

日本法學

第八十二卷 第四号 2017年3月

論 說

裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題

柳 瀬 昇

——続・裁判員制度の憲法適合性——

契約不適合物の危険移転法理

野 中 貴 弘

——危険の移転と解除によるその回帰——

翻 訳

担保のための所有権移転

コジマ・メラ
益井 公司 訳

——経済的意義と解釈上の難しさ——

行政法における法的フィクション

デルフィーヌ・コスタ
清水 恵介 訳

限界なき刑法？

ゲルハルト・ゼーエ
上野 幸彦 訳

——犯罪化の哲学的な限界を探究して——

論 說

ジャン・ドマの「法科学論」とデカルト、
パスカルの「幾何学的方法 *mos geometricus*」：
ポティエ「法準則論」内の自然法的構造との対比において

菊池 肇 哉

雑 報

日本法学 第八十二卷 索引

日本法学 第八十二卷第二号 目次

船山泰範教授古稀記念号

人間存在と刑事法学

日本法学 第八十二卷第三号 目次

百地 章教授古稀記念号

憲法と国家の諸相

裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題

—— 続・裁判員制度の憲法適合性 ——

柳 瀬 昇

一 本稿の意義

本稿は、本誌八二巻二号所収の拙稿「裁判員制度の憲法適合性」と一体となって、二〇〇九年五月にわが国に導入された裁判員制度の憲法適合性について検討するものである。同論文では、裁判員制度を合憲と判示した最大判平成二三年一月一六日刑集六五巻八号二二八五頁の内容を整理したうえで、制度の憲法適合性に関する論点を検討した。本稿では、同論文で挙げて検討課題としていた、裁判員の職務等を国民に課すことが意に反する苦役からの自由（憲法一八条後段）を侵害するか否かについてと、裁判の選択権（裁判員裁判の拒否権）が認められないことが被告人の

裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題（柳瀬）

裁判を受ける権利(憲法三二条、三七条一項)を侵害するか否かについて、それぞれ取り組むこととする。

二 裁判員の職務等の意に反する苦役該当性

1 問題の所在

裁判員制度の下では、一般の国民は、裁判員候補者として裁判所に出頭し、裁判員としての職務に従事すること(以下、「裁判員の職務等」という)が義務づけられる(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下、「裁判員法」という)二九条一項、五二条、六三条一項、六六条二項、四項)。そして、この義務に違反して、呼出しを受けた裁判員候補者や選任された裁判員・補充裁判員が正当な理由なく出頭しないときには、裁判所が決定で過料に処する旨の規定がある(二二二条一号、四号、五号)^①。

裁判員の職務等が、一般的に国民の幸福追求権を侵害しうるとして憲法一三条との関係が、裁判に判定者の立場で関与したくないとする思想上または宗教上の信条を侵害しうるとして一九条及び二〇条との関係が、裁判員等としての職務の遂行のために本来行う予定であった精神的または経済的活動を行えなくなるとして二二条、二二条、二七条、二九条などとの関係が問題になるほか、「犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」と定める一八条後段との関係が問題となりうる^③。

裁判員制度違憲説は、この点、裁判員の職務等が上記の人権を侵害しうるものであり、かつ一八条後段の禁止する「意に反する苦役」に該当すると主張する^④。憲法学の見地からも、例えば、安念潤司教授は、「そもそも憲法一八条が保障する意に反する苦役からの自由を否定するものではないだろうか」と疑問を呈している^⑤。特に、「日本国憲法の

基本原理を強度に自由主義的なものにとらえれば、辞退しうる事由が極めて制限的であれば、制度上あるいは運用上
違憲と判断される可能性もある」と指摘されてきた。⁽⁶⁾

平成二三年最高裁大法廷判決に係る事件の弁護人も、裁判員としての職務等が、「多種多様の法的制裁（過料など）
をちらつかされての義務として押しつけられた「苦役」であり、「この「苦役」とは、憲法第18条の……「苦役」
と同じ意味内容である」と主張している。⁽⁷⁾

平成二三年最高裁大法廷判決では、この論点についての最高裁判所による判断が示されているが、まずは、訴訟法
上の問題を検討したうえで、次に、実体的な問題の考察を行うこととする。なお、本稿においては、裁判員制度の憲
法適合性に関する論点のうち、憲法一八条後段適合性のみならず、裁判員等となる国民の憲法上のその他の権利の保
障に係る規定との適合性についても併せて検討することとする。

2 違憲の争点を提起する適格をめぐる学説

実体的な論点の検討に入る前に、裁判員裁判を受ける被告人が裁判員制度の違憲性を主張するにあたって、裁判員
の職務等が憲法一八条後段の禁止する苦役に該当しうる旨を主張することが認められるか否かという問題に取り組み
なければならない。なぜならば、裁判員の職務等が違憲であるとしても、そのこと自体は被告人自身の権利を侵害す
るものではないからである。

裁判員裁判において、被告人が、（自己の権利の侵害ではなく）第三者である裁判員の憲法上の権利の侵害を自身の裁
判において援用することは許されるか。

これは、いわゆる違憲の争点を提起する適格の問題⁽⁸⁾である。付随的違憲審査制の下では、憲法問題に関する裁判所の判断は、その訴訟事件の解決に必要な限りで行われる。訴訟当事者が法令等の憲法適合性を争うにあたって、自己に適用される法令等により自己の憲法上の権利が現実的、実質的かつ直接的に侵害される場合には、原則としてその主張は認められる一方で、自己の利益に直接関係のない第三者の憲法上の権利侵害を理由とすることは、わが国が付随的違憲審査制を採用している以上、当然に肯認すべきとはいえず、改めて別途考察する必要がある。

この点、学説は、大別して、訴訟当事者は第三者の憲法上の権利侵害を理由として法令等の違憲性を争えないのが原則であるが、一定の要件の下に例外的にそれを許容することができるという見解と、適法に提起された訴訟の当事者自身に対して適用される法令の合憲性をめぐる争点であれば、すべてこれを争う適格性が認められるべきであると見解とが対立している。以下、前者を「制限説」と、後者を「無制限説」と、それぞれ呼ぶこととする。

制限説は、「訴訟当事者は攻撃・防御の手段として本来は自己に有利なあらゆる主張は提出できるはずである」が、「それが第三者の権利の主張である場合には、原則としてできない」ということを前提とする⁽⁹⁾。その理由は、(一)自己の憲法上の権利を害された者が、最もよくその憲法上の争点を裁判所に提起でき、自己の憲法上の権利を害された者の攻撃がある場合に初めて憲法判断をすることにより適正な判決がなされること、(二)援用される憲法上の権利の主体がその権利に対する侵害を甘受し、その憲法上の権利を放棄するかもしれないのに先回りして、その権利が他人によって援用された際に、憲法判断をするのは好ましくないこと、(三)他人に法が適用される場合、その他人の憲法上の権利が害されるといういまだ発生しない想像上の事実に基づき憲法判断をするのは好ましくないことなどが挙げられる⁽¹⁰⁾。もつとも、第三者スタンディング禁止の原則(付随的審査制のもとで彼(彼女)は、特定の第三者であれ、不特定のそれで

あれ、他人の権利侵害またはその蓋然性を理由に違憲性を争えない」は、「司法に内在する制約ではなく、①権力分立のなかでの裁判所の位置をみずから配慮しつつ、不必要な憲法判断を回避すること、②第三者の自律的決定権を尊重すること、③第三者が、最も鋭利で効果的な主張をするであろうから、第三者が法廷に存在する場合にのみ、裁判所はその法的権利につき判断すべきであること等の理由から、裁判所が実践慣行のなかで作り上げてきた裁量上のルールである」。そして、これは「裁量上の原則であるために、裁判所は、その裁量的配慮・必要性を破る理由があると思われるときには、その例外を認めうる」ことになる¹¹。そして、「具体的な要件の判定基準は、個々の事件ごとに個別的に示されざるをえず、結局のところ、判例の集積をまつより他ないであろう」¹²が、通説的見解は、アメリカ合衆国の判例法理を参考に、(i)援用者（他人の憲法上の権利を援用して国家行為を攻撃する者）の訴訟における利益の程度、(ii)援用される第三者の憲法上の権利の性格、(iii)援用者と第三者との関係、(iv)第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが實際上可能かという四点を総合的に検討して、例外的に第三者の憲法上の権利を援用しうるか否かを決すべきという¹³。とりわけ、この見解は、本来違憲を主張すべき第三者が主張していないにもかかわらず、（その権利にとっては当事者ではない）別の援用者が第三者に代わって違憲の主張を行うことの不合理性を問題視する¹⁴。

一方、無制限説は、「①アメリカでも、概して、違憲主張適格の法理は憲法上の制約ではなく裁判所の自製のルールであり、それは裁判官の裁量的な準則にとどまると解されている、②わが国の訴訟の運用においてはアメリカほどの徹底した当事者主義が採用されておらず、とくに憲法問題については、裁判所が職権主義的な審査を行い、事件の解決に関わりなく憲法判断を行う例も少なくなく、③違憲主張適格の法理を絶対視することは、違憲審査権の柔軟な行使という違憲審査制の現代的要請に反する結果を招く、など」として、「およそ不利益処遇の除去を求めて出訴し

た者は、その処遇に関連する違憲の争点はすべて提起することができると主張する¹⁵⁾。市川正人教授は、第三者の憲法上の権利を侵害する政府行為によって損害ないし不利益を被る被告人が、第三者の権利を主張することを認めないアメリカ合衆国の *jus tertii* ルールは、(一)司法権ないし違憲審査権行使に対するかなり消極的な自らの法理であること、(二)合衆国最高裁判所はこのルールに対する例外をきわめて容易に認めていること、(三)わが国の刑事訴訟においてこのルールを厳格に適用する実質的基盤ないし必要性に乏しいことを理由に、「我国においては、被告人は、第三者の権利を侵害する行為が自己に不利益を与えていると主張すれば、それだけで第三者の権利の主張を認められる(即ち *jus tertii* ルールを採用しない)との立場を採っても問題ない」と主張する¹⁶⁾。「自己に対する国家行為(法令の適用)が第三者の権利を侵害すると主張する当事者適格が問題となる場合には、訴訟当事者は、自己に対する法令の適用を、それ自体の違法(憲)性を主張することによって、排除しようとしているわけである」から、「訴訟当事者が当該法令適用の排除につき利害関係を有している限り、第三者の憲法上の権利の侵害の有無につき裁判所が判断を下すことが、訴訟当事者にとっては——したがって当該訴訟の解決にとっても——必要であるといえる」し、「この意味での「第三者の憲法上の権利の主張」を認めることは、通常の事件の処理にあつて必要な限度で憲法判断を行うという付随的違憲審査制の枠組みを超えるものではない」という¹⁷⁾。もとより、この見解においても、「例えば、訴訟当事者と第三者に一定の利益相反が認められる場合や、訴訟当事者が実際に十分な弁論活動を行わなかった場合など、訴訟当事者が第三者の憲法上の権利の適切な代弁者であることが疑われる場合には、裁判所は、賢慮に関わる問題として、第三者の憲法上の権利に関わる争点に付き判断を行うことを控えるのが適当である」とする¹⁸⁾。

3 違憲の争点を提起する適格をめぐる判例

この違憲の争点を提起する適格をめぐる、判例は、当初、「訴訟において、他人の権利を容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のものと解するを相当とする」としていた（最大判昭和三五年一〇月一九日刑集一四卷二二号一五七四頁、同二六一一頁）。しかしながら、最高裁判所は、その後、いわゆる第三者所有物事件判決（最大判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一一号一五七七頁、同一五九三頁）において、判例変更を行い、次のように述べて、第三者による憲法上の権利の主張を認めた。すなわち、「かかる没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは、当然である。のみならず、被告人としても没収に係る物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、収益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができるものと解すべきである」。

この昭和三七年大法院判決は、制限説のいう、「権利の性質や当事者と第三者の関係を勘案し、さらに第三者が侵害された権利の救済を独立に自ら求めることができない、あるいはそれがきわめて難しいときは、例外的に……原則を緩和し、特定の第三者の憲法上の権利を援用した違憲の主張が認められるべきであるとされる」ことを「まさに……認めた例として、一般に解されている」¹⁹。その一方で、大石和彦教授は、「第三者所有物没収に関する……昭和37年最判につき多くの学説は、芦部論文が紹介したA説〔本稿における制限説〕の鑄型に押し込んで〔例外要件④〔本稿における(iv)に該当するとして〕これを理解しようとしてきた〕が、「実際の昭和37年判決はA説〔制限説〕が想定する「原則」すら語っていない」として、そのような判例の読み方を全面的に否定する²⁰。さらに他方で、本判決の読み方

としては、無制限説の立場を採ったものと読むべきとする見解もある。⁽²¹⁾

本稿は、違憲の争点を提起する適格を主たる課題として扱うものではないため、この議論にこれ以上深く立ち入らないが、いずれにせよ、この論点は憲法学においてきわめて重要なものであることは明らかであろう。しかしながら、すぐ後に述べるとおり、裁判員制度の憲法適合性について判示した平成二三年最高裁大法廷判決は、この違憲の争点を提起する適格の問題について、判決文において論点として格別に検討することすらしていない。

4 裁判員制度違憲訴訟における違憲の争点を提起する適格という論点の扱われ方

裁判員制度の憲法適合性を正面から取り上げた初めての下級裁判所裁判例である東京高判平成二二年四月二二日高刑六三卷一号一頁では、「参加意思の有無にかかわらず国民に裁判への参加を強制し、守秘義務や財産上の不利益等の負担を課す裁判員制度は、憲法が保障する国民の基本的人権（憲法13条、18条、19条、21条、29条）を侵害するものである」との弁護人の主張に対して、検察官は、「所論は被告人以外の第三者の権利を援用する主張であり、被告人は裁判員裁判に参加する国民の権利について具体的な利害関係を有しないのであるから、その主張適格がない」と抗弁した。

これに対して、東京高等裁判所は、「裁判員制度は司法権を担う下級裁判所の構成に直接関わるものであり、同制度が国民の基本的人権を侵害し憲法に反するものであるとすれば、被告人の裁判を受ける権利（憲法32条、37条）を侵害することになるから、この点について被告人の主張適格を否定することはできない」と述べたうえで、一般の国民に裁判員の職務等を義務づける点が憲法一八条等に違反しないと判示した。

すなわち、この東京高裁判決は、(一)裁判員制度が(被告人以外の)国民の基本的人権を侵害し、憲法に違反するものである↓(二)裁判員を含む裁判体は憲法上の(司法権が帰属する)下級裁判所とはいえない↓(三)(憲法上の裁判所とはいえない)裁判員裁判は被告人の裁判を受ける権利を侵害する↓(四)裁判員制度によって人権を直接侵害される可能性のない被告人についても、その主張適格を否定することはできない、という論理構成になっている。⁽²²⁾

この点、宍戸常寿教授は、本判決が「裁判員制度が違憲であるとすれば被告人の裁判を受ける権利の侵害に当たることを理由に、被告人の主張適格を認めている」が、「仮に裁判員制度が裁判員に選任された者との関係で人権を侵害するとしても、それが直ちに被告人の裁判を受ける権利を侵害するという関係にはない」と批判し、最大判昭和二四年三月二三日刑集三巻三号三五二頁を挙げて、「判例は、裁判所の構成が違法であれば、それは同時に憲法上の裁判を受ける権利の侵害にもなる、との立場も採っていない」ことをも指摘する。そのうえで、「刑事裁判それ自体が被告人の人権に関わるものであると同時に、裁判員の辞退……が広く認められ不出頭等に対する過料……が発動されていらないという現状の運用の下で、裁判員として選任された者が裁判で自己の権利侵害を争うことは想定し難く、それ故に被告人に主張適格を認めるべきである、と解するのが適当であろう」と主張する。すなわち、宍戸教授は、違憲の争点を提起しうる適格の問題に関して制限説に立つたうえで、裁判員制度が被告人以外の国民の人権を侵害しうることを理由に被告人が違憲主張しうるかという論点に関して、芦部信喜教授の提唱した(iv)第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが實際上可能ではない問題と解したうえで、主張適格を肯認する。⁽²³⁾

この東京高裁判平成二二年四月二二日判決のほかにも、被告人が制度を違憲と主張する際に第三者である裁判員の権利を根拠とすることの適格性を疑問視する下級裁判所裁判例として、東京高判平成二三年五月一九日高検速報平成

二三年九八頁(速報番号三四四〇号)がある。⁽²⁴⁾

一方で、裁判員制度の憲法適合性を終局的に判断した平成二三年最高裁大法廷判決では、そもそも違憲主張の適格の問題にはまったく言及せず、一八条についての実質的な判断を行っている。もとより、調査官解説がこの論点について検討していることから推察するに、最高裁判所がこの論点の存在にまったく不可知であったとはいえない。

調査官解説は、「本判決は、憲法18条後段違反の主張を適法なものとして扱ったものであり、この点も重要な先例となると思われる」と述べる。そして、「その理由について本判決は判示していない」ことを率直に認めたくえで、最高裁判所大法廷の見解を次のように付度する。すなわち、「①裁判員制度が国民の基本的人権を侵害し憲法に反するものであるとすれば、被告人はそのような憲法違反の裁判所及び手続によって刑事裁判を受けることになるわけであるから、ひいては憲法32条、37条によって保障された被告人の裁判を受ける権利を侵害するということになると考えられること、②裁判員制度の仕組みにより一般的に生じると想定される負担が「苦役」に該当し憲法18条後段に違反する旨主張しているものであって、被告人の立場においてその負担の程度について主張し得ないものではなく、呼び出しを受けたり選任された個々の裁判員等の固有の具体的事情に基づき不利益を主張している訳ではないことに照らすと、無制限説からはもとより、制限説の立場に立つても、例外的に被告人の主張適格を肯定できる場合に該当するといえるのではないかと思われる」⁽²⁵⁾。

しかしながら、筆者は、この解説自体も十分に説得的なものとはいえないと解する。すなわち、調査官解説の①に関して、本判決が、裁判員制度という統治機構の制度の設計が違法なものであれば、それは直ちに被告人の裁判を受ける権利という人権の侵害となるというようにとらえているとすれば、本判決は東京高判平成二二年四月二二日

と同様に、裁判を受ける権利をめぐる従前の判例の立場とは異なる理解を示すものと解さざるを得ない。調査官解説は、本判決が判示していない違憲の争点の主張適格を被告人に認める論理として、(一)裁判員制度が(被告人以外の)国民の基本的人権を侵害し、憲法に違反するものである↓(三)(憲法上の裁判所とはいえない)裁判員裁判は被告人の裁判を受ける権利を侵害する、という構造を示しているが、ここには論理の飛躍がある。調査官解説において「ひいては」として中略されたところには、前掲東京高判平成二二年四月二二日と同様に、(一)裁判員を含む裁判体は憲法上の(司法権が帰属される)下級裁判所とはいえない、という構成要素が挙げられるべきであろう。さらに付言すれば、裁判員たる国民の基本的人権の侵害は、必ずしも直ちに被告人の裁判を受ける権利の侵害(そして、裁判員制度の違憲性)に結びつくとはいえないことも指摘しておきたい。すなわち、裁判員に対する人権侵害が当該裁判員の判断に影響を与え、被告人に係る裁判の公正が害される²⁶ということを示してはじめて、上記の(一)と(二)の構成要素と接続され、(三)に帰結するといえよう。

また、②については、そもそも援用者が第三者の法的権利の国家による制約により発生する負担の程度を理解し主張しうるか否かとは別の理由で、違憲の争点を提起する適格性の問題が論点とされているところ、たとえ被告人が裁判員に一般的に生じうる負担の程度を主張しえたとしても、制限説に立てば、憲法訴訟においてそれを主張する適格性が直ちに認められるわけではない。違憲主張の適格性を認めるための例外要件を充足することの論証が必要とされるが、本判決ではその論証が行われているとも評価しえない。違憲の争点を提起する適格性に関して、筆者は、制限説の論拠をより説得的であると考え、訴訟当事者は第三者の憲法上の権利侵害を理由に法令等の違憲性を争えないのが原則であるが、一定の要件の下で例外的に第三者の憲法上の権利を援用しうる場合を認めるといふ通説的見解に立

つ。そして、裁判員の職務等が憲法一八条後段の禁止する意に反する苦役に該当するか否かについて、本件では争点を提起する適格性を理由に実質的な判断を行うべきではなく、²⁷真正に適格性を有する権利主体の争点提起(例えば、裁判員またはその経験者が、国家によってその職務等を負担させられたことによって、自らの憲法一八条後段の保障する権利を侵害されたことを理由とする国家賠償請求訴訟など)まで判断を待つべきであったと、筆者は解する。

5 平成二三年最高裁大法廷判決がいう「参政権と同様の権限」の意味

次に、実質的な論点の検討に入ることしよう。まずは、判決文の文言の意味を確認する。

平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員の職務等が「国民に一定の負担が生ずることは否定できない」として、これが国民に対する負担であることを認めている。そのうえで、裁判員法一条に定める制度導入の趣旨を挙げ、これが国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示すものだと解釈を示す。この点、裁判員制度の意義と国民主権との関係性については検討を要するものの、²⁸解釈論としておおむね妥当であろう。しかしながら、これに続く部分には、必ずしも明快とはいえない記述があることを指摘せざるを得ない。

すなわち、「このように、裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであり、これを「苦役」ということは必ずしも適切ではない」とする一文である。

そもそも、本判決は「参政権と同様の権限を国民に付与するものであ」と述べるが、「参政権と同様の権限」とは具体的にどのようなものを指すのかが不分明である。はたして、判決は、「参政権と同様の権限」と表現することによって、裁判員の職務等にどのような性質があることを示そうとしたのであろうか。

通説的見解によれば、参政権とは、主権者として政治に参加する国民の権利を指し、具体的には選挙権と被選挙権が中心なものとして挙げられ、さらに広義には国民投票権や公務就任権を含む²⁹。もつとも、有力な異説はあるもの³⁰、通説は、参政権を純然たる個人の主観的権利としての性格を有するものではなく、例えば、その典型である選挙権に関しては、権利の側面のみならず公務としての側面も併有するとしている³¹。

選挙権の法的性格と同様に、裁判員の職務等についても、権利である、ないしは権利的性格があると解することは、理論的には可能であろう。この点、佐藤幸治教授は、近時、「直接的な統治参加方式」として裁判員制度を位置づけ、「国民の司法参加は広い意味でここでの参政権的権利の一種と解することができる」との見解を示している。すなわち、佐藤教授は、「憲法学は総じて国民の司法参加に積極的ではなかったが、裁判員制度の導入により国民はようやく三権の1つである司法の場にも本格的に参画する場を得たことになり、それは憲法に潜在していた権利の顕在化とみることができる」と主張する³²。もつとも、裁判員の職務等の権利性を承認するとしても、そこから直ちに国民が職務等を負担しなければならないということが論理的に帰結されるわけではない³³。ここで、選挙権がその享有主体の意思で自由に行使しないという選択が許される（対照的に、裁判員法は、裁判員の職務等への参加を、権利として行使しないとすることを許していない）ことを想起すべきである。辻村みよ子教授が参政権（選挙権）の権利性を強調することの論理的帰結として強制投票制が認められないことを示したように³⁴、裁判員の職務等の権利性を強調すれば、むしろ、裁判への強制参加制は認められないという帰結とならなければならない³⁵。

では、権利性から直ちに法的義務づけの正当化ができないとして、裁判員の職務等の権利的性格以外の要素から、それを正当化することができるだろうか。

本判決は、注意深く、「参政権と同様の権利」ではなく、「参政権と同様の権限」と記述しており、裁判員制度が国民に与えるところのものが純然たる権利ではなく、権利以外の何ものであること、あるいは何らかの権利以外の要素を併有するものであることを暗示している³⁶。しかしながら、判決は、それが何であるかについては沈黙している。もつとも、ここでいう権限が権利の要素と権利以外の要素からなるものであるとして、後者の要素について、これを、参政権と同様の論理で（すなわち、選挙権の法的性質につき通説たる二元説の立場を採り）かりに裁判員としての地位に基づいて刑事事件の裁判に関与する公務であると解するならば、参加を法的に義務づけることが正当化されるという立論も成り立ちうるであろう。

この点、土井真一教授は、次のように述べて、裁判員等の出頭・就任義務を（参政権と同様の権限とはしないもの）国民主権原理に基づく国民の責務であり日本国憲法一八条に違反しないと主張する。「憲法の趣旨に照らしてよりよい司法制度となるように、憲法の枠内において必要かつ合理的な参加を求められれば、それに応じるのが、国民主権原理に内在するところの主権者たる国民の責務でありまた権利であると解することができるように思われる。特に、憲法自体が、陪審制等の国民の司法参加を容認していると解される以上は、その実現のために国民に負担が課されることは、憲法の予定するところであつて、その負担が必要かつ合理的な範囲に留まるかぎり憲法第一八条に違反しないと解するのが相当であろう³⁷」。

ただし、ここで確認しておきたいことは、国政のあり方について最終的な責任を負う主権者たる国民にとって、最も基本的な政治参加の方法である選挙においてすら、投票が法的に義務づけられていないという事実である³⁸。憲法に明文の根拠を有する選挙という公務ですら、国民はそれへの参加を法的に強制されないにもかかわらず、立法政策と

して認められたにすぎない裁判員の職務等という公務について、「国政の在り方について最終的な責任を負う主権者たる国民の公共的な責務」であるからといって、国家が国民に対してそれへの参加を過料の制裁を担保として法的に義務づけることを肯認するのは、はたして均衡の取れた議論といえるだろうか。

選挙権の法的性格について二元説の立場からは、強制投票制は立法裁量に委ねられたものと解することになる。⁽⁴⁰⁾ 同様に、裁判員の職務等についても公務・権利二元説を採るならば、あるいは（権利的性格を認めなくとも）国民主権原理に基づく公務的性格を承認するならば、裁判員の職務等の強制は、立法裁量に委ねられたものと解する余地がある。しかしながら、通説としての（選挙権に関する）一元説は、「選挙権が公務執行の義務たる性質を強くもつとしても、それは「道義的な義務」であり、法律によって強制される「法律的な義務」だと考えるのは正当ではない」と解しているため、立法裁量論によつて裁判員の職務等を「法律的な義務」とすることは直ちには正当化されない。⁽⁴¹⁾

6 裁判員の職務等の意に反する苦役該当性をめぐる学説

憲法一八条後段の禁止する意に反する苦役については、これまで、学説の関心もさほど高くはなく、また、その意義を明らかにするような判例もなかった。⁽⁴²⁾

意に反する苦役については、大別して、「通常人が多少とも苦痛を感じる程度の労役を意味する」とする狭義説と、苦役の「苦」の字句にとらわれず、「広く本人の意思に反して強制される労役」を意味するとする広義説とが対立しているが、後者が通説であり、政府見解でもある。⁽⁴⁵⁾ 旧著でも述べたとおり、一般的に、非常災害その他緊急における応急的措置としての労務負担は、災害防止や被害者救済という限定された緊急目的のために必要不可欠であり、課さ

れる労務負担も応急的・一時的なものであるため、意に反する苦役に該当しないと解される。また、議院・裁判所に
出頭して証言する義務や、納税その他のために必要な申告・届出・報告等をする義務など、国家作用の実施に協力す
る義務は、労役に当たらないため、同じく一八条後段違反とはならないと解される。⁴⁶⁾

裁判員の職務等については、前述のとおり、一八条後段の苦役に該当するとする見解がある一方で、旧稿で述べた
とおり、合憲とする見解は、次の三つに大別しうる。⁴⁷⁾

第一説は、苦役概念を狭義に解し、裁判員の任務はそもそも通常人が苦痛を感じるようなものではなく、あるい
は労役に当たらないとする見解である。

第二説は、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という一八条後段の例外規定は限定列举ではなく例示列举である
とし、それ以外の場合でも意に反して役務に従事させても一八条後段により例外的に許容されるものがあるが、裁判
員の職務等はまさに憲法上規定されていないものの例外的に許容される役務に該当するとする見解である。⁴⁸⁾ 憲法一八
条後段は「犯罪に因る処罰の場合」以外に、市民的及び政治的権利に関する国際規約八条三項(c)に定める「市民とし
ての通常の義務とされる作業又は役務」を服させることを許容する。そこで、「いかなる負担が憲法一八条に違反し
ないかについて実質的に検討する必要があるが、基本的には、負担を課す必要性・正当性、負担の程度(労役の強度、
期間など)、及び負担の免除事由などを考慮して具体的に判断することにな」⁵⁰⁾り、その判断の結果、裁判員の職務等は
例外的に許容される役務に含まれる(したがって、これを強制しても一八条後段に違反しない)という。この見解は、理論
上は、(a)裁判員の職務等が例外的に苦役に該当しないから、意に反しても服させられうるという理解と、(b)裁判員の
職務等は苦役に該当するが、例外的に意に反しても服させられうるという理解との二つが成り立ちうる。すな

わち、概念レベルの問題（苦役に該当するか否か）と効果の問題（公権力が国民に対してそれを課すことが許容されるか否か）である。一八条の解釈としては、犯罪による場合に科される刑罰は苦役に該当するが、一八条後段により意に反しても服させられようと解される⁵¹。ならば、同様に例外的に許容される役務は、本来、概念としては苦役に該当するものの、効果として一八条後段によつて意に反しても服させられようとするのが整合的な解釈であろう⁵²。しかしながら、この見解の代表的論者である土井教授は、（必ずしもこの点を明確に述べていないものの）裁判員の職務等が苦役に該当しないという見地に立つものと解される。すなわち、土井教授は、一八条後段にいう苦役について、「広義に解する限り、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という例外は、例示と解するのが相当ということになる」一方で、狭義説に立ち「通常人が多少とも苦痛を感ずる程度の労役」と解することにも合理性があるとしたうえで、「市民として果たすべき義務として憲法が予定している役務を「苦役」にあたることには、日常言語として違和感があ」と述べている⁵³。一方、同じくこの見解の代表的論者である笹田栄司教授は、（同じく必ずしもこの点を明確に述べていないものの）裁判員の職務等が苦役に該当するという見地に一応は立つものと解される⁵⁴。

第三説は、一八条後段の「その意に反する苦役に服させられない」とは絶対的な禁止を意味するのではなく、真にやむを得ない理由（compelling reason）があれば、不当な負担でない限り苦役を課すことを一八条後段は許容していると解したうえで、裁判員の職務等はやむを得ない苦役である、したがって、一八条後段によつて禁止されないとする見解である⁵⁵。苦役性を認めたとうえで、第二説とは異なり、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という例外を例示と解するのではなく⁵⁶、やむを得ない理由があることを理由に、かかる苦役が憲法上許容されると解するものである。この見解に立つ長谷部恭男教授は、概念レベルでは裁判員等の職務の苦役性を明確に認めつつ、効果レベルで本条が不

当な負担とならない限りで意に反しても服させうると解している。⁵⁷これに対して、成澤孝人教授は、「憲法18条の「絶対的」な意味が失われてしま」い、「危険である」と批判する⁵⁸

なお、狭義説に立たなければ、犯罪による処罰の場合と並びうる例外的な役務と解するにせよ、真にやむをえない理由に基づく苦役と解するにせよ、裁判員等の職務遂行義務を肯認するためには、裁判員制度の高度の公益性を論証する必要がある。⁵⁹

このように、裁判員制度の憲法適合性をめぐる最高裁判所による判断が示されるまでは、主要な憲法学説は、憲法一八条後段にいう意に反する苦役という概念を再検討し、第二説ないし第三説という形で、裁判員の職務等がそれに該当するとしても憲法上許容されるという議論をさまざまに形で開発してきた。しかしながら、平成二三年最高裁大法廷判決は、そもそも裁判員の職務等の苦役性を否定するという第一説を採用した。⁶⁰

7 平成二三年最高裁大法廷判決がいう裁判員の職務等が苦役に該当しないことの論拠

平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員の職務等が「国民に一定の負担が生ずることは否定できない」と述べ、これが国民に対する負担であることを承認したうえで、それでも、「これを「苦役」ということは必ずしも適切ではない」と判示した。「参政権と同様の権限」という文言の不明確性は、すでに指摘したとおりであるが、筆者は、「必ずしも適切ではない」という述語部分にも難点があると解する。すなわち、法解釈として適切でないのであれば、端的に「適切ではない」と断言すればよからう。にもかかわらず、最高裁判所は、敢えて「必ずしも」という副詞を挿入し、裁判員の職務等が苦役でないことを断定することに躊躇した。⁶¹

しかしながら、最高裁判所は、判決文において、逡巡を示しつつも、直ちに苦役性を明確に否定する。すなわち、辞退に関し柔軟な制度が設けられているということと、旅費・日当等の支給により負担を軽減するための経済的措施が講じられていることを挙げるや否や、段落を改めて、「これらの事情を考慮すれば、裁判員の職務等は、憲法18条後段が禁ずる「苦役」に当たらないことは明らかである」と強く言明している。当初は、裁判員の職務等が負担であることを承認し、苦役性をも明確に否定しなかった（少なくとも、最高裁判所は、一三〇〇頁一五行目までの段階では、苦役性を全面的に否定していなかった）にもかかわらず、辞退に関し柔軟な制度が設けられていることと経済的措施が講じられるという事情が考慮されると、一転して、苦役に該当しないことが「明らか」と判断することとなる。

では、最高裁判所の理解によれば、苦役に当たりうる負担は、裁判員の職務等からの辞退の柔軟さと裁判員への経済的代償措置によって、違憲ではなくなるということなのであるか。

前者、すなわち、職務等を辞退するに際し柔軟な制度があるからその職務を負わされることになっても違憲とされないという論理は、一応は説明可能である。もともと、裁判員法の規定としては、辞退事由（二六条）に該当する者のみが可能であつて、これに該当しない者は辞退できないのが原則である。辞退事由に該当する者に対して適切な辞退を認めるのは憲法適合的であるとしても、かりに事由に該当しない国民に対してまで柔軟に辞退を認めることがあるとすれば、⁽⁶³⁾より多くの国民に司法に対する理解を増進させ、その信頼を向上させようという裁判員法の立法目的の達成の障害となりうる。また、そもそも一二条に定める裁判員等の不出頭に対する法的制裁（過料）が実際に運用されているか否かは、⁽⁶⁴⁾法令の規定の憲法適合性とは無関係である（憲法に違反する法令の規定は、実際にそれが適用されないとしても、その違憲性が治癒されるわけではない）。

一方、後者、すなわち、経済的な代償措置を講ずれば裁判員の職務等を負わせることは違憲とはならないとする論理は、にわかには賛同できない。金銭を支給さえすれば国家が本人の意思に反して労役を強制しうるということ、憲法一八条後段が許容するとは解されなからう。

前述のように学説の対立がある一方で、平成二三年最高裁大法廷判決は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与することを、裁判員の職務等を苦役ということが不適切とする論拠として挙げたうえで、辞退に関し柔軟な制度が設けられているということと、旅費・日当等の支給により負担を軽減するための経済的措置が講じられていることを裁判員の職務等が苦役に該当しないとする事情であると述べた。特に判例において苦役性を否定する決定的な因子とされた柔軟な辞退制度の存在と経済的措置は、憲法学において苦役性を否定する論拠としてはまったく重視されておらず、学説と判例の議論とはかみ合っているとはいえない。

また、裁判員の職務等が憲法一八条に適合的であることの根拠として、前掲東京高判平成二二年四月二二日は、裁判員法がその義務の履行の担保としては刑事罰や直接的な強制措置によることなく秩序罰としての過料を課することに定めること(一一二条)を挙げている⁽⁶⁵⁾。一方、本判決では、他の論拠だけで憲法一八条適合性はすでに十分に論証されたと考えたためであろうか、あるいは、刑罰であろうかが行政罰であろうかが、法的制裁を課するという点で径庭はないと考えたためであろうか、これについての言及はない。しかしながら、「国民の負う義務の程度、および義務違反に対する制裁の存在」(笹田教授)は、学説において裁判員の職務等を憲法一八条後段に適合的に解するための基準とされるものの一つであったところ、最高裁判所が、義務違反者に対する刑事罰や直接的な強制措置の不存在を、一八条適合性の論拠として敢えて挙げなかったことの意図については、より十分な検討が求められよう。

なお、辞退に関して柔軟な制度が設けられているということを裁判員制度が憲法適合的であるとする論拠の一部として、（法令の憲法適合性の判断主体としての）最高裁判所が挙げたことについては、最高裁判所がこの制度の設計に深く関与し制度を推進する立場でもあることに思いを致すとき、政策に対する態度に一貫性がないとの批判が想定される。⁶⁶とりわけ、裁判員制度が施行されて以降、選定された裁判員候補者の辞退率が上昇し続ける一方で、裁判員等選任手続に出席を求められた裁判員候補者の出席率が低下し続けている現状⁶⁷において、最高裁判所自らが、全裁判官一致の判決を通じて、辞退に関して柔軟な制度が設けられていることを強調するのは、政策的に妥当といえるか否か、筆者は疑問なしとはしない。⁶⁸

8 平成二六年福島地裁判決における議論

裁判員の職務等が憲法一八条後段の禁止する苦役に該当しうることを裁判員裁判の被告人が争う場合には、前述のとおり、これは第三者の憲法上の権利を主張するものであるから、（平成二三年最高裁大法廷判決が意識的に論点として取り上げなかったとしても）違憲の争点を提起する適格性が前提問題となる一方で、現に裁判員・裁判員候補者である国民ないしそれらであった国民が争う場合には、自らの憲法上の権利を主張することになり、争点はより明確となる。

福島地方裁判所郡山支部で行われた裁判員裁判で裁判員を務めた者が、自らが急性ストレス障害を発症した原因は、裁判員法によって裁判員候補者として出頭を求められ、裁判員に選任され、凄惨な内容を含む証拠⁶⁹を取り調べ、死刑判決に関与さざるを得なかったからであり、裁判員法の規定は、憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反し、裁判員法を制定した国会議員の立法行為は違法であり、また、最高裁判所の裁判官は、平成二三年大法廷判決において、

裁判員制度の推進を図るといふ政治的目的をもって裁判員法の合憲判断を行い、下級裁判所が裁判員法を違憲とする判断を示すことを困難にさせて裁判員法を運用させた違法がある⁷⁰として、国家賠償請求を求めた事案がある。

本件は、まさに、元裁判員が自らの憲法上の権利を主張するものであって、刑事裁判において被告人が第三者の権利を争った平成二三年最高裁大法廷判決に係る事件よりも、裁判員の職務等の憲法適合性を判断すべき事例として適切なものといえよう。しかも、平成二三年最高裁大法廷判決の制度運用への影響の違法性も争点の一つとなっている点で興味深い事例である。

福島地判平成二六年九月三〇日判時二二四〇号一一九頁は、裁判員制度の憲法適合性を認め、かつ、国会議員の立法行為及び最高裁判所裁判官の裁判の適法性を確認したうえで、原告の請求を斥けているが、平成二三年最高裁大法廷判決以降の下級裁判所の判断であるにもかかわらず、制度の憲法適合性等をめぐって丁寧な判示が行われており、十分な考察に値する。

本判決は、元裁判員たる原告が裁判員裁判において審理・評議・評決に参加したこと、原告がその後に急性ストレス障害を発症したこととの間には相当因果関係があることを認定した一方で、「憲法自体が国民の司法参加を容認していると解される以上、その実現のために、国民に一定の負担が課されることは、憲法の予定するところであって、その負担に必要性が認められ、かつその負担が合理的な範囲に留まる限り、憲法一八条後段に違反しないと解するのが相当である」とし、「国民に負担を課してまでも裁判員制度を実現する必要性が認められるかについて」は、司法制度改革の経緯・理念や裁判員法一条の規定を挙げて、「裁判員法の立法目的は正当なものであるといえ、裁判員法の立法の必要性も十分これを肯定することができる」と述べたうえで、裁判員法に定める精神的・経済的負担の軽減

が図られていることに照らせば、原告が重い精神的負担を強いられ障害を発症するという事態に至ることが直ちに国民の負担が合理的範囲を超えることを示すものと断ずることはできないとし、裁判員の職務等は憲法一八条後段が禁ずる苦役には該当しないと判示した。

裁判員の職務等の憲法二二条一項適合性に関して、同条の保障する職業選択の自由には、特定の職業に就くことを強制されない自由が含まれるところ、裁判員の職務は憲法二二条にいう職業に当たるから、国民に対して裁判員となることを義務づける裁判員制度は憲法二二条一項に違反するとの原告の主張に対して、本判決は、憲法二二条一項の職業の意義を「人が自己の生計を維持するためにする継続的活動」としたいわゆる薬局距離制限事件最高裁判決（最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁）を引用し、「裁判員等の職務は、それが一時的に従事する公務であるという点からも、職務の対価としての報酬を受けないことから、自己の生計を維持するためにする継続的活動と評価することはできず、憲法二二条一項にいう職業には該当しない」と判示した⁷¹。また、裁判員等としての職務を義務づけられることによって、国民が自己の本来の職業に関する職務を行う自由が侵害されることから、憲法二二条一項の職業選択の自由に含まれる職業活動遂行の自由を侵害するとの主張に対しても、同判決は、裁判員制度の重要性・必要性及び裁判員法の定める負担軽減措置等により裁判員制度を実現することによる国民の負担が合理的な範囲に留まることに照らせば、国民が自己の本来の職業に関する職務の遂行について支障を受けることがあるとしても、これをもって憲法二二条一項の保障する職業活動遂行の自由を侵害するとまではいい難いと判示した。

裁判員の職務等の憲法一三条適合性に関して、裁判員の職務等を義務づけられることによって、（心的外傷を受けた原告のように）裁判員は身体を健康を含む生命を侵害されうるし、裁判において被告人の有罪・無罪及び刑の量定の

判断を義務づけられることによって生命・自由・財産の侵奪に荷担させられ、自由・幸福追求に対する権利も侵害されうるため、裁判員制度は憲法一三条に違反するとの原告の主張に対して、本判決は、「裁判員制度を含む裁判員法には合理的な立法目的と立法の必要性が認められるのであるから、そのような立法目的を達成するために、一定の辞退事由等に該当しない限り、国民に対して裁判員になることを義務づけることは、公共の福祉によるやむを得ない制約とすべきであり、「裁判員法の定める負担軽減措置等により裁判員制度を実現することによる国民の負担が合理的な範囲に留まっていると認められること」から、「裁判員法による制約は、公共の福祉による合理的な制約であり、憲法一三条には違反しないと判示した。

裁判員法を制定した国会議員の立法行為が原告との関係で国家賠償法一条一項の適用上違法といえるか否かに関しては、本判決は、いわゆる在外国民選挙権訴訟最高裁判決（最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁⁷²）を引用したうえで、裁判員法が上述のとおり憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反しないと解されることから、消極に判示した。また、平成二三年大法廷判決を言い渡した最高裁判所の裁判官の行為が原告との関係で国家賠償法一条一項の適用上違法といえるか否かに関しては、本判決は、最二小判昭和五七年三月一二日民集三六卷三号三二九頁⁷³を引用したうえで、裁判員法は憲法適合的であり、最高裁判所の裁判官が裁判員制度推進という政治的目的をもって判決をしたとは認められないことから、裁判官はその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があるとはいえないとして、消極に解した。

第一審判決に対して、原告は、参加した当該刑事裁判における検察官・裁判官の不適切な訴訟行為ないし裁判員法の不適切な運用による違法を理由とする請求を追加して控訴したが、控訴審においても原告の請求は棄却された（仙

台高判平成二七年一〇月二九日判時三二八一号七四頁。すなわち、原告によれば、参加する裁判の対象事件についての十分な説明が裁判員の選任前になされていけば、裁判員を辞退していたであろうし、凄惨な内容の証拠資料に触れる可能性があることや辞退事由の説明が裁判員に対してなされなかったという。そして、裁判員制度に際して、裁判員裁判における凄惨な内容の証拠資料の取扱いへの配慮・工夫が求められるとの議論がなされていた⁷⁴にもかかわらず、参加した裁判の公判前整理手続や審理では、そのような配慮や工夫がなされず、「検察官が過剰で不要とすべき衝撃的な証拠を申請し、これを裁判官が配慮や工夫を指示しないまま採用した」と、原告は主張した⁷⁵。

控訴審判決は、「確かに、検察官及び裁判官には、裁判員等の精神的負担軽減の努力、工夫が求められているとはいえ「もの」ものの、「検察官の訴訟行為においては、検察官による証拠調べ請求が明らかに不当で検察官に公訴権を付与した法律の趣旨に反するなど、検察官に付与された訴訟上の権利の濫用に当たると認められる特段の事情がある場合、裁判官の訴訟指揮においては、裁判官が違法又は不当な目的をもって証拠採用及び証拠調べをしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いて権限を行使したと認め得るような特段の事情がある場合において、検察官、裁判官の行為が国家賠償法上違法となるものと解される」ところ、原告が裁判員として関与した裁判において、「検察官及び裁判官の訴訟行為等について国家賠償法上の違法を認めることはできない」と判示した⁷⁶。

9 意に反する苦役からの自由以外の裁判員等の人権の侵害可能性

前述のとおり、裁判員の職務等に関しては、憲法一八条後段の「意に反する苦役」に該当するか否かという論点のほか、裁判員等となる国民のその他の人権を侵害するか否かが問題となりうる。具体的には、憲法一三条、一九条、

二〇条、二一条、二二条、二七条、二九条などとの関係が問題となりうる。

この点、前掲東京高判平成二二年四月二二日は、詳細な検討を行っている。すなわち、同判決は、一八条と同様の理由で、二三条（幸福追求権）及び一九条（思想・良心の自由）に抵触しないと判示し（特に、後者に関しては、裁判員法が、一定のやむを得ない事由がある場合には辞退を認めていること（一六条）と、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令（平成二〇年政令第三号）六号が、精神上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由を辞退事由として規定していることを挙げる）、裁判員等に守秘義務が課されることについては、「憲法二一条が保障する表現の自由も公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限を受けることがあるところ、裁判員、補充裁判員及びこれらの職にあつた者に守秘義務を課すことは適正な刑事裁判を行うために必要不可欠なことである」として、それが刑罰（裁判員法一〇八条）を伴うとしても憲法二一条に違反せず、また、裁判員等に財産的負担が生ずることについて、「財産権にはそれ自体に内在する制約があるほか、憲法二九条二項により立法府が社会全体の利益を図るために公共の福祉に適合するような規制を加えることができるとされており、裁判所としては、立法府の判断が合理的裁量の範囲を超える場合に限り憲法二九条二項に違背するものとしてその規制立法の効力を否定することができるものと解すべきである」ところ（いわゆる森林法事件に係る最大判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁を引用する）、「裁判員制度の目的が公共の福祉に合致することは明らかであるし、……財産上の不利益が生じる可能性があるからといって、裁判員制度を設置した立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとはいえない」として、憲法二九条に違反しないと判示した。

一方で、最高裁判所は、平成二三年大法院判決以降、同大法院判決が判断を示さなかった憲法の人権条項に関して

裁判員の職務等の憲法適合性が争われても、同判決を判例とし、判例及びその趣旨に徴して明らかであるとして、ほとんど論拠を示すことなく主張を斥けている。そのうちの一つである最三小判平成二六年九月二日集刑三一四号二六七頁では、弁護士は、「現在の裁判員裁判の運用状況は、被告人に対する偏見を持つ裁判員等を排除することができないなど公正な裁判体を構成できる制度的保障を欠き、適正な裁判員が選ばれたかどうかの検証が不可能なのであつて、適正な裁判所を構成したものは到底いえず、公平な裁判所による迅速な公開裁判の保障した憲法37条、何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法32条、適正手続を保障した憲法31条に違反するものであり、また、死刑判断は裁判員にとってあまりに負担が大きいのであつて、裁判員となる国民に負担を課すものであるから、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法18条後段に反するばかりでなく、裁判員の思想・良心の自由（憲法19条）や信教の自由（憲法20条）、表現の自由（憲法21条）といった精神的な自由を害し、憲法13条の幸福追求権等をも侵害するものである」と主張した⁷⁸。特に、「合理的な辞退事由が存在していると質問票に記載して回答しているにもかかわらず、個別質問で具体的な事情の説明を求められ……、とくに病気で出頭できないと言っているにもかかわらず、具体的症状の説明を求められた者……もいる」ことを挙げ、「このような再回答の要請はプライバシー侵害にあたる場合もあり得るのみか、出頭を国民の義務として強要するかの不当な問い合わせであり、いくらこれらの者が裁判員に選ばれず、判決の判断に影響がないとはいっても、裁判員候補者となっただけで、その候補者に苦痛を与えるような運用たり得、問題である」と指摘する⁷⁹。また、弁護士は、「裁判員が精神的に疲弊したときのカウンセリング体制……を整えることなく裁判員に参加の負担をかけるだけかけて、極めて重大な作業を行った裁判員経験者に対して重い守秘義務を課していること自体が、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法18条後段に反するばか

りでなく、裁判員思想・良心の自由（憲法19条）や信教の自由（憲法20条）、表現の自由（憲法21条）といった精神的な自由を害し、憲法13条の幸福追求権等をも侵害するものである」と主張する。⁽⁸⁰⁾ さらに、「国民に対して、死刑判断という極めて非人道的な選択に加わることを強制するものであり、しかも、……死刑に対する賛否を〔裁判員等選任手続における裁判員候補者に対する〕個別質問に入れることができない現在の運用からすれば、死刑制度に反対する者や、当該事件で死刑に反対の意見を持った者が、多数決によつて死刑判断に荷担させられることにもなり得るのであり、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法18条後段に反するばかりでなく、裁判員思想・良心の自由（憲法19条）や信教の自由（憲法20条）、表現の自由（憲法21条）といった精神的な自由を害し、憲法13条の幸福追求権等をも侵害するものである」とも述べる。⁽⁸¹⁾ これに対して、最高裁判所は、「裁判員制度が憲法のこれらの規定に違反しないことは当裁判所の判例（最高裁平成22年(あ)第1196号同23年11月16日大法廷判決・刑集65巻8号1285頁）及びその趣旨に徴して明らかである」として、他に論拠を示さずに上告を棄却した。また、憲法19条適合性の問題について、（裁判員たる国民の）沈黙の自由の侵害という観点からの違憲主張に対しても、最一小判平成二四年一二月六日集刑三〇九号六七頁は、「裁判員制度が憲法のこれらの規定に違反しないことは当裁判所の判例（最高裁平成22年(あ)第1196号同23年11月16日大法廷判決・刑集65巻8号1285頁）及びその趣旨に徴して明らかである」として、他に論拠を示さずに上告を棄却した。⁽⁸²⁾

裁判員の職務等の憲法一八条後段及び一九条適合性が争われたほか、「裁判員制度のもとでは、裁判官のみに高額な報酬その他の給与が支給され、裁判員には低額の日当が支給されるに過ぎず、社会的身分で経済的関係において差別するもので、憲法第14条第1項に反する」などとする弁護人の主張⁽⁸³⁾に対しても、最一小判平成二六年一〇月一六日集刑三〇八号二五五頁は、「裁判員制度が憲法のこれらの規定に違反しないことは当裁判所の判例（最高裁平成22年(あ)第

1196号同23年11月16日大法院判決・刑集65卷8号1285頁）及びその趣旨に徴して明らかである」として、他に論拠を示さずに上告を棄却した。

いずれにせよ、裁判員裁判を受ける被告人が第三者として裁判員の職務等の憲法上の権利侵害を主張したとしても、最高裁判所がそれを正面から論点として取り上げることが、特段の事情の変更がない限り、あるいは特殊な事例における場合でない限り、期待できない。なぜならば、裁判を受ける権利の意義に関する従前の判例の立場を前提とするならば、かりに思想の自由や信教の自由に関して深刻な葛藤を有する裁判員が裁判に参加していたとしても、また、裁判への参加によって裁判員の職業選択の自由や財産権が侵害されうるとしても、その裁判の被告人の裁判を受ける権利の侵害には直結することはないと解すべきところ、必ずしも裁判員制度を一般的に違憲と判断したり、当該裁判員の参加した裁判を無効としたりしなければならぬこととはならないためである⁽⁸⁴⁾。被告人の立場から主張すべきことは、第三者の憲法上の権利侵害よりも、むしろ、自らの憲法上の権利侵害の可能性であろう。そのうちの一つである、被告人の裁判の選択権（裁判員裁判の辞退権）の問題については、次章で検討することとしよう。

三 被告人の裁判の選択権（裁判員裁判の辞退権）の否定

1 学説と制度設計時の議論

裁判員制度においては、裁判員法二条一項に定める事件については、三条に該当するものを除き、すべて裁判員の参加する合議体によって取り扱われるものとされ、被告人は、従前の裁判官のみによる裁判を受けることはできない。被告人に裁判の選択権が認められていないため、裁判員裁判を辞退することはできない。

この点、そもそも、裁判員制度の創設以前の憲法学説においては、陪審制度に関して、陪審裁判を辞退する権利を被告人に認める(そして、陪審の評決に裁判官が拘束されない)のであれば、そのような制度設計は憲法に違反しないとの見解が有力であった。⁸⁶⁾

裁判員制度の設計に際しても、被告人に裁判の選択権を認めるべきとする見解は少なくなかった。例えば、西野喜一教授は、「被告人に、裁判員が加わった裁判を辞退する自由があるのであれば、事情は転換し、被告人の承諾の下で実施されるものとして、裁判員による裁判の合憲性は肯定できるであろう」と主張する。⁸⁷⁾ 同様の見解は、香城敏磨教授や椎橋隆幸教授らによっても示されていた。⁸⁸⁾ 高橋和之教授は、制度設計論議の初期の段階において、次のように述べていた。「憲法問題をクリアーするためにはいくつかのポイントがありますが、1つは、被告人に選択権を与えたらどうかということが考えられます。参審制を入れるけれど、それは被告人が選べますよということであれば、本人が選ぶわけですから、憲法上の裁判を受ける権利という点からは、一応説明はつきます。もっとも、参審制が「裁判所による裁判」と言えるのかという問題は残りますが、逆に、被告人がそれでよいと言っているのに、だめだという理由は何かということにもなります。たしかに、憲法上の「裁判所による裁判」のあり方を全面的に被告人の選択に委ねることは問題かもしれませんが、被告人の同意がある場合とない場合では、憲法上の許容範囲が異なりうるのではないかと思えます。……参審制の場合に選択制を入れると、理論的に、あるいは実態的に、何か不都合があるのでしょうか。選択制も可能ならば、それは1つの考慮要素となりうるように思います⁸⁹⁾。また、安念教授は、「かりに、裁判員制度が被告人の裁判を受ける権利との関係では合憲であるとしても、それが憲法上必要的不是なことは明らかであるから、被告人の辞退権を認めることは当然立法政策上検討されなければならぬ」と述べたうえで、論者自

身は「被告人に裁判員による裁判を辞退する自由を認めるべきだと考える」との見解を示していた。⁽⁹⁰⁾

一方で、かりに裁判員制度が違憲であるとして、被告人に裁判の選択権を認めたとしても制度が直ちに合憲となるものとはいえないという見解もまた、制度設計段階では有力であった。第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年三月二三日）では、被告人の裁判の選択権について再検討を提唱した藤田耕三委員に対して、井上正仁委員は、次のように反論した。「藤田委員が言及された憲法問題ですけれども、私は、当事者に選択権があれば憲法問題をクリアーするというのは、変な理屈だと思つています。その考え方は、裁判を受けるのは権利だから放棄できるはずだということの基本にしていると思うのですけれども、放棄した場合には、「裁判」として保障された形によらなくてもいいとすると、その場合に選んだのは裁判ではないということになってしまう。個人の権利の視点からすると、それでも良いのかもしれないですけれども、一国の制度の問題として、裁判あるいは司法作用を経ないで、人を有罪にしたり刑を科すということになってしまうのは、そのこと自体として問題だと思つてわけです。ですから、放棄できるかどうかではなくて、まさに司法権の作用としての裁判、そしてその主体である裁判所というのは、どういう構成であるべきなのか、その問題だと思つたのです。選択できればいいという憲法学説もむろんあるのですけれども。それと、私はやはり、当事者による選択の余地を残すということの理由がどうもわからないのです。一定の事件の場合には、裁判員制度の対象にすべきだとか、あるいは裁判官によるべきではないという議論なら、まだ理屈としてわからないでもないのですけれども、そこからいきなり、被告人が希望した場合にはそうすべきだということが、論理として飛んでいるように思う。そこは、どうもわからないのです⁽⁹¹⁾」。井上教授は、被告人が裁判を受ける憲法上の権利を放棄して裁判員裁判を選択すると考えるならば、そこで選択された裁判は憲法上の被告人の権利として受けることが保障さ

れた「裁判」ではないことになり、そこで有罪・無罪の決定や刑の量定が行われるとすれば、憲法上の裁判を経ずして刑罰が科されることになる点⁽⁹²⁾を問題視している。

ここで、被告人の裁判の選択権の問題を考えるにあたって、(a)人権問題として、被告人の裁判を受ける権利をどのように保障するのかという視点と、(b)統治機構の制度の一つとして、司法権の担い手としての裁判所をどのように構成するのかという視点の二つから検討することとしよう⁽⁹³⁾。権利を重視する視点からは、被告人には裁判を受ける権利が憲法上保障されているところ、権利である以上はそれを行することもできる一方で、それを放棄するのも権利享有主体の自由であるはずだから、たとえ裁判員制度に憲法上の疑義があるとしても、憲法上の裁判を受ける権利を放棄するという被告人本人の選択を尊重し、疑義ある制度の適用を受けることが容認されるということになる⁽⁹⁴⁾。これに対して、制度を重視する視点からは、一国の裁判制度をどのように設計するのかが、個別の被告人の意思とは無関係であるところ、国家が重大な犯罪に係る刑事事件の裁判に裁判員を参加させることを決定した以上、被告人は裁判員の参加する裁判を受忍するほかないことになる。この場合、被告人に裁判の選択権を認めるか否かは立法政策の問題となるため、被告人の裁判の選択権を認めない現行の裁判員制度は、必ずしも裁判を受ける権利を侵害するものとはいえないという結論となる。そして、井上教授の見解は、後者の制度アプローチに立脚するものであるといえる。

司法制度改革審議会意見書は、井上教授の示したこの見解に沿って、次のように被告人の裁判の選択権を否定すべきとした。すなわち、「新たな参加制度は、個々の被告人のためというよりは、国民一般にとつて、あるいは裁判制度として重要な意義を有するが故に導入するものである以上、訴訟の一方当事者である被告人が、裁判員の参加した裁判体による裁判を受けることを辞退して裁判官のみによる裁判を選択することは、認めないこととすべきである⁽⁹⁵⁾」。

意見書のこの記述に対しては、裁判員制度の導入が「被告人のためではない」という説明は、……伝統的理解からすると、極めて衝撃的である」との反応や、「国民一般にとって、あるいは裁判制度として重要な意義を有するという理由は、被告人が現在有している裁判官のみによる裁判を受ける権利・利益を奪う正当な根拠としては十分とは思われない」との疑義が示されていた。⁹⁷⁾

そもそも、憲法三二条によって保障される裁判を受ける権利は、立法による制度形成に依拠した権利である。⁹⁸⁾ この権利としての性格を前提とすれば、裁判員裁判対象事件に関して、かつては裁判官のみによる裁判が行われていたとしても、裁判員制度の導入以降は、法律によって裁判員の参加する裁判が行われるようになった以上、裁判を受ける憲法上の権利が保障するところの裁判とは、裁判員裁判を指す（裁判官のみによる従前の裁判ではなくて、裁判員裁判のみを指す）ことになるという理解は可能であろう。

2 平成二四年最高裁第二小法廷判決における議論

平成二三年最高裁大法廷判決にかかる上告申立事件の弁護人は、上告趣意書において、「裁判員法には、被告人の方から請求して、裁判員裁判から逃避し、正規裁判官のみによる裁判を受ける権利を保障する規定がない」旨を指摘し、旧陪審制度における被告人の陪審の放棄権（陪審法6条）と同趣旨の規定が裁判員法に設けられれば、「裁判員法は違憲」の現在の考えをその時点で再検討する」と述べていた。⁹⁹⁾

しかしながら、弁護人によるこの主張は、被告人の裁判選択権の問題が具体的に憲法のどの条項に抵触するかを指摘していなかったためか、これに対する最高裁判所の判断は示されることはなかった。

はたして裁判員裁判の選択権を被告人に認めないことは、裁判を受ける権利を保障する憲法三二条、三七条に違反するのか。この点について最高裁判所の判断が初めて示されたのが、最一小判平成二四年一月一三日刑集六六卷一号一頁である。

本件は、シンガポール国籍の女性(被告人)が、氏名不詳者と共謀して、クアラルンプール国際空港において覚せい剤四八五・二七グラムを隠匿携帯して航空機に搭載し、営利目的で日本に持ち込んだところ、成田国際空港の旅具検査場で税関職員に発見され、覚せい剤取締法、関税法等に違反するとして起訴された事件である。第一審では、裁判員の参加する合議体で審理裁判が行われ、被告人は懲役六年六月及び罰金二五〇万円に処された(千葉地判平成二二年二月一八日刑集六六卷一号一〇頁)。第一審判決に対して、被告人が控訴し、事実誤認及び量刑不当のほか、裁判員制度が違憲である旨を主張したが、控訴審は控訴を棄却した(東京高判平成二二年六月二九日刑集六六卷一号二一頁)ため、さらに上告されたものである。

弁護人の主張の論旨は、次のとおりである。すなわち、(一)裁判員の氏名等は開示されず、責任の所在が不明確であり、(二)弁護人の主張・立証について検察官と比べて費用・人材の面で不利であり武器対等といえず、また被告人を弁護するということの意義についても裁判員には理解されにくく、(三)主に量刑と保護観察に付すか否かに関心をもつといえる裁判員は、事実認定において誤りを犯すおそれがあり、(四)短期間で証拠調べ等をしているため、従来の裁判と比べて審理が粗雑になっており、被告人の権利が十分に守られているといえず、(五)司法研修所の研究報告によれば、控訴審はできる限り第一審たる裁判員裁判の判断を尊重して審査する必要があるとされ、かつこれが指針として運用されているため、事実上、三審制が有名無実になっており(一審制に等しく)、(六)市民感覚を重んじるのであれば一審

だけでなく控訴審においても裁判員制度を導入しなければ一貫性がないし、(七)裁判員はともすれば感情的に裁判しがちであり、(八)裁判員裁判は細かく報道されるため、被告人にとって精神的負担が大きい、といった問題点が裁判員制度にはあると述べる。そのうえで、制度は(裁判員には配慮がある一方で)被告人に対する配慮が欠けており、被告人に裁判員裁判の選択権を与えるべきであるとしたうえで、現行の制度は、被告人の裁判の選択権を認めない限りにおいて、憲法三二条、三七条に違反すると主張する⁽¹⁰⁾。

一方、検察官は、答弁書において、裁判員制度の合憲性を論証したうえで、特に、選択権の問題については、「裁判員制度が憲法第32条、第37条1項等の規定の趣旨に合致する制度であることからすれば、被告人に裁判員裁判を辞退する権利が認められていないという点は憲法違反の主張の根拠となるものではない」と述べる。そして、「裁判員制度は、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に参与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資するもので(裁判員法第1条)、個々の被告人のためというよりは、国民一般にとって、あるいは裁判制度として重要な意義を有することから導入されたものである以上、訴訟の一方当事者である被告人等が、裁判員の参加する合議体による裁判を選択することや、その同意を得ることを必要とする理由はないと考えられたものであり」として、「この点からも、憲法上問題とされるべき点は存しない」と主張した⁽¹¹⁾。つまり、検察官側は、審議会意見書と同様に、裁判員制度が個々の被告人のためというよりは、国民一般にとって、あるいは裁判制度として重要な意義を有するため導入されたということを理由に、裁判の選択権の否定の憲法適合性を肯定しようとしている。これに対して、最高裁判所は、次のように述べ、被告人に裁判員裁判の辞退権を認めないことが憲法三二条、三七条一項に違反しないと判示した。すなわち、「憲法は、刑事裁判における国民の司法参加を許容しており、憲法の定

める適正な刑事裁判を実現するための諸原則が確保されている限り、その内容を立法政策に委ねていると解されるところ、裁判員制度においては、公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が制度的に保障されているなど、上記の諸原則が確保されている。したがって、裁判員制度による審理裁判を受けるか否かについて被告人に選択権が認められていないからといって、同制度が憲法32条、37条に違反するものではない。このように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁平成22年^あ第1196号同23年11月16日大法廷判決・裁判所時報154号1頁）の趣旨に徴して明らかである。所論は理由がない」。

3 検討

このように、平成二四年最高裁第二小法廷判決は、被告人に裁判の選択権が認められないことについて、論点そのものを精査することなく、平成二三年最高裁大法廷判決を引用し、判例の趣旨に徴して明らかであると述べるにとどまった。

平成二三年最高裁大法廷判決は、国民の司法参加の内容が（適正な刑事裁判を実現するための諸原則に違反しない限り）立法政策に委ねられており、裁判員制度そのものが憲法適合的なものであると判示している。しかしながら、制度導入以前には被告人が裁判官のみによる裁判を受けることができたこと、そして、そのような裁判を制度導入以降は受けることができなくなったことを、憲法三二条・三七条との関係でどのように解すべきかについて、論点として適切に示されなかったがゆえに、この大法廷判決は検討しなかった。そして、大法廷判決で解明されなかった被告人の裁判の選択権の問題について、平成二四年判決は考察する好機であったにもかかわらず、平成二三年大法廷判決で判示

された制度一般の合憲性から直ちにその合憲性を導出した¹⁰²。制度そのものが他の条項との関係で憲法適合的であるとしても、刑事裁判制度の抜本的な改革が行われ、その前後で被告人が受けるべき裁判の内容が大幅に変更されたという状況で、被告人が否応なく新たな仕組みの裁判を受けなければならなくなったということが憲法三二条・三七条に適合的か否かは、独立の問題として真摯に検討されるべきではないだろうか。

つまり、被告人の裁判の選択権が認められていないことの憲法適合性の論証に際して、平成二四年最高裁第二小法廷判決は、平成二三年最高裁大法廷判決が示した裁判員制度そのものの憲法適合性に全面的に依拠しているが、従来~~の裁判官のみによる裁判に代えて裁判員制度を新たに導入するという政策変化の憲法適合性について自覚的に取り組んだものといえるか否かは、筆者は、議論なしとはしない~~¹⁰³。

平成二三年最高裁大法廷判決においては、(前述のとおり、調査官解説によれば)裁判員制度という統治機構の制度の設計が違法なものであれば、それは直ちに被告人の裁判を受ける権利という人権の侵害となるというように連続的にとらえていると解される。つまり、大法廷判決には、制度の問題を人権の問題として再構成したうえで、その憲法適合性について判断しようとする姿勢が見られていた一方で、本判決において、最高裁判所第二小法廷は、被告人の裁判を受ける権利について熟考することなく、もっぱら統治機構の制度の一つとしての裁判員制度の憲法適合性について判断した¹⁰⁴。もとより、裁判員制度は個々の被告人の権利のためというよりは、国民一般にとつて、ないし裁判制度として重要な意義を有するがゆえに導入されたものであるから、被告人には裁判の選択権を認められないという議論¹⁰⁵は、すでに確認したとおり、司法制度改革審議会意見書の採る立場でもあるが、本判決に係る訴訟において問われていたのは、まさに審議会意見書における議論が人権論として妥当なものだったかということであった。司法制度の憲

法上の位置づけは、統治機構の一翼であるだけでなく、国民の裁判を受ける権利という請求権を実現するための手段でもあるということに思いを致すときに、被告人の裁判の選択権について相応の考慮が必要であったとする立論も可能であり、本判決ではそれがまったく見られないという点が特徴的であるといえよう。

本章の最後に、被告人の裁判の選択権を否定することの憲法適合性をめぐる平成二四年最高裁第二小法廷判決の射程を確認しておきたい。本判決は、裁判員裁判を受けるか否かの選択権を被告人に認めないことが、憲法三二条及び三七条によって保障される被告人の裁判を受ける権利の侵害とはならないと判示したのみである。そして、その論拠は、裁判員制度そのものの憲法適合性である。裁判を受ける権利の保障という観点からの被告人による裁判制度の選択の可能性は、本判決では否定されていない。換言すれば、法律によって裁判員裁判の対象とされている事件以外の事件の被告人に、同じく法律によって裁判員裁判の選択権を新たに創設することの憲法適合性については、平成二四年判決は沈黙しているといえる。したがって、被告人の選択に基づき（現行）裁判員裁判非対象事件へ裁判員裁判を拡張するという法改正は、本判決からは直ちに違憲とする結論は導かれない。また、（例えば裁判員となる国民の協力が得られず現行の裁判員裁判の運用が維持できない状況が今後生じた場合に）現行の裁判員裁判対象事件について、被告人に裁判員裁判の選択権を新たに付与するという法改正¹⁰⁶も、本判決の趣旨からは同じく違憲とする結論は直ちには導かれない。

四 まとめに代えて

本稿では、裁判員制度の憲法適合性に関して、特に、裁判員の職務等を国民に課すことが意に反する苦役からの自

由（憲法一八条後段）を侵害するか否かについてと、裁判の選択権（裁判員裁判の拒否権）が認められないことが被告人の裁判を受ける権利（憲法三二条、三七条一項）を侵害するか否かについて検討した。

前述のとおり、平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員の職務等の意に反する苦役該当性をめぐる検討に際して、裁判員法一条に定める制度導入の趣旨を挙げ、これが国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示すものであるとの解釈を示した。裁判員制度の意義と国民主権の原理との関係という問題については慎重な検討を要するものの、しかしながら、本稿では、紙幅の都合上、扱うことができなかつた。挙げて今後の検討課題とした¹⁰⁷。

*本稿は、平成二七年度科学研究費助成事業（日本学術振興会学術研究助成基金助成金（若手研究(B)）「裁判員制度と弾劾制度の研究を通じた自由主義と民主主義との相克についての探究」（課題番号・二五七八〇〇一六）及び平成二八年度科学研究費助成事業（日本学術振興会学術研究助成基金助成金（基盤研究(C)）「国民の司法参加をめぐる憲法理論の国際的発信」（課題番号・一六K〇三三〇一）の研究成果の一部である。なお、本稿で、「憲法」とは、特に注記のない限り、日本国憲法を指すものとする。

(1) このほかに、裁判員・補充裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行うことを誓う旨の宣誓をしなければならず（裁判員法三九条二項）、正当な理由なく宣誓を拒否したときには、裁判所が決定で過料に処する旨の規定がある（二二一条二号）。また、区分審理決定がなされた場合の選任予定裁判員についても、同様に呼出しを受け正当な理由がなく出頭しないときには、過料に処する旨の規定がある（同条二号）。

(2) 大久保太郎「違憲のデパート」裁判員制度実施の不可能性（上）——予想される制度の実態の考察」判例時報一八八三号（二〇〇五年）四―五頁（「国民が、その行動について意思に反する制約を公権力から受けることなく、自由に行動できる

ということは、国民各自の生活の基礎を成し、ひいて自由社会発展の基盤を作るものである。それゆえ、憲法一三条は、国民にその意思に反し、自由を犠牲にして公共へ奉仕することを強制されないことを保障したものであつて、同条は、憲法の重要な原則の規定であり、それゆえにこそ「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と特に定めているのである。憲法に根拠もないのに裁判員法なる法律を作り、同法の定める国民の刑事裁判への参加即公共の福祉なりとして国民の奉仕を強制することは、裁判員となることを望まない国民にとって明らかに憲法一三条違反である」。大久保太郎「裁判員制度案批判(続) (上) —— 合憲性への疑問及びその他の諸問題」判例時報一七七二号 (二〇〇二年) 四—七頁も参照。

(3) 拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』(日本評論社、二〇〇九年) 二四四—二四六頁。

(4) 大久保太郎「裁判員制度案批判——司法制度改革審議会最終意見を読む」判例時報一七五〇号 (二〇〇一年) 二七頁。「明らかに一般普通の国民が出頭義務に堪え得る限度を超えているといわなければならない。それにもかかわらず、裁判員候補者に対し、くじで選ばれた以上国民の責任だとして出頭義務を課することは、少なからぬ場合にその者の仕事、収入、家庭自由、将来といった掛け替えのない大切なものの犠牲を要求することを意味し、或る場合には、その者の経済的、社会的死を意味することになるであろう。このようなことは、苦役の強制を禁じた憲法一八条の趣旨からも許されることではない」。

(5) 安念潤司「自由主義者の遺言——司法制度改革という名の反自由主義」藤田宙靖 高橋和之編『樋口陽一先生古稀記念 憲法論集』(創文社、二〇〇四年) 三三三頁。安念教授は、「裁判員たる義務の強制が憲法一八条に違反しないとすれば、兵役義務を課すこともまた同条に違反しないという解釈が導かれる可能性があることに注意しなければならない」と警告する(三八五頁)。一方で、制度設計のあり方としては、裁判員候補者の就任拒否権を認めればよいと提案する(三八九頁)。

(6) 山元一「司法権」法学セミナー五九三号 (二〇〇四年) 三〇頁。この問題意識を共有しつつ、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義 (deliberative democracy) 理論によつて、自由の意義を再構成したうえで、裁判員の職務等が一般の国民の自由を侵害するものではなく、むしろ公共的な事項へ参加する自由を促進するものとして肯認すべき (憲法一八条後段に違反しない) とする筆者の私見については、拙著・前掲注(3) 二四四—二五一頁。

(7) 刑集六五卷八号一三三二頁。

(8) これは、「原告適格、被告適格」という本来の意味における当事者適格」ではなく、「事件につき当事者適格のあるものが、攻撃又は防禦の方法として違憲の争点を提起する適格」の問題である（時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規、一九九六年）二〇三頁）。憲法訴訟の当事者適格ともいわれるが、このような呼称に対しては、「憲法訴訟という独自の訴訟類型があるわけではないのだから、本体の訴訟を離れて、「憲法訴訟」独自に、当事者適格などの訴訟要件が問題になることは、そもそもありえないはずであり、本来問題となるのは、「当事者がどのような違憲の主張をすれば裁判所の憲法判断を引き出すことができるか、ということなのであり、「違憲主張の資格の問題というより、違憲主張の利益の問題である」とする見解（浦部法穂『憲法学教室（第三版）』（日本評論社、二〇一六年）四一〇頁）や、「適法に提起された訴え解決のため必要と考へ得る憲法上の争点（その中には当事者が提起する争点もあれば裁判所が職権で取り上げるものもある）」のうち裁判所が判断を及ぼすべき範囲の問題というべき」とする見解（大石和彦「違憲審査権の行使（3） 違憲の争点を提起する適格」大石眞Ⅱ石川健治編『憲法の争点（ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3）』（有斐閣、二〇〇八年）二七八頁、傍点）は原文による）がある。

(9) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』（信山社、一九九五年）四五四頁。

(10) 最大判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一〇号一五九三頁における下飯坂潤夫裁判官の反対意見（二六一三頁）、時國・前掲注（8）二二三頁。時國康夫判事は、この理由づけが「消極的な意味で裁判所が政策形成に關与するという機能を發揮する違憲立法審査という機能が、政策形成という機能達成に最も適切な機構ではないところの、当事者の対審という裁判構造の下で、選挙民に対し直接責任を負わないという意味で、非民主的な裁判所によってなされるという、機構上の弱点に対する内省に、由来するものであろう」と述べる一方で、アメリカ合衆国において、他人の憲法上の権利を援用して違憲の争点を提起することを認める判例が多くなつてきており、わが国においても同様となる可能性はないわけではないとしたうえで、「事件の処理上判断が不可欠な憲法問題についてする裁判所の判断は、自らが好むと好まざるとに拘らず、その事件を超え、社会的な意味では、消極的乍ら政策形成に關与するという政治的機能を有するわけであるから、その判断が、一般国民や他の国家

機関に対し、受け容れられるためには、その判断に説得力があることが必要であり、特に違憲という判断がなされる場合には、立法府や行政府との無用な摩擦を避けるためには、違憲判断をするに至ったプロセスについても判文上に十分な理論づけが示されることが是非必要であり、当然のこと乍ら、憲法判断が事件の処理上不可欠であったことについての説明、換言すれば、違憲という判断がなされた争点につき、当事者がこれを提起する適格を有したことの説明が常になされることが肝要だということになる」と主張する(二二二―二三三頁)。

(11) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第三版〕』(成文堂、二〇〇〇年)四二〇―四二二頁。

(12) 新正幸『憲法訴訟論〔第二版〕』(信山社、二〇一〇年)三九〇頁。

(13) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年)六八―七四頁。これは、佐藤幸治教授や市川正人教授も指摘している(Robert A. Sedler, *Standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court*, 71 YALE L. J. 599, 627-628, 1962の強い影響を受けたものである(佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(一九八四年、日本評論社)一五一頁、市川正人「憲法訴訟の当事者適格・再論」米沢広一ほか刊行代表『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八年)六四八頁)。なお、時國判事は、芦部教授の挙げた四つに加えて、「その憲法上の争点が実際に実のあるもので法令違憲とか処分意見とか判断するのが相当であるかどうかの五つの事項が考慮に入れられるものと解せられる」という(時國・前掲注(8)二三九頁)。一方、佐藤教授は、(一)第三者が自らの権利を主張しえず、または主張することがきわめて困難であるという事情が存する場合、(二)訴訟当事者が申し立てている損害が同時にまた第三者の憲法上の権利を奪うような性質のものである場合、(三)訴訟当事者と第三者との間にある種の実質的な関係にあるような場合には、「第三者の憲法上の権利を主張することが認められて然るべきであろう」という(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)六三三頁)。

(14) 松井茂記教授は、「権利を侵害された人は権利侵害を主張するかどうか自分で決定できるべきであり、また十分その利益を代表していない他人の訴訟によって自分の権利侵害に対する判断を受けることは妥当でないと考えられるから、やはり原則として第三者の権利侵害の主張は許されない」と主張する(松井茂記『日本国憲法〔第三版〕』(有斐閣、二〇〇七年)一〇六頁)。また、渋谷秀樹教授は、日本国憲法が個人の尊重(二三条)ないし個人主義を基本原則とし、パターンリズム的な考え

方を排斥してしただうえで、「訴訟当事者は、自己に有利な判決をもたらすような、あらゆる主張をなすことができる」ということから出発するのを基本とするが、その主張が第三者の権利の享有に関わるような判断を求めることになる場合には、その第三者の関与しない裁判で、その権利について決定がなされてしまうことになり、その場合には、第三者の権利主張を禁止すべきことを個人主義の原理が要請することになる」と述べる（渋谷秀樹『憲法（第二版）』（有斐閣、二〇一三年）七〇一—七〇二頁）。渋谷教授の見解については、併せて、渋谷・前掲注（9）四五三—四五六頁も参照。

（15）戸波江二「第三者所有物の没収と適法手続」樋口陽一・野中俊彦編『別冊法学教室 基本判例シリーズ1 憲法の基本判例（第二版）』（有斐閣、一九九六年）一五九頁。同様の立場を採るものとして、安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、一九八五年）三七四—三七五頁（「恐らく、standing が認められるということは、第三者に対する違憲的適用の可能性から説き起こし、それをレトリックのうえで足掛かりとして、法律の全部の違憲性を導出し、ついには自己に対する関係での違憲性に説き及ぶという体裁が、法律構成として妥当であると認められることを意味するであろうが、問題の核心はやはり、被告人本人との関係での違憲性にあり、しかもそれ以外にはないように筆者には思われる）、浦部・前掲注（8）四二二頁（「当事者は、自分に対して直接適用される法律の規定などの違憲を主張するかぎりには、どんな理由であろうとも、違憲主張の利益を有するのであって、そこには、なんらの制限もないということである。要するに、その法律の規定などが自分に対して直接適用されるものであるかぎり、当事者はあらゆる理由でその違憲を主張する利益があるのである。したがって、それが、第三者の権利を侵害するという理由であっても、いっこうに差し支えないはずである）、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』（日本評論社、二〇一三年）三六九頁（「基本的には、訴訟当事者本人が被っている不利益を除去するのに必要かつ有効な違憲事由の主張であれば、使えるものを総動員して構わないのである。そこで提起される違憲事由が訴訟当事者本人の権利侵害を直接構成するものかどうかは別問題である。ただ、主観訴訟を基礎とする司法権理解が、提起される憲法上の争点の帰趨が訴訟当事者本人の利害関係と何らかのかたちで密接に関連することを求め、学説も判例もそのような関連性を争点提起の条件にしてきたように思われる）、三七〇—三七二頁（「刑罰権の行使の排除のための主張であれば、訴訟当事者の他の権利利益とは無関係に、違憲事由

の申し立てができるのが原則である」。

- (16) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格 (三・完) —— 第三者の憲法上の権利の主張をめぐる」民商法雑誌九一卷六号 (一九八五年) 五〇頁。
- (17) 市川・前掲注(13) 六五一頁。
- (18) 土井真一「憲法訴訟の当事者適格論の検討」法学教室三八四号 (二〇一二年) 八二頁。
- (19) 矢口俊昭「違憲の争点を提起しうる当事者適格 —— 第三者所有物没収事件」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』(第六版)〔別冊ジュリスト二二八号〕(有斐閣、二〇一三年) 四一五頁。
- (20) 大石・前掲注(8) 二七九頁。
- (21) 戸波・前掲注(15) 一五九頁。
- (22) ここには、国家の統治機構の制度の一つとしての裁判制度をどのように設計するかという問題と、憲法上の権利の一つである個人の裁判を受ける権利が侵害されるか否かという問題の二つが存在している。そして、本文で示した論理展開のうち、(二)が統治機構の問題であり、(一)と(三)が人権保障の問題であるが、人権保障の問題が統治機構の問題として再構成され、さらに人権保障の問題として検討されるという構造になっている。
- (23) 宍戸常寿「裁判員制度の合憲性」(刑事裁判例批評174)『刑事法ジャーナル』二八号 (二〇一一年) 九三頁。
- (24) この判決は、「まず、被告人は裁判員も構成員となった裁判体による原審の審理・判決に特段の異議なく応じていたところ、その判断に対する不服申立ての論拠として、判断主体たる裁判員が被る種々の人権侵害を主張すること自体、適格性に疑問がある」と判示している。ただし、それに続けて、「そして、その点は措くとしても」としたうえで、裁判員制度の憲法一八条・一九条適合性に関して実体的な判断を加えている(一〇〇頁)。
- (25) 西野吾一・矢野直邦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成二三年度)』(法曹会、二〇一五年) 三三〇頁。
- (26) 上訴の可否という観点から見れば、裁判員法に定める不適格事由に該当する者が裁判員として選任され裁判に関与した場合には、裁判員法六四条による読替えを経て刑事訴訟法三七七条一号が適用され、「法律に従って判決裁判所を構成しなかつ

たこと」が控訴理由となりうるが、裁判員法一八条は、不公平な裁判をするおそれがあると裁判所が認め、た者の裁判員選任を禁止するものである（不公平な裁判をするおそれがある者の選任を禁止するものではない）ことから、実際に裁判員裁判において裁判員としての職務に従事し、解任されずに評議・評決にまで至った者について、一八条に係る原裁判所の判断が覆る可能性は低かろう。一方、刑事訴訟法三七九条の「訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合」として構成するためには、問題となる裁判員の裁判への関与が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを立証する必要があるが、この点、判例によれば、「その法令違反がなかつたならば現になされている判決とは異なる判決がなされたであろうという蓋然性がある場合」でなければ、本条にいう「判決に影響を及ぼすことが明らかであること」とはいえない（最大判昭和三〇年六月二二日刑集九卷八号一一八九頁）。そして、かりに問題となる裁判員の意見が合議体における結論を左右する決定的なものであつたとしても、評議の秘密を漏示することが罰則をもつて禁止されていること（裁判員法七〇条、一〇八条一項）から、その立証は困難であろう。芦高源ほか「訴訟手続の審査」（大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方（4））判例タイムズ一二七四号（二〇〇八年）七二―七三頁参照。

(27) 付随的違憲審査制を採るわが国の裁判所は、憲法上の争点であつても、それが適式に提起されたとはいえない場合には、判断を回避することができ、上告審において、弁護人が明示的に争点化しようとしたのは憲法八〇条一項本文前段と七六条一項・二項前段の二か条のみであり、これに対する検察官の答弁書もこれら二か条のみを取り上げていたことから、最高裁判所が積極的に憲法一八条後段適合性に取り組もうとしなければ、この争点に対する判断は（真正の権利主体による適切な争点提起までの間）留保することもできたはずである。

(28) 裁判員制度の意義と国民主権との関係性については、「裁判員制度の意義と展開可能性」と題する別稿において考察する予定である。

(29) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第六版）』（岩波書店、二〇一五年）二六〇頁。

(30) 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』（勁草書房、一九八九年）三五―三六頁。

(31) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣、一九七九年）一三七頁（ただし、厳密にいえば、清宮四郎教授は、「選挙人は、

一面において、選挙を通して、国政についての自己の意志を主張する機会を与えられると同時に、他面において、選挙人団という機関を構成して、公務員の選挙という公務に参加するものであり、前者の意味では参政の権利をもち、後者の意味では公務執行の義務をもつから、選挙権には、権利と義務との二重の性質があるものと認められる」と述べ（原文ママ）、選挙そのものは公務であり、選挙権が権利であり、かつ義務であると見ているようである（芦部・前掲注(29)二六二頁）。

(32) 佐藤・前掲注(13)『日本国憲法論』一九五頁。後述する議論との関連で、佐藤教授は、「日本では裁判員制度についてとかく義務の面ばかりが強調されがちであるが、韓国の陪審法3条は「大韓民国国民は、国民参与裁判に参加する権利と義務を有する」と定めている」と述べている（同頁）が、ここで、佐藤教授が裁判員の職務等に義務的側面があることを認めている（少なくとも、否定はしていない）点に注目したい一方で、そもそも法律に定められた立法の趣旨や刑事裁判の運用（それに対する国民の信頼も）等が明白に異なる韓国の陪審制度を、この文脈でわが国の裁判員制度と比較する意義については、筆者は疑問なしとしない。

(33) 権利を行使するか否かはその享有主体の自由な意思によるべきであり、行使することが法律上義務づけられるのであれば、それは権利と通常観念されるものとはやや異質なものといわざるを得ない。リベラルな憲法学がそれを肯認するか否かは別論として、少なくともこの文脈においては、享有主体にその行使を法律上義務づける権利という概念が認められているようである。ならば、それを行使することが享有主体に法律上義務づけられる権利というものを正当化する一般理論の確立が求められるよう。

(34) 辻村教授によれば、「強制投票制は、権利説ではそもそも論理的に認められない」（辻村・前掲注(30)一四―一五頁）。

(35) その一方で、かりに裁判員の職務等の権利性を承認すれば、裁判員としての参加は安易に制限されてはならないという帰結となるだろう。「選挙権……の権利性を重視する立場からすれば、権利制約の程度や手段の合理性等の問題に論及することなく、合目的性のみをもって権利侵害にあたらぬという結論を導くことは不十分である」（辻村・前掲注(30)二三頁）から、現行の裁判員法が規定する裁判員の欠格事由（一四条）や就職禁止事由（一五条）の憲法適合性を新たに検討する必要が生じることになるだろう。六戸教授も、裁判員の職務等を参政権と同様の権限を国民に付与すると「あえて言い切った」本判決に

対して、「法定の就職禁止事由該当者（裁判員法15条）も参政権を有する国民の一員ではないのかという素朴な疑問も湧く」と述べている（宍戸常寿「司法制度改革の中の裁判官——裁判員制度合憲判決」駒村圭吾編『テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く』（有斐閣、二〇一六年）三二六—三二七頁）。

(36) 権限とは、法令用語としては、「国、地方公共団体、各種の法人又は個人の機関（又は代理人）が、法律上、契約上、それぞれ、その与えられた、又はつかさどる職務の範囲内において、することのできる行為若しくは処分又は行為若しくは処分の能力の限界若しくは範囲を表す用語である」。職務が「ある機関がすべき事柄をすべき任務、責任の側からみた用語である」のに対して、権限は、「一定の範囲内で具体的にすることのできる行為又は処分の権能について、その限界に着目してその態様又は内包を示すもの」であるという（吉国一郎ほか編『法令用語辞典（第九次改訂版）』（学陽書房、二〇〇九年）二二四頁（林修三執筆））。

(37) 土井真一「日本国憲法と国民の司法参加——法の支配の担い手に関する覚書」『岩波講座憲法4 変容する統治システム』（岩波書店、二〇〇七年）二七三頁。

(38) 併せて、民主権の権力的契機の最も顕著な発現形態である憲法改正の国民投票（憲法九六条）において、投票が国民に義務づけられていないことも指摘しておく。

(39) 土井・前掲注(37)二七三頁。

(40) 辻村・前掲注(30)一四—一五頁。

(41) 芦部信喜『憲法と議会制』（東京大学出版会、一九七二年）二八七頁。

(42) 筆者は、戸松秀典・今井功編『論点体系 判例憲法1』（第一法規、二〇一三年）三〇四—三二七頁において、憲法一八条に関する下級裁判所の裁判例及び最高裁判所の判例を網羅的に収集し、分析する機会を得た。

(43) 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣、一九五三年）三九四—三九五頁。赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、二〇一一年）一八一頁、伊藤正己『憲法（第三版）』（弘文堂、一九九五年）三三一頁、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、一九八七年）一八〇頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第三版）』（有斐閣、二〇一三年）二六四頁、野中俊彦ほか『憲法

I〔第五版〕(有斐閣、二〇一二年) 四〇六頁(高橋和之執筆)、毛利透ほか『憲法Ⅱ 人權』(有斐閣、二〇一三年) 二九〇頁(淺野博宣執筆)、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』(日本評論社、二〇一六年) 三二七―三二八頁(松本和彦執筆)。なお、広義説が「意に反する苦役」の概念を探求しようとするのに対して、近時の狭義説は、「苦役」概念について検討するものである。この点、苦役を「肉体労働・精神労働を問わず、通常人が多少とも苦痛を感じるような労役」(二八一頁)と定義したうえで、一八条後段によって「禁止されているのは「その意に反する」苦役であるから、本人の同意があれば「苦役」も許されることになる」(二八二頁)とする赤坂正浩教授の見解が明快である。

(44) 芦部・前掲注(29)二四三頁。佐藤功『ポケット註釈全書 憲法(上)〔新版〕』(有斐閣、一九八三年) 二八五頁、芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法〔別冊法学セミナー二一〇号〕』(日本評論社、二〇一一年) 一四二頁(宮地基執筆)、長谷部恭男『憲法〔第六版〕』(新世社、二〇一四年) 二五四頁、宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂 日本国憲法』(日本評論社、一九七八年) 二二三―二三四頁。

一八条前段の「奴隷的拘束」と関連づけて、労役にとどまらず、奴隷的拘束に至らない程度の一定の人格侵犯を伴う身体の自由の拘束をも含む最広義説もある(芦部信喜編『憲法Ⅲ 人權(2)』(有斐閣、一九八一年) 二六三―二六四頁(杉原泰雄執筆)、浦部・前掲注(8)二九八―二九九頁、小林孝輔Ⅱ芹沢齊編『基本法コンメンタール憲法〔第五版〕』(別冊法学セミナー一八九号)〔日本評論社、二〇〇六年〕 一二二頁(菟原明執筆)、樋口陽一ほか『注解法律学全集Ⅰ 憲法Ⅰ』(青林書院、一九九四年) 三六八頁(浦部法穂執筆)。

なお、渋谷秀樹教授は、広狭という観点ではなく、主観説(「通常人が苦痛と感ずるか否かという主観を基準とする説」と客観説(「その意思を無視した、あるいはその意思に反する強制の意味と解する説」とに分類し、「意に反する」の文言が無意味となる」としても)後者の立場を採る(渋谷・前掲注(14)『憲法〔第二版〕』一三三頁)。

(45) 「憲法第十八条に規定する「その意に反する苦役」とは、その意に反する役務のうちその性質が苛酷なものとか苦痛を伴うもののみに限られず、広く本人の意思に反して強制される役務をいうものと解している。したがって、たとえ通常の役務であつても、本人の意思に反して強制される以上、「その意に反する苦役」に当たることになる」(衆議院議員森清君提出憲法

第十八条に関する質問に対する答弁書」(内閣衆質九四第一〇号、一九八一年三月一〇日)。なお、浅野一郎・杉原泰雄監修『憲法答弁集「1947—1999」』(信山社、二〇〇三年)二二七頁。

(46) 拙著・前掲注(3)二四七頁。

(47) 拙稿「裁判員制度の運用と司法権の正統性の危機」ジュリスト一四〇〇号(二〇一〇年)三七頁注(6)。

(48) このように一八条後段の例外規定を例示列挙であると解する見解に対して、杉原泰雄教授は、「憲法自体が人権保障に対する例外——公共の福祉による人権の制限——を「犯罪に因る処罰」の場合のみに限定することによって、「その意に反する苦役」からの自由については、公共の福祉の名によるその他の制限を排除している」ところ、「人権の制限について、憲法が特定の方法を禁止しまたは特定の方法のみを許容している場合は、憲法自身が公共の福祉の発動方法を限定しているにほかならないから、当該条項については公共の福祉の名においてさらに例外を設けることができないと解すべきであり、「そう解さないと、憲法自身における人権制限についての特定の方法・場合の禁止または許容はまったく無意味なものとなり、憲法におけるそのような例外の限定と公共の福祉の関係を合理的に説明できないことになる」と批判している(芦部編・前掲注(44)二六四—二六五頁(杉原泰雄執筆)。同様に、「犯罪に因る処罰の場合」を限定列挙とし、これ以外の例外を認めない趣旨と解するものとして、芹沢ほか編・前掲注(44)一四三頁(宮地基執筆)、野中ほか・前掲注(43)四〇六頁(高橋和之執筆)、毛利ほか・前掲注(43)二九〇頁(浅野博宣執筆)。

(49) 土井・前掲注(37)二七一頁、笹田栄司「裁判員制度と憲法的思考」ジュリスト一三六三号(二〇〇八年)八三頁。

(50) 土井・前掲注(37)二七二頁。ただし、土井教授は、平成二三年最高裁大法廷判決の評釈では、「賦課される負担が合理的範囲に留まるか否かを、負担を課す必要性・正当性および負担の程度の相当性を考慮して判断する」と述べており(土井真一「裁判員制度の合憲性」前掲『憲法判例百選Ⅱ「第六版」』三八八頁)、負担の免除事由を合理的範囲の判断基準から排除している。一方、笹田・前掲注(49)八三頁は、「①当該制度の意義・必要性はあるのか、②国民の負う義務の程度、および義務違反に対する制裁の存在、③義務を忌避する仕組み、ということから、憲法18条違反の有無を具体的に判断していく必要がある」という。なお、平成二三年大法廷判決は、一八条適合性の根拠として辞退に関し柔軟な制度の存在(負担の免除事由)を

明示的に挙げている(二三〇〇頁)が、その一方で、調査官解説は、「裁判員の職務等に伴う負担が合理的な範囲内にあるか否か」について、「負担を課す必要性・正当性及び負担の程度という観点から検討することとな」とし、負担の免除事由である辞退に關し柔軟な制度の存在を、経済的な負担への配慮とともに、負担の程度の問題として位置づけている(西野Ⅱ矢野・前掲注(25)三二六―三二七頁)。

(51) 赤坂・前掲注(43)一八一頁、浦部・前掲注(8)二九九―三〇〇頁、小林Ⅱ芹沢編・前掲注(44)一二二頁(菟原明執筆)、初宿正典『憲法2 基本権(第三版)』(成文堂、二〇一〇年)三七九頁、芹沢ほか編・前掲注(44)一四三頁(宮地基執筆)、野中ほか・前掲注(43)四〇六頁(高橋和之執筆)、樋口ほか・前掲注(44)三七七頁(浦部法穂執筆)、法学協会編・前掲注(43)三九五頁、宮沢・前掲注(44)二二三頁、渡辺ほか・前掲注(43)三二七頁(松本和彦執筆)。

(52) そのように解さなければ、刑罰は苦役ではないことになるか、あるいは、一八条後段の中に概念レベルで包摂されないものと効果レベルで許容されるものとが混在していることになる。

なお、裁判員制度の高度の公益性の論証(後述)は、効果レベルの問題に影響を与えることはあっても、概念レベルの問題として、裁判員の職務等が苦役に当たらないという帰結にはつながらないと解する。

(53) 土井・前掲注(37)二七一頁。本稿では、土井教授の見解を便宜上、第二説に分類したが、実は、土井教授は、苦役概念につき広義説を採るのか、狭義説を採るのか、明確には態度を示していない。土井教授によれば、「苦役」を広義に解する限り、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という例外は例示と解するのが相当ということになる(同頁、傍点は本稿の筆者による)。つまり、「犯罪に因る処罰の場合」を例示と解する条件は、「苦役」について広義説に立つことであるが、ならば、広義説に立つとしても、裁判員の職務等は苦役に該当しないのであろうか。一方で、狭義説に立てば裁判員の職務等は「苦役」に該当しないというが、この場合、「犯罪に因る処罰の場合」という例外は例示と解するのは相当とはいえないことになる(限定列举と解することになる)はずである。

(54) 笹田教授は、裁判員の職務等の苦役該当性に関して、「裁判員の負担について、裁判員の任務は「苦役」には含まれないとする立場」(これを「第一の立場」という)、本稿でいう第三説(長谷部教授の立場)及び第二説(笹田・土井両教授の見

解」というように三つに分類し、「本判決〔平成二三年最高裁大法廷判決のこと〕は、第一の立場を採ったものと思われる」と述べている（笹田栄司「裁判員制度の合憲性」『平成二四年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊一四五三号）』（有斐閣、二〇一三年）一一頁）。苦役性を認めない見解とは異なるものとして、さらに（同じく苦役性を認める）長谷部教授の見解とも異なるものとして、自説及び土井教授の見解を位置づけていることから推察するに、笹田教授自身は裁判員の職務等が苦役に該当すると解しているのかもしれない。もっとも、笹田教授は、「参政権と同様の権限とすれば「苦役」と解することは難しいであろう」とも述べており（同頁）、苦役概念の検討からの帰結以外の理由から、裁判員の職務等の苦役性を否定している。

(55) 笹田栄司ほか「〔座談会〕日本国憲法研究第1回 裁判員制度」ジュリスト一三六三号九四頁（長谷部恭男・大沢秀介・宍戸常寿発言）。

(56) 前注。特に宍戸教授の発言（「基本的には、憲法18条の例外は例示だと読むよりは、コンペリングな理由があれば……なにかしらの義務を課されることがあることは、今の学説上認められているのではないか」）に注目したい。

(57) 笹田ほか・前掲注(55)九四頁（長谷部恭男発言）。一方、宍戸教授は、「苦役という言い方が適切かどうかわかりませんが」と述べ、裁判員の職務等の意に反する苦役該当性についての判断を留保している（同頁）。

(58) 成澤教授は、（筆者による共和主義的憲法観に基づく議論をも取り上げつつ）長谷部教授によるリベリズムに基づく議論に対して、「裁判員制度のような国家に対する国民一般の奉仕義務の合憲性については、同様の義務が今後増やされないためにも、より警戒的であるべき」であり、「そのためには、憲法18条の絶対的な意味を残しておくべきではないか」と主張する（成澤孝人「裁判員制度と憲法理論」法の科学四一号（二〇一〇年）七二頁）。

(59) 土井・前掲注(37)二七二頁。土井教授は、自ら定立した一八条適合性の判断基準のうち、裁判員の職務等の負担を課す必要性・正当性については論証しているが、負担の程度と負担の免除事由については論証しておらず、これらの要件との関係で裁判員の職務等が一八条に適合するか否かは明言せず、慎重な態度を採っている（裁判員の職務等の「負担が必要かつ合理的な範囲に留まるかぎり、憲法第一八条に違反しない」（二七三頁）と留保を付け、「辞退が認められる事由、審理の期間及び進

行の方法、手当の有無等を具体的に検討する必要があるが、紙幅の関係で、今後の検討に譲りたい」(二八三頁)と述べており、裁判員の職務等の憲法一八条適合性について確定的な判断は回避している。

(60) 笹田・前掲注(54)一一頁。したがって、本判決では「学説が不可欠と見ていた裁判員に課す負担の必要性・正当性等の検討……は行われていない」(同頁)と笹田教授は分析している一方で、土井教授は「本判決は、憲法が国民の司法参加を想定しており、裁判員制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤を図るものであって、裁判員の職務等は、参政権と同様、国民に付与された権限であることから、負担の必要性・正当性を基礎づけ、さらに辞退事由や費用の支給等を考慮して、負担の相当性を判断したものであろう」と評釈している(土井・前掲注(50)「裁判員制度の合憲性」三八八頁)。つまり、本判決が裁判員の職務等の負担の必要性・正当性等の検討をしたものであるか否かについて、笹田教授と土井教授とは見解を異にしている。なお、調査官解説は、本判決において負担を課す必要性・正当性の検討がなされたとの認識である(西野Ⅱ矢野・前掲注(25)三二六―三二七頁は、負担を課す必要性・正当性は「裁判員制度導入の目的に帰着することになると解されるところ、……国民の司法参加に係る制度の歴史を踏まえつつ、裁判員法1条が、制度導入の趣旨について、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に参与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することを挙げていることに照らすと、本判決が判示するとおり「国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るもの」で、「参政権と同様の権限を国民に付与するもの」ということになる」と解される)とする。

(61) ここに副詞「必ずしも」を挿入している国文法学的な意味は、一般に、一部分はそうであるとしても、全部がそうであるとは限らないという部分否定を表すものである。ならば、判例は、裁判員の職務等を苦役とすることは、一般論としても常に適切であるわけではないが、逆に、常に適切でないというわけでもないから、苦役というところが適切である場合もありうることを示唆していると読むべきであるということになる。しかしながら、本文で述べるとおり、本判決が裁判員の職務等の苦役性を部分的に承認しているとすると読み方は、最高裁判所の意図するところではないと、筆者は推察している。

(62) 憲法一九条の保障する思想・良心の自由を侵害しないために、裁判員の職務等を行うことにより自己又は第三者に身体上、精神上または経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当な理由がある場合に、適切に裁判員の職務等を免除するこ

とは、制度を憲法適合的なものとするための要件である。

(63) 山崎友也准教授は、「平成23年最大判は、「負担」を伴う「裁判員の職務等」が憲法18条後段に違反しない根拠の一つとして、裁判員就任の辞退が「柔軟」に認められていることを挙げた」と述べる（山崎友也「意に反する苦役」禁止（憲法18条後段）の現代的意義——裁判員制度を合憲とした平成23年最大判を契機に」岡田信弘ほか編『高見勝利先生古稀記念 憲法の基底と憲法論』（信山社、二〇一五年）八八二頁）が、厳密に言えば、本判決は、裁判員法一六条及び同条八号に基づく政令によつて、辞退事由に該当する者に対して辞退が認められるという制度が柔軟であると評価しているのであり、実際の裁判員の選任手続において、辞退事由の該当如何に関わらず辞退が柔軟に認められるという運用の問題について述べているわけではない。

(64) 最高裁判所事務総局「平成27年における裁判員裁判の実施状況等に関する資料」（二〇一六年七月）九〇頁によれば、「裁判員候補者及び裁判員等に対する制裁を行ったとして報告がされた事件はなかった」とのことである。

なお、最高裁判所によれば、裁判員法一〇二条の過料に関して、「過料を科すか否かにつきましては個々の裁判体において判断されるもので」あり、「その結果としてこれまで過料を科した例がないということ」であるという（第百八十九回国会議院法務委員会会議録第十三号（二〇一五年五月二六日）九頁、平木正洋最高裁判所事務総局刑事局長による答弁）。

(65) 法務省も、そのウェブサイトにおいて、「国民に裁判員となる義務を課すのは、憲法第18条が禁じる「その意に反する苦役」に当たり、憲法に違反するのではないですか」との問いに対して、裁判員を辞退する制度があり、適切に義務の免除が認められることと、裁判員の負担を軽減するための手当てがあること（ただし、その具体例として、旅費・日当等の経済的代償措置のみならず、迅速でわかりやすい裁判を実現するための方策の導入を挙げている点が最高裁判決と異なる）のほかに、裁判員の職務等を担保するための方法として、刑事上の罰則や直接的な強制の措置ではなく過料にとどめている点を挙げている（http://www.moj.jp/keiji/saibanin_info_room_03.html）。

(66) もとより、司法機関としての最高裁判所と司法行政機関としての最高裁判所は、理論的には異なるものであるから、二者がそれぞれ必ずしも整合的でない言明を展開することは可能であるとの反駁も考えうる。

(67) 内田亜也子「施行後6年を迎えた裁判員制度の評価と課題——裁判員法の一部を改正する法律の成立」立法と調査三六八号(二〇一五年)二二頁。最高裁判所「裁判員裁判の実施状況について(制度施行後平成28年8月末・速報)」五頁によれば、二〇〇九年において八三・九%であった出席率(選任手続期日に出席した裁判員候補者数を選任手続期日に出席を求められた裁判員候補者数で除した商)は、二〇一五年には六七・五%となる一方で、二〇〇九年において五三・一%であった辞退率(辞退が認められた裁判員候補者の総数を選定された裁判員候補者数で除した商)は、二〇一五年には六四・九%となった。

(68) なお、平良木登規男教授は、平成二三年最高裁大法廷判決の評釈において、「刑事裁判が適正に運用されている場合には、裁判員として刑事裁判に参加することが義務的に思われるかもしれない」が、「国民の付託に反する裁判が続くときには、それは単なる義務ではなく、権利的な面が浮かび上がることになる」としたうえで、「刑事裁判は、国民の意思あるいは国民全体の利益に合致して運営されているか否かによって義務的ともなり権利的ともなるのである」と主張する。そして、「苦役」に当たるか否かは、国民の司法参加を、一時点の現象面だけではなく、グローバルな観点から、歴史をも踏まえた見方をすべきであり、この点についての判旨に異論はない」と述べる(平良木登規男『国民の司法参加と刑事法学』(慶應義塾大学出版会、二〇一四年)二八〇頁)。しかし、国家によるある規制が国民の憲法上の権利を侵害しているか否かが、それとは独立した変数であるところの刑事裁判の一般的な適正さに依存するという議論は、少なくとも憲法論としては理解困難である。また、平良木教授はわが国の従前の刑事裁判の運用について「国民の付託に反する裁判が続く」状態であると評価しているようであるが、本判決は、従前の刑事裁判の運用に対して肯定的な評価を前提とするものであって(刑集六五卷八号一三〇一頁参照)、ならば、平良木教授の議論によれば、「権利的な面が浮かび上がることはないことになる。さらに、本判決は、裁判員の職務等の憲法一八条適合性に関して、比較法的観点や法制史的地見地を援用していないということも付言しておこう。

(69) 本判決に関する判例時報や訟務月報の解説(判例時報二二四〇号一九一一二〇頁、訟務月報六一卷三号五三〇頁)によれば、本件の提訴を契機として、裁判員裁判において証拠の遺体写真を、カラーからモノクロへ変えたり、イラストに変えたりする試みが各裁判所で行われるようになり、また、裁判所からの事前告知等によって裁判員の負担軽減措置が検討され実施されるようになったとされているが、正確には、そのような裁判員の負担軽減措置は制度施行前からすでに検討され、試行的

に実施されており、しかしながらその実施が十分ではなかったためか、本件の提訴を契機に本格的に実施されるようになったというべきであろう。

すなわち、検察側としては、制度施行前から、「写真について、せいぜいな場面が写されている場合もあるが、適正妥当な事実認定及び量刑のためには、証拠調請求して裁判員にも展示しなければならぬ場合がある」が、「いきなりこのような写真を見せられて気分が悪くなるなどして職務の続行が困難となる裁判員もいる可能性がある」ので、その心理的負担も考慮し、検察官としては、あらかじめ、せいぜいな写真も含まれていることを告げた上で展示すべきであり、また、「このような写真を示すに当たっては、被害者等の心情に配慮し、必要に応じ、例えば、傍聴席からは見えないように回覧等の方法で展示するなど工夫をすべきである」としていた（最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針」（二〇〇九年二月）五五頁）。そして、「検察当局におきましては、こういった方針の下で、遺体写真を証拠として請求するかどうかをまず適切に判断するとともに、証拠調べに際して、裁判員の心理的負担にも配慮して、必要に応じ、凄惨な写真を取り調べる必要がある場合には、あらかじめそのような写真が含まれていることを裁判員に告げた上で展示する、あるいは凄惨なカラー写真の代わりに白黒の写真でありますとかイラストを用いる、こういった配慮をしている」という（第百八十九回国会参議院法務委員会会議録第十三号四頁、林眞琴法務省刑事局長による答弁）。

また、裁判所としては、「裁判員裁判では、裁判員に一定の心理的負担を掛けることは避けられないが、……裁判員に不必要に精神的負担を掛けることがないよう、十分な配慮を行う必要があると考えており、そのための方策として、まず、裁判手続の中で、裁判員にいたずらに心理的負担を掛けないよう工夫して」おり、「具体的には、遺体の写真等については、公判前整理手続の中で、事実認定や量刑判断に真に必要なものに限定することはもとより、必要な場合でも、カラー写真を白黒写真にして取り調べるなどの工夫もして」おり、「また、凶器による傷口の形成方法が問題となる場合には、写真ではなくCGを使用するなどの工夫もしている」という（第一一回裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会（二〇一一年二月七日）における植村稔最高裁判所事務総局刑事局長による発言）。あるいは、より具体的には、「遺体写真等の刺激の強い証拠につきましては、証拠とすることの必要性を争点に照らして検討し、真に必要な場合のみ証拠として採用し、採用する場合でも白黒

写真とするなど、負担軽減の工夫をしており」、選任手続段階においても「遺体写真等の証拠調べがなされる予定であるということを裁判員候補者に告げ、不安のある方には申し出ていただいで個別に事情をお聞きしており」、審理・評議中も、「裁判員に対して、精神的負担を感じていないかどうか、裁判官や裁判所職員が適時適切に声掛けをするなどの工夫も行っており」、「さらに、裁判員経験者が精神的負担を負っている可能性がどうかかわれた事件におきましては、判決宣告後しばらくたってから裁判官がその事件の裁判員経験者に対して電話を掛け、体調等について問題がないかどうかの確認を行うなどの配慮をした」こともあるという（第百八十九回国会参議院法務委員会会議録第十三号四頁、平木最高裁判所事務総局刑事局長による答弁）。この点、最高裁判所は、東京地裁本庁刑事部による「裁判員の精神的負担軽減に関する申合せについて」と題する文書（二〇一三年七月一九日付）を、全国の裁判所に参考送付したが、この文書は、「広く国民から御参加いただくという裁判員法の趣旨や、刺激の強い証拠によって適正な判断ができなくなるおそれがあるという点などを踏まえまして、特に裁判員裁判におきましては、当該証拠によって立証しようとする事実の位置づけや、その事実の立証に最適な証拠は何かという点につきましてより慎重に吟味し、検察官や弁護人の意見などを聞いた上で証拠の採否を判断すべきであるとの議論がなされ、そのような観点から、イラストで代替できる場合についてはイラストを採用するという考え方がまとめられたもの」であるという（第百八十九回国会衆議院法務委員会会議録第十四号（二〇一五年五月一五日）三頁、平木最高裁判所事務総局刑事局長による答弁）。

しかしながら、裁判員の負担の軽減を重視するあまり、本来必要とされる証拠の取調べが回避されるとすれば、平成二三年最高裁大法廷判決が制度の合憲性の前提とするところの公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が制度的に保障されないことになるとともに、そのこと自体が、憲法三一条、三二条、三七条に抵触することになるであろう。小木曾綾教授は、「殺人事件の裁判員経験者が凄惨な事件の写真等を見せられて急性ストレス障害になったとして国を訴える事案があったり、また、そうしたことを配慮して、被害者の写真はおろか、そのイラストすら裁判員に見せることをはばかるという事案があると報道されている点」を気がかりだとしてうえで、「職業法曹でない者がそうした証拠を目にすることに大きな心理的負担を感ずることは想像に難くないが、それを慮って、罪の成立の判断と量刑に必要な証拠を事実認定者に見せないということと、

刑事裁判への信頼や理解を促進するという制度の目的が整合するものなのか」と問題提起している（小木曾綾「刑事裁判への国民参加の意義およびその正当性」椎橋隆幸編『裁判員裁判に関する日独比較法の検討』（中央大学出版部、二〇一六年）二八頁）。

(70) 原告によれば、「最高裁平成二三年判決は、裁判員法の憲法適合性についての疑念を払拭し、裁判員制度の維持、定着化を図るといふ政治的目的のもと、「裁判員」法が憲法一八条後段その他の条項に違反するという上告趣意とされていない主張を、上告趣意として取り上げた上でこれを排斥しているものであり、「これは、政治的影響力の大きい最高裁判官としての地位を利用した積極的政治運動ともいえるものであり、立法府の専横から国民の基本的人権を守るべき裁判官の職務上の義務に著しく違反する行為である」という（判時二二四〇号一二五頁）。

(71) 裁判員の日当の法的性格について、これを対価とする見解もある（君塚正臣「裁判員制度を最高裁判所大法廷が合憲と初めて判断した例」新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）一〇号（二〇一二年）一三頁）が、裁判員等の職務の遂行によって生じた損失の弁償ないし補償と解すべきであろう（拙著・前掲注（3）二八五頁注（15））。

(72) 国会議員の立法行為または立法不作為が国家賠償法一条一項の規定の適用上違法となるか否かは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であり、当該立法の内容または立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきである（かりに当該立法の内容または立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為または立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない）。もっとも、当該立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受ける。

(73) 裁判官がした争訟の裁判につき国家賠償法一条一項にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法または不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いた

てこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする（裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によっては正されるべき瑕疵が存在するだけでは足りない）。

(74) 控訴趣意書において原告が挙げたのは、いずれも原告が裁判員として関与した刑事裁判に先立つ、第一一回裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会（二〇一一年二月七日）、第二一回裁判員制度に関する検討会（二〇一二年九月一四日）、第一六回同検討会（二〇一三年二月一日）において展開された、裁判員の心理的負担を軽減するべく、遺体の写真等の扱いを工夫すべきとする議論である（前者は最高裁判所によって、後者は法務省によって設置されたものである）。また、原告は、最高裁判所事務総局「裁判員裁判実施状況の検証報告書」（二〇一二年二月）三八頁で「証拠調べの方法についても、遺体の写真等、裁判員にとって著しい刺激を与えるものなどについては、その採否や取調べ方法につき、法曹三者が公判前整理手続において慎重に検討する必要がある」と、「実際にも、多くの事例で、事実認定や量刑判断のために真に必要な場合に限り取り調べる」とし、その場合でもカラー写真は白黒にするなど、それが裁判員の眼に触れたときの衝撃を和らげるなどの配慮を加えているようである」と記述されていることをも挙げている。

(75) 判時二二八一号七六―七七頁。

(76) その後、本件は上告されたが、最高裁判所は上告を棄却した（最三小決平成二八年一〇月二五日判例集未登載）。

(77) 同政令六号は、法一六条八号に定める辞退事由として、「裁判員の職務を行い、又は裁判員候補者として法第二十七条第一項に規定する裁判員等選任手続の期日に出頭することにより、自己又は第三者に身体上、精神上又は経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由があること」を挙げている。経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由が辞退事由として規定されているにもかかわらず、この裁判例は、憲法二九条適合性の文脈でそのことを論拠として挙げずに、もっぱら社会国家的公共の福祉による経済的自由権の広い規制可能性を論拠としている。

(78) 集刑三二四号二七四頁。

(79) 集刑三二四号二七五―二七六頁。弁護人は、平成二三年最高裁大法廷判決がたしかに裁判員法の規定が憲法適合的であることを判示したものであるとしても、「当該規定に基づいた現在の裁判員裁判の運用を具体的に検討した上でその合憲性を述

べたものではない」と主張する（二七四頁）。最三小判平成二六年九月二日に係る事件の上告趣意書に書かれている裁判員選任手続の運用がもし事実であるとすれば、平成二三年最高裁大法廷判決が辞退に際し柔軟な制度が設けられていることを憲法一九条適合性の根拠の一つとして挙げていることに鑑み、そして、裁判員制度という統治機構の制度の設計が違法なものであれば、それは直ちに被告人の裁判を受ける権利という人権の侵害となると解する限り、運用違憲と判断しうる余地もある。

(80) 集刑三一四号二八五―二八六頁。

(81) 集刑三一四号二八七頁。弁護人は、死刑制度が憲法三二条、三六条及び三七条に違反するという立場であるが、「裁判員の精神的負担を軽減し、死刑に対する慎重な対応をするために、死刑については裁判官、裁判員の全員一致を要求するという方法も、後述する死刑の違憲性回避の適正手続きとして検討に値するものであると同時に、裁判員の精神的負担を軽減し得るものと考えられるが、このような制度についてきちんと検討し、国民の意を問わないこともまた、憲法31条、13条等に照らして違憲であるといえよう」と述べる（二八九頁、原文ママ）。

(82) 本件では、弁護人は、国民の中には「人が人を裁くべきではない」などの思想を有している者もいる」が、裁判員等選任手続において、「裁判員候補者に対して、不公平な裁判をするおそれがないかどうかの判断をするための質問をすることができ（裁判所法〔裁判員法の誤り〕34条1項、2項）、裁判員候補者は、その質問に対する陳述を拒み、又は虚偽の陳述をすることはできない（同法同条3項）」し、「この規定に反して、陳述を拒み又は虚偽の陳述をした者は、過料に処せられる（同法11条）」こと、「裁判員及び補充裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行うことを誓う旨の宣誓をする義務を負い（同法39条2項）、これに違反した場合には、やはり過料に処せられる（同法112条3号）」こと、そして、「裁判員に選任された以上は、「人が人を裁くべきではない」という思想の持ち主にも出頭義務が課される（同法52条、63条）」ことを挙げ、「裁判員制度は、思想についての沈黙の自由を侵害し、あるいは、その思想及び良心に反して宣誓及び出頭義務を課すものであり、裁判員の思想及び良心の自由（憲法19条）を侵害する」と主張していた（集刑三〇九号七三―七四頁）。

(83) 集刑三〇八号二五七頁。

(84) 前述のとおり、裁判員に対する人権侵害は、それ自体が直ちに被告人の裁判を受ける権利の侵害を意味するのではなく、

それによって当該裁判員の判断に影響が及び、被告人に係る裁判の公正が害されることが示されてはじめて、被告人の裁判を受ける権利の侵害に結びつく。

(85) 本文で挙げたもののほかに、平成二三年最高裁大法廷判決が判断を示さなかった憲法の人権条項に関して裁判員制度の憲法適合性が争われ、下級裁判所が判断したもののうち、筆者が特に興味深く感じたものとして、憲法一四条及び一五条一項の適合性が争われた東京高判平成二二年六月二九日刑集六六卷一号二二頁(最二小判平成二四年一月一三日刑集六六卷一号一頁に係る事件の控訴審判決)がある。

本件では、弁護士は、「裁判員は臨時の公務員であるところ、主権者である国民の全体意思に基づかないくじという偶然の事情で選定されるから、憲法15条1項が定める国民の公務員選定罷免権を侵害する」(「裁判官の場合には、選挙を通じて選定された国会の信任する内閣により指名又は任命されるから、その地位は国民の全体意思に間接的に由来するといえるが、裁判員の場合には、くじという偶然の事情で選定されるから、任命権者の意思が介在する余地がなく、民主的契機を全く欠く」と主張したのに対して、東京高等裁判所は、「憲法15条1項の趣旨は、すべての公務員の地位が究極的には国民の意思に基づくものでなければならないというものであり、必ずしもすべての公務員を国民が直接に選定、罷免すべきことを意味するものではない」と述べたうえで、「裁判員裁判の制度は、主権者たる国民が国権の一翼をなす司法権の行使に直接参画しようとするものであり、国会議員を選ぶことにより間接的に立法権の行使に関与することや、国会の信任を受けた内閣が裁判官を任命するという形で更に間接的に司法権の行使に関与することに比しても、十分に民主的契機を備えたものと評価でき」、また、「その選定方法として、くじという無作為抽出を基本とする方法が採用されたのは、上記の選任手続の透明性・公平性の確保という理由のほか、国民一般の感覚を裁判内容に反映させるため、できるだけ幅広い層の国民から選任されることが望ましいという理由等によるのであり、「したがって、裁判員の選定が憲法15条1項に違反するなどという所論……は、的外れというほかない」と判示した。裁判員制度の意義については、「主権者たる国民が国権の一翼をなす司法権の行使に直接参画しようとするもの」と位置づけている点で、本判決は特異なものであるといえる。また、弁護士は、「裁判員法15条は、一定の職種について就職禁止事由を定めるところ、例えば特定の行政機関の職員、司法修習生、自衛官について裁判員の対象から排除

すべき合理的理由がないから、憲法14条の定める「法の下の平等」に違反する」と主張したのに対して、同裁判所は、裁判員法一五条の就職禁止事由についてそれぞれ十分な合理性があることを認めたとうえで、「裁判員法15条を挙げて、憲法14条1項の定める「法の下の平等」に反するとする所論……も、又的外れというほかない」と判示した。

(86) 樋口陽一ほか『注解法律学全集4 憲法IV』（青林書院、二〇〇四年）は、伊藤・前掲注(43)五七一頁、清宮・前掲注(31)三四五頁、宮沢・前掲注(44)六〇一頁などを挙げ、かかる見解を「通説的である」とした(二三頁(浦部法穂執筆))。ただし、芦部・前掲注(29)三五四―三五五頁は、「日本国憲法のもとでも、裁判官が陪審の評決に拘束されないものであるかぎり、陪審制を設けることは可能と解される(通説)」とされ、被告人の裁判の選択権を陪審制度を憲法適合的とするこの条件とはしていない。

(87) 西野喜一『裁判員制度批判』（西神田編集室、二〇〇八年）一〇〇頁。西野教授は、「憲法を改正しないままでどうしても裁判員制度を導入したいというのであれば、憲法違反の疑義を避けるためにも、そして当の被告人自身が納得し得る裁判制度にするためにも、被告人に裁判員による裁判を辞退する自由を是非とも認めるべきである」とも述べている(一〇一―一〇二頁)。

(88) 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、二〇〇四年）五三三頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（信山社、二〇一〇年）二九一頁。松尾浩也ほか「座談会 裁判員制度と日本国憲法」判例タイムズ一一四六号(二〇〇四年)一八一―二〇頁(椎橋隆幸発言)も同趣旨。

(89) 伊藤眞ほか「座談会 司法制度改革審議会中間報告をめぐって」ジュリスト一一九八号〔臨時増刊『司法改革と国民参加司法制度改革審議会中間報告をめぐって』(二〇〇一年)六二頁(高橋和之発言、原文ママ)。

(90) 安念・前掲注(5)三八二頁。戸松秀典教授も、「自分が裁判員と裁判官の合議の裁判を選んだということになれば、その不公平な扱いというのは解消されるということですので、……この選択制というのは、ぜひ取り入れた方が憲法上は説得力を増すと思」うと述べる(松尾ほか・前掲注(88)一九頁(戸松秀典発言))。

なお、討議民主主義理論に立脚したうえで、一般の国民が裁判員として討議を行う場を創設する制度そのものを維持し、よ

り多くの公共的討議の場を機能させるために、被告人の裁判の選択権を認めないとするのが許容されるとする筆者の私見については、拙著・前掲注(3)二四三―二四四頁。

(91) 第五一回司法制度改革審議会(二〇〇一年三月一三日)議事録。同様の発言として、三井誠ほか「座談会 裁判員制度をめぐって」ジュリスト一二六八号(二〇〇四年)四五頁(井上正仁発言)。

(92) それは、かえって憲法の規定に違反することになる(ただし、井上教授は違憲であるとは述べていない)。すなわち、(裁判員裁判が憲法上被告人に権利として受けることが保障された裁判ではないことを前提とすれば)裁判員法という法律の定める手続によるとしても、憲法の他の条項が要請している裁判として適正な手続に違反して、被告人に対して刑罰を科すことになるため、三一条に違反しようということになるだろう(ただし、筆者はその前提を共有していない)。

(93) ここでの記述は、小山剛教授らによって主導されてきた権利の論理と制度の論理という議論を意識している。すなわち、小山教授によれば、「ある規制を権利の制限として構成するか、それとも制度形成の合理性として構成するかは、きわめて重要な問題である」(小山剛『憲法上の権利』の作法〔第三版〕(尚学社、二〇一六年)一六五頁)が、(α)権利制限の場合には、(一)いかなる権利に対する制限が問題となるのかを確認したうえで(基本権の保護領域を画定し、当該措置の基本権制限の性格を確認する)、(二)制限を正当化するための要件が充足されているか(法律上の根拠という形式的要件と、規制目的の正当性ないし重要性の審査と、手段の必要性・合理性の審査を中心とする実質的要件)を審査する(一四頁)一方で、(β)「制度形成の問題だとされる場合、法律による規律は、第一義的には権利の制限ではなく、いわばゲームのルールを定めるようなものと観念される」(二六五頁)。裁判を受ける権利は、裁判所による内容形成が予定されているものと解される(この点は、注(98)で後述する)ところ、憲法上の権利のうち、法律による具体化を要する権利は、憲法上の権利と法律との関係が原則―例外という対抗関係ではなく、親和的な関係に立つため、基本的には、「制限」という概念になじまないが、「そのような権利(通常、国家に作為を求める権利である)であつても、ひとたび法律による具体化が行われ、一群の具体的権利や制度が創設された場合には、原則―例外関係を観念できる場合がある」(四一―四二頁)。

まずは、権利の論理で考察しうるか検討する。憲法三二条・三七条一項に定める裁判を受ける権利は、裁判所法によって刑

事裁判制度として具体化され、そして、その制度とは、裁判員制度の導入以前は、原則として職業裁判官のみによって構成される裁判体で裁判が行われるというものであった。ここで、裁判官のみによる裁判が具体的な制度として（あるいは、裁判官のみによる裁判を受ける権利が具体的権利として）創設されたと解するならば、非裁判官（裁判員）が参加する裁判員制度の創設は、権利の「制限」と観念することができかもしれない（この場合、裁判を受ける権利に対する制限となり、制度の論理で構成する場合よりも厳格な審査基準が適用されうる）。

次に、制度の論理で構成することとする。この場合、制度の理念及び立法裁量の確認↓立法者が採用した基本方針の合理性の確認↓その基本方針に照らした具体的規制の合理性の審査という過程で判断されることになり（一六五頁）、多くの場合、広汎な立法裁量が前面に出て、きわめて緩やかな基準で審査されることになる（二七五頁）。それでも、「制度形成の原則が、例えば、ベ、ス、ラ、イ、ン、（制度の標準形）として明確に設定されている場合や、伝統的な法制度保障の核心部分……として明らかである場合は、かかるラインや原形の変更の禁止をある種の妨害排除と見立てて、自由権的構成において審査することができ」、「この場合、権利の論証と同水準の処理が可能になる（駒村・前掲注(15)二九六頁、傍点は原文による）。

しかしながら、いずれにせよ、通説も、平成二三年最高裁大法廷判決も、裁判を受ける権利が裁判所法によって職業裁判官のみによる裁判という形で制度化され、六〇年以上も運用されてきたという事実を、制度ないし権利の具体化、あるいはベ、ス、ラ、イ、ン、ないし法制度保障の核心部分であるとは解さないのである。

(94) もっとも、井上教授が指摘するとおり、憲法上の裁判以外の制度を経て刑罰が科されることの問題点（しかも、注(92)で述べたとおり、それは、憲法三二条の問題ともなりうる）はなおも残る。

(95) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」（二〇〇二年六月）一〇六頁。

(96) 中島徹「刑事手続における「主権」と「人権」——憲法シンボルをめぐる異夢」ジュリスト一三三四号（二〇〇七年）一八四頁。

(97) 権橋・前掲注(88)二九〇頁。もとより、裁判官のみによる裁判と裁判員の参加する裁判とが、内容においてまったく同質なものであるならば、裁判官のみによる裁判（権橋教授によれば、「精密な事実認定と公平で統一した基準による量刑」が保

障されるという）を受ける権利・利益が実質的に侵害されないといえるかもしれない。

- (98) 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第二版〕』（日本評論社、二〇一四年）一九六頁。「審級制度すら立法政策の問題にすぎず、合理的な理由に基づく上訴制限も許されるという判例法理（最決平成21・7・14刑集63巻6号623頁……）は、この事情を最も鮮やかに示すものでもあり、「憲法32条についても「公正な裁判を実現するための諸原則」……が立法による裁判制度の形成を拘束」することになる（一九六一―一九七頁）。同じく、裁判を受ける権利が、制度依存的な権利であることを明確に述べるものとして、例えば、赤坂・前掲注(43)二三六―三三七頁（「制度依存的権利」、大日方信春『憲法Ⅰ 総論・統治機構論』（有信堂高文社、二〇一五年）三〇六頁（「国家設営の制度を前提としている権利」、駒村・前掲注(15)二八九―二九四頁（「制度的権利」ないし「制度依存的な権利」、小山・前掲注(93)四一―四二頁（「法律による具体化を要する権利」、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究七六巻三号（二〇〇九年）二頁（「憲法上保障された権利の実現が、法律による具体化ないし制度構築に依存する場面」、渡辺ほか・前掲注(43)四三五頁（「その具体的内容や行使方法が立法者による制度形成に依存する権利」、渡辺康行執筆）。

(99) 刑集六五巻八号一三二六頁。

(100) 刑集六六巻一号五一六頁。

(101) 刑集六六巻一号九一〇頁。

(102) それとも、平成二三年最高裁大法廷判決が国民の司法参加に係る制度の内容形成を立法政策の問題だと判示したものと解したうえで、それを判例として挙げることにより、憲法三二条・三七条一項に定める裁判を受ける権利が制度依存的権利であることを示唆する意図があったのかもしれないが、そうであるとすれば、平成二四年判決は判例のどの部分に徴して判示事項が明らかであるのかについて説明が尽くされていない。

(103) 平成二四年最高裁第二小法廷判決は、従前の刑事裁判がどのようなものであったのか、そして、裁判員制度の導入によってどのように変化したのかという視点を欠いている。裁判官のみによる裁判が（先に挙げた権橋教授の表現を借りれば）「精密な事実認定と公平で統一した基準による量刑」を保障するものであったとすれば、そのような裁判官のみによる裁判を受け

ることを求める被告人に対して、裁判員の参加する裁判を選択の余地なく行うことを正当化するためには、新たな制度が、被告人の権利保障という観点から（当然のことながら、いささかも後退したものでなく）まったく同等のものであるか、あるいはより向上したものであることを立証する必要があった。

(104) 平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員制度そのものの憲法適合性を検討するうえで、適正な刑事裁判を実現するための諸原則が維持されていることを、その絶対的な要件の一つとしており、また、「被告人の権利保護という観点からの配慮もさわれている」（刑集六五巻八号二一九九頁）などと述べ、被告人の権利保障を重視していた。一方、裁判の選択権を認めるべきであるとの主張は被告人の権利保障を重視する見方であったが、平成二四年判決は、これをまったく顧慮することなく、単に平成二三年大法廷判決を引用するのみで否定した。

(105) しかしながら、本判決は、裁判員制度が個々の被告人のためというよりは、国民一般にとって、ないし裁判制度として重要な意義を有するということ（前述のとおり、本判決に係る事件の検察官も答弁書で明確に主張するところである）に言及することを明らかに回避しようとしており、したがって、被告人の裁判の選択権を認めない現行の制度の憲法適合性について、実質的に論拠を示さずに肯認するものとなっている。

(106) 裁判員の職務に就くことを辞退する国民等の増加によって、現行の裁判員制度の運用が維持できなくなることは想定されることである。そのような場合には、裁判員制度そのものを廃止することは、（政策的に妥当か否かは別論としても）憲法適合性の観点からは問題はない。しかしながら、まさに、裁判員制度に対する多くの国民の理解が得られないということは、裁判員制度の立法趣旨であるところの司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上が必要な状況であることを意味するから、むしろそのような状況ならば一層のこと、立法政策として裁判員制度を維持すべきという帰結になろう。現行制度の下で裁判に参加する裁判員の数不足するような状況が常態化した場合であっても、平成二三年最高裁大法廷判決によれば、辞退に関して柔軟な制度が設けられていることが制度の憲法適合性の論拠の一つとされる以上、辞退制度を制限していく方向での法改正は、憲法上採りがたい。そこで、裁判員法二条一項に定める対象事件の範囲を一般的により狭めるといふ方向の改正も考えられるであろうが、同じく政策論としては、裁判員裁判を受けるか否かを被告人の選択にかからしめるといふ方向もありうる。

(107) 裁判員制度の意義をめぐる最高裁判所の見解については、制度のありうべき展開の可能性と限界についてと併せて、「裁判員制度の意義と展開可能性」と題する別稿において考察する予定である。

契約不適合物の危険移転法理

——危険の移転と解除によるその回帰——

野
中
貴
弘

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 本稿の構成
- II 他人物の引渡しによる危険移転論
 - 1 支配移転理論と所有権
 - 2 他人物の引渡しによる危険移転論
- III 瑕疵物の引渡しによる危険移転論
 - 1 前提
 - 2 解除の原状回復における危険配分論

契約不適合物の危険移転法理（野中）

六七（二八六五）

3 瑕疵物の引渡しによる危険移転論

IV ドイツの解除効果論と危険移転論

1 債務法改正前の規定と議論状況

2 債務法改正

3 債務法改正後の議論状況

4 小括

V 契約不適合物の引渡しによる危険の移転と解除によるその回帰

1 危険移転と解除法理との重畳

2 解除による危険回帰の範囲

3 民法（債権関係）改正と危険移転法理

VI おわりに

1 本稿のまとめ

2 残された課題

I はじめに

1 問題の所在

売買契約がなされた場合、目的物の対価危険は、その物の支配の移転によって売主から買主に移転するとされる。現在の我が国の有力な見解は、この「支配」を目的物の占有に求め、物の引渡しがあった場合に支配が移転するとし

て危険の移転を認める。したがって、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険は、買主が負うことになる。物が買主の領域に入り、その領域から滅失損傷等の事態が生じた以上、買主が危険を負担すべしとする論理である。

もつとも、このような論理は必ずしも常に妥当するわけではない。買主に目的物が引き渡された後の滅失損傷の危険であつても、売主負担になるケースが承認されている。たとえば、売主が他人物を売却した場合において、当該他人物が引渡し後に買主の許で不可抗力により滅失したというケースである。我が国の学説は、伝統的に、こうした他人物売買において、民法五三四条一項が適用されず、民法五三六条一項により売主負担になるとの解釈をしてきた。

物の引渡しにより危険が移転すると解するにもかかわらず、引渡し後の危険を売主が負担する場合もあるというこの問題は、どう正当化されようか。この点、後述するとおり、右のケースでいえば、他人物売買においては、売主が所有権を取得しない限り買主に所有権が移転しないことを根拠に、引渡しをしても危険が買主に移転しないとして売主負担を説明することもあり得よう。危険の移転と所有権の所在とを結びつける見解である。一般化すれば、契約に適合する物の場合とは異なり、契約に適合しない物（以下「契約不適合物」^①）の場合には、物の引渡しによって危険が移転するという危険移転法理が、売主の契約不適合責任を考慮して修正されるといふ理解になる。^②

しかし、こうした説明以外成り立たないわけではない。むしろ、目的物の事実上の引渡しがなされれば、買主はその物を自己の物として自己の危険で使用する以上、物の危険もいったん買主に移転することを前提とした方が自然ではないか。所有権の所在や売主の契約不適合責任とはいったん切り離して危険移転を論じる可能性はないか。最終的に売主負担とすべき場合には、いったん買主に移転した危険が買主の解除によって売主に回帰することを意味するのではないか。

こうした危険移転と解除による危険の回帰は、瑕疵ある特定物が引き渡された場合における瑕疵担保解除の局面で語られやすい。先述の、物の支配が移転して初めて対価危険が移転するという支配移転理論のうち、危険の移転と所有権の所在とを結びつける右の見解からしても、瑕疵ある特定物が引き渡されれば、物権変動を認め、危険が買主に移転したと結論づけられるからである。瑕疵物の引渡しによる危険移転と解除による危険の回帰は、ドイツにおいて長年にわたって論じられてきた。ドイツ民法においては、目的物の買主への引渡しがあると、いったん買主に危険が移転するが(ドイツ民法四四六条一文)、買主が法定解除権を行使した場合には、売主への危険の跳ね戻り(Zurückspringen der Gefahr)が認められているのである。

本稿は、ドイツ法の危険移転とその跳ね戻りの議論に手がかりを求めながら、^③解除による危険の回帰という可能性を踏まえた、契約不適合物の引渡しによる危険の移転を論じるものである。従来、売買契約が買主から瑕疵担保解除される前に、目的物が買主の許で不可抗力により滅失したというケースにおいて、この危険は契約当事者のどちらが負担するのかという問題が議論されてきた。本稿は、こうした危険配分についての議論を、危険の移転という観点から検討することになる。右のケースにつき、最終的に売主負担とする立場は、瑕疵物の引渡しによる危険移転をどのように考えているのか。そもそも危険が移転しなとなれば、買主が不可抗力による滅失の危険を負ういわれはない。しかし、買主への危険移転を否定することは妥当なのか。それに対し、瑕疵物の引渡しであっても危険移転を認め、買主負担とする立場についていえば、そうして買主に移転した危険が、解除によって売主に回帰することはあり得ないか。この問題は危険負担と契約不適合責任とが競合するためか、議論が錯綜している。こうした中で、結論としての売主負担あるいは買主負担に焦点を当ててではなく、これまでの我が国およびドイツの学説が、それぞれの帰結

に至る過程で危険の移転をどのように考えてきたかを明らかにすることは、あるべき最終的危険負担者を判断する前提として意味があるように思われる。そうした検討の中で、危険移転法理と契約不適合責任とのあるべき競合形態を見出していきたい。

2 本稿の構成

本稿ではまず、これまでの我が国での他人物の引渡しによる危険移転論を明らかにすることから始め(Ⅱ)、その後、我が国およびドイツでの瑕疵物給付の場合における危険移転の議論を分析したい(Ⅲ・Ⅳ)。Ⅴ章では、ドイツにおける議論を受けて再度日本法の分析にもどり、他人物や瑕疵物の引渡しがあった場合に、その物の対価危険がいったん買主に移転したうえで、解除によってその危険が売主に回帰するという構成の可能性を検証したい。契約不適合物の引渡しによる危険移転を認めない構成と比較したとき、どちらが見通しのよい論理を展開できるかが検討されることになる。また、このⅤ章では、「民法(債権関係)の改正に関する法律案」(以下「改正法案」という。)がこの問題にどのような解決策を提示し、今後の議論にどのような影響を与えるのかについても論じることとする。

Ⅱ 他人物の引渡しによる危険移転論

1 支配移転理論と所有権

我が国で、他人物の引渡しによる危険移転の問題は、五三四条の解釈をめぐる展開されてきた。かつては、

契約不適合物の危険移転法理(野中)

五三四条が債権者(買主)負担主義を採用していることを前提に、こうした他人物売買において、売主が所有権を取得して買主に移転する前であったとしても、特段他の場合と区別せず、五三四条一項の適用により買主が生じた危険を負担すべきとする見解も存在した。⁽⁴⁾

ところが、周知のとおり、他人物売買では、買主が期待どおりに目的物を取得できるか否かがきわめて不確定な状況にあるから、いまだ買主への所有権あるいは利益の帰属が確定しておらず、五三四条一項の適用の基礎である所有者主義あるいは「利益の帰するところ損失もまた帰する」という考えの前提が欠けるとして、五三六条一項の債務者主義によって売主が危険を負担すべきとする見解が通説となるに至った。⁽⁵⁾

これに対し、その後、五三四条の債権者主義の合理性自体が疑われるに至り、本稿冒頭でも述べた、目的物の支配が移転してはじめて買主への危険移転を認める考えが有力になる。今日、支配の移転があつてはじめて危険が移転するという点でおよそ争いが無い。そこで問題は、こうした目的物の「支配」の理解になる。

一方では、支配の移転時期として、目的物の引渡しや移転登記に加えて、物権変動が生じた時点をも含めて考える立場がある(以下「A説」とする。⁽⁶⁾)。危険移転を左右する「支配」を、所有権の所在と結びつけていることになる。たとえば、我妻博士は、目的物の引渡しや移転登記がなされるか、あるいは物権変動が生じるか、いずれかの時点での買主への危険移転を認めようとする。もつとも、このように危険移転時期のひとつとして物権変動が生じる時点を含めた場合には、物権変動が生じる時点を契約締結時と解する限り、契約締結時に買主に危険が移転することになり、五三四条一項の帰結と何ら変わらないこととなる。我妻博士は所有権留保がなされていた場合を想定して議論していたとはいえ、五三四条の不合理性を解消できないとして批判された。

そこで、その後、「支配」と所有権とを結びつける立場を引き継ぎつつも、物権変動の時期を遅らせることによって、危険移転時期を遅らせる考えが登場する。広中教授は、「所有権移転の実質的内容をなすところの果実収取権の移転」に着目し、判例によれば果実収取権は、目的物の引渡し、移転登記あるいは代金支払いがなされた時に買主に移転するとされていることから、この時に所有権および果実収取権が買主に移転するとともに危険も移転すると提言した。目的物支配、所有権および果実収取権の三つの移転時期を一致させようとしたわけである。こうして、新所有者主義とも位置付けられるこの立場は、物権変動の時期自体を契約締結時点よりも後の時点に移す考えと結びつくことで、契約締結時より後の時点での危険移転を肯定できるようになった。⁽⁹⁾

しかし、その後、危険移転を生じさせる「支配」としては実質的支配が必要であるとし、危険の移転と観念的な所有権の移転とを切り離す見解が登場するに至る（以下「B説」という⁽¹⁰⁾）。所有権移転のメルクマールとなる「代金支払」は、危険の移転において不要とされる⁽¹¹⁾。もっとも、こうした立場も大きく二つに分けることができる。ひとつが、引渡しまたは移転登記のいずれかがなされた時に危険が移転することを認める立場である（B1説⁽¹²⁾）。

もうひとつは、移転登記による危険の移転をも否定し、占有の移転たる引渡しを支配の移転とする立場である（B2説）。ただし、このB2説もまた、なぜ引渡しにより危険が移転するのかという根拠について、引渡しにより受領者が利益を取得できるようになったことを強調するもの（B2①説⁽¹³⁾）と、「支配」としては目的物に物理的に生じる危険を回避できることが重要であり、これができるのは目的物の占有者であるという論理でもって導くもの（B2②説⁽¹⁴⁾）とがある。

2 他人物の引渡しによる危険移転論

では、こうした支配移転理論からは、他人物の引渡しをどう評価することになるのか。

この点、危険の移転と所有権の所在とを結びつけるA説からすれば、他人物売買の場合、他人物売主が所有権を取得しないことには物権変動が生じない以上、たとえ他人物の引渡しがあっても危険は買主に移転しないことになる。事実、広中教授は、「他人の物の売買においては、たとえ引渡等があつても、目的物についても支配が買主に移るということは法律上ありえないから、つねに五三四条の適用はない」とする¹⁵。

それに対し、所有権との結びつきを否定するB説からすれば、他人物であつても引渡しがなされた以上は、危険の移転を認めるようにも思える。しかしながら、我が国の学説は、引渡しを危険移転の基準としつつも、他人物の引渡しによる危険移転を認めない。たとえば、B1説を代表する船越教授は、他人物売買において、通説が買主に支配が移転しないことを理由に危険が移転しないとしていることに対し、動産についてはやや疑問があるとしながらも、「わが民法の解釈としては、右通説を正当となしえよう¹⁶」とする。また、B2①説についても、半田教授は、「所有権の実質的内容たる利益の取得を危険移転の論拠¹⁷」とし、「危険とはそもそも物について所有者としての真正な支配権、公益権を有する者に帰すると解するのが妥当であり、物が債務関係の裡に入つてもかような関係は当然には変更を受けない¹⁸」とする。このことから、半田教授は、「売買当事者以外に真正な所有権を主張する第三者が現れたときは、最終的にはこの真正な所有者がその物の危険を負担すべきである。売買当事者間では、売主は所有権（所有者としての支配）を買主に移転する義務を履行していないため、売主が対価危険を負担する¹⁹」という。

さらには、B2②説からも他人物の引渡しによる危険移転が否定される。このB2②説は、危険移転を考えるにあ

たり、誰が最も物の滅失損傷の危険を回避しうるかという点に着目しており、こうした根拠づけにおいても所有権との切り離しが明確にされている。それにもかかわらず、他人物の引渡し局面では、「実質的支配の移転」という論理を持ち出し、真の所有者からの追完がなされていない段階では、買主ははまだ目的物を実質的に支配しているといえないとするのである。⁽²⁰⁾

以上のとおり、我が国では、危険の移転と所有権の所在とを切り離し、物の引渡しによる危険移転を認める立場（B説）が有力にもかかわらず、他人物売買の場合には、まるで物の引渡しを基準とした危険移転論を否定するかの⁽²¹⁾ように、一律に危険移転を認めないのである。

しかし、危険の移転と所有権の移転とを切り離しておきながら、他人物売買の場合には別途、危険移転段階で所有権の帰属の有無をとりあげることには問題がないだろうか。また、たとえば、売買当事者が共に目的物が第三者の有物であることを知らなかった場合、買主は当該他人物の受領以降、自己の危険においてその物を使用するはずである。両当事者が物の引渡しにより危険が移転したと考えているにもかかわらず、これを事後的に見て、以前の引渡しには危険を移転させる効果がなかったとすることは適切であろうか。危険移転の段階で最終的な危険負担者を決定するような実質的判断をするのではなく、物の引渡しがあった時点で機械的に危険の移転を認め、場合によって買主の解除による売主への危険の回帰を検討すべきではなからうか。

他人物の引渡しの場合には、物の引渡しがあっても買主に所有権が移転しないがゆえに、危険移転が否定されてきた。それでは、同じ契約不適合物でも、瑕疵物の場合はどうだろうか。物に瑕疵があるに過ぎない場合には、買主に所有権が移転する。そこで、次に、瑕疵物の引渡しの場合において危険移転がどのように論じられているかをみてい

くこととしよう。

Ⅲ 瑕疵物の引渡しによる危険移転論

1 前提

瑕疵物も他人物と同様に契約不適合物とはいえ、瑕疵物に過ぎない場合には、売主に所有権がある。そうすると、瑕疵物の場合には、支配移転理論のうち、危険移転と所有権とを結び付ける見解からしても、物権変動が生じ、危険が買主に移転することを認めることになるはずである。このことからすれば、一見すると、瑕疵物の場合には、引渡しによって危険が買主に移転するとの考えに争いがないようにも思える。しかし、議論は必ずしもそう単純でなく、後述のとおり、目的物に重大な瑕疵がある場合には、当該物の引渡しを、危険移転を生じさせる「引渡し」とはみない見解が主張されている。⁽²²⁾

瑕疵物が給付された場合の危険負担については、民法五四八条（解除権の消滅）の解釈をめぐって様々な議論が展開されてきた。五四八条が危険配分規定であることが理解されるようになったことにより、解除ができるか否かが危険負担者を決するものとされてきたからである。⁽²³⁾ ここでは、瑕疵が原因で滅失に至った場合や買主の許で不可抗力により滅失した場合の危険負担が問題とされる。このように、この問題が、買主が解除できるか否か、滅失により物を返還できない買主が価値賠償義務を負うか否かといったように、最終的な帰結をめぐって議論されてきたことが、瑕疵物の引渡しによっても危険が移転するのか否かについての議論状況を不明確ならしめているように思われる。

そこで、以下では、まず我が国の解除の原状回復における危険配分論を整理し、そのうえで瑕疵物の引渡しによる危険移転についての議論状況を分析したい。

なお、対価危険が買主に移転しているか否かを検証するうえで最適な事例は、特定物売買において買主に引き渡された瑕疵物が、買主の解除前に買主の許で（瑕疵とは無関係に）不可抗力によって滅失したというケースであろう（以下このケースを「本件設例」という）。仮に引渡しによって危険が買主に移転しているのであれば、不可抗力による滅失の危険は、原則として買主負担となるはずだからである。そこで、こうした事例を中心に据えて、以下、我が国の議論を整理していくこととしたい。

2 解除の原状回復における危険配分論

(1) 従来の学説状況

我が国では、原状回復義務を考えるうえで、五四八条がほとんど意識されていなかった時期がある。五四八条は、単に解除権が消滅するひとつの場合を定めたものに過ぎないとの理解である。そうした時期の我が国の学説は、本件設例について二つの立場に分かれる²⁴。

ひとつが、買主の故意過失なく不可抗力で物が滅失した以上、買主はその滅失についての危険を負わず、（それにもかかわらず売主が代金を返還しなければならない結果として）売主負担になるとする当時の通説的立場である²⁵。こうした立場のなかには、解除の相手方の許で滅失したケース（つまり売主解除のケース）を念頭に置いて論じているものもあるが、これを五四八条が定める解除権者の許での滅失という本件設例に敷衍して当てはめると、解除権者の故意過失あ

る返還不能でない限り、解除権者は責任を負わないということになる。五四八条の「行為」を故意に読み替える伝統的通説の解釈につながる。⁽²⁶⁾ この立場は、受領した物が消滅した以上、買主（返還債務者）に故意過失がない限り賠償義務を負わないとする点で、原状回復義務を不当利得返還債務に近いものと把握しているとの分析もなされている。⁽²⁷⁾

もうひとつは、原状回復義務を不当利得返還債務と異なるものと理解することを出発点とする。すなわち、民法五四五条一項本文が相手方の原状回復を規定していることに表れるように、原状回復は債権者の側の状態を回復することを目的とする以上、滅失につき買主に帰責性がなかりと、買主には原状回復義務の一環としての価値賠償義務があるとするのである。⁽²⁸⁾

しかし、一つ目の通説的立場についていえば、そもそも、買主（返還債務者）に故意過失がなければ相手方がその危険を負担する、というのは危険配分の議論として疑問がある。買主に故意過失がないがゆえに買主が損害賠償責任を負わないとしても、この危険をどちらが負担すべきかがまた別途検討されるべきである。⁽²⁹⁾

また、二つ目の原状回復義務の一環としての価値賠償義務を肯定する見解については、五四五条一項本文が相手方（返還債権者の側）の原状の回復を返還債務者に義務づけていることからすれば、返還債務者は物を返せない以上、常に価値による賠償が必要という解釈には、一理あるようにも思える。しかし、返還不能につき返還債権者が有責な場合もあり得るのであって、この場合に返還債務者がその返還不能の危険を負わないことは判例・学説ともに一致して認めるところである。⁽³⁰⁾ 五四五条一項本文の「相手方」の原状回復という規定には、危険配分の観点が抜け落ちていないといわざるを得ない。五四五条一項本文の規定は、少なくともこうした問題を解決するうえでの指針とはなっていないのである。⁽³¹⁾

このように危険配分についての意識が不十分であることは、同時に、この時期の議論には、瑕疵物の引渡しによって危険が移転するかという問題意識がないことをも示していよう。

(2) 現在の学説状況

ア 五四八条二項の機能に着目した整理

現在の学説を俯瞰したとき、五四八条二項の持つ機能について、そもそもの理解の対立がみられる³²。そこで、まずこの点に着目して学説状況を見てみる。

(i) 危険配分規定とみる立場（二項の適用事例＝解除の相手方負担）

現在の多くの学説は、五四八条が当事者間の危険配分規定であると理解する³³。すなわち、同条は、一項で解除権が消滅する場合には滅失損傷等の危険を解除権者（売買では買主）に負担させており、二項で解除権が存続する場合には解除の相手方（売買では売主）に負担させていると解する。

したがって、一項と二項のどちらを広く適用するかによって当事者のどちらが危険を負担するかが変わることになる。学説はこれまで、同条にある「行為」をどう読むかに着目し、一方で、「行為」を故意に読み替える解釈が古くから主張された³⁴。先に指摘したとおり、伝統的通説とされる。五四八条を危険配分規定と理解したうえで故意に読み替えるとすれば、本件設例のように不可抗力による滅失の場合には、二項が適用され、解除の相手方がこの滅失の危険を負担するということになる。現在、我が国における有力説は、五四八条二項がこのような不可抗力による滅失

損傷等の危険を解除の相手方に負担させているとの理解を前提とし、五四八条には解除原因を作出した者に危険を負担させる発想があることを重視する。つまり、解除権者に故意過失がない限り、こうした不可抗力による滅失損傷等の危険は、解除原因を作出した解除の相手方が負担すべきとするのである³⁵。ただし、現在、このように解除原因を作出した者に危険を負担させようとする立場もまた、「行為」を故意と読み替えないものも多いことには注意が必要であろう³⁶。法定解除が問題となる場合、買主が契約不適合を認識するまで受領物を自己の物として処分するのは当然であり、この場合に買主の故意は問題にならないからである。もちろん、「行為」を故意に読み替えずとも、この見解は、「行為」をいわば普通に解除権者の行為による返還不能と解するため、本件設例のような不可抗力によるときには、二項の適用となり、解除の相手方がその危険を負担することになる(以下、こうした立場を「A説」という)。

また他方で、五四八条所定の「行為若しくは過失」を最も広い意味での帰責事由を定めたものとし、この帰責事由の程度としては、「自分の支配領域内においた」、あるいは「信義則上自己の前行為に矛盾した態度をとってはならないこと」という程度のもので足りるとする立場もある。広く、自己の支配下から生じたものは「行為若しくは過失」によるものと捉え、返還不能につき返還債権者が有責な場合や瑕疵が原因での返還不能の場合を除き、不可抗力による滅失損傷等の場合にも一項が適用されることになる。その結果、本件設例の場合には、一項により解除権が消滅し、買主負担となる(以下、こうした立場を「B説」という³⁷)。この点、五三四条の債権者主義を不合理なものとし、同条の適用範囲をできるだけ制限しようとする近時の学説の趨勢からすれば、五四八条二項の適用範囲をできる限り狭めようとするのも、いわば自然な流れである。五四八条を危険配分規定とみる限り、五四八条二項は債権者主義の規定となるからである。

(ii) 危険配分規定とはみない立場（二項の適用事例≠解除の相手方負担）

しかし、五四八条がこのような危険配分をしているとみるとみることに反対する見解も有力に主張されている。二項が適用され解除ができる場合であっても、これを解除の相手方負担には直結させない立場である。⁽³⁸⁾ 本田教授は、当初B説を提言したが、その後、「民法五三四条がその正当性を失った現在、民法五四八条二項もその危険負担規定としての独立の意味を喪失したといってもよい」として改説する。⁽³⁹⁾

五四八条二項を危険配分規定とみない立場には、二項が適用され解除ができる場合であっても、不可抗力によって滅失損傷が生じたようなときに買主の原状回復義務は消滅せず、買主にはそれに代わる価値賠償義務があるとする立場⁽⁴⁰⁾と、二項が適用され解除ができる場合には買主の原状回復義務が消滅するが、双務契約における債務者危険負担主義を定めた民法五三六条一項によって、解除の相手方（返還債権者）の原状回復義務も消滅すると解釈する立場⁽⁴¹⁾（以下「D説」という。）とがある。このC説とD説との構成の差は、目的物の返還不能によって原状回復義務が消滅するとみるか否かによるものであると理解できる。⁽⁴²⁾ 以上のA説からD説を整理すると図表のようになる。

【我が国の現在の学説状況－548条の機能を中心に】

| 548条を危険配分規定と見るか | | 本件設例の処理 |
|-----------------|--|----------------------------------|
| A | ○ 「行為」＝故意 or 通常の意味の行為 → 不可抗力による危険は、解除原因を作出した解除の相手方が負担すべき | 売主負担（売主が解除原因作出 → 買主は548条2項で解除可）※ |
| B | ○ 「行為」＝広く、解除権者の領域内から生じたことを意味する | 買主負担（548条1項で解除不可） |
| C | × 2項で解除できた場合にも解除権者は価値賠償義務を負う | 買主負担（解除ができて買主には価値賠償義務あり） |
| D | × 2項で解除できた場合には反対債務も消滅する（536条1項） | 買主負担（売主の代金返還義務も消滅（536条1項）） |

※この立場は、解除原因作出者に危険を負わせるので、買主の支払遅滞ゆえに売主が解除したケースでは買主負担となる。

イ 結論を導く実質的根拠に着目した再整理

そのうえ、こうしたA説からD説までの各学説を五四八条から切り離して理解するとき、本件設例で、売主負担とする立場(A説)と、買主負担とする立場(構成に差こそあれB説C説D説)とに区別できる。

売主負担を導く立場は、解除原因を作出した者が責任を負うべしとして売主の契約不適合責任を強調する⁽⁴³⁾。当事者の帰責事由や関与状況を契約の清算関係において考慮する立場といえよう。したがって、事例が変わり、買主が支払遅滞をしている場合には、買主負担となる。

これに対して、買主負担を導く立場からは、当該物を自己の領域内で支配していた者が責任を負うべきことや、そもそも双務契約であった以上はその清算においても双務性が尊重されるべき(給付と反対給付との等価交換的均衡を維持すべき)ことが強調される。契約の清算関係において、解除事由を考慮しない立場である⁽⁴⁴⁾。

3 瑕疵物の引渡しによる危険移転論

以上のような議論状況にある我が国の現在の学説は、瑕疵物の引渡しによる危険移転についてどのように考えているものと分析できようか。

まず、買主の領域内から滅失損傷が生じたことを強調して買主負担を導く見解が、瑕疵物の引渡しによる危険移転を認めているということはいえるであろう。ただ、こうした見解も、滅失損傷が物の瑕疵に起因する場合や滅失損傷につき売主が有責な場合には、構成に差こそあれ、売主負担としている⁽⁴⁵⁾。そうすると、「危険」を広く捉えれば、この場合には、目的物を引き渡すことでいったん買主に移転した危険が、売主に回歸しているとみることができるといえる。

だし、こうした危険の回帰については、明確な記述が見られない。以上に対し、同じく買主負担とする見解の中でも、その根拠を契約の双務性の維持・尊重に求める見解が、瑕疵物の引渡しによる危険移転自体をどのように考えているかは不明確である。

一方で、不可抗力による滅失損傷の場合に売主負担とする見解をみてみると、その中には、物の引渡しによって買主にいったん移転した危険が売主に回帰していることを指摘するものもある⁴⁶。しかし、曖昧なものや危険移転を否定するものが多い。そもそも、契約不適合物の滅失損傷の局面においては、売主の契約不適合責任と危険負担との競合があることから、契約不適合物の危険移転の判断にあたっては、契約不適合責任を加味して決すべきとするものも存する⁴⁷。たとえば、小野教授は、契約不適合物の危険移転にあたり、引渡しのみをその基準とすることに疑問を抱き、「引渡以降、すべての損失を買主が負担するとするのは、売主の担保責任を無視したものとなる。そこで、引渡という時間的な調整に加えて、解除にいたる瑕疵の重大性や量的な調整を考えなければならぬ」とする⁴⁸。そのうえで、契約目的不達成に至るほどの重大な瑕疵がある場合には、買主が目的物につき引渡しを受けているとはいえず、実質的には受領していない状態にあるとする。他の箇所でも一部、解除による売主への危険の回帰を肯定する記述も存するが⁴⁹、「重大ではない瑕疵の存在によつては、危険移転は妨げられない」と述べていることからすれば⁵⁰、やはり小野教授は、重大な瑕疵がある物の引渡しによつては危険が移転しないと考えているものと思われる。事実、また他の箇所では、「そのような重大な瑕疵では、買主は正当に受領を拒絶できるから、危険負担について引渡主義をとつても、『引渡』はありえず危険も移転しない。」として、重大な瑕疵のある物の引渡しによる危険移転を否定するのである⁵¹。また、花本教授は、解除要件の厳格な我が国において、いったん発生した解除権はできるだけ存続させるべきであるとの小

野教授の論理、および解除原因を作出した者が売主であることに着目し、売主負担を主張するが、これにあたって、「そもそも危険は買主に移転していないのだから、『買主がいったん自分に移転した危険を解除によって売主に再転嫁することを許すことになる』という批判はあたらない、ということになる」としており、重大な瑕疵のある物の引渡しでは危険が移転しないことを明言する。⁵²⁾

しかし、重大な瑕疵がありながらも買主が代金減額や瑕疵修補という救済手段を選択した場合、瑕疵分は売主負担であるが、それ以外の物の引渡し以降の損傷等の危険は買主が負うことになる。仮に右のように危険移転を否定する立場に立つとすると、こうした場合の引渡し後の危険は、いつどのように移転したとみることになるのだろうか。

ところで、以上では特定物を前提に検討してきたが、種類売買において瑕疵ある種類物が引き渡された場合に目を向けると、我が国の議論は一層複雑なものとなる。すなわち、瑕疵物の給付による特定（民法四〇一条二項）を認めるか（給付危険の移転があるか）という問題や、（これが否定されるとすれば）給付危険すら買主に移転しない段階で、瑕疵物を引き渡すことでの対価危険の移転を認めて良いか（対価危険の移転が給付危険の移転に先行することを認めるか）といった問題⁵³⁾が立ちほだかり、我が国の学説は混乱を極めることになるのである。

以上のとおり、我が国においては、他人物の場合だけでなく瑕疵物の場合においても、引渡しによる買主への危険移転を認めるか否かについて一致をみない状況にあるといえる。しかし、引渡しによる危険移転についてここまで複雑な議論を呼ぶのは、いったん買主に危険が移転しても、解除によって危険が売主に回帰するという構成を採用しないがためではなからうか。危険移転について、所有権の所在や売主の契約不適合責任を加味しながら判断しようとするがゆえに、こうした、ときに恣意的と指摘される危険移転論に陥ってしまっているのではないか。対価危険の移

転の問題と契約不適合責任とは切り離して判断されるべきであり、こうした形での危険法理と契約不適合責任との競合こそが、簡明な処理をもたらすのではないか。

こうした問題を説明すべく、次に、物の引渡しによる危険移転を承認する規定を民法典に有するドイツでの対応を見ていくことにしよう。

IV ドイツの解除効果論と危険移転論

1 債務法改正前の規定と議論状況

最初に、本稿の問題意識から、二〇〇二年のドイツ債務法改正前の議論状況を振り返っておくこととしたい。⁽⁵⁵⁾

改正前のドイツ民法は、解除の効果につき、約定解除の規定(旧三四六条以下)が法定解除および瑕疵担保解除に準用されるという体系であった(旧三二七条一文、旧四六七条)。そのうえで、旧ドイツ民法では、物の滅失が解除権者の責めに帰すべき事由による場合に解除権を排除する(旧三五一一条)。その結果、契約が維持されて売主は代金を保持し続けるため、物の滅失の危険は買主が負担することになる。それに対して、物が偶然の事情で滅失した場合には、買主は解除権を行使しうるとしていた(旧三五〇条)。この旧三五〇条は、ローマ法上の“*Mortuus Redhibetur*”(死んだ奴隷は返される⁽⁵⁷⁾)を引き継ぐものとされ、解除をした買主は、何らの負担なく、支払った代金の返還を求めることができる⁽⁵⁶⁾と理解されていた。結果として、物の偶然による滅失の危険を売主が負担するのである。

ドイツの学説は、この旧三五〇条で売主が危険を負担する帰結を、「危険の跳ね戻り (*Zurückspringen der Gefahr*)」

と呼んだ。⁽⁵⁸⁾つまりは、旧四四六条一項一文が物の引渡しによる危険の移転を認めるため、売主が買主に物を引き渡したことにより危険が買主に移転する。しかし、こうして買主にいったん移転した危険が、解除により売主に跳ね返ると捉えたのである。たとえ瑕疵物の引渡しであっても、ここでひとまず危険が買主に移転するからこそ、その後の「危険の跳ね戻り」がありうるのであって、ドイツでは改正前より、瑕疵物の引渡しによる対価危険の移転を肯定していたとみることができよう。⁽⁵⁹⁾

こうした偶然滅失の危険を売主負担とする旧三五〇条の帰結は、古くはほとんど問題視されていなかったとされる⁽⁶⁰⁾。その後、この旧三五〇条は後述のとおり猛烈な批判に遭うわけだが、そうしたなかでも通説とも評される立場は、旧三五〇条による危険の跳ね戻りを承認する。こうした立場には、危険の跳ね戻りを正当化するにあたり、自らの義務を完全に履行していない売主よりも買主を保護すべきことを論拠として挙げるものがあつた。たとえば、不当利得法において買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険を買主（返還債務者）負担とするフルーメは、解除効果論においては解除の相手方（返還債権者≡売主）に解除原因を作出した責任があることに着目して旧三五〇条を正当化し、解除の相手方（返還債権者≡売主）が危険を負担するとしたのである。⁽⁶¹⁾ また他方で、法定解除の解除権者は、（少なくとも）解除原因を認識する前まで当該物を自己の物として取り扱うし、そう取り扱うことが許されるといふ点を重視するものも多かった。こうした理解を前提として、旧三五一一条の「過失」を「自分自身に対する過失（Verschulden gegen sich selbst）」と解し、⁽⁶²⁾ その結果、偶然による滅失の場合には、（後述の有力説とは異なり）いわば自然に、旧三五〇条が適用され、買主に移転していた危険が売主へ跳ね返るとされたのである。⁽⁶⁴⁾

これに対し、有力説は、旧三五〇条によって偶然による滅失の危険が売主に跳ね返ることに反対した。旧三五〇条

の適用範囲をできる限り狭めることによって、広く買主負担を導こうとする⁽⁶⁵⁾。契約がなかったとしても同様に滅失したであろう場合に限って旧三五〇条を適用しようとする（売主負担を認める）見解⁽⁶⁶⁾、滅失が売主の有責行為や物の瑕疵に起因する場合に限って旧三五〇条を適用しようとする見解が主張された⁽⁶⁷⁾。また、旧三五〇条を解除の相手方への危険配分規定とはみないことで買主負担を導く見解も主張された。双務契約における債務者危険負担主義を定める旧ドイツ民法三二三条を契約の巻き戻しにも類推適用することで、旧三五〇条によって解除ができたとしても、解除権者（返還債務者）は代金返還請求権を有しないと見る見解である⁽⁶⁸⁾。こうした中でおそらく最も有力であった見解は、旧三五一条の過失概念を拡張解釈することによって旧三五〇条の適用範囲を狭めることを志向した。すなわち、旧三五一条の「過失」を、「自分自身に対する過失」と解するのではなく、滅失や本質的な損傷が解除権者の自由な行為（freie Handlung）や滅失損傷の危険を高めるふるまい（risikoerhöhenden Verhalten）に基づく場合を意味するものとする⁽⁶⁹⁾。例えばフォン・ケメラーは、こうした場合には、もはや偶然の事情による滅失といえず、旧三五一条の過失があると見て解除権が排除されると主張したのである。買主による物の受領や使用行為を危険の引受けと評価し、これと矛盾する行為を旧三五一条が禁止していると見る立場も同じ方向を志向した解釈といえるだろう⁽⁷⁰⁾。

有力説が売主への危険の跳ね返りを極力限定する解釈を展開したのは、物の引渡しによる危険移転を認める旧四四六条一項一文の存在が大きい⁽⁷¹⁾。危険の跳ね返りを認める旧三五〇条は、旧四四六条一項一文が引渡し後の危険を買主に負担させていることと矛盾すると位置づけたのである⁽⁷²⁾。たとえば自動車の売買契約でいえば、買主は実際には自らの危険で自動車を使用することにもかかわらず、ここで解除により危険が跳ね返ってしまうとすると、あたかも売主の危険で自動車に乗ることを認めてしまうことになる⁽⁷³⁾と批判したのである。改正前のドイツにおいて、解除による危

険の跳ね戻りを認めることが、物の引渡しによる危険移転法理と矛盾すると捉える立場が有力であったことは注目に値しよう。

改正前のドイツ解除効果論は、こうした議論に加え、旧三二七条二文や旧三四七条の適用対象に関する議論が複雑に絡み合っていた。一方で、法定解除の一定の場合に不当利得法の適用を指示する旧三二七条二文の適用範囲についての理解が、旧三五〇条の適用範囲に影響を与え、また他方では、この旧三二七条二文の解釈や旧三五一一条の「過失」の議論が、旧三四七条一文によって損害賠償義務を負う範囲にリンクして議論されたのである。⁷⁴ 議論は錯綜し、非常に見通しの悪い状態にあったといえる。

2 債務法改正⁷⁵

こうした中でおこなわれた二〇〇二年の債務法改正は、解除効果規定にも大きな変化をもたらした。その核心は、①旧三五〇条以下の解除権の消滅にかかわる規定を削除し、返還債務者に価値賠償義務を課すことでの清算に構造転換した点、および②法定解除の場合に売主への危険の跳ね戻りを一定の限度で肯定した点であろう。以下、本稿の問題意識から重要となる部分に絞って、解除効果規定の中心規定である三四六条を見ていく。⁷⁶

(1) 三四六条一項

一項は、解除の効果として、受領した給付および得られた収益の返還を義務づける。債務法改正前の旧三四六条一文・旧三四七条二文に相当する規定である。

旧法と大きく変わった点として、法定解除と約定解除とが原則として統一的に規定されていることが挙げられる。旧法では三四六条以下で約定解除について規定され、これが法定解除や瑕疵担保解除について準用されていたのに対して、新法では三四六条が直接適用されることが明確にされた。これに伴い、法定解除の一定の場合につき不当利得規定の参照を指示していた旧三二七条二文も削除された。⁽⁷⁷⁾

(2) 三四六条二項

二項は、返還債務者が受領した給付または得られた収益を返還できない場合に、それらの価値賠償を義務づける。一号から三号までにより、返還不能の原因ごとに分けて規定されている。一号は、給付または収益の返還が取得したものの性質により不能であるとき（旧三四六条二文の規定を拡張したもの）、二号は、返還債務者が受領物を消費し、譲渡し、担保に供し、加工し、あるいは改造したとき（旧三五二条及び旧三五三条に相当）、三号は、受領物が損傷または滅失したとき（旧三四七条、旧三五〇条及び旧三五一条に關係する規定）、である。⁽⁷⁸⁾

もちろんこれが債務法改正による大きな転換点のひとつであり、新法は旧三五〇条・旧三五一条のような解除ができるか否かによる危険配分を放棄した。⁽⁷⁹⁾ 新法によれば、旧三五一条が定めていたのとは異なり、受領物の滅失について解除権者が有責であろうと、それを理由としては解除権が排除されない。解除権者が受領物を返還できるか否かは切り離して解除を認めたのである。⁽⁸⁰⁾

それと同時に、返還債務者が受領物を返還できない以上、価値賠償義務を負うのを原則とする。これは、旧法において、旧三四七条一文が九八九条と結びついて、あくまで返還債務者の過失に依存した損害賠償責任を規定していた

のと異なる。新法では、返還債務者の過失に依存しない価値賠償義務が肯定されたことを示す⁽⁸¹⁾。返還不能が、買主の有責な事由によるか、自由な行為によるか、偶然の事情によるか、といった区別は不要である。旧法では受領物の偶然による滅失の危険を返還債権者（解除の相手方）に負担させていた（旧三五〇条）のに対し、新法では原則として返還債務者に負担させることになる（ただし、三項にこれの重大な例外があることは後述のとおりである⁽⁸²⁾）。

返還債務者が原則として危険を負担する根拠については、債務法現代化法連邦政府草案の理由書（以下、単に「草案理由書」という。）では、明示されていない。こうした帰結を支持する学説からは、旧法と同様に、物の引渡しによる危険移転を認める四四六条一文が根拠として挙げられている。目的物の引渡し以降、その物は買主の許にあり、この買主こそが滅失損傷といった危険を回避しうる立場にあるがために、買主が危険を負担するのである⁽⁸³⁾。こうした買主の危険負担が、価値賠償義務の負担という形で反映されるに過ぎないのである。

また、以上からも分かるとおり、旧法では解除権者が優遇されていた（旧三五〇条）のに対し、新法では、解除権者であっても返還債務者として物を原状のまま返還できない以上は原則として価値賠償義務を負うこととされており、解除権者と解除の相手方とが対等に扱われている（ただし、これについても後述のとおり、三項一文三号に重大な例外がある⁽⁸⁴⁾）。

なお、草案理由書は、こうした過失に依存しない価値賠償による解決は、解除後の原状回復障害にも妥当するとする。返還不能の事態が解除前に生じたか解除後に生じたかによって取扱いが異なるのは不合理であるとするのである⁽⁸⁵⁾。

⁽⁸¹⁾

⁽⁸²⁾

⁽⁸³⁾

⁽⁸⁴⁾

⁽⁸⁵⁾

(3) 三四六条三項

三項は、返還債務者の価値賠償義務が例外的に消滅する場合について規定する。

一文一号は、解除を根拠づける瑕疵が物の加工の際に初めて明らかになった場合であり、旧四六七条一文ただし書の法的思考を受け継ぐものである。二項一文二号のうち、返還債務者が受領物を加工した場合の例外になる。学説には、この規定を物の加工の局面に限定せず、瑕疵が物の消費に際して初めて明らかとなった場合にも類推適用するものがある。⁽⁸⁷⁾

二号前段は、物の滅失損傷につき返還債権者が有責な場合である。「有責」の意味については、学説上、滅失損傷の原因が返還債権者の領域に由来することが重要とされ、滅失損傷が瑕疵に基づく場合もまたこれに含まれるとされている。⁽⁸⁸⁾ 二号前段は、厳密な意味での不可抗力による滅失損傷のケースではない。それに対して、二号後段は、不可抗力による滅失損傷の場合を扱う。滅失損傷が返還債権者のもとも同様に生じたであろう場合にも価値賠償義務は消滅する。この二号と次にみる三号は、二項一文三号（滅失損傷の場合の返還債務者の価値賠償義務）の例外となる。二号は、前段後段いずれも、先述のとおり旧法下で学説上有力に主張されてきたものである。⁽⁸⁹⁾

この点、我が国の民法の五三六条二項（債権者有責の場合の債権者主義）をも広く危険負担の問題として捉えるのであれば、三四六条三項一文二号前段（滅失損傷につき売主有責の場合）もまた危険負担の問題といえよう。こうした広い意味では、三四六条三項一文一号および二号もまた、売主への危険の跳ね戻りを認めていることになる。

危険の跳ね戻りに関して最も重要な規定とされるのが、三号である。三号は、法定解除の場合において、目的物が返還債務者である法定解除権者の許で滅失損傷したとしても、法定解除権者が自己の事務において通常用いられる注

意を尽くしていた限り、価値賠償義務が消滅することを規定する。約定解除には適用されず法定解除の場合に限っての例外であること、解除の相手方には適用されず解除権者に限っての例外であることが特徴的である。⁹⁰この三号により、滅失損傷それ自体につき解除の相手方が有責でなくても（有責の場合は三項一文二号前段が適用される）、解除の相手方（売主）が危険を負担する。不可抗力による滅失損傷の危険につき、旧三五〇条と同様、売主への跳ね戻りが生じるのである。⁹¹

学説では、危険の跳ね戻りが再度承認されたという評価にとどまらず、むしろ新法により危険の跳ね戻りの範囲が拡大したという評価も存在する。法定解除権者は、たとえ偶然の事情による滅失損傷の場合（旧三五〇条の場合）でなくとも、自己の事務において通常用いられる注意を遵守していた限り（無重過失）、価値賠償を負わないからである。⁹²

なお、この三号は、買主である解除権者の許で物が滅失損傷した場合を規定しているので、当然、売買目的物が解除前に解除権者の手に渡っていることを前提とする。したがって、この三号の適用場面の多くは、契約不適合物が給付された場面となる。⁹³

このように法は、三四六条二項一文三号・四四六条一文によって返還債務者へ転嫁された給付目的物の滅失損傷の危険を、一定の場合に、三四六条三項一文三号によって返還債務者から返還債権者に戻すことになる。つまり、両当事者のいずれもが責めに帰すべき事由がなく、どちらかに危険を負担させる説得的な根拠づけが難しい中でどちらかに危険を割り振らなければならないという「ディレンマ」⁹⁴は、法により、解除権者に有利に解決された。⁹⁵改正法は、旧法下で一時的多数説とまで評された前述の有力説を採用せず、危険の跳ね戻りを再度肯定したのである。

こうした法定解除の場合の危険の跳ね戻りの根拠につき、草案理由書は以下のように述べる。⁹⁶

買主（注文者）が法定解除権に基づいて契約を解除する場合にだけ、売主（請負人）への危険の跳ね戻りは事柄の性質上適切である。売主（請負人）は、その義務を完全には履行しなかったがために、ここで解除がなされる。約束に従った履行をしていなかった者は、相手方への危険の移転が最終的なものであると信頼してはならない。

草案理由は、危険の跳ね戻りの根拠を、法定解除の相手方が解除原因を作り出したことに求め、この義務違反（Pflichtverletzung）の帰結として、法定解除の相手方は最終的な危険移転を信頼してはならないとする。つまり、草案理由は、（前述の改正前の有力説に倣い、旧三五〇条に問題があったことは認めつつも）危険の跳ね戻りを全面的に否定するのではなく、買主の法定解除の場合には解除の相手方である売主に義務違反があることに着目し、この限りで売主への危険の跳ね戻りを肯定したのである。

草案理由は、解除権者の自由な行為や危険を高めるふるまいなどに着目して旧三五一条の「過失」を解釈する見解を批判する。こうした方法での旧三五〇条と旧三五一条との区別は、境界付けが困難であり、さらにはそもそも、そうした論者の区別自体も不合理だとするのである。すなわち、フォン・ケメラの考えによれば、購入した自動車が買主の駐車場で火災により滅失した場合には旧三五〇条により売主負担となるのに対し、買主の帰責性のない交通事故により自動車滅失した場合には旧三五一条により買主負担になるとするが、草案理由はそもそもこうした区別をする理由がないとするのである。⁹⁷

現在ドイツでは、この三四六条三項一文三号をどう評価するかが激しく議論されている。そこで次に、改正法における危険移転とその跳ね戻りが、学説によりどう評価されているかを見ていこう。

3 債務法改正後の議論状況

(1) 物の引渡しによる危険の移転

改正法において、価値賠償義務を定める三四六条二項一文三号(滅失損傷の場合)により、返還債務者(買主)が原則として目的物の滅失損傷の危険を負担し、その根拠が、学説上、物の引渡しによる危険移転を認める四四六条一文に求められていることは前述のとおりである。引渡しを受けて物を実際に占有する者こそが偶然による滅失や損傷の危険を負担すべきであるという論理である。もつとも、こうした危険移転を認めることについて、二つの、タイプの異なる批判がある。

ア 返還債務者が原則として危険を負担することへの批判

ひとつは、買主が原則として危険を負担することへのそもそもの疑問提起である。こうした批判は、旧三五〇条の全面的な危険の跳ね返りを肯定する論者に多く、返還債務者は、目的物を使用することで実際に得た収益を返還するだけでなく(三四六条一項・二項)、実際には得られなかった収益についても一定の場合に賠償義務を負う(三四七条一項一文)ことを根拠とする。利益が売主に帰属する以上、危険もまた売主に帰属すべきであるというのである。⁽⁹⁸⁾

これに対して改正後の通説からすれば、四四六条一文は、物を実際に占有する者が危険を負担すべきという論拠から、物の引渡しによる対価危険の移転を定めている以上、物の受領者である返還債務者が原則として危険を負担するのは理に適っているとの反論をすることになろう。⁽⁹⁹⁾もつとも、右の、解除後には買主に広範な収益返還(賠償)義務が課せられることに着目する立場からすれば、四四六条一文はあくまで契約が有効な段階でのものであり、解除後は

売主に収益が帰属する以上、やはり危険も売主に帰属すべしとの反論がなされる。こうした反論に対し、通説は、三四六条二項一文三号本文あるいはただし書（用法に従った“Ingebrauchnahme”から生じた損傷についての価値賠償義務の除外）の適用範囲をめぐる解釈の中で、利益と危険とが同一人に帰属すべきであるとの考え方はドイツ民法において採られていないとして再反論をしている状況にある。¹⁰⁰三四六条二項一文三号が明確に返還債務者負担を原則としているドイツ新解除効果規定において、右の一部学説の批判は、法政策的批判となるうか。

イ 種類売買の場合の特殊性を考慮しての批判

もうひとつは、三四六条二項一文三号（滅失損傷の場合）で買主負担となることの根拠に疑問を投げかける。特定物売買の場合ともかく、種類売買においては、買主が危険を負担する根拠として四四六条一文が根拠にならないと批判する。¹⁰¹売主が瑕疵ある種類物を給付した場合には、ドイツ民法二四三条二項の特定が生じない以上、引渡しによっても対価危険は買主へ移転しないことをその根拠とする。¹⁰²瑕疵ある種類物が給付された場合、物の修補あるいは代金減額がなされたときに初めて、引渡しの時点に遡及して対価危険が買主に移転したことになる¹⁰³とされる。それに対し、買主が瑕疵を理由として解除をしたときには、危険は、三四六条三項一文三号に従って売主のもとに最終的に留まることになる。したがって、この場合には、売主への危険の跳ね戻りではなく、もともと危険は売主のもとに留まっていることになる。この立場は、四四六条のこのような理解から、三四六条二項一文三号が原則として買主負担とするのは四四六条一文では説明がつかないとし、四四六条以外の説明を必要とするのである。

右の主張の背後には、（少なくとも四四六条一文の理解として）「特定が生じず、給付危険が移転しないにも関わらず、

それより先に対価危険が移転することはあり得ない」との危険移転理論があるように思われる。しかし、少なくともドイツでは、意識的か否かはともかく、瑕疵ある種類物の引渡しによっても対価危険の移転を認め(三四六条二項)、そのうえで解除によりこの危険が売主に跳ね戻る(三四六条三項)ことで、右のような遡及しての危険移転という不自然で技巧的な構成を回避できているように思われる。¹⁰⁴ その意味で、対価危険が給付危険より先に移転する場合があることを認めているともいえようか。

(2) 売主の義務違反を根拠とした危険の跳ね戻り

ア 跳ね戻りの根拠をめぐる論争

草案理由書は、先述のとおり、三四六条三項一文三号で不可抗力による滅失損傷の危険の跳ね戻りを認める根拠として、解除の相手方の義務違反を挙げていた。現在、これをそのまま肯定的に受け止める立場も存在する。¹⁰⁵ 旧法以来、先述したディレンマ状態においては、解決方法に本来的な正解がないと言われることもあり、この際に解除原因を考慮して危険配分をすることもひとつの在り方として正しいとされるのである。

しかし、草案理由書が解除の相手方の義務違反(のみ)を根拠とすることには批判も多い。すなわち、解除の相手方の義務違反は、偶然による滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはなつたとしても、偶然によるものではなく、解除権者が自己の事務において通常用いられる注意を尽くしていた(無重過失)というケースにおける滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはならないという批判である。そのうえで、こうしたいわば解除権者の特権は、解除権者が自身に法定解除権のあることを知らないことに求められるという。解除原因を認識するまでの買

主はその目的物を自己の物として取り扱っており、そのように取り扱うことが許される立場であったことに、危険の跳ね返りの根拠を見出す¹⁰⁶。このように信じている買主は、その物を自己の他の財産とは区別して慎重に取り扱う契機を持たないのである。

実は、解除前に買主が目的物に接する態度に着目する観点は、草案理由書の中にも見られないではない。草案理由書は、解除効果規定の中に旧法のような独自の損害賠償規定を置く必要がないとする箇所¹⁰⁷で、次のように指摘している。

法定解除権の場合、当事者は、さしあたり、彼らのもとの移転した目的物が彼らの財産の最終的な要素になったことを根底に置くことができる。注意深い取扱いをする法的義務は、当事者が解除要件の存在を知っているか又は知らなければならぬときに初めて生じる。それは、遅くとも解除が意思表示されたときに始まる。ここにおいても、返還債務者の義務違反についての損害賠償義務は、草案二八〇条に基づいて既に生じている。債務者が法定解除の場合に解除原因につき責任を負わなければならないとき、他方当事者には、草案の三二五条、二八一条により損害賠償請求権が帰属する。

以上のような議論を踏まえ、現在ドイツでは、危険の跳ね返りを正当化するにあたって、草案理由書のように解除の相手方の義務違反を根拠とする立場や買主の自己の物との信頼を根拠とする立場¹⁰⁸のほか、法定解除の相手方の義務違反と法定解除権者の自己の物であるとの信頼との両方を、三四六条三項一文三号の根拠として挙げる見解が主張されるに至っている¹⁰⁹。偶然滅失の場合（旧三五〇条の場合）だけでなく、自己の事務において通常用いられる注意さえ尽

くしていれば(重過失がなければ) 売主負担となることから、前者の場合の危険の跳ね返りの根拠は解除の相手方(売主)の義務違反であり、後者の、偶然ではないが自己の事務において通常用いられる注意を尽くしている場合の危険の跳ね返りの根拠は、買主が自己の物と信頼していたことにあるとする立場である。

イ 危険の跳ね返りへの法政策的批判

以上のような議論とは異なり、そもそも、新法が危険の跳ね返りを認めたことについての法政策的批判もいままお根強く存在する¹⁰⁾。広く買主負担とすべきとする立場からの批判となる。

この立場は、草案理由書のように解除の相手方の義務違反を強調することが、義務違反に対する制裁を意味するという。本来、目的物の滅失損傷を引き起こしたのが誰かを問題にしなければならぬにもかかわらず、草案理由書及びそれに同調する見解は、給付障害につき責任があるのは誰かを問題にしまつていゝるのである¹¹⁾。

そのうえで、この立場は、物の危険はそれを支配していた者が負うのが相当であり、解除の相手方の義務違反も買主の自己の物との信頼も危険が跳ね返る根拠とはなり得ないとする。この立場によれば、物の危険の跳ね返りが認められるのは、滅失または損傷が、解除を基礎づける瑕疵に起因する場合に限られる。こうした場合限り、売主の義務違反と生じた危険との間に因果関係があるからである。偶然の事情による滅失損傷は、解除の相手方の義務違反と因果関係がない以上、相手方の義務違反を理由に責任を負わせるのは不当とするのである¹²⁾。

危険の跳ね返りを否定するこの論拠の中に、草案理由書および多数説が重視する、解除の相手方の義務違反の射程への意識が現れる。こうした立場の提唱者であるヴォルガストは、物の受領者が危険を負担するという四四六条一文

の原則が、三四六条三項一文三号（法定解除権者の解除による危険の跳ね戻り）の議論の際には忘れ去られていることを指摘する¹¹³。草案理由書も多数説も四四六条一文を妥当なものとし、三四六条二項でこれを基に買主負担とするにもかかわらず、三四六条三項ではそのことが語られない。ヴォルガストは、危険の跳ね戻りを認めることは四四六条一文と矛盾衝突してしまうがために、三四六条三項一文三号の議論では四四六条一文を語らないのだと述べる。このヴォルガストの指摘は、本稿の問題意識からみれば、物が返還債務者の支配下にあつたことから返還債務者が危険を負担すべしという三四六条二項・四四六条一文の論理的一貫性が、三四六条三項一文三号によって覆されていることの指摘とみることができる。

この観点からみれば、草案理由書は三四六条三項一文三号が四四六条一文に優先する根拠を解除の相手方（＝売主＝返還債権者）の義務違反に求めていることから、少なくとも草案理由書の立場からすれば、ドイツ法は、三四六条三項一文三号の要件のもとで、売主の契約不適合責任を、買主の支配領域内で生じたという要素に優先させていると評価できよう。

4 小括

以上みてきたように、ドイツ法においては、売主が引き渡した物が契約不適合物であろうと、その物の対価危険はいったん買主に移転することが認められている。債務法改正後の三四六条二項はそのことを明らかにする。ここで対価危険が移転するからこそ、買主は、受領物を返還できなければ三四六条二項により価値賠償義務を負うのである。対価危険が移転していなければ、三四六条三項での危険の「跳ね戻り」などあり得ないといえる¹¹⁴。

引渡し後の滅失損傷の危険を原則として買主が負う根拠についての論争(3(1)イ)は、直接には、**瑕疵ある種類物**が引き渡された場合を問題としていた。しかし、そこで明らかにされたのは、不適合物の引渡しであろうとこの段階で買主への危険移転を認めておかないと、その後買主が代金減額等の救済手段を行使したり、あるいは消滅時効などにより解除ができなくなった場合において、引渡し時点で遡及しての危険移転を認めざるを得なくなるという、**瑕疵ある種類物の引渡しの場合には限られない問題であった。**

こうしてドイツでは、契約不適合物の引渡しであっても危険移転を認めたとうえで、解除による危険の跳ね戻りを認めてきた。この点において、改正前も改正後も一貫しているといえる。

ただし、ドイツ新解除効果規定では、買主が解除できる場合に常に危険が売主へ跳ね戻るわけではないことも分かった。新解除効果規定では、旧三五〇条から旧三五四条までの削除によって、受領物の返還不能を解除権消滅にかからしめる構成を放棄し、三四六条二項及び三項によって、返還債務者の価値賠償義務の有無や程度による危険配分を志向した⁽¹¹⁵⁾。言い換えれば、清算をするか否かではなく、どのように清算をするかを問題にしている⁽¹¹⁶⁾。「物による清算」から「価値による清算 (Rückabwicklung dem Werte nach)」への転換があったと評することもできよう⁽¹¹⁷⁾。この結果、解除が認められるという事実は、解除の相手方が清算における危険を負担することを意味しない。つまり、解除権の行使は、必ずしも買主への危険移転を覆す効果を有するわけではないのである。

そこで、危険の跳ね戻りが認められている場合に着目すると、まず、ドイツでは、改正前から一貫して、滅失損傷が瑕疵に起因するときや滅失損傷につき売主が有責なときには、売主負担になると解されてきた。これは、改正前の有力説や新法に法政策的に反対する立場であっても異ならない。まさにこれが、“*Mortuus Redhibetur*”が典型的に言

いあらず場面である。新法では三四六条三項一文二号前段（滅失損傷につき売主が有責な場合）がこれを規定する。こうした広い意味での危険は、解除により跳ね戻るのである。

純粹な意味での危険、つまりは不可抗力による滅失損傷の危険の跳ね戻りに関しては、三四六条三項一文三号が重要であった。買主の許での滅失損傷は、買主（返還債務者）の支配領域内から生じた危険であることから、買主（返還債務者）が価値賠償によつて返還不能の危険を負うのが原則ではある（三四六条二項一文三号）。しかし、三項一文三号では、解除原因が売主にある買主の法定解除の場合に、買主が自己の事務において通常用いられる注意を尽くしていても生じた危険に限り、この危険を解除により売主に転嫁することを認めている。この三号の根拠が売主の義務違反に求められるとき、ドイツ法は法定解除の場合において、買主の領域内から危険が生じたという要素よりも売主の義務違反という要素を優位に置くことができよう。草案理由書は、買主の領域内から生じた危険であることからの二項の帰結を、三四六条三項一文三号で売主の義務違反に着目して覆しているのである。もつとも、こうした考え方には、様々な観点からの批判があり、危険の跳ね戻りの根拠についても義務違反以外にいくつかの構成が提言されている状況にあることもわかった。

IV 契約不適合物の引渡しによる危険の移転と解除によるその回帰

1 危険移転と解除法理との重畳

先述のとおり、これまでの我が国の学説は、五三四条を制限解釈し、買主に支配が移転して初めて買主が危険を負

担することを正当化できるとした。そのうえ、多くの学説は、その支配とは物の観念的支配ではなく実質的支配であるとし、その実質的支配の中核は物の占有にあるとしてきた。この点では、物の引渡しによる危険移転を認めるドイツ民法四四六条一文と同様の考えが支持されてきたといえる。

もつとも、我が国の学説は、物の引渡しにより支配が移転するとしつつも、他人物売買において当該他人物が引き渡された局面では、こぞつて買主負担を否定してきた。これは、我が国の有力説が、危険移転を生じさせる支配の移転と所有権の移転とを切り離し、支配の移転として物の引渡しに着目するとはいつても、所有権の所在がなおも影響しつづけている証左といえよう。一方、瑕疵物の場合には、多くの学説は、その最終的危険負担として売主負担や買主負担と論じるのみで、瑕疵物の引渡しによる危険移転を正面からあまり論じてこなかった。あるいは、物の引渡しによる危険移転を意識する論者も、重大な瑕疵を理由として最終的に売主負担とする場面では、危険移転を否定してきたのである。つまり、これまでの我が国の危険移転論は、物の引渡しによって危険が移転するという考えを一般的には支持しながらも、契約不適合物の引渡しの局面では、所有権の所在や売主の契約不適合責任に着目して物の引渡しによる危険移転を否定してきたのである¹¹⁶。

契約不適合物の滅失等をめぐる問題は、危険負担と契約責任法理とが競合する局面である。この観点から契約不適合物の引渡しによる危険移転を否定する見解をみると、この見解は、右の競合を、引渡しによる危険移転を認めるか否かの段階で考慮するものであったといえよう。売主から買主への危険の移転は、その後の現実化した危険を原則として買主に負担せしめるものである以上、契約適合物の引渡しでは危険移転を認めつつも、契約不適合物では直ちに危険移転を認めないという処理にも一定の説得力がある。

しかし、他方でこうした考え方は、契約の履行過程における各段階で、現在、契約当事者のどちらが危険を負担しているのかという点の把握を困難ないし曖昧にする。たとえば瑕疵物についていえば、のちに契約不適合をめぐって争いとなり、当該契約不適合が契約を有効に解除できる程のものか否かが明らかにされた時点ではじめて、当初の物の引渡しに危険移転効を有していたか否かが判明することになる。

また、こうした考えをとるとすれば、契約を解除できるほどの契約不適合がありつつも買主が代金減額請求をした場合に、危険移転時期を物の引渡し時に遡及させざるを得ないという理論的難点がある。この場合、買主が契約不適合に相応する代金減額のみを望む以上、目的物の引渡し以降の損傷等の危険は買主負担とするため、危険移転を物の引渡し時に遡及して認めざるを得ないからである¹¹⁹。このことは、買主が解除の権利行使をしない間に除斥期間等の権利行使期間を徒過してしまった場合も同様に当てはまる。

こうした理論的な難点を回避する方策として、契約不適合物の引渡しであろうと危険が買主にいったん移転することを承認したうえで、その後の危険を売主負担とすべきケースにおいては、買主の解除によって危険が売主へ回帰することを認めるのがドイツ法の示唆する解決であった。物の引渡しによる危険の移転を認めつつも、売主に契約不適合責任がある以上、別途、買主による解除を認める。物の引渡しにより買主にいったん移転した危険も、その後の解除により売主に回帰しうることになる。

このような構成は、先の危険法理と契約不適合責任との競合を、従来までの危険移転を否定する見解とは異なっており扱う。すなわち、契約不適合物の引渡しでの危険移転を否定する見解が、競合を危険の移転を認めるか否かの段階において考慮していたのに対し、契約不適合物の引渡しでも危険移転を認めたとうえでその回帰をも承認する考え方

は、危険移転と契約不適合責任とを切り離す。物の引渡しがある以上、まず機械的に買主への危険移転を認めたいうえで、別途解除法理が介入して危険が回帰することを認めるのである。危険負担と契約不適合責任との競合は、危険移転と解除法理との重畳という形で処理されることになる。

このような危険移転と契約不適合責任とを切り離す理解には、我が国でこれまでバラバラに扱われてきた他人物売買、二重売買および瑕疵物給付の場合の危険負担問題について、統一的で見通しのよい処理を可能にするという長所も見出せよう。すなわち、他人物売買の場合も、二重売買の場合も、あるいは瑕疵物給付の場合にも、当該物が引き渡された以上、これにより買主に危険が移転する。そのうえで、こうした危険が買主の解除によって売主に回帰するか否かという思考プロセスを経る。こうした構成によれば、契約の履行過程において今どちらの当事者が危険を負担しているのか明確であり、かつまた、買主が代金減額請求等の権利行使をした場合であっても遡及的な危険移転を認めるといった技巧的説明は不要になる。物の引渡しがある以上、買主への危険移転を認め、あとはどのようなケースであっても、買主の解除により危険が回帰するかどうかという一点でそれぞれの特異性を検討すれば足りるのである。危険移転の段階では、契約不適合があるかどうかの判断が不要となる。

このようなことから、危険負担と契約不適合責任との競合は、契約不適合責任ゆえに危険移転を否定するのではなく、引渡しによる危険移転を肯定しつつ、なお買主が解除することを認め、いったん買主に移転した危険が売主に回帰しうるものとして構成すべきである。このような形での危険移転と解除法理との重畳によって最終的な危険負担を決する構成こそが、問題の見通しのよい処理を可能にするのである。¹²⁰

なお、契約不適合物の引渡しによる危険移転を否定し、危険を売主にとどめたままにしようとする見解の中には、

いったん買主に移転した危険が買主の解除によって売主に再転嫁されるという事態を懸念するものもみられる⁽¹²¹⁾。契約不適合を利用して売主に危険を転嫁することの不当さへの懸念であろう。確かに、先述のとおり、こうした懸念は、ドイツの債務法改正前から旧三五〇条を不当なものとして位置付ける見解から主張されたことがある⁽¹²²⁾。しかし、結論を買主負担とするドイツの改正前の有力説からであれば格別、危険移転を否定し売主負担とするのであれば、右の点は説明の問題に過ぎないといえないだろうか。少なくとも、当事者とすれば、物の引渡しを受けた段階で自己の物として使用する以上、この引渡しの危険移転効を否定したところで大差はないように思われる。また、ドイツの債務法改正前の有力説であろうと、買主の返還不能につき売主が有責のケースにおいては、この（広い意味での）危険を売主負担とする点で一致をみている。そうだとすれば、一定の場合には、この有力説もまた、危険が回帰することを認めざるを得ない。やはり、いったん移転した危険も、解除により売主に回帰しうるのである。

2 解除による危険回帰の範囲

(1) 危険の回帰が問題のないケース

他人物売買の場合、これまで我が国では、いかに他人物の引渡しがあろうとも、買主に実質的支配がない等の理由で五三四条一項の適用を否定し、買主への危険移転を認めない見解が通説であった。したがって、他人物売買の場合には、引き渡された物が買主の許で不可抗力により滅失したときであっても、物の引渡しによって買主に移転した危険が、買主の解除により売主に回帰すると結論づけることに疑念はないだろう⁽¹²³⁾。

また、特定物売買において瑕疵物が買主に引き渡され、この物が瑕疵ゆえに買主の許で滅失した場合も、売主負担

とすることには理解の一致が見られる。我が国の五三六条二項（債権者が有責の場合の債権者主義）もまた危険負担の問題であるとして「危険」を広く解すれば、この場合にもまた、売主が物を引き渡したことで買主にいったん移転した危険が、買主の解除によって売主に回帰しているとみることとも可能である（ドイツ民法三四六条三項一文二号前段（滅失損傷につき売主が有責な場合）に相当する）。

(2) 危険の回帰の是非が争われるケース

一方で、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合、右(1)で述べた他人物売買のときを除けば、解除により当然に危険が売主に回帰すると考えることには慎重な検討が必要となろう。

まず考察されるべきは、危険移転と解除法理との重畳を認めるにしても、危険移転後に、物がまさに不可抗力により滅失損傷した場合であっても、解除が認められてよいかである。この点では、五四八条一項により解除権が消滅しないかが問題となるが、不可抗力による滅失損傷の場合であっても一項の「行為若しくは過失」に該当して解除権が消滅するという解釈は、「行為若しくは過失」の解釈として無理がある。「行為若しくは過失」をそのままに解し、あるいは伝統的通説とされる「故意若しくは過失」と解すれば、不可抗力による場合には二項により解除権が消滅しないことになる。したがって、危険移転後に物が不可抗力によって滅失損傷した場合であっても、買主はなお解除ができるといえよう。

もつとも、本稿で明らかになったことは、五四八条二項により解除権が存続することが危険配分と結びつかない可能性があるということである。解除ができることは、解除の相手方が不可抗力による滅失損傷の危険を負担するとは

限らない。我が国でも有力説は、解除ができることを危険負担と切り離し、(価値賠償義務の負担ないし五三六条一項(債務者主義)の類推適用という形での)買主負担を導いているのである。したがって、解除により危険が回帰するか否かの検討にあたっては、解除ができるか否かだけでなく、解除ができるとしても買主が価値賠償義務を負うのか否かを検討する必要があることになる。

ところで、我が国において、五四八条の「行為若しくは過失」を右のように極めて広く解して不可抗力による滅失損傷も買主負担とする見解や、買主に価値賠償義務を認めたり、契約関係の巻き戻しにも五三六条一項を類推適用して買主負担とする見解は、先にみたとおり、主として、買主の領域内から危険が生じた以上買主がその危険を負担すべきことを根拠とする。それに対し、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合にも、五四八条二項で買主の解除を認め、解除権者は何も返還せずに支払った代金全額の返還を請求できるとする立場は、解除の相手方が解除原因を作出したことを根拠として解除の相手方負担を導く。

こうしたことからすれば、買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険負担は、売主の契約不適合責任と買主の領域内から生じたリスクであるという要素とが競合する局面であり、売主負担とする立場は前者を、買主負担とする立場は後者を優先させていると位置づけることができる。このように、我が国においてもまた、先にみたドイツ法の主な対立構造と同じものをみてとることができるのである。

こうした対立構造を前提とすれば、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合に、この危険が回帰するか否か(買主が価値賠償義務を負うか否か)は、売主の契約不適合責任から売主負担を導くことが説得力を有するか否かがひとつの鍵になるといえよう。

ドイツではこうした競合状態を認識したうえで、草案理由書および改正後の多数説は、買主の法定解除の場合に売主に義務違反があることに着目して、買主の解除による危険の跳ね戻りを認めていたのである。それでは、現在進行中の我が国の民法（債権関係）改正では、どのような解決提案がなされているであろうか。次に、この点をみていくことにしよう。

3 民法（債権関係）改正と危険移転法理

(1) 契約不適合物の引渡しによる危険移転——改正法案五六七条一項

これまで検討してきたとおり、契約目的物が滅失損傷した場合に双務契約における反対債務がどうなるかという対価危険の問題は、現行法上、五三四条以下の危険負担の規定で規律されてきた。現行法五三四条ではこうした対価危険を買主が負担するとされているが、これでは買主に酷であるので、その後有力説は、買主が目的物の支配を取得した時に危険が移転するとし、その「支配」として物の占有に着目し、物の引渡しによる危険移転を支持してきた。改正法案では、こうした解釈を生み出す契機となった五三四条（および五三五条）の削除が提案されるとともに、契約各則の売買の節の五六七条に、目的物の滅失損傷に関する危険の移転についての規定を置くことが提案されている。改正法案五六七条一項は次のとおりである。¹²⁴

（目的物の滅失等についての危険の移転）

第五百六十七條 売主が買主に目的物（売買の目的として特定したものに限る。以下この条において同じ。）を引き

渡した場合において、その引渡しがあった時以後にその目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、買主は、その滅失又は損傷を理由として、履行の追完の請求、代金の減額の請求、損害賠償の請求及び契約の解除をすることができない。この場合において、買主は、代金の支払を拒むことができない。

2 (省略)

売買目的物の引渡しの後、不可抗力による滅失損傷が生じた場合、買主は代金の支払いを拒むことはできない。改正法案五六七条一項後段が、物の引渡しによる対価危険の移転を規定していることは明らかである。買主は物の引渡しにより、その後の物の危険を負担する。本稿Ⅱ章で述べた支配移転理論のうち、危険の移転と所有権とを結びつけない考えによるものである。改正法案は、こうした対価危険の移転を、給付危険の移転と共に規定する¹²⁵。

改正法案は、危険移転を所有権と結びつけないのであるから、他人物の引き渡しであってもその危険は買主に移転することになる。では、瑕疵物の場合はどうか。瑕疵ある特定物の場合には、改正法案五六七条二項の表現との比較が重要である。二項は受領遅滞による危険移転を規定するが、その二項では、「売主が契約の内容に適合する目的物をもって」と規定しており、契約適合物の提供を前提とすることがわざわざ明記されている。これとの対比からすれば、契約適合物という限定のない一項では、契約不適合物の引き渡しであつても、それにより危険が移転することが認められていよう。売主に契約不適合責任があろうとも、契約不適合物そのものの危険は引渡しによって移転するのである。このように、Ⅱ章及びⅢ章で検討した他人物または瑕疵物の引渡しによって危険が移転するかという問題

は、今回の改正法案によると危険移転を肯定する形で解決をみることになる。売主の契約不適合責任は、目的物の引渡しによる危険移転と切り離される。

もつとも、改正法案には問題も残されている。種類売買において瑕疵物が引き渡された場合の危険移転の有無である。先にみたとおり、我が国でもドイツでも、瑕疵ある種類物の引渡しでは、種類債務は特定せず、給付危険が移転しないと議論を前提として、その結果、対価危険も移転しないという論理があつた。ここで、瑕疵ある種類物の引渡しの場合でも対価危険の移転を認める構成としては、二つの構成がありうる。ひとつが、給付危険の移転と対価危険の移転とを分離し、対価危険のみが先行して移転すると解する構成である。つまり、給付危険はなお売主にあるとしても、対価危険は引渡しによって買主に移転するというものである。もうひとつが、対価危険が給付危険に先行して移転することは否定しつつも、瑕疵ある種類物によつても特定すると解する構成である。こうして特定して給付危険が買主に移転することに伴い、引渡しによつて対価危険も移転するというものである。

この観点から改正法案五六七条一項を見てみれば、改正法案五六七条一項には、ドイツ民法四四六条一文と異なり、「目的物（売買の目的として特定した物に限る。以下この条において同じ。）」と挿入されており、この括弧内の意味が問題となる。この点、ここでいう「特定」とは、民法四〇一条二項が規律するところの特定と同意義であるという解釈もありうる。改正法案は、種類物の対価危険の移転にあつて、給付危険が先に移転していることを要求していることとなる。その場合、契約に適合しない種類物の引渡しでは種類債務が特定しないという解釈を前提とすれば、契約に適合しない種類物の引渡しでは改正法案五六七条一項での対価危険の移転も生じないことにならう。¹²⁶ 事実、法制審議会ではこのような説明がなされている。¹²⁷

しかし、一方で、法制審議会では、あくまで文言上ははっきり書かれていないとして、「ささいな瑕疵であれば目的物は特定して危険は移転する」という解釈の可能性も指摘されている。¹²⁸ この解釈には、ふたつの方向性があるのではないか。つまり、ひとつは、些細な瑕疵であれば種類債務が特定するという理解を前提として、改正法案五六七条一項により引渡しによる対価危険の移転を導く構成である。しかし、もうひとつ、改正法案五六七条一項の「特定」を四〇一条二項の特定と結びつけない解釈も可能ではなからうか。¹²⁹ このように改正法案五六七条一項の「特定」が四〇一条二項の特定とは異なる概念であるという解釈を前提とすれば、改正法案五六七条一項は、対価危険が給付危険より先に移転することを認めている可能性があることになる。¹³⁰

以上のとおり、改正法案五六七条一項は、瑕疵ある種類物の取扱いについて解釈の余地を残している。しかし、それ以外については、契約不適合物であってもその引渡しによる危険移転を認めており、これまで不明確で曖昧であった問題につき、一定の限度で立法的解決を図ることができる規定になっているといえよう。

(2) 危険が移転した買主の解除の可否

ア 改正法案五六七条一項における危険移転と解除法理の重畳

右のように、危険が買主に移転することからすれば、それ以降に買主が解除できるのかも問題となり得よう。この点、まず、改正法案五六七条一項前段は、引き渡された「目的物が当事者双方の責めに帰することができない事由によつて滅失し、又は損傷したとき」の買主の解除権を否定する。したがって、この反対解釈として、目的物の滅失損傷につき売主が有責である場合には、買主の解除権は排除されないということになろう。目的物の契約不適合が原因

で滅失損傷した場合が想定される。¹³¹⁾

また、先に述べたとおり、改正法案五六七条一項のもとでは、契約に適合しない特定物であっても、その引渡しにより買主に危険が移転する。そうであれば、危険は買主に移転するものの、売主には契約不適合責任があるという事態が予定されている。改正法案五六七条一項前段の「その滅失又は損傷を理由として」という一節は、契約不適合物を理由としての解除を許容する意味を持つだろう。売主に契約不適合責任があつたことを理由として買主に与えられる権利行使は、遮断されないのである。¹³²⁾

以上より、改正法案五六七条一項によれば、引渡しによつて危険が移転する以上、原則としてその後の不可抗力による滅失損傷の危険は買主負担となるが、滅失損傷につき売主が有責であるときはもちろんのこと、当該滅失損傷と無関係に、売主に契約不適合責任があるときにも、買主は解除等を行うことが可能である。言い換えれば、改正法案もまた、危険移転と解除法理とが重畳することを認めているのである。

イ 改正法案五四八条——不可抗力による滅失損傷等の取扱い

もつとも、買主に危険が移転した後であっても解除できるかという問題と、引渡し後に買主の許で不可抗力による滅失損傷が生じた場合であっても解除できるのかという問題とは区別しうる。後者の問題については、本章2節において現行法五四八条の解釈を検討した。そこで次に、改正法案において現行法五四八条がどう扱われているかをみていこう。改正法案五四八条は次のとおりである。

(解除権者の故意による目的物の損傷等による解除権の消滅)

第五百四十八条 解除権を有する者が故意若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。ただし、解除権を有する者がその解除権を有することを知らなかったときは、この限りでない。

改正法案五四八条は、現行法五四八条一項の「行為」を「故意」に改め、かつ、解除権を有することを知っていた場合に限定する。現行法五四八条二項は削除される。現行法五四八条一項の起草理由は、一項の要件を満たす場合には解除権を黙示に放棄したものといえるという点にあった¹³³。ところが、現行法のもとでは、解除権者が解除権を有することを知らない場合であっても、一項の適用がある。改正法案はこの点に着目し、改正法案五四八条においては、解除原因認識後に発生した故意過失¹³⁴による滅失損傷等のみが解除権の消滅と結び付けられた¹³⁵。解除原因認識前までに発生した滅失損傷等については解除権の消滅につながらない¹³⁶。

したがって、買主がその受領物に契約不適合があることを認識した後に故意過失により滅失損傷等した場合には、もはや解除権は行使できなくなる。その結果、この場合、目的物に生じた危険が買主の負担となる¹³⁷。それに対して、買主が解除原因を認識した後の滅失損傷等ではあるが買主に故意過失がなかった場合、および買主が解除原因を認識する前の段階での滅失損傷等の場合には、広く解除権が存続する。「行為」が「故意」に改められたことにより、買主の許での不可抗力による滅失損傷等の場合には、改正法案五四八条によれば解除権が消滅しないことになる。

(3) 改正五四八条の危険配分機能の消滅と価値賠償による清算構造への転換

そもそも、五四八条については、当初、ドイツの二〇〇二年債務法改正によって旧ドイツ民法三五〇条以下が削除されたのと同様に、我が国でも削除が提案され、ドイツ新解除効果規定と同様に価値賠償による清算が企図された。¹³⁸しかしその後、五四八条を削除することへの批判を受け、要綱仮案段階からは五四八条の削除ではなく、先に見たような修正を施したうえで残すことが提案されるに至っている。¹³⁹

もつとも、現行法五四八条の解釈においても同条二項を危険配分規定とみない見解が有力に主張されていた(Ⅲ章2節(2)ア(ii)参照)。こうした見解からは、解除の可否と危険負担とが切り離され、解除ができることは必ずしも解除の相手方負担を意味しないことになる。そこで、この改正法案五四八条が危険配分機能を持ちうるかについて慎重な検討を要する。

この点、解除原因認識後には、解除後のような返還義務はなくても、将来ありうる返還に備えての保管義務がある。改正法案五四八条は、こうした義務に「故意若しくは過失」によって違反した場合について定める。つまり、改正法案五四八条は、買主が損害賠償義務を負う場合について、解除権が消滅して買主負担になると規定しているに過ぎないことになる。そうすると、現行法の五四八条をどう見るかはともかく、改正法案五四八条を両当事者が滅失損傷に無責の場合における危険配分規定とは評価できないことになる。¹⁴⁰改正法案五四八条に危険法理は現れないのである。以上のように解することができるのであれば、改正法案は解除権の消滅の規定を残すものの、解除ができることは必ずしも危険を解除の相手方が負担することを意味していないといつてよい。このことは、法制審議会において、改正法案五四八条という形で解除権消滅の規定を残すこととなった際にも、目的物を返還できない債務者には価値賠償義

務があることを前提に議論されていたことから裏付けられよう。目的物の返還が不能な場合にも、返還債務者には、原状回復義務としての価値賠償義務があることが度々語られている。¹⁴¹

以上の改正法案五四八条の分析結果を要約すれば、①買主が目的物を受領し、買主の許で滅失した場合であっても、買主が解除原因認識後に故意過失で滅失等したときを除き、買主の解除権の行使は制限されない一方で、②解除と物の滅失損傷の危険負担とは切り離されており、解除ができることは必ずしもその危険を解除の相手方が負担することを意味しないということになる。このことからすれば、改正法案においても、買主が解除できるからといって必ず危険が売主に回帰するとは限らないことになる。解除により売主に所有権が復帰するといっても、それに起因してどのような危険も売主に回帰するわけではない。¹⁴²物の返還不能につき売主に帰責性があれば格別、不可抗力による滅失損傷等の危険の場合には、買主が解除できるからといって、売主への危険の回帰へ直ちにつながるわけではない。

そして、改正法案五四八条にはない危険法理（両当事者が無責の場合の危険配分法理）が現れるのが、改正法案五六七条一項に他ならない。先に見たとおり、引渡しによって、その後の危険が買主に移転することになる。このことからすれば、一見すると、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険は、買主が広く価値賠償義務を負うという形で負担するようにも思われるが、どの範囲で価値賠償義務を認めるかについては改正法案で明確にされておらず、解釈に委ねられている。

ドイツ法において、三四六条二項一文三号（滅失損傷の場合の価値賠償義務）により原則として買主負担としつつも、不可抗力による滅失損傷の場合には、売主の義務違反に着目して売主負担（危険が回帰する）としていたことを思い起こせば、改正法案五六七条一項の存在によって買主が常に価値賠償義務を負うとは限らない。¹⁴³

改正法案は、いかなる場合に買主が価値賠償義務を負うのかにつき、明確な回答を与えていないように思われる。

VII おわりに

1 本稿のまとめ

契約不適合物の滅失等をめぐる問題は、危険負担と契約責任法理とが競合する場面である。本稿は、そうした問題を、売買目的物の対価危険の移転という観点から検討してきた。契約不適合物の引渡しによる対価危険の移転を否定する構成は、右の競合を、引渡しによる危険移転を認めるか否かの段階で考慮するものであった。右の競合を意識し、契約不適合物の危険移転を、契約適合物の危険移転とは区別するわけである。他人物の引渡しでは支配が移転していないとして危険移転を認めず、瑕疵物の引渡しにあっても解除できるほどの重大な瑕疵がある場合には危険移転を否定する。本論でも述べたとおり、売主から買主への危険の移転は、その後の現実化した危険を原則として買主に負担せしめるものである以上、契約不適合物の引渡しでは直ちに危険移転を認めないという論理にも一定の説得力がある。しかし、このような構成には、問題があることも明らかとなった。まず、ドイツにおける議論状況から、危険移転を否定してしまうと、契約を解除できるほどの契約不適合がありつつも買主が代金減額という手段を選択した場合に、理論的難点が生じることが分かった。この場合、買主が契約不適合に相応する代金減額のみを望む以上、目的物の引渡し以降の損傷等の危険は買主負担とするため、危険移転を物の引渡し時に遡及して認めざるを得ないからである。このことは、代金減額請求が選択された場合だけでなく、たとえば、買主が解除等をしないうちに権利行使期間が徒

過してしまった場合にもあてはまる。また、一定の場合に危険移転を否定する見解は、契約の履行過程において、現在、契約当事者のどちらが危険を負担しているのかについての把握を曖昧にってしまうという問題もあることが分かった。

こうした難点を回避する方策としてドイツ法の示唆する解決こそが、契約不適合物の引渡しであろうと危険が買主にいったん移転することを承認したうえで、その後の危険を売主負担とすべきケースにおいては、買主の解除によって危険が売主へ回帰することを認めるといふ危険移転法理であった。物の引渡しによる危険移転を認めつつも、別途売主に契約不適合責任がある以上、買主の解除を認める。危険移転と契約不適合責任を切り離し、危険移転と解除法理との重畳を認めることこそが、問題の簡明な解決を可能とするのであった。事実、このような危険移転と解除法理との重畳は、我が国でこれまでバラバラに扱われてきた他人物売買、二重売買および瑕疵物給付の場合の危険負担問題につき、統一的で見通しのよい処理を可能にする。物の引渡しがある以上まずは機械的に買主への危険移転を認め、あとはどのようなケースであっても、買主の解除により危険が回帰して良いかどうかという一点でそれぞれの特殊性を検討すれば足りるのである。

そして、こうした危険移転法理は、民法（債権関係）改正とも適合するものであった。危険の移転に関する改正法案五六七条一項は、目的物の引渡しによる危険の移転を定め、なおかつ、この目的物は、同条2項との対比により、契約不適合物であっても足りるといふ解釈が導かれた。改正法案五六七条一項により、従来の契約不適合物の場合の危険移転効を否定する解釈に終止符が打たれることになる。また、改正法案五六七条一項および同五四八条の分析から、買主への危険移転後に物が買主の許で不可抗力によって滅失損傷等した場合であっても、買主は売主の契約不適

合責任に基づき契約を解除しうるものが明らかになった。改正法案においても、危険移転と解除法理との重畳が認められており、買主に移転した危険が解除によつて売主に回帰しうるのである。

もつとも、以上の論理は、契約不適合物が特定物の場合には妥当することが明確だが、種類物の場合についても同じく妥当するか否かは必ずしも明確でない。改正法案五六七条一項では、引き渡された目的物につき「特定」なる文言による限定がなされているが、これが現行法四〇一条二項の意味での特定と同意義であるかが曖昧だからである。本稿が全体として検証してきた、危険移転と解除法理の重畳、つまりは、物の引渡しによる危険の移転と買主の解除による危険の回帰という危険移転法理を前提とすれば、契約不適合物が種類物の場合であつたとしても、やはり物の引渡しによる対価危険の移転を認めても差し支えがないはずである。危険負担と契約責任法理との競合問題を統一的に処理し、かつ見通しのよいものにするという観点からは、契約に適合しない種類物の引渡しの場合にも対価危険の移転を認めるべきということにならう。改正法案五六七条一項が求めているのは売買の目的物としての特定であり、四〇一条二項が規律する種類債務の特定とは別概念であるという解釈も成り立つように思われる。

2 残された課題

最後に、残された課題を示しておきたい。本稿では、物の引渡しによる危険移転とその回帰を検討してきたが、買主の許での不可抗力による滅失損傷の場合、この危険が買主の解除により常に売主に回帰するとは限らないことが明らかになった。そこで、解除による危険の回帰が、どのような場合にどのような根拠で認められるかについての解明が必要となる。これを買主の価値賠償義務の有無という観点から見れば、買主はどのような場合にどのような根拠で

価値賠償義務を負うかについての説明が必要ということになる。

本稿で我が国の議論を分析した結果、買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険については、売主の契約不適合責任から売主負担を導く立場と、買主の支配領域から危険が生じたことから買主負担を導く立場とがあることが分かった。また、ドイツの改正草案理由書及び改正後の多数説は、危険回帰の根拠を解除の相手方の義務違反に求めていることから、こうした立場は、売主の契約不適合責任を、買主の支配領域内から生じたという要素に優先させていることになる。今後は、売主の契約不適合責任を根拠として危険の回帰を認めることの是非を検証することが必要である。ドイツにおいて改正草案理由書や改正後の多数説に反対する立場は、売主の契約不適合責任と不可抗力による滅失損傷とは因果関係がないとして批判するわけだが、この因果関係をどう捉えるべきかについてもまた、ひとつの争点となろう。

また、ドイツ法での議論が示唆するとおり、売主の契約不適合責任だけでなく、買主には自己の物との信頼があることや、買主による解除がなされているという要素（解除によってそれまでの危険配分が変更されるのではないかとの指摘）もまた、危険の回帰を生じさせようものとして重要であろう。こうした点の原状回復法における位置づけをする必要がある。

改正法案五六七条一項の存在により、我が国では、買主の許での不可抗力による滅失損傷の危険を、買主負担とする解釈がより支持を増やす可能性がある。しかし、問題とされるべきは、買主の領域内から生じた危険は買主が負担すべきであるという論理が、売主の契約不適合責任や買主の自己の物との信頼等によって修正されるのか否かである。近時、我が国でも、買主負担を導くにあたって、買主の支配領域内から生じたことを強調するのではなく、契約時の

買主の財産上の決定による危険引受けを問題にする見解も主張されているが、こうした論理についてもまた、右の修正を受ける否かの議論が必要に思われる。¹⁴⁵

こうして見てくると、議論は緒に就いたばかりである。危険の回帰根拠に関する詳細な検討は他日を期したい。

(1) 本稿では、「契約不適合物」という概念を、売買目的物に、現行法でいうところの権利の瑕疵あるいは物の瑕疵がある場合を指すものとして用いる。したがって、「売主の契約不適合責任」とは、こうした権利の瑕疵や物の瑕疵についての売主の契約上の責任を意味する。

(2) 詳しくは、II章及びIII章3節参照。

(3) 本稿でドイツ法を手がかりとすることには他にも理由がある。我が国の民法五四八条がドイツ法の影響を受けた規定であることはもちろんのこと（この点につき、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3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）八二六頁以下、本田純一「民法五四八条の系譜的考察（上）（下）——解除に基づく清算義務の重畳的性格」判タ五五六号（一九八五年）一六頁以下、五五七号（一九八五年）三四頁以下参照）、その後ドイツが二〇〇二年の債務法改正において、日本民法五四八条に相当する旧ドイツ民法三五〇条以下の解除権の消滅にかかわる規定を削除した。買主が売買目的物を返還できるかどうかにかわりなく、解除ができることを前提としたうえで、価値賠償による清算を詳細に規定するに至ったのである。この価値賠償による清算構造については、本稿にて詳論する。

(4) 石坂音二郎『日本民法第三編債権第六卷』（有斐閣書房・一九一六年）二一〇〇頁以下、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣・一九一八年）一六八頁。

(5) 横田秀雄『債権各論』（清水書店・一九二二年）一一八頁、戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店・一九四二年）七六頁、岡村玄治「双務契約における危険負担」志林五〇巻三・四号（一九五三年）七・八頁、我妻榮『債権各論上卷』（岩波書店・一九五四年）一〇三頁、末川博『契約法上（総論）』（岩波書店・一九五八年）八七・八八頁、石田穰『民法V（契約法）』（青

- 林書院・一九八二年) 六〇頁、松坂佐一『民法提要債権各論〔第五版〕』(有斐閣・一九九三年) 四七・四八頁、潮見佳男『法律学の森』債権総論Ⅰ〔第二版〕(信山社・二〇〇三年) 四七五頁、甲斐道太郎『新版注釈民法(二三) 債権(四)〔補訂版〕』〔谷口知平Ⅱ五十嵐清編〕(有斐閣・二〇〇六年) 六六三・六六四頁、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法〔第三版〕』(成文堂・二〇〇六年) 五六頁、川井健『民法概論四債権各論〔補訂版〕』(有斐閣・二〇一〇年) 四二・四三頁、内田貴『民法Ⅱ〔第三版〕』(東京大学出版会・二〇一二年) 六九頁。
- (6) 我妻・前掲注(5) 一〇二頁、石田穰・前掲注(5) 六〇頁、広中俊雄『債権各論講義〔第六版〕』(有斐閣・一九九四年) 三三八・三三九頁。
- (7) 広中・前掲注(6) 三三七頁。
- (8) たとえば、半田吉信『売買契約における危険負担の研究』(信山社・一九九九年) 一六九頁、近江・前掲注(5) 五四頁。
- (9) 広中・前掲注(6) 三三八・三三九頁。
- (10) 物権変動の時期を遅らせるのと買主負担主義の制限とでは目的が異なるとして批判するのは、小野秀誠『危険負担の研究』(日本評論社・一九九五年) 三三七頁以下。
- (11) 代金が支払われた時にも危険が移転するという点への批判として、船越隆司「買主の危険負担法理に対する考察と再構成(三・完)——危険負担と受領遅滞に対するドイツ法・アメリカ法等の政策的配慮とわが国民法の解釈」判時一〇五三号(一九八二年) 一三頁、多治川卓朗「買主危険負担主義(民法五三四条一項)の制限解釈——わが国の学説状況の整理」関法四六巻一号(一九九六年) 九七・九八頁、半田・前掲注(8) 一六二頁を参照。
- (12) 船越・前掲注(11) 一三頁、森島昭夫「危険負担(2)——特定物売買における危険負担」法教一二九号(一九九一年) 七三頁、近江・前掲注(5) 五五頁、平野裕之『民法総合5契約法』(信山社・二〇〇七年) 一二五頁。
- (13) 半田・前掲注(8) 一六七頁以下。
- (14) 小野・前掲注(10) 三四四・三四五頁および四〇三・四〇四頁、潮見・前掲注(5) 四七四頁など。
- (15) 広中・前掲注(6) 三三九頁。

- (16) 船越・前掲注(11)一四頁。
- (17) 半田・前掲注(8)一六八頁。
- (18) 半田・前掲注(8)一六九頁。そのため、この立場は、所有者主義を維持するものとも評される(近江・前掲注(5)五四頁)。
- (19) 半田・前掲注(8)一七〇頁。
- (20) 潮見・前掲注(5)四七五頁、山本敬三『民法講義IV—1契約』(有斐閣・二〇〇五年)一三五頁。
- (21) 他人物の引渡しであっても危険の移転を認めるのは、管見のかぎり、ごく僅かである。小野・前掲注(10)四〇三・四〇四頁、小野秀誠『給付障害と危険の法理』(信山社・一九九六年)二〇五頁、北居功「二重売買と危険負担——危険負担制度と契約解除制度の競合」法研八四卷一二号(二〇一一年)四五五頁。北居教授は、他人物の引渡しがあっても危険移転を否定するのは、危険移転の契機となる支配が所有権の移転と結びついて初めて可能な論理であるとし、こうした結びつきを認めない考え方の下で危険移転を否定することは論理として通用しないとす。
- (22) 詳しくは、Ⅲ章3節を参照。
- (23) もつとも、現在では、五四八条を危険配分規定とみない見解が主張されるに至っていることは、Ⅲ章2節(2)にて述べる。また、民法(債権関係)改正での改正法案五四八条では、解除ができることと危険負担とが切り離されていることについては、V章3節で分析する。
- (24) この点につき、本田純一「解除に基づく原状回復義務Ⅱ」Law School四五号(一九八二年)一五頁、好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系第2巻現代契約の法理(2)』(有斐閣・一九八四年)一八二頁以下、小野・前掲注(21)一一四頁以下、半田吉信「売買の解除、無効、取消と危険負担」好美清光先生古稀記念『現代契約法の展開』(経済法令研究会・二〇〇〇年)一七三頁以下を参照。
- (25) 我妻・前掲注(5)一九五頁、柚木馨『債権各論(契約総論)』(青林書院・一九五六年)三〇七頁、三宅正男『契約法(総論)』(青林書院・一九七八年)二四三頁、品川孝次『契約法上巻』(青林書院・一九八六年)一六五頁など。

(26) もっとも、この当時は、五四八条が原状回復義務の内容とは切り離されて理解されていたこともあり、本文の二つ目の見解(原状回復義務の一環としての価値賠償義務を認める見解)からも、五四八条所定の「行為」を故意に読み替えるとの主張がされていた。この点は、本稿注(34)を参照。

(27) たとえば、本田・前掲注(24)一五頁、半田・前掲注(24)一七四頁を参照。

(28) 末弘・前掲注(4)二六〇頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(上巻)』(岩波書店・一九二四年)二三五・二三六頁、石田文次郎『債権総論講義』(弘文堂・一九二六年)八二頁、勝本正晃『債権法概論(総論)』(有斐閣・一九四九年)八二頁、末川・前掲注(5)一六七頁、永田菊四郎『新民法要義第三巻下(債権各論)』(帝国判例法規・一九五九年)八九・九〇頁。

(29) その他、この従来通説に対する批判は、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(上)」一六頁以下に詳しい。

(30) 最判昭和五年二月一三日民集三〇巻一号一頁(他人物売買が解除された事案において買主の他人物売主に対する使用利益返還義務を認めたもの)は、買主が目的物を返還できないことにつき売主が有責である場合において、買主が価値賠償義務を負わないことを認めている。

(31) すなわち、五四八条一項本文の原状回復義務から包括的な返還債務者負担を導くことはできない。契約当事者の一方の契約がなかった状態を回復することを貫徹することが不当である¹⁾を指摘するのは、Hans Josef WIELING, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, Jus, 1973, S.398. また、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(上)」一九頁及び二四頁注(10)も参照。

(32) この点については、本田・前掲注(3)が詳細な分析をおこなっている。

(33) 起草者の穂積陳重が、五四八条二項に關し、解除による危険の転嫁を予定していたかについては、理解が分かれている。売主が解除権を有する場面が念頭に置かれていたことから、解除による危険の転嫁は予定されていなかったと指摘するのは、小野・前掲注(21)一五一頁以下(とりわけ一五三頁、一五六頁注(20))。それに対し、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四〇頁以下も参照。

(34) 末弘・前掲注(4)二七六・二七七頁、鳩山・前掲注(28)二五〇・二五一頁、我妻・前掲注(5)二〇六頁、永田・前掲注

(28) 九五頁、山下末人『新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕』(谷口知平 五十嵐清編) (有斐閣・二〇〇六年) 九〇五頁など。Ⅲ章2節(1)の二つ目の見解(原状回復義務の一環としての価値賠償義務を認める見解)を説く末弘博士等もまた、「行為」を広く解してしまうと「過失」を規定した意味が無くなってしまふことなどを根拠とし、故意への読み替えを行った(解除権消滅の範囲を縮小させる)ことは興味深い。五四八条二項が危険配分規定とは見られていなかったことの証左であるとともに、これらは、現在の五四八条二項を危険配分規定とみない見解の嚆矢ともいえる。

(35) 鈴木祿弥『債権法講義〔四訂版〕』(創文社・二〇〇一年) 一六四頁、小野・前掲注(21) 八二・八三頁、一七八・一七九頁、一八〇・一八一頁および二〇八頁、花本広志『目的物の返還不能と解除権の帰趨』に関する覚書〔独協四一号(一九九五年) 二九五頁以下、円谷峻「国連統一売買法における解除権と目的物の返還不能」一論一〇九卷一号(一九九三年) 七九頁注(7)、同『現代契約法の課題——国際取引と民法理論』(一粒社・一九九七年) 三二三頁、新田孝二『危険負担と危険配分』(信山社・一九九八年) 二二四頁以下、同「ドイツ債務法の現代化法における契約解除と日本法との比較」関東学園二五号(二〇〇二年) (以下「新田①論文」という。) 二七頁以下、同「詐欺による取消し・契約解除に基づく清算関係における危険配分 (Risikoverteilung)」関東学園三三三号(二〇一〇年) (以下「新田②論文」という。) 七五頁以下、同「契約解除による原状回復及び取消しによる清算関係における危険配分のまとめ」関東学園三四号(二〇一一年) (以下「新田③論文」という。) 一〇五頁以下、半田・前掲注(24) 一七四頁以下、平野・前掲注(12) 二〇九頁。

(36) 鈴木・前掲注(35) 一六七頁、花本広志「草案三四六条(解説)」下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会の研究』(法政大学出版局・一九九六年) 九八頁、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』三〇七頁、新田・前掲注(35)『危険負担と危険配分』二一四頁以下、平野・前掲注(12) 一九五頁。

(37) 本田純一「給付利得と解除規定」私法四二号(一九七九年) 二六・二七頁、本田・前掲注(24) 一七頁(ただし、以上は【本田旧説】)。

(38) これに対して、一項が適用されて解除権が排除される場合について、買主負担となる帰結を動かすことは解釈として不可能である。したがって、この立場からも、一項の限りでは危険配分規定であることを認めていることになろう。

(39) 本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四六頁。

(40) 山中康雄「解除の効果」『総合判例研究叢書10』(有斐閣・一九五八年)二〇二・二〇三頁、好美・前掲注(24)一八二・一八三頁、山下・前掲注(34)九〇六頁、藤原正則『法律学の森』不当利得法(信山社・二〇〇二年)一七三頁、内田・前掲注(5)九八・九九頁、潮見・前掲注(5)四五五・四五六頁、山本・前掲注(20)二〇一・二〇二頁。なお、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Ⅱ契約および債権一般(1)』(商事法務・二〇〇九)三三九頁も、以上と同様の立場から改正提案をしている。なお、好美教授の見解は、五三六条一項類推適用説(D説)として紹介されることがあるが、本稿では右文献の理解として価値賠償義務説(C説)として位置づけた。

(41) 四宮和夫『請求権競合論』(一粒社・一九七八年)二〇四頁、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四五・四六頁(【本田新説】)、松本恒雄『現代民法講義5契約法(改訂版)』(石外克喜編(法律文化社・一九九四年)一二二・一二八頁。四宮教授は、売主の代金返還義務も消滅ないし縮減するという形での処理を原則としつつも、受領者が解除原因を作った場合には「受領者は全部返還義務を負う」としている。この点で、四宮説はA説としても位置づける。なお、不当利得法での議論だが、不可抗力による滅失損傷の危険を受領者である買主負担と説いた川村泰啓教授は、買主に価値賠償義務を認める見解(C説)として紹介されることが多いが、返還が全部不能の場合には五三六条一項によるが、返還の一部不能の場合については、五三六条一項の処理によるか、買主が不能分の価値賠償をする代わりに代金全額の返還を請求する処理によるかを買主が選択できるとしている(川村泰啓「不当利得返還請求権の諸類型(2)」判例評論七七号(一九六五年)六〇頁)。その他、不当利得法におけるものとして、奥田昌道「契約が取り消されたり無効の場合の返還請求権について」法学教室(第二期)七号(一九七五年)四一頁、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐閣・一九八六年)四五一頁、同『加藤雅信著作集第三卷不当利得論』(信山社・二〇一六年)四三二・四三三頁も参照。

(42) こうした指摘は、既に本田・前掲注(24)一七頁にある。

(43) なお、小野・前掲注(21)二〇八頁は、売主負担という結論を導くにあたり、解除権の成立要件における厳格性あるいは制限性の程度に着目する。要件の厳格な解除権が認められた以上、その意味を重視するものであり、これも清算処理において解

除原因を考慮する考えの一種ということができよう。

- (44) このようないわば価値中立的な清算を志向する立場として代表的なのは、好美清光「不当利得法の新しい動向について(上)(下)」判タ三八六号(一九七九年)一五頁以下、三八七号(一九七九年)一二二頁以下。
- (45) 売主負担とする根拠は、B説では五四八条二項に、C説では買主の支配領域外であるという点に、D説では五三六条二項に、それぞれ求めることになるう。
- (46) 新田・前掲注(35)新田②論文八〇頁。
- (47) 小野・前掲注(21)七四頁。
- (48) 小野・前掲注(21)一四八頁。
- (49) 小野・前掲注(21)二〇八頁。
- (50) 小野・前掲注(21)二〇八頁。
- (51) 小野・前掲注(21)八二・八三頁。その他、一五〇頁、一七八・一七九頁および一八〇・一八一頁も同様。なお、平野・前掲注(12)一二六頁も参照。
- (52) 花本・前掲注(36)九七・九八頁および一〇〇頁注(19)を参照。
- (53) 瑕疵ある種類物が給付されて給付危険が移転しない場合には、対価危険も移転しないとされてきた。対価危険は給付危険に先行して移転しないとされてきたのである。この点につき、小野秀誠『反対給付論の展開』(信山社・一九九六年)九一頁、北居功『契約履行の動態理論Ⅱ——弁済受領論』(慶應義塾大学出版会・二〇一三年)一四六頁以下参照。
- (54) 北居・前掲注(21)四五二頁および四五八頁。
- (55) 旧法下でのドイツの議論状況の紹介として、北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開」龍谷九卷一号(一九七六年)五七頁以下、本田純一「給付利得と解除規定(1)(2)(3)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城一号(一九七八年)二九三頁以下、四号(一九七九年)七五頁以下、六号(一九八〇年)七一頁以下、同・前掲注(37)二三頁以下、同・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」三四頁以下、小野・前掲注(21)一〇三頁以下および一二二頁以下、新田・

前掲注(35)新田①論文八頁以下、半田・前掲注(24)一五九頁以下、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』三〇七頁以下、花本・前掲注(36)九〇頁以下。なお、ドイツ以外の諸外国における危険移転論については、小野・前掲注(21)一〇六頁および一二二頁以下を参照。

(56) 二〇〇二年債務法改正前のドイツ民法関連条文(邦訳にあたっては、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社・一九八八年)を参照した。)

【旧第三二七条】

第三二五条および第三二六条に定める解除権については、約定解除権に関する第三四六条から第三五六条までの規定を準用する。相手方の責めに帰することのできない事由に基づいて解除がされるときは、相手方は、不当利得の返還に関する規定によつてのみ責任を負う。

【旧第三四六条】

契約において、一方の当事者が解除を留保した場合、その解除を行使するときは、当事者は、受領した給付を互いに返還することを義務づけられる。履行された労務及び物の使用の譲渡については、その価値を支払わなければならないか、あるいは、仮に契約において反対給付を金銭で定めている場合にはこれを支払わなければならない。

【旧第三四七条】

解除の場合において、損傷、滅失その他の事由によつて生じた返還不能による損害賠償請求は、給付の受領の時から、所有者と占有者との関係について所有権に基づく請求権の訴訟継続の初めから適用される規定によつて定まる。収益の返還請求または補償請求及び費用償還請求についても同様である。金銭には、受領の時から利息を付さなければならない。

【旧第三五〇条】

解除は、解除権者の受領した対象が偶然により滅失したことによつて排除されない。

【旧第三五一条】

解除は、受領した対象の著しい損傷、滅失その他の返還不能について、解除権者に過失があつた場合に、排除される。対象

の重要な部分の滅失は、著しい損傷と同様とし、第二七八条により解除権者の責めに帰すべき他人の過失は、権限者自身の過失と同様とする。

【旧第三五二条】

解除は、解除権者が受領した物を加工または改造により他の種類の物に変えた場合に、排除される。

【旧第三五三条】

一 解除権者が、受領した対象もしくはその対象の重要な部分を譲渡し、またはその上に第三者の権利を負担させた場合において、これらの処分によりその対象を取得した者の許で第三五一条または第三五二条の定める要件が発生したときは、解除が排除される。

二（省略）

【旧第四四六条】

一 売買目的物の引渡しによって、その偶然的滅失および損傷の危険は買主に移転する。その引渡しの中から、収益は買主に移転し、買主は物の負担を引き受ける。

二 土地または登記された船舶もしくは建造中の船舶の買主が、引渡しの前に所有者として土地登記簿、船舶登記簿、建造中船舶登記簿に登記した場合には、前項の効力は、登記の時から生じる。

【旧第四六七条】

瑕疵担保解除については、約定解除権に適用される第三四六条から第三四八条、第三五〇条から第三五四条、および第三五六条の規定を準用する。ただし、第三五二条の場合において、瑕疵が物の加工に際して初めて明らかになったときは、解除は排除されない。売主は買主に対して、契約の費用を賠償しなければならない。

【第九八九条】

占有者は、訴訟係属後、自らの過失によって物が損傷もしくは滅失し、またはその他の理由から同人により返還されえないことにより生じる損害について、所有者に対し責任を負う。

- (57) この“*Mortuus Redhibetur*”（死んだ奴隷は返される）という法諺は、売却された奴隷または家畜が買主の許で死亡したときであっても、その死亡が売買の際に罹患していた病気が原因である限り、買主は、契約を解除して支払済みの売買代金の返還を請求することができ、奴隷または家畜が死亡したことが売主の負担になるということを意味したとされる。しかしその後、ドイツ普通法において、物の瑕疵と因果関係のない偶然滅失の場合にもこの法諺が拡大されていった。旧三五〇条は、このドイツ普通法の理解を引き継ぐものである。一方で、プロイセン一般ラント法（ALR）では、買主が受領した状態で目的物を返還できるときにのみ買主に瑕疵担保解除を認めていたが、実務では、例外として、滅失または損傷が物の瑕疵から生じたものであるときは売買代金の返還請求をすることができたとされる。フランスは、こうしたプロイセン一般ラント法の下での実務と同様に理解し、目的物の滅失が物の瑕疵の結果として生じた場合にのみ売主負担とするという立場をとった。この法諺とその後理解の変遷については、本田・前掲注(55)「給付利得と解除規定(1)」二一九八頁以下、小野・前掲注(21)八七頁以下（とりわけ九二頁、九三頁注(6)、九五頁注(11)）参照。
- (58) Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S.408; Yves DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, 2011, S.17; Bernd LINKE, *Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge*, 2007, S.50.
- (59) 小野・前掲注(21)一四三頁も参照。これは物の瑕疵に限られず、権利の瑕疵がある場合であっても引渡しによる危険移転が認められていた。このことは既に小野・前掲注(21)二〇三頁の注(3)に指摘がある。
- (60) 小野・前掲注(21)一〇四頁。
- (61) Werner FLUME, *Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung*, AcP., 194, 1994, S.445.
- (62) 我が国でいうところの「自己の財産における同一の注意違反」である。花本・前掲注(36)九二頁参照。
- (63) Dieter MEDICUS, *Typen bei der Rückabwicklung von Leistungen*, JuS., 1990, S.692; Helmut HEINRICHS, in: Palandt *Kommentar zum BGB*, 56. Auflage, 1997, § 351 Rdnr.3. なお、法定解除の場合で解除権者が解除原因認識前のときとは異なり、約定解除のときや法定解除の場合で解除権者が解除原因認識後のときには、多くの学説は、通常の過失、つまり善管注意

義務違反を意味すると理解していたが、この点には争いもあった。Johannes HAGER, Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs, in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S.439. 上の点については、花本・前掲注(35) 三〇〇頁の注②に指摘がある。

(64) Dagmar KAISER, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*, Buch 2, 2001, § 350 RdNr.12 ff.

(65) 旧三五〇条の適用範囲を狭めようとする債務法改正前の学説状況については、本田・前掲注(55)「給付利得と解除規定(1) 三〇五頁以下および同「給付利得と解除規定(2)」七五頁以下が詳細な紹介をしよう。

(66) Hermann SCHWENN, Die Gefährtragung beim Rücktritt, *AcP*, 152, 1952 / 1953, S.138 ff.

(67) Heinrich HONSELL, Gefährtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, *MDR*, 1970, S.717 ff.

(68) Ernst WOLF, Rücktritt, Vertretensmissen und Verschulden, *AcP*, 153, 1954, S.142 f.; Hans G. LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S.213 ff.

(69) 前者については Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibitur, *Festschrift für Karl Larenz*, zum 70. Geburtstag, 1973, S.627 ff.; Karl LARENZ, a. a. O. (Fn.58), S.409 ff. 後者については Ernst WOLF, a. a. O. (Fn.68), S.129 f.; Hans G. LESER, a. a. O. (Fn.68), S.198.

(70) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.399. なお、フルーメの不当利得法における財産的観点からの決定 (vermögensmäßige Entscheidung) 理論やヴァーリングの見解を前提として、買主のいかなる行為を危険の引受けと評価するかという観点から検討したものと、Bernhard RENGIER, *Wegfall der Bereicherung*, *AcP*, 177, 1977, S.419,438 ff. また、フルーメの財産的観点からの決定理論につき、川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・二〇〇四年) 二二五頁以下も参照。

(71) その他、双務契約の牽連性 (旧三三三条) や不当利得における差額説 (Saldotheorie) に反することもまた、有力説の論拠とされた。不当利得における差額説とは、物の引渡しの際点における客観的価値と支払われた代金との差額 (Saldo) を不当利得における利得とする立場であり、双務契約における双方の給付の依存関係を認めることに特徴がある。こうした差額説

によると、買主は差額分の利得返還請求権しか有さないことになるため、目的物滅失の危険は買主が負うことになる。

(72) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.397 ff.; Ernst von CAEMMERER, a. a. O. (Fn.69), S.631.

(73) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.398; Ernst von CAEMMERER, a. a. O. (Fn.69), S.634,642.

(74) Begründung zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks.14 / 6040, S.191,193,196. この点につき、小野・前掲注(21)二一四以下頁および二二四頁以下も参照。

(75) 二〇〇二年債務法改正後のドイツ民法関連条文(邦訳にあたっては、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局・二〇〇二年)を参照した。)

【第三四六条(解除の効果)】

1 契約当事者の一方が契約により解除権を留保した場合または法定解除権を有する場合において、解除がなされたときは、受領した給付を返還し、かつ、収取した利益を返還しなければならない。

2 次の各号に規定する場合には、債務者は、給付または収益の返還に代えて、価値賠償をしなければならない。

- (1) 給付または収益の返還が、取得したものの性質によって排除されるとき
- (2) 債務者が受領した対象を消費し、譲渡し、担保に供し、加工し、または改造したとき
- (3) 受領した対象が損傷または滅失したとき。ただし、用法に従って使用に置いた (Ingebrauchnahme) ことにより生じた損傷についてはこの限りでない

契約において反対給付が定められたときは、その反対給付は、価値賠償の算定に際して基礎とされなければならない。消費貸借の使用利益に関する価値賠償がなされるべきときは、使用利益の価値がより小さいことを立証することができる。

3 価値賠償義務は、次の各号の場合に消滅する。

- (1) 解除を基礎づける瑕疵が、対象を加工または改造中に初めて明らかになったとき
- (2) 債権者が損傷または滅失について有責であるとき、またはその損害が債権者の許でも同様に生じたであろうとき
- (3) 法定解除権の場合において、解除権者が自己の事務について通常用いるべき注意を尽くしていたにもかかわらず、損

傷または滅失が解除権者（権限者）の許で生じたとき

残存する利得は返還しなければならない。

4 債権者は、本条第一項の義務の不履行を理由として、第二八〇条から第二八三条に基づき損害賠償を請求することができる。

【第三四七条（解除による収益と費用）】

1 債務者が、通常の経済法則に従えば収益を得ることができたにもかかわらず、これに反して収益を得なかったときは、債権者に対して価値賠償することを義務づけられる。法定解除権の場合、解除権者は、収益に関して、彼が自己の事務について通常用いるのと同じの注意についてのみ、責任を負わなければならない。

2 (省略)

【第四四六条（危険及び負担の移転）】

売買目的物の引渡しによって、その偶然的滅失および損傷の危険は買主に移転する。その引渡しの中から、収益は買主に帰属し、買主は物の負担を引き受ける。買主が受領遅滞に陥るときは、引渡しがあったのと同様とする。

- (76) ドイツ新解除効果規定を紹介する我が国での先行業績として、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）二二三頁以下、新田・前掲注(35)新田①論文一七頁以下、同・前掲注(35)新田②論文三五頁以下、同・前掲注(35)新田③論文四九頁以下、岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法の体系』（創文社・二〇〇六年）七二頁以下などがある。また、改正草案段階の規定の紹介として、小野・前掲注(21)二二二頁以下、花本・前掲注(36)一〇一頁以下、潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣・二〇〇〇年）五八・五九頁も参照。

(77) BT-Drucks.14 / 6040, S.194.

(78) BT-Drucks.14 / 6040, S.196. なお、三四六条二項一文三号には、ただし書があり、例外的に価値賠償義務を負わない場合についての定めがある。このただし書の射程（“Ingebrauchnahme”の解釈）については学説上争いがあるところだが、本稿で

はこの点に立ち入らない。同様に、⁶⁷⁾ 以上は二項一文であり、⁶⁸⁾ 二項一文には、価値賠償をするにあたっての賠償価値の算定の規定が置かれている。この点の検討も他日を期したい。

(67) Claus-Wilhelm CANNARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVI.

(68) BT-Drucks.14 / 6040, S.194.

(69) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, § 346 RdNr.134; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.92 ff.,162.

(70) BT-Drucks.14 / 6040, S.194; Claus-Wilhelm CANNARIS, a. a. O. (Fn.79), S. XXXVI; Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.63), S.439; Florian FAUST, in: Peter HUBER / Florian FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.10, RdNr.21; Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.54. リンケは「この点で、解除効果法における危険負担は、(二四六条三項による重要な例外をいったん度外視すれば) 差額説を通して実現された危険配分と一致する」ことを指摘する。

(83) Stephan LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW., 2005, S.1893; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.21; Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.174,199 ff.; Timo FEST, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.34 ff.; Richard MOTSCH, Neues Schuldrecht: Rücktritt vom Kauf, JR., 2002, S.226; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.162 ff.

(84) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.133.

(85) 旧三四七条は、旧三五〇条以下が解除権者のみに関係する規定であったのと異なり、解除権者にも解除の相手方にも適用される。そこで、旧法下においては、物が解除権者の許で解除権者の責めに帰すべき事由によって滅失した場合、解除前であれば三五一条で解除権が排除され、解除後であれば旧三四七条で解除権者が損害賠償義務を負うと解釈されていた。これに対して、解除の相手方の許での滅失の場合には、解除前であろうと旧三四七条が適用される。しかし、旧三四七条が指示する九八九条は、物の返還請求訴訟が提起された後に生じる問題に対する規律であるため、この占有者は自らの返還義務を認識し

ている。本来、これと比較できるのは、解除権行使後の解除権者ないし解除の相手方でしかない。それにもかかわらず、旧三四七条が九八九条を持ち出していることに強い批判があった。以上につき、BT-Drucks.14 / 6040, S.190,192。なお、小野・前掲注(21)二二四頁以下、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』二二六頁も参照。

- (98) BT-Drucks.14 / 6040, S.194. 学説も多くはこの草案理由書の立場に賛同する。Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.132. 反対するもの、Richard GIESEN, Höhe des Wertersatzes nach Rücktritt und Widerruf, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S.234 ff. ギーゼンは、三四六条二項による価値賠償の適用対象を解除前に返還不能が生じた場合に限定すべきであり、解除後の原状回復障害については専ら三四六条四項による損害賠償の規律に復すべきとする。ただし、ドイツ解除効果規定は今回の改正で、解除前に過失に依存しない価値賠償義務を設けたために、ギーゼンのように解除前と解除後を区別するとなると、解除前の無過失での原状回復障害のときには返還債務者が責任を負うにもかかわらず、解除後の無過失の原状回復障害のときには返還債務者が責任を負わないことになってしまおうとして批判を受けている。なお、草案理由書および改正後の通説のように理解するとき、ドイツ民法三四六条は、責任法理(損害賠償法理)と危険法理(両当事者が無責の場合の危険を配分する法理)とが一緒に扱われた規定とされることになる。

- (75) Martin SCHWAB, in: Martin SCHWAB / Carl-Heinz WITT, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.361 f.; Dirk LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2014, RnNr.822.

- (88) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.192; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XI; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.30; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.362 f.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RnNr.823. なお、ファウストは、二号前段には、売主が当該売買目的物の使用方法等について誤った情報を提供したがゆえに物が滅失損傷した場合も含まれるとしている。

- (89) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

- (96) BT-Drucks.14 / 6040, S.196. 草案理由書は、旧法下においては、買主の支払遅滞ゆえに売主が解除したにもかかわらず、既に物が買主の許で偶然滅失していたという場合にも、旧三五〇条が適用されて売主負担になりかねなかったことを指摘し、

旧法下では、こうした帰結を回避するために、一一九条二項の類推適用をして解除の意思表示を遡及的に取り消すことや、行為基礎の喪失による撤回権を売主に認めることが主張されていたとする。

(91) 改正前には旧三五〇条があらうと、これを危険配分規定とはみないことで買主負担とする見解があったが、この三四六条はその明確性から、三四六条三項一文二号が適用される限り売主負担になるとして、いわば自然に理解されている。Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.202; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.35; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.363 f.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RnNr.826; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.237.

(92) Heinrich HONSELL, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ., 2001, S.281; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.238, 246. ただし、この点は、旧法下において旧三五一条の「過失」をどう解釈するかは依存するものであり、「過失」を自分自身に対する過失と捉える立場からすれば、この点での危険の跳ね返りの拡大はないように思われ⁹⁰。Kathrin HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, 2001, S.122. なお、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』（信山社・二〇〇九年）一四三頁も参照。

(93) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLI.

(94) Axel FLESSNER, Haftung und Gefahrbelastung des getäuschten Käufers, NJW., 1972, S.1780.

(95) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(96) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(97) BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(98) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.199; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.363; Richard MOTSCH, a. a. O. (Fn.83), S.225 ff.; Thomas WETZEL, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz—Der Große Wurf zum 1.1.2002?, ZRP., 2001, S.124 ff.

(99) 行った四四六条の理解については、Ulrich HUBER, in: Hans Theodor SOERGEL, BGB., Bd.3, 12. Auflage, 1991, § 446 RdNr.44を参照。

- (100) さしあたり、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.164 ff.を参照。
- (101) Timo FEST, a. a. O. (Fn.83), S.35.
- (102) なお、改正前のものだが、Eberhard GLASS, *Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt*, 1959, S.29を参照。
- (103) Ulrich HUBER, a. a. O. (Fn.99), § 446 RdNr.60. ウルリッヒ・フーバーは、この欄外番号六〇において次のように述べている(条文はすべて債務法改正前の条文である)。「瑕疵ある物の引渡しの場合(四五九条)にも、危険負担の問題は、さしあたり、宙に浮いた未決定の状態にある。この決定は、買主がいかなる法的救済を選択するかにかかっている。買主が瑕疵担保解除(四六二条)あるいは種類売買の場合に代物給付(四八〇条一項)を請求したとき、こうした権利は、物が引渡し後あるいは四四七条の場合には送付後に、偶然の事情により滅失、損傷あるいは紛失したことによって、妨げられない(四六七条、四八〇条一項との結びつきでの三五〇条)。つまり、危険は売主に返される。そのような場合において、物の滅失が『偶然』とみなされるべきときが何時かについては、四六七条の欄外番号六一以下を参照。それに対して、買主が代金減額請求をし、売主がそれに同意したとき、買主は瑕疵担保解除権および追履行請求権を失う(四六五条)。買主が通知期間(商法三七七条)や消滅時効期間(四七七条)を徒過したときには、買主はその物があるままの姿で履行として甘受しなければならない。これら場合においては、引渡しや登記、送付以降の危険は、買主の許にある。」
- (104) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.167 ff.
- (105) 例えは、Andreas THIERR, *Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite von § 346 Abs.3 S.1 Nr.3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S444 ff.ただし、ティアアは、こゝで重要なのは解除の相手方の義務違反であり、(草案理由書の論じる)「義務違反をした売主は買主への危険移転を信頼してはならない」という箇所に意味はないとする。このことは既に、半田・前掲注(92)一四三頁に紹介がある。
- (91) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.206; Claus-Wilhelm CANNARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLI ff. じれぢ、旧三五一条の過失の解釈において、自分自身に対する過失と解する論理と同じものである。学説では、三四六条三項一文二号の

適用を法定解除権者が解除原因を認識する前までに限定すべきとする立場も有力である。Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RdNr.827; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.364 f. 一方で、偶然による滅失損傷の場合には限定をせずに、偶然ではないが解除権者が自己の事務における同一の注意を尽くしていた場合に限り解除原因を認識する前までの限定がありうるとする見解もある。Stephan LORENZ, *Leistungstörungen beim Autokauf*, DAR., 2006, S.617 ff. これらに対し、約定解除の場合や法定解除の解除原因認識後の場合であっても三四六条三項一文三号を適用しつつ、別途買主に損害賠償義務を認める見解もある。Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.47 f. さらに現在ドイツでは、買主の解除原因の不知が買主の過失による場合にも適用を制限すべきか争われている。以上につき、Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.183 ff.; Michael SONNENTAG, *Das Rückgewährschuldverhältnis*, 2016, S.94 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.205 を参照。この点について、花本・前掲注(35)二九四頁及び同・前掲注(36)九四頁は、債務法改正草案段階のものが、草案の三四六条三項一文三号が解除原因認識前までの法定解除権者に限定をしなかったこと、および債務法改正委員会の最終報告書が、その根拠として「定められた給付をしない者は相手方に究極的に危険が移転したと信頼することは許されない」ことを挙げていることを紹介している。なお、半田・前掲注(92)一四四頁も参照。

(107) BT-Drucks.14 / 6040, S.195.

(108) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.56 ff.; Christoph COEN, *Vertrags scheitern und Rückabwicklung*, 2003, S.203; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.87), S.364 ff.

(109) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLI ff.; Horst KONZEN, *Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen*, *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, 2007, S.621,625; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RdNr.827; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.82), Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.83), S.1893; ders., a. a. O. (Fn.106), S.617 ff.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.58), S.246.

(110) 他にも、法定解除と約定解除との区別に関わる批判もなされている。すなわち、新法は、解除の相手方の義務違反を根拠として法定解除の場合に危険の跳ね戻りを認めたが、法定解除の場合であっても売主に義務違反がないときもある一方で、約

定解除の場合であってもこれが存在する場合もある。法定解除であっても義務違反が前提とされないケースとして、三二三条三項一文の行為基礎の喪失ゆえの解除の事例等が挙げられる。また、両解除の区別も改正によって変わることが指摘されている。こうしたことから、法定解除と約定解除を区別し、危険の跳ね返りを認める場合を法定解除の場合に限定することに反対するのである。草案理由書の立場に賛成し、義務違反を重視する見解の中には、こうした批判もあり、三四六条三項一文三号の適用にあたり、義務違反があった場合に限定をしようとするものも有力となっている。約定解除と法定解除とを比較しての詳細な検討をするのは、Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.171 ff. その他 Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.81), § 346 RdNr.207; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.79), S.XLV ff.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.87), RdNr.826; Andreas THER, a. a. O. (Fn.105), S.445ff.を参照。

(11) Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.182. ヴォルガストは、こうした制裁思考は、旧三五〇条のモデルとなったドイツ普通法上の解除訴権 (actio redhibitoria) の影響であるとする。Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.177,178. この点について小野・前掲注(21)九五頁注(1)を参照。

(12) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.92), S.281.

(13) Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.83), S.200.

(14) 小野・前掲注(21)一四三頁もまた次のように指摘している。「三五〇条は瑕疵の存在によって危険移転が影響されないことを前提としたものであり、また、その危険移転によって担保責任(解除権)が影響されないことをも承認したものである。」

(15) 花本・前掲注(35)二九四頁。この点については Michael SONNENTAG, a. a. O. (Fn.106), S.73 ff.を参照。

(16) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.65.

(17) BT-Drucks.14 / 6040, S.195; Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.58), S.52. なお、円谷・前掲注(35)『現代契約法の課題』三四五頁も参照。

(18) これまでの学説が本文のような理解をしてきたことにつき、法制審議会民法(債権関係)部会第八四回会議(二〇一四年

二月二十五日) 議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/000124769.pdf>) 二〇・二二頁(山本敬三幹事発言)も参照。民法(債権関係)改正についてはまとめて後述する。

(119) 解除ができるにもかかわらず代金減額請求をするような事態はあまり考えられない。しかし、ありうるかどうかはともかく、技巧的な説明なくしては説明の困難な法的状態を帰結してしまう法理論であることは確かであろう。

(120) 北居・前掲注(21)四二五頁。なお、既に、津田利治・内池慶四郎編著『神戸寅次郎民法講義』(慶應通信・一九九六年)三四八頁の注(2)が、他人物売買においてこうした解決を示唆している。

(121) 花本・前掲注(36)一〇〇頁の注(19)および注(22)参照。

(122) IV章1節の有力説参照。また、本田・前掲注(37)二二頁、民法(債権法)改正検討委員会『債権法改正の基本方針』別冊NBL一三六号(二〇〇九年)二八八頁も参照。

(123) 契約不適合物の引渡しによる危険移転を認める私見からすれば、他人物売買において当該他人物が買主に引き渡された後に、真の所有者からの追奪に遭い、買主がこれを返還したというケースにおいても、物の引渡しによって物の不可抗力による滅失損傷の危険は買主に移転していることを認めることになる。追奪による損失自体は、売主が有責の局面であり、狭義の危険負担の問題ではないにしても(小野・前掲注(10)四〇三頁)、契約の履行過程において物の不可抗力による滅失損傷の危険がどこにあるのかを明らかにすることは重要である。

(124) 「民法(債権関係)の改正に関する法律案」については、法務省のホームページ(http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00175.html)に公表されている。また、改正法案の概要についての解説として、潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』(金融財政事情研究会・二〇一五年)も参照。

(125) 追完請求、代物請求および修補請求は、目的物が滅失損傷した場合に買主の代金請求権がどのようになるかという対価危険の問題ではなく、売主が給付を再調達する義務から解放されるかどうかという給付危険の問題であることから、対価危険について定める改正法案五六七条一項で、給付危険に属するものまで移転するかのように規定したことを批判するものとして、山本敬三「契約責任法の改正——民法改正法案の概要とその趣旨」曹時六八巻五号(二〇一六年)四〇・四一頁。

- (126) こうした解釈をするものとして、潮見・前掲注(124)二四二頁、山本・前掲注(125)三九・四〇頁。
- (127) 法制審議会民法(債権関係)部会第九六回会議(二〇一四年八月二六日)議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/001137511.pdf>) (以下では「第九六回会議議事録」という。) 四八・四九頁〔住友関係官発言〕参照。
- (128) 前掲注(127)第九六回会議議事録四九頁〔内田委員発言〕。
- (129) 山野目章夫「民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想」曹時六八巻一号(二〇一六年)一五頁以下、野澤正充「売買——瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」法セミ七三九号(二〇一六年)三八頁以下参照。なお、潮見佳男「売買・請負の担保責任——契約不適合構成を介した債務不履行責任への統合・一元化」NBL一〇四五号(二〇一五年)二〇頁注(42)は、こうした「特定」概念の相対的解釈を支持しない。
- (130) 改正法案に至る過程に着目すると、民法(債権関係)部会資料七五A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(6)」(<http://www.moj.go.jp/content/000121259.pdf>) 三〇・三一頁では、契約適合物であることが前提とされていた(したがって、特定物であっても契約不適合があればその引渡しによっても危険が移転しないとされていた)が、民法(債権関係)部会資料八一―三「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その3)補充説明」(<http://www.moj.go.jp/content/000125163.pdf>) 九・一〇頁では、契約不適合物の引渡しであっても危険移転を認めることを志向し、かつ同所の説明を読む限り、瑕疵ある種類物の引渡しであっても原則として対価危険が移転することを認めていた。
- (131) 潮見・前掲注(124)二四二頁は、機械の売買で売主が操作方法について誤った説明をしたためにその機械が爆発して破損した場合を挙げている。
- (132) 潮見・前掲注(124)二四二頁。
- (133) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(3)八二六頁以下〔穂積発言〕、梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣・一九八四年)四六〇頁。ただし、学説においては、この解除権の放棄という説明よりも、この場合に解除を認めると相手方は解除権者に対して損害賠償請求をすることになるが、物の滅失後その価値を調べることが困難であるがために解除権を消滅させたという説明(梅・前掲四六〇頁)の方が着目されていた。この点で、平井宜雄『債権各論I上契約総論』(弘文堂・

二〇〇八年）二五〇頁参照。ドイツ民法の第一草案の際にもこの算定の困難さが理由とされていたことについては、既に本田・前掲注(55)「給付利得と解除規定(1)」三〇五頁の注(20)に紹介がある。

(134) 改正法案五四八条が、解除権を有することを認識した後の故意過失による滅失損傷等に限定したことによって、この解除権の放棄という規定趣旨は比較的明確になったと評することができる(ただし、現行民法の起草者が、現行法五四八条は解除原因認識後に適用対象とされると理解していたと指摘するものとして、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(下)」四一頁)。しかしながら、解除原因認識後の故意による滅失損傷等は解除権の放棄とみることができたとしても、過失による滅失損傷等を解除権の放棄とみることが適切かどうかは疑問の余地がある。この点で、法制審議会民法(債権関係)部会第九一回会議(二〇一四年六月一七日)議事録(<http://www.moj.go.jp/content/001129006.pdf>) 四頁〔鹿野幹事発言〕参照。

(135) 民法(債権関係)部会資料六八A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(3)」(<http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>) (以下では「部会資料六八A」という。)三一・三二頁。なお、潮見・前掲注(124)二二二頁も参照。

(136) 解除後の滅失損傷等についても適用されるかは、改正法案五四八条が、解除権の「消滅」を規定していることから否定されそうではあるが、現行法においても解除後への適用を認める学説がある以上、今後解釈が分かれる可能性がある。現行法五四八条を解除後にも適用する見解があったことについて、本田・前掲注(3)「民法五四八条の系譜的考察(上)」一八頁及び「民法五四八条の系譜的考察(下)」四二頁以下、新田・前掲注(35)新田①論文二九頁以下参照。

(137) この場合に、買主はなお代金減額請求ができるかが問題となろう。もちろん、改正法案五四八条は解除権に関するものであり、改正法案五六七条一項は売主に契約不適合責任がある場合の買主の権利行使を遮断しないとすれば、解除権が消滅したとしても別途代金減額請求権はなお行使するという論理もありうる。ただし、代金減額には契約の一部解除という実質があることは否定できないうえ、実際問題としても、引渡し後に滅失損傷しており、当初の契約不適合がどれほどのものか算定が困難であることも考えられ、ここで代金減額請求を認めるか否かは難しい問題である。

(138) 商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』(商事法務・二〇一三年)一三八頁以下参照。なお、債権法改正の基本方針の段階では、「三、一、一、八三」(解除権の消滅)として解除権消滅規定を残しつつも、買主は、解除

できる場合であっても別途価値賠償義務を負うとされており(三二一、一、八二二(解除の効果))、解除権の消滅規定の危険配分規定としての性格は弱められていた(解除ができることと、解除の相手方が目的物の滅失損傷の危険を負担することとが切り離されていた)。民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(122)一四八・一四九頁参照。また、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(40)三三九頁も参照。

(139) 前掲注(135)部会資料六八Aの三二二頁を参照。

(140) 旧ドイツ民法三五一一条の「過失」について、Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.31), S.399は次のように指摘していた(条文は債務法改正前のものである)。「三五一一条の意味における過失は、技術的な意味における過失を意味しない。さもなければ、解除権者がその解除権を知っていたか又は知らなければならなかったときにだけ、三五一一条が介入することになってしまわうだろう。」

(141) 法制審議会民法(債権関係)部会第七八回会議(二〇一三年一〇月八日)議事録(<http://www.moj.jp/content/001186486.pdf>) 四七頁、法制審議会民法(債権関係)部会第九一回会議(二〇一四年六月一七日)議事録(<http://www.moj.jp/content/001129006.pdf>) 三頁以下参照。また、潮見・前掲注(124)二二〇頁も、買主が解除できる場合の買主の価値賠償義務を肯定する。なお、無効・取消しの効果としての原状回復義務につき、民法(債権関係)部会資料六六A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(1)」(<http://www.moj.jp/content/000118124.pdf>) 三五頁以下、法制審議会民法(債権関係)部会第七六回会議(二〇一三年九月一〇日)議事録(<http://www.moj.jp/content/000118123.pdf>) (以下では「第七六回会議事録」という。) 四六頁以下、潮見・前掲注(124)二七・二八頁も参照。

(142) したがって、解除の法的性質に関する直接効果説や間接効果説等のうちいずれを採用するかといった議論とも、基本的に関係を有しない。それに対して、半田・前掲注(24)一五五頁は、「売買契約締結後、解除、取消までに生じた危険については、それらのもつ遡及効との関係で売主に復帰すると解するのか、危険にまで遡及効は及ばないと解するのかの問題が生じよう」としており、危険の回帰を解除の遡及効と結びつけて問題提起をしている。なお、解除の法的性質論に関しては、山中・前掲注(40)一三九頁以下、北村実「解除の効果」『民法講座5契約』(有斐閣・一九八五年)一一三頁、高森八四郎「契約解除の原

状回復義務は、不当利得の返還とどういふ関係に立つか」椿寿夫編『現代契約と現代債権の展望五契約の一般的課題』（日本評論社・一九九〇年）一五一頁以下を参照。

(143) この点で、前掲注(141)第七六回会議事録四九頁以下も参照。

(144) 磯村保「契約の無効・取消の清算——各論的考察」私法四八号（一九八六年）五二頁、松岡久和「不当利得法の全体像——給付利得法の位置づけを中心に」ジュリ一四二八号（二〇一一年）九頁。

(145) 磯村・前掲注(144)五二頁は、買主の所有権帰属に対する信頼は、必然的に、目的物の対価として支払った代金が買主の財産から逸出して売主に確定的に帰属するという観念と不可分に結びついているとする。

担保のための所有権移転

—— 経済的意義と解釈上の難しさ ——

コジマ・メラ
益井公司 訳

I. はじめに

すでにドイツ民法典（以下BGBという）施行以前から、債権者の担保の目的のための譲渡が許されるか否かという問題が議論されていた。経済的要求は、一方では債権者の担保の必要性から、他方では担保に供した物を継続して使用できるようにしたいという債務者の要求から、生じていたのである。動産担保としては占有質が予定されていた。直接占有を移転することのない譲渡担保を認めるための解釈上の難しさにすでにライヒ裁判所が、一九世紀末に取り

組んでいたのである。つまりこの問題は非常によく知られていたにもかかわらず、担保のための所有権移転は、BGBには規定されなかったのである。一九〇〇年以後のライヒ裁判所の判例は、そしてまた学説も、BGB九三〇条を、物権法上この制度を受け入れることの拠り所としたのである。

九三〇条によると、移転の際の引渡しは、当事者、つまり譲渡人と譲受人が、代理占有関係(八六八条、すなわち占有改定を合意することによってなすことができる。つまり譲渡人は以前と同じようにその物を占有しているのである。しかし彼はもはや所有者ではなく、他主占有者にすぎない。というのは、彼は取得者のために占有しているからである。このような引渡の代用は、必然的に二つの要素、つまり、物権的合意と占有移転を一つにまとめるという所有権移転のために形成されていたのである。基本的に、このこととは離れた形で、「物権行為と債権行為の」分離主義や無因主義⁽¹⁾により—これはフリードリヒ・カール・フォン・サビニーに由来するのであるが—、物権法上の出来事が有する債務法上の根拠、つまり、基礎となっている売買や贈与、あるいはまた所有権の行使を「当事者の」内的な関係において制限する取決め「合意」(Abrede)が、検討されなければならないのである。この最後にあげた布置状況が、譲渡担保の役割を生じる担保の取決めを述べているのである。それは多機能的なものであり、債務法上の根拠(Grundlage)を形成するだけでなく、譲渡担保権設定者と譲渡担保権者との間の代理占有関係をも作り上げ、譲渡担保権者は代理占有関係という形でBGB九二九条一文、九三〇条により所有者となる。譲渡担保権者は、信託的所有者(ein treuhänderischer Eigentümer)というべきものである。というのは外的に存在する法的権限(Rechtsmacht)は、担保目的のために内的な関係においては制約されているからである。さらにいうと、それは自己のために信託(eigenützige Treuhand)⁽³⁾なのである。というのはこの所有者の地位は、譲渡担保権者の利益という形で、より正確

に言うと、自己の担保利益という形で、基礎づけられるからである。

つまり、所有権移転というように構成することに、困難はないのである。もつとも、躰きの石となるのは、第一に所有権概念と調和がとれているのかということ、第二に占有質としての動産担保の規定、第三に物権法定主義 (numerus clausus der Sachenrechte)、第四に公示の原則に違反することになる公示のない担保を拡張することに対する法政策的な疑念である。これらの躰きの石について私はこれから以下において取組むつもりである。

II. 所有権概念と信託的所有権

所有権は、BGB九〇三条によると包括的な処分権とあらゆる人に対する妨害排除権 (Abwehrrecht) ということになる。所有権者は、自己の物につき自由に (nach Belieben) 取り扱うことが許されているという場合、例えば、その物から収益をうることができる。そのような包括的な所有権者としての地位というものを、担保のための所有権者 (Sicherungseigentümer) は、有しない。担保のための所有権者は、債権が弁済期にあるのに債務者が支払わないケースについてその物を換価することに限定されているのである。^④ その物の利用は、それまでの間、引き続き譲渡人、つまり、相変わらずその物を直接占有している以前の所有権者に属することになっている。ライヒ裁判所は、譲渡担保権者の有する経済的所有権という言葉を用いた。^⑤ 譲渡担保権設定者に帰属するのは、形式的な、換価する権限を付与する所有権なのである。これによって所有権を二つに分割するということが生じていないのであろうか。^⑥

もつとも、これを分割された所有権と呼ぶことは、歴史的関係を見殺したものであり、中世以来一九世紀まで存在した処分権限を有する者が持つ上級所有権と利用権を有する者の持つ下級所有権という形で永続的に分割された土地

所有権との不適切な対比を思い起こさせることになる。しかしながら、担保〔のための〕所有権の場合には、単一的権利として構想された所有権の所有者権限は、単に担保目的が続く間だけ分割されているにすぎないのである。エーヒスラー (Oechler) は、所有権の機能的分割という言葉を用い、それが所有権の特殊形態を基礎づける⁽⁷⁾のである。譲渡担保権者には換価権が帰属し、所有権が移転していることや処分禁止を法律行為上基礎づけることは許されないとする BGB 一三七条の規律により、譲渡担保に供された物を処分する法的権限が譲渡担保権者に帰属するのであり、そのことが、担保契約と矛盾し、譲渡担保権者がそのような処分につき損害賠償義務を負うことになる⁽⁸⁾としてもそうなのである。

そうすると、譲渡担保権者つまり担保〔のための〕所有権者には、当事者の意思により換価権が与えられるとともにさらに所有権という法律制度が選ばれたことに対して前もって定められている法律上の準則に基づき、処分権限が与えられ、引続きその物を直接占有している譲渡担保権設定者には、利用権限が与えられるのである。この換価権は、特別な形で条件づけられた延期された処分権と考えることができる。隠れた担保権⁽⁹⁾としての譲渡担保の持つ特徴は、この点に表れているのである。

担保〔のための〕所有権者の有するこうした特殊な状態は、譲渡担保権設定者が倒産した場合にも明らかになる。譲渡担保権者は、そうした場合に所有権者が有する取戻権を有しない。より正確にいうと、彼は単に別除権 (倒産法五〇条、五二条) を有するにすぎない。そうすると、譲渡担保権者の所有権が存在する物の換価は譲渡担保権設定者の破産管財人によって行われ、譲渡担保権者は他の債権者に優先して売得金から弁済を求めることができるだけなのである。⁽¹⁰⁾このような倒産法上の解決は、担保〔のための〕所有権者が有するのは換価に限定された利益であるという

ことを示している。

こうした構成に問題が残るのは、B G B 九〇三条にいう包括的で分割されない所有権概念に対してであり、こうした所有権概念は、理由書 (Motive) によると、部分的な形でそうした所有権概念から分離することのできる個々の権限の総和と捉えるのではなく、現実の分割に逆らう単一の権利を形成するのである。¹¹⁾

Ⅲ・占有質と無占有譲渡担保

どのように譲渡担保 (担保のための所有権) を所有権解釈論 (Eigentumsdogmatik) へと整理するかということにのみ困難があるわけではない。譲渡担保の有する担保としての性格が、制定法上規定されている担保の枠組みへと譲渡担保を整理することを要求する。動産担保として、B G B は占有質を規定している (B G B 一二〇四条以下)。質権を設定するためには質権者に占有を移転するということが、明文上必要とされている (一二〇五条一項 (直接占有の移転) あるいは同二項 (間接占有の移転))。質権の場合も譲渡担保の場合も債権者利益を担保すること、より正確に言うと、担保権を実行する時期に達した場合 (bei Pfandreife) の換価権能が重要なのであるから、譲渡担保は、質権を設定する場合に占有を移転することが必要とされていることを回避するものであるというように考えることもできるのである。

簡単に法史的に回顧すると、以上のような疑念が存在しており、その疑念がすでに B G B 施行以前に、譲渡担保を認めることにつき争いをもたらしたということが分かるのである。

ライヒ裁判所は、すでにその創立二年目にして、つまり、一八八〇年に、このような形の担保法について判決しな

ければならなかった。というのは基礎となっている契約は、虚偽表示や脱法行為であり、それ故に無効となるという疑いがあったのである。¹² 一九世紀においては、占有質原則が広い範囲において確固たる地位を占めていた。ライヒ裁判所によって判決がなされなければならなかった諸事例形態は、金銭貸主の担保をねらいとしたものであり、直接占有は取得者に移転されることなく目的物が債権者に譲渡されたという点において、それは、際立っているのである。このような契約はしばしば買戻しの約束をもつ売買契約の形をまとっており、それにより、自分が売買契約締結後も継続して利用している物の所有者に再びなる可能性を売主に与えるのである。このような契約は、虚偽表示行為でないとして無占有担保の合意を隠蔽する仮装行為 (Scheingeschäft) や虚偽表示行為 (simuliertes Geschäft) であるか否かが争われた。売買契約に基づく所有権移転の義務を履行するために、当事者は、constitutum possessorium、つまり、占有改定を選択し、そうすることにより売主は譲渡した物を継続して利用することができるのである。その際、当事者は、担保権設定者によりその物が継続して利用されるという経済的必要性を考慮しているものであり、担保権設定者は、こうした形で、自己の事業を営むことにより利益を得ることができ、それによって彼はその貸付金債務 (Kredit) を返済することができるのである。このような可能性は、占有質原則を守った場合には、存在しなかったであろう。占有質原則を守ることは、確かに公示性や貸付債務の担保にとつては良いものであるが、このような経済的要求にはほとんどまったくく応えることができないのである。ライヒ裁判所によってなされたあるケースにおいては、¹³ 動産である製粉機が問題となった。占有を移転することは、製粉〔業〕を継続して営むことを不可能にするであろうし、おまけに担保を求める債権者の利益にもならないということが、すぐにはつきりすることになる。

過去数十年の研究を通して明らかになっていることは、すでにライヒ裁判所は担保〔のための〕所有権を、当初た

めらったのであるが、法制度として承認していたということ、さらには、BGBの起草者は確かにこの制度を制定法の中に明確な形では規律しなかったのであるが、この制度が存在するということから出発していたことである。¹⁴ 法史学者であるクラウス・ルーイク (Klaus Lügig) は、BGB施行後、ライヒ裁判所の判例が引き続き効力を有するということに関する一つの例を要約的な形で述べていた。¹⁵ BGB施行後の当初は、ルーイクが明確に述べているように、譲渡担保を原理的に認めるかどうかということよりは、むしろ、特に具体的な占有改定論を展開する際にそうなのであるが、譲渡担保を適正な形で形作ることが問題だったのである。¹⁶ このねらいは、担保目的物に関する当事者の権利及び義務についてははっきりしていた。この点については後でもう一度取り上げなければならないことになる。

IV. 類型強制 (Typenzwang)

歴史的に回顧すると、冒頭に述べた解釈論上の第三の問題、つまり、物権法における類型強制を破るおそれがあるということに行き着くのである。しかし、今日では、担保「のための」所有権は一般に認められた制度であるということについては、意見が一致している。¹⁷ もっとも、それを信託的に結び付けられた所有権——通説はそうなのである¹⁸——としてより詳細に特徴づけるのか、直接占有、つまり、占有質原則を放棄した質権としてそうするのか、あるいは担保権それ自体 (Sicherungsrecht sui generis)²⁰ としてそうするのかについては、争いがある。どの学説 (Theorie) に依ったとしても、少なくとも物権法定主義違反は存在しない。というのは、物権法定主義の類型強制は、正当な理解によると、単なる合意によって新たな物権を創設するということが、当事者の意のままになるべきではないということとを述べているにすぎないからである。判例による法の継続的形成は、物権法定主義の類型強制によって妨げられな

いし、ましてや制定法において全く規定されていない制度を承認するというものでは決してないのであり、ライヒ裁判所は譲渡担保の場合にはBGB九三〇条によって認められている占有改定という可能性を拠所にしたのであった。類型強制によって達成しようとしている法取引上の準拠確実性(Orientierungssicherheit)は、このような形で拡張した場合には、基本的に損なわれないのである。譲渡担保を承認するということは、今では倒産法(InsO)五一条の規定によって制定法に具体的に定められた。

それどころか、譲渡担保という形態の場合には新たな物権は問題にならないということ論証することもできるであろう。というのは、所有権が譲渡されたのであり、その譲渡の有する特別な目的は、担保約束によって単に債務法上の局面においてのみ形成されているにすぎないからである。²²⁾

V. 公示の原則の空洞化

とは言うものの、重大な懸念が、公示の原則という見出し語の下に生じる。特に推定力と善意の保護を考える場合がそうである。対外的に認識できるようにすることは、物権法上の問題状況であるということを考えると、必然的に明確性に配慮したものでなければならないのである。²³⁾ しかしながら、ある人が占有しており、しかもそれによって事業を営んでいる物品が、またその占有者の所有するものでもあるか否かは、対外的には知ることができないのである。このことは、新たな債権者が、その状況を見通すことのできないものにする。²⁴⁾ こうした懸念は否定することはできない。それは、すでに一九世紀の論議に表れており、BGBの第二草案に関する審議議事録に受け入れられていた。²⁵⁾ しかしながら委員会の多数意見は、債権者は債務者の占有しているすべての物が債務者のものでもあるということ

頼することを一般的な形では保障されていないということを引き合いに出したのである。

委員会はさらに新たな一つの視点を強調したのである。行為が不適法かどうかの問題ではなく、「自己の動産によつてのみ担保を提供することができるが、その動産を継続して占有し利用することなしにはやつて行けず、それ故、債権者に自己の物を占有質として引渡すことはできない⁽²⁶⁾」そういった庶民の金融の必要性を満たすために用いられる法形態が問題なのであるというのである。それ故、ライヒ裁判所の判例にこの委員会の多数意見は賛意を表す形で言及しており、それによるとそうした行為は虚偽表示として無効となるのではないのである。譲渡に結び付けられた法律効果はむしろ意図されたものなのである。

こうした主張は、「庶民」の場合の譲渡担保についてのみ持ち出すことができるのではないのであつて、それは公示手段としての占有に向けられているのである。それは基本的に、担保設定の公示性一般に対して向けられているのではない。

VI. ドイツの現在の法状況

以上のような解釈論上や法政策上の懸念にもかかわらず、譲渡担保は、ドイツにおいて幅広く用いられている担保手段である。⁽²⁷⁾判例はまず代理占有関係をより詳細に整えるという問題に取り組み、次いで、特定主義を守るために担保約束の目的物は特定したものであるか少なくとも特定できるものであるということ⁽²⁸⁾を要求したのである。

新たに問題となつたのは過剰担保、つまり、債権者が債権を大幅に上回る額において、担保のための所有権を設定するによつて自分自身を守ろうとする現象である。この点に関しては、判例は三つの観点から制約を加えていた。つ

まり、債務者を不当に拘束する場合、不当に他の債権者に不利益を与える場合、これ以外に公序良俗に違反する要件を満たす場合には、一三八条により担保契約は無効となると解されている。大法院判決という形で、連邦通常裁判所(BGH)は、一九九七年に、契約を補充するという方法で、後発的に生じた過剰担保の緒ケースにおいて新たな方法をとった。担保のための所有権の持つ信託的性質、つまり二四二条に根拠を有する信義誠実(bona fides)の原則、に依拠する形で、連邦通常裁判所は、担保権者の裁量に左右されない解放条項をすべての担保約束の自明の一部分とみなしたのである。ここに存在しているのは譲渡担保制度を新たな形で発展させたものなのである。

譲渡担保の典型的な内容を確定するにあたって、連邦通常裁判所は、ちょうど二年まえに、なおいつそう思い切った行動に出たのである³⁰。換価時期に達した後には(nach Eintritt der Verwertungsreife)、担保のために譲渡された物の利用はだれに帰属するのかということが問題となった。連邦通常裁判所によると、担保約束において換価のやり方をかなり詳細に定めていない場合には、担保権者がその物の換価をなすまでは、その利用は担保権設定者に帰属するということを出発点とすべきであるとする。こうした解決はほぼ好意をもって迎えられたのである³¹。もともと、批判する人達は、担保権設定者に引渡されなければならない利用を無権限の第三者がなしている場合、債務法上、つまり、当事者間で(inter partes)、効力を有するにすぎない担保約束に第三者に対する効力を与えることになるが故に、債務法と物権法の分離を無視しているということを指摘する³²。さらにもっと明確な形でこの問題が現れるのは、担保約束が違った形でなされている場合、当事者間で効力のある担保権者にその利用を与えるという約束もまた第三者に対して効力を有するということになりうるということを考えるときである³³。譲渡担保契約の意味が非常に大きくなるということを容易に予想することができるのである。

VII・ヨーロッパ全体の展望―改革は必要か

ドイツにおいてはなくてはならない譲渡担保という制度は、比較法的に考察した場合、特殊なケースなのである。公示の要請が用意されていない動産担保というものは、ヨーロッパの他のほとんどの国には存在しないのである。³⁴ 登録を義務付けるとか登録以外の方式を必要とすることにより、有効な金融担保にかなりの厳格性を要求することは、担保を有する債権者が優先的に扱われることにより必然的に劣後することになる他の債権者の利益をかなり強く重視しているのである。³⁵

問題となるのは、ヨーロッパ共通の域内市場を背景とするこうした状況なのである。³⁶ というのは国境を越えた競争は、商品売買による債権や金銭貸付債権を一般に認められた形で担保するということが可能であるということと密接に結びついているからである。所在地法準則 (Lex rei sitae-Regel) により、その物が存在する国家の法が常に適用されるので、ドイツにおいて有効な譲渡担保が、外国にそれに相当する制度がないため、なくなるという危機に瀕するとするならば、それは国境を越える経済取引に対して障害を設けることを意味する。欧州委員会によつて委託されたある鑑定には、壊滅的な影響が述べられている。³⁷ とりわけ、中小企業が被ったこうしたおもしろくない経験から、中小企業が域内市場に参加するということをまったく諦めるといことがしばしば生じたのである。それ故、経済取引をやりやすくするために、改革が必要であろう。³⁸ 二〇〇八年の四月に成立した新しい消費者金融指令 (Verbraucherkreditrichtlinie) において認められているように、³⁹ 他の方法においても、欧州連合 (EU) は資本市場を開放するよう努めている。貸付をする「信用授与」にあたっての国境を越えた競争は、消費者保護の有する均整のとれ

適切な基準というものと明らかに関連しているが、明確な形で定義された担保を受け入れるということも明らかに関連しているのである。そうすると、そうした明確に定義された担保を作り出すことは、同時に、ヨーロッパ共通の金融担保法 (Kreditsicherungsrecht) を得ようとする際に模範的役割を果たすのである。こうした金融担保の必要性に応じるということは、譲渡担保に代わるものによってもなすことができる。特にこの一つに数えられるのが、他のヨーロッパ諸国に存在している登録義務のある動産抵当である。⁽⁴⁰⁾ 動産抵当によつて、不明確な担保により金融取引の安全が危険にさらされるといふことは、避けられるであろう。⁽⁴¹⁾ キーニンガー (Kieninger) は、動産担保の改革や形成にあつて、国ごとの動向がどう展開したかという彼女のごく最近の研究においてつきとめたのは、公示の原則を維持することは、登録システムを認めることによつて現代の経済生活の要請にそう形で、占有質を適合的なものにすることになるということである。⁽⁴²⁾ ヨーロッパ法という形で統一しようとの試みは、二〇〇八年四月に草案テキスト「条文」として公表された「共通参照枠組み (Common Frame of Reference)」⁽⁴³⁾ を最終的なテキスト「条文」として採択すべきである。

VIII. おわりに

所有権と人格権ないしは人格というこの我々のシンポジウムの二つの主要テーマの間を架橋するものがあると考えられる。所有権と人格権の関係を連邦憲法裁判所は、次のようなよく知られた表現で明示したのである。

「所有権は、個人の自由を保障することと内的に関連する根源的な基本権である。基本権の全構造からして、所有権が有している使命は、基本権を保有する者に財産法上の領域において自由に活動できる余地 (Freiheitraum) を保障

し、そうすることにより彼が自己の責任で生活を形成することを可能にするということである。⁽⁴⁴⁾

債務者の有する所有権やその所有権を用いて担保を設定することができるということが、金融〔信用〕の基礎を形成し、それにより債務者に自由に活動できる新たな余地を開くのである。貸付をすることができるようにするもうひとつの可能性は、保証を引き受けるとかその債務に加わるとの意思表示をすることにより、ある個人が債務者のために直接尽力する場合がそうである。どのような担保がより大きな経済的意義を持つのかということは、文化的に興味深いものである。ローマ法においては、保証が優位していたことを確認することができる。その背後には、他の人のために責任を負う友情義務というものを認める社会に見られる人的な結びつきを見て取ることができるのである。私の印象では、ヨーロッパの今日の法状況にとって異論なく認められるのは、物的担保が人的担保より大きな意味を有するということである。⁽⁴⁵⁾

そうした物的担保の場合、ドイツ法の所有権は、絶対権として―絶対権は次の講演で取り扱われることになっているのであるが―、その効力を発揮するものではない。より正確にいうと、連邦通常裁判所が強調したのは、担保〔のための〕所有権は完全に制約のない所有権ではないということである。⁽⁴⁶⁾ 民法解釈論に対するこうしたゆがみが回避されるのは、担保〔のための〕所有権を展開するための基盤となっていた経済的必要性に適切な形で応じる場合、つまり、無占有質権を認めることによつてであり、そのためには、他の債権者のために登録により公示するという方式が採用されるべきであるといわれている。⁽⁴⁷⁾ この議論をするにあたっては、日本の法秩序と比較することが、一つの助けとなるであろう。というのはそこではすでにかなり長い間、フランス法およびドイツ法の諸構成要素により金融担保法が独自の形で形成されているからである。⁽⁴⁸⁾ 譲渡担保はそこでは重要な役割を演じており、これについては次の講演で

同僚の益井氏により取り扱われることになっている。

注

- (1) Bauer/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., §5 IV, S.47f.
- (2) Felentträger, Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre (所有権讓渡論へのサヴィニーの影響), 1927, この書のためその「物権契約は存在するか。」「学問および立法」に対する懸念, SZ Romanist. Abteilung 119 (2002), 269ff.
- (3) Bauer/Stürner, §3 I 4.b), S.22.
- (4) MünchKommBGB-Oechsler (4.Aufl.2004), Anhang nach §§929-936, Rn. 1.
- (5) RG Urt. v. 3.12.1899, RGZ 45,80,85; RG Urt. v. 10.10.1917, RGZ 91,12,14; RG Urt. v. 26.11.1917, RGZ 91,277,279及びこれらの判決については Olzen, Die geschichtliche Entwicklung des rechtlichen Eigentumsbegriffs (法的所有権概念の歴史的発展), Jus 1984, 328ff., 329.
- (6) Olzen による論証' Jus 1984, Heck の Raiser を用いて三三〇頁及び三三五頁を参照。
- (7) MünchKommBGB-Oechsler (4.Aufl., 2004), Anhang §§923-936, Rn.1.
- (8) 自由主義的・市民的所有権概念を最も重要な形で保障するものとしての二三七条の意義については' Hatzenhauer, Über vereintes und entzweites Eigentum (一体的所有権と分割所有権について), in: Das Eigentum, hrsg. von J.F.Bauer, 1989, S.83-101, S.91.
- (9) Bauer/Stürner, Sachenrecht, §56 B.I., S.699.
- (10) Bauer/Stürner, Sachenrecht, §57 B.IV.1., S.722f.
- (11) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III, S.145 (Motive III, S.262) *

その点については Hattenhauser, Fn.8, S.90f.

- (21) RG Urt. v. 24.9.1880, III 58/80, RGZ 2, 173ff. このライヒ裁判所判決はこの裁判事例において隠れた質権設定を採用した。この点については Cosima Möller, Das römische Recht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (ライヒ裁判所の判例に見るロー法), in: Kern/Schmit-Recla, 125 Jahre Reichsgericht, Berlin 2006, S.109ff., 111 f. 及び RG Urt. v. 9.10.1880, I 395/80, RGZ 2, 168; RG Urt. v. 2.6.1890, VI 98/90, RGZ 26, 180 参照。 及び 参考。 及び 参考。 及び 参考。 Security Rights in Movable Property in introduction to the history of security interests in goods, in : Kieninger (Hrsg.), Security Rights in Movable Property in European Private Law (ヨーロッパ私法における動産担保権), Cambridge 2004, S.38ff., S.50f. 参照。
- (22) RG Urt. v. 24.9.1880, III 58/80, RG 2, 173.
- (23) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.III, 1899, S.3689f. (S.626f.); Festschrift für Rolf Serik, hrsg. von Ulrich Huber und Erik Jayme, Heidelberg, 1992, S.105ff., 114ff.; Luig, Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübergang, in: Das BGB und seine Richter, hrsg. Von Falk und Mohnhaupt, Frankfurt/Main 2000, S.383ff., S.391f. m.w.N.
- (15) Luig, Fn.14, S.383ff. この点に関する新たな例。それ以外に、労働法に関するライヒ裁判所判例の継続的効力については Cosima Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Göttingen 1990, S.73ff.
- (16) Luig, Fn.14, S.400.
- (17) 及び Heck 及び 参考。 Sachenrecht, S.432.
- (18) Bauer/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., §57 B. V. 1., 参考。
- (19) Wieling, Sachenrecht, Lehrbuch, S.258 及び 他の点では質権の規定が適用されるべきと結論付けている。
- (20) Gaul, Fn.14, S.151f.
- (21) Wiegand, Numerus clausus der dinglichen Rechte (物権法定主義). Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen

- Dogmas (民法上のある中心的学説の成立とその意義について), in: FS Kroeschell, 1987, S.623ff., 640 m.w.N. in Fn.58.
- (22) BGBの第二草案に関する審議における委員会の多数が既に同様のものでもった。Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.Ⅲ (1899), S.3689 (S.626f.)
- (23) 明確性による法状況の認識可能性は、基本的思考として、簡明性という要請 (Transparenzgebot) をも支配しており、その簡明性という要請はとりわけ普通取引約款規制法において中心的役割を果たしている。BGB三〇七条一項二文を参照。
- (24) MünchKommBGB-Oechsler, Anhang nach §§929-936, Rn.2 (ミュンヘナー民法コメンタール (担当エーヒスラー) 九二九条から九三六条の補遺、欄外番号二) は、担保権設定者がリファイナンスするにあたって、自己の取引の相手方に対して特定の与信者〔貸手〕が介入することを正当化しなければならないというトラブルが避けられるということを引き合いに出すことにもつて、こうした実情を積極的に評価している。
- (25) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.Ⅲ (1899), S.3688-3690 (S.626f.).
- (26) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.Ⅲ (1899), S.3690 (S.627).
- (27) Kieninger, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, Teil I, WM 2005, 2305ff.
- (28) MünchKommBGB-Oechsler, Anhang nach §§929-936, Rn.5ff.
- (29) BGH, BGHZ 137, 212ff.
- (30) BGH Urt. v.26.9.2006 - XI ZR 156/05, NJW 2007, 216f. (ケーゲルバーン事件)
- (31) Karsten Schmidt, JUS 2007, 490f.; Stephan Lorenz, LMK 2006, 204400.
- (32) Lutz/Schapiro, Ansprüche des Sicherungseigentümers auf Herausgabe seitens Dritter gezogener Nutzungen, ZHP 2008, 1212ff.; Weber/Haselmann, Die Konkurrenz um die Nutzungen zwischen Sicherungseigentümer und Inhaber eines Vermieterpfandrechts, JURIA 2008, 372ff. 担保権者や担保のための所有者の有する法的地位を制限することは、担保権者と担保権設定者の間の債務法上の合意の価値を引き上げることによって達成されるべきでなく、そうすると第三者効を認めるといふ

方法では、債務関係が有する相対性という原則が無視されるのであり、担保権設定者に残っており、九八六条二項あるいは八二三条、さらには八一二条の枠内において第三者に対して主張することのできる占有保護を通して達成されるべきであるという。

(33) BGH NJW 2007,217.

(34) Kieninger, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherheitsrecht - Teil II, WM 2005, 2353, 2357; dies.(同), Evaluation: a common core? Convergences, subsisting differences and possible ways for harmonisation, in : dies. (Hrsg.), Security Rights in Moveable Property in European Private Law, Cambridge 2004, S.647ff., 六六三頁では、譲渡担保を認めつつある所としてギリシヤを指摘している。Wohlgemuth, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, 2004, S.61ff. フランスにおいては、二〇〇六年三月の物的担保の根本的改正により、これまで個別の法律において一定の目的物についてそれぞれ異なる形で規律されていた無占有質権は、民法典の中に取り入れられている。Code civil 一三三六条によると、質権の設定は文章による合意だけでなすことができる。とはいえ、第三者に対し効力があるためには、質物が引渡されるか、質権設定を質登録簿 (Pfandregister) に公示される必要がある (Code civil 一三三七条以下)。この点については、Kieninger, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208(2008), 182ff., S.199ff. スイスにおける譲渡担保は確かに信託的法律行為 (fiduziarisches Rechtsgeschäft) として認められているが (Jörg Schmid, Sachenrecht, 1997, S.428ff. (Rn.2012ff.) を参照)、しかしそれは占有改定を用いた場合には第三者に対しては効力がないのである (ZGB七二七条)。判例および学説は、占有改定による移転が債権担保のために用いられる場合には常に、ZGB七二七条によつて必要とされている占有質原則を潜脱しようとする当事者意思を推定している。

(35) Kieninger, Introduction : security rights in movable property within the common market and the approach of the study, in: dies. (Hrsg.), Security Rights in Moveable Property in European Private Law, Cambridge 2004, S. 6ff., S. 9.

(36) この点に関する最も最近のものとして、Kieninger, Die Zukunft des deutschen und europäischen Kreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), 182, 184ff. を見よ。

- (37) Von Bar/Drobing, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, 2004, Nr.733: 「加盟国 A において有効に担保が設定されている目的物が、加盟国 B に輸出されるか、ならぬかの形で加盟国 B に運ばれた場合、そうした担保権を設定するための B 国の要件が A 国のそれと異なるときは、もともと有効であった担保権が B 国の法によって消滅するという危険性が高い。
- (38) これは一九九六年にはまだまったく違った形で判断されていた。Staudinger-Stoll, EGBGB, Internationales Sachenrecht, Rn. 319: 「これに対し金銭貸付は一般的にいくまれにのみ『国境を越えて』認められるにすぎない。」Rn.343: 「たいていの場合、典型的な国内取引が問題となるのであり、そうすると担保権を設定する場合、外国法との抵触は通常生じないのである。」
- (39) Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG またはその点については Rott, *Die neue Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, WM 2008,1104ff.
- (40) 例として Kieninger, *Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts - Teil II*, WM 2005, 2353, 2358f. 最近展開された提案については 同 *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, AcP 208 (2008), 209ff. 特にヨーロッパ金融担保法に関しては、二二二頁以下 (S.222f)。注目すべきなのは、旧民法典において判例が無方式の譲渡担保を認めていたオランダ法においては、譲渡担保の禁止が新民法典 (BW) において認められたことである。Staudinger-Stoll, EGBG, Internationales Sachenrecht (1996), Rn.343.
- (41) 望ましい新形態が有する長所を Braukmann 及び Pignus, *Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorclassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, 2008, S.139 及び ローマ質権の様々な発展段階および概念を明確に分析する点により、強調する。
- (42) Kieninger, *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, AcP 208 (2008), 182ff., 208.
- (43) Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht*, JZ 2008,529ff., 531f. または、最終的に信託と担保の領域が、二〇〇八年の終わりを目指して予定されている最終的なテキストに含まれているべきであること。

- (44) BverfG, BverfGE 24, 367, 389.
- (45) Kieninger, Evaluation: a common core? Convergences, subsisting differences and possible ways for harmonisation, in : dies. (Hrsg.), Security Rights in Moveable Property in European Private Law, Cambridge 2004, S.647ff., 677-70頁以下。xviiiの公示のない譲渡担保は孤立した国内の金融市場においてのみ満足すべき形で機能することができただけであるという。二五の加盟国が有する共通の市場にふさわしい金融担保を見出そうというのであれば、国内金融市場で必要とされる人的な関係は、登録という制度的関係によって取り換えられなければならない。
- (46) BGH NJW 2007, 216f., 217.
- (47) この点については、Kieningerの諸提案、Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), 182ff., 222ff.をみよ。これに対して、登録義務に否定的なのは、Wohlgemuth, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, 2004, S.258 ff.; 彼は国境ごとの担保の可能性を維持し、しかも「[ヨーロッパ]共同体法としての動産担保法」を作り上げることからなる二元システムに賛成を表明している。
- (48) Nagata, Sicherungsübertragung im japanischen Recht, RIW 1985, 694ff. あるいは判例および学説の展開に関する詳細な検討がなされている。Hartwig, Publizität von Mobiliarsicherheiten im deutschen, US-amerikanischen und japanischen Recht, ZIP 1994, 96ff.; 日本法に関しては特に一一〇頁以下。; Maruttsche, Einführung in das japanische Recht, 1999, 物的担保法〔担保物権法〕については、一四二頁以下。

*本稿は、日本大学とベルリン自由大学とが、「日本とドイツにおける人格権の保護と所有権の自由」という共通のテーマで、日本側とドイツ側が対応する形で発表をするという形式で、二〇〇八年にベルリン自由大学でシンポジウムをなした。本稿は、そこでメラー教授が発表した原稿を翻訳したものである。この原稿は、*Persönlichkeitsschutz und Eigentumsfreiheit in Japan und Deutschland* という表題で、Carl Heymanns Verlag から二〇〇九年に出版され

た本に「Die Eigentumsübertragung zur Sicherheit - wirtschaftliche Bedeutung und dogmatische Schwierigkeiten」という題名で二二二頁以下に掲載されている。当初、日本側でもドイツ側に対応した形で本を出版することになっていたが、諸事情の関係で出版できなくなったため、今回、「日本法学」に掲載することとした。翻訳の掲載に關し快く許可を与えてくださったメラ教授に心より感謝する次第である。なお、本稿の最後に、「これについては次の講演で同僚の益井氏により取り扱われることになっている。」とあるのは、前記のドイツで出版された本のメラ教授の論文に続く形で(二二三頁以下)、訳者が、「Zur japanischen Sicherungsübertragung - unter besonderer Berücksichtigung ihrer rechtlichen Konstruktion」として発表したものである。

行政法における法的フィクション

デルフィーヌ・コスタ

清水恵介 訳

目次

- 1 法的方法論と行政法の定義
 - (a) 法的方法論
 - i 法的カテゴリー
 - ii 法的論証
 - (b) 行政法
 - i 行政法の定義
 - ii 行政法における法的フィクションに関する研究
- 2 フランス行政法における法的フィクションの概念

行政法における法的フィクション（清水）

- (a) 行政法における法的フィクションの定義の要素
 - i フィクションと真実
 - ii フィクションと現実
 - (b) 法的フィクションの性格
 - (c) 行政法における法的フィクションの源
- 3 フランス行政法における法的フィクションの機能
- (a) 行政法における法的フィクションの実用的機能
 - i 法的フィクションによる行政法の順応
 - ii 法的フィクションによる行政法の単純化・合理化
 - (b) 行政法における法的フィクションのドグマ的機能

本稿は、特定の法分野である行政法におけるフィクションの法技術的方法について論じる法的方法論をテーマとする。⁽¹⁾

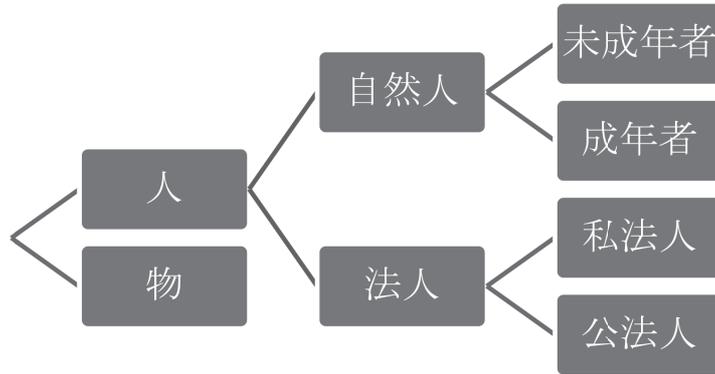
フランス行政法における法的フィクションの概念についての本来的な研究(後記2)や、フランス行政法におけるフィクションの機能(後記3)の前に、あらかじめの定義(後記1)が必要である。

1 法的方法論と行政法の定義

(a) 法的方法論

法的方法論は、法領域に特有の手段及び技術を説明することにある。

図：法的カテゴリーの例



私たちが法的概念、法的定義、とりわけ法的カテゴリーは何であることを明確にすることができるのは、法的方法論のおかげである。

法的方法論は、法律の法文又は裁判所の裁判をどのように起草するか、法的論証をどのように練り上げるか、法律家（立法者、裁判官）が用いる法的推論の種々のタイプは何かを自問する。

i 法的カテゴリー

— 例えば、法的カテゴリーは、同一の性質を示し、同一の制度に従ういくつかの対象を結集させる。一例は、人の法的カテゴリーで示すことができる（上記の図参照）。

— このカテゴリーは、他のカテゴリー、すなわち、物のカテゴリーと区別される。人と物との間の区別は、ローマ法まで遡る。物とは異なり、人は、所有の対象にはなり得ない。

— さらに、法的カテゴリーは、いくつかのサブカテゴリーに区分することができる。法的な人の中に、自然人と法人を見出す。自然人は、人間のことで、法人は、商事会社、非営利社団〔associations〕、国家、地方自治体などのことである。

— 法的サブカテゴリーは、同様に、他のサブカテゴリーを含むことがある。すなわち、自然人は、未成年者（子ども）と、人格に結び付けられた権利義務のすべ

てを有する成年者とに再区分される。

— 法人は、私法人（商會社又は非營利社團〔associations〕）と公法人（國家、地方自治體）とに再区分される。

— 特別の法制度は、各法的カテゴリーに対応する。すなわち、成年の自然人は、選挙権をもつが、未成年者はそれをもたないといったことである。

— 伝統的な「ローマ・ゲルマン」の法制度は、法的カテゴリーから構成される。これらの制度において、法の科学というものは、法的カテゴリーで表現され、法の準則によつて支配され得る現実をカテゴライズすることにある。

ii 法的論証

— ヨーロッパ法のこれらの制度において、法的カテゴリーは、十分ではない。論証の方法というものが、カテゴリーがその間で作用するために存在する。法的論証のいくつかのタイプが存在する。

— 類推論証（ラテン語で *a pari*）は、法制度において最も普及した推論の方法である。

— この論証は、二つの法的カテゴリーの類似性に基づいて推論することにある。すなわち、もしそれらが類似しているならば、一方に適用可能な準則は、他方に適用することができる。

— 例えば、未成年者は、成年者と同一の権利を有しない。しかし、もしも未成年者が十分に成熟したという理由で解放されたならば、⁽ⁱⁱ⁾類推によつて、その者は、成年者と同一の権利を有する。

— 反対〔*a contrario*（ラテン語表現）〕論証は、もしもある法的カテゴリーがある対象に適用されないならば、その対象に反対のカテゴリーを適用しなければならないという結論づけを可能にする。例えば、ある者が死んでいないならば、その者は生きているということである。

反対〔*a contrario*〕論証は、扱うことが困難である。例えば、もしもある芝生が犬に対して立入禁止であるならば、反対〔*a contrario*〕論証は、人間には許可されているということの意味する。しかし、同様に、他の動物にも許可されているということをも意味する…。

ところで、犬に対する芝生の立入禁止の法的根拠は、法的カテゴリーとしての犬にかかわらず、芝生を良い状態で保護する必要性にある。

したがって、この例における妥当な唯一の反対〔*a contrario*〕論証は、人間を許可することであり、いかなる動物をも許可することにはない。

— 勿論〔*a fortiori* (ラテン語表現)〕論証は、前述のものに付け加える論証である。その論証は、勿論のこと、法原則の存在理由に基づいて、ある準則を特別の場合に適用するということの意味する。

立入禁止された芝生の例を再びとると、もしも芝生が犬に対して立入禁止であるならば、勿論のこと、他の動物に対して立入禁止であるということである。類推によって、芝生は、犬に対して立入禁止され、反対に〔*contrario*〕、人間に対して許可される。

様々な論証は、立法者が法的カテゴリーおよび対応する制度を規定する責務を負うということを知っているのので、主に裁判官によって利用される。

様々な論証は、同様に、法の研究者によっても利用される。

(b) 行政法

フランス行政法の定義の後に、行政法における法的フィクションに研究が導かれた理由を説明する。

i 行政法の定義

フランスは、しばしば、特にヨーロッパにおいて、行政法の祖国として紹介される。この法分野は、実際に、二世紀以上前から、フランスにおいて非常に発展した。

確かに、フランス革命(一七八九年〜一七九九年)で、フランスの裁判制度は、権力分立の原則を適用することで、完全に近代化された。

― 近代の司法裁判所は、その頂点に、後に破毀院となる上級裁判所とともに出現した。

― ところで、一七九〇年から、ある禁止が、司法裁判所に向けて定式化された。すなわち、司法裁判所は、行政事件について管轄をもたないということであった。

― 「行政事件」によつて、国、地方自治体又は公企業を含む、すべての作為又は不作為、すべての行為及び契約を理解しなければならぬ。

― 司法裁判所が管轄をもたなかったため、この行政事件のために裁判官を探さなければならなかった。

― コンセイユ・デタ(國務院)が、一七九九年に、主として国家に助言するために創設された。あらゆる事について国家に助言していたように、行政活動から生じた紛争についてもまた、国家に助言していた。

― 次第に、コンセイユ・デタにおいて、裁判手続が生成された。公式には、一八七二年に、コンセイユ・デタは、上級行政裁判所としての行政裁判所になった。

― 同様に、他の機関も存在していて、一九五三年に、行政裁判所となるに至った。ついで、一九八七年には、行政控訴院が創設された。^(註)

行政裁判所の漸進的出現は、行政裁判所が尊重しなければならない特別法の生成を可能にした。すなわち、行政事件に適用可能な法である。

— 行政法の最も重要な概念は、コンセイユ・データの判例によって引き出された。

— 例えば、一般利益、公役務、公権力、公土木工事、公務員、公有財産、行政警察および公の秩序を定義するのは、コンセイユ・データによって下された判決である。

— また、これらの法的カテゴリーに適用可能な法律制度を強いるのも、コンセイユ・データの判決である。例えば、コンセイユ・データは、公有財産に適用可能な原則として、単独行政行為の生成の準則を引き出した。

— 確かに、二〇世紀に、立法者は、行政判例法を補完した。すなわち、公務員の身分、公取引・都市計画・公衆衛生の法…である。

— さらに、EU法は、次第に行政法を、特に経済部門において枠付けている。なぜなら、公的経済活動は、その大部分において、競争法に服するからである。

結局のところ、フランスの行政法は、非常に幅広い。すなわち、行政法は、公法人（国家、地方自治体、公企業）の活動に関係し、単独行為及び契約を枠付け、公的機関の権限並びに公役務及び公権力の原則を定義するなどをする。

ii 行政法における法的フィクションに関する研究

行政法における法的フィクションを探求するのは、行政法という特殊な規律におけるフィクションという法技術の影響力及び有用性を研究することにある。

この研究は、一九九八年にパリ第一大学（パンテオン・ソルボンヌ）で審査を受けた博士論文のきっかけとなった。

この論文は、パリ大学事務局長賞を受賞し、二〇〇〇年における出版の対象となった。^(iv)

行政法における法的フィクションの探求は、法的論理及び方法論、歴史、法の理論、並びにフランス及び外国の私法及び公法に関する研究を必要とする。

一般に、法的フィクションの技術的方法は、存在するものを存在しないふりをし、あるいは逆に、存在しないものを存在するふりをすることにある。

その探求は、それがいまだなされていなかった時に、フランス行政法に導かれた。それゆえ、その探求は、一方で、法的フィクションの分析を一新することを、そして、他方で、新たな観点の下で行政法を検討することを可能にした。その探求は、法的フィクションと行政法、それから行政法における法的フィクションの機能を研究することを目的としている。すなわち、私たちが²および³において検討するのがそれである。

2 フランス行政法における法的フィクションの概念

フランス行政法における法的フィクションの概念を検討するために、その定義の諸要素、それからその性格、そして最後にその源を研究しなければならなかった。

(a) 行政法における法的フィクションの定義の要素

フィクションは、存在しないものが存在するというふり、及び存在するものが存在しないというふりをする。しばしば、フィクションは、「…であるかのよう」[comme si] (ドイツ語における [als ob]) と言われる。

ところで、その困難さは、フィクションが嘘なのか現実の変化なのかを知ることにある。第一の場合において、

フィクションは、真実との関連で定義づけられる。第二の場合において、フィクションは、現実との関連で定義づけられる。

i フィクションと真実

歴史的には、ローマ法において、それから中世ヨーロッパ法において、フィクションは、真実への参照によって定義づけられた。すなわち、フィクションを真実とみなすのである。そこで、フィクションは、「見せかけの真実」（ラテン語で「*veritas falsa*」）であると言われる。

今日、真実は、相変わらず、法的フィクションを他の方法から区別することを可能にするが、真実は、フィクションを定義づけることをもはや可能にしない。

確かに、フィクションは真実に反するが、フィクションの作者は、真実に反する方法を利用していることを知っていて、それを隠さない。したがって、フィクションは、意図的な誤りである。

— そのことは、フィクションが錯誤ではないということの意味する。なぜなら、その作者は、フィクションが真実に反するということを知っているからである。それは、嘘ということでもない。なぜなら、皆がそれを知っていて、フィクションは、他の者を騙すということに向けられていないからである。

— フィクションは、ヨーロッパの法制度において多く用いられる法技術の方法、すなわち、単純推定とも異なる。

推定は、他の事実を証明するためにある事実の結果を引き出すことを可能にする仕組みである。最も著名な例は、次のものである。すなわち、子の母の夫は、その子の父であると推定される。

推定の仕組みにおいて、反対証拠というものが生じ得る。先の例において、母の夫が、特に生物学的証拠によつ

て、父ではないということを証明することができる。

推定は、蓋然性（ラテン語で「*plurimque fit*」）の考えに基づいている。すなわち、先の例において、確かに、たいていの場合、母の夫は、実際に子の父である。

正確に言えば、推定が虚偽の結果を導き、かつ、虚偽の証拠がもたらされたならば、推定はもはや働かない。反対に、たとえフィクションが虚偽であることの証拠がもたらされても、フィクションは常に働く。

比較のため、親子関係の法にとどめておくと、養子縁組の例を引き合いに出すことができる。完全養子縁組^(v)において、子は、その養親の子ではないということを知っている。それでも、親子関係は、養親に対してのみ創設される。

たとえばある証拠が、その者が養親の子ではないということを示していたとしても、法的には、その養親の子であつて、その生物学的親の子ではないのである。

推定についての他の仕組み、すなわち、反論できない推定というものが存在する。この推定は、反対の証拠によつて覆すことはできない。それゆえに、この推定は、フィクションに類似する。

ii フィクションと現実

フィクションは、存在するものが存在しないということ、及び、逆に存在しないものが存在するということを肯定する。すなわち、フィクションは、現実を否定する。その困難さは、フィクションというものが、法の現実に対して内部的なものであるのか、それとも、法に対する外部的な現実（「自然な」現実）から内部的な現実への移行の時に介入できるのかを知ることである。

— 法に対する内部的現実において、フィクションは、異なる法的カテゴリーを関連づけることを可能にし、あるいは逆に、一つの法的カテゴリーを二つのサブカテゴリーに分割する技術的方法である。これらの操作は、ある法制度を、それが向けられていなかったあるカテゴリーへ適用することに向けられている。

例えば、養子縁組の例において、親子関係の法制度は、子の生物学的親のカテゴリーとの関連づけによって、子以外の者のカテゴリーに適用される。

— 法に対する外部的現実との関連で、一定の法概念は、法の準則における自然的事実を改変するためにフィクションを利用する。

法人の例を与えることができる。すなわち、自然において、人間というものが存在する。法は、人間に法的人格を付与する。すなわち、それが自然人というものである。

自然において、人間の集団というものも存在する。一定の条件の下で、法は、これらの自然人の集団にも資格を付与する。すなわち、それが法人というものである。

しかし、ある集団が一〇の人から構成されている場合に、自然において、それらの者は常に一〇人であろう。逆に、法制度において、一一の人がいるであろう。すなわち、一〇の自然人と一の法人である。

したがって、二種のフィクションというものが存在する。「内部的」フィクションと「外部的」フィクションである。

(b) 法的フィクションの性格

フィクションの性格は、フィクションが法的現実に対して「内部的」か「外部的」かに応じて同一ではない。

— 法的現実において、法的フィクションは、「不安定」である。確かに、フィクションは、ある瞬間に用いられるが、それがもはや存在しないとき、消滅する。

フィクションは、新たなカテゴリーが出現し、元のカテゴリーとの関連で推論する必要がもはやないとき、消滅する。フィクションはまた、新たなカテゴリーが二つの古いカテゴリーを包括して、もはや何も区別することがないときにも消滅する。

行政法において、いくつかの例を契約に関して与えることができる。契約当事者を関係づける通常の条項と、契約の第三者への法的効果をもつ条項を含んだ行政契約というものが存在する。

これらの契約は、公役務、一般利益の役務の組織、例えば学校の運送に関する。ある町は、運送の商事会社に子どもを学校に運送するよう要求する。

ある契約条項は、その町と会社だけに関係する。すなわち、契約の期間、相互の債務についてである。他の条項は、子どもとその親に関係する。料金、時刻などについてである。

この例証の中で働いているフィクションは、契約の第三者に効力をもつ条項に対して、それが契約に含まれていないときに、行政の権力行為の法制度を適用することにある。

これらの条項が契約に属していないと決めるならば、それが契約によるものであるというふりをする必要はもはやないであろう。すなわち、フィクションは、消滅するであろう。

— 法に対する外部的現実との関連では、反対に、フィクションは、持続することが要請される。なぜなら、法的準則を構築することを可能にするからである。フィクションは、持続可能な解決を確立するため、持続するよう要請

された法的カテゴリーの原因である。

(c) 行政法における法的フィクションの源

法的フィクションは、フランス行政法のあらゆる源によって利用される。フィクションは、成文法によって利用される。すなわち、憲法、国会の法律、政府の行為、地方機関の行為などである。

特に、成文法は、養子縁組の例がそれを示すように、法の準則を生成するためにフィクションを用いる。

フィクションはまた、法の重要な源であり、特に、歴史的には、コンセイユ・データの判例によって生成された行政法についての「判例」によっても利用される。

行政裁判官は、例えば、解釈及び性質決定の作業の中で、法的論証の方法として法的フィクションを利用する。

3 フランス行政法における法的フィクションの機能

法的フィクションは、行政法において有用である。すなわち、フィクションは、二つの異なる機能を発揮する。フィクションは、行政法の適用の実用的機能と行政法の生成の教義（ドグマ）的機能を発揮する。

(a) 行政法における法的フィクションの実用的機能

フィクションが行政法において利用されるとき、フィクションは、行政法がその法的カテゴリーを修正するということを期待して、よりよい法の適用を可能にする。すなわち、フィクションは、実用的である。フィクションは、行政法の順応、単純化及び合理化を可能にする。

i 法的フィクションによる行政法の順応

行政法は、私的利益の上に一般利益を優位させる。そのために、行政法は、ある一般原則を言明する。すなわち、一般利益及び公役務を常に提供することができるようにするための法的準則の恒常的かつ不可欠な順応である。

— 例えば、平等の原則は、一般利益を確保することができるようにするため、常に進展の途中にある。平等の原則は、行政行為が合法的でなければならぬことを示す。すなわち、行政行為は、現行法を尊重しなければならないが、国際条約や憲法、一定の主要な原則（平等、自由など）をも尊重しなければならない。

例えば、行政行為が法的準則に反するとき、それは「違法」であると言われる。すなわち、利害関係人は、行政裁判官にその行為の取消しを請求することができる。

行政裁判官が「違法」な行政行為を取り消すとき、時間も含めて、その行為を我々の法制度から消滅させる。想定された行為は、決して存在しなかったものとされる。

裁判官は、たとえ、現実には、存在していて、法的効果を生じたとしても、あたかもその行為が決して存在しなかったかのように振る舞う。すなわち、取消しは遡及性があると言う。なぜなら、取消しは、将来の上に過去を変更するからである。

遡及性は、法的フィクションの仕組みに立脚する。なぜなら、裁判官は、あたかもその行為が決して存在しなかったかのように行うからである。遡及性は、平等の原則の順応を可能にするフィクションの一例である。

— 同様に、責任の原則も、進展の途中にある。公法人（国家、地方自治体）の責任は、それが損害をもたらす場合に生じる。

行政の損害の被害者は、行政裁判官に対し、実際に行政の活動又は不活動が損害の原因である場合に、その者に損害賠償金を支払う賠償を請求することができる。

行政責任は、民法におけるように少し機能する。例えば、行政責任は、免責条項を認めている。すなわち、被害者のフォート〔faute〕^(vi)、第三者の所為、不可抗力である。

通常、行政は、フォートを犯す場合にのみ責任を負う。フォートによる責任は、行政責任の第一類型である。

しかし、一定の状況において、裁判官は、たとえ行政がフォートを犯さなかつたとしても、その責任を負い得るものと考えている。フォートなき責任は、行政責任の第二類型である。

裁判官は、例えば、行政がすべての市民にリスクを課し、リスクを証明することで賠償を得るであろう者に対してそのリスクが実現したときに、フォートを証明することなしに介入する。

例えば、警察官は、公共の安全を確保するために、役務の武器を所持している。もしも役務の武器が、警察の活動外で、例えば、警察官が家でその武器を洗っているとき、何者かに損害を引き起こすならば、その損害はフォートなしに賠償されるであろう。

ところで、フィクションは、この責任の原則の順応を可能にする。設例として、行政裁判官は、損害が特に重大であるがゆえにフォートが犯されたと推論するが、いかなるフォートも犯されていないかつたという証拠を認めない。医師の責任に関する場合がそれである。すなわち、ある者が盲腸の後に四肢麻痺になるならば、裁判官は、そこから、フォートが必然的に犯されて、公共病院の責任を義務づけるということを結論づける。

この場合において、裁判官は、フォートによる責任とフォートなき責任という二つの法的カテゴリーを関連づけ

ること、新たな状況への責任の法の順応を可能にする。

ii 法的フィクションによる行政法の単純化・合理化

行政法の適用は、複雑であり得る。行政法を単純化するために、法的フィクションが有用であり得る。

— フランス法は、二種の裁判所に分かれる。すなわち、司法裁判所（民事、刑事、商事、労働）と行政裁判所である。

— 二種の裁判所間の管轄の分配についての準則が存在する。しかし、その準則は、しばしば複雑な適用となる。

— 司法裁判官と行政裁判官との間の管轄の分配を単純化するために、いくつかの国会の法律において、ある仕組みが考案された。すなわち、管轄ブロックというものである。

— 例えば、その法律は、あらゆる分野が私法及び司法裁判官に属するか、逆に、公法及び行政裁判官に属するかを明確にしている。

— 責任の分野において、あらゆる交通事故について管轄をもつのは、行政の車が巻き込まれたときでさえ、司法裁判官である。

— このブロックの論理は、法的フィクションを利用する。先の例においては、行政責任の制度の代わりに民事責任の法制度を適用するために、あたかも行政の車が、私的な車であったかのように振る舞う。

法的フィクションはまた、特に裁判の分野において、行政法の適用の合理化をも可能にする。ここで、フィクションは、不整合を回避することを可能にする。

— 設例として、「攻撃防禦方法の中立化」を引き合いに出すことができる。市民が行政行為の取消しを行政裁判官に申し立てるとき、「攻撃防禦方法」と呼ばれる法的論拠を提示しなければならない。

— これらの攻撃防禦方法の中で、一定のものは、行為の形式及び手続に触れ、他のものは、行為が介入される理由に関連する。

— いくつかの攻撃防禦方法が提示されたならば、裁判官は、一定の攻撃防禦方法を取り上げ、他の攻撃防禦方法は取り上げないということを選択することができる。そのことは、結果として、大きな事柄に役立たない行政行為の取消しを回避することになるであろう。

— 例えば、ある行為が手続を尊重しなかったが、もしもこの手続を尊重していたならば、行政が同一の行為をとっていたであろう場合に、行政裁判官は、非合法的な手続に関する攻撃防禦方法を取り上げようとしなない。

— したがって、その行為は「違法」であるはずであるが、裁判官は、それを取り消さない。その行為は、その効力を生じ続ける。なぜ裁判官は、そのようなことをするのであるのか。

— 裁判官は、その行為が手続を尊重しなかったために取り消されるならば、行政は、将来に、手続を尊重して同一の行為をとるであろう。すべての人に時間を稼がせるために、したがって、裁判官は、最初の行為を取り消さないのである。

— 行政活動を合理化するこの結果に達するために、行政裁判官は、その行為が「違法」ではなかった「…かのよう」に〔comme si〕「まるで」ことで、法的フィクションの方法を利用する。

(b) 行政法における法的フィクションのドグマ的機能

法のドグマは、法制度に基盤を与える上位の原則を明確にすることにある。行政法は、そのドグマのいくつかに立脚している。特に、行政法は、「自律的なもの」として紹介される。すなわち、行政法は、民法や商法とは違って、

したがって、行政裁判官という特別の裁判官に従う必要があるということである。

こうした法および行政裁判官の自律性のドグマは、法的フィクションに立脚するように思われる。このことは、フランス革命からの現代行政法の歴史的誕生を研究することで実証される。

このことはまた、行政法の自律性に与えられた論理的説明を検討することでも実証される。確かに、行政法は主として行政裁判官によって生成されたということが思い出される。

行政に適用可能な法的準則が単なる市民に適用可能な法的準則とは異なるという事実は、一般利益、公役務、公権力、公の秩序などの原則を課すことで、異なる準則を適用することを裁判官が選択したことから、明確に理解される。

行政法の定義は、行政法が自律的であるように生成されたので、その自律的性格を必然的に含んでいる。したがって、結果として、行政法が自律的である以外のもではあり得ないということとともに、その定義の要素において、自律性を含めているのに、あたかも行政法が自律的であったかのように振る舞う。

したがって、法的フィクションは、行政法の自律性及び行政法と私法との根本的な違いを守るドグマ的機能を確保することを可能にする。

結論として、行政法における法的フィクションは、他の法分野の法的フィクションと異なる定義を示さない。逆に、法的フィクションは、その適用及び生成の観点から、行政法において非常に特別な役割を果たす。

*本翻訳は、法学部招聘教授として来日されたコスタ教授が、二〇一四年一〇月二二日(水)に日本大学法学部で行った講演を翻訳し、同教授の許可を得て、講演時の挨拶文を削除する、図を付すなどの変更を加えたものである。

本翻訳の原文は、'Les fictions juridiques en droit administratif との表題で、' Nihon University Comparative Law Vol.32 (2015) に掲載されている。

(i) 民法の研究者であって行政法の研究者ではない訳者があえて本論文の翻訳を担当したのは、本論文が扱う「法的フィクション」[Fictions juridiques]という言葉が、わが国の民法学者・来栖三郎による一連のフィクション研究(同『法とフィクション』(東京大学出版会、一九九九年)所収の各論文参照)を想起させ、訳者の関心を強く呼び起こしたからにほかならない。コスタ教授(当時はフランス・アヴィニオン大学教授で、現在は同国・エクスマルセイユ大学教授)を招聘するにあたり、講演のテーマとして、同教授の博士論文のテーマでもあった「フランス行政法における法的フィクション」を提案したのも訳者であった。本論文が民法領域の設例を多く取り上げているのも、このテーマが民法学とも近接するものであることを示すものといえよう。近時、ベルギー・リエージュ大学教授の来日公演を邦訳したクリスティヌ・ビケ(高秀成訳)「法におけるフィクション」慶應法学二六号二二九頁(二〇一三年)も公表されており、本論文の公表を機に、わが国での法的フィクション論が再燃することを期待したい。

(ii) これを未成年解放という。親権の対象から解放され(民法典四一三―七条一項)、成年者(フランスでは一八歳以上の者)と同様の能力を有するに至る(同四一三―六条一項)。日本民法七五三条と同様、婚姻による未成年解放(法定解放)もあるが(民法典四一三―一条)、一六歳以上の未成年者につき、父母や家族会の請求に基づく任意的解放も認められている(同四一三―二条、四一三―三条)。

(iii) この点につき、デルフィーヌ・コスタ(神尾真知子訳)「フランス行政訴訟法の現代的課題」日本法学八二巻一号一三九頁(二〇一六年)参照。

(iv) Delphine Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif* (Bibliothèque de droit public, Tome 210), L.G.D.J., 2000

(v) 元の家族と養子との関係に断絶を生じさせ、養子を養子縁組家族の嫡出子と同視する養子縁組(民法典三四三条以下)で

あり、日本法にいう特別養子縁組（民法八一七条の二以下）に相当する。

(vi) フォート〔Faute〕は、過失と訳されることがあるものの、故意をも含んだ広い概念であり、近時の訳例に従い、そのままフォートと記述することとした。

限界なき刑法？^①

——犯罪化の哲学的な限界を探究して——

ゲルハルト ゼーエア
上野 幸彦 訳

問題設定と考察プロセス

国家は、社会における生活を秩序づけ、安全、平和それに市民の自由を保障する任務をもっています。——やむを得ない場合には、強制によって。そして、国家は、刑法を公布する権限を有しています。ドイツでは、その権限は基本法第七四条第一項に基づきますし、他の諸国においてもまったく同様に憲法で規定されていたり、あるいはそれは数百年もの古くからの慣習法です。つまり、国家は、安全、平和および市民の自由を守るために刑法を制定することが

許されているのです。そればかりか、一般的に広まった確信によって、国家はまさにそれを行わなければならないのです。⁽²⁾

しかし、立法者は、どのような行為を刑罰の威嚇の下に禁止しようとも、自由に決められるのでしょうか。それとも、立法者の刑罰の権限には限界があるのでしょうか。

この限界をめぐって、刑法哲学上、長い間対立的に論争されてきました。ドイツでは、連邦憲法裁判所が次のような判断を示して以降、この論争がここ数年とくに活発になっています。それは、ドイツの立法者は、行為に関する犯罪化に際し、基本法に基づく基本権および憲法原理によってのみ制約されるのであって、学問上の考え方、とりわけドイツで広まっている法益保護の理論によってではないというものです。

しかし、連邦憲法裁判所は、どのような憲法原理を考えているのか、どのようにそれらは成立するのか、そして法治国家的な刑法の正当な限界に関する問題にとってそれらから何が導き出されるのでしょうか。憲法原理は、刑事立法における国家的な恣意に対して実効性のある保護となったり、可能な方法で「限界なき刑法」を威嚇するのでしょうか。

これらの問いをわたくしは四つの章で検討したいと思います。まず第一章において、活発な新たな論争の契機となった連邦憲法裁判所の判断が分析されます。その際に、とくに法益理論の拒絶を問題にしているので、この理論が第二章で分析され、批判されます。その後で、わたくしは第三章で連邦憲法裁判所によって指摘された「憲法原理」——とくに比例的適合性原理 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) ——が、刑事立法の効果的なコントロールを可能にするかどうかという問題を提起します。結論を先取りして言えば、信頼できるコントロールの基準は見出せません。それ

は第四章で論じられるべき最後の問いを投げかけます。…民主的な立法者は、刑罰構成要件の定式化にあたり広範に自由なのだろうか、それとも市民は、国家が言い渡し得るまさに最も厳しい禁止に対して合理的な根拠を要求する権利をもっているのでしょうか。

一・法益理論に対する連邦憲法裁判所の拒絶

二〇〇八年に連邦憲法裁判所は、兄弟姉妹間の近親相姦の刑罰構成要件、すなわち成人間の合意のある実の兄弟姉妹の性交の刑法上の禁止について判断を行いました⁽³⁾。裁判所はこの禁止がドイツ基本法と合致するかどうかを問題としました。その際、裁判所は、国家の刑罰権の限界についての学問上の理論、—とりわけ法益理論—も検討し、そうした理論から、刑罰構成要件の公布に対する立法者の自由にかなる制限も導き出すことはできないという結論に至りました⁽⁴⁾。

法益理論の拒絶により、連邦憲法裁判所は、国家的な刑罰権力の限界に関するある一つの概念を拒否したばかりでなく、ドイツにおいて根本的に作り上げられてきた唯一の概念を拒否したのです。このため、立法者への白地委任を懸念させるような真空状態が生じています。まさに、市民の自由における国家の最も強力な侵害が問題となるところでは、そのような一括の授權は非常に憂慮すべきであり、この判決の意義や結論をめぐって活発な議論が沸き起るのもそれほど不思議ではありません。

連邦憲法裁判所は以下のようになっています。

「比例的適合性の基本原則は、…ある刑罰規範が他者または公共の保護に役立つということを要求している。…し

かし、可罰的な行為の範囲を義務的に確定するのは、立法者の基本的な責務である。立法者は、その保護が重要であると思われる一定の法益を、まさに刑法の手段によって守るのか否か、および場合に依じてどのように行うのかという判断に関して、基本的に自由である。⁽⁵⁾そしてさらに繰り返して、「当該の事情を考慮して可罰的な行為の範囲を確定することは立法者の基本的な責務である。連邦憲法裁判所は、ただ刑罰法規が実質的に憲法の諸規定と一致し、かつ書かれざる憲法の諸原則および基本法の根本的決定に適合しているという点について監視しなければならないのである。刑罰規範は、憲法上、」—引き続き決定的な文章ですが—「それらによって追求された目的を超えたより厳重な要求に服するものではない。とりわけそのような要求が刑法上の法益理論から派生するわけではない。」⁽⁶⁾と。

この拒絶はとても明確なのですが、一見ただけでは、その拒絶が一般的に何に対して突きつけられているのか、とても曖昧なものとなっています。なぜなら、裁判所がすぐ後に述べているように、もし「法益という概念について：一致していない」とすれば、もはや「その刑法上の法益論」というのも存在しないからです。つまり、国家的な刑罰権の根拠および限界に関する一群の理論が問題となっているのであり、それらの共通性は、中心的な概念として「法益」という概念を用いているという点にあります。これらの理論については、次の章で詳細に述べることになります。

それに加えて、意外なのは、連邦憲法裁判所自身—刑法上の法益理論を一括して退けているにもかかわらず—当然のように繰り返し法益概念を用いていることです。…立法者は、「一定の法益を：まさに刑法の手段によって守る：か否かという判断に関して、基本的に自由である。」⁽⁸⁾というように。さらに、二〇一一年一月二八日のある部の決定の中で、次のように言っています。…「それに対して、**法益侵害を阻止することは正当である**。したがって、意見それ

自体の内容ではなく、既に具体的に**法益侵害**へと移行し、それにより輪郭が浮かびあがる**法益侵害**に向かい境界を超えたコミュニケーションの**態様**だけが、**禁止**されて良いのである。⁽⁹⁾「裁判所のこのような定着した言い回しの文化の例については、他にもたくさんあります。

このような言明からある規則を引き出すとすると、次のようになります。…立法者は法益侵害だけを刑法上の手段によって阻止することが許されるが、しかし、法益概念はその際に決して憲法に係る方法で立法者を制約することはない。

このような分析結果は実に不合理な印象を与えます。なぜならその立法を正当化する（法益に対する攻撃が刑法の手段によって阻止されて良い）法的な概念は、同時に、**刑罰構成要件の目的が法益保護**という概念によって評価できない場合も含めすべて立法を限界付けているのです。つまり、**法益の保護**が—依然として—**刑罰威嚇の決定的な根拠**であるとすれば、それは、**憲法上の限界**も示しているということです。では、何故、法益論から刑事立法に対する憲法に関連するいかなる制約も導き出されないのでしょうか。

連邦憲法裁判所に明白な論理的誤謬を仮定しないのであれば、先に再構成した矛盾する立法規律の原因は、**法益概念**に探ることができるとは違いません。そして実際に、**法益概念**は、より詳細に見ると、二つの顕著な欠点を露呈します。…その多義性およびそれに向けられた多彩な様ざまの期待による詰め込み過ぎです。

二・ 法益理論の観念と欠点

はじめに、法益理論の最も重要なヴァリエーションが紹介されます。その際、同時に法益概念とともに作用するあ

らゆるアプローチの最初の欠点が明らかになるでしょう。…法益概念は、学問上の議論において、部分的にしか一致していないかったり、または一般的に一致していない異なる意味で使用されているのです。

a 法益概念の多義性

(1) 目的論的な法益概念

目的論的な意味では、その概念は規範によって追求される目的を表しています。その目的は、立法者自身によって定式化されているか、または解釈の方法において説明されるかのいずれかです。法益の意義および機能をこのコンテキストに限るのであれば、実証的で、「体系内在的な」概念が明らかとなります¹⁰。その場合、法益は、限界事例におけるある規範の適用に際して必要とされる保護の目的なのです。—たとえば、ある行為の結果が一般的に当該の刑罰構成要件によって阻止されるべきか否かを確定するにあたっての¹¹。この意味では、法益は各々に設定されている法規範の目的論的なミニマムとまったく同一です。…法規範は、法的に認められた目的に奉仕しなければなりません。そうでなければ、法規範は行為の自由に対する恣意的な介入であり、それゆえ憲法に違反することになるからです。

この目的論的な法益概念は、単に立法者の意思を再現しているだけです。なぜなら、それは、立法者によって設定された規範目的を表すことで、汲み尽くされているからです。と同時に、しかしそれは、方法論的に構築された規範目的の概念に何も付け加えていません。—それは余計なのです。そのうえ、この法益概念には、既にしばしば強調されているように、まったく批判的な可能性が欠けているのです。なぜなら、単に記述的な意義をもつに過ぎないからです¹²。立法者は基本法の枠内で、どのような目的を法的手段によって追求しようとも、また法益を自由な裁量により

創設することも自由なのですから、この法益概念の中身については任意であるということがさらに付け加わります。

(2) 批判的な法益概念

目的論的な法益概念の内容上の任意性に対して、体系批判的な別の法益概念が登場します。それは、**個人的法益論**によつて最も精緻に仕上げられています。「保護される法益に害を及ぼす干渉」が、「一般的な行為の自由に対する（完全に）唯一の限界」を提供するのであり、その限界が刑罰威嚇を正当なものとし¹³ます。法益としては、その場合に「刑法上保護を必要とする人間の利益」だけが是認されており、そして「利益」として、ヴァインフリード・ハッセマー——この立場を最もはっきりと定式化した——は、必要不可欠な「生存のための財」(Lebensgüter) だけであると把握しようとしています。…生命、健康、行為および言論の自由、所有権およびその他若干。集合的な利益(すなわち、共同社会の価値)を、彼はそれらの基礎となっている個人の利益に還元することにより統一化しています。¹⁴ すなわち、例として言えば、自由で公正な資本取引を、それに参加している個々人の商業的利益によつて。¹⁵ このアプローチの選択的な可能性は相当なものであり、それゆえ刑法の限界をめぐる議論において先端的な位置を占めています。それに、連邦憲法裁判所が刑罰規範の正当性に関して基本法の規律を超えて設定されるような「より厳重な必要条件」について言及した際に注目し、——そしてその承認を拒否しているのです。¹⁶

裁判所は、批判的な法益理論を「超実定的である」と批判します。¹⁷ このことが、とくに、裁判所がこの理論の法的な重要性を拒む理由です。しかし、実定法を超えたところに、**自然法の諸原理**に関する場所があり、それらは、道徳、宗教、人類学あるいは合理主義に由来するでしょう。しかしながら、そのような根源について、個人的法益理論に

よって言及されることはありません。なぜなら、個人的法益理論は、その基盤を明示的に現行法秩序、基本法の自由主義的な精神に求めているからです。ハッセマーは、まさに法益理論を通じて憲法上の過剰な禁止を刑法的に具体化すること、—市民の一般的な行為の自由にとっても厳しい処置で介入するということの全般的な禁止、を問題にしているのです。⁽¹⁸⁾

批判的法益概念を「超実定的」であるとして消極的に特徴づけることは、さらに他の理由からもきわめて見当はずれです。…ドイツの法教義学では、以前から、基本法に明示的に記述されていない場合でも、法的に重要な諸原理が存在することが承認されています。あらゆる国家活動の比例的適合性の観念はそれに含まれますし、実質的正義の観念や国家社会主義の過去にかんがみだ特別なドイツの責任に関する基本原則などもそうです。そのような原理を連邦憲法裁判所自身、その判断を根拠づけるために繰り返し援用しているのです。それらは、法政策的、社会・道徳的そればかりか宗教的なコンテキストに由来しており、カールスルーエの裁判官たちに、かれらの判断の根拠となっている「超実定的な」由来が完全に自覚されているのは、ほとんど疑う余地はありません。⁽¹⁹⁾

それでは、批判的な法益理論を憲法上重要ではないと退けたとき、裁判所は実際には何を意図していたのでしょうか。少なくとも、それについて二つの理由が検討されなければなりません。

一つには、裁判所は、この理論が「立法者の彼岸にある官庁」から発するという点について、はつきりと批判的に強調しています。⁽²⁰⁾ それ自体はもちろん法学上の理論として何の欠陥でもありませんが、立法者がいかなる刑法を制定してはならないのか、立法者に拘束的に指示し得るといふ主張をともなつて現れるやいなや、民主的に正当化された立法者の主権と衝突します。こうした衝突は、とりわけ立法者が伝統的な刑法の核心部分を超えて、技術的でデジタ

ル化された世界における新たな状況に抽象的な危険犯罪として対応したり、社会道徳の価値を刑法的に強制しようとする場面で顕在化します。(たとえば、動物虐待の禁止、合意した成人間に対しても近親相姦の禁止を維持すること、さらに、²¹⁾—今話題となっている—自殺幫助の禁止)

もう一つには、批判的法益理論が学問上決して一致して支持されているわけではなく、いくつかの批判にさらされています。この理論が、たとえば道徳的な行動価値に関する刑法上の保護を範疇的に除外しているといったことについては、刑法を単に侵害の阻止のためのみならず、「基本的な行動規範」に関する「最低限のコンセンサス」にとつての保護手段としても受け入れるある伝統にもとづいて非難されているのです。²²⁾ そのうえ、基本法から、国家の刑罰権について侵害に対する個人の利益を保護するという構成要件に限定されることが説得的に導き出されるのか、再三疑われています。²³⁾

個人的な法益理論の明確な限界づけのアプローチは直感的にも非常に好ましいものです。…連邦憲法裁判所がその理論に憲法上拘束力をもつ地位を授けるのを避けたというのも、理解することはできません。

b 法益概念に対する過大な要求

法益概念は、何よりもその多義性によつて損なわれています。法益概念は、(1)立法上の規範目的の呼称として、(2)加重された、それゆえに刑罰に値する不法の特徴づけとして、そして(3)刑罰に関する社会学的な意味でのレッテル(このアプローチをわたくしはここでは詳しく説明しません。)という意味を含んでいます。²⁴⁾ それによつて、少なくとも三つの相互に相容れない概念が流通しています。それは、刑罰構成要件の正当性に関するすべての問題を、法益という修

辞上で扱わなければならないと考えたために、ドイツの議論が無理に押し込めた独特な束縛の証しなのです。それは、歴史的な理由によるものかもしれません。²⁵…術語的であればかりか体系的な必然性はまったく定かではないのです。

犯罪化の議論に関するまったく別の問題であっても、ある刑罰構成要件が法益を守るのかどうかという問いに還元されるということが、学説と判例との暗黙の了解であるかのように作用しています。目的論的な法益概念の観点は、規範目的だけを追求する限り、この問いは本来つねに肯定されるということを既に示しています。刑罰に値する加重された一定の利益だけを取り出す批判的(個人的)法益理論へと一歩踏み出すと、その利益について同じく「法益」という語を用いるのは、むしろ混乱を招きます。なぜなら、それによって特徴づけられた**概念**は、最初に挙げた、任意的である規範目的〔訳者註・規範目的の内容は問わないという意味〕とは全く別のものを包含するからです。

このような独特な実際の使用が、法益概念に矛盾する内容を背負わせており、それによって法益概念に過大な要求をし、ついには無価値なものとしています。²⁶法益概念は、ある分析に二元的にコード化された yes/no だけを許しているのですから、—一定の状況、目的もしくは価値を一つの概念に割り当ててることを超えて、さらに複雑な問いを問題とするようなディベートは正当化され得ません。中心には、国家の刑罰の目的や価値についての、個人の自由と社会的な一体性 (Eingebundenheit) と間のバランスについての、伝承されてきた社会道徳の位置価値についての、そして正当化され得る国家権力の射程についての見解の相違があるのです(論争問題のいくつかだけを指摘すると)。これらの議論は行わなければなりませんし、そして数多くの場面で扱われています。…けれども、「法益」という概念は、これらの議論を一定の方向に導いたり、まして指摘した諸問題を解決することはできないのです。

したがって、刑法上の正当性の構造に関する問いを新たに立てることには、まったくしつかりとした理由があるの

です。少なくともこの限りでは、「法益理論」の憲法上の重要性に関する連邦憲法裁判所の懐疑には賛同することはできません。

しかし、裁判所が国家の処罰権の制限についての考え方を否定する点については、満足できません。裁判所は、その代わりにいかなる手段をもって刑事立法に対する有効なコントロールを遂行しようとするのか示さなければならぬのです。なぜなら、このコントロールは裁判所の任務だからです。そこで、以下の第三章では、連邦憲法裁判所が組み入れた手段が効果的であるかどうかを検討します。既にその章の見出しは、わたくしがその点について疑念を抱いていることを示しています。…

三．切れ味の悪い刀…連邦憲法裁判所のコントロールメカニズム

さて、連邦憲法裁判所の審査構造が、刑罰構成要件の正当性について効果的かつ合理的な判断を可能とするのか否かということが検討されなければなりません。裁判所自身、その任務を、「(審査される) 刑罰法規が実質的に憲法の規定に合致し、かつ書かれざる憲法原則および基本法の根本的判断と適合するように監視する」²⁷点に見出しています。もともと、批判的な審査基準に関するこのような外見上の豊富さは、連邦憲法裁判所が法規範の憲法適合性²⁷のあらゆる審査を、**比例的均衡性の原理**という装いの中に包み込んでしまうことによつてすぐに縮減します。こうした平等的一様性により、裁判所は確かにその判断のある程度の形式的な予測可能性を保障します。…しかし同時に、議論の領域は大幅に狭くなります。…あらゆる観点が、その規範が、—それはそれで、憲法に適合する—規制目的の達成のために適しており、必要でかつ関連するすべての基本権および憲法原理の比較衡量の下で相応であるか否かという

問題設定に従わねばならないのです。⁽²⁸⁾

ある刑罰構成要件が目論まれた目的を達成するためにまったくふさわしくないとすることが、裁判官を確信させるほどに立証されるということはまずないでしょう。⁽²⁹⁾ それに、規制される生活実態にとつて、より深刻の程度は低いが等しい効果のある侵害規範が存在するかどうか、しばしば証明可能ではありません。…法規範の実効性は、より長期間にわたるその適用で判明するものであり、生の社会は、決して異なる態様の規制を任意に試す実験室ではありません。したがって、疑いながら、より強烈な規範―すなわち、刑罰構成要件―がより重たくない制裁形式に比べて必要であると見なすことになるでしょう。比例的均衡性の審査の構造は、最終段階で憲法適合性の可否に関して相当性の決定的な分岐点が生じるということを必然的にもないます。ここでは、関連し相互に衝突する基本権および憲法原理の比較衡量が問題となります。この場合に刑罰構成要件について、保護される価値(たとえば、所有権や人格の保護であったり、道徳的な伝統の維持)と、その構成要件によって制限される市民の基本権(とくに行為の自由、あるいは表現の自由も、それに法的に重要な根拠なしに封じ込めてはならない権利)とが、慎重に比較衡量されなければなりません。

しかし、この比較衡量という審査の措置はまさにその合理性に関する激しい異論を表面化させます。これについて、長い間、ドイツと南米においてとても広まった**基本権の原理論**とその批判者との間で激しい法哲学上の論争が繰り広げられました。ドイツの法哲学者ロベルト・アレクシーは比較衡量のプロセスの合理化可能性を詳細に説明しようとして、大いなる努力を試みています。彼は「比較衡量法則」を公式化し、その結果として次のように適用しています。…「ある原理を実現しないまたは損なう程度が高くなればなるほど、他の原理を実現する重要性はより大きなものでなければならぬ」⁽³⁰⁾とし、ある侵害について憲法に適合するための第一原理に位置づけています。さらに、彼は「価値公

式〔Gewichtsformel〕を構想しました。それは、—「数学的なモデル」の形式で—「比較衡量の構造の完全な記述」を提供しようとするものです。⁽³¹⁾

アレクシーは、「比較衡量法則」および「価値公式」により、衝突している基本権もしくは憲法原理間の比較衡量が数学的な値に変換され、そうして比較衡量を行った結果を電卓で計算できることを示唆しています。しかしながら、このアプローチは、比較衡量のプロセスのあらゆる要素に数字では換算できない評価がともなうということを見落としています。…どれほどの強さで規範により基本権が侵害されているのかということは、一般的には数学的な数として申告することはできません。…今日まで、基本権および憲法原理について抽象的にあらかじめ妥当する階層的なランク付けを公式化することには成功していません。結局のところ、規範の作用に関する経験的な予測は信頼できる数字に置き換えられないということについて、詳しく説明する必要はないのです。…それどころか予測することの曖昧さは、既に概念の中に書き込まれています。たびたび単に二つだけでなく、多数の諸原理が関わってくるという事情が付け加わると、⁽³²⁾ 価値づけのプロセスをさら著しく複雑な—それゆえに非数学的な—ものとしめます。

既に一九九七年にドイツ国家法学会において、一般的に「価値多元主義、価値の衰退、コンセンサスの崩壊の時代において」、⁽³³⁾ 憲法の諸原理間の価値づけがいかに獲得され得るのかという問題が提起されました。ある貨幣価値について何かを「共通の分母」として示したときにはじめて比較衡量が可能となるのであって、ほとんどの観念的で集合的な憲法の基本的な価値の場合にはそれが欠けるでしょう。⁽³⁴⁾ 比較衡量のヴェールの下で、合理的に根拠づけられるのではなく、**政策的に決定されている**のかもしれない⁽³⁵⁾。国家法の注釈書においても、比較衡量判断が合理的に限定されたときのみ構造化できると指摘されています。⁽³⁶⁾ 既に関連するものとして援用されている基本権および憲法の諸原

理の選択に際し、⁽³⁷⁾さらにそれらの価値づけの決定的な措置にあたってはなお一層、つねに裁判官の主観的な価値判断が決定的な役割を果たしているのです。⁽³⁸⁾

こうした判断の主観化は、客観的で偏見のない基準によって法律の適法性を審査すべき憲法裁判所の使命と矛盾します。すなわち、裁判所が、比例的均衡性審査の内部における比較衡量に際し、追加的な合理的かつ客観化可能な基準を導入しない限り、その判断は依然として偶然的なものであったり、恣意的なのです。

この恣意性に対しては、逆に別の見方をすることもできるように思われます。…民主的に正当と認められた立法者の決定の自由を考慮した裁判所の慎重な態度ということです。注釈書の中には、次のような文章が見られます。…正しさは、「より良い洞察を通じてではなく、民主的な多数によって確認される。」⁽³⁹⁾と。この姿勢を、刑罰構成要件について違憲性が問題となった場合に、連邦憲法裁判所は今日までつねにとってきたのです。…六五年間、たった一つの構成要件についても違憲として無効にしたことはありません。最上級のドイツの裁判所のコントロールメカニズムが、もつとも強烈な自由への侵害—刑罰構成要件—に対してさえも、まったく切れ味の悪い刀であることは明らかです。そのことが、最後の考察へと導きます。…禁止が非常に過酷であったり、恣意的である、そればかりか無意味であると思われるような場合であっても、刑罰をもって行為を禁ずる立法者の広範な自由が存在するのでしょうか。

四・刑事立法者の無限界の自由と過ちの可能性？

憲法裁判所の比較衡量が、その現在の形での刑罰構成要件に関する批判的・合理的な処理という問題に説得力をもつて解決できていないとすれば、—反対に—犯罪化の議論に関するすべての諸原理は単に法政策に属しているの

はないかという問題を提起します。「法政策」は、憲法裁判所によって制限されるべきではない、立法者の決定の自由の領域を指し示しています。なぜなら、民主主義国家における権力分立が政策をコントロールする権力を行政および立法の手に委ねており、裁判所には認めていないからです。それゆえに、たびたび連邦憲法裁判所には、「政策的な問題における慎重な態度」が要請されるのです。⁽⁴⁰⁾ この要請に裁判所は着目したに違いありません。裁判所は近親相姦の決定の中で次のように強調しました。立法者を制約する「超実定的な法益概念」というものは、「刑罰目的が刑法の手段によっても保護されるべき利益をどのように定めようが、それは基本法の秩序によって民主的に正当と認められる立法者の責務である」と。⁽⁴¹⁾

ドイツの国家法学では、一部で犯罪化のコンテキストにおけるあらゆる価値判断について民主的な立法者の完全な優位が主張されています。⁽⁴²⁾ この主張はまったく分かり易いものです。とりわけ、—長い学問上の伝統から脱却し—、刑法の正当性がとくに国家法の問題としても取り扱われなければならないというのは適切です。⁽⁴³⁾ しかし、—明らかに不当な構成要件（基本権に違反する）あるいは些細な行為に対するまったく度を越えた刑罰威嚇であっても—すべての刑事立法を単に政策的な決定として理解するとすれば、裁判上の審査を奪うというとても極端な結論を公式化することになるでしょう。…ある「政治的に無分別で、ポピュリスティックな、体系を無視したあるいは行動主義的な刑事立法」であっても、「直ちに憲法違反であるという（判決）が」追随することはないのです。⁽⁴⁴⁾ しかしこのことは市民が、その権利を合理的に考量された理由からではなく、非合理的な、—まさに政策的な理由から制限するというような刑事立法にも苦情も言わずに従わなければならないということにほかなりません。これに対しては、強く異議を申し立てなければなりません。

基本法の権利および利益の秩序は、その価値構造の頂点に人間の尊厳と自由を置いています(基本法第一条第一項および第二条第一項)。それゆえ、これらの権利に対する重大な侵害を正当化するほどの必要はまったくありません。しかし、刑法は市民の権利および自由に格別強度な方法で介入するのであり、ほとんどつねにほかに負わされる規制よりもはるかにより実質的な規制です。刑法は、——とくに有罪判決という意図的に烙印を押す作用にもとづいて——、ほかのいずれのものとも異なつた国家的な規制手段なのです。⁴⁵⁾

立法者が刑法の手段に訴えるつもりであるならば、それゆえに立法者は、自由の諸権利に対するほかの侵害の際に帰せられるよりもはるかに超えた正当と認められるべき責任の重さを引き受けなければなりません。⁴⁶⁾ その根拠は、裁判所によって審査可能でなければなりません。なぜなら、そうでなければ、市民の生活全般に影響を及ぼす介入が行われる、まさにその場面で、ほとんどが裁判に縛られない領域となつてしまふでしょう。立法府の主権を基本法とは別の方法で制限しようとすることは、超実定的な考慮では決してなく、基本法それ自体の価値判断に根差す論証なのです。…意思決定および行為の自由は、それらの制限が例外として正当化されねばならないというのがルールです。そして、自由に対する制限が重大であればあるほど、根拠づけの責任も一層増大するのであり、その責任を立法者は政策的な討論においてのみならず、連邦憲法裁判所の前でも受けて立たねばならないのです。

新たな根拠づけの構造の出発点を**犯罪化**に関するアングロ・アメリカの議論が提供します。その中で刑罰構成要件の可能な保護対象が、他者の侵害から人間を保護し(他害原理)、自身を害する行為を防ぐ(パターナリズム)のかどうかにしたがつて判別されたり、被害者のない犯罪行為(被害者なき犯罪)が問題となります。三〇年も前にアメリカの法哲学者ジョエル・ファインバーグは、ある非常に丹念な研究の中で示していますが、この観点から刑法上の行為規

範の賛否の議論に関して練られた体系が展開されています。⁽⁴⁷⁾ 国家は、保護しようとする被害者がいない刑罰構成要件のような場合には、そのような行動の禁止を正当化するため、どのような優越する公共の福祉の根拠を申し立て得るのか、とくに徹底的に問われなければなりません。⁽⁴⁸⁾ このアプローチの受容が、ドイツでやっと始まりました。その可能性は、近い将来刑法哲学者と国家法学者の間の共同の議論の中で探られるべきものです。

最後に最も重要な主張を要約すると、次の通りです。

・ドイツでこれまで刑罰法規の正当性についての支配的な理論、すなわち法益理論は、連邦憲法裁判所によって無価値であるとされました。

・それによって、法益理論は著しい欠陥を有しており、国家の処罰の根拠および限界を合理的に構築するについて、新しい概念によって探求されなければならないということが明らかです。

・連邦憲法裁判所によって刑罰構成要件の適法性を評価するための唯一の基準である比例的均衡性の原理は、主観的に評価された結論だけを提供するものであって、決して客観的な基準ではありません。

・刑罰構成要件をもつば政策的な観念によって作り出したり、維持するという立法者の限界のない自由は、自由主義的な憲法と一致し得るものではありません。立法者は大きな根拠づけの責任を負わなければなりませんし、その根拠づけは憲法裁判所によって審査され得るものでなければなりません。

・この問題に関する議論はスタートしたばかりです。刑法学および国家法学は共同の対話を探究しなければなりません。

脚注

- (1) 本稿は、二〇一五年一〇月一日に日本大学で行った講演の草稿にわずかに手を加えたが、話した表現をそのまま維持している。「訳者注：なお、訳出に当たり、本文については会話体とした。」
- (2) このことは、ドイツでは、基本権から導き出される国家の保護義務の理論により生じる。：国家は、市民の最も重要な財や利益を実効的な法的手段を用いて侵害から保護しなければならないのである。：これにつき *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, 74. Ergänzungslieferung, Mai 2015, Art. 1 Abs. 3 Rn. 19-24. 参照。
- (3) 刑法第一七二条第二項は、次のように定めている。「尊属である実の親族と性交を行った者は、二年以下の自由刑又は罰金刑に処する。：実の兄弟姉妹相互間で性交を行った者も同様とする。」
- (4) BVerfGE 120, 224, 241.
- (5) BVerfGE 120, 224, 240.
- (6) BVerfGE 120, 224, 241.
- (7) BVerfGE 120, 224, 241.
- (8) BVerfGE 120, 224, 240 (強調は筆者による)。
- (9) BVerfG HRRS 2012, Nr. 93 (強調は筆者による)。
- (10) この法益概念については基本的には *Hassmer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt/Main 1973, S. 19ff. を見よ。； *Hassemer/Neumann*, in: *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Aufl. 2013, Vor§ 1 Rn. 113ff.。
- (11) これについては典型的な *Gaede*, in: *Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlens, Wolfgang* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 183ff. を見よ。
- (12) *Wohlens*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, Berlin 2000, S. 279f.; *ders.*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S. 281. 参照。
- (13) *Hassmer*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S. 58.

- (14) *Hassmer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: *ders.*, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S.167; *Hassmer/Neumann*, in: *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 1, 4.Aufl. 2013, Vor§1 Rn.138.
- (15) 個人的な法益理論は刑法上の理論であるので、その概念設定が刑法だけに照準を合わせているということは、強調されるべきであろう。共同の目標や価値—たとえば、環境や動物の保護、あるいは都市の美観—も、侵害的な処理を手段として追求され得るのかという点について、それによっては排除されていない。ハッセマー (ZRP 1992, S.378, 383) は、この領域を「介入法 (Interventionsrecht)」という観念で特徴づけている。
- (16) BverfGE 120, 224, 241.
- (17) BverfGE 120, 224, 242
- (18) *Hassmer*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S.60.
- (19) たとえば、以下の判例などを参照せよ。BverfGE 124, 300, 327ff. (ヴンシーデル事件) — 基本法第五条第二項の「一般的な法律」という必要条件からの逸脱は、ドイツ連邦共和国に対して国家社会主義の不法な体制と「同一であると刻印する意義」を有することによって正当化されている。; BverfGE 95, 96, 133 (ベルリンの壁狙撃兵事件) — 基本法第一〇三条第二項の遡及禁止に対する違反が、「実質的正義の命令」であることを援用して合法であると認められている。; BverfGE 120, 224, 248ff. (近親相姦) — その刑罰構成要件は、「文化歴史的に基づく…共同社会の確信」を参照指示して、そのまま堅持されているのである。
- (20) BverfGE 120, 224, 241.
- (21) 二〇一五年一月初めに、ドイツ連邦議会は複数の法律案について採決する。自由意思にもとづく自殺を可能にし、または促進する行為を規制したり禁止しようとするものである。二つのこれらの法律案は、そのような行為を処罰しようとしている。
- (22) ひとつも典型的には、*Stratenwerth*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S.256ff.
- (23) *Logodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, S.138ff.; *Appel*, *Verfassung und Strafe*, Berlin

1998, S.372ff.

- (24) これら二つの「機能主義的な」アプローチは *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., Berlin 1993, Kapitel 2. を見よ。
- (25) これら二つの *Sina*, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“*, Basel 1962, 並びに *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1972, Teil I und Teil II, 1. Abschnitt. を見よ。
- (26) これら二つの *Seher*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S.39, 44f. を見よ。
- (27) *BverfGE* 120, 224, Rn.38. (括弧の挿入は、筆者による。)
- (28) *Kunig*, in: von Münch/Kunig, *Grundgesetz*, 6.Aufl. 2012, Art. 2 Rn.24; *Schnapp*, in: von Münch/Kunig, *Grundgesetz*, Art. 20 Rn.44. を見よ。指摘した要素の審査結果は、確立した定式となっているような連邦憲法裁判所の諸判決を基礎にしており、よつあたり *BverfGE* 115, 118, 162ff.; 115, 276, 304ff. を見よ。
- (29) 相当性をめぐり既に強い疑問のある全くの構成要件の実例が存在するにもかかわらず、二〇〇八年二月二六日の第二部決定の少数意見 *BverfGE* 120, 224, 266f. で、ハッセマーによる異議が明確に強調しているように、兄弟姉妹間の近親相姦(刑法第一七二第二項第一号)はそれに該当する。
- (30) *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3.Aufl.1996, S.146; *ders.*, in: *Sieckmann* (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, S.110.
- (31) それによれば、具体的な個別事例における憲法原理の相対的な重要性は、この原理における侵害の強度、あらゆる原理の領域におけるその抽象的な重要性および抵触する原理と同一の座標との比較における審査される規範のその原理への影響に関する経験的な承認の確実性にもとづいて判明する。 *Alexy*, in: *Sieckmann* (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, S.110. を見よ。
- (32) 最近の連邦憲法裁判所のスカーフ事件決定 (*BverfG NJW* 2015, 1359) では、たとえば宗教の自由(基本法第四条第一項)、親の教育権(基本法第六条第一項)、生徒の消極的な信仰の自由(再び基本法第四条第一項)それに国家の学校教育の管

理の原理（基本法第七条第一項）が相互に調和されねばならなかったのである。

- (33) *Leisner*, *Der Abwägungsstaat*, Berlin 1997, S.5f.
- (34) *Leisner* (脚注(33)と同様), S.72ff.
- (35) *Leisner* (脚注(33)と同様), S.77. 参照。
- (36) *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Stand: Juli 2014, Art.20 VII. Rn.119 mit Fn.6.
- (37) 「関係する」と判定される基本権の選択に際しての部分的な恣意性について *Amado*, *Rechtstheorie* 40(2009), S.1-42.
- (38) このことは画期的に説明を行った Josef *Esser* の業績。 *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/Main 1970. 以来、よく知られている。
- (39) *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Stand: Juli 2014, Art. 20 VII. Rn.119.
- (40) ハルムントホル *Hesse*, JZ 1995, 265, 267; *Vogel*, NJW 1996, 1505; *Schneider*, NLW 1999, 1303; *Lepsius*, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: Jestedt (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlin 2011, S.161 165f. 参照。
- (41) BVerfGE 120, 224, 241.
- (42) *Gärditz*, *Der Staat* 49(2010), S.331ff.
- (43) *Gärditz* (脚注(42)), S.367.
- (44) *Gärditz* (脚注(42)), S.362.
- (45) 回覧 *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S.39f.
- (46) この主張は、既に *Hörnle* (脚注(45)), S.31f. が唱えている。
- (47) *Feinberg*, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 Bande: *Harm to Others* (1984), *Offense to Others* (1985), *Harm to Self* (1986) と *Harmless Wrongdoing* (1988)
- (48) これについて、わたしの分析を見よ。 *Seher*, *Liberalismus und Strafe*, Berlin 2000, S.143ff.

訳者あとがき

本稿は、日本大学比較法研究所が発行する *COMPARATIVE LAW* 三二卷 (二〇一五年) に掲載されたベルリン自由大学教授ゲルハルト・ゼーエア博士 (Prof.Dr.Gerhad Seher) の論文“Grenzenloses Strafrecht? Auf der Suche nach philosophischen Grenzen der Kriminalisierung“を邦訳したものである。この原稿は、ゼーエア教授が、日本大学の招聘に応じて来日され、日本大学法学部において三回のご講演を行われたうち、二〇一四年一〇月五日の第一回目のために準備された草稿にもとづいて作成されている。この回の講演では、青山学院大学法務研究科のカール・フリードリッヒ・レントツ教授 (Dr.Karl-Friedrich Lenz) により、質疑応答などの通訳が行われた。

ゼーエア教授は、二〇〇七年に「犯罪構成要件理論における帰属の観念とその意義」と題する論文で教授資格を取得された後、二〇一一年にベルリン自由大学の教授に就任され、現在、刑法、刑事手続法および法哲学を担当しておられる。今回のテーマにおいても、刑法学上の問題を取り扱っているものの、緻密な概念分析や法哲学・国法学の領域にわたる豊かな知見にもとづく考察が行われている。

「限界なき刑法」への問題提起は、価値観がますます複雑・多様化する現代社会状況の中で、あるいは高度なテクノロジーによって切り拓かれていくサイバースペースにおいて、市民の人権・自由を最大限に尊重しつつ、刑罰による介入をいかに行うべきかという課題に対し、刑事規制の正当化の在り方を根本的に問おうとするものであり、ドイツのみならず、日本においても真剣に検討されるべきテーマである。

法益論は、日本の刑法学ではあまり取り上げられることはないが、ドイツでは、とても大きなテーマとなっている (ドイツの議論も踏まえて、法益について考察するものとして、小林憲太郎『法益』について) 立教法学第八五号 (二〇一二年)

四八五頁参照)。個人的法益論のアプローチにもとづく刑罰の限界づけを拒否するドイツ連邦憲法裁判所の判断を端緒としながら、ゼーエア教授は、法益概念を精確に分析し、錯綜する議論を冷静に考察されたうえで、概念上混乱が認められる法益論に収斂した議論を批判すると同時に、連邦憲法裁判所の審査基準についてもその有効性に疑問を提起されている。ドイツのみならず、日本の最高裁判所においても違憲審査権の行使には極めて慎重な姿勢（刑罰構成要件について違憲無効と判断されたケースは、尊属殺重罰規定くらいにとどまる。）が見られるのであり、司法機関の役割・責務とも関連して、興味深い日独共通の課題を意識させてくれる。同時に、――日本では、アメリカ法の影響のもとで、実体的デュー・プロセスの考え方も受け入れられており、多少ドイツの議論と異なる側面もあるもの――、たとえば、日本で刑法の謙抑主義ということは広く支持されているが、この原理を実際にどのような基準によって違憲審査に反映させるのかという議論はまったく不十分であり（最近、この問題を理論的に分析、検討する興味深い研究として、上田正基『その行為、本当に処罰しますか 憲法的刑事立法論序説』（二〇一六年・弘文堂）がある。）、日本における刑罰構成要件に対する違憲審査基準の問題に関しても、示唆を与えるものである。

ゼーエア教授の問題提起はとても普遍的なものであり、この問いは、日本における刑法解釈および刑事立法の在り方においても、つねに問われるべき課題である。新たなアプローチの必要性とともに、日本においても、このテーマに関して、刑事法学に限らず、憲法学や公法学とのなお一層の学問的な対話の重要性は否定できない。非常に稚拙な邦訳ながら、このような観点から、原論文を邦訳する意義を汲み取って頂ければ、訳者として幸いである。

最後に、翻訳をご快諾して頂くとともに、わたくしの能力不足による翻訳上の疑問について、その都度懇切に答えさせて頂いた原著者、ゲルハルト・ゼーエア教授に心からの感謝を申し上げます。

ジャン・ドマの「法科学論」と デカルト、パスカルの「幾何学的方法 mos geometricus」： ポティエ「法準則論」内の自然法的構造との対比において

菊 池 肇 哉

はじめに

- I. 思想史的分析：デカルト、パスカルと「幾何学的方法 mos geometricus」
 1. デカルト『方法序説』(1637)の四原則
 2. パスカル『幾何学的方法について』(1655)
- II. ドマにおける適用の実例：デカルトの科学的確証性、パスカルの「精神 l'esprit」と「心情 le coeur」の区分
- III. 結語

はじめに

前稿⁽¹⁾では、ドマの3つの序論的章において中核的な3つの準則類似概念、レーグル、ロワ、プランシプに注目し、前二者のレーグル、ロワ、下位の交換可能な準則に当たる語であり、プランシプは幾何学でいう「公理・アクシオム」に当たる上位概念であるとした。このような準則的概念の「段階的構造」は、ラテン語の regula で全法準則概念を処理するポティエには見られず「幾何学的方法 mos geometricus」を使用したドマ独特のものである。かかる「真理認識の階層性」はパスカルとその友人ドマの所属したポール・ロワイヤルの哲学、アウグスティヌス的・プラトンのなジャンセニズムに不即不離の関係性がある。つまり、「恩寵の光 lumen gratiae」と「自然の光 lumen naturae = 理性」⁽²⁾

を峻別したポール・ロワイヤルの敬虔主義と、自明で理性により証明できない「公理」に当たる2つのプランシプ＝「神の愛」「隣人愛」と、下位の幾何学的推論（数学的推論）の理性により確立される「科学的法則」が対応するのである。かかる構造は、キリスト教の非合理的な宗教的敬虔性（＝恩寵の領域）と、実験による検証と計量化が促進した科学主義（＝理性の領域）とを共存させようとする当時の知的風潮に適合的であった。

また、「法」を「法準則 loi」の集合体と捉え「loix」として表すような表現法もドマ独自のものであり、ドマ「法論」の影響として、世界中の法制度を風俗史・風土史的に分析したモンテスキュー『法の精神 De l'Esprit des lois』の題名にも観察されるとされる⁽³⁾。綱領的文書を全く残さなかったポティエは「法科学」とは何かという大上段の考察を残さなかったが、ドマは「法科学」「自然法の科学」という言葉を残している。これは、疑似自然科学的、疑似数学的な性質を有しており、方法論 methodus に従い整然と「序列・体系・配列 ordre」化された「複数の法則 loix」により「科学 science」が成立することを意味した。17世紀における自然法論のこのような性格はしばしば、「幾何学的方法 mos geometoricus」と称され、ホッブズ、プーフENDORF、ライプニッツ等の自然法の方法論もそのように評価される一種の時代精神であった。

本稿では、ドマとその友人であったパスカルが属したポール・ロワイヤルの思想の中核にあるデカルト、パスカルの影響をドマの作品の中で検証したい。デカルトは、ポール・ロワイヤルには直接的には属さないが、彼の思想は大アルノーにいち早く取り入れられ、ポール・ロワイヤルの科学的思想の中核をなした。本来は、(1)ジャンセンとサン・シランにおける「恩寵と自由意思」の論争、(2)デカルト、(3)パスカル、(4)大アルノー、最後にドマの分析が必要である。これで、17世紀ほぼ全体に至る1610年代から1685-92年のドマの著作までに至るポール・ロワイヤルの精神的発達史はカバーされ得る。しかし、紙幅

の都合と明晰性のため、神学的・哲学的に複雑な考察が不可避な(1)(4)を割愛し、本稿では、デカルト、パスカルの思想と「幾何学性」の関係を中核においた。

I. 思想史的分析：デカルト、パスカルと「幾何学的方法 mos geometricus」

1. デカルト『方法序説』(1637)の四原則

フランス・ロマン主義における近代文学批評の確立者であり、近代のポール・ロワイヤル研究の基礎を5巻組の大著 *Sainte-Beuve, Port-Royal, 5 vols.*, (初版、1840-1859) で、確立した19世紀の知的巨人サント・ブーヴ Charles Augustin Sainte-Beuve (1804-1869) によれば、ポール・ロワイヤル修道院の運動は、デカルト『方法序説』の教育学的敷衍を意味したとされる。

「よく見ると、ポール・ロワイヤルの論理学は、デカルトが『方法序説』のなかでみずからのためにさだめた暫定的規則を、より広く、よりつかいやすく実用化したものにほかならない。ポール・ロワイヤルは、批判することができない共通感覚のもとで、それらの規則をもちいている点でデカルトと同じであるが、後者がこの精神の根源的事実の上に全哲学体系を築くべく、規則から出発したのにたいして、前者がこれから出発するのは、もっぱら精神の誤謬を解明し、精神を正しくみちびこうとして、そのさまざまなはたらきについて考察することを目的にしている。」⁽⁴⁾

ポール・ロワイヤルは、ジェンセニズム的な宗教運動であるとともに、デカルト哲学を基礎とした17世紀における、啓蒙教育改革運動でもあった。ポール・ロワイヤルは、特にアンシャン・レジームの「法服貴族層」を引き付けたともいわれる⁽⁵⁾。創設者のサン・シラン以降、比較的早い世代の思想家として、同郷であり盟友でもあった、哲学者パスカルと法学者ドマが挙げられる。ドマはクレルモンの王立地方裁

判所 Presidial の長にまで上り詰めた。しかしながら同じく、地方裁判所の長にまで法服貴族として上り詰めたポティエとは異なり、ドマは、実務家時代はほとんど無名で、裁判官引退後『自然的秩序による市民法』(1689-1695)の出版以前は、ほぼ、「パスカルの友」としてのみ知られた人物であったとされる。ドマには、ブルジュ大学での20歳での法学博士号取得後、一切、大学に関係した教授活動をした記録は残されていない。

盟友パスカルとともにポール・ロワイヤル学派に属したドマの「法科学観」は、デカルト(1596-1650)の『方法序説』(1637)こと、*Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences* (理性をよく導き、様々な科学の中で真理を探求するための方法論についての言説)の題名中で、触れられる、「様々な科学の中で真理を探求する *chercher la vérité dans les sciences*」の「科学 *les sciences* 観」にまで遡ることが可能である。

『方法序説』はデカルト41歳の時にオランダのライデンで、匿名で出版された処女作であり、それは、「屈折光学」「気象学」「幾何学」の3つの科学論文の方法論的序文としてそれらとともに、出版されたため『序説』と訳される。同書の出版当時、ドマは25歳、パスカルは27歳であった。1637年は、サン・シランにより、大法官セギエ Chancelier Segulier により将来を嘱望されていた新進法律家アントワーヌ・ルメートル Antoine Lemaître の回心が行われ、ルメートルが、修道士にも聖職者にもならず、隠棲生活を送る決意をし、大法官セギエにその決意を書簡で送り、ポール・ロワイヤル最初の隠士 *solitaire* となったまさにその年である。デカルト『方法序説』は、ポール・ロワイヤルの第2の幕開け「隠士」の誕生と、それにともなう創設者サン・シランの投獄と死への一連の騒動が開始したまさにそのころに、ちょうどその頃、サン・シランからポール・ロワイヤルを受け継ぐこととなる学派の

「第2の創設者」とも言える大アルノーらに影響を与えた。

デカルトは『方法序説』を6章に分け、その「ドイツの炉部屋での思索」とも称される第2章で、彼の提示する新しい科学方法の4原則について、論理学、幾何学、代数との関連で述べている⁽⁶⁾。

「第一に、自分がはっきり真だと知っていないことは、何一つ受け入れないこと。これはつまり、慎重に軽率さと偏見を避けるということだ。そして、あらゆる疑問の余地なしにはっきりと明確に、自分の意識に提示されたもの以外はいっさい判断にとりこまないということだ。(※明証 l'évidence)

第二に、検討している問題のそれぞれを、きちんとした解決に必要なだけ、なるべく細かい部分に分割すること。(※分析 l'analyse)

第三に、いちばん単純で知るのが簡単な対象から手をつけてゆくように、思考を順序だてること。こうすることで、ちょっとずつ前進して、一步一步、もっと複雑な知識に到達できるようになる。そして頭の中で、こうした優先順位や序列の中に性格上として位置づかないような対象にも、なんらかの順番を与えてやる。(※総合 la synthèse)

そして最後に、すべての場合に番号づけを完全にして、さらに見直しを徹底することで、見落としが何もないと確信できるようにすること。(※枚挙 l'énumération)

幾何学者たちが、とてもむずかしい証明の結論にたどりつくときに使う、単純で簡単な理由づけの連鎖というやりかたを見て、わたしは人間の知りうるものはすべて、同じように相互に関係しあっているのだと考えるようになった。そして、まちがったことを真実として受け

入れてしまったりしないようにして、ある真実から次の真実を引き出すのに必要な序列・秩序というものをきちんと理解しておけば、手の届かないほどの彼方にあったり、あるいは発見できないほど深く隠されたことからというのは何もない、とも考えるようになった。⁽⁷⁾

上記の4原則は、デカルト研究の伝統では、しばしば、「明証」「分析」「総合」「枚举」⁽⁸⁾と称される。最初の明証は、懐疑⁽⁹⁾でもあるのだが、デカルトの「敬虔主義」においては、(キリスト教的)真理の明証性、自明性に「逆説的」に繋がる。有名な「我思う、ゆえにわれあり Cogito, ergo sum.」の定式もこの懐疑の果てにみとめざるを得ない「精神・知性活動の明証性」という矛盾率を含む。また、上でも、秩序・序列 *ordre* という言葉と方法論が明確に結び付けられている。後にも触れるが、ドマにおける「自然的秩序・序列による市民法」の概念は、このデカルト的「科学」における「秩序・序列」の概念と密接に関係する。

上の4原則はデカルトが1628年に著した『精神指導の規則 *Règles pour la direction de l'esprit*』(未完)⁽¹⁰⁾を集約させたものとされる。その中でも規則・準則第5として、方法と秩序・序列の密接な関係性が語られている。

「Toute la méthode consiste dans l'ordre et dans la disposition des objets sur lesquels l'esprit doit tourner ses efforts pour arriver à quelques vérités. Pour la suivre, il faut ramener graduellement les propositions embarrassées et obscures à de plus simples, et ensuite partir de l'intuition de ces dernières pour arriver, par les mêmes degrés, à la connaissance des autres.

方法全体は何らかの真理を探求するために、精神の力を向けるべき事物の、順序と配列 *l'ordre et dans la disposition* に存する。しかして、複雑な不明瞭な命題を、段階を追うて一層単純なものへと還元し、し

かる後、全ての中最も単純なものの直観から初めて、同じ段階を経つつ、他の全てのものへの認識へ、登り行こうと試みるならば、われわれは正確に方法に従うこととなろう。(野田又夫訳)⁽¹¹⁾

上述のデカルトの4原則をドマの法律学、特にその法準則論に当てはめると、(1)明証性＝神への愛(全ての中最も単純なものの直観)(2)分析・解析＝複雑な『ローマ法大全』を分解・分析し、準則として必要なテキストのみをより分けること(複雑な不明瞭な命題を、段階を追うて一層単純なものへと還元)、(3)総合＝より単純かつ明瞭な一原則「神への愛」「隣人愛」から各準則、法則が導き出され秩序付けられる事。(同じ段階を経つつ、他の全てのものへの認識へ、登り行こうと試みる：ユークリッド『原論』のより自明かつ単純な「公理」と他の準則の区別がこれに当たる。)、(4)扱う法分野の包括性(ドマの生前はあまり達成されず。※ただし、死後に刊行された「自然的秩序による公法」部分も包括すると「一般」「人」「物」「訴訟」「公法」というポティエにより完成された「法学提要システム」による法分野の総括的叙述の方式となる。)と思われるのである。

2. パスカル『幾何学的精神について』(1655)

以上はデカルトによるが、ドマとデカルトを繋ぐ思想家としてドマの古くからの親友でもありポール・ロワイヤルにおける厳格主義の盟友でもあった哲学者パスカル Blaise Pascal (1623-1662)⁽¹²⁾ が存する。

トデスカン Franco Todescan (1987)⁽¹³⁾ のドマの神学的基礎 *radici theologiche* の研究等に見られるように、従来、ドマの思想的淵源を論じるのは、多くの場合死後に出版された『パンセ』(1669)かジャンセニズムを匿名で擁護した『プロヴァンシアル(田舎の友人)の手紙』(1656-7)が分析されることが多かった。しかしながら、本稿においては、パスカル初期の小品『De l'Esprit géométrique et de l'Art de persuader 幾何学的精神と、説得の技術について』⁽¹⁴⁾ (1655) に光を当て

たい。本作は、『メナール版 パスカル全集 1』(1993)において初めて倉崇晴氏により詳細な解題、解説付きで邦訳されている⁽¹⁵⁾。パスカル研究⁽¹⁶⁾においては、最近になりようやく『ド・サシ神父との対話』⁽¹⁷⁾との関係性などで、注目を浴びだした作品であり、その意味で未だ法史上の考察が十分に及んでいるとは言いがたい。

この小品は、パスカルの原稿として未完のまま残されていた。このことについて、パスカルが39歳で夭折したことも考慮する必要がある。その草稿は、未だ、パスカルによる丹念な推敲の途中であった。デカルトが『方法序説』を出版したのは41歳の時であったことを考慮すれば、方法論的綱領をパスカルがその年齢まで練っていた事は必ずしも不自然とは思われない。パスカルの姉ジルベルト・ペリエによるパスカルの伝記『パスカル氏の生涯』⁽¹⁸⁾には、研究生活に没頭したために若いころからパスカルが健康を損なっていたことへの記述があり⁽¹⁹⁾、そのような病床ととなりあわせの生活の中で、少しずつ方法論を成熟させていたのであろう。

また、パスカルの父は、16世紀のモンテーニュの父のように、自分の子供を学校に行かせず、開明的な特別教育を自分の息子に対し行ったが、当初は、ラテン語とギリシャ語の習得に集中させるため、わざと数学と幾何学を教えることを禁じた。しかし、パスカルは、教えられることなしに「自ら打ち立てた原理から演繹して幾何学を発見し」そのことに父親が非常に驚き「数学」「幾何学」の研究を許したとの著名な逸話⁽²⁰⁾がある。これはパスカルによる「幾何学の自家発見」と称されるエピソードである。

いずれにせよ、パスカルは若いころから「幾何学」に並々ならぬ天稟を示していたらしい。当時の仏語の用法として、数学全般を幾何学ともよび、固有の幾何学も幾何学とも読んでいたとしばしばこの問題

についてパスカル研究者らは指摘している。幾何学の語は、数学的思考全体を代表していた。『パンセ』同様、パスカルの死の際には未完のまま、この原稿は残されており、刊行され一般に日の目を見たのは、1728年デモレによる不完全な版が初であり、ほぼ完全な形で登場したのは1844年版フォルジュール版『パンセ』（本稿での使用テキスト）によるとされる。つまりここでは、未完の手稿状態の作品の影響力が問題とされるのであるが、1662年に出版された『ポール・ロワイヤル論理学』の序文においてアルノーがパスカル手稿の『幾何学的精神について』を利用したことを明示的に認めており、研究者の間ではそのことがしばしば指摘される。

宮原琢磨氏の訳による該当箇所を引用すると、

「認識しておいていただきたいことは、新しいとよんでいる反省が、というのは従来的一般論理学にはそれが見つからないからであるが、かならずしもすべて著述に携わった者たちのものではないということである。すなわち、今世紀の有名であり、明晰な精神の持ち主である哲学者の幾冊かの著作からすくなくならず取りいれられているということである。(中略) また、本書は故パスカル氏によって書かれた、まだ印刷されていない小品で『幾何学的精神』というタイトルの著述から、ほかのいくつかの反省を得た。」⁽²¹⁾

『ポール・ロワイヤル論理学』出版の1662年はパスカルの死1662年8月19日の年であり、「故パスカル氏」とされていることからこの第一序文は、彼の死からそれほど時を経ず書かれたと思われる。パスカルの「幾何学的精神について」は、当初、「小さい学校」のためのテキスト『Essai sur les éléments de géométrie 幾何学の初歩提要についての論文』への序文として書かれ、本体論文は、9年後アルノーにより、『幾何学提要 Eléments de géométrie』（1667）として完成されたという

経緯がある。つまり、未完の手稿状態でも推敲のための意見など聞くためにポール・ロワイヤルの親しい者の間で回し読まれたと推測される。しかしながら、ドマはパスカル同様、正式に隠士にならず、ポール・ロワイヤルの中枢とは距離をおいていたことも知られる（前稿で言及した大アルノーの書簡から分かるようにアルノーがドマ『市民法』に目を通したのはドマの死の3年後であり、普段からポール・ロワイヤルの面々と頻繁な交流があったとはとても想像しづらい）。この問題について果たしてドマが『幾何学的精神について』の未完の手稿に目を通していたのかの研究は存しない。

パスカルにおける「科学の方法論」において当作品は中核に位置し、言わば、パスカル版『方法序説』に当たる作品である。支倉氏の解題によれば、本著は、デカルトの方法とライプニッツの論理学をつなぐ作品とも評価される。デカルトとライプニッツが書簡を交わしていたことはよく知られており、その方法論、ユークリッド『原論』、「解析」概念に関して、強い相関性がある⁽²²⁾。ライプニッツ『法学の学習、教授の新方法論 Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae』(1667)⁽²³⁾はまさにデカルトの幾何学的方法をローマ法学に適用したものであり、同様に、幾何学的方法をローマ法へと適用したドマ『自然法的秩序・序列による市民法』(1685-92)の方法論と比較されるべきものである。

ドマの作品はドマが40代なかばに達した、1670年代から書き始められたと比定されている。ドマにはデカルト、パスカルの影響と自身の思索による偏差が存する。

『幾何学的精神について』に観察されるデカルト、パスカル間の思想の偏差について支倉解説(1993)は次のようにまとめる。

「パスカルはデカルトに近い立場に立っており、デカルトの刻印は、パスカルの他のどの著作よりもまして『幾何学的精神について』に見られる。『方法序説』や『省察』が、直接、間接的に何度も引用されている。明証性の基準、「自然の光」の概念、意味がもともと明白である述語を定義するのは無駄であるという考え、こうしたものは容易にデカルトの見解と結びつけられるし、「方法」を強く求め、「順序」を探求することもそうである。幾何学の方法をその方法に固有でない領域に適用することを提案することによって、「説得術について」は、デカルトの普遍数学を新しい仕方で表明しているのである。

しかしながら、こうした親近性を誇張してはならない。幾何学の諸原理のなかで、デカルトは、公理、すなわち、明証性の観念を最も明瞭に介入させる原理を強調する傾向がある。パスカルは定義を、その含みうる慣習的、恣意的なそのすべてを合わせて検討することに没頭する。デカルトもパスカルも共に、一般的なものから特殊なものへと向かう三段論法の推論とは反対に、単純なものから複雑なものとして幾何学の推論を理解しているが、デカルトは原理を立てることによって本質的真理を主張することをつよく望むのに対し、現代の公理論の先駆者であるパスカルの方は、原理を単なる公準と見なす傾向がある。推論を導くさいも、デカルトは絶えず明証性を介入させるが、パスカルのほうは、意味のずれが少しも起こらないようにすることを優先し、原理の内容がけっしてはみ出さないようにしている。デカルトにとっては、論理は形而上学から離れることはないが、パスカルにとって大事なのは、明らかに有効な演繹的体系を構築することなのである。

……パスカルが長々と論じるのは、デカルトにおけるような真理の把握のための孤独な努力というよりも、既知の真理を伝達したり認めさせたりすることを可能とする推論という道を通じて他人と交わる手段の方である。⁽²⁴⁾

ここで、敢えて、危険を恐れず単純化すれば、この差異は、デカルトが理論家的、理系的であるのに際して、パスカルは実際家的、文系的であるという評価も出来よう。パスカルは社交家であり、語りかけるような表現を好む。「幾何学的精神について」という大仰なタイトルはむしろ、デカルトやポール・ロワイヤル内でも論理学者であった大アルノーに似つかわしい。このことは、パスカルが、デカルトと違い、「小さな学校」における実践的啓蒙教育を指向した社会運動的、教育的、实际的性格を持っていたポール・ロワイヤルに所属していたことと関係しているとも思われる。デカルトが形而上学的に「上」を志向していたとすると、パスカルは形而下学的に「下」を志向していた。

では、ドマはどうであろうか？ドマも『開廷演説集 Harangues』等より、クレルモンの顔役として、裁判における不正を告発矯正する行政的、社会任務を積極的にこなしていたことが知られる。しかしながら、一方で、ドマの生活の中心は、30年にも及ぶ、社会活動とは一定の距離を持つ、静的な裁判官活動であった。「法論」に見られるような、一種キリスト教徒以外の民族には差別的とさえも受け取られる強烈な信仰心の中核において、ドマは非常に上部構造に固執し形而上学的で、神の明証性を常に強調しデカルト的である。その一方で、公理論的に、プランシプ（神への愛、隣人愛）を広く解釈し、法律学に適用しようとするその推論の「緩さ」（これは法学における以上、不可避のものであったのだが、方法論としての分析性・適用性はポティエ「準則論」の方が徹底している。）において、ドマはパスカル的であったとも考えられる。ただ、ドマは細部の整合性にはそれほど頓着しておらず、彼には、友パスカルにおけるような「例外を出さない」という情熱は見られない。一方で「プランシプ＝神への愛」を中核に据えようということで、デカルト的ではあったろう。つまり、信仰精神の中核においては、ドマは、デカルト的、形而上学的である一方で、実際の「幾何学的精神」の適用面と準則の用語法においては、パスカル「幾何学的精神について」

の第二部の「説得術について」により影響を受けていた。つまり、ドマ『自然的秩序による市民法』の神学的・道徳神学的扱いの中核においてはデカルト的に「形而上性＝神」を志向しつつも、実際の法律学の扱いについてはパスカルのように「形而下性＝人間社会」を志向し、ポール・ロワイヤル運動としての科学の教育学的敷衍化と「法科学」の実現を目指していたと考える。ドマはデカルト、パスカル両者の方向性を併せ持つ。

パスカルは『幾何学的精神』において、「探求をますます推し進めることによって必然的に到達するのは、もはや定義不可能な根源的な言葉にであり、またその証明に用いるこれ以上ないほど明確な原理にである」⁽²⁵⁾としており、ドマが幾何学の公理や公準に当たる第一原理を「プランシプ」という用語を使って言い換えるのは、デカルトというより、むしろ盟友パスカルの用語法を取っている。

『幾何学的精神について』第一部冒頭でパスカルは以下のように述べる。

「こうしたことがよく理解できたので、私は真の秩序を説明することに帰ることにする。前に述べたように、この秩序とは、すべてを定義し、すべてを証明することである。たしかにこの方法はすばらしいものであるだろうが、絶対に不可能である。というのも、明らかなことは、定義しようとする最初の術語は、その説明に用いる先行する術語を前提としているであろうし、同様に、証明しようとする最初の命題は、それに先行する他の命題を前提としているであろうということなのだ。こうしたわけで、最初の命題にけっして到達しないということは明白である。

したがって、探求をますます推し進めることによって必然的に到達

するのは、もはや定義不可能な根源的な言葉にであり、またその証明に用いるこれ以上ないほど明確な原理にである。

そこでわかることは、どんな学問にせよ、絶対的に完璧な秩序において論じることなど、人間にはもともとどうあってもできないということである。

だがだからといってあらゆる秩序を放棄せねばならないということにはならない。というのも、ひとつ秩序があって、それは幾何学の秩序である。この秩序は、説得力が不足しているという点でたしかに劣っているが、確かさが不足しているという点で劣るわけではない。この秩序は、すべてを定義したりすべてを証明したりはしないので、そのことでは完璧な秩序におよばない。だが、この秩序は、自然の光によって明白にわかり疑う余地のない事柄のみを前提としている。したがって、推論でなく自然が支えているので、この秩序は完全に真実なのだ。」⁽²⁶⁾とする。

実は、「完璧な秩序 un ordre parfait」という言葉は、前稿で考察したドマ「序文」においても、『ローマ法大全』の秩序批判においてさり気なく一度登場している。

「Que pour le détail de chaque matiere, on ne trouve dans aucune un ordre parfait de ses définitions, de ses principes & de ses règles, selon qu'elles dépendent les unes des autres, ou que le rapport de l'une à l'autre fait leur liaison; mais on y voit seulement un amas de plusieurs règles, la plupart sans suite.

また、各主題の細目についていえば、その定義、原則、準則がたがいによりそい、そこで、それら相互の関係性を果たすといった完璧な

序列・秩序 un ordre parfait というものはどこにもおめにかかれず、みいだせるものといえ、多くの準則の雑多なよせあつめのみ、それも、ほとんど場合、脈絡すらないものである。⁽²⁷⁾」

ここでも、「秩序・序列」と「公理としてのプランシプ」「自然の光」の概念は明確に提示されている。「幾何学的精神について」は第一部「幾何学的精神について」と第二部「説得術について」にわかれる。近時の「ペリエ写本」を写した「サント・ブーヴ写本」の研究や、支倉氏の分析では、「幾何学的精神について」こそが、全体の表題で、第一部は「厳密な幾何学精神」について扱い、第二部は「説得術、つまり、弁論術についてあつかうが、これが「非厳密な幾何学「的」精神」の多くの科学分野への適用に関わる。第一部では数学的な無限分裂の問題などが扱われるが、社会運動としてのポール・ロワイヤルの方法論により関わるのは、第二部の「説得術について」のほうである。

また森川甫氏（2000）は、パスカルは『幾何学的精神について』の第二部たる「説得術について」で、「証明が「完全に明白で単純な原理プランシプに基づかなければならない」というが、『プロヴァンシアルの手紙において』、論証に必要な第一の原理とはキリスト教の原理である」⁽²⁸⁾とされるが、まさに、ドマの神学論たる「法論」においても、かかる法学の第一原理とは、「神への愛」と「隣人愛」というキリスト教原理に還元され、パスカルの用語法とドマの用語法は強い親和性を有している。

内部的な証拠から、おそらくは、ドマもパスカルの『幾何学的精神について』を未完の手稿の状態でも熟読していたと思われる。今日パスカルの肖像として最もよく知られているドマ自身の手による青年パスカルの像は、パスカルの死後ドマが自身の所有した『ローマ法大全』の表紙に描かれたものである。ローマ法学者として『ローマ法大全』

の表紙にパスカルの顔を書くという意味を考えてみると、やはり、『自然的秩序による市民法』執筆に及んで、1662年に39歳で夭折した友を心中に擁していたと考えるのが自然とも思われる。『自然的秩序による市民法』の初稿はパスカルの死の10年以上後、1670年代に書かれ始めたと比較される。

このパスカル『幾何学的精神について』（1655）の定義論などの中核部分は、ポール・ロワイヤルの「小さな学校」での教本たる大アルノー『ポール・ロワイヤル論理学』（1662）年で繰り返されている。その部分とは、名称の定義と事物の定義の相違と5つの規則だとされる⁽²⁹⁾。

先にポール・ロワイヤル学派について本質的にデカルトの方法論を敷衍したと述べたが、時系列に従って並べると、

1. デカルト『方法序説』（1637）
2. パスカル『幾何学的精神』（1655）
3. アルノー & ニコル『ポール・ロワイヤル論理学、思考の技法』^{(30) (31)}
(1662)
4. ジャン・ドマ『自然的秩序・序列による市民法』（1685-91）

となる。方法論としては、デカルト、パスカル、アルノーと連続性を有した方法論がポール・ロワイヤルの知的運動の中で強調され、17世紀末にドマが、人生の最後に、その方法論を「市民法」、ひいては、「ローマ法学」に適用したと考えてよい。（この点、劇作家ラシーヌが人生の終わりに、絶筆として『ポール・ロワイヤル略史』を残したのと重なる。）これこそが、ドマが「法学のデカルト」と称される所以である。思想としての助走期間が長い分、ドマの自然法論の用語法は様々な分析に供されるべき含意を有する。

しかしながら、実は、本論文のこれまでの主張に関わらず、ドマの自然法論が「mos geometricus 幾何学方法」との関係で論じられることはあまり多くない。例えば、現在チュレーン大学教授を務めるゴードレー James Gordley は、最近、*The Jurists: A Critical History*, (OUP, 2014) という著作を上梓したが、これは、題名からはわかりづらいが、後期スコラ学派に重点を置く契約論研究の通史⁽³²⁾から出発し、債権債務論の中で双子の不法行為論研究⁽³³⁾に敷衍し、財産権論⁽³⁴⁾にまで研究を及ぼした作者が、それらを総合し、「法学の方法論の通史」としての観点からまとめたものである。その中で、第8章を[Mos Geometricus : The Coming of Rationalism 幾何学的方法論：理性主義の到来]⁽³⁵⁾と名づけ、アキナス、モリナ、レッシウス、スアレス、デカルト、ライプニッツ、ヴォルフにまで説き及ぶ比較的長大な「近世自然法における mos geometricus 論」を展開しているが、ドマについては触れていない。代わりに、第6章 [Droit Civil Français : The French Alternative フランス市民法：フランスにおける異なる処理] としてドマ、ポティエを扱う。

このことは一つには、ドマの著作が、一見、通常、幾何学的方法として考えられる「定義」「法則の羅列」のシノプシス形態のものと全く異なるからであろう（唯一、ドマ「前加編」内部叙述の「簡略性」のみがそのような性質を提示している）。

この点に関し、ドマ自身「序文」中で以下のように述べる。

「ゆえに、本書で私の定めた構想とは、ローマ市民法 les Loix Civiles をその [あるべき] 序列に従い配置し、法的主題を区分し、各主題を、それらが自然にかたちづくる体系中でもつ位置づけにしたがい組み上げ、各主題をその [あるべき] 各部にしたがい分かち、各部にその定義、その原則、その準則の細目を整序するにあたり、それ自身明晰な

もの（※公理）や、その理解に不可欠であろうあらゆるものよりみちびかれるものの他には、一切、何も言及しないという事である。それゆえ、私が意図したのは梗概書 un abrégé や簡易な入門書 de simples institutions ではなく、論ぜねばならぬ各主題のあらゆる細目を含むよう私は努めた。⁽³⁶⁾」

上の一節では、ドマによる幾何学的方法による体系構築の理想が圧縮して述べられ、自然法の「自然的秩序」と「自然性」と繋げられている。「定義、原則、準則」は幾何学におけるそれにあたり、アクシオムをプランシプと称する癖は、パスカルの『幾何学的精神について』における用法そのままである。

では、かかる方法論で『ローマ法大全』から排斥されるものは何であろうか？ おそらくそのもっとも重要なものは『学説彙纂』中における「事例 causae」と各法学者、学派間の対立であろう。法準則や体系性を強調すると、これらは著作の表面からは捨象され、注に追いやられることとなる。しかしながら、我々法学者は解釈論中でそれを再生せざるを得ない。この点、ローマ法学に適用される「幾何学的方法論」には限界が存する。

極めて精緻化したこれら周辺分野研究の緻密性（主要な作品の訳書が全て存在する。）に対応するためには、法学者側のドマ研究は必ずしも十分とは言えず、従来のドマの構造、論旨の分析の要約化に加え、ドマの全文の邦語訳と、それに基づいたより詳細なテキストの内部の各概念の分析が俟たれる。

II. ドマにおける適用の実例：デカルトの科学的確証性、パスカルの「精神 l'esprit」と「心情 le coeur」の区分

本章においては、具体的に、ドマにおいてかかる方法論が適用され

ているのかの一例を観察することとする。

デカルトにおける「真理」として挙げられているものは、ドマにおいては、ローマ法などに見いだされる長い年月をかけ抽出された「自然法のプランシプや準則レーグル」もしくは「衡平の準則」にも関係する。最後にドマ「法論」n. 2における「諸準則の諸原則の確証性 Certitude des principes des loix.」と題される章を観察したい。ここでは、デカルトにおける科学的「確証性」の概念とともに、パスカルの「精神」と「心情」の分類がドマの理論に観察されるわけであるが、その一方で、提示される実例の内容も非常に興味深い。我々現代人には、「人を殺してはならない」「盗んではならない」というルールは、恒常不変の自然法の原則として想起する最たるものに思われるのだが、ドマにおいては、恒常不変の確証性をもった真理＝「幾何学の一定理 un théorème de géométrie」に至るほどの確証性をもつものではないとされる。驚くべきことに、モーセ十戒にも現れる「汝殺すなかれ」「汝盗むなかれ」という道德律は、ドマにとっては、「幾何学的確証性」にまで至るものではないのである。

デカルトは『方法序説』において四準則を提示する直前に、「だからこの科学は、確かにいろいろと正しくてとても優れた成果を持っているのだけれど、そうでない成果もたくさんあって、そしてこういう有害なあやまったものが、正しくて優れた成果とごっちゃになっていて、真実と虚偽とをきちんと分離するのはとてもむずかしくなっている。下削りしない大理石のかたまりからダイアナやミネルバ像を抽出するくらいむずかしい。」と述べている。

科学を構成するうえで、確証性のある確かな見解と、そうでない見解があるが、それらが玉石混交であるさまは、石材としての大理石に通常では、「緻密な強い部分」と「鬆(す)が入ったもろい部分」があるのと似ている。通常は、自然の大理石の塊を下削りして、出来上がる彫像に合わせ、「緻密な強い部分」のみを残し彫像を作るのであるが、

そのような「下削り作業」なしに、ダイアナやミネルバ像を作ろうとしても、割れて崩れまともにつukれない。この比喩は、ミケランジェロによる大理石からの彫像のアイデアの抽出的なプラトニズム的連想の影響を、新プラトン主義的アウグスティヌス主義を通じて、デカルトが表明したものとしても理解され得るであろうか。また同所においては、「そして、法律が多すぎるとかえって正義のじゃまになり、だから法律が少ないと、それをきちんと運用することで国がきちんと治められるのと同じように、わたしは以下の四つだけで自分にはまったく充分だと考えた。」とされ、法律学における法 loi と「方法論の四準則」の関係がデカルトにより比喩的に例示されている。このことが、ドマ独特の「法 loix」を「個別法則 loi」の束として表現する表現法に影響を与えている可能性がある。

ともあれ、デカルト的確証性は、科学的なハード・ファクト（事実としての真実・真理 vérité de fait = 準則としての真理と対照される）の選別に関わる。このような自然法論での確証性の議論は、プーフェンドルフ『自然および万民法論』（1672）第一卷第二章「倫理に向けられる科目の確証性」についても見られ、幾何学的方法に関わる一種の時代精神であった。同様に、ドマにおいては法準則も確証性の高いものと、そうでないものが観念されている。そしてそれは、「自然の光：理性」と「恩寵の光：キリスト教信仰」、「精神：理性」と「心情：道徳」、「幾何学的精神：厳密な論理性」と「繊細の精神：複雑な社会への論理の繊細かつ鋭敏な感性による適用」を両備することにより、初めて完全に理解される。この意味で、ドマは折衷主義的であるとも解され得る。

「 II. Certitude des principes des loix.

法の諸原則の確証性

ゆえに、このように、各科学において第一原則 les premiers principes を保持し、それら独自の「原則」を確立し、それに依拠する全細目的事実のために基礎として資するために、それら各真実および

その確証性を明白にする [理性による] 光 le jour [による分析] を与えることから開始することにまして、必要なことはない。それゆえ、それらに依拠する諸準則の本質と確証性の理解のために、法の第一原則がいかなるものであるか考察することが肝要である。そして、我々は、これら法の第一原則の確証性の特質を、宗教を通じ神が我々を教化させたもう真実と、理性を通じ神が我々に理解させたもう真実により、我々の知性・精神 notre esprit 上にほどこされるべき二重の印象を通じて [はじめて] 判断しえよう。ゆえに、法の第一原則 les premiers principes des loix は、他の人間的諸科学の諸原則よりも、すぐれて [心情による] 共感を与え、かつ、[知性による] 説得力を持つ真実としての特質を有すると言えよう。しかるに、他の諸科学における諸原則及び、それらに依拠する真実の細目は、知性・精神の目的 l'objet de l'objetであるだけで、心・感情の du coeur 目的ではないだけでなく、万人の知性で解されることすらないのに対し、法の第一原則 les premiers principes des loix 及びこれらに向けられる不可欠の各準則の細目は、万人が解せざるを得ないのみならず、知性と心情ともに同様に影響を与えずにはおけない真実としての性格を有する。それゆえ、全人類は、他のあらゆる人間諸科学の様々な真実にもまして、[法の第一原則において、] より深く共感するとともに、より強く説得されるのである。⁽³⁷⁾」

ここでも明確に原則と準則の幾何学的階層性、「恩寵の光」と「自然の光」の対比とそれに対応するパスカルにおける「精神 esprit」と「心情 coeur」の区分⁽³⁸⁾、宗教的真実の明証性＝確証性の強さが明確に観察されるだろう。精神と心情の区分は、デカルトの精神論から出発したものであるが、デカルト批判の末に到達したパスカル独自の物であり、ここにもまたドマにおけるパスカル独自の刻印を観察することが出来る。

読者は、筆者が上記で、l'esprit を「知性・精神」と訳していることに気づかれよう。ドマのエスプリ理解は、パスカル「精神」と「心情」の区分とも共通するが、その本質において極めてデカルト的である。山田弘明氏はそのデカルト『方法序説』への注解において、「原文はl'espritである。精神は以下に述べられるように、理性よりも意味が広く、判断、思考、想像、記憶などあらゆる知的機能を指す。」とされる⁽³⁹⁾。この理解は、トマスなど中世神学における「intellectus 知覚・知性作用」と同義に解される場合が多いので「(人間) 知性・精神」とした。

特に、パスカルにおける「精神 esprit」と「心情 coeur」の区別に関わる場合は、「知性＝科学の基盤」対「感情＝宗教・道徳の基盤」とのニュアンスが強くなり、その意味を加味しないと文脈が繋がらなくなる。

先に、パスカルについて、「デカルトの精神論から出発した」と述べたのはその「総合的知性活動としてのエスプリ」の使用法のデカルトとパスカルの共通性のためである。デカルトにも「l'esprit を知性・精神」と「moeur 世知」の区別があったが、基本的に、デカルトは、理性主義から離れず知行合一を旨とした。一方で、パスカルには、不合理なキリスト教信仰の世界、「恩寵の光の世界」と、理性による科学の世界、「自然の光の世界」を全く別の側面として割り切るような傾向が若くからあった。

また、後期のパスカルは、人間精神・知性の限界をより明確に意識し、宗教には固有の「心情の秩序・序列」が存するとしキリストのレトリックを支持し、デカルトを批判した。その意味で、パスカルは、中世神学で言う「自然の光」と「恩寵の光」の区分に関して、恩寵による信仰の真理と理性による科学的真理が別のものとする二重真理説的姿勢に無意識に近接していたのかもしれない。一方でパスカルは両者を峻別しながら、究極の真理理解には両者を必要とした。その意味で、ドマによる当所での記述はまさにパスカル的でもある。

ドマは、ここで「道德神学」、「自然法」、「衡平の準則」ともかかわる「法律学」の社会科学としての特質が、他の人間科学とは違い、「知性・精神 l'esprit」のみならず「心情 le coeur」にも訴求するものであるとして「法学の優位性」をうたっている。また、ゆえにこそ、一種のポール・ロワイヤルの「道德神学的法律論」たる「法論」を著作中に含めることが、ドマにとり、「市民法論」の中で必要とされたと考えられる。一方、既にみたように、ドマは当初「法論」を作品中に含める意図はなく、友人の勧めにより、入れたとも、される。その場合、友人とは、ポール・ロワイヤルの関係者であったろう。

パスカルは、遺作の断片集『パンセ』282で、以下の様に述べている。

「われわれが真理を知るのは、理性 la raison によってだけでなく、また心情 le coeur によってである。この後者の道をとおして、われわれは基本的原理 les premiers principes を知る。ゆえに、それにあずからない推理 le raisonnement が、それらの原理を反駁しようと試みてもむだである。この反駁を唯一の目的にしているピュロンの徒（※懐疑主義者であるモンテーニュが意識されている）は、無益な努力をしているのだ。われわれは夢みているのではないことを知っている。それを理性によって証明することが、われわれにとって不可能であるにしても、この無能力はわれわれの理性の弱さを結論するだけであって、かれらが主張するように、われわれのあらゆる認識の不確実を結論するものではない。なぜなら、空間、時間、運動、数が存在するというような基本的原理の認識は、推理がわれわれに教えるどんな認識にもおとらず確実だからである。そして、この心情と本能との認識の上にこそ、理性はその根拠をおくべきであり、そのあらゆる論理の基礎をおくべきである。心情が、空間に三つの次元があり、数は無限であることを直感する。つぎに理性が、一方が他方の二倍になるような二つの平方数のないことを証明する。原理は直感され、命題は結論される Les

principes se sentent, les propositions se concluent. そして、ちがった方法によってではあるが、どちらも確実になされるのである le tout avec certitude quoique par différentes voies. (由木康訳)⁽⁴⁰⁾」

パスカル同所の les premiers principes とドマ同所の les premiers principes [des loix] で用語法が共通することが分かるし、「certitude 確証性」の語も両所で共通して観察される。真理 la vérité の認識に、「精神＝理性」のみならず、「心情＝宗教（キリスト教）」を要求する特質も同一である。幾何学的原理の明証性・非証明性と、明らかなもの [幾何学：公理 ἀξιωμα は動詞「ἀξιόω ふさわしいと考える」から派生し、「最初に知るにふさわしかるべきもの」、派生的に「自明のもの（原則）」を意味するようになる] から出発する、少しずつではあるが確実な演繹的推論という「幾何学的精神」は、パスカルの同所では、「原理は直感され、命題は結論される（※おのずから導かれる） Les principes se sentent, les propositions se concluent」とされ、「心情によるプランシプの直観的把握」と「理性＝精神による下位命題の論理的推論」として処理されている。（しかし、これがパスカルの最終見解であったのかは分からない。）

パスカル『パンセ』の同所は、ピュロンの徒を称し、人間理性の脆弱性を率直に求めたフランス・フマニストの祖、モンテーニュを多分に意識した懐疑主義批判の部分であるが、パスカルの思考経路の方がより数学的、自然科学的であるのに対して、ドマの思考経路は、「法律学」に適用するため、より、社会学的にアレンジが加えられており、異端批判が、異教徒であった『ローマ法大全』の序列の欠陥批判にむすびつけられているのが特徴である。本来、『ローマ法大全』序列批判は、ビュデ、キュジャス、オットマン等に遡れる人文主義法学の伝統的特徴であり、ドマはブルジュでその薫陶を受けていたが、オリジナルの創意によりそれを自己のセクトの神学・哲学的理論と異端批判に結び付けている。モンテーニュ『エッセー』に見られるような、「懐疑主

義」「理性批判」に基づいた非キリスト教徒に対する寛容性は、ポール・ロワイヤルの中でも最も原理主義的な敬虔主義者であったパスカルやドマには見られない。

この「精神」と「心情」の区別は、ドマ「法論」の中で、以降も、頻出して使用されており、伝統的なカトリックのキリスト教神学には存在しないため、パスカル哲学の用語法を下敷きとしない限り、理解できないものである。

ドマによる同所記述の後半部に戻る。

「例えば、精神によっても、心情によっても、彼に殺したり盗んだり、つまり、他者を殺したり、他の者から盗んだりすることが許されぬと感じぬ人間はいないであろうが、彼は、これらの真実に、人が幾何学の一定理の存在を知るであろうのと同程度には、徹底的に説得されることはない。しかるに、殺人と窃盗が許されていないというこれらの真実自体は、それらが依拠する第一原則に伍する確証性という性格を有していないことはまったく明らかである。なぜなら、これら原則が除外もしくは例外が全く存しない準則であるのに対して、これらは、例外や除外に服するからである。なぜなら、例えば、アブラハムは、生と死の主がそのことを彼に命じたがゆえに、その息子を正義に基づき殺すことが出来た。また、ヘブライ人たちは、彼らにそれらの富を与えた全世界の主の命令により、犯罪なしに、エジプト人たちの富を奪い得た。⁽⁴¹⁾」

刑事法にも関わる、ドマによる特徴的なこの一節は、ポール・ロワイヤルがひたむきに隠す、ネオ・トミズムとしての後期スコラ学派⁽⁴²⁾の基盤にあるトマス『神学大全』に依拠する。ここでのドマの理論は、後期スコラ学派でいうところの「法論 De legibus (ST. I-II, qq. 90-108.)」中、トマス『神学大全』第2部の1設問94第5項⁽⁴³⁾(ST, I-II, q. 94.

art. 5.) における「自然法は改変されることは可能か *Vtrum lex naturae mutari possit.*」議論と一致する。

ドマは、同所注において、『創世記』第22章2節と『出エジプト記』第12章35節を明示的に引用している。第一に、「殺人」は通常許されないが、『創世記』22において、神は、アブラハムを試すため、罪なき自分の息子イサクを「焼燔の犠牲」として自己にささげるよう命令し、アブラハムはその通りに実行しようとしたが、すんでのところでは神はこれを止められ、神はアブラハムの覚悟をよろこばれた。第二に、ユダヤ教の「過ぎ越しの祝祭：ペサハ」の起源に関わる『出エジプト記』第12章35節では、[新共同訳：イスラエルの人々はモーゼの言葉通りに行い、エジプト人らより金銀の装飾品や衣類を求めた。Vlg. *Feceruntque filii Israel sicut praeceperat Moyses: et petierunt ab Aegyptiis vasa argentea et aurea, vestemque plurimam.* (拙訳：イスラエルの息子らはモーゼの命じたようになし、金銀の装飾品と多くの衣類を求めた。)]とされる。その根拠として、『出エジプト記』第11章第2節では神のモーゼに対する命令が、「新共同訳：あなたは民に告げ、男も女もそれぞれ隣人から金銀の装飾品を求めさせるがいい。Vlg. *Dices ergo omni plebi ut postulet vir ab amico suo, et mulier a vicina sua, vasa argentea et aurea.* (拙訳：ゆえに、汝は全ての民に対し、夫は自らの友人より、妻は自らの隣人より、銀金の装飾品を求めるよう命ぜよ。)]が語られている。キリスト教の神ヤーウェは、イスラエルのため、エジプト人らを滅ぼすに際し、明示的に「あらかじめ、隣人たるエジプト人から寄留民たるイスラエル人が金目の物を強奪するよう」命じている。このように、神が道德律に悖る命令をする事例は中世のスコラの道德神学者には良く知られており、しばしば、議論の対象とされてきた。

トマス『神学大全』では以下の様に述べられる。

ST, I-II, q. 94 a. 5 arg. 2 『神学大全』第2部の1、設問94第5項異論2
 「Praeterea, contra legem naturalem est occisio innocentis, et etiam
 adulterium et furtum. Sed ista inveniuntur esse mutata a Deo, puta cum
 Deus praecepit Abrahae quod occideret filium innocentem, ut habetur
 Gen. XXII; et cum praecepit Iudaeis ut mutuata Aegyptiorum vasa
 subriperent, ut habetur Exod. XII; et cum praecepit Osee ut uxorem
 fornicariam acciperet, ut habetur Osee I. Ergo lex naturalis potest
 mutari.

また、無実の者を殺害することは自然法に反するし、それは姦淫や盗みについても同じである。しかるに、そのことが神により変更されたことが見出される。つまり、『創世記』第22章にあるように、神はアブラハムに罪なき息子を殺すように命ぜられたし、『出エジプト記』第12章において、ユダヤ人らにエジプト人らから借り受けた装飾品を盗むように命ぜられたし、『ホセア記』第1章にあるように、ホセアに対し姦淫を犯した妻をめとるように命ぜられたのがそうである。ゆえに、自然法は変更されうる。」

ドマは、上記で提示される3例うちの最初の2例を使用している。なお、窃盗に関しては、直前の第2部の1、設問94第4項解答部(ST, I-II, q. 94 a. 4 co.)の末尾で、カエサル『ガリア戦記』⁽⁴⁴⁾が引用され、「ユリウス・カエサル『ガリア戦記』にあるように、盗みは明白に自然法に反するものであるにもかかわらず、昔のゲルマン人においては不正義 *iniquum* とは見なされていなかったのである *apud germanos olim latrocinium non reputabatur iniquum, cum tamen sit expresse contra legem naturae, ut refert Iulius Caesar, in libro de bello Gallico.*」としている。この「神による自然法の変更」の問題についてはドマと彼の「自然的秩序」の影響としてのポティエにおける「変更不能の自然法準則」と「変更可能の自然法準則」の区分に関わる。「変えられない自然法」と「変えることの出来る自然法」の区分の淵源は、法律学、ロー

マ法学には見いだせず、後期スコラ学を通じたトマス『神学大全』の枠組みまで少なくとも遡ることが出来る。

本稿の紙幅の都合上、非常に限られた部分に対する分析ではあるが、前稿の実例および、これまでの議論でドマ「序文」における「準則論」とデカルト的、ポール・ロワイヤルの「科学論」「幾何学的方法」との関連性の一端だけでも示し得たのなら幸いである。また、その個別の議論の根底には、ソースが明示されないながらも、彼らの敵対した後期スコラ学派における、解釈学の基礎テキストであったトマス『神学大全』の基盤がひそやかに隠されていた。

Ⅲ. 結語

ドマ『自然的秩序による市民法』により指向された「自然法の科学」の概念は極めてポール・ロワイヤルの、デカルト的な概念であった。ドマにおいては「光」という概念が多用されるが、これはデカルト的、パスカル的な理性による「自然の光」の概念であり、ドマにおける「自然法」「自然的秩序」はこの概念の延長線上にあった。デカルト、パスカル、ドマ、アルノー等に多用されるこの光のメタファーは、ジャンセニズムに内在するアウグスティヌス的なネオ・プラトニズムに端を発し、究極的にはプラトンの「照明説」に由来する。トマスもアウグスティヌスに影響を受け、「自然の光」の概念を展開したが、17世紀の幾何学的方法論の中では、プラトニズムのリバイバルと重なり独自の含意を持つようになっていた。

自然法と幾何学的方法というのは、同17世紀のグロティウス『オランダ法入門』(1631)やプーフェンドルフ『普遍法学の諸要素 Elementorum iurisprudentiae universalis』(1660)についてもしばしば語られる概念であり、簡潔に示された定義や法則の羅列形での叙述形態であると言える。デカルト『方法序説』やドマの盟友であったパスカル『幾何学的方法論』における幾何学的方法論もかかる一般的思潮の

中の一支流であり、ドマはその方法論をポール・ロワイヤルの学派の掉尾に法律学に適用した。

ポール・ロワイヤル学派は、その哲学史における重要性にもかかわらず、その高い論争性と過激さにより、太陽王ルイ 14 世の治世 (1643-1715) を通じて抑制され、1679 年以降新信徒の入門を禁止されてきたが、その最後の打撃は、教皇クレメンス 11 世による 1708 年の教皇令による同修道院の禁止及び 1710 年の修道院自体の取り壊しである。従来の法学研究では、ポール・ロワイヤルの終焉が十分に認識されておらず、誤解されることも多いが 18 世紀前半にオルレアンのイエズス会学院に学んだポティエ (1699-1772) においては、世代的に根絶やしとされたポール・ロワイヤルの影響は存せず、プロテスタント理論としての、18 世紀前半に出版されたバルベイラックによる仏語訳のグロティウス、プーフェンドルフなどの自然法学の影響と同時に、カトリック神学への回帰が見られる。かかる影響はポティエの各「個別論考 *Traité*」題名中末尾に見られる「*tant du for de la conscience que du for extérieur* 良心の法廷のみならず外面の法廷」における「良心もしくは内心の法廷 *forum conscientiae vel internae*」と「外面・実定法の法廷 *forum externae*」の区分⁽⁴⁵⁾に見出される可能性がある。

ドマは、デカルト的「明証性」を基準にしてユークリッド幾何学の「公理」にあたるプランシプとそれ以外の「準則もしくは法則」という二つの階層に分類したが、そのデカルト的疑似科学的体系の中で、高位におかれるプランシプの中身は「神への愛」と「隣人愛」という極めてキリスト教的で信仰を理性で説明しようとする理神論的なものであった。この「本来、非理性的なものである信仰の無条件の明証性」こそが、ネオ・トミズムや後期スコラ学派の行き過ぎた理性主義、分類主義を批判したデカルト的、ジャンセニズム的、アウグスティヌス的な「敬虔主義」の中核であった。

北ヨーロッパ自然法学派では、これらの「疑似自然科学的」な叙述スタイルは、具体的な法律問題を扱わない入門書や梗概書の叙述には

向いているが、細目や具体例に立ち入った全般的叙述には向かないという特質があった。しかしながら、フランス的な「幾何学的方法論」の処理においては、これが『ローマ法大全』からの「準則」の具体的な抽出に当てられ、単なる羅列ではなく、より細かい実体法的処理を指向したと思われる。先に見たように、ドマは、「それゆえ、私が意図したのは梗概書 un abrégé や簡易な入門書 de simples institutions ではなく、論ぜねばならぬ各主題のあらゆる細目を含むよう私は努めた。」と述べている。そのようなある意味「フランス的」とも言い得る伝統はポティエ「準則論」における『ローマ法大全』全体からの準則の抽出という大事業とそれを前提とした各「論考」の著作へと繋がって近代法科学の「一ルーツ」を形成していく。

旧来のドマ研究では等閑視されがちであった「序論」においては、16世紀以来のオットマン『反トリボニアヌス論』やキケロ「Ius in artem redigere 法科学化論」⁽⁴⁶⁾などに繋がる『ローマ法大全』の秩序批判から、『ローマ法大全』テキストにおける不合理で不必要なテキストの存在、様々な部分に「準則」もしくは「法則」が散在することや、『学説彙纂』テキストと『勅法集』テキストの摺り合わせの必要性などが語られ、「準則論総論」として重要である。『ローマ法大全』からの準則の抽出と処理の具体例は、今日で言う「理論書叙述形式」であるドマの書より、むしろ、ポティエ「準則論」により体现されている点が興味深く、事例の分析が、今後の研究の一課題となる。

また、このような17世紀の「法科学論」に対し、「自然法から実定法へ」という図式で提示され得る、18世紀中葉から19世紀へのピュッター、フーゴ、ハイゼ、サヴィニー等、「実定法の哲学」により「体系性」を標榜した「歴史法学派」の「法科学論」では、法の「有機性」や、「生ける制度」等、生物学的、自然史・博物学的な科学観が語られ、地質学的、進化論的指向もこれに内包される。このような19世紀法科学論の社会・文化に対する「有機的、生物学的アプローチ」は、無機質的、数学的な「法科学」を志向した17世紀理性法論の「幾何学的方法

法」には、確かに見られなかったものである。かかる18世紀から19世紀の「科学観」の変化の考察も将来の課題である。

一見、我々法学者の目には見落とされがちであるが、今回提示したように、「序文」や「法論」におけるドマの用語法は、今日の精緻化された、デカルト研究、パスカル研究における用語法と一致しており、その視角から読み解くことが可能である。関係性は今回例示したテキストに留まらず、この側面からも、更なる研究の深化が期待される。

了

- (1) 拙著「ジャン・ドマの三つの序文的章と法準則、プランシプ、レーグル及びロワ：ポティエ「法準則論」との対比において」、『日本法学』第82巻第1号(2016), 47-76.
- (2) 山田晶「自然の光と恩寵の光」、『中世思想研究』、1(1958), 55.
- (3) Simoue Goyard-Fabre, “Montesquieu entre Domat et Portalis”, *MacGill Law Journal*, 35(4) (1990), 715-45.
- (4) Sainte-Beuve, *Port-Royal*, tom. IV, (La Connaissance: Paris, 1927), 73. 宮原琢磨『哲学基礎講読(※内容は『ホール・ロワイヤル論理学』解題付全訳)』、(日大通信 :2nd ed, 2000), 10における宮原氏の訳文による。
- (5) 水野豊「サン・シランの生涯」、『国際関係学部紀要』、2(1986), 113: 「特に法服貴族に熱狂的な支持を受けた彼の思想の魅力はどこにあるのだろうか?」
- (6) 津崎良典「デカルト『方法序説』第二部における方法と徳について」、『哲学』59(2008), 211-226.
- (7) 英語からの重訳であるが、平明で読みやすいので、仏語を確認したうえで、山形浩生氏の訳を使用した。<http://www.genpaku.org/dcart01/dcart10j.html>
- (8) 山田弘明訳、デカルト著『方法序説』(ちくま学芸文庫、2010), 218-220の注でそれぞれの詳細な説明が見られる。この用語法はボワソン神父による注釈書 Nicolas-Joseph Poisson, *Commentaire ou Remarques sur la Méthode de M. Descartes*, (1670) に遡るとされる。
- (9) 中村文郎「懐疑と明証—「第一省察」の叙述形式—」『思想と文化』(1986), 51-63.
- (10) 野田又夫訳、デカルト『精神指導の規則』、(岩波文庫、1974)。宮原琢磨『哲学基礎講読(※『ホール・ロワイヤル論理学』全訳)』、(日大通信 :2nd ed, 2000), 12.
- (11) 野田又夫訳、デカルト『精神指導の規則』、(岩波文庫、1974), 33.

- (12) ジャン・ミール著、道躰滋穂子訳『パスカルと神学—アウグスティヌス主義の流れのなかで』(1999).
- (13) F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico II: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, (Milano, 1987). トデスカンの同著は、ドマの自然法論を彼の神学的思想から分析した代表的研究であり、第一章にパスカルの「精神と心情」の分類、第二章に「神への愛」と「自己愛」の区分、第三章に「不変法則」と「任意法則」の分類を扱うモノグラフである。「自己愛」については小川(1988) (1), 417-8を参照。
- (14) 支倉崇晴訳・解題・解説、パスカル「幾何学的精神について」、赤城昭三編『メナール版 パスカル全集：生涯の軌跡 I』(白水社、1993), 393-445. 以下支倉(1993)として引用。
今回、仏語テキストとしては、本作が初めて完全に近い形で出版された1844年フォルジュール版『パンセ』、Armand-Prosper Faugère ed., *Pensées fragments et lettres de Blaise Pascal*, Tom I, (Paris, 1848), 421-473のテキストを使用した。
- (15) メナールの新説による。従来はフォルジュール版1848年表題では1657-8年、ブランシュヴィック、1912年版では1568-59年等、より後ろの時期に比定されることが現在の資料・研究でも非常におおかった。執筆時期については、支倉(1993)、解説II, 436-9を参照。
- (16) 佐藤誠「パスカルと『Port-Royal 論理学』：幾何学的精神に関する一考察」『日本フランス語フランス文学会中部支部研究報告集』、4, (1980), 8-9；吉岡浩樹「パスカルにおける不可分量 -- 「幾何学的精神について」と「ポール・ロワイヤル論理学」(前半論文の不可分量の考察に関わる)『上智哲学誌』(7), p15-30, 199；輪田裕「幾何学的精神のための覚書 -- パスカルの回心をめぐって」『福岡大学総合研究所報』159(1994), 31-44.
- (17) 支倉崇晴訳・改題・解説『エピクテートスとモンテーニュとに関するド・サシ神父との対話』、赤城昭三編『メナール版 パスカル全集：生涯の軌跡 I』(白水社、1993), 330-70.
- (18) 赤木昭三訳、ジルベルト・ペリエ『パスカル氏の生涯』、赤木昭三編『メナール版 パスカル全集：生涯の軌跡 I』(白水社、1993), 23-78. 以下、赤城『生涯』(1993)として引用。
- (19) 赤城『生涯』(1993), 32-33.
- (20) 赤城『生涯』(1993), 24-27.
- (21) 宮原琢磨『哲学基礎購読 (※内容は『ホール・ロワイヤル論理学』解題付全訳)』、(日大通信 :2nd ed, 2000), 10.
- (22) イヴォン・ベラヴァル著、岡部英男、伊豆藏好美訳『ライプニッツのデカルト批判』上、下、(法政大学叢書・ユニベルシタス、2011&2015)；岡部英男「ライプニッツとデカルトにおける解析と発見の方法」、『研究紀

- 要』、22(1998), 93-121; 名和香熏『デカルトからライプニッツへ』(1993); S.H. メロン著、中尾隆司訳『近代思想の夜明け：デカルト・スピノザ・ライプニッツ』、(行路社、1987); 山本信「デカルトとライプニッツにおける合理主義」、『哲学雑誌』、65(705)(1950), 124-149.
- (23) 最近では、田中実、コラム「ライプニッツ」、勝田有恒、山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』(2008), 210に短いながらも要を得たライプニッツの各法学作品の解説が見られる。藤田貴宏「若きライプニッツの法解釈方法論」『独協法学』、64(2004), 122-99; 吉原達也訳、Theodor Viehweg 著「ライプニッツ『結合術』と法律学的事例」、『広島法学』29(3)(2006), 106-92.
- (24) 支倉(1993), 440-441.
- (25) 支倉(1993), 398.
- (26) Ibid.
- (27) Domat, I, (Chez Savoye:Paris, 1751), 「序文 Preface」、NP 頁付無、(2 頁目)。
- (28) 森川甫『パスカル『プロヴァンシアルの手紙』：ポール・ロワイヤル修道院とイエズス会』(関西大学出版会、2000), 81.
- (29) 支倉(1993), 432.
- (30) ランスロ & アルノー『ポール・ロワイヤル文法』こと『Grammaire générale et raisonnée contenant les fondemens de l'art de parler, expliqués d'une manière claire et naturelle 話の技法の諸基礎を含み、明確かつ自然な方法で解説された、一般・理性文法』(1660)は、「方法論」とは、系統が違うので本稿では除く。訳書として、C・ランスロー＝A・アルノー著、南館英孝訳『ポール・ロワイヤル文法』(大修館書店、1972)。
- (31) 宮原琢磨『哲学基礎講読(※『ポール・ロワイヤル論理学』解題付全訳)』、(日大通信:2nd ed, 2000)。
- (32) James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, (Oxford Clarendon Press, 1993): 同著については、貝瀬幸雄「比較法学者たちの饗宴(2):『比較法学入門』のためのエッセイ」、『立教法務研究』、5(2012), 27-158, at 75-81に言及がある。
- (33) James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law (The Common Core of European Private Law)*, (Cambridge UP, 2001)。
- (34) James Gordley, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, (OUP, 2007)。
- (35) James Gordley, *The Jurists: A Critical History*, (OUP, 2014)。
- (36) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [頁付なし序文3頁目第5段落]。
- (37) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751), i-ii.
- (38) 岡野香潔「パスカルにおける精神より心情へ」、『龍谷大學論集』、352

- (1956), 1-27.
- (39) 山田弘明訳『方法序説』、(ちくま学芸文庫、2010), 209-10.
- (40) 由木康訳『パンセ (イデー選書)』、(白水社、1990), 120-1.
- (41) Domat, I, (Chez Savoye:Paris, 1751), ii.
- (42) ビトリア「特別講義 relectio」における殺人 Homicide 論として、Francisco De Vitoria, trans. John P. Doyle, *Reflection on Homicide & Commentary on Summa Theologiae Iia-IIae Q. 64*, (Marquette UP, 1997).
- (43) 邦訳として、稲垣良典訳『神学大全』13、(創文社、1977), 82-5 も参照。
- (44) 該当部分は『ガリア戦記』第6巻23章である。近山近次訳『ガリア戦記』(岩波文庫、1942), 203. 「部族の領地 civitas の外でなされる強奪は不名誉 infamia にならない。それは青年を訓練し怠惰をおさえるために行われると言われている。Latrocinia nullam habent infamiam, quae extra fines cuiusque civitatis fiunt, atque ea iuventutis exercendae ac desidia minuendae causa fieri praedicant.」.
- (45) Paolo Prodi, *Una storia della giustizia: Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, (Milano, 2000) ; 小川 (1988) (1).
- (46) F. Bona, “L’ideale retorico ciceroniano ed il ’ius civile in artem redigere”, *SDHI*, 46 (1980), 282-382; George Mousourakis, “Ius civile in artem redigere: authority, method and argument in Roman legal science”, 『西洋古代史研究』、9(2009), 33-46.

日本法学 第八十二卷 索引

論 説

刑事司法における検察官の役割 (四・完) 加藤 康 榮 ……^号 (一) 頁

個人情報保護の為の検索結果に対する削除権

——Das Recht des Löschens gegen die Suchergebnisliste mit der Suchmaschine für 水 野 正 …… (六一)

den Schutz der personenbezogenen Daten——

政務調査費をめぐる住民訴訟

——使途基準と立証責任の問題を中心として 西 原 雄 二 …… (九五)

ジャン・ドマの三つの序文的章と法準則、プランシップ、レーグル及びピロワ 菊 池 肇 哉 …… (二八六)

ポテイエ「法準則論」との対比において

ポテイエ『新編学説彙纂』

第50巻第17章第2部第1章について 吉 原 達 也 …… (二三二)

「傷害の罪」の法益 伊 東 研 祐 …… (二) (三)

| | | |
|-------------------|-------|---------|
| 脱税刑事判決と課税判断との関係 | 伊藤 悟 | 二 (一七) |
| 共犯論 | 齊藤 信宰 | 二 (四三) |
| 判例変更と適正手続 | 佐伯 仁志 | 二 (六九) |
| 特別背任罪の共同正犯 | 設楽 裕文 | 二 (九九) |
| 国民目線の刑法 | 清水 洋雄 | 二 (一三七) |
| 原発事故における過失責任と注意能力 | 杉山 和之 | 二 (一五九) |
| 正当化事情の錯誤と共犯の成否 | 鈴木 彰雄 | 二 (一八九) |
| 日本における医療過誤と刑事責任 | 只木 誠 | 二 (二一七) |
| 英国の法人故殺罪と企業事故の抑制 | 沼野 輝彦 | 二 (二四一) |
| 刑法における主体性 | 朴 貞根 | 二 (二六一) |

| | |
|---|------------------|
| 国際取引法分野における刑罰規定の規範化概念の 進展と域外適用の交錯 | 藤川 信夫 ……二(二八三) |
| ——英国 Senior Management Regime、米国 FCPA、Computer Fraud and Anti- Abuse Act、ドッド・フランク法とグローバル内部統制を中心に—— | |
| 社会の変化と過失犯論の展開…………… | 前田 雅英 ……二(三四三) |
| 起訴基準見直し論に対する一考察…………… | 加藤 康榮 ……二(三六七) |
| 控訴審における職権調査…………… | 関 正晴 ……二(四〇五) |
| ——攻防対象論の適用範囲——…………… | |
| 警察DNAデータベースの合憲性…………… | 玉 蟲 由 樹 ……二(四三三) |
| 刑事政策における更生緊急保護の現代的役割について…………… | 尾 田 清 貴 ……二(四六三) |
| 中国におけるDV法的規制と DV反撃殺傷行為の刑事法上の課題…………… | 張 光 雲 ……二(四九三) |
| 少年法六一条の法的性格に関する一考察…………… | 野 村 和 彦 ……二(五三五) |

損害賠償命令制度の意義と機能

——刑事司法のパラダイム転換による損害賠償制度の再構築の可能性——

長谷川 貞之 ……二 (五七二)

社会保障制度の確立と救貧法の解体

矢野 聡 ……二 (六一一)

ポティエ『新編ユステイニアヌス帝学説彙纂』
第五〇卷一七章における帰国権について

吉原 達也 ……二 (六三九)

法育の社会的意義と教育効果

——民主主義社会への扉——

平野 節子 ……二 (六六五)

緊急権としての

「必要性の原理」(doctrine of necessity) について

東 裕 ……二 (三)

スペイン一八五六年「未公布」憲法の憲法史的意義

池田 実 ……三 (三五)

アメリカ州憲法における宗教教育援助禁止条項について

高畑 英一郎 ……三 (七三)

裁判員制度の憲法適合性

柳瀬 昇 ……三 (一〇三)

| | |
|--|-------------|
| 条約再論…………… | 甲斐素直…三(一五五) |
| 明確性の原則と憲法三一条…………… | 設楽裕文…三(一九一) |
| 憲法九条による自衛権の制約について ——政府解釈を中心に——…………… | 杉山幸一…三(二一七) |
| イスラム頭巾着用禁止、信教の自由及び国家の宗教的中立… 二〇〇三年及び二〇一五年の連邦憲法裁判所判決を巡って…………… | 小林宏晨…三(二四七) |
| 現代立憲主義像・管見 ——ケルゼンとハイエクの論争を素材として——…………… | 新正幸…三(二七七) |
| ケルゼンの自然法論批判についての一考察…………… | 長尾一紘…三(三〇七) |
| 具体的規範統制手続の《抽象性》 ——移送手続に関する若干の覚書き——…………… | 初宿正典…三(三四三) |
| 新旧皇室典範における「皇統」の意味について…………… | 新田均…三(三七五) |

ドイツの民衆扇動罪と表現の自由

——ヒトラー『わが闘争』再出版を契機として——

鈴木秀美 ……三 (三九三)

日本国憲法における権限分配上の関係と組織上の関係

時本義昭 ……三 (四三二)

財産上の負担を伴う表現行為の規制と「やむに已まれぬ利益」

——ニューヨーク州サムの息子法をめぐる違憲判決を中心に——

長谷川貞之 ……三 (四七二)

コーポレート・ガバナンス・コードと説明責任

——株主総会のベストプラクティスならびに金融商品取引法における「相当な注意」の履行に係る判例の交錯、英国法における不実開示責任および米国ショートターミズム——

藤川信夫 ……三 (五二七)

アメリカ大統領の連邦公務員任命権と上院の承認手続

阿部竹松 ……三 (五九七)

タイにおける政治の司法化と脱民主化

玉田芳史 ……三 (六二七)

自由改良の時代と救貧法からの離脱

矢野聡 ……三 (六五三)

安全保障法制をめぐる

日本人の戦争観と安全保障意識

福田充 ……三 (七〇二)

| | |
|--|-------------|
| ロシア連邦憲法裁判所と政治の司法化…………… | 河原祐馬…三(七三四) |
| フランスにおける 同性愛嫌悪表現の法規制について…………… | 光信一宏…三(七五八) |
| 憲法改正と環境条項…………… | 小山剛…三(七七六) |
| 軍人の良心と言論の自由に関する覚書 ——2003年イラク戦争とドイツ軍人による2つの事案——…………… | 松浦一夫…三(八〇二) |
| 国家緊急事態条項の比較憲法的考察 ——とくにOECD諸国を中心に——…………… | 西修…三(八三〇) |
| 裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題 ——続・裁判員制度の憲法適合性——…………… | 柳瀬昇…四(一一) |
| 契約不適合物の危険移転法理 ——危険の移転と解除によるその回帰——…………… | 野中貴弘…四(六七) |
| ジャン・ドマの「法科学論」と デカルト、パスカルの「幾何学的方法 <i>mos geometricus</i> 」: ポテイエ「法準則論」内の自然法的構造との対比において…………… | 菊池肇哉…四(二四二) |

翻 訳

フランス行政訴訟法の現代的課題……………

デルフィーヌ・コスタ …… 一 (二三九)
神尾真知子 訳

担保のための所有権移転

—— 経済的意義と解釈上の難しさ ——

……………

コジマ・メラール …… 四 (二四五)
益井公司 訳

行政法における法的フィクション……………

デルフィーヌ・コスタ …… 四 (二六五)
清水恵介 訳

限界なき刑法?

—— 犯罪化の哲学的な限界を探究して ——

……………

ゲルハルト・ゼーエア …… 四 (二八五)
上野幸彦 訳

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

執筆者紹介

掲載順

柳 瀬 昇 日本大学教授
 野 中 弘 日本大学助教
 益 井 公 司 日本大学教授
 清 水 恵 介 日本大学准教授
 上 野 幸 彦 比較法研究所研究員
 菊 池 肇 哉

機関誌編集委員会

委員長 渡辺 容一郎
 副委員長 新谷 眞人
 委員 江島 泰子
 稲葉 陽二
 大岡 聡二
 太田 晴美
 河合 利修
 長谷川 貞之
 益井 公一
 松本 幸典
 水戸 克春
 山口 正典
 岡山 敬二
 小野 美典
 中野 未知
 西原 雄二
 野村 和彦
 福木 滋久
 柳瀬 昇
 岩井 義和
 白方 千晴
 芳賀 豊

日本法学第八十二卷第四号

平成二十九年三月一日 印刷
 平成二十九年三月十日 発行
 非売品

編集責任者 池村正道
日本大学法学会

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ー一四 A&Xビル
 印刷所 株式会社メデイオ
 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. 82 No. 4 March 2017

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Noboru Yanase, *Saiban-ins's Duties, Accused's right to choose the Saiban-in trial, and Constitutional Problems: Constitutionality of the Saiban-in(Lay Judge) System in Japan(2)*

Takahiro Nonaka, *Zum Übergang der Gefahr des nicht vertragsgemäßen Gegenstands und deren Zurückspringen durch den Rücktritt des Käufers*

TRANSLATIONS

Möller Cosima, *Die Eigentumsübertragung zur Sicherheit: wirtschaftliche Bedeutung und dogmatische Schwierigkeiten, übersetzt von Koji Masui*

Costa Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif, traduction de Keisuke Shimizu*

Seher Gerhard, *Grenzenloses Strafrecht ? Auf der Suche nach philosophischen Grenzen der Kriminalisierung, übersetzt von Yukihiro Ueno*

ARTICLE

Toshiya Kikuchi, *Cartesian Idea of “mos geometricus” and its Application in Legal Science in Domat's The Civil Rules [Les Loix Civiles] in Natural Order: With Some Reference to the Natural Law Structure in Pothier's “De regulis iuris”*