



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第76巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 76(5)
Issue Date	2026-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/98765
Type	journal
File Information	lawreview_76_5.pdf



北大法学論集

第 76 卷 第 5 号

論 説

- よど号のゆくえ —— 最高裁の比較衡量 齊 藤 正 彰 1
- カナダにおける違憲宣言判決の効力
—— 2022年*R. v. Sullivan*判決を中心として ——
..... 佐々木 雅 寿 29
- ドイツ民事訴訟法(ZPO)580条6号についての覚書
—— 判決の証明効の位置づけに着目して ——
..... 伊 藤 準 71
- チーム医療における刑事過失責任(6)
—— 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 113

研 究 ノ ー ト

- 異文化婚姻における刑法的課題
—— イスラム婚姻の例外的取扱いを通して ——
..... 左 婍 雨 157

判 例 研 究

- 公法判例研究 奥 谷 知 冬 183

2026(令和8)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名 誉 教 授

厚 谷 襄 兒 (経 済 法)
 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 周 平 (民 法)
 山 本 哲 生 (商 法)
 横 路 俊 一 (民事訴訟法)
 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・法社会学)
 川 端 倖 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)
 永 見 哲 洋 (民 法)
 松 本 洵 (日本政治史) *
 村 木 数 鷹 (西洋政治思想史)
 森 悠一郎 (法 哲 学)
 横 濱 和 弥 (刑 法)

助 教

左 婁 雨 (刑 法)
 渡 口 紘 子 (法 社 会 学)
 梁 小 煒 (刑 法)

よど号のゆくえ—— 最高裁の比較衡量

齊 藤 正 彰

問題の所在

①よど号ハイジャック記事抹消事件判決（最大判昭58・6・22民集37巻5号793頁。以下では、「よど号」判決という）は、「未決拘禁者の閲読の自由」ないし「未決拘禁者の新聞閲読の制限」に関する判例であった。ところが、②成田新法事件判決（最大判平4・7・1民集46巻5号437頁。以下では、成田新法判決という）の担当調査官によって「猿払事件大法廷判決より後に出現した精神的自由に対する合憲性審査基準を示した最高裁大法廷判決の先例」¹の一つとされた「よど号」判決は、その後、「猿払基準」を抑えて「優勢」²となったとされ、「よど号」判決に示された

¹ 千葉勝美／（聞き手）渡辺康行「〈インタビュー〉私のかかわった憲法判例と裁判官人生」憲法研究16号（2025年）11頁〔千葉〕。

² 「80年代から90年代にかけての表現の自由規制領域の判決および調査官解説では、「合理的関連性」論を意識的に広げようとする動きと、個別的、実質的な比較衡量論を押しだす動きが対抗し、後者が次第に優勢になる経過をたどることになったといえそうである」（大久保史郎「『調査官解説』論——憲法」（市川正人ほか編著『日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察』（日本評論社・2015年）262頁）との見立てが示されていた。これに関して、広島市暴走族追放条例事件判決（最判平19・9・18刑集61巻6号601頁）が猿払判決に加えて成田新法判決を引用するに至った経緯をめぐる、当時の主席調査官の述懐も参照（千葉・前掲インタビュー（註1）26-28頁〔千葉〕。なお、千葉勝美＝上田健介＝

比較衡量のスタンスは、現在の最高裁判例に支配的な影響力を有しつつあるとみられる。しかし、「違憲審査の基準としての比較衡量論」³に批判的な構えをとってきた憲法学説は、最高裁が「利益衡量」論⁴において切り拓く違憲審査の地平を適切に把握できているであろうか⁵。

I 判 例

1 〈「よど号」型衡量〉の引用

「よど号」判決は、もちろん、刑事施設被収容者の人権（かつての「在監者の人権」）に関する先例として引用される⁶。また、知る権利等に関

片桐直人＝木下昌彦＝堀口悟郎「〈座談会〉千葉勝美・元最高裁判事との対話」法時91巻9号（2019年）105頁〔千葉〕との相違や、同判決の調査官解説の書きぶりにも注意）。

³ 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣・1994年）208頁。

⁴ 「判例・学説では、比較考量、比較較量、利益衡量、利益考量など複数の用語が使われている」（渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権〈第2版〉』（日本評論社・2023年）101頁〔渡辺〕）。違憲審査に関する判例における比較衡量は「利益衡量」と呼ばれることも多い。後掲の⑧堀越事件判決における千葉勝美補足意見は、「一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量する」という判断手法を「利益較量」と呼んでいる。本稿では、最高裁の判断手法には、規制によって〈得られる利益〉と〈失われる利益〉を衡量するだけでなく、規制手段も考慮に入れた衡量があることから、「利益」の語を避けて「比較衡量」と称することとする。

⁵ 「判例実務は1970年代後半以降、利益衡量論に基づく独自の違憲審査の方法を確立させていったが、学説の側は、合憲か違憲かという判決の結果に着目した外在的批判の傾向が依然として強く、最高裁による利益衡量判断や限定解釈という手法への理解が十分であったとはいえない」（木下智史「『表現の自由』論と判例・実務との関わり」法教536号（2025年）23頁）。

⁶ たとえば、未決拘禁者の未成年者との接見制限事件判決（最判平3・7・9民集45巻6号1049頁）、死刑確定者から新聞社宛の信書発信制限事件判決（最判平11・2・26判時1682号12頁）、受刑者接見制限事件判決（最判平12・9・7判時1728号17頁）、未決拘禁者と弁護人の間の信書発受制限事件判決（最判平15・9・

して引用されることもある⁷。

ところが、成田新法判決は、集会の自由の制限について判断するに際して、最高裁の比較衡量のスタンスを示す先例として「よど号」判決を引用した。「制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量」という比較衡量についての定式を、便宜上、〈「よど号」型衡量〉と呼ぶこととする。

それ以降に、表現の自由の制約の合憲性について「よど号」判決を引用して〈「よど号」型衡量〉を提示しながら判断する最高裁判例として、たとえば、以下のものが知られている。すなわち、③家永教科書検定第1次訴訟判決（最判平5・3・16民集47巻5号3483頁）、④家永教科書検定第3次訴訟判決（最判平9・8・29民集51巻7号2921頁）、⑧堀越事件判決（最判平24・12・7刑集66巻12号1337頁）、⑨世田谷事件判決（最判平24・12・7刑集66巻12号1722頁）、⑪府中市議会議員政治倫理条例事件判決（最判平26・5・27判時2231号9頁）、⑫大阪市ヘイトスピーチ対処条例事件判決（最判令4・2・15民集76巻2号190頁）である。

2 比較衡量のスタンスを共有する判例

最高裁判例には、「よど号」判決を明示的に引用しないものの、〈「よど号」型衡量〉と通底するスタンスを示すものがみられる。

⑬金沢市庁舎前広場事件判決（最判令5・2・21民集77巻2号273頁）は、集会の自由について成田新法判決を引用しながら、「このような自由に

5判時1850号61頁）、受刑者から新聞社宛の信書発信制限事件判決（最判平18・3・23判時1929号37頁）である。

⁷ たとえば、札幌税関検査事件判決（最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁）、麹町中学校内申書事件判決（最判昭63・7・15判時1287号65頁）、レベタ法廷メモ訴訟判決（最大判平元・3・8民集43巻2号89頁）、受刑者の図書閲読制限事件判決（最判平5・9・10判時1472号69頁）、鴨川ダムサイト訴訟判決（最判平6・3・25判時1512号22頁）、未決拘禁者の図書閲読制限事件判決（最判平6・10・27判時1513号91頁）、受刑者の新聞・信書等の一部抹消事件判決（最判平10・4・24判時1640号123頁）、県立高校生徒会誌切りとり事件判決（最判平16・7・15判時1875号48頁）である。

対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である」とした⁸。

また、⑭性同一性障害特例法決定（最大決令5・10・25民集77巻7号1792頁）は、「本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法13条に適合するか否かについては、本件規定の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量して判断されるべきものと解するのが相当である」としている。

⑦国旗国歌起立斉唱拒否事件判決（最判平23・5・30民集65巻4号1780頁）は、思想・良心の自由についての「間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である」とした。⑦判決自体は、「よど号」判決を引用しているわけでもなく、〈「よど号」型衡量〉にも明示の言及はない。しかし、同判決の調査官解説は、成田新法判決の調査官解説を詳細に引用して確認したうえで、「本判決等」⁹においては「職務命令の必要性及び合理性の程度につき、近時の判例の採る……利益衡量論の判断枠組みに沿って、……間接的な制約の態様等との相関関係における総合的な較量によって判断されるべきものとした」¹⁰と解されるとする。そして、それを「相

⁸ 泉佐野市民会館事件判決（最判平7・3・7民集49巻3号687頁）も、成田新法判決を引用しており、「基本的には同じ考え方で出来ているのだろう」（千葉ほか・前掲座談会（註2）105頁〔千葉〕）とされる。しかし、会館の使用の許否が問題であったためか、〈「よど号」型衡量〉の特徴である「具体的制限の態様及び程度」への言及がない。

⁹ 岩井伸晃＝菊池章・最判解民事篇平成23年度（下）473頁において、⑦判決と「近接した時期に同旨の判断を示した」最判平23・6・6民集65巻4号1855頁および最判平23・6・14民集65巻4号2148頁を併せて「本判決等」というとされている。なお、本稿では、これらと、関連する諸判例のうち、⑦判決を扱うにとどめる。

¹⁰ 岩井＝菊池・前掲判解（註9）480頁。

関的・総合的な比較衡量」¹¹と称している。

3 伊藤正己補足意見のパブリック・フォーラム論との連関

また、成田新法判決の調査官解説は、最高裁判例のなかには「表現の自由に対する当該制約が公共の福祉のための必要かつ合理的な制限として許されると判示し、それ以上の説明をしない」ものがあるけれども、そのうち、吉祥寺駅ビラ配布事件判決（最判昭59・12・18刑集38巻12号3026頁）と大分県屋外広告物条例事件判決（最判昭62・3・3刑集41巻2号15頁）には、「伊藤裁判官が利益較量論に立ち、詳細な補足意見を付している」ことに注意喚起している¹²。両判決の伊藤正己補足意見は、「一般公衆が自由に出入りできる場所」としてのパブリック・フォーラムにおける表現の自由の保障に可能な限り配慮した比較衡量によって、所有権・管理権との調整を行うべきとしていた。

この吉祥寺駅ビラ配布事件判決を引用して判断したのが、⑤立川自衛隊官舎反戦ビラ投函事件判決（最判平20・4・11刑集62巻5号1217頁）と、⑥葛飾マンション政党ビラ投函事件判決（最判平21・11・30刑集63巻9号1765頁）である。⑥判決の調査官解説は、⑥判決が⑤判決の「判示を踏襲したものとなっている」としながら、成田新法判決の調査官解説が示す最高裁の比較衡量のスタンスを確認する。そして、「伊藤裁判官の補足意見のようなアプローチは、そのような最高裁の合憲性審査の方法ないし基準に沿うものであるといえよう。加えて、昭和59年判決も行為の

¹¹ 同判解479頁・481頁。ここで、「相関的・総合的な比較衡量」とは、「外部的行動の制限を介して生ずる思想及び良心の自由についての間接的な制約」に関する「具体的な事案に応じたその処理に適する基準として、上記の利益衡量に係る判断枠組みを基礎とし、一定の外部的行動を求める職務命令が個人の思想及び良心の自由について及ぼす間接的な制約の態様等との相関性の度合いに応じて、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量し、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かの観点から当該職務命令の合憲性を判断する」ものとされている（同479頁）。

¹² 千葉勝美・最判解民事篇平成4年度232-233頁。

具体的態様を指摘して判示していることや、平成20年判決も、具体的事実関係を前提に法益侵害が軽微でないことを指摘していることも踏まえると、伊藤裁判官の補足意見において示された比較較量の考え方は、ビラ配布規制の憲法適合性を判断する枠組みとして妥当するものと考えられる¹³。

Ⅱ 学 説

「よど号」判決をめぐっては、特別権力関係論の残滓が問題視された「在監者の人権」という論点に関して、最高裁が採用した「相当の蓋然性」の基準が議論の中心であった。刑務所での喫煙の自由が問題となった先例（最大判昭45・9・16民集24巻10号1410頁）の定式¹⁴を書き改めた〈「よど号」型衡量〉については、あまり注目されることがなかったようである（「よど号」判決の調査官解説においても言及がなかった）。かつては、「よど号」判決が「相当の蓋然性」の基準を掲げながら監獄の長の裁量的判断を尊重したことに批判が集まっていた。

「よど号」判決は、「監獄法31条2項の内容を憲法解釈によって大幅

¹³ 西野吾一・最判解刑事篇平成21年度549-551頁。なお、「伊藤裁判官の補足意見で示された考え方を前提にして本件立入行為について検討」すると、「本件マンションは民間の分譲マンションであって、いわゆるパブリック・フォーラムに該当しないことは明らか」であるが、「本件マンションの玄関ホールには集合ポストが存在し、そのポストに投かんすることによって本件ビラの配布という目的は達成できると考えられる」のであって、本判決の判示からは、「本件マンションの集合ポストへの投かん及びそのための立入りという限度でとどまったのであれば、違法性がなく、刑法130条前段の罪に問うことも憲法21条1項違反となるという判断を読み取ることも可能」であり、「少なくとも、本判決は、本件マンションの集合ポストへの投かん及びそのための立入りのみにとどまった場合についての刑法130条前段の罪の成否については判断を留保しているものと理解することができよう」との説明（同552頁、555頁註14）がなされている。

¹⁴ 「制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量のうえに立つて決せられるべきものというべきである」としていた。

に書き換え」することで、「歴史的事情から法律の留保原則による統制が弱い箇所を憲法解釈により補って、実質的に人権保障を拡大するという手法を取った」¹⁵ために、「相当の蓋然性」の基準によって監獄法の合憲・違憲の判断が示されることはなかった。ただ、「相当の蓋然性」の基準は、「逃亡と罪障隠滅の防止や監獄内の規律および秩序が害される抽象的なおそれでは足りないが、しかし、「明白かつ現在の危険」までは要求しない、両者の中間に位置づけられる基準」¹⁶と評価されていた。

「よど号」判決が長らく「在監者の人権」についての基本判例であったように、成田新法判決についての議論の重心は、行政手続に憲法31条の保障が及ぶかにあったと解される。

その後、「堀越事件判決および同判決における千葉勝美裁判官の補足意見が学説上の議論を誘発」¹⁷するとともに、「よど号」型衡量)によって違憲審査を行う判例が目立つようになった。「よど号」判決の解説には、次のような一節が追加されることとなった。すなわち、「なお、この基準については、他の最高裁判決でも参照され（最大判平成4・7・1民集46巻5号437頁、最判平成5・3・16民集47巻5号3483頁、最判平成24・12・7刑集66巻12号1337頁、最判平成26・5・27判時2231号9頁など）、比較的、慎重な審査を求めるものとして受け止められるようになってきている」¹⁸。

¹⁵ 宍戸常寿「よど号ハイジャック記事抹消事件」棟居快行ほか編『判例トレーニング憲法』（信山社・2018年）81-82頁。宍戸常寿＝曾我部真裕編『判例ブラクティス憲法〈第3版〉』（信山社・2022年）36頁〔宍戸〕も同旨。

¹⁶ 野中俊彦ほか『憲法I〈第5版〉』（有斐閣・2012年）247頁〔中村睦男〕。宍戸＝曾我部編・前掲書（註15）36頁〔宍戸〕も同旨。

¹⁷ 渡辺康行「憲法判例における比較衡量論——その歴史と現在」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）248頁。

¹⁸ 土井真一「未決拘禁者の新聞閲読の制限——よど号ハイジャック記事抹消事件」別ジュリ『メディア判例百選〈第2版〉』（2018年）171頁。2005年刊行の初版では、この段落は無かった。「よど号ハイジャック記事抹消事件判決……以後の最高裁は、刑事施設被収容者の人権が問題になる場面を超えて、憲法21条が問題になる場面一般について同判決を先例として参照し、比較較量により憲法適合性を判断する姿勢を採用してきた」（宍戸常寿「はじめに・人権制限の判断枠組」警論75巻4号（2022年）107頁）。そして、「現在の判例法理は、猿払事

Ⅲ 検 討

1 最高裁の比較衡量論と学説の審査基準論

最高裁は、昭和40年代になると、「それまでの抽象的な公共の福祉論から比較衡量論の立場に移っている」¹⁹とされ、最高裁の比較衡量論と学説の審査基準論（違憲審査基準論）²⁰の対立が長らく論じられてきた²¹。それでも、近年では、「従来の研究は、主に審査基準論か比較衡量

件判決（最大判昭49・11・6刑集28巻9号393頁）の神通力を自ら否定する一方、学説の二重の基準論に頼ることも拒否して、本判決の比較較量の枠組みから表現の自由の制限の合憲性を判断している」（宍戸・前掲論文（註15）83頁）。

¹⁹ 野中ほか・前掲書（註16）262頁〔中村〕。初期の学説も、「通説は「公共の福祉」という制約概念にいわば寄りかかり、個々の人権の限界として現われる「公共の福祉」の具体的内容にふかく立ちいらない傾向にある」（奥平康弘「人権の限界」芦部信喜ほか編『演習憲法』（青林書院・1984年）188頁）と批判されていた。

²⁰ 本稿では、いわゆる三段階審査論については検討しない。そこで用いられる〈違憲審査の基準としての比例原則〉については、規制の目的に対する手段の適合性・必要性・相当性を検討することから、「目的手段審査」と呼ばれることもある。「比例原則では、(1)立法目的が正当で、(2)目的達成手段が①目的達成を促進し（適合性）、②目的達成に必要であり（必要性）、③達成される規制目的と制限される基本権の間で均衡が取れている（相当性ないし狭義の比例性）ことが要求される」（林知更「地方自治の本旨」と比例原則——地方公共団体への国の指示権をめぐる」ジュリ1615号（2025年）68-69頁）とするならば、「比例原則」と「目的手段審査」の互換性が高まることになりそうである。論述が煩瑣になるのを避けるため、本稿で論及するのは審査基準論によって厳格度を定めて行われる「目的手段審査」であり、比例原則においていわれるものを含まない。なお、比例原則の視座から、「法令の憲法適合性審査の場面」での「判例における比較衡量論」を考察するものとして、渡辺・前掲論文（註17）247頁以下がある。

²¹ 「公共の福祉三段論法」と決別した最高裁は、「法令の合憲性が問題となる場合も、個別行為自体の合憲性が問題となる場合も、比較衡量（利益衡量）の発想を基本に据えている」のに対し、学説は、「とりわけ法令の合憲性審査については目的手段審査を推奨してきた」（赤坂正浩「公務員と人権——最高裁判例小史の視点から」法教370号（2011年）19-20頁）とされる。

論かという規範的な関心から行われることが多かった」けれども、「学説による批判の対象とされてきた憲法判例における比較衡量論とはいかなるものだったのかを再確認することが、まずは必要な作業」と指摘されている²²。

一般論としていえば、「人権の限界問題も結局は、それぞれに矛盾対立する諸価値・諸利益にとりまかれて構成されており、これらの諸価値・諸利益のいずれを、他を犠牲にして優先させるかという決定（価値選択）であることは否定できないから、そのかぎりでは比較衡量論の説くところは異論の余地がない」²³とされる。

忌避されるべきは「基準のない、場合に応じて行われる個別的な衡量」であって、「個別的利益衡量論に否定的態度をとることは、決して憲法判断において裁判所が利益衡量をすることを否定することではない」ことは、早くから繰り返し確認されている²⁴。比較衡量に対する周知の批

²² 渡辺・前掲論文（註17）247-248頁。

²³ 奥平・前掲論文（註19）188-189頁。「一般論としての比較衡量は、それ自体その正否を論ずるわけにはゆかない」ものであって、「どのように「比較衡量」するのかが、問われねばならない」のであり、「ケース・バイ・ケースで処理するほかないというのでは、答えにならない」とされる（同189-190頁）。芦部信喜『現代人権論——違憲判断の基準』（有斐閣・1974年）170-175頁も参照。

²⁴ 伊藤正己『憲法解釈と利益衡量論』ジュリ638号（1977年）203頁。「真の衡量は、決定を指導するルールが発見の努力を放棄することなく、判断のための基準の形成に力をそそぐ方向で行われるのであって、このような努力をあとづける先例が累積することによって基準が確立し、さらにこの基準に即して衡量が行われることになる」（同頁）のであって、「基準にのっとった利益衡量」、「ルールをともなう衡量」（同204頁）が求められる。「もとより、憲法訴訟における具体的事実関係は多種多様であり、これらの判断基準も、もし硬直した適用をすれば、かえって利益の妥当な衡量を妨げる」可能性があり、「基準はあくまでも判断を指導する準則であって、どの事件でも直ちに解決を与えてくれる魔法の鍵ではない」（同204頁）。伊藤正己『憲法〈第3版〉』（弘文堂・1995年）222-226頁も参照（同書の新版 [= 第2版] の該当箇所（222頁以下）を「同旨」として千葉・前掲判解（註12）233頁が参照指示している）。後にアメリカでの議論を詳細に跡づけながら比較衡量論について考察した学説も、同様に、「比較衡量の手法は権利の性質やその行使の場面を慎重に考慮」することで「適切に用いられるならば、当事者の諸利益を広く取り込み慎重に分析することを通じて、現実社

判にも、一定の応答がなされている²⁵。

問題は、「比較衡量の場合に、どのように対立する諸利益を取り上げ、それをどのように比較するのか、比較衡量の基準を明確にすること」であり、「法令の違憲審査における比較衡量（利益衡量）を枠づける一般的枠組の一つとして二重の基準論がある」とされる²⁶。学説は、二重の基準論を、「わが国の人権に関する違憲審査基準の大枠をおさえるうえで有効な理論」²⁷としてきた。最高裁判例が二重の基準論を受け入れているのかをめぐっては議論もあったが、二重の基準論は裁判官の間でも「基本の理解」として共有されており、「改めて書くまでもないから書かない」のであるとの指摘もなされている²⁸。

会と法の世界を結ぶ架け橋となりうる」と展望している（川岸令和「比較衡量論——憲法上の権利の理解の深化に向けて」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂・2018年）92頁・119頁）。

²⁵ 高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店・2017年）214-215頁。また、「裁判所が中立的で公平な立場にある民事事件では有効に働く」（千葉・前掲インタビュー（註1）13頁〔渡辺〕）が、「国家権力と国民との利益の衡量が行われる憲法の分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い」のであって、「同じ程度に重要な二つの人権（たとえば、報道の自由とプライバシー権）を調節するため、裁判所が仲裁者としてはたらくような場合に原則として限定して用いるのが妥当」といわれる（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第8版〉』（岩波書店・2023年）105頁）。しかし、「裁判所も国家機関であるため、公益の側を重視しがち」と懸念するのであれば、私人間にも種々のものがあるのに、なぜ「裁判所は中立的な第三者として判断することができる」（渡辺康行「憲法判例における比較衡量論の諸相——法令の違憲審査から視点を移して」憲法研究10号（2022年）21-22頁）といえるのであろうか。

²⁶ 野中ほか・前掲書（註16）264頁〔中村〕。

²⁷ 同書266頁〔中村〕。

²⁸ 千葉ほか・前掲座談会（註2）114頁〔千葉〕。木下昌彦「最高裁における憲法判断の現況——調査官解説を踏まえた内在的分析の試み」論ジュリ23号（2017年）169頁。なお、「成田新法判解242頁や堀越千葉補足意見は、最高裁は基準に自縛することなく柔軟に対処しているとするが、これは厳格な基準のうちどれを選択するかという文脈での言説であり、厳格な基準か敬讓的基準かの選択まで柔軟に行っているとの言説ではない」（同頁註21）との推察についても、上掲の座談会において「正しくその通りです」（同114頁〔千葉〕）と応答されている。

2 規制手段を考慮に入れた比較衡量

学説において「違憲審査基準としての比較衡量論」とは、「人権制限によって得られる利益と、人権の制限によって失われる利益を比較衡量し、前者が大きい場合には人権の制限を合憲とし、後者が大きい場合には人権の制限を違憲とする判断方法」をいうとされる²⁹。他方、最高裁は、「基本的な審査手法」として比較衡量を採用するようになったが、「その内実は判決により異なっている」のであって³⁰、「利益衡量論については、多様な定式がありうる」³¹とされる。

〈「よど号」型衡量〉は、〈自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、(a)制限が必要とされる程度と、(b)制限される自由の内容及び性質、(c)これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を衡量して決める〉というものである。これについて、(a)を「制約によって得られる利益（制約利益）の査定方法」とし、(b)と(c)を合わせて「規制によって失われる利益（被制約利益）」の査定方法とする説明もあるが³²、(b)と(c)は区別すべきであろう。(a)が制限によって得られる利益の問題、(b)が制限によって失われる利益の問題、そして、(c)は規制手段の問題を扱うものと解されるのである。

「初期の判例は、規制の目的に一定の合理性があれば、規制手段の適否を問うことなく、直ちに当該規制を合憲としたが（……）、次第に規

²⁹ 野中ほか・前掲書（註16）262頁〔中村〕。芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註25）105頁参照。

³⁰ 渡辺・前掲論文（註17）247頁。学説においては、最高裁による「違憲審査基準としての比較衡量論」の嚆矢として、全通東京中郵事件判決（最大判昭41・10・26刑集20巻8号901頁）が挙げられることが多い。しかし、同判決は、「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量」したものであって、学説がいう「人権制限によって得られる利益と、人権の制限によって失われる利益を比較衡量」したものとはいいいく。

³¹ 木下・前掲論文（註28）167頁。

³² 駒村圭吾「さらば、香城解説!？」——平成二四年国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相（下）』（有斐閣・2013年）437頁。

制手段についても「公共の福祉の維持に必要」な制限であるか否かを審査するように」なるとされる³³。そうした判例の流れを汲むのが〈「よど号」型衡量〉であろう。

(a)自由の制限によって得られる利益が、(b)自由の制限によって失われる利益より大きいと判断される場合に、自由を制限することが許されるとしても、どのような規制を行っても構わないことにはならないはずである。(c)具体的制限の態様や程度等も考慮に入れ、規制が不均衡なものでないかも含めて比較衡量を行う必要がある。〈「よど号」型衡量〉は、自由に対する制限の合憲性を審査するに際して、規制手段を考慮に入れた比較衡量を行うものと解される³⁴。

学説には、最高裁の比較衡量を「総合衡量」あるいは「総合判断」として批判する傾向が強い³⁵。たしかに、考慮要素の位置づけやその評価

³³ 野中ほか・前掲書（註16）473-474頁〔高見勝利〕。

³⁴ 成田新法判決の調査官解説は、「よど号」判決について、「利益較量論が採られているが、閱讀の自由の価値とこれを制限することにより得られる価値とを抽象的に比較しているのではなく（すなわち、私権と公共の利益という図式のみで比較しているのではなく）、具体的な制限の態様・程度等を前提にした利益較量が行われていることに注目すべき」（千葉・前掲判解（註12）234頁）としている。学説からも、「「具体的制限の態様及び程度」といったものもあえて考慮要素に挙げられている点が重要」であり、「抽象的には極めて重要な公共利益を実現するための規制でも、具体的な制限の態様・程度によっては、利益衡量の結果、違憲となる場合があり、その逆もありうることになる」との指摘がなされている（木下・前掲論文（註28）167頁）。

³⁵ 高橋・前掲書（註25）は、「最高裁判例が「諸般の事情を総合考慮すると」式の「総合判断」を多用する」ことが問題であるとする（251頁）。「人権の規制により得られる利益と失われる利益の個別的利益衡量により判断するという「総合判断」手法」の欠点は、「諸利益の衡量から結論に至る判断過程がブラックボックス化され不透明になること」とされる（269-270頁）。ところで、成田新法判決は、憲法31条に関して、「行政処分の手続に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきもの」とするが、31条に関する比較衡量では「総合較量」と明示されているのに対して、〈「よど号」型衡量〉においては、当初から、その後の引用判例でも、「総合較量」とはされていない。学説は、成

が示されない「ブラック・ボックス」的な判断がなされることはあり、それこそが「総合衡量」とされるべきものであろう。本来、議論すべき問題は、「最高裁が採用している利益衡量手法の性格と問題点」を究明することであったが、学説と判例を対比して「基準を明示して行う利益衡量と基準を示すことなく行う利益衡量の間の対立」が強調されたため³⁶、最高裁判例のなかでの分類という観点が後退してしまったのではなかろうか³⁷。

田新法判決が、「以上を総合して較量すれば」と述べた点を捉えて、〈「よど号」型衡量〉も総合衡量に分類することがある（たとえば、渡辺・前掲論文（註17）264頁）。また、成田新法判決について、「本判決全体は「総合較量」という審査方法によって貫かれている」（渋谷秀樹「成田新法」の合憲性——成田新法訴訟最高裁判決」法教148号（1993年）109頁）ともいわれる。しかし、それは、政教分離の違憲審査についての目的効果基準が、その定式においては「総合」と述べていないのに総合的判断と同視するのと同様に、「考慮における総合」と「判断における総合」を混淆するものとの批判（蟻川恒正「政教分離規定「違反」事案の起案(1)」法教434号（2016年）111頁以下）を受けるのではなかろうか。31条に関する「総合較量」と〈「よど号」型衡量〉を別種のものと解することに関しては、「前任の上田豊三上席調査官は、既に、争点1の憲法31条関係の合憲性に関する調査報告書を完成させていました。しかし、突然の人事異動のため、争点2の集会の自由の規制の合憲性についての調査が残されていたのです」（千葉・前掲インタビュー（註1）10-11頁〔千葉〕）との発言も参照。

³⁶ 高橋和之「「猿払」法理のゆらぎ？——「堀越訴訟」最高裁判決の意味するもの」石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』（商事法務・2013年）40頁。

³⁷ 川岸・前掲論文（註24）は、「比較衡量の思考は、……違憲審査制の活性化には決定的に重要」であるが、「日本の最高裁は、総合考慮・総合判断を説く判例が多い」と指摘する（122頁）。その最近の例として挙げられているのは、「空知太事件判決」、「堀越事件判決」、「嫡出性にもとづく法定相続分違憲決定」であり、「総合考慮・総合判断」と指弾されるものには〈「よど号」型衡量〉を用いた判断はない（122頁註99および註100参照）。たしかに、⑧堀越事件判決は〈「よど号」型衡量〉を含んでいるが、しかし、同判決で「諸般の事情を総合して判断する」とされたのは、被告人の具体的な行為の評価に関することである。他方で、憲法学説においては、空知太判決以降の最高裁の「総合的判断」について、従来の目的効果基準を置き換えるものとして受け入れる見解が少なくない。学説が総合衡量・総合判断のブラックボックス性を批判してきたこととの平仄が問題となるのではなかろうか（齊藤正彰「富平神社の在り処——目的効果基準

3 目的手段審査の限界

学説の審査基準論は、二重の基準論に基づいて比較衡量をコントロールする枠組みとして、人権を規制する〈目的〉の合理性と、その目的を達成するための〈手段〉の合理性を、問題となる人権の性質に応じて設定された3段階の厳格度によって審査するものとされる³⁸。

審査基準論が提唱する目的手段審査は、アメリカで平等保護の領域において形成されたものが、汎用性のある違憲審査基準として、自由権の制限の合憲性を審査する場面でも用いられるようになったものとされる³⁹。人権の制限は国会が制定する法律で定めなければならないから、国会が法律を制定した目的（立法目的）と、その目的を達成するために法律によって採られた措置（目的達成手段）を違憲審査のチェックポイントとすることになる。

つまり、審査基準論が提唱する目的手段審査を用いることができるのは、自由権を規制する法律の違憲審査の場面と、法律による区別の合理

と総合的判断」北法76巻4号（2025年）1頁以下参照）。

³⁸ 「アメリカを参照しつつわが国で展開されてきた学説」である日本の審査基準論は、「アメリカの実践を抽象化・理論化したもの」であって、「アメリカのような込み入った先例や歴史が決定打となる分節化されたルールではなく」、「一般的理論への志向性」を有するものとされる（青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリ1400号（2010年）68頁・73頁・74頁）。しかも、日本国憲法は、アメリカと比べて、「公共の福祉」による制約を明らかにしており、衡量による人権制約の議論に接合しやすい条件がある」（同72頁）と指摘される。また、「ヨーロッパとアメリカでは利益衡量ということに対する抵抗感が大きく異なっている」とされ、「利益衡量に対するアメリカの警戒感、利益衡量にまつわるアメリカ憲法の独特な歴史に由来する」ことが指摘される（阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量——「シールド」としての権利と「切り札」としての権利」一法9巻3号（2010年）44-45頁）。なお、村山健太郎「法令の合憲性審査の思考様式」山本龍彦＝横大道聡編著『憲法学の現在地——判例・学説から探究する現代的論点』（日本評論社・2020年）88頁以下参照。

³⁹ 常本照樹「違憲審査の方法」（笹田栄司編『Law Practice 憲法〈第3版〉』（商事法務・2022年）154-155頁。法の下での平等について判例が行っている「二段構えの審査」と、自由権についての目的手段審査の異同には立ち入らない。

性についての違憲審査の場面であると解される。逆に、以下のような場面には、目的手段審査は適さないと考えられる⁴⁰。

(A)行政処分による人権の侵害・制約が問題となる場面には、目的手段審査は適さない。処分の根拠となる法律は違憲ではないが、その合憲とされた法律に基づく処分に問題があるとみられる場合にも、行政権による規制の合理性を検討するのに審査基準論による目的手段審査が「従来は使えるものと考えていたようである」⁴¹とされる。しかし、「目的手段審査は法令の合憲性を審査する手法であるから、個別行為の合憲性審査には本来適していない」⁴²ことが指摘される⁴³。「違憲審査基準が議会と裁

⁴⁰ 「二重の基準論にしても三段階審査論にしても、国家権力に対抗する主観的権利として憲法上の権利を観念するのになじみやすい人権、代表的には自由権を念頭に議論が組み立てられてきたことにも留意が必要である。これに対して、憲法自身が立法による制度設計を前提として保障する人権である社会権や選挙権について、さらには、政教分離原則や平等原則のような客観法としての人権保障についての憲法適合性の判断のあり方は、また別途の考慮を必要とする。さらに、法律が憲法に適合するものであることを前提としつつ、その下での行政・司法の行為が憲法に適合するかどうかの判断のあり方についても、なお検討すべき論点が残されている」(宍戸・前掲論文(註18) 106頁)。

⁴¹ 櫻井智章「裁量をめぐる憲法論」神橋一彦ほか『憲法と行政法の交差点』(日本評論社・2025年) 257頁。「憲法学は、行政法学で説かれる行政裁量統制の手法とは無関係に、行政処分についても違憲審査基準を用いて審査することを想定してきた」(同頁) ことが批判される。

⁴² 赤坂・前掲論文(註21) 20頁。「法令の違憲審査において、目的・手段審査は違憲審査を分節化する枠組みとして、少なくとも学説上は広く受け入れられており、判例でも導入されつつある。これに対して、……行政処分のような個別的国家行為の場合は、目的と手段が結合している場合が多いため、この枠組みを使うことは難しい」(渡辺・前掲論文(註25) 28頁)。また、「目的手段審査は、主に、法令審査における審査手法」であり、「法令を分解してその合憲性を検証することを可能にした」ものとして、「法令の構造計算のやり直しをするのに有効なこの手法は、法令審査(構造審査)の手法」と説明される(駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』(日本評論社・2013年) 35頁)。

⁴³ 「目的・手段の2段構えの型をとらない憲法判例の分布状況について考える際、法令(憲法81条の文言で言えば「法律、命令、規則」)ではなく、行政庁や裁判所による個別具体的規律(行政処分や裁判判決など)や事実行為(憲法81

判所の役割分担の問題なのだとすれば、そのような違憲審査基準を行政処分との関係でも用いてよいかは疑問視されるべき」⁴⁴といわれる。目的手段審査ではなくて、「比較衡量論でも、行政法学の裁量統制論を参考に、より厳格な衡量を志向する道もありうること」は、「なお慎重に検討する必要がある」とされる⁴⁵。

(B)社会権を具体化する法律の合憲性が問題となる場面には、目的手段審査は適さない。憲法の要請を具体化する法律の立法目的が、裁判所に

条の文言で言えば「処分」を対象とした憲法判断（以下これを「処分審査」という。）の中に、2段階構えで審査した例を、少なくとも最高裁判例に限って言えば、見出すことができない」（大石和彦「『目的』と『手段』の2段階構え」の型をとらない憲法判断——処分審査を中心に」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』（日本評論社・2023年）132頁）とされる。

⁴⁴ 櫻井・前掲論文（註41）257頁。「通説の説いてきた違憲審査基準論や二重の基準論は、“法令を支えている立法事実に対する裁判所の目線の置き方問題であって、……処分審査（行政決定の裁量審査）には通用しない”と、教科書は明言すべきである」（阪本昌成『権力分立——立憲国の条件』（有信堂高文社・2016年）251頁）とされる。審査基準論は、「裁判所による立法事実への“噛みつき方”の標準パターンを浮かび上がらせるための議論」であって、換言すれば、「議会（国会）が法律制定に当たって認定・評価した立法事実に対して、裁判所がどのような目線でこれを review すべきか——議会の判断を尊重して審査するか、それとも、議会の判断に代えて裁判所が審査するか——という議論」であるとされる。この「裁判所による立法事実への“噛みつき方”のレベル問題は、裁判所と議会とは憲法上対等な統治機関だ、という権力分立と関連している」のであって、「司法審査権の権力分立上の限界問題がこの基準論に反映されている」とされるのである（同238頁）。それゆえ、「行政機関の活動についての司法審査のありかたについては、憲法教科書のいう“違憲審査基準”をそのまま応用してはならない。行政機関の活動は、議会制定法によってもたらされるもので、この活動への司法審査のあり方は法令のなかに求められるべきところである」（同頁。同261頁も参照）と注意喚起される。同様に、「処分の合憲性を問題としたい場合（処分違憲の主張）には、違憲審査基準を使うことができず、その合憲性はそれ以外の方法によって判断しなければならない」（岡山大学法科大学院公法系講座編著『憲法 事例問題起案の基礎』（岡山大学出版会・2018年）24頁〔田近肇〕）との解説もなされている。

⁴⁵ 赤坂・前掲論文（註21）20頁。

よって違憲と判断されるとは考えにくい。したがって、生存権の具体化立法に目的手段審査を行っても、空回りすることになる。社会保障制度において併給制限の規定があったとしても、それは、法律が生存権を「制限」するものではなく、具体化のあり方の問題であるから、目的手段審査を行う場面ではない⁴⁶。同様に、公務員等の労働基本権の「制限」も、労働基本権として刑事免責や民事免責をどこまで認めるかという具体化の問題であって、目的手段審査を行う筋合いではない⁴⁷。なお、財産権や選挙権も含めて論じる見解もある⁴⁸。

(c)法律による自由権の制約が問題となるとしても、「規制の対象に着目して、規制が人権の行使そのものに向けられているのか、それとも、他の行為に向けられたが、その結果として付随的に人権行使が規制を受けることになったのかを区別」するならば、「人権規制以外の目的によ

⁴⁶ 学説は、小売市場判決（最大判昭47・11・22刑集26巻9号586頁）についても堀木訴訟判決（最大判昭57・7・7民集36巻7号1235頁）についても、そこでの違憲審査を「明白の原則」と呼ぶが、その呼称が共通して意味しうるのは、違憲審査の厳格度（それが極めて緩やかなこと）であろう。前者の判決は、緩やかな目的手段審査を行ったものであるが、後者の判決は、目的手段審査を行っていない。なお、堀木訴訟判決において、憲法14条違反の主張に関して目的手段審査（二段構えの審査）が行われていないのは、同一の法制度（特定の法律）の内部にある区別が問題となっていないためと解される。

⁴⁷ 「労働基本権に関する事件ではあっても、その制限が争点となっているため、自由権としての意味が問題となっている」（渡辺・前掲論文（註17）248頁）とされるが、疑問がある。齊藤正彰『力点憲法』（信山社・2024年）176頁参照。

⁴⁸ 「財産権、福祉受給権または選挙権といった憲法上の権利を具体化する法令を対象とした憲法適合性審査において、それら憲法上の権利を具体化するという立法目的それ自体が違憲かどうかを問うて見せる必要性は見出し難い」（大石・前掲論文（註43）131頁）といわれる。さらに、「立法者による制度形成が必要となる場合」については、目的手段審査は適さないとの説明（櫻井・前掲論文（註41）253頁）もみられる。「違憲審査基準論とは「自然的自由」を制約する国家行為の憲法上の限界をいう」のであり、「制度依存型基本権」の保障の合憲・違憲の分岐点を探ろうとするさいには、従来の違憲審査基準論は通用しがたい」（阪本・前掲書（註44）262頁）とされる。なお、これに関して「自然的自由」と「制度依存型基本権」の区別についての批判（小川亮『一元的司法審査論』（東京大学出版会・2025年）144頁）がある。

り一定の行為を規制したところ、その規制がたまたま結果的に人権行使まで射程に含むことになった」という場面には、目的手段審査は適さない。この場面では、「規制が正当化される限度で人権の範囲が画定されることになる」けれども、その「正当性の決定を規制の利益の観点のみからするとすれば、正当とされうる規制目的は無限とっていいほど多種多様でありうるから、人権の射程は無限に縮減されうる」と懸念される。それゆえ、「正当性の判断に際して、付随的にであれ規制される人権価値を、考慮することが不可欠となるが、そうすると、この枠組みのなかで利益衡量を行わざるをえなくなる」とされるのである⁴⁹。自由権の「弊害」を規制するために制定された（とされる）法律について、その規制目的＝立法目的（と目的達成手段）の合理性を審査するのが、目的手段審査の考え方であろう。他に相応の保護法益があって制定された法律が、表現の自由に対する制約として作用する場合等において、当該法律の立法目的を審査しても、表現の自由に対する規制としての合理性を判断することはできないはずである。

なお、地方公共団体の制定した「条例」には、多様な性質のものがあることが行政法学において論じられており、その分類によっては、目的手段審査には適さないものが含まれている可能性がある。審査基準論が国会と裁判所の役割分担の問題を背景に形成されているとすれば、条例については、国の立法機関である国会が制定した法律に対する違憲審査とは異なる扱いの可能性を検討することが求められる場合もあるかもしれない。

⁴⁹ 高橋和之「審査基準論——個別的衡量論と「絶対主義」理論のあいだ」ジュリ1089号（1996年）167頁。なお、「規制目的が常に規制される人権の重要度に匹敵している保障はないし、また、付随規制といえど、規制の仕方によっては、人権が稀に、例外的に制約されるに過ぎないどころか、広範に制約されるということも十分ありうる。ゆえに、付随規制の場合には失われる利益は小さいなどとは、決して一般的には言えない」（同172頁）ことに注意喚起される。

4 「よど号」型衡量を行う判例の分類

判例は、各様の比較衡量のなかで、自由権の制限が問題となっている場合には、規制手段を考慮に入れた「よど号」型衡量による審査を行うものと解される。そして、その制限が、自由権がもたらす弊害を直接に規制する法律（国会制定法）によるものであるときには、その立法目的と目的達成手段の合理性を検討する目的手段審査を行うというのが判例のスタンスかもしれない⁵⁰。

法律の違憲審査の場面と、「法令の解釈適用や事実行為としてなされ

⁵⁰ ⑧堀越事件判決における千葉補足意見の土台となった成田新法判決の調査官解説は、「精神的自由を制限する措置の合憲性の審査基準として利益較量論を採る場合、それが無原則、無定量に行われることがないように、利益較量を指導するルールが必要であるということになろう。このようなルールによって利益較量の枠付けがされ、客観性が確保できることになる。そして、これらのルールこそが、前述した「明白かつ現在の危険」の原則、「不明確のゆえに無効」の原則、「LRA」の原則などの厳格な基準である」（千葉・前掲判解（註12）233頁。千葉ほか・前掲座談会（註2）100頁〔千葉〕、上田健介「事実をみつめて——千葉勝美」渡辺康行ほか編『憲法学からみた最高裁判所裁判官 70年の軌跡』（日本評論社・2017年）367-370頁も参照）とする。この立場からは、猿払基準は、「立法裁量を広く認める場合でも狭く認める場合でも、使えるもの」であり、「判断基準としてはいささか融通無碍なところがある」と批判される（千葉・前掲インタビュー（註1）11頁〔千葉〕）。猿払基準「のような利益衡量の仕方は、その後、昭和50年代から今日まで積み上げられてきたように、……各法的利益の性質を見極めながら、それらに相応しい様々な判断基準・判断指標……により利益衡量を行うという判断の手法とは全く異なるもの」（同13頁）とされる。このような立場は、比較衡量を違憲審査基準で枠づけるという思考と一定の親和性を有するものと解することも可能であろう。そうした判例の理解と、「得られる利益と失われる利益の衡量を方向づける基準を設定し、その基準をパスすれば、得られる利益の方が大きいとみなそう」（高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリ1363号（2008年）69頁）という考え方、ないし、「規制される人権価値の重要度に応じて三つの審査基準を設定し、それぞれの基準をパスすれば利益の均衡は保たれているというフィクションを採用し、それにより審査にある程度の客観性を与えようとするアプローチ」（同・前掲論文（註49）170頁）との異同については、ここでは立ち入らない。赤坂・前掲論文（註21）20頁参照。

る個別の国家行為の憲法適合性を審査する場面」を比べると、「衡量される利益の抽象度」に違いがあることが指摘される。後者の場面では、「いわゆる司法事実在即して衡量が行われるため、考慮される利益は具体的」となる⁵¹。

学説が、比較衡量について、「個々の事件における具体的状況を踏まえて対立する利益を衡量しながら妥当な結論を導き出そうとする方法であるから、優れた一面を有している」ことを認めながら、「比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民との利益の衡量が行われる憲法の分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い」ことを懸念して目的手段審査の導入を主張するのは、一般的・抽象的な規定が問題となる法律の違憲審査の場面を念頭に置いて、「小さな私益対重要な公益という対置構図が形成」⁵²されることを避けようとしているからではなかろうか⁵³。

これまでに〈「よど号」型衡量〉を用いた判例およびその流れを汲むと解される判例を瞥見するならば⁵⁴、成田新法判決の直後に猿払判決と

⁵¹ 渡辺・前掲論文（註25）21頁。後者の場面では、「衡量する諸法益が法令の違憲審査の場面より具体的であるため、衡量を準則化する試みも考えられやすいという事情がある」（同35頁）。それゆえ、「行政処分は、法令を事実媒介するものであるためその分司法事実接近しており、……このような処分の審査に無理やり目的手段の思考枠組をねじこむのはいかなものであるか」（駒村・前掲書（註42）35頁）とされる。

⁵² 川岸・前掲論文（註24）92頁。

⁵³ 穴戸・前掲論文（註18）106頁・108頁は、昭和40年代以降、比較衡量を「基本的な枠組として採用」した最高裁も、「比較の準則が明確でなく、人権と公益の比較較量に当たっては公益が優先される可能性が強いという批判」に対して、「目的手段審査」を、憲法上の正当化判断における二次的な枠組として構築することで、対応を図ってきた」とする。なお、「その代表例」（同108頁）として猿払判決を挙げることは議論があろうが、最高裁は「猿払事件判決の判断枠組から自覚的に離れ」（同113頁）たとされている。猿払判決の「目的・手段における必要かつ合理性の原則」については、比較衡量が恣意的にならないようにするための「厳格な基準に含ませたくない」（千葉・前掲インタビュー（註1）17頁〔千葉〕）とされるものである。

⁵⁴ 事案・判旨や学説による検討等についての詳細な考察に基づくものではな

「よど号」判決を並べて引用した③家永教科書検定第1次訴訟判決とそれを参照した④家永教科書検定第3次訴訟判決は過渡期のものとして措くことにすると⁵⁵、まず、⑦国旗国歌起立斉唱拒否事件判決は、(A)法律の合憲性が問題となる場面ではないため目的手段審査は行われず、成田新法判決⁵⁶、⑪府中市議会議員政治倫理条例事件判決⁵⁷、⑤立川自衛隊官舎反戦ビラ投函事件判決、⑥葛飾マンション政党ビラ投函事件判決は、(D)付随的規制の場面に分類され、目的手段審査は適さないため、自由権の制限が問題となっている場合の基本に戻って〈「よど号」型衡量〉が行われたものと解される。⑫大阪市ヘイトスピーチ対処条例事件判決⁵⁸

い。また、最高裁が〈「よど号」型衡量〉をどのように用いているかについての関心によるものであって、最高裁による事案の扱いへの疑問・批判については別途の検討を要する。

⁵⁵ 千葉・前掲インタビュー(註1)も千葉ほか・前掲座談会(註2)も、猿払判決と「よど号」判決に言及する広島市暴走族追放条例事件判決に関しては饒舌であるが、③判決と④判決には言及がない。

⁵⁶ 「本法の規制は、建築物その他の工作物を所有者・管理者・占有者自身が一定目的で使用することを行政行為によって禁止する手法をとるので、直接的には財産権の行使の制限が、そして間接的にはその行使の一形態である屋内の私的場所での集会および居住の事前的禁止が問題となる」(渋谷・前掲論文(註35)109頁)。そこで、「私有の建物での集会を禁止するものであるが、……命令を発しうる要件の一つとして規定された「多数の暴力主義的破壊活動者の集会の用」に供しまたは供するおそれがあると認めて発した命令であることを考えると、規制目的は破壊活動という「行為」の予防であり、集会の目的(表現)に向けられているのではないと捉えるべきであろう。それが正しいとすれば、集会の自由の付随的規制ということになる」(高橋和之『人権研究Ⅰ表現の自由』(有斐閣・2022年)169頁)とされる。

⁵⁷ ⑪判決についての匿名コメント(判時2231号(2014年)10頁)は、「本件規定による二親等規制は、議員活動の自由を直接制約するものではなく」、⑪判決は「総合的・相関的に衡量して判断する立場に立つもの」とする。「相関的・総合的な比較衡量」については、⑦国旗国歌起立斉唱拒否事件判決の調査官解説が「間接的な制約の態様等との相関関係における総合的な較量によって判断」するものと説明していた(岩井・菊池・前掲判解(註9)479-480頁)。

⁵⁸ ⑫判決については、「表現の自由の制限の合憲性を比較較量論により判断する」という判例の傾向に沿って、目的・手段審査により本件各規定が憲法21条1

と⑬金沢市庁舎前広場事件判決⁵⁹も、ここに分類されると説明できるかもしれない。

「よど号」判決、⑧堀越事件判決、⑨世田谷事件判決は、かつて特別権力関係と呼ばれた問題について学説がいわゆる憲法秩序構成要素説を唱えてきた領域に属する。刑事施設や公務員についての基本法制が、憲法によって特別の法律関係の存在とその自律性を憲法秩序の構成要素と

項に反しないものとした」(宍戸常寿「ヘイトスピーチ対処条例と憲法21条」別ジュリ『地方自治判例百選(第5版)』(2023年)45頁)とする見解もある。しかし、⑦成田新法判決が付随的規制とみられること、④「たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されない」とする⑤立川自衛隊官舎反戦ビラ投函事件判決に示された最高裁のスタンス、②本件条例が「憲法上の表現の自由との関係を考慮し、単なる批判や非難を上記措置等の対象外」とする考え方に基づいて制定され、条例の「適用に当たっては、表現の自由その他の憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない旨を規定している(11条)ことに照らせば、本件条例は、表現の自由の保障に配慮しつつ、上記のような人種又は民族に係る特定の属性を理由とする過激で悪質性の高い差別的言動の抑止を図ることをその趣旨とするもの」と解されていること等が指摘されうるのであろう。「一般論としては厚く保護されるべき政治的表現にあたる」とされる問題であっても、⑫判決が「制限対象の性質の一般論的評価だけではなく、大阪市内において「実際に……過激で悪質性の高い差別的言動を伴う街宣活動等が頻繁に行われていたこと」も勘案していることにも注目」して、「その地域で攻撃対象とされた住民が強い脅威を感じるといった被害を実際に受けている」ことを勘案するならば(毛利透「大阪市ヘイトスピーチ対処条例の合憲性」新・判例解説 Watch 31号(2022年)25頁)、ヘイトスピーチ規制一般の問題は別として、本件条例による規制に関しては、上記⑦～⑨を考慮して〈「よど号」型衡量〉を行う余地も認められるのではなかろうか。⑫判決は、〈「よど号」型衡量〉の3要素に沿って衡量を行っており、そこで規制によって得られる利益の内容を説明するために、条例の規定の目的に言及しているものと解される。

⁵⁹ そのこと自体の是非は措くとして、最高裁は、「市長の庁舎管理権に基づき制定され」、「庁舎等の管理に関し必要な事項を定めることにより、庁舎等の保全及び秩序の維持を図り、もって公務の円滑な遂行に資することをその目的とする」規則を、市庁舎前広場における集会に係る行為に対して適用することが集会の自由を侵害しないかを〈「よど号」型衡量〉によって判断したものとみることができよう。

して認められていることに立脚するものであるならば⁶⁰、その立法目的の合憲性を問うても審査は空回りすることになりそうである。この事情は、問題領域は異なるけれども、(B)社会権を具体化する法律の合憲性が問題となる場面で生じる筋合いと類似する。「よど号」判決が監獄法の合憲性をめぐって目的手段審査ではなく〈「よど号」型衡量〉を行ったことについて、説明を考えるならば、そのようになるのではなからうか。

〈「よど号」型衡量〉は、司法事実に基づいて規制手段も含めて衡量するものであり、裁判所が踏み込んだ手段審査を行う枠組みとなる可能性がある⁶¹。

経済的自由に対する規制立法については目的手段審査が行われてきたこと、併せて、法律による区別の憲法14条違反が問題になる場面でも二段構えの審査(目的手段審査)が行われていることと照らし合わせると、表現の自由に関しては、それを直接的に規制する法律が問題となった(と最高裁が解する)事案がなかったために、目的手段審査が行われる機会がなく、〈「よど号」型衡量〉の判例が目立つ結果となっているのではなからうか。

もちろん、表現の自由を直接的に規制する法律の合憲性が問題となっても、最高裁は〈「よど号」型衡量〉を行うかもしれない。また、本来(学説の見地から)は、表現の自由の直接的制約が問題となっているはずなのに、最高裁が〈「よど号」型衡量〉で処理していると疑われることもあるかもしれない。

それでも、憲法13条が保障する「自己の意思に反して身体への侵襲を

⁶⁰ 芦部〔高橋補訂〕・前掲書(註25)111頁参照。なお、「基本的な制度構築法令の場合、多方面の利害、諸要因に目配りしつつ定立されるであろうから、単発の特別法のように、1つの主要目的(規制により得られる利益)とその実現手段(がもたらす憲法上の権利に対するダメージの大きさ)というシンプルな2項図式に乗せにくいという事情もあるのかもしれない」(大石・前掲論文(註43)131-132頁)と指摘する見解もある。

⁶¹ 「よど号」判決が〈「よど号」型衡量〉に「未決勾留の性格を掛け合わせて」導いた「相当の蓋然性」の基準は、的確に運用すれば、実質的にはLRA基準と「同趣旨」との評価がなされるのも、「理由のないことではない」(宍戸・前掲論文(註15)83頁、芦部・前掲書(註3)276頁参照)。

受けない自由」をめぐる、⑭性同一性障害特例法決定は、当該規定が「性同一性障害を有する者一般」に対して「手術を受けることを直接的に強制するものではない」として〈「よど号」型衡量〉を行ったのに対して、旧優生保護法違憲判決(最大判令6・7・3民集78巻3号382頁)は、「直接的な制約」と解して、目的手段審査において「最高裁が初めて立法目的の正当性を否定して法律の規定を違憲だと判断した」のであるとすれば⁶²、最高裁の違憲審査における目的手段審査と〈「よど号」型衡量〉の使い分けはなお存在していると解する余地がある。

5 さらに、「出会い系」解説

説明が難しいのは、⑩出会い系サイト規制法判決(最判平26・1・16刑集68巻1号1頁)である。⑩判決は、「インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律」が規定する事業の届出制度が憲法21条に違反するとの主張に対して、「本法は、インターネット異性紹介事業の利用に起因する児童買春その他の犯罪から児童(18歳に満たない者)を保護し、もって児童の健全な育成に資することを目的としているところ(1条、2条1号)、思慮分別が一般に未熟である児童をこのような犯罪から保護し、その健全な育成を図ることは、社会にとって重要な利益であり、本法の目的は、もとより正当」であり、本件届出制度は「正当な立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的」であるとして、合憲と判断したのである。その際に、「よど号」判決と成田新法判決も引用されている。しかし、〈「よど号」型衡量〉には明示の言及がない。

〈「よど号」型衡量〉に言及がないことから、「情報流通過程の意義に

⁶² 中山茂樹「旧優生保護法違憲判決」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ(第8版)』(2025年)49頁。「最高裁は、多くの裁判例において、目的・手段の審査手法を採用しているが、採用していない裁判例も相当数あり、目的・手段の審査手法が判例となっているとまでは言えない」(泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」の問題点」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』(弘文堂・2019年)347頁)との評価には疑問がある。

言及」⁶³した判例として札幌税関検査事件判決とともに「よど号」判決と成田新法判決を引用したと解したうえで、簡略で緩やかながら目的手段審査をしたと解することもできるかもしれない。他方、「表現の自由の制約は直接的なものではない」⁶⁴とみるなら、明示してはいないけれども「利益較量の判断手法」を採り、規制によって得られる利益を説明するにあたって、法律の規定する目的（保護法益）を援用して説明したと解することになろうか。

簡潔な説示にとどまる判決に比して詳悉な⑩判決の調査官解説は、「合憲性判断の枠組み等」との標題で、「よど号」判決と成田新法判決を挙げて、「この利益較量の判断手法は、その後の最高裁判例においても、これを明示するか否かは別にして、合憲性判断の基本的な枠組みとして踏襲されてきて」とし、さらに、「国公法2事件判決」の千葉勝美補足意見を詳細に引用したうえで、「本判決も、このような利益較量の判断手法を合憲性判断の枠組みとして採用」したものと説明している。

しかし、調査官解説が「表現の自由や集会の自由を規制する法律や条例の合憲性に関する近時の小法廷判例」として挙げるのは、①泉佐野市民会館事件判決（最判平7・3・7民集49巻3号687頁）、②ストーカー規制法事件判決（最判平15・12・11刑集57巻11号1147頁）、③広島市暴走族追放条例事件判決（最判平19・9・18刑集61巻6号601頁）、④福島県青少年健全育成条例事件判決（最判平21・3・9刑集63巻3号27頁）である。いずれも〈「よど号」型衡量〉を明示して判断したものではなく、②判決と④判決では、引用判例のなかに「よど号」判決も成田新法判決も含まれていない。

⑦法律による直接的な規律が問題である場合には、規制によって得られる利益は、法律が規定する一般的・抽象的な公共の利益となりがちである一方、規制によって失われる利益が当事者の個別的なものである場合には、的確な衡量が期待できない可能性が高い。そこで、目的手段審

⁶³ 尾形健「出会い系サイト規制法の合憲性」法教413号（2015年）別冊付録〔判セレ2014〔I〕〕9頁。

⁶⁴ 曾我部真裕「『出会い系サイト規制法』上の届出制度の合憲性」ジュリ臨増『平成26年度重要判例解説』（2015年）19頁。

査を導入して、規制によって得られる利益＝立法目的について、その合理性を厳しく審査することが適切であると考えられる⁶⁵。それに対して、④当該法律が憲法の要請に立脚している場合には、立法目的の審査は空回りしかねない。また、表現の自由の付随的規制の場合には、当該法律の立法目的を審査しても、表現の自由の規制の合憲性の判断には結びつかず、司法事実に基づく具体的な衡量による判断が求められるであろう⁶⁶。

学説は、従来、最高裁はあらゆる人権の規制について合憲性を比較衡量によって判断していると捉え、その比較衡量の態様を分類することもなく、「総合衡量」として包括的に批判してきたのではないかと懸念される⁶⁷。また、審査基準論は、自らの目的手段審査の適用範囲を再検討

⁶⁵ 調査官解説においても、制限によって得られる利益と失われる利益は、「一方が国家ないし社会の利益、一方が個人の利益」であるなど、「その性質が異なったり、常に一方が他方より優先するというものではなかったりするため、単純に較量することが困難な場合がある」から、比較衡量の「枠付けとして、学説のいう審査基準論が機能し得る」との指摘（岩崎邦生・最判解刑事審平成24年度494-495頁・496-497頁註5）がみられる。

⁶⁶ 「法令審査で用いられてきた目的・手段の2段階構えの審査と、処分審査において用いられてきた個別的衡量」を対比すれば、「両者とも政府利益の重要性和憲法上の権利に対してもたらされるダメージの大きさとの間の衡量の手法という点で変わりはない」けれども、「両者の間には、やはり無視できない違いがある」とされ、「個別的衡量は、あくまで司法事実に照らした価値判断である」ことが指摘される。それに対して、目的手段審査における「目的とは、法令審査レベルであるがゆえの「一般的・抽象的」なもの」であり、また、「立法事実を念頭に置く手段審査……には、処分審査において重視されるべき司法事実を受け止めるための受容体は無い」とされる。それゆえ、「処分審査の事例において憲法上の権利の一層の実効的救済を目指す場合に有望なのは、それを目的・手段の2段階構えの型に無理やり押し込めようとするのではなく……個別的衡量の中身の、司法事実に照らした詳細化・具体化ではないか」と論じられるのである（大石・前掲論文（註43）139-141頁）。

⁶⁷ 文脈はやや異なるが、調査官解説において、「利益較量の「方法」に関する最高裁の判例のタイプの違い」について、「一部の学説が指摘するように、単なるアドホックな判断の集積ととらえるべきではなく、そこには統一的な思考体系が存在しているとみるべき」（岩崎・前掲判解（註65）495頁）との指摘がな

する必要に迫られていると解される。「比例原則」をめぐる議論も多様化しているように見える。⑩判決とその調査官解説は、そうした学理の荒徑にさしかかっているのかもしれない。

*引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

されている。

カナダにおける違憲宣言判決の効力

—— 2022年 *R. v. Sullivan* 判決を中心として ——

佐々木 雅 寿

目 次

はじめに

I 2022年 *Sullivan* 判決

- 1 主要な争点
- 2 主要な争点に対する下級裁判所の判断
- 3 カナダ最高裁における当事者と訴訟参加人の主張
- 4 カナダ最高裁全員一致の判断

II カナダにおける先例拘束性の原理

- 1 先例拘束性の原理
- 2 垂直的先例拘束性の原理
- 3 水平的先例拘束性の原理
- 4 小括

III 違憲宣言判決の効力

- 1 2022年 *Sullivan* 判決以前のカナダ最高裁の判例
- 2 2022年 *Sullivan* 判決以前の学説
- 3 2022年 *Sullivan* 判決以後の学説

IV 検討

- 1 2022年 *Sullivan* 判決とカナダ最高裁の関連判決の要点
- 2 検討

おわりに

はじめに

カナダでは、州の事実審裁判所（trial courts）や州の最上級裁判所としての上訴裁判所のような固有の管轄権をもつ州の上位裁判所（superior courts）¹による連邦法や州法を違憲と宣言する判決（以下「違憲宣言判決」）の効力の問題は、最近まで、ほとんど議論がなく、その効力は必ずしも明らかではなかった²。しかし、近年、当該問題が裁判で正面から争われたため、カナダ最高裁や州の上位裁判所による違憲宣言判決の効力に関し、以下のような多様な論点が、裁判例・学説等において活発に議論された。すなわち、裁判所による違憲宣言判決には、訴訟当事者に対するいわゆる個別的効力のほかに、いわゆる一般的または対世的な効力があることを前提に、（１）カナダ最高裁による違憲宣言判決に関しては、①一般的効力の根拠は何か（憲法の最高法規規定³か、先例拘束性の原理（*stare decisis*）か）、②違憲と宣言された制定法を法令集から取り除く効力は認められるのか等が、そして、（２）州の上位裁判所による違憲宣言判決に関しては、上記（１）の①、②に加えて、③１つの州の上位裁判所による違憲宣言判決がもつ一般的効力に地理的制限はあるのか（当該効力は州内にのみ及ぶのか、カナダ全土に及ぶのか）等が自覚的に議論された。また、（３）遡及効のあり方や、（４）将来効の可否等は従来から議論されている⁴。

上記（２）の論点に関しては、後述するように、州の上位裁判所の判断や学説等は大きく２つに分かれていた。すなわち、（i）州の上位裁判所による違憲宣言判決は、1982年憲法52条1項（憲法の最高法規規定）

¹ カナダの裁判所制度については、松井茂記『カナダの憲法』（岩波書店、2012年）63-87頁、佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴（上）」北大法学論集39巻2号79頁（1988年）139-160頁等参照。

² Paul Daly, Jeremy Opolsky, Jake Babad, Julie Lowenstein, “The Effect of Declarations of Unconstitutionality in Canada” (2021) 42 NJCL 25 at 26.

³ 1982年憲法52条1項：カナダ憲法は、カナダの最高法規であって、憲法の規定に反するいかなる法も、その抵触する範囲において効力を有しない。

⁴ See P. W. Hogg & W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada*, vol. 1 & 2, 5th ed. Supplemented (Carswell, 2007) at Chapter 58.

を根拠に、違憲とされた制定法を無効とし、法令集から削除する効力を有し、その効力はカナダ全土に及ぶという立場と、(ii) 当該違憲宣言判決の効力は、先例拘束性の原理の通常ルールによって決まり、違憲と宣言された制定法を無効とするが、制定法を法令集から削除する効力はなく、その判決の効力は当該州内にのみ及ぶという考えである。そのような議論状況のなか、2022年、カナダ最高裁は、*R. v. Sullivan*判決（以下「*Sullivan*判決」）⁵において、全員一致の意見で、違憲宣言判決がもつ一般的効力について、先例拘束性の原理を水平的先例拘束性の原理（horizontal *stare decisis*）と垂直的先例拘束性の原理（vertical *stare decisis*）とに分け、また、カナダ最高裁と州の上位裁判所とを区別して説明し、これまで必ずしも十分に明らかにされていなかった上記（1）と（2）の各論点について、カナダ最高裁の立場を明確にした。

本稿は、2022年*Sullivan*判決の内容を比較的詳細に説明し（Ⅰ）、カナダにおける先例拘束性の原理の内容を確認し（Ⅱ）、違憲宣言判決の効力に関する判例と学説とを説明することにより（Ⅲ）、カナダにおける違憲宣言判決の効力を検討すること（Ⅳ）を目的とする。

Ⅰ 2022年 *Sullivan* 判決

1 主要な争点

Sullivan 判決は、2つの異なる刑事事件に関するカナダ最高裁の判決である。2つの刑事事件の被告人（*Sullivan*と*Chan*）はそれぞれ、薬物の過量摂取により、通常ではない精神状態で他人を殺傷した。刑法33.1条は、一定の場合、自ら招いた中毒による無意識行動に関してコモン・ロー上認められていた防御方法を援用することを制限していたため、2人の被告人はそれぞれ事実審裁判で有罪となった。*Chan*は、事実審裁判で、刑法33.1条の合憲性を争ったが認められなかった。

上訴裁判所は、2人の上訴を同時に審理し、刑法33.1条が人権憲章7条⁶

⁵ *R. v. Sullivan*, [2022] 1 S.C.R. 460.

⁶ 7条：何人も、生命、自由および身体の安全に対する権利を有し、基本的正義の原理に基づかなければこれらの権利を奪われない権利を有する。

と11条(d)号⁷に違反し、人権憲章1条⁸で正当化することはできないから違憲と判示し、Sullivanを無罪とし、Chanには新しい事実審理を命じた。検察官が2人に関してカナダ最高裁に上訴した。

カナダ最高裁は、Sullivan判決と同じ日に、*R. v. Brown*判決⁹を示し、刑法33.1条が人権憲章7条と11条(d)号に違反し、人権憲章1条で正当化することはできないため、1982年憲法52条1項により、刑法33.1条は違憲で、効力を有しないと宣言すべきであると判示した。

カナダ最高裁は、Sullivan判決で、*R. v. Brown*判決の違憲の結論は、本件にも適用可能であると説示した。そのため、Sullivan判決においては、1982年憲法52条1項に基づいて制定法を違憲とする州の上位裁判所の宣言は、どのような根拠で、同じレベルの州裁判所を拘束するのか、が主要な争点となった¹⁰。

2 主要な争点に対する下級裁判所の判断

(1) 事実審理前の違憲の申立て (2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376 (Boswell J.))¹¹

Chan は、事実審理前の申立てにおいて、自分が裁判を受けている裁判所は以前に刑法33.1条を違憲と判示しているから (*R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022.)、自分の裁判を担当している事実審裁判官は当該違憲判決に拘束されると主張した。

それに対し事実審裁判所のBoswell裁判官は、水平的先例拘束性の原

⁷ 11条：犯罪の嫌疑で告発または起訴された者は、次の各号に掲げる権利を有する。

(d) 独立かつ公平な裁判所による、公正かつ公開の審理において、法に従い有罪が立証されるまで、無罪の推定を受ける権利

⁸ 1条：「権利および自由に関するカナダ憲章」は、法で定められ、自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約にのみ服することを条件に、この憲章で規定する権利および自由を保障する。

⁹ *R. v. Brown*, [2022] 1 S.C.R. 374.

¹⁰ *R. v. Sullivan*, *supra* note 5 at paras. 32-33.

¹¹ *R. v. Sullivan*, *supra* note 5 at paras. 17-19.

理に基づいて、同じ州の上位裁判所の他の裁判官が示した刑法33.1条を違憲と宣言する判決に自分は拘束されるのか否かを検討し、以下の理由で拘束されないと判示した。すなわち、①同じレベルの裁判所が示した判決は、その判断と異なる判断を示すべき説得的な (cogent) 理由がない場合には従われるべきであり、以前の判断が明白な誤り (plainly wrong) でないのであれば、裁判所はその判断に拘束される、②刑法33.1条の合憲性に関する裁判所の判断は、当該条文が人権憲章7条と11条(d)号に違反するという点では一致しているが、人権憲章1条で正当化されるのか否かの点では判断が分かれているため、そのうちの1つの立場に従うべきとは考えられない、③以前の憲法判断は、関連するカナダ最高裁の2013年*Canada (Attorney General) v. Bedford*判決 (以下「*Bedford*判決」)¹²が出される前のものである。そして、Boswell裁判官は、刑法33.1条は、人権憲章7条と11条(d)号に違反するが、人権憲章1条で正当化されるから、合憲であると判示した。

(2) 違憲の争点の再審理請求 (2019 ONSC 783, 428 C.R.R. (2d) 81 (Boswell J.))¹³

Chanは、事実審裁判所で罪判決を受けた後、以下の主張に基づいて、違憲の争点の再審理を請求した。すなわち、①2018年*R. v. McCaw*判決 (以下「*McCaw*判決」)¹⁴は、改めて、刑法33.1条を違憲と判示したため、当該違憲の争点を再検討する必要がある、②*McCaw*判決において、Spies裁判官は、1999年の上記*R. v. Dunn*判決に拘束されると説示したが、その際、ひとたび制定法の条項が違憲と宣言されれば、1982年憲法52条1項の作用 (operation) により、また、カナダ最高裁の2008年*R. v. Ferguson*判決 (以下「*Ferguson*判決」)¹⁵が指示したように、当該条項は、将来発生するすべての事案において、無効 (invalid) となり、「法令集から取り除かれる (off the books)」と説示し、裁判官は、同じレベル

¹² *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R.1101.

¹³ *R. v. Sullivan*, *supra* note 5 at paras. 23-25.

¹⁴ *R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359.

¹⁵ *R. v. Ferguson*, [2008] 1 S.C.R. 96.

の裁判所による違憲宣言判決に拘束されるとの立場を示した、③したがって、Chanの事件を判断した事実審裁判官も、1999年の上記*R. v. Dunn*判決に拘束されていた。

これに対しBoswell裁判官は、以下の理由で違憲の争点の再審理請求を退けた。すなわち、(i) *McCaw*判決は法を正しく説明していない、(ii) 水平的先例拘束性の原理の適切な理解によると、裁判所の礼讓 (judicial comity) として、同じレベルの裁判所が示した直接関連する判決は、それと異なる判断を示すべきやむにやまれざる (compelling) 理由がない場合には従われるべきであるが、以前の判断が明白な誤りであれば、裁判所はその判断に拘束されない、(iii) *McCaw*判決は、カナダ最高裁の上記*Ferguson*判決でMcLachlin長官が、違憲の法は「実質的に、法令集から取り除かれる (effectively removed from the statute books)」と説示したことを誤解している、(iv) 同じレベルの裁判所の裁判官は1982年憲法52条1項に基づいてある規定を違憲とする同じレベルの裁判所の判決を審査したり再検討することはできないとする見解を、McLachlin長官は述べてはいない、(v) *Ferguson*判決は水平的先例拘束性の原理とは関係ない、(vi) *Ferguson*判決は、違憲宣言の対世的な性格 (*erga omnes* (“against all” or, as is sometimes said, “against the world”) character) を承認しているが、その効力を同じレベルの裁判所には及ぼしていない、(vii) 以前の判断に明白な誤りがあるのか否か、その誤りを正す顕著な (salient) 理由があるのか否かという問題は残る、(viii) 上記*R. v. Dunn*判決に関しては、当該先例と異なる判断を下す十分な理由がある。

(3) オンタリオ州上訴裁判所の判断 (2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353 (Paciocco J.A., Watt J.A. concurring; Lauwers J.A. concurring in the result))¹⁶

主要な争点に関するPaciocco裁判官の意見は以下のとおりである。すなわち、①第1審の上位裁判所が、同じ裁判所が過去に示した違憲宣言判決に従うべきかどうかを判断する場合、先例拘束性の原理の通常の

¹⁶ *R. v. Sullivan*, *supra* note 5 at paras. 26-31.

ルールが適用される、②検察の上訴が成功しない限り、違憲宣言は上位裁判所の他の裁判官を拘束するという主張の根拠とされるカナダ最高裁の一連の判決 (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429; and *R. v. Ferguson*, [2008] 1 S.C.R. 96.) は、憲法に違反する規定は、将来発生するすべての事案において、制定当初から無効 (invalid) であり、「実質的に、法令集から取り除かれる」という趣旨の説示をしているが、この説示は、最上級裁判所であるカナダ最高裁が示す1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言の効力を説明しているものであり、下級裁判所 (lower courts) による違憲宣言判決に関するものではなく、また、先例拘束性の原理を一般的に排除するものでもない、③仮に1982年憲法52条1項に基づくすべての違憲宣言判決が拘束力をもつと仮定すれば、正確性 (accuracy) が損なわれる、④以前の判決が明白に誤りではない場合、以前の判決に従うべきである。

3 カナダ最高裁における当事者と訴訟参加人の主張

(1) Sullivan と訴訟参加人の主張¹⁷

Sullivanは、①同じレベルの裁判所が1982年憲法52条1項に基づいて違憲宣言判決を出した場合、違憲と宣言された法は将来のすべての事案において無効となる、②上位裁判所は、1982年憲法52条1項に基づいて違憲宣言を出す場合、当該法が違憲であることを発見する (discovers) に過ぎず、1982年憲法52条1項の作用により当該法の効力が失われる、③カナダ最高裁は、一連の判決で、1982年憲法52条1項に基づく宣言は、法を「無効 (null and void)」とし、それは「将来のすべての事案」に適用され、違憲と宣言された法は「実質的に、法令集から取り除かれる」ため強制することができない、と説示している、④上位裁判所が1982年憲法52条1項に基づいて違憲宣言判決を示した場合、当該規定は将来的にまた遡及的に無効となる、と主張した。

複数の訴訟参加人は、⑤上位裁判所による1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言は、その性質上、訴訟当事者を超えてすべてのカナダ人に対

¹⁷ *R. v. Sullivan*, *supra* note 5 at paras. 37-38.

する一般的な効力（universal effect）をもち、カナダ全土の裁判所を拘束する、⑥1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言の効力は憲法から与えられているのであり、ある法が無効と宣言された後に政府がその合憲性を改めて訴訟で争うことを認めることは、憲法の救済制度に反する、⑦この問題に、先例拘束性の原理に関するルールが適用されるとすれば、法の支配が害され、重大な予測不可能性が発生する危険性がある、と主張した。

（２）検察と訴訟参加人の主張¹⁸

検察官は、①1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言は、その性質上、対世的な性格（*erga omnes in nature*）を有するが、当該宣言は、必ずしも、同じレベルの裁判所によって判断される将来のすべての事案において権威ある先例とはならず、カナダ全土において拘束性を有するわけでもない、②Sullivanの主張は、合憲性に関する誤った判断に拘束性を認めることによって法の支配を危うくする、③先例拘束性の原理は、終局性と正確性とを調整する際に必要とされる柔軟性を提供する、と主張した。

訴訟参加したカナダや州の法務総裁は、④1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言は、明らかで決定的な誤り（palpable and overriding error）がある場合、または、カナダ最高裁の2013年Bedford判決¹⁹が示した基準を満たした場合においてのみ、再検討されるべきである（ブリティッシュ・コロンビア州）、⑤明らかな誤りの基準（“plainly wrong” standard）は修正されるべきで、新しい法律問題が存在するか、または、事情や証拠の変更により著しく異なる状況となる場合においてのみ、過去の判断と異なる判断が許される（ケベック州）、⑥下級裁判所の間で異なる判断が示された状況では、熟慮のうえの判断が示される可能性が高まり、それに基づいて上訴裁判所が独自の判断を下すことが可能となる（カナダ）、と主張した。

¹⁸ R. v. Sullivan, *supra* note 5 at paras. 41-42.

¹⁹ Canada (Attorney General) v. Bedford, *supra* note 12.

4 カナダ最高裁全員一致の判断

以下では、Kasirer裁判官による全員一致の意見の内容を概説する。

(1) 結論

①州の上位裁判所による違憲宣言がもつ当該州内の効力に関しては、先例拘束性の原理と裁判所の礼讓 (judicial comity) に関する通常のルールが適用される (para. 34.)、②事実審裁判官は、同じレベルの裁判所による1982年憲法52条1項に基づく過去の違憲宣言に厳格には拘束されない、③1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言は、本件では人権憲章適合性の問題という法律問題を判断する裁判所の通常の責務を反映している、④法律問題は、裁判所の責務の実施を規制する通常のルールと慣例 (conventions) によって規律される (para. 43.)、⑤1982年憲法52条1項に基づく裁判所による違憲宣言が同一州内の同じレベルの裁判所に対してどのような影響を与えるのかは、通常、先例拘束性の原理が規律する、⑥上位裁判所が、同じレベルの裁判所の過去の判断と異なる判断を示すことができるか否かは、過去の判断が「明白な誤り」であるという基準で判断するのではない、⑦1954年のブリティッシュ・コロンビア州最高裁判所の*Re Hansard Spruce Mills*判決 (以下「*Spruce Mills*判決」)²⁰で示された1つまたは複数の例外がない場合、第1審の上位裁判所裁判官は、憲法問題を含むすべての法律問題に関する同じ裁判所が示した過去の判断に従うべきである (para. 44.)。

(2) 1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言は法律問題を判断する裁判所の権限行使を反映している

第1に、①法が憲法に違反し、効力を有しないと宣言する時、裁判官は、法律問題を判断する通常の司法権 (ordinary judicial power) を行使している、②司法権の性質を前提にすると、裁判官が1982年憲法52条1項に基づいて法の合憲性を審査する時、裁判官は、文字通りの意味で「立法を取り消す (strike down legislation)」ことはできない、③違憲宣言の効力により問題の法は法令集から取り除かれるという主張は、裁判官の権限を誤解している、④わが国の法では、法を法令集から取り除

²⁰ *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590.

きまたは法を修正する権限は、裁判官ではなく、立法府が保持している、⑤違憲審査は、法的ルールを表現する成文法の文言に関するものではなく、文言が表現する法的ルールに関するものである (para. 45.)、⑥本件で問題となっている刑法33.1条を違憲とする宣言は、当該条文を廃棄する (annul) のではなく、効力が無い (inopérante) と宣言するのである (para. 46.)。

第2に、⑦管轄権を有する裁判官に1982年憲法52条1項に基づいて違憲宣言を出す権限を付与することは、憲法問題を含む通常の法律問題を判断することを裁判所に要請している、⑧1982年憲法52条1項のもと、裁判所が、問題の法が「憲法の規定に反する」か、また、違反する場合「その抵触する範囲」を判断する時、裁判所は、法と憲法を解釈している (para. 47.)、⑨最高法規規定 (1982年憲法52条1項) は、憲法秩序における法の上下関係に言及している、⑩上位裁判所は、この法の上下関係に従って、ある規定が憲法に違反するか否かを判断する権限を与えられている、⑪これらの憲法問題は、憲法以外の法律問題と違いはない、⑫立法の違憲審査は、法律問題の判断という通常の裁判所の責務であるため、違憲宣言の法的効力も先例拘束性の原理の通常ルールによって規律されるべきである、⑬違憲宣言は、問題の規定が憲法に違反し、効力をもたないと決定することによって、合憲性の推定を否定する、⑭違憲宣言は制定法の文言を変更しない (para.48.)。

⑮以下では、1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言が、訴訟当事者を超えた法的性質と効力をもつことを説明する (para.49.)。

(3) 先例拘束性の原理が違憲宣言を規律する

第1に、被告人Sullivanの主張が、違憲と宣言された法は「実質的に、法令集から取り除かれる」というカナダ最高裁の2008年Ferguson判決²¹の説示を根拠としていることに対する反論として、①法律問題に対する宣言は、対世的な拘束力を有するが (binding *erga omnes*)、それは、先例拘束性の原理に関する通常ルールに従った先例としてであり、違憲と宣言された法が法令集から実際に取り除かれたからではない、②裁

²¹ R. v. Ferguson, *supra* note 15.

判官は法を法令集から取り除く権限をもたない (para.53.)、③Ferguson判決は有用な比喩的表現を用いたのであって、文字通りに理解するべきではない、④1982年憲法52条1項に基づいて法が効力を失うためには、法を違憲と宣言する司法権の行使が必要である、⑤上位裁判所による1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言が他の裁判所を拘束し、当該宣言が先例に関する法の制限内にある場合、違憲と宣言された法は将来のすべての事案において効力をもたない、⑥カナダ最高裁の他の判決において、制定法の文言を「取り除く (strike down)」、「分離する (severing)」という文言を用いている部分は、同様に、比喩的な表現として理解されるべきで、それらの説示は、1982年憲法52条1項に基づいて成文法の文言を効力が無いから適用できない (inoperative) とするのみで、文字通り、成文法の文言を修正したり、廃止したりするのではない (para.54.)、⑦カナダ最高裁の2003年Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin判決 (以下「Martin判決」)²²が示した、「人権憲章に違反する規定の無効性は、当該規定が裁判所によって違憲と宣言された事実から生じるのではなく、52条1項の作用 (operation) によって生じる」という原理も全体の文脈の中で理解される必要があり、Gonthier裁判官は、行政審判所ではなく、上位裁判所による正式の違憲宣言がある場合のみ、訴訟当事者は、将来のすべての事案において、当該規定の一般的な無効性を立証できると説示した、⑧先例拘束性の原理は、上位裁判所による違憲宣言の効力として、訴訟当事者以外の者に対して、少なくとも、当該州内における対世的効力を、先例拘束性の原理の制限に従いつつ、及ぼす、⑨本件の主要な争点は、上位裁判所による違憲宣言判決の拘束性に関係している (para.55.)、⑩上位裁判所の裁判官は、水平的先例拘束性の原理に基づいて、先例に従わなければならない、同一州内の同じレベルの裁判所が示した先例は、水平的先例拘束性の原理の例外が証明されない限り、裁判所の礼譲として拘束性がある (para.57.)。

第2に、オンタリオ州上訴裁判所のPaciocco裁判官が示した、カナダ最高裁はカナダの最上級裁判所であるから違憲の法を法令集から取り除く特別の権限を付与されているという理解への反論として、⑪カナダ最

²² Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin, [2003] 2 S.C.R. 504.

高裁の裁判官は、裁判官であり、立法者ではない、⑫カナダ最高裁による1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言が、他の裁判所の裁判官による違憲宣言と質的に異なる効力をもつとすれば、それは垂直的先例拘束性の原理（他の裁判所は、より上級の裁判所による先例に従わなければならないという考え）がその理由であり、憲法がカナダ最高裁の裁判官に司法権とは異なる権限を付与したからではない（para.59.）。

（４）連邦制と法の支配の役割

① 憲法の最高法規性その他の憲法上の原理との調整

①憲法の最高法規性の原理は、1982年憲法52条1項の分析において、他の憲法上の原理を排除することはできず、1982年憲法52条1項はすべての憲法上の原理を考慮して解釈されなければならない、②違憲宣言は、一般的に遡及的であり、違憲の法は制定当時から違憲であるという考えと整合的であるが、他の憲法上の原理が、純粹に将来効のみの違憲宣言や無効性の一時的停止を要請するかもしれない、③同様に、上位裁判所による1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言の法的効力は、憲法の最高法規性、法の支配、連邦制との関係で確定されなければならない（para.60.）。

② 連邦制の役割

①従来、憲法の基本的構成規範として、連邦制、民主主義、立憲主義、法の支配、少数者の尊重があげられてきたが、1982年憲法52条1項との関係で特に重要なのは、憲法の最高法規性の原理は連邦制と法の支配との間で調整が必要であるということである、②1867年憲法96条²³は、州の上位裁判所の権限は当該州内にのみ及ぶため、1つの州の裁判所は他の州の裁判所の判断に拘束されないことを示している（para.61.）、③連邦制は、1つの州内で発せられた1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言がカナダ全土で拘束力をもつことを妨げる（para.62.）、④違憲の規定は、

²³ 96条：総督は、ノヴァ・スコシアおよびニュー・ブランズウィックにおける検認裁判所の裁判官を除き、各州における上位裁判所、地方裁判所および県裁判所の裁判官を任命する。

裁判官に違憲と判断されたことによって、無効で存在しないもの (null and void) となるのではなく、効力が無いから適用できない (inoperative) ものとなる、⑤当該違憲の判断は、その判断と異なる判断をすべき確かな (valid) 理由がない限り、当該州内において拘束力をもつが、裁判所は、同一州内の同じレベルの裁判所の判断に、絶対的に拘束されてはいない、⑥1つの州の上位裁判所による違憲宣言は、それに説得力があれば、他の州の裁判所でも従われるかもしれない、⑦1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言は、同一州内の同じレベルの裁判所によって、先例拘束性の原理の問題として理解されるべきである (para.63.)。

③ 法の支配の役割

①違憲宣言を出す時、裁判所は、先例拘束性の原理のルールが課す制限を超える追加的な権限をもたない、②先例は、裁判官に対し、過去の裁判所による判断とその判決理由 (*ratio decidendi*) を検討して、当該判決理由に拘束性があるか、事案を区別することができるか、もし拘束性があるのであれば、先例は従われるべきか、異なる判断をすべきかを決定することを要請する、③先例を遵守することは、一貫性 (consistency)、確実性 (certainty)、公正性 (fairness)、予測可能性 (predictability) そして適切な司法運営 (sound judicial administration) といった法の支配の基礎的な価値を促進し、裁判官が、個人的な好みや直観ではなく、共有された一般的な規範に基づいて事案を判断することに役立つ、④法の支配は、憲法上の地位をもち、人権憲章の前文にも明記され、カナダの統治制度に深く根差している (para.64.)。

④ 先例拘束性の原理

①水平的先例拘束性の原理は、同一州内の同じレベルの裁判所に適用され、また、同原理は、裁判所の判断に拘束性がある場合、他の法的争点に対する裁判所の判断と同様に、立法の合憲性に関する判断にも適用される、②垂直的先例拘束性の原理と同様の厳格な拘束性ではないが、同じ裁判所の判断は、裁判所の礼譲として従われるべきである、③いかなる裁判所の憲法に関する判断も、垂直的先例拘束性の原理によって、それよりも下級の裁判所を拘束する (para.65.)、④先例拘束性の原理は、

予測可能性、社会状況の変化との整合性、正確さの必要性との間で調整を行うという重要な利益を憲法裁判にもたらす、⑤水平的先例拘束性の原理は、安定性と予測可能性と、正確さと法の秩序ある発展との間で調整を行う試みである（para.66.）。

⑤ 先例拘束性の原理と既判事項（*res judicata*）

①先例拘束性の原理の裏付けとなる理論がなければ、既判事項のみでは、1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言の分析に有用ではない、②既判事項は、一度争われた事実問題と事実と法の混合問題を再度訴訟提起することを禁じている、③訴訟原因と争点の禁反言という既判事項の2つの要請は、訴訟当事者と事実が異なるため、ある規定の合憲性を再度訴訟で争う事案には、適用されない（para.67.）、④先例拘束性の原理は、法に関する争点の再度の訴訟提起に対してより効果的な防御となるため、憲法上の争点に関する訴訟に適用するにはより適切な枠組みであり、既判事項は、事実に関する争点の再度の訴訟提起に対して防御となる（para.68.）。

（5）水平的先例拘束性の原理の適切な適用方法

①水平的先例拘束性の原理は、同じレベルの裁判所の判断に適用される、②第1審の上位裁判所に対する水平的先例拘束性の原理の適用に関する判断枠組みは、1954年のブリティッシュ・コロンビア州最高裁判所の *Spruce Mills* 判決²⁴が示した（para.73.）、③ *Spruce Mills* 判決は多くの判決で従われているものの、先例と異なる判断が許される場合を確定するための様々な基準（「明白な誤り（plainly wrong）」、「適正な理由（good reason）」、「異例の状況（extraordinary circumstances）」）も示されてきた、④上記③の様々な基準はもはや使用されるべきではない（para.74.）、⑤裁判官は同僚裁判官の判断を礼儀と熟慮をもって扱うという裁判所の礼讓の原理と、先例拘束性の原理を支える法の支配の原理は、*Spruce Mills* 基準が満たされない場合、先例は従われるべきことを意味する、⑥ *Spruce Mills* 基準は、確実性、正確性と法の公平な発展と

²⁴ *Re Hansard Spruce Mills*, *supra* note 20.

いう対立する要請を適切に調整する、⑦事実審裁判所が、同じレベルの裁判所が示した拘束力ある判断と異なる判断を示すことが許されるのは以下の3つの限定的な状況においてのみである、すなわち、(i) 以前の判断が示した理由づけがその後の上訴裁判所の判断によって弱められた(undermined)場合(以前の判断がより上級の裁判所によって破棄された場合や、以前の判断がより上級の裁判所の判断と両立しない場合)、(ii) 以前の判断に過失(per incuriam)(不注意や間違い)がある場合(直接関連する制定法や拘束性のある先例を考慮しなかった場合)、(iii) 以前の判断が十分な考慮を欠く場合(例えば、緊急の場合)(即座の判断が求められて、先例を十分に検討する機会がもてない場合)(paras.75-78.)、⑧これら3つの基準は、第1審の上位裁判所が、同じレベルの裁判所が示した拘束性のある判決と異なる判断を示すことが許される場合を明確にし、同基準は、立法の合憲性に関する以前の判断にも同様に適用される、⑨裁判官の前に立法の合憲性に関する相対立する先例がある場合、裁判官は、上記3つの基準が満たされない場合、最も新しい先例に従わなければならない(para.79.)、⑩上記3つの基準は、下級裁判所が垂直的な拘束力のある先例と異なる判断を示すことが許される限定的な場合を説明している*Bedford*判決²⁵の重要性を減じるものではない(para.80.)、⑪以上をまとめると、(i) 裁判所は、裁判所の礼譲の原理と水平的先例拘束性の原理によって、同一州内の同じ裁判所の拘束力のある先例に従うことが求められている、(ii) 以前の判断は、事実に基づいて事案を区別することができる場合、裁判所が以前の判断の存在を知ることができる実際上の方法がない場合、拘束力をもたないかもしれない、(iii) 以前の判断に拘束力がある場合、事実審裁判所は、*Spruce Mills*判決が示す1つまたはそれ以上の例外に該当する場合においてのみ、先例と異なる判断を示すことが許される(para.86.)。

(6) 小括

以上をまとめると以下ようになる。

第1に、裁判所が行使する違憲審査権については、①憲法問題の判断

²⁵ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, *supra* note 12.

は、他の法律問題の判断と同様の通常の司法権の行使であり、違憲宣言判決は通常の司法権の行使である、②裁判官には、違憲と判断された法を法令集から取り除くまたは法を修正する権限はなく、当該権限を有するのは立法府である、③違憲審査は、法的ルールを表現する成文法の文言に関するものではなく、文言が表現する法的ルールに関するものである、④1982年憲法52条1項に基づいて法が効力を失うためには、法を違憲と宣言する司法権の行使が必要である、⑤違憲宣言判決の法的効力は先例拘束性の原理の通常のルールによって規律される。

第2に、州の上位裁判所による違憲宣言判決の効力について、⑥法律問題に対する宣言は、対世的な拘束力を有するが、それは、先例拘束性の原理に関する通常のルールに従った先例としての拘束力であり、違憲と宣言された法が法令集から実際に取り除かれるからではない、⑦先例拘束性の原理は、州の上位裁判所による違憲宣言の対世的効力を当該州内に及ぼす、⑧上位裁判所の裁判官は、水平的先例拘束性の原理に基づいて、先例に従わなければならない、同一州内の同じレベルの裁判所が示した先例は、水平的先例拘束性の原理の例外が証明されない限り、拘束力がある。

第3に、カナダ最高裁による違憲宣言判決の効力について、⑨先例拘束性の原理に関する通常のルールに従った先例として対世的な拘束力を有する、⑩カナダ最高裁による違憲宣言判決が、他の裁判所による違憲宣言判決と質的に異なる効力をもつとすれば、それは垂直的先例拘束性の原理がその理由であり、憲法がカナダ最高裁の裁判官に司法権とは異なる権限を付与したからではない、⑪カナダ最高裁の裁判官は、立法者ではないため、違憲と判断された法を法令集から取り除く権限をもたない、⑫カナダ最高裁によって違憲と判断された規定は、無効で存在しないもの (null and void) となるのではなく、効力が無いから適用できない (inoperative) ものとなる、⑬カナダ最高裁の他の判決において、制定法の文言を「取り除く (strike down)」、「分離する (severing)」という文言を用いている説示は、比喩的な表現で、文字通り、成文法の文言を修正したり、廃止したりするのではない。

第4に、先例拘束性の原理について、⑭先例を遵守することは、一貫性、確実性、公正性、予測可能性そして適切な司法運営といった法の支

配の基礎的な価値を促進し、裁判官が、個人的な好みや直観ではなく、共有された一般的な規範に基づいて事案を判断することに役立つ、⑮先例拘束性の原理は、予測可能性、社会状況の変化との整合性、正確さの必要性との間で調整を行うという重要な利益を憲法裁判にもたらす、⑯水平的先例拘束性の原理は、安定性と予測可能性と、正確性と法の秩序ある発展との間で調整を行う試みである、⑰水平的先例拘束性の原理は、同一州内の同じレベルの裁判所に適用され、また、同原理は、裁判所の判断に拘束力がある場合、立法の合憲性に関する判断にも適用される、⑱水平的先例拘束性の原理には、垂直的先例拘束性の原理と同様の厳格な拘束性はない、⑲裁判所は、裁判所の礼讓の原理と水平的先例拘束性の原理によって、同一州内の同じ裁判所の拘束性がある先例に従うことが求められている、⑳以前の判断は、事実に基づいて事案を区別することができる場合、裁判所が以前の判断の存在を知ることができる実際上の方法がない場合、拘束性をもたないかもしれない、㉑以前の判断に拘束力がある場合、事実審裁判所は、*Spruce Mills*判決²⁶が示す1つまたはそれ以上の例外に該当する場合においてのみ、先例と異なる判断を示すことが許される、㉒1つの州の裁判所は他の州の裁判所の判断に拘束されないが、1つの州の上位裁判所による違憲宣言は、それに説得力があれば、他の州の裁判所でも従われるかもしれない、㉓いかなる裁判所の憲法に関する判断も、垂直的先例拘束性の原理によって、それよりも下級の裁判所を拘束する、㉔下級裁判所が垂直的な拘束力のある先例と異なる判断を示すことが許される限定的な場合は*Bedford*判決²⁷が示している。

II カナダにおける先例拘束性の原理

1 先例拘束性の原理

カナダの裁判所は、先例拘束性の原理を受け入れている²⁸。先例拘束

²⁶ *Re Hansard Spruce Mills*, *supra* note 20.

²⁷ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, *supra* note 12.

²⁸ Hogg & Wright, *supra* note 4 at 8-27.

性の原理の核心は、正義の問題として、類似の事案は同じように判断されるべきであるという考えであり、その背後には、過去の判断との一貫性と将来に対する確実性は、個々の事案において可能な限り妥当な結果をもたらすことに優先するという考えがある²⁹。そのため、先例拘束性の原理には、確実性と結果妥当性との間の緊張関係が組み込まれていると説明されている³⁰。しかし、カナダ最高裁のRowe 裁判官等は2020年の論文で、先例拘束性の原理を、正しく理解し、適用すれば、確実性と結果妥当性という2つの目的に寄与することができると指摘する³¹。

先例拘束性の原理の根拠として、一般に、一貫性、確実性、予測可能性、適切な司法運営があげられる³²。確実性は法に関することであり、予測可能性は法適用の結果に関することであり、両者は関連するが、概念としては別物である。適切な司法運営には、効率性（efficiency）（法的問題を判断した過去の先例を適用することによる効率性の向上）、謙虚さ（humility）（自分たちは先人よりも賢くないことを、そして、先人がどのように過去の事案を判断したのかを知ることにより、自分たちはより賢くなることができることを知ること）、裁判所の礼讓（同僚裁判官の判断を礼儀と熟慮を以て扱うこと）が含まれている³³。

しかし、先例拘束性の原理のもとでも、誤りを正す余地を認める必要性があり、どこかの地点で、確実性と予測可能性の価値が道を譲り、法の中の誤りを正すことを認めなければならない³⁴。そのため、先例拘束性の原理の例外（どのような場合に先例と異なる判断をすることが許されるのか）を確定することが重要となる。

先例拘束性の原理のもとでは、拘束性は判決理由（*ratio decidendi*）に認められ、傍論（*obiter dicta*）には認められない。そのため、判決理

²⁹ R. J. Sharpe, *Good Judgment*, (University of Toronto Press, 2018) at 146.

³⁰ Malcolm Rowe & Leanna Katz, "A Practical Guide to Stare Decisis" (2020) 41 Windsor Rev Legal & Soc Issues 1 at 1.

³¹ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 3.

³² Rowe & Katz, *supra* note 30 at 3.

³³ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 4.

³⁴ Sharpe, *supra* note 29 at 147.

由と傍論との区別が重要となるが、その区別は時として困難を伴う³⁵。

拘束性を有する判決理由の内容は、どのレベルの裁判所が判断したのかによって異なる。事実審裁判所のような下級裁判所(lower courts)は、一般的に事案の事実を重視するため、その判決は、事実に即した判断として、また、しばしば、法をより広く語ることをしないものとして理解される。州の最上級裁判所としての上訴裁判所のような中間的上訴裁判所(intermediate appellate courts)は、法律問題に関する上訴を判断するが、より一般的には、事案の事実に対する法の適切な適用に関する上訴を判断する。判決理由は、より広い法的問題に言及する場合があるが、それは新しい法を作るのではなく、確定した法の適切な適用に関するものが多い。中間的上訴裁判所が示した熟慮に基づく判決理由、特に、法を明確にする意図で法を精査したものは、尊重されるべきものとされる。カナダ最高裁の判断は、しばしば、より広い法的問題に対する熟慮を反映し、事案の事実が要請する範囲を超える法の定式化を行う場合がある。カナダ最高裁は、カナダ国内の他の裁判所と比較して、法を作る役割(law-making role)を担っている。しかしそれは、立法府が法を制定する意味の立法ではなく、法の意味と運用に関する確定的な説明を整備するという意味の法を作る役割である。カナダ最高裁の当該説明は、拘束性を有する先例となり、原則、すべての裁判所を拘束する³⁶。

先例拘束性の原理には、垂直的先例拘束性の原理と水平的先例拘束性の原理がある³⁷。カナダでは、前者の原理はかなり厳格なものであるが、後者の原理は前者ほど厳格ではないと理解されている³⁸。もっとも両者の原理も、近年、幾分柔軟な運用がされ始めている。以下、それぞれの内容を概説する。

³⁵ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 7.

³⁶ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 8-9.

³⁷ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 6-7, Sharpe, *supra* note 29 at 153-154, Hogg & Wright, *supra* note 4 at 8-29, *R. v. Sullivan*, *supra* note 5 at paras. 57, 59, 65-66.

³⁸ *R. v. Sullivan*, *supra* note 5 at para. 65.

2 垂直的先例拘束性の原理

(1) 原則

垂直的先例拘束性の原理のもと、下級裁判所は上級裁判所の判断に従わなければならない。そのため、すべての州の上訴裁判所、その他の州の上位裁判所、連邦裁判所、州の下位裁判所（inferior courts）は、カナダ最高裁の判断（とカナダ最高裁が覆していない1949年以前の枢密院司法委員会の判断）に従わなければならない。裁判所は、例外的な場合を除いて、より上級の裁判所の判断と、自身の過去の判断に拘束される³⁹。カナダでは、垂直的先例拘束性の原理には厳格な拘束性が認められる⁴⁰。

垂直的先例拘束性の原理は、裁判官に対し、先例に反対の意見をもっているとしても先例に従うことを命じる。また、上級裁判所は適切な機会があれば先例を覆すであろうと予測して、下級裁判所が先例に従わないことは、垂直的先例拘束性の原理に反する⁴¹。

(2) 例外

2010年代に入ってカナダ最高裁は、事実審裁判所がより上級の裁判所の判断と異なる判断を示すことが許される場合について指針を示した。

2013年*Bedford*判決⁴²における主要な争点は、売春に関する複数の行為を禁止する刑法の3つの規定が、人権憲章2条(b)号⁴³、7条に違反し、人権憲章1条で正当化することができるか否かであったが、予備的争点の第1は、本件で争点となった3つの刑法の規定のうち、2つの規定を合憲と判断した1990年の照会事件に対するカナダ最高裁の判断（*Reference re ss. 193 and 195.1 (1)(c) of the Criminal Code (Man.)*）

³⁹ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 12-13.

⁴⁰ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 6.

⁴¹ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 13. See Sharpe, *supra* note 29 at 167-168.

⁴² *Canada (Attorney General) v. Bedford*, *supra* note 12.

⁴³ 2条：何人も、次の各号に掲げる基本的自由を有する。

(b) 出版その他のコミュニケーション媒体の自由を含む、思想、信条、意見および表現の自由

[1990] 1 S.C.R. 1123.) は、事実審裁判官とカナダ最高裁を拘束するか否か、第2は、事実審裁判官の社会的事実と立法事実の認定に対し、どの程度の敬讓を示すべきかであった。McLachlin長官によるカナダ最高裁全員一致の意見は、①裁判所が権威のある先例に従い、それを適用することは法が要請しており、それは、コモン・ローが依拠する基礎的な原理である (para. 38.)、②照会事件における判断は、法的には拘束性がないかもしれないが、実際には判例として従われてきた (para. 40.)、③事実審裁判官は、以前の事案において争点として提起されなかった人権憲章の条文に基づいた主張を検討し判断することができる。それは、新しい法的争点を構成する。同様に、法の重要な発展の結果、新しい法的争点が提起された場合、または、事情や証拠に変更があり、議論の枠組みが根本的に変わった場合、同じ事項でも再度検討することができる。 (para. 42.)、④先例拘束性というコモン・ローの原理は、憲法より下位に位置づけられ、先例拘束性の原理は、裁判所が違憲の法を合憲とすることを要請することはできない (paras. 43-44.)、⑤下級裁判所には、拘束力のある先例を無視する権限はなく、先例を再検討することが許される基準は、簡単にはクリアできないが、新しい法的争点が提起された場合、または、事情や証拠に重要な変更がある場合、先例を再検討することは許される (para. 44.)、⑥最終性 (finality) や安定性 (stability) の必要性和、先例を再検討すべき適切な事案の認識との均衡をはかる必要があり、下級裁判所はそのことについて十分な役割を果たさなければならない (para. 44.)、⑦カナダ最高裁が自身の先例と異なる判断を示すことができるか否かの問題は、正確性 (correctness) と確実性 (certainty) との間の均衡を図ることである (*Canada v. Craig*, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27.) と説示した (para. 47.)。

2015年 *Carter v. Canada (Attorney General)* 判決 (以下「*Carter*判決」)⁴⁴ における主要な争点は、医師が援助する自殺を禁止する刑法の規定の合憲性であったが、カナダ最高裁の全員一致の意見は、(i) 下級裁判所はより上級の裁判所の判断に従わなければならないという原理は、われわれの法制度の根本原理であり、それは、確実性を与えつつも、法が緩

⁴⁴ *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 331.

やかに秩序ある発展をすること認めている、(ii) 先例拘束性の原理は、法を静止させる拘束服ではない、(iii) 事実審裁判所は、より上級の裁判所が示した確定したルールを、以下の2つの場合に再検討することができる：新しい法的争点が提起された場合、事情や証拠に変更があり、議論の枠組みが根本的に変わった場合（上記*Bedford*判決 at para. 42.）と説示した（para. 44.）。

2018年*R. v. Comeau*判決（以下「*Comeau*判決」）⁴⁵における主要な争点は、他州からの酒類の購入等を規制する州法の合憲性であったが、カナダ最高裁全員一致の意見は、(a) カナダ最高裁は、*Bedford*判決で、法の重要な発展の結果、新しい法的争点が提起された場合、または、事情や証拠に変更があり、議論の枠組みが根本的に変わった場合、先例を再検討することが許されると説示した（para. 29.）、(b) 垂直的先例拘束性の原理に関する新しい証拠に基づく例外は限定的であり、そのことは*Bedford*判決でも、下級裁判所には、拘束力のある先例を無視する権限はなく、先例を再検討することが許される基準は、簡単にはクリアすることはできないと指摘している（para. 30.）、(c) より上級の裁判所が示した拘束力のある先例を新しい証拠を用いて覆すためには、当該新しい証拠は、法律家が争点となっている法的問題をどのように理解するのかを根本的に変えるものでなければならず、法律家が同じ法的問題にどのように答えるのかを変えるかもしれないというだけでは不十分である（para 34.）、と説示した。

2022年*Sullivan*判決の全員一致の意見は、同判決が示した水平的先例拘束性の原理の例外を示す3つの基準は、下級裁判所が垂直的な拘束力のある先例と異なる判断を示すことが許される限定的な場合を説明している*Bedford*判決の重要性を減じるものではない（para.80.）と説示する。したがって、垂直的先例拘束性の原理の例外に関しては、現在も、*Bedford*判決が妥当していると解することができる。

上記*Bedford*判決、*Carter*判決そして*Comeau*判決は憲法問題が争点となった事案における垂直的先例拘束性の原理に対する考え方を示している。下級裁判所が先例と異なる判断をすることが許される基準はかな

⁴⁵ *R. v. Comeau*, [2018] 1 S.C.R. 342.

り厳格ではあるが、事情の根本的な変化を示すことができる証拠があれば決して超えることのできないものではない⁴⁶。

有力学説等は、このような判例の動向について、カナダ最高裁は、かつて、水平的先例拘束性の原理と比較して、垂直的先例拘束性の原理に関しより厳格なルールを強く要請していたが、現在は、下級裁判所がカナダ最高裁の先例と異なる判断を示すことが許される十分な余地を認めていると評する⁴⁷。

(3) 垂直的先例拘束性の原理と憲法問題

カナダ最高裁は、これまで、憲法判断に関する先例拘束性の原理について、他の法分野と明確に区別された対応を示したことはない。しかし、制定法やコモン・ローの解釈と比較して、人権憲章に関する先例拘束性の原理については、異なる配慮がされていることも指摘されている⁴⁸。

憲法問題に関する事案においては、他の法分野に関する事案と比較して、より柔軟な先例変更を認めるべきかどうかについては議論がある⁴⁹。肯定説は、①憲法以外の分野に関する裁判所の判断は、立法府が法改正により変更することができるが、憲法に関する裁判所の判断を変えるためには、困難な憲法改正を行う必要があり、そのため、裁判所が憲法を新しい社会的または経済的な要請に対応させるより多くの必要性がある、②人権憲章1条の審査においては、裁判所が、法の目的や背景を確定するために立法事実や社会的事実を精査しなければならない、先例の有効性は、同様の立法事実や社会的事実が存在する場合に限られるため、人権憲章に関する垂直的先例拘束性の原理は、水平的先例拘束性の原理と同様に、先例は厳格に拘束性があるものと考えてのではなく、先例を覆すべきやむにやまれざる理由がない場合に従われなければならないと

⁴⁶ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 15-16.

⁴⁷ Hogg & Wright, *supra* note 4 at 8-32. See Rowe & Katz, *supra* note 30 at 14, Sharpe, *supra* note 29 at 165-167.

⁴⁸ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 16.

⁴⁹ Hogg & Wright, *supra* note 4 at 8-30.

考えるべきである等を主張する⁵⁰。それに対し否定説は、(i) 法の安定性は憲法問題においても同様の重要性をもつ、(ii) 先例を頻繁に変更することは、憲法に含意されている恒久性 (permanence) というイメージと一致しない等と主張する⁵¹。

カナダ最高裁は、近年、人権憲章に関する事案において、垂直的先例拘束性の原理に対し、幾分、柔軟な対応をしているが、カナダでは、憲法問題に関して、異なる先例拘束性の原理があるわけではないと理解されている⁵²。

3 水平的先例拘束性の原理

(1) 概要

カナダでは、水平的先例拘束性の原理が適用され、同じ裁判所の判断に従うべきではないと考えられるやむにやまれざる理由がない場合、裁判所は同じ裁判所の判断に従うべきで、当該理由がある場合、裁判所は同じ裁判所の判断を、区別しまたは変更することができる⁵³。

水平的先例拘束性の原理のルールは、裁判所がおかれた位置づけによって幾分変化する⁵⁴。そのため、以下では、事実審裁判所、中間的上訴裁判所、カナダ最高裁を区別して概説する。

(2) 事実審裁判所

事実審裁判官は、通常、やむにやまれざる理由がない限り、同じ裁判所の他の裁判官が示した判断に従う。その根拠は、裁判所の礼讓、確實性、当事者の信頼利益の保護である⁵⁵。しかし、より実際上の理由は、もし同僚裁判官の判断に従わなかったら、法が不安定となり、同じ裁判所から出され、そのため同じ法的重要性をもつ異なる意見に基づいた不

⁵⁰ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 16-17.

⁵¹ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 17.

⁵² Rowe & Katz, *supra* note 30 at 17.

⁵³ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 17.

⁵⁴ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 17, Sharpe, *supra* note 29 at 154.

⁵⁵ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 18.

都合な訴訟が提起されるからである⁵⁶。

2022年Sullivan判決は、①裁判所は、裁判所の礼譲の原理と水平的先例拘束性の原理によって、同一州内の同じ裁判所の拘束力がある先例に従うことが求められている、②以前の判断は、事実に基づいて事案を区別することができる場合、裁判所が以前の判断の存在を知ることができる実際上の方法がない場合、拘束力をもたないかもしれない、③以前の判断に拘束力がある場合、事実審裁判所は、*Spruce Mills*判決が示す1つまたはそれ以上の例外に該当する場合においてのみ、先例と異なる判断を示すことが許される (para. 86.)、④事実審裁判官が、同じ裁判所の判断に従わなくてもよい3つの例外は、(i) 以前の判断が示した理由付けがその後の上訴裁判所の判断によって弱められた場合、(ii) 以前の判断に過失がある場合、(iii) 以前の判断が十分な考慮を欠く場合である、と説示した (paras. 75-79.)⁵⁷。

先例とみなされるためには事実審裁判官の判断の性質が重要である。十分な議論を経て、将来の指針を示すことを明らかに意図した十分に注意深く考慮した判断であれば、確実性と予測可能性は、当該判断に従うことを支持する⁵⁸。

しかし、水平的先例拘束性の原理においても、事実審裁判官が同僚の判断と異なる判断をする余地を残すべき説得力のある理由がある。事実審裁判官の仕事は、個別具体的な事案における事実を認定し、正義の要請に集中することである。事実審裁判官の最も重要で第一義的な責務は、法を安定させることなく、目前の事案の詳細に集中することである。もし事実審裁判官に対して同僚の判断に従うことを厳密に要請した場合、それは不適切な硬直性をもたらし、その結果コモン・ローの活力を削ぐことになる⁵⁹。それに加えて、事実審裁判官は、水平的先例拘束性の原理に従いつつも、事案を区別したり、先例に従わない適切な理由を見つけ出すことができる余地をもっていることも、水平的先例拘束性の

⁵⁶ Sharpe, *supra* note 29 at 154-155.

⁵⁷ See Rowe & Katz, *supra* note 30 at 18-19, Sharpe, *supra* note 29 at 154.

⁵⁸ Sharpe, *supra* note 29 at 155.

⁵⁹ Sharpe, *supra* note 29 at 155.

原理の例外を認める理由となりうる⁶⁰。

(3) 中間的上訴裁判所

州の最上級裁判所である上訴裁判所のような中間的上訴裁判所には事実審裁判所とは異なる考慮が必要となる。中間的上訴裁判所は、自身の過去の判断を拘束力のあるものとして扱い、通常は、自身の過去の判断と異なる判断を下すことはない。このことは中間的上訴裁判所の機能から導かれる。中間的上訴裁判所は、事案の再審理は行わず、管理的 (supervisory) な法的機能を行使する。すなわち、州の上訴裁判所は、事実審裁判所の仕事を監視し、法的な誤りを正す義務を負っている。また、カナダ最高裁への上訴はかなり限定されているため、ほとんどの事案に関して州の上訴裁判所が最終審となる。上訴裁判所は、特定の事案の結論の妥当性に関心をもつが、当該裁判所の妥当な結論を導く能力は、法に対して一般的な指針を示す同裁判所の義務によってやむを得ず抑制されることがある。もし、結果の妥当性を求めることが、適用される法の明瞭性 (clarity) と一貫性を不当に害するものであるならば、後者の要請が優先されなければならない。上訴裁判官は、必然的に、法制度の全体的な完全性 (integrity) を重視しなければならない⁶¹。

もっとも、過去の判断に従う義務は絶対的なものではなく、過去の判断が覆されるべき場合があることは、現在、多くの上訴裁判所が認めている。一般的には、過去の判断に従うことによってもたらされる不正義が、安定性と確実性からもたらされる正義を超える場合、上訴裁判所は、自身の過去の判断を覆することができる⁶²。しかし、中間的上訴裁判所ごとに、過去の判断と異なる判断をすることが許される基準は異なる⁶³。

オンタリオ州と他の多くの州の中間的上訴裁判所の実務では、通常行われる 3 人の合議体ではなく、5 人の合議体でなければ自身の過去の判

⁶⁰ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 19.

⁶¹ Sharpe, *supra* note 29 at 155-156, Rowe & Katz, *supra* note 30 at 19.

⁶² Sharpe, *supra* note 29 at 156.

⁶³ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 20.

断を覆すことはできない⁶⁴。

カナダ最高裁と比較して、州の上訴裁判所がより厳格な水平的先例拘束性の原理を採用することには十分な理由がある。州の上訴裁判所の判断を覆す必要がある場合、カナダ最高裁がその役割を果たすことができ、また、カナダ最高裁は、異なる観点から多様な意見を聞くこともできる。最上級裁判所を設置することの主要な目的は、当該裁判所が、最も困難で異論の多い法的争点に集中し、国全体に対して一般的指針を示すことである⁶⁵。

カナダ最高裁は、自身の先例と異なる判断をする用意があるが、州の上訴裁判所が自身の判断と異なる判断を示す前に、十分に慎重であるべきであるという命題を変更することはなにも述べていない。しかし、カナダ最高裁が自身の先例を再考することにより積極的であると同時に、州の上訴裁判所も同様の傾向があることが指摘されている⁶⁶。

(4) カナダ最高裁

カナダの最上級裁判所としてのカナダ最高裁は、水平的先例拘束性の原理に対して、下級裁判所とは異なる対応をしている⁶⁷。

カナダ最高裁は、19世紀初め、厳格な先例拘束性の原理を採用していた。しかし、そのような先例に絶対的に従うやり方は、実行不可能であることが明らかとなった⁶⁸。カナダ最高裁は、1950年代後半に、自身の過去の判断を覆す可能性を認めたが、どのような場合にそれが適切であるのかについて当初ほとんど指針を示さなかった。この点、カナダ最高裁は、「やむにやまれざる理由」がある場合においてのみ先例を覆すと一貫して説示してきたが、次第に先例を覆す頻度が増し、その傾向は特に人権憲章に関する事案でみられる⁶⁹。

⁶⁴ Sharpe, *supra* note 29 at 157, Rowe & Katz, *supra* note 30 at 21.

⁶⁵ Sharpe, *supra* note 29 at 157.

⁶⁶ Sharpe, *supra* note 29 at 157-158.

⁶⁷ Rowe & Katz, *supra* note 30 at 21.

⁶⁸ Sharpe, *supra* note 29 at 159.

⁶⁹ Sharpe, *supra* note 29 at 160. See Hogg & Wright, *supra* note 4 at 8-27-8-28.

弁護士、トロント大学ロースクール教授の経歴をもつオンタリオ州上訴裁判所のSharpe裁判官は、カナダ最高裁が先例拘束性を厳格に考える立場から、少しずつではあるが確実に、法の再編に積極的な立場へと変化したことを3段階の発展として説明する⁷⁰。第1段階は、1950年代後半から1980年代にかけての時期で、カナダ最高裁は、先例を覆すことが可能であることは承認したが、実際に先例を覆すことはほとんどなく、先例を覆した場合でも、その理由は何もまたはほとんど説明していない。

第2段階は、1990年代後半からで、カナダ最高裁が、先例を覆すことが適切と考える複数の要素を、網羅的ではない形で示した。これらの要素は、正確性と確実性という2つの重要な価値の調整を反映している。すなわち、①先例が人権憲章の諸価値と調和しない場合またはそれらを反映していない場合（先例拘束性というコモン・ローの原理は、憲法より下位に位置づけられ、先例拘束性の原理は、裁判所が違憲の法を合憲とすることを要請することはできない）、②先例の権威がその後の判断によって弱められた場合、③先例の基礎をなす社会的、政治的、経済的想定がもはや妥当しない場合（この要素は人権憲章に関する違憲審査では重要な要素となっている）、④先例が人々の行動の指針となる内容を伴った実行可能なルールや基準を明確に示していない場合（そのような先例に従っても不確実性が増し、予測可能性の名の下で当該先例を覆した方がより適切である場合）、カナダ最高裁は先例を覆す可能性があり、逆に、⑤個人の権利や刑事法に関する分野では、先例変更の効果が、刑事責任の範囲を拡大し、または、個人の自由をより多く制限する場合、カナダ最高裁は通常そのような先例変更は行わない（逆に、過去の判断が自由をより多く制限している場合、当該判断を覆すことに対する抵抗はより少なくなる。）⁷¹。これらの5つの要素のなかには、後の裁判所が先例を誤りと考えた場合に先例を覆すことを認めるものは含まれていない。それを認めると先例拘束性の原理が消滅する可能性がある⁷²。

⁷⁰ Sharpe, *supra* note 29 at 161-165.

⁷¹ Sharpe, *supra* note 29 at 161-163. これら5つの要素はRowe & Katz, *supra* note 30 at 23-24. でも指摘されている。

⁷² Sharpe, *supra* note 29 at 163.

現在は第3段階で、特に人権憲章に関する事案において、裁判官が同意できない先例と異なる判断をすることにカナダ最高裁が積極的になりつつある。Sharpe裁判官は、この積極性に対する変化を、カナダ最高裁の役割が3段階で変化したことによって説明する。すなわち、第1に、1975年の法改正で、権利としての上訴が多く廃止され、上訴許可制が採用されたことにより、カナダ最高裁は自身の仕事量をコントロールする権限を付与された。現在、カナダ最高裁は、下級裁判所の誤った判断を訂正する機能を行使せず、全国的な重要性のある、年間約80件の上訴事件のみを審理している。そのため、現在のカナダ最高裁の主要な機能は、法の発展を統括し、全国的な重要性のある争点に指針を与えることである。第2に、1982年に人権憲章が制定され、カナダ法の基本構造が大きく変化した結果、カナダ最高裁には重要な法を作る機能（law-making function）が加わった。この新機能は、先例の再検討を必然的に要請する。第3に、人権憲章が制定されて約40が経過した現在、カナダ最高裁は、人権憲章制定前の判断の再検討を求められるだけでなく、人権憲章に関する自身の初期の先例を再検討する必要性に迫られ、実際に判例変更が行われている。人権憲章に関する事案においては、妥当な判断を下すことが主要な考慮要素となり、過去において重視されていた確実性と予測可能性は、徐々に後退している⁷³。

現在、カナダ最高裁は、①特に、先例が長年にわたり一貫して作り上げられた場合、または、安定した多数意見による熟慮の末の判断を示す場合、自身の先例を安易に変更しないし、変更すべきではない、②判例変更すべきかどうかを判断する場合、正確性と確実性との均衡を図る必要がある⁷⁴、③カナダ最高裁は多くの事案において自身の先例を変更してき、先例変更する場合、先例は間違いであり、変更すべきであるというやむにやまれざる（compelling）理由に基づく必要がある⁷⁵、とする

⁷³ Sharpe, *supra* note 29 at 163-165.

⁷⁴ *R. v. Nur*, [2015] 1 S.C.R. 773 at para. 59. McLachlin 長官による6人の裁判官の多数意見。

⁷⁵ *Canada v. Craig*, [2012] 2 S.C.R. 489 at para. 25. Rothstein 裁判官による全員一致の意見。

立場をとっている。

このことに関連して、有力学説は、2013年*Bedford*判決⁷⁶まで、カナダ最高裁は、憲法に関する先例はその他の事件の先例と異なることを明示的に示したことはないが、同裁判所は、時として先例を明示的に変更せずに、実際にはしばしば憲法原理に関する考えを変更し、また、かなりの数の憲法に関する先例を明示的に変更したことを指摘する⁷⁷。

4 小括

Sharpe裁判官は、①カナダ法は、確實性を重視する立場から離れ、次第に、個々の事案において妥当な結果を確保することを目指すより柔軟で一般的な原理を重視する方向へ向かっていると考えられる、②先例の扱いに関しても同様のことが妥当し、先例に従うことは今でも原則ではあるが、現代のカナダの裁判所、特にカナダ最高裁は、先例に従うべきであるという主張を弱め、着実に結果妥当性を求める方向へ向かっている、と指摘する⁷⁸。

Ⅲ 違憲宣言判決の効力

1 2022年 *Sullivan* 判決以前のカナダ最高裁の判例

宣言的判決 (declaration) は、法的状態に関する宣言をする救済方法であり、被告に対して何かをすることを実際に命じるものではない。しかし、政府が人権憲章上の義務を果たしていないという宣言は、ほとんど例外なく従われるため、宣言的判決は、通常、有効な救済方法と考えられている⁷⁹。

宣言的判決は、立法の無効性について、または、個人の権利について、出されることがある。立法の違憲宣言判決は、立法が憲法に違反していることを認定するが、違憲状態の解消方法は政府や立法府に委ねてい

⁷⁶ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, *supra* note 12.

⁷⁷ Hogg & Wright, *supra* note 4 at 8–31.

⁷⁸ Sharpe, *supra* note 29 at 147.

⁷⁹ Hogg & Wright, *supra* note 4 at 40–60–40–61.

る⁸⁰。

以下では、違憲宣言判決の効力に関するカナダ最高裁の代表的な判例を取り上げる。

(1) 2003年 *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin* 判決⁸¹

2003年*Martin*判決では、行政審判所が違憲審査権を有するか否かが争われ、Gonthier裁判官による全員一致の意見は、行政審判所が、問題の条項の憲法上の有効性を判断し、違憲と判断された条項の適用を拒否することを認める以下の理由をあげる (para. 27.)。

第1に、①1982年憲法52条1項のもと、憲法は、「カナダの最高法規であって、憲法の規定に反するいかなる法も、その抵触する範囲において効力を有しない」、②人権憲章に違反する立法の条項の無効性 (invalidity) は、裁判所によってその無効性が宣言されたという事実から発生するのではなく、1982年憲法52条1項の作用 (operation) から発生する、③したがって、原則として、当該違憲の条項は、それが制定された時から無効であり、その旨の裁判所の宣言は、当該条項によって不利な影響を受けた者を保護するための複数の救済のうちの1つである、④1982年憲法52条1項があるため、憲法上の有効性の問題はすべての立法に内在する、⑤裁判所が無効の法を適用することは許されず、同じ義務は、国の行政機関を含む、政府のすべての部門等にも課される、⑥すべての政府職員が適用すべきすべての条項の憲法上の有効性を判断すべきことにはならないが、当該政府職員が、問題の条項に関する法律問題を判断する権限を付与されている場合、当該権限は、通常、当該条項の憲法上の有効性を評価することを含む、⑦当該条項の憲法適合性の問題は、当該条項が有効か否か、当該条項をその内容のまま解釈し適用すべきか、それを無視すべきかを判断するため、最も重要な法律問題である (para. 28.) (下線は筆者)。

⁸⁰ A. K. Lokan & M. Fenrick, *Constitutional Litigation in Canada*, loose-leaf (Carswell, 2006) at 6-19-6-21.

⁸¹ *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, *supra* note 22.

第二に、⑧行政審判所による事実認定や記録の収集と、憲法上の争いによって提起されたさまざまな争点に関する専門家の見解は、後から当該憲法上の争点について判断する裁判所にとって、しばしば、非常に重要である (para. 30.)。

第三に、⑨行政審判所による憲法解釈の間違ひは、常に、上位裁判所によって完全に審査されうる、⑩行政審判所が与えることができる憲法上の救済方法は限定されており、それには無効性の一般的な宣言は含まれておらず、行政審判所による、制定法の条項が人権憲章に違反して無効である旨の判断は、行政審判所に関する行政組織内外の、将来の判断者を拘束しない、⑪裁判所による正式な無効性の宣言を得た場合においてのみ、訴訟当事者は、将来のすべての事案において当該条項の一般的な無効性を立証しうる、⑫したがって、行政審判所に人権憲章に関する争点の判断を認めることは、カナダにおける合憲性の最終的判断者としての裁判所の役割を阻害しない (para. 31.) (下線は筆者)。

学説は、上記⑪の説示部分⁸²が、裁判所による違憲宣言判決の特徴であると指摘する⁸³。

(2) 2008年 *R. v. Ferguson* 判決⁸⁴

2008年*Ferguson*判決では、刑法における強制的な最短懲役期間の規定が人権憲章12条⁸⁵に違反する場合、人権憲章24条1項⁸⁶に基づく憲法上の適用除外の救済を得ることができるか否かが主要な争点であった。McLachlin長官による全員一致の意見は、①憲法上の適用除外は、人権

⁸² カナダ最高裁は、*Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board; Casimir v. Quebec (Attorney General); Zorrilla v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 257 at para. 44. においても、この説示部分を引用する。

⁸³ Lokan & Fenrick, *supra* note 80 at 6-20.

⁸⁴ *R. v. Ferguson*, *supra* note 15.

⁸⁵ 12条：何人も、残虐かつ異常な処遇または刑罰を受けることのない権利を有する。

⁸⁶ 24条1項：何人も、この憲章で保障する権利もしくは自由を侵害または否定された場合、管轄権を有する裁判所に対し、裁判所が事情に応じて適正かつ正当であると認める救済を求めることができる。

憲章12条違反に対する適切な救済ではない (paras. 2, 13.)、②人権憲章24条1項と1982年憲法52条1項が、人権憲章違反に対する救済を規定する、③人権憲章24条1項は、人権憲章違反に対する適切な救済に関する広い裁量を裁判官に認めるが、同項は、一般に、その合憲性が争われていない制度の下で行われた、政府職員の違憲な行為に対して、事案ごとの救済を認める規定と理解されてきた、④1982年憲法52条1項は、裁判官に対して裁量を認めておらず、当該規定は、明確に、人権憲章に違反する法は、その抵触する範囲において効力を有しない、と規定する、⑤訴訟当事者が法は人権憲章に違反すると主張し、裁判所が当該法を違憲と判断または宣言した場合、1982年憲法52条1項の効力(effect)により、当該法は無効 (null and void) となる。このことは一般に、裁判所が、当該法を「取り除く (striking down)」と表現される。実際 (in fact)、裁判所が法を取り除く場合、当該法は、1982年憲法52条1項の作用 (operation) で、機能しなくなる (failed) (上記②～⑤は、para. 35.)、⑥人権憲章12条に違反して残虐かつ異常な刑罰を科す刑法の規定に対する通常の救済は、1982年憲法52条1項に基づく、当該法を無効とする宣言である (para. 36.)、⑦1982年憲法52条1項の命令的な文言の存在は、違憲の法は、裁量的な、事案ごとの救済に服することを条件に法令集に残る (left on the books) のではなく、違憲の範囲内でその効力を奪われる、という人権憲章制定者の意図を示唆している、⑧本件のように、分離の手法や合憲補充解釈が使用できない場合、違憲の条項は取り除かれ (struck down) なければならない。ボールは、連邦議会に投げ返され、連邦議会がそう判断すれば、当該法を修正することになり、その結果、当該法はそれ以上違憲の効果を発生させないこととなる、⑨法が違憲である限度で、当該法は、裁判所に提起された事案において適用不能 (inapplicable) となるのみではない。当該法は、無効 (null and void) となり、実質的に (effectively)、法令集 (the statute books) から削除 (remove) される (上記⑦～⑨は、para. 65.)と説示する (下線は筆者)。

(3) カナダ最高裁判例の一般的な理解

カナダ司法省の憲法、行政法、国際法部門の弁護士であるMarcotte氏は、カナダ最高裁判例を、①無効性の正式な宣言は、1982年憲法52条

1 項の効果を発動させ、問題の制定法は法令集から削除される、②1982年憲法52条 1 項の効果が発動するためには、固有の管轄権を有する裁判所または制定法上の権限を有する裁判所の無効性の正式な宣言が必要である、③固有の管轄権または制定法上の権限を有する裁判所の無効性の正式な宣言と下位裁判所や行政審判所による憲法判断は異なり、後者の判断は当事者に対する法的効力しかもたない、④無効性の正式な宣言は対物判決 (*judgments in rem*) と性格づけられ、例外的な対世的効力の理論的な根拠を提供する、とまとめ、このような最高裁の立場に対する支持が多いことを指摘する⁸⁷。

2 2022年 *Sullivan* 判決以前の学説

(1) Hogg 教授の立場

Hogg教授による代表的な憲法の教科書は、①憲法の最高法規性を規定する1982年憲法52条 1 項は、1982年に制定されたものであるが、ここには常にカナダ憲法の一部を構成してきた原理が示されている、②憲法により与えられた権限を越えて制定された法 (*law*) は、権限踰越 (*ultra vires*)、無効 (*invalid*)、無効 (*void*)、無効 (*nullity*) である、③違憲の法は、法ではなく、それが制定されていなかったと同じように効力が無い (*inoperative*)、④裁判所が法を違憲と判示した場合、当該法の無効性 (*invalidity*) は、裁判所が当該法を違憲と宣言した事実から発生するのではなく、1982年憲法52条 1 項の作用 (*operation*) から発生する、⑤一般原則として、違憲の法はそれが制定された時から無効 (*invalid*) である、⑥法が違憲であるという裁判所の判断は、法を最初から (*from the outset*) 無効 (*nullification*) にするという意味で遡及する、⑦カナダ最高裁が法を違憲と判示すれば、当該法の地位に疑問の余地はなく、当該法は無効 (*invalid*) で、それに従う義務はない、⑧下級裁判所の違憲判断が、上訴裁判所で覆される可能性はあり、その場合、当該法は常に合憲であったということになるため、下級裁判所の違憲判決に依拠して当該違憲と判断された法に従うことを拒否した者は、上級審で違憲の

⁸⁷ Alexandre Marcotte, “A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of *Stare Decisis*” (2021) 42 NJCL 1 at 15-16.

判断が覆される危険をおかすことになる、と説明する⁸⁸。

この説明からすると、少なくともカナダ最高裁が法を違憲と判断すれば、当該法は違憲無効となり、何人もそれに従う義務がないこととなり、カナダ最高裁の違憲判決にいわゆる一般的効力があるように読める。しかし、その根拠、一般的効力の性質等は必ずしも明らかではなかった。

(2) 2つの異なる立場

2022年にSullivan判決が出される前、1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言判決の法的効力に関し、2つの異なる見解が存在していた。1つは、違憲宣言判決は、対物判決であり、それが確定すれば、違憲の条文を法令集から削除し、その判断はすべての人に対する効力をもつ、という立場で、もう1つは、違憲宣言判決の効力は、通常先例拘束性の原理のルールが規律し、同じレベルの裁判所の判断は、厳格な拘束力はないが、安易にそれと異なる判断をすることは許されない、という理解である⁸⁹。

4人の弁護士等は、①当事者、事案、救済方法に対する管轄権を有する上位裁判所による違憲宣言は、世界全体 (against the world at large) に対する拘束力 (binding force) を有する、②州の上位裁判所による違憲宣言は、当該州内のみならず、カナダ全土に適用され、当事者を越えてすべてのカナダ人に作用する (affecting)⁹⁰、③このことは、カナダ憲法の最高法規規定である1982年憲法52条1項の文言、文脈、歴史から、また、公法の事案における宣言的救済の性質から発生する、④先例拘束性の原理、既判事項、上位裁判所の領域上の限界は、人々の注意をそらせるものである、⑤違憲宣言は、それが確定した場合、このような一般

⁸⁸ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supplemented (Carswell, 2007) at 58-1-58-4.3. これはHogg教授が亡くなる前の教科書の記述である。

⁸⁹ See Marcotte, *supra* note 87 at 1. See also Hogg & Wright, *supra* note 4 at 58-4.

⁹⁰ Mark Mancini, "Declarations of Invalidity in Superior Courts" (2019) 28:3 Const F 31 at 35. は、州の上位裁判所による違憲宣言は、当該州内のみ拘束力を有すると主張する。

的な効力 (universal effect) を有する、と主張する⁹¹。

それに対し、カナダ司法省の憲法、行政法、国際法部門のMarcotte弁護士は、州の上位裁判所の裁判官による正式な違憲宣言が違憲とされた規定を法令集から消滅させる効力をもつという見解を支持するカナダ最高裁判例がほとんどないこと、裁判所の固有の管轄権を求める理屈は、州の上位裁判所が正式に制定法を無効と宣言する権限を有することを説明できていないこと等を理由に、上記Ⅲ 1 (3) で示したカナダ最高裁の立場を批判する⁹²。そして、Marcotte氏は、(i) 1982年憲法52条1項に基づく無効性の宣言は、法律問題の判断であり、それに対しては、先例拘束性の原理の通常のルールが妥当する、(ii) 上位裁判所による無効性の宣言は、それが明らかに誤りであることが示されない限り、拘束力を有する、(iii) 憲法上の無効の宣言には、裁判所が法令集を書き換える不可思議な特性はない、(iv) 附随の違憲審査制においては、無効性の宣言判決は、先例拘束性の原理の結果、対世効 (*erga omnes effect*) を有する、(v) 裁判所は、立法機関とは異なり、法を法令集から取り除く権限を有しない、(vi) 裁判所ができることは、以後の事案において裁判所がどのように判断するのかを表示し、政府や立法府が裁判所の判断に従って統治することに期待することである、(vii) 政府は、法の支配の下、憲法を含む法に従い行動する重要な義務を負うため、無効性の宣言の法的効力は先例拘束性の原理のルールが規律するという結論は、無効性の宣言を無視することを政府に許すわけではない、と結論づける⁹³。

3 2022年 *Sullivan* 判決以後の学説

Hogg教授による代表的な憲法の教科書のWright教授による補訂版は、*Sullivan*判決の内容を踏まえて、以下のように説明する。すなわち、①憲法の最高法規性を規定する1982年憲法52条1項は、1982年に制定されたものであるが、ここには常にカナダ憲法の一部を構成してきた原理

⁹¹ Daly *et al*, *supra* note 2 at 26, 60-61.

⁹² Marcotte, *supra* note 87 at 16-21.

⁹³ Marcotte, *supra* note 87 at 21-24.

が示されている、②1982年憲法52条1項により、法を違憲とする拘束力のある裁判所の判断の効力は、当該法を無効（invalid）で、効力を有しない（of no force or effect）ものとする、③違憲の法は、法ではなく、それが制定されていなかったと同じように効力が無い（inoperative）、④原則として、違憲の法の無効性は、裁判所が当該法を違憲と宣言した事実から発生するのではなく、1982年憲法52条1項の作用（operation）から発生する、⑤しかし、同条項は自己強制力（self-enforcing）のある条文ではなく、その条文に効力が付与される必要があり、1982年憲法52条1項が違憲の法を無効（invalid）で効力がないもの（of no force or effect）とするためには、司法権の行使が必要とされる、⑥裁判所や学説は、制定法を違憲とする拘束力のある裁判所の判断の効力を説明する際に、取り除く（strike down）という文言をしばしば使うが、この文言は、比喩的なものと理解されるべきで、文字通りに理解されるべきではない、⑦ある制定法が憲法に抵触し、無効（invalid）で効力がない（of no force or effect）と裁判所が認定した場合、当該制定法は、立法府が必要な廃止または改正の手続きをとるまでは、法令集に残る、⑧裁判所は、違憲と判断した制定法を法令集から削除する権限を全く有していない、⑨しかしながら、制定法を違憲とする拘束力のある裁判所の判断の効力は、あたかも、当該制定法を法令集から削除するかのようなものであり、その結果、制定法を違憲とする裁判所の判断に拘束される裁判所におけるいかなる訴訟も、当該制定法が存在しないものとして判断されなければならないことになる、⑩法を違憲とする裁判所の判断は、二種類の効力を有する：（i）違憲判断を示した特定の裁判所における特定の訴訟に対する即時的効力（immediate effect）と、（ii）当該違憲判断に拘束される他の裁判所に対する将来的効力（future effect）である、⑪裁判所が法を違憲と判示した場合（で無効性の一時的停止判決でない場合）、即時的効力は、判決を出した特定の裁判所における特定の訴訟との関係では、当該法は1982年憲法52条1項の下で無効（invalid）で効力がなく（of no force or effect）、当該訴訟は、当該法があたかも存在しないかのように裁判所によって判断される、⑫Sullivan判決で、カナダ最高裁は、法を違憲とする裁判所の判断の将来的効力は、先例拘束性の原理の通常のルールによって決まると説示した、⑬したがって、法を

違憲とするカナダ最高裁の判断は、法を違憲とする下級裁判所の判断と比較して、質的に異なる効力を有するが、それは垂直的先例拘束性の原理に基づいている、⑭Sullivan判決の結果、連邦法を違憲とする1つの州の上位裁判所または上訴裁判所の判断は、たとえその判断が説得的であっても、将来の事案において、他の州の上位裁判所または上訴裁判所を拘束することはない、⑮1つの州内の裁判所の上下関係に従うと、法が違憲であるとするより上級の裁判所の判断は、将来の事案において、より下級の裁判所を拘束するが、それは、垂直的先例拘束性の原理に関する通常のルール の範囲内においてであり、また、より下級の裁判所による法を違憲とする判断は、将来の事案において、同じ裁判所を拘束するが、それは、水平的先例拘束性の原理の通常のルール の範囲内においてである、⑯一般原則として、法を違憲とする裁判所の拘束力のある判断の効力は、違憲の法はそれが制定された時から無効 (invalid) であり、法が違憲であるという裁判所の拘束力のある判断は、法を最初から (from the outset) 無効 (nullification) にするという意味で遡及する、⑰カナダ最高裁が法を違憲と判示すれば、当該法の地位に疑問の余地はなく、当該法は1982年憲法52条1項の下で無効 (invalid) で効力を有しないため、それに従う義務はない、⑱下級裁判所の違憲判断が、上訴審で覆される可能性はあり、その場合、当該法は常に合憲であったということになるため、下級裁判所の違憲判決に依拠して当該違憲と判断された法に従うことを拒否した者は、上級審で違憲の判断が覆される危険をおかすことになる⁹⁴。

IV 検討

1 2022年 Sullivan 判決とカナダ最高裁の関連判決の要点

2022年Sullivan判決からは、次のことを指摘することができる。

第1に、違憲審査権を行使する裁判所の権限について、①違憲審査権の行使は通常の司法権の行使であり、司法権以外の特別の権限の行使ではない、②すべての裁判所には、制定法の文言を書き換え、または、違

⁹⁴ Hogg & Wright, *supra* note 4 at 58-2-58-13.

憲と判断された制定法を法令集から削除する権限はなく、当該権限は立法府のみが有する、③裁判所が、制定法の全部または一部を無効と宣言したり、合憲限定解釈や合憲補充解釈を行う場合、裁判所は、制定法の文言を削除したり、憲法に適合するように修正するのではなく、制定法の文言で表現された法的ルールを憲法に適合するように修正している、④1982年憲法52条1項に基づいて法の効力を失わせるためには、法を違憲と宣言する司法権の行使が必要である。

第2に、カナダ最高裁による違憲宣言判決の効力について、⑤訴訟当事者に対する個別的効力に加えて、カナダ全土に及ぶ一般的効力をもつが、それは、先例拘束性の原理に関する通常のルールに従った先例としての拘束力である、⑥より具体的には、カナダ最高裁による違憲宣言判決は、(i) 厳格度が一定程度緩和された水平的先例拘束性の原理によりカナダ最高裁自身によって原則従われ、(ii) 比較的厳格な垂直的先例拘束性の原理により下級裁判所によっても従われるため、(iii) カナダ最高裁により違憲と宣言された法は、形式的には法令集に残るが、実質的には効力が無いため、裁判所は当該法を適用することができなくなる。

第3に、州の上位裁判所による違憲宣言判決の効力は、⑦訴訟当事者に対する個別的効力に加えて、原則当該州内にのみ及ぶ限定的な一般的効力をもつが、それは、先例拘束性の原理に関する通常のルールに従った先例としての拘束力である、⑧より具体的には、上位裁判所の裁判官は、水平的先例拘束性の原理に基づいて、原則先例に従わなければならない、同一州内の同じレベルの裁判所が示した先例は、水平的先例拘束性の原理の例外が証明されない限り拘束力があり、また、いかなる裁判所の憲法に関する判断も、垂直的先例拘束性の原理によってそれよりも下級の裁判所を拘束する、⑨1つの州の上位裁判所による違憲宣言は、他の州の裁判所に対する拘束力はないが、それに説得力があれば、他の州の裁判所でも従われるかもしれない。

*Sullivan*判決によると、カナダ最高裁が法を違憲と判断しても、当該法は形式的には法令集に残る。そして、当該法の違憲性をどのように解消するのかについては、2003年*Martin*判決と2008年*Ferguson*判決が以下のように説示する。すなわち、⑩裁判所が無効の法を適用することは

許されず、同じ義務は、国の行政機関を含む、政府のすべての部門等にも課される（*Martin*判決 para. 28.）、⑪当該法の違憲性をどのように解消するのかの判断は立法府に委ねられるが、立法府の判断で、違憲と判断された法の違憲性を解消するために当該法を修正等すれば、当該法は憲法に適合する有効な法とみなされる（*Ferguson*判決 para.65.）。

2 検討

上記1の②、③は、司法権と立法権とを区別する権力分立の考えと整合的であると評価できよう。また、上記1の①、④～⑧は、通常の司法裁判所が違憲審査権を行使するいわゆる附随的違憲審査制度により親和的であることが指摘されている⁹⁵。そうであるならば、これらの内容は、カナダの違憲審査制度が、付随的違憲審査制度と抽象的違憲審査制度の両方の要素を含んだ中間的な性格を有しつつも、付随的違憲審査制度を主要なものと位置づけていること⁹⁶とも整合的である。さらに、上記1の⑩、⑪は、違憲審査を裁判所と立法府との対話と位置づける対話理論⁹⁷と親和的な考え方と言える。特に、⑩に加えて、政府は、法の支配の下、憲法を含む法に従い行動する重要な義務を負うため、無効性の宣言の法的効力は先例拘束性の原理のルールが規律するという結論は、無効性の宣言を無視することを政府に許すわけではない、との理解⁹⁸があると、対話の実効性も十分担保されうる。

上記1の⑤のように、カナダ最高裁による違憲宣言判決の効力に、訴訟当事者に対する個別的効力に加えて、一般的効力を認めることは、カナダ最高裁による違憲審査の主要な機能が単に特定当事者の私的な権利利益の保護にとどまるのではなく、客観的憲法秩序それ自体の保障に

⁹⁵ Marcotte, *supra* note 87 at 22.

⁹⁶ 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、1995年）62-63頁（以下「佐々木1995」）、佐々木雅寿「第6章カナダ」中村睦男他編『世界の人権保障』（三省堂、2017年）124-125頁。

⁹⁷ 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌54巻1号（2007年）15頁参照。

⁹⁸ Marcotte, *supra* note 87 at 23.

あることを示している⁹⁹。このことは、カナダ最高裁が、客観的な憲法秩序を維持する憲法保障機能を重視しつつも、付随的違憲審査を主要なものにとらえ、抽象的違憲審査を副次的なものとして位置づけていること¹⁰⁰、カナダでは、法令の合憲性の問題は単に私的な利害に関するものではなく、社会全体の利益にかかわる問題であり、違憲審査は極めて公的な性質を有したものと理解されていること¹⁰¹と深く関連していると考えられる。

上記1の⑤～⑧のように、違憲宣言判決の一般的効力の根拠を先例拘束性の原理に求めることには、違憲宣言判決後の法改正等の立法府の実際の対応方法や、カナダ最高裁による判例変更の頻度が徐々に増していること等、現実が生じている現象を説明しやすいという機能的な理由があると考えられる。しかしそれに加えて、憲法上の人権保障や憲法秩序の保障における裁判所と立法府の役割分担を明確にし、違憲宣言判決後の立法府の役割も強調することによって、人権保障や憲法保障の役割を裁判所が独占しているという印象を減少させて、違憲審査の民主的正當性を補強するという実際上の効果もあるのではないかと解される。

上記1の④は、違憲の法が効力をもたないことの憲法上の根拠が1982年憲法52条1項であることを改めて明確にしつつも、裁判所の違憲宣言判決がなければ法を無効とする憲法上の効力が発生しないことを明示している。これは違憲の法の効力に関する憲法上の説明である。それに対し、上記1の⑤～⑧のように、違憲宣言判決の一般的効力の根拠を先例拘束性の原理に求めることは、憲法より下位に位置づけられるコモン・ロー上の先例拘束性の原理に基づいて、違憲宣言判決の一般的効力を説明している。これは憲法上の説明ではないうえに、当該一般的効力の内容が制定法によって変更される可能性もある。カナダでは、違憲審査権は法の支配に基づいており、法の支配が違憲審査権の性格を規定していると考えられている¹⁰²。また、2022年Sullivan判決は、法の支配は、憲法

⁹⁹ 佐々木1995・前掲注(96)94頁。

¹⁰⁰ 佐々木1995・前掲注(96)62-63頁。

¹⁰¹ 佐々木1995・前掲注(96)25-26頁。

¹⁰² 佐々木1995・前掲注(96)62頁。

上の地位をもち、人権憲章の前文にも明記され、カナダの統治制度に深く根差していると説示する（para.64.）。そうであれば、少なくとも、カナダ最高裁による、1982年憲法52条1項に基づく違憲宣言判決の一般的効力は、憲法上の原理やルールで説明する必要があると解される。その意味で、2022年*Sullivan*判決による違憲宣言判決がもつ一般的効力の説明は、不完全で、未完のものではないかと考えられる。

おわりに

カナダにおける違憲宣言判決に一般的効力があることは広く受け入れられてきたが、これまでその根拠や性質は、必ずしも明らかになっていなかった。カナダ最高裁の2022年*Sullivan*判決が、違憲宣言判決の一般的効力は先例拘束性の原理に基づく先例としての拘束力であることを明確にした。

カナダの違憲審査権の性格は、付随的違憲審査と抽象的違憲審査の「中間型」であり、両方の性質を含む「複合的なもの」であることはすでに指摘されていた¹⁰³。このことは、*Sullivan*判決が違憲宣言判決の効力に、特定の訴訟当事者に対する個別的効力のみならず、一般的効力があることを示すことによって、改めて確認することができた。これにより、カナダの違憲審査制度は、憲法裁判の入口（訴訟提起の段階）、内容（審査の内容）のみならず、出口（違憲判決の効力）においても、「中間型」というカナダ的な特徴があることが明らかとなった。

¹⁰³ 佐々木1995・前掲注(96) 120頁。

ドイツ民事訴訟法 (ZPO) 580条 6 号に ついての覚書

—— 判決の証明効の位置づけに着目して ——

伊 藤 隼

目 次

- I. はじめに
- II. 通時的展開
 - 1. 1933年改正までの経緯
 - (1) CPOの立法過程
 - (2) 1933年改正まで
 - 2. 1933年改正後の展開
 - (1) 適用範囲の拡大
 - (2) 異説とその含意
- III. 整理・検討
 - 1. 与件としての証明効
 - 2. 適用範囲の拡張とその背景
 - 3. 「基礎としている」の解釈
- IV. おわりに

I. はじめに

わが国の民訴法338条1項8号は、「判決の基礎となった民事若しくは刑事の判決その他の裁判又は行政処分が後の裁判又は行政処分により変更された」ときは、確定判決に対して、再審の訴えをもって、不服を申し立てることができる」と規定する。ここにいう「判決の基礎となった」

とは、通説によれば、再審の対象たる（攻撃される）判決が他の裁判等に法的に拘束された結果である場合にとどまらず、それらを事実認定の一資料として採用している場合を含む^{1) 2)}。そしてそうした解釈の下、同号は、いわゆる判決の「証明効³⁾」の存在を前提とした規定と位置づけられ、しばしばその実定法上の根拠として援用されてきた⁴⁾。

もっとも、周知のとおり、証明効を（理論として）受容・承認できるかについては争いがあり、裁判を受ける権利、手続保障、証拠裁判主義などと相容れないとして、異を唱える見解も出てきている⁵⁾。これらに

¹⁾ 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店、1965）484頁、三ヶ月章『民事訴訟法〔第3版〕』（弘文堂、1992）547頁、菊井維大＝村松俊夫原著／秋山幹夫ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅶ』（日本評論社、2016）37頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014）782頁。

²⁾ 下級審裁判例であるが、東京地判昭和49年2月8日下民25巻1～4号94頁は、「民事訴訟法第420条〔現338条〕第1項第8号……で民事もしくは刑事の判決その他の裁判または行政処分が確定判決の基礎となるというのは、民事もしくは刑事の判決その他の裁判または行政処分の法的効力が再審の対象となる判決の訴訟当事者に及び、裁判所の判断を拘束する場合のみならず、それらの裁判または処分が再審の対象となる判決をした裁判所において事実認定の一資料として採用されている場合も含む……。けだし、再審の対象となる判決をした裁判所においてある裁判または処分を事実認定の一資料として採用した後になつて、その裁判または処分が変更され、その結果として当該事実認定に影響を及ぼし、当該判決の結論も異なりうる可能性が生じた場合には、再度審判をやり直して、同一または関連する紛争につきできるだけ統一的にして公正な紛争解決をはかることを至当とするからである」と判示する。

³⁾ 本稿において「証明効」とは、証拠としての判決（あるいは他の判断行為）が有する裁判官に対する事実的な（心理的な）影響力をいう。証明責任の転換といった法的な効果を伴うものも想定し得るものの、差し当たり考慮の外に置くこととしたい。

⁴⁾ 高橋・前掲注1）446頁注22、山本弘「権利主張参加の要件について——不動産の二重譲渡事例を中心として」高橋宏志先生古稀祝賀『民事訴訟法の理論』（有斐閣、2018）425頁、449頁注32（同『民事訴訟法・倒産法の研究』（有斐閣、2019）所収）。

⁵⁾ 伊藤眞「補助参加の利益再考——判決の証明効に対する疑問——」民訴雑誌41号（1995）1頁、特に8頁以下、小島武司ほか「＜シンポジウム＞新民事訴訟

において、民訴法338条1項8号の意義ないし適用範囲がいかに解されているかは必ずしも明らかでないが、既判力等の法的な拘束力に基づいて判決の基礎とされたことを要求するとみえる向きも存在するところである⁶⁾。

こうした現状に鑑みれば、民訴法338条1項8号は証明効との関係で重要な位置を占めているといえそうである。その理解いかに理論としての受容・承認の可否をただちに決定づけるわけではないとしても、同号によって捕捉される(べき)シチュエーションを明らかにしつつ、それが証明効との関係で有する意義を見定めることには、小さくない意義が認められ得るのではなかろうか。

とはいえ、民訴法338条1項8号については、筆者の見る限り、わが国で盛んに論じられてきたとはいいい難く、もっぱら同号にフォーカスしてみても、素材の乏しさがネックになって、実りある成果は期待できない可能性が高い。これに対して、その元となったドイツ民訴法580条6号——その内容は後に改めて説明する——に関しては、相対的に多くの議論が積み重ねられている。その展開に目を向けることは、わが国で証明効について考えるに当たり、有益な足がかりになるように思われる。

このような認識に基づいて、本稿は、いささか回り道ではあるものの、ドイツ民訴法580条6号について、証明効の位置づけに着目しつつ、考察することを目的とする。以下では、同号をめぐる議論を立法過程に遡って跡づけたうえで(→Ⅱ)、そこから得られる情報を整理しつつ、若干の検討を加えることとしたい(→Ⅲ)⁷⁾。なお、行論の都合上、1877年成

訟法における理念と実務」民訴雑誌48号(2002)103頁、134頁、187-188頁〔山本和彦〕、三木浩一ほか『民事訴訟法〔第4版〕』(有斐閣、2023)418頁〔垣内秀介〕、長谷部由起子『民事訴訟法〔第4版〕』(岩波書店、2024)362頁。

⁶⁾ 伊藤眞『民事訴訟法〔第8版〕』(有斐閣、2023)814-815頁(「既判力や公定力などにもとづいて判決の基礎とされた場合」であることを要するとする)。伊藤教授は証明効に否定的なので(前注5)および対応する本文参照)、そのこととの整合性が意識されているものと考えられる。

⁷⁾ 本来であれば、日本法についても調査・検討したうえで併せて公表すべきところかもしれないが、ドイツ法の歩みを紹介すること自体にも一定の価値であろうし、ほほもっぱら在外研究中に執筆することとなった関係で、日本法の文献の渉獵がいかにせん難しいという事情もあり、差し当たり対象を限定した。

立のドイツ民訴法および同施行法をそれぞれ「CPO⁸⁾」「EGCPO⁹⁾」と呼び、1898年の改正後のこれらの法をそれぞれ「ZPO¹⁰⁾」「EGZPO¹¹⁾」と呼ぶ。

Ⅱ. 通時的展開

1. 1933年改正までの経緯¹²⁾

ZPO (現) 580条 6 号は、再審の一形態たる原状回復の訴え¹³⁾を提起できる場合の1つとして、「当該判決が基礎としている通常裁判所¹⁴⁾、旧特別裁判所又は行政裁判所の判決が他の確定判決によって取り消されたとき」を挙げている。ある判決 (①) を基礎として民事判決 (②) が下された場合において、①が確定判決 (③) によって覆されれば、②も覆され得るというわけで、時系列的には、①言渡し→①に基づいて②言渡し→③によって①取消し→②取消し、という事態が想定されていることとなる。もっとも、同号が今日のような形になったのは1933年改正によってであり、そこに至るには紆余曲折があった。以下で詳しく見ることと

⁸⁾ RGBl. 1877, S. 83.

⁹⁾ RGBl. 1877, S. 244.

¹⁰⁾ RGBl. 1898, S. 410.

¹¹⁾ RGBl. には改正後の条文(全文)は掲載されていない。改正内容については、民事訴訟法改正法施行法 (Einführungsgesetz zu dem Gesetze, betreffend Aenderungen der Civilprozeßordnung (RGBl. 1898, S. 332.)) 2条参照。

¹²⁾ 以下の叙述は、加波眞一『再審原理の研究』(信山社、1997) 53頁以下と重なる部分が少なくない。また、*Hans Friedhelm Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld 1956, S. 195 ff.; *ders.*, Die Grenzen der Bindung des Zivilgerichts an Strafurteile, FS Hans W. Fasching 65. Gbttg., Wien 1988, S. 157 にも多くを負う。

¹³⁾ ZPO は、再審 (Wiederaufnahme des Verfahrens) の名の下に、無効の訴え (Nichtigkeitsklage) と原状回復の訴え (Restitutionsklage) との2つを規定している。両者の差異・沿革については、加波・前掲注12) 18頁以下参照。

¹⁴⁾ 通常裁判所の判決とは、民事判決および刑事判決をいう (ドイツ裁判所構成法 [GVG] 13条参照)。

なるが、簡単に先出ししておけば、想定される判決の影響が（第一次的には）法的なものから事實的なものに変化するとともに、基礎になる判決の種類が刑事判決から他のものにも拡張されたのである。1877年のCPO成立までの立法過程を確認したうえで（(1)）、その後の（1933年改正までの）議論の展開についてフォローすることとしよう（(2)）。

（1）CPO の立法過程

a. ハノーファー草案から北ドイツ草案まで

1 ハノーファー草案¹⁵⁾は、626条5号¹⁶⁾において、民事判決が基礎としている刑事判決が後に破棄された場合に再審を認める。文言的には広汎な解釈を許すかのようにみえるが、同号は、地方法（Partikularrecht）の分裂という当時の状況の下、個々の州において刑事判決が民事裁判官に影響を及ぼす旨が定められている場合に限って適用される想定のものであった¹⁷⁾。この草案は、それ自体としては、刑事判決が民事裁判官を拘束する旨の規定を置くことはしなかったが、激しい議論を経た末に、308条¹⁸⁾において、確定有罪判決の基礎となった事実が民事訴訟を拘束

¹⁵⁾ Entwurf einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Hannover 1866.

¹⁶⁾ ハノーファー草案626条

確定判決によって終了した手続は、次に掲げる場合には、再開することができる。

5. 当該判決が刑事裁判所の裁判に基づいていて、かつ、当該判決によって決定的であった刑事裁判の要点（Punkte）が後に破棄されたとき。

¹⁷⁾ Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten, Bd. 11, Hannover 1864, S. 3937 f.

¹⁸⁾ ハノーファー草案308条

ある者が当該州で言い渡された確定刑事判決によって有罪を宣告される理由となった事実が、この有罪判決を受けた者に対して提起された民事訴訟においても反証を排除する形で証明されたものとみなすと定める権利は、州法に留保される。ただし、当該刑事判決が被告人不出頭で言い渡された場合は、この限りでない。

することを定める権利を州法に留保した¹⁹⁾。これらからすれば、626条5号は、州法上、刑事判決が民事訴訟との関係で拘束力をもつケースが存在し得るとの前提に立って、もっぱらそういうケースを対象として、用意されたものであるといえる。すなわち、民事「判決が刑事裁判所の裁判に基づいてい」というのは、州法の規定により、民事判決が刑事判決（の事実認定）を前提としなければならなかった場合のことで、単に民事判決が刑事判決を証拠として参照したにすぎないような場合まで捕捉するものではない。

2 プロイセン草案²⁰⁾は、687条2号²¹⁾において、民事判決が基礎としている刑事判決が取り消された場合に再審を認める。規定ぶりはハノーファー草案とほぼ同様であるが、その前提には看過できない差異がある。理由書によれば、同号は273条²²⁾の原則を補完するものであって、刑事訴訟で下された確定有罪判決が客観的・主観的事実に関して反証を許さ

¹⁹⁾ Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten, Bd. 6, Hannover 1863, S. 2063 ff; Bd. 15, Hannover 1865, S. 5641 ff. 審議においては確定有罪判決が反証を排除する形で民事訴訟を拘束する旨の（次に見るプロイセン草案273条と同様の）提案もなされたものの、この点に関する当時の州法の立場が一致していなかったことから、容れられるところとならず（第1読会では2対9で否決、第2読会では3対4で否決）、結局、その種の規定を置くかどうかは州法に委ねることとされた。

²⁰⁾ Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat, Berlin 1864.

²¹⁾ プロイセン草案687条

再審の訴えは、第1審又は第2審の判決に対し、次に掲げる場合にも行われる。

2. 当該裁判が原状回復によって取り消された刑事判決に基づいているとき（273条）。

²²⁾ プロイセン草案273条

（1）刑事裁判手続において罪の告白（Schuldbekentnis）又は証拠調べに基づいて被告人に言い渡されたあらゆる確定有罪判決により、可罰的行為の構成要件は、犯人性とともに、民事裁判官との関係で、あらゆる反証を排除する形で、確定される。〔以下略〕

（2）刑事裁判官による無罪判決は、民事裁判官にとって基準とならない。

ない形で民事裁判官を拘束するがゆえに、民事判決が基づいている刑事判決が原状回復によって取り消されれば（民事判決について）再審が保障されなければならないとされている²³⁾。背景にはフランス法の影響があるようであるが²⁴⁾、要するにここでは、刑事判決が民事訴訟との関係で一般的に拘束力を有するというのが出発点になっているのである。もっとも、民事判決が「刑事判決に基づいている」ときとして、刑事判決が民事裁判官を法的に拘束する場合（のみ）が念頭に置かれていることに変わりはない。

3 北ドイツ草案²⁵⁾も、856条1項6号²⁶⁾において、民事判決が基礎としている刑事判決が取り消された場合に再審が認められるとする。審議過程では、前提問題たる刑事判決の民事訴訟に対する拘束力について、プロイセン草案273条を修正を施しつつ採用すべき旨の提案がなされ

²³⁾ Motive zu dem Entwurfe einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, Berlin 1864, S. 174.

²⁴⁾ プロイセン草案の理由書には言及がないが、CPO（第三草案）の理由書は、フランス式の刑事訴訟のドイツへの導入によって、刑事裁判所の有罪判決は民事訴訟との関係で構成要件および犯人性を終局的に確定するとのフランスの学説・実務における支配的な見解がドイツの学説・実務および立法・立法草案——ここでプロイセン草案（および次に見る北ドイツ草案）が明示的に引合いに出されている——にも採り入れられたと述べている。Vgl. *Carl Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2: Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben, Abt. 1, Berlin 1880, S. 280.

²⁵⁾ Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund, in: Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, Bd. 5, Berlin 1870, S. 2379.

²⁶⁾ 北ドイツ草案856条

(1) 次に掲げる場合には、故障申立てにも控訴にも服せず、又はこれらの上訴によってはもはや取り消し得ない第1審又は控訴審の終局判決（767条・768条）に対し、再審の訴えによる上訴が行われる。

6. 当該判決が基づいている刑事判決が他の確定した刑事裁判所の判決によって取り消されたとき。

た²⁷⁾。この点をめぐっては、自由心証主義と整合しない、既判力の条件²⁸⁾と相容れない、などといった反対意見も出たものの、賛成多数をもって、(若干の例外ケースを別として²⁹⁾) 確定有罪判決の無制限の妥当 (unbedingte Geltung) が可決され³⁰⁾、最終的に、462条³¹⁾として、プロイセン草案273条とほぼ同内容の規定が置かれることとなった³²⁾。なお、刑事判決は絶対的なものではない——被告人、その相続人およびこれらのために民事責任を負う者しか拘束しない——という提案もなされたものの、「第三者への拡張のケースは稀である」などといった反論を受け

²⁷⁾ Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, Bd. 1, Berlin 1868 (zit.: Protokolle), S. 298.

²⁸⁾ ここで意図されている内容は必ずしも明らかでないが、北ドイツ草案359条は、既判力の (客観的) 範囲について、次のように規定することとなった。

北ドイツ草案359条

(1) 訴訟において言い渡された判決は、訴え又は反訴によって提起された請求について判断した限りでのみ、既判力を有する。

(2) 判決理由は、判断の意味及び範囲の確定にとってのその意義にかかわらず、既判力を有しない。

(3) 相殺のために主張された反対債権の存在又は不存在に関する判断は、相殺に供された額の限度でのみ既判力を有する。

(4) 既判力の発生は、既判力を有し得る判断が主文 (Urteilsformel) に記載されているかどうか依存しない。

²⁹⁾ Protokolle, S. 301.

³⁰⁾ Protokolle, S. 299.

³¹⁾ 北ドイツ草案462条

(1) 被告人が刑事裁判手続で罪の告白又は証拠調べに基づいて内国裁判所によって確定有罪判決を受けた場合には、構成要件及び犯人性は、民事訴訟の裁判官との関係で、最終的に確定される。〔以下略〕

(2) 刑事裁判官による無罪判決は、民事訴訟の裁判官にとって基準とならない。

³²⁾ Protokolle, S. 298 f. によれば、北ドイツ草案の起草者 (の多数) は、同条は刑事判決の効力の拡張について定めた規定であるとみている。これに対して、(EG) CPO の起草者は、後に見るように、この種の規定は証拠法則ないし法律上の推定であるとみている。

て(僅差ではあるが)否決されたため³³⁾、確定有罪判決は第三者にかかる民事訴訟との関係でも拘束力をもつものと解されていると考えられる。以上に鑑みるに、856条1項6号は、刑事判決(における構成要件および犯人性の認定)が民事裁判官を拘束することを前提として、そうしたケースを対象として、刑事判決の取消しが民事判決の取消しをもたらす旨を定めた規定だということとなろう。

b. CPO における方針転換

1 ここまで見てきたように、問題の再審事由は、当初、刑事訴訟で下された確定有罪判決が民事訴訟を拘束するケースを想定したものであった。しかしながら、そうした前提は土壇場で引っ繰り返ることとなる。CPO 543条6号³⁴⁾は、文言上はいままで見てきたものと変わらず、民事判決が基礎としている刑事判決が他の確定判決によって取り消されたときに原状回復の訴えが行われると規定するが、そこにおいては、刑事判決の民事訴訟に対する拘束力は否定されているのである。CPO (第三草案)の理由書は、同号の趣旨は刑事手続でなされた原状回復が民事訴訟のために効果をもつことを保障する点にあるとしつつ、要旨次のようにいう。刑事判決には、有罪判決であれ無罪判決であれ、民事訴訟に対する拘束力は与えられないが、刑事手続における有罪／無罪宣告の事実は民事裁判官の心証形成にとって極めて重要な契機 (sehr bedeutendes Moment) になる。刑事手続で下された判決が民事訴訟に提出されて、刑事判決に民事判決が基づいている場合には、正義 (Gerechtigkeit) が原状回復を要請する³⁵⁾、と。すなわち、ここで念頭

³³⁾ Protokolle, S. 302 f.

³⁴⁾ CPO 543条

原状回復の訴えは、次に掲げる場合に行われる。

6. 当該判決が基づいている刑事判決が他の確定判決によって取り消されたとき。

³⁵⁾ Hahn, aa.O (Fn. 24), S. 381. 説明の内容は第1草案、第2草案の理由書から実質的に変わっていない。Vgl. Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung nebst Begründung, Berlin 1871, S. 391; Begründung des Entwurfs einer deutschen Civilprozeßordnung, Berlin 1872, S. 440.

に置かれているのは、刑事判決の拘束力ゆえにそれに従って民事判決が下された場合ではなく、飽くまで自由心証主義の枠内で、刑事判決の認定をベースとして、民事判決が下された場合なのである。このことと平仄を合わせる形で、CPOとともに施行されたEGCPO 14条2項1号³⁶⁾ ³⁷⁾において、刑事判決の民事裁判官に対する拘束力に関する州法の規定が失効する旨が特に定められている。

このような（刑事判決が民事訴訟を拘束する旨の証拠法則ないし反駁し得ない法律上の推定は定めないという）決断に至った理由は、自由心証主義を基調とすることとした以上、刑事裁判官の認定した事実を真実とみなすかどうかを民事裁判官に委ねるのが最も正当だからだとされる³⁸⁾。プランクの見解³⁹⁾が（賛辞とともに）参照されており⁴⁰⁾、その影響力の大きさが窺えるが、次のように強調されている点には注意が必要であろう。すなわち、民事裁判官は事実主張を真実とみなすべきか否かを

³⁶⁾ EGCPO 14条

(1) 州法の訴訟法上の規定は、民事訴訟法〔CPO〕において参照されていない場合又は影響を受けないと明定されていない場合には、その裁判が3条に従い民事訴訟法の規定に基づいて行われるべき全ての民事の争訟との関係で失効する。

(2) 以下のものは特に失効する。

1. 刑事裁判所の判決の民事裁判官に対する拘束力に関する規定

³⁷⁾ EGCPO (EGZPO) 14条2項は、今日、空文化している (gegenstandslos などと書かれることが多い)。

³⁸⁾ *Hahn*, aa.O. (Fn. 24), S. 280.

³⁹⁾ Gutachten des Herrn Prof. Dr. J. W. Planck zu München, in: Verhandlungen des siebenten deutschen Juristentages, Bd. 1, Berlin 1868, S. 3. 「民事事件の裁判にとって先決的な問題について判断した、訴訟法に従い言い渡された刑事裁判官の判決には、民事事件の裁判との関係で、完全な証拠力 (Kraft eines vollen Beweises) が認められるべきか」という問題に対して、結論として、それについて積極的に解するのは推奨できない、そのような判決には民事事件の裁判との関係で場合によっては十分な証拠力 (Kraft eines genügenden Beweises) が認められ得る、しかしながら、個々の事案での証拠力の評価は民事裁判官の自由な評価に委ねられなければならない、この帰結をもたらすために立法措置は必要ない、との見解が示されている。

⁴⁰⁾ *Hahn*, aa.O. (Fn. 24), S. 280.

自由に評価しなければならないが、争いのある事実が刑事手続ですでに認定されている場合には、この手続に基づいて、さらなる証拠調べを要せずして、その真実性を確信するに至ることがある。刑事判決の不当性について極めて有力な論拠が当事者から提出されない限り、この確信は、通常、刑事判決に基づいて得られる。刑事裁判官が証明済みとみなした事実について民事訴訟において再度の証拠調べが必要になるのは例外的な場合に限られ、同一の事実問題について民事裁判所と刑事裁判所との判断が矛盾するのは非常に稀な事態に属すると確実視してよい。万一矛盾判決が生じて、それは真実と正義とが妥当すべきとの高次の要請によって正当化される⁴¹⁾、と。要するに、刑事判決は民事訴訟に対する拘束力を有しないという理解に転じつつも、それが多くの場合には決定的な影響をもつこととなるとの認識の下、原状回復に関しては従前と同様の規定が維持されるという、いささか屈折した経過を辿ったのである。

2 ちなみに、先に言及したEGCPO 14条2項1号の審議過程を一瞥しておくと、同号はシュトルックマンの提案にかかるものであるが、その趣旨は、刑事判決の民事訴訟に対する拘束力が証拠法則として（訴訟法に）定められていれば自ずと失効するのに（反駁し得ない）法律上の推定として（実体法に）定められていれば存続するとすればバランスを欠くという点にある⁴²⁾。ただし、ここについては拘束力を肯定すべきとする意見も少なくなく、特にライヒェンスペルガーは、刑事裁判官の言い渡した有罪判決が民事裁判官を拘束するのは「公法の基本命題（fundamentaler Satz des öffentlichen Rechts）」であるとみていた⁴³⁾。しかしながら、大部分のケースで刑事判決の認定を基礎とすることとなるとしても、真実は逆だと判明した場合に考慮できないのは妥当でない、

⁴¹⁾ Hahn, aa.O. (Fn. 24), S. 280.

⁴²⁾ Carl Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2: Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben, Abt. 2, Berlin 1880, S. 1087 f. 判決の齟齬は生じ得るものの、たいていの場合、民事裁判官は刑事裁判官に追従するから、懸念は決定的でないと付言されており、ここでもやはり、前者は後者に従うのが通例だと把握されているといえる。

⁴³⁾ Hahn, aa.O. (Fn. 42), S. 1088.

有罪判決は事実認定まで含めて拘束力をもつのに無罪判決には同様の効力が認められないとすると均衡を失する、との趣旨を説くラスカーの（再）反論もあり、結局、シュトルックマンの提案が容れられることとなった⁴⁴⁾。

c. 小括

民事判決が基礎としている刑事判決が取り消された場合に原状回復が認められる旨の規定は、文言上は大きな変化を被らずに立法化されたものの、刑事判決の民事訴訟に対する拘束力いかにいう前提問題にかかる理解の転換を経験したため、その意味内容は様変わりすることとなった⁴⁵⁾。ハノーファー草案、プロイセン草案、北ドイツ草案においては、刑事訴訟で下された確定有罪判決が民事訴訟との関係で拘束力をもつ（ことがある）ことを出発点として、刑事判決が覆滅された場合にそれに基づいて下された民事判決を覆滅する手段を用意する点に主眼があった。この想定の下では、同一の事実関係が問題になる場合には、民事判決に先立って刑事判決が下されていれば、民事判決は刑事判決に従って書かれるはずなので、その意味で、前者が後者を「基礎としている」のは当然かつ瞭然のこととみることができる。

これに対して、CPOにおいては、自由心証主義を採ることとの整合性に鑑み、刑事判決は民事訴訟にとって（重要ではあるものの）法的な拘束力はない——事実上の影響力をもつにとどまる——ものとされ、その証拠力の評価は挙げて民事裁判官に委ねられることとなった。従前の議論からすれば、刑事判決の民事訴訟に対する拘束力の否定とともにそれを前提としていた（ここで問題にしている）原状回復も姿を消してもおかしくなかったようにも思われるものの、現実にはそうはならず、事実上の影響力といえども決定的なものであるとの認識に支えられて、趣旨の変容を伴いながら、CPO 543条 6 号（ZPO 580条 6 号）として生き延びた⁴⁶⁾。そのコロラリーといい得ようか、刑事判決において宣

⁴⁴⁾ Hahn, aa.O. (Fn. 42), S. 1089 f.

⁴⁵⁾ この点に関しては、加波・前掲注12)78頁注52、81頁も参照。

⁴⁶⁾ 1898年のCPOの（ZPOへの）改正に際しても、同号については特に議論が

告されたのが有罪か無罪かは問われなくなった。かくして、民事裁判官は、刑事判決に捉われずに独自の事実認定をなし得る（なすべき）こととなった。基本的には刑事判決に追従するであろうという認識が示されているので、実際の帰結には大きな差異は生じないかもしれないが、法的な拘束力との連関が断ち切られたため、そこで下される民事判決が刑事判決を「基礎としている」か否か、すなわち、原状回復事由が存在するか否かはいくぶん見えにくくなったのである。

(2) 1933年改正まで

a. 問題の所在

先に見たような議論を経て胚胎したCPO 543条6号(ZPO 580条6号)は、刑事判決は民事訴訟に対する拘束力をもたないものの(大きな)事実上の影響力を有し得るとの前提に立脚した規定として、換言すれば、自由心証主義の枠内で民事裁判官の心証形成の基になった刑事判決が取り消された場合に民事判決の取消しを認める規定として、理解されるに至る。そこにはもはや、立法過程で当初いわれていたような刑事判決の民事訴訟に対する拘束力は存在せず、(証拠としての)刑事判決の有する事実上の影響力——証明効——にフォーカスされているのが明らかである。しかしそうすると、その種の影響力は何も刑事判決にばかり観念されるわけではないのではないか、例えば、民事判決にも観念されるのではないか、という疑問が生じてくるのは必定であろう。ここに、民事判決が刑事判決以外の判決(さらにはこれに類する判断)を基礎としている場合にまで同号の守備範囲を拡大していく契機が存在する。

その一方で、CPO 543条6号(ZPO 580条6号)の射程を刑事判決を超えて広げるとなると、先行判断が既判力等の法的な効力によって後行判断に影響を及ぼす場合についていかに考えるかが翻って問題になり得る。証明効によって(事実上)影響を与えただけで足りるのであれば、既判力等によって(法律上)影響を与えた場合には、当然、原状回復が

されず、条文番号の変更以外は何ら変わらず維持された。Vgl. *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 8, Berlin 1898 (Neudruck 1983), S. 117, 378, 681.

認められてよいように思われるものの、刑事判決との平仄という観点では、消極に解する余地も皆無とはいえない。こういう文脈から、(刑事判決に関する限りは立法者意思が明確である)「基礎としている」の意味内容が再び組上に載ることとなる。

b. 初期の議論状況

CPO (ZPO) 下の初期の文献において、CPO 543条 6 号 (ZPO 580条 6号) について立ち入って考察するものは多くない。条文文言と立法趣旨とに忠実に、主として、民事判決が基礎としている刑事判決が後に確定判決によって取り消された場合に原状回復の訴えを提起し得る旨 (およびそこで問題になるのが〔証拠としての〕判決の事実上の影響力である旨) が説明されるにとどまっている⁴⁷⁾。もっともそれらも、同号の適用対象が刑事判決の取消しの場合に限られる (べき) 理由に触れているわけではなく、同号の限定的な規定ぶりに積極的に賛同しているかは不透明である。他の判決 (さらにはこれに類する判断) を基礎としている場合いかん、(それらの) 法的な拘束力が問題になる場合いかん、などといった問題への言及は基本的に見られない。

c. ヘルヴィヒの見解

これに対して、ヘルヴィヒは、その著書『ドイツ民事訴訟法体系』において、ZPO 580条 6 号の守備範囲を広げるべきであると明言していた。彼によれば、同号の適用対象を民事判決が基礎としている刑事判決が取り消された場合に限定する (立法者の) 解釈は狭きに失し、他の司法行為および行政行為が取り消された場合にも類推適用して、欠缺を埋めなければならない。このような観点から、例えば、第一の判決の既判力ある確認が証明効または既判力 (拘束力) の観点で第二の判決に影響を及ぼした場合には、同号の類推適用が認められるとされる^{48) 49)}。ここ

⁴⁷⁾ 例えば、*Julius Wilhelm Planck*, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. 2, München 1896, S. 582; *Jakob Weismann*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Stuttgart 1903, S. 293, 459.

⁴⁸⁾ *Konrad Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, I, Leipzig 1912,

にはすでに、民事判決が刑事判決以外の判断を（その事実上または法律上の影響によって）基礎としている場合にまで同号の射程を及ぼす発想が表れているのである⁵⁰⁾。

d. シュタインの見解

そうした中、後の改正に特に強い影響を与えたのがシュタインの見解であった⁵¹⁾。コンメンタールにおけるZPO 580条6号の解説において、彼は（ヘルヴィヒの見解をも参照しつつ）次のように述べている。「EG〔ZPO〕14条〔2項〕1号によれば、刑事判決は民事裁判官に対して拘束力をもたないから、問題になるのは……個々の事案の状況に従い自由に判断されるべき……証拠評価についてのその事実上の意義（tatsächliche Bedeutung）だけである。……法律の奇妙かつ深刻な欠缺は、……既判力によって裁判官を拘束する〔民事判決〕または……判決で宣言された法律効果の法律要件要素を構成する民事判決が事後的に、特に再審手続において取り消された場合について同様の規定が存在せず、解釈によって補充し得ない点にある。同じことは拘束力ある行政決定および類似の行為についてもいえる^{52) 53)}」、と。

S. 560 f., 809, 871. これに対して、先行判決が形成判決である場合には、その取消しは（原状回復事由ではなくて）新事由に当たり、既判力に妨げられずに主張できるとされる。

⁴⁹⁾ Hellwig, aaO. (Fn. 48), S. 560は、具体例として、先行判決が貸金債権の確認判決、後行判決が質権に関する判決であるケースに言及する。

⁵⁰⁾ もっとも、「既判力ある確認」にフォーカスしていることからして、判断の結論部分の影響のみを問題にしている——理由づけ部分の影響は問題にしていない——可能性がある点には注意が必要であろう。

⁵¹⁾ 後に見るように、シュタインの見解は、1933年改正の基礎となった立法草案（1931年草案）の理由書において明示的に言及されている。

⁵²⁾ Friedrich Stein, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 10. Aufl., Bd. 2, Tübingen 1913, S. 162 ⇐ Stein/Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 14. Aufl., Bd. 2, Tübingen 1929, S. 208.

⁵³⁾ 現状、ここではせいぜい、場合によってはZPO 767条——請求異議の訴えについての条文である——に基づいて執行から保護される余地があり得るだけだという。

本稿の関心に即して敷衍すれば、刑事判決に関しては事実上の影響力しか問題にならないとの認識が示されつつ、問題の判決が基礎としている民事判決、行政決定（等）が事後的に取り消された場合にも、原状回復を認めるべき旨が説かれているといえる。そのために立法を要すると解している点、法律要件の効力まで取り込んでいる点でヘルヴィヒとは理解を異にするものの、目指している方向性それ自体に大きな径庭はないと評価してよいであろう。民事判決、行政決定（等）に関しては、直接的には、既判力、法律要件の効力⁵⁴⁾ などといった法的な効力が念頭に置かれているが、刑事判決に関する叙述に照らしつつ読めば、それらの事実上の影響力は考慮されないという趣旨ではない——むしろ同様に問題になり得るとみている——と考えられる。

e. 若干の異説

ところで、ここまでに触れた見解は、刑事判決に関する限り、民事訴訟との関係では事実上の影響力しか問題にならないという前提を共有しているといえるが、EGZPO 14条2項1号は、失効する「拘束力」の詳細に触れていないため、一部の論者はここに限定解釈を施して、刑事判決の一定の拘束力は残存する旨を説いていた。例えば、クットナーは、同号によって失効するのは刑事判決に含まれる事実認定の法律上の証明効 (gesetzliche Beweiswirkung) だけで、刑事判決の言渡し自体に結びつけられている法律効果は否定されないので、有罪判決を受けた者は実は無罪であった旨の主張は遮断されるという意味において、刑事判決の民事裁判官に対する拘束力はあるといい⁵⁵⁾、ゴルツシュミットは、「有罪判決は処罰の法適合性を既判力をもって確定する」としつつ、このことと同号によって刑事裁判官の事実認定の拘束力のみが失効することと

⁵⁴⁾ シュタインはここで付随的効力 (Nebenwirkung) に関するクットナーの見解を参照している。クットナーの見解については、鈴木正裕「既判力の拡張と反射の効果 (二)」神戸法学雑誌10巻1号 (1960) 37頁、73頁以下、同「判決の反射の効果」判タ261号 (1971) 2頁、3頁以下、伊藤隼「補助参加制度の機能に関する一考察 (二)」法協137巻10号 (2020) 1719頁、1724頁以下参照。

⁵⁵⁾ Georg Kuttner, Urteilstwirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914, S. 14 f.

は矛盾しないという⁵⁶⁾。

これらの見解によれば、EGZPO 14条 2 項 1 号が念頭に置いているのは刑事判決の事実認定を民事裁判官が基礎とすることを命ずる規定にとどまり、刑事判決によって被告人が適法に刑の言渡しを受けた事実（に結びついた法律要件的効力）まで否定され得るわけではないこととなる⁵⁷⁾。とはいえいずれにせよ、刑事判決（の事実認定）の事実上の影響力ゆえに民事判決が刑事判決に依拠して下され得ること、そしてその場合にZPO 580条 6 号が適用されることに異を唱えるものではないのは確かかと思われる。

f. 1933年改正

さて、ZPO 580条 6 号は1933年の改正⁵⁸⁾を経て（ほぼ⁵⁹⁾）現在の形に

⁵⁶⁾ *James Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage – Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925, S. 175 f. Fn. 954a.

⁵⁷⁾ 両者はここで、ライヒ裁判所の判例（RG, Urteil vom 17. März 1884, RGZ 13, 196 (199)）を引合いに出しているが、その中には次のような判示がある。控訴審裁判官は、被告が被害者の精神状態を認識した後に自発的に犯行を中止したという、刑事判決とは全く異なる事実認定をした。刑事判決は民事裁判官を拘束しないというのは確かに正しい。しかしそうした認定によって問題の離婚事由を除去できると信ずるとすればそれは間違いである。離婚事由は犯行それ自体ではなくて処罰された犯行だからである。他方の配偶者が無罪判決があった後に無罪判決の下された行為を離婚訴訟で離婚事由として主張することができないように、有罪判決を受けた配偶者は無実の罪によって有罪判決を受けたと主張・立証することで離婚訴訟に反駁することはできない。刑事判決によって犯罪は証明されているのであって、有罪判決によって夫婦間の関係について生じる効果（Folgen）は、離婚訴訟でなされる反対の認定によってはもはや除去され得ず、刑事裁判所の手続の再開後に言い渡される判決によってのみ除去され得る。

⁵⁸⁾ 改正法の内容は RGBL. 1933 I, S. 780. 改正を反映した ZPO の条文（全文）は RGBL. 1933 I, S. 821.

⁵⁹⁾ 当時は現に特別裁判所が存在していたため「旧（früher (en)）」の語がなかったが、それ以外は同一である。なお、ZPO 580条 6 号が現在の形になったのは、（第 2 次世界大戦後の）1950年 9 月12日の「裁判所構成、民事司法、刑事手続及び費用法の分野における法統一の回復に関する法律（Gesetz zur Wiederherstellung

なるが、それは1931年の改正草案⁶⁰⁾の546条8号⁶¹⁾を引き写したものであった。この草案には詳細な説明が付されているが、それによれば、同号の提案の理由は、要旨次のようなものである。すなわち、シュタインはつとに、刑事判決が他の確定判決によって取り消された場合にしか原状回復の訴えを認めていない点で、ZPO 580条6号は狭く理解されすぎている旨を指摘していたが、刑事判決の取消しの際に原状回復の訴えを許容するのを支持する理由は、問題の判決が依拠する他の裁判所の判決が取り消されたケースすべてに通用する (durchgreifen) ので、シュタインは正しいと認めなければならない⁶²⁾、というのである。

そしてそうした提案が受け入れられて、ZPO 580条6号の原状回復の射程は、刑事判決にとどまらず、「通常裁判所、〔旧〕特別裁判所又は行政裁判所の判決」の取消しの場合にまで拡大されることとなった。先述のように、すでに学説において支持されていた方向性ではあったものの、晴れて明文化されるに至ったのである。ローゼンベルクは、これを評して、「理にかなった改正 (sachgemäße Änderung)」であると述べている⁶³⁾。

もっとも、適用範囲が広がったとはいえ、少なくとも文言上、もっぱら「判決」が念頭に置かれていることには留意が必要であろう。シュタ

der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts)」(BGBl. 1950, S. 455) 2条100号による改正によってである。

⁶⁰⁾ Entwurf einer Zivilprozeßordnung: veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1931, S. 5. この草案はそのまま立法化されたわけではないが、1933年の改正に多大な影響を与えたといわれている。Vgl. Stein/*Althammer*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 24. Aufl., Bd. 1, Tübingen 2024, Vor § 1 Rn. 170.

⁶¹⁾ 1931年草案546条

原状回復の訴えは、次に掲げる場合に行われる。

8. 当該判決が基礎としている通常裁判所、旧特別裁判所又は行政裁判所の判決が他の確定判決によって取り消されたとき。

⁶²⁾ Entwurf einer Zivilprozeßordnung, aa.O. (Fn. 60), S. 371.

⁶³⁾ *Leo Rosenberg*, Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1933 (RGBl. I 780), ZJP 58 (1934), S. 283, 340.

インは、民事判決を典型としつつも、行政決定および類似の行為まで視野に入れており、やや遡って、ヘルヴィヒも、司法行為および行政行為を広く対象とすべきとしていた。しかしながら、改正法では、判決以外には（おそらく意図的に）言及されていない。この意味で、立法者がシュタインの基本構想に立脚しているのは間違いないとしても、彼の見解をそのまま採用する趣旨だったかは必ずしも明らかでないとするのが穏当なように思われる。

g. 小括

以上に見たように、学説において提唱された拡大志向が立法に結実して、刑事判決以外の判決の取消しの場合にもZPO 580条6号が適用されることとなったわけであるが、ここで（新たに）2つの問題が浮かび上がる。第一は、当該判決が刑事判決以外の判決——典型的には民事判決——に基づいている場合とはどういう場合かである。刑事判決に関しては事実的効力としての証明効が問題になるにすぎないとの理解が一般的であるが、民事判決については既判力等の法的な拘束力が問題になるケースがあるのであって、この点についていかに考えるかが問われ得る⁶⁴⁾。第二は、原状回復が認められるのが、条文上、「判決（Urteil）」の取消しの場合に限られていることをどう理解するかである。より具体的には、当該判決が基礎としている判決以外の判断——例えば、行政行為、非訟裁判、仲裁判断——が取り消されたとき、同号を（類推）適用する余地があるか、あるとしていかなる範囲においてかが問題になる。以下では、このような問いを視野に入れつつ、1933年改正後の（現行法下の）議論の展開を見ていきたい。

⁶⁴⁾ 1933年の改正の立法者としては、シュタインの見解を引合いに出していることからして、既判力等の法的な拘束力が存在するケースまで射程に含める趣旨だった可能性が高いように思われるが、理由書は「刑事判決の取消しの際に原状回復の訴えを許容するのを支持する理由は、……他の裁判所の判決が取り消されたケースすべてに通用する」と（だけ）述べていて、問題になる判決の影響についてはブランクであるとする余地もなくはない。

2. 1933年改正後の展開

(1) 適用範囲の拡大

a. ガウルの見解

ガウルは、一方で、1933年の改正によってZPO 580条 6 号の射程が刑事判決以外の判決にまで拡大された点を捉えて、問題はもはや基礎となった（取り消された）判決が原状回復の訴えを提起された判決に証拠力の観点で影響を与えた場合に限定される必要はなくなったと指摘する。同号に新たに掲げられた判決と刑事判決とが同等に取り扱われることとなった以上、その（法的な）拘束力によって影響を与えた場合にも原状回復の可能性が開かれるべきであって、CPOの立法者が想定していたような、基礎となった（取り消された）判決が原状回復の訴えを提起された判決の事実認定を証拠方法として規定した場合に限って同号が適用されるという解釈は支持され得ない、というのである⁶⁵⁾。

他方で、判決以外の認識行為 (Erkenntnisakte) ——例えば、行政行為、非訟裁判、仲裁判断——にまでZPO 580条 6 号を広げていけるかについては、ヘルヴィヒの広汎な解釈⁶⁶⁾ が知られていたであろうにもかかわらず、改正法が「判決」にしか触れていないことに鑑みれば、立法者が暗黙裡に消極に解しているとの疑念があり得るとしつつ、類推適用のためには、それらと判決（およびその効力）との法的な類似性が認められる必要があるとする⁶⁷⁾。ガウルによれば、そういい得るためには、訴訟類似の多段階の手續において、関係者の関与の下で、完結した確たる事実に基づいて、法律上の請求権について判断したものであって、かつ、当局によって変更され得ず、法定の期間の経過後は関係者も不服申立てができないことが必要である⁶⁸⁾。

⁶⁵⁾ *Gaul*, Grundlagen, aa.O. (Fn. 12), S. 196 f.

⁶⁶⁾ 1 (2) c 参照。

⁶⁷⁾ *Gaul*, Grundlagen, aa.O. (Fn. 12), S. 197 f.

⁶⁸⁾ *Gaul*, Grundlagen, aa.O. (Fn. 12), S. 198 Text und Fn. 25. これらの要件を満たさない行政決定や非訟裁判は、通例、民事裁判官との関係で、（既判力の観点ではなくて国家機能の分配の観点から）拘束力をもつものではないとされる。また、それらは、判決手續に匹敵する真実探求と権利保護との保障を備え

ただしそこでは、ZPO 580条6号において、判決が書証として用いられ得ることが認められている一方で、判決以外の認識行為について相当する許容性が明示されていない点が考慮され、次の2つの疑問が提起される。第一に、民事裁判官が単なる行政決定（等）を証拠上の理由から判決の基礎に据えるのは誤りではないかであり、第二に、同号を介してそういう法的誤りの事後的な是正を可能とすべきかである⁶⁹⁾。ガウルは、結論として、一定範囲で類推適用を認めるが、条文上、「確定的な」取消し („rechtskräftige“ Aufhebung)⁷⁰⁾が要求されていることを重視して、既判力の制度と相容れない不安定性が入り込むのを避けるべく⁷¹⁾、民事判決が基礎としている（判決以外の）認識行為が再審に相当する手続・事由によって取り消される必要があるとする⁷²⁾。そしてそうした基本発想の下、同号の趣旨は刑事訴訟における原状回復の効果が民事訴訟に及ぶのを保障する点にあるとの立法理由⁷³⁾を援用しつつ、執行宣言の付された仲裁判断に関しては、（当時のZPO 1043条1項によれば）ZPO 580条1号ないし6号の事由がある場合に限り取消しが認められることから類推適用を肯定し⁷⁴⁾、その他の認識行為に関しても、それがあつた種の再審における「確定的な」取消しに服する場合には、同号の意味における

た手続に基づいていない限り証拠方法にも適さないとされる。

⁶⁹⁾ Gaul, Grundlagen, aa.O. (Fn. 12), S. 198 f.

⁷⁰⁾ Gaul, Grundlagen, aa.O. (Fn. 12), S. 199 Fn. 28は、原状回復の訴えが極めて容易に「骨折り損 (Schlag ins Wasser)」に終わる事態を避けるべく、広汎な条文文言にもかかわらず、純粹に手続的に取り消されただけでは足りず、実体的に異なる判断が下されたことを要するとする。

⁷¹⁾ 基礎となった認識行為の取消しが仮に確定的なものでなくてもよいとすると、原状回復の訴えが認められた後に「取消しが取り消される」——基礎となった認識行為が翻って有効とされる——余地が残り、ひいては再度の原状回復の訴えの可能性を生むこととなり得ると考えられる。

⁷²⁾ Gaul, Grundlagen, aa.O. (Fn. 12), S. 199.

⁷³⁾ 1 (1) b 参照。

⁷⁴⁾ これに対して、執行宣言の付されていない仲裁判断への ZPO 580条6号の類推適用には、再審にはほゞ匹敵するものの再審より緩やかに認められる取消しの訴え (ZPO 旧1041条、現1059条参照) が開かれていることから、疑念がないではないという。

判決に匹敵する認識行為が存在する（ので類推適用が認められる）とする⁷⁵⁾。

付言すれば、以上のガウルの議論では、判決が証明効をもつものであって、それに基づいて（原状回復の訴えを提起された）判決が下された場合に ZPO 580 条 6 号が適用されるのは前提とされている。むしろここでは、①刑事判決以外の判決につき、それが法的な拘束力によって民事裁判官に影響を及ぼした場合にも同号が適用されるべきこと、②判決以外の認識行為につき、それがその形成および取消しの規律の点で判決に匹敵する性質を有する場合に限って同号が類推適用され得ること、に力点が置かれている。条文上、基礎としている「判決」が「確定判決によって」取り消された場合のみが対象とされていることとの均衡を重視し、その場合との同質性を厳密に要求する点に特徴があるといい得よう。

b. 現在の到達点⁷⁶⁾

- 1 ガウルは、基本姿勢としては、判決以外の認識行為への ZPO 580

⁷⁵⁾ *Gaul*, Grundlagen, aa.O. (Fn. 12), S. 199-201.

⁷⁶⁾ 以下の叙述に当たっては、主として次の文献を参照した。なお、引用は下線付の略称による。

- ・ *Anders/Gehle/Hunke* : *Anders/Gehle/Hunke*, Zivilprozessordnung, 83. Aufl., München 2025, § 580
- ・ *BeckOK ZPO/Fleck* : *Fleck*, in: Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 57. Ed., Stand: 01.07.2025, § 580
- ・ *Musielak/Voit/Spohnheimer* : *Musielak/Voit/Spohnheimer*, Zivilprozessordnung, 22. Aufl., München 2025, § 580
- ・ *Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich* : *Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich*, ZPO-Kommentar, 16. Aufl., Hürth 2024, § 580
- ・ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* : *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 161
- ・ *Stein/Jonas/Jacobs* : *Stein/Jonas/Jacobs*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Bd. 6, Tübingen 2018, § 580
- ・ *Wieczorek/Schütze/Büscher* : *Wieczorek/Schütze/Büscher*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 5. Aufl., Bd. 7, Berlin/Boston 2021, § 580

条6号の守備範囲の拡大には慎重といってよいと思われるが、判例・学説は、判決との等質性に気を配りつつも、割合寛大に同号の（類推）適用を認めていくこととなる。以下では、今日の暫定的到達点と目すべき理解を確認したい。なお、説明の便宜のため、原状回復の訴えによって攻撃される判決を「後行判決」、これが下された訴訟を「後行訴訟」といい、後行判決の基礎となった（取り消された）判決を「先行判決」、これが下された訴訟を「先行訴訟」という⁷⁷⁾。

2 立法経緯を考慮して、ZPO 580条6号による原状回復の訴えが認められるには、後行訴訟の裁判所が先行判決に（既判力、形成力、法律要件の効力等によって）法的に拘束されたかは問わないというのが支配的見解である⁷⁸⁾。「基礎としている」という文言に表れているように、先行判決と後行判決との間の因果関係は必要であるが⁷⁹⁾、それにとどまり、後行訴訟において、先行判決が証拠方法として用いられて、かつ、後行判決（の事実認定）が本質的にそれに依拠していれば足りる——これに当たるかは個々のケースにおいて自由な心証によって判断される——のである⁸⁰⁾。その意味で、先行判決が後行判決に事実上影響を及ぼした（にすぎない）場合まで捕捉されることとなる。判例も、当該事案においては原状回復の訴えを認めなかったが、一般論として、「〔ZPO 580条6号の〕規定は、原状回復の訴えが提起された判決が取り消された判決に何

・ Zöller/*Greger* : Zöller/*Greger* : Zivilprozessordnung, 35. Aufl., Köln 2023, § 580

⁷⁷⁾ 「前訴（判決）」「後訴（判決）」といわないのは、2つの訴訟が並行して係属する可能性もあり、一方の終結の後に他方の提起に至るとは限らないからである。

⁷⁸⁾ Rosenberg/*Schwab/Gottwald*, Rn. 22; Stein/*Jonas/Jacobs*, Rn. 22; Wiczorek/*Schütze/Büscher*, Rn. 44; Zöller/*Greger*, Rn. 13a; Musielak/*Voit/Spohnheimer*, Rn. 4, 12; Prütting/*Gehrlein/Meller-Hannich*, Rn. 10.

⁷⁹⁾ Rosenberg/*Schwab/Gottwald*; Rn. 10; Stein/*Jonas/Jacobs*, Rn. 4, 23; Wiczorek/*Schütze/Büscher*, Rn. 11; Zöller/*Greger*, Rn. 3, 13a; Musielak/*Voit/Spohnheimer*, Rn. 4, 12; Anders/*Gehle/Hunke*, Rn. 7.

⁸⁰⁾ Stein/*Jonas/Jacobs*, Rn. 22; Wiczorek/*Schütze/Büscher*, Rn. 11, 44; Zöller/*Greger*, Rn. 13a; Musielak/*Voit/Spohnheimer*, Rn. 4, 12; Prütting/*Gehrlein/Meller-Hannich*, Rn. 12.

らかの形で支えを見いだしている場合にのみ適用される……。刑事上の有罪判決が民事裁判所の証拠評価に併せ取り込まれている場合には、それだけでそう認められる⁸¹⁾」と判示しており、(学説にも況して) 緩やかな態度をとっていると解される。

反対に、先行判決が後行判決の証拠評価に(表面上) 含まれていなければ問題が生じないかという、そういうわけでもない。先行判決が後行判決の「証拠調べの結果の『見えざる』支え („unsichtbare“ Stütze eines Beweisergebnisses)」として用いられていないかが併せてチェックされており、先行判決の影響が一見窺われない場合であっても、ZPO 580 条 6 号の適用の余地が認められているのである⁸²⁾。その一方で、後行判決が事実 (Tatbestand) において——理由 (Entscheidungsgründe) においてではなくて——先行判決に何らかの形で言及しただけでは十分でない⁸³⁾、後行判決が事実評価または法的評価に際して先行判決の支持した見解に(法的に拘束されずに) 与しただけでは足りない⁸⁴⁾、などとして、一定の限界づけが図られてもいる。後行訴訟の裁判官において、単に先行判決の存在・内容を認識していたとか同様の評価・結論を採用したとかいう次元を超えて、それを実質的な根拠として判断を下したことが要求されていることとなろう。

3 先行判決は後行訴訟の裁判官による参照の時点あるいは後行判決

⁸¹⁾ BGH, Urteil vom 8. Februar 1984, VersR 1984, 453 (455). Vgl. auch KG, Beschluss vom 25. November 1968, OLGZ 1969, 114 (121).

⁸²⁾ BGH, Urteil vom 8. Februar 1984, VersR 1984, 453 (455). この事案では、先行訴訟の判決は後行訴訟の裁判所に証拠として提出されなかったようであるが、「控訴審判決の事実において取り消された裁判に言及されただけでは原状回復事由を認めるに足りない。その理由において、控訴審裁判所はもはや刑事判決を採り上げていない」との判示に続き、「刑の宣告 (Strafausspruch) は、控訴審判決において詳述された検討だけでは支持されない証拠調べの結果の『見えざる』支えとしても用いられていない」と念押しされている。

⁸³⁾ BGH, Urteil vom 8. Februar 1984, VersR 1984, 453 (455); Wiczorek/Schütze/Büscher, Rn. 44.

⁸⁴⁾ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Februar 2019 – OVG 9 N 137.16 –, juris Rn. 8; Wiczorek/Schütze/Büscher, Rn. 44; Musielak/Voit/Spohnheimer, Rn. 12.

の言渡しの時点で確定していたものである必要はない。ただし、条文文言——「確定判決によって」——にあるように、原状回復が認められるには、その取消しは（上訴によろうが再審によろうが）確定的になされていなければならない⁸⁵⁾。

4 ZPO 580条6号は、直接的には、当該判決が「通常裁判所、旧特別裁判所又は行政裁判所の判決」を基礎としている場合にしか触れていないが、結論として、社会裁判所、財政裁判所、労働裁判所の判決を基礎としている場合が対象に含まれることに争いはない⁸⁶⁾。また、先に述べたように、基礎となった（取り消された）のが形式的には判決ではなくても、少なくともそれと判決との同質性・類似性が肯定される限り、（類推）適用が認められると解されている⁸⁷⁾。

具体的には、例えば、仲裁判断の取消し⁸⁸⁾、非訟裁判の取消し⁸⁹⁾、行政行為の取消し・無効——重度障害者への解雇通告に対する中央福祉局

⁸⁵⁾ Stein/Jonas/Jacobs, Rn. 21; Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, Rn. 10.

⁸⁶⁾ BGH, Beschluss vom 23. November 1983, BGHZ 89, 114 (116); Stein/Jonas/Jacobs, § 580 Rn. 21; Wieczorek/Schütze/Büscher, Rn. 40; Zöller/Greger, Rn. 13; Musielak/Voit/Spohnheimer, Rn. 12; Anders/Gehle/Hunke, Rn. 17; BeckOK ZPO/Fleck, Rn. 16.

⁸⁷⁾ 厳密を期せば、形式的に「判決」でないものとの関係では類推適用というのが正確ように思われるが、結論に変わりがないからか、（直接）適用か類推適用かは取り立てて気にされていないようで、それらについて、判決と「同視される (gleichgestellt)」 「みなされる (angesehen)」 などといった、（直接）適用を想定していると思しき記述も散見される。

⁸⁸⁾ RG, Urteil vom 23. April 1937, ZZP 61 (1939), 142 (144) ——この事案に適用される1930年7月25日のZPO 1043条1項（・1041条6号）では、仲裁判断が執行可能であると確定的に宣言された後は、その取消しは、ZPO 580条1号ないし6号の事由がある場合に限り申し立てることができる旨が規定されていたが（前注74）に対応する本文参照）、この判決は、「原告は……仲裁判断の基礎となった判決またはこれに準ずる仲裁判断が取り消された（ZPO 580条6号）とは主張していない」として訴えを退けており、民事判決が基礎としている判断は判決に限られない（仲裁判断でもよい）ことを前提していると解される——; BGH, Urteil vom 13. September 2007, MDR 2008, 460 (461).

⁸⁹⁾ Stein/Jonas/Jacobs, Rn. 23; Zöller/Greger, Rn. 13; Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, Rn. 10.

(Hauptfürsorgestelle) の同意通知の取消し⁹⁰⁾、特許の取消し・無効⁹¹⁾、実用新案登録の無効⁹²⁾——、さらには、品種保護権 (Sortenschutzrecht : わが国の育成者権に相当する) の通常存続期間満了前の放棄による消滅⁹³⁾があった場合について、それらを基礎としている判決に対して、原状回復が認められている。これらの取消し等は、遡及的になされることを要する⁹⁴⁾。

⁹⁰⁾ BAG, Urteil vom 25. November 1980, NJW 1981, 2023 (2024).

⁹¹⁾ BGH, Urteil vom 29. Juli 2010, BGHZ 187, 1 (4 Rn. 12) = GRUR 2010, 996 (996); BGH, Urteil vom 26. Januar 2017, BGHZ 213, 238 (245 Rn. 10) = GRUR 2017, 428 (430). 特許権侵害訴訟における認容判決の確定後に特許について異議手続による取消し／無効訴訟による無効宣言があった場合には (ZPO 580 条 6 号の類推適用によって) 原状回復を認めるのが多数説である。Wieland Horn, Patentverletzungsprozeß und Nichtigkeitsverfahren, GRUR 1969, S. 169, 175; Kurt von Falck, Die Rechtsbehelfe gegen das rechtskräftige Verletzungsurteil nach rückwirkendem Wegfall, GRUR 1977, S. 308, 309 f.; Busse/Keukenschrijver/Kaess, Patentgesetz, 9. Aufl., Berlin/Boston 2020, PatG Vor § 143 Rn. 392; Christoph Ann, Patentrecht, 8. Aufl., München 2022, § 36 Rn 87; Benkard PatG/Grabinski/Zülch/Tochtermann, 12. Aufl., München 2023, PatG § 139 Rn. 148. 反対説として、Willi Schickedanz, Die Restitutionsklage nach rechtskräftigem Verletzungsurteil und darauffolgender Nichtigerklärung des verletzten Patents, GRUR 2000, S. 570, 576.

⁹²⁾ BpatG, Beschluss vom 1. Februar 1980, GRUR 1980, 852 (852). 実用新案登録の無効が確認されれば、それが遡及的に取り消されて、その有効性を前提として下された損害賠償を命ずる判決に対して原状回復の訴えを提起できるようになるとする。賛成する見解として、Benkard PatG/Goebel/Engel, aa.O. (Fn. 91), GebrMG § 15 Rn. 32; Benkard PatG/Engel, aa.O. (Fn. 91), GebrMG § 19 Rn. 9. 反対する見解として、Ann, aa.O. (Rn. 91), § 36 Rn. 92. なお、Busse/Keukenschrijver/Keukenschrijver, aa.O. (Rn. 91), GebrMG Vor § 15 Rn. 6は、本文では原状回復の可能性を認めつつ脚注では「〔実用新案〕登録の効果は特許とは一致しない」と述べていて、実質的には疑問を呈しているように読める。

⁹³⁾ BGH, Urteil vom 29. Juli 2010, BGHZ 187, 1 (4 Rn. 12) = GRUR 2010, 996 (996 Rn. 12).

⁹⁴⁾ Stein/Jonas/Jacobs, Rn. 23; Wiczorek/Schütze/Büscher, Rn. 42; Musielak/Voit/Spohnheimer, Rn. 4, 12. 判決の基礎の不当性が明らかになった場合に原状回復を保障すべきとの ZPO 580 条 6 号の趣旨が妥当するのは遡及的取消しの

これに対して、年金調整手続で取得された情報の撤回・訂正があっただけでは類推適用を肯定するに足りない——原状回復の訴えは許されない——⁹⁵⁾。また、後行判決が自身の法解釈を支えるために引用した先行判決の解釈が（それが依拠する法令が違憲と判断されたために）後に違憲であることとなっても、もっぱら連邦憲法裁判所法（BVerfGG）79条⁹⁶⁾（2項）が優先的に適用されて執行が妨げられ得るにすぎない——

場合だけであって、実質的にも、将来的取消しの場合には、実体法状態の変動を理由として、（敗訴）被告は請求異議訴訟を、（敗訴）原告は新訴を提起できるので、原状回復の訴えを認める必要がないとの理由による——ただし、後者の点については、遡及的取消しの場合でも、事実審口頭弁論の終結後に新たな法状態が生じたと解する限り、同じようにいい得る——。ただし、BGH, Urteil vom 29. Juli 2010, BGHZ 187, 1 (4 Rn. 14) = GRUR 2010, 996 (996 Rn. 14) は、品種保護権の（通常存続期間満了前の）消滅は遡及的でなくてもよい（が、訴訟中に生ずることを要する）という。

⁹⁵⁾ BGH, Beschluss vom 23. November 1983, BGHZ 89, 114 (117 f.)（行政行為の取消しの場合に ZPO 580条 6号を類推適用する余地を肯定しつつも、当時のドイツ非訟事件手続法（FGG）53b条 2項 2文——現在のドイツ家庭事件・非訟事件手続法（FamFG）220条 1項に継承されている——に基づいて年金保険者から取得された当事者の年金期待権の存在および額に関する情報は行政行為ではないとして、原状回復の訴えを認めなかった）；Stein/Jonas/Jacobs, Rn. 23; Zöller/Greger, Rn. 13. 反対の見解として、Bernhard Wieczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., Bd. 3, Berlin 1988, § 580 Rn. C V a（3版以降には当該記述は見当たらない）。

⁹⁶⁾ BVerfGG 79条

（1）基本法と相容れない、若しくは78条に従い無効と宣言された法規に基づいている〔確定刑事判決〕又は連邦憲法裁判所によって基本法と相容れないと宣言された法規の解釈に基づいている確定刑事判決に対しては、刑事訴訟法の規定に従い再審が許される。

（2）そのほか、95条 2項〔憲法抗告が容れられた場合〕又は特別の法律の規定の留保を除き、もはや不服を申し立てることができない裁判であって、78条に従い無効と宣言された法規に基づいているものは、影響を受けない。そのような裁判に基づく執行は許されない。民事訴訟法の規定に従い強制執行が行われるべき場合には、民事訴訟法767条の規定を準用する。不当利得返還請求権は排除される。

ZPO 580条6号の適用は問題にならない——と解されている⁹⁷⁾。なお、判例変更（による法解釈変更）は原状回復事由に当たらない⁹⁸⁾。当該判決が2つの独立した主要な理由を備えていて、そのうちの1つのみが取り消された判決に基づいている場合にも、当該判決は取り消された判決を基礎としているとはいえない⁹⁹⁾。

5 ZPO 580条6号が典型的に念頭に置いているのは、後行訴訟において、先行判決が先行訴訟に関与した（当事）者に不利に働く場合であるが、先行訴訟に関与していない（第三）者に不利に働く場合も排除されない。第三者を当事者とする後行訴訟において、その法的な効力あるいは事実的効力ゆえに、先行判決を基礎として後行判決が下された後、先行判決が確定的に取り消されれば、やはり後行判決について原状回復が認められることとなると考えられる¹⁰⁰⁾。

(2) 異説とその含意

a. ブラウンの見解

1 累次の判例の影響もあってか、基礎となった判断行為が取り消された場合にZPO 580条6号を広汎に（類推）適用する方向性は、今日、支配的となっていると評価してよからうが、ここに一石を投じたのがブラウンである。彼は『既判力と原状回復』と題する教授資格論文の一

⁹⁷⁾ BGH, Urteil vom 26. April 2006, BGHZ 167, 272 (Rn. 9); Rosenberg/Schwab/Gottwald, Rn. 25; Stein/Jonas/Jacobs, Rn. 24; Wieczorek/Schütze/Büscher, Rn. 45; Musielak/Voit/Spohnheimer, Rn. 12; Zöller/Greger, Rn. 2; BeckOK ZPO/Fleck, Rn. 17; Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, Rn. 12.

⁹⁸⁾ BverfG, Urteil vom 1. Juli 1953, BVerfGE 2, 380 (395, 405); BverfG, Beschluss vom 19. Dezember 2006, NJW 2007, 1802 (Rn. 15); Wieczorek/Schütze/Büscher, Rn. 44; Zöller/Greger, Rn. 2; BeckOK ZPO/Fleck, Rn. 18; Anders/Gehle/Hunke, Rn. 17.

⁹⁹⁾ Wieczorek/Schütze/Büscher, Rn. 44.

¹⁰⁰⁾ 判決が証拠として提出・利用される可能性の有無それ自体は、後行訴訟の当事者が先行訴訟に関与していたか否かで左右されないとみられ、少なくとも理論上、第三者を当事者とする後行訴訟において先行判決が基礎とされるケースは存在すると解される。

節¹⁰¹⁾ およびコンメンタールの解説¹⁰²⁾ において、同号の守備範囲の拡大傾向に対して警鐘を鳴らしている。

ブラウンは次のように指摘する。ZPO 580条6号は本来は刑事判決が民事訴訟において（CPOの施行前にしばしば認められていたような）手続的拘束力をもたなくても決定的な重要性を有するという事情を考慮した規定であったが、手続的拘束力を問題としないとなると、その訴訟上の意義は明らかでない。かくして、同号は説得的な基準なく種々の文脈で類推適用され、とりわけ同条7号b¹⁰³⁾ の（「当事者が自己に有利な裁判をもたらしたであろう他の文書を発見し、又は利用できるようになったとき」に認められる）結果瑕疵による原状回復（Ergebnisfehlerrestitution）¹⁰⁴⁾ の領域に存在する間隙を埋めるために使われている¹⁰⁵⁾、と。

このような認識に基づいて、彼は、收拾がつかなくならないように、ZPO 580条6号の適用範囲は、その元来の意味に即して、取り消された判決が民事判決を手続的に拘束した場合に可及的に限定すべきとしつつ¹⁰⁶⁾、それ以上の原状回復の需要に対しては、結果瑕疵による原状回復

¹⁰¹⁾ *Johann Braun*, Rechtskraft und Restitution, II, Berlin 1985, S. 404 ff.

¹⁰²⁾ *MüKoZPO/Braun*, 5. Aufl., Bd. 2, München 2016, § 580 Rn. 38 ff. なお、コンメンタールにおけるブラウンの叙述は、その後、6版での共著を経て、基本的にハイスに引き継がれている。Vgl. *MüKoZPO/HeiB*, 7. Aufl., Bd. 2, München 2025, § 580 Rn. 38 ff. 本稿では、ブラウンの最後の単著である5版をメインに参照し、ハイスの単著に移った（最新の）7版の該当箇所を脚注で併せて指示するスタイルをとる。

¹⁰³⁾ ブラウンは、ZPO 580条7号とともに、旧 ZPO 641i 条／現 FamFG 185条——単独で又は他の証拠と結び付いて異なる裁判をもたらしたであろう父子関係／血縁にかかる新たな鑑定が提出された場合に父子関係／血縁について判断した確定判決／決定に対する原状回復の訴え／申立てを認める——をも掲げているが、行論の都合上、割愛させていただく。

¹⁰⁴⁾ ブラウンの主眼は ZPO 580条7号bの再構成にこそあり、同条6号についてはそれとの関連で付随的に論じられているにとどまるが、本稿の関心に鑑み、後者について論ずるのに必要な限りで前者に触れることとしたい。

¹⁰⁵⁾ *MüKoZPO/Braun*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 39; *MüKoZPO/HeiB*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 39.

¹⁰⁶⁾ 例として、養育費判決（Unterhaltsurteil）との関係で先決的な血縁判決

を正しく設計し直して対処すればよいという¹⁰⁷⁾。本稿の直接の関心から外れるものの、興味深い発想を含んでいるので、掻い摘んで紹介することとしたい。

2 ブラウンの見解の基礎にあるのは「事後判断 (ex-post Entscheidung または Fälligkeitsentscheidung)」と「事前判断 (Vorausentscheidung)」との区別である。前者は完結した法律関係が後から確認される場合——現在の法律関係に関する判断——をいい、後者は係争法律関係が現実化する前に確認される場合——将来の法律関係に関する判断——をいう¹⁰⁸⁾。この両者の性質の違いが ZPO 580 条 6 号の解釈に (も) 効いてくるのであるが、そのベースには、同条 7 号 b に関するユニークな理解がある¹⁰⁹⁾。彼は、そこでの原状回復を、事後判断か事前判断かを問わず、しかし、新たな文書が提出された場合に限って認められる救済であると解する支配的見解を論難しつつ、要旨次のようにいう。

ZPO 580 条 7 号 b による原状回復は、将来の法律関係にかかる事前判断を認識状態の変化に適合させるための (ZPO 323 条の判決変更の訴えに類似した) 救済である。この原状回復は、一方では、事前判断に対してのみ、将来効をもつてのみ許される——この点で通説より適用範囲は限定される——。将来の法律関係は (現在の法律関係とは異なり) 変動可能性を内包するがゆえに、それにかかる判決の既判力の強度も判決の

(Abstammungsurteil) や任意認知 (Vaterschaftsanerkenntnis) が取り消された場合——後者は類推適用になる——が挙げられている。

¹⁰⁷⁾ MüKoZPO/*Braun*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 40; MüKoZPO/*HeiB*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 40. 基準としての明確性・実用性に鑑みて、このような方向性に賛意を示すものとして、BeckOK ZPO/*Fleck*, Rn. 17.

¹⁰⁸⁾ *Braun*, aa.O. (Fn. 101), S. 321; MüKoZPO/*Braun*, aa.O. (Fn. 102), Vor § 578 Rn. 26, § 580 Rn. 61; MüKoZPO/*HeiB*, aa.O. (Fn. 102), Vor § 578 Rn. 26, § 580 Rn. 68. 事前判決であるためには、その対象たる法律関係が、判決言渡しの時点で将来のものであるとともに、原状回復が考慮される時点で現実化していない必要がある。Vgl. *Braun*, aa.O. (Fn. 101), S. 324 f., 383.

¹⁰⁹⁾ ブラウンの理解についての簡にして要を得たまとめとして、vgl. *Susanne Würthwein*, Neue wissenschaftliche Erkenntnisse und materielle Rechtskraft, ZJP 112 (1999), S. 447, 459 ff.

存続に対する勝訴当事者の信頼を保護すべき度合いも相対的に低いので、この場合に限り、緩やかな原状回復の可能性が正当化されるからである¹¹⁰⁾。他方では、この原状回復は、事実的基礎・法的評価の瑕疵が認められる場合に広く行われ得る——この点で通説より適用範囲は拡大される——。そもそもそういう（手続的に瑕疵のない）判決の再検証を許すこととする以上、それに由来する敗訴当事者の全ての不利益を除去し得るように、その再検証は事実的観点・法的観点の区別なく行われるべきであって、新たな文書の提出の場合に限定する理由がないからである¹¹¹⁾。

3(1) このようなZPO 580条7号bの理解を前提として、同条6号について再構成が試みられるが、そこにおいては、事後判断と事前判断との区別に加えて、「手続瑕疵（VerfahrensfehlerまたはVerfahrensmangel）」と「結果瑕疵（ErgebnisfehlerまたはErgebnismangel）」との区別が重要になる。手続瑕疵が存在するのは、判決が瑕疵ある手続に基づいて言い渡された場合あるいは手続それ自体に関する法令違反が認められる場合であり、結果瑕疵が存在するのは、（手続瑕疵の有無にかかわらず、）判決が客観的な法状態に照らして誤っている場合である¹¹²⁾。

(2) 先行判決が事後判断である場合には、それに基づいている後行判決の（ZPO 580条6号による）遡及的取消しは、先行判決——民事判決またはZPO 578条以下が準用される判決（労働裁判所、行政裁判所、財政裁判所、社会裁判所の判決¹¹³⁾）が想定されている——が手続瑕疵を理

¹¹⁰⁾ Braun, aa.O. (Fn. 101), S. 278 ff., MüKoZPO/Braun, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 59, 61, 63 f.; MüKoZPO/HeiB, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 66, 68, 70 f.

¹¹¹⁾ Braun, aa.O. (Fn. 101), S. 332 ff.; MüKoZPO/Braun, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 63 f.; MüKoZPO/HeiB, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 70 f.

¹¹²⁾ Braun, aa.O. (Fn. 101), S. 30-32, 405; MüKoZPO/Braun, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 8; MüKoZPO/HeiB, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 8. 手続瑕疵の例としては、例えば、審問請求権の侵害、裁判官の収賄、除斥された裁判官の関与、偽証、枉法が挙げられている。手続瑕疵と結果瑕疵とは相互排他的なものではなく、瑕疵ある手続に基づいて下された判決が誤っている可能性ももちろんある。

¹¹³⁾ 労働裁判所法 (ArbGG) 79条、行政裁判所法 (VwGO) 153条、財政裁判所法 (FGO) 134条、社会裁判所法 (SGG) 179条1項が参照されている。いずれも、

由として取り消された場合のみ可能である。ここでは、先行判決にかかる先行手続の瑕疵が後行手続に引き続き影響するので、それに基づいている後行判決まで手続瑕疵のあるものと把握されて、その遡及的取消しが正当化されるとされる¹¹⁴⁾。

これに対して、先行判決がドイツ刑訴法 (StPO) 359 条 5 号または 362 条 4 号¹¹⁵⁾ (刑事再審) によって結果瑕疵を理由として (遡及的に) 取り消された場合には、それに基づいている後行判決も結果瑕疵を帯びるにすぎず、本来的には、事前判断である場合のみ、将来効をもってのみ、取り消され得るべきものである。しかしここで、刑事訴訟における原状回復の民事訴訟に対する効果を保障するとの立法趣旨¹¹⁶⁾ を愚直に貫けば、上記の刑事判決に影響された民事判決はすべて、結果瑕疵を帯びるにとどまる場合でも、ZPO 580 条 6 号を経由することで遡及的に取り消されることとなりかねず、同条 7 号 b にかかる先述の理解と平仄が合わない。かくして、基礎となった刑事判決が (上記の刑訴法の規定によって) 結果瑕疵による原状回復によって遡及的に取り消された場合には、それにもかかわらず、同条 6 号に基づく原状回復は、事前判断に対して

それらの専門裁判所における確定終結手続に対して、ZPO の規定を準用して、再審の訴えを提起することができる旨の規定である。

¹¹⁴⁾ *Braun*, aa.O. (Fn. 101), S. 405; *MüKoZPO/Braun*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 41; *MüKoZPO/Heiß*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 41.

¹¹⁵⁾ StPO 359 条

次に掲げる場合には、確定判決によって終結した手続の再審が有罪宣告を受けた者に有利に許される。

5. 単独で若しくは以前取り調べた証拠と結び付いて被告人の無罪を基礎づけ、又はより軽い刑法の適用によってより軽い刑若しくは矯正・保安処分に関する本質的に異なる裁判を基礎づけるに相応しい新たな事実又は証拠方法が提出されたとき。

StPO 362 条

次に掲げる場合には、確定判決によって終結した手続の再審が被告人に不利に許される。

4. 無罪宣告を受けた者によって裁判上又は裁判外で信頼するに足る犯罪行為の自白がなされたとき

¹¹⁶⁾ 1 (1) b 参照。

のみ、将来効をもってのみ許されるというふうには、限定解釈すべきとされる¹¹⁷⁾。

(3) 先行判決が事前判断であって、ZPO 580条7号bによって将来効をもってのみ取り消された場合において、それに基づいている後行判決が同条6号の原状回復に基づいて取り消され得るかについては、ブラウンによれば、次のように、場合を分けて考える必要がある。

後行判決が事後判断すなわち現在の法律関係に関する判断である場合には、先行判決の変更は、その帰趨に影響しない。例えば、AB間で、Aが土地の所有者であると確認された後、Bが所有権侵害によって（現在給付として）損害賠償を命じられ、そののち、確認判決がZPO 580条7号bによって将来的に取り消されたときは、Bは同条6号によって給付判決を取り消すことはできない。仮にAが最初から損害賠償のみ訴求して裁判所が所有権について前提問題として応答しただけであったら、Bは同条7号bによって所有関係の判断の誤りをもって（現在）給付判決を攻撃できないはずで、給付判決が誤った確認判決に基づいて下された場合にも結論は同一でなければならないとの考慮が背後にある¹¹⁸⁾。

これに対して、後行判決が事前判断すなわち将来の法律関係に関する判断である場合には、同様に将来効をもってのみ取り消され得る。例えば、AB間で、Aが土地の所有者であると確認された後、Bが（将来給付として）越境建築地代（Überbaurente）¹¹⁹⁾の支払を命じられ、その後、確認判決がZPO 580条7号bによって将来的に取り消された場合には、Bは同条6号によって給付判決を将来的に取り消すことができる。仮にAが最初から越境建築地代のみ訴求して勝訴していたとしたら、Bは同条7号bによって所有関係の判断の誤りをもって（将来）給付判決を攻撃できるはずで、給付判決に先立って確認判決が下されてこれが取り消

¹¹⁷⁾ *Braun*, aa.O. (Fn. 101), S. 405 f.; *MüKoZPO/Braun*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 41; *MüKoZPO/Heiß*, aa.O. (Fn. 102), § 580 Rn. 41.

¹¹⁸⁾ *Braun*, aa.O. (Fn. 101), S. 406.

¹¹⁹⁾ 越境建築地代とは、土地の所有者が故意または重過失なくして境界を越えて建物を建ててしまった場合において、隣地の所有者に（越境を甘受するのと引換えに）支払われる補償金である（ドイツ民法 [BGB] 912条以下参照）。

された場合でも別異に評価する理由はないとの理由による¹²⁰⁾。

4 以上のように、ブラウンは、ZPO 580条 6 号の守備範囲を無闇に広げるのは妥当でないとの認識の下、その適用範囲を主として基礎となった判決の法的な拘束力によって民事判決の内容が規定された場合に限定すべきとするとともに、(再構成された) 同条 7号 b が骨抜きにならないように、先行判決が手続瑕疵を理由として取り消された場合に限って後行判決の遡及的取消しを認める一方で、先行判決が結果瑕疵を理由として取り消された (にとどまる) 場合には、後行判決が事前判断である場合のみ、将来効をもってのみ、原状回復が認められると解するのである。

b. 評価

以上のようなブラウンの見解に対しては、とりわけ、ZPO 580条 6 号の解釈論の前提となっている同条 7号 b の解釈論が現行法と相容れない旨が指摘されている¹²¹⁾。実際、条文文言との関係では、その適用範囲を (彼のいう) 事前判断に限定したり文書以外の証拠の発見等の場合に拡張したりするのが困難なのは否めない。かくして、解釈論として大きな支持を得るには至っていないのが現状である。もっとも、立法論としてであれば、彼の発想が全く共感を得ていないわけではなく、「[同号の] 問題ある規律が整合性ある構想に置き換わる事態を招いても驚きではない¹²²⁾」などと述べる向きも見られるところである。

とはいえ、現行法を前提とする限り、ZPO 580条 7号 b の解釈に無理

¹²⁰⁾ Braun, aa.O. (Fn. 101), S. 407.

¹²¹⁾ Stein/Jonas/Jacobs, Rn. 29は、「ブラウンの提案は立法論としては有意な構想かもしれない」と留保しつつも、現行法の下では、ZPO 580条 7号 b の原状回復は、一方では、何ら将来への波及効をもたない 1 回の現在給付を命ずる判決に対しても開かれており、他方では、事前判決においても新たな文書の発見の場合にしか許されていないと指摘して、立法者の採用した法的平和と実効的な権利保護との調整は憲法適合的 (verfassungsgemäß) でもあると述べている。Vgl. auch Würthwein, aa.O (Fn. 107), S. 460; Musielak/Voit/Spohnheimer, Rn. 15.

¹²²⁾ Musielak/Voit/Spohnheimer, Rn. 15.

があるとする、それとの調和に根差した同条6号の解釈もいかにせん支持しにくいものにならざるを得ない。実際、同号の要件としては、「当該判決が基礎としている……判決が他の確定判決によって取り消された」ことしか定められていないので、少なくとも文言上、事前判断と事後判断あるいは手続瑕疵と結果瑕疵とで規律を分ける契機は見だし難い。また、法的な拘束力が生じる場合に基本的に適用範囲を限るべきとする点も、立法経緯も然ることながら、現状、(条文に明示的に掲げられている)刑事判決の民事判決に対する法的な拘束力が否定されていることとの兼合いで、なかなか受け入れにくい部分がありそうである。

それでも、法的な拘束力から離れた場合にZPO 580条6号の適用範囲が曖昧なものとなるとの指摘にはもっともな面があろう¹²³⁾。支配的見解が志向するとみえる同号の拡大傾向の下で、その守備範囲をいかに(明確性を担保しつつ)画していくかは重要な問題であるように思われ、そうした点に改めて気づきを与える点で(も)、彼の見解は意義深いアンチテーゼとなっていると評価できるのではなかろうか。

Ⅲ. 整理・検討

1. 与件としての証明効

先に確認したように、ZPO 580条6号はもともと、刑事判決が民事裁判官を拘束する(ことがある)との認識の下、基礎となった刑事判決が取り消された場合に民事判決を取り消すことを認めるべく提案されたものであった¹²⁴⁾。しかし、自由心証主義の採用と平仄を合わせる形で、刑事判決が民事裁判官を拘束する旨の規定が失効することとなった結果、

¹²³⁾ ブラウンの見解に先立って、ZPO 580条6号の適用範囲を前訴判決の法的な拘束力が後訴に及ぶ場合に限るべきと説いていた見解として、*Joachim Martens, Rechtskraft und materielles Recht, ZZP 79 (1966), S. 404, 445-447*. 前訴で判断された法律効果が後訴で争われる法律効果の法律要件要素である場合のみ、後訴判決は前訴判決を基礎としているといえるとする。

¹²⁴⁾ II 1 (1) a 参照。

刑事判決が民事裁判官の心証形成に事実上重要な影響を与え得ることに鑑みて、そういう場合を念頭に置いて、刑事判決の確定的な覆滅をもって民事判決の覆滅を（も）認める規定として成立した¹²⁵⁾。条文文言（形式面）は基本的に維持されつつ、意味内容（実質面）が大きな変容を被ったわけであるが、上記の経緯からして、刑事判決が有する証拠としての事実上の効力、すなわち、証明効が背後に控えているのは明らかであろう。

立法者は差し当たり刑事判決しか想定していなかったが、基礎となった判決が取り消された場合に民事判決の取消しを認めるべきであるのは、何も刑事判決（の取消し）の場合に限った話ではない。このような認識から、刑事判決以外の判決への拡張が有力に説かれ、それは1933年改正を経て立法に結実した¹²⁶⁾。しかしそうして適用範囲が広げられれば、刑事判決以外の判決——特に民事判決——に関しては、既判力、形成力、法律要件の効力等の法的な効力まで視野に入れざるを得なくなる。かくして、法的な効力か事実的な効力かを問わず、先行判決が後行判決の基礎となったといい得る限り、ZPO 580条 6 号の適用が認められていくこととなるが、そこにおいて依然として、証明効（の存在・承認）が前提とされていることに変わりはないとみることができる¹²⁷⁾。

2. 適用範囲の拡張とその背景

ZPO 580条 6 号は、文言上、「判決」の取消しの場合にしか触れていないが、同号の根底にあるのは、ある判断に基づいて他の判断がなされた場合において、前者が瑕疵ありとして取り消されたときは、後者も瑕疵ありとして取り消されてしかるべきであるという（瑕疵の連鎖）とでも

¹²⁵⁾ II 1 (1) b 参照。

¹²⁶⁾ II 1 (1) (特に d, f) 参照

¹²⁷⁾ もっとも、証明効との関係で ZPO 580条 6 号の適用が争われたケースは管見の限り多くない。これが何に起因するのか——先行判決が証明効の観点で後行判決の基礎となったといい得るようなケースがそもそも少ないからか、（存在するものの）同号が適用されることに疑いがない場合が多いため問題が表面化しないからか——は明らかでない。

いうべき) 価値判断であると解される。そうだとすると、その適用範囲に関して、刑事判決から他の判決への拡大に続いて、判決から他の認識行為への拡大が要請・承認されることとなるのは見やすい道理であろう。そこにおいては、「判決」という形式に絶対的な意味はもはや認められておらず、少なくとも、それとの類似性が認められる限り、同号の(類推)適用を肯定してよいし、肯定すべきであるという評価が見て取れる。

それとともに、こうしたZPO 580条6号の広汎な解釈が支持を集める理由としては、ブラウンの問題意識に見られるように¹²⁸⁾、同条7号bによる救済が必ずしも十分でないという事情もあるのかもしれない。実際、そこにおいては、新たな「文書」の発見・利用が要件とされていて、かつ、支配的見解はここにいう「文書」を厳格に捉えつつ、原則として先行訴訟で提出の可能性があった——事実審の口頭弁論終結時までには作成された——文書のみが考慮されとするので¹²⁹⁾、仮に事後的に民事判決の正当性を揺るがす判断が示され(て書面化され)たとしても、そういう場合は適用対象に含まれない。このような保護の隙間に鑑みて、同条6号によって妥当性を確保しようとしている節があるかに窺われるのである。

3. 「基礎としている」の解釈

ZPO 580条6号は、民事判決が「基礎としている」判決が確定的に取り消された場合に原状回復の訴えを認めるが、1、2で見たように、支配的見解によれば、問題になるのが法律上の影響か事実上の影響か(、また、その形式が判決であるか)は問われない。もっとも、既判力等によって一定の判断をせざるを得なかった場合は分かりやすいが、法的な判決効でなくてもよいとすると、ブラウンが指摘するように、何をもつ

¹²⁸⁾ II 2 (2) a 参照。

¹²⁹⁾ BGH, Urteil vom 29. April 1959, BGHZ 30, 60 (64 f.); BGH, Urteil vom 8. Februar 1984, VersR 1984, 453 (455); Stein/Jonas/Jacobs, Rn. 31; Zöller/Greger, Rn. 17; Musielak/Voit/Spohnheimer, Rn. 21.

で「基礎としている」とみるかが問題になる。判決その他の認識行為——以下、判決で代表する——が単に証拠として取り調べられただけでは足りないのは確かであろうが、例えば、それ以外に証拠（原因）が存在しないことまで要求するとすれば、適用場面は非常に限られることとなる。かくして、事実上の影響まで取り込みつつ、同号に実質的な役割をもたせるためには、両者の間のどこかに（適切に）線を引かなければならない。

とはいえ、抽象的にはこういい得ても、飽くまで事実認定の一資料として先行判決が参照されたにすぎない場合には、因果関係の有無を測定するのは容易でないであろう。厳密を期するのであれば、本来的には、先行判決がなかったとして同様の結論に至った可能性がないのか、換言すれば、先行判決が後行判決にとって不可欠の要素なのか、補強的な要素にとどまるのかが探究される必要があると考えられる。

しかるに、その判断が時に困難を極めるのは多言を要しない。この点に関して、BGHは、「原状回復の訴えが提起された判決が取り消された判決に何らかの形で支えを見いだしている場合」という基準（めいたもの）を立てつつ、「刑事上の有罪判決が民事裁判所の証拠評価に併せ取り込まれている場合には、それだけでそう認められる」と判示しているが¹³⁰⁾、これは実践的には、因果関係にかかる判断を簡略化する（ことを企図した）ものとも評し得る。これによれば、後行判決の証拠評価の中に先行判決が出てきていれば、それが結論にいかに関与したのか厳密には明らかでなくても、「基礎としている」と判断できることとなろう。

このような枠組みは、原状回復の訴えにかかる原告の立証負担を緩和するものとも位置づけ得るが、仮に形式的に証拠評価に含まれているか（だけ）を問題とするとすると、裁判所としては、とりわけ他に証拠がある場合には、判決書の作成に際して、先行判決を掲げせず、これが証拠原因になっていないかのように「装う」ことで、ZPO 580条 6 号の将来的な適用可能性を排除することにもなりかねない。しかし、先行判決をいわば隠れて利用するにとどめれば問題を回避できる——原状回復の訴えの対象にならない——というのは不当な帰結であるように思われ

¹³⁰⁾ II 2 (1) b 参照。

る¹³¹⁾ ¹³²⁾。

そうした事態を想定してか、BGHは、先行判決が後行判決の「『見えざる』支え」として用いられていないかにも配慮しており¹³³⁾、注目に値する。いかなる場合がこれに当たるかは定かでないが、先行判決と後行判決との文言がコピー・アンド・ペースト（コピペ）が疑われるほど同一であるとか、そこまでではなくても、両者の論理構造や証拠挙示が偶然とは思えないレベルで一致しているとか、そういう事情が重要な徴憑となるものと考えられる¹³⁴⁾。究極的には程度問題といわざるを得ず、先行

¹³¹⁾ 実務に疎い筆者の推測の域を出ないが、実際には、先行判決に単に乗っかるのではなく、事実問題（・法律問題）について考えるに当たり、その判断が参照されるにとどまるのが通例ではないと思われる。すなわち、先行判決それ自体から直接に何らかの事実問題（・法律問題）に対する解答を導くわけではなく、他の証拠から得られた証拠資料の証拠力の評価・意味づけに際して、あるいは特定の法律問題の解釈に際して、その判断が多かれ少なかれ色眼鏡的な役割を果たし得る——それによって後行判決の方向性が規定され得る——というのが典型的なケースではなかろうか。このような場合であっても、先行判決が後行判決に何らか効いているのであれば、判決において言及するのが望ましかろうが、他の証拠と同じように掲記してしまうと、それにそのまま追随したのか、参照しただけなのか、（多くは後者であろうが、）一見して区別が付きにくい。問題の提示にとどめざるを得ないが、両者で結論に差異が生じると解する場合には、判決書の記載の在り方について（も）詰める必要が出てくることとなろう。

¹³²⁾ 念のため付言すれば、筆者は決して、ZPO 580条6号の将来的な適用の可能性を懸念してあえて先行判決を掲記しないという狡猾な行為に及ぶ裁判官が（ドイツに）多いなどと言いたいわけではない。後行訴訟の裁判官において先行判決を掲記し（たく）ない場合があるとすると、それは一つには、自ら判決書を練り上げたにもかかわらず先行判決に依拠したかのような外観を作出するのが躊躇されるからではないかと推察するが、実情は明らかでない。

¹³³⁾ II 2 (1) b 参照。

¹³⁴⁾ わが国において、数年前、生活保護基準の引下処分の取消しを求めて各地で提起された集団訴訟に関して、福岡、京都、金沢地裁の各判決（福岡地判令和3年5月12日 Westlaw 文献番号2021WLJPCA05126001、京都地判令和3年9月14日 Westlaw 文献番号2021WLJPCA09146005、金沢地判令和3年11月25日 Westlaw 文献番号2021WLJPCA11256011）に同一の誤字——NHK 受診料——

判決が後行判決の裁判官の判断を現に規定していても、それが判決書の記載から明確に読み取れるケースは多くはなかろうが¹³⁵⁾、事後的な検証可能性の存在が上記のような安易な追従に対する抑止力として働くこととなると期待される。

他方で、判例およびこれに賛同する学説（通説）は、先行判決への言及が（事実中ではなくて）理由中でなされていることを要求するとともに、その見解に（特に法的評価に際して）任意に与しただけでは足りないという。同一の事実関係に関して先行判決が存在する場合において、それが証拠として提出されれば、後行訴訟の裁判官としては、それに端的に依拠するのは控えるべきであるが、慎重な対論を経たうえで、結果として、先行判決と一致する結論に達したとしても、それ自体は何ら責められることではない。そうだとすると、後行訴訟の裁判官が自ら真摯な検討を行わず、（後に取り消されるに至る）先行判決を無批判に受け入れるような場合だけが咎められるべきこととなろう。

もっとも、ZPO 580 条 6 号による原状回復は、いま少し広く認められる可能性もあるかもしれない。そもその前提として、同号が問題になるシチュエーションにおいては、先行判決は何らかの瑕疵によって確定的に取り消されているわけで、それが特に内容面の誤りに起因する場合には、それに依拠したとはいいきれないケースでも、同様の判断を含んだ後行判決は、客観的に誤っているものとして、原状回復を認める方向に大なり小なり（心理的に）なびきやすくなるようにも思われるからである。

いずれにせよ、ここまで見てきたような複雑な事態が生じるのは、ZPO 580 条 6 号が判決の事実上の影響——証明効——まで考慮するためである。曖昧さを除去しようとすれば、ブラウンのいうように、先行判

—が含まれているなどとして、コピペが疑われたことがあった (<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUE167NX0W1A211C2000000/>〔2025年9月30日最終閲覧〕)。明示的に引用・参照されているわけではないが、このような事実は、後行判決が先行判決を基礎としていることを推認させることとなろう。

¹³⁵⁾ そもそも平均的な裁判官が（取り立てて吟味することなく）先行判決に単に依拠するとは考えにくいし、仮にそういうことがあったとしても、それが一目瞭然であるような形で判決書を作成するとは思われない。

決が既判力等の法的な判決効によって後行判決を拘束した場合に適用範囲を限定すべきこととなろう。しかしながら、こうした解釈は現状ほぼ賛同を得られていない。立法経緯の影響ももちろんあるが、仮にそのように解してしまうと、後行訴訟の裁判官が先行判決に任意に依拠した場合——同号が問題になるケースの重要な一部を占めるものと思われる——が一律に守備範囲の外に置かれてしまうこととなり、妥当性の観点からして、これに対する抵抗が強いのではなかろうか。実際、当該判決が現に「基礎としている」（と評価される）判決が確定的に取り消された場合において、それが事実的な影響によるものにすぎないとの一事をもつて、原状回復の訴えの可能性をおよそ閉ざしてしまうのは行き過ぎの感が拭えない。この意味では、いっそうの基準の精緻化と事案の蓄積とが望まれるものの、証明効も取り込みつつ、「基礎としている」の要件の中で、適切な調整を図ろうとする支配的見解の方向性それ自体は、基本的に妥当なものと評価し得るように思われる。

Ⅳ. おわりに

以上において、ZPO 580条6号がもともと刑事判決が民事判決を拘束するとの想定の下に提案された規定であったこと、そうした想定が立法過程で（土壇場で）覆り、刑事判決の事実上の影響——証明効——にフォーカスした規定へと変貌を遂げたこと、その意味で、同号が証明効（の存在・承認）を黙示的とはいえ前提としたものと位置づけられ得ること、その後、同号の根底にある発想の通用性ゆえ、刑事判決から他の判決、さらには他の判断の取消しの場合への適用範囲の拡大が要請・承認され、そのような方向性が今日の主流を成すに至ったこと、しかしこれに対しては異論も唱えられていること、を確認したうえで、支配的見解の志向する同号の拡大傾向の背景事情を探るとともに、そのような規律の下で生じ得るとみられる問題について若干の思索を巡らした。文字通り覚書の域を出ない素描にとどまるが、わが国の民訴法338条1項8号にかかる解釈論、さらには、証明効をめぐる議論の深化に何らかの寄与するところがあることを期待して、あえて公表する。

【付記】

本研究は、JSPS科研費（課題番号：22K01246）、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学生事業およびフンボルト研究奨学金の助成を受けたものである。

チーム医療における刑事過失責任（6）

—— 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 従来の判例

第2項 議論状況

第3節 検討

第1項 組織的医療における信頼の原則適用の可否

第2項 組織的医療における信頼の原則の適用限界とその基準

第1款 概説

第2款 垂直的分業の場合

第3款 水平的分業の場合

第3項 判例の再検討

第4節 小括

第4章 分業に伴う医療関係者間の過失責任

——「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に——

第1節 従来判例

第2節 議論状況

第1項 肯定説

第2項 否定説

第3節 検討

第1項 学説の検討

第2項 組織的医療における過失犯の共同正犯

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第4節 小括

第5章 中国法への示唆

第1節 中国における医療事故罪の刑事裁判

第1項 背景

第2項 刑事裁判の状況

第3項 問題の所在

第2節 組織的医療における個人の過失責任のあり方

第1項 検討視座と方法

第2項 分業における各関与者の注意義務

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第3項 監督過失論のあり方

第1款 議論状況

第2款 実務の現状

第3款 検討

第4項 因果関係論のあり方

第1款 議論状況

第2款 検討

第5項 判例の再検討

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第6項 小括

第3節 組織的医療における関係者間の責任分担

第1項 検討視座と方法

第2項 「信頼の原則」の検討

第1款 議論状況

第2款 検討

第3項 「過失犯の共同正犯」の成否の検討

第1款 中国における「過失犯の共同正犯」

第2款 検討

第3款 過失競合論に基づく関係者間の責任分担

第4項 小括

第4節 小括

終 章 要約と残された課題

第1節 要約

第2節 残された課題

（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

繰り返して述べたように、中国の刑事裁判は、医療過誤の犯罪化については慎重な態度を示しており、そして複数の医療従事者の過失が競合していた場合であっても、直接行為者のみの刑事責任を問うことは多い。しかし、そのような状況においても、過失競合の場合における責任分担という課題を検討することが重要である。

日本の組織的医療における関係者間の責任分担を検討する際に、本稿は、組織的医療における信頼の原則の適用可否とその適用基準、または複数の過失が存在している場合に、各関与者は過失の同時犯なのか、過失犯の共同正犯なのかという2つの問題に着目している。

そのうち、組織的医療における信頼の原則の適用可否とその適用基準については、組織的医療における信頼の原則適用は、事実関係の確認という積極的要件（主観的要件+客観的要件）と相当性の阻却事由の不存在という消極的要件を満たさなければならないように指摘した。具体的には、①主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったことが必要であり、②客観的要件としては、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、この分業関係が実質的合理性を有するものでなければならない。それらの条件の以外に、信頼の原則の適用には、②信頼の相当性を満たすべきであると主張した。

過失犯の共同正犯の成否については、過失犯にも、故意犯と同様に、「一部行為の全部責任」という法理を適用できると主張している。その成立要件として、①正犯性要件としての実質的支配力、②共同性要件と

しての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）と客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）が必要である。

しかし、信頼の原則は理論として受け入れられるべきものとしても、それには一定の制限があり、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を具体的に考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならない。したがって、ここでは、第一に、中国における信頼の原則に関する議論を概観し、第二に、信頼の原則のローカライズについては、中国の過失犯における信頼の原則の機能と中国組織的医療における信頼の原則の適用限界を検討する。

なお、過失犯の共同正犯の成否という問題について、本稿の第4章では、日本の場合には、過失犯の共同正犯が認められる合理性があるという結論に達した。しかし、日本刑法が共同正犯の成立が故意犯に限られていないのに対して、中国刑法は明確に過失犯の共同犯罪の成立する可能性を排除した。それに対して、学説では、刑法規定を再解釈することにより、過失犯の共同正犯を認めるとする見解が多いが、これらの見解に妥当性があるか否かを検討しなければならない。したがって、ここでは、中国における過失犯の共同正犯をめぐる議論を概観した上で、学説の検討を行うことにする。

第2項 「信頼の原則」の検討

第1款 議論状況

I 概説

道路交通事犯の場合における過失認定の原理として登場した信頼の原則は、改革開放後、社会の現実が大きく変遷し、当面の交通環境、交通施設および交通手段が大きく改善・革新され、固有の伝統的観念を転換し始めている交通の現代化を背景として、観念の現代化のために、中国に導入された¹。

¹ 蘇惠漁「現実と理念の狭間で」西原春夫（編）『日中比較過失論』（成文堂・

中国の学説では、一般的に、日独における信頼の原則の定義を参照しており、交通事故の分野における信頼の原則の適用を中心にして研究している²。また、実務上、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）は、交通事故における加害者（行為者）の責任割合に基づいて犯罪の成否を判断することが、信頼の原則の精神を鮮明に表している。

1. 信頼の原則と許された危険

中国では、「信頼の原則」は「許された危険」という法理とともに議論されることがよく見られる。許された危険と信頼の原則との理論的関連性について、①許された危険は信頼の原則に包含され、すなわち、信頼の原則が適用されれば、許されない危険を創出しなかったと主張する見解³、②許された危険という法理は、信頼の原則の理論的基礎であり、他人の適切な行為を信頼して危険な行為を行うことが許されるという点で両者は共通するとする見解⁴、③許された危険は旧過失論の産物であり、立法政策に関するものであるのに対して、信頼の原則は、処罰の範囲を拡大した旧過失論の欠点を克服するために登場するものであり、解釈論に関するものであるという点で、両者は異なっているが、過失犯の処罰範囲を限定するという点で一貫しているとする見解⁵がある。

そして、③の見解によるならば、危険の分配は、注意義務の分配に関する理論というより、むしろ許された危険と信頼の原則との適用方法で

2001) 90-91頁。

² 林亜剛「試論危険分配与信頼原則在犯罪過失中の運用」法律科学1999年2期69頁以下、張少林「試論信頼原則在認定交通事故責任中の運用——兼評新近修訂の『道路交通安全法』」時代法学6巻3期(2008)56頁以下、李朝暉「信頼原則及其在交通事故中の適用」鄭州大学学报(哲学社会科学版)36巻6期(2003)89頁以下、劉東根「信頼原則与交通肇事罪」雲南大学学报(法学版)15巻4期(2002)35頁以下等。

³ 周光權『刑法総論』(中国人民大学出版社・2011)123-124頁。

⁴ 馬克昌『比較刑法原理』(武漢大学出版社・2002)239頁。

⁵ 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」鄭州大学学报(哲学社会科学版)54巻5期(2021)43-44頁。

ある。つまり、危険の分配という法理は、許された危険と許されない危険を区分して、行為者は、(許された危険という法理により事前に確定された)許されない危険を防止すべき義務を負うこととなる。それに対して、信頼の条件が満たされたときには、注意義務は被監督者に分配され、逆に、信頼が否定されたときには、被監督者のほか、監督者も注意義務を負担することとなる⁶。

2. 信頼の原則の位置づけ

許された危険の体系的地位との関係で、信頼の原則の位置づけについて、学説では、信頼の原則は、客観的注意義務を限定する原理であり、それを過失の消極的構成要件として捉える見解⁷、予見可能性を否定する原理とする見解⁸、責任阻却事由とする見解⁹がある。

3. 信頼の原則の適用範囲

中国では、信頼の原則は、危険の防止という意味において分担関係があるすべての領域で適用されうることとは一般的である¹⁰。同時に、

⁶ 李・前掲注(5)43-44頁。

⁷ 馬・前掲注(4)240頁、劉躍挺「論刑法中信頼原則的歷史定位与体系地位」浙江工商大学学报2010年6期31頁。

⁸ 趙姍姍「再論過失犯中信頼原則的適用——对深町晋也教授化解危險接受困局思路的揚棄」国外社会科学前沿2020年9期35頁。

⁹ 王楨「反思与重塑：分工治療過失行為信頼原則的適用標準探討」學術探索2020年5期83頁。また、馬榮春＝唐張「監督過失：因果性、注意義務与定罪實踐」河南財經政法大學學報189期(2022)100頁は、客観的にみて、監督者と被監督者の過失は、共同して結果を惹起したため、すでに構成要件該当性及び違法性を満たしたといえるが、相当の信頼があったことから、有責性の要件としての結果予見可能性と結果回避可能性を否定すべきであると述べている。

¹⁰ 馬・前掲注(4)240頁、劉躍挺、範小玲「論刑法中信頼原則適用要件及界限——兼述其与客觀歸責理論的關係」西南農業大學學報(社会科学版)8卷1期(2010)40頁、趙慧「刑法上的信頼原則研究」(武漢大學出版社・2007)121頁、王・前掲注(9)83頁、劉夢覺「組織医療行為中的個人過失責任」山西大學學報(哲學社会科学版)40卷5期(2017)111頁、謝雄偉「信頼原則的適用研究」中国石油大學學報(社会科学版)22卷1期(2006)84頁。

交通事故犯以外の分野での信頼の原則の適用には慎重であり、厳格に客観的・主観的条件が満たされるかどうかを判断し、具体的事例に厳格に拘束されるべきであるとする見解もある¹¹。具体的に、信頼の原則が適用されうる領域は、以下の条件を満たさなければならない。第一に、信頼の原則は、社会の発展にとって重要かつ不可欠な役割と利益を有すると認められるものの、法益侵害の危険性を伴う分野にのみ適用することができる。第二に、信頼の原則は、一般に、複数の人が一定の目的を達成するために組織的に協力し、互いに注意義務を分担するような危険な業種にのみ適用することができる。第三に、信頼の原則は、法律、規則、業界の規範・慣行などによって各参加者の注意義務が明確に定義されている危険な産業にのみ適用されるものである¹²。

許された危険の法理について、中国の学説では、監督責任の阻却事由として論じてきた¹³。両者の関連性から、監督過失における信頼の原則の適用が肯定されることが多数説であるが¹⁴、監督過失における信頼の原則の適用に対して慎重な姿勢を示す見解もある¹⁵。

4. 信頼の原則の適用基準

信頼の原則の適用基準に関する議論は、監督過失をめぐって展開されている。それについて、被監督者の資格の有無によって、規範的分業があったかどうかを判断し、規範的分業が認められる場合にのみ信頼の原則の適用で監督者の予見可能性を否定することが可能であると主張する

¹¹ 談在祥「刑法上信頼原則的中国処遇及其適用展開」中国刑事法雑誌2012年4期25頁。

¹² 李穎峰『医事刑法視域中的医療過失研究』（法律出版社・2020）123-124頁。

¹³ 談・前掲注（11）25頁。

¹⁴ 趙・前掲注（8）36頁。例えば、錢業六「監督過失理論及其適用」法学論壇25卷第129期（2010）30-31頁は、業務の受け渡しにより、直接の作業員から直接の作業員を監督する者になることは、そもそも、被監督者の注意能力を一定程度肯定することを意味しており、業務分担及びそれに伴う一定程度の危険分配の反映であるとされる。

¹⁵ 李・前掲注（12）137頁。

見解がある¹⁶。また、人的監督の場合には、監督者は職責を果たすかどうか、物的監督の場合には、事前に、システム又は設備に内在する危険の発生の可能性が排除されたかどうかによって、信頼の原則の適用の可否を判断すると主張する見解もある¹⁷。

それに対して、監督過失を、業務上の監督過失と公務上の監督過失に区別する論者は、前者の場合には、監督者と被監督者は、共通の作業目的や共通の利益に基づいた利益共同体が形成され、相互信頼の基礎があるため、信頼の原則の適用が可能であるが、後者の場合には、監督をすべき行政権を持っている機関と行政法執行の対象との監督関係においては、信頼の原則を適用する可能性はないと指摘される¹⁸。

Ⅱ 組織的医療における信頼の原則

交通事故における信頼の原則の適用ほど注目されているわけではないが、近年、組織的医療における信頼の原則の適用も議論され始めている¹⁹。

中国において、組織的医療における信頼の原則の適用については、①業務分担が確立され、それぞれの権限と責任が明確であったことが必要とされ、②業務分担者の資格、能力及び経験などを考察すべきであり、

¹⁶ 趙・前掲注(8) 37頁、錢・前掲注(14) 30頁。

¹⁷ 趙・前掲注(8) 206-208頁。

¹⁸ 劉雪梅＝劉丁炳「信頼原則在監督管理過失中の適用研究」中国刑事法雑誌2009年第8期22頁。本稿は、業務上の監督過失を検討の対象とするので、公務上の監督過失についての考察はしない。

¹⁹ 王・前掲注(9) 81頁以下、劉躍挺「対医療過失犯罪中信頼原則法理之適用——以垂直型組織分業治療実践為視角」河北法学33卷10期(2015) 55頁以下、同「論医師組織協助義務框架中的客觀的帰属与信頼原則」西南交通大学学報(社会科学版) 16卷6期(2015) 96頁以下、同「対医療過失犯罪中信頼原則法理之適用——以組織型医療過失犯罪為視角」海南大学学报(人文社会科学版) 34卷5期(2016) 108頁以下、談・前掲注(11) 24頁以下、舒洪水＝賈宇「信頼原則在医療事故罪中之適用」法学2008年10期140頁以下、劉・前掲注(10) 107頁以下、趙・前掲注(8) 163頁以下、謝・前掲注(10) 83頁以下等。

③業務の危険性が高いほど、信託の原則の適用範囲は狭くなるという指摘がある²⁰。また、上記内容を信託の前提、信託の基礎と信託の合理性に分類して論じる見解もある²¹。③の見解に従うと、以下のような場合には、信託の原則の適用が否定されるべきである。第一は、共同作業者が重疊的職責を負う場合である。というのも、そのように主張する論者は、各医療従事者の注意義務が完全に独立・同一ではないことを前提としているからである。第二は、結果の発生を特別に認識していた場合である。第三は、引き継ぎ作業における前任者の行為が正当であった場合である。すなわち、正当な業務行為として違法性を阻却し、信託の原則の適用で有責任を否定する必要がないとされる²²。

また、日本のように主観的要件と客観的要件に分けて説明する見解もある²³。一般的には、客観的要件としては、設備等の整備状況、医療従事者の専門性を考察することであり、主観的要件としては、信託の存在と信託の相当性である。具体的には、①指揮・監督義務を怠った場合、②危険が発生した後に、行為者が結果回避義務を怠った場合、③被信託者が共同作業の前に、発見できる異常があった場合であれば、信託の相当性が否定される²⁴。

第2款 検討

本稿の第3章では、すでに信託の原則の一般論と組織的医療の領域で信託の原則を適用する理論的可能性・必要性を論じた。これらの議論から導き出された結論は一般論として中国でも同様に適用可能であると思われる。そこで、中国の過失の判断における信託の原則の位置づけ、中国の組織的医療における信託の原則の適用の限界とその基準に着目して議論を進めたい。

²⁰ 舒＝賈・前掲注(19) 147頁。

²¹ 王・前掲注(9) 87頁。

²² 王・前掲注(9) 81頁、88-89頁。

²³ 談・前掲注(11) 27-28頁、劉、範・前掲注(10) 49-50頁。

²⁴ 談・前掲注(11) 27-28頁。

I 中国の過失の判断における信頼の原則の位置づけ

序章の検討から、以下の点が明らかになったと思われる。第一に、中国刑法15条1項では、過失犯について、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を予見すべきであるのに、不注意により予見せず、又はすでに予見していたにもかかわらず結果を回避できるものと轻信したため、これらの結果を生じさせた時は、過失による犯罪とする。」と規定している。このように、過失を「自信の過失」と「不注意の過失」に大別することができる。

自信の過失と不注意の過失は、いずれも行為者の主観面のみに関わるものであるが、中国刑法は、過失犯の成立は客観的注意義務の違反が必要ではないとされるわけではない。例えば、中国刑法335条は、医療職員が著しく職責を怠り、患者を死亡させ又はその身体に重大な危害を及ぼした行為が医療事故罪を構成する、と定めている。同罪について、司法解釈は「著しく職責を怠り」といわれる客観的注意義務違反行為の範囲を明確にした。これから、中国における過失犯の成立にも、客観的過失が必要であることが窺われる。このように、中国の過失犯の主観的過失は自信の過失と不注意の過失という2つの種類があるが、不注意の過失の場合であっても、過失犯として処罰する根拠は、結果予見義務違反にあるわけではなく、結果の発生を予見しなかったことから結果回避義務に違反したことにあるといえる。

第二に、中国の刑法理論や司法実務に深い影響を与えた伝統的な犯罪構成体系（いわゆる「四要件説」）は、犯罪の成立を判断する機能がなく、その主観的側面としての故意又は過失は、違法要素にあたるわけではなく、同時に、責任要素にもあたらない。それゆえ、四要件説を犯罪構成要件に関する理論とすることは妥当ではないのみならず、同説が通説であったことを根拠として、中国刑法は過失を責任要素として理解していると結論づけることはできない。

以上から、本稿の第3章で導かれた、「信頼の原則を行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきである」という結論は、中国においても適用しうると考えられる。

Ⅱ 中国の組織的医療における信頼の原則の適用限界

本稿の第3章では、組織的医療における信頼の原則の適用は、事実関係の確認という積極的要件（主観的要件＋客観的要件）と相当性の阻却事由の不存在という消極的要件を満たさなければならないと指摘した²⁵。具体的には、①主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったことが必要であり、③客観的要件としては、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、この分業関係が実質的合理性を有するものでなければならない。それらの条件のほかに、信頼の原則の適用には、③信頼の相当性を満たすべきである。

中国は、建国以来、医療サービスの発展を優先し、基本公共医療サービスの平均化を図っているが、世界で人口が最も多い開発途上国として、現在でも、医療格差の問題が避けられない。それゆえ、こうした状況を踏まえて、中国の組織的医療における信頼の原則の適用の限界とその基準を改めて検討する必要があると考えられる。

中国における医療機関は、病院、末端医療機関（社区卫生サービスセンターや衛生院、衛生室など）及び専門的公衆衛生機関に大別されている。2020年末までで、全国の医療機関は1022,922カ所があり、そのうち、病院は35,394カ所、末端医療機関は970,036カ所、専門的公衆衛生機関は14,492カ所となっている。また、2020年の総受診件数のうち、病院は33.2億件（42.9%）、末端医療機関は41.2億件（53.2%）、その他の医療機関は3億件（3.0%）となっている²⁶。

農民の医療アクセスを改善するために、中国の農村にも末端医療機関

²⁵ 同様に信頼の原則の適用基準を積極的要件と消極的要件に分けて論じる見解として、李・前掲注（12）125頁。

²⁶ 「2020年我国卫生健康事業発展統計公報」

（规划发展与信息化司ウェブ・サイト内 <http://www.nhc.gov.cn/guihuaxxs/s10743/202107/af8a9c98453c4d9593e07895ae0493c8.shtml>（2022年5月17日最終閲覧））

が設立され、そこには、中等職業学校を卒業して農村医として勤める人が多い。『農村医従業管理条例』²⁷によると、農村医は医師資格や医師開業資格²⁸を取得する必要がなく、農村医開業資格を取得すれば、指定された地域で登録した末端医療機関で予防、保健、一定の医療サービスなどを行うことができる。同時に、農村医は、少なくとも2年1回の専門教育を受け、2年ごとに専門能力の審査を受けなければならないとされる。しかし、実際には、農村医は、専門教育や審査を受けずに開業し続けること、独自に開業すること、診療所に無資格者が雇用され、診療の補助を行わせることが多い。

本章の第一節で収集したデータによると、医療事故罪で有罪判決が下された57件のうち、10件（18％）は病院で、46件（80％）は末端医療機関で（そのうち、19件は個人の診療所や個人の診療の過程で発生した）、1件（2.0％）は専門的公衆衛生機関で発生したものであった。さらに末端医療機関で発生した46件医療事故の原因を具体的に調べてみると、これらのケースはすべて基本的な診療規範違反によったものであり、人員や設備の投入の不足、医療従事者の専門性と責任感の欠如、危険防止体制の欠如が医療事故が多発する原因となったことが窺われる。

例えば、以下の事案は典型例である。Aは、B衛生室に電話をかけ、息子である被害者Cが病気になったとし、医師を自宅まで呼んでCを治療して欲しいと依頼し、衛生所に勤務している医師Dは、検査も行わずに処方せんを発行した。その後、看護師である被告人XはAの自宅に来て、被害者Cの実際の病状がDの診断と一致していないことを認識したが、被害者Cのアレルギー歴を聞かず、アレルギー検査も行わず、処方せんに従って清开灵注射液を投与した後、その場を離れた。結局、被害者Cは上記薬剤投与中にアレルギー反応を起こし、病院に向かう途中で

²⁷ 原タイトは「乡村医生从业管理条例」である。

²⁸ 中国において、医師として医業を行うために、第一に、医師になろうとするものは、医師資格試験に合格し（中華人民共和国医師法8条12条）、第二に、医師資格を取得したものは、所在する衛生行政機関に登録を申請すべきである（同法13条）。つまり、中国では、医師資格試験制度だけではなく、医業登録制度も実施されており、資格試験に合格し、登録をせずに開業免許を取得しなければ、医師として医業を行うことが許されない。

死亡した（（2014）長刑終00190号判決）²⁹。

これらの状況を踏まえ、許された危険のみが信頼の原則により分配されることができるという基本的な考えから、中国の末端医療機関における信頼の原則の適用には一定の制限が必要である。第一に、末端医療機関のサービス能力を超えた一般的な疾患または重症・難症例であれば、早めに患者を病院に転院すべきであり、信頼の原則を適用する余地がない。第二に、農村医の開業範囲を超えた場合にも、信頼の原則を適用する余地がない。すなわち、農村医であれば信頼の原則の適用を一切否定するわけではなく、開業範囲内の診療行為を実施する場合に、信頼の原則の適用条件が満たされれば、適用可能である。第三に、農村医が行政取締法規に違反して独自に開業する場合に、信頼の原則の適用を直ちに否定するわけではなく、治療場所の客観的条件や、診療行為が農村医の開業範囲を超えたかどうかなどを実質的に検討し、刑法上の許されない危険を生じないのであれば、適用することが可能である。もっとも、農村医が無資格者を雇用して診療の補助を行わせる場合には、両者の間に実質的な信頼関係が成立し得ないとして、無資格者に対する信頼が認められない。

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」

I 処罰規定

中国刑法25条は、共同犯罪とは2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいい（第1款）、2人以上共同して過失による犯罪を犯したと

²⁹ 本件について、第一審判決（（2014）農刑初149号）は、被告人Xは医療事故罪で有罪として、有期懲役3年を言い渡した。その後、被告人Xは控訴したが、控訴審はそれを棄却した。なお、医師は刑事処罰を受けなかったものの、民事上の重大な過失があるとして、民事賠償について、被告人Xとともに、医療機関と連帯して責任を負うと認められた。

きは、共同犯罪として処断せず、刑法責任を負うべき者は、それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する（第2款）、と規定している。同時に、刑法26条～28条は、共同犯罪における行為者の役割に応じて、共犯者を主犯、従犯、被脅迫犯に分ける³⁰。また、教唆犯に関する規定もあるが、教唆犯は、主犯、従犯又は単独犯のいずれにもなりうる（中国刑法29条）。そのため、教唆犯は、共同犯罪における主犯、従犯、被脅迫犯と並列関係にはなく、共同犯罪の下位概念ではない。

中国刑法によると、第一に、「過失による共同犯罪」が法文上明確に否定されていること、第二に、「正犯」と「共犯」という概念が使われていないこと、第三に、共同犯罪における関与者の分類については、「共同犯罪における役割を主たる基準として、同時に共同犯罪における分業を補充することも併せて考慮し、分業の基準と」³¹するような混合分類法が採用されていることがわかる。

しかし同時に、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）5条第2款は、交通事故が発生した後に、運転手を逃走させ、被害者を救助なしに死亡させた単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人又は乗車者は、重大交通事故罪の共犯として処罰すると定められている。第7条は、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条が規定する事由の1つに該当すれば、重大交通事故罪として処罰すると定められている。その司法解釈を契機に、学説では過失犯の共同犯罪の成否が争われている³²。

³⁰ 中国刑法26条によれば、主犯とは、犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行なった者、又は共同犯罪において主要な役割を果たした者である。同法27条によれば、従犯とは、共同犯罪において副次的又は補助的な役割を果たしたものである。

³¹ 林亜剛「共同犯罪の若干の問題を論ず——共犯を中心にして」西原春夫（編）『共犯理論と組織犯罪』（成文堂・2003）14頁。

³² 孫軍工「正確適用法律 嚴懲役交通肇事犯罪『關於審理交通肇事刑事案件具體适用法律若干問題的解釋』的理解与適用」人民司法2000年12期13頁。

Ⅱ 司法実務の立場

司法実務においては、共同犯罪の成立は故意犯に限られるのみならず、故意犯であっても、意思連絡とそれに基づいた共同の犯罪行為がなければ、共同犯罪とはいえないとされている³³。しかし同時に、過失による共同犯罪を明確に否定しながら、「一部行為の全部責任」という共同正犯の帰責原則を適用する、あるいは、過失犯の共同犯罪を肯定するという矛盾した判例が存在する（特に、因果関係が不明な場合）³⁴。そのうち、次の誤殺事件は典型例である。

この事件は、XとYは、ペランダで、約8.5メートル離れた木の幹に捨てられた花瓶を射撃競技の標的として、交互に3発ずつ撃ったが、いずれも花瓶を外れ、そのうち1発が遠方の被害者に命中したが、被害者に命中した弾丸を誰が発射したのかが証明できなかったというものである。それにもかかわらず、第一審と控訴審はいずれも、被告2名は過失致死罪を構成し、それぞれ4年の有期懲役に処した³⁵。

Ⅲ 議論状況

1. 肯定説

過失犯の共同犯罪について、過失犯の共同犯罪を全面的に肯定しようとする見解があるが³⁶、過失犯の共同正犯のみが認められ、過失による

³³ 最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主弁『刑事審判参考』（総第77輯）（法律出版社・2010）42頁。

³⁴ 例えば、危険物管理事故事件（（2006）淮刑一初0001号判決）、過失致死事件（最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主弁『刑事審判参考』（総第57輯）（法律出版社・2007）27-32頁）、放火事件（方列＝付丕毅「浙江海寧特大火災、死亡39人」新華ウェブ・サイト2004年2月16日）、誤殺事件（最高人民法院中国応用法学研究所『人民法院案例選〔刑事卷〕』（1992-1999年合訂本）（人民法院出版社・1997）46頁）。

³⁵ 最高人民法院中国応用法学研究所『人民法院案例選〔刑事卷〕』（1992-1999年合訂本）（人民法院出版社・1997）46頁。

³⁶ 侯国雲＝苗傑「論共同過失犯罪」『刑法問題与争鳴』（総第3輯）（中国方正出版

教唆犯や幫助犯が認められないとする見解が多数説である³⁷。また、過失犯の共同正犯を肯定する理由に着目すると、立法論から根拠づける見解と解釈論から根拠づける見解に区別することもできる。

(i) 立法論から根拠づける見解

中国刑法によれば、過失犯の共同正犯を認めることができないことが承認されるが、過失犯の共同正犯は、客観的な現象として存在しており、処罰の必要性もあるという刑事政策的な考慮を理由に、現行法の規定を批判して、法改正により過失犯の共同正犯を肯定しようとする見解がある³⁸。具体的には、①複数の過失が関与するとき、因果関係の立証が困難な場合が多く、法益保護の観点から、過失犯の共同犯罪を肯定する必要があるとする見解³⁹、②現代社会では、科学技術の発展に伴い、様々な責任事故が頻繁に発生し、過失犯の共同犯罪を肯定することにより、共同作業者に相互の監督義務が課され、共同作業における協力を強化する点でも、共同作業者が共同して結果を招いた場合に過失犯の共同犯罪の責任を問う点でも、過失犯の予防のために重要であると主張する見解がある⁴⁰。

(ii) 解釈論から根拠づける見解

解釈論から根拠づける見解の中では、日本と類似して犯罪共同説の立

社・2001) 310頁以下。

³⁷ 過失による教唆犯と幫助犯を否定する理由として、馮軍『刑法問題的規範理解』(北京大学出版社・2009) 349頁は、可罰的違法性がないとするのに対して、張明楷「共同過失与共同犯罪」吉林大学学報(社会科学版)2003年2期42頁や鄒兵『過失共同正犯研究』(人民出版社・2012) 212-213頁は、概念的にありえないとする。なお、何慶仁「共同犯罪の立法極限——以我国刑法中的共同過失犯罪為中心」法学2018年8期83-84頁は、過失による狭義の共犯は、可罰的違法性を備える場合もありうると述べている。

³⁸ 現行法に対する批判は、鄒・前掲注(37) 211頁以下参照。

³⁹ 馮・前掲注(37) 346-347頁。なお、同趣旨として、侯＝苗・前掲注(36) 310頁。

⁴⁰ 林亜剛『犯罪過失研究』(武漢大学出版社・2000) 263頁。

場、行為共同説から論じる見解がある。そのうち、犯罪共同説の立場からの見解の中では、共同義務の共同違反説に賛成するものが多く⁴¹、行為共同説の立場からの見解は、客観主義的な行為共同説に立脚して、因果的共犯論を共犯の処罰根拠とし、共同正犯の成立には故意の共同や罪名の同一が要求されないと主張する⁴²。また、共同犯罪の本質は、共同の客観的帰属であるとする見解は、共同の客観的帰属は、行為者の主観面を問わず、共同の不法があれば足りる。このように、過失犯の共同正犯、過失による教唆犯及び幫助犯を含む過失犯の共同犯罪は、過失の単独正犯と異なる共同の客観的帰属を示すため、当然ながら共同犯罪であると主張する⁴³。

しかし、前述したように、中国刑法25条によれば、過失犯の共同正犯を含む過失犯の共同犯罪が成立する余地がないといえるのであり、このことから、どのような立場に立脚しても、解釈論から過失犯の共同正犯を肯定するためには、まず刑法25条を再解釈しなければならない。具体的に次のような5つのアプローチがある。

（1）1つ目のアプローチ

1つ目のアプローチは、25条第1款の規定は、中国刑法における共同犯罪の成立には共同の故意と共同の犯罪行為が必要とされるが、それは客観的な現象としての過失犯の共同犯罪の存在を否定するわけではなく、第2款は、過失犯の共同犯罪を認めながら、故意犯の共同犯罪と異なる処罰規定を与えると解する⁴⁴。

この解釈は、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪の区別があること

⁴¹ 馮・前掲注(37) 349-350頁、林・前掲注(40) 264-266頁。また、劉明祥「区分制理論解釈共同過失犯罪之弊端及應然選択」中国法学2017年3期219頁は、共同義務の共同違反があれば、過失犯の共同犯罪が成立しうるとする。

⁴² 陳子平『刑法総論』（中国人民大学出版社・2009）332頁、黎宏『刑法総論問題思考』（中国人民大学出版社・2007）479頁、張明楷『刑法学（上）〔第六版〕』（法律出版社・2021）544頁。

⁴³ 何慶仁「共同犯罪の立法極限——以我国刑法中的共同過失犯罪為中心」法学2018年8期86-87頁。

⁴⁴ 孫国祥ほか『過失犯罪導論』（南京大学出版社・1991）141-142頁。

を前提としている。つまり、第一に、主観的側面から、故意の場合には、同一の犯罪故意と意思連絡が必要とされるが、過失の場合には、各行為者の心理状態は別個のものである。第二に、客観的側面から、故意の場合には、各行為者の行為は相互に関連して、補完し合うことであるが、過失犯の場合には、各行為者の行為の間には共通の思想的基盤を欠くため、それらの結びつきは純粹に客観的であり、意識を欠き、処罰において別個の意味を持つものである。第三に、社会に危害を及ぼす程度から、故意犯の場合には、各行為者の行為は意識的に組み合わせられるため、社会的危害性の程度が単独犯よりも大きい。過失犯の場合には、社会的危害性の程度が必ずしも単独犯よりも大きいわけではない。以上の区別から、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪の処罰の原則を同じにすべきではないとされる⁴⁵。

(2) 2つ目のアプローチ

2つ目のアプローチは、まず、「過失犯の共同犯罪」と「共同の過失犯罪」を区別する。前者は、結果防止という意味において2人以上の者は共同の注意義務を負い、それに違反する共同の不注意により結果を惹起したというような共同犯罪の場合であるのに対して、後者は、2人以上の者の過失行為が共同して結果を惹起させたが、行為者は共同の注意義務を負わず、かつそれに違反する共同の不注意もない場合である。その上で、25条第2款は、後者の成立が否定されているが、前者が成立する余地が否定されていないと解する。しかし、それでも、同論者は、25条第1款が間接的に過失犯の共同犯罪を否定していることを認めざるを得ない⁴⁶。

(3) 3つ目のアプローチ

3つ目のアプローチは、まず、刑法25条第1款でいう「共同犯罪」は共同故意犯罪と解し、第2款でいう「2人以上共同して過失による犯罪を犯した」は、過失犯の共同正犯、過失による教唆犯、過失による幫助

⁴⁵ 孫ほか・前掲注(44) 142-143頁。

⁴⁶ 馮・前掲注(37) 344-345頁。

犯、過失の同時犯をすべて含む広義の過失の競合と解する⁴⁷。次に、刑法25条第2款でいう「刑事責任を負うべき」は、刑事責任を負うべき過失犯の共同犯罪のみが刑法的評価を受けるべきであることと解する⁴⁸。このことから、まずは、刑事責任を負うべき過失犯の共同犯罪と刑事責任を負うべきでない過失犯の共同犯罪を区別し、前者は過失犯の共同正犯を指すのに対して、後者は過失による教唆犯と幫助犯と解する⁴⁹。さらに、同款でいう「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」は、各共同正犯者の構成要件行為（違法性の連帯性）に基づき、それぞれの責任に応じて（責任の個別性）処罰することと解する⁵⁰。

（4）4つ目のアプローチ

4つ目のアプローチは、中国刑法25条第2款でいう「2人以上共同して過失による犯罪を犯したときは、共同犯罪として処断しない」と「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」とは、過失犯の正犯又は共同正犯を処罰し、過失による教唆犯と幫助犯を処罰しないことを意味するとされる⁵¹。

（5）5つ目のアプローチ

5つ目のアプローチは、中国刑法25条第1款でいう「共同犯罪」を、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯が区別される共同犯罪と解することにより、現行法は、故意犯の共同犯罪の場合にのみ、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯を区別して処罰する必要があるとされ、第2款により、過失犯の共同犯罪の場合には、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯を区別せずに処罰するとされると主張する⁵²。

⁴⁷ 李世陽『共同過失犯罪研究』（浙江大学出版社・2018）102頁以下。

⁴⁸ 李・前掲注（47）126-132頁は、「刑事責任を負うべき」を可罰的違法性と可罰的責任の具備と解する。

⁴⁹ 李・前掲注（47）125頁以下。

⁵⁰ 李・前掲注（47）176頁以下。

⁵¹ 張・前掲注（42）545頁。

⁵² 何・前掲注（43）90頁。

2. 否定説

1979年中国刑法は、ソ連刑法における共同犯罪の定義に基づき、共同犯罪の成立には、故意の共同が必要であると規定している。それ以来、伝統的な犯罪共同説に立脚している、過失犯の共同犯罪（共同正犯、教唆犯、幫助犯）を全面否認する見解は通説になってきた。

当時の学説では、一般的に、四要件説に影響されて、次のように、共同犯罪の主体的要件、主観的側面、客観的側面から共同犯罪の成立要件を説明していた⁵³。第一に、共同犯罪の主体的要件として、行為者は2人以上でなければならない。第二に、客観的側面として、各共犯者は同一の犯罪行為を共同に実施し、かつ各共犯者の行為は結果との間に因果関係があることが必要である。第三に、主観的側面として、故意の共同が必要である。具体的に、故意の共同というためには、共犯者は、①自分が他人と共同して犯罪を犯していることを認識していたこと、②共同の犯罪行為の性質と結果について一定の予見を持っていること、③犯罪結果の発生を希望し、又は放任したことが必要である⁵⁴。

1997年に、中国刑法が改正されたが、上記共同犯罪に関する規定が維持され、通説として否定説の地位は揺るがなかった。このような通説から、現行法は過失犯の共同犯罪の成立について否定的な立場をとっている以上、過失犯の共同正犯が議論される必要性は全くないのみならず、それは罪刑法定主義に反するものであろうと主張されることがほとんどである⁵⁵。

否定説を採るとしても、過失犯の共同犯罪という現象は客観的に存在していることが否定できない⁵⁶。それゆえ、否定説は、単に罪刑法定主義の違反を理由に、過失犯の共同犯罪を否定することができず、何故、過失犯の共同犯罪は共同犯罪ではないかという解釈論の問題に直面しな

⁵³ 何秉松ほか（編）『中国刑法教学大綱』（法律出版社・1989）54頁以下、楊春洗＝楊敦先『中国刑法論』（北京大学出版社・1994）127頁以下、李光燦ほか『論共同犯罪』（中国政法大学出版社・1987）31-36頁、劉静坤（主編）『刑法条文理解与司法適用（上冊）』（法律出版社・2021）52頁（郝英兵）。

⁵⁴ 李光燦＝馬克昌＝羅平『論共同犯罪』（中国政法大学出版社・1987）31-36頁。

⁵⁵ 黎宏「『過失共同正犯』質疑」人民檢察2007年14期23頁。

⁵⁶ 姜偉『犯罪形態通論』（法律出版社・2004）221頁。

ければならない。

その問題について、否定説の支持者は、概ね次のように説明している。第一に、共同犯罪の本質的特徴は、意思の連絡を通じることにより、各行為者の行為は統一した有機的総体に形成させることにあり、過失犯においては、そのような意思の連絡を欠き、相互に協力し合う総体に形成することができないため、共同犯罪ではない⁵⁷。第二に、過失犯における関与者は、その役割に応じて主犯、従犯、教唆犯に区別することが観念できず、犯した罪に応じてそれぞれ処罰すれば足りる⁵⁸。

それに対して、過失犯の共同犯罪においても、共同行為の実施の決意により集合体が形成されることがありえ、客観的な現象としての過失犯の共同犯罪を認めるものの、集合体の形成を認めないことは自己矛盾に陥るとの反論がある⁵⁹。

第2款 検討

本稿の第4章では、日本における過失犯の共同正犯について、過失犯にも、故意犯と同様、「一部行為の全部責任」という法理を適用することができ、そして、その成立要件としては、①正犯性要件としての実質的支配力、②共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）と客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）、③帰責要件としての心理的ないし物理的関連性が必要である、というように過失犯の共同正犯が成立する理論上の可能性と必要性を論じた。

しかし、共同犯罪の現象と共同犯罪の規制との間には必ずしも対応関係があるわけではない。立法政策の違いによって、同一の現象に対して

⁵⁷ 同趣旨として、胡東飛「過失共同正犯否定論」当代法学2016年1期88頁以下。同見解は責任主義により、共同正犯の成立には、共同実行意思が必要であり、共同実行意思とは、各行為者は、自己と他人が共同して構成要件結果を実現するという相互的理解を持っていることを指し、このような共同実行意思がない過失犯においては、共同正犯が成立する余地がないと主張する。

⁵⁸ 馬克昌（主編）『犯罪通論』（武漢大学出版社・1999）518-519頁、姜・前掲注（529）428頁。

⁵⁹ 何・前掲注（43）82頁。

も異なる立法形式が十分に想定されうる⁶⁰。そして、刑法理論は、実際面での有用性を常に心掛けるべきである。共同正犯の主観的側面を限定していない日本刑法60条と異なり、中国刑法25条は、過失による共同犯罪の成立の可能性を排除したという状況に鑑み、日本刑法に基づく結論を直ちに中国に適用して、中国でも過失犯の共同正犯を肯定すべきであると断言することはできない。

したがって、中国において、「過失犯の共同正犯」を論じる際に、まず、現行法にそれを処罰する規定が存在するかどうかを問題とすべきである。現行法上の規定がなければ、立法論的な観点からの議論しかできず、そのような議論に実際上の現実的意義はないであろう⁶¹。それゆえ、現行法のもとで、過失犯の共同正犯を肯定するためには、解釈論から根拠づけなければならない。そこで、現行刑法に対する5つの解釈について検討を加えた上で、現行法のもとで過失犯の共同正犯の肯定論が適用される可能性を考察しておきたい。

I 1つ目のアプローチ

1つ目のアプローチは、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪とは区別すべきであるという点では妥当なものであるが、過失犯の共同犯罪と過失の同時犯を混同してしまい、共同犯罪の成立に不可欠な「共同性」を看過した点では妥当でない⁶²。最も重要なのは、このアプローチは、現行法が過失犯の共同正犯を認めながら、各行為者を単独正犯として処罰すると解することは不適切である。なぜなら、共同犯罪の本質は、「一部行為の全部責任」という法理の適用にあり、共同正犯の成立が認められるものの、単独正犯として処罰することは、共同犯罪の本質を離れ、実際には共同正犯の成立が認められないといわざるを得ないからであ

⁶⁰ 何・前掲注(43) 84頁以下。

⁶¹ 山口厚「過失共同正犯再考」山口厚ほか編『西田典之献呈論文集』(有斐閣・2017) 156頁。

⁶² 李・前掲注(47) 48頁。

る⁶³。

Ⅱ 2つ目のアプローチ

2つ目のアプローチは、過失犯の共同正犯と過失の同時犯を意識的に区別することは、共同犯罪における「共同性」を明らかにすることには有益である。しかしながら、中国刑法25条第1款では既に「共同犯罪」という用語が使われており、同法26条、27条は、共同犯罪における役割に応じて主犯と従犯を区別している以上、現行法における「共同犯罪」の概念は、同時犯と異なる犯罪形態であることが導かれうる。そのような前提のもとで、第2款で同用語を異なって解釈することは、法解釈のルールに反すると考えられる。そして、中国刑法は、過失犯の共同犯罪を共同犯罪として扱うことを明示的に除外しているので、共同の過失犯罪と過失の共同犯罪の概念をわざわざ区別して、中国刑法は過失犯の共同正犯の成立が認められると主張することは説得力に欠けるとの批判も妥当である⁶⁴。

Ⅲ 3つ目のアプローチ

3つ目のアプローチは、共犯においては、違法性は連帯であり、責任は行為者ごとの個別的事情であるということを認識した点では妥当である。しかし、中国刑法25条第1款の「共同犯罪」を共同故意犯罪と解すれば、同規定は「共同故意犯罪とは、2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう」という明らかに常識に反しているものになってしまう。そして、この解釈は、現行法は「2人以上共同して故意による犯罪を犯す」と「2人以上共同して過失による犯罪を犯した」という同じ表現が採用されていることを無視して、後者を過失犯の共同正犯、過失による教唆犯、過失による幫助犯、過失の同時犯をすべて含む広義の過失

⁶³ 張明楷「共同過失と共犯」西原春夫（編）『共犯理論と組織犯罪』（成文堂・2003）41頁。

⁶⁴ 張・前掲注（42）545頁。

の競合であると解することは妥当でない。

Ⅳ 4つ目のアプローチ

4つ目のアプローチは、上記誤殺事件を挙げて次のように説明している。すなわち、この事件では、「一部行為の全部責任」を適用しなければ、誰の行為が被害者を死亡させたかを判断できないので、「疑わしきは被告人の利益に」という訴訟法上の原則により、どちらも過失責任を問えないが、この結論は25条第2款の規定に反するものであるため、両行為者に死亡結果を帰するためには「一部行為の全部責任」という法理を適用するしかないであろうと指摘している⁶⁵。つまり、この見解によると、現行法は、過失犯の共同正犯が認められるのみならず、25条第2款は、実際には、過失犯の共同正犯においても「一部行為の全部責任」という法理を適用すべきであると定められている。

しかし、この見解は自己矛盾に陥ると考えられる。同論者によると、共犯について、刑法総則はどのような立法形式を採用しても、「一部行為の全部責任」という共同正犯の帰責法理を規定しなければならない。そうでなければ、構成要件該当行為を行わないが、結果発生への実質的支配力をもっている者と、共同行為全体と結果との間の因果関係が立証できるが、各行為者の過失行為と結果の間の因果関係の立証がない事案を処罰することは、罪刑法定主義に反するものになってしまうからである⁶⁶。

さらに、同論者は、次のように、中国刑法でも、「一部行為の全部責任」に関する規定が存在することを説明している。すなわち、現行法26条によれば、主犯には、①犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行った者、②共同犯罪において主要な役割を果たした者が含まれる。そのうち、①犯罪集団⁶⁷を結成し、若しくは指導する首謀者に対しては、

⁶⁵ 張・前掲注(42) 545頁。

⁶⁶ 張・前掲注(42) 520-521頁。

⁶⁷ 犯罪集団とは、3人以上共同して犯罪を犯すために結成した比較的固定的な犯罪組織である(中国刑法26条第2款)。

その犯罪集団が犯したすべての犯行に応じて処罰し（刑法26条第3款）、首謀者以外の②に対しては、その者が参加し、組織し又は指揮したすべての犯行に応じて処罰する（刑法26条第4款）。しかし、①であっても、②であっても、構成要件該当行為の実行を前提としておらず、首謀者は、具体的な犯行に参加し、組織し又は指揮しないとしても、他の主犯は、構成要件該当行為の全部又は一部を行わないとしても、全部の責任を負うこととなる。つまり、現行法26条により、共謀共同正犯を含む共同正犯の処罰は可能になり、「一部行為の全部責任」という法理を根拠づける⁶⁸。

しかし、中国刑法25条はまず、「共同犯罪の概念」という用語が使われており、かつそれを2人以上共同して故意による犯罪を犯すことと定められている。その後、26条～29条により、「共同犯罪」における関与類型を定めている。これによって、26条～29条はいずれも故意犯の共同犯罪のもとで考えられるべき概念であろう。つまり、本稿も、26条は「一部行為の全部責任」という法理を認めることにより、共謀共同正犯を含む共同正犯の処罰を根拠づけるという観点に賛成するが、26条は故意犯の共同犯罪のもとで考えられるべき規定であり、過失犯の共同正犯にまでも影響を及ぼすことができない。このように、中国刑法は、故意犯の共同犯罪と過失犯の共同犯罪を別扱いにすることが明らかである以上（刑法25条第2款前段）、過失犯の共同正犯を認めるために、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠は、過失犯の共同犯罪に関する規定にも存在しなければならない。

この点について、上記見解は、「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」ということにより、過失犯の共同正犯において「一部行為の全部責任」の適用を根拠づける。しかし、「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」ということは過失の同時犯の場合でも妥当なものであり、26条のように「一部行為」と「全部責任」との関係を示しているものわけではない。なお、「刑事責任を負うべき者」により、「一部行為の全部責任」を根拠づけることもできない。なぜなら、「刑事責任を負うべき」というのは、単独犯か共犯かを問わない帰責の結果であるのに

⁶⁸ 張・前掲注(42) 521-522頁。

対して、「一部行為の全部責任」という法理は、刑事責任を負うべきか否かを判断する際に、共同正犯の場合にのみ適用され得る帰属原理である。「一部行為の全部責任」の適用が許されるかどうかにより、共同正犯が認められるかどうかを推論することができるが、単に帰責の結果から、どのような帰属原理が適用されるのかということを推論することはできない。

したがって、残念ながら、過失犯の場合に、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠となるような規定は存在しないことは認められるほかない。そこでいう刑事責任は、単独犯としての刑事責任である。つまり、25条第2款後段は、過失の単独正犯としての刑事責任を負うべき者は、それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰し、それらを負うべきではない者は処罰しないことを意味する。上記誤殺事件のような因果関係が立証できないケースであれば、各行為者は過失の単独犯として刑事責任を負うべきではないため、当然ながら犯した罪に応じてそれぞれ処罰する可能性はなくなる。

V 5つ目のアプローチ

このアプローチの背後には、中国刑法は、故意・過失による共同犯罪の場合の形式的な処罰根拠を規定しているのみで、共同正犯の帰属原理は規定しておらず、そして共同正犯の帰属原理は共同正犯という現象に内在するものであり、刑法の規定を必要とするものではないとする考えがある⁶⁹。しかしながら、前述したように、共同正犯の法効果は、法が共同正犯において「一部行為の全部責任」という法理を適用すると規定してはじめて得ることができる。つまり、共同正犯制度は正犯拡張機能を有するものであり、それに関する総則の規定がなければ、各則の規定する単独犯の構成要件に該当し得ない場合がありうる。要するに、共同正犯制度の根拠は、客観的な社会現象に求めるべきであるが、これらの社会現象に対して、どのような法的評価を与えるかは、法規定に基づくべきであろう。以上は、このアプローチに賛成しない第一の理由である。

⁶⁹ 何・前掲注(43)90頁以下。

5つ目のアプローチと類似して、中国刑法は、故意犯の共同犯罪については共犯体系を、過失犯の共同犯罪については統一的正犯体系を採用していると解する見解がある⁷⁰。この見解によると、共同正犯は、正犯と共犯を区別しようとする共犯体系のもとでのみ成り立つ概念であり、かつ共犯体系は故意犯のためのものであるため、過失犯の共同正犯という概念は、当然ながらあり得ない。同時に、同論者は、過失犯においても共犯体系が採用されれば、正犯と共犯は、実行行為が行われたかどうかでしか判断できなくなり、これでは、過失犯の処罰範囲を不正に狭めることになると主張し⁷¹、中国刑法25条2款は、過失犯の共同正犯を肯定も否定もせず、ただ過失犯の共同犯罪について統一的正犯体系が採用されることを示しているものにすぎないと解する⁷²。

確かに、中国刑法は、過失犯の共同犯罪の場合には、故意犯の共同犯罪の場合のように、主犯と従犯を区別していない（刑法25条第2款後段）が、これは、現行法は過失犯の共同犯罪自体を否定するものであり（刑法25条第1款、第2款前段）、それを認めるとして、故意犯と異なる処罰原則を定めるわけではない。

なお、中国刑法では「正犯」という概念を明確には用いていないが、各則では、具体的な罪について、正犯行為を規定しており、学説でも、正犯の概念が必要かつ不可欠であると主張することが一般的である。それは、過失犯においても妥当である。実際に、上記見解は、過失犯の共同正犯における「正犯性」を簡単に故意犯のそれと同視し、過失犯の本質に応じて異なる判断基準が必要であることを看過している。過失犯は、結果回避義務違反による犯罪であり、結果回避義務があるのに、それを怠ったのであれば、実行行為が認められる。しかし、それは、過失犯においては正犯と共犯との区別は不要かつ不可能であることを意味せず、結果防止という意味において、合義務的な行為の有効性によって、正犯と共犯を区別すべきである。つまり、教唆や幫助という概念は、そもそ

⁷⁰ 劉明祥「区分制理論解釈共同過失犯罪之弊端及應然選択」中国法学2017年3期202頁以下。

⁷¹ 劉・前掲注（70）209頁。

⁷² 劉・前掲注（70）216-217頁。

も故意犯の共同犯罪の文脈で創設されたものであり、過失犯の共同犯罪の場合には、この考え方に固執して過失犯の共犯を考える必要がない。このように、可罰的違法性のある犯罪を処罰できなくなること⁷³、概念上の争いに陥ることが避けられるように思われる。以上のとおり、理論上の合理性に欠けることは、5つ目のアプローチ又はそれと類似する見解に賛成しない第二の理由である。

VI 小括

以上のような解釈論のアプローチと裁判例が存在することは、過失犯の共同犯罪又は共同正犯を認めることの理論的必要性を反映しており、この点については、本稿も同様の立場に立っている。しかし、現行法のもとで、刑法25条を解釈することを通じて過失犯の共同犯罪を認めることは極めて困難であるといわざるを得ない。

まとめると、以上の5つのアプローチには、以下の問題があると考えられる。まず、第一は、共同正犯制度の本質が、「一部行為の全部責任」という法理の適用にあることを看過して、共同正犯を認めながら、単独正犯の帰属原理を適用しようとすることである。第二は、解釈のルールに違反して、刑法における同一の用語に異なる解釈を与えることである。第三は、現行法が正犯と共犯という用語を使わないことを無視し、理論的論証をせずに、主犯と正犯、従犯と共犯を直接同列に扱い、さらにこれを根拠に、主犯と従犯という区分が採用される現行法は、正犯と共犯を区別する二元的共犯体系を採用すると解することである。

上述した解釈は、一定の合理性がないものとはいえないが、仮にこれらの解釈の可能性が認められたとしても、共同犯罪が故意にしか成立しないという観念が司法実務に深く根差している以上、司法実務がこれらの解釈を受容することは困難であろう。

したがって、中国刑法25条については、以下のように解すべきである。

⁷³ 教唆犯と幫助犯という分類方をそのまま過失犯の領域に適用すると、可罰的違法性のある教唆犯と幫助犯を処罰できなくなるか、可罰的違法性のない教唆犯と幫助犯をすべて処罰することになるという不合理な結果が避けられない。

まず、25条第1款により、共同犯罪を故意犯の共同犯罪に限定した上で、第2款前段により、第1款の共同犯罪の概念を補足し⁷⁴、さらに、第2款後段により、過失犯の共同犯罪は、単独正犯として刑事責任の有無を判断して処罰すべきであると定められていると解すべきである。つまり、現行法のもとで、中国では過失犯の共同正犯を含む過失犯の共同犯罪が成立する余地はないと解するほかない。

第3款 過失競合論に基づく関係者間の責任分担

中国刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する可能性が否定されるので、日本では過失犯の共同正犯が認められるべきケースであっても、中国では過失の競合としてしか扱われない場合がありうる。このような状況で、過失犯の共同正犯を完全に同時犯に解消することができないとしても、法改正が行われるまでは、少なくとも、処罰が妥当な範囲に収まるように、過失競合論の改善を努めるべきであろう。

I 過失犯の共同正犯の否認による処罰の間隙

前述したように、過失犯の共同正犯を認める実益は、①行為者は構成要件該当行為を行わないが、結果発生への実質的支配力をもっている場合と、②共同行為全体と結果との間の因果関係が立証できるが、各行為者の過失行為と結果の間の因果関係の立証がない場合には明らかに存在する。前者は、共同正犯制度の正犯拡張機能、後者はその帰責範囲拡張機能を示したものである。したがって、そこで考察すべきなのは、過失犯の共同正犯が認められない場合、すなわち、共同正犯制度の上記2つの機能が果たせない場合に、どのような処罰の間隙が存在しうるかという問題である。

共同正犯とは、単独正犯の共同を意味するわけではなく、「共同性」があるからこそ、行為者は単独正犯のような結果発生への実質的支配力

⁷⁴ 王愛立（主編）『中国人民共和国刑法釈義』（法律出版社・2021）45頁。この本は、全国人民代表大会法制工作委员会刑事法室の専門家が作成したものである。

を得る場合がありうる。すなわち、共同正犯制度の正犯拡張機能は、共同正犯制度の結合機能によるものといえる。同時に、過失犯の共同正犯が認められる場合には、危険創出という段階における共同結果回避義務の共同違反があれば足り、危険実現における共同までが必要ではない。そして、危険創出の段階で、関与者間の心理的・物理的関連性があれば、結果帰属においては、関与者のうち誰かが結果を惹起したことが立証できれば、各関与者の行為と結果との間の因果関係が立証できないとしても、関与者全員に結果を帰属することができる。このように、結果帰属を拡張するためには、同様に、共同正犯制度の結合機能を離れることができないといえる。

結合機能を根拠づけるものは、複数過失の間の「共同性」である。共同性を備えるためには、具体的に、不注意の相互促進・強化と共同結果回避義務の共同違反が必要とされる。そのうち、不注意の相互促進の存在は共同作業自体の性質で決めるものである。つまり、複数の者が共同して高度に危険な作業を行う場合には、各関与者は、結果の防止という意味において、相互利用・補充関係にあり、このような関係にあることから、客観的に見て、各関与者は互いに安心感を与えることで注意が散漫になり精神が弛緩しやすい状況にあることとなる。それゆえ、このような不注意の相互促進・強化を避けるためには、各関与者に他者の作業についてまで注意を払うべき義務が課されることとなる。この意味において、共同作業において、結果の防止について各関与者は相互利用・補充関係にあることには、共同性の根拠があるといえよう。このような関係にあることから、関係者の地位の上下又は作業の順序を問わず、過失犯の共同正犯が成立しうる。

事例からみると、日本でも、中国でも、医療過誤の多くは、初歩的なミスによるものであることがわかる。これらの事例の特徴は、各行為者の行為と結果との間の因果関係を立証することは一般に困難ではなく、理論的にも、一般に、客観的帰属論あるいは相当因果関係説に基づいて結果帰属を実現することができるということである。しかし、過失犯における因果関係の起点は、許されない危険の創出であり、つまり、結果回避注意義務違反の有無がまず問題となる。しかし、過失犯の共同正犯が認められないならば、共同作業者間の相互注意義務も認められないこ

とになり、各行為者に他人の行為に対して注意を払うことが求められる理論上の根拠はなくなるであろう。

では、具体的に、相互注意義務が認められないことにより、過失犯の処罰に、どのような影響を与えるであろうか。過失犯の共同正犯には、①関与者のうち誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合と、②関与者全員の結果回避義務履行があつてはじめて結果を回避しうる場合を観念することができる。①の場合には、結果の防止のために、各関与者には、内容が重複している結果回避義務が課されるが、自ら結果回避義務を履行すること、あるいは、他の関与者をして結果回避義務を履行させることで足りる。したがって、この場合に、結果が発生した際に、各関与者のいずれも自ら結果回避義務に違反したとともに、他の関与者をして結果回避義務を遵守させる義務をも履行しなかった（自らの結果回避義務違反+相互注意義務違反としての結果回避義務違反）とすることができる。それに対して、②の場合には、各関与者が負う結果回避義務は、一般に、内容的に同じではなく、協力し合つて履行すべき義務である。それゆえ、行為者は、自ら結果回避義務を履行するだけではなく、他の関与者をして結果回避義務を履行させることも必要とされる。したがって、結果を惹起させた際に、各関与者が、自ら結果回避義務に違反し、あるいは、他の関与者をして結果回避義務を履行させる義務を遵守しなかったことで結果を起こした場合と、この2つの結果回避義務に同時に違反したことで結果を惹起した場合が考えられるが、1つの注意義務違反さえあれば、結果発生に足りる（自らの結果回避義務違反/相互注意義務違反としての結果回避義務違反）。

①の場合には、過失の単独正犯と過失犯の共同正犯の構成は両立し、いずれかで処罰する場合が多いため、必ずしも過失犯の共同正犯が認められなければ処罰することができないようなものに属するわけではない。それに対して、②の場合には、自ら結果回避義務を履行したとしても、相互注意義務を果たせないのであれば、過失責任を問うべきである。その反対、相互注意義務が否定される以上、信頼の原則を適用することで他人の作業について注意を払うことが求められず、結果回避義務違反がないことを理由に、過失責任が問われなくなる。なお、自ら結果回避義務を履行せず、そして、そのような結果回避義務違反が結果発生に對

して実質的支配力を有しない場合もありうる。このような場合、相互注意義務が否定されると、正犯性を備えないため、過失責任を問えないことがありうる。この意味で、過失犯の共同正犯を認める実益は、②の場合に最も顕著である。

以上から、過失犯の共同正犯が成立する余地がない現行刑法のもとで、上記②のような場合における関係者間の責任分担は特に問題となる。では、過失競合論に基づき、組織的医療における関係者間の責任分担を検討する際に、そのような「処罰の空隙」に対してどのように対応すべきであろうか。

Ⅱ 解決策

共同作業者は、不注意の相互促進・強化を回避して危険をコントロールするために、各関与者が自分の分担している作業だけに専念するだけでは足りず、分業の実態を超えて、他の共同者の分担している作業についてまで注意すべき場合がありうるため、各関与者に相互注意義務が課される。共同作業で各関与者は相互利用・補充関係にあることは客観的な事実であるが、共犯制度が存在しなければ、相互注意義務を広く是認することは、個人責任原理に違反するといわざるを得ない。しかし、他人の行動についてまで注意を払うべき義務は、必ずしも共犯制度の存在を前提としているわけではなく、その発生根拠は、現実社会における危険の回避と分担の必要性にあるため、信頼の原則の適用が否認された場合にはあり得るものである。言い換えると、危険の回避という意味において、共同作業を行う者の間に信頼の相当性がない場合には、これらの者の間に相互注意義務が肯定されるのである。

では、具体的に、どのような場合にこのような相互注意義務が考えられるであろうか。前述したように、「病院作業システムと人員の職務(2011年版)」によれば、手術前には、外科医と麻酔医が自ら患者を診察し、患者とその家族への告知・説明義務を果たし、そして両者は、協力して麻酔方法や麻酔前投薬を決定すべきである。このように、外科医と麻酔医が、各自の専門的知識を用いて麻酔方法や麻酔前投薬の決定に関与している。この場合においては、両者の分業は、それぞれの専門性に基づ

くものであるため、両者は内容的に同じ注意義務を負うわけではなく、両者の注意義務履行があつてはじめて結果を回避しうるが、一般に、相互注意義務がないというべきである。しかし、外科医であっても、麻酔医であっても、医師としての基本的な知識を持っているため、相手の行動が明らかに不適切な場合においては、たとえそれが自分の担当する分野に影響を及ぼしていなくても、信頼の相当性がないとして、相手に注意喚起、確認、あるいは制止することが求められる。このように、外科医と麻酔医との間には、相互注意義務が存在すると解することが可能になる。この場合に、行為者は自らの注意義務を果たしたとしても、相互注意義務の履行が、法益保護に有効であれば、正犯として結果を帰属すべきである。つまり、この場合に、相互注意義務が認められるだけでなく、相手の行為を制止できるような支配力がなければならない。

要するに、対等の地位にある行為者が共同して作業を行う場合、たとえそれぞれの専門性に基づく分業であっても、結果発生の現実的な予見がある場合には、相互注意義務を認めるべきであり、そして地位の平等を理由に、行為者が結果発生への支配力をも肯定すべきである。このように、過失犯の共同正犯が認められないことから生じる処罰の間の一部を埋めることができると考えられる。

第4項 小括

以上から、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られる。

第一に、信頼の原則は、交通の現代化の背景に、過失認定の原理として、日独から導入された後、現在、中国でも、それは交通事故の分野のみならず、チーム医療のような組織的作業の分野でも、結果回避義務を制限する原理として機能を発揮すべきものである。しかし、許される危険のみが信頼の原則に従って関与者に分配することができるという原則によれば、医療の分野における信頼の原則の適用が認められるが、中国の医療格差を考慮し、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、疾患の診療は、末端医療機関のサービス能力を超えたかどうか、農村医の開業範囲を超えたかどうかを厳格に考察しなければならない。

第二に、過失犯の共同正犯は、客観的な現象として存在し、そして制度としての理論上の合理性と必要性があるものである。しかし、客観的な現象に対処する法規定は異なることが可能である。中国の場合には、刑法が明確に過失犯の共同犯罪の成立する可能性を排除した。それに対して、学説では、刑法規定を再解釈することにより、過失犯の共同正犯を認めるとする見解が多いが、これらの見解をそれぞれ分析すると、どれも妥当ではないものと考えられ、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかないと思われる。

しかし、過失犯の共同正犯が認められないとしても、信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が関与者間に成立する可能性があることを看過してはならない。専門職の連携において、行為者は、相手が医師としての基本的な注意義務に違反したことにより結果を発生させる可能性を現実的に認識した場合には、形式的な分業を超えて、他人の作業についてまで注意を払うべき義務を認めるべきである。この際に、行為者は自らの注意義務を果たしたとしても、上記注意義務を怠ったことにより結果が帰属される余地がある。

第4節 小括

1997年中国刑法では、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いるが、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。また、中国の医療事故の刑事訴訟では、罪名の適用については統一的な基準を欠けるという問題があり、過失の判断については、医療事故技術鑑定に過度に依存し、事実に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という問題がある。

本章では、まず、上記の問題点をめぐり、中国の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討した。その結果、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た。まず、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り、そして結果回避義務

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。つまり、中国刑法のもとでも、過失構造論については新過失論を適用しうる。次に、医療関係者の注意義務について、中国でも、看護師に対する医師の注意義務は、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。さらに、中国法においても、直接行為者だけではなく、監督者の過失を問うべきであり、そして監督過失が認められる場合には、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。また、因果関係の判断について、実務では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。そして、法的因果関係の判断においては客観的帰属論を適用すべきであり、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。

さらに、本章では、中国の組織的医療における関係者間の責任分担について検討を試みた。これらの検討により、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られた。まず、中国刑法のもとで、信頼の原則を結果回避義務を制限する原理と解することができる。そして信頼の原則の適用の可否は、中国の医療格差を考慮し、厳格に考察すべきである。次に、中国の現行刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する余地がないため、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかはない。しかし、同時に、各行為者について信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が認められることにより、他人の行為による結果惹起について責任を問う可能性がある。

終章 要約と残された課題

第1節 要約

本稿では、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つの課題をめぐり、チーム医療における刑事過失責任を考察してきた。本稿の内容を要約すると、次のとおりである。

序章では、第一に、準備的作業において、日中における「チーム医療」や「医療過誤」の定義を明確にした上で、日中における医療過誤に対す

る刑法規定を比較法的に考察しながら、法規定の視点からみて、日本における医療過誤の過失判断に関する理論的検討は、中国で適用しうることが確認された。第二に、個人の過失責任に関しては、注意義務、過失競合論と監督過失論の区別、因果関係の有無という問題を提示し、関係者間の責任分担に関しては、注意義務の分配、信頼の原則の適用の可否、正犯性の有無、過失犯の共同正犯の成否という問題を提示した。第三に、過失構造論に関して、本稿は新過失論の立場に立つことを示した。

第1章では、共同作業における各関係者の注意義務の間に指示・監督関係があるという垂直的分業のもとで、医師と看護師の連携または上下関係にある医師間の連携において、下位者に対して、上位者である医師がどこまで注意義務を負わせるかを限界づける理論及び複数の過失間の関係を検討した。

医師と看護師の連携においては、第一に、診療の補助と医師の指示の関係を明確にすることで、医師が看護業務に関与すべき範囲を最初から限定した上で、指示過失の判断に関する具体的な問題を論じた。検討の結果、(i) 看護師が「診療の補助」に従事する場合に限り、医師の過失責任が問題となること、(ii) 指示過失を判断するにあたり、事後的結果回避可能性の有無を重視すべきであることが明らかとなった。

第二に、医師がどこまで監督義務を負うのかを明確し、監督過失の成立を限界づける理論や監督過失構造論の問題を論じた。検討の結果、(i) 医師の監督は、看護師が過誤を犯さないように行われる危険の制御手段であるため、医師の監督義務の有無とその程度は、診療補助行為自体のリスクと起こりうる過誤の類型とその発生頻度を合わせて考慮しなければならないことがわかった。そして、(ii) 監督過失構造論に関しては、①監督義務と結果回避義務は異なり、前者は監督過失の主体を特定する機能を有するが、後者の違反は監督過失の成立に必要な不可欠であること、②監督過失には不作為犯だけではなく、作為犯の場合もありうること、③監督過失は正犯と同等の可罰性があるものであることを示した。

第三に、以上の議論を踏まえ、過失競合論と監督過失論の区別を目指して、複数人の過失犯理論から判例の再検討を行った。そこで、医師と看護師が共同して作業を行う場合に、医師に課される注意義務は、医師自身の注意義務か、看護師に対する監督義務かについては、危険防止の

観点から、業務分担関係には実質的な合理性があるかどうかによって判断すべきであり、過誤を防止するために関与者が重畳的に負う点検確認義務は、医師自身の注意義務と解すべきであるとした。

さらに、上下関係にある医師間の連携については、上記の検討で得られる結論を用いて、研修医に対する指導医の責任及び診療科のリーダーの責任を論じた。検討の結果、（i）指導医の責任については、研修医の医行為に対する指導医の「許可」は、看護師の診療の補助に対する医師の「指示」と同様に、医行為又は診療の補助の開始要件として捉えるべきであることと、（ii）研修医は、医師免許を取得し、医師としての基本的な注意義務を負うため、指導医の監督過失の成否については、慎重に判断すべきであるとの結論が得られた。そして、（iii）埼玉医科大学病院抗がん剤過剰投与事件を検討することにより、上下関係にある複数の医師が共同して作業を行う場合には、上位医師の注意義務の有無とその性質は、下位医師の専門性と診療の難易度を合わせて判断すべきであると解された。

第2章は、ある特定の作業が行われる際に、関与者の職位の上下を問わず、各関与者は互いに指示・監督を受けずに、独立して職責を果たすことができるという水平的分業のもとで、各関係者の過失責任のあり方を検討するものである。そこでは、同職種間の引き継ぎ作業と異職種間の引き継ぎ作業を分けて、それぞれにおける過失の判断及び責任の限定について検討を加えた。

具体的には、第一に、交替制のチーム医療として行われる看護体制のもとで、複数人の過失が時間の前後に従って累積的に重なったことによって結果を発生させた京大病院エタノール事件を検討した。そこで、（i）同職種間の連携において、最初の行為者の過失行為に最後の結果を発生させ得る程度の危険が含まれないが、同人が創出した危険性は複数の過失の介入で質的に転換させなかった場合に、同人の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきであると結論づけた。そして、（ii）最初の行為者の過失から誘発された後任者らの過失について、分業の基礎は各関与者の専門性ではないため、各関与者は共同で結果を回避するために努力すべきであり、多層的な点検確認義務が求められ、また因果関係が立証できれば、後任者も正犯として結果を帰属させるべきである

とした。

第二に、(i) 薬剤師、事務員と看護師間の連携及び(ii)手術チームにおける連携について、それぞれ3%ヌペルカイン事件と横浜市大病院患者取り違え事件を素材とし、専門職間の引き継ぎ作業における過失の判断と責任の限定を検討した。まず、(i) 3%ヌペルカイン事件の検討により、分業の基礎は各関与者の専門性である場合であっても、①因果関係中断論や答責領域の変わりにより、危険を創出した前任者の行為と結果との因果関係を否定することができないこと、②分業の基礎は異なることでそれぞれの業務の中核的内容に注意を払う可能性がないが、結果の防止に必要な注意義務の履行が専門的知識や技術を伴わない場合、専門性の異なる者間で共通の注意義務を負う余地があることが明らかとなった。

次に、(ii) 横浜市大病院患者取り違え事件を検討した結果、①専門職間の引き継ぎ作業において、初歩的なミスを防止するために、各関与者に同一の基本的な注意義務が課されるとしても、関与者全員が同時にそれを果たすべきであるとまで解することは必要ではなく、各関与者の職責に応じて注意義務を分配することができること、②専門職間の連携であっても、合義務的な行為を考えると、行為者の個別的事情を完全に捨象して、結果回避義務を一般化してはならず、各関与者に期待される具体的な結果回避措置の内容は、各人の職務上の地位や関与の状況によって異なるべきであることを示した。

第3章では、信頼の原則の検討を中心に、分業に伴う医療関係者間の責任分担を議論した。そこで、第一に、過失の判断における信頼の原則の位置づけを検討した。信頼の原則は、許された危険や危険の分配の法理の一応用場面であり、行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきであるとした。

第二に、組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界に関する判例・学説の立場を整理した。組織的医療における信頼の原則の適用限度は、組織的医療における関係者間の責任分担に関して、とりわけ監督責任の限界づけに関する議論がなされる際に、不可避な問題であり、それをめぐる議論が、今でもチーム医療に伴う分業体制のもとで、安全性と効率性の両立を中心に行われていることを示した。

第三に、組織的医療における信頼の原則適用の可否と適用基準について検討を加えた。そこで、（i）交通事故犯の分野に形成・発展された信頼の原則が、関与者は危険防止という意味において協力関係にあるすべての場合には適用可能なものであり、（ii）組織的作業における信頼の原則の適用は無制限ではなく、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならないと考えられた。

次に、組織的医療における信頼の原則の適用基準について、本章では、（i）主観的要件として、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったこと、（ii）客観的要件として、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、その分業関係が実質的合理性を有するものでなければならないこと、（iii）消極的要件としての相当性の阻却事由の不存在という3つの要件があることが明らかとなった。

さらに、本章では、垂直的分業の場合と水平的分業の場合を分けて、信頼の原則を適用しうる場面をさらに明確にした。具体的には、（i）垂直的分業の場合において、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、上位者に刑法上の許されない危険を創出した結果回避義務違反があったかどうか、下位者の選任について医師が注意義務を尽かしたかどうかことが重要であることを示した。また、（ii）水平的分業の場合においては、同職種間の引き継ぎ作業における後任者は、前任者が誤ることなくに業務を行うものと信頼することで、自分の作業に伴う類型的危険を防止するための基本的注意義務を遵守しなければならない。そして、異職種間の連携においては、原則として、互いに、相手は自分の権限の範囲内で、専門的知識に基づいて適切な判断や処置をすることを信頼でき、相手の過失から結果を発生させた場合には、過失責任を負わないが、関係者間で実質的信頼関係がない場合、または、自身に危険を創出した結果回避義務違反があった場合には、信頼の原則の適用を排除すべきである。

最後に、本章では、組織的医療における信頼の原則の適用に重要な意義を持つ、千葉大採血ミス事件と北大電気メス器事件を分析し比較した

上で、上記の検討で触れられなかった問題について検討を試みた。検討の結果、結果回避義務の前提となる予見可能性と信頼の原則の適用を限定するための予見可能性は、異なる判断枠組みを有するものであると結論付けた。具体的には、前者の場合には、行為者が第一次的注意義務を負うのであって、行為に内在する具体的な類型的危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分が認識可能であれば十分である。それに対し、後者の場合には、行為者が第一的注意義務を負わないため、類型的危険を発見するような注意を払わなくてもよく、現実的かつ具体的な危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分を予見しえた場合にはじめて、信頼の基盤が動揺し、結果回避義務が肯定される。

第4章では、過失犯の共同正犯の成否の検討を中心に、分業に伴う医療関係者間の過失責任を検討した。第一に、過失犯の共同正犯の成否をめぐり、従来の判例と学説の立場を整理した。(i) 判例において、組織的医療における複数人の過失責任が肯定された場合には、過失の同時犯として扱われることが一般的であり、過失犯の共同正犯が認められる少数の場合には、行為者の職種が同じであるという傾向が見られる。(ii) 学説を整理した結果、過失構造論争の影響で、現在、過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐり、学説では、犯罪共同説と行為共同説という共同正犯論固有の議論から論じるのではなく、問題の対立点は、過失犯の共同正犯として処罰する必要があるかどうかにあることが明らかとなった。

第二に、過失犯の共同正犯の成否は、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠があるかという問題に依拠している。具体的には、過失犯の共同正犯の成立要件としては、(i) 正犯性要件としての実質的支配力、(ii) 共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）及び客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）であることを示した。

第三に、代表的な事例を検討することにより、組織的医療における過失犯の共同正犯が成立しうる場面が明らかとなった。さらに、以下の帰結も得られた。(i) 関与者間に監督関係がある場合や、各人の法益保護のための注意義務履行の有効性に差がある場合には、相互的支配があ

り得ない以上、過失犯の共同正犯の成立は考えられない。（ii）関与者間に上下関係があるが、（i）の場合に該当しないとき、過失犯の共同正犯が成立しうる。（iii）共同して許されない危険を創出または増大させたのであれば、複数の注意義務違反の間に時間的先後関係があっても、「共同違反」が認められる。（iv）分業・協業の基礎は各人の専門性であり、専門の領域内で過誤を犯した場合に、不注意の相互促進・強化があり得ず、相互注意義務も信頼の原則で免除されうるため、過失犯の共同正犯が成立する余地はない。

第5章では、上記第1章～第4章の検討を踏まえ、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つの課題に関する中国の議論状況と実務の現状を概観した上で、日本の議論への考察から、中国の議論に対していかなる示唆が得られるかについて検討を加えた。

第一に、中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を把握した上で、それに存在する問題点を提示した。中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を整理することにより、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示された。また、1997年中国刑法が医療事故罪を規定して以来24年間の同罪の判例を分析した結果、（i）医療事故の刑事訴訟では、罪名の適用について統一的な基準を欠けるという問題と、（ii）過失の判断については、医療事故技術鑑定に過度に依存し、結果回避義務とその違反を意識的に検討しない点、及び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という問題があることが明らかとなった。

第二に、医療事故罪の刑事裁判における過失の判断に存在する上記の問題点をめぐり、中国の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討した。検討の結果、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た。（i）中国刑法のもとでも、過失構造論については新過失論を適用しうる。（ii）医療関係者の注意義務について、中国と日本の医療体制は異なるが、看護師に対する医師の注意義務は、第2章で示した方法論に従って、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。（iii）中国に

においても、直接行為者だけではなく、監督者の過失を問うべきであり、そして監督過失が認められる場合には、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。(iv) 因果関係の判断について、実務では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り、そして、法的因果関係の判断においては客観的帰属論を適用すべきである。

第三に、中国の組織的医療における関係者間の責任分担について検討を試みた。これらの検討により、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られた。(i) 中国刑法のもとで、信頼の原則を結果回避義務を制限する原理と解することができる。そして医療の分野において信頼の原則の適用が認められるが、中国の医療格差を考慮し、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、疾患の診療は、末端医療機関のサービス能力を超えたかどうか、農村医の開業範囲を超えたかどうかを厳格に考察しなければならない。

(ii) 中国の現行刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する余地がないため、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかにないと考えられる。しかし、同時に、過失犯の共同正犯が認められないとしても、各行為者について信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が認められることにより、他人の行為による結果惹起について責任を問う可能性があることを看過してはならない。

第2節 残された課題

本稿は、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の課題を中心に、チーム医療における刑事過失責任を検討するものである。そのうち、組織的医療における個人の過失責任のあり方という課題を検討する際に、管理過失については、それと監督過失の区別を提示するにとどまり、過失の判断についての検討は不十分なものとなった。また、組織的医療における医療従事者の内部の責任分担について検討を加えたが、医療従事者の過失と患者あるいは患者の家族の過失が競合した場合に、これらの者の間で責任をどのように分担すべ

きかは、さらなる考察が必要である。さらに、本稿は、組織の活動で結果を惹起した際に、組織体の構成員の過失責任と構成員間の責任分担に着目するものであるが、組織体自体の過失責任を追及する余地があるかどうかは、なお検討を要する。

なお、近年、医療の分野において、人工知能（AI：artificial intelligence）が疾患の予防・診断・治療で運用されている。例えば、人工知能技術を用いてがん細胞の分析や病理診断が研究されており⁷⁵、ロボット支援下手術が導入されている。このような人とロボットの組織的作業により事故が引き起こされる場合、ロボットの自律性をどこまで承認するか、従って結果を誰に帰責させるかがまさに問題となりうる。これについても今後の課題としたい。

⁷⁵ 「がん病理組織画像の特徴を数値化する人工知能技術の開発」

（日本医療研究開発機構ウェブ・サイト内 https://www.amed.go.jp/news/release_20220302-01.html（2022年5月20日最終閲覧））

異文化婚姻における刑法的課題

—— イスラム婚姻の例外的取扱いを通して ——

左 倅 雨

一 問題の提起

1. 世界のムスリム人口の変化¹

2010年から2020年までの10年間に於いて、ムスリム (Muslim) 人口の増加は、宗教別グループ (Religious Group) の中で最も著しいものとなった。この期間に増加した人数は約3億4700万人に達し、他の宗教に属する人口の増加数の合計を上回っている。

現在、ムスリムは世界人口の約25.6%を占め、キリスト教徒に次ぐ世界第2の宗教グループとなっている。年齢構成を見ても、ムスリム人口の大多数は50歳以下であり、比較的若年層が多いことが特徴である。分布に関しては、全体の約59%がアジア・太平洋地域に居住している。

このように、増加のスピードの速さ、人口規模の大きさ、年齢層の若さ、分布域の広さといった点を踏まえると、今後、ムスリムに関連する諸問題は、各国が無視し得ない重要な議題となっていくことが予想される。

¹ この部分の統計データは、Pew Research Center による調査結果に基づいており、以下の報告書から引用したものである：

Conrad Hackett, Marcin Stonawski, Yunping Tong, Stephanie Kramer, Anne Shi and Dalia Fahmy, How the Global Religious Landscape Changed From 2010 to 2020, Pew Research Center, June 9, 2025.

<https://www.pewresearch.org/religion/2025/06/09/how-the-global-religious-landscape-changed-from-2010-to-2020/> (最終アクセス：2025年10月2日)。

2. ムスリムとイスラム法

「ムスリム (Muslim)」とは、イスラム教徒を意味するアラビア語の音訳であり²、宗教的アイデンティティに基づく人間の分類の一つである。ムスリムという語は、国籍・民族・性別を問わず、イスラム教を信仰する者すべてを包括的に指す用語である。

ムスリムは、神（アッラー）からの啓示に従って生きる者とされている。その「定めた真理」はイスラム法（シャリーア）であり、ムスリムにとって「人間の正しい生き方」を示している³。イスラム法はムスリムの「宗教的生活」とどまらず、「現世的」「世俗的」生活にも及ぶ⁴。すなわち、イスラム法は単に道徳的義務を定めるのみならず、「財産法、家族法、刑法等に相当する裁判規範を含む繊細な法の体系」⁵とは考えられる。

このように、神の啓示に従うムスリムは、イスラム法を基盤とした宗教的「共同体」⁶を形成しており、宗教生活だけではなく社会生活においてもイスラム法を遵守する傾向がある。ただし、「歴史的には、シャリーア（イスラム法）はイスラーム共同体の唯一の法ではなく、国家の法と併存していた」⁷という状況は現実的である。

また、ムスリムの法学者によれば、イスラム法はそれ自体には正当性を備え、その「規範的な価値」は実際に適用されるかどうかにもかわらず保持される

² 日本イスラム協会＝島田襄平＝板垣雄三＝佐藤次高監修『イスラム事典』（平凡社、1982年）364頁。中国語における「穆斯林」も同じアラビア語の音訳である。

³ 日本イスラム協会・前掲注（2）206頁。

⁴ 日本イスラム協会・前掲注（2）207頁。

⁵ 柳橋博之監修・小野仁美＝狩野希望＝早矢仕悠太＝堀井聡江編『イスラーム法研究入門』（成文堂、2025年）i 頁。

⁶ イスラム聖典『クルアーン』第2章213節（前半）：「人間は、かつてはひとつの共同体だった。アッラーは良い報せを運ぶ者として、また警告者として預言者たちを立ち上げらせ、また彼らと共に、人々の間で相争っていることについて判断する、真理による啓典を下した。」

出典：東京ジャーミイ・ディヤナーナト トルコ文化センター HP「クルアーン 日本語読解 (PDF 第1版)」(東京ジャーミイ出版会) <https://tokyocamii.org/ja/notice/8316/> (最終アクセス：2025年10月2日)。

⁷ 堀井聡江「イスラーム法とその研究史」前掲注（5）1 頁。

と思われる⁸。そのため、イスラム法は各国の法体系の中で、国家制定法を補完する役割を果たすこともあり得る。一方で、ムスリムにとって、国家法とイスラム法の間に矛盾や衝突が発生した場合に、どちらを優先すべきかという課題は、現代社会においても重要な問題となっている。

3. イスラム法に対する二つの視座

すでに述べたように、イスラム法はイスラム社会が従うべき規範であるが、イスラム世界の世俗化の進展に伴い、その規定の一部には改正が加えられてきた。現代社会において国家が法制度を整備する過程で、イスラム世界の各国はイスラム法との関係について、おおよそ以下の三つの立場のいずれかを採っている。すなわち、①イスラム法を依然として基本法とみなし国家法に優先させる立場、②イスラム法を廃止し、全面的に世俗法を導入する立場、③両者の中間に立ち、イスラム法と世俗法を並存させる法制度を採用する立場である⁹。

⁸ 柳橋博之『イスラーム家族法』（創文社、2001年）5頁。

⁹ 遠峰四郎『イスラム法入門』（紀伊国屋書店、1964年）166頁。この三つの立場は1960年代の観点のものであったが、現在はなおこのように分類されうる。

①イスラム法を基本法とする国の代表例として、サウジアラビアが挙げられる。サウジアラビアには成文憲法が存在せず、イスラム法を事実上の憲法として位置づけている。また、パキスタンには成文憲法が存在するが、その第227条において「すべての現行法はイスラム教義に従わなければならない」と規定されている。パキスタンでは民法も整備されているものの、家族法や刑罰規定（例：石打ち刑、鞭打ち刑）などの分野においては、依然としてイスラム法の影響が強く残っている。②世俗化の度合いが高い国の代表例としては、トルコがある。トルコ憲法には政教分離（secularism）が明文化されており、民法・刑法・婚姻法などの主要な法領域はすべて現代的な法体系に基づいて構築されている。③一方で、世俗化は進んでいるものの、依然としてイスラム法の影響が顕著に見られる国として、インドネシアが挙げられる。インドネシアでは中央政府の法制度は世俗的な構造を有しているが、一部の地域、特にアチェ州などにおいては、地方レベルでイスラム法が施行されている。

出典：中华人民共和国商务部「境外法規（Global Laws and Regulations）」、<https://policy.mofcom.gov.cn/page/list/nations.html>（最終アクセス：2025年10月2日）。原文は中国語であり、本稿における記述は筆者による要約・整理に基づく。

イスラム法に対する視座は、大きく二つに分けられる。第一に、イスラム世界の観点を採る場合、政教分離 (secularism)¹⁰などの法理的問題からイスラム法を捉えることになる。前述した三つの立場（基本法としての継続・世俗法への全面移行・並存制度の採用）は、まさにこの観点に基づく議論である。

第二に、非イスラム世界の視座を採る場合、仕事、留学、結婚など多様な理由によりムスリムを受け入れている国々、あるいは国境内においてムスリムが歴史的に居住してきた国々においては、イスラムに関する諸問題、特に家族法や刑事法に関わる事項をどのように理解し、法的に処理するかが重要な課題となっている。

このように、ボーダーレス化の進展に伴い、一国内で共有されてきた文化的規範の統一性が揺らぐ契機が増加している。その一方で、従来からの「外国人の違法性の認識」¹¹をめぐる議論は必ずしも十分とはいえず、議論の不足が懸

¹⁰ 世俗主義 (secularism) とは、宗教を人間のその他の生活領域から切り離し、とりわけ非宗教的な生活様式の尊重を主張する思想であり、しばしば「政教分離」とも訳される。しかし、その正確な定義については学界でも一致が見られず、今なお論争の対象となっている。

世俗主義の典型的な実践例として、20世紀初頭のトルコにおける世俗化政策が挙げられる。トルコでは、イスラム教が国教としての地位を失い、西洋風の服装の義務化、女性によるニカーブ (niqab) の着用禁止といった政策が導入された。しかしその後、イスラム教の社会的地位の変化を背景に、2013年には公共機関におけるニカーブ着用禁止が全面的に解除されている。

世俗主義の文脈においては、しばしばジェンダー平等の観点からニカーブ着用の禁止が正当化されるが、他方で、ニカーブの着用をイスラム教徒女性による宗教的自己表現の一環とみなす立場も存在する。このように、個人の自由と社会的平等の間での緊張関係を孕んでおり、世俗主義をめぐる議論は、未だ明確な結論には至っていない。Charles Preston, secularism political principle, <https://www.britannica.com/topic/secularism#ref380951> (最終アクセス: 2025年10月2日)。

¹¹ 1980年代のアメリカでは、新たに入国した者の「文化的規範」と現地の法規範とが矛盾・衝突する場合に、一律に「法の不知はこれを許さず」の原則を適用して、国内の一般的な犯罪者として扱うことには不合理であるとの指摘がなされた。これに対応するため、「文化的背景を理由とする抗弁 (Cultural Defense)」の理論が提起された。これは、出身地における文化的背景に基づいて「違法性についての錯誤」が生じた場合、刑事責任を減免または免除するこ

念される。もっとも、こうした「文化葛藤」は、犯罪論・刑罰論・刑事手続と
いった刑事法の各領域において横断的に問題となりうる¹²。

本研究は、非イスラム世界の視座に立ち、ムスリムが滞在する国家において、
イスラムに関連する法的・社会的問題をいかに取り扱うべきかを探究するもの
である。

4. ドイツ・日本・中国刑法とイスラム婚姻との接点

(1) ムスリム人口

まず、前述の第二の視座（非イスラム世界の視座）を採るにあたって、その
前提となるのは、当該国家にムスリムが滞在しているという事実である。

2020年の統計によれば、ドイツにおけるムスリム人口は約530万～560万人と
され、ドイツの総人口（8310万人）の約6.4%～6.7%を占めている¹³。一方、日
本のムスリム人口はドイツに比べて小規模である。2024年時点の推計によれ

とを可能とする構成である。

しかしながら、この理論はその適用範囲や適用要件が明確ではないため、し
ばしば批判の対象となった。実際、かかる構成を認めることにより、刑事裁判
の基準が不明確になり、ひいては刑法の機能が損なわれるおそれがある。

このような議論に関連して、日本においては「違法性の認識」という論点の
もとで議論が展開されている。

奈良俊夫「刑事責任の新断面——外国人の違法性の意識——」『西原春夫先生
古稀祝賀論文集第二巻』（成文堂、1998年）268-283頁を参照。

ただし、こうした議論は、あくまでも受け入れ国側の視座に立ち、既存の犯
罪論体系の内部で検討されているものである。そしてその体系自体が構築され
る過程では、越境的・外国人的要素を十分に考慮していなかったという限界を
有する。そのため、多元的文化が共存する現代社会において、文化的多様性を
機械的に単一の犯罪論体系に当てはめることの妥当性については、再考を要す
る。

¹² 高山佳奈子「文化葛藤と刑罰目的論」刑法雑誌46巻2号（2007年）247頁。

¹³ Vgl. Die Deutschen Islam Konferenz (DIK) "Muslimisches Leben in Deutschland 2020" (73 f.). ドイツにおいて、配偶者と同居していない既婚のムスリムのうち、58%が中東出身である。戦争や迫害などの理由により、配偶者とともに避難することができなかったと推測される。これらの配偶者は、原籍国または第三国 (Transit land) に留まっている可能性がある。一方で、移住を背景とし、パートナーと共同生活を送っている者のうち、93%は既婚者である。

ば、日本に居住するムスリムは約35万人である¹⁴。

これに対し、中国におけるムスリムの多くは移住者ではなく、主に中国国籍を有する少数民族¹⁵に由来する。2015年の統計によると、中国のムスリム人口は約2314万人であり¹⁶、総人口の約2%を占めている。

このように、ドイツ・日本・中国の三国において、ムスリム人口の規模や構成はそれぞれ異なるものの、いずれの国においても一定の数に達しており、その社会的存在感は無視できない。ゆえに、各国においてイスラム婚姻に関する法的対応を検討するにあたって、これらの人口の背景は重要な前提となる。

(2) ムスリム婚姻

本研究において「イスラム婚姻」とは、以下の三つの類型を含む概念として用いる。すなわち、①イスラム法に基づいて締結される婚姻、②イスラム法の規定に従うムスリムが締結する婚姻、③イスラム法に言及・関係し得る婚姻である。

まず、イスラム法に定められた婚姻の成立および解消の規則に従って締結された婚姻は、ムスリムの移動（国際的・地域的）によって、非イスラム国家であるドイツ、日本、中国などにおいて存続する可能性がある。また、独身のムスリムが他宗教・他民族・他国籍の者と結婚する場合、その婚姻は宗教的要素

¹⁴ 日本に居住するムスリムのうち、約29万4千人は外国人ムスリムであり、約5万4千人は日本人ムスリムである。店田廣文「日本のムスリム人口 2024年」(多民族多世代社会研究所、2024年7月)17頁。

¹⁵ 中国における「少数民族」という用語は、1905年に初めて提起されたとされている。当時は、漢族以外の諸民族を総称して「少数民族」と呼んでいた。現在においても、この語は、漢族を除く、人口が比較的少なく、中国国内において民族的に識別・確定されている集団を指す呼称として定着している。

少数民族の形成過程およびその概念の変遷は、中国における民族研究の重要なテーマであり、解釈は今後の研究の深化に伴い変化する可能性がある。しかしながら、本研究においては、分析上の明確性を期すため、「少数民族」を漢族以外の中国国内の民族と定義し、そのように取り扱うこととする。

王江城＝李怡婷「“中国少数民族构建”议题的讨论及启示——基于少数民族相关研究的考察」、新疆大学学报(哲学社会科学版)第52卷第2期(2024年)28-35頁。

¹⁶ 王新贤＝高向东「中国穆斯林人口空间分布及演变特征」、世界地理研究第30卷第6期(2021年)1299頁。

と世俗的要素の両面から捉える必要がある。さらに、宗教的・文化的多元化の進展に伴い、非イスラム世界の人々の間での婚姻であっても、改宗や信仰の選択を通じてイスラム法との関係が生じる可能性がある。

したがって、ドイツ・日本・中国の三国において、現在または将来的に、国内法制度の枠組みの中でイスラム婚姻をいかに取り扱うかは、検討に値する重要な課題である。

(3) 解決方針

ドイツおよび中国の刑法が、宗教や民族に関連する問題に対していかなる解決方針を示しているかを検討する。

まず、ドイツ刑法第166条「信条、宗教団体および世界観に基づく団体の冒涇」¹⁷は「公共の平和 (der öffentliche Frieden)」を保護法益とし¹⁸、基本法により保障された宗教的信仰の自由との調和のもとで、刑法が宗教領域への介入の始点を定めている。すなわち、本条は個人の信仰それ自体を直接保護するものではなく、公共の平和を維持するという観点から、宗教に関する発言や行為に法的制限を課することができる枠組みである。イスラム婚姻も「制度または慣習」として本条の保護対象に含まれる可能性があり、関連する事件に対して第166条を適用することが考えられる。

次に、中国刑法第251条「国民信教自由不法剥奪罪、少数民族風習慣習侵害罪」¹⁹は個人の信仰の自由や自己決定権、ならびに宗教・民族集団としての権利を保護することを目的としている。本条は、刑罰によって、宗教・民族に関

¹⁷ §166 StGB: (信条、宗教団体及び世界観に基づく団体の冒涇) (1) 公然と、又は文書 (第11条第3項) の頒布により、他の者の宗教上又は世界観に関わる信条の内容を、公の平穏をかく乱するのに適した方法で冒涇した者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。(2) 公然と、又は文書 (第11条第3項) の頒布により、国内に所在する教会又はその他宗教団体若しくは世界観に基づく団体、これらの制度又は慣習を、公の平穏をかく乱するのに適した方法で冒涇した者も、前項と同一の刑に処する。

¹⁸ Fischer StGB (71. Aufl.) §166, Rn.2.

¹⁹ 中国刑法第251条: 【国民信教自由不法剥奪罪、少数民族風俗慣習侵害罪】国家機関公務員が、不法に国民の信教の自由を剥奪し、又は少数民族の風俗慣習を侵害し、情状が重いときは、2年以下の有期徒刑又は拘役に処する。

する人身的権利・財産的権利の早期かつ周縁的な侵害に対処する枠組みである²⁰。これにより、婚姻や礼儀などに関わるイスラムの慣習も人身権の一部として位置づけられ、それに関連する争いが生じた場合には、本条に基づいて法的対応がなされることになる。

一方で、日本の刑法には、ドイツや中国におけるような明示的な規定は存在しない。ただし、憲法第13条「個人の尊重・幸福追求権・公共の福祉」、第14条「法の下での平等」および第20条「信教の自由」は、宗教的・文化的多様性をめぐる問題に対して、一定の法的原則を提供するものであり、イスラム婚姻に関連する問題においても、解決の基盤となりうる。

(4) 小括

以上のように、一定規模のムスリム人口の存在は、非イスラム国家においてイスラム婚姻を論じるための前提条件を提供する。また、ムスリム婚姻のもつ国際的・地域的な特性は、各国の法制度に影響を及ぼし得るものであり、その処理方法については、法制度の枠組みの中で検討されるべき必要性がある。

さらに、ドイツ・中国・日本という三つの国における刑法の規定は、それぞれのかたちでイスラム婚姻に関わる問題への対応方針をすでに示しており、具体的な比較・検討の基盤を提供している。

したがって、ドイツ・日本・中国の刑法におけるムスリム婚姻をめぐる課題について、今後さらなる議論を展開していくことが求められる。

二 ドイツ・中国における「強制婚姻」とムスリム婚姻

イスラム婚姻における「契約当事者」とは、婚姻締結の際に、申込みまたは承諾の意思表示を行う者を指す。契約当事者となる資格を有する者は、主に次の三類型に分類される。すなわち、①本人、②本人の身分または婚姻後見人(wali)、③契約当事者となる資格を有する者から委任を受けた第三者である²¹。このうち、婚姻後見人は、学派によってその優先順位に若干の違いがあ

²⁰ 高巍「侵犯少数民族习惯罪中的几个问题研究」云南民族大学学报(哲学社会科学版)第28卷第2期(2011年)85-86頁。

²¹ 柳橋・前掲注(8)28頁。

るものの、一般的には女性の親、特に父親がその役割を担うとされる。婚姻後見制度は、本人の利益を保護する機能を有する一方で、当事者の意思を抑圧し、婚姻の強制につながるおそれもある²²。

このように、イスラム世界において婚姻は、単なる個人の契約行為ではなく、宗教的・道徳的義務の一部として、家族が積極的に関与するものと理解されている²³。これに対し、非イスラム世界においては、婚姻は基本的に個人の自由意思に基づく私的行為とされており、両者の婚姻観の間には大きな乖離が存在する。その結果、イスラム法の影響を受けた移民家庭等において、非イスラム国家の法制度の中で「強制婚姻」とみなされる事例が発生する。

1. ドイツ刑法第237条

(1) 概説

ドイツ刑法第237条「強制結婚 (Zwangsheirat)」²⁴は「人身の自由に対する犯

²² 柳橋・前掲注(8)34-48頁。

²³ インドネシアにおいては、「親の祝福 (Parental Blessing)」が婚姻の幸福および社会的承認の象徴とみなされている。特に、女性の婚姻にあたっては、婚姻後見人 (wali) の承認が不可欠とされており、その同意が得られない場合には、婚姻は無効と見なされる。ただし、正当な理由なく婚姻後見人が婚姻の申請を拒んだ場合には、当事者はイスラム法廷に訴えることができる。このような場合、裁判官 (qadi) は後見人に代わって婚姻を承認する権限を有しており、必要に応じてその職務を代行することが認められている。

M. Habi Hendarso, A. Kumedi Ja'far, Marriage without Parental Blessing from the Perspective of Islamic Family Law, Al-Mawaddah: Jurnal Studi Islam dan Hukum Keluarga (Ahwal al-Syakhsiyyah) Volume 1 Nomor 2 (December 2024).

²⁴ §237 StGB: (強制結婚) (1) 暴行を用いて、相当な害悪を加える旨の脅迫により、又は策略により、人を違法に結婚へと強いた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。追求された目的のための暴力の使用や害悪の告知が非難されるべきものと評価されるときは、その行為は違法である。(2) 第1項による犯行の遂行のために、暴行を用いて、相当の害悪を加える旨の脅迫により、又は策略により、人をこの法律が効力を有する場所的領域外の地域に連れ去り、そこに赴かせ、又はそこから帰還することを妨げた者も、同一の刑に処する。(3) 前2項の罪の未遂は、罰する。(4) 比較的に軽い事案では、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

罪行為」という章に置かれる。罪名の「強制結婚 (Zwangsheirat)」は誤解を招きやすいため、「強制結婚させること (Zwangsverheiratung)」の方が妥当であるという指摘がある²⁵。なぜなら、行為者は結婚できるが、それが本罪の前提条件とはならないからである。つまり、行為者が法律的・宗教的な手続きをすることとしての結婚 (Heirat) 行為は本罪の成立の前提ではない。

強制の前提は被害者の不同意 (nicht einwilligt) である。実務上は、不同意を判断するのは難しい。特に犯罪が外国あるいは家庭内で発生する場合である。特定の人口集団や文化集団 (Bevölkerungs- und Kulturkreisen) の背景が、しばしば (潜在的な) 被害者に影響を及ぼしている。この点について、アンビヴァレンス (二重感情) (Ambivalenzen)、伝統的な従順さ (traditionelle Fügsamkeiten)、教育不足 (Bildungsferne)、感情的依存性 (emotionale Abhängigkeit) などを考慮する必要がある²⁶。特に、ムスリムはイスラム法に遵守する傾向が強く、これらの要素はイスラム婚姻において同時に存在しうる。

本条において事後の同意 (Eine nachträgliche Einwilligung) は違法性を阻却しない²⁷。第1項と第2項に対する処罰範囲は第240条 (強要) 第4項と同様で、比較的軽い事案は第240条第1項と同様である²⁸。事後の同意の場合だけではなく、行為者がアンビヴァレンスや権威主義的な家族・宗教的構造に影響される場合も比較的軽い事案に属している。

(2) 事例考察

以下に紹介する判例²⁹は、イスラム婚姻に関連する「強制婚姻」の法的評価について検討されたものである。

被告人は被害者の母、兄弟、おじであり、被害者家族はチェチェン (ジョージア)³⁰出身でドイツに居住していた。2018年、当時21歳であった被害者はイ

²⁵ Fischer StGB (71. Aufl.) §237, Rn.2.

²⁶ Fischer StGB (71. Aufl.) §237, Rn.9.

²⁷ Fischer StGB (71. Aufl.) §237, Rn.13.

²⁸ Fischer StGB (71. Aufl.) §237, Rn.25.

²⁹ BGH, 8.6.2022 – 5 StR 406/21.

³⁰ イスラム教の伝来は比較的遅く、18～19世紀にかけてチェチェン地域に広まった。しかしながら、同宗教は急速に定着し、反ロシア感情と結びつくことで、チェチェンにおける宗教的・民族的アイデンティティの中核的要素となった。

スラム法に基づき、チェチェン系の男性と結婚し、チェチェンの伝統的価値観に則った生活を送っていた。しかし、被害者自身は西欧的な価値観を持っており、その生活様式を拒絶したため、家庭から逃れ、離婚を求めるに至った。これに対し、被害者の家族および周囲のチェチェン人移民らは、彼女の行為を「チェチェンの価値観への反逆」と見なし、懲罰を要求した。

被害者の母は、被害者の意思に反して彼女をグルジアに連れて行き、伝統的なチェチェンの生活を強制しようとした。被害者はポーランドに向かうと思わせられていたが、到着後、自身がグルジアにいることを初めて知った。当初は家族とともにリゾート地に滞在したが、被害者が立ち去ろうとする意思を示したところ、携帯電話とパスポートを奪われ、さらに母親から木の棒で殴打されるという暴力も受けた。

地裁は、被告人らはドイツ刑法第239条自由剥奪罪³¹および第25条第2項（共同正犯）により有罪判決を下した。被告人である母は、自己の行為はむしろ「強制婚姻」に該当するものであり、同罪の法定刑は「自由剥奪」よりも軽いため、自由剥奪罪の成立を不服として控訴した。

この控訴に対し、連邦通常裁判所は、「被害者の自由を制限して婚姻を強制した」ということについて、地裁が既存の証拠により「強制婚姻」であるとは判断できなかった、と判示した。さらに、本件において仮に「強制婚姻」と評価されたとしても、強制送還措置に影響を及ぼすものではないという見解を示し、連邦通常裁判所は地裁の判断を支持した。

Uwe Halbach, Islam in the North Caucasus, Archives de sciences sociales des religions 115 | juillet-septembre 2001 : Islam et politique dans le monde (ex-) communiste, pp 93-110.

³¹ §239StGB：（自由剥奪）（1）他の人を監禁し、又はその他の方法でその自由をはく奪した者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。（2）前項の罪の未遂は、罰する。（3）行為者が、①一週間を超えて被害者の自由を剥奪し、又は、②犯行により若しくは犯行の間になされる行為により、被害者の重大な健康障害を引き起こしたときは、1年以上10年以下の自由刑に処する。（4）行為者が、犯行により若しくは犯行の間になされる行為により、被害者の死亡を引き起こしたときは、3年以上の自由刑に処する。（5）第3項の比較的軽い事案では、6月以上5年以下の自由刑に、第4項の被告的軽い事案では、1年以上10年以下の自由刑に処する。

この事例は全体として、「強制婚姻」、すなわち強制的にイスラム婚姻の継続を迫る行為として構成し得るものであるが、裁判所の焦点は「被害者の自由を実質的に制限したか否か」という点にあった。そして、これは移民法・刑法の交錯する事案であるため、刑罰の軽重が強制送還の判断に直結するという意味で、評価の基準は実務上重要である。

加えて、裁判所はドイツ国内の法秩序の維持を優先する立場を採り、イスラム婚姻の慣習的価値への深入りを取り上げなかった。本件において、被害者と被告人はいずれもドイツ国籍を有していなかったため、こうした判断は結論としては妥当であろう。しかし、当事者の国籍によって慣習的価値判断の要否を排除することは容易であるが、仮にドイツ国籍を取得したムスリム当事者間で同様の問題が発生した場合には、イスラム婚姻のドイツ国内での法的位置づけを明確にする必要があるだろう。

2. 中国刑法第257条

(1) 概説

中国刑法第257条「婚姻自由暴力干涉罪」³²はいわゆる「強制婚姻」に関する主要な処罰規定である。本条における「婚姻の自由」には、結婚の自由と離婚の自由の二側面が含まれており³³、これらに対する暴力を用いた干渉行為が処罰対象となる。本罪の成立要件の中心は、「婚姻の自由に対して暴力をもって干渉すること」である。したがって、暴行が行われたとしても、婚姻の自由への干渉に至らなかった場合には、本罪は成立しない。一方で、暴力を用いずに婚姻の自由を妨害した場合も、同様に本条の構成要件には該当しない。

中国の人口分布の実態から見て、少数民族の多い地域や辺鄙な地方都市などでは、婚姻の自由を干渉する事件が比較的多く見られるものの、刑法第257条に基づいて処罰される事例は少ない。これは、当該行為が刑事責任を問うに足る「犯罪」の程度に達していないと判断される場合が多いためである。ただし、

³² 中国刑法第257条：【婚姻自由暴力干涉罪】①暴行を用いて、他人の婚姻の自由に干渉した者は、2年以下の有期徒刑又は拘役に処する。②前項の罪を犯し、被害者を死亡させたときは、2年以上7年以下の有期徒刑に処する。③第1項の罪は、告訴がなければ処理しない。

³³ 黎宏『刑法学各论（第2版）』（法律出版社、2016年）273頁。

そのような行為が「治安管理制度」に違反するものであれば、「治安管理制度法」に基づき、行政処罰の対象となることがある³⁴。あわせて、被害者に対しては、民事訴訟による対応手段が提示されることもある。

(2) 事例考察

一方で、イスラム婚姻に関連する「婚姻自由暴力干渉罪」の判例³⁵がある。

ウイグル族³⁶である被告人は同じくウイグル族の女性に求婚したが、被害者に拒否された。にもかかわらず、被告人は結婚を目的として、被害者の意思に反し、強制的に自宅まで連れ帰った。「搶婚」³⁷の過程において、被害者はオー

³⁴ 中国の家庭内暴力に関する処理方針として、最高人民法院・最高人民検察院・公安部・司法部が共同で公布した「关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见」(法发〔2015〕4号)は重要な参照枠組みを提供している。

同意見第6条後段では、審査の結果、家庭内暴力行為が犯罪としての構成要件を満たさない場合であっても、治安管理制度違反に該当する行為であると認められるときは、事件を公安機関に移送し、「治安管理制度法」の規定に基づいて処理を行うものと定めている。また同時に、被害者に対して、人民調解委員会への申し立て、あるいは人民法院に対する民事訴訟の提起を促し、加害者に対して侵害の停止、謝罪、損害賠償等の民事責任を追及する手段があることを通知することが求められている。

さらに、第16条においては、婚姻自由暴力干渉罪も家庭内暴力の範疇に含まれると明記されており、法的保護の対象が明確に示されている。

³⁵ 新疆维吾尔自治区伽师县人民法院〔2005〕刑初字第93号(2005年11月11日)。

³⁶ イスラム教はウイグル族の主要な信仰である。イスラム法は、ウイグル族の社会生活、とりわけ相続、婚姻、服装、礼儀といった日常的な領域において、行動規範としての役割を果たしている。

³⁷ いわゆる「強奪婚」とも呼ばれる中国黔东南地域の「搶婚」には、民族的・地域的な特徴が見られる。これは、女性が舅権による強制結婚を回避するために、自らが好意を寄せる男性に「奪われる」かたちで結婚するという婚姻慣習である。

このような「搶婚」は、実際には舅権制による婚姻制度への反抗として発展したものであり、やがて苗族(ミャオ族)の村落における婚姻慣習法の規則のもとで、婚姻の締結儀式として制度化された。こうした慣習法の実効性は、共同体の成員にそれを信奉・遵守させるために、さまざまな社会組織を通じて監督・執行が行われるという仕組みによって支えられている。違反者に対しては慣習法に基づく制裁が科され、違法行為の蔓延が抑止されているのである。

トバイの排気管に接触し、足にやけどを負った。

判決理由によれば、中国の一部少数民族には「搶婚」という風習が存在し、伝統的な婚姻形式の一種と見なされる場合がある。そのような文化的背景がある民族においては、当該行為が刑事責任を問われないこともある。しかしながら、ウイグル族にはこのような風習は存在せず、結婚に際して「搶婚」という形式は一般的に見られないことから、本件行為を民族慣習に基づき正当化することはできない。したがって、本件は「婚姻自由暴力干渉罪」に該当すると判断された。

この判例が示すように、少数民族の婚姻慣習に関する事件を取り扱う際には、当該民族の風習の有無を確認する点が注目されるべきである。民族的多様性を尊重する観点から、判断にあたっては文化的背景の理解が不可欠である。

加えて、イスラム法において「求婚」は、一般に男性が女性の父親に対して申し込む形でなされるとされる³⁸。この構造には、女性の意思が十分に尊重されない側面があるため、外形的には「搶婚」と類似した状況が生じ得る。しかし、イスラム婚姻の形式を尊重する場合でも、強制的行為が犯罪とならないよう、裁判官には当該地域および民族慣習への深い理解が求められる。

現在、ムスリム系少数民族に関わる「強制婚姻」に対しては、中国刑法においてすでに一定の対応規定が存在している。その適用にあたっては、民族慣習および地域状況を総合的に考慮した上で、法的判断の基準を慎重に設定する必要がある。

3. 日本における「強制婚姻」

日本の刑法には、「強制婚姻」を直接的に規制する明文規定は存在しない。しかし、刑法第225条「営利目的等略取・誘拐罪」³⁹は、その構成要件の一つと

李向玉＝徐晓光「“抢婚”习俗的现代遗留及其民间法处理——黔东南基层司法实践的困惑」政法论丛第6期（2010年）88-95頁によれば、著者の一人は法律事務所において非常勤勤務した半年余りの間に、苗族の婚姻慣習法に関連する「強奪婚」などの事案について、約40件の相談・代理業務を担当したと報告されている。他の弁護士もまた、多数の婚姻紛争に関する案件を取り扱っており、これらはいずれも特徴をよく示す事例とされる。

³⁸ 柳橋・前掲注（8）16-28頁を参照。

³⁹ 日本刑法第225条（営利目的等略取及び誘拐）：営利、わいせつ、結婚又は生

して「結婚を目的とする略取・誘拐」を含むと解され、「強制婚姻」に関連する条文である⁴⁰。

第225条においては、成人に対する略取・誘拐に際して、営利、わいせつ、結婚その他の特定の目的の存在が必要とされる。しかし、「結婚を目的とする」場合については、日本では学術的議論が乏しいのが現状である。

ここで言う「結婚」には、自己または第三者との結婚が含まれ、法律上の婚姻のみならず、事実婚（内縁関係）も含まれると解されている⁴¹。一方、後に取り上げる日本の重婚罪における「結婚」は、通説上、法律婚に限定されるとされ、225条における「結婚」の解釈とは異なる概念である。

この点について、日本における「結婚」は事実婚を含める余地があるにもかかわらず、実際にはその範囲が極めて限定的な法律婚に拘束される傾向が強い。これを踏まえると、身体的自由および婚姻の自由をより包括的に保障する観点から、事実婚をも一律に保護対象とし、統合的に解釈することが妥当であるように思われる。さらに、刑法における広義の「結婚」概念は、本稿で検討するイスラム婚姻をも包摂し得る。このようにして初めて、日本法においてイスラム婚姻を検討するための理論的空間を創出することが可能となる。

4. 小括

ムスリムの家族関係は一般的に非常に緊密であり、婚姻の締結や解消はイスラム法の規範に従って行われる傾向が強い。このような背景を顧みることなく、専ら非イスラム国家の法制度に照らして家族の関与を含む婚姻を一律に「強制婚姻」と評価することは、ムスリムの家族構造や宗教的価値観を損なうおそれがある。したがって、イスラム婚姻に関しては、このような事情を斟酌して、特別の配慮と慎重な検討を要する場面が存在することは否めない。

すでに述べたように、非イスラム世界に属するドイツ、日本、中国には、それぞれ「強制婚姻」に関連する刑法上の規定が存在している。今後、国際的な

命若しくは身体に対する加害の目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、一年以上十年以下の拘禁刑に処する。

⁴⁰ 前田雅英『刑法各論講義（第7版）』（東京大学出版会、2020年）85頁。

⁴¹ 前田・前掲注（40）86頁、井田良『講義刑法学・各論（第3版）』（有斐閣、2023年）169頁。

人口移動の進展に伴い、これらの規定がイスラム婚姻に適用される可能性は一層高まると考えられる。そのような状況においては、法実務家および法学研究者の双方に、イスラム婚姻および異文化的婚姻慣習に対する深い理解が求められる。

三 ドイツ・日本・中国における重婚罪とムスリム婚姻

1. ムスリム婚姻における妻の数

婚姻を中心とする家族法は、イスラム法の中核をなし、イスラム共同体の秩序維持と繁栄に資する重要な機能を担っている。イスラム法は、「群婚」「略奪婚」「売買婚」などの婚姻形態に制限を加え、合法的な婚姻制度として「四人妻制」⁴²を採用するに至った。すなわち、自由人たるムスリム男性は、同時に最大4人の妻を娶ることができるとされる。この規定は、時代や社会状況によって解釈が変容してきたものの、いずれの法学派も『クルアーン』⁴³をその根拠としており、共通の理解を有している。

さらに、異教徒の男性がイスラムに改宗する前に5人以上の妻を娶っていた場合において、夫婦が同時にイスラムに改宗した際の取扱いも論じられてきた。このような場合、いかなる婚姻を無効とし、いかなる婚姻を維持するかについては、学派ごとに異なる立場が存在する。ある学派は、最後に締結された婚姻を無効とみなすのに対し、他の学派は夫の選択に委ねる方式を採用している⁴⁴。しかしながら、いずれの見解も「四人妻制」の原則を尊重する点では一致して

⁴² 日本イスラム協会・前掲注(2) 179-180頁。

⁴³ イスラム聖典『クルアーン』第4章3節：「もしあなたがたが、孤児たちを公正に扱えそうにないことを案じるなら、あなたがたにとりふさわしい女二人と、または三人と、または四人と結婚しなさい。しかし、もしあなたがたが[多くの相手を]公正に遇せるかを案じるなら、一人だけにするか、あるいはあなたがたが正当に召しかかえる者のみにしておきなさい。偏りのないようにすることが、よりふさわしい。」

出典：東京ジャーミイ・ディヤーナト トルコ文化センター HP「クルアーン 日本語読解 (PDF 第1版)」(東京ジャーミイ出版会) <https://tokyocamii.org/ja/notice/8316/> (最終アクセス：2025年10月2日)。

⁴⁴ 柳橋・前掲注(8) 464頁。

いる。

なお、改宗後も妻の数がイスラム法の上限を超過している場合には、夫に対して選択を迫る措置が取られる。夫が選択を拒否する場合には、イスラム裁判官がその代行を行い、法に則った配偶関係の整理が図られる⁴⁵。

2. 単婚制を取っている国における重婚罪

ドイツ刑法第172条、日本刑法第184条、中国刑法第258条はいずれも重婚罪を規定しており、婚姻関係の単一性を基本原則とする単婚制を採用している。これは、同時に複数の妻を持つことを認めるイスラム婚姻のような複婚制とは明確に対立する法的枠組みである。

ドイツにおける重婚罪は、異性間の婚姻に加えて、同性婚や生活パートナーシップにも適用されるのに対し、日本および中国の重婚罪は、いずれも異性間の婚姻を対象としている⁴⁶。いずれの法制度においても、婚姻の単一性の維持が刑罰によって強調されており、一見、イスラム婚姻とは無関係に思える。

しかしながら、すでに述べたように、グローバル化と人口移動の進展に伴い、イスラム国家で合法的に成立した複婚が、非イスラム国家であるドイツ、日本、中国においても存続する可能性が現実の問題として浮上している。このような場合、当該イスラム婚姻をどのように取り扱うかについて、各国の法制度における位置づけや解釈、さらには文化的・宗教的配慮をいかに反映させるかが、重要な法的および社会的課題となっている。

3. 可能な解釈

実務において、イスラム婚姻を直ちに「重婚罪」として処理する事例は極めて稀である。その理由は、イスラム婚姻を機械的に単婚制国家の法制度に当てはめる場合、イスラム法ないしは慣習法と当該国の刑法との関係を明確にする必要があるためである。加えて、重婚罪の保護法益が一義的に確定しがたい現状において、イスラム婚姻を一律に重婚罪の対象とすることには慎重な姿勢が求められる。以上を踏まえ、非イスラム世界における視点から、以下のような

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ 拙稿「重婚罪における保護法益の再検討：ドイツ法・日本法・中国法の比較」北大法政ジャーナル No. 29 (2023年) 87-88頁。

対処の可能性を提案する。

(1) イスラム婚姻当事者が単婚制国家において国籍の選択を行うか否かを判断基準とする立場が考えられる。すなわち、単婚制国家の国籍を選ぶ者が婚姻手続を行った場合、それは当該国の法制度を受容し、単婚制を遵守する意思表示とみなされうる。この場合、イスラム法における改宗時の婚姻処理の方式に倣い、国籍変更者に選択の機会を与え、複数の婚姻のうち一つを残して他を解消するよう求める。国籍変更後も複数の婚姻を維持する場合には、重婚罪により刑事責任を問うことが可能となる。

一方、単婚制国家の国籍に加入しない場合には、単婚制国家における法的保護を条件付きで適用し、ムスリム婚姻を理由とする起訴は原則として行わない。このように、国籍または婚姻手続の有無に応じて、イスラム婚姻と当該国家の婚姻制度の優先順位を整理することが可能となる。

(2) 前述のように、国籍を基準とする整理は、信教の自由を制限する恐れを内包している。信教の自由を尊重する立場をとれば、単婚制国家においてイスラム婚姻制度と国家婚姻制度が併存する事態も否定できない。その場合、全てを裁判所の裁量に委ねるのは、恣意的な判断の温床となりうる。

したがって、特定の宗教的・文化的背景を持つ共同体に対応可能なように、地域的または民族的な条件に基づく特別規定の設置、あるいは法の適用の弾力化が望まれる。例えば、信仰共同体の居住地域において、一定の制限のもとでイスラム婚姻を承認する条例を設けることが可能である。これにより、限定的とはいえ二つの婚姻制度が並行して存在しうる法的枠組みが形成され、個別の法的判断においてどの制度を優先すべきかが明確となる。

(3) 第三の可能性として、刑法上の「重婚罪」の構成要件からイスラム婚姻を排除する解釈論の手法が考えられる。例えば、重婚罪の故意要件において、当事者に単婚制に反して重婚をする意思が認められない場合、それは単に宗教的婚姻の意思にとどまり、重婚罪における「重婚の故意」に該当しないと解することが可能である。

しかし、ムスリム婚姻が実質的に継続される期間や実態が、単婚制の社会秩序に与える影響は無視し得ず、この点は考慮されるべきである。

4. 小括

婚姻制度における根本的な相違は、各国における刑法体系にも反映されてい

る。こうした制度的差異を無視すれば、刑法における規定、特にここで検討した重婚罪の実効性が形骸化するおそれがある。したがって、重婚罪の保護法益を明確化することは、イスラム婚姻に対する制度的取扱いの前提として不可欠であり、刑事法における文化的多様性への適応が求められるのである。

四 姦通罪と児童婚の問題

世界観や価値観が大きく異なることから、イスラム世界における犯罪と刑罰は、非イスラム世界のそれとは多くの点で相違している。代表的な例として、姦通はイスラム法においては犯罪とされるが、非イスラム世界の国、たとえばドイツ、日本、中国ではすでに非犯罪化されている。また、これらの国では性交同意年齢が法定されている一方で、イスラム世界の一部では、依然としてイスラム法に基づく児童婚が存在している。

本章では、どちらの制度が優れているかという価値判断を控え、姦通と児童婚に対する異なる法的取扱いを手がかりとして、非イスラム世界の法制度において、これらの問題にどのように対処し得るかを検討する。

1. 姦通の罪

古代アラビアでは、犯罪は一種の「汚れた行為」とみなされ、この「汚れ」を清めることが刑罰の目的とされていた。イスラムにおける刑罰観はこの思想に由来している。イスラム法においては、神（アッラー）の権利または人間の権利を侵害した場合に刑罰が科される。このような刑罰観は、イスラム法自体がイスラム教と不可分の関係にあることから、独特な構造を有している⁴⁷。

未婚者による性交は、姦通よりも軽微な犯罪とされ、鞭打ちの刑⁴⁸にとどま

⁴⁷ 遠峰・前掲注（9）121-123頁。

⁴⁸ イスラム聖典『クルアーン』第24章2節：「姦通した女と姦通した男については、それぞれに百回の鞭打ちを科しなさい。もしあなたがたがアッラーと終末の日を信じているなら、アッラーの宗教において、両名に対し憐れみを抱いてはならない。また信仰者の一群を、刑罰の場に立ち会わせなさい。」

出典：東京ジャーミイ・ディヤーナト トルコ文化センター HP「クルアーン 日本語読解（PDF 第1版）」（東京ジャーミイ出版会）<https://tokyocamii.org/ja/notice/8316/>（最終アクセス：2025年10月2日）。

るのに対し、既婚者による姦通は「石打ちの刑」⁴⁹という死刑が科される。すなわち、性交が婚姻内で行われたか婚姻外で行われたかが、イスラム法の実務上きわめて重要な要件となる。このような厳罰は、一般予防を目的とするものであると考えられる。

この種の刑罰が適用されるためには、極めて厳格な要件が課されている。すなわち、被告人が4回にわたって犯行を自白し、厳粛な宣誓によってそれを補強する必要がある。さらに、有罪認定には、4人の善意の証人が姦通の事実を直接目撃していることが必要とされる。このように、姦通罪の処罰には、イスラム教の教義と結びついた強い宗教的要素が認められる。イスラム法における姦通罪は「イスラムの純粋にして神聖な社会制度」⁵⁰の保護を目的とするものである。

一方、非イスラム世界の視点から見ると、姦通行為はもはや刑罰によって規制されるべき対象ではないと考えられているが、イスラム法における姦通に起因する人身傷害等の行為には注意を払う必要がある。たとえば、非イスラム国に居住するムスリムが姦通を犯した場合、その国の法律上では無罪であっても、イスラム共同体の構成員たちがイスラム法に基づいて処罰すべきだと主張し、当該人物に対して暴力を加える可能性がある。このような場合、表面的には傷害罪に該当するが、イスラム共同体の内部規範に従って行動したものであり、かつ被害者がその制裁に同意していたとすれば、法的評価はより複雑になる。

姦通を理由とするこの種の暴力行為に対して、当該ムスリムの同意が成立するか否かは、刑法上の違法性評価にとって重要な論点となる。現時点では、このようなケースに関する判例はきわめて少ないが、捜査段階で不起訴となっている可能性や、異文化的背景が考慮されずに通常の傷害罪として処理された可能性もある⁵¹。したがって、この点については今後の実証的な調査が求められる。

⁴⁹ ムハムマド・アリ・アルハラカーン「イスラムにおける法の一般概念とイスラム法の法源」日本比較法研究所『イスラム法への招待——イスラム法講演会記録——』（中央大学出版部、1978年）19頁。

⁵⁰ アルハラカーン・前掲注（49）18頁。

⁵¹ カナダ司法省の報告書「カナダにおけるいわゆる名誉殺人に関する初歩的調査」によれば、名誉殺人（Honour Killing）は一部の文化的背景において容認されているものの、カナダの裁判所はその動機が名誉に関わるものであっても、一般の暴力事件として取り扱っている。また、「名誉の維持」は減刑の理由とは

しかしながら、ムスリムの共同体が存在する環境においては、このような事案が生じる可能性は無視できない。したがって、一見すると単なる暴行・傷害事件に見える事案の背後に、姦通という宗教的文化的要素が存在する可能性について、刑事司法制度は十分な配慮を払う必要がある。

ここで言う「配慮」とは、文化的背景を理由に犯罪を許容することを意味するのではなく、むしろその文化的背景と正面から向き合う姿勢を指す。すなわち、暴力や殺人にまで至る行為の背後にあるイスラム的背景を無視すれば、同様のケースにおいて潜在的な暴力や殺人の兆候に対する警戒が不足し、より深刻な結果を招く可能性がある⁵²。

されない。そのため、カナダでは、異文化に起因する私的制裁行為（私刑）についても、文化的動機を重視するのではなく、その暴力性に着目して処理する傾向があることが明らかとなっている。

Department of Justice Canada, Preliminary Examination of so-called "Honour Killings" in Canada, https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/fv-vf/hk-ch/p1.html?utm_source=chatgpt.com (最終アクセス: 2025年10月2日)。

⁵² イギリスにおける Banaz Mahmod 事件は、イスラム文化への過度な遠慮やポリティカル・コレクトネス (Political Correctness) を優先するあまり、文化的背景に深く踏み込まずに対応した結果、悲劇的な結末を迎えた典型的な事例である。

Banaz Mahmod はイラク出身のクルド人で、イギリスに在住していた。彼女は夫から虐待を受けていたため婚姻関係を解消し、その後、Brahmat という男性と交際を始めた。これが家族の名誉を傷つけたとみなされ、最終的に家族によって殺害された。Banaz は殺害されるまでの5か月間に、少なくとも5回にわたり警察に通報していたが、警察はムスリム共同体との摩擦や文化的配慮への懸念から、積極的な対応を避けたとされている。

事件概要については、HMICFRS, The depths of dishonour: Hidden voices and shameful crimes, <https://assets-hmicfrs.justiceinspectores.gov.uk/uploads/the-depths-of-dishonour.pdf> (最終アクセス: 2025年10月2日) を参照。

この事件は、名誉殺人という極端な結果に焦点が当てられる一方で、その背景にある文化的要因についての議論を回避することが、刑事司法制度の機能不全を招く可能性があることを示している。

要するに、イスラム文化に起因する暴力を単に一般的な暴力事件として処理するだけでは、背景にある動機や今後起こり得るリスクを見逃す恐れがあり、刑事司法による予防的対応が困難になる可能性がある。

刑事司法制度において、イスラムなどの異文化的背景に起因する事件の取扱いに関する一定の指針を明らかにし、かつその背景について正面から議論すれば、将来的にムスリム共同体において起こり得るトラブルの予防になりうる。

2. 児童婚

イスラム婚姻においては、婚姻の締結要件の一つとして「成年」に達していることが求められるが、その定義は学派によって異なる。とはいえ、いずれの場合も国際的に一般化された18歳という成年年齢には達していない場合が多い。そのため、イスラム法に従って締結された婚姻が、非イスラム世界の国々においては児童婚に該当することがある。

この点について、ドイツ連邦通常裁判所は2018年、「童婚防止法 (Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen)」⁵³に基づき、家庭法上の案件を審理するにあたり、当事者が16歳未満であった場合、個別事情を考慮することなく外国で成立した婚姻を無効とする判断を示した⁵⁴。

しかし、2023年に同裁判所は、当該法律が「国内法により外国の児童婚を無効とする結果や、それに続く事後的処理の手続きが不十分である」とし、基本法との整合性に欠けるとの理由で違憲判断を下した⁵⁵。

確かに、イスラム圏で成立した児童婚は、非イスラム国家の視点からは、法定性交同意年齢に達していないという理由で、しばしば刑事上の問題として扱われる。一方で、ドイツ連邦通常裁判所が近年示した判断に見られるように、単に児童婚を形式的に無効とするだけでは、当事者の法的地位や生活の安定を十分に保障することはできない。このような状況においては、本論文全体で主張してきたとおり、特定の区域または条件の下で、限定的に婚姻の効力を承認することも、一つの現実的な解決策となりうる。

3. 小括

異文化間においては、「犯罪」という概念に対する理解や判断基準が大きく異なる。しかし、現代社会では、多様な文化が同じ国・地域内で共存する状況

⁵³ BGBl. I S. 2429.

⁵⁴ BGH, 14.11.2018 – XII ZB 292/16.

⁵⁵ BGH, Beschluss vom 1. Februar 2023 – 1 BvL 7/18.

が日常化している。イスラム婚姻に関わる姦通罪や児童婚の問題に対し、非イスラム国家の国内法を機械的に適用することは、短期的には法的整合性の維持という点で有効であるかもしれない。しかしながら、それが多文化共生の理念や、当事者の人権尊重という観点において十分な配慮を欠いている場合、かえって深刻な摩擦や断絶を生む可能性がある。

このような文脈においてこそ、イスラム婚姻を法制度上「例外的」に取り扱う必要性が改めて浮かび上がるのである。

五 むずびにかえて

1. 視座の維持の重要性

本稿の冒頭で述べたように、イスラム婚姻に関しては二つの視座が存在し、考察の客観性を保つためには、これらの視座を明確に区別し維持することが不可欠である。論述の展開において視座が揺らぐと、異なる婚姻制度に対して価値判断的な言説に陥りやすくなる。

理想的には、イスラム婚姻およびそれに伴うイスラム法上の刑罰規定と、非イスラム世界の婚姻制度および刑法的規律とを明確に分離すべきである。しかしながら、現実においては両者の境界は曖昧であり、非イスラム世界の法制度においても、イスラム婚姻への対応が不可避となっている。

このような状況を踏まえれば、視座を明確に保ちつつ、イスラム婚姻に対する一定の尊重を示し、非イスラム世界の法制度においても例外的な扱いを検討する姿勢が重要である。

ここで言う「例外」とは、イスラム婚姻を別枠で特別に処理することを意味せず、むしろ既存の刑法規定の枠内で、柔軟な解釈や運用を行うことである。そうすることで、異文化に対する理解を背景とした、より適切な事件処理が可能となる。この例外性は、判決結果のみならず、条文の解釈、理由づけ、そして制度上の位置づけにおいても柔軟性をもたらすものである。

イスラム婚姻制度は、しばしば私的制裁（私刑）と結びつきやすく、非イスラム世界においては犯罪として扱われることもある。しかし、その背後にある文化的背景を無視すれば、当事者の福祉を損なうおそれがある。もちろん、非イスラム世界においてイスラム法を導入する必要はないが、その存在と影響を意識することは重要である。

要するに、イスラム婚姻制度とそれに付随する規範を理解しつつ、非イスラム世界の立場から適切な程度でその例外的扱いを適応することが望ましい。

2. 刑法適用の弾力性および包容性

刑法は、一般的に社会倫理的秩序の維持を目的とし、社会統制の手段として、一定の社会侵害行為を刑罰によって抑止・制裁する機能を持つ。その主要な機能としては、法益保護機能、規範的機能、および保障的機能が挙げられる⁵⁶。

このうち、倫理的秩序の維持という観点からは、刑法は原則として国内、特に国内社会において発生した犯罪を対象としており、たとえばドイツ・日本・中国の刑法はいずれも、管轄権に関する明確な規定を有している。属人主義や属地主義に基づき、刑法の適用範囲を判断する枠組みが整備されており、これにより刑法の弾力性および包容性が制度的に支えられているといえる。

このような枠組みのもとで、イスラム婚姻に関する刑法的対応の空間もまた模索されている。たとえば、ドイツにおける「強制婚姻」の事例において、裁判所はまず当事者がドイツ国籍を有していない点を重視した。そのため、「イスラム婚姻をさせること」に関する判断から「婚姻」の側面を切り離すことができ、国内刑法の管轄に属する「自由の剥奪」という側面を中心に据え、これに基づいて具体的な刑法の条文の適用を確定することができた。これは、事件に内在する文化的・価値的判断を回避しつつ、刑法上の本質的問題に焦点を当てることを可能にしたのである。

とはいえ、国籍の流動性や価値観の多様性が進む現代において、価値判断の完全な回避は困難である。そのため、異文化理解の深化と信教の自由の尊重を前提とした、より柔軟な刑法運用が求められている⁵⁷。

⁵⁶ 日高義博『刑法総論（第2版）』（成文堂、2022年）11頁。

⁵⁷ 社会生活の維持を保障することを目的とする一国の法律、特に刑罰を規定する刑法においては、その適用対象を明確にする必要がある。ある法域における法益保護の方向性は、その調整対象を画定する。また、罪刑法定主義に従えば、犯罪と刑罰は民主的な手続を経た法律によって定められるが、当該国の国籍を有していない者は、その民主的過程に参加していないため、当該法律の適用については、一般国民に対する場合と比べて十分な正当化根拠が存在しない可能性がある。高山・前掲注（12）249頁を参照。

とりわけ、宗教的信仰と、それに基づく法への理解・信念とが、移住先国家

3. 総論における理論の展開

イスラム婚姻に対する例外的な取扱い、あくまでも非イスラム世界の法秩序の枠内における措置である。刑法解釈論の観点からは、なお多くの検討課題が残されている。

たとえば、信仰に起因する行為と「刑法における故意」との関係性、つまり宗教的確信に基づく行為を刑法上の「故意」として認定するか否かの基準は明確ではない。また、信教の自由が違法性阻却事由としてどこまで認められるか、あるいは宗教的動機が存在する場合の違法性認識可能性・期待可能性といった問題も浮上する。

これらの課題を検討するためには、イスラム婚姻をはじめとするイスラム法制度に対する基礎的理解が不可欠である。これらは、今後の研究における重要な課題であるといえる。

の法律と齟齬をきたす場合においては、単に移住国の法秩序の視点から判断を下すだけでは、問題の解決には至らない可能性がある。

公法判例研究

奥谷知冬

民法709条の不法行為を構成する行為は、宗教法人法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たるとされた事例

最高裁第一小法廷令和7年3月3日決定¹

令和6年(許)第31号過料決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件
裁時1859号9頁

【事案の概要】

宗教法人である世界平和統一家庭連合（以下、「本件法人」という。）の所轄庁である文部科学大臣は、本件法人の信者らが行った本件法人への献金の勧誘等が民法709条の不法行為を構成するとして当該信者らの損害賠償責任を認めた22件の民事訴訟の各判決が存在すること²などを踏まえて、本件法人について宗教法人法（以下、「法」という。）81条1項1号に該当する事由がある疑いがあると認め、令和4年11月から令和5年7月にかけて、7回にわたり、本件法人に対して法78条の2第1項に基づく報告を求めた。しかし、本件法人は、報告を求められた事項の一部について報告をしなかった。

¹ 以下、「本決定」という。本決定の評釈として、窪田栄一「判批」新・判例解説 Watch（憲法 No.250）（2025年6月13日掲載）が存在する。

² なお、22件の民事判決で認定された事実関係によると、全国各地において、長期間にわたり、本件法人の信者らによって、100名を超える多数の被害者らに対し、その財産権や人格権を侵害する違法な行為が繰り返されており、さらに、22件の民事判決で認容された被害者らの損害額の総額は、15億円超に上っている。

そこで、文部科学大臣は、同年9月、東京地方裁判所に対し、本件法人が上記の報告をしなかったことは、宗教法人の代表役員等を過料に処する場合について定める法88条10号に該当するとして、本件法人の代表役員である原告人を過料に処すべきとする通知をしたところ、東京地方裁判所は、令和6年3月、原告人を過料10万円に処する旨の決定（原々決定）をした³。そこで、本件法人が原告したところ、原決定⁴は、民法709条の不法行為を構成する行為は、法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると判断した上で、上記各判決の内容等からすれば、文部科学大臣が本件法人に対して法78条の2第1項に基づく報告を求めた時点において、本件法人について法81条1項1号に該当する事由がある疑いがあったと認められ、文部科学大臣が上記の報告を求めたことは適法なものであったなどとして、原々決定に対する原告人の抗告を棄却した。本件法人抗告。

【判旨】（抗告棄却）

「所論は、民法709条は、一定の行為をした者が損害賠償責任を負う旨を定めるにとどまり、当該行為を禁止する旨を定めた規定ではなく、同条の不法行為を構成する行為は同条違反の行為ではないのであって、これが法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると解することはできないなどとして、原決定の上記判断には法令の解釈適用の誤り及び判例違反がある旨をいうものである。

しかしながら、民法709条が一定の行為を禁止する旨を定めた規定であるとはいえないものの、同条の不法行為を構成する行為は、不法行為法上違法と評価される行為、すなわち一定の法規範に違反する行為であり、行為者は、同条という法令の規定により損害賠償責任を課せられるのであって、これらの点に鑑みれば、同条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると解したとしても、同号の文理に反するものではない。

むしろ、上記のように解することが同号の趣旨に沿うものというべきである。すなわち、法は、宗教団体が礼拝の施設その他の財産を所有してこれを維持運用するなどのために、宗教団体に法律上の能力を与えることを目的とし（法1

³ 東京地決令和6年3月26日公開物未搭載（D1-Law.com 判例体系〔28323503〕）。

⁴ 東京高決令和6年8月27日公開物未搭載（D1-Law.com 判例体系〔28323505〕）。

条1項)、宗教団体に法人格を付与し得ることとしているところ(法4条)、法81条1項1号が宗教法人の解散命令の事由として「法令に違反して、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為をしたこと。」と規定している趣旨は、同号所定の事由がある場合には、宗教団体に法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切となることから、司法手続によって宗教法人を強制的に解散し、その法人格を失わしめることが可能となるようにすることにあると解される(最高裁平成8年(ク)第8号同年1月30日第一小法廷決定・民集50巻1号199頁参照)。そうであるところ、民法709条の不法行為を構成する行為は、故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害するものであるから、当該行為が著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる事態を招来するものであってこれに関係した宗教団体に法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切となることも、十分にあり得ることである。したがって、同条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると解することは、同号の上記趣旨に沿うものというべきである。

また、解散命令は、宗教法人の法人格を失わせる効力を有するにとどまり、信者の宗教上の行為を禁止したり制限したりする法的効果を一切伴わないものであるところ(前掲平成8年第一小法廷決定参照)、ある行為が同号所定の行為に当たるといえるためには、その行為が単に法令に違反するだけでなく、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為でなければならないことなどに照らせば、上記のように解したとしても、同号の規定が、宗教法人の解散命令の事由を定めるものとして、不明確であるとも過度に緩やかであるともいえない。

以上によれば、民法709条の不法行為を構成する行為は、法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると解するのが相当である。」

【評釈】

1. はじめに

本決定は、直接的には、法78条の2第1項に基づく報告を本件法人が行わなかった際の、法88条10号に基づく過料の徴収の可否が争われた事案であるが、実質的には、その前提となる、法81条1項1号の法解釈が争点となっている。この点、従来は、刑法に違反する行為が争点とされてきたところ(3.)、本件では、民法709条の不法行為が争点となり、その上で本決定では、法81条1項

1号の要件である「法令に違反」する行為に不法行為が含まれることが認められた。そして、この点は、同種の解散請求の実施に際して、実務上意義があるものと思われる。

他方、本決定では、「法令違反」という、公法⁵及び私法⁶のいずれにおいても、広く要件として用いられている表現が争点とされており、本決定の射程によっては、宗教法人法以外の法令が定める当該要件の解釈について、多大なインパクトを及ぼす可能性がある。とりわけ、行政法規については、主に公益の実現ないし保護が念頭に置かれるところ⁷、それに対して、民法709条の不法行為は、本来私益への侵害行為であることから、本決定は、異なる性質をそれぞれ有する行政法規と不法行為の関係性という視点からも、問題となりうる。それゆえ、本決定については、以上の点を踏まえつつ、とりわけその射程を中心に、慎重な分析が行われるべきであろう。従って、本稿では、本決定の射程の明確化という点を目的として、本決定の分析を行うこととする。

以下では、初めに本決定に係る諸規定（2.）及び解散命令に関する先例を確認した上で（3.）、本決定を分析し（4.）、最後に本決定の射程（5.）を論じる。

⁵ 例えば、法人の解散や認証の取消しの要件に法令違反を設けている規定として、後述（後掲注49）で検討する特定非営利活動促進法（以下、「NPO法」という。）41条ないし43条のほか、農林中央金庫法86条1項、医療法66条1項、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律29条2項3号、銀行法27条等が存在する。

⁶ 例えば、会社法355条は、「取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない。」（傍点筆者）として忠実義務を規定し、法令違反を含む当該忠実義務違反に際しては、任務懈怠責任に基づき損害賠償責任が生じる（同法423条1項）ところ、ここでの「法令」とは、「商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるもの」と解されている（最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁）。

⁷ 行政法においては、主に、公益実現のために人々に働きかけをする作用が念頭に置かれている（興津征雄『行政法Ⅰ 行政法総論』（新世社、2023年）3頁参照）。

2. 関連法令

(1) 宗教法人法

宗教法人は、法1条1項の目的⁸に基づき、法12条及び15条所定の手続⁹を経て設立される。また、宗教法人の解散事由も法定されており（法43条）、ここでは任意解散（1項）及び法定解散（2項）が定められている。裁判所による解散命令は、同条2項5号が規定している。

そして、この裁判所による解散命令を行うにあたり、事前手続の一つとして、法78条の2は、公営事業以外の事業の停止命令（1項1号）、認証の取消（2号）、解散命令の請求のため（3号）の報告徴収及び質問を規定している¹⁰。いずれかに該当する疑いがあると認められる場合¹¹、法を施行するため必要な限度において、宗教法人の業務または事業の管理運営に関する事項について、宗教法人に対し報告を求め、または宗教法人の代表役員等の関係者に対して質問することができる。そして、法88条10号は、法78条の2に対する罰則規定を定めており、罰則として、宗教法人の代表役員等に過料が科せられることとなる。

その上で、法81条は、前述の裁判所の解散命令について定める。ここでは、

⁸ 「宗教団体が、礼拝の施設その他の財産を所有し、これを維持運用し、その他その目的達成のための業務及び事業を運営することに資するため、宗教団体に法律上の能力を与えること」。

⁹ 法12条所定の事項を記載した規則を作成し、諸官庁の認証を受けた上で（認証主義）、設立の登記をすることで成立する（法15条、準則主義）。この方式は「憲法の宣言する信教の自由（二十条）に照応するものであり」（我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、1965年）140頁）、その帰結として、旧民法下における、民法上の法人が主務官庁の許可を得て設立され（旧民法34条）、その業務が主務官庁の監督に属し、主務官庁はいつでも職権により法人の業務及び財産状況を検査できる（同法67条）という仕組みは、宗教法人法によっていわば死文化されたものと解されていた（大石真「憲法と宗教法人制度」同『憲法と宗教制度』（有斐閣、1996年）255頁）。

¹⁰ 当該規定は、平成7年宗教法人法改定時に加えられた。その背景には、解散命令請求等に関して、所轄庁の権限を適正に行使するための判断の基礎となる客観的な資料が得られるようにするという目的が存在する（渡部蓊『逐条解説 宗教法人法〔第4次改訂版〕』（ぎょうせい、2009年）357-358頁）。同条の内容につき参照、田近肇「カルト規制に関する憲法学の視点」近畿大学法学70巻2=3=4号（2023年）23-32頁。

¹¹ 従って、本決定時点では、本件法人の諸不法行為が後述する法81条1項1号の要件を充足するか、という点が争われているわけではなく、この点は留意すべきである。

一定の事由として、①公益目的ないし宗教団体の目的を逸脱するもの、②宗教法人としての要件を欠くに至ったもの、③宗教団体としての要件を欠いていることが判明したもの、という三類型が挙げられ¹²、そのうち①に該当する同条1項1号は、「法令¹³違反」の結果、「著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる」(以下、後者の要件を「法81条1項1号第二要件」という。)行為を、解散命令の事由として定めている¹⁴。

(2) 民法709条

次に、民法709条について確認する。前提として、条文それ自体は、形式的には、要件効果規定であるに過ぎない。従って、この点にのみ着目すると、「不法行為」とは、単に損害賠償債務の発生原因であるに過ぎない¹⁵。しかしながら、その背景にある思想や、民法709条の要件に関する議論を敷衍すると、この条文では、以下の二つの場面で、法への違反、あるいは「違法性」の概念が論じられる¹⁶。

(a) 前提として、不法行為それ自体につき、代表的な体系書において、「私的生活関係において他人の権利を侵害する行為であって、法秩序がその権利を

¹² 渡部・前掲注10) 375頁。

¹³ ちなみに、立法過程の時点で既に、法81条における「法令」とは、あらゆる法律、命令及び条例を指すものと解されていた(昭和26年3月24日参議院文部委員会政府委員答弁〔篠原義雄発言〕。また参照、渡部・前掲注10) 378-379頁、昭和31年6月3日衆議院法務委員会調査局長答弁〔福田繁発言〕)。

¹⁴ なお、昭和25年3月24日の政府原案第22条1項1号では、「法令に違反し、又は公共の福祉に反したとき」とされていた。しかし、これでは、一方の要件の充足により解散を命じられることとなり、それでは酷であることから、要件を緩和して、法令違反の結果、公共の福祉の侵害が生じた場合に限って解散を命じられるようにすべく、「法令に違反し、又は」が「法令に違反して」と変更され、さらに、解散命令の乱発を避けるために、「著しく」、「明らかに」という副詞を追加した、という立法上の背景が存在する(井上恵行『宗教法人法の基礎的研究』(第一書房、1969年)414頁)。

¹⁵ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1937年)94頁参照。

¹⁶ なお、国会や文化庁においても、民法(上の不法行為)が法81条1項1号の「法令」に該当するか否かについて討議されていた(窪田栄一・前掲注1)判批2-3頁、田近・前掲注10) 24-26頁参照)。

保護するために、行為者の権利にも配慮しつつ設定した禁止・命令規範に違反すると評価されるものをいう。」(傍点筆者)と解説されることがある¹⁷。この点から、不法行為それ自体が、何らかの「法秩序」への違反を観念していることが見受けられる。しかし、ここでは、あくまで抽象的な法秩序への違反が観念されているに留まる。

(b) その上で、具体的な局面として、次に民法709条に目を向けると、民法709条の要件のうち、「権利・法益侵害」要件につき、これを「法規違反の行為」すなわち「違法性」と捉える見解が存在する¹⁸。これは、いわゆる大学湯事件¹⁹を契機として、民法709条の「権利侵害」は「違法性」の一つの徴表にすぎない、という末川博の主張²⁰に端を発し、1970年代に至るまで民法学上の通説を獲得した見解である。

本稿では民法学の詳細な議論に立ち入ることはせず、ここでは、以下での本決定の分析に際して着目すべき点を、二点指摘する。

第一に、末川の主張が次の前提に基づいている点である。それは、権利として認められているものは、法律がその内容を是認したものであり、従って個々の権利の内容は、法律秩序の一部分を形成しているものであり、そのような権

¹⁷ 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』(信山社、2009年)2頁。

¹⁸ なお、判例が「不法行為法上違法」と表現する場合、学説上は、民法709条の要件としての「違法性」を指すものと捉えているようである(例えば、「不法行為法上違法となる」という表現が用いられている、最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁につき、民法709条の要件としての権利侵害及び違法性の問題として分析が加えられている(窪田充見『不法行為法〔第2版〕』(有斐閣、2018年)146-147頁等))。

¹⁹ 大判大正14年11月28日民集4巻670頁。旧民法709条が規定する権利侵害要件に対して、「権利」ととどまらず、「法律上保護セラルルノ利益」もまた不法行為の保護の対象となるとし、かつ、旧民法709条の「他人ノ権利ヲ侵害シタル」という要件を「法規違反ノ行為ニ出テ」と読み替えて判断を下した判例である。ただし、大学湯事件においても、形式的には、単なる所有権の行使が問題となったに過ぎず、その意味で、形式的な(実定)法規への違反は存在しなかった。それゆえ、ここでの「法規違反」とは、「公序良俗違反」を指すものと解されている(我妻・前掲注15)不法行為123頁)。

²⁰ 末川博『権利侵害論〔第2版〕』(弘文堂、1949年)303-304頁。いわゆる「違法性徴表説」である。

利の侵害は、直ちに法律秩序を破るということとなる²¹、という前提である。すなわち、末川の見解によるならば、「違法性」要件の出発点となる理念は、現実の人の生活に与えられる、実定的な法律の集合体たる「法律秩序」への違反を念頭においている²²。従って、この点を強調すれば、不法行為を法律への違反行為と捉える解釈もありうるところである。

他方、第二に、違法性論者として末川の見解を発展ないし具体化させ、民法学で通説ないし有力説を獲得するに至った論者は、「違法性」の判断につき、非侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係により決せられるものとする見解²³や、「過失」を行為義務違反と、「権利侵害」を「不法行為法的保護を与えるにふさわしい法益の侵害」と捉え、その上で「違法性」を「(故意) 過失によって権利を侵害し損害を発生させること」と把握する見解²⁴などを示して

²¹ 末川・前掲注20) 292-293頁。

²² 末川・前掲注20) 210-212頁参照。また、末川は、法律秩序を、「法律が実現されたものとしての人の社会生活についての秩序」とも表現している(末川・同上286頁)。

²³ 我妻・前掲注15) 不法行為125-152頁(とりわけ125-126頁)。いわゆる「相関関係理論」である。ここで、考慮要素の一つである侵害行為の類型として、刑罰法規及び取締法規違反が、違法性が認められやすくなる行為態様として挙げられており(我妻・同上142-143頁参照)、これらの類型の場合については、ここでの違法性は実定法規違反と同視されうる。ただし、取締法規違反については、取締法規が、不法行為責任において問題とされている利益侵害に関して、その利益を保護することを目的として規定されている場合に限り、不法行為責任の成立の判断に影響を与えうるものと解されている(我妻・同上143頁)。

なお、例えば適法な行政庁の許可ないし特許を得て行った行為等の適法行為であっても、当該行為によって他人に損害を発生させた場合は、なお違法性が認められ、不法行為による損害賠償が生じる可能性があること(適法行為による不法行為)を指摘する見解が存在する(加藤一郎『不法行為〔増補版〕』(有斐閣、1974年) 39頁。また参照、窪田充見・前掲注18) 不法行為法98頁)。反対に、浦安町ヨット係留施設撤去事件(最判平成3年3月8日民集45巻3号164頁)につき、ある行為が、行政法上の権限規範に照らすと「違法」であっても、損害賠償法上の観点からは「違法」ではない、ということを示した判決だと理解する見解も存在する(神橋一彦「行政救済法における違法性」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣、2008年) 250頁)。なお、これらの点に関して、岸本太樹「行政法規と私法規の相互作用関係」公法研究85号(2024年) 161-162頁も参照。

²⁴ 前田達明『民法Ⅳ₂(不法行為法)』(青林書院新社、1980年) 121-123頁。いわゆる「違

いる点である²⁵。すなわち、ここで「違法性」と称されるものは、原則として、行為の態様が明示的な刑罰法規または取締法規違反であるかといった、実定法規への違反という要素だけに拘泥せず、侵害された利益や当事者の行為等の諸要素をも裁判上で評価し、それが民法709条における「他人の権利又は法律上保護される利益」への侵害という要件を充足するか、という判断プロセスを経て抽出されるものとなる²⁶。

(c) 以上、要するに、民法709条において「違法性」が論じられる場合、末川の見解のように、原理的な側面で実定法規への違反を観念する可能性もありうるところではあるが、通常は、個別具体的な実定法への違反とは異なる、不法行為特有の「違法性」を想定していることが見て取れる。

以上を踏まえて、最後に、本決定の分析に向けて論点を整理する。まず、一般に「法令」とは、「国会が制定する法律及び国の行政機関が制定する命令を合わせて呼ぶときに用いられる語」である²⁷。従って、その理解に忠実に従うならば、「法令に違反」する行為とは、国会が制定する法律及び行政機関が制定する命令への違反、すなわち実定法規への違反行為と解されるはずである。他方、民法709条は、形式的には要件効果規定であるにとどまる。また、前述の民法学上の議論においても、通常は、抽象的な「法秩序」への違反や、実定法規違反とは異なるニュアンスの「違法性」を観念している。このような性質を有する不法行為を、本決定は、どのような論理で、法81条1項1号における

法性一元論」である。

²⁵ なお、これらの考え方の下では、生じた損害に損害賠償を与えることが妥当かどうか、という利益衡量が決め手となり、「違法性」の有無も、このような利益衡量に還元されてしまうことになる、という指摘も存在する（藤田宙靖『（新版）行政法総論 下』（青林書院、2020年）215頁）。

²⁶ この点、違法性一元論の立場からではあるが、前田・前掲注24) 122-123頁は、「不法行為法の制度目的ないし機能は、発生した損害の公平な分配ということであるが、……「公平」という限りは、それぞれの事情を比較衡量して賠償の有無、範囲、額を定めなければならない。すなわち、右の事情を同一の土俵すなわち次元において考量しなければならない。そして、この土俵（次元）を「違法性」と名付けるわけである。」（下線筆者）と論じる。

²⁷ 法令用語研究会編『有斐閣 法律用語辞典〔第5版〕』（有斐閣、2020年）1070頁。

「法令に違反」する行為と解釈したのだろうか。この点を念頭に置いた上で、次に従前の裁判例を確認する。

3. 従前の裁判例

本決定以前に解散命令の適法性が争われた事例として、オウム真理教及び宗教法人明覚寺に対する解散命令が存在する。以下では、オウム真理教事件を確認する²⁸。

ここでは、まず原決定²⁹が、次の指摘を行う。すなわち、法81条1項1号（及び2号）の要件につき、「刑法等の実定法規の定める禁止規範又は命令規範に違反するものであって、しかもそれが著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為……と解するのが相当である。」（下線筆者）という指摘である。この原決定からは、「法令」について、明示的に、「実定法規」が規定する禁止規範及び命令規範を念頭に置いていることが理解できる³⁰。他方、最高裁決定³¹は、本決定でも参照された重要な判示は存在するものの³²、原決定のような、同号の要件の内容に関する詳細な検討は行われなかった。

以上の決定によると、少なくとも刑罰法規違反は、法81条1項1号の「法令に違反」する行為に該当することが分かる。しかしながら、明らかな実定法規

²⁸ 宗教法人明覚寺への解散命令が争われた事案（和歌山地決平成14年1月24日訟月8巻9号2154頁）は、後述するオウム真理教事件原決定に依拠した内容であるため、検討を省略する。

²⁹ 東京高決平成7年12月19日民集〔参〕50巻1号231頁。以下、「平成7年高決」という。

³⁰ なお、本件法人は、当該判示部分を参照した上で、民法709条の不法行為は法81条1項1号の「法令に違反」する行為に該当しない、という主張を行っていた。

³¹ 最決平成8年1月30日民集50巻1号199頁。以下、「平成8年最決」という。

³² 解散命令の性質について、「法による宗教団体の規制は、専ら宗教団体の世俗的側面だけを対象とし、その精神的・宗教的側面を対象外としているのであって、信者が宗教上の行為を行うことなどの信教の自由に介入しようとするものではない」と指摘した。また、法81条1項1号の趣旨について、「法八一条に規定する宗教法人の解散命令の制度も、法令に違反して著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為（同条一項一号）……があった場合……には、宗教団体に法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切あるいは不必要となることから、司法手続によって宗教法人を強制的に解散し、その法人格を失わしめることが可能となるようにしたものであり、会社の解散命令（商法五八条）と同趣旨のものである」と指摘した。

違反と直ちには解釈しえない、民法709条の不法行為については、ここでの判示からはなお、その要件充足性を判断しえないものと思われる。

4. 本決定の分析

(1) 原決定

以上の前提を踏まえて、本決定の分析を行う。ここでは、原決定との比較検討を行うことで、本決定の特色をより明確にする³³。

(a) 原決定はまず、法81条1項1号の「法令」の解釈について、「法令」に何ら限定を付していない点等に照らし、「同号の「法令」は、民法を含む全ての法令……を意味すると解するのが相当である。」と確認する。

次に、同号の「違反して」の文言について、まず民法が、公共の福祉への適合等の基本原則を規定し、さらに、民法90条において公序良俗に反する行為は無効と規定している点をもって、民法とは「私権の行使に関し、市民社会における市民ないし私権の相互間の関係等を規律している」ものだ確認する。その上で、民法709条は、過失責任主義の見地から定められたものと捉えた上で、「これらのことからすれば、同条は、故意又は過失によって他人の権利等を侵害する行為をしてはならないということ（いわゆる禁止規範）を当然の前提として、かかる行為をした者に対し、損害賠償の責任を課することを定めている」と解する。そして、民法709条が適用される場合には、他人の権利等を違法に侵害する不法行為が行われたと認められることとなり、「このような場合には、上記のような規律（禁止規範）に反したものとして、法81条1項1号の「法令に違反」する行為が行われたと解することができるというべきである。」と論じ、「民法上の不法行為は、法81条1項1号の「法令に違反」する行為に含まれると解するのが相当である。」（以上下線筆者）と結論付けた。

(b) 以上の判示につき、本決定の分析に資する特色は、次の二点であろう。それは、第一に、民法709条それ自体の性質を論じた点である。それを踏まえて第二に、民法709条それ自体に「禁止規範」性を見出した点である。

本稿では、以上の原決定の解釈に対する評価を下すことはせず、当該解釈が

³³ 原々決定については、原決定の特色と類似する点が多いことから、検討を省略する。

ありうる解釈の一つと捉える。その上で、民法709条それ自体に禁止規範性を見出しているか否かは、射程を分析するに当たり重要である。なぜならば、民法709条それ自体が禁止規範であるならば、民法709条の不法行為を構成する行為は、それすなわち実定法規に対する違反と捉えられる可能性が高まり（平成7年高決参照）、その結果、法81条1項1号以外の「法令に違反」要件に対しても、不法行為が比較的容易にその要件を充足するものと解されうるからである³⁴。

（２）本決定

（a）以上を踏まえて、次に、本決定の分析を行う。

まず、本決定はいきなり、「民法709条が一定の行為を禁止する旨を定めた規定であるとはいえない」として、民法709条の禁止規範性を明確に否定する。他方、ここで民法709条それ自体ではなく、「同条の不法行為を構成する行為」に着目し、かつ、それを、「不法行為法上違法と評価される行為」—すなわち、裁判上、民法709条の要件としての違法性が認められた行為—と読み替え、それをさらに、「一定の法規範に違反する行為」—すなわち、「違法性」要件の根底に存在する、実定的な法律の集合体たる「法律秩序」への違反行為（2.（2）（b））を念頭に置いているものと考えられる—と読み替える。そして、「行為者は、同条という法令の規定により損害賠償責任を課せられる」ことも加味しつつ、「これらの点に鑑みれば、同条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると解したとしても、同号の文理に反するものではない。」（以上傍点筆者）と評価する。

ここで、この思考の流れは、原決定とは真逆である。すなわち、原決定は、まず民法709条の禁止規範性を確認した上で、そのような不法行為を行うことは「法令に違反」する行為であることを確認する（法規範→行為）。他方、本決定は、不法行為を行うことは一定の法規範に違反するという行為の性質を先に確認した上で、そのような行為は「法令に違反」する行為として、違法性を帯びるということを確認しているのである（行為→法規範・違法性）。そして、この判示部分における裁判官の根底には、不法行為それ自体が、（公益の侵害

³⁴ 窪田栄一・前掲注1）判批3頁も、原決定は不法行為の前提に禁止規範があるとして、「法令に違反」を端的に認定できたものと指摘している。

か私益の侵害かという評価を一度措いて）法的にネガティブな評価を伴う行為であり、その結果、制裁として損害賠償責任というサンクションが課せられる行為である³⁵、という思考が存在するものと考えられる。

しかしながら、民法709条の禁止規範性を否定したにもかかわらず、なぜ、不法行為が「法令に違反」する行為だとなお認められるのか、という点につき、抽象的かつ端的な説明にとどまる。従って、当該判示部分だけに着目すると、原決定に比して説得力が欠け³⁶、さらにいえば、技巧的な法解釈であると感じられなくもない。

ただし、ここで注目すべきは、判示は、民法709条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号の「法令に違反」する行為に当たると解した「としても」、同号の文理に反するものではないとしている。すなわち、この「としても」という表現からは、「法令に違反」する行為という要件に関して、考えられる解釈方法のうち、判示の解釈が選択肢の一つとして許容性があり、そしてそれ以上でもない、というニュアンスを含意しているものと思われる。裏を返せば、ここでの端的な判示の指摘だけでは、当該解釈の必要性までは導出できない、ということが暗に示されているよう³⁷。

(b) そして、この理解を前提にするならば、次に当該解釈の必要性が求められるところ、続いて判示は、「むしろ、上記のように解することが同号の趣旨に沿うものというべきである。」とする。すなわち、本決定は、ここで上記解釈の必要性をも認めている。

そして、ここではまず、平成8年最決を参照して、法81条1項1号の趣旨を、「同号所定の事由がある場合には、宗教団体に法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切となるところから、司法手続によって宗教法人を強制的に解散し、その法人格を失わしめることが可能となるようにすること」と解す

³⁵ 不法行為法の制裁的機能につき、山田卓生「不法行為法の機能」淡路剛久＝伊藤高義＝宇佐美大司編『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社、1995年）11-18頁等参照。

³⁶ この点、窪田栄一・前掲注1）判批3頁は、不法行為が禁止規範ではないという理解を維持したため、「法令に違反」という文言と一定の乖離が生じ、「法令に違反」の素直な文理解釈とはいえないと評価する。

³⁷ 窪田栄一・前掲注1）判批3頁も、当該判示部分を「やや消極的な書きぶり」と評価している。

る³⁸。その上で次に、民法709条に着目し、「民法709条の不法行為を構成する行為は、故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害するものであり、それは「当該行為が著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる事態を招来」する（しうる）もの」として、不法行為と、法81条1項1号第二要件を結合する。その結果、「これに関係した宗教団体に法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切となることも、十分にあり得る」と評価する。そしてこの点をもって、「同条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると解することは、同号の上記趣旨に沿うものというべきである。」と結論付けた。

すなわち、ここでも民法709条の不法行為の行為面に着目し、権利または法益を侵害するという、それ自体はあくまで私益への侵害行為であるにすぎない不法行為が、場合によっては、公共の福祉を害するという法81条1項1号第二要件をも充足する可能性があり、その結果、法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切になることも、十分に³⁹ありうると解したのである⁴⁰。

しかしながら、この論理は、民法709条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号第二要件を充足しうる、ということの説明にはなるが、民法709条の根底にある一定の法規範への違反という現象を、民法709条それ自体の禁止規範性を否定しつつ、なお「法令に違反」する行為だと解釈する根拠となるのか、

³⁸ 平成8年最決が示した当該趣旨それ自体は、学説も肯定的に捉えているものと思われる（棚村政行「判批（東京7年高決）」判例タイムズ913号（1996年）209頁、小林武「判批（平成8年最決）」南山法学21巻1号（1997年）303-304頁参照）。

³⁹ しかしながら、ここで「十分に」という強い表現を用いることが適切であるのか、という点については、疑問が残るところでもある。

⁴⁰ ただし、ここでは、「公共の福祉」の意味や、民法と刑法の峻別が問題となりうる、ということも指摘されている（窪田栄一・前掲注1）判批3頁）。とりわけ、法81条1項1号における「公共の福祉」について、宗教法人法の逐条解説によると、その意味内容は憲法と同様のものと解されている（渡部・前掲注10）379頁。また参照、昭和55年10月15日衆議院文教委員会文化庁次長答弁〔別府哲発言〕。他方、本決定では、必ずしも憲法から導出されるものとは限らない「権利又は法律上保護される利益」を侵害する行為によって、「公共の福祉」が害されうるものと判示していることから、ここでの「公共の福祉」とは、むしろ、社会公共の利益一般という抽象的な意味と捉え、「公益」とほぼ同じ意味と考える、行政法上の「公共の福祉」の意味（興津・前掲注7）3頁）として用いている、という理解も考えられなくはないだろう。

という点で、一見すると疑問である。

ただし、今一度、法81条1項1号を確認すると、ここでは「法令に違反して、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為」（傍点筆者）と規定されている。すなわち、同号は、「法令に違反し、かつ、著しく……」といった区切りがなく、連続的に要件を規定している。ここから、法令に違反する行為は、それが公共の福祉を害するという効果を生じさせることまでを想定していることが見て取れる⁴¹。この絶妙な法的建付けと、本決定が一貫して「行為」に着目していた点、さらに、本決定が不法行為を「著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる事態を招来するもの」とわざわざ捉え直した点を踏まえると、本決定では、次のような思考が根底に存在する可能性がある。

すなわち、「法令に違反」という点だけを切り出して、民法709条の性質云々という、狭く抽象的な側面に着目するのではなく、より大局的に、不法行為という実体的な側面を捉え、法81条1項1号の「法令に違反して、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為」の一部分としての「法令に違反」する行為という点を解釈すべきだ、ということが法81条1項1号の趣旨から導かれた、という思考である。さらにいえば、同号の力点は、実体的な要件であり、まさに宗教団体に法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切となるような、「著しく公共の福祉を害することが明らかな行為」という、宗教法人の行為の結果にあると本決定は捉え、そうである以上、「法令に違反」する行為という要件は、抽象的なレベルでも何らかの一定の法規範への違反が観念できるならば、それで十分である、という考えが根底に存在する可能性がある。

そして、このような理解は、法が宗教団体に宗教法人格を取得しうることとしたのは宗教団体の公益目的を保護するためであり、宗教法人の活動または行為が公益を害し、法によって法人格を認める実質的意義を有しなくなったなどの場合に、裁判所の関与の下に宗教法人の解散を命じ、よって法人格を剥奪するものである、という解散命令それ自体の目的⁴²とも整合性が保たれている。

⁴¹ この点、昭和26年3月24日参議院文部委員会政府委員答弁においても、法令に違反する行為と、当該行為が著しく公共の福祉を害するという二つの要件につき、「この両者を一本にした解釈をとつて」いる、という発言（篠原義雄発言）が存在する。

⁴² 渡部・前掲注10) 374頁。また、田近・前掲注10) 33頁は、法81条1項1号が規定する解散事由の趣旨を、「法人制度の濫用がされないようにするためだ」という法人制度の

付言すると、前段から続く判示の根底には、不法行為の性質に対する規範的評価を下すことを回避するために、不法行為それ自体の議論に踏み込まず、不法行為それ自体がネガティブな性質を有する以上、法81条1項1号は不法行為を積極的に除外している規定であるといえるか、という点だけを端的に検討した、という思考が存在する可能性もあろう。

(c) 最後に、判示では、解散命令は信者の宗教上の行為の禁止ないし制限という法的効果を一切伴わないものであることを、平成8年最決を参照しつつ確認した上で⁴³、「ある行為が同号所定の行為に当たるといえるためには、その行為が単に法令に違反するだけでなく、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為でなければならないことなどに照らせば、上記のように解したとしても、同号の規定が、宗教法人の解散命令の事由を定めるものとして、不明確であるとも過度に緩やかであるともいえない。」とも指摘する⁴⁴。

この点、法81条1項1号は、本件法人が問題視する「法令に違反」する行為という要件とともに、「著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為」という、実体面を審査し、かつ、厳格な要件を設けている。そして、こちらの要件の厳格さをもって、法81条1項1号単独で見ても、「不明確であるとも過度に緩やかであるともいえない」ということを確認したものと思われる⁴⁵。

論理に基づくものと理解すべきである。」と指摘する。

⁴³ 法1条2項も参照。ただし、当該理解それ自体に対して、批判も存在するところである(日笠完治「判批(平成8年最決)」判例セレクト'96(法学教室別冊198号)12頁(1997年)参照)。

⁴⁴ なお、本件法人は、いわゆる成田新法事件(最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)を参照し、不法行為を法81条1項1号の「法令に違反」する行為に該当すると解することは憲法31条違反である、という主張をしており、当該判示部分は、当該主張に対応するものと解する余地もある。この点、原決定は、当該主張に対して、正面から、法81条1項1号第二要件の厳格性に照らして、予測困難性に係る当該主張を採用することはできないと結論付けた。

⁴⁵ ちなみに、窪田栄一・前掲注1)判批3-4頁は、この判示部分を、不法行為が法81条1項1号の「不法行為」に該当すると解釈すること(4.(2)(a)及び(b))に対する「許容性」を論じるものと捉えている。

なお、当該判示部分について付言すると、法81条は、信教の自由を保障するとの見地から、行政上の裁量によって宗教法人に対し解散命令がなされることがないように

5. おわりに——本決定の射程

以上、本決定によると、民法709条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号の「法令に違反」する行為に該当するという理解は、不法行為の性質に加えて、法81条1項1号の趣旨解釈に由来するものである。また、本決定は、民法709条それ自体の禁止規範性を認めていない。さらに、不法行為が、法81条1項1号第二要件でもある、公共の福祉をも害する可能性がある、という点も決め手の一つとなっている。そうである以上、本決定の射程は、民法709条の不法行為を構成する行為を根拠とした、法81条1項1号に基づく解散請求並びに法78条の2に基づく報告徴収及び調査が争われる事案にしか及ばない。すなわち、本決定をもって、その他の法令が定める「法令違反」要件は不法行為によって充足されるものと直ちに解することはできない。

しかしながら、ここで注意を要するのは、本決定は一般論として、「同条の不法行為を構成する行為は、不法行為法上違法と評価される行為、すなわち一定の法規範に違反する行為であり、行為者は、同条という法令の規定により損害賠償責任を課せられる」と指摘した上で、法81条1項1号の趣旨解釈に至る前段階で、「同条の不法行為を構成する行為が法81条1項1号にいう「法令に違反」する行為に当たると解したとしても、同号の文理に反するものではない。」と指摘している。すなわち、当該判示に依拠するならば、本決定は、民法709条の不法行為を構成する行為が、「法令に違反」する行為という要件に該当する、という解釈それ自体は、文理解釈上、選択肢の一つとしてありうることもまた認めている。従って、「法令違反」を要件とする他の規定については、以上の解釈に対し、当該要件を定める規定を含む法令解釈を踏まえて、当該選択肢に伸るか反るか、ということが個別具体的に判断されることとなろう。

その際、とりわけ行政法規が定める「法令違反」要件を検討する際は、まず法令側につき、法令違反を要件とする趣旨（公益の保護か、組織の適正性確保か等）等に関して、法令解釈が行われることとなろう。これは、本決定に即し

するために、所轄庁ではなく、裁判所が解散を命ずるものとしている（渡部・前掲注10）380頁。また参照、笹田栄司「判批（平成8年最決）」重判平成7年度（ジュリスト臨時増刊1091号）15頁（1996年）。この点からも、法81条1項1号は、「宗教法人の解散命令の事由を定めるものとして、不明確であるとも過度に緩やかであるともいえない」と解した本決定の当該判示は、妥当なものであろう。

ていえば、法81条1項1号の趣旨解釈が対応する⁴⁶。

また、不法行為法上の違法性の評価が、あくまで専ら私人間の利益調整のルールへと還元された上で抽出されるものであり⁴⁷、これ自体はあくまで私益の侵害を念頭に置いている点や、不法行為の態様も様々であり、その具体的態様を裁判上で評価した上で違法性が決せられるという点⁴⁸に鑑みると、不法行為の存在により即座に「法令違反」要件の充足を認めることは、基本的にはできないものと思われる。結局のところ、個別具体的な不法行為の態様をも加味した上で、例えば、当該不法行為が結果的に私益だけではなく行政法規が保護しようとする公益をも害するか否か、といったような行為面もまた、考慮されなければならないものと思われる⁴⁹。ただし、本決定は、本件法人の具体的な不法

⁴⁶ 他方で、一般論として、「法令に違反」という要件に際して、ここでの「法令」とは、そもそも当該要件を規定する法律及び法規命令だけが想定されてきた場合もありうる。この場合、ここでの「法令」が、実は民法（不法行為法）等その他の法令も含まれる、という不意打ち的な解釈がなされるならば、明確性の原則や予測可能性等との抵触といった問題も生じうるため、慎重な検討が行われなければならないことは言うまでもない。そして、このことは、本決定に基づくならばあくまで禁止規範であるわけではない不法行為を（4.（2）（a））、積極的な根拠なく安直に「法令違反」と解することに対しても、同様であろう。（4.（2）（c）及び前掲注44も参照）。

⁴⁷ 藤田・前掲注25）221頁。また参照、能見善久「不法行為の機能・要件の再構成」NBL937号（2010年）20頁、24-25頁。

⁴⁸ 現に、民法上の判例では「違法性」の用語法自体が一定していないという点を指摘した上で、このような態度が生じる要因として、不法行為の判断が諸考慮の複合体であり、違法性概念が伸縮性に富むという性質を指摘する見解が存在する（広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）624-629頁〔瀬川信久〕参照）。

⁴⁹ ここで、本決定の評釈という本稿の本旨から逸脱するきらいもあるが、「法令違反」を要件とするその他の法令のうち、法令違反を認証取消しの要件として規定するNPO法を題材として、本決定が示唆する考慮要素を敷衍することとする。

前提として、NPO法41条に基づく特定非営利活動法人（以下、「NPO法人」という。）に対する調査の結果、法令及び法令に基づいてする行政庁の処分等に違反することや、その運営が著しく適性を欠くと認めること等のいずれかが認められる場合には、同法42条に基づき、NPO法人に改善命令を行う権限が所轄庁に与えられる。その上で、同法43条1項は、NPO法人が上記命令に違反した場合であってほかの方法により監督の目的を達することができない場合等において、NPO法人の設立の認証を取り消すことができる」と規定する一方、同条2項は、NPO法人が法令に違反した場合において、前

行為が法81条1項1号の要件を充足するかといった、具体的な当てはめを行っ

条の命令によってはその改善を期待することができないことが明らかであり、かつ他の方法により監督の目的を達することができないときは、同条の規定による命令を経ずに、NPO法人の設立の認証を取り消すことを認める。すなわち、ここでは、改善命令を経るか否かにつき、法令違反の有無が決定的な要素となるため、検討素材として有用であろう。

さて、以上の規定における「法令」とは、NPO法に限らず、本法に基づく法規命令や条例、そしてその他の法令が含まれるものと解されている（堀田力＝雨宮孝子編『NPO法コンメンタール』（日本評論社、1998年）253、258頁〔雨宮孝子〕、熊代昭彦編著『新日本のNPO法』（ぎょうせい、2003年）131-132頁）。その上で、ここでの法令違反に不法行為が含まれるかについて、本稿で結論を下すことはしないが、本決定に即して、考慮すべき要素を数点指摘する。

第一に、根拠規定の解釈が行われるべきであろう。例えば、NPO法42条は、改善命令の対象として、法令違反とは別に、「その運営が著しく適性を欠く」という要件も規定しており、不法行為は素直にこちらの受け皿で受け入れるべきだという解釈が考えられる。とりわけ、雨宮・同上258頁によると、後者の要件は、一般的には、本件法人の運営が著しく公共の福祉を害すると認められる場合が想定されており、本決定に照らすならば、なおさら、不法行為はこちらの受け皿で受け入れるべきものと解されよう（4.（2）（b）参照）。

また、認証取消しはNPO法人の解散事由とされており（NPO法31条1項7号）、その結果、NPO団体の法人格が剥奪されることとなり、法人格を有することで得られるメリットを享受できなくなるため、これを重大な不利益だと評価するならば、改善命令を経ずに認証取消しを認める「法令違反」ルートを狭く解し、そこに不法行為を含めることを否定する要素となろう。ただし、ここでのNPO団体が法人格を取得するメリットとは、例えば、法人格の不存在を理由とした補助金の交付及び委託事業の受注の拒否を防ぐことや、法律上の位置づけ及び団体内の責任を明確化することによる社会的信頼の獲得といった、事実的なものが想定されている（熊代・同上31-32頁参照）。従って、このようなメリットを享受できなくなることは、認証の取消しに伴う付随的な効果に過ぎないものと評価して、「法令違反」に不法行為を含める解釈を肯定する方向に作用させるということも、一つの評価としてありうる（4.（2）（c）参照）。

他方、NPO法の目的は、事業活動が適正であって公益の増進に資するNPO法人の認定に係る制度を設けることなどによって、NPOの健全な発展を促進し、もって公益の増進に寄与することである（同法1条）。この点を踏まえた上で、不法行為が公益をも害するということが（十分に）ありうるという点をもって、同法の目的を実効的に実現するために、同法43条2項に基づく速やかな解散命令を実施するべく、不法行為を「法令違反」に含めることを肯定的に評価する、という解釈も、強引ではあるが有りうる

ていないため、この点に関してはあくまで推測の域を出ないが、しかしながら、このことは、本決定が不法行為の態様と法81条1項1号第二要件との関係性を考慮している点からも、推知することができる⁵⁰。

〔追記〕脱稿後、匿名記事「判批」判例タイムズ1535号（2025年）65-68頁に接した。

かもしれない（4.（2）（b）参照）。しかしながら、同法43条2項それ自体は、宗教法人法81条1項1号とは異なり、単に「法令に違反した場合」のみを要件として定めているにすぎず、ここで要件規定とは別の条文である、NPO法1条の目的規定を強引に取り込んで解釈を行うことに対しては、明確性の原則や予測可能性との抵触が懸念されるところでもあろう（4.（2）（c）及び前掲注44、46も参照）。

⁵⁰ なお、この点は、本件に即していえば、現在係争中の本件法人に対する解散命令請求の可否を判断する中で考慮されるべき点である。この点に関して、本件法人に対する解散命令の請求を認めた東京地決令和7年3月25日公刊物未搭載（LEX/DB 25622421）において、本件法人が行った32件の民事判決（献金勧誘等）につき、一定の「類型的傾向」の存在を確認した点や、本件法人の献金勧誘等行為は「総体として」法81条1項1号の要件に該当するものと判示した点が注目されよう。

それゆえ、不法行為を理由とした本件法人への解散命令の適法性・合憲性が争われるものと思われる、上記地裁決定を含む今後の司法判断の動向については、「私益の侵害行為（の総体）は、いかなる場合に、公共の福祉（公益）への侵害という性質をも帯びることとなるのか」という視点からも、注視されるべきものと筆者は考える。

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
佐々木 雅 寿	北海道大学大学院法学研究科教授
伊 藤 隼	北海道大学大学院法学研究科准教授
張 佳 宇	中国広東省深圳市中級人民法院法官補佐
左 婁 雨	北海道大学大学院法学研究科助教
奥 谷 知 冬	北海道大学大学院法学研究科博士前期課程

令和8年1月23日 印 刷
令和8年1月30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 January 2026 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

- The Supreme Court of Japan and Balancing Test of Constitutional Review
..... Masaaki SAITO 1
- The Effect of Declarations of Unconstitutionality in Canada.
..... Masatoshi SASAKI 29
- Bemerkungen zu § 580 Nr. 6 ZPO — unter besonderer Berücksichtigung der
Beweiswirkung Shun ITO 71
- Criminal Negligence Liability in Team Medicine (6)
—— The Nature of Individual Negligence Liability and the Division of
Responsibility among the Parties Involved in Organized Medicine ——
..... Jia Yu ZHANG 113

NOTE

- Strafrechtliche Probleme bei interkulturellen Ehen
—— am Beispiel der Sonderstellung der islamischen Ehe ——
..... Xingyu ZUO 157

CASE NOTE

- Note on Public Law Case Chifuyu OKUYA 183

[]...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