



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第76巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 76(3)
Issue Date	2025-09-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/96039
Type	journal
File Information	lawreview_76_3_All.pdf



北大法学論集

第 76 卷 第 3 号

論 説

空間軸から見た「国民」および「住民」——補遺	
..... 齊 藤 正 彰	1
契約責任法における責任内容確定の構造と方法（7）	
—— 損害論の視角からの分析 —— 林 耕 平	33
環境刑法における法益保護（3）	
—— 環境媒体侵害の刑法的規制を中心に ——	
..... 梁 小 煒	75
Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (5)	Ruben E. Rodriguez Samudio 97
チーム医療における刑事過失責任（5）	
—— 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	133

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名 誉 教 授

厚 谷 襄 兒 (経 済 法)
 白 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 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)
 権 左 武 志 (政治思想史)
 近 藤 弘 二 (商 法)
 笹 田 栄 司 (憲 法)
 嶋 拓 哉 (国際私法)
 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 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 悠 (勞 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)
 川久保 寛 (社会保障法)
 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)
 徐 行 (ア ジ ア 法)
 鈴 木 敦 (憲 法)
 曾 野 裕 夫 (民 法)
 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)
 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
 池 田 清 治 (民 法)
 大 崎 康 二 (法実務基礎)
 城 下 裕 二 (刑 法)
 高 島 麻 子 (刑 事 実 務)
 綱 森 史 泰 (民 事 実 務)
 濱 岡 恭 平 (民 事 実 務)
 林 順 敬 (刑 事 実 務)
 渡 邊 宙 (法実務基礎)
 准 教 授
 伊 藤 隼 (民事訴訟法)
 開 出 雄 介 (国 際 法) *
 郭 薇 (法哲学・社会学)
 川 端 偉 司 (行 政 法)
 クォン・キ・ジュン (知的財産法)
 小 濱 祥 子 (アメリカ政治史) *
 千 坂 知 世 (比 較 政 治) *
 ○ 津 田 智 成 (行 政 法)
 土 井 翔 平 (国 際 政 治) *
 ○ 林 耕 平 (民 法)
 氷 見 哲 洋 (民 法)
 松 本 洵 (日本政治史)
 森 悠 一 郎 (法 哲 学)
 山 本 周 平 (民 法)
 横 濱 和 弥 (刑 法)
 横 路 俊 一 (民事訴訟法)
 助 教
 左 婁 雨 (刑 法)
 渡 口 紘 子 (法 社 会 学)
 梁 小 煒 (刑 法)

空間軸から見た「国民」 および「住民」——補遺

齊 藤 正 彰

はじめに

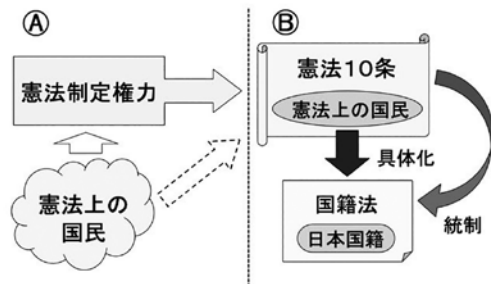
本稿は、日本公法学会第88回総会（2024年10月12日）における報告「空間軸から見た「国民」および「住民」」¹を公法研究86号（2025年）に掲載するにあたり割愛した註記等と、報告準備の段階では検討したが総会報告では論及しなかった内容を、取りまとめて再構成したものである。

I 憲法10条の解釈——「憲法上の国民」の意義

1 国籍法制以前の「国民」

憲法10条は、日本国民の要件を明示せず、広い立法裁量に委ねているようにみえる。しかし、「憲法の下位にある法律が国民の範囲を自由に定めうと考えることはできない」はずである。したがって、次の図の③のように、「憲法が想定したはずの国民」いわば「憲法上の国民」が

¹ 報告の題名は、学会から与えられたものである。本報告には、〈「国民」概念について、一定の領域が設定された国家空間の存在を前提にして、空間軸の観点からの検討の全体像（人権享有主体としての「国民」概念の検討も含めて）を提示することをめざす。併せて、居住の契機と政治的統合の契機からなる「住民」概念との関係を論じる〉ことが求められていた。



措定されることになるであろう。国会は、国民の範囲を自由に定めうるのではなく、論理上は法律制定以前に想定されている「憲法上の国民」を具体的に判定する基準を法律で定めるのである。「憲法上の国民」がいかなる者であるかは、「憲法解釈として明らかにする」ことが求められる²。

国籍法制とは「憲法上の国民」の範囲を確認するものであると解する

²「人権が憲法により保障されたものであり、国民はその当然の主体であるとするれば、憲法の下位にある法律が国民の範囲を自由に定めうると考えることはできない。人権が憲法により与えられたものではなく、論理上は憲法に先行するものであるとすれば、なおさらのことである。そこで、論理上は国民の範囲は「社会構成員」として憲法以前に定まっていると想定しなければならない」のであり、「憲法10条のいう国民……の範囲を法律で定めることとされたのであるが、自由に定めるというよりは、論理上法律制定以前に想定されている国民をいわば確認する規定を置くという趣旨に解される。そうである以上、憲法が想定したはずの国民（憲法上の国民）がいかなる者であるかを憲法解釈として明らかにすることが必要となる」とされる（高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第6版〉』（有斐閣・2024年）91頁）。同様に、「国民は、憲法制定という行為によって日本国という政治共同体を組織し、政府を樹立し、その組織を定め、その権限を授権し、その権限行使のプロセスを定めた。その権力が由来する国民を当然前提としているはずである。その権力が由来する国民を、憲法によって与えられた権限で自由に定義できるというのは矛盾する」こと等から、「国籍を定める国会の権限は憲法によって大きく制約されていると考えなければならない」とされる（松井茂記『日本国憲法〈第4版〉』（有斐閣・2022年）128-129頁）。

ことは、「憲法上の国民」となるべき者は、憲法以前に社会に存在して、社会契約に参加した人々である」とする図の④の考え方と親和的な面もある。そのような「憲法上の国民」が憲法制定権力を発動して日本国憲法を制定したと説明されることもある。

それに対して、憲法制定権力者としての「国民」の存在を論ずることを批判し、「国民」が「法的な概念」として憲法以前に存在すると考えることはできないとする見解も知られる³。しかし、そのような見解においても、制定された憲法の下で「憲法上の国民」の範囲を確認するのが国籍法制の役割であると考えすることは可能であろう。つまり、「憲法上の国民」を指定する思考と憲法制定権力論は、別個のものとして扱うことができるかと解される⁴。

憲法の規律が及ぶ「空間軸」において「国民」について考えるならば、「憲法上の国民」を指定して、法律が定める制度の内容に憲法的統制を及ぼすことが求められるはずである⁵。

国籍法制が国民の範囲を独自に決定するのではなく、「憲法上の国民」を認定するしくみとして国籍法制が設定され、生没・移転等によって日々変動する人々の国籍を判定する基準を示すことが求められる。しかし、実際の国籍法制が「憲法上の国民」を常に適切に包含している保障はない。そこで、国籍法制の憲法的統制が求められる。もし、憲法10条

³ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣・2017年) 41-42頁[長谷部]。

⁴ 憲法制定権力消去論として、長谷部恭男『憲法の境界』(羽鳥書店・2009年) 第1章。しかし、国籍法制以前の「憲法上の国民」を指定することと、憲法体制以前の「憲法制定権力主体としての国民」を想定することを要するか否かの問題とは、関心や論点を異にすると考えられる。

⁵ 「憲法10条は、「国民たる要件」の内実について明示するところがない。そこで、要件の定め方については国会の裁量に委ねる趣旨と解する余地もあるが、国籍というものは、国際法的にも(例えば、在留国に対する自国民保護要求権[いわゆる外交保護権])、また、国内法的にも(例えば、……基本的人権の保障のあり方)、重要な意味をもつのであって、憲法上の規律が働いているとみるべきである」(佐藤幸治『日本国憲法論〈第2版〉』(成文堂・2020年) 124-125頁)。また、「理論的にいって、憲法典がその存立の基盤とする国家の同一性の基本にかかわる部分があるはず」(樋口陽一ほか『注解法律学全集(1)憲法Ⅰ』(青林書院・1994年) 209頁[佐藤幸治])とされる。

が「憲法上の国民」の概念を有さず、国民の範囲の設定を法律に白紙で委任していて、国籍法が国民の範囲を創設的に規定しているとするならば、構造的にはプログラム規定説と類似したことになり、国籍法制の憲法的規律は不可能となろう。国籍法違憲判決（最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁）が国籍法の規定を「日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するもの」と判断した論理の説明も困難になるおそれがある。

「憲法上の国民」の概念を措定しなくても、具体的な国籍法の規定について、法の下での平等の規定等を手がかりに違憲審査を行えばよいといわれるかもしれない。しかし、生存権をめぐる判例を想起するならば、憲法の規定が抽象的で、広汎な立法裁量を認めていると解された場合には、憲法14条による踏み込んだ違憲審査を期待することは難しいのではないかと懸念される。

なお、「憲法上の国民」を措定する思考は、国籍が「我が国の構成員としての資格」であるとともに、基本的人権の保障等において意味を有する「重要な法的地位」でもあるとされることから、国籍法制の憲法的統制の根拠を検討するものである⁶。したがって、国籍ではなく「生活の

⁶ 「憲法上の国民」を措定する思考は、「誰が主権者であるかは、国籍付与の要件を定める法律より前に、憲法レベルで決まっていなければならない」のであって、憲法10条が国民の範囲設定を法律に白紙委任しているとする解釈は、「憲法レベルで決まっているべきことを法律に依存させるものであり、論理が転倒している」（興津征雄「人権としての国籍」の可能性について考える——行政法の観点からのコメント」エトランデュテ5号（2024年）209頁）と解するものである。「主権者たる国民集団がどのような者をその構成員とするか、どのような者にその代表者を選任する資格（選挙権）を与えるかを、現在の代表者（国会議員）を通じて（法律により）決定することは、背理とはいえない。その範囲が憲法上決定されている必要があるのは、国籍法が制定される前の、歴史的に最初に存在する国民集団についてである」（同210頁）と考える際には、論理的な先後の問題と時間的な先後の関係の区別に注意が必要かもしれない。「憲法上の国民」を措定する思考は、「現在の代表者（国会議員）」が国籍保有者の範囲を「（法律により）決定すること」を制約なく任意に行うことができるのか（立法政策に任されているのか）を問題とするものである。

実態」をもって「国民」の範囲を論ずべきとする思考⁷とは異なる⁸。

もちろん、「憲法上の国民」の概念を憲法10条が創設するわけではない。10条以前に「憲法上の国民」の存在は措定されていて、10条は「憲法上の国民」を具体的に判定する基準を法律で定めることを求めるものである。講学上、「主権主体としての国民」とか「人権主体としての国民」が論じられるとしても、それは、「日本国民たる要件」を満たして国家の構成員と考えられる「憲法上の国民」を前提に、憲法の各条項の解釈に際して、必要に応じて、時間軸の思考を導入して拡張したり、行為能力の観点から限定したりする場面があるということであろう。

2 国籍法定主義と法律主義の例外

憲法10条は、「国籍法定主義」の規定とされる。ただし、憲法学説は、国籍については、その性質上、条約で変動を規律することも許されると説明してきた。条約による国籍の規律を認める解釈は、明治憲法のそれと共通している。

しかし、日本国憲法にいくつかある法定主義・法律主義の規定において、条約による規律を認めることは一般的ではない。国籍法定主義について特に条約による規律が許されるとする根拠を、憲法学説は十分に説

⁷ 浦部法穂「憲法と「国際人権」——「外国人の参政権」を中心に」国際人権1号(1990年)27頁、同「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』(日本評論社・1992年)58-61頁、浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編『共生社会への地方参政権』(日本評論社・1995年)100-103頁、浦部法穂「外国人の参政権」再論『憲法理論研究会編『人権理論の新展開』(敬文堂・1994年)45頁以下、浦部法穂『憲法学教室(第3版)』(日本評論社・2016年)65-68頁。

⁸ 「主権者ないし有権者の範囲を画定するメルクマールを国籍という国家への帰属に求めるか、それとも居住なり生活なりという事実・実態に求めるか」という意味での「帰属 vs 実態の対抗軸」(興津征雄「在留外国人の地方選挙権について——最高裁平成七年二月二八日判決と地方自治」地方自治857号(2019年)10頁)を設定した場合に、「憲法上の国民」を措定する思考は、その「対抗軸」において「生活実態を基準」とする側に分類されるものではない。

明していない。そこには、いくつかの疑問がある。

第1に、国籍の変動が条約によって生ずることと、変動の内容を法律の形式で規定することとは、別問題である。憲法学説の一般的理解と考えられる「条件つき憲法優位説」によれば、領土の変更等を含む講和条約等の内容は、憲法にも優位するとされる。その意味では、法律によらずとも国籍の変動が生じ、そのような条約による国籍の変動に、法律では（憲法でも）対抗できないことになる。しかし、そのことと、具体的な規律を国会制定法で行うことを求める法律主義の要請とは、別個に扱うべきである。

第2に、明治憲法18条と日本国憲法10条の規定ぶりの類似にもかかわらず、国籍を法律事項とする論理の相違には、注意が喚起されてきた⁹。しかし、それだけでなく、条約による規律の意味の違いにも留意すべきであろう。明治憲法では、法律事項を含む条約に帝国議会の協賛が必要かが論点であったはずである¹⁰。天皇の外交大権と、立法への議会の協

⁹ 「文章表現の上ではきわめて似通っており、本条はこの旧規定に倣って置かれたかに見えるが、……天皇主権原理を前提として統治の客体たる「臣民」の範囲を法律事項とした旧規定とは異な」とされる（長谷部編・前掲書（註3）40-41頁〔長谷部〕）。

¹⁰ 「問題ハ……我が憲法上果シテ議會ノ協賛ヲ經ズシテ国内法規タル条約ヲ有効ニ締結シ得ベキヤ否ヤニ在リ。……我が憲法……総テノ条約ニ付キ無条件ニ天皇之ヲ締結スルコトヲ定ム（一三条）。唯憲法ハ一方ニ於テ立法権ハ議會ノ協賛ヲ要スル原則ヲ定ムルヲ以テ、立法的性質ヲ有スル条約ニ付テハ、条約ノ締結ガ無条件ニ天皇ノ大権ニ属スルコトノ原則ト立法権ニ議會ノ協賛ヲ要スルコトノ原則トハ互ニ相矛盾シ、其ノ何レニ重キヲ置クベキカニ付キ疑ヲ生ズ。若シ立法権ニ議會ノ協賛ヲ要スルノ原則ニ重キヲ置カバ、条約ノ形ヲ以テ法規ヲ定ムル場合ニモ尚其ノ協賛ヲ要スルモノト解スベク、若シ又反対ニ条約ノ締結ガ天皇ノ大権ニ属スルノ原則ニ重キヲ置カバ、立法ノ性質ヲ有スル条約ト雖モ尚議會ノ協賛ヲ要セズシテ有効ニ成立スルモノト解セザルベカラズ。我が従来ノ実例ハ常ニ後ノ見解ヲ取り、国内法規タル条約ト雖モ嘗テ議會ニ提出シテ其ノ協賛ヲ經タルコトナク、総テノ条約ガ其ノ協賛ナクシテ有効ニ成立シ得ルコトヲ認ム。憲法（一三条）ニ天皇ハ『諸般ノ条約ヲ締結ス』ト曰ヒ之ニ対スル何等ノ特例ヲモ認メザルコト及ビ議院法ニ条約案ノ審議手續ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケザルコト此ノ見解ヲ助クルモノノ如シ。之ヲ實際上ノ見地ヨリ見ルモ、

賛の原則との関係を考えての結果、国家の意思は単一であるとの思考もあり、立法権についての議会の協賛の原則の例外であるとの結論が導かれたのである。

第3に、明治憲法の解釈の前提にあった先例では、条約に国籍の扱いに関する具体的な定めがあった¹¹。その点では、「主権を放棄すべき領域について規定するだけで、これに関連する国籍の変動については、なにも規定していない」¹²とされるサンフランシスコ平和条約とは事情が異なる。つまり、明治憲法下においては、天皇の大権を前提に、国籍の変動に関する条約の規定を直接適用することが認められていたものと解される。しかし、そのことは、日本国憲法の法律主義・法定主義の下で self-executing な条約規定を法律に替えて直接適用できるかという問題に、解答の根拠を与えないであろう。

敗戦による領土の変更に伴う国籍の問題を法務府民事局長通達¹³で処理したことを是認した判決（最大判昭36・4・5民集15巻4号657頁）は、条約によって国籍の変動が生ずることを認めつつ、憲法10条の国籍法定主義の要請については、国籍法（昭和25年法律第147号）の制定時には国籍の処理方法が未確定であったこともあり、共通法（大正7年法律第

条約ヲ以テ国内法規ヲ定ムルコトハ其ノ場合自ラ限ラレ、之ヲ政府ノ専断ニ任ズルモ甚シク議會政治ノ原則ヲ破ルモノト謂フヲ得ズ、我が憲法ノ如キ比較的議會ノ権限ヲ制限セルモノニ在リテハ、国内法的条約ト雖モ尚其ノ締結ヲ天皇ノ大権ニ任ジタルハ寧ろ当然ナリト謂フベシ。故ニ我が憲法ノ解釈トシテ此ノ見解ヲ正当ト為スベク、即チ我が憲法ニ於ケル条約締結ノ大権ハ、恰モ命令大権ノ如ク、凡テ立法権ハ議會ノ協賛ヲ要スル原則ニ対スルニ例外ヲ為スモノニシテ、外国トノ条約ニ依リ法規ヲ定ムル場合ニ於テハ、議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要セズシテ条約ガ直ニ国内法規トシテノ効力ヲ有スルナリ」（美濃部達吉『憲法提要〈改訂第5版〉』（有斐閣・1935年）548-549頁）。なお、引用に際して、漢字を新字体に置き換えた。

¹¹ たとえば、樺太・千島交換条約5款、下関条約5条、ポーツマス条約10条。

¹² 江川英文ほか『国籍法〈第3版〉』（有斐閣・1997年）205頁。

¹³ 昭和27年4月19日民事甲438号法務府民事局長通達「平和条約の発効に伴う朝鮮人台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理について」（法務局長・地方法務局長に通達した旨を、法務総裁官房長から内閣官房長官・各省次官・最高裁事務総長・人事院事務総長に通知）。

39号)を前提とする戸籍の扱いに委ねたものと解される¹⁴。

領土の縮減による国籍の変動に際して当事者に国籍選択の機会を認めなかったことに関しては、「関係国との取り決めが成立しないなかで解決がもとめられていた」¹⁵という事情も考慮する必要があるだろう。ただ、問題は、「日本が連合国・GHQの占領管理の下で、日本国民を再構成しようとし」、「初期設定として、旧日本国籍保持者から外地人を控除した形で日本国民を決定した」¹⁶ことにとどまらない。「朝鮮の独立に伴う国籍の喪失については、ほんらい内地人であって朝鮮人の妻となった者が、実際には最も問題」¹⁷とされていたのであり、最大判昭36・4・5民集15

¹⁴ 「戦前の外地法論」をめぐる、「帝国憲法が及ばないという意味で、「外地」は永らく〈憲法のなかの「外国」〉とも呼ぶべき「法域」だった」として、「かつての大日本帝国は、複数の異「民族」によって構成された多民族帝国であり、今風にいえば、複数の異「法域」をかかえ込んだ「一国多制度」の国制であった」とみる見解(石川健治「憲法のなかの「外国」」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察』(成文堂・2014年)13頁)は、「内地・朝鮮・台湾は、「一つの国家の中における小国家」の如き観を呈していたと考えられる」(田代有嗣『国籍法逐条解説』(日本加除出版・1974年)795頁)という説明と通底するようにみえる。ところで、外地における「外地籍」や内地の内地籍は「地域籍」であり、その相互間の問題を定めるのが「地域籍法」であって、「それは手続的には戸籍事務の問題」と説明される。そこで、「戦前の旧国籍法が廃止されて、現行国籍法が施行されたのは、昭和二五年七月一日であり、戦後、朝鮮・台湾が日本から分離して地域籍の問題が消滅したのは、昭和二七年である」と捉えるならば(同789頁)、「多元的で輻輳した「帝国」秩序は1945年8月15日に崩壊し、「帝国」の時間と空間を仕切った「憲法の憲法」は、だるま落としのように一段低くなって、戦後の「国民国家」秩序のなかに嵌り込んだ」(石川・同論文36頁)という憲法学説による受けとめとの間に、視座の相違が見出されよう。

¹⁵ 高橋正俊「日本国民の観念」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院・1998年)534頁。経緯の詳細について、江川ほか・前掲書(註12)222-223頁註4、古川純＝高見勝利「「外地人」とは何か——終らない戦後」大石眞＝高見勝利＝長尾龍一編『〈対談集〉憲法史の面白さ』(信山社・1998年)220-222頁等参照。

¹⁶ 高橋・前掲論文(註15)534頁。

¹⁷ 江川ほか・前掲書(註12)215頁。

卷4号657頁も、その趣旨を確認して憲法22条違反を否定した最判昭40・6・4民集19巻4号898頁も、そうした問題を含む事案であった。そこでは、「内地」と「朝鮮」のように異なる戸籍制度に属する者の間で婚姻等の身分行為がなされた場合の戸籍の処理について規定していた共通法（正式には廃止されていないが、現在は事実上失効しているとされる）の扱いが問題となる。身分行為により内地の戸籍から除籍された者の国籍喪失（終戦後の混乱や引揚げ、朝鮮半島への帰還、家族の分断や離別等の生活実態に合わせた戸籍手続が行われていなかったという事情も絡んでいる）をめぐって、共通法の失効時点が実質的な争点となっていたとされるのである¹⁸。

そうした状況を背景とした解決は、当時の特殊な事情の下でやむをえなかったものであって、現在の憲法解釈に持ち込むべきではないと考えられる。条約による国籍の変動は、「法律に対する条約の優位」あるいは「条件つき憲法優位説」に関わって論ずべき問題であり、憲法の法律主義の例外と位置づけるのは適切ではないと解される。そうでなければ、罪刑法定主義や法律による行政の原理に関わる場面で、条約による直接の規律が排除されることの説明が難しくなるおそれがある。

¹⁸ 失効時点についての理論的な可能性としては、①昭和20年8月15日（ポツダム宣言受諾）、②昭和20年9月2日（降伏文書調印）、③昭和20年10月15日（民事甲第452号民事局長回答で内外地間の戸籍の交流を停止）、④昭和22年5月3日（憲法施行により、家制度を前提とする共通法が違憲無効になったと解される）、⑤昭和27年4月28日（平和条約発効）が挙げられる（江川ほか・前掲書（註12）207頁以下参照）。政府見解は、⑤時点まで「共通法秩序の存在を観念的に認めて」（同216頁）、「もと内地人であつた者でも、条約の発効前に朝鮮人又は台湾人との婚姻、養子縁組等の身分行為により内地の戸籍から除籍せらるべき事由の生じたものは、朝鮮人又は台湾人であつて、条約発効とともに日本の国籍を喪失する」（民事甲438号法務府民事局長通達）とした。婚姻で内地の戸籍から除籍されることになる元内地人女性は、平和条約発効によって配偶者とともに日本国籍でなくなる。他方で、最高裁も、日本国籍を失った元内地人女性については「国籍法に定める帰化の手続……によつて国籍を簡易に回復することができる」のを前提としていたものと解される。

Ⅱ 憲法22条の解釈——人権保障における国籍の位置

1 文言説批判の空間識失調

日本国の領域内にあって日本国籍を有しない者に憲法上の人権の保障が及ぶかについては、「外国人の人権享有主体性」の問題として論じられてきた。外国人に憲法上の人権の享有主体性は認められず、外国人の人権は法律によって保護されるとする否定説ないし消極説に対して、外国人の人権享有主体性を肯定するのが通説的見解とされる。

外国人に人権享有主体性が認められるとしても、国民すなわち国籍保有者と同様の保障が認められるわけではないとされるが、憲法第3章の規定における「国民は」とか「何人も」といった主体の定め方によって外国人への保障の有無を判断する「文言説」に対しては、否定的態度がとられる。

文言説を否定する際、憲法学説は、異口同音に、日本国民だけが対象となるはずの「国籍離脱の自由」を規定する憲法22条2項が「何人も」としているのは背理であると難ずる。しかし、そのように断言できるであろうか。

第1に、たとえば、日本滞在中の表現活動について、当該外国人がその本国政府すなわち国籍国から不利益な扱いを受けることがあったとしても、日本国憲法の保障は及ばないであろう。外国人に日本国憲法の保障が及ぶかという問題は、当該外国人と日本国政府との関係で論じられるはずである。したがって、外国人の「国籍離脱の自由」も、当該外国人の国籍国との関係ではなく、日本国との間での問題であろう。

第2に、国籍離脱には、従来の国籍を放棄するだけでなく、代わりに、いずれかの国の国籍を有することが必要である。無国籍者の発生を防止することが国際社会の要請であり、憲法22条も、無国籍になることを認めていないとされる。したがって、個人主義に立脚する国家における重要な権利として日本国民に国籍離脱の自由を保障するならば¹⁹、(論理的

¹⁹ 「国籍離脱の自由……はいわば非任意の大結社である国家からの離脱を認めるもので、個人の精神の独立に究極の価値をおいて国家を捉える立場の帰着点

には)日本国籍を離脱する個人を構成員として受け入れてくれる国家の存在が前提となろう。そうであるならば、逆に、国籍離脱を希望する外国人を日本国が全く受け入れないスタンスをとることには、憲法上問題があろう²⁰。

第3に、憲法22条で問題となる「国籍」が日本国籍だけに限られない可能性は、事例は異なるが、早くから論じられていたところである²¹。

これらを合わせ考えると、日本に在留する外国人が本国からの国籍離脱を望む場合に、日本国が帰化を認めないことは、直ちに憲法22条に違反するものではないとしても、故なく日本国籍の取得を拒むことは、日本国憲法の空間内で政府が外国人の国籍離脱の自由を制約するものといえそうである。つまり、22条2項が「何人も」としていることは、必ずしも論理的に矛盾しているとは断じられないであろう²²。

といえる」(佐藤・前掲書(註5)332頁)のであり、「日本国憲法によって立つ個人主義的国家観の論理的帰結」(同127頁)とされる。

²⁰ 国籍離脱の自由を憲法で保障する意義と「憲法22条2項に対する視座の転換」をめぐる展開される考察に関して、ペドリサ・ルイス「何人も国籍を離脱する自由を侵されない——国籍離脱の自由と帰化の憲法上の位置づけについて」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』(成文堂・2018年)564-565頁も参照。

²¹ 法学協会編『註解日本国憲法(上)』(有斐閣・1953年)439頁・446頁。そこでは、アメリカ法において国籍離脱の自由が規定されるに至った経緯が参照されている。関連して、芹田健太郎『永住者の権利〈著作集(3)〉』(信山社・2020年)75-77頁参照。さらに、この経緯を手がかりに、国籍離脱の自由は外国人にとってこそ意味があるところの庇護権の保障であると論ずるものとして、小畑郁「『定住外国人の人権』論と地球上のどこかに住む権利の間——世界と日本の「無国籍」問題と「向こう岸」に開かれた公法学への展望」江島晶子編『講座立憲主義と憲法学(6)グローバルな立憲主義と憲法学』(信山社・2024年)211-215頁、山元一ほか編『憲法学と憲法学者の〈アフター・リベラル〉——戦後憲法学の「これまで」と「これから」を語る』(弘文堂・2024年)249-250頁[小畑郁]がある。ただし、そこで引用される拙稿は、憲法22条によって外国人の庇護権が保障されると論ずる趣旨ではない。齊藤正彰「亡命者・政治難民の保護——尹秀吉事件」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅰ〈第5版〉』(有斐閣・2007年)22-23頁参照。

²² 憲法学説が憲法22条2項の「何人も」という規定を等閑視する解釈を採るこ

もちろん、ここで文言説の復権を唱えるものではない。他方で、あまり一方的に文言説を批判するならば、憲法15条1項の「国民固有」や93条2項の「住民」という規定の意味を論ずることとの平仄も問題となりそうである。性質説は、〈文言だけが決め手ではない〉〈文言だけでは決められない〉と述べるもので、憲法の文言を等閑視する趣旨ではなかったはずである²³。

2 国籍を越える国民の移動と国籍²⁴

(1) 「入国の自由」の位置づけ

参政権、社会権、入国の自由は、一般に、外国人に保障されない憲法上の人権の代表例とされる。ただし、参政権と社会権は、国民には憲法上の人権として保障されるが、外国人には同様には保障されないというものである。それに対して、入国の自由は、そもそも憲法に規定されておらず、国民についても憲法の人権規定による保障に含まれていないと解される。

「国の構成員がその国に在住するという関係は、基本的人権以前の問題というべきであり、憲法の保障をまつて明らかにされるべきものではない」²⁵と考えられる。たとえ国外で出生した日本国民が初めて日本の

とは、外国人の日本国への帰化に関して、日本国政府の広汎な裁量を支持することになろう。

²³ 中村睦男『憲法30講〈新版〉』（青林書院・1999年）27頁、横田耕一「外国人の人権——マクリーン事件」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』（敬文堂・1982年）100頁。

²⁴ 総会報告で扱った内容のうち、マクリーン判決（最大判昭53・10・4民集32巻7号1223頁）に関する部分は、さらに考察を展開して、齊藤正彰「外国人の人権とマクリーン判決——出入国管理の憲法的統制」北法76巻1＝2号（2025年）1頁以下として公開されるので、ここでは省略する。

²⁵ 城富次・最判解刑事篇昭和32年度323頁（最大判昭32・6・19刑集11巻6号1663頁の調査官解説）は、次のように説明している。「憲法二二条一項の居住移転の自由については、勿論これに出入国の自由を含めて解する余地がないことはない。しかしそうすると同条二項の外国移住（旅行を含む）の自由については重複して規定されていることになる。また本来制限されるべきでない日本

土を踏む場合であっても、それは「入国」ではなく「帰国」である。国際法上も、各国家は、自国の構成員を領域内に受け入れる義務を有するとされる²⁶。

(2) 国籍離脱の自由と国籍法制

日本国民が、居住国や家族の国籍国の法制度との関係で、当該国の国籍を取得したことになったとしても、本人が明示的に国籍離脱の自由を行使するのではない限り、日本国政府が日本国籍の放棄・離脱を強制することは許されないはずである。他国の国籍を具備したことは、直ちに「憲法上の国民」であることを否定する根拠にならないと解される。憲法によって構成される政府が、本人の意思に反して「憲法上の国民」の地位を剥奪したり消滅させたりする行為こそ、背理というべきではなかろうか²⁷。

人の帰国についても、憲法上公共の福祉に反するとの理由で制限される場合もあり得ることにもなる。これらの難点は右解釈に無理のあることを示すものであつて、判旨はこれを採らなかつたものであるが、その結果外国人の入国の自由と共に前掲宣言 [= 世界人権宣言] 一三条の「自国に帰る権利」の保障がないという反対意見の非難が生じている。判旨は「自国に帰る権利」のことについて触れていないが、その権利が一般に入国という観念に含まれるならば、憲法二二条はこれが保障を与えていないという趣旨になるであろう。しかし、私疑が許されるならば、入国と帰国とは必ずしも同じ範疇の観念ではないのであつて、国の構成員がその国に在住するという関係は、基本的人権以前の問題というべきであり、憲法の保障をまつて明らかにされるべきものではないと思われる。世界宣言が特に帰国の権利の保障を掲げているのは、なにか国際的な特殊な事情に基く要請ではなかろうか。また国民と国家との関係を特殊なものに見ないと、憲法二二条で日本人に対し公共の福祉に反するからといって全く居住を許さない措置（国外追放）すら可能だといわなくてはならないであろう」。

²⁶ 憲法22条の外国移住の自由は、外国での生活を中断・断念して帰国することも保障しているとされる。この帰国する権利は、究極的には、憲法22条自体に淵源するのではなく、「憲法上の国民」の当然の権利であろう。ただ、外国移住の自由について、「憲法上の国民」であることを前提ないし根拠として、帰国の権利も併せて保障されていると説明することは可能である。

²⁷ 「日本国民から日本の国籍を剥奪することは、国民から主権者としての地位を奪うことを意味するので、やむにやまれない政府利益を達成するために必要

これに関して、憲法22条から「国籍を離脱しない自由」ないし「国籍離脱を強制されない自由」が導かれるとする見解がある²⁸。それは、「憲法上の国民」は国籍を維持するのが原則であるという趣旨を、22条の解釈に読み込んで、本人の明示の意思がない限り国籍離脱の自由の行使を推認ないし擬制してはならないと論ずるものであろう。

しかし、憲法による自由の保障が作為の自由とともに不作為の自由の保障を含むと考えられることを引き合いに出して、憲法22条の「国籍を離脱する自由」は「国籍を離脱しない自由」を当然に含むと説明することには疑問がある²⁹。表現をするか／しないかとは異なり、日本国籍を

不可欠な場合でなければ許されないものと考えるべき」とされ、「日本国民はその日本国籍を不当に剝奪されない権利を有している」のであり、「二重国籍を否定し、外国の国籍を取得した場合に日本国籍を否定することは、明らかに違憲と考えられる」といわれる（松井・前掲書（註2）129頁・344頁）。なお、樋口ほか・前掲書（註5）207-208頁〔佐藤〕参照。国際私法学からは、「重国籍の防止という立法目的はおよそ合理的でないとはまでは言えないとしても、一般的には日本と人格的なつながりを有している者の日本国籍を喪失させることを相当とするほどのものではない」のであり、「重国籍の弊害の発生する具体的な危険性があるとしても国籍選択制度の運用で対処できよう」との指摘（国友明彦「国籍法11条1項の憲法適合性」ジュリ臨増『令和3年度重要判例解説』（有斐閣・2022年）269頁）もなされている。

²⁸ たとえば、近藤敦『国際人権法と憲法——多文化共生時代の人権論』（明石書店・2023年）59頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権〈第2版〉』（日本評論社・2023年）340-341頁〔松本和彦〕、辻村みよ子ほか『概説憲法コンメンタール』（信山社・2018年）78頁〔糠塚康江〕。なお、高橋・前掲書（註2）333頁も、「離脱の自由は、離脱しない自由を含むかという問題もある」と指摘して、「国際化が進展する今日、二重国籍は特権ではなく当人のアイデンティティーの重要な要素であることを考えると、選択を強制することが個人の尊厳に反しないかどうか、真剣に考えるべき時がきている」とする。他方で、同91頁は、「国民の要件を定める……立法は憲法上の国民を「確認」とすると同時に国籍の抵触を避ける等の目的から「限定」とするという意味をもつものと解される。ゆえに、その「限定」に合理性がなければ違憲・無効となり、限定のない状態が回復されることになる」としている。その平仄には疑問の余地があるかもしれない。毛利透「判評」法教489号（2021年）165頁も参照。

²⁹ 論拠として不作為の自由に言及する見解として、近藤・前掲書（註28）59頁、

離脱するか／しないかは、等しく扱われうる作為・不作為の選択肢ではないであろう³⁰。

訴訟でも争われている国籍法11条について、「外国国籍の取得を希望する日本国民について日本国籍の保有が外国への帰化の妨げとならないようにして、国籍離脱の自由を保障したもの」³¹とする旧来の説明に対しては、「自己の志望によって外国国籍を取得するからといって、当然に本人が従来 of 国籍を放棄する意思を有していたとするのは一つの擬制に過ぎず、実際には従来 of 国籍を放棄する意思を有していない場合もあ

同『多文化共生と人権——諸外国の「移民」と日本の「外国人」』（明石書店・2019年）245-246頁、同『人権法〈第3版〉』（日本評論社・2025年）45-46頁、館田晶子「人権としての国籍の可能性」憲法理論研究会編『憲法の可能性』（敬文堂・2019年）107頁、高佐智美「国籍法11条1項の憲法及び国際法規適合性について」青山ローフォーラム12巻1号（2023年）45-46頁、菅原真「グローバル化の進展と重国籍——日本国憲法第22条第2項の「国籍離脱の自由」の新解釈」憲法問題35号（2024年）99-100頁等。なお、柳井健一「国籍を離脱させられない自由——国籍法11条1項による日本国籍の剥奪」関学69巻2号（上）（2018年）199頁以下は、この論点における先行業績としてしばしば引用されるけれども、上掲の諸見解とはやや趣を異にする。すなわち、「日本国民が自発的な意思に基づいて帰化等によって他国の国籍を取得し、その上で日本国籍を離脱する権利を行使することを保障する」のが憲法22条の目的であり、「それに対応して国が日本国籍離脱のための規定を国籍法上設ける義務が当然に発生する」のであるが、「日本国籍を離脱する意思がないことを明示的に主張している」者について政府が「日本国籍を権力的に喪失せしめること」は、「国籍離脱の自由の保障という目的と、それを可能とするための日本国籍喪失のための制度創設という手段との関係性を取り違えた本末転倒の法解釈」であると批判するのである（同210-211頁）。つまり、国籍離脱の自由は「国籍の変動が当事者の「自由意思」によって帰結されること」を保障しているとして、そのことから直ちに〈不作為〉の保障を論ずるものではなく、〈作為〉の実現のための制度を「想定を越え」て用いることを「国籍法11条1項による日本国籍の剥奪」として指弾するものと解されるのである。

³⁰ 「憲法22条2項……の場合には結社の自由や信教の自由とは異なり、作為の自由が不作為の自由を含むとは言えない」（国友・前掲論文（註27）269頁）。

³¹ 江川ほか・前掲書（註12）131頁。

り得る」³²との批判もなされる。国籍法11条の前身とされる規定は、同法12条とともに、沿革的には、大正年間の改正で、「重国籍であるためにアメリカ国内で不利益を被っている「在外同胞」の日系移民を保護するため」に設けられたものであり、「重国籍問題を解消する目的で積極的に離脱制度を設けたわけではなく、国外の「日本人」がその居住地で差別や不利益を受けないためのやむを得ない措置」であったといわれる³³。

現行国籍法制においては、13条によって憲法22条の国籍離脱の自由の具体化が実現されている。1984年の国籍法改正で父母両系血統主義が導入される際に、重国籍（複数国籍）の増大に対する懸念から、「従来存在した複数国籍防止の制度を、その弊害をあまり大きなものと受け止めることなく、できる限り広く承継する方向が採られ」³⁴たとしても、新しい制度が定着して安定した運用がされるようになった段階においてはその合理性は失われ、国民の現況や諸外国の法制等の事情の変化に照らしても不合理な制度となっているとの批判もある³⁵。

³² 木棚照一『逐条国籍法——課題の解明と条文の解説』（日本加除出版・2021年）547頁。「比較法的にみても、日本の国籍法のように志望による外国国籍の取得を無条件に自動的国籍喪失原因とする国のほか、自国外に住所を有することやその外国に住所を有することを条件として国籍喪失原因とする国、志望による外国国籍取得を当然に国籍喪失原因とせず、別に国籍離脱の意思表示をすることによって国籍喪失の効果が生じるとする国、志望による外国国籍の取得の場合であっても国家の許可を得なければ国籍喪失の効果が生じないとする国がある。たとえば、志望による外国国籍の取得が従来の国籍を放棄する意思を含むものと擬制するのにより自然となるような条件を付けることも立法政策上十分あり得るのであるから、本項 [= 国籍法11条1項] を憲法二二条二項等によって根拠づける見解に直ちに賛成することはできない」（同頁）とされる。

³³ 中村安菜「日本国籍における血統主義の徹底性の懸隔——「権利としての国籍」の可能性への端緒」エトランデュテ5号（2024年）175-176頁。日本の政府に対する手続を必要としないことも、当時の状況との関係で理解するべきではなかろうか。

³⁴ 木棚・前掲書（註32）550頁。

³⁵ 同書554-558頁。

国籍法は重国籍の防止を徹底するしくみとなっておらず、5条2項の存在³⁶や15条の運用³⁷等の関係で立法者の首尾一貫性に疑問も示される。国籍が各国の「主権事項」として定められ、在外国民について滞在国の国籍を有するかを正確に把握する方法が存しないとすれば³⁸、政府が国民の国籍離脱を覚知するのは国籍法13条の届出によるのであって、11条を援用しうるのは当該国民の側であろう。日本の国籍法制は伝統的に国籍の「剥奪」の制度を有さなかったとすれば³⁹、「実質的に不衡平な扱い」⁴⁰を生じさせることが疑われるかたちで政府が同胞の国籍を否定するような法の運用を行うことは、国籍法制の歷程に悖るのではないかと懸念される。

(3) 在外国民の人権保障と「権利の性質」

憲法上の人権の保障が及ぶかを「権利の性質」によって判断するという枠組みは、在留外国人だけでなく、在外の日本国民について考える際にも手がかりとなりそうである。

在外国民の法的扱いについては、「一定の領域が設定された国家空間

³⁶ 同書550頁。

³⁷ 高佐智美「国籍の現代的理解に向けて——国籍留保制度を中心に」浦田一郎先生古稀記念『憲法の思想と発展』（信山社・2017年）79-80頁、同「国籍法の日本国籍剥奪条項の合憲性——国籍法11条1項違憲訴訟」国際人権33号（2022年）102頁。

³⁸ 木棚・前掲書（註32）550-551頁。また、田代・前掲書（註14）659-660頁。

³⁹ 小嶋和司『憲法概説』（良書普及会・1987年）86頁、佐藤・前掲書（註5）128頁註10、大石眞『憲法概説Ⅱ基本権保障』（有斐閣・2021年）32頁・188頁。

⁴⁰ 「複数国籍を容認する国が増えてくると、或る人がその国の国籍を持つかどうかはその国の主権事項であり、外国からの問い合わせがあっても、条約や政府間合意がない限り外国の機関にそれに答える義務を負うことがないので、当事者がそれを認めるかどうかにかかわることが多く」なるが、日本の領事館等からの外国籍保有の有無の問合せに対して、「曖昧にごまかせば、日本国籍を維持することができ、正直に「はい」と回答すれば国籍喪失届の提出が迫られたり」することになり、「外国の国籍を取得した国民の間で実質的に不衡平な扱いを生じさせ、法における正義の原則に反する現象を広範に生じさせる」と指摘される（木棚・前掲書（註32）556頁）。

の存在を前提にして、空間軸の観点からの検討」を行うという、ここで
の課題に立ち戻ると、次のような整理を前提とすることができるのでは
ないかと考えられる。

そもそも、「権利の性質」を検討することの詳細が、従来は必ずしも
意識的に説明されていなかったと解される。しかし、従来も、暗黙のう
ちに、次の2点が考慮要素になっていたはずである。つまり、憲法上の
人権の保障に関しては、いわば属地的な観点、すなわち日本の領域内に
居住あるいは滞在して日本国の統治に服している、日本国政府の公
権力行使に晒されるという観点から「権利の性質」上保障が及ぶと考
える筋道と、いわば属人的な観点、すなわち日本国の構成員であるとい
う観点から「権利の性質」上保障が及ぶと考える筋道とがあると解され
るのである。

在留外国人は、居住（あるいは滞在）有り・国籍無しの人々で、属
地的な観点から保障が求められる自由権や国務請求権は原則として保障さ
れ、属人的な観点から保障される参政権や社会権は基本的に保障されな
いことになるであろう。また、表現の自由や経済的自由であっても、属
人的な観点からの考慮によって保障が制限される場合があるとされる。
「権利の性質」とともに「外国人の類型」も考慮すべきといわれる。こ
れは、属人的な観点からの検討において、国籍だけで判定するのではな
く、より丁寧に考察すべきということであろう。

これに対して、在外国民は、国内の居住無し・国籍有りの人々といえ
る。憲法22条の外国移住の自由は、各種の憲法上の人権の保障について
も不利益に扱われないことの保障を含むであろうか。逆に、個人は、権
利・利益の面で不利益が生ずる可能性（国内に居住する場合よりも保障
の程度が制限されること、少なくとも国内居住時とは条件が異なること）
をも甘受したうえで、自らの意思で国外への移住を選んだのではないか
との議論もありえよう⁴¹。

ただし、憲法15条・25条は「国民」に言及しており、「権利の性質」
の考慮において、国籍すなわち属人的な観点到重みがかかる可能性があ
ろう。

⁴¹ 内野正幸「在外日本国民の選挙権」法時78巻2号（2006年）80-81頁。

Ⅲ 憲法15条と25条の平仄——在外国民の人権保障

1 在外国民の地方選挙権

在外日本国民の選挙権（在外選挙権）については、最高裁判例もあり、学説の議論も多くなされてきた。ただし、それは国政選挙をめぐるであって、在外国民の地方選挙権について言及されることは少ないように見える⁴²。他方で、日本国内の定住外国人の地方選挙権については、かねて多くの議論がなされてきた。

現行制度上、在外国民が地方選挙で投票することはできない。その理由は、端的には、公職選挙法および地方自治法に3か月の居住要件があるからとされる。しかし、この要件が選挙直前の不正転入防止のために導入されたものならば⁴³、直ちに在外国民の選挙権を排除する理由とはならないと解される。

日本で在外選挙権の導入が議論されていた時期の憲法学説によれば、「選挙権者の範囲の基準」として「国籍」と「居住」の2つが挙げられていた。この2つの要件は、前述の属人的観点と属地的観点に対応するとも解される。そして、この学説は、「居住要件を設ける理由」はいくつか挙げられるが、今日いずれも「説得的でない」として、「選挙権の要件に「居住」要件を設け、在外国民の選挙権を否定することは違憲と判断してよい」としていた。他方で、この学説は、「地方自治体の選挙については、地域に住んで生活の基盤をもっている「住民」が選挙に参加すべきであって、在外日本国民は地方選挙権を有しないと解してもあながち不当ではない」と論じている⁴⁴。

⁴² 工藤達朗「基本権の属人的保障と属地的保障——在外日本人の基本権保障の視点から」新報120巻1＝2号（2013年）119頁註6は、「地方選挙権については国政選挙権とは異なる考慮が必要」とするが、「地方公共団体の選挙には当該地域に生活の本拠を有する住民が参加すべき」との根拠が示されるにとどまる。

⁴³ 遠藤美奈「住所による個人の把握と人権保障」公法75号（2013年）133頁参照。

⁴⁴ 戸波江二「在外日本国民の選挙権」法教162号（1994年）42-43頁。なお、外務省大臣官房領事移住部領事移住政策課の委託に基づく在外選挙制度研究会の調査研究書である岡沢憲芙＝戸波江二編『在外選挙——外国の制度と日本の課題』

しかし、居住要件について、国政選挙と地方選挙を截然と区別しうる根拠は、必ずしも明確には示されていないように見える。在外国民が海外転出届によって住民票を消除している場合、地方選挙権を行使すべき自治体が特定できないといわれるかもしれない。しかし、国政選挙については、本籍地または出国前の最終住所地の市町村の選挙管理委員会が調製する「在外選挙人名簿」によって、選挙区における選挙でも投票が可能である。全国一斉に実施される国政選挙と異なり、区々に実施される地方選挙に合わせて在外投票の機会を保障することが事務的に煩瑣であるとしても、判例の見地からは、事務的な制約事情は在外地方選挙権を制限することの正当な根拠とはなりにくいであろう。

このように、在外国民に対する選挙権の保障が困難とはいえず、また、選挙区内に居住していることが必須ともいえないと解される。

しかし、現行法上、都道府県や市町村に係る選挙においては、たとえ隣接する自治体に転居した場合であっても、従前に居住していた自治体での選挙権は（たとえそれが長年住み慣れた出生の地であっても）失われる⁴⁵。地方公共団体における選挙権は、居住地の移動が国内であるか国外であるかを問わず、転出すれば消滅し、転入した先で新たに保障されるという性質のものと説明できるかもしれない。転入先の地方公共団体では、区域内に居住するだけで直ちに「住民」として認められ、3か月の居住で選挙権も付与されることになる。

憲法上の地方選挙権は、いわば抽象的に保障されており、国土に遍く存在するいずれかの地方公共団体⁴⁶への居住によって選挙権の保障が具

（インフォメディア・ジャパン・1998年）では、在外国民の地方選挙権を認めている国として、ノルウェーが紹介されていた（戸波江二「外国の在外選挙制度の概要」同書112頁、吉武真理「ノルウェーの在外選挙制度」同書200頁・207頁）。

⁴⁵ 興津・前掲論文（註8）15頁。「当該市町村の区域内に住所を有しなくなった日後四箇月を経過するに至つたとき」に選挙人名簿から抹消される（公選法28条2号）。

⁴⁶ 「ある地域において、憲法上の地方公共団体が全く存在しないということは憲法の予定していないところ」（塩野宏『行政法Ⅲ行政組織法（第4版）』（有斐閣・2012年）151頁）であり、「制度としての地方公共団体の存在の保障は、国土の一部にだけ地方公共団体が設けられていれば足りるとする趣旨ではなく、国土

体化するものと考えられるであろう。在外国民は、特定の地方公共団体に居住していない状態であり、具体的な地方選挙権がないことになる。在外国民については、地方選挙権があるのに行使できないのではなく、特定の地方公共団体での「住民」の資格とそれに伴う選挙権が発生していない状態といえるかもしれない。

2 在外国民の生存権

在外国民の社会権保障については、どのように考えられるであろうか。在留外国人について「社会権の保障は国籍国の責任である」と論じたときにも、日本国が国籍国として在外国民に十分な社会権保障を行っていることが前提とされていたわけではなかったと解される。他方で、定住外国人に対して、社会構成員性を根拠に権利の保障を認める見解も、その論理を在外日本国民にも当てはめることが日本国憲法の解釈として適切であるかについて、必ずしも明確な議論を示していなかったようにみえる。

もちろん、現行制度上、在外国民に対して社会権の保障が全く行われていないわけではなく、国際化・グローバル化の進展に応じた制度的対応もみられる。国内と国外とで事情は異なるから、在外国民には国内と

の区域がすべて地方公共団体の区域に分割されるとする趣旨であり、したがって、国土の中に、アメリカのコロンビア地区のように、地方公共団体の存在しない国の直轄地域を置くことは許されない」(成田頼明『地方自治の保障——著作集』(第一法規・2011年)118頁)とされる。また、「わが国では、すべての区域は、いずれかの市町村に帰属させるという立法政策がとられている。したがって、日本に居住する住民は、いずれかの市町村の住民であるという制度になっている」(宇賀克也『地方自治法概説〈第11版〉』(有斐閣・2025年)21頁)とされる。そして、「日本では、憲法第8章で「地方自治」が保障され、憲法上の地方公共団体について、長や議員を選挙する権利が与えられているから、ある地域の住民が憲法上の地方公共団体に属しないということは、その住民には、憲法上保障された地方自治が存在しないことになる。したがって、日本国憲法は、すべての住民は、少なくとも1つの憲法上の地方公共団体に属することを念頭に置いているとみるべき」(同43頁)とされる。

は異なる内容・程度で社会権を保障することも許されるかもしれない。

しかし、そうした国内と国外の相違があるとしても、在外国民にも社会権は保障され、生存権であれば「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の保障として許容される範囲内かという意味で、憲法の要求水準を満たしているかを検討する余地は残されているのではなかろうか⁴⁷。

生活保護受給者の海外渡航事件判決(最判平20・2・28判時2044号50頁)で、最高裁は、生活保護法には受給者(要保護者)が「国内に現在していることを保護の要件とする規定は存在しない」としながらも⁴⁸、生活保護法が居住地主義(19条)と居宅保護の原則(30条)を採用していることから、生活保護受給者への実際の対応にあたるのは「実施機関」とされる地方公共団体であることを認めている。こうした制度を前提とすれば、「実施機関」が存在しない海外で生活する在外国民には、生活保護が実施されないことになるであろう。

しかし、そのような説明には疑問が生ずる。日本の国土には遍く地方公共団体が存在しているから、憲法上の人権の実現を地方公共団体が担っていることも、大きな障害とはならなかったであろう。在外国民への人権保障は、そこに潜む問題を炙り出したともいえる。本来は国(中央政府)が責任を負うはずの憲法上の人権の保障について、在外国民の場合は、国に替わって実務を担当する地方機関が存在しないのであるから、政府が自ら保障を実現する方途を整備しなければならないはずであ

⁴⁷ 昭和50年版『わが外交の近況』(外交青書)には、第6章「邦人の渡航・移住及びその保護」の第6節「在外邦人に対する保護、援助及び啓蒙」において、「生活困窮者」への援助に関する詳細な記述がある。また、「日本国民は、外国にあって、日本政府に対し、基本的人権の保障を受ける権利を有している。それゆえ、外国における、日本の大使館・総領事館の日本国民に対する対応には、日本国憲法が適用され、基本的人権の侵害は許されない」(松井・前掲書(註2)345頁)との指摘もある。

⁴⁸ ただし、本件は一時的な海外渡航の事案であり、本判決は「被保護者が、当初の居住地を離れて国外に滞在し続けるなどした結果、国内に居住地も現在地も有しないこととなった場合には、保護の停止又は廃止の決定をすべき」としている。

る。〈国外には実施機関がないから在外国民には保障されない〉というのでは、論理が逆転していることになろう⁴⁹。

憲法の保障する生存権が在外国民には保障されないとすれば、それは憲法レベルでその制約の根拠ないし正当化事由が説明されなければならないはずである。現在の国際社会のなかで、国籍国主義と居住地主義のいずれが適切であるのかといった問題についても、国内の定住外国人だけでなく、在外国民も視野に入れて、憲法と整合的な解釈を示す必要があろう。

従来の学説の議論が示すように、参政権は、属人性の観点からの要請が強い権利であるのに対して、社会権は、属人性と属地性の双方の観点からの要請が、それぞれの場合に応じた割合で併存していると考えられる。たとえば、生活保護法の扶助は、保護を求める個人が現在する場所での保障の要請が高いものとされる。生活保護法19条も、地方公共団体の「住民」でなくても、その者の居住地または現在地を区域とする地方公共団体が生活保護実施義務を負うとしている。それゆえ、日本の国家機関の活動が制約される他国の領域内では、保障程度は低くなると解することもできるかもしれない。

Ⅳ 憲法第8章の構想——領域における区処と個人の把握

選挙権や生存権の保障をめぐるのは、地方公共団体が、地理的に分割された担当区域ごとに国の業務を遂行する姿が見出される。ここでは、空間軸の観点から「国民」概念と「住民」概念の検討が求められている。

⁴⁹ 在外被爆者の保護をめぐる一連の訴訟は、在外国民（現在も日本国籍を有する者）だけが問題となったわけではないので、ここでの議論に直結させることには注意が必要であるが、法律が国籍や国内での居住を要件としていないにもかかわらず、「厚生省(のちに厚労省)と援護事務を処理する地方自治体」は、「国外医療機関には厚労大臣の監督が及ばない」とか、「わが国の主権の及ばない国外の医療機関で医療を受けることが常態である在外被爆者」には法の適用は予定されない、といった理由で在外被爆者を受給対象から除外しようとしたと指摘されている(永嶋靖久「在外被爆者医療費訴訟」法セ734号(2016年)25-27頁)。

そこで、憲法第8章が構想する「地方公共団体」について簡単に言及する。

1 「地方公共団体」の性格

憲法自身は第8章に規定する「地方公共団体」の種類や要件について明示していないところ、特別区長公選制廃止合憲判決（最大判昭38・3・27刑集17巻2号121頁）は、「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤」の存在を、憲法上の「地方公共団体」の要件として挙げた。そこには、住民が相互に密接な結びつきを有する、〈濃密な地縁的共同体〉のイメージが投影されているともいわれる⁵⁰。

他方で、地方自治法は、「住所」のみを市町村および都道府県の住民の要件としている。住民になろうとする個人の「加入意思」も、その個人を構成員として承認するという当該地方公共団体の「決定」も必要なく、地方公共団体からみれば他者であるはずの国が定めた法律に基づいて、区域内に住所を定めたという事実に対する法律上の効果として、いわば「自動的」に住民となるとされる。つまり、地方公共団体は、その構成員を自ら選択できないという意味で「開放的」である⁵¹。また、地域の「公共的事務」を処理するためのしくみとして、それぞれの時代の要請を受けて合併も行いながら形成されてきた「人為的」なものでもある⁵²。これらの面に注目すれば、〈開放的で人為的な装置〉としての地方公共団体のイメージが見出されそうである。

東日本大震災における原発事故の影響により市町村の区域外に避難・

⁵⁰ 興津・前掲論文（註8）16頁。

⁵¹ 太田匡彦「居住・時間・住民——地方公共団体の基礎に措定されるべき連帯に関する一考察」嶋田暁文ほか編著『地方自治の基礎概念——住民・住所・自治体をどうとらえるか？』（公人の友社・2015年）26-27頁。宇賀・前掲書（註46）22頁参照。

⁵² 「たまたま同じ地域に居合わせた人々が、日常生活に密接な関連を持つ利害を政治に反映させるための、人為的な装置が地方公共団体」であるとする理解のほうが「地方自治法の趣旨にもかかなう」とされる（興津・前掲論文（註8）19頁）。

移転を余儀なくされた「住民」についても、「住所」のみを市町村への帰属の要件とする地方自治法との平仄を考えながら、(原発避難者特例法等の)法整備が工夫されているようである。

いずれにせよ、地方自治法の「制定以来のさまざまな制度改革」をみると、「地方自治制度のあり方が実に多様なものでありうる」ことが指摘される⁵³。

日本国憲法が想定する地方公共団体が、〈濃密な地縁的共同体〉を前提とするのか、〈開放的で人為的な装置〉なのか、あるいは両方の性格を併有あるいは許容するものなのか、憲法学説の議論は、必ずしも明確ではないようにみえる。居住・移転の自由との関係についても、説明が求められるであろう。

しかし、判例が、憲法上の「地方公共団体」について、額面通りに住民の「密接な共同生活」や「共同体意識」を求めていたとすれば⁵⁴、それには批判が示されてきたところである⁵⁵。近年、社会保障の領域等で論じられる「地域共生社会」との関係で、判例のいう「共同体意識」に積極的な意義を見出そうとする見解もみられる⁵⁶。ただし、そこでは、大きくなり過ぎた基礎自治体に代えて、市町村よりも小規模という意味

⁵³ 大石眞『憲法概論Ⅰ総説・統治機構』(有斐閣・2021年)482頁。

⁵⁴ 慎重な検討の必要性について、興津・前掲論文(註8)28頁註26、斎藤誠『現代地方自治の法的基層』(有斐閣・2012年)114-116頁、仲野武志「国及び公共団体の概念」稲葉馨先生・亘理格先生古稀記念『行政法理論の基層と先端』(信山社・2022年)63頁参照。

⁵⁵ たとえば、樋口陽一ほか『注解法律学全集(4)憲法Ⅳ』(青林書院・2004年)252頁[中村睦男]、渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係——二層制の憲法原理的考察」公法62号(2000年)217頁、宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法——行政法と隣接法分野との対話』(有斐閣・2003年)248-249頁[渋谷秀樹]、宇賀・前掲書(註46)37-38頁、大石・前掲書(註53)477頁。

⁵⁶ 尾形健「福祉国家における「地域」の意味——憲法学の側からの一考察」法時95巻10号(2023年)23頁、同「「地域共生社会」の理念的基礎——「相談支援」のための制度的基盤に向けて」菊池馨実編著『相談支援の法的構造——「地域共生社会」構想の理論分析』(信山社・2022年)162-164頁、飯島淳子＝井手英策＝菊池馨実＝西村淳＝山本龍彦＝笠木映里「〈座談会〉地域共生社会におけるソーシャルワークと法」法時94巻1号(2022年)21頁[飯島]・21-22頁[山本]。

での「地域」に着目した議論がなされているものと解される⁵⁷。

そうすると、日本国憲法のいう「地方公共団体」は、〈濃密な地縁的共同体〉から〈開放的で人為的な装置〉までをも含みうるものかもしれないが、実際の法制度は、市町村合併の進展をみても、地方公共団体を〈開放的で人為的な装置〉と扱う方向に進んでおり、それが直ちに違憲ともされていないといえそうである。

このように憲法上の地方公共団体を捉えるならば、在外国民についても、〈濃密な地縁的共同体〉の構成員が一時的に国外に居住していると考えerる必要はなく、在外地方選挙権の保障が求められることもないであろう。逆に、国民に憲法上保障されるはずの生存権が、〈濃密な地縁的共同体〉によってその構成員に対して保障されると考えることには、疑問があろう。

従来、憲法学説が条例について論ずる際には、〈濃密な地縁的共同体〉としての地方公共団体の議会が、法律とは独立に、条例を制定するという意識が強かったかもしれない。ただ、国会が制定する法律との関係を見るときに、条例の性格と機能について改めて検討する必要があると解される⁵⁸。

定住外国人地方選挙権判決（最判平7・2・28民集49巻2号639頁）は、外国人登録制度および機関委任事務が存在した時代の判断であるが⁵⁹、判決の論理によれば、(a)「永住者等であって」かつ(b)「その居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるもの」の要件は、「専ら国の立法政策にかかわる事柄」として国会が「法律をもって」定めて、国会が「選挙権を付与する措置を講ずる」ことに

⁵⁷ 岡田正則「地域・地方自治・地域共生社会」菊池編著・前掲書（註56）167頁以下参照。なお、その際に、「地域社会と「関係したくない」個人の存在をどう位置付けるのが重要」（飯島ほか・前掲座談会（註53）16頁〔山本〕）との指摘もなされている。

⁵⁸ 条例の種類に応じて「地方議会は行政機関に近いものとして位置付けられる」（川端倅司『条例の法的性質と地方自治の保障』（弘文堂・2024年）279頁）場合があることを論ずる行政法学説との接続を図ることも重要であろう。

⁵⁹ 興津・前掲論文（註8）20-21頁参照。

なる⁶⁰。

地方公共団体は、「我が国の統治機構の不可欠の要素を成す」ところの〈開放的で人為的な装置〉として統治の一翼を担っている面があるとすれば、第8章の総則的規定である憲法92条が、「地方自治の本旨に基づいて」という要件を付して、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項」について法律主義を採用していることの意義を、再確認することが重要かもしれない。10条の国籍法定主義について「憲法上の国民」を指定して立法裁量を統制することが必要であるのと同様に、法律主義の規定である92条において、立法裁量を統制する憲法解釈を構築することが求められるであろう。しかも、92条は、31条と同様に、法律主義の規定であるとともに総則的規定であることに留意すべきかもしれない⁶¹。

ここでは、「居住の契機と政治的統合の契機からなる「住民」概念」について検討することが課題とされている。しかしながら、現行法上、都道府県・市町村は、「居住の事実」のみを「住民」の要件とするものである。もし、憲法93条の「住民」について15条の「国民」とは別個に考える可能性を追究するならば、地方公共団体が〈濃密な地縁的共同体〉

⁶⁰ (a)は、国民についての国籍に相当するもので、相応の在留資格が前提となることを示している。(b)は、国民についての3か月の居住要件よりも高度の要求を認める趣旨を含むものと解される。「特段に緊密な関係を持つに至った」と判定する基準の具体的な内容は、国会に任されている。国民は、憲法上の地方選挙権が保障されており、国土に遍在する地方公共団体の間で移転しても、直ちに移転先の自治体で選挙権の行使が認められる(3か月は合理的な最低限度の制限とされるのであろう)。これに対して、外国人の場合は、法律によって認められる地方選挙権の行使について、転居による制約が国民より大きいとしても許容されるであろう。

⁶¹ 従来の憲法学説の思考によれば、総則的規定に盛り込まれた理念から導かれる重要な内容が個別的规定に具体化されており、逆に、個別的规定に照らせば総則的規定の理念を具像化できることになる。しかし、総則的規定はそれにとどまるものではなく、時代・状況の変化に対応して、必要な規範を導き出す母体となると考えられている。つまり、憲法92条をめぐるのは、地方公共団体の編成・役割の変化に応じて、法律主義の内容の憲法的規律の問題と、総則的規定としての憲法的規律の問題とを検討する必要があると解される。

を实体とするものと解することを求められるのではなかろうか。

定住外国人の「政治的統合」をめぐっては、「地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることを併せ考え」たうえで、領域内に居住しているが日本国籍を有さない人々に対して、日本国の統治機構の全体構造におけるどの部分で、どの程度の参加を認めるべきかを検討することが重要であろう。

選挙権が重要な権利であるとしても、学説が国政選挙や地方選挙という個別の論点に注力してきたのは、人権享有主体性の問題を「縦割り」的に扱う思考の影響を否めないと解される。「政治的統合」の問題としては、より総合的に、たとえば、外国籍の住民にも住民訴訟の提起が可能であり、法律上の争訟の枠外で地方公共団体の政策について違憲審査を求める道が開かれていることも勘案して、考察すべきかもしれない。

2 個人を把握する主体

憲法上の人権の保障を属人的観点から検討する場合には、「国民」概念が関わってくる。そこには国家による個人の把握の問題がある⁶²。

日本国籍の有無を判定する主たる基盤は、戸籍である。すべての日本国民は戸籍に記載され、日本国籍を有しない者は戸籍に記載されないという制度の建前に着目して、日本国籍保有者の把握は戸籍制度に依存している⁶³。国籍法によって日本国民の要件が規定されているが、実際には、国籍制度は、いわば観念的な存在に留まっていて、身分登録制度としての戸籍制度を「借用」して国家の構成員を特定しているようにみえ

⁶² 公法75号(2013年)所収の諸論文参照。

⁶³ 大西広之「日本の行政機関における国籍管理の現状と複数国籍者把握の可能性」佐々木てる編『複数国籍——日本の社会・制度的課題と世界の動向』(明石書店・2022年)135頁、齊藤笑美子「戸籍による国民の把握とその揺らぎ」公法75号(2013年)120頁・122頁。田代・前掲書(註14)6-7頁は、「戸籍は日本国民登録簿である」という。他方で、「外国人の除外は、身分登録制度としては必ずしも合理的なものではない」(齊藤・同論文122-123頁。多賀谷一照「公的機関による外国人の把握」公法75号(2013年)144頁・150頁も参照)との指摘がある。

る⁶⁴。

明治31年の戸籍法では、外国人は本籍を定めることができないと規定していたものの、大正3年の戸籍法以降は、戸籍法制にこのような明文規定はないとされる⁶⁵。ただ、引き続き、日本国籍を有しない者には戸籍を編製しない制度運用がなされてきた。他方、出生・帰化等の国籍取得の原因や、国籍喪失の原因が生じたときには、届出義務を課し、すべての日本国籍者について戸籍が編製されるかたちになっている。こうしたことから、日本の官公署に対して日本国籍を証明する場合には、戸籍謄本が用いられる。しかし、戸籍には国籍が明記されていないため、外国官憲に対しては、戸籍謄本等では日本国籍の証明として十分でなく、行政上の取扱いとして法務省民事局が国籍証明書を発行しているとされる⁶⁶。

戸籍と国籍の不一致も生ずる。「戸籍の記載は原則として届出に基づいて形式的審査で行われる」ので、届出の懈怠、虚偽の届出、戸籍事務担当者の過誤等によって、日本国籍を有するのに戸籍がない、あるいは、その逆の事態が発生する。戸籍制度に固有の問題によって戸籍への登録が適切になされないこともあり、家族という私人の事情が国家構成員の把握に支障をきたすことになる。「戸籍は日本国籍の存在を推定させるきわめて重要な証拠資料ではあるが、公信力を有するものではない」とされている⁶⁷。

さらに、生地主義の国では本人の出生地を確認すれば国籍の有無を判

⁶⁴ たとえば、国籍を失った者は従前の戸籍から除籍される（戸籍法23条）。また、国籍の得喪に関する手続は、戸籍法102-106条で規定されている。たしかに、各国の国籍法制も、その国の身分登録制度と有機的な関係を有していることが多いかもしれない。それでも、憲法上は、国籍制度は必要であるとしても、戸籍制度（家族単位の名分登録制度）は必須ではないところ、日本の国籍制度は、固有の完結した法制度や事務組織を有せずに戸籍制度を「借用」しているともみることも可能であろう。なお、田代・前掲書（註14）はしがき1-2頁参照。

⁶⁵ 大西・前掲論文（註63）134頁。

⁶⁶ 木棚・前掲書（註32）135頁。江川ほか・前掲書（註12）49頁参照。

⁶⁷ 木棚・前掲書（註32）127頁。田代・前掲書（註14）7頁、江川ほか・前掲書（註12）49頁参照。

定できるのに対して、戸籍で分かるのは親族の血筋であり、論理的には、何代も遡って調査しても国籍の有無は確定できないとされる。日本国籍を有しない者が戸籍に記載されることはありうるとされ、そうなる時の経過によって戸籍の消除は困難となっており、表見上は日本国民として扱われることになり、そのことは子孫の国籍にも代々波及することになる⁶⁸。

戸籍事務を地方公共団体（市町村）が法定受託事務として行っていることの理解には議論があるかもしれないが⁶⁹、ここでは措くこととする。また、地方公共団体の「デジタル化」や「グローバル化」が国民概念・住民概念に対して有する意味合いについては種々の議論があるが、ここでは在外国民との関係で言及する。

個人番号（マイナンバー）は、住民票を基礎として付番されることから、国外に転出し住民票が消除されると失効するしくみであった。2024年からは、本籍地の市町村が管理する「戸籍の附票」の情報と連携させることで、在外国民もマイナンバーカードと公的個人認証サービスを利用できるようになった⁷⁰。「戸籍の附票」という名称であるが、戸籍法で

⁶⁸ 大西・前掲論文（註63）140-141頁、田代・前掲書（註14）12-13頁参照。

⁶⁹ 小早川光郎「地方分権改革——行政法的考察」公法62号（2000年）171-172頁および243-245頁（討論要旨）参照。なお、「現在、日本の戸籍事務は、人の身分関係を公証し、場合により身分関係の形成に関与する重要な国家事務であるが、この事務を処理するための国の機関は設置されておらず、市区町村長が法定受託事務としてこれを行っている（戸籍法一条二項）。しかし、事務の性質上、全国的に統一された取扱いが必要であることもあり、法務大臣は、戸籍事務の処理基準を定めることができ、当該市区町村役場所在地を管轄する法務局または地方法務局の長は必要に応じて報告を求め、または助言もしくは勧告をすることができる」とされている」（大西・前掲論文（註63）134頁）と説明される。

⁷⁰ 「情報通信技術の活用による行政手続等に係る関係者の利便性の向上並びに行政運営の簡素化及び効率化を図るための行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律等の一部を改正する法律」（令和元年法律第16号）による、戸籍附票に係る改正の主目的は、在外国民にも個人番号（マイナンバー）制度と公的個人認証サービスを利用できるようにするためとされている。戸籍附票の記載事項に追加される住民票コード等は、戸籍情報を個人番号と紐付けるためにも利用するとされる。

はなく住民基本台帳法に規定されている。戸籍附票は、住民票のある市町村と、本籍地の市町村の情報連携によって、それぞれの記録の正確性を担保するものとされる。

戸籍附票には住所の履歴が記録されており、戸籍のある限り存続するので、在外国民の国内での最終住所地を特定することができる。この戸籍附票のデータベースを整備し、住基ネットと接続することで、在外国民のマイナンバーカード利用を実現したのである。つまり、住民ではない在外国民について事務を担当すべき地方公共団体を決定するために、「本籍地」という戸籍制度の概念と結びついた戸籍附票を用いたことになる⁷¹。

もちろん、戸籍附票を用いる方策は、システムの構築・運用上の技術的な事情もありうるので、これを直ちに理論的な問題に引き写して論ずるのは、必ずしも適切ではないかもしれない。

ただ、日本の国土には憲法上の地方公共団体が遍在することを前提として、「領域における区処」に当たる地方公共団体が、そこに居住する「個人の把握」を実現するしくみになっているように見える。そうであるとすれば、地方公共団体の住民ではない在外国民について、「マイナカード」に相当するサービスを政府が別途に提供するのではなく、「住民ではない国民」も特定の地方公共団体に割り当てて役割を担わせるようにしたもの、理由のあることかもしれない。

おわりに

今日、国民は、自国の領域内から領域外に及ぶ「空間軸」上で、さまざまに活動し、また生活（居住）している。国内と国外が截然と区別され、しかも「国外」にいる国民を例外的状況として扱えば足りる時代ではない。在外国民の人権を論ずることは、広大な「空間軸」における人

⁷¹ 「国民の身分に関する事項が戸籍という形で管理され、それが「本籍」という概念で接合されている点にも、憲法一四条・二四条に照らし重大な疑問がある」（松井茂記「住民基本台帳法の改正とその問題点」ジュリ1168号（1999年）93頁註13）との指摘もある。

権保障を考えることに結びつく。

そのうえ、この「空間軸」上の自国内でないところは、「無色透明」な「国外」ではなく、そこには他の主権国家の領域が存在しており、在外国民が存在しているのは、ほとんどの場合、その部分である。在外国民の保護が、国家からみれば対人主権の拡張であり、国民個人からみれば国籍という紐帯による結びつきの維持であるとすれば、外国籍「住民」の統合を図ろうとする領域国（居住国）との関係も視野に入れる必要があるかもしれない。ここでは空間軸上の人を意識して論じてきたが、「民法の適用範囲」という観点からの考察も求められるであろう。

そして、近代日本の歴史的経緯と結びついて「国籍」と「民族」の関係を考察することが求められた「住民」だけでなく、「空間軸」上を新たに移動してくる「住民」の増大に憲法学説は対処しなければならないはずである。

そうした考察において、とりあえず到達したのは、①関連法制の憲法適合性を検討するためにも「憲法上の国民」の措定が必要であること、②国籍法制は「憲法上の国民」の一応の判定基準に過ぎないこと、③憲法上の人権の保障を考える際には、在留外国人にしても在外国民にしても、「権利の性質」について属地的観点と属人的観点から検討しながら、取扱いの区別の合理性を判断する必要があること、④日本国籍の台帳として戸籍制度を「借用」する方法には再検討の余地があること、であった。

契約責任法における 責任内容確定の構造と方法（7）

—— 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 of 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. クニユーテルの見解

d リームの見解

e J. W. フルメの見解

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（以上、75巻5＝6号）

第3節 損害賠償分類論

1 はじめに

2 早すぎた填補購入（以上、76巻1＝2号）

3 利用利益喪失損害の検討

（1）利用利益喪失損害の分類——填補賠償と遅延賠償の区別

ア 転売利益以外の利用利益喪失損害

イ 転売利益

（2）利用利益喪失損害の外延——「填補賠償または遅延賠償」と単純賠償の区別

ア 学説

イ 分析

4 まとめ

（1）損害の分類方法

（2）責任内容論をめぐる議論から析出した3種類の損害概念の
有用性（以上、本号）

第3章 日本法の検討

第4章 おわりに

3 利用利益喪失損害の検討

ところで、先に紹介したドイツの学説からは、「早すぎた填補購入」以外の場面についての示唆、とりわけ（本稿のいう）利用利益喪失損害についての示唆をも得ることができる。そこで、以下では、適宜学説の

紹介を補充しつつ、利用利益喪失損害について検討していく。

その際には、便宜上、債権者が給付を利用することにより取得したであろう利益（の喪失）のうち、填補賠償または遅延賠償の対象とされるもののみを「利用利益喪失損害」と呼ぶこととしたい。そうすると、検討すべき問題は、利用利益喪失損害の分類に関する問題——ある利用利益喪失損害の賠償が填補賠償と遅延賠償のいずれに分類されるのかという問題——と、利用利益喪失損害の外延に関する問題——ある損害賠償が填補賠償または遅延賠償に分類されるのか、それとも単純賠償に分類されるのかという問題——の2つだということになる。

（１）利用利益喪失損害の分類——填補賠償と遅延賠償の区別

では、利用利益喪失損害の分類に関する問題を検討していく。以下では、まず、転売利益（の喪失）以外の利用利益喪失損害——例えば、営業利益（の喪失）——について検討し、その後に、転売利益（の喪失）について検討することとする。これは、転売利益については、その特殊性¹ゆえに他の利用利益喪失損害と同じ方法——具体的には、時的区分説——によって損害の分類を行うことができないのではないかということが問題となるため、検討を後回しにしたほうがよいと考えられることによる。

ア 転売利益以外の利用利益喪失損害

まず、転売利益（の喪失）以外の利用利益喪失損害について検討する。

（ア）問題の所在——想定される給付の時期

すでに明らかにしたとおり、填補賠償に分類されるかどうかの基準は、（給付の受領との両立可能性の有無の下位基準としての）給付（の受領）との利益重複の有無である。では、転売利益以外の利用利益喪失損害について、利益重複の有無はどのように判断されるべきであろうか。

ここでは、どの時点における「給付（の受領）」を想定するかによって、利益重複の有無の判断が変わってくるということを考慮に入れなければ

¹ 転売利益の特殊性をどこに見出すべきかは一定の検討を経てはじめて明らかになることであるが、ここで先に結論を述べておくと、転売利益の特殊性は、給付の処分を前提として取得される利益であるという点にある。

ならない。例えば、猶予期間経過時の給付を想定した場合には、それより前に発生した営業利益の喪失という損害については、もはや給付によって除去することができない以上、給付との利益重複は認められないことになる。他方、それより後に発生した（するであろう）営業利益の喪失という損害については、給付によって除去（回避）することができるため、給付との利益重複が認められることになる。これに対して、履行請求権消滅時——例えば、填補賠償請求時——の給付を想定した場合には、同じように考えると、履行請求権消滅前に発生した損害については利益重複が認められず、履行請求権消滅後に発生した（するであろう）損害については利益重複が認められることになる。このように、（転売利益以外の）利用利益喪失損害については、——給付の不取得が損害として捉えられる場合にはあえて時的区分説を用いるまでもなく利益重複を認めることができるのとは対照的に——利益重複の有無の判断方法としてまさに時的区分説が必要不可欠となり、それゆえ、どの時点における給付を想定するかという問題が生じることになるわけである²。

（イ）履行請求権消滅時説の根拠

この点について、時的区分説の内部においては、少数ながら猶予期間経過時の給付を想定する論者がいる³ものの、すでに述べたように、通説は、履行請求権消滅時の給付を想定している。他方で、損害類型別的区分説を採るグリゴライト＝リームにおいては、確かに、時的区分説にお

² Hans Christoph Grigoleit/Philip Bender, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZfPW 2019, S. 29も、「給付本体の不取得による損害 (Schäden infolge des Ausbleibens der Leistungssubstanz)」——本稿でいう「本体喪失損害」に概ね対応する（ただし、転売利益の喪失も含む）——と「利用価値損失 (Nutzwerteinbußen)」——本稿でいう「(転売利益の喪失以外の) 利用利益喪失損害」に概ね対応する——を区別したうえで、時的区分説が後者に対してのみ適合することを指摘する。

³ Klaus Tiedtke/Marco Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, S. 617; Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl., 2018, S. 203.

けるように、どの時点における給付を想定するかという問題が明示的に提起されていたわけではない。しかし、彼らは、時間の経過に伴って、つまり時々刻々と利用計画の挫折が生じていく場合の利用利益喪失損害のうち、損害の発生が履行請求権消滅後の場合を終局的利用利益喪失損害として填補賠償の対象とし、損害の発生が履行請求権消滅前の場合を一時的利用利益喪失損害として遅延賠償の対象としていた。これは、——リーム自身も認める⁴ように——実質的には、時的区分説のうち、履行請求権消滅時の給付を想定する見解と重なる。このように損害類型の区分説も結局は時的区分説に接近しているという事実は、この種の損害において「想定される給付の時期」という問題を避けて通ることができないということを示しているといえる。

以上のように、ドイツにおいては、履行請求権消滅時の給付を想定する見解が支配的である。では、この見解の根拠はどこに求められるだろうか。ドイツでは、特に根拠が挙げられることなくこの見解が主張されることも多く、この点に関する議論が深まっているとはいいいがたいが、以下では、ドイツにおいてわずかにみられる議論を手がかりとしつつ、分析を試みる。

a 形式的根拠——遅滞損害は履行請求権の存在が前提——履行請求権消滅後の給付を想定する見解を排除

まず、形式的根拠として、遅滞 (Verzug) は履行請求権の存在を前提とするため、履行請求権消滅後に遅滞損害は発生しえないという点が挙げられることがある⁵。これは当を得た指摘であり、これにより、履行請求権消滅時より後の給付を想定する見解——そのような見解は実際には主張されていないが——が排除されることになる。

b 実質的根拠

次に、実質的根拠としては、以下の点を検討する必要がある。

(a) 填補賠償制度の趣旨

まず、填補賠償の定義を填補賠償制度の2つの趣旨から導くことがで

⁴ Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, 1. 8. 2023, § 280 Rn. 278 (-Thomas Riehm). このほか、Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 25, 28も参照。

⁵ BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 276 (-Riehm)。

きたように、ここでも、填補賠償制度の2つの趣旨が根拠となる可能性がある。そこで、2つの趣旨について、1つずつ検討していく。

1) 填補賠償付加要件の観点——無意味

第1に、填補賠償に分類されると填補賠償付加要件がかかることになるという点については、想定する給付の時期を決定するうえで意味を持たないと考えられる。

ア) 時的区分説に対する批判——填補賠償付加要件の意味の喪失

このことは、時的区分説に対して投げかけられることのある次のような批判に表れている。それは、時的区分説を採ったうえで、猶予期間経過時（少数説）または履行請求権消滅時（通説）における給付を想定した場合、填補賠償付加要件が無意味なものになってしまうという批判である。

すなわち、一方で、債権者は、猶予期間の設定をしないままにしておくことにより——通説を前提とした場合には、填補賠償の請求をしないままにしておくことによっても——、給付とともにする損害賠償と給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の分水嶺としての意味を持つ「想定される給付の時期」を先延ばしにすることができる。これにより、先延ばしにされた「想定される給付の時期」よりも前に（終局的に）発生した損害の賠償を、給付とともにする損害賠償として、填補賠償付加要件とは無関係に請求することができるようになる。

他方で、債権者が猶予期間を設定し、それが経過した場合——通説を前提とした場合には、その後、填補賠償を請求した場合——には、確かに、猶予期間経過時（少数説）または履行請求権消滅時（通説）よりも後に（終局的に）発生した損害は、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の対象となる。しかし、債権者がその損害の賠償を請求する段階においては、すでに猶予期間が経過しているため、填補賠償付加要件は必然的に満たされていることになる。

以上をまとめると、時的区分説を採った場合、填補賠償付加要件の充足が必要となるのは、債権者が猶予期間を設定した場合に限られるが、その場合には、填補賠償を請求する段階において必ず填補賠償付加要件が充足されている。要するに、時的区分説を採ると、填補賠償の請求に

付加要件を要することとした意味が失われてしまうというわけである⁶。

イ) 批判の評価

a) 意義——利用利益喪失損害が問題となる場面
についての指摘としての正当性

この批判は、利用利益喪失損害が問題となる限りにおいては、当を得た指摘を含んでいる。利用利益喪失損害については、批判論者が指摘するように、猶予期間経過時の給付を想定する見解と履行請求権消滅時の給付を想定する見解のいずれを採った場合でも、填補賠償付加要件は意味を持たない。したがって、想定する給付の時期を決定するにあたって、填補賠償付加要件の観点は意味を持たない。

もっとも、批判論者が、填補賠償付加要件が意味を持たないという指摘にとどめることなく、それを時的区分説に対する批判に結びつけている点については、反対すべきである。というのも、すでに述べたように、（転売利益以外の）利用利益喪失損害については、利益重複の有無の判断方法として時的区分説が必要不可欠である。時的区分説を採った場合に填補賠償付加要件が意味を失うことになってしまうのは、——債権者が事態を放置しておけば自ずと（終局的に）発生するという——利用利益喪失損害の性質によるものであり、致し方ないことであると考えべきである。なお、このように考えた場合、想定する給付の時期を填補賠償付加要件とは別の観点から決定する必要があることになる。その別の観点として何が考えられるのかについては後述する。

b) 問題点——本体喪失損害が問題となる場面
についての指摘としての不当性

このように、前述の批判は、確かに、利用利益喪失損害については—

⁶ Patrick Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, S. 2835; Ivo Bach, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung, ZJS 2013, S. 3; Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 243–304, 13. Aufl., 2014, § 280 Rn. 316 (–Christoph Benicke/Jan F. Hellwig); Ulrich G. Schroeter, Befriedigung des Leistungsinteresses in Geld – Der »statt der Leistung« verlangte Schadensersatz im modernisierten Schuldrecht, AcP 220 (2020), S. 248.

—反対すべき点もあるものの——当を得た指摘を含んでいる。しかし、この批判は、性質の異なる損害を区別することなく、一律に填補賠償付加要件の意味が失われると指摘している点において、適切ではない。

すなわち、本体喪失損害は、債権者が事態を放置しておけば自ずと終局的に発生するという性質を持たない。むしろ、本体喪失損害は、不履行により不確定的に発生し、履行請求権が消滅してはじめて終局的（ないし確定的）に発生するという性質を持つ。この性質に照らすと、本体喪失損害は、（時的区分説を適用したとしても、）債権者が猶予期間を設定するとしないとにかかわらず、常に填補賠償の対象となる。したがって、填補賠償付加要件は、本体喪失損害との関係においては、不確定的に発生した損害の賠償を付加要件が満たされるまで一時的に阻止するという形で作用することができる。

このように、填補賠償付加要件の意味が失われるという指摘は、本体喪失損害については妥当しない。

2）給付の受領との両立可能性の観点——（少なくとも）実際の給付後の給付を想定する見解を排除

では、第2に、給付と填補賠償を両方受けることを禁止するという填補賠償制度の趣旨は、想定する給付の時期を決定するうえで意味を持つだろうか。

ア）猶予期間経過時説に対する批判——猶予期間経過後・実際の給付前に発生した損害の賠償が給付の受領と両立しないことになる

これについては、猶予期間経過時の給付を想定する見解に対して投げかけられることのある次のような批判をみておく必要がある。それは、この見解を採ると、猶予期間経過後に結局債務者による給付がされたという場合に、猶予期間経過後・給付前に（終局的に）発生した損害の賠償が填補賠償に分類されることになるため、履行を受領したうえでその賠償を請求することができなくなるという批判である⁷。

⁷ Stephan Lorenz, Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder – Was taugt die „Zauberformel“?, in: Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, 2012, S. 153; BeckOGK, a.a.O. (Fn. 4), § 280 Rn.

イ) 批判の分析

a) 2通りの理解の可能性

この批判には、2通りの理解の可能性がある。

aa) 純粹に給付の受領との両立可能性の観点のみに着目した批判として理解する可能性

1つは、純粹に給付の受領との両立可能性の観点のみに着目した批判として理解する可能性である。これによると、この批判は、次のようなことを説くものとして理解される。債務者による給付が実際に行われた場合には、その給付後に（終局的に）発生する利用利益喪失損害の賠償は給付の受領と両立しないが、その給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償は給付の受領と両立する。したがって、前者は填補賠償、後者は遅延賠償に分類されるべきである。要するに、債務者による給付が実際に行われた場合には、まさにその（時点における）給付を想定して時的区分説を適用すべきである。

ここでは、猶予期間經過後・債務者の給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償が、その最終的な賠償の可否——具体的には、損害軽減義務によって賠償が否定されないかどうか——にかかわらず、もっぱら給付の受領との両立可能性の観点から、遅延賠償に分類されることになる。

bb) 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観点にも着目した批判として理解する可能性

もう1つは、給付の受領との両立可能性の観点だけでなく、——責任内容論の箇所⁸で取り上げた——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観点にも着目した批判として理解する可能性である。これによると、この批判は、次のようなことを説くものとして理解される。債務者による給付が実際に行われた場合には、その給付後に（終局的に）発生する利用利益喪失損害の賠償は、給付の受領と両立しない。したがって、この賠償は（すでに給付の受領との両立可能

278 (-Riehm).

⁸ 連載第5回の第2章第2節2(2)(146頁以下)を参照。

性の観点から）填補賠償に分類されるべきである。これに対して、その給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償は、給付の受領と両立する。そのうえ、この賠償は、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の観点からも否定されない（ここでは、例えば、履行状態実現措置を講じる義務は履行請求権消滅時に生じるという見解を採っていることが想定される）。したがって、この賠償は遅延賠償に分類されるべきである。

ここでは、猶予期間経過後・債務者の給付前に（終局的に）発生した利用利益喪失損害の賠償が、給付の受領との両立可能性の観点だけでなく序列関係の観点からも否定されないといえてはじめて、遅延賠償に分類されることになる。逆にいうと、仮に履行状態実現措置を講じる義務が不履行時に生じるという見解を採った場合には、この賠償は、——給付の受領との両立可能性の観点からは否定されないにもかかわらず——填補賠償に分類されることになる。

b) 2つの考え方の対立点——序列関係という問題の捉え方の採否

以上で示した2つの考え方の分かれ目は、（利用利益喪失損害に関する）損害軽減義務の問題を、——リームのように——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問題として位置づけるかどうかという点にある。

序列関係の問題として位置づけた場合には、損害軽減義務による賠償の否定が問題となるのは、利用利益喪失損害の賠償の中でも、履行状態実現費用の賠償と両立しない利益を実現するもの、つまり填補賠償に分類されるものに限られるということになる。そうすると、利用利益喪失損害が填補賠償と遅延賠償のいずれの対象となるかは、損害軽減義務（履行状態実現措置を講じる義務）によって（原則として）賠償が否定されることになるかどうかという点に影響を及ぼすことになる。要するに、損害賠償分類論においてどの時点の給付を想定するかということが、履行状態実現措置を講じる義務をどの時点から課すべきかという責任内容論の問題に関する態度決定としての意味を持つことになるわけである。

これに対して、序列関係の問題として位置づけない場合には、遅延賠償に分類された利用利益喪失損害の賠償についても、損害軽減義務によ

る賠償の否定を問題にすることができることになる。

c) 想定される給付の時期の問題において給付の
受領との両立可能性の観点が持つ意味

このようにみると、想定する給付の時期を決定するうえで給付の受領との両立可能性の観点が持つ意味は、序列関係という問題の捉え方を採用するかどうかによって変わってくるということができる。

aa) 序列関係という問題の捉え方を採用しない
立場——実際に給付が行われた場合にまさに
その給付を想定することを要請

採用しない場合には、給付の受領との両立可能性の観点から、「債務者による給付が実際に行われた場合には、まさにその（時点における）給付を想定して時的区分説を適用すべきである」ということまで導くことができる。

bb) 序列関係という問題の捉え方を採用する
立場——実際の給付後の給付を想定する見
解を排除

これに対して、採用した場合には、給付の受領との両立可能性の観点から導くことができるのは、せいぜい、「債務者による給付が実際に行われた場合には、その時点よりも後の時点の給付を想定してはならない」ということまでである。

(b) 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観点——想定される給付の時期に関する履行請求権消滅時説と填補購入義務の発生時期に関する履行請求権消滅時説の間の対応関係の存在？

序列関係という問題の捉え方を採用した場合には、むしろ、その序列関係の観点——履行状態実現措置を講じる義務をどの時点から課すのかという点——が想定される給付の時期にとって決定的な意味を持つことになる（なお、このことは、債務者による給付が行われなかった場合——典型的には、債権者が填補賠償と遅延賠償の両方を請求する場合——でも変わらない）。具体的には、履行状態実現措置を講じる義務を不履行時から課す見解を採る場合には、不履行時の給付を想定する見解を採

ることになり、履行状態実現措置を講じる義務を履行請求権消滅時から課す見解を採る場合には、履行請求権消滅時の給付を想定する見解を採ることになる。そうすると、ドイツにおいて支配的となっている履行請求権消滅時の給付を想定する見解の実質的根拠も、こうした序列関係の観点にある可能性があるといえる。つまり、損害賠償分類論におけるこの見解は、責任内容論における、填補購入義務を履行請求権消滅時から課す見解⁹と対応関係にある可能性がある¹⁰。

なお、序列関係という問題の捉え方を採用しない場合には、債務者による給付が実際に行われた場面については、先に述べたように、まさにその（時点における）給付を想定しなければならない。これに対して、債務者による給付が行われなかった場面については、——履行請求権消滅時より後でない限り——どの時点における給付を想定してもよい（猶予期間経過時の給付を想定するか履行請求権消滅時の給付を想定するかによって、何らかの結論の違いが生じることはない）ということになる。

イ 転売利益

続いて、検討を後回しにしていた転売利益についてみていく。

（ア）問題の所在——履行請求権消滅前に失われた転売利益の分類

まず、転売利益が履行請求権消滅後に（転買主の解除などにより）失われた場合には、その転売利益が填補賠償の対象となることに争いはない¹¹。問題は、転売利益が履行請求権消滅前に失われた場合である。こ

⁹ 責任内容論の箇所では、リームが、填補購入義務の発生時期を、給付に代わる損害賠償の請求可能時（猶予期間経過時）と履行請求権消滅時（給付に代わる損害賠償の請求時）のいずれと考えているのかが必ずしも明らかではないことを指摘したが、本文のような見方からは、リームは、——損害賠償分類論において、履行請求権消滅時の給付を想定する見解に立っている以上——填補購入義務の発生時期についても、履行請求権消滅時説を採用していると推測されることになる。

¹⁰ もっとも、ドイツにおいてリーム以外の論者が序列関係という問題の捉え方を採用しているのかが必ずしも明らかではないため、現時点ではあくまで「可能性」の指摘にとどまる。

¹¹ *Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm, Die Kategorien des*

の場合、時的区分説（のうち履行請求権消滅時の給付を想定する見解）をそのまま適用すると、転売利益は、給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）の対象となる。しかし、このように転売利益を他の利用利益喪失損害と同じように扱ってよいのかという点がまさに問題であり、ドイツの学説も、遅延賠償構成と填補賠償構成に分かれている。以下では、ドイツの学説を紹介した後、その分析を行うこととする。

（イ）学説

学説は、遅延賠償構成と填補賠償構成に分かれる。

a 遅延賠償構成

まず、遅延賠償構成¹²をみていく。

（a）内容

1）区別基準——時的区分説

その代表者であるローレンツは、すでに何度も述べているように、区別基準として、時的区分説（のうち履行請求権消滅時の給付を想定する見解）を採用している¹³。

2）転売利益が問題となる場合

ア）転売利益が履行請求権消滅前に失われた場合——遅延賠償

これによると、転売利益が履行請求権消滅前に失われた場合には、その転売利益は、給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）の対象となる¹⁴。

Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), S. 741; *Stephan Lorenz*, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149 f.; *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 270; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 270 (*-Riehm*).

¹² *Volker Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, S. 266; *Lorenz*, aa.O. (Fn. 11), S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149; *Arnd Arnold*, Die Abgrenzung der Schadensarten nach § 280 BGB, ZJS 2009, S. 23; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255–304, 2019, § 280 Rn. E 10 (*-Roland Schwarze*).

¹³ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 11), S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149.

¹⁴ *Lorenz*, aa.O. (Fn. 11), S. 204; *ders.*, aa.O. (Fn. 7), S. 149.

イ）転売利益が履行請求権消滅後に失われた場合——
—填補賠償

これに対して、転売利益が履行請求権消滅後に失われた場合には、その転売利益は、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の対象となる¹⁵。

（b）批判——過剰賠償の惹起

しかし、遅延賠償構成に対しては、次のような批判がある。すなわち、債権者は、仮に債務者が適時に給付を行ったとすると、目的物を転売して、転売利益を取得していたはずである。この場合、債権者の手元に残るのは転売利益のみである。ところが、債務者が適時に給付を行わなかったために債権者が転売利益を取得することができなかったという場合に、その転売利益を遅延賠償の対象とすると、債権者は、転売利益の賠償に加えて、給付または填補賠償を受けることができることになる。これは、過剰賠償にあたるというわけである¹⁶。

b 填補賠償構成（グリゴライト＝リーム、シュレーター）

そのため、ドイツにおいては、反対説として、填補賠償構成が主張されている。これによると、転売利益の賠償は、転売利益の喪失の時期にかかわらず、常に填補賠償に分類される。この立場を代表するのは、グリゴライト＝リームとシュレーター（Ulrich G. Schroeter）である。グリゴライト＝リームとシュレーターは、それぞれ異なる理由に基づき、転売利益の賠償を常に填補賠償に分類する。

（a）損害類型的区分説（グリゴライト＝リーム）

まず、グリゴライト＝リームの見解をみていく。

1）区別基準——損害類型的区分説

すでに述べたように、彼らは、区別基準として、損害類型的区分説を採用している。

¹⁵ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 204; ders., aa.O. (Fn. 7), S. 149 f.

¹⁶ Thomas Ackermann, Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2012, S. 870; Soergel, aa.O. (Fn. 6), § 280 Rn. 310 f. (–Benicke/Hellwig); Schroeter, aa.O. (Fn. 6), S. 270; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 269 (–Riehm).

2) 転売利益が問題となる場合——終局的利用利益喪失損害——常に填補賠償

そして、これもすでに述べたように、彼らによると、転売利益の喪失は、瞬間的な出来事によって利用計画（全体）の挫折が生じる場合にあたる。そのため、損害の発生時期にかかわらず、常に終局的利用利益喪失損害——債権者の利用計画が全体にわたって挫折する場合の利用利益喪失損害——にあたる。したがって、転売利益の喪失は、常に填補賠償の対象となる。

(b) 「給付利益」該当性基準説（シュレーター）

続いて、シュレーターの見解¹⁷をみていく。

1) 区別基準——「給付利益」該当性基準説

シュレーターによると、区別基準は、以下のとおりである。

ア) 給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕——「給付利益」の実現が請求されている場合

まず、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は、「給付利益（Leistungsinteresse）」の実現が請求されている場合の損害賠償である¹⁸。「給付利益」とは、「債務者から約束された給付に対して債権者が有する利益」である。これは、第一次的には現実給付の取得により、第二次的には金銭での損害賠償により実現される¹⁹。

¹⁷ この見解を紹介するものとして、高田淳「履行に代わる損害賠償（填補賠償）の識別」小賀野晶一先生古稀祝賀『民法の展開と構成』（成文堂・2023年）276頁以下、同「損害現象論的区分説における給付に代わる損害賠償の識別」法学新報131巻3＝4号（2024年）81頁注（29）。

¹⁸ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 252. なお、シュレーター自身は、「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」という特別な損害賠償の種類があるわけではないため、「給付に代わる損害賠償」を請求していると考えてのではなく、「損害賠償を給付に代えて請求（"statt der Leistung Schadensersatz" verlangen）」していると考えてべきであるとする（S. 251 f.）。しかし、給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕は、給付の受領との両立可能性と填補賠償付加要件の2点において特別な規律が妥当する損害賠償であり、その意味においては特別な損害賠償の種類とみるべきであろう。

¹⁹ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 252 f.

イ）給付とともにする損害賠償——それ以外の場合

これに対して、給付とともにする損害賠償は、それ以外の場合の損害賠償である²⁰。

2）転売利益が問題となる場合——常に填補賠償

こうした区別基準をもとに、シュレーターは、（売買契約の不履行の場面における）転売利益の賠償を、（常に）填補賠償に分類する²¹。その理由は、以下のとおりである。

ア）損害＝給付目的物を終局的に処分する可能性の侵害

彼によると、ここで損害として捉えられるべきなのは、給付目的物を終局的に処分（endgültige Verfügung）する可能性の侵害である。したがって、転売利益の賠償が填補賠償に分類されるかどうかは、給付目的物を終局的に処分する可能性が「給付利益」にあたるかどうかによることになる²²。

イ）転売利益の取得の一回性

シュレーターによると、給付目的物を終局的に処分する可能性は、（売買契約の不履行の場面においては）「給付利益」にあたる。そこで彼が強調するのは、債権者は、債務者との約束により、給付目的物を1回転売する可能性までは有することになるが、複数回転売する可能性まで有することにはならないということである²³。もっとも、彼の記述においては、このことが「給付利益」への該当性の判断にどう結びつくのかという点が判然としない。

（ウ）分析

では、以上で紹介した学説を分析していこう。

²⁰ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 252. なお、シュレーター自身は、「給付とともにする損害賠償（Schadensersatz neben der Leistung）」という表現は、解除により給付請求権が消滅した場合には問題にならない損害賠償であるとの誤解を招くため、問題があるとする（S. 280）。

²¹ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 270.

²² *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 267, 270.

²³ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 270. 同様の考え方として、*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 38.

a 遅延賠償構成の問題点——過剰賠償の惹起

まず、時的区分説をそのまま適用した場合に導かれる遅延賠償構成に対しては、転売利益の賠償に加えて給付または填補賠償を受けることができるという意味での過剰賠償がもたらされるとの批判が投げかけられていた。この批判は正当であり、この過剰賠償の問題が生じる限りにおいて²⁴、転売利益の賠償は、(損害の発生が履行請求権消滅前であったとしても、)遅延賠償ではなく、填補賠償に分類されるべきである。

b 填補賠償構成の正当化

問題は、転売利益の賠償が損害の発生時期にかかわらず常に填補賠償に分類されるという結論をどのように理論的に正当化するかということである。以下では、グリゴライト＝リームとシュレーターの見解を手がかりとして、この点を検討していく。

ここでも、「早すぎた填補購入」の場面と同様、区別基準論と損害論

²⁴ 転売利益の賠償が遅延賠償に分類される場面があることを認める見解を採ったとしても、債権者が遅れた給付を受けてから(遅延により逃した転売の価格よりも低い価格で)転売することによって取得する転売利益を除いた分のみを遅延賠償の対象とする考え方に立った場合には、債権者は、全体として、遅延により逃した高い価格での転売による転売利益を取得することになるから、過剰賠償の問題は回避される。実際、ドイツにおいても、この考え方に立つ論者が存在する(AnwaltKommentar BGB, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 74 (-Barbara Dauner-Lieb); Soergel, aa.O. (Fn. 6), § 280 Rn. 403 f. (-Benicke/Hellwig))。しかし、この考え方に立つ場合には、遅れた給付を受けてから転売することによって取得する転売利益の額をどのように確定するのかという難問を解決しなければならない。一方で、例えば給付が行われた時の市場価格による転売を擬制するなどして、実際に債権者が転売を行うまでにその額を確定するという考え方に立つ(Soergel, aa.O. (Fn. 6), § 280 Rn. 403 f. (-Benicke/Hellwig)はこの考え方に立つものと理解することができる)のであれば、実際の転売利益の額とずれが生じる可能性があり、転売利益の取得の一回性との関係で疑義が生じる。他方で、実際に債権者が転売を行ってからその額を確定するという考え方に立つ(AnwaltKommentar, aa.O. (Fn. 24), § 280 Rn. 74 (-Dauner-Lieb)はこの考え方に立っている可能性がある)のであれば、その実際の転売が行われるまでは遅延賠償の額を確定することができないことになってしまう(最後の点につき、概ね同旨の指摘として、Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 38)。

の区別を前提として分析を行う。

（a）区別基準論の次元——有益な示唆の不存在

まず、区別基準論の次元をみていく。

一方で、すでにみたように、グリゴライト＝リームの損害類型的区分説は、給付の受領との両立可能性の有無を区別基準とするものと理解することができる。

他方で、シュレーターの見解においては、「給付利益」という概念が用いられている。しかし、——「債務者から約束された給付に対して債権者が有する利益」という定義は示されているものの——この概念の意味は明確にされておらず、彼においてどのような区別基準が採用されているのかは必ずしも明らかではない。

結局、区別基準論に関する彼らの記述からは、転売利益の分類に関して特に有益な示唆を得ることはできない。

（b）損害論の次元

むしろ、転売利益の分類に関して有益な示唆を提供するのは、損害論に関する彼らの考え方である。以下では、互いに異なるそれぞれの考え方を評価したうえで、転売利益の賠償が常に填補賠償に分類されるという結論をどのように理論的に正当化するかという点に関して、2つの見解からどのような示唆が得られるかを明らかにしたい。

1）填補賠償構成に属する2つの見解の評価

ア）グリゴライト＝リームの見解の評価

まずは、グリゴライト＝リームの見解を評価していく。

a）損害＝転売利益（の喪失）——問題となっているのが利用利益喪失損害であるという理解の適切さ

グリゴライト＝リームは、本体喪失損害と利用利益喪失損害の区別を前提として、転売利益の賠償においては利用利益喪失損害としての転売利益（の喪失）が損害にあたるという理解に立っている²⁵。この理解は適切なものであり、本稿もこれに従うものである。

²⁵ *Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 739を参照。

b) 利益喪失の終局性への着目——両立可能性の有無の判断方法としての不適切さ

そのうえで、グリゴライト＝リームは、その転売利益（の喪失）が常に填補賠償の対象となる理由を、転売利益が失われる場面では瞬間的な出来事によって利用計画全体の挫折が生じるため、転売利益（の喪失）は損害の発生時期にかかわらず常に終局的利用利益喪失損害——債権者の利用計画が全体にわたって挫折する場合の利用利益喪失損害——にあたるという点に求めていた。しかし、このように利益喪失の終局性に着目する考え方には、——利用計画が「全体」にわたって挫折することを「終局的（endgültig）」な利益喪失と表現することの妥当性について疑問があるほか——給付の受領との両立可能性の有無を必ずしも適切に判断することができないという問題点がある。

なお、利益喪失の終局性に着目する考え方のもとでも、転売利益（の喪失）は結果的には常に填補賠償の対象とされるため、この問題点は、転売利益が問題となる場面においては顕在化しない。この問題点が顕在化するのとは、むしろ、転売利益（の喪失）以外の利用利益喪失損害が問題となる場面である。

例えば、給付目的物を投入してある特定の委任を遂行することが債権者の（唯一の）利用計画であるという状況のもとで、その委任の遂行が挫折したという場面を考えてみよう。このとき、利益喪失の終局性に着目する考え方によると、瞬間的な出来事によって利用計画全体の挫折が生じている以上、その委任に関する逸失利益は、損害の発生時期にかかわらず、常に填補賠償の対象となる²⁶。

しかし、ある一定の時点（例えば、履行請求権消滅時）の給付を想定した場合に、委任の遂行が挫折したのがその時点よりも前であれば、逸失利益と給付の間に利益重複は認められない。この点において、この委任に関する逸失利益の例は、営業利益が時々刻々と失われる場合と変わらない。営業利益が時々刻々と失われる場合と異なるのは、当該時点における給付によって除去（回避）される利用利益喪失損害、つまり給付

²⁶ 実際、グリゴライト＝リームもそのように考えているものとみられる（*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 740を参照）。

との利益重複が認められる利用利益喪失損害があるかどうかという点であるが、この点は、当該時点よりも前に生じた利用利益喪失損害と給付の間に利益重複が認められるかどうかという点とは無関係である。

給付との利益重複が認められないとしても、給付の受領との両立可能性がないことを基礎づける何らかの他の事情があれば、委任に関する逸失利益を損害の発生時期にかかわらず填補賠償の対象とすることを正当化することができる。しかし、この委任の例においては、——（結論の先取りにはなるが）委任の遂行のために給付目的物の処分が必要となるのでない限り——そうした事情はない。

要するに、利益喪失の終局性に着目すると、ある一定の時点よりも前に委任の遂行が挫折した場合の逸失利益を、給付の受領との両立可能性があるにもかかわらず填補賠償の対象とすることになってしまう。このように、利益喪失の終局性に着目する考え方によっては、給付の受領との両立可能性の有無を必ずしも適切に判断することができない²⁷。

²⁷ このほか、利益喪失の終局性に着目すると、転売利益についても、以下のような問題が生じる。すでに述べたとおり、（グリゴライト＝）リームは、転売利益（の喪失）を常に填補賠償の対象とする。ただし、これには例外があるとされる。リームによると、転売利益が失われるとしても、債権者の利用計画が全体にわたって挫折するわけではない場合——ここでは、債権者が遅れた給付を受けてから（遅延により逃した転売の価格よりも低い価格で）転売することによって転売利益を取得することができる場合（①とする）が想定されているとみられる——には、失われる転売利益——遅延により逃した高い価格での転売による転売利益から、低い価格での転売による転売利益を差し引いた分——は、遅延賠償の対象となる（BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 270 (-Riehm)）。これ自体は、——前掲注（24）で指摘した難問は生じるものの——ありうる考え方である。しかし、リームは、そのような例外的な事情がない場合、つまり遅れた給付を受けてから転売することによって転売利益を取得することができない場合（②とする）には、遅延により逃した高い価格での転売による転売利益の全額を遅延賠償の対象とするのではなく、填補賠償の対象とする。そうすると、①の場合には、給付を受領したうえで、それに加えて、遅延により逃した高い価格での転売による転売利益（の一部）の賠償を請求することができるのに対して、②の場合には、——①の場合よりも遅延によって失う転売利益が多いにもかかわらず——給付を受領したうえで、それに加えて、

イ) シュレーターの見解の評価

続いて、シュレーターの見解を評価していく。

- a) 損害＝給付目的物を終局的に処分する可能性の侵害——本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別するという発想の欠如

シュレーターは、転売利益の賠償においては給付目的物を終局的に処分する可能性の侵害が損害にあたるという理解に立っていた。彼は、営業利益の賠償についても、給付目的物を一時的に使用 (vorübergehende Nutzung) する可能性の侵害を損害とみている²⁸。仮に彼が本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別するという発想に立っているならば、転売利益や営業利益については (少なくとも、後者については) 利益取得の可能性 (の喪失) ではなく利益 (の喪失) 自体を損害とみるはずであるから、彼は、そうした発想に立っていないものと考えられる。

しかし、すでに責任内容論の検討を通じて明らかにしたように、債権者による給付の利用態様に依存しない客観的な損害としての本体喪失損害と、債権者による給付の利用態様に依存する主観的な損害としての利用利益喪失損害は、損害の性質を大きく異にしており、両者は明確に区別されるべきものである。したがって、損害の捉え方については、グリゴライト＝ルームのように、転売利益 (の喪失) を損害とみる立場に立つべきである²⁹。

遅延により逃した高い価格での転売による転売利益の賠償を請求することができないことになる。これは、明らかに均衡を欠いている。

²⁸ *Schroeter*, aa.O. (Fn. 6), S. 267, 280.

²⁹ なお、グリゴライト＝ベンダーは、転売利益の賠償 (および転買主への填補賠償金の支払による損害の賠償) を「給付本体の価値の賠償 (Wertersatz für die Leistungssubstanz)」——したがって、本体喪失損害の賠償——として位置づける考え方を示す (*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 15 f., 35 f. その紹介として、高田・前掲注 (17)「損害現象論的区分説における識別」83頁以下・90頁)。しかし、責任内容論に関する本稿の検討結果からも明らかなように、転売利益という損害 (利益) は、営業利益と同様に、個別の債権者の給付の利用態様に依存する主観的な損害 (利益) であり、この点で、給付本体を対象とする本体喪失損害とは大きく性質を異にするものである。こうした転売利益の「具体的」

b) 転売利益の取得が給付目的物の処分を前提とするものであることへの着目——両立可能性の有無の判断方法としての適切さ

このように損害の捉え方については問題があるものの、シュレーターは、転売利益（取得の可能性）という利益ないし損害の性質については的確な理解を示している。

彼は、転売利益の賠償が（常に）填補賠償に分類されることを理由づけるなかで、債権者は、給付目的物を1回転売する可能性までは有することになるが、複数回転売する可能性まで有することにはならないと指摘していた。このように転売利益の取得が一時的なものであるのは、——シュレーター自身も強調する³⁰ように——転売が、（給付目的物の一時的な使用（vorübergehende Nutzung）と対置されるところの）給付目的物の終局的な処分（endgültige Verfügung）としての性質を有するからである。つまり、転売利益を取得するためには、給付目的物を処分しなければならない。給付目的物が処分されると、債権者のもとに給付目的物は残らない。だからこそ、転売利益の取得は一回的なものとなるわけである。

このような、処分を前提として取得される利益としての転売利益の性質を踏まえると、転売利益の賠償が常に填補賠償に分類されるという結論は、次のように正当化することができると考えられる。すなわち、転

「主観的」性質は、損害賠償分類論においても、「（転買主の解除等により）逸失された転売利益は、債務者から遅れた給付がされてももはや回復されえない」という特徴として顕在化する（もちろん、他の転売先をみつけて別途転売利益を取得することはありうるが、その場合でも、逸失された転売利益自体が回復されるわけではない）。こうした性質を踏まえると、転売利益は、営業利益などとともに、利用利益喪失損害に位置づけておくのが妥当であろう。グリゴライト＝ベンダーの上記見解は、「転売利益（および転買主への填補賠償金）は給付本体の価値を表す」という考え方に基づくものであるが、これは、転売利益が本体喪失損害の性質を有することを主張するものというよりは、「填補賠償該当性を判断する場面においては、転売利益と給付本体を同価値とみなすことができる」という主張として理解しておくのがよいように思われる。

³⁰ 特に、Schroeter, aa.O. (Fn. 6), S. 267を参照。

売利益が給付の処分を前提として取得される利益であるということは、債権者は給付と転売利益を両方とも保有することはできない、つまり、転売利益は給付と交換関係にある利益であるということを意味する。そうすると、転売利益の賠償は、給付と交換関係にある利益の賠償であるということになり、——損害の発生時期にかかわらず——給付の受領と両立しない利益の賠償、つまり填補賠償にあたることになるわけである。

このように、給付目的物の処分を前提とするという転売利益の性質に着目することにより、転売利益には常に給付の受領との両立可能性がないという判断を適切に導くことができる。もっとも、シュレーター自身がこのような論理をたどって転売利益の賠償が（常に）填補賠償に分類されるという結論を導いているのかどうかは、「給付利益」の意味が不明確であるということもあり、必ずしも明らかなではない。

2) 填補賠償構成に属する2つの見解からの示唆

ア) 利用利益喪失損害の2つの類型

以上の評価を踏まえると、2つの見解からは、利用利益喪失損害には次の2つの類型があるという示唆を得ることができる。

a) 処分型利用利益喪失損害——給付の処分を前提とする利用利益の喪失——常に填補賠償

第1は、給付の処分を前提とする利用利益の喪失（以下、「処分型利用利益喪失損害」と呼ぶ）である。その典型例は、転売利益（の喪失）である。

処分型利用利益喪失損害の賠償は、給付と交換関係にある利益の賠償であるから、損害の発生時期にかかわらず、常に、給付の受領と両立しない利益の賠償、つまり填補賠償にあたることになる。

b) 使用型利用利益喪失損害——給付の処分を前提としない利用利益の喪失——時的区分説に従って填補賠償と遅延賠償を区別

第2は、給付の処分を前提としない利用利益の喪失（以下、「使用型利用利益喪失損害」と呼ぶ）である。その典型例は、営業利益（の喪失）³¹

³¹ ただし、給付の処分を前提とする営業利益（の喪失）は、処分型利用利益喪失損害となる。例えば、給付目的物を加工・販売することにより取得される営

である。

使用型利用利益喪失損害については、時的区分説に従って分類が行われる。これによると、ある一定の時点（例えば、履行請求権消滅時）の給付によって除去することができない使用型利用利益喪失損害は給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）の対象となり³²、除去（回避）

業利益（の喪失）がこれにあたる。

³² これによると、例えば、当該一定の時点より前に終局的に発生した営業利益の喪失は、遅延賠償の対象とされる。そうすると、後に遅れた給付がされた場合にも、それに加えて、当該営業利益の賠償が認められることになる。しかし、厳密に考えると、これは、給付の「損耗」を前提とする利用利益の喪失が問題となる場合には、債権者に過剰な利得をもたらしてしまう。すなわち、債権者は、債務者から適時に給付がされた場合には、給付を「損耗」させながら使用して営業利益をあげることによって、「営業利益および損耗後の給付目的物」を手元に有することになる。そうであるならば、債務者から遅れて「損耗のない給付目的物」が引き渡された場合において、遅延賠償として営業利益の賠償が請求されたときには、理論的には、損益相殺により、当該営業利益の額から「給付目的物の損耗部分」に対応する利益を控除した額の賠償のみが認められるべきであろう（*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 750 f.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 280 f. (–*Riehm*)）。リームは、債権者が、遅れて引き渡された給付目的物につき、その耐用年数の全期間にわたって利用することが可能な場合には、債権者は、耐用年数の終盤で、「追加の利用可能性」——本来の予定を超える利用可能性——を享受することとなりうるが、こうした利益は理論的には損益相殺によって控除されなければならないとする。ただし、リームは、その「追加の利用可能性」についての証明責任が債務者側にあることを指摘する。これによると、理論上は損益相殺が認められうる事案でも、実際には、債務者による証明の不存在または失敗により損益相殺が行われない場合が多くなるものと考えられる。以上に対して、*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 19は、処理の簡便化などの観点から、損益相殺を少なくとも原則として不要とする）。

なお、給付の「費消」（給付を完全に使い果たしてしまうこと）を前提とする利用利益の喪失が問題となる場合については、処分型利用利益喪失損害として処理することも考えられるが、「損耗」と「費消」の違いが相対的であることを踏まえると、使用型利用利益喪失損害として処理したうえで、遅れた給付が行われた場合には、「給付目的物全体」に対応する利益の控除を認めればよいのではない（多くの場合、損害額の大部分または全額につき控除が認められる

することができる使用型利用利益喪失損害は給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕の対象となる³³。

であろう)。

³³ なお、以上の検討を踏まえると、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償については、次のように、債権者が転買主に対して負う損害賠償責任の内容に応じて、分類結果が変わってくると考えられる。

まず、債権者の転買主に対する填補賠償責任(による損害)については、債権者が給付を処分してはじめて免れることのできる責任であることから、処分型利用利益喪失損害として、填補賠償の対象とされるべきである(*Grigoleit/Bender*, aa.O. (Fn. 2), S. 16も結論として同旨。前掲注(29)を参照)。これによると、「転売利益の賠償」と「転買主への填補賠償金の支払による損害の賠償」がいずれも填補賠償に分類されることになるが、だからといって、両者の賠償が両立しないわけではない。債権者は、債務者から給付を受けた場合には、その給付を処分(転売)することによって、「転売利益」と「転買主に対する填補賠償責任の回避」の両方の利益を享受するわけであるから、債務者の不履行を理由として損害賠償を請求する場合も、填補賠償の枠内で、この両方の利益を併せて請求することができる。

これに対して、債権者の転買主に対する遅延賠償責任(による損害)については、確かに、債権者が給付を適時に転買主に引き渡してはじめて免れることのできる責任ではあるが、遅延賠償責任(の回避)は、給付そのものと交換関係にあるわけではなく、給付の一時的な利用可能性と交換関係にあるにすぎない。したがって、転買主に対する遅延賠償責任(による損害)は、給付の(終局的な)処分を前提としない利用利益の喪失、すなわち使用型利用利益喪失損害として、(給付が想定される一定時点より前に損害が発生した場合には)遅延賠償の対象とされるべきである(転売の例ではないが、連載第6回の注(104)で取り上げたBGH 2023年4月20日判決においては、運送給付の債権者の第三者(製造業者)に対する遅延賠償責任による損害の賠償が遅延賠償にあたることが前提とされている(BGH, JZ 2023, 881=NJW 2023, 3285 Rn. 49))。これによると、例えば、債務者が遅れた給付をしたために、債権者が転買主に対して遅延賠償責任を負うだけで済んだという事例においては、債権者は、債務者に対して、遅れた給付に加えて、遅延賠償として、転買主への遅延賠償金の支払による損害の賠償を請求することができる。

なお、違約金についても、以上と同様に、給付の(終局的な)処分によってはじめて回避されるものかどうかという基準によって損害賠償の分類を判断すべきであろう。

イ）処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると不当な分類結果が導かれることになる原因——両立可能性が否定される理由が利益重複とは別の点にあること

以上のように、利用利益喪失損害の中でも、時的区分説の適用範囲は使用型利用利益喪失損害に限られる。すでにみたように、処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると、本来填補賠償に分類されるべきであるにもかかわらず遅延賠償に分類されるという場面が発生し、過剰賠償がもたらされることになる。では、処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると不当な分類結果が導かれることになる原因は、どこにあるのだろうか。

その原因は、処分型利用利益喪失損害については、給付の受領との両立可能性が否定される理由が利益重複とは別の点にあるということにある。

a) 時的区分説——利益重複の有無の判断方法

そもそも、時的区分説は、ある一定の時点における給付による損害の除去可能性を問うことによって、当該時点における給付と当該損害の間に利益重複があるかどうかを判断するためのものである。そのため、——使用型利用利益喪失損害におけるように——利益重複の有無と両立可能性の有無が連動している限りにおいては、時的区分説は、填補賠償にあたるかどうかを適切に判断することができる。

b) 処分型利用利益喪失損害について両立可能性が否定される理由——処分型利用利益が給付と交換関係にあること

ところが、処分型利用利益喪失損害においては、利益重複の有無と両立可能性の有無が必ずしも連動していない。つまり、処分型利用利益喪失損害について両立可能性が否定されるのは、利益重複が認められるからではなく——もちろん、給付が想定される時点よりも後に発生した（するであろう）処分型利用利益喪失損害については、利益重複が認められるという理由によってすでに両立可能性が否定されるのだが——、処分型利用利益が給付と交換関係にあるからである。そのため、給付が想定される時点よりも前に発生した処分型利用利益喪失損害については、利

益重複が否定されるにもかかわらず、両立可能性が否定されることになるわけである。給付が想定される時点よりも前に発生した処分型利用利益喪失損害に対して時的区分説を適用すると不当な分類結果が導かれることになる原因は、まさにここにある³⁴。

(2) 利用利益喪失損害の外延——「填補賠償または遅延賠償」と単純賠償の区別

続いて、利用利益喪失損害の外延に関する問題——ある損害賠償が填補賠償または遅延賠償に分類されるのか、それとも単純賠償に分類されるのかという問題——を検討していく。

ア 学説

まずは、この点について、時的区分説と損害類型的区分説がどのように考えているのかをみておく。

(ア) 損害類型的区分説

a 「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準

損害類型的区分説においては、以下のようにして「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別が行われる。

(a) 「填補賠償＋遅延賠償」——履行利益の賠償

まず、「填補賠償＋遅延賠償」に分類されるのは、履行利益の賠償である。

³⁴ 以上の分析に対して、高田・前掲注(17)「識別」288頁以下、同・前掲注(17)「損害現象論的区分説における識別」102頁以下は、(ドイツの議論の分析を踏まえた日本法の解釈論として、)転売利益の賠償が填補賠償に分類されるべき理由を、転売利益の賠償が、債権者が転買主との契約において自ら給付と同価値であると評価した金銭額を請求するものであるという点に求めている(前掲注(29)で紹介したグリゴライト＝ベンダーの見解を参考にしたものとみられる)。これは、転売利益についてもあくまで利益重複(ないし価値重複)の観点から填補賠償該当性を説明しようとする試みとして理解することができる。なお、日本法に関する高田の見解については、第3章で改めて取り上げる予定である。

すでに述べたように、損害類型的区分説においては、まず、「現実履行の優先」という填補賠償付加要件の目的から、填補賠償は「給付の受領と両立しない利益の賠償」であるという理解が導かれる。また、請求権の存在・履行期に関する「情報提供」および給付遅延に伴う損害賠償責任の「警告」という遅延賠償付加要件の目的から、遅延賠償は「給付の適時性に対する利益の賠償」であるという理解が導かれる。そして、こうして導かれた両方の賠償を併せたものが、履行利益の賠償である。

填補賠償の対象となる利益と遅延賠償の対象となる利益を足し合わせたものが履行利益という概念と一致することは、決して偶然ではない。この点につき、損害類型的区分説の論者は、次のように指摘している。「両方の付加要件〔引用者注：填補賠償付加要件としての期間設定と、遅延賠償付加要件としての催告〕において共通に要求されているのは、（警告的な）給付請求である。したがって、〔「填補賠償＋遅延賠償」と、〕単純な損害賠償という受け皿的なカテゴリーとの区別は、まさにその点を踏まえて行わなければならない。すなわち、給付請求が意味を持つのは、給付の不履行が問題となる場合に限られる」。したがって、填補賠償および遅延賠償においては、「給付の等価物」としての「等価性利益（Äquivalenzinteresse）〔引用者注：本稿でいう「履行利益」〕が賠償の対象とされるべきである³⁵。

（b）単純賠償——保持利益の賠償

これに対して、単純賠償に分類されるのは、保持利益の賠償である。そして、単純賠償の受け皿としての機能——填補賠償付加要件と遅延賠償付加要件のいずれにも服すべきでない損害賠償が単純賠償に分類されるということ——を踏まえると、保持利益は、「等価性利益〔引用者注：履行利益〕に分類されない損失」というように、消極的な形で規定されるべきである³⁶。

b 履行利益と保持利益の区別基準——債権者の利用計画

これによると、履行利益と保持利益の区別は、結局、履行利益の範囲に依存することとなる。ここで、履行利益の中に、給付本体を取得する

³⁵ Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 10 f.

³⁶ Grigoleit/Bender, aa.O. (Fn. 2), S. 21.

という利益（本体喪失損害に対応する利益）が含まれることには問題がない。問題は、給付の利用を通じてもたらされる利益のうち、どこまでが履行利益に含まれ、「填補賠償または遅延賠償」の対象とされるのかという点である。この点につき、グリゴライト＝リームは、債権者の利用計画に照らすと給付義務の履行によってどのような財産の変更がもたらされるべきであるかが基準になるという考え方を示していた。これによると、ある利益の取得——ここには、ある不利益の回避も含まれる——が利用計画に含まれている場合が履行利益、含まれていない場合が保持利益であるということになる。

グリゴライト＝リームによると、このとき、債権者は、給付目的物をもって追求する目的を決定することによって、自らの履行利益を「一方的に定義」することができる。そのため、ここでは、債権者の利用計画を債務者が知っているかどうかは問題とされない。また、債権者が利用計画を立てるのは、契約締結の前と後のいずれであってもよいとされる³⁷。

（イ）時的区分説

a 遅延賠償と単純賠償の区別基準

これに対して、時的区分説においては、「填補賠償または遅延賠償」と単純賠償の区別に相当する問題は、遅延賠償と単純賠償の区別基準の問題として論じられている。すなわち、時的区分説においては、まず、損害の除去可能性を基準として、給付とともにする損害賠償と給付に代わる損害賠償〔填補賠償〕が区別される。そうすると、その次の段階として、給付とともにする損害賠償の内部において、遅延賠償と単純賠償がどのような区別基準によって区別されるべきかが問題となる。このように、時的区分説においては、単純賠償とそれ以外の賠償の区別がまず問題とされる損害類型的区分説とは異なり、填補賠償とそれ以外の賠償の区別がまず問題とされ、その次に、遅延賠償と単純賠償の区別が問題とされる。

³⁷ Grigoleit/Riehm, aa.O. (Fn. 11), S. 740.

（a）遅延賠償——もっぱら給付の遅延に起因する損害
の賠償

時的区分説の論者によると、遅延賠償の対象となるのは、もっぱら（ausschließlich）給付の遅延に起因する損害である³⁸。例えば、履行期が経過しても売主が目的物である自動車を引き渡さない場合において、買主が代車の賃借のために支払った賃料がこれにあたる³⁹。

（b）単純賠償——それ以外の「給付とともにする損害
賠償」

これに対して、単純賠償は、それ以外の「給付とともにする損害賠償」である⁴⁰。その例として通常挙げられるのは、瑕疵ある給付の場合の営業利益の賠償⁴¹である。この場合、営業利益の喪失は、瑕疵のない給付の遅延に起因しているわけではなく（あるいは、少なくともそれだけに起因しているわけではなく）、瑕疵ある給付に起因しているので、単純賠償の対象になるとされる⁴²。

b 履行請求権消滅後の保持利益侵害の場合

（a）時的区分説に対する批判——単純賠償ではなく填
補賠償に分類されてしまう

しかし、こうした時的区分説の考え方に対しては、履行請求権消滅後に侵害された保持利益の賠償が、単純賠償ではなく填補賠償に分類され

³⁸ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 205; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 31. Ed., 2011, § 280 Rn. 29 (-Hannes Unberath). このほか、Looschelders, aa.O. (Fn. 3), S. 203も参照。

³⁹ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 204.

⁴⁰ Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 205; BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 38), § 280 Rn. 29 (-Unberath).

⁴¹ この損害賠償の分類をめぐるドイツの議論を紹介するものとして、藤田寿夫「契約不適合による損害賠償」香川法学40巻3=4号（2021年）9頁以下、同「追完に代わる損害賠償と追完とともにする損害賠償」香川法学43巻1=2=3=4号（2024年）162頁以下。

⁴² Lorenz, aa.O. (Fn. 11), S. 205. このほか、BeckOK-BGB, aa.O. (Fn. 38), § 280 Rn. 30 (-Unberath) も参照。

ることになってしまうという批判がある⁴³。例えば、犬の売買において、引き渡された犬が病的なほどに攻撃的であったため、買主が咬み傷を負ったとする（なお、瑕疵の追完は原始的に不能であったとする）。このとき、時的区分説によると、買主が被った損害は、履行（追完）請求権消滅後に発生しているため、——保持利益に対する侵害として単純賠償の対象となるべきであるにもかかわらず——填補賠償の対象になってしまうというのである⁴⁴。

批判論者によると、こうした損害が単純賠償の対象となるか填補賠償の対象となるかは、確かに、填補賠償付加要件の観点からみると、結論に影響を及ぼさない。なぜなら、債権者がそうした損害の賠償を請求する段階においては、すでに履行請求権が消滅しているため、填補賠償付加要件は必然的に満たされていることになるからである⁴⁵。しかし、単純賠償と填補賠償では、改正BGB284条⁴⁶の費用賠償——（有効に成立した契約において、）債務が履行されることを信賴して債権者が支出したものの、債務が履行されなかったことにより無駄になった費用の賠償——と併せて請求することができるかどうかという点に違いが出てくる。というのも、費用賠償の請求は、「給付に代わる損害賠償に代えて（*anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung*）」行われるものであり（改正BGB284条）、填補賠償の請求と両立しないからである⁴⁷。

⁴³ Ostendorf, a.a.O. (Fn. 6), S. 2836; Bach, a.a.O. (Fn. 6), S. 3; Grigoleit/Bender, a.a.O. (Fn. 2), S. 40; Alexander Weiss, Die Rechtsfolgenmechanik des Schadensersatzes statt der Leistung, NJOZ 2024, S. 354.

⁴⁴ 具体例については、Bach, a.a.O. (Fn. 6), S. 3を参照した。また、実際に時的区分説の適用によりこのような帰結を導くものとして、Tiedtke/Schmitt, a.a.O. (Fn. 3), S. 618（ただし、猶予期間経過時の給付を想定する見解）。

⁴⁵ Bach, a.a.O. (Fn. 6), S. 3.

⁴⁶ 【改正 BGB 第284条（無駄になった費用の賠償）】

債権者が給付を受けることを信賴して費用を支出し、かつ、その支出が正当な場合には、債権者は、給付に代わる損害賠償に代えて、その費用の賠償を請求することができる。ただし、債務者の義務違反がなかったとしても、支出された費用の目的が達成されなかったであろう場合には、この限りでない。

⁴⁷ Ostendorf, a.a.O. (Fn. 6), S. 2836; Bach, a.a.O. (Fn. 6), S. 3; Grigoleit/Bender, a.a.O. (Fn. 2), S. 40 f.

（b）時的区分説からの応接——「既発生の損害の除去可能性」基準

以上の批判に対しては、時的区分説の一部の論者から、——批判に對する応接という形をとっているわけではないものの——内容的には応接として評価することのできる考え方が主張されている。これらの論者によると、履行請求権消滅後に侵害された保持利益の賠償が填補賠償に分類されてしまうのは、給付によって損害を防止（verhindern）ないし回避（vermeiden）することができるかどうかを問題にしているからである。防止可能性ないし回避可能性を問題にすると、履行請求権消滅後に（終局的に）発生する損害はすべて填補賠償の対象であることになってしまう。そうではなくて、給付によってすでに発生した損害を除去（beseitigen）することができるかどうかを問題にすべきである⁴⁸。このように考えると、履行請求権消滅後に終局的に発生する損害のうち、「履行請求権消滅時においてすでに不確定的には発生しているが、終局的に発生するのは履行請求権消滅後であるために、履行請求権消滅時の給付によって除去することができる損害」は、給付に代わる損害賠償「填補賠償」の対象となる。他方で、「履行請求権消滅時においてそもそもまだ不確定的にすら発生していない損害」は、給付とともにする損害賠償（のうち単純賠償）の対象となる⁴⁹。

要するに、これらの論者は、填補賠償の対象とされるための要件として、損害が「既発生」であることという要件を加えることにより、時的区分説を維持しつつ、履行請求権消滅後の保持利益侵害を填補賠償の対象から外そうとしているわけである。

イ 分析

では、以上で紹介した学説を分析していこう。

⁴⁸ J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, 2009, § 280 Rn. E 24 f. (–Hansjörg Otto); Christoph Hirsch, Schadensersatz statt oder neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, S. 99.

⁴⁹ Hirsch, a.a.O. (Fn. 48), S. 99, 101を参照。

(ア) 損害類型的区分説の優位性

以上の議論を踏まえると、利用利益喪失損害の外延に関する問題については、損害類型的区分説に優位性があるといえることができる。その理由は、以下のとおりである。

a 損害類型的区分説

(a) 基準の明快さ

まず、損害類型的区分説においては、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準が、「履行利益の賠償にあたるかどうか」に求められている。後述するように、(債権者の利用計画を基準とするグリゴライト＝リームの見解の当否も含めて) 履行利益の範囲自体をどのように画定すべきかについては別途検討を要するものの、さしあたり、この段階では、「もっぱら給付の遅延に起因する損害であるかどうか」や、「既発生 of 損害の除去可能性」といった基準を用いる時的区分説と比べて、損害類型的区分説のほうが、基準の明快さという点において優れているといえる点指摘することができる。

(b) 付加要件の目的に立ち返った立論

また、損害類型的区分説においては、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準——「履行利益の賠償にあたるかどうか」という基準——が、填補賠償付加要件および遅延賠償付加要件の目的から導かれている。「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別はまさに付加要件の要否という観点に基づくものであるから、付加要件の目的から区別基準を導くという立論には説得力がある⁵⁰。

b 時的区分説

これに対して、時的区分説には次のような問題点がある。

(a) 履行請求権消滅後に終局的に発生する損害——「既発生」要件の不明確さ

一方で、履行請求権消滅後に終局的に発生する損害について、時的区分説の一部の論者は、損害が「既発生」であるかどうかを問うことによ

⁵⁰ 概ね同旨の指摘として、Johann Kindl, Einfacher Schadensersatz, Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung (Teil 2), Jura 2020, S. 883.

り、填補賠償と単純賠償を区別していた。

この「既発生」要件は、履行請求権消滅後に終局的に発生する損害のうち、給付との利益重複が認められるものに限って填補賠償の対象とする意図で要求されているものとみることができ、その意図自体は理解することができる。

しかし、損害が「既発生」であるかどうかという基準は、その不明確さゆえに、基準として機能しない。例えば、履行請求権消滅後に終局的に発生する営業利益の喪失の場合には、この営業利益の喪失が履行請求権消滅時においてすでに不確定的には発生しているのかどうかを問うことになる。しかし、不確定的に発生しているということの意味が不明確である以上、この問いに対して一義的な答えを出すことはできない。

（b）履行請求権消滅前に終局的に発生した損害——「起因」要件が遅延賠償付加要件の目的から導かれていないこと

他方で、履行請求権消滅前に終局的に発生した損害については、損害の除去可能性の審査により給付とともにする損害賠償の対象とされた後、「もっぱら給付の遅延に起因する損害であるかどうか」という基準により、遅延賠償の対象であるか、それとも単純賠償の対象であるかが判断されることになる。

この「起因」要件については、——瑕疵ある給付の場合の営業利益の賠償の例において、営業利益の喪失は瑕疵ある給付に起因するものであって、瑕疵のない給付の遅延に起因するものではないという考え方を採ることには無理があるという点のほか——基準が遅延賠償付加要件の目的から導かれていないという点を指摘することができる。遅延賠償と単純賠償の区別はまさに遅延賠償付加要件の要否という観点に基づくものであるから、遅延賠償付加要件の目的と「起因」要件の結びつきを明らかにしないままでは説得力を欠くといわざるをえない。

（イ）履行利益の外延——給付義務の保護範囲

以上のように、利用利益喪失損害の外延に関する問題については、損害類型的区分説に優位性がある。すなわち、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償は、履行利益の賠償にあたるかどうかという基準によって区別されるべきである。

では、履行利益の賠償にあたるかどうか——特に、給付の利用を通じてもたらされる利益について、そのうちどこまでが履行利益に含まれるか——を、どのように判断すべきか。この点について、グリゴライト＝リームは、当該利益の取得が債権者の利用計画に含まれているかどうかという基準（以下、「利用計画基準」と呼ぶ）を採用していた。そして、この利用計画基準においては、利用計画に関する債務者の知・不知や計画策定の時期は問題とされず、債権者が利用計画ひいては履行利益の範囲を「一方的に定義」することができるとされていた。こうした考え方は、どのように評価されるべきか。

そもそも、「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別において履行利益該当性が基準とされるべき理由は、「填補賠償と遅延賠償に共通の付加要件として給付請求が（原則として）要求されているのは、いずれの賠償においても給付義務違反（に基づく損害の賠償）が問題となっているからである」という点に求められる。それぞれの賠償についてこれを敷衍すると、填補賠償においては、給付義務違反が問題になっているからこそ、給付義務を現実に履行する機会を与えることが必要になるわけであるし、遅延賠償においても、給付義務違反（としての給付の遅延）が問題になっているからこそ、給付義務の存在やその履行期を知らない債務者に情報提供を行うことが必要になるわけである。このようにみると、履行利益の賠償にあたるかどうかという問題は、給付義務違反を基礎とする損害賠償として、当該利益の賠償が認められるかどうかという問題にはかならない。要するに、履行利益の範囲は、給付義務違反を基礎とした場合の賠償範囲（給付義務の保護範囲）がどこまでの利益に及ぶのかという問題であると考えられる。

このようにみると、グリゴライト＝リームの利用計画基準は、賠償範囲論に関するドイツ法特有の立場を前提としたものである可能性がある。実際、リームは、（給付に代わる損害賠償としての）転売利益の賠償の賠償範囲について、債権者がいつ転売を利用計画に取り入れたかや、転売意思が契約内容となっているかどうかは問題とならないことを指摘したうえで、その理由として、BGB280条に基づく損害賠償が、具体的な利益取得の意思が契約内容を構成するに至っているかどうかにかかわらず履行利益を保護していること、——CISG74条2文や他の国際ルー

ル（PECL9:503条、PICC7.4.4条、DCFR III-3:703条）とは異なり——ドイツ給付障害法は損害賠償の範囲を予見可能な損害に制限していないことを挙げている⁵¹。以上を踏まえると、（日本法のように）賠償範囲の画定基準として予見可能性を採用する法においては、——「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準を履行利益該当性に求めたうえで——履行利益の範囲を予見可能性基準によって画するのが妥当であると考えられる。

4 まとめ

以上、損害賠償分類論をめぐる学説・判例の議論を紹介・分析してきた。以下では、以上の検討から得られた示唆をまとめておく。

（1）損害の分類方法

まず、検討を通じて、損害の分類は、以下のように行われるべきことが明らかとなった。

ア 区別基準の定立

まず、異なる種類の損害賠償の区別基準は、以下のとおりである。

（ア）「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別基準

すでに述べたとおり、利用利益喪失損害の外延に関する問題については、損害類型の区分説に優位性がある。これによると、まず、以下のようにして「填補賠償＋遅延賠償」と単純賠償の区別が行われるべきである。

a 「填補賠償＋遅延賠償」——履行利益の賠償

「填補賠償＋遅延賠償」は、履行利益の賠償である。損害類型の区分

⁵¹ BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 268 (–*Riehm*). ただし、(グリゴライト＝) リームにおいては、「債権者は、特に異常な利用計画を立てた結果として特に大きな損害が生じる可能性がある場合には、BGB254条2項1文により、その利用計画について債務者に通知する義務を負うことがある」とされており、損害軽減義務を通じた賠償範囲の調整が図られている (*Grigoleit/Riehm*, aa.O. (Fn. 11), S. 740 Fn. 41. また、*Thomas Riehm*, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, 2015, S. 519 ff.; BeckOGK, aa.O. (Fn. 4), § 280 Rn. 268 (–*Riehm*) も参照)。

説において、履行利益は、「債権者が債務者の義務の履行によって財産の増加ないし変更として得られることを期待するもの」と定義される。要するに、履行利益とは、債務（給付義務）が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益である。その履行利益の範囲につき、グリゴライト＝リームは利用計画基準を採用するが、賠償範囲論に関するドイツ法の特異性を捨象して一般化するならば、履行利益の範囲は、給付義務違反を基礎とする損害賠償の賠償範囲（給付義務の保護範囲）によって画されると考えるべきである。

b 単純賠償——保持利益の賠償

これに対して、単純賠償は、保持利益の賠償である。損害類型別の区分説において、保持利益は、「債務の内容となっていない給付がされないならば存在するであろう財産状態を保持することに対する債権者の利益」や、「等価性利益に分類されない損失」と定義される。要するに、保持利益とは、債権者の利益から履行利益を除いたものである。したがって、履行利益と保持利益の区別基準の問題は、結局、給付義務違反を基礎とする損害賠償の賠償範囲（給付義務の保護範囲）の問題に帰着する。

（イ）填補賠償と遅延賠償の区別基準

次に、以下のようにして填補賠償と遅延賠償の区別が行われるべきである。

a 填補賠償——給付の受領と両立しない利益の賠償

填補賠償は、給付の受領と両立しない利益の賠償である。これには、次の2つのパターンがある。

（a）第1のパターン——給付（の受領）と重複する利益の賠償

第1のパターンは、給付（の受領）と重複する利益の賠償である。

（b）第2のパターン——給付と交換関係にある利益の賠償

第2のパターンは、給付と交換関係にある利益の賠償である。

b 遅延賠償——給付の受領と両立する履行利益の賠償

これに対して、遅延賠償は、それ以外の履行利益の賠償、つまり給付の受領と両立する履行利益の賠償である。

イ 区別基準へのあてはめ——損害論を踏まえた損害分類の必要性

続いて、具体的な事案において問題となっている損害を以上の区別基準にあてはめていくことになる（なお、本稿の検討対象が履行利益の賠償に限定されることを踏まえ、以下では、填補賠償と遅延賠償の区別が問題となる損害のみを取り上げる）。学説の分析を通じて、この作業を行うにあたっては、損害論に取り組むことが必要不可欠であるということを確認することができた。この損害論には、そもそも何を損害として捉えるべきかという問題と、その損害をどのような性質を有するものとして理解すべきかという問題が含まれる。「早すぎた填補購入」をめぐる議論においては、前者が問題になっていた。これに対して、転売利益の分類については、処分を前提とするという転売利益の特殊性に着目するかどうかによって立場が分かれるものと理解することができるため、後者が問題になっていたとみることができる。

さて、学説の分析を通じて得られた示唆をまとめると、損害論を踏まえた損害の分類は、次のように行われるべきである。

（ア）利益重複を理由とする両立可能性の否定が問題となる場合

第1に、給付（の受領）との利益重複が認められることを理由として両立可能性が否定されるかどうかの問題となる場合として、以下の2つがある。

a 本体喪失損害——常に填補賠償

1つ目は、本体喪失損害——「債務の内容となっている給付自体を取得する利益〔の喪失〕」——が問題となる場合である。給付と「給付自体を取得する利益」の間には（常に）利益重複が認められるから、本体喪失損害は、常に填補賠償の対象となる。

（「早すぎた填補購入」の場面も含めた）事實的填補購入費用の賠償において給付の不取得を損害とみる立場に立った場合には、その給付の不取得という損害はこの本体喪失損害にあたるため、事實的填補購入費用の賠償は常に填補賠償に分類されることになる。

b 使用型利用利益喪失損害——時的区分説に従って填補賠償と遅延賠償を区別

2つ目は、使用型利用利益喪失損害——給付の処分を前提としない利用利益の喪失——が問題となる場合である。その典型例は、営業利益（の喪失）である。

使用型利用利益喪失損害については、利益重複の有無の判断方法として時的区分説が必要不可欠となる。これによると、ある一定の時点（例えば、履行請求権消滅時）の給付によって除去することができない使用型利用利益喪失損害は遅延賠償の対象となり⁵²、除去（回避）することができる使用型利用利益喪失損害は填補賠償の対象となる。

（イ）交換関係を理由とする両立可能性の否定が問題となる場合——処分型利用利益喪失損害——常に填補賠償

第2に、両立可能性の否定が給付と交換関係にあることを理由とする場合として、処分型利用利益喪失損害——給付の処分を前提とする利用利益の喪失——が問題となる場合を挙げることができる。その典型例は、転売利益（の喪失）である⁵³。

処分型利用利益喪失損害の賠償は、給付と交換関係にある利益の賠償であるから、損害の発生時期にかかわらず、常に、給付の受領と両立しない利益の賠償、つまり填補賠償にあたる。

（2）責任内容論をめぐる議論から析出した3種類の損害概念の有用性

また、検討を通じて、責任内容論をめぐる議論から析出した3種類の

⁵² なお、給付の使用が給付の「損耗」や「費消」をもたらす場合には、理論的には、遅延賠償の枠内において、損益相殺が行われるべきである。これについては、前掲注（32）を参照。

⁵³ なお、転買主への損害賠償金の支払による損害の賠償については、債権者の転買主に対する責任が填補賠償責任の場合には、処分型利用利益喪失損害として填補賠償に分類されるべきである。これに対して、債権者の転買主に対する責任が遅延賠償責任の場合には、使用型利用利益喪失損害として、（給付が想定される一定時点より前に損害が発生したときには）遅延賠償に分類されるべきである。これについては、前掲注（33）を参照。

損害概念が、損害賠償分類論においても有用であることが明らかとなった。

ア 本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別することの有用性
まず、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別することは、以下の2点において有用であるといえる。

（ア）両立可能性の有無の判断方法が異なることの解明

第1に、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別する——そして、そのうえで、処分型利用利益喪失損害と使用型利用利益喪失損害を区別する——ことにより、損害概念の種類によって両立可能性の有無の判断方法が異なるということを明らかにすることができる。

すなわち、本体喪失損害については、時的区分説を必要とするまでもなく（常に）利益重複を認めることができる。これに対して、使用型利用利益喪失損害については、利益重複の有無を判断するために時的区分説が必要不可欠となる。以上の2種類の損害概念——要するに、利益重複を理由とする両立可能性の否定が問題となる損害概念——に対して、処分型利用利益喪失損害については、交換関係を理由として両立可能性が（常に）否定される。

このように、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別する——そして、そのうえで、処分型利用利益喪失損害と使用型利用利益喪失損害を区別する——ことにより、損害概念の種類によって両立可能性が否定される理由や時的区分説の要否が異なることを明らかにすることができる⁵⁴。

（イ）填補賠償付加要件の作用範囲の解明

第2に、本体喪失損害と利用利益喪失損害を区別することにより、填補賠償付加要件が作用する範囲を明らかにすることができる。

そもそも、填補賠償付加要件の目的は、猶予期間が設定され、それが

⁵⁴ 高田も、「実体不発生損害〔引用者注：本稿でいう「本体喪失損害」〕という分類は、これに該当すれば、直ちに、常に填補賠償にあたるという点で意義がある」とし、「利得不発生損害〔引用者注：本稿でいう「利用利益喪失損害」〕という分類は、実体不発生損害とは異なり、直ちに常に填補賠償にあたるとは即断できない損害であることを識別する点に意義がありそうである」とする（高田・前掲注（17）「損害現象論的区分説における識別」97頁）。

経過するまで填補賠償の請求を止めておくことにより、現実履行に優先性を認めることにある。換言すると、填補賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を一時的に阻止するという形で作用することを目的としている。

填補賠償付加要件がまさにこのような形で作用するのが、本体喪失損害との関係においてである。そこでは、填補賠償付加要件は、不確定的に発生した本体喪失損害の賠償を付加要件が満たされるまで一時的に阻止するという形で作用することができる。

これに対して、（使用型）利用利益喪失損害との関係においては、填補賠償付加要件はそのような形で作用することができない。これは、利用利益喪失損害が、債権者が事態を放置しておけば自ずと（終局的に）発生するという性質を持つことによる。つまり、この性質があるために、——時的区分説によって填補賠償と遅延賠償を区別する限り⁵⁵——「填補賠償付加要件の充足が必要となるのは、債権者が猶予期間を設定した場合に限られるが、その場合には、填補賠償を請求する段階において必ず填補賠償付加要件が充足されている」という現象が発生してしまうわけである。

イ 履行状態実現費用の賠償を観念することの有用性——早すぎた填補購入における填補賠償構成の理論的基礎づけ

次に、履行状態実現費用の賠償を観念することは、「早すぎた填補購入」における填補賠償構成に対して理論的基礎を提供することができる点において有用であるといえる。すでに述べたとおり、「早すぎた填補購入」については、給付の不取得を損害とみて、填補賠償構成を採る考え方に優位性がある。ここで、履行状態実現費用の賠償を観念することにより、事実的填補購入費用の賠償においては給付の不取得が損害にあたるという理解に対して理論的基礎を提供することができるわけである。

* 本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。

⁵⁵ 裏を返すと、時的区分説が適用されない処分型利用利益喪失損害との関係においては、填補賠償付加要件は本来の形で作用することができる。

環境刑法における法益保護（3）

—— 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

第三節 法益論に基づく検討

第一項 法益保護説の維持 (以上、75巻5・6合併号)

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

1. 環境法益に対する立法上、判例上の承認

(以上、76巻1・2合併号)

2. 環境法益の不可分配性の特徴とその意義

3. 環境法益の価値的側面

4. 環境法益の存在的側面—Henfendehl説による分類を踏まえて

5. 結論

第五項 小括

(以上、本号)

第四項 環境法益の適格性

2. 環境法益の不可分配性の特徴とその意義

立法でも判例でもその保護を肯定された環境基盤について、その刑法上の保護の正当性を認めるために、法益としての適格性を考察せざるを得ない。まず、個人的法益か集合的法益かという問題については、環境

基盤が個人的利益にまで還元する必要のない「集合的法益」の形式的特徴に合致するものであるという点は明確化された。すなわち、環境財ある空気を例として、「空気の清潔は公共財である。なぜなら、空気の一部が個人Aの利益であり、その別の一部はBまたはCの利益であるといえないからである。むしろ何人も総体としての空気を吸い込む権利を持っている」¹との指摘から見て、自然循環にある生態機能が一つの総体として、平等にすべての人間に利用させられているとはいえる。

つまり、二元的法益論を基礎とした上で、環境財は「不可分配性」という特徴を持っていることは否定され得ない。具体的場合における特定の社会の構成員に環境財の相応の一部を取得させることは、集合的法益のあるべき特徴に適応しないのである。

これに対して、一元的・人格的法益論から出発すると、たとえ刑法の保護範囲を徹底的に個人財にまで制限せず、「集合的財」あるいは「不可分配性のある財」を承認したとしても、これは個人的利益への保護に関連すべきであるとされる。それゆえ、一元的法益論の支持者によれば、自然環境が「個別」の人間の生存基盤として保護に値するものであると認められる²。環境基盤は確かに分割できない存在であるが、人間の生存が分割可能なものであり、すなわち具体的個人が「独立の個々人」として生活しているので、個人に対する配慮が、まさに集合的環境財の個人的利益への還元の意義である³。

このような理解からして、環境基盤は「総体としての人間たち」のためではなく、現実上の「個人」の生存基盤として自分の機能を発揮すると解されるべきである。ここでの環境保護は間接的に個人利益の保護となっている。

¹ Vgl. *Luís Greco*, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, in: *Manfred Heinrich* u.a. (Hrsg.) Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Band 1, 2011, S.203.

² Vgl. *Winfried Hassemer*, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S.165f; *Greco* (Fn.1) S.204.

³ Vgl. *Greco* (Fn.1) S.204.

ただし、このような「個人への配慮」の理解は、集合的法益の意義や機能に合致しないというべきである。この点について、Grecoの批判によれば、個人保護についてのこの連関は、実際には「二重の間接」である。

具体的にいえば、国家的法益を例として、これが人間の発展のために存在しており、分配できない真正な集合的法益である。当該国家的法益における「個別」の個人との連関（第1の間接）は、不可分配性のある集合財の代わりに、個々の人のために扱う国家の「二次的」集合財を通じてしか実現され得ない。この二次的財は、各条文における直接的保護財の背後に存在するもの（第2の間接）である。それゆえ、このような二重の間接的な個人連関は、人格的法益論の個人保護の要求にとって不十分である⁴。

要するに、Grecoの見解から出発して、環境法益において、具体的個人の生存基盤として機能するのは、全体の社会の構成員の生活基礎である環境財の背後にある、個別者の利益に資する「二次的」集合財でなければならない。しかし、この二次的客体は、直接の保護対象ではなく、あくまでも個人的利益との連関のために本来の環境財の維持を通じて間接的に保護されるものである。それは「再間接の個人保護」にすぎず、個人との弱い連結として本当に重要性があるかについて疑問がある。結局、分配できない集合的法益としての環境財が、個人的利益への還元の結果として「個別の個人」のために機能するという構想は、確かに集合財の「不可分配性」を維持しながら具体的個人への間接的保護をも顧慮しようとしたものの、同構想は成功したとはいえない。

また、私見によれば、前記の批判のほかに、「個別の個人への配慮」の理解は個人の被害が現れた場合にのみ考慮でき、現代社会の現状にかなう必要な環境保護にとっては十分でないように思われる。つまり、もし「個別の個人の生存基盤」のみが問題とされるならば、具体的事件において、個人が抽象的危殆化の影響さえも受けなかった場合、侵害行為もそれによって存在しないことになる。しかし、個人生活の基盤に対する保護は、すべて個人的利益への保護に還元され得るわけではない。な

⁴ Vgl. Greco (Fn.1) S.205.

ぜなら、個人利益に悪影響を与えないような環境基盤の悪化が数多く存在しているからである。長期的な視点から出発して、環境財の不利な変化は、未来のある時点で自然基盤の（一時的にもある）崩壊をもたらし、よって社会生活の基本的外部条件の存続に影響し得るほかに、同様に特定の地域にある個人の損害を生じさせることになる。

それゆえ、個人的利益の侵害への規制を通じて「個々人」の生存基盤を保護するような考え方は、集合的法益の本来の機能を弱体化させるものとして、支持され得ない。

したがって、集合的法益の「不可分配性」という形式的特徴に基づき、環境法益は自然生態圏として、各社会の構成員に個々の部分を配分することはできない。これに対して、具体的個人の生存基盤の維持という人格的法益論の主張は、「分割できない環境基盤」の概念を承認するとしても、環境への危殆化から特定の個人を間接的に保護することに着目している。同主張は実際、特定者の人身、財産利益だけを重要視するので、社会の構成員の発展の基本的外部条件の重要性を見逃したばかりではなく、集合的法益の社会的基盤維持の作用をも不当に制限するといえる。それゆえ、この理解は「不可分配性」の本来の意義に適応しないものとして、否定されるべきであろう。環境財の保護を目的とする構成要件において、個人利益への直接的な配慮でも間接的な配慮でも規範保護の対象外にあるといえよう。

上記の検討で示してきたように、環境法益は社会存続の基本的条件の一部に属し、集合的法益の形式的特徴を持っている。そして、個人的法益でも集合的法益でも、価値的側面と存在的側面が要求されており、自然的環境基盤に係る法益も同様である。以下では、両側面の内容について考察をする。

３．環境法益の価値的側面

A．人間の自由な発展との関連

法益の価値的側面は人間（及びその発展可能性）に資する各保護財の機能に関連するものであり、集合的法益の場合には、社会の構成員の自由な発展や基本的権利の実現のために活動の基礎としての社会基盤を提

供するところに、その特有の機能を見出すことができるというべきである。すなわち、一般的見解も肯定する結論として、社会の基本的な外部条件の維持は人間の自由と安全の保証として、現代の複雑な社会生活における人間の発展条件の実現にとって不可欠なのであるゆえに、伝統的個人財のほかに、当該社会的な外部条件も保護法益に属するものである⁵。集合的法益の保護を支持する二元的法益論の出発点は、まさにそこにあるといえよう。

社会的な外部条件の一種としての自然的環境基盤に係る法益の場合、その機能としては、人間の生存条件の確保に関連しているものであろう。すなわち、前述した通説である折衷的生態・人間中心主義による法益理解のように、生態的環境保護には人間との最終的関連性があり、この意義上の環境財は人間の基本的な自然的生存基盤として保護されている⁶。言い換えると、環境財は環境倫理の保証の代わりに、人間の存続の維持のために機能せざるを得ない。

もちろん、「自然環境基盤の喪失＝人間存続の不可逆的停止」という定式は現在の一般民衆に普遍的に受け取られているが、保護法益の現実的効用を明確しようとするならば、それはなお漠然としたものである。というのも、確かに、「司法制度の喪失＝社会維持の停滞」、「通貨制度の喪失＝社会活動の停滞」などの定式も同様に成立し得るが、これらの

⁵ Vgl. *Detlev Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: *Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S.67ff.; auch vgl. *Roland Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S.77; *Bernd Schünemann*, Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik-von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat, in: *Andrew von Hirsch/Kurt Seemann/Wolfgang Wohlers* (Hrsg.), *Mediating Principles*, 2006, S.24; *Ioanna Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S.42.

⁶ Vgl. *Frank Saliger*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl., 2020, S.19f.; *Paul Krell*, Umweltstrafrecht, 2017, S.5f.; *Thomas Fischer*, StGB, 67. Aufl., 2020, Vor §324Rn3a; *Bernd Kasper*, Die Erheblichkeitsschwelle im Bereich des Umweltstrafrechts, insbesondere bei §324StGB: Bagatelldelinquenz im Umweltstrafrecht, 1997, S.58 u.a.

社会構造の各部分の具体的作用を明らかにしないと、人間の発展のための外部条件という集合的法益の価値基礎を単なる「人間社会の存続」というスローガンの名義の下で大雑把に承認し、よって保護に値しない「見せかけ法益」を安易に正当な集合財と承認してしまうおそれがあるからである。集合財の機能や作用の具体化の必要性に着目して、人間社会にとって莫大な重要性があったとしても、環境法益の場合においては、同様に当該価値的基礎の不明確さを回避すべきであろう。

それでは、生存基盤としての環境財は、具体的に人間の自由な発展に対してどのような影響を与えるか。前述第三項 2. C. b. ですでに紹介したように、Henfendehlは機能の側面から集合的法益の類型化を行い、すなわち、社会生活の視点と国家維持の視点の区別から集合的法益を「個人の実現のための自由空間を創設するもの」と「国家の枠組みの条件」という二つの大枠に分類した。その上で、彼によれば、環境財を「自然的環境資源の形態での社会的有限な資源」(gesellschaftliche Kontingente in Gestalt der natürlichen Umweltressourcen)とされ、「個人の自由空間を創設する」という類型の集合的法益に属するものと考えられる⁷。環境基盤を構成した「自然資源」について、その有限性及び非任意回復可能性のために使い果たすことが可能であり、ここではその特別な保護の適格性の決定的な根拠を見出せることになる⁸。というのは、Henfendehlの指摘の通り、環境における資源に対する現在の大量な利用は、現在の人間だけでなく、その後の利用者、少なくとも未来世代への阻害をも生じさせるからである⁹。

環境財と人間の存続の維持との関係として、環境資源は「個人の自由空間の提供」という機能を発揮し、しかも、これを使い果たす可能性があるところに人間の存続のための必要性を見出せるというHenfendehl

⁷ Vgl. Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S.132, 306; ders., Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn.5) Die Rechtsgutstheorie, S.127.

⁸ Vgl. Hefendehl (Fn.7) Das Rechtsgut, S.127.

⁹ Vgl. Hefendehl (Fn.7) Kollektive Rechtsgüter, S.132, 307.

の見解は賛成すべきである。この点に対する私見の理解としては下記の通りである。

すなわち、有限な自然資源（鉱石、エネルギー資源、動植物など）もしくは清潔な環境媒体（清潔な水、土壌、空気など）は現在、人間の日常的生産や生活において大量に消耗されている。もし利用・汚染を一定の範囲内にまでコントロールしないとしても、確かに、その絶えない保有量の減少・品質の低減は即時に生命、財産などの個人の利益を損害するわけではない。しかし、必然的な結果として、現在の社会の構成員に外部からの年々増えていくリスクを生じさせたり、利用できる生活空間及び生活必須品の質量を減少させたりし、よってその自由な発展の可能性に多大な障害を与えることになる。要するに、環境破壊は「現世代」の個人実現の自由空間に一定の悪影響を与えているということはまず肯定され得るのである。

そればかりではなく、大量な消耗を続けると、高度な悪化を経た環境基盤における後の世代の社会の構成員にとっては基本的な日常生活の維持さえも困難になるおそれがあるということをも予見できるのであろう。本当にそのような状況になった場合、人間社会はもはや存続できなくなるという事態に直面せざるを得ない。これは「未来世代」の個人の発展の実現に係るものであるように思われる。

このような環境資源破壊による後世代への必然的な影響に着目して、例えば、Steindorfは「現在の状況での個々の人間及びその『生活品質』のほか、未来世代における人間という種（Spezies）のさらなる生存、維持も重要である。汚染された大気、水域で、数が減少させられた動植物の世界に取り囲まれているような未来にいる人間の単純な存続は避けられるべきである。そのため、人類の生態的発展に対する認識可能で緊迫な危険を防止するように努力すべきである」¹⁰と述べる。すなわち、後世代の生活品質の低下は、必然的に彼らの発展の実現や生活の自由空間に対する大きな阻害となるので、無視することができない。

¹⁰ Joachim Steindorf, in: Lepiziger Kommentar Strafgesetzbuch, 11. Aufl, 1997, Vor§324Rn.15.

この点について、まさにSchünemannの主張する「世代間の分配正義」が問題となる。彼によれば、「再生可能な資源は現存の世代の自由な処分の下にあって、その意味において現存の世代の財産と見なれることができる一方、只今存在している世代は未来世代のために、使い果たせる資源の保存について義務づけられており、よってその利用を比例性のある割合に制限すべきである」¹¹と考えられるのである。そして、現存の主体でない未来世代の財産や所有権への保護は当然不可能であるので、現在の生態的資源それ自体が保護法益とされるべきであるという¹²。

私見によれば、その意味としては、「人類種族の生存」¹³という価値に基づいて、現存の世代の成員には私たちの人間社会を未来まで継続的に存在させるという義務があることを指す。その上で、使い果たせる生態的資源に関する合理的利用は、人間社会維持の義務の一側面に属するといえる。

したがって、水域や空気などの環境基盤、及び自然状態における動植物から構成した生態圏は人間社会の存在の自然的基礎として、その維持には社会の構成員の生活利益があるというべきである。人間の自由な発展の可能性及びその保障を考慮すると、Ransiekによる総括、すなわち「人間の生存基盤としての環境への保護は、単に人間の存続のための不可欠な必要環境条件が保護されているだろうという意味において理解されるべきではない。最低限の条件だけではなく、生きるに値する環境への保護が重要である」¹⁴ということには賛成すべきである。

¹¹ Bernd Schünemann, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?, in: Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, S.26.

¹² Vgl. Schünemann (Fn.11) Ein Paradigmawechsel, S.27; auch vgl. Anastasopoulou (Fn.5) S.210.

¹³ Vgl. Bernd Schünemann, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA1995, S.206.

¹⁴ Andreas Ransiek, in: NK-StGB, 4. Aufl., 2013, Vor§§324ff Rn.8.

B. 憲法的根拠

もちろん、単に財的事実的作用、すなわち人間の自由な発展に対する具体的影響という現実的機能面から出発すると、環境基盤については、「現在の世代」の発展の基本条件としては問題がないものの、現存の主体でない「未来世代」のための保護という点にはやはり疑問を拭えない。つまり、未来の人間社会はもはや維持できなくなるということを予見し得るので、現世代における資源の節度ある利用は、確かに未来世代の正常な生活の前提となっている。それにしても、現在の人間に未来の発展のための保護を義務づけるということは本当に刑法において認められ得るかについて、なお規範的視点から検討すべきである。それゆえ、特に後世代の発展にまで及ぶ保護に関しては、最高法規である基本法における明確な規範的根拠が必要となる。

すでに述べたように、環境基盤に係る刑法的保護において、その憲法的根拠は基本法20a条「自然的生活基盤の保護」、すなわち、「国家は未来世代に対する責任を果たすためにも、憲法的秩序の枠内において立法を通じて、また、法律及び法の基準に従って執行権及び裁判を通じて、自然的生活基盤及び動物を保護する」という点にある。

この条文の文言に基づき、一般的な見解によれば、当該基本法20a条は環境保護に係る基本権を肯定したとはいえず、立法者に適格な環境保護の規定の公布を義務づけるという「国家目標の設定」(Staatszielbestimmung)、あるいは自然的生存基盤の保護という「国家の任務」を要求するものであると認められる¹⁵。すなわち、単に当該文言から見て、社会の構成員が環境基盤の場合にどのような利益や権利を持っているかについてはまだ不明確であり、ここでは国家が立法や行政において環境保護の任務を果たすべきだという要求が提出されたにす

¹⁵ Vgl. *Wolfgang Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafsrechts-zur Dogmatik > moderner < Gefährdungsdelikte, 2000, S.245; *Manfred Möhrenschrager*, in: *Lepiziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 12. Aufl, 2020, Vor §324Rn.19; *Hefendehl* (Fn.7) Kollektive Rechtsgüter, S.307; *Ransiek* (Fn.14) NK-StGB, Vor§§324ffRn.15.

ぎない。

しかし、他方、立法者は当該規定によってこそ、自然環境に係る政策的形成の自由を取得し得るともいえる。つまり、例えばWohlersの指摘のように、この形成の自由は「立法者がどのように、そしてどの手段で課された義務を満たすつもりかという問題に係るものである。それによって、当該義務の重要な機能は、憲法で保護されている他の価値との衡量の枠内において、環境保護の価値を強化するということのみである」¹⁶という。要するに、当該基本法の規定に基づいて、国家は立法活動を通じて、具体的保護客体としての自然的生活基盤の不可侵性の維持に関連する規範を刑法において定立させ、よって基本法上の任務を実現するのである。このようにして、自然的生態資源の刑法的保護は、国家の任務の遂行（立法）による憲法的根拠の具体化の結果であろう。

そして、憲法上の「自然的生活基盤の保護」は個人の発展などの利益を支えているということは、基本法の解釈の枠内においても肯定され得るのである。例えば、Steindorfは「生態基盤の保護がなければ、現在の人間は発展できないし（Art.2 Abs.1GG）¹⁷、彼らの子供の未来を保証することもできない（Art.6 Abs.1GG）¹⁸」であろう¹⁹とし、市民の現在の生活の維持、及び後世代の存続のために、環境保護を「現代国家の決定的な任務」と位置づけるのである。彼の理解によって、人格の自由な発展、及び後世代を含む家族の保護に係る人間の憲法の基本的権利の実現のために、自然基盤の存在をその基礎的条件と承認せざるを得ないとされる。

また、特に保護を後世代の存続にも方向づける理由として、基本法20a条における「未来世代に対する責任からも」という文言に基づいて、例えばRoxinは「そのためには、社会契約を現在存在している人間の範

¹⁶ Wohlers (Fn.15) Deliktstypen, S.245.

¹⁷ 「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法適合的秩序または道徳律に違反しない限り、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」という。

¹⁸ 「婚姻及び家庭は、国家秩序の特別な保護の下にある」という。

¹⁹ Steindorf (Fn.10) LK-StGB (1997), Vor§324Rn.11.

囲から、ほかの生物や未来の世代に拡張すべきである」²⁰と述べる。Schünemannも前述第二項3.③で言及されたように、「社会契約への関与、及びそれによる権利と義務は、特定の時点で生存している個人に制限され得ないというのは当然である。なぜなら、さもなければ、死亡と誕生に伴って新たな社会契約が締結される必要があることになるからである……全体の人間がパートナーと想像された場合、未来世代も同様である」²¹と認める。

このような解釈に関して私見としては、すなわち、社会契約に基づく人間の自由と自己実現に対する保証が現代国家の任務であり、当該任務は憲法の規定において具体化されたのであると考える。社会契約は特定の時点の個人の代わりに、「人類」という概念におけるすべての構成員をその適用可能な対象としているので、現代の社会契約の内容として、私たちの後世代である「未来世代」の自由発展への配慮は不可能でない。しかも、経済などの別の社会領域における人間発展の可能性はさておき、自然環境の不断な悪化が現在の時点で実感できているし、将来における環境基盤の崩壊も予見可能である現状に鑑みて、「未来世代」への配慮の必要性は、特に環境保護の場合において否定できないのであろう。後世代の自由と自己実現にまで着目することも社会契約の内容であり、自然環境の領域においてはその事実上の必要性を取得したといえよう。

それによって、基本法20a条における「未来世代に対する責任」という文言は、まさに後世代をも含む人間の発展条件の保護という社会契約に基づく任務が憲法的規範において定在させられた結果の体现といえるのであろう。

²⁰ Claus Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Roland Hefendehl(Hrsg.), Symposium für Bernd Schünemann zum 60.Geburtstag, 2005, S.148. すなわち、国家は社会契約によって創設された平和の秩序を侵害することから国民を保護しており、刑罰が当該任務を満すための手段とされるというような「社会契約」に基づく共同生活の要求は、維持されるべきである前提条件である。Vgl. Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S.20.

²¹ Schünemann (Fn.13) GA1995, S.206.

なお、最近では、特に未来の人間の存続にも着目する環境保護について相応の憲法判例が現れてきた。すなわち、当該基本法20a条にも関連して、連邦憲法裁判所は2021年3月24日に気候保全についての決定²²を出して、現世代と未来世代のための環境基盤の保護の必要性及びこれに係る国家の義務を確認したことに注目すべきである²³。本決定は主に気候保護法の条文の違憲性に係るものであるので、詳細な紹介や考察は本稿の対象外にある。本稿にとって重要なのは、前述のように、基本法20a条に関連する地球温暖化から見た環境保護の必要性及び未来世代へ

²² BVerfG, Beschl.v.24.3.2021, NJW2021, S.1723ff; auch vgl. *Maren Eilers*, Entscheidungsanmerkung, ZJS2021, S.383ff. 同決定の内容とドイツ公法学でのこれへの学問的対応（議論状況）を整理するものとして、桑原勇進「気候変動と憲法—ドイツ連邦憲法裁判所21年3月24日決定と同決定を巡る議論状況—」上智法学論集65巻4号（2022年）133頁以下参照。

²³ 本決定は、2019年施行されている連邦気候保護法（Bundes-Klimaschutzgesetz = KSG）（立法について、v.12.12.2019-BGBl. S.2513参照）の規定の一部が違憲であると認定するものである。すなわち、施行当時の気候保護法3条「国家の気候保護目標」において、その1項2文は「1990年比で、温室効果ガスの排出は2030年まで、漸次的に少なくとも55%削減される」と規定している。当該1項は当時、1990年比で排出を2020年まで40%、2030年まで55%、2040年まで70%、2050年まで95%削減することを規定していた。本決定の後、連邦気候保護法に対する改正が行われた。その改正について、v.18.08.2021-BGBl. S.3905参照。改正後の3条1項は1990年比で、排出を2030年まで65%、2040年まで88%削減することを要求している。そして、本法4条「年度排出量」の1項及び別表2は、3条1項の目標の達成のために、エネルギー経済、工業、交通、建築業、農業、廃棄物経済その他の分野に対して、2030年までの年度排出量を規定している。連邦憲法裁判所は異議申立人の主張を部分的に支持して、これらの条文における温室気体ガスの削減要求が当該ガスの減少及びグローバルな温暖化の制限のための措置として不十分であり、それによって、基本法2条1項の生命及び身体的不可侵性と、基本法14条の所有権に係る基本的権利が気候の不利な変化により侵害されていると認定した。そのほか、排出制限による自由権の侵害、基本法20a条の保護要請の違反をも検討したのである。Vgl. BVerfG, NJW2021, S.1724ff. 桑原・前掲注268）135頁以下、148頁以下、玉蟲由樹「国家の気候保護義務と将来世代の自由」上智法学論集65巻4号（2022年）247頁以下参照。

の保護義務を肯定したという点にある。

本決定はまず、温室効果ガスの排出に伴う気候変動は現実的に地球温暖化に寄与していることを確認して、気候を基本法20a条による保護対象である「自然的環境基盤」の一部とし、それによって、当該20a条も気候保護の要請を根拠づけるものであるという前提を肯定した²⁴。

そして、温室効果ガスの減少に係る基本法20a条による負担を一方的に未来へ転嫁することはできないと判示した。すなわち、「特定の条件の下で、基本法は、基本的権利を保護し特定の時代を越える自由を保障すること、及び特定の世代を越える自由の機会について比例性のある分配を義務づけられる」²⁵とし、「基本法20a条は、未来世代のための責任にも基づいて自然的生存基盤を保護するよう国家を義務づける場合、それはまず、特に未来世代に自然的生存基盤を維持することを目指すものである。ただし、それは同時に世代間の環境保護負担の分配にも関連している。基本法20a条の客観法的な保護の委託も次のような必要性を含んでいる。すなわち、将来の世代が自然の生存基盤を徹底した禁欲でしか守れないであろうことにならないようにするために、自然の生存基盤を慎重に扱い、当該状態でこれを後世代に残すという必要性である」²⁶という。

要するに、本決定は世代的正義の問題と、現在の人間が将来を犠牲として生活してもよいかという問題を提起したものである²⁷。その結論としては、自然環境への配慮に関連する立法などの国家の義務を履行する際に、基本法20a条による温室効果ガスの減少に係る負担を一方だけで将来の後世代に移転させることを避けて、時間的に異なる世代の間の自由の機会について比例分配を図るべきである²⁸。これがまさに基本法20a条の文言における「未来世代に対する責任」に基づく要請である。

²⁴ Vgl.BVerfG, NJW2021, S.1727, 1737f.

²⁵ BVerfG, NJW2021, S.1723.

²⁶ BVerfG, NJW2021, S.1739.

²⁷ Vgl.Eilers (Fn.22) ZJS2021, S.383.

²⁸ Vgl.BVerfG, NJW2021, S.1737;Eilers (Fn.22) ZJS2021, S.388;Felix Lange/Matthias Lippold, Höchstrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip-Eine rechtsvergleichende Betrachtung, JZ2022, S.690f.

したがって、環境法益は人間社会の創設と発展の生態的基礎・前提であり、その価値的側面は、人間の後世代の生活の正常さにも着目して、社会の構成員の質のある日常生活を維持するところにある。生態的基礎が予見できる将来において崩壊しないために、社会生活による環境汚染を一定の程度までコントロールして自然的環境基盤を配慮するということは、人間の自由な発展の可能性への保障という国家の基本任務の履行にとって不可欠な一環である。しかも、特に基本法20a条は生態的環境保護の要求に憲法的根拠を提供したのであり、それによって、環境法益の価値的側面は憲法の基本的価値の要求に合致し、その法的保護も正当的であるといわれるべきであろう。

4. 環境法益の存在的側面—Hefendehl 説による分類を踏まえて

形式的特徴と価値的側面の後、最後の基準として、環境法益の現実的な存在的側面が考察されるべきである。すなわち、自然的環境基盤について、人間の行為による侵害の可能性があるかどうかという問題である。前述のように、法益は現実世界の対象として、因果法則に従うものである。というのは、法益が因果的に侵害できない（理念的対象）客体と考えられる場合、刑法的保護は無意味となるからである²⁹。

Hefendehlによって、「個人の実現のための自由空間を創設する」という価値的側面のある集合的法益は、その存在的側面に鑑みて、さらに「社会的に重要な信用法益」と「使い果たせる社会的に重要な資源」という2種類に分類され得るのである³⁰。

まず、「社会的に重要な信用法益」は、特定の機能を発揮する予定が

²⁹ Vgl. Hefendehl (Fn.7) Kollektive Rechtsgüter, S.28ff.

³⁰ Vgl. Roland Hefendehl, Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA2002, S.25f. すなわち、Hefendehl は社会生活に関連する集合財の存在側面を「信頼」と「有限な資源」に分けるのである。なお、「国家の枠組みの条件」という類型の集合財の存在側面について、彼は「国家の機能法益」と「国家の行動における資源の存在」という2種類を挙げる。同類型に対する具体的検討は本稿の対象外にある。

ある公共制度に対する信用に係るものである³¹。Henfendehlは制度自身の代わりに、「制度に対する信用」を保護法益とするのである³²。前文第三項2. D. では集合財の脱実体化の特徴があり、その因果的侵害の可能性が問題になるということはすでに明確にした。公共制度もこの問題に該当する。制度の機能それ自体が弱体化したかについてはっきりとしないものの、秩序に反する利用行為等による社会的信用への影響（公共制度に対する不信感の発生・強化）はより容易に検証されるので、「信用

³¹ 公共制度に対する信用について、具体的にいえば、Henfendehlは「信用の要素は個人と制度との間の必要的な連関を創設して、その同時に、実質的意義を取得するのである……実在の信用は個人のためにその人格的行為空間を拡張しましたは保持している」とした上で、「一定の条件の下で、信用の喪失は法益上の第一義的損害 (Primärschaden) をも基礎づける。それゆえ、信用によって構成され、信用がなければまったく存在しないような集合的法益がある……例えば交換手段としての通貨の場合、特別なメカニズム、媒介または協定に対する信用がなければ、既存の制度の相互依存関係によって現在のように発展してきた社会秩序に影響を与えることになるだろう。そして、国家と社会にとって決定的な同質の収益範疇 (homogene Ertragskategorie) としての通貨も無効になるだろう」と述べる。Hefendehl (Fn.7) Kollektive Rechtsgüter, S.124f. すなわち、通貨、司法などの社会的に重要な公共制度が自身の機能を順調に発揮させるために、制度に対する信用がその必要条件とされるというべきである。なぜなら、これらの公共制度は社会の構成員の自由空間の創設・拡張のために導入されたものであり、もし人々は公共制度の有効性や公平性などに一定程度の疑問を抱くのであれば、これらの公共財を利用しなくなるのは当然であり、その結果として、社会生活中の自由な発展に役立つような公共制度の予定された機能も無意味になるからである。それゆえ、社会的機能のある各公共制度の正常な運行に対する信用は人々の利用行為の前提となるので、各公共制度の機能維持の条件に属し、当該複雑システムの構成要素の一部と認定され得るのであろう。

³² より正確にいうと、経済制度などの生活基礎としての社会基盤に対する「信用」は法益の一部の構成要素であり、当該信用がなければ、生命などの個人的法益（なぜなら、その存続は信用の存否によって決められるのではないからである）と違い、通貨制度などの集合的法益の崩壊は必然的な結果となる。Vgl. Roland Hefendehl, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA2007, S.10.

法益」の主張は、侵害行為による因果変更の実現という客観的存在面の要求に合致するものであろう。確かに、「信用」は内心の事柄にも関連するが、依然として現実的存在と評価され得る。なぜなら、抽象的存在にすぎない「理念」の反対概念は「物質」ではなくて、むしろ「真実」や「現実」だからである。それゆえ、物質のほか、現実的存在は精神をも含んでいるというべきである³³。

他方、「使い果たせる社会的に重要な資源」という種類の集合財は、「社会的に重要な信用法益」とは異なる。当該「社会的に重要な資源」は「使い果たせる」ものに属するので、その量が有限的であり、物質的な存在として任意的に再生することもできないのである。すなわち、Hefendehlによって、前記の信用法益である「規範的な財」は一定の社会的評価で確認されるのとは異なり、物質的な社会資源に係る法益は「記述的な財」(deskriptive Güter)に属し、有体的、かつ、知覚上直接的に把握することができるものである。それゆえ、当該種類の客体は自然的・客観的事実として、その確定が通貨システムなどのように、法律と社会秩序の評価により決められたのではない³⁴。規範的な財と比べて、社会的資源法益の存在的基盤はより簡単に肯定されるだろう。

本稿の主たる考察対象としての生態的環境法益は、まさにこの社会的重要資源の代表例と評価され得るのである。人間社会が創設された後に生じた需要に基づいて規範的に設置された公共制度とは違い、自然的生態資源は人間社会を創設して発展させるために必要不可欠な物理的基礎条件となり、その大量な消耗が確実に地球上の限度ある保有量を減少させているという現実を誰も否定できない。しかも、環境法益は物理的な客体として、汚染物質の排出等による生態圏の因果的变化が経験科学上

³³ Vgl.Hefendehl (Fn.32) GA2007, S.13. しかも、前述のように、個人的法益である名誉も知覚上把握しがたい精神的客体であるが、同様に現実的存在と認められるべきである。

³⁴ Vgl.Hefendehl (Fn.7) Kollektive Rechtsgüter, S.133. すなわち、公共的法益はほぼ有体的対象ではないという結論は一般的に承認されたが、環境財がまさにその例外である。Vgl.Anastasopoulou (Fn.5) S.211.

認められ、その現実的侵害可能性については、必然的なものであるといえる。

すなわち、物理的な存在的基盤が見出された場合、前述第三項 2. D. c. で言及した集合的法益の存在的基礎の確定（個人の相互作用関係の探求）は不必要であるし、「信用」も改めて当該物理的集合財の構成要素と評価する必要もない。なぜなら、存在的基盤に対するこれらの特殊な認定は、因果的变化の可能性の存否が特に問題となる客体、いわば規範的に設置された公共制度のような集合財の場合に適用されるものだからである。

それゆえ、環境財のような、記述的な社会的資源に係る集合財について、因果的な変更可能性のある存在的側面を承認することは、むしろ当然であろう。確かに、具体的にはどの程度、どの規模の環境基盤の悪化を生じさせたかについて明確ではなく、なお事後的な科学的検証や観察を必要とするが、これはまさに環境財の因果的な変更可能性を承認した後の問題であり、存在的側面の現実性という前提に対する検討とは関係がない。

したがって、自然的環境媒体や生態資源は物理的な存在であり、かつ、知覚上直接的に把握できるような現実的な客体と認められるべきである。それによって、環境法益は存在的基盤を持っており、因果的侵害のできる対象とされている。

5. 結論

以上の考察から見てきたように、生態環境への直接的影響を構成要件要素とする形式の環境犯罪には、その保護法益の内容について、前述した通説としての折衷的生態・人間中心主義の主張は合理的なのである。すなわち、自然的生態要素は独自の法益とされると同時に、それが人間の生活空間の生態的基礎として人間の自由な発展の実現に資する基本的条件に属するものと考えられるべきであり、純粹たる生態圏の存続の維持という不明確な自己目的の実現のために保護されてはならない。

本項での環境法益の適格性に対する考察によって、生態環境法益は不可分配性の特徴を有している集合財として、憲法的根拠づけ（特に基本

法20a条）に基づいて、法的保護に値する人間の自然的生存基盤と認められるべきである。この適格な集合的法益の保護が、私たちの現代社会にとって絶対に不可欠な任務に属するのである³⁵。

第五項 小括

本節では、主に保護法益の内容・特徴に基づいて、環境法益の在り方を考察してきた。まずは、法益論というテーマに係る現在のドイツ刑法上の論争、すなわち一元的・人格的法益論と二元的法益論の各自の主張に対する考察から出発して、保護法益という概念のあり得る内容を明確にしてきた。

一元的・人格的法益論の見解の出発点は、法秩序が人間に資し、また人間の本質が個々の人格の発展にあるのだから、法秩序の機能が人間の自由な発展を保護するものであるということにある。この理解からすれば、超個人的法益の保護は「個人」の発展条件の保護の「前段階」にあることが求められ、超個人的法益が問題となる場合においても、個人的法益への侵害または危殆化が必要とされる。

しかし、一元的法益論の主張には疑問がある。確かに、人間に最も価値があるとし、個人の自由な発展を重要視することから出発してこの理論を立てるが、それによって伝統的な個人法益しか刑法的保護に値しないという結論を出す必然性はないというべきである。現代社会において、国家の過度な干渉から個人の自由を守るだけでなく、個人の多元的な発展のために、人間活動の展開が依拠した各社会的基盤をも絶えずに提供すべきである。これらの社会的基盤それ自体は、公共的機能が発揮できる超個人的財として、確かに生命や財産などの伝統的個人法益とは違うものの、個人的法益への還元を経ることがなくとも、同様に人格の発展条件と評価され得る。なぜなら、個人の自由な発展を実現させるために、人間自身の個人権利に対する確保のほか、自由の行使の基本条件の保障がなければならないからである。

³⁵ Vgl. Dennis Bock, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.) Handbuch des Strafrechts, Band 5- Strafrechts Besonderer Teil II, 2020, §48Rn.8.

このように、社会の構成員の自己実現に対する国家の促進的・配慮的機能にも着目し、基本的外部条件を直接に保護することは、各国民の人格的な発展の保証という法秩序の根本的任務と矛盾しているわけではないだろう。そうすると、法益の還元論は不必要なのであって、超個人的法益が問題となる構成要件の場合において、「個人的法益の維持」の必然性はなく、個人的法益への侵害や危殆化は構成要件実現の前提条件でないと考えられるべきであろう。

これに対して、二元的法益論の支持者は、現代国家の任務の変化・発展を承認して、人間の共同生活の存在条件を創設、確保し、人間生存の配慮を促進することに注目しているのである。要するに、現在の社会環境の複雑性を考えると、生活の基本的な外部条件は、人間の自由な自己発展にとって同様に不可欠なのである。このような公共財は、個人的法益に還元する必要がなく、個人の自由な発展に資する限り十分である。

集合的法益については、第1に、「不可分配性」が伝統的な個人的法益と区別するための特徴であると認められる。「不可分配性」のある各種の社会的基盤や公共制度は、適格な保護法益と評価され得るために、個人的法益と同様に、保護法益の基本構成要素としての価値的側面と存在的側面を備えるべきである。

第2に、集合的法益の「価値的側面」については、現代社会において、人間の自己発展は、国家の行政活動による自由の抑圧に対する制限のみでなく、社会における各種の個人活動の展開をも通じて実現しなければならない。人間の生存、生活に関連する各社会的システムは共同体の形成の前提的基盤として、そこには人間の活動と相互作用の実現を支える機能が存在しているといえる。各社会システムが自身の作用を正常に発揮できる限り、人間の自由な発展を促進するために、これらの社会的外部条件は、個々の人間の多元的利益の実現過程に機会と保障を提供することができる。

それゆえ、法的手段、特に刑法による社会的基盤・社会的外部条件の維持は、個人的利益に対する高度な保護と同様に、人格的な発展への配慮を国家と法秩序の根本的任務と確認するドイツ基本法の基本的価値に合致する。要するに、人間の自由な発展の基本的外部条件に対する法的

保証には憲法的根拠があり、それによって、集合的法益の価値的側面の正当化基礎があると認められるべきであろう。

第3に、集合的法益の「存在的側面」については、個人的法益と同様に、集合的法益をも客観的現実世界に存在している保護客体と評価しなければならない。まず、「規範的」な集合財について、特定領域（例えば通貨の流通）に係る社会の構成員の間の相互作用関係の発生が必然的に同領域に相応する社会的意義を生じさせ得たという現状から見て、当該特定領域の形成の前提条件としての社会制度・秩序（例えば通貨秩序）の客観的存在は当然である。それに対して、「規範的」な制度・秩序以外の、物理的な生活資源や消耗品に関連するような集合的法益は「記述的」な財であり、因果的に把握できる客観的对象と直接評価されることには特に問題がないだろう。要するに、集合的法益は単なる抽象的概念ではなく、その存在的側面も証明できるものであると認められ得る。

つまり、現代社会の現状と人間の多元的自由な発展の要求に適応するために、二元的法益論の主張はより合理的であり、個人財以外の集合的法益も刑法的保護客体に属するものであると認められるべきであろう。それでは、本稿の主たる検討対象としての環境法益を合法的保護財として承認するために、その適格性（主に環境財の価値的側面と存在的側面）に対する考察も同様に必要である。

一般的な理解によって、環境法益は自然的環境資源の形態として存在しているような、使い果たせる社会的資源であり、個人の自由空間を創設するという類型の集合的法益に属すると考えられる。その存在的側面の検討として、自然生態環境は有体的であり、かつ、知覚上直接的に把握できる「記述的な財」に属するので、環境法益は存在的基盤を持っており、因果的侵害の対象とされていることには問題がない。

そして、その価値的側面について、人間の基本的生存条件・人間の活動展開の前提条件である自然環境が確保されるべきであり、そのため、有限な客観的存在としての環境資源は法的保護に値するのである。しかも、当該価値的側面は基本法の規定によって根拠づけられており、すなわち、特に基本法20a条「自然的生活基盤の保護」にその憲法的基礎を見出すことができる。つまり、憲法の視点から見ても、現存の個人的法

益を越えて、現世代と未来世代の生存条件のための危険防止という公共の福祉を、環境財の価値的側面の体現と認めることができる。

以上の適格性の考察から見てきたように、人間の発展との関連性を考えて、人間の共同生活の必要条件としての生態環境は自由な発展の基礎である集合的法益の一種とされている。それゆえ、各環境要素が環境犯罪における行為客体となる場合、わざわざ具体的個人の生命や健康との直接的な関連に着目する必要がなく、生態環境それ自体は刑法的保護に値するものである。

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (5)

Ruben E. Rodriguez Samudio

I. JAPANESE LAW FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

This chapter analyzes the Japanese legal doctrines and ideas previously introduced, beginning with the societal background that led to the development of the Japanese Civil Code. The end of the chapter presents the conclusions and considerations of this paper.

The French *Code* was heavily influenced by the experience gained from the French Revolution; thus, it was designed as a document that the general population could read and understand. By contrast, the BGB was a product of the historical review of legal ideas, a tool for legal professionals to fulfill their profession without special consideration for non-specialists. The Japanese Civil Code does not squarely fit into either of these two models. Indeed, the code resulted from an immensely disadvantageous situation that affected the country during the 19th century. As such, it was a tool designed with a highly specific goal in mind: to demonstrate to the Western powers that Japan was a civilized nation under the Western ideals of the time. Therefore, the idea that the Japanese Civil Code was written with the ordinary Japanese individual in mind seems unfounded.

However, it cannot be said to have been thought of as a tool for

legal professionals. The differences in background between Japan and Germany are far too drastic for that to be the case. The study of Roman law influenced the scholarly discussions in Germany during the 19th century. By contrast, the Japanese drafters were tasked with distilling the doctrines, case law, and ongoing European debates to introduce them to the Japanese public. Therefore, it is possible that, at the time, the average Japanese lawyer or judge would be reading some of these ideas for the first time.

Furthermore, the *ius naturalism* that marked the French legal thought of the time contrasts with the positivistic approach of German scholarship. While the top members of the committee wanted the codes to follow the Germanic model, the drafters were not necessarily bound by such ideas. Indeed, the inclusion of Article 710 dealing with non-economic losses can be better explained under the French and English influences, which further supports the argument that German ideas did not influence delictual liability and its elements under the Japanese Civil Code.

In France and Germany, the spirit of the law also influenced subsequent legal developments. For example, French scholars and courts were more receptive to developing the concept and ideas of non-economic losses in areas the German scholars and courts kept a limited interpretation of the law. By contrast, Japan faced the fact that through the years, the courts and scholars have opposed the drafters' intent on numerous occasions. Tomii was very critical of French law and exalted the virtues of the BGB. This endorsement has been used to support analysis of the BGB to import legal doctrines into Japanese legal thinking. However, the fact of the matter is that Tomii promoted the BGB many years after the enactment of the Japanese code and the BGB when the influence of the French school of legal thought had already waned. After the death of Ume, the counterbalance to the German school of thought wavered and the influx of German ideas increased, sometimes without an understanding of their background.

This disconnect caused scholars to seek to explain institutions that originated in social conventions of an era using modern theories that have long been removed from their roots.

How courts and scholars construe rights exemplify how time affected the interpretation of the Japanese Civil Code. For example, the transference of the victim's claims for non-economic losses, and non-economic losses of the victim's relatives. Particularly in the first case, the courts went from a strictly limited view of the concept of rights to expanding liability to cover the infringement of legal interests. As previously stated¹, this runs contrary to the drafters' ideas regarding the role of law and the meaning of the right infringement requirement. Hozumi, for example, was clear that the infringement requirement served to clarify the conduct that was expected from the parties.

However, by expanding liability to include legal interests, the courts recognize that such interests might have a basis that is not a legal right as specifically codified in a positivistic way. This stance is arguably more in line with a French view. Furthermore, even if the code was initially written for bureaucrats, the reforms that took place from 2004 to 2005 were made under the assumption that it exerted a great deal of influence on daily life and economic activities.²

Additionally, various legal theories introduced via precedent, such as the protection of legal interests not covered under a specific statute in the particular case of delictual liability, clearly suggest a different legal consciousness, one that is farther from the positivistic doctrines of the late 19th century. Therefore, in terms of delictual liability, the

¹ Ruben Rodriguez Samudio, *Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective* (2), 73(3) The Hokkaido Law Review 17 (2022).

² *Minpo Gendaikaan Hosoku Setsumei* available at: <http://www.moj.go.jp/content/000071232.pdf>.

Japanese Civil Code has long abandoned the ideas of its drafters and has become a more accessible text than initially intended. Though it is still mainly used by law professionals, the changes in the last reform have made it more accessible to most individuals who approach it.

II. THE ELEMENTS OF LOSS UNDER JAPANESE LAW

While Article 709 of the Japanese Civil Code follows a model closer to the French *Code*, traditionally, there have been no discussions on the nuances of the word *songai*. When referring to the distinction between *dommage* and *préjudice*, Morita notes that the meaning given to the word *songai* under traditional Japanese scholarship corresponds with *préjudice*, *i.e.*, the abstract loss suffered by the victim as a result of the *dommage*.³ However, he does not explain how this abstract concept fares when confronted with the amount difference theory or any other theories regarding loss in civil scholarship.

Following De Cupis's argument about formal and material elements of harm, the language in the first part of Article 709 is challenging to interpret, as it can be construed as representing both elements. In contrast, Article 1240 of the French *Code* inherently represents the formal element of harm, *i.e.*, the legal obligation of the aggressor to repair any loss suffered by the victim. By establishing no special requirements regarding harm and loss besides their emergence, the *Code* allows for a clear division of the material and formal elements and limits confusion. Furthermore, the monetary compensation element and emergence of harm and loss requirement are both structurally and linguistically unique elements under the French *Code*, which permits an analysis that treats them differently. Conversely, under the requirement of unlawfulness, the German BGB provides

³ Hiroki Morita, *Joron -Songai Gainen ni tsuite-*, 86 Horitsu Jiho 55, 56 (2014) (Japan).

more formal elements to legal harms and losses but offers a list of losses that serve as limits to the material element, *i.e.*, not all losses or harmful events yield civil liability.

Furthermore, to analyze Article 709 of the Japanese code under the model presented by De Cupis, it is necessary to make a slight distinction concerning the 2004–2005 reforms. It can be argued that before the reforms, the formal and material elements of loss, *i.e.*, a legal rule that enshrines the loss and a legal event that causes it, were found within the concepts of *songai* and the infringement of rights. Indeed, if this view is adopted, the arguments and discussions the drafters had regarding the necessity of the violation of rights requirement are somewhat moot. Both the legal event and the legal result – or, under Italian terminology, *danno evento* and *danno conseguenza* – are necessary for a loss to be recognized.

However, regardless of any arguments among the drafters concerning the importance of these two elements, the stance taken by the code supports the view that the drafters understood that the fundamental difference between having a system in which both material and formal elements were confused into one figure and having one that made a distinction between the two.

In addition, discussions on the difference between *dommage* and *préjudice* were not part of Japan's legal scholarship, as no single concept could be used to replace *songai*. This is perhaps due to pervasive positivist ideas at the beginning of the century. Nevertheless, it is clear from the case law and the drafter's opinions that the concept of *songai* is not as simple as some scholarship has made it out to be. In particular, the formal element of loss is clearly established, *i.e.*, only losses resulting from infringing a legal right can be considered legally relevant.

The Japanese delictual liability system also grants a unique role to the concept of unlawfulness. The traditional view in comparative law is that unlawfulness is used to limit the extent of delictual liability.

Only unlawful acts, either through illegality or transgressing a social norm, are considered reproachable. The infringement requirement was included to prevent liability from expanding too much and to create a clear standard for the conduct of society's members. However, Japanese courts and scholars opposed such a limited view of rights and legal interests, and to escape the limitations set by the drafters, used the concept of unlawfulness to increase the number of legal interests that would give rise to delictual liability upon infringement. The result was that scholars and courts had to analyze the different requirement of unlawfulness to justify the expansion of the scope of liability beyond formal legal rights. Nevertheless, since the word used for unlawfulness, *ihō*, can also be translated as illegal, there is confusion between these two terms.

Furthermore, the state of scholarship regarding loss has also influenced the concept of unlawfulness, as many scholars have approached the issue by examining the conduct of the wrongdoer without analyzing whether a particular loss should be considered recoverable and, if so, which elements permit a loss to be considered legally relevant beyond the requirement of causality.

III. THE CONCEPT OF NON-ECONOMIC LOSSES

In Japan, though non-economic losses are usually studied under the figure of *isharyō*, some scholars have approached the issue of the protected legal interest. The most common type of loss recognized is emotional distress, followed by physical pain. However, since Article 710 has been construed as a guide rather than a list, the courts can protect new interests without much issue.

Regardless, the point made by Ito that Japanese lawyers tend not to concentrate too much on the concept of non-economic losses becomes more evident when trying to classify or define the system followed by the courts and scholars. Following the division presented

by Dominguez, non-economic losses under Japanese scholarship are arguably closer to a positive concept than a negative one. For once, scholars have debated the existence of personality rights, or *jinkakuken*, since the early 20th century. However, since these are legal interests rather than losses, concerns arise regarding understanding them under Article 709 and Article 710. Furthermore, while it is true that legal interests, such as an individual's name, honor, and body, are traditionally included within personality rights, family rights are usually not provided with such denominations. Thus, Japan's law of non-economic losses is not limited to personality rights.

Even after the 2004–2005 reforms, delictual liability is based on the concept of infringement, at least at the statutory level. Therefore, at least in theory, the plaintiff must present evidence that convinces the court of the occurrence of a loss. However, case law clearly indicates that it is the judge who ultimately decides the matter, and that they need not explain how they reached their conclusions. Therefore, not all non-economic losses are viewed under the same prism. It can be argued that the Japanese courts have evolved a system similar to that of objective and subjective non-economic losses, even if the courts and scholars do not discuss it in such a manner.

The infringement of *jinkakuken* can be considered a type of subjective non-economic loss, i.e., the loss exists in *res ipsa*, in which case infringement and loss requirements merge into one, raising the question of whether it is necessary to meet both for the wrongdoer to be liable. The issue then shifts from any losses suffered by the victim to how to determine when a legal right has been infringed upon, which would result in the circumstances surrounding the defendant's conduct being granted even more importance.

An example is a 1988 case in which the Japanese Supreme Court⁴

⁴ Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Feb. 16, 1988 Sho 58 (o) no. 1311 Minshu 42–2–27 (Japan).

ruled on an infringement of the right to a person's name, or *jinmeiken*. This suit was brought by a Korean individual whose name was mispronounced during a news broadcast. The Court began by explaining that a person's name is not only a means for society to identify its members but also one of the fundamental aspects of an individual's personality. Therefore, individuals have a right to be called by their name correctly. However, the Court denied the plaintiff's request for damages, explaining that, although such a legal interest warranted protection, it differed from cases of fraudulent name use since mispronunciation did not immediately meet the criteria to be considered one of the legal interests protected under delictual liability. Instead, the motivations and extent of the infringement, and the personal and societal relations between the defendant and plaintiff should be used to establish liability. Furthermore, since the pronunciation of Chinese characters in Japanese varied from that in Korean, the defendant's act could not be considered unlawful, as it had to be analyzed from the point of view of Japanese society and customs.

The Court's argument is sound, as it would be unreasonable to expect individuals to pronounce a name using sounds foreign to their mother tongue. However, in this case, the issue was with two different readings of Chinese characters, both of which exist in Japanese. The defendant did not mispronounce the name but used a completely different reading. Furthermore, the fact that the defendant was on a news show would support the idea that it had an obligation to check the basic facts, such as pronunciation. However, the biggest issue is that the Court did not follow the standard they set for themselves. In other words, while the Court talked about motivation, extent, and personal and social relations, it ultimately approached the issue from the cultural difference between the Japanese and Korean languages.

In addition, the Court did not mention which types of losses would arise if the infringement of the right was confirmed, *e.g.*, emotional distress, loss of status, etc. Therefore, arguably, the plaintiffs would

only have to prove that their rights have been infringed upon, which would suffice to grant a remedy. However, it is unlikely that these issues will be revisited, since these cases are rare, perhaps due to the Supreme Court decision. Nevertheless, as subjective non-economic losses, the courts' presumptions about the loss could be classified as *iuris et de iure*, which would mean that defendants are liable the moment they infringe on a right or interest, without the possibility of presenting a legal defense.

Once the discussion leaves the realm of *jinkakuken*, the issue of the loss suffered by the victim becomes more subjective. For example, as public nuisance cases illustrate, courts in Japan might approach the issue of non-economic losses by focusing on the changes to a victim's life to establish liability. Therefore, courts could address the issue either by recognizing the loss as proof that an infringement has occurred or by focusing only on the adverse situation of the victim. Early case law would seem to support the first approach. However, scholarly discussions led to the creation of the right of *heion no seikatsu*, and with it, a return to a more traditional interpretation of the law. Since many of these cases are managed by balancing the defendant's conduct's effects on the plaintiff's lifestyle, the mere infringement of a right is not adequate to grant a monetary award.

Claims arising from property damage also support the idea that in some cases dealing with non-economic losses, the loss of the victim must be considered, regardless of the infringed right. The fact that the courts require plaintiffs to prove an emotional connection to the damaged property is an example of how Japanese courts approach subjective non-economic losses.⁵ However, these types of cases are

⁵ However, Japan is not alone in granting remedy for this type of loss by requiring an emotional connection between the property and the plaintiff.

See: Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 26 de junio de 2008 (Pan.).

outliers. Traffic accident cases where remedy is granted for emotional distress, regardless of physical injuries, exemplify how fear is a non-economic loss that must be accompanied by actual danger. This stance is similar to some U.S. courts' zone of danger.

Furthermore, there is the issue of the legal defenses available to defendants. Traditionally, the courts of countries that recognize this distinction have established that the defendant can present evidence to prove that the plaintiff did not suffer the alleged emotional shock. It is possible to argue that Japanese courts are also willing to recognize that, in some instances, the presumption of the existence of non-economic losses can be overturned based on the facts of the case. However, the question remains regarding the possibility of expanding this theory to other instances. Cases dealing with extramarital affairs would support this idea, as the courts are willing to surpass the mere infringement of a right and assess the relationship between the parties.

IV. LOSS OF CHANCE IN MEDICAL MALPRACTICE CASES

In some countries, the loss of chance doctrine is an independent legal wrong. Its primary purpose is to strengthen the position of the victim in situations in which obtaining proof of a causal link might be difficult.⁶ In France, the doctrine was recognized in 1889 and first applied to medical malpractice cases in 1961. Some countries consider the principle an independent head of loss, which refers to the victim's final loss.

Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 1 de septiembre de 2008 (Pan.).

⁶ *Causal Uncertainty and Damages Claims for Infringement of Competition Law in Europe*, CLES Research Paper Series 2/2015 Centre for Law, Economics and Society CLES Faculty of Laws, UCL 20 (Ioannis Lianos dir., 2015).

Ferreira explains that there are four positions regarding the victim's losses in these cases.⁷ One position argues that the doctrine should be applied in cases where it is impossible to identify an autonomous loss, *i.e.*, the loss is independent of the injury suffered by the victim. Another position argues that there are no substantial differences between loss of chance in medical cases and other cases, but compensation should be decreased based on the risk. A third view argues that the doctrine should be applied to most medical malpractice cases. Finally, the fourth view posits that the doctrine does not constitute an autonomous loss but expresses the idea of partial causality.

In the U.S., the loss of chance doctrine has been employed in medical malpractice cases to overcome the difficulty of proving causation, where most plaintiffs lack the required technical knowledge or training to ascertain a more likely-than-not scenario.⁸ There, the issue can be approached either as a matter of causation or as a valuation aspect of damages.⁹ However, because both views address

⁷ Rui Cardona Ferreira, *The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis*, 20 Maastricht Journal 56, 61 (2013) (Port.).

⁸ Steven R. Koch, *Whose Loss Is It Anyway? Effects of the "Lost-Chance" Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance*, 88 North Carolina Law Review 596, 603 (2010).

Robert J. Rhee, *Loss of Chance, Probabilistic Cause, and Damage Calculations: The Error in Matsuyama v. Birnbaum and the Majority Rule of Damages in Many Jurisdictions More Generally*, 1 Suffolk U. L. Rev. Online 39, 40 (2013), available at <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/470>.

⁹ For example, Fischer argued that: "*Loss of a chance becomes a theory of 'probabilistic causation' if we use it to hold the physician liable for the patient's harm but reduce any award by the chance that the harm would have occurred even with proper diagnosis and treatment. If, for example, the chance of a cure was 40 percent, under a 'probabilistic causation' rule, the physician would be liable for 40 percent of the patient's harm because the physician deprived the patient of a 40 percent 'chance' of avoiding the harm.*" David A. Fischer, *Tort*

this matter, some courts have struggled to define loss in cases regarding loss of chance.¹⁰ Nevertheless, the challenge of ascertaining loss is traditionally approached in one of two ways¹¹. The first allows victims to recover 100% of losses if their chances were initially over 50% or the practitioner's negligence is considered a substantial factor in hastening the loss.

The second approach grants the victim recovery only for a percentage of the loss, *i.e.*, courts will determine the rate of survival or recovery before and after the procedure and apply said percentage to the standard award in other cases. The loss, therefore, is not the infringement of chance but rather the actual loss suffered by the victim, albeit limited in some fashion. In contrast, there is no doubt that the doctrine is used to relax the requirement of causation, though the actual loss suffered by the victim is still the subject of discussion.

Terasawa considers that, at the very least, the reduction of the time left for the patient can be regarded as recoverable.¹² She states that there are various views on the matter.¹³ One view argues that the matter should be approached based on a percentage of causation. Another view supports the idea that causation should be avoided altogether, and that the infringement of the expectation right causes a non-economic loss. A third view considers that the loss of chance is the loss, and that monetary awards should be percentage values. Furthermore, while most of the scholarship supports the idea that the

Recovery for Loss of A Chance, 36 Wake Forest L. Rev. 605 (2001).

¹⁰ George J. Zilich, *Cutting through the Confusion of the Loss-of-Chance Doctrine under Ohio Law: A New Cause of Action or a New Standard of Causation*, 51 Clev. St. L. Rev. 673, 678 (2002-2003).

¹¹ EDWARD KIONKA, *Torts in a Nutshell* 43 (2015).

¹² Tomoko Terasawa, *Soto Teido no Kanosei Singai ni okeru Songai ni kansuru Ikkousatsu: Koi Gimu kara no Apurochi*, 43(2) Sangyo Hogaku 207, 207 (2009) (Japan)

¹³ *Id.* at 208.

infringement of the expectation right is grounds for *isharyo*, a group of scholars has argued that it should also include economic losses.

In addition, Terasawa mentions that since substantial probability is an abstract concept, losses resulting from the infringement of said legal interest should also be considered abstract. Therefore, the issue of the nature of the loss persists.¹⁴ This is particularly true if the issue is addressed under the traditional amount difference theory, as victims would not have suffered a loss in the sense that their situation would have been the same regardless of the defendant's acts. Hence, cases dealing with substantial probability, or *soto teido no kanosei*, usually exemplify the courts taking the approach of the real loss theory.¹⁵

Ishikawa and Ohba index and analyze 59 cases spanning from 2000 to 2012. Their results reveal that the lower courts do not approach substantial probability issues as a matter of loss, but rather as a matter of causal link between the conduct (fault) and the result (death) of the victim.¹⁶ Furthermore, Ishikawa and Ohba classify the infringed interest into five classes: *kitaiken* (expectation right), *kyumei kanosei* (possibility of saving the life of the victim), *enmei kanosei* (possibility of extending the life of the victim), possibility, *iryō kikai* (opportunity to receive medical treatment), and finally, those cases with no quoted legal interest. This last heading was the most numerous (30 cases), followed by *iryō kikai* (11 cases), *enmei kanosei* (five cases), possibility (four cases), *kitaiken* (three cases), and

¹⁴ *Id.* at 210.

¹⁵ See: Kaoru Kamata, *Ishi no Shindan Gimu no Taiman to Kanja no Shibo to no Ingakankei*, in HORITSU JIHO BESSATSU [SHIHO HANNREI RIMA-KUSU 2000 (JO)] 20, 73 (2000) (Japan), Tadashi Otsuka, 「Fusakui Iryo Kago ni yoru Kanja no Shibo to Songai · Ingakankeiron — Futatsu no Saiko Saikosai Hanketsu wo Kiroku toshite」, 1199 Jurist 11, 13 (2001) (Japan).

¹⁶ Hirotoishi Ishikawa and Megumi Ohba, *Iryo Soshō ni okeru [Soto Teido no Kanosei] no Hyōryū*, 61(3) The Journal of law & politics 81, 104 (2010) (Japan).

kyumei kanosei (two cases). In some cases, the courts referred to two legal interests.

Regarding victims' losses, a perusal of the data reveals that of the 53 lower court cases, the *isharyo* compensated for emotional distress in 28 of them. At the same time, there is no mention of emotional suffering in the other 25. The distribution of cases in which emotional distress was recognized was as follows: expectation rights, two cases; possibility of saving the life of the victim, two cases; possibility of extending the life of the victim, three cases; possibility, four cases; opportunity to receive medical treatment, five cases, with the remainder quoting no legal interest.

This sample supports the argument that victims' losses fall into one of two camps under the Japanese doctrine of substantial probability. Under the first, the courts follow the general rules of delictual liability under Article 709, *i.e.*, the loss is a result of the infringement of legal interests of the victim. In these cases, losses are limited to the emotional distress suffered by victims and their relatives. Furthermore, since the courts do not address the matter in terms of percentage, this emotional distress seems to be independent of that which results from the victim's death in other types of cases. Perhaps as a result of discussions regarding the transferability of a claim via *mortis causa*, scholarship does not seem interested in exploring the matter of whether or not the victim could actually have suffered any emotional distress.

Under the second camp, courts consider the infringement itself is enough to warrant a remedy. Analyses of cases based on this model can assume one of two perspectives. First, these cases could be thought of as examples of subjective non-economic losses, *i.e.*, the courts are compensating for a type of non-economic loss, such as emotional distress, that is so closely linked to the infringed right that the infringement itself becomes indistinguishable from the loss. The second perspective would be to consider these infringements in the

same manner as the infringement of civil liberties, *i.e.*, the infringement itself suffices to grant the victim liability, regardless of any actual loss. Therefore, the loss under this doctrine is addressed from either the first or second perspective mentioned by Ferreira, with little to no relation to the doctrine of loss of chance as it is understood under common law.

V. EXTRAMARITAL AFFAIRS

Since marriage is a highly emotional legal relation that requires concrete steps to both begin and end, granting damages for emotional distress resulting from the extramarital affairs of one of the spouses is logical to a certain extent. However, Japanese courts grant remedy under the argument of protecting family ties. Therefore, the spouses' actual feelings are not considered when determining liability. This entails that even rights such as those arising from marriage, which have a clear beginning and end, are not absolute. Instead, liability for non-economic losses can adhere to the general rules of delictual liability set forth under Article 709.

These cases provide one of the most straightforward cases of subjective non-economic losses in Japanese law, while being a type of legal recovery that is particular to Japan. For example, Spanish courts have traditionally rejected claims for non-economic losses resulting from extramarital affairs. However, some lower courts have granted damages when a child is born from the affair.¹⁷ In Argentina, the

¹⁷ S.A.P.de Barcelona Jan. 16, 2007 n° 27/2007 (Spain) Wife had an affair that resulted in pregnancy.

S.A.P. de Valencia Nov. 2, 2004 n° 597/2004 (Spain) The plaintiff found out that three of the four children born during marriage were not his. Court granted damages.

S.A.P. de Valencia Sep. 5, 2007 n° 466/2007 (Spain) Plaintiff discovered the child was not his.

courts had traditionally granted damages for these types of affairs in some instances. Still, the Civil and Commercial Code enacted in 2014 abolished the claims in the cases of infidelity, considering that fidelity is a mere moral obligation.¹⁸ The courts in Chile have also rejected these types of claims based on the traditional separation of family law and civil law, the former maintaining its own unique rules.¹⁹ More recently, the Colombian Supreme Court²⁰ ruled that a spouse could sue for non-economic losses, specifically pain and suffering and emotional distress, only when the other spouse's conduct infringed upon the plaintiff's physical and mental health. However, the court was referring to domestic violence cases and explicitly ruled that this claim could not apply to cases of infidelity.

Comparing the Japanese and Spanish approaches, it would seem that under Japanese law, non-economic losses from extramarital affairs are considered subjective losses. The courts presume that the affair is enough to prove the loss, except in cases where the defendant can provide evidence to the contrary. On the other hand, Spanish courts consider it an objective loss. Thus, the conduct of the defendant is not sufficient to establish liability. Instead, there must be another element

S.A.P. de Cádiz Apr. 3, 2008 n° 125/2008 (Spain) In addition to granting damages for the emotional distress, the court also ordered the wife to return child support under the doctrine of unjust enrichment and to pay for half of the costs of the paternity test and the transportation costs the father had paid to be with the child.

¹⁸ Leonardo Marcellino, *¿Son resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad de uno de los cónyuges en el C.C.C.N.?* available at: https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Marcellino_SON-RESARCIBLES.pdf^o

¹⁹ Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 13 de junio de 2012 N° 263-2010 (Chile).

²⁰ Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 30 de diciembre de 2014 rol de la causa: 10622/2014 (Chile).

that helps determine the emotional suffering endured by the victim. However, one aspect in which Japanese law is unique is that these claims can be brought against a spouse's lover, while most other countries tend to approach the matter as an issue between the spouses or former spouses. Even within Spanish cases, the defendant was always the former spouse and never the lover.

The recent Supreme Court ruling on the liability of third parties in the event of divorce appears to have expanded the liability for non-economic losses. Particularly, the Court's criteria, i.e., (1) intent to cause the divorce; (2) unjustifiable intervention; and (3) completion of a divorce, are broad enough to include not only lovers but family and friends. While no cases have dealt with the issue so far, it would most likely be a unique claim to Japan if admitted.²¹

VI. CLAIMS FOR WRONGFUL DEATH

Article 711 of the Japanese Civil Code is rather unique among countries that follow the French model in that it explicitly regulates the rights of a victim's relatives. The drafters of the Japanese Civil Code did not consider relatives to have any rights concerning the life of the deceased victim. Nevertheless, they established Article 711 to prevent wrongdoers from completely evading liability in cases where the victim died without suing, as they held that the deceased victim could no longer be considered to have any legal rights.

However, while the Japanese Civil Code recognizes these types of claims, it is by no means the only one. Indeed, early 20th-century case law regarding this issue exists in Spain²² and Chile.²³ French courts

²¹ See Ruben E. Rodriguez Samudio, *Interference with Spousal Rights*, 50 Journal of Japanese Law 151 (2020).

²² S.T.S. Oct. 19, 1909 (Spain).

²³ Corte de Apelaciones de Santiago (C. Apel) (Santiago court of appeals) 27

have also recognized non-economic losses for the deaths of parents and children. The language of Article 1644-a of the Panamanian Civil Code allows explicitly for any individual to sue for direct losses. Moreover, while it denies the possibility of transferring the claim via *mortis causa*, the courts have allowed parents to sue for injuries and deaths of their children.²⁴ Meanwhile, Article 1078 of the old Argentinian Civil Code granted a claim to only the legal heirs of a victim, which Articles 3565 to 3570 dictate are the victims' children, parents, or spouse. Finally, article 1741 of the new Civil and Commercial Code establishes that in cases where the victim died or suffered a significant disability, the parents, children, or spouse of that victim who hold a family bond are entitled to claim non-economic losses, depending on the circumstances.²⁵

Claims for the non-economic losses suffered by the relatives of a victim because of the death of the latter are not rare in comparative law. The U.S. courts followed the common law rule under which tort

de julio de 1907, R.D.J. T. 4, sec. 2^a p. 139 (Chile).

²⁴ Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 15 de junio de 1998 (Pan.).

Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 14 de septiembre de 2012 (Pan.).

Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 31 de Julio de 2000 (Pan.).

Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 24 de octubre de 2006 (Pan.).

Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 14 de Junio de 1999 (Pan.) (injury).

²⁵ Article 1741: Compensation for non-economic losses. The victim has a claim for non-economic losses. If the act results in the death or great disability of the victim, the ascendants, descendants, spouse, and those who live together (with the victim) are evidently treated as family and also have a personal claim (for non-economic losses). Translation by the author.

claims perish with the victim,²⁶ but this rule was considered inadequate, as the tortfeasor would ultimately pay less in cases where the victim had died. Two causes of action emerged to address this issue: wrongful death and survival claims.

However, the most striking difference between Japan and other civil law countries is not the willingness to recognize these types of claims but rather how the courts have addressed the issue of who can bring the suit. Japanese courts have extended this right to siblings, common law partners, and illegitimate children of the victim, dependent on the relation between the victim and the plaintiff-claimant. For example, in Colombia, courts have construed that since the relationship between parents and children is a type of subjective non-economic interest,²⁷ a plaintiff does not need to prove a loss has occurred, as its existence is presumed from the death of the victim. However, this presumption is not absolute, as the defendant can present evidence to prove that the relationship between the victim and claimant lacks the necessary elements to be considered legally protected.²⁸

Colombian courts have also recognized the claims of children born after the death of their father under the argument that a father's lack of support, guidance, and love can negatively influence the child.²⁹ Furthermore, the courts have also granted remedy to "*hijos de*

²⁶ DAN B. DOBBS, *The Law of Torts* 803 (2000).

²⁷ Case law in Panamá also follows this approach. Corte Suprema de Justicia (C.S.J.) (Supreme Court) 26 de enero de 1998 (Pan.).

²⁸ Corte Suprema de Justicia (C.S.J.) (Supreme Court) Sala. Cas. Civil 28 de febrero de 1990. Gaceta judicial T. 200. p. 79 (Colom.).

Consejo de Estado (C.E.) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 17 de julio de 1992 Radicado 6750 (Colom.).

²⁹ Corte Suprema de Justicia (C.S.J.) (Supreme Court) Sala. Cas. Civil 21 de febrero de 2002 Expediente No. 6063 (Colom.).

crianza,”³⁰ a social phenomenon in Colombia where an individual raises a child as their own, despite no legal relationship between them.³¹ By contrast, the courts have denied remedy to siblings born after the victim’s death because the suffering is not the same as in cases where the father has died, as fathers support and are present in all stages of development for an individual. Meanwhile, in the case of the death of a sibling who the plaintiff has never met cannot be said to have the same influence.³²

Japanese courts do not examine if claims under Article 711 can be opposed based on the relation between the victim and his or her relatives, which raises the question of the nature of the claim under Japanese law. In other words, the question becomes whether the claim under Section 711 and the absolute right for the relatives of the victim can be exercised regardless of the particular circumstances of each case, or if the courts can hear evidence to prove that there was no sentimental relation between the victim and relative.

For example, in 2016, a child was abandoned by his parents in the mountains after he failed to behave properly.³³ The child survived for six days and was found inside a Japanese Self-Defense Force base. Public opinion on the matter was divided between those who believed the father was well within his rights to discipline his son and those who thought the father’s conduct constituted child endangerment. For

³⁰ Consejo de Estado (C.E.) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de marzo del 2008, Expediente 18846 (Colom.).

³¹ The child is not adopted, nor are they related by blood. It is an act performed out of the good will of the person.

³² Consejo de Estado (C.E.) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de 1994 Expediente 7834 (Colom.).

³³ Danielle Demetriou, Japanese boy abandoned in bear-infested woods ‘as punishment’ is reunited with parents. <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/03/japanese-boy-found-alive-in-mountains-having-been-left-in-forest/>.

the sake of argument, consider the scenario where the child was run over by another vehicle. Should the parents have a right to claim non-economic losses under Article 711? Other countries that have developed the issue further would likely deny the claim, as their conduct could be used as evidence against the legal presumption that there is a familial relation that should be protected. However, the issue would not be as clear-cut in present-day Japan.

So far, Japanese courts have been expanding the number of claimants without addressing this issue, leaving many questions unanswered: Are individuals entitled to receive damages in cases where relations with their parents were strained? What about spouses who are living separately and have yet to divorce? In the latter case, would the precedent regarding extramarital affairs apply? Could defendants present evidence of an extramarital affair to claim that the marriage was already strained as a defense against claims under Section 711? If these questions ever emerge, the courts might find a solution by following the Argentinean model and utilizing inheritance rules. In particular, Article 891 of the Japanese Civil Code could provide some guidance, as it regulates cases in which an individual loses the right to inherit and establishes in which circumstances an heir can be disqualified.³⁴

³⁴ Article 891 reads:

“The following persons may not become an heir:

(i) a person who has received punishment for intentionally causing, or attempting to cause, the death of a decedent or a person of equal or prior rank in relation to inheritance;

(ii) a person who is aware that the decedent was killed by someone but made no accusation or complaint about this; provided that this shall not apply if that person cannot discern right from wrong, or if the killer was that person's spouse or lineal relative;

(iii) a person who prevented a decedent from making, revoking, rescinding, or changing a will relating to inheritance through fraud or duress;

Each conduct above affects the body and freedom of the descendant. An application via analogy would result in relatives who cause bodily injury to the victim resulting in disabilities being barred from recovering under Article 711. However, if bodily injury is used as a criterion, logic dictates that it would be limited to cases of grievous injury or injury resulting in disability, *e.g.*, domestic violence, etc.

VII. NON-ECONOMIC LOSSES IN CROSS-BORDER CASES

From the cases presented in this paper, it is apparent that some courts demonstrate a clear inclination towards conduct that is arguably discriminatory against certain nationalities, particularly those of Asia. No cases were found in which the defendant was found liable, and the victim was a national of a wealthy nation. While some courts recognize this as an untenable stance, the development of theories that allow the courts to grant fewer damages reveals a deeper issue unrelated to the law. This is particularly evident when the fact that Japanese judges are usually highly trained in the application of the law is taken into account.

However, the phenomenon of courts granting different amounts depending on the nationality of victims or their heirs is one that requires more profound research. In particular, quantitative analysis would help determine whether the arguments made by the courts that apply this double standard are only to make a distinction or if they also have an observable effect on the amount. Since these types of

(iv) a person who forced a decedent to make, revoke, rescind, or change a will relating to inheritance through fraud or duress; or

(v) a person who has forged, altered, destroyed, or concealed a decedent's will relating to inheritance.”

Translation from: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2252&vm=04&re=02>.

cases are rare, and since most of the victims are usually individuals without the means to pursue the issue to the Supreme Court level, a unified standard seems improbable. Furthermore, even within the legal community of Japan, these types of cases are often the subject of study.

In a purely legal sense, the issue might seem to be one of applicable law. Nevertheless, in cases where one of the parties is foreign, the courts must first determine whether it has jurisdiction and then decide on the issue of the applicable law. In the case of personal injuries resulting in the death of a victim, Japanese courts do not deviate from this custom. Furthermore, personal jurisdiction is not an issue since the acts are committed in Japan by either Japanese nationals or corporate defendants. Both parties have agreed to bring the proceedings to the Japanese court, and there is no reason for that court to remove itself from the controversy. Thus, the only issue remaining is that of the applicable law.

In some cases, the issue of applicable law is sometimes encountered in inheritance cases, with the courts deciding on using Japanese law when the applicable law is either unknown or is contrary to the Japanese *ordre public*. However, courts have recognized that based on Section 17 of the Act on General Rules for Application of Laws, the applicable law in delictual liability is Japanese law.³⁵

Concerning private international law, the doctrine of *lex locus delicti* has served as the governing principle for the conflict of laws in many countries since the beginning of the 20th century.³⁶ However,

³⁵ Article 17 The formation and effect of a claim arising from a tort shall be governed by the law of the place where the result of the wrongful act occurred; provided, however, that if the occurrence of the result at said place was ordinarily unforeseeable, the law of the place where the wrongful act was committed shall govern. Available at <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1970&vm=&re=>.

³⁶ Symeon C. Symeonides, *Tort and Conflicts of Law* in Comparative Tort

since the 1960s, it has lost ground to the principle of *favor laesi*, i.e., the law most favorable to the victim.³⁷

At the European level, Article 4 of the Rome II statute states:

General rule

1. Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.

2. However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.

Furthermore, in regards to the assessment of damages, Article 15 states:

Scope of the law applicable

The law applicable to non-contractual obligations under this

Law: Global Perspectives 39,39 (Mauro Bussani, Anthony J. Sebok eds., 2015).

³⁷ *Id.* at 48.

Regulation shall govern in particular:...

(c) the existence, the nature and the assessment of damage or the remedy claimed;

A key concern in these matters is whether the assessment of damages is an issue of substantive or procedural law, as the applicable law usually falls within the purview of substantive law. In the English case of *Harding v. Wealands*,³⁸ Lord Hoffmann addressed the issue by explaining:

*As I have previously had occasion to say, it makes no sense simply to say that someone is liable in tort. He must be liable for something and the rules which determine what he is liable for are inseparable from the rules which determine the conduct which gives rise to liability. Thus the rules which exclude damage from the scope of liability on the grounds that it does not fall within the ambit of the liability rule or does not have the prescribed causal connection with the wrongful act, or which require that the damage should have been reasonably foreseeable, are all rules which determine whether there is liability for the damage in question. On the other hand, whether the claimant is awarded money damages (and if so, how much) or, for example, restitution in kind, is a question of remedy.*³⁹

The matter is even more apparent in the U.S., as a jury executes the assessment of damages, and the amount that victims receives has nothing to do with their nationality.⁴⁰

Thus, a distinction on basis of the plaintiff's nationality in cases

³⁸ *Harding v Wealands* [2006] UKHL 32.

³⁹ *Harding v Wealands* [2006] UKHL 32. para 24.

⁴⁰ This is one of the reasons U.S. courts are sought after in cross-border litigations. See: Patrick J. Borchers, *Punitive Damages, Forum Shopping, and the Conflict of Laws*, 70 La. L. Rev. 529 (2010).

where the victim was not a permanent resident of Japan cannot be supported in the application of foreign law. Calculating damages is and has always been an issue of procedural law dealing with the facts of the case. Furthermore, the courts have recognized that the emotional suffering of a plaintiff or their relatives remains consistent regardless of the individual's nationality.

Only plaintiffs who are nationals of countries with lower economic levels than Japan have been involved in these cases. Therefore, there is no data to support the idea that Japanese courts would apply the same principle in cases where the plaintiffs or their families are nationals of a country with a higher living standard than Japan. If anything, based on experiences concerning punitive damages, the courts might apply the notion of *ordre public* to reduce the awards the plaintiff might have otherwise received.

In contrast with Japanese courts, the issue of comparative law has always been how to prevent the plaintiff from frivolously using forum shopping. Once a court has asserted jurisdiction and confirmed that the applicable law is the *lex fori*, damages are awarded according to the rules and customs established in that particular system. It is for this reason the U.S. is such an attractive jurisdiction for foreigners and why many lawyers attempt to try their cases in the U.S. using the doctrine of personal jurisdiction.

The argument that plaintiffs might receive more damages in one court than in another has never been held as a valid defense. If the matter of the amount is considered central to the issue of loss, and not part of procedural law, then the question the Japanese courts should ask is not whether the plaintiff's home country is in a better or worse economic situation than Japan, but instead which awards are given under such jurisdiction. However, if this were the case, courts would benefit from applying the law of the plaintiff's home country, as they could use precedents of that jurisdiction to find an amount that would be in line with the standard of living. As the issue stands today,

Japanese courts usually refer to the matter by acknowledging that the standard of living or price index is different but failing to present any evidence of the parameters of this difference, a result of the discretion they have under the law when deciding the amount for non-economic losses.

Moreover, suppose the issue is a matter of procedural law. In that case, the arguments of the Japanese courts have no legal basis, as both parties and the court have recognized that Japanese procedural law applies. It would defy logic and reason to argue that the trial should be conducted according to Japanese law only to change that rule to assess damages. Perhaps the sharpest criticism of this approach is that Japanese courts do not apply it to their nationals. In other words, if a national tourist suffers an accident or dies in a different prefecture, the courts will not consider the price index or standard of living of the area where the victim lived.

Arguably, since Japan does not follow a federal model of government, it would be impossible to have different laws governing the issue for each prefecture. However, this argument is founded on the assumption that this is a matter of applicable law, which the Japanese courts have already said is not the case. Another issue is that although Japan the economic situation is not uniform. Areas like Tokyo tend to have higher prices, while more rural areas tend towards the lower end. In those cases, the question arises whether the Japanese courts should consider the victim's place of residence when determining the amount of non-economic damages.⁴¹ For example, if a tourist from Hokkaido died due to a traffic accident in Tokyo, should the standard be Tokyo or Hokkaido?

⁴¹ According to the *Shohisha Bukka Chiiki Sashisu no Gaijo* published by the Bureau Statistics in 2021, the price index can differ up to almost 10% between prefectures. Available at: https://www.stat.go.jp/data/kouri/kouzou/pdf/g_2021.pdf.

VIII. DEFAMATION AND PRIVACY

Broadly speaking, Japanese privacy and defamation laws do not differ from other civil law countries. However, certain cultural influences guide their application. While truth is an absolute defense in common law jurisdictions, civil law countries recognize the *exceptio veritatis* that serves a similar purpose. While the exact rules vary depending on the jurisdiction, there is a clear tendency to accept its application when the statements refer to political figures. However, the Japanese courts' approach to the *exceptio veritatis*, particular the public interest requirement, is perhaps founded in cultural rules rather than legal ones. Nevertheless, it has the effect of chilling public discourse on specific topics, as evidenced by the case law.

Concerning privacy, Japanese law mostly follows the European approach, focusing on human dignity and protecting individuals from unwanted intrusions on their private matters. Particularly, social mores have influenced legal norms in regards as to what is considered private information, to the point that it can be said that Japanese people in general are very privacy conscious, at least regarding revealing private information via traditional means and to a large extent on the internet. The most recent Personal Data Protection Law reform aims to adapt the law to better protect against automated processing and streamline obtaining the information of users who defame others online. Whether it achieves this goal is yet to be seen.

IX. FINAL CONSIDERATIONS

Hereafter are summaries of the findings and arguments of this paper.

1. The Japanese approach to the concept of loss resulted from a German influence on scholars that began during the early 20th century. Influxes of foreign ideas have depended on the

historical periods in which they took place. During the drafting of both the Bossonaide code and the Japanese Civil Code, new ideas were limited to those introduced by the scholarly and political elite, who had access to both the economic and linguistic means to obtain knowledge directly from its source. As a result, studies were limited to only those the government wished to advance, which in turn restricted the knowledge pool to those countries admired by the leading politicians of the time. This changed after the Second World War, when the Allied troops landed in Japan, and the subsequent opening of the country to a new flow of ideas that were not limited to those selected by elites, but rather by the scholars who introduced them. However, old customs are persistent, and even today, scholarship regarding German law overshadows other comparative law studies, even if this contradicts the express wishes of Ume and Hozumi.

2. The confusion of terminology, which began even during the Bossonaide draft, has been in the background of discussions and led to difficulties conceptualizing the terms harm and loss. However, there is no evidence that the drafters were or could have been influenced to the degree they would have adopted a restrictive approach to the concept of harm and loss. Rather, records from the drafting committee indicate that Article 709 of the Civil Code was influenced by French and English legal thought, at least to the extent loss is concerned. The confusion has been further augmented by the fact that the Japanese term *songai* is used to convey both the event that causes the liability and the abstract or concrete loss of the victim. The issue then becomes whether traditional theories can overcome these semantic and practical setbacks. However, Japanese scholars have addressed some of the issues that usually regard loss under the figure of right infringement, or *kenri shingai*.

Nevertheless, initial discussions were limited to the nature and meaning of the concept of right, rather than the loss suffered by the victim.

At a more fundamental level, the point of inquiry is whether the Japanese courts and scholars can or should use the legal thinking of a casuistic system, such as that of Germany, or rather apply abstract concepts to a more significant degree in accordance with other French tradition countries. At a comparative law level, the use of the word *songai* mirrors the challenges faced by Italian scholars. Therefore, if their example is any guide, rethinking the various meanings ascribed to the term *songai* will help clarify the current situation.

3. Overreliance on concrete concepts for harm, such as that presented by German legal scholars, ignores the fact that, unlike Article 823 of the BGB, the Japanese Civil Code follows a different legal tradition. However, this is not to say that German theories are entirely incompatible with the Japanese Civil Code. On the contrary, many countries have adopted the *differenztheorie* to calculate economic damages without affecting discussions about non-economic damages. However, abstract concepts are generally unwelcome in casuistic countries, such as Germany and England. Therefore, these countries do not need to develop general legal theories that address the issue of harm or loss, as they are either already defined within the rights established by statute or incorporated into the damages claims themselves.
4. The first part of Article 709 has been traditionally approached as an issue of infringement or unlawfulness. However, if the language is perceived as referring only to a harmful event without regard to its consequences, it would help direct the discussion towards a more general concept of harm and loss, which does not require a concrete monetary valuation for establishing liability. Under this premise, theories such as the

amount difference theory cannot be utilized to define harm abstractly, as that was never their function. On the other hand, at least as far as the distinction between the harmful event and its consequences is concerned, the real loss theory does provide a more fertile ground for discussion. Nevertheless, this discussion centered on the causal link, again shying away from a more abstract construction of the concept of *songai*.

5. The infringement of right requirement is not absolute, particularly after the 2004–2005 reforms. Furthermore, while the courts have tended to approach the issue of delictual liability under the process set by the drafters – *i.e.*, grant damages when there is a loss that results from the infringement of a legal right – there are cases with respect to non-economic losses where this process has not been followed. For example, in cases involving substantial probability, the courts sometimes grant damages for an infringement of the right of the victim, while in other cases, they focus on the emotional distress of the victim. In cases of public nuisance, the courts decide on the right infringement issue after analyzing the nuisance’s actual effect on the lifestyle of the plaintiff.
6. The concept of unlawfulness also plays a crucial role in discussions regarding loss and harm. Since the idea has been used to refer to both a requirement for liability and a way to expand the range of protected interests, it is not surprising that even today, Japanese courts base their arguments on whether or not conduct is unlawful. However, as the Italian example illustrates, even explicitly requiring unlawfulness leaves the issue of whether it should apply to the conduct or the loss suffered by the victim. The latter case better explains the contraposition of legal interests that characterizes delictual liability. Especially in constitutional and civil rights cases, wherein the rights themselves are granted such a status that

liability results from their infringement regardless of any loss, unlawfulness cannot refer to the conduct. Instead, it refers either to the infringed interest or any hypothetical losses arising from it.

7. The approach of equating harm and loss to some form of monetary quantification, supposedly based on the principle of monetary compensation or *kinsen baisho gensoku*, has influenced legal thinking to the point that returning to such abstract concepts might not be possible or desirable. The system fulfills its role from a pragmatic standpoint. Still, combining French and German schools of thought augments the confusion and difficulty inherent to non-economic losses. Strictly speaking, the reason German influences permeate civil law scholarship can be traced to a sense of admiration for the country's legal method during the early 20th century. However, the German legal method includes studying the legal roots, such as Roman law, which differs from the situation in Japan. This difference in approach has led to scholars' blind decrees that the *kinsen baisho gensoku* is a mandate to treat losses from a monetary perspective without fully understanding the background and historical evolution of the figure.
8. Furthermore, the fact that Japan was never greatly influenced by the *ius naturalism* movement resulting from Christian moralism supports the idea that development of a concept such as *dommage moral* in Japan has been a much more challenging endeavor than in other civil law countries. While Article 710 of the Japanese Civil Code provides a list of rights, it is not *numerus clausus*. Therefore, the courts and scholars do not encounter the same limitations that German and common law lawyers must navigate to recognize these types of claims. After all, Article 710 was included as a straightforward means to recognize non-economic losses, which had been rejected by the

Bossonaide code and were still a subject of debate in comparative law during the 19th century.

However, the development of a concept such as moral interests (*patrimoines moral*) does not seem likely under current circumstances – particularly if the law's development is considered. The concept of *jinkakuken* advanced by the courts and scholars since the beginning of the 20th century, is still not part of the central discourse surrounding delictual liability. Thus, the possibility that an idea even more global and abstract than moral interest can be developed in the future seems highly unlikely.

Claims such as the breakdown of marital relations are grounded more in legal obligation than a moral one. Regardless, courts provide exceptions that do appear to indicate a certain level of moral or societal considerations.

9. Although Japan has had neither doctrinal nor historical issues with recognizing non-economic losses under the civil code, the discussion has been impacted by the monetary concept that permeates the general approach to the concepts of harm and loss. To a certain degree, the scholarly approach to non-economic losses has more closely resembled that of a common law country. Research and discussions regarding the remedy have overshadowed the concept of loss itself. With emphasis on the nature, function, and role of the remedies, even empirical discussions tend not to address doctrinal issues, such as the characteristics of non-economic losses. Clear examples of this are cases of non-economic losses for foreigners. Discussions in courts centers on whether or not the Japanese standard of living should be applied to liquidating the damages of the victim, suggesting an explicit economic consideration of a much deeper issue. Furthermore, on a more practical level, the issue remains that since the traditional Japanese views on harm and loss do

not address non-economic losses, the development of concepts such as objective and subjective non-economic losses have been passively recognized but not explored.

10. Regarding the nature, function, and role of damages for non-economic losses (*isharyo*), there is no apparent reason why these discussions should be separated from the general theory of the function and role of delictual liability. Whether the amount granted to the victim is compensatory, punitive, or otherwise an issue that cannot be resolved through legal discourse. Any theory that attempts to provide an answer will prove unsatisfactory for the simple reason that compensation, reparation, and punishment are subjective feelings of both the wrongdoer and the victim.

This focus on the nature and function of *isharyo* can be envisioned as a means to criticize the Japanese delictual liability system in an indirect manner. Since the system generally is well-received and widely used by lawyers and courts, direct criticism might be much harder to support. However, by highlighting these issues in the realm of non-economic losses, scholars can make them known without much risk of opposing the system.

11. In this regard, the Supreme Court precedent allowing non-close relatives with a special relationship with the victim to claim emotional distress under Article 711 would seem to enable possibilities for a deeper understanding of the concept of objective and subjective non-economic losses. However, the issue is whether these claims are viable, which derives from the statute or a more profound sense of social relations. In the case of the former, any limitations towards these claims, such as the cases of violence, could be resolved under the code's rules for inheritance. Support for this exists because traditional ideas of familial relations and their associated obligations have been

evolving in recent years. For example, the awareness and protection given to victims of domestic violence or child abuse have increased to the extent that old ideas regarding the relationship between parents and children are being called into question

12. In other claims, such as the loss of chance, the lack of the concepts of harm and loss makes it difficult to fully comprehend the ramifications of precedents. If the non-economic loss, *e.g.*, emotional distress, results from the infringement of a type of expectation right, then the courts are addressing a case of subjective losses. Hence, violation of the right itself would evidence the existence of subjective suffering sensations from it. On the other hand, if the harmful event is medical malpractice that produces a physical injury and the emotional distress and pain of the victim is the loss, the need for such an instrument is unclear.

Furthermore, in the latter case, the issue of the actual suffering of the victim would emerge, as in most cases, victims are already aware that their illness is untreatable. Since the courts are not granted a percentage of damages based on a lost chance, as is the case in other jurisdictions, it can be argued that the courts consider the emotional distress from death and the emotional distress from being unable to survive longer to embody two distinct types of losses.

13. The system has been working for over 100 years and has adapted accordingly to changing times. However, the limited scope of research also suggests a deeper issue of understanding. Over a century of scholarship has favored legal transplants of theories and institutions in a manner that differs from their intended purpose. As a result, any rethinking that does not occur at a statutory level must engage with the doctrinal approach to the concept of non-economic losses. There is no

reason or necessity to reduce the existence of these losses to a discussion of their quantification, which is by no means simple or without merit. However, a more holistic perspective and a new approach can translate into further developments of the law that, in turn, could allow for the introduction of new losses, perhaps at a faster and more comprehensive rate.

チーム医療における刑事過失責任（5）

—— 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い事件を例として——

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 従来判例

第２節 議論状況

第１項 肯定説

第２項 否定説

第３節 検討

第１項 学説の検討

第2項 組織的医療における過失犯の共同正犯

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第4節 小括

第5章 中国法への示唆

第1節 中国における医療事故罪の刑事裁判

第1項 背景

第2項 刑事裁判の状況

第3項 問題の所在

第2節 組織的医療における個人の過失責任のあり方

第1項 検討視座と方法

第2項 分業における各関与者の注意義務

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第3項 監督過失論のあり方

第1款 議論状況

第2款 実務の現状

第3款 検討

第4項 因果関係論のあり方

第1款 議論状況

第2款 検討

第5項 判例の再検討

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第6項 小括

(以上、本号)

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5章 中国法への示唆

日本における医事刑法は、半世紀にわたり比較的成熟した制度として発展している。近年では先端医療をめぐる研究は増えているが、依然として医療事故に対する刑事責任のあり方を中心に据えている。そしてチーム医療の登場とともに、その研究の焦点は、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という2つの課題に移ってきている。近年、中国における医事刑法の研究は、増加傾向にあるが、その多くは安楽死、人体実験、生殖補助医療などの特定の問題に焦点を当てたものであって¹、体系的な議論を欠き、基本的な問題についての議論も十分とはいえない。本稿の第1章から第4章では、上記2つの課題について、日本の理論・実務の現状を概観した上で、その問題点について詳細に検討を加えた。そこで、これらの検討を踏まえたうえで、上記2つの課題について、中国の理論・実務では、どのような議論が展開されてきたのかを概観した上で、日本の議論についての考察から、中国の議論に対して、いかなる示唆が得られるかという点について検討を加える。

¹ 曹菲「医事刑法基本問題研究」環球法律評論2011年第4期71頁。近時の研究として、黄鵬「論『非法人体試験罪』的設立——兼評『刑法』第三百三十六條之一」医学与哲学年42卷14期（2021）62頁以下、洪易「我国人体器官犯罪的刑法規制研究」吉林大学博士論文（2019）、于佳佳「刑法視野下臨終患者の自主決定権と限制」当代法学2015年第6期42頁以下、姜涛「基因編輯之刑法規制及其限度」東方法学2021年2期69頁以下、魏漢涛「人類基因編輯行為的刑法規制」法商研究38卷5号（2021）102頁以下。阴建峰＝冷楓「非法植入基因編輯克隆胚胎罪之檢視与完善」揚州大学学报（人文社会科学版）25卷3期（2021）54頁以下、楊丹「生命科技時代的刑法規制」法学雜誌2020年12期71頁以下等。

第1節 中国における医療事故罪の刑事裁判

第1項 背景

1990年代半ば以降、中国では医療紛争が著しく増加し、医師が悪質に傷害される事件まで繰り返され、医師と患者の間の緊張が高まっている。特に、ここ10年ほどの間に、中国における医療紛争事件は急速に増加しており、全国の各級人民法院における医療紛争訴訟事件も大幅に増加し、年率10%から20%で増加している²。

このような問題に対処するために、2007年、中国最高人民法院と旧衛生部（2013年に衛生部と国家家族計画委員会によって統合、2018年に解体され、中華人民共和国国家卫生健康委員会に再編された。）は、医療紛争事件（民事）における法律適用に関する共同研究を開始した。このプロジェクトでは、北京市海淀区人民法院、湖北省衛生局、重慶医科大学によって具体的な研究が行われていた。本研究の中間報告によると、当時の中国における医療紛争事件の特徴は、第一に、件数が増加していること、第二に、医療紛争が暴力事件に発展するケースが多いこと、第三に、一つの事件に対して、医師会による医療事故の技術鑑定と法医鑑定に矛盾が生じるケースが多く、もって事件の裁判がより困難になっているのみならず、医療紛争処理に対する国民の不信感も高まっていることである³。同時に、多くの地方人民法院の研究グループが、地域の実情に応じて、同課題に関する研究報告を発表した⁴。

² 司法部司法鑑定科学技術研究所＝上海市法医学重点实验室『医療糾紛の鑑定と防範』（科学出版社・2015）3頁。

³ 鄧雨珍「為医患糾紛案件的法律適用提供依据：最高人民法院、衛生部聯合召开2007年重点研究課題中期檢查糾紛案件适用法律研討会」中国医院12卷1号（2008）68頁。

⁴ 北京市海淀区人民法院課題組「關於医療糾紛案件相關法律問題的調研報告」法律適用2008年第7期62頁以下、山東省高級人民法院民一庭「關於全省医療糾紛案件審理情況的調研報告」山東審判2007年第3期29頁以下、廈門市中級人民法院、思明区人民法院課題組「關於医療糾紛案件相關法律問題的調研報告」東南司法評論2008年卷71頁以下、浙江省高級人民法院民一庭課題組「当前我省医

第2項 刑事裁判の状況

では、上記の背景として、医療事故罪の刑事裁判は、どのような状況になっているであろうか。本稿の序章に紹介したように、1997年中国刑法（現行法）では、医療従事者による医療過失行為を規制するために、医療事故罪が規定されており、医療紛争を民事訴訟で解決することに加え、医療事故罪に該当する医療過誤については、医療従事者が刑事責任を負うべきであることになった。その後、中国最高人民検察院及び公安部が「公安機関の管轄下にある刑事事件の立案追訴の基準に関する規定」（公通字〔2008〕36号）を制定し、当該司法解釈の56条により、医療事故罪の構成要件が明らかになった。

中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を把握するために、本稿は、中国裁判文書ウェブサイト⁵、北大法意ウェブサイト⁶、北大法宝ウェブサイト⁷という中国で3つの代表的ウェブサイトの事件データベースをサンプルとして、統計分析で得たデータを集計した上で、医療事故罪の刑事裁判の状況を分析するという調査方法を採用した。それにより、以下の結果が得られた。

中国裁判文書ウェブサイトの事例データベースでは、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、「医療損害責任紛争」というキーワードを入力すると、合計112,627件の民事事件の記録が見つかった。「医療事故罪」というキーワードを入力すると、刑事事件の記録が合計214件見つかったが、実際に裁判で判決が下されたのは47件であった。

療糾紛審理情況的調研報告」法治研究2010年第8期91頁以下等。

⁵ 中国裁判文書ウェブサイト（wenshu.court.gov.cn）は、最高人民法院が各級人民法院の有効な裁判文書をインターネット上で公開するために開設したウェブサイトである（2022年5月16日最終閲覧）。

⁶ 北大法意ウェブサイト（www.lawyee.net）は、北京大学実証法研究所と北京大学図書館が共同で開発・運営する法律データベースサイトである（2022年5月16日最終閲覧）。

⁷ 北大法宝ウェブサイト（www.pkulaw.cn）、北京大学法律情報センターと北大英華科技有限公司が共同で開発・運営する法律情報検索プラットフォームである（2022年5月16日最終閲覧）。

北大法意ウェブサイトの事例データベースでは、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、「医療損害責任紛争」というキーワードを入力すると、合計126,197件の民事事件の記録が見つかった。「医療事故罪」というキーワードで検索すると、刑事事件の記録が合計88件見つかったが、実際に裁判で判決が下されたのは57件であった。

北大法宝ウェブサイト事例データベースでは、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、「医療損害責任紛争」というキーワードを入力すると、合計119,147件の民事事件の記録が見つかった。「医療事故罪」というキーワードで検索すると、刑事事件の記録が合計60件見つかったが、実際に裁判で判決が下されたのは8件であった。

上記3つのウェブサイトのデータを集計した結果、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、中国では医療過誤罪の判決が合計62件あり⁸、判決を受けた者が71名であったことがわかる。その具体的な量刑分布別の人員と割合は以下のとおりである。

図表5 中国における医療事故罪の量刑分布別の人員と割合（1997～2021）

(n=71)

	人数	割合
実刑	27	38%
執行猶予	29	41%
刑罰免除	7	10%
無罪	8	11%
合計	71	100%

（出典）中国裁判文書ウェブサイト、北大法意ウェブサイト、北大法宝ウェブサイトの事例データベースより筆者作成

上記のデータをさらに分析すると、次のような点がわかる。第一に、

⁸ 序章で述べたように、中国刑法によれば、無資格者による違法な医療行為が過失によって患者の健康に重大な危害を及ぼした場合には、「医師不法開業罪」に該当すべきであるから、本稿のサンプルは、医療事故罪で起訴された刑事事件のみを含んでいることに留意する必要がある。

1997年中国刑法は医療事故罪を規定して以来24年間、毎年平均2.6件の医療事故紛争が刑事手続きによって解決されているが、それは医療損害責任紛争の件数と比べるとかなり低いものである。第二に、62件のうち、被害者が死亡した件数は57件、身体に健康に重大な危害を及ぼした件数は5件であり、被害者が死亡した医療事故は刑事事件として扱われる可能性がより高かった。第三に、執行猶予が付される者が占める割合が41%であり、中国の平均執行猶予率や「社会管理の秩序を乱す罪」の平均執行猶予率⁹よりも大幅に高かった。以上より、中国では、医療過誤の犯罪化と量刑に対して、非常に慎重な姿勢をとっていることが窺われる。

このような状況になった理由は、序章で述べたように、中国が医療事故罪を創設した当時、医療そのものが公共の福祉のための社会サービスであり、したがって、医療分野における過失の犯罪の社会的危害性が軽微であるという社会通念があったためである。しかし、医療紛争の民事事件は増え続けている時代に、医療紛争の刑事事件の裁判率がそれほど低いままでは、刑事訴訟による医療事故の解決を放棄しているに等しいのではないか。また、刑事政策上の配慮とは別に、司法実務に有効な理論的参考となる過失犯に関する議論がなされていないことも、医療事故罪に代表される過失犯が合理的に処罰されない理由である。

本稿は、刑事政策の観点から、医療事故罪の処罰範囲をいかに拡大するかを探るものではなく、医療過誤における過失判断のあり方及び関係者間の責任分担を考察することを通じて、医療の領域において刑法の応報的制裁と行為コントロールの機能を適切に発揮することを目的としている。以下では、まず、上記62件の判決を分析して、医療事故罪の刑事裁判には、いかなる問題があるのかを整理する。

⁹ 最高人民法院公報に掲載された「全国法院司法統計公報」（2021年第4期、2020年第7期、2019年第4期）のデータによると、2018年から2020年までの3年間、中国における執行猶予率は、2018年は28%、2019年は24%、2020年は26%、平均26%であり、中国における「社会管理の秩序を乱す罪」の執行猶予率は、2018年は22%、2019年は18%、2020年は19%、平均20%であった。

第3項 問題の所在

上記62件の事例をさらに分析した結果、中国における医療事故罪の刑事裁判には以下の問題があると考えられる。

I. 罪名の適用について

「医療事故」の刑事訴訟では、罪名の適用についての統一的な基準に欠ける。上記62件以外には、広義の医療過誤によって患者を死亡させた事例が5件が見つかった。例えば、被告人は、慎重な病歴聴取、詳細な身体検査、関連補助検査、鑑別診断を行わなかったため、誤診、誤治療が生じ、さらに、治療の過程で、体調の変化を注意深く観察しなかったため、被害者の状態悪化を発見せず、被害者を死亡させたという事案（（2018）蘇0581刑初255号判決）において、被告人は医師不法開業罪で捜査され、医療事故罪で起訴され、最終的に、過失致死罪に該当すると判断された。このことは、医療過誤の性質に関して、刑事手続きにおいて捜査機関、起訴機関、裁判機関の間に理解の相違があることを示唆している。

また、（2014）阿刑初106号判決は、被告人は、セフォペラゾン・スルバクタムナトリウム及びその関連薬剤を、薬剤感受性試験を行うことなく被害者の静脈内に注入し、これにより被害者をアナフィラキシーショックで死亡させた事案について、被告人に医療操作手順違反の過失があったと判断したが、事件の性質を分析することなく同人には過失致死罪が成立すると認められた。

II. 過失の判断について

1. 結果回避義務違反について

結果回避義務違反については、事実に基づく分析・説明に欠け、行政規範違反の存在により過失行為が認められる判決が多い。序章で述べたように、医療事故罪の「著しく職責を怠り」は、行為者の心理的態度を記述するものではなく、行為者の客観的な行為に関わるものであり、結

果回避義務違反の重大性に関する記述である。しかし、結果回避義務違反の重大性を判断するにあたり、構成要件の結果の重大性に依存していない基準が存在しないため、その判断は、犯罪の成否を決定する意味での重要性を持たず、実務的には、「著しく職責を怠り」は、「業務上必要な注意義務を怠り」と同視すべきである。

中国最高人民法院及び公安部の「公安機関の管轄下にある刑事事件の立案追訴の基準に関する規定」（公通字〔2008〕36号）56条が、医療事故罪にいわゆる「著しく職責を怠り」の定義を明らかにしたことによって、医療事故罪が成立しうる注意義務違反が一定程度で明確化された。しかし、実務上、多くの判決では、簡単に行為者には国家の法律、法令、明確に規定された技術的診療規範や常識の重大な違反があったとして、行為者が著しく職責を怠ったと認め、結果はどのような結果回避義務違反によって生じたのか、その結果回避義務が認められる前提となる結果予見可能性と結果回避可能性があるかについての説明がなかった。例えば、(2018) 浙0302刑初528号判決では、結果回避義務についての説明・分析は全くなく、医療事故技術鑑定結果に直接基づいて、「医療従事者である被告人は、医療従事者として、明確に定められた医療に関する技術的規範に著しく違反して患者を死亡させたとして、医療事故罪が成立し、処罰されるべきである」と判示された。

1. 因果関係の判断について

上記問題と関連して、医療事故罪の刑事裁判では、因果関係等の問題を判断する際に、医療事故技術鑑定に過度に依存し、規範的判断に欠けるという問題がある。それは、医療事故の刑事裁判における最も顕著な問題といえるので、以下では、詳しく説明する。

（i）医療事故技術鑑定結果の性質

一体、医療事故技術鑑定は、いかなるものであろうか。中国では、2002年、国务院は「医疗事故处理条例」を公布し、同年、旧卫生部は「医疗事故处理条例」に基づき「医疗事故技術鑑定暫定弁法」を制定し公布し、両者は、同年9月1日から施行された。「医疗事故技術鑑定暫定弁法」9条、10条によれば、①医療機関から重大な医療事故に関する報告、ま

たは医療事故紛争の当事者から医療事故紛争の処理を求める申請を受けた衛生行政機関は、医療事故技術鑑定が必要とされる場合と、②医療事故紛争が医療機関と患者の協議によって解決され、医療事故技術鑑定を必要とし、両当事者は共同で医師会に鑑定を委託する場合には、医療事故技術鑑定が医学会によって実施されることが出来る。これによって、医療事故技術鑑定は、医療事故の当事者が医療紛争を協議で解決するための根拠となり、衛生行政機関が医療紛争を処理するための法的根拠となる。

(i) 医療事故罪の刑事裁判における医療事故技術鑑定の役割

では、医療事故罪の刑事裁判において、医療事故技術鑑定はどのような役割を果たしているか。「医療事故処理条例」2条によれば、医療事故とは、医療機関及びその医療従事者が、医療活動を行う上で、医療及び公共衛生に関する法律、行政規範及び診断・治療・看護の規範・慣行に違反し、過失で患者に身体的損害を与えた事故である。しかし、広義の医療事故に属しても、行政責任と刑事責任の有無を判断する基準は異なり、医療事故技術鑑定は、行政上の医療事故に属するのか、事故において医療機関はどのような行政責任を負うべきかを中心に行われるものである。それゆえ、それは、訴訟における証拠的役割として活用することができるが、それは必ずしも決定的な根拠ではなく、医療従事者の個人的刑事責任の有無を証明できる証拠とするために、刑事裁判において実質的に検討しなければならないというべきである¹⁰。

医療事故罪の刑事裁判における医療事故技術鑑定の役割について、法規定または司法解釈はないが¹¹、上記62件の事例を分析することによ

¹⁰ 秦新承「涉罪交通事故的行政处理与司法衔接」劉憲權（編）『刑法学研究第6卷：交通肇事罪研究專号』（上海人民出版社・2009）147-149頁。

¹¹ 最高人民法院「『医療事故処理条例』を参考にして医療紛争民事事件を審理することに関する通知」（法釈〔2003〕20号）の2条は、民事裁判における医療事故については、人民法院が当事者の申請または職権により鑑定を行うことを決めた場合には、条例に基づき医師会の鑑定を委託すべきであるのに対して、医療事故以外の医療損害賠償については、司法鑑定機構で鑑定が行われるべきであるとされる。その後、2013年、最高人民法院は、他の法律の規定に抵触す

で、以下のとおり、結論づけることができると考えられる。

まず、医療事故罪の刑事事件において、医療事故技術鑑定が行われたと明示されているのは49件であったが、医療事故技術鑑定が行われなかったのは8件あり、医療事故技術鑑定が行われたかどうかが不明なケースは5件あった。そのうち、(2014)長刑終00190号は、「医療事故技術鑑定の有無は、事件の事実関係の判断に影響を与えない」と明示している。したがって、医療事故罪の刑事裁判では、医療事故技術鑑定は必須ではないことがわかる。

次に、無罪となった5つの事例（(2018)吉0322刑初5号判決、(2017)閩01刑終1458号判決、(2016)魯0102刑初645号判決、(2015)東一法刑初3261号判決（2013）白洮刑重審初5号判決）のいずれでも、医療事故技術鑑定結果では、事件は一級甲等の医療事故に属し、そして医療事故に対して医療機関側の一次的又は二次的責任が認められている¹²。そのうち、(2018)吉0322刑初5号判決は、第一審判決（(2015)倉刑初1027号判決）に採用された医療事故技術鑑定結果は、重症子癇前症の診断、出血量と水分補給の評価、バイタルサインの値を取る時点、産後出血の原因などに関する判断に科学的根拠に欠け、証拠として受け入れるべきではないことと、第一審は、医療事故鑑定結果に認定した医療機関側の責任と被告人の個人責任を直接同一視していたことは妥当でないことを理由に、原審判決を破棄して、被告人を無罪とすることになった。この判決から、医療事故技術鑑定結果があったとしても、それが証拠として

るとして上記司法解釈をを廃止した(法釈[2013]7号)。現在、最高人民法院「医療損害責任紛争の審理における法律適用に関する若干問題の解釈」(法釈[2017]20号)によって、医療損害責任紛争の民事裁判において、人民法院が当事者の申請または職権により鑑定を行うことを決定した場合、資格のある鑑定機関(医学会あるいは司法鑑定機構)に医療損害鑑定を委託することができるとされる。

¹² 「医療事故分類基準（試行）」によれば、一級甲等の医療事故とは、医療事故で患者を死亡させたことを意味する。「医療事故技術鑑定暫定弁法」36条によれば、一次的責任とは、損害結果は、主に医療過誤によって引き起こされ、他の要因は二次的な役割を果たすことを指す。二次的責任とは、損害結果は、主に他の要因によって引き起こされ、医療過誤は、二次的な役割を果たすことを指す。

採用されるべきかどうかは、裁判で検討しなければならず、そして鑑定結果で判明した責任と、医療事故罪の成否との間には、直接的な相関関係はないことが明らかになった。

（ii）問題の所在

以上から、医療事故技術鑑定結果は、事実の因果関係を証明する証拠の一種として扱われるというべきであるが、医学の複雑さや専門性に鑑み、刑事裁判では、それに直接基づき、刑法上の過失行為を行政上の違法行為と同視し、また法的因果関係を医学的因果関係と同視している。特に事後的結果回避可能性の有無を個別に十分に検討しなかったことが多い。次の【事例16】（（2018）鄂03刑終71号判決）は典型例である。

（事実の概要）診療の範囲を超え、指導医なしに患者の診断・治療を行った被告人Xは、診療の過程において、患者の病状に対する適切な判断・把握を欠き、医療機関の治療能力を超えたことを認識していたのに、転院なく3日連続で4回診療を行い、そして治療過程において、患者が点滴に異常な反応を示していることを知りながら、患者の容態の変化を観察せずに放置して、結局、患者を死亡させたというものである。

本件において、被告人の過失行為と結果との間の因果関係があったかどうかが特に問題となる。それについて、司法鑑定と医療事故技術鑑定は異なる結論を出していた。因果関係がなかったとする司法鑑定結果に対して、第一審判決（（2016）鄂0303刑初328号）は、「仮に、被害者自身の病気による死亡が避けられなかったとしても、被告人が3日間連続して4回の治療を行ったという客観的事実を看過してはならず、被告人の行為は、単なる治療の最適期が遅れたものではなく、被害者の死亡が避けられなかったという司法鑑定の結論は、恣意的である」と判示した。その上で、第一審判決は、被告人の行為と被害者の死亡結果との間に一定の因果関係があったと認められる医療技術鑑定結果はより客観的で事実に即していると指摘することだけで、被告人の行為と死亡結果の間には因果関係があったことを認めた。

その後、被告人は上告したところ、それに対して、第二審判決は、被告人は、医師として、患者の診療において医師法の規定に違反し、著しく職責を怠り患者を死亡させ、その診療行為と結果の間には刑法上の因果関係があり、医療事故罪が成立するというべきであると判示した。同時に、医療事故技術鑑定結果によれば、患者自身の病気が主な死因であり、司法鑑定結果によれば、患者は重い冠狀動脈性心臓病を患っており、輸液の過程で冠狀動脈性心臓病の急性発作を起こし、呼吸循環不全で死亡したことに鑑み、被告人は、すべての責任を負うべきではなく、罰を軽減ことができるとして、原審判決を破棄した。

本件において、被告人には、①診療の範囲を超え、指導医なしに患者の診断・治療を行ったこと、②診療の過程において、患者の病状に対する適切な判断・把握を欠き、診療に制限があることを知りながら、転院なく３日連続で４回診療を行ったこと、③治療過程において、患者が点滴に異常な反応を示していることを知りながら、患者の容態の変化を観察せずに放置したこと、という３つの結果回避義務違反があった。しかし、上記第一審と第二審判決のいずれにも、刑法上の過失行為を①の行政違法行為と同視し、また、法的因果関係を医学的因果関係と同視しており、特に事後の結果回避可能性の有無を個別に十分に検討を加えなかったという問題がある。

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

以上から、中国の医療事故罪の刑事裁判では、過失の判断に関しては、結果回避義務とその違反を意識的に検討しない点と、因果関係の判断においては事実的判断と規範的判断を区別し、刑法学の視点から、客観的な事実について規範的な検討を加えない点が不足しているといえる。

日本の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討する際に、本稿は、医療現場における業務分担を垂直的分業と水平的分業に分けて、それぞれの場合における過失の判断について検討を加えた。そのうち、垂直的分業の場合においては、上位者たる医師が下位者の作業に関与す

べき範囲を限定し、医師にどのような注意義務が課されるのかを論定した上で、医師の過失と下位者の過失が単純に競合した場合と、医師の監督過失と下位者の過失が競合した場合を区別して、過失の判断における難点を検討した。その中で、組織的医療における監督過失責任に関する議論は、最も重要なものである。水平的分業の場合においては、引き継ぎ作業における直列型の過失競合に関わる議論を中心にして日本の組織的医療における過失の判断を検討した。この検討から、引き継ぎ作業の場合には、複数の行為が時間的に前後して介在するため、個別の過失を判断する際に、注意義務と因果関係の有無を判断することは難しいことがわかった。

ここでは、第一に、中国における医療体制に基づき、垂直的分業と水平的分業場合における各関与者の注意義務を明らかにすること、第二に、中国における監督過失論を概観して、日本における監督過失論から、中国の組織的医療における監督過失責任に対する示唆を導くこと、第三に、中国における因果関係論を概観して、日本における因果関係論から、いかなる示唆が得られうるかを検討すること、第四に、議論で得られた結論を用いて従来の判例の再検討を行うことを試みる。

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

I. 医師と看護師の連携

中国では、医療機関と医療従事者、医療サービス、疾病の予防と治療、医療紛争の処理などに関して、法律、行政法規、司法解释ではいくつかの規定があり、また、これらの規則の適用については、国家衛生機関が通達（厚生労働省医政局長通知相当）で説明している。

中国の旧衛生部が作成した「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」¹³によると、医師の指示の執行、医師の診療の補助、薬剤の準備と

¹³ 原タイトルは、「医院工作与人员岗位职责」である。

保管、患者の日常的な世話、事務的な仕事などが、看護業務の主な内容である。また、旧衛生部の「総合病院におけるケアの等級付けに関する指導原則（試行実施）」¹⁴（衛医政発〔2009〕49号）2条によると、総合病院では、入院患者のケアは、患者の状態や能力に応じて、特別ケア、一次ケア、二次ケア、三次ケアに分けて行われるべきである。なお、同原則4条は、臨床看護師は、ケアレベルおよび医師が設定した治療計画に従って、基本的な看護サービスおよび専門的・技術的な看護サービスを患者に提供しなければならないと定めている。具体的には、看護師の業務は、第一に、患者容態の観察と生命徴候の監視を行うこと、第二に、医師の指示に従って治療や薬剤投与を正しく実行すること、第三に、患者の状態に応じた介護や支援を提供すること、第四に、介護関連の保健指導を行うことである。

したがって、中国における看護業務も、日本の分類に従うと、「診療の補助」と「療養上の世話」に大別することができる。そして、それぞれと医師の指示との関係については、治療や投薬などは、診療の補助に属し、医師の指示にしたがって行わなければならないのに対して、患者の容態の観察と生命徴候の監視、介護や支援の提供、介護関連の保健指導は、療養上の世話に属し、看護師が自らの専門的知識・技術に基づいて独立して行うことができる。

では、中国の医療体制において、診療の補助と医師の監督との関係はどうだろうか。上記「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」は、看護師は、専任看護師¹⁵の指導のもとで作業を行い、助産師は、行政上には上位助産師の管理を受けながら、医療現場には医師の指導を受けて作業を行うと規定している。同時に、臨床住院医（研修医相当、以下では、研修医という）の職責に関して、同規定によれば、臨床住院医は、医療事故を防ぐために、自ら重要な検査や治療を行い、あるいは看護師の実施を指導することが求められている。しかも、「医療麻酔サービス

¹⁴ 原タイトルは、「综合医院分级护理指导原则（试行）」である。

¹⁵ 専任看護師とは、看護師の資格を取得した人が一定年数勤務した後、国家試験により得られる称号である。

の強化・向上に対する意見」(国衛医発〔2018〕21号)¹⁶では、2級以上の医療機関の麻酔科においては、専任看護師が配置され、同看護師は、麻酔科医の指導・監督のもとで、周術期のケア、疼痛管理、麻酔関連機器・消耗品・薬剤・文書・情報の管理などを行うと規定している。すなわち、中国では、看護師が診療の補助が行われる際に、監督義務を負う者は、常に上級の看護師であるが、医師との密接な連携が必要とされ、あるいは、高度な医学的専門性を要する作業が行われる場合には、医師の指導・監督が求められている。

このように、中国の医療体制のもとでも、チーム医療において、医師には、救命、治療という基本的な義務に加えて、医療チーム全体が適切に機能するように組織化し、調整する義務があり、医療チームにおける診療補助者による危険を防止するために、補助者を選任し、監督し、仕事を委任する義務を履行しなければならないといえよう¹⁷。本稿の第1章では、日本の場合には、医師と看護師の連携における医師の注意義務は、診療補助行為自体のリスクと起こりうる過誤の類型とその発生頻度を合わせて考慮すべきであると指摘した。中国の場合には、診療の補助に関するリスクレベルの判断基準は異なるかもしれないが、同趣旨によって、看護師の診療補助に対する医師の注意義務を特定することが妥当であると思われる。

医師の監督義務について、「一般的に、住院医は患者に対して責任を負うため、相応して看護師に指示を与えることは住院医の職責である。なお、『病棟での医療の質を常にチェックする』ことは、主治医の仕事である以上、注意すべき点を看護師に明確な指示を与えることも主治医の職責である。主管医と診療科の科長は、難病や重症患者のチーム医療に自ら参加する場合、特別に説明すべき事項があれば、自ら看護師に指示し、あるいは部下の医師が看護師に指示を与えるように命じるべきである。以上の場合には、医師と看護師の間に監督義務が存在する」¹⁸と

¹⁶ 原タイトルは、「关于印发加强和完善麻醉医疗服务意见的通知」である。

¹⁷ 劉躍挺「論醫師組織協助義務框架中的客觀帰属与信賴原則」西南交通大学学报(社会科学版) 16卷6期(2015) 96頁以下。

¹⁸ 王波「団隊医療過失犯罪中の監督過失責任研究」法商研究2012年第4期98頁。

主張する見解がある。しかし、第１章の検討から、この見解は、指示義務は患者に対する医師自身の注意義務であり、他人が作業を履行している過程において、同人が過誤を犯さないように指導する監督義務とは異なるということを看過しているというべきである。

以上から、中国の医療体制では、看護師が診療補助行為を行う際に、医師の指示にしたがわなければならないという点では日本と共通しているが、常に上級看護師からの業務指導を受けるということは特徴的である。しかし、それは、中国では医師と看護師の間に監督関係が存在する余地がないことを意味せず、両者が共同して業務を行う場合や、看護師に求められる専門性が看護の専門性を超えているために、医師の特別な指導が必要とされる場合（助産、麻酔など）には、看護師の診療の補助に対する医師の監督義務が認められるべきだと考えられる。また、看護師は、診療の補助を行う際に、上級看護師と医師の両方から監督を受けているため、看護師の過誤により結果が発生した場合には、上位者の監督過失が問題となるかどうかを検討する前に、まず、具体的な業務において、監督義務を負う者を特定する必要がある。

Ⅱ．医師間の連携

上記「総合病院におけるケアの等級付けに関する指導原則（試行）」によって、中国における総合病院の診療科において、全科の安全品質の向上・管理については、科長が責任を負う。同時に、難症例・重症例の診断・治療についても、科長には他の医師と共同して検討すべき義務が課される。

科長のもとには主任医がおり、主任医は診療科の主治医や研修医を指導・監督する役割を担っているが、これはより抽象的で、主に診療科の専門的・技術的レベルの維持を指している。そして、主任医としては、本診療科の急症例・難症例・重症例の診療に自ら参加すべき義務を負う。

主任医のもとには主治医がおり、主治医は診断や治療、特殊な治療方法などについて、研修医に具体的な指導を与える役割を担っている。さらに、主治医のもとでは研修医がおり、研修医は指導医（主治医以上）の指示・監督のもとで、一定の臨床業務等の基本的な医療業務を行い、

患者の診断・治療全般について責任を負う。

なお、中国の総合病院、特に医療教育・研究を担う病院では、「主治医制」が広く行われている。主治医制とは、各診療科に副主任医以上1名、主治医以上1名、研修医以上数名で構成される医療チームを複数設置し、この医療チームが、外来、入院、手術、診察、退院後のフォローアップを担当するというものを指す¹⁹。主治医制のもとで、医療チームの上級医を医療チームリーダーとしてチームを統括し、中級医は医療チームリーダーを補佐し、初級医は医療チームリーダーの指示に従って病歴聴取、カルテ作成、薬の交換、穿刺などの基本的な業務を担当する²⁰。

このように、科長としては、診療科の管理について注意義務を負い、難症例・重症例の診断・治療について、治療医として他の医師と共同して検討・研究すべき義務があると同時に、共同研究が行われる際に、部下の医師を指導・監督する義務があるというべきである。同様に、主任医は自ら患者の診療に関与すべきときは、治療医としての注意義務と部下医師を監督する義務の両方を負う。研修医は、患者の診療の直接責任者であり、研修医の過失により結果を引き起こした場合に、指導・監督義務を負う指導医は、監督過失で責任が問われることがありうる。

また、主治医制のもとで、上級医、中級医及び初級医の内部では、指導・監督関係があると同時に、いずれも患者の治療医として診療に関与するため、治療医としての注意義務違反が認められないとき、監督過失の成否を検討する余地が残る。したがって、医師と医師の連携においても、監督関係が肯定され、監督過失が成立する場合がありますというべきである。

第2款 水平的分業の場合

中国の総合病院における医療従事者には、医行為や診療の補助を行う

¹⁹ 任在方ほか「主診医師負責制对医療効率的影响研究」中国医院25卷1号(2021)80頁。

²⁰ 吳少璋＝孫暉「主診医師負責制下某医院臨床科室医療組現状与分析」中国医院管理39卷7期(2019)35頁。

医師と看護師の以外に、薬剤師、臨床検査技師などが含まれる。同職種間の連携に関しては、「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」は、立ち合い診察制度²¹、転院、転科制度、症例検討制度、医師、看護師、薬剤師、医療技術職間の引き継ぎ体制等を規定している。ここでは、「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」の規定に基づき、専門職間の連携における各関係者の注意義務を整理する。

I. 医師と薬剤師の連携

中国には、薬剤師の業務に関して、「中華人民共和国薬品管理法」、「中華人民共和国薬品管理法实施条例」、「医療機構薬事管理暫行規定」及び「処方管理弁法」等の法律や行政規範がある。そのうち、「中華人民共和国薬品管理法」73条によれば、調剤の実施は薬学の専門技術者でなければならず、処方せんを受けた後、処方の内容、患者の姓名、年齢、薬品名称、用法・用量、剤形、投与方法、禁忌などを詳細に確認した上で調剤を行う必要がある。具体的には、医師からの処方せんを受けた後、薬剤師がどのような内容を監査しなければならないかについて、「処方管理弁法」35条は、薬剤師が、①皮膚テストが必要な医薬品については、処方者によるアレルギーテストの指示と結果の判定が記入されているか、②処方が臨床診断と一致しているか、③用法・用量が正しいか、④剤形及び投与経路の妥当性、⑤投薬の重複があるか、⑥臨床的に重要な薬剤の相互作用や禁忌の有無、⑦その他、薬剤を使用する不適切な状況があるかを監査すべき義務があると定めている。

また、同弁法36条によると、薬剤師は、処方せんを監査した結果、医薬品の不適切な使用があると判断した場合には、処方者にその旨を伝え、処方せんの確認又は再発行を求めなければならない。そして、薬剤師は、投薬が著しく不合理または不当であると判断した場合、調剤を拒否し、

²¹ 具体的には、診療科間の立ち合い診察、救急時の立ち合い診察、診療科内部の立ち合い診察、病院内の立ち合い診察、病院外の立ち合い診察、診療科内、病院内、病院外のグループ診察、外来診療科間の立ち合い診察、看護の立ち合い診察が規定されており、同職種間の連携と専門職間の連携が含まれる。

速やかに処方者に知らせるとともに、関係法令に基づき、当該状況を記録・報告すべき義務がある。

Ⅱ. 医師と臨床検査技師の連携

臨床検査技師には、血液や尿、心電図や脳波などを測定することを業務としている者、MRI、超音波検査及びX線撮影・CT等を業務としている者及び病理組織検査、細胞診検査、遺伝子検査を業務としている者が含まれる。一方、臨床検査は、患者の身体の機能や細胞・組織を対象として行われ、医師が正しい診断と治療を行うために存在するので、検査の実施は医師の指示の存在を前提とし、検査の範囲は医師の指示に従うべきである。他方、臨床検査技師は、医師と異なる専門的な知識・技術が必要である場合がありうるのみならず、検査の実施と検査結果の作成は、医師の指導や監督を受けずに独立して行う。例えば、旧衛生部と国家中薬管理局が発行する「医師登録における業務範囲に関する暫定規定」によると、外科の専門分野と医用画像・放射線治療の専門分野は、異なる臨床医の業務範囲に属するため、外科医は臨床業務で病状の観察に超音波を使用できるが、超音波診断報告書を発行することはできない（衛医政函〔2009〕463号）。

しかし同時に、すべての検査は臨床検査技師が実施しなければならないわけではなく、例えば、旧衛生部は、業務範囲は内科で心臓血管の診療を行う医師は、心電図診断書を発行することができると規定している（衛医政函〔2008〕557号）。また、画像診断報告書は、あくまでも医師の診断・治療の参考となるものであり、医師には検査報告書を確認した上で患者の病症を総合的に判断することが求められる。したがって、医師と臨床検査技師との連携においては、臨床検査技師が医師の指示に従わなければならないという面があるが、臨床検査技師は、検査結果のみに対して責任を負い、医師の診療に対しては責任を負わず、医師は検査結果に対して結果を負わないが、その結果に基づいた自らの診療に対しては責任を負うという面もある。

Ⅲ．手術における連携

手術の実施をめぐる各関与者の注意義務がよく議論されるが、ここでは、それに着目せず、手術前に執刀医と麻酔医の連携と患者の同一性確認における関与者間の連携に焦点を当てる。

手術前に、執刀医と麻酔医が、自ら患者を診察し、患者と家族または患者の代理人に説明義務を果たし、協力して麻酔方法や麻酔前投薬を決定すべきである。そして、中程度の難易度以上の手術では、外科医と麻酔医は、診断、手術の適応、手術プランと麻酔の選択、術中の医療リスク、術後合併症の注意点などを検討する術前カンファレンスに参加することが必要である。これらの場合には、執刀医と麻酔医が自らの専門的知識に基づいて関与しているというべきである。

患者の同一性確認について、まずは、病棟と手術室の間で、麻酔医・手術室看護師、病棟医師・病棟看護師がチェック制度に従って患者の受け渡しを行う。次に、麻酔実施前に、麻酔医は、患者の氏名、性別、年齢、症例番号、手術の種類、インフォームドコンセント、手術部位、麻酔の安全確認、患者のアレルギー歴、術前血液調整などを逐一聞き、執刀医が答え、同時に、外回り看護師も患者のカルテと照合して答えるように行われる。さらに、手術実施前に、執刀医、麻酔医、外回り看護師が、同じように患者の同一性を再度確認する必要がある。手術後に、患者が手術室を出る前に、執刀医、麻酔医と外回り看護師が手術名、物品数の確認、検体の確認、皮膚の完全性、動脈・静脈アクセス、ドレーン等を上記と同様に確認すべきである。このように、中国では、患者の同一性確認は、病棟―手術室という２段階に分けられ、各段階では複数人が協力して行われるというべきである。

第３項 監督過失論のあり方

第１款 議論状況

ここでは、監督過失の理論的基礎、監督過失の定義、監督過失における因果関係の判断、という３つの点から、中国における監督過失論を概観する。

I. 監督過失の理論的基礎

監督過失の理論的基礎について、それは危惧感説（新新過失説）に基づくものであり、監督過失の構成には、結果の具体的予見可能性が必要でないとする見解²²と、危惧感説によれば、過失犯の処罰範囲は広すぎ、そして、監督過失は森永ヒ素ミルク中毒事件を契機に登場したものであるが、それは監督過失が危惧感説に基づかなければならない理由にはならず、監督過失の理論的基礎は新過失論であり、それが成立するために、結果の具体的予見可能性が必要であるとする見解²³がある。

II. 監督過失の定義

監督過失の定義について、学説では、①監督過失とは、監督責任を負う人は、不注意により自己の監督の懈怠が結果を生じさせる可能性を認識せず、あるいは、自己の監督の懈怠が結果を生じさせる可能性をすでに認識したが、結果を回避できると軽信して、監督義務を履行せずに、結果を生じさせる過失であるとする見解²⁴、②監督過失を、被監督者の不適切な行為に対する、管理や監督を行わなかった組織指導者・管理者の刑事責任と捉える見解²⁵、③監督過失とは、従属関係にある2人以上の行為者の間に、監督者の監督の懈怠のもとで、被監督者が故意又は過失により犯罪を犯し、それに応じて監督者が過失責任を負うということであるとする見解²⁶、④監督過失には、被監督者の個別的行為に対する監督の懈怠による狭義の監督過失と安全管理体制が確立されなかった管理過失を含み、前者は、監督者は監督義務を履行しなかった、または不適切に履行したことにより、被監督者の過失行為が生じ、結果が引き起

²² 彭鳳蓮「監督過失責任論」法学家2004年第6期59頁、61頁、趙瑞罡＝楊慶玖「監督過失論」政治与法律2001年第4期42頁。

²³ 錢業六「監督過失理論及其適用」法学論壇25卷第129期（2010）26頁。

²⁴ 侯国雲『犯罪過失論』（人民出版社・1996）244頁。

²⁵ 孫国祥＝余向棟＝張曉陵『過失犯罪論導論』（南京大学出版社・2000）36頁。

²⁶ 趙＝楊・前掲注（22）41頁。

こされたと解し、後者は、必要な措置を講じず、または他人に予防対策を指示しなかったこと、または自然現象もしくは第三者の偶発的行為によって結果が生じたと解する見解²⁷がある。

①の見解は、監督過失における主観面の内容を明確化して、監督過失が不注意の過失と自信の過失から独立する過失の一形態ではないことを示していることに特徴がある。この見解に対して、被監督者の過失行為によって間接的に結果を引き起こすという監督過失の本質を定義から明らかにすることはできないという批判がある²⁸。

②、③と④の見解は、監督者の過失と被監督者の過失の関係性を定義から明らかにした点に特徴がある。同時に、③の見解は、管理過失を監督過失から排除することと、被監督者の故意犯罪に対する監督者の過失責任を認めることに特徴がある。

②の見解に対しては、「不適切な行為」という用語が使われていることで、監督者は、被監督者の行政違法行為ないし故意行為による結果に対しても監督過失を負うべきかという疑問が生じ、定義が不明になると批判する見解がある²⁹。また、管理過失を監督過失と捉えるという点に②と④は妥当ではないと批判することが可能である。というのも、中国の学説では、第一に、監督過失と管理過失における因果関係の表現が異なり、前者においては、因果関係が間接的なものであるのに対して、後者においては、安全管理体制が確立されなかったことにより、結果を直接惹起させたため、因果関係が直接的なものであることと、第二に、監督過失は、作為によっても、不作為によっても構成できるのに対して、管理過失は、不作為犯であることから、管理過失は監督過失に属せず、監督過失を狭義の監督過失と広義の監督過失に区別することには理論的妥当性がないと主張する見解がある³⁰。同見解によれば、②と④の見解は妥当性に欠けるといえよう。

²⁷ 張明楷『刑法学（上）〔第六版〕』（法律出版社・2021）390-391頁。

²⁸ 彭・前掲注（22）60頁。

²⁹ 彭・前掲注（22）60頁。

³⁰ 謝雄偉「論監督過失の体系定位、本質与類型」広東社会科学2015年第1期245頁。

また、上記の観点以外に、監督過失を、業務中の監督過失と公務中の監督過失、あるいは、危険創出型の監督過失、危険促進型の監督過失、危険未防止型の監督過失³¹に区別する見解もある。

Ⅲ. 監督過失の判断

監督過失の判断については、因果関係の判断を中心に議論が展開されている。具体的には、以下の見解がある。第一に、監督過失においては、2つの因果関係があり、1つは、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係であり、もう1つは、被監督者の過失行為と構成要件的结果の間の因果関係であり、監督過失における因果関係は、前者を中心に判断すべきであると主張する見解がある³²。この見解に類似するものとして、被監督者の行為の介入によって、監督者の過失行為と結果の間の因果関係は間接的であるとし、監督過失の成立は、当然ながら、被監督者の過失行為と結果の間の因果関係を前提とするので、監督過失における因果関係の判断は、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係に着目すべきであると主張する見解がある³³。

上記見解に対して、監督過失における因果関係には、2つの段階（監督者の過失行為と被監督者の過失行為、被監督者の過失行為と構成要件的结果）が存するが、通常の過失と変わらず、監督過失における因果関係とは、監督過失行為と結果との間の因果関係であり、被監督者の過失行為が監督者の過失行為によって惹起されたものである点のみを重視することは、結果発生に対する監督過失の寄与を看過していると批判する見解がある³⁴。また、監督過失における因果関係は間接的であるという観点に対して、監督者の過失と被監督者の過失の間に、時間的な順序はなく、両者は併存しているものであり、監督者の過失行為と結果の間の

³¹ 謝・前掲注(30) 244頁。

³² 彭・前掲注(22) 62頁。

³³ 易益典「論監督過失理論的刑法適用」華東政法大学学报2010年第1期79頁。

³⁴ 謝雄偉「監督過失中因果關係的『二階判斷』」政治与法律2016年第5期150-151頁。

因果関係は間接的ではなく、直接的であることを強調する必要もなく、客観的帰属論によって監督過失における因果関係を判断すべきであるという反論がある³⁵。

なお、被監督者の故意行為に対する監督過失を認める論者は、監督過失における因果関係の判断を、被監督者の故意行為により結果が発生した場合と被監督者の過失行為により結果が発生した場合に区別して検討すべきであると主張する。前者の場合には、監督義務の履行は、結果に影響を及ぼし、または結果を防止し得たかどうかを問い、もしそうであれば、監督過失と影響を受け又は防止され得た結果との間に因果関係が肯定される。それに対して、後者の場合には、監督者は注意義務を負っており、結果を防ぐための対策を講じるべきであるのに、それを怠り、結果を招いてしまったときには、被監督者の過失行為は、もっぱら監督者の過失によって引き起こされたものであるため、監督者は責任を負うべきであるとされる³⁶。

第２款 実務の現状

国家機関公務員による管理・監督過失について、中国刑法第９章の汚職罪では、職務懈怠罪（中国刑法397条）、環境監督管理懈怠罪（中国刑法408条）、食品監督管理懈怠罪（中国刑法408条の１）等を規定している³⁷。その他管理・監督地位にある者による管理・監督過失については、上記のような特定の罪名を規定していないが、実務では、第２章の公共の安全に危害を及ぼす罪の失火罪（中国刑法115条）、重大責任事故罪（中国刑法134条）、重大労働安全事故罪（中国刑法135条）等で処罰したこ

³⁵ 馬榮春＝唐張「監督過失：因果性、注意義務与定罪実践」河南財經政法大學學報189期（2022）96頁。

³⁶ 趙＝楊・前掲注（22）42頁。

³⁷ このような国家機関公務員による管理・監督過失は、公務上の監督過失と呼ばれる。謝・前掲注（30）244頁。また、2003年最高人民法院「經濟犯罪事件の裁判に関する全国シンポジウムの議事録」によれば、「公務に従事する」とは、国家機関、国有企業、企業、事業單位、人民組織などのために、組織、指導、監督、管理等の職務を行うことである。

とがある³⁸。つまり、国家機関公務員でない場合には、公共の安全に危害を及ぼすときのみ、監督過失が問われうる。

同時に、2000年最高人民法院「交通事故の刑事事件の裁判における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」(法釈〔2000〕33号)の7条は、他人に規則違反の運転をさせ、重大な交通事故を起こした単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人は、本解釈第2条で規定する事由のいずれかに該当すれば、重大交通事故罪として処罰すると規定している。ここでいう「他人に規則違反の運転をさせる行為」は、監督義務に違反する行為にあたり、上記場合は、単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人の監督過失が認められるとする見解もある³⁹。

しかし、実務では、監督過失と管理過失を明確に区別しておらず、監督と管理という2つの概念が併用されることが一般的である。例えば、被告人Xは、7階半の家屋を建て、その1階で廃品回収店を営んで、ミネラルウォーターのボトルやその他のプラスチック廃材を保管していた同時に、廃品を積んだ扉の前で長時間、三輪車を充電していた。その後、充電用電源線の故障により周囲の可燃物に引火して延焼し、建物に住んでいた多数の被害者の死傷と財産の損壊を招いた((2021)黔0581刑初142号判決)。この事案において、裁判所は、被告人Xは、建物の賃貸人と廃品回収店の実質的な管理者・経営者として、火災避難の危険が存在する建物において、安全性に注意を払い、予防措置を講じるべき義務があるのに、これを怠った過失があり、被告人Yは、廃品回収店の責任者として、可燃性スクラップの隣で充電することには安全上の危険があり、その行為を監督・管理すべき義務があるのに、これを怠った過失があったとして、両者は失火罪に該当すると判示した。

³⁸ 姜涛「監督過失の限縮適用方案」清華法学2021年第6期33頁によれば、監督過失を構成することで刑事責任を問われた被告人のうち、69%が国家機関公務員、26%がその他の管理職、5%が一般市民であった。

³⁹ 譚兆強「交通肇事罪共犯疑難問題研究——兼評最高人民法院『關於審理交通肇事案件具体応用法律若干問題の解釈』第5条第2款、第7条的規定」劉憲權(編)『刑法学研究第6巻：交通肇事罪研究專号』(上海人民出版社・2009)169頁以下。

中国の医療においても、日本と同様に、医行為がチームで行われることが一般的である。ただし、下位者の過失が直接的に結果を生じさせた場合に、日本では、直接行為者だけではなく、監督的地位にある上位者にも過失責任が肯定されることが一般的であるのに対して、中国では、直接行為者以外の者の責任を問うことは少ない一方で、直接行為者は、医療事故罪（中国刑法355条）で処罰するが、管理・監督地位にある上位者については、職務懈怠罪（中国刑法397条）で処罰するということがみられる。例えば、無痛人工妊娠中絶によって患者を死亡させた事案において、（2015）鄂松滋刑初98号判決では、本件医療事故において、医療業務について管理責任を負う被告人は、麻酔薬の管理を適切に行わず、麻酔医の資格を持たない者が麻酔を行うことを止められず、産婦人科医が治療の技術規範や常識に著しく違反して治療の範囲を超えて治療を受けたことなどについて管理・監督過失があり、そしてその過失は結果との間に因果関係があったとして、職務懈怠罪の成立を肯定した。

第3款 検討

ここでは、監督過失の理論的基礎、判断、処罰、という3つの側面から、中国における監督過失論について検討を加える。

I. 監督過失の理論的基礎

序章で紹介したように、中国刑法15条は、行為者の心理態度によって、過失を「不注意の過失」と「自信の過失」に区別している。それぞれの場合における注意義務違反について、不注意の過失の場合には、行為者は、結果予見義務に違反していたのに対して、自信の過失の場合には、行為者は、結果発生の可能性については認識を持っていたため、結果回避義務に違反したとする見解がある⁴⁰。ただし、「不注意の過失」と「自信の過失」のいずれも、結果回避義務に違反したことにより、過失犯を構成するというべきである。すなわち、前者の場合には、結果予見義務

⁴⁰ 銭・前掲注（23）27-28頁。

に違反したことにより結果回避措置をとらず、結果を惹起させた（結果予見義務違反→結果回避義務違反）ということである。それに対して、後者は、結果予見義務に違反しなかったが、結果回避措置をとらず、結果を惹起させた（結果回避義務違反）ということである。このように、監督過失も過失であるため、行為者は不注意によって、監督の懈怠は被監督者の行為が結果を惹起する可能性を認識しなかった場合にも、その認識があったのに、結果の不発生を軽信して結果回避措置をとらなかった場合にも、結果回避義務に違反したことで過失が成立するということ是不変である。つまり、中国刑法における過失犯の規定によっても、過失犯の客観的側面は結果回避義務違反と解する可能性が十分にある。

ただ、過失の本質は結果回避義務違反であると解する点では、新過失論と危惧感説とは共通しており、ここで検討すべき問題は、結果予見可能性の判断基準となる。つまり、新過失論によれば、結果発生 of 具体的な予見可能性が必要であり、危惧感説によれば、結果発生に対して、危惧感・不安感があれば足りる⁴¹。しかし、直接作業員以外に、監督義務を負う者の配置は、もともと、当該作業で結果発生に対する危惧感・不安感があるからであり、結果 of 具体的な予見可能性を要求しないと、監督過失の処罰範囲は広すぎる。そして、監督関係の存在は、本来、業務の分担の形式的な合理性に基づくものであり、つまり、具体的な作業において、被監督者は直接作業を行う能力を持っていることは、監督関係が成立する前提である。それゆえ、結果発生に対する不安があるため、直接の作業員を監督する義務を他者に課すとしても、監督者があらゆる作業を監視・指導することを求める必要はなく、そうでなければ、分業の形式的意味が失われることになる。このように、監督義務と具体的な結果回避義務は異なり、前者は結果発生に対する危惧感・不安感に起因するものであるのに対して、後者の履行は、具体的な結果予見を契機とすべきである。つまり、監督過失の理論的基礎は、新過失論と解すべきである。また、この点は中国でも妥当する。

⁴¹ 高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂・2018）218頁。

Ⅱ．監督過失の判断

被監督者が故意行為を行った場合に監督過失が成立しうるかどうかについて、否定説と肯定説が対立している⁴²。本稿は被監督者の過失行為に対する監督過失に焦点を当てるため、ここでは、この問題の検討を差し控えたい。簡単にいうと、被監督者が故意行為を行った場合でも、被監督者が過失行為を行った場合でも、監督過失が成立しうるかどうかは、結果回避義務の違反、因果関係、正犯性の有無によって判断すべきである。すなわち、被監督者が故意行為を行った場合に監督過失が成立しうるかどうかは、①監督者は、被監督者の故意行為を防止すべき義務を負うのか、②監督者の過失行為と結果との間に因果関係があるのか、③監督者が結果回避義務を履行すれば、結果を回避しうるの、という３つの問

⁴² 否定説の理由づけについては、被監督者が故意により犯罪を犯す場合に、①結果発生因果経過を支配することは被監督者の故意行為であること、②監督者としては、被監督者は故意犯罪を実施しないと信頼することが許されること、③被監督者の故意犯罪は予見可能でないこと、④監督者は監督義務を果たしたとしても、結果発生を阻止することができないため、監督者の過失行為が結果に及ぼす間接的寄与が被監督者の故意行為の介在で中断されることがある。銭・前掲注(23) 29頁、王安異「浅談監督過失の注意義務」華中科技大学学报(社会科学版)2005年第6期39-40頁。それに対して、肯定説に賛成する者は、被監督者の故意行為を実施した場合に監督過失が成立しうるかどうかは、監督者の権限は、被監督者の故意行為に対する支配力を持っているかどうかを問うべきであると主張する。例えば、脱税の場合、監督者が監督義務を怠り、被監督者に脱税犯罪を誘発したときには、その監督の欠如が脱税犯罪につながるからといって監督者の過失責任が免除されてはならないのに対して、監督過失は結果に対する主たる寄与を有していないときには、それと被監督者の過失との因果関係は否定されるべきであると解する。姜・前掲注(38) 42-43頁。また、被監督者の故意行為の介在によって、監督者の過失行為と結果との間の因果関係が否定されることから、監督過失の成立が認められないとする否定説に対して、肯定説の中では、被監督者が故意行為を行った場合においても、監督者の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきであるが、その場合に、結果に対する監督者の過失行為の寄与度は、被監督者が過失行為を行った場合よりも小さいであるため、可罰的違法性も被監督者が過失行為を行った場合よりも低いというだけであると解する見解がある。馬＝唐・前掲注(35) 98頁。

題を問うべきである。そのうち、①は大前提である。

多くの場合には、監督者は被監督者の故意行為を阻止すべき義務を負わない。しかし、例えば、懈怠による被拘禁者逃亡招来罪（中国刑法400条第2款）⁴³、環境監督管理懈怠罪（中国刑法408条）⁴⁴、食品監督管理懈怠罪（中国刑法408条の1）⁴⁵等が成立する場合には、逃走行為、告発者、情報提供者、被害者、証人または司法関係者に報復し、または犯罪を継続した行為は故意で行われ⁴⁶、重大な環境汚染事故や食品安全事故は過失でも、故意でも引き起こすことが可能である。このように、監督者の職責は、特定の結果の防止を内容とする場合には、結果は、被監督者が過失で惹起されなければならない場合、被監督者が故意で惹起されなければならない場合、被監督者が過失で惹起されたか、故意で惹起されたかを問わない場合がありうる。それゆえ、監督者は被監督者の故意行為を阻止すべき義務を負いうる。①を肯定した後に、②と③を肯定することができれば、被監督者は故意行為を実施した場合にも監督過失が成立しうると考えられる。医療の領域では、医療従事者の故意行為に対する

⁴³ 中国刑法400条第2款によれば、司法要員が、著しく職責を怠り、拘禁されている被疑者、被告人または受刑者の逃亡を招き、重い結果を生じさせたときには、懈怠による被拘禁者逃亡招来罪が成立する。

⁴⁴ 中国刑法408条によれば、環境の保護を監督し又は管理する職責を負う国家机关公務員が著しく職責を怠り、重大な環境汚染事故を引き起こし、公私の財物に重大な損失を与え、又は人を死傷させたときは、環境監督管理懈怠罪が成立する。

⁴⁵ 中国刑法408条の1によれば、食品の安全を監督管理する職責を負う国家机关公務員が、職責を濫用し又は職責を怠り、重大な食品安全事故又はその他の重い結果を生じさせたときは、食品監督管理懈怠罪が成立する。

⁴⁶ 最高人民検察院「汚職犯罪の立案基準に関する規定」（釈字〔2006〕2号）（关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定）によれば、「重い結果」とは、①法律に基づいて10年以上の有期徒刑、無期徒刑または死刑を言い渡される可能性がある、または言い渡された被疑者、被告人、受刑者を逃亡させたこと、②被疑者、被告人または受刑者が3回以上逃亡したこと、③被疑者、被告人または受刑者は逃亡後、告発者、情報提供者、被害者、証人または司法関係者に報復し、または犯罪を継続したこと、④その他、被疑者、被告人または受刑者の逃亡を招き、重大な結果をもたらす状況ということである。

監督義務が認められる場合は少ないと思われるが、管理過失が問われる余地がある。

次に、監督過失における因果関係の判断は、依然として監督者の過失行為と結果の間の関係を対象とすべきである。なぜかという、一方で、故意犯の場合でも、過失犯の場合でも、因果関係は、行為と結果の間の「原因—結果」の関係を指すということが、一般的な理解であり、第三者の過失行為や故意行為が介入する場合に、因果関係が中断するかどうかを検討する際にも、いわゆる因果関係は行為者の行為と結果の間の因果関係である。監督過失論における因果関係は、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係であると解することは、どのような理論的な根拠に基づくかは不明である。他方、監督者の過失行為と被監督者の間に惹起関係があったと認められるとしても、事後的回避可能性が否定されるため、因果関係を否定すべき場合が存在しうる。このように、監督過失論における因果関係は、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係と解すれば、因果関係の判断を誤る可能性がある。したがって、監督過失においては、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係に着目すべきであるとする見解は妥当でない。

最後に、監督過失と管理過失は、本質的に異なるものと思われる。なぜなら、監督過失と管理過失の成立には、結果の発生が必要であるという点では共通するが、監督過失の成立は、被監督者の行為によって惹起された結果を前提とするのに対して、第三者の過失又は故意行為が存在せず、自然現象により結果が発生したとしても、人的体制や物的設備などの安全体制の不備が認められれば管理過失が成立しうるからである。つまり、管理過失を広義の監督過失として捉える必要がないと主張する理由は、監督過失は、被監督者の直接過失の存在が必要とされ、過失の判断にも、他人の過失と関連するのに対して、管理過失は、過失の単独犯の判断の方法を基準とすれば足りるという点で、両者は根本的に異なっているからである。

Ⅲ．監督過失の処罰

中国においては、刑法規定と実務の双方において、監督過失と管理過

失という概念を区別していないが、前述のとおり、両者は異なるものである。しかし、それは現行刑法を改正しなければならないことを意味せず、監督過失と管理過失は、特定の注意義務に違反して結果を惹起したという点に共通するため、両者は同一の構成要件に併存しうる。例えば、中国刑法408条によれば、環境監督管理懈怠罪が成立するために、環境の保護を監督し又は管理する職責を負う国家機関公務員が著しく職責を怠ったことが必要である。この規定は、監督過失と管理過失の両方をカバーすることができる。しかし、前述のとおり、監督過失と管理過失は、異質なものであり、そのような違いが存在することで、結果回避義務の有無、因果関係又は正犯性の判断が異なることとなるため、実務では、過失の判断において、両者を明確に区別しなければならない。

なお、チーム医療における監督過失が認められる場合、具体的にどのような犯罪を認定すべきなのかに言及したい。職務懈怠罪とは、国家機関公務員が職務を怠り、公共の財産又は国家若しくは人民の利益に重大な損失を与えた犯罪である。一方、職務懈怠罪の主体は、国家機関公務員に限られており、私立医療機関の医療従事者や国家機関公務員でない医療従事者は同罪が成立し得ない。そして同罪は結果犯であり、それで保護される法益は公共の利益である。最高人民検察院からの司法解釈⁴⁷

⁴⁷ 最高人民検察院「汚職犯罪の立案基準に関する規定」(釈字〔2006〕2号)によれば、具体的に、行為者の職務懈怠により、①死亡1名以上、重傷3名以上、重傷2名以上軽傷4名以上、重傷1名以上軽傷7名以上、または軽傷10名以上を発生させた場合、②20人以上に重篤な中毒症状を引き起こした場合、③個人の財産に15万円を超える直接的な経済的損失を与えた場合、または15万円未満であっても75万円を超える間接的な経済的損失を与えた場合、④公共財産または法人その他の団体の財産に30万円以上の直接経済損失を与えた場合、または直接経済損失が30万円未満であっても間接経済損失が150万円を超える場合、⑤③、④の金額基準に達しないが、③、④の直接経済損失額の合計が30万円以上、または直接経済損失額の合計が30万円未満であるが、間接経済損失額の合計が150万円以上である、⑥会社、企業、その他の単位の事業または生産を1年以上停止させ、または破産させた場合、⑦税関と外国為替管理部門の職員が著しく無責任で、100万米ドル以上の外国為替を不正に購入させ、または1000万米ドル以上の脱税をさせた場合、⑧国家の名誉を著しく傷つけ、または社会的に悪い影響を与えた場合、⑨その他、公共財産、国家、人民の利益に重大な

によれば、１人を死亡させた場合でも職務懈怠罪が成立しうるが、何故１人の患者の死亡と公共の利益の損害を同視しうるかが更なる検討を要する。それゆえ、職務懈怠罪の成否のみで監督過失責任を問うかどうかを判断すると、責任を追及すべきところで追及できなかつたり、責任を追及するために誤った罪名を適用することになりかねない。また、下位者の直接過失による患者個人の死傷結果との間に因果関係のある、医療従事者である上位者の監督過失行為は、その構造からみて、下位者と同様に医療事故罪で処罰する余地が十分にあると思われる。したがって、現行刑法と司法解釈のもとで、医療領域において、職務懈怠罪の成立が認められうるが、同罪が成立し得ないとき、医療事故罪はその補充として成立しうると考えられる。同時に、職務懈怠罪の成立は、監督過失に限定されておらず、監督過失が認められないとしても、同罪が成立しうることに留意すべきである。

第４項 因果関係論のあり方

第１款 議論状況

因果関係論について、中国の伝統的な刑法学は、歴史的経緯から、ソ連刑法学と同様に、マルクス主義哲学的観点から刑法上の因果関係を必然的な因果関係⁴⁸と偶然的な因果関係⁴⁹に分けて議論してきた⁵⁰。しかし、

損失を与えた場合には、職務懈怠罪で立案することができる。

⁴⁸ 必然的な因果関係説によれば、行為に結果発生の根拠が含まれ、かつ、結果が規則的に生じる場合、両者の間に必要的因果関係が成立し、必要的因果関係のみが刑法上の因果関係である。高銘暄（編）『刑法学（修訂本）〔第２版〕』（法律出版社・１９８４）１２９頁以下。

⁴⁹ 偶然的な因果関係説によれば、行為自体に結果発生の根拠がなく、その発生の過程で偶然に他の要因が介在し、その介在する要因が規則的に結果を引き起こす場合、行為と結果の因果関係は偶然であり、介在する要因と結果の因果関係は必要であり、いずれも刑法上の因果関係である。李光燦ほか『刑法因果関係論〔第２版〕』（北京大学出版社・１９８６）１２９頁。

⁵⁰ 劉志偉＝周国良『刑法因果関係專題整理』（中国人民公安大学出版社・２００７）

中国の学者が指摘するように、刑法上の因果関係は哲学上の因果関係を具体的に応用したものではなく、刑法上の因果関係の規範性は刑法学に特有のものである⁵¹。つまり、哲学上の因果関係は、物事の規則性に対する探究であり、それは事實的・論理的なものであるが、刑法上の因果関係判断は、原因と結果との事実上の関係を特定するための「帰因」だけでなく、規範的な視点からの結果の「帰属」である⁵²。このような反省を踏まえ、1997年以降、中国の刑法学は転換期と発展期に入り、因果関係の研究は伝統的な「偶然」と「必然」の観念を捨て、条件説、相当因果関係説、客観的帰属論などの影響で多くの新しい見解が提唱されている⁵³。

現在、学説では、因果関係を、事實的因果関係と法的因果関係に区別すべきであり、前者の判断においては条件説を適用するという点では一致しているが、後者の判断においては相当的因果関係説を適用するのか、あるいは客観的帰属論を適用するのかが争われている。法的因果関係は、(客観的)相当因果関係説を用いて判断すべきであると主張する見解⁵⁴は、客観帰属論に対して次のように批判する。第一に、客観的帰属論は帰責理論を超え、実質的構成要件理論であり⁵⁵、伝統的四要件犯罪論体系のもとでは、その位置づけは一層不明瞭になる可能性がある。第二に、客観的帰属論は、許された危険という法理を前提とするものであり、立法政策と刑法解釈論が混同されている⁵⁶。第三に、客観的帰属論は、行

3-4 頁、王揚＝丁芝華『客観帰属論研究』(中国人民公安大学出版社・2006) 172頁。

⁵¹ 陳興良「刑法因果関係：從哲学回歸刑法学——一個学說史的考察」法学2009年7期26頁以下。

⁵² 楊彩霞「刑法因果關係論之危機、反思与出路」国家檢察官学院学報2004年4期30頁。同趣旨として、張・前掲注(27) 224頁。

⁵³ 劉＝周・前掲注(50) 5-6 頁。

⁵⁴ 謝・前掲注(34) 154頁。

⁵⁵ 許玉秀『主観与客観之間：主観理論与客観帰責』(法律出版社・2008) 206頁。

⁵⁶ 張明楷「也談客観帰属論兼与周光權、劉艷紅教授商量」中外法学25卷2期(2013) 315頁以下。

為者の主観を考慮に入れるという点で客観的でないものである⁵⁷。

第2款 検討

客観的帰属論に対する上記批判は正鵠を射ていないと思われる。ここでは、上記批判に対して反論をすることを通じて、中国で客観的帰属論を適用する可能性と必要性を説明しておきたい。

まず、第一に、前述のとおり、伝統的四要件説は、犯罪の成立の条件の総和というだけである。つまり、犯罪が成立すれば、四要件はすべて満たされているが、これに対し、四要件がすべて満たされたとしても、必ずしも犯罪が成立するとは限らない⁵⁸。したがって、四要件説は、犯罪が成立するかどうかを評価する機能がないものといわざるを得ない。それゆえ、「伝統的四要件犯罪論体系のもとでは、客観的帰属論の位置づけは一層不明瞭になる」ということは、四要件説自体のデメリットによるものであり、客観的帰属論を適用しない理由にはならない。逆に、四要件説を犯罪構成要件とすれば、実行行為性の判断と行為と結果との因果関係の判断とを合わせた客観的帰属論を適用することによって、少なくとも構成要件該当性の判断に明確な基準を提供することができるといえよう。この意味で、上記批判がいう客観的帰属論のデメリットは、実際には、客観的帰属論のメリットとすらいえる。

第二に、客観的帰属論は、危険の創出が必要とされると同時に、この危険が「許されざる」ものでなければならぬことを要求する。その意味で、「『許された危険』は『危険の創出』を限定する原理と位置づけられることになる」といえる⁵⁹。ある種の行為に伴うありうる危険が典型的に許されるかどうかは、立法政策に関する問題であり、一般的に、その判断は、刑法は当該行為を犯罪として処罰するかどうかを基準とする⁶⁰。例えば、治療行為は、侵襲性のあるものであり、患者の健康に对

⁵⁷ 謝・前掲注(34) 154頁。

⁵⁸ 四要件説において、違法性や有責性の位置づけは不明からである。

⁵⁹ 高橋・前掲注(41) 134頁。

⁶⁰ 李騰「論『被容許の危険』理論在監督管理過失犯罪中的功能定位」鄭州大学

して危険なものではあるが、社会的に有益かつ不可欠なものであるため、「治療行為の実施」は犯罪としないこととなる⁶¹。

しかし、それは「許された危険」を適用する一場面にすぎない。ある行為自体とそれに伴う類型的な危険が許されるとしても、その行為が惹起した結果がすべて許されるわけではない⁶²。具体化な行為が刑法によって類型化された行為に当たるか、さらに、それが創出した危険が「許されざる」ものか否かは常に明らかであるわけではなく、これらの問題を解明する上で「許された危険」の適用は解釈論の問題である⁶³。例えば、チーム医療の場合に、許された危険のみが、信頼の原則で共同作業者の間に分配されることが許されると述べる際に（本稿の第3章）、いわゆる「許された危険」は、行為者が自己の注意義務を満たした際に行われた医行為に伴う危険を指すが、具体的な事案において、構成要件の結果は、行為者が創出した許されざる危険が現実化した結果であるかどうかを判断する際に、まずは許されざる危険の創出があったかどうかを判断すべきである。この判断においては、具体的な事実に基づかなければならず、単に「医行為に伴う危険が許されたもの」ということから解決することはできないのではなからうか。すなわち、「許されざる危険」の創出は、本質的には、結果回避義務の違反であり、その判断において、「許された危険」とその下位規則である「信頼の原則」を用いる必要があり、これも「許された危険」を適用する場面である。

なお、相当因果関係説を適用する前提となるのは、行為の実行行為性が認められることである。実行行為性の判断は、許された危険という法理を離れることができない。許された危険を法的政策として捉えるとしても、客観的帰属論の場合には、立法政策によって実行行為性があることを確認した後、結果が当該危険が現実化したものかどうかを判断する

学報（哲学社会科学版）54巻5期（2021）41頁。

⁶¹ 当然ながら、インフォームドコンセントなど医行為が正当化される条件を満たす必要がある。

⁶² 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・1972）199頁。

⁶³ 同趣旨として、趙新河「試論容許的危険理論対判定医療過失の借鑑価値」中州学刊2006年6期88頁。

ことによって、因果関係を判断するが、相当因果関係説の場合には、立法政策に基づき、実行行為性のある行為を特定した後に、相当因果関係説を用いてその行為と結果の因果関係を判断する。したがって、上記の批判的見解が、実行行為性において許された危険という法理を考慮する必要性を否定するのでなければ、許された危険が立法政策であるという理由から、相当因果関係説を支持し、客観的帰属論に反対することは適切ではない。

要するに、因果関係の判断には、もともと、事実的な判断と規範・価値的判断が含まれ、規範・価値的判断に許された危険という法理が取り込まれることにより、実行行為は法益侵害という危険性を有するものであるとされる。このことから、一般的生活危険・生産危険が現実化した結果が、帰属の対象とされないことは、本来、二段階目の法的因果関係の意義に合致するものではないだろうか。

第三に、確かに、客観的帰属論によれば、危険創出の有無と関係して、行為者の認識が考慮されるべきである。なぜなら、客観的帰属は、客観的構成要件への帰属ではなく、客観的不法と主観的不法を備えた行為に結果を帰属するものだからである。法益の保護は、単に結果の発生を法で禁止することによって達成されるのではなく、法的に許される限度を超えて、結果の発生につながるような危険を生じさせないように行為を規制することによって達成されるのである。しかし、行為は、外的行為ということを指すのではなく、ある主観的意思に基づいた行為である。行為の規範的評価は、行為者の主観的意思を離れることができず、行為者の主観的意思は行為を意味づけ、結果への方角を与えるように機能しているからである。それゆえ、危険創出の判断は、行為者の主観的意思を考慮しなければならない。ここでいう主観的に不法を基礎づけるような主観的意思とは、行為規範に違反する心理的態度である。具体的には、行為に内在する法的に許されない危険が現実化する可能性があることを認識すべきであるが、認識しなかった場合の注意の欠如（認識のない過失）と、それを認識したのに、行為規範に従わないという意思決定（認識のある過失と故意）であり、結果の実現に対する態度まで考慮しなければならないわけではない。

このように主観的意思を考慮するとはいっても、客観的帰属を主観的

帰属とするものではない。なぜなら、行為不法の判断に主観的不法が含まれることは、主観的な判断基準、つまり、行為者の認識と合致しているかどうかにより、許容性を判断するわけではないからである。客観的帰属論は客観的な評価基準に従うという点では客観的なものであろう。したがって、客観的帰属論は客観的なものでないとの批判は当たらないと考えられる。

最後に、一方、異常性のある介入事情が存在する事例を解決するとき、相当因果関係説によるならば、どのような判断構造で因果関係を判断するのかが明らかではない。つまり、そのような事例の解決については、相当因果関係説において、異常性があることを理由に直ちに因果関係を否定すると、妥当な解決を導くことができず⁶⁴、あるいは行為時の危険性のみ因果関係を判断し、「因果の流れは不相当であるが因果経過の相当性は肯定できる」という矛盾した判断となってしまう⁶⁵。後者の判断方法によれば、妥当ではない結論が回避できるが、それ自体が矛盾であるのみならず、客観的帰属論と同様に、因果関係の判断において実行行為それ自体の危険性が考えられることとなろう。このようにして、相当因果関係と客観的帰属論は、いずれも事実上の条件関係を越えて結果帰属論に属するものであるが、客観的帰属論は、「相当か否か」とい

⁶⁴ 例えば、次の判例では相当因果関係説は妥当な結論を導くことができない。すなわち、被告人Xが、洗面台や皮バンドで被害者Aの頭部等を殴打した結果、Aに脳出血を生じさせて意識を失わせた後、車でAを大阪南港の資材置き場に運び放置した。その後、何者かが意識を失っている被害者の頭部を角材で殴打して、Aを脳出血で死亡させた。Aの死因は、被告人の行為により既に生じていた脳出血を拡大させて、幾分か被害者の死期を早める影響を及ぼすものであった（「大阪南港事件」（最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁））。この事案について、最高裁は、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である」とした。この事案の解決にあたっては、相当因果関係説を適用すれば、妥当ではない結論になってしまう。

⁶⁵ 井田良「刑法における因果関係論をめぐって：相当因果関係説から危険現実化説へ」慶應法学40号（2018）8頁。

う判断自体の曖昧さを克服し、規範的な因果関係の判断のための方法論を提供するという点で、より理論的に優れていると考えられる⁶⁶。

中国では、過失犯の判断において、結果回避義務違反の判断を軽視し、また、事実的因果関係（医学的因果関係）と法的因果関係が混同されるという2つの欠点がある。現在、事実的因果関係においては条件説を適用すべきであるという点では、基本的に学説は一致しているが法的因果関係においては相当因果関係説と客観的帰属論の対立がある。しかし、上記の検討から、相当因果関係説自体には妥当性がないことと、客観的帰属論は、行為に対する規範的評価により、一般的生活危険・生産危険が現実化した結果は、帰属の対象とされず、客観的不法と主観的不法を備えた行為のみに結果を帰属することができることを保証し、結果帰属により、規範的な因果関係の判断のための方法論を提供する点において妥当な見解であることがわかる。このような客観的帰属論は、中国の過失判断に、構成要件該当性の判断に明確な基準を提供することができるといえ、中国でも客観的帰属論を適用すべきであると考えられる。

なお、客観的帰属論における危険創出の判断は実行行為性の判断と重なるものとして、日本の「危険の現実化説」を用いて法的因果関係を判断すべきであると主張する見解⁶⁷についても簡単なコメントを行いたい。客観的帰属論について、許されざる危険の創出が要求されていることは、実際には、規範的評価の起点となる行為を、実行行為性を有するものに限定しているにすぎないと理解すれば、いわゆる「評価の重複」は観念上の重複だけであろう。「実行行為」を独立の構成要件要素として扱えば（例えば、日本）、実行行為性の判断は「危険の創出」の機能を担い⁶⁸、因果関係の判断はそのまま「危険の実現」の段階に進んでよく、逆に、「実行行為」を独立の構成要件要素として扱わない場合（例えば、中国）には、「危険の創出→危険の実現」という順で因果関係の有無を判断すればよいであろう。したがって、「危険の現実化説」は因果関係

⁶⁶ 陳・前掲注(51) 40頁以下。

⁶⁷ 張・前掲注(27) 233頁。

⁶⁸ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）73頁、高橋・前掲注(41) 134頁、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005）63頁。

説としては合理的であるが、中国では、構成要件該当性の判断において、行為者の行為は結果発生危険性を有するものかどうかという実行行為性の判断がないため、客観的帰属論を採用することがより適切であると考えられる。

第5項 判例の再検討

第1款 垂直的分業の場合

ここでは、2つの事例をあげながら、事件への分析・対比を通じて、中国のチーム医療において、監督過失責任のあり方を検討しておきたい。

I. 医師と看護師の連携（【事例17】（(2015) 田刑初16号判決））

（事実の概要）2013年1月9日の午前、Aは、出産のためにB病院の産婦人科に行ってきたが、出産の全過程は被告人Xの指導の下で行われ、看護師YとCが協力して、妊婦のAを出産させた。Yには母子保健技術に従事する資格がないにもかかわらず、被告人Xは当直医として、Yに分娩に関する医行為を指示し、結局、新生児に頭蓋脳損傷、脳性麻痺という結果をもたらした。以上の事実に対して、医師会による医療事故技術鑑定結果は、被告人Yの無資格という事実を確認したことに加え、①病院側は、患者のカラー超音波によって帝王切開術を行う必要があることを無視したこと、②出産観察の過程で胎児の動悸が遅くなり、酸素、薬やその他の治療を与えず、すぐに妊娠を終止しなかったこと、③新生児が生まれてから3時間経ても新生児科に治療を受けなかったこと、④新生児の窒息症と脳性麻痺との間には因果関係があることが証明されている。以上に基づき、裁判所は、被告人X・Yは、医療従事者として、法律、法規、規則と診療・看護規範、慣行に著しく違反して、患者の健康に重大な損害を与え、その行為は、医療事故罪が成立するが、情状が軽かったため、刑罰を免除したと判示した。

本件では、３人が共同で分娩プロセスを行ったことは、典型的なチーム医療行為である。助産師ではない被告人Ｙに医行為を命じた医師Ｘの過失の性質について、本件判決は明示しなかったが、医師Ｘは、チームリーダーとして、チームの構成員を合理的に配置し、共同作業の際に構成員の資格や能力に応じて適切な業務配分を行うべき業務上の注意義務に違反したといえ、このような注意義務は被告人Ｙが過誤を犯さないように監督する義務ではなく、医師自身の注意義務であると考えられ、本件は過失の競合事件である。

Ⅱ．上下関係にある医師間の連携（【事例18】（(2010) 宜中刑終00013号判決））

（事実の概要）2009年6月28日、被害者Ａは、Ｂ保健所に入院した。2009年7月9日午後8時、当直医である被告人ＸとＢ衛生所の所長であるＹはＣの家に行き、麻雀をした。同日夜9時頃、Ａは胸が張り、呼吸困難になった。Ａの家族が、被告人Ｘに電話したが被告人Ｘが電話に出なかった。その後、Ａの家族は、Ｃの家で被告人Ｘを見つけ、Ａの病状がかなり深刻であることを伝え、すぐに治療するように被告人Ｘに頼んだ。その後、被告人ＸはＡの病室に行き、何の検査も診断もせず、簡単な治療だけして、Ｃの家に戻って麻雀を続けていた。そのとき、被告人ＹがＡの状態をＸに尋ねると、Ｘは「Ａは朝から同じ状態で、酸素吸入で大丈夫だから問題ない」と言った。約30分後、Ａの家族は再びＸを見つけ、「Ａが死にそうになっている」と言った。Ｘは救命処置のために病室に行かず、Ａの家族に「酸素吸入のためにＡを手術室に連れて行って」と看護師に頼むだけで、麻雀を続けていた。被告人Ｙは、本件衛生所の管理者として、衛生所にいき、治療を行うようＸに促すことを怠った。11時50分頃、Ａの病状が悪化し、嘔吐し始めた。Ａの家族が他の病室の患者の家族に、Ｘを呼んでくれるように頼むと、ＸとＹは麻雀を止めた。その後、Ｘは手術室に行って患者を治療せず、診察制度に基づき、立ち合い診察を申請せず、転院したのみであった。その後Ａは県病院に向かう途中で死亡した。第一審（(2009)長刑初126号判決）

は、被告人Xは医療事故罪で有罪となり、有期懲役2年に処し、被告人Yは職務懈怠罪で有罪となり、有期懲役10月に処した。その後、被告人X・Yは控訴し、第二審では、被告人Yが積極的に転院を手配したことを理由に、有期懲役10月、執行猶予1年に処した。

本件において、被告人Xは、被害者Aの診療について直接責任を負う者であり、当直時に無断で持ち場を離れ、患者に異常が発生したときにも、応急処置や救命処置が行われなかった行為は、医療事故罪に該当することには疑問がないが、被告人Yの行為をどのように評価すべきかが問題となる。

まず、被告人Yは、本件衛生所の所長としては、必ずしも常に医師の具体的な診療行為を監督すべき義務を負わないが、患者の安全を脅かす可能性のある部下の不当な行為が発見されたときには、それを速やかに是正することが求められる。したがって、被告人Yは当直医たる被告人Xと麻雀をして、被告人Xの職務懈怠行為を容認し、そして、患者が危篤状態に陥った際にも、衛生所にいき、治療を行うようXに促すことを怠ったことは監督義務に違反した行為と評価できる。

しかし、本件において、被告人Xの結果回避義務違反行為には、①当直時、無断で持ち場を離れ、被害者Aの状態観察が行われなかったことと、②Aに有効な救命措置をとらなかったことがあった。もっとも、被告人Yは、被告人XがAの家族の依頼のために衛生所に戻った際にどのような応急処置が行われるかを監督する必要がなく、直接Xの医行為に関与する必要もないというべきである。すなわち、被告人Yが、①については監督の懈怠があったが、②については、被告人Xの医師としての能力を信頼することで監督義務が免れる余地が残されと考えられる。それゆえ、上記被告人Yの過失行為は結果との間に因果関係があるのか、さらに正犯性があるものなのかについては更なる検討が必要である。

本件被害者の死因について、判決は、県衛生機関の専門家委員会の調査結果を採用し、被害者は、「周産期心筋症に低カリウム血症を併発し、心不全で死亡した」と結論づけた。周産期心筋症の患者は、原因不明の心不全の症状を呈し、その診断には、基本的に聴診、心臓超音波検査（エコー）、心電図、血液検査、胸部レントゲン撮影を行うことが必要であ

る⁶⁹。そして、周産期心筋症は、その治療の効果と予後は、早期診断と密接に関係しており、専門的医学知識の限界で、正しく診断ができない場合でも、超音波検査だけで心肥大や心機能低下を正確に判断することができ、患者は危篤状態であり緊急に治療する必要があることを知ることができる⁷⁰。そのため、当直医による患者の状態観察が不可欠かつ必要であり、①の結果回避義務違反によって、Xが患者の状態を正確かつ迅速に把握し、早期に診察した上で、転院を求めることができなかったことが患者の死亡の重大な原因となったというべきである。

したがって、本件では、①について監督を怠った被告人Y過失行為は、患者状態を早期に発見し、早めに適切な処置を行うことができないという許されない危険を創出し、②によりその危険を維持・増大させて、結局、その危険により結果が発生したといえるため、被告人Yの過失行為と結果との間に因果関係があると評価できる。また、被告人Yは本件衛生所の行政管理者として、Xの不当行為を是正する権限を持って、上記監督義務を履行すれば、本件結果を防止する可能性が高いため、被告人Yの過失行為は正犯性を有するというべきである。

次に、被告人の監督過失は、職務懈怠罪を構成するのか、医療事故罪を構成するのであろうか。これについて、原審判決は、被告人Yは、国有事業単位の行政管理者として、職責を著しく怠り、所属衛生所に重大な財産上の損失を与えた（筆者注：いわゆる財産上の損失は、事故発生後、本件衛生所は遺族に30万元（550万円相当）で賠償したことを指す。）として、職務懈怠罪が成立すると判示した。それに対して、二審判決は、被告人Yは、国有事業単位の行政管理者として、職責を著しく怠り、人民の利益に重大な損失を与えたとして、同罪を構成するように判示したが、犯罪結果の認定が変更された理由については、詳しく述べていない。前述のとおり、医療事故においても、国家機関公務員が職責を怠り、公共の財産又は国家もしくは人民の利益に重大な損失を与えたときは職務懈怠罪を構成しうる。そして、本件では、患者1名を死亡させたと同時

⁶⁹ 劉淑芸「周産期心臓病の診断」中国実用婦科と産科雑誌16巻7期(2000)390頁。

⁷⁰ 朱清＝張薇＝黎莉「周産期心臓病超声診断指標と治療、予後関係の研究」現代婦産科進展11巻6期(2002)446頁。

に、所属衛生所に重大な財産上の損失を与えたため、最高人民検察院の司法解釈によれば、いずれによっても、職務懈怠罪で処罰されることは誤りであると言いつ切れない。しかし、財産上の損失を構成要件の結果とする場合には、これは被監督者の過失行為による直接な結果ではないため、因果関係についてさらなる説明が求められる。

第2款 水平的分業の場合

以下では、【事例19】（（2016）皖0402刑初122号判決）をあげて、検討を加える。

（事実の概要）2016年4月27日、Aは息子のB（当時4歳、15.6kg）を連れてC病院の小児科に行き、小児科長のD（不起訴）は検査の結果、Bは発熱、咳、扁桃肥大と診断し、クリンダマイシン（450mg）、アミカシン（150mg）、注射用ベクロニウムブロミド（1つ）、ビタミンC、ビタミンB6、リバビリン、デキサメタゾン処方した。外来薬局の当番薬剤師Xは、「処方管理弁法」などの規定に従って、臨床診断との適合性を監査することをせず、上記薬を発行した。その後、看護師がBに点滴を行い、クリンダマイシン＋デキサメタゾン、アミカシンの輸液後、ベクロニウムブロミド含有液の輸液を開始したとき、Bが重い副作用を起こし、蘇生処置を受け、E病院に送られたが、死亡した。判決は、被告人Xは医療事故罪で有罪、刑事罰は免除されると判示した。

（判決の要旨）本件では、医療事故技術鑑定結果は、ベクロニウムブロミドが主な死因であり、被害者が同剤に対するアレルギーであることを排除していない（死体検案がない）と認定した。すなわち、これは、被害者がベクロニウムブロミドの直接的な結果として死亡したか、あるいはベクロニウムブロミドに対するアレルギー反応の結果として死亡したかのどちらかであることを意味するため、被害者の死亡と被告人Xの行為との間に直接的な因果関係が認められるべきである。

同時に、被告人Xの行為は被害者の死亡原因の一つに過ぎず、被

告人Xの犯罪の事実、性質、状況、被害の程度を考慮すると、その罪状は軽く、法に基づく刑事処罰を免れることができる。

本件の医療事件技術鑑定によると、本件の原因は主に４つあり、１つ目は医師Dが麻酔用筋弛緩剤であるベクロニウムブロミドを去痰薬であるトラニルシプロミンと間違えて処方したこと、２つ目は薬剤師が処方を確認せずに調剤したこと、３つ目は看護師がベクロニウムブロミドを使う時に注意義務を尽くさなかったこと、４つ目は病院側がベクロニウムブロミドの誤投与として応急処置を行わなかったことである⁷¹。それにもかかわらず、被告薬剤師を除き、他の関与者はすべて刑事訴追を受けなかった。そこで、上記医師と薬剤師の過失に焦点を当て、３つ目と４つ目の結果回避義務違反についても検討を加える。

１．医師Dの過失

まず、本件において、麻酔用筋弛緩剤であるベクロニウムブロミドを去痰薬であるトラニルシプロミンと間違えて処方したほか、本件処方には次のような問題があると考えられる。

第一は、クリンダマイシンの過量投与である。本件被害者は、当時、４歳の小児であって、クリンダマイシンの使用説明書によると、点滴静脈注射の場合に、４歳以上の小児には、クリンダマイシンとして１日15～25mg/kgを３～４回に分けて点滴静注すべきである。しかし、医師Dは、使用説明書に従わず、規定量を超えて、１日450mgを１回に点滴静注すると処方した。中国国家医薬品副作用監視センターの報告によれば、投与回数を減らし、１回あたりの投与量を増やすと、副作用が起これやすくなり、有効血中濃度が維持されなくなるおそれがある⁷²。

⁷¹ 「薬剤士未尽注意義務用錯薬致四歳男童死亡淮南大通法院公开審理一起医療事故案」

（中国法院ウェブ・サイト内<https://www.chinacourt.org/article/detail/2016/10/id/2324748.shtml>（2022年５月16日最終閲覧））

⁷² 「薬品不良反応情報（第20期）」

（国家薬品不良反応監測中心ウェブ・サイト内 https://www.cdr-adr.org.cn/drug_1/aqjs_1/drug_aqjs_xxtb/200903/t20090325_36872.html（2022年５月16日

第二は、医薬品の不当併用である。中国国家医薬品副作用監視センターの報告によれば、リンコマイシン注射は重篤な副作用を引き起こす可能性があることが示唆されており、そしてリンコマイシンの神経筋遮断作用に鑑み、麻酔剤、筋弛緩剤との併用時には用量調節に注意すべきである⁷³。研究によると、クリンダマイシンは、筋弛緩剤やアミノグリコシド系抗生物質と併用すると、それぞれの神経筋遮断作用と中枢抑制作用の累積的・相乗的效果により、筋弛緩の増強、呼吸抑制や麻痺、心臓抑制、最終的には呼吸停止や心停止を引き起こす可能性がある⁷⁴。したがって、本件では、クリンダマイシン、注射用ベクロニウムブロミド（筋弛緩剤）、アミカシン（アミノグリコシド系抗生物質）の併用は妥当でない。

以上から、医師Dには、少なくとも3つの医師としての基本的注意義務違反があるというべきである。では、これらの行為が創出した危険は結果に実現されたと評価できるであろうか。

弁護士は、被害者の死因が不明であると主張した。それに対して、本判決は、医学会からの医療技術鑑定結果を検討せずに採用して、それに基づいて、薬剤師Xの過失行為と結果との間の因果関係を認定した。しかし、前述のように、本件結果は、ベクロニウムブロミドの誤投与、クリンダマイシンの過量投与、あるいはクリンダマイシン、注射用ベクロニウムブロミド、アミカシンとの相互作用によるものである可能性がある。医療事故技術鑑定結果は、死体検案を行わなかったまま⁷⁵、直ちに

最終閲覧))

⁷³ 「薬品不良反応情報 (第5期)」

(国家薬品不良反応監測中心ウェブ・サイト内 https://www.cdr-adr.org.cn/drug_1/aqjs_1/drug_aqjs_xxxtb/200806/t20080626_36886.html (2022年5月16日最終閲覧))

⁷⁴ 黄祥ほか「克林霉素的不良反應与用藥安全性」薬物不良反応雑誌2003年5期86頁、王燕ほか「克林霉素導致癱瘓麻木2例」中国医院薬学雑誌35巻14期(2015)1341-1342頁。

⁷⁵ 「医療事故処理条例」18条によれば、患者が死亡し、医療機関側と患者側が死因を確定できない場合、または死因について意見が一致しない場合には、患者の死亡後48時間以内に死体検案を行うべきであるとされる。すなわち、医療事故の行政責任の認定に、死亡検案は必要とされず、そしてそれを行うかどうか

ペクロニウムブロミドが主な死因であると認定したが、「主な死因」ということは、上記の考えられる死因と比較した結果なのか、あるいは患者自身の病症など他の原因と比較した結果なのかは不明である。

医療事故罪の裁判において、行為者の医療過誤と被害者の死傷結果とは、時間的な近接性があり、そして医療過誤の発生と被害者の身体の変化との対応関係があるとき、医療過誤は、当該結果をもたらす蓋然性が高いと認められ、刑法上の因果関係があると推認することができるとする見解がある⁷⁶。しかし、この考えを踏まえるとしても、医療事故技術鑑定における因果関係の判断は、医学的見地から、当該医行為は因果法則に従って結びつけられているかどうかを目的とするものであり、それを直接に刑法上の因果関係と同視し得ない。そして、本件鑑定結果に上記疑義が存在する場合、重要な問題を検討せずに直ちに因果関係を肯定するのは不当であり、本件における因果関係の認定方法には瑕疵があるように思われる⁷⁷。

当然ながら、仮に、本件被害者の死亡は医師Dの処方によるものであることが証明できれば、薬剤師の過失行為、看護師の過失行為又は不適切な蘇生行為は、医師Dの過失行為により創出された危険を維持・促進し、又は実現したものにすぎず、独立の新たな結果発生の危険がある行為ではないため、帰属が排除される理由にはならず、医師Dの過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきである。言い換えると、医師Dに注意義務の履行を求める根拠は、その後の過失行為の介在により結果を実現するおそれがあることにあるのである⁷⁸。

かは、死因について当事者が合意しているかどうかで決まることである。それゆえ、死体検案がなければ、刑法上の因果関係を立証することができない場合には、上記の規定で行為者の刑事責任を問わなくなる可能性がある。

⁷⁶ 臧冬斌「医療事故罪中疫学因果関係適用之探討」中州学刊2008年3期87頁。

⁷⁷ そこでは、因果関係の認定に、疫学的証明がなければならぬと主張するわけではなく、疫学的証明がないような場合には、刑事裁判上の証明は、「種々の客観的事実ないし証拠又は状況証拠によって裏付けられ、経験即ち照らし合理的である」（「千葉大チフス菌事件」最決昭和57年5月25日判時1046号15頁）という程度でなければならぬと考える。

⁷⁸ 井田・前掲注（65）10頁。

2. 薬剤師の過失

前述のとおり、医師Dの処方においては、少なくとも①ベクロニウムブロミドの誤投与、②クリンダマイシンの過量投与及び③クリンダマイシン、注射用ベクロニウムブロミド、アミカシンとの不当併用という3つの致死可能な注意義務違反がある。まず、注射用ベクロニウムブロミドは主に全身麻酔の補助、気管挿管の容易化、手術時の骨格筋の弛緩に使用されるものであるため、薬剤師としては、上気道感染症の治療薬として外来診療で使用するものでないことを認識することは十分可能である。したがって、①については、薬剤師Xは、処方が臨床診断と一致しているかどうかを監査すべき業務上の注意義務があるのに、それを怠ったという過失があると評価できる。そして、薬剤師としては、用法・用量が正しいか、臨床的に重要な薬剤の相互作用や禁忌があるかどうか、を監査すべき業務上の注意義務もあるがゆえに、②と③についても過失があるというべきである。いずれにしても、薬剤師Xの注意義務違反が認められ得る。なお、本件被害者の死因が立証できれば、同様な理由により、薬剤師Xの過失行為と死亡結果との間の因果関係が認められるべきである。

3. 看護師の過失と応急処置の不当

最後に、看護師の過失と応急処置の不当について少し言及したい。本件における鑑定結果では、看護師がベクロニウムブロミドを使う時に注意義務を尽かさなかったこと、または病院側がベクロニウムブロミドの誤投与として応急処置を行わなかったことが認められる。しかし、それによって、直ちに結果回避義務とその違反を認めることはできない。

看護師には、注射液の適応症、副作用とそれに対応すべき措置を把握することが求められるが、医師や薬剤師と同じレベルの専門性を看護師に求めることは適切ではないので、看護師の注意義務の程度は、医師と薬剤師に要請される注意義務のそれよりも低いものである。

このことから、上記3つの医師の結果回避義務違反について、看護師の注意義務が認められ得るかどうかを別個に考察すべきである。そのうち、①ベクロニウムブロミドという薬は、決して外来診療で処方されるべきではないものであることを理由に、看護師としてはこの異常な状況

について、医師に疑義照会を行うべき義務があることが明らかである。この注意義務の履行によって、①ベクロニウムプロミドの誤投与又は③クリンダマイシン、注射用ベクロニウムプロミド、アミカシンとの不当併用によって死亡結果を惹起することは回避しうるので、結果との間の因果関係が認められるべきである。しかし、この義務が認められるとしても、仮に、②について看護師が注意義務を負わず、かつ本件の死亡結果は②によるものであれば、事後的回避可能性がないとして、看護師の過失と結果との間に因果関係が否認されることが可能である。

また、応急処置の不当については、本件病院では、電子カルテにて注射オーダーが行われなかったことは主な原因となるので、処方が発行されたものでもなく、注射が行われるものでもない看護師と当直医としての２人は、結果予見可能性がないとして、結果回避義務が認められないと考えられる。このことから、医療事故技術鑑定は、医療事故における医療機関側の行政責任の有無を判断するものであり、それが認定した医療過誤と行為者個人の刑事過失と直接同視できないことを改めて示している。

第６項 小括

以上から、日本の議論から、中国組織的医療における個人の過失の判断に対しては、次のような示唆が得られる。

第一に、過失犯の構造については、中国刑法15条1項には、過失犯罪を規定しているが、それは過失犯の主観的側面のみに関わるものであり、中国刑法のもとでも、過失の本質は結果回避義務違反と解すべきである。そして、結果回避義務の前提となる結果予見可能性は、結果発生に対する危惧感と不安感によって根拠づけることはできない。結果発生に対する危惧感と不安感は、刑法以外の注意義務を根拠づけることはできるが、結果回避義務が成立するためには、結果発生に対する具体的な予見可能性がなければならない。したがって、新過失論は日本でも、中国でも妥当なものである。

第二に、注意義務については、日本と同様、中国でも看護師の業務を「診療の補助」と「療養上の世話」に区別して、診療補助行為を行う際

に起こりうる過誤の類型とそれ自体のリスクを考慮した上で、診療の補助に対する医師の注意義務を、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類すべきである。そして、診療の補助に対しては医師が常に指示義務を負っており、かつそれは医師自身の注意義務であるという点で日本と中国は共通しているのに対して、中国では、看護師が上級看護師からの業務指導を受けるため、診療の補助に対する医師の監督義務が成立する範囲が日本よりも狭いというべきである。また、垂直的分業における医師間にも、行政規範によれば、上位者たる医師の監督義務を肯定する余地が十分にある。

第三に、監督過失については、中国刑法では、国家機関公務員による管理・監督過失についてはいくつかの規定があるが、国家機関公務員でない場合には、公共の利益に危害を及ぼす場合のみ、監督過失が問われている。医療の領域でも同様、直接行為者以外の者の責任を追及することが少ない一方で、直接行為者は医療事故罪で処罰されるのに対して監督者は職務懈怠罪で処罰される。しかし、監督義務が認められる以上、監督過失の処罰は拡大すべである一方で、職務懈怠罪が成立しえないとしても、医療従事者の監督過失が認められる場合、日本のように、被監督者と監督者両方が同一の罪で責任を追及することができる。

第三に、因果関係の判断については、学説では、現在、事実的因果関係と法的因果関係を区別して扱うべきであるという点で一致しているが、実務では、とりわけ医療事故罪の刑事裁判では、医療事故技術鑑定が認められる医学的因果関係を検討せずに、直ちにそれに基づいて法的因果関係を認定するという問題がある。客観的帰属論は、厳密に言えば、単なる因果関係説を超えた実質的構成要件理論であるが、行為不法の判断により、因果関係の判断の起点となる行為は、実質的な違法性があるものであることを保証し、結果帰属により、規範的な因果関係の判断を行うというメリットがあるものである。客観的帰属論の適用により、上記の問題を解決できると考えられる。そして、事後的結果回避可能性がない行為に結果を帰属することは避けるべきである。

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
- 林 耕 平 北海道大学大学院法学研究科准教授
- 梁 小 煒 北海道大学大学院法学研究科助教
- ルベン・ロドリゲス・
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

令和7年9月22日 印 刷
令和7年9月29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. 76 September 2025 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

- The Nation and Residents from Spatial Axis
..... Masaaki SAITO 1
- Die Art und Weise, wie der Inhalt der Vertragshaftung bestimmt werden soll (7):
Eine Analyse aus der Sicht des Schadensbegriffs Kohei HAYASHI 33
- Reschtingsgüterschutz im Umweltstrafrecht (3): Über die strafrechtliche
Regulierung von der Verletzung der Umweltmedien Xiaowei LIANG 75
- Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law
Perspective (5) Ruben E. Rodriguez Samudio 97
- Criminal Negligence Liability in Team Medicine (5)
—— The Nature of Individual Negligence Liability and the Division of
Responsibility among the Parties Involved in Organized Medicine ——
..... Jiayu ZHANG 133

[]...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