

# 日本法學

第八十三卷 第一号 2017年6月

## 論 說

裁判員制度の意義と展開可能性

—— 続々・裁判員制度の憲法適合性 ——

柳 瀬 昇

契約適合性への買主の信頼

—— 契約不適合物の買主の許での滅失損傷 ——

野 中 貴 弘

自白法則と違法収集証拠排除法則

—— 自白に違法収集証拠排除法則は適用されるか ——

澤 田 康 広

## 翻 訳

ローマ法における不法行為責任の概念

.....

コージマ・メラ  
吉原 達也 訳

ルードルフ・フォン・イェーリングの著作における法学的構成

.....

コージマ・メラ  
永田 誠 訳

金融取引法における消費者保護の現状

.....

コージマ・メラ  
益井 公司 訳

—— 特に契約締結前の注意義務について ——

## 判 例 研 究

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を  
包括一罪とした上で、その包括一罪を構成する一連の暴行による  
傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例

.....

立 石 有 作

(最決平成二六年三月一七日刑集六八卷二号三六八頁)

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

日本法学 第八十二卷第四号 目次

論 説

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  
——統・裁判員制度の憲法適合性—— 柳 瀬 昇

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

翻 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―  
益井 公司 訳

行政法における法的フィクション  
デルフィース・コスタ  
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  
上野 幸彦 訳

論 説

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

雑 報

日本法学 第八十二卷 索引

# 裁判員制度の意義と展開可能性

——続々・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」及び同八二巻四号所収の拙稿「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」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。具体的には、裁判員制度の憲法適合性を初めて確認した最高裁判所の判決である最大判平成二三年一月一六日刑集六五巻八号一二八五頁を契機に、そこで制度導入の趣旨として挙げられた憲法の基本的原理をめぐる議論と、制度の意義から示唆されるところの制度の展開可能性

裁判員制度の意義と展開可能性（柳瀬）

をめぐる議論の二つについて取り組む。

第一は、平成二三年大法廷判決が裁判員の職務等の憲法一八条後段適合性を論証する際に用いた国民主権原理への言及（判決の第1の3の(4)部分）の意義についての検討である。

本判決は、「裁判員法1条は、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おり、これは、この制度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していると解される」と判示している（二二〇〇頁）。

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）の立法過程において、筆者が旧著<sup>(1)</sup>で明らかにしたとおり、裁判員制度の意義として国民主権の原理や民主主義の原理を直接挙げることは、理論的な理由ゆえに回避されてきた。にもかかわらず、本判決は、前記引用部分のほかにも、さまざまな文脈において、国民主権の原理や民主主義の原理に言及している。本判決の登場によって、裁判員制度と国民主権や民主主義といった憲法の基本的原理との関係に、何らかの変化がもたらされたのか。あるいは、裁判員制度の意義としてこれらの基本的原理が回避されてきたという筆者の分析が、そもそも誤りであったのか。第二章において考察する。

第二は、平成二三年大法廷判決が判示するところの裁判員制度の意義についての検討である。

本判決の第1の4部分は、調査官解説によれば、「裁判員制度の意義について最高裁大法廷の見解が示され」たものであり、「最高裁として、裁判員制度の積極的意義、同制度への期待を述べたものと理解することができ」るとい<sup>(2)</sup>う。判決を批判する立場によれば、「これは我が国の司法史上例のない決意表明判決であり、国民教化判決であり、要

するに国策判決である」という。<sup>(3)</sup>

判決を支持する立場から見ても、「やや異例の説示である」とする評価がある<sup>(4)</sup>一方で、この説示の特異性を否定し、「ここに示された裁判員制度の意義・目的こそが、憲法が国民の司法参加を許容する実質的理由となるものであり、…：憲法に関する個別の解釈は、かかる理念に従って統合的に理解される必要がある」とする見解もある。<sup>(5)</sup> いずれにせよ、4部分について、裁判員制度の意義をめぐる最高裁判所の理解が単に示された部分にすぎないとみるのは過小評価であろう。むしろ、「国民の視点や感覚と法曹の専門性とが常に交流することによって、相互の理解を深め」、「国民に根差した司法」の実現が、今後の刑事裁判の進むべき方向であることを確認し、最高裁判所としてその実現に向けた決意を示すとともに、国民に対しても理解と協力を求めたものと解<sup>(6)</sup>するのが妥当であろう。

第三章では、この4部分で示された裁判員制度の意義をめぐる最高裁判所の見解について検討したうえで、裁判員制度のありうべき展開の可能性と限界について考察する。

裁判員制度は、今後も運用の検証が求められ、わが国の司法制度の基盤としての役割を十全に果たすことができるよう、必要があれば改正されることが想定されている。<sup>(7)</sup> しかしながら、制度のどの部分をどのように改正することが憲法上可能であり、あるいは不可能なのか。裁判員制度の意義について判示した平成二三年大法院判決は、同時に、制度の展開の限界を示していると考えられるところ、その点についても明らかにすることとする。

## 二 裁判員制度の意義 再論

筆者は、旧著において、裁判員法の立法過程における国民の司法参加の意義づけ論争について、(a)従前の裁判官の

みによる刑事裁判は、国民の直接的な参加がないため正統性が乏しく、また運用上もさまざまな弊害があったため、それらを克服するために、主権者である国民が司法に直接的に参加するのは必要不可欠であるとする民主主義的基礎づけ説と、(b)従前の刑事裁判制度の運用は改革が不可欠なほど致命的な欠陥はないが、国民的基盤の強化を企図して、裁判過程へ国民を参加させ司法に対する理解を増進させ、信頼を向上させようとする理解増進・信頼向上説とに大別したうえで、裁判員法一条の規定、国会での政府による答弁、裁判員法の立案担当者による解説等から、現行の裁判員制度は後者の立場から設計されたものであると分析した<sup>(8)</sup>。

平成二三年大法廷判決は国民主権の原理や民主主義の原理に複数回言及しており、このことから、裁判員制度の意義についての筆者による分析が誤りであるとする批判が想定される。そこで、裁判員制度の意義について改めて検討することとする。

### 1 平成二三年大法廷判決における従前の刑事裁判の運用に対する評価

第一に、本判決は、制度導入の背景として、従前の刑事裁判の運用に対する否定的評価ではなく、肯定的評価を前提としているということをまずは確認しておく。

すなわち、裁判員制度導入以前の刑事裁判の運用について、最高裁判所は、「詳細な事実認定などを特徴とする高度に専門化した運用が行われてきた」と判示し、肯定的に評価している（一三〇一頁）。特に、最高裁判所のすべての裁判官が、制度導入の意義との関連で、わが国の従前の刑事裁判の運用に対する否定的な評価を行わなかった<sup>(9)</sup>ことは、注目されるべきであろう。従前の裁判に対する否定的な評価を前提とし、それを解決するために裁判員制度

を導入するという理解には、最高裁判所は決して立っていないのである。

本判決は、「法曹のみによって実現される高度の専門性は、時に国民の理解を困難にし、その感覚から乖離したものにのみなりかねない側面を持つ」と述べ、法律家のみによる高度に専門的な司法の運用によって国民の司法に対する理解が困難になりうるおそれがあることを、裁判員制度の導入を必要とする立法事実として位置づけている（同頁）。そして、だからこそ、司法に対する国民の理解の増進が要請されることになるのである。

## 2 裁判員制度と国民主権の原理・民主主義の原理との関係

第二に、裁判員制度と憲法の基本的原理との関係についてである。

本判決は、国民主権ないし民主主義という概念を繰り返し用いつつ、裁判員制度が憲法適合的であることを論証しようとする。特に、憲法一八条後段違反という所論④に対する3(4)において、「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関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」という裁判員制度導入の趣旨について、「これは、この制度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していると解される」と判示している（一三〇〇頁）<sup>10</sup>。

この点について、新屋達之教授は、「本判決は、国民の司法参加ならびに裁判員制度をもつばら国民主権の見地から位置付けた」と分析している<sup>11</sup>。また、葛野尋之教授も、「本合憲判決が、立法過程において不明瞭であった民主主義的意義を認めた点が注目される」、「判決は、直接の言及はないものの、裁判員法1条も裁判員制度の民主主義的意義を含意するものと理解しているのである」と述べている<sup>12</sup>。本判決に対するこのような理解は、はたして妥当である

うか。

旧著において指摘したとおり、司法制度改革審議会意見書の裁判員制度の導入を提言する部分<sup>(13)</sup>でも、現行の裁判員法においても、裁判員制度の意義として、国民主権ないし民主主義という文言は一切登場していない。政策形成過程の各段階においても、民主主義的基礎づけ説に基づく制度の基礎づけが提案されるたびに、理解増進・信頼向上説の優位性が確認されてきた<sup>(14)</sup>。

また、民主主義的基礎づけ説は、そもそも理論的にも成立困難であることが指摘されてきた。理論的成立の障害となるのが、日本国憲法制定直後に兼子一教授が提唱し、筆者が旧著で注目した「民主的司法のディレンマ」問題である<sup>(15)</sup>。この問題が伏在しているからこそ、裁判員制度を単純な民主主義の原理によって基礎づけようとする企ては、竹下守夫教授や井上正仁教授らといった制度の設計に指導的な立場の論者によって常に阻止されてきた。この点について最も明確に論述しているのは、酒巻匡教授であろう。曰く、「現代民主国家における権力分立制度の下で、基本権および自由を保障する司法権と民主主義原理との間に微妙な緊張関係が伏在していることは、憲法学の常識であろう」<sup>(16)</sup>。「制度導入の趣旨・理由を単純素朴な現状批判や民主主義原理（国民の手による裁判）のみに帰することはできない」<sup>(17)</sup>。筆者は、旧著において、「裁判員制度の導入を、単純な民主主義の原理に基づくものとして理解するのは、明らかに誤りである」と記述したが<sup>(18)</sup>、裁判員法の立法過程における議論や司法権と民主主義原理との関係をめぐる理論的考察を前提とすれば、「この制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を凶るものであることを示している」と解される」と判示する平成二三年大法廷判決に接してもなお、この見解は誤りではなかったと確信している。

旧著に関して反省すべき点を挙げるならば、国民主権の原理のとらえ方次第では、それによって裁判員制度を基礎

づけうる（しかも、そのことを筆者自身も十分に自覚していた）<sup>(19)</sup> にもかかわらず、「裁判員制度は、国民主権の原理ないし民主主義の原理に基づき導入されたものではない」と記述したことである<sup>(20)</sup>。

たしかに、憲法学の世界においては、「もともと国民主権の原理は、国民の憲法制定権力（制憲権）の思想に由来するもの」であると解されており、例えば、芦部信喜教授によれば、「国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使するという権力的契機」と「国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存するという正当性の契機」との二つの要素が含まれていると説明されてきた<sup>(21)</sup>。伝統的な憲法学の理解によれば、「国民主権は、第一義的には、日々の政治そのものではなく、日々の政治を枠づけるルール」である<sup>(22)</sup>。したがって、国民主権の原理は、主として憲法制定権力や制度化された制憲権であるところの憲法改正権などについて検討する文脈で用いられるべきものであり、<sup>(23)</sup> 裁判員制度を基礎づけるものとして用いることは基本的には適切ではない。先に引用した旧著における筆者の記述も、このような伝統的な憲法学の理解に依拠したものであり、それ自体は誤りではない。なぜならば、憲法学の「支配的な学説」によれば、「国民主権原理は憲法制定権力の所在、つまり政府の権力の正当性の由来ないし源泉についてのもので、その政府の権限行使の仕方については何も述べていない」からである<sup>(24)</sup>。

この点、山本龍彦教授は、「憲法学は、国民主権を、主として憲法の制定や改正のような例外的イベントとの関連で捉え、日々の政治において国民主権原理がもつ意義を、いわば二次的なものとして捉える」一方で、「公民教科書的イメージは、国民主権を、日々の政治、通常政治（normal politics）における普段着の（plain-clothes）民主主義を要請する原理として捉える傾向が強い」と分析している<sup>(25)</sup>。

山本教授のいうところの憲法学が二次的なものとしてとらえてきた国民主権原理の有するもう一つの意義について

着目してみよう。佐藤幸治教授は、「国民主権は、まず、主権という属性をもった国家の統治のあり方の根源にかかわる憲法を制定しかつ支える権力ないし権威が国民にあることを意味する」が、さらに「国民主権は、……憲法を成し立せしめ支える意思ないし権威としてあるのみならず、その憲法を前提に、国家の統治機構がこの国民の意思ないし権威を活かすよう組織されなければならないという規範的要請を帰結すると解される」と主張してきた。<sup>(26)</sup> 近時では、「国民主権論の名で真に追究されてきたのは、憲法制定という一回的な権力行使ではなく、日々の国政において、どのようにして統一的な国家意思を継続的に形成し実現すべきか、という息の長い問題だ」という理解が有力であり、<sup>(27)</sup> 憲法政治における最終的な決定や究極的な権威としての国民主権原理のみならず、通常政治における権力性や正当性をも議論しうるような定義も示されるようになっていく。例えば、長谷部恭男教授は、国民主権の原理には、「統治権が主権者である国民自身か、あるいは国民が選挙を通じて直接、間接に組織する機関によつて行使されるべきこと」（権力的契機）と、「統治権を行使する機関は、つねにその行使について国民に責任を負うこと、言いかえれば、国民に対してつねに行使の正当性を説明し理由づける責務を負うこと」（正当性の契機）の二つを意味すると説明している。<sup>(28)</sup>

学説においてこのような議論の展開がある一方で、わが国の最高裁判所は、定住外国人選挙権訴訟判決（最三小判平成七年二月二八日民集四九卷二号六三九頁）、東京都管理職選挙受験訴訟判決（最大判平成一七年一月二六日民集五九卷一号一二八頁）、在外国民選挙権訴訟判決（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）などに見られるように、憲法制定権力との関係を強く意識した伝統的な憲法学の理解における意味ではなく、憲法一五条一項が公務員の選定罷免権を国民に保障することを基礎づけるものという意味で、国民主権の原理を用いてきた。<sup>(29)</sup> ならば、裁判員制度の憲

法適合性を確認した本判決にいう国民主権の原理についても、同様に、憲法制定権力との関係に必ずしもとらわれることなく、通常政治における権力と権威の問題という意味で理解することも許容されうるであろう。

では、国民主権を、原則として憲法制定権力の問題としてとらえる憲法学の世界における伝統的な理解ではなく、通常政治における権力性と正当性を国民によって基礎づける原理としてとらえるならば、<sup>30)</sup>裁判員制度を国民主権の原理に基づくものと解釈することは可能であろうか。

まず、刑事事件の裁判への参加を、主権者である国民が（統治権の一つである）司法権を直接行使するものとして理解したうえで、それがまさに国民主権の発現形態であるなどととらえるような議論は、なおも批判されるべきであろう。樋口陽一教授は、「主権者たるプーブル、その個々の構成員であるシトワイヤンが、一般意思の形成以外のことにかかわってはなら」ず、「一般意思は主権者しかそれをつくれ」ず、「また主権者は一般意思にしかかかわってはならない」というルソーの理論によれば、「だいたい主権者たるものは個別規範の設定にかかわってはいけない、特定の個人の利益を剥奪したり、利益を与えたりすることを主権者がやってはいけない」ということになるため、「裁判員は主権者としての発動ではあり」えないと主張する<sup>31)</sup>。また、今関源成教授も、国民主権の権力的契機をもって裁判員制度を正当化しようとする立論に対しては、次のように述べて批判する。「人が人を裁くときには、裁く側に何らかの正統性が要求される。裁判官が法の解釈適用者としての専門的知見を有しているのと異なり、裁判員は素人なし市民という資格しか有していない。専門家や権力に対するチェックであれば、その資格は意味を持つが、裁判官とともに行うのであるとしても、無作為抽出で選ばれた六人の国民がそれ自身のうちに他の国民を裁く正統性を有するわけではない。専門的知見もなく、選挙で選ばれているわけでもない。主権者国民といってみても、不可分の主権は

個々の国民が個別に行使できるような権力ではない<sup>(32)</sup>。

たしかに、樋口教授や今関教授が指摘するとおり、個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民が主権者として判断を示すことを指して、国民主権の原理の発現形態であると理解することは妥当ではなからう。国民主権の権力的契機として裁判員の参加を位置づけようとすることは理論的には困難であると筆者は解する<sup>(33)</sup>。

しかしながら、その一方で、国家機関による公権力行使を国民によって正当化する原理という意味において国民主権をとらえたうえで、それによって裁判員制度を基礎づけることは可能であろうか。

組織形成において間接的な正統性しか供給されておらず、また、権限行使の面では国民に責任を負う規定をもたないわが国の裁判所が、司法権を行使することの正統性は、法律専門家である裁判官の法的専門合理性とともに、国民の信頼に求めることができる<sup>(34)</sup>。すなわち、裁判官が独立して中立かつ公正な裁判を行うことによって醸成される国民の信頼こそが裁判の存立の根拠となるべきところ、裁判員制度の創設を提言した司法制度改革審議会意見書は、(前述のとおり、国民主権だから直ちに主権者国民の裁判への参加が要請されるというような単純素朴な議論を敢えて回避する一方で)司法への国民の理解が促進され、幅広い支持を得て、司法の国民的基盤がより強固なものとして確立することを企図して、国民の司法参加を要請していた。

裁判所の司法権行使の民主的正統性<sup>(35)</sup>の源泉が司法に対する国民の信頼にあると解するならば、司法の国民的基盤<sup>(36)</sup>をより強固に確立するため、国民の信頼をより一層向上させようとする裁判員制度の導入は、国家機関が統治権を行使することを国民によつて正統化する原理という意味での国民主権の原理を基礎とするものとも評価することができる<sup>(37)</sup>。

平成二三年大法廷判決においても、「法曹のみによって実現される高度の専門性は、時に国民の理解を困難にし、

その感覚から乖離したものにもなりかねない側面を持つ」っており、そこで、裁判員法一条に示された制度導入の趣旨であるところの「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」が求められるようになったところ、本判決によれば、この制度導入趣旨こそが「この制度が……司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示している」と判示するが、裁判所の司法権行使を正統化するための国民的基盤の強化する方策の一つとして裁判員制度を理解するという文脈であれば、それを「国民主権の理念に沿つ」たものと評するのは、一つの成り立ちうる議論である。

ここで、本稿冒頭で提示した問いに答えよう。本判決の登場によって、裁判員制度と国民主権や民主主義といった憲法の基本的原理との関係に変化がもたらされたわけでもなく、また、裁判員制度の意義としてこれらの基本的原理が回避されてきたという筆者の分析に誤りがあつたわけでもない。国民の理解の増進と信頼の向上<sup>38</sup>を通じた司法の国民的基盤の確立を裁判員制度の基礎とするという理解は、制度の出発点たる司法制度改革審議会意見書の時点から存在しており、制度の根拠となる裁判員法にも規定されていたが、平成二三年大法廷判決はこれと異なることをいうものではなかった。本判決が新たに行つたことは、(伝統的な憲法学の用語法とはやや懸隔があるものの)それを国民主権の原理と呼んだことだけである。問題の所在は、そもそも国民主権の原理をどのようにとらえるのかという基本的原理の解釈にあつたにすぎない。

### 3 平成二三年大法院判決における民主主義の原理・民主主義の原理への言及

裁判員の職務等が苦役に該当しないことを論証する部分（3(4)部分）以外にも、平成二三年大法院判決は、民主主義の原理ないし民主主義の原理に言及している部分がある。ここで、改めてそれらの概念の用いられ方について整理することとする（以下、判決文の引用中の傍線は、本稿の筆者による）。

最初に民主主義という概念が登場するのは、判決の2(2)の部分「多くの近代民主主義国家において、それぞれの歴史を通じて、刑事裁判権の行使が適切に行われるよう種々の原則が確立されてきた」という一文である（一二九三頁）。この部分における民主主義という語は、単に国家という概念を修飾するものであり、刑事裁判権の行使が適切に行われるような種々の原則が多くの民主主義国家において確立してきたという事実を記述しているだけである。つまり、裁判員制度の意義を表すものとして民主主義の原理が用いられているわけではない。

次にこれらの概念が登場するのは、2(3)部分である。民主主義という語が、「欧米諸国においては、……18世紀から20世紀前半にかけて、民主主義の発展に伴い、国民が直接司法に参加することにより裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れが広がり、憲法制定当時の20世紀半ばには、欧米の民主主義国家の多くにおいて陪審制か参審制が採用されていた」という一文において登場する（二二九四頁）が、この文は、欧米の民主主義国家において、民主主義の進展とともに、司法参加の制度が採用されたという事実を示すものであって、わが国の制度についての記述ではなく、また、一般論として、国民の司法参加の制度がすべて民主主義の原理に基礎づけられると述べるものでもない。たしかに、この一文の直後に、わが国の旧陪審制度の説明が続くが、陪審の答申に拘束力のない制度を諸外国の司法参加の制度とまったく同様に扱うことは適切ではなからうし、そもそも当時の日本は民主主義国

家ではなかったため、この部分も、わが国における司法参加を民主主義の原理によって基礎づけるべきことを示唆するものとは評価できない。

そして、同じく2(3)部分において、憲法前文が基本原理の一つとして国民主権の原理を宣言していることを述べるくんだり〔憲法は、その前文において、あらゆる国家の行為は、国民の厳粛な信託によるものであるとする国民主権の原理を宣言した〕、同頁〕と、日本国憲法制定時の議論として憲法改正担当国務大臣の発言中に現れる「民主政治」という表現<sup>39)</sup>が見られる(一二九五頁)が、これらも、裁判員制度との直接的な関連はない。

このように、たしかに平成二三年大法院判決中には国民主権ないし民主主義という文言が複数回登場するものの、一三〇〇頁における「国民主権の理念」以外は、すべて裁判員制度の意義を表すものとしては用いられていない。したがって、本判決が裁判員制度を「もつぱら国民主権の見地から位置付けた」と読むのは妥当ではないと解する。むしろ、本判決は、適正な刑事裁判を実現するための諸原則と下級裁判所における裁判官の基本的担い手性が確保されることをもって、制度全体の憲法適合性を立証しようとしたものであり、裁判員制度の理念としては、「もつぱら国民主権の見地から位置付けた」というよりも、民主的正統性(国民主権の原理)と法的専門合理性(自由主義の原理)との調和を重視していると読むべきであろう。

なお、国民主権ないし民主主義という術語ではないものの、「民主的基盤」という表現が判決の2(3)部分に見られる(同頁)。これは、「刑事裁判に国民が参加して民主的基盤の強化を図ること」という文脈で用いられており、これは、3(4)部分で現れる「国民的基盤」と同義であり、その意義については、本稿前節ですでに述べたとおりである。

#### 4 裁判員の職務等の苦役該当性の再検討

平成二三年大法廷判決が裁判員制度の意義を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ことと位置づけたのは、裁判員の職務等の苦役該当性(憲法一八条後段適合性)に関する文脈においてである。すなわち、本判決は、(一)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強化するものである↓(二)裁判員の職務等が、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付与するものである↓(三)苦役ということは必ずしも適切ではない、というように議論が展開される。

では、裁判員制度導入の趣旨を(実定憲法上の構成的原理としての)国民主権の理念に沿ったものと解するとして、本判決の判示するとおり、そのことから、裁判員の職務等が憲法一八条後段で禁じられる苦役に該当しないということが論理的に導出されるのであろうか。

たしかに、「裁判員の職務等の憲法18条適合性を判断するにあたり最も重要なのは、その義務づけの必要性・正当性であって、これは制度目的にかかわる問題である」<sup>40)</sup>。土井真一教授によれば、「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」<sup>41)</sup>とのことであるが、同じく国民主権原理に基づき要請されるところの政治参加に関しては、主権者たる国民の責務でありまた権利であると解しうるものの、すでに別稿で指摘したとおり、<sup>42)</sup> 現行の公職選挙法等は、主権者たる国民に法的制裁を担保として投票を義務づけてはいない。選挙における投票の強制が立法政策上可能であると解しても、現に政治部門において参加が法的に義務づけられていない状況下で、国民主権という基本的原理を挙げることによって、司法部門におけ

る参加を法的に義務づけることが直ちに正当化されるとする立論に対しては、にわかには首肯しがたい。

いずれにせよ、平成二三年大法廷判決は（その調査官解説も）、裁判員制度が民主権の理念に沿うものであるということを認めながらも、裁判員の職務を負うことが国民の責務であると明言することを意識的に回避している。<sup>(43)</sup>

葛野教授は、平成二三年大法廷判決について、「総論的で形式的な判断に傾き、それゆえ裁判員制度の自由主義的意義については、十分明確化しないままに終わって」おり、「憲法18条適合性について十分説得的な理由を示すことができなかった」と評釈している。<sup>(44)</sup> 曰く、「司法の国民的基盤の強化」を目的とする司法参加というだけで、裁判員の職務等の必要性・正当性について説得力ある理由を示したといえるのかは疑問である。司法の本質的機能が人権保障にあることからすれば、自由主義原理との関係において裁判員制度の積極的意義を明確化したうえで、裁判員の職務等を義務づけることの必要性・正当性を示すべきであろう。公正・適正な刑事裁判の実現と切り離して、民主主義原理との関係においてのみ、この義務づけの必要性・正当性を示しているがゆえに、判決は十分な説得力に欠けるのである<sup>(45)</sup>。

公正・適正な刑事裁判にとっての裁判員制度の積極的意義を示すことのみによって、制度の憲法一八条後段適合性の問題が直ちに克服されるか否かは不分明であるが、筆者は、民主権の原理を根拠として憲法一八条後段に適合的とする本判決の論理が十分に説得的とはいえないという点において、葛野教授の意見に賛同する。

### 三 裁判員制度の展開可能性

#### 1 裁判官と裁判員との協働という理念

裁判員制度において、合議体とともに構成する裁判官と裁判員との関係をどのように理解すべきか。

裁判員制度の制度設計段階では、裁判官と裁判員とを対立する存在として位置づけ、対抗すべき関係にあるとする見解と、両者を対等な存在として位置づけ、協働すべき関係にあるとする見解とが対立していた<sup>46</sup>。司法制度改革審議会においてもこの二つの見解の対立が見られたが、最終的には、「国民が司法に参加する場面において、法律専門家である法曹と参加する国民は、相互の信頼関係の下で、十分かつ適切なコミュニケーションをとりながら協働していくことが求められる」、ないしは「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる新たな制度を導入すべきである」として、後者の見解が採用された<sup>48</sup>。もともと、裁判官と裁判員との関係について、対立・対抗的關係にとらえるべきか、それとも協働すべき関係にとらえるべきかの議論は、審議会ですべて完全に決着したわけではなく、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会において、裁判員裁判の合議体において裁判官と裁判員の各員数をどうするかをめぐる激しい論争に関連して再び論じられた。すなわち、第二八回検討会（二〇〇三年一〇月二八日）で、井上正仁座長は、「アドホックに加わる非専門家である裁判員が、法律専門家である裁判官との関係で、主体性を発揮し、実質的に裁判に関与することができるためには、裁判員の数は裁判官の数の2倍あるいは3倍以上でなければならぬ」という主張の前提に、「裁判員と裁判官とはグループとして対立・対抗する関係に立つ——特に、裁判官が自分達の意見を押しつけようと

するのに対して、裁判員は数で対抗するしかない——といった捉え方」があるとするれば、それは「審議会意見が提案する裁判員制度の基本構想とは異なる発想によるものだといわなければならぬ」と述べ、<sup>(49)</sup> 裁判官の員数を三人とし裁判員の員数を四人とする（ただし、五人ないし六人とすることも考えられるとする）制度構想を支持した。<sup>(50)</sup>

また、裁判員裁判の合議体の構成をめぐる議論では、裁判員を刑事裁判の中心的な判断者とし、裁判官はそれを補助する役割とする見解<sup>(51)</sup>も登場したが、これに対して、井上座長は、「裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にある」とする審議会意見書の記述<sup>(52)</sup>を挙げたうえで、意見書が「「裁判官と裁判員との相互のコミュニケーション」、「知識・経験の共有」ということを強調している」点に着目すれば、「裁判官と裁判員のどちらか一方が中心あるいは主役というのではなく、裁判官と裁判員のいずれもが主役であり、それぞれ異なるバックグラウンドを持ちながらも、対等な立場で、かつ相互にコミュニケーションを取ることにより、それぞれの異なった知識・経験を有効に組み合わせる共有しながら、協働して裁判を行うという制度が構想されているものと考えられ」と主張した。<sup>(53)</sup> 裁判員を刑事裁判の主役とみる（裁判官をその補助役とする）見解は、審議会意見書の「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる」という記述<sup>(54)</sup>に沿うとらえ方であるが、その一方で、刑事裁判において裁判官を基本的担い手とする理解とは明らかに両立しないものである。

筆者は、裁判員制度が法律の専門家としての裁判官と素人としての裁判員との協働の原理に基づき制度設計されたものであると解したうえで、そこでは専門家と素人との討議という過程を重視すべきであると主張してきた。<sup>(55)</sup> また、

協働の原理を重視する以上、裁判員を刑事裁判の主役とみる（裁判官をもっぱらその補助役とする）見解を採らず、裁判員と裁判官のいずれもが刑事裁判の主体と解すべきであることを提唱してきた。<sup>(56)</sup>

これに対して、同じく憲法学の見地から、異なる視点で裁判官と裁判員との関係を理解すべきとする見解が注目される。すなわち、蟻川恒正教授は、制度施行前の段階で、「裁判に国民を参加させるのではなく、国民を、いわば裁判の公開の延長上において、間近で裁判権の発動を監視し、裁判権力を批判する、という位置に立たせるものとして、裁判員制度を……位置づけ直すこと」を提案する。<sup>(57)</sup> もともと、裁判員を、統治者と被治者との中間の「統治の批評者」と位置づけるべきとする主張に対しては、蟻川教授自身も認めているとおり、「裁判員は、単に批評するだけでなく、実際に判決を下す、すなわち、事実認定をして有罪無罪を決し刑の量定も行うという形で、権限を行使する」ため、「これは明らかに主体であり」、現行の裁判員制度の下では、「これを単に批評者として性格付けることはできない」というべきである。<sup>(58)</sup>

平成二三年大法院判決は、裁判員制度の意義についての4部分で、「裁判員制度が導入されるまで、我が国の刑事裁判は、裁判官を始めとする法曹のみによって担われ、詳細な事実認定などを特徴とする高度に専門化した運用が行われてきた」が、「法曹のみによって実現される高度の専門性は、時に国民の理解を困難にし、その感覚から乖離したものにもなりかねない側面を持つ」ところ、「刑事裁判のように、国民の日常生活と密接に関連し、国民の理解と支持が不可欠とされる領域においては、この点に対する配慮は特に重要であり」、「裁判員制度は、……国民の視点や感覚と法曹の専門性が常に交流することによって、相互の理解を深め、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判の実現を目指すものということができると判示している（一三〇二頁）。つまり、最高裁判所は、明らかに、審

議会意見書と同様に、裁判官と裁判員との関係について対等な存在として位置づけ、協働すべき関係に立つと理解している。

## 2 陪審制度の導入の可能性

平成二三年最高裁判所大法廷判決は、「憲法は、……陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねていると解される」と述べている（二二九六頁）。そこで、本判決が、現行の裁判員制度以外にも、陪審制度や参審制度を導入することをも認めているものと解すべきか否かが問題となる。裁判員制度に代えて参審制度を導入すべきという主張は見られないものの、裁判員制度の導入以降もなお一部に陪審制度の導入を求める向きがあるところ、本稿では、陪審制度の導入の可否について検討することとする。<sup>(59)</sup>

土井教授は、「本判決は、裁判官を刑事裁判の基本的な担い手と位置づけていることから、陪審制度の導入を否定するものであると解する見解がある」が、「本判決は、「陪審制とするか参審制とするかを含め」、国民の司法参加の内容を立法政策に委ねていると述べており、陪審制についても、その具体的制度が刑事裁判の諸原則に抵触するか否かを審査し、その合憲性を判断すべきとの立場をとるものと解するのが適切である」と主張する。<sup>(60)</sup>一方、穴戸常寿教授は、「最高裁は、陪審制を排除する趣旨だと思」うと端的に述べている。<sup>(61)</sup>

そもそも、陪審制度ないし参審制度といえども、それらの内容は一樣ではない。例えば、一方で、ある構成要素が陪審制度の本質的なものであると主張する論者がいれば、他方で、ある国ではその構成要素を欠く陪審制度が存在すると反証する論者がいる。参審制度についても同様である。もともと、陪審制度ないし参審制度の本質的要素とは何

かを確定することは、本稿においては不可欠な問題ではない。<sup>63</sup>むしろ本稿で注目すべきは、最高裁判所が本判決においてそれらをどのように理解していたのかということである。

判決中では、諸外国の陪審制度と参審制度についての説明は、一三〇一頁に、裁判員制度との類似点・共通点として、わずかに登場するのみである。すなわち、陪審制度とは、「陪審員が」個別の事件ごとに国民の中から無作為に選任され、裁判官のような身分を有しない」制度であり、一方、参審制度とは、「参審員が」裁判官と共に事実認定、法令の適用及び量刑判断を行う」制度であるというのが、判決から読み取りうるわが国最高裁判所による諸外国の国民の司法参加制度の理解である。<sup>64</sup>

これのみでは、本判決が、参加する国民の選任方法（陪審制度につき、無作為に選任される）、任期（陪審制度につき、個別の事件ごとに選任される）、評議・権限（参審制度につき、裁判官とともに評議し、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行う）のみに注目して、諸外国の司法参加の制度を理解しているかのようにも見える。しかしながら、調査官解説によれば、陪審制度としてアメリカ合衆国（連邦のもの）と英国の制度を、参審制度としてフランス、ドイツ、イタリアの制度を主として念頭に置いて議論していることと、構成要素としては、右に挙げたもののほかに、人数（裁判官と参加する国民の各人数）、対象事件（被告人の選択を認めるか否か）、評決（全員一致か多数決によるか）についても、判決の形成の過程において検討されていたことが推測される。調査官解説には、裁判員制度と米（連邦）、英、仏、独、伊各国の陪審制度・参審制度に関して、選任方法、任期、人数、対象事件、評議・権限、評決について概説した「裁判員制度と陪審・参審制度との比較」という表が挙げられており、<sup>65</sup>また、「陪審制においては事実の認定は独立して陪審員がこれを行い、法律の適用、刑の量定は職業裁判官が行うのが原則である」、「参審制においては事実認定、法律の適用、

刑の量定ともに全て職業裁判官と参審員との評議による」、「陪審員は一般市民の中から無作為抽出され、事件ごとに選任される」、「参審員は、一定の任期を有するが、事件ごとに選任される国……もあれば、複数の事件を担当する国……もある」、「参審員を基本的に無作為抽出する国……もあれば、必ずしも無作為抽出ではなく政党の推薦や自薦が重視されることもある国……がある」と述べられている<sup>66</sup>。

本稿で検討するにあたっては、かりに最高裁判所が調査官解説と同様の内容として典型的な陪審制度ないし参審制度を理解していたと仮定して<sup>67</sup>、以下、議論を進めることとする。

### 3 司法権概念における事実問題・法解釈問題二分論の否定

裁判員制度の導入以前、司法過程を事実認定過程と法の解釈・適用過程とに分けたうえで、後者こそが司法権の本質的部分であり、これは裁判官によって担われなければならないが、必ずしも本質的部分とはいえない前者については、陪審員のような裁判官以外の者によって行われても、憲法上の司法権の概念との関係で問題はないとする議論があった。このような論拠に基づき陪審制度を合憲とする主張は、通説ではないものの、少なからぬ研究者によって支持されてきた有力な見解であった。

すなわち、旧陪審制度の導入に際して、その推進派の一部は、司法権の行使とその前提としての事実認定とは異なるものである（陪審は司法権を行使するものではなく、その対象となる事実を認定するにとどまるものである）ことを論拠として、制度が明治憲法五七条に違反するものではないと主張していた<sup>68</sup>。

日本国憲法の解釈論としては、「事実認定は司法の目的ではな」く、「司法の目的は具体的事件に法の適用を確保し

て法律上の利益をまもることである」とする小嶋和司教授の見解が注目された。小嶋教授によれば、「裁判」は、通常、(i)事実の認定、(ii)事実に対する法の適用、という二つの段階を踏んでおこなわれる」ところ、「裁判」はこの二段階をふくむを要し、裁判所はかならず、事実認定と法適用の結果の宣言の二つをおこなうべきであるとする見解がある」が、「事実認定は、法適用の結果の宣言に強制力をあたえる前提として、それが不当であってはならないからなされるにすぎ」ず、「それは、「司法」にとつて、対象の正確化であつても、目的ではなく、本質的要素たる意味をもつとは考えがたい」。したがつて、「刑事事件の事実認定について、陪審制を採用しても違憲ではない」という<sup>69)</sup>。

近時では、司法制度改革審議会会長を務め裁判員制度の設計を主導した佐藤教授が、次のように述べている。「裁判は、大別して、①証拠主義に基づく事実の認定と、②認定された事実に対する法の適用という2つの過程よりなる。いずれも重要な過程であるが……、「司法」のより核心的部分を形成するのは②の過程である<sup>70)</sup>」。佐藤教授は、司法と裁判の概念をめぐる佐々木惣一教授の見解を基本的に妥当としており、(事実認定過程を司法権の範疇に含めないとは明確には述べておらず<sup>72)</sup>、また、陪審制度の導入を可能とする論拠として事実問題・法解釈問題二分論を挙げてはいないが)法適用過程を司法権の核心的部分と位置づけ、事実認定過程とは扱いに差異を設けている。

このような事実問題・法解釈問題二分論について、大石和彦教授は、独立行政委員会による事実認定が裁判所を拘束する旨の規定(電波法九九条)や最高裁判所を原則として法律審とする上告理由制限規定(民事訴訟法三二二条一項、三二八条一項、刑事訴訟法四〇五条、四〇六条)を違憲とせずに済み、かつ、「拘束的評決型陪審制をも正当化し得る」という利点があると分析している<sup>73)</sup>。すなわち、事実問題・法解釈問題二分論を採用する限り、司法作用に含まれない事実認定過程に国民が参加することは許容され、その制度設計としては、事実認定から裁判官を排除する典型的な陪

審制度の導入すらも、憲法七六条にいう司法権概念との関係では憲法適合性の問題を克服しうることになる。

この点、平成二三年大法廷判決は、まず、「刑事裁判の使命」を「証拠に基づいて事実を明らかにし、個人の権利と社会の秩序を確保する」とことと定義している（一二九五頁、傍点は本稿の筆者による）。そして、「裁判員の権限は、裁判官と共に公判廷で審理に臨み、評議において事実認定、法令の適用及び有罪の場合の刑の量定について意見を述べ、評決を行うことにあり、これら裁判員の関与する判断は、いずれも司法作用の内容をなすものである」と判示している（一二九七―一二九八頁、傍点は本稿の筆者による）。つまり、事実の認定・法令の適用・刑の量定の三つは、司法作用の内容をなすものであると解するのが判例の立場である。したがって、事実認定の問題が司法権の範囲に含まれると明確に判示する本判決は、事実問題・法解釈問題二分論に立脚した国民の司法参加合憲説には与していない。

#### 4 刑事裁判における裁判官の基本的担い手性

平成二三年大法廷判決は、国民の司法参加の制度一般ないしその制度の一つであるところの裁判員制度の導入を憲法適合的なものとするためには、（一）（公平な裁判所の刑事裁判を受ける権利を保障するための）適正な刑事裁判を実現するための諸原則と、（二）下級裁判所における裁判官の基本的担い手性の二つを要求している。そして、これら二つの要素については、適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守する↓そのためには高度の法的専門性が要求される↓そのためには裁判官が刑事裁判の基本的な担い手であり続けなければならないという関係が成立している。この点、穴戸教授は、「自分たちが刑事司法の基本的担い手であるという線を、最高裁は過去一貫して譲ってこなかった」が、平成二三年大法廷判決は、そのような最高裁判所の姿勢が現れた一例であると指摘している。<sup>74</sup>

本判決で繰り返し登場する刑事裁判における裁判官の基本的担い手性という議論は、裁判員制度を憲法適合的とするための不可欠の要素であるが、これは本判決においてにわかに登場したものではない。裁判員法の立法過程をさかのぼれば、このような議論は制度設計の初期の段階から登場しているが、これを定式化したのは、第五一回司法制度改革審議会(二〇〇一年三月一三日)における井上委員の発言である。井上委員は、最高裁判所の構成を定める七九条と下級裁判所の構成にかかる七六条一項の規定との対比及び職業裁判官の身分保障や任期・定年・報酬などを定める八〇条の規定の存在を指摘したうえで、「こういう憲法の規定の仕方から、憲法に言う「裁判所」とは職業裁判官を基本的ないし必須の構成要素とするものとして構想されているということは確かだ」と明確に述べていた。<sup>(76)</sup>

憲法学の見地からも、「憲法が下級裁判所裁判官を下級裁判所の基本的な構成員とみていることは否定でき」ず、裁判員制度のように「法律により裁判官以外の者を裁判所の構成員とすることは、そうした下級裁判所裁判官の基本的な構成員性を損なわない限りで認められると解される」こととなる。<sup>(77)</sup> 職業裁判官の関与が憲法上必要であるとの解釈は、今日、憲法学において通説であるといっても過言ではない。<sup>(78)</sup>

前述のとおり、本稿でいわゆる講学上の陪審制度とは、陪審員が事実認定を裁判官から独立して確定的に行う(裁判官は陪審の判断に拘束される)制度をいう。このような制度は、(本判決の理解では事実認定は司法権の範疇に含まれるので)刑事裁判における裁判官の基本的担い手性を害することになり、制度として適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守できないものとなるため、憲法七六条一項、七九条、八〇条との関係で適合性を保てないと解すべきであろう。<sup>(79)</sup>

裁判員制度の設計段階の初期に、棟居快行教授は、職業裁判官が裁判所の必須の構成員であるということが、「特

定の帰結をそこから引き出すには、あまりにも曖昧な命題であるというべきである」として、過大評価をすべきではないと主張したが、平成二三年大法廷判決は、それを制度が憲法適合的といえるための不可欠の構成要素であると判示した。<sup>(80)</sup>

たしかに、陪審制度とすることも含めて国民の司法参加の内容を立法政策に委ねていると本判決が述べている点は土井教授の指摘するとおりであるが、前述のとおり、判決は、そこでいう陪審制度について、いわゆる典型的な陪審制度（個別の事件ごとに国民の中から無作為に選任された陪審員が、事実の認定を、裁判官から独立して確定的に行う（裁判官は陪審の判断に拘束される）制度）に限定しておらず、「陪審員が」個別の事件ごとに国民の中から無作為に選任され、裁判官のような身分を有しない」制度というように、きわめて広い概念で理解している。また、本判決では、国民の司法参加の内容を立法政策に委ねるにあたって、「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」という限定的な条件が付されていることにも注目すべきである。本判決の鍵概念の一つである適正な刑事裁判を実現するための諸原則と、もう一つの鍵概念であるところの裁判官の基本的担い手性とは不可分の関係にある。したがって、本判決が立法政策上許容されるとするのは、陪審の答申に裁判官に対する拘束力を認めないわが国の旧陪審制度のような、裁判官の基本的担い手性を害しない国民の司法参加の制度であり、事実認定過程から裁判官を実質的に排除する典型的な陪審制度は本判決が許容するところではないと解すべきであろう。

## 5 法令解釈に係る判断等への裁判員の関与の可能性

現行の裁判員法六条は、一項が裁判官及び裁判員の合議によるものとして、事実の認定、法令の適用、刑の量定の

三つを挙げる一方、二項において、法令の解釈に係る判断、訴訟手続に関する判断（少年法五五条の決定を除く）、その他裁判員の関与する判断以外の判断の三つについて、合議体を構成する裁判官のみの合議によることとし、裁判員の関与を必要としない<sup>82)</sup>。

この点、本判決は、「裁判員制度の下においても、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断を裁判官の権限にするなど、裁判官を基本的な担い手として、法に基づく公正中立な裁判の実現が図られており、こうした点からも、裁判員制度は、同項〔憲法七六条三項〕の趣旨に反するものではない」と述べており、法令の解釈に係る判断等を裁判官の専権としていることが、制度を憲法適合的とする不可欠な構成要素であるところの、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性の一つの発現形態であると判示している。つまり、裁判員の権限が限定されており、法令の解釈や訴訟手続に関する判断が裁判員ではなく裁判官に留保されていることが制度の憲法適合性を支えていると解するのが判例の立場である。もし、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断に裁判官が実質的に関与できない制度とするならば、本判決の論理に従えば、法に基づく公正中立な裁判の実現に支障が生じ、したがって、憲法七六条三項に違反することになるだろう。

毛利透教授は、「本判決の特徴はむしろ、裁判官が適正手続確保のための権限を独占することを求めている点にある」と述べている<sup>83)</sup>。曰く、「本判決は、「憲法が定める刑事裁判の諸原則」の遵守は、裁判官がそのための権限を独占することによってのみ可能となると考えているようであり、法令解釈や訴訟手続についての裁判官への判断権留保によりこの点が確保されるからこそ、裁判員制度は合憲といえる、と論じている。この意味で本判決は、立法論としてありうる裁判員の権限拡大に、憲法の観点から歯止めをかけるものとなっていることに注意が必要である<sup>84)</sup>」。

本判決が、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性を裁判員制度を憲法適合的とするための不可欠の要素として  
いる点に注目するならば、今後の裁判員制度の展開の方向性は、従前とはまったく異なる新たな視点で国民の参加を  
中心として裁判制度を設計していくのではなく、これまでの裁判制度を前提としたうえで、裁判官の基本的担い手性  
を侵害しない限度で、どこまで裁判官の領域に裁判員の関与を認めうるかという発想から設計されるべきであるとい  
うことになる。

#### 四 まとめに代えて

裁判員制度の憲法適合性は、一見すると、国民の司法参加の制度に関する規定をもたない憲法がそれを禁止する趣  
旨であるか、裁判を受ける権利を保障する憲法三二条・三七条一項等に違反するか、裁判所の構成等を定める七六条  
一項・八〇条一項等に違反するか、裁判官の職権行使の独立を定める七六条三項に違反するかなどといった、比較的  
に単純な実定憲法条文の解釈問題にすぎないかのように受け取られうる。そして、現憲法三二条等と旧憲法二四条と  
の文言の対比や、裁判所の構成に関する下級裁判所と最高裁判所の規定の文言の対比によって容易に回答が導出され  
る「解釈論の練習曲」のようなものだとの見方もあるだろう。

しかしながら、国民の司法参加とは、筆者が旧著等で主張してきたとおり、本質的には自由主義や民主主義などと  
いった原理的な問題を回避して論ずることができないものである。裁判員制度の憲法適合性についても、本稿で検討  
したとおり、そこには国民主権をどのような意味で解すべきなのかといった憲法の基本的原理をめぐる論点が伏在  
している。また、裁判員の職務等の憲法一八条後段適合性に関して、意に反する苦役をどのように解すべきかや、憲

法上の苦役の禁止は絶対的なものかなどといった、これまでの憲法学が十分には解明してこなかった論点に焦点が当たる一方で、違憲の争点を主張する適格という論点への最高裁判所の姿勢や、「参政権と同様の権限」とするこ<sup>(85)</sup>とで違憲性を排除しようとするという最高裁判所の判断など、なお論争的な部分が残る問題もある。

既発表の二つの拙稿及び本稿では、平成二三年大法院判決を主たる契機として、裁判員制度の憲法適合性に関して、制度の骨格に直接関係する主要な論点について検討してきたが、それ以外にも取り組むべき課題は少なくない。例えば、裁判員法制定以降・施行以前に法改正によって導入された区分審理制度については、笹田栄司教授がその憲法適合性等について疑問を示していた<sup>(86)</sup>が、制度の本体そのものではないため、既発表の二つの拙稿及び本稿では扱っていない<sup>(87)</sup>。裁判員の参加した裁判の判決について、事実誤認または量刑不当を理由に裁判官のみによって構成される控訴審で破棄しうることは、裁判員の参加の意義に関連する重要な問題であるが、裁判員裁判そのものの問題ではないため、同じく既発表の二つの拙稿及び本稿では扱っていない。また、実際の裁判員裁判が運用されると、一定の犯罪類型について裁判員の参加によって従前の裁判官のみによる裁判よりも量刑の傾向が重くなっていることが判明した<sup>(88)</sup>が、このことを被告人の憲法上の権利の観点からどのようにとらえるべきかという問題もある。これら裁判員制度に付随する論点や運用上の問題については、挙げて今後の検討課題としたい。

\*本稿は、平成二七年度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:二二五七八〇〇一六)及び平成二八年度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) 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）。
- (2) 西野吾一・矢野直邦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成二十三年度）』（法曹会、二〇一五年）三三二—三三三頁。
- (3) 西野喜一「裁判員制度合憲判決にみる最高裁判所の思想とその問題点」法政理論四四卷二・三号（二〇一二年）一〇一頁。
- (4) 穴戸常寿「裁判員裁判の憲法適合性」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法（増補版）』（信山社、二〇一四年）四六五頁。穴戸教授は、本文引用箇所が続けて、「裁判員裁判を推進してきた「竹崎コート」を代表する本判決にふさわしいものともいえよう」と述べている（同頁）。
- (5) 土井真一「裁判員制度の合憲性」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）三八八頁。
- (6) 前注。もつとも、特定の被告人に係る刑事事件の上告審判決が、最高裁判所がある政策に対する期待を述べたり、政策の実現に向けた決意を表明したりする媒体として適切であったかどうかについては、意見の分かれるところであろう。
- (7) 「政府は、この法律の施行後二年を経過した場合において、この法律の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて、裁判員の参加する刑事裁判の制度が我が国の司法制度の基盤としての役割を十全に果たすことができるよう、所要の措置を講ずるものとする」と定める裁判員法の制定時の附則九条を参照。
- (8) 拙著・前掲注(1)一〇七—一四頁、二七九—二八二頁。さしあたり、拙稿「民主的司法のディレンマと裁判員制度の意義」法社会学七二号（二〇一〇年）一七二—一七七頁。なお、従前の刑事裁判制度の運用に対する評価と国民の司法参加の意義づけについて、それぞれ大きく二分し、それらが本文中で示したように相関関係にあるという、旧著で示した筆者による整理は、司法制度改革審議会や司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の中心的な構成員であり、制度の設計に常に指導的な立場にあった井上正仁教授による審議会での議論の回想（井上正仁ほか「連続公開講演会「司法制度改革のゆくえ」」【第7回】シンポジウム・裁判員制度の導入と刑事司法」ジュリスト一二七九号（二〇〇四年）七六頁左段一四行目から右段七行目

まで)を、その着想の基礎とするものである。

国民の司法参加の意義に関して、田口守一教授は、筆者とは別の観点から議論の整理を試みている。すなわち、田口教授は、裁判員制度の政策的基礎を、国民的基盤強化論(「司法に対する国民の理解と信頼を重視する見解」と正しい裁判実現論)、「国民の理解と信頼」という要素は、裁判員制度導入の目的というよりも、むしろ裁判員制度を導入した「結果」であるにすぎず、「裁判員制度導入の目的をまずもって「より良い裁判」の実現あるいは「正しい裁判」の実現と見る見解」との二つに整理したうえで、前者の見地に立つものとしては、司法制度改革審議会意見書とそれを受けて制定された裁判員法一条の規定を挙げる一方で、後者の論者として、「刑事裁判の内容に一般国民の健全な社会常識を反映させ、より良い裁判を実現することが制度導入の趣旨である」とする酒巻匡教授(酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室三〇八号(二〇〇六年)一一頁)や、「国民の司法に対する理解が進むのは、あくまで司法に参加する国民が、客観的な基準に照らして適切といえる裁判を目指して参加するからであり、「より良い司法の実現」ないし「正しい裁判の実現」にこそ国民参加の意味がある(国民の理解の増進と信頼の向上は「後からついてくる二次的な効果」にすぎない)と述べる長谷部恭男教授(長谷部恭男「司法権の概念と裁判のあり方」ジュリスト二二三号(二〇〇二年)一四六頁、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)四頁、九頁(ともに長谷部恭男発言))を挙げる(田口教授は挙げていないが、より適切な裁判の実現に裁判員制度の目的を求める土井真一教授(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)二七五頁)も正しい裁判実現論に分類されるのである)。そのうえで、「国民参加によって「裁判内容がより良くなる」という面と「裁判がより身近かとなる」という面はそれぞれ別個の検討課題と言わなければならない(「国民参加の意義を考えるに当たっては、裁判内容に関する実体的な意義と裁判基盤に関する制度的な意義の双方からの検討が必要と思われる)」と述べたうえで、「専門家のみによる裁判という日本の特色こそが国民参加を必要とした立法事実であった」と分析し、「裁判員制度の政策的基礎としては、まずもって国民的基盤強化論という正当な出发点を再確認すべきである」と主張する(田口守一『刑事訴訟の目的(増補版)』(成文堂、二〇一〇年)三四〇—三四三頁、原文ママ)。田口教授は、「なぜ、裁判員制度を導入しなければならなかったのか、そ

の立法事実は何であったか」という視点等から議論を構築し（三三九―三四〇頁）、筆者のいう理解増進・信頼向上説とその展開形との対立を描いており（一方で、民主主義的基礎づけ説に相当するものは「裁判官から決定権を国民に移す」という民主化は採用し得ない」と一刀両断しており（三四四頁）、そもそも議論の俎上にすら挙げられていない）、筆者の議論枠組みと矛盾・対立するものではない。そして、筆者は、基本的には、田口教授のこの分析を妥当であると解する。

もとより、筆者も、より正しい裁判の実現を望むものではあるが、裁判官のみによる従前の裁判よりも裁判員が参加することによって、裁判の内容がより正しくなるということは（より正しくなくなることと同様に）裁判員制度の導入時点において理論的に十分な論証がなされていなかった（その一方で、刑事訴訟手続において、一般の国民が裁判内容の決定に関与するようになれば、関与しない場合と比べて、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という議論は、論理的に成り立ちうるものであった）。

(9) なお、本判決には個別意見は一切付されておらず、かつ、判決当時最高裁判所を構成する裁判官全員によって署名されている。

(10) 本判決が、「民主権の原理に基づき」ではなく「民主権の理念に沿って」という表現を用いている点に着目し、ここで最高裁判所が意図するところは、民主権の原理そのものではなく、民主権の理念であるから、民主権の原理それ自体の探求は必要ないとする向きもあろう。たしかに、判決が「の理念」という修辭句を付加したという点は看過すべきではない。とはいえ、ある概念に対して「の理念」という修辭句を付加することによって、付加された概念に何らかの意味を変化させる効果があることを認めるとしても、民主権の理念は民主権の原理そのものとまったく無関係ではない以上、ここで民主権の原理について真剣に探究することの意義はあると筆者は解する。

筆者は、本判決が、宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）や芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第六版〕』（岩波書店、二〇一五年）の記述を意識して、敢えて「の理念」という修辭句を付加したのであろうと推測している。すなわち、宮澤俊義教授は、「理念的・原理的に、政治の権力の源泉が国民に由来するとする建前」として、民主権を定式化した（三八頁、傍点は本稿の筆者による）。また、芦部信喜教授は、民主権の原理が由来するところの憲法制

定権力、すなわち、「制憲権は、近代立憲主義憲法が制定されたとき、合法性の原理に従って、自らの憲法典の中に制度化し、①国家権力の正当性の究極の根拠は国民に存するという建前ないし理念としての性格をもつ国民主権の原理、および、②法的拘束に服しつつ憲法(国の統治のあり方)を改める憲法改正権に転化したものである」と述べる(四一—四二頁、傍点は原文による)。本判決が宮澤・芦部両教授のいう建前ないし理念としての国民主権の原理を意図しているとするれば、宮澤・芦部両教授はその建前ないし理念としての国民主権の原理を権力的契機ではなく正当性の契機という意味で用いているのであるから、本文で筆者が展開する議論と符合する。

(11) 新屋達之「国民の司法参加・裁判員制度の合憲性(刑事訴訟法判例研究)」法律時報八四卷一〇号(二〇一二年)一二九頁。もつとも、新屋達之「裁判員制度導入の意義と現段階での課題」法学セミナー六三〇号(二〇〇七年)一九頁における記述から推察するに、制度の所期の意義が司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上にあるということを、新屋教授も(否定的に評価しながらも)正確に理解している(「現実の裁判員制度は、司法参加の意義を国民の統治主体としての立場に求め、国民の公共意識の醸成や公共的事項への関与という、いわば治者の視点に立つて構想された。これにより国民が本来有する治者・被治者の両面性は分断され、国民は治者の目線で法廷に臨むことが求められる。それ故、制度設計の関心も権利保障をいかに実現するかという観点は相対化・希薄化され、国民の関与をいかに確保するか側に関心が向けられる」。本稿において筆者が問題としているのは、本判決がもつばら国民主権の原理から裁判員制度を位置づけたとする新屋教授の理解であり、本文で述べるとおり、それは必ずしも適切なものとはいえないと筆者は主張するものである。

(12) 葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』(現代人文社、二〇一六年)三一—三二頁。葛野教授は、筆者の議論を参照したうえで、「裁判員制度を、ただ民主主義原理によって単純に正当化することはできないはずである」ことを認める(三三二頁)ものの、なおも「裁判員制度の目的を民主主義原理から切断して理解することには疑問がある」とし、「裁判員制度は、民主主義原理を具体化したものとして理解すべきである」と主張する(三三二頁)。葛野教授は、「民主主義原理のみによって裁判員制度を正当化することができないことは、「民主司法のジレンマ」論が説くとおりである」とする(その理由として、「司法の機能は、本来、政治権力や民意の専横から少数者の権利を保護することであり、とりわけ刑事裁判においては、国家の刑罰権に

直面する被疑者・被告人の人権保障こそが、その本質的機能というべきだ」ということを挙げる) 一方で、「市民が刑事裁判という主権の行使に直接参加することは、やはり、国民主権に基づく民主主義原理によつてこそ基礎づけられるものであつて、裁判員制度は、民主主義原理を具体化したものとして理解すべきである」と述べている(三―四頁)。つまり、既存の裁判員制度を単純に民主主義の原理から正当化することの理論的難点を十分に理解したうえで、敢えて民主主義の原理から基礎づけようとする主張であり、筆者としては、共鳴するところが少なくない。しかしながら、平成二十三年大法院判決の読み方に関しては、筆者は葛野教授の見解とは意見を異にする。

(13) 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——」(二〇〇一年六月) 一〇―一―一四頁。ただし、審議会意見書全体の総論部分では、憲法の依拠する国民主権が真の意味で実現されるために何が必要とされるかを明らかにすることが、審議会が設定する司法制度改革の根本的な課題であるとされ(三頁)、また、国民的基盤の確立を提言する部分の総論的部分でも、国民主権という術語が登場する(もつとも、「国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野」というように、統治構造にかかる修飾語として用いられているだけであつて(一〇―一頁)、裁判員制度の意義として国民主権の原理が挙げられているわけではない)。

なお、竹下賢教授は、筆者の議論について「[司法制度改革審議会]意見書の総論部分を無視して」いると断定している(竹下賢「日本の裁判員裁判制度と民主主義」関西大学法学論集六二巻四・五号(二〇一三年)三九五頁)が、これは明らかに誤解である。筆者は意見書の総論部分を重視し、旧著においても言及する(拙著・前掲注(1)一一二頁)のみならず、共和主義的憲法観に基づく裁判員制度の意義の再構成のための重要な論拠の一つとしている(同二三四―二三六頁)。

(14) 筆者は、旧著において、司法制度改革審議会、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会、国会の三つのステージに裁判員法の立法過程を分けたうえで、各ステージにおいて、制度の意義がしばしば争われ、かつ、裁判員制度の設計において中心的な役割を担ったアクターが一貫して民主主義的基礎づけ説を批判し、理解増進・信頼向上説を唱道してきたという事実を紹介した(拙著・前掲注(1)一四―一四九頁、二八〇頁)。例えば、第三二回審議会(二〇〇〇年九月二六日)では、竹下守夫会長代理が、「国民主権ということから、直ちに立法、行政と同じように、当然に司法権の行使にも国民が参加すべきで

であると説くとするなら、そこには論理の飛躍がある」と述べ、司法の民主的正統性は裁判官の民主的任命制度に求めるべきであると主張した。第一五回検討会（二〇〇三年四月八日）では、裁判員制度が国民主権から導出されるということが審議会意見書の考え方であると主張する他の委員による発言に対して、井上正仁座長が、「国民主権云々とおっしゃったところは、審議会でもかなり難しい議論のあった点で、裁判員制度を導入する趣旨として、国民主権ということからストレートには出てくるものとは必ずしも位置づけられていないということはおそらくは御理解いただきたい」、「国民主権ないし民主制と司法の本質との関係についてかなり議論があったところで……、審議会全体としては必ずしもそういう立場に立つたわけではないということですが」、「そこは意見書でもちゃんと書き分けているはずですので、注意深く読んでいただきたい」と明確に反論した。衆議院本会議（二〇〇四年三月一六日）では、裁判員法の趣旨に「国民の主體的な参加を高らかにうたい上げるべきではない」かとの議員からの提案に対して、野沢太三法務大臣は、法案に定める制度導入の意義を述べるとどめ、これを断った。これらのように、制度の設計に指導的な立場の論者ないし制度設計に責任を負う政府は、立法過程において、一貫して、理解増進・信頼向上説に依拠し、民主主義的基礎づけ説を明確に否定していた。

(15) 拙著・前掲注(1)二〇七―二一二頁。

(16) 酒巻・前掲注(8)一五頁。

(17) 酒巻・前掲注(8)一〇頁。酒巻教授は、別稿では次のように述べている。「司法制度改革審議会の」意見書は、確かに冒頭部分では国民主権原理と裁判員制度の導入について一定の関係を述べておりますが、制度の具体的基本設計の部分についてお読みいただければ、国民主権であるから国民参加であるというような単純素朴な議論をしていないことは明瞭であろうと思えます。やはり国家統治体制の基本的な常識的理解を前提として、司法権の行使に係る裁判員制度は民主主義と直結する制度としては構想されていないのは明らかだと理解しています」(酒巻匡ほか「座談会 裁判員制度の可能性と課題」法律時報七七巻四号(二〇〇五年)一三頁(酒巻匡発言))。なお、この座談会の参加者である常本照樹教授(「司法と民主主義とを結び付けることは、いわゆる政治的な多数者が民主主義の名の下に司法権を操作することに道を開きかねないおそれがあるわけですし、いわゆる少数者の保護あるいはそれへの配慮という司法の本質的な存在意義も忘れてはならないのではないか」と

市川正人教授（「やはり司法権の行使が民主主義のルールから外れていること、すなわち司法権の非民主性に意味があるのではないか」、「国民主権だから当然市民の司法への参加だというふうになるのか、あまりそればかり強調する議論はどうかという危惧を私などは持っている」）も、憲法学の見地から、民主主義的基礎づけ説に対して否定的な評価をしている（一二―一三頁）。

(18) 拙著・前掲注(1)二一四頁（傍点は原文による）。単純な民主主義の原理では理論的に基礎づけられないからこそ、筆者は、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によって裁判員制度を再定位しようと試みた。これが、まさに旧著の主題であった。一方、国民主権の原理を（国民が主権者として統治権を行使することを基礎づける原理という意味ではなく）国家機関が統治権を行使することを正当化するための原理としてとらえたとすれば、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上という裁判員制度の所期の意義は、その意味における国民主権の原理の発現形態と評価しうるということを確認することが、本稿における筆者の主眼である。

(19) 旧著において筆者が展開した共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論による裁判員制度の意義の再構成は、審議会意見書に示された先般の司法制度改革の理念のうち、統治客体から統治主体への国民意識の転換を基底的前提とし、かつ、そのような転換を促し、能動的な国民の参画をもつて、司法を政治部門と並び「公共性の空間」を支える討議の場として再構築しようとする点（司法制度改革審議会・前掲注(13)四―八頁）について、共和主義ないし討議民主主義を志向する諸要素を見出したことなどを論拠とするものである（拙著・前掲注(1)二三四―二三六頁参照）が、国民主権の原理に関して、本稿で述べられるように、通常政治における国家機関の権限行使を正当化する根拠が国民に由来するという意味で理解するならば、この意見書に示された改革の理念は、まさに国民主権の原理について述べたものとも評価しうる。

(20) 拙著・前掲注(1)二八〇頁（傍点は本稿において筆者が新たに付した）。

(21) 芦部・前掲注(10)四一頁。芦部教授においては、国政のあり方の最終的な（ないしは、終局的な）決定や、公権力行使の正当化の究極的な権威などといった修飾語が外されることはない（芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、一九九二年）二二〇―二四九頁参照）。

もつとも、このような意味における国民主権の原理については、従前より憲法学の世界においても異論があったところである。例えば、杉原泰雄教授は、日本国憲法の国民主権原理は、「国内における国家権力自体の帰属を指示する法原理であ」つて、「国家意思の最終または最高の決定権、国家権力の究極の淵源、憲法制定権力などの帰属を指示する原理ではない」と明確に述べている（杉原泰雄『憲法I』（有斐閣、一九八七年）一九五頁）。

(22) 「あるいは箱のデザインにかかわるものである」という（山本龍彦「国民主権と統治行為」法学セミナー七二九号（二〇一五年）五二頁）。国民主権の原理については、「憲法学説の多くは、……憲法を創る権力、すなわち憲法制定権力が国民にあることを意味する、と捉えてき」ており、政治が「国民の制定した憲法に従って行われる限り、常に、国民の名において正当化される」。そして、「憲法を、政治を閉じ込める「箱」と見れば」、「憲法学説の多くは、制憲者としての国民は、制憲時に、制憲後にも箱をその内側から変えられるよう、憲法改正権者として、自らも箱の中に入り込む選択を行ったものと考え」る（五〇―五一頁、傍点は原文による）。

(23) ただし、伝統的な憲法学の理解においても、通常政治における権力性や正当性を議論する文脈で国民主権の原理をまったく用いないというわけではない。例えば、芦部教授も、「民主主義ないし民主政」を国民主権と互換可能な概念と位置付けたうえで、「人権の保障を終極の目的とする原理ないし制度と解すべき」と述べる（芦部・前掲注（10）二八七頁）とともに、憲法が「国会を「国権の最高機関」とし、内閣が国会に対し連帯して責任を負うことを大原則とする議院内閣制……を採用」することをもって、国民主権が日本国憲法の統治機構を支える原理の一つであると述べる（二八九頁）。

(24) このような理解が、松井茂記教授によれば、一九九三年の時点での「現在の憲法学の支配的な傾向」であったという（松井茂記「国民主権原理と憲法学」『岩波講座社会科学の方法第IV巻 社会変動のなかの法』（岩波書店、一九九三年）一五頁）。「主権はあくまで統一体としての国民にあり、個々の市民は直ちに主権の行使に参加できるわけではない」（同頁）ため、民主主義的基礎づけ説が唱道するように、個々の国民が主権者として裁判員という立場で裁判過程に直接に参加するのは当然であるという考え方は採りえない。

(25) 山本・前掲注（22）五一頁（傍点は、原文による）。

同じ観点から出発しまったく異なる議論を展開するものとして、松井教授の見解が挙げられる。「憲法を制定するレベルの問題と制定された憲法のもとでのどのように統治を行うのかというレベルの問題を区別すべきだ」と主張する松井教授は、「日本国憲法は国民主権原理にたち政府の権力の正当性の源泉を国民に求めつつ、憲法のもとでの統治は国民の多数者が決定すべきだという民主主義原理を定めていると理解し、民主主義を日本国憲法のもとでの統治の基本原則と考え」るべきだと提言する（松井茂記Ⅱ井上典之「憲法訴訟と民主主義」井上典之ほか編『憲法学説に聞く——ロースクール・憲法講義——』（日本評論社、二〇〇四年）二二二頁（松井茂記発言））。松井教授は、国民主権の問題を考えるに際して、「憲法制定という「憲法政治」のレベル、つまり憲法制定権力の問題と、その憲法の下で組織される日常の統治という「通常政治」、つまり政治権力の問題を区別することが有益である」と述べたうえで、次のように主張する。「主権を正当性の源泉と捉える見解では、通常政治における国民の地位が正当に位置づけられない。他方、主権を政治権力そのものと捉える見解では、権力の正当性の問題が適切に位置づけられない。……国民主権の制度的帰結を認める学説には注目すべき点がある。しかし、ここまでを国民主権の中に読み込むことは、かなり異質なものを主権原理に持ち込むことになる。やはり、国民主権原理は、日本国民が憲法制定者であること、そして統治の正当性の根拠が、国民、つまり日本の政治共同体の構成員である「市民」の総体にあることの意味であると捉える方が妥当であろう。……そのうえで、憲法に基づく政治、つまり通常政治については、それが国民の参加により国民の意思を反映して行われるべきことを「民主主義」の問題と捉え、日本国憲法は国民主権原理に立脚するとともに民主主義を要請していると理解した方がよいのではなからうか」（松井茂記『日本国憲法（第三版）』（有斐閣、二〇〇七年）一三六―一三七頁）。

(26) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）三九四―三九五頁。佐藤教授は、実定憲法上の構成的原理としての国民主権は、統治制度の民主化のほかに、「統治制度とその活動のあり方を不断に監視し問うことを可能とする」公開討論の場が国民の間に確保されることを要請する」という（三九五―三九六頁）。

(27) 安西文雄ほか『憲法学読本（第二版）』（有斐閣、二〇一四年）二五七頁（六戸常寿執筆）。

(28) 長谷部恭男『憲法（第六版）』（新世社、二〇一四年）一四頁。長谷部教授は、「国民主権」の下で、市民の直接の政治参

加をどのような制度的枠組みの下で、どこまで認めるのが妥当かも、……検討する必要がある」と述べる一方で、「主権という概念に基づく議論の限界に留意し、この概念にあまり多くのものを読み込みすぎないようにしなければならぬ」と注記している（一五頁）。

(29) ただし、これらの判決が、本判決とは異なり、「国民主権の理念に沿って」という表現ではなく、「国民主権の原理に基づき」という直截的な表現を用いている点にも留意する必要があるだろう。

なお、実定法上も、国民主権という概念は、憲法学の世界における伝統的な理解ではなく、もっぱら実定憲法上の構成的原理としての意味で用いられている（行政機関の保有する情報の公開に関する法律一条、公文書等の管理に関する法律一条、独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律一条、内閣法一条一項、内閣府設置法四条一項一二号）。

(30) もとより、今日でも、このような国民主権のとらえ方に正面から反対する議論があるということにも留意しなければならぬ。樋口教授は、「法律の中に「主権」が出てくることにも警戒的であるとし、「国民主権の理念にのっとり」という文言が内閣法一条にあることに関して、「国民主権を前提にすれば、まず国会法に「国民主権」が出てくるはずですが、国会ではなくて、内閣が国民主権という正統性根拠を援用している」が、「これは直接的に法的な意味を持たないにしても、考え方の問題として、私はその異常さに気がつくべきだと考えている」と述べたうえで、「裁判員法のほうは、国民主権を出していないとしても、「実定法運用の場面で主権という観念が出てくるのに対しては、私はなお良くないという考え方で」あると主張している（樋口陽一「人」(homme)と「市民」(citoyen)の間の綱渡り」法律時報八二巻五号（二〇一〇年）二七頁）。

(31) 樋口陽一ほか「樋口陽一憲法学との対話 討論」法律時報八二巻五号三〇—三四頁（樋口陽一発言）。むしろ、「裁判員制度も、個人がオムとして意見を表明することは本質的な問題ではなく、シトワイヤンを土台とした制度になっていると思う」とする小山剛教授の理解（二二頁、小山剛発言）が妥当であると筆者は解する。

なお、「コオル (Corps) としての司法」（樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』（東京大学出版会、二〇〇二年）一三六—一三七頁）という考え方を提唱する樋口教授は、裁判員制度の導入以前において、「裁判官を拘束する効果を持つものとしての陪審の制度を、日本国憲法下で「国民主権」だけをもつばら説明根拠として正統化することは、困難というべきである」と

述べていた（樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）四八六頁）。なお、拙著『熟慮と討議の民主主義理論——直接民主制は代議制を乗り越えられるか』（ミネルヴァ書房、二〇一五年）五四―五六頁も参照。

(32) 今関源成「刑事裁判への「国民参加」とは何か？」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論（憲法理論叢書（19））』（敬文堂、二〇一一年）一二四頁。併せて、次の指摘も参照。「国民主権だから司法権も国民が直接行使できるといった無媒介な主権論は、法の支配が貫徹すべき司法の領域には特に場違いであり、権力の至高性を連想させる主権者国民という主体を招喚するがゆえに立憲主義・自由主義と強い緊張関係に立つ。国民主権論で司法への国民参加を基礎づけることは適切ではない」（二一九頁）。

(33) ただし、本文で論ずるように国民主権の原理を通常政治における裁判所の司法権行使の正統化原理として理解することが可能であるとしても、本判決には、国民という概念の用い方について説明が不十分な点が見られる。すなわち、判決は、次のように判示する。「この〔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の強化を図るものであることを示していると解される。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」（一三〇〇頁、判決文の引用中の傍線は、本稿の筆者による）。このうち、第一文にいう二つの「国民」は、権力の正統化原理としての觀念上の国民である一方で、第二文にいう二つの「国民」は、個々の裁判において裁判員としての職務に従事する具体的な国民を指すものであると解すべきであろう。そして、それぞれ異なる意味の国民（本稿の筆者は、そのように理解する）が、連続する二つの文章で用いられている。

この点、宍戸常寿教授も、「国民の司法参加という場面で、「自由主義」と整合的に語られる「民主主義」とは、国家権力の正統化に関わるものであり、裁判に直接参加する個々の国民は、かかる非実体的な正統化の淵源としての「国民」を裁判の場で表象するにすぎないはずであった」にもかかわらず、「それが本判決の3（4）では、個々の国民の司法参加が、自らの資格で直接に行使する参政権と、同様のものとして捉えられている」点を問題視している（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）三二七頁）。

(34) 拙著・前掲注(1)二〇六―二〇七頁。

(35) 司法制度改革審議会「中間報告」(二〇〇〇年一月)六二頁は、国民的基盤と民主的正統性という術語をそれぞれ相互交換的に用いていた(「国家への過度の依存体質から脱却し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められる国民が、裁判の過程に参加(関与)し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤(民主的正統性)を得ることができるようになる。このような意味において、訴訟手続への国民参加は国民主権の原理と関連する)。ただし、最終的な意見書の段階では、民主的正統性という単語は消えた。

(36) 司法制度改革審議会・前掲注(13)一〇一頁。

(37) 最高裁判所刑事局の課長として裁判員制度の設計に関与するとともに、制度施行直前期には制度導入の準備を進め、施行後は東京地方裁判所において裁判長として裁判員裁判を担当した合田悦三判事は、司法制度改革審議会意見書一〇二頁にいう「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる」とする裁判員制度の意義について、「裁判の正統性の契機」と表現している(合田悦三「裁判員裁判の公判審理の在り方を考える際の出発点」井田良ほか編集代表『川端博先生古稀記念論文集下巻』(成文堂、二〇一四年)七五―七五二頁)。

(38) 新屋教授は、「司法に対する理解の増進や信頼の向上という、それ自体は重要だがいささか軽い目的で国民の司法参加(裁判員制度)という重い制度を正当化する……のは、やはり不釣り合いの感がある」と主張する(新屋・前掲注(11)「国民の司法参加・裁判員制度の合憲性」二一九頁)。しかし、司法に対する理解の増進と信頼の向上という目的のどこが「いささか軽い」のであろうか。憲法学の見地からいえば、統治権の正統性の源泉である国民の信頼というものは、決して「いささか軽い目的」などと評しうるものではない。

(39) 判決文には出典が示されていないが、帝国憲法改正案第一読会である衆議院本会議における金森徳次郎國務大臣の答弁である。これは、民主主義的な司法機関として陪審制度は欠かせないとの意見を前提として、陪審制度に関する規定を(当時審

議中の) 憲法に挿入する用意があるか否かをめぐる大臣の所見についての質問に対する答弁である。判決文での引用は若干表  
現が加工されたものであるが、議事録にある正確な表現は、次のとおりである。「次ニ陪審問題ノ点ニ付キマシテハ、憲法ニ  
ハ之ニ対シマスル特別ノ規定ハゴザイマセヌガ、民主政治ノ趣旨ニ則リマシテ、必要ナル規定ハ法律ヲ以テ定メラレ、現在ノ  
制度ヲ完備スルコトハ憲法ノ毫モ嫌ツテ居ル所デハゴザイマセヌ」(官報号外第九十回帝國議會衆議院議事速記録第八号  
(一九四六年六月二八日) 一一四頁)。この部分は、陪審制度が民主政治の趣旨にのっとって行われるべきであるという意味に  
も解しうるが、質問者は「民主主義ノ特徴ト致シマシテハ……陪審制度ト云フモノは、特ニ強調サレナケレバナラ」ず、また、  
「民主主義的ノ司法機関トシテ欠クベカラザルモノデア」る(一一一―一二二頁)として述べているのだから、答弁者も民主  
政治ではなく民主主義と述べるべきであった。むしろ、ここは、陪審制度は(質問者が期待するところの)憲法に条文を設け  
るのではなく、必要があれば法律によつて定められるべきであつて、そのような法律は民主政治の手續にのつとつて制定され  
るべきであるという、立法過程の民主性を単に述べただけと読むのが自然ではあろう。なお、判決文では、金森大臣の答弁の  
上記引用部分の直後の「詳細ハ司法大臣ヨリ御答弁下サルコト存ジテ居リマス」との発言が引用されていないが、それに続  
く木村篤太郎司法大臣の答弁は、なんら憲法の基本原理に言及することなく、戦前の旧陪審制度が「不活発デアリ……、是ハ  
日本ノ国民性ニ果シテ適當デアルカドウカト云フコトヲ再検討シナケレバナラヌト思」うとともに、かりにそれを復活させて  
も施設の面で現状では対応が困難であることから、「只今ノ所、我々ハ将来ノコトヲ十分ニ検討致シマシテ、陪審制度ヲ復活  
スベキデアルカ否ヤト云フコトニ付テハ考究スル積リデアリマス」(一一四頁)として、きわめて消極的な態度を示すもので  
ある。

(40) 葛野・前掲注(12)三五頁。

(41) 土井・前掲注(8)二七三頁。

(42) 拙稿「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」日本法学八二巻四号  
一四―一五頁。

(43) 一方で、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)は、「裁判員制度の趣旨に照

らすと、裁判員法上の義務として所論が指摘する点は、国民が主体的に裁判権の行使に関与することを通じて、上記のような目的を達成するために必要かつ相当な範囲のものにとどまり、統治の主体としての国民に求められる合理的な理由に基づく公共的な責務と理解されるべきものであるから、違憲とはいえない」（一〇〇—一〇一頁、傍点は本稿の筆者による）と判示している。

(44) 葛野・前掲注(12)三一頁。

(45) 葛野・前掲注(12)三五頁。

(46) 裁判員制度の設計段階において、山崎浩一弁護士は、合議体の構成をめぐる議論について、「この問題をめぐる意見の本質的対立は、裁判に対する国民参加の意義をどう捉えるかということに由来していると思われるであろう」と述べ、次のように整理していた。すなわち、「裁判員の数を少なくしたいという意見をとるものは、現在の職業裁判官の司法に基本的問題はないが、審議会意見が国民の参加を決定したことから、できるだけ国民（裁判員）の影響力を少なくしたいという者、国民が参加することの意義は理解しつつも、やはり裁判の最終的な決定主体は職業裁判官であるという立場に立つ者などであろう。それゆえ、これらの論者は裁判官と裁判員の「協働」ということを強調し、それぞれのいいところがうまく作用することに意義があるということを強調する。これに対して、裁判員の数を多くしたいという意見に立つ者は、現状の職業裁判官による裁判に対する不信、不満を前提にし、裁判官の意見と裁判員の意見が対立する場合を想定し、その場合に裁判員に裁判官の判断を是正できるだけの「力」を与えたいという願いが込められていると見ることができると、前者が裁判員を職業裁判官の補完物と位置づけようとしているにもかかわらず、後者は裁判員を職業裁判官と対立するもの、否、対立することを期待するものと位置づけていると見るべきであろう」（山崎浩一「裁判員と裁判官の役割分担・裁判体の構成・評決方法」季刊刑事弁護三三号（二〇〇三年）二六—二七頁）。表現には必ずしも賛同できない部分があるものの、基本的には妥当な分析であるといえよう。

(47) 第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年三月一三日）において、裁判員裁判の合議体における裁判官と裁判員の員数をめぐる議論に関連して、高木剛委員が提出した資料（高木剛「裁判員制度」について（説明要旨）」（第五一回司法制度改革

審議会(二〇〇一年三月一三日) 配布資料) に対して、水原敏博委員は、「裁判員の数が裁判官よりもずっと多くならなければならぬ」という考え方については、……その根底にあるのは、裁判官への不信で、違った言葉で言ったならば、裁判官と裁判員との対立関係が意識の前提にあるように思われ」るが、「でも、私たちが求めておるものは何かと言いますと、裁判官と裁判員との対立ないし不信を前提とした制度ではなくて、相互の実りある協働関係ではないかと思う」と述べた。これに続けて、井上委員は、「参加制度の本質という点ですけれども、一番の大前提として、専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが一緒に、コミュニケーションを取りながら、それぞれのバックグラウンドの違いから得られる経験だとか知見だとか知識だとか、そういうものを共有しあいながら裁判をしていくことによって、より良い裁判にしていこうというのが、私の理解するところでは、大方の認識だった」と述べた。

(48) 司法制度改革審議会・前掲注(13)一〇一—一〇二頁。

(49) 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」の説明(第二八回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会(二〇〇三年一月二八日) 配布資料) 八—九頁。ただし、井上座長は、裁判員の員数を裁判官の員数の二倍ないし三倍以上でなければならぬとする議論が、裁判員と裁判官とが対立・対抗関係にあるとするとらえ方に基づくものであるとは断定していない(あくまで、そのような「捉え方を、もしされているのだとします」と述べるとおり、仮定をしたにとどまる)。

(50) 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」(第二八回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会配布資料) 一頁。もつとも、裁判官の員数を一人ないし二人とし、裁判員の員数を九人ないし一人とすべきと主張していた日本弁護士連合会は、「裁判員と裁判官とを対立・対抗関係と考えるものではない」と明確に述べたうえで、上記の主張は井上座長による「考えられる裁判員制度の概要について」の説明にいう裁判官と裁判員との関係のとらえ方に基づくものではなく、「職業裁判官と裁判員との間には、専門的知識や経験の多寡において差があること」から「参加する裁判員が臆せず意見を言うために、裁判員にとっての議論の環境整備が必要である」ことを理由として挙げている(日本弁護士連合会「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」(二〇〇三年一月二一日) 三頁)。一方で、「職業裁判官が3名とした場合、これに対してはやはり相当多数の市民を配しないと、「一般人の様々な社会経験」をもってしても「裁判官の法的知識と実務経験」

には対抗できないので、「裁判員の員数を」9名が妥当ではないかと考える」ものとして、森野俊彦「裁判員制度」の制度設計はいかになされるべきか——裁判官と市民の実質的協働を目指して」季刊刑事弁護三三九頁。

(51) 例えば、石松竹雄弁護士は、「裁判官は、いわば脇役であり、実質的判断の主体は、裁判員である」、「そうしてこそ、一般国民が裁判員として、裁判に実質的・主体的に関与することが可能になるのである」と述べる（石松竹雄「飾り物だけの国民参加にならないために——裁判員制度設計上の最低条件」季刊刑事弁護三五五号（二〇〇三年）八頁）。また、審議会において、高木委員は、「裁判員の数は、裁判官の数の「数倍」程度とすべきである」と提案した（高木・前掲注(47)三—四頁）が、高田昭正教授によれば、この構想は「裁判員だけで自律的に評議を行い、事実を認定して、評決に至るということが期待されており、職業裁判官は、裁判員だけで主体的・実質的に裁判内容を決定できるよう、援助者として関与すべきものである」という考え方によるものであり、「職業裁判官は、評議・評決には法律専門家という立場から後見的・補充的にのみ関与し、裁判員の「自律性をもった主体的、実質的な判断」を援助し、尊重するという役割に徹すべきことになる」という（高田昭正「国民の司法参加と高木案——数倍の「裁判員」による独立評決」月刊司法改革二〇号（二〇〇一年）三六頁）。一方、裁判官の員数を（三人ではなく）一人ないし二人とすべきとする意見に関して、井上座長は、「裁判員制度は国民が自律的・主体的に裁判に参加する制度であり、そこで裁判官に求められているのは、プロとしての知識・経験を提供し、裁判員を補助することであるから、経験10年以上の裁判官であれば、一人でもその役割を十分に果たすことが可能であるという……意見」は、「裁判員が中心となつて判断をし、裁判官はサポート役としてこれを支えるという制度イメージに立」つものであると分析している（井上・前掲注(49)三頁）。また、裁判員の員数を裁判官の員数の二倍ないし三倍とすべきとする意見についても、「裁判員が中心ないし主役であり、裁判官はそれを補助する役割にとどまるという捉え方」に依拠する可能性を（断定はしていないものの）指摘している（九頁）。

(52) 司法制度改革審議会・前掲注(13)一〇三頁。

(53) 井上・前掲注(49)四頁（傍線は原文による）。なお、日本弁護士連合会は、「裁判官は裁判員の補助にとどまる」と考えるものではない」と明確に述べている（日本弁護士連合会・前掲注(50)四頁）。

(54) 司法制度改革審議会・前掲注(13)一〇二頁。

(55) 拙著・前掲注(1)二五八―二五九頁、拙稿「裁判所における素人と専門家との熟議・対話」田村哲樹編『語る——熟議／対話の政治学』（風行社、二〇一〇年）二二六―二二七頁。

(56) 先に引用した審議会意見書の「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる」という記述は、裁判員と裁判官のいずれもが刑事裁判の主体であるべきとする見解とも整合する。なぜなら、裁判員の主体的・実質的関与は、必ずしも裁判官の主体的・実質的関与と両立しないとは限らないからである。この点、井上教授は、「裁判員が主体的に判断するということは、別に裁判官の主体的な判断とこれを排除しているわけではない」と述べている（井上正仁ほか「鼎談・意見書の論点④ 国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト一二〇八号（二〇〇一年）一三九頁（井上正仁発言））。同様に、裁判員を主役とし裁判官をもつばら補助役と見る見解を排し、裁判員と裁判官のいずれもが主体であるべきと解するものとして、例えば、大澤裕「合議体の構成」現代刑事法六卷五号（二〇〇四年）一八頁（裁判員が参加する合議体において裁判員は主体であり、裁判官が専門家としてその補助にあたることは疑いないが、裁判官もまた主体であり、裁判官の役割が裁判員の補助に限定されるわけではない）、今崎幸彦「裁判員裁判における複雑困難事件の審理——司法研修所における裁判官共同研究の概要——」判例タイムズ二二二二号（二〇〇六年）一一頁（問題は、……〔裁判員裁判の評議において〕裁判官が意見を述べることでそれ自体がタブー視される傾向があるかのように見えることであり、こうした考え方、例えば「裁判官は、司会役に徹するべきである。」といった考え方が誤りであることについても〔司法研修所における裁判員制度を主題とする裁判官研究会の参加者で〕異論がなかった」。

なお、裁判員を主役とし裁判官をもつばら補助役と見る見解は、民主主義的基礎づけ説と親和性をもつものである。安村勉教授は、「国民主権に裁判員制度の根拠があるとする立場からは、裁判員が事実認定および量刑判断の主役であって、裁判員の判断が裁判官の判断に優先するはずである」ことになるが、「裁判員が主役であって、裁判官の役割は「プロとしての知識・経験を提供」することである……という主張は、検討会の前提である審議会の立場と異なることにならざるを得なかった

といえ」と分析する（安村勉「裁判体の構成」ジュリスト一二六八号（二〇〇四年）五九―六〇頁）。

(57) 高橋和之ほか「〔座談会〕憲法60年——現状と展望」ジュリスト二三三四号（二〇〇七年）一四頁（蟻川恒正発言）。蟻川教授は、その後、この議論を展開させて、（樋口教授の理論では「国家に参加しつつ、国家に対抗する自律的個人としてのシトワイヤンが想定され」ていることを前提としつつ）「裁判員は国家に参加して判決を下す主体的役割を担」うが、「統治の主体は責任をとることができなければいけないのに」、裁判員法には裁判員が責任を負う規定がないことから、その職務について「裁判員は責任を負え」ず、ならば、「シトワイヤンは、むしろ統治の主体である裁判官に責任を負わせる側に身を置くべきではないか」として、新たな問題提起をする（樋口ほか・前掲注(31)三三頁（蟻川恒正発言）、併せて、これに対する山元教授の批判（三四頁）も参照）。

(58) 高橋ほか・前掲注(57)一五頁（蟻川恒正発言）。なお、これに関連して、樋口教授は、「最近の何々審議会〔司法制度改革審議会を指していると思われる〕による国民参加といわれるもの——プロフェッショナルでなく「評論家」ふうの参加——に對しては、原理的に否定的です」と述べている（樋口ほか・前掲注(31)三〇頁（樋口陽一発言））。

(59) 例えば、石松竹雄・伊佐千尋『裁判員必携——批判と対応の視点から』（筑摩書房、二〇〇九年）。

(60) なお、裁判員制度の設計段階においてたびたび提案された、一定の場合（被告人が裁判員のみによる判断を求める場合、検察官が裁判員のみによる判断を求める場合（死刑を求刑する事件がその例として挙げられている）、または公務員である裁判官が関与することが相当ではないと（提案者によれば）思われる事件（政治犯罪、公務員の職務に関する犯罪、表現の自由に関する犯罪がその例として挙げられている）の場合）に裁判員のみで事実認定についての評決を行う（裁判官には事実認定についての評決権は認めず、量刑については、裁判官と裁判員の合議によるものとする）という独立評決制の提案（高木・前掲注(47)六一―七頁、日弁連司法改革実現本部「裁判員制度」の具体的制度設計要綱（二〇〇二年七月）五二頁、民主党「司法制度改革への意見」（二〇〇一年五月）自由と正義五二卷七号（二〇〇一年）一五一―一五二頁など）も、その内容は事実認定過程から裁判官を排除するものであるため、ここでは、陪審制度の導入論と同列に扱ってよからう。なお、拙著・前掲注(1)一二八―一三〇頁も参照。

- (61) 土井・前掲注(5)三八八頁。
- (62) 亀井源太郎ほか「座談会」憲法と刑事法の交錯」六戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ——諸法との対話で切り拓く新たな地平』(日本評論社、二〇一六年)四一頁(六戸常寿発言)。また、六戸教授は、「刑事裁判の基本的な担い手」で裁判官がなければならぬことが、仮に憲法上の要請だとすれば、「陪審員のみで評議し、有罪・無罪の評決を行う」……という意味での陪審制の導入は……憲法改正を必要とすることになるのではないか」とも述べる(六戸・前掲注(33)三二二頁)。
- (63) 陪審制度や参審制度についての一般的な説明として、拙著・前掲注(1)二六〇頁注(16)。
- (64) もとより、わが国の最高裁判所が諸外国の制度をどのように理解しているのかということについては、わが国の法制度の解釈との関連でのみとらえればよいのであって、外国法研究の見地から、その正確さや精緻さを論難することの意義はない。
- (65) 西野Ⅱ矢野・前掲注(2)二九八―二九九頁。
- (66) 西野Ⅱ矢野・前掲注(2)二七七頁。
- (67) 本判決に関して、判決そのものと調査官解説との関係については、六戸・前掲注(33)三二二頁。六戸教授は、「調査官解説はあくまで調査官による解説であり、評議に加わった判事自身の手によるものではない」ものの、「全員一致の大法廷判決という本判決の特徴からすれば、長官の下で調査官室がしかるべき役割を果たしたに相違ない以上、調査官解説を適宜参照した読解も、十分に正当化されよう」と述べる(同頁)。
- (68) 旧陪審制度を擁護した江木衷弁護士や花井卓蔵弁護士らの見解である。ただし、明治憲法下においても、事実問題・法解釈問題二分論は少数説であり、政府は、事実認定が裁判の範疇に含まれるものとしたうえで、陪審による事実認定は裁判官による裁判の補助的性質に留まるため違憲とならないという立場を採っていた(中原精一「明治憲法下の陪審制と憲法論」法律論叢六一巻四・五号(一九八九年)三七六―三七七頁、三八八―三八九頁)。
- (69) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)四八四―四八五頁。
- (70) 佐藤・前掲注(26)五九八頁。
- (71) 裁判(「或事実について、互に対立して相争う者のあるとき、第三者が対立者の主張を聴き、正当なる判断を下す、とい

う手続を経て、決定するの作用」と司法(「国家が、具体的事実について、法を宣言して、法を維持するの作用」とを明確に区別したうえで、後者について、事実認定操作、法認識操作、法宣言操作という三つの段階操作性があるとする議論である(佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、一九八八年)三三―三四頁)。同じく佐々木教授の司法と裁判との区別及び三段階操作の司法概念を前提としたうえで、「司法作用の本質部分は、法宣言・維持の段階にある」から、「小陪審制度のもとで、事実認定作用を陪審の権限となすことも、法宣言の職責が裁判所に留保されれば違憲ではない」とするものとして、阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第三版〕』(成文堂、二〇〇〇年)三八八―三八九頁。一方、芦部教授は、「司法と裁判とは、歴史的に異なる意味に用いられたこともあるが、日本国憲法の解釈に関するかぎり、両者をとくに区別する必要はない」と解している(芦部・前掲注(10)三三七頁)。

なお、佐々木教授は、「わが国で、陪審は裁判の事実に関して、陪審員の判断を裁判官に陳述するに止まり、裁判の事実を認定するものでない。従って司法の作用に属しない。故に、裁判官でない陪審員がこれを行うても憲法に違反することはないのである」ため、「陪審制度の如きもこれを法律で定めることは差支ない」と述べ、旧陪審制度について、陪審の答申に裁判所への拘束力がないことを合憲の論拠としていた(佐々木惣一『改訂日本国憲法論』(有斐閣、一九六二年)三六七―三六八頁)。(72) 佐藤教授らの見解が「事実認定が司法作用に当たらないとまではしていない」点は重要である(土井・前掲注(8)二六三頁)。すなわち、もし「裁判所が行う事実認定を司法作用に含まれないと断ずるとすると、かかる事実認定がいかなる国家作用に分類されるのかという問題を引き起こし、例えば、これを行政権と捉えるならば、それは本来的に内閣の権能であるとの帰結を生みかねない」ため、「法律上の争訟において法の解釈・適用の対象となる事実の認定は、これを司法作用と見るのが適当であろう」(同頁)。

(73) 大石和彦「国民の司法参加」をめぐる憲法問題——司法制度改革審議会最終意見書を受けて——白鷗法学一八号(二〇〇一年)一三二頁。その一方で、事実問題・法解釈問題二分論には次のような問題があるとして、大石教授は否定的な評価をしている(一三二―一三五頁)。

(74) 亀井ほか・前掲注(62)三七頁(六戸常寿発言)。

(75) 例えば、第三二回司法制度改革審議会（二〇〇〇年九月二六日）では、「最近、若い憲法学者の中では、常職の裁判官が中核であることは確かだけれども、裁判所の構成要素として陪審や参審も考え得るのではないかという意見も出てきて」いるとの佐藤幸治会長の発言があった（傍点は本稿の筆者による）。

(76) 井上委員は、さらに重ねて、「職業裁判官が裁判所の基本的ないし必須の構成要素であるということは動かし難いわけありますから、例えば職業裁判官を全く除外して国民だけで裁判をするといったことや、職業裁判官の存在が実質的に意味を持たないような形で裁判が進められ、裁判内容が決定されるといったことは、憲法上許されるかどうかは疑わしいと言わざるを得ないのではないかと思われます」とも述べている（第五一回司法制度改革審議会議事録）。また、同日の審議会の配布資料である井上正仁「訴訟手続への新たな参加制度」骨子（案）についても、「憲法にいう「裁判所」とは職業裁判官を基本的ないし必須の構成要素とするものとして構想されていることは確かだ」と記載されている。併せて、井上ほか前掲注(56)一四〇頁（井上正仁発言）、佐藤幸治ほか『司法制度改革』（有斐閣、二〇〇二年）三三九―三四〇頁（井上正仁発言）なども参照。なお、第六回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（二〇〇二年九月三日）においても、裁判官の基本的担い手性をめぐって議論が行われているが、座長としての立場であったためであろうか、ここでは、井上座長はこの議論を支持する姿勢を敢えて示さず、そのような議論が客観的に存在するという立場を採り、その当否については他の委員の議論を見守るのみであった。

(77) 市川正人「国民参加と裁判員制度」法律時報七六卷一〇号（二〇〇四年）四二―四三頁。土井教授も、「裁判官とは全く独立に下級裁判所が構成され得ると解することは、適切ではない」と述べている（土井・前掲注(8)二五九頁）。

(78) 六戸教授によれば、「憲法学の大勢は裁判員制度を合憲であると考えている」が、「これらの見解も、国民のみによる裁判であっても憲法に違反しないとまで断言せず、職業裁判官の身分保障に関する憲法の規定が空転しないためには、やはり職業裁判官の関与が憲法上必要であると解釈している」という（六戸常寿「国民の司法参加の理念と裁判員制度——憲法学の観点から」後藤昭編『東アジアにおける市民の刑事司法参加』（国際書院、二〇一一年）一四一頁）。

本判決が「憲法は、刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定している」と判示する一方で、調査官解説は、「裁判官

が、下級裁判所の合議体における基本的な担い手となっていることが憲法上要請されていると解される」（二〇二五頁）と述べている。宍戸教授は、この「想定している」と「憲法上要請されている」との文言の違いに着目し、「テキストとしての本判決と調査官解説の間には、微妙な、しかし看過し得ない違いがある」ことを指摘する（宍戸・前掲注(33)三一九頁）。また、従前の議論が裁判官を裁判所の「基本的ないし必須の構成要素」ないし「基本的な構成員」としていた一方で、本判決は裁判官を「刑事裁判の基本的な担い手」と判示している。この点についても、同教授は、「組織の側から「裁判所の基本的な構成員」というのではなく、「刑事裁判の基本的な担い手」という作用の側から見た表現が選ばれていること」を指摘し、「些細な字句の修正にとどまる」可能性を留保しつつも、「さしあたり刑事裁判に議論の対象を限定した上で、法令の解釈に係る判断及び訴訟手続に関する判断が裁判官の合議に委ねられる点（裁判員法6条2項）を指して「憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障は、裁判官の判断に委ねられている」（本判決128頁）と表現することに、対応しているように解し得る」と述べる。そして、このことから、「テキストとしての本判決は、裁判官が「刑事裁判の基本的な担い手」であることが、刑事裁判の諸原則と対等もしくは独立の憲法上の要請であるという調査官解説のような読み方も、より穏当な読み方も、ともに許容し得る幅を残したものである」と主張する（同三二二頁）。

(79) 西野教授は、「陪審制では、裁判官でない者だけが被告人の有罪・無罪を決める制度である」ため、平成二三年最高裁大法廷判決が「憲法は、「刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定している」と断定したということは、もはや陪審制の採用には致命的である」と分析する（西野・前掲注(3)八三頁）。併せて、同九〇―九二頁も参照。

(80) これは、注(76)で挙げた井上教授による審議会配布資料「訴訟手続への新たな参加制度」骨子（案）について（補足説明）に関連して述べられたものである（棟居快行「裁判員」制度の憲法問題」月刊司法改革二〇号（二〇〇一年）三二二頁）。

(81) 土井・前掲注(5)三八八頁。

(82) ただし、裁判員法六八条三項は、六条二項に定める裁判官のみの合議によるべき判断（法令の解釈に係る判断、訴訟手続に関する判断、その他裁判員の関与する判断以外の判断）のための評議についても、裁判官の合議により、裁判員に評議の傍聴を許し、裁判員の意見を聴くことができる。裁判員の意見を聴くか否かは裁判官の判断によるものであり、必ずしも意見聴

取が求められているわけではないが、国民の理解の増進とその信頼の向上という制度趣旨に沿うのであれば、六条二項に定める構成裁判官の合議によるべき裁判所の判断についても、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性が確保される限りで、裁判員の意見聴取は認められるべきであろう。例えば、弁護人が絞首刑は憲法三六条、三二条に違反する旨主張したのに対し、大阪地判平成二三年一〇月三十一日判タ一三九七号一〇四頁は、「裁判員の意見も聴いた（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律68条3項）上、弁護人の主張を検討したが、絞首刑は憲法に違反するものではないとの結論に至った」（一二二頁）と明示した。このような裁判員法六八条三項に基づく対象外事項への裁判員の事実上の参加は、今後もありうるであろう。もともと、本文でも述べたとおり、平成二三年大法院判決が、制度の憲法適合性を支える論拠の一つとして、法令の解釈に係る判断等が裁判官の専権であることを挙げている以上、裁判官のみの合議により判断がなされるべき事項（裁判員法六条二項）について、裁判官の実質的な判断権が制限されたり、裁判員の判断が決定力をもつたりすることは、判例の趣旨に徴して、憲法上認められない。なお、上述の大阪地判平成二三年一〇月三十一日の評釈において、村井敏邦教授は、「裁判所が、裁判員の意見も聴いた上での結論であると、判決の中で言及したことの意味」を考えるべきだとし、「絞首刑は、市民から選ばれた裁判員も賛成した上での合憲判断だと示すことによつて、絞首刑の合憲性については、市民も支持していることを示す意図があった」としても、「裁判員に選出されて、たまたま死刑事件を担当させられた市民の判断を憲法論についての市民の意見として、一般化することはできないだろう」と述べている（村井敏邦「絞首刑の合憲性」新・判例解説Watch 一一号（二〇二二年）一四六頁）が、筆者も村井教授の意見に賛同する。裁判員が国民の代表ではないということについて、拙著・前掲注（1）四二頁、二二〇—二二二頁、裁判員の違憲審査への関与の可否をめぐる立法過程における議論について、同四二頁、八〇—八二頁。

(83) 毛利透「裁判員裁判の憲法適合性」法学教室三八九号別冊付録〔判例セレクト二〇二二—I〕（二〇二三年）三三頁。

(84) 前注。宍戸教授も、「裁判員制度は合憲であるという結論は既に定まったものだとすれば、これ以上の国民の司法参加に一定の歯止めを仕掛けたことに、司法部から見れば本判決の最大の意義があったということになる」と分析している（宍戸・前掲注（33）三三二頁）。



傷。強制わいせつ致傷及び強盗致傷の各罪で、実刑のうち最も多い人数の刑期が、重い方向へシフトしている」と分析している。なお、いわゆる性犯罪事件では裁判官のみの審理による判決よりも裁判員裁判のほうが量刑が重くなっていることを挙げ、「市民に法に基づき公平な判断を期待できない事件、典型的には性犯罪事件に関しては、裁判員が加わった裁判体は、もはや憲法の保障する公平な裁判所（憲法37条1項）とはいえない」との集団強姦致傷等被告事件の被告人の弁護人による主張に対して、東京高等裁判所は、「仮に性犯罪事件の量刑について所論のいうような傾向があるとしても、……むしろ国民の健全な社会常識が刑事裁判に反映されるという裁判員制度導入の趣旨に沿うものというべきである」と判示し、三七条一項に違反しないとした（東京高判平成二三年八月三〇日高検速報平成二三年九二頁（速報番号三四二四号））。



# 契約適合性への買主の信頼

—— 契約不適合物の買主の許での滅失損傷 ——

野 中 貴 弘

## I 序 論

1 問題の前提

2 問題の所在

## II ドイツにおける対価危険移転契機の評価

1 買主のリスク引受けと矛盾挙動

2 契約適合性への買主の信頼

3 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存

4 小 括

## III 我が国における対価危険移転契機としての「受領」の評価

契約適合性への買主の信頼（野中）

五五（五五）

- 1 契約適合性への買主の信頼の処遇
  - 2 買主の救済手段とリスク引受けの撤回との関係性
  - 3 対価危険における「履行としての受領」
  - 4 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存
- IV 民法（債権関係）改正法案の検討
- V 結論
- 1 本稿のまとめ
  - 2 残された課題

## I 序論

### 1 問題の前提

売買契約の買主が売主の契約不適合責任を理由に契約を解除する場合において、売買目的物が解除前に買主の許で不可抗力によって滅失していたとき、この滅失の危険は契約当事者のどちらが負担するのか。

筆者は、前稿において、<sup>1)</sup>現行民法五四八条の解釈として、右のケースにおいても買主の解除を許容する余地があり、かつ、契約不適合物の引渡しによって買主にいったん移転した対価危険も、買主の解除によって売主に回帰しうることを明らかにした。そのうえで、ここで危険が回帰するか否かの議論においては、売主が契約不適合物を引き渡したことを強調して危険回帰を認める立場と、買主の領域内から危険が現実化したことから危険回帰を否定する立場

とがあることが分かった。我が国では、現在、前者の売主負担説も有力であるものの、後者の買主負担説が多数を占める状況にあるといえよう。<sup>(2)</sup>

ドイツ法では、右のケースにおいて、物の引渡しによる買主への危険移転を認めたとうえで（ドイツ民法三四六条二項一文、四四六条一文）、買主の解除による売主への危険の跳ね返りを肯定する（三四六条三項一文三号<sup>(3)</sup>）。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。）及び改正後の多数説は、偶然滅失の危険が解除により跳ね返る根拠を売主の義務違反（Pflichtverletzung）に求めていることから、売主が契約不適合物を引き渡したという要素を、買主の支配領域内から危険が現実化したという要素に優先させていることになる。<sup>(4)</sup>

もつとも、売主が契約不適合物を引き渡したことを強調して売主負担とする論理に対しては、ドイツにおいても我が国においても、売主の責任を過度に強調するものであり、もはや売主に対する不当な制裁であるとの批判がある。ドイツにおいてこうした批判を精力的に展開した者として、ホンゼルを挙げることができよう。ホンゼルは、一九七〇年の論文において、<sup>(5)</sup> 売主の義務違反を理由として不可抗力による滅失損傷の危険を売主負担とすることを不当とし、その論拠として、履行遅滞中の不能の規定であるドイツ民法旧二八七条<sup>(7)</sup>を持ち出した<sup>(8)</sup>。この旧二八七条二文と解除による売主への危険の跳ね返りを認めるドイツ民法旧三五〇条<sup>(9)</sup>とを比較し、両者の価値判断が矛盾することを論じた。つまり、旧二八七条二文によれば、履行遅滞中に生じた目的物の偶然滅失であっても、遅滞がなかったとしても生じたであろう滅失については、遅滞者は責任を負わない<sup>(10)</sup>。結局、遅滞者が責任を負うのは遅滞と因果関係のある損害に限られるという理解が得られる<sup>(11)</sup>。それにもかかわらず、旧三五〇条が、買主の許で生じた偶然による滅失について義務違反をした売主に帰責させているため不当であるというのである。そこでホンゼルは、遅滞中の不能か

ら得られた命題を瑕疵担保解除の局面に敷衍して当てはめ、売主が責任を負うべきは、物の瑕疵と因果関係のある滅失損傷に限られるとしたのである<sup>12</sup>。

ホンゼルが遅滞中の不能での処理を比較対象として取り上げた根拠は、必ずしも明らかでない。しかし、債務不履行責任はその不履行と因果関係のある範囲にのみ及ぶというように一般的に論じるのではなく、わざわざ遅滞中の不能での処理を比較対象にしたことには意味があるように思われる。本稿冒頭のケースは、右に述べた学説状況が示すように、売主が契約不適合物を引き渡したという要素と買主の領域内から生じた危険であるという要素とが競合する局面であるところ、まさに遅滞中の不能は、契約不適合責任と危険負担との競合局面として理解することも可能だからである。履行遅滞中の不能においては、一方で、遅滞の発生によって遅滞責任の要件が満たされ、他方で、不能時点で両当事者に責めのない不能が生じているのであるから、この不能について危険負担の要件も満たされるため、原則として遅滞責任と危険負担とが競合する<sup>13</sup>。つまり、売主の債務不履行責任といわば責任法理と、危険法理との競合における優先関係を（多くは無意識に）論じてきたのが遅滞中の不能の領域であったのである<sup>14</sup>。遅滞中の不能での議論は、こうした競合領域において、債務不履行と因果関係のある危険の限度で責任法理が優先するとの帰結を支持してきたことになる<sup>15</sup>。

ホンゼルは、こうして遅滞中の不能で発展してきた両要素の射程をめぐる議論を本稿冒頭のケースに敷衍して当てはめ、先に述べたとおり、瑕疵が原因で滅失に至ったような場合に限って売主負担となり、その他は、その物を支配していた買主が危険を負担するとしたのである<sup>16</sup>。つまり、売主が契約不適合物を引き渡したことは、両当事者が無責の滅失損傷の危険負担に影響を与えず、買主の領域内から危険が現実化したという要素が優先するとし、本稿冒頭の

ケースでの危険配分にあたって、売主が不適合物を引き渡したことを根拠として売主負担を導くことを不適切であるとしたのである。<sup>17</sup> 以上のとおり、遅滞中の不能のケースと本稿冒頭のケースとは異なる点があるものの、<sup>18</sup> 契約不適合責任という要素と一方当事者の領域内から生じた危険であるという要素とが競合する局面において、どちらがどの限度で優先するのかが問われるという点では同じ構図となっている。<sup>19</sup> 売主が契約不適合物を引き渡したことを理由として売主負担を導く見解へのホンゼルの批判は、こうした体系的理解に立脚したものであった。売主の義務違反を根拠とした売主負担説は、先述のとおり債務法改正後の多数説ではあるものの、ドイツにおいて一部学説から今なお、原状回復障害についての責任と解除に至らしめた義務違反とを混同しているとの批判を受けている。<sup>20</sup> 我が国では、売主負担説にはこうした理論的難点があるとして買主負担とする見解が多数を占める。<sup>21</sup>

## 2 問題の所在

しかし、売主が契約不適合と因果関係のある危険に限って責任を負うとしても、その因果関係の捉え方には他の理解があり得ないか。そもそも、ホンゼルに限らず、ドイツでも我が国でも、因果関係の判断における起点が「瑕疵」とされてきたが、<sup>22</sup> 売主の瑕疵担保責任も売主の債務不履行責任と理解されるとき、履行遅滞中の不能における「遅滞」に相当する因果関係の起点は、「瑕疵」ではなく「瑕疵物の引渡し」であるべきではなかったか。特定物ドグマを否定する立場からすれば、売主には瑕疵のない物を給付する義務がある以上、因果関係の起点は、「瑕疵」ではなく、「瑕疵物の引渡し」とする方がより論理的に一貫している。<sup>23</sup> このように因果関係の起点を「契約不適合物の引渡し」と解したとき、「売主が契約不適合物を引き渡したことにより、買主の許での不可抗力による滅失が生じた」と

して、契約不適合と買主の許での不可抗力による滅失との間の因果関係を肯定する余地が出てくる。ただし、これに對しては、不可抗力による滅失は契約適合物の引渡しがあるうと買主の許で生じたであろう以上、やはり因果関係を認めることはできないとの反論が可能であろう。

確かに、履行遅滞中の不能の議論においては、遅滞がなく適時に履行されていても買主の許で生じたであろう損害については例外として買主負担とされており、これを単純に本稿冒頭のケースに敷衍させれば、適合物の引渡しがなされていたとしても生じたであろう危険は例外として買主負担となる。しかし、この単純な当てはめによれば、履行遅滞中の不能の場合、現実には売主の許で滅失したが、これが適時に買主に引き渡されていても買主の許でもまた滅失したときを例外とするのに対して、本稿冒頭のケースでは、現実には買主の許で契約不適合物が滅失したが、これが契約適合物でもまた滅失したときを例外とする。つまり、履行遅滞中の不能では、売主の許だけでなく買主の許でも不可抗力滅失をするという、ごく稀なケースのみが例外とされるのに対して、本稿冒頭のケースでは、引渡し自体はされているがために、契約不適合が直接の原因となって滅失した場合を除き、不可抗力による滅失がすべて買主負担となる。両者で、原則と例外が逆転しているような状況にある。果たしてこのような単純な当てはめは、履行遅滞中の不能とパラレルな理解といえるであろうか。

いま、履行遅滞中の不能と同じように、不履行との因果関係の有無という点に着目したとき、ホンゼルのように、買主の領域内から危険が現実化したことを根拠に買主負担を帰結する立場は、「引渡し」(II「受取り」)<sup>24</sup>を重視しており、これは見方を換えれば、引渡し(II「受取り」)を、売主の不履行と滅失との因果関係を遮断する要素として理解しているといえる。しかし、買主は、契約不適合物であることを知っていれば当該物を受け取らなかった可能性があり、受

け取らなければ買主の許での不可抗力による滅失もなかった。このように、受領時の買主には、目的物の契約適合性についての錯誤が存しうる。危険が買主の領域内から生じた以上は買主が責任を負うといった我が国の多数説や、買主が契約においてリスクを<sup>25</sup>引き受けた以上は買主負担となるという近時主張されている見解は、買主のこうした錯誤に特別の保護を与えていないと評価できる。しかし、当事者の認識を完全に捨象した物理的な引渡し（＝受取り）の有無のみに依拠して買主負担を帰結する（＝不履行との因果関係を遮断する）危険負担論は、契約不適合ゆえに契約が解除された場合にも等しく妥当するであろうか。むしろ、受領時の買主に契約適合性についての錯誤がある限り、買主の支配領域内に入ったことを重視せず、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での不可抗力滅失との因果関係を肯定し、原則としてこの危険を不履行をした売主の負担とすることこそが、履行遅滞中の不能論との真のパラレルな理解ではないだろうか。不適合が原因で滅失した場合に限って不履行との因果関係を認めるのではなく、買主が受領した際に契約適合性についての錯誤がある限り、受領によるリスク引受けを撤回<sup>26</sup>することを認め、不履行と買主の許での不可抗力滅失との因果関係を肯定するわけである。さらにいえば、こうして因果関係が肯定できてはじめて、不可抗力滅失の危険について解除原因を作出した売主の負担とすることが正当化できるように思われる。

そこで、本稿は、冒頭のケースにおける滅失の危険負担を考えるうえで、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失との因果関係を問題とし、これにあたり、「契約不適合があると知っていれば受領しなかった」という契約適合性についての買主の錯誤をどう評価すべきかに焦点を当てる。引渡しによる危険移転論のもとで、不適合を知らずにした「受取り (Entgegennahme)」ないし「受領 (Annahme)」<sup>27</sup>には、その後<sup>27</sup>に生じた不可抗力による滅失損傷の危険配分にあたってどれだけの意味があるのか。最終的な危険負担を決定するにあたり、買主の意思的要素がどの

ように作用するのかが問われることになる。

最後に、本稿の構成を明らかにしておく。本稿は、物の引渡しによる危険移転を前提とするドイツでの議論を分析対象としながら考察を進めていく。目的物の滅失損傷の危険配分の議論にあつては、当該滅失損傷が何に起因するかに着目した議論がなされることが多いが、そうした中でドイツでは、滅失損傷の原因とは離れて、それ以前の買主の契約時の決定あるいは受取りをリスク引受けと評価して、この点からその後の不可抗力による滅失損傷について買主負担を導く見解が存在する。Ⅱ章では、これらの議論を紹介したのち、リスク引受けの際に買主が契約不適合を知らなかった場合に、このリスク引受けがどう取り扱われるべきか、すなわちリスク引受け時の買主の錯誤がどう取り扱われるべきかについて、ドイツ法の議論を取り上げてみたい。Ⅲ章では、こうしたドイツ法での議論を踏まえ、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での不可抗力による滅失損傷との因果関係を肯定する要素として、契約適合性への買主の信頼に着目する。買主が履行として受領をすることによっていったんリスク引受けをしても、その際の買主に契約適合性についての錯誤がある限り、リスク引受けを撤回しうることを明らかにする。Ⅲ章では、そのうえで、こうしたリスク引受けの撤回と買主が選択する救済手段との関係性や、引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの関係性についても論じる。最後にⅣ章では、民法（債権法）改正における改正法案を検討することとしたい。

## II ドイツにおける対価危険移転契機の評価

### 1 買主のリスク引受けと矛盾挙動

#### (1) フルメの「財産に見合う決定 (vermögensmäßige Entscheidung)」理論

原状回復障害における危険配分にあたり、買主の「受取り」や「受領」をどう評価するかについて検討した論稿は、我が国だけでなく、ドイツにおいても多くない。その理由は、返還目的物の滅失損傷があった場合の危険配分を規律しているときとされる規定自体にあるものと思われる。すなわち、前稿で紹介したとおり、ドイツ民法においては、その二〇〇二年の債務法改正前、解除前の滅失の危険を契約当事者のどちらが負担するのかについて、当該滅失が買主の過失により生じたのか(旧三五一条)<sup>(28)</sup>、偶然の事情により生じたのか(旧三五〇条)に着目した危険配分をしていた<sup>(29)</sup>。このことは、債務法改正後も同様である。滅失損傷の原因が売主にある場合には売主負担となるし(三四六条三項一文、二号前段)、法定解除権者である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滅失損傷の場合には、買主の返還義務に代わる価値賠償義務は消滅し、結果として売主負担となる(三四六条三項一文<sup>(30)</sup>)。このように、法自体が滅失損傷の原因に着目しての危険配分を志向しているために<sup>(31)</sup>、対価危険においては、滅失損傷の原因から離れて時系列的にその前に位置する「受取り」や「受領」がそれほど着目されてこなかったということができよう。

しかし、その一方で、滅失損傷の原因に着目するのではなく、それよりも前の時点での買主の行為をリスク引受けと評価することを起点として買主負担を導く一連の見解がある。買主が契約ないしその後の履行過程においてリスク

を引き受けていることを根拠に、こうしたリスク引受けと矛盾するところの解除による危険の跳ね戻りは禁止されるとし、旧三五一条が解除を認めないのはこのような趣旨によるものと理解するわけである。

こうした考えの嚆矢は、フルーメの「財産に見合う決定 (vermögensmäßige Entscheidung)」<sup>(32)</sup> 理論にあると評することが出来るものと思われる<sup>(33)</sup>。フルーメの議論は、不当利得法において展開された。フルーメは明示的にこそ述べないものの、財産に見合う決定理論とは、物を受領した買主が有する、自己の物であるとの信頼をどう処遇するかに着目した議論と評することが出来るように思われる。

この「自己の物であるとの信頼保護」、すなわち「取得の法的存続についての信頼保護」(Schutz des guten Glaubens an die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs) は、ドイツ民法八一八条三項<sup>(34)</sup>の利得消滅の抗弁の制度趣旨とされる<sup>(35)</sup>。法律上の原因を欠いていることを知らない買主は、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がゆえに、利得消滅について責任を負わないという理解である。こうした買主の自己の物との信頼は、前稿でも取り上げたとおり、ドイツの一部学説により、原状回復障害においても重要な意味を持つものとして取り上げられる。すなわち、一部学説によれば、買主の自己の物との信頼は、三四六条三項一文三号の根拠、つまりは、物が法定解除権者である買主の許で不可抗力によって滅失損傷した場合に解除による売主への危険の跳ね戻りを認める根拠とされるのである<sup>(36)</sup>。例えば、リンケは、三四六条三項一文三号が危険の跳ね戻りを認める趣旨につき、次のように述べる<sup>(37)</sup>。

解除権の行使前には、返還債務者は、(完全な)権利者であり、かつ、——念のために述べておくと法定解除権が問題となる——自身がそう思うことも許される。つまり、解除原因についての認識を欠いている限りで返還義務を見込

む必要がないのである。したがって、返還債務者は、原則として、その受領した給付対象を、これがその契約と合致する限りにおいて、自己の物のように取り扱うこと、とりわけ消費したり譲渡したりすることが許されるだろう。したがって、同時に、法が三四六条三項一文三号において照準を合わせているところの自己の事務における注意の注意基準（自己の物における同一の注意義務）は、説明がつく。この基準によって返還債務者のふるまいを評価することだけが、法定解除権者は、解除原因の認識前に——なぜならば、返還債務者はまさにその給付対象を自身の財産の一部とと思っているからである——その物の不注意な取扱いが自己の負担になるということを受け入れなければならないことを十分に斟酌することができる。

もつとも、周知のとおり、こうした理解をもとに双務契約においてもその信頼が保護されて利得消滅の抗弁が認められてしまえば、広く売主負担という帰結が肯定されることになるが、これでは双務契約における牽連性の観点から望ましくないと理解するのが圧倒的多数の見方であった。<sup>(38)</sup> そうであるがゆえに、ドイツでも我が国でも、自己の物との信頼保護を根拠とした利得消滅の抗弁の適用範囲を広く制限する方向での解釈が展開されていったのである。そこで展開された差額説や事実上の双務契約の理論もまた、よく知られている。<sup>(39)</sup> フルーマの見解もまたこの利得消滅の抗弁の適用範囲を目的論的に制限する流れに位置づけられるが、フルーマは、右の諸説のように利得消滅の抗弁の制度趣旨とは別の観点から買主負担を導くのではなく、<sup>(40)</sup> この買主の自己の物であるとの信頼を保護することの是非あるいはその保護条件そのものに立ち向かったといえるように思われる。<sup>(41)</sup> 必ずしも明示的に論じられているわけではないが、買主の信頼とはいったい何かに着目することで、本稿冒頭のケースにおける危険負担を明らかにしようとしたわ

けである。フルーメは、次のようにいう。<sup>(42)</sup>

買主が、自己の意思によって、売買代金を相手方に支払う代わりに目的物を買主自身の財産の一部に組み入るといふ決断をした限りにおいて、その物の運命は、買主の財産の運命の一部であり、買主自身に帰責させられなければならない。なぜならば、買主は、自身の能力においてこの交換を決定したからである。したがって、その物が買主の許で滅失するとき、売買契約の無効は、法的考察にとってもともと関連がない。

このように、フルーメによれば、売買契約の買主には、自身の給付に代えて受け取った反対給付を自身の財産に組み入れるという決定がある。<sup>(43)</sup> すなわち、買主の自己の物であるとの信頼は（言い換えれば、買主が自己の物として取り扱ってよいのは）、対価負担を前提とするものであり、およそ双務契約ではこの対価負担と切り離せない。<sup>(44)</sup> したがって、目的物が偶然の事情で滅失損傷した場合のように、たとえ目的物の滅失損傷そのものについては返還債務者が有責でなくとも、返還債務者にこの危険を帰責可能であるとするのである。<sup>(45)</sup> 契約時の決定後の利得消滅は買主の自己責任となり、対価の限度で八一八条三項の利得消滅の抗弁の対象から外されることになる。<sup>(46)</sup> フルーメはこうして、買主の自己の物との信頼の保護条件として対価負担を求め、この観点から利得消滅の抗弁の援用を否定した。

ただし、フルーメによれば、このような買主（利得債務者）の決定を買主（利得債務者）に帰責しうるか否かという判断が重要である。たとえば、錯誤者や詐欺被害者、さらには制限行為能力者等にはこの契約時の決定を帰責しえないとする。<sup>(47)</sup> したがって、これらの者は、利得が消滅した場合、利得消滅の抗弁を主張することができる。もつとも、

(行為無能力者や制限行為能力者を除いた) 錯誤者や詐欺被害者らは、いつまでも保護されるわけではない。フルーメは、受領物を自己の目的のために何らかの方法で使用した場合には、その自己決定により生じた危険を負担しなければならぬとする。契約時の決定を「第一の決定」とすれば、ここでは、自己の物として使用をするという「第二の決定」を理由にそこから生じる危険を帰責されることになる<sup>(48)</sup>。

以上につき、本稿の問題関心との関係で特筆すべきは、フルーメが、返還債務者への帰責を語るにあたり、滅失損傷の原因に着目しての返還債務者への帰責ではなく、その前の時点での買主の行為(決定)をもとに返還債務者への帰責を論じているということである。基本的には契約時の決定を買主のリスク引受けと評価する<sup>(49)</sup>。

この特徴は、当時(債務法改正前)の解除の原状回復論における有力説と比較をすることで鮮明になる。既に前稿で紹介したとおり、債務法改正前においては、偶然滅失の売主負担を定める旧三五〇条は不当であり、この不当な旧三五〇条の適用範囲を狭めるために、旧三五一一条の「過失」を広く解する見解が、時に通説とされるほど有力であった。たとえば、フォン・ケメラは、物の滅失が解除権者の自由な行為により引き起こされれば、旧三五一一条の「過失」として十分であるとする<sup>(50)</sup>。この見解は、滅失損傷に至った買主の自由な行為を、買主のリスク引受けと評価していたとみることができようが、なお滅失損傷時点での原因行為に縛られたリスク引受け論であった。これに対して、フルーメは、滅失損傷の原因に着目するのではなく、給付と引き換えに反対給付を得て自身の財産の一部に組み入れるという契約時の買主の決定に着目して買主負担を導く。ここに、買主のリスク引受けに見解の中にも、有力説のように滅失損傷時の買主にリスク引受けがあるか否かを問題とする立場と、滅失損傷時に限らずに滅失損傷時あるいはそれ以前に買主のリスク引受けがあるか否かを問題とするフルーメの立場との対立構図を見ることができ

のである。<sup>(51)</sup>

以上を要約すれば、フルーメは、契約取消し前の目的物の不可抗力による滅失損傷の危険配分にあたって、当該滅失損傷の原因にのみ着目するのではなく、買主には対価負担と引き換えに当該物を自分の物にするという決定、あるいは自己の危険で物を使用するという決定があることに着目し、これに買主のリスク引受けを見出し、広く買主負担という帰結を正当化したわけである。買主の自己の物との信頼は、危険の跳ね戻りの根拠とはならないと考えられていることに留意すべきであろう。

## (2) 「受取り」によるリスク引受け論

### ア フルーメの財産に見合う決定理論への批判

以上のように、フルーメは、基本的に双務契約の締結それ自体を危険配分における重要な要素と捉えた。したがって、不当利得債務者は実際には契約が有効な場合と同じように危険を負担することになり、利得消滅の抗弁を定めたる八一八条三項は広範囲にわたり空文化することになる。<sup>(52)</sup>

こうした契約時の決定に重きを置いたフルーメの理論は、大きくみて二つの方向からの批判を受けることになる。<sup>(53)</sup>一つ目が、契約が無効にもかかわらず、その無効な契約の基礎にある当事者の意思から一定の危険負担を導き出すことは困難であるとの批判である。<sup>(54)</sup> 契約時の決定は、契約の解消に伴って一緒になかったことになるはずであるとされるのである。二つ目の批判は、解除の場合について定めた旧三五〇条の価値判断と矛盾しており妥当でないとのものであった。<sup>(55)</sup>

フルーメは、一つ目の批判に対し、給付と引き換えにするという契約時の決定は「意思表示」(Willenserklärung)ではなく、「現実」(Wirklichkeit)であることから、契約が無効という評価を受けてもこの契約時の決定は影響を受けないとする<sup>(56)</sup>。しかし、そうであれば、先の錯誤者や詐欺被害者等であっても財産に見合う決定をしたという「現実」は存在するはずであり、これらの場合には帰責できないとしていることと矛盾するとの再反論がされている<sup>(57)</sup>。これに対し、二つ目の解除の場合との比較については、フルーメは、例えば買主が法定解除した際には売主に義務違反があり、こうした観点から旧三五〇条が売主負担とすることも不当ではないとし、不当利得法において買主負担となることも矛盾しないとする<sup>(58)</sup>。

その後、ドイツにおける学説は、二つの方向に分化する<sup>(59)</sup>。ひとつが、フルーメとは異なり、旧三五〇条・旧三五一条が滅失損傷の原因に着目した危険配分を行っていることに着目して、あくまで滅失損傷の原因に着目する立場であり、先に示した債務法改正前のフォン・ケメララーの有力説あるいはカナーリスの見解をこうした立場に分類しうる<sup>(60)</sup>。買主の契約不適合物の受取りや受領をどう評価するかという本稿の問題意識はほとんど現れない<sup>(61)</sup>。それに対して、もうひとつ、契約時の決定こそ重視しないものの、滅失損傷以前の買主の「受取り」に着目する点でフルーメの理論に影響を受けた立場がある。そこで、次に、後者の先駆的研究である、ヴィーリングとレープの議論を取り上げ、買主の契約不適合物の受取りや受領をどう評価すべきかの検討に入っていこう。

## イ ヴィーリングのリスク引受け論

まず、ヴィーリングによれば、旧三五一条の「過失」を極めて広く解する当時の有力説、すなわち、滅失損傷が買

主の自由な行為による場合には旧三五一条の過失があるものとして買主負担とする見解は、基準が恣意的で、かつ旧三五一条の適用範囲がなお狭すぎるといふ。<sup>62</sup> ヴィーリングは、不当利得法についての考察から始め、不当利得法における差額説の根拠づけにあたり旧四四六条一項一文の危険負担規定が出発点になるとする。そのうえで、旧四四六条一項一文の制度趣旨は矛盾拳動の禁止にあると理解し、物の占有者が矛盾してはならないところのその事実とは、リスクの引受けであつて、物を害する作用ではないとするのである。先の有力説との違いが浮き彫りになる表現をすれば、矛盾拳動の禁止において大切なのは、当該滅失が自由な行為によって引き起こされたか否かではなく、むしろ、占有者がその物を使用するために自己の財産の中に受け入れたかどうかであると考ええる。つまり、ヴィーリングは、フルーメと同様に滅失損傷の原因から離れた危険配分を志向しつつも、買主の「受取り」(Entgegennahme)をリスク引受けと評価し、それ故にそれ以降、買主が契約を取り消すことによつて危険を売主に転嫁することを認めないのである。所有者のように物を使うために物を領域内に引き受けた者は、物の危険も負担しなければならず、生じた損害を売主に転嫁してはならない。<sup>64</sup>

ヴィーリングによれば、こうした論理は解除効果論においても同様に妥当する。ヴィーリングは、旧三五〇条が瑕疵と因果関係のない偶然滅失の危険をも売主に負わせている点で、これを極めて不当であると評価し、買主が物を受け取ることでもリスクを引き受けた以上は買主が以後の危険を負担すべきとする。つまり、解除権が消滅するために買主が危険を負担する旧三五一条もまた、矛盾拳動の禁止を受けた規定であるとし、買主は自己の以前のリスク引受けに背いてはならず、その後が生じた危険を売主に転嫁してはならないとするのである。<sup>65</sup>

以上のヴィーリングの理論においては、受取り時の買主の認識は問題とされない。不適合を知らずにした受取りに

強い拘束力が与えられているといえよう。

### ウ レープのリスク引受け論

レープもまた、ヴィーリングと同様、受取りによるリスク引受けを問題とした<sup>(66)</sup>。レープは、フルーメが詐欺被害者等には契約時の第一の決定を帰責できないとしつつも、そうした買主が自身の目的に従って使用した場合（第二の決定があつた場合）にはこれを帰責できるとして買主負担を導いた点に着目する。フルーメによれば、詐欺被害者等である買主が自動車を使用した後に不可抗力によって滅失したケースと、詐欺被害者等である買主が自動車をガレージに駐車していたところ盗難に遭つたケースとで危険負担を異にすることになるが、レープによれば、こうした区別は適切でない<sup>(67)</sup>。一般に買主には、物の「受取り」(Entgegennahme)の時点でリスク引受けたる決定があるのであって、こうして買主がその物を自身の財産として引き受けた以上は、一度使用した後に不可抗力により滅失したか使用前にガレージから盗まれたかは重要でないとするのである。このように、受取りをリスク引受けと評価する点で、レープはヴィーリングと同様である。

ただし、レープは、売主による詐欺があつた場合にもこのリスク引受けを買主に帰責させるべきかどうかは別問題であるとする<sup>(68)</sup>。ここがヴィーリングとの相違点となる。レープによれば、ここで帰責させるべきかどうかの判断にあつては、解除の場合の旧三五〇条・旧三五一条の価値判断は無視できず、不当利得法においてもこの価値判断を前提とすべきだという。解除法と不当利得法とは競合しうる以上、買主が取消しをするか瑕疵担保解除をするかという偶然の事情によつて買主に不利益が生じるのは望ましくないからである。したがつて、レープは、フルーメやヴィー

リングと異なり、買主が過失によって滅失させてしまったような場合（旧三五一条の価値判断で買主負担）を除き、詐欺をされた買主は原則として受取りによるリスク引受けを帰責されないとするのである（旧三五〇条の価値判断）。

このようにレープは、ヴィーリングと同様に受取りをリスク引受けと評価しつつも、ヴィーリングとは異なり、一定の場合に売主負担という結論を支持する。ただし、このレープもまた、ヴィーリングと同様に、受取り時における買主の認識を取り上げてはいなかった。

## 2 契約適合性への買主の信頼

以上のようなリスク引受け論に対して、契約適合性への買主の信頼を問題とし、危険負担において買主の認識を考慮する立場がある。その嚆矢と思われるのは、一八九〇年のボルツェ論文である。ボルツェは、ドイツ普通法の規定上、瑕疵担保解除の場合に売主が偶然滅失の危険を負担することは、売主が瑕疵について責任を負わなければならないことから正当化できるとする。仮に、契約締結の際に買主が売買目的物に瑕疵があることを知っていたならば、買主は、売買契約を締結しなかったであろうし、かつ、滅失という損失も免れているであろうからである。<sup>69</sup>つまり、ボルツェの見解では、売主が瑕疵物を引き渡したことから直接に売主負担を導くのではなく、その媒介項として、買主が瑕疵を知っていたら契約を締結せず、買主が滅失という損失を負うこともなかったという論理が付け加えられているのである。

こうした契約適合性への買主の信頼を加味して売主負担を導く論理は、ドイツ民法典が制定された後もジッキンガーにより主張された。<sup>70</sup>ジッキンガーは、ローマ法上、売買目的物の契約適合性への買主の信頼を保護するため、売

買目的物の全ての瑕疵を買主に告知する義務が売主に課せられており、売主がこの義務を懈怠した場合には、買主が契約締結時に既に物の瑕疵を知っていたかのような立場に置かれるべきとされた点に着目をし、現行法（債務法改正前民法）上も、瑕疵担保法においては、買主が契約締結時点において既に物の瑕疵を知っていた状態を想定することが重要であるとした。そして、このように契約締結時に瑕疵を知っている買主は、契約をまったく締結しないか、あるいはその瑕疵物の対価としてわずかな代金しか払わないという選択をする可能性があるところ、瑕疵担保解除の目的は、買主が瑕疵を知っていれば契約を締結していなかったという前者の場合において、買主がまるで契約を締結しなかったかのような状態を実現することにあるという。契約がなされなかった場合、当然ながら、物は買主に引き渡されず、したがって物の不可抗力による滅失の危険も買主に移転することはない。ジッキンガーは、こうした論理から、旧三五〇条が解除の相手方である売主負担としていることは、瑕疵担保解除の目的からして必然的な帰結であり、これを正当化できるとしたのである。

以上のような論理は、二〇〇二年債務法改正を経た現在でも、次に挙げるデルによって引き継がれている。デルは、解除による危険の跳ね返りを認める根拠について、基本的には草案理由書と同様、あくまで売主の義務違反に求めるが、これは決して売主への制裁ではないとして次のように述べる。<sup>①</sup>

瑕疵ある給付の場合だけでなく、それ以外の、解除を基礎づける義務違反の場合であっても、解除権者が仮に事後的な義務違反を知っていれば給付対象を受け取らず、その結果、危険は買主に全く移転しなかったであろうことが前提にされるべきである。その限りで、三四六条三項一文三号は、契約に適合した給付の保持についての信頼を保護し

ている。したがって、三四六条以下の新规定においては、議論において既に周知の論拠が取り上げられ、かつ、そこから、契約に適合した給付をしていないがゆえの解除の場合には、三二六条一項一文、四四六条一文、六四四条一項一文から導かれる危険配分が覆されるという規準が形成された。したがって、契約に適合しない給付の場合、（草案理由書が述べているとおり——筆者注）解除の相手方は危険移転が最終的なものであることを信頼してはならないのに対して、危険移転は、結局、契約に適合した給付をした者のみに利益になる。

デルは、ボルツェやジツキングーの見解を瑕疵物の場合だけでなく、契約不適合の場合一般に広げる。また、ボルツェらは、瑕疵を知っていれば「契約を締結しなかった」ことを挙げていたが、デルは、不適合を知っていれば「受け取らなかった」ことを挙げる。つまり、デルは、物の引渡しにより対価危険が移転する法制度（三四六条二項一文、四四六条一文）を前提に、買主が当該物を受け取る際に契約不適合を知っていれば受け取らず、受け取らなければ買主に危険が移転することもなかったことに着目し、買主の許での不可抗力滅失と売主の義務違反とを結び付けようとするのである。

ここで注目されるべきは、フルーメもデルも、「買主の信頼」を問題としつつも、デルは、フルーメが着目した「自己の物であるとの信頼」、すなわち「取得の法的存続についての信頼」を問題とするのではなく、「契約適合性への信頼」を取り上げたことである。「契約適合性への信頼」は、「自己の物であるとの信頼」のいわば出発点を形成するものである。その意味では、両者は同じものという評価もできようが、「自己の物であるとの信頼」が対価負担と引き換えに保護されると考えうるのに対して、「契約適合性への信頼」はそうした対価負担と切り離して論じるこ

とができる筋合いのものと評価することも可能であろう。デルの右の論述は、契約適合性について買主に錯誤がある以上リスク引受けの撤回を認めるという形で、「契約適合性への買主の信頼」が保護されるべきであることを示唆している。

ところで、デルは、危険移転が物の引渡しにより生じることを意識してか、不適合を知っていれば受け取らなかつたであろうことを指摘する。しかし、ここでデルが論じている内容からすれば、むしろここで取り上げられるべきは、「受取り」とは区別される、買主の意思的行為である「受領」であろう。もつとも、仮に対価危険が「受領」により買主に移転すると考えるのであれば、この受領をなかつたことにすることで売主に危険が跳ね戻ることを説明しよう。しかし、ドイツ法において、対価危険の移転は、物の「引渡し」により生じる（四四六条一文）。そうであれば、引渡しに後れる「受領」によるリスク引受けがなかつたことにされたとしても、なお、危険移転を生じさせる事実としての引渡し自体は残り続ける以上、買主負担となることは揺らがないとも考えられる。引渡しによる危険移転を認める体系のもとで、それとは別の「受領」やそれに現れるリスク引受けとその撤回を論じる意味があるのか、論じることができるとかが問題となるのである。そこで、次にこの点を検討しよう。

### 3 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存

事実としての引渡しによって対価危険が移転する法体系のもとで、買主が目的物を受領した際の認識を基準として最終的な危険負担を決することはできるのか。ここで注目したいのが、ドイツ民法三四六条三項一文一号である。

ドイツ法においては、物の引渡しにより買主に危険が移転する。そのため、契約が解除された場合においても、目

物的返還不能の危険は、原則として買主が負担する（三四六条二項一文）。その危険の負担は、買主が価値賠償義務を負うという形で実現される。しかし、この買主負担には例外があり、同条三項一文で、一定の場合（一号から三号に該当する場合）には、買主の価値賠償義務が消滅する（つまりは売主負担になる）。前稿で紹介したとおり、三四六条三項一文三号は、法定解除権者である買主の許で生じた不可抗力による滅失損傷について買主を免責するが、一部学説は、この規定の適用を、法定解除権者である買主の解除原因認識前までに限定解釈しようとする<sup>72</sup>。もつとも、このような解除権者の解除原因の認識に着目する視点は、何も学説による解釈に独自のものではない。先に挙げた三四六条三項一文一号は、買主の価値賠償義務が消滅する（売主負担となる）場合として次のように規定する。

#### 三四六条三項一文一号

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

三項一文一号は、解除を基礎づける瑕疵が買主による物の加工等の際に初めて明らかになった場合の規定であり、返還債務者である買主が受領物を加工等した場合には買主に価値賠償義務があるとした二項一文二号の例外になる。学説には、この規定を物の加工や改造の局面に限定せず、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見解がある<sup>73</sup>。この三四六条三項一文一号は、旧四六七条一文ただし書の規定内容を受け継ぐものである<sup>74</sup>。

同号によれば、買主が物の瑕疵を知らずに加工等をした場合には買主は同号により免責されるが、買主が加工する前に瑕疵を発見した場合には免責を受けない（三四六条二項一文二号により価値賠償義務を負担する）。三四六条三項一文

一号においては、物の引渡しによる危険移転を前提としつつも、最終的な危険負担を決するにあたって契約不適合についての買主の認識が重視され、解除原因の認識が危険配分の転換点となることが示されている。ここに、引渡しという事実行為を危険負担にあたって絶対視しない解釈が示唆されている。物の引渡し時点から買主が契約不適合を認識する時点までに生じた危険は、解除によつてなお売主に跳ね戻せるのである。

そのうえで、先にみたデルの論理は、最終的な危険負担を決するにあたって買主の認識が影響することを、三項一文一号に限定をせず、三項一文三号においても広く展開するものとみることができ。

#### 4 小括

以上のように、ドイツにおいては、法自体が滅失損傷の原因に着目した危険配分をしており（旧三五〇条以下、現行法三四六条二項・三項）、学説の多くもこれを尊重した危険配分をしてきたものの、その一方で、フルーメの財産に合う決定理論を皮切りに、滅失損傷の原因よりも前の時点での買主の言動にリスク引受けを見出す見解もまた有力であった。フルーメは、契約取消し前の目的物の不可抗力による滅失損傷の危険配分にあたって、買主には対価負担と引き換えに当該物を自分の物にするという決定、あるいは自己の危険で物を使用するという決定があることに着目し、これに買主のリスク引受けを見出し、広く買主負担という帰結を正当化したわけである。このフルーメの見解に影響を受けたヴェーリングは、目的物の滅失損傷の前に位置する買主の「受取り」を買主のリスク引受けと評価して、そこから買主負担を導く。こうしたヴェーリングの理論では、受取り時における買主の契約適合性についての錯誤は取り上げられない。受取り時の買主の認識は問題とされず、契約不適合を知らずにした受取りに強い拘束力が与えられ

ている。

それに対して、レープは、ヴィーリングと同様に、買主の「受取り」をリスク引受けと評価しつつも、旧三五〇条の価値判断を尊重し、詐欺被害者等である買主には受取りによるリスク引受けの決定を帰責させることができないとする。しかし、受取りをリスク引受けと評価しつつ、その後生じた不可抗力による滅失という危険を売主負担とするのは矛盾に映る。このレープの論理には、リスク引受けがあつたとはいえ、買主の契約適合性に対する認識を問題としない「受取り」でもって最終的な危険負担を決することの難しさを予兆させるものがあつたといえよう。

事実、こうした契約不適合についての買主の認識を危険負担において重視する見解はドイツにおいて古くより主張され、かつ、こうした契約適合性への買主の信頼が、現行法において売主への危険の跳ね戻りを認める三四六条三項一文三号の根拠づけとして用いられていることも分かった。すなわち、ボルツェやジッキンガーは、買主が瑕疵を知っていれば契約を締結しなかつたであろうことを重視し、買主の許での不可抗力による滅失の危険を売主負担とすることを正当化し、デルは、こうした論理を引き継ぎ、買主が不適合を知っていれば受け取らなかつたであろうし、受け取らなければ買主に危険が移転することもなかつたことを根拠に、三四六条三項一文三号が買主の法定解除により危険が売主に跳ね戻るとしていることを正当化するわけである。ヴィーリングが指摘する矛盾拳動という観点から論ずれば、受領時の買主にはその物が契約適合物であると信じたことにつき錯誤がある以上、リスク引受けを撤回することができ、これにより矛盾拳動の対象となる先行行為であるリスク引受けが法的になかつたことになるために、解除による危険転嫁も矛盾拳動とは評されなくなるといふことである。

そして、契約適合物に限らず、契約不適合物であってもその引渡しにより危険が移転するという法体系のもとで、

それとは区別される（時系列的に後れる）受領によるリスク引受けやその際の錯誤を理由とした撤回を論じる可能性について示唆を与えているのが、ドイツ民法三四六条三項一文一号であり、かつ、三四六条三項一文三号が契約適合性への買主の信頼を保護しているとするドイツ法学説であった。事実たる物の引渡しによって危険が移転する法体系のもとでも、こうした危険移転は終局的なものではなく、最終的な危険負担の決定にあたっては、買主の契約不適合に關する認識を問題にしうるわけである。

そこで次に、こうしたドイツ法における議論を、我が国においてどう受け止めるべきか検討していこう。

### Ⅲ 我が国における対価危険移転契機としての「受領」の評価

#### 1 契約適合性への買主の信頼の処遇

先述のとおり、我が国においては、買主の領域内から生じた危険であることを根拠に不可抗力滅失の危険を買主の負担とする見解が多数を占める。こうした見解は、買主の「受取り」をリスク引受けと評価していると位置づけることが可能であろう。また、近時、我が国の不当利得法においても、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、給付と引き換えに反対給付を得るという買主の契約時の決定を重視する見解も主張されている<sup>(75)</sup>。

なるほど、契約ないしその履行過程における買主の一定の言動をリスク引受けと評価し、それ以降に現実化した危険を買主の負担とすることは説得力を有するようにも思われる。しかし、ドイツでの議論に目を向けたとき、一方で、

フルーメの契約時の決定による買主への帰責論を批判して、契約時の決定は取消しや解除により帰責評価の対象とならないとしておきながら、他方で、その後の契約の履行過程でのリスク引受けは取消しや解除にもかかわらず無条件に存続するというのは、整合しない解釈に映る。問題は、こうしたリスク引受けが、解除によりなかったことにされるのか否か、解除にそれだけの効果があるか否かであろう。すなわち、契約時の決定やその後の受取りあるいは受領によるリスク引受けは、契約が有効であり続ける過程においては危険負担者の決定のために当然に機能するが、こと契約が解消されるに至った段階において、こうしたこれまでのリスク引受けがなお有効なものとみられるべきか否かの説明が必要なのである。

この点、契約時の決定を重視するフルーメ説の難点も、契約がなかったことになる以上、契約時の決定も機械的に当然になかったことになるという形式論理にあるわけではないはずである。買主が契約を取り消したり解除する局面において、契約時に契約不適合を知らなかった買主としては、契約不適合を知っていればそもそも契約を締結しなかったとの意思を有するのが通常であり、その場合の買主には、契約解消とともに契約時にした決定もまた撤回する意思があり、売主と買主の利益調整としても買主のそうした意思が保護されると考えるからこそ、契約時の決定を重視する考えが不当であるとの結論に至るはずである。<sup>76</sup>この点は、いみじくもフルーメ自身が認識・指摘しており、買主が詐欺被害者や錯誤者等の場合にはこうした買主の契約時の決定を帰責しえないとしていたわけである。

ところで、こうした思考過程は、契約以後の履行過程における買主のリスク引受けにも妥当するのではないか。デールが指摘するとおり、買主の領域内から危険が生じたことを理由に買主負担とされようとしている買主としては、受領する際に契約不適合物であると知っていれば受領しなかったと主張したいであろう。こうした要素を完全に蚊帳の

外に置くのは不合理でないか。そもそも、契約不適合物であるとして受け取らなければ買主への危険の移転も生じなかった。この観点からしたとき、買主が解除する局面においては、契約時の決定だけでなく、その後の契約不適合を知らずにしたリスク引受けもまた、買主としては解除とともに撤回しようとするのが当然であり、かつまた、買主に契約適合性についての錯誤がある以上、その撤回を認めるのが出発点ではないか。

こうしていわば自然に、リスク引受けの撤回が認められるならば、その後を生じた不可抗力による滅失損傷という危険を買主が負担するいわれはない。矛盾挙動の禁止という観点からみれば、解除によつて危険を売主に転嫁しようとする際に、これと矛盾するような先行行為たるリスク引受けが存在しないということになるのである。「契約不適合物であろうと買主の領域内から生じた危険は買主が負担する」といういわば徹底した危険負担論や、買主が契約適合物であると勘違いした状態でのリスク引受けには、一定の限界があるということになる。

実は、こうした論理でもつて、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での不可抗力滅失との因果関係を認める可能性は、既に我が国においても示唆されているように映る。花本教授は、解除前に物が買主の許で不可抗力滅失したケースについて、契約が解消される際には、物の支配をメルクマールとする危険配分法則は妥当しないとする。つまり、買主にとつて既に目的物が不要の物で、かつ自分が支払った代金に見合うものではない以上、物の支配を前提に危険を買主に負担させるのは妥当でないとするのである。花本教授は、しかしだからといって、物の支配も滅失損傷についての帰責事由もない売主に危険を負担させるのは不当であるとし、「一段階前に遡つて契約解除への道を開いた者に危険を負担させるほかない」とする。<sup>77</sup>ここでは、買主の領域内から生じた危険であるというメルクマールを重視すべきでない論拠が語られている点が注目されるべきである。花本教授は、買主にとつて不要の物であつたこ

とを、買主の領域内から生じた危険である以上買主が負担すべきという命題を否定することに用いている。<sup>(78)</sup>しかし、ここでもう一步先に進み、買主にとって不要な物であり、受領時の買主には契約適合性についての錯誤があることにも着目すれば、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失損傷との因果関係を肯定する論理につながるわけである。

## 2 買主の救済手段とリスク引受けの撤回との関係性

こうしてみてくると、リスク引受けの撤回は、買主が契約不適合を認識した際に採る救済手段との関係で、次のように整理できるように思われる。まず、①買主が解除や代物請求ではなく、瑕疵修補請求なり代金減額請求をする場合、買主にとってその契約不適合物も一定の価値があるといえる。言い換えれば、たいていの場合、仮に、受取り時あるいは受領時に不適合を知っていたとしても、（異議を留めるかどうかはともかく）受取りおよび受領をしていたといえる。こうした場合には、引渡し後の危険を買主負担とすることに合理性がある。つまり、契約不適合物の引渡しによって買主に移転した危険が、最終的に買主の許にそのまま留まることになる。<sup>(79)</sup>

しかしその一方で、②買主が契約の解除や代物請求をする場合、当該物では買主がその契約をした目的を達成できないことが考えられ、当該契約不適合物は買主にとって（少なくとも主観的には）不要な物でしかない。つまり、仮に、受領時に契約不適合を知っていれば受領しなかったはずであるから、契約適合性について買主に錯誤が存在する。したがって、契約不適合を知らずにしたリスク引受けの撤回を認めることになる。解除や代物請求という意思表示には、「契約不適合があると知っていれば受領しなかった」との買主の意思が現れていると解することができるように思わ

れる。<sup>(80)</sup>買主の解除や代物請求は、基本的に、契約適合性についての買主の錯誤を理由としたリスク引受けの撤回を前提としていと位置づけることができよう。<sup>(81)</sup>

### 3 対価危険における「履行としての受領」

以上、買主のリスク引受けとその撤回を論じてきた。ここで、リスク引受けを契約の履行過程において位置づけるならば、「履行としての受領」こそが買主のリスク引受けの典型例といえることができよう。この点、契約目的物が売主から買主に物理的に引き渡されれば、当該物が梱包されたままであると、買主の「受取り」となる。しかし、物が梱包されたままであり、買主がその物を実際に確認していない段階では、それを買主のリスク引受けと評価することはできないであろう。リスク引受けは、梱包を解いて、物の状態をひととおり確認し、その物を「履行としての受領」<sup>(82)</sup>した場合に生じる。<sup>(83)</sup>したがって、ここまで展開してきた買主のリスク引受けは、買主の「履行としての受領」<sup>(84)</sup>に見出される。

ところで、この「履行としての受領」概念は、給付危険との関係で生成発展してきたものであり、売主の瑕疵担保責任の法的性質の議論において債務不履行責任説に立脚する立場から、債務不履行責任と瑕疵担保責任とを区別する契機として主張されてきた。<sup>(85)</sup>もつとも、受領を契機に債務不履行責任から瑕疵担保責任へ切り替わるとすると、受領後はその物が全く役に立たない物であろうと、買主は完全履行請求ができなくなる。<sup>(86)</sup>そこで、この「履行としての受領」とはどのような状態を意味するのか、どのような効果があるのかが議論されてきたのである。たとえば、買主の履行としての受領に「契約適合性の承認」(性状の承認)があると解する立場からは、この受領物に隠れた瑕疵があり、

履行としての受領Ⅱ特定合意に瑕疵がある場合には、錯誤無効が認められ、これにより債務不履行責任が「再生」され、代物請求等の完全履行請求ができる<sup>(87)</sup>と主張される。それに対して、履行としての受領には、「契約適合性の承認」（性状の承認）が含まれず、「客体としての承認」のみであると解する立場からは、履行としての受領以後、瑕疵担保責任の特別規律が優先的に適用されるが、「性状の承認」をしていない以上、瑕疵がある点については売主の債務不履行としての評価も残っているとされ、債務不履行責任と瑕疵担保責任との時的区分は否定され、両責任は併存するとされる<sup>(88)</sup>。この立場からは、履行としての受領の錯誤無効は論じられない<sup>(89)</sup>。あるいは、最判昭和三六年一二月一五日のように、「履行としての受領」を「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容する」ことを意味するものとして理解し、そもそも瑕疵担保責任の適用を後らせることで問題を解決しようとする方向性も示されている<sup>(90)</sup>。このように、「履行としての受領」は、給付危険との関係では、その論者により様々な意味が付与されており、共通の理解があるわけではない。

これに対し、対価危険との関係では履行としての受領が議論されていない。しかし、履行としての受領は、以後、受領物に生じる危険を買主が引き受けるとの意思の現れであり、ここに錯誤があるならば、これの撤回が認められる。これにより、リスク引受けが法的になかったことになるため、矛盾挙動となるような先行行為が存在しないことになり、買主の解除あるいは代物請求によって、物の引渡しによりいったんは買主に移転していた危険が売主へ回帰することになる。履行としての受領は、対価危険におけるこうした説明概念としての役割を担うのである。

#### 4 引渡しによる危険移転と受領によるリスク引受けとの共存

ただし、ドイツ法の分析の中でも述べたように、対価危険において「履行としての受領」とその撤回を重視することに障害がないわけではない。繰り返しになるが、対価危険の移転は、物の引渡しにより生じる以上、引渡しに後れる「履行としての受領」によるリスク引受けが撤回されたとしても、なお、引渡しによる効果自体は残り続け、買主負担となることは揺らがないとも考えられるのである。<sup>91)</sup> 引渡しによる危険移転を認める体系のもとで、それとは別の「受領」によるリスク引受けとその撤回を論じる意味があるのか、論じることができているかが問題となる。<sup>92)</sup>

こうした問題について、ドイツ法は、引渡しによる危険移転は最終的な危険の所在を決めるものではなく、引渡しによる危険移転を認める体系においても、最終的な危険負担を決するにあたっては、買主が契約不適合性を認識していたか否かを問題にしうることを示唆していた。ドイツ民法三四六条三項一文一号は、あくまで加工や改造の場面に限定されてはいるが、こうした引渡しによる危険移転論と買主の認識を加味したリスク引受け論との共存を、右のような形に限定する合理性はない。引渡しにより対価危険が買主に移転するものの、これは終局的な危険負担を決するものではなく、買主の意思的行為である「履行としての受領」がなされて初めて、終局的な危険負担を決するうえでリスク引受けがなされたといえる。ただし、これには例外があり、リスク引受けたる履行としての受領の際に買主が契約不適合物であることを知らなかった場合には、この受領によるリスク引受けの撤回が認められる。そのため、これを前提とした解除あるいは代物請求によつて、いったんは買主に移転した危険が売主に回帰するのである。

先述のとおり、我が国では給付危険との関係でのみ履行としての受領が議論されてきた。履行としての受領にどのような意味を付与するかはともかく、契約不適合物の引渡しにもかかわらず買主が一定の危険（給付危険）を負担す

るにあたっては、買主がその物を履行として認められたか否かという買主の意思的要素を要求してきたのである。<sup>(93)</sup> このことは、対価危険でも同様に妥当する。やはり、買主が契約不適合を認識する前と後とでは、危険配分をするにあつての利益状況が異なるのである。

#### IV 民法（債権関係）改正法案の検討

改正法案五六七条一項のもとでは、物の引渡しによつて給付危険（同項前段）および対価危険（同項後段）が移転すると説かれる。<sup>(94)</sup> これは、契約適合物の場合に限つていえば妥当である。買主は、引渡し後の不可抗力による滅失損傷を理由としては、代物請求や損害賠償請求をすることができず、代金支払義務も免れない。

しかし、こと契約不適合物が引き渡された場合は複雑である。前稿で検討したとおり、改正法案五六七条一項前段の「目的物」には、特定物売買における契約不適合物はもちろんのこと、種類売買における契約不適合物も含まれると解される。<sup>(95)</sup> そうすると、契約適合物の場合と同様、契約不適合物の場合にも、その引渡しにより給付危険が買主に移転するとも思える。しかしながら、契約不適合物が引き渡された場合、その後に買主の許で不可抗力により滅失損傷したときであっても、買主は、契約不適合を知つて一年以内に売主に通知をすれば（改正法案五六六本文）、追完請求、代金減額請求、損害賠償請求および契約の解除をすることができる。<sup>(96)</sup> したがつて、契約不適合物の引渡しになされた場合には、契・約・不・適・合・の・給・付・危・険・は・な・お・売・主・に・あ・る・と・い・え・よ・う。

それでは、対価危険はどうであろうか。たとえば、本来一〇の価値を持つ物が売買された場合において、売主から

買主に七の価値を持つ契約不適合物が引き渡され、買主は契約不適合を知らずに「履行として受領」し、その後買主の許で不可抗力により損傷して五の価値に下がったとする。この場合において、買主が売主の契約不適合責任に基づき解除あるいは代物請求をしたとき、買主は、現在五の価値しか有さない物を売主に返還しさえすれば、支払った売買代金全額の返還あるいは代物を求めることができるのであろうか。

買主が代金減額請求を選択したときには、物の引渡し後に生じた不可抗力による損傷の危険（七から五に下がった分）は買主負担となる。それに対して、買主が解除や代物請求を選択した場合、引渡し後に生じた不可抗力による損傷の危険（七から五に下がった分）は契約当事者のどちらが負担するのか。先述のとおり、改正法案五六七条一項前段は、引渡し後に滅失損傷したとしても、契約不適合を理由とした代物請求や契約の解除を否定していない（＝契約不適合の給付危険は売主にある）。しかし、これは代物請求や契約の解除ができるというだけであり、代物請求や契約の解除をした場合において、引渡し後の滅失損傷の危険が誰の負担か（対価危険）については規定されていないとみるのが可能なのである。

この点、買主が売主の契約不適合責任を追及できるといって、引渡し後に生じた滅失損傷すらも売主に転嫁できるわけではないとの解釈が想定される。改正法案五六七条一項の「目的物」に契約不適合物も含まれ、その引渡しで対価危険が移転すると考える以上、原則として買主負担とするのがむしろ自然である。契約不適合物であろうと引渡し後は買主の支配領域にある以上、そこから生じる危険は買主の負担であるとする解釈が、我が国のこれまでの多数説と符合する。このことを具体的に右の例で示せば、買主が契約を解除したとき、買主は五の価値に下がったその物の返還に加えて、（七から五に下がった分の）二に相当する価値の賠償義務を負うことになる。<sup>97</sup>

しかし、改正法案五六七条一項の「目的物」に種類売買における契約不適合物も含まれると解したとしても、契約不適合物の場合、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の対価危険をも解除や代物請求により売主に転嫁できると解する余地もある。こうした解釈に法的根拠を与える構成こそが、本稿で検討してきた引渡しによる危険移転論および「履行としての受領」に現れるリスク引受けとその撤回というリスク引受け論の共存構成である。契約不適合物であろうとその引渡しによりいったんは危険が移転する。しかし、これは最終的な危険負担を決するものではなく、そこで重要なのは買主の意思的要素である。この買主の意思的行為であるリスク引受けたる履行としての受領は、受領時に買主が契約不適合を知らなかった限り、撤回をすることができる。この撤回は、「契約不適合を知っていれば受領しなかった」という買主の意思の現れである。買主が解除や代物請求をする局面というのは、この撤回が前提とされているとみることができるのである。このことを先の例で示せば、買主は五の価値に下がったその物を売主に返しさえすれば、支払った代金全額の返還を請求できる。つまり、原則として買主が負担するところの、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険が、売主に回帰することになる。これは買主が解除をした場合だけでなく、代物請求をした場合も同様である（Ⅲ章二節参照<sup>99</sup>）。

## V 結論

### 1 本稿のまとめ

買主の法定解除前に売買目的物が買主の許で不可抗力により滅失した場合の危険負担においては、売主が契約不適

合物を引き渡したという要素と買主の領域内から生じた危険であるという要素とが競合している。本稿は、こうした競合局面における危険負担の在り方を検討してきた。その際、履行遅滞中の不能論における責任法理と危険法理との競合の調整のあり方をそのまま単純に右ケースに当てはめると、売主負担となるのは、あくまでその契約不適合ゆえに物が滅失した場合に限られ、それ以外の不可抗力による滅失は全て買主負担となることが導かれた。しかし、その一方で、買主には「契約不適合があると知っていれば受領しなかった」との契約適合性についての錯誤がありうる。こうした買主の受領時の錯誤は、買主の領域内から生じた危険であるという点から買主負担を帰結することを再考させるとともに、仮にこの錯誤が保護されるとすれば、「受取り」あるいは「受領」を右の因果関係の遮断要素とせず、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許で生じた不可抗力滅失との因果関係をも肯定することにつながりうる。そこで、本稿では、契約不適合を知らずにした買主の「受取り」や「受領」にどれだけの意味があるのかを検討してきたわけである。

日本民法でもドイツ民法でも、右のケースにおける危険配分は、滅失原因に着目した規定で対処してきた（日本民法五四八条、ドイツ民法旧三五〇条以下、ドイツ民法三四六条二項・三項）。そのため、滅失原因から離れてそれ以前の買主の行為（受取りあるいは受領）に着目する見解は決して多くなかった。こうした中で、フルーメの財産に見合う決定理論に影響を受けたヴァーリングは、買主の物の「受取り」をリスク引受けと評価し、以後はたとえ滅失の原因が不可抗力であろうとも買主の負担になるとした。受取りによってリスクを引き受けている以上、それ以後に生じた危険を解除によって売主に転嫁することは矛盾挙動だとしたのである。

しかし、こうしたヴァーリングの論理は、契約適合物の場合には妥当しても、契約不適合物が引き渡され、かつ買

主が契約不適合を認識していない場合には問題があるというのが本稿の検討結果である。レープは、ヴィーリングと同様に「受取り」を買主のリスク引受けと評価しつつも、売主による詐欺があった場合につき、不可抗力滅失について直ちに買主負担とせずに、旧三五〇条以下の価値判断を優先させた。レープは、受取りをリスク引受けと評価するにもかかわらず、なぜその後生じた危険を売主負担とすることができるのかについて必ずしも明確に論じていない。もつとも、ここに、原状回復における最終的な危険負担を決するにあたり、買主の認識を捨象した、物理的な引渡し(「受取り」)のみに依拠することの限界が現れているとみることも可能であろう。事実、ドイツにおいては、ボルツェのように、「瑕疵があると知っていれば契約を締結しなかった」との買主の意思を加味したうえで売主負担とする論理が古くから主張され、債務法改正前にはジッキンガーによって引き継がれ、現行法のもとにおいても、デルのように、契約不適合物であると知っていれば受け取らなかったという要素を重視して、売主の義務違反から売主負担を導くことを正当化する論理が主張されているのである。ヴィーリングが指摘する矛盾挙動という観点から論ずれば、受領時の買主にはその物が契約適合物であると信じたことにつき錯誤がある以上、履行としての受領によるリスク引受けの撤回が認められ、これにより矛盾挙動の対象となるような先行行為が法的になかったことになるために、解除による危険転嫁も矛盾挙動とは評されなくなるのである。

そして、契約適合物に限らず、契約不適合物であってもその引渡しにより危険が移転するという法体系のもとで、それとは区別される(時系列的に後れる)「受領」によるリスク引受けやその撤回を論じる可能性について示唆を与えているのが、ドイツ民法三四六条三項一文一号であり、かつ、三四六条三項一文二号が契約適合性への買主の信頼を保護しているとするドイツ法学説であった。物理的な物の引渡しによって危険が移転するものの、こうした危険移転

は終局的なものではなく、最終的な危険負担の決定にあたっては、買主の意思的要素が影響する。受領物に契約不適合があった場合、買主は売主の契約不適合責任を理由として契約の解除や代物請求をすることができ、受領時に買主が契約不適合物であることを知らなかったときには受領によるリスク引受けの撤回を主張できる。これにより、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険をも解除あるいは代物請求によって売主に転嫁できることになる。買主は受領物の滅失損傷につき価値賠償義務を負わない。解除や代物請求は、(原則として)<sup>100</sup>買主のこうした撤回主張を前提に含んだものとして位置づけることが可能である。

先述のとおり、本稿冒頭のケースにおける我が国の多数説は買主負担説であり、その根拠として、①物の契約不適合(瑕疵)と不可抗力による滅失とは因果関係がないこと、②買主の支配下で生じた滅失であること、③買主は契約時に対価負担と引き換えに物を取得するという「財産上の決定」をしていることが挙げられてきた。しかし、本稿での検討の結果、契約時および受領時の買主に契約適合性についての錯誤がある場合、買主の領域内から危険が生じたことや、買主の契約時のリスク引受け決定を重視することはできない(②③が根拠となることの否定)。また、「契約不適合を知っていれば契約を締結せず、受領することもなかった」という要素が媒介項となり、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失との因果関係が肯定されうる(①が根拠になることの否定)。したがって、受領時の買主に契約適合性についての錯誤があり、契約不適合を知っていれば受領しなかったという場合においては、右の買主負担説の理由付けは説得力を有しないといえよう。そして、右のように、売主による契約不適合物の引渡しと買主の許での滅失との因果関係が肯定されることによってはじめて、解除原因を作出した売主(解除の相手方)が危険を負担すべきであるという売主(解除の相手方)負担説が説得力を持つように思われる。

これまで我が国では、「履行としての受領」とその錯誤無効が、給付危険との関係でのみ論じられてきた。「履行としての受領」にいかなる意味があるのか、買主の錯誤無効により買主は如何なる権利を主張できるようになるのか等につき争いがあるまま、民法（債権関係）改正を迎える。民法（債権関係）改正法案において、債務不履行責任と契約不適合責任とを区別する契機は物の「引渡し」であり（改正法案五六二条一項）、<sup>(10)</sup>契約不適合責任の適用契機としての「履行としての受領」は、今回の改正によってその役割を終えることになる。<sup>(102)</sup>しかし、こうした買主の意思的行為である「履行としての受領」は、今後も、対価危険において最終的な危険負担を決する基準として機能することになるのである。

## 2 残された課題

以上のように、契約適合性についての錯誤を理由としたリスク引受けの撤回を問題にするのであれば、本来、受領時に錯誤が存する限り、買主はいつまでもリスク引受けの撤回が可能ならずである。しかし、いかに受領時には錯誤があろうとも、その後の買主の言動次第では危険配分が変わる余地があり、撤回を主張することが制限されうる。<sup>(103)</sup>もはや撤回できないだけの履行としての受領（リスク引受け）があつたと評価することも可能であろう。本稿で論じてきた因果関係という観点からいえば、受取りや契約適合性を知らずにした受領は因果関係を遮断する要素とはならないものの、それ以降の買主の言動が因果関係を遮断する可能性は否定されていないのである。

問題は、そのように評価できる時期如何である。ここでは、受領後、たとえ買主が契約不適合を知らないままであろうとも、買主がその受領物を自身の目的に従って使用した場合には、もはやリスク引受けを撤回できず、以後の不

可抗力による滅失損傷は買主負担になるという解釈も成り立ちうる<sup>(104)</sup>。一方で、本稿で検討してきた契約適合性への買主の信頼を保護するという観点から考えると、契約不適合を知らずにした使用というリスク引受けについても、契約不適合があることを知っていれば使用しなかった可能性があり、この場合にはやはり使用に現れるリスク引受けの撤回ができるとも考えられる。ただし、以上のふたつの解釈のそもその前提として、物の用法に従った使用行為をリスク引受けと評価することの是非も問題となろう。用法に従った使用をする限り、消費物を別とすれば、原則としてその行為自体から滅失損傷が生じることはない。また、用法に従った使用から生じた使用利益については、原状回復として売主に帰属すると解するのが一般である。そうであれば、用法に従った使用の場合、買主に帰責できるのはその使用から生じた利益の返還義務が限度であるとの解釈も成り立つように思われる。この点についての検討は他日を期したい。

- (1) 拙稿「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」日法八二巻四号（二〇一七年）六七頁以下。
- (2) 解除原因を作出した売主が不可抗力による滅失損傷の危険を負担すべきとする前者の見解として、鈴木祿弥『債権法講義〔四訂版〕』（創文社・二〇〇一年）一六四頁、小野秀誠『給付障害と危険の法理』（信山社・一九九六年）八二・八三頁、一七八頁以下および二〇八頁、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、岡谷峻「国連統一売買法における解除権と目的物の返還不能」一論一〇九巻一号（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）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 (Riskoverteilung)」関東

学園三三三号（二〇一〇年）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）一〇五頁以下、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）一七四頁以下、平野裕之『民法総合5契約法』（信山社・二〇〇七年）二〇九  
頁。

それに対し、不可抗力により滅失損傷した物を支配していた買主が危険を負担すべきとする後者の見解として、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、四宮和夫『請求権競合論』（一粒社・  
一九七八年）二〇四頁、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・一八三頁、本田純一「民法五四八条の系譜的考察（下）——解除に基づく清算義務の重畳的性格」  
判タ五五七号（一九八五年）四五・四六頁、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、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、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）四五五・四五六頁、山本敬三『民法講義IV—1契約』（有斐閣・二〇〇五年）  
二〇一・二〇二頁、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）九〇六頁、  
内田貴『民法II（第三版）』（東京大学出版会・二〇一一年）九八・九九頁。  
こうした学説状況の整理と分析については、拙稿・前掲注(1)七六頁以下を参照。

(3) 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、收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。

### 【第四四六条 (危険および負担の移転)】

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。

- (4) Begründung zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks.14 / 6040, S.196; Andreas THIER, 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.; Claus-Wilhelm CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 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, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2014, RdNr.827; Florian FAUST, in: Peter HUBER / Florian FAUST, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW., 2005, S.1893; Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, diss., 2011, S.246. この点のドイツにおける学説状況については、拙稿・前掲注(一) 九四頁以下を参照。

(5) Heinrich HONSELL, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR., 1970, S.719.

(6) 履行遅滞中の不能とは、一般に、債務者の責めに帰すべき履行遅滞後に債務者の責めのない履行不能が生じた場面を指す。今日の判例・通説は、この履行遅滞後の不能を、履行不能についての損害賠償の問題として扱う。これまで我が国では、履行遅滞中の不能は債務不履行の問題として、受領遅滞中の不能は危険負担の問題として、それぞれ扱われてきた(小野・前掲注(2)三六二頁の注(10)を参照)。この点につき、北居教授は、「フランス民法から旧民法において危険負担法理で処理されていた遅滞後の不能問題は、現行民法への修正段階で損害賠償法理へと再構成され、その論理が以後の判例および学説にも引き継がれてきた」とし、「ドイツでも我が国でも通説は、すでに発生していた遅滞は不能によって当然に終了し、それ以後履行不能理論によって処理することにより、遅滞と不能の機能領域を完全に区分」していると分析する。詳細は、北居功「遅滞後の不能——危険法理と責任法理との競合」法学雑誌タートヌマン四号(二〇〇〇年)三三二頁以下参照。

(7) 二〇〇二年債務法改正前のドイツ民法の邦訳にあたっては、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)および右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂・一九九五年)を参照した(以下同様)。

#### 【旧第二八七条】

債務者は、遅滞中、すべての過失について責任を負わなければならない。債務者は、遅滞中に偶然によって生じた給付不能についても責任を負わなければならない。ただし、給付を適時に行っても損害が生じたであろう場合はこの限りでない。

(8) なお、ホンゼルは、厳密には、旧二八七条に加えて、不法行為の場合のドイツ民法八四八条も比較対象として挙げている。ドイツ不当利得法・不法行為法の条文の邦訳にあたっては、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(三省

堂・一九九〇年)を参照した。

【第八四八条(物の侵奪における偶然の事情についての責任)】

不法行為によって他人から侵奪した物を返還する義務を負う者は、その物の偶然の滅失、その他の事由により生じた物の偶然の返還不能あるいは偶然の損傷についても責任を負う。ただし、侵奪がなかったとしても、滅失、その他の返還不能あるいは損傷が生じたであろうときは、この限りでない。

(9) 【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って排除されない。

(10) 北居教授によれば、中世においては、債務の永久化に代表されるような債務者の免責を認めない立場もあったが、そのように解さない立場を引き継いだのがサヴィニーであり、これがモムゼンにより責任法理へと純化され、因果関係の問題とされていったとされる。北居・前掲注(6)四一頁以下。

(11) 我が国には明文規定こそないものの、ドイツと同様に解するのが判例・通説である。通説は、この履行遅滞中の不能を、履行遅滞の問題としてではなく履行不能の問題として扱うことを前提とし、この履行不能を「債務者の責めに帰すべき事由」に基づくものと解する。したがって、債権者が債務者に対して損害賠償を請求できるのが原則となる。もともと、仮に債務者が適時に履行をしていたとしても目的物の滅失といった不能が生じたであろう場合には、例外として債務者は免責される。こうした免責は、当該遅滞と債権者の不能損害との間の因果関係が存在しないためと説明される。我妻榮『新訂債権総論』(岩波書店・一九六四年)一四五頁、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣・一九七二年)九二頁注(11)・一〇七頁、松坂佐一『民法提要債権総論(第四版)』(有斐閣・一九八二年)八一頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』(悠々社・一九九二年)一三九頁、林良平ほか『債権総論(第三版)』(林良平(安永正昭補訂)) (青林書院・一九九六年)九四頁注(1)、鈴木・前掲注(2)二二三頁、潮見・前掲注(2)三五八頁、北川善太郎『債権総論(民法講要Ⅲ)(第三版)』(有斐閣・二〇〇四年)九五頁、内田貴『民法Ⅲ(第三版)』(東京大学出版会・二〇〇五年)一四二頁、平野裕之『債権総論』(信山社・二〇〇五年)二二七頁、加藤雅信『新民法体系Ⅲ債権総論』(有斐閣・二〇〇五年)一五三頁、中田裕康『債権総論(第三版)』(岩波書

店・二〇一四年）一三二・一三三頁。なお、北居・前掲注（6）三三頁以下は、履行遅滞中の不能の問題が一貫して履行不能論として扱われていることに着目し、これを不能論としてではなく遅滞論として論じる可能性を模索する。また、危険負担の問題として検討するものとして、小野・前掲注（2）三五三頁以下も参照。

判例も結論において同様である。大判明治三九年一〇月二九日民録一二輯一三五八頁、東京地判昭和四九年一月一〇日判時七八一号八九頁。

なお、ここで我が国の民法（債権関係）改正についても触れておく。右に述べた我が国における履行遅滞中の不能についての判例・学説の理解については、民法（債権関係）改正の審議過程においても異論がなく、今回の民法（債権関係）改正においても、改正法案四一三条の二として、遅滞中の不能の規定を置くことが提案されている。履行遅滞中の不能を履行不能の問題として扱うことや、例外としての債務者の免責を因果関係の問題として扱っていることも法制審議会の資料から読み取れる（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<sup>(3)</sup>」（<http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf>）一二頁以下参照）。ただし、中間試案段階まではまさに判例・通説どおりの理解が形にされたものの、それ以降の要綱仮案作成の段階で、例外的に債務者が免責される点（ただし書相当部分）が条文案から抜け落ちていく。債務者が例外的に免責されるただし書の規律は解釈に委ねる形となった（民法（債権関係）部会資料七九一三「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その一）補充説明」（<http://www.moj.go.jp/content/000124058.pdf>）一一頁参照）。もっとも、法制審議会での議事録に表れているとおり、これは、正確な表現をすることが難しいという立法技術的理由に起因するものであるとされている。つまり、ただし書相当部分による債務者の免責が適切であることを前提にしており、このただし書を削ったことよって実質を変えようとするものではないことが確認されている（法制審議会民法（債権関係）部会第九〇回会議（二〇一四年六月一〇日）議事録（<http://www.moj.go.jp/content/001128483.pdf>）四八頁以下）。

諸外国における遅滞中の不能の取扱いに関しては、小野・前掲注（2）三五四頁以下を参照。危険負担の原則を債権者主義とするか債務者主義とするかによって、危険移転の効果として重要となるのが、「履行遅滞後の不能」なのか「受領遅滞後の不能」なのかに差異が生じることが明らかにされている。

- (12) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.5), S.719.
- (13) こうして、遅滞中の不能の問題の中に、遅滞責任（損害賠償責任・責任法理）と危険負担（無責の当事者のリスク配分・危険法理）との競合・交錯が明らかになる。北居・前掲注（6）三三二頁以下参照。
- (14) 「履行遅滞中の不能」においては危険法理と責任法理とが同時に問題となり、「受領遅滞中の不能」においては危険法理と責任法理とが衝突することが明らかとなる。
- (15) 北居教授は、こうした危険負担と遅滞責任とが競合する場合、「債務者が遅滞責任を負う限り遅滞後の不能について債務者は債務からの解放を原則として主張できないのであるから、遅滞責任が危険負担法理に優先すると解すべき」とし、「遅滞責任が除去されて初めて危険負担法理が前面に登場するとの形で、両者の優劣関係を認めるべき」とする。北居・前掲注（6）六四頁。
- (16) このことは、売主の「瑕疵なくしても滅失したはずである」との仮定的な主張を認めることになる。つまり、瑕疵がなかったならば当該滅失は生じなかったか否かが立証の争点となる。この点で、小野・前掲注（2）一四七頁参照。
- (17) Heinrich HONSELL, a. a. O. (Fn.5), S.719.
- (18) 遅滞中の不能は、売主の履行遅滞を理由として損害賠償責任を問おうとする局面であるのに対して、いま本稿で問題としているのは、両当事者が無責の滅失損傷の危険をどう配分するかという危険負担の局面である。つまり、後者は、この危険負担者の決定にあたり、契約不適合という要素を根拠として売主負担とすることができかねるかを問題にしている。売主の契約不適合という要素と買主の領域内から生じたリスクであるという要素とは、あるべき危険負担においてどちらが優先するのかという位置づけをなしているわけである。
- (19) この点、小野・前掲注（2）一四七頁は、「瑕疵ある物の滅失の危険負担は、この『複数の障害』の一例にすぎないのである。同様の問題は、ほかにも指摘できる。たとえば、売主の責任は、瑕疵の代わりに遅滞でもよいし、その責に帰すべき損傷でもよいのである」とする。なお、ここで履行遅滞中の不能を扱うにあたり、本稿は、冒頭にケースとして挙げたとおり、解除前に目的物が返還不能になった局面を問題にしているのであって、解除後に返還不能が生じた局面を想定しているわけではない。

ない。従前、解除後の返還不能について、履行遅滞中の不能が取り上げられることがあった(磯村保「契約の無効・取消の清算——各論的考察」私法四八号(一九八五年)四五頁以下。またこうした議論はドイツにも存在する。Timo FEEST, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.51.)。買主が返還義務を遅滞している間の不可抗力による滅失損傷という点で、履行遅滞中の不能と比較可能だからである。しかし、本稿は、そうした点で履行遅滞中の不能を取り上げるわけではない。

(20) Bernd LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S.57 f.

(21) 前掲注(2)の各文献参照。また、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Ⅳ各種の契約(1)』(商事法務・二〇一〇年)一一七頁以下も参照。

(22) たとえば、本田純一「給付利得と解除規定」私法四一号(一九七九年)二六頁、小野・前掲注(2)一四七頁など。

(23) 今回の民法(債権関係)改正において、売主の瑕疵担保責任は、契約不適合責任へと移行し、債務不履行責任に統合・一元化される。売主には契約に適合した物を給付する義務があることが前提とされるわけである。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)二三〇頁以下、北居功「不動産売買における売主の契約不適合責任」日三〇巻一号(二〇一六年)一二二頁以下。このことは、本文で述べたとおり、売主の契約不適合責任の射程を考える際の因果関係の起点を、「契約不適合物の引渡し」とする解釈と整合しよう。

(24) 近時こうした見解を展開するものとして、Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.284を参照。

(25) 本稿では、危険負担や危険移転といった「危険」という用語の他、リスク引受けといったように「リスク」という用語も用いるが、基本的に両者を同義のものとして使用する。

(26) 本稿では、受領時に契約適合性についての錯誤があった買主が、受領によるリスク引受けをなかったことにする行為を、リスク引受けの「撤回」と表現する。藤田教授は、買主が「売主の給付を一応履行として認容していたが、たとえば検査しても発見できない瑕疵のため誤解していた場合、買主は当初の履行認容表明を訂正・撤回し、代物請求・解除(損害賠償を含む

む)を求めることができる」と述べており(藤田寿夫『表示責任と契約法理』(日本評論社・一九九四年)一二九頁、本稿のリスク引受けとその撤回という構成はこの藤田教授の理論から示唆を得ている)。

(27) 「受領」は、物の物理的な「受取り」とは区別される、給付の契約適合性を承認するとの買主の意思的行為である。ドイツ民法では、三六三条において「履行としての受領(Annahme als Erfüllung)」として規定される。その法的性質等の議論については、Dirk OLZEN, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2016, § 363 RdNr. 13 f.を参照。

(28) 【旧第二五一条】

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。

(29) この点についての説明および債務法改正前の学説状況については、拙稿・前掲注(1)八五頁以下を参照。

(30) 拙稿・前掲注(1)九一―九三頁参照。

(31) 本稿で、「滅失損傷の原因に着目する立場」として整理する見解の中には、最終結論として、目的物の不可抗力による滅失損傷の危険を売主負担とする見解もあれば買主負担とする見解もある(具体的には、後掲注(60)参照)。本稿で問題としているのは不可抗力による滅失損傷のケースであるから、滅失損傷の原因に着目することが自動的に何か必然的な帰結を生むわけではないのである。それにもかかわらず、こうした整理をしたのは、滅失損傷の危険配分を考えるにあたり、滅失損傷の原因が何であつたかを検討する立場と、それにとどまらず、滅失損傷以前の買主の行為に着目して一定の結論を導こうとする立場とがあるところ、本稿で買主の「受取り」や「受領」の意味を探究するにあたっては、これらの立場の相違を明確にしておく必要があると考えるからである。

(32) この“vermögensmäßige Entscheidung”については、我が国で「財産的決定」あるいは「財産上の決定」などと訳されることが多いが(前者：山田幸二『現代不当利得法の研究』(創文社・一九八九年)一六一頁、後者：川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・二〇〇四年)一二七頁、油納健一「いわゆる『使用利益』返還義務についての一考察——無効な利用型

契約における『使用利益』を中心に」神戸四八巻三号(一九九八年)七一五頁、藤原正則『新注釈民法(15)債権(8)』(窪田充見編)(有斐閣・二〇一七年)一〇〇頁)、本稿では、本文のとおり「財産に見合う決定」との訳語を用いる。なお、原語に込められた意味内容からすれば、「給付と引き換えにする決定」との訳語もありうるものと思われる。

(33) 我が国において、フルーメの財産に見合う決定理論を扱った文献として、本田純一「給付利得と解除規定(3)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城六号(一九八〇年)七五頁以下、山田・前掲注(32)一六〇頁以下、川角・前掲注(32)二二五頁以下、油納・前掲注(32)七一五頁以下などがある。フルーメのローマ不当利得法の研究について、芹澤悟『利得の消滅』とローマ法源——W・フルーメ『利得の消滅』論文前半部の紹介」亜大二九巻二号(一九九四年)一七五頁以下も参照。

(34) 【第八一八条三項】

受領者は、利得が現存していない限度において、返還または価値賠償の義務を免れる。

(35) Karl LARENZ / Claus-Wilhelm CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbband 2, 13 Auflage, 1994, S.296. 日本民法七〇三条の利得消滅の抗弁の趣旨についても基本的に同様に解されている。これについては、藤原・前掲注(32)一一〇頁以下を参照。

(36) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.20), S.56 ff.; Christoph COEN, Vertragsscheitern und Rückabwicklung, 2003, S.203; Martin SCHWAB, in: Martin SCHWAB / Carl-Heinz WITT, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.364 ff.; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.4), S.XLI ff.; Horst KONZEN, a. a. O. (Fn.4), S.621,625; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.4), RdNr.827; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.4), Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.4), S.1893; ders., Leistungsstörungen beim Autokauf, DAR., 2006, S.617 ff.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.4), S.246. 『民法』(1)九六—九八頁参照。

(37) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.20), S.58 f.

(38) Karl LARENZ / Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.35), S.321.

- (39) 不当利得における差額説 (Saldotheorie) 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。差額説や事実上の双務契約の理論については、本田・前掲注(33)七一頁以下、川角・前掲注(32)二四二頁以下、藤原・前掲注(32)一一六頁以下参照。
- (40) 差額説および事実上の双務契約理論 (いわゆる新差額説) に対するフルーメの批判については、川角・前掲注(32)二四四～二四八頁 (とりわけ二四八頁) を参照。フルーメは、契約が無効である以上、契約が有効であることを前提とした法制度を用いてこれを単に巻き戻そうとすることを嫌い、無効という法秩序の判断を前提として不当利得法の枠内で妥当な処理を目指そうとする。
- (41) Bernhard RENGIER, Wegfall der Bereicherung, AcP., 177, 1977, S.425 ff.
- (42) Werner FLUME, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S.165.
- (43) Werner FLUME, Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP., 194, 1994, S.439 f. したがって、それに対して無償契約の場合には、フルーメによれば、受領物を返還できない利得債務者は、返還不能の原因とは無関係に利得消滅の抗弁を主張できる。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.157 ff.
- (44) なお、フルーメによれば、この財産に見合う決定によるリスク引受けにとつて、買主が既に売買代金を支払ったかどうかは重要でない。なぜならば、財産に見合う決定は反対給付の合意によつて既になされているのであつて、反対給付の提供によつて初めてなされるわけではないからである。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.167.
- (45) Werner FLUME, Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW. 1970, S.1163 ff. へこれに対して、フルーメも、給付物それ自体と因果関係のある利得消滅については、八一八条三項の利得消滅の抗弁を認める。この点も我が国において既に、川角・前掲注(32)二四四・二四五頁等に紹介がある。

- (46) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.165 f.; ders., a. a. O. (Fn.45), S.1163 f.
- (47) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.172 f.; ders., a. a. O. (Fn.43), S.440 f., 450. ただし、フルーメは、錯誤を理由とした取消しの場合、錯誤取消権者は契約時の決定こそ帰責されないもの、ドイツ民法一二二条により信頼利益の賠償義務を負担することになるから、結果として錯誤者である買主が利得消滅の危険を負担するとしていた。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.43), S.441. この点についても、既に川角・前掲注(32)二四六頁および二六四頁注(56)に紹介がある。
- (48) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1164 ff.; ders., a. a. O. (Fn.43), S.443 f., 445 Fn.47. この点も、本田・前掲注(33)八九頁、川角・前掲注(32)二五三・二五四頁参照。なお、この第二の決定から買主に帰責できるのは、使用が原因で生じた滅失損傷であり、使用中に偶然によって生じた滅失損傷についてはこの限りでないとされている。この点は、第一の契約時の決定とは取扱いを異にしてはならない。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1166.
- (49) Dagmar KAISER, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000, S.310 ff.; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.426.
- (50) Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibetur, Festschrift für Karl Larenz. zum 70. Geburtstag, 1973, S.627 ff. 詳細は、拙稿・前掲注(1)八七頁を参照。
- (51) これは見方を変えれば、旧三五一条が矛盾挙動禁止の観点からの規定であるとしても、矛盾してはならない先行行為がどの時点まで広げられるかという問題でもある。ただし、以上のフルーメの議論は不当利得法における議論であることには注意を要する。
- (52) Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.426.
- (53) フルーメの見解に対する批判については、我が国においても既に、山田・前掲注(32)一六四頁で紹介がある。
- (54) Malte DIESELHORST, Die Natur der Sache als außerrechtliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S.153; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.49), S.322; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.440 ff.
- (55) Malte DIESELHORST, a. a. O. (Fn.54), S.58; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.426.

- (56) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.42), S.166 f.; ders., a. a. O. (Fn.45), S.1163 Fn.22; ders., a. a. O. (Fn.43), S.440.
- (57) 下記の通り Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.20), S.119 ff. が詳し。
- (58) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.43), S.445.
- (59) フルーメの財産に見合う決定理論がカナリスらの議論に及ぼした影響と相違点につき Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.49), S311 ff.
- (60) ただし、前掲注(31)でも述べたとおり、滅失損傷の原因が不可抗力にある以上、滅失損傷の原因に着目することが自動的に何か必然的な帰結を生むわけではない。事実、先に示した債務法改正前のフォン・ケメラーらの有力説は、滅失損傷の原因が買主の自由な行為によるか否かに着目して、広く買主負担としたが、それに対して、たとえばカナリスは、旧三五〇条の価値判断を尊重し、偶然滅失の場合には売主負担としたわけである。カナリスは、買主には対価負担と引き換えに給付を得るという決定があるとするフルーメの議論に強く影響を受けた一人であり、カナリスの利得消滅の抗弁の犠牲限度 (Obergrenze) 論にその影響をみることができ。しかし、そのカナリスもまた、フルーメと異なり、あくまで滅失損傷の原因に着目しようとする。つまり、滅失損傷の原因から離れてリスク配分を論ずることを基本的に否定するわけである。Claus-Wilhelm CANARIS, Die Gegenleistungskondition, Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, 1991, S.24 f.; 29. カナリスの犠牲限度論は、買主が価値賠償義務を負う場合のその賠償価値の算定の問題 (ドイツ民法三四六条二項二文) に大きくかわる。この点についての検討は他日を期したい。
- (61) ただし、滅失損傷時以前の買主の言動に着目しない姿勢は、見方によれば、契約不適合を知らずにした受取りや受領を重視できないと評価していると位置づけることも可能であろうか。
- (62) Hans Josef WIELING, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS, 1973, S.399. ヴィーリングの見解についても、本田純一「給付利得と解除規定(2)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城四号 (一九七九年) 八〇頁以下に紹介がある。
- (63) 【旧第四四六条】

1 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。

2 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。

(64) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.62), S.397.

(65) Hans Josef WIELING, a. a. O. (Fn.62), S.399. 以上に対し、レンギアは、ウィーリングと同様、買主の矛盾挙動に着目しつつも、無効の場合のリスク配分を両当事者の意思から取り出すことは不可能であるとし、契約時の決定でも受取りでもない、受領物を自身の目的のために使用するという決定にリスク引受けを見出した。Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.41), S.440 ff. レンギアの見解については、山田・前掲注(32)一八二頁以下参照。

(66) Hartmut REEB, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, S.117 f.

(67) Hartmut REEB, a. a. O. (Fn.66), S.117. なお、上記した区別が適切でないとする評価は、改正草案理由書と同様である。BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(68) Hartmut REEB, a. a. O. (Fn.66), S.117 f. の点につき、既に、本田・前掲注(33)九〇頁に紹介がある。

(69) A. BOLZE, Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft, AcP., 76, 1890, S.253.

(70) Christian SICKINGER, Gefahrtragung und Haftung beim Rücktritt vom Kaufvertrag, diss., 1994, S.157 ff.

(71) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.4), S.244 f.

(72) Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.4), RdNr.827; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.36), S.364 f. なお、偶然による滅失損傷の場合には限定解釈をせずに、偶然ではないが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ても生じた滅失損傷の場合に限って、解除原因認識前までに限定解釈をする見解もある。Stephan LORENZ, a. a. O. (Fn.36), S.617 ff. 詳細は、拙稿・前掲注(1)一三六・一三七頁の注(106)を参照。

(73) Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.36), S.361 f.; Dirk LOOSCHELDERS, a. a. O. (Fn.4), RdNr.822.

(74) 【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。

(75) 磯村・前掲注(19)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(二〇一二年)九頁、藤原・前掲注(32)一〇〇頁。磯村教授は、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。

(76) II章一節(2)アを参照。

(77) 花本・前掲注(2)二九六頁。

(78) ただし、拙稿・前掲注(1)一一六・一一七頁で述べたとおり、こうした理由から引渡しによる危険移転自体を否定することは回避すべきである。なお、花本教授ほど明確ではないものの、小野教授の論述もまた、「真に買主の領域内に入ったとはどのような状態なのか」を問題としていることも捉えることができ、買主の領域内から生じた危険は買主が負担すべきとする命題の射程への意識があるように思われる(小野・前掲注(2)二〇八頁)。

(79) この点、磯村保「売買契約法の改正——『担保責任』規定を中心として」LAW AND PRACTICE 一〇号(二〇一六年)八六頁も、修補請求の場合には、「引渡時にすでに存在していた契約不適合部分についての修補請求は排除されない」ものの、「引渡後に生じた目的物の損傷部分についての修補請求はできない」としており、修補請求の場合に引渡し後の危険を買主負担とする点で本稿の立場と同一である。

(80) この①②における危険移転の相違を合理的に説明するのが、契約不適合物であろうとその引渡しによって危険がいったん買主に移転するが、買主の解除や代物請求によって、危険が売主に回帰するという危険移転法理である。拙稿・前掲注(1)一一六・一一七頁を参照。

(81) 藤田教授は、前掲注(26)で紹介したとおり、(引渡しの際に検査をしても発見できない瑕疵がある物の場合に)履行認容

とその撤回という構成により債務不履行責任と瑕疵担保責任とを区分することを提言する。そのうえで、藤田教授は、こうした履行認容撤回と買主の選択する救済手段との関係について次のように述べており、これは本文で述べた私見と同様である（藤田・前掲注(26)一二九頁）。「買主は売主の給付を一応履行として認容していたが、たとえば検査しても発見できない瑕疵のため誤解していた場合、買主は当初の履行認容表明を訂正・撤回し、代物請求・解除（損害賠償を含む）を求めることができ、物の瑕疵が軽微であり、当初の一応の履行認容が適切であれば、買主は履行認容表明を維持し、瑕疵ある物を保持して、損害賠償のみを求める」。

(82) 我が国において買主の「受領」に着目した研究として、藤田・前掲注(26)六七頁以下、森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣・二〇〇二年）二八五頁以下、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）一六九頁以下（第二章「特定合意論」・二五九頁以下（第三章「商法第五二六条論」・三六一頁以下（第五章「二つの『受領』概念」）、池田清治「不特定物と瑕疵担保——特に目的物『受領』の法的意味づけについて」民研五六六号（二〇〇四年）三頁以下。

(83) 藤田・前掲注(26)八五頁以下は、クレマーの見解を丁寧に紹介しつつ、いかなる場合に「履行として受領」したといえるかにつき詳細に検討を加えている。なお、藤田教授は、「履行認容」という用語を用いているが、これは本稿を含め一般に用いられる「履行としての受領」と同義のものとして位置づけられる。藤田教授は、クレマーの見解を前提に、日本民法における隠れた瑕疵を、①引渡しに際し検査すれば発見しうる「明白な瑕疵」と、②引渡しに際し検査しても発見できない「隠れた瑕疵」とに区分し、①と②のどちらの物が引き渡されたのかを区別したうえで、いかなる場合に履行認容（履行としての受領）をしたと評価できるのかを考察する（藤田・前掲注(26)一二七頁以下）。

①の「明白な瑕疵」の場合、瑕疵を発見するための相当な機会・期間が経過したにもかかわらず、買主が遅滞なく明確に拒絶を明示しないときに、買主の行態は履行認容と評価されるとする（藤田・前掲注(26)一二七頁）。また、右の検査期間内であり、買主が拒絶権を行使できる状況下であっても、その買主が、「一方で瑕疵を知りながら引き渡された物を使用し、加工し、もしくは転売し、その結果、もはやその物を返還できないか、著しく毀損された状態のみ返還できる状態に至りながら、

他方で拒絶すると表明するというように、買主の矛盾する行態のため信義則により拒絶権の行使が許されるとき、買主は引き渡された物を履行として認容した」と評価されるとする（藤田・前掲注(26)一二七・一二八頁）。それに対し、買主が瑕疵を知らずにその物を使用等する場合、「買主が瑕疵発見のための物の検査にとって不可欠でない使用・加工・転売をするとき」には、「その使用は、民法五四八条のいう『過失』と考えられ、その目的物の使用は、その物の返還を不能とするか著しく毀損するとき、履行認容と評価される」とする（藤田・前掲注(26)一二八頁）。

以上に対し、②の「隠れた瑕疵」の場合、通常、買主は履行として認容するとされ、問題は、買主が瑕疵を発見した際に以前の履行認容を維持するか撤回するか、そして撤回しようとする場合には撤回できるか否かにあるとされる。この認容を撤回できるか否かにあたっては、①の場合と同様、買主が履行として認容した目的物を買主の行為または過失によって返還不能等の状態にした場合が問題となり、「ここでも買主が瑕疵を知っているか否かにより区別」される。買主が瑕疵を知らながら使用等をするとき撤回権は排除されるのに対し、瑕疵を知らないときは、「原則として買主が物の使用によって生じた物の滅失および著しい毀損」についてのみ責任を負う。物の瑕疵による滅失損傷は売主負担となり、「物の変形に際して初めて瑕疵が現われる場合や、検査しても発見できない狭義の隠れた瑕疵が物の使用に際して初めて現われる場合には」撤回権は排除されないとする（藤田・前掲注(26)一二九頁）。

(84) 本文のような「受取り」と「受領」との区別については、前掲注(82)に掲げた文献のほか、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(21)八六頁など参照。

(85) 森田・前掲注(82)二八五頁以下、同「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号（一九八九年）一二九頁以下。また近時では、不履行の証明責任の所在の観点から、その機能が指摘されている。藤田・前掲注(26)一二七頁、北居・前掲注(82)三六一頁以下・五二七頁・五二八頁注(18)参照。北居教授曰く、瑕疵担保責任の適用契機としての受領は、買主の瑕疵の認識を前提とする（認識していなければ履行としての受領と評価されないのではなく、認識せずとも履行としての受領はあるが、錯誤無効が認められるために、結果として買主の瑕疵の認識を前提とすることになる。）のに対して、証明責任の転換時期としての受領は、瑕疵を知らずに受領する場面が想定されるとする（北居・前掲注(82)三八四頁参照）。

(86) 舟橋諄一「判批」判例民事法大正一四年度一六一頁。

(87) 北居・前掲注(82)二〇五頁以下。この北居説からすれば、履行としての受領により種類債権は特定（民法四〇一条二項）するため、以後は特定物ドグマが肯定されることになる。したがって、瑕疵担保責任は、こうした特定物ドグマを前提として、双務契約における対価的均衡を回復するための制度として位置づけられる。当初、森田宏樹教授により展開された、履行としての受領を瑕疵担保責任の適用契機とする時的区分説は、履行としての受領という買主の弁済受領により売主の履行義務が消滅するが、「受領時において買主に通常要求される確認・検査によっても発見しえない『隠れた』瑕疵があった場合には、契約に適合した給付がなされた」と正当に信じて目的物を受領した買主の履行認容の意思には錯誤があったといえる」ため、買主としては「このような履行認容の意思に瑕疵があったことを理由に、買主は弁済受領の有効性を否定して、改めて売主の債務不履行責任を追及しうる」とし、「このように、目的物の『受領』後にも、売主の責任追及が許容される要件を定めたのが瑕疵担保責任の規定である」とした。つまり、買主が弁済受領（債務消滅合意）を否定（錯誤無効主張）して追及できるのが瑕疵担保責任であるとする構成であった（森田・前掲注(85)一二九頁以下、同・前掲注(82)二八五頁以下（とりわけ三〇六・三〇八頁）。森田説のこのような理解につき、下森定「瑕疵担保責任論の新たな展開とその検討」山崎正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社・一九九八年）二二七頁参照）。これに対し、北居教授の論理は、履行としての受領があろうとも瑕疵担保責任の追及は可能であり（すなわち、瑕疵担保責任の追及に錯誤無効の主張は不要であり）、履行としての受領の錯誤無効により債務不履行責任が再生されるとする点が特徴的である。

(88) 潮見佳男『法律学の森』契約各論Ⅰ——総論・財産権移転型契約・信用供与型契約』（信山社・二〇〇二年）二〇七頁以下。なお、性状承認および客体承認については、下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」阪大法學一四五・一四六号（一九八八年）四七七頁以下参照。

(89) 潮見教授は、履行としての受領をしたからといって「性質面での適合性」まで承認をしたわけではないとしたりうえで、「客体としての承認」を伴う受領があれば、四〇一条二項の意味での給付対象（客体）の特定があったと考える（潮見・前掲注(88)二〇七頁以下）。しかし、そうであれば、それ以後は原則として特定物ドグマを認める方がより論理的であり、履行と

しての受領の錯誤無効を論じることなく当然に代物請求を認めるのは論理的に一貫しないはずである。

(90) 民集一五卷一―二八五二頁。同判決は、「不特定物を給付の目的物とする債権において給付せられたものに隠れた瑕疵があつた場合には、債権者が一旦これを受領したからといって」債務不履行責任を追及できなくなるわけではなく、「債権者が瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容し債務者に対しいわゆる瑕疵担保責任を問うなどの事情が存すれば格別、然らざる限り、債権者は受領後もなお、取替ないし追完の方法による完全な給付の請求をなす権利を有」するものとした。つまり、買主の受領だけでは債務不履行責任は消滅せず、瑕疵があることを知りつつ履行として認容した場合に限って瑕疵担保責任へと切り替わるとの解釈である。こうした解釈に対しては、「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容する」というような状態は通常想定できないとの批判がある（たとえば、星野英一「判批」法協八〇巻五号（一九六四年）七一五頁、野澤正充「瑕疵担保責任と債務不履行責任」私法七二号（二〇一〇年）一五九頁参照）。

(91) ここで、藤田教授のように、履行としての受領（＝藤田教授のいう「履行認容」）により対価危険が移転すると考えるのであれば、この受領をなかつたことにすることでの売主への危険の回帰は容易に理解できる（藤田・前掲注(26)一二六頁）。しかし、拙稿・前掲注(1)六七頁以下で詳細に検討したとおり、物の物理的な引渡しによって対価危険が買主に移転する。このことは、民法（債権関係）改正でも揺るがないものになっており、これは、契約適合物の場合だけでなく、契約不適合物の場合であっても異なる。ここで不適合物であるからといって危険移転を否定することは、買主がその後代金減額請求をした場合や買主の権利が期間制限により消滅した場合の危険移転を説明することを困難にするからである。

(92) 対価危険において履行としての受領がほとんど問題視されてこなかったことには様々な理由が考えられる。もちろん、法（日本民法五四八条）が滅失損傷の原因に着目していることも大きな原因であろう。しかし、解釈では既に、物の引渡しによる危険移転論が有力になっていくことからすれば、本文で述べたように、引渡しによる危険移転を認める体系のもとで買主の意思的要素が危険負担にどう影響するのかについての理解が曖昧であつたことも大きな要因であつたように思われる。また、「物の引渡しにより危険移転が生じた以上、この危険が売主へ回帰することはあり得ない」という我が国のこれまでの前提にも、引渡しに後れる履行としての受領を論じない要因があつたのではないだろうか。

(93) 潮見・前掲注(88)二〇八頁。

(94) 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)一九頁以下、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)九・一四頁以下、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)三六頁以下、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)三七頁。なお、磯村・前掲注(79)八八頁および同頁注(53)も参照。

(95) ただし、前掲注(94)に掲げた文献のうちでも、潮見教授、山本教授および磯村教授は、種類売買において契約不適合物が引き渡されても、「特定」(改正法案五六七条一項前段)されないとして、「目的物」に種類売買における契約不適合物は含まれないとする(潮見・前掲注(94)一九頁以下、山本・前掲注(94)三九頁以下、磯村・前掲注(79)八七頁。ただし、磯村・前掲注(79)八七・八八頁注(52)の記述は、買主が契約不適合物の引渡しを受けた場合にも改正法案五六七条一項の適用があることを前提にしているようにも思える)。しかし、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、民法四〇一条二項が規律する種類債務の特定と同義に解する必然性はない。むしろ、改正法案五六七条二項の表現との対比から、「目的物」には種類売買における契約不適合物も含まれると解するのが自然である。この点につき、拙稿・前掲注(1)一一〇・一一一頁参照。なお、磯村教授は、右のように解しつつも、「目的物の契約不適合とは無関係な事情により生じた滅失・損傷について、いったん自己の支配下に置いた買主がそのリスクを売主に転嫁することができることには疑問の余地もある。」としたうえで、「解釈論としても、買主が滅失した目的物に代えて、代物請求をする場合に、仮に契約不適合であった原物が買主の下にあったとすれば、買主はその原物返還義務を負っていたのであるから、その原物返還不能の場合に、価額返還義務を負わないのか等の問題が残されているように思われる。」と述べる。しかし、民法四〇一条二項による種類債権の特定を認めず、改正法案五六七条一項の適用も否定するのであれば、契約不適合物が売主から買主に引き渡されようと、給付危険も対価危険も移転していないということになる。そうであるがゆえに、磯村教授は、引渡し後に生じた損傷についてであっても、当該「損傷部分について履行の追完として修補請求」することを認めるわけである。しかし、そうであれば、買

主が、何故に、原物返還不能のリスクを価値賠償義務という形で負担しなければならないのか疑問である。買主が価値賠償義務を負うという結論自体はひとつの解釈としてあり得たとしても、その場合には、対価危険を買主が負担することが前提とされるべきではなからうか。

(96) 改正法案五六七条一項前段の表現および同五六二条以下を参照。詳しくは、拙稿・前掲注(1)一一二頁参照。

(97) この点で、引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険につき、買主の支配下で生じたことを根拠として買主が価値賠償義務を負担する方向での解釈を示唆するものとして、磯村・前掲注(79)八七頁および同頁注(52)参照。ただし、磯村教授は、本稿本文とは異なり、種類売買における契約不適合物の引渡しには改正法案五六七条一項の適用がないと解したうえで、買主が価値賠償義務を負担する可能性を検討している点には注意を要する。前掲注(95)で述べたとおり、筆者はこのような解釈に疑問である。

(98) これに対し、改正法案五六七条一項の「目的物」に契約不適合物が含まれないと解する場合には、滅失損傷につき買主に責任があるようなときを除き、売主負担とならう。

(99) 解除の場合と代物請求の場合とで同一の危険配分になることを示唆するものとして、磯村・前掲注(79)八七・八八頁の注(52)参照。

(100) 本稿の論理からして当然だが、受領時に契約不適合を知っていた場合には、買主の解除によっても引渡し後の不可抗力による滅失損傷の危険を売主に転嫁することはできない。買主は滅失損傷につき価値賠償義務を負担することになる。

(101) ただし、藤田寿夫「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時八七卷(二〇一五年)九七頁以下は、改正法案の下においても、改正法案五六二条等における「引渡し」の意味が問題になるとし、この「引渡し」を請負契約における「引取り」と同様に、「履行としての受領」を意味するものと解する余地があると指摘する。

(102) ただし、給付危険との関係で「履行としての受領」概念がまったく不要になるわけではないであろう。たとえば、買主が契約不適合を知りつつ「履行としての受領」した場合には、買主がなお売主の契約不適合責任を追及できるのかという点が問題とならう(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(21)九一頁以下参照)。給付危険との関係で、「受領」がどのよ

うな意味を持つかが問われることになる。給付危険との関係でいえば、①契約不適合物の引渡し後も売主の契約不適合責任が存続すること（Ⅱ契約不適合の給付危険が売主にあること）、②契約不適合責任として代物請求が認められていることを考慮した理論枠組みが求められていることになろう。これらを説明する論理として、「受領」には「特定」も含め何らの法的な意義も持たせないという解釈もひとつの方向性としてありえようが、実際において買主がその物を履行として認容して受領しているにもかかわらず、これに「特定」の意味を認めないのは不自然なように思われる。そこで、契約不適合責任として買主が行使する解除あるいは代物請求には、本稿で検討してきた対価危険の場合と同様、その前提として、特定合意の錯誤無効主張が含まれていると解する余地がある。このように解することができるのであれば、買主が契約不適合を知りつつ「履行として受領」をした場合には、特定が生じているうえに、これにつき錯誤も存しない以上、買主は、受領時に別途異議を留めていたような特段の事情のない限り、少なくとも代物請求権を行使できないとの解釈に結びつくことになる。

(103) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(21)九一頁以下参照。

(104) 先述のとおり、フルーメは詐欺被害者等の場合にこうした解釈を提言した。自動車の買主が無効な契約に基づき受領した車に乗るとき、自らの決定に従ってその車を事故による滅失損傷の危険にさらしたのであって、買主はこの決定に基づき滅失損傷の危険を帰責されなければならないというのである。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1164 ff.; ders., a. a. O. (Fn.43), S.443 f., 445 Fn.47. なお、先述のとおり、この第二の決定から買主に帰責できるのは、使用が原因で生じた滅失損傷であり、使用中に偶然に生じた滅失損傷についてはこの限りでないとされている。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.45), S.1166. 上の点で、磯村・前掲注(19)五四頁も参照。

# 自白法則と違法収集証拠排除法則

——自白に違法収集証拠排除法則は適用されるか——

澤田康広

## 第一 問題の所在

### 1 自白の重要性

被疑者の取調べは、実体的真実を発見するために極めて重要な捜査手法の一つであり、それによって得られた自白の証拠価値は非常に高い。近時、インターネットが普及し、パソコンや携帯電話機を使用して電話やメール等の通信をするのが当たり前となり、また、防犯カメラが各種店舗のみならず街中に広く普及するようになり、その画像解析やDNA型鑑定等の科学捜査が発達したことも手伝って、各種客観証拠を収集することが比較的容易になった。とこ

るが、客観的証拠を重視することは当然のことではあるものの、客観的証拠によって認定できる事実には限界があることもまた事実である。そのため、客観的証拠という点と点を結びつける線としての被疑者供述が必要であって、その被疑者供述を得るための被疑者の取調べが重要であることには変わりがない<sup>①</sup>。捜査官が被疑者の取調べによって得た供述内容を録取したものが供述調書（供述録取書）であり、被疑者が被疑事実を認める供述を「自白」といい、自白を録取したものが自白調書である。

自白の定義（意義）について、学説は諸説あり、判例も必ずしも定まっていとはいえないが、自白の意義を有罪の自認と限定的に解したとしても、自白以外の不利益な事実の承認のみで、補強証拠なしに有罪を認定し得るわけではないし（憲法二八条三項、刑訴法三一九条二項）、その承認が強制、拷問等にわたった結果ならばそれが任意性なしとして証拠能力を失う点では差はないから、自白の定義（意義）の論議は刑事訴訟法上ほとんど無意味に近い<sup>②</sup>。自白は、古くから長い間、「証拠の王（女王）」と称され、刑事手続の中でも特別に価値を置かれ、尊重されてきた。それは、真実を知る犯人が自ら真相を語るが故にその証拠価値を高く認められてきたからにほかならない。これは、裁判員裁判において自白調書が証拠として採用される事案が少なくなっている現在でも変わりないと考えられる。実際の捜査、公判においては、大半の事件は自白事件であり、<sup>③</sup>裁判員裁判ではない通常事件の自白事件の大半では、公判で自白調書が採用され、取り調べられているのが実情である。それは、自白が、推論過程を経なければ事実認定に使えない情況証拠（間接証拠）とは違い、直接犯罪事実を認定できる直接証拠であるからであり、その意味では、実際の刑事裁判における自白の地位は依然として高いといわざるをえない<sup>④</sup>。しかも、それは、現実の事件の中に、自白を事実認定の資料とすることができるかどうか（自白の有無）によって最終的な結論が大きく左右されるものが極めて多いとい

う現状にも現れているといえる。<sup>(5)</sup>

なお、念のため付言しておくが、自白調書が重要であると言っているのではなく、自白そのものの価値が重要なのである。近時、警察でも検察庁でも取調べの録音・録画が進んでおり、裁判員裁判対象事件の大半の取調べは録音・録画されている現状にあり、<sup>(6)</sup>平成二八年法律第五四号刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成二八年五月成立、平成三一年六月二日までに施行予定）では、裁判員裁判対象事件の被疑者取調べの全過程録音・録画が義務化され、任意性が争われた場合における録音・録画記録媒体の証拠調べ請求が義務付けられた（刑訴法三〇一条の二）。しかしながら、裁判実務では録音・録画の記録媒体（DVD又はBR-D）を証拠採用することに未だ消極的な傾向にあり、ましていわゆる録音・録画の記録媒体を実質証拠として採用することには極めて消極的であり、<sup>(7)</sup>証拠として採用された事案の大半は自白調書の任意性、信用性立証のための補助証拠としてであることから、ここでも自白調書についてその証拠能力を問題としている。

## 2 自白の証拠能力に対する規制

しかし、特別に価値を置かれ、尊重されてきたとはいえ、捜査段階で被疑者から録取した自白調書は、公判段階では無制限に証拠として採用されるわけではない。証拠能力が否定され、その結果、自白調書を公判廷に証拠として顯出することができなくなる場合がある（その場合は、刑訴法三二八条の弾劾証拠として使用することもできない<sup>(8)</sup>）。なお、近時の裁判実務、特に裁判員裁判では、自白調書の証拠能力は否定しないが、自白調書の採用・取調べに先立って被告人質問を実施し、その上で、必要性なしという理由で証拠採用しない例が多い。裁判員裁判ではない通常事件においても、同様に、自白調書の採用を留保して被告人質問を先行させ、必要な供述が得られた場合には自白調書を採用しない（検察官が請求を撤回しなければ却下）

という訴訟指揮をとる裁判体もある。<sup>(9)</sup>

自白の証拠能力を否定する根拠として、憲法は、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。」（憲法三八条二項）と定め、これを受けて、刑事訴訟法は、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑いのある自白は、これを証拠とすることができない。」（刑事訴訟法三一九条一項）と定め、自白の証拠能力に厳しい規制を設けている（「自白法則（自白排除法則）」<sup>(10)</sup>）。刑事訴訟法と憲法の両規定の関係について、その適用範囲が同じなのかは議論があり、判例もかつては、刑事訴訟法が、憲法の文言にはない「任意にされたものでない疑いのある自白」と規定しているため、刑事訴訟法が憲法の適用範囲を拡張したものである旨明言していたが、<sup>(11)</sup>その後、偽計による自白の証拠能力が問題とされた事案において、任意性に疑いがある自白を証拠に採用することは、「刑事訴訟法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない」としているから、両者の適用範囲は同一であることを明らかにしたものと考えられる。<sup>(12)</sup>

### 3 自白法則と違法収集証拠排除法則

自白法則（証拠能力を否定する）の根拠（趣旨）としては、従来から、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説の三説が主張され、対立してきたが、現在の裁判実務は、虚偽排除説と人権擁護説の二つ（折衷説、併用説）を根拠としている<sup>(13)</sup>と言われ、通説は違法排除説であると言われている。ところが、最高裁判所が、昭和五三年に証拠物に関する違法収集証拠排除法則を明言した（最判昭和五三年九月七日刑集三三卷六号一六七二頁）以降、自白の証拠能力の有無を判断する際、自白法則だけではなく違法収集証拠排除法則も適用し、その証拠能力を判断すべきであるとして自白排除

の根拠を二元的に理解しようとする学説（二元説、二元論、二段構えの考え方）が実務家の支持を集めるようになり、学説上も有力となっている。<sup>14</sup> 同説は、自白に違法収集証拠排除法則の適用を否定するいわれはないなどとする。最高裁判例には未だ自白に違法収集証拠排除法則を適用した事例はないが、東京高判平成一四年九月四日（いわゆるロザール事件控訴審判決）<sup>15</sup>は、自白にも違法収集証拠排除法則を採用できない理由はないとして二元説の立場を明らかにした。本稿は、果たして、本当に、自白にも違法収集証拠排除法則を適用して証拠能力を否定すべきなのかという問題について、自白法則の実質的根拠を整理しつつ検討することを目標とし、併せてロザール事件判決の検討もしたい。そこで、まず、自白排除の根拠から明らかにしよう。

## 第二 自白法則（自白排除）の根拠

### 1 学説の流れ

自白法則の根拠（趣旨）としては、伝統的に虚偽排除説、人権擁護説が主張され、両説は、いずれも取り調べられる側（供述者）の心理・認識（主観面）にいかなる影響を及ぼしたかを問題とし、任意性に疑いのある自白を排除するという考え方である点で「任意性説」とも総称される。<sup>16</sup>

これに対し、自白が排除されるのは、供述者の主観的な心理状態とは独立に、自白採取過程（自白獲得手続）の違法性を根拠とする違法排除説が提唱された。<sup>17</sup> 以下、それぞれの内容を検討してみよう。

#### (1) 虚偽排除説

刑法三一九条一項に規定される強制、拷問、脅迫、不当に長期の身柄拘束などに基づいてなされた自白には、類

型的、外形的に見て虚偽(嘘)が含まれている危険が高く、類型的に信用性に乏しく、真実の発見を阻害する危険が大きい。ため、誤判(誤った事実認定)を防止、予防するためにもかかる自白を排除すべきとする見解であり、刑事立法の当初(昭和二年頃)、有力に主張されていた。<sup>(18)</sup>

この説では、被疑者が心理的な影響を受け、虚偽(嘘)を言う(虚偽自白を誘発する)おそれのある状況であったか、どうか証拠能力の有無の基準になるが、現実に虚偽自白を誘発しやすい状況があったかの判断は容易ではないし、結局、自白の真実性の検討とその肯定によって証拠能力を認める判断に傾きやすく証明力の判断との区別が困難になるとの批判があった。<sup>(19)</sup>

しかし、虚偽排除説は、あくまで自白採取の方法に虚偽自白を誘発する「おそれ」があるかどうかを問題にしているのであり、当該自白の内容が虚偽であることを理由に排除するわけではない。つまり、自白の証明力の程度によって証拠能力を判断しようとするのではないので、<sup>(20)</sup>上記批判は必ずしも正鵠を射たものとはいえない。もともと、任意性の判断が微妙、困難な事案で、自白内容が客観証拠に合致しているような場合には、事実上、任意性を肯定する方向に傾きやすい可能性もあると指摘され、<sup>(21)</sup>「類型的に虚偽自白を誘発しやすい状況かどうかも評価を含むものであるから、それに該当するか否かの判断にあたって自白の証明力の判断が先行してしまい、それが真実であると、任意性に疑いはないと評価されることになりかねない」とも指摘されている。<sup>(22)</sup>また、「強制、拷問、脅迫が加えられて得られた自白であると認められる以上、その自白が真実であると判明しても証拠とすることはできない。それは重大な人権侵害が認められるからであり、その範囲では、虚偽排除説は人権擁護説によって修正される。」との指摘もある。<sup>(23)</sup>

## (2) 人権擁護説

憲法三八条二項（及びそれを受けた刑訴法三一九条一項）は、黙秘権を保障する憲法三八条一項（「何人も自己に不利益な供述を強要されない」）の担保規定と考え、黙秘権という被疑者の人権を擁護するため、黙秘権（供述の自由）が侵害された場合、つまり自由な意思に基づかない供述をした場合、その証拠能力を否定するという見解である。

この見解では、任意性のない自白とは黙秘権を侵害するような手段で得られた自白をいい、強制等による自白は、黙秘権を侵害して得られたものであるから、その自白は、真実か虚偽かを問わず、被疑者の人権保障の見地から排除されるべきであるとする<sup>(24)</sup>。なお、人権擁護説の見解は多岐に分かれ、刑訴法三一九条一項は、黙秘権に限らず、人身の自由、さらには、憲法上の人権一般を対象に、それを侵害して得られた自白の証拠能力を否定することで、その保証を担保する規定だとするものもある<sup>(25)</sup>。

人権擁護説に対しては、黙秘権と自白法則を混同（同一視）すべきではないという批判<sup>(26)</sup>や、供述するか否かの意思の自由が侵害されているかという被告人の心理（内心面）に関する事実認定の困難さのゆえに、現実には機能しえない<sup>(27)</sup>、強制等の違法行為が行われても、意思決定の自由に影響を及ぼさなければ排除されないとするのは明文規定に反するなどの批判がある<sup>(28)</sup>。また、いわゆる約束自白（被疑者が有利に扱ってもらおう約束のもと自白し、実際に有利に扱ってもらった場合）には、非自発的な自白でも証拠能力を否定しにくいのではとの批判がある<sup>(29)</sup>。

## (3) 併用説（折衷説）

自白法則の根拠を、虚偽排除説及び人権擁護説の両面から考察する必要があるが、両説を併用すべきとするのが併用説（折衷説）である。同説では、虚偽自白を誘発するおそれがある状況で得られた自白や供述の自由を中心とする被

疑者・被告人の人権を侵害するような手段で得られた自白は、任意性を欠くとして証拠能力が否定される。

判例は、伝統的に虚偽排除説に立つが、現在の実務の多くは、虚偽排除説と人権擁護説の併用説に依っているとされている。<sup>(30)</sup>

#### (4) 違法排除説

このような実務の運用に対し、自白が排除されるのは、自白を獲得する手続き（自白採取過程）における適正手続き（デュー・プロセス）ないし合法手続を担保する一つの手段であるとし、捜査官による自白採取過程に違法がある場合には、自白が真実であるか否かとは無関係に自白を排除しようとする違法排除説がある。

その法的根拠は、憲法三二条二項及び刑訴法三一九条一項を適正手続を担保するための証拠排除に関する注意規定と位置づけ、憲法三二条を総括的規定とし、憲法三三条、三四条、三六条、三七条などからも根拠づけられるとする。<sup>(31)</sup> これは、虚偽排除説及び人権擁護説が、いずれも取調べを受ける側（供述する側）の視点に立ち、その心理状態に着目して自白を排除しようとしたものであるのに対し、違法排除説は、取調べを行う側の視点に立ち、取調官の態度・方法に着目して、取調べの手段（取調べ行為の違法の有無・程度）を問題とする点で、発想を大きく転換したものである。<sup>(32)</sup>

そのため、刑訴法三一九条一項に規定する「強制、拷問、脅迫等」による自白は、強制等の違法な取調べによって獲得された自白であるために、その証拠能力が否定され、任意性に疑いがある自白も、任意性に疑いがあるような自白をもたらしような取調べ方法は違法だから、証拠能力が否定されることになる。それゆえ、この説では、憲法三二条二項及び刑訴法三一九条一項が規定する「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く拘禁された後の自白」は、

自白採取過程における違法の例示に過ぎないことになる。このように、違法排除説の核心は、自白法則を違法収集排除法則<sup>(33)</sup>の自白版と捉えるところにあるので、自白の証拠能力を否定するためには、自白採取過程の違法の有無・程度を問題にすればよく、任意性の有無は無関係となる。そのため、違法な手続と自白との間の因果関係は必要ではなく、「プロセスとして先後の関係があればよい」としている。<sup>(34)</sup>

この説は、取調べを受ける側の主観的な心理状態を問題にする虚偽排除説及び人権擁護説は、その事実認定の困難さ故に機能していないと批判した上で、手続過程の違法や、取調官の態度・方法に着目して判断することにより、証拠能力の判断基準が客観化し、明確になるため、機能しやすくなる利点があると主張する。<sup>(35)</sup>このように、併用説（折衷説）から発想を転換して自白法則の適用範囲を拡張し、証拠能力の判断基準を客観化、明確化しようとして提唱された違法排除説は、学説の中でも広く承認されていき、<sup>(36)</sup>最高裁が証拠物につき違法収集証拠排除法則を明言し、最高裁の裁判例の意見中に違法排除説をとると考えられるものが現れ、<sup>(37)</sup>下級審の裁判例にも、違法排除説に立つと認められるものが増え、<sup>(38)</sup>通説と位置づけられるようになった。

## 2 併用説（折衷説）を妥当とする論拠

憲法三八条二項及び刑訴法三一九条一項の各規定によれば、任意性の判断は、供述する者の側からみるべきであるとするのが自然である。他方、違法排除説は、その文言を無視するもので、実定法上の解釈論としては妥当ではないという批判や、<sup>(39)</sup>証拠能力の判断基準が客観化できるとする点については、刑訴法上、取調べに関する準則は供述拒否権の告知（一九八条二項）が存在するのみであるため、証拠能力の判断基準を「フェア・トライアルの観念ないし文明国家の基準である礼讓の観念」に求め、裁判所が価値衡量によってこれに反するかを判断するとするのは、<sup>(40)</sup>非常

に抽象的な内容で、裁判所の裁量の範囲が広くなりすぎ、適用の仕方によっては、広範な自白排除が不可能になり、捜査官に対する指針としては役に立たないとも批判される<sup>(41)</sup>。さらに、違法排除説が、判例の採用する違法収集証拠排除法則の基準を前提とするのであれば、違法収集証拠排除の基準が、違法が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、これを証拠とすることが将来における違法な捜査の抑制の見地から相当でないこととされていることから、裁判所は、手続の違法性や適正手続違反の有無とともに将来の違法捜査の抑止の観点から自白を排除すべきか否かという政策判断もする必要がある、また、その判断は単なる違法性の有無の確認ほどは容易ではない上、「重大な違法」の存在を要求することから、虚偽排除説及び人権擁護説よりもその自白排除の範囲が狭くなるおそれがあるとの批判もある<sup>(42)</sup>。

それゆえ、違法排除説を採用することはできない。

なお、その後、刑訴法三一九条は、違法排除説のみを根拠とするのではなく、前記併用説（折衷説）の趣旨も総合的に含んでいるという総合説<sup>(43)</sup>も多く主張されるようになっていたが、これには、虚偽排除説と人権擁護説との間には親和性があるが、違法排除説とは基盤を共有していないので、三趣の根拠で理解することは、論理的な整合性に欠けるとの批判がある<sup>(44)</sup>。

他方、自白法則の根拠として伝統的に主張されてきた虚偽排除説及び人権擁護説には、いずれも難点はあるが、憲法及び刑訴法が規定する強制等によって得られた自白は、類型的に虚偽である蓋然性が高く、それゆえに信用性に乏しいことから、かかる自白に証拠能力を認めれば事実認定を誤るおそれのあることは明らかであり、その意味で自白法則が虚偽排除的観点を有することは疑いがない。

また、憲法三八条二項が、一項の「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」との規定を受け、刑訴法三一九条一項が排除される自白の例として「強制、拷問又は脅迫による自白」等と規定していることからすれば、自白法則を適用する前提として、違法又は不当な自白獲得手段の存在が当然に予定されているものと解される。しかも、そもそも、歴史的に見て、自白獲得のために拷問等の人権侵害が行われたという苦い体験に基づき、かかる条項が設けられた立法の経緯に照らしても、自白法則は、自白の獲得を目的とした違法又は不当な捜査活動を防止して適正な手続の履践を確保するとともに人権を擁護しようとする観点を有することも明らかである。<sup>(45)</sup>

したがって、自白法則の根拠としては、虚偽排除説及び人権擁護説の両面から考察する必要がある、両説を併用する併用説（折衷説）を妥当と考える。

### 第三 自白に違法収集証拠排除法則を適用すべきか

#### 1 違法収集証拠排除法則と自白法則との関係

自白法則を違法収集排除法則の自白版と捉える違法排除説は、自白の任意性の有無や因果関係の有無を問題とせず、自白採取過程に違法がある場合に自白を排除しようとする意味で、違法収集証拠排除法則一元説といえる。

他方、虚偽排除説や人権擁護説（併用説を含む）では、自白法則自体から自白採取過程に違法がある場合の自白排除を要請するものではないが、虚偽排除説や人権擁護説（併用説を含む）からも、自白の証拠能力について、自白法則（任意性）と違法収集証拠排除法則とを使い分け、双方の観点から考察するのが相当とする違法収集証拠排除法則二元説（二元説）<sup>(46)</sup>があり、現在は、その考え方が大勢のようである。

したがって、二元説では、併用説が任意性がないとして排除しようとする自白は、類型的に虚偽自白を誘発するおそれがある状況下での自白や、黙秘権を侵害するような手段で得られた自白であるとしながら、違法収集証拠排除法則を自白にも適用して、自白採取過程に違法がある場合にも自白の証拠能力を否定しようとするのである。

ところで、違法収集排除法則は、適正手続の保障、司法の無瑕性・廉潔性の保持、将来の違法捜査の抑止の三つを根拠とし、捜査手続（証拠の収集手続）が違法であった場合、それによって収集した証拠の証拠能力を否定し、事実認定の資料から排除しようとする法則であり、判例は、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑事訴訟法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり（違法の重大性）、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合（排除相当性）においては、その証拠能力は否定されるべきものと解すべきとしている（最判昭和五三年九月七日刑集三三卷六号一六七二頁）。

違法排除説や二元説は、かかる違法収集証拠排除法則の趣旨が証拠物のような非供述証拠のみならず、供述証拠、つまり自白にもそのまま当てはまることは否定できないとして<sup>47)</sup>、また、取調べの違法はない（自白法則の適用はない）がなお自白の証拠能力が問題となる場合も否定できないからなどとして、<sup>48)</sup> 自白にも違法収集証拠排除法則を適用することができるとする。

## 2 違法収集証拠排除法則の適用範囲

しかしながら、自白法則の適用はないが、自白の証拠能力が問題となる場合があるから、そのような場合に違法収集証拠排除法則を適用するのは、結論を先取りした議論であり相当とはいえない。しかも、自白法則（併用説）で処理できないが自白の証拠能力が問題となる場合というものが実際にあるのかも疑問である。<sup>49)</sup> また、適正手続の保

障、司法の無瑕性・廉潔性の保持、将来の違法捜査の抑止という違法収集証拠排除法則の趣旨が自白にも当てはまること自体は否定しないが、憲法及び刑事訴訟法が、特別に規定を設けて自白の証拠能力に厳しい規制（自白法則）を設けていることからすると、自白の証拠能力は、その範囲で否定するのが法の趣旨であると解するのが自然であり、それを超えて、違法収集証拠排除法則の趣旨が当てはまるということを理由に、同法則を自白にも適用し、証拠能力を否定することができるというのは、根拠としては不十分と言わざるを得ない。

そもそも、憲法及び刑事訴訟法が、任意性に疑いのある自白の典型的事例として「強制、拷問又は脅迫による自白」を例示的に列挙していることからすると、自白法則を適用する前提には違法又は不当な自白獲得手段が当然に予定されていると解される。しかも、その中でも、違法性が最も大きいと思われる拷問の場合にも自白との間に因果関係を要求し、<sup>50</sup>「不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白」の場合も、その抑留又は拘禁と自白との間に因果関係の存することが必要であると解されている。<sup>51</sup> 自白が、証拠採取手段と直結する証拠物とは異なり、その獲得手続との間には自白をするか否か、自白するとしていかなる内容の自白をするかという供述者の意思決定が介在するという構造的特性を有していることに鑑みると、自白の証拠能力を否定するためには、違法又は不当な自白獲得手段により前記のような供述者の意思決定を侵害した結果自白がなされたという意味での因果関係が必要であると解すべきである。<sup>52</sup>

そうすると、自白に違法収集証拠排除法則を適用しても、違法な捜査手続と自白との間に因果関係を必要とする限り、結局、任意性に疑いがある場合にしか自白の証拠能力を否定することはできないのではないかと考えられる。逆に言えば、将来の違法な捜査を抑止するために自白の証拠能力を否定するのであれば、自白獲得を目的として違法、不当な捜査活動がなされ、それにより、供述者の意思決定を侵害したような場合にのみ、その自白の証拠能力を否定

すれば必要十分と言えるのではないか。それゆえ、そのような任意性に疑いがある場合を超えて、それ以上に、違法収集証拠排除法則を適用して証拠能力を否定する必要はないものと解される。

したがって、自白法則について虚偽排除及び人權擁護の両面から考察する併用説を相当とする私見からは、自白の証拠能力が否定されるのは、任意性に疑いがある場合に限られるべきであり、自白に違法収集証拠排除法則を適用する必要はなく、適用すべきではないと考える。<sup>53</sup>

なお、判例は、証拠物に関し違法収集証拠排除法則を採用することを明らかにした（最判昭和五三年九月七日）が、それはあくまで証拠物に関してのことであり、同法則が自白にまで適用できることを認めたものではなく、また、証拠物に関し採用した証拠法則が自白にも適用できるとの論理的必然性もない。<sup>54</sup> 実際には、その後の最高裁判例を見ても、任意性に疑いがある自白であるとしてその証拠能力を否定した事例は存在しても、違法収集証拠排除法則を自白に適用してその証拠能力を否定した事例は現在までみられない。この点、最判昭和五八年七月二二日（神戸ホステス宅放火事件<sup>55</sup>）における伊藤正己裁判官の補足意見（「それが単に違法に収集された第一次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということのみをもって一律に排除すべきではなく、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された二次的証拠の重要さの程度、第一次的証拠と二次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべきものである」）が違法収集証拠排除法則を自白にも適用するとの理解を示したものといえる。」と指摘する見解<sup>56</sup>もあるが、「（最高裁は）未だ違法収集証拠排除法則の適用があることを正面からは認めていない」と批判されている。<sup>57</sup> また、下級審判例の中にも違法収集証拠排除法則を適用して自白の証拠能力を否定した事例はあるものの、未だ多くはみられない原因は、証拠排除が問題となるほどの重大な違法がある場合には、通常、任意性も否定できることが多く、その場合は、任意性に疑いがある

との理由で証拠能力が否定される例が多いことや、自白法則と違法収集証拠排除法則のどちらでも証拠能力が否定される場合には、実務家としては、明文の規定があり、憲法問題でもある自白法則で証拠能力を否定する方が妥当であるという感覚を抱きやすいからなどと説明されている。<sup>(58)</sup>

### 3 ロザール事件控訴審判決の検討

この点に関し、東京高判平成一四年九月四日（いわゆるロザール事件控訴審判決）は、殺人事件の被疑者が、当初は参考人として任意同行を受け、それ以降、九泊一〇日にわたる宿泊を余儀なくされ、その間、警察官から嚴重に監視された状態で、一日も休みもなく連日長時間の取調べを受けた結果得られた自白（被疑者の上申書、逮捕後に作成された検察官調書）の証拠能力の有無が問題となった事案で、当該取調べが実質的な身柄拘束に当たり、任意捜査として許容される限界を超えた違法なものであり、これにより得られた自白、及び自白を有力な疎明資料としてなされた逮捕・勾留中に得られた自白は違法収集証拠であるとして、その証拠能力を否定した。同判決は、「自白を内容とする供述証拠についても、証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除法則を採用できない理由はないから、手続の違法が重大であり、これを証拠とすることが違法捜査抑止の見地から相当でない場合には、証拠能力を否定すべきであると考える。」と判示して、自白にも違法収集証拠排除法則が適用できると明示したが、同時に自白法則の適用（任意性判断）が問題となり得ることも示している点で、二元説にたつものと考えられる。

しかしながら、そもそも、「採用できない理由はない」というだけで、何ら具体的な根拠を示さずに、自白に違法収集証拠排除法則を適用できるとしていることに問題がある上、この事案では、一〇日間という連日の長時間にわたる取調べ自体を、典型的に任意性に疑いがある自白を誘発するおそれがある情況として、自白法則（任意性）の問題

と捉え、その任意性判断によって証拠能力の有無を決すべきであった事案と言える。<sup>59)</sup>

寺崎嘉博教授は、ロザール事件の一審判決(千葉地判平成一二年九月八日)に対し、「『基本的人権』の保障という抽象的な概念に逃げ込み、根本的な考察を回避している」と評し、高裁判決が逮捕後の検察官調書の証拠能力を否定した論理(「検察官調書作成時は未だ被告人が違法な任意取調べの影響下にあったので、本件自白は、違法な捜査手続により獲得された証拠、あるいは、これに由来する証拠」だから「証拠能力を否定すべきである。」)に対し、「このような論理を採るくらいならば『違法な任意取調べの影響下にあった』自白には任意性が認められないと論理構成する方が素直であろう」と批判する(寺崎・後掲注(43)四二六頁)が、至極もつともである。

なお、同教授は、任意性の判断基準について、最高裁が、手錠を施したままで取調べを行った際の自白について不任意性を推認させるという判断枠組を提示したとして、<sup>60)</sup>「自白獲得手続が違法であれば自白の不任意性が推定される」という判断枠組<sup>61)</sup>を用いるべきとされている。

そもそも、実務上、自白の任意性が争われた場合、被告人側から自白強要等の事情を主張させるほか、具体的な争点を明確にするための被告人質問を実施するなどして、任意性を争う根拠となる具体的な争点を明確にした上で、取調官(警察官、検察官等)の証人尋問等を実施するなどのほか、客観的な証拠として、被告人の捜査段階における全ての供述調書(供述経過を立証趣旨とする)や留置人出入簿、取調状況報告書、取調官作成のメモや備忘録(それらをもとに作成した取調経過一覧表)を請求するなどして立証することになるが、<sup>62)</sup>自白の任意性について立証責任を負う検察官は、自白の任意性を争う根拠として捜査手続(自白獲得手続)の違法性を主張された場合、自白の任意性に関する事実のみならず、捜査手続の適法性等についても立証し、仮に捜査手続に違法があった場合でも、同捜査手続と自白と

の間に因果関係はないという立証をするのが通常であるから、検察官の立証の観点からみると、事実上、捜査手続（自白獲得手続）が違法であれば、自白の不任意性が推定されていると言ってもよく、その意味では、前記寺崎教授の判断枠組は非常に傾聴に値する。<sup>63)</sup>

#### 第四 被疑者取調べの録音・録画の実情と録音・録画がもたらした影響

これまで見たきたとおり、自白法則の根拠としては、虚偽排除説及び人権擁護説の併用説が相当である上、自白には違法収集証拠排除法則を適用すべきではないと考える。

なお、前記したとおり、併用説（任意性説を含む）に対して、取り調べられる側（供述人）の心理・認識という主観面にいかなる影響を及ぼしたかを自白排除の基準とすることから、かかる供述人の心理（内心面）に関する事実認定の困難さのゆえに、現実には機能しえないのではないかと批判があった。

確かに、人の心理への影響の有無は、客観的かつ明確に判断することは容易ではないだろう。長年刑事裁判に携わってきた裁判官からも、「取調べの可視化がなされていない現状では、『自白の任意性に関する判断』は刑事裁判におけるもつとも困難で重要な作業の一つである。」とも言われ、その最大の原因が、自白調書の作成状況、つまり取調べ状況（捜査官の発問や態度、それに対する被疑者の供述状況や態度、取調室の雰囲気等）を見たわけでもない裁判官が、取調官と被疑者（被告人）の相対立する供述の、いずれが信用できるかという困難な判断を迫られるからであると考えられる。<sup>64)</sup>

ところが、検察庁では、裁判員制度の施行（平成二十年五月）に備え、平成一八年八月から、裁判員裁判対象事件に

おける任意性の効果的・効率的な立証の必要から被疑者取調べの録音・録画の試行を始め、裁判員制度施行以降、その試行対象事件や対象範囲を漸次拡大し、現在では、裁判員裁判対象事件の大多数について、被疑者取調べの全過程の録音・録画を実施している。また、警察においても、平成二〇年九月から一部の都府県で、平成二二年四月からは全都道府県において、裁判員裁判対象事件の被疑者取調べについて録音・録画の試行が開始され、平成二八年一〇月一日からは、裁判員裁判対象事件については原則として被疑者取調べの録音・録画を実施することとしている。<sup>67</sup>

検察庁において実施されている被疑者取調べの録音・録画は、試行の当初は、供述調書を作成（録取）した後、その読み聞かせ（閲読）場面や、その後簡単な取調べのレビューをした状況を録音・録画して任意性立証に使用しようとしていたが（いわゆる「読み聞けレビュー方式」などと呼ばれる方法）、試行の対象やその範囲を拡大した結果、現在では、その大多数において、被疑者が取調室に入室するところから退室するところまでの全過程を録音・録画する方法で（いわゆる「ライブ方式」と呼ばれるもの）、検察官の背後に設置されたカメラにより、被疑者を正面から撮影している、被疑者の表情のみならず、検察官の挙動までも（背面からではあるが）が記録される。

そのため、被疑者の取調べが、弁護人が立ち会わない密室で実施されるとはいえ、録音・録画が実施されれば、取調室での一部始終が映像及び音声により記録化されることになるため、後日、その記録媒体を視聴することにより、取調室での被疑者の様子、供述態度、取調官の発問やその言動等を確認することができる。したがって、録音・録画記録媒体を視聴すれば、当該取調べが、被疑者の心理に影響を与え、虚偽自白を誘発するおそれのある状況だったのか、被疑者の供述の自由を侵害しているのかを確認することは、それほど困難であるとは思われない。それゆえ、被疑者取調べが録音・録画されている限り、裁判官が、取調官と被疑者（被告人）の相対立する供述の、いずれが信用

できるかという困難な判断を迫られるという事態は想定できない。それは、被疑者の取調べが全過程において録音・録画されていればなおさらである。実際に、被疑者取調べの録音・録画が実施され、その記録媒体が弁護人に開示されるようになってからは、公判において、被告人の自白の任意性が争われる事件が激減した。

平成一七年一月から平成二〇年一二月までの四年間に、第一審で判決宣告された裁判員裁判対象事件は一万二二五件であり、その中で任意性が争われたものは三四五件(三・四%)、そのうち任意性に疑いありとして自白調書の証拠請求が却下された件数は二五件(七・二%)<sup>68</sup>であったところ、平成二一年中に第一審で判決宣告された裁判員裁判対象事件一六五三件のうち任意性が争われた事件が六一件(三・六九%)で、任意性が否定されて証拠請求を却下された事件は一件(〇・〇六%)と激減した<sup>69</sup>。さらに、平成二三年六月一日から平成二四年四月三〇日までの一か月間に、第一審で判決宣告された裁判員裁判対象事件は一四五七件、そのうち任意性が争われた事件は六六件(約四・五%)であったが、平成二三年九月以降に公判請求した裁判員裁判対象事件で平成二四年四月までに第一審判決を受けた一二三件に限ってみると、任意性が争われた事件はわずか一件のみであった<sup>70</sup>。

このような統計を見る限り、取調べの録音・録画が拡大するに連れ、被告人の自白の任意性が争われる事件が激減していることは明らかである。それは、弁護人が録音・録画記録媒体を視聴することによって、主張を予定していたと思われる任意性を疑わせる事由が存在しないことを確認できたため、その主張を撤回したからだろうと思われる。このように近時任意性の争点化が激減したことが、録音・録画記録媒体の視聴により任意性が判断できることの証左である<sup>71</sup>。

それにもかかわらず、被疑者取調べの録音・録画が実施されていても、取調べの様子から被疑者の内心に及んでい

る影響を認定するのは極めて困難であるとの批判があるが、その難易度に差はあるとしても、前記の統計上の数字を見て明らかなのであるのに、なぜ、録音・録画記録媒体を視聴しても被疑者の内心に及んでいる影響を認定することが困難なのか十分な説明がなされているとはいえない。

このような被疑者取調べの全過程録音・録画が進んでいる実務の現状を前提にすると、事実認定の困難さゆえに現実には機能しないのではないかとの併用説（任意性説）に対する批判が失当であることは言うまでもない。

宇都宮地方裁判所は、いわゆる今市事件（栃木・茨城にまたがる女子児童殺人事件）公判において、法廷で約七時間超もの被疑者取調べの録音・録画記録媒体を取り調べることにより、自白調書の任意性、信用性を認め、被告人の犯人性を認定した（宇都宮地判平成二八年四月八日<sup>(73)</sup>）。同裁判を担当した裁判員（補充裁判員を含む）は、判決後に応じた記者会見において、法廷で被疑者取調べの録音・録画記録媒体を取り調べたことについて、「映像には文面だけでは伝わらない情報がたくさんあった。」「表情やしぐさがよくわかり、判断材料の大きな部分を占めた。」「臨場感があり、自分の目で見ることに意味があった。」（平成二八年四月九日讀賣新聞）、「見て印象が固まった。非常に意味はあった。」「なかったら判断できなかった。」（同日下野新聞）などと述べ、被疑者取調べの録音・録画記録媒体の取調べが自白の任意性判断の決め手になった旨を明言している。

同判決に対しては、「一体どうしてDVDで任意性判断ができるというのか。」という否定的意見もあるが、前記のような裁判員の感想を前提とすると、なぜ録音・録画記録媒体を見ることによつて任意性判断ができないのかについて明確な根拠が示されているとはいえない。

なお、同事件の裁判員の記者会見では、「録音・録画されていない部分で何か問題があった」という議論になるので、

やるからには全部した方がいい。」(同日讀賣新聞) という全過程録音・録画や公判廷におけるその取調べの必要性を説く意見もあった。自白の任意性判断を確実にに行えるようにするため、今後、さらに、被疑者取調べの録音・録画の在り方や、公判廷における録音・録画記録媒体の取調べの在り方について検討の必要がある。

## 第五 まとめ

以上のとおり、自白法則の根拠について併用説の立場をとるが、自白に違法収集証拠排除法則を適用すべきではないと考える。

ただ、適正手続の保障及び基本的人権の擁護を指向する違法収集証拠排除法則の趣旨は、それ自体尊重すべきことは言うまでもないことから、違法ないし不適正な捜査手続の後に自白が得られた場合、当該自白の任意性については慎重に判断する必要があるのみならず、その信用性についてもより慎重な判断をするべきである。

自白の任意性及び信用性をどのようにして判断していくべきか、今後の検討課題としたい。

- (1) 稲川龍也「被疑者取調べ及び供述調書の在り方」法律のひろば二〇一三年六月号(ぎょうせい)五六頁。
- (2) 河上和雄『自白・証拠法ノート』(立花書房、一九八二年)五頁。
- (3) 平成二七年の通常第一審事件の終局人員六万八八七人のうち、五万四五二一人が自白事件である(司法統計年報二〇一五年第三九表通常第一審事件の終局総人員―公判前整理手続及び期日間整理手続の実施状況別合議・単独、自白の程度別―全地方・簡易裁判所)。
- (4) 関口和徳「自白排除法則の研究(一)」北大法学論集五九卷二号(二〇〇八年)六九六頁、渡邊一弘「自白の証拠能力―検察

の立場から」三井誠ら編『新刑事手続Ⅲ』（悠々社、二〇〇二年）二二三頁。

(5) 木谷明「自白の任意性判断などに関する提言―平成二二年の二つの裁判例を題材として」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇〇七年）四二〇頁。

(6) 最高検察庁のホームページ (<http://www.kensatsu.go.jp/content/001215542.pdf>) によると、平成二七年四月から翌二八年三月までの一年間において、裁判員裁判対象事件の九九・六％において取調べの録音・録画が実施され、その九二・二％において全過程の録音・録画が実施されている（なお、平成二八年四月から九月までの間では、九九・九％において取調べの録音・録画が実施されている）。

(7) 東京高判平成二八年八月一〇日判例タイムズ一四二九号一三三頁。

(8) 東京高判昭和二六年七月二七日高刑集四卷一三三〇号一七一五頁。

(9) 清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判例時報二二五二号（二〇一五年）七頁以下。

(10) 「自白法則」と呼ぶか、「自白排除法則」と呼ぶかに実質的に意味はなく、別称として用いられることが多いが、自白排除法則を自白法則とパラレルに考えるのではなく、自白法則と違法収集証拠排除法則とともに包摂する概念とする考えもある（松田岳士「刑事訴訟法三一九条一項について（上）」阪大法学五六卷五号（二〇〇七年）一三三頁、関口・前掲注（4）七〇〇頁）。

(11) 最判昭和二四年一〇月一三日刑集三卷一〇号一六五〇頁。

(12) 最大判昭和四五年一月二五日刑集二四卷一二号一六七〇頁、大澤裕「自白の任意性とその立証」松尾浩也ら編『刑事訴訟法の争点（第三版）』（有斐閣、二〇〇二年）一七〇頁、三井誠「自白の証拠能力―判例(1)」法学教室二二九号一〇七頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」現代刑事法第四卷六号五八頁（二〇〇二年）。

(13) 山田道郎『証拠の森―刑事証拠法研究』（成文堂、二〇〇四年）一〇五頁は、「いまだ一致をみていない。判例も、ほぼ一致した立場に立っていると考えられてはいるものの、なお微妙な動きが認められる。」とする。長井秀典「自白の証拠能力について―実務家の立場から」刑法雑誌第五二卷一号（二〇一三年）一一七頁、大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除

説」研修二〇〇六年四月号(六九四号) 四頁は、「虚偽排除説、人権擁護説と対置されてきた違法排除説が、そのままのものとして、今日、通説あるいは多数説の地位にあるといえるかには、疑問がある。」としている。

(14) 洲見光男「自白の証拠能力に関する研究の意義」刑法雑誌第五二巻一号六八頁、大澤・前掲注(13)一三頁、同・前掲注(12)一七二頁。

(15) 判例時報一八〇八号一四四頁、第一審は千葉地判平成十一年九月八日(判例時報一七二三号一四三頁)。

(16) 大澤・前掲注(13)七頁、小林・前掲注(12)五八頁。

(17) 田宮裕「取調と自白法則」『捜査の構造』(有斐閣、一九七一年)二九三頁、鈴木茂嗣「自白排除法則序説」『続・刑事訴訟の基本構造下巻』(成文堂、一九九七年)五二五頁、同「自白排除法則序説」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(下)』(有斐閣、一九六八年)三〇四頁以下。

(18) 栗本一夫『新刑事訴訟法上の諸問題』(立花書房、一九五二年)八六頁、藤岩睦郎「自白」団藤重光編『法律実務講座刑事編第八巻』(有斐閣、一九五六年)一七九二頁、一八一三頁。

(19) 田宮・前掲注(17)二八五頁。

(20) 最判昭和四一年七月一日刑集二〇巻六号五三七頁は、自白の真実性は他の証拠により裏付けられているのに、任意性に疑いがあるとして証拠能力を否定している。

(21) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法(第二版)』(有斐閣、二〇一五年)二七四頁以下。

(22) 川出敏裕「自白の証拠能力(1)」警察学論集第六八巻第四号一六四頁。

(23) 池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義(第五版)』(東京大学出版会、二〇一四年)四〇八頁。

(24) 平場安治「自白の任意性」佐伯千仞Ⅱ団藤重光編集『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(一)』(有斐閣、一九五七年)一〇頁以下、平場『改訂刑事訴訟法講義(改訂三版)』(有斐閣、一九五八年)一八〇頁、鴨良弼『刑事証拠法』(日本評論社、一九六二年)二〇六頁、藤岩・前掲注(18)一七九二頁、栗本一夫『実務刑事証拠法』(立花書房、一九六〇年)八〇頁など。

(25) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論(三版)』(有斐閣、一九五二年)三三三頁。

- (26) 田宮裕『刑事訴訟法【新版】』三四八頁(有斐閣、一九九六年)、石川才顕『刑事手続と人権』(日本評論社、一九八六年)二二九九頁。
- (27) 渡辺修『被疑者取調べの法的規制』(三省堂、一九九二年)三二〇頁、多田辰也「自白の任意性とその立証」松尾浩也ら編『刑事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、一九九一年)一九八頁。
- (28) 田宮・前掲注(26)三四八頁以下。
- (29) 平場・前掲注(24)『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(一)』一一頁、江家・前掲注(25)三三三頁、小林・前掲注(12)五八頁以下、大澤・前掲注(12)一七〇頁。
- (30) 川上拓一「自白の証拠能力―裁判の立場から」三井誠ら編『新刑事手続Ⅲ』一九〇頁、野間禮二「特集/違法収集自白の証拠能力(一)序説」判例タイムズ三九七号(一九七九年)七頁以下、石井一正「自白の証拠能力」大阪刑事実務研究会編『刑事公判の諸問題』(判例タイムズ社、一九八九年)四〇六頁、加藤克佳「自白法則について―現状と課題―」刑法雑誌第五二巻一七四頁、江家・前掲注(25)三三三頁、東京高判昭和六〇年一月二三日(判例時報一一八三三三頁)。
- (31) 田宮・前掲注(17)二八一頁以下、同「自白の証拠法上の地位(2)」警察研究三四卷三号(良書普及会、一九六三年)三頁以下、同「生きかえった自白法則―違法排除への黎明―」ジュリスト四七〇号(一九七一年)一〇四頁、同・前掲注(26)三四九頁以下、なお違法排除説の根拠規定をすべて憲法三八条二項、刑法法三一九条一項に求める見解もある(鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(青林書林、一九九〇年)二二二頁、田口守一『刑事訴訟法(第六版)』(弘文堂、二〇一二年)三八二頁)。
- (32) 川出・前掲注(22)一六五頁、田宮・前掲注(26)三四九頁、上口裕『刑事訴訟法(第四版)』(成文堂、二〇一五年)四九六頁。
- (33) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂、一九八五年)五四四頁以下、石井一正『刑事実務証拠法(第五版)』(判例タイムズ社、二〇一二年)一二三頁以下、注釈刑事訴訟法(新版)第五卷(植村立郎)七七頁以下、大コンメンタール刑事訴訟法(第二版)第七卷(安廣文夫)四九〇頁以下等。
- (34) 田宮・前掲注(17)二九六頁。

(35) 田宮・前掲注(26)三四九頁。

(36) 最決昭和五〇年六月一二日(判例時報七七九号二二四頁)における団藤重光裁判官の補足意見「緊急逮捕の適法性を認めることはできない。…この違法は勾留をも違法ならしめる。…この勾留中に作成された被告人の供述調書は証拠能力を欠き」としている。

(37) 最判昭和五八年七月一二日刑集三七卷六号七九一頁の伊藤正己裁判官の補足意見(いわゆる別件逮捕の事案)、最決昭和五九年二月二九日刑集三八卷二号四七九頁の木下忠良・大橋進両裁判官の補足意見(違法な取調べが当然に任意性に影響するとしている点において、実質的に違法排除説をとったものと解する余地がある。)

(38) 仙台高秋田支部判昭和五五年一月一六日高刑集三三卷四号三五一頁「自白を得る目的で違法な任意同行を行い、これを利用して取調べを行った結果、被告人の自白を得たもの…、このような場合には、違法な任意同行に引き続き取調べにより得た被告人の自白の証拠能力はもとより、その後の緊急逮捕及び勾留中になされた被告人の一切の自白の証拠能力を否定すべきもの」。

(39) 小林・前掲注(12)六〇頁、古江・前掲注(21)二七六頁。

(40) 田宮・前掲注(17)二九四頁。

(41) 山田・前掲注(13)一〇八頁。

(42) 小林・前掲注(12)六一頁、渡辺・前掲注(27)三三二頁以下。

(43) 松尾浩也『刑事訴訟法下(新版補正第二版)』(弘文堂、一九九九年)四二頁、佐藤文哉「コメント」三井誠ほか編『刑事手続下』(筑摩書房、一九八八年)八三三頁、渡辺・前掲注(27)三三二頁、寺崎嘉博「自白法則について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻』四一二頁。寺崎教授は「三趣競合説」と呼ぶ。

(44) 寺崎・前掲注(43)四一四頁以下。

(45) 大野恒太郎「自白―検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続下』八〇八頁以下、小林・前掲注(12)五九頁。

(46) 長井・前掲注(13)一一八頁、小林・前掲注(12)六一頁、島田仁郎「任意にされたものでない疑いのある自白とは―自白法

- 則」松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣大学双書、一九九二年）二九八頁、石井・前掲注(30)四〇六頁、同・前掲注(33)二六三頁、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、一九九八年）一三七頁など。
- (47) 野間・前掲注(30)八頁、石井・前掲注(30)四〇六頁、大澤・前掲注(13)一〇頁。
- (48) 石井・前掲注(30)四〇六頁。なお、自白法則の適用はないが、自白の証拠能力が問題となる場合の例として、法定の期間を超えた身柄拘束中の自白、違法な別件逮捕・勾留中の本件の自白があげられている（小林・前掲注(12)六〇頁）。
- (49) 寺崎・前掲注(43)四一六頁、四一九頁。
- (50) 東京高判昭和三二年二月二六日高刑集一〇卷一二号八二六頁。
- (51) 最大判昭和三三年六月二三日刑集二卷七号七一五頁、河村澄夫「長期拘禁と自白の因果関係」『証拠法体系Ⅱ』（日本評論社、一九七〇年）一四六頁、最大判昭和三三年一月一七日刑集二卷一二号一五五八頁、最判昭和三三年九月一八日刑集二卷一〇号一二〇九頁。
- (52) 大野・前掲注(45)八〇九頁。
- (53) 鈴木義男「四夜にわたり被疑者を警察署近辺のホテル等に宿泊させて取調べを続行したことの適否」(判例評論三一〇号) 六四頁・判例時報一一二九号。
- (54) 寺崎・前掲注(43)四二〇頁。
- (55) 刑集三七卷六号七九一頁。
- (56) 池田公博「自白の証拠能力―違法排除のあり方・派生証拠の取扱い―」(刑法雑誌五二卷第一号一一五頁)。
- (57) 角田正紀「違法な身柄拘束中の自白」刑事訴訟法判例百選第七版（一九九八年）一六九頁。
- (58) 長井・前掲注(13)一一九頁。
- (59) 平田元「取調べ手続の違法と自白」(刑事訴訟法判例百選第九版（二〇一一年）一六三頁、田口守一「演習刑事訴訟法」法学教室三五一号（二〇〇九年）一三七頁)。
- (60) 最判昭和三八年九月一三日刑集一七卷八号一七〇三頁、最大判昭和二六年八月一日刑集五卷九号一六八四頁。

- (61) 寺崎・前掲注(43)四二三頁。
- (62) 岩倉広修・三輪篤志「自白の任意性が問題となる事案の審理計画・審理の在り方」判例タイムズ一四二一号(二〇一五年)二六頁以下。
- (63) いわゆる別件逮捕勾留中になされた自白の証拠能力について、「他に特に任意性を認めるに足りる特別な事情のない限り、任意性に疑いのある自白と評価されるとする考え」は(大野・前掲注(45)八二二頁以下、鈴木・前掲注(53)六八頁、河上・前掲注(2)一八八頁)、かかる違法な身柄拘束中の自白の場合には、自白の不任意性が推定されると同様の結論をとるものと思われる。
- (64) 木谷・前掲注(5)四三〇頁。
- (65) 最高検察庁「取調べの録音・録画の試行についての検証結果」(二〇〇九年二月)一頁。
- (66) 平成二二年警察白書八一頁。
- (67) 平成二八年九月一五日付け警察庁刑事局長通達第六三号「取調べの録音・録画の試行指針」。
- (68) 前掲注(65)四頁。
- (69) 法務省「取調べに関する国内調査結果報告書」(平成二三年八月)。
- (70) 最高検察庁「裁判員裁判対象事件における被疑者取調べの録音・録画の試行的拡大について」(二〇一二年七月)。
- (71) 清野憲一「捜査段階の供述立証に関する問題解決に向けた一考察」判例時報二二二二号一八頁。
- (72) 中島宏「自白法則における違法排除説再論」法律時報八三卷二号二九頁。
- (73) 判例時報二二二二号二二六頁。
- (74) 五十嵐二葉『『可視化』の夜と霧』内田博文先生古稀祝賀論文集『刑事法と歴史的価値とその交錯』(法律文化社、二〇一六年)二七〇頁。



# ローマ法における不法行為責任の概念

コージマ・メラ

吉原達也 訳

## I. 序

およそ一〇年前、二〇〇六年二月に一度日本に招かれ、日本大学法学部とベルリン自由大学法学部との共同シンポジウムに参加した時、私はローマ契約法の基礎に関する講演を行った。<sup>①</sup> 契約法のもとでは、債務関係 *obligatio* がいかなる要件のもとで成立し、いかなる効果をもたらすかが決定されなければならない。このテーマの選択は、それが、比較法研究にとって適切な基礎を与えるものであり、あらゆる法制度の中心的テーマに関わっているからである。債権法を全体として眺めるならば、債務関係の発生についての契約法的基礎以外に、不法行為法的基礎、不法行為に基

づく債務が明らかにされねばならない。この領域においても豊かな比較法の可能性が開かれている。本日の課題はローマ法における不法行為法の基礎付けということになろう。

初級者用法学教科書の最初の著者であるガイウスは、紀元後二世紀に、債務発生原因たる契約と不法行為の区別をもつて、債務関係法の最上位の分類とする<sup>②</sup>。この分類は基本的にユスティニアヌスによつて五三三年施行の『法学提要』にも受容される。しかしこのユ帝提要では、債務関係の根拠を表すのに別の表現、*maleficium* の語——これは文字通りドイツ語で *Übeltat* 「不法行為」と訳すことができる——が用いられ、準契約及び準不法行為という下位範疇に基づく次位の分類が図られている。

Inst.J. 3,13,2 「ユスティニアヌス『法学提要』3,13,2」

Sequens divisio in quattuor species ducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex male ficio aut quasi ex maleficio. ...

「次の区別は四種類に分かれる、なぜなら、あるいは契約に基づくもの、あるいは準契約に基づくもの、あるいは不法行為に基づくもの、あるいは準不法行為に基づくものがあるからである。」

いずれにせよ、こうした分類は、区分とは、法秩序が債務関係 *obligatio* のためにいかなる連結点を受け入れるか次第であることを示している。今日ドイツで用いられる契約に基づく債務関係と法律に基づく債務関係という債務関

係の分類とは重要な違いがある<sup>(3)</sup>。後者ではローマ法と比較して法律により重要な別の役割が与えられていることは明らかである。

不法行為責任の基礎はローマ法においては、法律により、しかし広汎に訴訟掌理政務官たる法務官によっても規定される。このことはガイウス『法学提要』における不法行為の分類に示される。ガイウスは責任を発生させる四つの不法行為として、盗 (*furtum*)、強盗 (*rapina*)、不法損害 (*damnum*) 及び人格侵害 (*iniuria*) を列挙する<sup>(4)</sup>。したがって、ガイウスは、損害を惹起した者が負うべき責任根拠の一般的原則を採用しているのではなく、具体的な不法行為を挙げている。もとより四つの不法行為はすべて法律に基づくが、強盗、不法損害、名誉毀損の意味での人格侵害の責任は法務官による法の発展的形成に負う。一見して、不法行為はカズイステイシユにないし個別的に理解される。

この図式は、不法行為者に固有の責任を前提しない法務官による規制によって補われる。ある者がある家から公道に投げられたり流されたりしたもので損害を被った場合、住居者が責任を負い (*actio de deiectis vel effusis* 流出投下物訴権)、張出しや庇の上に置かれたものによる危殆についてもまた同様である (*actio de suggrundis* 張出し訴権)。公道上で飼われた野生動物についての責任は同じく法務官告示の訴権に帰する。ローマ法学者たちはこれらの責任要件を債務関係の準不法行為の根拠に数える。これらの事案で危険責任について語りうるかどうか、この講演の目的となる。

ローマ法における規制の一見個別的な性格から、私は以下のように責任概念を導く。このことは簡単な歴史的概観(Ⅱ)に基づいて行われ、これにその後の発展への示唆を付け加えられる。概念的な構想及び教義学的な可能性への考察はアクイリウス法に基づく加害責任についての重点と結びつけられる(Ⅲ) 私は法律に基づく規制について、次

いで、加害行為の違法性 (*iniuria*) 及びクルパ (*culpa* Ⅱ 過失・有責性) の要件によって責任の範囲がいかに画されるかという問題について考える。危険責任という特別な要件との関係は概念的考察を深めてくれる。(Ⅳ) さらに他のアクター *Akteur*、とくに動物についての責任を取り上げて、関係づける。(Ⅴ) 最後に、自動走行車、自動芝刈り機、自動掃除機などコンピュータ制御で動くものの責任という現代的なテーマについて若干のコメントを附しつつ、ローマ法における規制概念の可能性を用いて、新しい問題のための教義学的蓄積を示し法律的規制の必要を明らかにする(Ⅵ)。若干のテーゼに沿いつつ以下詳しく述べることにしたい。

## Ⅱ. 十二表法における規制——発展への示唆

すでに前五世紀のローマ法最初の法典、つまり十二表法に、不法行為 *iniuria* のさまざまな要件が規定されている<sup>⑤</sup>。骨折による身体侵害について、加害者が贖罪のために支払うべき罰金額が規定された。軽微な身体侵害ないし *iniuria* と解される名誉毀損について、別の罰金額が当てはまる。切断についての規制の根拠は、タリオ、つまり同害報復原則に代わる贖罪合意つまり *pacta* である。その他さまざまな不法行為について十二表法に制裁が規定されている。放牧訴権 *actio de pastu* や家畜損害訴権 *actio de pauperie* がこれである<sup>⑥</sup>。後者は加害動物の所有者に、当該動物を引渡すか、あるいは損害額を支払うかを選択させる。

これらは私的な刑罰法が問題となっており、いかなる国家による刑罰追及も並行して存在しない。公的な刑罰追及に服するのは、とくに殺人や国家反逆のような、公共に対する重大な不法として理解される不法行為だけである。不

法行為に基づく債務関係にとって特徴的なのは、かかる初期の時代には確定的な罰金額公定である。合意に基づく損害規制の可能性は、当事者間の和解を反映する合意 *pacta* の承認に現れる。

十二表法はさらに盗 *furtum* について規制する。これは夜間の盗と日中行われる盗を区別する。さらに、盗人が現行犯で逮捕されたか、あるいは盗が別の仕方では証明されねばならないかに、法律効果の違いが結びついている。夜間の盗人から保護するために、十二表法は、盗人の殺害をも含む正当防衛を認めている。<sup>(7)</sup>

その後、資料は盗の適用範囲をめぐっての論争をうかがわせる。きわめて広義で無権限の使用——それゆえ使用盗 *furtum usus* 及び土地の不法占有をも目的物の暴力的な盗として制裁する——と、狭義の盗の理解——要件的に正確に定式化された基準に反映される、その結果、物の秘かな継続的所持だけが *furtum* とされる——との間の調整に示される。<sup>(8)</sup> これによって、強盗 *rapina* はもはや把握されず、法務官告示により、部分的には立法によって規制される自立的規制を必要とする。<sup>(9)</sup>

顕著な変化は、*iniuria* 即ち、名誉毀損にあたる人格侵害という不法行為についても指摘される。十二表法の確定罰金額規定はインフレによって、前二世紀に法務官が自由な損害評価を許す訴権の導入という形で緩和される。*iniuria* の要件及び多くの具体的な不法類型と並んで、一般的条項が告示に存在したかどうかはローマ法学者の間で論争のあるところである。<sup>(10)</sup>

## III. アクイリウス法——概観と解釈

## 1. 法律による規制

ローマの伝承によれば、不法行為法の本質的な革新は、前二八六年の平民会議決、つまり、護民官アクイリウスによつて平民会に提案されたアクイリウス法 (*Lex Aquilia*) に求められる<sup>11</sup>。同法は、簡潔に表現された三つの章で、物破壊 *Sachzerstörung* と物損失の場合の損害賠償を規制する。革新的なのは、法律効果の形式、即ち破壊された物については過去一年間の、ないし、損失された物については過去一か月の最高価値を損害額とする点にある。このような損害の算定は十二表法の確定罰金額に対して、物の価値に指向した責任の柔軟化を意味するが、しかしなお、過去一年間の最高価格は殺害の時点での価格を上回らえたので、罰的要素も残している。こうした罰的要素は、加害者が不当に異議を申し立てると、増大する。被害者が勝訴した訴訟が必要的である場合には、判決額は二倍額になった (*Litiskreszenz*)。

いかなる不法行為について、アクイリウス法は責任を規定したか。第一章では、他人の男奴隷及び女奴隷並びに四足家畜の殺害が規定された。所有者に加害者に対する損害賠償請求が認められる。請求額は、過去一年間の財産目的物の最高価額にあたる。第二章は、債権無効の際の損害賠償を規定した。これが適用されたのは短期間に留まるが、かかる事案についての別の根拠が委任法 *Auftragsrecht* に見出された。第三章は具体的に列挙された行為態様、*urere* (焼へ)・*frangere* (碎へ)・*rumpere* (壊す) によつて物の損害を表現する。前二世紀にはすでに、加害方法は解釈によつて一般的な悪化 *corrumpere* へと拡張される。かかる物損害の際には、過去二〇日間における物の価値が賠

償されねばならなかった。若干の法学者たちは、その後侵害行為後三〇日間必要であった出捐による損害賠償の算定を主張した。

責任についてとくに重要なのは、不法に *iniuria* という語で記された要件である。行為事実は、責任を発生させるためには、違法な仕方で行われなければならなかった。この要件はたんに正当防衛状況ないし緊急状態の責任を排除しただけではない。むしろ法学者たちは帰責要件たる *culpa* を *iniuria* の中に解釈を通じて組み入れた。

アクイリウス法は、ローマ法においておよそ八〇〇年以上にわたって適用された。それゆえきわめて多岐にわたる法律問題が登場し、論争されたことは驚くべきことではない。法の発展に最も大きな寄与をなしたのは法律家、ローマではすでに早くから専門法学者と呼ばれる法律家たちであった。毎年交代する訴訟掌理政務官たる法務官を助言したのもまた彼らであった。法務官は新しい訴訟の可能性を通じて、新しい法律事案、新しい経済的発展、とりわけさまざまな概念への法の適応に重大な寄与をなした。それゆえ、告示は「市民法の生ける声」 *viva vox iuris civilis* であるといわれた。この法律問題と概念的解決の宝庫から若干のものを取り上げる。

## 2. アクイリウス法の解釈——原理的な責任規制ないし不法行為責任における構成要件の確定

さまざまな法学者たちによる解釈にとつて特徴的なメルクマールを取り上げる。古典期以前の法学者クイントゥス・ムキウス・スカエウオラ（前九五年執政官）<sup>12</sup> によつて、後の法学者文献の中で、きわめて広範な過失 *culpa* 概念に則った判断が伝えられる。樹木剪定者 *putator* が作業中に落下させた枝によつて奴隷が死に至った場合は、警告を発しなかったゆえに、これに当たるとされる。過失 *culpa* の非難を慎重な行為者であれば自明の注意義務 *diligentia*

を果たさなかった者は引き受ける<sup>(13)</sup>。この広範な定式は、ドイツ民法二七六条第二項の過失規定に採用された。クィントゥス・ムキウスは何人も仲間への配慮義務を負うという理解がその基礎になっている。以下の掲げた法源資料はこのことを示している<sup>(14)</sup>。

D.9,2,31 Paulus libro deimo ad Sabinum [パウルス・サビヌス註解第10卷] (樹木剪定者事案)

Si putator ex arbore rammum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, [quod cum] < cum quod > a diligente provideri [poterit] < poterit >, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter feret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non poterit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

「もし樹木剪定者が、樹木より枝を切り落とした場合、又は足場上で交錯中の者が通行中の奴隷を殺害した場合、その者が公路に物を墜落させ、かつ、災厄が回避されうるよう大声を発して警告しなかったことを要件として、責任を負う。しかし、また、ムキウスは、同一の事故が私有地において発生した場合にも、過失 *culpa* を理由に訴えを提起できると言う。なぜなら、注意深い人であれば予見できたであろうことが予見されず、あるいは、危険が回避され得ないときに警告が発せられた場合には、過失があるからである」と。かかる理由により、通行が公有

地を通じてか私有地を通じてなされるかはさして重要なことにあたらない。なぜなら、通常、私有地を通じて広く通行がなされるからである。これに反し何らの通路もない場合には、故意責任 *dolus* のみ負担すべし。即ち、同人は通行中なることを認めた者に物を投げつけてはならない。というのは、そのような「私有地で通路でもない」場所を何者が通りかかるであろうことを予測しえなかつたときには、「注意を尽くさなかつたとして」同人に過失の責任は追及されるべきではない。」

クイントゥス・ムキウスによる如上の過失 *culpa* の定義は原理的な性格をもっている<sup>(15)</sup>。それゆえ、損害事件が起こつた場所は問題にならない。注意義務と配慮義務はどこでも成立する。かかる評価を後代の法学者は享有しない。一世紀のサビヌスや三世紀初頭のパウルス<sup>(16)</sup>は、事案の状況によって、即ち、剪定者が作業したのが公道に沿つてか、公に供された道であるか、それとも歩行人を想定できないような私有地においてであるかによって、区別を行つていゝる。公の利用に供されている場合にのみこれらの法学者は安全義務の懈怠についての責任があるとした。道路と関わりなく、故意の加害だけが責任を発生させる。こうした取扱いは、奴隷が練習中の槍投げで死亡したという槍投げ人の事案についても伝えられる。槍を投げた者が練習場において、それゆえ投げに当たつて特別に予見することを要しなかつたかどうか、それとも槍投げが、一般の交通を考慮すべき場所で行われたかどうかがつねに区別される<sup>(17)</sup>。加害者により大きな非難がなされるべきか、あるいは、被害者により大きな責任が帰せられるべきかの判断が、共同過失が考慮されなかつたので、ローマ法では必要であつた<sup>(18)</sup>。槍を投げた者はアクィリウス法に基づいて責任を負うか、殺害された奴隷の所有者にはいかなる訴権も帰属しなかつた。

ムキウスの原理的な取り組みと結果回避へあらゆる配慮をなせという基準を想起させるのは、古典期後期の法学者ウルピアヌスが伝える、D.1,10,1 lib.1 reg.: iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, summ cuique tribuere 「正しく生きること、他人を害さぬこと、各人の各人のものを分配すること」という法原則である。

法秩序とは明晰かつ確定的に起草された人為的規範の集積とする法学者たちによつては、アクイリウス法はまったく別様に解釈される。法構造は、法律によるのであれ、法学的教義学によるのであれ、制度の形をとる。こうした理解に対応するのは、狭義の法律解釈である。アクイリウス法はそれゆえ、その行為によつて法律的構成要件「要件事実」が実現されるところの当のその行為だけを規定する。かくして、前一世紀中葉のセルウィウス・スルピキウス及び彼の弟子たちはアクイリウス法の損害行為を必然的な直接的な「身体的な」ものと解釈する（「身体に身体によつて与えられた損害」 *damnum corpori corpore datum*）。他人の身体に自分の身体によつて違法に損害を加えた者だけがアクイリウス法によつて直接的に責任を負う。この基準とその帰結は、ウルピアヌス告示註解に由来する D.9,2,9pr. §2 及び §3 を手がかりに跡づけることができる。<sup>20</sup> アウグストゥス帝期の法学者ラベオによれば、産婆は女奴隷の死について、アクイリウス法によれば、自らの手で毒薬を女奴隷に服用させた場合にのみ責任を負い、女奴隷が用意された毒薬を自ら服用した場合には責任を負わない。一世紀末のプロクルス学派の学頭ネラティウスは他人の奴隷を餓死させた場合をこれに準じて取扱う、セルウィウス・スルピキウスの弟子オフィリウスは、別の事案でアクイリウス法によつて直接には規定されていないと判断する。これらに共通のことは、不法行為者がたんに死亡の原因 *causa mortis* を与えたにすぎないということである。<sup>21</sup> それゆえ、法的保護は別のところに、即ち管轄を有する訴訟掌理政

務官たる法務官の援助に基づき、訴権の創定、方式書の承認、つまり類型化された事実在即した訴権、すなわち、事実訴権 *actio in factum* に求められなければならない。

このことは一見してローマ訴訟法の特殊性のように見えるかもしれないが、<sup>(22)</sup> 実際的な観点から現れた観念の違いは、剪定者事件におけるムキウスの判断の中にも認められる。この事案では、新しい理論によれば、責任はまったく問題にならない。直接的な加害行為も、基本的に許された行為が問題になるので、法務官的責任の根拠たる事実 (*factum*) も欠けている。<sup>(23)</sup> クルパの要件の理解は変わった。安全義務違反ないし注意義務違反があっても、帰責の意味でのクルパは、クイントゥス・ムキウスの場合とは異なり、もはや存在しない。万人に対する義務はもはや受容されず、責任を拡大することもない。過失 *culpa*、セルウィウス及び彼の弟子たちにおいてはまるで無用の道具となる。剪定者による直接的な身体侵害は認められえないので、注意ないし安全の懈怠についての責任は考慮されないからである。過失 *culpa* はこの体系のもとでは、なお責任能力についてのみ、フィルター機能 (オッコ・ベーレンツ Okko Behrends)<sup>(24)</sup> を有する。<sup>(25)</sup> 過失 *culpa* の算定は事実のところすでに判断され、しばしば挫折する。理性あるものの行為が問題にならなければ、過失 *culpa* は排除された。

以上要約すると、事実要件的に厳密な、つまり不法行為の積極的実行に向けられた損害賠償責任という考え方が認められるが、これは、注意深い、安全を配慮した行為への義務は懈怠責任をももたらすとする自然法的・原理的萌芽とはまったく根本的に異なる。責任の拡大はセルウィウスの考えでは、新しい法律ないし法務官法的救済よって初め

て成立しうる。このことは新しい刑法的事実要件（強盜 *rapina*）によって、事実訴権（たとえば死因 *causa mortis* の事案の場合）によって、危険責任要件の導入によって登場した。

#### IV. 危険における責任

危険責任の萌芽はすでに十二表法に認められる。例えば放牧地損害、動物損害についての損害賠償責任の場合がこれである。告示へのさらなる法的救済への受容により、この無過失責任が新しい部門を獲得する。法務官によるその官職権力に基づいて認められた、公の通りや道での交通安全の確保を目的とする保護が問題となる。流出投下物について *de delectis vel effusis* の告示は、家屋の住人に、もしこの家から何か投げ出され流し出されて損害を惹起した場合の損害賠償を義務づける。ウルピアヌス告示註解からの D.9.3.1pr. の法文から、基本的に損害の二倍額について有責判決がなされること<sup>26</sup>がうかがえる。ウルピアヌスは、告示がきわめて合目的であると賞賛し D.9.3.13、そしてこの賞賛の根拠を、道路 *itinerum* 上を恐怖もなく通行できることにかかる公共の利益に求めている<sup>27</sup>。

この法務官による法的救済の導入は、セルウィウス及び彼の弟子たちによるアクイリウス法の制限的解釈によってもたらされた不法行為法の考え方の変化を認めてはじめて説明される。如上の事例における責任は、クイントゥス・ムキウスによるならば、交通安全配慮義務の無視ないし住居の客人に対する予防措置の欠如ゆえに、アクイリウス法の規定に基づいて根拠づけられえたとであろう。しかし新しい解釈によれば、直接的かつ身体的な加害は、帰責要件との関係では、厳格に直接手を下した加害者に結びつけられたので、この法律に基づく訴権は住人を相手方としては認

められなかった。この新しい解釈の帰結は、いくつかの事案で法務官により、自然的衡平 *naturalis aequitas* に依拠しつつ具体的事実要件に基づく法的保護を告示により承認することによって、修正された。この場合法的保護の契機は、訴権の基礎と同じく、訴訟掌理政務官の命令権 *imperium* のもとに新たに規定される。法的保護の契機は往来の危険であり、規制の目的は交通の安全である。<sup>(28)</sup> こうした考え方は、投下物流出物、張出しへの物の設置、通り近辺での野生動物の飼育について責任に見出される。この野生動物が損害を惹起する場合、高等按察官は、獣についての訴権 *actio de feris* をその告示に採用した。<sup>(30)</sup> 過失はこの責任については不要である。むしろこの場合にも危険責任を語る<sup>(31)</sup>ことができる。

法学者たちはかかる危険責任の適用にあたって公道上の保護目的を考慮する。解釈は意味と目的に従い、もとより私道に分類されるが、通常公の利用に供されている道にも拡張される、D.9.3.1.2。<sup>(32)</sup> 具体的な利用がこの場合機能的局面で責任拡大的に作用していることを見るのは興味深い。<sup>(33)</sup> 機能的考察を我々はムキウスの剪定者の事案にも見る。しかしこうした見方は後代の法学者サビヌスやパウルスの場合、ムキウスの一般的な安全配慮原則と比較して制限されている。交通安全配慮義務はどこにでも成立するのではなく、公道であれ私道であれ人の往来が想定されるべき場合に限られる。

## V. 他のアクター——奴隷と動物の責任

補助者が介在した場合、その所有者ないし家父、一般的にはその権力保持者の責任はどうなるか問題がある。ここ

では不法行為責任の問題に限定する。注意すべきは、この責任は補助者の固有財産の欠如ゆえに、被害者は賠償を得るためにつねに権力保持者を相手にしなければならないが、この責任は権力保持者自身の関与の度合いに応じて区別される必要があるということである。権力保持者が、奴隷の所有者としてまた動物の所有者として、発生した損害について賠償しなければならない場合、——加害奴隷の場合は固有財産がなく、加害動物の場合は理性をもたないので、固有の責任は問題にならないので——、責任は加害責任として構成された<sup>34</sup>。これによれば、権力保持者は、加害物を被害者に引渡すことで賠償することができた。さらに損害賠償義務は、加害物が所有者を変えた場合には、終了した。加害は頭に従う *noxam caput sequitur*。責任規定のために決定的な役割を果たすのは、奴隷の行態のせいで損害が発生したり、有用動物のせいで事故が起きた場合と、権力保持者自身の責任が認められるべき場合、つまり他のアクターが所有者によって自らの意思で手段として用いられた場合との区別である。その場合、加害アクターを引渡すことはできず、権力保持者に固有の責任が問題となる。

他のアクターとして、騾馬の例を取り上げよう。それにはローマのカピトリウムの丘へ出かけるのがよい。D.9,2,5,2<sup>35</sup>について、アルフェヌス『法学大全』から、次のような事案がユスティニアヌス『学説彙纂』に伝えられている。即ち、騾馬がカピトリウムの丘の上へと二台の重い荷物を載せた荷車を引き上げている。御者たちは騾馬の負担を軽くすべく二台の荷車の間に入り、前の荷車を後ろから押し上げる。しかし思ったほどの効果は得られず、むしろ前の荷車は逆行し始める。御者たちは脇に飛び退き、前の荷車は後の荷車にぶつかり、後の荷車が逆行して、第三者の所有物たる少年奴隷を轢殺してしまった。セルウィウスの弟子アルフェヌスによって伝えられる事案は、轢殺された少年奴隷の所有者は、誰を相手方として訴訟しうるかを知ろうとしたので、これをめぐる法鑑定である。

アルフェヌスないし彼の師セルウィウスは鑑定において、何よりも事情に応じて法律上の解決を異にすることを示唆した。つまり、御者たちが緊急ではなく持ち場を離れたのであれば、アクイリウス法により訴えられえよう。しかし騾馬の所有者は責任を問われ得ない。<sup>36</sup>この判断は、以下のような論理に基づく。即ち、ある者が自らの意思決定に基づき、自分が支持するものを離れたにすぎずとも、誰かにぶつかれば、その者は責任を負う、というものである。<sup>37</sup>

この具体的な想定事案に、もう一つ別の事案が対置される。すなわち、騾馬が何かに驚いたために後ずさりし、御者たちが押しつぶされるのを懼れて持ち場を離れたのであれば、騾馬の所有者の責任が問われる。

さらに別の考察が付け加えられ、これによれば、アルフェヌスは、訴訟が認められない可能性を考えている。騾馬が一生懸命努力したにもかかわらず荷重を支えることができず、御者たちもその荷重に単純に持ちこたえられなかった場合には、騾馬の所有者を相手方としても御者を相手方としても訴訟は成立しない。このまさに限定的な責任は、あまりにも重い荷重は他人に被害をもたらす結果となる危険と見なされるがゆえに、重大な法的保護の欠缺をもたらす。

サビヌス学派の法学者ガイウスにあつては、その属州告示註解において、騾馬の御者の責任がまったく別の仕方整理されている、D.9.2.8.1。<sup>38</sup>過失、つまりクルパゆえの責任を、つまりアクイリウス法に基づき、ガイウスは、騾馬の御者が無経験や体力不足のゆえに他人の奴隷が踏みつけられないようにできなかつた場合には、これを肯定する。彼が責任を負う所以は、ガイウスによれば、何人も、自己の体力の不足が他人の危険を招来すべきことを知り又は知ることを要する業務に従事してはならないからである。

以上要約するならば、道路通行における補助者としての騾馬の介在は責任制度に従う。騾馬の介在により第三者に

損害が発生した場合は、騾馬の所有者が責任を負う。もちろん注意義務の範囲はさまざまである。セルウィウス／アルフェヌスによれば、具体的状況において、他人に損害を被らせないようになすという基準が妥当する。ガイウスの伝えるところによれば、要件はさらに厳格である。ガイウスは、第三者に危険が及ぶかもしれないと慎重に考慮したにもかかわらず当該の業務を引き受けた場合すでに、責任を肯定する。責任との関係がかくして強調される。ユスティニアヌス『法学提要』はこの方向に従っている。<sup>39)</sup>

## VI. 結語 ロボットについて責任に照らして

責任というテーマについていかなる結論が得られるか。不法行為による損害の場合、加害者ないし加害アクター（ないし加害物）の所有者が賠償義務を負う。機能的な理由からも、一般的な保護利益から、危険の分配、したがって客観的責任ないし広範に設定された注意義務へと導かれる責任が認められうる。

かくして騾馬ないし、奴隸と、現代法学の論議に多くの問題を投げかけているロボットとが結びつけられる。<sup>40)</sup> ローマ法において得られた責任像は、概念的な枠組みを認識させ、教義学的に現代的な問題への大きな近似性を示す。しかしその関係づけのためには、事実的領域における区別を確認しなければならない。というのは、人間的アクターが車の運転に介入することになる限り、ロボットの使用は決定的な方向転換となるからである。<sup>41)</sup> こうした状況が数十年にわたって交通往来においてなお支配していることは、自動走行車の開発のために自動車製造者に協力しようとするグーグル Google やアップル Apple の強力な努力にもかかわらず、きわめて確実である。こうしたことはかかる自

自動車による最初の死亡事故が知られてはじめて起こったわけではない<sup>(42)</sup>。自動車教習所教官は、自分たちの職業身分が余計なものになるのではなく、むしろ、自分たちが技術コーチとなって革新の一翼を担うことになるということも期待される<sup>(43)</sup>。運転者はこの場合、——つねにシステムないし材料の欠陥の検証により、責任を阻却されるか緩和されることがあるが——固有の責任を負うことになる。

「真正な」自動操縦アクターが問題になる場合、責任は、これらが製造者ないし企業によって投入されたということと結びつけられる。危険の潜在的可能性は不法行為法教義学の範囲で、交通安全義務ないし引受義務及びドイツ民法八二三条第一項<sup>(44)</sup>による過失責任の基礎となりうるか、立法によって危険責任として特殊的に形成されうるかのいずれかである<sup>(45)</sup>。交通安全義務の拡張とロボットに特殊的に形成される危険責任の立法的規制という選択肢の間で、実際には今日のさまざま提言がなされている。

これらのモデルはローマ法にすでに知られており、そこで決定的な対立なく併存したことは、不法行為法のカズイステイシユな規制<sup>(46)</sup>、さらにローマ法修得の歴史の中でこの伝承の宝庫から導かれる多様な帰結についての主要な理由である。ローマ法のさまざまな動因つまり、立法者、法務官、専門法学者は、高度な議論水準で、新しい要請への対応や準拠基準を可能ならしめる体系を形成した。かくしてローマ法は、堅固な統一体でなかったにもかかわらず、むしろそうでなかったがゆえに、驚くべき安定度を獲得した。ユスティニアヌスの法典編纂は、多くの論争の伝承が歴史化され、立法による明確化によって克服されたとしても、本質的なものを変更したわけではなかった。多くの論争問題の中にさまざまな解決の伝承が保存されている。このことは歴史に関心をもつ研究のためにローマ法の魅力を約束する。これらの関係を明らかにすることは新しい規制領域にとって有用であるばかりか、さまざまな責任体系の理解

にも役立つ。

## テーゼ

1. ローマ法には不法行為責任ついてさまざまな規制が複雑に共存している。その根拠として、法律、法務官による訴権及び法学者による解釈が問題になる。
2. 解釈の変化は、新しい法的救済の形成の帰結を反映する。このことはとくにアクイリウス法についてあてはまる。同法が、一般的に理解される加害行為禁止の基礎として解釈され、一般的注意義務が認められる（クイントゥス・ムキウス）と、広範に不法行為責任に至る。この責任が狭い事実要件解釈により身体的に結びつけられた損害に制限されると、法的保護の欠缺が生じ、この欠缺を法務官は選択された事案において他の方法で埋める。
3. 法的保護として、法務官は事実訴権 *actio in factum* を用いる。これは加害の身体的な直接性がない場合に採用されうる。その他、法務官は危険状況のために訴権を承認でき、これは公共の利益から主観的帰責性なしに損害賠償を認める。
4. さまざまな責任モデルの併存は、現代の新しく生起する責任問題についてをも、さまざまなオプシヨンの中から意識的な選択により、規制するための豊富な選択の幅を提供する。

(1) C. Möller, Grundlagen des römischen Vertragsrechts, in: Ph. Kunig, M. Nagata (Hrsg.), Deutschland und Japan im

rechtswissenschaftlichen Dialog, Köln 2006, S. 71-90.

(2) Gaius Inst. 3,88 Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species ducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 「これから、われわれは債権の説明に移ろう。債権の最高の分類は二種に帰する。なぜなら、あらゆる債権は、あるいは契約から、あるいは不法行為から発生するからである。」〔船田享二訳『ガイウス法学提要』を参照、一部改変。〕

(3) *J.D. Harke*, Römisches Recht, 2008, S. 42 (§ 4 Rn. 12) は、この区別を、ローマ法における不法行為責任がもつばら罰機能によつて特色づけられたことによつて根拠づけている。これは説得的でない。多くの契約関係における有責判決は破廉恥 (Infamie) に向けられた、例えば委任に基づく責任の場合。不法行為債務の場合の罰的機能は、アクィリウス法に基づけば、加害者が被害者からの請求を争わない場合、後退する。しかし争つた場合は、破壊されないしは損害を受けた物の評価価値は Litiskreszenz により二倍額となる。

(4) Gaius Inst. 3,182: Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. Quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in III genera diducantur, sicut supra exposuimus. (*Übersetzung aus Manthe, Gaius Institutionen, 2004*) 「いま、われわれは不法行為から発生する債権の説明に移ろう。例えば、ある者が窃盗を行ない、財物を強奪し、損害を及ぼし又は侵害を加えた場合がそれである。これらの行為から発生する債権はすべて同一の類に属する。これに反して、契約から発生する債権は、われわれが前に説いたように四類に分かれる。」〔船田享二訳『ガイウス法学提要』を参照、一部改変。〕

(5) XII-Tf. 8,2-4 (Ausgabe von Düll, 6. Aufl. 1989). 2. SI MEMBRUM RUPSIT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO. 「もしある者が他の者の」一肢を破壊した場合、その者との間で和解せざるときは、同害報復があるべし。」3. MANU FUSTIVE SI OS FREGIT LIBERO, CCC, SI SERVO, CL POENAM SUBITO. 「手又は杖によりもしある者が」自由人の一骨を挫折した場合、「その者は」三〇〇アスの罰金を、もし奴隷の一骨の場合には、一五〇アスの罰金を蒙るべし。」4. SI INIURIAM FAXSIT, VIGINTI QUINQUE POENAE SUNTO. 「もしある者が」人格侵害を為した場合、二五アスの罰金

があるべし。〔佐藤篤士訳『改訂 LEX XII TABULARUM : 十二表法原文・邦訳および解説』一九九三年、一四八一―一五三頁を参照。〕

(6) 放牧訴権 *actio de pauperie* について *F.Cursi*, Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht, SZ 132 (2015), 362, 363 ff. を見よ。

(7) XII-Tf. 8,12-13 (Ausgabe von Döll, 6. Aufl. 1989) : 12. SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO. 「夜間に盗みが行われ、家の主が盗人を殺害したならば、盗人は合法的に殺されたとされるべし。」 13. LUCI .. SI SE TELO DEFENDIT .. ENDOQUE PLORATO. 「白昼……もし盗人自ら凶器を以て抵抗するならば……大声を発すべし。」〔佐藤篤士訳・前掲書を参照。〕

(8) O.Behrends, Gesetz und Sprache, in: Nomos und Gesetz, Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, hrsg. von Behrends und Sellert, 1995, S. 225 ff. = Institut und Prinzip, Band 1, 2004, S. 197 ff.

(9) 立法 (ユリウス及びプラウティウス法 *Leges Iulia et Plautia*) により、前一世紀に強奪品は使用取得されることが確認された。盗品についてはこのことは十二表法以来妥当する。同法が、この法的効果を盗概念の限局後も強奪物について維持するに資したことはきわめて蓋然的である。

(10) 不法行為としてのインフリマ *iniuria* について、差しあたり *M. Kaser/R. Knütel*, Römisches Privatrecht, 20. Aufl. 2014, § 51 III. (S. 304 ff.) を見よ。

(11) アクイリウス法をめぐる文献は多い。多くの比較法を踏まえた詳述書として *R. Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, München 1992, S. 953 ff. を参照。 *H. Hausmaninger*, Das Schadensersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien 1996. を参照。

(12) O. Behrends, Art. Quintus Mucius Scaevola, in: Juristen, Stolleis (Hrsg.), München 1995, S. 444 f.

(13) O. Behrends, Gesetz und Sprache, S. 241 ff. = Institut und Prinzip, S. 215 ff. (Fn. 6) ; C.Möller, Via publica und via privata im römischen Deliktsrecht, FS Behrends, 2009, 436 ff. So auch im Bärengrubenfall (S. 440 ff.) und im Stutenhetzfall,

- ハベトシニハ、アベド *O. Behrends*, Römischrechtliche Exegese: Das deliktrechtliche Haftungssystem der lex Aquilia, *JuS* (Juristische Schulung) 1985, 878-885.
- (14) ゼーン 語訳 ヲハベト *O. Behrends* / *R. Knittel* / *B. Kupisch* / *H. H. Seiler*, *Corpus Iuris Civilis* Band II, Digesten 1-10, Heidelberg 1995 を参照。〔船田 亨「訳を参照」〕
- (15) *C. Möller*, Via publica und via privata im römischen Deliktsrecht, in: *Ars iuris. Festschrift für Okko Behrends*, Fn. 13, S. 421 (438 ff.).
- (16) 古典後期法学者パウルスやサジュヌス法学派に配するハベトシニハ *C. Möller*, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption*, Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, K. Muschelner (Hrsg.), Berlin 2011, S. 455 ff. を参照。
- (17) *D. 9,2,9,4 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum; Inst. 4,3,4.*
- (18) *H. Hausmaninger*, Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia, Fn. 15, S. 29.
- (19) *O. Behrends*, Art. Servius Sulpicius Rufus, in: *Juristen, M. Stolleis* (Hrsg.), München 1995, S. 562 f.
- (20) *D. 9,2,9 pr. Ulpianus libro octavo decimo ad edictum: Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actio-nem dandam, quae sententia vera est: magis) enim causam mortis praestitit quam occidit. 2 Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait. 3 Si servum meum equitatem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus. 「1. 同様にして、助産婦が投薬しその結果母が死亡したる場合について、ラベオは場合を分かつて、助産婦が自ら薬剤を服させたときはこれを殺害したものと認められるべく、これに反して、母をして自ら服薬させる為に薬剤を与えたときは事実訴権を賦与されるべきものとされる。この意見は正当である。なぜならば、後の場合には、殺害したいうよりもむしろ死亡の原因を提供したものである。2. ある者が奴隷を餓死させたときは、事実訴訟によって義*

務を負うとネラティウスは述べた。3. 乗馬中の私の奴隷が汝が馬を激昂させて河中に墜落させ、そしてそれゆえに奴隷が死亡したときは、事実訴権が賦与されるべきであるとオフィリウスは述べた。このことは、あたかも、私の奴隷がある者によって伏兵所に連行されて他の者によって殺害された場合と同様である。」〔船田享二訳を参照。一部改変。〕

(21) 事実訴権の登場との関連について *D. Nörr, Causa mortis*, 1986, 139 ff. 及び *こうした論法を案出した法学者たちについて* S. 160 ff. 参。その限りで *O. Behrends, Gnomon* 61 (1989), S. 685 (692) の書評は好意的であり、さらに一歩進めて *S. 697 ff.*

(22) こうした観点から、アクリリウス法に基づく責任をめぐり明らかには *A. Bürge, Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999, S. 18 ff.

(23) *O. Behrends, Gesetz und Sprache* (Fn. 6), S. 243 = *Institut und Prinzip*, Band 1, S. 217.

(24) *O. Behrends, Römisches rechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der Lex Aquilia*, Jus 1985, S. 878 (883).

(25) Zur einerseits haftungserweiternden Rolle der culpa und ihrer andererseits haftungsausschließenden Funktion *N. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen 2003, S. 252 ff.

(26) *D. 9,3,1 pr. Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum: Praetor ait de his, qui deecerint vel effuderint: "Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum in-dicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere."* 「法務官は物を投擲又は放撒したる者について曰く、『人が通行し又は佇立することを常とする場所に何物かが投擲又は放撒されたときは、右事実により加えられ又は発生した損害額について、右場所の建物に居住する者に対して、予は二倍額請求の方式書を附与すべし。右の投擲により自由人が死亡したとの主張される場合には、予は五〇金について方式書を附与すべし。同人が死亡せず傷害を蒙ったと主張されるときは、右事実により被告が責有るものとの判決を受けることを審判人が衡平と認める額について、予は方式書

を附与すべし。所有者が知らずしてその奴隷がこれを為したと主張される場合には、予は方式書においてこれを附言し又加害物委付を命ずべし』と。」これについて *F. Cursi, Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht*, SZ 132 (2015), 362, 380. を見よ。補足的に「庇について de suggrundis の告示は、張出しや庇に設置されたものによって生じる危険責任を規制する。」

(27) D. 9,3,1,1 Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum: Summa cum utilitate id praetor-rem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. 「法務官が最大の便益を考慮して右告示を爲したることは何人も否定すること無し。何故となれば、恐怖及び危険無くして道路を往復することは公共の便益なるを以てなり。」〔船田享二訳を参照。〕

(28) Die Verhältnisse sind anschaulich geschildert bei *R. Zimmermann, Effusum vel deiectum*, Festschrift für Hermann Lange, D. Medicus, H.-J. Mertens, K. W. Nörr, W. Zollner (Hrsg.), Köln 1992, S. 301 ff.

(29) 前367年に導入された官職、当初はパトリキ的官職。奴隷及び家畜市場を管轄し、その関係の裁判権を行使し、それゆえ告示発布権を有した。

(30) これについては、たとえば *C. Möller, Die Rolle der Unterscheidung von via publica und via privata im römischen Deliktsrecht*, FS Behrends, Fn. 13, S. 442 f. を見よ。学説彙纂に読める告示規定の解釈は明らかに告示の目的に向けられている。

(31) *R. Zimmermann, Effusum vel deiectum*, FS Lange, 1992, S. 301 ff. *Cursi, Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht*, SZ 132 (2015), 362, 376 は「真の客観的責任」, „echte objektive Haftung“ と呼ぶ。彼女はこれと放牧訴権 *actio de pauperie* を区別する。後者では、動物は「債務者」, „Schuldiger“ として責任の連結点を形成する。動物は「理性を欠いているのだ」 *quia sensu caret*。所有者が加害行為について責任を負われる。

(32) D. 9,3,1,2 Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum: Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum volgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae volgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. Ceterum si aliquando vulgus in illa via non commebat et tunc deiectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri. 「*Διὸς ἕνεκα*

公有地であるか、他方、一般に通行がなされる限りで、私有地であるかはさして区別される要しない。というのは、法務官は通行人に関して考慮するものであって、公路について規定するものではないからである。実際、一般に通行がなされる場所はつねに同一の安全を保有すべきものだからである。他方、もし一般人がそれまで往来したことがなく、その後ある物が投擲又は放撒された場合、その時までにはなお人気のない場所であり、漸く往来が始ったときには、本告示によって義務を負うことを要しない。」「船田享二訳を参照。」

(33) *F. Cursi, Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht, SZ 132 (2015), 362, 383 f.* はローマの都市的商業的拡大との関係を見る。法務官と法学は主観的責任原理に照らした損害賠償に関心を有する。客観的責任のメカニズムはこの原理を補足したとされる。この分析は私には適切ではあるが、これだけではないと思われる。教義学的な二者択一は、不法行為責任モデルの意識的優遇が補足要請を引き出したことを示す。規制と意見表明の併存は体系概念を曖昧なものとした。

(34) 加害責任 *Noxalhaftung* について、詳しくは *J. D. Harke, Teil III Die Rechtspositionen am Sklaven, 2: Ansprüche aus Delikten am Sklaven, Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS), hrsg. von Chiusi, Filip-Fröschl, Rainer, Stuttgart 2013, passim; F. Cursi, Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht, SZ 132 (2015) 362 ff., 379 ff.* 加害責任について、支配に基づく責任なる「力の論理」, „Logik der Macht“ (Branca) に基づく責任が重要である点を強調する。

(35) *D. 9,2,52,2 Ateenus libro secundo digestorum: In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: [inter] superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret, respondi in causa ius esse positum: nam si muliones, qui superius plostrum sustinissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilo minus eum damnatum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinisset, aequae si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset,*

damnum iniuria daret. sed si mulae, quia aliquid [reformidassent] < recessissent > et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi [quo] < quod > conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. illud quidem [certe] < certum esse >, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent. 「カピトリウム丘の坂道で二台の荷車を騾馬が引き上げていた。前の荷車の御者は荷車の逆行を支えて、騾馬の牽引を容易にしようとした。その間に上の荷車が逆行し始め、両車の中間にいたる御者がその間から脱出したために、後車は前車に押されて後退して、ある者の少年奴隷を轢殺した。少年奴隷の所有者は何人に対して訴訟を実行することを要するかについて意見を求めた。私は次のように答えた、即ち、事情により法律上の解決を異にする。蓋し、上の車を支持した御者が自発的に退却しそしてそれ故に騾馬が荷車を支持することができず、その荷重によって引き戻されたときは、騾馬の所有者に対して何らの訴訟も成立せしない。後退しようとした荷車を支持した者に対してアクイリウス法によつて訴訟を実行することができる。というのは、その支持した物をその意志によつて逸走させ、何人かに衝突させた者もまた等しく損害を加えたるものだからである。例えば、あるがその駆立した騾馬を抑制しなかつたときは、ある者がその手より矢その他の物を投付けたるときと同じく、違法に損害を加えるものである。しかしもし騾馬が何ごとかを恐怖したために、そして御者が圧殺される危惧に駆られて荷車を捨てたときは、右御者に封しては何らの訴訟も成立せず、騾馬の所有者に対して成立する。これに対して、騾馬も御者もいづれも原因を与えたのではなく、騾馬が積荷を支持することができず、又はこれに反して騾馬も御者も努力した際に滑って転倒し、そしてそれ故に荷車が逆行し、且つ荷車の転倒に遭つた者が積荷を支持することができなかつたときは、騾馬の所有者に対しても御者に対しても訴訟は成立しない。事情の如何にかかわらず、後車の騾馬の所有者に封して訴訟を実行できないことは確かである。というのは、騾馬はその意志によつてでなく、圧迫され後退したからである。」〔船田享二訳を参照。〕

(36) この箇所では、自由人たる御者が問題とされていることになる。この経済部門における労働関係について、C. Möller,

Die mercenarii in der römischen Arbeitswelt, SZ 110 (1993), S. 296 ff. を見よ。

(37) 別の例として、ある者がその駆立てた騾馬を抑制できなくなった場合や、狙って手から離れた投擲によって生じた損害が言及される。

(38) D. 9,2,8,1 Gaius libro septimo ad edictum provinciale: Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non poterit, si eae alienum hominem obriverint, volgo dicitur culpae nomine teneri, idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non poterit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehabatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit. 「騾馬の御者もまた、その無経験によつて騾馬の興奮を抑制することができず、騾馬が他人の奴隷を傷害したときは、過失の名義を以て義務を負うことは普通に認められるところである。力弱くして騾馬の興奮を抑制できなかった場合もまたこれと同一である。そして、何人も、自己の体力の不足が他人の危険を招来すべきことを知り又は知ることを要する業務に従事すべきものではないので、体力の不足を過失に算入することもあえて不衡平とは認められない。その御する馬の興奮を無経験又は体力の不足の故に抑制することができなかつた者についても同じ法に属する。」〔船田享二訳を参照。〕

(39) Vgl. Inst.4,3,8.

(40) Vgl. nur J. E. Schirmer, Rechtsfähige Roboter?, JZ (Juristenzeitung) 2016, 660 ff.: 氏は、目的を中心に置く権利能力の機能的理解を提唱する。

(41) このことは、ニダ＝リュメリン Nida=Rümelin によつて、次の新聞論稿において in einem Zeitungsartikel der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung (F.A.S.) vom 17.7.2016,、当然の要請と定式化されている。

(42) テスラ自動車の事故についての新聞記事二〇一六年五月七日を参照。

(43) Artikel in der F.A.Z. vom 29.12.2015.

(44) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges

Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“ 「故意または過失によって他の者の生命、身体、健康、自由、財産またはその他の権利を違法に侵害した者は、当該他の者に対して、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。」

(45) 危険責任としてのロボット責任について『Hanisch, Jochen, Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik, in: Hilgendorf (Hg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 27-61, S. 54, 構成的選択肢について』 S. 36. を見よ。

(46) 『F. Cursi, Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht, SZ 132 (2015), 362, 383ff.』 法的救済の全体構造に関して、体系的な統一性よりも、個々の合理性がより高く評価された、と説明する。

## 訳者後記

本稿は、二〇一六年九月二九日に、日本大学法学部において開催されたコージマ・メラール教授 (Prof. Dr. Cosima Möller) による講演「ローマ法における不法行為責任の概念」(原題: Konzept der deliktsrechtlichen Haftung im römische Recht) を、教授のご了承を得て訳出したものである。当日は講演原稿及びローマ法源資料からなるハンドアウトが配布されたが、本稿は、講演原稿をもとに、法源資料類を本文に組み込んでいただき、その後に加筆修正及び文献の追加がなされた改訂版に基づいている。本講演に関連する論文として C. Möller, Haftungskonzepte im römischen Deliktsrecht, in: Sabine Gless, Kurt Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2017, S.119-138. を参照いただきたい。なお、本稿の原文は『Comparative Law, vol.34 (2017)』に掲載予定である。

メラール教授は、オッコ・ベーレンツ (Okko Behrends) 教授のもとで研鑽を積まれ、二〇〇三年八月ベルリン自由大

学・民法・ローマ法担当正教授に就任され、現在に至っておられる。二〇一三年四月から二年間法学部長を務められた。

著書として、①『地役権＝ローマ法における土地をめぐる私法上の諸関係の発展史と法的構成』Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücks- vermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, Wallstein Verlag, Göttingen 2010. Überarbeitete Fassung der Habilitationsschrift, Göttingen 2000. ②『労働法における自由と保護』Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht. Das Fortwirken des römischen Rechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte Band 18, Göttingen 1990. 論文として、最近のものを含む。③「ローマ法における水権の要素」Elemente des römischen Wasserrechts - lex und natura, servitus und vetustas, in: Ignacio Czeguhn, Yolanda Quesada, José Antonio Perez Juan (Hgg.), Wasser - Wege - Wissen auf der iberischen Halbinsel vom Römischen Imperium bis zur muselmanischen Herrschaft. Tagungsband zur gleichnamigen Tagung in Elche 2014, Baden-Baden: Nomos Verlag (im Druck) ④「売手の情報提供義務」Informationspflichten des Verkäufers. Grundlagen im römischen und im heutigen deutschen Recht, JUS, 1 (2015), 7-26 (im Druck) ⑤「ローマ民法」"Römisches Kaiserrecht", in: Kaisertum im ersten Jahrtausend. Wissenschaftlicher Begleitband zur Landesausstellung "Otto der Große und das Römische Reich. Kaisertum von der Antike zum Mittelalter", hrsg. von H. Leppin et alii., Schnell & Steiner Verlag, Regensburg 2012, S. 117-134. ⑥「帝政期法学派へのウルピアヌス並びにパウルの帰属」"Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen", in: Römische Jurisprudenz - Dogmatik, Überlieferung, Rezeption, F.S.ft für Detlef

Liebs zum 75. Geburtstag, hrsg. von K. Muscheler, Duncker & Humblot, Berlin 2011, S. 455-468. などがある。

メラー教授は、冒頭にも記されているように、二〇〇六年に日本大学法学部及びベルリン自由大学法学部との共同シンポジウムの際に来日され、「ローマ契約の基礎」について講演を行っておられる。今回、二〇一六年度日本大学海外客員教授招へい計画の一環として来日され、二〇一六年九月二七日～一〇月六日まで東京に滞在された。この間、本講演のほか、九月三〇日に、「ルードルフ・フォン・イエーリングの著作における法学的構成―普遍的な法的字母（アルファベット）から法学的な美へ―」（Die juristische Konstruktion im Werk Rudolf von Jherings - vom universellen Rechtsalphabet bis zur juristischen Schönheit）<sup>1</sup>一〇月五日に、「金融取引法における消費者保護の現状」（Aktuelle Entwicklungen beim Schutz von Verbrauchern im Kreditrecht, insbesondere zu Sorgfaltspflichten vor Vertragsschluss）に関する講演が行われた。これらはそれぞれ永田誠名誉教授及び益井公司教授によって訳出され、本号に掲載されている。

メラー教授の招へいにご尽力とご高配をたまわりました大塚吉兵衛学長、本部関係各位、池村正道法学部長、法学部国際交流委員長・小田司教授をはじめとする関係各位に厚く御礼申し上げる次第である。また法学部研究事務課の皆さまにはさまざまな面で献身的なサポートをしていただきました。この場を借りて、あらためて感謝申し上げます。



# ルードルフ・フォン・イエーリングの著作における法学的構成

——普遍的な法的字母（アルファベット）から法学的な美へ——

コージマ・メラ<sup>\*</sup>

永田 誠 訳

## I. 初めに

私の、この、ルードルフ・フォン・イエーリングについての講演は、日本において、特別な興味を惹くことができ  
るのではないかと思えます。イエーリングが一八七二年に、ウィーンを別れる際に「権利のための闘争」というテー  
マで行った講演は、日本語に訳されているばかりでなく、最近に至るまで多くの人に親しまれた書物です。<sup>①</sup>しかし、  
イエーリングに対する評価は、一九世紀においても、この講演だけに与えられたものではありませんでした。彼の、

「その発展の多様な段階におけるローマ法の精神」という最初の著作における法学的構成についての叙述も評価に重要な役割を演じていました。<sup>(2)</sup> イェーリングのこの著作、さらには、これ以外の著作や活動における彼の見解が背景になって、日本の皇族がイェーリングのゲッティンゲンの家を訪問し、日本の将来の憲法上の問題について助言を求めようとする動きがありました<sup>(3)</sup>が、この計画は実現しませんでした。しかし、一八八六年と一八八七年の宮崎道三郎（二八五五―一九二八年）に対する助言や、特に一八八九年一月二六日に日本の法律家にして政治家の金子堅太郎が訪問した際に金子堅太郎に対して行われた助言の功績の故に、イェーリングは、一八九二年に旭日重光章を授けられています。<sup>(4)</sup>

私は、本日の講演で、イェーリングの法学的方法を中心に話をしたいと思います。イェーリングによれば、法学的構成は、いくつかの機能を満たすものです。それは、超然とした展望をもたらすものであり、法的規制を教授法上有意義に解釈しそれを実務に適用することができるために不可欠なものです。法学的構成は、さらに、法の形成作用にとっても重要な機能を果たします。加えて、法学的構成にとつて、普遍的な要素が固有のものであります。イェーリングは、国内法秩序に結び付けられていない、一般的に存在する法の要素に基づいて世界中の至るところに存在している、普遍的な法的字母（アルファベット）について述べています。それは、法の分析から生じるものであつて、イェーリングによれば、法学的技術の三つの基礎的な操作のうちの一つです。基礎的な操作の他の二つは、集中と構成です。

この講演の最初に、イエーリングの生涯について簡単に述べ、彼の立ち位置と著作について詳しく述べようと思います。それは、法学的構成の文脈において特別な意味を持つものです(Ⅱ)。その後で、自然歴史的方法の中核としての法学的構成を紹介しようと思います(Ⅲ)。その際、イエーリングのこの理論のためにローマ法の役割について光を当て、普遍性の考え並びに法学的美の要素について特別な注意を喚起したいと思います。締め括りとして、具体的説明のために用いられた比喩的な言葉がこの著名な法律家の伝記的な文脈の中に織り込まれます。

最後に、イエーリングによって光彩豊かに発展せしめられた法学的構成の役割を、彼のその他の著作の展望の中で説明し、その現代における意味を点描します(Ⅳ)。いくつかの立言は本質的な意見表明をなす筈で、ディスカッションを引き起こしてくれるでしょう。

## Ⅱ. ルードルフ・フォン・イエーリングの生涯(一八一八—一八九二年)

イエーリングがウィーンにおける「権利のための闘争」という講演で述べた締め括りの言葉は彼の生活のモットーであったのかもしれませんが、それは、

「人智の最後の断案はかうだ。

凡そ生活でも自由でも日々これを贏ち得て、

始めてこれを享有することができる」

(訳者注：日沖憲郎訳、岩波書店、昭和六年初版、昭和三〇年二冊、一一六頁によった。)

これはゲーテのファウスト第二部第六章によつていますが、イエーリングによつて権利に結び付けられた自由についての核心的なメッセージです。即ち、権利のために闘うために、個々人の人的な権利のために闘うために、そしてそれによつて個々人の人格の発展のために闘うために、さらに、共同の生活のよき秩序としての法のために闘うために、準備が必要であるという核心的なメッセージです。<sup>⑤</sup> イエーリングは、法の正しい理解、その根底、その特殊性、その効力について、正しい理解をわがものにしよう、常に試みていたのです。

この使命をイエーリングは勉学のうちに見出しています。イエーリングは、一八一八年にオストフリースラントのアウリッヒ、つまり北海の沿岸の町で生まれました。<sup>⑥</sup> イエーリングは、古くから住みついた非常に有名な法律家にして官吏の家柄に生まれました。大学での勉強は、ハイデルベルク、ミュンヒェン、ゲッティンゲンでした。家族は一八三七年にゲッティンゲンへの移住を決めました、それは、イエーリングが文学上の勉強や小説家として生きることへの興味を示し、イエーリング家における悩みが解消されたからでした。<sup>⑦</sup> ここに、イエーリングが後年に余すところなく示した法学的小説家としての才能を見ることができません。<sup>⑧</sup> 法学への方向付けは、やさしいものではありませんでした。一八三九年の日記には、確信をもつて、「今日からは理論こそがわが人生の唯一の詩である」と書いています。<sup>⑨</sup> 彼は、ゲッティンゲンで、国家試験の受験を許可されなかつたので「ハノーファー王国では、兄ゲオルクの他に、もう一人の役人をオストフリースラントの家族から採用したくなかつたのでした」、イエーリングは、学問的なキャリアを積むために、一八四〇年にベルリンへ行きました。<sup>⑩</sup> そこで一八四二年に博士号を取得し、一年後にローマ法の研究で大学教授資格を取得しました。ここにおいて、彼の学者としてのキャリアの基礎が置かれること

になりました。しかし、彼が、一八四三年五月六日に、私講師としてローマ法の原理について―彼の考えがそこで初めて公に発表されたわけですが、そして後日、「ローマ法の精神」で完成を見るのですが―行った講義には、ほんの数えるほどの聴衆とたまたま興味を持った六人が聴講したのみでした。<sup>(11)</sup>彼のその後の経歴は、ざっと述べれば、最初バーゼル（一八四五年）、同じ年にローシュトゥック、一八四八年にキール、そして一八五二年にギーセンでした。ギーセンでは、イエーリングの最初の主著「その発展の多様な段階におけるローマ法の精神」が著されました。最初の二巻が一八五二年と一八五四年に著されると、次刊である第二巻の二―それは、イエーリングによつていわゆるより高度な法律学とされていた自然歴史的方法についての著述を含んでいました―が、一八五八年に著わされる前に、イエーリングは、友人にして後日の国家法学者カール・フリードリッヒ・フォン・ゲルバー（二八三―一八九一年）と共に、今日のローマ私法並びにドイツ私法のドグマティーク（教義学）のための年報を発刊しました。この雑誌の巻頭論文は、「われわれの使命」と題されています。

イエーリングは、そこで、彼が、「ローマ法の精神」の諸巻の中で発展せしめた生産的法律学の共通のプログラムを提示しています。そのプログラムのために、「ローマ法の精神」の諸巻の中で発展せしめられた方法の基礎が重要な役割を演じていました。<sup>(12)</sup>素材の具体的歴史的な処理が素材の抽象的な適用によつて補充されるべしとするのです。この使命は、イエーリングによれば、法史学が担うもので、より高い次元において現行法のドグマティーク（教義学）が担うものです。<sup>(13)</sup>

ギーセン時代は、文学的かつ学問的に生産的な時代であったばかりではなく、イエーリングがギーセン大学の評議

学部としての学部の一員として実務的な法律問題と接触した時代と特徴づけられます<sup>14</sup>。教授たちは裁判所から法律上の鑑定を求められていました。最終的に沈没した船についての持分を二重に売ったところの売主の二重の代金請求の問題についての鑑定<sup>15</sup>がイエーリングをして、自らの表現によれば、ものの見方における「転換」をもたらしたのでした<sup>16</sup>。イエーリング研究は、この新しい方向付けの意味合いについて、盛んな議論を呼んでいます<sup>17</sup>。この方向付けをゲッティンゲンの法制史家フランツ・ヴィーアッカーは「ダマスクスの体験」<sup>18</sup>として、あるいは、彼のゲッティンゲンの後継者オッコー・ベーレンツは「法の目的への突破（決壊）」<sup>19</sup>として、記述しています。

フランクフルトの法制史家ヨアヒム・リュッケルトは、著作を詳細に検討すると、考え方の深刻な変更が行われたとする解釈は、イエーリング自らが名付けた概念法学を後年において揶揄することの中に持ち込んだ論争に乗せられてしまったと見るのが正しいのではないかという見解を表明しています<sup>20</sup>。

イエーリングの学者としての経歴は、一八六八年にウィーンに招聘され、直ちに、「法律学は学問か」というテーマで教授就任講義を行ったときにその頂点を迎えたのでした。この講義は、大きな期待を呼び寄せ、大講堂は満員となりました<sup>21</sup>。そして、彼は一八七二年に「権利のための闘争」を以てウィーンという活躍の場に別れを告げるのですが、この講演はまさに、彼の生涯の集大成とも言えるものでした。法律家協会におけるこの講演は、一つの社会的な現象を呈し、数多くの実務家の他に政治の分野の代表者たちのみならず、オーストリアの皇帝一族もその講演に詰めかけました<sup>22</sup>。オーストリア皇帝は、イエーリングがウィーンを去りゲッティンゲンへ赴くに際して、世襲貴族の身分を与えたのでした。

イエーリングはゲッティンゲンで、その生涯の最後の二〇年を過ごすこととなります。ここで、彼の二番目の主著「法における目的」が出来上がりました。この書物において、イエーリングは、法律学について社会的な目的への顧慮を開拓したのでした。また、彼は、ゲッティンゲンでその二つ目の重要な法的感情についてのウィーン講演を完成したりもしました。<sup>(23)</sup>彼の古希の誕生日には、ゲッティンゲンで胸像が作成されましたが、これは全く異例の名誉な出来事でした。<sup>(24)</sup>この表彰のために―日本からの叙勲もその一つですが―、イエーリングの黄金の博士号取得祝賀を契機として、多数の内外の総合大学および単科大学からの学問的な集いや祝賀の言葉が寄せられました。<sup>(25)</sup>

さて、これから、今日のテーマの核心である、イエーリングがローマ法から発展せしめて来た方法へと入っていきましょう。

### Ⅲ. 自然歴史的方法の中核としての法学的構成

#### 1. 法学的構成（一八五七年／八年）

イエーリングは、その法学的構成についての学理を二か所で発展せしめています。一は、彼の最初の主たる著作の第二巻、その発展の多様な段階におけるローマ法の精神、においてであり、他は、ゲルバーと共に刊行した、今日のローマ私法並びにドイツ私法のドグマティーク（教義学）<sup>(26)</sup>のための年報での巻頭論文においてです。イエーリングは、法学的構成を、法学的な実体を見つけ出すための手段とみています。つまり、生の法的素材の中に含まれているが法学的な技術をもつてのみその素材から読み取ることができるところの法学的な実体を見つけ出すための手段とみ

ています。この技術的な作業は法の実現の使命の中に位置づけられるものです。

このとき、イエーリングは、法の実現だけでなく、この実現が如何に行われるか、ということが重要であるとして<sup>(27)</sup>います。ここでは、純粹に形式的な問題だけが問われるとします。この観点からは、全ての法の努力目標である絶対的な理想が存在するとします。この法の実現は、二重の要求に結び付けられており、それは確実であると同時に均整の取れたものでなければなりません。そして、その上で、容易でありかつ迅速でなければなりません。イエーリングは、法の技術は法の実質的な妥当性とは別物でなければならぬとします。この実質的妥当性には法律家の力は及ばないのです<sup>(28)</sup>。

法の実現に奉仕するために、法学的技術の総合的な作業は次の二つの主目的を追及するのです。即ち、法の質と量の両面における簡素化の目的と適用の熟練への教育の目的です。法の適用の熟練は個々人の事柄であり、訓練によって習得できる芸術であるとしします。それは、法的素材の形成によって易しくもなり難しくもなり得るのです。しかし、イエーリングは続けます。法の量的かつ質的な簡素化は、実用化の観点から大きな意味を持ちます。簡素化は、法技術の完成を目指します。

量的な面における簡素化は法にその儉約をもたらします。それは、「可能な限り少なく決めて、可能な限り多くを達成する」<sup>(29)</sup>に奉仕します。これについては、法学的技術の二つの基本的な操作が活用されます。それは、まず第一

に、素材を解体すること、あるいは簡単な基本的要素へ還元すること——これをイエーリングは法学的分析と言っています。第二は、素材の論理的濃縮（集中）であり、第三は、素材の体系的な秩序づけです。イエーリングは、この法学的構成の理論の助けをかりて、法の量的な簡素化を達成しようとするのです。<sup>(30)</sup>

法学的分析は、イエーリングにとつて、言語の字母（アルファベット）で表された考えを法へと橋渡しするための方法なのです。<sup>(31)</sup> 言語の字母（アルファベット）が、個々の要素へと縮小することによつて、言葉の多様性を手に入れるように、法における一般的なものの抽象化が素材の縮小へ導くことができます。<sup>(32)</sup> 分析によつて獲得された法実体は、例えば、売買契約や通行権や遺言といった、独立のあるいは具体的な法実体へと、そして、抽象的な法実体へと分けられます。抽象的法実体は、例えば、取消とか遅滞とかいった制度です。これらは、常に、具体的な法律行為ないしは債権関係との結合においてのみ生じて来るものです。法学的な分析の使命は、解体し、相互により分け、かつ切り離す道を通して法の単純な要素を見出すことにあります。イエーリングは、この方向における法学的な技術を「法の化学」と表現しています。<sup>(33)</sup>

イエーリングは、意識的に、彼の技術の理論を、発展過程を組織（体系）へ収斂させるというダイナミックな要素で構成しました。彼は、法発展における典型的な事象として、抽象的な考えは先ず特殊な点、歴史的な突破点（方向転換）において認められ得る、つまり、先ず個々の事象の中に、あるいは例外として、発生するとのことです。<sup>(34)</sup> イェーリングが、一覧表の形式で示したように、これを示す数多くの例がローマ法の中に存在します。類推的な拡張

の意味における類推の可能性も法学的な分析に依拠しています<sup>(35)</sup>。それ（類推可能性）は、法的な思考を一般化し、それによって同時に立法的な思考の批判と解釈を含みますが、立法者の権利への介入というわけではありません。歴史的なローマ法においては、それに結び付けられた法的思惟の一般化の使命が法律学に与えられているといふのです<sup>(36)</sup>。

イエーリングは、分析によって得られた法的字母（アルファベット）が普遍的な性格を持つことは可能であるとしません<sup>(37)</sup>。彼は、しかしながら、同時に、概念は純粹に形式的でなければならず、実務に適した形成と実体的な填充が必要であるとし、これは、実定法の分野に属するとします。従って、法的字母（アルファベット）は言葉としての字母（アルファベット）とは異なり、それ自体自己完結的ではありません。例えば目的物についての錯誤と動機の錯誤との間に横たわるように、概念上の差異が必要であるとしても、その差異の実務的な重要性は現行の法秩序の確定に依拠するといふのです<sup>(38)</sup>。

論理的な集中は、「法的字母（アルファベット）」の組立のように、法の素材の量的な簡素化に役立つべきですが、それは、立法者が―意識するにしろしないにしろ―一つの原理に従ったときのみ可能です。この原理を認識し個々の法規をその共通の核の中に捉えることが、法律学の使命なのです<sup>(39)</sup>。この際、この原理から派生した法的素材のこの原理の認識との統合の他に、ここから新しい法規が発展せしめられる可能性が作り出されるでしょう<sup>(40)</sup>。つまり、法律学は創造的に作用することができるのです。

イエーリングは、法学的構成を「自然歴史的な方法における法的素材の形成」として理解されたものと考えようとした。<sup>(41)</sup>そして、この自然歴史的な方法を導入するために、法のより低い発現形態とより高い発現形態を区分け、より低い法学とより高い法学の働きを区分けしました。より低い法学は、法のより低い発現形態、素材の集積からのみ成る命令的な法規に従事するのです。つまり、より低い法学は、これらを解釈し、法の素材から原理を導き出し、その原理から、帰結を導き出すのです。イエーリングは、これを未だ何か特別に法学的なものとは見ていませんが、このより低い法学をより高い法学への不可避的な前段階と評価しています。このより高い法学は、彼がまた「論理的な個」と名付ける法制度―彼の言葉によれば「法実体」―に係わり合うのです。この法の方を自己のものとするとき、法は、芸術的な価値を取得するに至り、或る意味でより高い集合体状態に高められ、今までの「自由のきかない力と性質」から解き放たれ、芸術(家)的な形式と形成を手に入れるようになるでしょう。<sup>(42)</sup>この芸術を、イエーリングは、「精神の分野における自然科学」と名付け、彼の方法に自然歴史的という属性を与えるのです。<sup>(43)</sup>

イエーリングは、新しく導入された法実体をより詳しく説明するために、この概念を「実体の論理的核<sup>(44)</sup>」として、「実体の全ての力が包含されていなければならない」「最深奥に横たわる核」として説明しています。法実体の構成による定義は、概念を目の前に取り出すものの本質であるべきとします。イエーリングは、目的に従った定義を厳格に拒否しています。理由づけとしては、現実的な必要性(実利実用、*utilitas*)にではなく単に法学的な帰結あるいは必要性(*ratio juris*)にその存立を負っており、存在しないことができないが故に、存在しているに過ぎない

いところの、「目的が与えられることができないような相当数の法実体」があるとしています<sup>(45)</sup>。法実体の定義は、例えば、主体の標識、客体の標識あるいは内容の標識等、標識に従います。イエーリングは、「法実体の体系的な分類、あるいは体系」を、この使命の頂点として、「自然科学の方法の最終帰結」として、見ています<sup>(46)</sup>。

法学的な構成としては、法実体の構成に従事する、形成的な、「芸術家的に」何か新しいものを創り出す一つ一つの作業が、挙げられます<sup>(47)</sup>。イエーリングは、最近の研究によれば、法学的構成について三つの法則を打ち立てていました<sup>(48)</sup>。

1. 積極的な素材発見の法則。この法則は、現存する法的素材への内容的な結合を条件とします。しかし、完全な形式的な自由を保持します。法素材の形式的な形成については、法素材に、同様な実務的な力（効力）が維持されているということだけが尊重されなければなりません<sup>(48)</sup>。

2. 矛盾しない、ないしは体系的に整合性を保つ、という法則。第一の法則は、法素材の積極的な側面に照準を合わせたものですが、これに対して、第二の法則は、理論的側面を規定するものです。法実体は、すべての可能な適用と結合の中で試され、かつ至るところで調和の中におかれることができることによって、真正性と正確性の面での試験に耐えなければなりません<sup>(49)</sup>。

3. 法学的美の法則。この倫理上の要素は、ある法規の正しさのための絶対的な基準を与えるものではないという点で、全二者とは趣を異にします。むしろ多くのニュアンスを許すものです。倫理的な判断にとって重要な拠点は、法実体の単純性、具象性、透明性そして自然性<sup>50</sup>です。

## 2. ローマ法の役割―普遍性と美

イエーリングは、ローマの法律学をどう判断するか基準を打ち立てるために、彼の理論を發展させました<sup>51</sup>。然る後にこの基準を比較的古いローマ法に適用しました。彼は、それによって、紀元前四五年／四五〇年の十二表法の立法によって、そしてその私法上の問題点について管轄を有する聖職者であるポンティフィシスの解釈によって、特徴づけられた、古代の共和制時代と中期の共和制時代の法的階層に立ち返ったのでした。イエーリングは、それによって、学説彙纂（ディゲスタ）の中に凝縮されるローマ法の豊饒をほんの一部だけ解明したのでした。ローマ法のこの解明されなかった部分を指摘するのに、不法行為法を例にとることができます。イエーリングは、法の技術の發展に際して、法学的な字母（アルファベット）と個々の法実体の隔離という考えとの関連で、歴史的突破点の例として、不法行為法の發展へと立ち返るのです。違法に加えられた損害（*damnum injuria datum*）のための責任は、身体から身体へと加えられた（*corpore corpori datum*）損害について先ず一つの責任が予見されていたその点から更に發展させられた、とすることです。イエーリングは、「この法規ないしは考えは、初めから一般的な形成を以て發現されるべきもの、すなわち、そのもともとの適用場面よりも広い適用が当初から可能であった筈である」と書き記しています<sup>52</sup>。文献では、一般的な適用をすることは、紀元前二世紀におけるアクイリウス法のより以前の解釈に合致していたとい

うことが既に頻繁に指摘されていました。<sup>(53)</sup> 身体的な関連を要件とする厳格な解釈は、紀元前一世紀においてセルウィウス・スルピキウスによって主導的な地位を獲得した、法律学における新しい方向の意識的な判断でした。つまり、イエーリングの解釈はここでは正鵠を射ていません。ギリシャ哲学の影響も窺えるであろう発展の歴史は、イエーリングの作品のタイトルに合っているでしょうが、最早、広く行われているわけではありません。<sup>(54)</sup> イエーリングは、ローマ法の評価については一般的な次元に立っています。彼は、ローマの法律学は、生活の中に学問を見出すことを知り、自由な研究と自らの思考をその特徴としている、ということを強調しました。<sup>(55)</sup>

古代のローマ法は、イエーリングの目には、法の理論と技術とをかくまっていました。土地が宝を隠しているように、ということが言えるでしょう。これらの理論は、イエーリングによって明るみに出されなければなりません。しかし、彼は、この理論が、一般的な真実を含んでいるということを要求することに最大の価値をおいていました。<sup>(56)</sup> 数学は、ユークリットやアルキメデスが発展させたものですが、ギリシャの数学とは描写されていません。ローマ法についても、その方法（論）について同じことが言えます。しかし、法的な規制の内容については話は別です。イエーリングは、ローマ法の内容または原理を批判的に評価し、時代に合致させるために実務のテストの下に置くのです。<sup>(57)</sup> イエーリングは、このプログラムを「ローマ法を通してローマ法の上に」という言葉で表現しています。これを、彼は、一八七五年に、彼の雑誌並びに「今日の法律学」のスローガンとして、謳い上げたのでした。<sup>(58)</sup>

イエーリングによってすべての法に内在すると考えられている技術は、彼の見解に従えば、法における歴史的な発

展のための印なのです。その適用は、法の素材から必然的に発生してくるところの、法律家階級の育成に関連します。イエーリングは、法律家を素人から区別する二つの能力を挙げます。それは、抽象的な思考の特別の熟練としての特別の把握能力と、法概念、法学的総合判断あるいは法学的芸術を操作することにおける巧みさ、です。イエーリングはこの二つを法学的な結合として説明しています。彼は、この二つの法学的な結合を理論的な能力と実務的な能力の結合として特徴づけています。勉強した理論家はその多量の知識にも拘わらず非力な法律家たり得るのです。<sup>(59)</sup> イェーリングは、個々の実定法は法学的な教育を獲得するための客体を構成することをはっきりと認めますが、この教育は個々の客体には結び付けられてはいないのです。何故なら、獲得された法学的な教育は、より次元の高い、一般的な知識を内容として含んでいるからです。

「法学的教育は、州（国）の法律をはるかに超えて聳え立ち、その中に、中立的な、国際的な土壌に立って、全ての地域、全ての言語の法律家が邂逅するのである。彼らの知識の対象、個々の州（国）における制度や法は異なっている。しかしながら、それらを観察し、把握する方法は一つである――すなわち、全ての場所、全ての時代の真の法律家は、同じ言語を話すのである」<sup>(60)</sup>。

したがって、私たちは、イエーリングの学理の普遍性は、一つには、法の技術の中にあり、それは、分析、集中及び構成（組立）の基礎的な操作によって決定されるということ、他方、技術は法律家の活動の特徴的な要素であるから、それは法律家の中で日々現れるものであるということ、心に留めておくことができます。ローマの法律家はお

手本でした。

イエーリングが、その法学的構成（組立）の第三の法則として導入した美（美しさ）は、標識としては尋常ではありません。これは、原理原則は解体され、創造的な関係が作り出す概念が発見される、という具合に、法律学の操作は創造的な作業へと導く、という考えに示唆されたものです。イエーリングは、芸術家の創造作用に言及し、美なるものが伝統的に内在されている分野への接近を試みるのです。このことは、イエーリングの一八五七年の「われわれの使命」でより明らかになります。彼は、この方法によって得られた「素材の立体的な形成」を賛美することで、法学的構成（組立）の優先を叙述しています。法学的構成は、さもなくば幾多の個々の規定を頭に入れてかからなければならぬところの記憶力を節約するばかりでなく、素材をして法学的見解を可能にするようにする、としています。その上、法学的実体は、イエーリングが全ての法律学にとって最も重要なゼンマイの一つであると言っていた法学的―倫理的要求を満足させるのです。<sup>61</sup>この芸術心を、イエーリングは、既に、初期のローマの法律学の中に発見していました。イエーリングの見解によれば、この法学的―倫理的要求の中に、ローマ法の継受における成功の理由が存在するのである。彼は、法の芸術要素を、法律家の愛にその基礎をおいて根拠づけます。形式的な論理や帰結だけでなく、「純粹に精神的な素材の創造、思考の要素における自然の模写」こそが、魅力を引き出すのです。<sup>62</sup>これが、秩序と調和が支配することによって、単純と美を際立たせることになるというのです。この世界への深化は、「仕事ではなくて、悦楽であり、精神的要求の多い人間の全霊と全生活を満たすことができる。」<sup>63</sup>のです。

### 3. 比喩的表現と彼の伝記的背景

イエーリングの令息フリードリッヒが、父親がギーセン時代の仲間との友好的な交流を通して、医学、物理学、化学その他の自然科学からの表象を表現として用いる着想を得ていたということを指摘しています。友達としては、化学者ヘルマン・コップ<sup>(65)</sup>、物理学者ハインリヒ・ブフ、動物学者ルードルフ・ホイカルトなどがいました<sup>(66)</sup>。イエーリングがその方法、法学的な構成の説明のために用いた比喩的表現は、そのことを如実に想起させます。特別に深い印象を与える例は、ローマ法の精神の第二巻の二に見ることができません。ここでは、一八五八年の第一版の中から引用しておきます。

「法学的―解体的な力が未だ或る法制度に関与しなかった限りにおいて、その制度そのものが必然的に一つの「有機体」の印象を与える―法的な要素、倫理的な要素、形式と内容、物権的な要素と債権的な要素、などなどの全てが、最も美しい姿で、相互に作用し合う。しかし、かくのごとく法律学が制度をわがものとし、それについての義務と責任と果たすのなら、それは、その現実の実務的な要素に何ら変更を加えることなく、あの詩的な「合成」、「自らの有機的な浸透」の結果である。美しい花はその中にあり、我々はその代わりに窒素と酸素などを持つのである<sup>(67)</sup>」。

イエーリングは、化学との比較において具体的に述べられた法学的な解体作業を、「法的原子論」を現実の原子論と区別することによって、もう一度、正しく描き出しました。法を現実離れした方法で観察することについての非難

は、当たらないとするのです。何故なら、法学的な分析は事件をではなく、概念を、「有機体の現実の存立を妨げるのではなく、それを保障するために」、解体するからです。<sup>(68)</sup>最後に、イエーリングは、自然歴史的な方法の上にこそ、法律学の秘密の全て、「法律学の全ての魅力、法律学の素材を支配するその全ての力、法律学の全ての尊厳と名誉」があると説明するのです。<sup>(69)</sup>

比喩的な表現は、イエーリングが、彼の法実体に生産的な性格を与え、法の更なる発展を法実体の繁殖と増殖と描写したところに、<sup>(70)</sup>そのきっかけがありました。例証が、比較の余りにも現実的な潤色へと利用されたことは、明らかです。<sup>(71)</sup>異なった法概念の結合によって、新たなそれが生まれ得ること、従って、例えば、賃貸借という概念と売買という概念から新しい契約のタイプ、リース、というのが発展せしめられるということは、誰も争いはしません。しかし、売買という概念と賃貸借という概念とが結合してひとつの新しい概念を生んだと言えば、事柄をはっきりさせるよりも混乱を生じさせることになるでしょう。新しい概念の著作者は、法律家なのです。そしてこのことはイエーリングも争わなかったでしょう。<sup>(72)</sup>

#### IV. イェーリングの著作の文脈における法学的構成

イエーリングは、既に、一九世紀の五〇年代の論文で、構成は、常に実務的な経験に奉仕するということをはっきりと言っています。<sup>(73)</sup>これは、彼にとって重要なことであり、法における目的に向かった後（方向転換した後）でも変わりありません。<sup>(74)</sup>構成は、方法によって栄養を与えられかつ歴史的な経験によって支えられてきた法の学問的な側

面に対する信頼に結び付けられています。ローマ法は、歴史的経験の主要な対象です。イエーリングは、ロマン派の影響を受けた歴史的な法学的学派からの転向において、法学的芸術はすでにローマ法のゆりかごに接して存在していたのだ、と説明しています<sup>(75)</sup>。それは、イエーリングが、そこに潜む手がかりや組織の体系の要素から発展せしめた、新しい制度あるいは法的な姿への源です。有名な例は、契約締結上の過失です<sup>(76)</sup>。イエーリングの、個々人の権利について公共の福祉との関連で行った方向付けの更なる例を、所有権の概念の発展と制限に見ることが出来ます<sup>(77)</sup>。方法は、法に普遍的な要素を与え、歴史は、法感情の肥沃土です。歴史は、真実も優差（ハンディキャップ）も包含していません。

ベーレンツは、イエーリングが一八八四年にウィーンでの法律家協会で行った「法的感情の成立について」という講演の新たな出版に対する注釈において、彼が、普遍主義者のかつ啓蒙に裏打ちされ、かつレッシングの著作「人類の教育について」からの深い影響を認めさせる、有神論的進化論を唱えたということを、指摘していますが<sup>(78)</sup>、説得力のある指摘です。ベーレンツは、イエーリングは、より高い拘束力のある法的な規則として、「個々人の生命と自由と尊厳とを以て人の基本権を保障する私法上及び公法上の制度」を視野に入れていたことを明らかにしています<sup>(79)</sup>。イエーリング自身は、法における目的への突破（決潰、転向）後、最初に匿名で出版した著作において、危険を避けようとするのなら、理論に対する信頼を先ず捨て去ることが必要であった、と書いており<sup>(80)</sup>、その部分を強調しています。

理論は、従って、引き続き重要な役割を担いますが、それは何かに役に立つためのものでなければなりません。そ

して最早、自然歴史的な方法の法学的な構成の意味において支配的な地位にはありません。<sup>81</sup> この立場の基礎に横たわるものは、イエーリングにとつては、自己批判にもかかわらず、彼の最初の主著を、特に大きな変更を加えることなくして、さらに出版することが可能であったということです。彼は、法学的技術についての変更された叙述を脚注の中で行っています。すなわち、一八七五年に、ローマ法の精神の第二巻の二の第三版で、次のような脚注を加えています。ここで引用しておきますと…

「法律学が単なる悟性に与える満足は、最高のものではない、ということが、齢を重ねるごとにはつきりしてきた。私は、初版で纏っていた法の論理的側面の過大視の跡をできるだけ消そうと試みた。法学的論理の単なる形式の上に、より高いもの、最も高いものとして、正義と倫理の実在的な理念があるのである。そして、その理念へと深化すること、すなわち、その理念を如何に個々の法律制度、法的規範の中で表現しかつ実現していくかが、私の考えでは、学問が身を置くことができる最も美しい、最も気高い使命である。<sup>82</sup>」

この発言を、一八七二年の「権利のための闘争」という講演の核となる命題と比べてみると、イエーリングにとつて、個々人の自由の保障としての法、個々人の人格の発展のための保障としての法、にとつての発動が関心事であったという結論に至ります。従つて、権利のための闘争は、彼にとつては、また、「性格の詩」<sup>83</sup>なのです。この法の発動に、その法秩序の確証による共同体の強化が密に結び付けられているのです。イエーリングの法への関心は、理論的な、かつ、実務的なものでした。それは、彼によって常に戦い取られ、戦い取られるのに値するものでした—正に

ゲーテのモットーの意味において。法学的な構成は、法における目的への突破（決壊、転向）によって修正されまし<sup>(84)</sup>た。この突破（決壊、転向）は、今日のドイツの憲法の理解に真によく似た人間の尊厳の保護、並びに、人間の共同生活の平和な形成に奉仕するのです。<sup>(85)</sup>

### 命題

1. イエーリングは、彼の法の技術を以て、法学的構成について根本的な考察を行い、それが普遍的な性格を持っていることを明確にした。

2. 法学的な技術は、その概念（法学的実体）において、歴史的に制定された法に起因する。この概念は、内容に適合させられなければならない、正義と現実的な正しさという目的に服せしめられなければならない。

3. 法における美（美しさ）は、秩序、調和および簡素の中に見出されることができる。われわれは、法的な概念と体系を精神的な素材の世界の創造物として賛美し、その中に法学的に美的なもののための意味が満ち満ちているのを見ることができ。しかしながら、この美的な要素の中には絶対的な基準が—現行法のためにも、法の形成のためにも—、存在するわけではない。

4. イエーリングによれば、ローマ法は、法学的な技術の修練と適用におけるお手本である。イエーリングは、その

内容を、彼の時代の実用的な必要性の面から批判的に検討し、将来の発展のために利用している。そして、ローマ法における哲学的な影響については、研究をしていない。

5. イェーリングの著作の持続性は、実用性に対する高い評価および法の実現への使命によって、保証される。彼は、法の技術の役割については、他の誰よりも多くを発展せしめた。彼の法における目的への突破（方向転換）の後は、法の技術に奉仕的な機能をあてがった。正義こそが最高の目標である。

#### あとがき

本翻訳は、メラール教授が、日本大学の招聘教授として二〇一六年九月三〇日に日本大学法学部で行った講演を訳出したものである。講演なので、口語調に翻訳しておいた。ただし脚注は、当日、読み上げなかったので、口語調にはしていない。脚注で出て来る、著者の固有名詞は、その文献を当たる読書の便宜を考えて、日本語に訳出していない。また、文献名については、カッコを施して和訳しておいた。

メラール教授の、この講演は、日本大学の機関誌 *Comparative Law* の二〇一六年度版に掲載された。メラール教授は、掲載に際して、講演の原稿を数か所修正し脚注に少なからず補完を行っているが、これらはすべて、本翻訳に際して取り入れてある。

\*ベルリン自由大学。この講演は日本大学の招聘により二〇一六年九月三〇日に行われたものである。

- (1) 例えば、Losano の翻訳書のリスト<sup>7</sup>、Losano, II、二四七頁以下及び一九九二年までの補充について、Okko Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse (ルードルフ・フォン・イエーリング、寄与と証言)、一九九三年、二巻、七〇—七二頁参照。
- (2) 一例として、オーストリアの法律家 Joseph Unger (一八二八—一九二二) の一八六〇年七月一八日付けの書簡<sup>8</sup> Okko Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse、一九九三年、二巻、一二二頁以下。
- (3) Starck の Juristenzeitung (法律家新聞) 二〇一六年三七七—三八二頁における、Rechtsrezeption in Ostasien (東アジアにおける法の継受) —特に日本の憲法に関する啓発的な概観が行われている—を参照。
- (4) この叙勲についての助言その他の事情については、詳しくは、Behrends 編集の Jherings Rechtsdenken, Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik (イエーリングの法思想、革命的な法美学の中における理論と実際) Göttingen, 一九九六年、九七頁以下に所収の、西村重雄、Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung und die Verleihung des Ordens (イエーリングの日本政府に対する憲法政策に関する助言と叙勲) を参照。
- (5) Rudolf Jhering, Der Kampf ums Recht, Hermann Klener の補遺付き、一九九二年、一〇〇頁。
- (6) イェーリングの学問上の経歴は、必ずしも一様には説明されていない。例えば、Okko Behrends の Rudolf von Jhering (一八一八—一八九二) Der Durchbruch zum Zweck des Rechts (法の目的への突破(方向転換)) (Fritz Loos 編集の Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren II ゲッティゲンの法律学、二五〇年に亘るゲッティゲンの法律家 II、一九八七年二二九頁以下、二四〇頁以下所収)。
- (7) Kunze, Rudolf von Jhering - ein Lebensbild (ルードルフ・フォン・イエーリング—その生活像), Okko Behrends 編集 Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 2. Auflage, 一九九三年、一二二頁所収。
- (8) Rückert, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil I Rechtsgeschichte 5 (2004), (イエーリングの「ローマ法の精神」と「法の目的」における法の本質、第一部、法制史五、二〇〇四年) 一二八—一四九頁。一二九頁において、Rückert は、イエーリングのそれぞれの専門領域における評価において彼の才能を以下のように敬意をもって記述し

ルードルフ・フォン・イエーリングの著作における法学的構成 (永田) 一九五 (一九五)

ている。「実際に彼の法律的、歴史的、哲学的、倫理—政治的かつ文学的な才能は非常に生産的に光彩を放ち、彼が多くの何かを提供することができたことを、そして彼が提供すべき多くのもの、すなわち、偉大な法律家の鋭い洞察力と現実主義、偉大な歴史家の具象性と直感性、哲学者の守備範囲と原理性、倫理学者並びに政治学者としての温かみと社会参加、そして特に偉大な随筆家並びに演説者としての言語的熟達を有していたことを物語る」。

- (9) Nachlass Jhering in der Staats- und Universitätsbibliothek in Göttingen (ゲッティンゲンの国立及び大学図書館におけるイエーリングの遺産) JK 9/8, 一八頁、Okko Behrends 編集 Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 2. Auflage, 六三頁所収。

- (10) Kunze、脚注(7)、一三頁。イエーリングの兄ゲオルクの一八四〇年四月二三日の手紙を参照。ここで、ゲオルクは、国家試験の受験の許可を受けるために然るべき人物と接触することを提案していて、それがうまくいかなければ、弟をハノーファー王国における公務につけるために、自分は官吏をやめて弁護士になると言っている。Otto Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 2. Auflage, 一九九三年九九頁、Brief Nr.1の項。

- (11) Kunze、脚注(7)、一三頁。

- (12) Jhering, Jahrbücher für Dogmatik 1 (ドグマティークⅡ教義学Ⅱ年報第一卷) (一八五七年)、一頁以下。

- (13) Jhering, Jahrbücher für Dogmatik 1 (一八五七年)、五頁以下。

- (14) 詳しくは Kischel の Die Spruchfähigkeit der Gießener Juristenfakultät, Grundlagen – Verlauf – Inhalt (ギーセン大学法学部の評議学部の活動—基盤、推移、内容)、二〇一六年、三〇一頁以下、三二五頁以下を参照。ただし、Kischel は、専門性のバックグラウンドを背景とした裁判官の活動のいや増す専門化による関係性の変遷を指摘している。

- (15) 最近 Koppenberg が、ゲッティンゲン遺産の中からこの鑑定を出版した。Koppenberg, Die Plastik des Rechts (法の彫塑)、二〇一五年、六〇—八七頁(付録)。そして、彼女の教授就任講義においてイエーリングの自然歴史的方法並びにドグマ(教義学)の道具化の文脈でこの鑑定に言及している。Koppenberg, Die Plastik des Rechts, 二〇一五年、一二二頁以下。

- (16) 一八六五年一月九日付けのイエーリングのゲルバー宛書簡、Losanao, Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber,

Teil 1 (イエーリング・ゲルバー交換書簡、第一部)、一九八四年、五六七頁以下、五六九頁。ここに、イエーリングが転換について述べているのが見受けられる。ここには、イエーリングがゲルバーに「ローマ法の精神」の著作について共感を証明することができる。しかしながら、イエーリングの反応から推測できるように、ゲルバーは「ローマ法の精神」の第三巻の一における新たな方向付けを明らかにかなり重要なものと位置づけ、そこから、その学問上の見解は完全に別々に判断されるものと結論づけている。

(17) 例えば、Rückert, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil 1, Rechtsgeschichte 5 (1100-1900年)、118-119頁、125頁。

(18) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Auflage (近代の私法史)、一九六七年、四五〇頁以下、四五二頁—冷たい評価と鋭い組み入れを伴って。

(19) Okko Behrends, Rudolf von Jhering (1818-1992), Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, Fritz Loos 編集の Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 一九八七年、119頁以下。

(20) Rückert, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil II, Rechtsgeschichte 6 (1100-1900年)、111-114頁、117頁。Lipp もこの二つの主著の連続性を、Horst Carl, Eva-Marie Felschow その他編集の「Panorama - 400 Jahre Universität Gießen. Akteure, Schauplätze, Erinnerungspunkte (パノラマ・ギーゼン大学四〇〇年、関係の人々、舞台、そして思い出すべきもの)」という書物 (Frankfurt/Main, 1100-1900年、九二、九五頁) の中で、強調している。

(21) Rudolf von Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (法律学は学問か)。イエーリングの1868年10月16日の教授就任講義であり、イエーリングの遺品のなかから出版されたものである。Okko Berends の導入、解説、学問史的な整理がつけられている。ゲッティンゲンで一九九八年に出版されている。2009年の第二版では後書がつけられている。

(22) これについては、Klenner や Ernacora の一九九二年の出版物における詳述参照。

(23) Rudolf von Jhering, Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles, mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden

Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends, Napoli 1986 (ルードルフ・フォン・イエーリング「法感情の成立」) — Okko Behrends による序言、解釈および秩序付けへの試みを伴って、ナポリ、一九八六年。

(24) Okko Behrends 編、Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 第二版、一九九三年、八六頁。この複製は、一九九二年のイエーリング死後一〇〇年記念展示会以降、また一九九三年以降アウリッヒとナポリで展示されている。すでにその前にこの胸像の複製はサンパウロに到着し、一九九〇年にその代替の胸像が作られて大学の法学部に設置された。

(25) Okko Behrends 編、Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 第二版、一九九三年、八九頁以下。

(26) これについては、例えば、Klemann の一九八七年のライプツィヒの教授資格論文 Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule (ルードルフ・フォン・イエーリングと歴史学派), Frankfurt/Main, 1989, 一七五頁以下参照。

(27) Geist II, 2 (ローマ法の世界第二部第二巻)、第三版、一八七五年、三三二頁。

(28) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三三四頁、同様に第三版、一八七五年、三三五頁。

(29) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三四〇頁 || 第三版、一八七五年、三三〇頁。

(30) イェーリングが重要なものとして引き合いに出した更なる二つの視点、つまり、自らが作り出した法学的な専門用語の導入 (第一版三四四頁 || 第三版三三二頁以下)、現存するものの巧みな適用という芸術すなわち法学的経済とが付け加えられる (第三巻の五六―五九頁への指示)。

(31) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三五九頁 || 第三版、一八七五年、三三四頁。「字母 (アルファベット) は言語の分野において、我々が法のために、如上に技術の主たる問題として叙述したところの使命の解決を含んでいる。主たる問題の簡素化による素材支配の容易化・・・」。日本語の文字による場合は、同じような比較は難しいかもしれない。この限りにおいて、非常に幅の広い法の字母 (アルファベット) は、日本語の文字とより大きな近親性を持つと言えるかも知れない。イエーリングは、Geist II, 2、第一版 (一八五八年)、三七三頁で次のように言っている:「これについては、他の理由が加わって来る。つまり、法の字母 (アルファベット) は、言語よりも精密度や正確度において不均衡であるし、また、そうあらねばならないのである。もし、そんなに少ない文字だけで足りるのであれば、それは大部分は不正確さをもたらすことになり、言語音に

よって再生されることになる。母音の発音における精妙な印影とニュアンスが暗示されるべきとき、どれだけ多くの文字が必要であろうか」。

(32) Geist II, 2、第三版、三三六頁。売買契約において、その成立に関して規定されなければならない事及び給付の遅滞に対する効果などは、他の契約にあつては、特別の事情を必要としないときは、特に規定する必要がない。

(33) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三六一頁Ⅱ第三版、三三五頁。

(34) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三六五頁以下Ⅱ第三版、一八七五年、三三八頁以下。イェーリングは二六六頁で、「思考といえどもその存立と格闘し、寸土を争う難儀を伴うことが稀ではない」と述べている。

(35) 類推の体系的な理解における大きな差異については、Jan Schröder の *Recht als Wissenschaft (学問としての法)*、第二版、二〇一二年、二五七頁以下。

(36) Geist II, 2、第三版、三四一頁。

(37) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三七五頁Ⅱ第三版、一八七五年、三四七頁。

(38) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三七五頁以下Ⅱ第三版、三四七頁。即ち、「従つて、われわれの現実的な法の字母（アルファベット）は、積極的な何物かであり、歴史的な何物かである。そして、そのことは、一つひとつの法の歴史がこのことを証明している。それは、法規の変更をもたらすばかりでなく、それに伴つて概念や制度までも変更するのである。それは、現存の法の文字の性状や意味を変更するばかりでなく、時間が全く新しいものをもたらし、古いものを消し去るのである。そして、いかに、個々の字母（アルファベット）がその積極性の故に時代と場所に抗して生き残つて来たかは、ローマ法が有無を言わせない例を与えている。ローマ法を崇敬しながら、しばしばそれと反対の見解を取つたとしても、ローマ法の絶対性を認めることに説明可能な自己欺瞞を感じたとしても、ローマ法における所有権、地役権、債権等の実際上の形成等々、そして、ローマの法律家の側からの法の材料の概念的な構成は、ローマ的なのである。それにしても、如何に長くこのローマ的なものが生きながらえてきたことか！上に述べた諸概念は、数百年後の今日でも本質的にほとんど同じ意味を持っている。そしてローマ法は、それ以上に、漸く近代になつて発生した関係や問題に対しても完全に十分な判断基準を提供しているのである。

ローマ法の絶対的な性格に対する信仰、文書に対する絶対的な信仰の理想化、書かれた摂理に対する、さらには、法の出来事の中における表明された悟性に対するローマ法の理想化が、これほど早い時期に根を下ろし、それぞれの株を今日まで持ち続けているということは、十分に納得のゆくことである。

- (39) Geist II, 2, 第一版、一八五八年、三七九頁II第三版、一八七五年、三五二頁以下。
- (40) Geist II, 2, 第三版、三五四頁。
- (41) Geist II, 2, 第三版、三五七頁以下。
- (42) Geist II, 2, 第三版、三六一頁。
- (43) Geist II, 2, 第三版、三六一頁。
- (44) Geist II, 2, 第三版、三六三頁。
- (45) Geist II, 2, 第三版、三六五頁。
- (46) Geist II, 2, 第三版、三六九頁。
- (47) Geist II, 2, 第三版、三七〇頁。
- (48) Geist II, 2, 第三版、三七一頁以下。
- (49) Geist II, 2, 第三版、三七四頁以下。Jan SchröderのRecht als Wissenschaft 第二版、二〇一二年、二五五頁以下。彼は、ここで、一九世紀の「概念法学」がその根本命題を覆すことのできないものとしていたことを指摘するために、この概念の模造の可能性に言及している。
- (50) Geist II, 2, 第三版、三七九頁以下。
- (51) Geist II, 2, 第三版、三五八頁。
- (52) Geist II, 2, 第三版、三四〇頁。
- (53) O.Behrends, Römischrechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der lex Aquilia (ローマ法的釈義：アクイリアウス法における不法行為責任制度)、Juristische Schulung (法学教室)、一九八五年、八七八頁以下所収。C.Möller, Via

publica und via im römischen Deliktsrecht (ローマ法における不法行為法、公法的側面と私法的側面)´ Ars juris, Festschrift für Okko Behrends (法の芸術、オッロー、ベーレンツ記念論文集、所収)´ M.Avenarius, R.Meyer-Pritzl, C.Möller 編集、Göttingen 二〇〇九年、四二二頁所収。同く、C.Möller, Konzepte der deliktsrechtlichen Haftung im römischen Recht (ローマ法における不法行為責任の構造), Comparative Law, 三四卷、二〇一七年、日本大学。同様に、C.Möller, Haftungskonzepte im römischen Deliktsrecht (ローマ不法行為法における責任の構想)´ Intelligente Agenten und das Recht, S.Gless, K.Seelmann 編集、Badeb-Baden, 二〇一六年、一一九—一三八頁所収。これは、アクセントがいささか異なっている。なお、更なる文献が掲げられている。

(54) Behrends, Jherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen Historischer Rechtsschule und Moderne. Eine wissenschaftsgeschichtliche Einordnung des Jheringschen Rechtsdenkens aus Anlaß der Herausgabe der Wiener Antrittsvorlesung „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, (イエーリングの歴史学派と近代との間の法の進化論、ウィーン教授就任講演「法学は学問か」の出版に際してのイエーリングの法思考の学術史的な秩序づけ)、一九九八、一三〇頁以下。一三八頁。更なるアプローチについては、Göttinger Nachlass von Jhering, Behrends の二〇一六年六月一〇日のギーセンにおけるイエーリングについての講演で新たにかつより詳しく述べられている。これは、Göttingen の Wallenstein 出版からモノグラフィイとして近く出版の予定である。

(55) Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, Behrends 編、一九九八年、五六頁、六〇頁以下。

(56) Geist II, 2、第三版、一八七五年、§37, 三二一頁以下。「これから立案する技術の理論は、ローマ法の考究から導き出したものであるが、ローマ法の考究のみが一般的な真実を要求するのである。なぜなら、取り扱う使命が絶対的に重要であり、且つ法の最終目的に置かれ問題であるばかりでなく、ローマにおける解決の種類もまたローマのありとあらゆる形式にも拘わらず、本質において、絶対的に正しいもの、耳を澄まして事物の性格から学び取られたものと性格づけられなければならないものだからである」。

(57) Klemann も、イエーリングの著作現実的な要素を、Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule, 一九八九年の中

で、繰り返し取り上げている。例えば、一六八頁、一九二頁。特に一九二頁では、イエーリングの Scherz und Ernst 九頁にある「全ての材料の現実的な適用可能性を根本的に無視してしまう―歩くことを考慮に入れない時計の構成、この中にこそ、災いが潜む」という文言を引用している。

- (58) Jhering, Unsere Aufgaben, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、五二頁以下、そしてこれに先立つ四一頁の Praxistest を参照。
- (59) Geist II, 2<sup>1</sup> 第三版、三二二頁以下。
- (60) Jhering, Geist II, 2<sup>1</sup> 第三版、一八七五年、S 37, 三二五頁。
- (61) Jhering, Unsere Aufgabe, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、一一頁以下。
- (62) Jhering, Unsere Aufgabe, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、一二頁。
- (63) Jhering, Unsere Aufgabe, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、一三頁以下。Kropfenberg は、Die Plastik des Rechts 二〇一五年、三五頁以下で、イエーリングのこの法学的美への告白を集合人(格) (Sammelpersönlichkeit) の表現と評価しているが、承認できない。イエーリングは、集合的に考えるのではなく、分析しかつ形成するのである。Kropfenberg が三八頁で詳述しているところとは異なつて、主観的視点と客観的視点の混同は、法学的な技術における関心事ではない。
- (64) イェーリングの二男 (一八五三―一九一九) であり、法学博士。簡易裁判所顧問官、後にハノーファーの法律顧問官。
- (65) 彼は Liebig の弟子であるが、その影響については、Klemann, Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule, 一九八九年、二〇〇頁以下。
- (66) 詳しくは、Klippel によれば Rudolf von Jhering an der Ludwigs-Universität Gießen, Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse<sup>2</sup> 第二版、一九九三年、三二頁以下、三四頁における記述を参照のこと。
- (67) Jhering, Geist II, 2<sup>1</sup> 第一版、一八五八年、三七八頁。
- (68) Jhering, Geist II, 2<sup>1</sup> 第二版、一八五八年、三七九頁 || 第三版、一八七五年、三五二頁。
- (69) Jhering, Geist II, 2<sup>1</sup> 第一版、一八五八年、三八九頁。

- (70) Jhering, Geist I (ローマ法の精神第一部)、第一版、一八五二年、§3, 二九頁。
- (71) 批判に「ついで」Behrends の Jherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen Historischer Rechtsschule und Moderne, Behrends 編 Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? 所収、一九九八年、一一五頁以下。
- (72) Jhering, Geist III, I (ローマ法の精神第三部第一卷)、第二版、一八七一年、三〇八頁以下は、法学的弁証法のまやかしに向けられていて、概念が創造主の役割に昇進するという弾劾に向けられている。これは、第二部第二巻における彼自らの叙述からは読み取ることができない。
- (73) 従つて、イエーリングが、一八六一年に、今日も存続しているドイツ法律家大会の設立者に属しているとしても不思議なことではない。
- (74) イェーリングは、鑑定人として、ギーセン大学の評議学部の中でばかりでなく、法学評議会でも意見を聞かれている。バーゼルの要塞工場への所有権の帰属について、それがバーゼル・ラントとバーゼル・シユタットとの間に争われた事件において、質問を受けた。パリの会社は、パルタスで港湾委員会と締結したダム建設についての契約の彼の側の解除が法律上有効であるかどうかの鑑定を望んでいた。この質問は、一八八七年当時、多額の報酬を得るだけでなく、よき公表の対象であり、高い名声の鏡であつた。イエーリングはこれを享受した。Okko Behrends 編集、Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 一九九二年、八二頁。出版物「Rechtsgutachten in der Sache des Unternehmens des Hafens zu Patras」に対する展示番号五五番、Karlsbad 一八八七年。イエーリングの令息フリードリッヒの一八八七年九月八日付け書簡、同じ展示会のカタログ番号五、一〇五頁。
- (75) Jhering, Geist III, I、第二版、一八七一年、三頁。Klemann も、この歴史学派のローマ法学からの転換について、Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule, 一九八九年、一九六頁以下、特に二〇四頁で触れている。
- (76) Byoung Jo Choe, Culpa in contrahendo bei Rudolf von Jhering (ルードルフ・フォン・イエーリングにおける契約締結上の過失), Göttingen 一九八八年。
- (77) これについては、最近のものとして、Chun-Tao-Lee, Jherings Eigentumsbegriff. Seine römischrechtlichen Grundlagen

- und sein Einfluss auf das BGB (イエーリングの所有権概念：そのローマ法の基礎とドイツ民法典への影響)、二〇一五年を参照。
- (78) Behrends, Das Rechtsgefühl in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jheings zweitem Wiener Vortrag (後年のイエーリングの歴史的・批判的法理論における法的感情—イエーリングの二回目ウィーン講演の解釈と秩序づけの試み), *Napoli* 一九八六年、一〇〇頁以下。同じく、Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts (ルードルフ・フォン・イエーリング (一八一八—一八九二) —法の目的への突破(方向転換)), *Fritz Loos 編集の Rechtswissenschaft in Göttinger Juristen aus 250 Jahren* 一九八七年、所収、二二九頁以下、二六七頁。二六七頁は脚注(135)も参照。
- (79) Behrends, Das Rechtsgefühl 一九八六年、一〇三頁。脚注(58)。ここでは、イエーリングの *Gesit* III 第四版、三四〇頁 (§ 60) 脚注(447) a 及び *Kampf ums Recht* 第六版、一八八〇年、二〇頁が指示されている。
- (80) Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (法律学における戯れと真面目)、第四版、一八九一年、五四頁、五七頁に載っている。
- (81) これについては、ベーレンツが、Fritz Loos 編集の *Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttingener Juristen aus 250 Jahren* 一九八七年、所収、Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts 二二九頁以下、二五五頁において、説得的に述べている。
- (82) Jhering, *Geist* II, 2 第三版、三六一頁以下。脚注(506) a。イエーリングが修正を施しているのは、法の論理的な側面の過大評価ではなくて、概念の適用の力である。Behrends, *Evolutionstheorie* 一九九八年、二二六頁以下。
- (83) Jhering, *Der Kampf um's Recht* Kleener 版、一九九二年、四五頁。
- (84) Klemann は、その Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule 一九八九年、二〇四頁で、イエーリングの思索における「発展的方向」(Entwicklungsrichtung) と語っている。
- (85) Behrends 編集の「Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse」一九九二年、第二版所収の、Rudolf von Jhering, der Rechtsdenker der offenen Gesellschaft (開かれた社会の法思想家、ルードルフ・フォン・イエーリング) 一〇頁を参照。

# 金融取引法における消費者保護の現状

——特に契約締結前の注意義務について——

コージマ・メラール<sup>※</sup>  
益井公司 訳

## I. 序論

本講演の狙いは、二〇一六年三月にドイツ法に取り入れられた金融取引法における消費者保護の現状について情報提供することにあります。導入として、今日の規定の歴史的背景を明らかにするとともに、さらに、ここでの叙述がどう進展するかを具体的に説明したいと思います。

ドイツ法の諸規定は、一九九〇年に最初の消費者金融取引指令を国内法へ転換して以後現在までヨーロッパ（共通

の「法によって全く同じような形で規律されています。ドイツにおいては、クレジットファイナンス行為に対する特別な慣行に関する伝統というものは、一八九四年にまでさかのぼります。<sup>①</sup> 民法典を準備していた時代に、当時の人々は、独自の割賦弁済法 (AbzG) を採用するということに決定したのです。

この法律「割賦弁済法」の改正以後、とりわけ、一九七〇年代において、次いで、一九九〇年において、割賦弁済法及び最初のヨーロッパ共通の消費者金融取引指令 (87/102/EWG ヨーロッパ共同体理事会) に由来するのが、消費者金融取引に関する法律 (VerbrKrG) なのです。ここでは、分割弁済取引行為ないしは一部弁済取引行為についてだけでなく、事業者と消費者間の金銭消費貸借やそれ以外の諸ファイナンス契約のために諸々の規定が作られています。その諸規定は、ヨーロッパ共通の指令作成者が示した準則に従って確実なものとなされ、また同時に機能的な域内市場つまり、金融市場におけるヨーロッパ規模での競争を可能なものにするのです。ヨーロッパ共通の準則に基づいて、貸付契約の必要不可欠な内容が規律されます。それによって、貸付契約の基本的な内容に関し消費者に情報を与えるということが、保障され、さらに、支払条件を比較することができるようになります。ある改正により、この法律は、二〇〇二年一月一日の債務法の改正の際に、民法典の中に組み入れられました。<sup>②</sup> それ以来、この法律におけるクレジットという概念は、かろうじて散発的に利用されるにすぎません。金銭消費貸借契約としての消費貸借契約が、法体系の出発点として選び出されますが、その金銭消費貸借契約は、支払い猶予やその他のファイナンス支援措置、特に、一部弁済行為を含むファイナンス支援措置によって補完されています (五〇六条)。これらの諸規定は、三一〇条三項の消費者契約、つまり、BGB 一四条にいう事業者とBGB 一三条にいう消費者との間の貸付契約に適用することができます。ドイツ法によると個人事業者 (Existenzgründer) も保護領域に含まれています (五一二条)。

若干のかなり小さな改正と並んで、二〇一〇年六月一日にドイツ国内法への転換がなされたヨーロッパ共同体の第二次指令（2008/48EG指令）に基づき消費者金融取引法の大きな改正が存在します。特に注目に値する改革は、詳細に規律された前契約上の情報提供義務を導入したことでした。ところで、ヨーロッパ法上、撤回権が予定されましたが、撤回権はドイツ法においてはすでに一九七三年の割賦弁済法の改正（AbzG 一条）以来現在まで慣行というべきものとなっています。それに加えて、ヨーロッパに共通する指令の作成者は統一化にあたってその戦略を変更しました。かつては最低限の統一化という構想が妥当していましたが、現在では最大限の統一化ということが基準として設定されています。つまり、かなり高い消費者保護水準が指令において設定された場合、EU加盟国は、指令の規律領域においては、かなり高い消費者保護水準を維持するとか、導入するということはできませんでした。最大限の統一化によって、単一の域内市場を創り出す際に、一定の進捗が得られるということです。

この現在問題となっている改正は、住居不動産金融取引指令（2014/17/EU）に遡るのであり、その指令は二〇一六年三月二一日にドイツ国内法へと転換されました。ドイツ法におけるのとは異なり、かつてはヨーロッパレベルでは捉えることのできなかつた住居不動産金融取引を規律するという<sup>④</sup>ことに、この最新の改正は、特に役立つのです。一九八五年の土地担保付貸付のための指令提案は、成功しませんでした<sup>⑤</sup>。以上の努力の遺産として二〇〇一年に行動規範集（Verhaltenskodex）<sup>⑥</sup>が、明確な形で規定されました。その行動規範は、いわゆるソフトローとして、消費者に契約の前に情報を提供することを通して金融機関が自己を義務づけるという方法により、不動産金融取引にあたってさらなる透明度をもたらすことになっていました<sup>⑦</sup>。このような戦略があまり役立たなかったということや最終的には金融危機が、新しい指令の背景をなしているのです<sup>⑧</sup>。新たな指令を国内法に転化するということは、異なる理解の仕

方 (Begrifflichkeit) を導入するということと結びついていました。一般的な消費者消費貸借（四九一条二項一文）と不動産消費者消費貸借（四九一条三項一文）とに区別されます（四九一条二項二文）。その上さらに、この機会は、追加的な消費者保護規定を民法典中に取り入れるということに利用されました。これによって、例えば、撤回権のような重要な消費者保護規定は、無償の消費貸借（五一四条）や無償のファイナンス支援措置（五一五条）にも適用することができる<sup>9)</sup>のです。

金融取引法における消費者保護の基本的な特徴についての概要は、以上のような導入がなされたことに従っています（Ⅱ）。次に第二の段階として、二〇一四年のヨーロッパ指令の準則に依拠する新たな改革について述べることにします（Ⅲ）。特に注意を向けることになるのは、貸付契約締結前の時期に関連する諸規定です（Ⅳ）。最後に消費者金融取引法の動向を見出し、より大きな解釈論上の関連の中でその動向を整理したいと思います。

## Ⅱ. 金融取引における消費者保護の基本的特徴についての概観

消費者金融取引法においては、私法上の消費者保護がよく知られたあらゆる基本的な特徴が見出されます。それは、要式準則、情報提供義務、撤回権、片面的強行法の規定、脱法行為の禁止といったものです。

書面の方式 (Schriftform) は、一二六条にのつとる形で規定されています。自署はやつと二〇一〇年六月一日より一二六条 a に従った電子的方式によって換えることができます。このためには電子署名が必要であり、だから、機会を拡大するために、すでにある保護を提供する一つの方式準則が存在しています。この要式規定は、情報提供義務と結び付けられています。これは、契約内容は書面という方式で記録されなければならないということから生じるの

です。契約のいかなる情報が含まれなければならないかは、広範囲にわたって定められています。

この情報提供義務は、消費者保護のために重要な機能を有しています。情報提供義務は過去数十年間絶えず拡大されてきました。様々な契約段階のモデルにのっとり、前契約上の情報提供義務に従って、契約締結に当たったの情報提供義務と契約関係にある間の情報提供義務が区別<sup>10</sup>されます。前契約上の情報提供義務は、二〇一〇年六月一日に消費者金融取引指令 (2008/48EG) が国内法に転化されて以来、消費者貸付契約に関して制定法上明確な形で規律されています。民法施行法 (E G B G B) 一四七条に一覧表にまとめられている個々の事柄に関して消費者に情報を与えるという消費貸借の貸主の義務を、四九一条 a 一項は、規定しています<sup>11</sup>。そうすると、以上のような情報を提供する義務の詳細は、民法施行法が持つ内容一覧から初めて明らかになります。立法者は、ドイツ民法典 (B G B) の負担を軽減するために、このような規律テクニクを許与したのです。長い列挙がその規範を見通せないものにするということは、避けられるべきなのです。

前契約上の情報提供義務は、四九二条二項により必要不可欠な契約内容に属する記載事項に関連しており、その必要不可欠な契約内容の詳細は民法施行法二四七条パラグラフ六〜八及びパラグラフ一〇〜一三 b において規定されています。民法施行法二四七条パラグラフ二に基づく前契約上の情報提供義務のリストは、長文のもので、次のものを含んでいます。つまり、消費貸借貸主の名前と住所、実質的な年間利息、借入利率 (Sollzinsatz)、契約の有効期間、個々の割賦払いの金額やその回数及びその満期日、その総額、支払条件、その他の費用についての表示、遅延利息の利率、支払が止まったことの結果についての警告 (Warnhinweis)、撤回権の存在不存及び消費貸借借主の権利に関する情報を指摘すること、貸付金の期限前の支払といったことです。消費貸借の借主になろうとする者は、貸主が基

本的に契約締結の用意をしている場合には、四九二条 a 二項により貸主に対してその概要〔基本設計〕(Entwurf)がどうなっているかを求めることができます。<sup>12)</sup>

消費者は、成年の法的参加者であり、提供された情報に基づいて提案されている契約の利益と負担についてみずからの考えを形成すべきであり、契約締結について自己の決定をその情報に即してなすことができるという思想が、情報提供義務の基礎となっているのです。この諸々の情報提供義務は、情報提供モデルが典型的な形で現れたものであり、消費貸借の借主が「確実な」決定をなすことができるようにすべきものなのです。<sup>13)</sup> 批判は、十分な情報提供を消費者達は受け取ることができないという点に表されています。こうした見解は、非常に広く流布しており、それをテュービンゲン大学の同僚であるシュルンブラントは、「消費者達は十分な情報提供を受けていないということが、少なくとも、情報提供義務が持つ有効性の限界を凌駕している」という命題に要約しました。<sup>14)</sup> とはいえ、情報提供義務を規定することによって、消費者の私的自治による決定を形式上支援するということを追求しようとするのが、考慮されなければなりません。つまり、情報を提供することが重要なのであり、それが利用される必要はありませんし、それは特に後見による保護監督下に置くということ (Bewormdung) でもないのです。その際、誤解してはいけないのは、情報提供が大量なものであるということとは問題のないものではないということです。というのは、情報提供が大量なものであるということは、消費者の受容能力を凌駕しているか、あるいは明瞭性に欠けるからです。

消費者が独力で情報を入手するというイメージは、四九一条 a 三項において消費貸借の貸主の説明義務が規定されていることにより修正されることとなります。この説明は、情報提供の望ましい効果を、諸概念及び意味的諸連関を消費者に明確なものとすることにより、確実なものにするためのものです。<sup>15)</sup> こうした説明義務は、支援的特徴を有し

ており、明確に合意されなければならぬ助言 (Beratung) に劣るものとなっているのは、意図的にそうしているし、同時にまたそれは明白なことなのです。

この情報提供モデルは、契約内容にも関連します (四九二条二項から七項)<sup>(16)</sup>。というのは、契約証書において消費者にとって重要な全ての観点を明文という形で規律することにより、記入された義務や権利について確認することができるようになるからです。そういう形でのみ、消費者は現実的な計画を追求し、自己の権利を擁護することができるのです。

その処理がしばしば数年を越えて続く消費貸借契約といった継続的債務関係においては、情報提供義務は、契約の有効期間内においても、消費者保護の有効な手段となりうるのです。二〇〇八年八月以来、一つの制定法上の規律が存在します<sup>(17)</sup>。消費者は、利率が変更される前に、消費貸借の貸主がその消費貸借を新たな期間を越えて許与する用意のあるその取引条件について、適時に情報を与えられるようになっていきます。これに該当するのは、融資がかなり多くの部分にわたって分割されているという諸ケースがそのようなのです (四九三条一項〜三項)。

契約期間中の情報提供義務が、二〇一六年三月一六日以来、ドイツの独自性と引き換えに付け加えられています。消費者が、自己の振替口座において、かなり長い期間を越えて当座貸越を使う機会 (Überziehungsmöglichkeit) を必要とする場合に、五〇四条 a においては、一定の要件のもとに、消費貸借の貸主の助言義務を定めています<sup>(18)</sup>。もっとも、この助言は強制的なものではありません。より正確に言うると、消費者はこの提案を拒絶することもできます。

情報提供義務を履行するには、両契約当事者に高度な要求をすることになります。法律に適合した行為を簡単にできるようにするために、ひとつの説明シート (Merblatt)、つまり、ヨーロッパ標準情報提供シート (ESIS) を消

費貸借の貸主は自由に使うことができ、このヨーロッパ標準情報提供シートは、民法施行法の補遺において公表されるとともに指令の基準値に結びついています。この説明シートを用いることにより、消費貸借の貸主は、自分が前契約上の情報提供義務を履行したということを証明するのです。<sup>19)</sup>

内容上の契約基準値としてこのような情報提供義務を遵守するということは、四九四条において規律されている細分化された制裁システム (System von Sanktionen) によって守られています。契約の基本的内容が書面という形で書き留められていない場合にも生じる要式違反の典型的な効果は、四九四条一項により消費貸借契約を無効にすることです。しかしこのような効果は、契約当事者達の利益に沿うものではありません。消費貸借の借主は、自己の金融上の自由な活動範囲を広げたいのであり、消費貸借の貸主は、貸付をなすことによって利息を得たいのです。貸付金を受領したことや貸付金を請求したことにより、要式の瑕疵や要式の瑕疵により引き起こされる無効が治癒される、つまり、有効な契約が導かれるということによって、立法者は、以上のような利益状況を十分考慮したのです (四九四条二項一文)。消費貸借の貸主に対する制裁は、表示の欠缺や瑕疵ある表示が、法律上定められた内容によって補充されるという点にあります (四九四条二項一文、六文)。それによって、消費貸借契約の諸条件は、消費貸借の借主にとっては、消費貸借の貸主が具体的な形で望ましい内容を契約内に書き込んでいた場合よりも有利なものとなります。例えば、借受利息、実質的な年利や総額が、決められていない場合には (同二項二文)、利率は法定利率に軽減されます。<sup>20)</sup> その他の費用が表示されていない場合には、その費用は債務として負わされることはありません (同四項一文)。

消費者保護の新たな手段として、消費者金融取引法において、撤回が規定されています (四九五条一項)<sup>21)</sup>。撤回はそ

の理由を示すことなく表示することができます。撤回は、消費者が、契約に対する自己の決定をもう一度よく考え、十四日の規定に従った期間内に（三五五条二項）契約から再び解放されるようにするのです。<sup>22</sup> 契約は守られなければならないという原則は、撤回が法的に許されたケースにおいてのみ用いることができるということにより守られているのです。撤回は、規定された領域における消費者保護にふさわしい手段とみなさざるを得ないのです。このことは、貸付契約の場合、契約類型の複雑さ（Komplexität）及び長い期間にわたる切迫した拘束や負担が、契約締結後の熟慮期間を意味あるものと思わせるということによつて、基礎づけられています。<sup>23</sup>

撤回は消費者金融取引指令2008/48EC以来、ヨーロッパ法においても定着しています。ヨーロッパ法においては、撤回という手段は、かつては規定されていませんでした。撤回が、給付を受領した後で、つまり、とりわけ貸付金が支払われた後で行われる場合には、撤回は三五七条aにより契約を清算するということとなります。受け取られた給付は、遅くとも三〇日以内に返還されなければならないと法律上なっています。三五八条という結合契約の持つ諸要件が、存在しなければなりません。つまり、一つの契約が他の契約が無かったならば締結されなかったであろうということです。

消費者保護手段のリストは、さらに二つの一般的な規定をめぐって補充されなければなりません。それは片面的強行法であり、そのため、消費者は、片面的強行法の適用を放棄することはできませんし、消費者を不利にする契約上の合意は無効となります（五二二条一文）<sup>24</sup>。これ以外の一般的な規定は、「消費者を保護する」諸規範を脱法する契約形成にかかわるものです。そのような脱法的契約にも消費者保護規定は、それにもかかわらずなお適用されるのです（五二二条一文）。二〇〇ユーロを超えた場合に消費者消費貸借法が適用されるようになるので、二〇〇ユーロの限度

を下回る多くの契約を締結することによる貸付総額を持つ契約形成をその一つの例と見ることができません(四九一条二項二文二号)。以上のような印象深い形で形成された消費者金融取引法は、それを私はここで決して論じつくすことはできないのですが、二〇一六年三月二一日以降なおさらに詳細なものとなっています。

### Ⅲ・住居不動産金融取引指令2014/17EUの国内法への転換による改革

二〇一四年に発効したこの指令は、ヨーロッパ消費者金融取引法の不備を補うものです。序論において述べたように、かつては、ヨーロッパレベルでの担保付貸付に関する規律は存在しませんでした<sup>(25)</sup>。ドイツの立法者は、すでに二〇〇二年に違ったやり方で決断を下しており、国内法において不動産担保法上担保された消費貸借を四九一条以下の保護領域に取り込んだのです。立法者はこれを通常高額な貸付金額とそのような契約に伴う危険によって根拠づけたのです<sup>(26)</sup>。住居不動産金融取引指令は、二〇一六年三月二〇日までドイツ法において適用されていた様式に比べて、不動産との関係を通して特別な規律枠組みを維持している消費貸借について新たな概念を定義しています。消費貸借概念の拡張を、国内法へ転換する法律は、四九一条以下の適用領域について再現しました。四九一条三項により把握されているのは、不動産担保権(Grundpfandrecht)や住居不動産に付属する権利によって担保されている消費者消費貸借契約(同一号)や土地の所有権を取得したり、維持することに役立つか、現存の建物や建築予定の建物に役立つ消費者消費貸借契約(同一号)なのです。住居としては役立たない土地や建物も捕捉されています。要件は、単に消費貸借の借主が消費者としてそれらを取得したということだけなのです<sup>(27)</sup>。ドイツの立法者は、体系を変え、今や一般的な消費者消費貸借契約(四九一条二項)と不動産消費者消費貸借契約(四九一条三項)を区別しています。不動産消

消費者消費貸借契約の特徴は、(二〇〇二年から二〇一〇年までの数年におけるように) その時々的事柄の性質による関係において規律されてきました。

住居不動産金融取引指令の改革は、若干の著者達によって、「諸規定の寄せ集め」として記述されてきました。<sup>(28)</sup> 相互の関係を作り上げていたのは、指令において明確な形で述べられている目標設定なのです。目標として、金融の安定及び消費者の保護が挙げられています。金融分野における信頼は、金融市場の危機によって非常に動揺しましたが、しっかりした規制枠組みによって金融分野の信頼を再び取り戻そうというのです。<sup>(29)</sup> 住居不動産貸付の際の負債や債務超過を、この指令によって、阻止しようというのです。そうした貸付契約のための域内市場を、透明性、効率性、競争能力によって際立たせようというのです。こうした諸目標を達成するための手段が、「首尾一貫し柔軟性のある公平な不動産貸付契約」<sup>(30)</sup> であるというのです。こうした不動産貸付契約は、とりわけ、より良い前契約上の情報提供(投資と並んでE G B G B二四七条と関連する四九一条a)によって、さらには、貸付にふさわしいかの信用調査の正確な準則及びその準則により民事法上の制裁を科すこと(五〇五条a)~d)によって達成されるというのです。消費者保護や金融の安定性の保障と並んでまた、指令によって把握された不動産消費者貸付契約のために域内市場を創り出すこと、つまりは、競争を促進することが重要なのですから、シュルンブラントの言葉によると三つで一組の目的(Zwecktrias)が問題になってきます。加盟国の不動産市場には部分的に大きな違いがありますので、その指令を国ごとの国内法に転換するために、最少調和化(Mindestharmonisierung)が認められたのです(指令2014/17/EU二条一項)<sup>(32)</sup>。例外を形成しているのは、前契約上の情報提供義務に関する規律及び実質的な利息の算定に関する規律だけなのです(二条二項)。それとともに、競争の促進よりも消費者保護に優位が認められています。というのは、法的な諸規定を

平等に取り扱うということではなく、できるだけ消費者を高い水準で保護するということが非常に重要だからなのである。

外国通貨金融取引のためには、指令二三条により、それに適した規律枠組みを自由に使うことができます。その準則は、五〇三条という形で国内法に転換されています。それには、為替相場が、重大な結果を招く形で、つまり二〇パーセント以上低下〔悪化〕した場合に、契約関係にある間の情報提供義務を導入することが、補充的に必要なのです（四九三条四項）。以上の規律においても、金融危機の経験がその痕跡をとどめているのです。このことは、同時に、EU内において法の統一化はなされていないのですが、すでに不動産消費者金融取引では一つの域内市場が存在するというを示しています。

さらにまた、活動自身に対する標準化された諸要件や消費者のための義務的情報提供義務に関する標準化された諸要件を確定するために、消費者の任意の相談（Beratung）は、かなり強く規制されています（五一一条<sup>33</sup>）。

指令が有する改革の関心事について同様に重要な金融仲介法（Kreditvermittlung）（一六五五条 a – b）の領域は、わたしの講演では触れないままにすることにいたします。

ここで述べた一連の措置（Maßnahmenpaket）は、情報提供モデルや責任の重い信用付与の原則に基づくとともに、消費者保護や金融の安定を実現するための主要な手段として消費者にできる限り危険を説明するということに置かれています<sup>34</sup>。責任の重い信用付与についての手本をうまく用いるということは、指令2014/17/EUの七条一項一文において、誠実義務準則（Wohilverhaltensregel）として表されています。消費貸借の貸主は、「誠実、信頼性、透明性及び専門性を有する形で、」行動すべきなのです。もつとも、このような行動を要求されるのは、消費貸借の貸主だけで

はありませんが、このことはすぐに後で示すつもりです。

#### IV. 貸付契約締結前の時期についての諸規律、特に信用調査をする際に必要とされる注意

この改革は、前契約上の段階という領域に重点があることがわかります。不動産消費者消費貸借契約の場合、消費貸借の貸主に適用される前契約上の情報提供義務は、一方では、一般的な消費者消費貸借に対する二〇一〇年以来存在している準則に適合するものですが、他方では、特別なやり方で、形成されています<sup>35</sup>。こうした特別な形で形成されているということは、不動産消費者消費貸借契約の際、信用調査が要求されているということと関連しています。消費貸借の貸主は、予測できる範囲内で、消費貸借の借主が契約上の諸義務を規則通りきちんと守ることができるかを調査しなければなりません（五〇五条a一項二文、旧二項）。政府草案の趣旨説明においては、このような調査と結び付けられている特徴は、「パラダイムの転換」と呼ばれています<sup>36</sup>。このような変革は、前契約上の情報を伝達するための時点においてすでに現れています。その時点は、——消費貸借の借主が契約の意思表示を表明する以前の適当な時期の——もはやもつとも遅い時点として規律されているのではなく、むしろできるだけ早い時期に情報を与えるものものとして規律されています。このような早期の時点は、——またこれは一つの新たな改革なのですが——貸付を受けることを希望する者の行動に結び付けられています。貸付を受けることを希望する者の行動は、法律上規定された消費貸借の貸主の最初の活動によって再び引き起こされることとなります。信用調査をするために、消費貸借の貸主は、いかなる情報や証明を貸主が必要とするかを、消費貸借の借主に伝える義務を負っており、その結果、締結されるかもしれない不動産消費者消費貸借契約を準備するための、強制的と言われている信用調査がなされること

になるのです(民法施行法二四七条第一パラグラフ一項)。つまり、相互関係にある義務を伴った前契約上の情報提供債務関係が生じるのです。<sup>(37)</sup> 潜在的な消費貸借の借主に、協力義務は向けられているのです。というのは、借主は信用調査をするために求められる基礎資料、例えば、口座残高明細書、給与明細書、土地登記簿謄本を提供しなければならぬからです。これがなされるならば、前契約上の情報提供義務という第二段階に至るのです。消費貸借の貸主は、貸主の側で、遅滞なくヨーロッパ標準情報提供シート説明書にあらかじめ定められている情報を伝えなければなりません(民法施行法二四七条第一パラグラフ二項)。以上のような第二段階は、住居不動産金融取引指令によって強制的な形で作り上げられています。というのは、それが、拘束力のある形で規律された準則だからなのです。<sup>(38)</sup>

信用調査は、本来のファイナンス支援措置のための二〇一〇年の指令2008/48/EGをドイツ国内法に転換することによって、すでに取り入れられていました(旧五〇九条)。しかしながら、公的利益にある監督法上認められた義務が問題なのか、あるいは、同時に、その保護義務の侵害が消費貸借の借主の損害賠償請求権をもたらし得るといわれている消費者に対する保護義務も問題なのかについては、一致が見られていなかったのです。<sup>(39)</sup> ヨーロッパ裁判所は、信用調査のためのこの指令2008/48/EGが債務超過や支払い不能という危険から保護するということを意図しているので、<sup>(40)</sup> 独自に消費者を保護すべき性質を基礎としていることを二〇一四年に確定しました。それ故、義務違反があった場合、消費貸借の貸主に対する損害賠償請求権が消費貸借の借主に与えられるという民事法上の義務が問題となるという形で、二〇一六年三月二〇日までの現行法を解釈することがすでになされていたのですが、ドイツの立法者は、<sup>(41)</sup> 信用調査を新たに作り上げる際に、その捉え方を以上のような意味に変えるということを明確な形で表明しました。以上のように捉えるということに対応するのが、消費者に対する保護義務を受け入れるということなのです。

信用調査にあたっては、将来の消費貸借の貸主の情報提供義務ではなく、包括的な注意義務 (Sorgfaltspflicht) が、なによりもまず第一に、問題となるのです。この調査の形態は、この調査が様々な情報に基づき注意深くなされなければならないということを示しています、その基準は、一般的な消費者消費貸借契約の場合と不動産消費者消費貸借契約の場合で異なっています。住居不動産金融取引指令のこうした調査に課せられている要求は高度なものなので、実務上の必要性に応じているのが、一般的な消費者消費貸借契約のための費用をより少なくとどめるということなのです。このことは、五〇五条b一項において、不動産消費者消費貸借のための規律については、五〇五条b二項、四項、五〇五条cにおいて、なされています。住居不動産金融取引指令の高度な要求は、指令の七条に示されているいわゆる誠実義務準則から説明されます。それによると、貸主は、「消費者の権利および利益を考慮して、誠実、信頼性、透明性及び専門性を有する形で」行動しなければなりません。信用調査に対して消費貸借の貸主が負う義務は、以上の準則を重要事項という形で具体化したものなのです。<sup>(42)</sup> この責任ある与信原則は、それによって再び、非常に適切なものとなるのです。<sup>(43)</sup>

不動産消費者消費貸借契約を締結するつもりがある場合、消費貸借の貸主は、貸し付けに値するかという問いに対する資料を分析し評価しなければなりません、その資料は貸付を受ける意図のある人の情報提供に基づいて、さらには、他方当事者の職場や貸付仲介業者の紹介に対する回答に基づいて、自由に使うことができます (五〇五条b二項及び三項)。貸主はそれらの情報を適切な形で再検討し、必要性がある場合には、自主的に再検査することのできる書類をさらに調査しなければなりません。最後に、貸主は、以上のことを基礎にして、責任のある評価をなし、貸し付けに値するかの調査 (信用調査) の結論を得なければならぬのです。<sup>(44)</sup> その結論が好ましくないものとなった

場合、五〇五条a一項二文は、消費貸借契約の締結を禁止するよう定めています。けれども、不動産消費貸借契約の場合に、消費貸借の借主が消費貸借契約と関連する自己の義務を果たすことができることになるといふ公算が大きいときには、消費者と消費貸借契約を締結することができます。一般的な消費者消費貸借契約の場合には、その点に著しい疑念がないということに足りません。

消費貸借の貸主が信用調査を実施しなかったとか、義務にかなう形で実施しなかったのであるが、それにもかかわらず消費貸借契約が締結された場合の結果は、五〇五条dに事細かな形で規定されていますが、それは、なによりもまず、その信用調査の診断がいかなる結果に至ることになるかということにより区別しています。消費貸借契約が無効となるということは、決してあつてはならないのです。その診断が好ましいものとなる場合には、個々の契約上の制裁は存在しません<sup>(45)</sup>。

好ましくない診断が後から突き止められた場合には、消費貸借の借主に対して優遇措置が働きます。利息の取り決め（固定利率か変動利率か）の仕方によって、その利率は消費貸借の貸主の不利に調整されます。つまり、その消費貸借の借主は、その契約から離れないことができますが、貸付金を利用することによる使用利益に対し、たとえかなり少額の利息であつても、利息を支払わなければなりません。その利息は、それゆえ、利得の調整として使われているにすぎないので<sup>(46)</sup>。契約上合意された利息〔約定利息〕と違つているのは、消費貸借の貸主が、信用調査義務に違反したことを理由とする消費貸借の貸主に対する制裁だということですが、さらに、消費貸借の借主は、期間を遵守することなく、また損害賠償義務（五〇二条による弁済期前の損害賠償）を負うことなく、その消費貸借契約を解除することができます。消費貸借の借主に対して以上のような優遇措置をとるために、消費貸借の貸主に対する不利益が生じる

のです。つまり、消費貸借の借主がその貸付に対して利息を支払うことができないために、消費貸借の貸主にその消費貸借契約から損害が生じた場合、消費貸借の貸主はその損害を主張することはできません。

個別的な利益については、留保が存在し、その留保のもとに制裁の体系がうまく働くのです。五〇五条b三項は、借主が情報を故意や重過失で誤った形で提供したり、全く提供しなかった場合には、消費貸借の借主のための優遇措置は存在しないということであらかじめ定めています。この抗弁は、**悪意の抗弁 (exceptio doli)**<sup>(47)</sup>、つまり、請求を受けている者が信義誠実の原則を援用することを鏡に映した像「のように左右逆になったもの」としての悪意の抗弁に相当するものです。消費貸借の借主が、優遇措置の要件、つまり、信用調査の瑕疵を悪意ある行為自体で引き起こし、信義誠実の原則を的確にとらえたものである協力義務に違反した場合には、借主は優遇措置を求めることはできません<sup>(48)</sup>。

このような前契約上の義務を信用調査やその調査が持つ制裁措置の流れに沿って評価しようとするならば、前契約上の義務が持つ多様性をはっきり認識しなければなりません。自己の財産状態について情報を提供するという不動産消費者消費貸借契約〔の締結〕を望んでいる者の負う義務が存在するのです（民法施行法二四七条第一パラグラフ一項に関連する四九一条a一項）。更に、将来消費貸借の貸主となる人は、自分に届けられた情報を調査する義務があります（五〇五条b三項、土地担保法上担保された貸付に対する五〇五条cにおいては——注意義務という——特色を持つ）。さらに、将来消費貸借の貸主となる人が負わなければならないのは、貸付に値するかの信用調査自体に関連する資料を収集整理する義務や保存する義務であり（五〇五条b四項や五〇五条c三号）、調査が履行されなかったり、義務に適うものでなかった場合には、その調査をやり直す義務なのです。この調査のやり直しは、規定の構造からして、五〇五条dに

よる制裁を決めるための前提要件となっています。<sup>(49)</sup> 五〇五条dは、多様な制裁を表しており、その多様な制裁は両契約当事者がその義務を履行しているか否かに左右されるのです。この点に関して再び明らかになるのは、相互的な義務である前契約上の情報提供債務関係が理由として挙げられるということです。とりわけ、不動産消費者消費貸借契約が予定されている場合の事業者に対しては高度な注意を要求するということが、定められています。しかしながら、消費者も、信用調査がうまくいくことについて責任があるのです。<sup>(50)</sup>

#### V・消費者金融取引法の傾向とその傾向が有する解釈論上の関係

この新たな指令、つまり、この指令をドイツ国内法に転換するということが、私的自治を強化するの<sup>(51)</sup>か、あるいは、消費貸借の借主の利益を守る、つまり、いわば、借主の事務処理をする者として行動し、基本的にさまざまな利害関係をもったビジネスの相手方としては行動しない<sup>(52)</sup>ということ消費貸借の貸主に義務付ける後見的モデルに席を譲り、私的自治を弱めるのでしようか。

強行法という形で規定されている前契約上の情報提供義務は、不動産消費者消費貸借の領域においても、消費者を形式に従った形で支援することに役立つとともに、消費者が私的自治に基づいて決定することに役立つのです。消費者がどうしても受取っておかなければならない情報の提供が重要なのです。後見監督を話題にすることはできません。後見監督は、信用調査によってなされ得るかもしれませんが、信用調査は、金融機関が、五〇五条bの好ましくない結果にさらされないために、自分の潜在的な顧客に危険な融資を拒絶するということを結果的にもたらすことがあるにすぎないのです。適切な評価をするためには、次の二つの点を考慮しなければなりません。一つには、危険を責任

ある形で評価することは、監査法上も金融機関の義務になっており、私法上においてのみ金融機関の義務になっていないのです。またもう一つには金融機関は、消費貸借の債務者がのちになって貸付に値しないということが判明した場合には、権利追及費用といった諸結果の責任を負担しなければならず、場合によっては、破産による債務者の損失を負担しなければなりません。信用調査の責任は、そのうえ、両契約当事者の双肩にかかっているのです。というのは、できるだけ信頼できる診断をするには、潜在的な消費貸借の借主がどのような情報を提供するかということにかかっているからです。

不動産消費者貸付のためのハードルが、かなり高いものとなっているということは、望ましいことなのです。<sup>53</sup> 以上にような帰結こそが、金融危機という背景を前にして、なそうとしたことなのです。消費者金融取引法に対するこうした諸傾向をしつかり維持しようとするならば、前契約上の情報提供義務のために、相互の義務を内容とする前契約上の義務関係を形成することが強調されなければなりません。消費貸借関係に基づく義務に関する透明度を得ようと努力することや契約の修正や終了に向けられている権利に関する透明度を得ようと努めることは、契約の種々の段階において情報提供義務を多種多様な形で形成するということをもたらすのです。

撤回の可能性に対する関係は、新たな議論の対象となりうるでしょう。適切かつ早期に情報提供された消費者は、かなりの数の人が考えているように、このような撤回といった手段を必要としないのです。<sup>54</sup> こうした批判に應じる一つの新たな手段を、指令作成者は、熟慮期間を導入することによって用意したのです。契約締結前のこのような熟慮期間を、さらに撤回と同じような観点から、つまり、契約の拘束力がないという観点から、情報提供義務が支えるのです。しかしながら、契約の締結によって観点が変わるということが、質的に変わった状況をもたらすように私には

思えるのです。契約以前の段階が、最善の情報提供に使われるならば、契約を結ぶという決定をした後に、契約の効力や新たな理由なしにその契約を解消することについて熟慮するための短い期間があるということは、消費者にとって便利な保護措置なのです<sup>55</sup>。消費者保護の二つの主要な手段が並存することを受け入れることは、どのような期間が撤回のために定められているかにもかかっているのです。通常の期間としての一四日や撤回に関連する情報提供義務に違反した場合に一年と一四日まで延長することは、不動産消費者消費貸借契約（三五六条二項二文）の場合、事業者サイドにとっても判断の基礎を作り出します<sup>56</sup>。それに関して、ドイツの立法者は、事情によっては永久的な撤回権をめぐり最近とくに激しくなされた議論の後に、ひとつの耐えうる妥協案を見出したと行ってよいでしょう<sup>57</sup>。

#### 諸テーゼ

1. 金融取引法における消費者保護規定は、契約の複雑性、しばしば長い有効期間があること、さらには、消費者が典型的、構造的に弱者であるということによって基礎づけられています。
2. 金融危機は、とりわけ、不動産消費者金融取引の領域において、貸付が常に増加していくことは賢明な目標ではありえないという認識をもたらしました。それは、両契約当事者の個人的な利益や金融市場の安定という利益において重要なのです。
3. 消費貸借の貸主の情報提供義務や消費貸借の借主を信用調査することは、基本的に、消費者保護や金融市場の安定を改善するための有効な手段なのです。
4. 貸付に値するかの信用調査をなすことは、相互的な義務を伴う前契約上の情報提供債務関係に行き着くことにな

ります。不動産消費者消費貸借契約に対する診断 (Prognose) は、一般的な消費者消費貸借契約に対するものよりも厳格になされなければなりません。というのは、貸付金額は高額なものですし、不動産に関連することにより、生活を形成する重要な基礎となっているからです。

5. 不動産消費者消費貸借契約が非常に制限された形で締結されているに過ぎないときには、他の融資の可能性が新たに重要なものとなったり、人的担保が新たに重要となるのです。

注

※この講演は、ベルリン自由大学で民法及びローマ法の教授である著者によって、二〇一六年一〇月五日に、東京にある日本大学の招聘によりなされたものである。

- (1) Vgl. dazu Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK) -Lammel, S S 488-512, Rnn. 37 ff.
- (2) HKK-BGB-Frank L. Schäfer, S S 488-512, Rnn. 55 ff.
- (3) 二〇一六年三月二〇日までの文言の五〇三条 (S 503 in der Fassung bis zum 20.3.2016.)
- (4) ヨーロッパレベルで捉えることのできなかった理由は、その前に、担保法の統一化がなされるか、少なくともヨーロッパ担保法、つまり、ユーロ抵当の草案が作られなければならないといわれていることに特に見て取ることができる。  
Schürnbrand, Die Richtlinie für Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ZBB 2014, 169.
- (5) Pickenbrock, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, GPR 2015, 26 f.
- (6) Empfehlung 2001/193/EG der Kommission vom 1.3.2001, AB1 Nr. L 69/25 v. 10.3.2001.
- (7) Rott, Die neue Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, BKR 2015, 8 f.;  
Klinger, Ethik und Recht im Kreditgeschäft, 2016, S. 320 ff.

- (8) Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie, Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht, *VuR* 2014, 208 und 212. 行動規範集の効力について、このような否定的な分析にもかかわらず、クリンガー (Klinger) は、指令 2008/48/EG や指令 2014/17/EU における前契約上の情報提供義務に対してこの行動規範集が持つ「バイオニア機能」を明確に示すと同時にこの行動規範集に明確な形で示された諸義務は今現在法律上採用された諸義務よりもずっと十分なものであるということ、強調することによって、Ethik und Recht im Kreditgeschäft の三四一頁以下、特に三五一頁以下において、肯定的な全体評価に至っている。
- (9) Bülow/Artz, Unentgeltliche Kreditverträge – ein neues Paradigma im deutschen Verbraucherprivatrecht, *ZIP* 2016, 1204 ff.; Schürbrand, Verbraucherschutz bei unentgeltlichen Finanzierungen, *WM* 2016, 1105 ff.
- (10) 宣伝広告の局面に関しては、消費者信用指令四条を国内法化するにあたり、同様に価格表示法 (Preisangaben-VO) 六条 a ～六条 c に見出すことのできる諸規定が導入された。
- (11) BeckOK BGB / Cosima Möller, § 491a, Rn. 6 ff.; BeckOKGK / Knops BGB § 491a, Rn. 7ff.
- (12) BeckOK BGB / Cosima Möller, § 491a, Rn. 12 f.
- (13) 消費者金融取引指令六条一項 2008/48/EG (Art. 6 Abs. 1 VerbrKrRL 2008/48/EG). この基本像については、Schmolke の詳細な叙述、『契約における自己形成の限界 (Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht)』二〇一四年、七三六頁以下特に七七八頁、および改善の提案に至る批判的な評価をする八四七頁以下を見よ。
- (14) Schürbrand, Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, *ZBB* 2014, 174. シュヴントブスキ (Schwintowski) は、…我々はなにかを知らなこので、*VuR* 2016, S. 241 f. の、以上のことを背景として、情報提供義務に対する事前評価 (Wirkungsanalysen zu den Informationspflichten) を提案し、その後は、専門家、例えば、専門的なコンサルタント〔助言者〕や仲介業者、にとって収益上重要な情報と消費者が決定をする際に問題となる消費者にとって重要な情報との違いがいられている。以上のことを基礎として、彼は、重要性を基準とする情報概念を展開する。
- (15) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491a Rn. 14 ff.

(16) シュルンブランド (Schürnbrand) は(前注4) ZBB 2014, S. 174で、情報提供のこのような重複を「うまくいった場合でも」不必要なものと考える。このように評価することは、契約前に情報提供された内容が変更されることなく契約内容になることが予定されている場合にのみ適切なものであろう。しかしながら、契約前に情報提供された内容が変更されることなく契約内容になることを、一般的に出発点とすることはできない。シュルンブランドが訴えている「提供された情報と契約内容が」乖離した場合の混乱というものは、結局、消費者が貸主たちから知識を得られないということにより改善されないことになる。

(17) 当時は四九二条aという形で、今日では四九三条という形で規律されている。

(18) 但し、この点については、BeckOK-BGB-Cosima Möller, S. 504a, Rn. 1-9.を見よ。

(19) ヨーロッパ共通の標準書式、つまり、ヨーロッパ標準情報提供シート(ヨーロッパ標準情報提供シート説明書 (ESIS-Merkblatt)) ——それは民法施行法の補遺「添付書類」六として印刷されているが——やヨーロッパ標準情報提供シートの規定およびその効力については、Schürnbrand, Gesetzliche Muster im Verbraucherschutzrecht, JZ 2015, 974 ff.

(20) 法定利率は、BGB二四六条で「年」四パーセントに固定されている。この条項が持っている制裁的効力 (Sanktionswirkung) を妨げないために、約定利率が法定利率より低い場合、約定利率を維持することが、低金利の局面においては必要となりうる。この問題については、MüKoBGB / Schürnbrand S. 494, Rn. 29; BeckOK BGB / Cosima Möller, S. 494, Rn. 14.を参照。

(21) BeckOGK / Knops BGB, S. 495, Rn. 1ff.; BeckOK BGB / Cosima Möller, S. 495, Rn. 1 ff.

(22) この期間は、二〇一四年及び二〇一六年の新規定によつて、不動産消費者消費貸借の場合、最長で、一年と一四日まで延長することができ(三五六条b二項二文)、この点については、BeckOK BGB / Müller-Christmann, S. 356b, Rn. 1 ff

(23) Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht (契約法における自己拘束の限界), 2014, S. 863 ff. は「正当化」「内因的であるがしかしまた外因的でもある選択障害」を付け加える。こうした選択障害は、類型的な形で存在しており、したがって、パターンリズムというこのような形態に対する行動経済的な基礎を提供するのである。

fügt zur Rechtfertigung „endogene, aber auch exogene Präferenzstörungen“ hinzu, die typischerweise vorliegen und damit ein verhaltensökonomisches Fundament für diese Form des Paternalismus liefern.

- (24) この点から規律に対して批判的なものとして、Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Vertragsrecht, 2014, S. 758 ff.
- (25) Art. 2 Abs. 2 lit a VerbrKRrRL 2008/48/EG によらず、この点から消費者消費貸借は消費者金融取引指令によつては考慮されつゝもせぬ。
- (26) Begr. RegE, BT-Drs. 16/11643 S. 88 linke Spalte.
- (27) Begr. RegE, BT-Drs. 18/5922, S. 75; Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie, VuR 2014, 212. を参照。
- (28) Rott, (Fn. 7), BKR 2015, S. 10; Piekenbrock, (Fn. 5), GPR 2015, S. 27. Ebenso MütKo-Schürnbrand, Vor § 491, Rn. 27.
- (29) それ故、Schalast und Walter, BB 2015 Heft 18 (27.4.2015) では、その第一面において、根源的な金融危機が、住居不動産貸付指令およびその指令をネットの国内法に転化したことを襲ったという短い寄稿論文のタイトルは、適切な形で付けられている。Schürnbrand による解説 (Fn.4), ZBB 2014, 168, 170. を見よ。
- (30) Erwägungsgrund 6 der RL 2014/17/EU.
- (31) Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, S. 170.
- (32) 他にいくつもの文献があるが、本来計画されていた最大限度一致させることとこれを概念上変更するということでは、Rott, (Fn.7), BKR 2015, 9. を、これに対して批判的なものとして、Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, 171 f. を見よ。
- (33) 指令の改訂について、Rott, Die neue Immobiliarkreditrichtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, BKR 2015, 8; Piekenbrock, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, GPR 2015, 26; Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie. Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht, VuR 2014, 207; Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, 172. S. auch BeckOK-BGB-Cosima Möller, § 511, Rn.1. を参照。
- (34) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491 Rn. 23.
- (35) 二つの指令の間の調整がなされつゝなごうに訴えたのは、Schürnbrand, (Fn.4), ZBB 2014, S. 177 f. を見よ。この

し、部分的に異なるものの二つの指令準則の間には、金融危機という経験が存在するものである。

- (36) BT-Drucks. 18/5922, S. 112.
- (37) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491a Rnn. 4 und 7. *ただし* Schäfer *は* Wohnimmobilienkreditrichtlinie, *VaR* 2014, 207, 214. *なお* *は* 指令を見通して同様の正しく評価をしようとする。Rott *は* Die neue Immobiliarkreditrichtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, *BKR* 2015, 10 *は* 正しくも、消費者もその限度で同様に責任を負うようにならなければならない。
- (38) Art. 2 Abs. 2 der RL 2014/17/EU *を* *は* *は* *は* BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 491 Rn. 4; Rott, (Fn.7), *BKR* 2015, 9.
- (39) Schürbrand *は* (Fn. 4), *ZBB* 2014, S. 176 f. *は* 監督法上の制裁は十分実効性があると考えている。議論の詳細については Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 716 ff. zur VerbrKrRL 2008/48/EG und S. 790 ff. zur Umsetzung in § 509 aF.
- (40) EuGH v. 27.3.2014, Rs. C-565/12, ZIP 2014, 1873. 五〇九条に代わる消費者消費貸借契約に指令に一致したふさわしい形で適用をしようとする *は* *は* Müko-Schürbrand, Rn. 3 und BeckOK-BGB (35. Edition, 01.05.2015) - Cosima Möller, Rn.3. *を見よ*。
- (41) Begr. RegEntwurf, BT-Drucks. 18/5922, S. 96.
- (42) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505a Rn. 1 (Edition 39, Stand: 01.05.2016).
- (43) Pickenbrock, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, *GPR* 2015, 29 ff. *を見よ*。
- (44) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505b Rn. 6 (Edition 39, Stand: 01.05.2016). 最初の新聞雑誌の評論において、融資を求めることが大きく増大しているということが訴えられていたのに、貸主による情報提供をこのように評価することは、十分な形では考慮されていないのである。例えば、F.A.Z. vom 7.6.2016, Nr. 130 S. 23. *を見よ*。かなり長期にわたる収入状況がどう展開するかが判断されなければならないので、かなり高い率が持続するというのが予測である。またこの改正の施行後半年

間は、その効果について意見の一致が見られませんでした。ドイツ貯蓄銀行協会 (deutscher Sparkassen- und Giroverband) の数値によると、二〇一六年の上半期における住宅建築貸付 (Baukredit) の受諾件数は、前年比で約八・九パーセント減少した。これに対して、ドイツ連邦銀行は、住居不動産に対する融資の上昇率は向こう一二ヶ月間四パーセント弱と想定されるということを確定した。二〇一六年九月一〇日のフランクフルター・アルゲマイネ・ツァイトウング、ナンバー二二二の一二頁に掲載されている記事を見よ。

- (45) 差止請求訴訟法 (UkLaG) による団体が、このような実務に対して差止め訴訟を起こす可能性はある。
- (46) Begr. RegE BT-Drucks. 18/5922, S. 101.
- (47) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505a Rn. 2 sowie § 505d Rn. 9 (Edition 39, Stand: 01.05.2016).
- (48) 同じように、説明義務や情報提供義務の範囲は情報提供すべき行為次第であるということは、それ以外の領域においても認められている。売買法と物の瑕疵に関する説明義務がそうであり、さらにこの点に関しては、Möller, Informationspflichten des Verkäufers: Grundlagen im römischen und im heutigen deutschen Recht, JUS (Milano) 2015, S. 7-26 を参照。契約上の債務関係における説明義務および公正さと正当な利益追求 (Gewinnstreben) との緊張関係について一般的なものの見よ。MüKo-Bachmann, § 241 Rnn. 110 ff., 123. を見よ。
- (49) BeckOK-BGB - Cosima Möller, § 505a, Rn. 8.
- (50) Rott, (Fn. 7), BKR 2015, S. 10.
- (51) Schäfer, Wohnimmobilienkreditrichtlinie, VuR 2014, 213 f.
- (52) たみぞは、Servatius, Aufklärungspflichten und verantwortungsvolle Kreditvergabe, ZfIR 2015, 178, 181 f. の批判。この点については、Schürbrand 号 (Fn. 4), ZBB 2014, S. 173. を紹介す。Schmolke, 予 Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014 年 12 月 27 日 頁では、効率性を考慮することによって過剰な法的パターンリズムを防ぐべき効率的なパターンリズムというモデルを示し、二二七〇頁では、中間的結論として、憲法上の規準の中に定着しているものについて述べる。
- (53) この点については、注(44)の場合、次のものを見よ。Schmolke 予 Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S.

790 で、一般的な消費者金融取引の場合、将来の状況に対する二つの可能性、つまり、信用調査の結果が否定的なものとなった場合、かなり厳格な消費規律をとるか、あるいは、非合法すれすれの金融市場に消費者が切り替えるかということ、を引き合いに出す。

(54) Eidenmüller, Why Withdrawal Rights?, European Review of Contract Law 2011, 1 ff. und ders., Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010), 67 ff.

(55) BeckOK BGB / Cosima Möller, § 495, Rn. 1.

(56) そのような除外期間は、割賦供給契約 (Ratenlieferungsvertrag) の場合や無償の消費貸借契約やファイナンス支援措置 (Finanzierungshilfen) (§ 356d S 2) の場合の撤回権 (§ 356c Abs 2 S 2) に対しても規定されている。

(57) 利益衡量が必要不可欠のものであることについては、また Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 864 を見よ。利益衡量が必要不可欠のものであるのは、期間を延長することは消費者にとってその利用を高めるが、しかしまた事業者にとってはその費用を高めるものだからである。一般的な消費者消費貸借契約の場合、消滅の要件があらかじめ規定されているわけではない (§ 356 Abs. 3 S 3 und § 356b Abs 2 S 1)。それゆえ、引き続き可能な永久的な撤回権 (Widerrufsrecht) については Bülow / Artz, Verbraucherprivatrecht, 5. Aufl. 2016, S. 66 (Rn. 146) und S. 143 f. (Rn. 329) sowie BeckOK BGB / Müller-Christmann, § 356b Rn. 11. を見よ。強制的情報開示 (Pflichtangaben) に瑕疵があった場合の種々の法律効果については、BeckOGK / Mörsdorf BGB § 356b, Rn. 7 ff. を見よ。

本稿は日本大学でなされたメラー教授の講演「Aktuelle Entwicklungen beim Schutz von Verbrauchern im Kreditrecht, Insbesondere zu Sorgfaltspflichten vor Vertragsschluss」を翻訳したものであり、原文は日本大学法学部発行の「Comparative Law 33号」に掲載されている。翻訳の許可を快く与えてくださったメラー教授に心より感謝申し上げるしだいである。

なお本文は日本大学の講演で話されたものであるため、「ですます調」で訳したが、注の部分は「である調」で訳している。また、Kreditは一般的には「信用」と訳されているが、本稿では「金融取引」、「貸付」、「融資」、「信用」等そのつど適宜に訳している。

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を  
包括一罪とした上で、その包括一罪を構成する一連の暴行による  
傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例

(最決平成二六年三月一七日刑集六八卷三号三六八頁)

立 石 有 作

【事案の概要】

許可した。

本件において、検察官は、被告人を、Aに対する傷害及び殺人、E、F、J、M、N、Oに対する傷害、Gに対する傷害致死及び死体遺棄により起訴した。このうちAとEに対する傷害事件（以下、「本件二事件」という。）について、検察官は第一審の公判前整理手続において以下の内容の訴因変更請求を行い、裁判所はそれを

(1) Aに対する傷害事件の変更後の訴因（以下、「A訴因」という。）

被告人は、かねて知人のA（当時三二年）を威迫して自己の指示に従わせた上、同人に対し支給された失業保険金も自ら管理・費消するなどしていたものであるが、同人に対し、①平成一四年一月頃から同年二月上旬頃ま

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

一三三三（二三三二）

での間、大阪府阪南市……のB荘C号室の当時のA方等において、多数回にわたり、その両手を点火している石油ストーブの上に押し付けるなどの暴行を加え、よって、同人に全治不詳の右手皮膚剥離、左手創部感染の傷害を負わせ、②Dと共謀の上、平成一四年一月頃から同年四月上旬頃までの間、上記A方等において、多数回にわたり、その下半身を金属製バットで殴打するなどの暴行を加え、よって同人に全治不詳の左臀部挫創、左大転子部挫創の傷害を負わせたものである。

(2) Eに対する傷害事件の変更後の訴因（以下、「E訴因」という。）

被告人は、F、G及びHと共謀の上、かねてE（当時四五年）に自己の自動車の運転等をさせていたものであるが、平成一八年九月中旬頃から同年一〇月一八日頃までの間、大阪府西成区……付近路上と堺市堺区……付近路上の間を走行中の普通乗用自動車内、同所に駐車中の普通乗用自動車内及びその付近の路上等において、同人に対し、頭部や左耳を手拳やスプレー缶で殴打し、下半身に燃料をかけ、ライターで点火して燃上させ、頭部を足蹴にし、顔面をプラスチック製の角材で殴打するなど

の暴行を多数回にわたり繰り返し、よって、同人に入院加療約四か月間を要する左耳挫・裂創、頭部打撲・裂創、三叉神経痛、臀部から両下肢熱傷、両膝部癒痕拘縮等の傷害を負わせたものである。

弁護人は、第一審において、本件二事件について訴因変更後の訴因は不特定であるため公訴棄却すべきなどと主張した。しかし、第一審判決は、検察官は包括一罪として起訴しているとした上で訴因変更後の訴因は特定に欠けるところはないとの判断を示し、控訴審もこれを是認した。弁護人は、本件二事件について個々の機会の暴行により傷害を負わせた事実ごとに傷害罪が成立し個々に訴因の特定を必要とするため、これらが包括一罪に該当するとし訴因変更後の訴因が特定に欠けるところはないとした原判断は憲法三一条等及び判例に違反するとして上告した。

#### 【決定要旨】

本決定は、弁護人の上告趣意の实质は単なる法令違反、事実誤認の主張であるとして上告を棄却した上で、職権により以下の判断を示した。

1 「検察官主張に係る一連の暴行によって各被害者に傷害を負わせた事実は、いずれの事件も、約四か月間又は約一か月間という一定の期間内に、被告人が、被害者との上記のような人間関係を背景として、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ、主として同態様の暴行を反復実行し、その結果、個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係を個々に特定することはできないものの、結局は一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせたというものであり、そのような事情に鑑みると、それぞれ、その全体を一体のものとして評価し、包括して一罪と解することができる。」

2 「いずれの事件も、……訴因における罪となるべき事実は、その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との区別が可能であり、またそれが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである。」

## 【評釈】

### 第1 はじめに

本決定では、上記A訴因とE訴因が訴因の特定の要請（刑法二五六条三項）をみたすかが問題となった。訴因の特定の問題をめぐってはこれまで識別説と防御権説の対立を中心に議論が重ねられてきたが、ここでは「罪となるべき事実」の記載のあり方について明確に意識されていなかった<sup>①</sup>。ところが、暴行態様、傷害の内容、死因等の表示がかなりの程度に概括的なものにとどまる訴因について、検察官は、当時の証拠に基づき、できる限り日時、場所、方法等をもって傷害致死の「罪となるべき事実」を特定して訴因を明示したとして、その訴因の特定に欠けるところはないと判示した最高裁決定平成一四年七月一八日（刑集五六卷六号三〇七頁）などが現れた。そして、これらを契機に「罪となるべき事実」<sup>②</sup>の記載のあり方が問題として意識されるようになり、近時、従来要求されていた程度よりも具体的な記載を要求する見解が提唱されるなど、この問題をめぐる議論は新たな展開をみせている。この状況の中で、本決定が、本

同一被害者に対する一定期間内に反復実行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 一三五（二三五）構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

件二事件について、「それぞれ、その全体を一体のもの」と評価し、包括して一罪と解することができる」とした上で、「いずれの事件も、……訴因における罪となるべき事実は、その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との区別が可能であり、またそれが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはない」として、「罪となるべき事実」と「他の犯罪事実との区別」の問題を明確に分け、包括一罪における訴因の特定に関する新たな理解を示したことは大きな意義を有している。

本決定では、刑法上の重要問題である包括一罪の成否に関する判断部分が訴因の特定に関する判断部分に影響を与えている。そこで、本評釈では、前者の判断部分についても分析を加えるが、重点を後者の判断部分に置いて、従来の議論を整理した上で近時の「罪となるべき事実」の記載に関する議論について検討を加えることとする。

## 第2 包括一罪の成否

本決定は、「検察官主張に係る一連の暴行によって各被害者に傷害を負わせた事実は、いずれの事件も、約四か月間又は約一か月間という一定の期間内に、被告人が、被害者との上記のような人間関係を背景として、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ、主として同態様の暴行を反復累行し、その結果、個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係を個々に特定することはできないものの、結局は一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせたというものであり、そのような事情に鑑みると、それぞれ、その全体を一体のものと評価し、包括して一罪と解することができる」としている。包括一罪は、外見的に複数の犯罪が別個に成立しているように見えるが、全体を一罪として処断すれば足り、併合罪又は科刑上一罪として取り扱うべきではない場合の総称<sup>4</sup>をいい、裁判例及び学説は、同一構成要件に該当する行為が連続して行われた場合に、被害法益・犯意の同一性、犯行態様の類似性、時間・場所の近接性などを根拠に包括一罪としての扱いを認めて

いる。<sup>⑤</sup>

Aに対する傷害事件の事案の特徴は、上記変更後のA訴因の記載、検察官が提出した証明予定事実記載書面及び検察官による釈明の内容を踏まえた本決定を前提とすれば、概ね①Aに対する傷害が、約四か月の期間内に、被告人が暴力等を通じてAを支配・統制する状況の中で、ある程度限定された場所で、憂さ晴らしや面白半分に行われたこと、②多数の機会にAに暴行を加えそれらにより傷害を負わせたことにある。また、Eに対する傷害事件の事案の特徴は、上記変更後のE訴因の記載、検察官が提出した証明予定事実記載書面及び検察官による釈明の内容を踏まえた本決定を前提とすれば、概ね①Eに対する傷害が、約一か月の期間内に、被告人がEを服従させる状況の中で、ある程度限定された場所で、自己の力の誇示、配下の者に対するいたぶりや憂さ晴らしから行われたこと、②多数又は特定の機会にEに暴行を加えそれらにより傷害を負わせたことにある。このような事案の特徴を前提に包括一罪に該当するかを検討すると、い

ずれも、一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせ、また被告人と被害者の人間関係を背景に共通の動機から犯

意を生じさせたものであり、被害法益と犯意は同一である。そして、必ずしも個々の暴行態様が類似しているとは言いが、いずれの暴行もA又はEの身体に向けられたものであり、暴行という性質上四囲の状況によりその態様が一定となり難い<sup>⑥</sup>ことも合わせて考慮すれば行為態様の類似性を認めることができる。さらに、個々の暴行行為は約四か月又は約一か月という必ずしも短くはない期間内に異なった場所で行われているが、被害法益と犯意の同一性並びに行為態様の類似性が認められることからすれば、この程度の時間・場所の範囲であれば両者の近接性も認めることができる。以上の検討より、本件二事件は包括一罪に該当するといえる。この結論は、本件のように個々の暴行やその結果との対応関係を特定することが困難な事案において適正に刑罰権を行使するという観点からも合理性を有するといえよう。<sup>⑦</sup>

### 第3 訴因の特定

#### 1 従来の訴因の特定をめぐる議論

本決定は「いずれの事件も、……訴因における罪とな

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 一三七（二二七）構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

るべき事実は、その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との区別が可能であり、またそれが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはない」としているが、この部分は、従来意識されてきた①他の犯罪事実との区別が可能であるかに、②特定の犯罪構成要件に該当するかを判定するに足りる程度の具体的記載かという基準を加えて、訴因の特定の問題を判断したものである。そこで、この二つの基準が従来の学説と裁判例の中でどのように位置付けられるかを整理することになよう。

### (1) 学説の検討

周知のように、審判対象をめぐっては公訴事実対象説<sup>⑧</sup>と訴因対象説<sup>⑨</sup>が対立していたが、現在、後者の見解が通説的理解であり実務もこれを基本としている<sup>⑩</sup>。この訴因対象説によれば、訴因が審判対象となるため、訴因は裁判所が審理すべき対象を画定するとともに被告人に防御対象を示す機能を有する<sup>⑪</sup>。このように訴因が重要な機能を有するため、刑訴法は、起訴状に「訴因を明示」し、

「罪となるべき事実」を「できる限り日時、場所及び方法を以て」具体的に特定することを要求している（刑訴法二五六条二項、三項<sup>⑫</sup>）。訴因は検察官が訴追する犯罪事実を特定して記載したものであるため、その特定の要請をみたすには、まずもって「罪となるべき事実」として、被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかを判定するに足りる程度の具体的事実を記載しなければならぬ<sup>⑬</sup>。しかし、これまで、この「罪となるべき事実」の記載のあり方について明確に意識されず、訴因の特定をめぐる議論の中心は識別説と防御権説のいずれが適切かというものであった<sup>⑭</sup>。

識別説とは、訴因に犯罪事実を他の犯罪事実と区別できる程度に記載することを要しかつそれをもって足りるとする見解である<sup>⑮</sup>。この見解の特徴は、被告人に防御対象を示す機能を訴因の審判対象画定機能の裏返しとして捉えることにある<sup>⑯</sup>。その論拠は、①訴因の機能のうち審判対象画定機能を重視すべきこと<sup>⑰</sup>、②訴因と有罪判決（刑訴法三三五条一項）の「罪となるべき事実」の記載として要求される具体性は同程度と理解され<sup>⑱</sup>、その理解を前提に、後者について後掲最高裁昭和二四年二月一〇

日判決（刑集三卷二号一五五頁）と通説が識別説と同様の見解を採用していると考えられていることから、前者についても識別説を採用することがそれらの理解と整合的であること<sup>19</sup>、③識別説の要求する程度まで訴因が特定されていれば被告人の基本的な防御権は保障できること<sup>20</sup>等にある。これに対し、防御権説とは、訴追対象とされた犯罪事実を他の犯罪事実と区別できる程度に記載するだけでは足りず、被告人の防御権行使に十分な程度に記載することを要求する見解である<sup>21</sup>。この見解の特徴は、被告人に防御対象を示す機能に審判対象画定機能とは独立した意味を認めることにある<sup>22</sup>。その論拠は、①現行刑訴法が当事者主義を強化し起訴状一本主義と訴因制度を採用したことから、起訴時に一件記録が提出され裁判所が犯罪の日時、場所、方法等を確認することができた旧法下における犯罪事実の特定に関する考え方を承継する識別説を採用し得ないこと<sup>23</sup>、②訴訟構造が当事者主義に変革されたことから訴因の防御機能を第一次的に重視すべきことにある<sup>24</sup>。これらの見解の対立について、識別説を支持すべきである。それは、①現行刑訴法の制定過程では訴因制度の導入にあたって「事実の簡潔かつ明確な

記述」という要請が意識されていたため、識別説が現行法の制定過程の中で採用された考え方といえる、②わが国の刑訴法は当事者主義を採用し検察官に訴追対象の設定につき裁判所の判断に優越する決定権と処分権を付与していると考えられるため<sup>26</sup>、検察官が審判対象を画定することに重点を置いて訴因の機能を理解すべきであり、防御権説のように防御機能を第一次的に重視すべきでない、③公判では訴因記載の「罪となるべき事実」を認定できるかが審理され、それが認定できた場合にその事実が有罪判決の「罪となるべき事実」として記載されるため、両者の「罪となるべき事実」の記載に要求される具体性は基本的に同程度と考えられる<sup>28</sup>。この理解を前提とすれば、有罪判決の「罪となるべき事実」の特定に関する後掲最高裁昭和二四年二月一〇日判決（刑集三卷二号一五五頁）及び通説が識別説と同様の見解を採用していると考えられることから、訴因の特定においても識別説を採用することが整合的である、④識別説の要求する程度まで訴因が特定されれば、被告人側で公判開始前に防御方針を決定し罪状認否（刑訴法二九一条二項）の内容を検討するなど防御活動を行うことが十分可能であり、

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 一三三九（二三三九）構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

起訴状受理の段階から被告人の防御権を十分保障できる、  
 ⑤被告人の防御方法は具体的事実ごとの検察官の証拠収集の程度、証拠の種類、立証方法によって大きく異なるため、被告人の防御権の保障は起訴状提出以後の手続過程、具体的には証拠開示等の当事者間の事前準備の充実や冒頭陳述の実質化等に求めるほうがより実際の、被告人にとってかえって手厚い結果に結びつくと考えられるからである。他方で、防御権説は、起訴状の記載を通して争点を顕在化させて被告人の防御権を保障すべきとする<sup>31</sup>ためその記載は詳細であることが望ましいこととなるが、過度に詳細な記載を要求すると、捜査の長期化、裁判官の予断、公判審理の硬直化・煩雑化などの弊害を生じさせる<sup>32</sup>だけでなく、冒頭手続の段階で起訴状以外に情報のない裁判所に訴因の特定以上の事項について求積明の義務を負わせその要否の判断に困難を強いることになる<sup>33</sup>。以上より、訴因に犯罪事実を他の犯罪事実と区別できる程度に記載することを要しかつそれをもって足りるとする識別説を支持すべきである。

## (2) 裁判例の検討

実務でも識別説による運用が定着しているが、<sup>34</sup>「(1)学

説の検討」で検討した識別説の理解を前提とすれば、訴因の特定の要請をみたすには、「罪となるべき事実」として①被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度の具体的事実を明らかにし、それを前提に②他の犯罪事実と区別できることが必要となる<sup>35</sup>。この観点から従来の最高裁判例を整理すると、以下のとおり、主に i 「罪となるべき事実」の記載と ii 「他の犯罪事実との区別」が問題となった裁判例に分類できる<sup>36</sup>。

i 「罪となるべき事実」の記載が問題となった裁判例

① 最高裁平成一四年七月一八日決定（刑集五六卷六号三〇七頁）

検察官は、「単独又はA及びBと共謀の上、平成九年九月三〇日午後八時三〇分ころ、福岡市中央区……ビジネス旅館『甲』二階七号室において、Vに対し、他人の頭部等に手段不明の暴行を加え、頭蓋冠、頭蓋底骨折等の傷害を負わせ、よって、そのころ、同所において、頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させた」という訴因で被告人を起訴した。この訴因に対して、同決定は、「暴行

態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なものであるにとどまるが、検察官において、当時の証拠に基づき、できる限り日時、場所、方法等をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである」と判示した。

最高裁平成一七年一〇月一二日決定（刑集五九卷八号一四二五頁）

検察官は、「平成一四年六月ころから平成一六年三月四日までの間、営利の目的で、みだりに、別表記載のとおり、四回にわたり、大阪市……路上に停車中の軽自動車内ほか四か所において、Aほか二名に対し、覚せい剤である塩酸フェニルメチルアミノプロパノの結晶合計約〇・五gを代金合計五万円で購入し、譲り渡すとともに、薬物犯罪を犯す意思をもって、多数回にわたり、同市内において、上記Aほか氏名不詳の多数人に対し、覚せい剤様の結晶を覚せい剤として有償で譲り渡し、もって覚せい剤を譲り渡す行為と薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡す行為を併せてすることを業としたものである」という訴因で被告人を起訴した。こ

の訴因に対して、同決定は、「〔麻薬特例法〕五条違反の罪（以下『本罪』という。）は、規制薬物を譲り渡すなどの行為をすることを業とし、又はこれらの行為と薬物犯罪を犯す意思をもって薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡すなどの行為を併せてすることを業とすることを構成要件とするものであり、専ら不正な利益の獲得を目的として反復継続して行われるこの種の薬物犯罪の特質にかんがみ、一定期間内に業として行われた一連の行為を総体として重く処罰することにより、薬物犯罪を広く禁圧することを目的としたものと解される。このような本罪の罪質等に照らせば、……本件公訴事実は、本罪の訴因の特定として欠けるところはないというべきである」と判示した。

② 最高裁平成二二年三月一七日決定（刑集六四卷二号一一一頁）

検察官は、「難病の子供たちの支援を装い、平成一六年一〇月二二日から同年一二月二二日ころまでの間、アルバイトとして雇用した事情を知らない募金活動員らを大阪市、堺市、京都市、神戸市、奈良市等の各所の街頭に配置して、午前一〇時ころから午後

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 一四一（二四一）構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

九時頃までの間、不特定多数の通行人等に対し募金を呼び掛けさせ、九名の者から総額二万一一二〇円の交付を受けたほか、多数人から応募金名下に現金の交付を受け、合計二四九三万円余りの金員を詐取した」という訴因で被告人を起訴した。この訴因に対して、同決定は、被告人の一連の欺罔行為を包括一罪と解した上で、「その罪となるべき事実は、募金に応じた多数人を被害者とした上、被告人の行った募金の方法、その方法により募金を行った期間、場所及びこれにより得た総金額を適示することをもってその特定に欠けるところはないというべきである。」と判示した。

①決定は被害者の死亡という事実が一回限りのものであること、②決定は麻薬特例法五条違反の罪が「反復継続して行われる薬物犯罪に当たる行為を一罪」とすること、③決定は被告人の一連の欺罔行為を包括一罪と捉えることから、訴因の特定に欠けるところはないとしたものであり、いずれの決定の要素においても概括的に記載された日時、場所、方法の範囲の中で両立可能な複数の訴因が成立しうる余地はなく、他の犯罪事実との区別が問題となり得なかった。以上から、

①②③決定は、いずれも主に「罪となるべき事実」の記載が問題となった裁判例と位置付けられる。

ii 「他の犯罪事実との区別」が問題となった裁判例<sup>38)</sup>

① 最高裁昭和三七年一月二八日判決（刑集一六卷一一号一六三三頁）

検察官は、「昭和二七年四月頃より同三三年六月下旬までの間に、有効な旅券に出国の証印を受けないで、本邦より本邦外の地域たる中国に出国したものである」という訴因で被告人を起訴した。この訴因に対して、同判決は、「検察官は、被告人が昭和二七年四月頃までは本邦に在住していたが、その後所在不明になってから、日時は詳らかではないが中国に向けて不法に出国し、引き続き本邦外にあり、同三三年七月八日白山丸に乗船して帰国したものであるとして、右不法出国の事実を起訴したものとみるべきである」とした上で、「本件公訴が裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されているというべきである」として、訴因の特定に欠けることはないと判示した。

② 最高裁昭和五六年四月二五日決定（刑集三五卷三  
号一一六頁）

検察官は、「法定の除外事由がないのに、昭和五四年九月三〇日ころから同年一〇月三日までの間、広島県高田郡吉田町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパンを含有するもの若干量を自己の身体に施用し、もって覚せい剤を使用したものである」という訴因で被告人を起訴した。この訴因に対し、同決定は、「本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである」旨判示した。

①判決と②決定の事案は、不法出国と覚せい剤使用が一定期間内に複数回行うことができる犯罪であることから、いずれも概括的に記載された日時、場所、方法の範囲の中で複数回犯行に及ぶ可能性があれば両立可能な複数の訴因が成立しうるものであった。そのため、①判決と②決定は、「他の犯罪事実との区別」と

いう基準が決定的に意義を持つ裁判例と位置付けられる。<sup>39)</sup>

### (3) 本決定の位置付け

以上の学説及び裁判例の整理を前提に本決定を位置付けよう。

#### i 識別説との関係

本決定は、「いずれの事件も、……他の犯罪事実との区別が可能であり、またそれが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかとされているから、訴因の特定に欠けるところはない」とし、問題を検討するにあたり、①他の犯罪事実との区別が可能か、②特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度かという基準を用いている。識別説では、「罪となるべき事実」として被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度の具体的事実を明らかにし、それを前提に他の犯罪事実と区別できることが要求されるが、本決定も同様の基準を用いている。そのため、本決定は、その基準の明示を通して識別説に立脚することを初めて明らかにした裁判例と位置付けられる。また、これまでの識別説

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 一四三三（二四三三）構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

と防御権説を中心とする議論では「罪となるべき事実」の記載のあり方が意識されていなかったが、前掲最高裁判平成一四年七月一八日決定（刑集五六卷六号三〇七頁）などを契機に最近ではその記載のあり方が問題とされてきたため、本決定が「犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的」な記載を要求したことは重要な意義があるといえよう。

ii 従来の裁判例との関係

本決定は、一連の暴行行為を一体のものとして評価し包括一罪と理解している。これを前提とすれば、A訴因とE訴因では、被告人と共犯者による訴因に記載された期間内の暴行すべてが審判対象となり、訴因記載の日時、場所、方法の範囲の中で両立可能な複数の訴因が成立することはない。この観点から、本決定は、主に「罪となるべき事実」の記載が問題となった裁判例と位置付けられる。以下では、この点について分析する。

包括一罪における訴因の特定については、併合罪の場合と異なり、犯罪を構成する個々の行為の特定性が低くとも全体として特定されていれば足りると理解されている<sup>40</sup>。それは、一定の期間内に行われた個々の犯罪行為が

その個性や独自性が取捨された一連の行為として扱われるためその犯罪行為とそれ以外とを区別でき、またその内容と法益侵害結果が示されれば被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当することを判定できる程度に具体的事実が記載されているといえるからである。この理解によれば、A訴因とE訴因に一連の暴行行為とそれによって生じた傷害結果が示されている以上、その行為が特定の犯罪構成要件に該当することを判定できる程度に具体的事実が記載されているといえるため、訴因の特定に欠けるところはない<sup>41</sup>。訴因の特定と包括一罪の問題について前掲最高裁判平成二二年三月一七日決定（刑集六四卷二号一一一頁）や本決定がこの理解に立つことから、今後は一定期間内に反復累行された一連の犯罪行為によって法益侵害結果が生じた場合には包括一罪と扱われることになる。そして、その場合、その期間内の一連の犯罪行為の内容とそれによって生じた法益侵害結果が訴因に示されていれば訴因の特定の要請をみたと判断されることになる。この観点からも本決定の判断は重要な意味を有する。

## 2 「罪となるべき事実」の記載の程度

本決定は「罪となるべき事実」の記載のあり方を「他の犯罪事実との区別」と異なる問題として捉えている。この点については、近時、学説でも識別説と防御権説の対立とは異なる問題として意識され従来よりも具体的な記載を要求する見解が有力となっている。以下では、この点について検討する。

(1) 従来、訴因と有罪判決の「罪となるべき事実」の記載として要求される具体性は同程度と理解された上で、最高裁昭和二四年二月一〇日判決（刑集三卷二号一五五頁）が後者の具体性について「刑罰法令各本条の構成要件に該当すべき事実を、当該構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明白にし、その各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにする」と判示したため、前者の具体性については被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度で足りるとされてきた。このことを前提に識別説から要求される記載の程度で足りるとした場合、「被告人は、不詳の日時・場所において、不詳の方法により、殺意をもって被害者を殺害した」という記載でも、

殺人の構成要件該当事実を起訴していることが明らかで、人の死亡が一回しかあり得ず他の犯罪事実と区別できることから、訴因の特定の要請をみたすことになる。しかし、今日まで、識別説からも、この程度の記載で訴因の特定の要請をみたし、人の死亡を伴う犯罪について被害者さえ特定できれば問題がおよそ生じないとは考えられていない<sup>(42)</sup>。この点を明確に意識するならば、「罪となるべき事実」の記載には従来に比してより詳細な記載が要求されるべきである。

(2) 次に、「罪となるべき事実」の記載の程度に関する最近の見解<sup>(43)</sup>を検討しよう。そこでは、「罪となるべき事実」の記載として、従来要求されていた程度に加えて、「仮にその事実が認定されたとすれば、裁判所が公訴事実について合理的な疑いを超える心証を得ることが出来る程度の具体性<sup>(44)</sup>」、言い換えれば「訴因事実が認定されれば、そのまま有罪とできるような<sup>(45)</sup>」具体性を要求する<sup>(46)</sup>。当該具体性の要求と訴因の機能の關係については後に検討するように争いがあるが、「罪となるべき事実」の記載に当該具体性を要求することは支持できる。それは、①公判では訴因記載の「罪となるべき事実」が認定でき

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 一四五(二四五) 構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例(立石)

るかが審理され、それが認定できた場合にその事実が有罪判決の「罪となるべき事実」として記載されるため、訴因には最低限そのまま有罪とできる程度の具体的記載が当然に要求されていると考えられる、②当該具体性を要求することで、起訴状受理の段階で被告人が判決を了知しそれに向けた防御を果たすことができるため被告人の防御に資し、ひいては有罪判決への納得にもつながるからである。

それでは、当該具体性の要求と訴因の機能の関係はどうなるか。この点については、当該具体性を訴因の機能から説明する見解とそれ以外から説明する見解の対立がある。前者は、当該具体性を訴因の審判対象画定機能から説明する見解である。この見解の特徴は、訴因の記載に不可欠な事実と審判対象画定にとって不可欠な事実が一致することにある。その論拠は、検察官が裁判所に特定の構成要件該当事実の存在について合理的疑いを超えて確信を抱かせるために公訴を提起する立場にあるため、「審判対象を示す」<sup>47</sup>ことに当該具体性の要求が含まれることにある。それに対し、後者は、当該具体性を有罪判決の「罪となるべき事実」の機能から説明する見解であ

る。この見解の特徴は、訴因の記載に不可欠な事実と審判対象画定にとって不可欠な事実が一致しないことにある。その論拠は、「公判では、訴因に記載された『罪となるべき事実』を認定できるかどうかを審理され、それが認定できた場合に、その事実が有罪判決の『罪となるべき事実』として記載されるのだとすれば、両者において要求される具体性の程度は同様ということになる。それゆえ、……有罪判決における『罪となるべき事実』に具体性が要求される理由につき、その事実が合理的な疑いを超える程度に証明できているという根拠を示すことにもあると考えるのであれば、訴因記載の『罪となるべき事実』についても、仮に検察官が主張するその事実がそのまま認定されたとすれば、裁判所が公訴事実について合理的疑いを超える心証を得ることができる程度の具体性が要求されることになる<sup>48</sup>」と説明される。これらの見解の対立について、前者の見解を支持すべきである。それは、①現行刑法が当事者主義を基礎に検察官処分権主義を採用し検察官に訴追対象の設定に関する決定権と処分権を付与し、その権限に基づき設定した訴因によって裁判所の審判対象を画しているため、検察官がそ

の権限を行使するにあたって裁判所に刑罰権を発動させるに足りるだけの具体的事実の主張を当然に予定していると考えられる、②当該具体的記載を訴因の審判対象画定機能から説明することによって、訴因の記載に不可欠な事実と審判対象画定に不可欠な事実を一致させることができ、最高裁平成一三年四月一日決定（刑集五五巻三号一二七頁）が訴因変更の要否に関する判断基準のなかでそれらを一致させていることと整合的に理解できるからである。他方で、後者の見解では、当該具体的記載と審判対象画定にとって不可欠な事実の論理的結合を欠き、訴因に記載することが不可欠な事実の中に審判対象画定にとって不可欠な事実とそうでない事実が混在することになると考えられ、最高裁平成一三年四月一日決定（刑集五五巻三号一二七頁）との関係で疑問が残る。以上より、訴因の審判対象画定機能を基礎とし、「仮にその事実が認定されたとすれば、裁判所が公訴事実について合理的な疑いを超える心証を得ることができる程度の具体性」を要求する前者の見解を支持すべきである。

みたすかを検討しよう。

両訴因には各暴行行為の日時・場所や各傷害結果に対応する暴行行為の方法が特定されていないため、裁判所が公訴事実について合理的疑いを超える心証を得ることができるか疑問の余地が生じるとして、「罪となるべき事実」の記載として要求される具体性をみたしていないとも考えられる。しかし、本決定では本件二事件を包括一罪とし、その場合には一定期間内に行われた個々の犯行行為がその個性や独自性が取捨された一連の行為として扱われるため、裁判所が公訴事実について合理的疑いを超える心証を形成するには、被告人によって一連の暴行行為がなされたことと、それにより傷害結果が生じたことを認定できれば十分である。そして、A訴因とE訴因にはそれらが記載されている以上、両訴因に記載された事実が認定できれば裁判所が公訴事実について合理的疑いを超える心証を得ることができると考えられる。したがって、審判対象画定機能を基礎として、「罪となるべき事実」の記載について従来の記載の程度に加えて「仮にその事実が認定されたとすれば、裁判所が公訴事実について合理的な疑いを超える心証を得ることができる」として、

「罪となるべき事実」の記載として要求される具体性を

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 一四七（二四七）構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

る程度の「具体性」を要求する見解に拠っても、本決定の訴因は「罪となるべき事実」の記載として要求される具体性をみたしているといえよう。

#### 第4 今後の課題

本評釈では、訴因の特定に関する議論を整理した上で、本決定の意義並びに近時有力となつている「罪となるべき事実」の記載に従来よりも具体的な記載を要求する見解とその論拠を検討してきたが、なお多くの課題が残されている。例えば、本決定は、訴因の特定のために「罪となるべき事実」と「他の犯罪事実との区別」からの要請をみたす必要があるとの理解を示したが、ここでは、「罪となるべき事実」の記載として従来よりも具体的な記載を要求するかに関する判断を示していない。また、「罪となるべき事実」の記載に従来の程度に加えて「仮にその事実が認定されたとすれば、裁判所が公訴事実について合理的な疑いを超える心証を得ることができ程度の「具体性」を要求する見解に拠つた場合に、どの程度まで具体的な記載がなされていればよいかは少なからず

個別的判断が必要となる。これらの点は、その考慮要素も含めて検討課題になると考えられる。裁判例の集積を待ちつつ今後の課題として検討していきたい。

以上

- (1) 宇藤崇「過失犯の訴因における『罪となるべき事実』の記載」―訴因の明示・特定をめぐる議論の一断面―」法曹時報六七卷六号一頁(二〇一五年)、川出敏裕「訴因の構造と機能」法曹時報六六卷一四頁(二〇一四年)。
- (2) 井上和治「暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的であっても傷害致死罪の訴因の特定に欠けるところはないとされた事例」ジュリスト一二九号一七七頁(二〇〇五年)。
- (3) 川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル六号一二四頁(二〇〇七年)、堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修七三七号六頁(二〇〇九年)。
- (4) 前田雅英ら編『条解刑法(第三版)』一八八頁(弘文堂、二〇一三年)。
- (5) 丸山雅夫「一定の期間内に反復累行された一連の暴行によって一人の被害者に傷害を負わせた事実と包括一罪」重要判例解説平成二六年度(ジュリスト臨時増刊一四七九号)一六一頁(二〇一五年)、佐伯仁志「連続的

包括一罪について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題第一巻第一編理論編・少年法編』四〇頁以下（立花書房、二〇一一年）、西山卓爾「同一被害者に対し一定の期間内に反復累行された一連の暴行によって傷害を負わせた事実について、包括一罪とした上、訴因の特定に欠けるところはないとされた事例」研修八〇〇号八一頁（二〇一五年）。参考判例として、最高裁判決昭和二十四年七月二三日（刑集三卷八号一三七三頁）、最高裁判決昭和三〇年一月一日（刑集九卷一〇号二一九二頁）、最高裁判決昭和三十一年八月三日（刑集一〇卷八号一二〇二頁）などがある。

(6) 吉川崇「同一被害者に対し一定の期間内に反復累行された一連の暴行によって傷害を負わせた事実について、包括一罪とされ、かつ、訴因の特定に欠けるところはないとされた事例」警察学論集六八卷三号一八七頁（二〇一五年）。

(7) 吉川・前掲注(6)一九二頁。

(8) 岸盛一「刑事訴訟法の基本原理」団藤重光編『法律実務講座刑事編第一巻』一五頁（有斐閣、一九五三年）、小野慶二「訴因・罰条の追加、撤回及び変更」団藤重光編『法律実務講座刑事編第五巻』九五頁（有斐閣、一九五四年）。

(9) 平野龍一『刑事訴訟法』一三二頁（有斐閣、一九五八年）。

(10) 中山隆夫「訴因の特定—裁判の立場から」三井誠ら編『新刑事手続Ⅱ』一八三頁（悠々社、二〇〇二年）、小林充『刑事訴訟法（第五版）』一四〇頁（立花書房、二〇一五年）。

(11) 川出・前掲注(1)一頁。

(12) 家令和典「訴因の特定と訴因変更の要否」松尾浩也・岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅱ』一八頁（青林書院、二〇一二年）。

(13) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』二八六頁（信山社、二〇〇五年）、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法（第二版）』一九一頁（有斐閣、二〇一四年）、加藤克佳「訴因の特定」法学教室二六四号一七頁（二〇一一年）。

(14) 宇藤・前掲注(1)一頁。

(15) 川出・前掲注(1)四頁、内堀美通彦「起訴状に対する釈明要求について」平野龍一ら編『実例法学全集刑事訴訟法（新版）』一九五頁（青林書院、一九七七年）、松尾浩也『刑事訴訟法上（新版）』一七四頁（弘文堂、一九九九年）、田口守一『刑事訴訟法（第六版）』二〇九頁（弘文堂、二〇一二年）。

(16) 川出・前掲注(1)四頁。中山・前掲注(10)一八七頁は、訴因の防御機能は訴因以外の事実では有罪とされることはないという意味で被告人に防御目標を提示するという限度で認めれば足りるとする。

(17) 中山・前掲注(10)一八七頁。

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 二四九（二四九）構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例（立石）

- (18) 河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法（第二版）第八卷』一一六頁（中谷雄二郎）（青林書院、二〇一一年）。
- (19) 平木正洋「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成一四年度一四九頁（法曹会、二〇〇五年）。
- (20) 内堀・前掲注(15)一九六頁。
- (21) 川出・前掲注(1)四頁、小田健司「起訴状に対する釈明」団藤重光ら監修中野次雄判事還暦祝賀論集『刑事裁判の課題』一一九頁（有斐閣、一九七二年）、三井誠『刑事手続法Ⅱ』一六二頁（有斐閣、二〇〇三年）、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』二九〇頁（成文堂、二〇〇七年）。
- (22) 川出・前掲注(1)四頁。
- (23) 小田・前掲注(21)一一九頁。
- (24) 三井・前掲注(21)一八〇頁。
- (25) 田口守一『刑事訴訟の目的（増補版）』二四七頁（成文堂、二〇一〇年）、関正晴「訴因制度と被告人の防御権」日本法学七六卷二号五二〇頁（二〇一〇年）。
- (26) 香城・前掲注(13)二九〇頁。
- (27) 関・前掲注(25)五一九頁、酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(1)」法学教室二九八号七〇頁（二〇〇五年）。
- (28) 川出・前掲注(1)一三頁。
- (29) 平木・前掲注(19)一四八頁。
- (30) 松尾・前掲注(15)一七五頁、中山・前掲注(10)一八六頁、家令・前掲注(12)二〇頁。
- (31) 関口和徳「訴因の機能と特定・変更 訴因の防御機能の位置づけと被告人の防御権保障のあり方」川崎英明ら編著『刑事訴訟法理論の探究』一四四頁（日本評論社、二〇一五年）。
- (32) 松尾・前掲注(15)一七五頁。
- (33) 岩瀬徹「起訴状に関する求釈明」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第三版）』一一八頁（有斐閣、二〇〇二年）。
- (34) 家令・前掲注(12)二〇頁。
- (35) 古江・前掲注(13)一九三頁、加藤・前掲注(13)一七頁。
- (36) 区分の参考として、古江・前掲注(13)一九三頁、川出・前掲注(1)一一頁。
- (37) 稗田雅洋「訴因の特定」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』一一七頁（有斐閣、二〇一三年）。
- (38) この他に「他の犯罪事実との区別」が問題とされたものとしては、訴因の特定の要請をみだすかが直接的に争われたものではないが、共謀共同正犯の成立が問題となった事案において、「そもそも殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえない」とした裁判例がある（最高裁決定平成一三年四月一日（刑集五五卷三号一二七頁））。

(39) 井上・前掲注(2)一七七頁。

(40) 松本時夫ら編『条解刑事訴訟法(第四版)』五一六頁(弘文堂、二〇〇九年)、河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法(第二版)第五卷』一九四頁〔古田佑紀Ⅱ河村博〕(青林書院、二〇一三年)。

(41) 本決定と同様に包括一罪と訴因の「罪となるべき事実」が問題となった裁判例には最高裁決定平成二二年三月一七日(刑集六四卷二号一一頁)があるが、その決定でも包括一罪であることが訴因の特定に関する判断に大きく影響し、その訴因に一連の欺罔行為の内容とそれによつて生じた法益侵害結果が示されていたことから、訴因の特定に欠けるところはないと判示されたと考えられる。

(42) 川出・前掲注(1)七頁、松本時夫「訴因の性格と機能について」法曹時報六〇巻六号七頁(二〇〇八年)、石井一正「訴因変更の要否に関する最高裁判例の新基準について」判例タイムズ一三八五号七一頁(二〇一三年)。

(43) 川出・前掲注(3)一二四頁、堀江・前掲注(3)六頁。その他、宇藤・前掲注(1)一〇頁、辻本典典『刑事手続における審判対象』二七頁以下(成文堂、二〇一五年)などがある。

(44) 川出敏裕「演習」法学教室三八四号一三五頁(二〇一二年)、堀江・前掲注(3)六頁。

(45) 古江・前掲注(13)一九二頁。

(46) 川出・前掲注(1)一四頁や堀江・前掲注(3)九頁は、この具体性をみたまは検察官の釈明内容も考慮した上で「事案ごとの個別的判断とならざるを得ない」とする。

これに対し、宇藤・前掲注(1)一〇頁以下は、「罪となるべき事実」の摘示との関係で、『他の事実関係』が釈明等により明らかにされなければならぬ場合があるとす  
る点は、『罪となるべき事実』のあるべき記載をめぐる指摘として適切かは疑問である」とし、ここで要求される具体性を「仮に事実として認定されれば、そのまま有罪判決の主文を支えるに足る事実」とする。

(47) 堀江・前掲注(3)七頁以下。

(48) 川出・前掲注(1)一三頁。

(49) 鈴木重嗣「概括的・択一的認定と訴因変更の要否」重要判例解説平成一三年度(ジュリスト臨時増刊一二二四号)一九七頁(二〇〇二年)、井上弘通「訴因変更の要否―共同正犯の実行行為者」井上正仁編『刑事訴訟判例百選(第八版)』一〇三頁(有斐閣、二〇〇五年)。

(50) 古江・前掲注(13)一九三頁、堀江慎司「訴因の明示・特定について―再論」研修七九三号一八頁(二〇一四年)。

同一被害者に対する一定期間内に反復累行された一連の暴行を包括一罪とした上で、その包括一罪を 二五一(二五一)構成する一連の暴行による傷害について訴因の特定に欠けるところはないとした事例(立石)









- 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。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.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](mailto:kenjimu@law.nihon-u.ac.jp)

執筆者紹介

掲載順

柳瀬昇 日本大学教授  
 野中貴弘 日本大学助教授  
 澤田康弘 日本大学教授  
 吉原也也 日本大学名誉教授  
 永達誠 日本大学教授  
 益井公司 日本大学教授  
 立石有作 弁護士

機関誌編集委員会

委員長  
 副委員長  
 委員

渡邊容一郎  
 柳瀬昇  
 大岡泰  
 江島拓也  
 大久保健  
 賀来利輔  
 河合清  
 楠谷千  
 栗原恵  
 清水史  
 友岡雄  
 西原克  
 水戸徳  
 渡辺典  
 岩井義  
 岡山敬  
 小野美  
 喜多義  
 中村未  
 野村知  
 白方彦  
 芳賀千  
 豊

日本法学第八十三卷第一号

平成二十九年六月二十日 印刷  
 平成二十九年六月三十日 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二二一四 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. 83 No. 1 June 2017

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

*ARTICLES*

Noboru Yanase, *The Significance and Future of the Saiban-in (Lay Judge) System, and Constitutional Problems: Constitutionality of the Saiban-in System in Japan*(3)

Takahiro Nonaka, *Vertrauen des Käufers auf Vertragsmäßigkeit*

Yasuhiro Sawada, *Exclusionary Rule of Confession and Rules of Exclusion of Illegally Obtained Evidence*

*TRANSLATIONS*

Möller Cosima, *Konzepte der deliktsrechtlichen Haftung im römischen Recht, übersetzt von Tatsuya Yoshihara*

Möller Cosima, *Die juristische Konstruktion im Werk Rudolf von Jherings: vom universellen Rechtsalphabet bis zur juristischen Schönheit, übersetzt von Makoto Nagata*

Möller Cosima, *Aktuelle Entwicklungen beim Schutz von Verbrauchern im Kreditrecht, Insbesondere zu Sorgfaltspflichten vor Vertragsschluss, übersetzt von Koji Masui*

*MATERIAL*

Yusaku Tateishi, *Decision holding that a charge of bodily injury, which was caused by a series of violent acts against the same victim repeatedly within a certain period and constituted a merger of crimes, satisfied the specifications of the Code of Criminal Procedure (Supreme Court decision March 17, 2014 Keishu Volume 68 No. 3 page 368)*