上智法學論集

第70巻　1号

論　説

WTO 上級委員会の「分析完遂（completion of the analysis）」にみる司法敬譲（4・完）
…… 服部　莉奈

自治体が保有する金銭債権の強制徴収と公法原理
——滞納処分と民事執行の選択に関する考察
…… 小舟　　賢

犯罪の継続・終了と構成要件の時的射程（下・完）
…… 牧　耕太郎

契約拘束の原則と契約解消のルール
——近時の日本・韓国における立法動向・議論を踏まえて
…… 徐　　熙錫

イギリスにおける司法判断適合性（justiciability）について（1）
…… 上田　健介

雑　報

上智大学法学会

前号（第 69 巻 3－4 合併号）内容

論　説

平時における軌道上人工衛星の保護
…… 石井由梨佳

犯罪の継続・終了と構成要件の時的射程（上）
…… 牧　耕太郎

行政作用により設定される私法上の権利の法的構成・急
——解釈論と立法論の連接も視野に入れて（2・完）
…… 宮澤　俊昭

「上智法学論集」第 70 巻 1 号
■目　次

論　説

WTO 上級委員会の「分析完遂（completion of the analysis）」
にみる司法敬譲（4・完）
……服部　莉奈（ 1 ）

自治体が保有する金銭債権の強制徴収と公法原理
――滞納処分と民事執行の選択に関する考察
……小舟　　賢（ 35 ）

犯罪の継続・終了と構成要件の時的射程（下・完）
……牧　耕太郎（ 59 ）

契約拘束の原則と契約解消のルール
――近時の日本・韓国における立法動向・議論を踏まえて
……徐　　熙錫（101）

イギリスにおける司法判断適合性（justiciability）について（1）
……上田　健介（155）

雑　報

論　　説

WTO 上級委員会の「分析完遂（completion of the analysis）」にみる司法敬譲（4・完）

服部　莉奈

五．パネルの未検討の論点に対する上級委員会の柔軟性
1．パネルの未検討の論点に対する上級委員会の審査権限
2．上級委員会判断の検討
（1）パネルの未検討の論点に対する分析完遂の可否とその根拠
（2）法解釈上の懸念を理由とする判断回避
3．小括
六．終章
1．分析完遂裁量の柔軟性を通じた判断回避
2．上級委員会による司法敬譲の傾向
3．結語

＊本研究は JSPS 科研費 24KJ1987 の助成を受けたものです。

五．パネルの未検討の論点に対する上級委員会の柔軟性

本稿第二章で「パネルの検討した論点による制約」（以下、「本制約」という。）として述べた通り、DSU [(1)] 17 条の文言は上級委員会に、パネルが検討しなかった法的論点 [(2)] について審理する権限を認めていないと読める。し

(1)　「WTO の紛争解決に係る規則及び手続に関する了解（Dispute Settlement Understanding）」を指す。本稿では略称である「DSU」を使用する。

(2)　筆者が本稿でパネルが検討していない論点として扱うのは、付託事項にはあったもののパネルが検討をせず認定・結論を出さなかった法的問題（本章下記第 1 節を参照）であり、しかしながら上級委員会手続中に新たに検討されるべき論点として浮上した問題を指す。こうした状況を作り出す原因及びそれに伴い生じるパネルの未検討問題の規模

かしながら以下に詳しく見るように、かかる新規の論点に対する上級委員会の対応が一貫しないことは明らかである。本章では、上級委員会の分析完遂裁量と本制約との関係において見られる上級委員会判断の柔軟性について分析すべく、まず第 1 節では、パネルの未検討の論点に対する上級委員会の分析完遂に関してその審査権限の観点からいかなる議論があるかを論じる。その上で第 2 節では、事例分析を通じて、上級委員会がいかなる場合にどのような理由からパネルの未検討の論点に対し分析を完遂し、あるいは断念してきたかを分析し、かかる裁量の柔軟性の下で上級委員会が謙抑的な判断回避を行ってきたのかといえるか、そうであればそれはいかなる場合に行われてきたのかについて検討する。

1. パネルの未検討の論点に対する上級委員会の審査権限

既に述べた通り、上級委員会が「分析完遂」と表現するものの中には、パネルが検討していない新規の論点に対する自判と、パネルが検討し法的結論を出した（が上級委員会自身が破棄した）論点に対する自判を含むが [3]、とりわけ前者の分析完遂に関しては DSU に規定される上級委員会の審査権限との整合性が問題視されてきた [4]。なぜなら、DSU17 条 6 項及び 13 項により、上級委員会の審査対象がパネル報告書上で対象とされた法的問題（法解釈を含む）に関するパネルの法的な認定及び結論に限定されることが明記されるためである [5]。これらの規定を素直に読めば、パネルが訴訟経済等を理由に法的な検討及び認定を行わなかった実体的問題 [6] は、本来的には上

は様々である。パネルは特定の個別協定から、条文、条項、法的要件まで様々な規模の法的問題に対して、訴訟経済、付託事項の否定、協定適用可能性の否定等の理由から判断を控えることがあるほか、法それ自体の協定適合性については判断するが適用された法の協定適合性については判断しないという場合や、法的差別については判断するが事実上の差別については判断しないという場合等もありうる。服部莉奈「WTO 上級委員会の『分析完遂（completion of the analysis）』にみる司法敬譲（1）」『上智法学論集』68 巻 1・2 号 93–95 頁（2024）も参照。

（3）　服部・前掲注 2）（本連載第一回）94–95 頁参照。

（4）　Alan Yanovich & Tania Voon, *Completing the Analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitations,* 9（4）J. Int'l Econ. L. 940–941（2006）.

（5）　服部・前掲注 2）（本連載第一回）92 頁参照。

級委員会の審査の対象にならないと考えられる(7)。

また、上級委員会がパネルの未検討の法的問題に対し分析完遂を行うことは、その行為それ自体が DSU17 条 6 項及び 13 項に定められる上級委員会の権限の制約を超えるものと考えられるだけでなく、これらの規定がまさに保障する WTO 紛争解決手続での当事国の上訴の権利が損なわれることをも意味する(8)。すなわち、加盟国の上訴の権利を認める二審制の WTO 紛争解決制度の下では、原則としてパネルによる一度目の判断に不服のある当事国は上級委員会に上訴しその判断の正しさについて争う権利が保障されることとなっている。しかしながら上級委員会がパネルの検討していない論点について分析完遂を行えば、そこでなされた実質一度目の判断については、当事国は不服があったとしてもそれ以上に上訴することはできず、かかる判断を受け入れるしかなくなる。他にも、パネル手続において、パネルがその問題を扱わなかったために当事国の法的及び事実に関する議論が不十分な状態であるにもかかわらず上級委員会が分析を完遂させることは、適正手続保障の観点からも問題があるとも指摘される(9)。

---

(6)　ただし、その問題について訴訟経済を行使するとのパネルの結論そのものに対しては、上級委員会が審査することは DSU 上可能とされる。*See*, Jeffrey Waincymer, WTO Litigation Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement 719, 730（2002）.

(7)　*E.g.,* Petros C. Mavroidis & Edwin Vermulst, *The Functioning of the Appellate Body After Four Years — Towards Rule Integrity*, 33（2） J. World Trade 6（1999）; Peter Van den Bossche, *From Afterthought to Centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System*, *in* The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System 319（Giorgio Sacerdoti et al. eds., 2006）. これに反する見方として、Matsushita（2005）は、「DSU において、上級委員会がパネルが引用していないまたは両当事国が引用していない WTO 協定上の規定を扱うことを禁ずる条文は存在しない」のであって、「係争される問題に対してなんらかの WTO 規定が適用可能であるかぎり、上級委員会は紛争を解決するためにそれを適用する権限を有する」こと、それは「上級委員会の裁量事項である」ことを論じる（Mitsuo Matsushita, *Some Thoughts on the Appellate Body, in* The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis 1393（Patrick F. J. Macrory et al. eds., 2005））。

(8)　*E.g.,* Mavroidis & Vermulst, *supra* note 7, at 6; Van den Bossche, *supra* note 7, at 319.

(9)　*E.g.,*Yanovich & Voon, *supra* note 4, at 944; Joost Pauwelyn, *Appeal without Remand: A Design Flaw in the World Trade Organization Dispute Settlement and How to Fix It,* ICTSD, Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade Issue Paper, No. 1, 10−11（International

他方、パネルが検討していなくとも上級委員会が分析完遂を行うべきとする理由も存在する。分析完遂が広い意味で DSU 3 条に規定される当該紛争の迅速かつ明確な解決や安定性・予見可能性の向上に資することは既に述べた通りであるが (10)、とりわけパネルが未検討かつ分析完遂が求められる論点に関しては、そもそもパネルが検討・認定をしなかった法的問題を上訴段階で審査する必要性というのは、パネル判断及び上級委員会判断次第で初めて明らかとなるものであり、また基本的に申立国の非により生じるものでもない。そのようなパネル・上級委員会判断の結果から生じる不利益を、その問題について救済を得るためには再度訴訟手続を起こさなければならないという形で申立国に被らせるべきではなく、申立国の紛争解決制度に対する期待の保護という点から分析完遂をすべきとの見方もある (11)。

2. 上級委員会判断の検討

このようなパネルの未検討の論点に対する DSU 上の制約の遵守と紛争解決目的等への貢献という相克する価値に対し、どのように均衡を図るべきかについて、上級委員会の立場は明確ではない。この点、本制約と同じく DSU17 条 6 項及び 13 項に由来する、法律審としての制約についての上級委員会の立場の明確さとは対照的である。上述したような、分析完遂を行うか否かをめぐって生じる価値の対立は、本来的には法律審としての制約など上級委員会権限に対する他の制約に関してもまた生じるものであるが (12)、上

Centre for Trade and Sustainable Development, 2007).

(10)　服部・前掲注 2)（本連載第一回）90-91 頁参照。

(11)　*See,* David Palmeter, *The WTO Appellate Body Needs Remand Authority,* 32 (1) J. World Trade 42 (1998).

(12)　すなわち、例えば上級委員会がある論点についてのパネル判断を破棄した後に自判するための十分な事実が不足するため分析完遂不可との判断は、上級委員会の判断が DSU17 条に規定される法律審としての審査権限の範囲内で行われることを確保する点から推奨されうる。その一方で、パネルの事実認定に多少の不十分さがあっても上級委員会が自身による事実認定でそれを補い法的分析を完結させることもまた、やはり申立国が必ずしも予見・予防できるものではない上級委員会の自判のための十分な事実の不足という状況において、可能な限りで申立国に迅速・明確な救済が与えられるべきとの見方から支持されうる。

級委員会は同制約に関しては、十分事実条件の法理 (13) を自ら確立し踏襲することで、DSU17 条 6 項の制約を遵守できる限りで分析完遂を行い同 3 条の紛争解決目的に貢献する、すなわち両者が両立しない場合には前者を優先させる、との自らの立場を明確にし一貫させてきた (14)。しかしながら、パネルの検討した論点による本制約に関しては、その制約の遵守と紛争解決目的への貢献という価値の調整がどのように図られるか、すなわち本制約との関係での分析完遂裁量の範囲がどこまで広がりをもつかにつき、自身の立場を明らかにしてこなかった。

ある先例にて上級委員会は、パネルの未検討の論点に分析完遂を求められ、DSU 3 条の紛争解決目的に基づき分析完遂を行うと結論づけたが、その際には、「我々は、我々の管轄及び任務について定める DSU17 条（6 項及び 13 項が引用される）の規定について認識している」と一言述べている (15)。こうした発言からは、上級委員会自身もパネルの未検討の論点に対する自判が同 17 条に認められる自身の権限との関係で問題を惹起することについて認識し少なからず憂慮していることが示唆されるが、その上で DSU17 条に規定されるかかる制約と DSU 3 条の紛争解決目的との関係がどのように位置づけられるか、当該事案では一体いかなる理由で前者以上に後者が優先されたのかといった点については、なんら説明されていない。

そこで、以下ではパネルの未検討問題に対して上級委員会の分析完遂可能性が問われた事例全般 (16) を対象に、分析完遂が実際にされた事例とされな

（13）　分析完遂のために「十分なパネルの事実認定もしくはパネル記録上の争いのない事実」がある場合にそれを行うとの上級委員会先例のこと。十分事実条件に関して詳しくは、服部莉奈「WTO 上級委員会の『分析完遂（completion of the analysis）』にみる司法敬譲（2）」『上智法学論集』68 巻 3・4 号（2025）所収の第四章第 1 節を参照。

（14）　ただし、個別事例を見ると上級委員会にとって利用可能と認められる「事実」の範囲は必ずしも一貫していないと評価しうることは、本稿第四章第 2 節の事例研究で論証した通りである（服部莉奈「WTO 上級委員会の『分析完遂（completion of the analysis）』にみる司法敬譲（3）」『上智法学論集』69 巻 1・2 号（2026）所収）。

（15）　Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products,* ¶ ¶ 123–124, WT/ DS58/ AB/ R（Oct. 12, 1998）.

（16）　そのような事例の特定方法としては、まず、WTO ウェブサイトの文書検索機能（Document Online）を活用し「分析完遂」の文言を含む各上級委員会報告書の内容を確

かった事例とに分けて、上級委員会判断が明示する根拠の整理や個別の事例分析を行い、上級委員会がいかなる考慮要因に基づきパネルの未検討問題に対し自判するか否かを判断してきたのかについて検討する。

（1）パネルの未検討の論点に対する分析完遂の可否とその根拠

(i) 分析完遂を行った事例

これまで上級委員会がパネルの検討していない論点に対して分析完遂を行った事例としては筆者の管見の限り以下のようなものがある。

米国ガソリン事件の GATT [17]20 条柱書 [18]、カナダ雑誌事件の GATT 3 条 2 項 2 文 [19]、EC 家禽事件での農業協定 5 条 5 項 [20]、米国エビ事件の GATT20 条（g） [21]、米国 FSC 事件での農業協定 10 条 1 項及び 8 条 [22]では、パネルが訴訟経済を行使し検討しなかった特定の規定ないし法的要件に関し上級委員会が分析完遂を行った。豪州サケ事件では問題の措置に対するパネル判断が上級委員会により破棄されたが、上級委員会は自身が新たに認

認することで、上級委員会により分析完遂の可能性が検討されている事例を検索した。次に、そのうち新規の論点に対して分析完遂可能性が検討されている事例を抽出した。全上級委員会判断を対象としてそのような事例を特定し、特定できた全ての事案名を本章の本文・脚注内で明記した。

（17）「関税及び貿易に関する一般協定（General Agreement on Tariffs and Trade）」を指す。以下では「GATT」と略す。

（18） Appellate Body Report, *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline,* DSR 1996:I, at 20-27, WT/ DS2/ AB/ R（Apr. 29, 1996）.

（19） Appellate Body Report, *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals,* DSR 1996:I, at 469-474, WT/ DS31/ AB/ R（Jun. 30, 1997）. 本件に関しては、パネルが未検討である上に上訴通知にて上訴もされていない GATT 3 条 2 項 2 文に対する上級委員会の管轄権について被申立国であったカナダから反論が出たものの、申立国たる米国が DSU 3 条 3 項を根拠に上級委員会の自判を求めていた中、上級委員会は分析完遂を行った。服部・前掲注 13）（本連載第二回）71-73 頁、服部・前掲注 14）（本連載第三回）6-9 頁も参照。

（20） Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Importation of Certain Poultry Products,* ¶ ¶ 156-171, WT/ DS69/ AB/ R（Jul. 13, 1998）. 服部・前掲注 13）（本連載第二回）72-73 頁も参照。

（21） *US — Shrimp*（AB）, *supra* note 15, ¶ ¶ 123-145.

（22） Appellate Body Report, *United States — Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations",* ¶ ¶ 133-154, WT/ DS108/ AB/ R（Feb. 24, 2000）.

定した問題の措置に分析を完遂し SPS 協定[23]5 条 1 項違反を認定した[24]。EC ホルモン事件での SPS 協定 5 条 5 項の審査では、パネルは訴訟経済の観点から、成長促進目的で用いられる天然ホルモンと治療・畜産技術目的で用いられるホルモンとの比較における差別の有無は検討しなかったが、上級委員会は別の比較に関して差別ありとしたパネルの判断を破棄した後に、これらの比較における差別の有無につき分析完遂をした[25]。日本農産物事件でも上級委員会はパネルの検討しなかった一部の対象産品について SPS 協定 5 条 1 項の分析を完遂した[26]。米国ゼロイング継続適用事件では、パネルは問題とされた 18 件のアンチダンピング（AD）税賦課命令に対し本手続の付託事項外としたが、上級委員会はかかるパネル判断を破棄し、そのうち 4 件に関しては分析完遂可能として AD 協定[27]9. 3 条、11. 3 条に違反すると判断した[28]。韓国・日本産空気圧バルブに対する AD 税事件では、パネルが付託事項外としたが上級委員会が付託事項内と判断し直した AD 協定 3 条諸規定やその他の手続規定に関する請求のうち、一部については分析完遂不可とした一方で、一部の論点に関しては違反認定ないし適合認定を出した[29]。

こうした判断の根拠としては、DSU 3 条 3 項や同 7 項に体現される紛争解決目的が言及されるほか[30]、パネル報告書やパネル記録上に十分な事実があることが明示的に確認されており[31]、こうした根拠はパネルが検討済み

（23）「衛生植物検疫措置の適用に関する協定（Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures）」を指す。以下、「SPS 協定」と略す。

（24）　Appellate Body Report, *Australia — Measures Affecting Importation of Salmon,* ¶ ¶ 116–136, WT/ DS18/ AB/ R（Oct. 20, 1998）.

（25）　Appellate Body Report, *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products*（*Hormones*）, ¶ ¶ 222–225, WT/ DS48/ AB/ R（Jan. 16, 1998）.

（26）　Appellate Body Report, *Japan — Measures Affecting Agricultural Products*, ¶ ¶ 110–114, WT/ DS76/ AB/ R（Feb. 22, 1999）. 服部・前掲注 14）（本連載第三回）9–12 頁も参照。

（27）「1994 年の関税及び貿易に関する一般協定第 6 条の実施に関する協定（アンチダンピング協定）（Anti-Dumping Agreement）」を指す。以下「AD 協定」と略す。

（28）　Appellate Body Report, *United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology,* ¶ ¶ 186–199, WT/ DS350/ AB/ R（Feb. 4, 2009）.

（29）　Appellate Body Report, *Korea — Anti-Dumping Duties on Pneumatic Valves from Japan*, ¶ ¶ 5. 303–5. 306, 5. 321–5. 339, 5. 350, WT/ DS504/ AB/ R（Sep. 10, 2019）.

（30）　*US — Shrimp*（AB）, *supra* note 15, ¶ 124.

の論点について分析完遂を行う場合の根拠と同様といえる。また、一部の事例では、パネル判断を破棄した以上当該問題についての分析完遂を行うことが「責務（duty/ responsibility）」や「必要とされる（require us）」こととされたり、それをしないことは「怠慢となりうる（would be remiss）」と表現されたりするなど、紛争解決に貢献することを求められる自身の任務の点から判断の正当性が説明される[32]。あるいは、一部の判断では「先例でも上級委員会はパネルが扱っていない論点についても検討してきた」との先例上の慣行や[33]、分析完遂を求められる新規の問題がパネルが検討した問題と「密接な関係」や「論理的な連結の一部」がある点が[34]、パネルの未検討の論点であっても上級委員会が判断できる理由の一部として言及されている。

（ii）分析完遂を行わなかった事例

反対に、これまで上級委員会がパネルの未検討問題に対して分析完遂を行えないと判断した事例としては[35]、豪州サケ事件（SPS 協定 5 条 6 項）[36]、EC アスベスト事件（TBT 協定[37]2 条諸規定）[38]、米国・日本製熱延鋼板に対する AD 措置事件（AD 協定 2. 4 条）[39]、米国・アルゼンチン製油井管事

（31） *Australia — Salmon*（AB）, *supra* note 24, ¶ ¶ 119, 135; *US — Continued Zeroing*（AB）, *supra*note 28, ¶ 197; *Korea — Pneumatic Valves*（AB）, *supra* note 29, ¶ ¶ 5. 302−5. 306, 5. 312−5. 339.

（32） *Canada — Periodicals*（AB）, *supra* note 19, at 469; *US — Shrimp*（AB）, *supra* note 15, ¶ ¶ 123−124.

（33） *EC — Poultry*（AB）, *supra* note 20, ¶ 156; *US — Shrimp*（AB）, *supra* note 15, ¶ 123; *Australia — Salmon*（AB）, *supra* note 24, ¶ 117.

（34） *Canada — Periodicals*（AB）, *supra* note 19, at 469.

（35） なお、パネルの未検討の論点について当事国により分析完遂が求められた事案のうち、適切に上訴されていないという理由や判断不要との理由等から上級委員会が分析完遂可能性の検討に入らなかった事案はここでは記載していない。

（36） *Australia — Salmon*（AB）, *supra* note 24, ¶ ¶ 208−213.

（37） 「貿易の技術的障害に関する協定（Agreement on Technical Barriers to Trade）」を指す。以下「TBT 協定」と略す。

（38） Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos,* ¶ ¶ 78−83, WT/ DS135/ AB/ R（Mar. 12, 2001）.

（39） Appellate Body Report, *United States — Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan,* ¶ ¶ 175−180, WT/ DS184/ AB/ R（Jul. 24, 2001）.

件（GATT10 条 3 項（a））[40]、EC 砂糖補助金事件（SCM 協定[41]3. 1 条（a）、3. 2 条、4. 7 条）[42]、米国・メキシコ製油井管事件（GATT10 条 3 項（a））[43]、米国ゼロイング継続適用事件（前出）の一部[44]、EC アザラシ製品事件（TBT 協定附属書 1 の 1 第一文）[45]、韓国・日本製空気圧伝送用バルブに対する AD 税事件（前出）の一部[46]、が挙げられる。

これらの事例を分析した結果、上級委員会により分析完遂ができないとされる根拠は、下記に詳しく見る通り、① パネルの法的認定等がないため DSU17 条上上訴の対象でない、② パネル・当事国による検討の欠如/ 不十分及びそれにより生じる適正手続保障上の懸念、③ 分析完遂のための十分な事実の欠如、④ パネルが検討した条文との密接な関連の欠如、⑤ 問題の法的論点の性質に関する懸念との根拠に大別しうる。なお大半の事案ではこれらのうち 2 以上の根拠が併記されている。判断回避の観点から分析完遂を研究する本稿の目的に沿って、以下では分析完遂不可の各根拠についてより具体的に確認することとする。

〈① パネルの法的認定等がないため DSU17 条上上訴の対象でない〉

かかる理由は、上級委員会がパネルの検討のされていない法的問題に対して自判できないとする理由として、上級委員会権限との関係から最も条文上の根拠が明白なものといえる。しかしながら実際には、そのように DSU17

（40） Appellate Body Report, *United States — Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina,* ¶ ¶ 216-219, WT/ DS268/ AB/ R（Nov. 29, 2004）.

（41）「補助金及び相殺措置に関する協定（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures）を指す。以下では「SCM 協定」と略す。

（42） Appellate Body Report, *European Communities — Export Subsidies on Sugar,* ¶ ¶ 336-341, WT/ DS265/ AB/ R（Apr. 28, 2005）.

（43） Appellate Body Report, *United States — Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods*（*OCTG*） *from Mexico,* ¶ ¶ 215-218, WT/ DS282/ AB/ R（Nov. 3, 2005）.

（44） *US — Continued Zeroing*（AB）, *supra* note 28, ¶ ¶ 193-196, WT/ DS350/ AB/ R（Feb. 4, 2009）.

（45） Appellate Body Report, *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products,* ¶ ¶ 5. 61-5. 69, WT/ DS400/ AB/ R（May 22, 2014）.

（46） *Korea — Pneumatic Valves*（AB）, *supra* note 29, ¶ ¶ 5. 48-5. 60, 5. 307-5. 320, 5. 340-5. 349, 5. 351, 5. 365-5. 367, 5. 463-5. 481, WT/ DS504/ AB/ R（Sep. 10, 2019）.

条の制約が明示的にその根拠とされる判断は稀で、EC アスベスト事件の 1 件に留まる[47]。

〈② パネル・当事国による検討の欠如/ 不十分及びそれにより生じる適正手続保障上の懸念〉

一方で、「パネル／当事国が（その問題について）全く／深く／十分に 検討していない」[48]点や、（そうした問題について上級委員会が分析完遂を行うことにより生じうる）「当事国の適正手続上の懸念」[49]については、度々言及されてきた。対象の問題についてのパネルによる検討の欠如が上級委員会の判断抑止の要因となる点では、上記①の理由と実質的には近いが、その際に DSU17 条が明示的に援用されない点で異なる。実際の分析完遂不可事例では①よりも②の理由が言及されることが多いことからは、上級委員会は、自身の権限を制約する DSU 規定との整合性に関する懸念というより、当事国の適正手続保障のような、当該事案で分析完遂を行うことによる生じるより実際的な懸念の方を考慮して、パネルの未検討の論点についての判断を自制してきたと考えられる[50]。

ただし、上記①・②のいずれもそれ単独で分析完遂不可の決定理由となってきたわけではない。さらに、本来的にはこれら①・②の懸念事項は、パネルが未検討である問題を上級委員会の分析完遂が扱う事例一般に該当する要因といえるため[51]、そうした事例全体のうちなぜ一部の事例のみにおいてこれらの理由が分析完遂不可を導くのか、かかる理由づけそのものからは明らかではない。他方で、下記の③～⑤の分析完遂不可の根拠は、個別事案ご

(47)　*EC — Asbestos*（AB）, *supra* note 38, ¶ 82.

(48)　*Id. EC — Export Subsidies on Sugar*（AB）, *supra* note 42, ¶ 339; *EC — Seal Products*（AB）, *supra* note 45, ¶ 5. 69; *Korea — Pneumatic Valves*（AB）, *supra* note 29, ¶ ¶ 5. 316, 5. 320.

(49)　*EC — Export Subsidies on Sugar*（AB）, *supra* note 42, ¶ 339; *EC — Seal Products*（AB）, *supra* note 45, ¶ 5. 69.

(50)　なお、パネルが全く検討していない問題に限らず、パネルが検討したが上級委員会がその認定を破棄した法的論点について上級委員会が分析完遂できないと判断する際にも、パネルの検討の不十分性がその理由とされることがある。

(51)　ただし根拠②の中でもとりわけ当事国間の議論の不十分性については事案ごとに程度の差異がありうるだろう。

との事情に関連する要因が関係する。

〈③ 分析完遂のための十分な事実の欠如〉

この、いわゆる十分事実条件の不充足は、上級委員会がパネルの未検討の論点に対して分析完遂を行えない理由としても最も多く挙げられてきた[52]。他の根拠と併用されていることも多いが、5 つの根拠の中では唯一単独でも分析完遂不可の理由とされてきた[53]。前章までででも述べた通り、同条件は分析完遂可否判断の「中核的／決定的基準」と言われるものであるが[54]、パネルの未検討の問題に対する分析完遂可能性の判断に際してもやはり中心的な判断要素となってきたといえる。

〈④ パネルが検討した条文との密接な関連の欠如〉

これに関しては、なぜかかる関連が欠如する場合に分析完遂できないのか、あるいはそれがある場合に判断可能なのかについての上級委員会による直接的な説明はされていないが、たしかにパネルの検討した条文と分析完遂の対象となる条文との関係が希薄であるほど上記②や③の分析完遂上の懸念・困難性は高まるだろうと想像できる。しかしながら、これが実際に分析完遂不可の理由とされたのは EC 砂糖補助金事件の一件だけである[55]。さらに同事件で密接な関連が欠如するとされた農業協定 9 条等と SCM 協定 3 条に関し、別の先例ではむしろ密接な関係にある規定だと述べられており[56]、どのような規定間の関係が「密接」といえるのか客観的には必ずし

（52） *Australia — Salmon*（AB）, *supra* note 24, ¶ ¶ 211–213; *EC — Export Subsidies on Sugar*（AB）, *supra* note 42, ¶ 339; *US — Hot-Rolled Steel*（AB）, *supra* note 39, ¶ ¶ 179–180; *US — Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*（AB）, *supra* note 40, ¶ 219; *US — Continued Zeroing*（AB）, *supra* note 28, ¶ ¶ 193–195; *Korea — Pneumatic Valves*（AB）, *supra* note 29, ¶ ¶（e. g.）5. 59–5. 60.

（53） 前掲注 52）に列挙した事例の中では、*Australia — Salmon*、*US — Hot-Rolled Steel*、*US — Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*、*US — Continued Zeroing* がこれに該当。

（54） 服部・前掲注 2）（本連載第一回）103 頁参照。

（55） *EC — Export Subsidies on Sugar*（AB）, *supra* note 42, ¶ 338.

（56） Panel Report, *Canada — Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by New Zealand and the United States*,

も明らかでない。

〈⑤ 問題の法的論点の性質に関する懸念〉

問題の法的論点の性質に関する懸念が要因とされるものと筆者が大別した分析完遂不可判断には、分析完遂が求められた特定の規定の解釈・適用が「WTO パネル・上級委員会の先例にて扱われていない」[57]点や、「多数の複雑な問題」[58]や「重要な制度的問題」[59]を提起する点が根拠とされた判断が含まれる。いずれもそこで問題とされた法的論点に対し何らかの判断をすることそれ自体に関する懸念が根底にある点で共通すると考えられた。

なお、こうした分析完遂不可の理由付けがなされた 3 事例のうち 2 事例は、十分事実条件の不足（上記③）が理由とされずに分析完遂不可とされた数少ない判断である。また残る 1 事例についても事実の不十分性は主要な理由とはなっていない（後述の EC 砂糖補助金事件の評釈を参照）。したがってこの⑤の懸念が実質的な判断回避の誘因となっていたと考えられる。以下ではこれら 3 事案について個別に検討を行い、具体的にいかなる法的論点が上級委員会の判断回避を引き出したのかについて分析する。

（2）法解釈上の懸念を理由とする判断回避

下記に詳しく見る通り、EC アスベスト事件、EC アザラシ製品事件、EC 砂糖補助金事件の上級委員会判断では、各事案における法適用が試みられる以前に、特定の条文や法的論点に関する解釈を示すことについての懸念が見受けられる。しかしながら、そもそも WTO 協定中の条文解釈は、言うまでもなく法律審たる上級委員会の権限である。当該事案における具体的事実との照合を要する法適用とは異なり、一般論として展開される法解釈は、当該事案における事実認定の十分性等の状況にかかわらず行いうるはずのもので

¶ 6. 92, WT/ DS103/ RW（Jul. 11, 2001）.

（57） *EC — Asbestos*（AB）, *supra* note 38, ¶ 81.

（58） *EC — Export Subsidies on Sugar*（AB）, *supra* note 42, ¶ 339.

（59） *EC — Seal Products*（AB）, *supra* note 45, ¶ 5. 69.

ある。したがって上級委員会が法解釈すら行わず判断を終えることは「裁判所は法を知る（Jura Novit Curia）」原則からの逸脱との批判を免れないが[60]、これらの 3 事例ではなぜそのような判断がされたのか。

〈EC アスベスト事件（2001）（TBT 協定 2 条）〉

本件において上級委員会は、EC によるアスベストの輸入等の禁止措置が TBT 協定附属書 1 の 1 にいう強制規格であり、当該措置には同協定が適用されることを判断したが、それが同協定 2 条の義務規定に違反するか否かについては分析完遂できないと判断した。その際、根拠①および②（本節（1）（ii）で整理した①～⑤の分析完遂不可の根拠を指す。以下同様。）に相当する理由をそれぞれ挙げているが、加えて、「TBT 協定上の義務規定の意味がこれまでに WTO パネル・上級委員会の解釈または適用の対象とされていない」こと、「TBT 協定の前身である GATT 時代のスタンダード・コードに関してもパネル判断の対象とされなかった」こと、及び「十分事実条件適否の判断のよりどころとなる、TBT 協定上の問題の規定の射程（reach）自体が、未だ判断されていない」こと[61]（＝根拠⑤）にも言及した[62]。

このように、上級委員会は先例解釈の不在を分析完遂ができない根拠の一つとするが、上述した理由から[63]、かかる理由それ自体は上級委員会が判断を控えるべき説得的な根拠を示すものではないといえる。しかし本件における上級委員会の判断回避に影響を与えたと考えられる要因としては、以下の 2 点が指摘できる。

第一に、本件ではカナダが GATT 3 条 4 項違反と TBT 協定 2. 1 条、2. 2 条等の違反を同時に申し立てていたために、GATT 及び TBT 協定下の類似

（60）　Joost Pauwelyn, *Cross-Agreement Complaints before the Appellate Body: A Case Study of the EC-Asbestos Dispute*, 1（1）World Trade Rev. 68–69（2002）.

（61）　ここで用いられた「射程（reach）」の意味を含めその趣旨は必ずしも明確でないものの、概ね、問題の規定の解釈が明らかでないために、当該規定を適用するに必要かつ十分な事実が何であるのかが不明であり、したがって本件における事実の十分性の判断もできない、といった趣旨であると解される。

（62）　*EC — Asbestos*（AB）, *supra* note 38, ¶ ¶ 81–82.

（63）　前掲注 60）及び本文対応部分。

の義務規定間の関係が注目される事案であったという点である。TBT 協定には、SPS 協定 2 条 4 項のような GATT との関係を明記する条文 (64) が存在しないので、TBT 協定に適合的であれば GATT にも適合する、ないしその反対についての推定は条文からは導けない。したがって両者の協定間の関係は学界でも議論の対象となる論点であり、上級委員会の法解釈が待たれるところであった (65)。こうした中、本件上級委員会が本問題について分析完遂を行うとすれば、TBT 協定上の無差別原則や必要性原則について初めて解釈を示すことになるだけでなく、条文上の手がかりが乏しいが重要な GATT − TBT 協定間の解釈問題について判断を示さなければならなかったのであり、かかる判断の先例としての影響の大きさを考慮して分析完遂を回避したことが示唆される (66)。

第二に、上記の点に加えて、本件が人の健康保護を目的とする措置に関する事例であった点も判断回避に影響を与えた可能性が考えられる。本件上級委員会は、GATT との適合性に関して既に、アスベスト製品と同種の物理的特徴を有する類似の化学製品に対し発がん性に関する消費者の認識という観点から同 3 条 4 項の下での同種性を否定した点や、したがって判断不要であったにもかかわらず同 20 条（b）該当性についても判断を示した点において、同委員会が「最も重要な価値」(67) と述べる人の健康の保護を目的とする加盟国の規制主権を広く認めようとする同委員会の姿勢が窺える (68)。本件措置が TBT 協定適合性の文脈でも問題とされれば、同 2. 1 条における同

(64)　同条文は、「衛生植物検疫措置は、この協定の関連規定に適合する場合には、衛生植物検疫措置をとることに関連する千九百九十四年のガットの規定、特にその第二十条（b）の規定に基づく加盟国の義務に適合しているものと推定する」と規定する。

(65)　*See,* Gabrielle Marceau & Joel P. Trachtman, *A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods, in* Trade and Human Health and Safety 71−73（George A. Bermann & Petros C. Mavroidis eds., 2006）.

(66)　Robert Howse & Elisabeth Türk, *The WTO Impact on Internal Regulations: A Case Study of the Canada–EC Asbestos Dispute, in* Trade and Human Health and Safety, *supra* note 65, at 83.

(67)　*EC — Asbestos*（AB）, *supra* note 38, ¶ 172（“In this case, the objective pursued by the measure in the preservation of human life and health…. The value pursued in both vital and important in the highest degree.”）.

(68)　*See e.g.,* Howse & Türk, *supra* note 66, at 81−83.

種性や 2. 2 条での正当な目的の達成のための必要性に関する判断の中で、かかる価値の重要性が考慮されたと考えられる。しかしながら、上述の通り本件以前に TBT 協定の無差別義務や必要性原則について解釈が示されていなかったところ、人の健康保護を目的とする措置との関係において導かれる本件での条文解釈が、将来的により広範な政策目的をもつ措置が適用されることが想定されていた TBT 協定のリーディングケースとなることを避けたのではないかとも考えうる。

なお、上記以外に考えられる要因として、上級委員会は明言していないが実質的には訴訟経済の原則に沿って(69)紛争解決上判断不要と考えられたためにあえて判断されなかったのだと評価する見方もあるが、そうであるとすれば本件上級委員会判断全体としての一貫性に疑念を生じさせる(70)。先述のとおり GATT と TBT 協定の関係に関しては議論があったところ、本件上級委員会は、TBT 協定は GATT に「追加的で異なる義務を定める」ものと述べており(71)、かかる判断は TBT 協定が GATT に対する特別法であることを示唆するものであったと考えられた(72)。このような判断は、GATT に適合的とされた本件措置がなお TBT 協定に違反するとの可能性について当事国間に議論の余地を残すものといえ、WTO 先例上の訴訟経済の法理を前提とすれば判断不要な論点であったとは言い難い。

他には、上級委員会が分析完遂を試みたとしてもそのために必要な十分な事実が明らかに不足しいずれにしても判断不能の事態に陥るだろうと初めから想定されるような状況であれば、本件のように早々に判断を断念することもありうるだろうが、本件判断はそのようなものではないだろう。勿論、より具体的には上級委員会が述べる通り TBT 協定 2. 1 条、2. 2 条等の解釈次第とはなるものの、パネル報告書上では TBT 協定 2 条との適合性について

（69）　なお上級委員会による訴訟経済の行使が可能であるかにつき、上級委員会先例はこれを明示的には肯定してこなかったが、実際には紛争解決に不要との理由で判断を控えた判断例もあることが指摘される。服部・前掲注 2）（本連載第一回）84 頁（注 26）も参照。

（70）　*See*, Marceau & Trachtman, *supra* note 65, at 72; Pawwelyn, *supra* note 60, at 73−74.

（71）　*EC — Asbestos*（AB）, *supra* note 38, ¶ 80.

（72）　Marceau & Trachtman, *supra* note 65, at 71−73.

も法的論点のみならず事実問題に関する当事国間での詳細な議論の記録が残っていた。さらにそこで争われる事実は GATT 3 条及び 20 条の文脈でのそれと殆ど共通しており、パネルはそれらについて GATT に関する検討の下で事実認定をしていたという状況であった (73)。

〈EC アザラシ製品事件（2014）（TBT 協定適用可能性）〉

本件においては、アザラシ製品の輸入や販売等を一般に禁止しつつ先住民により狩猟されたアザラシ等一部のアザラシ製品に例外を設ける EU アザラシレジームに対し、パネルは TBT 協定附属書 1 の 1 にいう「産品の特性」を規定する強制規格であると判断した。これに対して上級委員会は、本件措置は「産品の特性」を規定するものではないとしてパネル判断を破棄したが、ではそれが「産品に関連する生産工程・生産方法（PPM）について規定する」強制規格であり TBT 協定が適用されるのか否かとの問題については、分析完遂できないと述べた。その際、根拠②に相当する理由とともに、TBT 協定の適用対象となる PPM とそうでない PPM との境界は「重要な制度的問題（important systemic issue）」を提起するものであり（＝根拠⑤）、本件手続の中でも本問題に関して当事国及び第三国との間で一定の議論はなされたものの、問題の文言について解釈を展開するためには、参加国によりさらなる議論がされる必要があったとも述べられた (74)。

この、「重要な制度的問題」という文言の意味するところはかかる説示そのものからは必ずしも明確ではない。しかしながら、その直後で、TBT 協定における PPM の扱いについて判断するためには「参加国によるさらなる議論が必要であった」と述べられていること、及びかかる論点が TBT 協定策定時にも加盟国間の対立ゆえに合意に至らなかった論点でありそれゆえに関連規定が曖昧な文言となっているとの背景事情に鑑みれば (75)、上級委員

(73)　Panel Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, ¶ ¶（e.g.） 3. 266–3. 357, 8. 186–8. 221, WT/ DS135/ R（Sep. 18, 2000）.

(74)　*EC — Seal Products*（AB）, *supra* note 45, ¶ 5. 69.

(75)　Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, The Law and Policy of the World Trade Organization 967–968（5 ed. 2021）; Marceau &Trachtman, *supra* note 65 at 58–60.

会が、本来立法機能を担う加盟国が合意に至ることができなかった機微な問題に対して、加盟国間の議論が十分に深められていないと思われる中で自身が容易に判断を下すべきではない、と考えた可能性が考えられる。また EC アスベスト事件と同様に、本件上級委員会も、かかる問題の論点がこれまでの WTO 紛争でも検討されていない点につき、パネル報告書の引用を通じて明示的に言及しており(76)、本件判断が本問題に対する初の判断となりうることへの懸念もあったことが窺える。

本件の問題もまた、紛争解決上判断不要であったとは言い難い。本件措置については GATT20 条の柱書要件を充足しない点についてのみ協定不整合とされていたが、EC アスベスト事件に関して上述した通り、GATT と TBT 協定の類似義務の異同や関係が条文及び先例から明らかでない以上、本来的には TBT 協定の下での違反の有無が判断されるべきだったといえるためであり、この点は本件以前の上級委員会先例でも確認されている(77)。さらに、分析完遂を行うための十分な事実の存否の観点からも、本件措置の特性に関しては既に詳細な判断がされており十分な基盤があったのではないかとの指摘がされる(78)。したがって、本件についても、上述した論点の重要性が、

---

(76)　*EC — Seal Products*（AB）, *supra* note 45, ¶ 5. 67（citing Panel Report, ¶ 7. 103）. 本件以前の TBT 協定適用可能性（強制規格該当性）に関する先例では、問題の措置が附属書 1 の 1 中の「産品の特性」に関する規定であるか否か、または「ラベル等による表示に関する要件」であるか否か、という点が争点であった。

(77)　米国マグロ事件において上級委員会は、GATT 1 条 1 項及び 3 条 4 項の違反を理由に TBT 協定 2. 1 条の判断について判断を控えたパネル判断に対し、誤った訴訟経済であり DSU11 条違反であると認定した。（Appellate Body Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products,* ¶ ¶ 405-406, WT/ DS381/ AB/ R（May 16, 2012））。

(78)　ここでの法適用の対象となる事実は、EU の法令を根拠とする EU アザラシレジームの特徴であるが、それについてはパネル手続で十分に検討されており、かつ同レジームがアザラシ製品の生産工程や方法に関する規定を有しているとの事実について当事国間で争いはなかった。本問題に関する分析完遂可能性の議論の中で EU は十分な事実認定が欠如すると主張したが、その根拠や具体的にいかなる事実認定が不足するのかについて EU は説明できていないと上級委員会自身も指摘する（¶ 5. 65. ）。伊藤一頼「【WTO パネル・上級委員会報告書解説⑩】 EC －アザラシ製品の輸入及び販売を禁止する措置（DS400, 401）－動物福祉のための貿易制限に対する WTO 協定上の規律」RIETI Policy Discussion Paper Series 15-P-005, 28 頁（（独）経済産業研究所, 2015）〈https://www.rieti.go.

上級委員会が分析完遂を抑制した最たる要因であったと理解できる。

〈EC 砂糖補助金事件（2005）（SCM 協定適用可能性）〉

本件で問題とされた EC の砂糖（農産品）に対する輸出補助金は、EC の譲許表上削減約束対象とされており、したがって交付自体は禁止されていなかったものの、交付量がかかる約束水準を超えていたことから、パネルにより農業協定上の輸出補助金規律（同 9 条 1 項、3 条 3 項、8 条）に違反すると認定された。申立国は問題の輸出補助金が SCM 協定 3 条にも違反すると主張していたが、パネルは上記の農業協定上の認定を理由として訴訟経済を行使した。それに対し上級委員会は、かかるパネルの訴訟経済は誤りとして判断を破棄したが自らが分析を完遂することはできないとした。その理由として、まず農業協定と SCM 協定中の上記のそれぞれの規定は密接に関連するものでないとした（＝根拠④）。さらに、申立国は、譲許表に記載された削減約束の水準を超過して交付された農業補助金に対して SCM 協定 3 条が適用されるのか、という問題に十分に対処していないが、農業協定 21 条 1 項及び SCM 協定 3 条柱書に照らした本件補助金に対する SCM 協定の適用可能性の問題は、「いくつもの複雑な論点（a number of complex issues）を提起」し（＝根拠⑤）、またかかる論点への判断は根拠②に相当する懸念を生じさせるとした。最後に、SCM 協定 4. 7 条に適合的な措置撤廃の期限について判断するため必要となる事実が不足している（＝根拠③）とも述べた[(79)]。

本件では上記 2 事例とは異なり、事実の不十分性（＝根拠③）にも言及されている。しかしかかる指摘は、SCM 協定 3 条違反を認めた場合の、問題の補助金を同 4. 7 条に従った「『遅滞なく』廃止する」旨の勧告に関する措置撤廃の具体的期間に限定されたものである。仮にこの点に関しパネルの事実認定の欠如ゆえに判断を出せないとしても、本件の輸出補助金が SCM 協定 3 条に違反し、同 4. 7 条の下で「廃止」されなければならないか否かとの問題についてだけでも判断できるのであれば、明確・迅速な紛争解決に資す

jp/jp/publications/pdp/15p005.pdf〉も参照。

(79)　*EC — Export Subsidies on Sugar*（AB）, *supra* note 42, ¶ ¶ 338–339.

る裁定・勧告を行うとの目的の観点からは判断すべきと考えられた[80]。したがってこの点は、本件上級委員会が本件措置への SCM 協定の適用可能性についてすら判断を試みなかった理由としては十分でない。

したがって、判断を控えるもう一つの理由とされた問題の論点の複雑性が、その判断抑制の主な理由になったものと考えられる。上級委員会はそのような複雑な論点として、農業輸出補助金に対する SCM 協定の適用範囲に関する、そしてそうした補助金に対して与えられる救済措置に関する論点を挙げる[81]。これらの法的論点はいかなる意味で複雑でありそれがなぜ判断回避の理由となったのか。

本件以前にこれらの論点に関しては一定の先例解釈が存在した。しかしながら先例上の解釈は必ずしも統一されていなかったように思われる。

例えば本件の直近の事例である米国綿花補助金事件のパネル・上級委員会は、農業協定 21 条及び SCM 協定 3 条柱書に関し、ある輸出補助金は農業協定に適合的である場合にのみ SCM 協定の適用を免れうるとの解釈に立った[82]。その上で、問題とされたいずれの措置も農業協定に違反するため本件はかかる状況ではないとし、両協定を重畳的に適用した。そして農業協定に違反すると認定した本件補助金についてはそれと殆ど同じ論理で SCM 協定 3 条にも違反すると認定した[83]。

（80）　仮に「遅滞なく」の具体的期限の明示がなくとも、SCM 協定 3 条の違反認定及び SCM 協定 4. 7 条の下での勧告が出されたとすれば、かかる具体的期限についてのみ事後的に DSU21 条 3 項及び SCM 協定 4. 12 条に従って当事国間の合意ないし仲裁により解決されたと考えられる。

（81）　具体的には、「農業協定が（SCM 協定 3 条と）『同一事項を扱う具体的な規定』を含むかどうか」（この点に関しては後掲注 83 を参照。）、「SCM 協定が問題の補助金全体に適用されるのかあるいは被申立国が譲許表に記載した約束の水準を超える範囲にのみ適用されるのか」、そして「SCM 協定が適用されるとすればパネルは問題の補助金全体について『廃止』（同協定 4. 7 条）することを勧告しうるのかあるいはやはり約束の水準を超える範囲の補助金に対してのみ勧告しうるのか」といった論点が含まれるとされた（n. 537（¶ 339））。

（82）　Panel Report, *United States — Subsidies on Upland Cotton*, ¶ ¶ 7. 751, 7. 487, 7. 793–7. 794, WT/ DS267/ R（Sep. 8, 2004）. Appellate Body Report, *United States—Subsidies on Upland Cotton*, ¶ ¶ 529–550, 583–584（n.858）, WT/ DS267/ AB/ R（Mar. 3, 2005）.

（83）　具体的には、農業協定 9 条 1 項（a）の輸出補助金と認定された措置及び同 10 条 1 項

これと異なる解釈に立つように思われるのが、カナダ乳製品事件の履行確認パネルの判断である。同事件では、本件 EC 砂糖補助金事件同様に、農業協定の下で削減約束がされた品目について約束水準以上の輸出補助金を交付した措置に対する SCM 協定適用可能性が問題とされた。同パネルは、「農業協定 21 条及び SCM 協定 3 条柱書に従えば、カナダ（被申立国）は当該補助金については単に約束水準以内に収めることを求められるのであって、当該パネルにはその補助金について SCM 協定 4. 7 条を根拠に廃止を勧告する権限はない」と述べている [(84)]。すなわちかかるパネル判断は、農業協定への適合性にかかわらず、農業補助金については SCM 協定ではなく農業協定の規律が優位し前者の規律は適用されないとの解釈に基づいているものと理解できる。

このような先例での解釈の異なりは、それぞれの事案で問題とされた措置の性質及び当事国間の争点の異なりに起因するものと考えられる。上述の米国綿花補助金事件では、問題の補助金の主な対象産品が綿花であり、これは、被申立国（補助金交付国）の譲許表上削減約束の対象外であったため [(85)]、農業協定上も実質的に SCM 協定 3 条の規律と同様に補助金の交付それ自体が禁止される産品であった。また、同じく SCM 協定及び農業協定違反が認定された米国 FSC 事件では、問題とされた補助金は、外国で輸出販売をする米国企業の子会社に対する法人税の課税免除であり、同措置の構造的な性質、すなわち、対象産品が農産品に限られず広範でありかつ補助金とされた免税の額には上限がない点により違反と認定されたゆえ [(86)]、同補助金措置について農業協定上の約束対象である一部の農産品にのみ一定の水準の補助金を維持しうるような是正方法は考えられなかったように思われる。したがって、これらの両事例において被申立国が問題の措置を WTO 協

に反する輸出信用保証とされた措置は SCM 協定 3. 1 条（a）及び 3. 2 条にも違反すると認定された。*US — Upland Cotton*（Panel）, *supra* note 82. ¶ ¶ 7. 759–7. 761, 7. 946–7. 948. *US — Upland Cotton*（AB）, *supra* note 82, ¶ ¶ 583–584.

（84）　*Canada — Dairy*（Panel）（21. 5 – New Zealand, US）, *supra* note 56, ¶ ¶ 6. 94–6. 102.

（85）　*US — Upland Cotton*（Panel）, *supra* note 82, ¶ 7. 666.

（86）　*US — FSC*（AB）, *supra* note 22, ¶ ¶ 149–153.

定に適合させるためには、農業協定下でも SCM 協定下でもいずれにしても当該補助金（制度）の撤廃ないし根本的な修正を要し、それゆえに追加的な SCM 協定違反の認定が履行態様にもたらす影響が実際上は大きくなかったものと想定される[87]。さらに、当事国間の議論内容としても、農業協定及び SCM 協定の関係に関する上記解釈問題は主要な争点ではなかった。

しかしながら、農業補助金を規律する両協定の関係について規定する農業協定 21 条 1 項及び SCM 協定 3 条柱書の文言自体は簡素なものであり、その解釈は学界でも議論の分かれるところであった[88]。これに対し、ウルグアイラウンド時から農業輸出補助金の最大の交付国であり SCM 協定の広範な適用に特に慎重であった EU は、米国綿花補助金事件にて第三国ながら、被申立国たる米国も主張していなかったが、パネルの管轄権の問題として上級委員会が職権で取り上げるべき問題として、「農産品に対する輸出補助金については SCM 協定は適用されない」との主張を提起していた[89]。かかる見方に反して上述の判断を行った同事件上級委員会に対し、EU はさらにその後の DSB 会合においても「（農業協定 21 条 1 項に照らした同協定と SCM 協定の関係に関して）パネル・上級委員会は EU がかねてより正しいと信じてきた解釈を採用せず、このような重要な制度的問題に対して十分な注意を払わなかった」として明らかな懸念や不満を示していた[90]。

その EU が、本件 EC 砂糖補助金事件では当事国となり上記の解釈上の立場を継続して主張していたこと[91]、さらにそれら先例の事実状況とは異な

（87）　米国 FSC 事件でも米国綿花補助金事件でもパネル・上級委員会は、問題の措置が農業協定及び SCM 協定の双方の協定に違反するとの認定を行った後、具体的な履行方法の提案等はなく、単にそれぞれの協定に適合させよとの勧告を行っている。

（88）　京極（田部）智子「農業補助金をめぐる WTO 規律 ―いわゆる「平和条項」を手掛かりとして―」300-303 頁〈https: //www. waseda. jp/inst/oris/assets/uploads/2015/10/2-4-2_20150803184750_vvrjnm6036sj6umgf0lu8q7h50.pdf〉参照。

（89）　*US — Upland Cotton*（AB）, *supra* note 82, ¶ 232.

（90）　Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 21 March 2005,* para 54, WT/ DSB/ M/ 186（Apr. 14, 2005）.

（91）　*EC — Export Subsidies on Sugar*（AB）, *supra* note 42, ¶ 4. 233. EU はここでは明確に、「*たとえ農業協定に違反するものであっても*、農産品に対する補助金には SCM 協定は適用されない」（強調は筆者）との見解を主張している。

り本件の事実関係においては SCM 協定の適用の有無が履行内容に差異をもたらすことが想定されたことにより、本件ではかかる解釈問題の重大性がとりわけ強く認識されたものと思われる。

なお、こうした状況において本件で判断回避をすることを先に選択したのは上級委員会ではなくパネルだったといえる。もとより本件上級委員会が問題の輸出補助金に対する SCM 協定違反の有無について分析完遂するよう求められたのは、本件パネルが農業協定違反の認定の後に SCM 協定に関する検討について訴訟経済を行使したことが原因であるが、パネル報告書を見る限り、かかる訴訟経済は単に「紛争解決のために不要」との理由のみで行使されたものではなかった。パネルは SCM 協定の 3 条への違反認定に基づく「遅滞なく廃止する」（同 4. 7 条）旨の勧告が、迅速な紛争解決のために必要であると申立国が主張していることを確認していた。その上で前述のカナダ乳製品事件履行確認パネルの先例を引用し、しかしながら、かかる解釈を支持するでも否定するでもなく、「パネルがそのような勧告をする権限があるのか否かに関する問題がある（There is some issue as to…）」と述べるに留まり、その後の段落にて以下のように述べた[92]。―「パネルは、紛争において提起された論点を明確化し発展させるために、当事者による積極的な関与に依拠している。本件において SCM 協定の下で提起されている重要な問題については、当事者によってさらなる議論が尽くされた事案において判断されるのが最も適切であると考える。」この一連の判断からは、本件パネルが、かかる解釈問題について、過去には特定の見解を支持するパネル解釈があるとはいえ、依然として加盟国の議論の上で判断されるべき「重要な問題」であり、したがって本件パネルが容易に判断すべきでない問題であると認識していたことが窺える。しかしながらその際にパネルは、同時に訴訟経済の法理からも判断する必要がないとも述べることで、かかる判断回避の正当性を説明しようとしたのではないだろうか。

上級委員会はこのようなパネル判断を誤った訴訟経済であるとの理由から

（92） Panel Report, *European Communities — Export Subsidies on Sugar,* ¶ ¶ 7. 384–7. 387, WT/ DS265/ R（Oct. 15, 2004）.

破棄した。しかしながら、その上で上級委員会自身も本問題を「複雑な問題」と表現して結局のところ分析完遂を控えた点では、パネルによる判断回避を引き継いだものとも理解できる。

3. 小括

本章では、上級委員会の審査権限に対する制約の一つである、パネルの検討した論点による制約に特化して、かかる制約の中で同委員会がどのように分析完遂裁量を行使してきたのかを分析対象とした。DSU17 条 6 項及び 13 項の規定からすれば、上級委員会の審査対象がパネルが認定・結論を出した法的問題に限られることは文言上明白ではあるものの、こと分析完遂の文脈の中では、上級委員会はかかる制約を全体的に重視していないことが窺えた。その上で、上級委員会がいかなるパネルの未検討問題に対して分析完遂を行ったのかまたは行わなかったのかとの実践を分析した結果として、同委員会の判断傾向に関して以下の点が指摘できよう。

第一に、分析完遂が行われたと上述した事案 10 件のうち 8 件が 2000 年までの案件であることから明らかであるように、パネルの未検討問題に対して分析完遂をしたのは主に初期の上級委員会であった。ただし、この当時においてもパネルの検討のない問題に対して無制限に自判が行われていたというわけではなく、概ね紛争解決上判断の必要性が強いものに限られていたとみられる。

このことを示す例として、EC 家禽事件の上級委員会判断を再度引用したい。前述の通り同上級委員会は、パネルの検討していない農業協定 5 条 5 項に関する分析完遂を行った。しかしその一方で、分析完遂の文脈ではないが GATT13 条 2 項（d）に関するある論点に関して、「パネルが脚注で自身の解釈を示唆したのみで本文中においては十分に検討しなかった」ために「DSU17 条 6 項の意味でのパネルによる法的解釈も、同条 13 項の下で上級委員会が支持、修正または取消しうるパネルの法的認定ないし結論も存在せず、したがって上訴の対象とならない」と述べて、同問題に対して自判を回避するに至っている[(93)]。かかる上級委員会の説示及び対応は、脚注での言及すらなかったパネルの完全な未検討・未判断の論点として浮上した先の農

業協定 5 条 5 項に関して DSU17 条 6 項による制約を認識しつつも最終的に分析を完遂した上述の判断とは一見矛盾しているように思われる。しかしながら、GATT13 条 2 項（d）に関しては、上級委員会は自らが判断を控えた論点と別の論点に関する判断を根拠に同規定との適合性に関して最終的な判断を出すことができたという状況があった。これに対して、農業協定 5 条 5 項の文脈では、問題の措置（＝関税割当外の輸入に対する特別セーフガードであり、GATT13 条の文脈で問題とされた関税割当とは別。）が農業規定に違反するか否かにつき上級委員会が要請される分析完遂をしなければなんら結論を出せないという状況であった。このことから、同一事案の中でも、上級委員会が紛争解決要請の強さの相違に応じて、パネルが未検討の論点であっても自判に踏みこむか否かを判断していたことが示唆される。

第二に、パネルの未検討の論点について十分事実の不在等の理由から分析完遂不可とされる判断事例は珍しくないが、一部の分析完遂不可判断においてはその理由として上級委員会の明確な法解釈の回避の意図が見られた。そのような判断例として本章第 2 節（2）で分析した 3 事例には、次の共通点を指摘できる。

まず、EC アスベスト事件及び EC アザラシ製品事件では、問題となった条文や法的論点に関する先例解釈の不在が言及された。第二に、EC アスベスト事件では TBT 協定と GATT、EC 砂糖補助金事件では農業協定と SCM 協定という異なる個別協定間の類似規定の関係が問題となっていた。第三に、EC アザラシ製品事件での PPM 問題や、EC 砂糖補助金事件での農業補助金に対する SCM 協定適用の範囲の問題などは、交渉当時から加盟国間の争点となっていた論点であった。第四に、EC アスベスト事件及び EC アザラシ製品事件は、人の健康問題や動物福祉といった非貿易的価値の保護を目的とする措置が審査の対象であった。上記の 3 事例はいずれも、これらのうち 2 以上の特徴を有する事案であった。こうしたことから、これらの特徴が複数重なる事案においては、論点の機微性がとりわけ高く認識され、紛争解決上の有益性や判断のための事実の基盤があったと思われるにも関わらず、

（93）　*EC —Poultry*（AB）　*supra* note 20, ¶ 105.

かかる論点については法解釈に踏み込むべきではないとの思慮が優位に働き、分析完遂が回避されたという可能性が考えられる。

ただし、EC 砂糖補助金事件における SCM 協定適用可能性に関する判断回避については、上述の通り、同事件ではパネル及び上級委員会により謙抑的姿勢がとられたものの、問題の法的論点に関して同事件以前の先例ではむしろ加盟国の裁量に対し制限的な解釈がされてきた経緯があり、かかる論点に対する上級委員会の謙抑的反応は必ずしも初めから見られたわけではない。このことから、農業補助金に対する SCM 協定適用可能性に関する論点に対しては、他 2 事例と比べれば、上級委員会の敏感性は強くなかったとも考えられる。

六．終章

1．分析完遂裁量の柔軟性を通じた判断回避

本稿で行ったここまでの分析は、第一章にて提示した「上級委員会は分析完遂裁量の柔軟性を通じて機微な論点に対して時に判断を回避してきた」との先行研究上の見解の正しさを示唆し、さらにこうした一般的な指摘をより具体的な形で明らかとした。すなわち、(1) 分析完遂裁量における柔軟性を活用した判断回避とはどのように行われうるのか、そして (2) そのような判断回避はどのような事案・論点に対してなされてきたのか、に関する実証的な分析の成果である。

まず、(1) 分析完遂裁量における柔軟性を活用した判断回避とは具体的にどのように行われうるのかという点に関して、本研究では、上級委員会の分析完遂裁量に柔軟性を働かせる余白があったのだとすれば、それがどのような点で生じていたのかに対する検討から始めた。その結果、DSU17 条に埋め込まれた上級委員会の判断権限に関する 3 つの制約に関してそれぞれに一定の裁量の余白や柔軟な解釈の実態があったことを明らかとした。

上級委員会の判断は、①上訴通知での上訴または（上訴はされていても）分析完遂要請のない論点について分析完遂可能性の検討を行うか否か、②十

分事実条件を適用して分析完遂の可否をする際にいかなる「事実」に基づけると解するのか、③パネルの未検討の問題について分析完遂を行うか否か、について、異なる事案間での差異を示した。このことは、上級委員会が必ずしも自身の判断権限についての明確かつ一貫した認識の下で最大限可能な範囲で分析完遂を行ってきたというわけではなく、むしろこれらの点につき明確な説示を示さない中である程度柔軟な判断を行う余地を有してきたことを明らかとした。

分析完遂は、第一章で説明した通り、WTO 紛争解決制度の制度的矛盾に対応しようとした上級委員会の判断により発展してきたいわば判例法である。本来的には、こうした制度的矛盾に上級委員会がどのように対処すべきかは加盟国間の議論の下で決定されるべき重要な手続上の論点であったとも思われる。しかしながら上級委員会は実際には、加盟国による議論に先んじて、発足直後の初期の事案で立て続けに、ある場合にはそれが明確な上訴や要請のされていない論点であっても、パネルが検討していない問題であっても、あるいはパネルの事実認定が完全に揃っていなくとも、それが紛争解決に資すると思われる場合には積極的に自判をし、その行為を「分析完遂」と呼んできた[(94)]。こうした実践の蓄積とともに、上級委員会の分析完遂に関しては DSU17 条における根拠やそれとの整合性が大きく問題視されることなく、同委員会の裁量の一環として行われ得るものであるとの認識が、上級委員会及び加盟国の間で普及しかつ全般として受容されてきたと考えられる[(95)]。そして、このようにして醸成されてきた上級委員会の分析完遂裁量が、上級委員会が個別の事案における紛争解決上の重要性やその他の価値を

(94)　初代上級委員 2 名によれば、「WTO 紛争解決手続に関する手続規定（DSU）は、WTO 協定の実体規定以上に曖昧で、上級委員会は DSU を解釈する際にはより多くの曖昧性や条文上の空隙に直面せざるを得なかった」のであり（Ehlermann）、分析完遂も、「加盟国らが紛争を解決するのを補佐するために条文の文言を超えた解釈をしなければならなかった手続的論点」の一つであったという（Bacchus）。Claus-Deiter Ehlermann, *Reflections on the Appellate Body of the WTO,* 6（3）J. Int'l Econ. L. 701（2003）; James Bacchus, *Appellators: The Quest for the Meaning of And/Or,* 4（3）World Trade Rev. 518（2005）.

(95)　*See,* Claus−Dieter Ehlermann, *Experiences from the WTO Appellate Body*, 38（3）Tex. Int'l L.J. 482（2003）.

衡量した上で自判するか否かについて判断を行うことを可能とする柔軟性や余地を与えてきたのだといえる。

2. 上級委員会による司法敬譲の傾向

次に、(2) こうした分析完遂裁量の柔軟性を通じた上級委員会の判断回避がどのような事案・論点に対してなされてきたのかについて、各章の事例研究の結果から得られた考察は以下の通りである。

まず、本研究は上級委員会の謙抑性や判断回避の分析を主な目的としていたが、そのために分析完遂における柔軟性を分析対象とする中で、その裁量行使のスペクトラムの中には上級委員会が権限を抑制的に行使する謙抑的な判断のみならず、与えられた権限の範囲を超えるようなむしろ積極的ともとれる判断があったことを明らかとした。

各章でそのような例として評価した事例[96]の殆どは、第一世代の上級委員が担当した 2000 年までの事案であり、これらの判断の説示からは、上級委員会が当事国間の紛争解決に貢献するとの自らの責務の観点から自判の必要性を強く認識していることが窺えた[97]。なぜとりわけ初期の上級委員会判断においてそのような傾向があったかとの理由や背景に関しては、当時の初代上級委員及び事務局長の言葉が重要な示唆を与えている。Claus-Dieter Ehlermann と Debra P. Steger は共に、それぞれの回顧録にて、当時の 7 名の上級委員らは皆、上級委員会という新たな機関が信頼性や正統性の点から高い評判を獲得し権威を確立することに自分たちが貢献すべきとの信念を共有しており、そのために報告書の質には妥協しなかったと述べる[98]。このこ

(96)　米国ガソリン事件（GATT20 条（g）柱書、1996）、カナダ雑誌事件（GATT3 条 2 項 1 文、1997）、EC 家禽事件（農業協定 5 条 5 項、1998）、豪州サケ事件（SPS 協定 5 条 1 項、1998）、米国エビ事件（GATT20 条（g）、1998）、EC ホルモン事件（SPS 協定 5 条 5 項、1998）、日本農産物事件（SPS 協定 5 条 1 項、1999）、米国 FSC 事件（農業協定 10 条 1 項・同 8 条、2000）、EC エアバス事件（SCM 協定 6. 3 条（a）（b）、2011）、米国ボーイング事件（SCM 協定 1. 1 条（b）・同 6. 3 条（c）、2012）。

(97)　服部・前掲注 13）（本連載第二回）73-78 頁、服部・前掲注 14）（本連載第三回）35 頁、及び上述第五章第 2 節（3）参照。

(98)　Ehlermann, *supra* note 94, at 695-696; Debra P. Steger, *The Founding of the Appellate Body*, No. 2017-33 Ottawa Faculty of Law Working Paper 5（2017）.

とを踏まえれば、当時の上級委員が有していたこのような目的意識が、自身の上級委員会報告がもたらす明確・迅速な紛争解決に対する貢献度についても妥協しない上級委員の姿勢を形成し、その結果 DSU 上の欠陥や制約にもかかわらず果敢に判断が行われ発出されてきたものと推察できる。

ただし、エアバス・ボーイング事件でも、初期の一部の事案ほど明白ではないにせよ比較的に積極的な分析完遂の試みが見られた点からは (99)、紛争解決目的に根差した自判に対する積極的姿勢は、初代上級委員のみならず、それ以降の上級委員にもある程度共有されていたことも窺える。

なお、こうした判断事例に対して本稿が捉えた上級委員会の積極性は、あくまで分析完遂の文脈において自身の判断権限をどれほど広く、積極的に行使するかに関する姿勢である点に注意しなくてはならない。当然のことながら、その結果としての上級委員会の判断の内容に対する評価は全く別物である。本稿において判断権限の積極的な行使と見られた判断事例の中でも、そこでなされた解釈・適用が加盟国政府の規制権限を広く認めるものである事例もあり (100)、そのような上級委員会の実体的判断の内容と、それがもたらす被中立国の履行措置への影響ないし将来への先例的効果に焦点を当てる場合には、それらはむしろ謙抑的判断と評価される。

一方で、本稿で上級委員会の分析完遂裁量が謙抑的・抑制的に行使されていると評価した事例は、そのような権限行使の態様としてのみならず、（何ら判断を示さないという）当該判断の内容及びその効果としても、WTO の立法機関としての／各国の国内意思決定者としての WTO 加盟国の裁量を狭めないという点で、抑制的・謙抑的な判断と性格づけられる (101)。では、その

（99）　服部・前掲注 14）（本連載第三回）12–27 頁参照。

（100）例えば米国エビ事件での GATT20 条（g）の判断は、パネルの検討・結論がなかった上パネルの十分な事実認定が不足する中分析完遂がされたとも評されるが（第四章及び第五章を参照。）、かかる分析完遂を通じて出された判断では、同号の「有限天然資源」は「進化的なもの」であるためそこにはウミガメ等の生物も含まれるという解釈が展開され、問題の措置も同号に反しないとされた。

（101）厳密に言えば、これら二つの側面の謙抑性は、異なる根拠や意図に基づく別の種類の敬譲であると少なくとも理論上は考えられるものの、ある問題に対する分析完遂不可との判断が、判断回避（判断を出さないこと）それ自体を目的とした判断であったのか、それとも上級委員会が自身の権限を抑制的に行使したことの単なる結果ないし副産物で

ような判断は実際にどのような事案・論点に向けられていたか。またそこから上級委員会の敬譲傾向はいかなるものであったと考察できるか。

第一に、本稿が抑制的・謙抑的と分析した事案[102]のうち、SPS 協定に関連する事例が一定数見られた。その理由に関して、一つの解釈としては、上級委員会が SPS 協定関連事例における科学的事実に付随する高度な専門性に対して謙抑的であったとの理解がありうる。国際法一般における敬譲論においても、国際裁判所がある事項を決定するための専門性の点で加盟国政府に劣る場合には、国際裁判所は加盟国政府の決定に敬譲すべきとの見解がある[103]。

しかしながら、WTO 紛争解決手続に持ち込まれる事案には科学的事案に限らず、例えば経済学的な意味でも高度に専門的かつ複雑な事実が審査の対象となるものも多い中、このように科学的事案にとりわけ謙抑的な判断例が集中する傾向からは、上級委員会は司法体としての能力の限界という観点から一貫して専門性の高い事案については謙抑的姿勢を有していたというよりも、他の分野の専門性以上に科学的事項が関連する問題により敏感であったのではないかと考えられる。

さらに、SPS 協定関連事案の中でも上級委員会の判断姿勢は一様ではなかった。日本農産物事件では積極的な自判がなされていた一方[104]、他方で、韓国水産物事件[105]及び米国継続的譲許停止事件[106]では、いずれの事案の

あるのかについては、外から完全に識別できるものではない。本研究の研究課題の射程と手法の限界に応じて、本稿のここまでの「謙抑的」との記述は、かかる区別を必ずしも考慮せず、いずれの判断姿勢についても、あるいは両方を含意するものである。

（102）EC コンピュータ機器事件（GATT 2 条 1 項）、EC アスベスト事件（TBT 協定 2 条）、EC 砂糖補助金事件（SCM 協定）、米国・継続的譲許停止事件（SPS 協定 5 条 1 項適合性）、豪州リンゴ事件（SPS 協定 5 条 6 項）、EC アザラシ製品事件（TBT 協定 1. 1 条）、韓国水産物事件（SPS 協定 2 条 3 項・同 5 条 6 項）。

（103）*E. g.*, Esmé Shirlow, Judging at the Interface: Deference to State Decision-Making Authority in International Adjudication 16（2021）; Johannes H. Fahner, Judicial Deference in International Adjudication: A Comparative Analysis chap. 4.（2020）.

（104）服部・前掲注 14）（本連載第三回）9–12 頁の評釈及び上述第五章参照。

（105）服部・前掲注 13）（本連載第二回）81–84 頁の評釈参照。

（106）服部・前掲注 14）（本連載第三回）32–34 頁の評釈参照。

問題の論点も紛争解決に不可欠な論点であったにもかかわらず自判可能性の検討が全くあるいは殆どされておらず、明らかに他の典型的な判断態様とは異なる消極的な対応が見られた。こうした事例間の差異もまた、なんらかの法的根拠や上級委員会の能力の観点から説明できるものではなく、単に上級委員会が科学的事案の中でも人の健康保護を目的とする措置に対して一層の敏感性を有していたために生じた差異だと考えられる。

第二に、前章で見た通り、求められる分析完遂が、制度的な重要性や論争性が高くしかし（あるいはそうであるが故に）条文に曖昧性の残る法的論点への解釈を要するものである場合に、かかる解釈行為自体を控える謙抑的姿勢が見られた。分析完遂以外の文脈でも、上級委員会が「制度的問題（systemic issues）」であることを理由に審理の順序を変更して判断を回避した事例が存在するが [107]、分析完遂不能との判断がされる過程においても、そうした判断回避が行われていたことが明らかとなった。このような根拠に基づく敬譲は、立法機能を有する加盟国間が決定すべきだが合意できていない問題について事実上の先例性を有する上級委員会判断が先に解釈を示すことで法創造（gap filling）を行うべきでないと考えの上に立つものと理解でき、それ自体は一つの合理的な敬譲の根拠であるといえる。

しかしながらかかる敬譲の根拠も、上級委員員判断の全体的な傾向を説明するには不十分である。周知の通り、上級委員会は一部の事案ではそのような論点についても果敢に解釈を示してきたためである [108]。これに対して、前章にて、問題の論点に対して当初から謙抑的でありその上で法解釈の回避がなされたと評価した 2 事例 [109]が人の健康及び環境（動物福祉）に関する

（107）Appellate Body Report, *United States — Measures Relating to Shrimp from Thailand,* ¶ 310, WT/ DS343/ AB/ R（Jul. 16, 2008）. 同事件においては、AD 協定に違反する措置に対して GATT20 条が適用可能か否かがそのような問題であるとして判断を回避された。

（108）北村朋史「WTO における『法の支配』の虚像と実像」国際法外交雑誌 118 巻 4 号（2020）参照。同稿は、上級委員会はとりわけ雇用の維持や所得の安定等を目的とする措置については、条文上の限られた根拠に基づきながら加盟国の裁量に対し制限的な解釈をしてきたとする。

（109）EC アスベスト事件（TBT 協定 2 条）、EC アザラシ製品事件（TBT 協定適用可能性）。本稿第五章第 3 節参照。

論点であったことからは、第一の点と重なる考察、すなわち人の健康や環境といった重要と思われる非貿易的価値に対して上級委員会が謙抑的判断をしやすい傾向があったとの考察が可能であるように思われる。

これに関連して、本稿第三章にて言及した米国ガソリン事件での TBT 協定適合性の論点に関する上級委員会の判断抑制も想起される[(110)]。上級委員会の同事件での説示、すなわち問題の上訴が上訴通知にて適切になされていない以上は上級委員会検討手続の規則に従い判断できないとの理由付けそれ自体は全く合理的であり、自身の権限に照らした適切な自制といえる。しかしながらこのように述べる上級委員会自身が、本件の上訴と同様の不適切な上訴に対して他の事案では分析完遂を行っていることは第三章にて既述の通りである。にもかかわらず、本件では、上記の理由に加え、TBT 協定適用可能性の判断をせねばならなくなるとの理由とともに、「たとえ申立国が付した（条件付き上訴）条件を満たしていたとしても本問題を扱うことには極めて慎重（most reluctant）」だっただろう」と述べられた[(111)]。かかる論点も GATT と TBT 協定間の関係の解釈にもかかわる制度的重要性を孕むものであり、さらに本件措置は環境保護に関する措置であったが、こうした要素も本問題に対する上級委員会の分析完遂の回避要因として影響を与えたとも推察できる[(112)]。

ここまでの分析を踏まえると、上級委員会の謙抑性は、科学的事項に関する事案や、制度的な重要性や論争性を孕む法的論点への解釈を要する事案に対して生じる傾向が見られるが、中でもそれが（上級委員会にとって）特に重要と思われる非貿易的価値に関連するものである場合にとりわけ生じやすい傾向にあったとの考察を導くことができる。

上級委員会の分析完遂裁量の下での判断回避に特化した本研究から得られた上記の考察は、同委員会の実体判断に対する分析を通じた先行研究上の見

（110）服部・前掲注 13）（本連載第二回）脚注 45（76 頁）及び本文対応部分参照。

（111）*US — Gasoline*（AB）, *supra* note 18, at 11.

（112）特に後者の点に関して、同上級委員会判断は結論・勧告の後に、長い一パラグラフを割き傍論として、WTO 加盟国が環境問題に対処するために広範な裁量を有していることを強調して確認している（*Id.,* at 28）。

解とも軌を一にするものである。それらによれば、上級委員会の謙抑的判断が人の健康や環境問題などに対して「選択的」になされていること[113]、またそのような判断がなんらかの法的合理性や一貫した論理に基づくものではなく、加盟国にとっての重要な問題に対する「暗黙の共感」や何が加盟国に受けられられる判断かについての上級委員会自身の直観に基づいた政治的・実践的な判断であることなどが指摘されてきた[114]。こうした上級委員会判断の特徴は、一貫性を欠き時に DSU 条文とも矛盾する分析完遂裁量の行使実態とその中で上述のような事案で謙抑的な判断があったことを示した本研究の分析結果にも見出せるものである。

さらに、このように自身の価値判断に依拠する上級委員会のそもそもの価値観は何に由来するものかという点に関して、先行研究においては、それは、人の生命や健康を特に重要な価値と捉え、反対に米国では政治的に機微とされる貿易救済措置を保護主義的なものと軽視するジュネーヴ的価値観に基づくものであったとの見解がある[115]。本稿の分析完遂裁量の事例分析においても、抑制的・謙抑的と評価した事案のうち、半数以上が EU の措置を争うものであり、最も頻繁な被申立国であるはずの米国の措置が問題となる事案は数少なかったが、このことは単なる偶然ではなく、かかる見解の正しさを示唆するものであるように思われる。

3. 結語

本研究の問題設定の背景には、上級委員会が自身の権限を超えた判断をしてきたとする米国の「行き過ぎ（overreach）」批判の妥当性に対する疑問が

（113）Robert Howse, *The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary,* 27（1）Eur. J. int'l. law（2016）; 北村・前掲注 108）。

（114）Petros C. Mavroidis, *The Gang That Couldn't Shoot Straight: The Not So Magnificent Seven of the WTO Appellate Body*, 27（4）Eur. J. int'l. law（2017）; David Palmeter, *The WTO Standard of Review in Health and Safety Disputes, in* Trade and Human Health and Safety, *supra* note 65, at 233–234（2006）.

（115）Joost Pauwelyn, *The WTO 20 Years On: 'Global Governance by Judiciary' or, Rather, Member-driven Settlement of*（*Some*）*Trade Disputes between*（*Some*）*WTO Member?* 27（4）Eur. J. int. Law 1125（2017）.

あった。本稿で見た通り、上級委員会判断は少なからぬ事案で自身の判断権限を抑制的にのみ行使し加盟国裁量に対する謙抑性を示してきたのであり、その意味で米国による批判は一面的かつ過度な評価であったといえる。しかしながら、上級委員会のこうした謙抑性は、上級委員会が重要かつ機微と考える論点や事案に対して、選択的に示されるものであった。さらに、少なくとも本研究の範囲では、上級委員会が謙抑的判断の対象としてきた事案や論点の中には、米国が強く懸念する国内産業や雇用の保護に関するものは含まれておらず、このことは、米国にとって重要かつ機微な問題や価値に対しては上級委員会の謙抑性が十分に向けられてこなかったことを示唆する。その意味では、米国の不満も理解可能なものであり、その批判には一定の正しさが含まれていたともいえる。

本研究は、上級委員会の判断姿勢が、人の健康や環境といった非貿易的事項に関して特に謙抑的であったとの先行研究上の見解を補強するものであったと同時に、かかる上級委員会の謙抑性が、条文解釈の形に限られず、時として判断それ自体を行わないという判断回避の形をとる場合もあったことを示した。ここで研究対象とした上級委員会の「分析完遂」は現行の WTO 紛争解決制度を前提とした慣行であり、これまでの上級委員会判断の傾向を分析するには有用であったが、今後上級委員会がこれまでと同様の形で復活する見込みの低い現状に鑑みれば、かかる裁量行為そのものの将来的な示唆は少ないといえる。しかし、ここからより広く「判断回避」（ここでは一旦、紛争解決手続が特定の問題をその審査・判断対象から除外することを広く意味することとする。）行為に目を転じれば、さらなる議論の余地がある。

かかる判断回避それ自体には、パネルや上級委員会等の紛争解決機関が当事国間の紛争解決に不要な論点について判断をしないことや、条文に明記されていない点について法創造をしないことを可能としうる点で利点があり、むしろ条文解釈を通じた謙抑的判断以上に望ましいとの見方もある(116)。そ

(116) Patric Kelly, *Judicial Activism at the World Trade Organization: Developing Principles of Self-Restraint,* 22(3) Northwestern J. Int'l Law & Bus. 385-386 (2002). *See also,* Trung Nguyen, Judicial Activism in the Appellate Body of the World Trade Organization: A Comparative Analysis with the European Court of Justice 175-176 (2023).

れが制度の中でうまく活用されれば、紛争解決機関が加盟国に代わって法創造機関となることを防ぎつつ、特定の問題に対して判断を下さないことで加盟国に対し必要な敬譲を与えうる手法として、今後の国際通商秩序における紛争解決制度が有するべき安全弁ないし柔軟性を保持するためのメカニズムの一つになりうるとも考えられよう(117)。

ただし、本稿で見たような、これまでの WTO 紛争解決制度下での上級委員会自身による内生的かつ選択的な判断により行われる判断回避には、多くの問題があるといえる。それがもたらす予見可能性の低さ(118)や、特定の加盟国にとっての重要な価値を他の加盟国が重視する価値以上に重視することが司法的機関としての公平性や中立性ひいては正当性を損なう点などにおいて問題であると指摘されるほか(119)、現に上級委員会危機の状況に陥ることを防げなかった点で加盟国の不満や反発を回避する効果という意味でも不完全であったといわざるを得ない。したがって今後国際通商制度が再建される場合にもそのような態様での判断回避が繰り返されることは可能な限り避けられるべきで、そのためにも加盟国によるコントロールや透明性を向上させた形で一定の場合に判断回避の余地を残すような仕組みが作られることがよりよい策であるように思われる。

（本学法学研究科博士後期課程）

（117）類似の提案は既に多くの論者によりなされている。例えば WTO 紛争解決制度の non-liquet のより積極的な活用を支持するものとして、Lorand Bartels, *The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism,* 53（4）Int'l & Compal. L. Q.（2004）; Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform,* 23 J. int'l Econ. L. 175-177（2020）を参照。また、判断回避の仕組みが制度的・手続的に組み込まれるべきとする提案として Sykes は「裁量的上訴管轄」を採用することを提言する（Alan O. Sykes, *The Utility of Appellate Review at the WTO and Its Optimal Structure*, 27 J. Int'l Econ. L. 439-440（2024））。

（118）Frieder Roessler, *Dispute Settlement in the WTO: From a Deliberately Designed to a Spontaneously Grown Order, in* Assessing the World Trade Organization: Fit for Purpose? World Trade Forum 115（Manfred Elsig et al. eds., 2017）.

（119）北村・前掲注 108）40-44 頁。Kelly, *supra* note 116, at 387-388.

論　説

自治体が保有する金銭債権の強制徴収と公法原理――滞納処分と民事執行の選択に関する考察

小舟　賢

一　はじめに
　1　問題の提起 —— 伝統的な公法私法二元論とその意義
　2　本稿における検討
二　行政上の強制徴収と民事執行
　1　行政上の強制徴収（滞納処分）
　2　民事執行
　3　両者に共通の公法原理
三　従来の学説・裁判例等から抽出される考慮要素
　1　債権の発生原因（反対給付性の有無）
　2　公益性
　3　負担の公平性
　4　大量反復性（裁判リソースの有限性）
　5　公私双方の運営主体間の公平性
四　個別領域の具体的検討①――公立病院の診療費
五　個別領域の具体的検討②――生活保護法における費用徴収
　1　63 条返還金と 78 条徴収金の強制徴収化
　2　生活保護法 77 条の 2 における転化と比例原則
六　個別領域の具体的検討③――下水道使用料
七　バイパス理論の再検討
　1　バイパス理論に関する判例等
　2　学説による批判的検討
　3　行政上の強制徴収（滞納処分）と民事執行の比較検討
八　おわりに

一　はじめに

1　問題の提起――伝統的な公法私法二元論とその意義

地方公共団体（以下「自治体」という。）が有する金銭債権（以下「自治体債権」という。）の管理・徴収については、行政実務において、伝統的に公法と私法の区別を前提とする二元論的枠組みで展開されてきた。この枠組みは、債権の発生原因に基づき、公法上の原因（法律・条例）によるものを「公債権」、私法上の原因（契約等）によるものを「私債権」と分類する。そして、それぞれに異なる徴収手続、すなわち、公債権のうち法律で特別に自力執行権が認められたもの（強制徴収公債権）には行政庁自らによる滞納処分が、それ以外の非強制徴収公債権と私債権には裁判所を介した民事執行が用意されていると説明されてきた。そして、この整理は、行政実務の現場において、自治体債権の管理・徴収に関する法体系を整合的に理解する上で一定の役割を果たしてきた(1)。

しかし、自治体の現場においては、この形式的な法区分だけでは解決し難い、行政上の実効性確保の問題が存在する。筆者らが実施した「地方公共団体における行政の実効性確保の現状に関する調査」(2)（以下「自治体アンケート」という。）においては、公立病院の診療費（私債権）については、滞納処分ができないために回収が困難であるとの声が多数寄せられ(3)、下水道使用

(1)　自治体の金銭債権を公法上の債権（公債権）と私法上の債権（私債権）に分類し、公債権をさらに強制徴収公債権と非強制徴収公債権に分類する実務上の伝統的二元論的整理については、例えば、大阪弁護士会自治体債権管理研究会編『改正民法対応版 Q & A 自治体の私債権管理・回収マニュアル』（ぎょうせい、2020 年）8 頁以下、瀧康暢編著『自治体債権回収のための裁判手続マニュアル 改正民法対応版』（ぎょうせい、2020 年）2 頁以下を参照。

(2)　小舟賢＝周蒨（周家礼奈）＝宮森征司「自治体アンケート結果の概要」高橋滋編著『行政の実効性確保法制の整備に向けて』（民事法研究会、2023 年）382 頁以下。また、自治体アンケートの調査結果の詳細版については、「地方公共団体における行政の実効性確保の現状に関する調査（自治体アンケート）調査結果（確定版）」（2024 年 9 月）（http://www.iam.or.jp/2022kekka.pdf）を参照。

(3)　小舟ほか・前掲注（2）自治体アンケート結果の概要 391 頁、前掲注（2）自治体アン

料（強制徴収公債権）については、水道料金（私債権）と一括徴収していることによる実務上の煩雑さが指摘されている(4)。これらの課題は、形式的な債権区分だけでは捉えきれない、自治体債権の管理・徴収における困難さを示している。

この二元論の枠組みが持つ理論的な問題点は、民事執行法の世界から自治体債権を見たときに、より鮮明になる。すなわち、自治体実務における整理では、私債権のみならず、公営住宅使用料のような非強制徴収「公」債権も民事執行の対象とされるべきものである。しかし、多くの民事執行法の体系書は、その執行対象を「私法上の」給付請求権と表現する(5)。

この用語法の「ズレ」は、両法分野が「公」「私」を異なる分析視点（行政実務は債権の発生原因、民事訴訟法学は執行手続の準拠法）から捉えていることに起因するものと考えられる。このように、債権の発生原因は公法上のものでありながら、その実現は民事執行に委ねられる非強制徴収公債権の存在は、自治体債権の管理・徴収において、やっかいなものとなっている。

ケート調査結果 56 頁以下。

(4)　小舟ほか・前掲注（2）自治体アンケート結果の概要 392 頁以下、前掲注（2）自治体アンケート調査結果 59 頁以下。

(5)　例えば、齋藤隆＝飯塚宏編著『民事執行〔補訂版〕』（青林書院、2014 年）は、「一般に民事執行とは私法上の権利を国家機関により強制的に実現する手続であると説明されている」（同書 1 頁［齋藤］）、「公法上の金銭債権のうち国税・地方税・社会保険料等については、その不履行（滞納）の場合に国税徴収法に基づき民事上の金銭債権の執行に対応する滞納処分が行われる」（同書 18 頁［齋藤］）と述べる。中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』（青林書院、2021 年）117 頁以下、野村秀敏ほか『民事執行・保全法』（法律文化社、2021 年）5 頁［野村］、中西正ほか『民事執行・民事保全法〔第 2 版〕』（有斐閣、2021 年）19 頁［中島弘雅］、三谷忠之『民事執行法講義〔第 2 版〕』（成文堂、2011 年）4 頁、福永有利『民事執行法・民事保全法〔第 2 版〕』（有斐閣、2011 年）2 頁以下も同様。なお、中野＝下村・前掲書は、「公法上の請求権の強制的満足手続であって、民事執行法その他民事上の強制執行手続に関する法令の規定に従ってなすべきことを法律が定めているものを、講学上、形式的強制執行とよぶ」としている（同 117 頁）。行政的執行と民事執行の機能的共通性や、実務における両手続の交錯の実態に鑑みれば、民事手続法学と行政法学との対話を通じた理論的枠組みの再構築が求められよう。なお、滞納処分と民事執行が競合した場合の手続の調整を図るものとして、滞納処分と強制執行等との手続の調整に関する法律が制定されている。

筆者は、前稿[6]において、自治体債権の消滅時効に関する立法論として、従来の「公債権（公法上の債権）」か「私債権（私法上の債権）」かという形式的な区分を排し、強制徴収権限の有無、すなわち「強制徴収公債権」か否か（非強制徴収債権か強制徴収債権か）という区分に基づいて適用法条を分けるべきであると提言した[7]。その理由としては、私債権と公債権の区分は相対的であるばかりでなく、両者で債権法改正後における消滅時効の期間にあまり大きな差はなくなり、両者で適用法条を分けるべき論拠に乏しいからである[8]。

また、行政実務においては「私債権については、法律で新たに根拠を置いて行政に強制徴収権限（滞納処分）を認めることは許されない」とする理解が広く共有されているようである[9]。この見解は、公債権と私債権との区別を明確につけることが可能とする前提に立つならば成り立ちうるかもしれないが、現実には両者の区別は相対的なものであることから、立法政策的にみて必ずしも妥当とはいえない。現に、下水道使用の対価という反対給付的な性格が強く、（一応公債権とされているが、実態としては）私債権と性質が類似する下水道使用料について、法律は滞納処分を認める規定を置いている[10]。また、生活保護法は、本来は非強制徴収公債権である（費用返還義務

(6)　小舟賢「自治体金銭債権の消滅時効」野口貴公美ほか編『社会の変革と行政法学』高橋滋先生古稀記念論文集（弘文堂、2026 年）350 頁。

(7)　同 364 頁以下。

(8)　具体的には、地方自治法 236 条 1 項の適用対象を強制徴収権限が付与されている債権のみに限定し、それ以外の債権については、公法・私法の別を問わず一元的に民法 166 条 1 項を適用すべきであるとするものである。 その理由は、第一に、公法上の債権か私法上の債権かという区分は相対的であり、実務上その判別が困難な事例が少なからず存在するためである。第二に、平成 29 年民法（債権関係）改正により、債権の消滅時効期間は原則として「権利を行使することができることを知った時から 5 年間」に統一されたため、地方自治法が定める「5 年間」との間に実質的な差異はほぼ解消されており、両者で適用法条を異にすべき実質的な論拠に乏しいためである。

(9)　かつての公法私法二元論の下で「公法上の債権については強制徴収を認め、私法上の債権については民事の救済手段を用いるべき」と一般に考えられてきた（宇賀克也『行政上の実効性確保』（勁草書房、2024 年）331 頁参照）ことが、行政実務における暗黙の前提として機能しているものと思われる。

(10)　下水道使用料は下水道法に基づく使用料であり（同法 20 条）、地方自治法附則 6 条 3 号を通じて、同法 231 条の 3 第 3 項にいう「法律で定める使用料」に該当する。その結

に対応する）返還債権（同法 63 条）について、一定の要件下で滞納処分を認めるという、いわば非強制徴収公債権から強制徴収公債権への転化ともいうべき仕組みを設けている（同法 77 条の 2）。これらからは、強制徴収権限付与の可否は、債権の発生原因といった形式的な性質のみから一義的に決まるのではなく、平等原則や比例原則、行政運営の効率性の要請などといった公法原理に立脚した政策的な総合判断に委ねられるべきことを強く示唆しているのではないか。

2　本稿における検討

かつての公法私法二元論は、行政主体に私法上の束縛を免れさせる「特権」の根拠として機能する側面があった。これに対し、高橋滋教授は、伝統的な公法理論を批判的に継承しつつ、「実体公法」の復権を提唱している。高橋教授によれば、公法は行政権の優越的地位を基礎づけるものではなく、むしろ行政活動を行政固有の「実体的な諸原則」――すなわち、平等原則、比例原則、信義誠実の原則、適正手続の原則など――によって規律し、統制するための独自の法体系として理解されるべきであるとする[(11)]。

この視座に立てば、自治体債権の徴収においても、「公債権か私債権か」という形式的区分のみならず、当該債権徴収がいかなる公法原理（実体的拘束）に服すべきかという観点から、強制徴収手段の選択やその限界が論じられなければならない。

本稿においては、かかる問題意識の下、自治体債権の徴収という行政上の実効性確保の場面において、行政上の強制徴収（滞納処分）と民事執行を、「権利実現のための行政作用」という共通の機能的観点から比較分析し、両者の間において貫かれるべき共通の公法原理とは何かを検討する。その上で、まず、行政に強制徴収権限を付与するか否かの立法判断において従来考

果、裁判所を介する民事執行手続によらず、行政自らの権限で「地方税の滞納処分の例」による強制徴収が法的に認められている。

(11)　高橋滋「『実体公法の復権』論によせて－公法私法二元論争史研究への覚書き－」『ガバナンスと行政法学――組織管理、法学教育と東アジア』（民事法研究会、2025 年、初出 1991 年）140 頁以下。

慮されてきたと思われる要素を整理し、次に、個別領域の具体的検討を通じて自治体徴収現場の現実に即した両手続の実態と限界を明らかにする。そして、これらを踏まえて、両手続の選択に関する問題につき公法原理等に照らして再検討したい。

二　行政上の強制徴収と民事執行

1　行政上の強制徴収（滞納処分）

国税・地方税に代表される租税債権については、その配当順位が最上位とされているほか、法律によって行政上の強制徴収（滞納処分）が認められている。民事執行との比較において、この滞納処分の最大の特徴は、国税徴収法や地方税法等の法律によって、行政庁に自力執行権が与えられている点にある。これは、裁判所の債務名義を要することなく、行政庁が自らの判断で財産調査から差押え、換価、配当までを一貫して行える強力な権限である。

地方税などの租税債権についてこのような権限が認められる理由は、これらの債権が特定のサービスの対価（反対給付）ではなく、当該自治体の一般的経費に充てるための財源確保の目的をもって、その課税権に基づき、住民に一方的強制的に賦課するものであるからである(12)。住民が地域社会の費用を分かち合うという「負担分任の原則」（地方自治法 10 条 2 項）に基づいており、その徴収において「負担の公平」を確保する必要性が極めて高い。とりわけ、租税の滞納については、これを放置することが申告納税制度の根幹を揺るがしかねないことから、納税者の個別事情をもふまえつつ厳格な徴収が求められる。

また、国民健康保険料などの公課についても、その先取特権の順位が「国税及び地方税に次ぐ」とされており（国民健康保険法 80 条 4 項など）、やはり法律によって滞納処分が認められている（同法 79 条の 2 など）。

（12）　木村弘之亮『租税法学』（税務経理協会、1999 年）43 頁を参照。

2　民事執行

これに対し、民事執行は、近代国家における自力救済の禁止の原則を前提とし、その代替として国家が提供する権利実現制度である。国家が強制力（執行権）を発動するには、その前提として、権利の存否・内容が債務名義によって公的に確定されていることを要する。すなわち、権利の確定（司法作用）と、その実現（執行作用）が明確に分離された二段階構造をとるのが原則である。

確定した権利内容を物理的に実現する執行作用は、その機能に着目すれば行政作用と捉えることができる(13)。この観点に立てば、滞納処分と民事執行は、ともに「権利内容を物理的に実現する行政作用」という点で機能的に共通する。逆に言えば、滞納処分と民事執行の大きな相違点(14)は、その手続の前提となる要件、つまり「債務名義の要否」の点にあるといえよう。

自治体債権についても、強制徴収権限が与えられていない公債権・私債権の徴収においては、この民事執行によるべきこととなる。なお、罰金、科料、没収等の財産刑や過料、制裁金などについては、反対給付としての性格を有していないことは明らかと言いえるが、これらの強制徴収は民事執行によって行われる（これを「形式的強制執行」という）(15)。たとえば、国の法令に基づき過料が課される場合について、非訟事件手続法 121 条は、過料の裁判の執行をする検察官の「命令は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する」（同条 1 項）とし、「過料の裁判の執行は、民事執行法……その他強制執行の手続に関する法令の規定に従ってする」（同条 2 項）と規定する。

---

(13)　平野哲郎『実践 民事執行法 民事保全法〔第 3 版補訂版〕』（日本評論社、2022 年）18 頁は、「民事執行手続は、紛争を法に照らして解決するという本来の意味における司法作用ではなく、司法的判断の入らない、いわば行政的な手続である」とする。

(14)　民事執行の場合は、滞納処分の場合と比較して、調査権限の不足が指摘される。令和元年民事執行法改正により、債務名義を得れば債務者情報を取得することができるようになったものの、債務名義を得るための訴訟提起には議会の同意が必要であるため（地方自治法 96 条 1 項 12 号）、やはりハードルが高い。小舟賢「自治体における金銭徴収－自治体の債権回収に関する調査を素材に－」高橋編著・前掲注（2）341 頁。

(15)　上原敏夫ほか『民事執行・保全法〔第 7 版〕』（有斐閣アルマ、2024 年）6 頁［上原］。

3　両者に共通の公法原理

滞納処分と民事執行は、その手続主体や根拠法を異にするが、「金銭債権の強制的実現」という機能において共通しており、自治体が主体となる以上、両者の間には貫かれるべき共通の公法原理が存在する。

第一に、負担の公平性の要請（平等原則）である。資力があるにもかかわらず納付を怠る滞納者に対し、法的な徴収手段を講じずに放置することは、誠実に納付している住民との関係で不公平を生じさせる。したがって、債権の性質（公法・私法）を問わず徴収率の向上を目指すべきことは、平等原則からの要請といえる。

第二に、滞納者への配慮（比例原則）である。当然のことながら、行政による強制執行は、滞納者の生活基盤を破壊するものであってはならない。国税徴収法 75 条から 78 条までにおける差押禁止財産の規定（給料や生活必需品等の保護）は、日本国憲法 25 条の生存権保障を具体化したものであり、この「生活保障の要請」は、私債権を民事執行で徴収する場合においても、公的主体としての自治体には強く妥当する。

第三に、行政運営の効率性の要請である。自治体債権の徴収は、自治体の財政基盤を確保し、公共サービスを持続させるための手段である。回収コストが回収額を上回るような非効率な手続（費用倒れ）や、迂遠な手続は、行政運営の効率性の観点から慎重に検討されるべきである。

このように、これらの公法原理は、行政権に強力な徴収権限を「授権」する根拠となると同時に、その権限行使を厳格に「統制」する規範としても機能するものである。

三　従来の学説・裁判例等から抽出される考慮要素

行政上の強制徴収（滞納処分）は、自力執行権を有し、迅速かつ機動的な徴収が可能であるとされる[16]。一方、民事執行は、債務名義の取得を要し、

(16)　礒野弥生「行政上の義務履行確保」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 第 2 巻』（有斐

裁判所の関与が不可欠である。従来、学説・裁判例等においては、一般論として、「民事執行は時間と費用を要し非効率であるのに対し、行政上の強制徴収は迅速かつ低コストで実効性が高い」と語られてきたように思われる(17)。

強制徴収権限を法律で付与するか否かは究極的には立法政策の問題であるところ、上記の学説の理解を前提とした上で、行政に強制徴収権限を付与するか否かの立法判断において従来考慮されてきたと思われる要素につき、さしあたり以下の5つに整理する。

1　債権の発生原因（反対給付性の有無）

地方税のように、反対給付性がなく負担分任の原則を本質とする債権は、負担の公平性の要請が極めて強く、自力執行権を付与する強力な正当化根拠となる。逆に、公営住宅使用料のように、反対給付的な受益者負担の性格が強い債権は、機能的に私法上の契約と類似するため、原則として民事執行によるべきということになる。

法律によって強制徴収権限を付与する場合は、「国税滞納処分の例による」、「国税徴収の例による」等のように滞納処分等の規定を準用する形がとられているため、債権の反対給付性の要素については、租税債権との類似性を示すものとして、自力執行権を付与する正当化要素とみられてきたものと考えられる。それは従前において法律による強制徴収権限の付与が上記の方法によって行われてきたことに由来するものであるから、この要素が強制徴収権限を認めるうえでの必要条件というわけではないだろう。

ただし、既に述べてきた通り、この債権の発生原因にのみよることで一義的に結論が導かれるわけではない。たとえば、国の法令に基づく過料のよう

閣、1984年）252頁、黒川哲志「行政強制・実力行使」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）127頁など。

(17)　たとえば、礒野・前掲注（16）は、滞納処分により債権を実現する場合について、「民事訴訟によって実現することに比べ迅速性・経済性・形式的平等性などを満足させる」と評価する（同253頁）。また、福岡高決平成17年8月22日判時1933号91頁は、「法律が……行政上の強制徴収という簡易迅速な手段を認めているときは、……わざわざ迂遠な民事訴訟による必要はな」い、と述べている。

に、公法上の原因に基づきながらも、その強制徴収が民事執行に委ねられているものもある[18]。また、私人間の契約に基づく債権であっても、例外的に自治体が強制徴収することが認められる場合がありうることについて、指摘がされている[19]。

2　公益性

国民健康保険料や下水道使用料のように、反対給付的な性格を持ちつつも[20]、その収入が極めて重要な社会インフラ制度の財政基盤を直接支えている場合、その高度な公益性から、法律で特別に滞納処分を認める傾向がみられる。すなわち、下水道使用料でいえば、これを自治体が保有する単なる一債権の管理問題として捉えるのみならず、下水道インフラを住民生活において欠くことのできない重要な「自治体の財産」として効率的に管理する、という資産管理的な発想とも通底する。

---

(18)　国の法令に基づく過料は、行政上の義務違反に対する制裁（行政上の秩序罰）であり、反対給付としての性質を持たない純粋な公法上の金銭債権であるが、過料の徴収は非訟事件手続法に基づき、検察官の命令を債務名義として民事執行法の規定に従い行われる（形式的強制執行）。前掲注（5）参照。

(19)　児童福祉法 56 条 7 項は、家庭的保育事業等を行う者が、保護者から保育料の支払いを受けられない場合において、要件を満たす場合に、市町村は当該家庭的保育事業等を行う者の請求に基づき、地方税の滞納処分の例によることができると定めている。私人間の契約に基づく債権であるにもかかわらず行政上の強制徴収が認められているケースといえるが、これは、児童福祉法 24 条 2 項の規定に基づき、市町村が、保育を必要とする児童に対し、認定こども園または家庭的保育事業等により必要な保育を確保するための措置を講ずる義務を負っていることを背景としている点に注意が必要であり、その意味においてあくまで例外的ケースであるといえよう（宇賀・前掲注（9）332 頁）。

　また、同法 56 条 7 項については、条例により保育料の定めを設けていない点、滞納処分に先行して債務不履行を行政処分により確定させる仕組みを設けていない点が、問題点として指摘されている（横田光平「『滞納処分の例』・保育料の徴収・養育費の支払確保」同志社法学 429 号（2022 年）437 頁以下）。

(20)　国保料は被保険者において保険給付を受け得ることに対する反対給付として徴収されることを理由に憲法 84 条の直接適用を否定した判例として、最判平成 18 年 3 月 1 日民集 60 巻 2 号 587 頁。

3　負担の公平性

負担の公平性の要請と行政運営の効率性の要請については、滞納処分と民事執行との間において貫かれるべき共通の公法原理として、ともにすでに述べたところであるが、両者は時としてジレンマを生じさせる。

一方において、自治体は「最少の経費で最大の効果を挙げる」（地方自治法2条14項）ことが求められており、回収額を上回るコストを要するような「費用倒れ」の徴収は、経済合理性の観点からは必ずしも望ましいことではない。現行法制上、強制徴収権限を持たない債権（非強制徴収債権）については、取立て費用が債権金額を上回る場合等に「徴収停止」の措置をとることが認められている（地方自治法施行令171条の5第3号）。

しかし、他方において、単に費用倒れになるという理由だけで安易に徴収を停止することは、誠実に納付している住民との関係で負担の公平性を著しく害することにもなりうる(21)。

すなわち、一般論としては、債権の発生原因が負担分任的性格を帯びるほど、たとえ経済的な採算性が低くとも、負担の公平性という公法原理が厳格な徴収を強く要請することになることから、法律によって強制徴収権限を付与する(22)方向に流れやすい(23)。逆に、公営住宅使用料のように反対給付的性

(21)　負担の公平性と徴収コスト（費用倒れ）の問題に関する実務的な葛藤については、鷲巣研二『よくわかる地方税滞納整理の実務とマネジメント』（時事通信社、2015年）18頁以下、および、岡元譲史『現場のプロがやさしく書いた自治体の滞納整理術』（学陽書房、2021年）150頁以下等を参照。

(22)　滞納処分の権限が付与される場合においても、徴収コストの問題や財産調査権限の不足の問題等は残る。付与する強制徴収権限として、たとえば間接強制などは検討できないか。なお、民事執行法においては、制定当初における間接強制の対象が作為義務・不作為義務のうち同法171条1項の強制執行ができないものに限定されていたが、その後の改正より対象が拡大され、例えば扶養義務等に係る金銭債権についても間接執行によることが認められた（167条の15）。

(23)　そして、厳格な徴収のためには、強制徴収権限の付与のみならず、財産調査の権限付与もセットで必要となる。地方税については、例えば市町村民税の場合、地方税法331条6項において「国税徴収法に規定する滞納処分の例による」とあることから、この場合は国税徴収法141条以下の財産調査権限にかかる規定が準用される。強制徴収公債権については、地方自治法231条の3項において「地方税の滞納処分の例により」とあり、

格が強い債権は、対価的均衡や私法上の経済合理性が重視されやすく、原則として民事執行によるべきとの議論になじみやすい。このように、先に挙げた債権の発生原因の要素が、この負担の公平性の要請の強弱においても一定程度連動していると従来においては理解されてきたように思われる。

また、生活保護法 63 条の返還債権は、発生時点では非強制徴収公債権であるが、その後の滞納という事象に応じて、同法 77 条の 2 に基づく費用徴収決定がなされることにより、滞納処分が可能となる。詳しくは後述するが、これは、強制徴収権限の有無が債権の発生原因だけでアプリオリに決まるのではなく、実効性確保の必要性という政策的判断によって、事後的かつ柔軟に転換しうることを示している。

4　大量反復性（裁判リソースの有限性）

上述の通り、法律において強制徴収権限を付与するかどうかを判断する要素として租税債権との類似性が重視されていることに関連して、債権の発生・徴収の大量反復性が、裁判リソースの有限性 (24) との関係において考慮されているように思われる。国民健康保険料については、まさにこの点において租税債権との共通性を見出すことが可能であろう。もっとも、大量反復性を有さない強制徴収債権の例も多数見られることからも分かる通り、やはりこの要素が判断の決め手になっているわけでもなさそうである。

5　公私双方の運営主体間の公平性

例えば、公立病院の診療費や水道料金のように、当該事業につき、自治体のみならず民間も運営主体となりうることが法的に認められている領域にお

地方税法は税目ごとの滞納処分の規定においてそれぞれ「前各項に定めるものその他……の滞納処分については、国税徴収法に規定する滞納処分の例による」と定められていることから、結論として、その債権の性質に反しない限り、国税徴収法 141 条以下の財産調査権限にかかる規定も準用されることとなる。

(24)　宇賀・前掲注（9）335 頁以下は、後述するバイパス理論に対する疑問を述べる文脈において、もし強制徴収制度に「司法の負担軽減」という趣旨まで含まれているのであれば民事執行は利用できないことになるが、そのような趣旨が含まれていたかについては疑問である、としている。

いて、自治体にのみ強制徴収権限を付与することは、民間の運営主体との関係において公平ではない、という事情は、強制徴収権限を付与しない方向に流れる考慮要素の一つとなっているように見受けられる。

四　個別領域の具体的検討①――公立病院の診療費

公立病院の診療費については、前述の通り自治体アンケートにおいて、強制徴収権限の付与を求める意見が複数見られる。そこで、民事執行による徴収が費用倒れになりやすいことを理由に、公立病院の診療費にも例外的に強制徴収権限を付与する余地はあるかについて、以下検討したい。

医療の提供については、医師法 19 条 1 項が「診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」と定めており（応召義務）、これは公立病院の医師のみならず、民間病院の医師を含むすべての診療に従事する医師に課された公法上の義務である。

同項の「正当な事由」の解釈において、単に診療費の支払能力が疑わしいという事情や、過去に未納があるという事実のみでは、直ちに診療を拒否することは正当化されないと解されている[25]。そのため、医療現場においては、民法上の同時履行の抗弁権（民法 533 条）や契約締結の拒絶といった、私法上の債権回収において通常認められる「給付拒否による履行確保」の手段をとることが極めて困難な状況にある。

また、事後的な回収手段として、公立病院においても弁護士や債権回収会社（サービサー）への委託が可能とされているものの、実務上はその活用が十分に進んでいるとは言い難い実情がある[26]。

このように、公立病院の診療費については、医療インフラのもつ高い公益性ゆえに、契約自由の原則が応召義務によって修正され、未収金の発生が構

(25)　医師法 19 条 1 項の応召義務に関する解釈と、それに起因する公立病院における使用料の未納・回収不能が構造的に生じやすい問題については、小舟・前掲注（14）344 頁を参照。

(26)　小舟・前掲注（14）344 頁、前掲注（2）自治体アンケート調査結果 31 頁。

造的に不可避となっているといえよう。

この点、現場の執行体制を考慮すると、人員不足の現場で少額・多件数の診療費について滞納処分を自力で完遂することは、行政側にとっても大きな事務負担を強いることとなり、結局は機能不全に陥る。さらに、民間病院も同じ応召義務に縛られているにもかかわらず公立病院にのみ特権を付与することは官民の公平性を欠くこととなり、医療を必要とする生活困窮者に対する強権的な滞納処分には慎重な配慮が求められる。

そもそも、応召義務は公立病院のみならず民間病院にも等しく課せられているが、民間医療機関においても、少額訴訟や支払督促といった法的手段の活用、内容証明郵便による催告、さらには弁護士への回収業務委託など、民事手続に則った地道な回収努力が行われているところがある(27)。また、公的医療機関等においても、総務省通知等で認められている債権回収会社（サービサー）への初期案内の委託や(28)、弁護士法人への委託(29)などの例が存在する。

加えて、未収金発生の最大の壁とされてきた応召義務の解釈についても、近時の厚生労働省通知において、「支払能力があるにもかかわらず、悪意を持ってあえて支払わない場合」等には診療しないことが正当化される旨が示されており、医療機関に対して無条件の診療義務が課されているわけではないことが明確化された(30)。

---

(27)　京都私立病院協会未収金対策委員会「未収金対策マニュアル」（2007 年）（https://www.khosp.or.jp/system/wp-content/themes/khosp/assets/img/document/pdf/mishukin_manual.pdf）6 頁、15 頁等。同マニュアルでは、民間病院における未収金対策として、内容証明付支払催告状の送付や、少額訴訟・支払督促等の裁判手続の活用、サービサーの利用などが実践的な対応策として推奨されている。

(28)　総務省自治財政局「医業未収金債権の徴収業務について」（平成 19 年 10 月 22 日）（https://www.soumu.go.jp/main_content/000434054.pdf）。同文書においては、弁護士法に定める法律事務以外の補助的な業務（電話や文書による納付の呼びかけ等）について民間委託が可能であるとし、兵庫県等のサービサー活用例を紹介している。

(29)　例えば、独立行政法人国立病院機構埼玉病院「医療未収金等債権回収業務委託について」（https://saitama.hosp.go.jp/document/patients-menu24.pdf）等を参照。同院では、一定期間経過した未収金について弁護士法人に回収業務（民事執行手続等の法的手段を含む）を委託している。

(30)　厚生労働省・医政局長通知「応招義務をはじめとした診察治療の求めに対する適切な

このことから、公立病院の診療費については、法律でもって強制徴収権限の付与することよりもは、むしろ、民間医療機関と同様の条件の下で、上述のような法的手段や専門機関（弁護士やサービサー）への積極的なアウトソースを活用することや、自治体内部あるいは複数自治体間での広域的な「共同執行化（債権回収機構の活用）」を進めるなど、現場の事務負担を軽減しつつ実効性を高める現実的な制度運用・体制整備を模索すべきであろう。

五　個別領域の具体的検討②
――生活保護法における費用徴収

本稿のテーマである強制徴収権限の付与と公法原理による統制の問題が最も先鋭的に現れているのが、生活保護法の領域である。ここでは、近年の法改正により導入された仕組みを分析し、学説からの懸念を踏まえつつ、公法原理等が果たすべき役割について検討する。

1　63 条返還金と 78 条徴収金の強制徴収化

生活保護法には、支給した保護費の返還・徴収を求める規定として、同法 63 条（費用返還義務）と同法 78 条（費用の徴収）が存在する。同法 63 条は、「急迫の場合等において資力があるにもかかわらず、保護を受けたとき」に、受けた保護金品に相当する額の返還を求めるものである。同条の適用は受給者に不正の意図がない場面を想定しており、本来的に不当利得返還請求権の性質を有する。これに対し、同法 78 条は、「不実の申請その他不正な手段により」保護を受けた場合を対象とするものである。

従来、これらはともに非強制徴収公債権として扱われていたが、近年の不正受給対策の厳格化に伴い、法改正によって強制徴収権限が付与・強化されてきた。具体的には、平成 25 年改正により 78 条徴収金について国税滞納処分の例による強制徴収が可能とされ、さらに徴収額に最大 40％を加算で

対応の在り方等について」（令和元年 12 月 25 日医政発 1225 第 4 号）。同通知では、特段の理由なく保険診療において自己負担分の未払いが重なっている場合には「悪意のある未払い」と推定される場合があるとし、診療を行わないことが正当化される基準が示されている。

きる制裁的な仕組みが導入された（同法 78 条 1 項、4 項）。

さらに平成 30 年改正により、63 条返還金についても、生活保護法 77 条の 2 が新設された。同条 1 項は、「急迫の場合等において資力があるにもかかわらず、保護を受けた者があるとき」は、同法 63 条に基づく返還額の全部又は一部を徴収できるとし、同条 2 項により国税徴収の例による強制徴収を可能とした。これは、本来的には強制徴収権限が認められていない 63 条返還金を、行政庁の裁量的な徴収決定によって強制徴収公債権へと「転化」させる仕組みである [(31)]。

この転化の要件について、同法 77 条の 2 第 1 項括弧書は、「徴収することが適当でないときとして厚生労働省令で定めるときを除く」と規定している。これを受け、同法施行規則 22 条の 3 は、適用除外となる場合を「保護の実施機関の責めに帰すべき事由によつて、保護金品を交付すべきでないにもかかわらず、保護金品の交付が行われたため」に生じた返還金と定めている。

さらに、これを具体化する厚生労働省の課長通知 [(32)] においては、実施機関の責めに帰すべき事由として、「被保護者から適時に収入申告書等が提出されていたにもかかわらずこれを保護費の算定に適時に反映できなかった場合、保護の実施機関が実施要領等に定められた調査を適切に行わなかったことにより保護の程度の決定を誤った場合等」と限定的に列挙している。

裏を返せば、このような実施機関の明白な過誤（算定ミスや調査怠慢等）に該当しない限り、63 条返還金は原則として広く生活保護法 77 条の 2 の対象となり得る構造となっている。同法 63 条から同法 77 条の 2 への転化の要件が行政実務において一般的・形式的に運用され、個別の実質的な必要性

(31)　生活保護法 77 条の 2 による同法 63 条返還金の「強制徴収化」の法構造については、中村真由美「生活保護法第 77 条の 2 にかかる検討」専門実務研究 19 号（2025 年）22 頁等を参照。

(32)　「生活保護費の費用返還及び費用徴収決定の取扱いについて」（平成 24 年 7 月 23 日社援保発 0723 第 1 号厚生労働省社会・援護局保護課長通知。平成 30 年 9 月 28 日社援保発 0928 第 2 号による一部改正後のもの）別紙 記 2「法第 77 条の 2 に基づく費用徴収決定について」。同通知では、適時に提出された収入申告の反映漏れや調査義務違反などを「保護の実施機関の責めに帰すべき事由」として例示している。

や影響が十分に考慮されないまま、一律機械的に強制徴収公債権として扱われているのではないか、という懸念が生じているのである。

こうした生活保護法における行政実務の硬直的な運用の背景には、厚生労働省が発出している「生活保護問答集」(33)の影響が考えられる。同問答集は、本来、「生活保護法による保護の実施要領」等の規定を補完する事務連絡として発出されたものである。厚生労働省自身も、同問答集について「法律、実施要領等の解釈を中心に作成したもの」であり、「あくまで保護の実施機関が判断し決定を下すに当たっての考え方を示したものにすぎず、個々の事例についての判断は、実際に発生した具体的事実に即して行うべきものである」と明記し、一律機械的な適用を戒めている。

しかしながら、実際の行政現場においては、この問答集に記載された解釈をもとに硬直的に運用されているものと考えられる。その結果、本来であれば事務連絡が求めているはずの「具体的事実に即した個別の判断」――すなわち、個々の被保護者の生活実態や義務違反の悪質性の程度を考慮するという比例原則の要請――が後景に退き、結果として過酷な強制徴収手続への素通りを許容する事態を招いているのではないか(34)。

2　生活保護法 77 条の 2 における転化と比例原則

とりわけ注目すべきは、63 条返還金を強制徴収の対象とする生活保護法 77 条の 2 の構造である。同条は、強制徴収を行うための要件として、単に返還金が存在することだけでなく、「法 63 条の……額の全部又は一部」を徴収する旨の行政判断の介在を求めている。これは、本来的には強制徴収権限が認められていない債権を、行政庁の裁量的な判断によって強制徴収債権へと「転化」させる仕組みといえる。

---

(33)「生活保護問答集について」（平成 21 年 3 月 31 日厚生労働省社会・援護局保護課長事務連絡）。

(34)　78 条徴収金に関する記述ではあるが、行政実務において同問答集（例えば、問 13-22 等）に基づく原則全額徴収という硬直的な解釈がまかり通っている実態に関する批判的検討として、新田秀樹「生活保護における指導・指示と費用徴収」片桐直人＝上田健介編著『ミクロ憲法学の可能性』（日本評論社、2023 年）148 頁等を参照。

この同法 77 条の 2 の導入について、前田雅子教授は次のように批判する。すなわち、地方公共団体による強制徴収の対象として法定されている地方税等は、賦課要件が明確で大量反復的に徴収されるものであるのに対し、法 63 条返還金は返還事由が多様であり、本来は受給者の最低生活や自立助長に関わる事情を考慮した柔軟な対応（分納や履行延期、免除など）が要請される債権であって、性質が大きく異なる。それゆえ、これを行政上の強制徴収の対象とすることは、こうした柔軟な取り扱いの余地を狭め、最低生活費を割り込む生活を強いるおそれがあるとして、「問題が大きい」と結論づけるのである。さらに前田教授は、同条 1 項括弧書の除外事由（実施機関の過誤等）を省令で明確に特定することには限界があるとも指摘する(35)。

債権の発生事由や内容は地方税等とは異質であり、受給者の生活への影響を考慮した柔軟な返済方法を考慮することは不可欠である。この点について、生活保護法 77 条の 2 第 1 項括弧書きの除外事由を省令で一義的に定めることは困難であるとしても、転化の判断に対する統制の仕組みは必要であろう。

同条の問題点は、その転化の判断の基準が局所的な行政通知（問答集等）に委ねられ、実務上、機械的な強制徴収化がまかり通ってしまっている点にある。したがって、行政が強制徴収権限へ転化させる際の考慮要素を、比例原則等の公法原理に基づき法令上明確に位置づける必要があろう。すなわち、単なる資力の有無だけでなく、当該債務不履行の態様、徴収が対象者の生活再建に及ぼす影響、最低生活維持の可能性、少額の分納による対応の可否といった実質的な事情を考慮要素として法律の条文に明記し、厳格な統制を働かせることが必要と考える。

(35)　前田雅子「生活保護法第 63 条に基づく費用返還」法と政治 69 巻 3 号（2018 年）37 頁以下。同論文において前田教授は、法 63 条返還金を強制徴収および保護費からの天引き措置の対象に加える法改正につき、債権の発生事由・内容等において地方税や保険料等とは異質であることなどを理由に強い懸念を示している。

六　個別領域の具体的検討③――下水道使用料

下水道使用料を下水道使用者に求めることの趣旨は、費用負担の公平の原則にあるとされる。すなわち、公共下水道の使用者は特定されており、その使用によって現実に多大な便益を享受している。そのため、公共下水道の管理に要する経費を全額公費で負担するよりも、その一部を使用者に負担させることが「実質的に費用負担の公平の原則に合致する」との考え方に立っている。この考えに基づき、下水道法は公共下水道管理者に使用料徴収の一般的権能を与え、使用料徴収の根拠となる定めを置いている（同法 20 条 1 項）(36)。

一方で、公共下水道は生活や産業活動の基本インフラとして極めて公共性が高い事業である。さらに、下水道法 10 条によって事実上その使用が強制されており、地域独占的な性格を有している。そのため、料金体系等については慎重な配慮を行う必要があり、同法 20 条 2 項で使用料についての基本原則（下水の量や水質等に応じて妥当であること、適正な原価を超えないこと、定率・定額で明確であること、不当な差別的取扱いをしないこと）を明示し、実際に適用される徴収の範囲や方法等の詳細を条例に委ねる仕組みとしている (37)。

先述の通り、下水道使用料の徴収には行政上の強制徴収権限が認められている。その背景には、下水道使用料を自治体が保有する単なる一債権の管理問題として捉えるのみならず、下水道インフラを住民生活において欠くことのできない重要な「自治体の財産」として効率的に管理する、という資産管理的な発想がある。

ただ、強制徴収公債権である下水道使用料は、近年、多くの自治体において、私債権である水道料金と実務上セットで徴収されている (38)。また、現実

(36)　下水道法令研究会編著『逐条解説 下水道法〔第五次改訂版〕』（ぎょうせい、2022 年）300 頁。
(37)　同上。
(38)　前掲注（2）自治体アンケート調査結果 59 頁以下。

には、多額の未納金により下水道インフラの存続が危ぶまれるという事態も考えにくい。下水道使用料について、滞納処分にかかるノウハウの蓄積が十分でない中で(39)滞納処分を無理に単独で行うよりも、水道料金と併せて民事執行を活用して一括徴収するほうが、徴収コストの削減と効率化の観点から明らかに合理的であるケースも存在するものと思われる。それゆえ、この領域においては硬直的にバイパス理論によるのではなく、滞納処分と民事執行の裁量的な選択を認める余地があるのではないかと考える(40)。

七　バイパス理論の再検討

行政上の強制徴収権限が認められている債権について、別途、民事訴訟を提起して債務名義を取得し、民事執行を行うことは許されるか。いわゆるバイパス理論とよばれる問題である。

伝統的な判例理論（バイパス理論）は、滞納処分のような自力執行権が認められている場合、行政庁はまずその手段を行使すべきであり、民事執行のような司法的執行を利用することは許されない、と解してきた。

しかし、自治体アンケートが示すように、徴収現場においては人員・ノウハウ不足から、滞納処分が実際には機能せず「抜かれざる伝家の宝刀」となっているケースが少なくない(41)。このような状況でバイパス理論を硬直的に適用することは、かえって自治体債権の徴収を困難にし、行政の実効性を阻害する。

---

(39)　同 60 頁。下水道使用料については滞納処分が可能であるが、そうであっても滞納処分の実務がなければノウハウも蓄積しないため、多くの自治体において強制徴収が機能しない状況に陥っているものと考えられる（小舟賢・前掲注（14）346 頁）。

(40)　宇賀・前掲注（9）は、民事執行を選択できると解釈することは可能としたうえで、この点について明文の規定を設けることが望ましい、とする（同書 336 頁）。

(41)　前掲注（2）自治体アンケート調査結果 60 頁以下。なお、宇賀・前掲注（9）は、行政上の強制徴収制度が民事執行と比較してあらゆる点で有利というわけではなく、現場のノウハウやマンパワーが不足していれば、強制徴収制度は実際には利用されない「抜かれざる伝家の宝刀」になる、と指摘する。

1　バイパス理論に関する判例等

農業共済保険料強制徴収事件最高裁判決（最判昭和41年2月23日民集20巻2号320頁）以来、判例・通説は、簡易迅速な自力執行権が認められている以上、あえて迂遠で費用の嵩む民事訴訟を利用する訴えの利益はないとして、これを否定してきた（原則否定説）。

近時、国民健康保険料等の徴収において、行政上の強制徴収権限を有する国民健康保険組合によってあえて民事訴訟が提起された事案において、東京地判令和4年6月15日（以下「令和4年判決」という。）は、依然としてこのバイパス理論を維持し、訴えを却下している(42)。同判決において原告は、訴え提起を契機として「早期に和解を成立させること」を意図していると主張したが、裁判所は、和解といえども結局は「債権の実現」を目的とするものである以上、強制徴収手段があるのならばそちらによるべきであり、民事訴訟によることは許されないと判示した。これは、上記の昭和41年判決について、行政上の強制徴収規定が存在する以上、民事手続は（民事執行のみならず給付訴訟も含めて）一律に排除されるものとして、両者を択一的な関係と捉えているものと思われる。

これに対し、上記の令和4年判決と同一の原告が提起した同種の訴訟（東京地判令和5年3月2日。以下「令和5年判決」という。）において、同判決は、訴えの利益を肯定したうえで、原告の請求を認容した。その最大の理由は、原告が主張した「消滅時効の更新・期間の延長」という目的を正面から認め、これを訴えの利益の根拠とした点にある。

このように、生活困窮者などへの配慮や、個別具体的な事情により滞納処分が事実上困難なケースにおいて、司法の場での和解的解決や、確定判決による時効管理・時効期間の延長を求めるニーズもあろう。一律に「訴えの利益なし」として門前払いするのではなく、行政の実効性確保や債務者の権利

(42)　同判決（及びこれと対比されるべき令和5年の同種訴訟）に関する分析・評釈として、原田大樹「行政上の強制徴収と訴訟による請求との関係」法学教室524号（2024年）108頁を参照。同稿では、時効の更新等を目的とする訴訟の必要性が、他の法領域と比較して大きいことの再検討が示唆されている。

保護の観点から司法手続の利用が許容される余地がないか、公法原理等に照らした柔軟な解釈論もまた、検討されるべき課題である。

2　学説による批判的検討

この問題に対し、宇賀克也教授は、土地収用権を付与されていても任意買収が妨げられるわけではないことを例に挙げたうえで、行政が特権（自力執行権）を付与されたからといって、それを必ず行使しなければならないわけではない、と指摘する(43)。

さらに、阿部泰隆教授は、より広範に行政庁への手続選択の自由を認める見解を示している。阿部教授は、「行政徴収は行政の特権であり、行政が特権を放棄して市民並みに民事執行を行うことを明示の規定なく禁止する理由はない」と述べ、伝統的なバイパス理論を批判する。すなわち、行政側に強制徴収という強力な武器が与えられているとしても、あえてそれを用いず、司法的執行という一般的な手段に委ねることは、行政側の自由な選択（特権の放棄）として当然に許容されるべきであるとする(44)。

このような学説は、手続選択の柔軟性を最大限に確保し、硬直的なバイパス理論の打破を目指す点において注目される。もっとも、実体公法の視座に立つ本稿の立場からすれば、手続の選択あるいは不選択は、事案ごとの徴収の確実性、債務者の生活基盤への影響、さらには誠実な納付者との負担の公平性といった公法原理による客観的な統制の下で行われるべき法的判断として位置づけられる必要があると考える。

3　行政上の強制徴収（滞納処分）と民事執行の比較検討

行政上の強制徴収（滞納処分）と司法的執行（民事訴訟と民事執行）は、ともに権利の確定と強制的な実現というプロセスを含む点では共通するが、そ

---

(43)　宇賀・前掲注（9）335 頁。

(44)　阿部泰隆『行政法再入門 上〔第 3 版〕』（信山社、2024 年）423 頁。同書において阿部教授は、「ドイツ流の制度を中途半端に模倣し、英米流の制度も導入したわが国で、英米流の司法的執行の方法が禁止されていると解する理由もない」として、司法的執行の利用可能性を広く肯定している。

の手続構造や実効性において差異を有する。従来の学説・裁判例等における一般的な理解においては、両者の比較につき、「民事執行は時間と費用を要し非効率であるのに対し、行政上の強制徴収は迅速かつ低コストで実効性が高い」と、いわば抽象的な一般論として語られてきた。

しかし、自治体行政の現場の現実に照らしたとき、果たしてこの一般論は常に妥当するであろうか。筆者らの実施した自治体アンケートの結果が示す通り、多くの自治体（特に中小規模の自治体）において、私債権のみならず公債権を所管する部署においても、人員不足（時に一人担当）や専門的ノウハウの欠如が深刻な課題となっている(45)。このような体制下において、国税徴収法に準拠した厳格な財産調査、差押え、さらには公売といった一連の滞納処分を適法かつ適切に完遂することは、行政側にとっても多大な事務的コストと心理的負担（人件費等の見えないコスト）を強いるものであり、必ずしも簡便で低コストであるとは言い難い実態がある(46)。現実の徴収現場に即して機能的な観点から見れば、民事執行も滞納処分も、それぞれに異なるベクトルでのコストと限界を抱えており、いわば「帯に短し襷に長し」の状況にあるというのが実態に近い。

このように、行政上の強制徴収が必ずしも常に万能で低コストな特権であるわけではないという現実に鑑みて、強制徴収権限が付与されているからといって、一律に民事訴訟・民事執行の利用を禁ずる伝統的なバイパス理論の硬直的な適用は、かえって行政の実効性確保を阻害する要因となり得る。

したがって、行政庁は、事案の性質や債務者の状況、さらには自庁の執行体制（ノウハウやマンパワー）という現実的制約をも総合的に勘案し、比例原則や効率性の要請といった公法原理等に照らして、民事執行を選択できる

---

(45)　自治体における強制徴収（滞納処分）の実施体制やノウハウ継承の困難さ等に関する実態調査の詳細については、小舟ほか・前掲注（2）382 頁以下（特に 390 頁、391 頁等）を参照。

(46)　地方自治体における滞納処分の実施体制に関する課題（ノウハウの欠如やマンパワー不足）については、宮森征司「行政上の強制徴収に係る組織体制整備――地方税滞納整理機構を素材として」高橋編著・前掲注（2）351 頁以下を参照。また、行政による実力行使（強制徴収や代執行）が実際には多大なエネルギーとノウハウを要し、容易に実施できない現実については、黒川・前掲注（16）115 頁等を参照。

場合がありうると解すべきである。

八　おわりに

本稿においては、自治体債権の徴収という行政上の実効性確保の場面において、行政上の強制徴収と民事執行を、「権利実現のための行政作用」という共通の機能的観点から比較分析してきた。

すなわち、まず第一に、行政に強制徴収権限を付与するか否かの立法論について、従来の形式的な債権区分の枠組みを超え、滞納処分と民事執行との間において貫かれるべき共通の公法原理があることを示した。第二に、自治体における徴収現場の実情にかんがみて、従来からの「行政的執行＝低コスト・迅速、民事執行＝高コスト・非効率」という構図を相対化し、両手続がいずれも独自のコストと限界を抱える状況にあることを明らかにした。そして第三に、これらを踏まえた解釈論として、一律に民事手続の利用を禁ずる硬直的な「バイパス理論」の再検討を試みた。そして、行政は、自らに与えられた強制徴収権限を特権として絶対視するのではなく、事案の性質、債務者の状況、自庁の執行体制等を総合的に勘案し、平等原則や比例原則、効率性の要請といった公法原理の統制下で、民事執行を選択できる場合がありうると解すべきと提言した。

自治体債権の管理・徴収は、単なる財源確保の問題ではなく、住民間の負担の公平を実現し、法の支配を行政の現場で貫徹するという重要な使命を帯びる。本稿で提示した視座が、そのための法理論的基盤の再構築のための一助となれば幸いである。

（本学法科大学院准教授）

論　　説

犯罪の継続・終了と構成要件の時的射程（下・完）

牧　耕太郎

第 1　問題意識
第 2　3 分類説
第 3　思考枠組みとしての構成要件の時的射程（以上、本誌 69 巻 3-4 合併号）
第 4　各論的検討
1. 各論的検討の必要性
2. いわゆる継続犯としての理解で一致している類型
3. 継続犯か状態犯かで争いのある類型
4. 一般には状態犯であるが、特定の場合に継続的実現が可能となるとされる類型
5. 各論的検討から得られたもの
第 5　構成要件の時的射程の決し方　―まとめにかえて―
1. 鳥瞰図
2. 具体的な思考順序
3. 最後に（以上、本号）

（承前）

第 4　各論的検討

1. 各論的検討の必要性

以上のように理解してきたとき、実際に構成要件の時的射程を決めるに際しては、各犯罪類型についての検討を欠かすことができない。監禁罪が継続犯であり、傷害罪が状態犯であるといくら述べたところで、それは結論に過

ぎず、その根拠を示してはいない。その際、実行行為が継続するとか、構成要件該当結果が継続的に発生しているとか述べたとしても、論者の結論を言い換えているだけである疑いも拭えない。そこで、個々の犯罪について、具体的に検討し、共通項を焙り出すという帰納的手法が、採り得る一つの方法といえる(1)。

しかしながら、帰納的手法といえども、結論先取りとなる危険は常に付きまとう。そこで、以下で各論的検討を施すにあたり、本稿において特に留意をする点をあらかじめ明記して、羅針盤としておきたい。

まずもって重要なのは、当該の行為類型を犯罪として定める規定の文言である。刑法には罪刑法定主義があるというだけに止まらず、犯罪規定が立法者によって当罰的行為の類型としてイメージされるものを言語化しているという当然の認識が基礎にあるからである。言語は、そもそもにおいて、事実や観念を引き出すための記号（の体系）である。そうである以上、言語であるところの文言から離れることは、刑法ということを措いてすら、不可能である。

次に、上で述べたように（第 3 の 3 (2)）、法益侵害とは、法益の悪化である。そのため、悪化という動的な部分を捉えずしては、構成要件該当性の終了時点を特定することはできない。したがって、いかなる意味で法益状況の悪化が生じているのかを確認していくことが必要である。

さらに、問題は、その法益の悪化が、当該構成要件の内部にあるものか、それとも外部にあるものか、である。一見するとわかりにくいであろうこの問いは、構成要件が捕捉している法益は、法益というもの全体から見れば、そのごく一部に過ぎないという、当たり前の認識に端を発している。したがって、構成要件が捕捉していない法益侵害というものもあり得るのであり、この腑分けこそが、本稿にとっては命脈である。言い換えれば、なぜそれが構成要件の内側に、あるいは外側にあるのかということを示すことが肝要だとすらいえるのである。

---

(1)　このようなアプローチに類似するものとして、萩野貴史「構成要件的結果発生後の不作為」名城法学 74 巻 2 号（2024 年）42 頁。

(2)　本誌 69 巻 3・4 号（2026 年）71 頁以下。

以上のような認識の下、各論的議論として、いくつかの犯罪類型を見ながら、その特徴や共通項を焙り出していきたい。

2. いわゆる継続犯としての理解で一致している類型

まずは、いわゆる継続犯として、その理解がほぼ一致している、監禁罪（刑法 220 条）と、いわゆる所持罪を検討する。所持罪は、厳密には、例えば覚せい剤所持罪（覚醒剤取締法 41 条の 2）のように、個別法において個別具体的に規定されているところ、いずれにしても、法禁物の所持という点において共通性を有しているため、所持の対象を特定することなく、一括して扱うこととする[(3)]。

（1）監禁罪[(4)]

どのような注釈書・概説書、論攷類を見ても、監禁罪は継続犯の典型例として現れてくる。しかしながら、監禁罪が継続犯として考えられている理由は、継続犯概念の理解の仕方によって異なる。すなわち、終了時期を画する概念としての継続犯概念のみならず、既遂時期を画する概念としての継続犯概念の下での典型例としても現れてくるのである。

本稿の主題である前者にのみフォーカスをすると、監禁罪は、被害者を閉じ込める（その移動の自由を奪う）という、所与のイメージの存在が大きい。言い換えれば、部屋の鍵をかけて、すぐにそれを解錠するということが考えにくい、その意味で被害者に対する支配を形成・維持することで移動の自由を制約しているということである。そうだとすれば、「閉込め」は、「支配」という継続の開始時点なのであるから、それによって生じた「支配」という結果あるいは状態は一定時間継続するのが通常なのであり、この点からしても、監禁罪は「当然に継続犯」だと考えられがちなのである。

---

(3)　このような整理をしたものとして、松原芳博『行為主義と刑法理論』（成文堂・2020 年）34 頁など。

(4)　筆者が若干の掘り下げた検討をしたものとして、拙稿「典型的な継続犯としての監禁罪」上智法学論集 64 巻 3・4 号（2021 年）279 頁。

しかしながら、不作為による監禁罪というものを肯定するのであれば[5]、初めに施錠した時点のみが監禁罪の構成要件該当行為であるということはできない。このことは同時に、施錠後、被害者が移動の自由を奪われている間、作為義務があるものであれば、不作為による構成要件該当行為性が継続し続けるということも示すものである。つまり、最初の施錠時点では作為であるが、その後は不作為が継続し、それに応じて、移動の自由という法益侵害が並行していく、と理解されるのである。

このような理解は、監禁行為に中途関与をした当該関与者の罪責を検討する場合には、より鮮明になる。東京高裁平成 16 年 6 月 22 日東時 55 巻 1 = 2 号 50 頁は、中途関与者については、関与後の事実についてのみ負責をしており、その移動の自由の侵害という法益侵害が分割可能なものであることを前提にしている。そうだとすると、その法益侵害性は、時々刻々と存在しているという、旧来の表現に馴染むであろう。

このような時々刻々と生じている結果を、最終的にどのように評価するかというのは、なお問題である。それはいわば砂山のようなものであり、分割して細切れにした結果をそれぞれ別個に認識・評価するのか、それともそれらを累積的に把握し、犯罪が終了した時点まででまとめて 1 個とするのか、立場は分かれ得るはずである。もっとも、後者のような累積的評価をするのであっても、その結果は、時々刻々と生じる個々の結果の累積に過ぎない以上、分割不能なのではなく、殺人などにおけるような、いわゆる「1 個の法益侵害結果」とは別の意味を持つものであることは、再度確認しておくべきであるように思われる。

（2）所持罪

所持罪もまた継続犯の典型とされる。もっとも、監禁罪とは異なって、本罪は挙動犯であると理解されている[6]。すなわち、監禁罪の場合には、実行行為に着目がされるというよりも、被害者の移動の自由の侵害という構成要

(5)　これを当然視するものとして、山口厚『刑法総論〔第 4 版〕』（有斐閣・2025 年）49 頁注 16）。

(6)　松原・前掲注（3）42 頁。

件的結果に着目がなされるのに対して、所持罪では、所持という実行行為それ自体に着目がなされている。したがって、構成要件該当行為が継続する以上、犯罪が継続するかのような理解が、当然視されがちである。しかし、上記（第3の4(7)）で述べたように、挙動犯だからといって、ただちに犯罪が継続すると理解することはできず、あくまで構成要件的結果に相当する法益侵害・危殆化結果が継続しているかどうかを検討しておく必要がある。

所持罪の場合、対象となる禁制物によって生じる社会的利益(8)が害される（か、危殆化される）ことが必要である。この観点から考えたとき、所持罪が、構成要件該当行為であることが認められた時点で可罰的な危険が存在していることが前提とされる、言い換えれば、所持が肯定された時点で保護法益である社会的利益の危殆化が肯定される、いわゆる抽象的危険犯であることをも併せ考えると、その危険の消滅は考え難い。したがって、所持罪には、犯罪の継続の契機が存在することとなる。このような理解は、その犯罪構造上も肯定し得る。

所持の概念は、刑法上の占有の概念とは微妙に異なる(9)とはいえ、物に対する事実上の支配という点で一致する。この「物に対する事実上の支配」という事実が犯罪とされるのには、行為客体が禁制物であるがゆえに、その支配状況の確立が、たとえコストの投下があったとしてもなお、正当化し得ないどころか、むしろ法益侵害・危殆化性を高めるという性質を有するからである。

ところで、判例で問題とされた所持罪の成否に関する問題は、おおむね故意がどの時的範囲において存在していなければならないかという点に関するものである。すなわち、所持後に所持の事実を失念・忘却した場合（つまり、故意が途中から失われる場合）(10)や、所持開始時点では適法であったもの

---

(7)　本誌69巻3・4号（2026年）76頁以下。

(8)　その具体的内容は、禁制物の種類によって様々である。簡単に羅列したものとして、拙稿「所持罪における所持の概念について」上智法学論集62巻1・2号（2018年）148頁。

(9)　拙稿・前掲注（8）144頁も参照。

(10)　例えば、最判昭和25年10月26日刑集4巻10号2194頁。

がその後違法な状態となり、その違法な状態が生じた時点でも所持の事実の認識は有していたような場合（つまり、中途知情類似の場合）[11]である。このような場合、所持の「事実」が存在する以上、上記の理解から、構成要件的結果の発生は肯定せざるを得ない。そうすると、問題は、この結果を帰属させ得べき構成要件該当行為があるか、である。挙動犯の場合、見かけ上、構成要件該当行為と構成要件該当結果が同時に存在している（並行して存在しているともいえる）[12]ため、一見すると、故意が失われた時点で、行為と故意の同時存在原則に反し、不可罰となるかのようである。しかし、構成要件該当行為と構成要件該当結果とを切り離すことが絶対的に否定されるわけではなく、観念上、これらは区別すべきとの理解からすれば、当該の結果の帰属点となるべき行為は、同時存在している結果以前であってもよいと考えることもできる[13]。そうだとすれば、行為と故意の同時存在が認められる時点を（客観的かつ主観的）帰属点とすれば、たとえ、ある時点において失念や忘却が認められたとしてもなお、犯罪の継続を肯定することが可能となる[14]。

（3）小括

以上のように考えれば、これらの 2 類型は、いずれも、行為客体に対する支配状態を形成し、それが一定時間維持されていくという点で共通点を持つものであり[15]、その行為客体に対する支配という構成要件該当結果の継続が、当該の結果以前よりも悪化していたり、新たな法益侵害が認められたりしており（いわば累積的な法益侵害を肯定し得）、それをある特定の行為時に客観的かつ主観的に帰属させることが可能であるという意味で、犯罪の継続

（11）　例えば、東京高判平成 2 年 11 月 15 日判時 1380 号 139 頁。

（12）　拙稿・前掲注（8）165 頁。

（13）　和田俊憲「継続犯か状態犯か」安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』（有斐閣・2015 年）41 頁の図示は、これを端的に表している。しかも、和田の理解からすれば、これは「同義」のはずなのであって、ますます、便宜的に互換させることが可能となろう。

（14）　拙稿・前掲注（8）165 頁。

（15）　なお、杉本一敏「行為の構造からみた犯罪の成立・継続・終了（1）」刑事法ジャーナル 77 号（2023 年）84-85 頁参照。

が肯定されるといえる。つまり、典型的に継続犯とされてきたものにおける犯罪の継続は、当該の行為客体に対する支配に基づく法益侵害の拡大・累積的増加によって基礎づけられているということができよう。そして、このような性質から、犯罪結果が一つと把握されたとしても、その実態においては、（行為客体それ自体とは区別されて理解される）小さな法益侵害（ないし危殆化）結果が積み重なっている（そのために一つに見えているに過ぎない）のであり、その違法性を基礎づける法益侵害性は本質的に分割可能（その意味で量的）である。このような構成要件的結果のあり方は、継続犯にとって一つの特徴といい得よう。

3. 継続犯か状態犯かで争いのある類型

続いて、継続犯なのか、それとも状態犯なのかで、理論上争いのあるものを取り上げる。

（1）住居等侵入罪

刑法 130 条前段の定める住居等侵入罪は、通説では、継続犯として理解されている（以下、継続犯説という）。しかし、有力説はこれを状態犯だと理解している（以下、状態犯説という）。それぞれにおける基本的な思考は次のとおりである。継続犯説は、本罪の保護法益が住居権であることを前提として、行為者の立入り後もこの法益侵害が継続することを強い根拠とする。一方、状態犯説は、継続犯説のいう法益理解それ自体を問題とするのではなく(16)、むしろ刑法 130 条後段の不退去罪の存在を根拠とする。つまり、不退去罪が存在しているため、「侵入」は立入りのその瞬間だけを構成要件該当とするものであり、犯罪は継続しないというのである。

これらの立場の是非優劣を判断するのに、法益論や「侵入」の意義だけで議論を詰めることは可能とは思われない。なぜならば、住居権の内実を、住居等の支配権と理解しようが、あるいは誰を立ち入らせる、あるいは滞留を

(16)　もっとも、住居権の実質を、誰を立ち入らせ、いつ退去させるかという、いわゆる許諾だと考える立場を採用すれば、状態犯説にさらに親和的ではある。しかし、以下で述べるように、状態犯説はこの点を重要な点として論理構成をしているわけではない。

認めるかどうかの許諾権だと理解しようが、それらは時々刻々と侵害を受ける、その意味で累積的性質を肯定することが可能であり、また「侵入」についても、「立入り」のその瞬間だけを把握すべきか、「立ち入った状態」までをも捕捉すべきかは、いずれも語の範囲内であるからである[17]。

そうだとすれば、住居等侵入罪が立入り後も継続するか否かは、別の点にその主戦場を移すべきである。すなわち、不作為による住居等侵入罪の可能性である。もっとも、不作為による実現としても二つの場合があり得る。すなわち、保障人的地位を持つ者が、作為義務に反して、自らあるいは第三者の身体を他人の住居等に入るのをなすがままにする場合（例えば、自動運転の自動車を操作せずに、他人の住居敷地へ進入させる場合。以下、越境型という）と、保障人的地位を持つ者が、作為義務に反して、現在滞留している他人の住居等から立ち去らなかった場合（以下、滞留型という）、の二つである。前者である越境型については、その可罰性を否定する理由はないであろう。そのため、問題となるのは、後者である滞留型の不作為による住居侵入罪と不退去の関係である。もし、不作為による住居等侵入罪の成立が肯定されるのであれば犯罪の継続の説明がしやすくなる[18]のに対し、否定されると住居等侵入罪の構成要件的結果と不退去罪の結果の異同という点へ議論を進めることができるからである。

一部の学説は、不退去罪の存在を理由に、滞留型の不作為による住居等侵入罪を処罰することは、不退去罪の存在意義を失わせるものであり、罪刑法定主義違反とまでいう[19]が、不退去罪では要求されている退去要求がなし得ない場合（例えば、被害者が恐怖している場合[20]や、立入り開始時は適法であり、その後退出時間となったなどで違法な状態になったものの、被害者が行為

（17）　なお、江藤隆之「住居侵入と不退去」桃山法学 29 号（2018 年）43 頁以下では、侵入と不退去ではそこで与えられている規範の内容が異なるとする。

（18）　それは、滞留後も住居権侵害の存在があることを前提に、特定の滞留型の不作為による侵入の時点に、当該の住居権を帰責できることを意味することになるからである。

（19）　岩間康夫「不退去による住居侵入罪の成立可能性」愛媛法学会雑誌 19 巻 4 号（1993 年）15 頁、小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』（判例時報社・2021 年）284 頁。

（20）　BGHSt 21, 224.　なお、本判例の邦語訳及び評釈として、林幹人「続・ドイツ刑法判例研究（七）」警察研究 58 巻 10 号（1987 年）92 頁がある。

者の存在を認識していない場合[21]など）に、滞留型の不作為による住居等侵入罪を認めるべき独自の領域があるといえる。しかしながら、このことは、作為と不作為を等置するわが国の理論状況、及び住居等侵入罪と同一の法定刑を持つ不退去罪の存在を考えると、やはり理論上その処罰可能性を肯定することは難しいように思われる。平野龍一が「法は、その限界が不明確になることを恐れたためか「退去要求」があった場合にかぎって、不退去罪を認めた」[22]というのは、究極的には、滞留型の不作為による住居等侵入罪はこの場合に限局しようとしたものだと理解することとなろう[23]。したがって、住居等侵入罪の場合において、監禁罪などとは違って、不作為による行為の継続を観念することはできない。

しかしながら、だからといって、結果の継続が生じ得ない場合はあり得ないではない。あくまで累積的に生じている結果の帰属点となるべき行為が存在すればよく、立入り（越境）行為にその後に生じる住居権侵害結果を帰属できればよいと考えることができる。この点、不退去罪が退去要求によってはじめて可罰的違法性が肯定されることが想起される。つまり、退去要求に匹敵する程度の「ハードル」ともいうべきものが必要なのではないかということである。それは、作為であれ不作為であれ、越境型の場合にはまさにその越境の瞬間にある（このことは、この時点が既遂時期となることからも明らかである）。そうだとすれば、立入り後の違法状態は縮減していくとみるのが自然であり、その後の滞留を立入りと同視し得る程度に可罰性が累積されるものではないと評価すべきではないかと思われる[24]。

このように考えてくると、住居等侵入罪は、立入りの時点で既遂となると

（21）　*Shönke/Shröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 123 Rn. 13［Sternberg-Lieben/Schittenhelm］.

（22）　平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー 201 号（1972 年）69 頁参照。

（23）　ただし、退去要求を犯罪理論上どのように位置づけるかは困難な問題を生ずる。不退去罪は継続犯だと考えるのが一般的であるが、理解の仕方次第ではむしろ、退去要求という要件の存在によって、不退去罪もまた状態犯と理解せねばならないとも考えられる。拙稿「住居侵入罪における犯罪の継続の有無」上智法学論集 66 巻 1 ＝ 3 号（2022 年）109 頁注（105）。

（24）　このような理解は、不退去罪すらも、通説と異なって、犯罪の継続を否定する立場に傾く。拙稿・前掲注（23）109 頁及び同頁注（105）参照。

同時に、その後の累積的な法益侵害が肯定できず、犯罪は継続しないというべきであろう。

（2）盗品等保管罪

ア．検討の出発点

盗品等保管罪は、いわゆる中途知情の場面における犯罪の成否をめぐって、犯罪の継続の有無が争われてきた[25]。しかし、すでに指摘されてきたように、中途知情は、犯罪の成立に関わるものであって、犯罪の継続の有無を議論の当然の前提とするものではない。したがって、この点からのアプローチは、必ずしも当を得たものということはできないであろう。ここでも、やはり、原則としては、まずは犯罪性の有無を基礎づける構成要件該当結果をどのようなものとして把握するか、ということから議論をすべきであるように思われる[26]。

イ．盗品等保管罪における構成要件該当結果

構成要件該当結果は、法益侵害ないし危殆化を具現するものである。盗品等保管罪における構成要件該当結果が、盗品等の保管の開始時点に止まるのか、それともそれらの物が保管されている（行為者の支配・管理可能な状況におかれている）状況を含むのかについては、まずは本罪の保護法益を特定することから始めねばならないであろう。

通説的な理解は、被害者の持つ追求権侵害であるとしてきた。無論、これは私法上の物権的請求権自体を指すものではないとされている[27]。確かに、しばしば指摘されるように、詐欺の場合に、民法 96 条 1 項に基づく取消し前であっても、盗品等関与罪は成立すべきであるし、また、請求権のみを保護法益としてしまうと、それ自体を「侵害」することがほとんど考えられな

（25）　最決昭和 50 年 6 月 12 日刑集 29 巻 6 号 365 頁。

（26）　なお、念のために付言すれば、この議論は、実行行為が継続すれば、犯罪の客観的側面が継続していることが疑われず（実行行為が構成要件該当結果を実現させ続けている場合には、この言明自体は正しい）、したがって、実行行為の継続があるかという形で理解されていたものと考えられる。

（27）　以上、民事法上認められた利益とは区別された独自のものというではないということも合わせ、山口厚『刑法各論〔第 3 版〕』（有斐閣・2024 年）348 頁以下。

くなってしまう[28]。したがって、追求権という名称の良し悪しはともかくとして[29]、これを私法上の物権的請求権として理解をすべきでないとはいえるであろう[30]。追求権説を前提とするのであれば、追求権侵害の中身は、盗品等の正常な回復を困難ならしめること[31]であるとすべきであろう。

もっとも、従来、この通説的理解である追求権説に対しては、違法状態維持説と呼ばれる立場が異論として唱えられてきた。この立場は、周知のとおり、盗品等関与罪には、保護法益がなく、いわば事後従犯として、先行する本犯である領得罪の違法状態を維持することがその犯罪の実質であるとされたのである。これも周知のとおり、この立場は、特に刑法 256 条 1 項と 2 項の法定刑の差を、本犯者に利益をもたらすことによる不法の増大といった理由でもって、ある程度説明することができるということから、追求権説にも実質的に取り入れられており、追求権説を採る者ですら、本犯助長性や事後従犯性といった要素を無視し得ないものと考えている[32]。

このような理論状況の下で、盗品等保管罪の構成要件該当結果の特定の問題は、困難な問題となる。多くの犯罪では、構成要件該当結果に具現された法益侵害・危殆化の継続のみを問えば足りるのに対して、保管罪をはじめとする盗品等関与罪では、上記で述べた本犯助長性や事後従犯性が何らの影響をも与えないのか、というもう一つのアプローチが必要になるからである。

そもそも追求権侵害というものは、継続するのであろうか。盗品等譲受け

---

(28)　物権的請求権の侵害は、要は、その権利を行使できないか、著しく困難にする場合であろうが、物権的請求権は、権利者がその物権を有している限り（手元に物がなかろうが）消滅しないはずである。

(29)　刑法学には、このようなややねじれた表現が横行しているのではないかという危惧がある。例えば、横領罪で言及される「金額についての所有権」というものはその最たるものの一つであろう。このような表現を続けることが、刑法理論の（無用な）たこつぼ化を招いていないかということには疑念がある。

(30)　なお、追求権の意義につき、「現に存在する『返還・回復請求権』に、さらに『将来において返還・回復請求権を生じさせる権限』も加えた全体に対する呼称として、『追求権』が用いられている」と説明するものとして、和田俊憲「天然物の無断採取と盗品等関与罪」法学教室 540 号（2025 年）100 頁。

(31)　最判平成 14 年 7 月 1 日刑集 56 巻 6 号 265 頁。

(32)　以上について、簡にして要を得た説明として、西田典之ほか編『注釈刑法第 4 巻』（有斐閣・2021 年）528 頁以下、特に 530 頁以下［上嶌一高］。

罪が継続すると考えられることはないものと思われる。それは、「譲受け」という事態が、継続するという性質を有しないと考えられているからであろう。すなわち、譲受けとは、盗品等の交付を受け、その処分権を取得するというものであり、処分権移転を伴った占有移転を指すからである[33]。したがって、盗品等譲受け罪が存在することが、直ちに、盗品等保管罪の犯罪の継続の有無を決するわけではない。しかしながら、追求権侵害が、本犯被害者が盗品等の正常な回復を困難ならしめるものというのであれば、それは、占有移転時に一旦生じ、その後は、保管状況に大きな変化がない限りは、当初の占有移転時に生じた困難性と異なるものではないといえるであろう。例えば、保管者が保管開始時から、数年にわたり、同一の場所で当該の盗品等を保管し続けた場合、本犯被害者が回復することの困難性が上昇しているというようなことはなく、むしろ、盗品等の場所や形態に変化が生じていないのだから、むしろ保管者の特定等に時間をかけられていることになり、容易になるとすらいえる。このような見方をすると、継続的ないし累積的な追求権侵害を肯定することは困難であろう。

では、本犯助長性や事後従犯性についてはどうか。これまでの学説は、この点が犯罪の継続の有無に影響するかのように議論してきた。例えば、西田典之は、「移転後の保管行為も、盗品等の発覚を防止し、本犯者による盗品等の処分を容易にするなどの点で追求権を困難にする面をもつといってよい。その上、保管行為の持つ本犯助長的性格を考慮するならば肯定説（引用者注：中途知情による盗品等保管罪の成立について）が妥当と思われる」[34]とする。この西田の理解は、保管が長引けば、その間、盗品等の処分の容易性が上昇し、そのために追求権侵害が累積的に肯定できるということをも含意していそうではある。他方、山口厚は、この西田の理解を引き合いに出して、「盗品性を認識した後における意思の連絡があってこそ本犯助長性が認められることから、消極説が妥当である」[35]という。いずれの立場も、結

(33)　このような理解から、窃盗の場合と同様に考えることができるのである。もっとも、そうであれば、やはり窃盗同様に、その占有移転が継続的になされる場合があり得、その場合には犯罪の継続する余地が残ることとなるであろう。

(34)　西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 8 版〕』（弘文堂・2025 年）318 頁。

論こそ異なれども、本犯助長性を考慮していることに変わりはない。

このような理解からすれば、たとえ、追求権侵害それ自体を見ただけでは、（上記のように）その継続的・累積的侵害がないといえる場合であっても、本犯助長性が認められることで、犯罪の継続の基礎が与えられる可能性があるといえるであろう。すると、問題は、いかなる理路によって、そのような結論を引き出せるか、である。この点、西田の理解が参考になる。西田の理解は、本犯助長性が継続的に認められることにより、本犯が処分等をすることが容易になり、それ故に追求権侵害の継続を肯定するのである。

では、保管期間が長引いていくことで、本犯助長性も増していくのであろうか。この点は、長期の保管というものが、本犯者にとってどのような意味を持つか、といってもよいであろう。西田は、盗品が本犯の手元から離れていることで本犯発覚のリスクが回避される点を本犯助長性というものと考えられる。これに対し、山口のそれは、盗品処分が、協力者の存在により、容易化する点をいうかのようであり、時間の経過がそれを増大させるものではないということになる。

領得罪を犯した後に、盗品等を保管してくれる者がいるという安心感は、確かに、本犯にとって、次の領得罪の動機づけとなろう(36)。これが長期に及べば及ぶほど、保管者は、本犯者にとって、「都合のいい」存在であることが確証されていくという関係にはある。保管者が、保管対象物が盗品等であることを知ってなお、それに関与し、しかもその保管の委託の趣旨に反しないということ自体が、犯罪というものが原理的に持つ、「抜け駆け」の誘惑に抗っているからである(37)。このように考えたとき、保管の委託が長期のものとして提示されれば、その時点で相応の本犯助長性を認められ、その委託の範囲内で保管が継続している限りは、本犯助長性の増大は認められないのではないかという見方も成り立ち得よう。しかしながら、上記のとおり、長期になればなるほど、本犯者にしてみれば、抜け駆け・裏切りのリスクが増

（35）　山口・前掲注（27）354 頁。
（36）　橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣・2022 年）421 頁など。
（37）　拙稿「盗品等保管罪における犯罪継続の可否」上智法学論集 64 巻 1・2 号（2020 年）116 頁。

大してくる。委託の趣旨が貫徹される根拠はないのであって、それにもかかわらず長期の「保管」が実現したということ自体、大きな本犯助長性を肯定できよう。

したがって、保管の継続は、本犯助長性を増大させるものであり、その期間中、本犯が盗品等の処分や移転をさせることがより容易となり得るという意味で、累積的に追求権侵害が生じているとしてよいように思われる。

ウ.「委託の趣旨」と「保管」

では、「保管」という構成要件該当性は継続的に生じているのであろうか。保管という言葉が持つ時間的継続性からは当然に継続するという理解になろう。しかしながら、盗品等保管罪における保管には、前占有者による委託による、という要素が付加されている。しかし、この前占有者による委託は、事の性質上、継続することがない。もし、この点に構成要件要素としての重要性を与える場合には、この委託は継続し得ない以上、犯罪が継続することはない、という理解になろう[38]。では、委託と保管という行為または状態はどのような関係にあるのであろうか。

この問題について、橋爪隆は、委託を構成要件要素と捉えるか、それとも、その前提条件として理解するのかという問題だと整理をする[39]。橋爪は、この委託の存在を犯罪の継続とは切り離して理解するかのようである[40]。しかし、場面は変わるが、山口厚は、名誉毀損罪における「事実の摘示」が継続しないことをもって、名誉毀損罪の継続性を否定したことがあった[41]。このような思考を参考にすると、これを構成要件要素として理解すれば、なお「委託」の継続的な存在を要求するのが、なお自然であることには変わりないように思われる。

しかしながら、構成要件要素のすべてが継続する必要があるかは疑わし

---

(38)　いわゆる状態犯説はこのような理解を採用する。山口・前掲注（27）353 頁、井田良『講義刑法学・各論〔第 3 版〕』（有斐閣・2023 年）400 頁など。

(39)　橋爪・前掲注（36）429 頁。

(40)　橋爪・前掲注（36）429 頁以下参照。

(41)　山口厚「判批（大阪高判平成 16 年 4 月 22 日判タ 1169 号 316 頁）」『平成 16 年度重要判例解説』（有斐閣・2005 年）159 頁。

い。典型的には、主観的構成要件要素として位置づけられがちな（構成要件的）故意はその継続を要求しないというのが、通説的な理解になっていることは上述したとおりである(42)。そうだとすれば、たとえ、委託の存在を構成要件要素として把握したとしても、そのことだけで犯罪の継続にその継続を要求すべきとはならないかもしれない。責任要素の場合には、結果を帰属することが可能な行為の時点を特定し、その時点の有責性判断が可能であるからという説明が可能であったが、委託については、継続を要求する必要がない理由があるのであろうか。

盗品等保管罪において前占有者による委託は、その後の保管が本犯のためになされるということ、すなわち本犯助長性を基礎づけるものである(43)。そうである以上、委託というものが、保管をどのような意味で本犯助長的なものとするのか、という観点からの検討が必要であるように思われる。この点、例えば本犯者が盗品等を紛失したのち、当該の遺失物である盗品等を取得してそれを保管したような場合には、本犯助長性が認められないであろう。それは、本犯者から見れば、「誰がそれを占有しているかわからない」がゆえに、次の領得罪に駆り立てるものがないからである。しかしながら、例えば、本犯者が「とりあえず、預かっておいてくれ」と申し向け、それを情を知らない保管者が了承したような場合には、本犯者としては、「一応の保管場所」を確保できるという意味で、本犯者に次の領得罪を容易ならしめる効果がある。無論、この場合には、本犯者には、「もし盗品だと気づかれたらどうしようか」とか、「突き返されるかもしれない」という危惧は生じる。このような本犯者の心理に重点を置けば、その本犯助長性は必ずしも大きなものとは言い難いであろう。しかしながら、たとえ、当初から相通じ、盗品等の保管が開始されたとしても、本犯者には当該の盗品等をかえって奪

(42)　本稿第2の3の（2）（本誌69巻3・4号（2026年）59頁）。また、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第3巻』（青林書院・2015年）124頁［佐久間修］、深町晋也「判批（最決平成13年11月12日刑集55巻6号731頁）」ジュリスト1252号（2003年）186頁、さらには、香城敏麿「最判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和50年度』（法曹会・1979年）119頁など。

(43)　西田・前掲注（34）313頁、山口・前掲注（27）353頁参照。

われる危険が付きまとってもいる。犯罪という現象の性質上、抜け駆けの危険があると前提するならば、たとえ当初から当事者間に意思の連絡があったとしても、保管に対する安心感・信頼感は絶対のものとはいえない。このようにいくつかのパターンを見比べたとき、委託関係の下での保管については、本犯助長性を肯定することができるものの、いずれも、本犯にとって永続的あるいは安定的なものではない。その意味では、委託の前提として、保管者に盗品性の認識があるか否かは、本犯助長性にとって差異をもたらさないともいえるのである。したがって、保管にとって重要な点は、あくまで、委託の存在それ自体であり、それ以上の要求をすべきものではない。

以上のような理解からすれば、保管が委託に基づいてさえいればよい。このことは、盗品等の占有開始時点で委託が存在していれば、その後、その委託の趣旨に基づく保管が継続していればよいといえるだけでなく、保管開始時点では委託が存在しておらず、その後当該の保管物について、本犯者から委託を受けて保管を継続した場合であったとしても、委託後の保管は、盗品等保管罪にいう保管として扱うことが可能ではないかと思われる(44)。

このように考えてくれば、委託行為の継続が要求される必要はなく、当該の委託の下での保管の状態が継続していることが要求されるべきであろう。したがって、盗品等保管罪においては、構成要件該当結果である追求権侵害の継続が認められ、しかも保管という構成要件が上記の意味で継続的に実現しているものと理解でき、犯罪の継続を肯定できるものと思われる。

エ．中途知情による盗品等保管罪の成否

もし委託の存在や占有移転まで知情の時点に必要だとすれば、知情時には委託や占有移転は終了しているのであるから、不作為犯の成否を論じるまでもなく、盗品等保管罪の成立が否定されることになる。しかしながら、委託や占有移転を構成要件的な要素とは理解しながらも、これを実行行為性の要素とする（つまり、委託や占有移転がない時点はおよそ実行行為ではない）という立場を採用しないのであれば、中途知情は、その知情時点における不作

(44)　なお、現実を想起しても、そもそも委託が時々刻々と繰り返されることはないのであり、にもかかわらず委託の反復継続を要求することは、もはや結論の先取りであろう。

為犯の成否の問題に収斂する。このように理解する場合、学説上は、保障人的地位の肯定に難を示すものが多い(45)。しかし、警察への提出ないし報告というものをどう扱うかは、立場が分かれるのではなかろうか。保障人的地位を否定する立場は、警察への犯罪通報義務を課すのに等しいのみならず、自己に嫌疑がかかることを恐れる保管者にとって期待しがたいものであり、いずれも刑罰をもって強制し得ることではない旨をいうが、とりわけ後者は、その通報によって警察がまず通報者に嫌疑をかけるというような粗雑な取扱いを前提としており、むしろ捜査機関側に「通報者に対して無用に嫌疑をかけてよい」ということを裏から認める論理にならないかという問題があろう。問題はむしろ前者であるが、知情してしまってなお保管者に当該の盗品等を保持させる法的根拠は（民法上の事務管理を除いては）ないのであり、しかも保管者からすれば「身動きが取れない」がゆえに、逆に、否定説の危惧するような盗品等の領得や破壊・隠滅といったことが行われかねない。そうであれば、むしろ保管者の法的地位を安定させるためにも、早々に通報させるべきだという判断はあり得るように思われる。まして、保管の長期化は、上記のように、本犯助長性を高めるものであるから、その観点からしても、早期に盗品等を手放させるというのはあってよいのではなかろうか(46)。したがって、現時点においては、なお、中途知情の場合の不作為による実現の成立の余地を肯定しておきたい(47)。

（3）小括

以上のとおり、住居等侵入罪においては犯罪の継続が否定され、盗品等保管罪においては犯罪の継続を肯定できるものと考えられる。前者において

---

(45)　松原・前掲注（3）20頁以下、橋爪・前掲注（36）431頁。

(46)　なお、以上のような立場は、盗品等保管罪を領得罪の不通報罪として転用するものとならないか、という疑念はある。しかも、盗品等保管罪の法定刑は占有離脱物横領罪のそれとは比べ物にならず、このような疑念が失当だとか、あるいはもはや不通報罪としての罪質を認めてよい、ということにはならないであろう。

(47)　なお、橋爪・前掲注（36）431頁は、「本犯者への返還が困難な場合については、本罪は成立しないと解すべき」とし、一定限度で不作為による盗品等保管罪の成立を肯定するかのようでもある。

は、不退去罪という明文の犯罪類型の存在が最も大きな役割を果たしており、そのことで、「侵入」の概念が限定されている。他方、盗品等保管罪においては、本犯助長性という要素が追求権侵害を継続的に肯定する要素となること、及び、（無論、譲受け罪との比較もあるが）当該の構成要件的な要素である「前占有者による保管の委託」が保管の基礎として存在しているものの、それもやはり本犯助長性とつながりを持つものであるがゆえに、保管という継続的な状態に時々刻々と作用し続けているということをもって、犯罪の継続を肯定するものであった。

このように理解をすると、学説上の対立が認められるこれらの類型は、まさしく構成要件の解釈、すなわち他の犯罪類型との棲み分けであったり、あるいは個々の構成要件要素がどのように法益、さらには他の構成要件要素に影響しているのかということの個別的かつ具体的検討に強く左右されるといわざるを得ない。もっとも、本犯助長性が追求権侵害との媒介項としての役割を果たし得ることを踏まえると、どのような意味で法益に対して作用し（続け）ているのか、さらには規定の書かれ方の問題として、ある一時点のみを切り取る（そのために当事者の権利関係が確定的に変動する）ものであるのか否か、という点は見逃しがたいであろう。これは、住居等侵入罪においては、不退去罪の存在によって滞留部分の権利関係は不退去部分に包摂されているがゆえに、よりインパクトの強い越境部分のみが侵入として捕捉される解することで適切な棲み分けができるという点で、まさしく不退去罪が住居等侵入罪を補充するものとしての地位を与えられているということもできよう[(48)]。

(48)　不退去罪の立法提案段階では、侵入罪に滞留が含まれないことを理由として挙げられていた。内田文昭ほか編『刑法〔明治 40 年〕(2)　日本立法資料全集 21』（信山社・1993 年）549 頁、同『刑法〔明治 40 年〕(4)　日本立法資料全集 24』（信山社・1995 年）116 頁、同『刑法〔明治 40 年〕(5)　日本立法資料全集 25』（信山社・1995 年）406 頁、同『刑法〔明治 40 年〕(6)　日本立法資料全集 26』（信山社・1995 年）332 頁。

4. 一般には状態犯であるが、特定の場合に継続的実現が可能となるとされる類型

最後に、一般には状態犯であるが、一定の場合には当該の犯罪が継続的に実現され得るという場合を整理しておきたい。この場合というのは、すなわち、既遂と終了とが、構成要件の実現態様のいかんによっては一致しなくなる場合、ということができるであろう。対象となるのは、窃盗罪、傷害罪、そして死体遺棄罪である。

（1）窃盗罪

窃盗罪の構成要件該当結果は、財物の占有移転である。そのため、典型的な場合には、財物の占有が行為者へ移転した時点で、構成要件的結果が生じ、以後、財物の「占有移転」が「継続する」、つまり「繰り返される」ことはない。しかしながら、例えば、電気窃盗や他人の自宅の水道から水を自己の消費のために取得するような場合（具体的には、他者の庭にある水道から、自己消費のために、用意したタンクへ水を入れていくような場合）には、法益侵害を「量」的に把握することが可能である（上記の例でいえば、Xkwの電力、Yccの水などのような把握が可能となる）。このような場合には、例えば、プラグをコンセントに挿している間、あるいは水道栓を開けている間、窃盗罪が「継続」していると評してよいであろう(49)。そしてプラグをコンセントから抜き、あるいは水道栓を占めたとき、占有移転が終了するため、窃盗罪もまた終了する、ということに異論はないであろう。

この場合であっても、占有移転後も、所有者の所有権が侵害されているということはいえるであろう(50)。だからこそ、しばしば「窃盗罪においては、

---

(49)　古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ550号（1985年）91頁。

(50)　民法の語用を考えると、従来の「所有権侵害」という言葉は相当にミスリーディングな表現であろう。例えば、水のような場合ではなく、特定物を考えたとき、被害者は「所有権に基づく返還請求権」を有するのであるが、それは被害者がなお、当該物に対して「所有権」を有していることの証左でもある（その意味で所有者は権利を「侵害」されてはいない）。しかしながら、確かに利用処分権は失われており、そのことを指して（あるいはそのことによって渾一的権利である所有権が「全うできていない」という趣旨で）所有権侵害というに過ぎない。まして、「占有権侵害」というに至っては、それが何を指

犯罪終了後も、所有権侵害は残る」と表現され、また同時に、それを「違法な状態が継続する」と評してきたものと思われる。ここでは、明らかに、生じている法益侵害が、（当該の犯罪の保護法益かどうかは別として）構成要件該当結果の外の事情であるということであろう。同時に、このような理解は、犯罪の終了の有無は、法益侵害という観念的な把握が重要なのではなく、まず事実のレベルにおいて構成要件該当性の有無を判断しなければならないという、それ自体は当然ともいうべき内容を確認させるものでもある。

（2）傷害罪

傷害罪（過失傷害罪や、結果的加重犯における加重結果としての傷害を含む）の場合、極めて典型的な事例は、例えば、行為者が被害者を 1 回殴打したために、全治 1 か月の骨折を負わせたような場合であろう。このような場合には、当該の 1 回の殴打によって骨折という結果が生じ、その後は、確かに何か傷害結果（生理機能の毀損）が継続しているようには見えない。

しかしながら、このような単純な事例でさえ、少し立ち止まって考えてみると、やや違和感を生じることになる。人体は、傷害を得た瞬間から、当該の傷害がなかった状態へ回復しようと、自己治癒機能が働きだす。すなわち、傷害を受けた瞬間から、侵害されている法益である生理機能は、回復・改善をし始めるのである。ここに傷害罪の保護法益の持つ特殊性がある。この特殊性ゆえに、一定の場合には、当該の傷害結果が維持されることが構成要件該当結果をなすということが考えられ得ることになるのである。

これまで傷害罪が継続すると考えられてきた事例は、わが国の判例においては、水俣病事件 (51)であり、またドイツではサリドマイド事件 (52)であった。いずれも、有毒物が人体に残留することで、その有毒物（有機水銀やサリドマイド）が常時身体の生理機能を不良変更していたということが認められる。そして、このアナロジーとして、林幹人は、自動の焼きごて機のスイッチを起動させ、当該の焼きごて機が被害者に火傷を負わせ続ける事例を提示

しているのかは相当に疑わしい。

(51)　最判昭和 63 年 2 月 29 日刑集 62 巻 2 号 314 頁。

(52)　BGHSt 31 348.

する(53)。これらは、しばしば「行為の作用（Wirkung des Verhaltens）」と表現される(54)。この「行為の作用」を通じた攻撃が止まってしまうと、そのまま当該の傷害が維持拡大されるのではなく、むしろ、自己治癒能力によって、生理機能を回復しようとする力が働くという意味で、生理機能の侵害と不即不離の関係にあるといってよいであろう。

このように考えると、傷害罪の場合には、身体の自己治癒機能というものとの関係で、どんなに遅くとも、その自己治癒が生理機能の毀損に勝り始めてきたときには犯罪が終了するというべきであろう。問題があるとすれば、攻撃が終わってもなお、生理機能の毀損と思われるものが継続している場合である。つまり、行為の作用などは存在しないのに、生理機能だけが毀損されているような場合である。通常は、上記のとおり、自己治癒機能との関係で、このような場合は考えにくい。しかし、不安抑うつ症や、PTSD、精神ストレスによる睡眠障害もまた傷害に当てはまるとする裁判実務(55)を前提とすると、例えば睡眠障害が緩解するまでは犯罪が継続するというようなことがあるのか、という問題が生じる。例えば、骨折などであれば、骨折という症状が生じた段階で犯罪が終了するというのが通常である。そうすると、その後、適切な処置をしなかったことで、仮に症状が悪化ないし固定したとしても、そのこと自体で犯罪の継続を肯定することは難しいのではないかという理解があり得る。なぜなら、行為の持っていた潜在的な攻撃力が時間をかけて現実化しているにすぎず、その悪化または固定した症状は攻撃時点でいわば将来的に約束されているからである。このような理解は、そもそもでいえば、上記の「行為の作用」が働いている場合にも当てはまるであろう。だが、行為の作用が働いている場合というのは、その作用を惹起している媒体を取り除かない限り、半永久的に（つまり、行為客体の死に至るまで）傷害

（53）　林幹人『判例刑法』（東京大学出版会・2011 年）8 頁。

（54）　なお、日本語の選択の問題として、「行為の作用」というよりは、それらが行為の媒体となっているというほうが、事の実態を捉えているようには思われる。拙稿「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学論集 59 巻 3 号（2016 年）188 頁。

（55）　不安抑うつ症について名古屋地判平成 6 年 1 月 18 日判タ 858 号 272 頁、PTSD について福岡高判平成 12 年 5 月 9 日判時 1728 号 159 頁、精神性ストレスによる睡眠障害について最決平成 17 年 2 月 29 日刑集 59 巻 2 号 54 頁、など。

惹起作用を継続するという点を見逃すことができない。

上記で触れた水俣病事件にはいくつかの論点が存在している。すなわち、胎児性致死傷、公訴時効の起算点、そして犯罪の継続である。しかしながら、この犯罪の継続部分については、公訴時効の起算点を犯罪結果と定めたことから生じているように見えるだけでなく、そもそもでいえば、本件にとって判例としての意味を持っていたのは業務上過失致死罪部分なのであり、長期にわたって傷害が継続し、その結果死に至ったというものである。つまり、「（過失）傷害罪の継続」を論じているというよりは、実行行為と時的な離隔のある構成要件該当結果の発生がある場合にも、公訴時効の起算点として結果時説が採用され、業務上過失致死罪が認定された[56]以上、死亡時が公訴時効の起算点となるのは、むしろ道理であったとすらいえる。したがって、水俣病判決を引き合いにして、傷害罪の継続を論じることには無理があるように思われる。

ただ、水俣病事件を傷害罪の継続の問題と重ねてみる見解には、傷害と死が連続的なものとして捉えているのではないか、という前提が推知されるし、またそのような把握のされ方は我々の素朴な感覚にも合致する。このような理解は、傷害のある極として死を理解していることになる。

このように考えてくると、上記の「行為の作用」がないが、時間をかけて傷害結果が拡大する場合というのは、その傷害結果の固定等がいつ生じるかわからないという事態を行為者の責任に帰すべき（つまり犯罪の継続を認めるべき）か、それとも被害者に運命甘受をさせるべきか（つまり最初の傷害が生じた時点で終了すると考えるべきか）という問題になろう。行為の作用といえるようなものが存在しているというのは、いわば傷害を惹起する物体などが人体へ継続的に悪作用を及ぼしている状況ということでもある。そうだとすると、これがなければ継続的悪作用はないかのようであるが、しかし、行為の作用がなくとも傷害が拡大しているというれっきとした事実が存在

（56）　そうであるからこそ、実行行為時には刑法 204 条または 210 条にいう「人」がいないのではないかという、胎児性致死傷の問題こそが重要な意味を持つのである。なお、近時の簡単な見取り図として、和田俊憲「胎児性致死傷と結果の概念」法学教室 542 号（2025 年）88 頁以下、特にその 91 頁以下参照。

し、しかもその極に「死」を認めるというグラデーション的な理解をするのであれば、犯罪の終了を認めるのは相当ではない。また、予測困難な傷害結果というリスク負担を被害者に求めることも相当とはいいがたい。その意味で、行為の作用の存在というのは必須の要件とはいえないであろう。もっとも、症状が固定してしまえば、行為の作用が存在しない以上、あとは生理機能のバランスがとれてしまったと解して、その時点で犯罪の終了を認めるのが妥当だと思われる。

（3）不作為による死体遺棄罪

死体遺棄罪の場合にも、特定の場合には、犯罪が継続すると考える立場が存在する。ここでは、それを少し掘り下げて検討する。

ア．前提

まず、前提として、死体遺棄罪は、これを不作為によって実現することが可能であるというのが一般的な見解である[57]。しかしながら、一言に不作為による実現といったところで、その実際の態様には二つのパターンがあり得る。これは、生者に対する遺棄・不保護の場面と同じである。すなわち、不作為によって、死体との間に場所的離隔が生じる場面と、それが生じない場面である。もしそのように考える場合、死体遺棄においても、死体の移置、置去り、そして不葬送という類型が存在することになる。生者に対する遺棄については、その終了時期が明示されることは少ないとはいえ、場所的離隔の存在という特徴から、遺棄時点において終了すると考えられるのに対して、不保護類型においては、犯罪の継続を肯定するのが一般的ではないか[58]と思われる。

他方で、死体遺棄罪は、例えば死体を山中に投棄・埋没するような場合がその典型例である。したがって、不作為によって行為者と死体との間に場所的離隔が生じる場合にこれを処罰したとしても、当該不作為と作為との同価値性は肯定しやすい。しかしながら、生者でいえば不保護類型に相当するよ

（57）　判例としては、大判大正 13 年 3 月 14 日刑集 3 巻 285 頁など。

（58）　なお、川端博『刑法総論講義〔第 3 版〕』（成文堂・2013 年）111 頁。

うな、場所的離隔が生じない場合にこれを認めることには議論の余地がある。とはいえ、本稿においては、この場合の可罰性を肯定する一般的な見解[59]を前提とする。

イ．2 つの裁判例とその評価

この問題について、明らかな最高裁判例と呼べるものは存在しないように見える[60]。現在における死体遺棄罪の議論の転換点となったのは、次の二つの大阪地裁判決であろう。一つは、平成 25 年 3 月 22 日判タ 1413 号 386 頁のものであり、自身が殺害した子供の死体をタオルに包み交際相手の居宅に一旦隠した上で、さらに被告人の自宅へ運び込んだ時点で犯罪の終了を認め、その後の転居に伴う死体の移転は死体遺棄罪を構成しないとしたものである。ここでは、「違法状態の維持」という特徴的な表現が使われていることが目を引く。

他方、その 3 年後である大阪地判平成 28 年 11 月 8 日（LLI/DB L07150974）は、自宅に死体を置き続けたが、その間に自宅内での死体の移転があった事例において、公訴時効の完成を否定し、犯罪が継続していることを肯定した。

この二つの判決は、真っ向から対立する判断だといえよう。一方においては、死体に対する支配状況の変化を重視し、もう一方においては作為義務の継続という点を重視しているかのように理解できる。そして、平成 28 年判決以降、犯罪の継続を肯定する裁判例が重ねられた[61]ことで、実務上は、

（59）　古いものとして、小暮得夫「判批」芦部信喜・若原茂編『宗教判例百選〔第 2 版〕』（有斐閣・1991 年）213 頁。さらに、裁判例として、名古屋高金沢支判平成 24 年 7 月 12 日公刊物未登載（なお、本件についての概要及び評釈については、濱克彦「判批」研修 776 号（2013 年）21 頁以下がある）。

（60）　そもそも、死体遺棄罪の成否を直接に論じた最上級審の判断自体が極めて少ない。ようやく、最近になって、「習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の「遺棄」に当たると解するのが相当である」と、遺棄の概念を定義し、その考慮要素を示した最判令和 5 年 3 月 24 日刑集 77 巻 3 号 41 頁が現れたに過ぎないとすら言えよう。しかし、この判決は、あくまで犯罪の既遂時点を論じたものであり、直接に本稿の関心と重なるものではない。

（61）　大阪地判平成 29 年 3 月 3 日 LEX/DB25535976、大阪地判平成 30 年 7 月 2 日裁判所 Web など。

犯罪の継続を肯定するかのような趨勢にある。

ウ．学説の方向性

（ア）犯罪の継続を認める立場

学説においても、このような傾向と歩調を合わせる立場が有力である。例えば、真正面から作為義務の継続を認める立場として、橋爪隆は「不作為による死体遺棄罪の場合、葬祭義務を負う者が、その義務の履行をしない不作為が実行行為を構成することになる。そして、死体がきちんと弔われることなく、放置されている状態が継続する限り、その間、葬祭義務者の義務の不履行は継続することになる」(62)と述べ、また安田拓人も「不作為犯は、作為義務を履行しないことが実行行為の内容であり、作為義務が継続して成立する以上、その違反としての不作為の実行行為も終了しない（括弧内略）。それゆえ、死体遺棄が不作為によってなされる場合には、適切な埋葬をしない限り終了しないと考えるべきであろう」(63)と述べる。このようなあり方は、伝統的な犯罪の継続と実行行為の継続を同一視する理解からの自然な帰結ということができるであろう(64)。

他方、松原芳博はやや異なった理解を示す。松原は、「作為による死体遺棄罪と不作為による死体遺棄罪の異質性を正面から認めて、作為による死体の支配状態の変更と不作為による不埋葬とを別の犯罪類型（構成要件）と見る二元的構成を採るのが実態に合っているように思われる」(65)として、作為と不作為とで死体遺棄罪の罪質が本質的に異なったものだとするのである。その意図するところは、「広義の死体遺棄罪（190 条）には狭義の死体遺棄罪（狭義の死体遺棄構成要件）と不埋葬罪（不埋葬構成要件）とが包含されている」とし、前者を状態犯、後者を継続犯とする(66)。このような理解は、生者に対する遺棄罪の規定構造をも参照すること(67)で、行為客体に対する支配

---

(62)　橋爪隆「不作為の死体遺棄罪をめぐる問題」椎橋隆幸先生古稀記念論文集『新時代の刑事法学（下）』（信山社・2016 年）267 頁。

(63)　安田拓人「判批（大阪地判平成 28 年 11 月 8 日）」法教 443 号（2017 年）140 頁。

(64)　しかも、安田・前掲注（63）140 頁は、死体遺棄罪を本質的に不作為によるものだとの理解を示す。

(65)　松原・前掲注（3）114 頁。

(66)　同上。

のあり方への考慮をするものと見ることができる。しかし、そうであるが故に生じている問題を見逃すこともできない。この点は、後述する。

（イ）犯罪の継続を認めない立場

他方で、犯罪の継続を認めない立場として、松尾誠紀の見解が挙げられる。松尾は、「不作為犯が継続するのは、作為義務を課してでも解消すべき法益の侵害ないし危険があるからこそ、作為義務を継続して存在させ、それに対し義務の不履行が続くことで不作為犯が継続するといえる。 これに対し、死体遺棄罪の保護法益とされる死者に対する敬虔感情というものは、生命のような法益とは異なる。 死者に対する敬虔感情というものが、当初死体を隠匿し、あるいは当初埋葬義務を履行しないとしたときを超えて、当初それが侵害された後にも継続的に作為義務を課してまでその回復を強制するほどの強固な保護を備えるべき利益とは思われない」として、「埋葬義務違反に基づく不作為の死体遺棄罪も、埋葬しない限り継続して成立するものではなく、むしろ、埋葬すべきときに埋葬しないこととした態度を処罰の対象とする状態犯として理解するのが妥当と思われる。」とする(68)。この理解は、不真正不作為犯の成立要件たる保障人的地位の意義が法益の保護＝保障にあることを前提として、その保護法益の要保護性の程度を織り込んで判断する立場であるかのようである。しかし、このような理解では、利益の要保護性が大きいのであれば不作為犯の成立を継続させるべきという理解になるが、そこではまず当罰性の有無という生の価値判断をし、その後にその価値判断に沿うような理屈立てをするかのような、（もしかすると論者からすれば不本意であるかもしれない）恣意的ともいえるような判断構造になっているかのようである。

エ．検討

以上のように見比べたとき、裁判例・実務は犯罪の継続を認める立場に傾いているといえよう。従来の、犯罪の継続を実行行為の継続と同視する見解からすれば、不作為による死体遺棄罪の継続は、むしろ自然だとすらいえた

---

(67)　松原・前掲注（3）115 頁。

(68)　以上、松尾誠紀「死体遺棄罪と不作為犯」法と政治 68 巻 1 号（2017 年）92-93 頁。

であろう。しかしながら、このような立場は、行為の継続というものについて、その実質的意義をあまりに捨象してはいないかという疑念がある。犯罪の継続を実行行為の継続にかからしめるとしても、その行為が本当に実行行為としての実質を持つものであるのか、ということを問題視せざるを得ない。それは、死体遺棄罪が、一見挙動犯のようであり、また抽象的危険犯として解されている(69)ところに由来している。つまり、行為に帰属させるべき「結果」の特定が容易でないために、行為の外形的判断に（意識的であれ無意識的であれ）依存しているのではないか、ということである(70)。しかしながら、平野龍一は、外国人登録令違反事件における言及として、無登録の状態が継続していても犯罪の継続は認められないのではないかという指摘をしていた(71)。そこでは、単なる外形のみならず、犯罪の違法性のピークが考慮に入れられているようにみえる。処罰の本質を違法性に見出すのであれば、犯罪の違法性がピークに達した時点を的確にとらえ、それを量刑に適切に反映できることが望ましい。言い換えれば、ピークに達した違法性を行為責任として量刑に反映できないような立法を立法者がしていると考えるのには、疑問があるのである。

このような理解からすれば、不作為による死体遺棄罪が継続しているといえるためには、その後も違法性、すなわち法益侵害またはその危殆化が維持ないし増大しているといえなければならないであろう(72)。しかしながら、ここでまた死体遺棄罪の持つ厄介な性格が立ち上がる。それは、本罪が、「社会の宗教感情・宗教風俗に対する罪」(73)であるという点である。つまり、そ

(69)　行行為の継続を問題とすべしとするようである。

(70)　事実、橋爪・前掲注（62）266 頁は、まずもって不作為という実行行為の継続を問題とすべしとするようである。

(71)　これを推し進めたものとして、町野朔『刑法総論』（信山社・2019 年）125 頁。なお、最近の議論として、萩野貴史「外国人登録不真正罪の構造と公訴時効の起算点」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀記念祝賀論文集［上巻］』（成文堂・2014 年）213 頁。

(72)　山下裕樹「判批（大阪地判平成 25 年 3 月 22 日判タ 1413 号 386 頁）」法学論集（関西大学）66 巻 2 号（2016 年）121 頁は、「既に作出された法益侵害状況を塗り替えるような法益侵害行為」か否かを問うかのようである。

(73)　上掲、最判令和 5 年 3 月 24 日刑集 77 巻 3 号 41 頁参照。

の違法性の維持・増加を（イメージ的にではあったとしても）数値化ないし定量化できないという点である。窃盗や傷害であれば、財産額やその物的量の増大、あるいは傷の修復と傷の拡大との関係などから、ある程度の数値化をすることができよう。しかしながら、死体遺棄罪の場合には、その法益が社会の宗教感情であるが故に、その実態を把握することが困難であり（もはやフィクションといってよいであろう(74)）、判断者の恣意が働きやすい。そうだとすれば、より安定的な解釈を導く理路を立てることもまた法理論の役割であろう。これは、死体遺棄罪のように、法定刑が軽い場合には、作為と不作為とで生じるアンバランスを解消するという側面も持つことになる。

このような理解に対しては、結論の妥当性という観点からの異論もあろう(75)。しかし、結論の妥当性はあり得る解釈の中でのみ追求されるべきものであるように思われる。結論の妥当性ということを前面に押し出してしまえば、それは結局、解釈という営みそれ自体の否定になりかねないように思われる。

このように考えてくると、不作為による死体遺棄罪の問題は、①不作為犯という実現方法に由来する問題と、②死体遺棄罪というもの自体が持つ問題という二つの問題が絡むことで複雑化していると理解される。この点、本質的には、①不作為という実現方法に由来する問題は、行為や行為主体に関する問題であり、②死体遺棄罪というもの自体が持つ問題は、さらにⒶ刑法 190 条の法文の問題とⒷ保護法益の問題に細分化される。とりわけ、Ⓐは、①の問題と接合する部分があるため、いわばこれが結節点になっていると理解することが可能であろう。そこで、一旦、Ⓐ刑法 190 条の法文の問題の部分について検討を進めてみる。

刑法 190 条は、遺棄の他に、損壊及び領得という行為類型を定める。これらについては特段その行為主体についての限定が加えられていない。また、松原芳博が参照する生者の遺棄については、刑法 217 条が遺棄を定めつつ、同 218 条は併せて不保護を構成要件的行為として定める。このため、

（74）　拙稿・前掲注（54）197-198 頁。
（75）　松原・前掲注（3）113 頁。

刑法217条にいう遺棄には不保護類型が含まれないというのは、自然な理解であろう。同様に、遺棄については、わざわざ不保護という定め方が可能である以上、死体についても不葬送という類型を置くことは可能であるにもかかわらず、それが書かれていないということは、不葬送については「遺棄」の解釈の中でのみ論じるべきものであると理解をすべきであろう(76)。もっとも、このこと自体については異論はあるまい。

むしろ、問題は、そのことでもって、死体の遺棄の概念を本質的に不葬送だと理解をしたり、あるいは遺棄の中に二つの行為類型が別の構成要件として存在していると理解することである(77)。そもそも、不真正不作為犯は、作為と同視可能性があることを、処罰可能性の実態であるとして理解がされている(78)。遺棄は「捨てる」という意味が本義である(79)はずところ、本来は作為でなされるものではないかと思われる(80)。そうだとすれば、遺棄だけを取り上げて、これを本来的に不葬送という不作為であると理解するのは、やや牽強付会であるように思われる(81)。

元を糺したとき、作為での死体遺棄は何人でも可能であるが、不葬送はや

---

(76)　小暮・前掲注（59）213頁。また、松原・前掲注（3）115頁。

(77)　これらについて、法益のより具体的な理解の差が表れているという整理をするものとして、酒井智之「死体遺棄罪の保護法益と作為による遺棄の意義」一橋法学21巻3号（2022年）715頁以下。

(78)　山口・前掲注（5）75頁参照。

(79)　新村出編『広辞苑〔第7版〕』（岩波書店・2018年）及び松村明『大辞林〔第4版〕』（三省堂・2019年）のそれぞれの【遺棄】の第1の語釈。

(80)　ただし、前掲注（79）の辞典によると、それぞれ「置き去りにすること」がその後に続けて示されていることは見逃し得ないであろう。もっとも、置き去りとて、「去る」というのは、これが作為でなされることがあるのは、既に、生体の遺棄罪において指摘のあるところである。山口・前掲注（27）34頁など参照。

(81)　繰り返しになるが、上掲、最判令和5年3月24日刑集77巻3号41頁も「習俗上の埋葬等とは認められない態様で死体等を放棄し又は隠匿する行為が死体遺棄罪の「遺棄」に当たる」としており、行為の態様として「放棄や隠匿」を指し示し、その実現は、通常作為でなされるべきものであろう（無論、この事件では、作為としての隠匿が問題になっているにすぎず、不作為にまで言及するものではないとか、その「放棄」の意味として「不葬送」があるのだということはいえるかもしれない。そうだとしても、まず我々がどのようなイメージを先行させるかというのは、犯罪該当性の有無に対する予測可能性を担保するためには無視し得ないのではないかと思われる）。

はり葬祭義務やそれに準じる義務がある者でなければなし得ないであろう[82]。もし遺棄を本質的に不葬送かのように理解してしまえば、それは、葬送義務のある者やそれに準じる者に限定されなければならない。しかし、それは刑法 190 条に定められた他の行為類型にはない限定であり、法文の作りとしてやや不整合な状況にある[83]。そうであれば、不葬送を死体遺棄の本質と理解するのは、刑法 190 条の理解としては、不相当というべきであろう。そうである以上、遺棄の概念を二つに分け、場所的離隔を生じさせる場合と不葬送の場合に分けたとて、後者のそれを前者のそれと別の構成要件と理解してしまえば、その後者の理解が妥当でない以上、この理解を採用することは是とされまい。

以上のような理解を前提とする限り、刑法 190 条に定められた遺棄の概念は、たとえ不葬送を含むとしても、損壊や領得同様に、主体の限定性を原則として持たないものとして理解されるべきものであり、不作為による場合でも、不真正不作為犯のロジックを使わざるを得ないものと考えられる。

この観点から、①不作為実現の問題を検討すると、それはあくまで実行行為の形態に関わるものであるが、処罰範囲限定の要請から、作為との同視可能性が要求されることになる。したがって、作為と同様の法益に対する関連性がなければならない。これは、例えば、法益の脆弱性の支配や危険源の支配といった理解が可能である[84][85]ところ、遺棄が刑法 190 条の保護法益の悪化に、どのような形で支配力を有しているのかを問題にすべきであろう。つまり、ここでⒷ保護法益の問題が関連することになる。しかしながら、社会的感情である社会の宗教感情は、いわば「自身の死後にそのように扱われたくない」というフィクションを扱うものだとすれば、「（追慕の果てに）死

（82）　なお、この点を詳細に検討するものとして、萩野貴史「不作為による死体遺棄」名城法学 71 巻 3・4 号（2022 年）1 頁以下、特にその 10 頁以下、

（83）　森川恭剛「判批（大阪地判平成 25 年 3 月 22 日判タ 1413 号 386 頁）」佐伯仁志ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 8 版〕』（有斐閣・2020 年）207 頁参照。

（84）　山口・前掲注（5）91 頁。

（85）　なお、近時は、裁判例の分析からか、いわゆる多元説的な理解の復権が目指されているかのようである。例えば、松尾誠紀「不作為による殺人罪の作為義務（その 1）」法学セミナー 843 号（2025 年）133 頁。

者は忘れられるべきものである」という我々の生活実態を前提に構築されるべきであろう。そうだとすれば、葬送がなされない状態をすべて結果帰属可能な法益侵害・危殆化であると解するのには無理があろう。我々は日々死者に思いを致していないし、そうすべきでもない(86)。そうである以上、基本に立ち返り、損壊・領得同様に、新たな法益侵害が認められるという特段の事情がない限りは、死体遺棄罪の継続的な構成要件の充足は肯定し得ないものと考えるべきである。それは、いわば損壊や領得のように、死体に働きかけることによる支配状態の変更を見るしかないように思われるのである(87)。

このような理解に対しては、特に、刑事捜査実務の観点から、死体遺棄罪の成立時期が不明であるために、死体遺棄罪で先に逮捕をし、その後に殺人罪等の捜査に移るというプロセスが困難になるという問題が生じるとの反論があり得よう。死体遺棄罪の継続を肯定する立場の「妥当性」の本音は、ここにあるようにも思われる。しかしながら、これは、死体遺棄罪には殺人罪捜査のための道具的意義(88)こそが重要であるかのようである。言い換えれば、死体遺棄罪を契機（・口実）として捜査を開始し、その後は宣告刑を嵩増しするための手段であるということになりはしないか、ということである。しかし、それであれば、死体遺棄罪は、「社会的法益に対する罪」として位置づけるべきではない。殺人と繋がるものとして死体遺棄罪が処罰可能だとしても、それは、「人を殺しておきながら、さらにその死体を粗末に扱った」ことの違法性であり、非難可能性に基づくのである。そうである以上、もはや「死体を粗末に扱った」ことへの違法性が、我々の生活実態からして減退したといえる場合には、その処罰を断念することもまた、一つの決

(86)（刑）法学の論文における言及としては甚だ不適切かもしれないが、ホラーミステリー小説である綾辻行人『Another』（角川書店・2009 年）における「災厄」は、死者を適切に「忘れられなかった」ことに端を発しているのであり、この問題意識は文学的にも共有できるものと思われる。

(87)　なお、酒井・前掲注（77）725 頁は、「場所的・環境的条件の操作によって、死体が物理的に損壊する危険を高める行為であると解すべき」とし、方向としては、私見と大部分が重なってくる。

(88)　近時であれば、死体遺棄罪をきっかけとして、年金の不正受給の端緒を掴む（前掲注（59）に挙げた名古屋高金沢支判平成 24 年 7 月 12 日公刊物未登載）ようなこともあり、死体遺棄罪の「使われ方」をそもそも議論すべきでもあろう。

断でなければならないように思われる[89]。

オ．小括

以上のように考えると、不作為による死体遺棄罪は、原則として、不作為実現がされた（作為可能性が認められた）時点で犯罪が既遂となり、その時点で終了すると解すべきである。無論、その後、死体を山中投棄等をすれば、その時点で新たな構成要件実現はあり得るが、例えば、死体を連れて引っ越したとしても、死体に対する支配状況は変わらず、新たな構成要件該当性は認められないというべきである。このような場合の死体の移転は、いわば「死体をそこに残しておくと、自らの不埋葬が明らかになってしまうために、捨てるに捨てられなかった」という場面が相当考えられるのであり、むしろ、従前の支配状態を維持するためになされたものであり、不可罰的事後行為として理解されるべきであるように思われる[90]。

（4）小括

ここでみた類型は、構成要件的結果が発生すると、確かにその後にも法的に見て許容しがたい状態が継続している。しかしながら、構成要件的結果はあくまで、その動的変更のみを見ているのであり、その 1 回性がむしろデフォルトルールとして想定されているということがいえる。そのため、これらは通常、その構成要件充足の 1 回性が、実行行為の 1 個性と強固に結びついているということができよう。しかしながら、その結果を量的に把握可能

(89)　先に挙げた綾辻・前掲注（86）を意識した表現を使えば、その「（処罰できなかった過去の犯罪という）死者」を無理やり「いかす」ことは、別の「災厄」をもたらすのではないかという危惧があるのである。

(90)　このような理解に対しては、杉本一敏「公訴時効の起算点となる「犯罪行為が終わつた時」」刑事法ジャーナル 85 号（2025 年）94-95 頁により、最大判平成 15 年 4 月 23 日刑集 57 巻 4 号 467 頁が指摘するような、訴訟における争点がズレてしまい、主張・立証の構造に歪みが生じるという批判が向けられた。私見としては、そうであるが故に、外観上明らかと思われる死体に対する支配状況の変化を一つのメルクマールとするべきではないかと考え、また、あくまでこれは不作為犯処罰としての側面を強調した場合なのであって、死体の埋替えのように作為犯が複数回行われる場合には別個の考慮が働くのではないかと考えているが、紙幅の関係上、詳細な検討は別稿に委ねることとし、現時点では本文のように解しておきたい。

な場合には、その最終結果（いわば量の最大値）が確定されるまでは、実行行為と因果性を持つ限り、犯罪の継続を肯定することができるということができよう。これは、窃盗罪や傷害罪の例からも看取される。この理を推し進める場合、死体遺棄罪についても同様のことがいえるはずである。すなわち、刑法 190 条の構造から、死体遺棄罪においても作為による場合が基本形であると捉えると、あくまで作為による死体遺棄罪が複数回繰り返されるのと同質性を持つような場合にのみ構成要件の更新があり得ることになる。しかしながら、死体遺棄罪は社会的感情という定量化の困難なものを保護法益とするものであり、その侵害・危殆化の客観化のためには、死体に対する支配状況の変化を見ることが妥当であって、単に不葬送の状態が継続しても、（そのことで、たとえ行為の継続はあるように見えても）構成要件的結果の拡大は認められず、構成要件該当性が「更新」されたものと認めることはできないとみるべきである。

とりわけ、従来では状態犯と考えられてきた類型は、このように、法益侵害（ないしその危殆化）という言葉がやや無顧慮に使われてきたように見える。確かに法益侵害は、犯罪の成立にとって重要ではあるが、それだけが犯罪の成否を決しているわけではない。犯罪の成否はどこまでいっても構成要件該当性の有無が基点になるほかなく、法益侵害とてまずは構成要件の中にどのような形で取り込まれているかを問う以外にない。そうである以上、既遂時点において犯罪が終了しているかどうかは、まずもって構成要件的結果のさらなる侵害があるかどうか、ということを問わざるを得ないというべきである。

5. 各論的検討から得られたもの

以上のような検討を経たとき、おおむね次のような理解に達することができる。

（1）法益の侵害・危殆化との関係

まず、刑法の目的を法益の保護にあるという以上は、構成要件的結果にこそその具現化があるとみることになる。そして、構成要件的結果は、（多少

の時間幅を観念するとはいえ）ある状態から次の状態が（刑）法的に見て「不良変更」だと理解される必要がある[91]。しかしながら、この「不良変更」は、必ずしも外界における知覚的な変化を意味するのではない。本稿の検討の中で取り扱ったものでいえば、監禁罪や所持罪、盗品等保管罪といったものは、作為による場合には、自由の剥奪や物の支配の開始時点を相当程度明白に特定することができた。あるいは、例えば窃盗罪や傷害罪においても、財物の占有移転や生理機能毀損の拡大といった形で知覚的な認識が可能である。しかしながら、不作為による場合においては、とりわけ、監禁、所持、盗品等保管の場合には、このような知覚的変動はなく、ある一定の状態（つまり、自由剝奪の状態であったり、物の支配状態であったり）が持続している場合にも犯罪の継続が認められた。このような「ある一定の状態の持続」が、まずもって構成要件的結果で（も）あるということが、知覚的変動がない場合の犯罪の継続を肯定するための最低限のファクターだといえる。もっとも、その「ある一定の状態の持続」は知覚的な意味においてであり、保護法益の不良変更ということを内包していなければならない。そうでなければ、その状態を時的に細分化したとき、違法性を有しなくなり、犯罪の基礎となる法益侵害･危殆化を肯定し得なくなるからである[92]。言い換えれば、「ある一定の状態」というものであっても、それは行為に帰属可能な構成要件的に違法な結果といえなければならないのである。

（2）他罪による限界づけの可能性

では、法益侵害・危殆化が継続的に肯定できればよいのかというと、そう

（91）　なお、伊藤渉「犯罪の終了時期に関する若干の考察」東洋法学 54 巻 2 号（2010 年）73 頁以下が法益侵害の量的拡大を基点に議論を進めるが、本文で述べた「ある状態から次の状態が不良変更だと理解される」というのは、局限的な理解をしており、それを繋げていけば、伊藤のような理解になるであろう。

（92）　この点、感情法益については、「個人の感情侵害を不要とすることによって結局、社会一般において不快・不道徳と感じられるであろう行為を、社会一般の宗教感情に反するという名目のもとに処罰することとなり、本来法益概念を通じて排除されるべきであった道徳の保護を行うことになる」という批判を示すものとして、内海朋子「感情の刑法的保護について」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）819-820 頁。

いうわけでもない。住居侵入罪がそうであったように、他罪の存在がハードルとなって、その処罰範囲が限定される場合には、仮に何らかの意味で（その犯罪の文言的には）包摂可能な法益侵害・危殆化があったとしても、当該の他罪というハードルによって、その法益侵害・危殆化は構成要件的結果としての資格を失い、行為への帰属可能性が否定されるものというべきである。ここでは、当該の他罪は、問題となる犯罪と同様か、それを内包する保護法益を持つものである必要があることは他言を俟たない。

なぜこのようなことになるのか、と考えたとき、それを単なる「棲み分け」の問題と解することには問題があろう。なぜならば、それであれば、包括一罪とする途があってよいからである(93)。そうだとすれば、そこには一定の実質的根拠が付与されるべきであり、またそれは他罪の存在に基づく文字どおりの「解釈」の結果、そのように解さざるを得なくなるというものであろう。住居等侵入罪の場合であれば、それは、越境による心理的ハードルであり、立法者はこれを加味したのだと解さなければ整合性がとりにくい、というがごとくである。

このような理路は、つまるところ、その条文の書かれ方により、法益侵害・危殆化に可罰性の限界が付与されるということを示すものとなる。そして、それは、同一罰条内でのみ妥当すべきとする理由はなく、罰条をまたがったとしても、同様でなければならない。しかし、これは外在的な理由、つまり、そう書かれたことで犯罪類型相互関係上、そう理解されるというものではなく、そう書かれたということは、そのように法益侵害性を整理されていたのだ、という内在的な理由として把握しておくべきである。

（3）行為客体の性質と実現態様の関係

さらに、犯罪の実現態様が犯罪の継続に影響を与えているように見える場合もある。すでに見てきたように、継続的な法益侵害・危殆化があるとして、行為客体の性質上それが可能である行為態様というものも存在するとい

（93）　実際に、住居侵入罪と不退去罪は、包括一罪とする立場がある。平野・前掲注（22）69頁、山口・前掲注（27）131頁など。

える。例えば、窃盗のように、行為客体が固体であり、強い一個性がある場合には、その固体に対して、当初行為と同様の方法でもって、継続的に攻撃を加えなければならない。他方、同じ窃盗であっても、例えば水や電気のように、行為客体の一個性が強固でなく、いわば流動的ないし量的把握にこそ適う場合には、当初行為それ自体を終えたところで、ただちに行為客体への攻撃が止まるわけではなく、行為客体への攻撃を止めるためには、新たに一定の行為が必要となる場合もある。このことは、従来状態犯と呼ばれた類型のみでなく、監禁罪のように、継続犯と考えられてきた類型にも当てはまる。このような場合こそが、従来は、作為の後に不作為が継続するとか、侵害をやめる義務があるかのようにいわれた(94)場面でもある。

このことは、その行為客体の性質がいかなるか（強固な一個性を持つものか、それとも流動的・量的把握な把握がされるべきものか）ということによって、犯罪の継続のあり方が変わることを示している。そして、このことは、罪名によって特定されるような意味での類型性を持つわけではなく、明らかに、行為客体の個別具体的な性質に左右されることになる。いわゆる状態犯とされてきた窃盗罪において、固体である例えば貴金属を行為客体とする場合と、液体である水や気体であるガスの場合には、その占有移転のあり方は異なり得るのであり、これを同列に扱うべきではない(95)。したがって、犯罪の継続の前提であるのは、被侵害法益それ自体というよりも、むしろ行為客体の物的性質であるとすらいうことができる。

これについては、認識単位として一個性を中心として考えたときに、犯罪は継続しているが、それが構成要件的評価上 1 個と表現されるのか、それとも実は複数の構成要件的評価がなされており、それを特定の観点から一つにまとめ上げているに過ぎないのか、という違いだともいうことができるかも

(94)　井田良『講義刑法学・総論〔第 2 版〕』（有斐閣・2018 年）113 頁注 48）参照。

(95)　無論、ペットボトルに入れた水をそのペットボトルごと、あるいは、ボンベに入ったガスをそのボンベごと窃取する場合には、固体同様に扱われる。いいかえれば、それらはいずれも、水やガスの入ったボトルなりボンベとして表現が可能なのであって、その意味で、固体として扱われるべきであるということもできよう。その意味で、「どのように表現されるか」は重要だともいえる。

しれない。

第 5　構成要件の時的射程の決し方　―まとめにかえて―

1. 鳥瞰図

犯罪の可罰性は、構成要件を離れて決することはできない。したがって、構成要件の時的射程とは、第 1 に、どのような法益侵害・危殆化結果が構成要件の中に包摂されているかによって決せられることになる。しかしながら、構成要件は、法益侵害・危殆化を直接に問題としているわけではなく、それを「構成要件的結果」という形で具体化ないし限定付けを行っている。したがって、法益侵害・危殆化だけを論じたところで、構成要件の時的射程を決することはできない。

構成要件の時的射程を決するにあたっては、まず何よりも、「構成要件的結果」が何なのかということを具体的に特定することから始めなければならない。しかしながら、その構成要件的結果が違法であるといえるためには、ある行為との連関をもたなければならない。つまり、客観的帰属が可能なものでなければならないのである。このような行為―結果の結合体こそが構成要件の（客観的）本質なのであって[96]、また帰属可能性の問題と切り離すことはできない[97]。

他方、主観的要件は、身体の動静としての行為と不可分である。つまり、認識や弁識、そしてその可能性が身体の動静を左右するトリガーになるという意味で、実行行為の時に存在すれば足りるのであり、それを超えて、構成要件的結果が継続的に生じている間になお主観的要件も継続的に存在している必要性は、論理的には出てこない。もし主観的要件の継続的存在を要求するとすれば、それは、実行行為の継続を前提としなければならないのである。しかし、複数の結果を一つの行為に帰属させることは認められているところ、実行行為の継続は必然的に要求されるというものではない。無論、不

(96)　小林憲太郎は、犯罪のプロトタイプとして、これに「過失」を要求する。小林憲太郎『刑法的帰責』（弘文堂・2007 年）51 頁。

(97)　小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂・2003 年）32 頁参照。

作為の継続を観念することは可能であろうが、それも必然なのではなく、例えば先行する（作為であれ不作為であれ）行為を問責対象としたときに不可罰性が導かれるがゆえに、「次善の策」としての実際上の必要性からそのように構成しているという面を否定しきれない[98]。

2. 具体的な思考順序

そうすると、構成要件的結果の限界づけをどのように行うのか、こそがまず問題とされなければならない。このことが構成要件の時的射程を決する一丁目一番地である。

構成要件的結果は、法益侵害・危殆化の具現化・具象化であるだけでなく、行為への帰属可能性をもって初めて構成要件的意義を有する。したがって、この 2 方向からの検討が必要であり、また、この順番で考えるべきであろう。なぜならば、まずもって法益侵害・危殆化と見得る余地がなければ、帰属可能性を考える必要性がないからである。

（1）法益侵害・危殆化の具現化・具象化

ここで次のことが問題となる。まず、構成要件として何が行為客体となっているか、であり、次に、その行為客体に対してなされるどのような攻撃が捕捉されているのか、である。このことは当該の罪の保護法益が何かということを直接と問題とする必要性は必ずしもない。しかしながら、消極的に、ある事態が構成要件該当性を失う理由として、法益侵害・危殆化の消滅をいうことは可能である。つまり、法益侵害・危殆化というのは、裏側から構成要件該当性を規律するといえる。したがって、①行為客体の確定、②行為客体に対する攻撃の類型の特定、③法益侵害・危殆化の消滅の有無という順序

(98)　とはいえ、それで処罰可能なのであれば、そのような構成が否定されるわけではないであろう。実際に、問責対象の「時期」がズレることで、「作為で処罰できない行為を不作為で処罰している」という、「正面玄関からは拒絶しておいて、裏口から招き入れる」ような論理を採用しているわけではないことには留意しておく必要があろう。問責対象の時期がズレるということは、言い換えれば、非難可能性の時点がズレているということである。　このような側面は、故意犯処罰が不能なときに過失犯処罰に切り替えることにも表れている以上、「次善の策」がおよそ否定されるということはない。

での検討を行うのが実際的であると思われる。

この③法益侵害・危殆化の消滅の有無を検討するにあたり、その法益の性質を検討する必要が生じる。それが実体を有するものか、それとも感情法益のような観念的・思弁的性質を有するかどうか、ということに始まり、量的把握に適するかどうかということもまた検討の対象となる。とりわけ、社会的法益に多く見られる観念的法益や感情法益などの場合には、解釈者の強弁が成り立ちやすい。そのため、犯罪の継続を肯定しやすい、心理的土壌があるといえる。だが、このようなものは、法定刑が必ずしも重くはなく、その継続を認めると、比較的軽い犯罪を長期にわたって成立させるということが生じかねない。法定刑の軽さは違法性または有責性の軽さを反映しているはずであり、このような観念的法益や感情法益に対する罪は、その犯罪の継続の有無を、なるべく知覚可能なものによって左右するべきであろう。特に作為犯において、既遂即終了が原則と考えられているものであれば、その更新には再度の作為がなされるべきであり、「不作為によって継続している」といえるためには、作為による場合と同質の行為客体に対する物的変化が生じていなければ、「作為との同視可能性」を維持できないのではないか、という疑念がある。死体遺棄罪を例にとれば、死体は、放置をしている場合には腐敗していくのであり、このような自然現象と同様の変化が生じているとき、その変化をもって行為客体の変容を指摘することは妥当ではない。結局は「遺棄」の解釈に収斂するとはいえ、自然現象を越えた人為的な外界の変更を指摘することが必要となろう(99)。

この点、監禁の場合に、部屋に人が閉じ込められれば、人が出られないのは、「自然」的であり、またその過程で人が衰弱し、死に至ることもまた「自然」であることをどのように整理するのか、という疑問が湧く。このようなときにこそ、「法益」についての議論が必要となる。監禁罪の保護法益である（可能的）移動の自由は、個人的自由に属し、まずもって法益主体によって法益の要保護性判断が行われなければならない。他方、死体遺棄罪の保護法益であるところの社会の宗教感情・敬虔感情というものは、その法益

(99)　なお、酒井・前掲注（77）725 頁参照。

主体が観念化されるがゆえに、現実には裁判官による（良心に基づく[100]）判断に委ねられることになるが、それは同時に公権力の行使であり、合理的判断が求められる。そのために、法体系全体との整合性が（監禁罪と比べ）強く要求され、犯罪の継続を否定する方向に傾きやすいといえる[101]。

視点を変えてみても、法定刑の軽い犯罪においてその継続を長期に亘って肯定することは、公訴時効制度のあり方とも相いれないであろう[102]。公訴時効制度は刑事手続法上のものであり、実体法と連動するものではないという理解はあり得る[103]が、現実の法改正はそのようになっていない。公訴時効が成立している可能性から、逮捕などが事実上できなくなるという捜査の不都合を指摘するとしても、それは、いわば（許された）別件逮捕を利用して効率的に捜査をしたいという欲求に基づくものであり、刑事手続が真実の発見を目指すもの（刑訴法 1 条参照）だとしても、本来的には「本件」をダイレクトに目指してなされるべきであるという、原則と例外の逆転を常態化させておくことには疑問の余地はあろう。このように考えれば、法定刑の軽い犯罪を継続させ続けることによる「実益」は、刑事法制度が予定したものから外れたものと評してよいのではないだろうか。少なくとも、この種の「実益」を、「法益」の議論の中に押し込むのは妥当ではなく、外在的要請として認識しておくべきであろう。

（2）帰属可能性の観点

以上のような思考の下、構成要件結果たる資格を得た行為客体への不良変更は、その後、帰属可能であるかどうかを判断されるべきである。基本的には、対象となる時間軸の全ての行為客体の不良変更について検討されるべきであるが、外形上、不良変更が連続している場合には、その最初と最後の時

（100）憲法 76 条 3 項。
（101）ただし、すでに指摘したように、現在の学説や刑事実務は、犯罪の継続を肯定する方向にある。
（102）近時の公訴時効制度の改正（平成 22 年法律 26 号による改正）において、死刑対象犯罪などで公訴時効が撤廃されたことを想起されたい。
（103）いわゆる訴訟法説はこのような理解を前提とするといえるであろう。

点を取り上げればよいであろう(104)。ただし、いずれかの時点で帰属不能であれば、よりその時間軸の枠を狭めるように、開始時点をさらに終了時点に近づけ、また終了時点を開始時点に近づけるようにして、帰属可能な時点を探ることになろう。

また、客観的帰属点が例えば主観的要件を満たさないような場合には、別の時点（具体的には主観的要件を充足している時点）への客観的帰属可能性を考えることになろう(105)。

このような形で帰属点が決せられたとき、その時点以降の全ての結果帰属が可能であれば、その後の時点における行為をあえて取り上げる必要はないものと思われる。既に罪数に関する点で指摘したように、これを単純一罪と見るか、包括一罪と見るかは、純理論的な（言い換えれば博物学的な）問題にはし得ても、法効果に差異をもたらすものとは見えないからである。しかし、間欠的な場面においては、単純一罪とは評することはできず、包括一罪としての処理のみが正当化されることになろう。

3. 最後に

以上が、本稿の基本的な理解である。

しばしば、犯罪の継続に関しては「構成要件の解釈による」(106)といういわれ方で締め括られる。そのこと自体は、否定されるべきことどころか、至極当然である。しかし、「全てを語り、何も語っていない」との評からは逃れられないであろう。本稿は、この「構成要件の解釈」に当たって、犯罪が継続すると考えられる場合にどのように検討されるべきかを、可能な限り具体化しようとしたものである。そのことを通じ、時間的現象でもある犯罪において、構成要件がどこまでをその射程に収めているのか、についての構造に

（104）このような思考が採られたものとみえるものとして、所持罪に関するものではあるが、東京高判平成 2 年 11 月 15 日判時 1380 号 139 頁参照。

（105）理論上はともかく、思考経済上は、結果に直近している作為において主観的要件を充足している時点をまずは探り、そこに客観的帰属が可能かを検討することになろうか。

（106）平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣・1972 年）131 頁、松原芳博『刑法総論〔第 4 版〕』（日本評論社・2025 年）62 頁。

迫ろうとしたものでもある。

しかし、この問題は、すでに述べたように、公訴時効の起算点や共犯関与といった、限られた場面のみに妥当するものである。一方で、ドイツにおける「犯罪の継続」は、加重類型（Qualifikation）への接合可能性などといった、別の機能をも持たせようとするところである。これら、「犯罪の終了」にまつわるさらなる問題は、次の検討課題としておきたい。

（完）

（中央学院大学法学部講師・本学法学部客員研究員）

［追記］脱稿後、杉本一敏「人を死亡させた罪の公訴時効の起算点」刑事法ジャーナル 87 号（2026 年）63 頁以下に触れた。

論　　説

契約拘束の原則と契約解消のルール(1)
――近時の日本・韓国における立法動向・議論を踏まえて

徐　熙錫

序論
　1　契約の拘束力とその例外 ― 無効および解除による契約の解消
　2　契約の拘束力に対する例外の増加
　3　課題
Ⅰ　契約の拘束力と伝統的な契約解消のルール
　1　契約の拘束力
　2　契約の拘束力の例外 ― 伝統的な契約解消のルール
Ⅱ　民事特別法における契約解消事由の増加
　1　消費者取消権
　2　消費者撤回権
　3　解約強制 ― 解約要求権
Ⅲ　近時の民法（契約法）改正（議論）における契約解消要件の緩和
　1　錯誤取消し
　2　法定解除
　3　事情変更の法理
結論：要約と展望

(1)　本稿は、2025 年 10 月 15 日に上智大学法学部において行った講演会の原稿に、その後の事情等を反映し、大幅に修正・加筆したものである。当日の講演会はもちろん、論文の投稿に至るまで、同法学部の羽生香織先生および宮澤俊昭先生より多大なるご協力とご配慮を賜った。ここに記して心より御礼申し上げる。

序論

1　契約の拘束力とその例外 ― 無効および解除による契約の解消

契約が有効に成立すれば、一定の法的効果が生ずる。すなわち、当該契約の目的に応じた債権・債務が発生し、債務を負担する者はその債務を履行しなければならない（債権債務関係）。債務者が債務を履行すれば、契約はその目的を達成して消滅するが、履行しない場合には債務不履行として一定の制裁（損害賠償、解除等）を受けることになる。このような契約成立の効果を「契約の拘束力」という。「合意は守られなければならない（Pacta sunt servanda）」という法格言の契約法的意味は、まさにこの契約の拘束力を指すものである。

もっとも、この意味における契約の拘束力にも一定の例外が存在する。まず、（有効に成立し効力を生じたものと考えられていた）契約が有効要件を欠き、無効（取消しを含む）となる場合である。例えば、虚偽表示や錯誤のように意思と表示が一致しない場合、あるいは詐欺・強迫のように意思形成過程に不当な関与がある（いわゆる瑕疵ある意思表示の）場合に、意思表示は無効になるか取り消される。また、契約内容が強行規定または公序良俗に違反する場合には、契約は無効となる。これらの場合、契約はそもそも効力を生じないか、または遡及的に効力を失うため、契約の拘束力の前提となる契約関係（債権債務関係）は最初から存在しなかったものとして扱われる。

次に、契約が有効要件を備えている場合（有効に成立した場合）であっても、債務不履行等の事由により契約が解除されれば、当事者は当初の契約に拘束されない。契約の解除により契約は遡及的に消滅するか、あるいは清算関係へと転換するため、契約の拘束力の前提となる当初の契約関係がそのままでは存在しないからである。

以上のような理由により契約が無効となり、または解除される場合とは、いったん有効に成立し効力を生じた（と考えられていた）契約が、当事者等による取消し・無効の主張とその立証、または裁判所の職権判断によって効力が否定される場合、あるいは債務不履行等により発生した解除権の行使に

よって契約関係が消滅する場合をいう。いずれの場合においても、当初の契約関係は既にそのままでは存在しない状態にある。

このように契約の拘束力が失われる場合を、本稿では総じて「契約の解消」と表現することとする。すなわち、契約の成立段階とその後の履行段階とを区分し、前者については契約の無効による契約の効力否定を、後者については解除による契約関係の消滅を、それぞれ「契約の解消」の範疇に含めるものとする(2)。契約の解消は、契約の拘束力、すなわち契約拘束の原則に対する例外を構成するものである。

2　契約の拘束力に対する例外の増加

契約の拘束力（または契約拘束の原則）とその例外としての契約の解消とは、原則と例外の関係に立つものであり、その構造においては、あくまでも契約の拘束力に重点が置かれている。

しかしながら、日本および韓国における近時の民事特別法の立法においては、契約の拘束力に対する例外としての契約の解消が強調され、これを可能にする事由（解消事由）が増加する傾向がみられる。例えば、消費者契約において認められる消費者取消権（日本）や、通信販売（電子商取引を含む）において認められる消費者撤回権（韓国）は、その代表的な解消事由として広く知られている。さらに、韓国においては近年、「金融消費者保護法」という特別法が制定された（2020年）。同法は、訪問販売や通信販売といった特定の取引類型に限定することなく、金融消費者契約一般について消費者撤回権を認めている。また、一定の場合において、金融消費者が事業者に対し

(2)　「契約の解消」は法律用語ではない。この表現を用いた代表的文献として、中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、1994年）が挙げられる。同書では、継続的契約の解除（解約）、期間満了や解約の申入れといった法的事由のみならず、出荷停止や供給停止といった事実上の事由によって広く契約関係が終了する場合をも含む概念として「解消」という語が用いられている。これは継続的契約に限定された契約終了の概念である。これに対し、本稿における「契約の解消」とは、継続的契約に限定されず契約一般を対象とし、契約の拘束力が失われる場合を広く含む概念として用いる。具体的には、解除権の行使による解除（解約を含む）、すなわち法定解除および約定解除を中心としつつ、契約の効力が否定される無効（取消しを含む）のほか、意思表示の撤回等をも含む概念となる。

て契約の解約（韓国では「解止」とよぶ）を求めることができる権利（解約要求権）を付与し、正当な理由がない限り事業者はこれを受諾しなければならないとする新たな制度を導入した。解約要求権制度の導入は、契約自由（具体的には契約締結の自由）に対する例外として認められる「契約締結強制（締約強制）」になぞらえれば、契約の拘束力に対する例外としての「解約強制」が認められたことを意味する。消費者取消権や消費者撤回権、さらには解約要求権（解約強制）は、伝統的な民法理論の下では契約解消が許されない場合であっても契約解消を可能にする権利または制度であるという点において、契約解消事由の拡大を意味するものである。

他方、近時の日本の改正民法（2020 年 4 月施行）や、最近（2025 年 12 月）韓国法務部が国会に提出した「民法（契約法）改正案」(3)においては、契約解消に関するルール、とりわけ錯誤取消しおよび契約解除（法定解除）の要件に関するルールに相当程度の変更がなされていることが見て取れる。まず、錯誤取消しに関しては、動機の錯誤（基礎事情の錯誤）の錯誤概念への包摂、いわゆる惹起型錯誤の明文化（韓国）、重過失制限に対する例外事由の新設などが挙げられる。また、契約解除（法定解除）については、債務者の帰責事由要件の排除、継続的契約一般における解約権（将来効を有する解除権〔＝解止権〕）の新設（韓国）、事情変更の法理に基づく解除権発生の明文化（韓国）などがその例である。これらは概ね判例法理や学説を明文化したものであり、実質的な変更とはいえないという評価の余地もある。しかしながら、契約解消の要件の緩和という観点からみると、契約解消の認定範囲の拡大の方向へと契約法が変化していることを示しているものと評価することも可能である。

(3)　韓国においては、民法（財産法）の全面改正のため、1999 年および 2009 年に続き、2023 年に法務部に民法改正委員会が設置された。同委員会は、契約法、担保法、権利変動法の３つに分けて改正案の提案を計画しており、その一環としてまず「契約法改正案」を起草している。同改正案は最近（2025 年 12 月 18 日）、法務部によりそのまま「民法一部改正法律案」として国会に提出された（以下「民法（契約法）改正案」という）。

3　課題

本稿は、以上の問題状況を背景として、近時日本および韓国において展開されている民事特別法上の契約解消事由の増加傾向や、日本改正民法および韓国民法（契約法）改正案における契約解消要件の緩和ないしその認定範囲の拡大傾向を検討することを目的とする。

以下では、まず議論の前提として、契約の拘束力の意味を確認したうえで、その例外としての伝統的な契約解消のルールを、無効要件と解除要件とに区分して簡潔に整理する（Ⅰ）。次に、日本および韓国の民事特別法における契約解消事由の増加の具体例として、消費者取消権、消費者撤回権、解約要求権（解約強制）をそれぞれ検討する（Ⅱ）。さらに、日本の改正民法および最近韓国の民法（契約法）改正案を素材として、契約解消要件の緩和ないし契約解消の認定範囲の拡大の例として、錯誤取消し、法定解除、事情変更の法理を順次取り上げる（Ⅲ）。

Ⅰ．契約の拘束力と伝統的な契約解消のルール

1　契約の拘束力

申込みと承諾の意思表示の合致（合意）によって契約が成立すると、当事者には一定の法的拘束関係が生ずる。すなわち、契約の目的に応じて債権・債務が発生し、債務者は債務の履行について法的責任を負うことになる。このような契約成立の効果を「契約の拘束力」という。

この拘束力は、当該合意に対して規範的効力が付与されることによって生ずる法的拘束力である。その基底には、私的自治の原則（自己決定に基づく自己責任の原則）(4)または意思自治の原理(5)が存する。すなわち、当事者が自らの意思に基づいて契約を締結した以上、その契約に拘束されるべきであるとする考え方である。契約は当事者の合意によって成立し、その合意内容の実現に向けて当事者を拘束する(6)。もっとも、私的自治ないし意思自治のみ

(4)　潮見佳男『基本講義　債権各論Ⅰ［第4版］』（新世社、2022年）3頁。
(5)　中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）29頁。
(6)　潮見・前掲注（4）3頁。

から直ちに合意に法的拘束力が生ずるわけではない。契約という法制度および司法制度（訴訟・執行手続）が整備されてはじめて、当事者間の関係は債権債務関係として構造化され、合意違反（債務不履行）に対しては、最終的に裁判手続および執行手続を通じて契約の目的またはその利益を強制的に実現することが可能となる。契約制度や関連司法制度が確立しているがゆえに、契約は容易に違反し得ないものとなり、取引における信頼と秩序が維持されるのである(7)。契約の拘束力を法的拘束力と呼ぶのは、まさにこの意味においてである。

このような意味において、「合意は守られなければならない（Pacta sunt servanda）」という古典的法格言は、単なる道徳命題ではなく、契約の拘束力という法的原則を宣言する規範的表現である。民法（以下、特に限定がない限り、日本や韓国の民法を意味する）はこの原則を明示的に宣言しているわけではないが、契約違反に対する制裁および（債権者の）救済手段等を規定することによって、契約の拘束力を間接的に制度化しているといえる。結局のところ、契約の拘束力は契約法全体を貫く基本原理として、私的自治を実現するとともに、契約が恣意的に違反され得ないという制度的保障を通じて取引の信頼と秩序を維持し、法的安定性を確保する機能を果たしているということができる。

2　契約の拘束力の例外――伝統的契約解消のルール

契約の拘束力は、当事者の意思表示の合致（合意）によって契約が成立することにより発生する。これに対し、民法は大きく二つの観点からその例外を認めている。すなわち、契約が成立したものの有効要件を欠いて無効となる場合と、有効要件を備えて（すなわち有効に）成立した契約が債務不履行や事情変更等によって解除される場合である(8)。前者は契約成立段階におけ

(7)　内田貴『民法Ⅰ *I*［第 5 版］総則』（東京大学出版会、2025 年）36 ～ 37 頁。

(8)　契約の拘束力の例外について特に言及する文献は多くないが、その場合であっても論者によって例外の範囲は一致しない。例えば、曽野裕夫・松井和彦・丸山絵美子『民法Ⅳ契約』（有斐閣、2021 年）13 ～ 14 頁（曽野）は、例外の範囲を五つに分類している。すなわち、①社会的約束（生活関係）、②（取消しまたは無効原因による）契約の無効、

る契約解消のルールであり、後者は（有効に成立した）契約の履行段階における契約解消のルールである。

（1）契約の無効

契約がいったん成立しても、有効要件を充たさないために無効となる場合である。契約が無効（取消しによる遡及的無効を含む）となれば、契約の効力（拘束力）は初めから発生しなかったものとして扱われる。民法は、契約が無効となる場合を主として次の三つの側面から規律している（もっとも、契約よりも包括的な概念である法律行為の有効要件ないし効力の問題として取り扱っている）。

1）当事者

当事者が自然人である場合には、意思能力および行為能力を有していなければ有効な法律行為（契約）はできない。法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は無効である(9)。また、行為能力が制限されている者、すなわち未成年者や成年被後見人等（日本：成年被後見人・被保佐人・被補助人、韓国：被成年後見人・被限定後見人）の法律行為は、取り消すことができる。法人の場合には権利能力を有することが

---

③書面によらない贈与の解除（民法 550 条、韓国民法 555 条）、④自然債務（給付保持力はあるが訴求力のない債務）、⑤事情変更の法理による解除である。このうち、①、②、⑤は契約に拘束力が認められない場合に当たるのに対し、③および④は契約の拘束力が弱い場合として説明される。他方、平野裕之『民法総則』（日本評論社、2017 年）192 頁は、無効、取消し、解除、撤回、クーリング・オフ、契約改訂権（事情変更）を例外の範疇として挙げており、筆者の見解とも近い。ただし同書は、契約の拘束力の例外とともに、UNIDROIT における「契約関係維持原則（favor contractus）」にも言及している。すなわち、できる限り契約は有効とすべきであり、無効事由がある場合でも全部無効（取消し）ではなく一部無効（取消し）にとどめるべきであり、目的物に瑕疵がある場合には買主による解除よりも売主に修補による契約維持の機会（追完権）を保障すべきであるとする。したがって、本稿のように契約の拘束力の例外ないし契約解消のルールの拡大に着目する立場とは異なり、あくまで契約拘束の原則に重点を置く立場であるといえる。

(9)　日本改正民法第 3 条の 2。これは従来の通説および判例により認められていた当事者に関する法律行為の有効要件（意思能力）を明文化したものである。なお、韓国においても従来の通説および判例は同様の立場に立っており、民法（契約法）改正案第 3 条の 2（意思能力）は「意思能力のない者の意思表示は無効とする」と規定することを提案している（表現は日本改正民法と異なるが、趣旨は同じである）。

必要であり（日本民法 34 条、韓国民法 34 条）、さらに理事または代表者に代表権（代理権）が認められていなければならない[10]。

2）意思表示

意思表示は、（効果）意思と表示（行為）とが一致しており、かつ相手方または第三者の違法な関与がないことを要する。すなわち、心裡留保（日本民法 93 条、韓国民法 107 条）、虚偽表示（日本民法 94 条、韓国民法 108 条）、錯誤（日本民法 95 条、韓国民法 109 条）などのように、表示に対応する内心の効果意思を欠く場合（意思と表示の不一致または意思の不存在）には、当該意思表示は無効となる（または取り消し得る）[11]。他方、詐欺・強迫（日本民法 96 条、韓国民法 110 条）のように、表意者の意思形成過程に相手方または第三者の違法な関与があるいわゆる「瑕疵ある意思表示」は取り消すことができる。意思表示が無効または取消しとなる場合、その意思表示を構成要素とする契約もまた無効となる[12]。

3）契約の内容（目的）

契約が有効であるためには、その目的または内容が確定性・実現可能性・適法性・公序良俗（社会的妥当性）を備えていなければならない。このうち、異論なく認められている有効要件は後二者、すなわち適法性（強行規定に違反しないこと。日本民法 91 条、韓国民法 105 条参照）および公序良俗ないし社会的妥当性（日本民法 90 条、韓国民法 103 条）である。前二者については、解釈論上・立法論上の議論が存在する。

まず「確定性」要件は契約解釈と密接に関連する。契約内容は解釈によって確定されるが、解釈によっても確定し得ない場合には契約の効果を帰属さ

（10）　内田・前掲注（7）327 頁。

（11）　錯誤による意思表示の効果は、日本の改正前民法においては無効であったが、改正後は取消しとされた（日本改正民法 95 条）。他方、韓国民法においても錯誤による意思表示の効果は取消しである（韓国民法 109 条）。

（12）　意思表示が無効である場合であっても（表示主義によれば）、客観的には意思表示の合致により契約は成立しており（不成立ではない）、ただ一方の意思表示の無効によって契約自体の効力が否定（無効）されるにすぎない。四宮和夫・能見善久『民法総則［第 9 版］』（弘文堂、2018 年）295 ～ 296 頁。

せることができず、無効とされる(13)。もっとも、契約締結時に契約内容のすべてが確定している必要はなく、少なくとも重要部分（本質的要素）が確定していれば足りるとされる(14)。ただし、重要部分が確定していない場合には、無効ではなく「不成立」と解すべきであるとする見解も有力である(15)。

次に「実現可能性」とは、契約成立時において履行が可能であることを要するとの考え方である。契約成立時に履行が不可能である場合はいわゆる原始的不能として、従来は契約は無効と解するのが支配的であった。しかし、約束した以上何ら責任を負わないのは妥当でないとの批判も有力である。これを受けて日本の改正民法第412条の2第2項は、「契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは、第415条の規定によりその履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない」と規定し、原始的不能を目的とする契約も有効に成立し、履行がされていない部分について一般原則による債務不履行責任が生じることを明らかにした（原始的不能法理の放棄）(16)。

(2) 契約の解除

契約が有効に成立し効力を生じた場合であっても、債務不履行や事情変更の法理等により解除権が発生し、その権利者がこれを行使すれば契約は解除される。契約が解除されると、契約は遡及的に消滅する（いわゆる直接効果説）ため、契約は拘束力を失う。解除は、すべての契約に共通する契約終了の原因である(17)。解除のうち、債務不履行による解除（改正前日本民法541条～543条、現行韓国民法544条～546条）は、法律に解除権の発生事由（履行

(13)　四宮・能見・前掲注（12）297頁。
(14)　内田・前掲注（7）328頁。
(15)　中田・前掲注（5）100頁。
(16)　内田・前掲注（7）339頁。なお、韓国の民法（契約法）改正案においても、いわゆる原始的不能の法理を廃棄することが提案されている。すなわち、現行韓国民法第535条は、（原始的不能が無効となることを前提に）「契約締結上の過失」と題し、原始的不能の場合に不能を知っていた、または知り得た者に対し、相手方の信頼利益の賠償責任を認めているが、これを次のように改める。第535条（契約締結時の不能）契約を締結する時に既にその債務を履行することができなかったという事情は、契約の効力に影響を及ぼさない。
(17)　内田貴『民法Ⅱ［第3版］債権各論』（東京大学出版会、2011年）83頁。

遅滞（等）、定期行為の履行遅滞、履行不能）が定められていることから「法定解除」と呼ばれる。他方、当事者があらかじめ解除権の発生事由を定める場合（約定解除）もある。さらにそのような法定解除や約定解除の事由がなくとも、当事者が事後的合意によって契約を終了させることも可能である（合意解除）。もっとも、合意解除は法定解除や約定解除と同様の効果を生じ得るものの、民法が予定する「解除権の発生およびその行使による解除」（日本民法 540 条、韓国民法 543 条参照）という枠組みには含まれない。また、事情変更の法理に基づいても、解除権（または契約内容の修正［改訂］請求権）が発生し得る。

従来、債務不履行による解除（法定解除）は、債務不履行の効果としての制裁または責任追及の手段と理解されていたため、解除権の発生には債務者の帰責事由が必要であると解されていた(18)。しかし、法定解除は債務不履行がある場合に債権者を契約の拘束から解放させる制度と理解すべきであるとの見解が次第に有力となり、日本の改正民法もこの立場に立ち、債務不履行による解除権の発生要件として、債務者の帰責事由を要求していない（日本改正民法 541 条・542 条）(19)（詳細は後述する）。

Ⅱ　民事特別法における契約解消事由の増加

契約の拘束力に対する例外は、とりわけ消費者契約に関する民事特別法において認められる消費者の権利に顕著にみられる。代表的な例として、消費者取消権（日本）および消費者撤回権（日本・韓国）を挙げることができるが、近時韓国においては、強制的に契約の解約を認める権利（解約要求権）が制度的に導入され（「解約強制」と解される）、例外はさらに拡大されている。消費者取消権は日本においてのみ認められている契約解消事由であるのに対し、解約要求権（解約強制）は韓国においてのみ認められている契約解消事由である。

(18)　潮見・前掲注（4）51 頁。

(19)　韓国の民法（契約法）改正案も同様の立場から、債務不履行による解除権の発生要件として、債務者の帰責事由を要求していない（改正案 544 条、後述）。

1　消費者取消権

(1) 意義

日本の「消費者契約法」(2000年制定) は、消費者契約において、民法上の詐欺または強迫に至らない場合であっても、事業者の一定の行為により消費者が誤認または困惑して意思表示をしたときには、当該意思表示を取り消すことができる旨を定めている。また、契約の目的となる物品・役務等の分量、回数または期間が、通常の分量等を著しく超える契約（いわゆる過量契約）についても、一定の要件のもとで取消しが認められている（以上、同法4条)。本稿では、これら同法第4条に基づく取消権を総称して「消費者取消権」という。学説上は、民法上の「錯誤取消し」(錯誤による取消し) や「詐欺取消し」(詐欺による取消し) との対比において、誤認に基づく取消しを「誤認取消し」、困惑に基づく取消しを「困惑取消し」、過量契約の取消しを「過量契約取消し」と称することがある。

(2) 要件

① **誤認取消し**とは、消費者契約の締結について勧誘をする事業者が、消費者に対し、重要事項について事実と異なることを告げること（不実告知)、将来における変動が不確実な事項について断定的判断を提供すること（断定的判断の提供)、または消費者の不利益となる事実を故意又は重大な過失によって告げないこと（不利益事実の不告知）をし、その結果、消費者が誤認し、これによって当該消費者契約の申込み又は承諾の意思表示をしたときに認められる意思表示の取消しをいう（消費者契約法4条1項・2項)。

誤認取消しは、民法上の詐欺において厳格に要求される要件（とりわけ欺罔の故意）を充足しない場合であっても、上記の誤認要件――すなわち、事業者の一定の不当な勧誘行為、消費者の誤認、意思表示、因果関係――が認められれば足りる点に特徴がある。その意味で、消費者による誤認と関連する事業者の不当な勧誘行為により契約を締結するに至った消費者にとって、契約を解消する重要な法的手段となっている。

② **困惑取消し**とは、民法上の強迫に至らない場合であっても、消費者契約法第4条第3項所定の困惑要件を充足する場合に認められる意思表示の取消しをいう。同条第3項は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をす

るに際し、同項各号（1 号から 10 号まで）に掲げる行為をし、その結果、消費者が困惑し、それによって消費者契約の申込み又は承諾の意思表示をしたときには、これを取り消すことができる旨を定めている。同項各号に掲げられる行為類型は、大きく三つに整理することができる。すなわち、第一に、消費者の住居・業務場所から退去しないことまたは消費者の退去を妨げることにより、当該消費者を物理的に拘束し、心理的圧迫を加えて困惑させる行為、第二に、消費者の不安をあおる告知をする行為、第三に、契約締結前に契約上の義務の履行または契約に関する事業活動を実施する行為である。困惑取消しは、民法上の強迫取消しの要件を充たさない場合であっても、法が列挙する困惑行為類型に該当すれば認められる点において、民法上の強迫取消しよりも広い射程を有する。

③　**過量契約取消し**とは、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該契約の目的となる物品、権利、役務などの分量、回数又は期間が、消費者契約として通常想定される分量等を著しく超えるものであることを知りながら勧誘し、その結果、消費者が当該消費者契約（過量契約）を締結した場合に認められる意思表示の取消しをいう（消費者契約法 4 条 4 項）。

（3）効果

誤認取消し、困惑取消しおよび過量契約取消しの場合に消費者に認められる取消権は、意思表示の詐欺または強迫に基づく民法上の取消権と同様の性質を有するものである。そして、取消しの効力について消費者契約法に特則が置かれていない事項については、民法および商法の規定による（消費者契約法 11 条 1 項）。

民法上の取消しは、初めから無効であったものとみなされる（日本民法 121 条）。取消しの時点において既に給付がなされている場合には、不当利得の問題が生じ、当事者は相互に原状回復義務を負うのが原則である（日本民法 121 条の 2 第 1 項）。もっとも、給付を受けた当時、消費者が取消しの原因となる事実を知らなかったとき（当該取消しの原因について善意であったとき）は、当該消費者は、その消費者契約によって現に利益を受けている限度（現存利益）において返還義務を負うにとどまる（消費者契約法 6 条の 2）。これは、原状回復義務の原則を定めた改正民法第 121 条の 2 第 1 項の新設に

対応する特則である[20]。

取消権の行使期間についても、民法に対する特則が設けられている。すなわち、取消権は、追認をすることができる時から1年間（いわゆる霊感商法に係る告知の場合には3年間）行使しないときは、時効によって消滅し、また、契約締結の時から5年（同告知の場合には10年）を経過したときも同様である（消費者契約法7条1項）。これは、取消権は追認をすることができる時から5年間行使しないとき、または行為の時から20年を経過したときは時効によって消滅するとする日本民法第126条に比して、より短期の特則を定めるものである。

さらに、消費者が意思表示を取り消した場合であっても、その取消しは善意かつ無過失の第三者に対抗することができない（消費者契約法4条6項）。この点は、詐欺による意思表示の取消しにつき、善意かつ無過失の第三者に対抗することができないとする日本改正民法第96条第3項と同趣旨である[21]。

以上のとおり、消費者取消権に基づく意思表示の取消しは契約を遡及的に無効とするものであり、取消権の行使により、契約の拘束力の前提となる契約関係は最初から存在しなかったものとして扱われる。要するに、消費者取消権は契約の拘束力に対する例外を構成する契約解消事由に当たる。

2　消費者撤回権

消費者撤回権とは、法が定める特定の取引・契約類型において、一定期間内に限り、消費者に無条件で契約関係から離脱することを認める権利をいう。例えば、訪問販売業者による執拗かつ巧妙な勧誘により契約を締結した場合や、自らの経済状況を十分に考慮することなく高額商品を衝動的に割賦

(20)　この特則は、無償行為が無効（取消し）となる場合に現存利益返還義務の特則を定める日本改正民法第121条の2第2項と同旨である。

(21)　日本の改正前民法では「善意の第三者」に対抗できないとされており（改正前民法96条3項）、消費者契約法も同旨であった（旧4条6項）。しかし、日本の改正前民法は「善意かつ無過失の第三者」に対抗できない旨に改正され（改正民法96条3項）、消費者契約法も同旨に改正された（現行4条6項）。

購入した場合などにおいて、いわゆる熟慮期間（cooling-off）を付与し、その期間内に契約の解消を可能とすることによって消費者を保護しようとする趣旨に基づく権利である。関連制度を示す用語としては、「申込みの撤回又は（契約の）解除」（日本法）、「申込みの撤回及び（契約の）解除」（韓国法）[22]、「申込みの撤回」（韓国法）、「（契約の）解除」（日本法）などが用いられている。他方、実務および学説上は、日本においては「クーリング・オフ（cooling-off）」という用語が一般的に用いられ、韓国においては「請約（申込み）撤回権」「撤回権」「契約撤回権」「消費者撤回権」など多様な用語が用いられている。本稿では、「申込み」の撤回というよりも、すでに成立した契約の解消を認める消費者の独立した権利であり、かつ一般的な解除権とは異なり、特定の取引類型に限定され、ごく短い撤回期間内でのみ行使できるなどの固有の特徴を有する権利であることを踏まえ、「消費者撤回権」という用語を用いることとする。

日本および韓国においては、特別法により、多様な取引・契約類型において消費者撤回権が認められている。

（1）日本

日本において消費者撤回権（いわゆるクーリング・オフの権利）を認める主な法律としては、特定商取引に関する法律（訪問販売、電話勧誘販売、連鎖販売取引、特定継続的役務提供、業務提供誘引販売取引、訪問購入等）、割賦販売法、預託等取引に関する法律、宅地建物取引業法、保険業法、ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律、金融商品取引法（投資顧問契約）、および不動産特定共同事業法（不動産特定共同投資契約）などがある。これらの法律は、一定の取引類型について、おおむね書面受領日から 8 日ないし 20 日程度の撤回期間を定め、その期間内に消費者が申込みを撤回し、または契約を解除することにより契約関係から離脱することを認めている。

一方、通信販売については、2008 年の「特定商取引に関する法律」の改正により、消費者撤回権制度と類似するものとして、いわゆる「返品権」制

（22）「申込みの撤回又は解除」や「申込みの撤回及び解除」は、「申込みの撤回等）」と略して表現することもある。

度が導入された（同法 15 条の 3）[23]。同条によれば、通信販売により商品等を購入した者は、商品の引渡しの日又は特定権利の移転の日から 8 日以内であれば、「申込みの撤回又は契約の解除」をすることができ、商品等を返品することが可能である。もっとも、販売業者が「申込みの撤回又は契約の解除をすることができない旨」の特約を広告に表示している場合には、当該返品は認められない。したがって、この場合の返品権は、消費者撤回権が任意規定として認められている場合に相当するものと理解される。ゆえに、その実質は同じであるが、法律により強行的に認められていない点において、消費者撤回権とはその法的性質をやや異にする権利であるといえる。

（2）韓国

韓国において消費者撤回権が認められている主な法律としては、訪問販売等に関する法律（訪問販売、電話勧誘販売、多段階販売、後援訪問販売）、割賦取引に関する法律、電子商取引等における消費者保護に関する法律（以下「電子商取引法」という）、および金融消費者保護法などがある。このうち特に注目すべきは、「電子商取引法」および「金融消費者保護法」による消費者撤回権である。「電子商取引法」は、その制定当初（2002 年）から、通信販売（電子商取引を含む）による物品等の取引について消費者撤回権を広く認めている。他方、2020 年に制定された「金融消費者保護法」は、金融消費者が金融商品販売業者等（金融商品販売業者または金融商品諮問業者）との間で締結する保障性商品、投資性商品、貸付性商品に関する契約および金融商品諮問契約について、広く消費者撤回権を認めている。

前者（電子商取引法）は、特に電子商取引の場合、電子的方式による契約締結の特質、すなわち実物を直接確認することなく契約が締結される点、および瞬時かつ容易に契約が成立し得るという技術的特性から誤りが生じやすいという事情を踏まえ、他の通信販売と同様、消費者撤回権を認めている[24]。これに対し後者（金融消費者保護法）は、訪問販売や通信販売といっ

（23）　中田邦博・鹿野菜穂子『基本講義 消費者法［第 4 版］』（日本評論社、2020 年）143 頁参照（宮下修一）。

（24）　日本では、通信販売の場合、消費者が広告等を十分に検討した上で契約を締結し得ることから、「不意打ち性」を欠くとされ、任意規定的性格を有する返品権制度が導入され

た特定取引類型を問うことなく、金融商品販売等に関する消費者契約であれば広く消費者撤回権を認めることにより、従来型の消費者撤回権よりもその認定要件を大幅に緩和した点に特徴がある。

1)「電子商取引法」上の通信販売

通信販売における消費者撤回権は、旧訪問販売法においても認められていたが、2002 年に同法中の「通信販売」に関する部分を分離し、「電子商取引」に関する内容を加えて制定された「電子商取引法」において、現在のような体系に整備された。同法は、通信販売全般（電子商取引を含む）を対象とする消費者撤回権の要件（17 条）および効果（18 条）について詳細な規定を置き、さらにこれらの規定が消費者保護のための片面的強行規定である旨を明示している（35 条）。

①　撤回期間

通信販売業者との間で財貨又は役務（一定の施設を利用し又は役務の提供を受けられる権利を含む）の購入（または提供）契約を締結した消費者は、原則として契約書面を受領した日（書面受領より財貨等の供給が遅れた場合には、財貨等を受領した日又は供給が開始された日）から 7 日 (25) 以内に、当該契約について撤回権を行使することができる（17 条 1 項）。

②　撤回権の行使および制限

もっとも、消費者の責めに帰すべき事由により財貨等が滅失又は毀損した場合（内容確認のために包装等を毀損した場合を除く）、消費者の使用又は一部消費により財貨等の価値が著しく減少した場合などには、撤回権の行使は制限される（17 条 2 項本文）(26)。この場合、財貨等の毀損について消費者の責

たと説明されている（中田・鹿野・前掲注（23）143 頁）。

(25)　ただし、通信販売業者の住所変更等により撤回権を行使できない場合には、通信販売業者の住所を知った日又は知り得た日から 7 日、撤回権行使に対する妨害行為がある場合には、その妨害行為が終了した日から 7 日である。

(26)　消費者撤回権の行使が制限される事由は次のとおりである（17 条 2 項）。①消費者の責めに帰すべき事由により財貨等が滅失又は毀損した場合（ただし、財貨等の内容確認のために包装等を毀損した場合を除く）、②消費者の使用又は一部消費により財貨等の価値が著しく減少した場合、③時間の経過により再販売が困難な程度に財貨等の価値が著しく減少した場合、④複製が可能な財貨等の包装を毀損した場合、⑤役務又はデジタルコンテンツの提供が開始された場合（ただし、可分的役務又は可分的デジタルコンテン

任の有無、契約締結の事実および時期、財貨等の供給事実およびその時期等について争いがあるときは、通信販売業者がこれを証明しなければならない（17条5項）。

また、通信販売業者は、第17条第2項第2号から第5号（②～⑤）までの事由により撤回権の行使が制限される財貨等については、その旨を包装その他消費者が容易に認識できる場所に明確に表示するなどの措置を講じなければならず（17条6項）、これを怠った場合には、当該制限事由に該当しても撤回権の行使が可能となる（17条2項但書）。

③　撤回の効力発生および効果

撤回の意思表示を書面で行う場合、その効力は書面を発送した日に発生する（発信主義、17条4項）。

消費者が撤回権を行使した場合、（契約成立後は）契約は遡及的に消滅するものと解され、当事者は原状回復義務を負うこととなる（解除に類似する効果）。同法はこの点について次のような特則を設けている。

消費者は供給を受けた財貨等を返還しなければならず（18条1項）、通信販売業者は財貨等の返還を受けた日から3営業日以内に既受領代金を返還しなければならない（返還が遅延した場合には遅延賠償金を支払わなければならない）（18条2項）。

財貨等が一部使用又は一部消費された場合でも、その価値が著しく減少していない限り返還は可能であるが、この場合、通信販売業者は、消費者が得た使用利益又は供給に要した費用相当額の支払を請求することができる（18条8項）。財貨等の返還に要する費用は消費者が負担し、通信販売業者は撤回を理由として違約金又は損害賠償を請求することはできない（18条9項）。

さらに、代金支払がクレジットカード会社等を通じて行われた場合、通信販売業者は遅滞なく当該決済業者に対し代金の請求停止又は取消しを求めな

ツで構成された契約では、提供が開始されていない部分については可能）、⑥消費者の注文により個別に生産される財貨等又はこれに類する財貨等について申込みの撤回等を認めると通信販売業者に回復不能な重大な被害が予想される場合であって、事前に当該取引につき別途その事実を告知し、消費者の書面（電子文書を含む）による同意を得た場合。

ければならず、既に代金を受領している場合にはこれを遅滞なく決済業者に返還しなければならない。代金の返還を受けた決済業者は、遅滞なくこれを消費者に返還し、又は返還に必要な措置を講じなければならない（以上 18 条 3 項～ 7 項）。また、通信販売業者、財貨等の代金を受領した者、又は消費者との間で通信販売契約を締結した者が同一人でない場合には、各当事者は、撤回権の行使に伴う財貨等の代金の返還に関する義務の履行について、連帯して責任を負う（18 条 11 項）。

④　特徴

通信販売における消費者撤回権に関する韓国法の特徴として、ⅰ）役務およびデジタルコンテンツについても給付提供前であれば撤回権行使が可能であること、ⅱ）財貨等が一部使用・消費された場合でも、その価値が著しく減少していない限り、使用利益または費用相当額の負担を条件とした撤回権行使が認められること、ⅲ）第三者決済を含む代金返還の法律関係を詳細に規律し、消費者被害の発生を防止するための配慮がなされていること、が挙げられる。

このように、通信販売における消費者撤回権が広く認められている結果、契約の拘束力は相当程度緩和されている側面がある。他方で、契約締結後であっても撤回（契約の解消）が可能であるとの消費者の信頼が確保されることにより、関連取引がむしろ活性化している側面も指摘し得よう。

2）「金融消費者保護法」上の金融商品販売等に関する契約

2020 年に制定された「金融消費者保護法」により、金融商品販売および金融商品諮問に関する契約において、強行的効力を有する消費者撤回権が認められるに至った（それ以前は、保険業法においてのみ認められていた）。消費者撤回権は、一般金融消費者が金融商品販売業者と締結する金融商品販売契約および金融商品諮問業者と締結する金融商品諮問契約（以下「金融商品販売契約等」という）について認められる。金融商品販売契約の対象となる金融商品には、保障性商品（保険取引）、投資性商品（証券取引）、貸付性商品（銀行取引）が広く含まれる（大統領令により一部除外される金融商品がある）。

①　消費者の範囲

消費者撤回権は、「一般金融消費者」に限って認められる。金融消費者保護法上の「金融消費者」とは、金融商品に関する契約の締結における金融商品販売業者との取引の相手方又は金融商品諮問業者の諮問業務の相手方をいうとされ、これには「専門金融消費者」と「一般金融消費者」とが含まれる（2条8号）。ここで、「専門金融消費者」とは、「国家、韓国銀行、金融会社、株式上場法人、その他金融商品に関する専門性又は資産規模等に照らして金融商品に関する契約に伴う危険を負担する能力を有する金融消費者であって、金融商品の類型別に大統領令で定める者」をいう（2条9号）。これらを除いた金融消費者が「一般金融消費者」である（2条10号）。もっとも、専門金融消費者のうち大統領令で定める者が、一般金融消費者と同様の待遇を受ける旨を書面により金融商品販売業者等に通知した場合、金融商品販売業者等は正当な理由がない限りこれに同意しなければならず、同意がなされた場合には当該金融消費者は一般金融消費者とみなされる（2条9号但書）。したがって、同法における一般金融消費者の範囲は、事業を営まない自然人に限定されず、専門金融消費者に当たらない一定の法人および団体も含まれる。

②　撤回期間

金融商品販売業者等との間で、大統領令で定める保障性商品、投資性商品、貸付性商品の販売契約又は金融商品諮問契約について申込みをした一般金融消費者は、次の各号に定める期間（当事者間でこれより長い期間を約定した場合にはその期間）内に撤回権を行使することができる（46条1項）。

（ⅰ）保障性商品：保険証券を受領した日から15日および申込みの日から30日のうち、いずれか早く到来する期間

（ⅱ）投資性商品・金融商品諮問契約：契約書類の提供を受けた日（契約書類がない場合は契約締結日）から7日

（ⅲ）貸付性商品：契約書類受領日（契約書類がない場合は契約締結日。ただし契約に基づく金銭・財貨・役務の給付がそれより遅れる場合にはその給付日）から14日

③　撤回の効力発生

一般金融消費者が撤回権を行使した場合、保障性商品・投資性商品に関する金融商品販売契約又は金融商品諮問契約については、撤回の意思を表示した書面（電子文書を含む）を発送した時に効力が生ずる（46 条 2 項 1 号）。他方、貸付性商品に関する金融商品販売契約については、撤回の意思を表示した書面を発送することに加え、一般金融消費者が既に供給を受けた金銭・財貨・役務（既に提供された役務を除き、一定の施設を利用し又は役務の提供を受けられる権利を含む）、金銭に対する利息および金融商品販売業者等が第三者に支払った手数料を返還した時に、撤回の効力が生ずる（同 2 号）。これは、貸付契約においては消費者が契約の締結後に金銭等の給付を受けることが多いことから、その返還を撤回の効力発生の要件とする趣旨である。なお、保障性商品の場合、撤回権行使時に既に保険金支払事由が発生しているときは、撤回の効力は生じない。ただし、一般金融消費者が保険事故の発生を知りながら撤回権を行使した場合はこの限りでない（46 条 5 項）。

④　撤回の効果

一般金融消費者が撤回権を行使し、その効力が発生した場合、金融商品販売業者等は、撤回の意思表示を受領した日から 3 営業日以内に、一般金融消費者から受領した金銭・財貨・役務（貸付性商品の場合には手数料を含む）を返還しなければならず、返還が遅延した場合には、遅延賠償金を支払わなければならない（46 条 3 項）。また、撤回権が行使された場合、金融商品販売業者等は、撤回を理由として損害賠償又は違約金等の支払を請求することができない（46 条 4 項）。消費者撤回権に関する規定は、一般金融消費者のための片面的強行規定である（46 条 6 項）。

3　解約強制――解約要求権

(1) 意義

韓国の「金融消費者保護法」は、消費者撤回権以外に「解約要求権」という新たな類型の権利を金融消費者（専門金融消費者および一般金融消費者）に認めている。この権利は、金融商品販売業者等が同法の定める一定の営業行為規制に違反して金融商品に関する契約を締結した場合に、金融消費者が一

定期間内に当該契約の解約（将来効のある解除）を要求することができ、金融商品販売業者等は正当な事由がない限りこれを受諾しなければならないという効果を有する権利である。解約の受諾は、解約の要求（申込み）に対する承諾と解し得るから、その結果、合意による契約の解約（合意解約）が成立することを意味する。そして、金融商品販売業者等は正当な事由がない限り受諾を拒むことができないため、合意解約が実質的に強制される構造を有する。したがって、本制度は、「締約強制」（契約締結強制）(27)になぞらえて、「解約強制」と表現することができよう。締約強制が契約締結の自由に対する例外または制限事由の一つであるのと同様に、解約強制は契約の拘束力に対する例外または制限事由の一つとして位置づけられる。

（2）要件

金融消費者は、ⅰ）金融商品販売業者等が金融消費者保護法上の「一定の営業行為規制」に違反して、ⅱ）「大統領令で定める金融商品」に関する契約を締結した場合、契約締結日から5年以内であって、違反事実を知った日から1年以内の期間内に、書面により当該契約の解約を要求することができる（47条1項前段）。金融商品販売業者等は、解約要求を受けた日から10日以内に、受諾の可否を金融消費者に通知しなければならず、拒絶する場合にはその理由を併せて通知しなければならない（同後段）。金融商品販売業者等が正当な事由なしに解約の要求に応じない場合には、金融消費者は当該契約を解約することができる（同条2項）。

ここで「**一定の営業行為規制**」とは、具体的には、第17条第3項（適合性原則）、第18条第2項（適正性原則）、第19条第1項・第3項（説明義務）、第20条第1項（不公正営業行為の禁止）、第21条（不当勧誘行為の禁止）をいう。前3者は一般金融消費者を対象とする規制であり、後2者は金融消費者一般を対象とする規制である。また、「**大統領令で定める金融商品**」とは、（販売代理・仲介業者を除く）金融商品直接販売業者又は金融商品

(27)　締約強制の例として、土地の所有者（地上権設定者）の地上物買取請求権（日本民法269条1項但書、韓国民法285条2項＝地上権者に対する締約強制）を挙げることができる。さらに住宅の賃貸借における賃借人の契約更新要求権（韓国住宅賃貸借保護法6条の3）も、賃貸人に対する締約強制の例と解される。

諮問業者との間で継続的取引が行われ、解約時に金融消費者に財産的不利益が発生する金融商品をいい、金融委員会が定めて告示する一定の金融商品[28]は除外される（施行令 38 条 1 項）。

金融消費者は、解約を要求する場合、金融委員会が定める解約要求書に違反事実を証明する書類を添付して金融商品直接販売業者又は金融商品諮問業者に提出しなければならない（施行令 38 条 3 項 1 文）。「自動車損害賠償保障法」に基づく責任保険等、法律上加入義務が課され、解約についても当該法律に従うべき保障性商品について解約を要求する場合には、同種の他の保険に加入していなければならない（施行令 38 条 3 項 2 文、告示 31 条 3 項）。

(3) 効果

金融消費者の解約要求に対し、金融商品販売業者等は正当な事由がない限りこれを受諾しなければならない（解約強制、47 条 1 項・2 項）。この場合、合意解約の効果が生じ、当該契約は将来に向かって消滅する。もっとも、正当な事由がある場合には解約要求を拒絶することができ、その場合契約は維持される。「正当な事由」の具体的内容については大統領令に規定されている（47 条 4 項）[29]。解約要求権の行使により契約が解約された場合、金融商品直接販売業者等は、手数料、違約金など解約に関連する費用を請求することができない（47 条 3 項）。

---

(28)　オンライン投資連系金融業者（P2P 金融運営者）との契約、韓国ウォン表示の譲渡性預金証書、標紙手形（金融機関が企業発行の商業手形や貿易手形等を基礎に自己名義で新たに発行し、一般投資家に販売する手形）など（「金融消費者保護に関する監督規定（告示）」31 条 1 項）。

(29)　金融商品販売業者等が金融消費者の解約要求を拒絶し得る「正当な事由」の範囲は次のとおりである（施行令 38 条 4 項）。①（金融消費者が）違反事実に関する根拠を提示せず、又は虚偽に提示した場合、②契約締結当時は違反がなかったにもかかわらず、金融消費者が契約締結後の事情変更により違反を主張する場合、③金融消費者の同意を得て違反事項を是正した場合、④金融商品販売業者等が解約要求を受けた日から 10 日以内に、法違反がないことを確認するために必要な客観的・合理的根拠資料を金融消費者に提示した場合（告示）、⑤金融消費者が、金融商品販売業者等の行為に法違反があることを契約締結前に知っていたとみられる明白な事情がある場合（告示）。

Ⅲ　近時の民法（契約法）改正（議論）における契約解消要件の緩和

1　錯誤取消し

(1) 日本改正民法

1) 概観

改正前民法第95条の錯誤規定は、「要素の錯誤」を無効とする本文と、表意者に重大な過失があるときはその無効を主張することができないとする例外とから構成される、極めて簡潔な構造を有していた(30)。これに対し、改正民法第95条は、構造および内容の両面において全面的な改正が行われた。主な改正事項は、次の三点に整理することができる(31)。すなわち、第一に、いわゆる「動機の錯誤」についても、表示要件の充足を前提として、「表示上の錯誤」と同様に取消しが可能であることを明確にした点、第二に、錯誤の効果を無効から取消しへと変更し、さらに錯誤による取消しは善意無過失の第三者に対抗できないことを明確にした点、第三に、表意者に重大な過失がある場合であっても、相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らなかった場合、もしくは相手方も同一の錯誤に陥っていた場合には取消しが可能であることを明確にした点、である。このうち、第二の改正は錯誤の効果に関するものであり、取引安全との調整を図ったものであるのに対し、第一および第三の改正は、錯誤による意思表示の取消し（錯誤取消し）の要件に関わる改正である。以下では、後者（第一および第三の改正）について敷衍する。

2) 錯誤取消しの要件①――動機の錯誤（基礎事情の錯誤）の表示

従来の錯誤理論においては、錯誤は「表示行為の錯誤」と「動機の錯誤」とに大別され、前者はさらに「表示上の錯誤」と「表示行為の意味に関する錯誤（内容の錯誤）」に区分されていた。表示上の錯誤とは、誤談、誤記、

(30)　内田・前掲注（7）72頁。

(31)　鎌田薫・加藤新太郎・松本恒雄編『債権法改正講座 第1巻 総論・総則』（日本評論社、2024年）136～137頁（鹿野菜穂子）。

誤入力のように、表示に対応する意思を欠く場合をいう。また、表示行為の意味に関する錯誤は、例えば、英国ポンドと米国ドルの価値が同じであると誤信して金額を表示した場合の錯誤であって、この場合も、表示に対応する意思を欠くものとして理解されてきた(32)。これに対し、動機の錯誤とは、効果意思を形成する過程に事実誤認があるが、表示に対応する意思自体は存在する場合の錯誤をいう。例えば、ある絵画の作者および価値について誤信して高価で購入した場合であっても、当該価格で当該絵画を購入する意思自体は存在する、と理解された(33)。このような区別を前提として、改正前民法第 95 条は表示に対応する意思を欠く錯誤に関する規定であり、したがってその効果は無効とされていた。他方、実務上紛争の大半を占める動機の錯誤については、取引安全の重視という観点から一定の要件を充たす場合を除き同条の適用はないと解されてきた（いわゆる錯誤二元論）(34)。

改正民法においては、当初、表示行為の錯誤と動機の錯誤を明文上第 1 項の第 1 号と第 2 号と区別して規定することが構想されていた(35)。しかし、「表示行為の意味に関する錯誤」と「動機の錯誤」との区別可能性に疑問が呈され、立法過程における議論を経て、最終的には次のような整理に至った。第 1 号は、「意思表示に対応する意思を欠く錯誤」と規定された。これは表示行為の錯誤のうち、表示に対応する意思が欠如している点について異論のない場合である「表示上の錯誤」を意味する（95 条 1 項 1 号）。第 2 号は、「表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤」と規定され、いわゆる「基礎事情の錯誤」という概念が採用された（同第 2 号）。この概念は、中間試案で提案された動機の錯誤に関する表現（「目的物の性質、状態その他意思表示の前提となる事項についての錯誤」）を使用することなく、第 1 号の錯誤との区別を明確にするため(36)、同時に立法準

(32)　以上、従来の錯誤理論による錯誤の類型について、内田・前掲注（7）73 頁を参照。
(33)　内田・前掲注（7）73 頁。
(34)　内田・前掲注（7）73 ～ 74 頁。
(35)　商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（2013 年）15 ～ 16 頁；内田・前掲注（7）77 頁。
(36)　内田・前掲注（7）77 ～ 79 頁。

備が進められていた「事情変更の法理」に用いられた「法律行為の基礎とした事情」という文言を援用したものである(37)。基礎事情の錯誤は、従来の「動機の錯誤」よりも広い概念であり、いわゆる「表示行為の意味に関する錯誤」も含み得ると解されている(38)。例えば、「英国ポンドと米国ドルの価値が同じであると誤信して金額を表示した場合」においても、契約の対価を決定する通貨の価値は「法律行為の基礎とした事情」に当たると解し得るため、文言上は第2号に含まれることになる(39)。

さらに、第95条第2項は、第1項第2号の錯誤による取消しは「その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていたときに限り」認められると規定する。これは、従来の判例法理が採用してきた「動機表示定式」（動機が表示され法律行為の内容となった場合に限り第95条が適用される）(40)をそのまま条文化したものではない。この点につき、従来の判例法理が維持されていると理解する立場（内容化重視説）(41)と「表示」を相手方の信頼保護のための認識可能性と結びつける立場（表示重視説）(42)とが対立している。いずれの解釈論に立つとしても、第1号の錯誤（表示上の錯誤）および第2号の錯誤（基礎事情の錯誤）は、いずれも因果関係（錯誤に基づく意思表示）および重要性（法律行為の目的および取引上の社会通念に照らして重要であること）の要件を充足しなければ、取消しは認められない（95条1項柱書）。しかしながら、表示重視説によれば、法律行為の基礎とした事情（動機）が表

(37)　内田・前掲注（7）79頁。
(38)　内田・前掲注（7）79頁。
(39)　内田・前掲注（7）79～80頁。
(40)　最判平元・9・14月家41巻11号75頁；最判平28・1・12民集70巻1号1頁など。ただし、「動機の表示」の意味についての判例の態度は、「動機の表示＋法律行為の内容化」だけでなく多様であった点については、松岡久和・松本恒雄・鹿野菜穂子・中井康之編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020年）58～60頁（鹿野菜穂子）を参照。
(41)　鹿野・前掲注（40）62頁；潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（金融財政事情研究会、2015年）8頁；山野目章夫『新しい債権法を読みとく』（商事法務、2017年）47頁；角田美穂子「法律行為」大村敦志＝道垣内弘人編『民法改正のポイント』（有斐閣、2017年）20頁など。
(42)　内田・前掲注（7）79～80頁；四宮・能見・前掲注（12）255頁など（潮見・前掲注（41）9頁もこの解釈の可能性を認める）。

示され、錯誤について相手方に認識可能性が肯定されれば取消しが認められ得るため、法律行為の基礎とした事情（動機）が表示され、意思解釈を経てその事情が法律行為の内容になっていると認められる必要があった従来の内容化重視説よりも、取消しの要件は緩和されることになる。

以上を要するに、改正民法においては、「動機の錯誤」は「基礎事情の錯誤」の中に包摂される形で明文化され（95 条 1 項 2 号）、さらに、基礎事情の錯誤については、その事情が法律行為の基礎となっていることが表示されている場合に限り取消しが認められる旨が規定された（同条 2 項）。「表示」の意味については、従来の判例法理を変更するものではないことが確認されているが[43]、動機の表示に加えて法律行為の内容化までを要件とすべきか否かについては、なお解釈が分かれている。確かに、事案に応じた柔軟な解釈の余地[44]が残されており、従来の多様な判例理論を承継する構造であると評価することも可能である。その意味では、要件の変更に過度の意義を見出すべきではないとする立場も成り立ち得よう。しかしながら、少なくとも条文上は、中間試案が「動機が法律行為の内容となっていること」を要件としていたのとは異なり、「動機が法律行為の基礎となっていることが表示されていること」のみを要件とする構造に改められている。したがって、その限度においては、従来の動機表示定式ないし内容化重視説に比して、錯誤取消しの要件が緩和されたと評価する余地も生じたと考えられる[45]。実務的には、動機の錯誤に関する規定が明文化されたことにより、従来は解釈によって認められてきた動機の錯誤について、その取消しが法律の明文に基づいてより安定的に認定され得ることとなり、表意者保護の観点から一定の前進が期待されているという評価[46]もみられる。今後の判例法理の展開が注目さ

（43）　鹿野・前掲注（40）62 頁；内田貴『民法改正のはなし』（民事法務協会、2020 年）103 頁；潮見・前掲注（41）8 頁など。

（44）　平野裕之『新債権法の論点と解釈［第 2 版］』（慶應義塾大学出版会、2021 年）37 頁以下。

（45）　大中有信「意思表示」潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫編『詳解改正民法』（商事法務、2018 年）27 頁は、改正民法は「法律行為の内容化要件」の代わりに「法律行為の基礎化要件」に換えられたとする。

（46）　日本弁護士連合会編『実務解説・改正債権法』（弘文堂、2017 年）13 頁。

れるところである。

なお、動機の錯誤との関係では、中間試案の段階において、いわゆる「惹起型（不実表示型）錯誤」の立法化が提案されていた。すなわち、表意者の動機の錯誤が「相手方が事実と異なることを表示したことによって生じた場合」には、因果関係および重要性の要件を充足することを前提として取消しを認めるべきである、との提案である(47)。この提案は、「消費者契約法」や「特定商取引法」における不実告知法理を一般化する趣旨を有するものであり、従来の裁判実務においても一定程度認められてきた法理を明文化しようとするものであった(48)。しかし、経済界の反対により、最終的に条文化には至らなかった(49)。

もっとも、改正民法の解釈論としては、相手方の表示または言動によって動機の錯誤が誘発された場合には、第95条第2項の表示要件は充足されたものとして取り扱い、錯誤取消しの可否を判断すべきであるとする見解が有力である(50)。この見解によれば、改正民法における基礎事情の錯誤の中には、惹起型錯誤も含まれ得ることになる。

3）錯誤取消しの要件②――表意者の重過失と取消しの例外的許容

錯誤が表意者の重大な過失（重過失）による場合、原則として取消しは認められない。しかし改正民法は、次の二つの場合には例外的に取消しを認める（95条3項）。すなわち、相手方が表意者の錯誤を知り、又は重大な過失により知らなかった場合（相手方の悪意又は重過失）や、相手方も表意者と同一の錯誤に陥っていた場合（共通錯誤）である。前者では相手方に意思表示の有効性に対する正当な信頼がないため、後者では契約の効力を維持して

---

(47)　中間試案の補足説明・前掲注（35）13頁。

(48)　詳細は鹿野・前掲注（40）67～69頁。

(49)　内田・前掲注（7）85頁。

(50)　内田・前掲注（7）85頁。第2項の文言が、「法律行為の基礎となった事情が表示された場合」のように受動態で規定されていることから、表示の主体が表意者であるか相手方であるかを問わずにこの要件を充足し得る。したがって、相手方によって法律行為の基礎となる事情（動機）が表示された場合であっても、表意者の意思表示の取消し可能性が認められると解する見解（大中・前掲注（45）26～27頁）も同趣旨である。

相手方を保護する必要が乏しいためである[51]。

これらはいずれも改正前から解釈上認められていた法理の明文化であり[52]、立法過程においても大きな反対なく容易に立法が実現しているが[53]、条文化の実務上の意義は小さくない。錯誤（動機の錯誤が表示された場合も同様）が因果関係および重要性要件を充たす場合であっても、重過失により取消しが制限される場面は少なくない。そのような場合にも、上記二つの例外により取消しが可能となることが明確化されたことは、錯誤取消しの要件が緩和され、その限度において取消しの認定範囲が拡大され得ることを意味する[54]。したがって、これは立法による錯誤取消し要件の緩和ないし認定範囲の拡大の一例と評価することができよう。

（2）韓国民法（契約法）改正案

現行韓国民法	韓国民法（契約法）改正案
第 109 条（錯誤による意思表示） ①　意思表示は、法律行為の内容の重要部分について錯誤があるときは、これを取り消すことができる。ただし、その錯誤が表意者の重大な過失によるものであるときは、取り消すことができない。 ②　前項の意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。	**第 109 条（錯誤による意思表示）** ①　次の各号の錯誤による意思表示は、意思表示者が錯誤がなかったならば当該意思表示をしなかったであろうと合理的に認められるときは、これを取り消すことができる。 1. 意思表示の内容に対応する意思を欠く場合 2. 法律行為の必須的な基礎となった事情に関する錯誤 3. 相手方が誘発した錯誤

（51）　内田・前掲注（7）84 頁。
（52）　内田・前掲注（7）84 頁。
（53）　この点については、鹿野・前掲注（40）66 頁参照。
（54）　徐熙錫「日本錯誤法の現代化―日本改正民法（2017 年）における錯誤規定の検討―」法学研究第 62 巻第 3 号（2021 年 8 月）［韓国語］195 頁。

	②　錯誤が意思表示者の重大な過失によるときは、取り消すことができない。ただし、相手方がその錯誤を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。 ③　第1項による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

1）概観

現行韓国民法の規定は、日本の改正前民法と比較すると、「要素の錯誤」を「法律行為の内容の重要部分の錯誤」と言い換え、その効果を無効ではなく取消しとし、さらに善意の第三者保護規定を明文で付加した構造となっている。

2023年に構成された法務部民法改正委員会（委員長：梁彰洙・元大法官）は、民法のうち契約法部分（民法総則の法律行為部分を含め、学理上の契約法全般を包含する）の改正案を確定し、2025年2月7日に法務部はこれを立法予告した。その後、政治的事情等により政府案としての提出は遅延したが、2025年12月18日、法務部はその改正案をそのまま「民法一部改正法律案」として作成し、国会に提出した（以下、「民法（契約法）改正案」という）。現在、同改正案は国会審議中である。

民法（契約法）改正案は、日本の改正民法と同様に、錯誤の類型として「表示行為の錯誤」（改正案109条1項1号）(55)に加え、「基礎事情の錯誤」（同2号）を明文化した。また、表意者に重大な過失がある場合であっても、相手方がその錯誤について悪意又は重過失であるときには例外的に錯誤取消しを認める旨を規定している（改正案109条2項）。もっとも、日本改正民法とは異なり、基礎事情の錯誤について表示要件を別途規定していない。さらに、錯誤の類型として、「表示行為の錯誤」および「基礎事情の錯誤」に加

(55)　（この概念は）「表示上の錯誤」および「表示行為の意味に関する錯誤」を含むものとして構成された。

えて、「相手方が誘発した錯誤（誘発された錯誤）」（改正案 109 条 1 項 3 号）を独立の錯誤の類型として明示している。また、重大な過失がある場合の取消し制限の例外として、相手方の悪意又は重過失を規定しているが、日本法のような共通錯誤に関する明文規定は設けていない（改正案 109 条 2 項）。なお、上記三類型の錯誤による意思表示は、「意思表示者が錯誤がなかったならば当該意思表示をしなかったであろうと合理的に認められるとき」に取消しが可能であると規定されている（改正案 109 条 1 項柱書）。これは、錯誤取消しの要件としての重要性要件と因果関係要件を統合的に表現したものと説明されている[56]。

以下では、錯誤取消しの要件としての「基礎事情の錯誤」および「相手方が誘発した錯誤」について検討し（要件①）、続いて、表意者に重大な過失がある場合であっても取消しが認められる例外事由について検討する（要件②）。

2）錯誤取消しの要件①――動機の錯誤の明文化（基礎事情の錯誤・誘発された錯誤）

従来、韓国における通説は、ドイツ法の意思表示理論に依拠する錯誤類型論に立脚し、意思と表示の不一致が生じる表示行為の錯誤（いわゆる「表示上の錯誤」および「表示行為の意味に関する錯誤（内容の錯誤）」）は、直ちに「法律行為の内容の錯誤」（現行法 109 条 1 項）に該当すると解してきた。他方、いわゆる動機の錯誤については、それ自体としては法律行為の内容の錯誤には当たらないとするのが一般的立場であった。判例も、動機の錯誤について、「動機が表示され、意思表示の解釈上法律行為の内容となっていると認められる場合」に限り、現行民法第 109 条第 1 項の要件に従って取消しが可能であるとする立場を採ってきた。

民法（契約法）改正案第 109 条第 1 項は、錯誤の類型を三つに分けて規定する点に特徴がある。第 1 号は、従来の「意思と表示の不一致」に該当する錯誤類型、すなわち表示行為の錯誤（表示上の錯誤＋表示行為の意味に関する

(56)　法務部民法改正委員会『契約法改正理由書』（2025 年）［韓国語］208 頁（改正案第 109 条の改正趣旨）。

錯誤）を明文化したものである[57]。他方、第2号（基礎事情の錯誤）および第3号（誘発された錯誤）は、現在の判例法理のもとで考慮されている動機の錯誤の二類型を明文化したものといえる[58]。この二類型化は、諸外国の立法・判例およびモデル法も参照した結果である[59]。

①　基礎事情の錯誤

第2号において基礎事情の錯誤を錯誤類型として明示したことは、動機の錯誤を認めてきた判例法理を、比較法的にスイス債務法上のいわゆる「基礎錯誤（Grundlagenirrtum）」に相当するものとして把握した結果であると説明されている。すなわち、「動機が当事者の合意により給付義務を具体化する基礎事情として前提とされている場合には、その錯誤は取り消し得る」とする理解である（スイス債務法24条1項4号参照）。改正フランス民法第1132条ないし第1135条および日本改正民法第95条第1項第2号が、明示的に基礎事情の錯誤を取消し可能として動機の錯誤を規律していることも、重要な比較法的根拠として挙げられている[60]。

もっとも、この説明には疑問もある。動機が当事者の「合意」によって給付義務を具体化する基礎事情として前提とされたのであれば、その動機はすでに法律行為の内容に取り込まれているはずであり、その場合にはもはや「動機の錯誤」として規律される余地はなく、法律行為の内容の錯誤または契約責任の問題に帰着するはずだからである[61]。したがって、改正案が基礎事情の錯誤の意義を「動機が当事者の合意により給付義務を具体化する基礎事情として前提とされた場合の錯誤」と説明している点は、当事者間の「共通の了解」を通じて法律行為の基礎事情となった場合、あるいは意思表示の解釈上法律行為の内容となったと認められる場合の錯誤を意味するものと解するのが妥当であろう。いずれにしても、基礎事情の錯誤により意思表示を

（57）　法務部民法改正委員会・前掲注（56）207頁（改正案第109条の改正趣旨）。

（58）　法務部民法改正委員会・前掲注（56）207頁（改正案第109条の改正趣旨）。

（59）　詳細については、法務部民法改正委員会・前掲注（56）205～207頁（改正案第109条の改正趣旨）参照。

（60）　法務部民法改正委員会・前掲注（56）206頁（改正案第109条の改正趣旨）。

（61）　この点は、基礎事情の錯誤に関する表示要件（日本改正民法95条2項）との関係で、日本の法制審議会における審議過程でも論じられている。鹿野・前掲注（40）61頁参照。

取り消すために、「表示」は要件とされていない。この点は、日本改正民法が基礎事情の錯誤を認めつつ、その要件として「表示」（95 条 2 項）を明文で規定していることと関連し、日本改正民法との重要な相違点である。

②　相手方が誘発した錯誤（誘発された錯誤）

一方で、第 3 号において「相手方が誘発した錯誤」を独立の類型として規定したことは、判例法理の形成および学説の支持、さらには比較法的検討（オーストリア民法 871 条、オランダ民法 6:228 条 1 項（a）、PECL 4:103 条 1 項（a）（i）、PICC 3.2.2 条 1 項（a）、英米法上の不実表示法理等）を踏まえたものである [(62)]。誘発された錯誤を錯誤の一類型として明文化した点は、日本改正民法と異なるが、日本法においても、解釈論上、いわゆる惹起型錯誤は表示要件（改正民法 95 条 2 項）を媒介として基礎事情の錯誤に包摂し得ると解されていることを踏まえれば、実質的差異はそれほど大きくない [(63)]。誘発された錯誤（惹起型錯誤）の類型化は、とりわけ相手方の不実表示（不正確な情報提供）により表意者が誤った認識を形成し、それが法律行為の基礎となった場合に、表意者を保護する重要な法的手段となり得る。

以上のように、韓国民法（契約法）改正案は、現行法上「法律行為の内容の錯誤」を表示行為の錯誤と理解する前提に立ちつつ、動機の錯誤の二類型（基礎事情の錯誤および誘発された錯誤）を新たに錯誤類型として追加している。これは判例法理の明文化であるという点では実質的変化をもたらすものではないとも評価し得るが [(64)]、動機の錯誤を明文で錯誤類型に位置づけたと

（62）　法務部民法改正委員会・前掲注（56）206 頁（改正案第 109 条の改正趣旨）。

（63）　日本改正民法では、惹起型錯誤（誘発された錯誤）が表示要件（改正民法 95 条 2 項）を充足する場合には、基礎事情の錯誤として因果関係および重要性要件を経て意思表示の取消しが可能となる（改正民法 95 条 1 項 2 号）。これに対し、韓国の民法（契約法）改正案では、表示要件または共通了解（もしくは内容化）要件を充足することなく、表意者の意思表示が相手方によって誘発された錯誤によるものであること（改正案 109 条 1 項 3 号に当たること）さえ認められれば、因果関係および重要性要件を経て意思表示が取り消され得る点で、日本改正民法より要件が緩和されている。しかし、実質的な差異は大きくなかろう。

（64）　ただし、基礎事情の錯誤を、上記理由書のように「動機合意説」に立脚して解釈する場合には、動機の錯誤が認められる範囲が縮減される可能性もある。この点は今後の解釈論上の争点となり得る。

いう点において、立法による錯誤取消しの要件の緩和ないし認定範囲の拡大の一例とみることができよう。もっとも、理論的観点からは、基礎事情の錯誤の意義（法律行為の「必須的な」基礎とは何か）や成立要件（動機の合意を要するのか）の不明確性、さらには誘発された錯誤を基礎事情の錯誤とは別個の動機の錯誤類型として構成すること（動機の錯誤の 2 類型化）の体系的妥当性などについて、なお議論の余地が残されているといえよう。

3）錯誤取消しの要件②――表意者の重過失と取消しの例外的許容（相手方の悪意・重過失）

韓国民法（契約法）改正案は、錯誤取消しの消極的要件として、錯誤が表意者の重大な過失によるときは取り消すことができないとする現行法の規定（重過失制限規定）を維持したうえで（改正案 109 条 2 項本文）、さらに「ただし、相手方がその錯誤を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない」と規定し、その例外事由を明文化した（同但書）。

従来の判例は、重過失制限の例外として、「相手方が表意者の錯誤を知りつつこれを利用した場合」には、相手方の信頼は保護に値しないから、当該錯誤が表意者の重大な過失によるものであっても、表意者は意思表示を取り消すことができるとしていた（大法院 2014 年 11 月 27 日 2013 ダ 49794 判決）。改正案はこの判例法理を明文化したものであるが、問題となったのは、判例と同様に「悪意」に加えて「利用意思」まで要件とすべきか、また、「悪意」には至らないとしても「重大な過失によって知らなかった場合」も例外事由として認めるべきか、という点であった。

改正案は、相手方の信頼が保護に値するか否かという評価的観点からすれば、相手方に錯誤を利用する意図まで要求する必要はなく、錯誤の存在を認識したうえで取引に及んだという事情で足りるとし、かつ実務上も両者を区別することは容易ではないことから、「利用意思」を要件から除外した（相手方の悪意）[65]。さらに、実務において相手方の認識を積極的に証明することが困難であること、また、到底看過し得ない錯誤を漫然と見過ごした重大な過失ある相手方の信頼まで保護する必要はないことを理由として、相手方が

(65)　法務部民法改正委員会・前掲注（56）209 頁（改正案第 109 条の改正趣旨）。

重大な過失により錯誤を知らなかった場合も、取消しの例外事由として認めた（相手方の重過失）(66)。このように、改正案は、錯誤が表意者の重過失による場合の例外事由として、相手方の悪意又は重過失を要件とする構造を採用した。これは、相手方の悪意および利用意思を要求していた従来の判例法理と比較すると、錯誤取消しの要件を緩和したものと評価することができる。

一方、韓国民法（契約法）改正案は、日本改正民法と異なり、表意者に重過失がある場合の例外事由として「共通錯誤」を独立に規定していない。その理由としては、共通錯誤の場合にも相手方の信頼保護の必要性は乏しく、これを明示的に例外事由として規定することも可能であるが、相手方が錯誤の事実を知っていたものとして処理することができると考えられるからである (67)。さらに、契約の付随的事項ではなく主たる給付に影響を及ぼす事項についての共通錯誤であるならば、それは当然に法律行為の前提となる基礎事情の錯誤（改正案 109 条 1 項 2 号）として評価し得るという点も理由として挙げられている (68)。このように、共通錯誤は、重過失制限の例外としての相手方の悪意（改正案 109 条 2 項但書）に包摂することが可能であり、また、基礎事情の錯誤（同 1 項 2 号）として処理することもできるという理由で、日本改正民法とは異なり、明文の規定を置くことは避けられている。

2　法定解除

(1) 日本改正民法

1) 概観

日本改正民法における契約解除（法定解除）に関する規律は、大きく三つの観点――解除の要件、解除の効果、解除権の消滅――から改正前民法を修正するものである (69)。

まず、解除の要件については、解除の類型を「催告による解除（催告解

(66)　法務部民法改正委員会・前掲注（56）209 頁（改正案第 109 条の改正趣旨）。
(67)　法務部民法改正委員会・前掲注（56）210 頁（改正案第 109 条の改正趣旨）。
(68)　法務部民法改正委員会・前掲注（56）207 頁（改正案第 109 条の改正趣旨）。
(69)　筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答・民法（債権関係）改正』（商事法務、2017 年）232 頁（Q126）。

除）」（改正民法 541 条）と「催告によらない解除（無催告解除）」（改正民法 542 条）とに再編し、それぞれの要件を具体化したうえで、いずれの場合にも債務不履行につき債務者の帰責事由がなくても解除が可能であることとした点が重要である（改正民法 541 条・542 条）。これに関連して、債務不履行が債権者の帰責事由によるものであるときは、催告解除・無催告解除のいずれの場合にも解除することができない旨も明文化された（改正民法 543 条）。

次に、解除の効果としての原状回復義務（改正前 545 条 1 項［改正後も同じ］）について、金銭の返還に際して受領時からの利息を返還すべきことを定めた従来規定（同 2 項［改正後も同じ］）に加え、金銭以外の物を返還する場合にも受領後に生じた果実を返還すべき旨を明記した（改正民法 545 条 3 項）(70)。これは、金銭に対する利息との均衡を考慮し、物の果実についても返還を肯定してきた判例 (71) および通説の立場を反映したものである (72)。

最後に、解除権者の行為等による解除権の消滅を定める第 548 条について、目的物を損傷した場合等には解除権が消滅するものの、解除権者が自己に解除権があることを知らなかったときは消滅しない旨の但書が追加された（改正民法 548 条但書）。これは、解除権者の予期に反して解除権を失わせないための措置である。他方、改正前第 548 条第 2 項は、目的物が解除権者の行為によらず滅失等した場合には解除権は消滅しないと定めていたが、確認的規定にすぎず、かつ消滅しない場合を網羅するものでもないとして削除された (73)。

以下では、特に「解除の要件」に関する改正事項について、解除要件の緩和という観点から検討する。

2）催告解除

改正前民法は、債務不履行の態様（履行遅滞等、定期行為の履行遅滞、履行不能）ごとに解除規定を配置していた（改正前 541 条～ 543 条）。これに対

---

(70)　筒井・村松・前掲注（69）232 頁（Q126）。

(71)　最判昭和 34・9・22 民集 13 巻 11 号 1451 頁 .

(72)　渡辺達徳「契約の解除」潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫編『詳解・改正民法』（商事法務、2018 年）167 頁。

(73)　以上、筒井・村松・前掲注（69）232 ～ 233 頁（Q126）。

し、改正民法は、解除の方式としての「催告」の要否を基準に、「催告による解除」（改正民法 541 条）と「催告によらない解除」（改正民法 542 条）の二類型に整理し、後者については契約全部の解除（同 1 項）と一部解除（同 2 項）に細分する構造を採った (74)。

第 541 条本文は、「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、相手方は契約を解除することができる」と催告解除について規定する。これは、催告解除が実務上原則的な解除形態であることを踏まえ、無催告解除に先立って規定するという中間試案以来の提案を踏襲したものであり (75)、文言自体は改正前第 541 条（履行遅滞等による解除権）をそのまま引き継いだものである。

もっとも、文言上は大きな変更がないように見えるが、理論的には重要な変化がある。すなわち、改正前民法では、第 543 条（履行不能による解除権）において債務者の帰責事由が解除権発生の要件であることが明示され、これが改正前民法第 541 条を含む法定解除一般にも妥当すると解されていた。これに対し、改正民法では、債務者の帰責事由は解除の要件とされていない。立法過程においても、解除制度の意義を「債務者に対する制裁」ではなく「債権者の契約の拘束からの解放」と理解し、主観的要件としての債務者の帰責事由は不要であるとの立場が一貫して採られていた (76)。また、改正民法のいずれの条文にも、解除の要件として債務者の帰責事由を要求する文言は存在しない (77)。したがって、改正民法においては、債務者の帰責事由はもはや催告解除の主観的要件ではなく、その限度で催告解除の要件は緩和されたと評価することができる。

一方、改正民法第 541 条但書は、「その期間を経過した時における債務の

---

(74)　渡辺・前掲注（72）168 頁。

(75)　中間試案の補足説明・前掲注（35）133 頁；松岡久和・松本恒雄・鹿野菜穂子・中井康之編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020 年）641 頁（渡辺達徳）。

(76)　民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務、2009 年）312 ～ 314 頁；中間試案の補足説明・前掲注（35）135 ～ 136 頁；森田修『「債権法改正」の文脈』（有斐閣、2020 年）459 頁以下・484 頁以下を参照。

(77)　渡辺・前掲注（75）642 頁。

不履行がその契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない」と定める。これは、改正前には明文の制限がなかったところ、履行遅滞が数量的にごく一部にすぎない場合や付随的債務の不履行にとどまる場合には解除が認められないとする判例(78)法理を明文化したものであり(79)、実質的に要件を厳格化するものではない。

債務者の帰責事由を不要とする催告解除の要件の変化は、次のような事例からその意義を確認してみることができる。例えば、売主Aが買主Bとの間で物品売買契約を締結し、陸路で目的物を輸送することとしていたところ、大規模な自然災害により交通手段が遮断され、履行期までに引渡しができなくなった場合を考えてみる(80)。改正前民法では、Aに帰責事由がないためBは解除することができないが、改正民法の下では、当該不履行が軽微でない限り、Bは改正民法第541条に基づき解除することができる。ただし、Aが帰責事由なし（免責事由あり）を立証することができれば、BはAに損害賠償を請求することはできない（改正民法415条1項但書）。要するに、改正民法の下では、Aの債務不履行についてBは損害賠償を請求することはできないが、Aとの契約を解除してその拘束から解放されることは可能である。その結果、Bは自然災害の影響を受けない第三者から目的物を調達することができることになる(81)。これは、債権者の立場からすれば、改正前民法と比較して契約解除が認められる可能性が拡大されたことを意味する(82)。

---

(78)　大判昭和14・12・13判決全集7輯4号10頁；最判昭和36・11・21民集15巻10号2507頁。

(79)　渡辺・前掲注（75）642頁。

(80)　渡辺・前掲注（72）169～170頁において挙げられている例である。

(81)　渡辺・前掲注（72）170頁。

(82)　もっとも、この点については、裁判実務において、債務者の帰責事由によらない債務不履行であることを理由として解除が否定された例はほとんどないとの指摘があり、また、取引実務においても、解除を行う場合に債務不履行に帰責事由があるか否かを特に意識していないのが実情であるとの指摘もある（部会資料68A・26頁）。このような立場からすれば、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とすることは、必ずしも大きな意味を有するものではないことになる。

3）無催告解除

改正民法第 542 条第 1 項は、「次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる」と規定し、無催告で契約の全部を解除できる事由を列挙する。これに続いて同条第 2 項は、「次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる」と規定し、無催告で契約の一部を解除できる事由を定めている。統合的にみると、無催告で契約の全部または一部の解除が認められるのは、①履行不能、②履行拒絶、③定期行為の履行遅滞、④その他催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかである場合、の四類型である。

①　**履行不能の場合の解除**は、改正前民法第 543 条（履行の全部または一部が不能である場合の解除権）に対応するものである。履行不能は、債務の全部の履行不能（改正民法 542 条 1 項 1 号）と一部の履行不能（同 2 項 1 号）とに区分され、それぞれ履行不能となった部分（全部または一部）について解除することができる。ただし、債務の一部が履行不能であっても、残存部分のみでは契約をした目的を達することができない場合（同 1 項 3 号前段）には、契約の全部を解除することができる。

②　**履行拒絶の場合の解除**は、履行期の前に債務者が債務を履行しない意思を明確に表示した場合に、これを履行不能の一類型とみて契約関係からの離脱を柔軟に認めてきた判例[(83)]法理を明文化したものである（履行期の前後を問わない）。履行拒絶も、債務の全部の履行拒絶（改正民法 542 条 1 項 2 号）と一部の履行拒絶（同 2 項 2 号）とに分けられ、それぞれ拒絶された部分（全部または一部）について解除することができる。ただし、債務の一部の履行拒絶であっても、残存部分のみでは契約をした目的を達することができない場合（同 1 項 3 号後段）には、契約の全部を解除することができる。

③　**定期行為の履行遅滞の場合の解除**は、改正前民法第 542 条に対応する規定である。すなわち、契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することがで

(83)　大判大正 15・11・25 民集 5 巻 11 号 763 頁など。

きない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したときは、契約を解除することができる（改正民法 542 条 1 項 4 号）。

④　**その他催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかである場合の解除**は、以上三類型に該当しない場合であっても無催告解除を認める受け皿規定に当たる[84]。すなわち、「第 1 項第 1 号から第 4 号に掲げる場合のほか、債務者がその債務を履行せず、債権者が前条（541 条）の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき」（改正民法 542 条 1 項 5 号）には、債権者は催告をすることなく、直ちに契約を解除することができる。その例として、売買契約において引き渡された目的物の品質が契約内容に適合せず、一部履行不能とまではいえないが売主による追完を期待することもできない場合[85]、大型機材を用いたビル清掃業務の委託契約において債務者の従業員が過失により建物内の人に重大な傷害を負わせた場合[86]、継続的役務提供契約において役務提供者の違法行為により信頼関係が破壊された場合[87]などが挙げられる。

以上の各類型を包括する無催告解除の要件は、「**催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかである場合**（契約目的の達成が明らかに見込まれない場合）」（1 項 5 号）であり、①②③はその典型例を具体化したものと理解することができる[88]。この点に関し、改正前民法の契約各則には、債権者が「契約の目的を達することができないとき」に無催告解除を認める規定が複数存在していた（改正前 566 条・570 条・611 条・635 条等）[89]。改正民法第 542 条第 1 項第 5 号は、これらの解釈論を明文化し、契約目的の達成が明らかに見込まれない場合には無催告解除が可能であることを契約総則レベルで一般化したものといえる[90]。これについて

（84）　渡辺・前掲注（75）653 頁。
（85）　中田裕康『契約法［新版］』（有斐閣、2021 年）213 頁。
（86）　部会資料 68A・24 頁。
（87）　中田・前掲注（85）213 頁。
（88）　渡辺・前掲注（75）655 頁。
（89）　潮見佳男外編『Before/After 民法改正［第 2 版］』（弘文堂、2021 年）143 頁（山城一真）。
（90）　山城・前掲注（89）143 頁を参照。改正前民法における契約各則の解除規定の一部（改

は、特に信頼関係破壊に関する判例 (91)法理が確立している賃貸借を除き、それ以外の契約類型において、いかなる場合に第 5 号による無催告解除が認められるかについては必ずしも明確でないとの実務上の指摘 (92)もある。しかしながら、改正民法第 542 条第 1 項第 5 号により「契約目的の達成が明らかに見込まれない場合」を契約総則レベルで明文化した結果、従来契約各則に明文規定が存在しなかった契約類型はもちろん、非典型契約においても解除が認められる可能性が開かれたといえ、その限度で解除の認定範囲は拡大されたと評価することができよう。特に役務提供型契約においては履行不能と評価される場面が多くないため、第 5 号は実務上重要な意義を有するとの指摘もある (93)。

なお、無催告解除についても、債務者の帰責事由は要件とされていない点は催告解除と同様である (94)。その限度において、無催告解除の要件も緩和されたといえる。

（2）韓国民法（契約法）改正案

1）概観

現行韓国民法は、改正前日本民法と同様に、契約総則（第 3 編 債権 第 2 章 契約 第 1 節 総則）において第 3 款として「契約の解除」に関する規定を置いている (95)。これに対し、民法（契約法）改正案は、「契約の解除」に関して大きく三つの観点―解除の要件、解除の効果、解除権の消滅――から現行法の修正を提案している。

第一に、解除の要件に関する現行第 544 条から第 546 条までの規定を統

正前第 566 条・第 570 条・第 635 条）は、改正民法において削除された。この場合には、法定解除に関する総則規定である改正民法第 542 条第 1 項第 5 号の適用によって処理されることになる。

(91)　最判昭和 50 年 2 月 20 日民集 29 巻 2 号 99 頁。

(92)　日本弁護士連合会『実務解説改正債権法』（弘文堂、2017 年）、131 ～ 132 頁。

(93)　大村敦志・道垣内弘人編『民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017 年）147 頁（吉政知広）。

(94)　渡辺・前掲注（75）653 頁。

(95)　もっとも、第 3 款の標題は「契約の解約、解除」であり、解約と解除とを区別する体系を採っている。「解約」とは、将来効のみを生じさせる解除を意味する（現行韓国民法第 550 条参照）。

合し、「契約不履行と解除」との標題の下に一条において包括的に規定することとし（改正案544条）、さらに継続的契約の解約に関する一般規定を新設している（改正案546条）。後者については、継続的契約に関する各典型契約に個別に存在していた従来の規定および判例法理を実定化し、当事者の一方が契約上の義務に違反し、相手方が契約をそのまま維持することを期待することが困難となった場合（改正案546条1項）と、存続期間を定めない場合（同2項）とを区分し、それぞれの場合に解約権が発生する旨を明文化している。

第二に、解除の効果としての原状回復義務（現行548条1項）について、金銭の返還に際して受領時からの利息を返還すべき旨を定めた現行規定（同2項）に加え、目的物の返還に際して取得した果実も返還すべきことを明示している（改正案548条2項後段）。さらに各当事者が相手方から受け取った目的物又はそこから取得した果実を返還することができないときは、その価額を返還すべきものとする一方で、相手方の責めに帰すべき事由によって返還できない範囲においてはこの限りでない旨を新設している（同3項）。

第三に、毀損等による解除権の消滅を定めた現行韓国民法第553条[96]（改正前日本民法548条1項に相当）を削除することを提案している。現行韓国民法第553条によれば、解除権者に過失がある場合には解除権が消滅するため、本来解除が可能であったならば生じなかったであろう不測の損害を解除権者が被るおそれがあった。これに対し改正案は、第553条を削除して解除権を維持し、目的物を返還できない場合の当事者間の利益調整は、新たに導入する原状回復に関する価額賠償の問題として処理すべきものとする[97]。

以下では、解除要件の緩和という観点から、改正案の「契約不履行と解除」（法定解除要件の統合）および「継続的契約の解約」について検討する。

---

(96)「解除権者の故意又は過失により契約の目的物が著しく毀損し、これを返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造により他の種類の物に変更されたときは、解除権は消滅する。」

(97) 法務部民法改正委員会・前掲注（56）101頁（改正案第553条の改正趣旨）；宋徳洙「契約の解除・解約と事情変更の原則に関する2012年民法改正案の成案経過と内容」『梨花女子大学校法学論集』第17巻第1号（2012年9月）［韓国語］43頁。

2）契約不履行と解除

現行韓国民法	韓国民法（契約法）改正案
第 544 条（履行遅滞と解除）当事者の一方がその債務を履行しないときは、相手方は相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、契約を解除することができる。ただし、債務者があらかじめ履行しない意思を表示した場合には、催告を要しない。 **第 545 条（定期行為と解除）**契約の性質又は当事者の意思表示により、一定の日時又は一定の期間内に履行しなければ契約の目的を達することができない場合において、当事者の一方がその時期に履行しないときは、相手方は前条の催告をすることなく契約を解除することができる。 **第 546 条（履行不能と解除）**債務者の責めに帰すべき事由により履行が不能となったときは、債権者は契約を解除することができる。	**第 544 条（契約不履行と解除）**①　債務者が債務の内容に従った履行をしないときは、債権者は相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、契約を解除することができる。ただし、不履行が軽微であるため契約の目的を達することができる場合は、この限りでない。 ②　次の各号の場合には、前項の催告を要しない。 1. 債務を履行することができない場合 2. 前項の催告にもかかわらず、期間内に履行されないことが明らかな場合 3. 債務者があらかじめ履行を拒絶した場合 4. 一定の日時又は期間内に履行しなければその目的を達することができない契約において、債務者がその時期に履行をしない場合、その他遅滞後の履行が債権者にとって利益を有しない場合 ③　第 2 項第 1 号から第 3 号までの場合には、履行期が到来する前であっても、債権者は契約を解除することができる。 **第 545 条（債権者に責めに帰すべき事由がある場合）**契約不履行が債権

	者の責めに帰すべき事由による場合には、債権者は第544条に基づく解除をすることができない。

解除の要件に関する規律として、債務不履行の類型ごとに法定解除権の発生要件を定める現行韓国民法第544条から第546条までは、改正前日本民法第541条から第543条とほぼ同様の体系および内容を有する規定である。これに対し、韓国民法（契約法）改正案は、「契約不履行［契約上の債務の不履行］と解除」という標題の下で、第544条から第546条までを一つの条文（改正案544条）に統合して規律することを提案している。ただし、その内容は、いわゆる「催告解除」（1項）と「無催告解除」（2項、3項）に関するものであり、その点では、日本改正民法第541条および第542条が法定解除として催告解除と無催告解除をそれぞれ規律しているのと類似している。しかしながら、具体的な内容においては相当の差異も認められる。改正案第544条の規律内容には、次のような特徴がある。

第一に、改正案第544条は、契約上の債務の不履行（契約不履行）における法定解除権の発生要件を一つの条文において包括的に規定している。すなわち、債務不履行の類型ごとに法定解除権の発生要件を定める現行韓国民法とは異なり、債務不履行による損害賠償に関する第390条（改正前日本民法第415条に相当）と同様に、「債務者が債務の内容に従った履行をしないとき」を解除権発生の包括的要件として設定し（改正案544条1項本文前段）、原則として相当の期間を定めた催告を要する場合（同後段）と、例外的に催告を要しない場合（改正案544条2項）とを区分して規律する構造を採っている。これは、「履行遅滞等による解除権」の発生に関する日本の改正前民法第541条の文言をほぼそのまま用い、但書のみを追加する形で催告解除を規定した日本改正民法第541条とは異なる態度である。

第二に、填補賠償に関する改正案との調整という観点から、条文構成および内容が決定されている[98]。すなわち、契約関係を維持しつつ請求する填補

(98)　現行韓国民法は、債務不履行による損害賠償につき、過失責任主義を定める第390条

賠償（現行韓国民法 395 条 (99)、同 390 条）と、契約を解除したうえで請求する填補賠償（現行韓国民法 544 条～ 546 条、同 551 条 (100)、同 390 条）とは等価的な選択肢であるべきであり、したがって両者において履行請求を排除して填補賠償へと転換するメカニズムは可能な限り統一的に規律されるのが適切であるという考え方がその背景にある (101)。そこで、原則的な転換方法として催告による方法をまず定めたうえで（改正案 395 条 1 項・544 条 1 項）、例外的に催告を要しない方法を規定し（同 395 条 2 項・544 条 2 項）、その内容（催告を要しない事由）についても可能な限り一致させている。その結果、填補賠償に関する改正案第 395 条 (102) と契約解除に関する同第 544 条は体系的に単一の観点からほぼ同様の内容で規定されることとなった (103)。

（債務不履行と損害賠償。改正前日本民法 415 条に相当）に加え、履行補助者の故意・過失を債務者の故意・過失とみなす第 391 条（履行補助者の故意・過失）、履行遅滞中は過失がなくとも損害を賠償すべきことを定める第 392 条（履行遅滞中の損害賠償）、さらに履行遅滞において債権者の填補賠償請求権を定める第 395 条（履行遅滞と填補賠償）を併せて規定している点において、債務不履行による損害賠償責任を定める第 415 条のみを置いていた改正前日本民法とは体系を異にする。法定解除の要件に関しては、これらのうち第 395 条との整合が重視された。

(99)　現行韓国民法第 395 条（履行遅滞と填補賠償）債務者が債務の履行を遅滞した場合において、債権者が相当の期間を定めて履行を催告したにもかかわらずその期間内に履行しないとき、又は遅滞後の履行が債権者にとって利益を有しないときは、債権者は受領を拒絶し、履行に代わる損害賠償を請求することができる。

(100)　韓国現行民法第 551 条（解約・解除と損害賠償）契約の解約又は解除は、損害賠償の請求に影響を及ぼさない。

(101)　法務部民法改正委員会・前掲注（56）86 頁（改正案第 544 条の改正趣旨）。

(102)　韓国民法（契約法）改正案第 395 条（填補賠償）①債務者が債務の内容に従った履行をしない場合において、債権者が相当の期間を定めて履行を催告したにもかかわらず、債務者がその期間内に履行しないときは、債権者は履行に代わる損害賠償を請求することができる。②次の各号の場合には、第 1 項の催告を要しない。1. 債務を履行することができない場合、2. 第 1 項の催告にもかかわらず、期間内に履行されないことが明らかな場合、3. 債務者があらかじめ履行を拒絶した場合、4. 遅滞後の履行が債権者にとって利益を有しない場合。③第 2 項第 1 号から第 3 号までの場合には、債権者は履行期が到来する前であっても履行に代わる損害賠償を請求することができる。④債権者が履行に代わる損害賠償を請求した場合には、これにより履行請求権は消滅する。

(103)　法務部民法改正委員会・前掲注（56）87 頁（改正案第 544 条の改正趣旨）；金相中「民法〔契約法〕改正案（2025 年）の比較法的特徴と主要イシュー」財産法研究第 42 巻第 1 号（2025 年 5 月）［韓国語］188 頁。

第三に、催告解除を原則とし（改正案544条1項）、無催告解除を例外とする（同2項）構造を採っている。催告解除と無催告解除を区別して規律する点は日本改正民法と同様であるが、日本改正民法があくまで解除の類型を二つの条文で並列的に規定する構造（解除の二類型化）であるのに対し、韓国民法（契約法）改正案は、催告解除が原則的類型であり、無催告解除は例外的類型であるという性格がより明確に示されている。その理由は、催告解除が債務不履行の包括的要件（「債務者が債務の内容に従った履行をしないとき」）と結び付けられている点にある。ただし、このような構造（原則と例外）を採っているとしても、その実質的規律内容が日本改正民法と大きく異なるわけではない。

第四に、催告解除を制限する事由は、「不履行が軽微であるため契約の目的を達することができる場合」である（改正案544条1項但書）。これは、判例（付随的債務の不履行について解除を否定）および通説の一般的見解ならびに比較法的動向（本質的または重大な不履行等）を考慮した解除の消極的要件である。もっとも、問題は、「不履行が軽微であること」と「契約の目的が達成可能であること」という二つの要件の関係にある。日本改正民法においては、催告解除の制限事由は「軽微な不履行」と規定されているのに対し、無催告解除の要件は「契約目的の達成不能」とされているため、契約目的は達成可能であるが不履行が軽微ではない場合もあり得るとの指摘がなされている(104)。これに対し、韓国民法（契約法）改正案の場合、前者（不履行の軽微性）に重点を置く構造なのか、後者（契約目的の達成可能性）に重点を置く構造なのか、あるいは両要件をともに要求する構造なのか、立法趣旨および学説の理解が必ずしも明確とはいえない(105)。ただし、文言上は両要件を

（104）潮見・前掲注（41）216頁。

（105）学説上は両者の関係を特に意識するものは見当たらないが、ニュアンスとしては前者に重点を置く立場と後者に重点を置く立場とに分かれる。前者の例として、金・前掲注（103）189頁（「不履行の程度が軽微であり、これを甘受しても契約目的を達成できる場合」「軽微性の抗弁」）、安炳夏「契約の解除――法務部民法改正委員会基礎委員会最終案を中心に――」『民事法学』第109号（2024年12月）［韓国語］102頁（「軽微な契約不履行を理由とする解除権の行使」「契約不履行が軽微で契約目的達成に支障を生じないこと」）がある。他方、後者の例として、宋・前掲注（97）36頁（「改正案は、債務不履行

ともに満たす場合にのみ催告解除が制限されるものと解される。

第五に、無催告解除権の発生事由は四類型に限定列挙されている。すなわち、①履行不能、②第 1 項の催告にもかかわらず期間内に履行されないことが明らかな場合、③履行拒絶、④定期行為の履行遅滞、その他遅滞後の履行が債権者にとって利益を有しない場合である。これらは従来の条文を承継するか、または判例・学説において認められてきた法理を明文化したものである(106)。ただし、④（その他遅滞後の履行が債権者にとって利益を有しない場合）は新たに追加されたものであり、改正案第 395 条（填補賠償）第 2 項第 4 号に対応するものである(107)。例えば、債務者の履行遅滞により債権者が第三者との転売契約を解除され、もはや債務者の履行を必要としなくなった場合などが挙げられる(108)。無催告解除の事由は限定列挙であり(109)、これら以外の事由を包摂する受け皿規定は設けられていない。

第六に、韓国民法（契約法）改正案においては、日本改正民法と同様に、債務者の帰責事由は法定解除の主観的要件から除外されている（現行韓国民法 546 条において要求されていた帰責事由要件の削除および改正案 545 条の新設）(110)。その理由は、解除制度についての近時の学説の支配的理解が「債務者に対する制裁」から「債権者の契約の拘束からの解放」へと転換しつつあること、また最近の比較法的動向を反映する必要があるとの認識が共有されていることにある。

改正案の解除要件は、現行韓国民法に比して体系を大きく変更しているが、従来の判例法理および学説を明文化したものである点において、解除が

により契約目的を達成できない場合にのみ契約を解除できるとする」）がある。

(106) ①および④（定期行為の履行遅滞）は現行韓国民法の条文（546 条、545 条）を承継したものであり、②および③は判例法理（大法院 1993 年 8 月 24 日 93 ダ 7204 判決）を明文化したものである（③は現行韓国民法 544 条但書の文言を承継するものでもある）。履行期前の契約解除（改正案 544 条第 3 項）も判例法理を明文化したものであり、学説上も異論なく認められている。

(107) 法務部民法改正委員会・前掲注（56）87 頁（改正案第 544 条の改正趣旨）；安・前掲注（105）105 頁。

(108) 安・前掲注（105）105 頁。

(109) 安・前掲注（105）105 頁。

(110) 法務部民法改正委員会・前掲注（56）87 ～ 89 頁（改正案第 544 条の改正趣旨）

認められる範囲に実質的な変化をもたらすものとはいえない。ただし、無催告解除の要件として追加された「その他遅滞後の履行が債権者にとって利益を有しない場合」（改正案 544 条 2 項 4 号後段）は、現行韓国民法第 395 条の表現（改正案 395 条 2 項 4 号）をそのまま受け継ぐものであるが、無催告解除権の発生事由ないし解除の認定範囲の拡大につながる可能性もあり、今後解釈論上の争点となり得ると思われる。何より、日本改正民法と同様に、解除の主観的要件として債務者の帰責事由を要求しない以上、その限度において解除要件は緩和されているといえよう[111]。

3）継続的契約の解約

韓国民法（契約法）改正案（新設）
第 546 条（継続的契約の解約）① 継続的契約において、当事者の一方が契約上の義務を違反し、相手方が契約をそのまま維持することを期待することが困難な場合には、相手方は直ちにこれを解約することができる。 ② 継続的契約において存続期間を定めない場合には、当事者の一方はいつでも契約を解約することができる。この場合においては、相手方が解約の通告を受けた日から相当の期間が経過したときに、解約の効力が生ずる。

改正案第 546 条は、継続的契約の解約に関する一般規定を新設することを提案するものである[112]。同条は第 1 項および第 2 項から構成され、第 1 項は、いわゆる「特別解約」（即時解約）、第 2 項は「通常解約」（解約通告制度）を定めるものと説明されている[113]。

第 1 項（特別解約）は、継続的契約において当事者の一方が契約上の義務

（111） もっとも、この点については、現行法においても瑕疵担保責任のように過失要件を問わない契約解除が一定の場合に既に認められていること、履行が可能であるにもかかわらず催告後も履行しない場合には、その原因が債権者の責めに帰すべき事由でない限り（改正案 545 条）、債務者の責めに帰すべきことになる場合が少なくないだろうと予想されること、さらに履行不能の場合には危険負担と契約解除の法的効果が実質的に同様であることなどから、実際上の変化は大きくないとの見解もある（金・前掲注（103）188 頁）。

（112） 法務部民法改正委員会・前掲注（56）91 頁（改正案第 546 条の改正内容）。

（113） 法務部民法改正委員会・前掲注（56）94 頁（改正案第 546 条の改正趣旨）。

に違反することにより当事者間の信頼関係が破壊され、契約関係を維持することが困難となった場合には、直ちに契約関係を解約することができるとする判例[(114)]法理（信頼関係破壊の法理）および関連する民法の規定（賃貸借に関する 625 条〔日本民法 607 条に相当〕及び 629 条〔同 612 条に相当〕、雇用に関する 657 条〔同 625 条に相当〕及び 658 条等）を一般化したものである。

第 2 項は、存続期間の定めのない継続的契約においては、いつでも解約の通告（申入れ）をすることができ、一定の期間が経過すれば解約の効力が生ずるとする、いわゆる解約通告（申入れ）制度（賃貸借における 635 条〔日本民法 617 条に相当〕、雇用における 660 条〔同 627 条に相当〕）を一般化したものである。ただし、第 2 項は任意規定であるから、個別の法律または契約において異なる定めがある場合には、当該特則が優先するとされる[(115)]。

これにより、継続的契約に関する典型契約において解約に関する特別規定が存在しない場合や、非典型契約において解約の可否が争われる場合に、従来の規定の類推適用や判例法理に依拠することなく、契約の長期的拘束から離脱する機会が立法的に付与されることになる[(116)]。その限度において、継続的契約における解約の認定範囲は立法論的に拡大されたと評価することができよう。

3　事情変更の法理

(1) 日本改正民法

日本改正民法は、事情変更の法理（原則）による契約の解除（または契約の改訂）に関する規定を置いていない。中間試案においては、「事情変更の法理」の明文化が検討されたが（第 32）[(117)]、最終的には経済界の反対により条文化には至らなかった[(118)]。もっとも、当該法理自体は判例上も承認されて

(114) 大法院 1995 年 3 月 24 日 94 ダ 17826 判決など。
(115) 法務部民法改正委員会・前掲注（56）94 頁（改正案第 546 条の改正趣旨）。
(116) 法務部民法改正委員会・前掲注（56）92 頁（改正案第 546 条の改正趣旨）。
(117) 中間試案の補足説明・前掲注（35）382 頁。
(118) 内田・前掲注（7）340 頁。

いる(119)。

(2) 韓国民法（契約法）改正案

韓国民法（契約法）改正案（新設）
第538条の2（事情変更）① 契約成立の基礎となった事情が著しく変更され、かつ当事者が契約成立当時これを合理的に予見することができなかった場合において、その結果契約をそのまま維持することが当事者の利益に重大な不均衡をもたらすときは、当事者の一方は相手方に対して契約の修正を請求することができる。 ② 契約の修正が不可能であるとき、又はその修正が変更された事情の下において社会通念上当事者に期待することができないときは、当事者は契約を解除又は解約することができる。

韓国民法（契約法）改正案は、「事情変更の法理」を導入する規定を新設することを提案している。規定の位置は、契約総則第2款「契約の効力」において、「債権者の危険負担」に関する第538条と「第三者のためにする契約」に関する第539条との間である（改正案538条の2）。後述のとおり、事情変更の法理の効果として契約修正（改訂）請求権が認められるため、「契約の解除」に関する第3款ではなく、「契約の効力」に関する第2款に配置されたものである。

事情変更の法理の明文化が提案された背景には、近時の判例が事情変更による契約の解除を原則として肯定し（ただし、具体的事案においては否定された）(120)、さらに事情変更を理由として契約解約を認める判例(121)も現れたことにより、当該法理自体の許容性をめぐる議論はもはや「過去のもの」となり、立法論としてはその要件および効果をいかに構成するかが問題であるとの共通認識が形成されたことがある(122)。

改正案は、事情変更の法理の要件として、①契約成立の基礎となった事情

（119）内田・前掲注（7）340頁。

（120）大法院2007年3月29日2004ダ31302判決。

（121）大法院2020年12月10日2020ダ254846判決；大法院2021年6月30日2019ダ276338判決。

（122）法務部民法改正委員会・前掲注（56）79頁（改正案第538条の2の改正趣旨）。

が著しく変更されたこと（客観的要件）、②当事者が契約成立当時これを合理的に予見することができなかったこと（主観的要件）、③その結果として契約をそのまま維持することが当事者の利益に重大な不均衡をもたらすこと（規範的要件）の三つを要求している。

他方、事情変更の法理の効果は、まず契約修正（改訂）請求権の発生であるが（1 項）、契約の修正が不可能である場合又はそれを当事者に期待することができない場合には、契約の解除・解約権の発生となっている（2 項）。契約修正請求権を優先的効果として規定したのは、修正によって契約を維持する可能性が存在する場合に直ちに契約を解除・解約することは、相手方にとって過度な結果となり得るからであるとされる(123)。契約修正請求権は形成権と解され、その行使により契約関係は事情変更を考慮した適切な内容へと変容する(124)。これに対し、学説上は、契約修正請求権の法的性質を請求権と解する見解や(125)、契約修正請求権と契約解除･解約権との関係を選択的構成とすべきであるとする見解、さらに再交渉義務の法制化が必要であるとする見解などが提示されている(126)。

このような事情変更の法理の意義については、もはや契約遵守の原則ないし契約の拘束力に対する例外ではなく、予期し得なかったリスクの合理的配分を通じて契約当事者の本来の意思を歪めることなく実現するための制度であるとの理解も示されている(127)。しかしながら、少なくとも契約解除･解約権の発生が肯定される限り、事情変更の法理が契約解消のルールとして機能し、契約の拘束力に対する例外となる側面があることを否定することはできないであろう。

（123）法務部民法改正委員会・前掲注（56）79 頁（改正案第 538 条の 2 の改正趣旨）。
（124）法務部民法改正委員会・前掲注（56）79 頁（改正案第 538 条の 2 の改正趣旨）。
（125）安・前掲注（105）100 頁。
（126）金・前掲注（103）194 頁参照。
（127）安・前掲注（105）94 頁。

結論：要約と展望

契約が有効に成立すると、当事者は契約に拘束される。すなわち、当事者は当該契約の効力として生じた債務を履行しなければならず、これを履行しない場合には一定の制裁を受けることになる（損害賠償、解除など）。このような伝統的な契約拘束の原則によれば、いったん成立した契約が解消されるためには、契約が有効要件を欠いて無効となるか（取消し・無効）、債務不履行や事情変更の法理などに基づく解除の要件を充たさなければならない。これは全体として、契約拘束の原則（契約の拘束力）とその例外としての契約解消（無効・解除）という、原則と例外の構造によって説明されるものである。ただし、この構造は、あくまでも契約は遵守されるべきであるという原則に重点を置き、契約の解消は例外的要件を充たす場合にのみ認められるとする理解に基づくものである。

しかし近時、とりわけ消費者契約においては、契約拘束の原則の厳格な適用を緩和する立法論的試み（民事特別法）が行われ、その結果、契約解消事由が増加している。日本においては、消費者契約における消費者取消権の立法によって、一定の要件の下で消費者契約全般における契約の解消（取消し）が認められている。韓国においては、電子商取引法や金融消費者保護法に通信販売（電子商取引を含む）や金融契約全般を対象とする消費者撤回権が認められており、さらに金融契約において合意解約の効果が生じるいわゆる解約要求権（解約強制）という新しい制度が新設されている。これらの消費者の権利ないし制度によって、民法の下では許容されない契約の解消が可能となっている。

さらに、近時の日本改正民法および韓国における民法（契約法）の改正議論においては、契約解消要件が緩和され、あるいはその認定範囲が拡大する傾向がみられる。日本の場合、錯誤取消しにおいて動機の錯誤（基礎事情の錯誤）が表示要件を経て錯誤の範疇に取り込まれ、いわゆる惹起型錯誤も改正民法上の動機の錯誤に含まれ得るとの解釈論が展開されている。さらに、表意者に重過失がある場合であっても、錯誤取消しが例外的に許容される事由（相手方の悪意又は重過失、共通錯誤）が明文で認められるに至った。法定

解除については、解除の要件が催告解除と無催告解除に再編されたが、いずれの場合にも債務者の帰責事由を解除の主観的要件として要求していない。また、無催告解除においては「契約目的の達成が明らかに見込まれない場合」が、解除要件に関するいわゆる受け皿規定として明文化されている。

韓国の民法（契約法）改正案においても、契約解消要件の緩和傾向がみられる。まず錯誤取消しにおいては、動機の錯誤（基礎事情の錯誤）およびいわゆる誘発された錯誤（惹起型錯誤）を錯誤の範疇に含めている。また、重過失制限に対して錯誤取消しが許容される例外事由（相手方の悪意又は重過失）を追加しているが、これは従来の判例法理（相手方の悪意および利用意思）よりも要件を緩和するものである。なお、共通錯誤は、日本改正民法とは異なり明文化されていないものの、改正案の下では相手方の悪意または基礎事情の錯誤として処理され、取消しが肯定され得る。法定解除については、その要件を包括的に規定して体系を大きく改めつつも、日本改正民法と同様に債務者の帰責事由を解除の主観的要件から排除している。さらに、継続的契約一般における解約を認める一般規定を新設し、さらに事情変更の法理を明文化することによって、解除権・解約権の発生事由を明文上拡大している。

このような傾向は、伝統的な「契約拘束の原則と契約解消の例外」という厳格な構造が、従来に比して緩和されつつあることを示すものである。その背景には、社会構造および取引関係の複雑化に応じて、契約解消がより広く認められ得る可能性を契約法が承認する方向へと進みつつあることがあるといえよう(128)。もっとも、とりわけ民法における契約解消の要件の緩和または契約解消の認定範囲の拡大の多くは、従来の判例法理や解釈論を明文化したものにすぎず、契約解消の認定に実質的な変化はないと評価する余地もある。しかしながら、それを認めるとしても、総則レベル（錯誤取消しについては民法総則、法定解除については契約総則）において契約解消の要件が一般化されていることの意義は、決して過小評価すべきではない。とりわけ、

（128）ただし、契約当事者間で契約解消の合意がない限り、契約拘束の原則と契約解消の例外という構造は基本的に維持されると解すべきである。問題の核心は、契約拘束の原則に対する例外が徐々に拡大している点にある。

錯誤取消しにおける表意者の重過失制限に対する例外事由（相手方の悪意又は重過失）の明文化（日本・韓国）、無催告解除の受け皿規定としての「契約目的の達成が明らかに見込まれない場合」の明文化（日本）、および継続的契約一般における解約を認める一般規定の新設（韓国）は、（韓国の場合、民法（契約法）の改正の実現を前提とすれば）今後の実務に及ぼす影響は少なくないだろう。契約解除の主観的要件とされてきた債務者の帰責事由の排除も、契約解消の要件の緩和に関する重要な例として、実務に影響するだろうと考える。

今後、契約法の変化を踏まえた契約解消に関する実務運用および解釈論のさらなる蓄積が期待される。

（韓国釜山大学法学専門大学院・教授）

論　　説

イギリスにおける司法判断適合性（justiciability）について（1）

上田　健介

はじめに
Ⅰ　判例の流れ
　1　従来の判例
　2　司法判断適合性の拡大（以上本号）
　3　現在の状況
Ⅱ　学説の評価
おわりに

はじめに

「司法判断適合性（justiciability）」という言葉は、日本でも、憲法76条の司法権の観念に関連して、実質的意味の司法権の要素として「事件・争訟性」を含める通説的見解が、その内容を練り上げる際にアメリカ合衆国憲法を参照して用いられるものであり、勧告的意見を行わないという法理、政治的問題の法理、当事者適格の法理、成熟性の法理、ムートネスの法理などの各種の法理を総合して語る言葉だとされる(1)。政治的問題の法理に着目をするならば、司法権の限界に関わる言葉であるように思われる。現に、「司法判断適合性」を日本の憲法の解釈にはっきりと持ち込む学説は、「裁判所が

(1)　佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）631～2頁、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）564～5頁。

裁判権を行使するためには、裁判所にもたらされた訴訟事件が法律上の争訟あるいは法律によって認められたものに該当しなければならない。しかし、その要件を充足していても、裁判所が裁判を拒絶したり、回避したりする場合がある。その場合は、司法判断適合性がないとされるのであるが、司法審査制にはこの限界が伴うことを認識しておかなければならない」(2)と述べ、「司法判断適合性」を司法権の限界を意味する言葉として用いている。そしてまた、司法判断適合性が政治的問題の法理を含むものである点に着目すれば、政治部門の活動を裁判所が訴訟を通じ法的に統制することができる限界に関わる言葉だともいえる。

本稿では、この「司法判断適合性（Justiciability）」につき、比較法的な関心から、イギリス法におけるその内容を探究したい。あらかじめ述べておくと、イギリスで司法判断適合性が問題となる文脈は広く、日本であれば司法権（あるいは法律上の争訟）の範囲に含まれるか否かが問題とされるような場面においても司法判断適合性を問題としているように思われる。それゆえ、比較法の観点からいえば、「司法権の限界」に関わる問題のみならず、「司法権の概念」そのものの考察にも示唆が得られるように思われる。

この問題に関心を抱いたのは、近時の重要判例であるミラー（第 2）／チェリー事件判決（*R* (*Miller*) *v Prime Minister; Cherry v. Advocate General for Scotland* [*2019*] *UKSC 41*）で、最高裁が議会の閉会という政治的に重要な問題に対して司法審査を行い、違法だと判断したことにつき、それを可能とした前提のひとつが、司法判断適合性を肯定したことにあったからである。この判決の背後には、イギリスの司法審査において、徐々にではあるが Justiciability の範囲が拡大してきていること（同じことであるが、Non-justiciability の範囲が縮小してきていること）を看取することができる。この点について、近時の行政法独立審査委員会（Independent Review of Administrative Law: IRAL）の報告書(3)――第 2 章が Non-justiciability に関して

(2)　戸松秀典『憲法』（弘文堂、2015 年）463 頁。

(3)　IRAL の報告書については、成澤孝人＝榊原秀訓『イギリス保守党政権下の公法訴訟制度改革』（日本評論社、2024 年）が詳しく扱っており、とくに大田直史「司法審査制度改革」では全体の概要が紹介されている。もっとも、本稿で取り扱う Non-justiciability

触れている――や学説を手掛かりとして、関連する判決をいくつか取り上げつつ判例の流れを概観したうえで（Ⅰ）、これに対する学説の分析・評価を管見したい（Ⅱ）。

Ⅰ　判例の流れ

1　従来の判例

（1）はじめに

「従来の判例」というのは、この論点に関して大きな契機となった *GCHQ* 判決（2 参照）以前のものという趣旨である。しかし、管見の限り、それをわかりやすいかたちで示した文献は見当たらず、膨大な判決を取り上げる能力もない。そこで、行論の関係から、後の判決の中で参照されることがあるいくつかの判決を取り上げる。

（2）*The Zamora* (4)

本件は、第一次世界大戦の最中に、中立国の船舶と積荷の接収を違法と判断した枢密院の判決である。

【事案】　スウェーデンの蒸気船 Zamora 号は、ニューヨークからストックホルムへアメリカの会社の製品を運搬していたところ、シェトランド沖でイギリスの巡洋艦に拿捕された。戦争省を代理して財務省法規課長（Procurator General）が船舶と積荷の没収を請求し、戦時捕獲審判所（Prize Court）に召喚状を提出し、戦時捕獲審判所規則集命令第 29 号に基づき、拿捕令状の発付を求めた。命令第 29 号第 1 項は、裁判官が、国王の職員の申請に基づき、船舶の収用が望まれると判断する場合には、船舶を評価することを命令し、それが履行されたとき、船舶を放棄し国王に引き渡すことを命令する旨を定めていた。会社側は、この規定が国際法（law of nations）に違反してお

については、報告書では変更の勧告を行わないと結論づけられた（大田・上記論文 57 頁参照）こともあってか、同書では詳しく取り上げられていない。

(4)　［1916］2 AC 77.

り、戦時捕獲審判所はこの命令に基づき行為するべきではないと反駁したが、審判所は積荷である銅を国王（Crown）に提出するべきとの命令を出した。会社側が枢密院に上訴した。

【判旨】　Parker 裁判官の意見は、次の通りである。1894 年戦時捕獲審判所法は審判所の手続について枢密院に規則制定権を付与しているので、手続に関する規則は法的拘束力をもつが、本件で問題となっている規定は単なる手続に関するルールではないので、この規定に法的拘束力があるならば、1894 年法以外によりこれを与えられていなければならない。国側の法務総裁は、枢密院が国王大権に基づきこれを与える権限をもつと主張している。しかし、「枢密院又は行政部（Executive）の一部分が本国における裁判所（Courts of law）が執行するべき法を規定し又は変更する権限をもっているという観念は、われわれの憲法の諸原理と合致しない」（at 90）。

また、裁判所が裁判中に保管している財産を売却又は換価する裁判所内在的な権限は、当該財産が腐敗するなどその保持が不可能又は困難である場合に限られる（at 98-99）。

さらに、交戦国は、国際法上、戦時捕獲審判所が保管する船舶及び積荷を接収する権利をもつが、第一に、当該財産が国土防衛など国家安全保障に関わる事項に関連して緊急に必要であり、第二に、直ちに引渡しを命令することが不適当でないかが審理され、第三に、戦時捕獲審判所が、特定の事情のもとで当該権利を行使可能か司法的に決定しなければならない、という限界には服するとしたうえで（at 106）、本件で積荷である銅が国家安全保障にとり緊急に必要であることを満足させる証拠が出されていないとして、本件命令は取り消されるべきだと結論づけた。

【コメント】　大権に基づく布告は、議会制定法――議会主権の原理の一構成部分として最高のもの（supreme）として扱われる――と異なり、裁判所が法的拘束力をもつか否かを判断することができることを確認した判決である(5)。

(5)　A W Bradley, K D Ewing and C JS Knight, Constitutional and Administrative Law, 18th ed.,

本稿の関心との関係では、この部分ではなく、後半の、国際法上の戦時捕獲審判所が保管する船舶及び積荷を接収する権利に基づき本件命令が認められるかを検討する中で、この権利に対する限界の第一のものとの関係で、国王の適当な職員が宣誓して当該財産が緊急に必要であると述べたときは、これを確定的な事実（conclusive of the fact）として取り扱わなければならないと述べ、その理由として、ⓐ「国家安全保障に責任をもつ者が、国家安全保障が要請するものに関する唯一の判断者（sole judges）でなければならない。かかる事項を裁判所における証拠調べの対象としたり、その他公に議論したりするのは、明らかに望ましいことではないだろう」と述べた箇所（at 107）が後の事件でも参照される。また他方で、本件についてⓑ「裁判官の面前にこの［＝船舶及び積荷を接収する］権利が行使可能であることを満足させる証拠が与えられていない……ので、上訴された命令は誤っている」とする箇所（at 108）も、*GCHQ* 判決で引用される。ⓐだけを読むと、国家安全保障に関する事項には裁判所は介入できないように読めるが、ⓑに着目すると、本件でいえば〈銅が緊急に必要である〉という事実認定（評価）は国家安全保障に責任をもつ者が行うものであり、その認定（評価）を裁判所は審尋の対象にできないことを判示したにすぎない――そしてかかる認定（評価）を本件では行政側が示していなかったので、接収する権利の行使の限界に服するとして国側を負かした――ことがわかる。

（3）*Chandler v Director of Public Prosecutions* (6)

本件は、刑事事件であるが、戦争の宣言や軍隊の派遣に関する国王大権の行使について裁判所が審尋できないことを主張、論証する文脈で引用される判例である。

【事案】　非暴力のデモにより非核運動を行う団体の構成員である被告人らが、1961 年 12 月 9 日に Wethersfield 空軍飛行場（当時）で開催されたデモ

2022, p. 60. See also, Stanley de Smith and Rodney Brazier, Constitutional and Administrative Law, 8th ed. 1998, p. 135, n. 65.

(6)　［1964］AC 763（HL（E））.

に参加をした。計画では一部の参加者が、飛行場の入口の外で 5 時間座り込みを行い、一部は飛行場内に立ち入って航空機の前で座り込みを行い航空機の発進を妨害することとされていたが、実際には飛行場への立入りは阻止された。被告人らは、その行為が 1911 年国家機密法（Official Secrets Act 1911）1 条に違反するとして起訴された。被告人らがその行為は国家の利益になるものであり、その目的が国家の安全及び利益に有害ではなかったと主張したが、一審は、弁護人が求めた反対尋問を認めず、被告人らを有罪（被告人により、懲役 18 カ月あるいは 12 か月）と判決した。そこで被告人らは上訴したが、刑事控訴院（Court of Criminal Appeal）（Parker 首席裁判官、Ashworth 裁判官及び Hinchcliffe 裁判官）(7)はこれを斥けたので、被告人らは貴族院に上訴をした。

【判旨】 1911 年法 1 条 1 項が処罰する害悪（mischief）は、スパイ行為（espionage）に限られず、サボタージュ行為も含むので、本件で問題となっている行為は法 1 条 1 項に違反し、禁止区域に接近した直接の目的が妨害であるならば、その間接的な目的又は動機によって犯罪の性質が変わることはなく、1911 年法 3 条に基づく禁止区域における妨害行為は敵を利するものなので、被告人らは、なおその目的が国家の安全及び利益に有害なものではないと述べたり、それを示すための証拠を出したりする資格をもたないとして、事実審裁判官が弁護人の求めた反対尋問を認めなかったことは正しく、被告人らは有罪であると判断したことも正しかったとして、上訴を斥けた。5 名の裁判官（Reid 裁判官、Radcliffe 裁判官、Hodson 裁判官、Devlin 裁判官、Pearce 裁判官）がそれぞれ意見を書いているが、上訴を斥けるという結論は一致している。

本稿の関心との関係では、Delvin 裁判官が、刑事控訴院が反対尋問を認めなかった理由が、「裁判所が審尋することのできない政策の問題に関する国王の決定（decision of Crown on matters of policy）に異議申立てをする」ものであったからであることが「憲法上重要な事項」に関わるものであり、この

(7)　Reg. v Chandler［1962］3 W.L.R. 697.

点が上告が認められた主な理由であるとして、検討を行った点が重要である（at 808-9）。刑事控訴院は、「国王による無制限のコントロールに委ねられた権力」に、「陸海空軍の配置及び軍備（disposition and armament）に関わるすべての事項」が含まれ、「かかる大権の行使の方法は、民事事件であれ刑事事件であれ、裁判所が審尋することができない」のであり、「同じ原理が、収用その他の裁量の範囲内で国益（national interest）に必要だと考えられる行為を行う行政府……の権限の底に横たわっている」と述べていた（at 775-776）。Delvin 裁判官は、「これらの一節に対し、法の一般的な言明として、疑問を挟むものではない。しかし、さらに明確にするために 3 点指摘しておきたい」（at 809）と述べる。第 1 に、この原理は大権上の権限の行使に特有のものではなく、「管理とコントロール」に関わる裁量的な権限が制定法によって与えられる場合にも妥当するものであることである（at 809-810）。第 2 に、審尋が完全に排除されるわけではなく、権限の踰越・濫用を矯正するためであれば裁判所は介入するという（ただし、本件は権限の濫用の問題ではないので、この点について深入りはしないとする）（at 810）。そして第 3 に、「この原理の性質と効果」に関するものである。「この原理は、裁判所が裁定しなければならない争点を限定するものであるが、争点にとり重要な証拠や主張を排除するものではない」という。ここで Delvin 裁判官が例として言及するのは、国土防衛のために必要な物資や土地を収用する権限の行使が問題となった事件である。そこでの問題は、物資が事実として必要なものであったかではなく、大臣が必要だと考えたかであった。しかし、本件で陪審が決定しなければならなかったことは、法律により刑事犯罪の構成要件とされている事実――国家に有害な目的の存在――が証明されているかであって、国王にとってかかる事実が存在しているようにみえるかではない。それゆえ、国王（大臣）に対する反対尋問は不要であり、本件では、検察側が主張するとおり「事実それ自体が十分に明白である（The thing says for itself）」。

【コメント】 Delvin 裁判官が、刑事控訴院の判決を引用しつつ、戦争の宣言や軍隊の派遣に関する国王大権の行使については裁判所の審尋が及ばないことを一般的な言明と認めた部分が、後から引用される[8]。その部分だけ

を読めば、たしかに上記の事項が裁判所の「立入禁止」の区域であることを述べているのはたしかである。もっとも、Delvin 裁判官がこの「原理」を説明する箇所を読むと、むしろ、これらの事項を特別扱いするのではなく、一般的な裁量の問題のひとつとして扱おうとしていること、また刑事事件の構成要件に該当する事実認定のやり方が争われているという文脈で、結果的には被告人の主張を斥けているものの、国側の評価を受け入れるのではなく、裁判所として判断を行うことを前提として理由付けを述べている点は興味深い。

（4）*Buck v Attorney General* (9)

本件は、植民地であったシアラレオネの独立に際して独立直前にイギリス政府が枢密院令として定めたシエラレオネ憲法の効力がイギリスの裁判所で争われたユニークな訴訟である。控訴院の 3 名の裁判官はいずれも、本件の訴えが外国の憲法の妥当性に関する宣言的判決を求めるものだとみたうえで、管轄権をもたず宣言的判決を行うことはできないとの裁定を下した。

【事案】　シアラレオネは、イギリスの植民地（settlement）であったが、1961 年 3 月 28 日に可決され、4 月 27 日に発効した 1961 年シアラレオネ独立法（Sierra Leone Independent Act 1961）により、英連邦の一部として独立をした。新しい国の憲法が、1961 年 4 月 14 日に、イギリスの枢密院令である、1961 年シアラレオネ（憲法）令（Sierra Leone（Constitution）Order in Council 1961）により定められ、この命令は 4 月 27 日の独立法の発効直前に発効した。これに対し、18 世紀末以降に移住してきた解放奴隷の子孫たちである原告らは、枢密院令が権限踰越であること、それに基づき制定された憲法及び政府が違法で無効であること、植民地は Crown により信託に基づき保持されている

(8)　R v Jones（Margaret）［2006］UKHL 16（注 36 参照）などである。テキストでも、軍隊の統制、組織、配置が大権の範囲内のもので裁判所による審尋を受けないとされる箇所で引用される。See, de Smith and Brazier, above n. 5, p. 136, n. 71; Bradley, Ewing and Knight, above n. 5, p.294

(9)　［1965］1 Ch. 745（CA）.

ことの宣言的判決を求めて出訴をした(10)。一審は、Wilberforce 裁判官が、シアラレオネ植民地は 1961 年 4 月 27 日に法律に基づき消滅し、植民地の政府は保護領のそれと統合されていること、また問題となる枢密院令は 1887 年英国植民地法（British Settlement Act 1887）2 条に基づき制定されたものであり法律の委任の範囲を踰越していないこと、また信託という法的構成も難しいことなどを理由に原告の訴えを斥けたので、原告が上訴をした。控訴院で、原告側は、シアラレオネ憲法とそれを支える枢密院令の妥当性のみを争点としていた。

【判旨】　Harman 裁判官は、一審の Wilberforce 裁判官による実体の判断に賛同すると述べたうえで、被告（法務総裁）が管轄権の点に関する判断から逃げるべきではないと主張したのに応えて、この点に関する判断を示した。本件における原告の請求はシアラレオネ憲法が原告らとの関係で無効であることの宣言的判決を求めるというものであるところ、裁判所は外国の憲法の妥当性に異議を唱える宣言的判決を行うことはできず、「それは国際上の礼譲の問題であるからかもしれないし、あるいは実効性を理由とするものであるかもしれない」として「本件の事情のもとで、原告が求める宣言的判決を行うことは、不適切であるだけでなく、法に反すると考える」とする（at 768）。

Diplock 裁判官は、管轄権の問題につき、「狭義の、厳密な意味での、有効に組織された裁判所の『管轄権』は、その裁判所の手続を用いることを求める双方当事者の間の争点につき聴聞し決定する権力に、（1）当該争点の主題、（2）当該争点に関係する人間、（3）求められる救済の種類またはこれらの諸要素の結合に触れながら課せられる限界を意味する」という、

(10)　シアラレオネは、もともと解放奴隷及びその子孫たちからなる植民地であったが、1896 年、その周辺地域がイギリスの保護領（protectorate）となった。保護領の地域には原住部族民が多く住んでいる。それ以降、徐々に 2 つの地域が行政上融合してきていたが、1951 年に設置されたシアラレオネの立法評議会では植民地から 7 名の議員が選出されたのに対し、保護領から 12 名の議員が選出されるに至っていた。原告らは、シアラレオネが独立すると、数で劣位にある原告ら旧植民地の住民の権利や便益が危険にさらされると主張したのである。

Garthwaite v. Garthwaite (11)の判示を引用して、本件の主題は外国の法の妥当性そのものであり、それ以外のものは何もないのであり、「これはイングランドの裁判所が管轄権をもたない主題である」とした。その理由として、イングランドの裁判所が外国の法の妥当性について宣言を行うことは、その国の内部問題に対して管轄権を行使することになるので、礼譲のルールに照らしてできないことを挙げる（at 769-770）。

また、枢密院令が制定された時点では、なおイギリス政府がシエラレオネ植民地の主権をもつ政府であり、イングランドの裁判所が管轄権をもっていたところ、これはシエラレオネが独立した後でも変わらないと原告側は主張するが、形式ではなく実質をみなければならず、独立国の憲法の有効性が争点となっているのだとして、この主張も斥けた。被告がイギリスの法務総裁であり宣言的判決がシエラレオネ政府を拘束するものでない点についても、逆に被告は本件で争われている主題に利害を有しておらず、宣言的判決は単なる勧告的意見にすぎないので、やはり管轄権を持たないとしている（at 771）。

なお、Diplock 裁判官は、本件の枢密院令が、1887 年法 2 条の要件（同条は、「英国植民地の内部にいる女王の臣民その他の者の平和、秩序及び良き統治のために必要な（necessary for the peace, order and good government）」事項について枢密院令で定めることを認める）を充たすことも明言する（at 772-3）。

Russel 裁判官も、本件の枢密院令が、1887 年法 2 条の条件を充足すると

(11)　［1964］P 356. 原告（妻）と被告（夫）は 1950 年にイギリスで婚姻をして居住していたが、1956 年に被告がアメリカ合衆国のネバダ州で離婚判決を得たため、原告がイギリスの裁判所に、婚姻は有効で存続している旨の宣言的判決を求めて申立てを行った。前提となる争点は、イギリスの裁判所がこの申立てを判断する管轄権を有しているかであった。被告は離婚判決を得た時点でニューヨーク州に居住しており、原告の申立ての時点でも同じであった。一審（Ormrod 裁判官）は、婚姻の有効性、存続を妻が争う場合には妻が事実上の住所に依拠することができると判断したため、被告が上訴をした。控訴院（Willmer 裁判官、Danckwerts 裁判官、Diplock 裁判官）は、住所は同時に複数ではありえないので事実上の住所は認められず、婚姻関係にある間は妻の住所は法上の住所すなわち夫の住所であるところ、夫はニューヨーク州に住所を持っておりイングランドに住所を持っていないのであるから、妻が婚姻関係の継続を主張することそのものによって、高等法院が家事事件に関して有する管轄権は奪われているなどとして、上訴を認めた。

したうえで、管轄権の有無についても言及し、外国の憲法の妥当性に関する宣言的判決は、それが唯一求められているものであり別の司法判断可能な権利が依拠しているわけでもないので、管轄権をもたないと述べた（at 773-4）。

【コメント】　シエラレオネ独立直前にイギリスの枢密院令として定められたシエラレオネ憲法の適法性をイギリスの裁判所が判断できるかという、日本法に馴染んだ者の目からみると不思議ともいえる訴訟である。時間の要素が重要となっており、判決（もっといえば訴訟）の時点の実質をみれば、（もっぱら）外国の法の妥当性（のみ）を判断する管轄権をイギリスの裁判所はもたないという判断を 3 人の裁判官が一致して認めたものである。日本法の感覚からいえば、これは管轄権の問題であり、司法判断適合性の論点とは異なるものであるようにも感じられるが、イギリス法ではこのような問題も含めて、司法判断適合性の問題として捉えられているようであり、後の訴訟でも言及されることがあるので取り上げた次第である(12)。Diplock 裁判官が外国の法の妥当性という主題に着目して管轄権を否定しているのは、後の *GCHQ* 判決が、司法判断適合性について（法源ではなく）主題をみるのだとしたことにも通じているようにみえる。

なお、第一審で Wilberforce 裁判官が管轄権の問題について触れるのを避け、実体的な問題について検討して原告の主張を斥け、控訴審でも 3 名の裁判官が全員、実体的な問題について第一審の判断に対する支持を明言したうえで、管轄権の問題を検討したという流れも、日本における裁判所の判断のあり方と比較すると興味深い。原告――シエラレオネ独立前はイギリスの臣民であった――の心情に配慮して、枢密院令ひいてはシエラレオネ憲法の妥当性を認めるという実体的な判断に――「礼譲」のルールに照らせば当然にその結論が導かれるのであろうが――踏み込んだもののようにみえる。

（12）　当事者の主張の中であるが、*Buttes Gas* 事件（後述（5））で、司法判断可能性について論じたものとして取り上げられている。［1982］AC 888 at 896. See, de Smith and Brazier, above n. 5, p. 152, n. 28.

（5）*Buttes Gas and Oil Co. v Hammer*（*No 3*）[13]

この判決は、国内裁判所は外国の取極め（transactions）に関して司法判断を行わず、したがって、私法上の訴訟でかかる争点が提起された場合には、裁判所は自制（judicial restraint）をはたらかせ提起された争点について決定するのを回避するというのが英国法で長年にわたり存在してきた原則であるとし、本件は 4 つの主権国家が関与する取極めに関して、少なくともその一部が国際法に基づき違法であることの裁定を求められているので、司法判断適合性を欠くとしたものである。

【事案】　ペルシア湾の中のアブ・ムサと呼ばれる島から 9 マイルの海底で油田が発見された。このアブ・ムサ島は南岸から 40 マイルのところにあり、この南岸には 2 つの首長国、シャルージャとウンム・アル・カイワンという隣接する首長国がある。アブ・ムサ島は両首長国が承認し、イギリス政府はシャルージャに帰属すると認めていた。それ以前に、2 つの石油採掘会社がこの地域の石油採掘権を付与されていた。原告は、シャルージャ、被告はウンム・アル・カイワンによるものである。しかし、1969 年から 73 年に生じた一連の出来事の結果、被告を排除するかたちで原告が採掘権をもつものとされるに至った。（なお、イランも、アブ・ムサ島の領有権を主張して紛争地で採掘等を行わないよう要求を行っている（at 924））

原告は、被告会社の会長が 1970 年にロンドンの記者会見で、原告がシャルージャの首長と共謀して、シャルージャの領海を 12 マイルに拡大する命令の日付を遡らせることで被告会社が発見しこれに帰属する油田からの利益をみずからのものにしたと述べたことに対し、名誉毀損だとして被告会社と会長を被告として損害賠償を請求する訴訟を提起した。被告は、原告がシャルージャやその他の諸国と共同謀議して詐欺行為を行い、イギリス政府その他を違法行為にしむけたとして損害賠償請求の反訴を行い、名誉毀損表現だとの訴えに対しみずからの発言の正当性を主張した。このような訴訟の流れの中で、原告は、本件が 4 か国の「国家行為（act of state）」に関わることを

（13）［1982］AC 888（HL（E））.

理由に裁判所は管轄権を行使すべきでないこと、あるいは被告の反訴及び正当性の主張を棄却しすべての訴訟手続を停止すべきことを主張した。貴族院は、司法判断適合性の問題について判断を行った。

【判旨】 Wilberforce 裁判官は、イギリス政府のこの問題に対する対応をみたうえで、イギリス政府は、シャルージャの領海を 3 マイルから 12 マイルに拡大することが認められるかは、国際法の問題として、外交又は第三者が入った決定により解決されるべきものとみているとして、「この性格を踏まえて、国内裁判所による司法判断適合性は考えなければならない」とする（at 930）。そして、「裁判所は、外国の主権国家の間の取極めについては司法判断を行わない」という「司法の抑制又は回避」の一般原則があり、これは、裁量的なものではなく、「司法過程の性質そのものに内在する」法の原則である、と述べた（at 931-932）。そして、本件では（1）被告が 1969 年にアブ・ムサ島から 12 マイル以内の場所の海底の掘削権を獲得したかを判断するにあたり、（a）どの国がアブ・ムサ島の主権を有しているのか、（b）アブ・ムサ島の領海の広さはどれだけか、（c）（i）シャルージャとウンム・アル・カイフン、（ii）アブ・ムサ島とウンム・アル・カイフン、（iii）イラン並びにシャルージャ及びウンム・アル・カイフンとの間の大陸棚の境界線はどこかにつき答えなければならず、その際には 1964 年の国際的な合意を解釈しなければならなくなること、（2）被告が権利を得たのであれば、どのように、またなぜ、この権利が奪われたのかを判断しなければならず、その際には、シャルージャ、イラン、英国の行為が国際法上違法であるかを判断しなければならなくなる、としたうえで、「われわれの外国との関係において困らせる可能性……を措いても、これらの争点を裁定できる司法的又は管理可能な規準は……存在しない。別の言い方をすると、裁判所は、司法的にみて、危険地帯に置かれることになる。なぜなら、裁判所は、4 つの主権国家が関係し、それらの国家が外交と力の行使の後に不安定な解決をもたらした取極めを審査することを、そして少なくともその取極めの一部が国際法上「違法」であると述べることを求められているからである」と述べ（at 938）、司法判断適合性を欠くと結論づけた。

【コメント】　この事件も、管轄権が問題となったものであり、「国家行為（acts of state）」を理由として国内裁判所の管轄権が認められない、という論理であるとみると、政治的問題の法理で問題となるような高度の政治性といった実質的な要素を勘案したものではないという意味で形式的に、そしてカテゴリカルに司法判断適合性を否定したものだとみることができそうである。そうであるとすると、議会主権を理由とする司法判断不適合と同様に、その後の判例の展開にかかわらず不変のものであるようにもみえる(14)。しかし、やや先走っていえば、*Shergill and others v Khaira and others* [*2014*] *UKSC 33*（後述 3 参照）での判示をみると、この *Buttes* 判決も、高度に政治的な問題であるという実質的な事件の性質をみた結果であるという捉え方（捉え直し）をされているように思われる。また、その目で振り返ると、本判決でもアメリカ訟務長官付き法務助言者の手紙の分析（at 935-936）などは、事件の性質をみているように読める。

（6）*Everett* 判決

別の論拠で司法判断（不）適合性に言及した判決として、後の裁判でも司法判断不適合を主張する側から引用されることがあるのが、*R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Everett* である(15)。この判決は、後ろで取り上げる *GCHQ* 判決の後に出されたもので、*GCHQ* 判決の判断――司法判断適合性を拡大したもの――を前提とする判断であるので、時系列的にも論理的にも前後するのであるが、ここで取り上げておきたい。

【事案】　原告はスペイン在住のイギリス市民で、パスポートの有効期限が近づいたので新しい旅券の発給を申請したところ、これを拒否され、イギリス

（14）　この点、現在でも、この事件は国際公法の問題で、外国の主権国家の行為が問題となっているというコンテクストを考える必要がある、という指摘がある。McGoldrick, The Boundaries of Justiciability（2010）59 ICLQ 981, at 984.

（15）　［1989］1 QB 811（CA）. この判決については、岡村周一「イギリスにおける司法審査の排他性（5）」法学論叢 126 巻 2 号（1989 年）1 頁、24 頁注 7、岡本博志『イギリス行政訴訟法の研究』（九州大学出版会、1992 年）106 頁注 10 を参照。

への片道切符に相当する旅券は発行できるとされたので、審査請求をしたところ、再審査請求の段階で、原告にはイギリスで逮捕状が出されており、逮捕状が出ている者には旅券を発給しないのが外務大臣の政策（policy）である、との説明を得たが、逮捕状の詳細については教えられなかった。そこで、原告が、逮捕状が原告の手許に来ておらず決定にあたり聴聞も行われていないので本件決定は自然的正義に反することを根拠に、拒否の取消し（certiorari）とパスポートの申請を適切に判断するべき職務執行命令（mandamus）を求めて司法審査請求を行った。ところが、司法審査申請が許可されて審理が始まる前に、原告に対し、令状が発行された日及び場所、罪名が通知された。一審は、大臣が原決定の理由を説明しこの政策が原告との関係では適用されないかどうかを調査すべきだったとして原告の請求を認容したので大臣側が控訴した。

【判旨】　控訴院は、3 名の裁判官が一致して、大臣は、パスポート発給の拒否に際して、いつ、どこで、どのような容疑で逮捕状が出されたのかの詳細を告知して原告に当該政策の例外にあたることを正当化する事情があるかを考えてもらうべきであったが、本件では司法審査の審理のときまでに原告がすべての事情を知り得ており、かつ例外的な事情もなかったことから、大臣の決定を取り消す必要はないとした。

その前提として、大臣側は司法判断適合性がないことも主張していたが、この点については、3 名の裁判官が一致して、司法判断適合性はあると判断をしている。O'Connor 裁判官は、パスポートが「外国に旅行するすべての市民にとり身近な文書」であり、「この大権の行使は……常識からすれば、もし何らかの理由でパスポートの発給が誤って拒否されたならば、裁判所はこれを調査することができなければならない」と述べる（at 817）。後の事件で参照されるのは、Taylor 裁判官の次の判示である。いわく、「私は、裁判所がパスポートの発給・更新の撤回・拒否を審査する権限をもつことに疑いをもたない。貴族院は［……*GCHQ* 判決で］「大権上のもの」という言葉に訴えることだけで裁判所の権限を排除することはできないことを明らかにした。多数の裁判官は、大権上の権限の行使に対して司法審査が開かれている

か否かは、主題に依拠し、またとくにそれが司法判断可能であるかに依拠していることを示した。大権上の執行作用（executive functions under the prerogative）の最も頂点にあるものは、高度の政治性を有する諸事項（matters of high policy）であり、その例は、裁判官により与えられているとおり、条約締結、宣戦布告、議会の解散、軍隊の動員である。これらの事項については明らかに、そして他の多くの事項について、司法判断適合性がないことには疑いがない。しかし、パスポートの発給・拒否は、まったく異なるカテゴリーに属する」（at 820）。

【コメント】　この判決は、パスポートの発給（拒否）は、大権上の権限行使であるものの司法判断適合性が認められることを認めたものであるが、一般論として、高度の政治性を有する諸事項については司法判断適合性が認められないという判示が含まれている。それは、法源ではなく事項に着目して司法判断適合性を判断するという *GCHQ* 判決以降の流れに――時系列的に当然のことながら――乗っているものである[(16)]。ただ、そこに「高度の政治性」という要素が含まれていることは、日本法との比較からいっても、本稿の関心からも、注目される。

2　司法判断適合性の拡大

（1）はじめに

IRAL は、「司法審査不適合性の原理（principle of non-justiciability）」に関して検討する章の中で、この原理の司法審査の中における重要性はこの 40 年間の中で「減退」しており、そこには 4 つの引金（trigger）があると整理する[(17)]。以下ではこの整理に従い、近時の司法判断適合性の拡大を瞥見する。

（16）　See, de Smith and Brazier, above n. 5, p. 137, n. 78. なお、この流れに乗っているもう一つの判決として、*R v Secretary of State for the Home Department, ex p Bentley* ［1993］4 All ER 442 も挙げられる。

（17）　IRAL Report, para. 2.11.

（2）第 1 段階――*GCHQ* 判決

IRAL が 1 つ目の「引金」として取り上げるのは、著名判決である、*Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service*――いわゆる *GCHQ* 判決[18]――である。

【事案】 1983 年 12 月 22 日、公務員担当大臣は 1982 年公務員令 4 条に基づく訓令（instruction）を発し、GCHQ の職員は労働組合に所属できないという勤務条件の変更を突然行った。この訓令を発する前に、労働組合とも GCHQ の職員とも、事前の協議は行われなかった。原告（労働組合と 6 名の個人）は、大臣は訓令を発する前に利害関係者と協議を行うことで公正に行為する義務（duty to act fairly）があったとして、この訓令を無効とする宣言的判決を求める司法審査請求を行った。1 審の高等法院合議法廷（Glidewell 裁判官）は、訓令は無効であるとの宣言的判決を行った。控訴院（Lane 首席裁判官、Watkins 裁判官、May 裁判官）も、行政府による活動は、コモンローあるいは大権に基づくものであっても司法審査から免れず、大権上の権限に基づき行為する大臣も公正に行為する義務に服すること、原告は大臣が訓令を発する前に協議を受ける正当な期待を有していたことを認めたが、特定の事案において国家安全保障上の要請が公正性の要請に優越するかを決定するのは裁判所ではなく行政府であるとして、本件で、大臣が、事前に協議を行うと GCHQ で妨害行動が起き、オペレーションにおける脆弱領域が明らかになるおそれがあると判断したことが認められるとして、大臣の上訴を認めた。そこで原告が貴族院に上訴した。

【判旨】 貴族院の判決は、本件では公正に行為する義務、すなわち手続的な妥当性の違反があったかが論点となるところ、GCHQ の任務は国家安全保

（18） ［1985］1 AC 374. 同判決については、岡村・前掲注（15）22 頁、大田直史「イギリス行政法における『正当な期待』の保護（2）」京都学園法学 2 = 3 号（1990 年）1 頁、19 頁、岡本・前掲注（15）98 頁、中村民雄「行政行為に対する司法審査の一般原則」藤倉皓一郎＝木下毅＝高橋一修＝樋口範雄編『英米判例百選〔第 3 版〕』（有斐閣、1996 年）100 頁などを参照。

障に関わるもので、労働争議が発生すればこの安全保障が深刻に損なわれること、本件で事前に協議を行うと GCHQ の脆弱領域が明らかになることから、被告が事前の協議なしに訓令を発したことは国家安全保障上の利益を理由に正当化されると結論づけた。イギリス行政法における重要判例であり、有名なのは、Diplock 裁判官が、司法審査において適法性を審査する根拠として、一般的に、①適法性（illegality）、②不合理性（irrationality）、③手続違背（procedural impropriety）があるのを示したことである。

本稿との関係で重要なのは、この実体的な判断に入る手前の論点として、本件訓令は、1982 年公務員令 4 条に基づき公務員担当大臣が発したものであり、これは公務員関係の規律という領域で枢密院令に基づき大臣に委任された大権上の権限であるところ、かかる大権上の権限の行使が司法審査に服するのか、というものである。

この点、Fraser 裁判官は、大臣側の主張を、訓令は主権者（女王）により大権に基づき発出されるものであり、このような訓令は、①大権上の権限は裁量的なものであり、その方法は裁判所による審査に開かれていないこと、②大権に基づき主権者（女王）により付与された委任権限の行使として出される訓令は、大権の直接の行使そのものと同様に審査からの不可侵性を享受することを理由に、裁判所による審査に服しないと整理した（at 397-398）。*De Keyser's* 判決 (19) を引用しつつ、「裁判所は、特定の大権が存在するか否か、そしてもし存在するのであれば、その範囲について判断するであろう。しかし、いったん権限の存在と範囲が確定したと裁判所が判断すれば、裁判所はその行使の当否（appropriate）に立ち入ることはできない」と述べた上

（19）　*Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Limited* ［1920］ AC 508. 第一次世界大戦の際に軍の宿舎としてロンドンのホテルを収用された会社が、戦後に補償を求めた事件である。ホテル側の主張の根拠は、収用は 1842 年防衛法（Defence Act 1842）に基づくもので、同法は補償の定めを置いているというものであったのに対し、政府側は、根拠は国土防衛の国王大権であり、費用の支払いを義務づけるものではないと反駁した。貴族院は、収用に関する法律がある以上、収用はその法律に基づいてのみ正当化されるのであり、法律の定める条件に従わなければならないとして原告側の請求を認める判断を下した。同一事項につき法律の定めがあるときには法律が国王大権に優位することを判示した判決として知られる。

で、「多くの最も重要な大権上の権限、すなわち軍隊の統制や外交政策、そして法を司る裁判所における議論や審査に適しないその他の事項に関わる大権上の権限に関して、そのことは明らかに合理的である」とした。そのうえで、「本件において問題となっている大権上の権限は内務公務員を規律する権限であり、この権限の行使の方法（mode of exercise）が裁判所による審査から不可侵であるべきだとする明らかな理由はないと考える」とする。しかしながら、この審査を認めると、上述した先例と衝突することになる。そこで、本件では大臣側の主張の①が正しいか否かを決定する必要はなく、この点の決定が必要となる事件が生じるまでこの問いは開かれたままにしておくのがよいとした（at 398）。そのうえで、大臣側の主張の②について、1982年公務員令4条に基づき委任された公務員の勤務条件の規律に関する権限行使は司法による統制に服するのが通常であり（at 399）、勤務条件変更に際して協議を受ける正当な期待は、国家安全保障が関係する問題でなければ認められるとして、本件における意思決定過程は国家安全保障に関する問題が生じていなければ不公正であったとした（at 401）。しかし、国側の主張は、本件決定を事前の協議なしに行ったのはそれを行うと安全保障上の脅威になりそれを避けなければならないという大臣の意識的な判断に基づくというものであるところ、原告側の主張は、この国側の主張は後知恵であるというものである。Fraser 裁判官は、この点、*The Zamora* 判決を先例として参照して、「［ⓐ］特定の事案において国家安全保障の要請が公正性の義務に優越するかの決定は、政府が行うものであり、裁判所が行うものではない。政府のみが必要な情報にアクセスすることができるからである。いずれにしろ、司法過程は、国家安全保障上の決定を行うには向いていない（unsuitable）。［ⓑ］しかし、もしこの決定に対する異議申立てが、それが不公正な過程によって到達したものだとの根拠に基づき成功したときは、政府は、当該決定が事実として国家安全保障上の理由に基づくものであるとの証拠を提出する義務を負う」（at 402）と述べ、本件では、国側が提出した証拠により、大臣が事前協議は GCHQ における混乱を引き起こすリスクがあるとたしかに考慮していたといえるとして、第一審の判断を斥けた。

この点、Brightman 裁判官も、「国王大権に基づき行われた決定の審査可

能性（reviewability）に関しては、同僚の裁判官方がなされた先例の包括的な探索に加えられるものは何もない。同僚の裁判官方の結論とは次の一点を除いて違いはない。その一点とはすなわち、大権の行使に対する審査可能性は、審査が求められる意思決定過程が枢密院令の条件に基づき生じこの条件に照らして行使しなければならないものだとするために当該権限が枢密院令により意思決定者に委任された場合に限定されるのか、それとも審査可能性は適切な事案においては大権の直接の行使にも拡張されうるのか、という点である。Fraser 裁判官と同様、私はこの問題の解決をそれについて必ず決定しなければならない事件が生じるまでそのままにしておくことを望む」（at 423-4）と述べており、枢密院令で委任されている内国公務員関係の規律については、大権事項であるが、（国家安全保障上の論点に関わらない限り）司法判断可能性を認めていると読むことができる。

また、Roskill 裁判官も、本件の大臣の権限は国王大権の行使によるものなので審査可能なのかという前提の論点について、「今日、権限の源が大権であって制定法ではないという事実によって、市民は、権限の源が制定法であるものの行使の方法に対して有している異議申立ての権利を奪われるべきであるという論理的な根拠を……見出すことはできない」（at 417）と述べたうえで、次のように述べる。

> 「しかし、この異議申立ての権利は無制約のものでありうるとは考えない。この点は、行使される大権上の権限の主題（subject matter）に依拠すると考える。……条約の締結、領域の防衛、恩赦の特権、栄誉の付与、議会の解散、大臣の任命そしてその他の同様の事項に関する大権上の権限は、それらの性質や主題が司法過程になじまない（not to be amenable）ので、司法審査には服しないと考える。裁判所は、条約を締結するべきか、あるいは軍隊を特定の方法で配置するべきか、あるいは議会を他の日ではなくこの日に解散するべきか、を決定する場所ではない」（at 418）。

そして、本件は、「主題を理由として……『除外されるカテゴリー（excluded

categories)』には含まれない」（at 418）として審査を行った（そのうえで、国家安全保障上の利益を理由に事前の協議を行わなかったことは正当化されると結論づけている）。Scarman 裁判官も、「今日、……大権上の権限が司法審査に服するかを決定する際にこれを制御する要因は、法源ではなく主題である」と述べる（at 407）。

Diplock 裁判官も、「［大権に基づく決定は］一般的に政府の政策の適用に関わるだろう。意思決定者が別の途でなくひとつの途をとる理由は、通常、これが争われた際に司法過程が正しい答えを提供するのに適している問題ではない。このことにより私が述べたいのは、司法手続のもとで認められるものでなければならない証拠や、推論が必要となる方法ゆえに、政策に関わる競合する考慮要素――行政府の裁量が賢明に行使されるならば一方が他方に優越しなければならないものである――は裁判所の関心から排除されることになるということである――このような衡量の行使は、裁判官にはその教育や経験によっては十分に備わらない適性である」（at 411）と述べ、政策に関わる判断が司法審査に適さないことを示唆したうえで、次のように述べる。「国家安全保障は、政府（executive government）の責任であり、この利益を保護するために必要とされる行為が何であるかは、Roskill 裁判官が引用する事件が確立しまた常識が指示するとおり、司法裁判所ではなく、当該責任を負う者が「最後の言葉」を持たなければならない。それは、本質的に司法判断不適合（non-justiciable）な問題である。司法過程は、これに関わる類の問題を取り扱うのに完全に適していない」（at 412）。もっとも、それは本件においては、「組合員が事前の協議を受けるという利益（benefit）を大臣が取り上げたのは、国家安全保障上の利益によってである」という点に関わるものである。

【コメント】繰り返しになるが、大権上の権限の行使のあり方が司法判断に服するのか、という論点につき、この判決は、IRAL 報告書によれば、国王大権に基づき首相に委任された公務員の勤務条件を変更する権限行使が司法判断に服することがあるということを示したものである。

従来、大権上の権限に関して、裁判所は、特定の大権の存否そして範囲

（extent）については判断できるのに対し、範囲内にある場合にその行使の適否については判断できないと考えられていた。これに対し、本判決は、Fraser 裁判官の判示のとおり、本件で問題となった（内国）公務員の規律権限について、行使の適否に踏み込んで判断を行ったものである。そしてこの点に関して、Roskill 裁判官が、司法判断が可能か否かは、権限の法源によって決まる――すなわち、大権に基づく権限であるから不可能だと決まる――のではなく主題（subject matter）によって決まるのだと述べた一節が有名となった。ここでは、従来の考え方に比べれば司法判断不適合の領域は狭まっているものの、実際には以前と大きな変化はないという評価もあったところであり[20]、Roskill 裁判官の「除外されるカテゴリー」、主題により司法審査の対象外となるとの考え方がその後、国側からの主張でしばしば引用されることになった。この点、Fraser 裁判官も、軍隊の統制や外交政策を例示して、国王大権の行使の適否に裁判所が立ち入ることのできない事項があることを認めており、IRAL 報告書によれば、「裁判官は、『司法判断不適合の原則』への立入りに対し急いで限界を画した」[21]と評される。

また、本件ではもうひとつ、国家安全保障の要請に基づく判断につき裁判所がどこまで審査できるかという点も問題であった。この点、Fraser 裁判官が司法判断適合性を認めたのかは、わかりづらい。上記の引用箇所のⓐを強調すれば、＜国家安全保障の要請が公正性の義務に優越するかの決定については司法判断適合性が及ばない＞という判示をしたと読むこともできるからである。現に Diplock 裁判官は、この点につき司法判断不適合であると明言している。しかし、Fraser 裁判官は、本件の事実関係で、国家安全保障の問題がなければ手続が不公正であったことを認めており、かつ引用箇所ⓑと本件の判断を読めば、最終的には当該決定が国家安全保障上の理由に基づき行われたものであるとの証拠を国が提出したので大臣の判断を尊重する、という結論を導いたと読むこともできる。もし国が証拠の提出に失敗したのであれば、引用箇所ⓑを当てはめると、国の主張は斥けられ決定は手続違背で違

（20）　岡村・前掲注（15）23 頁参照。
（21）　IRAL Report, para. 2.13.

法であったことになるわけで、実体的には司法判断を行っているということもできるように思われるのである。少なくとも、司法判断適合性が及ばないとしたとも理解できるのは、事件全体についてではなく、特定の争点についてだけであった点には注意が必要である。

（3）第2段階――*Gillick* 判決

IRAL が2つ目の「引金」として取り上げるのは、*Gillick v West Norfolk A.H.A.*[(22)]である。通達の適法性について司法審査を行った判決である。この点、IRAL 報告書によると、従来、個人の権利義務の変動を引き起こす行政行為又は不作為でないものには司法判断適合性が認められていなかったところ、*Gillick* 判決でこの限界が越えられたといわれる[(23)]。すなわち、従来の立場は、*GCHQ* 判決の Diplock 裁判官の言葉を用いて、「すべての司法審査の主題は、ある人（又は人々の組織体〔bodies of persons〕）――「意思決定者と呼ぶ」――が行った決定又は決定の拒否である」ところ「司法審査の主題と性格付けられるためには、その決定が意思決定者以外のある人（又は人々の組織体）に影響を与える帰結（consequences）をともなわなければならない」のであり、その帰結は、(a)「私法上その人によって又はその人に対して強行可能な権利又は義務を変更すること」か、又は（b）その人が正当な期待をもつ「なんらかの便益や利益を奪うこと」を指す[(24)]、というものであったところ、本件の通達は保険・社会保障省から地方の保健機関に出されたもので上の（a）も（b）も充足しないものであったにもかかわらず、司法審査に服することを認めた判決だと評価されているものである[(25)]。

【事案】　保健・社会保障省が通達（Memorandum of Guidance）を発し、16歳未満の子どもから避妊に関する助言や措置を求められた場合、医師その他の医療専門職は、できるだけ早い段階で親又は後見人（guardian）に知らせる

（22）［1986］1 AC 112（CA and HL）.
（23）IRAL Report, at 2.25.
（24）［1985］1 AC 374, at 408-409.
（25）IRAL Report, at 2.26.

ようにその子どもを説得すべきであるとしつつも、医師と患者の間の遣り取りは秘密にすべきであるという広く受け入れられている原則を 16 歳未満の者について放棄すれば、子どもが医師等に専門的な助言を求めなくなり、妊娠や性交渉に基づく病気、また長期的な身体的、心理的及び情緒的な影響をもたらすおそれがあることから、例外的な場合においては、避妊の措置をとるべきか否かの判断は、医師の診療的な判断に委ねられなければならない、という旨を伝えた。ここでは、16 歳未満の子どもが、親の認識又は同意なしに、避妊に関する助言や措置を受けることができるという立場が受け入れられていた。

原告は、16 歳未満の娘を 4 人（訴訟提起後に 5 人）もつ母親であった。原告は、地方保健機関（local health authority）に対して、娘たちが 16 歳未満の間、避妊に関する助言及び措置を、母親に事前に知らさずに行わないことの保証を求めたところ、保健機関は、上記の通達を引きながら、最終的な判断は医師の診療的な判断に委ねられる旨の回答を行った。その後の遣り取りを経ても保健機関の判断は変わらなかったので、原告は、①地域保健機関と省を被告として、通達は効力をもたず助言は違法である旨の宣言的判決、②地域保健機関を被告として、機関が雇用する医師その他の医療専門職の者が親又は後見人による事前の認識・同意なしに 16 歳未満の子どもに避妊・堕胎に関する助言や措置を行うことができないことの宣言的判決を求めて出訴した。

第一審の高等法院女王座部（Woolf 裁判官）(26)は、原告が求める救済が得られるためには、通達に含まれる助言に従うことによって医師が違法な処置をとる結果となることが不可避であることを原告が主張立証できなければならないところ、医師が通達に含まれる助言に従っても刑事責任を追及されない可能性が高く、16 歳未満の少女は医療措置に同意を与えることができるので親の同意がなくても医師の処置が違法とはならないとして原告の請求を斥けた。控訴院（Eveleigh 裁判官、Fox 裁判官、Parker 裁判官）は、16 歳未満の少女は医療措置に同意を与える能力も医師に彼女の両親の同意を求めること

(26)　［1984］Q. B. 581.

を禁止できる能力も持っておらず、医師は、緊急の場合を除いて、16 歳未満の者に対し、不妊や堕胎の処置を両親や後見人の同意なしにとることは、裁判所に申し立てない限りできないとして、②の宣言的判決については「緊急時又は裁判所の許可がある場合を除き」という一句を追加して出すとし、①については、「1974 年 5 月に発出された通達の G 項を改正した規定である 1980 年 12 月に発出された通達は、法に違反する」という旨の宣言的判決を出した（at 138, 146）。そこで、被告のうち省のみが上訴した（地域保健機関は上訴していない）。それゆえ、貴族院で争われているのは①のみである。

貴族院では、Fraser 裁判官が主導的意見を執筆した。同裁判官によると、論点は、医師が、16 歳未満の少女に対して、その親の同意なしに不妊に関する助言や処置を行うことができるのかである（at 165）。これを 3 つの点に分けて検討した。第一は、16 歳未満の少女が不妊にかかる助言や処置を受けることに同意を与える法的能力があるか、第二は、子の医療措置に関して親がどの範囲で権利と義務を有するのか、第三は、医師が 16 歳未満の少女との性交渉――犯罪である――の幇助をしたとして刑事責任を負うかである（at 166）。

第一の点について、諸法令をみても、不妊に関する助言、処置とその他の医療の助言、処置との間で能力に関する区別をしていないと指摘し、医療的な助言、処置について 16 歳未満でも同意を与えることができる以上、不妊に関するものについてもそのはずだとしてこれを肯定する（at 166-170）。

第二の点について、親の権利は子の利益のためにあるが、その範囲は関連法令をみても明らかとはならず、1975 年子ども法 86 条（「本法では、『法的監護』とは、文脈が他のことを要求していない限り、子どもに関しては、子どもの人身（子の時間を費やす場所及び方法を含む）に関する親の多くの権利及び義務を意味する」）からも、原審で Parker 裁判官が判断したような「子に対する完全なコントロールの権利」は導かれない（at 171）。子は成人年齢に達して突然に独立するわけではなく、親のコントロールは子の理解力や知性の成長に応じて徐々に変化していくのが現実であり、「社会の慣習は変化し、それが重要である場合には、法はかかる変化を考慮に入れなければならないし、事実としても考慮にいれる」（at 171）。変化の例として、親の連れ去り

に対する子どもの同意が誘拐罪に対する抗弁になるかに関して、子が同意を与えられるだけの十分な理解力と知性を有していたかは陪審が判断する「事実問題（question of fact）」であるとした *Reg. v. D* [27] における Brandon 裁判官の判示を挙げ、早熟の女子であっても 16 歳に達しない子に判断能力を認めなかった 19 世紀の判例と比較して、時代の経過により見方が変わってきていると述べる（at 171-172）。そして、父親の権限は「しだいに縮減していく権利（dwindling right）」であるとする Hewer v Bryant [28] における Denning 裁

(27)［1984］A.C. 778（CA and HL（E））. 父親による子の連れ去りが誘拐罪に当たるかが問題となった刑事事件である。母親の管理の下にいた 5 歳の娘を連れ去ったとして父親が誘拐罪で起訴され、中央刑事裁判所（Lymbery 裁判官）では有罪となったが、上訴をしたところ、控訴院（Watkins 裁判官、Skinner 裁判官、Mustill 裁判官）は、みずからの未婚の未成年の子との関係では誘拐罪は成立しないこと、裁判所の命令に反して行為をした親への制裁としては民事的裁判所侮辱があるので刑法の領域に持ち込むことは望ましくないことなどを理由に無罪とした。検察側が上訴したところ、貴族院（Hailsham 裁判官、Fraser 裁判官、Scarman 裁判官、Bridge 裁判官、Brandon 裁判官）は、家族における父親の最高の権威は、かつては、未婚の未成年の子の誘拐罪の関係で適法な免責事由（excuse）であったが、子との関係で両親が等しい権威をもつものと扱われることとなった現在の社会的・法的な状況のもとでは免責事由として用いることはできず、父親が自らの子の誘拐罪を犯しえること、裁判所の命令に反した者は通常は民事的裁判所侮辱で対応するべきだが例外的に行為が悪質である場合には刑事罰で臨むことがありえ、本件はそれに当たるなどとして、控訴院の判決を破棄し、誘拐罪で有罪とするべきだと結論づけた。

(28)［1970］1 Q.B. 357. 1962 年に 15 歳 8 か月であった原告は、親元を離れ農場で住み込みで給料を得て働いている際に被告のトラックに搭乗して事故にあい、重傷を負った。その後、親元に戻り、親が原告の世話をしていた。親は訴訟を提起することを考えたが様々な理由で行わず、その後、原告の快復が思わしくないので訴訟を提起したが 3 年の期間制限（time limit）を徒過しており、請求は退けられた。その後、原告が 1967 年に成人した後に自ら損害賠償請求を行ったのが本件である。被告が事故が発生してから 3 年の期間制限が経過していると反論したのに対し、原告は事故当時未成年であったので期間制限は発生せず、その例外として期間制限が発生する「親の監護下にあった」わけでもないと再反論した。一審（［1969］1 QB 415）（Paull 裁判官）は「監護」とはコモン・ロー上の法的な意味であり、本件の原告は「親の監護下にあった」として、期間制限の成立を認めた。原告側の上訴に対し、控訴院は、これを認容し、本件の事情で原告が自ら訴訟を提起することは法的に禁止されていないと判断したものである。1939 年期間制限法、1954 年期間制限法の「親の監護下にあった」という文言について、21 歳が成人年齢であったが、第二次世界大戦では 18 歳や 19 歳の若者が戦争に従事したことや 1954 年法の制定後に 19 歳の歌手が週に数千ポンドも稼ぎ 18 歳の革命家が大学紛争を起こしたことを挙げて、これらの者は親の監護下にあったとはいえないとして、Denning 裁判官は、

判官の判示に同意する（at 172）。結論、一定の要件を充足するときには、親の同意なしに、また親が認識していない状態でも、医師が助言や処置を進めることが正当化される場合がある。その要件とは、①当該女子が医師の助言を理解していること、②医師が、彼女が避妊に関する助言を求めていることを彼女に対し両親に知らせるよう説得することも、医師が両親に知らせることを認めるよう説得することもできなかったこと、③不妊の処置があろうがなかろうが、彼女が性交渉を始めまた続けるだろう蓋然性が高いこと、④不妊の助言や処置を受けなければ、その少女の身体的、精神的健康が損なわれるだろうこと、⑤彼女の最善の利益のために、医師が両親の同意なしに彼女に不妊の助言や処置を行うことが求められること、という 5 点である（at 174）。

第三の点について、医師が違法な性交渉の幇助罪で 1956 年性的侵害法 28 条に基づき処罰されるかが問題となるが、少女の最善の利益のために誠実に行為しようとする意思があったしていた医師は、不妊の助言や処置を行っても処罰されないだろうとする（at 175-176）。

Scarman 裁判官もおおむね Fraser 裁判官の意見と同じ意見を述べ、Bridge 裁判官は両裁判官の意見に同意する。

これに対し、Brandon 裁判官は、ここでの法的論点は、16 歳未満の少女に対する、医師以外の専門職による不妊に関する助言、医師による外科的処置、不妊の措置（特にピルの処方）の 3 つの行為を親の同意なしに、親の認識していないところで実施できるかであるが、これは、第一に、いかなる事情であれこれら 3 つの行為を適法に行えるか、第二に、第一の問いが肯定されるときに、これら 3 つの行為が行えるのは事前の親が認識して同意を与えていた場合のみであるか、という 2 つの問いに分解できるという（at 195）。そして、第一の点について、3 つの行為は 1956 年性的侵害法が処罰する、性行為の助長、促進等にあたるとする（at 197）。1977 年国民医療サービス法（National Health Service Act 1977）は 3 つの行為を国務大臣に義務づける

法の状態ではなく事実の状態に依拠するのであり、親の実効的なケア及びコントロールの下に置かれていた場合にのみ、これに該当すると判断した（at 369）。

が、条文解釈の際には公序（public policy）に適合するように解釈をしなければならないので、ここで、3 つの行為の対象となる者は、16 歳未満の者を含まないように解釈しなければならない（at 198）。それゆえ、これら 3 つの行為は適法に行うことはできないこととなる。第二の問いは、第一の問いに対する答えは否定であるので問題とならず、したがって、この点を検討するまでもなく保険・社会保障省からの上訴は棄却されるべきという結論となる（at 199）。

Templeman 裁判官も、法的構成は Brandon 裁判官と異なるが、原告の請求を認容する宣言的判決を出すべきだと結論づける。同裁判官は、ここでの問題は、16 歳未満の少女が不妊処置を行うか否かを決定する権利を誰がもつのかだとする（at 199）。まず、1956 年性的侵害法は、性交渉をコントロールできないと判断される 16 歳未満の少女に対して不妊処置を行うことの決定を親や医師が行うことを妨げていないので、親と医師とがこの点で同意すれば問題なく不妊処置を施すことができるという（at 199）。問題は、親の判断と医師の判断とが異なる場合である。親は子供の「自然的かつ法的な後見人（natural and legal guardian）」として子を育てる責務を負い、親の権限の行使としては管理や監督から指導や助言まで、また子の年齢や気質に応じ、様々なものがあるが、これを子の最善の利益のために行使しなければならない。そして、親の決定権は裁判所の裁量には服するが、裁判所は、「子どもの福祉が最重要であるという原理」に導かれるという（at 200）。他方、医師は患者に最も利益になると思われる助言、処置を行うが、患者はこれを拒否する権利がある。患者が子どもの場合は親が子どもに代わり判断するが、医師と親の意見が違う場合には裁判所が判断する。裁判所が判断する時間がない場合、医師が、処置を施すことが子どもの生存又は健康にとり不可欠のものであると判断するならば、緊急時において処置を施すことができる（at 200）。医師は、子どもの同意を得て、親の反対があっても一定の方法の処置を施すこともできるが、子どもの同意の効果は処置の性質と子どもの年齢・理解力とに依存する（at 201）。しかし、性や不妊に関する処置は、Fraser 裁判官が挙げた法令の規定や 1956 年性的侵害法 6 条の規定をみても、16 歳未満の少女はこれらの決定を行う能力をもたないことを示していると結論づけ

る。これら法令の解釈がFraser裁判官とは異なり、16歳未満の少女は性や不妊に関する処置に関する決定権をもたないとしているわけである。

そのうえで、保健・社会保障省の主張に対し、①医師は少女が話す内容しか知らないので、家族の事情などに関する知識は不完全なものであり、親の知らないところで処置をするのは、少女を性交渉から保護する機会を親から奪っていることになる、②親が処置のことを早晩知るはずなので、そうすると家族どうしの間の、また家族と医師との間の信頼関係がなくなる、③医師が秘密裏に不妊処置を施すことは、少女に性交渉への関与を促すことになり、これは道徳や宗教の基本原理を侵害することになる、という疑問を呈する。もちろん、とくに最後の点については、処置をしなければ少女が妊娠する可能性を高めるという強い異論があるが、不妊処置は性交渉に対する制約を取り除くことになるという考えも強いという（at 201-203）。

この点、立法者はいかようにも決められるが、裁判においては現行法に基づく判断が求められるとし、子どもに責任をもつ親への情報開示は患者たる子どもに対する秘密保持義務に対する違反となるわけではなく、また医師は子どもに秘密裏に助言を行う資格をもつものの不妊処置を行うことに関する決定権は親が有しているというのが法の立場であると考える。それゆえ、同裁判官は、16歳未満の少女に対する避妊具の装着は、裁判所の命令がある場合、緊急の場合、又は親が権利を放棄したり濫用したりした例外的な場合でなければ、親の同意なしにできないとする（at 203-205）。

結論、まず、本件では、保健・社会保障省の通達には、不妊処置を行うことに関し子に代わり決定を行う親の権利及び管理・教導権（parental powers of control, guidance and advice）の行使により子に影響力を行使する親の権利に対する介入という点で、瑕疵があるように思われると述べる（at 205）。そして、保健・社会保障省の側に、16歳未満の少女に避妊具を装着するか否かの決定を医師ができると解している点及び医師はその決定を親に秘密にしておくことができると解している点で法の過誤があるとし、保健・社会保障省はこの通達に責任を負い、なんらかの救済手段又は司法審査に服するとする（at 206）。そして、この通達が16歳未満の未婚の少女に対して、この者の監護権をもち、かつ不妊処置を提供するか否かを決定する親の権利を放棄又は

濫用していない親の知らないところで不妊処置を提供することを承認又は同意しようとする限りで、違法である旨の宣言的判決を行うべきだと結論づける（at 206）。

このようにして、保健・社会保障省の通達の適法性という実体的な論点については、3 対 2 で適法だとの判断が示された。

本稿の関係で重要なのは、通達の適法性を訴訟で争えるか、という点である。この点について、Bridge 裁判官が次のように論じたことが注目される。

> 「裁判所の行政当局の行動に対する監督的管轄権（supervisory jurisdiction）は、その行為又は決定が、当該行政当局による行使が意図されている権限の範囲内でなされていることを確保すること、又は逆に何らかの適切な制定法上の行為又は決定が求められている事情のもとで当局が行為又は決定をしないことに対して救済手段を提供することに限定されている」（at 192）。通達はそれ自体としては制定法としての力を何ももたない。制定法上の権限の行使として発されたわけでもないし、制定法上の権限の行使でもない。それは純粋に勧告的な性格をもつものであり、国民医療サービスの医療従事者は、法律問題としては、それによって何も拘束されない。それゆえ、通達が、制定法上の裁量の不合理な行使に関わるウエンズベリー原則に基づく審査の対象となることには同意できない。「かかる制定法に基づかない通達に含まれる助言がよいか悪いか、合理的か不合理的かという問題は、一般ルールとして、司法審査の形式に服しない。しかし、問題は、この一般ルールに対する例外があるのか否かである」（at 193）。
>
> この点、*Royal College of Nursing v Department of Health and Social Security* [29] は、「裁判所の司法審査の権限を非常に拡大させる効果をもっ

(29)　［1981］A C 800（CA and HL（E））. 1967 年堕胎法（Abortion Act 1967）1 条は、2 名の医師が中絶の必要性を認める証明書を出し国民医療サービスの病院で処置を行うならば、「登録医師」による妊娠中絶を堕胎罪に問わない旨を定めていた。この規定の解釈に関し、保険・社会保障省が、保険機関と医師・看護師の団体に対し、看護師が薬剤を処置することも、登録医師がみずから処置を開始し（カテーテルを入れ）看護師が行うそれ

た。……もし政府の省庁がその責任を行使する行政の領域で、形式は制定法上のものでなくても、公になる文書の中で、法的に誤りのある助言を公表した場合には、裁判所は、必要な原告適格を有する申請人又は原告が適切な形式によって提起した訴訟手続において、適切な宣言的判決によって、法の過誤を矯正する管轄権をもつと言わなければならない。このように拡張された管轄権は、疑いなく、ある状況のもとにおいては有益で実に必要なものである」（at 193）。

このように述べて、本件では、Gillick 氏は通達の適法性を争う原告適格をもち、彼女がこの訴訟で勝つには、捨てられた子ども又は緊急時を除いて、法が 16 歳未満の少女に親の同意又は裁判所の命令なしに不妊処置を行うことを絶対に禁止しているということを明らかにすればよいことから、裁判所は本件に対する管轄権をもつと述べた。

Templeman 裁判官も、実体的な判断は原告の請求を認める点で少数意見の側に立つが、訴訟（司法審査）で判断できる点では Bridge 裁判官に同意して、次のように述べる。

「通達が命令なのか、医療専門職や国民医療サービス（NHS）に従事する医師に向けられたガイダンス、助言、単なる見解の表明なのかは重要ではない。争点は、保健・社会保障省が制定法上の裁量を合理的な方法で行使しているのか、公的機関である保健・社会保障省の法の過誤が通達によって親の権利に対する不法な制約を承認し又はこれに同意を与えることになっているのか、である。この点で、私は、親愛なる Bridge of Harwich 裁判官の意見と、社会的、倫理的に争いのある問題又は仮説的な問題に裁判所が関与することに対する彼の警告に同意する。それに

以降の処置につきすべて責任を負える状況であるならば適法である旨の通達を発したので、看護師の団体がこの通達が違法である旨の宣言的判決を求めて出訴したという事案である。一審は通達を適法と判断したが、控訴審は、その状況は事実上、看護師による中絶であるとして一審の判断を覆したので、国側が上訴をした。貴族院は、上訴を認容し通達による手続は堕胎法に適合していると判断した。

もかかわらず、本件上訴で提起されている問題には答えなければならず、多数意見とは異なり、私は、Gillick 氏が彼女の運動に成功し、司法審査手続において、当該通達が 16 歳未満の未婚の少女に避妊具を装着することを、その者の監護権をもちかかる器具を装着するか否かを決定する親の権利を放棄も濫用もしていない親の知らないところで認めることを意図する限りで、不法であるとの宣言を行うことができると考える」（at 206）。

このように、実体的な判断の違いを超えて、少なくとも本件においては、裁判所は通達に法的な誤りがあるか否かを判断する（そして法的な誤りがある場合には法の過誤を矯正する）ことができるとする点で裁判官の判断は一致していた。

【コメント】この事件で問題となった通達は、結論としては、3 対 2 の判断とはいえ、法的に個人の権利義務を変動させたり正当な期待が認められる便益をはく奪したりするものではないとされた。しかし、裁判官たちは、この実体的な評価の違いにかかわらず、一致して、裁判所が司法審査において本件の通達に法的な誤りがあるか否かを判断することが可能であることを認めた。

この判決には、学説の一部から批判も出されたが[30]、現在の評価としては、IRAL 報告書によれば、「この判決を悔やむ者はほとんどいない」のであり、この判決は、司法審査が「個人の利益が政府により侵害されないことを保障しようとするものから、政府の行為の合法性を確保しようとするもの」へと一般的な方向付けが変わったこととも整合しているとされる[31]。

日本法との比較の観点から興味深いのは、この判決で問題となったことは、日本法の文脈でいえば、司法判断可能性――司法権の限界――に関わるものというより、法律上の争訟――司法権の観念そのもの――に関わる

（30）　Carol Harrlow, Gillick: A Comedy of Errors?（1986）49 MLR 768.
（31）　IRAL Report, at 2.43.

ものであることである。

（4）第3段階――1998年人権法

IRAL報告書が第3の契機として挙げるのは、1998年人権法（Human Rights Act 1998）の制定である。人権法は欧州人権条約をイギリス法に編入したので、あらゆる形態の公権力の行使が、人権条約上の権利を侵害したと主張されるならば司法判断可能となったわけである。報告書によれば、人権法の制定によってもたらされた司法判断適合性の拡大は、議会が選択したものである点で、*GCHQ*判決や*Gillick*判決とは異なるが、「議会による選択の効果は、そうしなければコモン・ローの下では判断できなかったであろう多くの公権力の行使を人権法の下での司法審査の潜在的な対象にしたこと」[32]であったという。そのような例として報告書が挙げる判例のうち、筆者の能力の関係で、3つだけ挙げる。

①　*R* (*Gentle*) *v Prime Minister* [33]

本件は、軍のイラク派遣に関わる問題であり、主題となる事項からいえば司法判断適合性が否定されそうな事案であった。それにもかかわらず、貴族院は司法審査に踏み込んだ。IRAL報告書は、Hale裁判官の「もし人権条約上の権利によって裁判所が以前は司法判断適合性がないと考えられていた事項につき審査し判断を下すよう求められるのであれば、裁判所はその判断を下さなければならないということについては、今日、共通した根拠となっている」という言葉を引用している（[60]）[34]。この引用箇所の直後で、「主題となる事項によってこのことは排除されない」とも述べており、*GCHQ*判決よりもさらに司法判断適合性を拡大した例とみることができそうである。

【事案】　原告は2003年3月から2004年6月までイラクに派遣されている間に殺された2人の軍人の母親である。検視は適切に行われ、死亡の時、場

(32)　IRAL Report, para, 2, 29.
(33)　［2008］1 AC 1356（HL（E））.
(34)　IRAL Report, para. 2.28.

所、状況についてとくに問題もないとされている。原告は、子の死亡に関する、検死より広範囲の独立した公的調査を行うことを求めたが拒絶されたので、これが欧州人権条約 2 条に違反しており、イギリス政府は子の死亡に関する、検死より広範囲の独立した公的調査を行うべきであるという旨の宣言的判決を求めて司法審査を申請した。高等法院（Collins 裁判官）そして控訴院（Clarke 記録長官、Judge 裁判官、Dyson 裁判官）も請求を斥けたので上訴した。なお、原告は、かかる公的調査が公益上望ましいか否かの判断も、イギリス軍のイラク派遣が国際法上適法か否かについての判断も求めてはいない。

【判旨】　貴族院は、9 名の裁判官全員一致で上訴を斥けた。主導的意見を書いた Bingham 裁判官は、大要、次のように論じた（[1]-[10]）。欧州人権条約 2 条は、加盟国が人間の生命を正当な理由なく奪ってはならず、合理的に実践可能な最大限に生命を保護する法や手続の枠組みを確立する実体的義務を課し、さらにこの実体的義務を補足するために実体的義務に対する違反があったと思われる場合に独立した公的組織による実効的な公的調査を行うべき手続的義務を課すが、この手続的義務はあくまで実体的義務に依存するものであり、原告側は少なくとも本件における事実から実体的義務違反があったと言える一応の根拠のある主張（arguable case）を示さなければならないところ、それには成功していない。また、欧州人権条約 2 条は、武力行使の適法性を判断するプロセスには適用されない。さらに、仮に原告が実体的権利を裏付ける一応の根拠のある主張に成功できたとしても、原告が主張するような広範な公的調査までは欧州人権裁判所の判例が認めていないので、いずれにしろ、原告の請求は認められない。Hoffmann 裁判官も、これと同様の議論を行っている。Scott 裁判官、Rodger 裁判官、Mance 裁判官も、両裁判官の議論に同調する。

Hope 裁判官も、欧州人権条約 2 条は軍人にも適用されるものの、その保護の程度には軍の性格やその活動やそれがもたらすリスクの性質を考慮に入れなければならないとして、2 条は、軍人を単に海外での活動に動員することによっては侵害されず、2 条に基づく実体的義務違反があることの一応の

根拠のある主張ができていないと述べた（[19]、[27]）。Hale 裁判官は、Bingham 裁判官、Hoffmann 裁判官、Hope 裁判官に同調し、Carswell 裁判官、Brown 裁判官はとくに裁判官の名前を挙げず他の裁判官に同調する。

【コメント】　本件は、事案としてはイラクへの軍隊の派遣の適法性に関わる問題を孕むものであるが、事案全体としても、また欧州人権条約 2 条に基づき本件の文脈で政府が公的調査を行う義務があるかという論点についても、司法判断可能性がないとするのではなく、法的判断の俎上に載せた上で原告主張を斥けていることが注目される。

この点、Hope 裁判官は、国際法上の適法性の問題は人権条約上の権利侵害の判断を行う際に無関係とはいえず、「現代の行政法においては、まったく審査の対象とならない立入禁止区域は存在しない」という原告側の主張に対し、「問題が司法の抑制を行使すべきであるかどうかである事案と、争点が法的に関係しない事案とは慎重に区別しなければならない。本件において、国際法上の問題は後者のカテゴリーに入る」（[25]）と述べていた。また、Carswell 裁判官も、原告側代理人が「当該領域は厳密には司法判断可能性がないものではなく、裁判所が一定の司法の抑制を行使するであろう種類の決定に含まれること、そして本件で問題となっている事柄は裁判所が決定できまた決定すべきである法の問題にかかわっていること」という趣旨の「説得力ある主張」を行っていたが「これらの主張の正しさに関する私の意見は別の機会に保留しておきたい」とし、その理由として、本件では人権条約 2 条違反がないことがはっきりとしているので、この争点に言及することで結論を導くことができることを挙げていた（[63]-[64]）。

両裁判官の議論、とくに Carswell 裁判官の議論から窺われるのは、本件で実体的な判断に踏み込んだのは、実体的な争点の判断で原告敗訴の結論を導くことができるからであったからだということである。しかし、論理的には、司法判断可能性の争点を先に判断すべきであるということもできる。にもかかわらず、実体的な争点の判断に踏み込んだのは、人権条約上の権利に対する侵害が問題となっていたからであると考えられる(35)。Hale 裁判官が、2 条に基づく実体的義務違反がないとしつつ、「もしそうでなければ、

私は原告の主張のうち他の主要な論点については受け入れるのに気持ちが傾いていたであろう」として、「もし人権条約上の権利によって裁判所が以前は司法判断適合性がないと考えられていた事項につき審査し判断を下すよう求められるのであれば、裁判所はその判断を下さなければならないということについては、今日、共通した根拠となっている。主題となる事項によってこのことは排除されない」（[60]）と述べていたのが示唆的である。

もっともこの点、他方で、司法判断適合性の有無について意見の対立があり（上記の Hope 裁判官の言明からは、司法判断適合性につき否定的な考えが滲み出ている）、この争点につき明示的に決着をつけずに事件を処理するために、逆説的ではあるが、実体的な判断に入ったとみることもできそうである。Bingham 裁判官は、欧州人権条約 2 条が武力行使の適法性を判断するプロセスには適用されないことを論証する中で、次のように論じていた。「原告が請求するような調査が、司法の裁判所が伝統的に取り組むことに極めて消極的である争点の考察に立ち入ることになるのは…明白であったに違いない。このことは、たとえ原告が法的権利を有していても裁判所がそれを決定できないということを言っているわけではない。被告は、もし原告が法的権利を有しているならば、それは裁判所で司法判断可能であることを認めているし、裁判所が、侵入することのできない領域に立ち入ろうとするものにもならない。しかしながら、被告は、私の見解が正しければ、権利の存否を決定する際には、その権利の行使として何が含まれているのかを考えることが重要であると述べている。それゆえ、高度の政策と呼ばれてきたもの――宣戦講和、条約締結、外交関係上の行為――について判断を行う際に裁判所が伝統的に示してきた抑制は、権利の存在にとって不利に作用する傾向がある［…… (36)］。この考えは、戦争が同盟国として行為する諸国によりとて

（35）　See, IRAL Report, para. 2.28.

（36）　ここで、*R v Jones*（*Margaret*）［2006］UKHL 16 を引用する。2003 年 3 月に空軍基地に侵入して燃料タンク車と爆弾運搬車に損害を与えるなどの行為を行ったとして、1977 年刑法 1 条 1 項の共謀罪などで起訴された刑事事件で、被告人側は、イギリスとアメリカ合衆国によるイラク派兵が国際法上の侵略の犯罪（crime of aggression）であり、被告人の行為はこの犯罪を妨害するためであったとして 1967 年刑法 3 条により正当化されると主張した。貴族院の判決は、5 名の裁判官が一致して、1967 年刑法 3 条が有形力の行使

もしばしば行われていることに鑑みると強化される」（[8]）。この言明からは、権利の存否に関する――原告が主張する内容が法的権利の内容に含まれることを否定する――判断を行う際に、当該内容が当該法的権利に含まれることを肯定すると裁判所による判断に馴染まない事項に関する判断を迫られることになるのでそれを避けるというかたちで、従来司法判断不適合とされていた事項が影響を与えているとみることもできる。

② *R*（*Aguilar Quila*）*v Secretary of State for the Home Department; R*（*Bibi*）*v Secretary of State for the Home Department*[37]

外国人の出入国管理に関わるルールの適法性が司法審査で争われ、請求が認められた事件である。出入国管理に関する領域は、従来、司法判断不適合であるとされがちであったが、欧州人権条約 8 条違反が問題とされているので司法判断の対象とされ、しかも請求が認められたということで、IRAL 報告書が取り上げたのだと思われる。

【事案】　第一事件の原告は 18 歳のチリ人男性とその妻であるイギリス人女性である。男性は学生ビザで入国し、この女性と婚姻をした後に配偶者とし

が正当化される場合のひとつとして掲げる「犯罪の防止」にいう「犯罪」に侵略の犯罪（crime of aggression）は当たらないなどとして、被告人の上訴を斥けた。Bingham 裁判官は、「裁判所は、外交関係上の行為や軍隊の動員に関する大権上の権限の行使の審査は非常に慎重に行い、また国際法の平面上での主権国家間での取極めから生じた権利に関する裁定も非常に慎重に行う、というのが、確立されたルールである」と述べる（at 30）。また Hoffmann 裁判官も、かかる国際法上の侵略の犯罪に対する責任を国内裁判所で決定することの「実践的な困難さ」、すなわち、「戦争及び平和の宣言並びに軍隊の派遣は、常に、国王の裁量的な権限であり、その行使に対して裁判所が審尋することはないものだと考えられてきたこと」について、*Chandler* 判決の Devlin 裁判官の判示を参照しながら語り、「戦争を行うという決定は、人がそれを正しいと考えるか誤っていると考えるかに関わらず、国土を防衛し外交関係を処理する国王の裁量的な権限に完全に入る」としたうえで、「同じことを別の表現でいえば、これらの事項は司法判断不適合である」とし、「宣戦権限の裁量的な性質又は司法判断不適合性が、単純に、侵略が国内法上の犯罪でないことの理由のひとつであるというのが私の意見である」と、1967 年刑法 3 条の「犯罪」に侵略は含まれないことを結論づける（at 65-67）。

(37)　[2012] 1 AC 621 (SC(E)).

て滞在許可を申請したが、1994 年移民規則改正ステイトメント（Statement of Changes in Immigration Rules）277 項は、配偶者のいずれかが 18 歳未満の者である場合には滞在許可を認めないとしており、その当時、妻は 17 歳であったため、内務大臣により申請は斥けられた。その後、妻が 18 歳になった後の 2009 年 5 月 1 日に再度申請をしたが、この間に最低年齢が 2008 年改正により同年 11 月 27 日以降 21 歳に上げられたため、この申請も斥けられた。原告は、この 277 項が欧州人権条約 8 条の家族生活の尊重に対する権利を侵害するとして司法審査を申請したが、一審（女王座部行政裁判所）（Burnett 裁判官）はこれを棄却した [38]。

第二事件の原告はパキスタンで婚姻した、18 歳のパキスタン人女性と 18 歳のイギリス人男性である。2008 年 10 月 30 日にパキスタンで結婚した。この結婚は文化的伝統に従い両家の両親が取り決めたものであるが、二人は互いに結婚は自由に同意したと主張しており、この点は内務大臣も争っていない。同年 12 月 1 日に女性は入国申請を行ったが、この申請が改正後の 277 項を理由に斥けられた。一審（女王座部行政裁判所）（Pearl 裁判官）では司法審査の申請が許可されなかった [39]。

両事件の原告らは控訴したところ、控訴院（Sedley 裁判官、Pitchford 裁判官、Gross 裁判官）は、原告らの請求を認容し、内務大臣による 277 項の適用が欧州人権条約 8 条に基づく家族生活の尊重を受ける権利を侵害するものとして違法であると宣言した [40]。そこで内務大臣が上訴した。内務大臣の側は、277 項は本件で家族を引き裂くものではなく、同居するか否か、同居するならどこに居住するかを決定する際の選択を一時的に制限するにとどまるもので、年齢の引上げは、強制結婚――「強迫（duress）」による結婚で、その形態は身体的なものに限られず、精神的・心理的・経済的・性的なものなどを広く含む――とその影響を防止・緩和するという目的の達成のために必要でありかつ比例原則を充たしていると主張した。

（38）［2010］1 FCR 81.
（39）［2009］EWHC 2323（Admin）.
（40）［2010］EWCA Civ 1482.

【判旨】

Wilson 裁判官は、事案の概要やルールの内容、背景を述べたうえで、次のように論じて本件措置が人権条約 8 条に違反すると結論づけた。すなわち、まず、8 条の問題となるかは、*R*（*Razgar*）*v Secretary of State for the Home Department* [41] において Bingham 裁判官が立てた判断枠組み、すなわち、①公的機関による私人の私生活または家族生活の尊重の権利の行使に対する干渉（interference）があったか、または将来あり得るか、②もしそうであれば、その干渉が当該条項の適用を潜在的に招くほどの重大な結果をもたらしたか、またはもたらす可能性があるか、で判断した（at. 640, para. 30）。本件では、結婚ビザの発給拒否は、両当事者に対し、約 3 年間別々に暮らすことを強いるか、あるいはそれぞれの英国籍配偶者に、自らの生活、教育、就労を英国で継続する計画を中断し、その間チリ及びパキスタンで配偶者と共に暮らすことを強いるものであり、二組の夫婦をそのような選択に従わせることは、家族生活がどれほど乏しいものであったとしても、申立人らの家

(41)　［2004］UKHL 27; ［2004］2 AC 368（HL(E)）. 原告はイラク国籍のクルド人で、ドイツからイギリスに入国して難民申請を行った。内務大臣は実体に入った審理を行わず、ドイツは安全な第三国であるとしてドイツへの退去を命じた。原告はこの国外退去決定は 1998 年人権法が編入した欧州人権条約 8 条に違反するとして異議申立てを行った。大臣は原告の申立ては明らかに根拠を欠くという認定をしたので、原告はこの認定の取消しを求めて司法審査を申請した。原告はみずからを継続的に診察している精神科医の証拠を提出し、そこでは、継続的な精神疾患でドイツに送還すれば自殺しようとするであろうという診断が述べられていた。一審は、精神科医の診断に反駁する意見がない以上、原告がドイツに送還されれば適切な治療を受けられないという現実の危険があるとの専門的な判断を大臣が考慮しないことはできないとして、原告の主張を認め、控訴院もこの判断を認めたので、大臣が上訴をした。貴族院は 3 対 2 で上訴を認めた。Bingham 裁判官、Steyn 裁判官、Carswell 裁判官は、欧州人権条約 8 条が保障する私的生活の尊重に対する権利は、個人の私的生活の諸要素のうち、アイデンティティや社会的に活動する能力にとって不可欠なものを保障するのであり、精神の安定はこの権利を享受するための不可欠なものとして認められ、この権利は退去が健康に影響を与えることが予見しうることによって例外的に制約されているものの、退去する国の医療やその設備が退去先の国よりよいことだけでは退去を否定することにはならないとした。他方、Walker 裁判官、Hale 裁判官は、示されている証拠からは、送還すれば人権条約 8 条の権利が侵害される可能性を排除できない以上、原告の申立てが明らかに根拠を欠くとはいえなかったとして、上訴を斥けるべきだとした。本文で引用されているのは、この判決の para. 17 である。

族生活を尊重する権利に対する極めて重大な干渉以外の何物でもないとした（at. 640, para.32）。

そして、この制約が人権条約 8 条 2 項に基づき正当化できるかにつき、*Huang v Secretary of State for the Home Department* (42) において、Bingham 裁判官が立てた 4 つの問い、すなわち、（a）立法目的は、基本的権利を制限するに足るほど十分に重要なものか、（b）その目的を達成するために設計された措置は、その目的に合理的に関連しているか、（c）その目的を達成するのに必要以上の措置ではないか、（d）個人の権利と社会全体の利益との間で公正な均衡が保たれているか――（a）は目的の重要性であり、（b）～（d）は広義の比例原則である――を用いた（at. 643, para. 45）。本件では、強制結婚を防止するという目的のために結婚ビザの発給の対象年齢の引上げという措置がとられているが、ビザの取得が強制結婚の動機の中でどれほど一般的なものなのか、仮に本件措置により 3 年間ビザの発給が遅くなるとしても両親はなお強制結婚をさせようとするのではないか、仮にビザが発給されなくても外国で強制結婚させられるのではないのか、等々の疑問があり（at 644-645, para. 49）、下院内務委員会も、本件措置が強制結婚にどのような効果をもつ

（42）［2007］UKHL 11; ［2007］2 AC 167（HL（E））. 原告は中国籍で、6 か月の観光ビザで入国したが、その後にイギリスに定住している娘の扶養家族として無期限の滞在許可を申請した。これに対し、内務大臣は、1994 年移民規則改正ステイトメントの下で原告には在留資格がないとして申請を拒否した。原告は、国外退去しなければならないのは欧州人権条約 8 条の家族生活に対する権利の侵害であると主張して審判を求めたところこの主張が認められたのに対し、被告が出入国管理上級審判所に上訴したところ、これが認められた。原告の上訴に対し控訴院がこれを認めたため、被告が貴族院に上訴。貴族院（Bingham 裁判官、Hoffmann 裁判官、Hale 裁判官、Carswell 裁判官、Brown 裁判官）は上訴を斥けた。原告が行政機関が人権条約上の権利に適合せずに行為していることを理由にその行為の違法性を争っている場合には審判機関は条約上の権利との適合性を判断しなければならず、第一次的な意思決定者の不合理性や手続的妥当性を二次的に審査をするのは誤っているとしたうえで、家族生活を他の場所で享受することができると合理的には期待できない場合には、滞在許可の拒否は原告の欧州人権条約 8 条に基づく権利を侵害することになるので、拒否は違法となるとの基準を示して、事案を上級審判所に差し戻した。本文で引用しているのは、この判決の para.19 である。この部分で、Bingham 裁判官は、枢密院の判決である *de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* ［1999］1 AC 69 を参照しており、広義の比例原則がコモンウェルス諸国――カナダなど――に由来していることが窺われる。

かにつき確かな証拠が得られるまで導入を見合わせるべきではないかとしていた（at 645, para.50）。また、18 歳～ 21 歳のカップルのほとんどは真正な結婚であるのに、277 項によって引き裂かれることになっている（at 646, para.54）。2008 年の議会の報告書は、本件措置が強制結婚を防止する効果はたしかにあったとしているだけで、強制でない結婚に対して与えた効果についての検討が十分に行われていない（at 646-647, paras.55-56）。結局、本件措置は強制結婚の防止と合理的な関連性は有しているが、必要性と均衡の点を充足していないとして、8 条に違反しているとした（at 648, paras.58-9）。

Hale 裁判官も、次のように論じ、内務大臣は 8 条に違反していたとする。欧州人権裁判所の先例 (43) の理解として、婚姻の権利と結びついた家族形成の権利に同居の権利は含まれ、そして欧州人権条約は 8 条で「家族生活の尊重に対する権利」を保障しており、さらに進んで、婚姻と同時に自動的に家族生活が確立されておりこれに対する権利が保障されているとみることができるので、先例の当事者のカップルは婚姻したことをもってすぐに家族生活として同居を妨げられない権利をもっているとみることができる（at 651, para.67）。他方で、この先例は、出入国管理の領域で、国が配偶者の入国を認める義務までをも認めたものではない（at 651-652, para.68）。もっとも、本件は強制結婚の防止が目的で移民のコントロールが目的ではないことから、この点を除外して考えると、夫婦に対して長期間別居をするか望まない場所

（43）　*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom*（1985）7 EHRR 471. イギリスの当時の 1980 年に変更された出入国管理規則では、国内の労働市場を保護する政策を実施するため、イギリスに適法に居住する妻又は婚約者と共に生活するために、居住権をもたない夫又は婚約者が滞在許可を与える条件が厳しくされ、以前はある程度の期間の経過後に夫又は婚約者に永住権が認められるのが通常であったが、そうではなくなった。原告らはこの規則のために各々の夫に対する永住権が認められなかった者であり、この規則が欧州人権条約 3 条、8 条、13 条、14 条に違反するとして欧州人権裁判所に提訴した。裁判所は、性別に基づく差別として欧州人権条約 14 条と結びついた 8 条に対する違反、また 13 条に対する違反があるとして争った。欧州人権裁判所は、家族が住む国から退去させられることは、8 条の「家族生活」には同居も含まれるので、人権条約 8 条との抵触が問題となりうるが、8 条の家族生活を尊重する義務を遵守するために必要な措置の内容については判断余地があり、本人らの希望する場所で生活することを国が受け入れなければならないわけではないとして、8 条違反は認めなかったが、性別に基づく差別であるとして 14 条違反を認めた。

での同居をするかを強いるのは「甚しい干渉（colossal interference）」であり、これが正当化されるかが問題となる（at 653, para.72）。強制結婚の防止という目的は正当であり、また法律に基づくものなので、問題は、本件措置が「民主的な社会において必要である」かである。この点、自発的な結婚に与える被害は甚大で、また一律の規制であること（at 653-654, para.74）、このルールで強制結婚がどれだけ防止されたのかは定かでなく、国内での強制結婚は防止されていないこと（at 654, para.75）、このルールのためにかえって家族が国外に若い女性を送って強制結婚させてしまい、より甚大な人権侵害を惹起する可能性があることから（at 654, para.76）、専門家の見解は分かれており、少数に善いことを行うことが多数に害悪をもたらすことを正当化するという結論を導く十分な論拠はない（at 655, para.77）。

これに対し、Brown 裁判官は、次のように述べて上訴を認めるべきだとした。2011 年の下院内務委員会の報告書では、強制結婚の被害者支援に関するイギリス最大の NGO が、このルールにより 21 歳まで自分たちが考えられる余裕を与えられ助かったという旨の声が届いているとして、このルール改正に賛成するなどしていること、ドイツやオーストリアは両当事者に 21 歳以上の要件を設けており、ベルギーも同様のルールを設ける予定であること、本件措置が強制結婚の防止にどれだけ役立つのかに関する決定的な証拠はないものの、それを得ることは困難であることに鑑みると、このルールが人権条約 8 条に適合しないとすることは難しい（at 656-659, paras.81-90）。このルールが無辜のカップルに与える影響は評価の問題であって、強制結婚による苦しみと無辜のカップルが英国で暮らすという望みを 3 年間待たされることの影響との衡量も、政府、大臣の判断に委ねられ、裁判所はこれを尊重するべきである（at 659-660, para.91）。

Phillips 裁判官と Clarke 裁判官は、Wilson 裁判官、Hale 裁判官を支持し、上訴を斥けるべきだとする（at 662, para.98）。

【コメント】　4 対 1 で人権条約 8 条違反を認めた判決であり、反対意見を書いた Brown 裁判官も実体的な判断によるものであり司法判断適合性までは否定していない。滞在許可という出入国管理に関する領域の問題であり、従

来は司法判断不適合とされがちであったが、欧州人権条約 8 条違反が問題とされているので、司法判断の対象とされたうえで、本案も認容されたのだと考えられる（もっとも、Hale 裁判官は、本件措置の目的が強制結婚の防止で出入国管理の問題ではないとしている）。

③　*R*（*SG and others*）*v Secretary of State for Work and Pensions* (44)

住宅手当の上限を定める規則が欧州人権条約第 1 議定書 1 条の所有権と結合した同条約 14 条の平等原則に反しないかが争われた事件である。福祉給付という、政治部門の判断を尊重するとされてきた領域の問題にもかかわらず、司法審査を行い、しかも結論としては適法との判断であったものの、3 対 2 の僅差であった。そのこともあって、IRAL 報告書が取り上げたのだと思われる。本判決は日本法との比較の観点からも興味深いので、やや長く紹介をしたい。

【事案】 2012 年福祉改革法（Welfare Reform Act 2012）96 条により労働・年金大臣に与えられた権限に基づき、2012 年手当上限（住宅手当）規則（Benefit Cap〔Housing Benefit〕Regulations 2012）が定められ、2006 年住宅手当規則が改正されて福祉給付の総額が労働世帯の純所得の中央値を超える者に対して住宅手当を削減する上限制が導入された。原告は、3 組のひとり親家庭の母親と最年少の子どもであり、本件規則により手当が大幅に削減された者たちである。上限の算定に子ども関係の手当も算入したこと、あるいは複数の子どもを抱えるひとり親を例外に含めなかったことにより、大臣は間接的に女性を差別し、欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条と結合した同条約 14 条の平等原則に違反しているとして司法審査申請を行った。合議法廷（Elias 裁判官、Bean 裁判官）も控訴院（Dyson 記録長官、Longmore 裁判官、Lloyed Jones 裁判官）も、区別は正当化できるとして請求を斥けたので、原告が上訴したものである。ちなみに、原告のうちの 1 名（SG）は、次のような境遇にあった。彼女は、もともと 6 人の子どもをもつ親であり、ベルギーに住んでい

（44）［2015］UKSC 16;［2015］1 WLR 1449.

たが、夫の DV から逃れるため、親族がいるロンドン郊外のある地区に移住してきた。現在は、4 歳の息子、7 歳、9 歳の娘と 4 人で暮らしている。彼女らはユダヤ教の信者であり、その地区にはシナゴーグやユダヤ教学校があって、地域的・宗教的なつながりの中で生活を再建しようとしていた。彼女は、上限制の導入前は各種手当を合計して週 575.30 ポンドを受給していたが、上限制が適用されて週 500 ポンドに減額され、さらに家賃が週 300 ポンドから 420 ポンドに値上げされた。SG は裁量的住宅手当を受けているが、あくまで暫定的なものであり、継続して給付が受けられるかは不明である。

【判旨】Reed 裁判官は、次のように述べて、区別は正当化できると結論づけた。すなわち、正当化の理由は、経済・社会政策であり、①国家が公的資金から無職世帯を支援する範囲に合理的な限度を設ける必要があること、②そのような世帯のうち就労可能年齢にある構成員に、より強い就労インセンティブを与える必要があること、③そして、国の経済的福祉のために不可欠な時期に、公共支出を削減する必要があることである（para.4）。

はじめに、14 条違反は、欧州人権裁判所の判例により、比較的類似した立場の者に対する取扱いに区別がされており、それが正当な目的を追求しておらず、または採用された手段と目的との間に比例原則を充足した合理的な関連性がない場合に認められるとする（para.8）。もっとも、その判断には国家に裁量の余地が認められ、とくに社会的、経済的な戦略に関わる措置である場合には、広い裁量の余地が認められる。この考え方に、イギリスの国内裁判所も従っており、*Humphreys v Revenue and Customs Comrs* (45)では、通常

(45)　［2012］UKSC 18; ［2012］1 WLR 1545. この事件は、児童税額控除を親のうち子どもに対して主に責任をもつ者の一人にのみ認めている規則の定めが男性に対する間接差別で欧州人権条約附属第 1 議定書と結合した 14 条の権利を侵害しないかが争われたものである。原告は元夫であり、妻と離婚した後、就労不能給付金（incapability benefit）と障害者生活手当（disability living allowance）の給付を受けて生活をしていたが、2 人の子どもは妻と同居していたところ、週に 3 日は子どもたちと共に時間を過ごすという生活を行っていた。原告は児童税額控除を申請したが、被告はこれを拒否したので、上記の理由でこの決定を審判で争った。第一審の審判所は上訴を認めたので、被告が間接差別であ

は厳格なテストが用いられる性差別の正当化について、福祉給付の文脈では、「明らかに合理的な根拠を欠く［場合にのみ 14 条違反となるという、明白性の原則というべき］」テストが用いられている（para.11）。

Reed 裁判官は、この判断枠組みに当てはめるために、2012 年法、2012 年規則の制定に至る過程につき詳細な検討を行い、それらの内容を次のようにまとめる。法は、福祉給付の上限制とその基本――基準額は規則で定めるが、税および国民保険の控除後の、労働世帯の平均週収を基準として算定すること――を定め、規則は、単身者の上限額を週 350 ポンド、家族・カップルを週 500 ポンド――この数字は、2012 年の全国最低賃金（週 40 時間換算で年間約 12,500 ポンド）を大きく上回る――とし、福祉給付として扱われる給付として、主要な非就業給付に加え、児童手当（child benefit）、児童税額控除（child tax credit）、住宅給付（housing benefit）を含める。上限額適用の例外として、障害や軍務に基づく特定の給付を受ける世帯、ひとり親が週 16 時間勤務する世帯等を定める（para. 52）。

そして、本件で争われているのは本件規則の欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条と結合した同条約 14 条との適合性であることを確認したうえで（ただし、本件規則が家庭内暴力の被害者に影響するため女性差別となっているとの主張は証拠上認められないとする〔para.62〕）、上記の判断枠組みを当てはめていく。まず、区別の目的が正当である（legitimate）であることは疑いない。目的の第一は、国の経済的福祉（economic well-being of the country）であり、これは正当なものとして認められる（para. 63）。第二は、就労へのインセンティブ付与であり、これも正当である（para.65）。第三の目的である、一世帯が福祉給付を受領できる総額に合理的な上限を課すことも、国の経済的福祉

ることは認めるが正当化されるとして上訴したところ、上級審判所はこの上訴を認め、控訴院もこの決定を支持したので、原告が上訴をしたものである。貴族院は、この上訴を斥けた。貴族院は、給付の文脈では、性別に基づく差別となる取扱いの違いが正当化されるかを判断するテストは、合理的な根拠がないことが明白であるか否かであることを示した上で、本件では、一人の親に給付を行う方が二人の親に分割して給付を行うよりも子どもにとってより良いこと、この仕組みの方が単純で費用も節約できるので家族に給付できる金額を増やせることなどを挙げて、この制度は合理的であるとしたものである。

を実現する一手段であるほか、高額の福祉給付を受け取る非就労の受給者に対する反感、スティグマ化を避け、福祉制度に対する国民の信頼を維持することも否定しえない正当な目的であるとする（para.66）。

次に手段と目的との間に合理的な比例関係があるかにつき、上訴人側は、世帯が受け取ることのできる給付額に合理的な上限を設定するという目的は、基準として就労世帯の平均所得――福祉給付を含む――を用いることで達成できたはずだと主張していたが、① 2012 年法は上限を「収入（earnings）」を基準に設定することを求めていること、②どの水準が就労世帯と非就労世帯との間で公正な均衡となるかは政治的判断の問題であり、また両者の間で所得の同等性を要求するのは、就労世帯がその所得を得るためのコスト（非経済的費用も含む）を無視していること、③平均所得に設定したのでは目的を達成する効果が弱いと判断したことは不合理とはいえないことから、この主張はあたらないとする（paras.68-9）。上限制の影響を深刻に受ける世帯はひとり親世帯であるとされるが、上限額は年収 35000 ポンドに相当するものであることを考慮する必要がある。この水準の給付を国家が支払うべきかどうかは、本質的に政治的な問題である（para.72）。影響を受ける世帯が生活必需品を欠く状態に置かれる、という主張は下級審で退けられており、これと異なる結論とはならない（para.73）。子どもがいる世帯は子どもへの影響ゆえに引越しが合理的にできないという主張に対しては、現に多くの世帯が引越しをしていること、また子どもに関する適切な手配が整うまで移転できない世帯には一時的な財政支援が与えられることを挙げることができるとする（para.75）。

また、国務大臣は、1998 年人権法 6 条により、子どもの権利条約 3 条 1 項に従って子どもの最善の利益を主要な考慮事項として考慮しなければならず、欧州人権条約 8 条との関係でもそうであるにもかかわらず、これを怠ったという主張も原告側からはなされた（para. 78）。欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条と結合した同条約 14 条との適合性の判断を行う際に、子どもの権利条約 3 条 1 項がどのように影響するかを慎重に判断する必要がある（para. 81）。欧州人権裁判所やイギリス国内裁判所の判例で、欧州人権条約の解釈を行う際に子どもの権利条約を参照した事案は存在する（paras.84-5）。しか

し、本件の文脈は財産権の享受における男女間の差別の主張に関するものであり、これは、成人の権利がその子どもの最善の利益と切り離せない文脈ではないという（para. 87）。上限制が子どもへの養育資源に与える影響は、単身父親の場合も単身母親の場合も原則として同じであるため、上限制の性別差異と、子ども最善の利益の侵害との間には直接の法的・事実的関係はないからである。したがって、上限制が子どもの権利条約上の子どもの権利に適合的でないとしても、それだけで「上限制が女性に不当な差別を与えている」とは結論できないとした（para. 89）。

そのうえで、審査密度（intensity of review）について言及する。事項によっては、性質上、裁判所よりも政府・議会の決定がより適しているものがあり、行政活動や立法が人権条約上の権利に適合するかを判断する際にも、そのことを考慮しなければならない。本件でも、比例原則の充足の判断が、歳出に関係する、社会・経済政策上の争いある問題に関わるものであるので、この点の考慮が重要となる。従って、合理的根拠が明らかに欠けていない限り、民主的に選出された組織――議会・政府――の評価は尊重されるべきであるとする（paras. 92-93）。そして、これを本件についてみる。本件で取り上げられた問題の多くは、規則の積極的決議の前に議会で検討されていた。そこでは、本件規則が男性よりも多くの女性に影響を及ぼすという事実には、客観的かつ合理的な正当化があることが示されていたにもかかわらず、政府の正当な目的の達成を損なうことなく、その差異的影響を回避できる代替案を誰も示すことはできていなかった。福祉給付に関する公的支出を制限すること、就業者の収入と比べて非就業者が過剰な給付を受けているという認識に対処すること、非就業者に就業を促すことを目的とした措置は、男性と比べて女性に差異的な影響を及ぼすことは避けられなかった。その理由は、女性が非就業者で高額給付を受けている者の大多数を占めていたという事実による。男性と女性への差異的影響にもかかわらず、それらの目的の達成が規則制定を正当化するのに十分重要であるという政府の慎重な見解は、議会によっても支持されており、明らかに合理的根拠を欠くものではなかった。このような筋道で、Reed 裁判官は、本件上訴を棄却した（para. 96）。

Carnwath 裁判官は、本件規則が欧州人権条約 14 条に違反しないか、また子どもの最善の利益を第一の考慮事項として取り扱う義務を遵守したかに焦点を当てて、いずれも適法であると判断した。まず、本件規則がひとり親に対して与える差異的な影響の正当化を検討する際には、子どもに対する効果も考慮に入れなければならないとする（para.100）。子どもの利益を考慮に入れるということは、一般的な子どもの利益と当該措置により直接に影響をうける子どもの利益の双方を考慮しなければならず、また「高い優先度」が与えられた子どもの利益を他の考慮事項と衡量する規準を示さなければならないことを意味するという（para.108）。これに基づき判断すると、控訴院が依拠した事項は不十分である（para.109）。また、国務大臣は、子どもコミッショナー（Children's Commissioner）が 2012 年法の法案に対して出した懸念に正面からは応答していない（paras.110-1）。それゆえ、本件規則は、ひとり親及びその扶養する子どもに適用されるときには、人権条約に適合しておらず、裁判所はそのことを宣言すべきだとした（para.112）。しかし、本件で主張されているのは、子どもに対する差別ではなく母親に対する差別である。子どもは、そのひとり親が男性であるか女性であるかにかかわらず同一に取り扱われている。それゆえ、Reed 裁判官の意見に同意せざるを得ないと結論づける（para.129）。また、政府は、本件の枠組みの見直しを行う際に、子どもの権利条約 3 条 1 項との関係での影響に対応することを望むが、これは法的アリーナではなく政治的アリーナの問題であるとも述べる（para.133）。

Hughes 裁判官も、子どもの権利条約 3 条 1 項は、国内法としては直接の効力をもたず、欧州人権条約を解釈する際に補助的に用いられるものの、欧州人権条約 8 条に基づく子どもの権利は上限制によって侵害されていないので、3 条 1 項はイギリス法では効力をもたないとする（paras. 137-9）。また、政府は、子どもの最善の利益に関する検討を怠っていたとはいえないとも述べる。なぜなら、議会でも、児童手当を上限の対象から外す修正案がなされたが、下院で否決されて修正案は撤回されたのであって、国務大臣は、この修正案を採用すれば政策に大穴をあけてしまうと結論づけており、「合理的な人間であれば、この大臣の価値判断に同意する者も反対する者もいるであろう。しかし、反対であると述べることは、その決定が違法であると述べる

ことと同じではない」からである（para. 155）。

これらに対して、Hale 裁判官は、次のように論じて、欧州人権条約 14 条違反を認定した。上限制は社会・経済政策の事項であり、司法府は、民主主義を理由として、選挙で選ばれた機関や者の考慮された意見に敬譲する、裁量的な判断の領域であるとしつつ、このような領域でも、決定が正当化できない差別をもたらしているときには、裁判所はそれを述べる義務があるとする（paras. 159-60）。欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条の「財産（possessions）」には、保険料によって拠出された給付だけでなく、拠出によらずに、国家が国民に生活必需品（basic necessities of life）を提供するものも含まれ、欧州人権裁判所は、第 1 議定書 1 条は、各加盟国がどのような種類・水準の給付制度を設けるかについて制約を課すものではないものの、いったん国家が給付制度や年金制度を創設することを決めたならばそれは人権条約第 14 条に適合する方法で運用されなければならないことを求めているとする（para. 178）。そして本件の上限制は、女性に対する直接差別ではないが、女性に過剰な負の影響を与えていることはたしかであり、間接差別の問題として審査の対象になるとする（para.179）。子どもが多いほど生活は苦しくなり、それが特にひとり親や家庭内暴力被害者の女性に集中しており、必要と給付の関連性が断ち切られている（para.180）。その正当化は、制度全体についてではなく差別的効果について行う必要があり、また女性に対し不均衡な不利益を与える形で導入された理由を説明する必要があるとする（para.188）。

そこで本件での問題は、3 つの目的が性差別を正当化するかであるとする（para.190）。第 1 の就業者と就業せず公的給付を受ける者との間の公正の確保については、その「公平（fairness）」の概念の内実には様々な捉え方があるものの、原告の立場の者が、就労せずに上限制の適用なしで公的給付を受ける場合と最低賃金で週 16 時間就労する場合、平均世帯収入を得る場合、最低賃金で週 35 時間就労する場合とを比較すると、いずれも就労する場合の方が経済的に有利になるので、給付上限は既に存在する就業者と非就業者との差をさらに大きくするだけのものであって、この目的は妥当しない（paras. 191-3）。第 2 の目的である公費の節約について、節約額は公的給付の総額や住宅給付の総額に比すれば極めて小さい額であるものの、国家の経済

システムの保護は欧州人権裁判所でも正当な目的であると認められており、目的と手段との間に合理的な比例関係があるかが問題となる。しかし、その欧州人権裁判所の判決では国籍のみに基づく差別の場合、「非常に重大な理由（very weighty reasons）」が求められるとされており、それは性別に基づく差別の場合でも同様である（paras. 194-8）。第 3 の目的は就労への動機づけと長期的な行動変容の促進であるが、その対象としてふさわしくない者は給付上限の対象から外しているところ、5 歳未満の子をもつひとり親は就労を求めることができないにもかかわらず、対象から外されていない。このひとり親が子どもの福祉を損なうことなく常に適切な解決策を見つけられると想定するのは非現実的である。より安い住宅に移動することも現実的ではない。裁量的住宅手当は一時的かつ不十分なものである。給付上限は住宅困窮者の問題を悪化させる。政府も、就労への動機づけは、働くことを求められない者には適切なものではないことを認めている（paras. 199-207）。

正当化のテストに関しては、締結国に評価の余地が認められるが、その幅は主題等により様々であり、社会的・経済的な政策に関わる措置については、裁判所は「合理的な根拠がないことが明白である」か否かで判断するという（para.208）。「合理的な根拠がないことが明白である」テストは、目的の正当性と、目的・手段の間の比例性との双方に用いられるが、このテストを用いるからといって、正当化が注意深い審査を免れるべきであることにはならない（paras. 209-210）。また、国際法上の義務は、欧州人権条約に含まれる権利の解釈・適用のあり方を教える限りで国内法においても考慮に入れられてきており、女子差別撤廃条約や子どもの権利条約に基づく義務は区別と正当化の双方に関するアプローチを照らし出す潜在的な力を有しているとして、本件における性差別の争点を検討するにあたり、子どもの最善の利益に適切な考慮が払われたかを検討することは正しいとする（paras. 217-224）。そのうで、本件において、上限制により子どもたちが十分な食料・衣料・住居等を奪われるのは、彼らの最善の利益になっていないのであって、子どもの最善の利益は重要な要素として考慮に入れられていない（para.225-6）。結局、子どもの最善の利益に照らして検討すると、女性に対する間接差別となっている上限制は、正当な目的を達成するための比例性を充たす手段ではな

い。就業者と就業せず公的給付を受ける者との間の公平の実現のために上限制は必要なものではなく、公費節約を正当化されない差別によって実現することはできない。就労への動機づけと公的給付に依存する文化の変容の促進は、ひとり親の文脈では、子の年齢によらず、説得的ではない。ひとり親から最低限の生活（subsistence）のための基本的な手段を奪うことは、この目的を達成するための比例性を充たす手段ではないと結論づけた（para. 229）。

Kerr 裁判官も、Hale 裁判官に同意して、子どもの権利条約 3 条 1 項により給付上限を定める際に最重要の考慮要素とされる子ども権利が、そのように考慮されていないとする。イギリスでは、従来、法律により編入されていない国際法は国内裁判所において司法判断適合性がなく、また国内法としての直接的な効力をもたないとされてきたことを確認しつつ、国際法が国内法に影響をもちうる場合として、制定法解釈の助けとして用いられる場合、コモン・ローの発展の助けとして用いられる場合、そして正当な期待の根拠として用いられる場合を挙げる（paras. 235-238）。編入されていない国際法を正当な期待の根拠として用いることには異論が多いが、人権条約については別だとする見方が発展してきていることを紹介し、子どもの権利条約 3 条 1 項がイギリス国内法として直接効力をもつとする（paras. 243-257）。人権条約の性質と内容は、国際的に承認されている規準を表現している国際的な諸文書により知ることができる（para. 258）。国内法として直接執行可能でない条約で定められている権利をどれだけ考慮するかは裁判所に委ねられるが、主張されている権利が争点に直接関係している場合には、国際的な諸文書が承認している規準に頼ることは正当化されるし、要求される。それはあくまで国内法上の権利の内容を考える際に直接関係する規準を吹き込んでいるにすぎない（para. 261）。子どもの権利条約 3 条 1 項は、給付上限を実効化させる規則を作成する際に子どもの利益に第一次的な重要性を与えるべきか否かという問題にとり直接関係する規準であることは疑いなく、そして本件では子どもの利益に第一次的な重要性が与えられていない（para.262）。政府は、給付上限がひとり親女性を区別していることは認めており、そのうえで、その区別が特別な目的で正当化されると主張するが、そこではひとり親女性とその子どもとは別のものとして考えられるので、子どもに対する影響に第一次的

な重要性を考える必要はないとする。Carnwath 裁判官はこの政府の主張に同意するが、Kerr 裁判官は同意できないとする（para.263）。ここで問題となっている属性は女性という性別だけでなく、子どもの養育者であるという役割を含んでいるからである（paras.264-6）。

【コメント】

福祉給付に対する上限制（キャップ）の適否という、国の財政、社会・経済政策に関係する領域で、司法審査に馴染みづらい問題である。最高裁の結論は、上限制は欧州人権条約 14 条に違反しないというものであったが、3 対 2 の僅差の判断であり、しかも子の最善の利益を適切に考慮していないという点は、多数意見を構成する Carnwath 裁判官も認めており、この点を性差別の判断に持ち込むことを認めるか否かで結論が分かれた非常に微妙な判断であったといえる。そのこともあってか、Reed 裁判官の主導的意見も、手段審査（比例性の充足の判断）では、政治部門の判断を尊重するとして合理的根拠が明らかに欠けていないか否かという緩やかな審査を行ったものの、目的・手段審査を相当に丁寧に行っており、また反対意見の Hale 裁判官は、社会・経済政策の事項であり政治部門の意見に敬譲するべきであるとしつつも、性差別が問題となる場合には一定の厳格な審査をすべきことを示唆し、現に平等原則違反との判断を下している。日本の同種の領域の違憲審査と比べると、総じて審査密度が高いように感じられる。

④　*R（Abbasi）v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* (46)

この判決は、IRAL 報告書が取り上げたものではない。実際、人権法が適用されなかった事件である。しかし、2002 年という時期に、正当な期待の法理を梃子に、外国政府の行動の結果として基本的な人権を侵害されているイギリス国民に対する外務大臣による外交上の支援の拒否に対する司法審査を認めたものである。後の行論との関係で、ここで取り上げておきたい。

（46）［2002］EWCA Civ 1598.

【事案】　第1原告であるAは、アフガニスタンにおける軍事行動の中でアメリカ軍により捕虜とされたイギリス市民である。彼は、捕虜とされた後にグアンダナモの基地に移送され、敵国軍人として、裁判所や法律家へのアクセスなしに抑留された。第2原告であるAの母親は、司法審査を申請して、外務大臣を被告として、アメリカ合衆国に対し、Aを抑留から解放することやAをイギリスのコントロールの下に戻すことなどをアメリカ合衆国政府に求めるすべての合理的な措置をとる義務を負うこと、この義務の履行にあたりアメリカ合衆国政府に外交上の意見表明を行うべきであること、などの宣言的判決を求めた。原告は、Aの恣意的に抑留されない権利――1998年人権法により国内法に編入された欧州人権条約5条により保障される――が侵害されたと主張した。被告側は、救済の付与には2つの乗り越えられない壁があると反論した。第一に、イギリスの裁判所は外国の主権国家がとった行動の正当性を審査できないこと、第二に、イギリスの裁判所は外交関係の中で行政府がとった行為について審理できないことである。2002年3月15日、一審は司法審査申請を拒否したが、同年7月1日に控訴院が申請を許可し、実体的な審理を行った。

【判旨】　Phillips記録長官が、大要、次のように判断して、外国政府がとった行政的な行為の正統性について司法判断適合性があるかについて、*Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co*（*No 3*）(47)と *Oppenheimer v Cattermole* (48)を引

(47)　［2002］UKHL 19. 1990年のイラクのクウェート侵攻の際に、イラクは、まず、原告会社に対し10機の航空機をイラクに飛行させるよう命じ、その後に決議369号により原告を解散し航空機を含む原告の財産をイラクに移転させた。その後、4機が爆撃を受けて破壊され、6機は1991年1月15日にイランに没収されて1992年に原告がイランに20万ドルを支払い返還を受けるという経過をたどった。原告は1991年1月11日に航空機の返還又は損害賠償を求めて出訴し、貴族院は、イラクへの航空機の移転については国家免責が認められるものの、決議369号以降の航空機の使用については国家免責の対象とはならないと判断して商事法廷に差し戻した。商事法廷は、4機については損害賠償を認めず、6機については不正な使用から直接に生じた損害の回復を命じた。控訴院は被告からの上訴は斥け原告からの上訴は一部を認容したので、それぞれが上訴、交差上訴を行った。貴族院はいずれも斥けた。Nicholls裁判官が、イギリスの裁判所として決議369号の効力の承認を拒否することが妥当だと述べた理由づけの中で、*Buttes* 判決の

用し、また難民認定をめぐる事件で第三国に送還されると迫害されるおそれが十分な根拠のもとにあるかが争点となる場合には、外国が国際法に違反し人権を侵害して行為しているかを必然的に判断ことになるとして、イギリスの裁判所が外国政府又は外国の主権的な行為の国内法又は国際法のもとでの合法性、妥当性について判断することはない、というルールには例外があり、とくに人権の文脈で明白な国際法違反があると場合には裁判所が見解を示すことはできるとした（at 317-320）。しかし、本件で、A が、アメリカ合衆国が排他的なコントロールを及ぼしている領域で無期の拘束をうけており、裁判所にその正統性に異議を申し立てる機会も与えられていないことは問題含みである（objectionable）とは述べつつ、アメリカ合衆国はこの事件の当事者ではなくまた裁判所の命令がアメリカ合衆国を拘束することもない一方、イギリス政府はこの拘束について直接の責任を負っておらず、またイギリス政府が、国内又は国際の裁判所において原告の権利を主張する、実行可能な権利や主張適格を有していることも示されていないとして、この裁判所では直接の救済方法は存在しないとした（at 323）。

本稿の関心である、国務大臣の行動について司法判断適合性があるかについては、次のように判断した。まず、欧州人権条約と 1998 年人権法によっ

Wilberforce 裁判官の判示を引用しつつ、「『司法判断不適合性』の原理は、ある国家の他の国家に対して犯した、裁判所が確立した国際法上の原則に対する違反が、明白で、認識できる場合に、その違反に対して裁判所が目をつぶらなければならないことを意味しない」などと述べた箇所（[24]-[26]）が *Abbasi* 判決で引用されている。

(48)　[1976] AC 249 (HL(E)). 1939 年にナチスの迫害から逃れイギリスに移住し、1948 年にイギリス国籍を取得した原告が、1953 年から 1968 年までのイギリスにおける所得税の賦課に対し、二重国籍を理由とする免除を主張して特別審判所に異議申立てをした事件である。審判所は、1941 年のドイツの命令により原告はドイツ国籍を失っており、二重国籍による免除は受けられないと判断した。一審は原告の上訴を認めたのに対し、控訴審は国の上訴を認めたので、原告が貴族院に上訴。貴族院は、基本法 116 条 2 項に基づき原告はドイツ国籍を失っていたとして、結論として控訴審の判断を支持した。しかし、1941 年のドイツの命令は承認できないと判断しており、その理由づけとして、Cross 裁判官が「われわれの裁判所は明らかに確立された国際法上のルールに効力を与えるべきである……ここで問題となっているのは、……人種を理由として選び出した一部の市民から補償なしに財産を奪い取る立法である。私の考えでは、この種の法は人権に対する重大な侵害を構成するので、本国の裁判所は、これを法として承認することを断固として拒否するべきである」などと述べた部分（at 278）が *Abbasi* 判決で引用されている。

て、外務大臣が原告に代わって外交上の措置を講じる義務を負う、との原告の主張については、3 つの欧州人権裁判所の判例を検討して、かかる義務の存在を否定した（at 324-327）。

しかし、次の三つの点を考慮して、外国政府の諸機関の行動の結果として基本的な人権を侵害されているイギリス国民に対する外交上の支援を拒否することについて、司法審査の対象になるとした。

第一に、正当な期待の法理と大権行使など従来は司法審査の対象外であった領域への司法審査が拡大してきていることである。ここでは、*GCHQ* 判決や *Everett* 判決が引用されている（at 327-329）。

第二に、外務省が、正当な期待をもたらしうる政策を公表していることである。イギリス国民の外交上の保護に関して、「公式の請求」と「非公式の主張」とに分け、前者に関しては、外務省が出した「ルール」がある――ただし、この「ルール」は一般政策の表明にすぎず、国内法で直接の効力をもたないとされている――が、このルールの中に本件に関わるものは含まれていない。他方、後者に関しては、大臣が出した 2 つの文書があるとし、「われわれの政策の見直し」という文書の中には、外国におけるイギリス国民の在監者の刑の執行について、正義が失敗していたり拒否されていたりする証拠があるときに政府が主張を行うところ、イギリス国民の人権に対する重大な侵害がある場合にもこの方針を拡大するとされていた。また、この文書の改訂版に言及しつつ、1999 年に当時の外務大臣が、「イギリス政府は、われわれが、第三国政府が国際法上の義務違反にあると信じる場合には、イギリス市民に代わって、その国に対して直接に主張を行うことも考えている」と述べていた（at 330）。ここから、正当な期待が根拠づけられることが示唆される。また、もうひとつ、*R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex at Ferhut Butt*[49] で判決が指摘していた外国渡航者向けのパンフレットも、外国でイギリス国民がイギリス領事の支援を期待できることを根拠づけるものだとする。そしてまた、ある訴訟で、イギリス政府

（49）（1999）116 ILR 607. イエメンにおけるイギリス国民に対する瑕疵ある刑事裁判を停止するようイエメン大統領に外務省が主張することを求めた訴訟である。

は、このような立場にある市民には「外交上の主張又は国家間の請求」という「悪事に対する救済の伝統的な手段」がある旨を述べ、アメリカ合衆国の地裁判決にも、外国で権利を与えられず拘束されている収監者には、外交上の手段が請求に対処する手段として残されている旨が述べられていた。これらの言葉から、「もし外国で基本的権利の侵害にさらされたならば、イギリス政府はこの事柄から手を引き被害者を放棄してその運命に委ねるようなことはしないということが、『すべての市民による通常の期待』でなければならない」とする（at 331, para.98）。

そして、この期待の性質を問題とする。政府の文書には、主張することを「考慮する」などとしか書かれていないなど、この期待は極めて限られた性質であることが強調されているからである。しかし、Phillips 記録長官は次のように述べる。「特定の事件において主張を行うか否か、また行うとしてもどのような形式で行うかは、完全に国務大臣の裁量に委ねられている。このことは、Diplock 裁判官が［*GCHQ* 判決］の中で言及した「衡量」を自由に発揮させる。国務大臣は外交政策上の考慮に完全な重みを与えることも自由でなければならず、この点については司法判断適合性がない。しかし、このことは、すべての過程が司法審査から不可侵であることを意味しない。ここでの市民の正当な期待とは、彼の要求が『考慮される』だろうということを、そしてその考慮の中ですべての関連する要素が衡量の中に投げ入れられるだろうということである」（at 331, para. 99）。そして、とくに重要な要素は不正義の性質と程度であるとする（at 331, para. 100）。もっとも、原告が引き合いに出すドイツの連邦憲法裁判所の判例（*Rudolph Hess* 事件(50)）でも裁判所

(50)　2 BVerfG 419/80；BVerfGE 55, 349. 原告は、1941 年にイギリスとの和平交渉のために入ったロンドンで逮捕され、その後、ニュルンベルク裁判で戦争犯罪で終身刑を受けたドイツ人であり、1947 年に Spandau の連合国軍事刑務所に移送されて獄中にあり、1966 年からは唯一の受刑者となっていた。原告は、86 歳となり 38 年間獄中にあるのは国際法に反することを認めること、連合国 4 国に対して即時釈放を求めて適切な措置をとるべきだと命じること、連合国軍事刑務所の運営費用を支出している 1980 年度の連邦予算法が無効であると認めることなどを求める行政裁判を提起したが、北ラインウェストファリア州の上級行政裁判所で認められなかったので、連邦予算法や州上級裁判所の判決が基本法 1 条、2 条、19 条 4 項、101 条、103 条、104 条に違反するとして憲法異議を連邦憲法裁判所に提起した。連邦憲法裁判所は、連邦予算法によっては原告の基本権は直

は政府に広い裁量を認めて請求を斥けたことを指摘して、事案によることを強調する。

そして、最終的に、次のように見解をまとめる。①外務省の権限の法源が大権上のものであるということは司法審査請求に対する答えとはならず、決め手は主題である。②国民を保護する強行可能な義務（enforceable duty）を課すことを根拠づける先例はなく、欧州人権条約もかかる義務を課していない。③しかし、外務省はイギリス国民を保護する権利を行使するか否かにつき裁量をもっており、イギリス国民はそれを期待することができる。「その期待は限定的なもので裁量は大変に広いが、その決定又は不作為が不合理又は正当な期待に反することが示されるのであれば、それが審査可能でないとする理由はない。しかし、裁判所は、外交政策に影響を与える決定を含む禁止区域に立ち入ることはできない」。④「外交レベルで主張を行うか否かに関するものなど、外務省の決定はいかなるものでも、本国の外交政策に関する決定と内在的に関連しているだろう。しかし、特定のイギリス市民の立場を考慮し、またなんらかの行為を本人に代わって行う程度を考慮する義務は、それ自体としては、なんら禁止区域に入っていないように思われる」。⑤外務大臣が支援の要請に対して適正な考慮を与えること以上のものを要求できる程度は、特定事案の事実関係に依存する（at 333, para. 106）。

しかし、Phillips 記録長官は原告の請求を斥ける。その理由は、イギリス政府が A の立場を考慮していることが証拠から明らかであること、明らかな基本的人権の侵害であると思われる場面に直面していても、アメリカ合衆国に特定の主張を行うよう国務大臣に命令することは、外交政策に影響を与えることが明白である以上、適切でないこと、グアンダナモに収容されている者の立場についてはアメリカ合衆国の裁判所で検討されることになってい

接に影響をうけないので、連邦予算法の有効性に関する争点は受け付けられないとし、残りの争点について、外交の領域では連邦政府に広範な政治的裁量が認められるとして、もともと原告の取扱いや軍事刑務所の運営についてドイツは権限をもっていないこと、連邦政府は原告の釈放のために連合国にはたらきかけ、英米仏の 3 国は好意的な応答をしたもののソ連が認めないため釈放が実現しない状況になっていることなどを踏まえ、州上級行政裁判所の判決が原告の基本権を侵害しているとはいえないと判断した。

ることなどである（at 333-334）。

【コメント】

結論としては原告の請求を斥けているが、イギリス国民の外交的な保護という、外交政策との関連性を否定できない問題について、しかも、欧州人権条約も国内法の先例も法的な義務を課しているとはいえない事項であっても、外務大臣による相当に具体的な政策の公表があったという本件の事実関係のもとで、「正当な期待」を梃子に、政府・外務大臣が特定の国民の立場を適切に考慮したのかという点につき司法判断が可能であることを示している点で、司法判断適合性を拡大させる傾向に棹差す裁判例といえる。

（5）第 4 段階――ミラー（第 2）／チェリー事件判決

そして、Miller（第 2）／チェリー事件判決（*R*（*Miller*）*v Prime Minister; Cherry v. Advocate General for Scotland*[51]）が 4 つ目の契機として挙げられる。著名判決であり、筆者も含め、すでに多くの紹介があるが[52]、行論に必要な範囲で取り上げる。

【事案】 2019 年 8 月 28 日に、7 月に選任されたばかりのジョンソン首相のもとで、9 月 9 日以降 12 日以前から 10 月 14 日までの間、議会を閉会（prorogation）とする旨の枢密院令が出された。ことに対し、2 つの司法審査申請が行われた。1 つはスコットランド選出の庶民院議員であるチェリーにより、7 月 30 日に提起され、助言が憲法違反であることの宣言的判決及び議会の閉会の差止命令を求めるものであり、一審のスコットランド控訴院外

（51）［2019］UKSC 41.

（52） この判決については、岩切大地「英国の EU 離脱」法学教室 473 号（2020 年）134 頁、拙稿「イギリスの最高裁判所は議会の閉会をなぜ審査し違法と判断できたのか――ミラー（第 2）事件判決瞥見――」同志社法学 72 巻 4 号（2020 年）939 頁、戒能通厚＝倉持孝司＝ジョン・マケルダウニィ『イギリス憲法の探求』（信山社、2025 年）299 ～ 302 頁などを参照。以下の叙述は、上記拙稿及び拙稿「ブレグジット以後の法の支配の動向・管見」法学館憲法研究所 law journal 34 号（2026 年）（掲載予定、頁数未定）とも重複すること、お断りしておく。

院（[2019] CSOH 68）は 9 月 4 日に司法判断適合性を欠くとして請求を斥けたのに対し、控訴審のスコットランド控訴院内院（[2019] CSIH 49））は 9 月 11 日に 3 名の裁判官が一致して司法判断適合性を認めたうえで請求も認容した。他方、もう 1 つの訴えは、第 1 事件判決の原告であったミラーが枢密院令をうけて提起したもので、一審の高等法院合議法廷（[2019] EWHC 2381（QB））は同じ 9 月 11 日に司法判断適合性を欠くとして請求を斥けたうえで、最高裁への跳躍上告を認めた。最高裁は両事件を併合し、最大人数の 11 名で 9 月 17 日、19 日に審理をし、24 日に判決を下した。

【判旨】　Hale 裁判官と Reed 裁判官とによる法廷意見[53]は、実体的な適法性について、議会主権と議会に対するアカウンタビリティ（parliamentary accountability）という 2 つの憲法原理を挙げて、「当該措置がそこで問題となる原理のはたらきを妨げる（impedes or frustrates）程度に応じて、合理的な正当化（reasonable justification）が必要になる」（para.49）との判断枠組みを示したうえで、第 1 に、本件における首相の行為は議会の政府に対しアカウンタビリティを果たさせる役割を妨げるものであったことを、10 月 31 日に EU からの合意なき離脱の可能性が迫っていたという例外的な局面のもと、議会はこれを避けるべきとの立場を表示していた状況に鑑みて肯定し（paras. 56-57）、第 2 に、この時期における 5 週間の閉会を行うことに対する合理的な正当化が訴訟に出されている資料からはできないとして（paras. 58-61）、違法だと判断した。そして、救済方法として、首相の助言が違法であるだけにとどまらず、閉会それ自体が違法であり無効であると宣言することもできる――閉会は「議事手続」ではないので――として、チェリー事件の上訴を斥け、ミラー事件の上訴を認容して、同じ宣言的判決を行った（paras.62-71）。

本稿の関心との関係で重要なのは、司法判断適合性についてである。被告

（53）　イギリスの判決は基本的に各裁判官が意見を書き、実質的にその多数決が判決の内容となるもので、アメリカ合衆国における判決のように、法廷意見、同調意見、反対意見といった明示的なラベルも貼られないが、本判決は全員一致によるもので、判決文は 2 人の裁判官による共同の " the judgement of the court" がすべてであるので、法廷意見と訳出した。

側は、首相の助言の妥当性は裁判所が判断可能な法的問題ではなく、議会に対してアカウンタビリティを果たす問題であって、「裁判所は政治的アリーナに立ち入るべきでなく、権力分立を尊重すべき」であると主張し（para. 28）、ミラー事件の高等法院合議法廷判決はこの主張を認めたのに対し、チェリー事件の内院判決はこれを否定していたものであり、重大な論点であった。

法廷意見は、まず、4 つの点を確認する。第 1 に、議会閉会の命令は大権事項、すなわちコモン・ローによって承認され国王により行使される権限であるということである（para. 30）。第 2 は、「裁判所は政治問題を決定できないのではあるが、法的紛争が政治家の行為に関係する、あるいは政治的な争い（controversy）のある事項から生じているという事実は、裁判所がその法的紛争を考えることを拒否する十分な理由とは決してならない」ということである（para. 31）[54]。第 3 は、「首相が議会に対してアカウンタビリティを負っていることは、それ自体では、裁判所が果たすべき正当な役割を有していないことを結論づけない」ということである。閉会は、その期間、議会に対して大臣がアカウンタビリティを果たすことを妨げる効果をもつからであり、また大臣が政治的なアカウンタビリティを果たすからといって法的なアカウンタビリティから免れるわけではないからである（para. 33）。第 4 は、「もしこの事案に司法判断適合性が認められるならば、この事案を判断することは権力分立を侵害しない」ということである（para. 34）。

これらの点を確認したうえで、法廷意見はいよいよ司法判断適合性の問題に入る。まず、2 つの争点を区別する。第 1 は、「大権上の権限が存在しているか、存在しているとして、その範囲（extent）如何」、第 2 は、大権がその限界内で行使されているとして、「その権限行使が別の根拠に基づく法的な異議申立てに開かれているか」である。第 1 の争点が裁判所の管轄権に含まれることには疑いがなく、双方当事者も争っていないとして、*GCHQ* 判決を先例として引用する。これに対し第 2 の争点が司法判断適合性の問題を

(54)　別の箇所では、「裁判所は、提起される問題がトーンや文脈において政治的であることだけを理由にしてその責任を回避することはできない」とも述べる（para. 39）。

惹起するという。そしてこの点、やはり *GCHQ* 判決で、この問題に対する答えは、行使されている特定の大権の性質および主題によると結論づけており、同事件で Roskill 裁判官は、司法判断適合性がない権限の例として議会の解散を挙げていた。そこで被告側は議会の閉会もこれと同様の「排除されるカテゴリー」に含まれると主張し、さらに、別の司法判断適合性がない類型として「高度の政策（high policy）」の問題を取り扱った先例として、*Everett* 判決も挙げていた。しかし、法廷意見は、これらの主張は第 2 の争点に関わるものであり、大権上の権限の存在及びその法的限界という第 1 の争点との関係では司法判断適合性の問題は生じ得ないとする。「これらは定義上、法の問題である。権力分立のもと、これらを裁定することは裁判所の作用である」とまとめる（para. 36）。そこで、次に、本件で問題となっているのが、第 1 の争点、すなわち、議会を閉会する権限に関する法的限界がどこにあるのか、そして本件の首相による助言がその限界を踰越したという問題であるのか、それとも、第 2 の争点、すなわち法的限界の内部における権限行使のあり方の適法性関わるものであるのかを決するとし、「この問いは、首相の助言の適法性を判断する際に参照する規準の同定に密接に関係する」として、その規準の探索に進む（para. 37）。

そして、冒頭で述べた通り、2 つの憲法原理により大権上の権限は限界が画されるということ、そしてその際の判断枠組みを論証、導出したうえで、司法判断適合性の問題に戻り、ここで判断しようとしていることは大権上の権限の範囲（extent）に関わるものであり、「これは、この裁判所が本件で上述した法的規準を適用して行おうとしているものである。その規準は法的な限界の内部における大権上の権限の行使の方法（mode）に関わるものではない。逆に、それは、一方で大権、他方で議会主権と責任政府の憲法上の諸原理のはたらきとの間の境界を画する、権限の限界を決定する規準である。閉会の権限の範囲に関わる争点は、定義上、かかる規準の適用によって解決できるものであり、したがって、司法判断可能なのである」としたのであった（para. 52）[(55)]。

（55）　なお、首相の動機（motive）については、司法判断適合性との関係で別の問題を惹起

【コメント】　被告側が主張し、またミラー事件の高等法院合議法廷判決が認めていたように、議会の閉会が、*GCHQ* 判決の Roskill 裁判官の判示の延長で、大権上の権限の主題（subject matter）に着目して司法判断不適合とされる可能性もあったにもかかわらず、この議論はとらず、大権上の権限の存否及び法的範囲・限界については司法判断可能であるという――これ自体は従来から認められてきた――命題に、憲法上の原理を使うことで法的規準を導出しそれにより当該権限行使が法的限界の外にあるとする論証を結びつけることで、司法判断適合性を認めた――と同時に実体的に違法であると結論づけた――判決といえる。IRAL 報告書では、かかる権限の行使は司法判断不適合であるとの主張を、（a）どのような場合にかかる権限が行使されるかという争点は完全に司法判断適合性があるとし、（b）かかる権限が行使されたことが妥当だとするのに様々な要請を課し、（c）かかる要請が遵守されなかったときにはかかる権限はまったく行使されなかったのだと宣言することによって巧みにかわしたもので、「裁判所が『立入禁止』の看板を迂回する潜在的な能力（the potential）を創造した」と評価されている [(56)]。

（続く）

＊本論文は JSPS 研究費 22K01148 の研究成果の一部である。

（本学法学部教授）

するが、まず首相の助言が適法であったかにつき、閉会の効果を考慮し規準を適用して判断をしたうえで、それが適法である場合にはじめて検討をするべきだとして（paras.53-4）、結局、判断を行っていない。

（56）　IRAL Report, para. 2.36. Tom Hickman 教授によれば、この法的構成は、裁判官の中で、当該権限行使が権限内部でその行使の方法として問題であったと理解する者と、権限内部での行使の方法については判断できないと考える者とがいたところ、その両者を媒介して全員一致での結論を導くために案出されたものであるという。Tom Hickman 教授インタビュー（2026 年 3 月 5 日）。

雑　報

法学会研究報告記事

（2025 年 4 月～ 2026 年 3 月）

2025 年 7 月 16 日（水）
博士前期課程 2 年次春学期末研究報告会／9 月修了予定者博士前期課程学位論文報告会
○取締役の報酬――会社法における規制と税法の取扱い　山口　紗帆　レナータ

2026 年 1 月 14 日（水）
博士前期課程学位論文報告会／博士後期課程 2 年次生博士論文中間報告会
○日本法における「通常営業（事業）の範囲内の処分」と中国法における「正常経営買受人規則」の比較法的考察――公示主義とリスク管理の制度的対立をめぐって　MO SHUHUA

○企業買収の場面における取締役会の判断にかかる考慮要素――ESG 関連情報の収集と考慮の必要性　陳　卓

○取締役の報酬――会社法における規制と税法の取扱い　山口　紗帆　レナータ

○持ち帰り残業の労働時間認定――場所的要素・労働密度に着目した労基法・労災法・労契法上の労働時間の相対性　百濟　綾希

○ IoT 時代における特許の越境侵害と属地主義原則との調和　MA SIYU

○人格の同一性について　原田　悠太郎

○人事訴訟における利害関係人に対する手続保障の限界　田中　友也

○生活保障的性格を有する手当に関する労働契約法旧 20 条及びパート有期法 8 条の格差の不合理性判断――判例法理における「有期契約労働者の生活保障の必要性」への考慮に着目した分析　青木　心海

○国民投票運動における SNS の規制モデルについて　宮澤　響子

比較法・外国法研究会記事

（2025 年 4 月～ 2026 年 3 月）

2025 年 4 月 5 日（土）
○なぜ子どもは生まれさせられてしまうのか　原田　悠太郎

2025 年 5 月 10 日（土）
○監督者責任の比較――精神障害者による不法行為をめぐって　竹村　壮太郎

2025 年 7 月 5 日（土）
○ナチスの宗教観および「ドイツ的キリスト者(Deutsche Christen)」についての考察　荒井　真

2025 年 10 月 18 日（土）
○「労働法の父」ジンツハイマー受容の日独比較――戦間期から現在まで　松本　尚子

2025 年 11 月 24 日（月）
○ WTO における司法積極主義（Judicial Activism）批判に関する議論の分析――国内法・国際法での議論に照らして　服部　莉奈

2025 年 12 月 13 日（土）
○死後生殖に関する法的状況――ベルギーおよびフランスとの比較を中心として　本田　まり

保険法研究会記事

（2025 年 4 月～ 2026 年 3 月）

第 106 回　2025 年 4 月 12 日
○東京高判令和 5 年 2 月 2 日 Westlaw Japan 2023 WLJPCA02026008　遠山　聡

○横浜地横須賀判令和 4 年 3 月 16 日 Westlaw Japan 2021 WLJPCA04166006　勝野　義人

第 107 回　2025 年 6 月 7 日
○東京高判令和５年９月２０日金判 1690 号 16 頁　村上　裕行

○静岡地判令和 5 年 4 月 28 日判時 2564 号 27 頁　坂本　貴生

第 108 回　2025 年 7 月 19 日
○東京高判令和 4 年 8 月 3 日 Westlaw Japan 2022 WLJPCA08036001　石田　清彦

○札幌高判令和 4 年 10 月 14 日 LEX/DB25598707　福田　弥夫

第 109 回　2025 年 10 月 4 日
○大阪高判平成 30 年 9 月 14 日 Westlaw Japan 2018 WLJPCA09146015　長谷川　颯介

○広島高裁令和 6 年 10 月 4 日判タ 1528 号 59 頁　長谷川　仁彦

第 110 回　2025 年 12 月 6 日
○東京高判令和 3 年 12 月 23 日金判 1666 号 8 頁　李　芝妍

○福岡高判令和２年８月27日判時2505号56頁
大野　徹也

第111回　2026年2月14日
○東京地判令和2年3月5日判例秘書L07530851
徳山　佳祐

○松山地判平成31年1月29日判例秘書L07451683
磯野　直文

環境法研究会記事
（2025年4月～2026年3月）

第1回　2025年5月28日（水）
○環境リスクと行政の不作為
清水　晶紀

刑事法研究会記事
（2025年4月～2026年3月）

第36回　2025年5月17日（土）
○判例レビュー（2024年6月～2025年4月）

○研究報告「幇助の限界」
伊藤　　渉

第37回　2025年7月26日（土）
○研究報告「日本の教唆犯の要件分析」　穴沢　大輔

○研究報告「窃盗の終了に見る強盗取財罪及び事後強盗罪の関係」　牧　耕太郎

第38回　2025年9月20日（土）
○研究報告「質屋営業として行う金銭の貸付けと利息制限法1条の適用の有無」
中谷　仁亮

○研究報告「談合罪（刑法96条の6第2項）の一考察」
吉田　愛斗

第39回　2025年11月22日（土）
○研究報告「名誉毀損罪における公然性の意義　―「伝ぱ性」の判例の先例的価値について―」　三好　幹夫

○判例研究「特殊詐欺における末端関与者の「包括的・概括的共謀」　―最高裁令和7年7月11日判決を素材に―」　山中　純子

第40回　2026年1月31日（土）
○判例研究「病院の診療録中、刑訴法323条2号により採用された出所不明確な記載を受傷直後の被害者による申告事実の認定に用いた第1審判決の認定判断が違法とされた事例」
三好　幹夫

○研究報告「矯正処遇及びその手続の費用負担　―刑事司法、少年司法、福祉の措置、公費負担医療、そして医療観察法」　水留　正流

○判例研究「臓器あっせん事
件（東京高判令和 6 年 12
月 6 日高刑集 76 巻 1 号 4 頁）」
富山　侑美

第 41 回　2026 年 3 月 21 日（土）
○判例研究「1　刑訴法 321
条 1 項 2 号前段の「供述不
能」の証明と訴訟手続の法
令違反
2　控訴審裁判所が訴訟手続
の法令違反により破棄自判
した場合の量刑判断　―最
決令和 7・7・7 をめぐって」
朝山　芳史

○共同研究「情報通信技術の
進展等に対応するための
『刑法』改正」
渡邊卓也・山中純子ほか２名

上智大学法学会教員名簿

（アルファベット順　◉法学会会長　○編集委員）

阿部　和文
○安西　明子
東　　史彦
筑紫　圭一
丁　　宇
江藤　淳一
深澤　泰弘
羽生　香織
堀口　健夫
石井由梨佳
伊藤　　渉
岩下　雅充
角田　雄彦
加藤　浩三
川瀬　剛志
北村　喜宣
小舟　　賢
駒田　泰土
小山　泰史
◉桑原　勇進
巻　美矢紀
松本　尚子
三浦　まり
三浦　　透
宮澤　俊昭
森下　哲朗
村上　　愛
永野　仁美
永下　泰之
越智　敏裕
緒方　陽子
大橋真由美
岡部みどり
岡庭　幹司
奥田純一郎
佐藤　結美
○白石　友行
宍戸　博幸
田頭　章一
照沼　亮介
富永　晃一
冨田　絢矢
TREHEARNE A.D. COLIN
土田　　亮
対木　和夫
上田　健介
梅村　　悠
善塔　章夫

2026年7月10日　印刷
2026年7月20日　発行
編集兼発行人　桑　原　勇　進
発　行　所　上智大学法学会
102−8554　東京都千代田区紀尾井町7-1
03(3238)3231／03(3238)3232
http://www.sophialaw.jp/law-web/
制　　作　成文堂

Printed in Japan

SOPHIA LAW REVIEW

Vol. 70, No. 1

CONTENTS

Articles

Judicial deference in 'completion of the analysis' by the WTO Appellate Body (4: Final)
..... Rina Hattori (1)

Enforcement of Monetary Claims Held by Local Authorities and Principles of Public Law
..... Masaru Kobune (35)

Die Dauer und Beendigung des Delikts, sowie die zeitliche Reichweite des Tatbestandes (2)
..... Kotaro Maki (59)

The Principle of the Binding Force of Contracts and the Rules on Contract Dissolution:
In Light of Recent Legislative Developments and Discussions in Japan and Korea
..... Heesok Seo (101)

On Justiciability in the UK (1)
..... Kensuke Ueda (155)

General News

Published by the Sophia Law Society
Sophia University, Tokyo

Address all Communications to the Sophia Law Society,
Sophia University, 7-1 Kioi-cho, Chiyoda-ku, Tokyo (102-8554)

ISSN 0447-7588