

日本法學

第七十七卷 第一号 2011年7月

論 說

空港環境問題における連邦航空法の専占……………工藤 聡 一

第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題……………長谷川 貞 之

日常行為と可罰的幫助……………上野 幸 彦

翻 訳

団体概念の事例に関する解釈の限界としての刑法および概念を………タウス シンホラント
形成する体系の中心的な構成原理としての明確性原則……………上野 幸彦 訳

論 說

Lugosi ケース、人格権一元論の終焉

——Lugosi v. Universal Pictures 160 Cal. Rptr. 323 (1979)——……………豊 田 彰

日本法学 第七十六卷第三号 目次

論 説

大津事件の裁判の疑点
——勅語と三蔵の殺意——……………新井 勉

憲法上の「プライバシーの権利」への序章……………青山 武 憲

競争取引における救済についての一考察……………松 嶋 隆 弘

アメリカ信託法における制定法化の進展……………工 藤 聡 一

翻 訳

ドイツと日本における憲法改革……………クラウス・シュテルン
山田 亮 介 訳

判 例 研 究

刑罰法規の明確性および非広汎性が争われた事例
——広島市暴走族追放条例事件最高裁判決——……………船 山 泰 範

平成九年九月八日最高裁第三小法判決（平成七年（あ）第一八九号広島市
暴走族追放条例違反被告事件）刑集六一巻六号六一頁 判時一九八七号一五〇頁
判タ二五二号一〇〇頁、法時八〇巻五号二七頁……………山 本 善 貴

株式会社破産手続開始決定と当該株式会社の取締役等
の解任または選任を内容とする株主総会決議不存在確認
の訴えにおける訴えの利益……………松 嶋 隆 弘

（最二判平成二年四月七日）判タ二九七号二四頁判時一〇四四号七四頁
金判一三二二号五二頁、金法一八七号三九頁……………金 澤 大 祐

市が住民団体に神社の保持のために市有地を無償貸与
することは、憲法八九条に違反するとされた事例……………高 畑 英 一 郎

——空知太神社訴訟事件——
最大判平二二・一・二〇民集六四卷一号二頁……………上 野 幸 彦

ファイル共有ソフトを開発し、インターネット上で公開
・提供した者につき、著作権法上の公衆送信権侵害罪の
幫助犯の成立が否認された事例……………上 野 幸 彦

——Winky 事件控訴審判決——
（平成九年（ウ）第四六二号）大阪高等裁判所・平成二年（一〇）月八日判決
（季刊刑事弁護六一号一八三頁登載）……………上 野 幸 彦

日本法学 第七十六卷第四号 目次

沼野輝彦教授古稀記念号

刑事法の現状と課題

空港環境問題における連邦航空法の専占

工 藤 聡 一

【目次】

- I 序 説
- II 連邦航空法の沿革と構造
- III 空港環境問題における連邦航空法の適用
- IV 結 語

I 序 説

一九五八年、商業航空を規律する基本法として連邦航空法 (Federal Aviation Act (FAA)) が成立し、その執行機関として連邦航空庁 (Federal Aviation Agency) が創設された。⁽¹⁾「航空の発展を促進し、安全を確保し、かつ国防の要請を充足する」⁽²⁾ための、新たな規範と監督組織の誕生である。一九六七年に運輸省 (Department of Transportation

(DOT) が設置されると、航空庁はより広範な運輸規制のなかに位置付けられるとともに、連邦航空局 (Federal Aviation Administration (FAA)) という現在の呼称を得た。⁽³⁾

その後の航空市場の成熟と歩調をあわせ、一九七八年には、新規路線や新規就航事業者を増やすことで航空運賃を低くし、航空利用者の便益を増すために、航空事業者規制撤廃法 (Airline Deregulation Act of 1978)⁽⁴⁾ が成立し、ここに航空運送事業者の路線、運賃及び新規参入に関する経済規制は撤廃された。⁽⁵⁾ そして一九九六年には、航空振興と安全確保という航空行政における利益衝突を解消するために、連邦航空再授權法 (Federal Aviation Reauthorization Act of 1996) が成立し、⁽⁶⁾ 連邦航空局の所管事項から航空振興が取り除かれ、その任務は安全確保に純化されるに至っている。⁽⁷⁾

連邦法と州法との二元的法制度を敷く米国において、州際通商 (interstate commerce) としての性格の強い航空は、こうしてごく自然に連邦法の専占 (preemption) に服するものとされてきた。しかし、連邦法による航空規制は、航空を全国的なネットワークとして面で捉えることとの関係で合理性を有するものの、当該ネットワークの結節点である空港（飛行場）を取り出してみると、それは地権者の私権の対象として、都市機能の中核施設として、あるいは地域環境の一部として、州ないし地方自治体の法規制と接さざるを得ない。⁽⁸⁾ この意味で空港は、とりわけ騒音、交通混雑等の空港環境問題に関連して、連邦法と州法・自治体条例との抵触の一大争点を形成してきたのである。

連邦法の専占という考え方自体は、連邦最高裁判所における一八五一年のクリーリー対ワードンス委員会事件判決⁽⁹⁾に起源を有する。本件で裁判所は、「商事規制はいずれも、その性質において本来的に国家的であり、あるいはユニフォーム・システムの構成要素としてその計画又は規制の一部が実施されるに過ぎないものである。そして、連邦議会による排他的な立法を要する性格をもつというのが正当である」とした。今日、連邦法の専占は法原理として、合

衆国憲法第六編二項のいわゆる最高法規条項 (Supremacy Clause)⁽¹⁰⁾ によって根拠付けられている。連邦法自体が明文で州法に対する専占を規定すれば (明示的専占)、専占の内容は明白となるが、そうでなくとも、裁判所の法解釈により合衆国議会の意図が推し計られることとなる (黙示的専占)⁽¹¹⁾。

連邦航空法は合衆国の航行可能な空間 (navigative airspace)⁽¹²⁾ の利用を律し、ここに合衆国の排他的な主権を設定する。ただし、空港ゾーニングないし関係土地利用についての連邦法の専占が明示的に規定されるわけではなく、したがって空港問題における専占のいかんは連邦議会の意図の解釈に委ねられている。

本稿は、連邦法の専占の肯否をめぐる空港環境紛争を素材に、米国航空法における利益衡量の一断面を考察するものである。連邦航空法の沿革と基本的構造についてみた後、その空港環境問題への適用事例を取り上げ、航空分野において連邦法が専占を敷くことの意義を確認することとする。⁽¹³⁾

II 連邦航空法の沿革と構造

連邦法は、米国の航空事業に広く規制を及ぼしている。規範の中心を占めるのは連邦航空法であり、その規制対象には航空事業者、航空従事者、空港が含まれる。もともと、多くの州及び地方自治体も種々の理由で空港を規制しており、とくに空港環境問題への対処をめぐって、両規範の対立ないし抵触が数多く紛争化してきた経緯がある。以下では、紛争事例の検討に先立ち、予備作業として連邦航空法の沿革と規制の内容を整理しておくことにしたい。

連邦議会は、商業航空の草創期から、それを自らの体系的な監督下に置く姿勢を鮮明にしていた。⁽¹⁴⁾ 議会はまず、合衆国憲法第一編第八節第三項、いわゆる州際通商条項 (Interstate Commerce Clause)⁽¹⁵⁾ を根拠に、一九二六年航空通商

法（Air Commerce Act of 1926）を成立させ、幼稚産業に対する公的助成を行い、航空の運営範囲の全国的拡大を企図した。ついで議会は、一九三八年にマクラレーン・レア法（McCarran-Lea Act）、通称民間航空法（Civil Aeronautics Act（CAA））を通過させ、より広範な航空規制を実施することとした。監督機関として民間航空委員会（Civil Aeronautics Board（CAB））を創設し、踏み込んだ経済規制をこれに行わせたのである。⁽¹⁶⁾

その一方で、少数の航空機と小規模な空港を有するのみの商業航空の初期段階ですら、民間航空法の成立は、連邦法による航空規制と、地方による土地利用規制との対立関係を生み出した。民間航空法は民間航空委員会に、航空インフラの整備について強大な権限を付与しており、運賃の決定、合併の承認、路線の設定など事業運営の根幹がこれによって掌握されていたところ、連邦法が航空規制に関して州又は地方自治体の規制を排除し完全な専占を有するの可否かについて、二つの事件で連邦最高裁判所の判断が問われることとなった。⁽¹⁸⁾

住宅地上空の騒音を伴う飛行が問題となった、一九四六年の合衆国対コーズビー事件⁽¹⁹⁾において、裁判所の多数意見は、居住者による住居上部空間に対する権利主張につき、「土地から直近の範囲（immediate reaches）から相当に離れた空間は公領域（public domain）である」と宣言し、「そうした空間は国家航空システムの完全性を確保するうえで不可欠な要素である」と述べ、居住者の私権の承認を拒絶した。なお、ブラック判事は反対意見として、「航空飛行を連邦法が規制するとしても、多数意見によって示された『直近の範囲』として画される範囲に限らず、航行可能なあらゆる空間についての完全な支配を、合衆国憲法は連邦議会に付託していると考えるべきである」とした。より徹底した連邦権限を念頭に置いたものである。

そして、海外航空路線の開設の許認可をめぐる、一九四八年のシカゴ・サザン航空対ウォーターマン汽船事件⁽²⁰⁾で裁

判所は、「関係者が有すべき私権について判断するために、従来の輸送機関における経験を適用することは有益であるものの、かかる二次元の輸送機関の比喩に止まることなく、三次元において実施される革新的な事業の発達を育成し規制してきた議会の努力を評価しない理由はない」とし、航空が本来的に州際的な事業であることを根拠に先のブラック判事の見解を容れて、「連邦議会は、商業航空によるすべての飛行及びそれに付随するすべての事象に関する、排他的な管轄権を有する」との判断を行った。

一九五八年、民間航空法を改正する連邦航空法が成立し、それまでの司法判断の傾向が立法的にも確認された。すなわち、「合衆国政府は合衆国の空間に対する排他的主権を有する。……連邦航空局は運航可能な空間の利用に関する計画と政策を立案し、かつ、規則又は命令によって、航空機の安全及び空間の効率的利用を促進するために必要な空間の配分を行うものとする」とされた。上院による同法案提出趣意書は、「航空は、連邦政府との関係において、輸送機関の中でも際立って特殊なものであり、原則として連邦法の枠組の下で実施され、州又は地方自治体の規制をほとんど受けない。この結果、連邦政府は、公益の観点からこの産業の振興と監督とについて、事実上完全な責任を負う⁽²¹⁾、と補足した。

もともと、連邦航空法の射程は不明確さを蔵していた。同法の法文は航空機の航行のために必要な空間 (airspace) を超える範囲にまで効力が及ぶとも読める一方、立法者の意見ではそれに反するものもみられた。すなわち、同法の起草者の一人モンロニー上院議員は、上院運輸委員会の公聴会において、「連邦航空局は空港の地上部分には権限を有しない⁽²²⁾」、と発言した。議員が、地方政府の管轄を空港施設内の問題処理に限る趣旨でそのように述べたのか、それとも、発着枠や安全性を含む空港システム全体について地方政府の権限を肯定したのかは、必ずしも明らかではな

い。連邦航空法が地方政府の空港施設に対する監督権限を実際に規定していることが、問題を複雑にしていた。たとえば、地方政府が航空事業者から空港施設税を徴したり、⁽²³⁾ 空港建設の資金ねん出のために、旅客に手数料を課したりする⁽²⁴⁾ ことが認められていた。ワシントン特別区のそれを除き、すべての主要空港は州又は地方自治体によって設置されたものであり、そのため、連邦航空法は連邦政府の存在感を誇示する一方、空港の運営に対する州の一定の関与を認めざるを得ない構造となっていたのである。

この点、司法判断はその後一貫して連邦法の専断を確認することで、連邦政府による航空政策の推進を側面から支えた。⁽²⁵⁾ 一九七三年のバーバンク市対ロッキード航空ターミナル会社事件⁽²⁶⁾ で連邦最高裁判所は、多数意見として、空港騒音を規制する地方政府の権限を著しく制限する趣旨の理解を示した。すなわち、午後一時から翌午前七時の間の航空機の離陸を禁止する、バーバンク市の騒音防止条例の合憲性が問われたところ、裁判所は、連邦航空法の文言と趣旨とを分析し、「騒音規制が州の有する一般福祉権限⁽²⁷⁾ (police power) の行使に含まれるとの伝統的な見解は一般論としては傾聴に値するが、安全性及び効率性の増進のために、連邦航空法が運航空間の利用について連邦航空局に広範な規制権限を与える事実⁽²⁸⁾ に留意すべきである。けだし、航空の安全性、効率性及び健全性は相互依存の関係を有し、統一的かつ排他的な規制を行う必要度が高く、地方自治体の条例による航空機離発着パターンの変更は連邦航空局の監督権限の断片化 (fractionalized control) を招き、航空交通の管理の障害に帰着するのである」としたうえで、「連邦航空法は航空機騒音を規制する完全な効力を有し、州又は地方自治体のあらゆる規則に優先する」と結論付けた。また、一九七二年騒音防止法 (Noise Control Act of 1972)⁽²⁸⁾ 等の関係法規を総合的に検討し、⁽²⁹⁾ 航空機ないし空港騒音の低減に関する規則の公布権限を連邦航空局に一元化する法体系に現れた議会の意図を指摘して、⁽³⁰⁾ 上記結論を補強した。

Ⅲ 空港騒音問題に対する連邦航空法の適用

(1) 地方意思決定の限界

公共施設の建設や拡張などの重要課題は、地方の政治的行政的手続によって実現に移される。そうして、コミュニティは空港設備の立地、規模、能力についての選択権をもつことになる。この原則にもかかわらず、空港における航空及び陸上交通過密が社会問題化していくと、既存空港の拡張あるいは新空港の建設をめぐる地方の意思決定プロセスにおける失敗が、事態を深刻化させることとなった。セント・ルイスがよい例である。⁽³¹⁾ランバートⅡセント・ルイス国際空港の拡張又は移転についての自治体での議論は、一九八五年のセント・ルイス市対ブリッジトン市事件⁽³²⁾を挟んで進展がないまま二五年以上くりかえされている。

同空港は、米国の主要空港中最小クラスの二、三〇〇エーカー（九三〇ヘクタール）である。市の指導者は、一九六八年時点においてすでに、土地面積の制約を受けた空港能力の限界を認識していた。⁽³³⁾同時に、彼らはイリノイ州ウォータールー近郊でセント・ルイスの南東に位置する一八、〇〇〇エーカー規模の用地への空港機能の移転を提案していた。公の場での議論は、ランバート空港を拡張すべきか、新空港を建設すべきかをめぐって、一九七〇年代を通じて加熱した。それは、将来の航空交通をいかに最適化するかについて見解を異にする地方議員の党派争いの様相を呈していた。多くの時間を費やした後に実施された住民投票により、圧倒的多数をもってランバート空港の維持が決定された。

ところが論争は間もなく再燃した。一九八〇年代中頃、ランバート空港の長期需要予測が示されると現有施設の限

界が再認識されるところとなり、それを受けて複数の拡張計画案が策定されたが、一九七〇年代におけるのと同様に、ここでも地方議員と住民はそれぞれ分裂した。一九九〇年までに、空港設置者であるセント・ルイス市は新滑走路用地を選定したが、近隣自治体はその決定に強く異議を唱え、結局、新滑走路は建設に着手されることがなかった。そこで市は、一九九六年に滑走路計画を再検討し、別の立地先を定めた。本計画は、近隣のブリッジトン市への拡張を内容とし一九〇〇人近くの住民の転居を要するものであった。そのため、驚くまでもなく、計画は同市住民の声高な反対にあった。その後一五年余りが経過したいまも決着がまったく見通せないでおり、名もない場所にまったく新しい空港を建設し、ランバート空港に置換するという案が改めて浮上しているくらいである。

こうした遅々とした状況のなか、もっぱら空港滑走路の処理能力不足により、セント・ルイスの住民のみならず、乗換客を含めた旅行者は恒常的な運航遅延に見舞われている。結果として、こうした中核的都市における空港機能の非効率性は、国家全体の航空ネットワークに対して波状的に悪影響を与えているのである。連邦による専占の必要性が強調されるのはまずもって、この効率性という点においてである。

（2） 効率性関連紛争における連邦航空法の適用

一九七八年、商業航空に対する経済規制を最小化し競争を促進するために、連邦議会は航空事業者規制撤廃法（Airline Deregulation Act of 1978 (ADA)³⁴）を成立させた。一九五〇年代以降の航空機のジェット化、大型化は供給過多の傾向を生み、不況と燃油高騰とが相まって一九七〇年代に航空事業者は財務上の危機に瀕するに至った。この問題の改善の効果を期待して、競争阻害要因の徹底的除去が決められたのである。³⁵

同法の起草にあたり、連邦議会は、州政府が航空事業者間の健全な競争を害するような法律を制定し、連邦レベルでの効率性追求の努力を減殺しかねないとの配慮から、以後の専占関係訴訟に対応すべく明示的専占規定（express preemption clause）を置いた。すなわち、「州、州の機関又は州の外局は、航空事業者の価格、路線又は役務に関する効力を定める法、規則又は規定を制定し又は強制することができない」、と定めた。⁽³⁶⁾ 同条の適用にあたつて裁判所は、一般に「価格（price）」とは運賃を、「路線（route）」とは就航路線の体系を指す、⁽³⁷⁾ と解している。「役務（service）」の意義については議論があり、裁判例には、運輸の頻度及び市場の選択というような抽象的な概念で捉えるものと、あるいは発券、搭乗手続、飲食料の提供、手荷物取扱といった具体的な概念で捉えるものがある。⁽³⁸⁾

一九九四年に再改正された連邦航空法は、これと同一の方向で連邦航空局の権限を明確化し、その一般的権限として、「航空運航施設（air navigation facility）を取得し、設置し、改良し、運営し又は維持すること」⁽³⁹⁾、を挙げた。航空運航施設は「着陸エリア（landing area）を含む航空運航の援助に供される施設」⁽⁴⁰⁾ とされ、着陸エリアは「空港を含む土地又は水であり、旅客の乗降又は貨物の積降のために供される場所」⁽⁴¹⁾ と定義された。

以上の立法対応によつて、空港問題とりわけ効率性の問題における連邦法の専占は揺るぎないものとなったのである。時期は前後するが、一九九二年のバーバンクグレンデール⁽⁴²⁾ パサディナ空港公社対ロサンゼルス市事件で、連邦控訴（第九巡回区）裁判所は、市内に建設される飛行場・滑走路について市評議会による承認を要するとする市条例への、連邦航空法の専占を肯定した。空港が新滑走路の建設と誘導路の拡張を申請したところ、市評議会は当該計画を拒絶したというものであったが、裁判所は、空港設置者でない地方自治体が、いかなる方法にせよ直接に航空機の運航を妨害することに対しては連邦法の専占があるとして、市による空港拡張計画阻止の権限を否定した。

「誘導路及び滑走路の適切な立地は航空機の離発着の安全確保のために決定的なものであり、自治体による滑走路規制は航空機の移動及び運航に対する直接的な妨害行為にあたる」とした。その後の多くの裁判例も類似の局面で連邦法の専占を肯定しており、立法との調和を認めることができる⁴³。

前述モノローニー上院議員の見解に沿い、連邦法の専占を否定する裁判例もみられるが、その先例としての意義は疑わしい⁴⁴。すなわち、一九九五年のクリーブランド市対ブルックパーク市事件⁴⁵において、クリーブランド市が空港拡張のために隣接土地の取得を計画したところ、同土地が所在するブルックパーク市の評議会は、空港拡張に反対を表明し、新滑走路の建設計画を妨げる複数の条例を採択した。これについて連邦控訴（第六巡回区）裁判所は、後者の立場を支持し、連邦航空法はあくまで空間に対して適用があるに止まり、地上施設たる空港には適用されず、つまり専占は認められないと判断した。本判断の基礎には、空港が建設される土地を規制するのは直接の影響を受ける者であるべきであり、したがって地上空間の規制について連邦法の専占を肯定すべきでない⁴⁶、との考え方があった。

ここでは、地上空間と空域とを理論上区別することで、効率的で安全な航空運送ネットワークの構築を目的とする連邦航空法の体系から、地域環境の保全を目的とする市条例の対象を切り取り結論を導いているが、しかし空港は現実には複合的な存在である。航空機は滑走路なくして離陸できず、利用者はターミナルを使用せずに航空機に搭乗できない。このように地上施設と航行空間とは本来正接（tangential）しており、滑走路及び誘導路に対する規制と、航空機の移動及び運航に対する規制とを、別個の完結した体系と割り切るのは強引に過ぎるのである。加えて、先述のごとく連邦航空局の権限が空港施設にまで及ぶのは法文上明らかであり、空間と地上施設との規制二元論は説得力を欠くものといわざるを得ない。

この点、立法と判例は別の二元論も展開しており、興味深い。規制撤廃法の明示的専占規定には一つの重要な例外があり、空港設置者 (airport proprietor) は当該空港に相当の支配を及ぼす権限を留保するのである。連邦議会は当初から、空港設置者 (その多くは自治体又はそれによって設立された公社である) が、しばしば地方空港の運営上最適な当事者であると認識していた。そこで、明示的専占条項に例外を割り当て、空港設置者に幾つかの権限を留保させることとした。それによれば、「明示的専占条項は、航空運送事業者の航空機の就航する空港を所有し又は設置する州、州の機関又は州の外局が、その所有権に基づく権利又は権限を行使することを制限しない」⁽⁴⁷⁾とされる。空港設置者は、それらが「合理的、平等で州際取引に対して過度に負担とならない限り」、そして「規制撤廃法の規定又はその目的に直接的に抵触しない限り」⁽⁴⁸⁾、それら権限を行使する自由を有する。このため彼らは、州際取引に負荷をかける方法でない場合、種々の使用料金を課したり、ゲートのリース料を取ったりすることも可能である、ということになる。議会は、このとおり設置者と非設置者とを分けて注意深く定義を行い、前者について所有権の侵害を避けようとしているのである。

もともと、空港設置者の所有権に基づく権限の範囲は必ずしも広いものではない。⁽⁴⁹⁾英国航空対空港公社事件⁽⁵⁰⁾において連邦控訴 (第二巡回区) 裁判所は、「空港設置者が空港の日常的運営において大きな役割を果たすのは自然であるものの、彼らは航空の国家的システムとの関係で極めて限定的な役割を担うのみである」、としている。アメリカン航空対運輸省事件⁽⁵¹⁾における連邦控訴 (第五巡回区) 裁判所の判断も、次のとおり基本的にその方向に沿うものである。

一九六八年以前、ダラス・フортワース空港とフォートワース空港とは競合関係にあった。民間航空委員会は二空港間の競争を有害と判断し、二市に対し共同運営される新空港の建設を命じた。それが現在のダラス・フорт

ワース空港である。その準備過程で、二市は両市が互いの既存空港を段階的に縮小させることを約す共同条例を可決した。ところがその後の航空需要の増大に応えるかたちでラヴフィールド空港が規模を維持したまま存続したことから、フォートワース市はこれに異議を唱え、同空港の閉鎖を申立てた。運輸省はこの問題の解決のために、ダラス市側に与する宣言的命令 (declaratory order) を発し、効率阻害的に作用する共同条例には規制撤廃法が専占を敷くべきことを理由に、フォートワース市はラヴフィールド空港の運用を制限することができない、とした。

これに対して裁判所は、空港の廃止を目的とする共同条例を他の類型の制限、すなわち境界の画定、飛行可能時間を定めることによる騒音の抑止といった、空港全体の役務を完全に排除することのないものから区別し、前者の制限については、空港設置者の所有権に基づくものであっても規制撤廃法の専占を受けると結論付けた。⁵² しかしここで注意しなければならないのは、後者たる制限は非設置者たる自治体が行う場合には連邦法の専占を受ける類型のものであるということである。そもそも専占の目的として航空の効率性を揚げるのであれば、条例による阻害の程度が問題となるのであって、当該条例が空港設置者たる自治体によるものであるか否かは関係がない。空港規制主体の属性に依拠する判断枠組みには、疑義を呈さざるを得ない。

(3) 安全性関連紛争における連邦航空法の適用

連邦航空法は、もとをただと、軍用機と民間機との間で事故が続発したことに動機付けられた、安全確保のための立法対応という部分が大きい。⁵³ 連邦航空法が、空港、航空路等の航空施設の充実、航空規律の全国的統一を行おうとするのは、それらがすべて航空安全の確保につながるからに他ならない。連邦航空局への航空規制機能の集約も、

その目的に沿ったものである。⁽⁵⁴⁾ 連邦航空法の適用にあたっては、この点の考慮を欠くことができない。

連邦航空法は、安全を「商業航空において最優先されるべき事項」⁽⁵⁵⁾とするが、ひとり航空機の飛行の円滑のみならず、施設の拡張を含む空港の運用改善も、航空安全の確保において避けて通れない課題となる。空港の混雑ないし過密は事故につながりかねず、すべての航空利用者にとつての脅威であるからである。そこで同法は、連邦航空局に、空港の設計及び建設において安全に最大限配慮することを義務付け、そのために州及び地方の規制を退けて、航空の安全事項全体に連邦法が専占を敷くことを謳っている。⁽⁵⁶⁾

ここで問題となるのは、幾つかの裁判例によつて実際に、空港安全に対する州判例法の優先効を正当化する根拠として援用されてきた、「本法におけるいかなる規定も、既存の判例法又は制定法上の救済を縮減し又は変更することはないものとする。ただし、本法の規定が既存の救済にさらなる救済を付加する場合はこの限りでない」⁽⁵⁸⁾という、連邦航空法上の「留保条項 (savings clause)」である。もともと現在では、本留保条項の援用可能性は相当狭められている。一九九二年のモラレス対トランス・ワールド航空事件⁽⁵⁹⁾において連邦最高裁判所は、「規制撤廃法前からの遺物である」として当該条項を無視し、特別法は一般法に優先するという基本的な法解釈原理に基づいて、「一般的な留保条項は特定の実体法上の専占規定を劣後させることはできない」と判断した。連邦航空局の安全確保という使命に抵触する州判例法上の請求権には、その適用を認めないとするものである。

その後連邦控訴（第十巡回区）裁判所は、安全の観点から主張された、空港の役務の完全な中止に帰結するような空港設置者の請求を、規制撤廃法における明示的専占規定の例外として位置付けることも拒否している。アラフェ郡空港公社対連邦航空委員会事件⁽⁶⁰⁾である。本件において、連邦航空局は郡がアラフェ空港におけるすべての定期航空便

の運航を急きよ禁止したことをうけて、同郡への連邦助成金の給付を延期した。郡は当該措置について、空港の安全性の増進と民間航空需要（civil aviation needs）に応える点で合理的かつ平等なものである、と主張した。

これについて裁判所は、運航の禁止によって「安全」や「民間航空需要」が確保されることの正当性を裏付ける証拠はないとし、むしろ、空港での役務提供への影響に重きを置いた。そして、郡が一方でアラフェ空港における不定期便の旅客サービスの実施を何の制限もなく認めており、ことさら定期便のみを捉えて安全性の問題を持ち出すのは根拠薄弱である、と指摘した。そして、規制撤廃法の明示的専占規定との関係を分析し、空港の役務と路線に関する禁止行為にあたる同措置は、「当該空港から航空機で旅行しようとする市民にとって利用可能な役務の範囲に著しい影響を与えるため、権限の適正な行使とはみなされない」、と結論付けた。

しかし安全の面でも、空港設置者には、ペリメータ規制というある種の特権が認められている。同規制は、特定空港と一定距離以上の空港とを結ぶ航空機の運航を制限するものであるが、連邦控訴（第二巡回区）裁判所は、一九八七年のウエスタン航空対港湾局事件⁶¹において、ニュー・ヨーク港湾公社（New York Port Authority）によって設定された二、〇〇〇マイル・ペリメータ規制を支持している。これは、規模の大きなケネディ及びニューアークの両空港に長距離路線を集約することにより、ラ・ガーディア空港の過密状態を解消し、そしてその短距離路線空港としての性格を維持するために設定されたものである。空港の過密解消という点で、航空安全の意味をもつ。裁判所は、「地上混雑の抑制は、空港設置者の空港管理機能の核心であると考えられ、とりわけ混雑の度合いが国内十指のうちの三空港を管理する責務を負う港湾当局には、そのような権限が認められる」、と判断した。

思うにペリメータ規制は、効率性の促進ないし安全の確保という連邦航空法及び規制撤廃法の目的に貢献すること

のみをもって正当化され、空港設置者の所有者的権限の発現と把えることには問題がある。効率性の場合と同様に、安全についても規制の合理性が重要なのであって、規制主体が空港設置者であるか否かは関係がないからである。

IV 結 語

一九八二年、連邦議会は、各地の空港が収容能力の不足に直面したことを受けて、空港空路改良法 (Airport and Airways Improvement Act (AIA))⁽⁶²⁾ を通過させ、空港の拡充を強化することとした。同法は、「その運用能力を拡充するために行う空港建設及び改良の計画にあたっては、安全及び効率性の増進と遅延の減少を可及的に確保するものとする」⁽⁶³⁾と定める。ここに描かれるのは、連邦政府と地方政府との間の強力な協調関係である。すなわち同法は、連邦航空局が「全国的な運輸の需要に基づき、空港開発計画において州及び地方自治体と協力すること」⁽⁶⁴⁾、及び「空港開発計画の手續が継続的、協力的かつ包括的に行われること」⁽⁶⁵⁾を求めている。

この点、空港空路改良法が、国費の充当と民間資金の利用とを通じた、空港開発促進プログラムを創設したことは特筆されてよい。連邦航空局はその授權に基づき、最大で総費用の九〇%まで空港建設計画に助成を行ってきた。この傾向はその後も強化され、一九八七年の空港及び航空路の安全増進及び収容力拡張に関する法律 (Airport and Airway Safety and Capacity Expansion Act of 1987)⁽⁶⁶⁾、そして一九九二年の航空路の安全・収容力・騒音改善及び複合運送に関する法律 (Airway Safety, Capacity, Noise Improvement and Intermodal Transportation Act of 1992)⁽⁶⁷⁾が手当てされた。これら二法による改正連邦航空法は、「いかなる空港も、地方自治体、州、連邦政府がそれぞれ単独で維持し又は投資することができない」とし、関係主体の協調に基づく空港能力の拡張の重要性を一層強調している。さらに一九九六

年には連邦航空局の改組⁽⁶⁸⁾、そして運用能力拡大の名の下に連邦航空局が空港拡張・空路改善に助成する額を増やす二〇〇一年のいわゆるAIR-21の成立⁽⁶⁹⁾がみられた。これらにより、たとえば二〇〇一ないし二〇〇三財政年度における空港改善プログラムには、一〇〇億ドル以上の連邦資金が投下されている⁽⁷⁰⁾。

こうした一連の対応は、連邦政府の役割を新たな局面へと導く。それは、空港再整備における州の立場の重要性を指摘しながらも、同時に、連邦予算を大規模に投じてこれに介入し、連邦政府が空港設置者と事業主体性を共有することを意図するものである。換言すれば、規制撤廃法下の例外規定、連邦航空法下の留保規定の適用範囲を狭めて、空港環境問題における連邦法の専占を実体的に強化するものといえる。強さを増す空港整備圧力の前に、空港設置者の所有者的権限の保護という連邦法上の制約は早晚限界を来すとの認識の現れではなからうか。

- (1) Federal Aviation Act of 1958, Pub. L. No. 85-726, 72 Stat. 731.
- (2) Id.
- (3) Department of Transportation Act, Pub. L. No. 89-670, sec. 3 (e) (1), 80 Stat. 931, 932 (1966).
- (4) Airline Deregulation Act of 1978, Pub. L. No. 95-504, 92 Stat. 1705.
- (5) U.S. Gov't Accountability Office, GAO-06-630, Airline Deregulation: Reregulating the Airline Industry Would Likely Reverse Consumer Benefits and Not Save Airline Pensions 3 (2006).
- (6) Federal Aviation Reauthorization Act of 1996, Pub. L. No. 104-264, 110 Stat. 3213.
- (7) J. D. Grizzle, A. K. Bruchs, R. A. Hawks & L. A. Holden, Navigating the Turbulence of Competing Interests: Principles and Practice of the Federal Aviation Administration, 75 J. Air L. & Com. 778-780 (2010).
- (8) 空港拡張について事前の認可を規定する州法について、たとえば 620 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/47, 5/48, 25/13.

- (6) *Coolley v. Board of Wardens*, 53 U.S. 299 (1851).
- (10) U.S. Const. art. VI, cl. 2; *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947). 「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律及び合衆国の権限に基づいて締結され又は将来締結されるすべての条約は、国の最高法規であり、各州の裁判官は、州の憲法又は法律中に反対の定めがある場合でも、これらのものに拘束される。」
- (11) 典型的には、①連邦法と現実の抵触があり双方の遵守が不可能であること（非両立専占）、②連邦法の施行の目的上、州法が障害となっていること（障害専占）、③当該領域全体を連邦法が占拠していること（領域専占）。これらのうちのいずれかに該当する場合、連邦法は州法又は自治体条例の適用を排除する。Metropolitan Life Insurance Co. v. Massachusetts, 471 U.S. 724 (1985); *Gustafson v. city of Lake Angelus*, 856 F. Supp. 320 (E. D. Mich. 1993); *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 505 U.S. 504 (1992). ただし、本分類の相対性につき、宮川成雄「最近の判例―マサチューセッツ州ビルマ制裁法が、連邦法により専占されており、合衆国憲法第六編二項の最高法規条項に違反するとされた事例」アメリカ法二〇〇二年一四五頁注七参照。
- (12) 49 U.S.C. 40101, 40103.
- (13) 本稿の素材は、D. W. Tuegel, *Airport Expansions: The Need for a Greater Federal Role*, 54 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 306 (1998); J. A. Berger, *Phoenix Grounded: The Impact of the Supreme Court's Changing Preemption Doctrine on State and Local Impediments to Airport Expansion*, 97 Nw. U.L. Rev. 941 (2003) から多くを得ている。
- (14) A. T. Field & F. K. Davis, *Can the Legal Eagles Use the Ageless Preemption Doctrine To Keep American Aviators Soaring Above the Clouds and into the Twenty-First Century?*, 62 J. Air L. & Com. 327 (1996).
- (15) U.S. Const. art. I, sec. 8, cl. 3. 連邦議会は「外国との通商並びに各州間及びインディアンとの通商を規制する」立法を行うことが出来る。
- (16) P. S. Dempsey & L. E. Gesell, *Air Transportation: Foundations for the 21st Century* 452 (1997); Berger, *supra* note 13, at 963.
- (17) 一九〇九年から一九一四年までの間、航空機製造事業者は僅か一社のみで、かつ商業航空の実施範囲もフロリダ・タン

パ・ベイの短距離区間に限られていた。その後、第一次世界大戦を経験し、航空機製造者、航空従事者、航空運送事業者そして空港は一九二〇年代に一気に充実した。航空機の商業利用に拍車をかけたのは航空郵便であり、航空に関する初期の規制もこれを後押しする意義を有していた。もともと、連邦議会が一九二六年航空通商法 (Air Commerce Act of 1926) を採択するまで、米国全体で僅か一二〇機の飛行機が運航されていたに過ぎなかった。加えて、初の空港旅客ターミナルも、一九三一年のシヨージア＝アトランタでの開設を待たなければならなかった (G. M. Hand, *Should Juries Decide Aircraft Design? Cleveland v. Piper Aircraft Corp. and Federal Preemption of State Tort Law*, 29 U.S.F. L. Rev. 747 (1995) ; L. A. Carlisle, *The FAA v. the NTSB: Now That Congress Has Addressed the Federal Aviation Administration's "Dual Mandate," Has the FAA Begun Living Up to Its Amended Purpose of Making Air Travel Safer, or Is the National Transportation Safety Board Still Doing Its Job Alone?*, 66 J. Air L. & Com. 742 (2001)).

- (81) L. G. Zambrano, *Balancing the Rights of Landowners with the Needs of Airports: The Continuing Battle over Noise*, 66 J. Air L. & Com. 453-454 (2000).
- (19) U.S. v. Causby, 328 U.S. 256 (1946).
- (20) Chi. & S. Air Lines v. Waterman Steamship Corp., 333 U.S. 103 (1948).
- (21) S. Rep. No. 1811, at 5 (1958); Berger, *supra* note 13, at 966.
- (22) Fed. Aviation Agency Act: Hearing on S. 3880, Before the Subcomm. on Aviation of the Senate Comm. on Interstate and Foreign Commerce, 85th Cong. 279 (1958).
- (23) 49 U.S.C. 40116; Northwest Airlines, Inc. v. Minn., 322 U.S. 292 (1944).
- (24) 49 U.S.C. 40117.
- (25) M. Bergin, *Packing Heat? Defining the Scope of the Transportation Security Administration's Authority to Protect America's Airports*, 59 Cath. U. L. Rev. 220 (2009).
- (26) City of Burbank v. Lockheed Air Terminal, Inc., 411 U.S. 624 (1973).

- (27) 公共の福祉のため、合理的範囲内において諸種の規制を行う権限をいう。
- (28) Noise Control Act of 1972, 92 Pub. L. No. 574, 86 Stat. 1234 (1972). (codified at 49 U.S.C. 44715).
- (29) H.R. Rep. No. 92-842, at 10; S. Rep. No. 92-1160, at 10-11.
- (30) 49 U.S.C. 44709; Berger, *supra* note 13, at 971.
- (31) 騒音の結集と「ゆ」 Tuegel, *supra* note 13, at 303-305.
- (32) City of St. Louis v. City of Bridgeton, 705 S.W.2d 524 (Mo. Ct. App. 1985).
- (33) Missouri-St. Louis Metro. Airport Auth. v. Coleman, 427 F. Supp. 1252 (D.D.C. 1977).
- (34) Pub. L. No. 95-504, 92 Stat. 1705 (1978).
- (35) H.R. Rep. No. 95-1211, at 73.
- (36) 49 U.S.C. 41713 (b) (1).
- (37) Charas v. Trans World Airlines, Inc., 160 F.3d 1259 (9th Cir. 1998).
- (38) Hodges v. Delta Airlines, Inc., 44 F.3d 334 (5th Cir. 1995).
- (39) 49 U.S.C. 44502 (a) (1); U.S. v. City of Berkeley, 735 F. Supp. 937 (E.D. Mo. 1990).
- (40) Id. 40102 (a) (4) (A).
- (41) Id. 40102 (a) (28).
- (42) Burbank-Glendale-Pasadena Airport Auth. v. City of Los Angeles, 979 F.2d 1338 (9th Cir. 1992).
- (43) Village of Bensenville v. City of Chicago, 306 N.E.2d 562 (Ill. App. Ct. 1973); County of Cook v. Priester, 318 N.E.2d 327 (Ill. App. Ct. 1974); N.E. Phoenix Homeowners Ass'n v. Scottsdale Mun. Airport, 636 P.2d 1269 (Ariz. Ct. App. 1981); Bryski v. City of Chicago, 499 N.E.2d 162 (Ill. App. Ct. 1986); St. Lucie County v. Town of St. Lucie Vill., 603 So.2d 1289 (Fla. Dist. Ct. App. 1992); Kagy v. Toledo-Lucas County Port Auth., 711 N.E.2d 256 (Ohio Ct. App. 1998); Citizens for Jobs and the Econ. v. County of Orange, 115 Cal. Rptr. 2d 90 (Cal. Ct. App. 2002).

- (44) Berger, *supra* note 13, at 969.
- (45) City of Cleveland v. City of Brook Park, 893 F. Supp. 742 (1995).
- (46) 国産 Gustafson v. City of Lake Angelus, 76 F.3d 778 (6th Cir. 1996).
- (47) 49 U.S.C. 41713 (b) (3).
- (48) 14 C.F.R. 399.110 (f).
- (49) K. L. Falzone, Airport Noise Pollution: Is There a Solution in Sight?, 26 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 793 (1999).
- (50) Brit. Airways Bd. v. Port Auth., 564 F.2d 1002 (2d Cir. 1977).
- (51) Am. Airlines v. Dep't of Transp., 202 F.3d 788 (5th Cir. 2000).
- (52) 国産 City of Houston v. FAA, 679 F.2d 1184 (5th Cir. 1998); Santa Monica Airport Ass'n v. City of Santa Monica, 659 F.2d 100 (9th Cir. 1981).
- (53) U.S. v. Christensen, 419 F.2d 1401 (9th Cir. 1969); P. S. Dempsey, Transportation: A Legal History, 30 Transp. L. J. 312 (2003); Berger, *supra* note 13, at 970.
- (54) 連邦航空庁は一九六六年に連邦航空局 (Federal Aviation Administration) と改称され、運輸省 (Department of Transportation) の一部署に編入された (Department of Transportation Act, Pub. L. No. 89-670, 80 Stat. 931, 932, 938, 3 (e) (1), 6 (c) (1) (1966)). 連邦航空法は連邦航空局を航空関係の統括行政機関として設置したが、一九八四年の廃止法 (Civil Aeronautics Board Sunset Act of 1984, Pub. L. No. 98-443, 98 Stat. 1703 (1984)) によって運輸長官の権限が完全に移譲された。民間航空局も存続した。
- (55) 49 U.S.C. 40101 (a) (1).
- (56) 49 U.S.C. 44914.
- (57) French v. Pan Am. Express, Inc., 869 F.2d 1 (1st Cir. 1989); Kohr v. Allegheny Airlines, Inc., 504 F.2d 400 (7th Cir. 1974).

- (58) 72 Stat. 731, 798 (1994). ただし、この留保条項は一九九四年に改正を受け、「本法における救済は、法律で規定される他のいずれかの救済に付加される」との文言に改められていす (103 Pub. L. No 272, 108 Stat. 745, 1118 (1994) (codified at 49 U.S.C. 40120).)。
- (59) *Morales v. Trans World Airlines*, 504 U.S. 374 (1992).
- (60) *Araphoe County Pub. Airport Auth. v. FAA*, 242 F.3d 1213 (10th Cir. 2001).
- (61) *Western Airlines v. Port Auth.*, 817 F.2d 222 (2d Cir. 1987).
- (62) Pub. L. No. 97-248, 96 Stat. 671 (codified at 49 U.S.C. 47101-47533).
- (63) 49 U.S.C. 47101 (a) (7).
- (64) *Id.* 47101 (g) (1).
- (65) *Id.* 47101 (g) (2).
- (66) Pub. L. No. 100-223, 101 Stat. 1528.
- (67) Pub. L. No. 102-581, 106 Stat. 4872.
- (68) Federal Aviation Reauthorization Act of 1996, Pub. L. No. 104-264, 110 Stat. 3213 (1996).
- (69) Wendell H. Ford Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century, Pub. L. No. 106-181, 114 Stat. 61 (2000).
- (70) Wendell H. Ford Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century-Conference Report, 146 Cong. Rec. S1247 (2000).

第三者のためにする契約と適用範囲 の類型化をめぐる問題

長谷川 貞 之

はじめに

- 一 alteri stipulari の原則と第三者のためにする契約の生成
 - 1 alteri stipulari の原則
 - 2 alteri stipulari の原則の例外とその拡大
 - 3 法典編纂と第三者のためにする契約の観念
 - 4 日本民法典の制定と第三者のためにする契約
- 二 第三者のためにする契約をめぐる二つの問題点
 - 1 第三者のためにする契約の三つの発展段階
 - 2 二つの基本的な問題点

（第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題（長谷川）

一三二（二三）

三 第三者のためにする契約の基本構造と第三者の法的地位

1 第三者のためにする契約の基本構造

2 二つの原因関係（補償関係・対価関係）と給付関係

3 第三者の権利と法的地位

四 第三者の権利と第三者のためにする契約の類型化

1 第三者のためにする契約の適用範囲の拡大

2 最近の民法（債権法）改正に係る議論と五つの類型

3 契約の多角的視点——三つの関係の機能的把握

結び

はじめに

わが国の民法は、第三者が契約へ参加する場合の法技術の一つとして、第三者のためにする契約（民法五三七条）のほか、更改（民法五二三条）、債権譲渡（民法四六六条）の制度を定め、明文の規定はないが、債務引受という概念も判例・学説によって承認されている。ここで取り上げるのは、契約から生ずる権利の全部または一部を契約当事者以外の第三者に直接帰属させることを内容とする契約、すなわち、第三者のためにする契約である。^① わが国の代表的な概説書によると、第三者のためにする契約とは、たとえば、A B間の売買契約で、Aが売主として相手方たる買主のBに対し、その所有家屋を移転する債務を負い、Bがその対価として売買代金を支払う債務を直接に第三者たるCに対して負担する場合、第三者のためにする契約が成立するとされる。^② この場合、Aを要約者、Bを諾約者、そして、

Cを受益者という。このような契約を用いるのは、AがCに対して負担している債務を弁済するためである。また、右のA・B間の契約で、Bが父親として、近々結婚する娘CのためにA所有の家屋を贈与したいと考え、第三者のためにする契約を締結する場合がある。^③この場合には、売主Aが諾約者となり、要約者Bの娘であるCを受益者として、Cに対し、その所有家屋の移転義務を負担することになる。

このように、第三者のためにする契約は、要約者・諾約者間の契約を基礎に、その法律効果の全部または一部を契約当事者以外の第三者に取得させようとするもので、多角的法律関係の一つの類型であることは疑いがない。^④現代の取引社会における契約の多角関係を基礎づける「複合取引」という概念を手掛かりに、多角的法律関係を、「多数当事者」間で「契約内容が異なる複数の契約」が結ばれ、これらが「社会的・経済的一体性」を有している取引関係を指すとすれば、第三者のためにする契約はこの概念から外れ、いわゆる古典的な意味の多角関係ということになる。^⑥論者の中には、第三者のためにする契約は、二当事者間の契約を前提に、第三者が受益の意思表示によって当該契約から生ずる給付請求権を取得するものであって、当該契約の派生的（債権・債務・処分など）効果を第三者に帰属させるものにすぎず、一つの契約で三角ないし多角関係にある場合でも、二当事者間の契約として構成することが可能であるから、「三角ないし多角的法律関係」法理を持ち出すまでもないといわれる。^⑦

しかし、今日、第三者のためにする契約と称するものは、実に多様である。第三者のためにする契約の諸類型の中には、後述するように、他人のためにする生命保険契約や委託者以外の第三者を受益者とする信託契約など、第三者による受益の意思表示を要せず、要約者と諾約者との間の合意のみで当然に第三者に対して受益権の取得を認める契約類型が存在する。また、要約者は、第三者が受益の意思表示後も、第三者と並んで第三者に対する給付請求権を有

し、両者の債権は連帯債権ではないが、連帯債権に準じた関係にあるといわれることがある。このような関係を作り出す契約とは、一体、どのような契約なのであろうか。第三者のためにする契約を出発点とした議論の広がりについてみると、多角的なものの見方をしなければならない領域はさらに広がりを見せている。本稿では、多角的法律関係を分析するうえでその起点となる第三者のためにする契約について、その法的性質および基本構造を確認し、そこに展開される法律関係や第三者の地位ないし権利の帰属を明らかにすることにより、第三者のためにする契約の基礎理論を提供することを目的としている。

一 alteri stipulari の原則と第三者のためにする契約の生成

1 alteri stipulari の原則

まず、以下では、第三者のためにする契約の沿革を簡単に概観し、私法におけるかかる契約制度の意義を明らかにしておく。⁽⁸⁾

今日、われわれが観念するところの契約は、当事者の相対立する意思表示の合致により締結され、事者間においてのみ効力を有する（契約の相対効）と考えられてきた。⁽⁹⁾ この原則は、その沿革を辿れば、古代のローマ法に遡り、「何人も他人のために要約することを得ず（alteri stipulari nemo potest）」という法原則（D.45.1.38.17—ローマ契約法の基本的な考え方をウルピアヌスが簡潔に要約したもの）⁽¹⁰⁾ に由来する。この原則のもとで、古代ローマの社会では、契約当事者でない者へ給付する約束からは、要約者は何ら訴権を取得しえず、また、第三者自身も訴権を取得しないとされた。前者は、第三者のためにする契約は契約当事者間においても効力を生じないということ、また、後者は、契約に関与

しない第三者は権利を取得しえないことを意味した。このような考え方（契約の相対効）は、ローマ法が債権債務関係を「法の鎖（vinculum juris）」と捉え、契約を主たる給付の債権者と債務者の二当事者間における人の法鎖と観念しようとした結果であるといわれている。⁽¹¹⁾

2 alteri stipulariの原則の例外とその拡大

しかし、その後、ローマの古典期後期以降において、社会経済上の必要性から、たとえば、奴隷や代理人が契約当事者となり契約を締結しようとする場合に、契約上の権利を第三者（本人）へ譲渡ないし移転するために、多少の例外を認めざるを得なかった。⁽¹²⁾ そのような例外を認めても、契約に違約金条項（*la stipulation poenae*）を設けることで、要約者は諾約者に対して第三者への履行を強制させることができた。また、当時、すでに、弁済受領保佐人（*l'adjectus solutionis gratia*）や負担付贈与（*la donation sub modo*）の制度が発達しており、これが *alteri stipulari* の原則に対する例外の範囲の拡大に影響していたともいわれている。もっとも、ここで承認されたのは、あくまで要約者が諾約者に対して第三者への給付請求権を取得し、諾約者が第三者への給付義務を負うという内容のもので、今日いうところのいわゆる不真正な第三者のためにする契約であった点に注意する必要がある。

ローマ法上の *alteri stipulari* の原則を打破し、第三者のためにする契約が認められる重要なきっかけとなったのは、H・グロチウス（*Grotius*）などの自然法学者に影響を受けて、当事者の意思こそが契約の法的効果や範囲を決定するという考え方が法学の基礎となり、契約当事者が真に望んでさえいれば第三者の固有の権利も承認されるとの考え方が広まった近世以降のことである。⁽¹³⁾ この間の事情につき、佐々木有司教授はH・コーイング（*Coing*）の文献を引用

し、文献等により検証することは不可能であるが、「*alteri stipulari*」の禁止を克服する出発点となるのはスペイン法学である。それは間違いなく、後に続くオランダにおける見解の転換に影響を与えた¹⁴と指摘している。また、最近のヨーロッパの歴史法学者の研究にも、今日の「第三者のためにする契約」の起源を、当時のスペイン王国とオランダとの関係から詳細な資料に基づき分析し、H・グロチウスの考え方に由来するものと論じたものがある¹⁵。法理学的には、第三者のためにする契約と代理、債権譲渡などの関係をさらに検討すべきものと思われるが、これらの研究はなお将来の課題として残されている。

3 法典編纂と第三者のためにする契約の観念

ローマ法を承継する近代私法のうち、契約の相対効の原則を表わす *alteri stipulari* の原則については、近世以降の法典編纂において様々な形をとって現れている。たとえば、プロイセン一般ラント法 (一九七四年) では、「第三者の利益は契約の目的物たりうる」という規定 (第一部第五章七四条) を通じて、第三者のためにする契約の有効性が承認されていた。ただ、この規定は、第三者の権利取得にはその契約への加入 (*Beitritt*) なし承認 (*Bewilligung*) を要すると規定していたため (同七五条)、いかなる場合にこれらが認められるかが議論されている。佐々木典子教授の研究によれば、当時の法律実務は当初この要件を厳格に解し、訴えの提起や給付の受領では加入ないし承諾があったとは認められないとし、また、第三者の加入は、必ず契約締結者の第三者への加入の要請 (*Aufforderung*) に基づいてなされることを要すると解されており、この要請を申込 (*Anbieten*) と解する見解もあったことが紹介されている¹⁶。

プロイセン一般ラント法に続き、フランスやドイツでもローマ法上の *alteri stipulari* の原則を修正しながら第三者

のためにする契約が受容されて行つたが、両者はきわめて対照的である。ここでは、近代私法を中心となるフランス法とドイツ法を素材に、法典編纂に現れた *alteri stipulari* の原則の克服と第三者のためにする契約の導入について検討することにする⁽¹⁷⁾。

フランス民法（一八〇四年）は、第三者のためにする契約の有効性を承認し、明文の規定を置いたが、極めてローマ法の原理を強く帯びたものであった。すなわち、「人は、自己の名においては、原則として自己のためにのみ契約しうる」（フ民一一一九条）、「契約の効力は契約当事者間のみに及ぶ」（フ民一一六三条）としながらも、他方、「何人も、それが彼自身のためにする契約の条件であり、また、他人へなした贈与の条件であるときは、第三者の利益のために契約しうる。かかる契約を締結したものは、第三者が受益の意思を表示した後は撤回できない」（フ民一一二二条）と規定した⁽¹⁸⁾。これによれば、フランス民法は、人が相手方に対してなした贈与の条件であるとき、つまり、自己の負担する債務の条件とし、または、自己の行う贈与の条件とするときは、相手方をして第三者に給付する債務を負担させることができるとして、二つの例外を認めたことになる⁽¹⁹⁾。

しかし、伝統的なローマ法の理論からみるときは、第三者のためにする契約の慣行を生じさせつつあった社会的要求に譲歩したものといえるが、発展し続ける社会の側面からみるとき、フランス民法の立場は極めて内容の不完全なものである。そのため、フランス民法一一二二条を従来のローマ法の理論との関係でどのように説明するか、また、第三者のためにする契約にいかなる内容を与えて行くかという点について、民法典の施行直後から学説と判例の努力が始まっている。現在のフランスにおいては、第三者のためにする契約の成立は制限されないとする解釈が判例・学説により確立しており、第三者のためにする契約の付随的性格は解消し、*alteri stipulari* の禁止に関するローマ法の

原理はフランス民法典に規定されているが、その生命は徐々に失われ、一一一九条は空文に帰したともいわれている。⁽²⁰⁾

一方、フランス民法から約百年遅れて制定されたドイツ民法(一八九六年)は、どうであったか。ドイツでは、第三者のためにする契約のような理論的に発展する余地のある分野について、ゲルマンの慣行はかなり早くから第三者のためにする契約を認め、第三者のためにする契約の有効性はすでに中世において承認されていたといわれている。すなわち、ローマ法を継受したドイツでも「誰も他人のために要約しえない (*alteri stipulari nemo potest*)」というローマ法における原則の影響はあったが、民法典制定前には、すでに第三者のためにする契約の有効性は承認されており、むしろ議論されていたのは第三者の権利取得の根拠であった。当時、各ラントの判例や立法は、W・バイヤー(Bayer)による最近の研究によれば、第三者に一定の給付をするという負担付で行われる贈与、その他の無償契約による出損、家族に補償する約定付の財産譲与、生命保険契約、農場引受けという事例群について、第三者のためにする契約を有効とし、しかも要約者の相続人や破産債権者から第三者の権利を保護するために、第三者に権利を直接取得させるための法的構成が必要とされていたという。⁽²¹⁾このような事情を背景に、ドイツ民法は、早い段階から普通法時代の論争を受けてローマ法上の *alteri stipulari* の原則を克服し、要約者と諾約者の合意に第三者の権利取得を認める規定を設けた。⁽²²⁾すなわち、「法律行為によって債務関係を設定しまたは債務関係の内容を変更するには、法律に別段の定めなき限り、当事者間の契約を必要とする」(下民三〇五条)と規定する一方、「契約により、第三者が給付を請求する権利を直接に取得する効力をもって、第三者に対する給付を定めることができる」(下民三八条)と規定した。⁽²³⁾当時通説と解されていたのは「承諾説 (Acceptionstheorie)」ないし「加入説 (Beitrittsstheorie)」であったが、ドイツ民法典は原則の例外とされていた第三者の関与なき直接的権利の取得を原則化したのである。

受益者は利益を受けるだけであり、それが受益者の意思に反しないのであれば、受益者にとって不当な状況は生じない。そうであれば、取引の必要性を無視してまで受益者の利益享受を阻止する理由はないといえよう。ドイツ民法は、そのような見地から、自ら権利の取得を望まない第三者に権利の放棄を認め、かつ、その効果に遡及効を与えることで、第三者の利益保護をはかっている（下民三三三条）。また、ドイツ民法のもとでは、第三者のためにする契約における第三者の権利の判定はすべからず当事者の合意の解釈に委ねられることになったことから、合意が不明確な場合に備えて「契約の目的（Zweck des Vertrags）」を中心とした判定基準に関する規定が置かれている（下民三三八条二項）。一方、ドイツ民法は、要約者の権利行使につき、法律ないし契約でとくに排除されない限り、要約者と第三者が共同で行うべきものとし、対価関係に基づく要約者の利益に配慮した共同の権利付与（Mitberechtigung）に関する規定を設けている（下民三三五条）。

このほか、スイスでは、債務法（一八八一年）において、第三者のためにする契約につき第三者に固有の権利を認める規定を設け（ス債一一二条²⁴）、契約自由の原則の見地から当事者の意思に委ねる態度を示している。

このように、第三者のためにする契約が諸外国の民法典に現れる規定振りは、前述のフランスやドイツの民法典に代表されるように、様々であるといえる。この点を捉えて、諸外国の法典相互間には、「代理を媒介とすることなく、契約当事者の合意を起点にして第三者が権利を取得する場合」という程度の共通性しかないともいわれる²⁵。

4 日本民法典の制定と第三者のためにする契約

以上の諸外国の法典に対比して、日本民法典（一八九八年）の第三者のためにする契約はどのような意味をもって

いるであろうか。日本民法は、「契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する」とし（民法五三七条一項）、第三者のためにする契約の一般規定を置くとともに、「前項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思表示した時に発生する」と定める（同条二項）。規定の基本構造としては、第三者への給付を内容とする権利を第三者に固有の権利として付与するものであるが（五三七条一項）、かかる権利の発生ないし取得を第三者の受益の意思表示にかからしめ、第三者の権利は第三者が要約者に対して契約上の利益を享受する意思を表示した時に発生する（同条二項）としている点に特徴がある。前述のドイツ民法のような純粋な権利取得主義を貫くならば、第三者が権利の取得を欲しないとき、第三者はこれを拒絶できるという形で、第三者の自己決定権を保障することになるが、日本民法はそのような構成を採用せず、契約に参加しない第三者が受益の意思表示をすることにより、諸約者に対してはじめて権利Ⅱ給付請求権を取得し得ると構成した。しかし、その一方で受益の意思表示については、要約者・承諾者間において第三者のために契約が締結され、この契約に基づいて諸約者が第三者に対して契約の申込をなし、第三者がこれに対し承諾の意思表示をすることにより契約が成立し、第三者は権利を取得するというプロイセン一般ラント法のような立法主義は採られていない。そのため、わが民法五三七条の解釈として、民法典制定後の早い段階から一項と二項の関係が問われてきた。

現行民法に先立って編纂された旧民法をみると、同法は財産編三二三条および三二五条において、フランス民法一一九条と一一二一条を参照して起草されたボワソナード草案三三四条をもとに、原則と例外に関する文言上の表現に多少の修正を加えた規定を設けた。²⁶ 現行民法五三七条は、沿革的には旧民法財産編三二三条を承継するものであ

る。民法五三七条の起草者の富井政章によれば、第三者のためにする契約の成立を制限しない点に関しては当時の立法例（ドイツ第一草案、スイス債務法）に従い、その他の点に関しては既成法典（旧民法）²⁷を変更しない方針に基づき起草したものである。²⁸なお、民法五三七条二頁が、フランス民法一一二一条後段を承認した旧民法財産編三二五条（「第三者：ノ利益ノ為メニ為シタル要約ハ享受者ノ之ヲ承認セサル間ハ要約者ハ自己ノ利益ノ為ニ之ヲ廢能又ハ之ヲ他人ニ移転スルコトヲ得」）とは異なり、第三者の受益の意思表示により第三者の権利が発生することについて、起草者の富井政章は、第三者の権利が本人の知らない間に発生するとすることは「日本人ノ考ヘ杯ニモ合ハナイ」からであると説明している。²⁹この後、法典調査会では、趣旨説明に続いて、甲が乙と契約をして甲の友人丙のために家を建てさせる例が引き合いに出されて活発な議論が行われたが、第三者のためにする契約と代理との区別、第三者が契約当事者となるかどうかで混乱を生じ、結局、十分な議論が尽くされないまま審議が終了している。このことが、民法典制定後の民法五三七条の解釈に不透明感を残す結果となったといっても過言ではない。

いずれにしても、日本民法が定める第三者のためにする契約は、規定振りからみる限り、ドイツ民法とフランス民法が混在した折衷的な規定となっている。³⁰また、適用範囲という点では、現行民法は、具体的にどのような事例に適用されるかがまだ明確ではなかった時点での起草であつたため、条文がわずか三か条で骨格の原則を定め、これによつて規律される契約類型はきわめて多様なものを含む規定振りとなっている。³¹

これまでのわが国における第三者のためにする契約に関する議論については、後述の三で詳しく検討するが、第三者のためにする契約の中には、第三者が自己に対する固有の権利を取得する場合ではなく、要約者が諸約者に対して第三者に対する給付請求権を取得する場合があり、後者を「不真正な第三者のためにする契約」と呼び、前者の「真

正な第三者のためにする契約」と区別されている⁽³²⁾。また、最近の学説の中には、第三者が受益の意思表示により受益権を取得した後も、要約者が第三者と並んで第三者に対する給付請求権を有する場合があるかどうかを問題とし、この場合の要約者と第三者との関係を諾約者に対して「連帯債権に準じた関係」にあると捉えるものがある⁽³³⁾。

二 第三者のためにする契約をめぐる二つの問題点

1 第三者のためにする契約の三つの発展段階

すでに述べたように、第三者のためにする契約は、契約の相対効という古典的な契約法の原則に対する例外を認めるものである。第三者のためにする契約という概念の形成過程を歴史的に振り返ると、①要約者・諾約者間で締結された契約は当事者間でのみ効力を有するという契約の相対効を厳守する段階から、②社会経済の発展が契約の相対効原則に対する例外を許容し、適用範囲を制限しながらも第三者の契約に対する関与（加入や承認など）を認めることで第三者のためにする契約の有効性を承認し、第三者による受益の意思表示を受益権取得の要件とする段階を経て、現在では、③契約自由の見地から、要約者と諾約者との契約により第三者が受益の意思表示を要することなく当然に利益を享受し得る契約の締結を認める段階へと至っているといえよう。フランス民法は、②の段階ないしその発展過程にあるのに対し、ドイツ民法は、③の段階にあり、契約の相対効という古典的な原則を打破したものと評価できる。日本民法の規定は、法系上、フランス民法の系列に入るものであるが、②と③の段階の中間に位置し、②の発展段階の見地から第三者の地位に配慮した規定振りとなっている。

2 二つの基本的な問題点

第三者のためにする契約が有効である根拠としては、これまで種々の説明がなされてきた。⁽³⁴⁾ ある学説は、契約の成立後に両当事者が共同して第三者に申込みをなし、第三者がこれを承諾するものであると説き、また、ある学説は、要約者は第三者のために事務管理ないし無権代理をするものであると説いた。しかし、このような説明は、我妻栄教授によれば、「いずれも、ローマ法の伝統を覆すために、既存の法律概念を援用しようとした歴史的な学説であって、今日とりたてて問題とする必要はない。今日の理論から見るときは、契約当事者の意思に基づいて効力を生ずるといっただけで充分である」といわれるものである。⁽³⁵⁾

確かに、今日では、我妻教授の言葉を借りるまでもなく、特別の社会的経済的理由から契約当事者がその契約から生ずる法律効果を第三者に帰属させようとするときは、その意思を尊重し、第三者に対する効果を認めても、私的自治（契約自由）の原則からいって差支えないように思われる。問題は、第一に、契約当事者でない第三者に権利が発生することをどのように説明するか、第二に、要約者は出損者に対する利益を得ていないのに契約が成立するのは何故かである。⁽³⁶⁾

第一の問題については、歴史的には様々な学説が理論構成を探り、これを競ってきた。⁽³⁷⁾ この点、受益者が取得する権利の内容にもよるが、何ら負担のない債権のように、受益者は利益を受けるだけであり、それが受益者の意思に反しないのであれば、受益者にとって不当な状況は生じないのであるから、取引の必要性を無視してまで受益者の利益享受を阻止する理由はない。もし不都合があるというのであれば、ドイツ民法が採用するように、自ら権利の取得を望まない第三者に権利の放棄を認め、かつ、その効果に遡及効を与えることで、第三者の利益保護は十分図れると思

われる。問題は、それ以外の権利の取得や法律関係が問題となる場合をどのように考えるかである。現行民法は、具體的にどのような事例に適用されることがまだ明確ではなかった時点での起草であったため、条文がわずか三か条（五三七条～五三九条）で骨格の原則を定めているにとどまる。しかし、その後約一世紀余りの間に、さまざまな事例での適用をみており、それらの事例の中には多角的視点から指針となる新たなルールを盛り込んでいく必要があるものも少なくない。⁽³⁸⁾

第二の問題は、第三者のためにする契約の有効要件として、何らかの原因を要求するかどうかに関わる問題である。たとえば、要約者Aと諾約者Bとの間で第三者Cのためにする契約が締結された場合を考えてみよう。この場合、CはBに対する権利を取得するが、かかる契約からAが何らかの利益を得るかである。Aに対する売買代金支払債務の負担をBに約束させることの条件として、かかる売買代金の一部をCに支払う債務もBに負わせるとか、あるいは、AがBに対する贈与の条件として、BにCへの債務負担をさせるのであれば、AB間に成立する有効な契約に加えられた特定の付款として、契約の第三者効を認めることに問題はない。⁽³⁹⁾問題は、このような事情がないとき、AB間の合意だけでかかる契約の成立が認められるであろうか。これは、抽象的な債務負担契約を肯定するかどうかの問題である。

この点、AB間の合意だけで抽象的な債務負担契約の成立が認められるとするならば、Aの出捐においてBがCに対して債務を負うという契約をAB間の合意で行うことに理論的な障害はないといえそうであるが、その場合でも、AB間の契約がBにCへの債務を負担させることだけを目的としたものでもあり得るかどうかは問題となる。⁽⁴⁰⁾これに対し、契約の拘束力の要件としてAB間の契約の成立に何らかの原因を要求する法的伝統のもとでは、抽象的な債務

負担契約を積極的に肯定することはその有効性について疑問を抱かせる事態を惹起することになる。そこまで踏み込んで議論しないのであれば、A B間の契約が既存の契約法理のもとで完全に有効であることを前提に、その契約中にCに権利を取得させる旨の条項を入れることになる。⁽⁴¹⁾

第三者のためにする契約が、要約者・諾約者間の契約を基礎に、そこから契約当事者以外の第三者に権利を付与する効果を生じさせるもので、複数当事者の関与する法律関係の一つの類型であることは、疑いがない。⁽⁴²⁾しかし、それが一体何を意味するのか。第二の問題については、これまで十分議論がなされてこなかったように思われる。いずれにしても、契約自由の原則は、契約当事者間の契約内容を自由に決定できるというに留まらず、さらにそれを広げて契約の効力を及ぼす相手方を自由に決定できることまでも含めたものとするかは、検討を要することである。

三 第三者のためにする契約の基本構造と第三者の法的地位

1 第三者のためにする契約の基本構造

わが民法は、第三者のためにする契約（五三七条）につき、ドイツ民法とフランス民法の混在した形を採用し、要約者・諾約者間の契約を基礎に、契約内容として第三者に権利の付与を認める一方、受益権の取得には第三者による受益の意思表示を要求した。元来、第三者のためにする契約は、要約者・諾約者間に一個の契約が存在し、それに第三者が関与することにより、当該契約関係に一定の法律効果を生じさせるものである。したがって、第三者のためにする契約が成立するには、要約者と諾約者の間に有効な契約が成立し、第三者に直接権利を取得させる趣旨が契約の内容とされることが必要である。第三者が事実上利益を受けるだけでは、第三者のためにする契約ということはでき

ない。

第三者のためにする契約においては、要約者・諾約者が契約当事者としてそれぞれ自己の名において行うのであって、要約者が第三者の代理人となるのではない。⁽⁴³⁾ その点で、第三者のためにする契約は代理と区別される。

また、第三者のためにする契約は、履行の引受けとも異なる。前述の典型例で、A B間の契約において、BがCに売買代金を与えることをAに対する債務とするだけで、Cに対する債務とはしないことも可能である。このような場合、Cは事実上の利益を受けるが、CはBに対する債権として売買代金の支払いを請求することはできない。これは、履行の引受けであつて、本来の第三者のためにする契約とは異なる。⁽⁴⁴⁾ このような関係は、ローマ法でも相当広く認められたといわれているが、⁽⁴⁵⁾ 真正な第三者のためにする契約と区別するために、「不真正な第三者のためにする契約」と呼ぶこともある。⁽⁴⁶⁾

第三者のためにする契約において、第三者に権利を取得させる趣旨であるかどうかは、もっぱら契約の解釈によって定まる。当該契約の性質ないし慣行から推定されるものとしては、たとえば、第三者の名義で預金を開始すること、⁽⁴⁷⁾ 第三者の預金に払い込むこと、⁽⁴⁸⁾ 特定の人に一定の給付をなすことを内容とする負担付贈与など、を挙げることができ⁽⁴⁸⁾。このほか、判例によれば、A Bの和解契約で、A（買主？）が第三者たるCを係争家屋から立ち退かせるような場合、Aにおいて予めCに適当な住居を提供すべき旨を約したときは、CはAから立退きを要求されたときに右の事実を主張して抗弁となし得るとして、第三者CがAに対して直接に権利を取得する。⁽⁴⁹⁾

これに対し、電信送金契約については、判例は、銀行が自己に有利となるように予め契約書に送金受取人の権利付与文言を入れておかなかったことから、本件契約には送金受取人のためにする約旨は存在していないことを理由に、

第三者のためにする契約ではないとするが、学説には強い反対説が多い⁽⁵⁰⁾。債務引受については、いわゆる履行引受（A B間でBが第三者Cに利益を与える契約をする場合に、BがそれをするをAに対する債務とするだけで、Cに対する債務としない）が第三者のためにする契約としないことは、前述した通りである。重疊的債務引受が債務者間で行われるとき（A B間でBも債権者Cに対して同一内容の債務を負う）は、常に第三者のためにする契約となる。これに対し、免責的債務引受が新旧両債務者の間で行われるときは、第三者のためにする契約と類似した関係を生ずるが、一方で新債務者に対する債権を債権者に与えると同時に、他方で旧債務者に対する債権を債権者に失わせることになるから、これを第三者のためにする契約の一種とみることは正当ではない⁽⁵²⁾。

2 二つの原因関係（補償関係・対価関係）と給付関係

第三者のためにする契約が成立する場合、諾約者が第三者に対して債務を負担するという経済的出捐には、二重の原因関係がある⁽⁵³⁾。第一は、要約者と諾約者との間の関係（補償関係）である。冒頭の典型例でいえば、Bが第三者Cに対して代金支払債務を負担したのは、AのBに対する出捐（家屋の移転）があるからである。補償関係は第三者のためにする契約の内容となり、その欠缺・瑕疵などは契約の効力に影響を及ぼす。第二は、要約者と第三者との関係（対価関係）である。この関係は、必ず契約上現れるわけではなく、また、場合によって種々であり得る。冒頭の典型例のように、AがCに対して負担する債務の弁済であつたりする。対価関係は、第三者のためにする契約の内容とならず、したがって、その欠缺・瑕疵などは契約の効力に影響しないと考えられてきた。

要約者は、第三者のためにする契約の当事者として、諾約者に対し、補償関係上の債務を負担する。この債務が諾

約者の第三者に対する債務と対価関係に立つものであるときは、諾約者が同時履行の抗弁権（民法五三三条）を有する。また、要約者は契約の当事者として、その契約から生ずる取消権を取得し、諾約者の相手方として、善意・悪意、過失の有無などを決定する標準となる。

要約者の解除権については、見解が分かれている。第三者が受益の意思表示をした後は、要約者は第三者の権利を消滅させることができないことを理由に、第三者の承諾を要するとする説が多い⁵⁴。しかし、諾約者の債務不履行の場合に、契約を解除して自己の債務を免れることを禁ずるのは正当ではなく、当事者の合理的な意思解釈として、第三者にそこまで独立の権利を与えようとする意思があるとは考えられない。むしろ、第三者の権利は、特段の事情がない限りは、その契約から生ずるものとして、要約者による契約解除の運命に従うと解するのが妥当なように思われる⁵⁵。

3 第三者の権利と法的地位

受益の意思表示をなし得る第三者の権利は、従来の通説的理解によれば、一種の形成権と解されている⁵⁶。この権利は、第三者が受益の意思表示をする以前には、契約当事者の合意で、その内容を変更しまたは消滅させることができる（民法五三八条の反対解釈）。また、この権利は、権利者の意思を尊重すべきものであるとの理由から、一身専属権であるとして、相続や債権者代位権の目的とならないと解されている⁵⁷。これに対し、第三者が受益の意思表示をした後は、第三者の権利は受益権として保護され、契約当事者がこれを変更しまたは消滅させることはできない（民法五三八条）。

第三者に取得させる権利は、債権であるのを普通とするが、それに限らない。冒頭に挙げた典型例のように、要約

者が諾約者に売買代金を支払って、諾約者の所有する家屋を第三者に移転する契約をすれば、第三者はこの契約によつて所有権を取得する。⁽⁵⁸⁾ また、第三者の権利は、必ずしも単純な権利であることを要せず、反対給付の伴う権利であつてもかまわない。⁽⁵⁹⁾

第三者の権利は、わが民法の規定によれば、債務者（要約者）に対して契約の利益を享受する意思を表示した時に発生する（民法五三七条二項）。この意思表示は、第三者のためにする契約における権利の発生要件である。契約の成立要件でもなければ、契約自体の効力発生要件でもない。⁽⁶⁰⁾ 契約の種類によつては、法律の規定ないし趣旨から、第三者のためにする契約と判断し得るものもある。たとえば、他人のためにする保険契約（保険契約法八条、四二条、七一条）、委託者以外の第三者を受益者とする信託契約（信託法八八条一項本文）、弁済のための供託（明文の規定はないが民法四九四条、四一三条などから）、運送契約（商法五八三条）などが、その例である。これらは、いずれも受益者である第三者の受益の意思表示を不要とし、二当事者間の契約で当然に第三者は受益権を取得するものとしている。とりわけ、保険契約においては、当然効力を生ずるものとするに対して経済的必要性のあることがすでに前述のドイツ民法の制定の際にも現われていたところである。⁽⁶¹⁾ 信託契約についてみれば、信託法は、委託者の意思を重要視し、委託者以外の第三者が受益者となる他益信託の場合であつても、信託契約を受託者との間の二当事者間契約と構成することにより、委託者の意思に従つた信託目的の達成を確実にするとの考え方から、⁽⁶²⁾ 契約当事者以外の第三者である受益者にその効力を「当然に」及ぼすものとされている。⁽⁶³⁾ 委託者の意思を実現し、受益の意思表示が困難ないし不可能な高齢者や障害者などの受益者の保護を図り得るという点では、確かに有益な規定といえよう。⁽⁶⁴⁾

一方、要約者の権利は、第三者による受益の意思表示をする以前にも存在するかどうか。これは、第三者の権利の

性質・内容と履行の確保とも大きく関わる問題であるが、肯定されるものと考ええる。そうでなければ、諾約者による債務の履行を確保することができない事態が生じかねないからである。したがって、諾約者が履行の提供をしないときは、諾約者は要約者に対して遅滞の責任を負うことになる。

問題は、要約者は、第三者が受益の意思表示をした後も、諾約者に対し、第三者に対する債務を履行すべき旨を請求する権利を有するかどうかである。わが国の通説的見解は、これを肯定している。⁶⁵ 諾約者による履行義務を確保するためにも、別段の事情がない限り、要約者は依然として第三者とならんで右の権利を有するものとするのが当事者の意思に適するからである。この点、前述のドイツ民法は、要約者の権利行使につき、法律ないし契約でとくに排除されない限り、要約者と第三者が共同で行うべきものとし、対価関係に基づく要約者の利益に配慮した共同の権利付与（Mitberechtigung）に関する規定を設けている（*ド民三三五条*）。この場合、第三者と要約者の権利は、連帯債権の關係に類似するという見解もあるが、どちらも第三者に対して向けられた権利であるから、連帯債権の關係にはないというべきである。⁶⁶

また、これに関連して、受益権の放棄が問題となる。第三者が単に受益の意思表示を拒絶しただけでは、諾約者の債務は、その責めに帰すべからざる事由によって履行不能となったとはいえないであろう。契約の趣旨によつては、諾約者が別の第三者を指定し、または、自己に履行すべきことを請求することも稀ではないからである。第三者が受益の意思表示をした後は、第三者の不受領は受領遅滞となり、諾約者の責任を軽減することになる。

以上に対して、諾約者の地位は、第三者および要約者の地位の反面をなすものであり、それ以上に問題とすべきものはない。換言すれば、諾約者は、要約者とともに契約の当事者であり、ただその契約から生ずる債務を、普通なら

契約の相手方（要約者）に対して履行するのを、とくに第三者に対して履行する義務を負うだけである。

ところで、第三者の受益の意思表示は、受益権という権利発生の絶対的要件であるかどうか。この問題は、換言すれば、要約者・諾約者間の契約で、第三者は受益の意思表示を待たずに当然に権利を取得するものと定める特約が有効かどうかである。第三者のためにする契約は第三者をして負担付で権利を取得させることができるものであるから、この問題の判断には慎重な検討が必要である。この点、判例は、民法五三七条二項の規定を強行規定と解し、法律に別段の定めがある場合を除いて、当事者間の契約で第三者をして当然に権利を取得させることはできないとの立場をとっている。⁶⁷これに対し、学説の多数説は、民法五三七条二項は契約当事者の意思が不明な場合の規定であり、これと異なる特約を排除する趣旨ではないとして、肯定する立場をとっている。⁶⁸同条項が、第三者の意思を配慮することによって、第三者の保護を目的としたものであると解するならば、第三者に不利益が生じない限り、特別法の制定を待たなくても、第三者のためにする契約の当事者間において第三者は受益の意思表示なくして権利を取得し得る旨の合意を有効になし得ることも否定されるべきではなからう。ただし、そのためには、少なくとも第三者に遡及効を伴う権利の拒絶ないし放棄を認める措置を設けて置くことが必要である。

四 第三者の権利と第三者のためにする契約の類型化

1 第三者のためにする契約の適用範囲の拡大

第三者のためにする契約は、従来、利益移転の手続を省略しうるという点に、その意義が求められてきた。換言すれば、第三者のためにする契約の経済的意義は、諾約者の出捐を要約者が自分で取得して第三者に給付する手続を省

略し、諾約者から直接に第三者に給付させる点にある。そして、この手続の省略は複雑な経済組織において益々重要な意義を有することから、第三者のためにする契約が広く諸外国においてその成立を認められるようになったといえる。これは、冒頭の二つの例が典型的に示している通りである。

給付内容との関連でみれば、右の手続の省略は、第三者に給付するものが、①現に存在する特定のものなら、それほど重要性をもたないかもしれない。しかし、第三者に対する給付が、②将来の給付であり、しかも、（a）給付すべき義務が要約者の死亡後に生ずる場合（たとえば、要約者を被保険者とし、第三者を受取人とする生命保険契約など）や、（b）給付すべき者が一定の施設である場合（たとえば、第三者たる被用者を被保険者・受取人とする雇主と保険会社との間の傷害保険契約、第三者を荷受人とする荷送人と運送会社との運送契約、委託者以外の第三者を受益者とする信託契約、第三者たる債権者を受取人とする債務者と供託所との寄託契約⁶⁹など）、また、（c）一定の財産を管理しながら給付を実現すべき場合（たとえば、諾約者が要約者の不動産や営業の譲受人としてその収益の一部を第三者に給付すべき契約など）などには、要約者がまず給付を受領し、然る後にそれを第三者に給付することは、不可能または極めて不便である。

右の②（a）～（b）の類型に該当するような場合には、もっぱら諾約者と第三者との関係として捉え、第三者から諾約者に対して直接に給付請求させて問題を解決することが適当と考えられる。この場合には、第三者の意思によらないで当事者効果が帰属するのであるから、その限りでは民法五三七条二項の適用は排除され、三角ないし多角的法律関係の法理が有用性を発揮するように思われる。

問題は、右の②（a）～（b）の類型に該当する場合、要約者・諾約者および第三者の間にどのような三角ないし多角的法律関係の法理を導くかである。前述したように、第三者と要約者の権利は、連帯債権の關係に類似するが、

連帯債権の関係にはない。しかし、両者の権利は、第三者に対する給付請求権の履行という点では共通しており、経済的な一体的処理が要請される場面であることは間違いない。ただ、そのことから、諾約者と第三者との間に当事者効果をそのまま投影させるわけにはいかない。第三者のためにする契約は第三者をして負担付で権利を取得させることが出来るものであるから、権利といえども第三者に対しその意思に反して取得を強いることは、許されるものではない。そうであれば、右の②(a)～(b)の類型に該当する場合には、当事者効果まで帰属させるには問題があるし、それを一応肯定するにしても、第三者に受益権の放棄に関する規定を整備しておくことは必要不可欠と思われる。繰り返しになるが、結局のところ、当事者の契約で第三者をして当然に権利を取得させることは、三角ないし多角的法律関係で説明しきれない部分が多く、法律の規定で認められている以外には、許されないと解する立場が妥当であると思われる。

しかし、現代社会では、今日、第三者のためにする契約と称されるものは実に多様である。要約者・諾約者間の契約のみで当然に第三者に対して受益権の取得を認める契約もあれば、受益の意思表示後も要約者が第三者と並んで第三者に対する給付請求権を有し、両者の間に連帯債権に類似する関係が生じさせる場合もある。

2 最近の民法（債権法）改正に係る議論と五つの類型

最近の民法改正に関する議論をみると、法制審議会民法（債権関係）部会では、現在、民法（債権法）改正のための審議が行われているが、これに先行して組織された民法（債権法）検討委員会は、第三者のためにする契約の法理が民法典制定から現在に至るまでの間にさまざまな事例での適用をみており、それらの事例で指針となるルールを盛り

込んでいく必要があるとの立場から、一一か条の規定を配置するとともに、第三者が取得する権利ないし利益に即した五つの類型の創設を提案している。⁽⁷⁰⁾ すなわち、①債権取得型（受益者に諾約者に対する債権を取得させること。【3.2.16.01】〈ア〉、【3.2.16.02】、②負担付債権取得型（①の場合において受益者に付随的な負担が伴うこと。【3.2.16.01】〈イ〉、【3.2.16.03】、③契約成立型（受益者が諾約者から財産権の移転または役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約を成立させること。【3.2.16.01】〈ウ〉、【3.2.16.04】、④債務免除型（受益者が諾約者に対して負担する債務を免除する）。【3.2.16.01】〈エ〉、【3.2.16.05】、および、⑤条項援用型（要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項を受益者が援用できるようにすること。【3.2.16.01】〈オ〉、【3.2.16.06】）をもって、新たに第三者のためにする契約とする立法提案が、これである。⁽⁷¹⁾

このうち、①②型および④型は、これまで判例・学説上、異論なく認められてきた類型である。①型では、受益者に債権を与えることが約されたときは、受益者は直ちに諾約者に対する債権を取得するものとし（【3.2.16.02】〈1〉）、債権才の取得を望まない受益者には諾約者に対する意思表示により放棄を認め、かつ、放棄の遡及効を認めている（【3.2.16.02】〈3〉）。これに対し、②型では、受益者に対して当然に債務の発生を認めることはできないとの理由から、負担を伴う受益者の同意によつてはじめて債権が帰属するとし（【3.2.16.03】、④型でも同様に、受益者による同意の意思表示が効力発生要件とされている（【3.2.16.05】）。

また、①②型では、受益者が取得した債権について、要約者は諾約者に対して受益者への履行を請求できるものとし（【3.2.16.08】、約定について要約者もしくは諾約者からの通知、または、受益者が権利取得の意思表示をするまでは、約定の内容を変更し、または、撤回することが認められている（【3.2.16.09】〈1〉〈2〉）。いずれも、受益者が正当

な期待をもつ段階に至った以後の権利や利益を保護する趣旨である。さらに、①②型においては、諾約者がその債務を履行しないとき、要約者は、受益者の同意を得て、諾約者との契約を解除することが認められている〔32.16.10〕。これは、諾約者が受益者に対する義務を履行しないことは要約者との関係においても契約上の義務違反と評価しながらも、受益者が諾約者に対して有する履行請求権を無断で奪うことに配慮した結果といえる。

一方、⑤型は、実務的には必要性が認められているものであり、これを明文化するものである。典型例としては、運送契約の当事者が、運送人の履行補助者について、運送人と同様な責任制限の利益を享受できるように合意する場合が挙げられている⁽⁷²⁾。この結果、受益者は特段の意思表示を要することなく当然に、その責任を制限しあるいは免除する旨の条項を援用することが可能となる。また、効果という点では、負担の伴わない①型と同じであるが、⑤型は受益者に付与されるのが債権ではなく、契約条項の適用を受ける利益という点で、①型とは異なる。

これに対し、③型は、比較法的にみてもユニークな類型であり、受益者が諾約者から財産権の移転や役務の提供を受ける債権を取得する場合（売買、請負、役務提供など）に、受益者の諾約者に対する同意の意思表示を条件として、受益者と諾約者の間に契約が成立したものと扱うものである⁽⁷³⁾。受益者を契約当事者の地位に置くことによって、諾約者がその債務を履行しようとしないうちに、受益者自身が契約解除をなし得るための法的根拠が与えられたことになる。もともと、この場合、成立する契約の内容はあくまで要約者・諾約者間の約定によって決まり、解除権行使後の要約者と諾約者との間の法律関係がどのように扱われるかは当該契約の解釈によって決まると解されていることから、契約の相対効を原則とする立場は依然として維持されており、従来の考え方を大きく変えるものではない⁽⁷⁵⁾。

以上の検討からも明らかなように、受益者が取得する権利（受益権）の種類・内容と受益の意思表示の有無は、相

	内容（受益権の種類）		形式（受益の意思表示）		適用範囲
	債権のみ	債権以外の権利も含む	必 要	不 要	
I	○		○		原則形態
II	○			○*	拡張 1
III		○	○		拡張 2
IV		○		○*	拡張 3

（注） *は遡及効を伴う権利放棄の規定を置くことを示す。

互に密接な関連性を有するものといえる（上記図参照）。

無償の対価関係を伴った第三者のためにする契約は、第三者にそれほど重大な問題を生じさせるものではない。これに対し、対価関係における履行が第三者に対する諸約者の給付により同時に行われる第三者のためにする契約では、第三者に対する諸約者の給付により、第三者に対する要約者の間接的給付、および、要約者に対する諸約者の間接的給付が同時に実現されることが予定されており、その関係は複雑となる。のみならず、第三者のためにする契約上の給付に不履行が生ずると、三者間に重大な利害の対立を惹起することになる。したがって、このような関係にある第三者のためにする契約では、実態に即した給付の重層構造が的確に把握されとともに、対価関係の内容につき正確な情報の取得を期待しえない諸約者の責任と第三者の保護があらためて検討されなければならない。

一方、要約者による契約への取込みにより、第三者は諸約者から相殺の抗弁を受けるとか、履行不能の危険に晒されたりするなど、厄介な状況に置かれることになる。このような第三者の法的地位に対する潜在的悪化の危険性については、第三者にとって新たな対価関係の形成を意味するものであり、第三者の承認が必要となる。この場合、権利の種類・内容にもよるが、基本的には、第三者の承諾を、要約者の利益と第三者の法的地位に配慮して、受益の意思表示という形で第三者に事前の承諾を要求す

る方向で考えるのか、それとも、第三者に遡及効を伴う権利の放棄に関する規定を設けることによって両者に生ずる利害を調整することを考えれば足りるとするのか、いずれかの選択を迫られることになるう。

3 契約の多角的視点——三つの関係の機能的把握

第三者のためにする契約において提起される問題は、とりわけ第三者の法的地位に関して、契約の締結に関与しない第三者が契約上の権利を取得するのはいかなる理由によるか、また、契約上の義務を諾約者が履行しない場合に、法律上の救済手段として解除権や損害賠償請求権は誰がどのような形で行使し得るかである。この点につき、前述の改正検討委員会の立法提案は、現行民法がわずか三か条（五三七条～五三九条）で骨格の原則を定めるにすぎない点と比べると、一一か条の規定を配置するとともに、第三者が取得する権利ないし利益に即して五つの類型を提示しており、傾聴に値するものといえる。しかし、今日、第三者のためにする契約と称されるものは、実に多様である。従来 of 支配的見解は、給付関係を基礎づける補償関係と対価関係の多様性にあまり注意を払うことなく、権利者の個別的に考察される三つの関係（補償関係・対価関係・給付関係）の厳格な分離に固執し、第三者のためにする契約の社会経済的機能と三角構造に十分な考察を欠いていたように思われる。状況に応じた効果を的確に得るためには、第三者のためにする契約の内部に生ずる三つの関係を機能的に把握し、そこに現れる個々の契約を統一的な法律現象として多角の視点から一体的に把握することが求められる。⁽⁷⁶⁾

第三者のためにする契約が成立するには、経済的な出捐原因からみて、二つの原因関係が基礎となっている。一つは、要約者と諾約者との間の関係（補償関係）であり、もう一つは、要約者と第三者との間の関係（対価関係）である。

補償関係は、その原因として種々あり得るが、基本的には第三者のためにする契約の法的形態に作用しうる個々の独立した契約形態、たとえば、売買、贈与、消費貸借などから生じる。この補償関係が、第三者のためにする契約の発生と展開から現れる個別問題の判断についての契約の重要な側面を構成し、契約の相手方との関係を決定するとともに、第三者の法的地位にも強い影響を及ぼすことになる。要約者と第三者の対価関係は、第三者に対する要約者の第三者のためにする契約により行われる間接の出捐の原因となるものであるが、要約者が第三者のためにする契約の締結によつて達成しようという動機を含み、その内容は種々あり得る。対価関係には、要約者と第三者で贈与が合意されることもあれば、第三者に対する間接の給付により要約者が反対給付請求権を取得することも可能である。また、第三者に対する諸約者の給付の実現により同時に対価関係における債務が弁済されるということもある。従前の議論では、補償関係を基礎づける契約当事者の意思が重要視され、それをもとに諸約者の第三者に対する給付関係が決まるものと考えられてきた。しかし、第三者のためにする契約においては、契約上必ずしも明確な形で現れることのない対価関係を無視することができず、対価関係のない第三者のためにする契約を考えることができないとすれば、対価関係の分析は第三者のためにする契約の成否ないし適用範囲を考えるうえでの重要なポイントとなるものと思われる。

要約者は、自己の第三者に対する給付義務の履行として、第三者のためにする契約の形態を利用し、かかる給付を合法的に実現する自由をもっている。要約者が希望すれば、第三者を契約上の主たる給付の債権者として、諸約者に対する給付請求権を第三者へ付与し、あるいは、給付義務の履行の監視を第三者に委ねて、要約者は補助的な地位に退くことも可能である。しかし、その結果、要約者による契約への取込みにより、第三者は、諸約者から相殺の抗弁

を受けるとか、履行不能の危険に晒されたりするなど、厄介な状況に置かれることになる。このような第三者の法的地位に対する潜在的悪化の危険性は、第三者にとって新たな対価関係の形成を意味するものであり、契約へ取り込まれる第三者の承認が必要となる。この承諾を、事前に第三者に求めるか、それとも事後的に遡及効を伴う権利の拒絶として第三者を保護すれば足りるのかである。契約自由の立場を推し進めるならば、後者を原則とすることになる。ドイツ民法の立場（下民三三三条）は正しくこれである。

また、要約者も第三者と並んで債権者として留まり、諾約者に対して第三者への契約上の給付を請求し得る権利を保有する場合、第三者と要約者の権利はともに第三者への給付という第三者のためにする契約により獲得しようとした経済効果の実現の向けられており、両者の間には特殊な「共同関係」が形成されているといえる。この点、ドイツ民法は、競合する要約者の権利行使につき、法律ないし契約でとくに排除されない限り、要約者と第三者が共同で行うべきものとし、対価関係に基づく要約者の利益に配慮した共同の権利付与（*Mithberechtigung*）に関する規定を設けており（下民三三五条）、一つの考え方を示すものとして参考になる。

一方、諾約者と第三者との間の給付関係は、契約への第三者の取込みによって要約者が自己の給付義務を諾約者を用いて履行しようとするものであるが、第三者にとっては新たな対価関係の形成を意味するものである。この場合、第三者が契約上の主たる給付の債権者として、諾約者の給付を自分自身に請求し得るという権利を取得するかどうかは、要約者・諾約者間の補償関係によって決まる。また、諾約者の給付により第三者に対する要約者の債務が履行されないとき、第三者は要約者に対して対価関係における給付請求権をもち続けると考えるならば、第三者の請求権が同様の給付について双方の関係に向けられる限り、要約者と諾約者は第三者に対して「連帯債務類似の状況

(Gesamtschuld ahnenden Konstellation)』にあるといえる。

結 び

第三者のためにする契約が、要約者・諾約者間の契約を基礎に、そこから契約当事者以外の第三者に権利を付与する効果を生じさせるもので、複数当事者の関与する法律関係の一つの類型であることは疑いがない。しかし、現行民法は、具体的にどのような事例に適用されるかがまだ明確ではなかった時点での起草であったため、五三七条以下にわずか三か条をもつて規定し、骨格の原則を定めているにとどまる。その意味するところは何かであるのか。第三者のためにする契約については、民法法典の制定後、現在に至るまで、約一世紀余りの間に、さまざまな事例での適用をみており、新たなルールを盛り込んでいく必要があるものも少なくない。本稿は、第三者のためにする契約に関する判例・学説の理論的到達点を確認したうえで、第三者の権利の法的性質および地位を分析し、第三者のためにする契約の類型化を試みることににより、第三者のためにする契約のもつ機能を明らかにしようとした。

本稿の検討からも明らかのように、わが民法は、第三者のためにする契約について、ドイツ民法とフランス民法の混在した形を採用したものと理解され、要約者・諾約者間の契約を基礎に、契約内容として第三者に権利の付与を認める一方、受益権の取得には第三者による受益の意思表示を要求している。しかし、今日、第三者のためにする契約と称されるものは実に多様であり、要約者・諾約者間の契約のみで当然に第三者に対して受益権の取得を認める契約類型もあれば、受益の意思表示後も要約者が第三者とならんで第三者に対する給付請求権を有し、両者間に連帯債権に類似する関係がみられる場合もある。また、第三者のためにする契約の諸類型の中には、第三者による受益の意思

表示を要せず、要約者と諾約者との間の合意のみで当然に第三者に対して受益権の取得を認める契約類型が存在するものもある。従来の支配的見解は、給付を基礎づける補償関係とその背後にある多様な対価関係にあまり注意を払うことなく、権利者の個別的に考察される三つの関係（補償関係・対価関係・給付関係）の厳格な分離に固執し、第三者のためにする契約の社会経済的機能と三角構造に十分な考察を欠いていたように思われる。第三者のためにする契約を起点として展開される多様な法律関係を的確に把握するには、三つの関係を機能的に把握し、そこに現れる個々の契約を統一的な法律現象として一体的に把握することが求められるものではなからうか。今後、法制審議会民法（債権関係）部会の審議動向にも注視しながら、第三者のためにする契約の規範構造および法的性質を整理し、かかる契約の適用範囲を検討するとともに、要約者・諾約者および第三者の法律関係における契約の多角的視点の有無を明らかにして行くことにしたい。

- (1) 我妻栄『債権各論上巻（民法講義Ⅴ）』（岩波書店、一九五四年）一一三頁―一二四頁、加藤雅信『（新民法大系Ⅳ）契約法』（有斐閣、二〇〇七年）四五頁―四六頁など。
- (2) 我妻・前掲注(1)一一四頁。
- (3) 加藤（雅）・前掲注(1)四五頁。
- (4) 椿寿夫『《多角》関係ないし《三角》関係について』法時八〇巻八号（二〇〇八年）九六頁、九九頁。
- (5) 中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する研究序説―複合取引に関する従来の見解の限界と今後の課題」法時八〇巻九号（二〇〇八年）一〇〇頁。
- (6) 椿・前掲注(4)九九頁。
- (7) 伊藤進「法律行為と多角的法律関係」法時八一巻四号（二〇〇九年）一〇五頁以下、一〇八頁。

第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題（長谷川）

- (8) 詳細は、澤木敬郎「第三者のためにする契約の法系別比較研究」比較法研究一三三（一九五七年）四三頁以下。
- (9) 谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法』（13）債権（14）「補訂版」』（有斐閣、二〇〇四年）五三三頁以下「野澤正充執筆」。
- (10) *alteri stipulari* の原則につき、塙浩訳著『フリッツ・シュルツ「古典期ローマ私法要説」』（信山社、一九九二年）六三二頁以下、澤木敬郎「第三者のためにする契約の法系別比較研究」比較法研究一三三（一九五七年）四三頁以下。最近の注目すべき研究として、Jan Hallebeek & Harry Dondorp, *Contracts for a Third-Party Beneficiary: A Historical and Comparative Account*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, Chap. 1, pp. 7-21. 契約における第三者の参加と第三者のためにする契約、債権者ないし債務者の交替につき、ゲオルク・クリンゲルベルク／瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』（大学教育出版、二〇〇一年）一三九頁以下参照。
- (11) 谷口『五十嵐編・前掲注（9）』五三三頁以下「野澤」、新堂明子「契約の第三者効」ジュリ増刊・民法の争点（有斐閣、二〇〇七年）一二二頁。
- (12) Hallebeek & Dondorp, *supra* note (10), Chap. 2, pp. 21-46, Jan Hallebeek, *Ius Quaesitum Tertio in Medieval Roman Law*, edited by Eltjo J. H. Schrage, *Ius Quaesitum tertio*, Duncker & Humblot, 2008, pp. 61-107. *alteri stipulari* の原則の例外の形成には、中世教会法の影響も指摘されている。Harry Dondorp, *Ius Quaesitum Tertio in Medieval Canon Law*, edited by Eltjo J. H. Schrage, *Ius Quaesitum tertio*, Duncker & Humblot, 2008, pp. 109-133.
- (13) 佐々木有司「コバルビアスと *alteri stipulari nemo postet* の原則——代理・第三者のためにする契約の発展前史として——」日法七一巻一号（二〇〇五年）三頁以下。本論文の功績は、これまで指摘はされてきても具体的な検討が十分なされてこなかった代理・第三者のためにする契約の発展におけるスペイン法学の寄与をテキストに即して明らかにした点にある。水野浩二「書評」法制史研究五六巻（二〇〇六年）三四四頁以下。
- (14) 佐々木・前掲注（13）八頁。なお、代理と第三者のためにする契約との関係にも注目する必要があるが、本稿のテーマから外れるので、ここでは言及しない。代理の発展につき、原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社、一九五四年）六〇頁以下参照。

(15) Harry Dondorp & Jan Hallebeek, Grotius' Doctrine on "adquisitio obligationis per alterum" and its Roots in the Legal Past of Europe, in "Panta Rei", studi dedicate a Manlio Bellomo Tome II (2004), pp.205 et seq.

(16) いずれにせよ、プロイセン一般ラント法によれば、第三者が権利を取得するには、契約締結者の申込とそれに対する第三者の契約への加入が必要とされる。この第三者の契約への加入（承諾）によって形成される法律関係については、学説の議論もあり見解は分かれるが、契約当事者と第三者の三者間で新たに契約関係が成立し、第三者も契約当事者となるとか、加入によつて第三者はもはや第三者であることを止め、契約当事者となると解する見解も有力である。詳細は、Gerhard Wesenberg, *Vertraege Zugunsten Dritter*, Hermann Bohlaus Nachfolger/ Wien, 1949, S. 119 ff. 概観として、石坂音四郎『日本民法第二編 債権総論下巻』（有斐閣、一九二二年）二二六九頁以下、岡松参太郎『註釈民法下巻』（有斐閣、一八九九年・第九版）四八八頁以下。各法系からみた実定法については、沢木・前掲注（8）四五頁以下に詳しい。なお、現行法との関連については、オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、二〇〇六年）三一五頁以下 [6: 110] 参照。

(17) 詳細は、春田一夫『第三者のためにする契約の法理』（信山社、二〇〇二年）二五頁以下。

(18) *Aleri Stipulari* 原則に定式化されるローマ法の原則は、フランスではポティエによつてほぼ忠実に受容され、これがフランス民法典に採用されたと考えられている（フ民一一六五条）。児玉寛「第三者のためにする契約の判断基準」西村重雄Ⅱ 児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統』（九州大学出版会、二〇〇〇年）四八六頁。

(19) 我妻・前掲注（1）一一四頁によれば、学説・判例は極めて広い範囲で第三者のためにする契約の成立を認めていると指摘するが、出典の引用はない。

(20) Hallebeek & Dondorp, *supra* note (10), Chap. 7, pp.136-159. 学説・判例は極めて広い範囲で第三者のためにする契約の成立を認めている。現在、第三者のためにする契約の法的判断において、第三者の権利が第三者・諾約者間に成立すべき契約により生ずるとすべき場合や要約者・諾約者間の合意が諾約者の債務を生じない場合には、第三者のためにする契約の制限法理の適用は排除されている。沢木・前掲注（8）四六頁、古軸隆介「第三者のためにする契約」遠藤浩ほか監修・淡路剛久ほか編

現代契約法大系第一巻現代契約の法理』（有斐閣、一九七八年）一二八頁以下。

- (21) Walter Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1995, S. 68 ff. なお、ドイツでは、諾約者を第三者に対する債務者とすることによってその責任を加重するために、第三者のためにする契約の成立を認める判例が増加したといわれる。我妻・前掲注(1) 一一七頁。

- (22) ドイツ民法典制定前の法理論の状況につき、Martin Pennitz, *Ius Quaesitum Tertio: German Legal Doctrine and Practice in 18th and 19th Century*, in: Schrage (ed.), *supra* note (15), pp. 251 et seq., Hallebeek & Dondorp (ed.), *supra* note (10), pp. 69 et seq. および石坂・前掲注(16) 二二七五頁以下。学説のうち、ある見解は、第三者には固有の独自の債権が成立するが、第三者は自己のためになされた約束を承諾するか、または、契約に加入することを要するものであった。これに対し、別の見解は、第三者は承諾することなくして訴権を取得するが、それは固有のものでなく、要約者から伝来した権利を付与されたものであるとした。後者の見解はさらに、黙示の譲渡による見解、擬制された委任または代理権によって承認する見解などに分かれ、見解は対立したといわれる。

- (23) ド民三二八条の文言は、当初、一八八二年の第一委員会提出されたキューベルの部分草案では、「第三者に給付がなされることについての要約者の特別な利益は、契約の有効要件ではない」（五条二項）とされていた。その後、審議が進むにつれて文言が修正され、現行法と同様の文言は第二委員会において初めて採択されたものである（四二二条）。詳細は、来栖三郎「第三者のためにする契約」民商三九巻四〇五号（一九五九年）五一三頁以下、児玉・前掲注(18) 四八九頁以下、佐々木典子「第三者のためにする契約における受益の意思表示——ドイツ民法典制定当時の議論を手がかりとして——」姫路法学二九〇三〇合併号（二〇〇〇年）五一九頁以下。

- (24) スイス債務法一一二条によると、要約者は諾約者に対して第三者への給付を請求する権利を有する（二項）とともに、当事者双方の合意により第三者もまた自ら履行を請求することを約定しうる（二項）。詳しくは、Patrick Krauskopf, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Freiburg, Schweiz: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2000, S. 5 ff.

- (25) ハイน์・ケッツ／潮見佳男ほか訳『ヨーロッパ契約法Ⅰ』（法律文化社、一九九九年）四六二頁。

(26) 旧民法財産編三二三条は、「要約者ハ合意ニ付キ金錢ニ見積ルコト得ヘキ正当ノ利益ヲ有サセルトキハ其合意ハ原因ナキ為メ無効ナリ」(二項)、「第三者ノ利益ノ為メニ要約ヲ成シ且之ニ過怠約款ヲ加ヘサルトキハ其要約ハ之ヲ要約者ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ有セサルモノト看看做ス」(二項)、「然レトモ第三者ノ利益ニ於ケル要約ハ要約者カ自己ノ為メ為シタル要約ノ從タリ又ハ諾約者ニ為シタル贈与ノ從タル条件ナルトキハ有効ナリ(同条三項)」、「右二箇ノ場合ニ於テ從タル条件ノ履行ヲ得サルトキハ要約者ハ単ニ合意ノ解除訴權又ハ過怠約款ノ履行訴權ヲ行フコトヲ得」(同条四項)と規定した。また、旧民法財産編三二四条は、「主タリ又ハ從タル要約ハ常ニ要約者ノ相続人ノ利益ノ為メニ之ヲ為スコトヲ得」(一項)、「主タリ又ハ從タル諾約ハ諾約者ノ相続人ノ負担トシテ之ヲ為スコトヲ得」(二項)と規定した。そして、これらを受けて、旧民法財産編三二五条は、「前二条ノ場合ニ於テ第三者又ハ相続人ノ利益ノ為メニ為シタル要約ハ受益者ノ之ヲ承諾セサル間ハ要約者ハ自己ノ利益ノ為メニ之ヲ廢罷シ又ハ之ヲ他人ニ移転スルコトヲ得」と規定した。仁井田益太郎・解題『舊民法』(日本評論社、一九四三年)五八頁。この制定経緯とフランス民法との関係について、児玉・前掲注(18)四七三頁、とくに四九三頁以下、古畑・前掲注(20)一二八頁以下など参照。

(27) 旧民法財産編三二五条は、第三者のためにする契約が「自己ノ為メ為シタル要約ノ從タリ又ハ諾約者ニ為シタル贈与ノ從タル条件ナルトキハ有効ナリ」と規定していた。前掲注(26)参照。

(28) 法務大臣官房司法法制調査部『法典調査会民法議事速記録三』(商事法務研究会、一九八四年)七八二頁以下。

(29) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(28)七八二頁以下。

(30) 沢木・前掲注(8)五九頁、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法』(13)債権(14)「補訂版」(有斐閣、二〇〇四年)七八一頁「中馬義直Ⅱ新堂明子執筆」。

(31) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅴ各種の債権(2)』(商事法務、二〇一〇年)三六三頁。

(32) 真正な第三者のためにする契約の概念は、ドイツ普通法学のシーゲル、ウンガー、ヴィントシャイトを通じて形成されたものである。船越隆司「契約の第三者に対する保護効―ドイツ民法における『第三者のためにする契約』の発展―」法学新報七一卷六号(一九六八年)一頁以下、九頁。わが国の第三者のためにする契約の真正・不真正の概念については、竹屋芳昭

「第三者のためにする契約」大分経済論集一四卷二号 (一九六二年) 四七頁以下、五〇頁、木村常信「『第三者のためにする契約』再論」産大法学四卷二号 (一九七〇年) 五九頁以下、とくに六一頁―六二頁、我妻・前掲注(1) 一一七頁。

(33) 加藤 (雅)・前掲注(1) 四九頁―五〇頁。すでに Panajotis Al. Papanikolaou, *Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter: Ein Beitrag zu der Dogmatik des Vertrags zugunsten Dritter*, Duncker & Humblot/Berlin, 1977, S.40 ff. が指摘するところである。連帯債権は、民法典に規定がない概念であるが、債権の譲渡・相続や代理が認められなかった時代に活用された。しかし、これらの制度が明確に認められるに至った今日では、連帯債権はあまり活用の余地がないばかりか、弁済を受領した債権者に対する分配請求権が満足されない危険もあるため、使われなくなっている。椿寿夫「『債権法改正の基本方針』についての差し当たっての所感 (中) ―二〇〇九年四月二九日シンポジウム傍聴記」NBL九〇七号 (二〇〇九年) 三五頁。あわせて、西村信雄編『注釈民法 (11) 債権 (2)』(有斐閣、一九六五年) 四七頁「椿寿夫執筆」参照。

(34) 詳細は、石坂・前掲注(16) 二二四七頁以下。なお、従来の学説および判例について、三宅正男『契約法総論』(青林書院、一九七八年) 一一五頁以下に簡単な分析と紹介がある。

(35) 我妻・前掲注(1) 一一五頁。

(36) 石坂・前掲注(16) 二二七五頁以下、民法 (債権法) 改正検討委員会編・前掲注(31) 三六三頁以下など。第三者のためにする契約の法理の適用に関する理論的状况については、春田・前掲注(17) が網羅的にこの問題を取り上げ、詳細である。個別論文として、古軸・前掲注(20) 一二五頁以下、竹屋・前掲注(32) 四七頁、木村常信「『第三者のためにする契約』再論」産大法学四卷二号 (一九七〇年) 五九頁など。

(37) 石坂・前掲注(16) 二二七五頁以下は、ドイツ普通法学説で展開された議論をもとに、承諾説、代理説、伝來說、直接取得説 (契約説・片約説・合同行為説) を紹介し、第三者のためにする契約の理論的根拠を探る。この点につき、あわせて、佐々木・前掲注(23) 五一九頁以下参照。

(38) 民法 (債権法) 改正検討委員会編・前掲注(31) 三六七頁以下は、一一か条の規定 ([3.2.16.01] ~ [3.2.16.11]) を配置するとともに、第三者が取得する権利ないし利益に即して五つの類型を提案する ([3.2.16.01] 〈ア〉 ~ 〈オ〉)。詳しくは、四の

2で検討する。

- (39) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三六四頁。
- (40) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三六四頁。
- (41) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三六四頁。
- (42) 椿・前掲注(4)九六頁以下、九九頁。椿寿夫教授によれば、第三者のためにする契約は古典的多角関係に属するとされる。この点につき、あわせて、伊藤・前掲注(7)一〇八頁参照。
- (43) 我妻・前掲注(1)一一七頁。
- (44) 我妻・前掲注(1)一一七頁。
- (45) 不真正な第三者のためにする契約は、要約者が第三者への給付について財産的価値を有する場合に認められた。この場合、第三者への給付を求める訴権が要約者に付与された。クリンゲルベルク・前掲注(10)一四〇頁。
- (46) 我妻・前掲注(1)一一七頁。なお、前掲注(32)参照。
- (47) 判例は、銀行が甲と通謀し甲より乙に支払うべき金額を乙の預金中に受入れた旨を乙に対して虚偽の通知をしたときは、乙が善意である限り、銀行はかかる金額を乙に払戻すべき義務があるとしている（大判昭和九・五・二五民集一三卷八二九頁）。
- (48) 我妻・前掲注(1)一一九頁、加藤（雅）・前掲注(1)五〇頁などの概説書がほぼ一様に挙げる例である。詳細は、谷口〓五十嵐編・前掲注(30)七〇〇頁以下「中馬〓新堂」（二〇個の契約・取引類型を挙げて第三者のためにする契約の成否を検討する）。
- (49) 大判大正九・一二・一七新聞一八二五号二三頁。
- (50) 最判昭和三八・二・二六民集一七卷一号二四八頁、同昭和四三・一二・五民集三卷一三号二八七六頁。なお、大判昭和六・七・二〇民集一〇卷五六一頁参照。
- (51) 我妻・前掲注(1)一一九頁、加藤（雅）・前掲注(1)五二頁、など。

第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題（長谷川）

- (52) 我妻・前掲注(1)一二〇頁。
- (53) 我妻・前掲注(1)一一五頁―一二六頁。
- (54) 鳩山秀夫『増訂日本債權法各論（上巻）』（岩波書店、一九三二年）一九一頁、末川博『契約法上（総論）』（岩波書店、一九五八年）一二八頁―一二九頁など。
- (55) 我妻・前掲注(1)一二七頁。
- (56) 大判昭和一六・九・三〇民集二〇巻一二三三頁。その消滅時効期間は一年であり、起算点は権利に始期または条件のない限り契約成立の時である。大判大正六・二・一四民録二三輯一五二頁、大判昭和一八・四・一六民集二三巻二七一頁。
- (57) 末川・前掲注(54)一二三頁―一二四頁など。これに対し、我妻・前掲注(1)一二二頁は、財産的色彩の強いことを根拠に、相続や債権者代位権を肯定する。ちなみに、判例は、債権者代位権について肯定している。前掲大判昭和一六・九・三〇。
- (58) 判例は、贈与契約の履行につき、契約当事者の一方が自己に属する特定物に関する物権を第三者に移転すべきことを約したときは、かかる物権はその第三者が債務者に対して契約の利益を享受する意思表示した時に移転し、物権移転のために第三者と債務者との間に更に契約を締結することを要しないとする。大判明治四一・九・二二民録一四輯九〇七頁。同旨、大判昭和五・一〇・二集九巻九三〇頁。
- (59) 大判大正八・二・一民録二五輯二四六頁。もともと、第三者は、負担を拒絶して利益だけを享受することはできない。
- (60) 鳩山・前掲注(54)一七七頁は、受益権が第三者のためにする契約の主要な効力であるとの理由から、受益の意思表示を第三者のためにする契約の効力発生要件とする。
- (61) 藩阿憲「保険受取人の指定・変更新しい保険法の理論と実務（経済法令研究会、二二〇〇七年）一一五頁以下、一一六頁。保険法の前身である旧商法六四七条や六四八条規定（損害保険）、六七五条（生命保険）は、民法五三七条の編纂に先立って起草されたものである。この点は、立法上の沿革として重要な意味を有するものであるにもかかわらず、これまで民法学の立場から十分な検討が行われた痕跡はみあたらない。詳細は、宮島司「他人のためにする生命保険契約」法学研究六六巻一二号（一九九三年）九二頁以下、李鳴「第三者のためにする生命保険契約に関する考察―民法上の第三者のためにする契約等と比

較——」法学政治学論究八三号（二〇〇九年）六九頁以下。民法上の第三者のためにする契約との影響関係は、解釈論にも少なからず影響を与えるものであり、あらためて検討を要するといえよう。

(62) 三苫茂「英米と対象して見たる日本信託の性質」法協四二巻四号（一九二四年）一八頁。

(63) 信託法の規定（八八条一項）は、民法上の規定（五三七条二項）の特則と解する者が多い。たとえば、松村秀樹ほか『概説新信託法』（きんざい、二〇〇八年）二〇六頁、新井誠監修／鈴木正具Ⅱ大串淳子編集『コンメンタール信託法』（ぎょうせい、二〇〇八年）二八九頁。詳細は、長谷川貞之「信託の特質・その多様性と多角的法律関係」法時八一巻一号（二〇〇九年）八八頁以下。

(64) 松本崇『〈特別法コンメンタール〉信託法』（第一法規、一九七二年）五七頁、鈴木Ⅱ大串（編）・前掲注(63)七二頁など。立法担当者や実務家は、信託法の規定を民法上の規定の特則と解している。松村・前掲注(63)二〇六頁、鈴木Ⅱ大串（編）・前掲注(63)二八九頁。ちなみに、保険法八条等の規定は、片面的強行法規と位置づけられており、この規定に違反する特約で保険金受取人に不利なものは無効とされる。藩・前掲注(61)一一五頁、一一六頁以下。

(65) 我妻・前掲注(1)一二五頁など。通説である。

(66) 加藤（雅）・前掲注(1)四九頁—五〇頁。

(67) 大判大正五・七・五民録二二輯一三三六頁。ただし、商法改正前の第三者を受取人とする保険契約につき、保険金受取人変更の有効無効が争われた事案である。判例は、「改正前ノ商法中生命保険ニ関シ民法第535条ノ適用ヲ除外セル規定ナケレハ商法改正前ノ生命保険契約ニ於テ保険金受取人カ第三者ナルトキハ其者ノ権利ハ民法ノ通則ニ従ヒ利益享受ノ意思表示ヲ為シタル時ニ発生シ及ヒ確定シタルモノトス」と判示し、「如上ノ場合ニ於テハ第三者カ保険者ニ対シテ利益享受ノ意思表示ヲ為ス迄ハ保険契約者ハ自由ニ保険金受取人ヲ変更シ又ハ指定スルコトヲ得ヘク敢テ第三者ノ承諾ヲ要セサリシモノトス」した。(68) 鳩山・前掲注(54)一八〇頁、末川・前掲注(54)一二三頁など。これに対し、否定説は、利益とはいえ、第三者の意思に反して強制できないこと、第三者の権利の放棄に遡及効が認められないことなどを、その理由とする。我妻・前掲注(1)一二二頁など。学説の整理として、佐々木・前掲注(23)五二四頁以下。

（第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題（長谷川）

- (69) 供託者と供託所との間において締結される第三者（被供託者）のためにする寄託契約と解するのが判例（最判昭和四五・七・一五民集二四卷七号七七二頁）・通説である。立花宣男監修・福岡法務局ブロック管内供託実務研究会編『供託の知識一六七問』（日本加除出版、二〇〇六年）一〇〇頁参照。

- (70) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三六七頁。
(71) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三六七頁以下。
(72) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三八八頁。
(73) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三七九頁―三八〇頁。
(74) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三八二頁。
(75) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(31)三九六頁。
(76) P. Al. Papanikolaou, a.a.O. (33), S.13ff.

日常行為と可罰的幫助

上野 幸彦

- 一、問題提起―因果的共犯論と日常行為問題の取扱
- 二、ロクシンの見解
- 三、日本での議論
 - (1) 正犯結果との関連を問題とするアプローチ
 - 〔i〕 蓋然性判断の援用―仮定的代替原因の考慮
 - 〔ii〕 客観的帰属論―危険創出・実現連関
 - (2) 共犯の処罰根拠論によるアプローチ
 - 〔i〕 コミュニティに対する危険感
 - 〔ii〕 混合惹起説
- 四、検討
- 五、日本の裁判例

一、問題提起——因果的共犯論と日常行為問題の取扱

日本において主流となつてゐる因果的共犯論は、いわゆる結果無価値論に依拠し、法益に対する侵害ないし危険に
もつづいて処罰されるとする立場から、共犯の場合においても、共犯行為は正犯によつて惹起された法益侵害結果
（危険）と因果的であるがゆゑに処罰されると理解し、共同正犯を含むすべての共犯形式にこの考え方を採つてゐる。^①
旧来の共犯従属性の考え方の中には、正犯の実行が存在する限り、当該正犯の犯罪に從属して共犯が成立し、正犯の
罪名に共犯も從属するという極端な従属性を肯定する見解が見られ、たとえば、承継的共犯の成立においても、中途
関与前の犯罪結果に対してまで正犯者の罪名に從つて共犯の責任を問うものも認められた。^② 因果的共犯論は、このよ
うな過度な共犯従属性の考えを批判して、共犯行為と正犯結果との間の因果性を強調することにより、正犯犯罪に対
する行き過ぎた共犯の從属を排除し、共犯の成立範囲を合理的に限定するという意味を有していた。今日では、正犯
結果との因果性が、当該結果に対する共犯責任を追及するために必要な成立要件であるとして一般に解されるに至つてお
り、^③ 共犯責任を合理的な範囲に限定する試みとして、理論的な根拠を提供した因果的共犯論が果たした役割は大き
い。

しかしながら、因果的共犯論によると、因果性が認められる限り、共犯としての責任を免れないという方向で、逆
に共犯責任が拡大されるといふ危険も内包しているのである。こうした弊害は、日常行為に対する幫助犯の成立範囲
に関して顕著に認められる。日常的に取引されて提供された商品が、犯行に利用された場合、販売者の商品提供行為
と購入者によるその犯行への利用を通じた犯罪結果とは、因果的である。そうすると、当該商品販売行為は客觀的な

幫助構成要件を充たすことになるからである。もつとも、販売者は、被提供者においてその商品を犯行に利用するという認識をもっていないのが通常であろうから、一般的に主観的要件を欠き、幫助犯の成立は認められないといえよう。だが、提供した商品によって被提供者が犯行に出る可能性を認識し、認容していたとすると、提供者に幫助犯が成立するという帰結がもたされる。果たして、日常取引活動において、商品を販売し、その商品によって犯罪が行われた場合、販売者が、購入者による犯行への利用可能性を予期し、それでも構わないという意味態度の存在によって、すべて幫助として可罰的であると評価すべきであろうか。

ハンマーやナイフの販売は、人の身体・生命を侵害する凶器ともなり得るし、依頼された合鍵の製作・提供が他人の住居への侵入に利用される可能性もある。またホテルにおける客室の提供が、管理売春の役に立っているかもしれない。このように日常的な業務や取引であっても、犯罪と結び付く可能性は十分に認められる。ふつう合法的に回復・継続して行われている日常的な取引活動であっても、犯罪行為との関連性を生じる場面がしばしば見られるのである。

さらに、今日インターネットの登場によって、匿名性をもって非常に多くの不特定の人々が交わるサイバー空間が形成され、現実の世界と繋がっている。これを利用して、見ず知らずの者に殺人の依頼を呼びかけたり、法禁物の売買取引を誘引したりする等、負の側面として犯罪に巧みに利用されるケースも生じている。その一端に、匿名性に優れたファイル共有ソフトをネット上で提供した開発者が、そのソフトを意思連絡なくダウンロードして著作権法違反行為（公衆送信権侵害罪）を行った正犯者の幫助犯として起訴された事案（いわゆる Winny 事件）も位置づけられるかもしれない。ネット上で提供した自己のファイル共有ソフトが著作権侵害の手段として利用された以上、侵害結果とソ

フトの提供は因果的である。したがって、因果的共犯論によれば、提供者にダウンロードした不特定多数人の中に著作権侵害に利用する者もあり得るといふ認識・認容が存在する限り、可罰的な幫助が成立するという帰結も容易に導かれ得る。実際に、西田教授は、未必の故意による概括的幫助犯が成立すると主張されている。⁽⁴⁾ そうだとすると、インターネット事業者、プロバイダー、通信回線事業者、さらにパソコン製造メーカー、種々のソフト提供者等において、利用者の中に、著作権侵害をはじめ、サイトへの名誉棄損、侮辱といった犯罪を構成する書き込みを行ったり、麻薬等の法禁物の売買宣伝、詐欺等の犯罪行為に関与する者を巧みに誘引する書き込み等を行う者がいる、あるいは実際にそのように利用されているという認識を有している場合には、幫助として処罰することも理論上可能であるという結論に至るのではないだろうか。

加えて、判例の採る共謀共同正犯理論によれば、共謀は犯罪事実であるから、飲食店で客が殺人の謀議を行つてゐるのを耳にした店主や従業員が、共同謀議が行われていることを認識しながら食事や酒その他の飲料を提供したとすると、謀議の機会ないし場所を提供したとして、殺人罪の幫助として刑事責任が問われるかもしれない。

このように、日常行為は、至る所で犯罪と接する可能性があり、かつ実際に正犯者の行為を媒介として犯罪と繋がっている。こうした状況の下で、犯罪結果と因果的である限り、故意の要件が満たされさえすれば、共犯として可罰的であるとする考え方に依るときは、その処罰の射程はかなり広汎に亘ることにならざるを得ないであろう。寄与が正犯結果と因果的であれば客観的幫助構成要件を充たすと考える因果的共犯論に依拠するだけでは、主観的要件が付け加わるにより常に幫助犯として処罰可能であるという帰結が導かれ、日常行為の問題について、可罰的幫助の成立を合理的な範囲内に限定することが困難であり、妥当な結論を得るに十分でないとするれば、⁽⁵⁾ 寄与者の行為と犯

罪（正犯）結果との間における因果性ないし客観的な帰属関係の次元で一定の限定を試みる見解が登場することにも合理的な理由があるというべきであろう。

そこで、日常行為に対する刑事責任の存否について、刑法第六二条が規定する可罰的である「幫助」の概念を明らかにすることを通じて、幫助犯の成否という観点から、日常行為に対する可罰性の範囲を明確に提示することが、本稿の課題である。

二、ロクシンの見解

中立的行為ないし日常行為と幫助犯の成否に関する問題について、ドイツでは、RGにおいても取り扱われていた。もともと、そこでは、断片的な判断が行われていたに止まり、理論的に首尾一貫した解釈が採られていたわけではない。この問題が、「流行のテーマ」となったのは、近時のスイスにおける判決や、ドイツでも注目すべき一連の判決が出るに及んで以降のことである。この間、数多くの文献が著され、学説上の議論も大きな変貌を遂げたのである。このような近時におけるドイツでの盛んな議論について、日本でも、既に本格的な研究が行われているので、それらの紹介は、先行する優れた研究に委ねることとし、ここでは、そうしたドイツでの様々な議論の下で、独自の見解を展開し、スイスの判例に採用され、近時におけるドイツの判例にも理論的な統一的基盤を形成するうえで影響を与えたともいわれるロクシンの見解を取り上げ、本稿のテーマに対する取り組みの出発点としたい。そこで示される数多くの見解との議論は、日本における諸学説を検討するうえでも、多いに参考となり、有益であると思われるからである。^⑦

(1) ロクシンは、故意による因果的な危険の増加がつねに可罰的な幫助となるわけではないとして、日常ほとんどふつうの職業の遂行の枠内において行われている中立的な行為の問題を取り上げている。すなわち、小売商人が、何者かにハンマーやねじ回しを販売する場合に、この者がそれで他人の頭を殴ったり、侵入を行うであろう、と知っていたり、察していたり、心配していたとすれば、可罰的幫助であるのか、銀行員が顧客の金をその求めに応じて匿名の資金移動という方法でルクセンブルクへ振り替え、その際に客がその移転を脱税の目的で行っていることを知っている場合、幫助として責を負うのか、工場主に原料を納入している者が、その加工の過程で環境刑法の構成要件に違反していると知っている場合、幫助として可罰的となるのか、さらに、職人に仕事を依頼し代金を支払った者が、この職人がその収入の税を払っていないと聞き知っている場合、脱税の幫助を行っているのかという具体的な事例を挙げて問題を提起し、⁽⁸⁾ 寄与者が正犯者の犯行決意を知っている場合とそうでない場合とを区別して、検討を進めている。

ロクシン説の骨子は、「中立的行為」とか「日常的行為」という概念が存在するわけではないとして、第三者が正犯者の犯罪決意を確実に認識している場合と単に正犯の犯行を予期している場合とに二分化して、前者の場合には正犯行為との「犯罪的意味連関」を基準にして可罰的幫助の成否を判断し、後者の場合には「信賴の原則」の適用問題として処理するというものである。

(2) ロクシンは、多くの場合には、第三者が正犯者の犯罪決意に関する認識をもっており、その寄与の犯罪的な利用の可能性を考慮しているに過ぎないであろうとし、たとえば、ねじ回しの販売者が、購入者が侵入目的のためにその道具を利用するつもりであることは知らないが、その怪しい様子からそうかもしれないと思いながら販売に応じ

た場合、未必の故意をもった幫助であるか否かを考えてみなければならぬとして、そのような場合は、通常信賴の原則によって否定することができると主張する。他人の「認識可能な犯行傾向」によって信賴の原則が覆されるのではない限り、誰でも、他人が故意の犯罪行為を行うものではない、ということを経信してもよいのである。信賴の原則は、過失犯と同様に故意犯にも妥当するものであり、信賴の原則によって根拠づけられた許された危険により、客觀的な構成要件の帰属が排除されているのであれば、もはや故意の問題は成立しない。そして、認識可能な犯行傾向とは、犯罪的な利用目的の蓋然性を抱かせる具体的な手掛りを必要とするという見地から、「怪しい様子」という主觀的な印象では、認識可能な犯行傾向の根拠としては十分といえず、先の事例では幫助を否定すべきであると説く。しかし、腹を立てて通りで喧嘩を行っている共犯者が、視界内にあった店で武器を購入するような場合には、販売者はその武器が身体傷害の実行に利用されるであろうことを考慮しているのであるから、未必の故意をもって行った幫助としてその犯罪に対する責任と関係づけられ得る、⁽⁹⁾というのである。

このように、ロクシンによれば、ほとんどの日常行為とくに日常生活上の取引活動において、提供した物が計画された犯罪に利用されることを確実に認識していることは稀で、未必の故意で行われた幫助の承認も、たいてい信賴の原則によって頓挫するから、日常行為はしばしば可罰性を帯びない。未必の故意の事例において、第三者の故意が許されない危険に及んでいないのであるから、法益の攻撃に欠ける。ロクシンは、ここで展開した可罰性の限界が共犯の処罰根拠および一般的な帰属原理に因るものである、⁽¹⁰⁾という。

(3) 日常的な取引活動について、通常は信賴の原則の射程に入り、許された危険の範囲に属するので、正犯によって犯罪実行に利用される寄与であつたとしても、犯罪結果との客觀的な帰属が認められないため、不可罰な幫助に過

ぎない。しかし、正犯者の犯行ないしその決意を確実に認識していたり、認識可能な犯行傾向が存在するときは、もはや取引相手の合法な行為を信賴することが許されず、許された危険の圏外となる。そこで、ロクシンは、この場合、すなわち正犯者の犯罪決意を知っている場合について検討を行う。

ロクシンは、第三者が正犯者の犯罪決意を知っており、その寄与が「犯罪的な意味連関」を有する場合に可罰的な幫助が認められると説く。¹¹

それは、第三者がそのような犯罪的性質としてのある行為を促進すると意識している事例である。自己の家事用品店でハンマーを販売し、購入者の申告や第三者の情報によつて、取得者が他人をそれで殺すつもりであるということを知っているのであれば、殺人の幫助として可罰的であるし、ねじ回しや類似の道具を、窃盗団の頭であるとか知らず知らずの男に売却し、それによつて彼が侵入のための工具に利用するであろうことを知っている場合も、同様に侵入窃盗の幫助を行うものである。¹²そして、直接に促進される行為が適法であるとしても、第三者が認識しているように、正犯者によつてその実行の唯一の目的が犯罪行為の可能性や容易化にあるのであれば、犯罪的意味連関は存在すると説明し、脱税の手段として行われたルクセンブルグの匿名口座への資金移動に關与した銀行員の事例について、計画された脱税なしには意味がないのであるから、犯罪的意味連関があり、可罰的幫助を肯定する。¹³

しかし、促進的寄与が、正犯者によつてのみ意味があり、有用であるときみなされている適法な行為に關連しており、それに依存せず、独立した決意にもとづく犯罪実行の前提となっている場合には、犯罪的意味連関が欠ける、という。たとえば、工場主に原料を納入している者につき、その処理の際あるいはその後、納入者が知っているように、この工場主が環境保護規定に違反している場合に、それ自体として工場主によつて意味のある合法な行為（工業製品の

製造」を促進しているのであって、犯罪的意味連関をもたない。環境規定の違反は、もっぱら工場主の答責性に帰するのである。同様に、職人の仕事に対する注文や支払いについても、それ自体に意味のある完全に合法的な事象である。したがって、注文主が、職人がその収入から生じる税をごまかすつもりであることを知っている場合に、職人への注文が犯罪実行の前提であるとしても、犯罪的意味連関は成立し得ない。なぜなら、注文の客観的な意味は、非犯罪的な性質の仕事を行うことに限定しているからである。¹⁴

ロクシンは、以上のように、正犯者の犯行決意を知らながら、寄与を行つた者について、その寄与が犯罪的意味連関の性質を有する場合に、可罰的な幫助を認めるのである。

(4) そのうえで、自己の以上の見解と比較して制限的であつたり、拡大的な諸見解に対する批判を展開する。

まず、ねじ回しの販売の事例で、販売者が購入者においてそれを侵入窃盗の遂行のために利用することを知っている場合にも、不可罰とする見解が取り上げられる。こうした結論は、ヤコブスやシューマンによつて導かれている。ヤコブスは、一般に「日常生活上の交換業務」を刑罰から免除しているのである。¹⁵これに対して、ロクシンは、正犯者によつて取得された物が彼にとつて犯罪実行の手段として有用であり、犯罪的意味連関があるのであって、販売者がこのことを知っているのであれば、「中立的な」日常取引という性格を失い、法益への攻撃となると。そして、さらに次のようにいう。購入者が販売者に、買った品物を侵入に利用するつもりであると打ち明けていたとすれば、「普通の」販売活動であつたとしても、幫助を否定することは困難であろう。そうだとすると、販売者がその情報を他の方法で（盗み聞きや正犯者の友人から）得た場合に、なぜ異なるのであろうか、と。¹⁶

ヤコブスはさらに侵入がねじ回しなしでも失敗しないであろうということを指摘するが、ロクシンは、この道具が

作用した犯罪の促進の不可罰性に関してまったく理由にはならないと批判する。なぜなら、この場合に、仮定的な因果経路（他にもねじ回しの可能な調達）が不当な方法で幫助の否認のために用いられているからである。⁽¹⁷⁾

(5) また、シューマンは、彼によつて共犯の前提として要求されている正犯者との「連帯化」を欠くとして、ねじ回し事例を不可罰とする⁽¹⁸⁾。販売者は、正犯の犯行と「一緒に」行っているわけではないからである。販売者は、「未だ合法的な予備の段階で」その寄与を行ったもので、正犯の犯行と連帯していない。そうすると、実行の段階で売買が行われたときは、異なることになる。この場合に、「連帯化の印象」が「犯行の近接さ」によつて成立するというのである。しかし、シューマンの「犯行の近接さ」という基準は、はつきりしていない。ねじ回しの手交が前か後かというような事情は、その犯罪促進的な作用に何の影響もないのに、なぜ販売の時点が幫助の成立を決定するのか、分らないからである。⁽¹⁹⁾

(6) そして、ロクシンは、日常的行為自体というものは存在せず、ある行為の性格は、その行為が利用される目的によつて規定されるのであると説き、その例として、銃器の使用における指導について、射撃協会の訓練の際に行われる場合には、中立的な日常行為であるが、被害者に命中させるために正犯者を支援するつもりで行われる場合には、殺人の幫助であると説明する。ゆえに、「日常行為」という概念は、区別づけることができず、「日常生活上の通常の取引業務」によつて制限できるものではないし、可罰的幫助を許された行為と区別することに不適當である、⁽²⁰⁾というのである。

この観点から、ロクシンは、日常行為を「社会的相当性」にもとづいて可罰性を一律に制限する見解や、社会的相当性という不明確な概念を「職業的な相当性」として精確化しようとするハッセマーの見解⁽²¹⁾に対して、批判を加え

る。すなわち、社会的あるいは職業的な通常性というのは、規範的な正当性の基準を提供するものではない、というのである。そこで、この結論を支持する BGHSt 46, 113 の判決文を引用する。「『中立的な』、『職業典型的な』または『職業的に相当な』行為に関する一般的な不可罰性は、考慮に値しない。日常行為も職業典型的な行為もあらゆる場合に中立的であるわけではなく、それぞれの行為は、可罰的なコンテクストの中に置かれ得るのである。それゆえ、それらの概念は、可罰的な幫助を許される行為と区別するうえで、まったく適したものではない。」⁽²²⁾

さらに、一定の場合に相当性の領域を限度を超えて認めるとすれば、職業的な相当性の観点は、幫助の可罰性を限定するために利用可能な基準でもないという。その例として、脱税を容易にするカムフラージュされた資金の振り替えないし具体的な助言 (LG Wuppertal 1999, 474)、あるいは他人の犯罪計画に関する規制への対応の場合を挙げて、ある銀行によって促進された行為の唯一の目的が脱税の容易化にあるという認識は、幫助の可罰性を根拠づける、と主張する。⁽²³⁾

(7) また、その危険性のゆえに自由に販売できない品物の場合には、犯罪利用意図を知らながら提供することはつねに幫助の可罰性を導き、一般に利用可能な商品の提供については、犯行への近接さによるとするプッペの見解⁽²⁴⁾に対して、ロクシンは、自由に販売できる犯行手段かそうではないのかという区別にも犯行の近接さにもとづくことにも異論を唱える。「計画的な毒殺の場合に悪意のある販売者の可罰性が、正犯者が記載義務のある毒薬を購入したのか、それとも自分で調合するために自由に手に入る成分を購入したのか、ということに依存し得るのであろうか」というニーダーマイアーの批判⁽²⁵⁾を引用しながら、それは、当罰性の観点から理解できないばかりでなく、自由な販売の禁止は、事故や過失による法益侵害の防止に比べて、—ありとあらゆる自由に利用できる品物で遂行する—故意犯の防止

にはあまり働かない、という点を見過ぎすものであろう、と論難する。⁽²⁶⁾

また、犯行の近接さという基準について、プッペは、予備の段階では、正犯者が実際に犯行を行うかどうか知り得ないが、犯行直前の場合にはもはや他の方法によって行うことはほとんどないという点を根拠とするが、正犯者は、犯行の前でもまたその開始後であつてもなお、中止したり手を引くかどうか、手中にしているのである。幫助は、たいてい予備の段階で行われるのであるから、なぜその事情が不可罰をもたらすのか、明らかではない、と。⁽²⁷⁾

(8) ヴォーラースは、日常行為の可罰性を三つの客観的に定められた状況に制限している。一定の詳細な規範の侵害の場合、保護ないし援助義務違反、それにある行為が犯罪的な目標の利用として解釈されうる場合である。⁽²⁸⁾ ロクシンは、第三のケースは、犯罪的意味連関の現象形式であるが、前二者は、既述したようにあまりに制限的であるとい⁽²⁹⁾う。

(9) ロクシンによってここで展開された正犯者の犯罪決意の確実な認識のある場合と事後に生じる様々な可能性を予期した場合との区別に対する異論もある。たとえば、ヴァイゲントは、信頼の原則が、その結果を考慮に入れた場合にはあてはまるが、その発生を確実に認識した場合にはあてはまらないというのは、しっかりと支えられた根拠を欠くと考えている。⁽³⁰⁾ これに対して、ロクシンは、次のように反論する。この場合に、信頼の原則が、一般的に承認されている客観的な帰属の原理である、ということが見過ごされている、と。何かを確かに知っている者は、論理的にその反対のことを信用することはできないし、信用するわけがない。状況から見て被幫助者の認識可能な犯行傾向が知覚できるのでない限り、一般的な懸念を抱いているだけの者は、彼に頼まれた援助を行わなければならないのであり、彼の合法的な行為を信頼して良いのである。なぜなら、もしそうでなければ、機能的に作用する社会生活は不可

能となるだろう。日常行為は、許された危険の中にあり、その現象形式に信頼の原則も属しているのである。つまりここで行った区分化は、決してこのためだけの構成ではなく、一般的に妥当する帰属原則の一適用なのである。⁽³¹⁾

(10) また、ベケンパーは、「誰でも、通常、他人が故意の犯罪行為を行うものではないということを信頼しうる。しかし、未必の故意がある場合には、幫助者は、正犯者が犯罪行為を行わないだろうと信頼してはいない。」⁽³²⁾というこれに対して、たとえば、ねじ回しの販売者が、怪しげに見える購入者がそれによつて侵入を行うつもりであるか否か気をもんだとしても、犯罪行為は起こらないと信頼しているのであれば、彼は認識のある過失で行為を行っているだけで不可罰であろう。つまり、その命題は、「疑いを持つている」寄与者の可罰性について、一般的な未必の故意と認識のある過失との区別の問題であり、信頼の原則はそれに何も付け加えるものではないということである。ロクシンは、これは誤っているという。信頼の原則は、許された危険の明確な表れとして客観的な構成要件の帰属に該当する。信頼の原則が介入する場合、ねじ回しの販売者が怪しげに見える購入者による計画された利用について知らないものであるから、既に幫助の客観的な構成要件に当たらないので、もはや主観的な構成要件や未必の故意と認識のある過失との区別も問題とはならない。販売者が購入者による犯罪遂行を真剣に心配したのかそれとも最終的にその法への忠実を信頼したのかということは、まったくどうでもよいことである。⁽³³⁾

(11) 上述のような議論を通じて形成された自己の見解にもとづいて、ロクシンはドイツの判例について論評する。

この問題を取り扱ったRGの判例のうち、売春宿の所有者に対するパン屋や肉屋の提供を売春斡旋の幫助として処罰することを否定する判断(RGSt39, 44, 48)を正当であるとする。その理由は、食品の摂取は合法であり、決して犯罪の促進とはならないからである。つまり、犯罪的意味連関を欠くという。これに対して、売春宿にワインを提供し

た場合について特別な方法で売春行為を促進したとするRGの判断⁽³⁴⁾について、あまりに厳しすぎるという。ワインは、一般的で、売春の客だけではなくふつうの嗜好品であるから、その限りで犯罪的意味連関が欠けるというのである。⁽³⁵⁾

また、売り上げについて納税義務者によるそれから生じる売上税の脱税の際に――従業員などの――あらゆる協働が納税違反の幫助として認められるという見解を退けたBGH判決（BGHR StGB§ 27Abs. 1Hilfleistung3.）を、犯罪的意味連関を欠く事例として、妥当とする。⁽³⁶⁾

以上に対して、薬物の売人を犯行地まで車で送った者（BGH GA1981, 133）や侵入者をそこにタクシーで出迎えた者（BGHSt4, 107）は、窃盗幫助者あるいは犯人疵護者として正当に処罰されるという。なぜなら、タクシーの走行は、窃盗犯にとってもつばら犯罪促進的な機能をもっているからである、と。⁽³⁷⁾

日常行為に関する最近の議論でまず最初に問題となった一九九三年のスイス連邦裁判所の判決（Schweiz. BGE119（1993）, 289, Nr. 55.）について、ロクシンはここで支持した見解に従うものであると評価する。事案は、アフリカ産の羚羊の肉を売却していた者が、買い手がその肉をヨーロッパ産の野生の肉と偽って、詐欺行為で販売することを知っており、詐欺の幫助に問われたものである。裁判所は、納入者がヨーロッパ産の野生の肉と見せかけた場合にのみ儲けになる販売となりうることを知っており、「その納入は、可罰的な行為なしには意味がないのであり、犯罪的意味連関を肯定することができる。」として、可罰的な幫助を採用した。⁽³⁸⁾ ロクシンは、これになにも付け加えることはないとする。⁽³⁹⁾

そして、BGH第五部の原則的な判例として、一九九八、一九九九、二〇〇〇年の判決が取り上げられる。

第一の判決は、背任の幫助で起訴された公証人に関する事件である (BGH NZStZ RR1999, 184)。この公証人は、次のような根拠で彼の行為を不可罰であると説明した。「職業上相当な枠内で行われたものであり、委任により公証人の仕事にふさわしい任務を守ったに過ぎず、それは中立的であると考えられ可罰的な行為を示すものではない。少なくともそのような行為の場合に、条件付きの故意だけでは、…幫助を認めるのに足りないであろう。」BGHは、それに異論を唱え、被告人は「職業類型的な許された危険」の限度を超え、「認識可能である犯行傾向のある正犯者を促進させた」⁴⁰「その前提の下では、単なる条件付きの故意の承認は背任の幫助にとつて十分である。」この判決は、正犯者の犯行決意に関する確実とはいえない認識の場合に、ここで支持された見解によつて信頼の原則を顧慮して、その前提に利用される認識可能な犯行傾向の基準にもとづいて、正当にもその適用を拒否したものであるという。

第二の判決は、詐欺の幫助として起訴された弁護士の事案である (BGH NZStZ2000, 34)。

BGHは次のように述べている。「正犯者の行為がもつばら可罰的な行為を行うことを目指し、このことを幫助を行う者が知っているのであれば、その行為寄与は幫助行為と評価することができる。この場合には、彼の作為はいつでも『日常的な性質』を失うのである。他方、幫助を行う者が、彼によつてなされた寄与がどのように正犯行為者によつて利用されるのか知らなかったり、単に彼の作為が犯罪行為の遂行に役立ちうると考えた場合には、彼の行為は、通常、彼によつて認識された被幫助者の可罰的な行為の危険が、幫助を行うことによつて、認識可能な犯行傾向のある正犯者の促進を図ったものであるという程度に達し、可罰的な幫助行為として未だ評価することはできない。」ロクシンによれば、この場合に、確実とはいえない認識に関して、前の背任判決の原則に結び付けられて、さらに確実な認識と単に可能であると思うこととの区別が受け継がれており、犯罪的な意味連関の必要性は明示的には語られて

いないが、「正犯行為者の行為がもつばある可罰的な行為を行うことを目指している」という文言によって暗に指している、と分析する。こうして、ロクシンは、新しい判例において、ここで展開された解決が普及するに至ったと⁽⁴¹⁾いうことができる主張している。

第三の判決（BGHSt46, 107）では、BGHは、既にパンフレット事件で示された一般的に妥当すると説明された原則を脱税に利用された外国への資金移動の際の銀行職員の協力の問題に転用している。BGHは文言的にそこでの判断の原則を繰り返して、数多くの文献上の反対の意見を否定する。その際、BGHは、次のことを前提としている。被告の銀行職員が匿名の金銭の振り替えが顧客の脱税意図の一部であると確実に認識しているのか、確実に知らないと⁽⁴²⁾しても、そのような意図を考えに入れたのであれば、顧客の認識可能な犯行傾向が幫助の可罰性を生む、ということ。ロクシンは、それにまったく賛成している。

以上に見たように、ロクシンは、「中立的行為」とか「職業的行為」という範疇化による特別な処理には反対し、一般的な幫助犯の成立の問題として取り扱う。そして、寄与と正犯結果との間における因果的な危険増加が認められることを前提として、⁽⁴³⁾日常行為について、一般に「信賴の原則」の適用によって許された危険として不可罰とする結論を導き、その射程外にある行為について、「犯罪的意味連関」の有無を検討することによって、可罰的幫助の限界づけを図るのである。⁽⁴⁴⁾

三、日本での議論

日常行為ないし中立的行為をめぐるドイツでの盛んな議論の影響を受けて、近時、日本でも—それらの議論を参考

としながら、興味深い独自の見解が示されるに至っている。この問題に対する基本的なアプローチには、大別して二つのタイプを見い出すことができる。その一つは、正犯結果との関連性という観点から、この問題を取り扱う見解であり、他の一つは、共犯の処罰根拠論と関連させてこの問題の解決を目指す見解である。

(1) 正犯結果との関連を問題とするアプローチ

〔i〕蓋然性判断の援用―仮定的代替原因の考慮

さて、日本では、前述した因果的共犯論の問題を意識して、近時、島田教授は、仮定的代替原因を考慮することによつて蓋然性の判断を行い、これにより共犯の成立範囲の限定を試みる見解を示されている。⁽⁴⁶⁾ 島田教授によれば、共犯成立に必要な因果性（結果帰属基準）は「正犯者の自律的決定が共犯者の影響下にあること、つまり共犯行為によつて、当該具体的結果との関係で正犯行為が、結果発生 of 蓋然性を高められ、かつその作用が当該結果発生に至る正犯者の最終的行為の時点までおよんでいる」場合に認められる。⁽⁴⁷⁾ そこで、蓋然性が高められたか否かの判断において、一定の仮定的代替原因を考慮することが必要不可欠であり、⁽⁴⁸⁾ 「その存在によつて結果が同様に実現されていたであろう仮定的代替原因の介入が、共犯行為の時点において、かなり高度の蓋然性を持つて見込まれる場合に」⁽⁴⁹⁾ は、因果性が否定されると説かれ、具体的な事例群を挙げて、それについて詳細な分析と検討が行われている。⁽⁵⁰⁾

この考えは、いわゆる結果無価値論を前提として、共犯行為と正犯（犯罪）結果との間に―コンディチオ・シネ・クヴァ・ノンの公式の意味での条件関係（必須条件に限らない）のほかに―、結果帰属にとつて蓋然性（換言すると、結果発生に対する相当な危険の発生ともいえるか）を必要とする立場から、共犯の成立範囲に一定の限定を試みる見解で、

その蓋然性判断において、相当因果関係論で用いられる相当性の判断枠組みを活用して、——いわば共犯の場合についても相当因果関係における相当性の判断を行うことによつて——、相当とはいえない、つまり結果発生の蓋然性の低い寄与行為を排除しようとするものであるように思われる。相当因果関係論の折衷説によると、相当性を判断する際に基礎とする事情は、行為時の事情および予見可能な将来の事情である。共犯の場合には、正犯者による行為という（他）人の任意な行為が介在するので、この正犯者の行為の予測が不可欠であるが、この見解は、おそらくこの点において仮定的代替原因を考慮することが不可避であると考えるのであろう。

そこで、関与行為と結果との因果性の判断（「正犯行為に対する相当因果関係の起点となる危険」）について、考慮されるべき代替原因を整理して、次のような基準が示されている⁵¹。まず、現実に行われた関与行為が存在しなかったとしたら、その行為と同様の効果がある行為を、正犯者あるいは第三者が代わって行っていた高度の蓋然性があるか否かを検討し、「i」そのような高度の蓋然性が認められない場合には、当該関与行為のある状態とない状態とを単純に比較して正犯の犯行実現の蓋然性が高められたか否かを検討する。「ii」現実に行われた関与行為と同様の効果のある行為が高度の蓋然性を持って見込まれる場合（但し、それが犯罪行為に当たる場合を除く。）には、その行為によつて危険性の観点から見て、同様の効果が生じていたか否かを検討する、というものである。

以上の基準にもとづいて、提供した物が利用された場合の物理的因果性につき、侵入窃盗に利用されると知りながら、ねじ回しを販売するという具体的事例に関して、「明らかに同性能のねじ回しが側の他の店で簡単に買える場合」には、因果性を欠き、不可罰となると説かれる⁵²。すなわち、この場合には、その者がねじ回しを販売提供しないとしても、正犯者は付近にある店からも容易に調達できるため、犯行実現の蓋然性を高めたとは判断することができず、

因果性を認めることができないというのである。

これに対して、正犯者が居住し、その犯行圏内に、ねじ回しを販売している店が一軒しかない場合や、ねじ回しを販売する店はいくつか存在するものの、他店で販売されていたねじ回しはいずれも性能が劣っていたとすると、物理的因果性が肯定されることになり、提供者は可罰的ともなり得る。それでは、近所に親戚や知り合いがおり、そこからでも調達できたといえる事情が存在した場合や、正犯者がもしねじ回しが手に入らなければ、ハンマーやペンチを使って侵入しようと計画していたら、どうなるのであろうか。このように考慮する諸事情は、個別の事件においてかなり多様で、しかも、——おそらく、いかに個別具体の事情を積み上げてもお——実はその範囲について必ずしも明確とはならない（つまり不確定な）場合もあり得るように思われる。同一の寄与行為でありながら、何故、販売店舗の寡やそこで販売されている商品の性能次第で、犯罪が成立したり、しなかったりするのでしょうか。この結論と、法益保護という観点——被害者の侵害利益に異なるところはない——は、どのように結合しているのであろうか。目の前の客が犯行に利用することを承知しながら商品を提供し、購入者が実際にそれを用いて住居侵入窃盗を行ったという、現実に生じた事実は、どうなったのであろうか。犯行に役立ち得る品物を提供し、それを犯行手段として用いて犯罪が遂行された場合、提供から犯罪結果に至る一連のプロセスに、特段の不相当な事情が存在するわけではないにもかかわらず、犯罪結果との（物理的）因果性が認められたり、認められなかったりするという帰結には、理解しにくい面のあることも否定できないであろう。⁽⁵³⁾

そもそも、いま問題としているのは、寄与行為と正犯者によって遂行された犯罪結果との関係である。幫助をその作用に着目して機能的に観察すると、犯行手段の提供、犯行機会の提供、利益の提供や情報の提供それに直接の犯行

への現場関与が主要なものである。構成要件は、それを充たす結果との客観的な事実として、犯行のために提供された物やサーヴィスが、実際に正犯の犯行にその作用を及ぼし、結果に影響を与えたことを要求しているのであって、これ以上でも以下でもない。もしそうだとすると、侵入に役立ち得る性質を備える物品を販売提供し、購入者が実際にこれを利用して犯行を行い、侵入を果たしたのであれば、その提供行為と侵入結果とは疑いもなく因果的である。なぜなら、販売した物品が侵入の犯行に役立っているからである。犯罪の実現にとって役立ち得る性質を有する限り、いつでも法益を攻撃するのに利用でき、この意味において、法益を侵害したり危険にする可能性が認められよう。そして、—実際に起きた出来事以外の事情を考慮したり、それと比較したりすることなく—現実に正犯者によって実現された具体的な犯罪結果との関係における寄与行為自体の危険性を判断することも十分可能である。正犯者や第三者の選択的な行為の確率は、現実には生じた事実を変更するものではない。刑事責任は、過去の行為事実に対して生じるもので、その事実の発生可能性によって左右されるというわけではないであろう。実際に起きた出来事は一つであって、他の起こり得た事情を想定して、それとの比較を通じて蓋然性ないし危険性を判断するという方法は、現実にはそうではなかった仮想事情を基準に判断を行っているが、それはあくまで非現実の仮想に過ぎない。しかも真に確たる仮定といえるのかどうか、—論者の詳細な分析にもかかわらず、様々なあり得る事情は際限なく（自由に）想定できる余地もあり—、必ずしも定かではないように思われる。⁵⁴ そうすると、そのような不確かで曖昧な基準によつて、刑事責任の有無に直結する判断を行うことに、疑問も生じよう。単独（正）犯の場合にも、しばしば仮定的条件の設定に関して問題となっており、これを共犯の場合に持ち込むものである。やはり、仮定的代替原因を考慮するという方法の採用には、疑問を覚えざるを得ない。⁵⁵ ロクシンも、一貫して仮定的代替条件を考慮することは妥当で

ないと述べている。⁽⁵⁶⁾

また、島田教授は、日常行為ないし中立的行為と幫助犯の成立の問題を、蓋然性の問題として位置づけて、その解決を図っておられる。しかし、ロクシンの議論からも明らかなように、このテーマは、寄与行為の不法性に（も）関連しており、その問題の性質上、因果関係論によって解消できるというわけではないように思われる。山中教授が指摘されているように、「中立的行為の幫助の成立要件の問題が、仮定的代替原因の考慮という一般的な因果関係の問題に還元されている点」に問題がある。⁽⁵⁷⁾

島田教授とほぼ同様の手法で、事例を細分化したうえで、仮定的代替原因を考慮しつつ可罰的幫助が成立する要件について詳細に検討を行い、その精緻化を試みられる西貝氏は、――あたかも幫助犯処罰のための要件事実のマニュアルとも呼ぶべき――その詳細な要件の検討において、先に例示した物の提供のケースについて、他の店で当該物と同種の物を買えたことまで考慮するのは妥当でないとして、島田説の結論に反対しておられる。⁽⁵⁸⁾ このことは、仮定する代替原因の設定や範囲が、論者によって必ずしも定かではなく、可変的であるという実情を示している。その結果として、可罰的幫助となるか否かの結論も分れることになる。同一の寄与行為であったとしても、想定する代替原因によって結論が左右されるだけでなく、考慮する代替原因の選択やその範囲についても明確ではないとすると、いったい市民は、何を頼りに幫助として処罰される範囲や限界を判断すればよいのであろうか。刑法が刑罰法規を明確な形で公示することによって、一般市民に対して犯罪行為として処罰される範囲を明らかにし、犯罪から遠ざける一般予防的機能を果たすと同時に、可罰範囲をはっきりと限界づけることによって、その範囲外の行為の自由を絶対的に保障するという役割を担っているとすると、分厚いマニュアルを読まなければ可罰範囲が理解できず、しかもそのマ

ニユアルには内容の異なる複数の版が流通しているという状況は、好ましいものではないであろう。

刑法解釈学が、刑法の一般予防的機能ならびに自由保障機能の促進にも奉仕すべきであると考えるのであれば、「幫助」という多義的な概念について、刑法が内在させている基本原理や認識⁵⁹できる刑法体系にもとづいて合理的に可罰性を導く明確な指針ないし基準を示すことが重要なのではないだろうか。このような刑法解釈学の目的ないし課題に照らして、一般市民が信頼し得る行為規範を明確に提示する必要も重要であるとすれば、詳細な個別事案における様々な事情——假定事情も含めて——を勘案しなければ、可罰的となるか否か、有罪か無罪か判断できないとする解釈の提案だけでは、残念ながら、その目的を十分に達成しているとは評価できないように思われる。わたくしとしては、この観点からも、仮定的代替原因を考慮する判断方法には疑問を抱かざるを得ない。

〔ii〕 客観的帰属論——危険創出・実現連関

客観的帰属論の立場から、実行行為に対する特殊な危険の創出および正犯の実行の着手への危険の実現を、正犯結果を援助行為に帰属させる要件とし、それらの判断を通じて解決を試みておられるのが、山中教授である。⁶⁰ 山中教授によれば、片面的幫助のケースにおいて、犯罪に使用されると知りながら法禁物を提供する場合は、原則として法的に否認された危険創出行為に該当し可罰的幫助となるのに対して、日常使用危険物を提供する場合には、犯罪に使用されることが明白である場合を除き、犯罪計画を知っているときは許されざる危険創出は肯定されるものの、——取引関係が非個人的・画一的で——犯行を知らない場合にも間違いなく販売しているのであるから、正犯行為が行われる危険を増加させているわけではなく、危険実現連関が否定され、不可罰となる。⁶¹ また、日常的業務行為の範囲内の役務

の提供については、通常の業務の範囲内で行為したかどうかを基準にして、可罰的幫助の成否が判断される。⁶²⁾

この見解の特徴は、寄与行為が結果に対して客観的な責任を生じる要件として、(事前判断としての)危険創出および(事後判断としての)結果への危険実現を必要とすると解する客観的帰属論の立場から、中立的行為の問題について、危険創出および危険実現の有無の判断を通じて、幫助犯の成立を限界づけようと試みる点に認められる。

しかしながら、日常取引活動において、犯行にも役立ち得る品物を、購入者が犯罪に利用することを知りながら販売した場合に、犯罪の実現を促進する有効な手段の提供として危険創出を認めながら、現実はその購入者がその商品を利用して犯罪を実行しているにもかかわらず、結果の中に危険の実現は認められないと判断する理由が、必ずしも明らかではないように思われる。犯行に役立つ物を提供し、それが実際に利用されて犯行の役に立ったとすれば、危険を創出し、それが現実化したと評価・判断することも、客観的帰属論の見地において理論上まったく支障がないように考えられるからである。にもかかわらず、山中教授が、危険実現連関を否定されているのは、実は、取引関係が非個人的で画一的であり、このような日常的業務の範囲に属する行為であるという理由によるものと推察される。もし、そうであるとすれば、なぜそのような事情が危険実現連関を否定する根拠になるのかを説明しなければならないはずであるが、この点について詳しい説明は行われていないように思われる。

山中教授の見解によると、注文依頼にもとづく職人への支払についてその職人が収入として計上せず脱税を行っている場合などについて、危険実現を否定しているが、ロクシンが指摘するように、幫助には犯行を容易にしたり確実にする場合のほか、可能にする場合も含まれるのである。収入がなければ、およそ脱税は実現できないのであり、容易にしたり確実にする寄与以上に可罰性が高い場合もあり得る。⁶³⁾したがって、このような寄与について、正犯結果に

対する危険増加そのものを否定し、結果帰属を否認するという方法が、一般的な客観的帰属の考え方と一致するかどうか疑問が残る。

山中教授は、一般の物の提供の場合でもサービスの提供の場合であっても、業務として行われているときは、危険創出を肯定できるとしても、危険実現を否定し、不可罰としているのであつて、結局のところ、職業的相当性を基準として判断を行っているのではないかという疑いがある。そして、なぜ画一的で没個人的な取引として行われている場合とそうでない場合とで、客観的帰属における危険実現連関の判断に違いをもたらすのであろうか。業務として提供されたのか、それとも知り合いによつて提供されたのかという、提供者と正犯者との社会的人間関係が、客観的帰属のレベルにおいて結果帰属を左右する要素となる根拠について、必ずしも明らかではないといわざるを得ない。また、法禁物とそうでない物を区別して取り扱うことに対しても、既に見たロクシンの批判（本稿二（7）参照）を想起することができであろう。

以上に指摘した疑念は、根本的には、規範的な合法性に関わる価値中立性の判断と危険性の判断とが、明確に区別されず、整理されないまま、混在する形で規範的な価値判断が行われている点に根差しているように思われる。このような方法論的な欠陥を、事案の類型化によつて克服することは困難であろう。この見解の基準によつては、日常行為に対して、事前判断としての危険創出が認められない行為、それが認められる行為、許された危険の範囲内の危険実現行為、そしてまたは許されない危険の可罰的である実現行為を、明確に区別することは難しいのではないだろうか。⁶⁴

松宮教授は、客観的帰属論の下で、「日常的な取引は所与の前提として、その犯行惹起力は無視されるという帰属

ルールがあると解すべき」であると主張される。⁽⁶⁵⁾しかし、これ以上の詳しい説明を欠いており、その根拠が審らかにされていない。

(2) 共犯の処罰根拠論によるアプローチ

〔i〕 コミュニティに対する危険感

曲田教授は、――因果的共犯論に依拠することなく――、共犯の処罰根拠として、シューマンが説いているような正犯不法との連帯化に求める見解に示唆されつつ、コミュニティに危険性の印象をあたえる点にあると理解し、幫助の不法の本質を行為のルール（ないし義務）違反性（行為無価値）に求め、これを基準として日常行為に対する可罰性の成否を判断する見解を提示されている。⁽⁶⁶⁾

曲田教授は、基本的に確定的故意をもってなされた寄与行為の場合は高いレベルのルール違反性が認められ従犯となるが、不確定故意の場合には確定的故意の場合と比較して格段に低いレベルのルール違反性しか認められず、従犯は否定されると説かれる。⁽⁶⁷⁾しかし、犯罪行為に利用される可能性を認識している場合は、「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受けとめることになる状況」に至る程度の可罰的なルール違反性が認められるのであるろうか。それでも構わないと認容した場合にだけ、高いルール違反性が存在するのであるろうか。犯行利用への可能性を認識していたが、まずそういうことはないだろうと安易に判断した場合は、どうなのであるろうか。このような一連の問いに、明確に答え得る程度に十分使用可能な基準といえるのかという点で、やはり問題を残しているといわざるを得ない。あまりに抽象的基準に過ぎ、どのような結論でも導き得るのではないだろうか。山中教授が指摘されてい

るように、確定的故意と不確定的故意との区別によって危険判断を行うことは、方法論として不当であるといえよう。⁽⁶⁸⁾

曲田教授が、共犯の処罰根拠について、正犯結果のみならず、共犯者自身の不法にも着眼されている点は、――日本の結果無価値論にもとづく因果共犯論に見られるような、結果と行為とを対立する概念と捉えて、もっぱら結果の側面から一面的に考察する方法を排し――、結果とともに行為を不法要素として適切に位置づけて理解されておられることを示すものであつて、この限りでは妥当であると思われる。しかしながら、共犯者における行為無価値性について、具体的な正犯によつて惹起された法益侵害とは無関係に、共同体に与える危険感という反価値性にまで拡張して、これによつて判断を行われている点には、賛成し難い。⁽⁶⁹⁾ 行為刑法のもと、可罰的な幫助は法益の侵害や危険に寄与する場合に限定されると解すべきだからである。⁽⁷⁰⁾

もつとも、曲田教授自身、こうした批判は十分に自覚されている。それでもなお、共同体への危険の印象を重視する根拠は、「刑法は、市民がそれぞれ属する社会・コミュニティにおいて、他者とともに自由・平穩に暮らしていけるよう、共生維持のために必要なインフラを保護するという目的を有し」、「脅威を抱かずに生活していける環境は、それ自体として、刑法が保護すべきインフラである」⁽⁷¹⁾ という基本的な考えに依っている。

確かに、自由で安全な秩序の維持を図ることは、刑法の重要な任務の一つである。しかしながら、他方で、近代法は、一次的社会統制をコントロールする第二次的統制を行う点に特色があり、まさに刑法はその最も典型的な法であるといふことができる。つまり、近代刑法は、国家による刑罰権力の濫用から市民の自由を守るといふ重要な役割を担っているのである。構成要件が保護する個別の法益を離れて、共同体自体の安全感といった漠然とした抽象的利益ないし価値を、直接刑法によつて保護しようとする姿勢は、一方で市民の行動の自由を犠牲にしかねない危険を招く

恐れもあるのではないだろうか。正犯の構成要件を厳格に記述しても、幫助概念において曖昧で広汎な行為を包含し得る解釈が採られるならば、やはり刑法の自由保障機能に支障を来す恐れがあり、憲法第三一条のデュー・プロセスの趣旨に照らしても、強い懸念が生じるように思われる。論者による刑法の根本的目的に対する理解そのものを否定するつもりはないが、これをストレートに刑法第六二条の幫助概念の解釈に反映させることの当否については、なお慎重な検討を要すると考えられる。

〔ii〕 混合惹起説

罪刑法定主義の見地から行動基準の告知が重要であるとする立場から、照沼准教授は、共犯の処罰根拠について、正犯者の不法とともに共犯者の不法にもとづくと考える混合惹起説（從属的法益侵害説）が、共犯成立の前提として正犯の規範違反と共犯の規範違反の双方を要求し、実行從属性を体系的に説明し得る見解として妥当と評価されたうえで、この観点から、『幫助犯固有の行為不法を担い、正犯の実行行為を通じて不法の実現を促進する』という指標は重大な意義を持つ⁷³とされて、中立的行為の問題を考察されている。そこで、①売春宿へのワインの納入や侵入窃盗を計画している者に対するドライバーの販売、さらに軽油取引税不納付の手助けになると知りながら、その業者から軽油を安く購入する行為等につき、原則として幫助を成立させるに十分な行為不法を基礎づけるものではないと説明される。これに対して、②暗殺現場へ赴こうとしていることを知りながら、その者をタクシーで運送する行為や脱税を計画している者の依頼にもとづいて銀行員が隠し預金用の銀行口座の開設に応じる行為については、行為者がそのような行動に出るよう特に義務づけられていたような事情が認められる場合には、正当行為による行為不法の阻却

可能性を肯定されている。⁽⁷⁵⁾

日常的な取引ないし職業的活動を通じて提供される犯罪実現に寄与する行為について、幫助犯の成立を検討するにあたって、共犯成立の必要条件を理論的に基礎づける共犯の処罰根拠の観点からのアプローチを採用しておられる点は、適切で正当な側面をもつものと評価できるように思われる。そして、共犯の処罰根拠を、正犯の不法および共犯の不法に求める混合惹起説を妥当とされている点についても、わたくし自身異論はない。⁽⁷⁶⁾ しかしながら、ドライバーの提供は可罰的な行為不法そのものが欠けるとされるのに対して、殺人者の犯行現場への運送や隠し預金口座の開設については一応行為不法は認められるものの正当行為として違法性が阻却される余地があるとする結論には、疑問を覚えざるを得ない。その客が犯行に利用することを知りながらドライバーを販売したのであれば、まさに正犯の犯行を促進するために提供したのであって、混合惹起説の立場に依ったとしても、共犯者の固有の不法を認めることも可能なのではないだろうか。他方で、ドライバーの提供は購置者との契約にもとづいて商品の提供を義務づけられていると考えるのであれば、タクシーでの輸送や銀行口座の開設と同様に、正当行為として違法性の阻却可能性が認められるケースとも考えられよう。つまり、①と②との区別基準が必ずしも明確ではないように思われるのである。

照沼准教授は、「正犯行為を可能にする、あるいは容易にする行為の実施の有無が行為者の自由に委ねられておらず、基本的にその実施を法秩序が義務付けているような場合には、幫助としての危険創出は欠如することになる。例えば、貸主や所有者が、それらの物資や資金を犯罪目的のために用いようと考えていることを確信できる具体的な手がかりを有していた場合であっても、借りている側の人間がこれらを返還する行為について幫助犯の成立は認められないし、顧客が脱税や贈賄を計画していることを知りつつ預金の払い戻しを行った銀行員も、それらの幫助として罪

責を問われることはない。さらに、工場主が環境刑法の規定に違反する形で加工を行うことを知りつつ、自由に加工しうる原材料を納入した者にも、許されない危険創出の存在は認められない。」とフリッツシュの見解を紹介しておられるので、おそらくこれにしたがった結論であろうと推測される。⁽²⁷⁾

しかし、店舗内に商品を陳列し、客の申し込みの誘引を図っている店主は、客の求めに応じて、一般的にそれに応諾して売買契約を成立させ、商品を引き渡さなければならぬのであるから、その客が犯行に利用することを知って販売した場合であっても、「法秩序の義務付け」にもとづいて提供するケースに該当し、正当行為として違法阻却の可能性を検討すべき場合に属するとも考えることができる。したがって、可罰的な行為不法の認定について、なおその基準に曖昧さが残されているように思われる。また、顧客が計画する犯行に利用する目的でそれに役立つ物やサービス、情報等を手に入れようとしているときに、それを十分に承知したうえで提供した場合であっても、法秩序がなおその客に提供するように義務づけていると評価し得るのか、あるいは評価すべきであるのかという点については、慎重な検討を必要とするであろう。さらに、可罰的不法を認定しながら、正当行為として違法性が阻却されるとする論理に、理解しにくい面がある。もし、正当（業務）行為としてそもそも一般的正当化事由に該当し、違法でない判断できる場合であるならば、幫助構成要件該当性の段階において、共犯者自身の行為不法を判断する際に行われても良いのではないだろうか。行為不法の判断と違法性の判断が、どのように関連し、どのように異なっているのかという点について必ずしも明らかにされていないので、なお一層の説明を要するように思われる。

四、検討

(1) 日常行為の問題の座標

中立的行為と呼ばれる日常的な取引や職業上の行為の遂行が、正犯者の犯罪を促進し、故意が付加される場合に、一律に幫助犯として可罰性を認める見解や、「中立的行為」「日常行為」「職業相当行為」の概念の下で、社会的相当性や職業的相当性を根拠として全面的に不可罰とする見解は、いづれも適切ではない。前者の見解は、可罰範囲が著しく拡大されてしまい、社会生活上の円滑な取引活動や職業遂行活動を阻害し、自由な活動を不当に制限することになる。日常的に反復継続して行われている物やサービス、さらに情報の必要的な供給という社会的有意義性が全く考慮されていないのである。他方で、職業的相当性によって一律に幫助犯の成立を否定する見解は、職業遂行者に「特権」を与える結果となる。なぜ職業従事者だけが、職業遂行に属する範囲の行為を行っている場合であれば常に免責されるのか、法的に明確な根拠は示されていない。職業の遂行と法的な正当性はまったく別の問題である。職業の遂行であっても、それは法的な規範的判断の対象となるのである。社会的相当性⁷⁸⁾という基準も、しばしば指摘されているように、明確なものではない。⁷⁹⁾

そもそも中立的行為という概念が存在するわけではない。したがって、「中立的行為」「日常行為」「職業相当行為」というカテゴリーを設定して、その下で特別な取り扱いを図る試みは、誤っている。そうすると、日常行為と幫助犯の成否をめぐる問題は、もっぱら幫助犯の成立という一般的な共犯の成立に関連づけて議論されるべきであり、考察されなければならない。この問題に対するアプローチとして掲げた、正犯結果との寄与行為との関係性および共犯の

処罰根拠の視点は、決して互いに排斥し合う関係ではない⁽⁸⁰⁾。構成要件的结果の発生にもとづいてその点について共犯としての刑事責任を問おうとする限り、寄与行為と結果との関係について考察することは不可欠であるし、また、共犯責任ないしその可罰性の根拠を探ることは、共犯処罰の正当性およびその妥当範囲を明らかにするうえで必要かつ有効な作業である。結果に対する客観的な法的責任を成立させる法原理や共犯の処罰根拠論は、いずれも刑法第六二条が内在させている基礎的な法原理というべきであり、「幫助」概念の解釈にあたつて常に参照されなければならない。日常的な活動に随伴して生じる違法な犯罪行為に関連して、その日常行為に対する可罰性を、一般的な共犯成立の問題として位置づけるということは、まさに結果との関係や共犯の処罰根拠との関連について必要な検討を加えるということにほかならない。

(2) 正犯結果との関係

〔i〕 結果との蓋然性を問題とするに見解について

幫助犯も――刑法が法益を保護するために存在している以上――、構成要件によつて保護されている法益の侵害ないし危険の招来と因果的であるがゆえに処罰されると考える限り、まず幫助犯の成立を認めるために、当該寄与と正犯結果との間における因果性を確認することが必要である。直接結果を惹起する正犯の場合とは異なり、「AなければBなし」という必須の条件関係は必要ではないが、少なくとも、その寄与を取り除いて考えてみて、そのような具体的な結果は発生しなかったであろうという程度にコンディチオ・シネ・クヴァ・ノンの条件関係の公式を満たす必要はあろう。幫助犯も結果犯であると理解する限り、結果との間にこのような意味での条件関係の存在が必要であると考え

るべきである。⁽⁸¹⁾

もつとも、このような条件関係の存在は、結果に対する責任を成立させるための最低限の必要条件に過ぎない。「正犯を幫助した」といえるためには、単になんらかの形で因果的である以上に、可罰性を基礎づけ得る要素が備わっていないければならない。

島田教授は、結果発生 of 蓋然性を幫助犯成立 of 一般的要件に付加することによって、日常行為 of 可罰性に限界を画そうと試みられた。しかし、その際に採用された仮定的代替原因を考慮するという方法では、仮定の設定に不明確さがつきまとい、考慮すべき代替条件の範囲やその内容 of 安定性を欠き、一定した結論を得ることに難点が認められた。また、日常行為 of 問題をもつばら因果性の次元で解決を目指す点にも、方法論的に問題があろう。さらに、蓋然性判断自体に対する根本的な批判⁽⁸²⁾も看過し得ないように思われる。

〔ii〕客観的帰属論

結果に対する客観的な法的な責任の成立が問題なのであるから、仮定的代替条件を考慮した事実的な結果発生 of 確率を計算するのではなく、むしろ結果を客観的に帰属すべき要件を規範的に探る必要があつたのである。この要請に応えるのが、客観的帰属論である。⁽⁸³⁾客観的帰属の理論には、論者によってかなり異なつた内容をもっているが、おそらくもつとも異論の少ない一般的に概ね認められている共通項を示すとすれば、結果を客観的に帰属させるためには、危険の増加をもたらしそれが結果に実現していることが必要であるという理解である。⁽⁸⁴⁾

そこで、こうした客観的帰属論の立場から、山中教授は、日常行為について、寄与行為による危険の発生 of 有無の

判断や、危険創出後における結果への実現を否認することによって、可罰的幫助を限界づけようとされた。しかし、正犯者は、提供された寄与を実際に犯罪実現に利用し、役立たせているのである。つまり、その寄与は、結果に対して有効に作用しているのである。したがって、寄与によって発生した危険について、結果への実現を切断して幫助犯の成立を否認することは、実態に則したものではないし、客観的帰属の一般的な思考とも合致しない。したがって、日常行為の問題について結果との関係自体を否定しようとする試みは、適切とはいえない。さらに、危険創出、許される危険、許されない危険を区別する基準が必ずしも明確ではなく、理論的に合法性に関する判断と危険判断とが混同されている疑いも強い。

〔iii〕 日常取引と「信頼の原則」の適用

日常的に反復継続して行われている職業的な行為は、社会生活上の需要を満たすために、不特定多数の人々に対する供給を予定してなされている点に、特色がある。客の必要に応じて、その求めにしたがって提供することが、職業に従事する者に社会的に要請されているのである。その際、客がその犯行に利用するために入手する可能性も否定できない。しかしながら、職業的な提供者は、交換取引のプロセスにおいて不特定多数の人々に（ふつう有償で）提供するように社会システムに組み込まれているのである。このような交換取引を円滑に、過重な負担を負うことなく進めるためには、相互の信頼を前提とし、予定することが必要不可欠である。つまり、職業的な提供者は、客自身の犯罪への利用を懸念する必要なしに、提供しても良いことを、――すなわち、適法に利用されることを信頼し、安心して取引しても構わなということ――、法によって保証されていると解すべきである。相互過程における予期の安定化を

重視する法のシステム論的な理解⁽⁸⁵⁾は、この考えを十分に根拠づけている。もし、こうした保証をまったく欠くとすれば、到底、不特定多数を相手にする自由交換経済は成り立たないであろう。

松生教授も、システム論の観点から、「業務的にルーティーン化された行為や組織の中に組み込まれた行為は、社会的拘束を受けており、いわばそのような行為の遂行に対し規範的な行為予期が存在する」一方、幫助犯は正犯行為の規範違反を促進してはならないという補充的な行為規範であるから、「他者の行為と遮断された行為予期が存在する場合には犯罪行為促進の意義は背後に退く」と述べられたうえで、「業務的行為のような社会的に通常的で行為予期の存する行為については、行為が行われた具体的状況の中でそのような通常業務行為を逸脱していると見られない限り、幫助犯は存在しない⁽⁸⁶⁾」と結論づけられている⁽⁸⁷⁾。

そこでは、日常的に反復継続して行われる業務的な活動に対して、システム論にもとづいた機能分析に着眼され、その社会的意義と役割について適切な解明が行われている。しかし、そのような行為予期の保証を高めて相互過程の安定化を図ることが、法システムの重要な機能であるとすれば、行為予期を法的に保護すべきではないだろうか。だとするならば、通常業務の範囲にある行為について一律に幫助犯を否定してしまうという結論は、早計であるといわなければならない。システム論の見地からは、犯罪に利用することなく、適法に利用することについての行為予期、つまり信頼を保護するという方法によることの方が適切であると考えられる。ゆえに、ロクシンが説くように、信頼の原則⁽⁸⁸⁾の適用による解決を正当と解する。

上述したように、ロクシンが、日常行為に伴伴する犯罪利用の危険について——正犯結果との関係自体を否認するのではなく——、信頼の原則によってその問題を取り扱い、許された危険として客観的帰属を否定しているのは、まった

く適切であると考ええる。島田教授は、――正犯者の犯行決意を知らない場合に――信頼の原則にもとづく許された危険の問題として、日常行為の不可罰性を論じている点について、「行為が結果を相当な過程を通じて実現しており、特別な違法阻却事由もなく、責任も肯定されるとしておきながら、なぜ特別な処罰の制約原理が認められるのか理論的に明らかでない、という批判が妥当する」と述べられる⁽⁸⁹⁾。

しかし、第一に、ロクシンは、特別の処罰の制約原理を設定しているわけではなく、結果に対する客観的帰属の次元において、そこで一般に承認されている許された危険の問題として処理しているに過ぎない（本稿二(9)参照）。また、法の機能を社会システムに関連させて分析すると、相互過程において他者の行動に対する予期、予測、期待の保証を高め、その安定や円滑化を図る点に見い出することができる。一定の法ルールの存在によって、当事者は互いに相手方の行為を予測することが可能となり、それに自己の行為を適合させるという安定した相互過程を実現し得るのである。これによって、人々は余計な心配を削減でき、際限のない不信を取り払って、取引することができる。商店主が、販売する度に毎顧客に「犯罪には利用しません。」という誓約書を求める代わりに、法律にその注意を書き込んでいるのである。したがって、取引において、誰でも相手が適法・合法的な行動を採ることを信頼し、これを前提とした行動を採れば足りるのである。法に適合しない、犯罪行為に出ることまで予測して行動する義務を課すとすれば、社会生活においておよそスムーズな取引を実現することはできないであろう。このような信頼の保護は、私法上も、善意者を保護する諸規定ないし取引の安全を図る諸規定に現れているところであり、法システムないし法ルールに求められ、かつそれが実際に果している重要な機能である。購入者が買った商品を合法的に利用し、犯行に利用しないということとを、販売者は正当に信頼して良く、こうした信頼にもとづいて商品を提供した場合に、――その商品がある犯罪の役

に立つ性能を持っており、使われ方によっては犯行の手段ともなり、犯罪結果に有効に働くものであった（この意味で、危険ではある）としても――買主が犯罪のために利用したとしても、もはやその犯罪結果を売主に帰属させることはできないと考えることは、システムとしての法の機能という観点から見て、むしろ極めて適恰な思考であるといえよう。島田教授自身、仮定的代替原因の設定に当たって、正犯者あるいは第三者のそれ自体として処罰される犯罪行為が行われるという事情を別扱いしており、その理由を犯罪行為が行われないことの期待が遵守されることが前提となっている点に求めておられるが、これはまさに信頼の原則の思想に発するものとも理解できるのではないだろうか。システム論的考察方法も、そしてまた――日本では、懸念する意見も根強い「許された危険」の法理にもとづく――信頼の原則も、おそらくナチの危険な思想とは無関係に取り扱うことができるように思われる。

しばしば、ロクシンの見解に対して、主観的要素を重視し過ぎているとか、未必の故意と認識のある過失との区別に対応しないなどの批判が向けられているが、いずれも、誤解にもとづいている（本稿二(9)(10)参照）。ロクシンは、信頼の原則の適用上、行為者自身の認識や主観的態様を問題としているのである。「信頼」は、行為者の心理的事実に依存するのであるから、行為者自身の主観的な側面を考慮することは、信頼の原則の適用するにあたって、当然のことである。行為者の認識内容を検討せずに、信頼の原則を適用することはできない⁹¹。そして、客が犯行決意にもとづく計画実現のために利用することを知っているのであれば、もはやその者の合法的な利用を信頼することができないのである。また、客観的に「認識可能な犯罪傾向」が認められる場合であるならば、もはや合法的な利用について信頼してはならないのである。したがって、犯行決意を知っている場合や認識可能な犯罪傾向が認められる場合には、――信頼を裏づける事情が欠落しており――、信頼の原則の適用が排除されることになる。このために、行為者の認識を

問題としていたのであって、故意の問題とはまったく関係がない。したがって、未必の故意と認識のある過失との区別の議論とも関連するものではないのである（本稿二(9)参照）。

(3) 可罰的幫助と「犯罪的意味連関」

〔i〕 一方的寄与における正犯結果に対する連帶的な共犯責任成立の契機としての「犯罪的意味連関」

信賴の原則の適用が排除されるとしても、――換言すれば、正犯結果との客觀的帰属が認められることになったとしても――、ただちに正犯行為への促進的な寄与が、可罰的幫助となるかは問題である。共犯者間に意思連絡のある場合であれば、共犯者間に目指す犯罪目的が共有されており、幫助者は通常、その目的に沿って犯罪に役立つ寄与を行うであろう。しかし、日常行為の場合には、寄与（提供）者の側で正犯（被提供者）の犯行との接続を認識しているものの、正犯者はそのことを認識していない。相互的に犯罪目的が共有されているのであれば、その目的実現に向けた共犯者間の行動調整が図られて、犯罪の実現が目指されることになるので、共犯者各人の犯罪性も明白であるが、寄与者の一方的な認識しか存在しない場合には、犯行への利用についてもつばら正犯者に委ねられているために、寄与行為と正犯によって実現された犯罪との関連性（寄与行為の犯罪関連性）を確認することが必要となろう。共犯の処罰根拠を、正犯の不法とともに共犯自身の不法にも見い出す見解（混合惹起説）によれば、可罰的幫助が成立するためには、寄与者の不法を確認することが必要不可欠である。

ここでは、正犯による犯罪の実現に客觀的な促進作用を有するすべての寄与ではなく、結果発生ないし法益侵害と結合した危険性のある寄与であることが前提である。このような危険を生じさせた寄与をもって、ただちに可罰的不

法が成立し、幫助犯が認められるのであろうか。このような見解は、共犯行為と正犯結果との因果性＋共犯行為者の不法Ⅱ可罰的幫助という定式にもとづいており、犯罪関与者を切り離して各々個別に考察する方法を採っているのであるから、理論的には共犯独立性論に傾く見方といえよう。正犯不法と共犯不法との複合形態という構造を前提とする混合惹起説とは相容れない。

寄与者（正犯者と共犯関係を有しないという意味では、第三者）と正犯者との犯罪に関する意思連絡を欠く場合に、もっぱら正犯者の自律的領域で遂行された犯罪について、片面的（二方的）寄与者に——正犯と連帯した——共犯関係を帯びさせる契機は何かということが問題となる。正犯者によつて独自に——寄与者の決意とは無関係に——行われた犯罪であるにもかかわらず、正犯と共犯関係にない片面的な第三者の立場に立つ者が、正犯結果に対して連帯して共犯責任を問われる契機ないし根拠の問題であるともいえよう。

この問いに対する一つの答えが「犯罪的意味連関」——松生教授の説かれる「表現的意味」⁹²も、この延長線上で理解できようか——ということなのではないだろうか。正犯結果に対する共犯としての可罰性は、——片面的・一方的な場合に——単に正犯結果に対する危険性に依存するだけではなく、正犯による犯罪実現との「合流」を要すると考えるべきであろう。「犯罪的意味連関」とは、まさに正犯犯罪に合流する契機であると位置づけることが可能であり、これによつて正犯行為とそれによる犯罪結果に対して、片面的寄与者であっても、正犯と連帯的な共犯責任を生じ、可罰的幫助が認められると理解することが可能である。連続して押し寄せる波に、ただ物を投げ入れたとしても、波間に漂うだけだが、波の動きと速度に物の運動を合わせることによつて、物は波とともに砂浜に到達する。このような——正犯の犯罪目的に沿つて——力動的で機能的な作用を果たす促進行為として、寄与者によつて正犯者に提供された場合に

は、犯罪結果に対する正犯と連帯した不法が形成され、共犯としての責任を免れないと考えることができよう。犯罪的意味連関を媒介として、はじめて正犯の犯罪実現に対する共犯責任が成立するのである。

〔ii〕 具体的事例における「犯罪的意味連関」の有無

したがって、犯罪的意味連関は、「犯行の近接さ」や寄与の時点―実行着手以後か予備段階かというような―に依存しない。それは、正犯の規範違反的な構成要件実現プロセスとの「犯罪的な」不法関連性の有無を問うもので、正犯（明確に犯罪性を帯びる）行為との連結の「意味」が問題となる。この意味は、客観的な事情によるだけでは、解明され得ない。正犯の犯罪決意とその犯行実現のためであるという目的を承知し、その犯罪目的に適った提供であるという寄与者の認識が、当該寄与行為に犯罪的意味を帶有させる重要な要素である。それと同時に、正犯者による犯罪実現に対して促進的に―換言すれば、犯罪結果に対する危険を増加させる―作用する寄与を、そのプロセスに効果的に投入することが必要である。

犯罪実現の手段となる方法の提供に該当する場合については、犯罪的意味連関は、容易に認められるであろう。犯行手段の提供は、正犯者が実際にそれを利用して犯罪を遂行した場合に、犯罪結果に対する有用で効果的な寄与であり、犯罪目的との不法関連性が明らかであるから、犯罪的意味を肯定することができる。したがって、犯行に利用されることを知りながら、求められるままにねじ回しや、ハンマーを販売したのであれば、犯罪的意味連関に欠けるどころではなく、幫助犯が成立する。

これに対して、一般的に犯行の機会を提供するに過ぎない場合には、問題がある。職人が収入を申告することなく

脱税することを知らながら支払を行う場合や、工場主が環境刑法に違反して処理を行っていることを知らながら原料を納入する業者の場合である。いずれの場合も、請負契約にもとづく支払や、生産工程に必要な原材料の納入取引に止まる。単なる支払や納入は、確かにその収入がなければそもそも脱税を行うことはできず、その納入がなければ環境刑法に違反した生産処理も行われなかったという意味において、犯行を可能にするものではあるが、それらの意義は、適法な契約の履行であって、その後正犯者によって着手された規範に違反する構成要件実現のプロセスには関係していないのである。つまり、支払や原材料の納入は、適法な射程内で有意義に効果をもつもので、そこで独立し完結した行為という意味を認めることができる。引き続いて行われた脱税や環境刑法違反は、寄与者の行為とは別個に独立して、正犯者によって遂行され、寄与者はその正犯による構成要件実現プロセスには関与するものではないという評価が可能である。この意味において、犯罪的意味連関に欠けるということである。同様に、売春宿へのパンやその他の食品、それにワインの納入も、一般に犯罪的意味連関は存在しないであろう。

しかし、アフリカ産の安価な肉をヨーロッパ産の貴重な肉として偽って販売している業者に対し、そのことを知りながら安い肉を納入する場合には、正犯によって詐欺の手段としてその安価な肉が利用されており、その犯罪目的を知りながら、それを可能にしかつ適ったことであることを承知している限り、詐欺との犯罪関連性を否定できないのであって、犯罪的意味連関を帯びる。

ロクシンは、強盗と知らながら犯行現場へ向かうタクシートの運転手についても、可罰的幫助を認めているが、これは疑問である。なぜなら、犯行場所は強盗罪の構成要件には含まれない。どこで行うかが問題なのではなく、もっぱら他人の財物を暴行や脅迫を手段として強取する行為が、規範違反的な構成要件実現行為である。一定区間の運送は、

強盗の犯行とは独立した、適法で有意義な行為である。引き続いて行われた―乗客の降車後の―犯行は、タクシーの運転とはまったく独立して、完全に強盗達によって遂行されたものである。運送行為はそれ自体、独立した完結的行為であり、強盗の構成要件実現プロセスとは関係がない。したがって、運送行為は強盗犯罪との犯罪的意味連関を欠くと評価すべきである。この点は、ロクシンの結論には従うことができない。

(4) 総括

日常行為に対する幫助犯としての刑事責任をめぐって、共犯の一般的な成立問題として検討する場合、寄与行為と正犯結果との蓋然的な因果性ではなく、結果に対する法的な責任を規範的に判断し得る客観的帰属論の観点から捉えられるべきであるし、共犯の処罰根拠としては、正犯の不法とともに共犯者自身の不法にもとづく把握する混合惹起説がもっとも適切な見解であり、この見地から妥当な共犯の成立範囲が導かれるべきである。このような二つの基礎的視点にもとづいて、正当にもこの問題に取り組んでいるのが、ロクシンである。そして、日常的に反復継続される取引や職業行為について、まず一般的に取引の相手が犯罪に利用することはないという正当な信頼に法的な保護を与え、刑法上も信頼の原則の適用を認めて、その不可罰性を保障しているのである。しかし、悪意者であれば、相手を信頼していないのであり、また「認識可能な犯罪傾向」が存在する場合には、それを信頼することが許されないものであるから、信頼の原則の射程外である。この場合に、たとえ一方的な寄与であつたとしても、寄与行為と正犯行為とが独立した各別の行為ではなく、正犯による犯罪実現に対し自己の寄与がその犯罪目的に沿って危険増加的に作用し、犯罪結果が正犯との共働によって生じたと評価できる関係性が認められるのであれば、―意思の相互疎通を欠い

ている——正犯によって惹起された結果であっても、当該結果に対する連帯した共犯責任を免れないというべきである。この結論は、混合惹起説の考えとも完全に一致する。そうした正犯行為との連带的な関係性——換言すれば、正犯行為との懸け橋の役割を果たす契機——を成す要素が「犯罪的意味連関」である。

ロクシンの見解によれば、日常活動に従事する善良な人々の自由な活動が、信頼の原則の下で保障されることになるとともに、片面的・一方的寄与における共犯の可罰性も、「犯罪的意味連関」を問うことにより、混合惹起説と適合する形で、合理的に限定することが可能になる。また、信頼の原則の適用による不可罰と犯罪的意味連関を基準とする可罰性の判断の方が、正犯結果との蓋然性判断や中立的行為に対する危険創出実現判断と比較して、——完全に一致する結論を導くわけではないけれども——、なお明確性に優れている。この意味において、ロクシンの見解を適切と考える。もつとも、「犯罪的意味連関」の内容については、——わたくしもその意義の一端については明らかにし得たとは考えているものの——、確かにさらに明確化する必要のあることは率直に認めなければならない。今後の検討課題としたい。

五、日本の裁判例

共謀共同正犯論によつて、実務上は共同正犯として処理されるケースが圧倒的に多数を占め、幫助犯の事案は、ドイツに比べて極めて少数であるが、日常行為ないし中立的行為に関連する裁判例も少数ながら見られる。⁹³

古く、闘鶏賭博に際し、鶏販売業者が軍鶏を売却した事案につき、「鶏ノ販売ヲ業トスル者ト雖、賭場開帳図利者ガ闘鶏賭博用ニ供スルコトヲ知りナガラ之ニ軍鶏ヲ売却交付シテ賭場開帳図利ノ犯行ヲ容易ナラシメタルトキハ同罪

ノ従犯ヲ論ズベキモノトス」と判示した大審院の判決がある⁹⁴。あとは、最近の下級審の裁判例で、①広告代理店の経営者が、売春クラブの経営者からの注文を受けて、情を知りながら、客寄せ用チラシを販売し、客寄せ広告を新聞紙上に掲載した事案で、売春防止法六条二項三号の売春周旋目的誘引罪の幫助犯を認めた大阪高裁昭和六一年一〇月二一日判決⁹⁵、②ホテルの経営者の注文で、宣伝用小冊子を印刷、製本した印刷業者につき、売春周旋罪の幫助犯を認めた東京高裁平成二年一二月一〇日判決⁹⁶、③売春営業を行っている業者に対して、個室付き浴場の開業資金の融資を行った信用金庫の支店長につき、売春防止法一三条一項の資金提供罪の成立を認めた大阪高裁平成七年七月七日判決⁹⁷、④自動車用品等の製造販売業を営む会社の代表取締役につき、速度違反自動監視装置（オービス）による写真撮影を困難にする「ウイザード」と呼ばれるナンバープレートカバー製作し、販売交付する行為を、道路交通法上の速度超過違反の幫助犯とした大阪地裁平成一二年六月三〇日判決⁹⁸、⑤地方税法上の軽油引取税の特別徴収義務者が脱税を目的とする軽油取引を行っていることを知りながら、軽油を通常よりも安く購入した者につき、不納入罪の幫助犯を否定した熊本地裁平成六年三月一五日判決⁹⁹などを挙げることができる。

①および④のケースは、相手が犯行を行うことを認識しており、もはや信賴の原則は適用されず、正犯の犯行との犯罪的意味連関も明らかであるから、幫助犯の成立は免れない。②のケースでは、チラシの印刷内容から、売春の周旋に利用されることは容易に理解できるところであるから、依頼主の犯行について確たる認識を欠いていたとしても、少なくとも認識可能な犯罪傾向を認めることができ、やはり信賴の原則を適用することはできない。チラシが犯行に役立つものであることは明白であるから、犯罪的意味連関も肯定でき、可罰的幫助が成立する。③に関しては、判決認定のように、被告人に融資先において違法な個室付き浴場を開業するという認識を有しているとすれば、その資金

提供行為について犯罪的意味連関が認められるので、幫助犯が成立するであろう。⑤は、脱税目的をもった販売行為であることを認識していたとしても、軽油の売買という取引は独立した有意義の行為であり、脱税は、もっぱら取引後に販売者が独立して行うものであるから、犯罪的意味連関は否定されよう。したがって、幫助犯の成立を否定した熊本地裁の判断は正当である。

中立的行為に関する裁判例として、最近、もつとも話題となり、関心を集めているのが、Winy 事件である。映像やゲームソフトを著作権法の法定除外事由なしに、権利者の許諾を得ないまま、インターネット上で公衆送信可能な状態に置いたとして著作権法の公衆送信権侵害罪（著作権法旧第一一九条第一号）の犯行を行った正犯者に対して、彼（ら）が犯行手段として利用した「Winy」と呼ばれるファイル共有ソフトを開発し、これをインターネット上で公開・提供していたとして、著作権法違反の幫助犯の責任が問われた事件である。第一審が幫助犯の成立を認めたのに対して、控訴審では無罪判決が出され、社会的にも、さらに理論的にも非常に興味を惹く事案である。

わたくしも、既に控訴審の判決を取り上げて批評を行っている¹⁰⁰ので、事案の詳細や原審および控訴審の判断等について、詳しくはそれに譲り、ここでは、本稿の立場から、若干の結論を述べておきたい。この事案では、被告人はインターネット上にファイル共有ソフト Winy を公開し、不特定多数の人がそのソフトを利用し得る状態にしたものであって、正犯者との犯行に関する意思疎通は存在しない。もつとも、被告人は、このソフト利用者において著作権侵害の犯行に利用されている事情は認識していた。

従来の学説は、正犯者に対して直接提供された事例を前提に議論してきたので、このように不特定多数の人々に対して一般的に利用可能な状態に置いた場合について、どのような考慮を行うべきか、慎重に考察すべき課題である。

まず、信賴の原則の適用の有無について検討しなければならないが、被告人において、自己がネット上で提供配布したソフトが、著作権侵害の犯行に利用されているという実情に関する認識は有していたようである。信賴の原則の適用にあたって、ソフトの利用者が実際にどの程度違法な利用を行っていたのか、さらにどの程度の違法利用に達すると、信賴が許されなくなるのか等、検討を要すべき点が多い。しかし、一応この問題を棚上げし、違法利用の実情に関する認識に欠けるところがないと仮定し、信賴の原則が排除されるとして、もつとも問題となるのは、犯罪的意味連関の存否についてであると考ええる。とりわけ、このケースでは、不特定多数人に対するネット上での一般的な提供に止まり、そのソフトのダウンロード、利用の仕方について、すべて利用者の答責的領域で行われている点に留意すべきである。つまり、このソフトは合法的にも違法にも利用し得る汎用的な技術的手段であって、これを一般的に利用可能な状態に置く行為と、それを利用して犯罪を行う正犯者の行為との間に境界ないし隔絶があるということである。この点に着目すれば、一般的な提供行為と正犯行為とは各々独立した行為であるという評価が可能で、提供者において、自らの自律的な決定にもとづいてそれを入手し、犯行に及んだ利用者自身の責任についてまで、原則として特段の事情のない限り、共犯としての責任を連帶的に負担すべき理由は無いというべきであろう。ただし、そのソフト自体がもっぱら違法利用に供されるものである場合や、具体的に正犯者との間で意思疎通の上で、――このケースでいえば、犯行の発覚のリスクを低減させ著作権侵害の犯行を行い易くするというような――犯行を促進する手段として提供された場合であれば、犯罪的意味連関は明確に認められるので、幫助犯の成立を認めることができる。⁽¹⁰⁾ 可罰的幫助を認める見解が多数のようであるが、犯罪的意味連関を認めることが困難なケースとして、幫助犯は成立しないと解するのが妥当であると考ええる。

- (1) 西田典之『刑法総論 二版』（二〇一〇年）三三六頁以下、山口厚『刑法総論 二版』（二〇〇九年）二九六頁など。共同正犯を含むすべての共犯形式を、因果的一元論によって把握しようとする見解の問題について、上野幸彦「関与体系の諸相と日本法の位相」日本大学法学会・日本法学五七巻四号（一九九八年）九〇—九一頁。
- (2) これにつき、上野幸彦「承継的共同正犯論の批判的検討」日本大学大学院法学研究科・法学研究年報第一四号（一九八四年）一二頁以下参照。
- (3) 前掲註(1)に掲げたもののほか、内田文昭『刑法概要中巻〔犯罪論(2)』（一九八九年）四三六頁以下、大谷実『刑法講義総論 新版三版』（二〇〇九年）四〇四頁、川端博『刑法総論講義 二版』（二〇〇六年）五〇八頁、山中敬一『刑法総論 二版』（二〇〇八年）九二二頁、曾根威彦『刑法総論 四版』（二〇〇八年）二四三—二四四頁、林幹人『刑法総論 二版』（二〇〇八年）三七三頁、伊東研祐『刑法総論』（二〇〇八年）三三八頁、井田良『講義刑法学・総論』（二〇〇八年）四九四頁、松宮孝明『刑法総論講義 四版』（二〇〇九年）二五二頁、船山泰範『刑法学講話〔総論〕』（二〇一〇年）、高橋則夫『刑法総論』（二〇一〇年）四一二頁など。
- (4) 西田・前掲註(1)三四四頁。
- (5) 豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について——『中立的行為による幫助』および『必要的共犯』の問題を素材として——」立命館大学法学会・立命館法学二〇〇六年六号二五—二五四頁、同「共犯の処罰根拠と客観的帰属——『中立的行為による幫助』と『必要的共犯』を素材として——」刑法雑誌四七巻三号（二〇〇八年）三四五—三四七頁。
- (6) もっとも代表的なものだけを挙げておくと、松生光正「中立的行為による幫助（一）」姫路法学会・姫路法学二七・二八合併号（一九九九年）二〇七頁以下、同「中立的行為による幫助（二）」同誌三一・三三合併号（二〇〇一年）一三九頁以下、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして——」立教法学会・立教法学五七号（二〇〇一年）五七頁以下、曲田統「日常的行為と従犯——ドイツにおける議論を素材にして——」中央大学法学会・法学新報一一一巻三・四号（二〇〇四年）一四三頁以下、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学会・法学論集五六巻一号（二〇〇六年）三九頁以下など。

(7) 本稿では、ロクシンの体系書である刑法総論 (Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II, 2003) に拠っているが、ロクシンの見解は、彼自身が執筆したライプチガーコンメンタールの刑法典第二七条の説明 (StGB Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, § 27) や彼が宮澤浩一先生の七〇歳の祝賀記念論文集 (一九九五年) (Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, 1995) に寄せた「幫助とは何か」(Was ist Beihilfe?) というタイトルの論文において展開してきたものである。日本では、断片的ないし一面的にしか紹介されていないきらいも見受けられるので、以下ではある程度原文の叙述にしたがって、やや忠実にその見解の全容を示すことに努めた。

- (8) Roxin, a.a.O., § 26Rn.218.
- (9) Roxin, a.a.O., § 26Rn.241.
- (10) Roxin, a.a.O., § 26Rn.242.
- (11) Roxin, a.a.O., § 26Rn.221.
- (12) Roxin, a.a.O., § 26Rn.222.
- (13) Roxin, a.a.O., § 26Rn.223.
- (14) Roxin, a.a.O., § 26Rn.224.
- (15) Günter Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., 1991, 24/17. ヤコブスの見解については、松生・前掲註(6) 姫路法学三二・三三二合併号二五九頁以下、山中・前掲註(6) 八一頁以下に詳しい。

- (16) Roxin, a.a.O., § 26Rn.228.
- (17) Roxin, a.a.O., § 26Rn.229.
- (18) Herbert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S.57. シューマンの見解につき、松生・前掲(6) 姫路法学三二・三三二合併号二三九頁以下、曲田・前掲註(6) 一六九頁以下参照。
- (19) Roxin, a.a.O., § 26Rn.230.
- (20) Roxin, a.a.O., § 26Rn.231.

- (21) Winfried Hassemer, Professionelle Adäquanz, 1995, S.85. ハッセマーによる職業的相当性説につき、松生・前掲註(6)姫路法学二七・二八合併号二一六頁以下、曲田・前掲註(6)一五八頁以下参照。
- (22) Roxin, a.a.O., § 26Rn.233.
- (23) Roxin, a.a.O., § 26Rn.234.
- (24) Ingeborg Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1995, vor § 13, Rn.155ff. プップの見解につき、松生・前掲註(6)姫路法学二二・二三合併号二七〇頁以下参照。
- (25) Niedermair, ZStW107 (1995), S.536.
- (26) Roxin, a.a.O., § 26Rn.237.
- (27) Roxin, a.a.O., § 26Rn.238.
- (28) Wohlers, SchwZStr117 (1999), S.425; ders., NStZ2000, S.169.
- (29) Roxin, a.a.O., § 26Rn.239.
- (30) Weigend, Grenzen strafbarer Beihilfe, Festschrift für Haruo Nishihara, 1998, S.199f. ヴァイゲントの見解につき、曲田・前掲註(6)一六〇頁以下参照。
- (31) Roxin, a.a.O., § 26Rn.244.
- (32) Beckemper, Jura2001, S168.
- (33) Roxin, a.a.O., § 26Rn.246.
- (34) このRGの判例について、曲田・前掲註(6)一四七―一四八頁、山中・前掲註(6)四八頁に紹介されている。
- (35) Roxin, a.a.O., § 26Rn.247.
- (36) Roxin, a.a.O., § 26Rn.248.
- (37) Roxin, a.a.O., § 26Rn.249.
- (38) このスイスの判例につき、アンチロープの肉の販売事件として、山中・前掲註(6)五三―五四頁に紹介されている。

- (39) Roxin, a.a.O., § 26Rn.250.
- (40) Roxin, a.a.O., § 26Rn.251.
- (41) Roxin, a.a.O., § 26Rn.253.
- (42) Roxin, a.a.O., § 26Rn.254.
- (43) Roxin, a.a.O., § 26Rn.210. これについて、上野幸彦「幫助犯における因果連関と客観的帰責」日本大学法学会・日本法学七〇巻二号（二〇〇四年）一〇〇—一〇二頁参照。
- (44) この結果、ロクシンによれば、可罰的幫助とは、構成要件該当結果と因果的に法的に許されない危険増加と定義づけられる (ders, a.a.O., § 26Rn.183.)。許されない危険の実現は、客観的構成要件に対する帰属の基本要件なのである（なお、ロクシン〔佐藤拓磨訳〕「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」刑法雑誌四九巻二・三合併号（二〇一〇年）一九七頁、二〇六頁参照）。本文に説明したところから明らかのように、ロクシンの見解を、主観的な構成要件を問題とする見解と捉えたり（たとえば、Thomas Rotsch, Neutrale Beihilfe zur Fallbearbeitung im Gutachten, JURA2004, S.18.）折衷説として位置づけるのは（たとえば、松生・前掲註(6)姫路法学三一・三二合併号二七六頁、曲田・前掲註(6)一七二頁）、必ずしも的確な理解であるとは思われない。
- (45) 島田・前掲註(6)四七頁。
- (46) 島田・前掲註(6)七七頁以下。
- (47) 島田聡一郎「他人の行為の介入と正犯成立の限界」法学協会雑誌一一七巻三号（二〇〇〇年）四二六頁。
- (48) 島田・前掲註(6)八二—八三頁、八五—八六頁、八八頁。
- (49) 島田・前掲註(6)八一頁。
- (50) 島田・前掲註(6)七八頁。
- (51) 島田・前掲註(6)八八頁。
- (52) 島田・前掲註(6)九一頁。

- (53) 山中・前掲註(6)九八頁。
- (54) 照沼准教授も、代替原因の設定基準について、その不透明さを批判されている（照沼亮介「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」『神山敏雄先生古希祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（二〇〇六年）五八五頁）。
- (55) 山中・前掲註(6)九八頁。
- (56) Roxin, a.a.O., § 26Rn.213. 上野・前掲註(43)一一二―一一三頁。
- (57) 山中・前掲註(6)九八頁。さらに、曲田・前掲註(6)四五―五二頁以下。
- (58) 西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビュー五号（二〇一〇年）九九頁、一〇七頁。
- (59) 最近、ベルリン自由大学のH・ホラント（Klaus Hoffmann-Holland）教授は、刑法上の概念について、明確性原則の下で、日常用語例によって限界付けられるばかりでなく、刑法体系によっても形成され、制限されるといふ興味深い見解を示しておられる。これについて、上野幸彦訳「団体概念の事例に関する解釈の限界としての刑法および概念を形成する体系の中心的な構成原理としての明確性原則」本誌本号（日本法学七七卷一号・二〇一一年）一一九頁以下。
- (60) 山中・前掲註(6)一一一頁以下、同・前掲註(3)九一二―九一三頁。
- (61) 山中・前掲註(6)一二二―一二五頁。
- (62) 山中・前掲註(6)一二六―一二七頁。
- (63) Vgl. Roxin, a.a.O., § 26Rn.243.
- (64) たとえば、山中教授は、後述するWinn事件について、日常使用危険物提供類型に分類されたうえで、なお「可罰的幫助かどうかは微妙である。」（山中・前掲註(3)九一五頁）と述べられていることから窺えるように、こうした危険判断の曖昧さと難しさが露呈されているといえるのではないだろうか。
- (65) 松宮・前掲註(3)二九二頁。
- (66) 曲田・前掲註(6)一八七頁。

- (67) 曲田・前掲註(6)一九五—一九六頁。
- (68) 山中・前掲註(6)一〇一頁。
- (69) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(二〇〇五年)一五八—一五九頁。
- (70) Roxin, a.a.O., § 26Rn.195. 上野・前掲註(43)九七頁、松生・前掲註(6)姫路法学二一・三二合併号二四二頁。
- (71) 曲田・前掲註(6)二〇四頁。
- (72) 法の支配のもとでの、法の重層的な社会統制について論じるものとして、碧海純一『新版法哲学概論 全訂二版補正版』(一九九八年)九四—九六頁。
- (73) 照沼・前掲註(54)五七三頁。
- (74) 照沼・前掲註(54)五七六頁。
- (75) 照沼・前掲註(54)五八二頁。
- (76) 船山泰範ほか編『スタッフ刑法総論』(一九九七年)三〇六—三〇七頁〔上野幸彦〕。混合惹起説という見解は、ロクシンによつて主張されているものである(Roxin, a.a.O., § 25Rn.102.)。この見解の詳細については、斉藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」『刑事法学の新動向 下村康正先生古稀祝賀 上巻』(一九九五年)一八一—一九頁、三〇頁以下、豊田兼彦「共犯の処罰根拠と客観的帰属(1)」愛知大学法学部・法経論集一六六号一頁以下参照。現在では、日本でもこの見解を支持する見解が多数となっている。たとえば、西田・前掲註(1)三三八頁、山口・前掲註(1)三〇〇頁、井田・前掲註(3)四八一—四八二頁、松宮・前掲註(3)二五二頁、伊東・前掲註(3)三六〇頁、高橋・前掲註(3)四一三頁など。
- (77) 照沼・前掲註(54)五七八—五七九頁。
- (78) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55ff.
- (79) 松生・前掲註(6)姫路法学二七・二八合併号二一五頁、島田・前掲註(6)六二頁、山中・前掲註(6)七三頁、曲田・前掲註(6)一七八頁など。もつとも、可罰的違法性という観点から、日常行為の幫助構成要件該当性を論じる余地は、なお理論的に残されている。このような見解に示唆を与えるものとして、藤木英雄『可罰的違法性』(一九七五年)八八—八九頁参照。

(80) 豊田教授は、客観的帰属論と混合惹起説との必然的な結合を強調される（豊田・前掲註(5)立命館法学二〇〇六年六号二五五―二五七頁、刑法雑誌四七卷三号三四七―三四九頁、同「客観的帰属論と共犯の処罰根拠論の關係」刑法雑誌五〇卷一号（二〇一〇年）六頁以下、さらに、許されない危険の創出およびそれと共犯の処罰根拠論につき、同「共犯の一般的成立要件について」川端博ほか編『理論刑法学の探究3』（二〇一〇年）一〇―一八頁。

(81) Roxin, a.a.O., § 26Rn.193. 上野・前掲註(43)一一三頁。

(82) 松生「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌五〇卷一号（二〇一〇年）三三―三四頁参照。

(83) 結果に対する行為者の責任を問題とする場合における客観的帰属論の基本的な妥当性につき、松生・前掲註(79)三二―三三頁。

(84) 松生・前掲註(79)三二頁参照。

(85) 村上淳一・六本佳平訳『N・ルーマン 法社会学』（一九七七年）三九―四四頁、一〇八頁参照。ルーマンによる分析について、松生・前掲註(79)五三頁以下に説明されている。

(86) 松生・前掲註(6)姫路法学三一・三二合併号二九四頁。

(87) なお、松生教授の見解に対しては、購買者がその犯行に利用することを知っている場合であっても、「他者の行為と完全に遮断された行為寄与」が存在すると評価し得るのか、あるいは評価すべきであるのかという点について、なお議論の余地が残されているといわざるを得ない。結果的に、日常的な通常業務性に重点が置かれた解決策となっており、客観的帰属という一般的な帰属原理との理論的な関連性についても、十分な説明が行われているとはいえないように思われる。さらに、このような基準を適用することによって、実際にどのような結論が導かれるのかという説明に乏しいため、残念ながら、具体的に利用可能で有効な基準として機能するか否かという検証を十分行い得る程度に至っておらず、現時点においては客観的に分析できる材料にやや不足が認められる。具体的な適用可能性に関する議論のさらなる展開を待たなければならないように思われる。

(88) Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4.Aufl., 2006, § 24Rn.11, Rn21ff. 信頼の原則につき、板倉宏『刑法総論 補訂版』（二〇〇七年）二八一―二八二頁参照。

- (89) 島田・前掲註(6)一〇五頁。
- (90) 島田・前掲註(6)八五―八六頁。
- (91) したがって、ロクシンの見解を「故意によって解決しようとしている」とする見方は(小島秀夫「中立的行為による幫助」刑法雜誌五〇巻一号(二〇一〇年)二八頁、適切ではない。
- (92) 松生・前掲註(6)姫路法学三一・三二合併号二九三頁。
- (93) 中立的行為に関連する日本の判例につき、曲田統「日常行為と従犯(二)―主にわが国における議論を素材として―」中央大学法学会・法学新報一一二巻一・二号(二〇〇五年)四四五頁以下、山中・前掲註(6)五四頁以下参照。
- (94) 大審院昭和七年九月二六日判決(刑集一一巻一三六七頁)。
- (95) 判例タイムズ六三〇号二三〇頁。
- (96) 判例タイムズ七五二号二四六頁。
- (97) 判例時報一五六三号一四七頁。
- (98) 高等裁判所刑事判例集五二巻二号一〇三頁。
- (99) 判例時報一五一四号一六九頁。
- (100) 上野幸彦「ファイル共有ソフトを開発し、インターネット上で公開・提供した者につき、著作権法上の公衆送信権侵害罪の幫助犯の成立が否認された事例―Winny 事件控訴審判決―」日本大学法学会・日本法学七六巻三号(二〇一〇年)一九一頁以下。さらに、控訴審判決について、刑事法ジャーナル誌上で特集(二二二号(二〇一〇年))が組まれ、不可罰説の立場から、園田寿「Winny の開発・提供に関する刑法的考察「再論」―ウイニー控訴審無罪判決の意義と課題―」(同誌四〇頁以下)、可罰説の立場から、豊田兼彦「Winny 事件と中立的行為」(同誌五一頁以下)、さらに島田聡一郎「Winny 事件二審判決と、いわゆる『中立的行為による幫助論』」(同誌五九頁以下)の論稿が掲載されている。
- (101) 上野・前掲註(100)二〇七―二〇八頁。

(二〇一一年二月八日脱稿)

団体概念の事例に関する解釈の限界としての 刑法および概念を形成する体系の中心的な構 成原理としての明確性原則

クラウス ホフマン・ホラント

上野 幸彦 訳

I. 出発点

1. 明確性の連結点としての文言

刑法上の明確性原則が専門的な議論の対象とされる場合に、もっぱら個々の刑罰規範に用いられている文言を切り離して考察が行われています。はじめに通例明確性原則の内容に關し次のような指摘が見出されます。基本法第一〇三
(訳者註)
条第二項に置かれた刑法の保障機能の帰結として、刑罰規範は、その構成要件及び法効果に關して、内容的な明確性

団体概念の事例に関する解釈の限界としての刑法および概念を形成する体系の中心的な構成原理としての明確性原則（上野）

一一七（一一七）

を最低限提示するということを保障すべきである。したがって、いかなる行為が刑罰のもとにあるのか市民が読み取り得ない刑法の規定は、許されない。これに関連して、たとえば「公の秩序に違反した者は罰する。」という文言の規定は、その適用範囲が内容上不明確であるがゆえに、明確性原則の要請を満たすものではない、という結論が導かれています。

法律適用者に対する明確性原則の作用も、ふつう個々の刑罰規範の文言を引き合いに出して示されます。刑事裁判官は、つねに犯罪者の行為が事実的にも当該の刑罰法規の文言に含まれる限りにおいてのみ、有罪宣告を行うことが許されているのであり、もし、被害者を家の壁に押し付けることを「危険な道具」を手段とする傷害の行為として処罰するとすれば、基本法第一〇三条第二項に違反することになるでしょう。

明確性原則との関連では、もし具体的な事例で当該の刑罰規範の文言だけでなく、一定の体系の中で表現された概念の理解をも探求する場合、立法者によって用いられた概念性が法規の適用にどのように影響するののかという問題には、明らかによりわずかな関心しか注がれていません。わたくしは、以下で、二〇〇九年の連邦裁判所刑事第三部の判決を取り上げて、これまでほとんど考慮されていないこの側面をより詳しく明らかにしたいと思います。わたくしがここで検討する命題は、次の通りです。文言の可能な意味ばかりではなく、法律体系に表現された概念の理解も、解釈の外部的な限界であるということです。

刑事第三部の判決は、刑法第^{〔訳者註〕}一二九条（犯罪団体〔Vereinigung〕の結成）の構成要件における団体概念の解釈に関わっています。刑法上ほかの刑罰規範においても複数の人々の行為に関係するものがあります。しかし、そこでは他の概念が用いられています。そのため、もし立法者が他のところで複数人の結合を「共同正犯」〔Mittäterschaft〕あ

るいは「集団」[Bande]と表しているとするれば、刑法上の明確性原則が、刑法第一二九条における団体概念の解釈にあたつて、考察されるべきであるという結果をもたらすかどうかを研究することが重要です。

判決では、第三刑事部は、ヨーロッパ法と合致する解釈という意味で団体概念を拡張する試みによりその議論をまとめています。ヨーロッパのレベルで公布された法文書による国内刑法への貫徹は、国内の立法者および法律適用者、それに言うまでもなく国内の諸構成要件の明確性に対する重大な挑戦です。

はじめに、わたくしは、団体概念に対する連邦裁判所の最新の判例の概略を述べ、続いて団体概念へのヨーロッパ法の影響を考察するつもりです。これを背景にして、—最初の方法論的な重要点として—、法律体系にもとづく団体概念の解釈ないし限界が展開されます。さらにその判決を超えて、—第二の方法論的な重要点として—、体系がどの程度、解釈の方法としてだけでなく、解釈の限界として作用を及ぼしうるか、という問いに答えるつもりです。

2. 事案の概要（連邦裁判所二〇〇九年二月三日判決^①）

ドレスデン地方裁判所が原審として認定したところによりますと、最初「ザクセンの突撃隊」[Sturm]と名乗る政治的に右寄りの少年達のグループは、二〇〇五年から毎日とくにこのために手配した集合所に集まっていました。そのグループと周辺の他の人々との間でしばしば暴力事件を生じ、グループのメンバーの襲撃は、とくに—そのまま引用すると—パンクの若者、「左翼」および「大麻常用者」に向けられていました。二〇〇六年、グループ内部で、ひとつの同志関係を結ぶというアイデアが生まれました。主要な目的は、いわゆる国粋主義的な解放地帯を創設することによって、「ダニのいない」そして「褐色の」（訳者註：褐色はナチ党員が着ているシャツの色です。）居場所を作

ることでした。これは、右翼的な政治的傾向をもたないすべての人々に対して、暴力的行動をとることを意味しました。加えて、いわゆるスキンヘッドの検問パトロールが実行されるべきであるとされたのです。その時に嫌われている者達が出会って、より大きな組織を作り、暴力的な行動に出ました。そのグループは、「同志 突撃隊三四」と名乗りました。

ドレスデン地方裁判所は、被告人らを危険な傷害の複数の事件で有罪を言い渡しました。一方で、地裁は刑法第一二九条の前提を満たすものとは見なせないと判断しました。とくに「会則、メンバーリスト、メンバーの会費（…）。制服、これらに類するもの」といった構成要素が欠けており、犯罪団体の認定を妨げる、と。地方裁判所が被告人らを犯罪団体への共同関与と評価しなかった点について、連邦検事総長によって主張された検察庁の上告が成功しました。第三刑事部の見解によると、「同志突撃隊三四」は、地裁の説示とは反対に刑法第一二九条の意味における犯罪団体と認められるのです。²⁾

II. 団体概念とヨーロッパ法

第三刑事部は、判決の中でヨーロッパ法に合致する団体概念の解釈について十分検討しています。そのことは、第三刑事部ももちろん承知していますが、結論にとってしかしながらまったく必要ではありません。なぜなら、犯罪団体の構成要件の要素は、学説や判例の一部で必要とされたヨーロッパ法と親近性のある拡張された団体概念の解釈に拠ることなく、是認されるからです。

1. 従来の団体概念の堅持

第三刑事部は、従来の団体概念を堅持しています。確立した判例によれば、「一定の継続性のある、自発的に組織された少なくとも三人以上の結合が刑法第一二九条の意味における団体であると解され、各人は個々の意思が全体の意思に従属している中で全体の目的を追求し、お互いにひとつの組織と感じている関係に立っている。」⁽³⁾のです。この団体概念は、したがって、個人的、組織的、主観的および時間的な標識を包含しています。

学説上の数人の最近の試みに対して、第三刑事部は、ヨーロッパ法を考慮して従来の団体概念から逸脱することを明確に否定しています。「本件は、ここで重要な刑法第一二九条の意味における犯罪団体の概念に関して、すべて考えられる一体的なグループ化についてこれまで判例の中で慣例となっていた団体の定義に残されていたことを明確にする機会をあたえるものである。」⁽⁴⁾結局は、その説明は、非常に膨大な傍論 (obiter dictum) です。第三刑事部は、基本的に、実体刑法の領域において本質的なヨーロッパ化の要素の限界をどこに引くのかという、ヨーロッパ法と親近性のある解釈の限界を示そうとしているのです。⁽⁵⁾

2. ヨーロッパ法と親近性のある拡大解釈の契機

団体概念のヨーロッパ法と親近性のある拡大解釈のきっかけは、異なったヨーロッパ法の規制にあります。とくに、二〇〇八年一〇月二四日の組織犯罪対策のEU枠組み決定の第一条における犯罪団体の定義です。それによれば、犯罪団体は、「一定の期間二人以上で組織された結合で、それらの者が直接又は間接に財産上もしくはその他の物質的な利益を得るために、少なくとも四年の自由刑もしくは自由刑に代わる改善並びに保安処分又はそれ以上の刑罰で威

嚇されている犯罪行為を行うことを取り決めているもの。」と表現されています。この場合に必要な「組織的な結合」とは、第二項によると、結合が偶然ではなくある犯罪を直接実行するために形成され、かつ、その結合が、――必然的に形式的なものではなく――構成員に対し定まった役割、継続的な団体性、あるいははつきりとした構造をもっている場合です。学説上の意見には、これまで刑法第一二九条が前提としてきた団体概念は、今後、「ヨーロッパ法と親近的に」解釈されるべきであるとするものもあります。すなわち、枠組み決定の定義は団体内部の意思の構成には言及しておらず、したがって主観的な前提に関する必要条件是削減されるべきである。とにかく規定どおりの意思の構成で十分である^⑥。さらに、組織的な前提条件についても引き下げる必要があり、どんなに未発達の組織であつても団体概念にとつては十分であるとすべきである^⑦。

Ⅲ．団体概念の解釈

このようなヨーロッパ法と親近性のある拡大解釈の傾向に、第三刑事部は明確に反対し、判決の最初の主旨の中で、「二〇〇八年一〇月二四日の組織犯罪対策のためのヨーロッパ連合理事会の枠組み決定は、従来の刑法第一二九条第一項の意味における団体の構成要件要素の解釈の変更をもたらすものではない。」と誤解されることのないように指摘しています^⑧。

1. 文言と刑法第一二九条の構造

その際、規定の文言及び構造は、まったく枠組み決定の定義を受け入れる余地を与えられているでしょう。客観的

な構成要件のレベルで、刑法第一二九条は簡単に団体と述べています⁽⁹⁾。その目的や活動は、犯罪行為の遂行に向けられていなければなりません。犯罪行為はかなり幅広く定められています。すなわち、設立、構成員としての関与、構成員もしくは支持者の支援及び募集です。設立とは、結合の際の参加です⁽¹⁰⁾。構成員としての関与は、行為者が団体の目的を追求するために組織的な構造の枠組みの中で義務を負っていることを前提としています⁽¹¹⁾。支援とは、正犯から独立している幫助の形態です⁽¹²⁾。募集とは、他人を組織の味方にする目的をもってする計画的な表現行為を意味します⁽¹³⁾。主観的構成要件は、単に故意を前提にするだけです⁽¹⁴⁾。

上述した団体概念の定義によると、全体の下での個人の意思の必要的な従属も、さらに一体的な結合として求められる現われも、刑法第一二九条の構造上、犯罪団体の不可避な前提を示すものではありません。単に規定の文言だけにこだわる解釈であれば、「ヨーロッパ法と親近性のある」解決という意味で団体概念の設定について必要條件を引き下げることも、問題なく行うことができるでしょう。

2. 体系的な解釈

刑事部は、その解決を、刑法第一二九条の文言を援用することではなく、体系的な解釈によって根拠づけているのです。その見解によれば、枠組み決定の犯罪団体の定義を受け入れることは、「ドイツの実体刑法が関係している複数の共同作用的な人びとの可罰性のシステムの本質的な基本思想に解くことのできない矛盾を導く」ことになり⁽¹⁵⁾ます。このことは、団体概念をその他の犯罪行為に対する複数人の関与形式すべてと区別を行うきつかけとなりうるものです。

(a) 集団 (Bande) との区別

最新の判決の中で、団体は集団と区別されています。その際、第三刑事部は、集団の結合それ自体はまだ可罰的ではないという点を、適切に考慮しています。さらに、――基本的構成要件が満たされている場合に――その結合は、加重要素ないし取り扱い例を示しているのです。つまり、集団における結合は、――団体とは対照的に――刑罰を根拠付ける要素ではなく、単に刑罰を強化する要素¹⁶（訳者註³）なのです。この基本的な体系的な区別を失うと、団体概念は方針のそれと適合します。なぜなら、二〇〇八年一〇月二四日の枠組み決定第一条によれば、犯罪団体の概念は、集団の概念とほとんど区別が付かないからです。最新の判決によれば、集団とは、「将来ある一定期間に複数の独自の、詳細はまだ分からない犯罪を行うという意思で結ばれた、少なくとも三人以上の結合によって特徴づけられる。上位に置かれた集団の関心にしたがって強固にされた集団の意思や活動の形成は、必要とはされない¹⁷」のです。つまり、集団との区別基準は、とくに主観的な要素にあります。団体を際立たせているのは、上位にある全体の意思なのです。個人の意思が全体の意思に従属しているもつで、全体の目的が追求されねばならないのです。

(b) 刑法第三〇条による関与の未遂との区別

刑法第三〇条による関与の未遂との区別について、二〇〇八年の第三刑事部の以前の判決が説明しています。それは、ハイリゲンダムでの世界経済サミット妨害のための人びとの結合を扱ったものです¹⁸。その際刑事部は、「既遂、未遂及び予備行為と段階付けられた体系」を考慮しています。原則として、犯罪の既遂だけが可罰的です。未遂は、犯罪または可罰性が明確に定められている場合です。「未遂への着手に至らなければ、犯罪となる場合や一定の予備行為のみが問題となる。」この体系では、可罰性の限界は明確です。この体系的な限界は、「犯罪行為（窃盗などの）

を計画する行為者のあらゆる結合が、それ自体として可罰性を「根拠付けるものではありません。その結合自体が既に保護される法益に対して当罰的な危険の潜在力を示している場合に限って、結合に対する可罰性が是認されるのです。「それは、問題となつてゐるグループ化について、初期的な組織形式以上であると確認されうることを前提としている。」つまり、団体は、組織的な要素によつて、関与の未遂と区別することが出来ます。すなわち、構成員がお互いに一体的な結合を自覚しているような関係に立ち、相互的に本気で責任を負うことが必要です。さらに人的基準です。団体の場合には、少なくとも三人が必要で

(c) 共同正犯との区別

共同正犯との区別も、精密に区別することが可能でなければなりません。なぜなら共同正犯に対して、「(犯罪) 団体における結合的な活動は、具体的な犯行が可罰的な方法で既遂、未遂または予備となるかどうかに依存せず可罰的である」⁽¹⁹⁾からです。共同正犯は、複数の人びとが犯行について共同の意思を示し、かつ行為支配を共同して実行することによつて特徴付けられます⁽²⁰⁾。しかし、団体はさらに必要です。共同正犯は二人でも可能で、あらかじめ三人ではありません。また、――団体の構成員とは異なり――、共同正犯は組織的に特別の方法で強制的ではなく相互に結合したものでなければなりません。個々の意見が特別なグループの意思の影に隠れるという必要はありません。最後に、共同正犯者の協働について最低限の期間というものも要しません。犯罪行為の実行のための突然の結合で足りるのです。⁽²¹⁾共同正犯との区別に関連して、団体と集団および関与の未遂との区別を補完すると、――主観的、組織的及び人的な基準のほか――さらに時間的な構成要素も付け加わります。つまり、団体は、一定の継続性をもつものでなければなりません。

3. 方法論的・体系的解釈

方法論的な解釈と体系的な解釈との交点に、アルカイダによる生命保険を手段とするテロリズムの資金調達の利用に対する第三刑事部の判決の考慮が見出されます。その際、純粹に方法論的な試みはしばしばとても少ししか採られていないのも明らかです。規定の特別の意味は、しばしば体系にもとづいて認識されるのです。そこで、方法論的・体系的な解釈の混合形式という言葉を用いることができます。第三刑事部は、団体犯罪が、「固く結ばれた犯罪行為の実行を目標とする組織が、内在する固有のダイナミズムによって²²⁾、危険性を高めていると把握すべきであるという点から出発しています。このダイナミズムの中で、個々の個人的な答責性・責任の感情が抑圧されるのです²³⁾。この特殊な危険性が、――体系的に――ほかの複数人の関与形式とは際立っています。それゆえ、構成員の結合及びグループの意思に関してより高度の要請が必要とされるのです²⁴⁾。

団体は、時間的な、人的な、組織的なそして主観的な基準で、その他の複数人の関与形式と区別されなければならないという、以上で確認したところを要約すると、次のようになります。時間的には、団体はある程度の継続性がないければなりません。人的には、少なくとも三人以上の結合が必要です。組織的には、構成員がお互いに一体的な結合と自覚・意識し合っている関係に立ち、相互的に真剣に義務を負うことが必要です。主観的には、全体意思の下に個人の意思が従属し、共同の目的が追求されなければなりません。これに関して、二〇〇九年一二月の第三部の最新の判決の第二の主旨から、次のことが明確にされたと理解できます。グループのメンバーが、協調的な行為により、短時間ではなく、グループの目的または活動が目指す具体的な犯罪行為の遂行に出るといふ共同の目標を追求している場合には、通常必要とされる上位に置かれた共同の意思を認めることができるということです²⁵⁾。

IV・解釈の限界としての体系

1. ヨーロッパ法の規準と一致する解釈の要請の限界

一連の判決で第三刑事部は、解釈の限界としての体系が、規準と一致する団体概念の拡大と対立しているという結論を適切に導いています。⁽²⁶⁾しかし、全般的にヨーロッパ法が拒否されうると見なしているわけではありません。第三刑事部は、―遵法原理及び転換義務（EU憲法第四条第三項及びEU憲法議定書第二八八条第三項⁽²⁷⁾）の表れである―規準と一致する解釈の要請を、明確に承認しています。ですがそれと同時に、第三刑事部は、EU裁判所も「Kolpinghuis Nijmegen」事件や「テレコム イタリア」事件⁽²⁸⁾の判決でとくに強調しているように、ヨーロッパ法の規準と一致する解釈の要請の限界に注意するよう指示しているのです。すなわち、国家的な憲法にも、さらに初期的なヨーロッパ法にも、一般的な法の諸原則が示す限界があるのです。その中に、とくに明確性の原則や信頼の保護も数えられます。⁽³⁰⁾連合法の規定が基本的に可罰性を拡大する解釈を導き得るのですが、それによって国内法におけるよりも広範な概念解釈となるので、とりわけ憲法によって引き入れられている許された文言の解釈の制限に注意を払わなければなりません。⁽³¹⁾

2. 類推禁止と概念を形成する体系

解釈のあらゆる形式がそうであるように、規準と一致する解釈も解釈の一般的な限界に注意しなければなりません。国内刑法において、基本法第一〇三条第二項ないしは刑法第一条が、いわゆる類推禁止という形式で解釈を制限して

います。それによれば、可罰性が行為が行われる以前に法律で定められている場合に限って、ある行為は処罰されるのです。そこには、立法者に対する行為の指示だけでなく、同時に裁判官にとつての行為の限定が認められます⁽³²⁾。これにより、法律で定められた可罰性の前提を当事者を犠牲にして解釈することは禁じられます⁽³³⁾。これに関して、法律の適用について、許される解釈の限界が精確にどこに引かれるのかということが、重要な問題となります。これが、中心的な命題の出発点です。すなわち、従来の学説に対して、許される解釈の限界は、単に当該規範の文言からだけ生じるものではありません。さらに、体系的な解釈から得られる限界も、類推禁止の一部でありうるのです。基本法第一〇三条第二項に、それと同様の文言で刑法第一条に用いられている「法律で定められた」と言う術語は、法律上の刑罰規範の個々の概念だけに関係しているのではなく、一定の体系において法律的に確定したことから表れる概念の理解をも、類推禁止に含んでいます。このことは、もちろんその体系が事実的に概念を形成する範囲で妥当します。この概念を形成する体系が伝統的な解釈論とどのように適合するのか、そしてどの点でそれを越えているのか、次に説明しましょう。

許される解釈と禁止される解釈との境界は、一様ではありません。文言の意味に焦点を合わせてもまったく役に立たないということも、一部で主張されています⁽³⁴⁾。たとえば、「許されない自由な法発見」⁽³⁵⁾との区別とか、シュミットホイザーの文言構成要件によるのではなく、法律の意味を再現する解釈構成要件による区別⁽³⁶⁾のように、開かれた基準であるということです。しかし、このような試みの欠点は、何の明確性ももたらさないという点です。さらに、その解釈がまさに限界を定めようとしているにもかかわらず、法律主義に方法論的な解釈の不確実性が持ち込まれるでしょう⁽³⁷⁾。

確立した連邦憲法裁判所の判例及び学説の大部分によれば、法律の文言の可能な意味がなお許される解釈の限界を示しています。⁽³⁸⁾ その際に連邦憲法裁判所が、文言ではなく、文言の意味について語っているということは、「解釈の前提的理解を想定しているということ」を認識させます。⁽³⁹⁾ この通説によって支持されている、どのような言葉の日常使用を受け入れうるかという基準にもとづく境界線の長所は、——まったくフォイエルバッハの言う意味で——予測可能性という点です。その限界は、ドイツ語をマスターしているすべての人にとって認識可能なのです。⁽⁴⁰⁾ しかし、もし単になお可能な言葉の意味を通じてだけ区別するとすれば、可罰的な行為の射程がいかに広いものであるか、マウンツ—デューリヒの基本法コンメンタールのシュミット—アースマンの言葉が示しています。「処罰の危険は、文言の可能な意味のバリエーションの範囲内では、行為者から基本法第一〇三条第二項によって基本的に取り除かれていない。⁽⁴¹⁾」それによって、文言の意味だけに方向付けられた許される法律解釈の限界についての理解は、一定の範囲では刑罰規定に関して逸脱する解釈や適用を手助けすることになるという点で、明白な問題があります。とりわけ、この懸念は、ランダウが最新の論文で注意を喚起するきっかけを作ったように、——周辺の場合でも——われわれが法適用の明確性の要請の問題について個々の構成要件要素に集中させると、それによって全体の刑罰規範上許されない虞のある解釈から目を逸らせるということです。⁽⁴²⁾ 取り上げたこの考えによれば、法律の解釈にあたつて体系的な観点をより強力に考慮することが支持され得るのです。これによれば、可能な事実的な文言の意味は、確かに許される解釈の限界について出発点を示していますが、これに止まるべきではありません。連邦憲法裁判所の判決を引用すると、刑事裁判官が立法者の言う「言葉通りに取ら」⁽⁴³⁾ ねばならないばかりでなく、立法者も言葉通りに取ってもらわなければならないのです。⁽⁴⁴⁾ もし立法者がある言葉に体系と関連させて概念的な特色を与えているのであれば、これを解釈の限界として尊

重しなればなりません。法律は、予測可能性によって始めて自由を保障することができます。それは、類推禁止の形を整える法安定性の思想であり、あるいは、――フランス・フォン・リストの有名な言葉として取り上げられる――法律は犯罪者のためのマグナ・カルタ⁽⁴⁵⁾、より正確には、市民のためのマグナ・カルタであるということです⁽⁴⁶⁾。

二、三の最近の連邦憲法裁判所の判決における類推禁止のささやかな活性化も、単純に当該刑罰規範の文言の可能な意味を顧慮したものとして説明されてはなりません。このことは、とくに乗用車が「刑法第一一三条第二項第二号一の『武器』」の概念の可能な文言の意味にはもはや含まれない⁽⁴⁷⁾という決定について妥当します。より正確に言うると、連邦憲法裁判所は、かつて刑法第一一三条の新設に携わった刑法改正の特別委員会のメンバーによって主張された、当該規定の武器概念は、「技術的な…意味において理解されるのではなく」、暴力行使の目的のために組み込まれているその他の物体をも包括するという見解を認めているのです⁽⁴⁸⁾。乗用車はまさに武器という文言の可能な意味の中にあります。しかし、連邦憲法裁判所は、この場合に体系的な考慮を持ち出しています。武器と危険な道具とが区別されている刑法第一一三条第二項第二号一と刑法第二四四条第一項第一号a)、刑法第二五〇条第一項第一号a)とを比較して、この概念の区別は刑法第一一三条についても保持されなければならない、という結論を導いています⁽⁴⁹⁾。この連邦憲法裁判所による適切な言明を一般化すると、解釈の枠内で突き止められる可罰性の限界について、具体的な事例に関係する刑罰規範の文言だけが決定するのではなく、出発点となる規範の文言の可能な意味であっても、さらに法律の体系性と照合しなければならないのです。この法律の体系性の中で概念の理解が逸れていない範囲でのみ、最初の解釈の一步として確かめられた文言の意味が可罰性の審査に付されるのです。この構造を、団体概念に関する第三刑事部の判決において再び見い出します。団体自体の概念は非常に幅広いので、組織犯罪対策のためのEU枠組

み決定の定義を容易に取り入れることができるでしょう。しかし、立法者は、団体の概念を、一定の体系の中で用いることによって形付けました。この一定の体系は概念自身に反作用を及ぼし、法適用者によって尊重されなければなりません。すなわち、解釈の外部的な限界は、文言の可能な意味ばかりでなく、さらに狭く、法律の体系によって形成された概念もそうなのです。

3. 歴史的な解釈の限界？

許される法律解釈と禁止される類推との境界設定に関して、歴史的な解釈を考慮することも、基本的には考えうると思われます。そこで、文言及び体系では十分でない場合に、しばしば多く引用される「立法者の意思」が示され、それを突き止めることによって、時々可罰性の限界を確定する追加的な要素を得ることができます。このようなやり方に対して、法律解釈の実際的な要求は、当然次のように言います。法律適用者は、文言によって引かれた限界の範囲内で、具体的な個別事例に関連する規定をダイナミックに解釈しながら、現在する所与の事実及び展開に対応しなければならぬ立場にある。だが、歴史的解釈は変えられないので、その義務的な考慮は法適用者を不当に束縛し、法適用者の仕事を静的なものとするだろう、と。歴史の歩みの背景にある、立法史を考慮することは、実用的ではありません。とりわけ、基本法第一〇三条第二項や刑法第一条の文言に直接定められていることから、明らかとなります。それによれば、行為の実行の時点で「法律で定められている」ことが決めるのです。文言や体系性が直接法律から明らかになるのに対して、歴史は法律の中から読み取られなければならず、必要とされる「法律上の」明確性がまさに是認されえないのです。

V. 要約

検討した第三刑事部の判決は、ヨーロッパ法と親近性のある団体概念の拡大に対して、反論しています。したがって、ヨーロッパ法と親近性のあるものではありません。その方法的利点は、原則的な体系性にあります。これを背景に、概念の拡大が体系に反すると認識されるのです。第三刑事部の一連の判決において、武器の概念に関する連邦憲法裁判所の説明と同様に、解釈の新しい限界を認識することができます。概念を形成する体系性が類推禁止の一部であるということです。

また刑法上の明確性の要請を顧慮して、個々の刑罰規範の文言にとどまるのではなく、全体の観点を基礎に置く法律の考察が望ましいように思われます。立法者が明確性の要請を刑法の中心的な構成原理として十分に考慮に入れているかどうかは、まさに立法者によって用いられる概念が一定の体系に適合しているかどうかという点にも依存するからです。

- (1) 以下の事案の叙述は、語句につき連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二一六頁以下 (Rn. 1-20) から抜き取ったものである。この判決については、*Winkler jurisPR-StRR5/2010 註(1)* も詳しく。
- (2) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二〇頁 (Rn. 19)。
- (3) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二二頁 (Rn. 23)。参照、連邦裁判所 NJW 二〇〇九年三四四八・三四五九頁、連邦裁判所刑事判例集二八卷一四七頁、三二卷二〇二・二〇四頁以下、三二卷三三九頁以下、四五卷二六・三五頁、連邦裁判所 NJW 二〇〇五年一六六八頁、二〇〇六年一六〇二頁、BGHR StGB§129Vereinigung 3.

- (4) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六頁・二二三頁 (Rn. 26)。
- (5) *Hecker* Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), §10Rn. 1, *Satzger* Die Europäisierung des Strafrechts (2001), S. 518.
- (6) *Kress* JA 2005, 220, 224.
- (7) *Kress* JA 2005, 220, 227.
- (8) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六頁。
- (9) *Kress* JA 2005, 220, 224.
- (10) *Lackner/Kühl* StGB, 26. Aufl. (2007), §129Rn. 4.
- (11) *Rudolphi/Stein* in SK, § 129Rn. 16.
- (12) 連邦裁判所刑事判例集二〇卷八九頁以下、二九卷九九、一〇一頁。
- (13) *Lenchner/Sternberg-Lieben* in *Scönke/Schröder* 27. Aufl. (2006), § 129Rn. 14b; *Rudolphi/Stein* in SK, § 129Rn. 18.
- (14) *Rudolphi/Stein* in SK, § 129Rn. 19 故意が団体の目的に包括された活動の可罰性にも及ばなければならないという事情を指摘したうえで。
- (15) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二三頁以下 (Rn. 29)。
- (16) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二三頁以下 (Rn. 29)。
- (17) 連邦裁判所刑事判例集四六卷三一一・三二五頁以下、連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二三頁以下 (Rn. 29)。
- (18) 以下のすべての記述を、BGH NStZ 2008, 146, 149.
- (19) BGH NStZ 2008, 146, 149.
- (20) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六頁 (Rn. 45)。
- (21) *Miebach/Schäfer* in *MünchKomm-StGB* Band2/2 (2005), § 129a Rn. 35.
- (22) BGH NJW 2009, 3448, 3460.
- (23) BGH NJW 2009, 3448, 3460.

- (24) BGH NJW 2009, 3448, 3460.
- (25) 連邦裁判所刑事判例集五四卷一二六頁 (Rn. 40)。
- (26) *Walter* jurisPR-StrafR5/2010Anm. 1, S. 2. も賛成。
- (27) *Hecker* Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), § 10Rn. 6.
- (28) EuGHE 1987, 3969, 3986.
- (29) EuGHE 1996, 6609, 6637. (EMRK 七条一項の法律主義を援用して)
- (30) *Ambos* Internationales Strafrecht 2. Aufl. (2008), S. 445 § 11Rn. 45.
- (31) *Schmitz* in MünchKomm-StGB Band 1 (2003), § 1Rn. 83.
- (32) *Schmid-Aßmann* in Maunz/Dürig GG, 56. Aufl. (2009), Art. 103Abs. 2 Rn. 225.
- (33) *Hassemer/Kargl* in NK, 3. Aufl. (2010), § 1Rn. 70.
- (34) 参照' *Hanack* NStZ 1986, 263 以下。 *Eser* in Schönke/Schröder 27. Aufl. (2006), § 1Rn. 55. 以下も参考
 べられてゐる。
- (35) *Sax* Das strafrechtliche “Analogieverbot” (1953), 九四頁以下、一四二頁以下。
- (36) *Schmidhäuser* AT, 2. Aufl. (1984), 3/48 以下。
- (37) *Hassemer-Kargl* in NK, 3. Aufl. (2010), § 1Rn. 77.
- (38) 模範的には、連邦憲法判例集七一巻一〇八・一一五頁、八二巻二三六・二六九頁、BVerfG NStZ 1990, 一七六頁以下、
 連邦裁判所刑事判例集一一九巻一一九・一二三頁、三五巻二九〇・二九五頁； *Engels* GA 1982, 一〇九、一一一頁以下、
Baumann, MDR 1958, 394; *Roxin*, ZStW 83 (1971), 369, 376 以下、 *Herzberg* GA 1997, 251, 252, *Eser* in Schönke/Schröder
 27. Aufl. (2006), § 1Rn. 55, *Rudolphi* in SK, § 1Rn. 22, *Hassemer-Kargl* in NK, 3. Aufl. (2010), § 1Rn. 78.
- (39) *Schmid-Aßmann* in Maunz/Dürig GG, 56. Aufl. (2009), Art. 103Abs. 2Rn. 228.
- (40) *Eser* in Schönke/Schröder 27. Aufl. (2006), § 1Rn. 55 も参照。

- (41) *Schmid-Abmann* in Maunz/Dürig GG, 56. Aufl. (2009), Art. 103 Abs. 2Rn. 230.
- (42) *Landau ZStW* 121 (2009), 965, 975.
- (43) BVerfG NJW 1984, 225; 1986, 1671, 1672.
- (44) BVerfGE 71, 108, 116.
- (45) V. Litz Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2 (1905), S. 80.
- (46) *Schünemann Nulla poena sine lege?* (1978), S. 1Fn. 2.
- (47) BVerG NJW 2008, 3627, 3628.
- (48) BVerfG NJW 2008, 3627, 3629.
- (49) BVerfG NJW 2008, 3627, 3629.

〔訳者註1〕ドイツ連邦共和国基本法第一〇三条第二項の規定は、次の通り。「ある行為がなされる以前にその可罰性が法律によって規定されていた場合にのみ、その行為を罰することができる。」（高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第五版〕』（二〇〇七年）、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第二版〕』（二〇一〇年）一八七頁による。）

〔訳者註2〕ドイツ刑法第一二九条第一項の規定は、次の通り。「その目的若しくはその活動が犯罪行為の遂行に向けられた団体を設立した者、又は、構成員としてそのような団体に関与し、そのために構成員若しくは支持者を募り若しくはそれを支援した者は、五年以下の自由刑に又は罰金に処する。」（法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（二〇〇七年）による。）

〔訳者註3〕ドイツ刑法には、窃盗や強盗の章下に、集団窃盗、集団強盗に関する規定がある。たとえば第二四四条第一項第二号では、「強盗若しくは窃盗を継続的に行うために結成された集団の構成員として、他の集団構成員の協力の下に窃取した者」（前掲・ドイツ刑法典による邦訳）につき六月以上一〇年以下の自由刑が定められており、単純窃盗の法定刑（五年以下の自由刑又は罰金）と比較して、刑罰が加重されている。

訳者あとがき

本稿は、日本大学海外学術交流基金にもとづく平成二二年度海外客員教授招聘事業として、ベルリン自由大学のクラウス・ホフマン・ホラント教授 (Prof. Dr.Klaus Hoffmann-Holland) を日本大学法学部にお迎えし、同教授によって三回にわたり行われた講演のうち、平成二二年一〇月五日に法学部で催された第二回の講演を邦訳したものである。

H・ホラント教授は、刑法及び犯罪学を講じられている。現代的な課題に積極的に取り組みられるとともに、その学問的関心は幅広く、最近、グローバルな人権問題をテーマとする刊行物の編著者ともなっておられる (Ethics and Human Rights in a Globalized World, 2009)。本講演のテーマも、EU法とドイツ国内刑法との関連を重要なポイントとするもので、国際刑法の分野とも接する、新しい学際的な課題である。国内刑法上の概念と国際的規制との整合性という問題は、グローバルな犯罪対策の必要性が今日益々高まる中で、日本法においても重要な課題である。その際に、H・ホラント教授は、国内法体系にもとづく概念の形成化を指摘されると同時に、これを明確性の原則の観点から理解、分析することによって、法律主義 (罪刑法定主義) の見地から類推禁止として許されない解釈の限界問題として考察する試みを展開されている。条約等の国際ルールの日本の刑法体系への受容を検討する場合においても、人権保障上不可欠な視点として、重要な示唆を与える主張である。

第二回講演は、設楽裕文教授の司会の下、H・ホラント教授による講演の後、質疑応答が行われた。参加者から、EU法とドイツ法との関係や明確性原則とデュー・プロセスとの関連等について質問が寄せられ、それに対して、H・ホラント教授から、EU法とドイツ法との一般的な関係、EUの犯罪規制と各国の国内刑法との整合性に関する

EU裁判所の判例などが紹介される等、それぞれの質問に分り易く丁寧な説明が加えられた。

なお、本講演のオリジナル原稿は、その後、ゲッペルト教授の七〇歳を祝賀する記念論文集に寄稿され、収録されている (“Vereiningungsbegriff im Wandel? — Begriffsprägende Systematik als Auslegungsgrenze” in: Claudius Geisler, Erik Kraatz, Joachim Kretschmer, Hartmut Schneider, Christoph Sowada (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, (de Gruyter) S.245-259.)。

H・ホラント教授には、邦訳の機会を与えてくださり、あらためて心から感謝を申し上げますとともに、訳稿の掲載にあたり、同教授ならびにゲッペルト教授祝賀論文集刊行の関係各位より、ご快諾を賜ったことをここに記して、併せて厚く御礼を申し上げます。

Lugosi ケース、 人格権一元論の終焉

——Lugosi v. Universal Pictures 160 Cal. Rptr. 323 (1979)——

豊 田 彰

訴は、1930 年の映画 Dracula のタイトル役を演じた俳優ベラ・ルゴシの未亡人と息子によって提起された。請求原因は、被告映画会社のドラキュラ伯爵キャラクターのライセンス事業によって得た利益の返還と、以後原告の同意なしに被告が許諾行為を行うことの差止めである。

ロスアンゼルス地裁（Superior Court）のバーナード S ジェファースン判事は原告の勝訴としたので被告が控訴した。

カリフォルニア州最高裁は、氏名と肖像を商業的に利用（exploit）する権利はアーティストにとってパーソナルなものであり、たとえ、どのようなことがあっても彼の生存中彼によって行使されなければならない、と判じ、原告への死後承継を否認した。

＜判 決＞

われわれは本ケースにおいて、惹起する重要問題を検討するため聴聞を実施した。これら問題点についての独自の追究ののち、われわれは、控訴裁を主宰する Roth 判事の思慮ぶかい意見がこれら問題を正確に扱っていると判じ、それをわれわれ自身の意見として採用することにした。適正な削除と補充が加えられた意見は以下のとおりである。

1930 年 9 月、ベラ・ルゴシは、映画 Dracula の製作に際し、タイトル役を演ずるについてユニヴァーサル映画社と契約した。脚注に付さ

れた契約書第4節⁽¹⁾はルゴシがユニヴァーサルへ付与した権利内容を含んでいる。

ベラ・ルゴシの未亡人 Hope Linniger Lugosi と息子 Bela George Lugosi とは、1966年2月3日、ユニヴァーサルを相手に訴を提起し、彼らは1956年に死んだベラ・ルゴシの承継者であること、そして、彼らがルゴシから引き継いだ財産権をユニヴァーサルが1960年から冒用していること、この権利は契約書第4節には含まれていないこと、そして、また、1960年から現在まで、ユニヴァーサルはライセンスに対しドラキュラ伯爵キャラクターの使用をオーソライズする数多くのライセンス契約を結んでいること⁽²⁾、を主張した。

トライアル判事によってまとめられた問題点は、原告が、ユニヴァーサルのドラキュラ伯爵キャラクターのライセンス事業で得た利益の返還と、以後、彼らの同意なしにいかなる許諾も差止めること、を求めていることである。…したがって本件は、ベラ・ルゴシがユニヴァーサルに対する契約において、ドラキュラ伯爵の演技像 (portrayal) について商品化権 (merchandising right) を付与したかどうか、その権利の性質、そして、その権利がベラ・ルゴシに留保されていたとするなら、原告へ承継されたかどうか、の問題を提起している。

これらに関連してトライアル審は、ユニヴァーサルによってライセンス各々へ“許諾されたものの本質 (essence)”は、“ドラキュラ伯爵を演ずるベラ・ルゴシのユニークな個人の肖像 (likeness and appearance)”であった、と発見した。この発見は、ドラキュラ伯の商品化において使用されたものは、他の俳優たち (Christopher Lee, Lon Chaney, John Carradine) もユニヴァーサル映画のドラキュラ役で出演しているという事実にかかわらず、まさしくルゴシの肖像であったという否定できない証拠に基づく、とされた。

トライアルは、以下のように結論した。すなわち、ルゴシは、生前、彼の容貌上の特性と、ドラキュラ伯としての個人的な肖像の (演出) 手法において保護されるべき財産権もしくは所有権的 (proprietary) 権利

をもっていた。このような性格をもつ財産権はルゴシの死で終ることなく承継者へ相続された。したがって彼らは、ルゴシの意思に基づくすべての権利を取得している、と。こうして原告は損害賠償と差止めの判決を得たが、ユニヴァーサルはこれに控訴した。

ブラム・ストッカーの1897年の小説 Dracula は、合衆国において常に公有 (public domain) であった⁽³⁾。しかしながら、映画 Dracula は、撮影所がストッカーの承継者 Florence Stoker, および1927年の劇 Dracula⁽⁴⁾の作者 Hamilton Deane と John Balderston から映画化権を買い取って所有していた。トライアル審は、こうしたユニヴァーサルの映画における著作権にかかわらず、ストッカーの小説に叙述されたドラキュラ伯のキャラクターは合衆国では公有になっている、と判じた。これは法の適用に当たって留意すべきことである。

〔1〕 ルゴシは彼の生存中、単独あるいは共同かを問わず、彼の氏名、肖像を、ドラキュラとして、あるいはその他ビジネス、製品、サービスに関連してそれらに二次的意味 (secondary meaning) を印象づけるやり方で使用したことは、請求の中の主張にも存在せず、記録にもなく、裁判所も発見していない。

〔2〕 しかしながら、ルゴシは彼の生存中、彼の氏名、顔、肖像を、なんらかのビジネスの行使あるいは製品、サービスの販売に関連する商業的利用 (exploitation) を通じて、このようなビジネス、製品、サービスにかかわる世間一般の承認 (acceptance) とグッドウィルを公衆の中に創り出し、その結果、このようなビジネス、製品、サービスを、不正競争法で保護される二次的意味を印象づけることができたはずである。

人の氏名、顔、肖像をビジネス、製品あるいはサービスと結びつける (tie-up) ことは、确实 (tangible) にして、よく売れる (saleable) 製品をつくり出す。……トライアル審が発見し、当事者たちが広く要約し、

主張したこの問題における利益は、民法 (Civil Code) 654 条に規定された用語 “財産権 (property)” の 1 つである。しかしながら、われわれは、このような問題を議論するのを “無意味 (pointless)” と考えるディーン・プロッサーに同意する。(Prosser, Privacy (1960) 48 Cal. L. Rev. 383, 406.)

“ひとたび法によって保護されれば、〔彼の氏名と肖像を使用する人の権利〕は……価値ある権利 (a right of value) で、それに基づき、原告はライセンスすることによって稼ぐことができる。” (Prosser, Law of Torts (4th ed. 1971) p. 807)

〔3〕要するに、ルゴシは、生存中、彼の氏名と肖像において “価値ある権利” を創る権利をもっていて、事物を価値あるものに変えることができ、その権利の行使を選ばなかったものの、他人による侵害に対しては差止めあるいは損害賠償を求める訴訟で、それを守ることができた。しかしながら、記録の示すかぎり、ルゴシはそのような機会をもたなかったのである。

〔4、5〕このような、ビジネス、製品あるいはサービスの価値を創り出す “価値ある権利” は、プライバシーの法に包括され (embraced)、生存中のあいだ保護される。しかし、それはルゴシの死後は生き残らないのである。“プライバシーの法は、原告の四つの異なった利益についての四つの区分けされた種類の侵害で構成する。それらは共通の名称で結ばれているが、クーリィ判事によって造られた、‘一人で放っておいてもらう’ という句で示される原告の権利への干渉を表わす以外は、ほとんど共通項をもたない。正確な規定を試みるわけではないが、これら四つの不法行為は以下のように記述できよう。①原告の引き籠もり、独居、あるいは私事への侵入 (intrusion) ②原告についての困惑する私的事実の公開 (public disclosure) ③原告に虚偽の照明を当てて公衆の眼にさらす公表 (false light) ④被告の利得のための、原告の氏名あるいは肖像の冒用 (appropriation)” (Prosser, Privacy, supra, at 389)※

※プロッサーのプライバシー侵害についての第四類型は、1971年に採択されたカリフォルニア民法 3344 条によって立法的に補充されている。この条項は、特定の条件下で、他人の氏名、写真、肖像を無断で商業的に使用することに対し損害賠償を規定している。あるコメンテーターは、3344 条は人のパーソナル・アイデンティティにおける財産権… “パブリシティ権” を授与するもの、と示唆している⁽⁵⁾が、確かなことは、3344 条は、そのアイデンティティが冒用された本人の承継者によって強行される、相続される権利を創っていないことである。

〔6〕 共通の名称下における四つの異なる不法行為に適用される準則には、多くの一致点がある。四つのうちのどれについても、原告の権利はパーソナルなものであり、彼の家族のメンバーへは、彼ら自身のプライバシーが彼とともに侵されないかぎり、拡張されない。この権利は譲渡できない。そして、訴訟原因は特殊な州の生き残り準則に従い、死後生き残ったり残らなかったりするものの、既に死亡した人に関する公表 (publication) についてはコモン・ロー訴権は存在しない。(Prosser, Law of Torts, supra, pp 814-815.)

〔7〕 上記コモン・ロー訴権の不存在については、多くの判決がこれを支持している。たとえば Maritote ケース⁽⁶⁾においては、アル・カポネ遺産の管財人がアル・カポネの氏名、肖像、パーソナリティのいわゆる冒用 (appropriation) によって被告の得た不当利得に対して、また、アル・カポネの未亡人と息子とは同じ冒用を根拠に彼らのプライバシー侵害に対して訴を提起した。原告らは、アル・カポネの名前、肖像、パーソナリティがもつ財産権は死後公有とはならず、彼らに承継された、と主張した。被告は、原告らの訴えは、本当のところはアル・カポネのプライバシー侵害の訴えで、プライバシー権は死後は生き残らない、と主張した。裁判所は被告に同意し、原告らによって求められた救済は本質的にプライバシー権侵害のそれに当るとし、被告の勝訴とした。……

侵害された権利がより厳密に言えば ‘一人で放っておいてもらう’ 特権であるときは、本州の裁判所は権利侵害から救済される権利を

(潜在的) 原告の承継者へ拡げることが拒否してきている。“プライバシーの権利は純粹にパーソナルなものである。それは、そのプライバシーが侵害された当人以外には誰も主張できない。つまり、原告は、彼のプライバシーが侵害されたことを申立て、証明しなければならない。” (Converstone ケース⁽⁷⁾) さらに、その権利は生き残らず、その人物とともに死ぬ。(Hendrickson ケース⁽⁸⁾)

〔8、9〕省略

〔10、11〕いわゆるパブリシティの権利は、本質的に、偶発的か、あるいは管理されたか企てられたかして、商業的に利用する機会に巻き込まれた人物の氏名と肖像に対して授けられた、公衆の反応 (reaction) を意味している。不当な侵入あるいは商業的利用からの氏名、肖像の保護は、プライバシー法の要 (heart) である。

〔12〕省略

〔13〕われわれは、氏名と肖像を利用 (exploit) する権利はアーティストにとってパーソナルであり、たとえ、どのようなことがあっても彼の生存中、彼によって行使されなければならない、と判じる。

(よって) 原判決を破棄し、トライアル裁にユニヴァーサル優位の新判断を下すよう指示する。

＜バード主席判事の反対意見＞

本件における基本的な争点は、自己の肖像の商業的利用をコントロールするルゴシの権利の性質である。トライアル裁は、ユニヴァーサルのライセンス契約は、ルゴシの肖像の商業的使用における所有権的 (proprietary) あるいは財産権 (property) 的利益を侵す不法行為を構成し、その利益は原告に承継された、と判じた。(一方)、ユニヴァーサルは、ルゴシの利益はプライバシーの権利の題目 (rubric) の下でのみ保護される。その権利はパーソナルでルゴシの死とともに消えるから、原告はユニヴァーサルの行為を根拠に損害賠償を得ることはできない、

と主張している。したがって、肝心の問題点は、個人の肖像の商業的使用における利益はプライバシー権の側面でのみ保護されるのか、あるいはそれに付加的 (additional) または代替的 (alternative) な保護が存するのか、ということである。

プライバシーかパブリシティか

コモン・ロー・プライバシーの権利は、‘一人で放っておいてもらう’原告の権利への干渉に対して訴訟原因 (cause of action) をつくる。(Prosser, Privacy, supra, at 389) プライバシー・ケースにおける訴訟原因の要 (かなめ) は……感情を傷つける結果を生む人格的性格をもった直接的な不正である。その損傷は精神的で主観的なものである。それは人の心の平和と慰安を害し、身体的損傷よりもっと鋭い痛みを生じさせることがある。プライバシーの権利は、感情への損傷と心の平和への暴行から個人を保護すべく発展してきた故に、彼は、プライバシー侵害訴訟の必須要件として、財産権、ビジネスあるいは経済的な利益への損傷に苦しむことを必要としない。(Fairfield ケース⁽⁹⁾)

他人の商業的利得 (advantage) のための個人の肖像の冒用 (appropriation) は、しばしば、これらプライバシーの権利によって保護されるものとは明確に異なった利益を侵す。本件においても原告は、ルゴシの肖像を使用したユニヴァーサルのやり方に異議を唱えたり、その使用から精神的苦痛を訴えたりはしていない。むしろ、原告は、ルゴシの起業 (enterprise) —彼らが権利をもつ資格のある—から、経済的なたなぼた (windfall) を収奪した、と主張しているのである。

今日、個人にとって、商業的なサービスや製品をプロモートしたり広告すること、そして本件のように、彼らのアイデンティティを製品等の中に溶け込ませることは、ありふれたことである。そして、例えばアスレティクスやビジネス、エンターテインメント、そしてアーツ分野における際立った人物たちは、しばしばこの起業に巻き込まれている。製品のプロモーターは、ある特定人物の商業的使用が有利になると判断したときは、しばしば、その特権に対して気前よく金を払う。

その結果として、商業的製品のプロモーションと関連して、人のペルソナ⁽¹⁰⁾の販売は問題なくビッグ・ビジネスとなるのである。(Nimmer, The Right of Publicity (1954) 19 Law & Contemp. Probs. 203, 204 および 215-216.)

このような個人のアイデンティティの商業的使用は、セレブリティのアイデンティティを製品に溶け込ませ、セレブリティのペルソナに内在するパブリシティ価値あるいはグッドウィル（好意度）を製品の中へ吸い上げることによって、製品の価値と売上げの増大を意図している。この使用は、ある程度、その人物の名前と肖像に対する公衆の認知と連想、あるいはそのような認知をつくり上げる能力を前提とする。かくして、特殊な人物のアイデンティティの商業的価値は、その人物の公共的な知名度と彼または彼女が知られるその特徴に大きく依存する。(Uhlaender ケース⁽¹¹⁾)

特殊な分野において、その人物を突出させるためには、しばしば、相当な金、時間、エネルギーを必要とする。人の熟練、評判、悪名あるいは美德が経済的な収益を得るまで十分に発展させるには労苦の長い歳月を要する。(Rosemont Enterprises ケース⁽¹²⁾)

これら労苦から生み出されるものは、特定の消費者層の注意を惹き、彼らに望ましい反応を引き起こす、その人物の名前と肖像の仿きである。その反応は、その人物によって醸し出された一種のグッドウィル（好意度）あるいは認知価値（recognition value）である。(Ali ケース⁽¹³⁾)

人のアイデンティティの無権限な商業的冒用は、そのアイデンティティにひそむ潜在的な経済的価値を他人の利得へ移行させる。ユーザーは、セレブリティ自身が投資して得た利益から収奪して豊かになるのである。……

したがって、突出した個人の肖像の無権限な商業的使用における大部分のケースから導かれる害の要は、潜在的な財政上の収入の損失であって精神的な苦悩ではない。(Motschenbacher ケース⁽¹⁴⁾ ほか)

根本的な異議は、これら商業的使用が不快（offensive）であるという

のではなく、その個人が報酬を受けてないということである。感情への害は、いずれにしても通常最小限にとどまる。(Zacchini ケース⁽¹⁵⁾)

かくして、大部分の無権限な商業的使用によって脅かされる個人の利益は、プライバシーの権利下で保護されるパーソナルな利益とは大いに違う。この違いの認知が、この経済的利益に対する独立した司法上の保護をうながしたのである。個人のアイデンティティの商業的価値における利益は、その性質において所有権的 (proprietary) とみなされ、ときどきコモン・ロー “パブリシティの権利”⁽¹⁶⁾ と称されてきた。この権利は増大する司法上の認知を得てきている⁽¹⁷⁾。

パブリシティの権利は、“人が創造し、あるいは購入したパブリシティ価値をコントロールし、それから利益を得る人それぞれの権利” (Nimmer, *The Right of Publicity*, supra, at 216) とみなされている。“コモン・ロー・パブリシティの権利の特異な側面は、突出した人物、あるいはパフォーマーの肖像、描写物の商業的価値を認め、彼の公的評判あるいはペルソナの収益性に内在する所有権的利益を保護する点にある。” (Ali v. Playgirl, Inc., supra, at 728)

以下、二つのリーディング・ケースがこれを例証している。

Haelan ケース⁽¹⁸⁾ は、チューイン・ガムの販売に関連して、野球選手と、選手の写真を排他的に使用する契約を結んでいた原告が、同じように写真を使用していた被告の行為をやめさせるべく起した訴訟である。ここでは原告の当事者適格が問題となった。もしも、野球選手の利益が、プライバシー権のみで構成されるなら、選手の権利は譲渡できないから原告は訴訟を維持することが難しかったのである。連邦控訴裁はニューヨー法を適用し、人はそれぞれ、プライバシーの州法上の権利に加え、彼の写真のパブリシティ価値において強行する権利＝“パブリシティの権利”をもつ。……この利益はプライバシーのパーソナルな権利と違って、ビジネスその他の付随的な移転なしに ‘グロスで’⁽¹⁹⁾ 移転 (譲渡) される。……この公表する権利は、他の広告主の使用を禁ずる一排他的許諾の実体をつくらなければ、通常金を得ること

はできないであろう、と判じたのである。

Price ケース⁽²⁰⁾は、本件に著しく似た論争を含んでいた。原告はスタンレイ・ロウレルとオリヴァー・ハーディ (Laurel and Hardy) の未亡人、およびロウレル&ハーディの名前、肖像、キャラクターを商業的に使用する排他的権利を契約で保有していた会社であった。原告らは、ロウレル&ハーディ映画の著作権所有者である被告が、商品化の目的で故人となった二人のコメディアンの氏名、肖像を不正使用 (misappropriate) した、と主張した。裁判所は、Haelan を引用しつつ、ロウレルとハーディは彼らが生前、プライバシーの権利とは完全に離れた氏名と肖像を使用する財産権をもっていた、そして更に、彼らのパブリシティの権利は、生前に使用したか否かに関わりなく、死に伴ってそれぞれ妻に相続された、と判じたのである。

これら基礎となる判決は、人はそれぞれ“彼自身の事業 (industry) の果実を享受する権利”をもっていること、それは、彼のアイデンティティの商業的価値をどのように、いつ、行使するかを決める権利であること、を認知したものといえる。

更にそればかりでなく、パブリシティ権の法的保護には、コピーライトとパテント保護のポリシーと一致する、より広い社会的目標が存するのである。

合衆国最高裁は最近、Goldstein ケースで、コピーライト保護を容認する目的を、“人々をして自らを知的かつ芸術的な創造にささげる”ことを鼓舞し、かくして、その労苦の利益を社会全体のために確保すること、と述べた⁽²¹⁾が、Zacchini ケースにおいても、同様に、無権限な商業的利用に対して人のアイデンティティの経済的価値を法的に保護することは、公衆の認知に欠かせないスキルあるいは達成度を発展させるために時間と資産を費やす強力なインセンティブをつくることであり、個人が“彼の努力の報酬を刈り取る”ことを保障するもの、と説示した⁽²²⁾。

人のアイデンティティにおける経済的価値に対して独立した保護を

与える理由は、多くの司法権 (jurisdictions) によって認証されてきたように、実質的 (substantial) で強制的 (compelling) なものである。私も、また、個人のパブリシティの権利は法的保護に値する資格があると確信する。

コモン・ローは、パブリシティ権の司法上の認知に容易に適応することができる。“コモン・ローの準則は、それが普及する社会の発展とともに継続的に変化し、拡張する。それは立ち遅れることなく、正義の目的が達せられるよう、それ自身を現在の条件に適合させる。” (Johnston ケース⁽²³⁾)

ユニヴァーサルは、パブリシティの独立した権利の司法上の認知は、コモン・ロー・プライバシー権の下で認容される適正な保護に照らして不必要である、と主張している。しかしながら、もっとも商業的な冒用ケースである本件の火急の利益をプライバシー権の傘の下で保護するのは不適當である。

まず第1に、コモン・ロー・プライバシーの権利の存在理由は、人の感情への暴行に対する保護にあるが、無権限な商業的冒用は通常、ただ経済的な損失を引き起こすだけで精神的苦痛ではない。第2に、個人についての表現はしばしばお世辞に満ちていて (flattering)、分別ある人を不快にするという前提のプライバシー請求を構成するには、実質的な言語上のアクロバットが要求される。第3には、もし、人についての情報がすでに公有 (public domain) ならば、プライバシー侵害を主張する余地はなく、その限りでプライバシー権は放棄されている。しかし、個人のアイデンティティの価値を創るのはしばしば公表 (publicity) である。請求者が著名人であるという理由で商業的不正使用 (misappropriation) の損害賠償請求を拒むことは、その個人にとってもっとも価値ある権利を拒むことになる。4番目は、商業的目的のための人のアイデンティティの使用をプライバシーの側面から扱うならば、プライバシーはパーソナルで、非譲渡的であるから、他へ移転できなくなる。このような制限は、経済的利益の移転を妨げ、実質的にその

価値を減殺する。

要するに、人のアイデンティティの商業的価値の不正使用に対する請求を、プライバシーの権利の要件に一致させることは、無理やりの法律学（procrustean jurisprudence）を要求することとなる。

パブリシティ権の輪郭

……パブリシティの権利は、人のアイデンティティの商業的価値に内在する無体の（intangible）所有権的利益を保護する。他の無体財産権と同じく、もし、個人がその利益を役立てるために全部もしくは一部を他へ移転できなければ、その価値はしばしば収益できなくなる。じじつ、人の肖像を使用もしくはプロモートする試みが同意されるに先立って、パブリシティ権の排他的許諾が要求されている。パブリシティの権利は移転できなければ、ほとんど実行可能（viable）でなくなるのが明白である故に、私も、移転を可とする数多いオーソリティ達に賛同する。

その権利が、個人の死によって承継者へ引き継がれることも、また等しく明白である。権利の継承問題を考えるとき、ここで問題となっているのは、商業的起業における人の氏名・肖像の価値、その所有権的利益であって、プライバシーのようなパーソナルな権利でないことが想起されなければならない。パブリシティの権利が死によって引き継がれないなどと、いかなる政策（policy）も示唆していない。それどころか、著作権保護と同じく、死後保護を認めることで、人の専門職的資産へ投資するインセンティブを増やし、パブリシティ権の価値を拡大させるであろう。もし権利が承継されれば、個人は彼の労苦の利点を直接後継者へ渡すことができ、権利行使のコントロールを適切な譲受人にまかせることができる。著名人の死によって、どうして広告主たちが咎めなしにその氏名・肖像をタダで使用し、たなぼたを手に入れることができるのか、理由がない。故著名人たちは、その地位を得るため全生涯を偽ってきたのである。その労苦の成果である財政的利点は、著名人の後継者へ行くべきである。

……パブリシティ権の満了についての正確な時期の固定は、本来は立法府が決めるべき政策上の事項である。しかしながら、立法府の動きがない場合においては、ある限度が規定されるべきであろう。過去において本裁判所は、コモン・ローの権利と救済を形づくるのに、しばしば連邦と州の制定法スキームを参考にしてきた。パブリシティ権が著作権法によって保護される創作物と多くの面で似ている無体な、財産権的利益と認められる故に、同法の本体は教訓的である。

1976年著作権法は、新しい著作についての権利は著作者の生存間とその後50年のあいだ認められると規定している。その期間は、パブリシティ権を支える政策を効果あらしめるのに必要な期間として、合理的な評価基準を提供している。かくして私は、パブリシティの権利は、本人の生存間プラス50年のあいだ認められるべきだと判断する。

（以下略）

＜評 釈＞

本判決はカリフォルニア州最高裁が4対3の多数で可決したものである。多数がルゴシの死後権を否認したため、少数派となったバード主席判事をして反対意見を書かしめるきっかけを生んだ。

多数派の意見（判決）は、一読して明らかなようにプロッサーの理論に強く影響されたものである。マッカーシーはこの判決を“回旋状的（convoluted）、混乱的（confused）、不透明（opaque）”と酷評した⁽²⁴⁾が、その原因は、プロッサーにあくまで忠実たらんと努めたゆえに、プロッサーがかかえる“矛盾”を克服できなかったため、といわざるを得ない。

プロッサーは、プライバシーの四類型の1つとしてかかげた冒用（Appropriation）の中に、パブリシティ権を呑み込んだ。そして、これを“パブリシティ権”と呼ぶことを避け、1955年のHandbook of the Law of Torts（2d ed.）以来、1960年の「Privacy」を経て、1971年のLaw of Torts（4th ed.）まで、一貫してこれはプライバシーの中に含まれる、と言いつづけた。

一四三(一四三)

× × ×

一四三(一四三)

バード主席判事は、本件のようなもっとも商業的なケースでは、プライバシーの傘の下で保護するのは不相当だと指摘する。なぜなら、プライバシー法は個人の感情への暴行に対して救済をはかるが、本件ではルゴシのアイデンティティにひそむ潜在的な経済的価値からたなばたを収奪している。これをプライバシーの法理で扱うならば、プライバシー権はパーソナルで非譲渡的で、他へ移転できない。個人がその利益を役立てるために全部もしくは一部を他へ移転できなければ、その価値は実行可能 (viable) でなくなり、収益できなくなる。じじつ、人の肖像を使用もしくはプロモートする試みが同意されるに先立って、パブリシティ権の排他的許諾が要求されている⁽²⁵⁾。かくして、こうしたセレブリティの商業的価値を保護するには、独立した財産権の認知

が不可欠である、と説く。言ってみれば、これはパブリシティ権についての“独立宣言”である。その要旨をここで細かく繰り返す必要はあるまい。これら一つ一つをじっくり読めば、おのずから了解できる明快な説得性がそこにあるからである。

× × ×

バード意見は、単なる反対意見として終ったのではなかった。本判決の結論は、とりわけエンターテインメントのメッカ、ハリウッドを擁するカリフォルニア州において非常な関心事となった。本判決に異議をもち、バード意見に賛同する、すなわちスター達の死後権を保障する上院法案 SB613 が 1983 年 2 月に上程され、議会での論戦が口火を切った。支持はもちろん、映画俳優組合の俳優たちで、反対には、アメリカ映画協会、映画テレビ製作者同盟、CBS、NBC などが加わった。議会での証言のために著名なスターが首都サクラメントに現われたときはセンセーショナルな騒ぎだったと報じられている。

長期で異論の多い修正過程を経たあと、1985 年 1 月にカリフォルニア民法 3344 条と 990 条の二つの制定法が発効した。前者は従来の 72 年法を改正したもので“生存者向け”、後者は新設された“故人向け”である。そして、この 990 条は、死後のパブリシティ権をまったく認めなかった州最高裁の裁定を、州議会が立法で“反転”したものととして内外から睽目された。

990 条は 6 項で「本条で認められる権利は自由に移譲される…財産権 (property right) である」と定義した。そして、その保護期間はバード意見に添って死後 50 年 (g 項) とし、保護対象となる“故著名人”とは 1985 年 1 月 1 日に先立つ 50 年以内に死亡した自然人 (h 項) とした。

なお、この 990 条を“生存者向け”の 3344 条と比較すると、訴訟可能な使用を「故著名人の氏名・声・署名・写真あるいは肖像 (likeness) の広告、販売、購買誘引目的のための使用」(a 項) と規定し、3344 条 (a 項) の「他人の……」との違いだけ。また適用除外 (j 項) は「ニュース、公共的事件、スポーツ放送・解説、政治キャンペーンに関連する

使用」とし、3344 条（d 項）と同文である。

しかし、990 条には 3344 条にはない新しい適用除外（n 項）が設けられた。それは「実演、本、雑誌、新聞、楽曲、映画、ラジオ・テレビ番組における使用」である。これらは表現の自由にかかわる分野ではあるが、100 パーセント修正第一条の保護を享受するとはみなしにくい、従来のグレー・ゾーンに属するものであった。なぜなら 3344 条の中にはパブリシティ権のほかにプライバシー権が混在しているため、これら実演等の違法性を問うには、個別的な比較衡量を必要としたのである。ところが、プライバシーの部分完全にぬぐい去り、純粋に財産権となった 990 条では、これら表現の自由と多少ともかかわりのある実演、映画、テレビ番組等々はすべて“適用除外”とし、訴訟可能な使用を純粋に商業的利得のための広告、販売行為に絞ったのである。これらは注目に値する“進展”といわなければならない。

- (1) 著者注、文章が長く混み入っているので、翻訳を省略。
- (2) このライセンス契約は、本件訴訟が提起された 1966 年まで 50 件に及んだ。使用許諾された製品は、—プラスチック製鉛筆削り、プラスチック製人形、T シャツ、トレーナー、ゲーム用カード、石けん、洗剤、絵パズル、キャンディ販売機、マスク、風呂、ベルト、飲料かき回し棒など。また、本件ドラキュラ伯のほか、フランケンシュタイン、狼男、オペラ座の怪人、ハイド氏、ノートルダムのせむし男などのホラー映画キャラクターの使用許諾も併行してすすめられ、ユニヴァーサルは「これらすべてのキャラクターの名前、Characteristics、イメージの商業的使用をライセンスする権利をもつ」と謳っていた。
- (3) ストッカー（英）は 1897 年発効の著作権に関する合衆国寄託要件（deposit requirement）の遵守に失敗した。この要件を満たさないベルヌ条約加盟のイギリスその他の国の小説は、1962 年 4 月に公有となった。
- (4) この劇にルゴシは出演していた。
- (5) Note (1972) 3 Pacific L. J. 651, 669.
- (6) Maritote v. Desilu Productions, Inc. (7th Cir. 1965) 345 F2d 418. 被告はアル・カポネをモデルとしたテレビ映画「アンタッチャブル」を制作、コロムビア放送のほかわが国でも公開された。
- (7) Converstone v. Davies (1952) 38 Cal. 2d. 315, pp. 322-324.
- (8) Hendrickson v. California Newspapers, Inc. (1975) 48 Cal App.3d 59,

at 62.

- (9) *Fairfield v. American Photocopy Equipment Co.* (1955) 138 Cal. App. 2d 82, at 86.
- (10) 筆者注、*persona*: もともとは劇の“仮面”を意味する語であったが、米法曹界ではセレブリティのアイデンティティの顧客吸引力を象徴するものとして使われるようになった。マッカーシーの定義は、拙著「パブリシティの権利」(日本評論社、2000年) 46－48頁で紹介。
- (11) *Uhlaender v. Hendricksen* (D. Minn 1970) 316 F Supp. 1277, at 1283.
- (12) *Rosemont Enterprises, Inc. V. Urban Systems, Inc.* (1973) 340 N.Y.S. 2d 144. at 146.
- (13) *Ali v. Playgirl, Inc.* (1978) 447 F Supp 723, 728-729.
- (14) *Motschenbacher v. R. J. Reynold Tobacco Co.* (9th Cir. 1974) 498 F 2d 821, at 824.
- (15) *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* (1977) 433 US 562.
- (16) *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* (2d Cir. 1953) 202 F 2d 866, at 868.
- (17) *Pro Arts* ケース (2d Cir. 1978), *Ali* ケース (S. D. N. Y. 1978), *Zacchini* ケース (U. S. 1977), *Creative Card* ケース (S. D. N. Y. 1977), *Memphis Development* ケース (W. D. Tenn. 1977), *Lombardo* ケース (N. Y. S. 2d, 1977), *Rosemont Enterprises* ケース (N. Y. S. 2d, 1973), *Grant* ケース (S. D. N. Y. 1973), *Uhlaender* ケース (D. Minn 1970) その他。

人の氏名、肖像の商業的利用をコントロールするこの特異な権利認知の増大しつつある傾向にかかわらず、この権利の発展は断続的 (spasmodic) であった。これは、一面において、裁判所が、原告のパブリシティの権利侵害として分類すべき請求を、プライバシーのそれとして裁いた結果による。コメンテーター達によって、しばしば指摘されたこの混同は、同権利の発展を妨げたのである。

不法行為 (第二次) リステートメントもまた、人の氏名あるいは肖像の冒用をプライバシー権の題目の下で討議している。(§ 652 C) その権利はパーソナルで、非譲渡的、死で消滅するように思われる。(§ 652 I) しかしながら、同リステートメントは、また、その保護は“個人に対して、何か財産権 (property right) に似たものを授けているように…みえる。” (§ 652 A, com b) と言い、“人の氏名を使用する権利は譲渡できる。” (§ 652 C com a), “生き残る権利は存すると解される。” (§ 652 I, com b) と述べているのである。

- (18) 上記注 (16)
- (19) 筆者注、グロスで (in gross) 移転については、拙著「パブリシティの権利Ⅱ」(日本評論社、2007年) 148－150頁を参照。
- (20) *Price v. Hal Roach Studios, Inc.* (S. D. N. Y. 1975) 400 F Supp 836.

- (21) Goldstein v. California (1973) 412 U. S. 546, at 555.
- (22) 上記注(15), at 573.
- (23) Johnston v. 20th Century-Fox Film Corp. (1947) 82 Cal. App. 2d. 796, at 815.
- (24) Mc Carthy, The Right of Publicity & Privacy § 9.5 [B] [1]
- (25) 筆者注、わが国の広告業界でも、有名タレントを広告に使用する「タレント出演契約」では、当該タレントは、契約の相手方広告主の業種（たとえば家庭電機、ビールなど）に属するいかなる他の会社にも出演しないことを約している。これを「一業種一社」制と呼ぶ。この排他的使用許諾が鉄則で、そのために広告主は数千万円に及ぶ出演料を払うのである。

執筆者紹介
掲載順

工藤 聡一 日本大学教授
長谷川 貞之 日本大学教授
上野 幸彦 日本大学講師
豊田 彰 元日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長	新井 勉
副委員長	坂井 吉
委員	伊藤 正文
	岩崎 正夫
	大井 良
	小川 二
	奥村 浩
	工藤 大
	黒川 聡
	関正 功
	高橋 一
	高橋 夫
	谷部 澄
	外園 子

日本法学第七十七卷第一号

平成二十三年七月十五日 印刷 非売品
平成二十三年七月二十五日 発行

編集責任者 日本大学法学会 稔
発行責任者 杉 本

発行者 日本大学法学研究所
電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
電話〇三(三二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 77 No. 1 July 2 0 1 1

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Soichi Kudo, *Federal Preemption to Airport Environmental Problems*

Sadayuki Hasegawa, *Contracts for a Third-Party Beneficiary and the Classification of the Applicable Province*

Yukihiko Ueno, *Alltagshandlung und Strafbare Beihilfe*

TRANSLATION

Klaus Hoffmann-Holland, *Der Bestimmtheitsgrundsatz als zentrales Gestaltungsprinzip des Strafrechts-Begriffsprägende Systematik als Auslegungsgrenze am Beispiel des Vereinigungsbegriffs. Übersetzt von Yukihiko Ueno*

ARTICLE

Akira Toyoda, *Is It Protected Solely as a Personal Right?*