

# 東北ローレビュー

Vol.5 2018. March

## 論 説 Articles

延長大陸棚の境界画定

..... 西本 健太郎

The Delimitation of the Outer Continental Shelf

..... NISHIMOTO Kentaro

相殺権における「相互性」と「合理的相殺期待」についての覚書

..... 宇野 瑛人

"Mutual" debts and "rational expectation" for the right of setoff in bankruptcy

..... UNO Akito

## 講 演 Lecture

平成 28 年刑事訴訟法改正による「合意制度」の導入について

..... 佐藤 隆之

Basic features of the newly-introduced cooperation agreements in Japan

..... SATO Takayuki

# — 目 次 —

## 論 説 Articles

---

延長大陸棚の境界画定

西本 健太郎 1

The Delimitation of the Outer Continental Shelf

NISHIMOTO Kentaro 1

相殺権における「相互性」と「合理的相殺期待」についての覚書

宇野 瑛人 21

"Mutual" debts and "rational expectation" for the right of setoff in bankruptcy

UNO Akito 21

## 講 演 Lecture

---

平成 28 年刑事訴訟法改正による「合意制度」の導入について

佐藤 隆之 50

Basic features of the newly-introduced cooperation agreements in Japan

SATO Takayuki 50

## 延長大陸棚の境界画定

東北大学大学院法学研究科准教授 西本 健太郎

- I はじめに
- II 海洋境界画定に関する判例法理の確立とその射程
- III 延長大陸棚の境界画定に関する国際裁判例
  - 1 バングラデシュ／ミャンマー事件判決（2012 年）
  - 2 バングラデシュ／インド事件判決（2014 年）
  - 3 ガーナ／コートジボワール事件判決（2017 年）
  - 4 国際裁判例の評価
- IV 合意による延長大陸棚の境界画定
  - 1 米国・メキシコ（2000 年）
  - 2 オーストラリア・ニュージーランド（2004 年）
  - 3 ノルウェー・アイスランド・デンマーク（フェロー諸島）（2006 年）
  - 4 アイスランド・デンマーク（グリーンランド）（2013 年）
  - 5 200 海里内を主な対象とする海洋境界画定条約
- V 国家実行の評価
- VI おわりに

### I はじめに

国連海洋法条約第 76 条は、「大陸縁辺部の外縁」の概念を使って沿岸国の大陸棚を定義している。沿岸国の大陸棚は、大陸縁辺部の外縁が基線から 200 海里以遠に延びている場合には、領海の外側から大陸縁辺部の外縁までの海面下の区域の海底及びその下であり、200 海里以遠に延びていない場合には、領海の外側から 200 海里までの海面下の区域の海底及びその下である。200 海里以遠の大陸棚（以下、「延長大陸棚」という）について、沿岸国は大陸棚限界委員会に対して情報の提出を行うものとされており、同委員会の勧告に基づいて設定した大陸棚の限界は「最終的…かつ、拘束力を有する」（76 条 8 項）。延長大陸棚の限界設定は、他国との間で権原の重複がない場合には、沿岸国による一方的行為として行

われる。しかし、相対国間または隣接国間で延長大陸棚に対する権原が重複する場合には、延伸大陸棚の境界画定が必要となる。

日本は 2012 年に 4 つの海域について大陸棚の延長を認める勧告を大陸棚限界委員会から受領した<sup>1</sup>。このうち、小笠原海台海域及び南硫黄島海域の 2 つの海域については、米国（北マリアナ諸島）との間で延長大陸棚が重複する可能性があり、重複が存在する場合には境界画定が必要となる<sup>2</sup>。また、日本が申請していた海域のうち、勧告が見送られた九州パラオ海嶺南部海域についても、将来的に勧告がなされた場合にはパラオとの間での境界画定が必要となる<sup>3</sup>。このような意味で、延長大陸棚の境界画定は日本にとって今後実務的な対応が必要となる問題である。

延伸大陸棚の境界画定は比較的新しい問題である。専ら延長大陸棚の境界画定のために締結された条約は現時点で数件存在しているのみであり、また延長大陸棚の海洋境界画定を正面から扱った国際裁判例も現時点では 3 件に過ぎない。結論を先に述べれば、条約実践はいまだ一致した方向性を見せておらず、3 件の国際裁判例も一定の方向性を示してはいるものの、その射程については限界がある。延長大陸棚の境界画定については、なお実行の集積が不十分であり、学説上も様々な議論の余地があるのが現状である<sup>4</sup>。本稿では、既存の国際裁判例及び条約を分析し、それらが延長大陸棚の境界画定に関する今後の展開について、どのような示唆を与えるものであるのかを検討する。

---

<sup>1</sup> Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in Regard to the Submission made by Japan on 12 November 2008 (19 April 2012), available at

<[http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/jpn08/com\\_sumrec\\_jpn\\_fin.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpn08/com_sumrec_jpn_fin.pdf)>.

<sup>2</sup> 米国は国連海洋法条約の当事国ではないことから、米国との間の延長大陸棚の境界画定を考える上では、延長大陸棚に対する権原は非当事国である沿岸国に対しても慣習国際法上は認められるのか、そして大陸棚限界委員会の勧告を得ていない国との間で延長大陸棚の境界画定は行いうるのかという問題が存在する。これらも重要な問題であるが、別途詳細な検討が必要であり、本稿では取り上げない。

<sup>3</sup> 九州パラオ海嶺南部海域に関する問題については次の文献を参照。西村弓「大陸棚延伸と大陸棚限界委員会手続規則の問題点 ―日本の延伸申請を素材として―」松井芳郎ほか編『21 世紀の国際法と海洋法の課題』（東信堂、2016 年）398-416 頁、井内由美子・白井麻乃「大陸棚限界委員会の任務と実行 ―島に関する国家間の見解の相違への対応を例として―」島嶼研究ジャーナル第 2 巻 1 号（2012 年）100-117 頁。

<sup>4</sup> D. H. Anderson, “Recent Judicial Decisions Concerning Maritime Delimitation,” Lilian del Castillo (eds.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea* (Martinus Nijhoff, 2015), p. 510.

## II 海洋境界画定に関する判例法理の確立とその射程

国連海洋法条約第 74 条 1 項及び 83 条 1 項は、排他的経済水域（EEZ）及び大陸棚の境界画定について、「衡平な解決を達成するために、国際司法裁判所規程第 38 条に規定する国際法に基づいて合意により行う」と規定している。条文上は、200 海里内の大陸棚と延長大陸棚は区別されておらず、延長大陸棚の境界画定についてもこの規定が適用される。しかし、この規定は「衡平な解決」という一般的な指針と「国際法に基づいて合意により行う」という原則的な方法を示すのみで、境界画定の具体的な方法については明らかにしていない。国際裁判・仲裁裁判における海洋境界画定の具体的な方法は、国際裁判例が蓄積される中で形成されてきた。

国際司法裁判所における 1993 年のヤン・マイエン事件判決以降、国際裁判所及び仲裁裁判所は EEZ 及び大陸棚の海洋境界画定に関する事件でほぼ一貫した手法を用いている<sup>5</sup>。この手法は、2009 年の黒海海洋境界画定事件判決で 3 つの段階からなるものとして提示され<sup>6</sup>、この 3 段階アプローチは国際司法裁判所における「確立した判例法理（settled jurisprudence）」であると位置づけられた<sup>7</sup>。この 3 段階アプローチは、第 1 に、等距離・中間線によって暫定的な境界線を引き、第 2 に、衡平な結果を達成するために暫定的な等距離・中間線の修正を必要とする要素（関連事情）があるか否かを検討した上で、必要に応じて修正を施し、第 3 に、関連する海岸の長さや境界画定の結果としてのそれぞれの海域の面積との間に著しい不均衡が生じているという意味で不衡平な結果となっていないかを検証する、というものである。

もっとも、この 3 段階アプローチが EEZ と大陸棚の両方を線引きする単一海洋境界（single maritime boundary）の画定方法に関する判例法理として確立するまでには、自然の延長を基準として大陸棚の境界画定を行うアプローチからの転換があった<sup>8</sup>。国際裁判において初めて大陸棚の境界画定が問題となった西ドイツと

---

<sup>5</sup> 唯一の例外は 2007 年のニカラグア／ホンジュラス事件であり、両国の海岸線の角度の二等分線を基準として海洋境界画定を行った。しかしながら、この方式は具体的な地理的状況との関係で、3 段階アプローチによりがたい場合の例外的な境界画定方法として位置づけられている。 *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, ICJ Reports 2007 (II), p. 745, para. 281 参照。

<sup>6</sup> *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 44, paras. 115-117. ただし、この手法が 3 つの段階からなるものとして明示的に表現されたのはこの事件が初めており、それまでの判決では、第 3 の段階とされるものは第 2 段階に含めて理解されていた。

<sup>7</sup> *Ibid.*, para. 118.

<sup>8</sup> 海洋境界画定に関する判例法理が結果指向的衡平アプローチ（result-oriented equity approach）から矯正的衡平アプローチ（corrective equity approach）に転じたと指摘す

オランダ及びデンマークとの間の北海大陸棚事件で、国際司法裁判所は「自然の延長」に基づいた境界画定方法を示している。大陸棚条約第6条は、当事国間で合意がないときは、「特別の事情」により他の境界線が正当と認められない限り、等距離・中間線によって大陸棚の境界を画定すると規定していたところ、オランダ及びデンマークは、本件ではこの規則が適用されるべきであり、かつこの規則は慣習国際法でもあるため大陸棚条約の当事国ではなかった西ドイツをも拘束すると主張した。これに対して、裁判所は結果の衡平を重視し、大陸棚の境界を画定するにあたって唯一の義務的な方法はないと指摘した上で、大陸棚の境界画定方法をその権原の根拠と結びつけて論じた。判決は大陸棚が沿岸国に帰属する理由について、それが沿岸国の陸上領土の延長または継続であるからであると述べた上で、このことから次の帰結が導き出されるとしている<sup>9</sup>。すなわち、「一定の海底区域が自然な（または最も自然な）沿岸国の陸域の延長を構成していない場合には、仮にこの海域が他国の領土よりも当該沿岸国に近い場合であっても、沿岸国に帰属しているとみなすことはできない。あるいは少なくとも、より近くはないが当該海域がその陸域の自然な延長であるとみなされるところの国家による競合する主張との関係では、そのようにみなすことはできない。」

北海大陸棚事件における以上の判示を踏まえて、大陸棚の境界画定は一定の海域がどちらの国の「自然の延長」であるのかによって判断されるとの理解が生じた<sup>10</sup>。北海大陸棚事件後の大陸棚の境界画定事件では、各国は海底の地質及び地形に関する科学的知見を動員して、対象海域が自国のより自然な延長であることを主張するようになった。1977年の英仏大陸棚事件では、英国が英仏海峡のハード・ディープ（Hurd Deep）に沿った境界線を主張した<sup>11</sup>。仲裁裁判所はこの主張を認めなかったが、その理由は、大陸棚の境界画定において海底の地形学的な特徴は考慮されないということではなく、ハード・ディープが地形学的には明確な特徴であるとしても、大陸棚の本質的な一体性を分断するものとまではいえないという実質的な判断であった<sup>12</sup>。

---

るものとして、Y. Tanaka, *The International Law of the Sea* (2nd ed., Cambridge University Press, 2015), pp. 201-209.

<sup>9</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 31, para. 43.

<sup>10</sup> K. Highet, "The Use of Geophysical Factors in the Delimitation of Maritime Boundaries," J. I. Charney and L. M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff, 1993), Vol. I, pp. 168-171.

<sup>11</sup> *Case Concerning the Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic, Decision of 30 June 1977 and Decision of 14 March 1978*, Reports of International Arbitral Awards (United Nations, 2006), Vol. XVIII, p. 21, para. 12.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 60, para.107.

国際司法裁判所におけるチュニジア／リビア事件（1982年）でも、チュニジアとリビアの双方が、対象海域が自国領域の自然の延長であることについて、海底の地形学・地質学的な特徴に基づいた詳細な主張を行った。これに対して裁判所は、まず、海底の地質に関する主張を詳細に検討して、法的には地質的な考慮のみに依拠して大陸棚の帰属を決定することはできないと判示した<sup>13</sup>。次に、海底の地形に関する主張について、地質に基づく主張に優越するものとは認められず、また、2つの異なる自然の延長が存在することを示すほどの明確な断絶も存在しないとの認定を行った<sup>14</sup>。すなわち、この事件における裁判所の結論は、海底の地質・地形そのものに基づいて対象海域の境界画定を行うことはできないというものであった。しかし、裁判所の判断枠組みによれば、対象海域の海底が2つの異なる大陸棚から構成されていると評価できるほどに明確な断絶がある場合に、これを考慮することは必ずしも排除されていない。チュニジア／リビア事件判決の結論は、対象海域について正面から地形学・地質学的な検討を行った結果、そうした断絶がこの事案においては存在しなかったということに過ぎなかった。判決はむしろ、海底の地形学的な特徴が、大陸棚の連続性を害するほどのものではなかった場合にも、衡平な解決を導くために関連事情として考慮される場合があることを明示的に認めている<sup>15</sup>。

北海大陸棚事件を基点とした、自然の延長を基準とするアプローチからの転換点となったのは、リビア／マルタ事件判決（1985年）である。この事件でリビアは、マルタとの間の海底には地質学的・地形学に見て本質的な断絶があり、この断絶が両国の2つの自然の延長の間の境界線となるべきであるとの主張を行った。これに対して、国際司法裁判所は、この主張について地質学的・地形学的な観点から正面から検討することをせず、次のように判示した。すなわち「…法の発展により、国家はその大陸棚が海岸から200海里まで及んでいることを、対応する海底及びその下の地質的な性質を問わず主張することができるようになったので、その距離内においては、関係する国家の法的権原を確認する場合でも、あるいはその主張の相互間において境界画定を行う場合でも、地質学的または地球物理学な要素に役割を与える理由は何ら存在しない<sup>16</sup>。」さらに、判決はより端的に、200海里内の海洋境界画定において「当該海域の地質学的または地形学的な特徴

---

<sup>13</sup> *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, ICJ Reports 1982, pp. 53-54, para. 61.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 57, para. 66.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 58, para. 67.

<sup>16</sup> *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, ICJ Reports 1985, p. 35, para. 38.

は、完全に無関係である」とも述べている<sup>17</sup>。その後の国際裁判においては、前述のように、200海里内の単一海洋境界の事案に関する判断が蓄積していく中で、3段階アプローチが確立していった。しかし、リビア／マルタ事件判決で理由として挙げられたように、国連海洋法条約で新たに距離に基づく大陸棚への権原が認められるようになったことが、従来の判断枠組みからの転換をもたらしたのであるとすると、200海里以遠の大陸棚についてはなお旧来の判断枠組みが適用されるとも考えられることになる。そこで学説上は、延長大陸棚については、200海里内の単一海洋境界線との関係で確立した3段階アプローチがそのまま適用されず、自然の延長が考慮されるのではないかとの指摘がなされてきた<sup>18</sup>。

### Ⅲ 延長大陸棚の境界画定に関する国際裁判例

以上のような問題関心が持たれていた中で、ベンガル湾の海洋境界画定に関するバングラデシュ／ミャンマー事件における国際海洋法裁判所の判決（2012年）は、延長大陸棚の境界画定を初めて正面から取り扱ったものとなった。また、その2年後にはバングラデシュ／インド事件判決（2014年）において、国連海洋法条約附属書VIIに基づく仲裁裁判所が、同様に延長大陸棚部分の海洋境界画定について判断を行っている。その後、国際海洋法裁判所の特別裁判部によるガーナ／コートジボワール事件判決（2017年）も延長大陸棚の境界画定を行った。いずれの判決も、延長大陸棚には200海里内の海洋境界画定と同一の方法が適用されるとの判断を下した。もっとも、以下で検討するように、いずれの判決もその理由付けにおいて海洋境界画定に関する従来の判例法理との関係を十分に説明しておらず、極めて形式的な理由から200海里内で形成された3段階アプローチを延長大陸棚についても適用している。この点は学説上批判されているが、他方で、延伸大陸棚について200海里内と同じ境界画定方法を適用する判断が積み重ねられつつあることは、今後の議論の動向に大きな影響を与えていくものと思われる。

#### 1 バングラデシュ／ミャンマー事件判決（2012年）

バングラデシュ／ミャンマー事件は、国際海洋法裁判所で海洋境界画定が争わ

---

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (3rd ed., Manchester University Press, 1999), p. 190; D. A. Colson, "The Delimitation of the Outer Continental Shelf between Neighboring States", *American Journal of International Law*, Vol.97(1) (2003), pp. 102-103.



れた初めての事件であり、かつ延伸大陸棚の境界画定が国際裁判所で判断された初めての事件となった。延長大陸棚部分の海洋境界画定については、当該海域について大陸棚限界委員会による勧告が得られていなかったため、国際海洋法裁判所が境界画定を行う権限を有するのか否か、そしてこの権限を行使するのが適切であるのかが、まず問題となった。この点について裁判所は、裁判所が境界画定を行っても大陸棚限界委員会の機能を阻害することにはならず、また、両国が大陸棚限界委員会における手続に同意を与えていないことに鑑みれば、裁判所による境界画定なしには両国の大陸棚の外側の限界が明らかにならないことにもなりかねないとして、裁判所が境界画定を行う権限を行使するのが適当であると判断した<sup>19</sup>。

ベンガル湾における延長大陸棚の存在について、バングラデシュは、ミャンマーと対象海域との間には本質的な断絶があるので、ミャンマーはそもそもベンガル湾における延長大陸棚に対する権原を持たないと主張していた。この主張は、海底の地質に基づく主張である。しかし、裁判所はこの主張を退け、延長大陸棚に対する権原の存在は、主として国連海洋法条約第 76 条 4 項の要件を充たすことによって示されるものであり、ベンガル湾における堆積岩層は非常に厚いことに鑑みれば、76 条 4 項(a)(i)における要件を充たし、両国はともに延長大陸棚に対する権原を有しているのであって、権原の重複があると判断した<sup>20</sup>。

その上で裁判所は、大陸棚の境界画定に関する国連海洋法条約第 83 条が、200 海里内の境界画定と 200 海里外の境界画定を区別していないことを指摘し、「本件において 200 海里以遠の大陸棚について用いられるべき境界画定方法は、200 海里内のものとは異ならない。従って、200 海里以遠の大陸棚の境界画定についても、等距離／関連事情方式が適用される」と結論づけた<sup>21</sup>。また、この帰結として、海底の地質・地形に関する要素を関連事情とするバングラデシュの議論も退けた。他方で、200 海里内で関連事情として認めていたバングラデシュの海岸線が凹状であるという事情については、200 海里以遠についても関連事情であるとした。このような判断の下、裁判所は延長大陸棚についても単一海洋境界線を伸ばす形で境界画定を行った。

---

<sup>19</sup> *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment of 14 March 2012, paras. 378-392, available at <<http://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-16/>>.

<sup>20</sup> *Ibid.*, paras. 444-449.

<sup>21</sup> *Ibid.*, para. 455.

## 2 バングラデシュ／インド事件判決（2014 年）

同じベンガル湾ではバングラデシュ・インド間の海洋境界画定紛争が国連海洋法条約附属書 VII の下での仲裁裁判所に付託されており、2014 年に判決が下された。この事件でも延伸大陸棚の境界画定が行われたが、裁判所の判断は基本的にはバングラデシュ／ミャンマー事件判決を踏襲するものであった。バングラデシュは、本件でも延伸大陸棚部分が自国領域の「最も自然な延長（most natural prolongation）」であるとの主張を行っていたが、バングラデシュ／ミャンマー事件判決でこの主張が受け入れられなかったことを受けて、この主張を自ら取り下げていた<sup>22</sup>。最終的にバングラデシュが延長大陸棚について関連事情として主張したのは、自国の海岸線が凹状に屈曲していることなど、海岸線からの権原の延び方に関する事情であった。

仲裁裁判所は、200 海里の内外を問わず大陸棚の境界画定に関する適切な方法は同一であり、200 海里内では等距離・関連事情の方法を用いたので、200 海里以遠についても同じ方法を用いるとして 200 海里以遠についても暫定的な等距離線を引いた<sup>23</sup>。裁判所はこの判断について具体的な理由を特に述べておらず、国際海洋法裁判所のバングラデシュ／ミャンマー事件判決も明示的には参照していない。200 海里の内外で方法は同一であるという説明の仕方からは、バングラデシュ／ミャンマー事件と同様に、第 83 条 1 項の規定上、区別が存在しないという形式的な理由に立脚するものと思われる。この点で、本判決が延長大陸棚の境界画定の理論についてバングラデシュ／ミャンマー事件判決に付け加えるところはなかったといえる。

## 3 ガーナ／コートジボワール事件判決（2017 年）

ガーナ／コートジボワール事件では、大西洋に面して隣接するガーナとコートジボワールとの間の海洋境界が国際海洋法裁判所の特別裁判部で争われた。特別裁判部はまず、延長大陸棚の境界画定を行う権限の有無について検討を始め、一方の当事者であるガーナが既に大陸棚限界委員会から勧告を受領しており、隣接国であるコートジボワールとの間で地質的な状況は同一であることから延長大陸棚が存在すること自体には疑いはないと判断した<sup>24</sup>。また、延長大陸棚の境界面

---

<sup>22</sup> *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, para. 439, available at <<http://www.pcacases.com/web/view/18>>.

<sup>23</sup> *Ibid.*, para. 465.

<sup>24</sup> *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte*

定を行うためには、延長大陸棚が存在することが大前提とはなるものの、大陸棚の限界設定と境界画定は異なる作用であるから、コートジボワールが大陸棚限界委員会の勧告を受領していないことは、裁判所に対する申立の受理可能性の点で問題とはならないと判断した<sup>25</sup>。

延長大陸棚の境界画定の方法については、大陸棚制度は単一のものであるから、境界画定の方法論について 200 海里内の大陸棚と延長大陸棚との間で区別を設けることは適当ではないと判断している<sup>26</sup>。それゆえに、延長大陸棚以遠の大陸棚は、大陸棚の外側の限界線に達するまで、領海及び 200 海里内の EEZ・大陸棚の境界線と同じ方向に延びていると結論づけられた。

#### 4 国際裁判例の評価

バングラデシュ／ミャンマー事件判決とバングラデシュ／インド事件判決は、これまで国際裁判例が存在しなかった延長大陸棚の境界画定の問題について、極めて明確な判断を行った。他方で、両判決は 200 海里内外で同一の境界画定方法が用いられる理由として、第 83 条の規定及び大陸棚制度の単一性という形式的な根拠しか挙げていない。とりわけ、200 海里内で形成されてきた判例法理の妥当根拠が、200 海里外では存在しないにも関わらず、なお従来のアプローチを踏襲すべき理由が積極的に論じられていない点には批判がある<sup>27</sup>。両事件では両当事国の権原の間に目立った地質学的・地形学的な特徴はなかったものの、際立った特徴がある事案の場合には、地形的・地質的要素が考慮される可能性は、完全には排除されたとはいえないとの見解も主張されている<sup>28</sup>。

その後、ガーナ／コートジボワール事件判決も、大陸棚制度の単一性のみを理由として先行する 2 つの事件における判断枠組みを踏襲した。しかしながら、この事件もベンガル湾に関する 2 つの事件と同様に、隣接する 2 つの沿岸国の大陸棚が両国から離れる方向に延びており、かつ、特に目立った地質学的・地形学的な特徴が存在していないという状況の下での判断であった。少なくとも一方の沿

---

*D'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte D'Ivoire)*, Judgement of 23 September 2017, para. 491, available at < <https://www.itlos.org/en/cases/list-of-cases/case-no-23/> >.

<sup>25</sup> *Ibid.*, paras. 493-494.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 526.

<sup>27</sup> R. Churchill, "The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation," *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1 (2012), p. 149.

<sup>28</sup> C. Schofield, A. Telesetsky and S. Lee, "A Tribunal Navigating Complex Waters: Implications of the Bay of Bengal Case," *Ocean Development and International Law*, Vol. 44(4) (2013), p. 375.

岸国が大陸棚限界委員会の勧告を受領していないことから大陸棚の外側の限界が不明であったにも関わらず、裁判所による境界画定が可能であったのも、隣接国間の海洋境界画定では、外洋に向かって一定の方向で大陸棚の外側の限界線まで海洋境界が継続しているとの形での判断が可能であるからである。このように、これまで国際裁判所で判断の対象となった3事件は、一定の共通する地理的特徴を前提とした判断とみることもできる。

したがって、国際裁判におけるこれまでの判断の射程が延長大陸棚制度一般に及ぶのか否かについては、特に相対国間の境界画定など、別の地理的状況において同様の判断が踏襲されない限り、なお議論の余地があると評価せざるをえない。

#### IV 合意による延長大陸棚の境界画定

合意による延長大陸棚の境界画定については、200海里内の海洋境界画定を主とする条約において境界線を200海里外に延長しているものを除けば、まだ僅かな数の条約が締結されているのみである。しかし、既に締結されている少数の条約は、合意による延長大陸棚の境界画定を行うにあたって多様な方法を採用しており、延長大陸棚の境界画定に関する3件の国際裁判におけるアプローチとは必ずしも整合していないことが指摘できる。

##### 1 米国・メキシコ（2000年）

米国とメキシコとの間では、メキシコ湾における両国の延長大陸棚について2000年に境界画定条約が締結されている<sup>29</sup>。境界画定の対象海域は、両国のEEZで完全に囲まれた海域である。米国は、国連海洋法条約の当事国ではない。メキシコは国連海洋法条約の当事国ではあるが、境界画定条約締結時点では大陸棚限界委員会に対する申請をまだ行っていなかった。その後、メキシコは境界画定線のメキシコ側の海域について2007年に大陸棚限界委員会に対して申請を行い、2009年には申請を行った全域が大陸棚の限界内に入っていることを確認する内容の勧告を受領している。

合意された境界線は、全ての島を考慮に入れた等距離・中間線である。交渉の

---

<sup>29</sup> Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the United Mexican States on the Delimitation of the Continental Shelf in the Western Gulf of Mexico Beyond 200 Nautical Miles, reproduced in *Law of the Sea Bulletin*, Vol. 44 (2001), pp. 71-75.

過程において、等距離・中間線以外の方法は一切提起されなかったといわれている<sup>30</sup>。なお、延長大陸棚部分の境界線は、その両端において両国の 200 海里内の EEZ・大陸棚の境界画定条約と接続するが、200 海里内の境界画定線も等距離・中間線である。なお、両国は延長大陸棚境界画定と同時に、境界線の両側に 1.4 海里の緩衝海域を設け、条約締結後 10 年間の間はこの海域で天然資源の開発を行わないことを合意している。

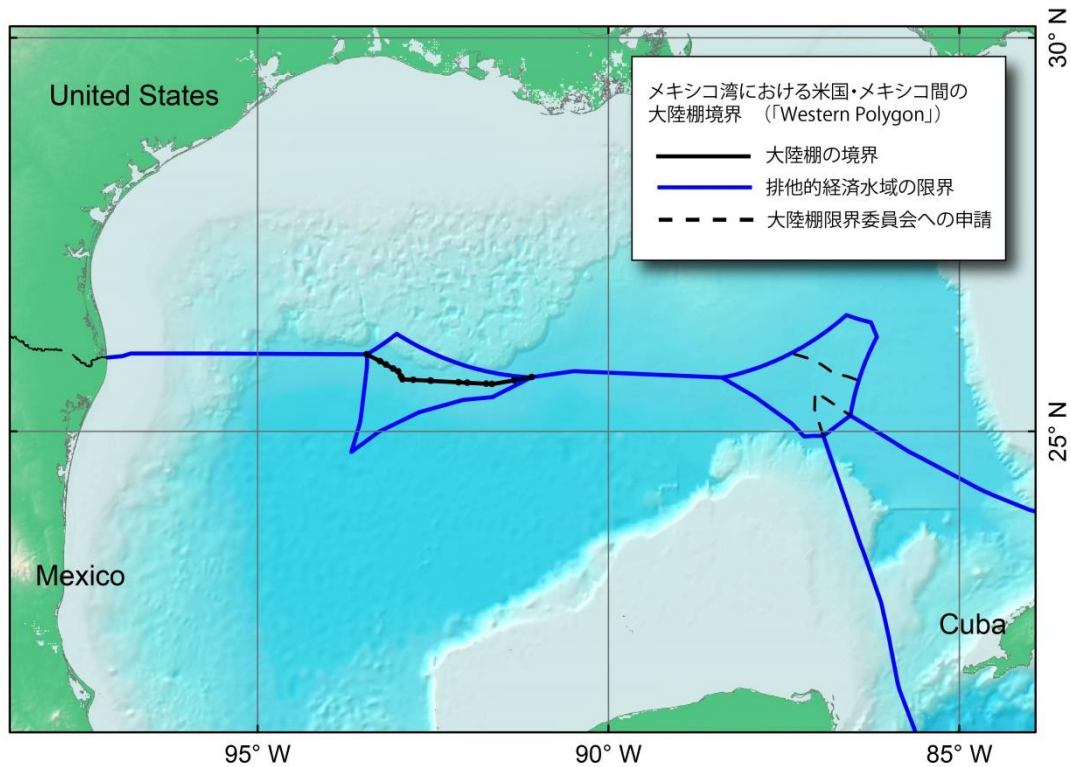


図 1 メキシコ湾における米国・メキシコ間の大陸棚境界

## 2 オーストラリア・ニュージーランド (2004 年)

オーストラリアとニュージーランドとの間では、2004 年に延長大陸棚の境界画定条約が結ばれている<sup>31</sup>。この条約も両国が大陸棚限界委員会に対して申請を行う前に締結された。オーストラリアはこの条約締結の数ヶ月後の 2004 年 11 月に、またニュージーランドは 2006 年に申請を行っており、両国ともに 2008 年に委員

<sup>30</sup> Robert W. Smith, “Mexico-United States”, Report Number 1-5 (2), J. I. Charney and R. W. Smith (eds.), *International Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff, 2002), Vol. IV, p. 2625.

<sup>31</sup> Treaty between the Government of Australia and the Government of New Zealand Establishing Certain Exclusive Economic Zone Boundaries and Continental Shelf Boundaries, [2006] ATS 4.

会からの勧告を受領している。

合意された境界線は、2つの部分からなる。条約の第2条に規定されているロード・ハウ島（オーストラリア）と北島（ニュージーランド）及びノーフォーク島（オーストラリア）とスリー・キングズ島（ニュージーランド）との間の境界画定、そして第3条に規定されているマッコリー島（オーストラリア）とオーkland島及びキャンベル島（ニュージーランド）との間の境界線である。

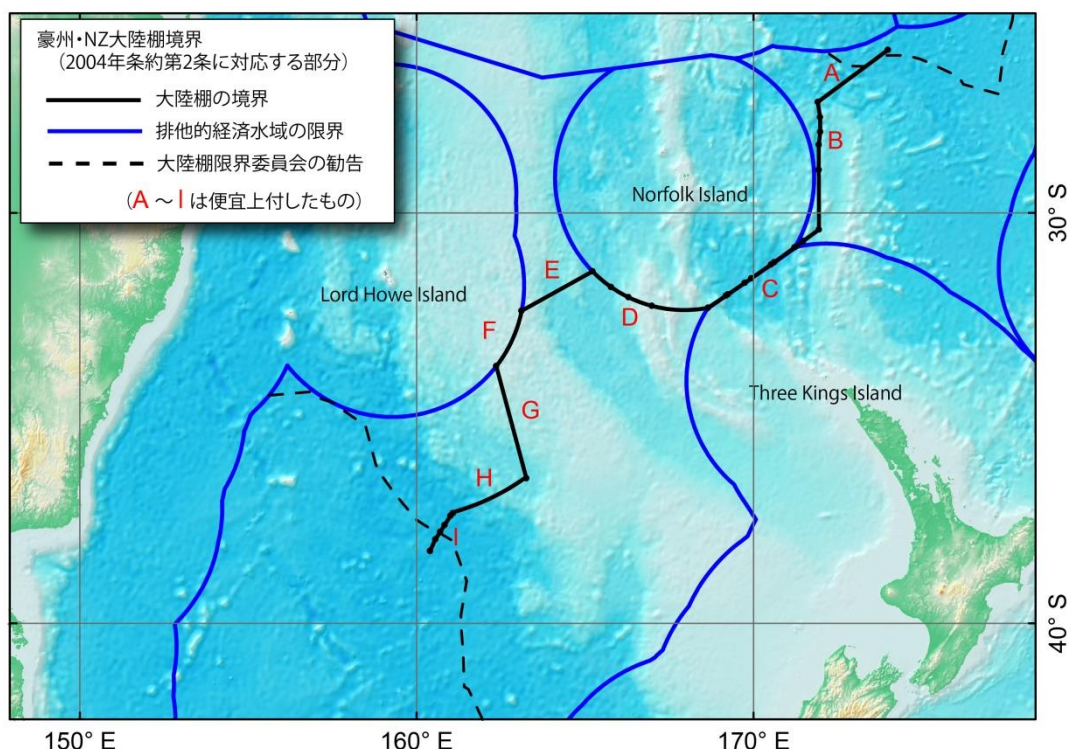


図2 豪州・ニュージーランド大陸棚境界（条約2条対応部分）

合意された線は複雑な形状であるが、次のように分析されている<sup>32</sup>。条約第2条が規定している境界線については、(A) ノーフォーク島から350海里の線と大陸棚の限界が交差する点から、スリー・キングズ海嶺の北端を結んだ線、(B) スリー・キングズ海嶺の縁辺に沿った線、(C) ノーフォーク島沖の小島であるフィリップ島とスリー・キングズ島の間の中間線、(D) フィリップ島からの200海里に沿った線（南緯31度30分まで）、(E) Dの終点とロード・ハウ島沖のボールズ・ピラミッドからの200海里上の南緯32度30分との交点を結んだ線、(F) ボールズ・ピラミッドからの200海里線（終点は、スリー・キングズ島に半分の効

<sup>32</sup> N. Fyfe and G. French, “Australia-New Zealand,” Report Number 5-26, D. A. Colson and R. W. Smith (eds.), *International Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff, 2005), Vol. V, pp. 3761-3762.



果を与えたオーストラリアとニュージーランド本土との間の中間線との交点)、(G) Fの終点とボールズ・ピラミッドから 350 海里線上の点を結ぶ線、(H) ボールズ・ピラミッドから 350 海里の線(終点は、本土間の中間線)、(I) 本土間の中間線を結んだ線、である。

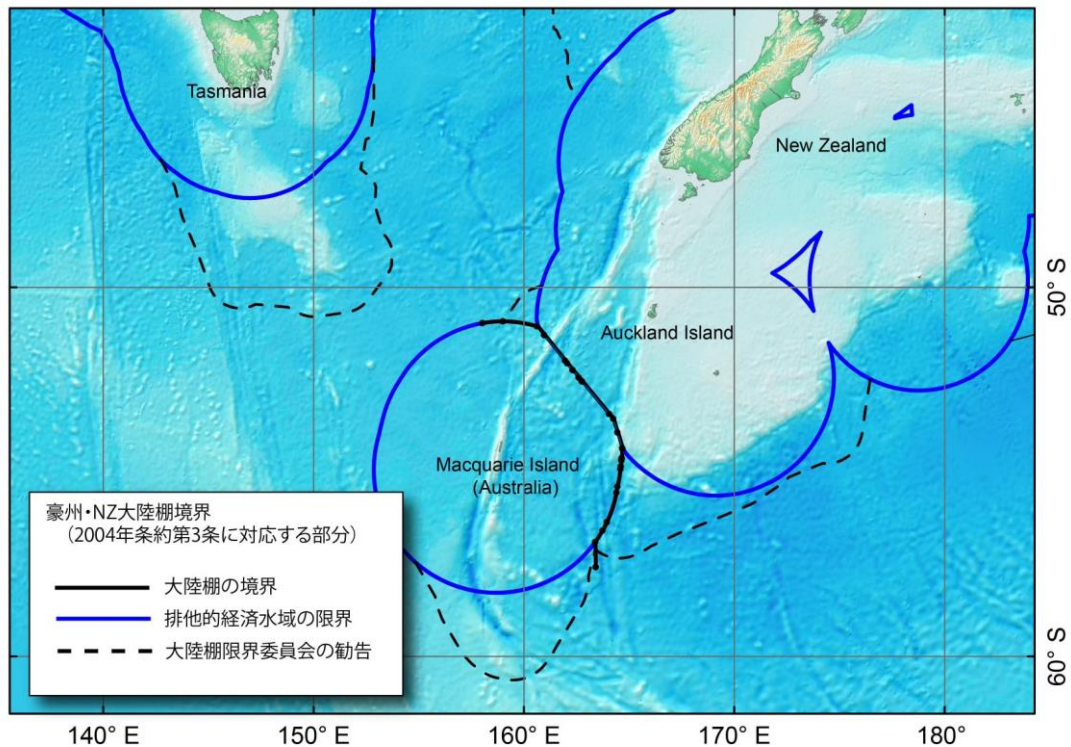


図3 豪州・ニュージーランド大陸棚境界(条約3条対応部分)

また、条約第3条が規定している境界線は、マッコリー島の200海里に沿った線、両国の200海里EEZ・大陸棚の境界線(中間線)及び両国の大陸棚が重複する海域を等分する短い線から構成されている。

境界線を構成している各部分はいずれも交渉の産物であり、一定の原則から必然的に導き出されたものではないと考えられるが、以下のことは指摘することができる。第1に、等距離・中間線は限定的な形でしか用いられていない。第2に、スリー・キングズ海嶺に従った(B)の線のように、海底の地形を基準として境界線を引いている箇所がある。第3に、南部の境界線はその大半がオーストラリアの200海里線に沿っており、延長部分のほぼ全てをニュージーランドの大陸棚とする境界画定となっている。これは、延長部分がニュージーランドの南島の自然の延長であるという点を前提として、自然の延長を基準に境界画定を行ったものと評価できる。なお、オーストラリアのマッコリー島に由来する延長大陸棚は200海里の南部で申請されており、重複する海域はわずかであるが、この重複

部分については等分する形での境界線となっている。

### 3 ノルウェー・アイスランド・デンマーク（フェロー諸島）（2006 年）

ノルウェー、アイスランド及びデンマークの 3 国の間では、3 国の EEZ に囲まれているバナナ・ホールと呼ばれる公海部分について、延長大陸棚の境界画定方法に関する合意が 2006 年になされた<sup>33</sup>。2006 年の合意議事録には、3 国の間で相互に大陸棚限界委員会に対する申請について異議を申し立てないという合意も含まれており、合意の約 2 ヶ月後にノルウェーが北東大西洋及び北極海に関する部分申請を、2006 年にアイスランドがエーギル海盆及びレイキャネス海嶺西部・南部に関する部分申請を、そして 2009 年にデンマークがフェロー諸島北部に関する部分申請を行っている。ノルウェー、アイスランド、デンマークはそれぞれ 2009 年、2016 年、2014 年に勧告を受領している。

境界画定の対象である「バナナ・ホール南部」は、合意上は明確に定義されていないが、フェロー諸島、アイスランド及びノルウェー（本土及びヤンマイエン）の 200 海里線、並びにフェロー諸島及びアイスランドの 350 海里線で囲まれる海域である。この海域に A～F の 6 点を指定し、直線で結ぶ形での境界画定を行っている。これは対象海域の全体が連続した大陸棚であるとの前提に立つものであるが、大陸棚限界委員会の勧告によって対象海域の一部が深海底であると判断された場合には、関係国は合意された境界線に影響を及ぼすことなく勧告に従って大陸棚の限界を設定する。ただし、勧告によって実際に得られた延長大陸棚の面積が境界画定合意によって割り当てられた面積を下回った場合には、過剰な部分について調整を行うことになっている。例えば、フェロー諸島の延長大陸棚が 27,000 平方キロメートルを下回った場合には、過剰な部分をアイスランド（40%）とノルウェー（60%）で配分する。この修正は合意から逸脱が最も少なくなるよう、主として C 点を移動させて行う。最終的な境界画定は 3 つの二国協定の締結によって行われることになっている。

本海域における境界画定方法は、大陸棚限界委員会の勧告に応じた境界線の修正方法にも表れている通り、面積が主な考慮要因とするものと考えられる（ノルウェー 56,000 km<sup>2</sup>、アイスランド 29,000 km<sup>2</sup>、デンマーク（フェロー諸島） 27,000

---

<sup>33</sup> Agreed Minutes on the Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles between the Faroe Islands, Iceland and Norway in the Southern Part of the Banana Hole of the Northeast Atlantic, reproduced in R. E. Fife, “Denmark/The Faroes-Iceland-Norway”, Report Number 9-26, D. A. Colson and R. W. Smith (eds.), *International Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff, 2011), Vol. VI, pp. 4546-4552.



km<sup>2</sup>)<sup>34</sup>。ただし、点 C と点 F を結ぶ線、及び点 D と点 E を結ぶ線は既存の EEZ の境界線（等距離）を延長したものに近い。また点 A と点 B を結ぶ線については、海岸線の長さが影響している可能性も指摘されている。さらに、結果として主な海底の地形と線引きが一致しているという指摘もある<sup>35</sup>。

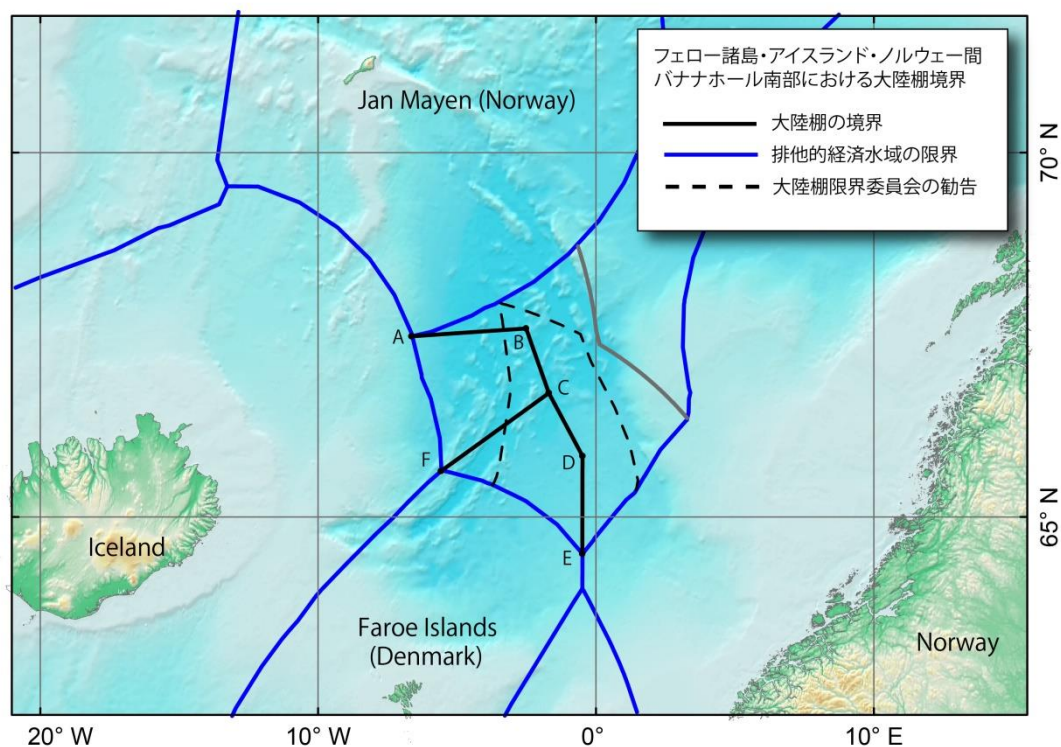


図 4 フェロー諸島・アイスランド・ノルウェー間  
バナナ・ホール南部における大陸棚境界

#### 4 アイスランド・デンマーク（グリーンランド）（2013 年）

アイスランドとデンマークとの間では、アイスランドとグリーンランドとの間の延長大陸棚の重複部分についても、バナナ・ホールにおける 3 国の合意と同様の方法で、境界画定に関する合意議事録が作成されている<sup>36</sup>。この合意は、両国とも大陸棚限界委員会に対して当該海域に対する申請を行った後、勧告を受領する前になされている。

<sup>34</sup> Ibid., pp. 4542-4543.

<sup>35</sup> Ibid., p. 4540.

<sup>36</sup> Agreed Minutes on the Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles between Greenland and Iceland in the Irminger Sea, reproduced in B. M. Magnusson, “Denmark (Greenland) - Iceland”, Report Number 9-22(2), *International Maritime Boundaries* (online edition).

合意の対象は、大陸棚限界委員会に対する両国の申請が重複している海域である。なお、アイスランドのレイキャネス海嶺の脚部はグリーンランドの 200 海里内にとることも考えられる。しかし、実際の大陸棚限界委員会に対する申請はグリーンランドの 200 海里線までに留まっており、相手方の 200 海里内の海域を申請の対象に含めることはしていない<sup>37</sup>。また、申請にあたっては相互に大陸棚限界委員会に異議を申し立てないこと等を合意している。

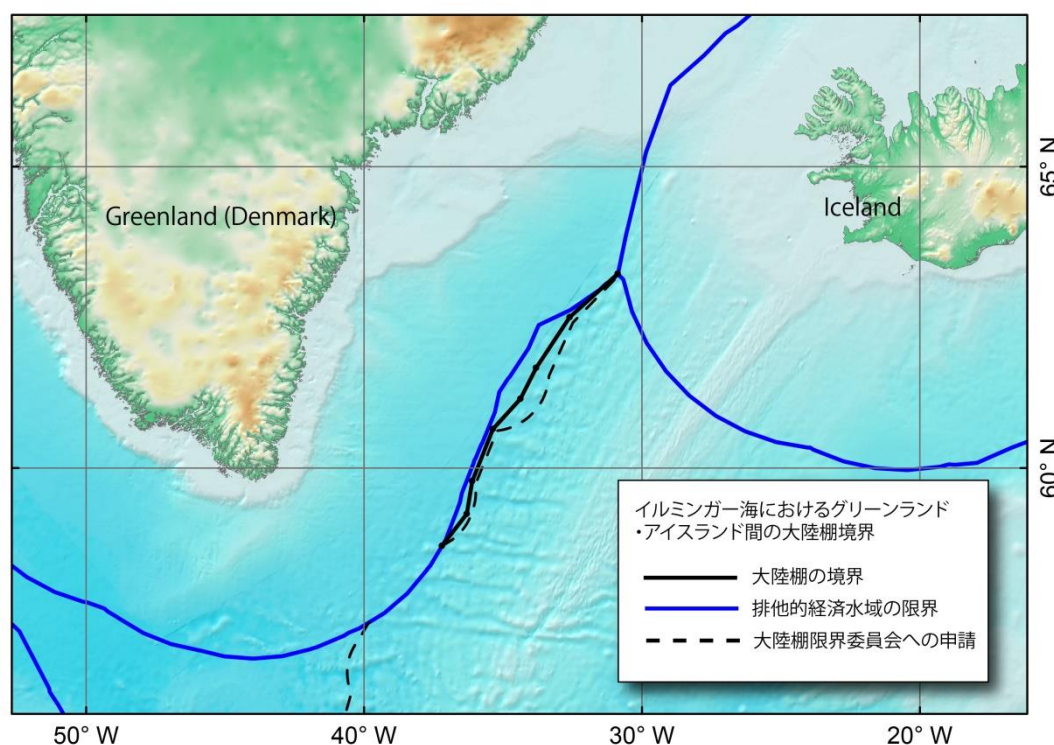


図 5 イルミンガー海におけるグリーンランド・アイスランド間の大陸棚境界

合意された境界線は、7 つの点を結ぶ直線である。この境界線は対象海域の面積比に基づくものであることが明示されている（デンマーク（グリーンランド）が 53%、アイスランドが 47%）。大陸棚限界委員会による勧告によって対象海域の範囲が修正される場合には面積比が維持されるように、かつ合意された境界線からの逸脱が最小となるように修正することも合意されている。当該海域は、全体が中間線のグリーンランド側に位置していることから、中間線を用いることはそもそも不可能であった。また、地質学的・地形学的な要素は考慮されていない

<sup>37</sup> 相対国間で一方の沿岸国の 200 海里内の大陸棚と他方の沿岸国の延長大陸棚が重複しうるか否か（200 海里内の海域に対する権原が自動的に優先するか否か）には争いがある。東シナ海では、中国及び韓国が日本の 200 海里内の海域まで自国の延長大陸棚が伸びていることを主張している。アイスランド・デンマーク間の合意はこの問題との関係でも参考となる国家実行である。

と考えられており、面積比は海岸線の長さの比に基づくものであると説明されている<sup>38</sup>。

## 5 200 海里内を主な対象とする海洋境界画定条約

200 海里内を主な対象海域とする海洋境界画定条約においても、延長大陸棚部分の海洋境界画定が含まれている場合がある<sup>39</sup>。これらの条約においては、200 海里内と同様に等距離・中間線を基本とする境界線が採用されている場合がほとんどであり、少なくとも 200 海里の内外で境界線の方法は大きく変わっていない<sup>40</sup>。

ガンビア・セネガル間の 1975 年条約は、緯度線に平行する既存の境界線を延伸大陸棚についてもそのまま延長している<sup>41</sup>。オーストラリアのハード・マクドナルド諸島とフランスのケルゲレン諸島との間の海洋境界画定を行う 1982 年条約は、延長大陸棚についても等距離線を採用している<sup>42</sup>。オーストラリアとフランス（ニュー・カレドニア）の間の 1982 年条約も、延長大陸棚について等距離線を採用している<sup>43</sup>。アイルランドと英国の間の 1988 年条約は、ジグザグの線となっており、詳しい根拠は明らかになっていない<sup>44</sup>。しかし、200 海里の内外で境界画定方法が大きく変わっているようにはみられず、境界線自体も等距離線から大きく逸脱するものではない。オーストラリアとソロモン諸島の間の 1988 年条約は、等距離線に近い線で延長大陸棚の境界画定を行っている<sup>45</sup>。トリニダード・トバゴとベネズエラの間の 1990 年条約も、延長大陸棚についてほぼ等距離線の境界を採用している<sup>46</sup>。米国とソ連の間の 1990 年の未発効の条約は、中間線

---

<sup>38</sup> Magnusson, *supra* note 36, p. 7.

<sup>39</sup> このような条約も含めて、延長大陸棚の境界画定について検討した先行研究として、B. M. Magnusson, “Outer Continental Shelf Boundary Agreements”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62 (2013), pp. 345-372.

<sup>40</sup> Colson, *supra* note 18, p. 96.

<sup>41</sup> A. O. Adede, “The Gambia-Senegal”, Report Number 4-2, Charney and Alexander (eds.), *supra* note 10, pp. 849-855.

<sup>42</sup> Victor Prescott, “Australia (Heard/McDonald Islands)-France (Kerguelen Islands)”, Report Number 6-1, J. I. Charney and L. M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff, 1993), Vol. II, pp. 1185-1194.

<sup>43</sup> C. Park, “Australia-France (New Caledonia)”, Report Number 5-1, Charney and Alexander (eds.), *supra* note 10, pp. 905-913.

<sup>44</sup> D. H. Anderson, “Ireland-United Kingdom”, Report Number 9-5, Charney and Alexander (eds.), *supra* note 42, pp. 1767-1779.

<sup>45</sup> C. Park, “Australia-Solomon Islands”, Report Number 5-4, Charney and Alexander (eds.), *supra* note 10, pp. 977-983.

<sup>46</sup> K. G. Nweihed, “Trinidad and Tobago-Venezuela”, Report Number 2-13(3), Charney and Alexander (eds.), *supra* note 10, pp. 675-689.

を基準にした境界ではないが、200 海里の内外で境界の方向等には変更がない<sup>47</sup>。ケニア・タンザニアの間の 2009 年の境界線は緯度線に平行な線を採用しているが、延長大陸棚部分についても 200 海里内の線をそのまま延長する形である<sup>48</sup>。バルバドスとフランスの間の 2009 年条約は、等距離線を採用している<sup>49</sup>。ノルウェーとロシアの間の 2010 年の海洋境界条約は、セクター理論に基づくロシアの主張との間との妥協を反映した特殊な形状の境界線であるが、延長大陸棚部分について、200 海里内と異なる考え方を反映したものとはなっていない<sup>50</sup>。

## V 国家実行の評価

延長大陸棚の境界画定に関する 3 件の国際裁判は一定の方向性を示しているのに対して、国家間の交渉を通じて合意された境界画定条約からは必ずしも一貫した方向性を見いだすことができない。200 海里内における海洋境界画定条約に付随的に延長大陸棚部分が含まれている場合には、200 海里内の境界線（多くは等距離・中間線）を単純に延長しているが、延長大陸棚が重複している海域について主に境界画定を行う条約については、その手法は様々である。事例が少数に留まるため、そこで採用されている手法を一般化することはできない。しかし、少なくとも下記の 2 点は指摘することができる。

第 1 に、国際判例における等距離・中間線を基準としたアプローチは、必ずしも踏襲されていない。特にアイスランドとデンマーク（グリーンランド）との間の境界画定は、権原が重複している海域の全域が中間線のグリーンランド側に存在するため、暫定的な等距離・中間線を引く手法がそもそも適用できない事案であった。この点、国際裁判所によって判断がなされた 3 件の事件はいずれも隣接国間における海洋境界画定であり、両国の海岸線から離れる方向に大陸棚が延びている地理的状況であったため、200 海里内における境界画定方法をそのまま適用することが可能であった。しかし、アイスランドとグリーンランドの間の海域のように、相対国間の延長大陸棚の海洋境界画定では 200 海里内の手法をそのまま適用できない場合がある。この観点からも、国際裁判所におけるこれまでの 3

---

<sup>47</sup> E. G. Verville, “United States-Soviet Union”, Report Number 1-6, Charney and Alexander (eds.), *supra* note 10, pp. 447-460.

<sup>48</sup> M. Pratt, “Kenya-Tanzania”, Report Number 4-5(2), *International Maritime Boundaries* (online edition).

<sup>49</sup> C. W. Dundas, “Barbados-France (Guadeloupe and Martinique)”, Colson and Smith, *supra* note 33, pp. 4223-4231.

<sup>50</sup> R. E. Fife, “Norway-Russian Federation”, Report Number 9-6(3), *International Maritime Boundaries* (online edition).

件の判決の射程については、なお議論の余地がある。

第2に、暫定的な等距離線を修正する手法が必ずしも用いられていないことと関係して、面積に着目した解決方法が登場していることが新たな展開として指摘できる。ただし、面積の根拠については必ずしも明らかではなく、面積に着目した実行をどのようなものとして理論化できるかについては不明な点がある。アイスランドとグリーンランドとの間の境界画定は関連する海岸の長さの比に基づいているとの指摘もあり、これは「衡平な解決」のあり方について国際判例が採用してきたアプローチと重なるものと評価できる。他方で、バナナ・ホールにおける海洋境界画定については、フェロー諸島の関連する海岸の長さは極めて僅かであるにも関わらず、より長い海岸線を採用するアイスランドと大きく変わらない面積を与えられており、この場合には海岸の長さの比は考慮されていない。延長大陸棚の権原の根拠は自然の延長であり海岸線からの距離ではないことから、理論的には海岸線の長さを考慮に入れる必然性はない。他方で、「より自然な延長」といった延長大陸棚の権原と結びついた基準によって決定する実行が蓄積されているわけでもない。

## VI おわりに

延長大陸棚の境界画定をめぐっては、国際裁判所における境界画定方法と、国家間の合意に基づく境界画定方法との間で相違が見られる。国際裁判所における延長大陸棚の境界画定方法については、少なくとも当面の間は、3件の判決における一貫した流れの影響下で議論が展開されていくものと思われる。しかし、これまでの判決は、その具体的な地理的状況の下では衡平な解決をもたらしているとしても、一般的に適用可能なものとして十分に説得力のある理由付けを伴っていない。200海里内外での大陸棚制度の単一性という点が挙げられているのみであり、3段階アプローチという境界画定方法が妥当する実質的理由が必ずしも明らかではないことから、理論的な観点からの判決に対する批判は納得できるものである。また、実際上の問題として、沿岸国の海岸線と画定すべき海域の関係が希薄であって、そもそも等距離・中間線が意味を持たないような海域については、判決の枠組みはそのまま適用することができない。こうしたことから、国際裁判所における延長大陸棚の境界画定方法については、一般的に適用可能な説得力ある枠組みがこれまでの判決の積み重ねによって示されたとはいえない。

国家間での交渉と合意を通じた延長大陸棚の境界画定方法については、国家実行が集積中である。これまでの少数の国家実行を見る限り、延長大陸棚の境界画

定条約では具体的な地理的状況に応じて柔軟に合意がなされてきており、特に支配的な手法があるとまではいえない。注目すべき展開としては、面積に着目する境界画定方法がある。しかし、米国・メキシコのような等距離・中間線による解決の例もあり、何らかの傾向が存在しているとまではいえない。したがって、現状を前提とすれば、日本が他国との間で合意に基づいて境界画定条約を締結する際にも、国際法上確立した方法を適用するというよりは、相手国との間で合意可能な境界線を柔軟に探ることになるであろう。もっとも、米国が国連海洋法条約の当事国ではない等の事情が存在することから、実際に境界画定を行うことができるまでには相当の時間を要することも考えられる。その場合には、それまでの間の境界画定方法の発展も考慮に入れる必要が生じる。

今後の展開を考えるにあたっては、国家間の合意に基づく境界画定方法が国際裁判所における境界画定方法と接近するようになるかが特に問題となる。国家は、相手国と合意できる限りにおいて様々な要素を考慮に入れつつ自由に海洋境界画定を行いうるのであり、また、海洋境界画定紛争は国連海洋法条約の義務的紛争解決手続の下でも選択的除外の対象とされている（298条1項(a)(i)）から、必ずしも裁判所の影で交渉を行うことになるわけではない。したがって、国際裁判所の境界画定方法を説得力あるものとして各国が自ら受け入れるようにならない限り、延長大陸棚の海洋境界画定条約に関する国家実行が国際裁判所の境界画定方法に接近していくとは限らない。こうした観点からも、今後の判決の蓄積を通じて、国際裁判所における延長大陸棚の境界画定方法がどのように一般的に適用可能なものとして構築され、理論的に裏付けられていくかが注目される。

（本研究は JSPS 科研費 JP16K13320、JP15H03294 及び JP26780022 の助成を受けたものです。）

（にしもと けんたろう）

## 相殺権における「相互性」と「合理的相殺期待」についての覚書

東北大学大学院法学研究科准教授 宇野 瑛人

- I はじめに
  - II 平成28年判決
    - 1 事案と判示内容
    - 2 「合理的相殺期待」あるいは「対外的効力」論への不言及
      - (1) 法廷意見と千葉補足意見
      - (2) 原審までの判示及び学説での議論との温度差
      - (3) 平成28年判決と平成24年判決
  - III 関連する学説
    - 1 平成28年判決に対する反応
      - (1) 平成28年判決の射程の限定——山本和彦説
      - (2) 平成28年判決の一般的受容——伊藤説
    - 2 学説等における合理的相殺期待の議論
      - (1) 従来の合理的相殺期待論の概観
      - (2) 中西説
  - IV 検討
    - 1 前提的検討：相殺権として保護されることの意味
  - 2 合理的相殺期待論と相互性要件
    - (1) 総説
    - (2) 相殺の経済的機能
    - (3) 担保権の要件の参照
      - (a) 議論の意義
      - (b) 公示についての諸問題
    - (4) 小括
  - 3 相互性の意義
    - (1) 目的・機能の峻別論
      - (a) 一般論
      - (b) 相互性要件と相殺の「目的」
      - (c) 担保権との区別の為の要件としての「相互性」
    - (2) 絶対的・形式的要件としての相互性
      - (a) 相互性要件の特徴
      - (b) 相互性要件の機能
  - 4. 他の可能性についての展望
- V. おわりに

### I はじめに

最判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁（以下、「平成28年判決」とする）は、民事再生法上の相殺権について、再生債務者と再生債権者間で債権債務が対立すること（以下、「相互性（要件）」とする）を重視するかのような判断を下した。すなわち、この相互性要件を形式上満たさず、再生債務者に対して債務を負担する者が、再生債務者が自身以



外の第三者に対して有する債権と自身の負担する債務を、事前の合意に基づいて「相殺」することは、民事再生法92条の要件を満たさない為否定されとの判断を下した。

本稿は、この最高裁判決及びそれに関連し得る学説・判例を概観しつつ、倒産法<sup>1</sup>における相殺権が相互性を要件とすることと、従前から学説・判例で展開されてきた「合理的相殺期待」なる概念<sup>2</sup>がどのような関係に立つのかを検討することを目的とする<sup>3</sup>。とりわけ本稿では、相殺の担保的機能の保護という観点から担保権と同等の機能・要保護性を得る相殺期待を保護するというタイプの合理的相殺期待論を対象に取り、一方でこの種の議論が相互性要件の欠如を補完するポテンシャルを有することを示すと共に、他方で相互性要件にはそれでもなお一定の理論的・実践的意義を見出すことが可能であることを示す。その上で、この二つの方向性を分かつのは如何なる問いであるのか、を明確化することを試みる。その意味で、本稿は今後の為の議論の整理という側面を強く有する。

検討の順序としては、まず平成28年判決の内容及び特徴について確認し(Ⅱ)、同判決に対する応答を中心に、関連学説を概観する(Ⅲ)。その上で、この学説の議論を主たる素材として検討を加える(Ⅳ)。

## Ⅱ 平成28年判決

### 1 事案と判示内容

平成28年判決の事案は、大要、以下のようなものであった。再生債務者Xが、通貨オプション取引の終了によって発生した清算金の支払いをYに対して求めたところ、Yは、XY間の上記取引の基本契約に含まれていた、「期限の利益を喪失した当事者(本件においてはX)の相手方(Y)は、Yの関連会社がXに対して有する債権と、XがYに対して有する債権(上記清算金支払にかかる債権)を相殺することができる」との条項に基づいて、Yと親会社を共通にするA社(「関連会社」に該当するものであった)がXに対して有する債権と、上記清算金支払にかかる債務との相殺を主張した(A→X債権とX→Y債権の相殺)。

平成28年判決においては、上記相殺の効力が民事再生法上認められるのかが争われた。

---

<sup>1</sup> 同判決は民事再生法に関するものであるが、この問題についてさしあたって清算型手続と再建型手続を区別する必要はないと考えられるから、以下本稿では判決に直接言及する場合を除き破産法の条文を引用する。

<sup>2</sup> 論者によって表現にブレがあるように思われるが、本稿では「合理的相殺期待」の語を用いる。

<sup>3</sup> なお、筆者は、同一事件の控訴審判決である東京高判平成26年1月29日金判1437号42頁を題材に、評釈を執筆したことがある(拙稿「判批」ジュリ1491号111頁(2016))。本稿は、そこで述べたことを、平成28年判決を含む相殺権についての最高裁判例及び平成28年判決後の学説を踏まえつつ、より一般的な層において敷衍するものである。



第一審及び原審は共に、相殺を許容する判断を下した（判断の詳細は平成28年判決及び一審・原審判決の評釈等に譲り、本稿では必要に応じて言及するにとどめる）。これに対して、平成28年判決は相殺を否定する判断を下した。

具体的な判示内容は以下の通りである。平成28年判決は、最判平成24年5月28日民集66巻7号3123頁（以下、「平成24年判決」とする）を引用し、平成24年判決の判示した一般論（後述）を（民事再生法に適用条文等を改めつつ）確認する。その上で、民事再生法92条は「再生計画の定めるところによらずに相殺をすることができる場合」の要件として、「民法505条1項本文に規定する2人が互いに債務を負担するとの相殺の要件を、再生債権者がする相殺においても採用している」との理解を示し、「再生債務者に対して債務を負担する者が他人の有する再生債権をもって相殺することができるものとする」とは、互いに債務を負担する関係にない者の間における相殺を許すものにほかならず、民事再生法92条1項の上記文言に反し、再生債権者間の公平、平等な扱いという上記の基本原則を没却するものというべきであり、相当ではない」として相殺条項による相殺を否定した。

## 2 「合理的相殺期待」あるいは「対外的効力」論への不言及

### （1）法廷意見と千葉補足意見

平成28年判決は、平成24年判決の一般論を踏襲している。しかし実際の判断内容を見ると、夙に評釈類で指摘されるように、平成28年判決は、平成24年判決と異なり、判断に際して「合理的相殺期待」（ないしそれに類する概念）へ言及することなく、ごく形式的に、民法505条及び民事再生法92条で定める相互性要件を満たさない以上相殺権としては認められないとの判断を下しているように見える<sup>4</sup>。

これと対比すると、千葉裁判官補足意見は若干の広がりを持ち得る。千葉補足意見は、一定の場合には相殺が許容される余地があることを示唆する。例えば、本件で問題となったような相殺条項は既にデリバティブ取引業界において一定程度用いられており<sup>5</sup>、当事者においては経済合理性と相当性が認められ、相殺の担保的機能に対する合理的期待が存在することが指摘されており、関連会社との組織上の関連性や営業活動上の関連性によっては相互性を実質的に満たす可能性があるとされる<sup>6</sup>。さらに、本件における条項の問題として、関連会社の範囲が特定されておらず、相殺対象債権の限定もなかったこと、関連会社の同意が当然には予定されていなかったことも指摘される<sup>7</sup>。

---

4 山本和彦「三者間相殺の再生手続における効力——最二小判平28. 7. 8を手掛りに——」金法2053号6頁（2016）（以下、「山本和彦評釈」とする）10頁。

5 これが必要条件となると見ているのかは定かではないが、民集70巻6号1625頁では、経済界における「共通の認識」の醸成が必要となるようにも見える。

6 民集70巻6号1622頁。

7 民集70巻6号1622頁。

## (2) 原審までの判示及び学説での議論との温度差

周知の通り、倒産法上の相殺権ないし相殺禁止規定の適用範囲を画するにあたって、学説及び判例（の少なくとも一部）は、「合理的相殺期待」といった概念を用いてきた<sup>8</sup>。平成28年判決の原審判決や第一審判決も、少なくとも形の上ではこのツールを用いて相殺の可否を判断している<sup>9</sup>。また、所謂三者間相殺を巡る民法上の議論においては、その「対外的効力」の有無という議論が立てられた上で、対外的効力を認められる為の条件は何かということが論じられてきた<sup>10</sup>ことが窺われる。

しかし、平成28年判決は、形式上もこれらの言葉に言及することなく、また、実際の判断内容を見てもこれらの言葉が想起させる実質的考慮に対してごく冷淡な態度を採っているように思われ、相当な温度差がある<sup>11</sup>。

## (3) 平成28年判決と平成24年判決

同様の対比は、平成28年判決が引用する平成24年判決<sup>12</sup>との関係でも見て取れる。

平成24年判決は、「相殺は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権について確実かつ十分な弁済を受けたと同様の利益を得ることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た機能を営むものである」との民法における相殺の基本的理解を確認した上で、破産法上の相殺権について、「上記のような相殺の担保的機能に対する破産債権者の期待を保護することは、通常、破産債権についての債権者間の公平・平等な扱いを基本原則とする破産制度

---

8 但し、「合理的相殺期待」の内実が明確なものであったとは思われず、論者によって「合理性」の内容として想定するもの、この概念に対して期待する機能は様々であったと思われる。あるいは、様々な内実・機能を読み込む中で、概念の具体化が図られている最中である、というのが現状であるのかもしれない。しかし、だからといって判例がこうした概念を拒絶していたという事情はない（例えば、平成24年判決の他にも、最判平成26年6月5日民集68巻5号462頁）。

9 第一審につき、民集70巻6号1681頁。控訴審につき、民集70巻6号1719頁以下。前註で指摘したのと同様に、やはりどのような概念としてこれを捉えているのかは不明なところが多く、様々な事情の総合考慮的な判断と言わざるを得ない（原審における各考慮要素の理解の仕方の一つの可能性として、拙稿・前掲註2参照）。

10 判例を含めた平成28年判決以前の議論状況につき、山本和彦評釈8頁以下参照。

11 山本和彦評釈10頁。

12 平成24年判決の事案は以下のようなものであった。Y（銀行）は、自身と当座勘定取引契約を締結していた顧客A（後の破産者）らが訴外Bに対して負担する債務につき、Aらに対する破産手続開始前に、Bとの間でAらの委託を受けることなく保証契約を締結し保証債務を負担した。Aらに対する破産手続開始決定後、Yは、Bに対して保証債務を弁済し、Aらとの契約に従って当座勘定取引契約を解約し、Aらの破産管財人Xに対して前記弁済によって取得した求償権とAらが当座勘定取引契約に基づいてYに対して有する債権とを相殺する意思表示をした。Yの取得した求償権が破産債権に当たるかどうか、そうだとした場合、破産債権開始後に他人の債権を取得してする相殺を禁ずる破産法72条1項1号によってこの相殺が禁止されるかが問題となった。

の趣旨に反するものではないことから、破産法67条は、原則として、破産手続開始時ににおいて破産者に対して債務を負担する破産債権者による相殺を認め、同破産債権者が破産手続によることなく一般の破産債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし、この点において、相殺権を別除権と同様に取り扱うこととしたもの」と続ける（これらが、概ね平成28年判決に踏襲される関係にある）。しかし、この「基本原則」を没却する場合を相殺禁止（破産法71条、72条）の規定が定めているところ、委託を受けた保証人の取得した求償権による相殺とは異なり、無委託保証人によるそれは「破産者の意思や法定の原因とは無関係に破産手続において優先的に取り扱われる債権が作出されることを認めるに等しい」と評価され、後者の場合の相殺に対する期待を前者の場合のそれと同様に解する（合理的なものと評価する<sup>13)</sup>）ことはできず、破産法72条1項1号の類推適用により相殺は認められない。

上記類推適用に際しては、「破産者の意思や法定の原因とは無関係」な優先債権の作出を問題視しつつ、相殺期待の合理性がないことを示唆している。この「破産者の意思」がどのような意味を持つのか、というのが平成24年判決を理解する上で重要であることは言うまでもない<sup>14)</sup>。もっとも、一般に破産法上の相殺権や民法505条における相殺について、債権債務の対立が債務者の意思に基づいて生じたことを要求してきたわけではなく<sup>15)</sup>、その理論的根拠が問題となる。

潮見教授は、一つの読み方として、この「意思」を物的担保設定意思と類似のものとして把握する可能性を示している<sup>16)</sup>。通常、担保権が設定される場合には、ある担保目的物について担保権を設定する旨の合意が債務者と担保権者との間で交わされる筈であり、平成24年判決は、これに準ずる意思が存在することを相殺の条件としたのではないか、という見方である。自身の負う債務についてのリスク管理は、破産者自身の判断・処分によってなされるとの前提を説く見解<sup>17)</sup>もこれと類似の発想であると考えられる。

あるいは、以下のように理解することも可能かもしれない<sup>18)</sup>。すなわち、破産者の意思が

---

13 民集66巻7号3129頁参照。

14 平成24年判決は、傍論ではあるが委託を受けた保証人については開始後に取得した求償権による相殺は合理的なものと認められるとしており、これと当該事案で問題となった無委託保証人の求償権との相殺とは結論が分かると見ていることになる。そして、その差異を基礎づけ得る根拠を判旨に求めるならば、「破産者の意思」（＝保証委託）の不存在が決定的であったと見ざるを得ない。柴田義明・最判解民事平成24年（下）618頁（注27）も参照。

15 潮見佳男「相殺の担保的機能をめぐる倒産法と民法の法理」『田原睦夫先生 古稀・最高裁判事退官記念論文集 現代民事法の実務と理論（上巻）』267頁（金融財政事情研究会、2013）302頁は、こうした考慮は民法における従来の相殺に関する議論との関係では少なくともメインストリームではなかったと見る。また、倒産法上の相殺権に関する一般論として、（何らかの意味で結びつき得る議論が皆無であったというわけではないにせよ）明示に破産者の意思を問題とするものは見受けられなかったように思われる。

16 潮見・前掲註15 294頁及び300頁以下。

17 後掲中西（2015中）41頁。同論文は、破産者による物上保証という処分が行われたと見ることができないとする。

18 以下の理解は、東京大学民事法判例研究会における内海博俊准教授の報告（の一部）に負

介在して保証が成立する場合、自身の債務について保証人が存在し、将来彼の取得する求償権によって相殺がなされる可能性が破産者においても認識される<sup>19</sup>から、破産者を介した（債権譲渡の場合と類似の）公示機能に期待できる、という読み方である。相殺権の公示を問題とする見方だと言えるかもしれない<sup>20</sup>。

以上を踏まえると、平成24年判決において、相殺権が「別除権と同様に取り扱」われることには、重大な含意があったと見ることも不可能ではない。判旨のワーディングを追う限りでは、この説示が受けているのは、破産法67条の要件を満たす「破産債権者が破産手続によることなく一般の破産債権者に優先して債権の回収を図り得ることとし」ていることであり、そうすると「別除権と同様に取り扱う」ことの意味は、別除権者が手続によらずに担保権を行使して、優先的な満足を得ることができる（破産法65条）のと同様の「効果」を相殺権に認めたことにあると読むのが素直である。しかし、「破産者の意思」が、担保設定意思や公示（的なもの）に相当する、という読みが成り立ち得るとすれば、担保権が保護される為の条件と同程度の条件を満たした者のみを相殺権者として保護しようとしているとの見方、つまり、効果面のみならず、「要件」のレベルでも、別除権を意識した議論が展開されているという見立ても不可能ではなからう。

これに対して、平成28年判決が踏襲する「別除権と同様に取り扱う」との説示の意義は、紛れがない。平成28年判決においては、平成24年判決とは異なり、相殺権が別除権と同様に扱われるからといって、その要件論を別除権の観点から充実させようという発想を見て取ることはできない。むしろ、平成28年判決において、「別除権と同様に取り扱う」ことは、ただ効果面において別除権と同じ地位（再生計画によらない相殺権行使）に立つことを意味するに過ぎない。その効果をもたらす要件の一つは、民事再生法92条が定める相互性であり、これを満たさない場合には別除権と同様の取扱いという効果を認める要件も満たすことはない（と、民事再生法が規定している）とされているように見える。すなわち、平成28年判決は、相殺権が別除権的な取扱いを受けることが、そのような取扱いを受けられるかどうかの判断へ影響を与えることを、表向き認めているようには見えず、むしろ要件論としては相互性要件をリジッドに捉えている。

平成28年判決の事案に対する判断に際して、今述べた意味での平成24年判決的発想が全くあり得なかったわけではなく、学説における三者間相殺の議論や、平成28年判決原審での説示は、むしろ担保権の保護条件をヒントにして三者間相殺の要件を考察してきた

---

う。

19 山本和彦評釈14頁註30も参照。

20 理論構成は異なるが、岡正晶「判批」金法1954号65頁（2012）70頁は、事前求償権の有無を取り上げ、これが認められる委託保証の場合には、手続開始時における債権債務の対立状態のある種の公示があるという視点を提供している。

ものと見ることが可能であるものが含まれる<sup>21</sup>。しかし、平成28年判決はそのような立場は採用しなかったということになる。

### Ⅲ 関連する学説

#### 1 平成28年判決に対する反応

このような平成28年判決の態度は、当然のことながら学説において議論を呼んでいる状況にある。以下、網羅的とはいえないが、いくつかの見解を参照する。

##### (1) 平成28年判決の射程の限定——山本和彦説

平成28年判決を広汎な射程を持つ一般論としては受け取らず、なお一定の条件の下三者間相殺を肯定する理解として、山本和彦教授<sup>22</sup>の見解を挙げることができる。

山本和彦教授は、平成28年判決が合理性を有するとすれば、一般債権者が引当として期待できる債務者債権をモニターするに際して、その範囲が広汎に過ぎると評価されたことに求められると見る<sup>23</sup>。そして、このモニターの合理性を基礎付ける条件として、「事前合意の周知性・合理性、すなわち当該取引界における慣行や共通認識の存在」、「関連会社の特定・限定」を挙げる<sup>24</sup>。後者には、「どの範囲の債権者の債権が相殺対象になるか」を明らかにする機能が期待されており、「当該債権を他の債権者が責任財産としてカウントできるか、予測が立」つようにすることが求められている<sup>25</sup>。

---

21 例えば、平成28年判決原審には、他の債権者が相殺可能性を認識できたこと（＝公示？）に着目していると思しき説示が含まれる（但し、そこでの認定の在り方につき、拙稿・前掲註2）。三者間相殺を巡るそれまでの議論においても、合意の公知性や対抗要件に言及するものが見られた（詳細は、山本和彦評釈における文献の引用を参照）。

22 山本和彦評釈11頁は、相殺権者の目から見た合理的期待と他の債権者との関係での公平・平等の観点を峻別し、平成28年判決が後者を重視したものと整理している。もっとも、この二つの要素の区別は、自認するように（同註19も参照）ラベリングの問題であり得る。さしあたって本稿では、山本和彦教授の指摘を、仮に合理的期待と言うとしても、そこには目線の異なる二つの要素が存在することを指摘するものと理解し、山本和彦説も合理的相殺期待論の一種として扱う。

23 山本和彦評釈11頁以下。

24 山本和彦評釈11頁。

25 山本和彦評釈11頁以下。同13頁も参照。また、同14頁註30においては、平成24年判決ともこの観点が結び付けられる（無委託保証の存在が債務者にも明らかでなかった事案であるとされる）。

山本和彦教授がこのような見解を述べるのは、平成28年判決の判断を正当化し得る視点として、債権者によるモニタリングを要求できるか、という問題を見て取った上で、その条件を論じる脈絡においてである<sup>26</sup>。もっとも、何故モニタリングの範囲が限定されることで相殺が認められることになるのか、は問題である。一般に相殺権を認める為に、他の債権者の予測可能性が問われるわけではない<sup>27</sup>。山本和彦教授の意図したところかどうかは定かではないが、ここで要件とされているのは、債務者の如何なる財産（ここでは相殺に供される破産財団帰属債権）に、如何なる債権（相殺に供される破産債権者の債権）を被担保債権として担保権が成立しているのかを特定し、それを外部に公示するという、一般的な担保権の成立及び対抗要件とパラレルなものであると（現象としては）見ることができ、ある意味で平成24年判決が採用した（かもしれない）方法に接近していると思える。つまり、この見解は、担保権と同種の要件が具備されることで、相殺も保護されるという発想に近いものと整理できよう。

## （2）平成28年判決の一般的受容——伊藤説

これに対して、平成28年判決をその書きぶり通り受け取ることには積極的な意義を付与するのが、伊藤教授の理解である<sup>28</sup>。伊藤教授は、平成28年判決は確かに相殺の担保的機能に言及しその保護を説くものの、民事再生法92条が民法505条の相互性要件を採用したことによって保護範囲が限定され、それ以上に合理的期待及び担保的機能を根拠とする保護は拡張されないとの判断を示したものであると見る<sup>29</sup>。

まず、平成28年判決で問題となった民事再生法92条は、（それを債務の側から規定したとされる同法93条1項1号や93条の1第1項1号と共に）相殺の許容要件を一義的に定める「絶対的要件」に当たり、原則的要件を設ける一方でその例外を規定する「相対的要件」と区別される<sup>30</sup>。そして、合理的相殺期待概念というのは、この内後者に相当する民事再生法93条（及び93条の2）2項2号（破産法で言えば71条及び72条それぞれの2項2号）の「前の原因」という評価概念との関係で形成されたものであり<sup>31</sup>、少なくとも

---

26 山本和彦評釈11頁。

27 山本和彦教授は、二者間相殺では通常モニタリングを要求しても相当といえることを前提とするようである（山本和彦評釈11頁）が、これが常に言える保証はないし、二者間相殺において凡そ外部から予測不能な態様であった場合でも相殺は否定されないのだとすれば、二者間相殺と三者間相殺とで異なる考慮が妥当していると思えるを得ない。

28 伊藤眞「『相殺の合理的期待』はAmuletum（護符）たりうるか——最二小判平成28年7月8日の意義」NBL1084号4頁（2016）（以下、「伊藤評釈」とする）。

29 伊藤評釈7頁。

30 伊藤評釈9頁以下。

31 伊藤評釈12頁。

判例上、停止条件付債務の停止条件が手続開始後に成就したような特殊な状況を除いて<sup>32</sup>、こうした概念が絶対的要件の側に一般に妥当してきたわけではないし、すべきでもない<sup>33</sup>。以上の通り、伊藤教授は、民事再生法92条（破産法で言えば67条）の要件について、それが例外を許さない「絶対的要件」であることを重視して、合理的相殺期待論の妥当を否定するようであり、平成28年判決はこれを確立させるものだと位置付けられている<sup>34</sup>。

但し、伊藤教授は、例外を許容しているか否かという意味での「絶対的」「相対的」の区別と並んで、後者において「評価性を含む」概念との関係で合理的相殺期待論が形成されてきたことにも触れている<sup>35</sup>。この評価性の有無は、例外を許すか否かという意味での絶対／相対の区別と必然的に対応するわけではなく、両者は別個の論拠たり得る<sup>36</sup>。

さらに、伊藤説を理解する上で重要と思われる点として、伊藤教授が相殺の「目的」と「機能」とを明確に峻別する思考を採っていることを挙げることができる。相殺の「目的」は、あくまで総債権者と相手方との権利義務の調整に関わるものであり、簡易な決済による円滑・公平な債権・債務の処理を意味する一方、その一方当事者が資力不足であることが明らかになることで、「機能」として実価の低下した債権の実質的な完全満足を得るという所謂担保的機能が生じ、この局面には当該当事者の一般債権者との関係での優先的地位という問題が関わる<sup>37</sup>。この指摘が、視点の置き方（目的の側面から見るか機能の側面から見るか）によって着目する利害関係が異なるということを意味し、かつ伊藤説が、あくまで相殺権の少なくとも破産法67条1項に相当する規定は前者の側面から見る必要があり、したがって一般債権者との関係での優先的地位という視角を排除すべきことまで含意しているのだとすれば<sup>38</sup>、先に述べた絶対的／相対的要件の区別は単なる形式論を超えてこれに対応した実質を持っており、絶対的要件を語る場面ではあくまで目的の観点のみが問題となる（相殺の担保的機能という視角から保護を及ぼす議論（＝合理的相殺期待論？）は妥当しない）と

---

32 伊藤評釈12頁。

33 伊藤評釈12頁以下。

34 伊藤評釈13頁。

35 伊藤評釈9頁。

36 この意味で、相対的要件の中で評価性を含む概念が扱われ、そこで合理的期待概念が生成・発展してきたことは、偶然的なものであり得、伊藤説が絶対的要件における例外事象として位置付ける「停止条件付債務」の場面も、評価性ある概念が問題となっている点でむしろ共通事象であるとの分析も成り立ち得る。もっとも、絶対的要件にかかる条文が「停止条件付債務」等を別にして基本的にはリジッドな文言を用いているとの認識の下、そのことになお理論的な意味があるとの指摘と伊藤説を捉えることも可能であろうか。

37 伊藤評釈7頁以下。

38 伊藤評釈9頁註4では、「機能」を「副産物」と表現する（文献を引用する）くだりがあり、示唆的である。



いう理解が示されているのかもしれない<sup>39</sup>。

## 2 学説等における合理的相殺期待の議論

以上の通り、伊藤説は合理的相殺期待の発想を破産法67条1項（に相当する）規定の解釈論から排除する方向性での議論を展開している。そうすると、次に問題となるのはそこでいう合理的相殺期待とはどのような議論だったのかということである。

もっとも、合理的相殺期待なる概念は必ずしも明確な概念として内容が固まっていたわけではなく、判例の展開を見守りつつ徐々に具体化が図られようとしていたものと思われる。

以下では、まず合理的相殺期待の議論が（内容ははっきりとしない面が残るとしても）従来如何なる問題を扱う為に用いられてきたのかを簡単に確認した上で、いち早くこれを理論的に具体化せんとする試みとして中西説を取り上げる。

### （1）従来の合理的相殺期待論の概観

伊藤教授が指摘している通り、解釈論として合理的相殺期待なる概念が語られてきたのは、以下の二つの場面であったと考えられる。第一に、（伊藤教授は例外的と位置づけるが）破産法67条1項あるいは71条1項1号、72条1項1号において、手続開始時の債権債務の対立を要求しているのに対し、より相殺の許容範囲を拡張するものとして、67条2項後段や70条が自働債権や受働債権が停止条件付きであっても相殺期待を保護するところ、そこで保護される相殺期待の範囲を画するという局面である<sup>40</sup>。第二に、破産法71条2項2号及び72条2項2号において、相殺禁止の例外を基礎付ける危機時期等認識「前の原因」の存否を問う局面である<sup>41</sup>。

---

39 但し、例外が許されているかどうかという問題と、視角の限定論がどのように関係するかはなお問題である。

40 67条2項後段につき、譲渡担保の清算金支払債務による相殺に関する最判昭和47年7月13日民集26巻6号1161頁や、保険契約に基づく返戻金支払債務による相殺に関する最判平成17年1月17日民集59巻1号1頁について、この概念を用いて説明するのが一般的であると思われる（伊藤眞『破産法・民事再生法 〔第3版〕』（有斐閣、2014）475頁、山本和彦ほか『倒産法概説 〔第2版補訂版〕』（弘文堂、2015）257頁〔沖野眞已執筆〕。また、平成17年の判決は文言上も合理的期待の議論に親和的である）。70条につき、平成24年判決に対する評釈の中に、停止条件付債権の成否の脈絡で合理的相殺期待を捉えようとするものがある（岡・前掲註2070頁。山本和彦ほか・前掲註40261頁以下〔沖野〕の記述もこうした位置付けに親和的である）。

41 71条2項2号につき、例えば最判平成26年6月5日・前掲註8。「前の原因」が「合理

既に述べたように、その具体的内容は必ずしも一致を見ないが、破産債権者から見た停止条件付受働債権との関係では、譲渡担保の清算金支払債務は清算金の発生・具体的金額・その上限いずれも不確定であることが指摘され<sup>42</sup>、銀行による振込指定を前提とした預金債権との相殺との関係で振込指定の「強さ」が問題となっている<sup>43</sup>他、近時は期待の程度を問題とする方向性が示唆される場合がある<sup>44</sup>。もっとも、問題が期待の程度に尽きているわけでもなく、先に挙げた譲渡担保の清算金の場合に、譲渡担保の特殊性が指摘される場合がある<sup>45</sup>他、既に見た平成24年判決は破産者の意思をメルクマールとする。

これらとは異なる局面として、合理的相殺期待（あるいは相殺期待そのもの）が存在しないような場面でも相殺を認める現行法（具体的には例えば、破産法67条2項で非金銭債権の金銭化を前提とする相殺を認めることと、71条2項1号及び72条2項1号において法定原因に基づく債権債務対立の場合の相殺を許容すること）に対する立法論的批判の根拠として、合理的相殺期待がないことが持ち出される場合がある<sup>46</sup>。そこでは、（そうする必然性があるかどうかは別にして）倒産法における相殺権規定一般を、合理的相殺期待の存在という単一の根拠から正当化するという方向性が見て取れる。

## （2）中西説<sup>47</sup>

中西教授によれば、まず、破産法上、相殺が受働債権上に成立した担保権と同等に扱われている（受働債権からの優先弁済を受け、手続開始によりそのような法的地位が消滅せず、手続に服することなく権利を行使できる）ことを前提に<sup>48</sup>、そのような地位が認められる根

---

拠の相殺期待」に読み替えられるという指摘として、山本和彦「判批」金法2007号6頁（2014）10頁。

42 山本和ほか・前掲註40 257頁〔沖野〕。

43 議論状況については、山本和ほか・前掲註40 260頁〔沖野〕参照。

44 山本和・前掲註41 10頁において、「今後は、必要とされる相殺期待の程度の問題に移行する」との評価がある。

45 山木戸克己「判批」民商68巻2号289頁（1973）297頁、中西・後掲註47（2002）33頁。

46 山本和ほか・前掲註40 249頁、259頁〔沖野〕、中西・後掲註47（2002）44頁以下。

47 中西正「破産法における相殺権」法学（東北大学法学会）66巻1号1頁（2002）（以下、「中西（2002）」とする）、中西正「いわゆる『合理的相殺期待』概念の検討」事業再生と債権管理136号46頁（2012）（以下、「中西（2012）」とする）、同「民事手続法における相殺期待の保護」NBL1046号35頁（上）、1047号37頁（中）、1048号50頁（下）（全て2015）（以下、それぞれ「中西（2015上）」「中西（2015中）」「中西（2015下）」とする）。

48 中西（2002）27頁。

拠を説明するとすれば、担保権の効用とパラレルに<sup>49</sup>、「相殺権が果たす社会経済的機能（例えば、より低い金利の、より長い期間の、そしてより信用度の低い債務者に対する信用供与を可能にする）」を維持する為だと見ることができる<sup>50</sup>。相殺を当て込むことで可能となる与信を保護することが相殺権の根拠である、というわけである（以下、これを括弧付きで「与信促進」と表現するが、そこで想定される「与信」の内容は与信一般というよりもここで中西説が想定するタイプのものを意味する）。その上で、条文上（旧破産法 99 条、100 条。現行法では破産法 67 条 2 項、70 条）、債権の条件成就や履行期到来を待たず、同種の目的を持つ債権債務が対立することで、相殺権が成立し<sup>51</sup>、債権の履行期到来（及び条件成就）という民法上の相殺適状の要件は、相殺権の成立要件ではなく相殺権行使に付された制約へと位置付けが改められることになる<sup>52</sup>。こうした立て付けは、履行期到来等を除く全ての相殺適状の要件<sup>53</sup>が具備された時点での総債権者の相殺への期待を合理的なものとして保護するものと理解され<sup>54</sup>、先に述べた基本理解（「与信促進」機能の保護）から、期限又は停止条件付きの債権債務の「対立」がある場合を限界とすることが正当化される<sup>55</sup>。

中西教授は、こうした基本理解を前提として、この「与信促進」機能を果たさない相殺を相殺権の保護範囲から除外すべきとの理解を示している。例えば、停止条件付き債権について、その条件成就の蓋然性に乏しい場合にはこの機能を十分に果たさないことから相殺を否定し<sup>56</sup>、同時交換的取引の法理を相殺に及ぼそうとする際にも、「相殺権を取得できると判断したからこそ信用を供与した」という効用が定型的に存在しない場合には同時交換的

---

49 中西（2002）においてはそれほど明確ではなかったが、中西（2012）47頁では、担保権とパラレルな機能を問題としていることがより明瞭に示されている。

50 中西（2002）28頁。この理解は、近時の論文においても維持され続けている（中西（2012）47頁が最も明瞭か）。

51 中西（2002）29頁。

52 中西（2002）30頁。中西（2002）28頁以下の検討においては、相殺権の「成立」と「行使」とが明確に区別されている。

53 但し、中西教授の言う「対立」には条件未成就段階での債権債務の「対立」を含んでいところ、民法上は、条件未成就段階では債権債務は厳密には「対立」していないから、相殺適状の例外という位置づけをするならば、債権の「発生」も相殺期待の保護条件から除外されることになる。

54 中西（2002）31頁。

55 中西（2002）32頁。但し、厳密には、破産債権者から見た自働債権は当該債権者があくまで与信取引の結果として一定のリスク分配を完了したことに、受働債権は担保目的物となる適格をそれが備えていることに対応しており（中西（2012）47頁以下）、意味合いを異にし得る。

56 中西（2002）32頁以下。

取引の保護の法理は及ばないとする<sup>57</sup>。近時はこれをさらに原則論に取り込む形で、相殺権の成立要件に信用供与の存在を挙げることになっている<sup>58</sup>。こうした制限は、通常の担保権とは成立過程が異なることから、相殺権「の成立範囲の不当な拡散を回避するため、合理的相殺期待保護の根拠論からの制約を受けねばならない」為にもたらされる<sup>59</sup>。

他方、近時の中西説は、「与信促進」機能を有する場合においてもなお、場合によっては相殺が認められない可能性があるとする。具体的には、第三債務者からの弁済を債権者が代理受領することで債務者に対する返還債務と、自身が債務者に対して有する債権を相殺する場合、（当該債務者－第三債務者間の債権を目的物とする）債権質にかかる公示の要求を潜脱することになる為、公示の要件を満たさない限り差押えや破産手続の開始等によって相殺は排除される<sup>60</sup>。公示の要請は二当事者間の債権債務の対立場面においては必要なくとも、そうでない形態で債権を担保に取ろうとする場合には担保物権の原則に戻る、ともされる<sup>61</sup>。この設例は、平成28年判決のような三者間相殺の事例ではないが、破産債権者が自身に向けられた債権ではない債権を実質的に担保に取るような類型であるという意味では同様の論理が（むしろより強く<sup>62</sup>）妥当し得るものと思われる。

中西説は、こうした理論を背景に、1で述べた合理的期待論の二つの妥当領域（停止条件付債権・債務と前の原因）を統一的に把握する<sup>63</sup>。つまり、ある基準時（破産手続開始又は危機時期到来）以後に厳密な意味での債権債務の対立が生ずる場合でも、それよりも前に保護に値する相殺期待があったと評価される場合には相殺が認められるという構造の下、その範囲（保護条件が整ったと言える時期<sup>64</sup>）を画する為に「合理的相殺期待」との言葉を使っていると見ることができる<sup>65</sup>。

---

57 中西（2002）42頁。

58 中西（2012）47頁、中西（2015下）52頁以下。

59 中西（2012）48頁。中西（2002）32頁において、担保権としての公示がないことに言及があるが、中西（2012）では、公示の点よりも、単なる債権債務の対立によって相殺権が整理するという点に担保権との違いを求めている。

60 中西（2012）53頁以下。こうしたタイプでは担保価値に対する支配が間接的であるともされる（同54頁）。

61 中西（2015上）43頁。

62 後述の通り、三者間相殺の場合には、代理受領ケースと異なり、最後まで債権債務の対立が生じない可能性がある。

63 中西（2002）の書き出しの段階から、手続開始の局面と危機時期の局面を統一的に把握することが中西教授の問題関心であったと思われる（中西（2002）2頁以下参照）。

64 中西（2012）49頁以下（特に50頁～51頁）では、無委託保証事例の分析に際して、主債務者と保証人によるリスク分配の交渉過程の存在が、破産での優先的地位が保全される時点を画する意味を与えられている。

65 他に両者を統一的に捉えるものとして、山本克己編著『破産法・民事再生法概論』（商事法

## IV 検討

三者間相殺を含む、債権者と債務者との間には存在しない債権・債務を実質的に引当とする相殺を考えるに当たっては、それが認められるか否かを判断する基準として、合理的相殺期待ないし類似の概念の下、様々な要素を加味する形での要件論が存在する。しかし、こうした発想自体を否定するような見解（伊藤説、あるいは平成28年判決）も存在する、という議論状況である。

以下、この対立について若干の検討を行っていきたい。まず、前提として、三者間相殺が「保護される」とはどのような意味を持つのかを明らかにし、以下の検討の意義を具体化する（1）。そして、これまでに触れた学説の議論が、相互性要件を補完するものであり得るのか、あり得るとしてどのような内容のものとして構成されるかを検討する（2）。その上で、これと相互性を重視する見解を対置し、両者の対立点を明確化することを試みる（3）。最後に、本稿では十分に触れられなかった方向性について、若干の補足と展望を述べる（4）。

### 1 前提的検討：相殺権として保護されることの意味

以下では、相互性を欠く相殺が、合理的相殺期待があることを理由に相殺権として保護され得るのか、されるとして、どのような条件が想定可能かを検討するが、その前提として、「相殺権として保護される」とはどのような意味を持つのかを検討しておく。

倒産法上、相殺権が保護されていることは二つの意味を持っているように思われる。一つは、倒産なかりせば民法505条の相殺適状を満たさないが、一定の場合にはそれでもなお現実に相殺を実行することが可能である、ということである。例えば、破産法67条2項に掲げられた類型はこのようなルールを含んでいる。いま一つは、民法505条の相殺適状を満たしていない段階でも、一定の要件が満たされることで将来相殺適状が生じた暁に行う相殺が債権者平等原則と抵触しない（相殺期待が保護される）、ということである。例えば、破産法70条は、自働債権の停止条件成就前において直ちに相殺することまでは許していないものの、手続中に条件が成就して破産債権が発生し実際に相殺適状が生じたならば、厳

---

務、2012）272頁以下〔畑瑞穂執筆〕等。統一的把握自体自明のことではないが、債権法改正においては、差押えとの関係で差押「前の原因」概念が導入されており（民法改正後511条2項）、危機時期で問題となっていた「前の原因」が、差押えと相殺の競合局面（場面としては破産手続開始と相殺の関係を論ずる場面に接近する）でも（停止条件付債権・債務概念に代えて）問題となるという認識であるように思われる（中田裕康ほか『講義 債権法改正』（商事法務、2017）257頁、261頁〔道垣内弘人執筆〕参照）。

密には手続開始時に債権債務の対立があったとまでは言えず、また受働債権が弁済によって消滅した場合でも、なお相殺ができる地位を保障することを、寄託請求という形で保障したものと見ることができる<sup>66</sup>。また、67条2項も、受働債権の停止条件成就等以前の時点での相殺期待を保護しており、現実の条件成就等によって直ちに相殺可能性が否定されることはないという理解<sup>67</sup>を前提にする限り、同様のルールを含んでいることになる。

本稿が対象とする相互性要件についても、両方の問題を想定可能である。すなわち、相互の債権債務の対立がないままに、それを許容する旨の合意があることでもって両者の差引を実行できるか、という問題と、何らかの形で最終的に債権債務の対立を作り出し得るとして、対立以前からの相殺期待を保護することができるか、という問題である<sup>68</sup>。平成28年判決の事案は、債権債務が分属したままに相殺する権限を合意で設定したように見受けられ、それに応答する判決も二つの問題のどちらを問題としたのか明らかでない面がある<sup>69</sup>。

この内前者の問題（実行可能性）については、当事者の意思解釈として、そのまま実行不可能であれば債権譲渡や債務引受を行った上で相殺する意思であった（相殺の意思表示や前提となった合意の締結・実行過程にそれらの意思も含まれる）と構成することが可能であり得<sup>70</sup>、それで多くの場合十分であるように思われる。この場合、問題とすべきは、自働債権と受働債権の帰属が不一致の段階（多くは相殺合意ないし予約の段階を問題とすることになる）で、合意の存在を根拠にして既に保護に値する相殺期待が認められるという議論が可能か、ということになる。

これに対し、如何なる手段でもって二者間相殺に還元不可能な場合もあり得る。この場合になお「相殺」（厳密にはもはや民法に言う相殺ではないと思われるが、便宜括弧つきの「相殺」と表現する）が実行できるとすれば、それは合意を直接根拠とするものと見ざるを得ず、これが可能かどうかが正面から問題となる。さらに、合意に従って「相殺」を実行することによって生ずる効果が、債権者平等原則に照らして正当化可能かどうか、という形で、「相殺」期待の保護が認められるか（ないし、当該契約の倒産手続における有効性）がここでも問題となる。

いずれにせよ、相殺（ないし「相殺」）期待の保護について検討の必要があり、さしあた

---

66 山本和ほか・前掲註40 250頁以下〔沖野〕。

67 最判平成17年1月17日・前掲註40。

68 本稿が中西説における代理受領事例を引き合いに出すのも、当該事例が代理受領による債務負担によって生ずる債権債務対立以前の相殺期待の保護を問題としているからである。

69 これに対して、二者間の債権債務関係に還元して考察するならば、専ら相殺期待の保護のみが問題となると考えられる。

70 最判平成7年7月18日判時1570号60頁がそれを示唆する。また、平成28年判決も、関連会社の同意を条件とする合意であるという操作を経ており、この同意を債権譲渡の意思と評価することが可能であるとすれば、同様の処理に馴染む。

りこれによって問題の多くが解決可能であると考えられることから、以下では主として相殺期待の保護の点を検討する。

## 2 合理的相殺期待論と相互性要件

### (1) 総説

合理的相殺期待論と相互性要件の関係を検討するならば、合理的相殺期待というのが、どのような理論的意義を持つ議論であったのかを具体化しておく必要がある。相互性要件を合理的相殺期待によっていわば補完することを考えるならば、それぞれの意義が何であるかを措定しないと、何故一方が他方の補完たり得るのかを語ることも困難であるからである。

本稿で確認した限りでは、以下の二つのアプローチが想定可能である。

第一に、担保権と同等の経済的機能（「与信促進」機能）を果たしているかどうかを問題とするものであり、相殺権の保護根拠に照らした目的論的解釈の一つと見ることができる。中西説の基本線とする発想である<sup>71</sup>。

第二に、担保権の保護要件を相殺の形式に引き直して妥当させる、いわば要件論をスライドさせる方法である<sup>72</sup>。主として公示を問題とする見解が典型であるが、他にも山本和彦説が挙げる特定性も債権担保とパラレルな要件と見ることができる。平成24年判決を参考にすれば、三者間相殺を認める合意に少なくとも倒産者が関与することも必要となり得る。

二つのアプローチはいずれも、相殺の担保的機能、あるいは相殺権が別除権と同様の扱いを受けるということを手掛りに、これを要件論に何らかの形で反映させているものと見ることができそうである。両者は両立しない議論ではなく、担保の性質を捉えて要件論を語る際の視点の置き方の問題であると考えられる。

なお、合理的相殺期待論の全てがこうした視点に尽きるかどうかは定かではない。例えば、千葉補足意見がそうであるように、複数の主体が相殺の問題を離れて一体的に観察されるという議論の方向性、あるいはそれとも異なる方向性（後述4）が残り、これらも（ラベリングの問題として）合理的相殺期待の議論の内部に含み得るのだとすれば、上でまとめたような意味での合理的相殺期待論は、その一側面を切り出したものに過ぎないことになる<sup>73</sup>。

---

71 相殺期待の程度が問題となる（前註42乃至44及びそれらに対応する本文参照）とすれば、この発想の要件化として位置付けることができる（後述（2）（b））。

72 特に、担保物権の原則に戻るとする中西説（前註61及びそれに対応する本文参照）は、山本和彦説よりも明瞭に担保権一般に妥当するルールとの平仄を意識している。また、相互性とは異なる文脈であるが、平成24年判決がこのような理解に比較的馴染むことも既に述べた。

73 合理的相殺期待が語られる場合に、中西説のように一定の理論的含意が込められているかどうかは定かではない面もあり、むしろ、結論として相殺が認められる場合に「合理的相殺期待

ともかく、本稿で合理的相殺期待論という場合には、何らかの意味で担保権との関係を意識した相殺権の保護要件論を指す。

## (2) 相殺の経済的機能

中西説は、担保権同様の機能を果たす取引であるかという観点から保護されるべき相殺権を切り出そうとする。平成28年判決の原審までの判決において、グループ企業における総体的なリスク管理に合理性があると説かれる<sup>74</sup>のも、三者間相殺なる取引形態の経済的機能に着目する点で近しい発想である可能性もある<sup>75</sup>。

### (a) 目的論的解釈の二方向

もっとも、中西説はこの種の実質論を縮小解釈的にしか用いていなかった<sup>76</sup>。中西説は担保権と同等の経済的機能さえ果たせば保護範囲が拡大できるとまでは論じておらず、むしろ、履行期到来や条件成就以外の相殺適状の要件は備わっているのが前提とされていた<sup>77</sup>。そして当初解釈論上この議論に期待された役割は、ごく偶然に条件が成就するようなケースを保護範囲から外すというものであった<sup>78</sup>。

しかし、理屈の上では、目的論的解釈の一態様として、相殺権の保護根拠に適合する取引を、拡大解釈によって保護する可能性をも、中西説は拓き得る。相殺権の保護根拠に照らして、根拠に合致しない場合には保護を否定するという目的論的解釈が成立する場合、必然的

---

がある」と表現されているに過ぎない可能性もある。

74 民集70巻6号1714頁及び1720頁。

75 ここでいう総体的リスク管理というのが、グループ企業において、グループ内の他の法人の有する財産の担保価値を利用することを意味するとすれば、そこではまさに、グループ内法人の有する債権との相殺を当て込んだ与信促進機能が期待されていることになる。もっとも、平成28年判決の事案における合意は、文脈としては、デリバティブ取引というそれ自体に不安定性を内包する取引のある種の埋め合わせの側面もあり（前註の原審説示の他、千葉補足意見（民集70巻6号1621頁）も参照）、中西説が促進対象としたような「与信」（大まかに言えば、低信用者へのより有利な条件での与信）の要素がそこに見て取れるのか（むしろ、十分に信用のある者でさえ躊躇するようなハイリスクな取引を大規模に行うための条項だったのではないか）ということは検討の必要がありそうである。

76 中西説が問題とするのは「根拠論からの制約」であった（前註59及びそれに対応する本文参照）。

77 中西（2002）29頁。

78 そもそも、中西（2002）が相殺権の保護根拠を考察する目的は、当時の破産法における相殺権・相殺禁止規定を全体として如何に合理的に説明し、保護範囲を適切に限定できるかという点にあったことが推測され、殊更同種の保護を明文規定の外側に拡大していくことを企図していなかったように思われる。



に逆方向の目的論的解釈を伴わなければならない<sup>79</sup>わけではないにせよ、少なくともそうした可能性をもたらし得る理論を中西説が提供している、とは言い得る。

また、停止条件付債権等について条件成就時の相殺を保護する場合、少なくとも債権の相互対立が存在しない段階での相殺期待保護を認めていることには変わりがない。停止条件付債権等が「存在」というのは（停止条件が未成就であれば債権は発生していないのだから）本来はミスリーディングであり、そのような表現は条件成就時に一定の効果が得られることを先取りしているに過ぎない<sup>80</sup>。そうだとすれば、債権の帰属が分かれている為に相互対立がない場合との距離は、凡そ埋め難いものでもないように思われる。

さらに、一部の立法論に見られるような、相殺権規定全体を合理的相殺期待の有無によって正当化しようとする方向性は、合理的相殺期待あるところに広く保護を認める方向にも向かい得る。

### （b）具体的な判断の方法

このようなアプローチを採った場合に、実際にどのような判断が行われることになるか。中西説に手掛りを求めれば、例えば、停止条件付債権について条件成就の蓋然性を要求している。中西説の論理からすれば、ある与信が相殺を当て込んでなされることを保護するという発想に基づいている以上、相殺権として保護されるべき相殺には、相殺を当て込むことで与信が促進されたという関係が成立していなければならない。

このような発想からは、まず、そもそも相殺期待が取引時に存在していない、いわば偶然的に相殺が可能になったに過ぎない場合が排除されることになる。それ以外の場面においては、（相殺ができない可能性が一切あってはならないという厳格な立場を採らない限り<sup>81</sup>）

---

79 山本和彦評釈11頁は、むしろ合理的期待論によって保護範囲を限定するのであれば、拡大作用をも認めなければダブルスタンダードになると批判する。

80 民法において、例えば保証人の求償権を停止条件付き債権なるものとして把握することは一般的でないという指摘（潮見・前掲註15283頁。停止条件や将来の請求権なる用語法の特異性につき、山本和彦・前掲註40250頁〔沖野〕も参照）は、条件が成就し債権が発生した際に得られる効果を、敢えて未発生債権の存在を擬制するという方法によって表現することが必然でないことを示唆する。近時、破産債権となる「将来の請求権」について、発生要件の一部が欠けている場合と一般化し、発生する効果との関係で要件論を実質化する方向性を示す見解も見られる（山本和彦「破産債権の概念について——『将来の請求権』の再定義の試み」山本克己ほか編『民事手続法の現代的課題と理論的解明—徳田和幸先生古稀祝賀論文集』731頁（弘文堂、2017））が、これも同様の線に位置付けられる。

81 そもそもこうした考え方に立つならば、未発生債権による相殺期待が保護される場面はごく限定された場面にとどまることになる。例えば、平成28年判決で問題となったデリバティブ取引に基づく清算金は、誰から誰に対して生ずる債権であるかさえ事前には分からない以上、凡そ相殺期待を語る前提を満たし得ない。

最終的にはある相殺期待が上記趣旨から見て保護に値する程度に具体的・確実なものであったかという、いわば程度問題として把握されることになるように思われる<sup>82</sup>。

### (c) 十分条件性

中西説は、債務者の第三者に対する債権での相殺を問題とする場合に、「与信促進」機能が備わっていてもなおプラスアルファの要件として、債権質の公示要件を潜脱することを理由に、公示を求めている。

このことは、「与信促進」機能を果たしているということだけでは保護を肯定するには十分でないことを示唆する。この機能の存否如何は、前述の通り相殺肯定範囲の限界を画する機能に乏しいとすると、それだけで相殺権の保護を認めるのは難しいということなのかもしれない。

しかし中西説は、常に公示を要求するわけではなく、典型的な相殺に近い場面では経済的機能が確認されさえすれば相殺を肯定している。そうすると、(a) で述べたような可能性があるとしても、中西説自体は、経済的機能＋相互性（但し停止条件未成就の場合もこれを満たすと考えられている）か、経済的機能＋公示のいずれかのルートを想定しているということになろう。

## (3) 担保権の要件の参照

### (a) 議論の意義

合意に基礎を置く相殺権の保護を肯定する際に、担保と完全にパラレルな要件を立てるとすると、解釈上当該合意を担保権設定合意であると法性決定して保護すれば十分である可能性がある。つまり、「担保としての要件を具備したことで保護される相殺」という領域を、担保権とは別領域として敢えて作る必要があるのか問題である<sup>83</sup>。

但し、中西説がそうであるように、完全に担保と同一の要件を立てるわけではなく、一定の場合に、担保の要件の一部を借用する形で議論することは可能であり得、なお意義が残る。また、担保とパラレルといっても、厳密にそれと同一の要件を立てるわけではない、という議論の可能性があり得るとすれば、ここにも議論の意義が残る。

---

82 前註 44 も参照。

83 当事者があくまで担保でないと言い張る場合には、担保権とは法性決定できないがなお保護されるという領域を設ける事実上の意味があり得るが、この場合、当事者自身が保護の可能性を捨てているのだから、敢えて相殺権規定の（類推）適用によって保護する必要はない。

### (b) 公示についての諸問題

こうした議論の中には、相殺権について公示を要求するものが含まれる。もっとも、担保権のように対抗要件の具備手段が法定されているわけではない為、相殺保護の為に公示を要求する場合、何でもって公示がなされたと見るのかが問題となる<sup>84</sup>。どのような範囲の者に、どの程度の明確さでもって、何が公示されれば良いかが問われる<sup>85</sup>。

この点に関して、担保の場合とは公示（対抗要件の具備）方法が異なるという可能性が示唆されている。すなわち、債権担保を想定する限り、対抗要件の具備方法は担保目的物たる債権（＝受働債権）の第三債務者への通知か当該債務者の承諾ということになる（民法364条）が、相殺の場面では、相殺を定めた合意等の公示、さらには慣行等の成立で公示（実質的な対抗要件具備）が肯定される可能性が論じられている<sup>86</sup>。

もっとも、何故このような方法が許容されるのかは問題である。何故異なる、緩やかな方法が許容されるのであろうか<sup>8788</sup>。「与信促進」機能のアプローチと組み合わせて、相殺には通常の担保よりも強度な保護根拠があると言えるのであれば（あるいはそう言える場合に保護範囲を限定することで）、担保の場合よりも緩やかな要件を定立することは可能であろうが、これまでの議論では、相殺と担保の果たす機能はせいぜい同等のものであり、それ以上の保護理由が相殺に見出されてきたわけではないように思われる<sup>89</sup>。

また、公示は、担保権の議論で言えば対抗要件に相当する要素である。典型的な相殺の場合、そもそも対抗要件が問題となることが想定されていない為、条文上これを分けて記述する必要はないのであるが、明文の要件から離れて要件論を構築しようとする場合、相殺権についても効力要件と対抗要件をさしあたって区別する必要があるように思われる。対抗要

---

84 このことは、従来から民法上公示を要求して相殺（予約）の保護を図ろうとする場合に問題となってきた事柄である。

85 例えば、平成28年判決原審は、慣行を持ち出して公示を語っているようにも読めるが、（慣行が仮に完全に認定できたとしても）これが対抗要件具備としての公示と同列に語れるものであるのかなお問題である（拙稿・前掲註3）。

86 山本和彦評釈が、譲渡担保構成と比較するくだり（同14頁参照）からは、通知といった対抗要件具備方法が履践されずとも、債権者のモニタリングを正当化できる事情が実質的に具備されたならば相殺が許容されることが特徴として浮かび上がる。

87 この点は、後述の3（1）（b）の議論とも関連する。

88 さらに言えば、そもそも担保に対抗要件具備が要求され、それが条文上斯く斯くの方法でなされるべしと規定されることの意味が、他の債権者の予測可能性を確保する趣旨であるのか、そうだとするとそれに尽きる問題であるのか、そこで言われる「予測可能性」とは誰の何に対する予測なのか、自体問題である。

89 むしろ相殺権を質権よりも強力な権利だとする考え方には疑問が呈されている（水元宏典「倒産法における相殺規定の構造と立法論的課題」事業再生と債権管理136号10頁（2012）15頁）。

件具備との関係では、破産法49条や164条の規律が問題となり得、これらを適用しようとするならば、対抗要件具備がいつなされたのかが特定できるような方法でないと困難を来すように思われる。

公示の存在を単独で持ち出して相殺を正当化することもできない。公示が持ち出される場合、効力要件あるいは経済的機能が認められることを前提に、「対抗要件」として問題となるに過ぎない。効力要件を具備しないのに対抗要件が具備されたことを言っても無意味であるし、「与信促進」機能を問題とするならば取引が当該機能を有することは保護の大前提である。この意味で、公示を過信するのは禁物である<sup>90</sup>。とりわけ相殺が相互性を要件とすることの意味が、他の債権者のモニタリング範囲が単純かつ明確となること<sup>91</sup>に尽きるわけではないと考える場合（後述）、相互性欠如を補う事情として公示を持ち出してもそれだけでは不十分であることになる<sup>92</sup>。

#### （４）小括

厳密には債権者と債務者間での債権債務の対立はなくとも、合理的相殺期待の視点から相殺を認めることが可能だとすれば、その意味は、相互性を満たさないか、満たしたと言えなくもないが完全ではないという場合に、担保的機能の保護という観点からこの要件を代替し又はその欠缺を補えるということを意味する。相殺の担保的機能に着目し、その積極的保護の観点から相殺権を基礎付け、あるいはその保護範囲を画する、合理的相殺期待の議論は、少なくともこの可能性を有している。とりわけ、停止条件付債権にかかる将来の相殺期待を保護するという破産法70条（あるいは、債権法改正後民法511条2項）の存在は、債権債務の対立以前からの相殺期待保護についての手掛りを提供するものと捉え得る。

もっとも、この議論によって何がどこまで保護できるのか、には慎重な検討を要する。第一に、仮に停止条件付債権にかかる将来の相殺期待保護が、担保権と同様の経済的機能を果たすことから導かれ、かつ同様の考慮が三者間相殺を含む、相殺（ないし「相殺」）一般に

---

90 したがって、学説において、いくつかの要素が列举され、その中に公示に相当する要素が含まれるという場合、当該要素の意味に注意を払う必要がありそうである。例えば山本和彦説は、モニタリング範囲合理化の一環として、特定と公示を並べるが、両者は対等な要素ではないように思われる。

91 山本和彦評釈11頁参照。

92 松下淳一「判批」金法1977号26頁（2013）29頁の、破産の場面において、ある債権が相殺に供されずに配当原資となる筈だという一般債権者による期待はそれほど具体的ではなく、むしろ彼らに不公平感を生じさせないこと自体が重要だという指摘が正当だとすれば、（他の債権者の予測や期待を基礎付けるという意味における）公示は許容性を基礎付ける一要素となり得ることはあっても、相殺を許容する為の本質的要素たり得るものではないのかもしれない。

意味を持ち得るとしても、当該機能に着目する論者自身の議論がそうであるように、そのことだけでもって相殺期待の保護が十分に基礎付けられるのか、という問題がある。第二に、具体的な要件論のレベルで、担保とパラレルに公示を要求する場合、担保権における公示の位置付け・内容との平仄が問題となる。

### 3 相互性の意義

#### (1) 目的・機能の峻別論

##### (a) 一般論

伊藤説の提供する視点の一つとして、相殺権はあくまで相殺本来の目的（当事者間における簡易・公平な決済）に向けられたものであり、担保的機能があるという側面は、当該機能に鑑みて相殺が禁止される場合がある、という局面でのみ問題となる、という理解の可能性はある。担保的機能といってもそれは相殺本来の目的である簡易・公平な決済の上に成り立つ機能であり、この目的を支える基礎がなければ相殺の担保的機能の保護を語り得ないという理解であると考えられる<sup>93</sup>。

目的・機能の峻別という議論自体は成り立ち得、むしろ正道でもありそうだが<sup>94</sup>、これを倒産法上の相殺権一般の解釈指針として強調することについては若干の問題を指摘することができる。

まず、伊藤説も例外事象として認めるように、既に条文上、停止条件付債権・債務による相殺を保護しており、厳格な意味での債権債務の相互対立を要求することが貫徹されているわけではなく、相殺権はその元来の目的との関係でしか成立要件を語れないという前提がどこまで妥当し得るのかということは問題である。さらに言えば、債権債務の対立のみでもって相殺権保護を認める基本線（破産法67条1項、71条1項1号、72条1項1号）自体、相殺の本来の目的との関係で導かれるものなのかどうか問題であり、相殺適状発生時ではなく、そして自働債権の履行期到来時を問題とすることさえなく、債権債務の対立時を基準とする所謂無制限説<sup>95</sup>が採用された時点で、既に担保的機能の保護が強調されているよ

---

93 白石大「判批」論究ジュリ20号96頁（2017）102頁、大阪高判平成3年1月31日判タ771号173頁も参照。

94 民法上も、債権の消滅原因としての相殺を語る上で問題となる簡易決済機能・公平保持機能と、担保的機能とは（後者を強調する議論があるとしても）分けて把握されることがある（例えば、潮見佳男『新債権総論II』（信山社、2017）242頁）。

95 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁。

うに思われる<sup>96</sup>。

### (b) 相互性要件と相殺の「目的」

もっとも、相互性要件のみに着目して、相殺権を相殺の本来の目的と結びつけることはなお可能である。相互性要件は、相殺本来の目的に何らかの形で仕えるという要素が充足されていることを担保する意味を持ち得る。相互性を欠く場合であっても、凡そ債権の差引合意が相殺の目的＝簡易・公平な決済の意義を失うとは限らず、相互性がない場合にも依然として当該相殺は相殺本来の目的に仕え、その結果として生ずる担保的機能の保護を語り得ることはあるであろう。しかし、相互性要件がある限り、相殺本来の目的との関係が確実に存在することが担保され、あくまで純然たる債権担保とは異なる形態のものであることが明確になる。つまり、相互性要件は、担保的機能を有するがしかし担保権とは区別された制度として相殺権を眺める為に有益な要件である<sup>97</sup>。対象債権が停止条件付の場合、先に述べた通り厳密には相互性を満たしているとは言えないが、条件が専ら債権の発生のみにかかる場合には、たとえ希薄なものとなったとしても、最終的には当事者間の簡易・公平な決済に立脚した相殺がなされることが担保される。

これに対して、担保的機能の保護という視点を前面に出すと、相互性は理論的には不要な要素となり、少なくとも解釈論上緩和されることが要請されやすくなると考えられる。債権者が債務者の取得する債権について広く担保を取ることができることを前提とすれば、相互性は、担保権との関係では要求されないからである。

### (c) 担保権との区別の為の要件としての「相互性」

停止条件付債権等の場合をはじめとして、簡易・公平な決済のみで相殺期待の保護を語り尽くすことは困難だ<sup>98</sup> ((a)) としても、だからといって簡易・公平な決済という相殺本来の目的の視点を捨象して良いということには直ちにはならない。他方、「担保権とは区別された制度として相殺権を眺める」こと ((b)) もまた自明のことではない。

しかし、前述の公示問題との関係で (b) の視角を導入することにはなお魅力がある。担保的機能の保護を前面に出せば、担保権との平仄という問題を多かれ少なかれ避けられなくなる。特に、相殺権の保護の為に担保と類似の要件、とりわけ公示を要求する場合、担保とは異なる方法を許容するとすれば、それが何故可能なのかが問題となる (2 (3))。これ

---

96 無制限説と担保的機能の強調の関係につき、潮見・前掲註 94 296頁、299頁。

97 白石・前掲註 93 102頁は、二者間相殺においては公平維持機能と担保的機能は表裏一体であるが、平成28年判決のような相殺においては公平維持機能を見出すことは不可能とする。

98 中西 (2002) 28頁以下。

に対して、相互性をてこに、相殺はあくまで担保的「機能」を果たすものでしかなく、本来はそれとは異なる「目的」のものであるという枠組みを維持できるのであれば、具体的な要件論において担保権との差異を云々することは（仮に類似の問題意識が妥当し得る場面があるとしても）それほど適切でないことになり、異なる要件でもって保護されることの基礎となり得る。

逆に、相互性が認められない場面では、担保権との平仄という問題（平仄を如何にして合わせるかという問題と、平仄を合わせなくとも良い根拠を考えるとという問題双方を含む）を無視できなくなるように思われ、これまでの議論の中からこれに対する説得的な応答を得ることは困難である。

## （２）絶対的・形式的要件としての相互性

### （a）相互性要件の特徴

伊藤説を手掛りにすれば、相互性要件には以下のような二つの特徴が備わっている。

第一に、相互性要件は、民法 505 条の相殺適状を支える要件の中で、倒産法が明示に例外を設けていない要件である（この意味で、「絶対的要件」である）<sup>99</sup>。

第二に、相互性要件は、比較的評価の余地の少ない要件である。二当事者間に債権債務の対立がある、というのは、債権債務の存在さえ認定できれば基本的には一義的に決まる問題であり、かつ債権債務の存否に評価性が伴うとしてもそれは三者間相殺の局面で固有に問題となる事柄には関係しない。一定の場合には三者（以上）が実質二者と評価される、といった可能性が凡そ皆無というわけではないものの、基本的には複数の別個の法主体の差異を捨象する為のハードルは高く（例えば、法人格否認の法理の発動要件）、ごく例外的な場合に限られよう。

### （b）相互性要件の機能

以上のような特徴を意識するとき、相互性要件の重視は、実定法上絶対的・形式的な要件として設けられた相互性を、さしあたって表面的に予定されているように受け取るということの意味する。問題は、そのことの持つ意味である。つまり、この局面でリジッドな要件が存在することが有意義なものたり得るかということである。

一つの見方として、債権者平等を浸食し得る債権の差引が拡大し過ぎることを可及的に

---

99 伊藤説は、破産法 67 条（+ 71 条 1 項 1 号、72 条 1 項 1 号）が全体として絶対的であるように見えるが、手続開始後に初めて厳密な意味での債権債務の対立が生じたような場合を、なお 67 条 2 項や 70 条がカバーし得る（最判平成 17 年 1 月 17 日・前掲註 40 等）のだとすれば、67 条 1 項の定める要件の内、「開始時」という部分は相対化の契機がある。

防止する機能を期待する可能性がある。

倒産手続において、少なくともその原則レベルで債権者平等原則が妥当するということにはおそらく争いのないところである。相殺権は、その中にあって例外的に他の債権者に対する優先原因の一つとして数えられる権利である、と位置づけることができる。この原則・例外の関係を強調し<sup>100</sup>、相殺権をあくまで恵与的な権利だと見るならば<sup>101</sup>、少なくとも条文上リジッドに作られた相互性要件についてはその適用範囲の拡大に謙抑的であるべきとの理解も成り立ち得る<sup>102</sup>。逆に債権者平等は優先原因を備えた実質的に評価できる場合には実定法によるお墨付きを正面から受けなくとも破られ得ると考えるのであれば<sup>103</sup>、例外を解釈上又は契約上より自由に作り出すことが可能であり得る<sup>104</sup>。いずれにせよ、債権者平

---

100 山本和彦評釈11頁が、合理的相殺期待を縮小解釈にのみ用いる態度を「別除権としての相殺の例外性を強調する理解」と評するのも同様の把握方法であろうか（かつ、山本和彦教授はこのような態度に違和感を覚えるようでもあり、実際に相殺保護範囲の拡大を唱えているわけである）。

101 梅謙次郎口述『破産法案概説』（法学協会、1903）43頁以下は、本来破産宣告があった以上その時点で相殺されていなかった債権は相殺が許されなくなることを原則に、当事者間の公平の観点から相殺権を認めるという構造を提示する。

102 鈴木禄弥「『債権者平等の原則』論序説」曹時30巻8号1181頁（1978）1199頁の言うように、重要なのは平等であるという原則部分ではなく何でもってその例外が許容されるかという点であるのだとすれば、（鈴木説がそう意図していたかは定かではないが）その事由を法が列挙することは容易には動かせないことにもなり得る。

103 必ずしも相殺を射程に入れたものではないが、井上治典「債権者平等について」法政研究59巻3・4号365頁（1993）は、実定法上の枠組みを柔軟に調整する方向性に親和的である。

104 例えば、解釈上の優先債権を認めるかという問題や、事前の合意によって実質的に債権者平等を害する結果がもたらされる場合にどの程度の厳しさでその合意を否定できると考えるか、という問題もこれに関わると思われる。後者との関係では、相殺権規定に反する合意の効力という問題が一段具体化され、相互性要件を備えない「相殺」を認め、あるいはその相殺期待を確保しようとする合意の効力が問われることになる。奇しくも、倒産法的再構成に関する伊藤説（伊藤眞「証券化と倒産法理（下）——破産隔離と倒産法的再構成の意義と限界——」金法1658号82頁（2002）84頁は、「規定を回避または潜脱する結果」を問題とする）と山本和彦説（山本和彦「倒産手続における法律行為の効果の変容——『倒産法的再構成』の再構成を目指して」高橋ほか編『民事手続の現代的使命 伊藤眞先生古稀祝賀論文集』1181頁（有斐閣、2015）1190頁以下は、「倒産法的公序」との語を用いる（なお、同1194頁註24も参照））にも、（山本和彦説が言う「公序」が伊藤説の問題とする「規定」よりも狭い範囲のものを問題としているとすれば）温度差があるようにも思われ、山本和彦説は、相殺権規定一般はともかくとして、相互性要件については別の方法で正当化が図られる限り緩やかに合意での迂回を認める立場と整理できるかもしれない。他にも、民法にお



等原則が倒産手続の中核を占める概念であることを前提とするのであれば、実定法上明示されたその例外を解釈上拡大することについて、如何なる態度で臨むのかを検討する必要があるように思われる。

これとの関係で、相殺期待の保護拡大とは何をしていることになるのか、にも注意を払う必要があろう。相殺保護が与信の促進に資するという発想は、あたかも保護の拡大がポジティブな現象であるかのような印象も与えるが、中西説が想定する「与信促進」はある特定のタイプの与信を促進するという意味であり、倒産時のようにパイが有限である局面においては、「与信促進」は促進されなかった与信の萎縮と表裏の関係であり得る（むしろ、債権者平等原則の発動が約束されることで、促進対象外与信が消極的に促進される関係にある）。この観点から前段落の議論を一段実質化すれば、仮に相殺権保護の根拠が中西説のように「与信促進」に求められるとして、実定法が促進を予定する信用供与と、その裏側として（暗黙裡に）抑制されてもやむを得ないとされた信用供与の境界を考えるに当たって、実定法の規定の、特にその中でもリジッドな要件の、存在をどこまで重視するかという問題が立つことになる。とりわけ、「与信促進」機能からのアプローチが、要求される「与信促進」（＝担保的）機能の程度に必ずしも明確な基準がなく、程度問題としてしか合理性を語り得ないとすれば、相互性の例外としての相殺権の保護範囲拡大の議論に転用すると、拡大可能性の限界を画する外枠さえ存在しない状態になりかねない<sup>105106</sup>。

以上の議論は、相殺期待の保護可能性（債権者平等との抵触）を対象とするものであるが、さらに、1で論じたもう一つの問題である、「相殺」の実行可能性の点についても、破産財団に属する債権や破産債権の消滅を、法が予定しない形でもたらしことをどう評価するか

---

ける相殺予約の効力と債権者平等の関係について、譲渡担保が承認されることとの均衡を説くものとして、米倉明「相殺と差押——最高裁判所大法廷昭和45年6月24日判決について——」ジュリ460号90頁（1970）96頁。

105 また、譲渡担保の特殊性が合理的相殺期待の議論に取り込まれ得る（前註45及びそれに対応する本文参照）のと逆に、ある相殺期待が特別な理由から保護されるという議論が成り立ち得るのだとすると、何がきっかけで相殺権の保護範囲が広がるのかますます把握が困難になり、拡大解釈的な合理的相殺期待論に対する不安要素の一つとなり得る。

106 ここで問題としているのはあくまで拡大「可能性」であり、その弊害は適切な運用によって防止され得ると言うこともでき、むしろ、端からこのような可能性を否定して凡そ相殺期待の保護拡大の可能性を摘むのではなく、実務における判断の集積による保護範囲の画定を促すべきだとの考え方もあり得る（新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」同『訴訟物と争点効（上）』227頁（有斐閣、1988〔初出＝1969〕）250頁以下註25参照）。問題は、その可能性を可及的に排除しておくことに合理性・必要性があるかということであり、裁判官による法発展が如何なる場合に如何なる限度で可能なのかという問題にも関わる。

ということが問題となる<sup>107</sup>。

#### 4 他の可能性についての展望

以上述べてきた通り、相殺の担保的機能を強調する形で合理的相殺期待の存在を根拠に相互性を欠いた段階での相殺期待を認め、あるいは相互性を欠いたまま「相殺」を実行することを認める場合、超えるべきハードルが(超え得ないものかはともかく)ある。もっとも、ここまでの議論でいくつかの留保を付した通り、担保的機能の強調という方向以外から相互性を欠く相殺期待の保護を図る可能性がなお残されているように思われる<sup>108</sup>。

第一に、そもそも複数の法主体が問題となる場面であっても、それらを一つの法主体と見て良い場面が凡そないわけではない。このようなポジティブな法人格否認が可能であるとすれば、そもそも三者間相殺という問題自体が解消する場面があり得る<sup>109</sup>。

第二に、相殺本来の目的という視点をなお維持するべきだと考えるとしても、それと相互性が不可分であるかどうかは検討の余地がある。場合によっては、複数当事者間に跨った、簡易・公平な決済が観念可能であり得る<sup>110</sup>。

第三に、単に債権債務が相互対立する場合よりも、強力な正当化根拠がある場合、少なくとも公示の有無といった担保権とのズレの問題は回避できる可能性がある。例えば、牽連性ある債権債務について相互担保としての性質が説かれる場合<sup>111</sup>、そこでは単に債権債務が

---

107 この場合、合意によって迂回する倒産法上のルールが、債権者平等というよりも、破産財団の管理や破産債権の弁済ルートの強制そのもの（≠配当強制によってもたらされる弁済割合レベルでの債権者平等）となる（梅・前掲註 101 が説く原則論はこちらの問題をも含んでいる）。倒産手続下において、債務消滅原因が自由に作り出せるかという問題である。中西（2015）の説く相殺権の成立と相殺期待の成立の区別（簡潔な整理として、中西（2015中）37頁以下）を借用すれば、前者の問題ということになる。

108 中西（2012）49頁、中西（2015下）49頁、53頁、55頁参照。

109 潮見・前掲註 94 271頁。営業等の一体性を重視するよう見える千葉補足意見も基本はこの方向性であろうか。この場合、通常の法人格否認と同様に、法人格否認相当の主体と取引をした相手方の相殺期待を保護すべきかどうか、責任財産の混同等の観点から問題となろう。

110 ネットティングの合意に関しては、あくまで契約終了時の清算方法を定める合意であると評価できるならば、相殺法理自体を問題としない余地も示唆されていた（新堂ほか「＜座談会＞金融派生商品におけるネットティング契約の法的有効性」金法1386号16頁（1994）25頁以下〔神田発言〕、内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL1093号13頁（2017）17頁以下）。

111 中西（2015下）55頁以下。これに関する近時の研究として、岩川隆嗣「双務契約の牽連性と担保の原理——フランス法における同時履行の抗弁を中心として（一）～（三）（未

対立すれば保護されるという一般的な相殺よりは強固な関係が両債権に観念されていることになる。これが、通常の相殺あるいは担保権と異なる（ないし強い）性質のものであると言えるならば<sup>112</sup>、固有の議論を展開することも不可能ではない。

## V おわりに

本稿では、相殺権における相互性要件が、とりわけ合理的相殺期待論と対峙する際に、如何なる意味を持ち得るかを検討した。雑駁な議論の整理にとどまるものではあるが、本稿での成果を簡単にまとめておけば、以下のようになる。

第一に、とりわけ中西説的な意味での合理的相殺期待論は、限界を抱え得るものの、三者間相殺の局面において相互性要件が満たされないことを補う理論としてのポテンシャルを持つとはいい得る（IV 2（2））。

しかし第二に、相互性要件になお一定の理論的・実践的意義を期待することにはなお魅力が残る。まず、相殺は「本来、当事者間の簡易・公平な決済を目的とするものである」ことを相互性要件は表象しており、その点において相殺権を純粋な担保権から区別する意義を持ち得、そうであるからこそ法の定める方法での公示といった担保権の要件論から自由であり得る（IV 3（1））。また、相殺の担保的機能という視点を要件論にも活かそうとする発想が採られる場合<sup>113</sup>、保護範囲の限界面定に困難を来す可能性があり、相互性要件の墨守は

---

完）」法協134巻7号1089頁（一）、同8号1492頁（二）、同10号2015頁（三）（全て2017）。また、債権法改正における民法469条2項2号・511条2項（中田ほか・前掲註65 261頁以下〔道垣内〕参照）と倒産法の関係も含め検討が必要であろう。

112 脈絡をやや異にするが、岩川・前掲註111（一）1119頁がこの点明快である。中西教授は、この場合を同時履行の抗弁権と関連付けて論ずる。アメリカ法における setoff と recoupment の区別（Tabb, LAW OF BANKRUPTCY, 4th ed., 2016, at 566）も参考になり得る。もっとも、当事者間の公平という発想について、同じく同時履行の抗弁権と関連が深い双方未履行双務契約の規律と類似と見るものもあり（園尾・小林編『条解民事再生法〔第3版〕』（弘文堂、2013）476頁〔山本克己執筆〕、岩川・前掲註111（一）も参照）、ここでいう相互担保の発想と本文前段落で論じたことの関係についてなお検討を要する。

113 本稿は相互性要件との関係で検討してきたが、この分析はより広い射程を持ち得る。すなわち、相殺権・相殺禁止規定の解釈論における合理的相殺期待の議論の内実を考察する場合にも、そこで語られているのが担保権の要件を参考にした要件論なのか、担保的と同等の経済的機能を問題としている議論なのか、いずれとも異なる議論なのかを区別することが有益であるし、さらに言えば効力要件に相当する問題なのか対抗要件に相当する問題なのかを区別することもできる。公示があるだけでは本質的な解決にならないという点も、対相互性局面に場面を

この困難を警戒する場合の砦となり得る。この問題への応接は、法の掲げる債権者平等の例外の形式性をどこまで強調するか、その打破要因として合理的相殺期待論に何が期待できるのか、という点の評価にも依存する<sup>114</sup> (IV 3 (2))。

第三に、本稿で検討したような意味での合理的相殺期待論(担保的機能の視角からの保護条件の探求)を念頭に置くこと自体決して自明ではなく、なお他のアプローチが留保されている(IV 4)。かくして、本稿で主として論じたことは、あり得る一つの視角を切り出すものでしかなく、不十分なものであると言わざるを得ないが、相殺権に関する議論が複雑かつ発展途上であるという認識の下では、そのような断片的な作業にもなお意義が残るものと考えている。

\* 本稿の執筆過程において、阿部裕介准教授(東北大学)、岡成玄太准教授(大阪市立大学)から貴重なコメントを頂戴した。ここに感謝の意を表したい。

\* 本稿は、科研費(課題番号: 16H01991)による研究の成果の一部である。

(うの あきと)

---

限定する必要はないであろう。

114 この問題についてのさしあたっての筆者の評価としては、現状の合理的相殺期待論を前提とする限り、相互性要件を教条的に守る方が安全であり、かつまた、IV 4で触れた別方向の検討を進めれば保護の必要な三者間相殺を切り出すことが十分可能ではないかと考えているが、合理的相殺期待に関する今後の議論の展開も見つつ、なお検討を重ねたい。

【講演】

## 平成 28 年刑事訴訟法改正による「合意制度」の導入について

慶應義塾大学大学院法務研究科教授 佐藤 隆之

- I はじめに
- II 「合意制度」の概要
  - 1 「合意制度」の意義と立法の経緯
  - 2 「合意制度」の概観
- III 「合意制度」の理論的基礎
  - 1 事案の真相解明に対する貢献と恩典の付与
  - 2 共犯者供述の信用性確保
  - 3 いわゆる「約束による自白」との関係
- IV おわりに

### I はじめに

ただいまご紹介をいただきました佐藤です。

本日、東北大学法科大学院の修了生、在学生の皆さんの前でお話しする機会を頂戴しましたことに、心より感謝を申し上げます。

今回のご依頼を受け、何についてお話ししようかといういろいろ迷ったのですが、日頃、刑事事件を担当されることの少ない修了生の方にも興味をもっていただくことができ、また、在学生の方にとっても、関連する基本的な知識があれば、問題意識を共有することのできるテーマとして、このほど、刑事訴訟法の一部改正（「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」〔平成 28 年法律第 54 号〕）により導入された、「合意制度」をとりあげることにいたしました。

これから、まず、「合意制度」について概観した上で、その導入によって生じる問題についてお話ししたいと思います。

### II 「合意制度」の概要

#### 1 「合意制度」の意義と立法の経緯

この「合意制度」は、法律上、正式には、「証拠収集等への協力及び訴追に関する合意」（第二編第四章）と呼ばれるもので、検察官は、刑事訴訟法 350 条の 2 以下の規定に則り、被疑者又は被告人が他人の刑事事件についてその真相解明に役立つ協力的行為をすることと引き換えに、現に捜査ないし訴追の対象となっている、当該被疑者又は被告人自身の事件について有利な取扱いをすることを内容とする合意をするこ

とができるものとされました。

これにより、検察官は、合意に基づき、例えば、ある犯罪について、共犯の関係にある者の一人が、他の共犯者（首謀者や上位者）の犯行への関与、その所在など、事案の真相解明に役立つ重要な情報を提供する場合に、それと引き換えに、その者自身の犯罪については公訴を提起しない、また、公訴の提起自体は行う場合でも、証拠上認定し得る訴因よりも軽減された訴因にとどめる、あるいは、軽い求刑を行うなど、有利な取扱いを恩典として付与することができることとなったのです。

なお、今回の改正では、他人の犯罪事実を明らかにする供述を確保する手段として、「刑事免責制度」も新設されています（刑事訴訟法 157 条の 2、157 条の 3）。これは、証人尋問の請求及び実施に際して、検察官の請求に基づく裁判所の決定により、証人に刑事免責を付与して、自己負罪拒否特権を法的に消滅させ、当該証人に供述を強制することを可能とする制度で、この制度の下で尋問に応じた供述及びその供述に基づいて得られた証拠を、その証人に対する不利益な証拠として使用することは禁止されます。

刑事免責の付与に基づく証言強制は、他人の刑事事件の真相解明に役立つ供述を獲得する目的で用いられる点で、「合意制

度」と共通しますが、前者においては、被疑者又は被告人の意向にかかわらず、免責を付与することが可能です。その際、被疑者又は被告人との合意は不要であり、それに先立つ、当事者間における協議もまた前提とはされません。刑事免責を誘因として証言を得る、という取引的な側面を本来的には伴わない、という点で、「刑事免責制度」は、「合意制度」とは異なっています<sup>2</sup>。

また、諸外国の立法例を眺めると、「合意制度」には、被疑者又は被告人が自分自身の犯罪事実を認めることと引き換えに、有利な取扱いを受ける、「自己負罪型」の制度も存在していますが、今回の改正では、他人の刑事事件の真相解明に協力することと引き換えに、有利な取扱いを受ける、「捜査・公判協力型」の制度のみが導入されました。

「自己負罪型」の制度の導入が見送られたのは、「真に刑事責任を問うべき上位者の検挙・処罰に資するものではなく、およそ一般的に自己の犯罪を認めるかどうかを協議・合意の対象とすることについては、『ごね得』を招き、結果として被疑者に大きく譲歩せざるを得なくなり、事案の解明や真犯人の適正な処罰を困難にする」ことなどが懸念されたことによります<sup>3</sup>。

「捜査・公判協力型」の制度について

---

1 川出敏裕「協議・合意制度および刑事免責制度」論究ジュリスト 12 号（平成 27 年）69 頁。

2 井上正仁「刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力(1)」ジュリスト 1069 号（平成 7 年）20 頁、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会（以下、「特別部会」という。）第

10 回会議事録 38～39 頁〔井上正仁委員発言〕。

3 特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（以下、「基本構想」という。）（平成 25 年 1 月）13 頁（注 1）。特別部会における審議では、簡易・迅速な事件処理を促進する手段とされた場合、捜査段階での

も、「被疑者が恩典の確約を求めて警察での取調べを拒否し、又はより大きな恩典を求めて、『ごねる』事態を許し、特に暴力団犯罪では被疑者又は被告人による捜査のかく乱などの制度の悪用を許すことにならないか、いわゆる引き込みの危険に対処するための具体的な措置を講じ得るか、個々の被害者の意向を酌み取る仕組みが必要ではないかなどの指摘」<sup>4</sup>は存在していましたが、取調べへの過度の依存を改めて供述証拠の収集手段を多様化するとともに、供述証拠の収集が困難化する中、組織的犯罪の全容解明を適切に図るという課題に対処すべく、「経済犯罪や薬物犯罪等を中心として、末端の関与者に処分又は量刑上の明確な恩典を保障してでも、より上位の者の刑事責任を解明・追及するというダイナミックな手法」として、より弊害が小さいとされた、「捜査・公判協力型」の制度の導入に向けた検討が進められ<sup>5</sup>、その立法が行われることとなったのです。

## 2 「合意制度」の概観

「捜査・公判協力型」の「合意制度」について、それがうまく機能し、また制度に内在する問題に対処するため、どのような

仕組みが設けられたのでしょうか。

以下では、新たに導入された制度について概観してみたいと思います。

### (1) 合意の内容とすることができる事項

まず、当事者とされる、検察官と被疑者又は被告人の間における合意の内容からみてみましょう。

この点について、刑事訴訟法 350 条の 2 第 1 項は、「検察官は、特定犯罪に係る事件の被疑者又は被告人が特定犯罪に係る他人の刑事事件（以下単に「他人の刑事事件」という。）について一又は二以上の第一号に掲げる行為をすることにより得られる証拠の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状、当該関係する犯罪の関連性の程度その他の事情を考慮して、必要と認めるときは、被疑者又は被告人との間で、被疑者又は被告人が当該他人の刑事事件について一又は二以上の同号に掲げる行為をし、かつ、検察官が被疑者又は被告人の当該事件について一又は二以上の第二号に掲げる行為をすることを内容とする合意をすることができる。」と定め、検察官は、被疑者又は被告人との間で、当該被疑者又は被告人が、他人の刑事事件についてその真相解明

---

十分な事案解明を不要とすることとなり得る点で、現在の刑事司法制度の在り方と著しく異なることの指摘や、犯罪被害者のみならず、国民の立場からみて、自分が犯した犯罪について供述したことで罪が軽くなることは容認できないとの意見もみられた。特別部会第 14 回会議議事録 14 頁〔大野宗委員発言〕、同第 10 回会議議事録 37 頁〔大久保恵美子委員発言〕。

4 特別部会・前掲註(3)「基本構想」12 頁。  
なお、共犯者供述の有する危険として、自己の罪責を軽くしようとして、他の被疑者又は被告人の罪責を重く述べたり、犯行にはまったく関与していない者を共犯者に仕立てたりする可能性が指摘される。松尾浩也『刑事訴訟法下〔新版補正第二版〕』（平成 11 年）80 頁。

5 特別部会・前掲註(3)「基本構想」12 頁。

に役立つ協力行為をすること、検察官が、当該被疑者又は被告人の事件についてその処分・量刑上有利な取扱いをする（恩典を付与すること）、をそれぞれ内容とする合意をすることができるものとししました。

被疑者又は被告人がなし得る協力行為として、刑事訴訟法 350 条の 2 第 1 項 1 号は、「イ 検察官、検察事務官又は司法警察職員の取調べに際して真実の供述をすること」、「ロ 証人として尋問を受ける場合において真実の供述をすること」、「ハ 検察官、検察事務官又は司法警察職員による証拠の収集に関し、証拠の提出その他の必要な協力をすること」を挙げています。

他方、被疑者又は被告人に対して付与される恩典として、刑事訴訟法 350 条の 2 第 1 項 2 号は、自身の刑事事件について、「イ 公訴を提起しないこと」、「ロ 公訴を取り消すこと」、「ハ 特定の訴因及び罰条により公訴を提起し、又はこれを維持すること」、「ニ 特定の訴因若しくは罰条の追加若しくは撤回又は特定の訴因若しくは罰条への変更を請求すること」、「ホ 第 293 条第 1 項の規定による意見の陳述において、被告人に特定の刑を科すべき旨の意見を陳述すること」、「ヘ 即決裁判手続の申立てをすること」、「ト 略式命令の請求をすること」を挙げています。

これらの恩典の付与については、基本的に、検察官による訴追裁量権行使の一環として位置づけることができます。検察官の

訴追裁量権は広範ではあるものの、刑事訴訟法 248 条、検察庁法 4 条、刑事訴訟法 1 条、刑事訴訟規則 1 条 2 項などを総合して考えると、なお限界があります<sup>6</sup>。合意の内容は合理的なものであることを要し、被疑者又は被告人自身の刑事事件における有利な取扱いは、他人の刑事事件についての真相解明の必要性、捜査や訴追の困難性、真相解明に対する貢献度、さらに、被疑者又は被告人の犯罪関与の程度といった事情に照らして、実現される公共の利益と均衡のとれたものでなければなりません<sup>7</sup>。

刑事訴訟法 350 条の 2 第 1 項が、検察官が、被疑者又は被告人のと間で合意をすることができるのは、被疑者又は被告人が他人の刑事事件について行う協力行為によって「得られる証拠の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状、当該関係する犯罪の関連性の程度その他の事情を考慮して」、検察官が、「必要と認めるとき」と定めているのは、そのことを踏まえたものと思われます。

また、検察官が、合意をするか否かを判断するに当たり考慮すべき要素の一つとして、条文には、相手方となる被疑者又は被告人の事件に係る犯罪と他人の刑事事件に係る犯罪との間の「関連性の程度」が明記されています。引き込みの危険に対する懸念から衆議院における修正により追加された要素であり、両犯罪の間に何らの関連性もない場合にも、法律上、合意をすること

6 最高裁昭和 55 年 12 月 17 日第一小法廷決定・刑集 34 卷 7 号 672 頁。

7 宇川春彦「司法取引を考える(12)」判例時報 1602 号（平成 9 年）36 頁、後藤昭「2015 年刑訴改正法案における協議・合意制度」総

合法律支援論叢 8 号（平成 28 年）8 頁参照。なお、井上和治「共犯者による捜査・訴追協力と減免的措置の付与」刑法雑誌 48 卷 3 号（平成 21 年）41 頁以下も参照。



はできるものの、制度が基本的に想定しているのは、共犯事件など、両犯罪の間に関連性が認められる場合である、と説明されています<sup>8</sup>。

## (2) 合意制度の対象となる事件と 犯罪の種類

「合意制度」の対象となる犯罪は、その解明のため、同制度がうまく機能すると見込まれるものでなければなりません。刑事訴訟法 350 条の 2 第 2 項は、これらの犯罪を「特定犯罪」と呼び、一定の種類のものに限定しています。

そして、この特定犯罪は、財政経済犯罪（ホワイトカラー犯罪）と、組織犯罪として行われる可能性が高い犯罪（薬物銃器犯罪）とに大別することができます。これらの犯罪が対象とされた理由については、事案解明の必要性からこの制度の対象とする必要性が高く、多数の者が関与するため、制度の仕組みにもなじみやすいこと、いずれの罪についても、直接的な被害者がいないか、いたとしても、その被害が、基本的には財産的、経済的なものにとどまるため、制度の対象とすることに国民の理解が得られやすいことなどを考慮したものと説

明されています<sup>9</sup>。

これに対し、殺人、強制性交等の生命犯、身体犯に加え、死刑又は無期の懲役・禁錮に当たる罪は合意の対象から除外されています。これは、重大な法益侵害を内容とする事件や被害感情の強い事件については、被害者や遺族を含む国民の理解を得にくいため、合意の対象とすることが相当でないと考えられたことによるものです<sup>10</sup>。

## (3) 協議・合意手続の進行

続いて、検察官と被疑者又は被告人が協議を開始して合意に至るまでの手続の進行をたどってみましょう。

刑事訴訟法 350 条の 4 本文によると、協議の主体は、当事者である検察官と被疑者又は被告人に加え、その弁護人とされており、ただし書に基づき、被疑者又は被告人に異議がないときは、協議の一部を検察官と弁護人との間で行うことができます。なお、後述する弁護人が協議に関与する趣旨に照らし、衆議院における修正により、検察官は、被疑者又は被告人のみとの間で協議の一部を行うことはできないものとされました<sup>11</sup>。

したがって、協議・合意の手続に、弁護

---

8 第 189 回国会衆議院法務委員会議録第 35 号 3 頁〔盛山正仁委員、林眞琴政府参考人発言〕、36 頁。林政府参考人は、「両犯罪の間に何らの関連性のない場合にも合意することができる」として、例えば、検察官が勾留中の被疑者との間で合意をして、留置場の同房者から犯行告白を聞いた旨の供述を得ることも可能となり、いわゆる巻き込みの危険が高くなるのではないかと懸念が示されていた」と指摘している。

9 第 189 回国会衆議院法務委員会議録第 25 号 5 頁〔国重徹委員、林眞琴政府参考人発言〕。

10 同 5 頁〔国重委員、林政府参考人発言〕、加藤克佳「司法取引と刑事弁護」佐藤博史責任編集『捜査と弁護』（シリーズ刑事司法を考える第 2 巻）（平成 29 年）224 頁。

11 第 189 回国会衆議院法務委員会議録・前掲註(8)3～4 頁〔盛山委員、林政府参考人発言〕、36 頁。

人は常時関与することとなります。

弁護人のない被疑者又は被告人は、そのままでは協議に入ることはできませんが、改正法が施行される時点では、勾留状が発せられているすべての被疑事件が国選弁護制度の対象となる（平成 28 年改正後の刑事訴訟法 37 条の 2）ため、勾留状の発せられている事件の被疑者、被告人は、ともに国選弁護人の選任手続によることで、協議に入ることも可能です<sup>12</sup>。

弁護人の関与が必要的なものとされた趣旨は、「協議、合意が適正、公平に行われることを確保して被疑者、被告人の利益を保護する」こと<sup>13</sup>、ないし、協議・合意に応ずるか否かの判断に際して被疑者又は被告人の自由で合理的な意思決定を担保することに求められています<sup>14</sup>。同時に、弁護人の教示や説得を通じ、虚偽供述が防止されることにより、被疑者らの供述の信用性もまた一定程度担保されることが期待されているものと思われます<sup>15</sup>。

他方、刑事訴訟法 350 条の 6 第 1 項により、検察官は、被疑者又は被告人と協議を行おうとするときは、司法警察員が送致又は送付した事件や現に捜査していると認める事件について、あらかじめ司法警察員と協議しなければなりません。これは、わが国では、警察が、第一次捜査機関として、

事件の帰趨に関心を有していることに加え、現に捜査中の事件について協議が始まると、捜査に対する直接の影響が生じることを考慮したものです<sup>16</sup>。

実際に協議が始まると、刑事訴訟法 350 条の 5 第 1 項に基づき、検察官は、被疑者又は被告人に対し、他人の刑事事件についての供述を求めることができます。この場合、検察官は、被疑者又は被告人に供述拒否権を告知しなければなりません。この、協議のための供述の聴取は、供述の確保を目的とする通常取調べとは異なり、被疑者又は被告人が、他人の刑事事件について、合意に値する供述をすることができるか否かを判断する目的で行われますが、協議の一環として行われることから、弁護人の同席が必要となります<sup>17</sup>。

また、協議の過程については、衆議院及び参議院の各附帯決議において、「証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度の実施に関し、検察官は、合意をするため必要な協議に際しては、自由な意見交換などの協議の機能を阻害しないとの観点をも踏まえつつ、日時、場所、協議の相手方及び協議の概要に係る記録を作成するとともに、当該合意に係る他人の刑事事件及び当該合意の当事者である被告人の事件の公判が終わるまでの間は、作成した記録を保管

---

12 加藤・前掲註(10) 228 頁。

13 第 189 回国会衆議院法務委員会議録・前掲註(8)10 頁〔上川陽子国務大臣発言〕。

14 川出・前掲註(1)67 頁、池田公博「刑訴法改正案における協議・合意」法律時報 88 巻 4 号（平成 28 年）69 頁。

15 第 189 回国会衆議院法務委員会議録・前掲註(8)3 頁、26 頁（林政府参考人発言）。さ

らに、川出・前刑註(1) 68 頁、池田・前掲註(14)69 頁。弁護士職務基本規程 75 条も参照。

16 大澤裕ほか「座談会『新たな刑事司法制度』の構築」前掲註(1)24 頁〔上野友慈発言〕、川出・前掲註(1)67 頁。

17 後藤・前掲註(7)7 頁、加藤・前掲註(10)228 頁。

する」ものとされました<sup>18</sup>。

恩典の内容だけではなく、協議の過程で検察官が働きかけの際に用いた具体的な言葉も、合意に応じるか否か、また、供述内容の信用性の判断に影響を与える可能性があることから、信用性の吟味を実効的に行うためには、合意に至る経緯が明らかであることが望ましいわけですが、附帯決議は、その一方で、合意に至る経緯が明らかになることによる、報復のおそれにも配慮し、自由な意見交換など協議の機能を阻害しないとの観点にも留意し、法的な義務づけではなく、運用上の工夫により対処することを求めたものと考えられます<sup>19</sup>。

協議がまとまると、いよいよ合意ということとなります。この合意の成立には、弁護人の同意が必要とされ（刑事訴訟法 350 条の 3 第 1 項）、合意が成立した場合は、その合意内容を明らかにする書面（「合意内容書面」）が、検察官、被疑者又は被告人及び弁護人の連署の下、作成されます（同条第 2 項）。

これに対し、協議は、合意の成立に至らず終結することもあります。その場合、協議の過程でなされた供述は、証拠としての使用が禁止されます（刑事訴訟法 350 条の 5 第 2 項）。これは、被疑者又は被告人がこの制度の利用を躊躇せず、協議過程で自由に供述することができるよう、配慮したものとされます<sup>20</sup>。

#### （４）合意成立及び合意違反の効果

合意が成立しますと、合意の終了事由が

生じない限り、当事者は、合意内容に拘束され、合意内容を履行する義務を負います。

もし一方の当事者に合意違反があった場合、その相手方は、合意から離脱することができます（刑事訴訟法 350 条の 10 第 1 項 1 号）。合意から離脱する場合には、離脱する者から相手方に対し、離脱の理由を記載した書面（「合意離脱書面」）により、合意から離脱する旨の告知を行います（同条第 2 項）。離脱により合意は終了し、当事者はそれ以降、合意内容に拘束されなくなります。

公訴の提起をしないとの合意に違反して公訴を提起する等、検察官に合意違反があった場合は、裁判所は判決で当該公訴を棄却しなければならず（刑事訴訟法 350 条の 13 第 1 項）、協議過程でなされた被告人の供述及び合意に基づいてした被告人の行為により得られた証拠については、証拠として用いることができません（刑事訴訟法 350 条の 14 第 1 項）。

他方、被疑者又は被告人が合意に違反して、他人の刑事事件について、捜査機関に対し、虚偽の供述をするなどした場合は、当該被疑者又は被告人は、5 年以下の懲役に処せられます（刑事訴訟法 350 条の 15 第 1 項）。

なお、検察官、被疑者又は被告人に合意違反がない場合であっても、改正法は、一定の場合に、相手方が合意から離脱することを認めています（刑事訴訟法 350 条の 10 第 1 項 2 号及び 3 号）。

18 第 189 回国会衆議院法務委員会議録・前掲註(8)36 頁、第 190 回国会参議院法務委員会議録第 14 号 20 頁。

19 池田・前掲註(14)70 頁。

20 加藤・前掲註(10)229 頁。

### (5) 合意が成立した場合の公判 手続の特例

合意が成立した場合、その内容を裁判所に明らかにするため、公判手続の特例が設けられています。

合意を行った被告人自身の刑事被告人事件については、裁判所が、量刑や合意違反の有無について判断するに当たり、合意の存在及び内容を把握する必要があるため、また、他人の刑事被告人事件については、そこで合意に基づく被疑者又は被告人の供述が証拠として取り調べられる場合（供述録取書等の場合と公判証言の場合がある）に、その証拠能力や証明力について裁判所が判断し、またその前提として、当該他人及びその弁護人が対応を検討することを可能とするため、検察官は、証拠として合意内容書面の取調べを請求しなければなりません（刑事訴訟法 350 条の 7、350 条の 8 及び 350 条の 9。これらは、検察官の、合意離脱書面の取調べ請求義務についても規定しています）。

## Ⅲ 「合意制度」の理論的基礎

「合意制度」の概要の紹介に続き、ここからは、「捜査・公判協力型」の「合意制度」が、理論的にどのような考慮に基づいて設計されているのか、「合意制度」の導入に伴い指摘されてきたいくつかの問題点

をとりあげながら、検討を加えてみたいと思います。

## 1 事案の真相解明に対する貢献と恩典の付与

### (1) 量刑事由となり得る事情

「合意制度」の下、被疑者又は被告人は、他人の刑事事件の捜査・訴追に対して協力することにより、自身の刑事事件につき、軽い求刑や不起訴処分といった有利な取扱いを受けることとなります。そこでは、他人の刑事事件の真相解明に役立つ行為をすることが、量刑や（その反映としての性質を有する）検察官による事件処理に影響を与え得ることが前提とされています<sup>21</sup>。

量刑における基本的な考慮要素は情状であり、それは、犯情と一般情状とから構成されます。量刑を行う際に、まず、犯情に基づいて刑の大枠を決めた上で、その枠内で一般情状を考慮して、最終的な宣告刑を決めるという運用がなされてきました。ここでは、犯情が決定的な意味を有しており、実務上、行為責任を基軸とした量刑が行われています<sup>22</sup>。

合意を行った被告人の事件における量刑も、まずはその行為責任を基軸として行われますが、そこでは、他人の刑事事件の真相解明に対する貢献を理由に、通常の手配から、一定程度、刑が軽減されることが

21 合意は、当事者である検察官と被疑者又は被告人を拘束するが、合意に基づく求刑に、裁判所が拘束されるわけではない（刑事訴訟法 350 条の 10 第 1 項 2 号ロ参照）。

22 川出敏裕＝金光旭『刑事政策』（平成 24

年）139～140 頁、関洋太「刑事訴訟法等改正と実務への影響－裁判所の立場から」法律のひろば 2016 年 9 月号（平成 28 年）32 頁。

予定されます。この点、捜査・訴追に対する協力が、被告人の真摯な反省や悔悟に基づくものであるとすれば、犯行後の態度として、一般情状に含めて刑の減軽という効果を説明することも可能ですが、現実には、そうした事情の認められる被告人ばかりではないとすると、今回の改正は、反省・悔悟による、特別予防の必要の減少という説明が必ずしも妥当しない場面についても、被告人に対する刑の減軽がなされることを認めたものといえそうです<sup>23</sup>。

それでは、一般予防や特別予防という刑事政策目的には収斂しない、事案の真相解明に対する貢献という事情を、刑の減軽事由として考慮することは許されるのでしょうか。

この点については、すでに、刑法 42 条に自首という制度があり、自首の成立が認められると、その報奨として、裁判所は、被告人の刑を減軽することができます。同条は、当該自首が、反省・悔悟に基づくことを要件としているわけではないことから、この自首減軽の根拠は、未だ捜査機関に発覚していない特定の犯罪の犯人の特定、つまり、当該事件の捜査・訴追を容易にしたという、被告人の、事案の真相解明

に対する貢献に求められます<sup>24</sup>。

その意味で、事案の真相解明に対する貢献という事情は、刑法上、量刑事情としてすでに知られており、その事情に対応して刑の減軽をすることは新奇な現象とはいえませんが、今回の、刑事訴訟法への「合意制度」の導入により、他人の刑事事件の真相解明に対する貢献という事情が、自身の刑事事件に係る量刑事情となり得ることが明確になったわけです<sup>25</sup>。

## (2) 合意を行った被疑者又は被告人の事件における刑罰法令の適正な適用実現

「合意制度」においては、自首とは異なり、刑事事件における有利な取扱いが、積極的に誘因として位置づけられており、他人に不利となる供述をした本人がそのことゆえに有利な取扱いを受けることについて抵抗を覚える、という人もあるかもしれません。すでに、それ自体としては取引の要素を含まない刑事免責制度についてさえ、同制度を採用すべきか否かの判断において、判例上、「刑事手続の公正さや、国民の法感情から見た公正感」が問題となると指摘されていたところでした<sup>26</sup>。

---

23 宇藤崇「司法取引と量刑的考慮について」刑法雑誌 50 巻 3 号（平成 23 年）353 頁以下、池田公博「供述証拠の獲得手法：協議および合意、刑の減免と刑事免責」法学教室 398 号（平成 25 年）17 頁参照。

24 西田典之ほか編『注釈刑法第 1 巻総論 § 1～72』（平成 22 年）638 頁〔古川伸彦〕。

25 第 189 回国会衆議院法務委員会議録第 27 号 3 頁〔川出敏裕参考人発言〕。さらに、東京地裁平成 10 年 5 月 26 日判決・判例時報

1648 号 38 頁も参照。

なお、特別部会における審議の結果、自己又は他人の犯罪事実を明らかにするための重要な協力をした場合に刑が減免される旨の実体法上の規定を設けることにより被疑者に自発的な供述の動機付けを与える制度（刑の減免制度）の導入は見送られた。

26 最高裁平成 7 年 2 月 22 日大法廷判決・刑集 49 巻 2 号 1 頁。

公正さや公正感の内容を一義的に定義することは困難ですが、例えば、既存の捜査手法による限り、複数人が共犯として関与したとみられる事件の解明に必要な証拠が得られず、誰も処罰することができない事案においては、被疑者又は被告人の事件に係る刑罰権の行使を犠牲にしても、少なくとも一部の者（首謀者ないし上位者）について処罰を確保することが、総体としてみたときに、より社会の利益となると評価することのできる場合は考えられると思います<sup>27</sup>。

今回導入された「合意制度」においては、同一事件に関与した共犯者のうち、他人に不利となる供述をした本人がそのことゆえに有利な取扱いを受けることとなり、共犯者間における取扱いの相違が生じることとなりますが、処罰される首謀者らは自らの刑事責任に見合う刑罰を科されるにすぎませんので、取扱いの相違だけを捉えて、平等原則に反する不公平な制度とみることは適切ではないでしょう<sup>28</sup>。また、協議・合意の手續に弁護人の関与を要求し、合意の存在及び内容を明らかにした上で、当該共犯事件の真相が解明され、首謀者らが訴追、処罰されるならば、被疑者又は被告人の事件についての訴追や処罰が部分的ないし全面的に断念されるとしても、総体としてみたときに、刑罰法令は適正に適用

実現されたのであって、刑事司法制度の透明性の観点に照らしても、国民の信頼確保に特段の支障はない、ということもできるように思います<sup>29</sup>。

### （３）検察官の訴追裁量権

刑事訴訟法 350 条の 2 第 1 項では、協議・合意の権限を有するのは検察官とされ、協力行為を行った被疑者又は被告人は、公訴を提起しない、公訴の提起自体は行う場合でも、軽い訴因で訴追する、即決裁判手續を申し立てる、略式命令を請求するなど、検察官の訴追裁量に基づく事件処理上の権限行使の形をとって、恩典を付与されることとなります。

ここで、判例上、より重い犯罪が成立する見込みがあるとしても、「検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して」、より軽い犯罪のみで訴追することが許される、とされている<sup>30</sup>ことを踏まえると、一般予防や特別予防といった刑事政策目的に収斂しない、訴訟戦術的ないし訴訟経済的考慮による取扱いの違いについてもまた、特に問題視されることなく、許容されているとって差し支えないと思います。

これに対し、他人の刑事事件の捜査・訴追に対する協力という事情にも、捜査機関の負担を軽減することにより、迅速な事件処理に資する側面がないわけではありませ

---

27 宇川春彦「司法取引を考える（10）」判例時報 1599 号（平成 9 年）25 頁、川出敏裕

「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」刑法雑誌 50 巻 3 号（平成 23 年）10 頁。

28 井上正仁「刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力(2)」ジュリスト 1072 号（平成 7 年）143 頁。最高裁昭和 56 年 6 月 26 日第二

小法廷判決・刑集 35 巻 4 号 426 頁も参照。

29 宇川春彦「司法取引を考える（14）」判例時報 1613 号（平成 9 年）30～31 頁。

30 最高裁昭和 59 年 1 月 27 日第一小法廷決定・刑集 38 巻 1 号 136 頁、最高裁平成 15 年 10 月 7 日第三小法廷判決・刑集 57 巻 9 号 1002 頁。

んが、その本質的な意義は、個別の事件処理を超えた、複数人の関与した事案に係る、総体としての、真相の解明、そして、刑罰法令の迅速かつ適正な適用実現に貢献する点に存するといえ、特別予防の必要の減少といった事情とも異質なものとして位置付けられます<sup>31</sup>。

例えば、組織の上位者である共犯者に対する適正な処罰という公益目的を実現する必要から、事件処理上有利な取扱いをする権限を、検察官の訴追裁量権に関する従来の規定（刑事訴訟法 247 条、248 条など）に読み込むことは、立法の経緯、文言、従来の運用実態からみて相当に困難でしょう<sup>32</sup>。

そして、合意に基づく事件処理が、被疑者又は被告人、その共犯者、被害者の利害、さらには、刑事司法制度の在り方にも影響を及ぼす重要な事項であることに照らすと、これを制度として採用するのであれば、刑事免責制度について判例が説いたのと同様に、その対象範囲、手続要件、効果等を明文でもって規定することを要するというべきです<sup>33</sup>。

今回の改正により、この制度に関する基本的事項が明文でもって規定されるに至ったわけですが、合意の内容とされた恩典が訴追裁量権行使の一環として付与されるものである以上、検察官は訴追裁量権に係る制約に服することが必要です。

前述のとおり、検察官の訴追裁量権は、

広範ではあるものの、一定の限界があり、合理的に行使されなければなりません。

公正さや公正感の内容とも関連して、訴追裁量権の行使が合理的であるか否かの判断にもまた困難を伴いますが、すでに述べたように、被疑者又は被告人自身の刑事事件における有利な取扱いは、実現される公共の利益と均衡のとれたものである必要があり、恩典の内容（行為責任を基軸とした通常の量刑や訴追に関する判断との差異など）と真相解明に対する貢献度との対応関係が、重要な考慮要素となるものと思います<sup>34</sup>。

## 2 共犯者供述の信用性確保

量刑理論や刑事司法制度の基本理念に照らして、「捜査・公判協力型」の「合意制度」が、その採用がおよそ許されないような問題を伴うものではないとしても、合意を行う被疑者又は被告人は、他人の刑事事件の共犯者であることが想定されることから、類型的に、その供述には、従来、共犯者の供述について指摘されてきた、引き込みや責任転嫁の危険があり、さらに、それが恩典の付与に動機付けられていることから、検察官の望むような供述をしようとする結果、虚偽供述がなされる危険も認められるため、一般的に信用性に問題を含むものであるといえそうです<sup>35</sup>。

31 池田・前掲註(23)14 頁。

32 長沼範良「囑託証人尋問調書の証拠能力」法学教室 177 号（平成 7 年）28 頁。

33 最高裁平成 7 年 2 月 22 日大法廷判決・前掲註(26)、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』

（平成 17 年）191～192 頁〔佐藤隆之〕参照。

34 宇藤・前掲註(23)353 頁、後藤・前掲註(7)8 頁。

35 池田・前掲註(14)68～69 頁、南迫葉月

そこで、被疑者又は被告人が協議においてした供述や合意に基づいてした供述を他人の刑事事件において証拠として使用するに当たり、虚偽供述の危険にどのように対処するか、という問題が立ちはだかることとなります。

この点、今回の改正では、供述の信用性を確保するための端的な対応として、既存の偽証罪（刑法 169 条）に加え、合意に違反して、虚偽の供述をし又は虚偽若しくは変造の証拠を提出した者を、5 年以下の懲役に処する旨を規定しました（刑事訴訟法 350 条の 15 第 1 項）。従来、偽証罪に対する訴追が活発ではなかったことから、刑事罰による抑止の効果には疑問も呈せられています<sup>36</sup>が、この制度が用いられる場合、真実の供述がなされることが何より重要であることから、現に虚偽供述等がなされた場合には積極的な訴追が行われることが予想される、との指摘も存在しています<sup>37</sup>。

また、合意を行う被疑者又は被告人の協議の過程に弁護人が常時関与することも、虚偽供述の防止に一定の意味を持つものと思われ<sup>38</sup>が、従来、共犯者の供述の信用性を確保するための方策としては、その

信用性を裏付ける証拠（補強証拠）を法律上要求することの当否が議論されてきました。これは、「共犯者の『自白』と補強証拠の要否」と呼ばれる論点として、きっと皆さんにもおなじみの問題でしょう。ここで、この点に関連する議論を確認しておきたいと思います。

被告人の自白は、極めて有力な証拠であると同時に、その証明力が過大に評価されやすいことから、それが自己に不利益な唯一の証拠である場合には、憲法 38 条 3 項及び刑事訴訟法 319 条 2 項において、その信用性を裏付ける「他の証拠」が要求されています（補強法則）<sup>39</sup>。これに対し、共犯者の供述については、初めからその信用性に警戒の目が向けられており、一般的に信用性が低いとの認識が共有されていることを前提とすると、それにもかかわらず、証人尋問等による吟味を経て、共犯者の供述から裁判官が確実な心証に到達したという場合に、なお補強証拠を要求し、およそ有罪認定を許さないとするのは、自由心証主義に対する内在的制約の域を超えた規律となるでしょう<sup>40</sup>。判例も、共犯者の供述に補強法則を適用することに消極の結論をとっています<sup>41</sup>。

---

「協議・合意制度における虚偽供述の防止についての研究（一）」法学論叢 180 巻 4 号（平成 29 年）143～144 頁。

36 大澤ほか・前掲註(1)22 頁〔小野正典発言〕。

37 川出・前掲註(1)68 頁。

38 第 189 回国会衆議院法務委員会議録・前掲註(8)3 頁、26 頁（林政府参考人発言）。さらに、川出・前刑註(1) 68 頁、池田・前掲註(14)69 頁。

39 松尾・前掲註(4)36 頁。

40 平野龍一『刑事訴訟法』（昭和 33 年）233 頁、松尾・前掲註(4)80 頁、長沼ほか・前掲註(33)291 頁〔大澤裕〕。

41 最高裁昭和 33 年 5 月 28 日大法廷判決・刑集 12 巻 8 号 1718 頁。仮に補強証拠を要求するとしても、例えば、最高裁昭和 30 年 6 月 22 日大法廷判決は、被告人が犯人であること（犯人性）について、自白のみで認定することを認めており、補強を要する範囲が問



そして、共犯者の供述が恩典の付与に動機付けられている場合、その信用性に向けられる視線はさらに厳しいものとなります<sup>42</sup>。

今回の立法では、こうした考慮から、恩典付与に動機付けられた共犯者の供述が本人に不利益な唯一の証拠である場合について、補強証拠を要求する規定は置かれませんでした。明文の規定の有無にかかわらず、供述の信用性を裏付ける証拠が収集できなければ、現実には、合意に基づいてされた共犯者の供述に高い信用性を認めることは困難です。そうだとすれば、法律上は要求されていなくても、当該供述を使用したいと考える捜査機関は、運用上は、裏付け証拠の収集に注力せざるを得ないでしょう<sup>43</sup>。

また、共犯者供述の信用性の確保には、供述者に対する充実した証人尋問その他の手段による供述の吟味が欠かせません。これを可能とするのが、前述した合意内容書面（刑事訴訟法 350 条の 3）の存在です<sup>44</sup>。その取調べ（刑事訴訟法 350 条の 8、350 条の 9）により、合意の存在及び内容、協議の過程を踏まえた証人尋問等が可

能となる上、裁判所にとっても、供述の信用性評価を慎重に行い、引き込みや責任転嫁の危険に対処する手掛かりが与えられることとなります<sup>45</sup>。

### 3 いわゆる「約束による自白」との関係

合意に基づいてされた共犯者の供述には類型的に虚偽が含まれる危険があり、一般的に信用性が低い、という指摘をお聞きになって、皆さんの中には、類型的に虚偽が含まれる危険がある供述には誤った事実認定をもたらすおそれがあるのだから、それを証拠として使用すること自体許されないのではないか、という疑問をお持ちになった方もいらっしゃるかもしれません。

この点に関連し、自白の証拠能力をめぐる、改悛の情を示せば起訴猶予もあり得ることを示唆する検察官の言葉が被疑者に伝えられ、その結果として得られた自白について、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠く旨の判断を示した著名な判例<sup>46</sup>が存在することは、ご案内のとおりで

---

題となる。特別部会第 1 作業分科会第 3 回会議議事録（井上正仁分科会長発言）参照。

42 池田・前掲註(14)68～69 頁。

43 大澤ほか・前掲註(1)21 頁〔上野発言〕、池田・前掲註(14)71 頁。

44 協議過程の記録とその保管につき、衆議院法務委員会、参議院法務委員会の各附帯決議を参照（第 189 回国会衆議院法務委員会議録・前掲註(8)36 頁、第 190 回国会参議院法務委員会議録・前掲註(18)20 頁）。

45 川出・前掲註(1)68 頁。さらに、池田公博「共犯者の供述による立証」井上正仁＝酒巻

匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（平成 24 年）629 頁以下参照。

46 最高裁昭和 41 年 7 月 1 日第二小法廷判決・刑集 20 卷 6 号 537 頁（贈収賄事件において、担当検察官から、収賄側被疑者 X につき、改悛の情を示せば、検挙前に金品をそのまま返還しているとのことであるから、起訴猶予処分も十分考えられる案件である旨の内意を打ち明けられる等した贈賄側被疑者 A の弁護人が、X の弁護人を伴い、X に面接し、「改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると〔検事が〕言っているから、真実貰ったもの

す。

捜査機関から起訴猶予処分の可能性が示唆されることによって、自らは刑事責任を問われることもなく、身体の拘束からも解放されるため、現状から逃れたいとの心情が、真実を述べることに對する関心を凌駕する結果、無実の者であっても、捜査機関の意向に沿った、犯行を認める虚偽の自白をするおそれがある。そうした、類型的に虚偽供述を誘発する危険のある状況が生じていることから、いわゆる「約束による自白」は、それに基づく誤った事実認定を回避するため、証拠能力が否定されてきたのです<sup>47</sup>。

それでは、恩典の付与に動機付けられた共犯者等の供述の孕む危険についてはどのように評価すればよいのでしょうか。

すでに述べたように、共犯者の供述については、もともと引き込みや責任転嫁の危険が指摘されてきました。それに加えて、その供述をすることと引き換えに恩典が付与されることを考慮すると、検察官の望むような（、しかし、虚偽の）供述がなされることに対する懸念は、いっそう強くなるということも許されるでしょう<sup>48</sup>。

共犯者の供述は被告人との関係では「自白」には当たりませんが、「約束による自白」をめぐる従来の議論に照らしたとき、恩典の付与に動機付けられた共犯者の供述

を、他の者の犯罪の立証等に用いることには、自白の場合と共通する危険が含まれているのではないか、という疑問が生じます<sup>49</sup>。

さらに、共犯者の供述には、他人の犯罪の関与について述べる部分のほか、「私、甲は、共犯者乙と一緒に覚醒剤を A に譲り渡しました」といった形で、その犯罪への自らの関与を認める部分が含まれるのが通常だと思われます。それは、自身の刑事事件の立証に用いる場合、まさに「自白」に当たります。そうすると、両者を切り離して、それぞれの取扱いを論じることは事実上困難であり、適切でもないでしょう。

「約束をめぐる自白」をめぐる議論との整合性が正面から問題とならざるを得ないわけですね<sup>50</sup>。

ここで、従来、「約束による自白」について任意性に疑いがある、とされてきた背景について考えてみると、そこには、身体を拘束され、弁護人とも自由に会えない、孤立した状態にある被疑者が捜査機関から密室で厳しい追及を受ける一方、恩典付与の申出によって心理的な揺さぶりを掛けられる中で、その状況から逃れるために、捜査機関の望むような供述をしてしまう、という想定が前提として存在しており、それが議論の方向を規定していたのではないかと、との指摘があります<sup>51</sup>。

---

なら正直に述べたがよい」等と勧告したため、その後の取調べにおいて、X が、順次金品をもらい受ける意図のあったこと及び金銭の使途等について自白するに至った事案である）。

47 川出敏裕「演習」法学教室 387 号（平成 24 年）172～173 頁。

48 池田・前掲註(14)69 頁、南迫・前掲註(35)143～144 頁。

49 大澤ほか・前掲註(1)21 頁〔大澤発言〕。

50 大澤ほか・前掲註(1)22 頁〔川出発言〕、川出・前掲註(1)68～69 頁。さらに、松尾・前掲註(4)82 頁参照。

51 川出・前掲註(47)173 頁。

このことに着目すると、今回導入された「合意制度」において、検察官は、その意向に沿った特定の供述をすることと引き換えに恩典を付与するわけではなく<sup>52</sup>、また、協議の過程に、終始、弁護人が関与することが予定されている点で、被疑者の取調べとは状況が異なるということもできそうです<sup>53</sup>。

「合意制度」においては、この、弁護人の関与により、被疑者又は被告人の自由で合理的な意思決定が担保されるとともに、検察官からの恩典付与の申出に対し、被疑者又は被告人が軽々にそれを受け入れ、また真実に反する供述をすることがない状況が確保されることが期待されており<sup>54</sup>、同制度の下における共犯者の供述の証拠能力について検討するには、この点を含めた考慮が必要となるのです。

さらに、改正法では、供述の真実性確保のための手段について、協議の過程に弁護人が関与することをもって足りるとされているわけではありません。繰り返しとなりますが、虚偽供述等に対する処罰のほか、公判で証言が行われる場合には、合意の存在と内容、協議の過程等を踏まえた証人尋問とも相俟って、その供述に虚偽が含まれ

る類型的な危険が解消され、供述の信用性につき個別の証明力判断に委ね得る水準が確保されることが目指されています<sup>55</sup>。今回導入された「合意制度」においては、このような仕組みがうまくかみあうならば、合意に基づいてされた供述について、刑事訴訟法 319 条 1 項の適用ないし準用があるとしても、その証拠能力を認めることができるとされたのだといえるでしょう<sup>56</sup>。

ただし、合意を行う被疑者又は被告人の事件において、その弁護人が、当該被疑者又は被告人の、他人の刑事事件に関する供述内容が真実かどうかを確認することは、実際には困難であるとの指摘も存在します<sup>57</sup>。他人の刑事事件に関する供述について、弁護人が、その内容の信用性を確認・吟味する手段を有しているとは限らないからです。合意を行う被疑者又は被告人の事件における弁護人も供述の信用性に無関心であってはならないものの、その役割が、当該被疑者又は被告人の権利・利益を擁護する点にあることをも考慮すると、供述の信用性確保について、弁護人は、協議に入る前に又はその過程において、被疑者等の供述の証拠価値について慎重に検討する一方、虚偽供述等の違法行為に対する処罰規

---

52 大澤ほか・前掲註(1)23 頁〔上野発言〕。刑事訴訟法 350 条の 2 第 1 項 1 号イ及びロは、被疑者又は被告人がなし得る協力的行為として、「真実の供述をすること」を規定する。

53 宇川春彦「司法取引を考える(8)」(平成 9 年) 29 頁以下参照。

54 池田・前掲註(23)16 頁。

55 大澤ほか・前掲註(1)22 頁〔川出敏裕発言、大澤発言〕。なお、供述の任意性につき

一応の疑いをさしはさむべき事情(被疑者が取調べを受ける際両手錠を施されたままであった)がある場合に、被告人の自白につき任意であることの反証がなされている旨説示し、その証拠能力を肯定した判例として、最高裁昭和 38 年 9 月 13 日判決・刑集 17 巻 8 号 1703 頁がある。

56 川出・前掲註(1)69 頁。

57 大澤ほか・前掲註(1)22 頁〔小野発言〕、後藤・前掲註(7)18 頁。

定の存在を教示し、真実の供述をするよう注意を喚起したり、供述をしようする内容が虚偽だと判断した場合に被疑者等を説得して翻意させたりする、などの形で寄与することとなるのではないか、と思われます<sup>58</sup>。

その意味で、合意に基づいてされた共犯者の供述に証拠能力が肯定されるとしても、裁判所による、供述の信用性評価は慎重に行われる必要があり、合意の存在及び内容、協議の過程のほか、裏付け証拠の有無等の検討を通じた厳格な吟味をなすべきことは、重ねて強調される必要があるでしょう<sup>59</sup>。

#### IV おわりに

以上、今回導入された「捜査・公判協力型」の「合意制度」が、どのような考慮に基づいて設計されているのか、そして、その制度について指摘される問題点が、理論的に、はたして、またどのように克服されるのか、について説明をしてきました。

平成 28 年の刑事訴訟法改正は、法務大臣が新たな刑事司法制度の構築のための審議を求めた、「諮問第九二号」に対する法制審議会の答申、さらに、内閣提出の法案

に対する国会による審議の結果、実現したものです。

その「諮問第九二号」は、わが国の捜査・公判が取調べ及び供述調書に過度に依存しているという問題意識を前提に、その在り方を見直すことを、検討課題の一つとしていました<sup>60</sup>。

そうした課題に対処するためには、まず客観的な証拠の収集を可能とする手段を拡充するという方向が考えられますが、事案によっては供述がなければその解明が困難なものも存在しており、そうした事案の真相解明のためには、これまでとは異なるやり方で、供述を獲得する方向があわせて模索されなければなりません<sup>61</sup>。

本日お話ししてきた「合意制度」は、そうした要請を踏まえて導入されるに至った手法ですが、つい 10 数年ほど前の司法制度改革の折には、審議会の意見書において、「刑事免責制度の導入」や「参考人の協力確保及び参考人保護のための方策」について、「多角的な見地」ないし「種々の観点」から検討すべきだと提言されていた<sup>62</sup>ものの、その時点では、本格的な導入に至らなかったことを考えますと、今次の展開には目を瞞るものがあります。

この新たな制度が、今後の刑事訴訟の姿

---

58 後藤・前掲註(7)18 頁、加藤・前掲註(10)234～235 頁参照。

59 大澤ほか・前掲註(1)21 頁〔香川徹也発言〕参照。

60 「諮問第九二号」は、「近年の刑事手続をめぐる諸事情に鑑み、時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため、取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方を見直しや、被疑者の取調べ状況を録音・録画

の方法により記録する制度の導入など、刑事の実体法及び手続法の整備の在り方について、御意見を承りたい。」という内容であった。

61 川出・前掲註(1)65 頁。

62 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－」（平成 13 年 6 月 12 日）49 頁。

にどのような変化をもたらすのか、大変興味深いところですが、とりわけ、それが弁護人の活動に与える影響は大きいと思われるので、「合意制度」における弁護人の役割について、最後にもう少し付言しておきたいと思います。

すでに、本制度における弁護人の役割については、被疑者又は被告人の自由で合理的な意思決定を担保し、供述の信用性を確保する点に求められる、と述べました。弁護人の関与が必要とされるのは、より具体的に述べるならば、被疑者又は被告人の立場に立って、制度についてわかりやすく説明し、その理解に努めるとともに、被疑者又は被告人から事情の聴取等を徹底的に行うことによって、具体的な事実関係を把握し、これを前提に、協力行為の内容や検察官から付与される恩典その他の、他人の刑事事件及び自らの刑事事件について供述することの利益と不利益などについて検討を加え、被疑者又は被告人の主体的な判断を支えるためだといえるでしょう。さらに、弁護人は、合意成立後も、確実に合意が履行されるか、離脱や失効の可能性に留意するとともに、被疑者又は被告人が虚偽供述等によって処罰されることがないように注意を払い、その権利・利益の擁護を図らなければなりません<sup>63</sup>。

改正法が施行されると、特定犯罪に係る

事件の被疑者又は被告人には、協議に入ることを求める者が少なくないかもしれません。ただ、検察官がこれに応じるかは、他人の刑事事件の捜査ないし訴追において、被疑者又は被告人の供述の証拠価値がどの程度かによることとなり、その供述がさほど重要でないということになれば、協議はそれ以上進みません。前述のとおり、合意が成立しなくても、協議の過程でなされた供述は証拠として使うことはできませんが、その供述に基づいて収集された証拠には証拠能力の制限が及ばないため、それが証拠として使われる可能性はなお残ることとなります。また、検察官の提示する恩典の内容と他人の刑事事件の真相解明に対する貢献度との対応関係の判断は、一義的なものとはいえ、評価に困難を伴うこともあるでしょう。さらに、合意に基づく求刑には、裁判所に対する拘束力はありません<sup>64</sup>。

他方、恩典を意識した供述に虚偽が含まれる危険にも配意しなければなりません。

合意に基づいて供述する被疑者又は被告人の弁護人としては、当該被疑者又は被告人の意向を踏まえつつも、慎重な検討、対処が必要であり<sup>65</sup>、被疑者又は被告人の意向に反する対応をとらざるを得ない場合には、その納得を得るための説明を尽くすことが求められます。

---

63 川崎英明ほか編著『2016年改正刑事訴訟法・通信傍受法条文解析』（平成29年）74頁〔福島至〕。第189回国会衆議院法務委員会議録・前掲註(8)10頁〔上川陽子国務大臣発言〕も参照。

64 小坂井久ほか編著『実務に生かすQ&A 平成28年改正刑事訴訟法等のポイント』（平

成28年）198～200頁、213～214頁〔秋田真志〕。

65 最高裁昭和41年7月1日第二小法廷判決・前掲註(46)の事案において、担当検察官の言葉を被疑者に伝え自白を勧めたのは、弁護人であった。

さらに、合意に基づいてされた供述が証拠として使用される、他人の刑事事件において、当該他人の弁護人は、合意内容書面や協議過程に係る記録の開示を受けるなどして、当該供述の信用性を吟味しなければなりません<sup>66</sup>。

この「合意制度」は、取調べへの依存を脱するための、新たな供述収集の手段として期待が寄せられる一方、なお引き込みや責任転嫁といった虚偽供述の危険が排除できていないのではないかと、との懸念も示されており<sup>67</sup>、制度の運用に当たっては、絶えずその機能と弊害について検証する必要があります。

そうした意味で、「合意制度」は、弁護人にも、重い責務を負わせるものでもあることから、特に、弁護士の皆さんには、十分な準備をし、適切に対応していただきたいと思う次第です。

私が法律学を勉強し始めたころ、刑事法について立法の動きはほとんど見られませんでした。その後、状況は一変し、現在では、毎年のように、大きな改革が行われています。

実務の現場からは離れたところにいる私には、日々のお仕事の中で、新しい制度に対応しておられる法曹の皆さんの努力には頭の下がる思いがいたしますが、その皆さんが、法科大学院を修了された後、どのような問題意識をもって、現実の刑事裁判と向き合っておられるのか、大変興味があります。

このあとの会では、皆さんから、これか

らの刑事司法制度について考える上で有益ないろいろなお話を伺えることを楽しみにしています。

お話ししたいことは尽きませんが、与えられた時間になったようです。

最後になりましたが、東北大学法科大学院の修了生、在学生の皆さんの、今後のご活躍を祈りつつ、私のお話を終わります。長時間にわたりご静聴いただき、誠にありがとうございました。

\* 本稿は、東北大学法学部同窓会法科大学院部会が、東北大学法科大学院の後援をうけ、平成 29 年 10 月 21 日に開催した講演会における講演原稿に修正を施し、註を付したものである。

(さとう たかゆき)

---

66 小坂井ほか編著・前掲註(64)236～238 頁〔秋田〕。

67 大澤ほか・前掲註(1)22 頁〔小野発言〕。

## 東北ローレビューVol.5

---

2018 年 3 月 30 日 発行

編集・発行 東北ローレビュー編集委員会

〒980-8576 仙台市青葉区川内 2-7-1

東北大学大学院法学研究科内

TEL 022-795-6171 (研究補助室)

---

© 2018 国立大学法人東北大学大学院法学研究科