Tohoku Law Review

東北ローレビュー

Vol.9 2021. March

論 説 Articles

福島原発事故と法の失敗
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 樺島 博志
Fukushima Nuclear Disaster and Failure of Law
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ KABASHIMA Hiroshi

倒産手続における留保所有権の法性決定論についての覚書
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 宇野 瑛人
Analysis of Theoretical Arguments on Qualifying the Seller's Title Brought About by the Reservation Agreement under the Bankruptcy Law
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ UNO Akito

外国判例研究 Study of Foreign Cases

実親から子を引き離すという締約国の干渉措置がヨーロッパ人権条約８条に定められる家庭生活を享受する権利を侵害する要件に関する考察
― Strand Lobben and Others v. Norway 事件（2019 年 9 月 10 日）
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 趙 文静
Consideration on the Requirement that the Domestic Measures of Interference to Remove the Child from His or Her Parents Violate the Right to Respect for the Family Life under Article 8 of the European Convention on Human Rights
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ ZHAO Wenjing

判例研究 Case Comments

他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたとは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 坂下 陽輔
Whether and How the Special Provision for Simultaneous Injury Is Applied to an Aftercomer in What Is Called a Successive Complicity Case
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ SAKASHITA Yosuke

中国人の強制連行・強制労働による国に対する損害賠償請求が認められなかった事例
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 木下 清午
Claims for Damages against the State due to Forced Labor by Chinese Nationals Were Not Accepted
・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ KINOSHITA Seigo

東北ローレビュー編集委員会［編］

― 目 次 ―

論　　説　　Articles

福島原発事故と法の失敗

樺島　博志　2

Fukushima Nuclear Disaster and Failure of Law

KABASHIMA Hiroshi　2

倒産手続における留保所有権の法性決定論についての覚書

宇野　瑛人　13

Analysis of Theoretical Arguments on Qualifying the Seller's Title Brought About by the Reservation Agreement under the Bankruptcy Law

UNO Akito　13

外国判例研究　Study of Foreign Cases

実親から子を引き離すという締約国の干渉措置がヨーロッパ人権条約８条に定められる家庭生活を享受する権利を侵害する要件に関する考察

― Strand Lobben and Others v. Norway 事件（2019 年 9 月 10 日）

趙　文静　36

Consideration on the Requirement that the Domestic Measures of Interference to Remove the Child from His or Her Parents Violate the Right to Respect for the Family Life under Article 8 of the European Convention on Human Rights

ZHAO Wenjing　36

判例研究　Case Comments

他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたとは認められない場合における、刑法 207 条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

最決令和２年９月 30 日刑集 74 巻６号登載予定

坂下　陽輔　80

Whether and How the Special Provision for Simultaneous Injury Is Applied to an Aftercomer in What Is Called a Successive Complicity Case

SAKASHITA Yosuke　80

中国人の強制連行・強制労働による国に対する損害賠償請求が認められなかった事例

大阪高裁令和２年２月４日判決裁判所 Web

木下　清午 115

Claims for Damages against the State due to Forced Labor by Chinese Nationals Were Not Accepted

KINOSHITA Seigo 115

福島原発事故と法の失敗※

東北大学大学院法学研究科教授　**樺島博志**

1　問題設定
2　福島原発事故刑事訴訟の概観
　2-1　事実の概要
　2-2　刑事訴訟第一審判決の概要
3　本事案の分析と評価
　3-1　刑法過失論からする本判決の評価
　3-2　過失論にかかる民事損害賠償訴訟との対比
4　行為準則としての統一的過失判断の探求
　4-1　福島原発事故と法の失敗
　4-2　危惧感説とハンドの定式
5　結語

要旨

福島原発事故刑事訴訟第一審判決が，具体的予見可能性の判断基準をもちいて，被告人 3 名に無過失・無罪の判断を下したことは，判例・通説に即したものと評価できる。これにたいし，福島原発事故をめぐる民事損害賠償訴訟は，予見可能性にもとづく過失を認定したものがある。このように，福島原発事故をめぐる司法判断においては，過失の存否をめぐり，刑事法上の判断と民事法上の判断に乖離が生じている。このことの問題性は，刑法上の無過失・適法評価によって，事故防止のインセンティブが阻害され，「社会的損失」が不可避的に生じてしまう点に存する。この「法の失敗」を回避するために，民事過失論におけるハンドの定式を刑法過失論における危惧感説とあわせて考慮に入れることにより，法システムに統一的な違法性と過失判断の基準を構想することも，一考の価値があると思われる。

キーワード：東日本大震災，原発事故，法政策，過失，違法性

※ 本研究は JSPS 科研費平成 27 年度～30 年度助成，研究課題「震災復興の社会的責任―政府，事業者，被災者の役割分担」（基盤研究(C)（一般）15K11924）の成果の一部である。

1　問題設定

2011 年 3 月 11 日の東日本大震災に起因する福島第一原発事故をめぐり，各地の避難者らにより，民事賠償・国賠訴訟が提起された。そのうち，群馬訴訟，千葉訴訟，福島・生業訴訟，東京訴訟の各第一審判決，および東京訴訟控訴審判決が知られている[1]。他方，刑事訴訟において東京地裁は，東京電力の経営陣にたいする業務上過失致死傷罪について，被告人全員に無罪の判決を下した[2]。本稿では，本件刑事訴訟の第一審判決と，民事損害賠償訴訟の各判決とを対比して，過失論を中心に法理学の観点から検討を加えたい。具体的には，原子力発電事業の経営者おける安全対策の行為準則として，法システム全体に統一的な過失判断基準を探求してみたい。

2　福島原発事故刑事訴訟の概観

2-1　事実の概要[3]

勝俣恒久は東京電力社長ないし会長として，武黒一郎は同社常務，副社長ないしフェローとして，武藤栄は同社常務ないし副社長として，それぞれ同社原子力発電所の運転，安全保全業務に従事していた。東電福島第一原発は，海抜 10～13m の地盤に 1966 年より順次 6 基の沸騰水型軽水炉を設置し，その際の設計津波水位として，チリ地震津波による+3.122m の津波を想定していた。その後，1995 年 1 月の阪神淡路大震災を契機とした政府防災計画「4 省庁報告書」，2002 年 2 月の土木学会津波評価部会による「津波評価技術」，2002 年 7 月の総理府地震本部による「長期評価」にもとづき，福島第一原発の想定津波高は見直され，とりわけ「長期評価」による M8.2 の想定地震から，最大津波高+15.7m という計算結果が得られた。2007 年の新潟県中越沖地震により，東京電力・柏崎刈羽原発から放射性物質の漏出事故が発生したため，それ以降，勝俣社長，武黒原子力立地本部長，武藤同副本部長らは，福島第一原発の想定津波も検討に加えたが，「長期評価」による+15.7m の想定津波への対応は，土木学会に検討を依頼することとした。

2011 年 3 月 11 日，国内観測史上最大の M9.0 の東北地方太平洋沖地震が発生した。本地震による津波の第 2 波が，約 13m の高さで福島第一原発の護岸防波堤

[1] 前橋地判平成 29 年 3 月 17 日，判時 2339 号 4 頁；千葉地判平成 29 年 9 月 22 日，TKC25449077・裁判所ウェブサイト；福島地判平成 29 年 10 月 10 日，判時 2356 号 3 頁；東京地判平成 30 年 2 月 7 日，TKC25549758；東京高判令和 2 年 3 月 17 日，TKC25570904.
[2] 東京地判令和元年 9 月 19 日，判時 2431・2432 号合併号 5 頁.
[3] 本件刑事訴訟にたいする東京地裁判決の事実認定による，参照，前掲註 2.

を越えて，海抜４m～10m の発電所の敷地全面に遡上し，全域が浸水した。津波による冠水のため，１～４号機の冷却装置の各非常用ディーゼル発電機と配電盤が作動不能，全電源喪失となり，翌３月 12 日から 14 日にかけて，１～４号機において炉心溶融ないし原子炉建屋の爆発が生じ,放射性物質が大気に放出された。

事故収束の注水作業などに従事して作業員のうち，１号機の水素ガス爆発による爆風やがれきの飛散により３名が傷害を負い，３号機の水素ガス爆発によるがれきの飛散により 10 名が傷害を負った。

また本爆発事故をうけて，政府・原子力災害対策本部，福島県知事，双葉町長及び大熊町長等は，３月 11 日から 15 日にかけて，半径 20 キロメートル圏内の居住者等に，立退・避難を指示した。本発電所から南西約 4.5km の Q２ 病院と同南西約 4.4km の介護老人保健施設 Q３の入院患者・入所者のうち，３月 14 日～16 日の陸上自衛隊による搬送に際して，長時間の移動・待機のため，第一次搬送で 23 名，第二次搬送で 11 名，第三次搬送で９名が，それぞれ死亡したほか，１名が搬送前の待機中に死亡した。

本原発事故にかかる刑事責任について，福島原発告訴団が勝俣会長ら東京電力の 33 名に告訴・告発を行ったのにたいし，最終的に，東京第５検察審査会が，勝俣会長，武黒フェロー・元副社長，武藤副社長の３名について，２度目の起訴相当の議決を行ったため，強制起訴が行われた。

２-２　刑事訴訟第一審判決の概要

被告人らは，いずれも無罪。

予見可能性の存否は,「個々の具体的な事実関係に応じ，…問題となっている結果回避措置を刑罰をもって法的に義務付けるのに相応しい予見可能性として，どのようなものを必要と考えるべきかという観点から，判断するのが相当である」。また結果回避措置として,「国の示す安全性確保のための指針等」の遵守,「新しい技術や知見に関する情報の収集及び分析」，および,「必要に応じてこれらを安全対策の基礎として取入れること」が求められる[4]。

「長期評価」による＋15.7m の想定津波の適切性は土木学会の検討途上にあったため，被告人らにおいて,「本件発電所に 10m 盤を超える津波が襲来する可能性について，信頼性，具体性のある根拠を伴っているとの認識がなかった」。それゆえ,「被告人ら３名に，10m 盤を超える津波の襲来を予見して，対策工事が完了するまでは本件発電所の運転を停止すべき法律上の義務があったと認めるのは困

[4] 東京地判，前掲註２，判時 2431・2432 号合併号５（13f.，31）頁.

難というべきである」[5]。

3　本事案の分析と評価

3-1　刑法過失論からする本判決の評価

刑法学における過失とは，注意義務違反であることを前提とし，予見可能性と結果回避義務からなるものと解されるが，過失の本質をいずれに同定するかという点において，学説の相違が見られる[6]。まず旧過失論は，結果無価値を前提に，結果発生の予見可能性があったにもかかわらずこれを怠ったことを，過失の本質と捉える。つぎに新過失論は，行為無価値を前提に，結果回避のためにとるべき行為を怠ったことを，過失の本質と捉える。その際，予見可能性は，結果回避義務の基礎にとどまり，たとえ結果発生の予見可能性があったとしても，行為者が基準行為を取れば，無過失・適法行為となる。さいごに新・新過失論（危惧感説）は，新過失論と同様に過失の本質を結果回避義務違反と捉えながら，危惧感もしくは抽象的予見可能性が存する場合には，結果回避義務の範囲を拡大して捉える。とりわけ公害事件や薬害事件のように，未知の危険が重大な法益侵害の結果を生じうる場合には，基準行為による免責を認めず，「“低い程度の可能性の意識”を払拭するに足りるだけの結果回避措置をとることを義務づけてよい」[7]とする見解である。

学説の観点から，本判決は，まず，危惧感説を退け，判例・通説とされる具体的予見可能説の過失基準に親和的とみることができる。すなわち，「長期評価」による＋15.7m の想定最大津波について，信頼性にも具体性にも欠けるとして，具体的予見可能性を否定した。そのうえで，結果回避義務について，専門的見地からの合理性を基準として，原発設置・運転における法令遵守と行政機関への報告，新たな知見に応じた社内での検討，同業者との情報交換や専門家への意見聴取，などの観点で，東京電力の結果回避措置を合理的なものと評価した。この判決の推論は，結果回避義務を中心に過失の存否の判断を行っている点で，学説的には新過失論の法律構成に親和的と言えよう。

本判決と類比しうる現代型訴訟[8]の類型に属する刑事事件の判例・裁判例として，次のものを取り上げることができる。

---

[5] 東京地判，前掲註２，判時 2431・2432 号合併号 5（41f.）頁.
[6] 学説の整理につき，参照，西田典之『刑法総論』第２版第５刷，東京：弘文堂，2012 年，256 頁以下.
[7] 井田良「判批（札幌高判昭和 51 年３月 18 日)」別冊ジュリ 166，2003 年，101.
[8] 参照，拙稿「現代型訴訟としての水俣病事件」大石眞ほか編『各国憲法の差異と接点』成文堂 2010 年，385 頁以下.

まず，森永ドライミルク事件では，有害薬剤の混入に予見可能性がなかったとした第一審に対して，控訴審判決は，「不安感こそまさに…危険の予見」[9]であるとして，化学検査等の注意義務の存在を認定した。これを受けた差戻第一審判決は，「ある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはゆかないという程度の危惧感」[10]があれば予見可能性が認められるとして，製造課長に監督過失を認めた一方，工場長については権限と業務内容から監督過失は認められないとした。いずれにしても，森永ドライミルク事件は，乳児の死傷者が生じている時点での予見可能性が問題となった点において，本件とは状況を異にしている。

このほか，カネミ油症事件刑事訴訟控訴審判決[11]は工場長に，水俣病事件刑事訴訟控訴審判決[12]は社長と工場長に，川治プリンスホテル火災事故刑事訴訟第一審[13]は社長に，同上告審決定[14]は経営業務担当の取締役に，ホテルニュージャパン火災事故刑事訴訟上告審決定[15]は社長と支配人に，生駒トンネル火災事件刑事訴訟上告審決定[16]は工事担当者に，HIV 事件厚生省ルート上告審決定[17]は厚生省薬務局生物製剤課長に，三菱トラック・ハブ脱落事件上告審決定[18]は品質保証部長らに，それぞれ過失を認めている。このうち，安全責任者について具体的予見可能性が肯定された事案は，本件と状況を異にする。社長ら経営責任者に過失を認めたもののうち，水俣病事件ではすでに生命健康被害が生じていた点で，また川治プリンスホテルとホテルニュージャパンの火災事件では防火戸・スプリンクラー設置等の法令違反が存する点で，それぞれ本件とは状況を異にしている。

他方，カネミ油症事件刑事訴訟第一審判決[19]は社長に，大洋デパート火災事件刑事訴訟上告審判決[20]は常務取締役ら 3 名に，薬害 HIV 事件帝京大学ルート第一審判決[21]は大学病院内科長に，JR 福知山線脱線事故刑事訴訟上告審決定は歴代 3 名の社長について，それぞれ過失責任を否定し無罪とした。このうち，薬害 HIV 事件帝京大学ルートでは HIV ウィルスの危険性と非加熱製剤の医学的効用との比較衡量が過失認定の要素となる点で，また大洋デパート火災事件の 3 名については防火管理上の具体的権限がないという点で，本件と状況を異にする。

[9] 高松高判昭和 41 年 3 月 31 日，高刑集 19 巻 2 号 136（184）頁.
[10] 徳島地判昭和 48 年 11 月 28 日，判時 721 号 7 頁，刑月 5 巻 11 号 1473（1516）頁.
[11] 福岡高判昭和 57 年 1 月 25 日，判時 1036 号 35 頁.
[12] 福岡高判昭和 57 年 9 月 6 日，高刑集 35 巻 2 号 85 頁.
[13] 宇都宮地判昭和 60 年 5 月 15 日，刑事裁判月報 17 巻 5 ・ 6 号 603 頁.
[14] 最決平成 2 年 11 月 16 日，刑集 44 巻 8 号 744 頁.
[15] 最決平成 5 年 11 月 25 日，刑集 47 巻 9 号 242 頁.
[16] 最決平成 12 年 12 月 20 日，刑集 54 巻 9 号 1095 頁.
[17] 最決平成 20 年 3 月 3 日，刑集 62 巻 4 号 567 頁.
[18] 最決平成 24 年 2 月 8 日，刑集 66 巻 4 号 200 頁.
[19] 福岡地判昭和 53 年 3 月 24 日，判時 885 号 17 頁.
[20] 最判平成 3 年 11 月 14 日，刑集 45 巻 8 号 221 頁.
[21] 東京地判平成 13 年 3 月 28 日，判時 1763 号 17 頁.

これに対し,カネミ油症事件およびJR福知山線脱線事故の各社長については,経営責任者としての責任以上の個別具体的な注意義務の存否が問題となる点において,本件と類似した状況にあったと言えよう。いずれも,過失の基礎となる具体的予見可能性を,「特定の構成要件的結果及び結果発生に至る因果関係の基本的部分の予見が可能であること」と捉えたうえで,「一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りないが,結果及び因果の過程の詳細な予見が可能であることまでは要しない」とする北大電気メス事件控訴審判決の基準[22]に適合したものと見ることができる[23]。

3-2　過失論にかかる民事損害賠償訴訟との対比

刑事訴訟第一審判決が東電経営陣の被告人3名を無罪としたのに対し,民事賠償・国賠訴訟においては,過失責任を認定しているものもある。群馬訴訟第一審判決いわく,「非常用電源設備等の安全設備を浸水させる規模の津波の到来につき,予見することが可能となり,…実際に予見していた」にもかかわらず,「長期評価に基づく対策を怠った」ので,「被告東電には,本件事故の発生に関し,特に非難するに値する事実が存するというべきであ」る[24]。福島生業訴訟第一審判決も同様にいわく,「“長期評価”は客観的かつ合理的根拠を有する知見であり,その信頼性を疑うべき事情は存在しなかったので…,これに対する適切な対策を講じなければならない注意義務があるのに…予見可能なO.P.＋15.7mの津波に対する対策を怠った」ので,「被告東電には過失があるといえる」[25]。これにたいし,千葉訴訟国賠請求第一審判決は,国の過失につき,「長期評価」にもとづく予見可能性は肯定しつつ,一義的な結果回避義務は存しておらず,専門家に検討を委託するという対応をとったことをもって,著しく合理性を欠くものではなかった,と結論づけた[26]。また,千葉訴訟民事賠償請求第一審判決および東京訴訟第一審判決は,被告東京電力には原賠法上の厳格責任のみが問題となるので,過失の存否,すなわち予測可能性と結果回避義務の存否については,判断を下していない。

ここで学説の面から,刑法過失論との異同を視野に,民事不法行為法における過失論をかんたんに整理してみたい[27]。民事不法行為法における過失とは,行為

[22] 札幌高判昭和51年3月18日,高刑集29巻1号78（90）頁.
[23] 参照,西田,前掲書註6,265頁;前田雅英「判批（最決平成29年6月12日)」WLJ判例コラム臨時号第110号,2017年,文献番号2017WLJCC018.
[24] 前橋地判,前掲註1,判時2339号4（68,85）頁.
[25] 福島地判,前掲註1,判時2356号3（54）頁.
[26] 千葉地判,前掲註1,裁判所ウェブサイト判決本文124,128頁.
[27] 学説の整理につき,参照,内田貴『民法II債権各論』初版第5刷,東京：東京大学出版会,1997年,312頁以下.

者の主観的態様として注意を欠いていたことにとどまらず，客観的に行為義務に違反したこととして捉えられる。そして，行為義務違反を構成する要素として，予見可能性と結果回避義務を区別したうえで，予見可能性は結果回避義務を基礎づける前提と位置づけられる。刑法過失論における新過失論に親和的な理論構成と見ることができよう。さらに過失判断の基準は，結果回避義務と被侵害法益との比較衡量によって定まるものとされる。有名なラーニッド・ハンドの定式を用いれば，{結果回避の費用負担（Burden）＜損害発生の確率（Probability）×被侵害利益の損失（Loss)}，すなわち，結果回避にかかる費用が，結果発生時の損害額に満たなければ，有過失と評価される[28]。それゆえ，作為義務の面から捉えれば，結果発生時の想定損害額と同額の予防策を講ずることが，結果回避義務の内容となる。もっとも，ハンドの定式の問題として，B＜PL の算定の困難性，生命・身体法益の損失回復不可能性，危険を伴う行為の有用性ないし社会相当性など，過失判断における本質的要素が考慮されていないことが指摘されている。

4　行為準則としての統一的過失判断の探求

4 - 1　福島原発事故と法の失敗

うえにみたとおり，本件民事賠償請求訴訟と刑事訴訟では，「長期評価」による想定最大津波の予測可能性について，正反対の評価がなされている。一般論としては，刑事法上の犯罪構成要件と民事法上の権利発生要件とは相違するので，刑事訴訟と民事訴訟で同一事象の法・不法の評価に相違が生ずることは，問題ではない。むしろ，「過失」という文言にかかる予見可能性という構成要件について，刑事訴訟と民事訴訟で何ゆえに法的評価が異なるのか，ということに存する。この問いに対する回答として，とりわけ現代型訴訟に関して，次のように説明されている。「企業の損害賠償責任を追及するときに，個々の実行行為者を特定すること，およびこの者の具体的行為―…この者の故意過失―と結果発生との間の因果関係を要求することが果たして責任の本質的要素を構成しているのかという点」に疑義があるので，「“法人自身の自己決定に基礎づけられた，法人自身の行為”を認める可能性を否定すべきではない」[29]。すなわち，法人に損害賠償責任を帰責するためには，個々の法人構成員の責任を明らかにする必要はない，ということである。

[28] 参照，クーター，ロバート・D，ユーレン，トーマス・S『法と経済学』太田勝造訳，新版第 3 刷，東京：商事法務，2002，370 頁以下.
[29] 潮見佳男『不法行為法』第 1 版第 3 刷，信山社，2004 年，31 頁以下.

しかし問題は，法人に不法行為責任を帰責できれば，法人構成員個人の過失責任は本質的問題でなくなり，刑事法上無過失・適法行為とみなしても良いのか，ということである。問題を抽象化するならば，ある危険行為にたいする法的評価として，法体系全体として統一的な適法・違法の識別基準を持たなくてもよいのか，という問いである。これに関する古典的な法理学の議論として，H.L.A. ハートによる法システムの分析が参考となる。これによれば，法システムは，第１次ルール，第２次ルール，究極の承認ルールの段階構造からなり，第１次ルールは行為準則，第２次ルールは行為準則の確定・変更・承認ルールとして捉えられる[30]。すなわち，公的権威により策定される第２次ルールが，市民社会の行為準則である第１次ルールを基礎とする限りにおいて，法システムは全体として，適法・違法（lawful/ unlawful）の統一的識別基準を備えた行為準則により，社会成員の行為を規律していると捉えることができる。

福島原発事故をめぐる法的争訟において，何ゆえに過失責任の統一的識別基準が問題となるのかと言えば，それは，企業の損害賠償責任を認めつつ，同時に企業責任者の行為を適法と評価するならば,「法の失敗」が生ずることを避けられないからである。法の失敗とは，厚生経済学における「市場の失敗」との類比において,「権利・義務関係に参画する法主体が法的に合理的な行為をおこなったとしても，法本来の機能である社会的公正が実現されない」[31]事態として捉えることができる。具体的に福島原発事故に即して言えば，企業経営者において，原発事故の具体的予見可能性が存しない限り,安全対策費を最低限に抑えることにより，一株当たり純利益 EPS を最大化し，かつ自らの報酬を最大化することに，インセンティブが働く。そして，仮に原発事故が生じたとしても，企業に賠償責任が課せられこそすれ，経営者自身の行為は無過失適法となるので，安全対策を積極的にとるべきインセンティブは働かない。さらに法人に課せられる賠償責任の面でも，過失から生じた損害の完全賠償は不可能であり[32]，必然的に，事故の被害者と外部の第三者によって負担される「社会的損失」[33]が生ずるので，企業は社会的道徳的責任を全うするわけでもない。

とりわけ福島原発事故においては，原子力損害賠償・廃炉等支援機構法（平成 23 年法律第 94 号）の制定により，東京電力が負担すべき賠償費用が，政府と原子力事業者 12 社の出資による支援機構から賄われることとなった。これにより

[30] Cf. Hart, H. L. A.: *The concept of law,* 2 nd edition, with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994, 91 ff., 193 ff.
[31] 拙稿「法の失敗―水俣病発見 50 周年に寄せて」佐藤幸治ほか編『現代国家における国家と法』東京：成文堂，2007 年，709 頁.
[32] 参照，クーター，ユーレン，前掲書註 28，491 頁.
[33] 拙稿「社会的費用，成長の限界，成長の権利―国際環境法への法哲学的アプローチ」GEMC journal, no. 5，2011 年，22 f.

東京電力は，損害賠償債務による債務超過・倒産という事態に陥ることなく，実質的に賠償責任からも費用負担からも免れている。実際，東京電力は，2011～19年度の９年間に，原賠・廃炉等支援機構からの交付金，約７兆３千億円を，特別利益として計上している[34]。原発事故に起因するこれだけの費用が，納税者と電力消費者によって負担されているということである。このように，企業経営者に適法行為を求めても，原発事故への安全策は動機づけられず，その結果原発事故が生じても，費用負担は企業の存続にも収益にも悪影響を及ぼさず，最終的に，事故の損害と費用は被害者と社会全体によって負担される。日本の法システムが法的に合理的に作動しても，このような不公正な結果を社会にもたらすという現象を，「法の失敗」と名づけることができるであろう。

４-２　危惧感説とハンドの定式

こうした「法の失敗」の事態を回避するために，現代型訴訟における企業の法的責任を念頭に，法体系全体としての過失判断の統一的基準を構想してみたい。ひとつの考え方としては，具体的予見可能性がない場合には，刑事法と民事法のいずれにおいても無過失とする，という見解が成立しうる。しかしこの見解によるならば，無過失厳格責任による賠償責任のみが問題となり，先に見た通り，いったん事故が発生したならば重大な損害が生ずる危険性[35]に対して安全策をとるべきインセンティブが働かないので，「法の失敗」は回避し得ない。

そこで，損害発生確率が極めて低い場合でも，刑事法と民事法のいずれにおいても予見可能性を認めうるための，合理的な基準を考えなければならない。刑法過失論としては危惧感説がこの見解に親和的であり，民事過失論のハンドの定式を用いることによって，損害発生の確率（P）が低くても，被侵害利益の損失（L）が大きい場合には，結果回避のための費用負担（B）の基準を合理的に算定できることになる。

ここで，ごく単純化して，ハンドの定式により無過失（B≧PL）となる結果回避費用を算定してみたい。福島原発事故で生じた損害全体は，約 21 兆５千億円と試算されている[36]。総務省地震本部による「長期評価」が考慮したのは，869 年

[34] 参照，東京電力株式会社，有価証券報告書，第 88 期（2011 年度）～第 96 期（2019 年度），年度毎の交付金の内訳は，2011 年度 2,426,271（百万円，以下同），2012 年度 696,808，2013 年度 1,665,765，2014 年度 868,535，2015 年度 699,767，2016 年度 294,234，2017 年度 381,987，2018 年度 159,806，2019 年度 101,699.

[35] “いったん…”は，川治プリンスホテル火災事件上告審判決における予見可能性認定の定式として知られる，参照，前掲註 14.

[36] その内訳は，廃炉費用約８兆円，損害賠償費用約 7.9 兆円，除染費用約４兆円，核燃料の中間貯蔵費用 1.6 兆円と試算されている：参照，「週刊エコノミスト」2017 年２月７日号，20 頁.

の貞観地震であったので，2011 年の東日本大震災は，1142 年ぶりの大地震であった。巨大地震・津波の発生を 1000 年ごと，原発の耐用年数を 40 年[37]とすると，原子炉 1 基当たりの危険遭遇確率は 4 %となる。P= 4 %，L＝21.5 兆円として，合理的な結果回避費用 B=PL は，総額 8600 億円と算定される。事故発生時の日本全体の原子炉総数を 54 基とすれば，1 基当たりの地震対策費は，40 年で約 160 億円，1 年当たり約 4 億円となる。福島第一原発は 6 基の原子炉を擁していたので，無過失の水準と評価しうる地震対策費は，年額約 24 億円と算定される。

ハンドの定式には，生命身体被害など人格的利益を数値化し得ないという限界があるとしても，ここに概算を示した通り，損害発生の確率（P）が極めて低い場合であっても，想定損失（L）が膨大となる危険について，結果回避義務の基準（B）を数値的に算定することができる点で，利点もある。このことから，民事過失論のハンドの定式に依拠して，刑法過失論においても，危惧感ないし不安感に過ぎない危険について，シミュレーションを用いて安全対策費を合理的に算定することにより，無過失適法行為の客観的基準を示すことは可能となる。このことにより，「危惧感があれば…，結局，結果責任を問うことになって責任主義の見地からは許されない」[38]とする危惧感説に対する批判にたいして，一定の応答は可能になると考えられる。

5　結語

これまで，福島原発事故刑事訴訟第一審判決をふまえて，過失論の観点から，民事損害賠償訴訟における各裁判所の判断との対比を行い，法理学の観点から評価を加えてきた。結論として，次のようにまとめることができる。刑事裁判において，具体的予見可能性の判断基準をもちいて，被告人 3 名に無過失・無罪の判断を下したことは，判例・通説に即したものと評価できる。他方，民事損害賠償訴訟においては，予見可能性にもとづく過失を認定したものもある。過失判断をめぐる刑事法と民事法の乖離は，法システムによる行為準則明示と社会公正実現の観点から，肯定的に見ることはできない。刑法上の適法評価は事故防止のインセンティブを阻害し，結果として「社会的損失」を生じてしまうからである。この「法の失敗」を回避するために，民事過失論におけるハンドの定式を刑法過失論における危惧感説とあわせて考慮に入れることにより，法システムに統一的な過失判断の基準を構想することも，一考の価値があると思われる。

[37] 参照，原子炉規制法第 43 条の 3 の 32.
[38] 西田，前掲書註 6，260 頁.

Fukushima Nuclear Disaster and Failure of Law

School of Law, Tohoku University, **KABASHIMA Hiroshi,** Prof. Dr.

Abstract

At the criminal trial over the Fukushima Nuclear Accident, Tokyo district court gave the judgement, on Sept. 9 th, 2019, that there was no misconduct on the part of then TEPCO's executives, who were therefore innocent. This judgement can be seen as reasonable from a standpoint of the precedents and the dominant criminal law doctrine. At the damage suits, to the contrary, there are some judgements of the first instance that TEPCO is liable for tort to compensate damages and solatia caused by its negligence. The problem of the difference between criminal and civil judgements can be identified at the point that so far as the act of the executives should be regarded as lawful and innocent of negligence in criminal law, they would have no incentive to prevent a disastrous accident like a nuclear meltdown which inevitably caused 'social costs' that were never compensated. In order to avoid this kind of 'failure of law', it would be meaningful to establish a common criterion, as formulated by Learned Hand, for an example, to judge between lawfulness and negligence in the legal system as a whole.

Keywords: 2011 Tohoku earthquake; nuclear accident; legal policy; negligence; lawfulness

倒産手続における留保所有権の法性決定論についての覚書

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．実体法と法性決定
　１．竹下説
　２．その後の学説
　　（１）伊藤眞説
　　（２）実体法と法性決定の分離
　　（３）竹下説の再検討
Ⅲ．法性決定とその帰結
　１．対象財産の換価方法及び時期と法性決定
　　（１）各種規定の適用の意味
　　（２）各種規定の適用の実体法的前提
　　（３）法性決定と財産帰属
　２．法性決定を媒介しない法的効果
　　（１）双方未履行双務契約
　　（２）再建型手続と法性決定
　　（３）法性決定の必要性
　　（４）法性決定と「合目的的考慮」
Ⅳ．まとめと展望

Ⅰ．はじめに

所有権留保をはじめとしたいわゆる非典型担保の多くは、債務者に既に帰属する物や債務者に原則的な取引形態であれば帰属しているはずの物の所有権の所在を操作する法形式を採りつつ、当該物の交換価値を用いて債権者が債務者に対して有する債権の回収リスクを低減する、つまり担保の目的で用いられている[1]。

[1] このような性質が倒産法における非典型担保の取扱いを巡る議論の出発点に据えられることは珍しくない（山本克己ほか編著『破産法・民事再生法概論』（商事法務、2012）162 頁

倒産法学においては、この非典型担保の法的性質、より具体的には、債務者が倒産した場合に対象物の所有権を法形式上は有する債権者が当該物について行使する権利の性質が（一般の）取戻権であるのか別除権（破産手続・民事再生手続の場合。会社更生手続においては更生担保権）であるのかが争われてきた。そして現在においては、非典型担保と見られる権利は、仮に形式的には目的物の所有権が債権者に帰属する場合であってもその実質に則して担保権としての性質を認めれば足りる（破産であれば別除権を認めれば足りる）、と考えるのが一般的である[2]。このような、ある権利者に「倒産実定法上想定されるものの内[3]どのような地位を与えるべきか」という問題を、本稿では「法性決定（論）」という。

本稿は、非典型担保の内所有権留保を対象に取って[4]、法性決定の理論的前提を明らかにしつつ、そうした作業自体の持つ意味を検討することを目的とする。非典型担保の倒産法上の法性決定は、実体法上非典型担保が如何なる法的構成（本稿においては、倒産法上の法性決定とは別に、目的物が物権的に誰にどのように帰属し、目的物に対する権限を誰がどのような範囲で有するのかを規定する実体法理論の総体を指す。以下では、単に「実体法上の構成」とも呼ぶことがある）に服するのかという問題と関連付けて考察されてきたが、近時、倒産法上の一定の帰結を演繹的に導く手法として実体法上の法的構成を云々することは有効でなく、むしろ倒産法固有の合目的的考慮から適切な解決を導く法性決定を与えれば足りるとも主張される[5]。一般に、取戻権や別除権を問題とする場合、問題となっている権利が実体法上どのような権利なのかを前提とすることが通常であろうが[6]、こと非典型担保においてそのような思考が有用でないと考えられるとすれば、それは何故なのだろうか。また、仮にそれが有用でないとすれば何らかの代替的理

以下、172 頁以下［佐藤鉄男］、山野目章夫「非典型担保」竹下守夫・藤田耕三編代『破産法大系　第 2 巻　破産実体法』170 頁以下（青林書院、2015）171 頁）。

[2] 杉本和士「破産管財人による所有権留保付動産の換価――前提となる法的問題の検討」岡伸浩ほか編著『破産管財人の財産換価［第 2 版］』779 頁以下（商事法務、2019）787 頁、山本克己編著・前掲註 1 172 頁［佐藤］。結論において別除権構成を採用する近時の文献として、例えば伊藤眞『破産法・民事再生法［第 4 版］』（有斐閣、2018）484 頁、伊藤眞「最二小判平 22.6.4 の Nachleuchten（残照）――留保所有権を取得した信販会社の倒産手続上の地位――」金法 2063 号 36 頁以下（2017）、山野目・前掲註 1 171 頁。もっとも異説も存在する（有力なものとして道垣内弘人『担保物権法　第 4 版』（有斐閣、2017）373 頁）。

[3] 実定法上のメニューを当然に完結的なものと考えない場合、なお選択肢は広がりを持ち得るが（この点については後掲研究会後の高田裕成教授との個人的なやり取りに負う）、さしあたりこれまでの議論との対話可能性を確保する意味でも本文のような前提で議論を進める。

[4] 所有権留保と一口に言っても、対象財産の種類によってはそもそも代金の担保目的のものではないものが含まれるとの指摘がある（山野目・前掲註 1 192 頁）。基本的には契約当事者の意思解釈の問題であり、対象財産の種類によっては類型的に契約の意義が定まる（ないし推定される）ことを意味すると考えられる。本稿は、売買代金の担保目的の特定の財産についての所有権留保を念頭に置く。

[5] 詳細は、後述Ⅱ 2（2）.

[6] 別除権となる権利は実体法上のカタログから例示する形で法定され（破産法 2 条 9 項）、取戻権は実体法上いくつかの類型の権利が取戻権の基礎となると説明される（例えば、伊藤・前掲註 2 書 454 頁以下）。

論枠組みが必要となりそうであるが、その方向性を探る為にも従来の議論のどこに問題があったのかを検証しておくことがなお有益であるように思われる[7]。

そして、こと所有権留保を巡っては、近時現れたいくつかの最高裁判例[8]をきっかけに特に議論が盛り上がりを見せている。本稿は、非典型担保に相当する権利が倒産手続上障害なく主張可能な場面を前提とし、この意味で近時の倒産法と所有権留保に関する最高裁判例が扱うものとは場面を異にする[9]が、これら最高裁判例やそれを前提とした学説の議論には、所有権留保の実体法上の法的構成の在り方や、別除権という法性決定が意味するところが密接に関わっている[10]。また、所有権留保の処遇をめぐる議論において再建型手続を無視することは適切でないと思われるが、本稿においてはさしあたり伝統的な議論の順序に則って[11]、まずは破産法における取扱いを検討し必要に応じて再建型手続について検討を加える[12]。

Ⅱ．実体法と法性決定

近時の議論においては、所有権留保の法的構成と倒産法上の法性決定との関係について新たな指摘が見られる。そこで、まずは我が国における法性決定論を実体法理論との関係に着目しながら確認していくこととしたい。

なお、所有権留保が手続開始前に実行（ここではさしあり、約定の条件の成就に伴って、売主が目的物を買主の下から引き揚げて換価する等して、売買代金等の被担保債権を回収すると共に、清算金が生ずればそれを買主に返還するプロセスを意味する）されれば、目的物の所有権は確定的に売主や目的物の処分の相手方に移転することになる。この場合、それらの者が買主の倒産手続において主張

---

[7] 本文でも触れる通り、前述の懐疑論は最終的に倒産法上適切な帰結を導けるかどうかを実質的に考察する方向を示すが、このことは新たな標が存在するというよりはむしろ標が失われることを意味しているように思われる。

[8] 倒産法上の処遇を巡る近時の著名な判例として、最判平成 22 年 6 月 4 日民集 64 巻 4 号 1107 頁、最判平成 29 年 12 月 7 日民集 71 巻 10 号 1925 頁。倒産局面を扱うものではないが最判平成 30 年 12 月 7 日民集 72 巻 6 号 1044 頁も注目される。

[9] 最判平成 22 年 6 月 4 日・前掲註 8、最判平成 29 年 12 月 7 日・前掲註 8 は、いずれも手続開始時に対象財産の登録を備えていなくとも別除権を倒産手続に対して主張可能かが争われたものである。

[10] 前述の懐疑論がこうした脈絡から現れたことはこれを傍証するように思われる。また、特に否認の問題に関して、後述の伊藤説（Ⅱ 2（1））や白石大「所有権留保と偏頗行為否認」三木浩一ほか編『民事手続法の発展　加藤哲夫先生古希祝賀論文集』413 頁以下（成文堂、2020）425 頁を参照。

[11] おそらくは、我が国における再建型手続に関する議論は、破産手続において蓄積された議論を基礎に、それを再建型手続の特徴に即して変容させながら展開されてきたものと思われる。このような議論方法は比較法的にも自明のものでないが、さしあたり現状では本文で記載した方法で検討を進めたい。この方法がどの程度適切かは、本稿での検討が成功しているかということをも踏まえて改めて考えたい。

[12] なお、伊藤・前掲註 2 論文 42 頁以下は、手続の種類によって議論が異なるべきでないとする。筆者もこの指摘に共感を覚えないではないが、理論的にそれぞれの手続との関係で議論がどのようになるのかを一端別個に明らかにしておくことも（結果的にそれらが同じ結論に達すべしと考える場合であっても）有意義であろう。

する権利は、ごく一般的な意味での取戻権である[13]。この実行がいつなされたと評価されるか自体難問であるが[14]、本稿では取り上げない。むしろ本稿は、そうした実行が未了の段階で買主（債務者）について倒産手続が開始した場合を対象とする[15]。

1．竹下説

竹下教授は、旧破産法及び旧会社更生法下において、所有権留保等の非典型担保の処遇について詳細な論稿を残している[16]。これが現在通説化している別除権説の嚆矢とされる見解である[17]。竹下説以前においては、取戻権として処遇する見解が通説的であったと言われているが、留保所有権が取戻権か別除権かという問題意識自体が希薄であり[18]、結果として所有権一般と同様に取戻権として扱うと素朴に考えられていた[19]。

竹下教授は、非典型担保の問題を論じるに当たって、実体法上債権者と債務者がどのような権利を有するのかを基礎に据えるべきと述べている[20]。所有権留保に関して言えば、買主は目的物の引渡しを受けることで代金完済を条件とする条件付所有権を取得するところ、この買主の取得する権利が物権的なものであることがここでいう実体法上の基礎を成す[21]。売主とてこの買主の物権を破壊することは許されないから[22]、売主の所有権は所有権に結び付けられるあらゆる効果を

---

[13] 伊藤・前掲註 2 書 487 頁もこれを前提とした記述と見られる。なお、買主の下から物理的に目的物を回収する必要があるならば積極的に取戻権を行使することになろうし、すでに回収された目的物の引き渡しを求める破産管財人に対して抗弁として取戻権を主張することもあろう。

[14] 道垣内・前掲註 2 323 頁以下、山野目・前掲註 1 194 頁。

[15] なお、「いつ実行が完了したか」という問いは、別除権説を前提とする立場からは「いつ売主が取戻権を行使できるようになるか」と言い換えることが可能である。倒産手続の影響を凡そ受けることのない完全な取戻権を考える限り、別除権説を前提としてこそこうした問いは意味を持つ（山野目・前掲註 1 194 頁も参照）。竹下守夫「非典型担保の倒産手続上の取扱い」同『担保権と民事執行・倒産手続』217 頁以下（有斐閣、1990）220 頁［初出＝1981］は、「担保権から所有権への変身の過程」と表現する。

[16] 竹下守夫「所有権留保と破産・会社更生」同・前掲註 15 書 267 頁以下［初出＝1973］、同・前掲註 15 論文 253 頁以下。

[17] 杉本和・前掲註 2 787 頁。

[18] 加藤正治『新訂増補　破産法要論　第 20 版』（有斐閣、1957）185 頁以下は特に所有権留保に触れることなく取戻権について論じており、旧破産法 88 条の類推適用の対象にも所有権留保を含めていなかった（菊井雄大『改訂増補　破産法概要』（弘文堂、1953）80 頁以下もその範囲を拡大する趣旨ではなさそうである）。

[19] 例えば、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1959）116 頁、我妻栄『債権各論　中巻一（民法講義Ⅴ$_2$）』（岩波書店、1957）318 頁。なお、我妻説においては、所有権留保の目的が担保であることは指摘されるものの、その性質が法性決定に影響を与えるものとは考えられていなかった。

[20] 竹下・前掲註 15 221 頁は、「非典型担保における債権者・債務者は、そもそも実体法上法的保護に値するものとしていかなる権利ないし法的地位を認められているのかを基礎とし」（圏点は引用者が付した）て問題を解決せねばならないとする。

[21] 竹下・前掲註 16 277 頁以下。

[22] 竹下・前掲註 16 280 頁。

享受することはできず、売買代金の担保の目的に必要な限度に[23]、すなわち、代金弁済の履行遅滞時に目的物の返還を求め得ることを前提に、任意の方法による換価を行って未払債権の満足に充てることを内容とする[24]担保権的権利に縮小される[25]。このような買主と売主の関係は「価値の分属」とも表現され、割賦代金の支払いによって逐次売主から買主へ所有権が移転していくいわば過渡期的な状態としても把握されている[26]。

このような構成を倒産手続に反映させると、買主＝債務者は代金完済前であっても目的物を占有・使用する権利を有することが契約上売主に対抗できてしかるべきであるし[27]、破産財団に属する条件付所有権を売主による目的物の取戻しによって失わせることも許されない[28]から、売主に完全な取戻権を認めることはできない。先に述べた価値の分属という観点からは、留保所有権の内未払代金相当額に相当する価値部分については取戻権とも言うべきであるとしても、一個の有体物の観念的な一部でしかなく当該部分の分離ができない以上売主に取戻権を認めることはできず、売主は換価金の一部が自己に排他的に支払われるべき旨を主張することができるに過ぎない[29]。このように売主の権利は完全な所有権ではなく担保的権利に縮小されているから、破産手続において売主に付与される権利は他の担保権者と同じく別除権とすべきだと結論される[30]。

このように竹下説は、実体法上の買主・売主双方の権利を基礎として議論を展開している。特に買主に条件付所有権という物権的地位を認めることが重要な意味を持ち、このことと売主の権利が担保的権利に縮小することが連動している。別除権という法性決定上の帰結は､所有権留保が実質的には担保目的であるとか、売主に取戻権が認められないことから直ちに基礎付けられるわけではなく、実体法上の買主･売主への目的物の帰属形態（竹下教授が言うところの「価値の分属」状態、「担保的権利に縮小された売主の権利」）を手続に反映する法性決定としては別除権が適切である、という思考が働いている。このように、竹下説における法性決定論は、実体上の法的構成の受け皿として最も適切なものを選択するとい

[23] 竹下・前掲註 16 284 頁。
[24] 竹下教授は特にこの任意換価権を強く見ている（竹下・前掲註 16 285 頁）。
[25] 竹下・前掲註 16 284 頁以下（簡潔な表現として、同・前掲註 15 253 頁）。具体的な帰結としては、残余金の買主への返還（清算）が導かれる（同・前掲註 16 285 頁）。
[26] 竹下・前掲註 16 280 頁。一連の竹下教授の理解は、鈴木禄弥教授の見解（幾代通ほか「企業担保（経営法学全集９）」（ダイヤモンド社、1966）300 頁、315 頁［鈴木禄弥執筆］の見解であると思われる。但し、鈴木説そのものというよりは、鈴木説の背後にある基本理解＝「所有権が完全には設定者にも担保権者にも帰属していない」（同 300 頁）という把握）に特に影響を受けたものであった（竹下・前掲註 16 286 頁以下参照）。
[27] 竹下・前掲註 16 292 頁以下。このことから、取戻しの前提として契約の解除が必要的であることが導かれている。
[28] 竹下・前掲註 16 293 頁。
[29] 竹下・前掲註 16 294 頁。
[30] 竹下・前掲註 16 294 頁。

う観点から定められていると言えよう。

２．その後の学説

別除権説は、今日では学説上一般的な理解となったと言って良い。判例上も、非典型担保を別除権と表現するものが複数登場している[31]。もっとも、竹下説の論理が厳密にトレースされているわけではなく、形式的には所有権は売主にあるがその実質は担保であるから（ないし非典型担保であるから）倒産法上は別除権として処遇する、といった説明が加えられることが多い[32]。そこでは、竹下教授が念頭に置いた意味での実体法的な法的構成は表面には現れず、形式と実質のいずれを重視するかといった形で問いが立てられている。

また、民法学説上、所有権留保の法的構成について確立した通説はおそらく成立しておらず、判例もどのような立場に立っているのかを明確にしているわけではない[33]。このことは、竹下説の実体法理解を前提として議論を展開できるとは限らないことを意味している。またこれにより、所有権留保を論じる際に前提とされる実体法理解が論者によって一致しないことがあり得、また、大枠としては所有権的構成と担保的構成という形に実体法学説が分類されるものの、それぞれについてどのような内容を想定するのかが論者によってズレていることもある[34]。

（１）伊藤眞説

こうした前提認識のズレが噴出しているのが、所有権留保と目的物の登録に関する議論である。売買代金を保証ないし立替払いした信販会社が売買目的物（自動車）の所有権を留保する形態について[35]、倒産手続上その効力を別除権として主張する為には、当該信販会社が自己名義の登録を備えている必要がある場合があることを示す判例[36]の理解を巡って、そもそも何故に留保所有権者は登録を要し得るのか、より具体的にはそこで登録が要求される根拠は対抗要件としてなの

---

31 最判平成 22 年 6 月 4 日・前掲註 8、最判平成 29 年 12 月 7 日・前掲註 8.
32 前掲註 2 文献の他に、山木戸克己『破産法』（青林書院、1974）154 頁、谷口安平『倒産処理法　第 2 版』（筑摩書房、1980）232 頁、霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1993）257 頁。
33 現行法において非典型担保の取扱いを明文化しなかったことにも、実体法平面での議論の収束が見られないことが関わっている（小川秀樹編著『一問一答　新しい破産法』（商事法務、2004）108 頁）。近時、表面的には最判平成 30 年 12 月 7 日・前掲註 8 のような、買主に所有権が移転していないことを前面に出すものもある（白石・前掲註 10 425 頁がこのことを重視している）が、なおその説示の意味の解釈が安定するには時間を要しよう。
34 例えば、後註 46 の通り、伊藤・前掲註 2 論文と杉本和・前掲註 2 は、「所有権的構成」の内容を異なって解しているように思われる。
35 信販会社を含む三者関係は、売主・買主のみが問題となる場面とは相当に異なるものを含むが、以下の物権変動に関する議論はそうした特殊性とは無関係である。
36 最判平成 22 年 6 月 4 日・前掲註 8.

かそれ以外の理由によるものなのかが問われ、その際に「所有権留保は物権変動が観念されない」から対抗関係が生じる余地はないとの理解が前提とされることがある[37]。同じことが、手続開始前に登録を備えない留保所有権者によって目的物が引き揚げられた場合に否認権（破産法 162 条 1 項等）が成立するかという脈絡においても語られる[38]。買主の責任財産に目的物は帰属しないという理解もこれに属する[39]。

このような傾向に警鐘を鳴らすのが近時の伊藤眞教授の論文である。既に伊藤教授は自身の体系書において、所有権留保の実行を取戻権として認めるか別除権として認めるかは「留保所有権の性質をどのように構成するかによって異なる」と前置きし、「すでに買主が条件付所有権という物権的支配権を目的物について取得している以上、留保所有権は本来の意味での所有権ではありえず、代金債権を担保する目的の担保権の一種であるとする」ことを前提とすれば、別除権として構成されるとする[40]。つまり、伊藤説は上で紹介した竹下説の論理を相当程度引き継いでいる[41]。逆に、伊藤教授は物権変動が存在しない、あるいは買主の責任財産に目的物が属さないことを前提とする見解を「取戻権説への回帰を意味する」と批判する[42]。近時一般に考えられている通り所有権留保は別除権であるという結論を共有する限り、そのような実体法理解は伴い得ないと考えられているのである。

伊藤教授の言う「物権変動」というのは、債権者の権利が完全な所有権から担保権に変化し、これに伴って債務者が物権的権利を取得することを意味するようであり[43]、やはり竹下教授に近い発想と見られる[44]。伊藤教授は、所有権留保に別除権という法性決定を与える場合に前提となるはずのこのような法的構成が別除権説の中において共有されていないことを批判していると言える[45]。議論が噛み

---

37 杉本和・前掲註 2 783 頁。
38 阿部弘樹ほか「登録名義を有しない自動車所有権留保の破産手続上の取扱いに関する実務の流れと問題点の検討――平成 22 年 6 月 4 日最高裁判決を契機として」債管 155 号 64 頁以下（2017）77 頁以下、白石・前掲註 10 425 頁。
39 白石・前掲註 10 425 頁によれば、所有権の移転がないことと順接の関係にある。
40 伊藤・前掲註 2 書 484 頁。会社更生法についても、同様の論理で更生担保権であることが導かれる（伊藤眞『会社更生法』（有斐閣、2012）205 頁以下）。
41 このようなスタンスは、伊藤・前掲註 2 論文 41 頁でも顕著である。
42 伊藤・前掲註 2 論文 39 頁。
43 伊藤・前掲註 2 論文 41 頁。債務者による物権的権利の取得を認めることが同時にその意味での「物権変動」を認めることを意味すると解されているようである。
44 但し、伊藤教授は、「特定の財産権について担保権を有する者が存在する場合に、担保目的物たる財産権は担保権設定者に帰属し、設定者に破産手続が開始したときは、当該財産権は、破産財団を構成する」という「公理」を肯定し（伊藤・前掲註 2 論文 37 頁）、債務者が有する期待権（竹下教授の言う条件付所有権と実質は変わらないものと思われる）が債務者財産を組成し、それに債権者が担保権を設定したものと見る（伊藤・前掲註 2 論文 41 頁）。竹下説においては、おそらく担保目的物は対象物そのものと捉えられていたのに対し、伊藤説においては前述の「公理」から、担保目的物＝財団財産構成財産であるという図式を維持する為、目的物（ないし目的たる財産的権利）をより特定している。
45 伊藤・前掲註 2 論文 41 頁以下は、伊藤説が説くいくつかの考え方が担保的構成の基礎に

合っているかは別にして[46]、本稿が着目したいのは伊藤説が法性決定と実体法の関係をどう捉えているのか、である。以上の伊藤教授の問題提起は実体法レヴェルで、とりわけ債務者の責任財産に所有権留保の目的物が（物権的期待権という形で）含まれているはずであるという形でなされている[47]。実体法の構成から出発してその受け皿として法性決定を導いた竹下説と比較すると、これをいわば逆流させて、別除権という法性決定の採用は一定の実体法理解を伴っていなければならないとの理解が採られていることになる[48]。

（２）実体法と法性決定の分離

いずれにせよ、竹下説も伊藤説も、一定の実体法理解を前提に法性決定を所有権留保に与える、という発想を前提にしている。

これに対して、近時は実体法と法性決定を不可分とは捉えない見解も唱えられている[49]。

山野目教授は、所有権的構成と担保的構成という二種類の実体法理解（所有権留保が実質的には担保目的を有することを直接実体法上の構成に反映させるかどうか[50]）は、取戻権・別除権という法性決定と対応すると考えるのが素朴であるもののこれを自明とは考えない[51]。すなわち、所有権的構成を採る場合であっても、倒産法上別除権扱いの帰結が妥当だと考えるならば、倒産法においてのみ担保の実質を重視して別除権として扱うことも可能だという[52]。「法的解決を要請する事項ごとに相対的な解決」が可能であり[53]、倒産時においてのみ担保の側面を強調するといった態様の議論を拓いている。平時における一定の構成の採用によっては直ちに法性決定が定まるわけではないという見解として興味深いものがある[54]。

これを近時の杉本和士教授が積極的に採用している。杉本教授は、法性決定をはじめとした倒産手続における非典型担保の問題は、直截に倒産法上の問題と捉

あったことを強調する。

[46] 例えば、杉本和・前掲註 2 796 頁は、物権変動は生じないとの理解を所有権説と呼び、これは条件付所有権を肯定する見解であるとしており、むしろ竹下説や伊藤説に立った場合も物権変動はないという理解を示しているようにも見える。責任財産に属していないという主張についても、「属していない」の意味がなお問題であり、杉本論文は条件付所有権の存在と「属していない」との評価が両立するものと考えているように見える。

[47] 伊藤・前掲註 2 論文 45 頁等。

[48] 但し、実定法解釈論の面で、別除権が破産財団に属する財産が対象であることを定義に含んでいること（破産法 2 条 9 項）とも関わる（伊藤・前掲註 2 論文 37 頁）。

[49] 道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣、1997）が、一定の立場を採った場合の影響・結果の妥当性を実質的に検討すべきとする点においては（同 66 頁以下、325 頁）親近性を有する。

[50] 山野目・前掲註 1 193 頁。

[51] 山野目・前掲註 1 195 頁。

[52] 山野目・前掲註 1 195 頁以下。

[53] 山野目・前掲註 1 196 頁。

[54] また、山野目教授は、実体法上も、特定の法的構成を採用しても演繹的に法的解決が定まらない場合があることを指摘している（山野目・前掲註 1 193 頁）。

え、「実体法上の法律関係を前提としつつも」「倒産法固有の合目的的な観点において考察を行うべき」とされ[55]、特定の実体法理解と法性決定とを連動させない方向性を志向している。かくして法性決定論は直接に倒産法固有の問題意識を受けるべきものとなり、別除権という概念は倒産法上の道具概念として用いられることになる。

こうした見解は、伊藤説のような別除権説の採用が実体法上の一定の態度決定を当然に含むとの主張を遮断する[56]。

（３）竹下説の再検討

以上のような見解を得た現在の目から竹下説を再度眺めると、以下のようなことが指摘できよう。

（ｉ）竹下説とその具体的帰結

繰り返しになるが、竹下説は、実体法上の特定の法的構成を前提に、これを適切に手続上反映させ得る法性決定として別除権者としての地位を留保所有権者に認めたのであった。その効果として竹下教授は、主として清算義務の肯定、換価期限の設定可能性（現行破産法でいう 185 条)、受戻しの可能性の３つを取り上げつつ[57]、管財人による目的物換価権限[58]や不足額責任主義[59]の適用を前提とする箇所も見られる。近時の見解は、特定の法的構成を前提としないまま別除権という法性決定を与えることで、同様の効果を享受しようとしている。以下、竹下説で認められていた諸帰結を順に取り上げつつ、もう少し仔細にその論理を確認しておこう。

竹下教授は、①清算義務は別除権説の採用がなければ導かれないと見ていたが[60]、近時は取戻権であっても清算義務が生じることには変わりがないという指摘も増えている[61]。取戻権は実体法上認められる物権の内容を倒産手続上もそのまま主張することを意味しているとすれば、平時において清算義務が肯定される限り[62]、

---

55 杉本和・前掲註 2 781 頁。
56 杉本和・前掲註 2 789 頁。まったくの推測ではあるが、竹下説や伊藤説が予定する民法理解が民法の学説レヴェルで有力とは見得るとしてもそれが支配的になったかどうか定かではなく（小川・前掲註 33 108 頁はそのような認識を示している)、民法上の法的構成の理論が帰一するところを知らない状況下（杉本和・前掲註 2 788 頁を参照）において、倒産法の議論を実体法に依存しないで組み立てられる方法論は魅力的に映るのかもしれない。
57 竹下・前掲註 16 295 頁以下。
58 換価期限の設定との関係で、竹下・前掲註 16 295 頁以下。
59 管財人による無権限の目的物譲渡との関係で、竹下・前掲註 16 302 頁
60 竹下・前掲註 16 295 頁。他にも、山野目・前掲註 1 173 頁。
61 道垣内・前掲註 49 297 頁、山本克ほか編著・前掲註 2 163 頁［佐藤］、霜島・前掲註 32 257 頁、杉本和・前掲註 2 785 頁。伊藤・前掲註 2 書 485 頁もおそらく同様である。
62 譲渡担保における清算義務の存在につき、最判昭和 46･3･25 民集 25 巻 2 号 208 頁。所有権留保も同様とされる（道垣内・前掲註 2 372 頁、内田貴『民法Ⅲ　債権総論・担保物権第 4 版』（東京大学出版会、2020）656 頁以下)。

取戻権と法性決定することで突然清算義務が失われることはないように思われる[63]。そうすると、清算義務の有無は実体法レヴェルで決着がつく問題であり、重ねて別除権という法性決定を為すことに実質的な意味はない。

それ以外には、別除権（更生担保権）という法性決定の帰結として、素朴に別除権に一般に適用される規定の適用を予定するものが多い。こちらは確かに、実定法の適用という意味では「別除権」という法性決定を与えたことから導かれる帰結であるように見える。しかし、②受戻し（被担保債権の全額弁済による担保の付着していない目的物の取得。現行破産法 78 条 2 項 14 号の対象）の可能性[64]については、被担保債権を弁済しても他の債権者の配当に悪影響がない（し任意売却を促進することで有利な影響さえある）ことが受戻しの許容性を支えているのだとすると、ここでも別除権という法性決定そのものに決定的な意味はない[65]。他面で、受戻しを認めることについては、倒産法（とりわけ会社更生法）上の妥当性があることが補充的にではあれ竹下説においても主張されており[66]、実体法上の法的構成がどの程度意味を持つ場面なのかは竹下説内在的には明らかでなかった。

さらに、③換価期間の設定可能性については、別除権と言った以上はそうなるという程度の議論であり、竹下教授が別除権説の基礎に据えた実体法理解とどのような関係にあるのか明らかにされていない。④管財人による目的物の換価や⑤不足額責任主義もこうした議論の域を出るものではない。

また、①と似て、実体法から直接議論が可能な領域が明示にも存在していた。⑥双方未履行双務契約性の否定と⑦倒産解除条項の効力の制限である。これらについて、竹下教授は法性決定論を媒介することなく結論を導出し得ている（特に⑥の詳細につき、後述Ⅲ 2（1））。

（ii）法的構成・法性決定・具体的帰結

以上を踏まえ抽象的な議論に戻ろう。

---

63 なお、売主破産時に清算金支払請求権が単なる破産債権となることを防ぐという趣旨の議論もある（譲渡担保につき、竹下・前掲註 15 231 頁）が、このような議論は、買主破産時の売主の取り扱いよりも、売主が持つ権利が買主・売主のいずれが破産するかを問わず凡そどういう性質のものなのかこそが問題であることを示すものと言えよう。

64 竹下・前掲註 16 295 頁以下、300 頁註 13。なお、これを認めるということは、結局のところ双方未履行双務契約の規定を適用し履行を選択したのと同様の効果をもたらすようにも思われるが、後述の双方未履行双務契約性の否定論との関係は明らかでない（杉本和・前掲註 2 790 頁は、買主側破産時における履行選択を「一応は正当化される」とする）。もっとも、解除選択（同 790 頁）や、売主破産時において買主が弁済を継続しているにも拘らず売主側から一方的に解除がなされることに問題があるとすれば、双方未履行双務契約の規定の適用ではなく受戻しの限度でのみ認めるべきとの議論があり得ようか。

65 偏頗行為否認の有害性論において、担保権者のみならず優先債権者への弁済も有害性を持たないのと同じである。道垣内・前掲註 49 297 頁以下も結論としては同様。

66 倒産解除条項との関係で、竹下・前掲註 16 312 頁以下。

竹下説は、(ア) 実体法上の法的構成→ (イ) その受け皿として別除権という倒産法上の法性決定→ (ウ) いくつかの帰結の肯定という構造を持つ。そこでは、基本的には (ア) が決まることで (イ) も決まり、(ウ) もおそらくは実定法上の別除権関連規定が自動的にパッケージとして適用される (他の別除権者と同じように扱われる) ことが比較的容易に肯定されていたと考えられる。

しかし、(ⅰ) で見たところからすると、(ア) (イ) (ウ) 相互の関係は実際にはより複雑である。

少なくとも、(ア) から直接 (ウ) を導き得、(イ) を媒介する意味がはっきりしないもの (①⑥⑦) が含まれる。このことからは、(イ) =法性決定が何のためになされるのかを改めて問う余地が残る。解答の可能性としては、仮に (ア) から直接議論が可能であっても、一度別除権という概念を媒介する (= (イ)) ことで手続上・実定法解釈論上の取扱いを明確にし[67]、あるいは (ア) で設定した法的構成 (いわゆる担保的構成) を改めて意識させる象徴的意味があるとは言えそうである。いずれにせよ、少なくとも実体法上の構成ないしそれを支えている問題意識の価値が失われることを (ア) と (イ) を分離する見解 ((2)) は意味せず、竹下説が部分的にはそうであるように、法性決定という道具立てを媒介せずに同様の議論が可能であることは否定できない。したがって、ある問題が一定の解決を備えるべきだと考えられる場合、当該解決を道具概念としての別除権の帰結とすることは自明ではなく、端的に実体法上一定の構成を採用したことの帰結であると説明することもなお可能である。

別のカテゴリとして、(イ) の結果として他の別除権となる権利同様に (ウ) が肯定されるという筋の議論がある (②③④⑤) が、それらは共通して (ア) との関係が明らかでない、ないし検証されていない。ここでの (ウ) は、(イ) の作業の形式的な帰結として記述されているに過ぎない。(ア) と (イ) を一塊で捉える竹下説内在的には、(ウ) がより厳密にどこから導かれてくるのかを問う契機に乏しいが、(ア) と (イ) の必然的連動を疑ってなお (ウ) を肯定する近時の見解 ((2)) から眺めると、狙われている帰結がどのような論理から導かれ得るのか、改めて検討する必要があるように思われる[68]。

[67] 解釈技術上は、別除権関連規定の直接適用がなされるという意味を持つ。

[68] 若干構造が特殊なのが②であり、実体法= (ア) との関係というよりも、担保権に特有の倒産法理論との関係で論じられるべき問題なのか、より一般的な倒産法理論 (前註 65 参照) との関係で論じられる (その中で、債権者間の利害関係が実質的に検討に付され、場合によっては担保権としての性質= (ア) が問題とされ得る) のかという問題として把握されようか。

Ⅲ．法性決定とその帰結

近時の学説は、実体法から演繹する議論様式から距離を取ると共に、法性決定を与えるかどうかは倒産法固有の合目的的考慮から決されるべきと述べている。この考え方は、別除権との法性決定を与える際の効果ないし帰結に強い関心を寄せる態度を示していると言って良い。また、Ⅱで確認したように、別除権説の嚆矢とされる竹下説にも、実体法理解及びそれを反映したものであるところの法性決定と具体的帰結の関係が不明瞭な部分が残されていた。

そこで、以下、いくつかの素材を取り上げて、従来法性決定との関係でどのような具体的問題が論じられてきたのか、その問題の解決にとって法性決定はどのような意味を有していたのかを検討してみたい。もっとも、筆者の能力の限界から、あらゆる論点を網羅することは叶わないことをおことわりしておきたい[69]。

１．対象財産の換価方法及び時期と法性決定

竹下説以来、極めて多くの文献において指摘されてきた効果として、所有権留保目的物の破産手続における換価方法に関する破産法上の規定（154 条[70]、184 条２項[71]、185 条[72]、186 条[73]）が適用されることがある。これらの一連の規定は、ラフに言えば、別除権は破産手続外での実行が許容される（65 条１項）が、それでもなお対象財産の換価に管財人が一定程度介入し、強制執行手続あるいは任意売却の方法によって換価のイニシアティヴを奪うことを認める意味を有する。

以下では、184 条乃至 186 条を取り上げつつ、所有権留保にこれら規定を適用する意味と根拠について考察していきたい。

（１）各種規定の適用の意味

破産法 184 条２項が適用されると、所有権留保合意が予定している目的物換価方法が財団の迅速な換価の名の下に変更され、管財人による民事執行法に基づく換価方法が可能となる。このことは同時に、目的物換価時期選択のイニシアティヴも管財人に与えられることを意味する[74]。

---

[69] 扱い損ねた問題としては、例えば不足額責任主義（破産法 108 条）の適用（竹下・前掲註 16 302 頁がこれを前提としている）があるが、不足額責任主義そのものの基礎や民法 394 条との関係を含め、後日検討したい。
[70] 伊藤・前掲註２書 485 頁。
[71] 伊藤・前掲註２書 485 頁。竹下説はこの点に直接は触れないが、185 条２項の期間経過時においてこの規定が適用されることを前提とする記述を含んでいる（竹下・前掲註 16 295 頁以下）。
[72] 竹下・前掲註 16 295 頁以下、伊藤・前掲註２書 485 頁、山野目・前掲註１173 頁。
[73] 伊藤・前掲註２書 485 頁、山野目・前掲註１195 頁。
[74] 小川・前掲註 33 249 頁。

担保権消滅許可（186 条）の規定を所有権留保に適用した場合[75]、ここでいう「担保権」つまり留保所有権の「消滅」の意味自体問題であるが、仮にこれが債務者に完全な所有権が与えられることを意味するとすれば、売買代金の完済という完全な所有権が買主に帰属する為の約定された条件を、一定時点での目的物の価値相当額[76]の弁済に変更していることになる。この操作は、一定時点において強制的に所有権留保の清算を売主に強制する意味を持つ[77]。なお論理的には、「担保権」が消滅するとしても、債務者への完全な所有権の移転の条件（代金完済）が成就していない以上、このような結果は導かれないという理解もあり得るが、そうだとすると、当該物の帰属が定まらない事態が生じ、任意売却を可能とする破産法上の担保権消滅の制度趣旨にはそぐわない[78]。

これら双方の議論と関連を持ち得るのが 185 条である。一般には、同条に基づいて設定された換価期間を経過して同条 2 項により担保権者が処分権を失った場合、以後は破産管財人による換価が行われる（184 条[79]）ことが想定されている[80]。もっとも、非典型担保の場合、処分期間の経過までに実行がなされない場合、処分期間の経過時点での評価額でもって清算金があれば管財人に交付すべき、つまり同項適用の効果として帰属清算の実行擬制を認める見解がある[81]。これも、実行擬制を通じて所有権留保合意の内容を倒産法が変更し、帰属清算を特定時点において強制する意味を持つ。

以上の規定を通じて、(A) 売主が約定された換価・処分方法を選択できなくなること、(B) 売主が約定された清算を行う時期を選択できなくなることの二点がポイントとなり、これらを如何なる理論で基礎付けるかが問題となる。法性決定

---

75 同条と非典型担保の問題については、伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務（ジュリスト増刊）』（2007）184 頁以下。

76 勿論、多くの場合は残代金額とこの価値は一致することが多いであろう。

77 184 条 2 項と同様に、当初予定された権利行使方法（売主への帰属または売主による換価）が選択できなくなる意味もあるが、担保権消滅許可の規定を適用する場合に他の別除権同様の手続が妥当するのだとすれば、売主側には一定の対抗手段を講じる余地があり（破産法 187 条、188 条）、これを通じて当該権利行使方法が実現され得る。

78 但し、担保権消滅後の任意売却ができる場合に限って適用を肯定する方向の議論もある（伊藤眞ほか『条解破産法　第 3 版』（弘文堂、2020）1296 頁）。なお、同様の問題は登録等を欠く所有権留保が手続に対して主張できなくなった場合にも生じる（杉本和・前掲註 2 795 頁以下）。

79 なお、谷口・前掲註 32 220 頁や中田淳・前掲註 19 126 頁は、別除権者が法定の方法以外の処分方法を有する場合にはそれを尊重しなければならず、現行法でいう 185 条を飛ばしていきなり 184 条 2 項を適用することはできないとする。仮にそう考える場合、所有権留保において 184 条 2 項が独自に意味を持つことはほぼなく、185 条の後始末としてのみ意味を持つ。

80 伊藤・前掲註 2 書 708 頁註 147)参照。伊藤説によれば、185 条は、本来は法定の換価方法とそれ以外の換価方法が併存する場合を前提に後者を制限したものであると解する余地があるところ（通常は、2 項で失権が起これば 184 条の問題に収斂し、改めて法定の方法での換価が問題となる）、後者しか存在しない非典型担保については 2 項の失権効を単純に適用することが難しくなる。

81 伊藤ほか・前掲註 78 1237 頁、伊藤・前掲註 2 書 708 頁註 147)。谷口・前掲註 32 228 頁も同趣旨に読める。

論の意義を論じるならば、この基礎付けに法性決定がどの程度寄与するかが一つの視座となろう。

（２）各種規定の適用の実体法的前提

（A）を直接にもたらす 184 条２項は、別除権の目的財産が破産財団に属し、そこに破産管財人の管理処分権が及んで他の財産同様に換価が可能であることを前提としている[82]。この管財人の管理処分権は破産者に由来するとすれば、破産者が対象財産についてどのような権限を有していたのかが前提となる。そして、所有権が売主に留保されていることを文字通りの意味で捉える場合は勿論、仮に破産者に何らかの物権的地位が肯定されるとしてもそれがせいぜい条件付所有権ないし期待権であって目的物全体についての無制限の処分権は含まれていないと考えるならば[83]、184 条２項の適用の前提を欠くのではないだろうか。勿論、所有権留保特約の内容やその解釈にも依存し、買主に目的物処分を認める約定が存在する場合もあろうが、それはかような合意があるから可能なのである。

（B）については、別除権者が平時において有する換価時期選択権（例えば、民事執行法 63 条参照）は、破産手続下では（仮に破産法 65 条１項が原則自由な担保権実行を認めているとしても）保障の限りではない。一般の別除権の場合にこのような制限が許容されるのは、第一に、あくまで優先弁済権（民法 369 条、民事執行法 87 条１項４号）が担保権の中核にあり、換価権、とりわけ換価の時期を選択する権利は相対的に保護に値しないと考えられているからであろう（実際に、更生担保権構成を採る会社更生法においてこうした考え方はより前面に出ている）。所有権留保もこのような性質のものに切り揃えるという政策判断があり得るものの、他面で、所有権留保合意があくまで売主に強力な実行時期の選択権を与えようとしている場合に「他の担保権がそうなっている」ことだけを理由に同様の扱いを正当化できるのだろうか[84]。実定法が作り出した典型担保の権利の内

---

[82] 伊藤・前掲註２書 706 頁以下、山本和彦ほか『倒産法概説　第２版補訂版』（弘文堂、2015）114 頁［沖野眞已執筆］。若干異なる説明をするものとして中田淳・前掲註 19 127 頁があるが、強制執行による換価に文句をつける理由がないという説明が実態に適合しているかは問題である。

[83] 道垣内・前掲註２370 頁以下、竹下・前掲註 16 302 頁以下。他方、伊藤説は期待権をほとんど完全な所有権と同視する（伊藤・前掲註２論文はむしろ竹下説をこのように読む。双方未履行双務契約性を論じる際にも同様の傾向が見られる（伊藤・前掲註２書 486 頁））。なお、譲渡担保とパラレルに発想する方向性（一旦債務者に完全な所有権が移転し、担保が設定され直しているという把握方法）もあるが、結局、譲渡担保を前提としても、債務者の持つ権利が「設定者留保権」などと呼称されることを別にすれば、基本的な構造は変わらないように思われる（ここで設定される「担保」が所有権とは全く関係のない（法定外の？）担保権であるというのであればまた別であるが）。

[84] 道垣内・前掲註 49 307 頁も参照。なお、通常所有権留保が設定される場合には、売買契約売主の先取特権（民法 311 条５号、321 条）を有することになり、別除権を得る（破産法２条９項）。所有権留保は、こうした先取特権では不足があることを背景に実務上用いられていることが推測されるが、別除権関連規定を所有権留保にフルに適用することは先取特権の限度を超えて売主を保護する必要はないという価値判断を伴っているといえよう。但し、

容を、同じく実定法でもって（右手で与えたものを左手で奪うことにはならない限度で）再定義することは比較的容易でありそうであるが、合意を基礎とする権利についてそれがどこまで可能なのかは明らかではない。また第二に、別除権の目的物は破産財団に属する財産であることが予定されている（破産法２条９項）ことを付け足すことができる。例えば信託財産が倒産隔離の効力を享受するのとは異なり、担保権の目的物はあくまで破産財団に属する以上破産者が破産した場合には他の財産とまとめて清算されることになるから[85]、その限りで当該財産の換価時期についても一定の制約に服する。逆に、この同時清算の要請が働かない財団外財産には取戻権が成立し、行使時期・方法の制限はない[86]（代償的取戻権さえ成立し得る）。別除権対象財産について換価時期の選択権が制約され得ることは、当該財産が財団に属する財産であり破産手続が開始した以上他の財産と包括的に清算処理に服するべき財産であることが基礎になる[87]。つまり、担保権者が平時に有する換価権は、あくまで債務者の財産全体についての清算処理が動いていないことが前提のルールであり、破産下ではこれを貫徹することができない。もっとも、184 条２項のような財産の換価をまさに管財人が行う（換価方法そのものを変更する）のとは異なり、時期の選択権は平時においてさえ、ある目的物の価値を一般債権者と担保権者が折半している場合（無剰余でない場合[88]）には保証の限りではないことに注意が必要であろう[89]。

破産法 185 条１項が存在する以上、所有権留保合意によって定められた独自の換価手段が（一旦期間制限という制約の可能性を留保した上で）保障される点では先取特権以上の保護が与えられよう。

85 信託財産が受託者の破産手続において破産財団を構成しないこと（信託法 25 条１項）は、信託法が信託財産と固有財産についての債権引当関係を分別していること（信託法 48 条、信託法 23 条１項）を実現する装置であるが、引当関係を反映した倒産処理を実現したいだけならば、受託者財産全てを破産財団とした上で、法定財団及び配当財団を二種類観念して配当で調整を行えば十分である。そうではなくて破産手続自体を分ける意味は、一方の財産体が破産した場合に、他方の財産体がこれに巻き込まれず同時に清算されなくとも良い（支払能力を別個に観念する）点にあると考えられる。

86 比較法的には、取戻権がこの意味で永続的・無制約なものであることは自明ではない。例えばフランス法の revendication は、日本法やドイツ法でいう動産取戻権に相当する権利について、当該動産が債務者資産中に現物で存在することを原則前提に、一定の手続を一定の期限までに履践しなければ失権することを認める（C.com., art. L.624-9, art. L.624-16 ; PH.PETEL, *Procédures collectives*, 9ᵉ éd., 2017, nº346 et s.）。

87 谷口・前掲註 32 220 頁参照。中田淳・前掲註 19 125 頁は、別除権の行使一般に関して、管財人と担保権者のイニシアティヴの関係は財団に属する財産が対象であるという別除権の前提を基礎として理解されるべきとする。

88 なお、財団財産のより迅速・効率的な換価によって債権者全体が利益を受ける倒産手続（特に破産手続）下においては、（当該迅速・効率的換価の結果生じた余剰的利益を担保権者が独占できないこと（ないしルール）を前提とする限りは）その意味で常に無剰余と同等の状態にあると評価し得ると考えることもできようか。

89 ここではさらに、非典型担保権者は第三者異議の訴えによって強制執行を止めることが可能であることが問題となり得る（最判昭和 49･7･18 民集 28 巻５号 743 頁等）。但し、中野教授が述べるように（中野貞一郎「譲渡担保権者と第三者異議の訴」同『強制執行・破産の研究』（有斐閣、1971）97 頁以下［初出＝1963］）、その基礎に、執行法上非典型担保権者の権利を実現する方法が他にないことや、当該財産について資産保全を図るメリットが認められることが根拠だとすれば、倒産手続（とりわけ破産）では別論という可能性もあろう。

（３）法性決定と財産帰属

以上のような議論が可能であるとすれば、別除権という法性決定がなされたとしても、所有権留保に対して破産法上の別除権規定の適用が当然に可能であるとは言えない。一連の規定の適用の前提は、実体法上当該所有権留保の目的物が買主＝破産者に帰属しており、管財人がその管理処分権をもってその換価の時期・態様をコントロールする資格を有することである。そうすると、仮に実体法の構成と切り離して別除権という法性決定を与えたとしても、実際に狙った効果が得られるかどうかは実体法に依存する。

近時の学説は、実体法上の構成と法性決定を切り離した結果、法性決定をどうすべきか、あるいは具体的な倒産法規定の適用の有無をどう考えるかという問題について、倒産法固有の合目的的な考慮、杉本説によれば「債権者間の平等、公正・衡平」という指導理念に照らして個別に考察をすべき、とする[90]。こうした言辞からは、一見すると実体法と全く無関係に議論がされるようにも見えるが、そこまでを意味する見解とは言えない。実際に、杉本教授も「実体法上の法律関係を前提としつつも」と述べているのであり、ポイントは実体法上の特定の構成と法性決定とが「演繹的に」論じられる傾向から距離を置くことにある。

この限度で両者を分離することは、倒産法固有の合目的的考慮から実体法を変容させ得ることを直ちに意味するものでもなく[91]、当該合目的的考慮が実体法と整合しているかどうか、していない場合にはそれが正当化し得るのかを問うことが依然として可能であり必要である。ここで、別除権という法性決定を与えることは実体法を変更する意味をも有する、という理解も成り立ち得る。別除権は定義上破産財団に属する財産について成立する（破産法２条９項）のだから、別除権が成り立つと言った以上はその対象財産も（平時実体法における構成に囚われずに）破産財団に属すると評価される、という理解である[92]。しかし、別除権と言いさえすれば実体法が変更されると解するのであれば、関係人の実体法的地位を尊重すべしというおそらく一般論としては共有されている筈の理解[93]からは（実体法から法性決定を演繹するかどうかとは関係なく）説明を要する事柄であり、むしろ目的物が破産財団に属するという前提が成り立たないならば別除権という

[90] 杉本和・前掲註２781頁以下。
[91] 杉本説は、破産手続において別除権として処遇されることは実体法上所有権留保が担保であると考えられることを直ちには意味しない（杉本和・前掲註２789頁）とする一方で、倒産時の規律を考察することで平時の実体法の議論に影響を及ぼすことをも想定しており（杉本和・前掲註２782頁）、両者の関係はそれほど単純には捉えられていない。
[92] 倒産時においてのみ実体法の構成そのものを相対化させ、それに従って別除権という法性決定を行う理解とも言えようか。
[93] 一定の合意の倒産法上の効力を論じる脈絡において、関係者の実体法上の地位の尊重という考え方は原則論としては異論がないという評価がある（垣内秀介「倒産解除特約の破産手続上の効力」岡ほか編著・前掲註２書706頁）が、それはさしあたりこの場面においても同様であると考えられる。所有権留保の法的構成は、所有権留保付売買契約を締結した当事者の合意に基づく地位を精緻化するものであるからである。

法性決定が可能であったとしても得られる効果には限界があると考える方が実体法的地位の尊重という基盤との抵触は少ない。そうすると、所有権留保には、仮に別除権との法性決定を与えたとしても適用されない別除権規定があるという縮小解釈も成り立たないわけではないであろう[94]。

2．法性決定を媒介しない法的効果

（1）双方未履行双務契約

竹下教授は所有権留保付き売買契約について、代金完済前に買主が倒産した場合において[95]、双方未履行双務契約の規定の適用を否定するが、その論理は別除権という法性決定に由来するものではない[96]。形式的に売主がなすべき履行行為が存在しない為要件に該当せず[97]、仮にそれは認め得るとしても各契約当事者が互いに相手方の債務を自己の債権の担保と見るという双方未履行双務契約の規定趣旨が妥当しないことがその理由である[98]。そこでは、所有権留保特約付売買の性質を踏まえて、双方未履行双務契約の規定の解釈論が展開されるのみである。

他方、近時は双方未履行双務契約の規定の適用の有無の問題が法性決定論と結びつけて論じられることも少なくはない。例えば、伊藤教授は、取戻権説への回帰と評される一部の見解は、「双方未履行双務契約性を認める考え方の復活につなが」るともされる[99]。杉本教授も、別除権説の採用と双方未履行双務契約の適用は両立しないとする[100]。もっとも、当該議論において「別除権」であることがど

---

[94] 積極的に倒産実定法が実体法を変更して別除権というラベルを貼る商事留置権の場合（破産法 66 条 1 項）でさえ、最判平成 10･7･14 民集 52 巻 5 号 1261 頁によれば元来の留置権の効力が残存することは、別除権の基になった実体権に応じて様々な内容の（場合によっては抵当権のような典型的な別除権よりも強力な）別除権が成立し得ることを示唆する。

[95] 竹下説は、売主倒産時についても検討を行っているが、本稿では立ち入らない。

[96] 議論の順序としても、別除権か取戻権かという問題（竹下・前掲註 16 292 頁以下）に先立って検討される。なお、同じ傾向が倒産解除条項の議論にも見られる（竹下・前掲註 16 311 頁以下。このことは、合意による差押対象外財産の作出が許されないということによっても補強される（同 313 頁等））。

[97] 竹下・前掲註 16 275 頁以下。

[98] 竹下・前掲註 16 290 頁以下。竹下教授は、後の論稿において、登記や登録等を要する財産については、登記や登録の拒絶を代金債権の担保としていることから、目的物の担保価値のみを担保としているその他の財産と異なり、双方未履行双務契約の適用があると解している（竹下・前掲註 15 255 頁以下）。ここでも双方未履行双務契約の規定の趣旨が問題なのであり、法性決定とは関係がない。もっとも、竹下教授はこれに加え、この場合引渡しを受けるだけでは買主は目的物を処分することができず、所有者としての利益を享受しているとはいえないともされる（同 256 頁。竹下・前掲註 16 278 頁以下の前提が登記・登録の対象となる財産においては異なることを意味する）。こうして買主の物権的な地位が援用されていることは、法性決定と実体法を連動させる竹下説においては法性決定の帰結とも表現し得るが、法性決定を媒介することが必要的ではないとも言えよう。

[99] 伊藤・前掲註 2 論文 42 頁。但し、そこでいう「取戻権説」が法性決定の意味で述べられているのか、買主が実体法上何らかの物権的権利を有することを否定するという趣旨で述べられているのかは判然としない（伊藤・前掲註 2 書 486 頁）。「取戻権説」と「所有権説」が互換的に用いられていると思しき場面もある（伊藤・前掲註 2 論文 41 頁以下）。

[100] 杉本和・前掲註 2 792 頁。

のような意味を持っているのかは明らかでない。杉本説は、解除選択時に売主に不利益がもたらされることを問題とするが[101]、そこで指摘される券面額での既払代金と価値の劣化した目的物の相互返還が均衡を欠いているという問題は、目的物の占有の移転が済んでいる＝買主が目的物を使用し使用価値を享受できる状態になり取引目的をほぼ達成しているにも拘らず、形式的に何からの義務が残っているからといって双方未履行性を肯定するという、双方未履行双務契約の規定についての不適切な議論方法に由来するものではなかろうか[102]。

（２）再建型手続と法性決定

再建型手続においては､担保権を更生担保権として扱う会社更生法のみならず、別除権として扱う民事再生法においても、破産法に比べて[103]担保権者への制約は重度のものとなる。そして、所有権留保を別除権や更生担保権とすることは、こうした規制を所有権留保に及ぼすことを目的の一つとしている[104]。

会社更生法においてこうした規律が重要性を持つのは、担保権目的財産が手続目的である企業再建の物的基礎となっている場合に、当該財産を債務者の元に残す必要があるからである[105]。こうした手続目的を意識する限り、所有権留保を他の担保権と同様の制約に服せしむることは重要な課題となるが、別除権ないし更生担保権と法性決定することは、こうした制約を及ぼす前提のという意味を与えられている。竹下説において破産との関係では法性決定とは無関係に論じられていた双方未履行双務契約論や倒産解除条項の効力論は、会社更生との関係では以上の手続目的を考慮した上で法性決定と結び付けられている[106]。

もっとも竹下説は、仮に取戻権を肯定すれば債務者が目的物を占有できることと矛盾し、条件付所有権を消滅させるとも述べる[107]。つまり、同様の結論は再建型の目的に訴えることなく実体法からも導出可能であり、再建型手続の目的はそうした実体法上の帰結を正当化し補強しているに過ぎないとも言える。

---

101 杉本和・前掲註 2 790 頁。
102 杉本教授は、登記・登録を要する財産か否かで双方未履行双務契約該当性について帰結が異なることに異論を唱えている（杉本和・前掲註 2 791 頁)。そこでは、別除権という法性決定は、こうした本質的でない違いから結論を違えることを否定する意味を持つのかもしれない。しかし、本質的な違いが法性決定と結びついていることが前提であろう。
103 なお、再建型手続においては、目的物の換価を当然の前提とはしない為、１(２)(３)の問題が生じる余地は小さくなるが、財産の一部を換価する場合はなおある。
104 実行中止命令の適用については、伊藤・前掲註 40 207 頁。なお、伊藤・前掲註 2 書 973 頁によれば、民事再生手続においては破産と同様とされているが、おそらく実行中止命令（民再 31 条 1 項）も適用されるものと考えていると思われる（伊藤・前掲註 2 論文 42 頁)。会社更生法において更生担保権として扱うべきとするのは、竹下・前掲註 16 320 頁。
105 竹下・前掲註 16 321 頁。
106 竹下・前掲註 16 273 頁以下、332 頁。
107 竹下・前掲註 16 321 頁以下。

（３）法性決定の必要性

そうすると、実体法上の構成を基礎として、端的に問題となる倒産法上の条文や法理の適用可能性を考察することも可能でありそうである。既に指摘した通り（Ⅱ２（３）(ii)）、倒産法固有の合目的的考慮が重要であるとしても、当該考慮を実定法解釈論に反映させる方法が一定の法性決定を与えることに必然的になるわけではない。むしろ、実体法から直接に一定の法的帰結を導ける限り、別除権という概念に頼る必要はない。

竹下教授は「担保権者に対して課された制約を一切免れた権利行使を認めること」が許容されるのかという問題意識の下、取戻権ではなく別除権であるとの法性決定を導いていた。しかし、「制約を一切免れた」（圏点部引用者）通常の所有権同様の意味での取戻権[108]が成り立つわけではないことは、別除権であることを直ちには意味しない。むしろ、対象権利の実体法的な法的構成を反映するはずの取戻権の内実が実体法の議論の精緻化によって定まり、それによって問題が解決可能である可能性も残る。つまり、別除権という法性決定によって目指した帰結は、取戻権説に立ったとしても実現可能であるように思われる。１で触れた規定は（そもそもこれら規定が本当に適用できるのかという問題があることは一旦措いて）別除権等の法性決定がなされるからこそ適用されるかのように見えるが、これら規定の適用は実質的には目的物の処遇に関する所有権留保合意の内容を変更する意味を有しているとすれば、合意の内容を再構成することで取戻権の権利内容としても同様の帰結を導く余地が残りそうである[109]。

やや問題が残るのは、不足額責任主義や会社更生法における更生担保権の計画上の取扱い[110]に関する規定のように、売主の債権者としての手続上の地位を規定する為には、物権的な法的構成の考察やこれに関する合意内容の再構成だけでは不十分であるかもしれない。そうすると、別除権や更生担保権という法性決定を付与することが必要的となるのは、（当初の問題意識からは離れ、）所有権留保目

108 伊藤・前掲註２論文 42 頁が問題視する「最近の議論」は「物権変動が生じることを否定する」議論を意味しているところ、ここで言う「物権変動」は条件付きの所有権（期待権）の債務者への移転を（伊藤説内在的には）意味している。仮に伊藤教授の把握する「最近の議論」がこのような意味内容の議論であるとすれば、本文で述べた意味での取戻権説を意味することになろう。

109 一般に、合意が倒産法的な考慮から再構成され得ること自体は概ね承認をみていると言える（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 頁以下（2002）、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）、垣内・前掲註 93 論文）。所有権留保はその一局面である。杉本和・前掲註２797 頁も別除権が登録を欠いて行使できなくなった場合に、停止条件成就に関して合意の変容を想定する。また、取戻権構成の下でも破産法 185 条の処分期間の指定を想定する議論もある（伊藤ほか・前掲註 78 1288 頁）。

110 配当処理が非典型担保に馴染むかという問題がある（担保権消滅許可につき伊藤ほか編・前掲註 75 185 頁以下）ことからは、計画への組込み処理そのものについて議論の余地もありそうである。

的物を物的にどう処遇するかという場面よりも、所有権留保と紐付けられた債権の行使方法が問われる場面だと言うこともできよう。所有権留保を合意することで、被担保債権たる代金債権が倒産時においてどのように行使されるのかということも黙示に「合意」されていると評価する可能性は絶無ではないかもしれないが、取戻権という受け皿が存在する物的側面と異なり、債権の行使方法について合意を擬制することが倒産法上の扱いを決定する理屈として適切なものであるのかはなお疑問が残る[111]。

（４）法性決定と「合目的的考慮」

もっとも、(３)で述べたことは、物的処遇を定める方法として別除権という法性決定が使えないことを意味するわけではない。むしろ、空の取戻権から出発するよりもひと揃えの規定が存在する別除権を出発点にする方が議論の筋道が立てやすいし、実体法の議論が必ずしも帰一するところを知らない状況下において、別除権というラベルを貼る方法は扱い易い道具となる可能性もある。重要なのは、その場合でもなおその効果について検討を要する（１(２)(３)）ことに尽きる。

さらに進んで、実体法が倒産法固有の合目的的考慮を反映不可能な形で構成されている場合において、いわば切り札として法性決定を持ち出すことが魅力的に映る場面が存在しないとは限らない。但し、この場合、仮に実体法から演繹的には法性決定は導かれないという近時の議論を肯定するとしてもなお、実体法を素直に取戻権に反映すれば導かれ得ない帰結を、そうではない法性決定を与えることによって実現することが何故に正当化されるのかという問いを避けて通ることはできないように思われる。近時の議論が「倒産法固有の合目的的考慮」を説くことは、この正当化を実質的に図る議論として理解可能である。

もっとも、倒産法における別除権（や更生担保権）関連規定を支える「合目的的考慮」には様々なものが存在しており、ただ倒産法が当該目的の実現を目指しているというだけで正当化を図ることは適切ではない。例えば、(２)で取り上げた再建型手続における事業再建の為の規律（具体的には、留保所有権者がその専断に基づいて再建の基礎となる債務者資産から目的物を引き剥がす行為を掣肘する為の規律）は、手続の根幹を維持する為の規定として極めて強い合理性を持ち得るが[112]、１で取り上げた破産手続における財産換価方法を定める規律（具体的

[111] 一般に、債権の行使方法や優先順位について、約定劣後破産債権に相当するものを別にして、相殺のような制度的な支えを抜きに、生身の債務者と債権者による事前の合意による操作が可能であるとは考えられていないように思われる。

[112] なお、このような観点を強調して実体法上所有権的に構成された留保所有権を制限することは、所有権一般に対する処遇との平仄を欠くようにも思われるが、仮に本文で述べた考慮が極めて高次の価値を持つと考えるのであれば、所有権、つまり取戻権一般でさえそうした目的の下制約に服することがあり得ないわけではない。通常は、倒産法的再構成といったツールを用いて、取戻権自体を否定する場合にこうした考慮がなされてきたように思われる

には、目的物の換価を前提に、そのイニシアティヴを管財人と留保所有権者のいずれが、どのような条件において獲得するかを定める規律）が全く同等の価値を持つ規定と見られるかは議論の余地もあろう。確かに、破産財団を可及的に迅速かつ良い条件で換価することは債権者の利益を確保するという意味で重要性を持ち、まさに破産手続は債権者の債権回収を効率化することを目的としていると考えられる[113]が、それは第一次的には債権の個別的行使を封じる規律に向けられている説明であり[114]、別除権のように個別的権利行使を認めた上で権利行使方法を限定することで相対的に合理的な財団換価を実現する規律は次元が異なるように思われる。留保所有権目的物が債務者の他の財産と有機的に結合することでより高い価値を生み出す場合であれば、これを実現する為の規律は事業再建を目的とする規律と連続性を持ち得るが、個別財産として目的物を換価する際に相対的に有利に換価が可能であるとか、組入金が財団にもたらされるといった利益が、実体法の変更理由としてどこまでの正当性を持つのかは慎重な検討が必要であるように思われる。

このような意味においても､別除権という法性決定を活用する場合であっても、倒産実定法ルールの何をどこまで適用できるのかより詳細な検討を要する。

Ⅳ．まとめと展望

最後に、本稿の議論を整理しておく。

まず、①取戻権という法性決定を与えたならば導かれないような帰結を別除権という法性決定を与えることで導く余地がさしあたりはあるが、このことは正当化を要する問題であると共に、別除権関連規定の全てが当然にその正当化をパスできるとは限らない（Ⅲ２(４)）。なおこのことは特に、実体法上いわゆる所有権的構成を厳格に採る場合に問題として顕在化する。②他方、実体法上そうした厳格な構成を採らない限り、別除権という法性決定に頼るまでもなく取戻権として扱ったまま望まれる帰結を導くことも不可能ではない（Ⅲ２(３)）。もっとも、③この場合、さらには正面から別除権であるという法性決定を与える場合でも、別除権規定の内債務者が目的物を自由に処分可能であり管財人も完全な管理処分権

が、本文で前述の通り、取戻権を肯定しつつその内容を再構成することも同様に可能ではなかろうか。

113 例えば、山本和彦『倒産処理法入門　第５版』（有斐閣、2018）１頁以下。

114 こうした議論の原典である、Thomas.H.Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, 91 Yale L.J. 857, 1981 が関心を持つのは基本的には一般債権者の集合行為問題の解決であり、むしろそれ以外に向けられたルールは本来なすべき集合行為問題の解決を歪めるおそれが指摘されている。山本和・前掲註 113　1 頁以下、水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』（有斐閣、2002）39 頁以下も基本的にはそのような脈絡を示す。

を有することを前提とするルールの適用の可能性は当然には導かれない（Ⅲ１（２）（３））。

少なくとも、従来考えられてきたと思われるほど、「留保所有権（ないし非典型担保）は取戻権か別除権か」という問いは単純に論じられない。おそらく従来の取戻権説は「通常の所有権と同じ意味での取戻権」を前提に語られてきたが、「実体法の法的構成の内容を反映した取戻権」さらには「倒産法上の考慮から再構成された合意内容を反映した取戻権」も成立可能である一方、別除権説がさしあたって念頭に置いてきたと思しき「別除権関連規定全体がパッケージとして適用される別除権」を想定することもまた自明ではない。いずれをベースに議論するとしても実体法と倒産法双方に照らした微修正は避けがたいものがあり[115]、取戻権か別除権かという問いは、目的物の物的処遇を問う限りは、議論の出発点と方法論を規定する意味を持つに過ぎないように思われる[116]。つまり、取戻権をベースにすれば、一旦は所有権を出発点にしつつ、当該所有権の性質について実体法に即した議論を展開することになるが、合意の再構成という観点からは倒産法上の合目的的考慮による修正がさらに予定される。別除権をベースにすれば、さしあたり別除権関連規定の適用を念頭に置きつつ、それらの適用の実体法的前提の具備如何と当該規定の目的に照らして検討する必要がある。

かくして、倒産法上の一定の「望ましい」帰結を実現する為に用いられる道具は多様であり得ることを確認できよう。この際、別除権という道具立てを用いることそのものの価値を否定することは必ずしも本稿の意図するところではないが、この道具を用いることが実体法に蓋をする意味を持つべきではない。実践的には、如何なる立場を採用するとしても実体法上の法的構成や当該構成と倒産法的考慮との関係を無視して議論ができるわけではない（そして、実は実体法から出発す

115 従来の議論は、実体法的に所有権留保が所有権という形式と担保という実質の狭間にある、ある意味で取戻権とも別除権とも言い得る形態である（仮に「所有権的構成」「担保的構成」という言葉が使われているとしても、そのことは「所有権」「担保権」に純化されたものとして所有権留保を捉えることを直ちには意味していない）ところ、倒産法上はいずれかの性質に寄せて位置づける意味を持つものと思われるが、（結論としてそのような性質を認める余地が残ることは別にして）そのような純化的な発想を当然の前提に据えることは理論的に見ると弊害がある。

116 実質的には所有権留保という形態の目的物の取扱いについて、純粋な取戻権とも純粋な別除権とも異なる中間的な性質の権利を構想することを意味し得る。これをいずれの権利をベースにして考察するか、ということが本文で述べた法性決定のさしあたりの意味であるが、そもそも「いずれかの権利をベースにする」こと自体自明な出発点でないことは前註 3 で指摘した通りである。もっとも、この点については、そうした出発点から離れることの意義がどこにあるのかを含め他日の検討を期したい。とりわけ、取戻権が本文で述べたように多様な実体法的構成の受け皿たり得るのであれば、そのような理解に至る実践的必要性は乏しい。もっとも、取戻権を純粋な、つまり完全に倒産手続の影響を受けない権利として構成しつつ、そのような権利を特別なカテゴリとして他の種類の権利から厳密に峻別しておくことになお重要性を見出すことも可能でありそうである（但しそのような方向性であれば、従来取戻権の具体的基礎とされてきた実体法的な権利群の中に夾雑物が存在しないかどうか検討を要する）。例えば、前註 85 で確認した支払能力の峻別を考える際には重要性を持つようにも思われる。

る竹下説でさえその観点から再検討することが有意義である)、というある意味で当たり前のことを確認したに過ぎないが、近時展開してきた所有権留保ないし非典型担保に関する倒産法理論に本稿が何かを付け加え得ていれば幸いである。

*本稿の執筆に先立って、同様のテーマを東京大学民事訴訟法研究会にて報告する機会を得た。同研究会において貴重なコメントを頂戴した参加研究者・実務家の方々に、改めて感謝申し上げたい。

*本稿の執筆に当たっては、科研費（課題番号 18K12670（若手研究））及び一般財団法人司法協会研究助成（2019 年度「担保取引と倒産処理法制－日仏比較法研究」）による援助を受けた。

実親から子を引き離すという締約国の干渉措置が ヨーロッパ人権条約８条に定められる 家庭生活を享受する権利を侵害する要件に関する考察

－ Strand Lobben and Others v. Norway 事件（2019 年 9 月 10 日） —

東北大学法学研究科博士後期課程　**趙　文静**

一、　はじめに
二、　事実の概要：
1. 緊急一時保護（2008 年判決）
2. 普通一時保護（2010 年判決）
3. 親権喪失と養子縁組（2011 年決定と 2012 年判決）
三、　人権裁判所の判決
1. 判決の主文
2. 人権裁判所大判事部（The Grand Chamber）に至る前の先決問題
3. 本案（merit）
四、　ヨーロッパ人権裁判所に関する一般的知識
1. ヨーロッパ人権条約とヨーロッパ人権裁判所審判の流れ
2. 家庭生活の意味
五、　本件の意義
六、　分析
1. 本件の意義：プロセスに対する要求
2. 人権裁判所が整理した一般論の意味
3. 本件における人権裁判所の裁判官の少数意見と反対意見
七、　日本の法制度との対照
1. 社会的養護制度
2. 親権停止・喪失制度
3. まとめ

一、 はじめに

本稿は、ヨーロッパ人権裁判所の Strand Lobben and Others v. Norway 事件（2019 年 9 月 10 日）判決を紹介し、考察するものである。

ノルウェー政府は当該事件において問題となった子に対する一時保護を決定したうえで、実母から引き離した。その後、実母は、自身の状況及び養育能力が改善したのを理由にノルウェー政府へ一時保護の解除を申し立てたが、ノルウェー政府は実母の請求を却下し、子と仮里親の養子縁組の成立及び実母の親権喪失を決定した。実母はヨーロッパ人権条約８条に定められている「家庭生活を享受する権利」が侵害されたとし、ヨーロッパ人権裁判所に訴えた。

ヨーロッパ人権裁判所は、本件の争点は実母が子を適切に世話できるか否かであるとし、ノルウェー政府が行った干渉措置に関するプロセスに着目したうえで、人権条約８条に違反するか判断した。

その中で、人権裁判所は、締約国が子を実親から引き離すという干渉措置を決定するときに、実親の養育能力を評価するプロセスに対する要求を明確化した。また、類似した他の判例を参照したうえで、これらの判例を前提とし、当該事件に適用されるべき一般論を整理した。

二、 事実の概要：

1. 緊急一時保護（2008 年判決）[1]

2008 年５月、当時妊娠していた実母（申立人１）は自分が癲癇持ちで脳損傷があり、推定された子の実父にも連絡できなかったという事情があったため、A 市児童福祉施設に支援を求めた。

2008 年９月、実母の同意のもとで、A 市児童福祉施設（The Child Welfare Services）は、子（申立人２、以下「X」と称する）が生まれた後３ヶ月の間、実母と X を A 市児童福祉施設に入所させ、実母の養育能力を評価していく方針を決定した。

2008 年９月 25 日、X が生まれ、2008 年９月 29 日に実母と X は A 市児童福祉施設に入所した。

[1] Strand Lobben and Others v. Norway, no.37283/13, 10/09/2019, para10-36.

2008 年 10 月 17 日、実母は X を連れて A 市児童福祉施設を退所するつもりであった。しかし、10 月 21 日、A 市児童福祉施設は、実母には養育能力が不足しており、実母と X を監視しなければ、今後 X が死亡する危険があるとして、X に対して緊急一時保護の措置を講じた。X は仮里親のもとで置かれ、実母は週に 1 回の面会のみできることが決定された。

実母は A 県社会福祉協議会(The County Social Welfare Board)に異議を申し立てたが、2008 年 10 月 27 日、A 県社会福祉協議会は専門家報告を参考にしたうえで、実母の申し立てを却下した。専門家報告書では、以下のことが指摘された。すなわち、

A 市児童福祉施設は子の養育に関する基本知識を実母に教えたが、実母は繰り返し教えられないと覚えることができない。さらに、実母が X との共感能力を欠き、精神状態も不安定なため、実母に養育能力が不足している。

2008 年 10 月 30 日、実母は緊急一時保護の決定に対して異議を唱え、市裁判所に提訴した。しかし、2009 年 1 月 12 日、市裁判所は緊急一時保護の決定が児童福祉法 4 － 6 条[2]で要求されている事項に該当すると判断し、実母の請求を却下した。

2. 普通一時保護（2010 年判決）[3]

2009 年 2 月、X の保護を継続するため、A 県社会福祉協議会は児童福祉法 4 －12 条に基づき、X に対して普通一時保護を行った。A 県社会福祉協議会は現状を踏まえ、X の仮里親のもとでの長期的な養育を想定していた。そのため、X には安定的な生活を与えるべきであり、実母と X の面会の目的は実母の存在確認に尽きるだけであることを認定した。そこで A 県社会福祉協議会は、実母と X の面会を年に 6 回、面会時間は 1 回 2 時間に設定した。

2009 年 4 月 15 日、実母は普通一時保護の決定に対して異議があり、一時保護の決定を解除するため、市裁判所に提訴した。2009 年 8 月 19 日、市裁判所は、A 県社会福祉協議会が現時点で実母の養育能力の不足に関して十分な証拠を挙げられなかったことを理由に、実母の請求を認めた (具体的には、X の体重が増えなかったことは実母の養育能力が疑われた 1 つの理由であるが、市裁判所は X が目に感染症を持っていたために体重が増えなかった可能性を指摘した)。

2009 年 9 月、A 県社会福祉協議会は高等裁判所に控訴した。2010 年 4 月 22 日、A 市児童福

[2] 関係する法律の条文とその訳文は、本稿の末尾の【資料 1】に掲げてある。
[3] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1, para37-76.

祉施設及び高等裁判所が委嘱した専門家たちの報告に基づき、高等裁判所は、X に対し強制的一時保護、実母と X の面会回数設定（年 4 回)、が行われるべきだという判決を下した。高等裁判所は、実母を支援するだけで実母の養育能力を確実に高められるかという問題を指摘し、一時保護の必要性を強調した。また、高等裁判所は本件の一時保護が長期的なため、面会頻度は X が自身の実母の存在を知ることができれば十分であると指摘したうえで、面会頻度を決定した。

実母は高等裁判所の判決に対して上告しなかった。

3. 親権喪失と養子縁組（2011 年決定と 2012 年判決）[4]

2011 年 4 月 29 日、実母は A 市児童福祉施設に一時保護の解除もしくは面会回数の増加を申請した。2011 年 7 月 12 日に A 市児童福祉施設は実母の申請を A 県社会福祉協議会に転送した。

その後、実母は結婚し、2011 年 10 月 18 日に子 Y を出産した。Y が生まれた後、実母、Y 及び Y の実父は他県へ引っ越し、新住所の B 市児童福祉施設（以下「B 市児童福祉施設」と称する）は、実母に Y を養育する能力が不足していないか調査を行なっていた。

2011 年 12 月 8 日、A 県社会福祉協議会は、実母の申請を却下したうえで、実母の親権喪失及び X と仮里親の養子縁組の成立を決定した。A 県社会福祉協議会の決定理由は以下の通りである。まず、2010 年 4 月 22 日高等裁判所が判決を下した後、実母の養育能力が確実に高まったことに関する証拠がなかったこと。また、X が仮里親との間に深い繋がりを持っていたため、X が実母のもとに戻されると、X に深刻な問題が生ずる可能性があること。したがって、A 県社会福祉協議会は本件の状況が児童福祉法 4 －20 条で要求されている事項に該当すると判断し、実母の親権喪失及び X と仮里親の養子縁組の成立を決定した。

2011 年 12 月 19 日、実母は前述の A 県社会福祉協議会の決定に反対し、市裁判所に提訴した。市裁判所の判断は以下の通りである。

まず、市裁判所は X への一時保護を解除すべきか否かについて審査した。B 市児童福祉施設の証言に基づき、市裁判所は、B 市児童福祉施設の支援を受ければ実母は Y を養育することができ、Y に対して一時保護を講じる必要はないという結論を出した。しかし、本件の子 X が脆

[4] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1, para82-120.人権裁判所は、本件の審査範囲が 2011 年決定及び 2012 年判決と認定された。

弱なので、仮里親から引き離されたら問題が生ずる可能性がある。また、実母がXと面会する際、Xが抵抗するような場面があり、実母がXの脆弱性を意識していなかったということが分かった。これらを考慮したうえで、市裁判所はA県社会福祉協議会の意見に同意し、一時保護が継続されるべきだと判断した。

次に、市裁判所は本件における親権喪失と養子縁組成立の必要性について審査した。市裁判所は、児童福祉法4－20条の要件を満たす限り、Xと仮里親の養子縁組が成立することを明確にした。つまり、実母がXを養育する能力を備えるのが不可能だと認定されること、Xと仮里親との間に深い繋がりがあること、仮里親自身がXを自分の子として育てるのに適格であること、養子縁組法に定められている養子縁組の成立要件を満たすこと、Xの最善の利益が考慮されることを前提として養子縁組が必要とされること、という五つの要件を満たさなければならない。

続いて市裁判所は、本件の争点は養子縁組の成立がXにとって最も適切な選択肢か否か（子の最善の利益が考慮されているか）であることを指摘した。これについて、2012年2月22日に市裁判所は以下の理由に基づいて、本件における親権喪失と養子縁組の成立の決定がXの最善の利益にかなうと判断し、実母の請求を却下した。まず、生後3週間からXは仮里親との生活を始めたので、Xにとって自分の社会的及び心理的な親は仮里親である点、そして、Xの脆弱性を考慮したうえで、養子縁組の成立を通じてXに安全で穏やかな生活環境を提供できれば、子の成長に対しても有益だろうという点、また、Xは生後3週間しか実母と過ごしていないので、実母との繋がりは強くない点も指摘された。

2012年3月14日、実母は高等裁判所に控訴した。しかし、実母の控訴は市裁判所の2012年判決後に新たな進展があったことを証明できなかったため、2012年8月22日に実母の控訴は棄却された。

2012年9月24日、実母は最高裁に上告した。実母はB市児童福祉施設の職員が作成したファイルを最高裁に提出した。このファイルによって、実母はB市児童福祉施設から支援を受けており、状況が改善されるということが分かった。実母はこのファイルにより自分がXを適切に養育できると主張した。しかし、最高裁はYと違って、Xが極めて脆弱なので、要求される養育能力がYよりも高いことを理由として、実母の上告を棄却した。

本件の実母は、親権喪失及び養子縁組の成立を決定したノルウェー政府の行為が実母（申立人1）とX（申立人2）の「家庭生活を享受する権利」を害すると主張し、人権裁判所に訴えた。

三、 人権裁判所の判決

1. 判決の主文

1) 15 票対 2 票で、締約国の先決的抗弁（preliminary objection）を却下する。

2) 13 票対 4 票で、締約国の干渉措置が人権条約 8 条に定まられている申立人たちの権利を侵害したとする。

3) 16 票対 1 票で、関係する要件を満たしたので、申立人 2 に非金銭的な損害が生じたとする。

4) 13 票対 4 票で、

A. 締約国は、人権条約 44 条第 2 項に従い、本判決を下した日から 3 ヶ月以内に以下の金額を申立人 1 に支払うものとする。

a) 非金銭損害：EUR25,000（課税される可能性がある税金を加算する）；

b) 訴訟費用：EUR9,350（課税される可能性がある税金を加算する）。

B. 上記金額を 3 ヶ月の期限満了までに支払わなかった場合には、ヨーロッパ中央銀行の貸出金利に 3 %を加えた利息が計算される。

5) 全員一致、申立人 1 の他の請求を却下する。

2. 人権裁判所大判事部（The Grand Chamber）に至る前の先決問題

1) 事件の審理範囲（2008 判決と 2010 判決を含むのか[5]）

A. 申立人：大判事部は親権喪失と養子縁組の成立に関する決定だけではなく、緊急一時保護と一時保護の決定に対しても審査の権利を有する。また、これらの決定には関連性もあるので、全体として審査すべきである。

B. ノルウェー政府： 実母は 2010 年判決に対して全ての国内救済を尽くさなかった。したがって、人権裁判所は審理範囲を拡大せず、親権喪失と養子縁組の成立に限り審査すべきである。

C. 人権裁判所：2010 年判決が下された後、実母はノルウェーの最高裁に上告しなかったので、緊急一時保護と一時保護の決定に対して全ての国内救済を尽くさなかった[6]。そこで、人権裁判

[5] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1, para142-147.
[6] 全ての国内救済を尽くしていることは人権裁判所に上告する要件とされている。詳しくは四章 1 節を参照。

所は緊急一時保護と一時保護に関しては審査しないと認定した。

また、2011 年に一時保護解除の実母の申請を拒絶した A 県社会福祉協議会の決定と 2012 年判決との間に関連があり、申立人も 2011 年 A 県社会福祉協議会の決定が人権条約８条に違反したと主張して人権裁判所に訴えたため、人権裁判所は 2011 年決定及び 2012 年判決を合わせて審査すべきであると認定した。

2)　実母は X の代理人として訴える権利を有するのか[7]：

人権裁判所：ノルウェー最高裁の 2012 年判決では、実母の上告は棄却され、X の法定代理人を養親とするということが指摘された。しかし、人権裁判所の判例法によると、養子縁組が成立したとしても、特段の事情がなければ実親と子の家族の絆（family ties）は保護されるべきだとされている。さらに、本件において実母と X の間には利益相反の状況がないので、実母は X の代理人として訴える権利を有すると認定された。

3.　本案（merit）

1) 申立人[8]：

実母と X との面会交流が厳しく制限されるノルウェー政府の措置によって、実母と X の家庭生活の再構築の可能性がなくなり、実母と X が絆を築くことも不可能になった。したがって、ノルウェー政府は実母と X の親子関係の破綻に対して直接的に責任を負うべきである。また、ノルウェー政府は X が仮里親から引き離された場合に X に短期的な影響[9]が生ずる可能性のみに焦点を当てており、X が実親から奪われることから生ずる長期的な影響[10]を考慮していなかった。

2) ノルウェー政府[11]：

政府は本件の干渉措置に関するプロセスが公正で、実母の有する人権条約８条に定められている権利も保護したと主張した。

---

[7] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1, para156-159.
[8] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1, para165-166.
[9] X の脆弱性を考えると、実母に戻されると、X に深刻な問題が生ずる可能性があること。
[10] 実母と X の親子関係の破綻。
[11] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1, para170-173.

本件では当事者の利益の取捨選択が問題になったが、この問題については締約国も一般論を持たないため、締約国は広い自由裁量権を有するべきである。また、実母が結婚して二人目の子Yを出産したとしても、実母は依然としてXを適切に養育することはできない。

3) 人権裁判所：

A. 一般論[12]**：**

人権条約８条第１項では、すべての人が家庭生活の尊重について権利を有することが保障されている。人権裁判所の判例法によると、親子間の喜びは家庭生活によって構成され、この喜びに干渉する締約国の措置は人権条約８条に定められている権利への干渉になるということが分かる。この干渉措置は、**国内法に基づくこと、正当な目的を持つこと、民主社会における必要性があること**という三つの要件を満たさなければ、人権条約８条違反となる*（K. and T. v. Finland, para151、Johansen v. Norway, para51）*。

締約国の干渉措置が民主社会における必要性という要件を満たしていたか否かについて判断する際、人権裁判所は、当該干渉措置が人権条約８条第２項の目的に適っていたか、また、当該干渉措置の必要性に関して締約国が十分かつ正当な理由をあげていたか、について審査する*（Paradiso and Campanelli, para179）*。さらに人権裁判所は、締約国の干渉措置が、差し迫った社会的需要に応じて決定されていたか、正当な目的を意図した上で当事者間の利益のバランスが図られていたか、ということに対しても審査する*（Paradiso and Campanelli, para181）*。

子に関する全ての決定で最も重要なのは子の最善の利益が考慮されることだという考え方について、締約国は広く合意に至っている*（Neulinger and Shuruk v. Switzerland, para135）*。人権裁判所も、子の養育及び面会制限に関する事案を審査する際、子の利益は他の判断事項より優先されるべきだと強調した*（Gnahoré v. France, para59）*。

同時に人権裁判所は人権条約８条に基づいて、子が親と別居したとしても家族との接触及び家庭生活の再構築が考慮すべき点を指摘した。そこで、一時保護が講じられたことにより家庭生活が制限された件に関して、当該政府機構は親子の家庭生活の再構築を図るため早急に措置を講じるべきである*（K. and T. v. Finland, para 178）*。

子の利益と親の利益が相反する場合には、人権条約８条により、子の利益が極めて重要な位置にあることを考慮し、子と親の利益のバランスが図られるべきである。特段の事情があるときには、子の利益が親の利益より重要になる可能性もある*（Sommerfeld v. Germany, para64）*。

[12] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1, para202-213.

一般的に、子の最善の利益を保つため、子にとって現在の家庭環境が極めて不適切でない限り、子と家庭の繋がりは維持されるべきである。子と親の関係が断たれるのは、非常に特殊な事情がある場合に限られる。しかし、たとえ子と親の親子関係が断たれても子と実親の接触は維持され、状況が許せば家庭生活の再構築が図られるべきである（*Gnahoré v. France, para59*）。一方で、健全な環境が子の成長にとって有益なので、人権条約８条に基づいて、親は子の健康及び成長を害するような請求をすることができない（*Maršálek v. the Czech Republic, para71*）。法律に則り適切なプロセスで一時保護を決定していなければ、子を保護するためであっても締約国が子の意思に反して子を親から引き離すことはできない、ということについては国際社会が合意に至っている。さらに、締約国は子の最善の利益を保護するために有効な措置を講じるべきである。

一時保護は仮の措置なため、状況が許せばすぐに解除されるべきである。また、一時保護の目的は実親と子の家庭生活の再構築である（*Olsson v. Sweden (no. 1), para81*）。一時保護が行われた後、時間の経過とともに、この目的を達成するための締約国にかかる圧力は強くなる。また、この目的を考慮するとき、当該政府機構は当事者間の利益のバランス及び子の最善の利益を考慮しなくてはいけない（*K. and T. v. Finland, para178*）。一時保護を決定した後、時間の経過とともに実親と子の関係回復に損害が生ずる可能性があるので、締約国は迅速に措置を講じたのち、状況により実施措置の妥当性を判断すべきである（*S.H. v. Italy, para42*）。これらの義務が果たさなければ、締約国は実親と子の関係の破綻に対して責任を負うべきであり、実親と子の間に繋がりがないことを理由に養子縁組成立の決定もできない（*Pontes v. Portugal, para92,99*）。さらに、実親と子の面会交流への制限は、家庭生活の再構築の可能性を低下させる（*Scozzari and Giunta v. Italy , para174; Olsson v. Sweden (no. 1), para81*）。一方で、一定の時間が経過すれば、家庭生活の再構築よりも子が現在生活している家庭環境を維持することのほうが重要になる可能性もある（*K. and T. v. Finland, para155*）。

一時保護より厳しい措置（親権喪失や養子縁組など）は実親と子の関係が断たれるため、子の最善の利益が保護される必要がある、もしくは特殊な状況がある場合にのみ、一時保護より厳しい措置を講じることができる（*Johansen v. Norway, para78; Aune v. Norway, para66*）。養子縁組の成立は、実親と子の家庭生活の再構築が不可能で、養子縁組成立のほうが子の利益にかなう場合にのみ認められる（*R. and H. v. the United Kingdom, para88*）。

締約国が人権条約８条第２項に従い合理的かつ有効な干渉措置を講じたか否かについて判断

する前に、一つの事実があることも人権裁判所は考えなければならない。それは、締約国によって、家族の役割に対しての意見も異なり、一時保護を行うために必要とされる条件も違ってくるので、締約国の間でも一時保護の必要性についての認識は異なるという点である。しかし、子の最善の利益にかなうという目的は共通している。さらに、干渉措置の必要性の審査中、もしくは干渉措置を講じた後も、関係する政府機構は当事者に直接連絡できる。そこでの人権裁判所の役割は、締約国に代わって干渉措置を決定することではなく、締約国の干渉措置が人権条約に基づいて決定されたかについて審査するということである。*(K. and T. v. Finland, para154; Johansen v. Norway, para64)*

問題の性質及び当事者間の利害関係（例えば、子の健康及び成長に深刻な脅威が迫っていれば子を保護する必要性がある一方、状況が許せば実親と子の家庭生活が再構築される必要性がある）により、締約国が有する自由裁量権の範囲は異なる。したがって、締約国は一時保護に関して広い自由裁量権を有する *(K. and T. v. Finland, para155; Johansen v. Norway, para64)*。しかし、この広い自由裁量権に対して制限もある。例えば、締約国が一時保護を決定する前、他により緩和な措置が講じられたのか、先に行われた緩和な措置が失敗したことを締約国が証明できるのか、人権裁判所はこれらの措置の有無を重視する *(Olsson v. Sweden (no. 1), para72-74; R.M.S. v. Spain, para86; Kutzner v. Germany, para75)*。一時保護より厳しい措置（面会を制限することなど）を決定する場合には、締約国を有する自由裁量権の範囲は狭くなる。なぜなら、その措置が実親と子の関係に悪い影響を与える可能性があるからである *(K. and T. v. Finland, para155; Johansen v. Norway, para64)*。

実親の意見を聞き、実親が期限内に救済策を講じることを保証するため、人権裁判所は公的な保護措置（public-care measures）に関する事案が人権条約８条に違反しているか判断する際に、干渉措置のプロセスについて審査する（W. v. the United Kingdom, para62）。また、締約国が干渉措置は必要だと判断したとき実親の利益を保護したのか、さらに実親が十分に関与していたのかということも人権裁判所の審査内容である *(W. v. the United Kingdom, para64; T.P. and K.M. v. the United Kingdom, para72; Neulinger and Shuruk, para139; Y.C. v. the United Kingdom, para138)*。締約国は、時間の経過だけではなく、事件に関する全ての事情を考慮したうえで、実親と子の将来の関係を決定すべきである *(W. v. the United Kingdom, para65)*。

それぞれの特殊な状況を考慮し、締約国の干渉措置が実親の利益を保護したか否かが判断される *(Sommerfeld v. Germany, para68)*。その前の事案では、子と実親との接触の可能性を評価

するために専門家報告書の提出を命じたという問題を検討することが求められていた、と指摘されている。一般論では、締約国の国内裁判所が、関連事実の確認も含み提出された証拠を評価していく（締約国の国内裁判所は各方面から提出された証拠をもとに判断していく）*(Vidal v. Belgium, para33)*。しかし、親権を有していない実親と子の接触の可能性を判断するとき、専門家報告書の提出が常に要求されるわけではない。専門家報告書が必要かどうかは事案の具体的な状況と子の年齢及び成熟度によって決まる *(Sommerfeld v. Germany, para71)*。

B.本件における一般論の適用[13]**：**

本件において、ノルウェー政府による 2011 年決定及び 2012 年判決が実親と子の有する人権条約８条に定められている「家庭生活を享受する権利」に干渉したという点で当事者の意見は一致している。また、子の健康及び自由を保護するためにノルウェー政府が児童福祉法に基づいて 2011 年決定と 2012 年判決をしたという点については当事者の間で論議はならなかった。そのため、ノルウェー政府の干渉措置は前述の一般論で要求されている、国内法に基づくこと、また、正当な目的を持つこと、という条件は満たしている。問題なのはノルウェー政府の干渉措置が民主社会における必要性を持っていたか否かということである。

人権裁判所は 2012 年の市裁判所の判決を中心に審査する。市裁判所の裁判は裁判官、裁判員、専門家の３者によって行われた。市裁判所は判決を下す前に３日間の聴聞を行い、実母、実母の弁護士、専門家、証人など合わせて 21 名が参加した。また、本件については市裁判所に至る前に A 県社会福祉協議会も類似した手続きを行っており、A 県社会福祉協議会と市裁判所は同じ理由により実母の請求を却下している。さらに高等裁判所は市裁判所の判決に対して再審理を行い、最高裁も市裁判所の判決を改めて検討した。

2012 年判決が児童福祉法４-20 条及び４-21 条により実母の一時保護解除の申請を拒絶し、親権喪失及び養子縁組の成立を決定した。児童福祉法４-21 条によれば、実親が子を適切に養育できる可能性が高いことは一時保護解除の条件となる。児童福祉法４-20 条では、実親が子を適切に養育することが不可能な場合に養子縁組の成立が認められるとされている。そこで、本件の争点は、実母が子 X を適切に養育することができるのかということである。

ノルウェー市裁判所は以下の理由に基づいて実母の一時保護解除の請求を拒絶した。実母の状況は良くなっているが、実母と面会していたときに X は拒否的な反応を示した。実母は X との面会状況を改善するための能力を高めず、繰り返し訴訟すれば X に損害が生ずるという可能

[13] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注１、para214-226.

性も意識していなかった。また、専門家も X が実母のもとに戻らないほうがいいという意見書を提出した。X を仮里親から引き離せば X に深刻な問題を与えるだろうと考えれば、X が実母のもとに戻ることは選択肢とならない。そのため、実母が X を適切に養育できるかということについて検討する理由はない。

ノルウェー市裁判所は親権喪失及び養子縁組の成立に対して判決を下した際、A 県社会福祉協議会が 2011 年決定で挙げられた理由を引用した。A 県社会福祉協議会の理由は以下の通りである：

実母が X を適切に養育することは不可能であり、また、X が仮里親との間に深い繋がりを持っていることを考慮したうえで、一時保護が解除されば X に重大な損害が生じる可能性がある。こういった状況から、児童福祉法 4 -20 条により養子縁組の成立は必要とすべきである。そして本件は前述の状況に合致しているため、養子縁組の成立は認めるべきである。

実母の養育能力について、2010 年に普通一時保護に関する判決が下された後も、実母の養育能力は高まらなかった。実母は自分が X を無視していたことに気づかず、X のことに集中できない。実母は結婚して Y を出産したが、実母が X を適切に養育できるか否かについて評価するとき、この事実は決定要因とはならない。特に、X は極めて脆弱で、X が生まれた 3 週間後には生命を脅かす危機的状況に陥ったという事情がある。A 県社会福祉協議会が親権喪失と養親縁組の成立を決定するときには、実母と X の面会状況も考慮された。さらに、一時保護が行われた後 3 年間 X は仮里親と一緒に住んでおり、X は実母を知らないため、X が実母のもとに戻る場合、実母は X を理解する能力を備えていなければならない。しかし、実母と実母の家族にはこの共感能力及び理解能力が欠けている。

ノルウェー政府が親権喪失と養子縁組の成立に関するプロセスを進めた際、子の利益は十分に考慮されたが、子と実母の利益のバランスが図られなかった。実母と子の家庭生活の再構築の可能性に関しても全く考えられなかった。実母は一時保護解除や面会回数の増加を申請したが、ノルウェー政府は実母が結婚して Y を出産した事情を考慮せずに、実母の請求を拒絶した。したがって、市裁判所は実母が子を適切に養育することができないことを理由に判決を下したが、実母の養育能力を評価するプロセスには欠陥があったようである。

本件において、実母と X の面会回数は厳しく制限されている。ノルウェー高等裁判所の 2010 年判決で本件の一時保護は長期的となり、X が仮里親のもとで育てられることを前提としたうえで、実母と X の面会回数を年 4 回に決定した。高等裁判所は、実母と X の接触を継続させる

理由が将来 X を実母のもとに戻すためではなく、X が自分の出自を知るためだけであると断定した。また、実母が X と面会するときに、実母は自由に X と接触することができなかった（面会場所や面会参加者に関しての制限など)。実母と X が面会したとき、面会の状況はよくなかったが、ノルウェー政府はこの状況を改善するために殆ど何の措置も講じなかった。したがって、このように数少ない面会から実母に養育能力が不足しているという結論を出すのは適当ではない。

さらに、本件において、普通一時保護が行われた後での実母の養育能力を評価する新たな専門家報告がない。2012 年判決は全て 2 年前に作成された専門家報告に基づいて下した。すなわち、2010 年に普通一時保護の必要性を判断する際、A 市児童福祉施設及び高等裁判所は、次のように専門家に委託し、実母が X を適切に養育できるか否かについて評価した。A 市児童福祉施設は、専門家 B.S.及び E.W.A.に委託し、2010 年、B.S.及び E.W.A.は専門家報告書を作成し、一時保護の実施を推薦した (para 58)。また、高等裁判所は専門家 M.S.に委託し、2010 年に M.S.は、その専門家報告書において、実母は知的障害があり、また感情の機能にも問題があるという理由で一時保護が必要であるという結論を下した[14]。

2012 年判決が下される前、専門家 B.S.及び M.S.は証言しているが、二人の証言は 2010 年の報告書に基づいたものだった。彼らは 2010 年に報告を提出した後、実母の養育能力を改めて評価しなかった。さらに、この二つの報告の中で実母と子の面会を実際に観察して作成されたのは M.S.（M.S.の報告は、実母と子の面会を 2 回のみ傍聴した過程で得た情報に基づいて作成された）の報告のみである。

実母が結婚したことを知った後 A 県社会福祉協議会は実母に新しい家族の状況を聞いたが、実母は返事をしなかった。同時に、2012 年、実母が自分の養育能力を改めて評価するため高等裁判所に新たな専門家報告の作成を申請したけれど、その申請が拒絶された。専門家報告の必要性について人権裁判所は締約国が独自に判断できるとしつつも、実母が X を適切に養育することができないという結論を古い専門家報告に基づいて出したことは適切ではないと指摘した。また、2012 年の判決に関しては、繰り返し訴訟をすれば X に損害が生じ得ることを実母が意識していなかったとして、実母の養育能力の不足を認定した。しかし、人権裁判所はこの論点に関して合理性を疑った。

また、ノルウェー政府は本件に関して、X が脆弱なために特別なケアが必要だと主張した。し

[14] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注 1 、para 61.

かし、なぜXは仮里親のもとで養育されていたにも関わらず、3年が経っても依然脆弱なのか。このことについてノルウェー政府は説明することができなかった。ノルウェー政府は、Xがストレスを感じやすく、Xにとって安心できる静かな環境が必要であることを指摘したが、Xの脆弱性の原因と状況に関する分析はしなかった。このことから、ノルウェー政府は干渉措置のプロセスを進める際、Xの脆弱性についてより詳しく分析すべきであったと言える。

数度の面会からでは実母の養育能力の不足は証明しにくいこと、実母の新たな状況に関して改めて専門家報告の作成が必要とされること、X の脆弱性についての分析が不足であることを考えれば、人権裁判所は、2012 年判決に関するプロセスが当事者（実母と子）の利益のバランスを適切に図るものではなかったと判断した。つまり、本件において、ノルウェー政府の干渉措置の必要性と申立人の利益の重大性との間に均衡がとれていなかったと言える（比例原則）。

上記の理由により、ノルウェー政府の干渉措置は人権条約８条に定められている申立人たちの権利を侵害している。

四、 ヨーロッパ人権裁判所に関する一般的知識

1. ヨーロッパ人権条約とヨーロッパ人権裁判所審判の流れ

ヨーロッパ人権条約は人権に当たる権利を保護するために制定されている。その内容は、生命の権利、表現の自由、財産の保護など、全てがいわゆる自由権に関するものである[15]。

人権条約の締約国は 2013 年末現在で 47 ヶ国、ベラルーシを除くヨーロッパほぼ全域をカバーしている[16]。

ヨーロッパ人権裁判所は、人権条約に定められている権利を侵害され、被害者になったと主張する個人からの申立てを受け付けている。つまり、政府機関や社会団体だけではなく、人権条約に定められている権利が侵害されれば、個人でも人権裁判所に提訴することができる。しかし、そうなるとヨーロッパ人権裁判所が受ける申立ての量は膨大になってしまう。そのような状況を緩和するため、いくつかの条件を満たさなければ人権裁判所に上告することはできないという制限が設けられている。一つ目の条件として、申立ての内容は人権条約が保護する権利に関するものでなければならない。二つ目の条件として、申立人が人権裁判所に申立てをする

[15] 戸波江二＝北村泰三他・ヨーロッパ人権裁判所の判例（2008 年、信山社）18-27 頁
[16] 戸波＝北村・前掲注 15。

前に、全ての国内の救済策を講じ果たさなければならない。三つ目の条件として、人権裁判所には国内裁判所での最終判決が出てから６ヶ月以内に申立てをしなければならない（人権裁判所審判の流れは本稿末尾の【資料２】を参照)。

人権裁判所が判決を下したあと、判決が執行されることを確保するため、人権裁判所も様々な規制を設けている[17]。例えば、人権裁判所の判決を執行する機構は委員会と規定されており、この委員会には定期的な人権会議（Human Rights Meeting）の開催が要求されている。人権会議の任務とは、締約国が人権裁判所の下した判決に対して解決策を講じること、判決が有効的に実行されているか見定めること、である[18]。また、人権裁判所が被告に対して確かに人権条約に違反したとの判決を下した場合に、被告は６ヵ月以内に人権裁判所に対して、既に講じた措置と計画している措置を記載したプラン（以下「Action Plan」と称する）を提出する必要がある。

したがって、人権裁判所の判決は締約国の既存の法律や政策に対して大きな影響を持つ。人権裁判所が判決を下した後で締約国が判例法を改正した事例も珍しくない。

2. 家庭生活の意味

申立人は、本件締約国の干渉措置が人権条約８条に定められている家庭生活に関する権利を侵害したとして人権裁判所に訴えた。では、人権条約８条の家庭生活にはどのような内容が含まれるのか。

まず、人権条約に定められている家族とはどのような構成なのか。人権裁判所の判例法によると、伝統的な家庭とは父、母、及び親に依存している子で構成される。家庭生活が送られているか否かの判断基準は家族の絆の有無である。夫婦間の絆は結婚により始まり、親子間の絆は子の出産から始まるのである。たとえ親と子が一緒に生活していなくても、親と子の間に家庭の絆は依然として存在する[19]。

---

[17] 人権条約 46 条第２項：人権裁判所は判決を下した後、判決を執行する人権裁判所の委員会に移送するのである。

[18] E. Abdelgawad, The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights(2 nd edn Human Rights Files No.19, Council of European Publishing, Strasbourg 2008); J. Sims, 'Compliance without Remands: The Experience under the European Convention on Human Rights'(2004) 36 Arizona State Law Journal 639; M. Marmo, 'The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights- A Political Battle'(2008) 15MJ 235; and L. Miara and V. Prais, 'The Role of Civil Society in the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights' [2012] EHRLR 528.

[19] Berrehab v. the Netherlands, no.10730/84, 21/06/1988, para11.

以前同性カップル間の関係が人権条約８条に家庭生活とは別に定められる私的な関係としてのみ認定されたが、同性カップルに関して社会的な関心が急速的に高まったのに伴い、同性カップルが安定した事実上関係を持った場合、当該同性カップルは人権条約８条に定められる家庭生活を送っていると認定されるようになった[20]。

夫婦が離婚した場合には、夫婦の離婚により夫婦間の家庭生活は終了するが、親子間の家庭生活は終了しないとされる[21]。

子に対して一時保護が行われた後でも、子と実親の間に家庭生活は依然として存在するのか。一時保護は仮の措置なので、一時保護が行われても、子と実親の家庭生活の再構築を実現するため、あらゆる措置が講じられなければならない。さらに、家庭生活の有無を認定するときには、親と子が一緒に生活していることは必要条件とされない。つまり、子に対して一時保護が行われても、子と実親の間の家庭生活は終了しない[22]。

締約国の国内法により養子縁組が成立していれば、養親と養子との間の家庭生活は人権条約８条に定められている家庭生活に含まれる[23]。

結婚していないカップルの間に事実的に家庭関係が生ずる可能性もある。人権裁判所は、結婚していないカップルが一緒に生活しているのか、カップルの関係がいつから始まったのか、カップルが子を作ることでお互いの関係を長続きさせる決意を表明したことがあるのかなどの事実を考慮したうえで、当該カップルの間に家庭生活があるか否かについて判断する[24]。また、結婚していないカップルとその子との間の家庭生活については、人権裁判所は主に親と子の交流状況[25]または認知状況[26]を参考にしたうえで、家庭生活の有無を判断する。

親だけではなく、近親者と子との間に家庭生活があると認定される可能性もある。その前提として、近親者が子と一緒に長期的に生活しており、家族の絆も極めて強いことである[27]。

一定の場合においては、たとえその人が亡くなったとしても、亡くなった人の家庭生活も人権条約８条で保護される。例えば、一定の期間が経過した後でも両親が病院で亡くなった娘の遺体を埋葬する権利を有すること[28]、拘留された人が自分の親の葬式に出席する権利を有するこ

[20] Schalk and Kopf v. Austria, no.30141/04, 24/06/2010, para94, 95.
[21] Grabenwarter, Christoph. European convention on human rights: commentary. Beck/Hart, 2014.194page.
[22] W v. United Kindom, no.9749/82, 08/07/1987, para59.
[23] Pini and others v. Romania, 78028/01, 22/06/2004, para143.
[24] Al-Nashif v. Bulgaria, no.50963/99, 20/06/2002, para112.
[25] Berrehab v. the Netherlands, no.10730/84, 21/06/1988, para21.
[26] Boughanemi v. France, no.22070/93, 24/04/1996, para35.
[27] X., Y. and others v. United Kindom, no.21830/93, 22/04/1997, para52.
[28] Pannullo and Forte v. France, no.37794/97, 30/10/2001, para35,37

などがある[29]。

五、 本件の意義

プロセス、特に実母の養育能力を評価する専門家報告に着目したうえで、専門家報告に基づく干渉措置にどのような欠陥がある場合において、一時保護や親権喪失など子を実親から引き離す締約国の干渉措置（以下「締約国の干渉措置」と称する）が民主社会における必要性の要件を満たさないと認定されるのか、ということについて判断した。具体的には、

1. 前回の専門家報告が作成されてから時間が経っているのであれば状況の変化が生じている可能性があるため、新たな専門家報告が要求されること、

2. 数少ない面会からでは実母の養育能力を評価することはできないこと、

3. 子の脆弱性に対して詳しく説明することが要求されること、である。

六、 分析

人権裁判所は人権条約８条第２項に基づき、締約国の干渉措置が人権条約８条に違反するか否か判断した。つまり、締約国の干渉措置が正当な目的を持っていたかということ、締約国の国内法に基づいていたかということ、及び民主社会における必要性があったのか、という三つの要件を満たしていなければならない。この三つの要件の中で、締約国の干渉措置が正当な目的を持っていたか、そして国内法に基づいて下されていたかという二つの要件に関して紛争が少なく、それに対し、民主社会における必要性の有無に関して紛争が多く見られる。

本件の意義は、締約国の干渉措置に関するプロセスに注目し、そのプロセスにどのような欠陥があれば民主社会における必要性がないと認定されるのかを明確にした点にある。人権裁判所は、本件における干渉措置のプロセス、特に実母の養育能力を評価した専門家報告には欠陥があるとし、民主社会における必要性がないと認定した。

具体的には、一時保護が行われた後で実母の状況に変化が生じた際には、実母の養育能力が高まったか否かを評価するため、新たな専門家報告の作成が要求される点、実母の養育能力を

[29] Ploski v. Poland, no.26761/95, 12/11/2002, para36.

評価するには十分な根拠が必要となるため、実母と子の面会を観察することで実母の養育能力を評価することになるが、観察した面会の回数が少なければ実母の養育能力を評価することはできないと認定される点、また、締約国が子の脆弱性を理由として子を実母のもとに戻されないと認定したとき、締約国が子の脆弱性の原因や、一時保護が行われた後に子の状況を改善したか、などの説明をする必要がある点が挙げられる。

また、前述の人権裁判所の判決文を見ると、人権裁判所は、本件に対する具体的な判断の前に、従来の判例を参考にした上で、本件のような一時保護や親権喪失など子を実親から引き離す締約国の干渉措置が人権条約８条に違反したか否かを判断する際に適用され得る一般論を整理したということが分かる。しかし、本件におけるノルウェー政府の干渉措置が人権条約８条に違反していた否かについての具体的な判断においては、人権裁判所はこの一般論についてはほとんど言及していなかった。そこで、人権裁判所が整理した一般論はどのような意味を持っているのかについても、検討する必要がある。

ここでは、本件の意義を分析した後で、2020 年３月 16 日にノルウェー政府が人権裁判所に提出した「Action Plan」に基づいて、本件に関し人権裁判所が整理した一般論がどのような意味を持っていたかについても分析する。

以下では、本件の意義と人権裁判所が整理した一般論の意味について詳しく分析していく。

1.　本件の意義：プロセスに対する要求

前述の通り、人権裁判所が締約国の干渉措置が人権条約８条に違反するか審査した際、これらの措置が民主社会における必要性があるか否かに関しては多くの議論があった。本件に関して、人権裁判所は締約国の干渉措置に関するプロセスの重要性を強調したうえで、当該プロセスには欠陥があり、民主社会における必要性という要件を満たさないことを理由とし、人権条約８条に違反したと認定した。

では、一時保護や親権喪失など、家庭生活に干渉する措置のプロセスに対して人権裁判所はどのような要求をしたのか。これについて説明する前に、プロセスに関する人権裁判所の他の判例を整理する。

1)　Kutzner v. Germany – 26.2.2002[30]（以下「Kutzner v. Germany」とする）

ドイツ政府は専門家報告に基づき、知的障害のある実親が子を適切に養育できないと認定し、子の一時保護を決定した。そして、実親と子の面会頻度を月１回（１時間）と決定した。実親は自分の有する人権条約８条に定められている権利が侵害されたことを理由として、人権裁判所に提訴した。

人権裁判所はドイツ政府の干渉措置が民主社会における必要性があるか否かについて審査した。この事件の事案では、子が虐待または無視されていた状況はなかったため、ドイツ政府は子を親から引き離す措置より緩和な措置を探すべきである。また、実親の養育能力を評価した専門家報告の結論が矛盾していた。さらに、ドイツ政府が実親と子の面会交流を制限することにより、親と子の疎外感を強める可能性がある。

これらの理由に基づいて、人権裁判所はドイツ政府の干渉措置が民主社会における必要性である要件を満たさないと認定し、この干渉措置が人権条約８条に違反したと判断した。

2)　A.K. and L. v. Croatia – 08.01.2013[31]（以下「A.K. and L. v. Croatia」とする）

クロアチア政府は実母の経済状況が厳しいことを理由に、実母の同意を得たうえで子の一時保護を行い、子が仮里親のもとで置かれていた。その後、実母が知的障害と診断されたため、クロアチア裁判所は実母の親権喪失を決定した。実母は親権喪失の決定に対して控訴するためクロアチア政府に法律扶助を申請したが、弁護士を割り当てられたのは控訴期限が切れた後だった。

親権喪失の決定に対する控訴期限が切れた時、実母の弁護士は、この決定に対し控訴が提起できなったため、代わりにクロアチア裁判所に親権回復の請求を提訴した。クロアチア裁判所は子と養親との間で養子縁組が既に成立したことを理由として、実母の訴求を却下した。しかし、当該養子縁組に関する手続が行われた際、関係する政府機構は実母にこの件を通知しておらず、また、実母の同意も得ていなかった。

本件と「Kutzner v. Germany」が同じく、人権裁判所はクロアチア政府の干渉措置が民主社会における必要性があるか否かについて審査した。「A.K. and L. v. Croatia」の件では、クロアチア政府が知的障害のある実母に弁護士を割り当てなかったため、その結果、実母は親権喪失に対して控訴することができなくなった。実母自身が親権喪失によって生ずる法律効果をよく理解

[30] Kutzner v. Germany, no.46544/99, 26/02/2002.
[31] A.K. and L. v. Croatia, no. 37956/11, 08/01/2013.

しておらず、自身の権利を保護するための控訴の重要性も知らなかった。そこで、人権裁判所は、クロアチア政府の干渉措置が単に子の利益を考えたもので、実母の利益を全く考慮していなかったと認定した。

クロアチアの法律では、親権を喪失した実親の同意は養子縁組の要件にはならない。人権裁判所は実親の同意を要しないとする点については是認されるが、養子縁組を成立させる前に実親に親権回復を申請する権利が与えられるべきであることを指摘した。しかし、クロアチア政府は養子縁組について実母に通知せずに、養子縁組の成立を決定した。このようにクロアチア政府の行為は、実母の親権回復を申請する権利を奪い、実母を養子縁組のプロセスに十分に関与させていなかったとして、人権条約８条に違反したと認定された。

3)　本件

この部分では、「Kutzner v. Germany」と「A.K. and L. v. Croatia」を結合して、家庭生活を干渉する措置のプロセスに対して人権裁判所の要求および本件における干渉措置のプロセスの欠陥を検討していく。

A. プロセスに対する要求「１」：実親を干渉措置のプロセスに十分に関与させていたこと

本件は、「A.K. and L. v. Croatia」と同じく、まずプロセスに対して締約国の干渉措置が実親の利益を保護したか、また実親が十分に関与させていたか、という要求をした。具体的には、「A.K. and L. v. Croatia」のように、干渉措置を決定する際、たとえ法律によって実親の同意が必要とされなくても、締約国は依然として実親に通知する義務がある。干渉措置を実親に通知しなければ、実親の有する提訴または異議を申し立てる権利が行使されることはなくなってしまうであろう。その結果、実親の利益が侵害され、関係するプロセスにも欠陥があると認定され、締約国の干渉措置は民主社会における必要性が十分ではないと判断される可能性が出てくる。また、締約国が干渉措置を決定する前には、多くの場合には聴聞の開催も要求される。聴聞が行われば、実親の意思を聞くことを通じて、できるだけ子の利益にかなうと同時に、実親の利益も保護されるのである。これが聴聞が要求される理由の一つであろう。

本件において、ノルウェー政府は親権喪失と養子縁組の決定をする前に、聴聞を通じて実母の意見を聞いた。また、ノルウェー政府は親権喪失と養子縁組の決定に関して実母に通知したことで、実母が異議を申し立てる権利を保障した。そこで、ノルウェー政府のプロセスには実母を十分に関与させていたと認定された。

B. プロセスに対する要求「２」：専門家報告に関して

本件及び「Kutzner v. Germany」では、実親の養育能力を評価する専門家報告に対する要求についても言及された。

「Kutzner v. Germany」において、人権裁判所は専門家報告の結論の一致を要求した。専門家報告の結論が相互に矛盾しているにも関わらず、干渉措置を決定した締約国の行為は、人権条約８条に違反すると認定される可能性がある。

本件は主に専門家報告が作られた時期に対する要求について言及した。具体的には、子の一時保護が行われた後で、実母の状況には変化が表れており、実母が一時保護の解除及び親権回復を申請した場合において、実母の新たな状況に関して専門家報告の作成が要求される。

本件の専門家報告は二つがあるが、いずれも 2012 年判決の２年前に作成された。2012 年判決が下される前に、専門家 B.S.及び M.S.は証言をしていたが、二人は 2010 年当時の報告に基づいて実母の養育能力不足の判断をした。さらに、この二つの報告の中で、実母と子の面会を観察したうえで作成されたのは M.S.（M.S.は実母と子の面会を２回のみ傍聴した）の報告だけである。

また、ノルウェー政府は、一時保護が行われた後、実母と子の面会状況に基づいて作成された専門家報告により、実母が子を適切に養育することができないという結論を出した。そこで、人権裁判所は本件の面会状況により前述の結論を出したのか否かについても分析した。

具体的には、本件において、ノルウェー高等裁判所は本件の一時保護が長期的になると考えたうえで、2010 年判決が年に４回の面会を決定した。面会は順調ではなかったが、A 県児童福祉施設は現状を改善するため何の対策も講じなかった。そのため人権裁判所は、面会の状況を改善するための解決方法を探すことなく、数少ない面会の評価を根拠として、A 県児童福祉施設が出した実母の養育能力不足という結論は説得力が不十分であると認定した。

つまり、実親が子を適切に養育することができないと認定される前提として、締約国は十分な証拠を示さなければならないということである。たとえば、実親の状況が変わった際に新たな専門家報告を作成すること、専門家報告に基づく事実から結論を導き出すことができること、それぞれの専門家報告の結論が一致すること、などである。締約国が十分な証拠を示さないと、干渉措置の決定に関するプロセスは欠陥があると認定される可能性がある。

人権裁判所は締約国の干渉措置のプロセスに対して前述のように要求する理由は、締約国が干渉措置を決定したとき、子の利益だけではなく、実親の利益も確かに保護したかということ

を明確にすることであろう。人権裁判所は、締約国の干渉措置を決定する際には、子の最善の利益を原則とすべきだと明確すると同時に、実親の利益も無視されてはならず、実親と子の利益のバランスが図られるべきであることを強調した。

2. 人権裁判所が整理した一般論の意味

本件における子に対して執られた干渉措置が人権条約８条に違反するか否か認定する際、一般論で挙げられた要件に基づいて判断される。すなわち、当該干渉措置が正当な目的を持つこと、締約国の国内法に基づいて決定したこと及び民主社会における必要性があることという三つの要件である。この三つの要件の中でも、「民主社会における必要性」に関しては多くの論争があるため、本件における人権裁判所が整理した一般論では、この要件に注目し、どのような状況において取られた干渉措置が、民主社会における必要性という要件を満たさないと認定されるのかを明確化した。

1)民主社会における必要性の意味

締約国が行った干渉措置が民主社会における必要性という要件を満たすのかについて判断する際、人権裁判所は主に当該干渉措置の適切性について審査する。具体的に言えば、締約国の干渉措置が個人的利益とコミュニティ全体の利益のバランスを図るものであったかについて審査される[32]。しかし、人権条約８条に関する判例の範囲は広く、各判例の状況もそれぞれ大きく異なるので、民主社会における必要性に関して明確な判断基準はない。人権裁判所の判例法と本件で整理した一般論から見た場合、実親から子を引き離すような締約国の干渉措置に関する事案では、民主社会における必要性の具体的な内容は以下の通りである。

まず、実親から子を引き離すような干渉措置を執るため、締約国は十分な理由を挙げることができなければならない[33]。また、干渉措置が講じられたとしても実親と子の家庭生活の再構築は目指すべきである[34]。締約国が十分な理由をあげることができなければ、また、実親と子の家庭生活の再構築を実現するため何の措置も執らなければ、民主社会における必要性がないと認定される。

上述の通り、適切かつ十分な理由がある場合に限り、実親から子を引き離すような干渉措置を執ることができる。しかし、各締約国が家族の役割に対して違う意見を持っているため、どの

[32] Grabenwarter, Christoph. European convention on human rights: commentary. Beck/Hart, 2014.207page.
[33] Johansen v. Norway, no.17383/90, 07/08/1996, para78.
[34] Johansen v. Norway・前掲注 33

ような事情があれば実親から子を引き離すような干渉措置が執られるかについて締約国が広い自由裁量権を有する（当該干渉措置が実親と子の関係に損害を与える可能性があるときには、この自由裁量権の範囲は狭くなる)。そして、人権裁判所は締約国から挙げられた理由を審査することにより、当該干渉措置が締約国の有する自由裁量権の範囲内で執られていたかについて判断していく[35]。

家庭生活の再構築についてさらに詳しく言うと、干渉措置が行われた後で実親と子が面会する機会があるが、締約国がこの面会に制限を設けることで実親と子が容易かつ定期的に面会できなくなると、実親と子の家庭生活再構築の可能性は低くなるであろう[36]。そのため、子が保護された場所が実親と遠すぎたため、実親と子の交流に悪い影響を与えた場合にも、民主社会における必要性がないと認定され、人権条約８条に違反することになる[37]。

次に、締約国が干渉措置を決定するとき、子の最善の利益に注目したうえで、実親と子の利益のバランスが図らなければならないということが民主社会における必要性の内容の一つとされることが強調された[38]。そのため、締約国が子の利益を考慮していても、実親の利益も考慮していなければ、民主社会における必要性の要件は満たされない。

したがって、本件のような実親から子を引き離す干渉措置に関する事案に対して、民主社会における必要性が認められるための要件は主に三つあることがわかる。一つ目は、干渉措置を根拠づける理由が十分かつ適切であること。二つ目は、干渉措置が行われた後でも家庭生活の再構築を目指した締約国の措置が要求されていること。三つ目は、締約国が干渉措置を決める際、子と実親の利益のバランスが図られていることである。

2)本件における一般論提示の意味

人権裁判所は、本件における締約国の干渉措置が人権条約８条に違反するか否かについて分析する前に、本件のような干渉措置に適用される一般論を整理した[39]。しかし、人権裁判所は本件事案を解決する際、整理した一般論をほぼ使わなかった。では、この一般論は締約国に対し

---

[35] Olsson v. Sweden (no. 1), no.10465/83, 24/03/1998, para90. K & T v. Finland, no.25702/94, 12/07/2001, para154.
[36] Olsson v. Sweden・前掲注 35、para81
[37] Olsson v. Sweden・前掲注 35、para81
[38] Johansen v. Norway・前掲注 33
[39] S.H. v. Italy（13.10.2015）においても、一時保護及び親権停止・喪失のような事案に適用されるべき一般論を整理した。S.H. v. Italy では、人権条約８条で定められる家庭生活を保護するために締約国が負う積極的義務を強調した。締約国は当該積極的義務を果たさなければ人権条約８条に違反することになる（S.H. v. Italy, no.52557/14, 13/10/2015 を参照）。本件では、S.H. v. Italy より、一時保護及び親権停止・喪失のような事案に適用されるべき一般論をさらに詳しく整理した。

て、どのような意味を持っているのか。結論として、人権裁判所が整理したこれらの一般論は、締約国が本件のような事件の再発を防ぐ一般的措置を講じるときに重要な参考資料として価値があると考えられる。人権裁判所が本件に対する判決を下した後にノルウェー政府が提出したAction Planから、このことを明らかにすることができるであろう。

具体的には、人権裁判所の本件判決に関する一般論としては、一時保護が行われた後でも締約国は実親と子の家庭生活の再構築を目指した措置が要求され、締約国が面会を厳しく制限する場合には、実親と子の家庭生活の再構築は困難になるということを指摘した。つまり、締約国が実親と子の家庭生活の再構築を実現するために何の措置も講じず、また、一時保護が行われた後に面会を厳しく制限すれば、人権条約８条第２項に定められている民主社会における必要性という要件を満たさなくなり、人権条約８条に違反すると認定されるようになるのである。

2020年3月16日にノルウェー政府が提出したAction Planにおける一般的措置を見ると、ノルウェー政府がこれらの一般論に従って、いくつかの措置を講じていることが分かる。まず、ノルウェー政府は、実親と子の家庭生活の再構築の重要性を示すため、児童福祉法を改正した。具体的には、2018年7月にノルウェー政府は児童福祉法の改正により、一時保護は仮措置として位置付つけること、また一時保護が行われたとしても実親と子の家庭生活の再構築を目指す措置が講じられなければならないことを明確した。さらに、ノルウェー政府は2021年に新たな児童福祉法改正草案を作る予定であり、当該草案は、一時保護が行われた後の実親と子の面会交流権の改正に及ぶ予定である[40]。

また、ノルウェー社会福祉協議会が一時保護に関する事案において面会交流の回数を決定する際にも、本件を考慮し、面会交流の回数を増やした事件も出ている[41]。

したがって、ノルウェー政府は本件における整理された一般論に基づいて国内法を改正し、実務上の扱い方を調整しているということが分かる。つまり、本件において、人権裁判所が整理した一般論は本件の解決には直接に効いてこなかったが、これらの一般論が締約国の法改正と判例法に対して重要な参考意味を持っていると思われる。

---

[40] Case of Strand Lobben and others v. Norway's action report. https://hudoc.exec.coe.int/ENG#{%22EXECIdentifier%22:[%22DH-DD(2020)262E%22]}（2020.03.16）
[41] Action Report・前掲注40

3. 本件における人権裁判所の裁判官の少数意見と反対意見

1)少数意見

A.Ranzoni 裁判官等の少数意見[42]

本件締約国の干渉措置が人権条約８条に違反したという結論には多数の意見が同意している。しかし、本件の審理範囲については、他の意見も出ている。それは、2011 年決定と 2012 年判決だけではなく、人権裁判所はその前のプロセスも結合したえうで、全体的に本件を審理すべきであるというものである。

2012 年判決を下す際、市裁判所は以下の事実を考えなければならなかった。それは、2012 年に市裁判所が本件を審理した際、子と仮里親は３年の間一緒に生活していたという事実である。市裁判所は、実母と子の家庭生活の保護を考えると同時に、子と仮里親の家庭生活も考える必要があったのである。したがって、人権裁判所は、子と仮里親の同居の事実を無視せずに、本件の審理をすべきである。

2011 年決定及び 2012 年判決と同様に、2011 年決定前のプロセスにおいても、実母と子の家庭生活の再構築は考慮されなかった（特に、2010 年判決は、本件の一時保護が長期的になるため、実母と子の面会の目的が子が自分の実母の存在を確認するだけで十分であるとしたうえで面会の頻度を決定した。）。実母と子の関係の発展のために、何も措置が講じられなかった。また、2011 年決定前のプロセスは 2011 年決定と 2012 年判決に影響を与えている。

締約国の国内法では、一時保護が適用される条件について非常に低い基準が設けられていたが、一時保護の解除に関する条件について非常に高い基準が設けられていた。一時保護を解除するため、実親は自分が子を適切に養育できる可能性を証明しなければならない。しかも、たとえ実親がこれを証明できたとしても、締約国は、仮里親と子の絆が強くなり、子が仮里親から引き離された場合、子に損害を生ずるかもしれないことを理由として一時保護解除の申請を却下する可能性がある。

本件の実母は 2010 年判決に対して全ての国内救済を尽くさなかったが、人権裁判所は本件の親権喪失と養子縁組の決定を審理する際、締約国が親権喪失と養子縁組を決定する前に必要かつ適切なすべての措置を講じたかについて審査しなければならない。そのためには、締約国が既に講じた措置が、親権喪失及び養子縁組の決定と一緒にされたか否かにかかわらず、親権喪

[42] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注１、78

失と養子縁組の決定に関連するすべてのプロセスを審査すべきである。

したがって、締約国が人権条約８条に違反する原因となったのは 2011 年の決定前のプロセスである。

B. Kuris 裁判官の少数意見[43]

この意見は、上記 A.の Ranzoni 裁判官等の少数意見に同意したうえで、さらに意見を加えたものである。

多数意見は形式的に本件締約国の干渉措置に関するプロセスを二つに分け、後半部分のみについて審査して判断したが、Kuris 裁判官はこれに反対する。本件の事実は一体なので、分けて審査することはできない。

2)KJØLBRO, POLÁČKOVÁ, KOSKELO AND NORDÉN 裁判官の反対意見[44]

本件締約国の干渉措置が人権条約８条に違反したという結論に反対している。

本件において、実母が X との共感力を欠き、子と仮里親の間に強い絆を築いている事実を無視すべきではない。また、人権裁判所はこの状況から生ずる複雑さと困難さを過小評価していると思われる。そこで、単に実母の状況について新たな専門家報告がないことを理由として、プロセスに欠陥があると認定した人権裁判所の判決に同意することはできない。

3)分析

まず、多数意見・少数意見・反対意見がそれぞれどのような考え方に基づいて本件における締約国の干渉措置の権利侵害の有無を判断したのかについて分析してみる。

多数意見では、本件におけるノルウェー政府の干渉措置のプロセスに注目したうえで、当該プロセスが当事者の利益のバランスを図っていなかったことを理由に、本件の干渉措置の必要性と申立人の利益の重大性との均衡が保たれなかった（つまり、民主社会における必要性の要件を満たしていない）と認定し、実母と子の有する「家庭生活を享受する権利」が侵害されたという判断を下した。

少数意見は、本件の審理範囲について違う意見を述べている。少数意見は、一時保護が行われた後において、時間の経過とともに、ノルウェーの裁判所は、子と実母の家庭生活を考えると同

[43] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注１、85
[44] Strand Lobben and Others v. Norway・前掲注１、87

時に、子と仮里親の家庭生活も考えなければならなかったとして、本件における 2011 年以前のプロセスについても審査をすべだと主張している。また、少数意見は、本件における 2011 年以前のプロセスが実母と子の家庭生活の再構築を考えていなかったということを指摘している。つまり、少数意見は、ノルウェー政府が実母と子の家庭生活の再構築を実現するため何の措置も図らなかったという事実を出発点として、本件における実母と子の親子関係の破綻に対しても責任を負うべきだと認定したうえで、実母と子の有する「家庭生活を享受する権利」が侵害されたことを判断したと思われる[45]。

それに対して、反対意見は、多数意見や少数意見と異なり、主に子の利益を保護することの重要性を強調している。前述の判決で人権裁判所が整理した一般論によると、締約国が家庭生活への干渉措置に関するプロセスを決定する際、当事者の利益のバランスが図らなければならないが、特段の事情があれば、子の利益が親の利益より重要になる可能性があるということが分かる。そして、反対意見は子の利益に焦点を当て、ノルウェー政府の干渉措置が人権条約８条に違反するか否か判断している。具体的には、本件において、子と仮里親の間に強い絆があるので、子が実母のもとに戻されると子の利益を害する危険があるということを指摘した。そして、人権裁判所は、この危険から生じうる問題の複雑さと難しさを軽視すべきではない。子が実母のもとに戻されることで子に生ずる悪い影響についても慎重に考えるべきである。

では、多数意見・少数意見・反対意見で当事者の利益が多く言及されてきたが、ここで言う保護される利益とは具体的に何なのか。以下、分析を試みる。

本件において、人権裁判所は当事者の利益の内容について明確しなかったが、人権裁判所が整理した一般論及び本件に対する分析から、子の利益と実親の利益に以下の内容が含まれるということが分かるであろう。まず、子の利益については、二つに分けて分析することができる。

A.　子の利益「１」：実親と一緒に生活する子の利益

前述（三章 2 節 2 項）の通り、人権裁判所大判事部に至る前の先決問題で、多数意見は、養子縁組を成立させても実親と子の間の絆は保護されるべきだという理由で、実母に子の法定代

[45] 注意すべきは、多数意見と少数意見はともに、本件のプロセスに注目したうえで、人権条約８条に違反したと判断した点である。具体的には、多数意見は本件におけるプロセスを決定したときに実母の新しい状況（結婚し、子Ｙを出産した）を考慮せず、実母と子の利益のバランスを図らなかったことを理由として、当該プロセスには欠陥があり、実母と子の有する「家庭生活を享受する権利」が侵害されたという結論を出した。少数意見は本件におけるプロセスを決定したときに、実母と子の間の家庭生活の再構築の可能性が考えられなかったことを理由として、当該プロセスの欠陥を指摘した。また、多数意見と少数意見の結論は本件におけるプロセスの欠陥が実母と子の有する「家庭生活を享受する権利」を侵害したということだが、多数意見と少数意見の論述は主に実母の視点から分析された。子についてはほとんど言及しなかった。

理人として人権裁判所に訴える権利があることを確認した。したがって、人権裁判所は、締約国の干渉措置が実親の有する子と一緒に生活する権利に対する侵害の有無だけではなく、子の有する実親と一緒に生活する権利に対する侵害の有無についても審査した。つまり、自分の実親と一緒に生活する権利の保護は子の利益の内容の一つだと思われる。

また、人権裁判所の判決文で挙げられた関連する国際法の資料の中には、国連の児童の権利に関する条約（The United Nations Convention on the Rights of the Child）の９条第２項で、締約国が子を実親から引き離す干渉措置を決定する際、当事者は関わるプロセスに参加する権利を有し、意見を述べる権利を享有するということが定められている。また、９条第３項では、締約国は実親から引き離された子が実親との関係及び実親との直接的な連絡を維持する権利を尊重しなければならないということが定められている。

本件における人権裁判所が整理した一般論では、締約国の干渉措置が行われた後における子と実親の連絡が強調された。具体的には、子が実親から引き離されても、締約国は子と実親の家庭生活の再構築を図るべきで、子と実親の連絡を制限すぎることはできないということが指摘された。そこで、実親から引き離される干渉措置に関するプロセスに参加する権利、自分の意見を述べる権利、実親から引き離されたとしても実親との関係や連絡を維持する権利も、子の有する保護される利益だと思われる。

多数意見・少数意見・反対意見は共通して、本件のような子を実親から引き離す干渉措置を決定する際の子の最善の利益を考慮することの重要性を強調しているが、子の最善の利益を評価する際には何を考慮すべきだろうか。ヨーロッパ人権条約にはこれについて明確な条文はないが、人権裁判所の判決文で挙げられた関連する国際法の資料である子の権利に関する国際連合委員会総論（The United Nations Committee on the Rights of the Child General Comment）には、考慮されるべき要素が指摘されている。具体的には、子の最善の利益を評価する際には、子の意見や身分、現在生活を送っている家庭環境及び子と親の関係の保護、子の安全や扶養、子の脆弱性、子の健康、また子が教育を受ける権利などの諸事情を総合的に考慮すべきである。また、上述の要素だけではなく、子の現在および将来の状況の継続性と安定性についても評価しなければならない。

B.　子の利益「２」：仮里親との生活を続けることは子の利益となるのか

上述のように、本件では実親と一緒に生活することが子の利益になるということを前提としたうえで、本件の干渉措置が実親と子の利益のバランスを図っていたか否かについて分析がな

された。しかし、本件事案において判断がなされた時点において、子は仮里親と一緒に生活していたのであるが、仮里親との生活を続けることが子の利益となるのかについて人権裁判所は言及しなかった。

もし、仮里親との生活を続けることも子の利益として考慮するのであれば、「仮里親との生活を続ける利益」と「実親と一緒に生活する利益」の間に衝突が生じるようになる。そして、実親または仮里親と子の間の繋がりの強さは、子が誰と一緒に生活すべきか判断する基準の一つになるのではないかと思われる。本件では、子は長い間仮里親と一緒に生活しているので、仮里親が自分の親であると認識している、このように、仮里親と子の間の繋がりは強い。この事情を踏まえたうえで、子の成長を保護するため安定な生活環境を維持することや、子が自分のアイデンティティの認識に影響を与えることなどを考慮すれば、実親と一緒に生活する利益より、仮里親との生活を続ける利益のほうに傾倒するであろう。

しかし、人権裁判所が整理した一般論では、実親と子の間に繋がりがないことを理由に養子縁組成立の決定はできない*(Pontes v. Portugal, para92,99)*ということが強調された。一時保護などの干渉措置が講じられても締約国は依然として実親と子の家庭生活の再構築という目的に応じて措置を講じる必要がある、人権裁判所はこの目的を強調した[46]。そのため、もし子と仮里親の間に深い繋がりがあり、または子と実親の間の繋がりが薄いことを理由に実親と子の親子関係が断たれれば、人権裁判所が強調した実親と子の家庭生活の再構築という目的は達成できなくなるであろう。

仮里親との生活を続けることが子の利益となるのか、もし子の利益の一つとなると、人権裁判所が定めた実親と子の家庭生活の再構築を実現するため措置を講じるべきだという目的に合うか。また、「実親と一緒に生活する利益」との間に生じる衝突をどのように解決するか。これらの問題についての解釈は、今後の判例に委ねられると思われる。

C. 実親の利益

次に、実親の利益について分析してみる。実親の利益と子の利益との間には類似しているところが多いと思われる。子は実親と一緒に生活する権利や干渉措置に関するプロセスに参加し意見を述べる権利を有するが、それに対して、実親も自分の子と一緒に生活する権利や干渉措

[46] 締約国が子に対して干渉措置を取った後で時間の経過とともに、子と仮里親の間の繋がりが深くなり、その結果、実親と子の家庭生活の再構築が難しくなって、締約国は干渉措置の解除を判断する際に考慮の要素も多くなる（生活環境の変化により子に生じる影響、子は自分の親への認識など）。そこで、実親と子の家庭生活の再構築を実現するため、人権裁判所は締約国に対して「早速な措置を講じる」ということを要求している。

置のプロセスに参加し意見を述べる権利を有する。本件における一般論でも、締約国が干渉措置の必要性を決定する際に実親が十分に関与さできなかったとすれば人権条約８条に違反すると認定されることが指摘された。また、子が実親から引き離されても、当該干渉措置の目的は子を実親に戻すことなので、子の利益を害さない限り、当然実親は子との関係を維持する権利及び子に連絡する権利を有する。

このように子の利益と実親の利益は必ず対立するわけではないが、子の利益と実親の利益の間に衝突が生した際には、子の利益のために必要とすれば、実親の利益がある程度侵害されることが認められるであろう。例えば、虐待されている子を保護するため、子に対して干渉措置が行われた。実親は子に連絡する権利を有するが、もし子に連絡することで子に対して過重な心理的負担をかけると、締約国は実親と子の間の連絡回数を減らすことができる。

しかし、上述の実親の権利に対する侵害が一定の程度を超えると、または子の利益のために必要だということに対して十分な理由を挙げることができなければ、この実親の権利に対する侵害が人権条約８条に違反すると認定されるであろう。

D.　多数意見、少数意見と反対意見

では、本件における締約国の干渉措置が子の利益と実親の利益のバランスを図っているか否かについて判断する際、どのような不備があった場合に人権条約８条に違反したという結論に至るのか。多数意見・少数意見・反対意見に分け、上述の実親と子の利益の具体的な内容に結び付けて、さらに詳しく分析していく。

まず、本件におけるノルウェー政府の決定を分析してみる。本件において、ノルウェー政府は、実母と子の有する一緒に生活する権利、また実母と子の家庭生活の再構築についてはほとんど言及せずに、子の脆弱性及び実母との面会の状況に基づいて実母と子の間の連絡回数を制限した。さらに、実母の養育能力の不足及び子の脆弱性を考えたうえで、干渉措置を解除すれば子の健康を脅かす可能性が高いという考えに基づき、実母の請求を却下した。つまり、ノルウェー政府は、子の最善の利益（具体的には、子の健康と脆弱性）を理由に、実親と子が有する一緒に生活する権利と連絡する権利の一定程度の侵害を許容したと思われる。

次に、多数意見・少数意見・反対意見はどうか。

前述の通り、当事者の利益のバランスを図る際、子の利益のため必要であれば、ある程度実親の利益を侵害することが認められるが、これらの侵害は一定の程度を超えてはならず、子の利益のためという十分な理由を挙げなければならない。多数意見は、ノルウェー政府が子の脆弱

性を主な理由として干渉措置が講じられた後、子の脆弱性に関して新たに包括的な専門家報告を作成していないことを指摘した。また、多数意見は実母の養育能力の評価に関しても同じで、新たな専門家報告もないまま厳しく制限された数少ない面会から実母の養育能力を評価することができるのか、という疑問を抱いた。そこで、ノルウェー政府が挙げた干渉措置の解除を却下する理由として、十分かつ最新の証拠を提示できないまま、子の最善の利益（子の健康と脆弱性）を理由に、実母の有する子と一緒に生活する権利と子の有する実母と一緒に生活する権利を害するのは適当ではない、という結論に至った。(実母と子の関係と連絡の維持に関する利益への侵害については、多数意見は明確には言及しなかった。)

多数意見と比べて、少数意見は本件の審査範囲については異議を持っているものの、その他に関しては多数意見と同じである。少数意見は、実母と子の関係と連絡を維持する権利について、さらに詳しく説明した。具体的には、前述の通り、実母と子の家庭生活の再構築を図るために、ノルウェー政府は 2011 年以前に何のプロセスもしなかったので、実母と子の関係の破綻に対して責任を負うべきである（詳しくは、六章３節１項Ａを参照)。そのため少数意見は、本件においてノルウェー政府は実母と子の有する一緒に生活する権利や連絡を維持する権利を侵害したが、この侵害を正当化する理由が十分でなかったことを理由で人権条約８条の違反があると認定した。

それに対して反対意見は、仮里親と子の間の絆を強調し、子の健康や脆弱性、子の利益の重要性、つまり子の最善の利益を考慮したうえで、本件における実母と子の有する一緒に生活する権利に対する一定程度の侵害を認容し、ノルウェー政府の決定は人権条約に違反しなかったと主張した。

E.　仮里親の利益

本件における多数意見・少数意見・反対意見は、実親と子に着目したうえで実親の利益と子の利益についてのみ分析した。しかし本件において、仮里親の利益はどのように考えられるのか、また当事者の利益のバランスを図る際に、仮里親の利益は考慮に入れるべきなのか。これについて、多数意見・少数意見・反対意見が言及しなかった。

仮里親の利益を考えるには、子と仮里親の間の生活が人権条約８条に定められている家庭生活に含まれるか否か確認することが前提になると思われる。もし含まれるとすると、本件では、子と実母の家庭生活に加え、子と仮里親の家庭生活という複数の家庭生活が存在することになる。この場合、人権裁判所は本件における当事者の利益のバランスを図る際、子と実親だけでは

なく、仮里親の利益も考えなければならないであろう。仮里親の利益を考える際には、仮里親を有する子と一緒に生活する権利、関わるプロセスに参加する権利、そして子が実親に戻された後に子との関係及び連絡が維持される権利が考慮する必要があると思われる。

しかし、仮里親と子の間の関係をどのように認定するのか、８条に定められている家庭生活に該当するのか、本件において全く言及しなかった。また、なぜ仮里親の利益が考慮に入らないかについても説明はなかった。

七、 日本の法制度との対照

日本において、児童福祉法に定められている社会的養護制度と民法に定められている親権停止・喪失制度により、子の安全は確保され、その子の保護者へ援助を提供されている。これらの措置の中には、児童福祉法 28 条（以下、この条文に基づいてなされる審判を「28 条審判」という）に基づいて子を保護する事例が多く見られる。

1. 社会的養護制度

日本の社会的養護制度には、一時保護、児童福祉施設入所措置、里親委託など様々な種類がある。

社会的養護制度の取消について次の要件が必要とされる。まず、保護者と子の意向が異なる可能性がある場合には、子本人と面接し、その意向を聴取する等実情を十分調査する必要がある[47]。また、児童虐待を理由として施設に入所した場合については、措置の解除に当たって、虐待を行った保護者に対する指導の進捗状況を踏まえて判断する必要がある（児童虐待防止法 13 条）。さらに、措置の解除等について、子もしくはその保護者の意向が児童相談所の方針と一致しない等の場合は、都道府県児童福祉審議会の意見を聴取しなければならない[48]。

日本では社会的養護制度は一時保護制度を含むが、日本の一時保護の目的は一時保護を行う間に保護者への調査や指導を進めることができること、また、子の観察や意見聴取においても、一時保護による安全な生活環境下におくことで、より的確な情報収集を行うことが期待で

[47] 厚生労働省・児童相談所運営指針（2020 年）第 4 章第 6 節、
https://www.mhlw.go.jp/content/000375442.pdf
[48] 厚生労働省・前掲注 47

きるということである。また、日本における一時保護の期限は原則として２ヶ月を超えてはならない。２ヶ月を超える場合には、児童福祉法 27 条に基づく措置を執ることや家庭裁判所に対して児童福祉法の 28 条審判や親権停止･喪失の審判を求めることなどが検討されることになる。つまり、日本の一時保護制度はノルウェーの緊急一時保護制度と類似していると思われる。情報収集が終わったら、他の社会的養護制度または親権停止・喪失への変更が検討され始める[49]。

2. 親権停止・喪失制度

日本において、親権停止・喪失の審判は、子の利益を害することを理由になされたものである。そこで、親権停止・喪失の取消によって親権が復活することが子の利益になるか、という観点も考慮されるべきである[50]。

親権停止・喪失の原因が親権者の適格性に関する事情である場合、時間の経過によって当該事情が消滅することも考えられる。これに対して、親権行使の困難・不適当に関する事情であった場合は、親権喪失・停止中は当該権限を行使しておらず、したがって、原因の消滅を判断するための材料もほとんどないことになる。この場合、取消による権限の復活を認めることが子の利益となるか、という観点を中心にして判断することになろう[51]。

3. まとめ

本件におけるノルウェー政府の干渉措置は、日本の社会的養護制度における里親委託と類似していると思われる。そこで、本件が日本で起こった場合には、実母が「里親委託措置（児福法 27 条に基づく措置)」の解除を請求する際、児童相談所長が子、保護者と児童相談所の意向を聴取したうえで、実母の請求を認容するか否かについて判断する。前述の通り、児童虐待を理由として措置が行われた場合、当該措置の解除に当たっては虐待を行った保護者の状況が十分改善

[49] 28 条審判と親権停止の使い分け：28 条審判には更新の制度はあるが、親権停止の期間を更新・延長する規定がないため、期間が満了すれば再度の申立を行わなければならない。そして、親権停止審判は親権全体を一時的とはいえ剥奪するが、28 条審判では、施設入所がなされることの反射的効果で親権の一部(特に身上監護権の一部)が制約されるにとどまる。つまり、親権者に対しては一般的に 28 条審判よりも親権停止審判のほうがより強い心理的衝撃を与え、将来において当該未成年者の監護にあたる意欲を減退または喪失させるおそれが大きいものと考えられるので、子を施設入所させることが主たる目的である場合には、まずは 28 条審判で対応することを検討し、これが不適切または不十分な場合に、親権停止審判を検討するのである。（厚生労働省・子ども虐待対応の手引きの改正について（2013 年）第７章）
[50] 松川正毅＝窪田充見・新基本法コンメンタール親族〔第２版〕（2019 年、日本評論社）268 頁
[51] 松川＝窪田・前掲注 50

していることが要求される。しかし、本件では保護者の養育能力の不足を理由として干渉措置が決定されたので、このような事案に対して、保護者の状況が十分改善していることが要件とされるのか。これに関する資料がほとんどない。

また、親権停止の取消について、日本では、親権停止の原因が確かに消滅しているかということが確認されたうえで、子の利益を出発点として実母の親権停止の取消を認めるか否かについて判断されるであろう。しかし、親権停止の原因が消滅したかの判断基準に関する資料が少ないだろうと思われる。

一方で、本件において、人権裁判所は一時保護などの干渉措置を解除するか継続するかについて決定する際、子の利益を保護したうえでどのように実親の養育能力を判断するかについても指摘した。干渉措置が行われたから、時間の経過とともに実母の養育能力にも変化が現れるため、実母の養育能力を改めて評価する専門家報告の重要性を強調したと考えられる。これは、日本にとって参考になるであろうと思われる。

【資料１】本件に関わる法律

1.　ヨーロッパ人権条約

８条　私生活及び家庭生活の尊重についての権利

1) すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。

2) この権利の行使については、法律の基づき、かつ国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。

2.　ノルウェーの児童福祉法

４-１条　子の最善の利益の考慮

本章の規定を適用するときに、子の最善の利益にかなう措置を講じることは極めて重要である。

これには、子と大人の間で安定かつ有効な交流及び持続的なケアを提供することが含まれる。

Section　4 -1. Consideration of the child's best interests

"When applying the provisions of this chapter, decisive importance shall be attached to finding measures which are in the child's best interests.

This includes attaching importance to giving the child stable and good contact with adults and continuity in the care provided."

４-６条　緊急一時保護

実親が病気、または他の原因により子を育てることができなくなるような緊急時、児童福祉施設は緊急一時保護を決定することができる。緊急一時保護は、実親の意思に反して講じることはできない。

しかし、子が実親から重大な被害を受ける可能性がある場合には、実親の同意がなくても児童福祉施設の施設長または検察庁の許可を得たうえで緊急一時保護を決定することができる。

児童福祉施設の施設長は４-19 条により緊急一時保護を決定することができる。

本条第２項により緊急一時保護が決定された場合、７－11 条に定められている措置の申請は

速やかに、遅くとも６週間以内に県社会福祉協議会に提出しなければならない。県社会福祉協議会に提出された後、２週間以内に４-24 条に記載されている措置が講じられなければならない。

前述の期限が切れるまでに本条第４項に定められている申請を県社会福祉協議会に提出されなかった場合には、緊急一時保護の決定は失効するものとする。

Section 4 -6. Interim orders in emergencies

"If a child is without care because the parents are ill or for other reasons, the child welfare services shall implement such assistance as is immediately required. Such measures shall not be maintained against the will of the parents.

If there is a risk that a child will suffer material harm by remaining at home, the head of the child welfare administration or the prosecuting authority may immediately make an interim care order without the consent of the parents.

In such a case the head of the child welfare administration may also make an interim order under section 4 -19.

If an order has been made under the second paragraph, an application for measures as mentioned in section 7 -11 shall be sent to the county social welfare board as soon as possible, and within six weeks at the latest, but within two weeks if it is a matter of measures under section 4 -24.

If the matter has not been sent to the county social welfare board within the time- limits mentioned in the fourth paragraph, the order shall lapse."

４-12 条　一時保護

以下の状況において、一時保護を決定することができる

(a)子が日常的に受けている養育に重大な欠陥があるとき、または子の成長にとって必要な個人的な接触や安全に重大な欠陥があるとき；

(b)両親が、病気、身体的障害、または特別な支援を必要とする子に対して、そのための治療及び指導を受けさせることを保証することができないとき；

(c)子を不適切に育てた、または他の深刻な虐待があるとき、あるいは；

(d)実親は子に対して親の責任を果たすことができなかった結果、子の健康及び成長に深刻な

影響を与える可能性が高いとき。

子の現状が本条第１項の状況に応じたときに限り、一時保護を行うことができる。また、４-４、４-10、４-11 の措置により子に適切な環境が作られれば、一時保護を行うことができない。

本条第１項の一時保護は、県社会福祉協議会が７章に基づいて決定した。

Section 4-12. Care orders

“A care order may be issued

(a) if there are serious deficiencies in the daily care received by the child, or serious deficiencies in terms of the personal contact and security needed by a child of his or her age and development,

(b) if the parents fail to ensure that a child who is ill, disabled or in special need of assistance receives the treatment and training required,

(c) if the child is mistreated or subjected to other serious abuse at home, or

(d) if it is highly probable that the child's health or development may be seriously harmed because the parents are unable to take adequate responsibility for the child.

An order may only be made under the first paragraph when necessary due to the child's current situation. Hence, such an order may not be made if satisfactory conditions can be created for the child by assistance measures under section 4-4 or by measures under section 4-10 or section 4-11.

An order under the first paragraph shall be made by the county social welfare board under the provisions of Chapter 7.”

４-19 条 面会交流権、匿住所

特段の事情がない限り、実親は子との面会交流権を有する。

一時保護が行われた後、県社会福祉協議会は面会の頻度を決定しなければならない。しかし、子のために面会の禁止を決定する可能性もあるものとする。また、県社会福祉協議会は子が保護されている住所を実親に知らせないことも決定できる。

…

過去 12 ヶ月間に県社会福祉協議会または裁判所が一時保護の決定に関わる事案を処理したことがあった場合には、当事者は県社会福祉協議会に当該事件の処理を請求することができない。

…

Section 4 -19. Contact rights. Secret address

“Unless otherwise provided, children and parents are entitled to have contact with each other.

When a care order has been made, the county social welfare board shall determine the extent of contact, but may, for the sake of the child, also decide that there should be no contact. The county social welfare board may also decide that the parents should not be entitled to know the child’s whereabouts.

...

The private parties cannot request that a case regarding contact be dealt with by the county social welfare board if the case has been dealt with by the county social welfare board or a court of law in the preceding twelve months.

...”

４-20 条　親権喪失、養子縁組

県社会福祉協議会が子に対して一時保護を決定した場合、親権喪失を決定する可能性もある。実親の親権喪失が決定される場合、県社会福祉協議会を早急に後見人を任命すべきである。

親権喪失が決定された際、県社会福祉協議会は実親以外の人と子の間の養子縁組の成立に同意することができる。

以下の状況において県社会福祉協議会が養子縁組に同意することができる：

(a)実親が子を育てる能力を備えることができないと認定される。または子と仮里親の間に繋がりがあり、かつ子が新たな環境にも慣れているため、子が引き離されると場合、子に深刻な問題が生ずる可能性があり；

(b)養子縁組の成立が子の最善の利益となり；

(c)養子縁組を申し出ている人が子の仮里親であり、かつ子を自分の子として育てるのに自身が適格であることを証明したこと；

(d)養子縁組法に定められている養子縁組の成立要件を満たしていること。

県社会福祉協議会が養子縁組の成立に同意する場合には、関わる政府機構（子ども・平等省）が養子縁組成立の決定を下すべきである。

Section 4 -20. Withdrawal of parental responsibilities. Adoption

"If the county social welfare board has made a care order for a child, it may also decide that the parents must be stripped of all parental responsibilities. If, as a result of the parents being stripped of parental responsibilities, the child is left without a guardian, the county social welfare board shall as soon as possible take steps to have a new guardian appointed for the child.

Where an order has been made withdrawing parental responsibilities, the county social welfare board may give its consent for a child to be adopted by persons other than the parents.

Consent may be given if

(a) it must be regarded as probable that the parents will be permanently unable to provide the child with proper care or the child has become so attached to persons and the environment where he or she is living that, on the basis of an overall assessment, removing the child may lead to serious problems for him or her, and

(b) adoption would be in the child's best interests, and

(c) the persons applying for adoption have been the child's foster parents and have shown themselves fit to bring up the child as their own, and

(d) the conditions for granting an adoption under the Adoption Act are satisfied.

Where the county social welfare board consents to adoption, the Ministry [of Children and Equality] shall issue an adoption order."

4 -20a 条　養子縁組成立後の実親と子の面会交流

県社会福祉協議会が 4 -20 条により養子縁組の成立を決定した後で当事者から申請があった場合、養子縁組の成立後に実親が子との面会交流権を有するか否か決定される。子の最善の利益が考慮され、かつ養子縁組成立の申立人の同意があれば、県社会福祉協議会は実親と子の面会を認めるべきである。県社会福祉協議会は面会を認める際、面会の頻度も決定しなければならない。

…

特段な事情がある限り、面会交流の決定を再び審査することができる。この特段の事情には、子が実親との面会を反対すること、実親が面会交流の決定に従わないことが含まれる。

…

Section 4 -20a. Contact between the child and his or her biological parents after adoption [added in 2010]

"Where the county social welfare board issues an adoption order under section 4 -20, it shall, if any of the parties have requested it, at the same time consider whether there shall be contact between the child and his or her biological parents after the adoption has been carried out. If limited contact after adoption in such cases is in the child's best interests, and the persons applying for adoption consent to such contact, the county social welfare board shall make an order for such contact. In such case, the county social welfare board must at the same time determine the amount of contact.

...

A contact order may only be reviewed if special reasons justify doing so. Special reasons may include the child's opposition to contact or the biological parents' failure to comply with the contact order.

..."

4 -21 条　一時保護の解除

実親が適切に子を養育できるようになったとき、県社会福祉協議会は一時保護を解除すべきである。しかし、子と現在一緒に生活している人及び環境の間に強い繋がりがあり、一時保護の解除が子に深刻な問題をもたらす可能性が考えられる場合には、一時保護を解除できないものとする。一時保護の解除を決定する前には、仮里親の意見も聞くべきである。

本事案は 12 ヶ月以内に県社会福祉協議会または裁判所で処理された場合には、当事者は県社会福祉協議会に一時保護の解除を申請することができない。4 -21 条第 1 項 2 段落により一時保護解除が申請できない場合には、子に重大な変化が現れているという証拠がある場合に限り、新たな手続きを行うことができる。

Section 4 -21. Revocation of care orders

"The county social welfare board shall revoke a care order where it is highly probable that the parents will be able to provide the child with proper care. The decision shall nonetheless not be revoked if the child has become so attached to persons and the environment where he or she is living that, on the basis of an overall assessment, removing the child may lead to serious problems

for him or her. Before a care order is revoked, the child's foster parents shall be entitled to state their opinion.

The parties may not request that a case concerning revocation of a care order be dealt with by the county social welfare board if the case has been dealt with by the county social welfare board or a court of law in the preceding twelve months. If a request for revocation of the previous order or judgment was not upheld with reference to section 4 -21, first paragraph, second sentence, new proceedings may only be requested where documentary evidence is provided to show that significant changes have taken place in the child's situation."

3. ノルウェーの養子縁組法

2条

子の福祉にかなう場合のみ、養子縁組成立の決定を下すものとする。さらに、養子縁組を申請した人に対しては、子を育てたいと望んでいる、既に子を育てていること、もしくは他の特別な理由があることが要求される。

Section 2

"An adoption order must only be issued where it can be assumed that the adoption will be to the benefit of the child [*(til gagn for barnet)*]. It is further required that the person applying for adoption either wishes to foster or has fostered the child, or that there is another special reason for the adoption."

12条

養親はできるだけ早急に、子に養子縁組の事実を伝えるべきである。

18歳になると、子は政府機構（子ども・平等省）から自分の生物上の親を知る権利を有する。

Section 12

"Adoptive parents shall, as soon as is advisable, tell the adopted child that he or she is adopted.

When the child has reached 18 years of age, he or she is entitled to be informed by the Ministry [of Children and Equality] of the identity of his or her biological parents."

13 条

養子縁組が成立した後、14 条また別の法律で特段の規定が定められていない限り、養子は養親の実子と同じ法的地位を有するものとする。また、特段の事情がなければ、養子縁組の成立に伴い、実親と子の間の法的関係は終了する。

…

Section 13

“On adoption, the adopted child and his or her heirs shall have the same legal status as if the adopted child had been the adoptive parents’ biological child, unless otherwise provided by section 14 or another statute. At the same time, the child’s legal relationship to his or her original family shall cease, unless otherwise provided by special statute.

…

14a 条　養子縁組成立後の面会交流

児童福祉法 4 -20 条により成立した養子縁組には同法 13 条の法的効果を与える。また、養子縁組成立後の実親と子の面会交流は児童福祉法 4 -20a 条に基づいて決定される。

Section 14 a. Contact after adoption

“In the case of adoptions carried out as a result of decisions pursuant to section 4 -20 of the Child Welfare Act, the effects of the adoption that follow from section 13 of the present Act shall apply, subject to any limitations that may have been imposed by a decision pursuant to section 4 -20 a of the Child Welfare Act regarding contact between the child and his or her biological parents.”

4. ノルウェーの抵触法

36- 4 条　裁判の構成．専門家

（1）地方裁判所の裁判は裁判官 2 人で構成される。その中の 1 人は裁判員、1 人は専門家とする。特別な事案の裁判は、裁判官 2 人、裁判員 3 人、専門家 1 人または 2 人で構成される。

（裁判員：裁判員制度で一般市民から選出された参審員）

Section 36- 4 The composition of the court. Expert panel

“(1) The district court shall sit with two lay judges, one of whom shall be an ordinary lay judge

and the other an expert. In special cases, the court may sit with two professional judges and three lay judges, one or two of whom shall be experts."

36-10 条　控訴

（３）児童福祉法により、地方裁判所の判決に対する控訴には控訴裁判所の許可が必要である。

以下のいずれかの要件に満たす場合に限り控訴は許可される：

a）控訴が原審を審理された範囲を超えた問題を提起したこと；

b）新たな状況が出てきたことにより、原審を改めて審理する必要があること；

c）原審の判決または原審の手続きに重大な欠陥があること；

d）原審で許可を必要とする強制措置が決定したが、当該決定が郡政機関の許可を受けなかった。

Section 36-10 Appeal

"(3) An appeal against the judgment of the district court in cases concerning the County Board's decisions pursuant to the Child Welfare Act requires the leave of the court of appeal.

Leave can only be granted if

a) the appeal concerns issues whose significance extends beyond the scope of the current case,

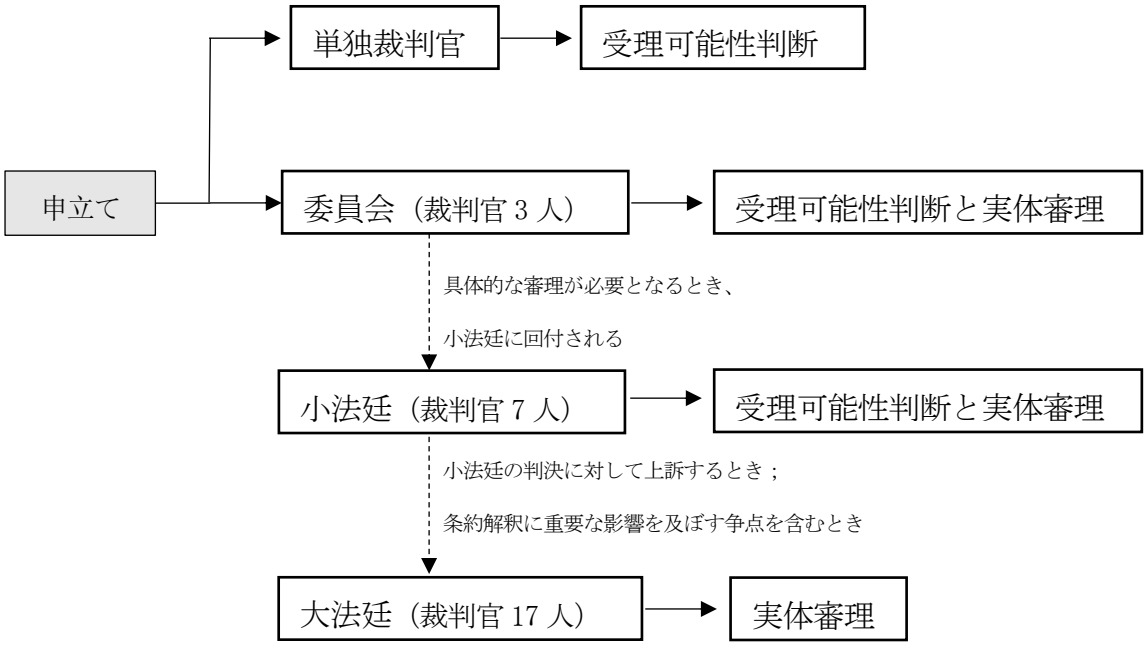
b) there are grounds to rehear the case because new information has emerged,

c) the ruling of the district court or the procedure in the district court is seriously flawed [(vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling)], or

d) the judgment provides for coercive measures that were not approved by the County Board."

【資料２】

個人申立の審査手続きの流れ[52]



[52] 小畑郁ほか・ヨーロッパ人権裁判所の判例 II（2019 年、信山社）481 頁の資料 IV により作成した。

他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたとは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

最決令和2年9月30日刑集74巻6号登載予定[1]

東北大学大学院法学研究科准教授　**坂下　陽輔**

Ⅰ　事案の概要
Ⅱ　決定要旨
Ⅲ　研究
　一　はじめに
　二　先例の状況の確認
　　1．平成24年決定及び平成28年決定との関係
　　2．下級審裁判例の状況
　　3．令和2年決定の意義の再確認
　三　途中共謀加担事例における207条適用の余地
　　1．従来の議論状況
　　2．本決定の説示の分析
　四　207条の適用範囲（適用の在り方）
　　1．従来の議論状況
　　2．本決定の説示の分析
　五　おわりに

Ⅰ　事案の概要

最高裁が前提とする事実関係は次のとおりである。

（1）A及びB（以下「Aら」という。）は、被害者に対し暴行を加えることを

[1] 本稿は、東北大学・刑事法判例研究会（2020年12月19日・オンライン開催）において行った報告を基礎にしたものである。同研究会においては、御参加された先生方より、多くの貴重な御教示を賜った。また、御参加された中川正浩・昆野明子両先生には、研究会後にもメール連絡の形で、理解の鈍い筆者との議論にお付き合い頂いた。さらに、中川先生の御紹介を通じて、杉本一敏先生からも貴重な御意見を伺うことができた。ここに記して御礼申し上げる。もちろん、本稿の至らない記述に関するすべての責任は筆者にある。

共謀した上、平成 29 年 12 月 12 日午後 9 時 23 分頃、被害者のいるマンションの部屋に突入し、被害者に対し、カッターナイフで右側頭部及び左頬部を切り付け、多数回にわたり、顔面、腹部等を拳で殴り、足で蹴るなどの暴行を加えた（以下、「第一暴行」とする。）。

（２）被告人は、A ら突入の約 5 分後、自らも同部屋に踏み込んだ。被告人は、被害者が A らから激しい暴行を受けて血まみれになっている状況を目にして、A らに加勢しようと考え、台所にあった包丁を取り出し、その刃先を被害者の顔面に向けた。この時点で、被告人は被害者に暴行を加えることについて A らと暗黙のうちに共謀を遂げた。

その後、同月 13 日午前 0 時 47 分頃までの間に、同部屋において、被告人及び A は、脱出を試みて玄関に向かった被害者を 2 人がかりで取り押さえて引きずり、リビングルームに連れ戻し、こもごも、背部、腹部等を複数回蹴ったり踏み付けたりするなどの暴行を加えた（以下、「第二暴行」とする。）。また、A らは、被害者に対し、顔面を拳で殴り、たばこの火を複数回耳に突っ込み、革靴の底やガラス製灰皿等で頭部を殴り付け、はさみで右手小指を切り付けるなどの暴行を加え（以下、「第三暴行」とする。）、A が、千枚通しで被害者の左大腿部を複数回刺した（以下、「第四暴行」とする。）。

（３）被告人が共謀加担した前後にわたる一連の前記暴行の結果、被害者は、全治まで約 1 か月間を要する右第六肋骨骨折、全治まで約 2 週間を要する右側頭部切創、左頬部切創、左大腿部刺創、右小指切創、上口唇切創の傷害を負った。これらの傷害のうち、右側頭部切創及び左頬部切創については、被告人の共謀加担前の A らの暴行（＝第一暴行）により、左大腿部刺創及び右小指切創については、共謀成立後の暴行（＝第二～第四暴行）により生じたものであるが、右第六肋骨骨折及び上口唇切創については、いずれの段階の暴行により生じたのか不明である。なお、被告人が加えた暴行は、右第六肋骨骨折の傷害を生じさせ得る危険性があったと認められるが、上口唇切創の傷害を生じさせ得る危険性があったとは認められない[2]。

このような事実関係を前提に、原判決（東京高判令和元年 10 月 3 日高刑速令和元年 286 頁）は以下のように説示し、右第六肋骨骨折の傷害のみでなく、上口唇切創の傷害についても、207 条の適用により被告人は傷害罪の責任を負うと判断した[3]。すなわち、「先行者の暴行に途中から後行者が共謀の上加担したが、被

[2] 決定文上明らかにされてはいないが、素直に読めば、上口唇切創の原因行為は、第一暴行又は第三暴行であり、（共謀加担前の第一暴行については当然であるが）第三暴行を被告人は自らは行っていなかった、ということと理解される。

[3] 第一審（東京地判平成 31 年 3 月 26 日公刊物未登載）の判断については脱稿までに閲覧不可能であった。原判決から読み取られる第一審と原判決との相違は、左大腿部刺創についても第一審は 207 条の適用を行っている点であるが、これは第一審が、同傷害の原因行為が被

害者の負った傷害が加担前の暴行によるものか加担後の共同暴行によるものか不明な場合においては、加担前の先行者による暴行と加担後の共同暴行を観念することができるから、この各暴行の間に同時傷害の特例を適用することは妨げられないというべきである。この場合に先行者が同時傷害の特例の適用の有無にかかわらず被害者の傷害について責任を免れないことは、後行者について同時傷害の特例の適用が認められるかどうかを左右する事情ではない。」とした上で、被告人の共謀加担前のAらによる暴行（＝第一暴行）と被告人の共謀加担後の共同暴行（＝第二～第四暴行）は、いずれも右第六肋骨骨折及び上口唇切創を生じさせ得る具体的危険性を有し、同一の機会に行われたものであるから、被告人は、左大腿部刺創及び右小指切創について傷害罪の共同正犯としての責任を負うだけでなく、刑法207条の適用により、右第六肋骨骨折及び上口唇切創についても傷害罪の責任を負うとした。

これに対して、「先行者の暴行に途中から後行者が共謀の上加担したが、被害者の負った傷害が共謀加担前の先行者の暴行によるものか共謀加担後の共同暴行によるものか不明な場合には、先行者が当該傷害についての責任を負うから、後行者について刑法207条を適用することはできない」として、被告人が上告した。

最高裁は、被告人の主張は刑訴法405条の上告理由に当たらないとしつつ、職権で207条の適用について以下のように述べ、207条の適用により被告人に右第六肋骨骨折を帰属させることは認められるものの、上口唇切創についても帰属されるとした点で原判決には法令違反があるといわざるを得ないが、判決に影響を及ぼすものではないとして上告を棄却した。

Ⅱ　決定要旨

（ｉ）「同時傷害の特例を定めた刑法207条は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によることとしている。同条の適用の前提として、検察官が、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであることを証明した場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れない（最高裁平成27年（あ）第703号同28年3月24日第三小法廷決定・刑集70

告人の共謀加担前のものか否かが証拠上明らかでないと認定したことに起因するものであり、前提とする法理論面に相違はない（第一審も、本評釈で特に問題となる上口唇切創の傷害について、207条による被告人への結果帰属を肯定している）。

他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたとは認められない場合における、刑法207条の適用の可否及び適用範囲あるいはその在り方

巻３号１頁参照)。」

（ⅱ）「刑法 207 条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であって、共謀関係が認められないときとの均衡も失するというべきである。したがって、他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたものとまでは認められない場合であっても、その傷害を生じさせた者を知ることができないときは、同条の適用により後行者は当該傷害についての責任を免れないと解するのが相当である。先行者に対し当該傷害についての責任を問い得ることは、同条の適用を妨げる事情とはならないというべきである。」

（ⅲ）「また、刑法 207 条は、二人以上で暴行を加えて人を傷害した事案において、その傷害を生じさせ得る危険性を有する暴行を加えた者に対して適用される規定であること等に鑑みれば、上記の場合に同条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問い得るのは、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであるときに限られると解するのが相当である。後行者の加えた暴行に上記危険性がないときには、その危険性のある暴行を加えた先行者との共謀が認められるからといって、同条を適用することはできないというべきである。」

（ⅳ）「これを本件訴訟手続の流れに即していえば、本件は、検察官が先行者と後行者である被告人との間に当初から共謀が存在した旨主張し、被告人がその共謀の存在を否定したが、証拠上、途中からの共謀が認められるという事案であるところ、このような被告人について刑法 207 条を適用するに当たっては、先行者との関係で､その傷害を生じさせた者を知ることができないか否かが問題となり、検察官において、先行者及び被告人の各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること並びに各暴行が同一の機会に行われたものであることを証明した場合、被告人は、自己の加えた暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、先行者の加えた暴行と被告人の加えた暴行のいずれにより傷害が生じたのかを知ることができないという意味で､『その傷害を生じさせた者を知ることができないとき』に当たり、当該傷害についての責任を免れないのである。」

（ⅴ）「本件において、被告人が共謀加担した前後にわたる一連の前記暴行は、同一の機会に行われたものであるところ、被告人は、右第六肋骨骨折の傷害を生じさせ得る危険性のある暴行を加えており、刑法 207 条の適用により同傷害についての責任を免れない。これに対し、被告人は、上口唇切創の傷害を生じさせ得

る危険性のある暴行を加えていないから、同条適用の前提を欠いている。そうすると、原判決には、被告人が同傷害についても責任を負うと判断した点で、同条の解釈適用を誤った法令違反があるといわざるを得ないが、この違法は判決に影響を及ぼすものとはいえない。」

Ⅲ　研究[4]

一　はじめに

本決定は、すでにある者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立前後の暴行いずれにより生じたものか明らかでないという場合（以下、「途中共謀加担事例」とする。）について、刑法 207 条の同時傷害の特例の適用があるか、適用があるとしてその適用範囲（あるいは適用の在り方）はいかなるものか、について最高裁として初めての判断を示したものである。

本事案においては、様々な傷害結果が発生しているが、まず左大腿部刺創及び右小指切創については、共謀成立後の暴行（＝第二～第四暴行）により生じたものであり、通常の共同正犯として扱うことで当然に被告人に帰属可能である。つぎに、右側頭部切創及び左頬部切創については、被告人の共謀加担前の A らの暴行（＝第一暴行）により生じていることが明らかとされている（共謀加担後の暴行との因果関係が否定されている）ため、207 条の適用は不可能である。これを被告人にも帰属しようとするならば、いわゆる承継的共（同正）犯として取り扱うことが必要となるが、周知の最決平成 24 年 11 月 6 日刑集 66 巻 11 号 1281 頁（以下、「平成 24 年決定」とする。）により、傷害罪については承継的共同正犯が認められないと考えられることから[5]、被告人にはやはり帰属され得ない。問題となったのは、共謀加担前・加担後いずれの段階の暴行により生じたか不明であった右第六肋骨骨折及び上口唇切創についてであり、原判決はいずれについても 207 条の適用により被告人への帰属を認めたのに対し、最高裁は前者についてのみ認め、後者については認めなかった。

すなわち、最高裁も共謀加担前・加担後いずれの段階の暴行により生じたのか

---

[4] 本稿脱稿時点で公刊されていた評釈としては、前田雅英「判批」捜査研究 69 巻 12 号（2020 年）2 頁、和田俊憲「判批」法学教室 484 号（2021 年）131 頁、北原直樹「判批」研修 871 号（2021 年）17 頁がある。

[5] もっとも、平成 24 年決定は「事前共謀との同価値性という視点から先行する結果も含めて承継的に責任を負わせる議論を排斥したわけではない」とする（もっとも、事前共謀との同価値性が認められる範囲は限定的とする）ものとして、樋口亮介「承継的共同正犯」法律時報 92 巻 12 号（2020 年）39-40 頁（さらに、和田俊憲「承継的共犯」刑法雑誌 60 巻 1・2・3 号（2021 年）58,61 頁も参照）。この理解によれば、本事案は事前共謀との同価値性も認められなかった一事例という意味も有することになろう。

不明であった傷害の一部（＝右第六肋骨骨折）については、207 条の適用により途中共謀加担者に結果帰属を認めているため、途中共謀加担事例において同条の適用が可能である（全面的に排斥されることはない）という立場を示したことは明らかであり、この点にまず本決定の重要な意義がある。もっとも、原判決と最高裁は、被告人自身が当該傷害結果を生じさせ得る危険性のある暴行（以下、「問題となる暴行」と呼ぶことがある。）を行っていたか否かに着目するかという点で、207 条の適用の在り方に関して異なる判断を行い[6]、その結果、最高裁は原判決に比して、207 条の適用範囲を限定している。後者の点は、これまで必ずしも明確に論じられてこなかったと思われ[7]、この点にも本決定の重要な意義がある。

以下、これらの問題に関する先例を確認し、それとの関係で本決定の意義を再確認し（二）、その上で、途中共謀加担事例において 207 条が適用される余地はあるのかという問題（三）と、適用の余地があるとしてその適用範囲（適用の在り方）はいかなるものかという問題（四）を、順に検討する[8]。

二　先例の状況の確認

１．平成 24 年決定及び平成 28 年決定との関係

（一）平成 24 年決定との関係

最高裁は、途中共謀加担事例への刑法 207 条の適用の可否という問題について、明示的な判断を行ったことはこれまでなかったといえる。もっとも、この問題につき、否定的な態度を示唆したと一部で理解された判例は存在した。それは傷害罪につきいわゆる承継的共同正犯の成立を否定した平成 24 年決定である。同事案は、X らがまず被害者 2 人に暴行を加え（すでに被告人到着前に流血・負傷）、その後被告人が到着し、X らと共謀の上、（共謀加担以前より激しい）暴行を行ったところ、被害者は多くの傷害を負ったというものであるが、原判決がいわゆる承継的共同正犯として被告人に被害者に生じたすべての傷害結果を帰属させたのに対し、最高裁は、承継的共同正犯による帰属を否定し、「共謀加担前に先行者である X らが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての

---

[6] 原判決と最高裁とで事実認定の相違はない。原判決は、被告人自身が当該傷害を生じさせ得る具体的危険性を有する暴行を行ったとは認定していない。原判決は第二～第四暴行を「被告人の共謀加担後の共同暴行」とまとめて理解しており、被告人自身が行った暴行のみを取り上げるという視点を有していなかったと思われる。後述のように、このことは従来の理解からすれば自然ともいえることであった。

[7] 例外として、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007 年）47-48 頁［島田聡一郎］、西田典之ほか編『注釈刑法総論§§1~72』（有斐閣、2010 年）858 頁［島田聡一郎］、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐって」研修 791 号（2014 年）8 頁。

[8] なお、207 条の適用のためには「機会の同一性」要件も重要であり、近時盛んな議論があるところではあるが、本決定においては特に問題となっていないため、以下では特に言及しない。

責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって被害者らの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」とした。

同決定は 207 条について特に言及していないが、207 条との関係で問題となったのは、その「言及しなかったこと」であった。同決定は、「少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位については被害者らの傷害……を相当程度重篤化させたものと認められる」としており、その「少なくとも」という説示からは、上記傷害以外の傷害結果をも惹起している可能性も否定できない、との含意が窺われる[9]。もちろん、被告人到着前に被害者が流血・負傷しており、それについては原因行為不明ではなく、先行行為が原因行為であることが明らかであるから、その傷害について 207 条の適用により被告人に帰属させることはできず、それゆえすべての傷害結果を被告人に帰属させることは 207 条を通じても不可能である[10]。しかし、すでに生じていたことが確定している傷害以外の傷害のうち、被告人が惹起したか否かが不明なものも存在することが「少なくとも」の含意であるとすると、その部分については 207 条を適用することで被告人に帰属させることも可能であったように思われる[11]。しかし、法廷意見はそのことに言及せず、さらに千葉勝美裁判官の補足意見において、「共謀加担後の暴行により傷害の発生に寄与したか不明な場合……には、傷害罪ではなく、暴行罪の限度での共同正犯の成立に止めることになるのは当然である」と述べられていたことから、207 条の適用を排斥する方向に親和的なものではないか、との理解もあった[12]。

しかし、同決定では、207 条の適用まで検討せずとも、傷害結果を相当程度重篤化させたという限りでは被告人に結果帰属可能であり、それにより処断刑の範囲に影響しないことは勿論、すべての傷害結果を帰属させていた原審・原々審の量刑判断を不当なものとするに至らないと判断されたために、あえてそれまでの訴訟経過で争点とされていなかった 207 条の適用に触れなかったものと理解することもでき[13]、その中での千葉補足意見もあくまで 207 条の問題を一旦脇に置いたものと捉えることも一応可能であり[14]、同決定では途中共謀加担事例における

---

[9] 最高裁がその認定を前提としているところの第一審では、被害者らの「傷害の大半は、被告人が本件現場に到着する前の……暴行によるものか、あるいは被告人が加わったのちの暴行によるものかが、証拠上必ずしも明らかではな」いとされている（刑集 66 巻 11 号 1317-1318 頁）。多数の傷害のうち一部については、重篤化に留まらず、発生自体を引き起こしたものもある可能性がある、ということと思われる。

[10] 松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」法と政治 64 巻 1 号（2013 年）26 頁注 34。

[11] 金子博「判批」近畿大学法学 64 巻 2 号（2016 年）84 頁注 16 参照。

[12] 池田修＝杉田宗久編『新実例刑法総論』（青林書院、2014 年）355 頁〔芦澤政治〕、豊田兼彦「暴行への途中関与と刑法 207 条」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集［上巻］』（成文堂、2016 年）679 頁。

[13] 石田寿一「判解」最判解刑事篇平成 24 年度 460 頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020 年）389 頁注 34。

[14] 小林憲太郎「判批」判時 2323 号（2017 年）175 頁。

207 条の適用の可否に関しては何らの示唆も示していないと捉えておくのが妥当であり、より一般的な理解であったと思われる。

（二）平成 28 年決定との関係

もう一つ、今度は逆に、途中共謀加担事例への 207 条の適用につき肯定的な方向性を示したものと一部で評価された判例もあり、それは最決平成 28 年 3 月 24 日刑集 70 巻 3 号 1 頁（以下、「平成 28 年決定」とする。）である。同事案は単純化すれば、X・Y がまず被害者に暴行をし、その後 Z が共謀なく暴行を加え、被害者が死亡したが、死亡の原因となった傷害がいずれの暴行により生じたのか不明であり、しかし Z の暴行により死因となった傷害が悪化させられたことは認められる（そしてそれにより死亡時期が早まったことも認められ、それゆえ Z の行為と死亡結果との間の因果関係も認められる）というものであった。

この点につき、第一審判決（名古屋地判平成 26 年 9 月 19 日刑集 70 巻 3 号 26 頁）が、「第 2 暴行は、いずれにしても、被害者の死亡との間に因果関係が認められることとなり、死亡させた結果について、責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例である同時傷害致死罪の規定（刑法 207 条）を適用する前提が欠ける」としたのに対し、最高裁は、「いずれかの暴行と死亡との間の因果関係が肯定されるときであっても、別異に解すべき理由はなく、同条の適用は妨げられないというべきである。」とした。暴行と死亡結果との因果関係を直接に問題としている点にやや不明瞭な点があるが、その趣旨を敷衍すれば、第一審は 207 条を「傷害の結果につき責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例」と理解した上で、少なくとも死因となった傷害を重篤化させたという限りで後行者に傷害結果（及び死亡結果）を帰属することはできるのであるから、最終結果につき帰属される者がいなくなる不都合はなく、207 条は適用されないとの理解を示したのに対し、最高裁は、そのような場合であっても 207 条の適用が排除されることはないとした、といえる[15]。これにつき、論者の中には、207 条を「傷害の結果につき責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例」と理解すれば第一審の帰結に至るべきであるのに、そのような帰結に至っていない最高裁はこの 207 条の趣旨を軽視しているとして、平成 28 年決定を批判的に捉える者もいた[16]。平成 28 年決定をこのように評価するのであれば、最高裁は、同じくそのような不都合が存在しない途中共謀加担事例についても 207 条の適用を認める方向性を示したものという評価も可能であろう[17]。しかし、すでに指摘

[15] 橋爪隆「同時傷害の特例について」法学教室 446 号（2017 年）121 頁、安田拓人「同時傷害の特例の存在根拠とその適用範囲について」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2017 年）83 頁参照。
[16] 安田拓人「判批」法学教室 430 号（2016 年）150 頁、同・前掲注 15・98 頁。
[17] 前田雅英『刑法各論講義［第 7 版］』（東京大学出版会、2020 年）33 頁、同「判批」捜査研究 65 巻 9 号（2016 年）61 頁、同・前掲注 4・6,7,9 頁。

もあるとおり、同事案では、207 条の適用がなければ、後行者に帰属させることができるのは、「被害者に生じた傷害を重篤化させた部分」について（死亡については早めた部分について）のみということとなり、傷害発生それ自体（重篤化以前の部分）については、なお「責任を負うべき者がいなくなる不都合」が存在するのであり、必ずしも最高裁が 207 条を「傷害の結果につき責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例」と理解することを排斥したわけではないとみる余地も十分にあった[18]。

以上より、途中共謀加担事例について 207 条の適用が可能であるかについての最高裁の判断は、少なくとも明示的には[19]これまで存在しなかったといえる。

２．下級審裁判例の状況

これに対して、下級審裁判例に目を転じると、途中共謀加担事例について 207 条の適用を認めるものが多数存在する[20]。

（一）大阪高裁昭和 62 年判決

著名なものとしては、まず、途中共謀加担事例について 207 条の適用を認めたわけではないものの、その適用可能性につき興味深い指摘をしていた大阪高判昭和 62 年 7 月 10 日高刑集 40 巻 3 号 720 頁（以下、「大阪高裁昭和 62 年判決」とする。）が挙げられる。同判決は、直接には傷害罪の承継的共犯を否定したものであるが、途中共謀加担事例における 207 条の適用可能性につき、一方で、適用を否定した場合に生じ得る、途中共謀加担事例でない典型的な 207 条適用事例との不均衡の発生を指摘し、また途中共謀加担後の共同暴行と加担前の暴行とをあたかも意思連絡のない二名の暴行と同視して、207 条の適用を認める見解もあり得るとしつつ、しかし他方で、207 条が「行為者のいずれに対しても傷害の刑責を負わせることができなくなるという著しい不合理……を解消するために特に設けられた例外規定」であることから、207 条の適用を否定することもあり得ると説

---

[18] 橋爪・前掲注 15・121-122,125 頁、豊田・前掲注 12・680 頁。

[19] もっとも、令和 2 年決定を踏まえて平成 28 年決定を現在の目から見れば、途中共謀加担事例について 207 条の適用を可能とする方向性がすでに示唆されていたとみることは可能かもしれない。すなわち、平成 28 年決定は、207 条を「二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み」た規定とし、「責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例」との理解を明示することを避けていた。また、同決定は、207 条適用の際の要件・主張立証の在り方を一般的な形で比較的詳細に論じる中で、「検察官は、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであることの証明を要するというべきであり、その証明がされた場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れないというべきである。」とし、検察官が上述の要件を証明した場合には、各行為者は自身の暴行と傷害との因果関係の不存在を証明する以外に責任を免れる術はなく、途中共謀加担事例であること（＝先行者には全結果が帰属できること）を主張立証しても責任を免れることはない、ということが示唆されていたともいえるように思われるからである。

[20] 石田・前掲注 13・460 頁は、消極に解した裁判例は見当たらないとする。直後で述べるように、大阪高裁昭和 62 年判決も消極に解したものと評価すべきではない。

示し、最終的には訴因変更がなされていないことを理由に 207 条による帰属の検討を打ち切っている[21]。

このように同判決は、一般論としては、途中共謀加担事例につき 207 条の適用を肯定する立場（以下、「適用肯定説」とする。）も否定する立場（以下、「適用否定説」とする。）もあり得ることを指摘していたものの、事案処理としては訴訟法的観点から 207 条の適用を差し控えたものであり、またすでに指摘もあるとおり、仮に 207 条の適用を一般論として肯定する立場に与したとしても、当該事案においては、共謀加担後の暴行は非常に軽微であり、被害者の傷害の大部分（あるいはすべて）は被告人共謀加担前に生じていたことが明らかであり、207 条の適用の余地がないあるいは実益がほぼない事例であった[22]。ゆえに、207 条の適用に関する説示は完全な傍論であり、この大阪高裁昭和 62 年判決は、適用否定説に一定の理解を示してはいるものの、適用否定説を明示したものとまでは言えないと位置づけられるべきであろう。

（二）大阪地裁平成 9 年判決及びそれ以降の裁判例

これに対して、大阪高裁昭和 62 年判決で示唆されていた適用肯定説を明示的に採用したものとして、大阪地判平成 9 年 8 月 20 日判タ 995 号 286 頁（以下、「大阪地裁平成 9 年判決」とする。）がある。すなわち、途中共謀加担事例で適用を否定した場合に生じ得る、途中共謀加担事例でない典型的な 207 条適用事例との不均衡の発生を示唆した上で、「単独犯の暴行によって傷害が生じたのか、共同正犯の暴行によって傷害が生じたのか不明であるという点で、やはり『その傷害を生じさせた者を知ることができないとき』に当たる」として、207 条の適用を肯定したのである。

その後、近時に至るまで、途中共謀加担事例に 207 条を適用することに肯定的な判断を示す裁判例が積み重ねられている。紙幅の関係上、詳細な紹介は困難であるが、基本的に、上記大阪高裁昭和 62 年判決及び大阪地裁平成 9 年判決で示されていたのと同様、途中共謀加担事例でない典型的な 207 条適用事例との不均衡の回避という実質論（以下、「均衡論」と呼ぶことがある。）を前提に[23]、（表現に若干のばらつきはあるが最大公約数的に言えば）共謀成立前の先行者による暴行によって結果が生じたのか、共謀成立後の共同正犯としての暴行によって結果

---

[21] 訴因変更の要否については、刑事訴訟法研究者の御協力を得つつ、今後さらに検討していくこととし、本稿ではこれ以上踏み込まない。なお、令和 2 年決定の原判決は、同様の問題につき、訴因変更が常に必要であるわけではないとの立場を示している。

[22] 西田ほか・前掲注 7・859 頁［島田］、伊藤ほか・前掲注 7・48 頁［島田］、高橋則夫「承継的共同正犯について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集［上巻］』（成文堂、2014 年）566 頁。

[23] この点を指摘するものとして、神戸地判平成 15 年 3 月 20 日 LEX/DB 28095281、神戸地判平成 15 年 7 月 17 日 LEX/DB 28095309、仙台地判平成 25 年 1 月 29 日 LLI/DB 06850125、東京高決平成 27 年 11 月 10 日東高刑時報 66 巻 1 ～12 号 103 頁がある。

が生じたのか不明であるという点で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるとの形式（以下、「時系列分断形式」と呼ぶことがある。）をとり[24]、途中共謀加担事例について207条の適用を認めているといえる。

令和2年決定の分析との関係で特に興味を引くものとして、東京高決平成27年11月10日東高刑時報66巻1～12号103頁（以下、「東京高裁平成27年決定」とする。）のみ、簡単に紹介する。この事案において、207条の適用による結果帰属が問題となった途中共謀加担した少年は、何ら実行行為をしていないいわゆる共謀共同正犯であった[25]。それにも拘らず、本決定は、（均衡論と時系列分断形式のいずれも指摘した上で）「本件においては、共謀成立後も、少年は、被害者に対し、自ら直接暴行を加えていないが、少年は、既に成立していた乙、丙および甲の共謀に加担し、甲の行為を利用して被害者に暴行を加えているのであるから、自ら直接暴行していないとしても、同時傷害の特例の適用には影響を与えないというべきである。」としている。これは令和2年決定の原判決と親和的な判断であり、また従前の下級審裁判例で蓄積されてきた均衡論及び時系列分断形式とも不整合なわけでもなく、これを紹介する文献においても本件少年が問題となる実行行為を行っていない点は必ずしも問題視されていない[26]。

3．令和2年決定の意義の再確認

以上のように、途中共謀加担事例について207条の適用が可能であるかについての最高裁の判断は少なくとも明示的には存在せず、それゆえに適用範囲（適用の在り方）についての判断も存在していなかった。

それに対して、下級審レベルでは、途中共謀加担事例について207条の適用が可能であるとの立場が大阪高裁昭和62年判決で示唆され、大阪地裁平成9年判決で明示的に採用され、それが現在まで続いているという状況であり、途中共謀加担事例に207条の適用が可能であるということそれ自体については、下級審レベルではすでに定着していたといってよかろう。この限りでは、令和2年決定の最高裁の判断はいわば予想されたこととともいえたが、その予想が裏切られなかった点において、令和2年決定に重要な意義があることは疑いがない。

加えて、それと同等に重要と思われるのは、その際の207条の適用範囲（適用の在り方）であり、この点については従前必ずしも十分な議論がなされず、東京

---

[24] この点を指摘するものとして、前掲注23で挙げた諸裁判例に加え、横浜地判平成22年4月26日LLI/DB 06550310がある。さらに、共犯関係の解消の事例についてであるが、名古屋高判平成14年8月29日判時1831号158頁も同様である。

[25] それに対して、大阪地裁平成9年判決や前掲注23及び24で紹介したその他の裁判例は、必ずしも明瞭ではないものの、途中共謀加担した者も、問題となる暴行を自ら行っているといえるように思われる。

[26] たとえば、細谷泰暢「判解」最判解刑事篇平成28年度29-31頁、橋爪隆「同時傷害の特例の適用について」警察学論集72巻12号（2019年）185-186頁において紹介されているが、本件少年が問題となる実行行為を行っていない点についての判断には特に言及がない。

高裁平成 27 年決定及び令和 2 年決定の原判決は、令和 2 年決定の最高裁の立場とは異なり、途中共謀加担事例における 207 条の適用のために、当該途中共謀加担者が自ら問題となる暴行を行っている必要はない、という理解を採用していたといえる。その意味で、下級審レベルでは、令和 2 年決定のような理解が一致して受け入れられていたわけではなく、必ずしもすべての者が予想していたわけではない判断を令和 2 年決定は示したといえ、この点も重要であり、検討に値するものと思われる。

以下、順に検討する[27]。

三　途中共謀加担事例における 207 条適用の余地

1．従来の議論状況

（一）適用否定説の存在

本件のような途中共謀加担事例についての刑法 207 条の適用の可否について、学説上、適用否定説も現在まで比較的有力であった[28]。この立場は、先ほどの大阪高裁昭和 62 年判決でも示されていたように、同条の趣旨として、誰にも当該傷害結果が帰属されなくなることの不当性の回避を挙げるのが通常であり、そのことを根拠として、途中共謀加担事例の場合、少なくとも先行者には全ての傷害結果が帰属するのであり、誰にも当該傷害結果が帰属されないという不都合性は存在しないため、適用を否定すべきであると主張する。

このような見解に対しては、「何ら条文上の根拠をもたない、論者の『そう解したい』という単なる願望に過ぎない」[29]との痛烈な批判も存在するものの、207 条は、その文言上、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」についての規定であり、これを「その傷害を（共同正犯的なものも含めて）帰属される者が不存在となるとき」と解釈することは可能であり[30]、またそのような解釈の出

---

[27] なお、以下の議論は、共犯関係の解消の場合（たとえば、前掲注 24・名古屋高判平成 14 年 8 月 29 日）にも援用可能であろう。これに対して、辰井聡子「同時傷害の特例について」立教法務研究 9 号（2016 年）14-15 頁は、207 条を加重暴行罪として理解するとの前提から、途中共謀加担の事例であれば後行者の行為は先行者がすでに行った暴行と相まってより重大な結果が発生する危険性が高いといえるが、共犯関係の解消の事例における離脱者の行為はそうではなく、以降の他者の行為による危険性の負担を求めるのは妥当ではない、として別異取扱いを主張する。傾聴に値する見解ではあるが、すでに 207 条の趣旨に関する前提理解が異なる。後述するような本決定の理解は、共犯関係の解消の場合でもすべて妥当するため、判例の理解としては、共犯関係の解消の場合にも射程が及び得ると理解すべきであろう。

[28] 西田典之＝橋爪隆『刑法各論［第 7 版］』（弘文堂、2018 年）50 頁、中森喜彦『刑法各論［第 4 版］』（有斐閣、2015 年）19 頁、井田良『講義刑法学・総論［第 2 版］』（有斐閣、2018 年）520 頁、高橋則夫『刑法各論［第 3 版］』（成文堂、2018 年）60-61 頁、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016 年）63-64 頁など。さらに、安田・前掲注 15・92-93 頁、豊田・前掲注 12・678-679 頁。

[29] 小林憲太郎「暴行・傷害罪の周辺」判例時報 2405 号（2019 年）117 頁。

[30] 橋爪・前掲注 15・125 頁参照。

発点となる、利益原則に抵触する同条の例外性を重視して適用範囲を限定しようとの価値判断にも一定の説得力があり、やはり傾聴に値するものというべきであろう。

（二）従来の適用肯定説と適用否定説からの批判

それに対して、学説においては、上述した下級審裁判例と同様、適用肯定説も根強く、その根拠として主として挙げられるのも、上述した下級審裁判例と同様、均衡論（と時系列分断形式の採用）が主であった[31]。

しかし、均衡論に対しては、共謀に基づいた犯行の方が常に単独犯としての犯行よりも違法性（あるいは当罰性）が高いわけではないとの批判[32]や、そもそも本条は暴行を加えた複数の者のうち誰にも傷害結果が帰属されない事態を阻止するための例外的規定なのだから均衡論を持ち出すことは当を得ていない[33]との批判が向けられていたところであった。特に後者の批判は、たとえ均衡論という適用肯定説の主張が正しいとしても（すなわち適用を否定することにより不均衡が生ずるとしても）、本条が本来は利益原則に抵触する例外的規定である以上は、例外の要請がないのであれば適用すべきでない、という非常に明快な批判といえる[34]。

２．本決定の説示の分析

以上の議論状況を前提に、適用否定説を排斥した本決定の理由部分（決定要旨（ⅱ））を分節して分析する。

（一）「途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって……同条を適用しないとすれば……共謀関係が認められないときとの均衡も失する」

説示の順序とは異なるが、まず均衡論についての分析から始める。前述のように、この均衡論は従来の適用肯定説の常套句であったが、それに対しては、共謀に基づいた犯行の方が常に単独犯としての犯行よりも違法性（あるいは当罰性）が高いわけではないとの批判が適用否定説からなされてきており、検討を要する。しかし、結論から述べれば、最高裁のこの点の説示は理論上特に問題のないものといえる。

---

[31] 山口厚『刑法各論［第２版］』（有斐閣、2011 年）51-52 頁、橋爪・前掲注 15・125-126 頁、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011 年）42 頁。ほかにも、林幹人『刑法各論［第２版］』（東京大学出版会、2007 年）57 頁や前田・前掲注 17・32-33 頁も適用肯定説といえるが、均衡論のみに言及し、時系列分断形式には言及していない。逆に、均衡論に疑問を示しつつも、時系列分断形式の採用により適用肯定説を支持するのは、小林・前掲注 29・117 頁。

[32] 長井長信「同時傷害の特例について」寺崎嘉博ほか編『激動期の刑事法学―能勢弘之先生追悼論集』（信山社、2003 年）427 頁、照沼亮介「同時傷害罪に関する近時の裁判例」上智法学論集 59 巻３号（2016 年）93 頁以下、豊田・前掲注 12・678-679 頁。適用肯定説からであるが、小林・前掲注 29・117 頁も参照。

[33] 中森・前掲注 28・19 頁、安田・前掲注 15・92-93 頁。

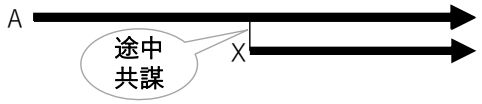
[34] 時系列分断形式への批判については、四で取り上げることとする。

【表】各事例類型の整理表

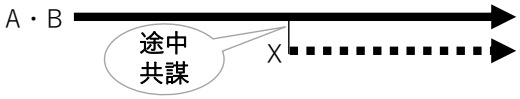
問題となる暴行 / 途中共謀	あり	なし
あり	〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕	〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕 ※特殊事例（③´）もあり
なし	〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕 （207 条の典型的適用事例）	〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕

【図】各事例類型のイメージ図

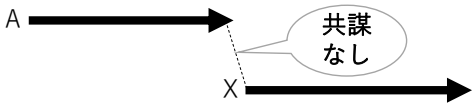
〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕



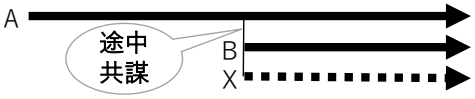
〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕



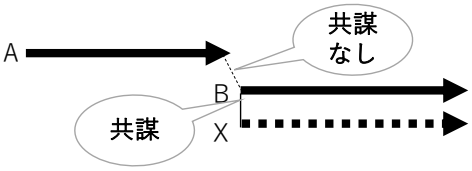
〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕

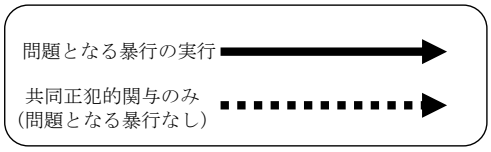


〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕



〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕





まず、①先行者 A が問題となる暴行を行っていたところ、途中共謀加担した後行者 X も問題となる暴行を自ら行った場合（以下、便宜上、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕とする。なお、以下すべて同様であるが、いずれの暴行が当該傷害結果を発生させたか不明であることを前提とする。）と、②先行者 A と後行者 X が、共謀関係はないものの同一の機会にいずれも問題となる暴行を行った場合（以下、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕とする。これが 207 条適用の最も典型的な事例であることは疑いないだろう。）とを比較した場合、単独で X が行っていることは全く同じであり、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕においては、（先行者 A も第二暴行をしていればだが）A による第二暴行への共犯的関与の分が加算され、X の行為の違法性の程度としては「純増」といえ、それゆえ、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕における X に結果

を帰属しつつ、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕におけるXに結果を帰属しないのは不均衡と言い得る。均衡論に否定的な論者からは、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕の場合には、X自身が行っている行為について、Aからの影響がある分、行為責任が低下する可能性があるとの指摘もあるが[35]、仮にそうであるとしてもそれは期待可能性等の理論的にはせいぜい責任面の問題であり[36]、因果関係（の推定）という客観的帰属の問題としては行為の違法性・危険性（結果への因果力）の程度のみを比較するのが適切であり[37]、その観点からは〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕≧〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕という図式は成り立っているといえよう[38]。

問題となり得るのは、おそらく均衡論に否定的な論者が主として批判の対象として想定する場面と思われる、③既に問題となる暴行を行っていた先行者A・BにXが途中加担したものの問題となる暴行をしていない場合[39]（以下、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕とする。）である[40]。この場合には、特にXがいかなる暴行もしていない場合がわかりやすいが、Xの単独犯としての行為の違法性はなく、Xの行為の違法性はA・Bの行ったことへの（正犯と評価されるとはいえ）間接的なものに留まるため、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕という207条適用の最も典型的な事例におけるXより行為の違法性の程度が低い場面が想定し得る。もちろん、たとえばXがA・Bの問題となる暴行が当たりやすいように被害者を羽交い絞めにしている場合など、Xの関与によりA・Bの問題となる暴行の危険性がより上がるといえる場合には、問題となる暴行自体の危険性が上がっている以上、それへの間接的関与とはいえ、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕におけるXの行為の違法性の程度が〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕におけるXの行為の違法性の程度より低いとは必ずしも言えないが、少なくとも〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕≧〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕とは必ずしも言えず、〔③-問題となる暴行な

---

35 長井・前掲注32・427頁。小林・前掲注29・117頁もこの趣旨か。
36 いわゆる実行行為の全てを行う従犯（故意ある幇助的道具）を認め、そしてそれがその者には正犯としての違法性が認められず、従犯としてのそれに留まるとの理由によるとすれば、本文のような理解と抵触する可能性はある。しかし、そもそもそのような形態を認めるべきであるかには疑問があり、そのような形態を認めたようにも思われる横浜地川崎支判昭和51年11月25日判時842号127頁などは、構成要件の実質的解釈（譲渡という取引行為が帰属するのは譲渡人である）により背後者を直接正犯と解し、その媒介者は（実行行為をすべて行っているわけではないと評価され）幇助に留まる、という形で理解される余地がある（橋爪・前掲注13・336頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）411-412頁参照）。暴行・傷害にはそのような余地はないであろうから、暴行・傷害につき実行行為のすべてを行う従犯が認められる余地はなかろう。
37 期待可能性等の問題は、結果を帰属させた後に、責任レベルで調整すればよい。
38 従来均衡論を主張する論者は、おそらくこの比較を念頭に置いていたと思われる。たとえば、橋爪・前掲注15・125-126頁参照。
39 別種の軽微な暴行を行うに留まる場合や全く暴行を行わない共謀共同正犯類型の場合。
40 長井・前掲注32・427頁。

し・途中共謀あり型〕＜〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕の場面もあるということは言えよう。この限りでは、均衡論に否定的な論者の主張は正しい面を含む。

しかし、この文脈では②と③を比較することは適切でないように思われる。②と③を比較した場合、そこには途中共謀があるか否かという点のみではなく、Xが問題となる暴行を行っているか否かという点も異なっており、むしろ後者の点こそが〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕＜〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕となり得る原因といえる。そのことは、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕と④先行者Aによる問題となる暴行と、Aとは共謀関係にはないBとXによる共謀の上での共同暴行という事案で、Bが問題となる暴行を行い、Xは問題となる暴行を行わなかったという場合（以下、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕とする。）を比較すれば明らかである。〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕と〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕とでは、途中共謀の有無のみが相違であるが、両事案のXにつき行為の違法性（さらには責任も含めて）の程度についての相違は存在しない。ゆえに、途中共謀が存在することそれ自体（誰か一人が傷害結果を帰属されることが確保されることそれ自体）は、行為者Xの行為の違法性の程度を減らすことはない（〔問題となる暴行あり型〕の場合には増加させる可能性がある）。

ゆえに、途中共謀が存在する（誰か一人が傷害結果を帰属されることが確保される）ということのみで別異取扱いを行うことは、常に均衡を失するといえる。〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕の場合に207条の適用を認めるのであれば、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕の場合に認めないとすれば均衡を失するし、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合に207条の適用を認めるのであれば、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合に認めないとすれば均衡を失するといえる。もちろん、後述するように、そもそも〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕が207条の適用対象に含まれるか否かということは問題になり得るが、仮に〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕が適用対象でないのであれば、（それは〔問題となる暴行なし型〕であることが理由であろうから）当然に〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕も適用対象ではないので、その場合に均衡論を語る意義が残るのは〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕と〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕についてのみであり、それについてはやはり均衡論が妥当する。結局、いずれにせよ均衡論は正しいといえる。

以上より、途中共謀加担という事実のみでは行為の違法性の程度に影響を与えないため、その事実のみを理由に207条の適用を否定することは均衡を失すると

いう、という本決定の説示は全面的に正しい。

（二）「途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はな」い

もっとも、均衡論の正しさが認められたとしても、直ちに適用否定説が排斥されるわけではない。たとえ不均衡な帰結になるとしても、その不均衡な帰結を甘受すべき理由が存在する場合には、やはり 207 条の適用を否定すべきという余地が十分にあるからである。それこそが、適用否定説の論者の言う、そもそも本条は暴行を加えた複数の者のうち誰にも傷害結果が帰属されない事態を阻止するための例外的規定なのだから均衡論を持ち出すことは当を得ていないとの批判であった。207 条の趣旨を「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」と理解すると、やはり途中共謀加担事例において 207 条を適用しないことには「理由がある」ことになり、適用肯定説は、適用しない場合に生じる不均衡や訴訟手続上の難点[41]といった弊害の回避という、適用しない理由を上回る適用すべき理由によって、適用範囲を本来の趣旨を超えて拡張するとのロジックをとるよりほかないことになる。従来の適用肯定説の中には、（後述のような理解を明示することが、207 条の例外性という観点からはやや躊躇されたためか）207 条の趣旨を必ずしも明示せず、このようなロジックを採用しているとも理解できるものも少なくなかったように思われるが[42]、207 条が利益原則に抵触する例外的規定であることに鑑みると、その例外を認める必要性がすでにない以上、そのようなロジックの説得力には疑念が生じてしまう。適用否定説を排斥するには、この批判を躱す必要があった。

このことを前提に本決定の説示を見ると、本決定は「均衡『も』失する」として、均衡論をある種補足的な理由と位置付け、それとは明らかに別立てとして、「途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条（筆者注：207 条）が適用できなくなるとする理由はな」いとしている点が目を引く。仮に 207 条の趣旨が「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」という点にあるとすれば、「理由はな」いなどということはないはずであるが、本決定は、207 条の趣旨として、「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」という点を挙げず、決定要旨（ｉ）において、単に「二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いこと」とするに留めている。これは、上述の批判を躱すために、207 条の趣旨は、「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」ではなく、それはせいぜい 207 条が果たす重要な機能の一つであるに留まり、207 条の趣旨は、こ

---

41 この点は後述（三）参照。

42 たとえば、山口・前掲注 31・51-52 頁、橋爪・前掲注 15・125-126 頁、伊東・前掲注 31・42 頁からはそのような印象を受ける。

の種の場合に個別的な因果関係の立証が類型的に困難であるという事情に鑑みて、「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」であるとの理解を示したものと解される[43]。このように理解するからこそ、「途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、207 条が適用できなくなるとする理由はな」いということになるのである[44]。本決定は、適用否定説のいうような 207 条の趣旨理解には与しないことを明確にしたものといえるであろう。

たしかに、いずれの趣旨理解に拠ったとしても、生じる法効果は因果関係に関する挙証責任の転換である以上、その正当化の条件も同様（後述四 2（二）（1）で述べる❶❷❸）であり、とすれば適用否定説による 207 条の趣旨理解でその条件を充足するのであれば、上記のような本決定による趣旨理解であってもその条件は同様に充足する[45]。また、207 条の文言からは、必然的に適用否定説のいうような趣旨理解が導かれるわけではなく、むしろ「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」を「その傷害を（共同正犯的なものも含めて）帰属される者が不存在となるとき」と解釈する方がやや技巧的であり、本決定のような 207 条の趣旨理解の方が自然ともいえようから、本決定が適用否定説の理解を排斥したことには理由がないわけではない。しかし、やはり「理由がな」いというのは、やや言い過ぎな印象を受ける。207 条が利益原則に反する例外的規定であり、その適用範囲は限定的であるべきとの評価自体は適用肯定説も共有してきたはずである[46]。それにも拘らず、「適用否定説にも一定の理由はあるものの、それを採用した場合の不均衡・不合理の発生にも鑑みれば、適用否定説による 207 条の趣旨理解を採用すべきではない」というのではなく、適用否定説を採用する「理由がな」いというのは、相当に踏み込んだ説示に思われ、207 条の例外性を重視する必要はないとの理解すら窺わせる。四における議論にも影響を与えることになる本決定から窺えるこの理解を採用するには、同条における挙証責任の転換の正当性・合理性を積極的に論証することが求められようが、その点は必ずしも明らか

---

[43] 細谷・前掲注 26・7,31 頁、小林・前掲注 29・117 頁、同・前掲注 14・172 頁。批判的な文脈においてではあるが、安田・前掲注 15・84 頁も参照。なお、四で後述する理解Ⅱのうち実体法的観点に拠るものによれば、「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を単独正犯的に行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」というようにやや限定された形で 207 条の趣旨は把握されることとなろう。

[44] 北原・前掲注 4・24 頁参照。

[45] 例外規定設定の必要性の程度によって正当化条件が異なる、あるいは条件は同じとしてもその充足のための程度が異なる、などという議論もあり得るかもしれないが、そのような議論の存在を寡聞にして筆者は知らない。

[46] 山口・前掲注 31・50 頁は立法論としては廃止が望ましいとする。橋爪・前掲注 15・118 頁も参照。さらに、適用肯定説を支持しつつも、そのことを、207 条にいわば司法に対する罪としての性格も備えさせることで利益原則の例外ではないと再構成すること等を通じて緻密に論証するものとして、樋口亮介「同時傷害の特例（刑法 207 条）」研修 809 号（2015 年） 8 -10,18 頁。

にされておらず、適用否定説を中心に学説からの少なくない批判が予想される[47]。

（三）「適用しないとすれば、不合理」

さらに本決定は、207「条を適用しないとすれば、不合理」ということも述べている。これもその言葉遣いからすると均衡論とは別の事柄を述べているはずであるが、別段（二）と異なることを述べる趣旨ではなく、文言上もその趣旨からも207 条の適用が可能であるにも拘らず理由もなく適用を否定すること自体が「不合理」であるという趣旨に留まるかもしれない。もっとも、従前の議論に鑑みてあえて読み込むとすれば、訴訟手続上の弊害が生じる[48]、という点も含まれているのかもしれない。実際、途中共謀加担の事実のみで 207 条の適用が否定されるとすれば、被告人側が共謀の一部存在を、検察側が共謀の全面的不存在を主張することとなることは不可避であり、そのような不合理を回避することは 207 条の適用を肯定する補強的な事情となろう。本決定は、決定要旨（ⅳ）において、訴訟手続の流れにも注意を払っており、本件では検察官が当初共謀を主張し、被告人がその共謀の存在を否定したところ、途中からの共謀が認められるという事案であったが､仮に適用否定説を採用すれば､すでに 207 条の適用は不可能であり、むしろ被告人の主張する「共謀の存在の否定」が全面的に認められた場合に 207 条の適用が可能であったという、不合理・不可思議な事態になる。適用否定説を採用すると、検察官としては共謀が完全に存在するかあるいは逆にまったく共謀が存在しないといういずれか両極端を主張することが求められ、その中間である一部共謀の場合では許されないという非常にアンビバレントな地位に追い込まれることがこの箇所からは示唆されていると読むことも不可能ではなく、遡って207「条を適用しないとすれば、不合理」という個所にこの観点も盛り込まれていると読むことも不可能ではないだろう。

（四）小括

ここまでの本決定の説示をまとめると、207 条の趣旨は､「誰にも傷害結果を帰属できないという不合理の回避」というものではなく､「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」であり、207 条の趣旨という観点から途中共謀加担の事例をそのことのみを理由として別異取扱いする理由はない。

---

[47] それに備えて、最高裁は「理由はな」いとするのみでなく、その後に不合理性及び均衡論にも言及し、実質的にも適用否定説に与しないことが適切であると付け加えているのかもしれない。しかし、本決定の説示上、不合理性及び均衡論は補足的な位置づけになっているため、本決定が 207 条の例外性を重視していないことを窺わせることに変わりはない。207 条の例外性を重視しているのであれば、やはり不合理性及び均衡論が主たる理由となり、その点に鑑みて適用否定説による 207 条の趣旨理解を採用すべきではないとの論理、すなわち、適用否定説にも一定の理由はあるもののそれを採用することが適切ではないとの論理になるはずである。

[48] 橋爪・前掲注 15・126 頁。安田・前掲注 15・92 頁も参照。

また、途中共謀加担という事実が 207 条の成立を否定するものとすると、主張立証構造を歪めて不合理であるし、そのこと自体は後行者の行為の違法性の程度を何ら左右しないので均衡も失する。端的に言えば、特別の理由もないのに、あえて不合理かつ不均衡な事態を招く解釈を採用することなどあり得ない、ということである。それゆえ、「先行者に対し当該傷害についての責任を問いうることは、同条の適用を妨げる事情とはならない」のであり、適用否定説は明確に排斥されたのである。

本決定についてやはり気になるのは、「途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はな」い、との説示である。不均衡及び主張立証構造の歪みといった点は適用否定説の一部からもその存在自体は認められてきた[49]（本稿の理解からもこれらの点に関する本決定の説示に問題はない）。適用否定説の核心は、207 条が利益原則に抵触する例外的規定である以上は、例外を設ける必要性が最も高い場面、すなわち「誰にも傷害結果を帰属できない」場面に適用を限定すべきである（そして、不均衡及び主張立証構造の歪みは同条の例外性に鑑み甘受されるべきである）というものであり、適用否定説を退けるためには、これに対応する必要があった。本決定は「理由がな」いとの上記説示により、これに対応したといえるが[50]、問題はその表現ぶりから本決定が 207 条の例外性を重視する必要はないとの立場を採用したようにも窺われる点である。この立場を躊躇なく採用するためには、同条における挙証責任の転換の正当性・合理性を積極的に論証することが先決であるはずであり、本決定が、同条が「違憲無効ではない以上、適用可能であれば適用しうる」[51]との理解に基づいて真にこのような立場を採用したのであるとすれば、疑問が残ろう。「理由がな」いとの説示は、「（本決定のような 207 条の趣旨理解を採用すれば）理由がな」いという趣旨に留まるものであると期待したい。

四　207 条の適用範囲（適用の在り方）

さて、本決定の説示でさらに注目されるのは、決定要旨（ⅲ）及びその直後の決定要旨（ⅳ）の説示であり、これらが直接的には原判決との結論の相違を導いている。

１．従来の議論状況

前述のとおり、従来の下級審裁判例及び従来の適用肯定説は、途中共謀加担事例への刑法 207 条の適用の在り方として、時系列分断形式、すなわち共謀成立前の先行者による暴行によって結果が生じたのか、共謀成立後の共同正犯としての

[49] 安田・前掲注 15・92 頁。
[50] 同様の趣旨が窺えるものとして、小林・前掲注 29・117 頁。
[51] 山口厚『新判例から見た刑法［第 3 版］』（有斐閣、2015 年）125 頁参照。

暴行によって結果が生じたのか不明であるという点で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるとの定式を用いてきた。

このような理解によれば、上記〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕も〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕も、207 条の適用対象となり得る。必ずしも明示的に議論されてきたわけではないが、従来の肯定説の多く及び下級審裁判例の説明を文字通りに受け止めれば、このような理解は十分にあり得るものであり、このような 207 条の適用の在り方を素直にそのまま採用したのが、東京高裁平成 27 年決定及び令和 2 年決定の原判決であったといえる。

また、古い判例であるが、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕といえる事案において、問題となる暴行を担当していない被告人につき、207 条の適用を認めたものとして、大判昭和 9 年 12 月 22 日刑集 13 巻 1803 頁（以下、「昭和 9 年判決」とする。）がある。すなわち、簡略に言えば、現実に問題となる暴行を行ったのは、被告人との共謀が認められる X 等及び被告人との共謀が認められていないその他の者であり、いずれの暴行から当該傷害結果が生じたか不明であるとの事案において[52]、以下のように 207 条を適用することで、問題となる暴行を行っていない被告人につき傷害の共同正犯を認めている。すなわち、「数人共謀して他人に暴行を加えんことを企図し之が実行ありたる場合に於ては自ら暴行行為を為さざる者と雖之を為したる他の共謀者と等しく暴行の罪責を負わざるべからず……被告人と本件犯罪を共謀したる X 等の行為に付ては刑法 207 条を適用し共犯の例により同法 204 条に問擬すべきが故に被告人は自ら暴行を為さずと雖尚前叙の理由に依りこれら実行者と同様同条を適用処断すべきものとす」としている。

2．本決定の説示の分析

このように、下級審レベルでは〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕につき 207 条の適用を認めるものがあり、また〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕についてではあるが、最上級審レベルで、問題となる暴行を行っていない者について 207 条の適用を認めるものがあった。これに対して、本決定（の上口唇切創に関する判断）が、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕（の少なくとも一部）につき 207 条の適用を否定したことは明らかであり、その論理を明らかにする必要がある[53]。

---

[52] やや事案が不明確であり、実行行為者全員に（すなわち X 等とその他の者との間には）少なくとも現場共謀が認められるのではないか、仮にそうであるとすれば、その実行行為者の少なくとも一部（X 等）と被告人は事前共謀を行っている以上、その限りでいわゆる順次共謀として全体に共謀が及び、207 条を媒介させずとも被告人に共同正犯としての結果帰属が認められた事案ではないか、との憾みもあるものの、本判決自体は実行行為者全員の間での現場共謀を明示的には認定せず、以下の本文のように 207 条を適用することで問題となる実行行為を行っていない被告人につき傷害の共同正犯を認めている。

[53] なお、少なくとも令和 2 年決定（の上口唇切創に関する部分）と同様の事案類型（通常の

（一）あり得る理解Ⅰ

まずは、昭和９年判決と抵触しない形で本決定を理解できないかを検討する。すなわち、本決定が 207 条の適用による結果帰属を否定したのは〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕（の一部）についてのみであり、〔問題となる暴行なし型〕一般について 207 条による結果帰属の可能性を全面的に排斥したわけではないという理解である。

（１）昭和９年判決の分析からの検討

このような理解の手掛かりとなるのは、やはり昭和９年判決の説示である。同判決は、問題となる暴行を行っていない被告人の行為が直接的に 207 条及び 204 条に「該当する」とするかのような原判決の説示を「聊か簡略に失する嫌」があると批判した上で[54]、しかし結局、「数人共謀して他人に暴行を加えんことを企図し之が実行ありたる場合に於ては自ら暴行行為を為さざる者と雖之を為したる他の共謀者と等しく暴行の罪責を負わざるべからず……被告人と本件犯罪を共謀したる X 等の行為に付ては刑法 207 条を適用し共犯の例により同法 204 条に問擬すべきが故に被告人は自ら暴行を為さずと雖尚前叙の理由に依りこれら実行者と同様同条を適用処断すべきものとす」としている。刑集に挙げられた判決要旨[55]からもわかるとおり、ここで 207 条が直接的に適用されるのは、X 等実行担当者の行為についてであり、それにより X 等には 204 条の傷害罪が成立し、被告人は X 等と「本件犯罪（＝暴行）を共謀した」がゆえに、刑法 60 条を媒介として「実行者と同様同条を適用」される、としていると理解可能である。

（a）従来の下級審裁判例及び適用肯定説における適用の在り方

この説示の特徴は、従来の下級審裁判例及び従来の適用肯定説と、207 条と 60 条の適用順序が異なる点である。すなわち、従来の下級審裁判例・適用肯定説は、途中共謀加担事例への 207 条の適用の在り方として、共謀成立前の先行者による暴行によって結果が生じたのか、共謀成立後の共同正犯としての暴行によって結果が生じたのか不明であるという点で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるとの定式を用いてきたが、この理解は、「共謀成立後の共

〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕）について、207 条の適用により後行者に結果帰属をすることを疑問視する見解も学説上存在した（伊藤ほか・前掲注 7・47-48 頁［島田］、小林・前掲注 7・8 頁）。もっとも、簡潔な記述であるため、論者が後述の理解Ⅰであるのか理解Ⅱであるのかは必ずしも明らかでない。とはいえ、論者らは 207 条の傷害結果帰属の効果を傷害致死罪に援用することを、207 条の例外規定性を根拠に否定している（伊藤ほか・前掲・47 頁［島田］、小林・前掲注 14・174 頁、同・前掲注 29・118 頁）ので、理解Ⅱに親和的かもしれない。

[54] 上告趣意では、「207 条は数人が同時犯をもって暴行を加え人を傷害したる場合たるをもって被告人が手を下して被害者に対して暴行を加えたるに非ざる限り同条を適用することを得ず」と述べられている。

[55] 「甲乙両名他人に暴行を加へんことを共謀し乙は丙等と数人にて他人に暴行を加へ之を傷害したるとき乙に対し刑法 207 条を適用し同 204 条をもって処断すべき場合に在りては甲に対し同法第 60 条第 204 条第 207 条を適用処断すべきものとす」。

同正犯としての暴行」というものを 207 条にいう「暴行」として把握していることから明らかなように、207 条を適用する前提として、あらかじめ（208 条と）60 条を適用し、そこで共同正犯として把握された「暴行」を 207 条に適用する、という思考ステップを踏んでいるといえる。その上で、このように 207 条適用の前提として予め 60 条を適用すると理解した上で、仮に、「者」＝主体ごとに適用を考えると、共犯による間接的なものも 207 条の「暴行」に当たると考えることになり、先行者は自らの直接暴行及び他者の暴行への関与という「暴行」をしたと把握され、先行者が「傷害を生じさせた者」に常に当たり得ることになるため、結局、途中共謀加担事例への 207 条の適用につき適用否定説とならざるを得ない。そこで、このような帰結に至らないために、従来の下級審裁判例・適用肯定説は、時系列分断形式を採用していたといえる。すなわち、「先行者」・「共同正犯」というやや観念的な主体を想定していることから明らかなように、207 条が「者」としていることからはやや逸脱して、実際には時系列に沿って切り分けられた「暴行」を問題とし、「傷害を生じさせた者を知ることができないとき」ではなく、「傷害を生じさせた暴行を知ることができないとき」を問題としていたのである。このような適用順序・在り方は、207 条の趣旨を「傷害結果発生の一定の危険を有する暴行を行ったにも拘らず、因果関係が不明であるということのみで帰属が否定されてしまうという不合理の回避」と理解した上で、その趣旨を共犯的関与者にも可及的に及ぼそうとするには、一貫したものといえる。

（b）従来の下級審裁判例及び適用肯定説における適用の在り方の問題点

しかし、このような時系列分断形式による適用の在り方には問題があるといえる。〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕のうち、既に問題となる暴行を行っていた先行者 A に X が途中共謀加担したものの、共謀加担後に実際に問題となる暴行を担当したのは A であったという場合、従来の下級審裁判例の適用の仕方であれば、X にも 207 条による結果帰属が認められかねないが、ここでは「その傷害を生じさせた者」は明らかに A であり、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」には当たらないといわざるを得ず、この場合に X に結果帰属を行うことは条文に反するといわざるを得ないであろう[56]。このような不適切な帰結を導く原因は、本来的に「者」を基準に規定している 207 条の規定を実質的に「暴行」を基準に適用するという文言から逸脱した適用方法を採用したためであり、やはりこのような適用方法は不適切であろう[57]。ゆえに、207 条の文言通り素直に、207 条は問題となる暴行を行った個人としての「者」につき適用すべ

[56] 207 条の文言が「二人以上」による暴行を要求している（207 条の趣旨を述べる際の平成 28 年決定および令和 2 年決定の説示も「二人以上」による暴行の存在を前提としている）ことにも反しているといえよう。
[57] 金子・前掲注 11・80 頁注 12。豊田・前掲注 12・679 頁も参照。

きである[58]。令和2年決定が、「先行者の加えた暴行と被告人の加えた暴行のいずれにより傷害が生じたのかを知ることができないという意味で、『その傷害を生じさせた者を知ることができないとき』に当た」ると述べたのは、まずは、暴行ごとに時系列で切るという時系列分断形式を採用せずに主体ごとに時間横断的に切り分けて207条を適用するとの理解を示したものと理解できる[59]。

（c）別の適用の在り方の可能性

もっとも、以上の議論は、207条の適用の前提として60条を適用し、かつ「者」を実質的に「暴行」と読み替えるような適用順序・方法を否定したに過ぎず、問題となる暴行を行った者につき207条を適用した上で、その後に60条（さらに208・204条）を適用するという適用順序・方法を否定しているわけではない。主体ごとに適用するという文言上の制約に従いつつ、本決定の理解する上記207条の趣旨を可及的に全うさせるためには[60]、この適用順序・方法を採用する必要がある。正にそのようなやり方をしたのが昭和9年判決といえる。すなわち、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合について、AとBは問題となる暴行を加えているので、AとBにつき207条の適用が可能であり、その効果としてBに傷害結果が帰属する、そしてXはそのBと当該問題となる暴行全体につき共謀をしているため、60条・208条により暴行の共同正犯となり、その共同正犯者Bの行為に傷害結果が帰属するという207条の法効果が援用され、さらにXに帰属される、という形で、問題となる暴行を担当していない者についても207条を（やや間接的な形で）適用して結果帰属をすることができる、としたものといえる。それに対して、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕については、この理解からはXに結果帰属ができない場合が生じる。というのも、たとえば上述の〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の具体例に即して言えば、AとBについて207条を適用することは不可能ではなかろうが[61]、その場合にも時系列

---

[58] 207条には「その傷害を生じさせた者」という文言のみではなく、「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず」という文言もあるが、それについても「それぞれの」というのが直前の「二人以上」という主体を指していることは明らかであろう。なお、そもそも「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができ」ない場合というのは、「その傷害を生じさせた者を知ることができない」とされるような複数個の傷害が同時存在している状況を指すものに過ぎず、両者が実質的には同じことを指すことについては、杉本一敏「同時傷害の特例（刑法207条）の解釈論的問題（上）」早稲田大学法務研究論叢3号（2018年）14-16頁参照。

[59] この点につき、和田・前掲注4・131頁。

[60] 上述したように、主体ごとに適用するという文言上の制約に従いつつ、207条の適用の前提として予め共犯規定を適用すると、適用否定説に至ることになる。このような適用の在り方は、本来的には処罰拡張規定である共犯規定を処罰縮減的に機能させてしまうものであり、適切でないといい得る（もちろん適用否定説の価値判断に依拠すればそうではないが）。本決定の理解する207条の趣旨理解を可及的に全うさせるためには、共犯規定を本来的役割通りに処罰拡張的に機能させる必要があり、先に問題となる暴行を行った者につき207条を適用した上で、その後に共犯規定を適用するという適用の在り方が支持されることになる。

[61] もっとも、AやBには共犯規定により当然に結果が帰属するため、207条の適用は不必要

で切るのではなく主体で切るため、A の一連の行為、B の一連の行為への結果帰属が認められるだけであり、X 共謀加担後の A・B の行為部分のみに結果を帰属させることはできないからである。注意が必要なのは、この理解によると、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕でも問題となる暴行を行っていない者に 207 条の法効果を援用することができる場合もあることである。たとえば、③´先行者 A が暴行をし、続いて B と X が共謀加担し、X は羽交い絞めにしていただけであり、問題となる暴行を担当したのは A・B のみであったという場合[62]であれば、A と B につき 207 条を適用し、それにより B の問題となる暴行に結果は帰属し、その B の問題となる暴行全体につき B と X が共謀していることは確かであるため、207 条の法効果を援用して、X は傷害の共同正犯となり得る（以下、〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕とする。）。

（２）理解Ⅰと本決定説示との平仄

この理解Ⅰの問題点として挙げられるのは、本決定の説示とのかみ合わせがやや悪いようにも思われる点であろう。すなわち、本決定の決定要旨（ⅲ）の説示は、素直に読めば、〔問題となる暴行なし型〕一般について 207 条の適用を否定する含みと理解すべきではないか、というものである[63]。

もっとも、このような批判に対しては、以下のような応答があり得るように思われる。すなわち、まず、「刑法 207 条は、二人以上で暴行を加えて人を傷害した事案において、その傷害を生じさせ得る危険性を有する暴行を加えた者に対して適用される規定である」という説示は、決定要旨（ⅳ）において述べられていること（時系列分断形式の否定）と併せて読むと、207 条は、その文言上、「暴行」ごとに適用される規定ではなく、「者」ごとに適用される規定である、ということを述べているだけ、という読み方が可能である[64]。その上で、本決定の「上記の場合に同条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問い得るのは、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであるときに限られると解するのが相当である。後行者の加えた暴行に上記危険性がないときには、その危険性のある暴行を加えた先行者との共謀が認められるからといって、同条を適用することはできないというべきである。」との説示も、「上記の場合に」

ではある。

[62] ほかにも、A と B が共謀に基づき第一暴行をし、X が途中関与をしたが、第一暴行をしたのが A のみ（その際 B は羽交い絞めにしているだけ）、第二暴行をしたのが A・B のみ（X は羽交い絞めにしているだけ）、という場合もこれに当たり得る。

[63] そうであるとすれば、本決定は実質的に昭和 9 年判決を変更したと理解されることになる。

[64] 再び登場する「二人以上」という言葉も、前述のように「暴行」ごとに適用すると暴行を自ら行う者が一人であってもよいことになりかねないことに鑑みると、207 条が「者」ごとに適用されるべきということを示すためのものと理解することも可能であろう。北原・前掲注 4・24-25 頁はこのような趣旨とも受け取れようか。

という限定がかかっており、それは本決定で直前の段落に書かれている「他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたものとまでは認められない場合」を指すと思われる。つまり、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕についての説示に過ぎず、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕が議論の対象から外れていることは明らかである。また、(④についてもであるが)〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕についても、そこでは「後行者」であるBが問題となる暴行を行っており、Xが（間接的に）207条を適用されるのはその「後行者」であるBとの完全な共謀が認められるからであり、この場合も議論の対象から外れているといえる[65]。ゆえに、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕や〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕は本決定の議論の射程外である、と読むことは可能であろう。そして、通常の〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕については、上記の理由でXにつき間接的な207条の適用が不可能であるため、207「条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問い得るのは、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであるときに限られる……。後行者の加えた暴行に上記危険性がないときには、その危険性のある暴行を加えた先行者との共謀が認められるからといって、同条を適用することはできない」ということになるのである。

（二）あり得る理解Ⅱ

もっとも、令和2年決定の上記説示は、最も素直に読めば、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕・〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕一律に、問題となる暴行を行っていない者について207条による結果帰属を否定することを含意するものと読む方が自然かもしれない[66]。このような理解に立った場合、そのように（上記のような間接的な形での）207条の適用を排除する理論的根拠としては何が考えられるであろうか。

（1）訴訟法的観点に拠るもの

このような理解を支える論拠としてすでに指摘されているのは、訴訟法的な観点である。すなわち、207条は因果関係の存在につき挙証責任の転換を規定したものとするのが多数の理解であり[67]、平成28年決定もその理解を示しているとい

---

[65] 問題となり得るのは、前掲注62で挙げた事例のような〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕であり、この場合のBは先行者という方が自然かもしれないが、本決定のいう「上記の場合」である「他の者が先行して被害者に暴行を加え」た場合として想定されているのは、本決定の事案と同様、先行者全員がいずれも問題となる暴行を先行暴行段階で自ら実行している場合であると理解することは許されよう（あるいはBは先行者ではなく後行者ということも不可能ではないかもしれない）。そうであるとすれば、これも本決定の議論の射程外と理解することは不可能ではない。

[66] 前掲注1の研究会においては、そのような理解が多数であった印象である。

[67] 中森・前掲注28・18頁、西田＝橋爪・前掲注28・48頁、山口・前掲注31・49-50頁、井田良『講義刑法学・各論［第2版］』（有斐閣、2020年）67頁等。

えるが、そのような挙証責任の転換が許容される条件については刑事訴訟法学における議論の蓄積があり、❶検察官が証明する事実から、被告人が挙証責任を負担する事実の反対事実が合理的に推認されること、❷その事実を証明する資料が通常被告人側にあり、被告人側に立証の便宜性・容易性が認められること、❸被告人が挙証責任を負担する部分を除いても、なお犯罪としての相当の可罰性があること等が挙げられることが多い[68]。そして、この条件❷に関連させて、被告人が検察官以上の立証能力を有すると考えられるのは、被告人が把握できる被告人自身による暴行についてのみであるとするのである[69]。これは一つの説得的な説明であると思われるが、理解Ⅰの立場からは以下のような異論も想定される。

（a）条件❷に関する異論

一つは、条件❸こそが挙証責任転換の条件の核心部分であり、条件❸を満たせば挙証責任の転換は正当化でき、条件❷は挙証責任の転換を許容するための条件ではないのではないか[70]（それゆえその点に関連させた限定解釈を行う必要はないのではないか）、仮にそれが条件であるとすれば、傷害の発生機序に関する証拠が被告人に偏在しているわけではないため、たとえ平成 28 年決定の差戻し第一審判決である名古屋地判平成 30 年 11 月 26 日 LEX/DB 25562104 がいうように被告人側による立証の程度を「合理的な疑いを容れない程度の証明ではなく、証拠の優越の程度の立証をもって足りると解する」としても、なお（自ら暴行をしていたとしても）被告人による証明は困難であり、むしろ 207 条は許されざる挙証責任の転換になってしまうのではないか、との異論である[71]。あるいはそこまでラディカルな主張ではなく、そのようになお証明困難に思われる自ら暴行をした行為者についてであっても条件❷を充足するのであれば、条件❷は実はそれほど高いハードルではなく、（共謀関係にある問題となる暴行を担当した行為者の

---

[68] さしあたり、堀江慎司「挙証責任と推定」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013 年）151 頁を参照。

[69] 和田・前掲注 4・131 頁。

[70] 松尾浩也『刑事訴訟法下［新版補正第 2 版］』（弘文堂、1999 年）24-25 頁は条件❷を挙げていない。

[71] 杉本一敏「同時傷害の特例の解釈論的問題（下）」早稲田大学法務研究論叢 5 号（2020 年）8,14-15 頁（杉本教授は、上記名古屋地裁の判断は、挙証責任転換を許容するための条件ではなく（このような証明度の軽減がなくても 207 条は利益原則に反しない）、政策的決定の問題として採用されたものに過ぎないとされる。これに対して、堀江・前掲注 68・150 頁。）。平野龍一「刑法各論の諸問題 3」法学セミナー199 号（1972 年）78 頁も、因果関係の問題は「医学的に証明されるべきことであって、被告人が容易に証明しうることではない」とする。

なお、杉本教授によれば、同時傷害の特例が条件❸を満たすというためには、208 条の暴行罪ではなく 204 条の傷害罪の法定刑をもって望むに値するほどの可罰性が必要であり、そのように言えるためには、207 条の「暴行」とは「接触型」でありかつ「何らかの生理的機能障害の惹起を必然的に伴っていると考えられる程度に達している」ものに限定されると解釈されるべきであり、さらに、（重大な傷害を惹起したことが立証されているわけではないので）204・205 条の法定刑の上限に近い量刑（あるいは、傷害罪・傷害致死罪の量刑相場の上限に近い量刑）をすることは許されないと解釈されるべきである、とする（杉本・前掲 11-14 頁）。

協力を得ること等で）問題となる暴行を行っていない者も条件❷を充足していると言い得る余地があるのではないか、との異論も考えられよう。もちろん、仮にこれらの異論が適切であるとしても、やはり自手実行していない者の方がより証明困難であるとは言えようから、207 条が利益原則の例外であることからその適用範囲が限定的であるべきとの価値判断も併せ考え、そのような者についてはいわば政策的にカテゴリカルに 207 条の適用を（間接的なものも含めて）否定するという方向性もあり得るところであろうが、本決定の内在的理解としては、三で述べたように本決定が 207 条の例外性を重視しない立場を採用しているとすれば、そのような政策的な限定が行われることは考えにくいことになろう[72]。

（b）間接正犯の場合にも適用されなくなることについての異論

もう一つ、この立場は自手実行の存否に注目するものであるため、たとえば以下のような間接正犯事例においても 207 条の適用が認められないことになろうが、それは妥当か、との異論も考えられる。すなわち、A と B が共謀なく問題となる暴行をしたが、実は B は X から当該行為を強制されており、X に間接正犯が成立するような状態であった、という場合である。この場合に、A には 207 条適用が可能である（B にも可能だが適法行為を行う期待可能性の不存在により責任が阻却され得る）が、X には適用されず結果が帰属されないという結論には、X も単独正犯的に問題となる暴行が帰属されるといえるにも拘わらず別異取扱いとなるという点に鑑みると、やや躊躇が残るかもしれない[73]。

（２）実体法的観点に拠るもの

（a）単独正犯性を具備する場合の行為の違法性の方が重大？

もう一つの論拠として、実体法的観点に拠るものとして次のようなものもありうるかもしれない。すなわち、単独正犯性を具備する場合の行為の違法性の程度

---

[72] 筆者の能力上、考え方の道筋の紹介に留めざるを得ない。本段落の記述に関しては、刑事訴訟法研究者の御協力を得つつ、今後さらに検討していきたい。

[73] なお、このような場合に、207 条を A と B につき適用する（そして B の行為に結果帰属したということを援用して X の間接正犯を論じる）のか、A と X につき適用するのか、ということは議論になり得るが、差し当たり、B への帰属と X への帰属は二者択一になるとの通常の理解を前提に、後者の理解を採用しておく（錯誤支配の場合は二者択一となることは明らかであろう。また、強制支配の場合、B が責任阻却される場合に X が間接正犯になり得、B が責任阻却されずに責任減少に留まる場合には X は共犯に留まる、というのが通常の理解であろう。もっとも、異なる理解として佐伯仁志「原因において自由な行為　コメント②」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001 年）164-168 頁。それに対する批判として、島田聡一郎『正犯・共犯の基礎理論』（東京大学出版会、2002 年）320 頁注 235 も参照）。

もっとも、B は責任が阻却されるのみであり、暴行の構成要件該当性は認められているため、B の存在を外して検討することには違和感もあり、かといって A と B と X につき直接適用するとすれば、B と X の暴行が現象としては同一であるため、これもまた違和感があろう。とすると、少なくとも強制支配類型については、（間接正犯は共犯規定を媒介とするものではないのでこれもまた違和感は残るが）前者の理解もあり得るかもしれない（さらに、仮に上述のような二者択一関係とならない余地を認める立場に与するのであれば一層、前者の理解を採用する必要が出てくるかもしれない）。この問題は間接正犯（の成立範囲）についての考え方に影響を受けるものであるので、さらなる検討は今後の課題としたい。

とそうでない場合の行為の違法性の程度との相違に着目するものである。問題となる暴行を担当していない者は、たとえ共同「正犯」とはいえ間接的な惹起であり、単独正犯性を具備する者に比して行為の違法性の程度が低いといえ、207 条が利益原則に反した例外的規定であることにも併せ鑑み、単独正犯性を具備しない者への適用を差し控える、というものである（この理解の場合には、上述した間接正犯事例においては、207 条の適用が認められる余地が残ろう[74]）。

しかし、このような理解にも異論はあり得る。共同正犯も正犯である以上は同等の取扱いをすべきとの異論に加え、そもそも常に単独正犯性を具備する場合の方が違法性が高いわけでもない、との異論があり得よう。繰り返しだが、たとえば〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕において、X が、B の暴行が当たりやすいように被害者を羽交い絞めにしている場合など、X の関与により B の暴行の危険性がより上がるといえる場合には、問題となる暴行自体の危険性が上がっている以上、それへの間接的関与とはいえ、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の X の行為の違法性の程度が、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕の X のそれよりも低いとは必ずしも言えない。また、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合の現実の行為者間の比較で考えてみても、たとえば A が暴行後、A との共謀なく B・X が共謀に基づく暴行をした（X は羽交い絞めのみ）という場合に、やはり B・X の暴行の方が危険であるとすれば、B の行為の違法性の程度が最も高いことはわかるかもしれないが、A と X でいずれの行為の違法性の程度が高いかは必ずしも明らかではない[75]。

（b）当該結果につき最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者に限る？

あるいは、行為の違法性の程度を比較しているのではなく、当該結果につき最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者のみを 207 条の適用対象とする、という理解もあり得るかもしれない。〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕においても、結果が発生したのが A の暴行を原因としていると仮定すれば、最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者は A、結果が発生したのが B の暴行を原因としていると仮定すれば、最も強度な客観的帰属が認められる可能性のある者は B であり、X が最も強度な客観的帰属が認められる可能性はない[76]。207 条の例外性を強調すれば、このような形で政策的に適用範囲を限定するということもあり得るかもしれず、このように考えれば、単独正犯性を充足していない者

---

[74] その際の適用の仕方に関する議論の余地については、前掲注 73 参照。

[75] なお、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合には、③´も含めて、当該事案内部では単独正犯性を具備する者（A・B）の行為の違法性の程度の方がそうでない者（X）に比して常に高いとはいい得る。しかし、③（③´も含む）の場合における X の行為の違法性は、やはり〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕における X のそれとは相違がなく、〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕における X のそれよりも低いとも必ずしも言えない。

[76] いずれの仮説においても、X は二番手以下である。

は最も強度な客観的帰属が認められる可能性はないので、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕・〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕にはいずれも常に 207 条の適用は否定されることになろう[77]。もっとも、因果関係の証明がないことが 207 条の議論の前提である以上、仮定的な客観的帰属の強度を比較するのは筋違いであり、やはり行為の違法性の程度を比較すべきではないか、との異論は残ろう[78]。

（c）均衡論に基づく適用否定？

残る説明としてあり得るのは、理解 I を採用した場合に生じる不均衡・不合理の回避という点であろう。すなわち、上述のように理解 I からは、〔問題となる暴行なし型〕について、207 条の援用を認める場面と認めない場面が生じ、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕と〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の X の行為はその違法性の程度において異なるところはないと思われるにも拘らず、別異取扱いをすることが不均衡である、という観点である。これは、従来の均衡論とは異なり、適用しないとすれば不均衡だから適用するという議論ではなく、適用すると不均衡が生じるから、条文文言上適用が不可能でないとして

---

77 この理解でも、やはり間接正犯事例への適用の余地は残り得る。

78 さらに気になり得るのは、判例が 207 条の規定を傷害致死罪との関係でも援用可能であるとしている点との整合性である。周知のように、平成 28 年決定は、207 条により傷害結果が帰属されるということを、205 条の傷害致死罪との関係でも援用できるという趣旨を示しているといえる（橋爪・前掲注 15・124 頁参照。なお、別の論理として、死亡は生理的機能障害の極致として「傷害」の一種であるとして、傷害致死との関係でも 207 条を直接的に適用し得るとする理解もあり（松宮孝明『刑法各論講義［第 5 版］』（成文堂、2018 年）44 頁、金子・前掲注 11・90 頁）、それによれば以下の点は顕在化しない。もっとも、そのような理解に対しては、文言を逸脱しており、またそれにより傷害の結果が誰に由来するかは判明しているものの、死因となった傷害が不明の場合にも 207 条の適用があることになる点で、疑問がある）。207 条が例外的規定であるということを強調するのであれば、傷害結果が帰属するとみなされるとしても（そしてその傷害と死亡結果との因果関係があるとしても）、別の規定である傷害致死罪の文脈ではその効果は援用できない、という方向性もあり得るにも拘らず、最高裁はそのような方向性をとっておらず、それほど 207 条の適用範囲を限定しようとの方向性を強く打ち出していないように思われる。もちろん、法定刑が格段に高く設定されている強盗致傷に援用するというようなそれを妨げる特段の事情がある場合には別であるが、今回の問題状況ではそのような特段の事情もない。とすれば、207 条の法効果の援用を共犯規定との関係でのみ否定することは、従来の価値判断との整合性がやや欠けるように思われる（その意味で、前掲注 53 で挙げた論者が理解 II を採用しているとすれば、それは一貫した態度と思われる。）。

一つの説明としては、傷害致死にまで援用を許すことと、共犯者についてまで援用を許すこととでは、その必要性が質的に異なる、という理解もあり得るかもしれない。一方で、傷害の究極形態である死亡を生じさせ得る危険性のある暴行につき第一次的に帰責される者について、（もちろん文言の制約はあるものの）因果関係の不明を理由に免責することは適切ではないが、他方で、共犯者についての援用は、第一次的に帰責される者について 207 条の適用により結果帰属を認めることはできている以上、認める必要がない、と。しかし逆に、207 条は傷害罪については特例を認めている以上、207 条により傷害罪を認められる者と共同正犯関係にある者についても結果帰属を認めることは許容しやすいが、それが傷害罪について限りでの特例である以上、法定刑において小さいとは言えない差のある傷害致死罪との関係では拡張的適用により慎重になるべき、との価値判断も十分に成り立つように思われる。結局、いずれの方が「拡張しすぎ」といえるかは必ずしも明らかでなく、上記説明は、両者につき別異取扱いをする説得的な理由とはなっていないように思われる。

も適用を差し控えるという議論であり[79]、207 条が例外的規定でありその適用範囲を限定しようとの観点も併せ考えれば、一定の説得力はあろう。もっとも、ここで生じる不均衡は、207 条の文言による形式的制約に起因するものであり、その意味で理由のある区別ともいえる[80]。また、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合において 207 条の援用が否定されることがあるのは、共謀の一部存在によるのではなく、行為者自身が 207 条の直接適用が可能な者でなく、かつ 207 条の直接適用可能な者との間で結果帰属される暴行全体につき共謀が存在しないがゆえにであり、検察官が主張立証すべきはあくまでも、行為者が問題となる暴行をしたことあるいは「共謀の存在」であり、検察官が共謀の不存在を主張するという歪んだ状況も生じない[81]。さらに、繰り返し述べているように、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕や〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕の場合でも〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕や〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕の場合に比して行為の違法性の程度が低い場面は考え得るのであり、いずれがより違法性の程度が高いかは必ずしも明らかではない。それにも拘らず、〔①-問題となる暴行あり・途中共謀あり型〕・〔②-問題となる暴行あり・途中共謀なし型〕において 207 条が適用されることは（①については令和 2 年決定により）確定している以上、いずれにせよ一定の不均衡を甘受することになるのであり[82]、そうであれば〔問題となる暴行なし型〕内部においての不均衡も甘受されるべき、との考え方もあり得ると思われる。

（d）小括

以上で見てきたように、実体法的観点に拠るものは、理論的に必然的に 207 条の適用範囲を限定し得るものではなく、せいぜい政策的な限定に留まるものであり、それゆえに、理解Ⅰを必然的に排斥するものではないように思われる。そし

---

[79] 当然だが、このような不均衡性のみを根拠に逆に〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕と同様に〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕のすべての場合にも 207 条の援用を認めるということはできない。理解Ⅰによれば、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の場合の中には、条文上適用が不可能なものがあるのである。このような不均衡性のみを根拠に条文上不可能な場合にまで適用を拡張することはできないのは当然である。

[80] 本決定も不均衡であることから直ちに途中共謀加担の場合に 207 条の適用を認めているわけではなく、「同条が適用できなくなるとする理由」があれば不均衡を甘受するとの立場であり、そしてこの不均衡は 207 条の文言により生じるものであり、十分に理由があるといえる。

[81] もちろん、理解Ⅰによれば、検察側が〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕あるいは〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕という事実を前提に起訴した場合に、Xより、Bは実は問題となる暴行をすでにしていた先行者であり、自らはBのすべての暴行につき共謀していたとは言えないという主張が出てくることはあり得る。この場合には、検察側がBの先行暴行を否定し、XがBの先行暴行を主張するという構図になり、やや歪な印象もある。しかし、それは結局、207 条の直接的適用が可能な者（＝問題となる暴行を実行した者）が行った暴行全体につきXの共謀が及んでいるか、という点に関するものであり、検察側が 207 条の適用を受ける者の暴行全体についての「共謀の存在」を主張立証すべきなのは当然であるから、やむを得ないといえよう。

[82] 不均衡を完全になくすには、結局のところ、207 条を削除するほかなかろう。

て、三で述べたように本決定が 207 条の例外性を重視していないとすれば、判例内在的にはそのような政策的な限定が行われることは考えにくいといえよう。このような政策的な限定を行うのであれば、207 条の例外性をなお重視する立場の採用が前提となろう[83]。

（三）小括

以上検討してきたが、理解 I は理論的には必ずしも排斥されない可能性がある。特に理解 II のうちの実体法的観点に拠るものについては、207 条が利益原則に反した例外的規定であるが故に適用範囲を限定的にすべきであるということを前提に、ある種政策的に限定を図ろうとしているに留まる。理解 I を理論的に排斥する可能性があるのは、理解 II のうちの訴訟法的観点に拠る場合であるが、条件❷の要否それ自体あるいは充足性判断についての理解によっては、やはり理解 I を理論的に排斥するものではなく、207 条が利益原則に反した例外的規定であることからその適用範囲を限定的にすべきであるという価値判断を前提に、自手実行の場合の方がそうでない場合に比すれば立証の容易性が認められるということから、政策的に適用範囲を限定しようとするものに留まる、ということになろう。このように政策的に 207 条の適用範囲を限定しようとする場合には、一方で、三で述べたレベルでは 207 条の例外性を重視しないものの、しかし他方で、四の理解 II のレベルでは 207 条の例外性を考慮するということであり、「中庸」とも言い得るが、「中途半端で一貫性がない」とも言え、三における適用否定説からはそれならば遡って適用否定説を採用すべきである、との批判がなされ得るところであり、翻って、三で述べたように本決定が 207 条の例外性を重視していないとすれば、そのような政策的な限定が行われることは考えにくいであろう。ゆえに、本決定が、207 条の例外性を重視しない立場なのであれば、理解 I の方がむしろ本線であり（昭和 9 年判決とも齟齬を来さない）、理解 II に至るとすれば、それが訴訟法的観点から理論的に必然的に導かれるとの論証に奏功した場合であり、そのためには条件❷の要否それ自体あるいは充足性判断についてのより踏み込んだ議論が必要、ということになろう。それに対して、本決定が 207 条の例外性をなお考慮する立場であるとすれば、政策的限定という見地から理解 II を採用する余地が出てくることになる。

---

[83] このように一方で、三で述べたレベルでは 207 条の例外性を重視しないものの、しかし他方で、四の理解 II のレベルでは 207 条の例外性を考慮するという、いわば「中庸」の立場を採用する理由としては、三において適用否定説を採用すると「常に」不均衡・不合理な事態が生じ、それは甘受不可能であるため、207 条の例外性に鑑みてもそこまでの限定は受け入れられない（それゆえ適用否定説による 207 条の趣旨理解には与しない）が、四における政策的限定については、〔問題となる暴行あり型〕と〔問題となる暴行なし型〕との間で不均衡が生じることはあり得るものの「常に」生じるわけではないため甘受可能であり、むしろ限定しなければ〔問題となる暴行なし型〕内部で不均衡が生じるため望ましくない、というものが考えられようか。

このように見ると、令和２年決定が昭和９年判決を実質的に変更し、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕をも含めた〔問題となる暴行なし型〕一般につき、問題となる暴行を行っていない者へのいかなる意味での 207 条の適用をも否定したものと評価するのは、判例内在的にはやや時期尚早に思われる。差し当たり、令和２年決定は、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕の一部について、問題となる暴行を行っていない者につき（その条文文言上の制約から）207 条の適用を否定したものと理解しておくのが穏当であろう。その上で、挙証責任転換の必要条件に関する議論に基づいて理論的に必然的に理解Ⅱに至るかがさらに検討されるべき事柄となろう。もちろん、本決定が 207 条の例外性をなお考慮する立場であるとすれば、政策的に理解Ⅱに至ることも否定されないため、この点も検討が必要であろう。いずれにせよ、今後〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕（さらに〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕）の事例につき最高裁がいかなる判断をするかが注目される。さらに、理解Ⅱを採用した場合でも、訴訟法的観点に拠る場合と実体法的観点に拠る場合とで、間接正犯事例など若干の適用範囲の相違が生じ得ることから、その点も含めて、今後の判断が注目される。

五　おわりに

本決定についてやはり根本的な問題として残るのは、207 条の例外性を重視しない立場を採用したように窺われる点である。現時点では 207 条の正当性・合理性に対しては少なくない疑念が示されており、とすればその趣旨・適用範囲を限定するという方向性にはやはり「理由がある」ように思われる（上述のような政策的な限定もこのような理解を前提とする必要がある）。207 条の例外性を重視する必要はないとするのであれば、挙証責任の転換の許容性に関する議論に基づいて同条の正当性・合理性をより詳細に論証する必要があり（四における理解Ⅱの訴訟法的観点によるものとの関係でもこの議論の深化が望まれる）、それがなされない限り、遡って三における適用否定説になお説得力が残ることになろう[84]。

【追記】

本稿脱稿後、校正段階で、内藤恵美子「判解」ジュリスト 1555 号（2021 年）109 頁と、水落伸介「同時傷害の特例（刑法 207 条）の限定解釈に関する一試論」

[84] なお、三における適用否定説を採用した場合、〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕について 207 条の適用がないことは明らかであるが、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕について 207 条の適用が可能であるかは別途問題となり得る。この点については従来必ずしも明示的な議論がなかったように思われる。207 条の例外性を強調する出発点からは適用を否定することが自然なようにも思われるが、途中共謀加担の場合とは別の議論であり、さらなる検討を要する。

法政理論 53 号 2 号（2021 年）1 頁、松原芳博『刑法各論［第 2 版］』（日本評論社、2021 年）60-61,64-65 頁に接した。

・途中共謀加担事例における 207 条適用の余地について（本稿三関連）

内藤評釈 112 頁は、均衡論を主たる理由としつつ、適用否定説を採用した場合の不自然な攻撃防御関係の回避も考慮された可能性があるとする。それに対して、適用否定説のような 207 条の趣旨理解を本決定が排斥しているとの指摘はなされていない。本稿でも述べたように、従来の適用肯定説が必ずしも 207 条の趣旨理解について明言せず、適用否定説と同様の趣旨理解をした上で、均衡論等の実質論を重視して適用を肯定しているようにも思われることに配慮したものであろうか。そうであるとすれば、（207 条の例外性に鑑みれば穏当なものとはいえるが）本決定の内在的理解としてはやや疑問がある。適用否定説と同様の 207 条の趣旨理解をしているのであれば、「刑法 207 条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はな」いなどということはあり得ないだろう（その意味で、本決定による 207 条の趣旨理解に対する水落論文 25 頁の評価は正しいと思われる）。残されているのは、207 条の趣旨理解としては適用否定説のそれを排斥しつつ、207 条の例外性をなお考慮する立場であるとの判例理解であろう。

・207 条の適用範囲あるいはその在り方について（本稿四関連）

内藤評釈 112-113 頁は、㋐時系列分断形式を採用すると、実行行為を分担したのは終始先行者である場合や、後行者が問題となる暴行を加えていない場合にまで適用範囲が拡大し得ることになり、「二人以上で暴行を加え」「その傷害を生じさせた者を知ることができない」との文言にそぐわないという問題がある（同時犯との外形的な共通性には重きが置かれないことになる）という点（本稿における理解 I 参照）と、㋑後行者の行為責任としても関与の仕方次第で必ずしも同等またはそれ以上の当罰性があるとはいいにくいケースも含まれてくる可能性があるという点（本稿における理解 II のうち実体法的観点に拠るものを参照）、さらに㋒207 条が個人責任原則や利益原則の例外規定であることに鑑みて慎重な考慮の必要性があるという点を、最高裁の判断の論拠として指摘する。その上で、本決定の射程は（本稿のいうところの）通常の〔③-問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕に留まり、〔③´-特殊な問題となる暴行なし・途中共謀あり型〕にまでは及ばないとし、このような理解は、平成 28 年決定が、先行者 2 名の暴行を一体として「第 1 暴行」と捉え、「自己の関与した暴行」という表現を用いていること（こ

れは令和２年決定にも当てはまる）と親和的とする（〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕には一層、本決定の射程は及ばないことになろう。）。もっとも、㊓問題となる暴行を加えたという要件が挙証責任転換規定の合憲性を支えていることを重視する考え方（本稿における理解Ⅱのうち訴訟法的観点に拠るものを参照）もあり得るとし、その場合には③´（さらにおそらく④も）において207条の適用が否定される可能性を示唆する。

㋑や㋒の観点の位置づけはやや気になるものの（本稿の理解からは、これらの観点は本決定の射程を③´及び④にまで拡張し得るものであり、そこまでの拡張の含みなく本決定を合理的に説明できる観点は㋐のみである。）、本稿で述べた通り、本決定の内在的理解としては、このように射程を慎重に限定しておくことが当面は穏当であると思われる。その上で、今後、③´及び④において207条の適用が認められるかを考える際には、㊓により必然的に適用が限定されるのか、あるいは㋒を出発点にした上で㋑あるいは㊓を考慮して政策的に適用を限定するべきか（さらに考慮するならば㋑なのか㊓なのか）、が重要な問題となろう。

松原・前掲61,65頁は、207条の適用に付加型実行共同正犯の外形を要求する見解から、問題となる暴行を行った者についてのみ207条の適用を行うとの帰結は積極的に評価可能であるとされる。松原教授は、途中共謀加担事例についてはそもそも207条の適用を否定され、その上で残された問題（脚注84参照）に関して、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕についても、問題となる暴行を行っていない者については207条の適用を否定する立場を採用されたということになろうか。もっとも、その見解の出発点とされている、207条を意思連絡の存在を推定するものとの立場を前提とした場合（その立場の当否はここでは措くこととする。）、〔④-問題となる暴行なし・途中共謀なし型〕においては（本文で挙げた具体例によれば）AとBについて（207条の直接適用により）意思連絡の存在が推定され、BとXについては現実に意思連絡が存在することになるため、順次共謀類似の状態が認められ、Xについても（207条が間接的に適用されることで）結果帰属が可能にも思われる。いずれの立場であるのかは必ずしも明らかでないように思われる。

本稿はJSPS科研費JP20K13342の助成を受けたものです。

中国人の強制連行・強制労働による国に対する損害賠償請求が認められなかった事例

大阪高裁令和２年２月４日判決裁判所 Web

東北大学法学研究科博士課程後期・弁護士　**木下清午**

第１　事案の概要
第２　判旨
第３　検討
　１　はじめに
　２　ウィーン条約法条約の解釈基準の採用について
　３　日本政府の解釈の変遷について
　４　請求権の放棄の対象について
　５　自由権規約の解釈について
　６　残された問題

第１　事案の概要

本判決は、中国又は中華人民共和国の国民であり、第二次世界大戦中、日本政府により中国から日本に強制連行され、日本各地の事業場で強制労働に従事させられたと主張する者又はその権利義務を相続により承継した者ら（原告ら）が、国（日本国）に対し、これらの強制連行、強制労働及びその後の日本政府の対応により精神的損害を被ったと主張して、①ヘーグ陸戦条約３条、②不法行為（中華民国民法、日本国民法）又は③国家賠償法１条１項に基づき、損害賠償を求めるとともに、謝罪広告の掲載などを求めた事案の控訴審判決である。

第一審である大阪地裁平成 31 年１月 29 日判決（裁判所 Web）（以下、「第一審判決」という。）[1]は、最高裁平成 19 年４月 27 日判決民集 61 巻３号 1188 頁及び最高裁平成 19 年４月 27 日判決判時 1969 号 38 頁を踏襲し、「サン・フランシスコ平和条約の枠組み」による日中共同声明５項の解釈により、原告らの損害賠償請求権は放棄されたなどとして、原告らの請求を棄却した。それに対して、原告らは控訴した。

第２　判旨

控訴棄却。

「中華人民共和国は、サン・フランシスコ平和条約の当事国ではないから、サン・フランシスコ平和条約に拘束されるものではない。しかし、日中共同声明が、日本国と中華人民共和

[1] 第一審判決の評釈として、和仁健太郎「判批」『令和元年度重要判例解説』（『ジュリスト』1544 号・2020 年）278 頁。

国との間の不正常な状態を終了させ（１項)、主権及び領土保全の相互尊重、相互不可侵等の諸原則の基礎の上に両国間の恒久的な平和友好関係を確立することに合意する（６項）ものであることに鑑みると、日中共同声明は、戦争状態を終了させ、将来に向けた友好関係を築くというサン・フランシスコ平和条約と同様の趣旨・目的をもってされたものと解される。したがって、日中共同声明の各条項の解釈に当たっては、サン・フランシスコ平和条約の各条項の趣旨・目的及びその枠組みを考慮するのが相当である。」

「原判決が指摘する、サン・フランシスコ平和条約締結後の日本国政府の二国間賠償協定やサン・フランシスコ平和条約の当事国以外の諸国との戦争賠償等の合意の内容及び日中共同声明に至る交渉経過・・・からすれば、サン・フランシスコ平和条約の締結によって主権を回復した日本国とすれば、サン・フランシスコ平和条約に定めるところと同一の又は実質的に同一の条件で二国間の平和条約を締結するとの立場を堅持すべきであると考えていたものと解され、サン・フランシスコ平和条約上は、同一の又は実質的に同一の条件の平和条約を締結する義務が３年で終了するからといって、３年が経過すれば、どのような内容であっても自由であると捉えていたとは考えられない。そうすると、日本国政府の立場からは、法的な意味の拘束とは別に、サン・フランシスコ平和条約の各条項の趣旨・目的及びその枠組みは、平和条約締結の交渉上堅持すべきものであるとの意味で拘束であったと解される。また、中華人民共和国政府も、日本国政府の上記立場は十分認識していたと解される。条約が締結国以外の第三国を拘束しないということは、日中共同声明５項をサン・フランシスコ平和条約の枠組みで解釈することを否定することには結び付かない。」

「サン・フランシスコ平和条約は、日中共同声明からみて、ウィーン条約法条約 31 条２項にいう『条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意』にも、『条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの』にも当たるわけではなく、同条３項のいずれかの合意等に当たるものでもない。しかし、そうであるからといって、日中共同声明５項の解釈にサン・フランシスコ平和条約の条項を用いてはならないということになるわけではない。」

「原判決も指摘するとおり・・・、日中共同声明５項は、その文言上、放棄の対象となる請求の対象が明示されているとはいい難く、国家間の戦争賠償のほかに請求権の処理を含む趣旨かどうか、請求権の処理を含むとしても、中華人民共和国の国民が個人として有する請求権の放棄を含む趣旨かどうかは、必ずしも明らかとはいえない。ウィーン条約法条約は、31条１項で、『条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。』と規定するが、32 条では、『前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合（ａ）における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。』とも規定している。このように、ウィーン条約法条約が示す条約の解釈基準に照らしても、日中共同声明５項の解釈に当たっては、日中国交正常化交渉の交渉経緯が重要になるものと

解される。」

「日本国政府としては、サン・フランシスコ平和条約に定めるところと同一の又は実質的に同一の条件で二国間の平和条約を締結するとの立場を堅持すべきであると考えていたと解されること、中華人民共和国政府も、そのような日本国政府の立場を認識していたと解される・・・。そして、原判決が指摘する日中国交正常化交渉の経緯（・・・）及び証拠・・・によれば、日中国交正常化交渉で、中華人民共和国政府として堅持すべきは「復交三原則」であり、その三番目は、日華平和条約は不法、無効ということであったこと、その帰結としては、日中共同声明には戦争の終結宣言や戦争賠償及び請求権の処理が不可欠というものであったこと、しかし、戦争賠償及び請求権の処理の内容については、早い段階から、中華人民共和国政府は「放棄」を表明しており、日華平和条約の条項及びこれが依拠するサン・フランシスコ平和条約の条項、すなわち、サン・フランシスコ平和条約の枠組みと異なる枠組みを主張していたとは理解できないこと、日本国政府としては、日華平和条約によって解決済みとの立場に立っていたことから、内容的には、日華平和条約と同一の内容、すなわち、サン・フランシスコ平和条約と同一の内容（個人の請求権も放棄）を求めていたことが認められ、このことも、中華人民共和国政府には認識されていたと解される。」

「サン・フランシスコ平和条約の枠組みは、平和条約を締結しておきながら、戦争の遂行中に生じた種々の請求権に関する問題を事後的個別的な民事裁判上の処理に委ねたならば、平和条約の目的達成の妨げになるとの考えから設けられたものということができる。上記の証拠をみても、日中共同声明の発出に当たり、あえて、請求権の処理を未定のままにして戦争賠償のみを決着させるとか、請求権放棄の対象から個人の請求権を外して決着させるとの処理をせざるを得なかったことを示す事情はうかがえない。」

「日中国交正常化交渉の全体をみれば、日中共同声明において、戦争賠償及び請求権の放棄について、サン・フランシスコ平和条約の枠組みと異なる取決めがされたとは解することができない。」

「確かに、控訴人らの主張どおり、日本国政府の答弁には、言葉の上では変遷とみられても仕方ない部分がある。しかし、請求権の放棄には、国際法上の効力からみた意味と国内法上の効力からみた意味があり、それが整理されないまま答弁がされていた節がある。最高裁判所の判決ですら、平成９年３月 13 日のシベリア抑留者補償請求訴訟の判決では、いわゆる日ソ共同宣言による請求権放棄について、上告人らがソヴィエト社会主義共和国連邦に対し損害の賠償を求めることは、『仮に所論の請求権が存するとしても、実際上不可能となった』と説示されていた。日本国政府の答弁の変遷をもって、サン・フランシスコ平和条約の枠組みの本来の解釈は個人の請求権の放棄ではないということはできない。」

「日中共同声明が発出されるに至った交渉経緯やその趣旨・目的（・・・日本国と中華人民共和国との間の不正常な状態を終了させ、両国間の恒久的な平和友好関係を確立すること）から考察すると、強制労働の禁止がユース・コーゲンスであるとの前提に立ったとしても、

請求権放棄の対象に強制連行・強制労働の被害者の損害賠償請求権を含めることが、重大な人権侵害を禁止する国際人権法及び国際人道法に違反するものとは解されない。上記の損害賠償請求権（又はより一般的に、人道に対する罪により被った損害に係る被害者の賠償請求権）を平和条約における請求権放棄の条項の対象から外すことは、将来どちらの国家又は国民に対しても、平和条約締結時には予測困難な過大な負担を負わせ、混乱を生じさせることとなるおそれがあり、平和条約の目的達成の妨げになる点は、他の損害賠償請求権の場合と変わらないものと解される。戦争遂行の過程における民間人の損害は、およそ人権及び人道に反するものと評価し得る。これらの損害の賠償請求権を請求権放棄の対象から外すことは、平和条約による請求権の処理の意図するところを空洞化することになりかねない。」

「控訴人らの主張するとおり、司法へのアクセス権の制限には、当該制限が正当な目的を追求するものであること、手段が当該目的と比例していること（二つを併せて、制限が合理的であること）が必要であるとの立場に立つと、請求権放棄の目的は、戦争状態の最終的な終了及び恒久的な平和友好関係の確立であるから、目的の正当性は明らかであり、請求権の放棄といっても、請求権の実体的な消滅ではなく、債務者側において任意の自発的な対応をすることは妨げられないことからすれば、手段が目的と比例していないとまでいうことはできない。そうであれば、司法へのアクセス権の制限に合理性がないとはいえない。」

「原判決が指摘するとおり・・・、中国人労働者は強制的又は真意に基づくことなく日本に連れて来られたものであり、労働環境や処遇は大変劣悪なものであった。したがって、控訴人又はその父親らの被った精神的・肉体的苦痛は極めて大きなものであったと認められる。しかし、上記の事態は、各被害者に対し個々的に意図されたものであるというよりは、戦争という反人道的行為を遂行する過程で生じたものである。このため、戦争を永久に放棄した日本国政府は、個々の被害者に対する金銭賠償ではなく、日本国と中華人民共和国が恒久的な平和友好関係を確立、維持することによって被害を償うことを明らかにし、中華人民共和国政府も、そのような日本国政府の意思を了解し、日中共同声明に至ったと解される。このような背景を持つ日中共同声明５項を、国際人権法及び国際人道法に違反すると評価することはできない。」

第３　検討

１　はじめに

本件は、1990 年代より数多く提起された第二次世界戦争中の中国人の強制連行・強制労働に対する損害賠償請求訴訟の一つである[2]。

中国人が戦時中に被った損害の賠償請求権について、最高裁平成 19 年 4 月 27 日判決民集 61 巻 3 号 1188 頁及びほぼ同一の内容の同日の最高裁平成 19 年 4 月 27 日判決判時 1969 号

[2] 数多くの訴訟が提起されるに至った経過については、高木健一「日本に対する戦後補償運動の経緯と展望」中川淳司・寺谷広司編『国際法学の地平：歴史、理論、実証：大沼保昭先生記念論文集』（東信堂、2008 年）471 頁以下。

38 頁（以下、最高裁平成 19 年判決という。）は、サン・フランシスコ平和条約の枠組みと同様の枠組みで日中共同声明５項により、中国国民の請求権は放棄され、裁判上訴求する権能を失ったと判示し、それ以降の裁判例においても、同様の判示がなされている。本判決も、第一審判決と同様に最高裁平成 19 年判決以降の裁判例と同様の判示をしたものである。

第一審判決を受けて、控訴人らが主張を追加・補充し、それを受けた控訴審裁判所の判断が示されている。

本件の論点は国際法上の問題のみならず、国内法上の問題も含むが、本稿では主に国際法上の論点を検討する。

２　ウィーン条約法条約の解釈基準の採用について

原判決は、日中共同宣言５項の解釈において、条約法に関するウィーン条約（以下、「ウィーン条約法条約」という。）は 1981 年（昭和 56 年）８月１日に、日本国において発効した条約であり、４条において不遡及が定められていることから、日中共同声明に適用されず、また、日中共同声明の締約過程により日中共同声明５項を解釈することが、ウィーン条約法条約の趣旨に反さないだけと述べていた（第一審判決第３の５（３）エ）が、本判決は、控訴人らの日中共同声明５項はウィーン条約法条約に依拠してなされるべきという主張に応じて、ウィーン条約法条約 31 条１項１項に続いて同条約 32 条（a）を摘示した上で、日中共同声明５項の解釈に当たっては、同条約 32 条（a）により日中国交正常化交渉の交渉経緯が重要になると判示している。

この様に本判決では、第一審判決と異なり、ウィーン条約法条約 31 条１項及び 32 条（a）を踏まえて具体的な判示を行っている。国の一機関である裁判所も、国際法を解釈する権能を有しており[3]、条約の解釈にあたっては、ウィーン条約法条約の規則（同条約が発効前の条約については国際慣習法となっている解釈規則[4]）に則って解釈すべきであることから、本判決の姿勢自体は評価できるものである[5]。

ただし、日中共同宣言は日本政府の見解によると「条約」とは解されていない点には留意が必要である[6]。最高裁平成 19 年判決も、その点を踏まえて、日中共同声明の法的性格について「中華人民共和国が、これを創設的な国際法規範として認識していたことは明らかであり、少なくとも同国側の一方的な宣言としての法規範性を肯定し得るものである。さらに、国際法上条約としての性格を有することが明らかな日中平和友好条約において、日中共同声明に示された諸原則を厳格に遵守する旨が確認されたことにより、日中共同声明５項の内容が日本国においても条約としての法規範性を獲得したというべきであり、いずれにせよ、その国際法上の法規範性が認められることは明らかである」と述べている。最高裁のこの判旨から、日中共同声明５項を条約そのものと解して良いかは判然としないが、少なくともウィ

[3] 小松一郎『国際法（第２版）』（信山社、2015 年）281-282 頁。
[4] 大阪高裁平成６年 10 月 28 日判決判時 1513 号 86 頁等参照。
[5] 日本の国内裁判所の姿勢については、坂元茂樹『人権条約の解釈と適用』（信山社、2017 年）25 頁以下を参照。
[6] 浅田正彦『日中戦後賠償と国際法』（東信堂、2015 年）135 頁－138 頁。

ーン条約法条約の解釈規則を準用ないしは類推適用することができるものと解される[7]。

その上で、本判決は、ウィーン条約法条約31条1項と同32条（a）を摘示した上で、日中共同声明5項は、その文言上、「国家間の戦争賠償のほかに請求権の処理を含む趣旨かどうか、請求権の処理を含むとしても、中華人民共和国の国民が個人として有する請求権の放棄を含む趣旨かどうかは、必ずしも明らかとはいえない。」と端的に述べた上で、同32条（a）があることから、日中共同声明が出されるまでの交渉過程を参照することができると判示して、その交渉過程の検討に入っている。

しかし、ウィーン条約法条約32条はあくまで解釈の「補足的な手段」であり、同31条1が条約解釈の一般原則である。したがって、裁判所は第一に同31条1項にあるとおり、①文脈により、②趣旨及び目的に照らして、③用語の通常の意味に従い、④誠実に解釈しなければならない。その上で、（1）原則により得られた意味を確認するため、（2）原則に従った解釈によって意味があいまい又は不明確である場合、（3）原則に従った解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合に、同32条に依拠することができると解される[8]。

そのため、本判決の日中共同声明5項の解釈は、上記のウィーン条約法条約の解釈規則に必ずしも合致していないきらいがある[9]。

なお、本判決が日中共同声明の各条項の解釈にあたって、サン・フランシスコ平和条約の各条項の「趣旨・目的」（及びその枠組み）を考慮するのが相当であると述べているが、日中共同声明それ自体の「趣旨・目的」ではないことから、ウィーン条約法条約31条1項にいう「趣旨及び目的」には当たらない。

また、サン・フランシスコ平和条約は、日中共同声明からみて、ウィーン条約法条約31条2項にいう「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」や、「条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」、同条3項の「事後の合意」や「事後の慣行」、「国際法の関連規則」のいずれにも当たるものでもないことは本判決も認めるとおりである。

3　日本政府の解釈の変遷について

控訴人らが、日本政府がサン・フランシスコ平和条約、日韓請求権協定、日中共同声明等の「請求（権）放棄」条項の解釈について、当初は「個人の請求権は消滅しておらず外交保護権のみを行使できない」ものと説明していたが、その後「個人の請求権が消滅した」と変遷させている[10]点を指摘して、「サン・フランシスコ平和条約の枠組み」の存在自体に疑問を呈した

---

[7] 古谷修一「判批」小寺彰ほか編『国際法判例百選（第2版）』（有斐閣、2011年）235頁。
[8] 小川芳彦『条約法の理論』（東信堂、1967年）23頁。
[9] 古谷・前掲注（7）235頁も、最高裁平成19年判決に関して「本来は声明の文言解釈によってその意味を確定すべきであり、・・・同声明の準備作業や声明作成の際の事情等が検討されるべきであったかと思われる」と指摘している。
[10] 小畑郁「請求権放棄条項の解釈の変遷」芹田健太郎ほか編『国際人権法と憲法（講座国際人権法1）』（信山社、2006年）359頁。日本の国内裁判所の裁判例の変遷については、泉澤章「国内裁判所における請求権放棄論の系譜と最高裁四月二七日判決」『法律時報』80巻4号（2008年）85頁。

ことに対して、本判決は、国際法上の効力からみた意味と国内法上の効力からみた意味が整理されないまま国会答弁等がなされた節があるとした上で、最高裁ですら「請求権が存するとしても、実際上不可能となった」と説示している[11]、と述べている。その趣旨は、日本政府の解釈も一見変遷している様に見えるが、内容は当初から一貫していたということなのであろうが、歯切れが悪いところは否めない。

4　請求権の放棄の対象について

本判決は、強制連行・強制労働の被害者の損害賠償請求権（又はより一般的に、人道に対する罪により被った損害に係る被害者の賠償請求権）を請求権放棄の対象に含めることが、重大な人権侵害を禁止する国際人権法及び国際人道法に違反するものとは解されない、と判示し、その根拠として、平和条約の目的達成を挙げている。

この点に関しては、日韓請求権協定の解釈に関して、韓国の最高裁判所に相当する大韓民国大法院平成 30 年 10 月 30 日判決（https://www.scourt.go.kr/supreme/）[12]が、強制動員の慰謝料請求権は請求権放棄の対象に含まれないと判示している点が注目される。

5　自由権規約の解釈について

控訴人らの「裁判上訴求する権能を喪失」させることは、自由権規約（B規約）２条３項「効果的な裁判を受ける権利」及び同 14 条１項「公正な裁判を受ける権利」を主要素として構成される「司法にアクセスする権利」を侵害するという主張について、第一審判決は、「1979 年（昭和 54 年）６月 21 日に日本国において発効したものであり、遡及して適用される旨の規定はないから、1972 年（昭和 47 年）９月 29 日に発出された日中共同声明を拘束せず」、「実質的観点からみても、・・・戦争状態の最終的な終了及び恒久的な平和友好関係の確立は重要な代替措置ということができるし、・・・請求権を実体的に消滅させることまでを意味するものではなく、個別具体的な請求権について、その内容等にかんがみ、 債務者側において任意の自発的な対応をすることは妨げられないことからすれば、目的とその手段との均衡を欠くということはできない」（第一審判決第３の５（５）イ）と判示していた。

これに対して、本判決は、司法へのアクセス権の制限には、当該制限が正当な目的を追求するものであること、手段が当該目的と比例していることが必要であるとの立場に立った場合、と前置きした上で、「戦争状態の最終的な終了及び恒久的な平和友好関係の確立」という目的の正当性は明らかであり、「請求権の実体的な消滅ではなく、債務者側において任意の自発的な対応をすることは妨げられない」ことから、手段が目的と比例していないとまでいうことはできず、司法へのアクセス権の制限に合理性がないとはいえない、と判示している。

本判決の判断の枠組みは、各人権裁判所等で用いられる自由権規約上の権利の制約の正当性（適法性）を判断する一般的な方法と思われる[13]が、本判決が説示した目的の抽象度が高いように思われる点と、手段に関して、「債務者側において任意の自発的な対応をすることは妨

[11] 民事判例集 51 巻３号 1233 頁(シベリア抑留事件)
[12] 評釈として、萬歳寛之「判批」『令和元年度重要判例解説』（『ジュリスト』1544 号・2020 年）280 頁。
[13] 申惠丰『国際人権法（第２版)』（信山社、2016 年）200 頁－205 頁。

げられない」といってもどの程度、履行を受けられる可能性のあるものといえるかは疑問がある。

「司法へのアクセス権」の侵害という控訴人らの主張が、どの様にして控訴人らの求める損害賠償請求権を基礎づける根拠となりうるかという点にも疑問があるが、いずれにせよ本判決は日本の裁判所において自由権規約の解釈が示された一事例ということはできる。

6　残された問題

以上のとおり、本判決は、国際法の適用に関して、第一審判決と比較して、より国際法の実務及び理論に沿って判示する姿勢を示したものであり、日本の国内裁判所における国際法の適用の一場面として参考になるものである。

しかし、日中共同声明5項の「請求の放棄」という文言や、その発出された経緯等を踏まえた解釈として、実体的権利を消滅させずに、「裁判上訴求する権能を失わせる」という効果が導き出せるのかどうか[14]、その根拠として、対人主権が適当なのか[15]、という問題は以前残されたままである。

本判決（及びその基礎となった最高裁平成19年判決）における日中共同声明5項の解釈は、結論の妥当性はともかく、技巧的なものであるという批判は免れない。

少なくとも、日本の国内裁判所において、本件と同様の事案が提訴された場合には、最高裁平成19年判決を踏まえて、本判決と同様の判断を示すことが見込まれるが、今後、本件と同じ論点が、他の国際的な法廷や他国の裁判所で問題となった場合に、それらが、日本の国内裁判所と同様の判断をするかは予断を許さないところである。

特に、控訴人らもその点を意識して主張している様に、他国の裁判所等が近時の国際人道法及び国際人権法の発展を重視する立場に立った場合、日本の国内裁判所の判断と同じ判断を下すとは限らないという点に注意が必要である[16]。

[14] 最高裁平成19年判決のこの説示に対しては、批判も強い。泉澤・前掲注（10）87頁。
[15] 小畑・前掲注（10）380頁は、損害賠償請求権を消滅させるのは日本国の意思によるものであるとする。
[16] 最近、ソウル中央地裁が旧日本軍の元従軍慰安婦からの日本国に対する損害賠償請求を、国際法上国家に認められる主権免除の適用を否定して賠償を命じた裁判例があり注目が集まっている（日経新聞2021年1月8日）。

東北ローレビューVol.9 (2021, March)

2021 年 3 月 31 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２７－１
東北大学大学院法学研究科内
TEL　022-795-6171（研究補助室）

© 2021　国立大学法人東北大学大学院法学研究科