the standard of unlawfulness under negligence and intent have also transformed to reflect this change more accurately. This transformation consisted of a shift that can be observed in the three-way division of the concept of negligence that is present in some Latin American codes and the standard proposed by Judge Learned Hand in the Common Law. The French *Code* spearheaded this approach, which replaced the concept of *injuria* with the idea of *culpa,*[54] a stance that most of the countries influenced by the *Code* have followed.

---

[50] There are some exceptions to this trend, the better-known being Article 823 of the German BGB. However, Article 2043 of the Italian Civil Code, Article 438.1 of the Portuguese Civil Code as well as Article 6:162 of the Dutch Civil Code all clearly state that unlawfulness is a necessary element.

[51] Van Dam, *supra* note 33, at 138.

[52] Martín García-Ripoll Montijano, *La Antijuridicidad como Requisito de la Responsabilidad Civil*, 66 Anuario de Derecho Civil 1503, 1505 (2013) (Spain).

[53] *Id.* at 1508.

[54] *Id.* at 1509.

With the enactment of the BGB, the discussion turned to the necessity of the concept of unlawfulness. Montijano[55] has argued that there is a schism in Civil Law scholarship regarding unlawfulness, with most scholars asserting that unlawfulness refers to the result, not the conduct. Von Hippel, quoted by Petrocelli, has distinguished between these two views by recognizing that unlawfulness was a disapproval of a certain event, while *culpa* was a disapproval of the individual who caused it.[56]

By contrast, although Civil Law countries under the French model still approach unlawfulness from the standpoint of the aggressor's act, they tend to put more emphasis on the loss suffered by the victim.[57] This raises the question of defining an unlawful act, and whether such an act is sufficient on its own to invoke civil liability. Nevertheless, it is clear that unlawfulness is an element of delictual liability that serves as a judging standard under which to determine if a certain individual is required to repair the loss of a victim. The discussion is not only theoretical or philosophical. Countries such as Spain have limitations on liability for breach of contract that depend on whether the breach was the result of negligence or intent. Under common law, some

---

[55] *Id.* at 1520. According to Montijano, the language of Article 823 does not allow for unlawfulness to refer to the conduct. He does present the arguments of von Caemmerer, who proposes that the unlawfulness of the result only applies to those cases described in Article 823.1, while in any other case, the unlawfulness will refer to the act. Furthermore, Montijano argues that this issue is not exclusive to the German BGB. Austria and the Netherlands consider that the unlawfulness refers to the act, as only human acts can go against legal norms. In Sweden and Portugal, the requirement refers to the result.

[56] Biagio Petrocelli, *La Antijuricidad (Segunda Parte)*, 46 Revista de la Facultad de Derecho de México 288, 289 (José Luis Pérez Hernández trans., 1962)(Mex.).

[57] Diez-Picazo when referring to Spanish law, has noted that the study of delictual liability is not the study of the act of the defendant, but of the loss suffered by the victim. Luis Díez-Picazo, Derecho de Daños 290-291 (1999)(Spain).

actions, such as battery, assault, or intentional infliction of emotional distress, are entirely dependent on whether the defendant acted in a particular manner, rather than the actual loss suffered by the victim.

Language is important element in the discussion. The distinction between an illegal act and an unlawful act goes beyond a simple problem of semantics and can affect the logic of the system as a whole. An illegal act, *i.e.*, one that defies a clear legal prohibition, is usually met with punishment regardless of the existence of a victim. The mere contravention of the law suffices to warrant a response. Hence, a civil liability system that demands illegality as a requirement would have to either depend on a *renvoi* to another law or specifically list the types of acts, injuries, or losses that, when produced, could be considered illegal. Unlawfulness, on the other hand, is a much broader concept, as it does not necessarily require a prohibition, but is nevertheless contingent on a set of rules and standards that are much more basic than law as a formal instrument of government.

A. THE CONCEPT OF UNLAWFULNESS

A certain degree of clarification is needed before discussing the concept of unlawfulness. As mentioned above, unlawfulness has been used to qualify the act committed by a defendant. However, understanding unlawfulness under comparative law requires more than a superficial knowledge of legal terms. As Fletcher and Sheppard have explained:

> *The term* Rechtswidrigkeit *in German* (antijuridicidad *in Spanish,* antiguirdicita *in Italian*) *is construed of the following three parts: (*Recht *or Law)+(anti)+(ness). The temptation is to translate this term as anti-law-ness, or 'unlawfulness'; the problem, of course, is the difficulty of translating* Recht *as law.*[58]

[58] George P. Fletcher & Steve Sheppard, American Law in a Global Context:

They correctly assert that *Recht* includes the law as a formal legal rule and a higher sense of morally binding principle. Therefore, they argue, the term wrongfulness is better suited to express the idea of *Rechtswidrigkeit,* as wrong is the opposite of right.[59] Furthermore, the issue with the term unlawfulness – at least to a Common Law lawyer – lies in the fact that under Common Law, the law, or rather statutory law, is narrowly construed as the formal legal rules established by the legislature.[60]

By contrast, De Cupis observed that under Civil Law, concepts of harm and loss are broad in the sense that they include a multitude of physical phenomena but only those that are the result of an "unlawful" action that should be granted a legal remedy.[61] This interpretation commands an understanding of what "unlawfulness" entails. According to De Cupis, unlawfulness refers to something against the law.[62] Thus, an exact knowledge of the law is required to determine whether something is unlawful.

For De Cupis, *diritto* has three meanings.[63] The first refers to the legal rules that form a particular system, not limited to the law as promulgated by a legislature, but also includes other legally binding rules, regardless of their origin (*diritto oggetivo*). The second meaning regards the specific right of an individual to request remedy through the law, *i.e.*, to require third parties to comply with a certain standard

---

The Basics 56 (2005).

[59] Ibid.

[60] Ibid.

[61] De Cupis, *supra* note 5, at 84.

[62] Language plays a very important role in De Cupis argument. The word he uses is *diritto*, which has many different connotations depending on context. However, when translated into other languages, such as English or Japanese, this concept becomes law or *horitsu*, which by their very nature are more restrictive.

[63] De Cupis, *supra* note 5, at 84.

of conduct (*diritto soggetivo*). Finally, the third meaning concerns the law and legal subject of study.

Furthermore, the main goal of the *diritto oggetivo* is to allow for the coordination of opposing interests within a society, providing a solution for potential conflicts by establishing supra-existential criteria for human acts. From this, De Cupis concluded that unlawfulness is the recognition, under the dominant social conscience, granted by legal rules to a particular interest when compared to another.[64] Therefore, the distinction between illegal, unlawful, just, and unjust depends on the valuation method determined by the legal rules themselves.

This is a broad approach to unlawfulness in the sense that unlike an illegal act, which is by definition one that disobeys an explicit legal prohibition, an act might be unlawful even if there is no explicit statute that declares it so. Furthermore, under the concept of *diritto oggetivo*, the question arises of whether legal rules can indeed regulate every aspect of human life, at least from a social perspective.

De Cupis has argued that for any harm or loss that arises from an act to be unlawful, the act in question must be legally relevant and violate a legal rule.[65] Only then can that harm or loss be considered to have legal relevance. Finally, De Cupis stated that unlawfulness can also refer to the infringement of a subjective right. However, in these cases, since an explicit legal rule protects rights, the infringement of a subjective right is inherently an infringement of the *diritto oggetivo*.[66]

De Cupis's argument is instrumental in understanding the concept of unlawfulness under codes that do not explicitly establish it as a requirement. As mentioned, De Cupis has advocated for harm and loss to be considered from both material and formal perspectives, the latter being the legal norms. Therefore, unlawfulness is a formal element of

---

[64] *Id.* at 85.

[65] De Cupis, *supra* note 5, at 86.

[66] *Id.* at 86, 88.

harm and loss that does not need to be expressly established but is nevertheless a *sine qua non* reality of these two concepts. Even if the French *Code* does not utilize the term, it is implicit either in the fact that whoever causes a loss must repair it or under the broader legal principle of *alterum non laedere*.

However, Common Law presents a more difficult challenge even if unlawfulness can be explained under the French system using the above abstract methodology. In discussing the feasibility of a European Civil Code, David Howarth has addressed the concept of unlawfulness:

> *[T]he most prominent example is the German (BGB), with its requirement that the defendant's act be* widerrechtlich, *or if intentional and not otherwise prohibited,* gegen die guten sitten. *In England the position is similar, at least according to the conventional view that defendants must be found to have been subject to a 'duty of care', that is, they can only be liable if they are subject to a legal duty which they have breached. In such systems, the question of lawfulness is often connected with the question of the kinds of interest the law protects against interference, but it is also connected with the questions of liability for omissions, immunities from suit and the liability of public authorities.*[67]

[67] HOWARTH, *supra* note 32, at 845.

However, Howarth's mainly proposes a standard under which liability could be limited or controlled. In this sense, his opposition to the unlawfulness requirement is based on the argument that if unlawful means in violation to protected interests, it does not capture the full range of arguments for excluding the possibility of liability. If the term is used to mean "not justified by some other rule of law that allows the conduct no matter how faulty," the issue is the nature of such rule. If the rule is decided by the courts, the meaning of unlawful would be empty. If it is established in the code, it would be too inflexible. Finally, he critiques the Italian systems of "unjust" as leading to a protected interest approach. *Id*. at 877.

He has further stated:

> *In German law the main method for limiting liability is that conduct is not said to be unlawful unless it violates one of a set of specified protected interest listed in the code. In English law the courts have developed a much broader method of saying that there should be no duty of care unless it is 'just, fair and reasonable' that there should be such a duty. The German method leads to pressure to extend liability by widening the meaning of the listed interests or by adding examples to the final clause that recognizes 'other interests'. The English method, in contrast, has allowed the courts to develop an extraordinary creative negativity, for it means that there is no logical end to the reasons –economic, constitutional or pragmatic– that can be giving for denying liability.*[68]

The issue with Howarth's view is that it limits the meaning of unlawfulness to either the statutory language or an established duty. His argument that the French *Code* does not include an unlawful requirement and addresses everything within the concepts of fault, causation, and damages limits the issue to the existence of a word rather than viewing under the broader meaning of unlawfulness.

Specifically, regarding the idea of "wrongfulness" under English common law, Rogers has attested that the relationship between torts and wrongfulness is not simple. As the law of civil wrongs, tort law is thoroughly linked to the concept of wrongfulness. Nevertheless, a definition such as "torts are wrongful acts" does not convey which elements constitute wrongfulness.[69] Rogers has admitted that wrongfulness is compatible with Common Law, at least at an abstract level, as every system includes certain losses that do not grant a claim

---

[68] *Id.* at 846.

[69] W.V. Horton Rogers, *Wrongfulness Under English Tort Law, in* Unification of Tort Law: Wrongfulness 39 (H. Koziol ed., 1998).

for damages to a victim.[70] In this regard, he has followed the same approach as Howarth in defining wrongfulness (unlawfulness) as an instrument to limit liability. Roger has presented the example of wrongfulness in the case of negligence, admitting that the statement "it is wrongful to cause harm by negligence" is useful for providing a citizen with a general idea of tort law. However, it would not be adequate to provide a cause of action.[71]

Roger has argued that under common law, this is the only accurate statement:

> *Negligence causing harm is wrongful where there has been a breach of a duty of care recognized by the law in situations of that type (this duty being a complex [sic] based upon fairness, reasonableness and 'justice', and the nature of the interest in respect of which the protection is claimed).*[72]

Regardless of whether it refers to the act or result, Civil Law scholarship has acknowledged the existence of the concept of unlawfulness. However, some commentators have argued that unlawfulness is a concept that cannot possibly exist. Sessarego's[73] stance is particularly unique. He has opined[74] that there is nothing that can be considered truly unlawful, as every human act – from a simple greeting to causing injury to another – can be classified as just and allowed, or unjust and prohibited. Therefore, all human conduct must conform to a legal rule, *i.e.*, "lawful."[75]

---

[70] *Id.* at 40.

[71] *Id.* at 41.

[72] *Id.* at 41.

[73] Carlos. Fernández Sessarego, *La "Antijuridicidad" como Problema* available at http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_10.PDF.

[74] *Id.* at 4.

[75] The term is "*jurídico*." However, in this context, it is used to mean "conforming to a legal rule." The English term "lawful," while not completely

Sessarego notes that legal norms regulate every human conduct in one way or another, so the idea of unlawfulness, *i.e.*, something that opposes such standards, is not possible. An unlawful act, he has argued, would require human conducts not the subject of any legal norm[76], *i.e.*, that is neither allowed nor prohibited. Whether Sessarego's approach is a simple semantic argument or a fundamental question of the philosophical elements of what is considered unlawful is far beyond the scope of this work. However, as De Cupis explained, since civil liability can be considered a loss to the aggressor, their actions would not be unlawful *per se* in the sense that they infringe upon a legal rule. This is because the legal prohibition only establishes a sanction for whoever contravenes it, so the actor can choose to ignore it and suffer any retribution for such an act. According to Sessarego, this would be a "lawful" conduct; the main issue is whether it falls within the purview a specific or generic legal rule.

Nevertheless, the main critique of Sessarego's argument is that it utilizes the term unlawful in an untraditional manner. Especially under von Hippel's view, where unlawfulness refers to the reproachability of the event, the argument seems moot, as unlawfulness is then is a qualification that denotes a result or conduct that, to a certain degree, requires reparation.

B. UNLAWFUL ACT VS UNLAWFUL RESULT

Having briefly addressed the concept of unlawfulness, the next step is to determine how its interpretation might affect delictual liability. Therefore, this section addresses whether the element of unlawfulness should fall on the conduct or the result of that conduct. The argument is not semantic either. Even though it might seem that the result is the same, whether the unlawfulness refers to the

adequate, is used instead.

[76] Sessarego, *supra* note 73, at 6.

behavior, the outcome, or both will serve as a basis for liability.

The original issue can be traced back to a discussion that took place in the second half of the 19th century between Jhering and Adolf Merkel, who were influenced by the ideas of Hegel.[77] [78] Merkel, opposing Hegel's concept of unlawfulness, argued:

> *When we set up private unlawfulness against the criminal one, we should not think of a grading of unlawful behaviors—since a lot of legal infringements, as, for instance, the majority of patrimonial damages appear both as criminal and private unlawfulness–but in a distinction of the legal consequences of the unlawfulness, that is to say, in different aspects of legal liability that can be founded in unlawful behavior.*[79]

Furthermore, Merkles posited that unlawfulness contains two elements: firstly, a breach of universal will, which in turn is defined objectively by the law, and secondly, the accountability of the actor, which he deemed of utmost importance. He then defined law as the following:

---

[77] Montijano, *supra* note 52, at 1517–1518.

[78] In regard to unlawfulness (*Unrecht*), Hegel made a distinction between unintentional wrongs (*unbefangen*), deception (*betrug*), and crime (*verbrechen*). When acting under the concept of *unbenfangen*, the actor was not opposing a legal rule, but rather was under the impression of acting according to it, *e.g.*, two plaintiffs arguing for the ownership of an object. *Betrug*, on the other hand, implies that the actor understands that the action goes against the universal will by making the other party believe that such an act is lawful. Finally, in the case of *verbrechen*, it supposes the clear intent of the actor of violently infringing both the general universal will and particular will of an individual. Therefore, being a true unlawful act, it falls under the rules of criminal law. G.W.F. HEGEL, Elements of the Philosophy of Right 115–121(Allen W. Wood ed., H.B. Nisbet trans., 1991).

[79] Martín García-Ripoll, *Unlawfulness in Western European Tort Law*, Open Access Library Journal, 2: e1605. http://dx.doi.org/10.4236/oalib.1101605 2 (2015).

> *[A] set of legal commands and prohibitions; unlawfulness, thus, as the breach of such orders and prohibitions. But these commands are directed at the will of an imputable human being… Hence, the infringement of law is due to an offender's infringement of his duty. But there are only duties for imputable human beings and they are measured according to their capacities. There is no duty to fulfill what is impossible for the human being, or to prevent and avoid what is unavoidable. Consequently, there can be no legal infringement in not preventing and not avoiding.*[80]

Meanwhile, Jhering argued that unlawfulness should not apply to a specific conduct. He cited the example of a thief and a possessor in good faith of a third party's property. In the latter case, there is no need to discuss the reproachability of the possessor's conduct; it is simply a discussion of who is the true owner. On the other hand, any claim against the thief depends solely on the reproachability of their conduct – the crime – as there is no theft without intent.[81]

The distinction engages with the terms illegal and unlawful and the fact that they are not synonyms. However, illegal conducts are unlawful, whereas the opposite is not necessarily true. An illegal act, such as those prohibited by criminal law, is subject to a vastly different set of rules and standards than those in civil cases. First and foremost, through the limit it imposes on individual liberties, by declaring an act illegal, the law effectively and directly restricts particular behaviors. In this regard, by limiting protected rights, the BGB is arguably establishing the idea of illegality rather than unlawfulness. However, as previously mentioned, *Rechtswidrigkeit* is broader than a simple contravention of formal law.

---

[80] Ibid.

[81] Ibid. However, it is important to note that both Merkel and Jhering mainly refer to intentional acts, or rather, the intent to infringe on a legal rule.

As similar argument can be made for unlawfulness. By proclaiming an act unlawful *per se* in the case of civil liability, the courts effectively limit an individual's and society's actions, regardless of whether any actual loss arises from such behaviors. This limitation, in effect, contradicts the reparatory nature of civil liability. However, it provides a certain degree of legal stability, as the widespread adoption of a specific interpretation would change the nature of the conduct from unlawful to illegal. Nevertheless, in contrast with criminal liability, the issue remains that including the requirement of an unlawful conduct in civil liability cases confronts individuals with the fact that specific behaviors will result in a legal punishment without offering any accurate means of determining the extent of that punishment beforehand. Furthermore, since whoever performs an unlawful conduct should repair it, it would arguably be much harder to limit liability through rules of civil procedure without other clear rules that establish limitations.

However, perhaps the most convincing support for the unlawfulness of the result is the fact that civil liability requires the existence of a victim. Regardless of the nature of an act, it does exist in the eyes of civil law unless someone suffers a loss that warrants reparation. As the Spanish Supreme Tribunal[82] has noted, "*the unlawfulness of the loss disappears when there exists a justifying cause or when a cause excludes it, generating the legal obligation of withstanding the loss.*" When a loss ceases to be unlawful, it also causes the act to forgo that qualification, at least under the sphere of delictual liability. This is especially true under De Cupis's view that civil liability can be understood as a balance between two types of losses: the victim's and the aggressor's. Even if a defendant's behavior caused a loss for the victim, the defendant would not be liable unless such a loss surpasses a certain threshold. Key examples of this are

[82] S.T.S Oct. 18, 1999 RCyS, 2000-1206 (Spain).

cases that deal with abuse of rights. The defendant's conduct in these types of cases is neither illegal nor unlawful. Therefore, the decisive element is not the conduct but rather the loss suffered by the victim.

C. UNLAWFULNESS AND JUSTIFICATION CAUSES.

The Italian Civil Code does not require unlawfulness. Instead, it requires that the loss suffered by the victim must be "unjust" (*danno ingiusto*). Hence, liability requires another element besides fault,[83] in contrast with the second use of the word *danno* in Article 2043, which refers to economic losses suffered by a victim.[84] This concept mainly expresses that loss must be viewed in relation to the type of liability and its consequences and that no methods can define loss in all relevant situations.[85] However, an issue arises from the term, as the concept of just is inherently subjective.

Furthermore, an unjust loss could refer to the result of an unjust act, or the loss itself is considered unjust.[86] Discussions regarding the meaning of unjust have occupied the forefront of scholarship for years. Nevertheless, courts have simplified the term into two elements.[87]

---

[83] Aurelina Pera, *I Danno Inguisto, in* Il Danno Ingiusto, Responsabilità Precontrattuale E Responsabilità Speciali 19 (Luigi Viola, ed., 2007) (It.).

[84] 1 Massimo Franzoni, Trattato della Responsabilitá Civile L'illecito 61 (2ed., 2010) (It.).

[85] Christian Von Bar, Non-contractual Liability Arising Out of Samage Caused to Another 299 (2009).

[86] Marco Rodolfi, *La Responsabilità Civile Sinistri Stradali, Codice Delle Assicurazioni, Immissioni Ed Altri Fatti Illeciti* (2007) (It.).

Marcello Adriano Mazzola, *Responsabilità Civile Da Atti Leciti Dannosi* 83 (2007) (It.).

[87] Guido Alpa, *La Responsabilità Civile. Parte Generale* 358 (2010) (It.) Alpa calls into question the role of such a requirement under a general clause system, as these systems are characterized by flexibility. He argues that, theoretically, this requirement ´s only role is the classification of delictual liability.

Initially, Italian commentators followed the theories of the time, supporting the idea that the unjust requirement referred to the defendant's behavior. Therefore, the expression *danno ingiusto* resulted from the imprecise language in the provision, with the correct reading of Article 2043 conveying that any unjust act produces a loss.[88]

Critics of this theory relied on a literal reading of Article 2043, which suggested that the term unjust referred unequivocally to the harm, not the act. Furthermore, if the unjust requirement concerned the defendant's act, it would call into question the role of the fault requirement.[89] Therefore, scholars began attempting to define this new requirement, and the consensus dictated that unjust harm referred to the infringement of a legally protected interest.[90] By placing the unjust requirement in the loss itself, the Italian Civil Code refers to a legally protected interest, in which case justification causes become much more critical.

Courts have ruled that the expression "unjust" is composed of two elements. First, the loss must be *non iure*, *i.e.*, the result of an act that does not conform to law (*diritto*) or to which the law grants no justification cause.[91] This justification cause illustrate a comparison of opposing interests.[92] Under the Italian code, self-defense and emergencies are granted the status of justification causes.

However, cases concerning abuse of rights remain an issue, as the Italian Civil Code does not explicitly regulate the matter. Nevertheless, the traditional view is that exercising a right cannot be grounds for

---

[88] Paolo Franceschetti, La Responsabilità Civile 65 (2009) (It.).

[89] *Id.* at 66.

[90] *Ibid.*

[91] Rodolfi, *supra* note 86, at 6.

Gaetano Annunziata, La Responsabilità Civile e Le Fattispecie Di Responsabilità Presunta 15 (2008).

[92] Pera *supra* note 83, at 23.

liability under the Roman maxim *qui iure suno utitur neminem laedit.*[93] The solution lies in how the right is exercised, with losses only considered unjust – and therefore redressable – in cases where the right was exercised in an arbitrary or negligent manner.[94] De Cupis argued that in cases of abuse of rights, it cannot be said that the right is exercised in a reproachable manner, as exercising a right is a legal act.[95] Instead, losses resulting from that act must be considered unlawful, allowing for a claim for remedy.

The second requirement is that the loss must be *contra ius, i.e.*, it must affect a legally protected interest. Traditionally, scholars and courts held that legally protected rights under delictual liability were limited to absolute subjective rights,[96] such as property, bodily integrity, etc. This view was founded on the argument that delictual liability under the code was typified. Therefore, only those rights that could be opposed *erga omnes* were worthy of legal protection.[97]

In 1971, the Court of Cassation ruled on the matter in the famous Meroni Case.[98] Luigi Meroni was a soccer player for the Torino Football Club who died in a traffic accident. The club sought damages from the insurance company of the driver who struck Meroni. Under the traditional view, the protection granted by Article 2043 excluded rights *in personam*, such as contractual obligations. However, the Court reversed its position, reasoning that the term unjust under Article 2043 referred to a harm that was both *contra ius* and *non iure*.

Furthermore, the Court held that this principle did not distinguish between absolute and relative rights. Therefore, the club's relative

---

[93] *Id.* at 21.

[94] Rodolfi, *supra* note 86, at 6.

[95] De Cupis, *supra* note 5, at 104.

[96] Pera, *supra* note 83, at 22.

[97] *Id.* at 23.

[98] Cass., sez. un., 26 gennaio 1971 no. 174 (It.).

rights, i.e., the contractual relations with Meroni or, as the Court expressed, a credit right, should be protected. However, the discussion then shifts from the nature of the rights *in personam* to the issue of causation.

This dual approach by the Italian courts can be applied to any system, regardless of explicit language that requires unlawfulness. An unlawful loss indicates a loss that the victim has no legal obligation to withstand.[99] Justification causes, such as self-defense, *force majeure*, exercising a legal right, etc., can therefore be construed as establishing the victim's legal obligation to shoulder the loss.

Ⅳ. SUMMARY

Loss as an element of delictual liability occupies center stage in most Civil Law countries, especially those influenced by the French *Code*. However, as De Cupis's theories demonstrated, harm and loss are concepts not limited to statutory rules, but rather more deeply rooted in basic societal rules that form the background of any civil liability system. These are visible in how Common Law and Civil Law approach the issue. Particularly in the case of the latter, the difference in approach taken during the codification process to follow the social ideas that marked each era produced two codes that, while similar in their roots, nevertheless adopted different views on the matter of loss. Regardless, both the *Code* and the BGB adhere to De Cupis's model, as both codes require material elements, a legal act, and a formal element, which entails the obligation to repair the loss in the *Code* and the list of legal interests in the BGB.

---

[99] Deissy Motta Castaño & Diego Baracaldo Amaya, Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Colombiano por la Violación a los Derechos Humanos 6 (2010)(Colom.). Referring to the liability of the Colombian State under the text of Article 90 of the Colombian Constitution.

However, as not every loss is legally protected, only those that meet specific criteria will grant a victim remedy. The most basic criteria are that established by the common law system of actions, as in many cases, they focus on the tortfeasor's conduct over the loss suffered by the victim. The BGB exhibits a similar pattern, limiting the number of legal losses that warrant a claim. On the other hand, the French model is the broadest, as any loss can, in theory, be the basis for a suit. Thus, the main issue is whether or not the loss is considered redressable.

It is in these cases that the element of unlawfulness emerges. Unlawfulness's primary goal is to limit the circumstances in which an individual is liable to another for any loss. However, confusing unlawfulness with illegality results in pseudo-criminal system under which the sanction is a monetary fine paid to the victim. An insightful example of this is the figure of punitive damages in common law and the amount of controversy it has attracted. The concept of unlawfulness is ambiguous by its very nature as it cannot be reduced to formal laws.

Furthermore, as objective liability demonstrates, delictual liability can be approached without requiring fault, but only if the victim suffered a loss. The defendants are not liable because they broke the law – a formal element – but because such an action decreased the victim's favorable situation. In addition, a guilty defendant's obligation to pay reparation to the victim is a loss for the defendant, as it meets all the criteria set by the De Cupis model. As such, reparation must be considered a legal loss to the responsible party, albeit one said party must endure. The reason for this is explained by the unlawfulness of the individual's conduct. However, the same arguments introduced above challenge this view. Alternately, another approach is to consider it a competition between two legal losses.

Therefore, the issue of unlawfulness can be approached from the perspective of loss without relying on the unlawfulness or illegality of

the conduct, as the elements of every case determine whether the defendant or plaintiff should bear the burden. Most cases in which the defendant is found liable can be explained under this view as a balance between the actual loss suffered by the plaintiff and the future loss that the defendants will suffer when they pay the monetary award.

In cases of abuse of rights, the issue of liability does not hang on the defendants' conduct, as they were acting within their rights. Instead, it regards the degree to which such a right affects the plaintiff s situation. For example, whether courts will rule in favor of the individual who built a fence within their own land is a question that, without considering any administrative ordinances, can only be answered by investigating how the fence affects third parties, *i.e.*, if it blocks sunlight by an appreciable degree or disrupts the flow of water. In this example, timing is also crucial, as not many courts would grant remedy to a plaintiff if the fence was constructed before they moved onto the land.

Justification causes also serve to support this point. Arguably, a defendant is not liable when there is a justification cause because their behavior is no longer unlawful. Hence, the question arises why the act is no longer considered unlawful is critical. An answer that relies on the justification cause, *i.e.*, the act is lawful because the law so establishes, is nothing more than a tautology. The act becomes lawful because, after balancing the actual losses suffered by the plaintiff with the possible losses suffered by the defendant, the court concludes that the defendant´s potential loss in legal interests should be granted a higher degree of protection than the actual loss suffered by the plaintiff. A defendant's act becomes permissible only in those few cases where the possibility of a loss outweighs a real loss; it has little to do with the formal law.

論　　説

チーム医療における刑事過失責任（4）

―― 組織的医療における個人の過失責任の あり方及び関係者間の責任分担 ――

張　　佳宇

目　次

序　章　はじめに
　第１節　準備的考察
　　第１項　日中における「チーム医療」
　　第２項　日中における「医療過誤」
　　　第１款　「医療過誤」の定義
　　　第２款　刑法上の対応
　　　第３款　比較法的な考察
　第２節　問題の提起
　　第１項　個人の過失責任のあり方への問題
　　第２項　関係者間の責任分担への問題
　第３節　過失構造論に関する本稿の立場

第１章　垂直的分業における過失の判断
　第１節　医師と看護師の連携
　　第１項　検討視座と方法
　　第２項　診療の補助における医師の過失
　　　第１款　診療の補助と医師の指示
　　　第２款　診療の補助と医師の監督
　　　第３款　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その一）
　第２節　上下関係にある医師間の連携
　　第１項　研修医の過誤に対する指導医の責任

第２項　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その二）
——埼玉医大抗がん剤過剰投与事件を例として——
第３節　小括

第２章　水平的分業における過失の判断
第１節　検討視座と方法
第２節　同職種間の連携
第３節　専門職間の連携
第１項　薬剤師、事務員と看護師間の連携
——３％ヌペルカイン事件を例として——
第２項　手術チームにおける連携
——横浜市大病院患者取り違え事件を例として——
第４節　小括

第３章　分業に伴う医療関係者間の責任分担
——「信頼の原則」の検討を中心に——
第１節　信頼の原則の概説
第２節　組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界
第１項　従来の判例
第２項　議論状況
第３節　検討
第１項　組織的医療における信頼の原則適用の可否
第２項　組織的医療における信頼の原則の適用限界とその基準
第１款　概説
第２款　垂直的分業の場合
第３款　水平的分業の場合
第３項　判例の再検討
第４節　小括

第４章　分業に伴う医療関係者間の過失責任
——「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に——
第１節　従来の判例
第２節　議論状況
第１項　肯定説
第２項　否定説
第３節　検討
第１項　学説の検討

第２項　組織的医療における過失犯の共同正犯
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第４節　小括　（以上、本号）

第５章　中国法への示唆
第１節　中国における医療事故罪の刑事裁判
第１項　背景
第２項　刑事裁判の状況
第３項　問題の所在
第２節　組織的医療における個人の過失責任のあり方
第１項　検討視座と方法
第２項　分業における各関与者の注意義務
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第３項　監督過失論のあり方
第１款　議論状況
第２款　実務の現状
第３款　検討
第４項　因果関係論のあり方
第１款　議論状況
第２款　検討
第５項　判例の再検討
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第６項　小括
第３節　組織的医療における関係者間の責任分担
第１項　検討視座と方法
第２項　「信頼の原則」の検討
第１款　議論状況
第２款　検討
第３項　「過失犯の共同正犯」の成否の検討
第１款　中国における「過失犯の共同正犯」
第２款　検討
第３款　過失競合論に基づく関係者間の責任分担
第４項　小括
第４節　小括

終　章　要約と残された課題
　第１節　要約
　第２節　残された課題

第４章　分業に伴う医療関係者間の過失責任
――「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に――

第１節　従来の判例

組織的医療における複数人の過失責任が肯定された場合に、これらの関与者は、「過失犯の同時犯」か、あるいは「過失犯の共同正犯」かがまさに問題となりうる。医療の領域ではないが、最初に、最高裁で明示的に過失犯の共同正犯を肯定する判例としては、最判昭和28年１月23日刑集７巻１号30頁（「メタノール共同販売事件」）である。それ以降、過失犯の共同正犯を認める最高裁の判例がないが、下級審の判例に過失犯の共同正犯を肯定するものがある。

ここでは、医療の領域において、複数の過失が存した事例における関与者間の責任形態に関する従来の判例の立場を整理しておきたい。

図表４　複数の過失が存した事例における関与者間の責任形態

番号	判決	身分	責任形態	備考
①	最判昭和28年12月22日刑集７巻13号2608頁	薬剤師、事務員、看護師	過失の競合	【事例11】３％ヌペルカイン事件
②	広島高判昭和32年７月20日高裁刑判特報４巻追696頁	医師２名	過失の共同→過失の競合	【事例４】麻酔液誤注射事件
③	東京高判昭和48年５月30日判時713号133頁、千葉地判昭和47年12月22日刑事裁判月報４巻12号2001頁	医師、看護師	過失の競合	【事例６】千葉大採血ミス事件
④	前橋地裁太田支判昭和51年10月22日判タ678号59頁	医師、看護師	過失の競合	虫垂手術麻酔薬誤用注射事件
⑤	御嵩簡判昭和57年１月７日判タ678号55頁	医師、準看護師	過失の競合	異型輸血致死事件

番号	判決	身分	責任形態	備考
⑥	羽曳野簡判平成２年１月９日判タ1035号54頁	医師、看護師	過失の競合	異型輸血致死事件
⑦	花巻簡判平成２年３月30日判タ770号77頁	医師、看護師	過失の競合	脊髄造影剤取り違え致死事件
⑧	浦和簡判平成７年10月16日判タ1035号52頁	医師、看護師	過失の競合	麻酔措置過誤致死事件
⑨	千葉簡判平成10年７月10日判タ1035号59頁	医師、看護師	過失の競合	麻酔器誤操作致死事件
⑩	大阪簡判平成11年１月14日判タ1035号60頁	医師２名	過失の共同	十二指腸後腹膜穿孔誤診事件
⑪	東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁	看護師２名	過失の共同	都立広尾病院消毒液誤注射事件
⑫	岐阜簡判平成13年４月２日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』231頁	看護師、準看護師	過失の競合	血液パックの氏名等不確認による異型輸血事件
⑬	鰺々沢簡判平成13年12月19日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』233頁	看護師、准看護師２名	過失の競合	血液型の確認不十分による異型輸血事件
⑭	吹田簡判平成13年12月19日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』393頁	臨床工学技士２名	過失の競合	臨床工学技士による心筋保護液調合ミス事件
⑮	津簡判平成14年４月３日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』236頁	医師２名	過失の競合	三重大学病院異型輸血事件
⑯	八戸簡判平成14年５月10日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』91頁	看護師、助産師	過失の競合	薬剤誤投与流産事件
⑰	豊橋簡判平成14年５月22日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』897頁	看護師２名	過失の競合	セラチア菌・ブチダ菌感染事件
⑱	京都簡判平成14年12月25日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』171頁	看護師２名	過失の競合	アジ化ナトリウム誤投与事件
⑲	弘前簡判平成15年１月31日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』578頁	看護師２名	過失の競合	国立弘前病院母子医療センターノバン希釈液過量投与事件
⑳	広島地判平成15年３月12日判タ1150号302頁、広島簡判平成13年３月２日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』723頁	医師２名	過失の競合	心臓手術後の心室細動看過事件

番号	判決	身分	責任形態	備考
㉑	最決平成17年11月15日刑集59巻９号1558頁	医師３名	過失の競合	【事件９】埼玉医大抗ガン剤過量投与事件
㉒	最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁	看護師２名、医師４名	過失の競合	【事例12】横浜市大病院患者取り違え事件
㉓	大津地判平成15年９月16日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』132頁	看護師２名	過失の競合	長浜赤十字病院塩化カリウム液点滴ミス事件
㉔	福井簡判平成16年３月31日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』141頁	医師、薬剤師	過失の競合	県立病院抗ガン剤過量投与事件
㉕	東京地判平成16年５月14日LEX/DB28095650	医師２名	過失の共同	胆嚢手術ミス事件
㉖	東京高判平成19年６月５日判例集未登載	医師３名	過失の共同	慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事件
㉗	奈良地判平成24年６月22日判タ1406号363頁	医師２名	過失の共同	山本病院事件

なお、上記図表に記載されている事例をさらに分析すると、④、⑦、⑪、⑫、⑬、⑭、⑮、⑯、⑱、⑲、㉒、㉔のいずれも、後任者が前任者の過誤を看過したまま作業を引き続いていたことにより結果を発生させたものであるが、過失犯の共同正犯の成立が認められる⑪を除き、他のケースはすべて過失の競合と捉えることと、過失犯の共同正犯の成立が承認された⑩、⑪、㉕、㉖、㉗のいずれにおいても、行為者の職種は同じであることがわかる。

第２節　議論状況

組織的医療において、複数人の過失が肯定された場合に、医療関係者間には、同時犯の関係にあるのか、あるいは共同正犯の関係にあるのかを論じる前に、過失犯の共同正犯の成否に関して、学説は、どのように考えているかを整理しておきたい。

従来、学説では、犯罪共同説と行為共同説といった共同正犯論固有の議論から、過失犯の共同正犯の成否を論じてきた。つまり、犯罪共同説によれば、共犯というためには、数人が共同して特定の犯罪を行うことが必要であるため、構成要件的結果の認識を欠く過失犯には、当然なが

ら、共同正犯はあり得ない。それに対して、行為共同説に立つ場合、数人が共同して前構成要件的行為を行えば共犯が成立し、それに対応してその意思の共同は故意の共同まで要求しないので、過失犯にも共同正犯は成立しうる[1]。かつて、犯罪共同説の立場からの否定説が支配的であった[2]。

もっとも、過失犯の構造論争、とりわけ新過失論の影響で、犯罪共同説によっても、犯罪的意思は故意に限られないと理解することができ、犯罪共同説の当然の帰結として過失犯の共同正犯の否定が導かれるものではなく、また、行為共同説に立つことから、直ちに過失犯の共同正犯の肯定が導かれるものでもない[3]という点が、広く承認されている。過失犯における実行行為の存在が一般的に考えられる現在では、過失犯の共同正犯の成否については、「かつての『過失犯に共同実行の意思が認められるのか』という形から、『過失実行行為を共同したと云えるのか』という形に微妙に争点が移行してきている」[4]。以下では、肯定説と否定説の代表的な見解を概観する。

第１項　肯定説

過失犯の共同正犯を肯定する見解には、主に、（Ⅰ）行為共同説の立場からの見解、（Ⅱ）目的的行為論の立場からの見解と（Ⅲ）共同義務の共同違反説が含まれる。近時、共同義務の共同違反説は、有力説になってきた。

Ⅰ．行為共同説の立場からの見解

まず、行為共同説に立脚する見解には、過失犯の共同正犯が成立する

---

[1] 大塚仁ほか（編）『大コンメンタール刑法〔第三版〕』（青林書院・2019）213頁（村上光鵄）。

[2] 植松正『刑法概論Ⅰ（総論）〔再訂版〕』（勁草書房・1975）352頁。

[3] 井上正治『刑法総論』（惇信堂・1949）177頁、182頁。

[4] 前田雅英『刑法の基礎：総論』（有斐閣・1993）364頁。

ために、故意犯と異なる「意思連絡」が必要であるとする見解がある。「意思連絡」を行為を共同する意思ないし共同加功の意思と解する[5]ことが一般的であるが、それを単なる行為についての共同意思と解する見解[6]と、それを犯罪的意思の連絡と解する見解[7]もある。

そのほか、行為共同説に立ちつつ、主観的要件を不要とし、因果関係の共同が認められれば、過失犯の共同正犯は成立しうるとする見解[8]もある。同見解によると、行為者相互の実行自体が一つの因果の連鎖の中に融合する場合と、個々の実行がそれぞれ独立的・並列的に存在するにとどまる場合とはその因果の構造に完全な相違がみられる。それゆえ、前者については当然に共同正犯が成立するが、後者については単に同時犯が成立するにすぎない[9]。

因果関係の共同だけで過失犯の共同正犯を基礎づける見解に対して、それによって構成された共同正犯概念は、同時犯との区別の契機を失っただけではなく、各共犯関与形態間を区別する契機も見失っているという批判がある[10]。現在では､行為共同説の立場からの肯定説であっても、過失犯の共同正犯が成立するためには、共同意思と共同実行の事実の両方が必要であると一般的に解されている[11]。このように、過失犯の共同正犯を肯定する諸見解は、共同意思は故意に限定されないという点で共通しており、共同実行とは、前構成要件的行為の共同なのか、あるいは過失犯の構成要件的行為の共同なのかをめぐって争われている。

---

5 木村亀二『新刑法読本』（法文社・1967）266頁。

6 牧野英一『日本刑法〔重訂版〕（上巻）』（有斐閣・1937）442、458-461頁。

7 木村・前掲注（５）247、281頁。

8 宮本英脩『刑法学粋』（成文堂・1985）396-398頁。

9 植田重正『共犯の基本問題』（三和書房・1952）128-133頁。

10 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣・1973）55頁。また、同趣旨をとる見解として、高橋則夫『刑法総論〔第４版〕』（成文堂・2018）483頁。

11 川端博『刑法総論講義〔第３版〕』（成文堂･2013）557頁以下､高橋･前掲注（10）483頁。

Ⅱ．目的的行為論の立場からの見解

犯罪共同説に立脚しながら、目的的行為論を基礎として過失犯の共同正犯の成立を説明する論者は、故意犯も過失犯も目的的行為によって実現されるものであり、共同正犯の客観的要件としての共同実行とは、実行行為の共同ないし目的的行為の共同を指すことであると主張する。すなわち、同見解は、まず「目的的行為支配とは、構成要件的結果を実現する意思をもって、この実現のために、目的的に支配・統制した外部的行為を遂行する」ということを意味し、「行為を主観＝客観の全体構造をもつものであるとする目的的行為論の立場から、正犯概念の一般的要素としての目的的行為支配を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握し、ここから、正犯概念が主観的要素と客観的要素とから構成されるものであることをあきらかにする」と解することにより、目的的行為支配説の妥当性を肯定する[12]。さらに、目的的行為論の立場から、制限的正犯説における実行行為の再編成を行い、つまり、「実行行為を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握し、しかも、それを規範主義的見地から理解すれば、この立場から、故意犯においては、構成要件実現の意思をもって、構成要件実現の現実的可能性ある行態をなした者が正犯であり、過失犯においては、客観的注意に違反した構成要件的結果惹起の現実的可能性ある非故意の行態をなした者が正犯であるということに」[13]なると解する。このように、同見解は、「構成要件をはなれた自然的行為を共同にすれば共同正犯の成立をみとめる行為共同説は妥当でなく、実行行為の共同正犯の要件とする犯罪共同説が妥当である」と主張し、同時に、「犯罪共同説が妥当であるといっても、共同正犯の成立には、同一の構成要件に該当する犯罪を共同にすることが必要であると主張するものではなく、一定の構成要件に該当する実行行為の共同を共同正犯の要件とする犯罪共同説を支持する」[14]。このように、過失犯の共同正犯の成立のためには、主観的には、過失犯における実行行為を共同にする

---

[12] 福田平『刑法総論〔全訂第５版〕』（有斐閣・2011）251-252頁。

[13] 福田・前掲注（12）252頁。

[14] 福田・前掲注（12）251-252頁、268-269頁。

意思があれば足り、客観的には、故意犯であれ、過失犯であれ、一定の構成要件に該当する実行行為を共同に行うことが必要である[15]。

なお、目的的行為支配説を前提とするものではあるが、犯罪共同説の立場に立脚しない肯定説も存在する。同見解によると、「過失犯にあっては、たとえ故意行為におけるように構成要件的に重要な結果の認識としての故意がないにしても、過失行為が単純な因果関係の生起ではなく、構成要件的に重要ではないが不注意な目的（的）行為を原因とするものであり、その目的（的）行為は意思行為であり、その意思行為の共同、従って、共同正犯も可能である」[16]。

上記のほか、目的的行為論の影響を受けて、過失犯においても、実行行為があり、さらに危険行為の共同が可能であるとしたうえで、過失犯の「本質」をめぐって過失犯の共同正犯と過失の同時犯を区別することで過失犯の共同正犯の成立要件を説明しようとする見解もある。すなわち、「過失行為が刑法上意味を持つのは、意識的部分それ自体においてではないし、また、無意識的な部分それ自体においてでもない。……両者の接点が問題なのである。……前法律的な事実に関する意識的・意欲的共働が不注意の共有という契機を帯びることによって、一個の全体としての構成要件該当（充足）かつ違法な行為→結果となる」場合に、過失犯の共同正犯が考えられる[17]。そして、行為と結果との間に因果関係があるだけでは過失犯の正犯性を根拠づけることができず、「刑法上重要な行為の型を要素として定立せられた構成要件の解釈論を展開し、いかなる行為を正犯、従ってまた過失同時犯とみるべきか、という点に問題を移さなければならない」とし、過失犯の共同正犯と過失の同時犯との間には、実体的差異が存在すると主張する[18]。すなわち、過失行為は、構成要件の実現を目指した目的的行為ではないが、意識的・目的的行為でなければならない[19]。そのため、個々の過失犯のこのような実行行為

---

[15] 福田平「信頼の原則について」司法研修所論集 1969 Ⅰ（1969）268頁以下。
[16] 木村亀二『刑法総論〔増補版〕』（法律学全集）（有斐閣・1978）382頁。
[17] 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣・1973）61頁。
[18] 内田・前掲注（17）198頁。
[19] 内田・前掲注（17）223-224頁、227頁以下。

が肯定される場合には過失の同時犯である。それに対して、不注意な意識的・目的的行為の共同が可能であるから、このような共同によって過失犯の構成要件を実現した場合、とりわけ互いに不注意を引き受け合い、自己の不注意を委ね合っている場合には、過失犯の共同正犯とすべきだと解する[20]。このように、過失犯の共同正犯の成立には、危険行為の共同と、それが意思連絡に基づいたことが必要である[21]。

Ⅲ．共同義務の共同違反説

近年、犯罪共同説からの「共同義務の共同違反」説[22]は、日本で有力になってきた[23]。なお、実務において、東京地判平成４年１月23日判時1419号133頁（「世田谷ケーブル火災事件」）は、「社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた」とし、「共同義務の共同違反」を採用し、過失犯の共同正犯の成否を判断することを示した。

また、結論として過失犯の共同正犯を否定するが、最決平成28年７月12日刑集70巻６号411頁（「明石歩道橋事故事件」）は、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要であると解される」と判示し、最高裁として、上記「世田谷ケーブル事件」の枠組みを正面から肯定した。

日本において、「共同義務の共同違反」説を最初に唱えた論者は、新過失論の立場に立脚しつつ、過失犯の実行行為を肯定し、過失犯の構成

---

[20] 内田・前掲注（17）260頁以下、214頁。

[21] この見解は、「共同危険創出説の手法を基礎とした『共同義務の共同違反』説」であると解するものとして、金子博「過失犯の共同正犯について――『共同性』の規定を中心に――」立命館法学326号（2009）970頁。

[22] なお、「共同義務の共同違反」説に親和的な見解として、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975）394頁。

[23] 井上・前掲注（３）202頁。

要件要素の中には、意識的な行為としての要素が含まれ、そのような意識的側面において、協力、補充関係が成り立ち、落度のある行為の共同があれば、共同実行を認める余地があるということを前提としている[24]。具体的には、「危険な作業を共同に行なっている者が、たがいに、単に自己の直接担当する作業動作から生ずる結果の発生を防止するために、必要な助言、監視の協力をなすべき義務を負うというように、事故防止具体的対策を行なうについての相互利用、補充関係おいて一体となっている、という場合にその一体の活動が落度ありと判断されるかぎりおいて、過失犯の共同正犯を認める」[25]。このように、「共同義務の共同違反」の有無が過失犯の共同正犯の認定に重要となった。

この見解を踏襲しつつ、「共同義務の共同違反」説を義務犯的構成から一層精緻化する論者は、次のように過失犯の共同正犯を考える。すなわち、「二人以上の者が犯罪的結果を生じさせやすい高度の危険性を含んだ共同行為を行うに際して、共同者の各人に共通の注意義務が課せられているとみられる場合に、めいめいがその注意義務に違反したことによって犯罪的結果を生じさせたときは、共同した構成要件的過失をみとめることができる」。その際に、「各人がその注意義務を遵守すべきであるが、それは、みずから遵守するだけでなく、共同者の他の者にも遵守させるようにつとめなければならない関係にあり、したがって、このような事態のもとで、その注意義務の違反があったときは、共同者の全員がそれについての帰属をうける理由があり、各自が自己の注意義務違反に対してだけでなく、他の共同者の注意義務違反に対しても構成要件的過失をみとめられなければならないからである」[26]とされる。また、同論者によれば、共同義務は、共通の注意義務であり、これは共同者が同一の法的地位に立つ場合に限り、認められるべきである[27]。例えば、同

[24] 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修263号（1970）11-12頁。

[25] 藤木・前掲注（24）13頁。

[26] 福田平＝大塚仁『刑法総論Ⅰ』（有斐閣大学双書）（有斐閣・1979）380頁。

[27] 大塚仁『刑法の焦点：共犯』（有斐閣・1985）48頁以下、同「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報43巻６号（1991）６頁。上命・下服の関係にあって、共同注意義務が認められないとして、過失犯の共同正犯を否定するとする見解として、なお大谷実『刑法講義総論〔新版第５版〕』（成文堂・2019）416頁がある。

論者は、広島高裁岡山支判昭和30年６月23日裁特２巻12号623頁に関して、本件で過失犯の共同正犯を否定する理由は、バスの運転手と車掌とは異なる法的地位を有することにあると解する[28]。

上記の「共同義務の共同違反」説に対して、いわば共同義務の内容は、不真正不作為犯の要件としての作為義務であるため、同説は過失犯の共同正犯の成立範囲を不真正不作為犯に限定しており、作為犯についてはそれを否定しようとすることは、理論一貫していないと批判する見解がある[29]。この見解によると、過失の作為犯の場合には、「共同義務の共同違反」という判断枠組みは必要ではなく、「構成要件的結果との間に共犯構成要件要素としての（促進・強化を内容とする）因果性をそなえ、かつ共同『正犯』としての実質を備えた行為について、構成要件該当事実に関する予見可能性が認められる場合」に、作為犯であれ、不作為犯であれ、過失犯の共同正犯を肯定しうる[30]。

第２項　否定説

過失犯の共同正犯を否定する見解には、主に、（Ⅰ）犯罪共同説の立場からの見解、（Ⅱ）共同意思主体説からの見解、と（Ⅲ）共同義務概念に批判的な見解がある。前二者は、過失犯の本質をめぐり、過失犯の共同正犯が概念的不可能と主張する。後者は、過失犯の処罰範囲の制限という点に着目し、近年、否定説における有力説になってきた。

Ⅰ．犯罪共同説の立場からの見解

犯罪共同説の立場からの否定説は、主に、共同正犯が成立するためには、各共同者が特定の犯罪を共同して実行するという相互的理解をもっていることが必要であるため、故意の共同でなければならないとし、こ

---

[28] 大塚仁『刑法概説（総論）〔第４版〕』（有斐閣・2008）297頁注（14）。

[29] 山口厚「過失犯の共同正犯についての覚書」『西原春夫先生古稀祝賀論文集〔第２巻〕』（成文堂・1998）398頁。

[30] 山口・前掲注（29）398頁以下。

のような意思連絡を欠く過失犯においては、共同正犯は概念的に考えられないと主張する[31]。

上記考え方の根底には、過失犯の本質は無意識の部分にあるという理解がある。すなわち、過失犯においては、犯罪的でない意思の連絡が可能であるが、共同正犯の成立のために、このような意思の連絡があれば足りると考えるならば、過失犯において共同正犯を認めることに支障がないといえる。しかし、「過失行為は、もともと、その主観的方面において、意識的なものから無意識的なものにまたがる領域を占める。意識的な部分が決して過失行為にとって本質的なものではない」[32]という理解に基づくと、過失犯においては、結果発生に向けた相互的理解はあり得ないため、過失犯の共同正犯の否定が導かれる。

上記の見解に対して、過失犯の共同正犯を肯定する論者は、次のように批判を加える。第一に、過失犯の場合には、「故意の意味での犯罪的意思」がなかったが、不注意によって認識しなかったという過失の意味での犯罪的意思があり、上記の見解は、「なぜ共同正犯の主観的要件を故意の共同と解さねばならないかについての理論的説明がな」く、理論的根拠が不十分であると批判する[33]。第二に、「過失行為が構成要件的結果を認識しないという要素は非・故意行為としての過失行為を故意行為から区別する消極的な特色たること」であるが、過失行為の積極的な特色は不注意であり、その不注意が過失行為の本質的要素である。「その不注意ということは、抽象的に存在するものではなく、一定の具体的に意識的な行為、例えば、発砲するとか、物を投げるとか、自動車を運転するとか、酒をのむとかいうような行為に不可分的に結びついて現実に存在するのであ」り、上記の見解は過失犯の本質についての誤認を基礎としたものであると批判した。したがって、「このような過失犯の本質

[31] 滝川幸辰『滝川幸辰刑法著作集 第１巻』（世界思想社・1981）324頁、下村康正「過失犯の共同正犯と同時犯」警察研究46巻８号（1975）９頁、小野清一郎「過失犯の共同正犯といふことがあるか」『刑事判例評釈集 第15巻』（有斐閣・1960）５頁。

[32] 団藤重光『刑法綱要総論〔第３版〕』（創文社・1990）299頁。

[33] 木村亀二「過失の共同正犯」平野龍一＝大塚仁＝福田平（編）『判例演習（刑法総論）〔増補再版〕』（有斐閣・1973）176-177頁。

的要素を含むところの意識的な行為の部分を基礎として、過失犯の共同正犯を論じるのは、『過失犯の本質に即した議論ということができない』どころか、正しく、『過失犯の本質に即した議論』といわねばならないのである」[34]。

前述のとおり、新過失論の登場とともに、犯罪共同説＝否定説、行為共同説＝肯定説という対立図式が崩壊し、犯罪共同説をとっても、過失犯における実行行為を認め、実行行為に該当する行為を共同して行うことについての共同意思が可能であるため、犯罪的意思は故意に限られないという理解は、広く承認されている。このように、否定説の理由づけは、過失犯の構造による概念上の成立不可能から、過失犯の共同正犯を認めるとすれば、処罰範囲を不当に拡張してしまうという点に変わってきた。

Ⅱ．共同意思主体説からの見解

「なぜ共同正犯が故意の共同に限られるのかについて実質的な説明を欠いていた」という点を積極的に説明しようとする見解は、共同意思主体説である[35]。このような共同意思主体説から出発すると、一般的に否定説が導かれる[36]。すなわち、同立場によると、「法律の共犯を規定するゆえんが、二人以上で共同目的に向って合一するところに特殊の社会的心理現象の生ずることが認めたのによるとする以上、一定の犯罪は故意犯であることを要するのである。何故なら、一定の目的に向っての相互了解がなければ、特殊の社会的心理的現象を生ずるものとして、特殊の取扱を為す必要がないからである。従って、過失犯に対する共犯又は過失による共犯というようなことは、これを認むべきでない」[37]。

また、共同意思主体説に立脚して、刑法60条の規定によって、個人責

---

[34] 木村・前掲注（33）177-178頁。

[35] 北川佳世子「我が国における過失共同正犯の議論と今後の課題」刑法38巻1号（1998）49頁。

[36] 曽根威彦『刑法原論』（成文堂・2016）587頁以下。

[37] 斉藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（有斐閣・1955）233頁。

任の原理という単独犯の法理が修正され、一種の団体責任の原理たる一部行為の全部責任の法理が確立されるという理解から出発し、過失犯においては、「結果の発生について注意義務違反があり、またこれを予見ないし回避する能力も有していたという場合には、この結果の発生と因果の関係に立つ何からの行為をした行為者は、すべてこの結果の発生についての責任を負うことになる」という拡張的正犯概念をとり、過失犯の結果犯と挙動犯の場合には、自己の注意義務違反を論ずれば足りるのであって、一部行為の全部責任の法理を持ち出す必要はないとする見解もある[38]。

Ⅲ．共同義務概念に批判的な見解

過失犯の共同正犯は、過失の同時犯へ解消することができると主張する見解は、通常、「共同義務の共同違反」説に対し、「共同義務」（「自己の行為に注意しつつ他者の行為から結果が発生しないように注意する義務」）の内容から、共同義務は各共働者自身の注意義務として扱うことができるため、その違反を個別的に検討すれば足りるとし、処罰範囲を不当に拡張するおそれのある過失犯の共同正犯を認める必要はないと主張する[39]。すなわち、同立場は、ほとんどの「共同義務の共同違反」が認められる事案において、過失犯の共同正犯を基礎づける「共同義務」と、個人について考えられる「客観的注意義務」とはさほど異なるものではないとして、過失犯の同時犯へ解消することができると主張する[40]。

---

[38] 西原春夫『刑法総論・法律基本問題双書 17』（成文堂・1968）249-252頁。

[39] 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第２巻）』（成文堂・1998）352頁、曽根・前掲注（36）587頁以下、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）211頁以下。

[40] 前田・前掲注（４）372-374頁。

第３節　検討

第１項　学説の検討

Ⅰ．問題の整理

現在、過失犯の共同正犯に関する議論では、行為共同説に立つからといって過失犯の共同正犯が肯定されるとは限らず、また犯罪共同説や共同意思主体説、目的的行為論に立つからといって過失犯の共同正犯が否定されるとは限らないとされている[41]。このような学説の現状の背後には、以下の変化がみられる。

第一は、共同正犯の本質論と過失犯の共同正犯との連関性が乏しくなったことである。すなわち、「行為共同説は主観主義の帰結、犯罪共同説は客観主義の帰結と解することは、両説の関係を正確に理解するもの」[42]ではなく、「行為共同説は共同正犯が共同の行為によって数箇の犯罪にわたって成立し得るというだけの意味であって、共同意思がいかなる時点において成立せねばならないかの問題とは関係がない」[43]。それゆえ、行為共同説の立場から肯定説を展開するとしても、主観主義的な行為共同説に従うのではなく、客観主義的な行為共同説に立脚しなければならない。しかし、このような犯罪行為の共同が必要とされる客観主義的な行為共同説は事実上犯罪共同説に合流することになった[44]。

また、犯罪共同説の立場からの否定説は、「共同正犯の要件を故意犯を前提に考えているために導かれる帰結であり、それによっては、犯罪的な意思の連絡に欠ける場合には故意犯の共同正犯が成立しないという

---

[41] 行為共同説の立場から過失犯の共同正犯を否定する見解として、西田典之「過失の共犯」法学教室137号（1992）20頁。これに対し、犯罪共同説から肯定説が主張されている見解として、大場茂馬『刑法総論（下）』（中央大学・1918）1013頁、1050頁。共同意思主体説から過失犯の共同正犯を肯定する見解として、小泉英一「業務上過失致死と共犯」法学志林37巻12号（1935）90頁以下。

[42] 福田・前掲注（12）269頁注（二）。

[43] 木村・前掲注（５）284頁。

[44] 曽根・前掲注（36）588頁。

ことが導かれるに過ぎ」ず、「犯罪共同説が『犯罪の共同』を要件とするものであれば、『過失の共同』も可能なはずであり、直ちに共同正犯否定説になるわけではな」く、「『意思の連絡』は共犯の因果性の要素としての心理的因果性を基礎付けるために要求されるに過ぎず、故意についての意思の連絡まで要求されるのではない」と解すれば、犯罪共同説からしても過失犯の共同正犯が成立しうることになった[45]。

このように、犯罪共同説と行為共同説の間には、過失犯の共同正犯を認めることに関する限りは、実質的な差異がないであろう。

第二は、過失犯の本質は、結果回避義務違反にあるとされ、過失犯の実行行為が広く承認されてきたことである。共同正犯の本質は、「一部行為の全部責任」という法理にこそあり、その法理適用の根拠はどこにあるかという問題が共同正犯論の根本的な問題となる[46]。少なくとも、前法律的行為を共同する意思があったことだけで、過失犯の共同正犯を基礎づけることはあり得ないというべきであり、同様に、前法律的行為の共同実行だけで、直ちに「一部行為の全部責任」の法理を適用することもできない[47]。なぜなら、そうでなければ、共同作業の場面に過失の共同正犯の成立は無制限になり、刑事上の連帯責任になるからである。したがって、結果に向けられた「共謀」という程度の意思連絡が存在しない過失犯において、「共同性」の肯定は、意思連絡という概念の再構成や、過失の「実行行為」の共同に求められなければならない。

しかし、結果に対する因果関係があって、予見可能性が肯定されれば、単独の過失犯として処罰するという旧過失論の立場によれば、過失犯の本質は、責任の段階での結果予見義務違反にあり、過失犯については、拡張的正犯概念がとられることになる[48]。しかし、拡張的正犯論を支持すれば、過失犯の共同正犯は否定されるはずである[49]。つまり、このよ

---

[45] 山口・前掲注（29）393頁。

[46] 井田良『講義刑法学・総論〔第２版〕』（有斐閣・2018）504-505頁。

[47] 井田・前掲注（46）528頁。

[48] 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975）393頁。

[49] 上記の否定説の中で、拡張的正犯論から過失犯の共同正犯を否定する見解として、井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』（酒井書店・1959）323頁、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988）86頁。

うな旧過失論を前提とするならば、犯罪共同説に立脚しつつ過失の共同正犯を認めることは論理的に不可能である[50]。かくして、過失犯の共同正犯を認めるためには、過失の本質を新過失論の立場によって解することと[51]、過失犯の場合にも限縮的正犯概念をとることが不可避のものとなる。

以上によって、現在、過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐる問題の対立点は、かつての犯罪共同説か行為共同説かという共同正犯の本質論にあるのではなく、また、過失の共同が概念的にみて可能かどうかにあるのでもなく、過失犯の共同正犯として処罰する必要性があるかどうかにある。現在、過失犯の共同正犯の肯定論は、犯罪共同説の立場も行為共同説の立場も共に、「共同義務の共同違反」説を基礎にして論じており[52]、過失犯の共同正犯についての論争は、基本的に、「共同義務の共同違反」説と「同時犯解消」説との対立をめぐるものになった。以下では、この問題に対する本稿の立場を述べる。

Ⅱ．私見

「共同義務の共同違反」説は、過失犯の共同正犯が成立するための要件に関する学説であり、それ自体からは、過失犯の共同正犯の肯定論を導き出すことはできないと思われる[53]。いかなる理由・根拠によって「一部行為の全部責任」という法効果を正当化するかは、共同正犯論の根幹をなす問題である[54]。つまり、過失犯の共同正犯の成立が認められるかどうかについて、まずは、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠は、どこにあるかという問題を明らかにしなければならない。

---

[50] 曽根・前掲注（36）588頁。

[51] 土本武司「過失犯と共犯」阿部純二ほか（編）『刑法基本講座第４巻』（法学書院・1992）145頁。

[52] 北川・前掲注（35）51頁。

[53] 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論」刑法45巻２号（2006）170-171頁。

[54] 橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修743号（2010）５頁。

共同「正犯」というものは、狭義の共犯よりも正犯的な存在であるから、（ⅰ）過失犯の共同正犯について、「正犯性」を基礎づける要素は何かがまず問題となる。次に、「共同」正犯というものは、単独正犯よりも共犯的な存在であるから、（ⅱ）過失犯の共同正犯に、各関与者の行為が一体性を備えるための「共同性」を基礎づける要素は何かを確認すべきである[55]。最後に、（ⅲ）全体の結果は、何故、各行為者に帰責されうるかという帰属論の問題は、なお明らかにすべきである。ここで先に指摘したいのは、以下の議論からわかるように、上記３つの問題は、互いに独立して無関係なものわけではないということである。

過失犯の共同正犯の否定説の中に、次のような見解[56]がある。すなわち、「他人の行為・結果に対して自己の行為が『共同正犯』として帰属される根拠は、自己の行為と犯罪結果全体との間に因果関係があるという点だけではなく」、「共謀に基づく犯罪実現における各人の行為の地位・役割の重要性によって、一部分担の行為にもかかわらず相互的に行為が帰属され、全体の責任を負う点に存する」。そのため、「事前に結果を認識していなければ、各共同者は全体における自己の地位・役割を把握でき」ず、過失犯においてはこのような共謀は存在せず、また、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるという相互利用・相互補充関係は、過失犯においても存在し得えないとして、過失犯の共同正犯の成立を否定する。

この見解は、共同正犯の帰属原理により、過失犯の共同正犯の成否を検討するという点に特徴があるといえ、「共同正犯は正犯性と共犯性の両者を具備するものであり、因果性を前提に（共犯性）、共同正犯の構造（正犯性）」の双方を考え、因果性の存在は、正犯性を基礎づけるものではないとする[57]点においては、妥当な見解である。

---

[55] 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」斉藤豊治ほか（編）『過失犯論・不作為犯論・共犯論：神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第１巻）』（成文堂・2006）463頁参照。

[56] 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第２巻）』（成文堂・1998）341-342頁、351頁、同『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988）325頁以下。

[57] 高橋・前掲注（10）452頁。

しかし、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるというような相互利用・補充関係は、狭義の共犯と正犯の間にも存在しうるから、それだけで「正犯性」を説明することはできないと思われる[58]。また、事前に結果の発生を認識しなくても、全体における自己の地位・役割を把握することは十分にありうる。例えば、高度に危険な作業を共同する各関与者が自己と他の関与者の役割や職責について認識を持ち、結果発生の防止のために、相互に利用・補充しあう関係にある場合には、自己の不注意があれば、結果発生へどのような影響を与えることを認識することができ、このような認識によって全体における自己の地位・役割を把握することがあり得る。したがって、全体における自己の地位・役割を把握するために、犯罪実現に向けた共謀が常に必要不可欠というわけではないと考えられる。

1．正犯性の要件

いったい、過失犯の共同正犯の「正犯性」を基礎づける要素は何であろうか。既に述べたように、過失単独正犯における「正犯性」の実体は、法益保護ための合義務的な行為の有効性であり、つまり、合義務的な行為に出たならば、結果の発生を完成に防止しえる限り、行為者に正犯として結果を帰属させることができる。それゆえ、過失犯の共同正犯の場合においては、「正犯性」を確定するにあたり、行為者が合義務的な行為に出たならば、全体の結果を防止しえるかどうかという判断枠組みに置き換えることができよう。すなわち、共同「正犯」というために、各関与者の行為は、結果に至る因果経過を実質的に支配していることが必要であり、そして、この判断は個別的に行われるべきである。

しかし、それは、共同正犯制度の正犯拡張機能を否定すべきであると主張するわけではない。共同正犯制度の結合機能が認められなければ、単独正犯のような結果発生への実質的支配力を得ることができない場合がありうるからである。その意味で、共同正犯における「正犯性」を備えることは、共同正犯における「共同性」と繋がり、「共同性」の存在

[58] 伊藤嘉亮「共同正犯における意思連絡の要否と役割」早稲田法学会誌67巻2号（2017）105-106頁参照。

が「正犯性」を根拠づけるといってもよい。言い換えると、「単独正犯の成立要件を満たさないマイナス部分が『共同』によって埋め合わせられると評価し、すべての関与者を正犯として扱うことを承認した」場合がある[59]。しかし、同時に、それは「共同性」が認められるとすれば、直ちに正犯性を肯定することを意味するわけではない。なぜなら、「共同性」が認められることによって、関与者が結果発生への実質的支配力を有する場合があるが、それに対して、「共同性」が認められたとしても、関与者が実質的支配力を有しないと評価される場合もありうるからである。前者の場合には、結果は自己の支配領域内で起きたため、行為者は過失犯の共同正犯として取り扱われるべきであり、後者の場合には、他人の支配領域内で生じた事象についての帰属になり、狭義の共犯とすべきであり、不可罰になるはずである[60]。

また、過失犯の共同正犯を考える場面を、①関与者のうちいずれか一人の結果回避義務履行があれば結果を回避しうる場合と、②関与者全員の結果回避義務履行があってはじめて結果を回避しうる場合に大別することができる[61]。後述するように、行為者には、自ら結果回避措置を採る義務がある同時に、他の関与者に結果回避義務を履行させる義務もあることから、正犯というためには、各関与者の間で、危険情報などの掌握や決定権において対等でなければならず、監督関係にある関与者の間では、過失犯の共同正犯が成立し得ないというべきである。

２．共同性の要件

以上より、複数過失の間の「共同性」は、共同正犯を確定するにあたって重要な役割を果たすといえる。では、「共同性」を根拠づける要素は何であろうか。この問題は、過失の同時犯と過失犯の共同正犯の区別を

---

[59] 島田・前掲注（55）447頁。

[60] 島田・前掲注（55）446頁参照。

[61] この分類方は、曽根威彦「不作為犯と共同正犯」斉藤豊治ほか（編）『過失犯論・不作為犯論・共犯論：神山敏雄先生古稀祝賀論文集（第１巻）』（成文堂・2006）406頁参照。なお、この分類は、そもそも不作為犯の共同犯罪を対象としたものであるが、過失犯の本質は注意義務違反にあることとすれば、過失共働の場合にもこの分類が適用されると考えられる。

検討することで明らかにすることができよう。

（ｉ）主観面の共同

前記の分析によって、過失犯の実行行為を認める新過失論ないし修正された旧過失論の立場からすれば、過失犯においても、実行行為の共同が可能であることが確かめられた。しかし、実行行為の共同は可能であるというだけで、直ちに「共同性」を肯定することができるという結論を導き出すことはできない。なぜなら、過失犯の共同正犯における「共同性」の認定に、主観面の共同が必要であるかどうかがまず問題となるからである。

意思の連絡に着目して、意思の連絡があれば、共同性が認められるとする肯定論者は、過失犯における「共同実行意思」を「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」と解し[62]、「共通の目標達成のために他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする相互的な意思のつながり（意思連絡）を契機として、各行為者は、単に自己が現象的に行なったところにとどまらず、現象的には他人が行なったところについてもこれを実行したものとして評価されなければならない」[63]と主張する。

しかし、共同作業の場合には、「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」は常に存在し、上記の見解は、過失犯の共同正犯が認められる場合は、一般的に、共同作業の場合であると説明するに過ぎず、なぜ「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」は法的見地から重要なのか、さらになぜ共同正犯の法効果を根拠づけることができるのかという点が明らかではない。それゆえ、「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」は、「共同性」に積極的根拠を与えるものではなく、「共同性」を否定する消極的要素に過ぎず、これの存否によって、過失の同時犯と過失犯の共同正犯を区別することは妥当ではなく、主観面の共同であっても、「過失犯罪」の共同という規範的評価から離れることはできないと思われる。

---

[62] 内田・前掲注（10）61頁。

[63] 内田・前掲注（10）８頁。

共同正犯の成立について、意思の連絡の「論理的必要性」を真に論証する理論としては、共同意思主体説がある。しかし、共同意思主体という概念に依拠しなくても、共同正犯の実行行為を認めることができる。そして、意思の連絡は、故意犯に固有の概念であり、結果実現に向けられたことに特徴があるといえるため、過失犯における主観面の共同を、故意犯における主観面の共同に頑なに対応させる必要はないと思われる。「故意犯の場合、関与者間の意思連絡は、犯罪実現の危険性を増大させる方向にのみ作用する」[64]という理解からすれば、ここで問うべきなのは、過失犯の場合において、どのような主観面の共同が、過失犯罪の実現の危険性を増大させるという役割を果たすのかという問題である。

この問題を検討する前に、まず、ここにいう「危険の増加」は、広義の共犯の関与類型でない場合と比べ、危険が増大することを意味し、単独正犯の場合よりも危険性を増大させなければならないのではないことに注意すべきである。なぜなら、「共同性」は、共同正犯の成立に必要な要件だけではなく、狭義の共犯の成立にも不可欠なものであって、「共同性」において解決すべき問題は、何故「１＋１＋……＝１」かというものであり、何故「１＋１＋……＞１」かというものではないからである。

主観面の共同の確定は、過失犯の主観面の内容に立ち戻ってなされるべきである。すなわち、過失犯における主観面の共同は、不注意的態度の相互促進・強化に求められるべきである。前述のとおり、共同作業において、複数の関与者が高度に危険な作業を共同して、各関与者が結果防止の意味において相互利用・補充関係にあり、自己と他人の役割について認識がある場合、互いに安心感を与えことで注意が散漫になり精神が弛緩しやすい状況にあるといえる。一人が「不適切な態度をとることにより、他者に安心感を与えてその意思の弛緩を招き、その者にも同一の態度をとらせることによって、自己の不注意的態度をさらに促進・強化させるような心理状態」[65]は、過失犯罪の実現の危険性を増大させるものである。そして、このような主観面の共同が肯定されることから、客観的帰属論における危険創出の段階で、他人の行為と心理的関連性も

[64] 伊藤・前掲注（58）139頁。

[65] 内海朋子『過失共同正犯について』（成文堂・2013）247-248頁。

認められ得る[66]。

（ⅰ）客観面の共同

不注意の相互促進・強化に加えて、各関与者を全体として結合する客観的契機も不可欠である。刑法60条は「二人以上共同して犯罪を実行した」と規定する以上、実行行為の共同が必要である。過失犯の本質は結果回避義務違反にあるという理解を踏まえると、過失犯における実行行為の共同は、共同結果回避義務の共同違反と理解することができる[67]。

（1）共同結果回避義務

前述したように、過失犯の共同正犯には、①関与者のうち誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合と、②関与者全員の結果回避義務履行があってはじめて結果を回避しうる場合を観念することができる。①の場合には、自ら結果回避義務を履行すること、あるいは、他の関与者に結果回避義務を履行させることで足りる。それに対して、②の場合には、自ら結果回避義務を履行するだけではなく、他の関与者に結果回避義務を履行させることも必要である。いずれの場合にも、結果を現実に惹起する実行行為の背後に、複数の関与者の結果回避義務違反が存するといえる。

具体的に、①の場合には、結果の防止のために、各関与者には、内容が重複している結果回避義務が課され、結果を発生させた際に、各関与

---

[66] 本稿の立場と一致する見解として、大塚裕史「過失犯の共同正犯の成立範囲――明石花火大会歩道橋副署長事件を契機として――」神戸法学雑誌62巻1・2号（2012）18頁、23-24頁。同見解は、過失犯の共同正犯が成立するために、結果帰責要件としての「因果性」が必要とされ、そしてこの「因果性」を、「共同行為」と結果との間の因果関係と捉えるのではなく、「他人の行為から惹起された結果であっても自己が他人の心理を介して結果につながりをもったといえる」ような心理的な意味での因果性と解する。ここで因果関係という意味での因果性を混同しないために、「因果性」の代わりに、「関連性」という用語を用いることにする。

[67] 山口厚「過失共同正犯再考」山口厚ほか（編）『西田典之献呈論文集』（有斐閣・2017）161頁。

者のいずれも自ら結果回避義務に違反したとともに、他の関与者をして結果回避義務を遵守させる義務も履行しなかった（自らの結果回避義務違反＋相互注意義務違反としての結果回避義務違反）ということができる。②の場合には、各関与者が負う結果回避義務は、「内容上の同一義務ではなく、『協力し合って履行すべき』あるいは『相互に利用補充し合って履行すべき』義務である」[68]。この場合に、各関与者が、自ら結果回避義務に違反し、あるいは、他の関与者に結果回避義務を履行させる義務を遵守しなかったことで結果を起こした場合と、この２つの結果回避義務に同時に違反したことで結果を惹起した場合が考えられるが、１つの注意義務違反さえあれば、結果惹起として足りる（自らの結果回避義務違反/相互注意義務違反としての結果回避義務違反）。

①と②のいずれの場合にも、各関与者は自分の行為だけではなく、他の関与者の行為についてまで注意を払わなければならない。この意味で、このような全員に共同して課されている相互注意義務は、「共同作業にともない、作業の危険性と単独の個人の能力の限界に鑑みて、相互に他の共同者の対応が不十分なものとならないように注意を補完し合う義務（重畳的な結果回避義務）」[69]に起因するものだといえる。そして、①の場合には、作業の時間・場所を異にする場合がありうるため、他の関与者に結果回避義務を履行させることが現実的に困難であるが、少なくとも、他の関与者の不注意の可能性を配慮することは十分可能であるため、作業の時間・場所を同じくする必要がないと考えられる。

このように、相互注意義務の存在は、「共同義務の共同違反」説から

---

[68] 松宮孝明「過失の競合：とりわけ過失不作為の競合」刑法雑誌52巻２号（2013）333頁。

[69] 井田良『講義刑法学・総論〔第２版〕』（有斐閣・2018）528頁。また、この意味で、共同結果回避義務と相互注意義務とは異なり、前者は、結果防止のために各関与者に重畳的な結果回避義務が課されることを意味するのに対して、後者は、他人の行為から結果が発生した場合に結果回避義務違反があったかどうかを判断する要素として把握すべきである。つまり、相互注意義務が認められれば、相互注意義務としての間接的な結果回避義務は生じ、他人の行為による結果についても刑事責任が問われることになる。なお、相互注意義務の履行手段は、消滅させるべき危険に応じて調整されることが可能である。

過失犯の共同正犯を肯定するための前提とすべきであるだけではなく、相互注意義務が認められるという前提を欠くのであれば、同時犯に解消することもできなくなる[70]。したがって、まず、問題となるのは、何故、各関与者に相互注意義務が課されるかということである。言い換えれば、相互注意義務の発生根拠が、どこにあるかを問わなければならない。

「他人に注意義務を遵守させる義務」を不真正不作為犯の要件としての作為義務と解し、このような他の関与者に対する作為義務は、行為者による危険な行為の共同によって直ちに生じるものわけではなく、他の者に対する排他的支配関係が肯定される等の、一般的な保障人的地位を肯定するための要件が充足されることが必要であって、かつその発生根拠は各関与者の自分自身にあるわけではなく、保障人的地位の共同にあるがゆえに、共犯の作為義務と単独犯の作為義務とは異なるとする見解がある[71]。

ただ、「他の関与者に結果回避義務を履行させる義務」それ自体を作為義務と解することに疑問はないが、この作為義務を肯定するために、他の関与者に対する「排他的」支配関係まで要求することは妥当でないと考えられる。なぜなら、上記の見解によれば、3人以上の関与者が存する場合、排他的支配関係の存在がありえないため、誰にも保障人的地位がないと解するほかないが、それは明らか不合理だからである。

相互の作為義務の発生には、関与者は相互利用・補充関係にあれば足りると思われる。つまり、共同作業の完遂のために、一応の分業が必要であるが、その分業が完全な分業ではないときに、「義務遵守における個人の不十分さを相互に補完することが当然の前提となっている」[72]といえるから、この際に、形式的な分業関係に固執すれば、相互に相手が注意義務を履行すると期待してしまうことになる。このような誤った期待が相互に不注意を誘発・促進し、それによって共同作業に類型的な危険が創出され、さらにその危険が結果として現実化する可能性が大きく

---

[70] 山口・前掲注（67）164頁。

[71] 山口厚『問題探究・刑法総論』（有斐閣・1998）276頁以下、同・前掲注（29）398頁以下。

[72] 山口・前掲注（67）168頁。

なる。したがって、共同作業者は、不注意の相互促進・強化を回避して危険をコントロールするために、各関与者は、自ら分担している作業だけに専念することでは足りず、分業の実態を超えて、他の共同者が分担している作業についてまで注意を払うべきである。

なお、前述したように、上記論者は、「他の関与者に結果回避義務を履行させる義務」を作為義務と解し、「共同義務の共同違反」説は、不真正不作為犯の構造により過失犯の共同正犯の成立を肯定しようとするものであるがゆえに、同説は、過失作為犯の共同正犯の成立については否定されると解している[73]。

しかし、本稿の序章で述べたように、過失犯における実行行為は、結果回避義務に違反してなされた行為であり、その態様に、作為と不作為の双方が含まれる。具体的にいえば、結果回避義務の内容によって、過失犯には、結果回避作為義務に違反する不作為犯、結果回避作為義務に違反作為犯、結果回避不作為義務に違反する作為犯という３つの類型がある。この観点は、過失犯の共同正犯にも適用できる。上記①の場合には、共同義務が認められる以上、各関与者には２つの結果回避義務違反があるが、②の場合には、１つの結果回避義務に違反することで結果を惹起しうる。そのうち、相互注意義務違反としての結果回避義務違反しかない場合において、過失犯の共同正犯を認めることには重大な実質的意味があるといえるが、過失犯の共同正犯を認めるべき場合はその限りではない。そして、このような場合においても、行為者は他人を介して間接的に結果を惹起したといえるが、当該行為者は、結果回避作為義務に違反する作為犯でも、結果回避作為義務に違反する不作為犯でも可能である。

したがって、過失犯の共同正犯の場合においても、作為犯か不作為犯かは、結果を惹起した過失行為の態様によって決めるべきであり、「共同結果回避義務の共同違反」は、「共同性」を肯定するための客観的要素にすぎず、過失犯の作為犯にも、過失犯の不作為犯にも共通するものであると思われる。

相互注意義務は、客観的にみれば、他人の不適切な行動を是正する機

[73] 山口・前掲注（29）398頁以下。

能を有し、相互注意義務としての結果回避義務に違反して、他人の行為を介して結果を惹起する場合もありうるという側面からみると、監督義務と似ている。しかし、相互注意義務の発生根拠は、各関与者が相互利用・補充関係にあることにある。それに対して、監督義務の発生根拠は、監督者と被監督者が、監督者が被監督者に対する指揮権を持ち、被監督者を含む危険源を現実的かつ実質的に支配するという監督関係にあることにある。そのため、相互注意義務は監督義務と解することはできず、過失犯の共同正犯は監督過失に基づく同時犯に解消することもできない。つまり、相互注意義務の発生根拠は相互利用・補充関係にあり、関与者間に双方向的な支配があることで結果発生の因果経過を共同で支配していることが認められ得るのに対して[74]、監督関係には、単方向的な支配が生じるにすぎないから、それぞれに発生する注意義務を同等に扱うことはできない[75]。

また、このジレンマを解決するために、横の関係における監督義務を認めるとすることは可能なアプローチである[76]。しかし、「共同作業者間の場合には、自己の支配領域から生じる結果でない限り、あるいは事故防止に専従する役割を担う者でない限り、他人の行為から発生する結果を防止すべき義務を、常に課せられるべきではない」[77]。それゆえ、共同作業者は、相互利用・補充関係にあるのではない限り、上記の相互注意義務が単独の関与者に課し得るものでないことから、関与者らが同時犯になり得ないことはあまりにも当然のことである[78]。この意味で、同時犯解消説の主張は、上記共犯的観点なしに成り立たないものであるというべきである。

---

[74] 相互利用・補充関係は、広義の共犯関与類型にも不可欠な要件であるが、関与者間の双方的支配は、過失犯の共同正犯の正犯性を根拠づけるものである。すなわち、相互注意義務が認められるが、他の関与者の行為に対する支配力があり得ない場合には、狭義の共犯にとどまる。

[75] 山口・前掲注（67）165頁以下。

[76] 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）211頁。

[77] 北川・前掲注（35）56頁。

[78] 北川・前掲注（35）56頁。

（2）共同違反

次に、「共同違反」についても言及しておきたい。過失犯の単独犯にも、過失犯の共同正犯にも、過失正犯行為が必要である[79]。前述のとおり、結果回避義務違反の本質は、許されない危険を創出または増大させることにあると解すべきであり、かつ正犯性のある過失行為は、結果発生への実質的支配力がある結果回避義務違反行為と解すべきである。それゆえ、まず、「共同違反」は、過失正犯行為の共同、つまり、結果発生への実質的支配力がある結果回避義務違反行為の共同でなければならない。しかし、同時に結果回避義務に違反する場合に限られず、各関与者の結果回避義務違反に時間的先後関係があろうとも「共同違反」に当たる余地があると思われる[80]。このように、「共同結果回避義務の共同違反」が認められれば、危険創出の段階で、他人の行為との物理的関係性が認められる。

したがって、主観面の共同は心理的関連性を根拠づけ、客観面の共同は物理的関係性を根拠づけ、そして心理的関連性が双方向的であれば、物理的関連性の双方向性がなくても、全体結果を各関与者に帰属することができる。つまり、この限りで、危険の共同創出が認められ、他の関与者の行為を介して結果が実現された場合にも、いずれの行為から結果が生じたかが判明しなかった場合にも、結果を当該関与者に帰属するにあたって支障はないこととなる。この意味で、共同危険創出行為があれば、関与者の誰かが結果を惹起したことが肯定され得る場合に限り、「共同違反」が存在するといえる[81]。

3．過失犯の共同正犯を認める実益

以上から、過失犯にも、故意犯と同様に、「一部行為の全部責任」と

---

[79] 町野朔『刑法総論』（信山社・2019）385頁参照。

[80] 古川伸彦「過失犯はいかにして『共同して』『実行』されうるか――明石歩道橋事件を機縁として検討の道筋を洗い直す――」刑事法ジャーナル51号（2017）7－8頁。

[81] 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015）907頁。また、この意味で、因果関係の判断対象としての共同実行行為と共同違反という事実とは異なるものである。

いう法理を適用することができる。過失犯の共同正犯の成立要件としては、（ⅰ）正犯性要件としての実質的支配力、（ⅱ）共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）及び客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反である。しかしながら、過失犯の共同正犯が理論的に成立しうるとしても、それを認める実益があるかどうかという問題を検討しなければならない。

過失犯の共同正犯を肯定する論者であれ、過失犯の共同正犯を否定する論者であれ、①過失犯の共同正犯を認める実益があるのは、因果関係の立証がない事案においてであるという点では共通している[82]。そのほか、否定説の中には、②過失犯の共同正犯として扱うとしてもその実質的な処罰範囲の確定は、通常の過失正犯の場合とほとんど変わりがないとし、過失犯の共同正犯を認めなければならない実益が少ないと明確に主張する見解もある[83]。肯定説の中には、③因果関係の立証以外には、仮に結果と個々の過失行為との因果関係を特定できても「個々の行為者の過失として把握すると軽微な過失にとどまってしまい、処罰感情に応えることができないであろう。また、高度に危険を有する共同行為については、単独犯としてみた場合には軽微な過失であっても大きな犯罪的結果を惹起することがありうるから、これを共同行為者全体の過失として捉えることは、処罰の適正の点のみならず犯罪予防の見地からも必要である」[84]とする見解がある。以下では、上記３つの見解について順序に検討を加える。

①について、ＡとＢとは一緒に、いくつかの石塊を崖の下に投げ捨てたが、その石の１つで、下を通っていたＸにけがをさせたが、当たった石がＡが投げたものか、Ｂが投げたものかがわからないという設例について、過失犯の共同正犯を認めると、ＡもＢもともに処罰できるが、過失犯の共同正犯を認めないと、ともに結果に対する因果関係の証明がな

---

[82] 福田平＝大塚仁（編）『刑法総論〔改訂版〕』（現代青林講義）（青林書院・1997）204頁（萩原玉味）、小名木明宏「判批」判例時報1818号（2003）218頁、山中・前掲注（81）900頁。

[83] 前田・前掲注（４）373-374頁。

[84] 大谷・前掲注（27）415頁。

いから、処罰ができなくなり、そこで過失犯の共同正犯を認める実益があると説明することが一般的である。この見解に対して、因果関係の立証は、過失犯の単独正犯の場合にも、共同正犯の場合にも必要であり、「共同正犯として処罰されるのは、相手方の意思ないし行為を通じて因果関係がある場合に限られる」とし、上記の設例において、「Ａの投げた石が当ったことがわかった場合でも、Ａにその石を投げさせたことについてＢに原因がある場合にはじめてＢの責任が問題になりうる」[85]と反論する見解がある。

しかし、第一に、各関与者が共同結果回避義務を負い、危険創出の段階で、共同して結果回避義務に違反して危険を創出・増大させたことが認められる場合に、共同違反が肯定され、危険実現の共同までが必要であるとは考えられない。第二に、前述したように、結果帰属において、危険創出の段階で、関与者間の心理的関連性と物理的関連性がある場合には、関与者のうち誰かが結果を起こしたことが立証できれば、誰がその結果を惹起したのかを具体的に証明することができないとしても、その結果は、共同して創出・増大された危険を現実化した結果であると考えられ、よって過失行為全体と結果の間の因果関係が認められる。この意味で、因果関係がなければ、共同正犯として処罰することはできないというべきであるが、他人の行為との心理的関連性と物理的関連性自体は、因果関係ではない。過失犯の共同正犯が成立するために、前者は必要であるが、各関与者の過失行為と結果の間の因果関係が必要ではないと思われるから、①を「実益」と解することは妥当である。

次に、②について、刑法規定が単独犯に基づいており、広義の共同犯罪は、もともと処罰範囲拡張事由であり、処罰の範囲を過度に拡大することなく、共犯体制を適用できるようにするためには、刑法理論を再解釈・再構築する必要がある。この意味で、故意か過失かを問わず、共犯制度の適用にはより複雑な解釈上の議論が必要であると考えられるが、それは共犯制度そのものを否定する理由にはならないと思われる。したがって、②により、過失犯の共同正犯を認める「実益」を否定することは妥当ではない。

---

[85] 平野・前掲注（22）394-395頁。

最後に、③については基本的に賛成するが、処罰感情に応えるために、すべての共犯的過失を正犯性のある過失として処罰してはならず、単独正犯としても、共同正犯としても、過失は軽微か否かを問わず、合義務的な行為に出た場合には、結果を防止しうるという正犯性の要件を満たさなければならないと思われる。

なお、自らの結果回避義務を履行すれば、結果を防止しうるという意味で、正犯としての結果帰属には支障がないから、過失犯の共同正犯を論じる必要はないのではないかという批判がある[86]。しかし、この場合においても、関与者間の不注意の相互促進・強化が存在することは、単独犯の場合よりも過失犯の危険性を増大させるといえる。すなわち、各関与者間は、同時犯のような関係にあるというより、やはり共同正犯のような関係にあるというべきであるから、処罰上の支障がなくとも、刑法60条を適用すべきである[87]。

第２項　組織的医療における過失犯の共同正犯

以上の観点に基づいて、ここでは、垂直的分業の場合と水平的分業場合を分けて、判例の検討をしながら、組織的医療における過失犯の共同正犯が成立しうる場面を明らかにする。また、垂直的分業の場合にも、水平的分業の場合にも、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかに関する議論の範囲は、結果回避義務違反とみうる過失行為が競合して、患者に死傷結果をもたらした場合に限定されるべきである[88]。それゆえ、広義の過失競合[89]があった場合は、議論の対象になり得ることはいうまでもなく、行為者ごとに過失の単独犯が成立しえないけれども、複数の結

---

[86] 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則」法曹時報30巻２号（152）211頁、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005）372頁。

[87] 曽根・前掲注（61）407頁参照。

[88] 嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」井上正仁＝酒巻匡（編）『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2012）207頁。

[89] 厳密に述べれば、過失犯の共同正犯も広い意味での過失競合であるが、ここにいう広義の過失競合とは、行為者ごとに過失犯の単独犯が成立するような複数の過失が存在する場合を指すため、監督過失も議論の範囲に入れる。

果回避義務違反が存した場合も、議論の対象になりえる。

第１款　垂直的分業の場合

Ⅰ．医師と看護師の連携

１．監督関係のある場合

複数の過失が関わる場合としては、（ⅰ）対等な共同行為者の過失が競合している場合と、（ⅱ）監督・管理過失と直接過失とが競合している場合が考えられる[90]。（ⅰ）には、過失の共同正犯の場合と狭義の過失競合の場合が含まれるという理解によれば[91]、過失犯の共同正犯の成立範囲は、対等な共同加害者に限られ、管理・監督地位にあるものと被監督者は共同正犯とはならないという趣旨がうかがわれる。本章の第１節で整理された医療過誤に関する裁判例をみても、管理・監督関係にある医療関係者を共同正犯として捉えることはない。

このような見解の背後には、「共同義務の共同違反」説のもとで、共同結果回避義務が課されるために、関与者の法的地位の対等と平等が必要であるという理解がある。すなわち、「刑法上、共同注意義務が認められるのは、共同行為者の全員が法的に対等、平等の地位に立ち、各人に課せられる個別的注意義務を考えるならば、それらが共通したものである場合でなければならないと解する。法的地位の異なる行為者の間では、事実上の共同行為についての共同の注意という観念は認めることができても、共同者の全員に『皆正犯ト』される関係における連帯的な注意義務は考えられないからである」[92]。また、同論者は、関与者の間には上司と部下の関係はなく、業務分担は内容的に異なり、勤務場所は別々ではあるとしても、関与者らには、協力し合って共同の注意義務があるといえる場合には、過失犯の共同正犯が認められうる[93]と主張するため、

---

[90] 西原・前掲注（86）１頁、米田泰邦『管理監督過失処罰』（成文堂・2011）125頁。
[91] 大谷実『刑法講義各論〔新版第５版〕』（成文堂・2019）196頁以下。
[92] 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報43巻６号（1991）６頁。
[93] 大塚・前掲注（92）17頁。

上記の「法的に対等、平等の地位」とは、関与者間に上下関係がないことを意味すると思われる。

その反論として、「法的地位の『平等』とか『対等』などといったメルクマールが必ずしも決定的なのではなく、具体的に危険な行為状況の中で、各行為者の為すべき具体的行為態様は異なるとはいえ、実質的に、全体として一個の共通した具体的注意義務が課されており、その共同行為として相互に『不注意』を助長、促進し合ったという評価が可能であれば、共同正犯の成立を認めてよいと考えられる。その際、法的地位、職分が『平等』『対等』でなくとも『共通』の注意義務を肯定しうる契機は、具体的な行為状況ないし行為自体のもつ『危険性』に存在するものと考えられるのである」とする見解がある[94]。この見解によると、例えば、「執刀医に手術器具を手渡す補助看護婦が、執刀医が器具（鉗子やタンポン等）を患者の体内に置き忘れたまま縫合手術をしたのを漫然と見すごし、かつ回収器具の数を正確に点検するのを怠ったような場合」に、両者の法的地位が異なるが、結果の回避について、両者に共通する具体的な注意義務が課される。

本稿の第１章で指摘したように、垂直的分業の場合には、常に関与者間に上下関係が存在するが、上下関係が存在するからといって、直ちに監督関係が認められるわけではない。例えば、看護師が行う診療の補助に対しては、医師は事前の指示義務、過程中の監督義務、事後の点検義務を負う可能性があるが、事前の指示と事後の点検を医師自身の注意義務と解し、これらの注意義務に違反した際に、医師の過失と看護師の過失が競合している（狭義の過失競合）とすべきである。したがって、医師と看護師の間に過失犯の共同正犯が成立しうるかを検討するにあたり、両者の過失が監督過失と直接過失との関係にあった場合と、両者の過失が狭義の過失競合関係にあった場合にわけて考えるべきであろう。この意味で、上記否定説は、関与者は上下関係にあるだけで、共同結果回避義務があり得ないと主張する点で、妥当性に欠けるといえよう。それは「過失犯は、万人を名宛人とする犯罪であり、もともと職務内容が異なる地位にあったとしても、自己の職務上の担当領域を超えて、他者

[94] 長井長信「判評」判例時報1239号（1987）225頁。

の担当領域へと介入することも可能であるし、反対に、職務上の地位は異なっても、場合によっては互いに協力すべき職務内容もありうる」[95]からである。例えば、看護師が重大なリスクが伴う診療の補助を行う場合を除き、医師に重畳的な点検確認義務が課される場合には、結果の防止について、医師と看護師とは協力し合う関係にあるということができよう。

以上の前提を踏まえ、まず、監督関係にある医師と看護師とは過失犯の共同正犯となりうるかを検討する。本節の第1項で共同結果回避義務を検討する際に、相互注意義務と監督義務の異同に関して指摘したように、監督義務が認められる場合には、監督者が被監督者に対して単方向的支配を有するのに対し、相互注意義務が認められるために、関与者の間には、相互利用・補充関係に基づく双方向的支配力がなければならない。そして、医師の監督について、本稿は、医師が有する優れた医学的専門性に基づく医学的指導と解し、医師の監督は、看護師が単独で診療の補助を行う際に、看護師の過誤によって結果を発生させないためになされるものである。そのため、監督関係にある医師と看護師の間に、限られた範囲内で相互注意義務を双方に課すことがありうるとしても、相互的支配があり得ない以上、過失犯の共同正犯の成立は考えられない。

したがって、監督過失があれば、関与者の誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合に属するから、監督者である医師は、看護師に結果回避義務を履行させる義務があるが、被監督者である看護師は、医師が監督を怠る可能性を顧慮し、あるいは医師に監督義務を履行させる義務がないことから、両者は過失の同時犯となり、過失犯の共同正犯とはなり得ない。そして、同様の理由に基づいて、指示義務を負う医師が、誤った指示を看護師に与え、さらに看護師がその指示に従って患者を死傷させた場合に、看護師の医学的知識・技術によっても容易に発見するような明らかな誤りであれば、看護師に医師への進言義務が認められうるが、一般的に、相互利用・補充関係を欠いているため、過失犯の共同正犯が成立する余地はないと考えられる。

---

[95] 金子博「過失犯の共同正犯について――『共同性』の規定を中心に――」立命館法学2009年4号974頁。

1．監督関係のない場合

では、医師と看護師が協力して作業を行い、医師の注意義務違反は看護師に対する指示・監督義務に違反していない場合には、どうなるだろうか。この場合には、医師と看護師とは上下関係にあるけれども、結果を回避するために、両者に、内容が重複している結果回避義務を課すことがありうる。例えば、繰り返して挙げる例のように、看護師が薬剤の準備を担当して、医師が注射を行い、医師が看護師の過誤を看過したため、誤った薬剤の注射で患者を死亡させた場合に、両者は各自が担当している段階で薬剤を確認すべき義務に違反したと評価することができる。しかし、このような重畳的な注意義務が認められれば、同質の危険を創出又は増大させ、同一の因果経過においてその危険を現実化したことから、一般に、それぞれの注意義務違反と結果の間の因果関係を問題なく認定することができ、行為者ごとに単独の過失正犯が成立することに支障がないといえよう。したがって、その際に、過失犯の共同正犯が肯定されるためには、過失の単独犯の成立要件に加え、過失犯の共同正犯に特有の条件を満たさなければならない。この条件は、共犯理論に特有の「共同性」に求められるべきである。

上記の例において、具体的には、①看護師が独立して当該注射行為全体を行うことが許される場合（軽度リスクの診療補助行為の場合）と、②看護師が注射行為を行うことが禁止されているが、注射に関する補助的作業を行うことができる場合（絶対的医行為の場合）が考えられる。①の場合には、看護師が単独で注射行為を行うことができる以上、医師と看護師の専門性の差は、両者の業務分担において決定的な要因ではないといえ、理論的に、両者の業務分担は交換可能である。つまり、この場合に、医師が薬剤を準備し、看護師が注射を行っても、類型的結果防止という意味においては、変わりがない。

②の場合には、看護師による注射行為自体が禁止されているが、補助として薬剤の準備を担当することができる。その理由は、看護師の医学的知識・技術は、注射に関する類型的危険を防止するには足りないが、準備を行い、薬剤の取り違えを防止する相当の能力は持っているということにある。かくして、この場合において、医師と看護師は、医学的知識・技術の差異によって、それぞれの分担すべき作業に違いがあるとし

ても、薬剤を確認すべき義務の懈怠によって結果を発生させたという点では、①の場合と共通している。

言い換えれば、薬剤の確認において、医師にとっても、看護師にとっても、通常の注意を払うだけで結果を回避しうるがゆえに、薬剤の確認は、共同作業者の間の専門性の差異に関わりのないものである。複数人がこのような性質を有する注意義務を重複して負担している場合には、他人による注意義務履行を誤って期待することで自分の不注意を誘発・促進しやすい傾向にあり、だからこそ、医師であれ、看護師であれ、共同作業の中で、確認義務の履行について互いに注意を払わなければならない。そして、専門性の差異に関わらない注意義務履行であるから、上位者である医師としては看護師の確認作業に対して注意を払うことができることはいうまでもなく、下位者である看護師としても、医師の確認作業に対して注意を払う相当の能力を持っている。このように、上記の例において、医師と看護師の間に、共犯としての「共同性」が認められうる。

要するに、過失犯の共同正犯の成立は、必ずしも、「平等」「対等」な法的地位にある関与者の間に限定される必要はなく、上下関係にある共同作業者であっても、共同作業者の間には、不注意の相互促進・強化という結びつきが十分にありうる。医学上の基礎的事項に関する医療過誤を防止するために同じ注意義務が認められることから、「共同性」が満たされ、かつこの場合に、結果発生への共同支配が容易に肯定されるから、理論上、過失犯の共同正犯の成立が可能となる。

その意味で、共同正犯は、同時犯になり得ない場合のプランＢとして存在するものではない。つまり、単独正犯に還元することができて共同正犯として処罰する実益がないケースがあっても、共犯関係が存する場合に、処罰の実益がないことが過失犯の共同正犯の成立可能性を否定する理由にはならず、理論的に、過失の単独正犯と過失犯の共同正犯の構成は両立しうると思われる[96]。上記の観点を踏まえると、図表９にあげている裁判例のうち、④（前橋地裁太田支判昭和51年10月22日判タ678号59頁）と⑦（花巻簡判平成２年３月30日判タ770号77頁）は、過失犯

[96] 嶋矢・前掲注（88）207頁、223-224頁。

の共同正犯として処罰する余地があろう。

Ⅱ．上下関係にある医師間の連携

以上の分析は、医師と医師の間に上下関係が認められる場合にも妥当する。しかし、それは監督義務が認められない場合には、過失犯の共同正犯が成立しうるということを意味しない。本稿の第１章では、【事例９】埼玉医科大学病院抗がん剤過剰投与事件（最決平成17年11月15日刑集59巻９号1558頁）を例として、過失競合論と監督過失論の区別を試みた。検討の結果、本件において、主治医３人が医療チームを組んで、１人の患者に対して共同で治療医の責任を負い、科長Ｘは、「治療方針の形成」については他の３名主治医と共同して、患者の治療医としての責任を負うのみならず、「副作用への対応」については部下の医師に対する監督義務を負うことを示した。

上記の観点に照らして、第一に、「副作用の対応」において、科長と他の主治医の間に、相互注意義務が成立し得ないことから、過失犯の共同正犯の成立があり得ないことと、第二に、治療医としての４人の間に上下関係があるが、いずれも「治療方針の形成」の上で治療医の責任を負うことがわかる。したがって、問題となるのは、「治療方針の形成」について、起訴された３人は過失犯の共同正犯となりうるかということである。

この問題について、治療医としての限度で過失犯の共同正犯が成立しうるという見解[97]がある。しかし、まず、治療医としての医師達の注意義務はどのような関係性があるかを明らかにすべきである。本件事故は、主治医Ｚは、同療法や硫酸ビンクリスチンについての文献、医薬品添付文書の精査をせず、同療法のプロトコールが週単位で記載されているのを日単位と読み間違え、２ミリグラムを限度に週１回の間隔で投与すべき硫酸ビンクリスチンを12日間連日投与するという誤った治療計画を立つことに起因したものである。ただし、既に述べたように、治療方針を形成するにあたり、チームのリーダーとしての指導医Ｙは、本件の療法

[97] 大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル３号（2006）21頁。

についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じてＺの提案を検討すべき義務があったと同時に、本件のような難治性の極めて稀な病気に罹患した患者Ｃに対し、有効な治療方法が確立していない場合に、科長であるＸとしても、「自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、本件療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討」すべき義務を負う。治療方針を形成して決定するにあたり、主治医、指導医、科長の間に一定の業務分担が行われるが、「治療方針の形成」は、医学的知識・経験等に大きく関わるものであり、そして本件３人に医学的知識・経験等に明らかな差があるため、主治医よりも指導医に決定権があり、最終的には科長に決定権があるといえる。

したがって、内容的には、３人が同じ内容を有する注意義務を負っているということができるが、結果防止のためのそれぞれの注意義務履行の効果が異なる。よって、これらの３人の間に、不注意の相互促進・強化が認められず、相互注意義務が成立し得ないため、３人の過失は個別に検討すべきである。その意味で、注意義務の根源や義務の対象を「共同性」の根拠にすることはできず、両者が同一であっても、同時犯が成立する可能がある[98]。

第２款　水平的分業の場合

従来の裁判例からみれば、組織的医療の領域において、第一に、過失犯の共同正犯が認められたケースのいずれにも、行為者の間に水平的な分業関係があったことと、第二に、水平的分業の場合であっても、過失犯の共同正犯を認めないケースがあることがわかる。そこで、過失犯の共同正犯が肯定される判例とそれが否定される判例のうち、それぞれの代表的なものについて評釈を加えることで、水平的分業において、過失犯の共同正犯が成立しうる場面を明らかにすることを試みる。

[98] 金子・前掲注（95）974頁注（374）。

Ⅰ．肯定例

1．都立広尾病院消毒液誤注射事件

【事例14】都立広尾病院消毒液誤注射事件（東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁）の事実の概要は以下のとおりである。

（事実の概要）引き継ぎ作業の場合に、看護師Ｘが血液凝固防止剤を被害者に投与する際に、他の患者に対して使用する消毒液を誤って準備し、看護師Ｙがこれを確認せずに被害者に投与したため、被害者を死亡させたというものである。裁判所は、本件は、看護師両名の過失が相重なって引き起こされたものと判示したものの、過失犯の共同正犯として刑法60条を適用した。

本判決に対して、「患者の治療という非常に広い意味での『共同』作業は認められても、個々の具体的な行為との関係で注意義務が問題とされる過失としての『共同』行為は存在しているとは言い難い」として、本判決の事実認定においては、「過失の競合が認められるにもかかわらず、共同正犯を認定するのは矛盾であって、よって本判決はそもそも法令の適用を誤ったものといえる」と批判する見解がある[99]。また、共同義務の角度から、本件において、「薬を準備する者、薬を投与する者等が負うべき薬剤の種類を十分確認する義務は、同じ内容の義務ではあるものの、各自が担当するそれぞれの作業の中で個別に負う義務であることから、本件では過失犯の共同正犯は認定し得ない」と主張する見解もある[100]。また、不適切な薬剤を準備し患者の傍に置き去りにした看護師の注意義務違反と、それを漫然と点滴し患者を死亡させた看護師の注意義務違反は、時間的に前後しており、両者の間には意思連絡もなく、後者は前者に対して何らの作用も干渉する義務も認められないとして、共

[99] 小名木明宏「判批」判例時報1818号（2003）217-218頁。
[100] 北川佳世子「与薬・調剤と過失」中山研一＝甲斐克則（編）『医療事故の刑事判例〔新版〕』（成文堂・2010）209頁。

同性を否定する見解もある[101]。

上記のような過失犯の共同正犯に否定的な見解に対して、次のような反論がある。つまり、本件における看護師２人は、「たまたま、分担として、薬剤を準備する者と薬剤を投与する者に分かれたが、両者の経験年数からしても、準備する者と投与する者が入れ替わる可能性が十分ありえた」ことから、「投薬の過誤による結果発生の防止について両者には相互依存関係が認められる」。また、両者は、薬剤の投与についての共同の引き受けがあって、「Ｘとしては患者に直接投与するＹが薬の最終確認をしてくれるものと期待するし、Ｙとしても薬を準備するＸがしっかり確認してくれるものと期待する関係にあるので、相互に相手が正しく血液凝固剤を準備・投与してくれるものという誤った期待が相互に不注意を誘発し、相互に確認を怠って消毒薬を投与するという危険行為を促進したといえ、相互促進性を認めることができる」。したがって、本件における両名には、相互注意義務が認められるとし、過失犯の共同正犯を認めた本判決が妥当であるとするものである[102]。

初歩的なミスによる結果を防止するために、分業の基礎ないし人的関係を問わずに、各関与者は自分の役割内で基本的な注意義務を負うべきである。そして、共同して許されない危険を創出または増大させたのであれば、複数の注意義務違反の間に時間的先後関係があっても、共同違反が認められうる。したがって、本件において、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについては、２名の看護師の間に、不注意の相互促進・強化とそれに起因する相互注意義務があるかどうかに着目すべきである。

本件では、薬の準備を担当する看護師の作業と、薬の注射を担当する看護師の作業は、時間的な先後関係があるけれども、患者への薬剤の投与という共同作業において、両者の間に分業と協業関係がある。しかし、誤った薬の投与を防止する意味において、完全な分業が存在しないため、看護師ＸとＹのいずれも、相手による確認を利用して自分の確認の確実さを補充しようとするものである。このような相互利用・補充関係のも

[101] 嶋矢・前掲注（88）215頁。
[102] 大塚（裕）・前掲注（66）28頁。

とで、全ての関与者が的確に確認をすれば、段階的な防護が可能となり、したがって結果発生の危険性を減少させることができる。それに対して、他人の確認を期待することから、注意が散漫になり精神が弛緩しやすくなり、自らの注意義務履行を怠る可能性が高く、したがって段階的な防護が失効し、結果発生の危険性が高まることとなる。後者になった場合に、相互利用・補充関係にある行為者は、相互に不注意が誘発・強化されたと評価できる。

したがって、各自の業務分担と相互の協業関係についての認識を持ち、薬の誤投与という結果発生の危険を防止するためには、二重のチェックが不可欠であることを認識した上で、薬剤を準備する際に、看護師Ｘは、看護師Ｙが薬剤の確認を怠る可能性があることを顧慮しつつ、薬の確認を意識的に行うべきである。同時に、看護師Ｙにとっても、薬の準備の段階で、誤りの可能性を顧慮しつつ、薬を注射する前に、その確認を行うことが要請される。この意味で、関与者の誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合に、相互注意義務の履行は、他人に結果回避義務を履行させることで行われうるのみならず、自分の作業の中で、他人の注意義務違反の可能性を考慮に入れ、自ら結果回避義務を履行することで行われてもよい。

以上から、看護師ＸとＹは過失犯の共同正犯として捉えるべきであり、本件判決にいう過失の競合を広い意味での競合関係と解する限り、本件判決は妥当なものである。

２．山本病院事件

【事例15】山本病院事件[103]（奈良地判平成24年６月22日判タ1406号363頁）の事実の概要及び判決の要旨は以下のとおりである。

[103] 本件評釈として、鵜飼万貴子「適応のないがん手術――山本病院事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第２版〕』（2014）132頁以下、高橋則夫「手術開始行為に業務上過失致死罪の成立が認められた事例」刑事法ジャーナル46号（2015）115頁以下、谷井悟司「刑事判例研究（２）」中央大学法学新報122巻11=12号（2016）387頁以下参照。

（事実の概要）Ａ　病院の院長である被告人Ｘが、同病院の勤務医であるＹとともに、患者Ｂの良性の腫瘍が肝臓がんであると誤診し、専門外である肝切除術を安全に実施できるものと軽信して肝腫瘍切除摘出手術を実施し、術中の手技のミス等により生じた大出血に十分対処できず、患者Ｂを出血死させたというものである。

（判決の要旨）被告人及びＹは、肝切除術を実施するには不十分な人員態勢で本件手術を開始し、しかも、本件手術では、被告人が執刀医と麻酔医を兼ねる形であったことなどからすれば、被告人及びＹは、いずれも本件腫瘍の切除術が安全に実施できるものと軽信してその旨意思を通じていたことが認められ、不十分な人員態勢のまま、本件手術を開始したという注意義務に違反する共同過失行為があったと認定され、過失犯の共同正犯の成立を認めるとし、裁判所は禁錮２年４月を言い渡した。それに対して、被告人が控訴したが、棄却された。

第一審判決の指摘から、本件の争点は、①被告人の注意義務及び注意義務違反の存否、②患者Ｂの死亡原因は出血死か否か、並びに③本件手術と患者の死亡結果との間に因果関係が存在するかどうか、の３点である。ここで、事実認定に関する部分については検討を差し控え、①と③の点に絞って検討する。

第一審で明らかになった事実をみれば、（ⅰ）診断の段階で、本件腫瘍が肝臓がんであると診断したこと、（ⅱ）手術の準備の段階で、本件手術にあたり、輸血の準備もなく、外部から肝臓の専門医を招聘せずに不十分な人員態勢のまま、本件手術を開始したこと、（ⅲ）手術の段階で、手技のミス等により生じた大出血に十分対処ができなかったことに、被告人らの不注意があった。これらの不注意に対して、本件判決は、「仮に本件腫瘍が真に肝臓がんであったとしても、被告人がＹとの医師二名態勢で本件手術を行うことはできないことになるはずであるから」、誤診行為自体を過失行為として捉えるべきではないとし、手術開始行為だけをもっぱら本件の「過失行為」として捉えた。

しかし、本件検査結果等によれば、患者に対して、正しい診断を出すことは容易であり、被告人らには、診断の段階で医師としての基本的な注意義務に違反したことは否定できない。このような注意義務を履行す

れば、誤診を回避でき、さらに、適応のない手術を避けることで本件結果を回避しうるということに鑑みると、「誤診行為と手術開始行為とは行為意思が連動しており、両者を『一連の行為』とすべきである」[104]。

反対に、「肝切除術を行う場合には、大出血や肝不全の危険性が存在し、さらに、本件腫瘍の切除は、肝切除術の中でも、より高度の専門性を必要とするものであった」ため、誤診に基づいて、本件手術の実施にあたっては、肝臓外科医等の専門医である執刀医、肝臓の手術に関して十分な経験を有する助手が少なくとも２ないし３名、執刀医と別に配置する麻酔医１名、介助看護師２名が必要とされる。ところが、被告人Ｘは、「本件手術より前に、執刀医として肝切除術を行ったことはなく、肝切除術に立ち会った件数は多くとも２件であり、いずれも助手を務めたにすぎなかった」と認められる。並びに、Ｙは、「本件手術以前に、肝切除術については執刀医ばかりか助手を務めたこともなく、本件手術以前数年間は、外科医としての執刀経験すらなかった」と認められる。そのため、手術を人員不備の態勢で開始した後に、術中のミスを避けることと十分な止血措置をとることは困難ないし不可能といえ、事後的結果回避可能性があったかどうかが疑問となりうる。それゆえ、相応して当該具体的な危険を回避すべき義務が観念できなければ、手術の段階における行為を過失行為として捉える意味はないと思われる[105]。したがって、本件において、過失犯の共同正犯の成否を判断するにあたり、「共同結果回避義務の共同違反」があったかどうかは、誤診行為と手術開始行為にあった被告人らの注意義務とその違反を対象として検討すべきである。

以上の前提を踏まえ、検討を続ける。本判決は、被告人Ｘ及びＹには、本件適応のない手術を避けるべき共通した注意義務があったと認めた上で、それに違反する共同過失行為があったと判示した。それに対して、過失犯の共同正犯の否定論者は、次のように指摘している。つまり、本判決は、被告人ＸとＹの「共同義務の共同違反」を肯定したが、「過失の同時（正）犯と過失の共同正犯との差異は、『共同実行の事実』の有無にあるのではなく、意思疎通（共謀）の有無にあることから、前者の

[104] 高橋・前掲注（103）300頁。
[105] 谷井・前掲注（103）393頁。

要件である『共同義務の共同違反』だけでは、過失の「共同正犯」を肯定することはできない」。また、本判決は、被告人およびＹには、危険の手術の遂行について意思を通じていたことで共同正犯における「意思疎通（共謀）」が存在するが、「危険な行為の遂行についての意思疎通があれば、なぜ共同正犯を肯定できるのかが問題となる。故意犯においては、結果発生についての意思疎通が必要であるにもかかわらず、過失犯の場合には、行為、それも、事後に違法とされる事前的な行為についての意思疎通で足りるという結論は、共同正犯の処罰根拠につき因果性のみで根拠づける見解だけが採用し得るものといえるが、共同正犯における『一部実行全部責任』の法理は、共謀に基づく相互利用補充関係によって根拠づけられるのであり、過失犯の共同正犯には、この要件が存在せず、したがって、過失犯においては、共同正犯をはじめ教唆犯、幇助犯のすべてが否定されるのである。本件では、過失の同時犯の成立を認めれば足りる」[106]。

確かに、「共同義務の共同違反」の有無によって、過失犯の共同正犯と過失の同時犯を区別することができず、両者が両立することができるため、その差異は、主観面の共同の有無に求められるべきである。しかし、前述のとおり、過失犯における共同正犯としての主観面の共同を肯定するためには、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるというような相互利用・補充関係は必要であるが、犯罪実現に向けた共謀が必要ではなく、事前に結果を認識しなくても、結果防止という意味での相互利用・補充関係における自己の地位・役割を把握することは十分にありえる。したがって、ここでの検討は、本件結果を防止するために、被告人Ｘ及びＹの間には相互利用・補充関係があったかどうか、またそれに起因する不注意の相互促進・強化があったかどうかに着目すべきである。

本件における分業・協業の実態をみれば、診断の段階で、最初に、本件患者の治療にはＹが主治医として担当し、Ｙの関与があったことはいうまでもなく、Ｘは、その過程で、２回の造影に立ち会い、造影時のモニター画像を見ていたことがあって、そして本件手術を進めることにも積極的に関与していたから、実際に、手術の実施に至ったことは、２人

[106] 高橋・前掲注（103）118頁。

の診断が一致した結果であったといえる。手術の準備の段階で、Xは、手術のために、キューサを借り出して手配し、外部から専門医を招聘する必要を否定し、また、Yとともに輸血の必要を否定し、本件手術の手術申込票の記載などをしたことから、この段階でも、2人は、協力し合って手術の準備を行い、本件手術がどのような態勢で行われるかに対しては重要な寄与があった。

したがって、このような分業・協業の実態のもとで、患者への診断から手術の実施までの全過程で、被告人とYは、互いに利用して補充して、適応のない手術を人員不備の態勢で行うことに至ったといえる。また、その過程で、2人は、肝がんの診断、本件手術の必要性と手術の実施態勢については共通の認識があって、患者への診断や人員態勢に対して複数人は疑いを示して進言したにもかかわらず、被告人とYは互いの判断を信頼し合い、さらに誤った判断を確信させ、最終的に、適応のない手術を安全に実施することができない状況で進めていたといってよい。このように、被告人とYは相互利用・補充関係に基づいて互いに不注意を促進して強化したと解すべきである。

客観面の共同について、まず、本件では、「肝臓の腫瘍が良性の肝血管腫と肝臓がんのいずれであるかの区別は、医学生でも学習する基本的な事項であり、医師である被告人及びYとしては、被害者に対して実施された各種検査結果から、本件腫瘍が摘出の必要のない肝血管腫であり、したがって本件手術をすべきでないことは容易に判断できた」ため、被告人とYには誤診防止という共通の注意義務が課されるべきである。そして、被告人とYのいずれも、「肝臓外科の専門医でもなく、肝切除術の経験もない自分たち2名の医師だけで本件手術を実施すれば、手術中の執刀ミス等によって大出血が起こり、それに対する適切な止血処理ができずに、患者が出血によって死亡するおそれがあることを十分に予見でき、また医師である以上予見しなければならなかった」ため、この態勢で本件手術を行わないという共通の義務も認められ、本件における「共同結果回避義務の共同違反」の存在は容易に肯定される。

なお、相互利用・補充関係にあり、関与者の不注意が相互に促進・強化される傾向にあるからこそ、診断から手術の実施までの全過程で、被告人とYに対しては、互いの判断を安易に信用してはならず、医師とし

ての基本的な注意義務を果たした上で、相手の決定を再検討して、相手の不適切な行動を止め、少なくとも医行為に疑問があったときに、相手に進言することが要請されるため、相互注意義務も肯定できる。したがって、本件手術の開始に至ったことに、被告人とＹの客観面の共同が認められうる。

また、被告人らが誤診しなければ、あるいは「本件手術を実施しなければ、前記のとおり本件手術中のＹや被告人のミスにより被害者が出血死することはなかったことは明らかである上、肝臓外科の専門医等でもなく、肝切除術の執刀経験もない被告人とＹという２名の医師のみで本件手術を実施すれば、手技上のミスにより肝静脈等を損傷して、患者の大出血を招き、これに対する適切な止血処置ができず、その結果患者が出血死するに至るというのは社会通念上相当といえる。体位変換による循環動態の急変ないし再出血は、止血処理が不十分であることに起因するものであって、被害者の死亡という結果が被告人らの本件手術開始行為の危険性が現実化したものである」と評価でき、本件結果と上記の「共同結果回避義務の共同違反」の間に因果関係があったといえる。

本判決では、「本件では、被害者の主治医であったＹが本件手術の実施に積極的であったことが認められるものの、本件手術を前記手技で行うことなどは、Ａ病院の院長であり、本件手術で中心的に執刀を行った被告人が決定しており、被告人は、本件犯行において主導的な役割を果たしたというべきである」と判示した。このように、本判決は、「共同義務の共同違反」が認められるが、被告人ＸとＹはすべて正犯として帰責させるべきではない旨主張したものであると理解することができよう。しかし、本件では、被告人Ｘは、院長として、同病院の業務全般を統括しており、手術の実施に主導的な役割を果たしたが、誤診しない、あるいは、２人で手術を開始しないというような不作為義務の履行において、Ｙとの間に指導・監督関係があったことを示す証拠がない。そしてＸの過失はＹの誤診への軽信に起因したものであることを否定できず、少なくもと、Ｙが誤診しなければ本件結果は回避しえたという意味において、両者を共同正犯として捉えるべきである。

Ⅱ．否定例

1．麻酔液誤注射事件

【事例４】麻酔液誤注射事件（広島高判昭和32年７月20日高裁刑判特報４巻追696頁）について、第一審判決（宇部簡判昭和31年７月４日刑事裁判資料233号475頁）は、過失犯の共同正犯を認めたが、控訴審判決は、本件は過失の競合にすぎないものとして、原審の判断を否定した。その後、最高裁（最決昭和33年３月６日判例集未登載）は上告を棄却した。

控訴審判決は、本件を過失の競合として扱ったが、患者に対する診療行為が本件医師２人により共同して行われ、看護師に対しては共同担当医であったと認められ、「その医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療過程に於て、医師の過失の存した場合は、その内の或医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責を明かにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するものと解するを相当とすべき」であると判示した。この論理からは、過失犯の共同正犯の肯定論が導かれるのではないかとする見解は、以下のように述べる。すなわち、本判決では、過失の共同正犯の成立を否定したが、「『共同』担当医の『共同義務』を、かなり厳格かつ詳細に認定し、その『共同』違反を肯定している」ことからみれば、「本判決の論理からは、むしろ過失共同正犯肯定論が導かれるであろう」。さらに、「共同義務の共同違反」と「過失の競合」との関係について、同見解は、「共同義務の共同違反とは、過失共働の一態様としての過失共同正犯を構成するにあたっての、一個の重要な契機であり、単なる『過失の競合』の属性ではない」として、「本判決には、結論と理由づけのくい違いがみられる」[107]と主張する。

---

[107] 内田昭文「看護婦静脈注射過誤と共同担当医の責任」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）19頁。同様な指摘として、甲斐克則「過失犯の共同正犯」法学博士井上正治先生追悼論集『刑事実体法と裁判手続』』（九大出版会・2003）344頁。

それに対し、本件は、「共同担当医間にあっては相互に看視・監督し合う注意義務はなく、医師全員がそれぞれ独立に看護婦に対する関係で注意義務を負っていたにすぎない、との理解の余地もないではな」く、すなわち、本判決は、「医師の看護婦に対する具体的注意義務は詳細に認定していたが、共同担当医間については、『或る患者に対する』共同診療過程において医師の過失の存した場合は、特にその過失と無関係である等の特殊事情がない限り、責任はその『医師全員に存する』と抽象的に判示したにすぎないのである。ここではいわゆる累積的競合ではなく、重畳的競合が考えられているのではあるまいか。だとすれば、これを過失の競合としたのは一貫しないではない」[108]とする見解がある。

また、本件では、看護師の注射を監督する共同作為義務（保障人的地位）が認められないとして、共同結果回避義務の存在を否定し、また、「仮に作為義務が認められると考えた場合にも、ＸとＹの間に麻酔による危険の防止について相互依存関係があったとはいえない、また、お互いに不注意を助長し合うような強い因果的影響力はそこに認められない。したがって、相互促進が認められない以上、過失犯の共同正犯を肯定することはできない」と主張する見解もある[109]。

本稿の第３章で述べたように、全身麻酔剤の静脈注射は、絶対的医行為であるため、看護師がその実施を代行する場合に、看護師に対する医師の厳格な注意義務が求められることが前提となる。したがって、その責任者が特定されなかった場合には、共同担当医が認められる以上、ＸとＹのいずれにも、麻酔行為に伴う危険をコントロールするという抽象的注意義務が課されるというべきである。本件における全身麻酔の施行はＹの提案によるものであり、また、看護師が全身麻酔剤の静脈注射を実施する当時、Ｙは、近い場所にいたのであり、看護師が指導・監視を受けずに麻酔行為を単独で行うことを認識していた際に、結果予見を契機として結果回避措置をとるべきである。その意味で、麻酔の指示をして直接に患者の整復をし治療をしたＸだけではなく、Ｙも看護師に対する医学的指導や点検確認義務を負っていたのであり、本件では、「共同

[108] 長井・前掲注（94）223-224頁。
[109] 大塚（裕）・前掲注（66）30頁。

結果回避義務の共同違反」を肯定し得る。

しかし、本件結果は、看護師が麻酔薬クロロホルムを麻酔薬オーロパンソーダと誤認したことで引き起こされたものであり、この過誤を是正すべき地位にあったＸとＹは、確認義務を履行するという意味で相互利用・補充関係にあったかには疑問がある。また、広い意味で相互利用・補充関係が認められるとしても、看護師が麻酔薬オーロパンソーダを誤認して出して、「これですか」と問うたときに、看護師が出した薬剤の適否を確認すべき地位にあったＹは漫然と「うん」と答えて確認を与えたにすぎず、Ｙの不注意は、Ｘの不注意で誘発又は強化されたものではなく、もって両者の不注意の間に、相互促進・強化関係がみられないというべきである。そして、Ｙには、相手の不注意の可能性についてまで注意を払うべき義務の違反があったともいえず、結局、本件では、過失犯の共同正犯が成立し得ないと思われる。

２．京大附属病院エタノール事件

【事例10】京大病院エタノール事件（大阪高判平成16年７月７日飯田『刑事医療過誤II〔増補版〕』590頁）については、本稿の第２章の検討から、消毒用エタノール入りポリンタンクを滅菌精製水入りポリンタンクと軽信して被害者の病室に運び込んで備え置いた上、自らが10回にわたり合計300ミリリットルを注入して補充した被告人Ｘと、被告人の申し送りを受けて補充作業を引き継いだ看護師４名は、いずれも、薬剤等を取り扱いに際してポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき共通の業務上の注意義務を負うことが明らかになった。

また、【事例14】都立広尾病院消毒液誤注射事件についての検討から、結果防止という意味において、引き継ぎ作業における各関与者が相互利用・補充関係にあるのだから、不注意の相互促進・強化が認められ、前任者であれ、後任者であれ、自ら業務を行うときには、相手の不注意が生じる可能性を顧慮すべき注意義務が負うことがわかる。これらの理解によると、本件でも過失犯の共同正犯が成立するはずであるが、前任者であるＸと後任者である看護師４名は共同正犯として捉えるべきではないと思われる。

この点について、後続した看護師４名は、自己より先行する各補充に

因果性を及ぼしておらず、因果の共同がないとして、本件では共犯関係がそもそも認められないと説明する見解がある[110]。しかし、後続した看護師４名は、自己に先行する各行為者が注意義務に違反したとしても、その過失行為に因果性を及ぼしていないが、後任者による注意義務履行は、自分が利用した前任者の作業をダブルチェックし、これから注入作業を引き続いだ看護師の誤注入を防止するように機能しているため、その不履行は、前任者が創出又は増大させた危険を維持させ、さらに増大させ、もって患者への損害を増悪させるという意味において、共同危険創出行為の存在、つまり、客観面の共同が認められ、他人の行為への物理的関連性が肯定される。したがって、因果性の共同がないことは、共犯関係を否定する理由にはならないと考えられる。

では、何故、本件では過失犯の共同正犯の成立を否定すべきか。それは、共犯関係がある場合においても、共同犯罪における実行行為と結果との因果関係があったことは必要であり、それを肯定するために、全体としての実行行為を特定しなければならないからである。すなわち、本件では、「比較的遅い段階で関与した看護師については、既に被害者の血中アルコール濃度が致死量に達していた可能性が高」く、どの時点で患者の死亡結果が回避不可能な状態となったかについては証明できないため、致死量に達していた後に関与した看護師の誤注入行為は、許されない危険を創出又は増大させたものかどうか、同人の注意義務履行によって結果が回避しうるかどうかという点については疑問がある。このような場合、後続した看護師４名を共同正犯としてはならない。もちろん、仮に、どの時点で致死量に達したかが立証できたのであれば、致死量に達した前に関与した看護師全員を過失犯の共同正犯として捉えることは、妥当であると考えられる。

３．横浜市大病院患者取り違え事件

【事例12】横浜市大病院患者取り違え事件（最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁）では、「各人の職責や持ち場に応じて、重畳的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」とされてお

[110] 嶋矢・前掲注（88）211頁。

り、複数人に同一内容を有する注意義務が認められ、過失の競合と認定した。学説では、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについて争われているが、その場合、本件の各関与者がすべて過失犯の共同正犯として捉えられるかどうかではなく、看護師間の共犯関係と、医師間の共犯関係の有無をそれぞれに論じるべきであるとすることが、一般的である。

過失犯の共同正犯が成立しうるとする見解は、過失の競合は広義の過失の競合を指すと解した上で、水平分業の類型にあたる事例について、過失犯の共同正犯を認める点に大きな特徴がある[111]。具体的な根拠について、手術にあたり、本件被告人らが中心となって、同じ現場で患者の同一性の再確認作業が行われた際に、そこで十分な確認作業が可能であったにもかかわらず、それを行わなかったことについて、執刀医、麻酔医らがなすべき共同義務に共同して違反するという点からみて、「注意義務に違反する共同行為を時間的に同じく実行するという形式的判断のみではなく、実質的にも判断し、注意義務に違反する共同行為に組み込まれた各々の行為が、一つでも欠けてしまえば、当該結果の発生が疑わしいようなもの」[112]と説明する見解がある。

それに対して、過失犯の共同正犯の成立を否定する見解は、その理由づけについて、本件の確認義務は、各関与者が担当する作業の中でそれぞれに負担する義務であり、同一性確認義務という抽象的なレベルにおける共通性があるが、各人の置かれた状況に応じて行動基準の内容が異なる可能性があるから、共同注意義務ではないと説明する[113]。医師間についても過失犯の共同正犯を肯定する見解によっても、看護師の行為は医療の補助ないし準備行為であり、医師の行為に対する干渉を内容とする義務が存在しない以上、看護師と医師間の共同注意義務はあり得ない

---

111 大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル３号（2006）17-21頁。

112 秋山栄一「いわゆる『チーム医療』における過失共同正犯論の現状」桐蔭論叢15号（2006）124-125頁。

113 北川佳世子「刑事医療過誤と過失の競合」年報医事法学23号（2008）105頁、同「横浜市大患者取違え事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第２版〕』（2014）157頁、照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007（2008）26頁。

と主張する[114]。

しかし、本件作業における各関与者は、異なる役割を担当し、この役割に応じて他人と異なる注意義務を負うといえるが、どのような役割を果たすとしても、患者の同一性を確認することは作業の前提となる。それゆえ、広い意味で、各関与者は、共通の確認義務を負い、そして患者の取り違えを防止する意味で、各関与者は相互利用・補充関係にあったというべきである。

もっとも、本件確認は、単純な確認と手術の当否に関わる確認を区別することができる。前者にとどまる場合には、専門性のある領域に関するものではないため、患者の取り違えを防止するという意味においては、上下関係の有無を問わず、医師と看護師の間にも相互注意義務が成立しうる。それに対して、後者の場合には、単純な同一性の確認は困難になり、手術の必要性を検討することでしか患者の取り違えを防ぐことができない場合がありうる。本件では、手術室入室前と麻酔導入前の確認は、単純な確認であり、そして各人が独立して確認義務を履行することができるのに対して、手術開始前の確認は、手術の当否に関わることが多く、そしてそれには複数人が関与している。そこで、これらの前提を踏まえ、本件における被告人６名の間に共犯関係があったかどうか、各人は正犯かどうかを改めて検討する。

（ｉ）手術開始前の段階における確認は、専門性との関係性は薄れるのであり[115]、患者両名の取り違えを防止する意味で、関与した看護師間、麻酔医間[116]、看護師と麻酔医間には、相互利用・補充関係があることか

---

[114] 大塚（裕）・前掲注（111）21-23頁。

[115] 麻酔導入の前に、麻酔に実施する支障になるような食い違いに気づくことによって、患者の取り違えを発覚することができる場合がありうるが、異なる手術を受ける患者であっても、麻酔医の術前訪問で麻酔実施の支障がないことを確認していたものであるから、この段階での専門的判断は患者の同一性確認に関わるといえず、麻酔医による確認も単純な確認に属すると考えられる。

[116] 本件における麻酔医両名は、同一の患者に対する手術について分業・協業関係があるのではないが、同一時刻に複数の患者に対する手術が予定されていることを認識しており、いったん、患者の取り違えが発生すれば、２人の患者に適応のない麻酔や手術を受けることになるはずであるから、この患者両名の

ら、主観的には、「一方の看護師が不正確な引渡しをして不注意な受取りを助長し、もう一方の看護師が受取りに際して正確な確認を怠ることにより不正確な引渡しを助長している関係にある」[117]のみならず、単純な確認であるため、相手が確認義務をきちん果たすという誤った期待を抱いてしまうことで看護師と麻酔医間、麻酔医間の不注意も相互促進・強化される関係にあるというべきである。そしてその４人のうち、誰かが確認義務を確実に履行すれば、少なくとも、患者両名を麻酔状態に陥らせた結果に至ったことはならないため、同結果については、４人をすべて共同正犯として帰責すべきである。

（ⅱ）麻酔を導入した後、手術を開始する前に、本件病院では患者確認について特別の措置を講じていないから、この段階においては、当該体制のもとで通常の確認措置を採ることが困難になるが、この段階に関与した者に対しては、少なくとも、①異常が発見されるときに、再確認をとることと、②手術室内で実施した検査結果を術前検査結果と対照することを通じて必要のない手術を避けることが要請される。もっとも、②は、患者の取り違えが発生しない場合にも、妥当するものだから、当該注意義務の履行は、患者の同一性確認を超える独自の意味を有するといわざるを得ない。この意味で、本件傷害結果の発生は、患者の取り違えの延長線上にあったものであるが、この因果の流れで、手術の当否についての執刀医らの顕著な注意義務違反が介在していたというべきである。手術の当否についての判断は、医師の専門性に基づいて行われるものであり、看護師がそれを信頼することが相当である限り、看護師が確認作業を行う際に、医師が上記注意義務に違反する可能性を考慮すべき注意義務を負わないということとなるはずである。

しかし、第２章で述べたように、①と②は、必ずしもはっきり区別することはできず、例えば、術前検査の結果と術中の検査等とのデータの

取り違えを防止する意味においては、心臓手術側の麻酔医と肺手術側の麻酔医は事実上の相互利用・補充関係にあるというべきである。そして、同様な理由によって、心臓手術側の執刀医と肺手術側の執刀医にも相互利用・補充関係があると解することができる。

[117] 嶋矢・前掲注（88）216頁。

著しい相違があったという事実に対して、患者が取り違えられるか、治療の必要性があるのか、という両面から検討することが可能である。執刀医は、術中の検査結果が術前の検査結果と顕著に異なるという事実に気づいたときには、患者を取り違えていないかを意識すべきであり、治療の必要性については、患者の取り違えの可能性が排除された後に、議論されるべきである。それゆえ、この段階における確認は、手術の当否に関係しているように思われるが、この場合であっても、執刀医に単純な確認が求められるというべきである。この際に、前段階で関与した看護師ら、麻酔医らが確実に確認することに対する誤った期待を抱くことは、執刀医の不注意を促進・強化するものと評価できる。また、本件では、看護師らの注意義務違反は、患者の取り違え手術の危険を作ったものであり、その危険が現実化したため[118]、執刀医らに対する看護師らの信頼は相当性があると考えられず、両者に相互注意義務を認めるべきである。そして看護師らは、最初に合義務的な行為をとったならば、患者が麻酔状態に陥らせた上で非対応な手術を受けて傷害を負わせる結果は回避しうるので、看護師らは、上記結果に至った因果的経過に対する実質的支配可能性があったと評価でき、共同正犯として帰責すべきであると思われる。

麻酔医らは、看護師らと異なり、手術に関わり続けており、手術を開始する前に、①と②についての合義務的行為が求められる[119]。しかしながら、この際の同一性確認は、麻酔導入前の確認と異なり、複数の医師が関与しており、協力し合って結果回避義務を履行するという意味で共犯関係が肯定されるとしても、各関与者の役割や置かれた状況に鑑み、正犯性があるかどうかについては改めて検討すべきである。本稿の第２章で述べたように、各関与者の具体的な合義務的行為を確定する際に、法の期待の客観的な限界と主観的な限界を考慮しなければならず、本件

[118] 北川・前掲注（113）157頁。

[119] 手術の当否を検討するにあたり、主治医グループと執刀医の意見は重要であるが、麻酔医としても、術室内で実施した検査結果と術前検査結果の食い違いについて、麻酔の立場に立ちつつ、これは麻酔の結果なのかどうかを説明することで当該検討に関与することができる。

の状況に置かれた麻酔医Ｆに期待される具体的な結果回避措置は一定程度で制限されるべきである。同人の合義務的行為は、法益保護のための有効性があるが、その有効性が他の医師の意識や判断に大きく左右されるといえるため、この段階での麻酔医Ｆの行為は、注意義務に違反したものかが疑問となり、注意義務違反行為を認めるとしても、傷害結果に至る因果経過を実質的に支配していると評価できず、その正犯性を否定すべきものである。同時に、研修医であった麻酔医Ｈは、この段階で積極的な確認をせず、麻酔を継続させたことについて過失を肯定できるが、傷害結果に至ったことに対して、執刀医に比べれば、その注意義務違反の程度は軽いと思われる。しかし、麻酔医ＦとＨは、麻酔導入前に患者確認を怠ったことが認められ、かつ当時、合義務的行為に出たならば、本件傷害結果に至らないはずであるため、執刀医らとともに共同正犯として責任を負うべきであり、上記の事情は量刑の事情として考えるべきである。

なお、心臓手術の医師と肺手術室の医師間には、患者の同一性確認において相互利用・補充関係があったといえ、不注意の相互促進・強化と相互注意義務をも観念できるが、執刀医両名の注意義務違反の時点が異なり、患者両名の傷害に対して、共同危険創出が認められる限り、共同正犯の責任を負うというべきである。

最後に、異職種の連携の場合において、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについて言及しておきたい。本件における分業・協業は、同じ職種間にも、異なる職種間にも存在するような複合的なものであるが、本件事故は複数の初歩的なミスによるものである。本件の事実からみれば、患者の同一性確認は、単純な確認と治療の当否に関わる確認とを区別することができるが、患者の取り違えを防止するために、自己の職責や持ち場に応じて単純な確認をする義務がある、という点は共通しており、そして誰か一人が当該注意義務を果たせば、結果は回避しうる。それゆえ、本件における確認は、「専門性の領域に入る以前の問題であり」、職種は何かということによる区別は問題とならないというべきであり[120]、各関与者の間に、不注意の相互促進・強化ないし相互注意義務が

[120] 大塚（裕）・前掲注（111）21-22頁、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ』（現代法律

存在する可能性がある。したがって、各人の専門性に基づいて分業・協業がなされていたとしても、過失犯の共同正犯が成立する余地があると考えられる。しかし、例えば、麻酔管理に麻酔医の過失と、執刀医による手技のミスが重なって患者の死傷結果を惹起した場合に、これらの過失は、いずれも専門性のみに関係するものであり、専門の領域内で不注意の相互促進・強化がありえないだけではなく、両者は、他方がその種の過失を犯している可能性を考慮しなくてもよい（信頼の原則）ので、過失犯の共同正犯は認められないと思われる。

第4節　小括

組織的医療における複数人の過失責任が肯定された場合に、判例においては、一般的に過失の同時犯として扱われ、過失犯の共同正犯が認められる少数の場合には、行為者の職種が同じであるという傾向が見られる。

現在、過失犯の共同正犯に関する議論では、行為共同説に立つからといって過失犯の共同正犯が肯定されるとは限らず、また犯罪共同説や共同意思主体説、目的的行為論に立つからといって過失犯の共同正犯が否定されるとは限らないとされている。過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐる問題の対立点は、過失犯の共同正犯として処罰する必要性があるかどうかにあり、過失犯の共同正犯についての論争は、基本的に、「共同義務の共同違反」説と「同時犯解消」説との対立をめぐるものになった。

過失犯の共同正犯の成否を検討するにあたり、まず、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠があるかという問題を明らかにしなければならない。具体的には、過失犯の共同正犯の成立要件としては、（ⅰ）正犯性要件としての実質的支配力、（ⅱ）共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）及び客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）である。また、心理的関連性が双方向的であれば、物理的関連性の双方向性がなくても、全体結果を各関与者

出版社・2004）139頁。

に帰属することができる。

そして、危険創出の段階で、関与者間の心理的関連性と物理的関連性がある場合には、関与者のうち誰かが結果を起こしたことが立証できれば、誰がその結果を惹起したのかを具体的に証明することができないとしても、その結果は、共同して創出・増大された危険を現実化した結果であると考えられるため、結果帰責のために、各関与者の過失行為と結果の間の因果関係が必要ではないという点で過失犯の共同正犯を認める実益がある。

また、判例の再検討により、以下の点が明らかとなった。第一に、関与者の間に監督関係がある場合や、結果防止のための各関与者の注意義務履行の効果が異なる場合には、相互的支配があり得ない以上、過失犯の共同正犯の成立が考えられない。しかし、関与者の間に上下関係があるが、上記２つの場合に該当しないとき、過失犯の共同正犯が成立しうる。第二に、共同して許されない危険を創出または増大させた場合であれば、複数の注意義務違反の間に時間的先後関係があっても、共同違反が認められうる。第三に、各人の専門性に基づいて分業・協業がなされていた場合に、専門の領域内で不注意の相互促進・強化がありえないだけではなく、一方の作業者は、他方の作業者がその種の過失を犯している可能性を考慮する義務も負わないので、過失犯の共同正犯が成立する余地がない。

研究ノート

損益相殺の受容

濱　口　弘太郎

1　はじめに

「わが国の民法典には損益相殺に関する規定が存在しない」[1]ことは周知の事実である。従来の研究において、「民法の制定過程において損害賠償の範囲について論じられたときにも損益相殺という考え方について検討された形跡はみられない。したがって、民法典の起草者たちが民法典の解説や注釈を行った第一期（明治二八～四三年）の著作のなかには損益相殺に言及するものはみられない。」[2]とされていた。

それでは、誰が損益相殺という概念を日本にもたらしたかというと、「わが国の民法学に損益相殺の考え方を紹介したのは石坂音四郎と思われる。」[3]との指摘があった。1911（明治44）年の石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣）が損益相殺について解説しており、これが日本初の損益相殺に関する文献とみられたのである。

執筆者も、これらの指摘を参照して、「民法の起草者らの著作には損益相殺に言及するものはない。」[4]「損益相殺を日本に紹介したのは、石坂音四郎といわれている。」[5]と述べた。

---

[1] 松浦以津子「損益相殺」星野英一編集代表『民法講義第６巻　事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）682頁。

[2] 松浦・前掲注（１）「損益相殺」682頁。

[3] 松浦・前掲注（１）「損益相殺」682頁。

[4] 拙稿「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（１）」北大法学論集66巻４号（2015年）1220頁。

[5] 拙稿・前掲注（４）「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（１）」

しかし、最近調査したところ、事態は複雑であり、元々ローマ法の議論が存在し、それがフランス・ドイツ、それぞれを経て、日本にもたらされた。現在の日本における損益相殺は、概ねドイツ法に由来するもの（ただし、それだけではない）であるが、その受容において、岡松参太郎が重要な役割を果たしたことが判明した。さらに、日本における損益相殺の確立に、富井政章の影響があることも判明した。そこで、本稿では、損益相殺について確認した後、日本に、損益相殺がどのようにもたらされ、また、受け入れられていったのかを見ていくことにする。この受容の過程を見ることで、これまで明らかにされてこなかった、損益相殺についての疑問にも答えることができるように思われる。

本稿の主要な目的は、これまで述べた損益相殺の受容の過程を明らかにすることである。しかし、この受容の過程は、従来説かれてきた、いわゆる学説継受とは大きく異なっている。学説継受という潮流における、損益相殺に関する議論の特徴について言及して、本稿の結びとする。

2　損益相殺

（1）損益相殺概念

損益相殺の定義は難しいが、今日の日本では、概ね、損害賠償の一局面であり、加害行為（債務不履行や不法行為など）によって、被害者に損害だけでなく利益も生じた場合に、損害賠償額を定めるに当たり、損害から利益を差し引くことをいうものと理解されているように思われる。

（2）ドイツパンデクテン法学より前の損益相殺に繋がる議論

この損益相殺概念は、19世紀のドイツパンデクテン法学に由来するものであるが、そこでは、しばしば学説彙纂（Digesta）の法文が引用された。

中世ヨーロッパにおいて、Digestaの、D.3.5.10(11)[6]（事務管理に関する法文）と D.17.2.23.1（組合に関する法文）[7]の整合的な解釈が議論されていた。概略を

1219頁。

[6] 文献によって、D.3.5.10とするものと、D.3.5.11とするものがある。

[7] 他に、組合に関して、D.17.2.25や D.17.2.26も存在するが、本稿の関心との関係では、D.17.2.23.1と大きく変わるものではなく、議論も D.17.2.23.1に集中して

述べると[8]、前者は不在者の事務管理者が故意又は過失により損害賠償義務を負ったが、別の取引で利益を上げた。この場合に、損害と利益を差し引きすることができるとする。後者は、組合員が、損害を生じさせたが、別の取引で利益を上げた場合、損害から利益を差し引くことはできないとする。両者は矛盾するようにも見えるため、これをどのように理解するかが問題となったのである。

解釈上の疑義はあるものの、法文自体は立法においても受け入れられた。後で登場する、フランス民法典1850条（立法当時のもの）は、「各社員ハ自己ノ過失ニ因リ会社ニ生ジタル損害ニ付会社ニ対シ其ノ責ニ任ズ。此ノ場合ニ於テ社員ハ他ノ事務ニ於テ自己ノ労務ニ依リ会社ニ与ヘタル利得ヲ以テ損害ト相殺スルコトヲ得ズ。」[9]と規定した[10]。これは、D.17.2.23.1を踏襲するものである。他に、プロイセン一般ラント法（ALR）第１部13章253条は、D.3.5.10(11) を踏襲したものであるし、同部17章215条はD.17.2.23.1を踏襲している[11]。オーストリア一般民法典（ABGB）1191条は、「いかなる組合員も、その責任によって組合に生じさせた損害を賠償する責任を負う。この損害は、他の組合に生じさせた利益と差し引きされない。組合員が、独断で（eigenmächtig）行った新しい取引によって組合に、ある面では損害が生じ、他の面では利益が生じた場合は、相当な調整がなされなければならない。」として、独断で行った新しい取

いる。そのため、本稿では、D.17.2.23.1のみを取り上げ、他の法文は省略する。

[8] 詳細は、拙稿「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（２）」北大法学論集66巻５号1649頁（2016年）を参照されたい。

[9] 木村健助・柳瀬兼助『現代外国法典叢書（17）仏蘭西民法〔Ⅳ〕財産取得法（３）復刊版』（有斐閣、1956年）217頁。ここでは、「ソシエテ（société）」が「会社」と訳されている。しかし、フランス法のソシエテは「営利目的で共同の事業を営むための人の契約ないし合意である」（石川真衣『組合・会社・社会―フランス会社法におけるソシエテ概念』（岩波書店、2024年）１頁）とされ、「フランス法上，組合に限らず，合名会社，合資会社，株式会社もすべてソシエテであるとされる」（同書１頁）。

[10] このうち、損害と利得の「相殺」に関する部分は、1978年の法改正により、廃止されたようである。この改正について、奥島孝康「フランス私法人基本法の成立―民法典第三編第九章の大改正について」判タ427号46頁（1981年）。

[11] 詳細は、拙著・前掲注（８）「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（２）」1632頁を参照されたい。

引を区別するが、概ね、D.17.2.23.1を踏襲していた[12]。

注意しておかなければならないのは、Digestaの法文やこれらの条文は、加害行為から利益が発生する事態を規定している訳ではないという点である。例えば、事務管理者・組合員が許されない危険な投機行為を行い、実際、損害を生じさせたが、その者は別の取引では利益をあげ、これを本人・組合にもたらしていたということを考えればよい。この場合に、事務管理では、損害から利益を控除することが許されるが、組合ではそれは許されない。それはなぜなのかがローマ法の解釈として議論されたのである。今日の我々が損益相殺という言葉から想像する、同一の加害行為から損害と利益が生じた場合の議論は、19世紀のドイツパンデクテン法学を待たなければならない[13]。

前述の通り、フランス民法典1850条は、Digestaの法文を踏襲したものである。後述の通り、ボワソナードもローマ法を前提とする説明を行っている。本稿では、これらDigestaに沿った損害と利益の調整問題を、複数取引における損益相殺とよび、広い意味の損益相殺に含めることとする。また、これと区別する意味で、同一の加害行為から損害と利益が生じた場合の調整問題を、同一行為における損益相殺とよぶことがある。

（3）ドイツパンデクテン法学における損益相殺理論の構築

ドイツパンデクテン法学は、同一の事実から損害だけでなく利益も発生したときは、損害から利益を控除したものが実質的な損害であると説いた。これは、「die Natur der Sache」（事物の本性）から生じると説く者もいた（後述のWindscheidなど）。もっとも、かのMommsenは、ローマ法との関係につき、

---

[12] 本文記載の ABGB の「損益相殺」に関する規定は、2015年施行の法改正により、廃止された。

[13] なお、損害賠償法における利得禁止思想は、国際法の祖として知られる Hugo Grotius の『De jure belli ac pacis』（初版は1625年）第 2 巻第17章 4「損害は果実にも及ぶ」にも見られる。Grotius は、財産が侵害された場合は、その財産から生じる果実についても、果実を取得し得たかもしれない場合には、損害を受けたことになるとした上で、「この場合は他人の費用でより富有になることを禁ずるといふ規則に従つて、財産の改善のための費用、或は果実の取得のために必要なる費用を差引くのである。」という（グローチウス著一又正雄訳『戦争と平和の法　第 2 巻』（酒井書店・育英堂、1950年）649頁）。

組合に関する法文は別々の事実から損害と利益がもたらされたものであり、むしろ、控除を行わないのが当然とした。一方、Mommsenは、事務管理は全体を１つの事実と見るべきであるから、D.3.5.10(11) が示すように、ローマ法は損益相殺を承認していた旨を説いた。前述の通り、D.3.5.10(11)やD.17.2.23.1は、損害が生じた取引と利益が生じた取引が別であることを前提とするものであった。もっとも、両者を区別し、前者は複数の取引を１つの事実とみることで、同一行為における損益相殺承認の例とされた。一方、後者は、複数の取引が行われた場合であり、同一行為における損益相殺の局面ではないから、損害から利益を控除しないのは当然のこととされたのである。

法文をこのように理解できるかは議論があったが、ともかく、当時のドイツにおいて、同一の加害行為から損害と利益が生じた場合を問題とする、損益相殺理論が構築された。

3　旧民法における損益相殺

（１）現在、執筆者が知る限り、日本法における、最古の「損益相殺」という表現は、旧民法財産取得編の講義録にある。そこで、旧民法の関係条文を確認し、続いて、ボワソナードの説明を検討する。その上で、当時の日本人が当該条文をどのように理解したのか、当時の解説書や法律学校の講義録を手がかりに検討していく。

（２）旧民法の条文

旧民法財産取得編には、次の規定が存在した。

旧民法財産取得編131条

① 業務担当人タルト否トヲ問ハス各社員ハ其過失又ハ懈怠ニ因リテ会社ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

② 此損害ハ社員カ会社営業ノ他ノ事件ニ付キテ会社ニ得セシメタル利益ト相殺スルコトヲ得ス但其事件ノ互ニ連絡シタルトキハ此限ニ在ラス

旧民法財産取得編239条[14]

[14] 旧民法財産取得編239条１項は、明治23年４月21日官報号外68頁では「代理人

① 代理人ハ委任事件ヲ成就セシムルコトニ付テハ善良ナル管理人ノ注意ヲ為ス責ニ任ス

② 然レトモ左ノ場合ニ於テハ代理人ノ過失ハ較ヤ寛大ニ之ヲ査定ス

第一 代理人カ無償ニテ代理ヲ為ストキ

第二 代理人カ自ラ求メテ代理ヲ為シタルニ非サルトキ

第三 委任者カ代理人ノ不熟練ナルコトヲ了知シ又ハ之ヲ推量シタルトキ

第四 代理人カ管理ノ或ル行為ニ付キ委任者ヲシテ其予期セサリシ利益ヲ得セシメタルトキ

131条は、「会社」に関する規定であるが、ここでいう「会社」は現在の組合に相当する。そのため、131条２項本文は、組合員（社員）が組合（会社）に損害を生じさせた場合は、他の事件について組合に利益を得させたとしても、両者を「相殺」することはできないとする規定である。もっとも、同項但書は、事件が「互ニ連絡」するときはこの限りでないとする。

一方、239条は、代理人の注意義務を規定したものである。239条２項４号は、代理人がある行為については注意義務違反を犯したものの、他の行為で予期しない利益を委任者にもたらしていたときは、過失の査定を寛大にするように指示する。

（３）ボワソナードの説明

ア 組合における「相殺」の禁止

『ボアソナード氏起稿 民法草案 財産取得編』における779条（旧民法財産取得編131条に対応する。）の説明に次の記述がある。なお、引用に当たって、合字はひらいている（以下、同じ。）。

「第二項ハ仏蘭西法典（第千八百五十条）及ヒ羅馬法ニ模倣シ少シク

ハ委任事件ヲ成就セシムルコトニ付テハ善良ナル管理人タルノ注意ヲ為ス責ニ任ス」として、「管理人タルノ注意」とされている。内閣官報局出版『法令全書明治23年』も同様である。しかし、国立公文書館デジタルアーカイブの御署名原本には「管理人ノ注意」と書かれている。ここでは、御署名原本に従った。起草過程でも「タル」との文言はなく、官報印刷の際に誤り、チェックが行き届かなかったと推察される。

増補ヲ加ヘタルモノニシテ少シク弁明ヲ為スヲ要ス○皮相視スレハ社員ノ惹起シタル損害ト其会社ニ供シタル利得トノ相殺ヲ聴許セサルハ法律少シク厳格ニ過クルカ如シ殊トニ管理者ニ関スルトキハ其管理ノ総体ノ計算報告ヲ為シ其計算ニ就テ其利得アル処置ト損失アル処置ノ総計及ヒ其差引勘定ヲ為シ利得ニ比シテ損害ノ超過高ノミヲ負担セシムヘシト唱フルヲ得可シ

此理論タル事務管理者ニ付テハ維持スルヲ得ヘク加之ス報酬ヲ受ケサル名代人ニモ亦タ之ヲ適用スルヲ得可シ然レトモ若シ管理者タル社員ニ之レヲ適用スルトキハ即チ其職務ノ何者タルヲ全ク誤マルモノト謂フ可キナリ蓋シ該管理者ニハ二个ノ義務ヲ併セテ負担スルモノナリ即チ一ハ会社ノ事務ヲ注意シテ担当シ損失、損害ヲ未然ニ防クニ在リテ一ハ其事務ヲ繁盛ナラシメ以テ配当スヘキ利得アラシムルニ在リ然ルニ此義務ノ一即チ第二ノ義務ヲ実行シタレハトテ他ノ義務ヲ行フヲ免カレ又ハ之ヲ怠リタルノ責ヲ免カル、コト能サルモノナリ

勿論実際ニ於テハ他ノ社員モ己レニ重大ナル利益ヲ得セシメタル者ニ対シテ損害ノ賠補ヲ要求スルコト甚タ厳ナラサル可シ又裁判所モ其争訟ヲ受クルニ方リ寛恕ヲ施サ、ル可ラス就中管理者ハ大事業ヲ盛大ナラシムルニ方リテハ小事業ヲ放棄スルコトヲ得ヘキヲ聴許スルヲ得ヘシ然レトモ之レヲ以テ法律、正義ノ原則ナリト記載ス可カラス

我輩ハ右ノ損失ト利得トノ相殺ノ禁止ニ例外ト称スルニ至ラサルモ調和法ヲ設クルヲ可ナリト信ス即チ其一方ニハ（損失）ヲ来シタル事務ト他ノ一方ニハ（利得）ヲ生セシメタル事務ト相繋連シ、附帯シタルトキ是レナリ○其理由タル此等種々ノ事務ハ総テ不可分ナリト看做ス可シト云フニ在リ然ルニ附帯ノ事務ヲ別離シテ評定スルハ唯一ノ事務ヲ数部ニ分割シテ之ヲ評定シ其一部ニ付テハ賠補ス可キ損害ヲ討求シ他ノ部分ニ付テハ分配スヘキ利得ヲ討求スルト其不正殆ント同一ナリ○況ンヤ時トシテハ管理者一事務ノ利益ヲ挙ク得ンカ為メ他ノ事務ニ付キ多少ノ損失ヲ為サ、ル可カラサルニ於テオヤ」[15]

[15] ボワソナード民法典研究会編『ボアソナード氏起稿　民法草案　財産取得編　第１巻－第４巻（38-49）　ボワソナード民法典資料集成　前期Ⅰ』（雄松堂、2000年）76頁によった。

ここでは、旧民法財産取得編131条２項本文の「相殺」禁止がフランス法とローマ法に由来することが明らかになっている。このローマ法が、D.17.2.23.1を指すことは明らかである。もっとも、ボワソナードは、この準則は「法律、正義ノ原則」であるものの、「少シク厳格ニ過クルカ如シ」といっている。そこで、損失を生じさせた事務（条文では「事件」。以下、同じ。）と利得を生じさせた事務とが「相繋連シ、附帯シタルトキ」に、「損失ト利得トノ相殺ノ禁止ニ例外ト称スルニ至ラサルモ調和法」として提唱されたのが、同項但書である。

ここで「相殺」は「利得アル処置ト損失アル処置ノ総計」をし「其差引勘定」を行うこととされている。ボワソナードは、ローマ法に忠実に複数の行為があった場合を問題とし、その上で、利得と損失の差引計算を行うことが禁止されるとしている。同条項には、但書があるものの、これは例外ではなく「調和法」とされている。事務が「相繋連シ、附帯シタルトキ」に、附帯の事務を分離して評価することは、１つの事務を分割してこれを評価し、損失が生じた部分については損害賠償を請求し、利益が生じた部分では利益分配を求めることと、「其不正殆ント同一ナリ」という。

ボワソナードは明言していないが、１つの事務の中で、様々な支出や収入がある場合、それらは収支の計算に組み込まれるに過ぎず、その全体が観察されるということを前提にしていると思われる。当然のことであるが、たとえば、八百屋営業を行うのであれば、野菜を仕入れなければならない。この仕入れ代金の支払自体は損害ではない。野菜を仕入れ、これを販売し、また、諸経費を計上して、初めて、利益や損失を計算することができる。仮に、組合の業務執行者が、違法に（組合に関する準則に違反して）野菜を仕入れ、その代金を支払ったとしても、仕入れ代金の支払については業務執行者に損害賠償を請求し、売り上げは利益として組合員に分配するとすれば、明らかに不当であろう。これが不当とされる以上、「相繋連シ、附帯シタル」事務についても、附帯の事務を分離して評価することは不当であるとするのが、ボワソナードの解説だと思われる。

それでは、旧民法財産取得編131条２項但書の場合（其事件ノ互ニ連絡シタルトキ）は、どのように処理すればよいのか。「此限ニ在ラス」との条文の文言からは、「相殺」つまり差引計算を許容するものと考えるのが自然である。しかし、ボワソナードは、但書を例外とは考えていないこと、そして、上述のように、１つの事務を分割することと比較していることを考えると、おそらく、

ボワソナードの意図としては、「互ニ連絡シタル」事件全体を１つのものと捉え、その全体を評価することとしていたのではなかろうか。

イ　予期しない利益をあげた代理人の過失査定

『ボアソナード氏起稿　民法草案　財産取得編』における935条（旧民法財産取得編239条に対応する）の説明に次の記述がある。

> 「第四　若シ又代理人其過失ヲ以テ受托事務執行ノ一部分ニ付テハ代理委托人ニ損害ヲ加ヘ他ノ一部分ニ付テハ意外ノ利益ヲ供給セシトキハ右ニ関シテ適当ノ相償ヲ為スハ真ニ正当ノコトト云フ可シ〇法律ハ会社ノ為メ一方ニ在リテハ損失ヲ加ヘ一方ニ在リテハ利益ヲ供給シタル会社ノ管理者タル代理人ニ此損益ノ相償ヲ拒絶セリ（第何条参観）然レトモ右ニ付テハ特別ノ理由アリテ存シ其理由ハ己ニ各事項ニ於テ示指シタル所ナリ」[16]

組合と異なり、こちらの説明は簡単である。代理人が利益をあげた場合に、損害賠償を否定することは、ローマ法の法文に反するものではない。ボワソナードの説明では、「会社」（組合）の場合は、「特別ノ理由」があるとされている。代理には、他で利益をあげたことの考慮を否定する、特別の理由はないということであろう。

なお、ボワソナードは、組合においては、その業務執行者は、損失、損害防止と利益をあげることの２つの義務を負い、後者の義務を果たしても、前者の義務は免除されない旨説明していた。しかし、代理人は、この２つの義務を負わないのであろうか。執筆者には、ボワソナードは、組合の準則は揺るぎないものとして存在する一方、その準則はあまり合理的ではなく、それゆえ、組合以外の場合には適用されないものと考えているように思われる。

（４）当時の日本人の理解と「損益相殺」の登場

ア　調査対象の確認

旧民法財産取得編131条２項と239条２項４号を、当時の日本人は、どのように理解したのだろうか。結論を先取りすると、ボワソナードの意図は充分に伝

---

[16] ボワソナード民法典研究会編・前掲注（15）『ボアソナード氏起稿　民法草案　財産取得編　第１巻－第４巻（38-49）　ボワソナード民法典資料集成　前期Ⅰ』223頁によった。

わっていなかったのである。そこで、当時の解説書と法律学校[17]の講義録[18]から、当時の日本人がどのように理解し、また、何が論点となったのかを確認していこう。

イ　解説書の記述

（ア）本野一郎ほか『民法義解』

ボアソナード訓定富井政章校閲本野一郎・森順正・城数馬『民法義解　巻３　財産取得編，債権担保編』（金蘭社、1890年）596頁から597頁[19]は、旧民法財産取得編131条２項本文につき、一見過酷に見えても、「会社契約ノ性質上又然ラサルヲ得サルモノナリ」として、当然であるかのように説明する。そこには、ボワソナードのようなローマ法の伝統との間の悩みは見られない（そもそも、ローマ法への言及すらない。）。特徴的な部分として同書597頁から598頁は「相殺ハ双方互ニ義務ヲ負フ場合ニ生スルモノナリ然ルニ社員ノ会社ニ得セシメタル利益ニ付テハ会社ハ社員ニ対シテ義務ヲ負フコトナク之ニ反シテ社員ハ其過失ニ付キ会社ニ対シテ直チニ義務ヲ負フモノナリ故ニ此利益ト損害トノ間ニ相殺行ハル可キノ理アルコトナシ」として、旧民法財産取得編131条２項本文の「相殺」が債務消滅事由としての相殺であるかのような記述となっている。但書について、同書598頁は、「小害ヲ顧ミスシテ大利ヲ博セントスルハ勢ヒ巳(ママ)ムヲ得サルコト多クシテ之ヲ以テ社員ノ過失ナリト云フヲ得サルニ依リ其連絡シタル事件ヲ一括シテ之ヲ分ツ可カサルモノト見做スニ依ルナリ」として、過

[17] いわゆる五大法律学校として、専修学校、明治法律学校、東京法学校（和仏法律学校）、東京専門学校、英吉利法律学校（東京法学院）があった。それぞれ、現在の専修大学、明治大学、法政大学、早稲田大学、中央大学の前身である。

[18] 当時の法律学校は通信課程を置いていた。学校によって多少の違いはあるだろうが、東京法学校は、1885（明治18）年から、「三年間にわたって毎月三回講義内容を掲載した雑誌を送る」という方法で、通信教育を始めている。「そして、授業料収入に頼らざるをえない東京法学校は、この講義録の発行によって非常に潤う。これはその後、『和仏法律学校講義録』『法政大学講義録』に受け継がれ、学校の財政基盤の安定の一翼を担っていった。」（いずれも、岡孝『梅謙次郎　日本民法の父』（法政大学出版局、2023年）229頁）。ここでは、講義録の発行は通信課程の実施と同義であり、これは創立当初で財政基盤が弱かった法律学校の有力な収入源となったのであろう。

[19] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443157。

失を否定する要素であるかのような説明となっている。

（イ）磯部四郎『民法釈義』

磯部四郎『民法釈義　第14編』（長島書房、1892年）458頁[20]は、旧民法財産取得編131条２項を「過怠ニ因リ会社ニ損害ヲ加ヘタル社員カ他ノ事業ニ就キ会社ニ利益ヲ得セシメタリト雖トモ其利害ノ差引勘定ヲ為スヘキノ道理ナキヤ明ケシ」として、「相殺」を「差引勘定」とする。ここでも、ローマ法への言及はない。但書については、同書458頁から459頁は、「利益並ニ損害ヲ生シタル事件ノ互ヒニ連絡シタルトキハ其利害ヲ不可分ト看做シ損害カ利益ニ比シテ著シカラサル限リハ之ヲ不問ニ置クヲ至当トス」とあっさり説明している。むしろ、同書459頁において、「本条第二項ノ『相殺』ハ『差引勘定』ト解スヘシ財産編第五百十九条ノ『相殺』ト同シカラス或ル学士ハ之ニ就キ喋々セリ故ニ一言ヲ附記ス」として、「相殺」の解釈に注意が向けられている。「或ル学士」とは、本野ほか『民法義解』の記述を指すものであろう。

磯部四郎『民法釈義　第15編』（長島書房、1892年）790頁[21]は、旧民法財産取得編239条２項４号について、「委任者カ代理人ノ手柄ヲハ敢テ之ヲ問ハス只其過失ノミヲ厳ニ責ムルヘキニアラス之ヲ宥恕シ寛大ニ査定スヘキハ事理ノ当然ト謂ハサルヘカラサルナリ」と至って簡単な解説を行っている。ローマ法や組合の規定との関係は登場しない。

（ウ）富井政章『民法論綱』

富井は、『民法論綱 財産取得編 中』の旧民法財産取得編131条の解説において、「各社員ハ其過失又ハ懈怠ニ因リ会社ニ加ヘタル損害ヲ賠償セサル可カラサルハ勿論此損害ハ社員カ会社営業外ノ事件ニ付キ会社ニ得セシメタル利益ト相殺スルヲ得ス（仏民法第千八百五十条）」[22]として、フランス民法典1850条を引用する。その上で、「相殺ハ互ニ債権者及ヒ債務者タル者ノ間ニ非サレハ行ハレス（財産編第五百十九条仏民法第千二百八十九条）」[23]として、「相殺」を

[20]『民法〔明治23年〕釈義　財産取得編（中）（第６章～第12章）　日本立法資料全集別巻86』（信山社、1997年）を参照した。

[21]『民法〔明治23年〕釈義　財産取得編（中）（第６章～第12章）　日本立法資料全集別巻86』（信山社、1997年）を参照した。

[22] 富井政章『民法論綱 財産取得編 中』（岡島宝文館、1893年）59頁。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443559。

[23] 富井・前掲注（22）『民法論綱 財産取得編 中』59頁。

債務消滅事由としての相殺であるとする。ここでも、ローマ法への言及は見られない。但書については、「本条末文ニ依レハ会社ニ損害ヲ生シタル事件ト利益ノ原因ト為リタル事件ト互ニ連絡シタルトキハ相殺ヲ生ス是仏民法ニ見サル規定ナリ草案注釈書（第四百二十九節）ヲ読ムニ右両事件ハ密接不可分ニシテ別計算ヲ為ストキハ公平ヲ失フト云フニ在リ」[24]としている。

（エ）熊野敏三『民法正義 財産取得編 巻之一』

熊野敏三『民法正義 財産取得編 巻之一』（新法註釈会）702頁[25]は、旧民法財産取得編131条２項の解説において、「此相殺ノ語ハ穏当ナラス法律ノ意ハ只損害ヲ査定スルニ当リ利益ヲ差引キ以テ責任ノ程度ヲ軽減スルヲ得スト謂フニ在リ或学者ハ此用語ニ惑ヒ相殺ハ相互ニ債務ヲ負担スル二人ノ間ニ於テ為ス仮想ノ弁済ナルカ故ニ社員ハ会社ニ対シ損害ヲ加ヘタルヲ以テ損害賠償ノ債務ヲ負担スト雖モ社員カ会社ノ業務ニ付キ利益ヲ会社ニ得セシメタレハトテ会社ハ其社員ニ対シテ之ヲ償還スルノ義務ナキモノナレハ相殺ニ必要ナル条件ヲ欠クモノナリト論セリ」として、解説のかなりの部分を「相殺」の説明に当てている。前述の通り、本野ほか『民法義解』や富井『民法論綱』は、131条２項の「相殺」を債務消滅事由と理解していた。ここでいう「或学者」も、そのような見解を採る学者を指すものであろう[26]。但書について同書703頁は「損害ヲ生セシメタル業務カ利益ヲ得セシメタル業務ト連絡スルトキハ法律ハ相殺即チ差引計算ヲ允許セリ故ニ数多ノ事件ナリト雖モ彼此連絡スルトキハ元来不可分ノモノナレハ其事件ノ全体ニ付キ責任ノ有無ヲ査定セサルヘカラス」という。なお、熊野も、ローマ法に言及していない。

（オ）岸本辰雄『民法正義　財産取得編　巻之二』

岸本辰雄『民法正義　財産取得編　巻之二』（新法註釈会）248頁[27]も、旧民法財産取得編239条２項４号について、磯部『民法釈義』同様、「功ヲ以テ過ヲ償フニ足ル然ルニ功ハ黙シテ之ヲ受ケ過ハ怒テ之ヲ責ムルハ背情ノ事タルカ故

[24] 富井・前掲注（22）『民法論綱 財産取得編 中』59頁。

[25]『民法〔明治23年〕正義　財産取得編　巻之壹　日本立法資料全集別巻57』（信山社、1995年）を参照した。なお、元の出版年を示す奥付等は見当たらない。

[26] もっとも、『民法義解』や『民法論綱』の関係箇所の記述は、相殺を「仮想ノ弁済」とはしておらず、「或学者」が誰を指すかは不明である。

[27]『民法〔明治23年〕正義　財産取得編　巻之貳　日本立法資料全集別巻58』（信山社、1995年）を参照した。なお、元の出版年を示す奥付等は見当たらない。

此場合ニ於テモ亦タ寛大ニ之ヲ査定センコトヲ要ス」と簡単な解説を行うのみである。

ウ　講義録における説明

（ア）松野貞一郎（東京法学院）

松野貞一郎講義高松太喜次編集『民法財産取得編 代理之部（東京法学院25年度第２年級講義録）』98頁[28]に、次の記述がある。これは、旧民法財産取得編239条２項４号の解説である。ここに「損益相殺」という表現が登場する。この資料は、1893（明治26）年頃、おそくとも、明治民法成立（1896（明治29）年）前の発行とみられ、現在執筆者が知る限り、最も古い「損益相殺」との表現である。

> 「（第四）代理人カ管理ノ或ル行為ニ就キ委任者ヲシテ予期セサリシ利益ヲ得セシメタルトキ　是レ常ニ羅馬法以来設例ヲ挙ケテ論究セラルヽ所ナリ即チ或ル行為ニ就キ一部ハ代理人ノ過失ニヨリテ委任者ニ損害ヲ被ラシメタルモ他ノ一部ハ委任者ノ予期セサル利益ヲ与ヘタル場合之レナリ例ヘハ甲者乙者ヨリ家屋及ヒ土地ノ売却ヲ依頼セラレ家屋ハ甲者ノ不注意ヨリ無資力者ニ売却シテ其代金ヲ受取ルヲ得サリシト雖モ土地ハ非常ノ高価ニ之ヲ売却シテ代金ヲ即時ニ受取リ意外ノ利益ヲ乙者ニ得セシメタルトキハ甲者ハ此利益ヲ以テ家屋ニ於ケル損失ト互ニ相殺セシメテ責任ヲ負フコトナキヤト云フニ羅馬法以来万法一律代理人ハ損益相殺ヲ主張スルヲ得ス然レトモ此場合ニ於ケル代理人ノ過失ハ大ニ之ヲ寛仮セサルヘカラストセリ即チ家屋ノ売却ニ就テハ代理人ハ過失ノ責任ヲ免ルヽヲ得サルヲ以テ其損害ヲ賠償セサルヘカラサルモ土地ノ売却ニ就テハ意外ノ利益ヲ本人ニ与ヘシメタルヲ以テ其賠償ノ額ヲ定ムルニ当テハ利益ヲ得セシメタルノ功労ヲ参酌スルヲ要ス」（下線は引用者による。）

ローマ法以来、代理人が損益相殺を主張することは否定されてきたかのような内容になっているが、前述したボワソナードの説明と大きく異なっている。おそらく、松野は、組合と代理を混同している。また、その論理展開に注目し

[28] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443351。奥付等は見当たらないので、詳細は不明だが、国会図書館の書誌情報は、出版者は東京法学院、出版年月日は明治26年？としている。

ても、松野は、「羅馬法以来万法一律」の準則をいともたやすく否定している。ボワソナードが不都合を感じ、それゆえ、工夫を凝らしながらも、ローマ法以来の準則を維持したのとは大きな違いである。

大きな問題はあるものの、ともかく、ここで「損益相殺」という言葉が登場したことは注目に値する。旧民法財産取得編131条２項本文は、「此損害ハ・・・利益ト相殺スルコトヲ得ス」となっているのだから、これを損益相殺の禁止とよぶのは至って自然なことであろう。想像ではあるが、講義等で、この問題を「損益相殺」とよぶ者は一定数いたのではなかろうか。

（イ）岡松参太郎（和仏法律学校）

岡松参太郎『民法財産取得編講義（和仏法律学校第２期講義録）』349頁から350頁[29]には、次の記述がある。これは、旧民法財産取得編239条２項４号の解説である。

> 「第四　代理人カ管理ノ或ル行為ニ付キ委任者ヲシテ其予期セサリシ利益ヲ得セシメタル場合〇代理人カ委任事件ヲ実行スルニ当リ其一部分ニ付テハ委任者ニ損害ヲ加ヘタリト雖モ他ノ一部分ニ付テハ委任者ニ意外ノ利益ヲ得セシメタルトキハ其利益ハ損失ノ幾分ヲ償フニ足ルカ故ニ法律ハ此場合ニ於テ代理人ノ責任ヲ寛大ニ査定スヘキモノト為セシナリ然レトモ此事ハ相殺ヲ為セシモノト誤解スヘカラス法律ハ右ニ述ヘタル代理人ノ過失ニ宥恕ヲ加ヘタルニ過キサルナリ」

講義録ということもあってか、簡単な説明であるが、「相殺」と誤解しないように言及していることが気になる点である。磯部『民法釈義』も、岸本『民

[29] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌000000443356。国会図書館は、1896（明治29）年頃の発行と推測している。もっとも、この講義録では、岡松は「法学士」とされている。岡松の大学卒業は1894（明治27）年である。一方、この講義録は、旧民法の規定だけで、明治民法やその案（民法修正案）に対応していない。「修正民法草案」（法学新報社、1896年）国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌000000443019の冒頭頁を見ると、「東京法学院広告」として「今般民法修正案帝国議会ニ提出セラレタルニ付キ本院ハ自今専ラ右修正案ヲ基礎トシテ之レカ講義ヲ為スコト、セリ此段広告ス　明治二十九年一月」と記載されており、1896年１月には、民法修正案に基づく授業に切り替わったことが分かる。和仏法律学校も、東京法学院と同時期に切り替えが行われたとすれば、この講義案は、1894年か1895年に成立したものと推測できる。

法正義 財産取得編 巻之二』も、相殺に言及していない。岡松が、旧民法財産取得編239条２項４号に「相殺」という言葉がないのに、わざわざ「相殺」に言及しているのは、同号が旧民法財産取得編131条２項と繋がっており、そこで「相殺」の意義について議論となっているとの認識があったからであろう。

（ウ）岸本辰雄（明治法律学校）

岸本辰雄講述『民法財産取得編講義 巻之２（講法会第３期法律政治講義録）』（明治法律学校講法会）115頁から117頁[30]に、次の記述がある。これは、旧民法財産取得編131条２項の解説である。

> 「然リ而シテ法律ハ社員（業務担当社員タルト通常社員ニシテ業務ニ干渉シタルモノトヲ問ハス）カ会社ニ対シテ加ヘタル損害ニ付テハ其社員カ会社営業外ノ事件ニ付キ会社ニ得セシメタル利益ト相殺スルコトヲ得ストセリ是レ亦タ会社契約ノ性質上ヨリ来レルモノニシテ社員ハ務メテ共同ノ利益ヲ得セシメ又務メテ損害ヲ防止セサル可カラス故ニ仮令営業外ノ事件ニ付キ会社ニ利益ヲ得セシメタルモ這ハ社員カ正実ニ会社ニ義務ヲ画クセル迄ニシテ決シテ会社ニ対シテ償還ヲ要求スルノ権利ヲ有スルモノニ非サルナリ然ルニ其損害ハ全ク社員ノ義務タル注意ヲ欠キシヨリ生シタルモノナルヲ以テ之レカ責ニ任ス可キハ当然ノコトトス他ナシ前ノ失策ハ後ノ功労ニ因テ之ヲ償却シ得ヘキモノニ非サレハナリ又相殺ナルモノハ互ニ債権者及ヒ債務者タル場合ニ非サルヨリハ生セサルモノナルヲ以テ此場合ノ如キニ於テハ其利益ト損害トハ相殺ニ要スル条件ヲ為サヽルニ因リ決シテ相殺アルコトヲ得サレハナリ（或ル一二ノ学者ハ相殺ノ語ハ穏当ナラス差引計算トシテ解ス可シト云ヘルモ本法及ヒ仏国法ハ共ニ明カニ相殺ナル文字ヲ記載セルノミナラス之ヲ相殺トシテ用語ノ儘ニ解スルモ不都合アルヲ見ス）財産編第五百十九条及ヒ仏国民法第千二百八十九条第千八百五十条参看
>
> 然レトモ其損害ヲ生セシメタル事件ト利益ヲ生セシメル事件ト相連絡シタルトキハ相殺ヲ生ス可ク従テ社員ハ会社ニ対シテ相殺ヲ主張スル

[30] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443354。奥付等は見当たらないので、詳細は不明だが、国会図書館は、著者を「矢代操、岸本辰雄」、出版年月日を「〔明28〕」としている。

> コトヲ得ヘシ法律ハ本条第二項末段ニ於テ『但其事件ノ互ニ連絡シタルトキハ此限ニ在ラス』トシ之ヲ明カニセリ仏国法ハ此明文ナキモ学者皆ナ之ヲ認メタリ一例スレハ其製造会社ニテ一社員カ製造品ノ販売ヲ委任セラレ之レカ販売ニ従事シ其一部ニ付テハ時機ニ乗シ許多ノ利益ヲ会社ニ得セシメタルモ他ノ一部ニ付テハ無資力者ニ売渡シタルカ為メ会社ニ損害ヲ加ヘタルトキノ如シ是レ一事ヲ委任スルニ於テハ其事件ノ全体ニ就テ成敗ヲ決定ス可ク其損益ヲ分割シテ利益ハ之ヲ黙過シ損害ハ之ヲ負担セシムルカ如キハ決シテ正当ナルモノニ非サルニ因ルナリ」

「或ル一二ノ学者ハ相殺ノ語ハ穏当ナラス差引計算トシテ解ス可シト云ヘルモ・・・」としているが、この学者とは、熊野『民法正義 財産取得編 巻之一』を指すものであろう。

岸本はパリ法科大学に留学し、それゆえ、フランス語も堪能であったとみえ、「仏国法ハ共ニ明カニ相殺ナル文字ヲ記載セル」と母法であるフランス民法典の規定も参照した上で、「相殺」を債務消滅事由の相殺としている。

但書については、「仏国法ハ此明文ナキモ学者皆ナ之ヲ認メタリ」として、フランスでは一般に認められているかのような説明になっている。他の解説書や講義録には同種の記述はなく、興味深い指摘である。

エ　小括

当時の日本人の解説を見てきたが、あまりボワソナードの意図は理解されなかったようである。

ボワソナードは、フランス法とローマ法を踏襲した上で、「例外ト称スルニ至ラサルモ調和法」として、旧民法財産取得編131条２項但書を設けた。しかし、当時の日本人は、ローマ法以来の伝統に言及しない（松野・講義録以外の前掲書全て）か、ローマ法を誤って理解している（松野・講義録）。あえて挙げるならば、岡松・講義録が旧民法財産取得編239条２項４号の解説において「相殺」に言及している点に、同号と同編131条２項との関係をうかがうことができ、これはボワソナードの説明に合致するものである。

一方で、日本人の解説書等で大いに問題となったのは、「相殺」の理解であった（本野ほか『民法義解』、富井『民法論綱』、岸本・講義録は「相殺」を債務消滅事由としての相殺とする。一方、磯部『民法釈義』、熊野『民法正義 財産取得編 巻之一』は相殺を差引勘定とする。）。興味深いのは、フランス留学経

験のある学者が、フランス民法典を参照して、「相殺」を債務消滅事由としての相殺と主張した点である。これは、早くも比較法的な検討が行われているといえるかもしれない。もっとも、条文の文言のみを重視し、その歴史的な文脈を無視しているともいえるであろう。

これら旧民法の「損益相殺」に関する問題は、結局のところ、ボワソナードが考えたことが、あまり理解されていなかったという点に集約されるのではなかろうか。旧民法財産取得編131条２項には、たしかに、「相殺」と書かれていた。したがって、これを債務消滅事由の相殺と同じと理解するのも、文言解釈という点からは説得力がある。しかし、その結果、旧民法財産取得編131条２項は、債権債務の対立構造がない以上、相殺が否定されるのは当然であるなど、ボワソナードの意図とはまるで違う解釈に至ったのである。おそらく、当時の日本人は、「損益相殺」規定を存在意義の分からない規定と思ったのではなかろうか。

このような状況は、明治民法の起草における損益相殺規定の削除に繋がっていく。

4　明治民法起草過程における「損益相殺」規定の削除

（１）本稿の冒頭で指摘したように、日本民法典に損益相殺の規定はない。旧民法の「損益相殺」規定は、明治民法の起草過程において、いずれも削除された。その経緯を見ていこう。

（２）旧民法財産取得編131条の顛末

法典調査会第109回議事速記録[31]を見ると、原案678条「会社ノ業務ヲ執行スル社員ニハ第六百五十条乃至第六百五十六条ノ規定ヲ準用ス」の参照条文として「取一三〇乃至一三五」が現れる。

立案趣旨の説明は、富井政章によってなされている。富井は、会社（組合）の業務執行を委任された者との関係が純粋な委任か会社契約の一部であるのか疑義があるため、法律に規定しておいた方がよい旨を述べた後に、「此規定ヲ

[31] 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書４　法典調査会民法議事速記録四』（商事法務、1984年）864頁によった。

置ク以上ハ既成法典取得編第百二十九条カラ百三十五条迄ノヤウナ極ク煩ハシイ細カナ規定ハ自ラ必要ガナクナルト考ヘマシテ削リマシタ」[32]としている。

議論においても、組合における「損益相殺」規定の存在を必要とする意見は見られない。議長が「大分御討議ガアリマシタガ別ニ修正説モナイヤウデアリマスガ他ニ御異論ガナケレバ原案ニ決定イタシマス」[33]と述べて、原案通り決定されている。法典調査会原案678条は、その後、文言の調整（「会社」→「組合」など）などを経たものの、実質的に変更されずに、671条「組合ノ業務ヲ執行スル組合員ニハ第六百四十四条乃至第六百五十条ノ規定ヲ準用ス」として、成立に至る。

（3）旧民法財産取得編239条2項4号の顛末

法典調査会第102回議事速記録[34]を見ると、原案650条「受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ忠実ニ其委任セラレタル事項ヲ処理スル義務ヲ負フ」の参照条文として「取二三七、二三九」が現れる。

こちらも、立案趣旨の説明は、富井政章によってなされている。そこでは、「本条ハ財産取得編第二百三十七条及ビ第二百三十九条ニ該当シマス本条ハ先ヅ委任契約ヨリ如何ナル権利義務ガ生ズルカト云フコトヲ示シタモノデアリマス」[35]「既成法典ハ原則トシテハ善良ナル管理人タルノ注意ヲ用ヰテハナラヌトシテ種々ノ区別ヲシテ居リマス、煩ハシイ区別『代理人カ無償ニテ代理ヲ為ストキ』或ハ・・・『代理人カ管理ノ或ル行為ニ付キ委任者ヲシテ其予期セサリシ利益ヲ得セシメタルトキ』是ラノ場合ニ於テハ代理人ノ過失ヲバ軽々寛大ニ査定スル善良ナル管理人タルノ注意ヲ用ヰネバナラヌノデハアルガ少シハ寛大ニ見テ居ルト云フコトデアリマスガ何ウモ是モ殆ンド標準ノナイコトデアリマシテ斯ウ云フ場合ニ於テモ代理人ハ矢張リ一旦引受ケタ以上ハ忠実ニ其事務ヲ

[32] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』865頁。
[33] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』878頁。
[34] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』602頁によった。
[35] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』602頁。

処理セネバナラヌトシタ方ガ至当デアラウト思ヒマシテ煩ハシクモアリ旁々然ウ云フ区別ハ採ラナンダノデアリマス」[36]とされている。

ここでは、代理において、「損益相殺」を認めていた旧民法財産取得編239条２項４号は、「煩ハシイ区別」の１つとされ、そのような場合でも、代理人は「一旦引受ケタ以上ハ忠実ニ其事務ヲ処理セネバナラヌ」とされている。

議論では、「忠実」「事項」について発言があったものの、「損益相殺」については全く言及されることなく、原案通り可決されている。法典調査会原案650条は、その後、整理案において、「忠実ニ」を「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ」、「其委任セラレタル事項」を「委任事務」に、それぞれ変更する修正がなされたものの、「損益相殺」に関する規定が復活することはなく、644条「受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ処理スル義務ヲ負フ」として、成立に至る。

（４）小括

ボワソナードがローマ法以来の伝統を受け継ぎつつ、その修正を試みた組合の規定は、明治民法の起草過程において、「極ク煩ハシイ細カナ規定」として、削除された。そして、別の取引で利益を上げた代理人の免責は、「煩ハシイ区別」の１つとされ、代理人は「一旦引受ケタ以上ハ忠実ニ其事務ヲ処理セネバナラヌ」として、その価値判断は否定された。

ここで、日本において、複数取引における損益相殺は途絶えることになる。しかし、この過程を岡松参太郎は見ていたはずである。その岡松により、ドイツ法からもたらされた損益相殺理論が展開される。そして、起草の当事者である富井政章が、日本流の損益相殺形成に大きな役割を果たすことになる。

5　岡松参太郎によるドイツ法からの「損益相殺」の導入

（１）はじめに

前述したように、ドイツパンデクテン法学は、加害行為によって、被害者に損害と利益が生じた場合に、損害から利益を控除するという、損益相殺理論を

[36] 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（31）『日本近代立法資料叢書４法典調査会民法議事速記録四』603頁。

確立した。そして、日本において、岡松参太郎が、このドイツ法の損益相殺を展開したのである[37]。

その展開は、『民法理由』と、その後の京都における教育研究の２段階に分けることができるように思われる。

（２）『民法理由下巻』

ア　概要

『民法理由』は、岡松の初期の代表作であり、上巻（総則）と中巻（物権）、下巻（債権）から成る。いずれも民法典の注釈であるが、上巻は、民法典第１編第２編第３編公布（1896（明治29）年４月27日）後、間もない、同年５月18日の発行となっている。民法典公布前に準備を進めていたのであろう。中巻は1897（明治30）年８月、下巻は同年９月の発行となっている。中巻下巻の発行は、岡松の留学中（1896年７月～1899年７月）になされた。この『民法理由』は、上中下巻とも、富井政章の校閲となっている。

『民法理由上巻』は、出版後、「たちまち版を重ねた。明治三二年の刊本の奥付けを見ると、二九年九月に再版、同一二月に三版、以後三二年までに一二版を数えている。」[38]という。当時のベストセラーといって差し支えないであろう。

イ　記述内容

『民法理由下巻』には、次の記述がある。なお、当該記述は、民法416条の第１項中「損害ノ賠償」の解説の一部である[39]。「損害ノ賠償」は、「積極的ノ

---

[37] 石坂音四郎が損益相殺を日本に紹介したかという問題について、言及しておく。本文で述べるように、1897年発行の『民法理由下巻』で、同一行為における損益相殺が紹介されている。一方、石坂が東京帝国大学法科大学に入学したのは1898年である。石坂は、発行当時高校生であるから、『民法理由下巻』の執筆に関与することはあり得ない。岡松参太郎より前に、日本法にドイツの損益相殺を紹介した者がいたかはともかく、石坂を紹介者とする見解は否定するしかない。

[38] 春山明哲『近代日本と台湾　霧社事件・植民地統治政策の研究』（藤原書店、2008年）303頁。

[39] 穂積陳重・富井政章・梅謙次郎校閲 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解　第五巻』（日本法律学校、1897年）146頁（『帝国民法〔明治29年〕正

損害及消極的ノ損害ヲ包含ス」で始まり、逸失利益に関する解説が行われている。当該記述は、逸失利益の解説に続き、改行されることなく、記載されている。

> 「債務ノ不履行ニ因リ損害ヲ生シタルト同時ニ利益発生シタルトキハ損害ヨリ其利益ヲ控除シ其残余ニ付キ債務者ハ賠償ノ責ニ任ス可キモノナルコト学者ノ一致スル所ナリ然レトモ其理由ニ付キ二個ノ学説アリ〔一〕第一説ハ曰ク債務ノ不履行ニ依リ損害ト利益ト同時ニ生スルトキハ債権者ハ利益ノ額ヲ超過シタル損害ノミヲ賠償スヘキモノトス何トナレハ損害ト利益トハ互ニ相殺スヘキモノナレハナリト（ハンゲロー、ウイセドシャヤイド）〔二〕第二説ハ曰ク損害ト利益トハ相殺セラルヘキ理由ナシ然レトモ実際如何ナル損害ノ生シタルヤハ事実ノ全体ヨリ観察スヘキモノナルヲ以テ失ヨリ得ヲ控除シ其残余ヲ以テ損害其者ト見做スヘキモノナリト。第二説ノ方法理ノ正鵠ヲ得タルモノト云フヘシ。蓋シ債務ノ不履行ニ因リ損害ヲ生シタルトキハ債務者ハ之レヲ賠償スルノ責アリ而シテ其不履行ニ依リ債権者ノ偶然ニ取得シタル利益ハ即チ債権者ノ利益ナリ債務者ハ之ニ付テ何等ノ権利ヲ有スヘキ理由ナキヲ以テ損害ト利益トハ相殺セラルヘキ性質ノモノニアラサレハナリ。」[40]

損益相殺という用語は現れていないが、ドイツの文献が引用されていること、損害賠償の通則に置かれていること、１つの債務不履行により損害と利益が発生する場合に損害から利益を控除することを論じていることから、間違いなく、ドイツ法の流れをくむ、同一行為における損益相殺といえる。

『民法理由下巻』の内容について、検討を加える前に、第一説の支持者として挙がっている「ハンゲロー」と「ウイセドシャヤイド」の見解を見ておこう。

ウ　同書の参考文献

（ア）参考文献の特定

前述の通り、第一説の支持者として、「ハンゲロー」と「ウイセドシャヤイド」

解　第五巻　債権〔自第三九九条乃至第五一四条〕日本立法資料全集別巻99』（信山社、1997年）を参照した。）の416条に関する部分には、損益相殺に関する記述はない。

[40] 富井政章校閲 岡松参太郎『民法理由下巻』（有斐閣、1897年）89頁。

の名前がある。後述の坂千秋「損益相殺ニ就テ（一〜三完）」法協37巻5号780頁、法協37巻6号952頁、法協37巻7号1107頁（いずれも1919年）を見ると、類似する名前として、VangerowとWindsheidのPandektenの教科書が目に付く。どちらも有名な学者であり、岡松が参照しても不思議ではない（逆に言うと、坂は古い文献を参照している。）。坂は、当時、東京帝国大学の学生であり、必要であれば教員の手助けを借りることにより、岡松と同じ資料にアクセスすることも可能だったのではなかろうか[41]。

ここでは、Karl Adolph von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Band 3, 7 Auf. Marburg und Leipzig, 1869.[42]とBernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 7 Auf. Frankfurt, 1891.[43]を参照した。

（イ）Vangerow

Vangerowは、前述の教科書の§571のAnm.1.（34頁から36頁）において、損益相殺に言及している。そこでは、問題となる場面を指摘した上で、矛盾しているように見える法文として、前述の有名な2つの法文（D.17.2.23.1とD.3.5.10（11））を引用する。前者は、組合に関するものであり、損益相殺を否定するものと、後者は、事務管理に関するものであり、損益相殺を肯定するものと、それぞれ考えられてきた。

Vangerowは、これらの法文を調和させる方法は、問題となっている利益をもたらす行為が、完全に自由なのか、それとも、その前提によれば、その行為者は義務を果たしたに過ぎないのかを区別することであるとする。組合においては、利益を上げることは組合員の義務であり、利益を上げても損害を埋め合わせることはできないが、事務管理では、その性質上、埋め合わせが行われる

---

41 なお、岡松は1919年4月から中央大学教授となっているが、それ以前から東京に住んでいる（浅古弘「岡松家旧蔵資料の公開」浅古弘・和仁かや編『岡松参太郎の遺緒』（成文堂、2024年）7頁によれば、岡松は、1914年3月に、沖縄県那覇区から東京市牛込区に本籍を移している。）。また、坂論文の序文を書いた春木一郎は、岡松とは帝大法科大学英法科の同期であり、京大時代の同僚でもある。

42 Münchener DigitalisierungsZentrum（https://www.digitale-sammlungen.de/）のデータによった。

43 HathiTrust（https://www.hathitrust.org/）のデータ（最終アップロード2023-06-30 10:57 UTC）によった。

というのである。

（ウ）Windscheid

Windscheidの前述の教科書の§258の１（32頁から34頁）は、損益相殺に関して、端的に、「当該事実が、損失だけではなく、利益をももたらした場合は、実質的な損失は、利益の額を控除した後に残ったものだけである」としている。その上で、脚注において、「これは、事物の本性から生じる。しかし、少なくとも直接的には、D.3.5.10によって証明されておらず、もちろん、D.17.2.23によって否定されている訳でもない。２つの法文は、損失と利得が、単一かつ同一の事情からもたらされた事案に関するものではない」と指摘する。

エ　検討

明治民法に規定がある訳でもないのに、岡松がわざわざ損益相殺について記述したのは、当時のドイツの文献を読み、重要な問題と認識したからであろう。しかし、当時のドイツの通説は損益相殺を認めていた。岡松が、有力学者の支持する第一説を否定し、支持者のない（あったとしても、その名前は『民法理由』には記載されていない。）第二説を「法理ノ正鵠ヲ得タルモノ」としたのはなぜだろうか。

執筆者には、旧民法の存在が影響しているように思われる。前述の通り、Vangerowは、ローマ法の法文を引用して、組合においては、利益をあげることは組合員の義務であり、利益をあげても損害を埋め合わせることができないとの趣旨の議論を展開している。これは本質的に、旧民法財産取得編131条２項と同じ議論である。加えて、ボワソナードは、同条項がローマ法に由来することを明示していた。岡松はこれらの状況から、ドイツの損益相殺は、旧民法財産取得編131条２項と同じルーツをもつことに気づいたのではなかろうか。

岡松が、ドイツの損益相殺と旧民法財産取得編131条２項が同根であることを知っていたとすれば、『民法理由』の上記記述に関する、次の３つの疑問が解決する。

１つ目は、損害と利益が「同時」に発生するという特徴的な表現である。字句通り理解しようとすれば、発生時期が同じということだが、VangerowもWindscheidも、損害と利益の時間的な間隔は問題にしていない。日本では、今日まで、損益相殺の説明に「同時」との表現が見られる[44]が、管見の限り、

[44] 例えば、潮見佳男『債権総論第５版補訂』（信山社、2020年）151頁は、「債権

損益相殺における、損害と利益の時間的間隔を論じた文献は存在しない。おそらく、時間的間隔とは異なる、別の必要性から、岡松は、「同時」という表現を挿入したものと思われるが、それが旧民法財産取得編131条２項や239条２項４号の存在ではないだろうか。旧民法の議論では、別の行為によって、損害と利益が発生することが前提となっていた。それと区別する必要から、岡松は、あえて「同時」という表現を加えたのではなかろうか。そうであれば、「同時」とは、「１つの行為によって」という意味になる。

２つ目は、債務消滅事由でもないのに、第一説の説明において、あえて「相殺」という言葉を選んだ理由である。これは単純で、旧民法財産取得編131条２項の用語をそのまま流用したものと考えられる。廃止されたとはいえ、岡松は、旧民法を学び、また、当時の法律家も同様であったのだから、そのルーツを踏まえた上で、岡松が旧民法と同じ用語を選択したとしても驚くには値しないであろう。

３つ目は、岡松が第二説（損益相殺否定説）を採用した理由である。旧民法財産取得編131条２項は「相殺」を否定していたし、Vangerowの説明によっても、組合の場合に「相殺」を行うことは正当化できないはずである。それにもかかわらず、損害賠償の総則において、「相殺」を認めることは抵抗があったのではなかろうか。一方で、旧民法財産取得編131条２項但書では、「但事件ノ互ニ連絡シタルトキ」は、「事件ノ全体ニ付キ責任ノ有無ヲ査定」するという解釈（熊野『民法正義 財産取得編 巻之一』）が唱えられていた。ドイツの損益相殺は、１つの加害行為から、損害と利益が生じることを前提としており、「互ニ連絡」よりもさらに強い結びつきが認められる場合ということができる。そこで、岡松は、旧民法の解釈にならって、「事実ノ全体ヨリ観察」することが正当と考えたのではないだろうか。

者が，損害を被ったのと同時に，債務不履行と同一の原因によって利益を受けた場合に，損害と利益との間に同質性がある限り，損害額から利益額を差し引いて，その残額をもって賠償すべき損害額とする。これを損益相殺と言う。」としている。また、損益相殺的な調整とされるものの、最大判平成５年３月24日民集47巻４号3039頁は「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要があ」るとする。

結局のところ、岡松は、ドイツの重要論点を、旧民法の思考様式で解釈したように思われる。そして、それを可能にしたのは、両者が同じルーツを持つ議論であるという事実だと推測できるのである。

なお、岡松は『民法理由下巻』において、「不履行ニ依リ債権者ノ偶然ニ取得シタル利益ハ即チ債権者ノ利益ナリ債務者ハ之ニ付テ何等ノ権利ヲ有スヘキ理由ナキ」としている。「偶然ニ取得シタル利益」と、旧民法財産取得編239条２項４号の「予期セサリシ利益」との関係が気になるところである。「予期セサリシ利益」と「偶然ニ取得シタル利益」が同じであれば、岡松は旧民法と異なる発想を採用したことになる。しかし、前述の通り、磯部『民法釈義』は「代理人ノ手柄」といい、岸本『民法正義　財産取得編　巻之二』は「功」といっている。これらは、「予期セサリシ利益」が棚ぼたの利益ではなく、代理人の努力の成果であるとの発想に立脚しているようである。そうであれば、岡松も、これら旧民法の解釈と同様、債務者が努力して債権者にもたらした利益は「事実ノ全体」の観察に含まれるとしても、偶然発生した利益を考慮する必要はないとしたのではなかろうか。

（３）岡松の教育

ア　京都帝国大学における教育改革とその挫折

岡松の教育について説明を行うには、当時の京都帝国大学の教育改革とその挫折に言及しなければならない。もっとも、教育史は全くの専門外なので、詳細は、潮木守一『京都帝国大学の挑戦』（講談社、1997年）、京都大学百年史編集委員会編『京都大学百年史部局史編１』（京都大学後援会、1997年）242頁以降を参照されたい。

1899年開設の京都帝国大学法科大学は、翌1900（明治33）年９月21日、大規模なカリキュラム改正を実施し、「学生は『科目試問』として、通常６月に実施される学科試験を受験し所定の各科目に及第するとともに、『論文試問』として、各演習科において毎年定められる複数の論題の中から１つを選択して論文を作成、提出して審査を受け、これにも及第することによってはじめて卒業資格を得る」[45]こととなった。従来、東大では、学生は、教授の講義内容を延々

[45] 京都大学百年史編集委員会編『京都大学百年史部局史編１』（京都大学後援会、1997年）244頁。

とノートに取り、それを丸暗記して試験に臨んでいたというが、京大では、詰め込みを減らして、学生の自主的な学習を実現すべく、論文とその前提となる演習科の必修化を行ったのである。この改革は、ドイツの大学にならったものとされ、いわゆるベルリン党[46]が大きな役割を果たした。

1903（明治36）年の制度変更により、京都帝国大学法科大学の修業年限は従来の4年から最短3年に短縮された。東京帝国大学法科大学は4年制を維持したから、京都帝国大学法科大学の目玉は、先の演習中心主義と3年制となった。

しかし、この教育改革は、挫折する。「直接にはそれは、法科大学卒業生の文官高等試験・司法官試補試験等における『成績不振』に対する非難の高まりによるものであった」[47]。1907（明治40）年、論文試問を廃止し卒業試問を置くこと、在学年限を4年に戻すことが決定された。岡松、春木一郎、仁保亀松は、最後まで論文の存置を求めたが、容れられることはなく、京都帝国大学の教育改革は終了した。同年7月、岡松は民法講座の担当から外れ、石坂音四郎が同講座を担当することとなる[48]。

イ　京都帝国大学私法科演習

京都法学会雑誌1巻2号112頁（1906年2月25日発行）に、「法科大学演習科論題」との記事がある。その中に「私法演習科論題（明治三十三年度）」が存在し、その「十一損害賠償論」に「（三）損得相殺論」との記載がある。これが管見の限り、最も古い「損得相殺」である。なお、京都法学会雑誌には論題作成者の名前はないが、記載されている問題が岡松参太郎文書[49]F1-2-5「私法演習科より提出する本学年論文問題」の記述と一致しており、岡松が作成した

[46] 岡松の他、織田萬、井上密と高根義人を指す。この4人は、新設される京都帝国大学法科大学の教員となることを約束され、ベルリンに派遣された。

[47] 京都大学百年史編集委員会編・前掲注（45）『京都大学百年史部局史編1』248頁。

[48] 岡松参太郎「亡友石坂君を挽し併せて其遺著債権法大綱に序す」（石坂音四郎『債権法大綱』（有斐閣、1917年）の序文）11頁は、「予故ありて（引用注―明治）四十年七月を以て講座を離るるに及ひ君（引用注―石坂のこと）即代りて之を担当せられ、新陳代謝し駿駑交替す」と述べている。

[49] 岡松参太郎文書は、岡松家旧蔵資料が早稲田大学図書館に寄贈され、マイクロフィルムによって公開されたものである。詳細については、浅古・前掲注（41）「岡松家旧蔵資料の公開」1頁を参照。

ものと考えられる。

「損得相殺」の内容は、後で検討するが、結論を先取りすると、ドイツの流れをくむ、同一行為における損益相殺である。ここで、学生の演習には、難しすぎるのではないかという疑問が生じる。「損得相殺」に関しては、当時、日本語で書かれた論文がないことはもちろん、現在執筆者が知る限り、それ以前に「損得相殺」と書かれた文献もなく、「損得相殺」という言葉自体ここで初めて誕生した可能性さえある。そのような課題を学生に出題するなど、今の大学では行わないだろう。

しかし、1903（明治36）年の読売新聞連載「東西両京の大学」は、「法科大学比較観」において、「東京大学の学生は参考書を読む者わずかに百人中二、三人なるに過ぎず・・・京都大学の学生は、一科目について原書二冊以上を読まざる者なし」[50]としている。一見誇張にも感じられるが、岡松が「演習で取り上げたこれらの問題は、当時、日本で書かれた論文はなかったと推測される。」「この当時、日本語で書かれた論文、手近にまとまった論文というものがないということを考えると、これは間違いなく外国の文献まで調べねば、解答できなかったと思われ、相当の勉強を学生は強いられたと考えられる。その意味では、講義を受動的に筆記する教育から、学生の積極的な自由討究を奨励する教育へ、という岡松らの教育改革は、京都帝国大学法科大学において実際に行われていたと評することができよう。」[51]と指摘されている。

「損得相殺」も、考えようによっては、必ず外国文献を調べなければならない課題ともいえ、当時の京大の教育方針に沿ったものということができよう。

なお、後述する、団野新之『損害賠償論』（三書楼、1909年）が、損得相殺またはこれに類似する語彙を使用していないことも、「損得相殺」という言葉が東京から離れた京都（あるいは、岡松留学中のベルリン）で生まれたことを補強する要素といえよう。

---

[50] 斬馬剣禅『東西両京の大学―東京帝大と京都帝大―』（講談社、1988年）49頁によった。

[51] 浦川道太郎「岡松参太郎と民法教育―試験問題を通して窺われる民法教育―」平成12年度～平成14年度科学研究費補助金（基盤研究（B）(2)）研究成果報告書「岡松参太郎の学問と政策提言に関する研究」（2003年）28頁。

ウ　京都法政大学講義録

（ア）京都法政学校・京都法政大学

京都法政学校は、現在の立命館大学の前身となる専門学校であり、1900（明治33）年に開校し、1904（明治37）年９月に京都法政大学と改称した。「京都法政学校は京都帝大の教授とともに計画・創立され、講義もほとんど京都帝大法科大学の教授・助教授によって」[52]行われた。それゆえ、京都法政学校・京都法政大学の授業は、京都帝国大学と類似したものとなっていることが予想される。そして、京都法政学校・京都法政大学は、東京の法律学校同様、校外生制度を設け、講義録を発行していた。

この講義録において、岡松は「損得相殺」の解説を行っている。

（イ）『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』[53]

この講義録は、前半を岡松、後半（保証債務以後）を石坂音四郎が、それぞれ担当している。次の記述は、岡松担当部分の一節（101頁から103頁）である。出版年は記載がないため不明であるが、表紙に「京都法政大学」とあることから、前述の改称時期を考えると、1904年９月以降である。また、石坂の肩書きが「京都帝国大学法科大学助教授」となっていることから、1903年５月から1907年５月の間である[54]。したがって、1904年９月から1907年５月の間に出版されたものと推測できる[55]。なお、当該記述は、「第二章　債権ノ物体」「第七節　損害賠償ノ債権」「第三項　損害賠償ノ数額」「第一則　裁定賠償額」「第二　損害賠償ノ範囲」「（二）権利者ノ受ケタル一切ノ不利益」の中におかれている。

> 「責任原因ニ因リ損害ノ外又利得ヲ生シタル場合ニハ其義務者ハ其損害ヨリ利得ヲ差引タル残ノ損害ノミヲ賠償スルノ責任アルヲ原則トス

---

[52] 久保田謙次「京都法政学校の校外生制度と講義録―明治時代の本学の教育制度の一面―」立命館史資料センター紀要４号262頁（2021年）。

[53] 表紙には「民法債権総論全」とある。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000443313。

[54] 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）49頁は、「発行年は不明であるが、岡松が京都帝国大学法科大学教授、石坂が同助教授であるから、明治三六年から同四〇年の間と推定される」という。

[55] なお、石坂は、1904年１月に留学地へ出発し、1907年４月に帰朝しているため、この期間のほとんどに渡って、日本にいなかった。

之レ従来ノ学説ニ於テ損得相殺ト云フ場合ナリ其適用ニ就テハ大ニ議論アリ

（イ）同一法律関係ヨリ損害ト利得ヲ生スル場合ニアリテモ損害及利得ノ原因タル行為ハ別々ノモノタルトキハ之ヲ相殺スルコトヲ得ス（例委任者又ハ雇用ノ関係ニ於テ或行為ハ損害ヲ生シ或行為ハ利得ヲ生シタル場合ノ如シ）

（ロ）同一行為ヨリ損害ト利得トヲ生スル場合ニ若シ其損害ト利得トカ同一原因ニ基ク場合ニハ相殺ヲ許ス而シテ所謂同一原因ニ基クト云フハ損害ニ利得カ結合セル場合例ヘハ馬ノ給付ヲ遅延セルカ為ニ損害ヲ生スルモ之ヲ養フ糧ヲ省キ競馬ニ於テ乗人カ過度ニ疾走セシメタルカ為ニ馬ハ死シタルモ賞金ヲ得人ノ牛ヲ殺シタルモ其肉ヲ売ルコトヲ得ヘキカ如キ場合ハ勿論ナリ尚損害ト利得トノ間ニ密着ノ関係アリト認ムヘキ場合例ヘハ運送取扱人カ契約ニ背キ海運ニ托セシニ由リ遅延ノ為メ損害ヲ生シタルモ之カ為ニ汽車便ニ比シテ費用ヲ省キタルカ如キ場合モ亦然リトス之ニ反シテ損害ト利得トハ同一原因ニ基クト見ル能ハサル場合ニハ相殺ヲ許サス故ニ利得カ他ノ原因ニ基ク場合例ヘハ甲カ乙ヲ殺セルカ為ニ乙ハ保険金ヲ得土地ノ所有者カ公用徴収ヲ受ケタルモ其公用徴収ノ事業ノ為ニ残余ノ土地価ヲ増セルカ如キ場合ハ勿論不可ナリ又利得カ責任原因ト直接ノ関係ナキ場合例ヘハ甲カ乙ヲ殺シタルカ為ニ乙ノ遺族ハ香典ヲ受ケ甲カ乙ノ家屋ヲ焼キタルカ為ニ財宝ヲ発見シタルカ如キ場合モ相殺ヲ許サス然レトモ損害ト利得トハ果シテ同一ノ原因ニ基クト見ルヘキヤ否ヤハ各場合ノ事情ニ由リテ公平ト認ムル所ニ従ヒ之ヲ決スヘク一定ノ標準ヲ立ル能ハス」

『民法理由下巻』の記述と比較すると、大いに内容が変化していることが分かる。「損得相殺」なる言葉が使われ、損害と利益の同時性はなりをひそめた。第一説も第二説もなくなった。損益相殺を否定した『民法理由下巻』と異なり、損益相殺を当然のように「従来ノ学説ニ於テ損得相殺ト云フ場合ナリ」としている。ただ「其ノ適用ニ就テハ大ニ議論アリ」「一定ノ標準ヲ立ル能ハス」として、利益控除の基準定立は断念している。

また、『民法債権総論』では、実に豊富な具体例が挙げられている。これらは、出典は明確ではないものの、ドイツ法に由来するものと見られる。特に、競馬事例は、ドイツの有名な教室設例である。

（ウ）試験

岡松参太郎文書F1-2-19-1「三七年法政学校補欠試験　第二年級」の第二問は「損得相殺ヲ論スヘシ」と書かれている。債権総論との記述があるため、1904（明治37）年の債権総論の試験問題であろう。

岡松参太郎文書F1-2-19-9「三八年法政補欠債権総」の第二問にも「損得相殺」の文字が見られるが、その上に線が引かれている。この資料は、試験問題草稿とされており、岡松が「損得相殺」の出題を検討したものの、これを止めたことを示唆している。

（エ）講義ノート

a　概略

岡松参太郎文書には、岡松の講義を受講した学生が記録したと思われるノート類が含まれている。そのうち、K90「債権　岡松博士講　第二」（作成者H.Yan（以下欠損））とK95「債権総則　岡松博士　第二巻」（作成者　恒遠）から「損得相殺」が見つかった。記載内容は次の通りである。なお、これらの資料の作成時期は不明であるが、Oertmannの1901年の書籍が記載されていることから、1901年以降とみられる。

b　岡松参太郎文書K90「債権　岡松博士講　第二」

岡松参太郎文書K90「債権　岡松博士講　第二」の右肩に「160」と記載のある頁において、汚損のため不明な部分もあるものの、「損得相殺（Compensatio・・・（汚損）・・・damno)」「Oertmann, Vortheilsausg・・・（汚損）」との文字が見つかる。おそらく、「損得相殺（Compensatio lucri cum damno)」「Oertmann, Vortheilsausgleichung」と書かれていたものと思われる。

記載内容は、読み取れない箇所もあるが、判読可能な文字から推測すると、『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録)』と類似したもののようである。

c　岡松参太郎文書K95「債権総則　岡松博士　第二巻」

岡松参太郎文書K95では、より明確に「損得相殺」「Compensatio lucri cum damno」「Oertmann Vortheilsausgleichung（01)」との記述が見つかる。なお、Oertmannの1901年の書籍を確認すると、「Vorteilsausgleichung」[56]となってお

[56] 正確には、Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht。

り、tの後に「h」は入っていない。別の記述者が同じ誤りをしているのは、岡松が授業において、「Vortheilsausgleichung」と紹介したからであろうか。

説明されている内容は、文字の判読が困難なため、全容は明らかではないものの、運送契約における遅滞と費用の節約、土地の公用徴収と残余地の値上がり、殺人と香典などを読み取ることができる。

（4）法律学経済学内外論叢5巻3号

1906（明治39）年6月11日発行法律学経済学内外論叢5巻3号143頁には、岡松の「双務契約ノ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償」が掲載されている。

これは、双務契約の一方当事者が債務不履行にあり、他方当事者が損害賠償を請求する場合に、反対給付はいかなる影響を受けるか、全損害の賠償を請求する代わりに反対給付の履行が必要なのか、それとも反対給付を控除した差額を損害賠償として請求し、反対給付は受けることができないのかという論点について検討したものである。

この中で、岡松はキップ（Theodor Kipp）の第27回ドイツ法曹会（1904年）における鑑定書を紹介し、その中で「此場合ニ損得相殺ノ理論ヲ応用シ債権者ハ相手方ノ給付ヨリ自己ノ給付ヲ差引キタル賠償ノ外之ヲ求ムルヲ得スト論スルヲ得ス」（164頁から165頁）と述べている。

Kippの鑑定書を見ると、「allgemeinen Gesichtspunkt der compensatio lucri cum damno」[57]「allgemeinen Grundsätzen der compensatio lucri cum damno」[58]「das B.G.B. die compensatio lucri cum damno im Prinzip anerkennt」[59]のように、損益相殺はBGB（ドイツ民法典）でも承認された、一般原則とされている。なお、この鑑定書は、OertmannのVorteilsausgleichungも引用しているが、本文中にVorteilsausgleichungという単語は見当たらず、「compensatio lucri cum damno」を損益相殺を指す言葉として用いている。

岡松の説明とKippの鑑定書を照らし合わせると、「損得相殺」が「compensatio

[57] Theodor Kipp, Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?, Verhandlungen des Siebenundzwanzigsten Deutschen Juristentages –Gutachten, 1904, S.259.

[58] Kipp, a.a.O. (Fn. 57), S.259.

[59] Kipp, a.a.O. (Fn. 57), S.260.

lucri cum damno」の訳語であることは間違いないであろう。

（5）まとめ

岡松は、1897年の『民法理由下巻』において、同一行為における損益相殺を取り上げたが、その時点では、問題領域に命名することもなく、独立した段落で扱うことさえなかった。明治民法に規定のない損益相殺を取り上げたのは、ドイツ法の影響であろう。もっとも、損益相殺否定説を採用した点やその説明を見る限り、岡松は、ドイツの重要論点を、旧民法の思考で解釈したものと考えられる。

その後、岡松は、京都帝大に赴任した翌年の1900年、私法演習科論題において、「損得相殺論」を出題している。その内容を直接説明するものは発見できていないが、1904年から1907年の間に出版されたと見られる『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』や、1906年の論文「双務契約ノ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償」にも「損得相殺」が登場することから、同じ内容であったものと推測できる。即ち、「損得相殺」は「compensatio lucri cum damno」の訳語であると考えられる。また、「損得相殺」とは、責任原因から損害と利得が生じた場合に、損害から利得を控除した残損害のみについて賠償することが原則であるとされている。

両者の相違点をまとめると、体系的な位置づけは大差ないといえるだろう。『民法理由下巻』の上記の記述は、民法416条におかれていた。『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』は「損得相殺」を「損害賠償ノ範囲」の問題としている[60]。結論も大差ない。『民法理由下巻』も第二説を採用するものの、利益の控除を認めている。『民法理由下巻』が議論しているのは、結論をどのように正当化するかという説明の問題に過ぎない。

異なるのは理由付けであるが、その中でも、特に目に付くのは、ドイツ法への態度であろう。『民法理由下巻』では、ドイツの学者を引いた上で、これを否定していた。一方、京都における教育研究では、ドイツ法への懐疑的な態度は見られない。

[60] 今日でも、日本法では、同様の理解が一般的であろう。たとえば、磯村保編『新注釈民法（８）債権（１）』（有斐閣、2022年）も、損益相殺を民法416条において解説している。

用語の点では、『民法理由下巻』では、「損得相殺」という言葉は使用されていない。損害と利益が「同時」に発生するものとされ、「同時」という特徴的な表現が見られる。そして、理屈づけとしては、全体的な観察を行い、「相殺」は否定される。もっとも、反対説の説明において「相殺」という言葉自体は使用されている。最後に、偶発的利益の控除は否定されている。

一方、「損得相殺」では、損害と利益の原因に着目している点や、ドイツ法に由来する豊富な具体例（競馬事例、牛殺し事例、契約に反する経路で輸送した事例、殺人と生命保険、公用収用、殺人と香典、放火を契機とする財宝発見）が大きな特徴である。『民法理由下巻』と異なり、「同時」という表現はなく、偶発的利益についての言及もない。

6　それぞれの発展と融合

（1）前章では、岡松による損益相殺の展開を２つに分けて取り上げた。興味深いことに、『民法理由下巻』の記述と、「損得相殺」は、それぞれが発展を遂げた。最終的に、「損得相殺」が基本となったものの、『民法理由下巻』の要素も含む形で、融合した。

以下、その流れを見ていこう。

（2）『民法理由下巻』からの発展

ア　判例彙報

判例彙報11巻民事判例300頁以下（1900年）[61]に、次の記述がある。なお、判例彙報は、江木衷[62]の編集となっている。また、当該部分は、大判明治33年４月14日（明治32年（オ）第55号）を紹介するものであるが、その中において「附言」として関連事項の解説が行われている。当該記述も、附言の一部であり、

[61] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000445763。

[62] 江木衷は、安政５年生まれ。「東京大学法学部に進学、不得手なものは何一つなく天才の名をほしいままに（引用者注―明治）17年７月首席卒業」した。警視庁や検事、司法省参事官などを経て、弁護士になった。「弁護士になってからも江木の天才は存分に発揮され、準備書面は論文を書くがごとく、上告理由書も原審に対する判例批評のごとくであったという」（以上、七戸克彦「現行民法典を創った人びと［15］」法学セミナー667号（2010年）56頁）。

この判例において、損益相殺が問題となっている訳ではない。

「債務ノ不履行ニ因リ債権者ニ損害ヲ生シタルト同時ニ利益発生シタルトキハ之ニ対スル賠償ノ程度如何此ノ場合ニ於テハ其ノ利益ヲ控除シ残余ノ損害ニ付キ賠償ノ責ニ任スヘキモノナルコト近世学者ノ一致スル所ナリ蓋シ一債務ノ不履行ニ依リ実際如何ナル損害ノ生シタルヤハ事実ノ全極ヨリ観察スヘキモノニシテ若シ不履行ヨリシテ偶然利益ノ発生シタルトキハ之レヲ控除シタル残余ノ額ヲ以テ損害其ノモノト見做スヘケレハナリ」

参照等の記載はないが、内容を比較すれば、岡松の『民法理由下巻』と類似していることは明らかであろう。もっとも、『民法理由下巻』と異なり、偶然発生した利益の控除は肯定されている。また、岡松のいう第一説を採らないためか、ここでは「相殺」という言葉は登場しない。加えて、損益相殺に相当する言葉は見られない。

イ　団野新之『損害賠償論』

団野新之『損害賠償論』（三書楼、1909年）285頁[63]に、次の記述がある。次の記述は、「第一編　汎論」「第二章　損害賠償額」「第二節　損害賠償額算定原則」「第一款　一般算定原則」の一部である。団野は、1895（明治28）年にも、同名の『損害賠償論』（梅謙次郎・鳩山和夫校訂、明法堂）を出版しているが、同書には、同様の記述は見られない。なお、1909年『損害賠償論』の表紙に、校閲者等の記載はないが、同書序文によると、梅謙次郎と柳川勝二の助言を受けたようである。

被害ト受益

「九一　債権者又ハ権利者ハ債務ノ不履行又ハ不法行為ニ因リ損害ヲ受クルト同時ニ利益ヲ獲得スルコトアリ損害賠償ハ被害事実ノ全体ニ徴シ之ヲ観察スルヲ要スルカ故ニ若シ其利益カ債務ノ不履行又ハ不法行為ニ因リテ生シ損害ノ有無及ヒ範囲ヲ決定スルニ付キ分離スヘカラサル関係ヲ有スルモノト認メ得ルトキハ債務者又ハ加害者ノ賠償責任ハ損害ヨリ此利益ヲ控除シタル残余ノ上ニ存スヘシト雖モ単ニ債務ノ不履行又ハ不法行為ニ夤縁セル原因ニ因リ偶発シタルニ過キサル利益ハ債務者又ハ加害者ノ責任ヲ軽減セシムルモノニ非ス例ヘハ債務ヲ履

63　国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000443089。

行セサルニ因リ損失ヲ被リタル債権者ヲ慰謝スル為メ他人ヨリ金品ヲ贈与シ又ハ被害者カ被害物件ニ付キ保険金ヲ領収シタルカ如シ又債務ノ不履行又ハ不法行為ニ因リ損害ヲ生セシメタル後ニ至リ或事変発生シ其結果ニ依レハ該不履行又ハ不法行為ノ存在ナキモ尚ホ且同一ノ損害ヲ惹起シタルコトアリトスルモ債務者又ハ加害者ハ此事変ヲ自己ノ利用ニ供スルヲ得サルナリ例ヘハ借家人カ重大ナル過失ニ因リ其借家ノ一部ヲ焼燬シタル後ニ至リ該家屋ニ落雷シ之ヲ焼失セシメタルカ如シ」

「被害ト受益」とされているが、概ね、同一行為における損益相殺である。最後の部分は、仮定的因果関係であろう。

1909年『損害賠償論』の記述は、岡松の『民法理由下巻』より詳細であり、不法行為も含んでいる。もっとも、損害と利益が「同時」であるとする点、事実の全体を観察することを要するとする点、偶然発生した利益は控除対象とならないとする点など、概ね『民法理由下巻』に沿った記述となっている。なお、利益が損害の有無及び範囲を決定するにつき「分離スヘカラサル関係」を有することを要件としている点は、『民法理由下巻』と異なっている。これは、団野が自ら発展させた理論かもしれない。もっとも、前述の通り、1909年『損害賠償論』よりも前に出版されたとみられる『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』が「損害ニ利得カ結合セル場合」に損益相殺を認めている点は指摘しておく。

なお、団野新之は、1913（大正２）年に『増訂改版　損害賠償論』（厳松堂）を出版している。同書329頁以下には、「被害ト受益」について、さらに詳細な記述が見られるが、おそらく、これは、後述する石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣、1911年）の影響によるものではなかろうか。

ウ　川名兼四郎『債権法要論』

川名は「第一編　債権法総論」「第五章　債務不履行」「第三節　損害賠償」「第三款　賠償ノ範囲」において、「債務不履行ノ結果トシテ債権者ニ損害ヲ生スルト同時ニ又利益ヲ与フルコトアリ、此場合ニ於テハ其利益ヲ差引タル残部カ真ノ損害ト為リ只之ヲ賠償スルノミヲ以テ足ルコトアルヘシ」[64]と述べる。さらに、注において「此場合ハ学問上利益ノ差引Compensatio lucri cum

[64] 川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂、1915年）200頁。

damno；Vortheilsausgleichungト称スル問題ノ一ナリ、利益ノ差引トハ汎ク損害ヲ賠償スヘキ者カ其所為ニ因リテ被害者ニ損害ト同時ニ利益ヲ生セシメタル場合ニ於テ其利益ヲ差引タル残部ノ損害ヲ賠償スヘキ場合ヲ意味ス」[65]と説明している。「利益ノ差引」は、Vorteilsausgleichungの訳であろう。Compensatio lucri cum damnoとも記載されているから、川名は意図的に「利益ノ差引」を選んだものと思われる。内容については、控除される利益は「通常生スヘキ利益」に制限されるとしている点が特徴的である。川名は、債務不履行によって世間の同情を得た債権者が贈与された金品は控除されない、債務者が引渡しを遅延したため目的物が債権者宅の類焼に巻き込まれずに済んだ場合も同様である旨を述べ、「故ニ此控除セラルヘキ利益ハ之ヲ吾人カ正当ナリト思惟スル範囲ニ制限セサルヘカラス、然ラハ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ利益ニ制限スルコトヲ正当トス」[66]と説いている。文脈から考えると、「通常生スヘキ利益」に制限されるというのは、偶然発生した利益は、控除されないという趣旨であろう。

川名の説明を観察すると、損害と利益の「同時」発生、偶然発生した利益は控除されないという特徴を見いだすことができる。これらは『民法理由下巻』の特徴であった。一方で、川名は、「相殺」という言葉を使わないものの、「差引」という言葉を用いている。さらに、全体の観察を必要としている訳ではない。また、多数の具体例を挙げて検討しているが、石坂の『日本民法第三編債権』と同様の例も見られる。ここに『民法理由下巻』と「損得相殺」の融合を見いだすことができようか。

（3）「損得相殺」の普及と発展

ア　石坂音四郎ほか『民法債権編（京都法政大学第２期第２学年講義録）』[67]

前述の『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』と同様、京都法政大学の講義録である。もっとも、この講義録は、石坂音四郎、井上義男、伴房次郎の担当であり、岡松は担当していない。次の記述は、「第四章　不法行為」「第三節　不法行為ニ基ク損害賠償ノ債権」「第三款　損害賠償ノ数額」

---

65 川名・前掲注（64）『債権法要論』201頁。

66 川名・前掲注（64）『債権法要論』201頁。

67 表紙には「民法債権編完」とある。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000443325。

の一部である。なお、当該部分の担当者は井上義男である。同講義録143頁によると、石坂の留学に伴い、井上が講義を担当することになったようである。出版年は記載がないため不明であるが、同講義録151頁に、井上の訃報が記載されており、その没年月日（1905年５月16日）より後の発行と考えられる。また、石坂の肩書きが「京都帝国大学法科大学助教授」となっていることも考えると、1905年５月から1907年５月の間に出版されたものと推測する[68]。

同書294頁は、「不法行為ニ基ク義務者ハ一切ノ損害ヲ賠償スルヲ要スト雖次ノ場合ニハ其責任軽減ス」とした上で、損得相殺、過失相殺の順に、両者を並べている。

「一、損得相殺　Compensatio lucri et damni.

之不法行為ニ基キテ損害ヲ生スルモ又之ト共ニ利得ヲ生スル場合ニ見ル所ニシテ此場合ニハ義務者ハ損害ト利得トノ差額ヲ賠償スルコトヲ得蓋其差額ハ実害ニ外ナラサレハナリ然トモ損得相殺ヲ許スハ一ニ損害ト利得トカ密接ノ関係ヲ有スル場合ニ限ラル例之甲者乙者所有ノ猟犬ヲ無断ニテ飼養セル場合ノ如キハ其飼養料額ハ損害額中ヨリ控除スルコトヲ得ルモ甲者乙者ヲ殺シタルカ為メ乙者ノ遺族香典ヲ貰受ケタルカ如キ場合ハ相殺ヲ許サス」

『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』と比べると、損得相殺の記述は簡潔である。また、利得発生の原因を問題としないなど、『民法債権総論』とは発想の違いも見られる。もっとも、岡松の担当していないところでも「損得相殺」の説明が行われたということは、「損得相殺」という概念が、相当程度、京大関係者に普及していたのであろう。

イ　浦野穏直『土地収用法要義』

1908（明治41）年発行、井上密校閲 浦野穏直『土地収用法要義』（文港堂書店、弘文堂書店）73頁から75頁[69]に次の記述がある。当該記述は、「第二編　本論」「第三章　土地収用ノ順序」「第四節　損失ノ補償」「第四款　損失補償ノ範囲」「第二　其他ノ補償」「（一）残地ノ損失」の一部である。

損得相殺ノ問題

「土地ノ一部分ガ収用又ハ使用セラレタルガタメ残地ハ必ラズ価格ヲ

[68] 国会図書館は、出版年を1904（明治37）年とする。

[69] 国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID000000447037。

減少スルモノトハナスベカラズ却ツテ之レガタメニ価格ヲ増大ナラシムルコトアルハ屢々吾人ノ目撃スル所ナリ例ヘバ土地ノ一部ガ停車場ノ建設又ハ動物園博物館ノ設置等ノタメニ収用セラレタルトキハ残地ハ却ツテ著シク其価格ノ騰貴ヲ来スベキガ如シ、此場合ニ土地所有者等ハ相当ノ対価ヲ起業者ニ支払ハザルベカラザル乎換言スレバ将ニ来ルベキ土地所有者等ノ利益ト土地収用ニヨル損失トハ互ヒニ相殺セラルベキモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生ズ、而シテ本問ニ付キ相殺説ヲ採ル学者ハ曰ク補償ノ目的ハ元来収用ノ前後ニ於テ被収用者ノ財産ニ不利益ナル差異ナカラシムルニ在リ然ルニ此差異ノ生ジタルヤ否ヤハ被収用者ガウケタル全損失ト全利益トヲ比較シテ始メテ決定シ得ベキモノナルガ故ニ若シ収用ノタメニ被収用者ニ利益ヲ生ジタルコトアレバ其損失ト之レヲ相殺スベキハ当然ナリト説明ス、然レドモ是レ損失ノ原因ト利得ノ原因トヲ区別セザルニ本ツク謬見ニ非ザルナキカ、蓋シ所有者ニ生ズル損失ノ原因ハ土地ノ収用ニアルモ利得ノ原因ハ収用ニアラズシテ公ノ起業ニアリ然ルニ何人モ公ノ起業ニヨリテ得タル利益ハ之レヲ償還スルノ義務アラズ何トナレバ若シ之レアリトセバ元来自己ノ土地ニ対シテ収用処分ヲウケタルコトナキ者ト雖モ公ノ起業ヲ原因トシテ利益ヲ得タル者ハ皆之レヲ償還セザルベカラザルノ結果ヲ生ズベケレバナリ、故ニ本問ニ関シテハ損得相殺ヲ許サヾルモノト解スルヲ以テ理論ノ当ヲ得タルモノトナス、従来ノ立法例ニ於テハ往々此相殺ヲ認メタルモノアリト雖ドモ現今ニ於テハ殆ンド此制度ヲ採ルモノナシ、我法律ガ此点ニ関シ何等ノ明文ヲ置カザルハ是レ自明ノコトニ属シ之レヲ規定スルノ必要ナシト認メタルニヨル」

著者の浦野穏直は、実務家のようである（学士の記載もないので、おそらく、大学卒業ではない）。ところが、この記述では「相殺説ヲ採ル学者」として反対説を示した上で、自説を展開し、「従来ノ立法例」にまで言及している。明らかに、研究者の関与が想像できる。

ここでいう研究者は、普通に考えれば、校閲者でもある井上密であろう。「損得相殺」という表現も、当時、既に井上が知っていたとしても不思議ではない。しかし、次の理由から、岡松が関与した可能性があるように考えている。

前提として、岡松と井上は、ベルリン党であり、また、同じ教育改革に取り組んだ同僚である。最終的に、両者は意見が対立することとなったが、必要に

応じて、井上が岡松に助言を求めたとしても不思議ではない。

そして、前述の通り、岡松は、『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』において、公用収用を受けたが、その事業の為に残余地の地価が上昇した場合に言及している。一般論として損害や利得の原因を問題とし、この場合に、損失の原因は公用収用だが、利益の原因は事業であるとする理由付けも同じである。なお、民法専攻の岡松が公用収用に言及すること自体不可解に思われるかもしれない。しかし、旧民法財産編31条１項には「不動産ノ所有者ハ適法ニ認メ及ヒ宣言シタル公益ニ因由シ且公用徴収法ニ従ヒテ定メタル償金ノ払渡ヲ予メ受クルニ非サレハ其所有権ノ譲渡ヲ強要セラルルコト無シ」と規定されていた。もちろん、1908年は、既に明治民法が施行されているが、岡松や井上は大学で旧民法を習ったはずであり、「償金」については民法とする意識が残っていたのかもしれない。

加えて、岡松は、『土地収用法要義』執筆中とみられる、1908年２月16日付けで、土地収用についての鑑定書を書いている（岡松参太郎文書E2-3-3-2「鑑定書」）。岡松参太郎文書E2-3-3-1「鑑定事項」を見ると、土地収用に際して、地上権者への補償が問題となったようである。鑑定事項は、東京市区改正土地建物処分規則には、地上権に対し何の規定もなく地上権に関する損害の補償をしないことは明らかである。しかし、地上権者の中には民法（明治29年法律第89号）により、損害の補償を求めるものがいる。これについて、「普通法ナル民法ノ規定ハ特別法ナル市区改正処分規則ニ勝ツコト能ハザルハ解釈上ノ原則ニシテ毫モ疑イ許サスト信ズ」としている。ここにも、土地収用の補償は本来は民法の適用対象であるとの発想が現れている。

さらに、岡松が授業で紹介していた、Oertmann, Vorteilsausgleichung, 1901. の154頁には、ハンブルグやプロイセンの立法例が紹介されている。そのため、岡松が関与したとすれば、浦野がどうやって従来の立法例を参照したのかという問題も解決する。なお、これに関して、石坂音四郎が関与している可能性もあることを指摘しておこう。

ウ　石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』

（ア）本稿の冒頭でも言及したが、石坂音四郎は『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣、1911年）において、12頁に渡り、「損得相殺」について解説を展開している。その内容に入る前に、石坂と岡松の関係を簡単に確認しておこう。

極めて簡略化すれば、石坂は岡松の愛弟子といってよいだろう。末川博は、

石坂は「岡松先生と最も親しい師弟の関係にあった」「石坂、雉本の両先生は岡松先生の最も敬愛された学者であ」[70]るといっている。

石坂は、岡松より6歳若い、1877（明治10）年生まれである。岡松の『民法理由下巻』が刊行された、1897年9月、石坂は第一高等学校の生徒であった。1898年9月に、石坂は東京帝国大学法科大学に進学するから、きっと、学生時代に『民法理由』も読んだのではなかろうか。1902年7月、石坂は、京都帝国大学に赴任する。

岡松は台湾の旧慣調査でも知られているが、岡松は「予か台湾旧慣調査の大任を終了し民事立法の難事を完成するを得たるもの、偏に石坂、雉本二君の賜にして而して大半実に是石坂君の功なりき」[71]として、石坂の功績を称えている。前述の通り、岡松が京大の民法講座を退いた際、後任となったのも石坂である。石坂は、1915（大正4）年、東京帝国大学に転任するが、転任の話が来た際にも、当時どの大学にも所属していなかった岡松のことを織田萬に相談している[72]。石坂は、1917（大正6）年に、39歳で急死するが、岡松は、石坂の死を悼み、その死後出版された『債権法大綱』に、42頁に渡る、序文を掲載している。また、岡松は、石坂が生前外国に注文していた書籍、雑誌の取消を行った[73]他、石坂の生前の債務（主に家の新築費用）の精算にも関与した可能性もある[74]。

---

[70] 末川博「法学界の巨星岡松参太郎先生の思い出」書斎の窓269号48頁（1977年）。なお、書斎の窓3号（1953年）の記事を再掲したものである。

[71] 岡松・前掲注（48）「亡友石坂君を挽し併せて其遺著債権法大綱に序す」3頁。

[72] 岡松参太郎文書B77「（書簡／石坂・岡松の東京大学への就職の件）」は、石坂から相談を受けた織田萬が岡松に送った手紙である。詳細は、拙稿「岡松参太郎と石坂音四郎」大阪学院大学法学研究51巻1号21頁（2024年）を参照されたい。なお、資料読解に当たって、大阪学院大学の横山輝樹先生から大いにご教示を得た。この場を借りて、御礼申し上げる。

[73] 岡松参太郎文書N10-14-1から4。

[74] 岡松参太郎文書N10-16-2「記」（作成者 有斐閣代表者 西田冨衛、宛先 石坂一郎、作成年月日 大正6年4月28日）は、石坂の債務（1万5366円76銭）の精算に関する文書（おそらく、正式な文書の下書き）である。印税や銀行預金を充てても、2041円9銭5厘の不足が生じているが、「不足額ハ此際全部消帳」するという。石坂には、妻と一男四女がいたが、息子である石坂一郎はまだ学齢にも達していなかったという。書類の宛先は石坂一郎であるが、当然、幼い子

このように、研究面だけでなく、岡松と石坂は深く結びついていた。

（イ）さて、『日本民法第三編債権第１巻』の「第一部　債権総論」「第二章債権ノ物体」「第六節　損害賠償債権」「第四款　損害賠償ノ範囲」「第一項法定賠償範囲」「第三目　損得相殺」の冒頭は次の通りである。なお、同項の第一目は「総論」、第二目は「賠償権利者ノ過失（過失相殺）」、第四目は「賠償義務者ノ代位」、第五目は「他人ノ損害ノ賠償」、第六目は「賠償額ノ計算」となっている。

「第三目　損得相殺

一　損得相殺ノ性質　損害賠償ノ目的ハ損害ヲ受ケタル者ヲシテ損害ヲ受ケサリシト同一ノ地位ヲ回復セシムルニアリ、賠償ハ被害者ノ損害ヲ償フニ充分ナルヲ要スト雖モ又之ニ依リ被害者ヲシテ利得セシムヘカラス、故ニ損害賠償義務発生ノ事実ニ依リ被害者カ損害ト共ニ利益ヲ得タル場合ニハ損害ノ額ヨリ利益ノ額ヲ控除シタル残額カ即賠償スヘキ額ナリトス従来之ヲ損得相殺（lucri cum damno, Vorteilsanrechnung Vorteilsausgleichung）ト称ス」[75]

これまで取り上げてきた文献と比較すると、『日本民法第三編債権第１巻』は圧倒的に内容が拡充されている。賠償者代位（民法422条）との関係や、適当条件（現在の相当因果関係）の採用、「損得相殺」の淵源をローマ法に求めることなど、これまでの文献にない要素が多数盛り込まれている。これらの要素は、その後の損益相殺の議論においてしばしば取り上げられる事項である。

一方で、岡松と石坂の人間関係や、石坂が研究者になる前に岡松が講義等で「損得相殺」を展開していたことなどを考えれば、「損得相殺」という用語は、石坂が岡松から承継したものと考えられる。また、石坂は「損得相殺ノ要件」として「損害ト利得トヲ相殺スルヲ得ルカ為メニハ利益カ損害賠償義務発生ノ原因タル事実ニ因リテ生セルコトヲ要ス」[76]として、損害と利益の原因を問題にしているが、これは『民法債権総論（京都法政大学第１期第２学年講義録）』で岡松が説いていたところと一致する。

供が交渉を行ったはずがない。岡松が文書を保管していたというからには、何かしらの形で、関与したのではなかろうか。

[75] 石坂音四郎『日本民法第三編債権第１巻』（有斐閣、1911年）324頁。

[76] 石坂・前掲注（75）『日本民法第三編債権第１巻』326頁。

他方で、石坂は『民法理由』の損益相殺否定説には、全く触れていない。損害と利益が「同時」に発生するという表現も見られない。興味深い記述としては、「損得相殺ニ関シテハ羅馬法ニ於テ既ニ認メ独普通法ニ於テハ損害賠償ヨリ生スル当然ノ結果ナリトシテ一般ニ之ヲ認ム（Windscheid §258 Anm.4）独民ニ於テモ通説ハ之ヲ認ム唯Stintzing（Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz statt?）ハ損得相殺ヲ認ムルヲ得サルモノトシ通常学者カ損得相殺トシテ挙クル場合ハ損得相殺ニアラストナス然レトモ此説ハ賛同スルモノナシ。」[77]がある。ドイツ民法に関する記述であるが、Windscheidを参照し、これに対する反対説を挙げたという点では、『民法理由下巻』の記述と同じである。しかし、石坂は、Stintzingを「賛同スルモノナシ」として、切り捨てている。『民法理由下巻』とは大きな違いである[78]。

（4）『民法理由下巻』系統と「損得相殺」の融合

ア　末弘厳太郎『債権各論第三分冊』

末弘は、「第四部　不法行為」「第三章　不法行為ノ効果」「第二節　損害賠償債権」「第三　損害賠償ノ範囲」「二　損害賠償範囲ノ削減」において、次のように説明している。なお、同項目は、イと次のロから成り、イは過失相殺である。

> 「ロ　損得相殺
>
> 不法行為ハ場合ニ依リテ被害者ニ損害ヲ生ゼシムルト同時ニ利益ヲモ生ゼシムルコトアリ。此場合ニ於テハ損害ニ付テ必要トセラルル因果関係ト同一程度ノ因果関係内ニ存スル利益ハ之ヲ損害中ヨリ差引クコトヲ要ス。蓋シ其差額ガ此場合ニ於ケル真実ノ損害ナレバナリ。学者之ヲ称シテ損得相殺又ハ利益ノ差引ト云フ。」[79]

ここでは、損得相殺が用いられているが、「利益ノ差引」とも書かれている。前述の通り、「利益ノ差引」は、川名『債権法要論』で用いられた言葉であり、

---

[77] 石坂・前掲注（75）『日本民法第三編債権第1巻』326頁

[78] ここで石坂が取り上げている、Wolfgang Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?, 1905. は、『民法理由下巻』（1897年）の8年後に発行されている。したがって、『民法理由下巻』において、岡松が「理ノ正鵠ヲ得タルモノ」とした損益相殺否定説は、Stintzing の当該論文ではない。

[79] 末弘厳太郎『債権各論第三分冊』（有斐閣、1918年）1111頁。

川名は損害と利益の「同時」発生を要件とするなど、『民法理由下巻』と同じ特徴を見いだすことができた。末弘も、損害と利益の「同時」発生を要件としている。もっとも、末弘は、タイトルとして、「損得相殺」を用いているから、『民法理由下巻』と「損得相殺」の両方の特徴を有するものというほかない。ここに、両者の融合が見られる。

他に、末弘に特徴的な点は、判例（大判大正４年６月１日刑録21巻703頁）を引きながら、「被害者ノ得タル利益ガ不法行為者ノ不法行為ノ手段トシテ供給セラレタルモノナルトキハ第七〇八条ノ類推ニ依リテ之ガ差引ヲ主張シ得ザル」[80]と述べていることである。実際の問題に対応するため、日本独自の議論が始まったと言えようか。

イ　中島玉吉『債権総論』

中島は「利害相殺（Compensatio lucri cum damno）」として、簡単な説明を行っている。目次の構造としては、「本論」「第二章　債権ノ効力」「第二節　当事者間ニ於ケル債権ノ効力」「第三款　債権侵害ニ対スル救済」「第二項　損害賠償」「（六）損害賠償ノ範囲」「（ロ）利害相殺」となっており、（イ）は「因果関係ノ内容」、（ハ）は「債権者の過失」である。

中島は、「損害ノ原因タル事実カ同時ニ被害者ニ利益ヲ生セシメタル場合ニハ賠償スヘキ損害額ノ計算ニ於テハ之ヲ控除スルヲ要ス」[81]として、「同時」との要件を挙げつつ、損害の「原因」を問題としている。「同時」は『民法理由下巻』で用いられた表現であり、「原因」を問題とするのは「損得相殺」の特徴であった。ここでも、両者が融合している。

中島は、京大の教授であり、石坂と同年の1902年に講師となっている[82]。岡松との交流もあったはずだが、損得相殺ではなく、利害相殺としている。

---

[80] 末弘・前掲注（79）『債権各論第三分冊』1112頁。

[81] 中島玉吉『債権総論第４版』（金刺芳流堂、1930年）177頁。

[82] 中島玉吉は1875年１月２日生まれ、石坂音四郎は1877年12月９日生まれ（いずれも、京都大学大学文書館・京都大学歴代総長・教授・助教授履歴検索システムによる）であるから、年齢は３年近く離れている。講師就任はともに1902年であるが、助教授、教授就任は、中島の方が１年早い。もっとも、岡松参太郎の後に民法講座を担当したのは石坂である。

7　富井政章と「損益相殺」

（1）これまで、「損益相殺」という言葉は、松野貞一郎による旧民法の講義録に登場したものの、それ以外に、本稿で引用した文献には登場していない。『民法理由下巻』では、そもそも、問題領域に命名がされていないし、これを承継したとみられる文献では、「被害ト受益」「利益ノ差引」と呼ばれていた。一方、岡松は、京都における教育研究では、「損得相殺」という言葉を用い、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』もこれに倣っている。大判昭和３年３月10日民集７巻152頁も、「損得相殺」という言葉を使っている。

それでは、損益相殺という言葉の由来は誰かというと、富井政章ではないかと思われる。

実は、富井は、本稿の全体に関与している。前述の通り、富井は、旧民法の解説書である『民法論綱』の著者である。明治民法起草に際し、法典調査会において、かつての「損益相殺」に関する規定削除の趣旨説明を行ったのも富井である。さらに、富井は、岡松の『民法理由』の校閲も行っている。また、岡松参太郎文書に、富井の質問に対して岡松が回答した書簡の下書[83]が残っている。私的なやりとりも相当あったのであろう。

本稿では、京都法政大学の講義録を取り上げたが、京都法政学校・京都法政大学の校長は富井政章である。富井は東京在住のため、あまり実質的な関与はなかったようだが、富井の下にも京都法政大学の講義録は届けられていたと考えるのが自然であろう。

このように、富井政章は、損益相殺に関する、これまで述べてきた経緯の全体に関与していた。そして、その富井が、損益相殺という言葉を使っていたのである。

（2）富井政章述『債権法講義下巻』

この資料は、当時の学生が講義を筆記したものである。表紙に「明治四十五年度（東大）富井博士述」「此講義ハ同志ノ者相寄リ茲ニ四十五部ヲ限リ謄写

[83] 岡松参太郎文書 L4-17-2「（書簡／民法276条に関する伺い）」（作成者：（富井）政章、宛先：岡松）、同 L4-17-3「（書簡下書／民法276条に関する問い合わせ回答）」（作成者：（岡松参太郎））。

ニ附シ配本セリ」とある。1912（明治45）年であるから、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』発行の翌年に当たる。

損益相殺に関する記述は、「第三編　債権」「債権各論」「第四章　不法行為」「第二節　不法行為ヨリ生スル損害賠償請求」「第五款　損害賠償ノ方法及範囲」「第二　損害賠償ノ範囲」の一部である。

富井は、「要スルニ不法行為者ハ其行為ニヨル実際ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス、此原則ニ対シテ責任ヲ軽減スヘキ場合二ツアリ。」[84]として、損益相殺と過失相殺を挙げる。そして、損益相殺について、「一ツハ損益ノ相殺ト云フ一方ニ損害ヲ蒙ルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ利益ヲ生シタリトイフ場合ニ其差引ヲナシテ賠償額ヲ減スルトイフ場合アリト考フ」[85]として、他人の犬を連れ帰って養っていた場合はその飼養料を差し引いて賠償する、しかし、殺人の場合の香典は差し引くことはできないとの趣旨を述べる。

不法行為における解説であること、犬の飼養料と殺人の場合の香典が問題となっていることは、石坂ほか『民法債権編（京都法政大学第２期第２学年講義録）』と同じである。

富井の講義に特徴的な点としては、「損得相殺」ではなく「損益ノ相殺」としている点、損害と利益の「同時」発生が含まれる点がある。なぜ、ここで富井が旧民法時代に用いられていた損益相殺を連想させる「損益ノ相殺」という言葉を使ったのかは明確ではない。もっとも、その影響については、小括において検討する。また、「同時」は、この講義より前の「損得相殺」では見られない表現であり、『民法理由』の説明を想起させる（説明が前後しているが、前述の通り、ここで取り上げている富井の講義は1912年頃とみられる。一方、前に『民法理由下巻』系統と「損得相殺」の融合として取り上げた、末弘厳太郎『債権各論第三分冊』は1918年、中島玉吉『債権総論』は1930年の、それぞれ発行である。）。前述の通り、富井は『民法理由』の校閲も行っているから、そこで「同時」という言葉が用いられていることが頭にあったのかもしれない。

---

[84] 富井政章述『債権法講義下巻』223頁。国立国会図書館デジタルコレクション所蔵書誌 ID 000000442985。なお、国会図書館は、出版者を「東京帝国大学」としているが、資料の内容を考えれば、学生が私的に作成したものであろう。

[85] 富井・前掲注（84）『債権法講義下巻』223頁。

（3）鳩山秀夫『日本債権法　総論』

鳩山は、「第二章　債権ノ目的」「第八節　損害賠償債権」「第六款　損害賠償者ノ代位」で、損益相殺について記述する。そこでは、項目名を「損益相殺」とし、「賠償者ノ代位ト同一ノ思想ニ基ケル制度ニ損益相殺又ハ損得相殺（compensatio lucri cum damno, Vorteilsausrechnung）ト称スルモノアリ。賠償権利者ガ損害ヲ受クルト同時ニ利益ヲモ受ケタルトキハ其利益ト損害トヲ差引キテ損害賠償ノ範囲ヲ定ムル制度是ナリ。」[86]として、説明を始めている。比較的簡単な説明であるが、賠償者代位との関係など、その内容は石坂の『日本民法第三編債権第1巻』に類似している。異なる点としては、「損益相殺」という名称、損害と利益の「同時」性を挙げることができる。

印刷物中に「損益相殺」という文字を見るのは、旧民法に関する松野貞一郎（東京法学院）講義録以来であり、20年以上の時間が流れている。東大の講義において、富井が「損益ノ相殺」との表現を用いていたことは前述したが、鳩山も、損益相殺という言葉を用いることに抵抗がなかったということであろうか。なお、川名兼四郎『債権法要論』（1915年）と鳩山秀夫『日本債権法　総論』（1916年）は、1年違いで出版されているが、川名（1875年生）と鳩山（1884年生）は、9歳ほど離れている。

（4）坂千秋「損益相殺ニ就テ（一～三完）」法協37巻5号780頁、同巻6号952頁、同巻7号1107頁（いずれも1919年）

ア　本論に入る前に、この論文の背景について、検討しておこう。

この論文は、日本初の損益相殺に関する論文であり、ローマ法における損益相殺について研究したものである。著者の坂千秋は、東京帝国大学法科大学の学生であり、「正課修業ノ余暇」に、この論文を書き上げたという。春木一郎の序文によれば、1917（大正6）年の冬に、春木に提出されたとのことである。

学生が自主的に洋書を読み、論文を書いたということであるが、我々は、それが京都帝国大学における教育改革が目指すものであったことを知っている。加えて、春木は、かつて京都帝国大学で教育改革に取り組み、それが挫折する際も、岡松らとともに、最後まで論文の存置を求めていた。春木は、序文において、同論文を「公ケニセンコトヲ切ニ勧誘」した理由を「羅馬法ニ関スル論

[86] 鳩山秀夫『日本債権法　総論』（岩波書店、1916年）89頁。

文ノ邦文ヲ以テ書カレタルモノ実ニ少ナシ是レ予カ平素遺憾ト為ス所ナリ」と説明し、京大には一言も触れていない。しかし、坂は、かつての京大の教育改革を知っていたのではなかろうか。末川博は、1914（大正３）年に、京大に入学しているから、坂と同時代に学生生活を送ったと言ってよい。その末川は、かつて京大生が外国の原書を読んで論文を書いていたことに触れた上で、「彼（引用注―末川のこと）が入学したころには、学生がそんな論文を書いたということは昔の語り草になっていた。」[87]と述べている。東京と京都の違いはあっても、「昔の語り草」が坂の耳に入ってもおかしくない。そして、春木が元京大教授であることは、調べれば（あるいは調べなくとも）すぐに分かることである。

ところで、春木は、「本篇ニ於ケル研究方法及ヒ所論ノ当否ハ苟ラク之ヲ読者諸賢ノ批判ニ任カセ予ハ本篇作者カ羅馬法ニ関スル論文ヲ自発的ニ起草スルコトヲ試ミ自カラ楽シムノ奥ユカシキ態度ニ対シテ美大ノ敬意ヲ表ス」として、論文の内容については、全く批評していない。学生の論文としては優れた水準であっても、ローマ法の権威たる春木から見れば問題があるということだったのかもしれない。

イ　坂論文は、ローマ法の論文であるが、当時のドイツ法あるいはパンデクテン法学に依拠している。

用語としては、坂は、損益相殺を基本としつつも、「損益相殺（損得相殺）」と損得相殺も併記している。

内容としては、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』と同趣旨の記述が目に付く。坂論文は、損益相殺の説明として「 」付で「損害賠償義務発生ノ事実ニ因リテ被害者カ損害ヲ受クルト共ニ利益ヲ得タル場合ニハ損害ノ額ヨリ利益ノ額ヲ控除シタル残額カ即チ賠償セラルヘキ額ナリ」[88]と述べている。これは、『日本民法第三編債権第１巻』325頁の記述「損害賠償義務発生ノ事実ニ依リ被害者カ損害ト共ニ利益ヲ得タル場合ニハ損害ノ額ヨリ利益ノ額ヲ控除シタル残額カ即賠償セラルヘキ額ナリ」とほとんど同じである。

この論文のテーマは、ローマ法における損益相殺の研究であるが、より具体的には、ローマ法が損益相殺を認めたのかという点である。坂は、ローマ法の

---

87 末川博『彼の歩んだ道』（岩波書店、1965年）170頁。

88 坂千秋「損益相殺ニ就テ（二）」法協37巻６号952頁（1919年）。

法文を引用した上で「羅馬法上損益相殺ノ存否ヲ決定スルニ付キ基本的根拠トシテ学者論争ノ焦点ト為リシモノハ事務管理及ヒ組合契約ニ関スル法源ナリ、前者ハ積極説ノ金城ト恃ムトコロ、後者ハ消極説ノ鉄壁トスルトコロナリ」[89]として、両法文の検討を行っている。最終的に、坂は、Mommsenの「利益論」における見解を正当として、ローマ法は損益相殺を認めたとしている[90]。

極めて大まかにまとめると、坂論文は、石坂『日本民法第三編債権第１巻』などを手がかりとしつつ、主にパンデクテン法学に依拠して、損益相殺はローマ法に由来することを論じたということになる。

（４）三潴信三『債権法提要総論上冊』

次の記述は、「第三章　債権ノ内部的効力」「第八節　損害賠償」「第五款　損害賠償ノ範囲及ヒ算定ニ関スル特則」「第二項　損益相殺」の冒頭である。なお、同款の第一項は、過失相殺である。

> 損益相殺ノ意義
>
> 「損害賠償請求権ヲ有スル者カ同時ニ利益ヲ得タルトキハ之ヲ控除シタルモノヲ以テ賠償額ト為ササルヘカラス之ヲ損益相殺又ハ損得相殺（compensatio lucri cum damno; Vorteilsausgleichung, Vorteilsanrechnung）ト称シ羅馬法独逸普通法以来一般ニ認メラルル所ニシテWalsmann（compensatio lucri cum damno）Oertmann（Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch）等ノ研究ニ依リテ学者ノ注意ヲ喚起シタル問題ナリ我民法ノ下ニ於テモ損害賠償ニ基ク代位ト共ニ認メサルヘカラサル原則ナリ例ヘハ動物ヲ買入レタルニ引渡ノ遅延ニ因リテ買主ハ損害ヲ受クヘキモ其飼養料ヲ節約シ得タルコトニ因ル利益ハ之ヨリ控除セサルヘカラス又誤ツテ引渡サレタル目的物ノ使用収益ニ因リテ得タル利益ハ受ケタル損害ヨリ之ヲ控除セサルヘカラス」[91]

ここでも、損益相殺を基本としつつ、「損益相殺又ハ損得相殺」と損得相殺が併記されている。損益相殺の定義に、「同時」を含むのは、鳩山『日本債権

---

89 坂千秋「損益相殺ニ就テ（三完）」法協37巻７号1114頁（1919年）。

90 坂・前掲注（89）「損益相殺ニ就テ（三完）」1119頁。

91 三潴信三『債権法提要総論上冊　第３版』（有斐閣、1926年）250頁。

法　総論』などと同じである。ローマ法や賠償者代位に言及する点は、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』に類似するものといえるだろう。

（５）富井政章『民法原論　第３巻　債権総論上』

富井政章は明治民法の起草者の１人である。もっとも、『民法原論　第３巻　債権総論上』の出版は、1929（昭和４）年であり[92]、多くの教科書を参照している。次の記述は、「第一編　総論」「第四章　債権ノ要素」「第二節　債権ノ目的」「第七款　損害賠償債権」「第五項　損害賠償ノ範囲」「第一目　賠償額裁定ノ標準」の一部である。

損益相殺

「損害賠償ハ損害ノ程度ニ対当スル賠償ニ止マルコトヲ要シ被害者ヲシテ其以外ノ利益ヲ得セシムヘキニ非ス故ニ被害者カ損害賠償債権ト同一ノ原因ヨリ利益ヲ得タルトキハ損害額ヨリ之ヲ控除シ其残額ヲ以テ賠償額ト為スヘキナリ之ヲ称シテ損益相殺ト曰フモ正確ナル用語ニハ非ス蓋相殺ハ二個ノ債権ノ対立ヲ前提トスルモ此場合ニ於テハ賠償義務者ハ控除スヘキ利益ニ対シテ独立ノ債権ヲ有スルニ非ス唯賠償額ヲ算定スル一条件タルノミ此制度ハ後ニ論述スル賠償義務者ノ代位権ト同一ノ観念（二重ノ利得ヲ許ササルコト）ニ基クト雖モ代位ノ如キ損害ノ賠償アリタル後ニ生スル事項ニ非スシテ結局ノ損害及ヒ賠償額ヲ定ムル一要件ニ外ナラス故ニ此ニ説明スル損害賠償ノ範囲ニ関スル問題ナリ（鳩山氏一〇六頁）民法ハ他国ノ立法例ニ同シク特ニ之カ規定ヲ設ケスト雖モ古来一般ニ認メラレタル当然ノ事理ニシテ明文ヲ俟タサル所ナリトス

損害ト相殺スルコトヲ得ヘキ利益ノ何タルヤニ付テハ議論ナキニ非スト雖モ通説ハ賠償債権発生ノ原因タル事実ニ因リテ生シタル利益換言スレハ損害ノ原因タル事実ト適当条件ニ依ル因果関係ヲ有スルモノナルコトヲ必要トス（川名氏二〇一頁、石坂氏三二八頁、鳩山氏一〇六頁、三潴氏二五一頁）例ヘハ売買ノ目的物ノ引渡ヲ遅延セル売主ハ損害額ヨリ其物ノ保存ノ為メニ出費シタル金額ヲ控除スルコトヲ得ヘキモ其引渡ナキ為メ買主カ他人ヨリ無償ニテ同種ノ物ヲ借用シタル利益

[92] 既に、岡松参太郎（1921年没）も、石坂音四郎（1917年没）も亡くなっている。

ノ如キハ之ヲ差引クコトヲ得ス被害者カ他人ヨリ受ケタル慰安金又ハ保険金ノ如キ亦同シ要スルニ損害ト利益トカ果シテ同一原因ニ基クモノト見ルヘキヤ否ヤハ各場合ノ事情ヲ査覈シ公平ト認ムル所ニ従ヒ之ヲ決スヘキナリ」[93]

概ね、当時の通説に沿った内容である。特徴的な点として「民法ハ他国ノ立法例ニ同シク特ニ之カ規定ヲ設ケスト雖モ古来一般ニ認メラレタル当然ノ事理ニシテ明文ヲ俟タサル所ナリトス」として、起草者らしく、民法典に損益相殺の条文がない理由を説明している。しかし、この説明は、大いに疑問である。さしあたり、疑問点として、次の４点を挙げることができる。

１点目は、損益相殺は「古来一般ニ認メラレタル」とする点である。ここで取り上げられているのは、同一行為における損益相殺である。これは、前述の通り、19世紀のパンデクテン法学において主張されたものであって、「古来一般ニ認メラレタル」といえるかは大いに問題がある[94]。もっとも、これは、パンデクテン法学の学説やそれに沿った日本の文献を鵜呑みにしたということかもしれない。

２点目は、外国法においても、「当然ノ事理ニシテ明文」の規定が必要ないかのような説明になっている点である。ドイツでは、民法典（BGB）編纂において、第１草案の段階で、損益相殺を規定しないこととされた。ドイツ民法第１草案理由書（Motive）は、損益相殺の問題を、学説及び判例に委ねることを明らかにしている。その理由は、「法律に規定することで、この問題を決定しようとすることは、特に不法行為事例について、疑問である。この問題の解決は、損害概念の確認と本質的に結びついているし、そうでなくても、全ての起こりうる面やその他の不確実な面について、全ての事例のために法律で解決することは不可能である。法律でこの問題を解決しようとすると、詳細に様々な場合を列挙することにならざるをえないが、満足すべき結果を得ることはできないであろう。実務は、法律の規定に制約されることなしに、個別の事例に

[93] 富井政章『民法原論　第３巻　債権総論上』（有斐閣、1929年）236頁。

[94] 複数取引における損益相殺であれば、Digesta に法文があるので、「古来一般ニ認メラレタル」といえるであろう。もっとも、これについては、多くの国で条文化されていた。

ついて、将来、適切な解決を見つけるであろう」[95]というものである。ドイツでは、「当然ノ事理」であるが故に損益相殺の規定を置かなかったのではなく、むしろ、立法による解決が困難な問題との認識から条文化を見送ったのである。

3点目は、「民法ハ他国ノ立法例ニ同シク特ニ之カ規定ヲ設ケス」とあるが、「他国」とはどこの国を指すのかという疑問である。明治民法成立はBGB成立より早いから、BGBを見て、日本でも損益相殺を条文化しなかったというのはおかしい。明治民法の起草過程で、ドイツ第一草案が参照されたことは知られているが、草案を立法例というのは違和感がある。富井が念頭に置いている国を執筆者が知らないだけの可能性も否定できないが、どうにも、BGBに損益相殺の規定が置かれていないことをもって、「他国ノ立法例」といっているように思えてならない。

4点目は、「民法ハ・・・特ニ之カ規定ヲ設ケス」「当然ノ事理ニシテ明文ヲ俟タサル」と、当然であるが故に、意図的に、損益相殺の規定を置かなかったかのような説明をしている点である。前述の通り、旧民法における、複数取引における損益相殺の条文は、明治民法起草過程で、「極ク煩ハシイ細カナ規定」「煩ハシイ区別」として、削除された。起草過程で、ドイツ流の損益相殺について議論された形跡は見つかっていない[96]。むしろ、明治民法成立後に『民法理由下巻』で、岡松参太郎が、損益相殺否定説を採っている（どこまで実質的な関与があるかはともかく、『民法理由』は富井の校閲である。）。さらに、それが他の文献にも波及していることは前述した。明治民法起草当時の学説が、同一行為における損益相殺を当然視していたとするのは無理がある。

本稿は、『民法原論　第3巻　債権総論上』の上の記述のうち、起草過程に損益相殺を考慮していたかのように読める部分の信用性は低いものと考えている。他の記述として、利益の原因を問題とする点、賠償者代位と同趣旨とする点、適当条件を必要とする点は、石坂の『日本民法第三編債権第1巻』と同じ

[95] Motive, Bd. Ⅱ. S. 18f. 訳にあたって、『独逸民法草案第2編理由書 上巻』（司法省、1889年）31頁を参照した。

[96] 松浦・前掲注（1）682頁は「民法の制定過程において損害賠償の範囲について論じられたときにも損益相殺という考え方について検討された形跡はみられない」とし、その脚注で「法典調査会・民法議事速記録一八巻においても、梅謙次郎・民法要義巻之三債権編（明法堂、明治三〇年）においてもこの議論はみられない」とする。

である。富井は、損益相殺という名称を除き、概ね、「損得相殺」を踏襲したということができるだろう。損益相殺という言葉については、後で検討する。

（6）小括

岡松参太郎は、『民法理由下巻』と京都における教育研究で、同一行為における損益相殺を展開したが、「損益相殺」という言葉は使わなかった。旧民法下で複数取引における損益相殺を指す言葉として、「損益相殺」が使われていたから、それとの混同を避ける意図があったのかもしれない。ところが、ここで取り上げた、富井、鳩山、三潴、坂は、概ね、「損得相殺」に沿った内容であるにもかかわらず、「損得相殺」ではなく「損益相殺」という表現を用いている。鳩山と三潴、坂は、「損益相殺」と「損得相殺」を併記しているが、いずれも、項目名や論文タイトルには「損益相殺」を使用しており、「損益相殺」を優先させていることは明らかである。さらに特異なのは、富井である。富井は、鳩山や三潴、坂より、はるかに年長であり、「損得相殺」という表現に接した機会も多かったはずである。ところが、富井は、「損得相殺」を併記することさえなく、「損益相殺」という表現だけを用いている。

富井の内心は分からないが、前述の通り、富井は『民法原論　第３巻　債権総論上』において、民法典の起草過程において、あえて、損益相殺の規定を設けなかったかのような説明をしている。これが信用できないことは前述した。もっとも、いつ頃からかは不明である[97]が、富井は、民法典の起草過程で、意図的に損益相殺の条文を置かなかったかのような言動をしていたのではなかろうか。起草者がそのような態度を取り、「損益相殺」という言葉を使っていたのであれば、それを見聞きした者が、元々起草過程で「損益相殺」の議論がされたものの、後に「損得相殺」などと呼ぶ者が現れたと考えてもおかしくない。もちろん、これは唯の仮説であるが、鳩山や坂は、「損益相殺」こそが本来の言い方であると考えていたように思われ、ただ、石坂『日本民法第三編債権第１巻』を無視することができないために、「損得相殺」を併記したように感じられる。そうだとすると、鳩山や坂が「損得相殺」が本来の言い方であると信

[97] 鳩山秀夫（1908年東大卒）より後に東大を卒業した末弘厳太郎（1912年東大卒）が損益相殺ではなく損得相殺という言葉を用いているところを見ると、一斉に、損益相殺という言葉が普及したわけではないようである。

じた理由が問題となるが、起草者である富井の言動はその理由たり得るのではなかろうか。

8　損益相殺の要件論の発展

（1）富井『民法原論』の後、損益相殺という表現が定着することとなる。

以下、戦前の損益相殺に関する文献を簡単に見ていこう。この時期は、以下に見るように、損益相殺の要件に焦点が当てられることとなる。

（2）勝本正晃『債権総論上巻』

勝本正晃『債権総論上巻』（厳松堂、1930年）の「第三章　目的の態様による債権の種類」「第七節　損害賠償債権」「第四款　損害賠償債権の目的範囲及び其算定」「第二項　損害賠償の範囲に関する諸問題」「第一目　損益相殺（利得控除）」に、損益相殺の記述がある。

勝本は、損益相殺という名称を使いながらも、「相殺と云ふも、本来の相殺の如く二個の債権相互間に於て債権額を差引くものではなく、又、当事者の意思表示によりて効力を発生するものでもない。・・・寧ろ利得の控除と云ふべきである。」[98]としている。

損益相殺の説明においては、「賠償権利者が、損害を受けたると同時に、同一原因により他面に於て利益をも受けたるときは、損害額より利益を差引きたるものを以て、実際の損害額としなければならぬ。」[99]としている。内容としては、損害と利得の原因を問題とする点、相当因果関係を必要とする点など、概ね、「損得相殺」に沿う内容となっている。もっとも、損害と利益の「同時」発生を挙げるところは、『民法理由下巻』の特徴も備えている。また、具体的な事案の判断において、加害行為に起因する保険金については、「賠償権利者が、第三者との特殊なる関係（保険契約）を前提として、一定の利益を受くる場合に於ては、原則として之を以て賠償原因より通常生ずべき利益と称するを得ない」[100]などとして、損益相殺の対象とすることを否定している。これまで見て

98　勝本正晃『債権総論上巻』（厳松堂、1930年）401頁。
99　勝本・前掲注（98）『債権総論上巻』401頁。
100　勝本・前掲注（98）『債権総論上巻』409頁。

きた文献では、同種の説明は見られない。勝本は、ドイツの文献を参照しながら、これまで唱えられてきた要件を修正したものといえる。

（3）宗宮信次『不法行為論』

宗宮信次『不法行為論』（有斐閣、1935年）の「第六章　不法行為に因る損害賠償」「第三節　損害賠償の範囲」「第四款　損益相殺」に、損益相殺の記述がある。なお、同節の他の内容は、相当因果関係（第一款）に始まり、故意過失と賠償の範囲（第二款）、中間最高価額（第三款）、金銭又は金銭を目的とする権利に対する不法行為とその賠償範囲（第五款）、債務の負担と損害（第六款）、損害は事実上生じたるを要す（第七款）となっている。

ここでは、損得相殺は現れず、「損益相殺」のみが登場する。もっとも、その内容は、損害賠償義務発生原因を問題とする点や、競馬事例が登場する点など、概ね、損得相殺の系譜に属するものである。

宗宮に特徴的な点は、「損益相殺の法理は、現実生じたる損害額の算定方法に関する法則にして、仮令通常の過程より生ぜざる利益にせよ、利益が現に存する限り、賠償すべき損害は其れ丈現存せざる理なれば、其の利益が、賠償原因と同一事実関係より生じたるものなるときは、之を斟酌すべきは当然と認むべく、其の控除すべき利益を、相当因果関係ある場合に止めんとする通説も、俄に首肯し難し。」[101]として、通説である相当因果関係説を否定している点である。

（4）沼義雄[102]『綜合日本民法論別巻第四　債権総論』

沼義雄『綜合日本民法論別巻第四　債権総論　第3版』（厳松堂、1943年）の「第二編　債権の目的（客体）」「第九章　損害賠償債権」「第四款　損害賠償の範囲」「第二節　損害賠償の範囲に関する特則」の第一項が、「損益相殺」となっている。なお、同節の第二項は、過失相殺である。

項目名は損益相殺であるが、本文中には「損益相殺又は損得相殺」と、損得相殺を併記している。内容は、利得禁止を根拠とする点、原因を問題とする点、

[101] 宗宮信次『不法行為論』（有斐閣、1935年）135頁。

[102] 著者紹介欄には、「明治42年7月東京帝国大学英法科卒業」「現在大審院部長」とある。

原因事実との適当条件を必要とする点など、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』と類似している。「同時」については、「損害が債務の不履行と因果関係あると同時に利益も亦之と因果関係ありと認め得る場合に於ては・・・」[103]と、２つの因果関係が同時に認め得るという形で登場する。因果関係は、法的評価か、あるいは、物事の経緯を説明したものというべきであるから、そこに時間的要素を意味する「同時」という表現はかなり違和感がある。多くの文献で、「同時」との表現が含まれるものの、具体的な要件として、時間的要素を考えることはできない。そこで、やむなく、このような表現になったのではないだろうか。

（５）小括

損益相殺という用語やその概念が固まってきたからであろうか、この時期は、損益相殺の要件を中心に議論がなされた。

損益相殺の要件は、石坂『日本民法第三編債権第１巻』以来、適用条件（相当因果関係）とされてきた。これに対して、勝本はその修正を試み、宗宮は相当因果関係説を否定した。実務家の文献でも、過失相殺と併置する形で、損益相殺が取り上げられた。もっとも、「同時」性の取扱に苦労したように思われる。

なお、損益相殺の要件論は、戦後、澤井裕が法的同質性説を提唱することにより、飛躍的な進歩を遂げる[104]。

９　学説継受との関係

（１）学説継受に関する議論の確認

いわゆる学説継受について、北川善太郎の著作を元に、従来の議論を確認しておこう。

日本民法典は「比較法の所産」であり、ドイツ法を始め、フランス法や英米法などの影響を受けて成立したことはよく知られている。当然、民法典は、非

[103] 沼義雄『綜合日本民法論別巻第四　債権総論　第３版』（巌松堂、1943年）132頁。

[104] 澤井裕「損益相殺（一）～（三）」関西大学法学論集８巻３号280頁（1958年）、同巻５号472頁、９巻１号70頁（1959年）。

ドイツ的要素が多分に含まれるのであるが、民法典成立以後、日本の学説は、継続的に、ドイツ法の知見を吸収した。これがいわゆる「学説継受」である。この継受が全面的に続いたことにより、「日本の民法学の構造をドイツ民法型にはめこんだ」[105]「わが国で日本民法典の構造自体についてさえも、フランス民法の影響がそこにかなり強くみられることの認識はかなりおくれたのであり、また、諸外国の学者にも、日本民法典はドイツ民法を継受したのだという理解を与えていた」[106]という事態になったとされる。このドイツの学説を継受した時期を、法典編纂による法継受が行われた時期と区別して、学説継受期という。

学説継受の特徴は、「歴史的・比較法制的手法の無視、日本民法典とドイツ法理論との同列化、直結現象」[107]とされる。「民法典施行当時の民法注釈書や解説書にもドイツ理論に従った概念・体系形成は希薄であった。」[108]。しかし、民法典制定後、ドイツに留学する学者が増加し、日本民法典のドイツ流の解釈は急激に進行した。「民法典制定後一定の期間をおいてドイツ法学が、わが民法学の骨組を構成し法学者の法的思惟を支配しはじめた」[109]。

この変化は「鋭角的になされた」[110]とされ、「かかる解釈論の断層を身をもって鮮明に示しているのは岡松参太郎博士である。『民法理由』という明治三〇年頃の著作としては群をぬいていた解釈理論は、同博士が、明治二九年七月から明治三二年七月までの三年にわたるドイツ・フランス・イタリア留学から帰国後、きわめてドイツ理論に忠実なものに転化してしまっている（これは、かれが、まったく相反する旧著の理論に一言もふれずに、ドイツ流の理論を立てる場合にもっとも明瞭に出ている）。・・・各大学における民法の講義にも、この断層は現れている。」[111]として、京都法政大学における講義録「民法債権総論」が参照されている。「さらに、債権法の分野で、学説継受期に、もっとも充実した教科書をあらわした、石坂音四郎博士があげられねばならない。・・・『日本民法第三編債権』・・・は、ドイツ民法論の学説継受を完成し、同時に、

105 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』27頁。
106 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』27頁。
107 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』133頁。
108 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』133頁。
109 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』134頁。
110 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』134頁。
111 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』134頁。

現在の解釈論の基礎をつくり上げたものといえる。この傾向は、横田秀雄・川名兼四郎・中島玉吉などの学者・実務家により推進され、鳩山秀夫博士の民法学にいたって、一応、ドイツ民法理論の上に立ちつつ、日本の民法解釈学として定着することになる。／この間、民法の分野における多数の教科書・モノグラフィー・論文にみられるドイツ民法学一辺倒ともいいうる現象は、いかに広範な法律家層がそれにまきこまれ、またそれが、かれらにより推進され支持されていたかを如実に物語るものであり、その結果、解釈学的思惟のために法律家に提供される素材は、ほとんどドイツ民法理論により供給されることになった。」（引用中の／は改行を意味する）[112]と指摘される。

ここで問題とされているのは、主に、（非ドイツ法要素を含む）民法典を、ドイツの理論で理解したということであり、条文のない損益相殺を念頭に置いた議論ではない。もっとも、当然のことながら、損益相殺も学説継受と無縁ではない。

（2）損益相殺と学説継受

損益相殺を学説継受という観点からみると、先ほどの説明と異なる点がいくつか見つかる。

まず、『民法理由下巻』で、既に、民法典施行前に、同一行為における損益相殺が紹介されている。前述の通り、岡松は、『民法理由下巻』では損益相殺否定説を採り、京都における教育研究では、当然のことのように、損得相殺を説いたのであって、ここに「解釈論の断層」を見いだすこともできるだろう。もっとも、岡松が、『民法理由下巻』の時点で、既に、ドイツ法の影響を受けていたことは指摘しなければならない。

次に、学説を概観すると、同一行為における損益相殺を損害賠償の範囲の問題としている。損害賠償の範囲は、民法416条に規定があるが、これを相当因果関係と読むかはともかく、損害のうち賠償の対象となるものとそうでないものがあるという議論である。損益相殺は、しばしば、過失相殺と併置され、賠償額の減額事由とされてきたが、加害行為によって被害者に損害だけでなく、利益が生じた場合は、利益に対応する損害は賠償を免れるとの発想を読み取ることができる。前述のように、石坂音四郎ほか『民法債権編（京都法政大学第

[112] 北川・前掲注（54）『日本法学の歴史と理論』135頁。

２期第２学年講義録)』294頁は、「不法行為ニ基ク義務者ハ一切ノ損害ヲ賠償スルヲ要スト雖モ次ノ場合ニハ其責任軽減ス」として、損得相殺を取り上げ、富井政章述『債権法講義下巻』223頁は、「要スルニ不法行為者ハ其行為ニヨル実際ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス、此原則ニ対シテ責任ヲ軽減スヘキ場合二ツアリ。」として、損益相殺を取り上げている。これらは、明確に、損益相殺を責任軽減事由と位置づけている。損益相殺を損害賠償の範囲等の特則とするもの（三潴『債権法提要総論上冊』、沼『綜合日本民法論別冊第四　債権総論』）も同様の発想と考えてよい。損益相殺を賠償者代位において説明する鳩山『日本債権法　総論』も「損益相殺ノ問題ハ損害賠償ノ範囲ノ問題ナリ」[113]としている。

それでは、ドイツ法ではどうかというと、Mommsen以来の伝統的な学説は、損益相殺を損害の問題としている[114]。

今日まで通じる、日本における損益相殺の議論の特徴は、損害把握の問題と分離される点である。2020年施行の民法（債権関係）改正に向けた議論中、「中間試案」において、損益相殺の条文化が提案された。そこでは、損益相殺を「債務不履行により債権者が損害を被る反面において利益を得た場合に，賠償されるべき額を算定するに当たって，当該利益を賠償すべき額の減額要因として考慮する取扱い（いわゆる損益相殺）」[115]と定義している。その上で、「この損益相殺という概念につき，講学上は，逸失利益から生活費を控除するような場面を念頭に置いた理解が示されることが多いと思われるが，このような取扱いは損益相殺の問題ではなく，損害額の算定（債権者に生じた損害の金銭的評価）の問題であるとの理解もあり得る。」[116]として、損害額の算定と損益相殺を区別

113 鳩山・前掲注 (85)『日本債権法　総論』90頁。

114 Mommsen は、Digesta の法文を参照するため、理解が難しいところもあるが、ドイツの差額説 (Differenztheorie) は、被害者の現実の財産状況と、賠償を義務づける事象がなければあったはずの仮定的な財産状況との差異 (Differenz) を損害と認識するから、被害者に生じた利益も合わせて考慮される (Zusammenrechnung) ことになる。Vgl. Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S.191ff.

115 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」(2013年) 125頁。

116 法務省民事局参事官室・前掲注 (115)「民法 (債権関係) の改正に関する中間

する理解を紹介している。この理解は、損害と利益の存在を所与のものとした上で、損害の全てを賠償することが原則であるものの、債権者に利益が生じた場合には、その利益を賠償額の減額要因として考慮するというものと思われ、伝統的理解が維持されているといえる。

しかし、ドイツ法では、損益相殺は、損害把握と密接不可分な問題であり、損害論と損益相殺を分離することはできない。前述の通り、ドイツ民法第１草案理由書（Motive）において、損益相殺が損害概念の確認と本質的に結びついていることが指摘されている。したがって、損益相殺を損害と切り離す発想の起源は、ドイツ法以外に求めることになる。そして、我々は、すでに、旧民法が採用した複数取引における損益相殺を知っている。そこでは、別の取引を前提とする以上当然ではあるが、損害と利益の発生は所与のものとされ、その上で、債権者に利益が生じたことが損害賠償を否定する事由として作用するかが問題となっていた。

損益相殺を賠償の減額事由として考慮するのは、旧民法に由来するものと考えられる。実は、『民法理由下巻』は、損害に関する記述に乏しい。415条の解説において「損害ハ必スシモ財産上ノ損害タルヲ要セス」[117]とする程度である。『民法理由下巻』は、損益相殺を旧民法の思考様式で解釈したと考えられることは、既に述べた。結局、岡松は、ドイツ法と異なり、損害論と切り離した形で、同一行為における損益相殺を日本で展開し、これによって、損害とは別に賠償額の減額事由として、損益相殺が存在するということになったのではなかろうか。後の学説の発展との関係では、「学説継受期に、もっとも充実した教科書」と評される、石坂の『日本民法第三編債権第１巻』が「損得相殺」を過失相殺と併置し、損害賠償範囲の問題と位置づけたことも大きく影響したものと考えられる。

（３）まとめ

損益相殺は、民法典に規定がなく、それゆえ、学説継受の議論がそのまま妥当する訳ではない。もっとも、岡松参太郎は、ドイツ法の影響を受け、『民法理由下巻』において、同一行為における損益相殺を紹介している。これは、「学

試案の補足説明」126頁。

[117] 岡松・前掲注（40）『民法理由下巻』83頁。

説継受」の断層の前とされる時点である。また、『民法理由下巻』は、損益相殺の定義に「同時」を盛り込んだ。これは、旧民法における複数取引における損益相殺と区別する必要から生じたものとみられる。この「同時」要件は、驚くべき生命力を見せ、今日の学説・判例においてもみることができる。さらに、日本法において、損益相殺は、損害の問題ではなく、損害算定後の賠償額の減額事由とされてきた。これも旧民法の影響と考えられる。

また、損益相殺は、岡松参太郎らが先に展開し、その後、民法典の起草者である富井政章が取り上げるに至ったという点も興味深い。

学説継受期においては、民法典に条文化された非ドイツ的要素を持つ制度でさえ、ドイツの理論によって理解されるに至ったと指摘される。しかし、損益相殺は、「ドイツ民法論の学説継受を完成し、同時に、現在の解釈論の基礎をつくり上げた」石坂音四郎において、かえって、損害賠償の範囲という、ドイツ法と異なる位置づけが確立された。

損益相殺の議論は、その後も、ドイツ法の影響を受け続けることになる。その中で、今日まで、これらの非ドイツ的要素が保存された要因として、逆説的ではあるものの、ドイツ民法論の学説継受の完成者とみなされた石坂音四郎が損益相殺に非ドイツ的な位置づけを与えた結果、それがドイツ的なものと理解されたことがあるのではなかろうか。

判例研究

社会保障法判例研究

柏木彩奈

Man to Man Animo事件・岐阜地判令４・８・30労判1297号138頁

第１　事実

１　当事者

Ｘ（原告・控訴人）はＹ（被告・被控訴人）と期間の定めのある労働契約を締結した高次脳機能障害[1]および強迫性障害[2]のある労働者である。Ｙはウェブ制作事業、行政受託事業などを営む特例子会社（障害者雇用促進法44条参照）である。

２　事案の概要

平成20年６月、ＸはＹと期間の定めのある労働契約（契約期間不明）を締結した。入社に際して、ＸはＹに対し、「腰を痛めているので、スニーカー等腰に負担のない履物で仕事させて下さい。」と記載した履歴書を提出し、「服装の自由を認める（運動靴しか履けない、スーツやブラウスが着られない）」ことなど[3]を配慮として希望する旨を申し入れたところ、Ｙはこれらを認識した上でＸ

[1] Ｘの場合は注意障害、遂行機能障害、言語機能障害、記憶障害が主な症状としてみられた。

[2] Ｘの場合、不潔恐怖、縁起強迫、パニック様症状が症状としてみられた。

[3] Ｘは、このほかにｉ指示は一度に２つまでにすること、ⅱ指令者を１人にすること、

を雇用した。なお、判旨では言及がないが、前提事実では「Yは、これ（評者注：Xの申入れ）を了承した。」と認定されている。Xが希望した配慮のうち、履物への配慮義務の成否については当事者間で争いがある。

平成25年３月にYの取締役や従業員が退職し、新たな取締役としてAが就任した。平成25年10月ごろ、Aを含めたY従業員らは、Xに対してブラウスの着用を勧め、その後、スーツおよび革靴の使用を提案した。Xはブラウスおよびスーツを１日（ブラウスは提案を受けた翌日、スーツは入社式当日）のみ着用し、しばらくの間は革靴を履いて出勤したが、その後は着用をやめた。着用の中止について、Yから指導はなかった。

その後、Xは平成27年１月29日から休職し、平成28年９月にYを退職した。

XはYに対し、Xの配慮希望とは異なる提案を行ったことが債務不履行にあたると主張し、その慰謝料として500万円を請求した。

本稿では、「服装の自由を認める（運動靴しか履けない、スーツやブラウスが着られない）」という配慮以外の配慮義務[4]違反の成否および職場環境改善義務違反の成否については、判旨・検討ともに省略する。

第２　判旨　請求棄却

１　配慮義務の成否

Xが主張する配慮義務をYが負っていたことについては、履物への配慮を除いて「当事者間に争いはない」。

（１）履物への配慮義務の成否

Ⅰ「障害者雇用促進法にいう障害者とは『身体障害、知的障害、精神障害、その他の心身の機能の障害があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制約を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう。』（同法２条）とされている。Xの場合、『身体障害、知的障害、精神障害、その他の心身の機能の

ⅲ新しい仕事は１日１つまでにすること、ⅳ強迫性障害があるためトイレに時間がかかることを希望する配慮として申し入れた。

[4] Xは、「服装の自由を認める（運動靴しか履けない、スーツやブラウスが着られない）」という配慮の義務違反のほかに、ⅰ指示は一度に２つまでにすることおよびⅳ強迫性障害があるためトイレに時間がかかることの配慮義務（前掲注３参照）の違反を主張する。

障害』は、高次脳機能障害及び強迫性障害をいうと解されるところ……、『腰を痛めている』ことは、高次脳機能障害及び強迫性障害によりもたらされたものとは直ちに認められないから、腰を痛めていることにより履物に関して配慮を求めることが、障害者雇用促進法の求める合理的配慮の対象になるとは直ちに解されない。」

Ⅱ「もっとも、Xは、入社当初から、履歴書にも履物に関する配慮を求める旨を記載し、運動靴しか履けない旨を申し出ており……、Yも、これを認識してXを雇用したと認められるから、本件においては、履物に対する配慮は、障害者雇用促進法の求める合理的配慮に準じるものとして扱うのが相当である。」

2　配慮義務違反の成否

（1）判断枠組

Ⅰ「障害者雇用促進法が、『障害者である労働者は、職業に従事する者としての自覚を持ち、自ら進んで、その能力の開発及び向上を図り、有為な職業人として自立するように努めなければならない。』（同法4条）、『すべて事業者は、障害者の雇用に関し、社会連帯の理念に基づき、障害者である労働者が有為な職業人として自立しようとする努力に対して協力する責務を有するものであって、その有する能力を正当に評価し、適当な雇用の場を与えるとともに適正な雇用管理を行うことによりその雇用の安定を図るように努めなければならない。』（同法5条）と規定していることに照らせば、雇用主であるYが障害者であるXに対して自立した業務遂行ができるように相応の支援、指導を行うことは、許容されているというべきであり、このような支援、指導があった場合は、Xは、業務遂行能力の向上に努力すべき立場にある……。」

Ⅱ「よって、Yが、Xの業務遂行能力の拡大に資すると考えて提案（支援、指導）した場合については、その提案（支援、指導）が、配慮が求められている事項と抵触する場合であっても、形式的に配慮が求められている事項と抵触することのみをもって配慮義務に違反すると判断することは相当ではなく、その提案の目的、提案内容がXに与える影響などを総合考慮して、配慮義務に違反するか否かを判断するのが相当である。」

（2）当てはめ

Ⅰブラウスの着用

「従業員……Eは、平成25年10月6日、Xに対して、ブラウスを着てくること

を勧め、Xは、翌日、ブラウスを着て出勤したことが認められる。しかし、それ以降、Xは、ブラウスを着て出勤しておらず、これについてYから指導などを受けていないことに照らせば、YがXに対して、ブラウス着用を強要したとまでは認められない……。なお、ブラウスを着用しての仕事が広く社会で行われていることに照らせば、Xがブラウスを着用して就労することができるようになれば、Xの社会人（職業人）としての業務遂行能力の向上（就労の機会の拡大）につながる……から、……配慮義務に違反するとまでは認めることはできない。」（下線評者）

Ⅱスーツの着用

「……Xのmixi……には、……『（XがAに）“今日はスーツを着て出勤する日だと聞いていますが私にはできませんので、お休みをいただこうと”私の話を遮って“居ればいい！”……“では、こんな格好ですが会社の一員として参加してもいいでしょうか”“あったりまえだ！”……』との記載……を前提とすれば、Y……は、Xに対して、スーツの着用を強要したとは認められない……。確かに、Xは……入社式にスーツを着用して出席したことは認められる。しかし、上記mixiの記載や、その後Xはスーツ（ママ）着用して職場に行っていたとは認められないことに照らせば、……Xにスーツなどを購入することを勧めたにすぎないものと認められる。そして、一般にスーツを着用することは、社会人としての活動範囲を広げることにつながることに照らせば、……Xに対する配慮義務に違反するものとは認められない。」（下線評者）

Ⅲ革靴の使用

「……確かに、Xは、このような外観の靴を購入し、実際に、しばらくの間これを履いて通勤したことが認められる……。しかし、……Xに対してスーツやブラウスを着用することを強制したとは認められないこと……に照らせば、Yは、その方針として、Xに対して、職業人として一般に着用が推奨されている服装をすることを勧めてはいるが、これらの着用を強制しているとは認め難い。……仮に、……Xに対して、革靴に近い外観を有する靴を履くように勧めたとしても、……社会人としての活動範囲を広げることにつながることに照らせば、……Xに対する配慮義務に違反するものとは認められない。」（下線評者）

3　結論

「以上によれば、……Xの請求は理由がないから、棄却する」。

第３　本判決後の和解

Xの控訴を受けた控訴審では、令和５年３月24日付で（１）Yは、Xに対し、解決金として200万円の支払義務があることを認める、（２）Yは、当該労働者の障害の特性に関する理解を深め、その特性に配慮した必要な措置を講ずるなど、当該労働者がその有する能力を職場で発揮する上で支障となっている事情を改善し、その他合理的配慮指針に沿った合理的配慮の提供が円滑に行われるよう、組織的な職場環境の改善に努めるものとするなどを内容とする和解が成立した[5]。

第４　検討　結論賛成　理由づけに疑問あり

１　本判決の特徴および意義

本判決は、Y（実際にはYの履行補助者であるY従業員ら）が、Xに対して負っていた配慮義務とは異なる内容の提案をしたことが、配慮義務違反にあたるかが争われた判例である[6]。本判決は配慮義務違反の検討の前に、Yの配慮義務のうち、当事者で争いがあった履物への配慮について「合理的配慮に準じるものとして扱う」として義務の存在を肯定した。

使用者が負う配慮義務の中で代表的なものとして、安全配慮義務（労働契約法５条）があるが、2013年の障害者雇用促進法（以下「促進法」という）改正では、障害者に対する合理的配慮（促進法36条の２および同法36条の３）が新設された。この合理的配慮とは、障害者と障害者でない者との均等な機会もしくは待遇の確保のため、または、障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するため、障害の特性に配慮した必要な措置[7]を指し、事業主は過重な負担[8]とならない限りで当該措置を講ずる義務を負う

---

[5] 賃社1829号54頁。

[6] 本判決の評釈として、青木亮祐「判批」帝京法学37巻１号37頁、松岡太一郎「判批」季労285号208頁、常森裕介「判批」季労286号178頁がある。

[7] 例えば、車椅子を使用する労働者のために会社内にスロープを設置することなどがこれにあたる。

[8] 過重な負担にあたるか否かは、（１）事業活動への影響の程度、（２）実現困難度、（３）費用・負担の程度、（４）企業の規模、（５）企業の財務状況、（６）公的支援の有無の

（以下、障害者雇用促進法に基づく配慮義務のことを「合理的配慮義務」という）。

そして、本判決でXがYの債務不履行の根拠として主張しているのは、Yの合理的配慮義務違反である。これまで、合理的配慮義務は配転命令[9]や解雇（休職期間満了による自動退職扱い含む）[10]などの有効性判断にかかる考慮要素として、その違反の成否が検討されることが多かった。これに対し、本判決は合理的配慮義務違反を理由とした使用者の債務不履行の成否が主たる争点となっている点が特徴的である。さらに、YはXの申し出や履歴書を通して、Xが希望する配慮を認識した上で雇用しており、訴訟においてもYがXに対して配慮義務を負っていたことやその内容について、一部を除いて労使間で争いがない点も本判決の特殊性といえる。なお、合理的配慮義務違反をもって債務不履行が主張されたのは、本判決が初めての事例である[11]。

まず、当事者間で争いがある履物への配慮義務の成否について、判旨１・Ⅰでは、履物への配慮が労働者の障害により求められたものか直ちには明らかでないことを理由に当該配慮の合理的配慮該当性を否定した。本判決は、「合理的配慮の対象になるとは直ちに解されない」と判示するに留めているものの、合理的配慮該当性を否定したのは、管見の限り本判決が初めての事例であり、法定の定義および行政解釈が抽象的にとどまる合理的配慮概念の外延を画した一事例として学術的意義を有する。次に、判旨１・Ⅱでは「もっとも」と続け、Xが雇用されるまでの経緯を根拠に履物への配慮を「合理的配慮に準じるもの

６要素を総合考慮の上、個別に判断される（合理的配慮指針（平成27年厚生労働省告示第117号）「第５過重な負担１」参照）。

[9] 配転命令の有効性判断で考慮された事例として学校法人原田事件・岡山地判平29・３・28労判1163号５頁がある。

[10] 解雇の有効性判断で考慮された事例としてＯ公立大学事件・京都地判平28・３・29労判1146号65頁（障害者雇用促進法上の合理的配慮義務規定の施行前）、早稲田大学事件・東京地判令５・１・25労経速2524号３頁があるほか、復職可能性の判断の中で考慮された日東電工事件・大阪地判令３・１・27労判1244号40頁、同事件・大阪高判令３・７・30労経速2460号27頁などがある。

[11] なお、原告労働者が、合理的配慮義務や就労環境整備義務などの違反を安全配慮義務違反として債務不履行および使用者責任（民法715条）に基づき損害賠償請求したいなげや事件・東京地判平29・11・30労判1192号67頁がある。

として扱う」と判示し、義務の存在を肯定した。ただし、「本件においては」と留保していることからも分かるように、判旨１・Ⅱの判断は、希望する配慮に関してXが申し出の上、その旨を記載した履歴書を提出しており、Yもこれを認識してXを雇用したという前述した本判決の特殊な事情が大きく作用したものであり、事例的意義を有する。

そして、Yの配慮義務違反の成否を判断した判旨２では、促進法４条および同法５条の解釈を示した上、「業務遂行能力の拡大に資すると考えて提案（支援、指導）した場合については、その提案（支援、指導）が、配慮が求められている事項と抵触する場合であっても、……その提案の目的、提案内容がXに与える影響などを総合考慮」して判断すると判示した。使用者の配慮義務違反の成否を諸般の要素の総合考慮により判断した判旨は、障害者雇用が促進される中で今後生じ得る同種事例の参考になり、実務的意義を有する。

２　配慮義務の成否の検討（判旨１）

履物以外についてXが主張する配慮義務をYが負っていたことは「当事者間に争いはない」。そのため、以下では履物への配慮義務について検討する。

（１）Xの主張

この点、Xは、Yが履物への配慮を障害者雇用促進法上の合理的配慮として負っていると主張する。しかし、通説的見解によると、合理的配慮義務は国と事業主との間で生じるいわゆる公法上の義務[12]にとどまり、労働者は直接の権利義務関係にない使用者に対して具体的な合理的配慮義務の履行請求はできないと解される[13]。

---

[12] 障害者雇用促進法上の合理的配慮規定（同法36条の２および同法36条の３）が、差別禁止規定（同法34条および同法35条）と同様に行政取締規定であることから、私法上の効果は有しないと解するのが通説的である（永野仁美「障害者雇用政策の動向と課題」労研646号11頁、同様に、長谷川珠子「障害者雇用促進法の改正」法教398号58頁、菅野和夫＝山川隆一『労働法（第13版）』（弘文堂、2024年）338頁、西谷敏『労働法（第３版）』（日本評論社、2020年）580頁）。なお、立法過程では差別禁止に反する行為に対する「私法上の効果については、民法第90条、民法第709条等の規定に則り個々の事案に応じて判断される。」と解されている（2013年４月13日労働政策審議会障害者雇用分科会意見書）。

[13] 私法的効力の欠如に加え、事業主が講じる措置の多様性と不特定性から履行請求の

（2）判旨の理解

これに対し、判旨１・Ⅰは、履物への配慮は腰痛を理由としたものであり、Xの障害[14]である高次脳機能障害及び強迫性障害により求められたものとは直ちに認められないことから、「……合理的配慮の対象になるとは直ちに解されない。」として合理的配慮該当性を否定した[15]。続いて、判旨１・Ⅰで合理的配慮該当性を否定した履物への配慮について、判旨１・Ⅱは、①履物への配慮を希望する履歴書の記載、②運動靴しか履けない旨のXの申し出、③Yが①・②を認識した上でXを雇用したことをあげて「本件においては……障害者雇用促進法の求める合理的配慮に準じるものとして扱う」と判示した。

（3）配慮義務の成否と性質

もっとも、前述した通り、障害者雇用促進法上の合理的配慮義務は労働契約当事者間での直接の義務を構成しないと考えられる以上、債務不履行の成否が問題になる場合、前提として債権者と債務者との間で債務が存在していることが必要である（民法415条参照）。したがって、Yの労働契約上の配慮義務違反を理由に債務不履行が争われている本判決では、XとYとの間に労働契約上の義務として履物への配慮義務が存在する必要がある。

そこで、履物への配慮義務が契約上の義務であることを前提に、判旨１・Ⅱ

可否は否定される（富永晃一「改正障害者雇用促進法の障害者差別禁止と合理的配慮提供義務」論ジュリ８号34頁参照）。ただし、通説的見解に立っても、個別の事案では公序良俗（民法90条）や信義則（同法１条２項）などの民法の一般条項に照らした不法行為（同法709条）該当性判断や法律行為の無効化、解雇権濫用法理（労働契約法16条）などの労働法上の規定を通じた救済がなされ得るほか、合理的配慮指針の内容を具体化した配慮措置であって、就業規則や労働協約を通じて内容を特定し得る場合には、労働条件として配慮を請求でき得ると指摘する説もある（土田道夫『労働契約法（第３版）』（有斐閣、2024年）127頁以下）。また、促進法36条の２および同法36条の３を強行法規と解し、両規定を根拠に法律行為の無効化などの効力を認める学説も有力である（川口美貴『労働法（第８版）』（信山社、2024年）229頁）。

[14] 促進法２条により、「身体障害、知的障害、精神障害、その他の心身の機能の障害」の総称と規定される。

[15] この点、「腰を痛めていること」が促進法２条に掲げる「身体障害」に該当する可能性も否定できず、身体障害を理由とした合理的配慮としてその該当性を認めることもできたと思われるが、当該合理的配慮義務を債務たる契約上の義務として認めるには別途検討が必要であり、本稿では深く立ち入らない。

が配慮義務の存在を肯定した根拠を検討する。契約上の義務として配慮義務の存在を肯定するにあたっては、労働条件として配慮義務を設定する明示もしくは黙示の合意の存在などが根拠になり得る[16]。障害者雇用促進法上の合理的配慮義務規定の施行前の事案ではあるが、配慮が実施されていた事実と使用者の認識[17]から黙示の合意を認定し、労働者への配慮を労働契約に反映させた阪神バス事件（神戸地尼崎支決平24・4・9労判1054号38頁）がある[18]。本判決の場合、①および②を「履物への配慮を希望する」Xの申し出、③をYの承諾[19]と善解した場合、履物への配慮義務を労働条件として設定するXY間の黙示の合意の成立を認めることができる。また、判旨では言及がないが、前提事実では「Yはこれ（評者注：Xの申入れ）を了承した」と認定されるため、明示の合意をも認められそうである。そうすると、本判決の事情の下では、XY間の明示または黙示の合意を根拠に、契約上の義務として履物への配慮義務の存在を肯定でき得る[20]。ところが、判旨は①～③の事実をあげるのみで肝心の合意を認定しておらず、履物への配慮義務の存在を肯定した根拠は明らかでない。また、XY間の合意を根拠に履物への配慮義務を認めれば足りるところ、あえて「合理的配慮に準じるものとして扱う」理由は、判旨から必ずしも読み取ることができず、「合理的配慮に準じるものとして扱う」ことの語意も明らかでない。

したがって、履物への配慮に関してYに契約上の配慮義務の存在を認めた結論には異論ないが、その理由づけは不明な点があり、疑問が残る。

---

[16] 合意による労働条件の決定については明文の規定がないが、学説では労契法１条および３条１項の規定があいまって、同法６条「労働契約の成立」に合意による労働条件設定が含意されると解される（荒木＝菅野＝山川『詳説労働契約法（第２版）』（弘文堂、2014年）99頁）。

[17] 被告たる承継会社と従来原告労働者に配慮を実施してきた分割会社でなされた合意において、原告労働者への勤務配慮が「その他の……労働条件」の項目中に規定されていた事実が考慮された。

[18] 菅野＝山川・前掲338頁。また、長谷川・前掲58頁は、同事件を参照し、「従来から実施されていた配慮を打ち切られた場合には、合理的配慮の内容が明確であるため……従前の配慮を受けられる可能性が高い」とする。

[19] これに加え、判旨では言及していないが、Ｙが実際に配慮を実施した事実もＹの承諾を推認させる。

[20] 常森・前掲181頁も、履物への配慮はXY 間の合意を根拠に義務の存在を認めることもできたと指摘する。

3　配慮義務違反の成否（判旨２）

判旨２ではY従業員らのXに対してブラウスなどの着用を求めた行為が、Yの「服装の自由を認める（運動靴しか履けない、スーツやブラウスが着られない)」配慮義務に違反するか否かが検討された。

（１）判断枠組

判旨２（１）では、Ⅰで促進法４条および同法５条の解釈を示し、Ⅱで判断枠組を示した。まず、判旨２（１）・Ⅰの解釈は、同じく促進法４条および同法５条に言及した藍澤証券事件（東京高判平22･５･27労経速2076号30頁）の解釈とほぼ同様である[21]。すなわち、藍澤証券事件判決の「労働者が自立して業務遂行ができるようになるよう支援し、その指導に当たっても、労働者の障害の実状に即した適切な指導を行うよう努力することが要請されている」とした上で、「事業者が労働者の自立した業務遂行ができるよう相応の支援及び指導を行った場合は、当該労働者も業務遂行能力の向上に努力する義務を負っている」という判示である。さらに、判旨２（１）・Ⅱにおいて、Yの「勧めた」行為（判旨２（１）・Ⅱでは「提案」と表現される）および藍澤証券事件判決での使用者の「支援、指導」を「Yが、……提案（支援、指導）した場合……」と併記していることから、本判決の促進法４条および同法５条の理解は、明示的には参照されていないものの、藍澤証券事件判決の影響を受けたものと思われる。

次に、判旨２（１）・Ⅱの判断枠組であるが、本判決は、使用者が労働者の業務遂行能力の拡大に資すると考えて配慮義務とは異なる内容の提案をした場合、促進法４条および同法５条を参照しつつ、当該提案の目的や当該提案が労働者に与える影響などを総合考慮して、債務不履行（本件では配慮義務違反）にあたるか否かを検討すべきものとした。これは、Y（の履行補助者であるY従業員ら）の言動が、障害者であるXを雇う使用者として適切なものであったかを、障害者雇用の基本理念を示す促進法４条、ならびに、「労働者が……職業人として自立しようとする努力に対して協力する責務」および種々の方法に

[21] この点、青木・前掲46頁以下は、藍澤証券事件では「労働者の障害に即した」適切な指導を使用者に求めている一方で、本判決は「障害の特性等の考慮を指導のなかに含めていない」として疑問を呈する。

より「雇用の安定を図る」事業主の努力義務を定める同法５条[22]の趣旨に照らして検討しようとしたものと思われる。配慮義務違反を争った事例[23]ではないが、雇止めの適否を判断した藍澤証券事件判決でも促進法４条および同法５条に照らして労働者および事業主の言動の正当性が判断されている。したがって、判旨２（１）・Ⅱの判断枠組は、障害を有する労働者Xと使用者Yが当事者という本判決の事案の特殊性に即したものと理解できる[24]。もっとも、Yが労働契約上負っている配慮義務の違反を債務不履行として位置付けるXの主張に則ると、本来検討されるべきはXY間の合意で設定された配慮義務の債務の本旨に従った履行（本件では義務内容に従った配慮の履行）の有無である。その意味では、YがXに対していかなる「提案」をしたとしても、約束された配慮を継続している限りにおいて、Yが債務不履行責任を問われることはない。よって、Yの「提案」にかかる諸般の要素を総合考慮してYの配慮義務違反の成否を判断する判旨２（１）・Ⅱの判断枠組は、理論上の整合性の観点から疑問を生じ得ない。

（２）当てはめ

そして、判旨２（２）では、Yの提案内容がXに与える影響についてほとんど検討がないまま、Y従業員らの言動がXの「業務遂行能力の向上（就労の機会の拡大）につながる」（判旨２（２）Ⅰの言動）、「社会人としての活動範囲を広げる」（判旨２（２）ⅡおよびⅢの言動）目的のものであったと評価し、配慮義務違反の成立を否定した。促進法５条における「雇用の安定」とは「障害者の雇用の継続を図り、障害者の雇用状況を安定的なものにする」[25]ことを

---

[22] 詳細は、永野仁美ほか編『詳説障害者雇用促進法――新たな平等社会の実現に向けて（増補補正版）』（弘文堂、2018年）71頁以下（中川純執筆部分）参照。

[23] なお、前掲いなげや事件では、原告労働者が主張する配慮を代替する他の配慮の実施の程度や効果が考慮され、原告労働者が合理的配慮義務および安全配慮義務としてテレワークの実施を求めたブルーベル・ジャパン事件・東京地判令４・９・15労経速2514号３頁では、配慮の実施による業務への影響が義務違反の成否の判断で考慮された。

[24] 青木・前掲45頁以下は、本判決で争われたのは合理的配慮義務の違反の成否であるとの前提に立ち、促進法４条および同法５条を参照するのは、促進法４条の「有意な職業人としての自立」と合理的配慮の提供を受けることとを「二項対立的」に捉えていると指摘する。

[25] 厚生労働省職業安定局障害者雇用対策課編『障害者雇用促進法の逐条解説』（労務行

指すと理解されるので、就労機会の拡大を目的としたY従業員らの言動をもって配慮義務違反を認めなかった判断は妥当と考えられる。また、2025年４月から施行される促進法５条では「職業能力の開発および向上に関する措置」が事業主の努力義務として追加され、この措置には障害者のキャリア形成の支援が含まれると解される[26]ので、Y従業員らの言動の目的はなお正当なものと評価できる。

もっとも、判旨ではYが行った提案内容のXに対する影響について、ほとんど認定されていないので、事案に照らした個別具体的な検討が不十分であるという印象は否めない[27]。しかし、これはXの主張立証が全体的に不十分な本判決の事情が影響したものと思われるので、結局のところ、Yの配慮義務違反を否定した判断は妥当と思われる。

４　本判決の射程と残された課題

最後に、本判決の射程と残された課題を検討する。

（１）本判決の射程

まず、本判決は下級審裁判例に過ぎない上に、特殊な事案なので一般的射程はおよそ認められない。もっとも、履物への配慮義務について合理的配慮該当性を否定した判旨１・Ⅰの判断の射程は、障害との関連性が直ちに明らかでない配慮について合理的配慮該当性が争われる場合に同様に及び得る理解と考えられる。この点、本判決の判旨では言及がないが、「均等な待遇の確保」または「支障となっている事情を改善」する目的で講じられる「障害者である労働者の障害の特性に配慮した」措置と規定される採用後の合理的配慮（促進法36条の３）に該当すると認められるためには、「障害の特性」の解釈にもよるが、条文に照らして考えると、当該労働者の障害と当該労働者が求める措置（配慮）との間には一定の関連性が必要であると考えられる。

政、2024年）（以下、「逐条解説」という）65頁。

[26] 逐条解説・前掲65頁。

[27] 常森・前掲182頁および青木・前掲46頁以下は、X の障害の特性が当てはめにおいて十分に考慮していないと指摘する。

（2）残された課題――障害者への合理的配慮をめぐる紛争処理の方向性について

最後に、残された課題として、障害者への合理的配慮をめぐる紛争処理の方向性について言及したい。合理的配慮義務をめぐる紛争に関しては、障害者雇用促進法上、事業主の自主的解決を図る努力義務（促進法74条の４参照）が規定され、行政などによる紛争解決援助制度[28]が用意される中、裁判所において合理的配慮義務違反を理由に使用者の債務不履行を争う手法は、果たして最適な紛争処理方法と言えるか、議論の余地がある。合理的配慮義務違反を債務不履行として主張する場合､契約上の義務（債務）として履行すべき配慮義務（債務の本旨）を特定せざるを得ない[29]。しかし、これは本来労働者からの申し出や使用者の確認[30]を契機に、労使の対話[31]を通じて履行すべき配慮義務が随時形成されるはずの合理的配慮義務を固定することになり、かえって障害者の自立機会を損なってしまう懸念が否定できないと思われる。

＊本稿は、JST次世代研究者挑戦的研究プログラムJPMJSP2119の支援を受けたものです。

[28] 例えば、都道府県労働局長による助言、指導および勧告（促進法74条の６参照）や紛争調整委員会による調停（促進法74条の７参照）など。

[29] なお、本判決がＹの配慮義務違反を理由とする債務不履行の成否をめぐり、独自の手法で判断していることについては前述の通りである（本稿第４・３（１）参照）。

[30] 合理的配慮指針「第３合理的配慮の手続き２（１）」は「事業主は､当該障害者に対し、遅滞なく、職場において支障となっている事情の有無を確認すること。」を求める。

[31] 促進法において「事業主は、前二条に規定する措置（評者注：募集採用時および採用後の合理的配慮を指す）を講ずるに当たつては、障害者の意向を十分に尊重しなければならない。」旨が規定される（同法36条の４）ほか、合理的配慮指針「第２基本的な考え方１」では「合理的配慮は、個々の事情を有する障害者と事業主との相互理解の中で提供されるべき性質のものであること。」と示され、「第３合理的配慮の手続き」では事業主と障害者である労働者との話合いが募集・採用時および採用後の合理的配慮の内容確定プロセスの一環として示されている。

池田清治教授の経歴と業績

曽野裕夫

池田清治教授は、二〇二五年三月三一日をもって、北海道大学大学院法学研究科を定年退職される。教授は、小樽商科大学商学部で神田孝夫教授に師事され、同学部を一九八四年三月にご卒業された。そして、同年四月に北海道大学大学院法学研究科に進学され、修士一年次には東海林邦彦教授、修士二年からは藤岡康宏教授のご指導のもと、民法学の研究を始められた。一九八九年三月に博士後期課程を終えられると、同年四月ただちに北海道大学法学部助手に採用され、一九九一年三月には学位論文「契約交渉の破棄とその責任－現代における信頼保護の一態様として－」で法学博士（課程博士）の学位を授与された。

その後、同年八月には助教授に昇任、二〇〇三年四月には教授に昇任され、助手着任から三六年間もの長きにわたり、北海道大学大学院法学研究科・法学部の教員として、民法学の研究と教育に従事され、そして、全学や法学部・法学研究科の運営に尽くされた。この間、池田教授は、民法の研究、教育、大学運営のいずれの分野においても、法学部・法学研究科の「要」として多大な貢献をされ、先輩後輩を問わず同僚と学生から厚い信頼を得てきた。

以下では、感謝の意を込めて、池田教授のご活躍の一端を振り返りたい。

一　研究上の業績

(1)　契約法分野の業績

池田教授は、主に「契約法」の分野での研究に取り組んでこられた。その柱は三つある。

第一は、契約交渉の破棄による責任を中心として、契約締結上の過失（契約締結過程における注意義務違反）、契約の成立、手付をめぐる問題を扱う、契約交渉過程についてのご研究である。これが、池田教授の研究の中核をなしている。教授の博士論文「契約交渉の破棄とその責任－現代における信頼保護の一態様として－」が公刊された一九九〇年代初めは、折しも、国内外の学界で契約の締結過程や契約締結上の過失について注目が集まり、多くの学説が生まれた時期でもある（「契約の熟度」論や中間的合意論もこの時期に生まれた議論である）。そのなかで、池田教授は、契約交渉の破棄による責任について、ドイツ法、フランス法、アメリカ法との比較法的考察をおこない、（申込み承諾型の契約成立形態における）「申込みの撤回」と（練り上げ型の契約成立形態における）「契約交渉の破棄」という問題には信頼保護という観点から共通性・連続性があることに注目され、また、交渉破棄の経緯について「信頼裏切り型」と「誤信惹起型」の二つの類型分けとそれに応じた規律の提言をされて、学界に大きな影響を与えた。現在では、「申込承諾型」「練り上げ型」の契約成立形態や「誤信惹起型」「信頼裏切り型」の類型分けは、学界に広く共有されているといえる。また、池田教授は当初は責任の発生根拠に重点をおいた研究をされていたが、その後、その責任内容（損害賠償の内容）についても研究を進められ、履行利益、信頼利益、費用賠償の概念理解の探究、それらの概念の相互連関についても検討を進めておられる。

第二は、消費者契約に関するご研究である。不当勧誘につい

て消費者契約法四条が定める消費者取消権についてのご業績は、上記の契約交渉過程のご研究と密接な連続性があるといえるが、池田教授は、より広く、深く、消費者法の独自性と、それをふまえた消費者法の実効性確保・エンフォースメントの在り方の研究に取り組んでこられた。消費者団体訴訟や消費者行政の在り方についてのご研究はその一端である。池田教授は、消費者団体に関する内閣府の研究会や、北海道と札幌市の消費者生活審議会の委員もつとめられており（北海道消費者生活審議会では二〇〇五年から二〇一二年まで会長）、消費者法のご研究とこのような社会貢献が一体となって、成果を出してこられたといえる。

第三は、贈与契約に関するご研究である。これは「契約の拘束力」についての関心から進められている研究であるといえ、契約の無償性が契約の拘束力に与える影響や無償性の判断のあり方の探究に取り組まれている。贈与の取消し（債権法改正後の用語でいえば贈与の解除）に関する民法五五〇条について『民法典の百年Ⅲ』（広中俊雄＝星野英一編）に執筆されたご論稿がその中心であるが、近時はこの領域にとくに関心をお持ちであるとうかがっており、近い将来にそのご研究のさらなる成果が表されることになろう。

以上のほか、契約法分野のご業績として、債権譲渡禁止特約、（債権法改正前の）瑕疵担保責任、白紙委任状と表見代理、あるいは債権法改正を契機として書かれた履行不能、契約解除、危険負担など、債権法上の基本的な制度についてのご研究がある。

(2) 不法行為法分野の業績

「不法行為法」の分野では、交通事故損害賠償をめぐる一連のご研究がある。池田教授は、財団法人交通事故紛争処理センターの審査委員を長くつとめられているが、この分野でのご研究は、具体的事案における損害賠償額の算定の難しさを実体験・実感されたことをふまえて取り組まれているものといえる。

(3) 池田教授のご研究の特徴

以上のような池田教授のご研究にみられる一貫した特徴は、現実主義（リアリズム）にあるように思われる。教授は、法解釈論を分析する際にはその法解釈論が選択される時代的、社会的、技術的な制約を常に意識されているし、紛争を分析する際には当事者が真に求めている利益実現は何なのかという紛争の実質による紛争類型の違いにきわめて敏感である。その根底には、裁判官も判決を下すにあたっては、多くの考慮因子をとらえた判断をしているという認識があり、そのことを具体的に実

証することにも意を尽くされている。このような姿勢は、学内の研究会である民事法研究会での教授のご発言からも顕著に看取されるところであり、参加者に大きな示唆を与えていることも教授の研究面の貢献ということできる。

二　教育上の業績

池田教授は、二〇一〇年度までは法学部の民法の講義や演習を担当され、また二〇〇四年度に法科大学院が開設されてからは、主として法科大学院での民法の授業を担当されてきた。教育に対する池田教授の熱心さは他の追随を許さない。

⑴　法科大学院での教育

法科大学院では、特に二〇一一年以降は未修課程一年生向けの民法の授業（基礎プログラムの「民法Ⅰ～Ⅳ」（全一〇単位））を一手にお引き受けになったほか、未修課程の入学者向けの入学前導入教育を率先して担当され、録画教材を作成するなどの工夫に意を用いてこられた。これはコロナ禍によって録画教材が一般化する前から行われてきた取組みであることも特筆に値する。また、二〇一一年からは、未修・既修双方の学生を対象として、頻度が高まった民法の改正を取り上げる授業を開講されている（当初の授業名は「債権法改正」、現在は「現代民法」（二単位））。

さらに、北海道大学法科大学院では、学生の論述能力涵養のために、札幌弁護士会法科大学院支援委員会の協力を得て実務家教員を非常勤講師として派遣していただき、答案添削の授業（民法については、二〇〇四年から未修一年生対象の民事法基礎ゼミ（二単位）、二〇一五年からは未修二年生・既修一年生対象の民事法ゼミ（二単位））を開講しているが、池田教授はこれらの世話人として実務家教員との調整を担当されているほか、実務家教員が中心となって作成する事例問題の作成にも深く関与されてきた（民事法基礎ゼミの各年度の第一問は池田教授が事例問題を作成されている）。

⑵　教材作成

このような事例問題の作成は、池田教授が熱意をもって手掛けてこられたところであり、一般向けに公表されているものだけでも、『法学教室』誌での一年間の連載、『法学セミナー』誌における三年間にわたる学生向け演習問題の連載（後者は、のちに二冊の演習書『基本事例で考える民法演習』『同2』にまとめられている）や、北海道大学の民法教員四名で執筆した『事例で学ぶ民法演習』などがある。いずれも、「基礎」「基本」を

大事にしつつ、「応用」へと学生を導く、工夫の凝らされた事例問題が集められている。

またインターネット上でも、「民法玉手箱」（商標登録済み）と題したサイトを開設され、講義レジュメなどの資料を公開されている。

(3) 法学部・研究大学院における教育

先に述べたとおり、二〇〇四年の法科大学院開設後は、法学部教育を担当される機会は少なくなったが、それまでは学部で民法の講義や演習をご担当された。法科大学院開設前から数年にわたって民法教員が共同で開講していた法学部の授業「民法の重要問題」は事例問題の添削授業であり、そこでの経験は北海道大学の法科大学院における授業に生かされたといえるが、池田教授はその中心となって活躍された。また、池田教授の学部の演習からは多くの司法試験合格者が巣立っておられ、池田教授を慕って北海道大学法科大学院の教育に協力をしてくださっている実務家も多い。

研究者養成では、岩本尚禧氏（現在、小樽商科大学商学部教授）、楊瑞賀氏（現在、中国・山東大学法学院助理研究員）を博士課程における丁寧なご指導によって博士号取得まで育てられたほか、数多くの博士論文の審査を担当され、また法科大学院開設以前は修士課程の大学院生の指導をされた。法科大学院設置後は、専任教員は修士課程の大学院生の指導教員になることができないとの制度的制約があったが、大学院生に対する教育の場でもある北海道大学の民事法研究会でのご報告やご発言を通して、多くの大学院生を指導された。

三　大学運営上の業績

池田教授は、部局内や全学の各種委員を歴任され、大学運営にあたられた。

部局内では、一九九九年以降の部局運営上の大きなプロジェクトであった法科大学院の設置準備室長として奔走され、また、法学研究科・法学部建物の耐震化工事という大事業の差配など名参謀として活躍された。その後、二〇一二年四月から二〇一〇年一二月まで、法科大学院長、法学研究科評議員代理、北海道大学教育研究評議員、法学研究科長・法学部長などの要職を次々に歴任された。この九年近くに及ぶ期間においては、北海道大学の組織改編のなかでの大学院改革構想への取組み、法曹コース（いわゆる3＋2）の設置、新型コロナウイルス感染症によるパンデミックへの対応などの難局を、緻密な計画と大胆

な決断によって乗り切られ、辣腕を振るわれた。

また、これはむしろ研究上の業績として位置づけるべきであるかもしれないが、二〇〇八年から二〇一三年にかけて展開されたグローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」では、事業推進担当者の一員として、研究面だけでなく、その運営にもあたられ、プログラムを成功に導かれた。

全学においても、北海道大学教育研究評議員をつとめられたほか、北海道大学経営協議会委員、北海道大学総長選考会議委員もおつとめになり、大学全体からの信頼も厚かった。

列挙すればこのようになるが、法学研究科・法学部、あるいは全学の運営において池田教授が果たされた役割は、このような外形的なお仕事だけでは到底語り切ることができない。池田教授という稀有な人材を得られたことは、法学研究科・法学部にとって誠に幸運なことであったといえる。

四　学外での活動

最後に、池田教授の学外でのご活動について簡単に触れておきたい。

池田教授は、学会では、日本私法学会運営懇談会委員、日本私法学会理事、日本消費者法学会理事、法科大学院協会幹事をつとめてこられた。

それ以外の社会的活動としては、旧司法試験・予備試験も含め司法試験の考査委員を二〇〇六年から二〇一七年まで一〇年以上にわたってつとめられ、法曹養成に貢献されたことが特筆に値する。これは、教育上の業績について上述した際に触れたような池田教授の才能が遺憾なく発揮される機会であったといえる。

また、地域に対する貢献も多大である。池田教授は、北海道消費生活審議会と北海道本人確認情報保護審議会では委員・会長をつとめられたほか、札幌市消費生活審議会苦情処理部会委員、札幌弁護士会懲戒委員会委員、最高裁判所下級裁判所裁判官指名諮問委員会地域委員会委員（札幌）、札幌地方裁判所簡易裁判所判事推薦委員会委員などを歴任されている。

そして、財団法人交通事故紛争処理センターの審査委員を一二年以上にわたってつとめておられ、自動車事故にともなう損害賠償をめぐる紛争の解決に尽力されている。

これらの活動は、請われて長期にわたって継続的に続けられているものが多く、このことは池田教授の能力だけでなく、人

望の表れということができる。

以上のように、池田清治教授は、三六年もの長きにわたって、北海道大学において研究、教育、部局・大学の運営、社会貢献に取り組んでこられ、そのいずれにおいても卓越した成果を残し、同僚・学生・社会から頼りにされてきた。このような、まさしく余人をもって代えがたい池田清治教授がご退職されることには寂しさを禁じ得ないが、幸いなことに、ご退職後も、引き続いて、本学及び近隣の機関において研究、教育に取り組まれるとうかがっている。ここに、これまでのご指導、ご貢献に感謝と敬意を表すとともに、ご退職後の益々のご活躍とご健勝を心からお祈りしたい。

池田清治教授の経歴

【学歴及び職歴等】

一九八四年　三月　小樽商科大学商学部卒業
一九八六年　三月　北海道大学大学院法学研究科修士課程修了
一九八九年　三月　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程退学
一九八九年　四月　北海道大学法学部助手
一九九一年　八月　北海道大学法学部助教授
＊この間、オスナブリュック大学（ドイツ連邦共和国）国際私法比較法研究所客員研究員（一九九六年四月から一九九八年三月まで。）
二〇〇〇年　四月　北海道大学大学院法学研究科助教授（組織変更による配置換え。）
二〇〇三年　四月　北海道大学大学院法学研究科教授
二〇一二年　四月－二〇一四年　三月　北海道大学大学院法科大学院長（法学研究科法律実務専攻長）
二〇一四年一二月－二〇一六年一二月　北海道大学大学院法学研究科副研究科長
二〇一六年一二月－二〇一八年一二月　北海道大学大学院法学研究科評議員代理
北海道大学教育研究評議会評議員
北海道大学大学院法学研究科副研究科長

二〇一八年一二月－二〇二〇年一二月　北海道大学教育研究評議会評議員
北海道大学大学院法学研究科研究科長、法学部長
二〇二〇年　四月－二〇二一年一二月　北海道大学経営協議会委員
北海道大学総長選考会議委員

一九八六年　三月　法学修士（北海道大学）
一九九一年　三月　法学博士（北海道大学）

【学会理事など】

・日本私法学会会員　一九八六年一〇月－
・日本私法学会運営懇談会委員
二〇〇二年　八月－二〇〇五年　八月
・日本私法学会理事　二〇一二年一〇月－二〇一四年一〇月
・日本消費者法学会会員二〇〇八年一一月－
・日本消費者法学会理事二〇二二年一一月－
・法科大学院協会監事　二〇一二年　五月－二〇一四年　五月

【学外委員など】

・内閣府消費者組織に関する研究会委員
二〇〇二年　八月－二〇〇三年　八月
・北海道消費生活審議会委員
二〇〇三年　九月－二〇一二年　三月
＊二〇〇五年九月から二〇一二年三月までは、同会会長を務める。
・札幌市消費生活審議会消費者苦情処理部会委員
二〇〇五年　二月－二〇〇七年　二月
・北海道環境生活部北海道立市民活動促進センター及び北海道立消費生活センター指定管理者候補者選定準備委員会委員
二〇〇五年　九月－二〇〇六年　三月
・国立病院機構北海道がんセンター受託研究審査委員会外部委員
二〇〇五年一〇月－二〇〇六年　三月
二〇〇六年一〇月－二〇〇七年　三月
・北海道本人確認情報保護審議会委員
二〇〇六年一〇月－二〇一四年　九月
＊二〇一〇年一〇月から二〇一四年九月までは、同会委員長を務める。
・衆議院消費者問題に関する特別委員会　地方公聴会　意見陳

述人　二〇〇九年　四月

・札幌弁護士会懲戒委員会委員
　二〇一〇年　二月－二〇一八年　五月
・札幌法務局評価委員（民間入札に係る）
　二〇一〇年　八月－二〇一〇年一一月
・財務省入札等監視委員会委員
　二〇一二年　一月－二〇一四年一二月
＊二〇一四年一月から同年一二月までは、同会委員長を務める。
・財団法人交通事故紛争処理センター審査委員
　二〇一二年　四月－
・財団法人交通事故紛争処理センター企画委員
　二〇一二年　四月－
・日本学術振興会　科学研究費委員会専門委員
　二〇一三年一二月－二〇一五年一一月
・日本学術振興会　科学研究費委員会専門委員
　二〇一七年一二月－二〇一九年一二月
・大学基準協会　法科大学院基準委員会委員
　二〇一四年　九月－二〇一五年　八月
・最高裁判所下級裁判所裁判官指名諮問委員会　地域委員会委員（札幌）
　二〇一五年　六月－二〇二四年　五月
・公益財団法人札幌法律援護基金理事
　二〇一五年　六月－二〇二三年　六月
・札幌地方裁判所簡易裁判所判事推薦委員会委員
　二〇二二年　四月－
・法務省旧司法試験第二次試験考査委員
　二〇〇六年一二月－二〇一〇年一一月
・法務省司法試験予備試験考査委員
　二〇一一年　三月－二〇一二年一一月
・法務省司法試験考査委員（採点担当）
　二〇一三年　六月－二〇一三年　九月
・法務省司法試験考査委員（出題採点担当）
　二〇一三年一〇月－二〇一五年　九月
・法務省司法試験考査委員（採点担当）
　二〇一六年　五月－二〇一七年　九月

池田清治教授の業績

一　著書

1　『契約交渉の破棄とその責任』（有斐閣、東京）一九九七年五月　全三七四頁

2　『民法学における古典と革新（藤岡康宏先生古稀記念論文集）』（成文堂、東京）（松久三四彦、藤原正則、須加憲子との共編著）二〇一一年一二月　全五九一頁

3　『基本事例で考える民法演習』（日本評論社、東京）二〇一三年三月　全一八二頁

4　『事例で学ぶ民法演習』（成文堂、東京）（松久三四彦、藤原正則、曽野裕夫との共著）二〇一四年四月　全三二四頁

5　『基本事例で考える民法演習2』（日本評論社、東京）二〇一四年一一月　全一八六頁

二　論文

1　「契約交渉の破棄とその責任（一）－現代における信頼保護の一態様として－」北大法学論集四二巻一号一～五九頁　一九九一年一一月

2　「契約交渉の破棄とその責任（二）－現代における信頼保護の一態様として－」北大法学論集四二巻二号一四七～一九四頁　一九九一年一二月

3　「契約交渉の破棄とその責任（三）－現代における信頼保護の一態様として－」北大法学論集四二巻三号一～四一頁　一九九二年三月

4　「契約交渉の破棄とその責任（四）－現代における信頼保護の一態様として－」北大法学論集四二巻四号一～五八頁　一九九二年三月

5　「契約交渉の破棄とその責任（五）－現代における信頼保護の一態様として－」北大法学論集四二巻五号一～五六頁　一九九二年六月

6　「契約交渉の破棄とその責任（六）－現代における信頼保護の一態様として－」北大法学論集四二巻六号七一～一一五頁　一九九二年七月

7　「契約交渉の破棄とその責任（七・完）－現代における信頼保護の一態様として－」北大法学論集四三巻一号六三～一二六頁　一九九二年九月

8　「契約交渉の破棄とその責任」私法五五号一七〇～一七六頁　一九九三年四月

9 Zur Haftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen (1), The Hokkaido Law Review 42(1): 407-408 (1991. 11)

10 Zur Haftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen (2), The Hokkaido Law Review 43(1): 175-177 (1992. 9)

11 Liability for Breaking Off Negotiation?, Journal of Private Law 55, 326-328 (1993. 4)

12 「契約交渉の破棄とその責任」長尾治助、中坊公平（編）『生活者と民法』（悠々社、東京）七六～八六頁　一九九五年九月

13 「民法五五〇条（贈与の取消）」星野英一、広中俊雄（編）『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、東京）二五五～三〇八頁　一九九八年一〇月

14 「民法学における『意図せざる結果』」民事研修五一七号一二～二五頁　二〇〇〇年五月

15 「消費者法とドイツ法」ジュリスト一二〇〇号一二二～一二九頁　二〇〇一年五月

16 「債権の流動化と譲渡禁止特約の効力」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年次報告書二号七〇～八二頁　二〇〇二年五月

17 Japanisches Verbraucherschutzrecht und Einflüsse des europäischen Rechts: Das Gesetz über Verbraucherverträge und der Gesetzentwurf über die Verbandsklage, Zeitschrift für Japanisches Recht Bd. 14, S. 113-125 (2003. 4) (gemeinsam mit Yasuhiro Okuda)

18 「不特定物と瑕疵担保責任」民事研修五五六号三～一四頁　二〇〇四年六月

19 「消費者団体の団体訴権－その背景と位置づけ－」北大法学論集五七巻六号一〇六～一三一頁　二〇〇七年三月

20 「競争秩序と消費者」ＮＢＬ八六三号七三～八〇頁　二〇〇七年八月

21 「特定商取引における消費者と企業」ＮＢＬ八七二号一八～一九頁　二〇〇八年一月

22 「民法学から見た制度的契約論」北大法学論集五九巻一号一〇四～一一五頁　二〇〇八年五月

23 「契約締結上の過失の規定をどう考えるか」椿寿夫、新美育文、平野裕之、河野玄逸（編）『民法改正を考える』（日本評論社、東京）二一二～二一四頁　二〇〇八年九月

24 「消費者法の独自性と実効性」新世代法政策学研究二号一〇五～一一七頁　二〇〇九年七月

25 「消費者庁および消費者委員会の設置の意義と経緯－消費

者行政の変遷と各国の動向－」現代消費者法五号四～一二頁　二〇〇九年一二月

26 「消費者団体の団体訴権」吉田克己（編）『競争秩序と公私協働』（北大図書刊行会、札幌）二三三～二五七頁　二〇一一年二月

27 「解除の要件と効果」ジュリスト一四二三号九一～九五頁　二〇一一年六月

28 「白紙委任状の濫用と一〇九条責任－判例理論の再検討－」松久三四彦、藤原正則、須加憲子、池田清治（編）『民法学における古典と革新』（成文堂、東京）三一～六七頁　二〇一一年一二月

29 「消費者法における私人のエンフォースメントとしての団体訴訟」新世代法政策学研究一五号二四一～二五二頁　二〇一二年三月

30 「割合的責任論の現在－共同不法行為事例を素材として－」交通事故紛争処理センター（編）『交通事故紛争処理の法理』（ぎょうせい、東京）二一～三三頁　二〇一四年一一月

31 「契約締結過程の民事責任論と消契法三条」法学教室四四一号一七～二二頁　二〇一七年六月

32 「履行不能の規律－プロセス変化の存否」ジュリスト一五一号二二～二七頁　二〇一七年一〇月

33 「日本における契約締結上の過失理論の生成、展開、そして、課題」民法研究第二集第四号二三～三四頁　二〇一八年三月

34 「契約の成立」潮見佳男、千葉恵美子、片山直也、山野目章夫（編）『詳解改正民法』（商事法務、東京）三八六～三九四頁　二〇一八年六月

35 「借地上の建物の賃借人の地位」法学教室四五六号二二～二五頁　二〇一八年九月

36 「契約交渉段階」松岡久和、松本恒雄、鹿野菜穂子、中井康之（編）『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、京都）九五四～九六三頁　二〇二〇年一〇月

37 「契約の成立」鎌田薫、潮見佳男、渡辺達徳（編）『新基本法コンメンタール　債権2』（日本評論社、東京）七～一四頁　二〇二〇年一〇月

38 「消費者庁・消費者委員会の設置、歩み、そして、課題」現代消費者法五九号一〇九～一一八頁　二〇二三年六月

39 「未成年者の事故と親の責任－最判平成二七・四・九民集六九巻三号四五五頁の検討」交通事故紛争処理センター（編）『交通事故紛争解決法理の到達点』（第一法規、東京）

四一七～四三六頁　二〇二四年二月

40「危険負担」鎌田薫、加藤新太郎、松本恒雄（編）『債権法改正講座　第2巻　債権総論』（日本評論社、東京）一一五～一二八頁　二〇二四年一〇月

三　判例評釈

1「履行期前の土地の測量及び履行の催告が履行の着手に当たらないとされた事例」法学教室一五八号一〇八～一〇九頁　一九九三年一一月

2「暫定的合意の効力」鴻常夫、竹内昭夫、江頭憲治郎（編）『商法（総則、商行為）判例百選〔第三版〕』（有斐閣、東京）二〇〇～二〇一頁　一九九四年七月

3「手付けの倍額の償還による売買契約の解除と現実の提供の要否」北大法学論集四六巻二号一四一～一五七頁　一九九五年九月

4「金銭の不当利得が存在しないことの主張・立証責任」法学協会雑誌一一二巻一〇号一二四七～一二六六頁　一九九五年一〇月

5「契約準備段階の過失」星野英一、平井宜雄（編）『民法判例百選Ⅱ〔第四版〕』（有斐閣、東京）一六～一七頁　一九九六年三月

6「交通事故による損害賠償債務についての一部の弁済及び供託が有効である場合」民商法雑誌一一四巻一号九五～一二三頁　一九九六年四月

7「契約準備段階の過失」星野英一、平井宜雄、能見善久（編）『民法判例百選Ⅱ〔第五版〕』（有斐閣、東京）一八～一九頁　二〇〇一年一〇月

8「指名債権譲渡の予約についての確定日付ある証書による債務者の承諾をもって予約完結による債権譲渡の効力を第三者に対抗することの可否（最判平成一三年一一月二七日民集五五巻六号一〇九〇頁）」法学教室二六五号一三八～一三九頁　二〇〇二年一〇月

9「暫定的合意の効力」江頭憲治郎、山下友信（編）『商法（総則、商行為）判例百選〔第四版〕』（有斐閣、東京）一一八～一一九頁　二〇〇二年一〇月

10「契約準備段階の過失」星野英一、平井宜雄、能見善久（編）『民法判例百選Ⅱ〔第五版　新法対応補正版〕』（有斐閣、東京）一八～一九頁　二〇〇五年四月

11「ゲーム機を順次販売する連鎖的な契約が成立しなかった場合の契約準備段階における信義則上の注意義務違反」椿

寿夫、川又良也、國井和郎、徳田和幸（編）『私法判例リマークス』（日本評論社、東京）三六号 三〇～三三頁 二〇〇八年二月

12 「契約準備段階における信義則上の注意義務違反」民商法雑誌一三七巻三号八五～九四頁 二〇〇八年二月

13 「カーボン複写による自筆証書遺言と自書の要件」水野紀子、大村敦志、窪田充見（編）『家族法判例百選〔第七版〕』（有斐閣、東京）一六六～一六七頁 二〇〇八年一〇月

14 「暫定的合意の効力」江頭憲治郎、山下友信（編）『商法（総則・商行為）判例百選〔第五版〕』（有斐閣、東京）一一〇～一一一頁 二〇〇八年一二月

15 「契約交渉破棄における責任」中田裕康、潮見佳男、道垣内弘人（編）『民法判例百選Ⅱ 債権〔第六版〕』（有斐閣、東京）八～九頁 二〇〇九年四月

16 「契約締結に至らなかった場合の責任(1)」松本恒雄、潮見佳男（編）『判例プラクティス 民法Ⅰ（総則、物権）』（信山社、東京）六頁 二〇一〇年三月

17 「契約締結に至らなかった場合の責任(2)」松本恒雄、潮見佳男（編）『判例プラクティス 民法Ⅰ（総則、物権）』（信山社、東京）七頁 二〇一〇年三月

18 「委託を受けていない仲介業者の契約交渉段階での注意義務」松本恒雄、潮見佳男（編）『判例プラクティス 民法Ⅰ（総則、物権）』（信山社、東京）八頁 二〇一〇年三月

19 「不当勧誘と不退去・困惑させる行為」廣瀬久和、河上正二（編）『消費者法判例百選』（有斐閣、東京）八二～八三頁 二〇一〇年六月

20 「金の商品先物取引の委託契約において、将来の金の価格は消費者契約法四条二項本文にいう「重要事項」に当たらないとされた事例」現代消費者法一〇号八八～九五頁 二〇一一年三月

21 「契約締結前の説明義務違反と当該契約上の債務の不履行による損害賠償責任の成否」ジュリスト一四四〇号七四～七五頁 二〇一二年四月

22 「契約交渉破棄における責任」中田裕康、窪田充見（編）『民法判例百選Ⅱ債権〔第七版〕』（有斐閣、東京）八～九頁 二〇一五年一月

23 「カーボン複写による自筆証書遺言と自書の要件」水野紀子、大村敦志（編）『民法判例百選Ⅲ 親族・相続』（有斐閣、東京）一六〇～一六一頁 二〇一五年二月

24 「不法残留外国人労働者の逸失利益・慰謝料」新美育文、

山本豊、古笛恵子（編）『交通事故判例百選〔第五版〕』（有斐閣、東京）一一六～一一七頁　二〇一七年一〇月

25「信頼の原則」新美育文、加藤新太郎（編）『実務精選一〇〇　交通事故判例解説』（第一法規、東京）五二～五三頁　二〇一八年一月

26「契約交渉破棄における責任」窪田充見、森田宏樹（編）『民法判例百選Ⅱ債権〔第八版〕』（有斐閣、東京）八～九頁　二〇一八年三月

27「カーボン複写による自筆証書遺言と自書の要件」水野紀子、大村敦志（編）『民法判例百選Ⅲ　親族・相続〔第二版〕』（有斐閣、東京）一六二～一六三頁　二〇一八年三月

28「判例クローズアップ　受信設備を設置した者は、番組を見なくても、ＮＨＫに受信料を支払わねばならないのか」法学教室四五二号四四～五〇頁　二〇一八年五月

29「死因贈与の扱い（改正一〇四七条）」加藤新太郎、前田陽一、本山敦（編）『実務精選一二〇　離婚・親子・相続事件判例解説』（第一法規、東京）二七四～二七五頁　二〇一九年五月

30「契約準備段階における当事者の義務」神作裕之、藤田友敬（編）『商法判例百選』（有斐閣、東京）八八～八九頁　二〇一九年六月

31「転貸借契約の契約条件について合意したにもかかわらず契約書への記名捺印を拒否した転借交渉者の責任の内容」櫻田嘉章、松本恒雄、北村雅史、窪田充見、笠井正俊（編）『私法判例リマークス』（日本評論社、東京）六〇号三四～三七頁　二〇二〇年二月

32「不当勧誘と不退去・困惑させる行為」河上正二、沖野眞已（編）『消費者法判例百選〔第二版〕』（有斐閣、東京）八六～八七頁　二〇二〇年九月

33「契約締結に至らなかった場合の責任(1)」松本恒雄、潮見佳男（編）『判例プラクティス　民法Ⅰ（総則、物権）〔第2版〕』（信山社、東京）八頁　二〇二二年三月

34「契約締結に至らなかった場合の責任(2)」松本恒雄、潮見佳男（編）『判例プラクティス　民法Ⅰ（総則、物権）〔第2版〕』（信山社、東京）九頁　二〇二二年三月

35「委託を受けていない仲介業者の契約交渉段階での注意義務」松本恒雄、潮見佳男（編）『判例プラクティス　民法Ⅰ（総則、物権）〔第2版〕』（信山社、東京）一〇頁　二〇二二年三月

36「契約交渉破棄における責任」窪田充見、森田宏樹（編）『民

法判例百選Ⅱ債権〔第九版〕』（有斐閣、東京）八～九頁　二〇二三年二月

37「カーボン複写による自筆証書遺言と自書の要件」大村敦志、沖野眞已（編）『民法判例百選Ⅲ　親族・相続〔第三版〕』（有斐閣、東京）一七二～一七三頁　二〇二三年二月

38「債務の存在を争いつつ行った弁済の受領の催告について、債務の本旨に従った弁済の提供を認められた事例」櫻田嘉章、松本恒雄、北村雅史、窪田充見、笠井正俊（編）『私法判例リマークス』（日本評論社、東京）六七号一八～二一頁　二〇二三年七月

四　書評、翻訳など

1「〔論文紹介〕Mark P. Gergen, Liability for Mistake in Contract Formation」アメリカ法一九九三年一号七三～七七頁　一九九三年七月

2「〔書評〕石井照久・普通契約条款」加藤雅信（編）『日本民法典制定の歴史的意義（民法学説百年史）』（三省堂、東京）四四三～四四七頁　一九九九年一二月

3「〔翻訳〕メディクス・私的自治と決別すべきか」瀬川信久（編）『私法学の再構築』（北大図書刊行会、札幌）二一三～二四六頁　一九九九年二月

4「〔書評〕ハイン・ケッツ著（潮見佳男、中田邦博、松岡久和訳）『ヨーロッパ契約法Ⅰ』（法律文化社）一九九九年」民商法雑誌一二四巻六号九〇八～九一八頁　二〇〇一年九月

5「〔書評〕ケッツ『ヨーロッパ契約法Ⅰ』」川角由和、中田邦博、潮見佳男、松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の動向と課題』（日本評論社、東京）五七～七一頁　二〇〇三年一〇月

6 消費者組織に関する研究会（編）『消費者団体を主体とする団体訴訟制度と消費者団体の役割』（内閣府国民生活局、東京）八〇頁　二〇〇三年五月（同研究会の委員として、本報告書の作成の一部に関与した。）

7「〔書評〕河上正二『民法学入門－民法総則講義・序論』」ジュリスト一三〇六号一一三頁　二〇〇六年二月

8 シンポジウム「競争秩序と民法」私法七〇号四～六〇頁　二〇〇八年四月（同シンポジウムにおいて報告者の一人として、報告した後、質疑を行った。）

9「第一七一回国会　衆議院　消費者問題に関する特別委員会議録第一二号（その二）（衆　議院事務局、東京）一～

一五頁　二〇〇九年四月（同委員会の地方公聴会における意見陳述人の一人として、消費者庁関連三法案に関する報告及び意見陳述をし、その後、質疑を行った。）

10　「〔書評〕山野目章夫（編）『初学者のための民法学修ガイド』」法学セミナー六六八号一三五頁　二〇一〇年八月

11　「〔コメント〕民法学の立場から」法と社会研究第八号一九三〜二〇〇頁　二〇二三年五月

五　教材

1　「私的自治の原則」法学セミナー五五六号一四〜一七頁　二〇〇一年四月

2　「債権の目的物＝種類物・特定物（四〇一条）」法学教室二五九号二〇〜二一頁　二〇〇二年四月

3　「条件と期限」鎌田薫、加藤新太郎、須藤典明、中田裕康、三木浩一、大村敦志（編）『民事法Ⅰ（総則・物権）』（日本評論社、東京）一八七〜一九六頁二〇〇五年七月

4　「民法入門（平成一八年度）」HUSCAP（http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/）http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/handle/2115/8395　二〇〇六年四月

5　「民法の判例とは」法学セミナー六一七号二一〜二六頁　二〇〇六年五月

6　「予約・契約交渉・成立」内田貴、大村敦志（編）『民法の争点』（有斐閣、東京）二四四〜二四五頁　二〇〇七年九月

7　「演習（民法）」法学教室三一九号一七六〜一七七頁　二〇〇七年四月

8　「演習（民法）」法学教室三二〇号二〇〇〜二〇一頁　二〇〇七年五月

9　「演習（民法）」法学教室三二一号一八四〜一八五頁　二〇〇七年六月

10　「演習（民法）」法学教室三二二号一六〇〜一六一頁　二〇〇七年七月

11　「演習（民法）」法学教室三二三号一七〇〜一七一頁　二〇〇七年八月

12　「演習（民法）」法学教室三二四号一四八〜一四九号　二〇〇七年九月

13　「演習（民法）」法学教室三二五号二一四〜二一五頁　二〇〇七年一〇月

14　「演習（民法）」法学教室三二六号一三二〜一三三頁　二〇〇七年一一月

15 「演習（民法）」法学教室三二七号一五二～一五三頁　二〇〇七年一二月

16 「演習（民法）」法学教室三二八号一二六～一二七頁　二〇〇八年一月

17 「演習（民法）」法学教室三二九号一二二～一二三頁　二〇〇八年二月

18 「演習（民法）」法学教室三三〇号一六八～一六九頁　二〇〇八年三月

19 「民法入門」法学セミナー六五二号一七～一九頁　二〇〇九年四月

20 「債務不履行：契約交渉の一方的破棄」千葉恵美子、潮見佳男、片山直也（編）『Law Practice 民法Ⅱ（債権編）』（商事法務、東京）一九～二三頁　二〇〇九年九月

21 「条件と期限」鎌田薫、加藤新太郎、須藤典明、中田裕康、三木浩一、大村敦志（編）『民事法Ⅰ（総則・物権）〔第二版〕』（日本評論社、東京）一九〇～一九九頁　二〇一〇年四月

22 「基本事例で考える民法演習1」法学セミナー六七六号　九九～一〇三頁　二〇一一年四月

23 「基本事例で考える民法演習2」法学セミナー六七七号　九八～一〇二頁　二〇一一年五月

24 「基本事例で考える民法演習3」法学セミナー六七八号一〇二～一〇六頁　二〇一一年六月

25 「基本事例で考える民法演習4」法学セミナー六七九号二～九六頁　二〇一一年七月

26 「基本事例で考える民法演習5」法学セミナー六八〇号一一六～一二〇頁　二〇一一年八月

27 「基本事例で考える民法演習6」法学セミナー六八一号一〇八～一一二頁　二〇一一年一〇月

28 「基本事例で考える民法演習7」法学セミナー六八二号一一二～一一六頁　二〇一一年一一月

29 「基本事例で考える民法演習8」法学セミナー六八三号九二～九六頁　二〇一一年一二月

30 「基本事例で考える民法演習9」法学セミナー六八四号九七～一〇一頁　二〇一二年一月

31 「基本事例で考える民法演習10」法学セミナー六八五号八八～九二頁　二〇一二年二月

32 「基本事例で考える民法演習11」法学セミナー六八六号九二～九六頁　二〇一二年三月

33 「基本事例で考える民法演習12」法学セミナー六八七号一

三三～一三七頁　二〇一二年四月

34 「基本事例で考える民法演習13」法学セミナー六八八号八九～九三頁　二〇一二年五月

35 「基本事例で考える民法演習14」法学セミナー六九〇号九八～一〇二頁　二〇一二年七月

36 「基本事例で考える民法演習15」法学セミナー六九一号一一四～一一八頁　二〇一二年八月

37 「基本事例で考える民法演習16」法学セミナー六九二号八四～八八頁　二〇一二年九月

38 「基本事例で考える民法演習17」法学セミナー六九三号九八～一〇二頁　二〇一二年一〇月

39 「基本事例で考える民法演習18」法学セミナー六九四号八八～九二頁　二〇一二年一一月

40 「基本事例で考える民法演習19」法学セミナー六九五号八六～九〇頁　二〇一二年一二月

41 「基本事例で考える民法演習20」法学セミナー六九六号八八～九二頁　二〇一三年一月

42 「基本事例で考える民法演習21」法学セミナー六九七号八八～九二頁　二〇一三年二月

43 「基本事例で考える民法演習22」法学セミナー六九八号九六～一〇〇頁　二〇一三年三月

44 「基本事例で考える民法演習23」法学セミナー七〇〇号九六～一〇〇頁　二〇一三年五月

45 「基本事例で考える民法演習24」法学セミナー七〇一号八五～八九頁　二〇一三年六月

46 「基本事例で考える民法演習25」法学セミナー七〇二号七八～八二頁　二〇一三年七月

47 「基本事例で考える民法演習26」法学セミナー七〇三号一一～一一五頁　二〇一三年八月

48 「基本事例で考える民法演習27」法学セミナー七〇四号八一～八五頁　二〇一三年九月

49 「基本事例で考える民法演習28」法学セミナー七〇五号八八～九二頁　二〇一三年一〇月

50 「基本事例で考える民法演習29」法学セミナー七〇六号八五～八九頁　二〇一三年一一月

51 「基本事例で考える民法演習30」法学セミナー七〇七号八六～九〇頁　二〇一三年一二月

52 「基本事例で考える民法演習31」法学セミナー七〇八号九四～九八頁　二〇一四年一月

53 「基本事例で考える民法演習32」法学セミナー七〇九号九

○～九四頁　二〇一四年二月

54 「基本事例で考える民法演習33」法学セミナー七一二号一○二～一○六頁　二○一四年五月

55 「契約交渉の一方的破棄」千葉恵美子、潮見佳男、片山直也（編）『Law Practice 民法Ⅱ（債権編）〔第2版〕』（商事法務、東京）二○～二四頁　二○一四年四月

56 「時効総則」、「取得時効」河上正二、中舎寛樹（編）『新・判例ハンドブック　民法総則』（日本評論社、東京）一四八～一五一頁、一五三～一五四頁、一五六～一六三頁　二○一五年四月

57 「契約交渉の一方的破棄」千葉恵美子、潮見佳男、片山直也（編）『Law Practice 民法Ⅱ（債権編）〔第3版〕』（商事法務、東京）二○～二四頁　二○一七年三月

58 「契約交渉の一方的破棄」千葉恵美子、潮見佳男、片山直也（編）『Law Practice 民法Ⅱ（債権編）〔第4版〕』（商事法務、東京）一六～二○頁　二○一八年六月

59 「契約の成立」、「契約締結交渉の破棄」、「契約締結過程における説明義務」、「手付」沖野眞已、窪田充見、佐久間毅（編）『民法演習サブノート二一○問』（弘文堂、東京）二一五～二二二頁　二○一八年七月

60 「契約の成立」、「契約締結交渉の破棄」、「契約締結過程における説明義務」、「手付」沖野眞已、窪田充見、佐久間毅（編）『民法演習サブノート二一○問〔第2版〕』（弘文堂、東京）二一五～二二二頁　二○二○年一一月

61 「契約交渉の一方的破棄」千葉恵美子、潮見佳男、片山直也（編）『Law Practice 民法Ⅱ（債権編）〔第5版〕』（商事法務、東京）一六～二○頁　二○二二年一○月

62 「ざっくり民法玉手箱」https://note.com/minpotamatebako/　二○二二年七月

六　その他

1 「北大における大学院改革の現状と展望」ジュリスト一一六八号四五～四七頁（吉田克己と共著）　一九九九年一二月

2 「二一世紀の法学教育と法曹養成制度の構築」法律時報増刊『シリーズ司法改革Ⅱ』三四五～三四七頁（吉田克己と共著）　二○○一年一月

3 「会計士二次新試験委員のプロフィール　吉田克己委員の横顔と学説」会計人コース三八巻二号二六～二七頁　二○○三年二月

4 「会計士二次新試験委員の特徴　吉田克己新試験委員」税経セミナー四八巻二号五一～五二頁　二〇〇三年二月

5 「法科大学院探訪(8)北海道大学法科大学院－大志ある法曹を養成する」法学セミナー五九九号一～四頁（瀬川信久、田村善之と共著）　二〇〇四年一一月

6 「演習（二年後期）」http://www.hokudai.ac.jp/bureau/tenken/hokoku/2005/student-evaluation2/tl1.html　二〇〇五年三月

7 「法科大学院教育と新司法試験・新司法修習制度」法律時報七八巻二号六～一五頁（吉田克己と共著）　二〇〇六年二月

8 「実務家による未修一年次に対する教育の意義」ロースクール研究八号一二～一五頁　二〇〇七年一二月

9 「持続可能なＦＤ（Sustainable Faculty Development）をめざして－「成績判定会議」という試み－」ロースクール研究一二号三三～三六頁　二〇〇八年一二月

10 「未修者の教育問題」ロースクール研究一八号八八～九二頁　二〇一一年一二月

11 「吉田克己教授の経歴と業績」北大法学論集六二巻六号一八七～二三三頁　二〇一二年三月

12 〔無記名〕「瀬川信久名誉教授の功績等」北大時報七六六号三頁　二〇一八年一月

13 「藤原正則教授の経歴と業績」北大法学論集六八巻六号一二三～一四四頁　二〇一八年三月

14 「キャリア「権」の現代的意義－人生一〇〇年時代の到来と大学の使命」「キャリア権」法制化を目指す会紀要三号五～一二頁　二〇二一年九月

七　学会報告、学術講演など

1 「契約交渉の破棄とその責任」日本私法学会個別報告（一九九二年一〇月、早稲田大学）

2 「消費者団体の団体訴権－その背景と位置づけ」シンポジウム消費者法における公私の協働（二〇〇六年二月、北海道大学）

3 「消費者団体訴訟－研究者の立場から」法実務交流センターシンポジウム（二〇〇六年三月、京都大学）

4 「消費者団体による差止めと損害賠償」早稲田大学二一世紀ＣＯＥ〈企業法制と法創造〉（二〇〇七年六月、早稲田大学）

5 「競争秩序と消費者」日本私法学会シンポジウム（二〇〇

七年一〇月、専修大学）

6 「消費者法の独自性と実効性」シンポジウム消費者法（二〇〇九年二月、北海道大学）

7 「消費者関連三法案について」衆議院　消費者問題に関する特別委員会　地方公聴会（二〇〇九年四月、札幌）

8 「契約締結上の過失について」司法研修所教官セミナー（二〇一一年三月、司法研修所）

9 「消費者法における私人によるエンフォースメントとしての団体訴訟」シンポジウム消費者法における規制とエンフォースメントの多元性（二〇一一年七月、北海道大学）

10 「日本における契約締結上の過失理論の生成、展開、そして、課題」第四回東アジア民事法学学術シンポジウム（二〇一四年一一月、台湾大学）

11 「北海道大学における未修一年の民法教育について」法学未修者教育に関するシンポジウム（二〇二一年六月、日弁連）

12 「コメントー民法学の立場から」日本法社会学会ミニシンポジウム（二〇二二年五月、成蹊大学）

13 「私法の原理と消費者法の原理－近時の消費者法の進展を考える」第九期経営者大学パートⅤ「法と中小企業コース」（二〇二三年一一月、デ・アウネさっぽろ）

執筆者紹介（掲載順）

齊藤正彰	北海道大学大学院法学研究科教授
嶋　拓哉	北海道大学大学院法学研究科教授
辻　康夫	北海道大学大学院法学研究科教授
中田翔太	北海道大学大学院法学研究科助教
梁　小煒	北海道大学大学院法学研究科助教
林　耕平	北海道大学大学院法学研究科准教授
程　坦	中国中南財経政法大学講師
ルベン・ロドリゲズ・サムディオ	早稲田大学法学研究科講師（任期付き）
張　佳宇	中国広東省深圳市中級人民法院法官補佐
濱口弘太郎	大阪学院大学法学部准教授
柏木彩奈	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
曽野裕夫	北海道大学大学院法学研究科教授

令和７年３月21日　印　刷
令和７年３月28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
佐々木雅寿

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 March 2025 No. 5・6

CONTENTS

ARTICLES

International Human Rights Litigation and the Constitution of Japan ····· Masaaki SAITO 1

International Jurisdiction Issues relating to Suits on the Existence/ Absence or the Validity of Registered Intellectual Property Rights ····· Takuya SHIMA 29

Minority policies in the age of 'color-blindness' (1) ····· Yasuo TSUJI 59

Necessity and substance of communication in Co-Principals (1) ····· Shota NAKATA 87

Reschtsgüterschutz im Umweltstrafrecht (1):Über die strafrechtliche Regulierung von der Verletzung der Umweltmedien····· Xiaowei LIANG 109

Die Art und Weise, wie der Inhalt der Vertragshaftung bestimmt werden soll (5) —— Eine Analyse aus der Sicht des Schadensbegriffs —— ····· Kohei HAYASHI 137

The Limitation of the Right to Performance by the Duty to Mitigate through Substitute Transactions (2):A Comparative Study on Cases of Delayed Performance ····· Tan CHENG 165

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (3) ····· Ruben E. Rodriguez Samudio 219

Criminal Negligence Liability in Team Medicine (4) —— The Nature of Individual Negligence Liability and the Division of Responsibility among the Parties Involved in Organized Medicine —— ····· Jia Yu ZHANG 255

NOTE

Die Annahme der Vorteilsausgleichung ····· Kotaro HAMAGUCHI 315

CASE NOTE

Note on Social Security Law Case ····· Ayana KASHIWAGI 375

* * *

Professor Seiji IKEDA's Curriculum Vitae and Publications ····· Hiroo SONO 410[1]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan