

大宮法科大学院大学

大宮ローレビュー

第 11 号 2015 年 9 月

大宮法科大学院大学ローレビューの最終号へ寄せて

2004年4月に本学が開学し、翌2005年には大宮ローレビューの創刊号が刊行された。開学後11年を経過したこの年に大宮ローレビュー11号として最終号とせざるを得ないことは、大変残念なことである。法科大学院は、理論と実務を架橋する法曹養成に特化した教育機関として創立された。大宮ローレビューの創刊号から8号までの研究者と実務家の論考から読み取れる内容もこの法科大学院の開学の理念にふさわしい内容となっている。

法律学は認識の学問と言うよりは実践知の体系であるにもかかわらず法科大学院の創設にあたってことさら理論と実務の架橋を標語とするという事実が日本における法曹養成制度の問題点を示している。創刊号の巻頭には当時の住吉博学長の「日本の法律家（いわゆる法曹）の供給と選抜が、条件となる関連の諸事情との見合いでどのような具体相をもって実現されるべきか、という問題はなお残されていて、機関としての法科大学院運営の関心からその問題について考察を試みようとするならば、いくつかの深刻な疑問に直面することになる。……法科大学院なる新教育機関の制度設計は日本の実情に十分な配慮をめぐらせた末のものであったのか、またその新規性について社会の理解、とりわけマスメディアの認識を確保する手立てを尽くしたものであったのか。その他にもいくつかはなはだ残念に思われるところがある。そしてその真底には、法と法律家をめぐる日本人全般の意識が問われるという問題が潜在している。」とする巻頭言が記されている。

法の支配は、法の支配が依拠する法システムを担う質量豊かな法曹の存在を不可欠な要素とする。法科大学院は、この法曹養成に特化した教育機関であり、法システムを実際に担う者の養成に特化している点で法学部におけるジェネラリストの育成のた

めの教育とは異なり、法システムが究極的には裁判の強制力に依拠するとしても裁判の場をも超えた法システムを担う弁護士の養成を基本とすべき点では司法研修所の教育とも異なる。法科大学院は、この11年間、極めて厳しい環境の下にあったが、日本の社会において法の理念の下、法システムを直接担う質量豊かな法専門職の養成機関としての法科大学院の必要性を否定し得るものではない。本学は、桐蔭法科大学院との統合を完成させ法科大学院制度に託した理念の実現を桐蔭法科大学院に引き継いだうえで平成27年9月末に法科大学院としての幕を閉じることになった。法科大学院制度の再生、発展を期待して大宮ローレビューの最終号をここに発刊する。

大宮法科大学院大学
学長 柏木 俊彦

目次

- 大宮法科大学院大学ローレビューの最終号へ寄せて…………… 3
柏木俊彦

【特別寄稿】

- 大宮ロースクールよ！ 永遠に！ …………… 7
久保利英明

【論説】

- 他の弁護士の非行の通報義務化について …………… 23
柏木俊彦

- 刑事裁判における因果関係の判断と主張立証活動…………… 39
上田正和

- 新しい時代の刑事制裁と刑事法理論についての試論 …………… 81
上田正和

- 再審請求における即時抗告審の審理 …………… 93
新屋達之

- 公文書管理法制の現状と課題Ⅱ …………… 111
～歴史公文書等の保存、利用を中心に～
早川和宏

【法学教育実践報告】

- 憲法の演習問題における答案指導例 …………… 133
福井康佐

【判例研究】

- DNA鑑定による血縁関係否定と親子関係不存在確認
——最（一小）判平成26年7月17日（民集68巻6号547頁）——
…………… 157
田中 宏

特別寄稿

大宮ロースクールよ！ 永遠に！

久保利英明

1. 大宮法科大学院大学（以下 大宮ロースクールという）の歴史	8
2. 司法制度改革審議会意見書との整合性	9
3. 二弁の協力	10
4. 大宮ロースクールの成果	11
5. 大宮ロースクールを閉学に至らせた要因と国家的失策	14
6. 法律事務所フロンティア・ローの役割	19
7. 大宮ロースクールは桐蔭と協働して法曹養成教育の新たなステージへ	19
8. 結語	21

1. 大宮法科大学院大学（以下 大宮ロースクールという）の歴史

2004年（平成16年）開設までの経緯については、筆者が既に本誌7号に詳細を報告したとおりである。

それ以後、2007年（平成19年）3月に1期生が修了し、未修コースとして第1回の司法試験にチャレンジして以降、2014年までに66名の司法試験合格者を輩出している。

初年度の2004年には定員100名の所へ1605名の志願者が殺到し、97名が入学。2年目の2005年には志願者が642名へと激減したものの、定員100名の所97名を確保することは出来た。しかし、全国的にも、司法試験合格者が想定より少ないこと、未修者の合格率が既修者の半分程度と低迷をしたことから、ロースクールの人気が低落した。本学についても、3年目、4年目と志願者数が、毎年、前年の4割減となり、2008年には志願者数が201名まで低減し、定員100名の確保はもはや困難な状態となった。

こうした状況の最中に、2008年11月13日、大宮ロースクール創設に熱意を燃やし、最大の理解者であった佐藤栄学園の佐藤栄太郎理事長が腹部大動脈瘤破裂のため突然逝去された。

しかし、定員を削減することはロースクール経営上、必然的に収入の低下を招くのに対して、ロースクールという教育機関の特殊性及び単科大学院大学という性格上、教員数の削減や兼務担任は簡単ではなかった。こうした収益悪化に耐えられず、姫路獨協法科大学院のように、閉学・募集停止を決定するところも出始めた。本学も、理事会において、ロースクールからの撤退、事業譲渡などが検討されるに至った。佐藤栄太郎理事長亡きあとの法人としては、早期にロースクールの処分を検討せざるを得ない状況であったと思われる。

そこで、柏木学長と私は統合先の模索・検討を行ったが、こうした状況で、ロースクールに関心を示す大学は少なく、交渉にたどり着いても、まとまる可能性は高くはなかった。

2011年（平成23年）2月都内の某大学理事長の意向表明を受けて提携交渉を行うも、結果的には合意に至らず、交渉は打ち切りとなった。

単独で存続する道を選ぶか、桐蔭横浜大学が開設した桐蔭法科大学院と統合するか、が議論された。ロースクールに猛烈なアゲインストの風が吹き荒れる中、単独でロースクールを維持することは困難と考えざるを得なかった。

結局、2011年（平成23年）8月桐蔭と大宮の統合が合意され、文科省への根回しも経た上で公表に至った。

もっとも、本学と桐蔭の幹部や教員は二弁所属の司法制度改革賛成の弁護士達が主体で、相互に親近感を抱く関係にあった。それぞれが夜間主コースを持ち、教育理念も近かったことから、大宮サイドとしては統合するなら、この組み合わせしかないという認識は揺るがなかった。

2012年（平成24年）2月18日栄太郎氏の後を継いだ佐藤孝司理事長も食道静脈瘤破裂により急逝（享年45）され、2013年度（平成25年度）からの募集停止、2016年閉学が確定した。

2. 司法制度改革審議会意見書との整合性

2001年6月12日の司法制度改革審議会意見書（以下「意見書」という）は冒頭から「司法制度を構成する諸々の仕組みとその担い手たる法曹の在り方をどのように改革しなければならないのかが……当審議会が自らに問うた根本的な課題である」と述べた。その後に続く多くの指摘は全て、法曹の在り方論が中核である。意見書は「法曹はいわば『社会生活上の医師』である。」「制度を活かすもの、それは、疑いもなく人である。」「社会の様々な分野において厚い層をなして活躍する法曹を獲得する」と続ける。そしてここで言う「法曹」とは全て「弁護士」のことである。

要するにこの意見書の標的は弁護士増強である。そのためにロースクール構想が生み出されたのである。2001年4月に二弁会長に就任し、日弁連副会長の職についた私はこの文脈を正確に理解した上で、ますますロースクールを作りたいと思った。弁護士養成は本来、弁護士会の仕事だからである。意見書64頁には「弁護士会や地方公共団体等の大学以外の主体が学校法人を作るなどして、法科大学院の設置基準を満たせば法科大学院を設置できるのは当然である」と書かれていた。しかし、どう調べてみても、弁護士会に学校法人を作る権能は与えられていない。二弁が学校法人を創ることは不可能という結論になった。そこで、学校法人が法科大学院を設置し、経営し、教学面は二弁推薦の実務家教員に委ねる提携を実現することとした。それが大宮ロースクールである。

その構想とは

- ①未修3年コースのみ
- ②夜間コース開設

- ③理論と実務の架橋のため実務家教員が3分の2
- ④法律実務を学ぶために、リーガルクリニックの充実を図り、民事（学内・学外）、刑事（学内・学外）、情報公開、と5つのクリニックを開設し、希望者は全員参加できるようにした。
- ⑤入学選抜において、他学部出身者、社会人経験者、博士・修士、女性などに特別加算点を与える。
- ⑥逆に旧司法試験経験者や、短答式合格者に厳しい評価を下し、完全未修者教育に特化する。
- ⑦法学部の上に乗った法務研究科ではなく、大学院のみの単科法科大学院大学とする。

これらは全て、意見書に書かれているか、審議会や検討会の議論で望ましいとされながら、現実にはほとんどの法科大学院では採用されなかったポイントである。

3. 二弁の協力

基本協定書の締結

第一次協定書

平成14年（2002年）9月24日、私の後継会長となった井元義久二弁会長と佐藤栄太郎理事長の間で、同日から平成22年（2010年）3月末までを期限とする基本協定書が締結された。

第二次協定書

この期間満了に伴い、川崎達也二弁会長と佐藤孝司佐藤栄学園理事長の間で、平成22年（2010年）3月24日～平成25年（2013年）3末日までを期間として、第一次と同趣旨の協定書が締結された。

協定の内容

協定書はその冒頭に「大宮法科大学院大学」が我が国における法科大学院教育をリードし、あわせて法科大学院教育に基づく新たな法曹養成及び法学研究のあり方を追及するため提携関係を結ぶこととした、と謳っている。この趣旨は歴代二弁会長に一貫して引き継がれ、二弁は大宮法科大学院の発展のために惜しみない協力と貢献を果たした。日弁連副会長たる当年度単位会会長が入学式と学位授与式に列席し、祝辞を述べる法科大学院は日本中で本学しかなかったし、これからもないだろう。

二弁はこの協定に基づいて、幾多の実務家教員の推薦、紹介を行い、教学面を中心として絶大な支援を行うと共に、二弁会員も奨学のための寄付金募集にも協力し、その寄付金合計金額は1億円を超えた。

この資金は給付奨学金として優秀な学生に交付され、学費のほとんど全額を奨学金でまかなった学生もいた。

本学はこの恩に報いるために、米国のロースクールに倣って、寄付者名と金額をプレートに刻み、OLS ビル大学正面入り口に据え付けていたが、現在は法律事務所フロンティア・ロー内に掲げてある。

4. 大宮ロースクールの成果

①司法試験結果は、以下の通り。(柏木俊彦学長作成資料より引用)

(平成 16 年 4 月開学:平成 25 年度入学者募集停止)

【入学志願者数と入学者数】

	志願者数	入学者数	備考
第 1 期生 (平成 16/2004 年度)	1605 人	97 人	
第 2 期生 (平成 17/2005 年度)	642 人	97 人	
第 3 期生 (平成 18/2006 年度)	398 人	88 人	
第 4 期生 (平成 19/2007 年度)	245 人	66 人	
第 5 期生 (平成 20/2008 年度)	201 人	77 人	
第 6 期生 (平成 21/2009 年度)	125 人	47 人	
第 7 期生 (平成 22/2010 年度)	126 人	43 人	
第 8 期生 (平成 23/2011 年度)	130 人	27 人	既修者入学試験実施 志願者 34 名、入学者 4 名を含む
第 9 期生 (平成 24/2012 年度)	98 人	11 人	既修者入学試験実施 志願者 22 名、入学者 0 名を含む

【入学者数に占める非法律系学部者の割合】

	入学者数	法律系学部	非法律系学部	備考
第 1 期生 (平成 16/2004 年度)	97 人	27 人 (27.8%)	70 人 (72.2%)	
第 2 期生 (平成 17/2005 年度)	97 人	22 人 (22.7%)	75 人 (77.3%)	
第 3 期生 (平成 18/2006 年度)	88 人	31 人 (35.2%)	57 人 (64.8%)	

第4期生 (平成19/2007年度)	66人	20人 (30.3%)	46人 (69.7%)	
第5期生 (平成20/2008年度)	77人	35人 (45.5%)	42人 (54.5%)	
第6期生 (平成21/2009年度)	47人	21人 (44.7%)	26人 (55.3%)	
第7期生 (平成22/2010年度)	43人	21人 (48.8%)	22人 (51.2%)	
第8期生 (平成23/2011年度)	27人	10人 (37.0%)	17人 (63.0%)	既修者、入学者数に4名(法律系2名)含む
第9期生 (平成24/2012年度)	11人	8人 (72.7%)	3人 (27.3%)	

※法律系学部、非法律系学部の人数は文部科学省報告の数値を用いた。

【新司法試験の受験者・合格者数】

	受験者数(志願者数)	合格者数(短答)
平成19年(2007年)	43人(61人)	6人(24人)
平成20年(2008年)	81人(129人)	16人(52人)
平成21年(2009年)	81人(129人)	12人(44人)
平成22年(2010年)	118人(184人)	12人(55人)
平成23年(2011年)	141人(223人)	9人(58人)
平成24年(2012年)	124人(209人)	6人(47人)
平成25年(2013年)	96人(155人)	3人(45人)
平成26年(2014年)	105人(128人)	2人(45人)

【入学期別、修了5年間の合格年別人数】

入学期	1年目(人)	2年目(人)	3年目(人)	4年目(人)	5年目(人)	合計(人)
第1期生	6	6	1	2	1	16
第2期生	10	9	5	1		25
第3期生	2	4	4	1		11
第4期生	1	3	3	2		9
第5期生	2	1				3
第6期生						0
第7期生						0
第8期生						0
合計						64

(司法試験合格者の受験回数が不明なので、合格年別人数とした)

②輩出した法務博士数は以下の通り。(大宮法科大学院大学事務局作成)

(入学年度別数)

入学年度	修了生数
平成 16 年度	88
平成 17 年度	90
平成 18 年度	72
平成 19 年度	52
平成 20 年度	66
平成 21 年度	39
平成 22 年度	25
平成 23 年度	11
平成 24 年度	7
修了生合計	450

(修了年度別数)

入学年度	修了生数
平成 16 年度	64
平成 17 年度	96
平成 18 年度	72
平成 19 年度	53
平成 20 年度	72
平成 21 年度	41
平成 22 年度	24
平成 23 年度	15
平成 24 年度	13
修了生合計	450

③「一人一票訴訟」は大宮の授業から始まった

「人口比例選挙を無視している日本は民主国家ではない」と国民主権国家を否定する現行区割り法を批判するのが「1票の較差」訴訟と呼ばれる違憲訴訟である。年内に予想される2014年12月衆院解散総選挙の最高裁大法廷判決で我々の提訴分は5回目を迎える。既に4度にわたって最高裁大法廷は違憲状態判決を下している。この事件の発端は大宮ロースクールでの授業にあることを忘れてはならない。

ことは2008年(平成20年)、青色LED事件で著名な升永英俊弁護士を大宮ロースクールで「現代弁護士論」にゲストスピーカーとしてお招きしたことに遡る。大宮ロースクールは「弁護士が弁護士を創る」をモットーとし学生に「弁護士のように考え弁護士のように振る舞うこと」を教育するのが役割である。私はそのためには教員の半数を超える実務家教員がいるだけでは足りず、私が本当に尊敬する素晴らしい弁護士と学生がふれあえる科目が必要と考えた。そこで、この科目を1年次に設けたのである。この年の6月18日、升永先生に大宮までご足労を賜り、ゲストスピーカーとしてお話し頂いた。升永先生は学生たちに「法の支配とは何か」「職務発明を認めることはなぜ大切なか」、熱を込めて説かれた。この授業では授業ごとに・ゲスト・学生達と私が、学内カフェテリアで会食することになっていた。その席で升永先生は司法の日米比較を話題にし、民主主義の根幹をなす投票価値の厳密な同一を実現した米国最高裁の影響力を高く評価し、日本の最高裁の気骨のなさや憲法原理への無理解について批判した。一票の価値の不平等については、「75才を過ぎて、老いばれたら、一人で私費を投じてでも提訴し是正する」と断言した。その瞬間、私は20才の大学生だった頃、憲

法の芦部ゼミで、2倍未満なら憲法に違反ではないと言う先生の学説にかみついたことを鮮明に思い出した。芦部先生は2倍とは「複数投票権」だから、絶対に民主的選挙とは認められないとおっしゃった。しかし、「1.5倍なら、なぜ良いのか」という質問には答えがなかった。当時は3倍、5倍という較差で、2倍さえも実現不能と考えられていたが、私には納得できない思いがくすぶり続けていた。「升永先生、老いぼれてからでは遅すぎる。次の選挙で一緒にやろうよ」と思わず言い切った。こうして2009年の夏から升永先生と私、そして伊藤塾の伊藤真先生の3人組で大戦（おおいくさ）を始めることになった。大宮ロースクールでのこの一幕がなければ、「国家ガバナンス体制」そのものの正統性を疑うこの憲法訴訟はこれほど注目を浴びることはなかったはずである。

5. 大宮ロースクールを閉学に至らせた要因と国家的失策

(1) ロースクール制度設計自体に内在した欠陥と運用における失敗

司法制度改革審議会意見書の実行において、ロースクールの実施設計を官僚・弁僚（弁護士会官僚）の縦割り行政に丸投げしたため、制度の根本的欠陥が今、露呈しつつある。

1) 法学部の存置という失敗

多様性ある法曹を主張しながら、法学部廃止に踏み込まず、これを存置したまま法科大学院を設置し、法学部教員の兼担を認めたため、法科大学院のアイデンティティは確立し得なかった。ロースクールと法学部を併存させる国は世界中どこにもない。もし、両者を併存させるなら、必要となる両者の役割分担や機能分化について明確な規定がなされなければならなかった。これが行われなかったのは明らかにロースクールの主務官庁である文科省の失敗である。さらには、こうした文科省の失敗を牽制できなかったテーマ別検討会議、顧問会議など司法制度改革審議会意見書提出後のガバナンスとフォローアップの失敗とも言える。

2) 既修コース容認という失敗

3年未修コースを本則としながら、実態としては2年既修者コースが中心として運営され、他学部や社会人経験者、夜間主コースといった未修者への法科大学院らしい教育の理想型は具体化されず、ほとんどの法科大学院で、行われなかった。当初の制度設計の通り、どの法科大学院も未修者3年コースを多数・標準とし、2年コースは少数・例外とすべきであった。もし、併設を認めるなら二年次・三年次のカリキュラ

ムは未修者を標準とした内容とするべきであった。多くの法科大学院では、最初の一年間で未修者が法律基本科目を習得したものとして、二年次からは未修者も既修者のカリキュラムで学ぶ。しかし、私の経験からしても判例も少なかった昭和40年代でさえ、未修者が1年で全科目、既修者に追いつくなど不可能であった。未修者の司法試験合格率が悪いのは、こうした無理なカリキュラムのせいではないか。結果として、未修者は基礎知識もなく、基本理論も理解しないまま、2年次以降の授業に出て丸暗記で対処するしかない。それではモチベーションもなくなり、教育効果は上がらない。まさに法曹の促成栽培が根腐れを起こしている。本来こうしたカリキュラムは文科省により不適合とされるべきであった。これも文科省、そして自ら工夫して、ユニークなロースクール教育を示せなかった大学の失敗と言える。しかし、創設後、僅か11年、5年間という未修者の受験機会が消滅して僅か数年しか経っていない現段階で、大学の責任を問うのは早過ぎよう。それなのに、文科省が補助金を梃子に、居丈高に大学に閉鎖や統合を迫るのは、無責任の極みと言える。

3) 司法研修所存続という失敗

最高裁判所司法研修所2部（1部は裁判官研修に特化）を存置し義務化したため、司法修習生は司法試験合格後に、権限もなく、所得の保障もないままに、裁判官、検察官、法廷弁護士以外にはほとんど必要のない、実務修習と言う名の見学を強制されている。それらの科目について行われる二回試験に合格できなければ、弁護士資格すら取得できないという苦役を強いられることとなった。しかし、司法修習生の9割は弁護士となり、その責務は企業内法務など法廷外活動に拡がっている。これはロースクールのない時代に同年輩の国家公務員より高い給料を貰って、2年間のゆとりのある司法研修所生活にノスタルジーを感じた旧来の弁護士達の失敗に起因する。ロースクールと司法研修所を併存させる国は日本以外どこにもない。研修所は廃止し、希望者のみ授業料を払って入所すればよい。会社を辞めなければ入所させないなどと言う無償で、専念義務を課す研修所はいらない。研修所を法曹一元の揺籃と捉えるより、判事補制度を廃止し、5年以上経験を積んだ弁護士から判事を採用する法曹一元が当然である。逆に言えば、修習生の僅か3.5%の人数しか採用しない適任判事補採用の官僚的裁判官の鑑別所として機能させている最高裁の戦略勝ちとも言える。

4) 教員審査基準の失敗

文科省の法科大学院設置基準では、担当教員は、講義および学位論文の指導が担当できる教員を主体とすることが求められている。入学志願者の100%が法律実務家になることを希望しているにも拘わらず、これらの教員達は法学研究たる博士たちであ

る。そして彼らは教育者と言うよりは研究者であり、実務家の養成よりは自己の研究に没頭したかったのではないだろうか。修士生の9割が弁護士になるのに弁護士教員の数是一部の例外ロースクールを除いては、ほんの数名の客員教授にすぎない。授業も法学研究者による旧試験科目同様の憲法・民法・刑法の基本3科目及び民訴・刑訴の法解釈学の座学に当てられた。しかし、旧試験受験者が予備校とのダブルスクールに走ったのは法学研究者の授業では司法試験に受からないと考えたからではないのだろうか。実際には、基本科目の実務家教員がいないので意見書が期待した理論と実務の架橋は画餅に帰した。この失敗は理想のロースクール教育を共同して創るべきであった文科省、法務省、日弁連の共同責任である。

5) 司法試験は旧試験と同様、資格試験というより限定された時間内に難問を迅速に解く競争試験のままである。合格者数が倍増し、期待される弁護士像が変化した以上、司法試験問題の難易度も到達度も変化するべきだったのに旧試出題者が以前と同様の発想で出題している。この責任はあげて、司法試験委員会にある。

(2) 教育も時代も急には変わらないのにタイムラグとしての過渡期対策が欠落

弁護士像は遅々としているように見えるが、確実に変化している。今は過渡期である。旧来型弁護士は引退し、もうすぐ、新法曹モデルが浸透する。しかし、意見書の言うような、弁護士が「法の支配の実現者」という素晴らしい仕事であることを、法曹に知りあいてもいない普通の国民の一人に過ぎない法曹志願者が理解するには5年や10年では足りない。

意見書も司法改革のメインテーマは国民の利用しやすい弁護士の獲得だという。弁護士の大量増員は弁護士の業務活動分野と社会的地位の変化とセットであった。エリート型裁判官のミニチュアのような弁護士像と決別し、「先生然」として市民を見下ろすのではなく、市民に寄り添う存在となるはずであった。しかし、この変革を全弁護士が受け入れるには10年では短すぎる。ましてや志願者に理解させるには到底足りない。しかし、増員を続ければ、必ず変化は起きる。

1) 旧来型の民事訴訟弁護士や刑事法廷弁護士から企業の契約や取引に予防的・戦略的に関与する企業弁護士や頻繁な接見や起訴前弁護により起訴を回避し、事件の拡大を防御する市民弁護士への変質が想定された。そのため、司法試験合格者を少なくとも3000人にすべくロースクールが構想された。ところがこの認識自体、国民的コンセンサスには至っていないのだから、周知期間や合意形成の手続きが不足していたと言わざるを得ない。韓国のようないつも性急な施策を取る国でも、今回ばかりは日本を

モルモットにして相当の検討期間を確保した。

2) 3000人体制となれば弁護士・検察官・裁判官の法曹三者一体感は崩壊し、業務が訴訟中心主義から変化することは必然である。その上で弁護士が法廷活動に専念する少数精鋭エリートではなく、厚い層として国民に寄り添い、弁護士が中心となって「法の支配」を貫徹する社会システムそのものとなることが期待された。

現実には、司法試験合格者の9割が弁護士になるが、法廷に行かない弁護士が増加し、400人に上る巨大法律事務所では訴訟専門弁護士は少数派である。弁護士からの裁判官任官者数は停滞し、年間の判事補採用数は100人以下で、弁護士と裁判官は隔絶している。修習地別クラス編成や1クラスの増員により同期・同クラス意識は薄れ、法曹三者意識も以前より希薄化しているが、弁護士の新しい姿はまだ確立していない。これも過渡期対策不全の結果である。

3) 誰が司法改革を潰したいのか

それでも、3.5万人の弁護士の出現により、国民との距離感は狭まり、経営実態は都市でも地域でも大きく変化した。都会では弁護士の急増により顧客基盤の脆弱な町弁や高齢弁の仕事が減った。地域でも若年層、専門分野に長けた弁護士が流入し、ボス弁による一極支配が崩れた。その結果、都市・地方ともに業務内容・収益構造・弁護士会内の権力構造に変化が発生した。

個人依頼者と法人依頼者とでは、その要求する専門性・敏速性・法律以外の知見の要求水準は乖離し、個人依頼者と企業依頼者の経済力、案件・訴額の規模の差異により扱う弁護士の収益性も乖離した。競争の激化に伴い、顧客・業務の独占が崩壊し、それに対応できた新規弁護士採用可能な拡張型事務所と、対応できなかった縮小・単独経営型事務所に二分された。旧来のビジネスモデルにより既得権益と超過利潤を寡占していた成功組の弁護士から、弁護士の在り方を変えるものとして、法曹人口増員への猛反発とロースクールへの批判が噴出した。

しかし、実態はもはや後戻りできずに、変化に急速に対応することの出来た弁護士だけが、正当な対価で、専門的で高度な法的サービスを提供し、競争に勝ち抜くことになる。意見案のスピード感のなかった法曹教育システムや弁護士の仕事のやり方への批判は正当だが、改革の摩擦を軽減する施策はあり得たはずである。

4) 司法改革と日弁連の政治システムの衝突

地方弁護士会の有力弁護士を中心に司法試験合格者数の削減、就中、500人という旧試時代への復古の要求が支配的となり、司法改革以前の既得権益安住への回帰願望が強まった。日弁連は地方会出身の副会長、理事が圧倒的多数を占めるため、司法改

革の推進役として改革の旗振り役から、逆行変節し、妥協的な施策を主張することとなった。

増員反対論の論拠は①一括登録者数のみを基準とした就職難キャンペーンと②一般民事訴訟事件減少傾向と③弁護士窮乏化である。

しかし、現実には

①一括登録日に登録した者は、後期修習開始前に就職先が確定した者に限られ、それ以後に登録した者も大半は修習修了3ヶ月後には登録を終え、弁護士活動を開始している。実際の未登録者は2000人中30人程度にすぎないし、法廷活動を必要としない職種では未登録者も企業や地公体では弁護士登録資格者として処遇されているはずである。新人でも東京で月額2万円、地方会では10万円近くになる会費を払う以上、業務をしていないはずがない。さらに、私の知る限り、真正未修合格者の就職状況は決して悪くない。他学部出身や理工系の卒業生は法律事務所や企業に職を得ている。就職難を言うなら、どのような弁護士が就職難で困っているのか情報を公開し、分析をすべきである。既存の弁護士達と変り映えのしない、既修者もしくは法学部出身なのに未修コースを修了した合格者が就職競争に晒されているという見方もある。即ち、多様性を持った合格者は就職難と無縁なのではないかというのが私の仮説である。是非検証して欲しい。

②一般民事事件の減少はバブル化した過払い金事件が消滅したことによるもので、弁護士代理が多い複雑な損害賠償事件などは却って増加している⁽¹⁾。弁護士の活動領域が不効率で予測可能性の低い訴訟から相続・交渉にシフトしているとすれば当然のことであろう。

③弁護士が窮乏化し、格差が拡大していると言われるが、国税庁が税務申告書ベースで把握している弁護士所得データに依れば、弁護士総体としては、その様な事実は認められない⁽²⁾。私見であるが、個人別・年代別に分析すれば、富裕層の弁護士は入れ替わっている可能性は高い。

してみれば、増員反対論に根拠はないのだが、日弁連執行部は冷静なデータに基づく論争を避けて、地方会に屈した。弁護士の都合で弁護士の数を決めるという愚は法曹三者協議で数を制限していた頃への先祖返りに他ならない。日弁連は今からでも正當なガバナンスが効くように選挙制度や理事の選任基準を見直すべきである。それを解決せずにこのまま突き進んだら、日弁連の存在が国民から乖離してしまうだろう。

(1) 平成27年4月20日付法曹人口調査報告書207頁(内閣官房法曹養成制度改革推進室作成)。

(2) ザ・ローヤーズ2015年4月号37頁「伊藤歩報告」資料(6)

法曹人口論よりそちらの方が弁護士会にとっては重要だし、危機となるはずだ。

6. 法律事務所フロンティア・ローの役割

法律事務所フロンティア・ローは2009年11月に虎ノ門1丁目の第5森ビル8階に85坪のスペースを確保し、故北沢義博副学長を所長として開設された。経営的にも、ガバナンスにおいても大宮ロースクールや佐藤栄学園とは別個に設置した。北沢副学長をはじめとして、柏木俊彦学長、北沢義博副学長、丸山輝久教授と私たち（いずれも第二東京弁護士会会員）教員有志が連携して、ある者は開設・運営費用を負担し、ある者は若手弁護士の教育指導を担当し、ある者は事件や弁護団を紹介するなどして支援してきた。大宮ロースクールの非常勤教員を務めた小林秀之先生にも、事件紹介などでご支援を賜っている。

その目的の第1は、弁護士になってからのOJT教育など、実務に就いてからの効果的教育の場である。第2は様々の事情から弁護士事務所に所属せず、自由に好きな分野の業務を展開し、比較的低費用で独立した事務所を構えたいという大宮ロースクール関係者に便宜を図ることである。第3の目的としては、大学施設が消滅した後も、修了生達が集い、研鑽し、同窓会の本拠とするなど、大宮関係者の「梁山泊」という利用形態である。もっとも現在の陣容ではスペースが過大なので、将来的には移設や利用方法も工夫しなければならないであろう。

北沢義博先生亡き後、現在は大宮ロースクール出身の宮島渉弁護士を代表として、チューターとして支援をしてきた石原正貴弁護士、大宮の修了生である伊村秀樹弁護士、金田正敏弁護士、川原朋子弁護士が所属し、大宮の客員教員であった土田亮弁護士、早川和宏弁護士も非常勤ではあるが客員弁護士として参加している。また、桐蔭高校卒業の西村啓聡弁護士（東大ロースクール卒）が主宰する弁護士法人の東京駐在事務所としても機能している。

私としては、桐蔭法科大学院の夜間開講が行われる神谷町校舎から至近距離にあることや神谷町校舎に研究室などがいないこと等を考慮すれば、有効な利用方法はあるものと考えている。

7. 大宮ロースクールは桐蔭と協働して法曹養成教育の新たなステージへ

桐蔭法科大学院の学科長（いわば「ロースクール学長」）は二弁会員の蒲俊郎先生

である。元二弁会長で、横浜桐蔭大学の実力者である田宮甫先生の秘蔵っ子でもある。私は田宮会長の下で平成元年に副会長を務めたから、強い紐帯で結ばれていると言える。

今後は、桐蔭との統合により、大宮の理念や遺伝子を桐蔭とコラボレーションすることになる。桐蔭では「ハイブリッド法曹」と言うが大宮で「多様性ある法曹」と呼んでいたものとほぼ同じものと私は考えている。

この点を含めて先日、蒲先生と入学者向けパンフレットにのせる対談をした。これからの統合のイメージを表しているので、対談内容を詳しく説明する。

「蒲：本学受験を検討している方々へのメッセージを御願ひできますか。

久保利：第一に、法科大学院は「法曹が法曹を育成する」真剣勝負の教育機関です。

本気で弁護士になりたい人に教える側も全力を傾注します。「国民が幸福な生活を享受できるように法の支配を担うプロフェッションを志す学生よ、桐蔭ロースクールに來たれ。」と言いたい。

第二に、ハイブリッド法曹は人権保障や企業の国際競争力の担い手です。あらゆる分野で韓・中・日で激しい競争が始まっています。世界から尊敬される日本を創設するには法の支配が大切で、胆力あるハイブリッド法曹が多数、必要です。

第三に、世界中、立法や行政の担い手も弁護士です。先進国は司法国家を目指しています。ドイツは公務員試験を廃止し、上級官僚に弁護士を当てることにしました。そのこともあってか、ドイツの弁護士数は2002年の11万6282名が2014年には16万2695名と4万6413人も増加しました（連邦弁護士会2014年1月1日の調査結果）。毎年3867人の増加です。米国も同じです。2002年の弁護士数97万2722人が2012年に118万8537人と、10年間で21万5815名の増加ですから、毎年2万1581名です（アメリカンバーアソシエーション2012年12月31日現在の調査）。(いずれも内閣官房法曹養成制度改革推進室の今年4月20日公表の法曹人口調査報告書に依る)

国民主権国家の官僚に相応しいのは弁護士なのです。弁護士の力で、一緒に日本を、そして世界を変えましょう。」

これからのロースクール教育についてはこんな会話がなされた。

「蒲：以前、桐蔭と大宮の両法科大学院が統合することによって、司法制度改革の中で何ができるかについてお話しさせていただきました。そして、大宮が閉学となることを受けて、今年4月から、いよいよ先生に本学の専任教授にご就任いただくわけですが、その抱負をお聞かせ頂けますか。

久保利：私は、桐蔭法科大学院の教授として、4月以降、次のような事を学生に対して訴えていきたいと考えています。一つ目は、「弁護士が増えれば社会悪が確実に減る」ということです。3月13日付け産経新聞は「暴力団5100人減」の見出しで「(かつては)費用がかさんでもわれわれ(暴力団)に依頼すれば短時間で解決できる」ということで仕事が多かった。今は時間がかかっても弁護士に依頼するなど適法な手続きを取る」と暴力団幹部の悲鳴を伝えています。暴力団は回収額の半分をせしめていましたが、そんな高い報酬を取る弁護士は一人もいません。国民がこの事実を知れば、時間をかけないで事件を解決するためには弁護士と裁判官を増員せよと言う世論が巻き起こると思います。反社撲滅には民暴弁護士より、庶民に寄り添う普通の弁護士増員こそが、決定打だということです。二つ目は「弁護士ほど素敵な仕事はない。」ということです。弁護士が厚い層として存在しない国は専制国家か暴力が支配する国であり、市民の自由は保障されません。法の支配とは弁護士が活躍する体制です。弁護士はいかなる仕事をしても正義の総量を拡大させる素晴らしい仕事であり、法科大学院と法曹人口増大は正義の総量を拡大させる施策であるということです。三つ目は、「法律の知識があるだけでは法律家とは言えない。」ということです。多数の実務家教員を擁して研究者教員と協働するロースクール教育を行わなければ法科大学院は予備試験や司法試験予備校に勝てません。桐蔭は知識の応用力と、コミュニケーション能力を有する真の法曹を養成することのできる法科大学院だと思います。最後に、「弁護士は大人の仕事であり、多様なニーズが広がる。」ということです。大人とは多様な能力を備え、多様なものの見方ができる人物のことです。桐蔭ロースクールのモットーである「ハイブリッド法曹」育成とはこうした人材のインキュベーターであるということです。私はその理念に共鳴し、「弁護士が弁護士を作る」という大宮の建学の精神を、桐蔭でさらに発展させたいと思っています。」

8. 結語

私は大宮と桐蔭の統合により両者の精神が受継され、マリアージュされ、共有され、大宮ロースクールも永遠に生き続けることになることを確信している。

大宮の地にまかれた一粒の麦は、横浜の地に根ざした桐蔭ロースクールと統合し、東京神谷町の桐蔭夜間コース校舎に依拠する首都圏ロースクールに拡大した。弁護士主体の法曹養成のモデルスクールとして、「大宮ロースクールよ！ 永遠に！」とエールを送りたい。

他の弁護士の非行の通報義務化について

柏木俊彦

1	はじめに	24
2	他の弁護士の非行の通報義務の根拠	24
3	他国における通報義務の規則	25
4	ヒンメル判決	27
5	通報義務化の要件	31
6	共同事務所における通報弁護士の保護措置	36
7	結語	37

1 はじめに

アメリカの倫理規則であるアメリカ法律家協会（ABA）が制定した ABA 職務模範規則（ABA Model Rules of Professional Conduct）（以下、モデルルール）においては、そのルール 8.3 で弁護士による他の弁護士の非行の通報を義務化しており、殆どの州でこの条項が採択されている。最近、日本において弁護士の不祥事が世間の注目を集めており、弁護士に他の弁護士の非行を通報する義務を課すことの是非についての検討も有益であると思われる。そこで、弁護士の非行の通報義務の根拠、アメリカにおける通報義務の規則化の内容、アメリカにおける弁護士の通報義務に関するランドマーク的なイリノイ州最高裁判所のヒンメル判決及び日本において通報義務を規則化する場合における要件を順次検討してみる。

2 他の弁護士の非行の通報義務の根拠

(1) 通報義務の肯定論

弁護士が弁護士会の自治的懲戒権を維持するためには、自治的懲戒制度が有効に機能して、弁護士の高潔性が保持されていることが必要である。弁護士会が適切に弁護士の非行を探知し懲戒し得ないのであれば、弁護士自治を保持することは困難である。何人でも弁護士の非行を認識したときは、弁護士会に懲戒を求めることができる⁽¹⁾が、弁護士の非行の探知という観点からは、弁護士が他の弁護士の非行をより身近にしかも適切に発見しやすい立場にある。

弁護士自治は弁護士会の自治的懲戒権をその要素とする。弁護士が弁護士会の自治的懲戒権を擁護することは弁護士としての責務である⁽²⁾。弁護士自治を維持発展させるためには、弁護士が他の弁護士の非行を見過ごさないことが重要なことであり、弁護士の自己規律（self-regulation）の具現化でもある。他の弁護士の非行の通報を弁護士に義務づけることは、弁護士の非行の探知をより有効に機能させる。弁護士の自治的懲戒権を維持発展させる責務を負う弁護士としては、他の弁護士の非行の放置は、弁護士としての責務の放棄である。弁護士の非行は弁護士職全体の信頼を害するものであり、弁護士全体が対処すべき課題である。弁護士の自己規律として他の弁護士の非

(1) 弁護士法 58 条 1 項

(2) 弁護士職務基本規程（以下、「基本規程」）3 条

行の通報義務を受け入れることは、弁護士の非行を抑止し、沈黙の共謀 (conspiracy of silence) を防ぎ、通報に対する心理的な抵抗を和らげ、弁護士自治を支える柱となる。

更に、通報の義務化によって弁護士の非行から一般市民を保護し、弁護士の不祥事による被害の拡大を防ぐことができる。

(2) 通報義務の否定論

弁護士が、任意であるとしても、他の弁護士の非行を通報することは弁護士間の信義や信頼、評判を損うおそれがある。ましてや、通報を義務化することになれば、弁護士間の監視による相互不信を生み、弁護士間の良好な関係を毀損するおそれが強くなる。弁護士の職務活動に対する萎縮効果をもたらすおそれもある。また、すべての制度と同様に、他の弁護士の非行の通報義務制度が弁護士自身によって濫用されるおそれもあり、弁護士が事件を有利に進めるために事件の相手方当事者の代理人である弁護士の非行の通報を手段として利用することも考えられる。

他の弁護士の非行の通報は、密告的な要素があり心理的な抵抗をもたらし、義務化するにしてもその実効性に疑問が残る。義務規定を設けながら実効性がなければ、実効性のないこと自体が非倫理的と評価されるおそれもある。

3 他国における通報義務の規則

(1) アメリカ

アメリカでは、ABA が 1908 年に最初に制定した倫理規範である ABA Canons の Canon 29 で「弁護士は、専門職としての腐敗した又は不正直な行為を、恐れることも味方することもなく、適切な機関に明らかにすべきであり、かつ依頼者に不正をした弁護士を相手方とする事件を躊躇することなく受任すべきである。」と定めて弁護士の非行の通報を努力目標としたが、義務とはしなかった。ABA Canons は、ABA が 1969 年に制定し 1970 年に発効した ABA Model Code of Professional Responsibility (モデルコード) に代えられた。モデルコードは、綱領 (Canon)、努力目標である倫理規範 (Ethical Consideration, EC) 及び懲戒規範 (Disciplinary Consideration, DR) の三層構造からなりたっており、懲戒規範の DR1-103(A) は、「DR1-102 の違反の特権の無い知識 (unprivileged knowledge) を有する弁護士は、裁判所または懲戒規程違反について調査又は処分の権限を有する当局に通報しなければならない。」と定めて、特権のある知識 (privileged knowledge) を除く他の弁護士のすべての懲戒規範違反の非行の通

報を義務化した。モデルコードは、殆どの州で採択されたが、この通報義務の実効性は乏しかった。

ABA は、1983 年にモデルルールを制定しモデルルールがモデルコードにとって代えられたがこのモデルルール 8.3 (a) は、「弁護士は、他の弁護士の誠実さ、信頼性又はその他の点における弁護士としての適格性に関して重大な疑いを提起させるこの規則の違反を知ったときは、適切な専門職監督機関に通報しなければならない。」と規定して通報義務を維持したが、通報義務の対象となる他の弁護士の非行を「弁護士の誠実さ、信頼性又はその他の弁護士としての適格性」に限定するとともに、弁護士の非行の認識の程度を弁護士としての適格性に関しての重大な疑いとした。そして、通報義務の除外事由に係わる「特権の無い知識 (unprivileged knowledge)」という文言に代えて、守秘義務の対象となるすべての弁護士倫理上の秘密を通報義務の除外事由とし、「モデルルール 1.6 によって保護される情報又は認可された弁護士支援プログラムに弁護士若しくは裁判官が参加する間に得た情報の開示を要求するものではない。」と規定⁽³⁾し、モデルルール 1.6 で秘密とされる「依頼者の代理に関する情報」及びアルコールや薬物依存に陥った弁護士の支援プログラムの情報を通報義務の対象から除外した。

このモデルルールは、カリフォルニア州を除くすべての州で採択されているが、ジョージア州及びワシントン州は、通報を努力目標として懲戒規定とはしていない⁽⁴⁾カリフォルニア州は、弁護士の非行の通報義務を課していない。

アメリカのリステートメントもモデルルール 8.3 と同様の「他の弁護士の誠実さ、信頼性又はその他の点における弁護士としての適格性に関して重大な疑いを提起させる専門職の行為の適用規則の違反を知った弁護士は、当該情報を適切な懲戒当局に報告しなければならない。」との定めをおいている⁽⁵⁾。

アメリカでは、上記のように、従来から弁護士の非行の通報義務を課しているが、通報義務の実効性は極めて低く最も遵守されていない義務規定であるといわれている。後に述べるヒンメル判決の後において、イリノイ州では非行通報が顕著に増加したが一時的なものでありしかも懲戒された弁護士の数が増加したわけでもなさそうである⁽⁶⁾。それにもかかわらず、通報の義務化は、アメリカにおいては一般的に是認され

(3) モデルルール 8.3(c)

(4) ワシントン州のルール 8.3 は、他の弁護士の非行の通報を目標 (aspiration) と規定し、ジョージア州は、ルール 8.3 違反は懲戒のペナルティとはならないと規定する。

(5) Restatement of the Law Governing Lawyers § 5 (3) Professional Discipline

(6) Michael J. Burwick, You Dirty Rat!! Model Rule 8.3 and Mandatory Reporting of Attorney

ており、義務化を廃止すべきであるとする議論は多数を占めてはいない。

(2) ヨーロッパ

ヨーロッパの弁護士のクロスボーダーな職務活動に適用される The Council of Bars and Law Societies of the European Community(欧州弁護士会協会 “CCBE”) が制定した倫理規範である Code of Conduct for European Lawyers (“CCBE Code”) には他の弁護士の非行に対する弁護士会への通告義務を課した条項はなく、他の国の弁護士が非行をなしたと考える場合には、当該他国の弁護士に注意を喚起させる義務を弁護士に課している⁽⁷⁾。

4 Himmel (ヒンメル) 判決

アメリカにおいては、殆どの州で他の弁護士の非行の通報義務化がなされているが、この通報義務違反のみで実際に懲戒された最初の事件がイリノイ州最高裁判所が下した著名なヒンメル判決⁽⁸⁾の事件である⁽⁹⁾。1978年10月、Tammy Forsberg(依頼者)は、オートバイ事故で傷害を負い、1980年6月に John R. Casey 弁護士を代理人として損害賠償請求事件を依頼し、Casey 弁護士は、1981年に加害者と 35,000 ドルの和解を成立させ和解金額の 3 分の 1 を Casey 弁護士が 3 分の 2 を依頼者が取得することとなった。Casey 弁護士は、1981年3月に加害者から上記和解金額を小切手で受領し依頼者信託勘定口座に入金した。依頼者は、1981年から1983年にかけて、自らが受領すべき和解金の 3 分の 2 の金額である 23,233.34 ドルを Casey 弁護士に支払うように求めたが、Casey 弁護士は、依頼者からの督促にも拘わらず、依頼者に 5,000 ドルを支払ったのみであった。依頼者は、この期間、イリノイ州弁護士登録及び懲戒委員会 (Illinois Attorney Registration and Disciplinary Commission, “ARDC”) に Casey 弁護士から和解金の支払い受けることの相談をなしていた。

依頼者は、1983年3月、新たに Himmel 弁護士に Casey 弁護士からの和解金の回収事件を依頼し、依頼者は、Himmel 弁護士が Casey 弁護士から上記 3 分の 2 の 23,233.34 ドルを超えて回収した場合にのみ超えた金額の 3 分の 1 を弁護士報酬とする

Misconduct, 8 Geo. J. Legal Ethics 137 (1994) at 147

(7) CCBE Code 5.9.1

(8) In re Himmel, 533 N.E. 2d 790 (Ill. 1988)

(9) この事案の解説に関しては、Ronald D. Rotunda, The Lawyer's Duty to Report Another Lawyer's Unethical Violations in the Wake of Himmel, 1988 U. Ill. L. Rev. 977 (1988) が詳しい。

ことを Himmel 弁護士と合意して、Himmel 弁護士はこの事件を受任することとなった。

Himmel 弁護士は、依頼者を代理して依頼者が Casey 弁護士に対して有しているすべてのクレーム（民事、刑事、懲戒手続きを含む）を放棄することと引き換えに、Casey 弁護士が 75,000 ドルを支払う和解を 1983 年 4 月に Casey 弁護士と成立させた。しかし、Casey 弁護士がこの和解金の支払いを履行しなかったため、Himmel 弁護士は、Casey 弁護士に対する民事訴訟を提起して 1985 年 2 月、100,000 ドルの判決を得た。それでも Himmel 弁護士は Casey 弁護士から 15,400 ドルしか回収することができなかった。そのため、Himmel 弁護士は、依頼者から如何なる報酬も受領することはできなかった。

ARDC は、Casey 弁護士の当該依頼者に対する非行とは無関係の別の非行を理由として、1985 年 4 月に Casey 弁護士に対する懲戒手続きをすすめ、Casey 弁護士の同意の下で、1985 年 11 月に同弁護士を除名していた。

ARDC は、その後 1986 年 1 月、Himmel 弁護士が Casey 弁護士の非行を通報しなかったことがイリノイ州の倫理規定（Illinois Code of Professional Responsibility）の他の弁護士の非行の通報義務を定めたルール 1-103(a) 違反にあたることを理由として、Himmel 弁護士に対して懲戒手続きを開始した。ルール 1-103(a) は、「ルール 1-102(a)(3) 又は (4) 違反の特権の無い知識 (unprivileged knowledge) を保有している弁護士は、かかる知識を当局に通報する義務を負う。」と規定し、ルール 1-102(a)(3) は、「弁護士は道徳的腐敗を含む違法な行為をしてはならない。」と規定し、ルール 1-102(a)(4) は、「弁護士は、不正直、詐欺、欺罔、又は不実表示を含む行為をなしてはならない。」と規定していた。

1986 年 10 月、ARDC の聴聞委員会 (the hearing panel) は、Himmel 弁護士は Casey 弁護士の非行の通報義務違反を犯してはいたが、11 年間の実務期間中なんらの不正はなく依頼者からも報酬を受け取っていなかったとして、非公表で当該弁護士のみ通知される個人的譴責 (a private reprimand) の勧告を決定した。ARDC は、聴聞委員会のこの決定に対して審査委員会 (the review panel) に不服申し立てをなした。審査委員会は、ARDC は、依頼者の報告により既に Casey 弁護士の非行を知っていたこと、Himmel 弁護士は Casey 弁護士の非行を通報しないようにとの依頼者の指示を尊重したものであるとして、不服申立を棄却する勧告を決定した。ARDC は、審査委員会のこの決定に対してイリノイ州最高裁判所に不服申し立てをなした。

Himmel 弁護士は、イリノイ州最高裁判所の審理において、Casey 弁護士の非行の知識 (knowledge) は、Himmel 弁護士が依頼者の代理に関して取得した知識であると

して弁護士の守秘義務の対象となる秘密であると主張した。同最高裁判所は、Himmel 弁護士の Casey 弁護士の非行の知識が Himmel 弁護士の特権のある知識 (privileged knowledge) である場合には、Himmel 弁護士は Casey 弁護士の非行を通報する義務から免れるが、特権のある知識 (privileged knowledge) とは証拠法上の弁護士・依頼者秘匿特権 (attorney-client privilege) のことであり、依頼者は Himmel 弁護士と依頼者の母親及び依頼者のフィアンの同席の下で Casey 弁護士の非行についての話をしたり、また Himmel 弁護士は、依頼者の同意の下で Casey 弁護士の行為を保険会社の者や保険会社の弁護士と話をしており、イリノイ州法の下では、Casey 弁護士の非行の知識は弁護士・依頼者秘匿特権の秘密性を喪失し証拠法上の秘匿特権の対象とはならないと判示し、そして依頼者の Himmel 弁護士に対する Casey 弁護士の非行の通報をしない旨の指示は無効であり、依頼者の Casey 弁護士の非行の通報義務を放棄することと引き換えに依頼者の Casey 弁護士に対する損害賠償請求訴訟を有利に解決することは認められず、依頼者が弁護士に懲戒当局に通報しないことを指示したことは懲戒の妨げとなるものではない、と判示して 1 年の業務停止 (one year suspension) の判決をなしたのである。

イリノイ州の当時の倫理規定はモデルコードを採択していたが、モデルコードの DR1-103(A) は「DR1-102 違反の特権の無い知識 (unprivileged knowledge) を保有している弁護士は、かかる知識を当局に通報する義務を負う。」と規定しており、DR4-101(A) は、「機密 (confidence) とは法律上の弁護士・依頼者秘匿特権により保護された情報をいい、秘密 (secret) とは弁護士が専門職として知り得たその他の情報で依頼者が開示しないことを要求したもの若しくは依頼者を困惑させ又は依頼者に不利益を与えるおそれのあるものをいう。」と規定して、機密 (confidence) と秘密 (secret) と区分して定義して機密を証拠法上の弁護士・依頼者秘匿特権とし、秘密 (secret) を弁護士倫理上の特権として定義し、DR4-101(B) で弁護士に機密 (confidence) 及び秘密 (secret) の守秘義務及び利用禁止義務規定を置いていた。そして、ABA は、DR1-103(A) の「特権の無い知識 (unprivileged knowledge)」の解釈として、DR4-101(B) で守秘義務を課している機密 (confidence) 及び秘密 (secret) に該当しない知識であるとの見解を示していたのである⁽¹⁰⁾。

ヒンメル事件当時のイリノイ州の倫理規定においてもルール 4-101(a) で「機密 (confidence) と秘密 (secret) と区分して、機密 (confidence) とは法律上の弁護士・依

(10) ABA Formal Opinion 341(1975)

頼者秘匿特権により保護された情報をいい、秘密 (secret) とは弁護士が専門職として知り得たその他の弁護士倫理上保護された情報で依頼者が開示しないことを要求したものの若しくは依頼者を困惑させ又は依頼者に不利益を与えるおそれのあるものをいう。」と規定⁽¹¹⁾して、ルール 4-101(b) で弁護士に機密及び秘密の守秘義務及び利用禁止義務を課していたのである。ヒンメル事件では、依頼者は、明白に Himmel 弁護士に対して Casey 弁護士の非行の通報をしないように指示していたのであり、イリノイ州の当時の倫理規定に従えば、弁護士倫理上の秘密には該当していたはずである。少なくとも、Himmel 弁護士が依頼者の代理人として Casey 弁護士に対する訴訟を提起するまでは、Casey 弁護士の非行は、弁護士倫理上の秘密であったのである。

それにもかかわらず、イリノイ州最高裁判所は、モデルコード DR1-103(A) と同様のイリノイ州倫理規定のルール 1-103(a) の「特権の無い知識 (unprivileged knowledge)」を弁護士倫理上の守秘義務の対象となる秘密 (secret) を含めることなく証拠法上の弁護士・依頼者秘匿特権の機密 (confidential) に限定して解釈して、Casey 弁護士の非行を通報義務の除外事由とせずに通報義務違反を認定して Himmel 弁護士を懲戒したのである。

イリノイ州がモデルコードを採択していて、「特権の無い知識 (unprivileged knowledge)」を通報義務の除外事由とし、かつ ABA がモデルルール DR1-103(A) の通報義務の除外事由である特権のある知識 (privileged knowledge) を弁護士倫理上の秘密 (secret) を含むと解釈していたにもかかわらず、イリノイ州の最高裁判所は、ルール 1-103(a) の通報義務の除外事由としての特権のある知識 (privileged knowledge)」につき、弁護士倫理上の秘密を通報義務の除外事由とはせずに証拠法上の弁護士・依頼者秘匿特権のみを通報義務の除外事由としたのである。

イリノイ州では、その後 1990 年にモデルコードに代えてモデルルールを採択した。そして、モデルルールが依頼者の代理に関するすべての情報を弁護士倫理上の守秘義務の対象⁽¹²⁾とし、他の弁護士の非行の通報義務の除外事由としたにもかかわらず、イリノイ州では、モデルルールを採択した現在でも他の州とは異なり、ヒンメル判決を維持して弁護士倫理上の守秘義務の対象となるルール 1.6 の情報ではなく依頼者の弁護士・依頼者秘匿特権 (attorney-client privilege) で保護された情報のみを通報義務の除外事由としているのである。

ヒンメル判決は、当時大きな衝撃を全米に与えた判決であったが、通報義務違反の

(11) イリノイ Rule 4-101(a)

(12) モデルルール 1.6(a)

みを理由として懲戒した現在に至るまでもおそらく唯一の事例であり、他州の通報義務と比較して考えれば当時においても一般的な判決とは言えるものではない。ABAがモデルルールを制定した後、アメリカのカリフォルニア州を除くすべての州がモデルルールを採択して殆どの州で守秘義務の対象となる1.6(a)の弁護士倫理上の依頼者の代理に関する情報を通報義務の除外事由としているにもかかわらず、イリノイ州では、ヒンメル判決に従って、他の弁護士の非行の通報義務の除外事由を弁護士・依頼者秘匿特権で保護された情報に限定している点で特異な判決とも言えるのである。

5 通報義務化の要件

弁護士による他の弁護士の非行の通報を義務化とした場合には、その制度設計として、通報義務の要件の検討が必要となる。主要な要件となり得るのは、(1)通報弁護士の顕名性、(2)通報の対象となる他の弁護士の範囲、(3)通報の対象となる非行の内容・程度、(4)非行の主観的認識の程度、(5)通報の内容、(6)通報の時期、(7)通報の宛先、及び(8)通報義務の除外事由が挙げられる。

(1) 通報弁護士の顕名性

通報弁護士の通報は、弁護士会の懲戒手続きに従うべきであり、そのために、通報弁護士は、自らの氏名及び所属弁護士会を明らかにして通報すべきである⁽¹³⁾。弁護士の通報には、匿名は許されず、通報情報の内容につき弁護士会の調査に協力すべき義務を課すことも必要である。

(2) 他の弁護士の範囲

通報の対象となる他の弁護士には、同一事務所に所属する経営弁護士や同僚弁護士及び事件の相手方弁護士を除外する理由はない。モデルコードの下では、他の弁護士の非行という言葉はなかったため自らの非行も含まれると解される余地があったが、モデルルールでは他の弁護士の非行と明文化している。この点で、弁護士が他の弁護士と共同で倫理規範違反の非行を犯していた場合に、それぞれが他の弁護士の非行を通報すべき義務があるのかといった問題も生じうる。この場合に他の弁護士の非行を

(13) アメリカの多くの州でも通報弁護士は自らの氏名を明らかにすることを要求している。Cynthia L. Gendry, Comment, Ethics-An Attorney's Duty to Report the Professional Misconduct of Co-Workers, 18 S. Ill. U. L. J. 603(1994) at 611.

通報する義務があると解すれば自らの非行にも通報義務が発生する場合もあり得る。他の弁護士が死亡していた場合等をどうするかの議論も生じ得る。

(3) 通報すべき非行の内容・程度

弁護士の懲戒となる非行は、「弁護士法違反、日弁連及び所属弁護士会の会規違反、所属弁護士会の秩序又は信用の毀損、その他職務の内外を問わない品位を失うべき非行」⁽¹⁴⁾であり、かかる事由が通報の対象となり得るが、すべての非行を通報の対象とすべきかそれとも非行事由を限定するべきかといった問題がある。すべての非行を通報義務の対象とするのであれば、通報すべき非行の基準としては極めて明確であるが、すべての非行を通報義務の対象とすることにより、通報の意欲を失わせ、実効性が期待できなくなるおそれもある。通報義務規定においても実際に通報が少なければ市民からは見せ掛けだけの義務規定とみられかねない。一方で、微細な非行も大きな非行の兆表となり得るためすべての非行を通報の対象とすべきであるとの議論もあり得る。

他の弁護士のすべての非行ではなく、一定の限定要件を加えるとすると、どのような限定を加えるべきか、弁護士法、基本規定及び刑法等の具体的な条項を列举して非行を特定すべきか、非行の性質で、例えば、依頼者や第三者に重大な損害を与える非行に限定するのか等、重大な非行の限定の仕方についても論議が必要である。この限定要件があいまいであると弁護士の個人的な解釈が入り込み通報義務の実効性に疑問を懐かせることになる。

除斥期間を過ぎた他の弁護士の他の非行も調査の端緒とはなり得るのであり、通報の対象とすべきか否かが検討されるべきである。

モデルコードでは、すべての非行を通報義務の対象としていたが、モデルルールでは、他の弁護士の誠実さ、信頼性又はその他の点における弁護士としての適格性に関して重大な疑いを抱かせる規定違反というように他の弁護士の非行の性質を限定の要素としている。更に言えば、非行には他の弁護士の身体的精神的な疾患による非行もあり得るのであり、そのような場合をも含めるべきかも検討すべきである。

(4) 非行の認識の程度

非行の認識としては、非行を知っていることを要件とすべきであり、知るべき過

(14) 弁護士法 56 条 1 項

失までを要件とすべきではない。非行の認識は、その状況における通常の弁護士 (a reasonable lawyer) を基準とし、うわさや疑念 (rumor or suspicion) の程度で通報義務を課すのは問題であり、疑念以上であるべきであるが、確信までは要求すべきではない。厳格な証拠の質や量を問題とすることは、通報の義務化を抑制してしまうおそれがある。

(5) 通報情報の内容

通報すべき情報は、調査の端緒となり得るような情報であれば、定型の方式を問う必要性はないであろう。

(6) 通報の時期

弁護士職に対する信頼を確保し市民の損害を回避するためには早期通報が好ましいが、弁護士は自らの依頼者の利益を擁護すべき義務を負っているのであり依頼者に不利益とにならない時期を選んで通報すべきである。弁護士が受任した依頼者の事件の相手方が弁護士本人であるような場合には、弁護士本人を相手方とする事件が係属中に相手方本人である弁護士の非行を通報することが、相手方本人である弁護士との和解等の解決を困難にさせるおそれもある。弁護士としては、依頼者に不利益となる時期の通報は避けるべきであり、事件が終了した後等依頼者の利益を損なわない時点で通報することが適切である。

(7) 通報義務の宛先

弁護士に他の弁護士の非行の通報義務を課すとして、通報の宛先は、他の弁護士が所属する弁護士会であるが、どのように弁護士法の懲戒制度の手続きに乗せるのか、弁護士法 58 条 1 項の事由として扱うのか、同条 2 項の会立件のための情報として取り扱うのかといった議論があり得る。

(8) 通報義務の除外事由

(a) 守秘義務

弁護士に他の弁護士の非行の通報義務を課すとしても、通報義務が弁護士法 23 条及び基本規程 23 条の弁護士の守秘義務との抵触を生じる場合もある。この場合に、守秘義務を優先させるべきか他の弁護士の非行の通報義務を優先させるべきかの選択が必要となる。先ず第 1 に、弁護士が職務外で他の弁護士の非行を知った場合には、職務

外で知りえた他の弁護士の非行は、「弁護士がその職務上知り得た秘密」に該当せず、弁護士の守秘義務に抵触することではなく、他の弁護士の非行を通報すべきことに守秘義務との抵触の問題は生じない。

第 2 に、弁護士が非行を犯した他の弁護士を依頼者として当該非行事件を受任する場合には、当該依頼者弁護士の非行が職務上のものであれ職務外のものであれ、他の弁護士を依頼者としてにより他の弁護士の非行は職務上知り得た秘密として弁護士の守秘義務の対象となり、偶々他の弁護士が依頼者であるとしても、通報義務を守秘義務に優先させるべきではない。弁護士は、他の弁護士を依頼者として、依頼者・弁護士関係を築いた以上は、依頼者である他の弁護士に対する忠実義務を尽くし守秘義務を保持すべきである。この場合においては、通報義務を規定化するに際して、守秘義務を優先させ通報義務の除外事由であることを明文化すべきである。

第 3 に、先に述べたヒンメル事件のように弁護士が依頼者から弁護士本人を相手方とする事件を受任することにより相手方本人である他の弁護士の非行を知る場合もあり、また依頼者の事件の遂行に際して相手方の代理人弁護士の非行を知る場合がある。更に、弁護士が依頼者の代理の過程で職務上他の弁護士の非行の秘密を知り得る場合もある。これらの場合には、他の弁護士の非行は弁護士が「職務上知り得た秘密」であり、弁護士法 23 条の守秘義務の対象を依頼者の秘密に限定しない限り、守秘義務の対象となり通報義務の除外事由となる。弁護士法 23 条の職務上の秘密を依頼者の秘密に限定する解釈をとれば、他の弁護士の非行を通報することに守秘義務との抵触の問題は生じることはなく、通報義務の対象となることになる。しかし、弁護士法 23 条の守秘義務の範囲をその文言に反して、アメリカモデルルール 1.6(a) の「代理に関する情報」やヨーロッパの CCBE Code 2.3.2 の「専門職の活動の過程で知り得たすべての情報」といった守秘義務の範囲よりより狭く解釈する理由は乏しい。

他の弁護士の非行の通報義務を規則化するに際して、モデルルール 8.3(c) は、弁護士の守秘義務を優先させているが、通報義務を守秘義務に優先させるという政策的判断もあり得ることである⁽¹⁵⁾。いずれにしても、通報義務は、弁護士の守秘義務と抵触する場合を生じさせるだけに、守秘義務の範囲を明確にしておく必要がある。

第 4 の例として、共同事務所の所属弁護士が他の所属弁護士の非行の秘密を「執務上知った」場合が挙げられる。共同事務所の所属弁護士は、基本規程 56 条で「他の所属弁護士の依頼者について執務上知り得た秘密」の守秘義務を負う。同条で負うのは、

(15) Geoffrey C. Hazard Jr & William Hodes, *The Law of Lawyering*, § 64.8 (Supp.2009) 参照

他の所属弁護士の「依頼者について」執務上知り得た秘密であり、他の所属弁護士の非行は含まれない。そのため、共同事務所の所属弁護士が「執務上知り得た」他の所属弁護士の非行について通報義務の対象とすることに文言上の障害はない。しかし、「執務上知りえた秘密」には、執務上知りえた職務上の秘密及び執務上知りえた職務外の秘密が含まれ得るのであり、このような区分を無視して一律に他の所属弁護士の非行の通報義務を課すべきであるか否かは検討の余地がある。他の弁護士の非行の通報を義務化するに際しては、共同事務所における他の所属弁護士の非行の通報をどの範囲で義務化すべきかについて適切な判断が必要となる。

以上、他の弁護士の非行の通報義務は、弁護士法 23 条、基本規程 23 条の守秘義務の範囲、基本規程 56 条の共同事務所の他の所属弁護士の守秘義務の範囲とも密接に関連するため、弁護士倫理につき重要な選択を迫られる課題となる⁽¹⁶⁾。

(b) 守秘義務の解除事由

他の弁護士の非行の通報義務を定めることにより、守秘義務との抵触を生じさせる場合が生じるが、守秘義務を通報義務に優先させるのであれば、通報義務の除外事由としての守秘義務の範囲を解除事由を含めて明確に画定する必要がある。基本規程 23 条の守秘義務の解除事由である「正当理由」は、極めて曖昧で開かれた要件となっており、そのため、守秘義務の範囲自体を曖昧にし、ひいては、通報義務の範囲もあいまいなものとなる。他の弁護士の非行の通報義務を課するためには、守秘義務の解除事由を「正当理由」といった抽象的な内容ではなく、具体的な内容の指針を与えることが適切であり必要である。

(c) 依頼者の同意

他の弁護士の非行についての通報義務を規則化する以上は、他の弁護士の非行が弁護士の職務上の秘密に該当する場合であっても、通報義務を実効性のある制度とするために、依頼者の利益を損なわない限り通報弁護士に守秘義務を解除するための依頼者の同意を取得する努力義務を課すべきである。

モデルルールにおいては、弁護士の守秘義務の対象は、ルール 1.6(a)のすべての「依頼者の代理に関する情報」であり、情報源のいかんにかかわらず依頼者の代理に関するすべての情報をルール 8.3(c)により通報義務規定であるルール 8.3(a)から除外しており、しかも守秘義務の解除事由は、極めて限定的、制限的であるため、依頼者の同意

(16) モデルルールの下で、通報義務と守秘義務の優先関係に関する論文として Peter K. Rofes, Another Misunderstood Relation: Confidentiality and the Duty to Report, 14 Ge. J. Legal Ethics 621 (2001) 参照

のない限り、通報義務の除外事由としての極めて広い範囲の守秘義務が通報義務に優先することになる⁽¹⁷⁾。

モデルルール 8.3 のコメント【2】は、「非行に関する報告は、それがルール 1.6 の違反となるような場合には要求されない。しかしながら、弁護士は、懲戒手続きの進行が依頼者の利益を実質的に害さない場合には、依頼者に対して開示に同意するように勧めるべきである。」と述べて依頼者の同意を求めることを勧告している。

他の弁護士の非行の通報義務を規則化するのであれば、依頼者の同意を取得する要件も具体的に明確な指針を示すべきである。弁護士が依頼者の同意を取得するための説明の内容としては、(i)弁護士の守秘義務と通報義務の理由、(ii)通報すべき情報の内容、(iii)通報することについての依頼者の利益、不利益の内容、及び(iv)通報することにより依頼者が弁護士会の調査手続きに関与する必要性の有無や程度、といった内容が主になる。弁護士は、通報する情報を選択して職務に係らない範囲で通報することもあり得るはずである。

6 共同事務所における通報弁護士の保護措置

基本規程 55 条が定めるように、共同事務所における所属弁護士の他の所属弁護士の非行の通報義務は、事務所所内での倫理規定遵守措置の構築を必要とする。所属弁護士が共同事務所の経営弁護士あるいは先輩・同僚弁護士の非行を通報することによって、事務所を解雇されたりその他の報復がなされることが許されるのであれば、通報を義務化しても通報は実効性を期待できない。通報の義務化は、共同事務所において所属弁護士の非行を探知した場合の所内での手続きの整備等事務所内の適切なガバナンス措置を講じる契機となる。通報義務化の下での報復的解雇その他の不利益行為の有効性及び不法性は司法的に解決されるべきことであろうが、通報を義務化する場合には、共同事務所内及び弁護士会においても、通報弁護士に対する報復的な解雇等の不利益行為を禁止する規定を設けて、通報弁護士を保護することも必要な検討課題となる。

(17) この問題につき、Richard W. Burk, Where Does My Loyalty Lie?: In re Himmel, 3 Geo. J. Legal Ethics 643, (1990), John J. Gosbee, Rule 8.3 and the Effect of Himmel on the Practicing Attorney in North Dakota, 67 N. D. L. Rev. 359 (1991), Paul Marcott, The Duty to Inform, ABA J., May 1989, at 17,18 参照

7 結語

弁護士の非行の通報義務化の議論をすすめるにあたっては、通報義務の根拠を明確にするとともに、通報義務の要件を具体的に検討する必要がある。また、通報義務は守秘義務と抵触するため、抵触した場合にいずれの義務を優先させるかを明確にしておくことが必要となる。守秘義務を通報義務に優先させるのであれば、通報義務の範囲を明確にするために、守秘義務の解除事由を含めて守秘義務の範囲を明確に画定しておくことが必要となる。これらの具体的な議論を通じて、弁護士の自治的懲戒権、守秘義務についての理解が深まり、通報義務化の是非についての適切な結論が導き出されることが期待される。

刑事裁判における因果関係の判断と主張立証活動

上田正和

I	はじめに	40
II	因果関係論についての現在の状況——最高裁判例が示している判断要素	43
III	民事事件（医療過誤事件）における因果関係と刑事事件における因果関係	56
IV	因果関係についての規範的判断と主張・立証活動	67
V	因果関係の判断についての今後の展望——裁判員裁判における因果関係論	71
VI	その他の問題点	73
VIII	おわりに	78

I はじめに

因果関係論（実行行為と結果との間の因果関係の有無に関する議論）は、以前から、そして現在においても、刑法解釈論の中でも議論が盛んなテーマの1つである⁽¹⁾。特に平成に入って以降、因果関係について注目される最高裁判例が次々と出ており、一般的な考え方であるとされ確固たる地位を保ってきた相当因果関係説に対して再検討を迫るところとなり（「相当因果関係説の危機」と呼ばれる現象である。）、最高裁判例の基礎にある判断基準として主張されてきた「危険の現実化」という考え方（判断枠組み）が学説にも大きな影響を与えている。そして、最近の最高裁判例は、「危険の現実化」という判断基準を用語（言葉）としても明示的に用いるようになっている⁽²⁾。

事実的因果関係（条件関係。なお、条件関係公式ではなく、自然法則によってつながりを説明する合法則的条件公式を主張する見解（ドイツにおいては通説とされている。）も一部にあるが、具体的な結論に違いはないとされている。）を前提とした上での法的因果関係としての因果関係論が刑事裁判実務において有する実践的意味は、発生した結果を（起訴された）被告人の実行行為に帰属させることによって実行行為者に結果（既遂結果や加重結果）についての（重い）刑事責任を負わせることができるのか、ということであり、実践的にも意味のある問題である。「実行行為が有していた危険が具体的な結果に現実化したといえるのか」という最近の判例・実務の判断枠組

(1) 因果関係に関する本格的な研究書の例として、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（1984年）、林陽一『刑法における因果関係理論』（2000年）、梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』（2001年）、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（2003年）、辰井聡子『因果関係論』（2006年）。さらに、日本刑法学会88回大会（2010年）におけるワークショップ「因果関係論・客観的帰属論の新展開」刑法雑誌50巻3号（2011年）112頁以下。因果関係論の意義や今後の方向性を論じるものとして、亀井源太郎「因果関係論に求められるもの」法学研究83巻8号（2010年）1頁以下。

(2) 最決平成22年10月26日刑集64巻7号1019頁〔日航機ニアミス事件〕は「本件ニアミスは、言い間違いによる本件降下指示の危険性が現実化した」と述べ、最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁〔三菱自動車工業タイヤ脱輪事件〕は「被告人両名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえる」と述べている。

危険の現実化論について検討を行った最近の論考として、橋爪隆「危険の現実化としての因果関係（1）」法学教室403号（2014年）84頁以下、同「危険の現実化としての因果関係（2）」法学教室404号（2014年）86頁以下。

危険の現実化という客観的帰属論の考え方（枠組み）について、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年）128頁は、「客観的帰属論の基礎には、『現代社会が危険（リスク）社会であり、社会構成員の全員が被害者にも加害者にもなる可能性が飛躍的に増大している』という社会学的認識がある。」とする。

みは、具体的な事案の解決基準としてほぼ確立しているといつてよく、これに対して正面から異を唱える学説は多くない。現在の議論の重点は、「危険の現実化」論によって裁判所が行った具体的な事案における判断（結論）の分析と評価に置かれている。

このような状況の中、本稿では、「危険の現実化」という考え方（用語ではなくその基礎にある考え方）を一応の前提とした上で、発生した結果（例えば、被害者の死亡結果）を実行行為者（例えば、暴行に及んだ被告人）に帰責させることができるか否かについての裁判所の判断（具体的な事案の解決における裁判所の心証形成）とそれに向けられた訴訟当事者の主張・立証という（これまでは意識して論じられることが比較的少なかった）実践的な側面に目を向けながら、刑事法における因果関係論についての若干の検討を行ってみたいと思う⁽³⁾。因果関係論については既に数多くの優れた研究成果が出されており、また、数多くの裁判例が存在するが、それら全てについての紹介と分析と検討を行うことは私の能力を遥かに超えている。従って、本稿では、代表的な最高裁判例を手掛かりに、刑事裁判における因果関係の判断がどのように行われており、訴訟当事者は裁判所の心証形成に向けてどのように主張・立証活動を行っていくことになるのかについて、粗いながらも検討を行ってみたい。そして、因果関係が問題となるケースとしては、被害者の死亡結果の帰責の有無が問題となる事案が少なくないが（典型的には傷害致死罪である。）、そこでは、医学的判断と法的判断の関係が問題となりうる。これに関しては民事の医療過誤事件（特に死亡事案）において展開されてきた因果関係に関する裁判例が参考になるであろう。発生した結果に対する法的責任としての民事責任と刑事責任の違いを踏まえながら、検討を行ってみたい。そして、因果関係の有無が問題とされる代表的な犯罪類型である傷害致死罪は裁判員裁判の対象事件であるので（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律2条1項2号）、裁判員制度下における因果関係論の意義と役割についても考えてみたい。法学は実践学であり、実社会の中で生じる様々な「具体的な出来事（事件）」に法的解決を与えることを研究対象とする学問分野であり、刑法解釈論もその1つである。従って、因果関係論についても、裁判員時代を踏まえて、具体的な法適用の指針となり実務で

(3) 裁判実務における因果関係の認定について、合法則的な因果経過の同一性という観点から最高裁判例の検討を行うものとして、福永俊輔「因果関係の認定」西南学院大学法学論集47巻1号（2014年）61頁以下。

不作為の因果関係における「十中八九の救命可能性」という考え方について、実体法上の要件である因果関係と手続法上の証明の関係を検討するものとして、酒井安行「不作為犯における因果関係と『疑わしきは被告人の利益に』原則——いわゆる『十中八九』決定を手掛かりに——」高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014年）157頁以下。

も使いうるような考え方（発想）と判断基準を意識した議論を行う必要があると思われる⁽⁴⁾。

以上のような問題意識の下、本稿は、(1)最高裁判例はどのような要素（事情）に基づいて因果関係の判断を行ってきたのかを、代表的な判例を改めて確認し（必要に応じて、私なりの若干のコメントを行う。）、(2)民事の医療過誤事件における因果関係の判断方法を見ながら、刑事裁判（刑事責任）における因果関係の判断を行うに当たっての手掛かりを探り、(3)刑事裁判における因果関係の判断と主張・立証活動について若干の指摘を行い、(4)裁判員制度下における因果関係論のあり方についてのささやかな展望を述べる、という順序と内容で論を進めることにしたい。そして、本稿を手始めにして、さらに検討を深めていきたいと思う。

刑事裁判における因果関係の判断と主張・立証活動に関する現時点での私の考え方の大まかな方向性をあらかじめ簡単にまとめると、①発生した結果を起訴された被告人の実行行為に帰責できるのかという因果関係の判断は、裁判所が行う刑法上の評価であり規範的判断そのものであるもので、検察官としては裁判所が行う規範的判断の評価根拠となる具体的事実を明らかにしてそれを立証する責任を負担するが、被告人側も、被害者に存する特殊事情や実行行為後の介在事情の有無や内容等についての証拠提出責任（主観的証明責任ないし争点形成責任）を負担すること、②発生した結果の実行行為への帰責を判断するに当たっては、刑事裁判所が示した判断（制裁規範）は犯罪結果の発生防止のための国民に対する行為規範として機能することが求められることから、（少なくとも裁判例が述べているように）結果発生の予見可能性という要素を因果関係の判断において考慮する必要があること、③発生した結果を実行行為に帰責できるのかという刑法上の評価としての規範的判断を行うに当たっては、刑法上の帰責を適正・公平に分配して負担させるという視点（有無だけでなく程度をも含んだ帰責の割り付け方）を、国民に対する行為規範の提示という意味を含む形で取り入れてよいと思われること、④裁判員裁判においては、刑法上の評価としての規範的判断である因果関係の判断を行うに当たっての具体的な下位基準とその判断材料を可能な限り分かりやすく明示して大枠を類型化することが期待されること等である。

(4) 裁判員裁判と因果関係論の関係について論じるものとして、亀井・前掲（1）27頁以下。裁判員裁判と刑法解釈についての文献の例として、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号（2009年）1頁以下、特集「裁判員裁判と刑法解釈」刑事法ジャーナル18号（2009年）2頁以下。

II 因果関係論についての現在の状況——最高裁判例が示している判断要素

1 因果関係が問題となる場面

発生した結果を実行行為に帰責できるか否かの問題である因果関係論が展開されるのは、実行行為と発生結果がそれぞれ確定したこと（即ち、因果関係の起点と終点が確定したこと）を前提とした上で、①その間の医学的な機序、②特殊事情（実行行為時に存在した特殊事情と実行行為後の介在事情の両者を含む。）の有無と発生結果に対するそれらの事情の影響（寄与度）、ということが問題となる場面である⁽⁵⁾。

そして、発生結果の起点である実行行為が有する法益侵害に対する危険性の程度（原因力のエネルギー）が大きいほど、刑法上の評価としては、その実行行為が有する危険性によって具体的な結果が発生した（従って、発生結果を実行行為に帰責できる。）という判断を行うことになり、これが正しく最高裁判例の考え方である「危険の現実化」論である。また、法益侵害に向けて一定の重みを有していると評価される行為に対して発生結果を帰責するという否定的評価（違法性判断）を裁判所が公権的に示すことによって国民に対する働き掛けを行うという行為規範の面からも、このような判断方法は適切なものであろう⁽⁶⁾。ちなみに、学説においても、実行行為の危険性を広義の相当性として因果関係の判断に当たって考慮することが主張されているが、これは実行行為性の判断と重なるものである⁽⁷⁾。

(5) 米山正明「因果関係の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題[第2版]』（2010年）115頁は、「因果関係を争うとの主張がされる場合、(1) 実行行為の態様や傷害を与えたこと自体を争うのか、(2) 死因やそれが発生した因果経路について医学的疑問があるのか、(3) 実行行為と結果との間に被害者の持病や既往症の関与、あるいは別の行為が介在した可能性を主張するのか、(4) 寄与度、予見可能性や通常性を争うのかなど、争点が明確にされる必要がある。」とする。

(6) 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）124頁は、「結果発生を理由としてその行為により重い違法評価を加えることがふさわしいと考えられるのは、刑法規範がその種の行為を禁止することにより回避しようとした当の結果が現実化したときであり、いいかえれば、禁止された行為の実質としての危険性（法益侵害回避を目的とする規範による禁止の根拠となっている行為の危険性）が結果の発生によって確証されたときである。」とする。

(7) 広義の相当性は、行為の結果に対する危険性を事前判断することによって判断される。広義の相当性を実行行為と同視するものとして、大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』（2012年）217頁以下。

2 最高裁判例が示している因果関係についての判断要素

ここで、因果関係の有無が問題とされた代表的な最高裁判例が実際に因果関係の判断を行うに当たって示した事情（要素）について、判例の歴史的な流れ（時間的な順序）に従って確認し、具体的な事案の結論の当否について私なりの簡単なコメントを行いたい。その際、具体的な結論の妥当性を検証するという観点から、曖昧かつ非論理的であることを承知の上で、「発生結果を実行行為者に帰責することが適正・公平といえるのか」という視点で見ていきたい⁽⁸⁾。また、当然のことであるが、それぞれの最高裁判例にはそれぞれの事案に特有の事情があるので、具体的な事案を離れた安易な一般化（普遍化）を行うことのないように注意する必要がある。学説は、考えられる様々な事例を説明するような理論の探求を行うのに対して、判例は、現に発生した具体的な事案についての適正・妥当な解決を行うものであり、当該事案における具体的な事実関係を踏まえて検討されなければならないからである。

(1) 最判昭和46年6月17日刑集25巻4号567頁〔布団むし事件〕

行為者が、心臓疾患を有している被害者の顔面を布団で覆い鼻や口を圧迫する等の暴行を加えたことによって、被害者が急性心不全によって死亡した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「被害者Aの死因は、被告人の同判決判示の暴行によって誘発された急性心臓死であるというのであり、右の認定は、同判決挙示の関係証拠および原審鑑定人B作成の鑑定書、原審証人Bの供述等に徴し、正当と認められるところ、致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があったため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であっても、右暴行による致死の罪の成立を妨げないと解すべき……たとい、原判示のように、被告人の本件暴行が、被害者の重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかったならば致死の結果を生じなかったであろうと認められ、しかも、被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかったものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまって致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地があるといわなければならない。したがって、被害者Aの死因が被告人の暴行によって誘発された急性心臓死であることを是認しながら、両者の間に因果関係がないと

(8) 小坂敏幸「因果関係(1)」『刑事事実認定重要判決50選(上)〔第2版〕』(2013年)55頁は、「介在事情が行為と結び付いているか、影響が及んでいるかということを前提に、公平性の観点から、その結果の帰責をさせるのが相当か否かを検討すべきであろう。」とする。

して、強盗致死罪の成立を否定した原判決は、因果関係の解釈を誤り、所論引用の前示判例と相反する判断をしたものといわなければならない、論旨は理由がある。」

本件は、実行行為の時点において被害者の身体に特殊な事情（素因）が存在していたという事案であるが（従来、相当因果関係説内部で結論が分かれる事例として議論されてきた事例⁽⁹⁾）、最高裁は、実行行為である暴行が死亡の唯一又は直接の原因であることを要しないとすると共に、行為者が特殊事情について認識していたのかや死亡結果に対する予見可能性があるのかを問わず、因果関係の判断が全事情を基にした総合的判断であるという立場を明らかにしている。

被害者の死亡について、被害者の身体に特殊な事情（疾患）が存在していたことが影響している場合に、当該事情を身体に抱えていた被害者が死亡したという結果を誰に帰責させるのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという視点から考えるとすれば、特殊な疾患を抱えていた被害者には自己答責性がない以上、被害者の身体に死亡結果につながる特殊事情が存在していたことに基づく被害者の死亡結果については、相当程度の危険性ある行為を行った実行行為者に帰責させるという結論は妥当なものであろう。

(2) 最決昭和 63 年 5 月 11 日刑集 42 巻 5 号 807 頁〔柔道整復師事件〕

行為者は柔道整復師であるが、医師の資格がないにもかかわらず、風邪の症状を訴える患者に対して不適切な治療法を繰り返し指示し、これに従った被害者の病状が悪化して死亡した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していたものであるから、医師の診察治療を受けることなく被告人だけに依存した被害者側にも落度があったことは否定できないとしても、被告人の行為と被害者の死亡との間には因果関係があるというべきであり、これと同旨の見解のもとに、被告人につき業務上過失致死罪の成立を肯定した原判決は、正当である。」

最高裁は、実行行為が過失行為である事案において、その過失行為自体が死亡結果を引き起こしうる危険性を有していたこと（生命に対する危険を創出した行為であること）を重視して、被害者の対応に落度が存在していたにもかかわらず、（この点で、上記(1)〔布団むし事件〕と異なり被害者に自己答責性を認めることができる。）、被害者の死亡結果との間の因果関係を認めている。

(9) 折衷的相当因果関係説によれば相当因果関係が否定され、客観的相当因果関係説によれば相当因果関係が肯定される。

本件において、死亡結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという視点から考えるとすれば、医師でない被告人の指示に従った被害者自身の対応が自らの死亡につながったことは否定できないものの、被告人は、被害者が自分を信頼していることを知りながら複数回にわたって往診し、被害者に対する指示を繰り返し行ったという本件における被告人と被害者との間の具体的な関係（被害者の被告人に対する依存関係の内容と程度等）を踏まえて、被告人の過失行為が有する危険性の重みを見逃すことができないとすれば、死亡結果を被害者でなく被告人に帰責させるという規範的判断を行うことは可能であり妥当であろう。

(3) 最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁〔大阪南港事件〕

行為者が、洗面器の底や革バンドで被害者の頭部等を多数回にわたって殴打する等の暴行を加えた結果、被害者に脳出血を発生させて意識消失状態に陥らせた後、同人を資材置場まで自動車で運搬して放置した後に立ち去ったが、その後、第三者（なお、検察官は、第三者でなく第一行為者である被告人であると主張したが、裁判所はかかる認定を行わなかった。）が角材で被害者の頭頂部を数回殴打し、被害者は脳出血によって死亡したが、その原因は行為者による最初の暴行によって生じたものであり、第三者の暴行は、既に発生していた脳出血を拡大させ死期を早めたという影響を与えたにとどまった、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

最高裁は、被害者の死因となった傷害である脳出血を形成した行為（生命に対する危険を創出した行為）が最初の実行行為である被告人の洗面器等による暴行であったという点を因果関係を認めた理由としているが、これは、死亡に至った医学的な原因を、刑法上の帰責判断である因果関係の判断においても重視した、ということである。本決定は、実行行為後の介在事情の事案において、それまで学説で一般的であった相当因果関係説による解決、つまり、介在事情に対する予見可能性の有無によって因果関係について判断することの限界を示した象徴的な判例とされている⁽¹⁰⁾。

(10) 本決定の調査官解説（大谷直人「第三者の暴行が介在した場合でも当初の暴行と死亡との間の因果関係が認められるとされた事例」『最高裁判所判例解説・刑事篇（平成2年度）』241頁）は、「これまでの通説的な相当因果関係説においては、予見（予測）可能性が相当性判断の実質的基準になるとされているが、具体的影響力（寄与度）という観点からの検討が十分されておらず、右の影響力と予見可能性との関係について十分な説明がされてきたとはいえない。」として、相

もっとも、本件では、被害者の死亡という結果を「〇月〇日〇時〇〇分の死亡」というように文字通り現実的・具体的にとらえると（因果関係を考えるときの結果は、本来はこのような現実的・具体的な個別の結果でなければならない。）、第三者の暴行が「本件被害者の〇月〇日〇時〇〇分の死亡」の原因となるはずである。それにもかかわらず、最初の実行行為に被害者の死亡結果を帰責させるということは、被害者の死亡という結果を、「〇〇〇〇〇〇を原因とする被害者の死亡」というように、死因の枠内で抽象化してとらえることを認めることになる⁽¹¹⁾。ここでは、因果関係の有無、つまり発生結果についての帰責判断を行うに当たって、死亡結果を誰に（いずれの行為に）帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという視点が、実は既に（明確に意識されていないとしても）入り込んでいることを否定できない。そして、発生結果を死因の枠内で抽象化してとらえるということは、因果関係による規範的な帰責判断において、死因が重要な要素であることを示すことになる。

(4) 最決平成4年12月17日刑集46巻9号683頁〔夜間潜水事件〕

スキューバダイビングの指導者である行為者は、3名の指導補助者と共に、潜水について初心者である6名の受講生に対する夜間の潜水訓練を行っていたが、受講生らが自分について来ているものと思い前進したものの、受講生らは魚に気をとられて指導者である行為者の移動に気付かず同人を見失うに至り、その後、受講生らは指導補助者と共に行為者を探し求めて水中を移動したが、被害者である受講生は移動中に空気タンク内の空気を使い果たして恐慌状態に陥り、適切な措置を採ることができないまま、でき死した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移

当因果関係説の限界を指摘する。

(11) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）69頁は、「相当性を適切に判断するためには、結果を一定の範囲で抽象化して判断する必要がある。それは、人間がすべての事情をコントロールすることはできない以上、結果の発生に一定の幅があることは当然だからである。……ただし、このような抽象化は、相当性の判断のためのものであって、構成要件の結果自体を抽象化しているわけではない」とする。これに対して、高橋・前掲（2）127頁は、「相当因果関係説は、具体的な介入事情を判断基底から除いた後、因果経過および結果発生の態様をどの程度まで『抽象化』するのか、経験的通常性をどのように判断するのかという点について、きわめて不明確なのである。」とする。

また、小坂・前掲（8）53頁以下は、「物理的原因を基本に死期及び死因を総合して、構成要件的に同一結果と評し得るか否かで決すべきことになろう。」とする。

なお、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（2011年）201頁は、「頭部を角材で殴打し死亡時期を早めた第三者が起訴された場合、殺意をもって無抵抗の者に致命的な打撃を加えた以上、その者もやはり殺人既遂罪で問擬されよう。」とする。

動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者らの適切な指示、誘導がなければ事態に適応した措置を講ずることができないおそれがあった被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであり、被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであって、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げないというべきである。右因果関係を肯定し、被告人につき業務上過失致死罪の成立を認めた原判断は、正当として是認することができる。」

最高裁は、潜水指導者である被告人の過失行為が被害者をでき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであった（生命に対する危険を創出した）として、その危険性を強調し、被害者らに落度を認めながらも、それは被告人の（危険性を有する）過失行為から誘発されたものであるとして、被害者の死亡結果を潜水の指導者である被告人に帰責するという判断を行っている。介在事情が最初の危険性を有する被告人の過失行為に起因しているといえるのであれば、死亡結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという視点から考えると、死亡結果を被告人に帰責させるという規範的判断は妥当なものであろう。

(5) 最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁〔高速道路侵入事件〕

6名の行為者が、深夜、被害者に対して、公園において約2時間10分にわたって、さらにその後、場所を移し約1時間経過した後、マンション居室において約45分にわたって激しい暴行を加え続けて被害者に傷害を生じさせ、その後、恐怖感を抱いた被害者が隙を見てマンション居室から逃走したが、約10分後、マンションから約800メートル離れた高速道路に進入し、走行してきた自動車に轢かれて死亡した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる。」

最高裁は、被害者が高速道路に逃げ込むという一般的には考えられないような極めて危険な行為に出ているにもかかわらず、被害者が逃走して高速道路に逃げ込むに至った経緯ないし理由である複数の者による被害者に対する激しい暴行と傷害行為の重み（死亡結果につながる危険性）に着目して因果関係を肯定したが、本件における危険性（危険創出行為）の特徴は、被告人らの行為が被害者の心理面に与えた強度の影響という点にあり、これが原因となって被害者が一般的には想定し難い危険な行為に出たという点にある。そして、「その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない」という最高裁の判断は、被告人らの行為が被害者の心理面に与えた具体的な影響を踏まえた上での刑法上の評価としての規範的判断そのものであり、本件の事実関係を基にした価値判断に他ならない。

さらに、本件においては、複数の行為者が被害者に対して行った暴行という実行行為の幅（拡がり）にも着目する必要がある。場所を移動しながらも約3時間にわたって複数人が被害者に対して激しい暴行を加え続けたという一連の暴行全体に対して被害者の死亡結果を帰責しており、実行行為の理解について、因果関係の起点ないし帰責判断の対象という観点からのさらなる検討の余地が残されている⁽¹²⁾。

本件についても、死亡結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的评价として適正・公平であるのかという視点から考えると、複数人から長時間にわたって激しい暴行を受け続け極度の恐怖感から必死に逃走を図った被害者に対して、その死亡結果についての分担を求めることは、著しく適正・公平を欠くことは否定できないであろう。最高裁の「被告人らの暴行に起因するものと評価することができる」という結論とその表現の中に、本件事案において被害者が高速道路で車に轢かれて死亡したことの実質的な原因がどこにあるのかに関する最高裁の価値判断が示されており、それは正当な規範的判断であろう⁽¹³⁾。

(6) 最決平成16年2月17日刑集58巻2号169頁〔暴れた患者事件〕

複数人が、被害者に対して激しい暴行を加え、さらに割れたビール瓶を被害者の後

(12) 複数の行為を個別的に（分析的に）とらえるのか、それとも一連一体のものとしてとらえるのか、という問題が「一連の行為論」として議論されている。一連の行為論については、深町晋也「『一連の行為』論について——全体的考察の意義と限界——」立教法務研究3号（2010年）93頁以下、仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論』（2013年）。

(13) 本件判例に限らず、最近の判例においては、「評価することができる」という言い回しが用いられているものが少なくないが、事案の解決において、理論よりも事実の認定や評価が重要になっていることを示している。例えば、最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁〔スワット事件〕は、「実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。」とする。

頭部等に突き刺す等して被害者に多量の出血等を生じさせたが、被害者は病院で緊急手術を受け治療によって容体は安定に向かっていたところ、被害者は安静を求める医師の指示に従わず体から治療用の管を抜く等して暴れたことにより容体が急変して死亡した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、上記のように被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべきであり、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

最高裁は、被告人らによる最初の実行行為がそれ自体死亡結果をもたらしうる危険性を有するものであったこと（生命に対する危険を創出していること）を根拠に、重傷を負った被害者が病院で暴れたという被害者に相当程度の自己答責性が存在していたとしても因果関係は肯定されるという判断を行っている。本件における死亡結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという視点から考えるとすれば、容体が快方に向かっていたという過程を凌駕するともいえる被害者の行為に原因性を求めることができそうであるが、被告人らが被害者の生命に向けて創出した危険性の重大性を考えると、被害者の死亡結果を被告人らの最初の実行行為に帰責しうるという評価も可能であろう。ここでも、被告人らの行為に関する具体的な事実関係を踏まえた規範的な判断が行われているのである。

(7) 最決平成16年10月19日刑集58巻7号645頁〔高速道路トレーラー事件〕

行為者は、高速道路を運転していたが、走行していた大型トレーラーの運転に対して文句を言い謝罪させるため、自らが運転する車と大型トレーラーを高速道路上に停止させた。行為者は、大型トレーラーの運転手に暴行を加える等した後、現場を走り去った。その後、大型トレーラーの運転手はエンジンキーを探す等したが、その間も大型トレーラーを停止させたままにしていた。行為者が走り去ってから7、8分後に、同所を走行してきた車が大型トレーラーに衝突して運転者らが死傷した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「Aに文句を言い謝罪させるため、夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯上に自車及びA車を停止させたという被告人の本件過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたというべきである。そして、本件事故は、被告人の上記過失行為の後、Aが、自らエンジンキーをズボンのポケッ

トに入れたことを失念し周囲を捜すなどして、被告人車が本件現場を走り去ってから7、8分後まで、危険な本件現場に自車を停止させ続けたことなど、少なからぬ他人の行動等が介在して発生したものであるが、それらは被告人の上記過失行為及びこれと密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたものであったといえる。そうすると、被告人の過失行為と被害者らの死傷との間には因果関係があるというべきであるから、これと同旨の原判断は正当である。」

最高裁は、高速道路に自車及び大型トレーラーを停止させる行為自体が、後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたとして、被告人の過失行為の危険性を明確に述べている。そして、大型トレーラーの運転手が同車を停止させ続けたことや後続車の追突等の介在事情は被告人の過失行為等に誘発されたものであることを根拠にして、因果関係を肯定している。発生した追突事故による死傷結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという視点から考えるとすれば、正当化できるような理由がないにもかかわらず高速道路に大型トレーラーを停止させたという行為が持つ意味は格段に大きく（それがなければその後の事態は起きえなかった。）、被告人に発生結果を帰責させるという規範的判断は妥当であると思われる。

さらに、本件において最高裁は、過失行為及びこれと密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたとしているが、介在事情を誘発したことに関して、過失行為と暴行等を合わせて評価しているという特徴を指摘することができる⁽¹⁴⁾。

(8) 最決平成18年3月27日刑集60巻3号382頁〔トランク監禁事件〕

行為者は、深夜、普通乗用自動車後部のトランクに被害者を押し込み脱出できない状態にして自動車を走行させた後、知人と合流するため、見通しのよい車道に自動車を停車させていたところ、後方から走行してきた普通乗用自動車運転手の前方不注意により時速約60キロメートルのスピードではば真後ろから追突し、トランク内に閉じ込められていた被害者が頸髄挫傷の傷害により間もなく死亡した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる。したがって、本件において逮捕監禁致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

(14) 本件判例においては、一連の行為性が問題となる。一連の行為論については、前掲(12)を参照。

最高裁は、因果関係を肯定した理由を明確にしていないが、「死亡原因が……第三者の甚だしい過失行為にあるとしても」と述べていることに照らせば、第三者の過失ある運転行為という介在事情と後部トランク内に被害者を監禁した行為の危険性（危険を創出した程度）を比較した結果、トランク内に監禁した行為を重く見ることによって、トランク内に監禁する行為と死亡結果との因果関係を肯定したものと理解することができる。ここでも、本件における具体的な事実関係や自動車のトランク内に人を閉じ込める行為の危険性を検討した上で、死亡結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという視点から因果関係についての判断を行い結論を導いているということができる。ただ、介在事情が第三者の独立した重大な過失行為であり（被告人の行為によって誘発されたとはいえない）、被害者の死亡原因が追突による負傷にあることを考えると、因果関係を肯定することによって被告人に死亡結果を帰責するという規範的判断を行うことについて、何らかの説明が行われるべきであったと思われる。

(9) 最決平成 22 年 10 月 26 日刑集 64 巻 7 号 1019 頁〔日航機ニアミス事件〕

航空管制官であり実地訓練として管制業務を行っていた X は、航空中の旅客機 907 便と旅客機 958 便が異常接近していることに気付き、958 便を降下させようとの意図で誤って上昇中の 907 便に対して降下するよう管制指示を行い、訓練中の X の監督者であった航空管制官の Y も X の誤りに気付かず、X の管制指示を直すことはなかった。そして、両旅客機の航空機衝突防止装置（TCAS）が作動し、907 便では上昇による回避措置の指示（上昇 RA）が出されたが、907 便の機長はこれに従うことなく、X の降下指示に従って降下を続けたため、降下中の 958 便に急接近し、両機の衝突を避けるため 907 便が急激な降下の操作を行ったことにより、907 便の乗客 57 名が重軽傷を負った、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「因果関係の点についてみると、907 便の C 機長が上昇 RA に従うことなく降下操作を継続したという事情が介在したことは認められるものの、上記 1 (3) のとおりの管制指示と RA が相反した場合に関する規定内容や同(4)エのとおり降下操作継続の理由にかんがみると、同機長が上昇 RA に従わなかったことが異常な操作などとはいえず、むしろ同機長が降下操作を継続したのは、被告人 X から本件降下指示を受けたことに大きく影響されたものであったといえるから、同機長が上昇 RA に従うことなく 907 便の降下を継続したことが本件降下指示と本件ニアミスとの間の因果関係を否定する事情になるとは解されない。そうすると、本件ニアミスは、言い間違いによる本件降下指示の危険性が現実化したものであり、同指示と本件ニアミスとの間には因果関係

があるというべきである。」

最高裁は、907 便の機長が上昇 RA に従わず降下操作を継続したという第三者による介入事情を認めながら、航空管制官の言い間違いによる 907 便に対する降下指示と乗客死傷との間の因果関係を認めているが、本決定の特徴は、それまでの判例が採用していたであろうとされる判断枠組である「実行行為が有していた危険が具体的な結果に現実化したといえるのか」という判断基準を、因果関係の有無の判断を行うにあたって最高裁が用語（言葉）としても明確に用いたという点にある。

そして、実行行為により生じた危険が結果として現実化・具体化したといえるのかは、発生した結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという規範的判断であり、理論的な説明を深化させることによって導くことができるものではない。それは、当該発生結果についての刑事責任を誰に（どの行為に）負わせるのが妥当であるのかという価値判断に他ならない⁽¹⁵⁾。

本件において、最高裁は、907 便について上昇による回避措置の指示（上昇 RA）が出されたことよりも、航空管制官の言い間違いによる誤った降下指示による影響を重視しているが、機器による（時として定型的な）指示よりも航空管制官の肉声による具体的指示を重く見て、航空管制官の降下指示に負傷結果を帰責させるのが適正・公平であろうという判断を導くことは、裁判所による規範的判断として合理的なものといえることができるであろう。

(10) 最決平成 24 年 2 月 8 日刑集 66 巻 4 号 200 頁〔三菱自動車工業タイヤ脱輪事件〕

三菱自動車工業製トラックの左前輪タイヤがフロントホイールハブの破損により脱落し、歩道上にいた被害者 3 名に衝突して同人らが死傷した。この事故に関して、三菱自動車工業において品質保証業務を担当していた者 2 名（部長及びグループ長）について、本件事故の約 2 年前に起きた類似の事故の処理において、三菱自動車工業製の同種ハブには強度不足のおそれがあるので、本件事故のような死傷事故の発生を予見できたにもかかわらず、同種ハブを装着した車両についてリコール等の実施のために必要な措置を採らないでいたところ、本件事故が発生した、という事案である。最高裁は次のように述べている。

「これらの事情を総合すれば、D ハブには、設計又は製作の過程で強度不足の欠陥が

(15) 橋爪・前掲 (2) 「危険の現実化としての因果関係 (1)」 91 頁は、「危険の現実化による限定も、刑法の謙抑性に基づく一定の政策判断であるという面が強いようにも思われる。」とした上で、「いかなる範囲までの結果惹起を行為者の『しわざ』として帰責するのが妥当かという社会通念に照らした合理的な価値判断が必要であろう。」とするが、同感である。

あったと認定でき、本件瀬谷事故も、本件事故車両の使用者側の問題のみによって発生したものではなく、Dハブの強度不足に起因して生じたものと認めることができる。そうすると、本件瀬谷事故は、Dハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかった被告人両名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえるから、両者の間に因果関係を認めることができる。」

最高裁は、品質保証部門に属していた被告人らについて、過去に類似の事故が発生した際に今回と同様のハブを装着した車両についてリコール等の措置を採らなかったという義務違反行為が、本件における3名の歩行者の死傷という結果につながったとして、上記(9)の平成22年10月26日決定〔日航機ニアミス事件〕が初めて述べた「危険性が現実化したものであり……との間には因果関係がある」という判断基準を示しながら、本件について因果関係を認める判断を行ったのである。

日航機ニアミス事件に関して述べたのと同様に、実行行為により生じた危険が結果として現実化・具体化したといえるのかは、結果を誰に帰責するのが刑法上の規範的評価として適正・公平であるのかという規範的判断であり、理論的な説明によって結論を導くことができるものではない。誰に（どの行為に）当該結果についての刑事責任を負わせるのが規範的判断として適切であるのかという価値判断の結果である。

そして、本件のように、企業組織体の活動に起因して死傷事故が発生した場合⁽¹⁶⁾には、同様の事故が後続して発生することにより不特定多数人の生命や身体がさらに侵害される（危険に晒される）という結果を防止するための行為規範が裁判所による公権的判断として提示され、これによって国民の生命や身体の安全の実現を図ろうとする一般予防や政策的側面を無視することができないと考えられるので、最高裁が示した結論は妥当であると思われる。

3 最高裁判例における因果関係の判断要素の特徴

2で紹介と検討を行ったのは、因果関係に関する重要な最高裁判例（の一部）であるが、最高裁が因果関係の判断を行うに当たって、どのような要素（事情）に基づいてどのような判断を行い結論を導いているのか（結論を導く発想）を窺い知ることができる。

因果関係論は、実行行為の後に事実的因果関係（条件関係）を有して発生した結果（既

(16) 企業活動に起因する死傷事故として、刑事製造物責任に関する問題が議論されている。刑事製造物責任に関する研究書の例として、岩間康夫『製造物責任と不作為犯論』（2010年）、稲垣悠一『欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論』（2014年）。

遂結果や加重結果)についての帰責を刑法上の観点から行うものであるが、2で紹介した最高裁判例も、あくまでも当該事案における具体的な事実関係の下での因果関係の判断を行っているに過ぎず、具体的な事案において検討の対象となる判断要素が何であるのかは事案ごとに区々である。このような前提の下、最高裁が判断要素として示したものを大まかにまとめると、①実行行為が有している結果発生(法益侵害)に向けての危険性(実行行為時に存在していた被害者側の特殊事情(疾患等)を考慮した上での危険性)、②結果発生に至る途中に生じた介在事情がどのようなものであるのか(特に、最初の実行行為との具体的な関連性。例えば、誘発された事情であること)、③結果発生に向けての①と②の影響度合いの比較衡量(結果発生の主な原因はどちらにあるのかという利益衡量)、となる。

そして、最高裁は、①②③を総合的に検討した上で、刑法上の評価という観点から発生した結果を当初の実行行為へ帰責することの可否という規範的判断を行い、因果関係の問題に解決を与えている。言葉を代えれば、発生した結果は一体誰の仕業によって発生したのか(特に、被告人の実行行為によって発生したのか)という問題についての刑法上の評価を行うのである。ここでは、発生した結果(典型的には、被害者の死亡結果)を誰に(特に、被告人に)分配して割り付けるのが当該具体的な事案において適正・公平であるのかという問題について、明確な理論構成によるのではなく、(率直に表現すれば)裁判官による実務的な感覚に基づいた規範的な価値判断が行われているのである。さらに誤解を恐れずにいえば、因果関係の有無が問題とされたこれまでの多くの裁判例を見ると、因果関係の有無つまり発生結果の帰責については、当該事案に対する裁判官による実務感覚に基づいた具体的な結論(起訴された被告人の実行行為に対する発生結果の帰責の有無)は実は既に心証として形成されていて、事後的に、それを導くための理由ないし説明として必要最小限の範囲で関係する事実関係についての法的な言及が裁判官によってなされている、というのが実態ではなかろうか。因果関係の問題に限ったことではないが、最近の最高裁判例においては「○○○○と評価することができる」旨の判断が示されることが少なくないのも、抽象的な理論よりも現実に発生した具体的な事案に対する実務的な感覚(妥当な結論)を志向して結論が導かれていることを示すものであろう。

III 民事事件（医療過誤事件）における因果関係と刑事事件における因果関係

1 民事事件における因果関係の判断

刑事事件における因果関係の判断（帰責判断）とその主張・立証活動を検討するに当たって、民事訴訟事件において因果関係の判断とそのための主張・立証活動がどのように行われているのを参考として取り上げることは有用であると思われる。刑事事件において因果関係の有無が問題になる代表的な事案として、傷害致死罪や監禁致死罪や（業務上）過失致死罪があり、そこでは実行行為と死亡結果との間の因果関係の有無が問題となるが、民事訴訟事件の中でも死亡結果との因果関係の有無が争われることが少なくない医療過誤事件における因果関係に関する議論は、民事事件における因果関係論として判例が積み重ねられてきた分野であり、民事事件と刑事事件の紛争解決における役割の違いや証明度の違いという点に留意する必要があるものの、刑事事件における因果関係の判断とそのための主張・立証活動を検討するに当たっての示唆ないし手掛かりを与えてくれるように思われる。

ただ、注意しておくべき点として、民事における因果関係論に関しては、その内容をめぐって議論があり、大きくは、A説：相当因果関係の概念の中に、①成立要件としての因果関係（事実的因果関係）の問題と②損害賠償の範囲の問題の両者を含めて理解する伝統的な見解（従来判例が採ってきたとされる考え方）と、B説：①成立要件としての因果関係（事実的因果関係）の問題と②損害賠償の範囲の問題を分けて理解し、②損害賠償の範囲の問題については相当因果関係（又は、保護範囲）として損害論として取り扱うとする見解が主張されている。そして、最近の民事学説は、②のような理解に立つものが一般的であり、医療過誤事件の裁判実務もこれに従っているといえる⁽¹⁷⁾。

(17) 民事における因果関係論に関する議論状況について、川井健『民法概論4（債権各論）〔補訂版〕』（2010年）428頁以下、内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕債権各論』（2011年）385頁以下、水野謙「事実的因果関係」『新・法律学の争点シリーズ1 民法の争点』（2007年）274頁以下等。

医療過誤訴訟における因果関係の判断及び主張と立証をめぐる実務上の問題点について、医療過誤訴訟における因果関係の判断の難しさを踏まえながら具体的に論じるものとして、秋吉仁美「因果関係」『裁判実務シリーズ5 医療訴訟の実務』（2013年）543頁以下。同論文は、事実的因果関係を認定する要因（肯定に働く事実として、①医療行為の不当性、②医療行為の結果と時間的關係、③一般的統計的因果関係、④医療行為の量と結果発生率、医療行為の内容と結果発生率、⑤医療行為と生体反応の生物学的関連、否定に働く事実として、①患者の特異性、②他原因の介入、

このような民事における議論状況は、刑事における因果関係論において、事実的因果関係（条件関係）とこれを前提とした法的因果関係を区別し、後者において規範的判断を行おうとする最近の議論状況と類似している面があり、理論的にも実務的にも興味深い（つまり、民事の議論は刑事において参考になりうる）。

以上のような前提ではあるが、民事の医療過誤事件における因果関係について、主な最高裁判例を見ていきたい。

(1) 因果関係の立証の程度

民事事件における因果関係の立証の程度については、最判昭和 50 年 10 月 24 日民集 29 卷 9 号 1427 頁〔ルンバール事件〕が重要な判断を行っている。同判決は、化膿性髄膜炎により入院していた 3 歳児に対して行ったルンバール治療（髄液採取とペニシリンの髄腔内注入）の 15～20 分後に、患者は突然の嘔吐や激しいけいれんを伴う意識混濁を生じ、右半身不全麻痺や知能障害等の後遺症が残った、という事案において、因果関係の立証について次のように述べている⁽¹⁸⁾。

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである。」

最高裁が述べたこの考え方は、その後、医師的不作為と患者の死亡結果との因果関係が問題となった事件においても採られており（最判平成 11 年 2 月 25 日民集 53 卷 2 号 235 頁）、学説でも一般的に支持を得ているとされる。

なお、上記の最判昭和 50 年 10 月 24 日〔ルンバール事件〕は、具体的な事案の解決としては、患者の発作は化膿性髄膜炎等の病変の再燃であるとする医療機関の主張を斥けて、「以上の事実関係を、因果関係に関する前記一に説示した見地にたって総合検討すると、他に特段の事情が認められないかぎり、経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり、これが本件ルンバールに因って発生したものというべく、結局、上告人の本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である。」として、因果関係を肯定する結論に至っている。

③不可抗力）を示した上で、それらについての効果的な主張・立証方法を述べている。

(18) 本判決は、医療過誤事件に止まらず、不法行為一般における因果関係の認定に関して重要な判例であるとされている。

(2) 過失行為の特定を緩和することによる因果関係の立証

もっとも、刑事事件よりは証明度が低くてよいと理解されている民事事件においても、特に医療過誤事件においては因果関係の立証が困難であることが少なくない。医療過誤の事案においては、問題とされる医療行為に先立って患者側にそもそも何らかの疾患が存在している（だからこそ、患者として医療行為を受けている。）という事情や、因果関係の起点である過失行為の特定（従って、因果関係の起点の特定）が困難であること等がその理由である。

そこで、民事判例の中には、過失行為の特定の程度を緩和することによって、結果的に因果関係の立証の困難を救済しようとするものが出てくる。うがった見方をすれば、因果関係を認めたい（より直接的に言えば、被害者を救済したい）という結論を導くために、事案によっては因果関係の起点である過失行為を柔軟に把握しようとしたとも理解できる。

その例として、最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁は、患者が抗生物質等の薬剤が原因となって顆粒球減少症となり死亡した、という事案において、『Sの本症の原因は被上告人NがSに投与した薬剤のうちの1つであること又はその複数の相互作用であること及びSは遅くとも発疹が生じた4月12日には本症を発症していたこと』が真実の高度の蓋然性をもって証明されたものというべきである（なお、同被上告人が本症の副作用を有する多種の薬剤をSに長期間投与してきたという本件においては、右薬剤のうちの1つ又はその複数の相互作用が本症発症の原因であったという程度の事実を前提として被上告人らの注意義務違反の有無を判断することも、通常は可能であり、常に起因剤を厳密に特定する必要があるものではない。）としている。

同様に、最判平成11年3月23日判時1677号54頁は、患者が顔面けいれんの根治手術である脳神経減圧手術を受けた後に脳内血腫等により死亡した、という事案において、「本件手術の施行とその後のMの脳内血腫の発生との関連性を疑うべき事情が認められる本件においては、他の原因による血腫発生も考えられないではないという極めて低い可能性があることをもって、本件手術の操作上に誤りがあったものと推認することはできないとし、Mに発生した血腫の原因が本件手術にあることを否定した原審の認定判断には、経験則ないし採証法則違背があるといわざるを得ず、右の違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかなである。」としている。

さらに、最判平成21年3月27日判タ1294号70頁は、全身麻酔薬（プロボフォル）と局所麻酔である硬膜外麻酔（塩酸メピバカイン）を併用して左大腿骨の人工骨頭置換手術を実施中に麻酔による心停止が生じて患者が死亡した、という事案において、「C

医師には、Aの死亡という結果を避けるためにプロポフォルと塩酸メピバカインの投与量を調整すべきであったのにこれを怠った過失があり、この過失とAの死亡との間には相当因果関係があるというべきである。本件において、C医師がプロポフォルと塩酸メピバカインの投与量を適切に調整したとしてもAの死亡という結果を避けられなかったというような事情はうかがわれないのであるから、プロポフォルと塩酸メピバカインの投与量をどの程度減らすかについてC医師の裁量にゆだねられる部分があったとしても、そのことが上記結論を左右するものではない。

原審は、塩酸メピバカインの投与量を減らしたとしても、その程度は麻酔担当医の裁量に属するものであり、その減量により本件心停止及び死亡の結果を回避することができたといえる資料もないから、死亡と因果関係を有する過失の具体的内容を確定することはできないとするけれども、上記のように、本件の個別事情に即した薬量の配慮をせずに高度の麻酔効果を発生させ、これにより心停止が生じ、死亡の原因となったことが確定できる以上、これをもって、死亡の原因となった過失であるとするに不足はない。塩酸メピバカインをいかなる程度減量すれば心停止及び死亡の結果を回避することができたといえるかが確定できないとしても、単にそのことをもって、死亡の原因となった過失がないとすることはできない。」としている。本判決は、過失の特定について、麻酔薬の投与量について配慮することなく過剰な分量を投与したという程度に概括的であってもよいという考え方を採ったものである。

これらの民事判例で採られた考え方は、私人間における損害の公平な分担を金銭賠償によって実現しようとする民事の損害賠償請求という場面でのものであり、国家刑罰権の発動の場面において検察官は犯罪事実について合理的な疑いを超える程度の証明を果たすことが求められる刑事事件において全く同様に適用できるものではないが、実行行為と死傷結果との間の因果関係の有無が問題となる場合に参考にできる点があるのではなからうか。従来の刑事実務においては、検察官は、起訴事実（訴因）を構成するにあたって、実行行為を慎重かつ厳格に選別してきたといわれるが、それを維持することが困難な場面も（特に過失実行行為の場合等において）少なからずありうると思われる。

この点で、上記Ⅱ 2(5)において紹介した最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁は、6名の行為者による、深夜、公園内における約2時間10分にわたる暴行と、場所を移し約1時間経過した後のマンション内における約45分にわたる暴行を継続した一連の暴行として把握し、これらが被害者の心理面に与えた影響の大きさを問題としているが、このような事案においては、危険の源である実行行為の幅（拡がり）や包

括性を考慮せざるを得ない。つまり、過失行為に幅を持たせることによって因果関係の起点を緩和された形で選別することによって死亡結果との因果関係を認めようとする民事判例と同様の思考が現れているといえる。

(3) 損害論による因果関係論の事実上の吸収

民事の医療過誤事件判例においては、その後、因果関係論（因果関係の要件）を希薄化し、議論を損害論に移すことによって被害者の救済（医療機関側の損害賠償責任）を実現しようとする動きが登場してくる。

最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁は、肝硬変の診断を受け肝細胞がん発生の危険性が高い患者であるにもかかわらず、肝臓病の専門医は、2年8ヶ月余りの間、肝細胞がん発見に有効な検査を実施しなかったが、患者は他の病院に転院後に肝細胞がんであると診断され、間もなく死亡した、という事案において、不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても上記(1)の最判昭和50年10月24日〔ルンバール事件〕が述べた因果関係の立証の基準が当てはまることを明らかにした。その上で同判決は、「経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかにどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない。」と述べている。本判決は、因果関係の終点である死亡結果について、「その疾病による死亡」ではなく、「現実には発生した特定の時点における具体的な死亡」ととらえることによって、不作為による過失行為と死亡結果との間の因果関係を肯定しようとしたのである。つまり、この患者はがんが進行しているので仮に適切な医療行為を行っていたとしても救命することはできなかったので因果関係は否定され、法的な救済を行うことはできない、という従来の因果関係判断の枠組みを採らなかったのである。

さらに、最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁は、上記の考え方を一層進める考え方を示すに至った。本件では、患者は、午前4時30分頃、突然の背部痛で目を覚まし、午前5時35分頃、夜間救急外来において医師の診察を受けたところ、医師は急性肺炎と狭心症を疑い、点滴注射を行ったが、患者はその最中にけいれん発作を起こす等の容態の急変を示したので、医師が心臓マッサージや蘇生術を施したが、既

に狭心症発作から心筋梗塞に移行していた患者は、午前7時45分頃、死亡した、という事案において、最高裁は、「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるからである。」と述べている。本判決は、医療行為と患者の死亡結果との間の因果関係の存在が証明されなくても、「具体的な死亡時点」において「生存していた相当程度の可能性」の存在が証明されれば損害賠償責任という法的効果が発生する、という考え方を示したのである。因果関係が証明されなくても加害者に損害賠償責任を認める本判決に対しては、「患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるとき」の理解や位置付け、患者の保護法益等をめぐって議論がなされているが⁽¹⁹⁾、医療事故の被害者を救済しようとするためであるとはいえ画期的な判断であり、その後も同様の考え方を示す判例が続いている⁽²⁰⁾。

以上の2つの民事の最高裁判例からいえることは、民事の医療過誤事件においては、因果関係の存在は独立した要件としての意味が相当程度に希薄化しており、因果関係論は裁判所による評価という性質がより強く現れる損害論（損害賠償金額の算定と評価）に吸収されつつあるといっても過言ではない。これを刑事の因果関係論に置き換えると、事実的因果関係（条件関係）の存在を前提とした上で、法的因果関係つまり発生結果の実行行為への帰責についての裁判所による刑法上の規範的評価としての適正・公平な規範的判断が最終的な事案の解決においては重要であり、そこにおいては帰責の有無のみならずその程度も（一定程度の重要性を有する）問題である、ということになるであろう。

(19) 手嶋豊「医師の注意義務違反と因果関係・損害——相当程度の可能性」『医事法判例百選〔第2版〕』（2014年）148頁以下参照。

(20) 本判決の考え方を後遺症の事案にも適用して重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性について法益性を認めたものとして、最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁。また、本判決が示した相当程度の可能性の考え方を債務不履行責任についても適用したものとして、最判平成16年1月15日判時1853号85頁。

2 民事事件における因果関係と刑事事件における因果関係

(1) 民事責任である損害賠償責任は、被害者に生じた損害を金銭に評価してその分担保を加害者に求めるものであり、事件によって発生した損害の公平な分担によって私人間における利益の調整を実現するものである。従って、訴訟提起前の示談や各種のADRや調停、訴訟提起後であっても和解という方法によって、当事者間で自主的な紛争解決を図ることができ（むしろ、それが期待されているといえる）、その割合は低くない⁽²¹⁾。従って、因果関係の立証についての証明度を柔軟に考えて、心証の程度に応じて損害賠償金額を認容する確率的心証という判断手法（例えば、事故と発生結果との因果関係について70パーセントの心証を得た場合には、損害額に70パーセントを乗じた額を認容する。）が提唱されている⁽²²⁾。また、複数の原因によって結果が発生した場合に、発生した損害に対する寄与度の部分についてのみ損害賠償責任を負うという寄与度による賠償金額の割合的認定という判断手法（例えば、被害総額から被害者の持病や体質等の寄与度を控除した金額の損害賠償責任を認容する。）が認められているとされる⁽²³⁾。さらに、民事訴訟法248条は、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。」という規定を設けるに至っている⁽²⁴⁾。民事責任は金銭の支払いによる解決であり、解決内容は0円から○千円（○億円）まで連続的に存在する。また、金銭支払い以外の内容を解決内容に盛り込むことが広く行われている。医療過誤事件についていえば、謝罪条項や再発防止条項が代表的な例である。

これに対して、刑事責任は国家が運営する厳格な裁判手続によって犯罪の成立が非常に高い水準にまで証明された場合に初めて国家刑罰権が発動するのであり、加害者

(21) 一般的には訴訟提起された事件の約30パーセントが訴訟上の和解によって終了しているが、医療過誤訴訟については約50パーセントが訴訟上の和解によって終了している。その理由として、医療過誤事件においては、金銭の支払い以外の要素（医療機関による謝罪や再発防止を内容とする条項等）が患者と医療機関との間の紛争解決において果たす役割が大きいことを指摘することができる。

(22) 東京地判昭和45年6月29日判時615号38頁は、交通事故と症状との間の相当因果関係の存在について70パーセントの心証を得たとして、「損害賠償請求の特殊性に鑑み、この場合、第3の方途として再発以後の損害額に70パーセントを乗じて事故と相当因果関係ある損害の認容額とする」との判断を行っている。

(23) 最判昭和63年4月21日民集42巻4号243頁、最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁。

(24) 民事訴訟法248条の規定を因果関係の立証に類推適用できるのかについて、加藤新太郎『民事事実認定論』（2014年）270頁以下。

と被害者との間の利益の調整ということは直接には問題とならない⁽²⁵⁾。検察官による立証によって裁判所が「合理的な疑いを超える程度の心証」を形成した場合に初めて犯罪の成立が認定され、それに基づいて裁判所が言い渡した内容の国家刑罰権が発動する。実行行為と結果との間の因果関係の存在も犯罪成立のための要件（構成要件要素）であり、例外ではない。つまり、構成要件要素である因果関係の存在が合理的な疑いを超える程度に証明されなければならないのである。

(2) もっとも、本稿のテーマである因果関係についていえば、Ⅱ（因果関係論についての現在の状況——最高裁判例が示している判断要素）において述べたように、現在の最高裁判例は（そして、学説もこれを支持する傾向にある。）、「実行行為が有していた危険性が結果として現実化・具体化したといえるのか」という観点から帰責についての規範的な判断を行う判断枠組を採用することがほぼ確立している。つまり、被告人の実行行為の後に何らかの介在事情（第三者の行為である場合、被害者の行為である場合、被告人自身による新たな行為である場合の3類型に分類できる。）が存在した際に、発生した法益侵害結果をいずれの行為に帰責させるべきであるのか（特に、被告人の当初の実行行為に帰責できるのか）について、裁判所が規範的な評価を行うことになる。具体的に発生した結果を誰の仕業と評価するのが刑法上の評価として適正・公平であるのかを、裁判所が具体的な事実関係を踏まえた上で総合的に評価・判断する作業が行われるのである。「危険の現実化」という用語（言葉）自体が重要なわけではない。発生結果に対する因果関係を肯定することによって重い刑事制裁を負担させること（帰責すること）が当該具体的事案において適正・公平であるのかという規範的判断に他ならない。

従って、例えば「〇月〇日〇時〇分における被害者の〇〇〇〇〇による死亡」という結果に対して、刑法上の原因を与えたと評価できる行為が特定の1人の特定の1個の行為であると決め付けることはできない⁽²⁶⁾。もっとも、この点は、実際に誰のいかな

(25) 実際には、被害者の告訴やその取消し、加害者による被害者への被害弁償の有無や示談の成否等が刑事責任の有無と内容に一定の（小さくない）影響を与えている。

(26) 木村光江「第三者の行為の介在と因果関係(3)」『刑法判例百選Ⅰ総論[第7版]』（2014年）25頁は、「複数の行為に因果関係が認められることも十分にあり得る。いくつかの要因が相まって結果が発生した場合でも、行為の有する危険性の射程内の結果である限り、因果関係は否定されないのである」とする。

なお、高山佳奈子「相当因果関係」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（2003年）10頁以下は、「刑法上は、1つの結果につき正犯性の数は1であるという観念が議論の前提とされている局面も少なくない。」「日本の最高裁にも、複数の正犯性を認めるのを避けていると見られる面がある。」とした上で、同29頁以下は、因果関係とは異なる要素として「正犯性」があるとした上で、「1つ

る行為が起訴されるのか、その場合、どのような犯罪事実（構成要件該当事実）として起訴されるのか、によって初めて表面化する問題でもある。例えば、先に紹介した最決平成2年11月20日〔大阪南港事件〕の事案においても、死亡結果に対して刑事責任を負う者は最初の実行行為者である被告人に限られ、その後の介在行為者は死亡結果に対して刑事責任を負うことはない、ということまで自動的に決まるものではない。それぞれの具体的な事案毎に、「〇月〇日〇時〇分における被害者の〇〇〇〇〇による死亡」という結果の原因であると刑法上評価される行為がどれであるのか（どれとどれであるのか）を、起訴された被告人の行為に対する裁判所の回答という形で必要な範囲で判断することになる。事案毎に発生結果の原因と評価される行為を探索しようとする視点は、過去の学説とされている原因説の中の最有力条件説と共通しているといつてよいであろう⁽²⁷⁾。

このように考えると、狩猟仲間を熊と間違えて猟銃で撃ち10数分で死亡するような重傷を負わせた後、被害者の苦しむ様子を見て、改めて至近距離から被害者の胸を目がけて銃を撃って殺害した、という最決昭和53年3月22日刑集32巻2号381頁〔熊撃ち事件〕の事案においても、最初の誤射について死亡結果を帰責できるとして業務上過失致死罪の成立を認めると共に、被害者に対して至近距離から改めて撃った第2の行為についても殺人罪の成立を認める（つまり、死亡結果について、2つの行為が刑法上の原因性を有するとの規範的判断を行う。）という結論を直ちに否定することはできないであろう⁽²⁸⁾。

このように、具体的に発生した結果を誰のいかなる行為に帰責させるのが刑法上の評価として適正・公平であるのかという考え方⁽²⁹⁾に対しては、刑事責任を民事責任の

の結果に対する関係では、正犯性が原則として1個しか成立しないものと考えるべきである。」とする。

(27) 福永・前掲(3)93頁は、「一般的に、原因説は、現在では支持を失った、過去の学説であるとして説明がなされる。しかしながら、現に裁判実務は原因説的な手法を用いて因果判断を行っているものであり、原因説を『過去の学説』と認定してもいいものか、疑問が残る。……今、なお、原因説の見直し、再検討が必要ではなかろうか。」とする。

これに対して、井田・前掲(6)132頁(注)は、「個別化説(筆者注:原因説)が、個々の事例において、行為が結果との関係で有する具体的寄与の度合いに注目するのに対し、相当因果関係説は、行為と結果との間に一般化・類型化の可能な関係が存在するかどうかを問題とした。」とする。

(28) 大谷・前掲(7)217頁は、折衷的相当因果関係説に立ち、「瀕死の重傷を負わせた行為から死亡の結果が生ずることは経験則上ありうるから、相当性を認めるべきであり、誤射行為については業務上過失致死罪が成立し、射殺行為については殺人罪が成立すると解すべきであり、両者は同一法益の侵害であり場所的・時間的に接近した行為であるから包括一罪とすべきであろう。」とする。

(29) 橋爪隆「刑事帰責論と民事不法行為論の比較」刑法雑誌44巻2号224頁は、「民法の『結

考え方に近づけるものであるという批判がなされている⁽³⁰⁾。たしかに、私人間の利益の調整という観点から損害の公平な分担を実現するために金銭的負担を関係者に割り付ける民事責任と、特定の行為者の特定の実行行為に発生した法益侵害結果に対する刑事責任を負わせる（帰責する）ことの可否という二者択一的な判断が求められる刑事責任とでは、法的評価ないし帰責判断を同一に考えることはできない（と従来ほぼ争いなく）考えられてきた。しかしながら、例えば、科学技術の高度化・複雑化を背景に複数人の行為が幾重にも複雑に積み重なって行われる一連の事象の中から不幸にも発生した事件・事故を前にして、それに対する刑事上の過失責任の帰属を考えるに当たっては、発生した法益侵害結果（死傷結果）をどのように分担するのが評価として適正・公平であるのか、という視点は有用であるばかりか、無視できないのではなかろうか。後続する同一ないし類似の事件・事故の発生防止に向けた関係行為者に対する結果回避措置への動機づけという点において、各行為者間の危険（原因）の分担（有無だけでなく程度）を明らかにしようとすることは、現代の危険社会における結果発生防止のための国民に向けられる行為規範の形成と提示にもつながる。そして、いくつかの裁判例が述べている結果発生の子見可能性という要素も、結果発生防止のための国民に向けられる行為規範の提示という観点から理解することが可能であろう⁽³¹⁾。

以上によると、実行行為後の介在事情の事例、つまり複数人の行為が積み重ねられた後に結果が発生した事例や、実行行為時に存在した特殊事情の事例における因果関係を考えるに当たって、刑法上の評価として適正・公平といえるのかという視点によ

果発生の子スクを誰に負担させるのがもっとも公平な分担といえるか』という観点を、刑法の帰責論に導入することができるであろうか。……少なくとも量刑論のレベルにおいては被害者保護の必要性の大小が斟酌されるのであれば、それを解釈論のレベルに前倒して、加害者と被害者の利益調整という観点を正面から取り入れることはそれほど不自然ではないようにも思われる。」とする。また、佐伯・前掲（11）76頁は、「法的因果関係の判断は、誰（何）に結果を帰属させるべきかという判断であり、行為者にも被害者にも支配できない特殊な事情が、被害者の素因である場合には、被害者に結果を帰属させるのは公平でない以上、行為者の行為に帰属させるべきである、という規範的判断が、判例理論に存在しているのではないだろうか。」とする。

(30) 井田良「コメント②」山口厚他『理論刑法学の最前線』（2001年）54頁は、「刑法上の結果帰属判断に際し、『被害者の側に帰属することが公平に合致するかどうか』というような民事法的な発想を導入すべきではないと思われる。」とする。

(31) これに対して、山中敬一「客観的帰属論の規範・判断構造」高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014年）139頁は、客観的帰属論の立場から「予見可能性の判断は、判断基底を画する上で重要な要素ではなく、通常は、端的に、予見可能でない場合は相当でないということを意味しているのである。……予見可能性によって相当性の判断基底を画するという構想は、端的に、予見可能性がないことも、相当性否定の一つの原理だとすることで、煩雑・非実務的であるというそしりを免れるように思われる。」とする。

る責任の分担ないし割り付けという規範的判断を行うことをより積極的に考えてよいと思われる。従って、法的因果関係はある程度広めに認めつつ量刑で調整を図るという方法の合理性を示唆する見解⁽³²⁾には、傾聴すべき点があると思われる。ただ、このような考え方は、刑事裁判において必要な証明度の水準や刑事制裁論に関する伝統的な理解に対する挑戦的な内容を含んでおり、さらに慎重な検討が必要とされるであろう。ただ、伝統的な相当因果関係説における相当性の判断基準といえども、相当性の基準は決して高いものではなく、そのような結果が起こりうるある程度の可能性で足りると考えられてきたのであって⁽³³⁾、刑法上の規範的評価としての因果関係の存在（肯定）の判断について多少柔軟に理解した上で量刑において具体的妥当性を図るという上記の考え方とでは、具体的な事案の解決において決定的に大きな違いが生じるとは考えにくい。従って、刑事裁判所による公権的な司法判断の積み重ねによる行動準則の形成と国民に対する提示による犯罪抑止ないし一般予防という視点をも備えた刑法上の評価としての規範的判断による刑事責任の分担ないし割り付けという方向性が検討されてもよいのではなかろうか。

(3) 刑法上の因果関係が規範的评价を伴う（むしろ、規範的评价そのもの）であることについては、集团的・統計的に原因と発生結果との関係を観察することを内容とする疫学の知見を用いる疫学的証明（疫学的因果関係）の手法が認められていることによっても裏付けることができる。最決昭和57年5月25日判時1046号15頁〔千葉大チフス菌事件〕は、法的因果関係の成立（証明と認定）に関して、「原判決は、疫学的証明があればすなわち裁判上の証明があったとしているのではなく、『疫学的証明ないし因果関係が、刑事裁判上の種々の客観的事実ないし証拠又は状況証拠によって裏付けられ、経験則に照らし合理的であると認むべき場合においては、刑事裁判上の証明があったものとして法的因果関係が成立する。』と判示し、本件各事実の因果関係の成立の認定にあたっては、右立場を貫き、疫学的な証明のほかに病理学的な証明などを用いることによって合理的な疑いをこえる確実なものとして事実を認定していることが認められるので、原判決の事実認定の方法に誤りはないというべきである。」と述べ

(32) 樋口亮介「被害者の行為の介在と因果関係(2)」『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（2014年）29頁。

(33) 井田・前掲(6)125頁は、『『相当性』を肯定するためには、結果が発生する高い可能性があることまでは必要とされていない。そのような経路をたどって結果が発生するある程度の可能性があれば足り、むしろ消極的に、結果の発生が『異常』『およそ稀有』『きわめて偶然的』である場合に因果関係が否定されるにすぎない。』とする。高橋・前掲(2)122頁は、『50%以上の蓋然性があれば相当性はあるとされている。』とする。

ている⁽³⁴⁾。このような疫学的因果関係は、科学的な知見を刑法上の因果関係の認定、つまり帰責についての規範的判断を行うに当たって活用したものであることができる。

また、大阪高判平成14年8月21日判時1804号146頁〔薬害エイズ事件ミドリ十字ルート控訴審判決〕は、非加熱血液製剤の投与によるエイズ発症と死亡との間の因果関係について、「濃縮血液凝固因子製剤投与によるエイズ発症と人の生命侵害（死）との間に客観的な因果関係がある以上、濃縮血液凝固因子製剤投与によるエイズ発症は人の生命侵害（死）という結果発生の原因力になるのであるから、この結果発生の原因力である濃縮血液凝固因子製剤投与によるエイズ発症の危険性の認識可能性がある限り、濃縮血液凝固因子製剤投与 → エイズ発症 → 死という因果関係の機序等が客観的、科学的に証明されてなく、したがって、そのような因果関係の経路についての認識が困難であったとしても、生じた結果についての予見可能性を肯定するのが相当である。量刑上といえども、因果関係の経路についての認識の困難性は決定的というべきではない。因果関係の経路についてまで科学的に解明され、客観的に証明されるまで予見義務や結果回避義務を負わないとかこれが軽減されるということはできない。」と述べている。これも（判決文はやや分かりにくい表現となっているが）法的因果関係が規範的評価であるという観点から因果関係の成立（証明と認定）についての考え方を示したものであることができる。

IV 因果関係についての規範的判断と主張・立証活動

1 規範的要件としての因果関係

これまで見てきたところから明らかなように、具体的な事案の解決において行われている因果関係論は、発生した結果を誰のいかなる行為に帰責させるのが刑法上の評価として適正・公平であるのかという規範的判断であるということを否定できない。それは、実行行為と結果との間の事実的なつながりである事実的因果関係（条件関係）の存在を前提にした刑法上の評価であり、具体的な事実関係を踏まえた上での裁判所による規範的判断である。

2 裁判所による因果関係の判断（心証形成）と当事者の主張・立証活動

(1) 刑法における因果関係論が、発生した結果を誰のいかなる行為に帰責させるのが

(34) 本決定について、「疫学的証明——千葉大チフス菌事件」上田信太郎『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（2011年）138頁及びそこに掲載されている文献。

刑法上の評価という点で適正・公平であるのかという規範的判断の問題であるとする
と、刑事裁判実務において次に検討されるべき実践的な課題は、因果関係の存在とい
う規範的要件に関して、刑事裁判の訴訟当事者は一体どのような主張・立証活動を行
うことが求められるのかという点である。

刑事裁判における証明については、最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁が、
「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程
度の立証が必要である。ここに合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは、反対
事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性として
は反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、
その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨
である。そして、このことは、直接証拠によって事実認定をすべき場合と、情況証拠
によって事実認定をすべき場合とで、何ら異なるところはないというべきである。」と
述べているが、規範的な評価である因果関係に関する裁判所の判断（心証形成）や、
それに向けられた訴訟当事者の主張・立証活動についてはどのように考えたらいの
であろうか。

(2) 裁判における証明の対象となるのは事実であり、法規や一般的な経験則は証明の
対象ではない（なお、専門的な経験則は厳格な証明の対象であるので、鑑定が必要と
なるであろう）。

実行行為と結果との間の因果関係は構成要件要素であるので、因果関係の存在は厳
格な証明の対象となる。もっとも、刑事裁判における因果関係は、発生した結果（例
えば、被害者の死亡という結果）を起訴された被告人の実行行為に帰責させることが
できるのかという裁判所による規範的判断であるので、因果関係の存在それ自体は（検
察官による）証明の対象となる事実ではない。この点で、民事裁判における主張・立
証活動において、「過失」（民法709条）や「賃貸人と賃借人との間の信頼関係の破壊（背
信性）」（民法612条2項について判例が認める解釈上の要件）という要件は事実でな
く評価（規範的要件）であるので、例えば、原告が「過失あり」という主張を行った
だけでは損害賠償請求が認められるために必要な要件事実の主張を行ったことになら
ず、主張自体失当である⁽³⁵⁾、と扱われるのと同様に考えてよい。

(3) 刑法上の因果関係の有無が問題になる場面として、大きくは、①実行行為時に存
在していた特殊事情（例えば、誰も気付き得ないが客観的には存在していた被害者の

(35) 伊藤滋夫『要件事実・事実認定入門（補訂版）』（2005年）86頁。規範的要件についての要
件事実については、村田渉他編著『要件事実論30講（第3版）』（2012年）88頁以下（村田渉執筆）。

特殊な疾患等)が存在していたことによって結果(例えば、被害者の死亡)が発生したといえる場合、②実行行為後に特別な事情が発生し(介在事情の存在)、これが結果発生に影響を与えている場合、の2類型がある。これらについて、裁判所が現実に発生した結果(例えば、被害者の死亡)を誰のいかなる行為に帰責すべきであるのか(起訴された被告人の実行行為に発生結果を帰責してよいのか)を判断するに当たって、当事者は何を主張し立証する必要があるのだろうか。合理的な疑いをを超える程度の立証責任を負担する検察官の主張・立証活動と、それを争う(合理的な疑いを生じさせる)被告人の主張・立証活動という面から、考えてみたい。

既に述べたように、因果関係というのは規範的な要件であり、裁判所による刑法上の評価である規範的判断であるので、訴訟当事者による主張・立証はかかる規範的判断を行う前提である具体的な諸事実について行うことになる。つまり、起訴された被告人の実行行為に発生した結果(例えば、被害者の死亡)を帰責させてよいとの評価(規範的判断)を行うことを支えるような具体的な事実(評価根拠事実。例えば、死亡原因や発生結果との時間的接着性)については検察官が主張し立証する責任を負い、これに対して、実行行為時に存在していた特殊事情(例えば、被害者の特殊な疾患)や実行行為後に発生した介在事情とその寄与度についての具体的な事実は評価障害事実として被告人が主張し立証する責任を負うことになる。このような形で、両当事者に因果関係という規範的判断の材料(要素)となる具体的な諸事実についての主張・立証責任を振り分けることになる。ただ、刑事裁判において被告人に課することができる立証責任は、特定の事実の存在と評価について裁判所に審理と判断を行ってもらいたいときに一定の証拠を提出すべき責任(主観的証明責任ないし争点形成責任)にとどまるものでなければならない。そして、最終的に、発生した結果を起訴された被告人の実行行為に帰責させてよいとの評価(規範的判断)を行うことについて裁判所が合理的な疑いを差し挟まないとの高度の確信に至ったときに、因果関係の存在に対する裁判所の心証が形成されたとして、裁判所が(既遂や結果的加重犯という)犯罪結果について有罪の認定を行うことになる。

もう少し具体的に述べると、実行行為時に実は客観的に存在していた被害者の特殊な疾患という事情については、誰も気づき得ないような特殊な疾患が存在していたことによって被害者の死亡結果が発生したものであるとして、被告人の実行行為と被害者の死亡結果との間の因果関係(被害者の死亡結果を被告人の実行行為に帰責すること)を争う被告人が、この誰も気づき得ないような特殊な疾患という事実についての証拠を提出する責任(主観的証明責任ないし争点形成責任)を負担することになる。

また、実行行為後に特別な介在事情が発生したとして、発生結果の実行行為への帰責の有無が問題になっている最近の多くの判例の事案については、Ⅱ（因果関係論についての現在の状況——最高裁判例が示している判断要素）において見たように、結果を生じさせた原因や各事情が結果に与えた影響の大きさ（寄与度）が判断材料として具体的に検討されているが、被告人としては、起訴された実行行為の後に発生した介在事情の存在とそれが発生結果の原因となり大きな影響を与えたことに関する証拠を提出する責任（主観的証明責任ないし争点形成責任）を負担することになる。そして、これまでの裁判例を見ると、因果関係の判断を行うに当たって、介在事情についての予見可能性が問題とされることが少なくないが⁽³⁶⁾、裁判所が因果関係（結果の帰責）についての規範的判断を行うに当たって予見可能性が影響を与えるような事案であれば、予見可能性がなかったこと（あるいは予見可能性が著しく低かったこと）について、被告人が証拠を提出する責任（主観的証明責任ないし争点形成責任）を負担することになる。

3 具体的事実についての立証方法

因果関係論が発生した結果を被告人の実行行為に帰責することができるのかという刑法上の評価としての規範的判断であり、発生結果を関係当事者に適正・公平に分担させるという考慮に基づくものであるとすれば、裁判所が行う評価ないし規範的判断の前提となる具体的な事実の認定が当事者にとっては重要な問題となる、当事者はそれぞれが目指すところの裁判所による「因果関係あり」又は「因果関係なし」という規範的判断に向けて、効果的な立証活動を行うことが求められる。

因果関係の有無が問題となる事案においては、実行行為者である被告人の暴行により生じた被害者の傷害の内容や被害者の死因、それらに関する医学的機序が重要な判断要素になることが多い。最決平成2年11月20日〔大阪南港事件〕においても、そのことは明確に現れている。そして、傷害の内容や被害者の死因に関する医学的機序については、医師の診断書や医療記録が証拠書類として提出され、さらに、死因に関する鑑定や工学鑑定が実施されることもある。最高裁判例の「危険の現実化」論にお

(36) 最決昭和42年10月24日刑集21巻8号1116頁〔アメリカ兵轢逃げ事件〕は「被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、我々の経験上当然予想しえられるところであるとは到底いえない。」として、相当因果関係説を採用した（少なくとも相当因果関係説に極めて親和的である。）と理解することが可能である。予見可能性があるとして因果関係を肯定した裁判例として、大阪高判平成9年10月16日判時1634号152頁や東京高判平成16年12月1日判時1920号154頁等がある。

いては、死因が因果関係の判断においては重要な要素とされており、実務上はそのための鑑定が適正かつ効果的に行われる必要がある。

鑑定の適正な実施に当たっては、①鑑定事項をどのようなものとするのか、②鑑定資料の範囲（鑑定資料については証拠能力（自白の任意性や伝聞証拠の例外要件等）は必要ないとされているが、全く無制限としてよいのか。）、③鑑定の前提事項の定め方、が重要な課題であり、これに加えて、④裁判員裁判においては、鑑定書の記載内容（文章表現）や分量についての考慮が課題となるであろう。また、裁判員裁判においては一般的には証拠の厳選が求められているが、他方で、重大・複雑な事件における客観的・科学的な事実認定のためにはある程度の分量の証拠が必要となることが少なくない。因果関係という規範的な問題について裁判所（裁判員を含む。）が判断できる程度に具体的な事実についての十分な主張・立証活動が行われ、それに基づいた刑法上の評価としての規範的判断が行えればよいのであるが（法的な因果関係の判断は、医学的機序の解明とは異なる。）、今後は、（特に）裁判員裁判における鑑定のあり方について、さらに議論が深められる必要があると思われる。

V 因果関係の判断についての今後の展望——裁判員裁判における因果関係論

刑事法分野においては、平成 21 年 5 月に開始した裁判員制度の下における事実認定と法の解釈・適用を意識した法解釈論が求められ、実行行為に対する規範的な帰責論である因果関係論も例外ではない。裁判員裁判は、一定の重大犯罪について、裁判員が事実の認定、法令の適用及び刑の量定に関与するが（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律 6 条 1 項）、死亡結果との因果関係が問題となりうる傷害致死罪が裁判員裁判対象事件であることを考えると、裁判員にとっては、因果関係論がどのような内容のものであり刑事責任の判断においてどのように機能するのか、そして、特にその判断基準とその適用のあり方は重要な問題である⁽³⁷⁾。

それでは、裁判員制度の下において、因果関係論はどのように議論され展開されることが望まれるのであろうか⁽³⁸⁾。私は、以前、別の機会に同様の問題意識を述べたこと

(37) 亀井・前掲 (1) 28 頁は、因果関係の有無について、「『認定事実を前提として当てはめの際にいかなる評価をすべきか』、困難な問題は残る。」として、平成 19 年度司法研究『難解な法律概念と裁判員裁判』において難解法律概念として取り上げられた諸概念（殺意、正当防衛、責任能力等）と通底する問題をはらんでいることを指摘する。

裁判員裁判と刑法解釈についての文献の例として、前掲 (4) を参照。

(38) 亀井・前掲 (1) 29 頁は、裁判員制度において因果関係論に求められるものとして、「第 1 に、

があるが、裁判員裁判時代において理論刑法学に求められる大きな役割は、法律の素人である裁判員が目の前の具体的な事件に対して比較的短期間に適正かつ安定的な判断を行うことができるような考え方の枠組みの基盤を構築するところにあるといえる⁽³⁹⁾。従って、これまでの判例・実務において行われてきた因果関係の判断の基礎（背景）にあると考えられる実質的な価値判断を明らかにし、それを裁判員が理解し、その上で（裁判官と協働して）具体的な事案の解決に取り組めるようにするための素材を準備し提供することが期待される。もう少し具体的に述べると、最近の因果関係に関する判例は「（実行行為が有する）危険の現実化」という判断枠組みを採っているが、危険の現実化という用語（言葉）に意味があるわけではなく、重要なことは、発生した結果に関して、起訴された被告人の実行行為に「刑法上の評価である規範的判断としての原因性」を認めることが適正・公平であるのか、という実質的な議論である。発生した結果は被告人の行為によって発生したのか（被告人の側からすると、自らの行為によって結果が発生したのか）についての判断は、法理論に基づいた判断というよりも、感覚的ないし直観的判断であることを否定できず、また、政策的な考慮も入り込むであろうが⁽⁴⁰⁾、理論刑法学としては、裁判員が適正かつ安定的な判断を行えるように、これまでの多くの判例・実務の検証を踏まえた上での下位基準の明示や類型化作業を行い、過度に詳細・複雑にならない程度に考え方の基本的な枠組みや判断材料を提示し、各判断材料がどのような位置付けと重要性を備えているのかについての分か

『行為の危険の現実化』の判断をするための下位基準を明らかにすることであり、第2に、複数の下位基準の重みを明らかにすることであり、第3に、因果関係の有無に関する従前からの『線引き』の背後にある実質的な考慮に踏み込むことであろう。」とする。その上で、第3の問題に関して、「判例評釈の重要性が増すのではないかとも思われるのである。様々な工夫を凝らした判例教材が刊行されるに至っているのは、このような問題意識の現れかもしれない。」とするが、同感である。

(39) 山口厚他「裁判員裁判と刑法解釈の在り方〔座談会〕」ジュリスト1417号（2011年）128頁〔橋爪隆発言〕は、「裁判員の方々に対して法令解釈の説明をするときには、単に結論を示すだけではなくて、正当防衛とはこういった概念であるとか、故意責任の本質はこのようなものだというように、本質論・根拠論をある程度、裁判員の方にも伝えるべき……判例の事案とやや異なった事実関係が問題になる場合があり得るため、判例理論の背景にある本質論に遡った議論をする必要もある」とする。さらに、多くの裁判例の検討を含めて詳細に論じるものとして、橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号（2008年）1頁以下。

(40) 山口厚「コメント①」山口厚他・前掲（30）37頁は、「自由主義の見地からする刑罰権力介入に関する抑制的な政策判断が行われているのである」とする。これと同様のものとして、橋爪・前掲（2）「危険の現実化としての因果関係（1）」84頁は、危険の現実化の判断基準について、「危険性、寄与度、異常性などのキーワードが感覚的に使用されている傾向がないではなく」と述べ、同91頁は、「理論的な限定というよりも、いかなる範囲まで処罰することが刑罰権の行使として適切かという観点が重視されているように思われるのである。……危険の現実化による限定も、刑法の謙抑性に基づく一定の政策判断であるという面が強いようにも思われる。」とするが、同感である。

りやすい説明を準備し提供していくことであろう⁽⁴¹⁾。その際、具体的な法解釈や法適用とかけ離れた抽象的な議論を闇雲に深めることや過度に細分化した場合分けのような実際には活用が困難な議論をただ重ねることは、実践学である現在の刑法学に求められることではない。

また、上記のような実体法的観点だけでなく、因果関係（結果の帰責）の有無という規範的判断を行うために必要な判断材料となる具体的な事実について、検察官と被告人・弁護人という訴訟当事者がどのような主張・立証活動を行うことになるのか（裁判所からすれば、刑法上の評価である規範的判断を支える評価根拠事実と評価障害事実に属する各事実について、訴訟当事者にどのような主張・立証活動を行わせることが求められるのか）、例えば、死因を明らかにするための鑑定のあり方等について、既に述べたようにさらに検討される必要があると思われる。

VI その他の問題点

1 共犯処罰と因果関係

刑法の解釈論において因果関係が問題となる場面として、複数人が犯罪に関与する共犯事例があるが、共犯の処罰根拠については因果的共犯論（惹起説）が一般的に主張されている。そして、共犯事例においては、複数人の行為が絡み合うことによって、各関与者の刑事責任の有無や範囲の判断が困難なことが少なくないが、基本的には因果性（因果力）という観点から解決が試みられている。本稿では、これらの議論の詳細を検討することはできないが、因果性という観点から議論されているものの内、共犯関係の解消（離脱）と幫助の因果性について、因果性（因果関係）の判断と主張・立証という面から若干の言及を行っておく。

(1) 共犯関係の解消（離脱）

共犯関係の解消（離脱）については、2つの重要な最高裁判例がある。1つは、傷害罪の実行行為の途中に現場から離脱した事案についての最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁であり、「右事実関係に照らすと、被告人が帰った時点では、Aにお

(41) 亀井・前掲(38)。さらに、島田聡一郎「相当因果関係・客観的帰属をめぐる判例と学説」法学教室387号(2012年)12頁は、「因果関係論は、どの範囲の事象まで、行為者の行為のせいと評価するか、という当該社会における「洗練された応報思想」に基づく評価であり……現実に問題とされた判例の事案を分析し、そこから帰納的に下位基準を導き、さらに類似事例、修正事例を想定しながら、基準を精緻にしてゆくという思考様式が、少なくともこの問題については、事柄の性質に即して有益であるように思われる。」とする。

いてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、A との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の A の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。」としている。

もう1つは、住居侵入罪の実行の着手はなされたものの強盗罪の実行の着手前に現場から離脱した事案についての最決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁であり、「上記事実関係によれば、被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。これと同旨の判断に立ち、被告人が住居侵入のみならず強盗致傷についても共同正犯の責任を負うとした原判断は正当である。」としている。

以上の2つの最高裁判例は、犯行の途中で現場を離れた者についても、同人が構成メンバーとして加わっていた（当初の）共謀に基づく犯罪行為であるとの評価を行うことによって、共犯関係の解消（離脱）を否定したものであるが、その実質的な意味は、現場を離れた者は残された者が行った行為とそこから発生した結果について依然として因果関係を有している（因果関係が残存している。）ということである。そして、ここにおける因果関係の有無の判断も、刑法上の評価としての規範的判断であり、離脱者に離脱後の他の者（残存者）による行為と結果についての刑事責任を負わせるのが適正・公平であるのかという評価の問題であり、離脱者が加わっていた（当初の）共謀によって形成された危険性が離脱後に行われた他者の行為によって現実化したといえるのかという規範的判断である⁽⁴²⁾。実行の着手前の離脱か着手後の離脱であるのかは

(42) 橋爪隆「共謀の意義について（1）」法学教室412号（2015年）130頁は、「因果関係を実行行為の危険の現実化として理解する立場からは、共謀の心理的因果性についても、共謀の危険の現実化として実行担当者の行為が行われ、結果が発生した関係が必要とされることになる。」とした上で、危険の現実化の判断については「介在事情を介した間接的危険実現」の観点からの危険実現の関係が問題になるとする。

因果関係の有無を判断するための有力な要素ではあるが、そのみによって刑法上の評価が自動的に決まるわけではなく、具体的な事実関係を踏まえた規範的な帰責判断が裁判所によって行われることになり、訴訟当事者は、それに向けた様々な具体的な諸事実（関係者相互の犯行に至るまでの人間関係や、犯行に向けての発言や具体的な行為内容等）についての主張・立証活動を行うことになる。

(2) 幫助の因果性

幫助の因果性については議論があるが、現在の多数説は、幫助行為が行為（結果）を促進し又は容易にしたか否かを問題にしている⁽⁴³⁾。もっとも、促進したとか容易にしたというのは日常的な用語であり、かかる基準によって直ちに幫助犯としての処罰範囲を明確に画することはできない。特に、幫助犯においては、物理的因果性のみならず心理的因果性が問題になることが多く、促進や容易という概念は極めて不明確な判断基準である。

従って、ここでも、幫助行為が有する危険性（正犯者の行為を媒介にするという意味で、正犯結果（法益侵害）に対する間接的な危険性）が正犯行為（発生結果）の中に具体化・現実化したといえるのかについて、刑法上の評価として適正・公平に規範的判断を行うことになり、今後の具体的な事例とそこにおける検討と判断の積み重ねによって、判断要素（事情）と判断基準が明らかにされていくことになるであろう。

幫助の因果性が問題になった裁判例である東京高判平成2年2月21日判タ733号232頁は、宝石商をけん銃で殺害することによって宝石類等の返還を免れようとする正犯行為に対して、地下室内でのけん銃発射による音が外部に漏れないようにガムテープで隙間を塞ぐ等した行為について幫助犯の成立を否定するに当たって、「被告人の地下室における目張り等の行為が、それ自体、Aの同日の一連の計画に基づく被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価することはできないものというべきであり、結局、被告人の右目張り等の行為が、それ自体、Aを精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを認めるに足る証拠はないのである。したがって、被告人の右目張り等の行為がAの本件強盗殺人の行為に対する幫助行為に該当するものということとはできず」と述べている。ここでは、「被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価する……」という判断枠組みが示されており、正犯の実行行為と結果との間の因果関係と同様の視点から幫助犯の因果関係が検討されている。ちなみに、原審判決（東京地判平成元年3月27日判

(43) 大谷・前掲(7)446頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）342頁、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（2015年）382頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）319頁。

時1310号39頁)は、「右目張り行為等は、Aの同日の一連の計画に基づく被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価できるのであって、幫助犯の成立に必要な因果関係において欠けるところはないというべきである。」として、幫助犯の成立に必要な因果関係を認めている。

2 過失犯における因果関係

科学技術が発達し高度に産業化・工業化が進んだ現代社会においては、過失犯、それも企業等による組織的・団体的な活動によって発生した不特定多数の人身被害に対する複数の関係者についての過失犯の成否が問われることが少なくない⁽⁴⁴⁾。この場合、過失実行行為者と被害者が1対1の関係に立つのではなく、「複数の(多数の)過失実行行為者 対(不特定多数の)被害者」という関係となる。ここでは、構成要件の結果発生に対して複数人の過失行為が存在する(可能性)という過失の競合論が展開される⁽⁴⁵⁾。

過失の競合論は、複数の関係者の行為が関係して重大な被害が発生した事案における最近の最高裁判例の過失犯処罰の状況やそこで示されている考え方⁽⁴⁶⁾の検証を行いながら、過失犯処罰を適正な範囲に限定しようとする方向で議論されることが多い。そして、理論的には、故意犯のように行為があらかじめ一定の方向性を有しているわけではない過失犯における因果関係の判断をどのように行うのか(故意犯に比べて因果関係が簡単に認定され処罰範囲が緩やかになっていないか)が重要な検討課題となる。過失犯についても実行行為があり理論的には未遂犯が考えられるとしても、実際には、現実の結果が発生して初めて問題となる過失犯について、複数人の行為が絡み合った事案における因果関係の判断は極めて困難な問題である。行為論が具体的な事

(44) 高橋・前掲(2)206頁は、「過失犯は、リスク社会における典型的犯罪の一つである。」とし、同210頁は、「現在は……リスク社会における過失犯の適正な成立範囲が追求されることになったわけである。」とする。さらに、「特集 事故と過失をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル28号(2011年)3頁以下、「特集 事故と刑事法」法学教室395号(2013年)2頁以下。

(45) 過失の競合の形態として、①行為者と被害者の対向型の過失競合と②複数の行為者の並行型の過失競合があり、②については、さらに(ア)並列型(対等な行為者の過失が同時的・並列的に競合)と(イ)直列型(直接過失行為者の過失の背後に別の過失行為者の過失が存在して競合)に分類されている。過失の競合論については、「特集 過失の競合(日本刑法学会第90回大会(2012年)における共同研究分科会Ⅰの報告)」刑法雑誌52巻2号(2013年)279頁以下。

(46) 検討の対象とされる最高裁判例の例として、最決平成19年3月26日刑集61巻2号149頁〔横浜市大病院患者取違え事件〕、最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁〔薬害エイズ事件厚生省ルート〕、最決平成21年12月7日刑集63巻11号2641頁〔明石砂浜陥没事件〕、最決平成22年5月31日刑集64巻4号447頁〔明石市花火大会歩道橋事件〕。

案の解決に当たって有効であるとも思われない。現実的には、それぞれの具体的な事案における過失実行行為の危険性と発生結果との関係を刑法上の評価という観点から慎重に検討していくという作業になるが、これでは抽象的に過ぎるので、今後の検討課題であろう。

3 不作為と因果関係

不作為犯においては、事實的因果関係（条件関係）の判断において、例外的に仮定的な条件を考慮せざるをえないと考えられている。不作為犯においては、作為犯のような物理的な因果力を考えることができないからである⁽⁴⁷⁾。

不作為の因果関係については、暴力団員である行為者が13歳の少女に覚せい剤を注射したところ、同女が覚せい剤により錯乱状態になったにもかかわらず、行為者は救急医療を要請する等の措置を何ら行わずに現場を立ち去り、その後、少女が覚せい剤による急性心不全により死亡した、という事案についての最決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁が重要である。最高裁は、「原判決の認定によれば、被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ころの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時13年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前2時15分ころから午前4時ころまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。したがって、原判決がこれと同旨の判断に立ち、保護者遺棄致死罪の成立を認めたのは、正当である。」と述べているが、「十中八九同女の救命が可能であった」という点の理解が問題となる。

最高裁は、「刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。」としているが、この点について、控訴審判決（札幌高判平成元年1月26日高刑集42巻1号1頁）はより明確に、「被告人の『生存二必要ナル保護ヲ為ササル』所為のゆえにAが死亡したと刑法上評価されるか否かを判断すべきものであって、鑑定人が医学者の立場から、前記の時間帯のどの時点までに救急医療を施せばAを確実に救命できたかを明らかにできず、100パーセントの救命の可能性を認めなかったからといって、そのことが直

(47) 高橋・前掲(2)150頁は、合法則的条件公式を適用する立場から、「作為が存在しないことが、因果経過の中間段階を通して結果と法則的につながっているか否かで判断される」とする。

ちに右両者の間の刑法上の因果関係を否定すべきことには連ならないというべきである。」と述べている。

「十中八九」という言葉（数字）から、不作為犯の因果関係の有無は80～90パーセントの確率が基準になると考えるのは適切ではない。「十中八九」という言葉は、1人の鑑定人が用いた表現であるが、裁判所としては、控訴審判決でも示されているように、刑法上の評価として被害者の死亡結果の原因を被告人の遺棄行為に求めることが適正・公平であるのかという規範的判断によって因果関係の判断を行うことが求められている。つまり、被告人の不作為の具体的な内容を踏まえた上での不作為の原因力と被害者の状況や答責性の有無等を総合的に踏まえた上での規範的判断でなければならず、裁判所による評価ないし規範的判断抜きには不作為犯における因果関係の判断は行えないのである⁽⁴⁸⁾。

VII おわりに

因果関係論に関しては、「危険の現実化」論を採用する最高裁判例に対する評釈を含めて数多くの論考が出されており、因果関係によって刑事責任の範囲を画するための基準の提示に関する議論は、私個人としてはほぼ出尽くしたという感がある。（新たな基準の提示のように見えても、実は言葉（表現）を変えたのみで実質的な目新しさがないように思われる。）。本稿は、そのような思いを踏まえながら、具体的な事案の解決において現に最高裁判例が採っている（であろうと思われる）因果関係論は、裁判所による刑法上の評価であり規範的判断であることを改めて確認した上で、その認定やそれに向けた訴訟当事者の主張・立証活動という面を含めた検討を試みようとしたものである。そして、民事の医療過誤事件における因果関係の判断の仕方も参考になるであろうと考えて、若干の紹介と検討を行ってみた。

私としては、因果関係は発生した結果を適正・公平に分担させるための裁判所による刑法上の評価としての規範的判断であり、これによって国民に対する行為規範の提示がなされるものであることや、規範的判断を行うに当たっての具体的な下位基準の明示と類型化に向けられた作業が（裁判員裁判時代においては）求められると考えているが、いずれにせよ、具体的な事案の解決につながるような実践的な議論が求めら

(48) 酒井・前掲(3) 175頁は、因果関係は事実であるという考え方に立ち、「不作為の因果関係は、実体法上の問題として、確実な関係でなければならず、かつ、その確実性は、手続法上の問題として、合理的な疑いがなく証明されなければならない。」として、解決を図ろうとする。

れている。相当性を有して発生した結果であるとか、行為の危険が現実化して発生した結果であるというのは結論であるが、そのような評価と規範的判断に向けて、どのような事実についてどのように主張・立証していくことになるのか、という議論がさらに深められる必要があると思われる。相当因果関係説か客観的帰属論かという空中戦を行うのではなく、現に発生した具体的な結果を誰のどの行為に帰責させるのが望ましい事案の解決であるのか、そして、裁判所が示した公権的な判断が将来に向けていかなる行為規範を国民に対して提示し犯罪の予防につなげていくのか、という実践的な議論が展開されなければならない。理論刑法学に求められることは、裁判員を含む判断権者が適正かつ安定的な判断を行うことができるような考え方の枠組みを準備し提供するところにある。抽象的な理論や万能な判断基準であるかのような用語（概念）をひたすら追求することや、過度に細分化した場合分けのように実際には利用しえない議論を重ねることは、実践学である現代の刑法学には期待されないであろう。

発生した法益侵害結果を関係者間にどのように分担するのが評価として適正・公平であるのか（有無だけでなく程度をも含んだ帰責の割り付け方）という発想は、伝統的な刑事法の発想とは異なっており、刑事制裁の意味や役割論にもつながるものであるが、現在そして今後の刑事制裁のあり方について、既存の理解や常識にとらわれることなく検討を行っていくことが求められるのではなかろうか⁽⁴⁹⁾。

(49) 刑事法に関する現在の状況について、私見と異なる見解（視点）から問題点を論じるものとして、浅田和茂『『新時代の刑事法』管見』高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014年）1頁以下。

新しい時代の刑事制裁と刑事法理論についての試論

上田正和

I	はじめに	82
II	現在の刑事制裁と刑事立法の時代	82
III	リスク時代の刑事法理論と法益侵害論 —— 刑事制裁に期待される役割	85
IV	刑事法の研究と法科大学院教育	89
V	おわりに	92

I はじめに

刑事制裁のあり方や刑事法理論について、昨今、様々な議論がなされている。刑事法の研究者や実務法曹による専門的な議論だけではない。評論家や各種のマスコミ、そして広くは一般国民も、刑事処罰の議論（というよりも「犯罪と処罰に関する話題」という表現が適切であろう。）に加わろうとする。平成21年5月に開始された裁判員制度だけがその理由ではない。現代の高度の情報化社会における各種のマスコミ報道やテレビのワイドショー等による（やや無責任かつ不正確な、そしてセンセーショナルに誇張される傾向のある）活発な事件報道が、犯罪者に対する厳しい制裁と犯罪からの国民各自の自己防衛、そして犯罪防止と安全で安心な社会の実現に、国民の目や関心を向けさせている。刑事法や刑事制裁に関する議論は、その内容や質の違いはあるとはいえ、現実には、もはや専門家だけのものではなくなっているが、国民に対して正しい情報提供がなされることを前提にすれば、刑事法や刑事制裁に関する諸問題は国民が共有すべきものであることは否定できない。刑事法は決して法律専門家だけのものではないのである。

本稿は、以上のような状況を踏まえながら、現代社会における刑事制裁と刑事法理論について、（無責任ではあるが）私の極めて雑駁な個人的な考えを簡単に述べてみようとするものである。「試論」というにも値しないであろうが、弁護士として約20年間にわたって刑事事件を含む法実務に携わり、法科大学院において約10年間にわたって刑事法の研究教育活動を行ってきた者による正に雑感である。

II 現在の刑事制裁と刑事立法の時代

1 まず、前提として確認し意識しておくべきことは、法律学は、実社会の中で機能する法という規範ないし制度（ルール）を研究対象とするので、本来的に実践学であるということである。基礎法学や比較法研究は、実践学である法律学の基礎を支える土台である。議論を行うための基礎体力はいかなる分野においても重要な要素であり、法律学の基礎研究についても軽視することはできない。

本稿で取り上げる刑事法も法律学の一分野であるので、実社会において犯罪論や刑事制裁が現実にとどのように実践され機能し役立っているのか（あるいは機能不全で役立っていないのか）を常に検証することが求められる。実践学である以上、現実から

目を背けることはできない。そして、現実の法運用をただ批判すればよいというものではない。現実に行われている法の解釈や適用が相当程度に積み重ねられているということは、一定の合理的な理由や根拠があるはずである。ところが、これまでの刑事法とりわけ実体刑法学の研究においては、本質論や性質論、(美しさを目指した)体系論や論理的・一貫性という観念的な議論が非常に重視されてきた。私は、本質論や体系論の意義を決して否定するものではない。むしろ、裁判員に対して法律論を短期間内に理解してもらうためには、ある程度の本質論や体系論は有益であると考えている⁽¹⁾。ただ、本質論や体系論や論理的・一貫性という観念的な議論の過度の強調や自己目的化が、刑事法の「研究」と刑事「実務」の間の障壁の大きな原因になってきたことは否めない⁽²⁾。

そして、実践学である法律学の一分野である刑事法は、科学技術の著しい進展や高度の情報化社会、これらに伴う人々の行動様式や価値観の大きな変化という社会状況の現実から目をそらすことは許されず、刑事制裁の予告や刑事処罰の実践が現実の社会に対してどのような効果をもたらしているのか、国民はそれをどのように受け止めているのか、を現実的かつ具体的に検証し分析していくことが求められる。刑事制裁の効果が他の法効果よりも強力であるのなら、その必要性はより高くなる。刑事法を実社会の現実や国民意識から宙に浮いたものにする、刑事法の抽象性の高い議論を崇高なものとして取扱い孤高を保とうとすることは、(言い過ぎかもしれないが)理論の自己満足に過ぎず、学問的趣味の領域となってしまうであろう。

現代社会における科学技術の著しい進展と成果は我々の日常生活を豊かにして活力あるものにしたが、その反面(負の側面)として、不特定多数人の生命や身体や財産に重大な(そして回復困難な)侵害が容易に生じうる状況をもたらした。つまり、多種多様な危険が我々の日常生活の中様々な場面に潜んでいるのである⁽³⁾。また、イン

(1) 山口厚他「裁判員裁判と刑法解釈の在り方〔座談会〕」ジュリスト1417号(2011年)128頁〔橋爪隆発言〕は、「裁判員の方々に対して法令解釈の説明をするときには、単に結論を示すだけではなくて、正当防衛とはこういった概念であるとか、故意責任の本質はこのようなものだということに、本質論・根拠論がある程度、裁判員の方にも伝えるべき……判例の事案とやや異なった事実関係が問題になる場合があり得るため、判例理論の背景にある本質論に遡った議論をする必要もある」とするが、賛成である。

(2) 刑事実体法における学説と実務のギャップを学説(刑事法研究者)の側から論じるものとして、井田良「刑事実体法分野における実務と学説」法律時報79巻1号(2007年)43頁以下。

(3) ドイツの社会学者であるBeck(ベック)が主張したRisikogesellschaft(危険社会)の考え方がある。これに対して、社会学者Luhmann(ルーマン)は、自己の決定や行為とは無関係に生じる望ましくない事象である危険(Gefahr)と自己の決定や行為から生じるがその帰結が不確実な事象であるリスク(Risiko)の区別を主張する。後者の主張は、将来発生する事象に対する視点

ターネットを初めとする効果的な通信手段・表現手段の発達は、国民が保護の必要性を抱く領域に変化をもたらした。生命や身体や財産等の源でもある自己決定や個人情報という利益の重要性は、今日ではもはや否定できない。これらに照らすと、刑事制裁（という強烈な手段）を利用してでも国民が国家に保護を期待する領域は拡大の方向に変化せざるを得ないのであり、（学問上・理論的にはこれに否定的な見解が有力に主張されてはいるが）それが正に現実のものとなっている（刑事処罰の早期化と拡大化、そして重罰化という現象である。）⁽⁴⁾。

2 このような状況を受けて、刑事制裁という強烈なサンクションの効果的で積極的な利用（活用）の可能性を開くための刑事実体法の条文（犯罪行為を定めた構成要件）の解釈適用における実質的な柔軟さ、さらには、既存の条文による対応が困難場合には新規の刑事立法の制定という作業を必要に応じて（躊躇うことなく）実践することになる。これが（かつての「ピラミッドのように沈黙」とは様相を大きく異にする）いわゆる「刑事立法の時代」といわれる状況であるが⁽⁵⁾、刑事法研究者においては、かかる状況に批判的な見解が少なくない⁽⁶⁾。つまり、刑事法（特に実体刑法）が立法批判的機能を発揮するところに刑事法の存在と刑事法の研究価値を見出すという姿勢の堅持を主張するのである。

また、刑事処罰は峻厳な制裁であるので刑事処罰は可能な限り謙抑的に用いられる最終手段（ultima ratio）であるという刑事法における伝統的な議論は、決して誤っているわけではないが、過度の自己抑制を是とする理解やその運用の仕方によっては、刑事法が孤高を保ち実社会から閉じ籠ろうとすることにもつながり、実践学としての刑事法の役割という点では、現実の社会や国民からの期待に應えていない（むしろ、

（視座）を問題にしようとする。

我が国における具体的な事例としては、薬害エイズ事件やホテルやデパートにおける大規模火災事件等をあげることができる。

(4) リスク社会と刑事制裁について検討を行うものの例として、金尚均『危険社会と刑法』（2001年）、小田直樹『危険社会』法学教室 264号（2002年）65頁以下、松原芳博『リスク社会と刑事法』法哲学年報 2009（2010年）78頁以下、島田聡一郎他「特集・リスク社会と犯罪理論」刑事法ジャーナル 33号（2012年）4頁以下。

(5) 井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法律時報 75巻2号（2003年）4頁以下、佐伯仁志「新時代の刑法学」法学教室 361号（2010年）23頁以下。

最近の刑事立法を多角的に検証するものとして、松宮孝明他「[特集] 現代刑法改正の検証」法学セミナー 722号（2015年）11頁以下。

(6) 松原・前掲（4）、浅田和茂『『新時代の刑事法』管見』高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（2014年）1頁以下。

見放されてしまう。)ということにもなりかねないであろう。

Ⅲ リスク時代の刑事法理論と法益侵害論——刑事制裁に期待される役割

1 刑事法の研究が立法批判的機能を果たすことは必要であり大切なことである。ただ、現在主張されている刑事制裁謙抑論を大まかに現せば「○○○○○という利益は曖昧で不明確なものであるから刑事法によって保護する利益には当たらない。」「△△△△△の段階で刑事処罰の対象とするのは国民の行動の自由に対する大きな制約である。」等というものであるが⁽⁷⁾、これらの主張が現代社会における現実の国民の生活や意識を十分に汲み取っているといえるのかについては疑問があり、実証性のない空虚な理念に過ぎないように感じられる。

科学技術が格段に進歩し国民の生活は著しく便利になり活気のあるものとなった。それに伴い人々の生活や行動様式は大きく変化した、その反面、かつては考えることがなかった(考えたり心配する必要がなかった)利益が新たに生まれ、さらには、国民にとって新たな侵害や危険を感じざるを得ない場面が生じている。被侵害利益の誕生と形成や、これを生み出す原因ともなる新たな攻撃手段の発生と形成である。これらに対して、刑事法は、主に特別刑罰法規による規制によって対応してきた⁽⁸⁾。一般の国民にとって比較的身近なものとしては、ストーカー規制法やDV法があり、また、不正アクセス禁止法やピッキング禁止法がある。さらには、経済犯罪や環境犯罪という法分野が既に確立している。これらによる刑事処罰がなぜ必要とされ実社会においてそれなりに機能しているのかを、1つ1つの事件の内容や背景を含めて検証し分析することが必要である。刑事法の保護法益は決して抽象的な存在や理論や言葉の世界ではない。法益の明確性や刑事処罰の謙抑性のみが実践学である刑事法のあるべき姿であると決め付けてはいけない。

2 刑事制裁という国家的制度を、今日、犯罪行為に対する応報のみで説明することはできない。刑事制裁は、犯罪行為をなくして(減少させて)国民が安全に生活できる社会の実現のために用いられる(強力な)「道具(手段)」の1つであって、それ自

(7) 松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)64頁以下、浅田・前掲(6)10頁。

(8) 基本法である刑法典は法務省が所管するが、その改正となると様々な政治的思惑が影響を与えるのに対して、特別刑罰法規(特別刑法)は関係する省庁が所管しさらには議員立法もあるので、法律の制定(新たな処罰規定)の際の障害は高くないといわれている。

体が絶対的な存在ではない。すなわち、刑事処罰は本来的に目的的なものである。ここでは、具体的な犯罪行為に対する刑罰権の現実の発動（被告人〇〇〇〇に懲役△△年の刑を科す（さらには、それを執行する）、という現実）を通して、一般人に対して（強烈な）「行為規範」を提示し、（将来の）犯罪の予防を図ることが目指されている⁽⁹⁾。刑罰権の現実の発動に至らなくても、犯罪行為とそれに対する刑事制裁の予告を事前に行うことによって、将来の犯罪の予防を図ることができる。いずれにしても、刑事制裁は犯罪行為に出ることを思いとどまらせる「行為規範」として機能する。このことは、刑法についての専門的知識を有していない一般国民も理解し納得するところであろう。

もっとも、我が国の刑罰法規を見ると、基本法である刑法典が規定する犯罪行為の要件は極めて簡潔かつ包括的であり⁽¹⁰⁾、特別刑罰法規を見ても、犯罪行為の要件があまりにも技術的であったり逆に曖昧なものが少なくない⁽¹¹⁾。従って、裁判所が具体的な事件の解決を通して行う公権的な法解釈が国民にとっての具体的な「行為規範」を形成し、それを国民に対して提示する、という役割とその効果は大きい。さらに当事者主義を採用する刑事訴訟手続を考えると、刑事裁判という俎上に載せるための検察官による訴追裁量のあり方も重要な問題である。検察官の訴追裁量に一定の政策的要素が備わっていることは否定できない。これまでの我が国の刑事司法においては、刑事手続とりわけ起訴して裁判所の判断を仰ぐということについては、過剰なまでに消極的に運用されてきた。起訴されれば99パーセント超が有罪とされてきたことや、そもそも起訴されること（さらには、その前提として捜査活動の対象となること）による社会的影響（刑事司法の対象とされることによるマイナス効果）という事情があるので、速やかな変化は難しいであろうが、特別刑罰法規による新しい犯罪現象への対応が現に問題となっている場面、例えば経済犯罪や環境犯罪においては、法の規定内容

(9) 高橋則夫『刑法総論[第2版]』（2013年）11頁は、「刑法は、事前に、たとえば『人を殺すな』という行為要請としての規範を提示することによって、法益を保護するものなのであり、行為者はその行為によってその規範を侵害するという点に犯罪性（違法性）の中心的要素が認められなければならない。」とする。

(10) 現行刑法は1871年のドイツ刑法を模範にして制定されたが、裁判官の裁量を広く認めて刑事政策的考慮を認めようとする近代学派（新派）の影響をも受けて制定されており、裁判官による解釈と適用に委ねるところが大きい条文構造になっている。

(11) 経済犯罪の代表例であるインサイダー取引の構成要件におけるあまりにも詳細で技術的な内容（金融商品取引法166条等）や環境犯罪の代表例である不法投棄罪の構成要件（廃棄物の処理及び清掃に関する法律16条「何人も、みだりに廃棄物を棄ててはならない。」）の曖昧さである。そこから一般国民が具体的な行為規範（禁止規範）を直ちに読み取することは困難である。

が不明確なことが少なくないが、裁判所による判断、従って公権的な法解釈が積み重ねられることは、法による行動ルールの現実的な形成と国民に対する提示であり、1人1人の国民が主役である成熟した自由主義社会にとっては重要な役割を果たすであろう。

3 刑事制裁の根拠や内容、処罰すべき行為の適切な選別を研究対象とする刑法理論（犯罪論）に関して、「犯罪行為」や「行為規範」を重視することに否定的な考え方がある。「行為」や「行為規範」を重視することは曖昧ないし空虚な価値を守ろうとするものであって過剰な刑事制裁につながる、という主張であり（曖昧な倫理規範の保持につながるという問題点も指摘されてきた。）、むしろ刑法理論（犯罪論）においては「結果」（法益の侵害）を重視すべきであるとする（侵害原理の強調）。

もっとも、曖昧ないし空虚な価値であるのかは、現実の社会における具体的な国民生活や国民意識に基づいて判断されるべきものである。科学技術の進展や人々の行動様式や価値観の変化に目を向ければ、刑事制裁の発動によって一定の利益を損なう行為に出ることを思いとどまらせるべき場面が増えていることは否定できない。危険犯（抽象的危険犯）という犯罪類型は伝統的に承認されてきたが、その範囲を厳格に制限することは困難であろう。現実の社会において守られるべき利益や価値は何かを具体的に探究し、それを踏まえて刑事制裁の予告という（強烈な）「行為規範」を提示することによって、危険の発生を未然に防止することが可能となり、これによって国民が安全に生活できる社会を実現していくことができる。刑事法の研究に携わる者は守られるべき利益や価値の実質を検証し適切な「行為規範」を解明すること、刑事実務に携わる者は具体的な事案の解決における正しい事実認定と法の解釈適用を通して適切な「行為規範」の具体化と肉付けを行うこと、がそれぞれ期待されているのである。

4 そして、刑法理論（犯罪論）の骨格である違法性を「行為（Handlung）」中心に理解するのか、「結果（Erfolg）」中心に理解するのか、という刑法学における伝統的な問題に関していえば、「結果」（守られるべき利益や価値）の内容や実質そして限界が現実的には非常に流動化している現在、「行為」か「結果」か（行為無価値論か結果無価値論か）という対立は相対化しているといえるであろう⁽¹²⁾。「（危険の発生を孕んだ）

(12) 違法性論において結果無価値論に立ちながらも、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（2011年）42頁以下は、「いかなる法益のどの程度の侵害を刑法上違法と解するかは、やはり、国民の規範の評価によって決定される。」「問題は、『現在の国民がどこまでの行為を処罰すべきと考えるか』

ルール違反の行為」自体が（見方によれば）1つの（広い意味では）「結果」であるということもできる。このように「結果」の外延を明確に画することが事実上困難であるとするれば、多種多様な「結果」（守られるべき利益や価値）を「行為規範」に反映させ吸収させるような理論構成が、国民が安全に生活できる社会を実現するという刑事制裁の目的のためには望ましいと考えることはできないであろうか。一元的な行為無価値論は我が国では支持されていないが、「行為」という概念の理解の仕方の問題ではないだろうか。法益（論）のみによって刑法上の様々な問題に解決を与えて処罰範囲を限界付けようとすることは、今日ではもはや困難であるように思われる。

5 現代社会において、国民にとって是非とも守ってほしい（国家に対して保護を期待する）利益は何であり、それぞれの利益の重要性やそれらの利益に対する侵害の可能性を実証的に分析し、利益としての重要性や、それが危険に晒されたときの影響（具体的に想定される侵害の重大性と広がり等）に鑑みて、危険や侵害の発生を防止するために「刑事制裁が登場する可能性」を承認すること（「刑事制裁の守備範囲の拡大」ともいえる。）は、許容されてよいのではなかろうか。

現実の社会とそこにおける国民生活や国民意識を踏まえて刑事制裁の活用可能性を積極的に論じようとすることは、刑事制裁について相当程度的手段性と政策性を承認することになるが、ここにおける政策性は、裸の政策論（単なる好みや価値観）ではなく、現実の社会の中に存在する様々な危険とそれに立ち向かう刑事制裁の実践と効果を十分に踏まえた実証的なものでなければならない。その限りにおいて、「刑法は刑事政策が越えられない柵である」という考え方（ドイツの刑法学者 Liszt（リスト）の主張）といえども金科玉条のものではなく柔軟に考える余地がある⁽¹³⁾。つまり、時代や社会状況が変化すれば、過去の（伝統的な）理論や考え方についても柔軟に変容を承認していく寛容さが必要であると思う。

にある。国民の道徳意識、規範意識を媒介しなければ、刑罰による犯罪防止目的は達成し得ない。また、社会内に存在する倫理規範による犯罪防止機能は軽視し得ない。」とする。

(13) 刑事立法の時代における理論刑法学の役割を論じるものとして、高橋則夫他『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（2014年）296頁以下。高橋則夫は、「刑事立法の活性化においては、『刑事政策の刑法に対する優位性』ともいべき現象が看取され、リストとは真逆に、『刑法は刑事政策を推進する道具』に変容しているように思われる。」（296頁）と述べている。

私は、「推進する道具」という消極的な評価や表現は別にして、刑法理論が変容すること自体が直ちに否定されるべきものではないと考えている。

IV 刑事法の研究と法科大学院教育

1 我が国における刑事法の研究、とりわけ犯罪論の研究は、ドイツにおける緻密で繊細で観念的な理論刑法学を継承し発展してきた。このような学問的成果が刑事実務に与えた影響は大きく、我が国における刑事処罰が長期にわたって安定した運用を果たしてきたことに対する多大な寄与は否定できない。そして、私自身がこの点についてこれ以上のコメントを行うだけの能力を持ち合わせているわけではない。

ただ、繰り返しになるが、法律学は実践学であり、刑事法もそこに属するものである以上、現実の具体的な社会において、国民のどのような利益がどの程度危険に晒されているのか（あるいは、既に侵害されているのか）を検討・分析し、刑事制裁というものがどのように実践され機能しているのか、不十分な働きに止まっている点は何か、改善や期待を求められている点は何か、という点を探求していくことに一層関心を向ける必要があると思われる。つまり、現実の社会における国民生活や国民の意識に対して、刑事法の研究者がより積極的に向かい合おうとすることが求められていると思う。講壇事例（Schulbeispiel）の解決に腐心することや、多くの仮設事例を統一的に美しく解決できるような解釈論の提示、過度に詳細な場合分けや複雑すぎる要件の設定等に向けられてきた学問的エネルギーを、現実には発生した犯罪現象における当事者（関係者）や発生した事実関係の検討・分析と妥当な解決内容の提示（そのためには、刑事制裁の発動の有無と内容による影響や効果についての実証的な研究が必要である。）に（従来よりも多く）注ぐことが期待されているのではなかろうか。そうでないと、刑事法の本来的な利用者であり刑事法の享受を受けるべき立場にある国民の側から刑事法（刑事法研究者）は相手にされなくなってしまう可能性がある。

もっとも、犯罪現象や刑事法に関して、国民が情報を適切に獲得して主体性を持って自立的に判断し行動するためには、現実には起きた犯罪行為を国民一般に知らせて情報提供と説明を行うマスコミ報道や評論家の節度ある言動が求められるが（この点では、現状には改善すべき点が多い。）、そのためには刑事法の専門家の役割は大きい。裁判員裁判が実施される一方で、マスコミを通じた様々な法情報の氾濫という現在の状況下において、専門家による適切な情報提供が必要であるということを刑事法理論の研究と実践に携わる者は改めて強く意識し自覚することが求められる。人が人を処罰する（現行刑法上は、国家が生命や身体や自由や財産を合法的に剥奪することが可能である。）ということは重大なことであり、抽象的な理論や専門用語の駆使やその場

限りの思い付きであってはならないのである。

2 さらに、法曹を養成する教育機関である（同時に、実践学である刑事法の研究機関でもある。）法科大学院における刑事法教育においても、以上に述べたことを踏まえておく必要がある。

法科大学院は法曹養成に特化した専門職大学院であることから、刑事法分野に限らず、判例の学習やそれと密接に関係する事実の分析と評価が重要な学習テーマであるとされている。法律学は、実社会における様々な具体的な問題に対して法的解決を与えることを研究対象とする実践学であるので、実社会に起きた具体的な出来事に対してなされた法的解決の具体的な姿を学ぶことは、現代社会における法律学の学習においては不可欠である。

そして、刑事法についていえば、我が国では法律（特に、基本法である刑法典）の改正には一定の時間を要しているのが実情であるが⁽¹⁴⁾、科学技術の進歩やこれに伴う人々の行動様式の変化、そして価値観の変化や多様化は、法律の制定や改正を待ってくれず、そうしている間にも次々と新たな出来事が発生し、法的解決を与えるべき場面は容赦なく法実務の現場に押し寄せる。法律実務家は、生の事案における具体的な当事者 A や B、その間に現実には発生した具体的な出来事を目の前にして、適切な法的解決を行うことに最善を尽くすのが職責である。そこでは、〇〇説によれば△△△となるが、〇〇説には□□□という理論的な弱点があり……という議論を行っている余裕はない。刑事事件においては、被疑者・被告人にとっては、自分は処罰されるのか、処罰されるとすれば一体どの範囲の行為や結果について処罰されるのか、これまでの家庭や職場には戻れないのか等が専らの関心事である。

このような現実を目を向けると、法科大学院における法律学の学習における判例の学び方には工夫と留意点が必要である。A 説と B 説と C 説があるが、判例は◇◇◇と考えている、という理解では不十分である。判例は、現実には発生した生の出来事に対して裁判所（裁判官）が懸命の解決を行った結果を示すものである。従って、どのような事案（事実関係）であるのかを離れて法律論とされる部分のみを切り取って学習し記憶するということではいけない。裁判所の判断の中に法律論が示されていたとしても、なぜそのような法律論が示されたのかを考えながら、その法律論を深く噛みしめる必要がある。また、判例は具体的な事案に対して解決を与えたものであるので、

(14) 最近では以前よりは法改正のスピードは速まっているといえるが、内容によっては依然として一定の時間を要しているといえよう。前掲 (8) を参照。

ある特定のテーマに関して複数の判例がある場合に、それらを単に並列的に読んで理解しようとするのではなく、いつどのような背景の下に発生した出来事に対する判例であるのかについても目を向けてほしい。科学技術の進歩やこれに伴う人々の行動様式の変化、そして価値観の変化や多様化の中での具体的な出来事であり、それに対する法的解決なのである。例えば、過失犯に関する判例は、このことを端的に示している。また、リスク社会（危険社会）という観点からは、危険の現実化という判断基準（客観的帰属論の考え方）を採用する最近の判例の因果関係論を事実関係を踏まえながら検討することは重要である。

個別の犯罪類型（構成要件）における例として、刑法解釈論上、多くの判例があり学説が議論している詐欺罪における「欺く行為」という要件について、判例は、「銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても……」として一見したところ基準が不明確な法解釈を示すことがあるが⁽¹⁵⁾、これらが意味する内容は、正に時代や社会状況によって影響を受けるものであり、例えば、国民一般が金融機関における取引にどの程度習熟し合理的な行動が期待されているのかによって判断が異なりうる問題であろう。また、最近の最高裁判例に関わるが、暴力団関係者であることを隠してゴルフ場を利用したことが「欺く行為」に当たるのかについては、そのゴルフ場が暴力団関係者の排除を具体的にどの程度徹底させていたのかによって、同様に見える事案であっても結論が異なりうる⁽¹⁶⁾。このような微妙な（絶妙な）法的解決の姿に触れてその意味するところを理解しようとするのが、判例を真に学ぶことの意義であり面白さであろう。

判例で示された法解釈を記憶するのは、日々このような姿勢で判例の学習を行った結果であるので、試験の答案中に「……（判例同旨）。」という記述がなされているものの事案の検討や分析が不十分な答案の評価については、若干の躊躇いを感じる。

学生に要求することが以上のようなものであるとすれば、法科大学院の教員（研究者）も、判例研究のあり方について意識を改めなければならない。判例は具体的な当事者と事件に対して具体的な法的解決を与えるものであり、他方で、法理論は、様々な事例に対して統一性のある安定した法的解決を与えるような判断基準や要件を探求

(15) 最決平成 15 年 3 月 12 日刑集 57 巻 3 号 322 頁〔誤振込み事件〕。

(16) 最判平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 巻 3 号 582 頁〔宮崎事例〕は詐欺利得罪の成立を否定し、同日の最決平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 巻 3 号 646 頁〔長野事例〕は詐欺利得罪の成立を肯定したが、両事件における事実関係の違いが結論に影響を与えたといえる。これらを含めて、最近の詐欺罪について検討を行うものとして、山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修 794 号（2014 年）3 頁以下。

することを志向する（特に、実体刑法においてはこの傾向が非常に強い。）。つまり、学説と判例は役割を異にしているので、単に並列的に取り上げることをのしないようにしなければならない。

V おわりに

刑事制裁の役割に関しては、社会学の研究成果をも踏まえた基礎研究が行われており、刑法の基礎理論との関係では法益論の研究も積み重ねられている⁽¹⁷⁾。そのような中、本稿において私が（勝手気ままに）述べてきたことについては、学問的価値の乏しさはもちろんのこと、主張内容には理論的にも実証的にも根拠がないとして一蹴される（見向きもされない）ことが容易に予想される。ただ、法律実務、そして法律学である刑事法の研究と教育活動を、ある程度の期間継続して行ってきたという（若干の自負を込めた）思いから、現代のそしてこれからの時代における刑事法や刑事制裁についての思いを述べさせていただいた。

私の考えの基礎にあるのは、「法（刑事法）は、誰のために、何のために、存在し機能するのか」という点にある。社会の状況は日々絶えることなく変化し、それを受けて国民（1人1人の人間）の意識や考え方も変化する。科学技術の著しい進展によって、以前にはなし得なかったことを実現することができるようになったが、その反面として、それを悪用して他人や公共の利益を危険に晒し侵害しようとする行為者が出てくる。刑事制裁や刑事司法という刑事法分野が実社会から遊離した「化石」になってしまふことがないように、刑事法の研究に携わる者は、現実に大いに目を向ける必要がある。刑事法や刑事事件は書物（活字）の中に存在するのではなく、実社会の中に存在する。具体的な事案の適正な解決、そして国民生活の安全と安心につながるような実践的な議論が求められている。これまで度々見られた過度の抽象的議論やあまりにも細分化された場合分けや複雑すぎる要件の設定等の実際には利用し得ない議論を自己目的化して深めることは、現代そしてこれからの刑法学には期待されていない。現実の社会や国民を意識しない刑事法では、やがて社会（国民）から見捨てられてしまうであろう。

(17) 現代社会における刑事制裁のあり方について、多角的かつ総合的に検討を行った文献の例として、佐伯仁志『制裁論』（2010年）や甲斐克則編『現代社会と刑法を考える』（2012年）。さらに、伊東研祐「現代社会における刑罰論への一視座」法律時報 87 巻 7 号（2015年）4 頁以下。

再審請求における即時抗告審の審理

新屋達之

はじめに	94
Ⅰ 抗告審の性格	95
Ⅱ 再審請求の特殊性	98
Ⅲ 控訴審構造論からの示唆	101
Ⅳ 再審請求に関する即時抗告審のあり方	104
むすびにかえて	109

はじめに

犯人性が激しく争われる再審請求の場合、請求棄却決定に対しては請求人側から、開始決定に対しては検察官側から、それぞれ不服申立⁽¹⁾がなされるのが通例である。特に最近は、ようやく開始決定がなされたにもかかわらず、それが取り消される場合も少なくない。このような結論の違いが、確定判決の強度計算、新証拠の明白性判断の方法——大体において、確定判決の強度を強いものと見、あるいは新証拠の証拠価値を低く見積もる傾向——に由来することは明らかである⁽²⁾。他方、かかる証拠評価上の問題のみならず、即時抗告審における検察官側からの主張・反証と証拠提出という手続問題も大きく作用しているように思われる⁽³⁾。

再審は無辜の救済を理念とする制度でありながら、現実には「らくだが針の目処を通るよりも難しい」と言われるほどに開始決定のハードルは高い。そのハードルを越えたにもかかわらず、検察官の即時抗告により開始決定の取り消しを余儀なくされるというのは、余りにも確定判決の利益に偏った考え方であり、誤判救済を阻害しているとの批判が現れるのも、致し方ない。この点で、問題の根源は、開始決定に対する即時抗告が制度化されていること（刑訴法450条）自体にあり、その行使は検察官の許されざる権利濫用⁽⁴⁾でないのか、あるいは不利益な即時抗告自体が憲法上許容されない（憲法39条）のでないのか、といった批判も登場する。そこで、開始決定に対する即時抗告を禁じる法改正の必要性も主張されてきた⁽⁵⁾。これらの主張には、全面的な同意を覚えるものである。ただ、現実制度として不利益変更を許容する即時抗告が制

(1) 再審の場合、確定一審判決を対象とする請求審に対する即時抗告審の場合と、確定控訴審判決を対象とする請求審に対する異議審の場合とがあるが、本稿では、異議審も含めて「即時抗告審」として扱う。また、原請求審についても、一審判決を対象とする場合、控訴審判決を対象とする場合の双方を併せ、「請求一審」の表現を用いる場合がある。

(2) 関連論稿は多いが、筆者自身のものとして、拙稿「最近の6再審請求審判断をどうみるか」季刊刑事弁護79号。付言すると、冤罪性が深刻に争われる著名事件に関する限り、開始決定が総じて分析的・論理的であるのに対し、棄却決定には可能性論や不可知論、大筋論といった、多分に直観的判断が多用される傾向がある。

(3) 再審請求の審理は公開されないため、実体を明らかにすることは容易でないが、日弁連編『続・再審』（1986年、日本評論社）353頁以下に若干の事例が紹介されている。また、財田川事件について、同書95頁。

(4) 三井誠「再審手続の構造」鴨良弼編『刑事再審の研究』（1980年、成文堂）179頁。

(5) 竹沢哲夫「再審手続と検察官関与の問題点」法律時報53巻5号15頁以下、水谷規男「再審法理論の展望」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法』（下）（2007年、日本評論社）1070頁及び1078頁。

度化されている以上、その枠内での規制も考えられる必要があろう。

他方、後に見る通り、最高裁は、抗告審の構造についてこれを事後審だとする決定をした。直接的には身体拘束に関する事例であるが、再審請求の即時抗告審との関係でも、事後審論のもつ意味は再検討を要するであろう。

そこで、再審請求における即時抗告審審理について、若干の検討を試みることにする。

Ⅰ 抗告審の性格

1 再審請求にかかる即時抗告審の場合、再審請求審であるという性格に加え、抗告審であるという性格が加わり、問題が複雑化する。そこでまず、抗告審の性格について若干検討しておく必要があろう。

抗告審の構造については、控訴審の構造論のアナロジーから、覆審・続審・事後審のいずれと理解すべきかが論じられてきた。このうち覆審説は存在せず、実際には続審説・事後審説が対立する⁽⁶⁾。また、いずれの立場をとるにせよ、新たな主張・証拠提出の限度について議論が対立する。抗告審構造論は、ほとんどが身体拘束にかかる準抗告を中心に論じられてきたものではあるが、簡単にこの問題を概観する。

2 続審説をとる論者は余り多くないが、刑訴法 426 条 2 項の規定の存在を根拠とする⁽⁷⁾。控訴審の場合、破棄差戻しが原則であるのに対し(400 条本文)、抗告審の場合、「抗告が理由のあるときは、決定で原決定を取り消し、必要がある場合には、さらに裁判をしなければならない」として(426 条 2 項)、自判が原則であるかのごときためであろう。続審説の根拠と考えられるところは、④現実の運用が事後審のみでは説明できないという点、⑤426 条 2 項の文理、⑥事実の取調べ(43 条 3 項、刑訴規則 33 条 3 項)が許される結果、「原裁判の過誤を判断するのは原裁判時の資料による、すなわち書面主義をとることの原型をすでにくずしていること」などから、「少なくともより続審的性格になじむ」という点にあるとされる。ただ、続審であるといっても、手続の迅速性と具体的妥当性の観点から、「原裁判の結論に影響を及ぼすべきことが明らかなら

(6) 抗告審の構造論については、横田安弘・高橋省吾『刑事抗告審の運用上の諸問題(増補)』(1991 年、法曹会) 130 頁以下、松尾浩也・後藤昭「抗告審の構造」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979 年、有斐閣) など。

(7) 小野清一郎ほか・ポケット註釈全書『刑事訴訟法』(下)(1986 年新版、有斐閣) 1150 頁〔栗本一夫〕。初版は 1955 年。

たな事実であって、すみやかにこれを取調べるもの」に限り新事実の取調べは許されてよく、この点で「限られた続審」だというのである⁽⁸⁾。

他方、事後審説は現行刑訴法の制定時から多数説的な地位にあり、むしろ通説とさえいってもよからう。この問題を最初に体系的に提起した戸田弘によれば⁽⁹⁾、一般抗告・特別抗告を含めて抗告審を事後審と位置づけることが「もっとも刑訴法の全システムに適合する」という。「抗告審は、当該決定・命令事項について、みずから——すなわち原審とおなじ任務をもって——審理・裁判をするのではなく、当該事項についてなされた原裁判について、それを不当とすべき事由があるかどうかを審査するのである（すなわち事後審である）」⁽¹⁰⁾。そこで、「訴訟記録（および原審で取り調べた証拠物）のみによって判断するのが本来である」が、必要に応じて職権で新たな証拠調べをすることができ、それを判断資料とすることができるとする。この点で抗告審は「ゆるやかな事後審」であるが、原裁判後に生じた事実に関しての取調べ・参酌は許されないという。原裁判後の事実の取調べなどを認めない点で控訴審よりも厳格であるが、これは「本来簡易迅速な手続であるべき抗告審を不当不必要に弛緩させるおそれがある」ためだとされる。

3 もっとも、抗告審の場合、控訴審と異なる特殊性が存在する。すなわち、控訴審の場合、実体裁判に対するか形式裁判に対するかという違いはあれ、終局裁判が対象である。しかし、抗告審の場合、裁判所の処分のみならず、準抗告のように裁判官の裁判（429条）、捜査機関の処分（430条）を対象とするものさえある。他方、訴訟手続に関する抗告についてもその有する意味は多岐多様で、①証人・鑑定人等に対する過料・費用賠償に関する決定や訴訟費用関連の決定、身体拘束にかかる準抗告など、関係者にとってはいかに重大でも手続的には付随的処分に関する事項を扱うもの、②公訴棄却決定（339条2項）や上訴権回復に関する決定（364条）といったその後の手続形成を律する処分に関するもの、③証拠開示に関する裁定（316条の25第3項、316条の26第3項）や区分審理に関する決定（裁判員法71条3項）など手続問題のみならず実体形成過程とも関連してかなり重要な性格をもったものまでがある。

このようなこともあって、抗告審の構造を続審か事後審かというように一義的に割

(8) 磯邊衛「準抗告審において取調べ審査しうる範囲」河村澄夫ほか編『刑事実務ノート』第3巻（1971年、判例タイムズ社）269頁。

(9) 戸田弘「抗告」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編』第11巻（1956年、有斐閣）2648頁。またこのことから、原決定後に生じた事実の主張を抗告申立書に記載することも許されないという（同2665頁）。

り切ることは困難であるとされてきた。抗告審構造論により抗告審の運用も一義的に決まるわけでないことは、いずれの論者も認めている。特に、新たな証拠提出については、事後審であることを理由にこれを限定的に捉える立場、事後審だとしてもかなり自由に認める立場など、かなり錯綜しているのが現実である。それゆえ、基本的性格をどちらとみるかの対立だといっても、むしろ現実の論点は、簡易・迅速な手続である抗告手続において新たな証拠提出をどこまで許容してよいか（逆にどの程度制限できるか）という点であったといえる。その際のアプローチの差が上訴審構造論の名を借りて現われたというのが、実際のところであろう。それ故、実質的には、機能論的アプローチだといってもよい（個別説ともいわれる）。

特に、これまで問題とされてきた事例のほとんどは、身体拘束ならびにそれからの解放という刑事手続の運営の円滑化のための手続に関するものである。身体拘束の受忍ないしそれからの解放がいかに被疑者・被告人にとって重大事であるとしても、法的には、刑事手続運営の円滑化のための付随的処分であることは確かである。特に捜査段階の場合には身体拘束に対する時間的制約もあるため、迅速性の要請も強い。訴訟費用などに関する場合は、さらに付随的性格が強い。従って、構造論という牛刀を持ち出すよりも、ある程度機能的な思考が重要となる。原決定（ないし原処分）の性格いかんにより、事後審・続審のいずれかの性格が強くなるとの考えが現れ、近時はこれが主流だといってよいかもしれないが⁽¹⁰⁾、それにはそれなりの必然性があったように思われる。

4 ところで、最高裁は、保釈許可決定に対する抗告に対する特別抗告事件⁽¹¹⁾において、「抗告審は、原決定の当否を事後的に審査するもの」との判断を示し、抗告審がいわゆる事後審ないし事後審査審である旨を明らかにした。すなわち、「抗告審は、原決定の当否を事後的に審査するものであり、被告人を保釈するかどうかの判断が現に審理を担当している裁判所の裁量に委ねられていること（刑訴法 90 条）に鑑みれば、抗

(10) 伊藤栄樹ほか著者代表『新版注釈刑事訴訟法』第 7 卷（2000 年、立花書房）29 頁〔河上和雄〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』第 2 版第 9 卷（2011 年、青林書院）661 頁〔古田佑紀・河村博〕、松尾・後藤・前掲注（6）論文 276 頁。従って、「構造類型としてのどれに当たるか、が問題ではなく、当該抗告審が果たすべき役割に応じた弾力的な抗告審のあり方が問われねばならない」とされる（寺崎嘉博「抗告審の構造に関する覚書」山形大学紀要社会科学 14 巻 2 号 104 頁）。

(11) 最決 2014 年 11 月 18 日刑集 68 巻 9 号 1020 頁。なお、前日には同じ第一小法廷で、勾留請求却下の裁判に対する準抗告の決定（勾留決定）に対する特別抗告審で、原決定取消・勾留請求却下を維持した決定がある（裁判所時報 1616 号 17 頁）。

告審としては、受訴裁判所の判断が、委ねられた裁量の範囲を逸脱していないかどうか、すなわち、不合理でないかどうかを審査すべきであり、受訴裁判所の判断を覆す場合には、その判断が不合理であることを具体的に示す必要があるというべきである」と。

判示の仕方からみて、最高裁は、保釈の可否に関する抗告審、あるいはもう少し広く身体拘束にかかる事件の抗告審のみを念頭に置いての判断とはいえないであろう。抗告審が一般的に事後審性を有することを前提に、身体拘束に関する事件であることの特性を加味して判断したものといえよう。いかなる意図からこのような判断がなされたのかは定かでなく、あるいは従来からの多数説的立場である事後審説を再確認したにとどまるのかもしれないが、実務上は抗告審のあり方に決着をつけるものであり、大きな影響を与えることだけは確かである。

II 再審請求の特殊性

1 では、再審請求にかかる即時抗告はいかなる特徴を有しているであろうか。

再審は、主に新規・明白な証拠の発見を契機に、「もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、果たしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠とを総合的に評価して」確定判決の正当性を再検証する手続で、その判断の際には「疑わしいときは被告人の利益に」という刑事裁判の鉄則が適用される⁽¹²⁾。

再審請求審は一般に職権主義的で、当事者などの意見聴取は必要（刑訴規則 286 条）とはいえ、口頭弁論は要しない（従って、自由な証明で足りる）。再審請求審が公判に比べて簡易化された手続であることは事実である。しかし、請求審は、確定判決の当否を判断し、請求に理由があれば確定判決の効力を除去ないし弱体化して公判を再開させるというきわめて重要な役割を担っている。しかも確定判決の効力の除去・弱体化は、新証拠の存在を踏まえて確定判決の認定が維持し難いとしてなされたものであるから、実体形成とも関連した、ないしそれに類似する判断なしにはありえない。棄却決定であっても、証拠の明白性の不存在を理由にする場合、やはり確定判決の事実認定の正当性を再確認しての結果であるから、実体判断の側面を有する。

さらに再審請求の現状を見た場合、請求から決定に至るまでには相当長期間を要

(12) 最決 1975 年 5 月 20 日刑集 29 卷 5 号 177 頁（白鳥決定）。

し⁽¹³⁾、証人尋問や検証、鑑定等が行われる事例も多い。むしろ再審公判よりも請求審の方が質量ともに重厚なのが実情で、ときには確定審以上に慎重な審理とさえいえる場合もある。これらの点で、請求審は現実には決して簡易・迅速な手続でない。

2 これに加え、再審における証拠の明白性の判断方法については、孤立評価説と総合評価説が対立してきたが、現在では総合評価説によること自体については、学説・判例ともにほぼ異論を見ない。現在は、全面的再評価説か限定的再評価説か、あるいは2段階説かといった総合評価の方法、また現実の事件における判断方法の当否をめぐる争いに移行したといってよい。他方、再評価の方法についても、かつては罪責問題か無罪予測の問題かといった点が論じられてきたが、現在では、それが確定判決の当否の審査であることについては、ほぼ固まりつつあるとみてよい⁽¹⁴⁾。

総合評価・再評価により確定判決の当否審査を行うのが再審請求審であるとすれば、再審請求審は、それ自体が確定判決に対する一種の事後審査である。加えて、通常審における上訴審が事後審である点や、再審は請求審・公判の二段階構造をとり最終的な罪責判断の場が公判である点でも、請求審は審査審の性格をもつ。もっとも、再審には新証拠が必要な点で、単純な事後審でなく、「続審的審査審」ということになる⁽¹⁵⁾。このことも、即時抗告のあり方を考える上では前提とする必要があろう。

3 さらに、再審請求と一事不再理（二重の危険）との関係も、みておく必要がある。

いうまでもないが、再審は確定判決にかかる事実誤認の救済であり、確定力の除去ない弱体化に向けた手続である。これに対し、控訴審は、事実誤認の救済という点では再審と共通する面を有するとはいえ、未確定の判決に対する不服申立てである⁽¹⁶⁾。

(13) 開始決定のあった死刑再審についていえば、請求から開始決定まで、2年3カ月（免田事件第3次。のち取消し）、7年5カ月（免田事件第6次）、15年4カ月（財田川事件第2次）、9年6カ月（松山事件第2次）、17年（島田事件第4次）、3年（名張事件第7次。のち取消し）、6年（袴田事件第2次）となる。棄却決定が抗告で破棄された後に再審開始を得たため長期にわたったものも少なくないが、事件の実体に踏み込んで審理された場合、請求から最初の決定までには相当の年月を要し、むしろ、通常審よりも長期審理であるとさえいえる。

(14) この点については、鈴木茂嗣「再審請求審理手続」光藤景皎編『事実誤認と救済』（1997年、成文堂）218頁以下。川崎英明『刑事再審と証拠構造論の展開』（2003年、日本評論社）108頁以下も参照。

(15) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造』（下）（1997年、成文堂）659頁以下。「続審的審査審」については、同「再審請求審理手続」光藤編・前掲注（14）書224頁。

(16) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』（1982年、有斐閣）293頁以下参照。小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（1983年、成文堂）423頁は、再審の上訴類似性を強調する。

ところで、一事不再理の効力は、かつては内容的確定力の外部的効果であるなど理解されてきたが⁽¹⁷⁾、現在の通説的見解は、これを二重の危険に由来するものと理解している⁽¹⁸⁾。こうして、一事不再理の効力は実体判決の効力と切り離され、一事不再理が憲法上の権利として位置づけられたことにも象徴されるように、人権問題へと発展した。もっとも、二重の危険が判決確定までの一連の手續にかかる継続的危険かどうかについては見解がわかれ、この立場の相違が検察官上訴の憲法適合性に影響していることは周知の通りである。ただ、二重の危険が仮に継続的危険であり検察官の不利益上訴自体は許容されるものと仮定しても、確定判決後の救済手續である再審の場合には、別異に考える必要がある。すなわち、消極的実体的真実主義の例外として検察官上訴そのものが認められるとしても、「これはまさに例外としてやむを得ざる場合にのみ認められるというべき」もので、「確定裁判を対象とするならば例外は認められるべき余地はない」⁽¹⁹⁾。現行刑訴法が不利益再審という「例外」を認めず、利益再審のみを認めたのも、基本的人権の保障を刑事訴訟の目的としてかかげたことの当然の帰結だということとなる。こうして、再審はまさに「無辜を救済するための愛のかけ橋」であり、それ自体が「デュー・プロセス上の制度」と位置づけられた⁽²⁰⁾。

しかも、再審と二重の危険との関係も、従来は、請求人による二重の危険の抗弁の放棄が再審であるとされてきた⁽²¹⁾。しかし、このような立場は、二重の危険と利益再審との間にある種の原則・例外関係を想定しているのでないのか。そうすると、「二重の危険が、国家の訴追によって被告人が手続的負担を強制されたという事実由来とするれば、その強制の結果としての国家（裁判）の過誤を匡正するのに被告人（再審請求人）の権利の『放棄』を要求するのは、二重の危険の権利性を否定すること」に繋がる。そこでむしろ、「利益再審は、二重の危険（国家の訴追権の消滅）を前提として、被告人（請求人）に権利として、いわば新たな手続的負担を『甘受』することを認める制度」なのだとし、再審請求の権利性が強調されるようになってきた⁽²²⁾。この立場からすれば、再審請求審であるからといって、二重の危険が全面的に解除されるわけでない。確定判決の二重の危険は、それが継続的危険か否かを問わず、再審請求段階

(17) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（7訂版、1966年、創文社）312頁。

(18) 田宮裕『一事不再理の原則』（1978年、有斐閣）81頁以下など。

(19) 井戸田・前掲注（16）書294頁。

(20) 田宮・前掲注（18）書304頁。

(21) 田宮・前掲注（18）書110頁など。

(22) 大出良知「再審法理論検討の基本的視点」法律時報55巻10号21頁、田口守一・白取祐司「二重の危険と上訴・再審」光藤編・前掲注（14）書104頁〔白取執筆部分〕。

にも引き継がれ、その保障の許で再審請求審が行われるべきこととなる。

そうであるなら、再審請求審における二重の危険の機能は、通常手続以上に保障されるべきこととなる。そこで、確定判決を維持する限度を超える検察官の活動は許されないのではなか、あるいは再審開始決定に対する即時抗告はそもそも許容されないのではなかとの疑問が生じる⁽²³⁾。そうであるならば、開始決定に対する即時抗告が許されると仮定しても、検察官の活動には、二重の危険に由来する限界が存在するはずである。これに加え、上訴審構造論の観点からする限界が存在する。観点を異にする2つの制約がかかる点で、再審請求に関する即時抗告審は、通常の控訴審以上に片面性が強いと考えられるのである。

Ⅲ 控訴審構造論からの示唆

1 以上のような抗告審の構造論、再審請求の特殊性を考慮しつつ、では、再審請求における即時抗告審の審理はいかにあるべきか。

再審請求は、新証拠の発見を契機とする確定判決に対する事後審査である。再審請求自体にも上訴類似性はあるが、即時抗告審が請求一審の決定に対する上訴であることは、明らかである。そしてそれが再審理由の有無に踏み込んだ判断の場合、実体判断的な側面も存在する。これらの点を考慮するならば、再審請求における抗告審審理のありかたを考える上では、事実問題に関する上訴である控訴審構造論的アプローチにも一定の有効性があるように思われる。

もちろん、控訴審構造論のアプローチからみるといっても、通常の控訴審構造論をそのままあてはめるわけにいかないことも事実である⁽²⁴⁾。また、控訴審審理のあり方自体、構造論で単純に割り切れるわけではなく、多分に機能的な要素が考慮されていることも明らかである。ただ、そのような限界を認めつつも、控訴審構造論として論じられてきた点にも、それなりの指針があるように思われるのである。

(23) 田口・白取・前掲注(22)論文107～8頁〔白取執筆部分〕。

(24) ここではあくまで、再審請求審における確定判決の再検証がどのような色彩のものかを見極める手段として、構造論的な観点から検討を行ったものである。

もっとも、上訴と再審には判決確定前の手続か確定後の手続かという違いはあるにせよ、無罪の不処罰を基本理念とすべきことについては共通し、控訴理由・職権破棄理由には再審事由の存在が含まれている(刑訴383条1号、411条4号)。これらの観点からみると、上訴と再審の相違といっても多分に相対的なものにとどまることとなる。また、その前提として、既判力についても再審との関係では相対的なものに過ぎないこととなる(田口・白取・前掲注(22)論文107頁〔白取執筆部分〕参照)。

2 抗告審自体が事後審をベースとする点、再審請求審もまた審査審だとされる点からすると、再審請求にかかる即時抗告審の審理については、控訴審における事実認定審査の方法が一応のメルクマールとなろう。

通常の控訴審が事後審であることについては、現在では、学説・判例ともに異論をみない。もっとも、事後審概念の理解と控訴裁判所の取り調べる資料の範囲については議論がある。①控訴裁判所が原裁判所の立場に立って原判決を事後的に審査するものであり、原裁判所が取り調べた証拠ならびにその弁論終結前に取調べ請求のあった証拠に基づく審査であることを原則とするのが伝統的立場であった⁽²⁵⁾。これをやや広げて、原判決の審査といっても「客観的に結論が正当かどうかを調べるのも、やはり事後審査である」との見地から、他の資料により誤りを明らかにして原判決の破棄を許すことも、例外的には認めてよいとする立場も主張される⁽²⁶⁾。いずれも新たな証拠の取調べにかなり厳格な態度をとる。

逆に、新たな証拠の取調べを緩和する見解も、裁判実務家を中心に根強い。すなわち、②重要な証拠については裁判所に職権証拠調の義務があるとの立場を前提に、その義務違反がなければ原判決に影響を及ぼしたであろうと認められる証拠については、控訴審裁判所は取調べ可能である（むしろその義務がある）とか、原審としてその証拠の存在・価値を考慮するのが相当であったと思われる場合にはこれを審査の資料となしうとして、当事者請求の場合には限定的に、職権の場合には自由に新たな資料を取り調べうとの立場もある⁽²⁷⁾。さらに、③職権の場合のみならず当事者請求の場合にも新たな取調べは自由だとの見解も存在する⁽²⁸⁾。

3 このような対立が、控訴審の事後審性という法原則・構造論と現実事件の解決という具体的正義の要請の間に生じる相克に由来することは明らかである⁽²⁹⁾。総じていえば、①は前者を重視し、②③は後者を重視する。しかし、この相克が頂点に達するの

(25) 団藤・前掲注(17)書517頁など。

(26) 平野龍一『刑事訴訟法』(1958年、有斐閣)304頁、318頁。同『裁判と上訴』(1982年、有斐閣)154頁以下も参照。

(27) 岸盛一『刑事訴訟法要義』新版5版、1971年、廣文堂)326頁、伊藤栄樹他著者代表『新版・注釈刑事訴訟法』第6巻(1998年、立花書房)267頁〔小林充〕、平良木登規男『刑事控訴審』(1990年、成文堂)113、116頁等。

(28) 小野清一郎「新刑訴における控訴審の構造」刑法雑誌1巻3・4号396頁、齊藤朔郎『刑事訴訟論集』(1965年、有斐閣)111頁、横川敏雄『刑事控訴審の実際』(1978年、日本評論社)16頁等。

(29) これに関連して横川・前掲注(28)書5頁以下参照。

は、一審が証拠の採否ないしその評価を誤った結果、被告人に不利な判断をした場合、とりわけ冤罪の場合である。この場合、事後審という論理を単純に適用して被告人側による証拠の取調べ請求を許容しないのはどう考えても正当でない。1950年代初頭に在野法曹から控訴審の続審化ないし覆審化の要求が出た理由の一端も、ここにあらう。その一方で控訴審の続審化・覆審化を進めれば、一審中心主義や迅速な裁判との関係でも問題が生じる。

ここから、控訴審の構造ならびに事実の取調べに関する片面的構成論が登場する。すなわち、㉗二重の危険、㉘疑わしきは被告人の利益にという刑事裁判の鉄則からして厳格な証明の結果たる一審判決の破棄には厳格な証明による事実の取調べを要するが、これは被告人への過重な負担をもたらす二重の危険の禁止の趣旨に反する、㉙迅速な裁判を受ける権利、㉚控訴審における被告人の出頭義務の不存在という点からみて、控訴審における検察官の訴追活動は規制がかかる一方、被告人側にはそのような規制がなく、「事実取調べの範囲を被告人に有利な方向に拡張する機能を営む」。従って、控訴審は、検察官側にとっては原資料に基づく事後審として、被告人側にとっては新資料を含む資料による事後審として機能するというのである⁽³⁰⁾。従って、新資料の提出も、検察官側には例外的（393条1項但書参照）に、被告人側には原則として制約がかからないとされる。いわば、被告人側に限り続審化・覆審化された控訴審である。

4 控訴審の片面的構成論については、傾聴すべき点が少なくないとしつつ、運用上の配慮としてはともかく解釈論としてはとりえないとの批判も少なくない。

すなわち、「被告人が証拠の提出に関して何らの制約も受けないとすることは、審級制度の調和ないし訴訟資料の第一審への集中の要請に反することは明らかである」⁽³¹⁾。さらに具体化すれば、㉗については陪審制をとらない日本では二重の危険の機能を異にする、㉘控訴審では原判決の破棄も本来は自由な証明で足り、審理の便宜という政策的見地から厳格な証明によっているに過ぎない、㉙迅速裁判の要請は検察官からの事実の取調べ請求を禁すべき理由でない、㉚被告人の出頭義務の解除は事後審性を前提とする一方、権利保障の必要がある場合には出頭義務が発生する点（390条但書）が閑却されている、という⁽³²⁾。㉗㉘については、二重の危険が継続的危険であること、

(30) 小田中・前掲注（16）書390頁以下。鈴木・前掲注（15）書632頁以下、井戸田・前掲注（16）書245、256頁、平田元「控訴審・上告審論の展望」村井敏邦他編・前掲注（5）書958頁。なお、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（1980年、有斐閣）449頁。

(31) 伊藤栄樹他著者代表・前掲注（27）書・268頁〔小林充〕。

(32) 平良木・前掲注（27）書114頁。

④については過重な負担の事実自体が存在しないか、見かけだけのものかどうかということであろう。

しかし、このような批判は、控訴審における片面的構成論についてはまだ妥当するかもしれないが、再審請求審の場合にはあてはまらないように思われる。

第1に、二重の危険が継続的危険であるとすれば、確かに検察官の不利益上訴も肯定され、その結果、控訴審における新資料の取調べも検察官・被告人側双方に「公平」に開かれるべきだとはいえるかもしれない。しかし、そもそも再審が確定審段階で既に発生した二重の危険を前提とする、有罪判決を受けた者の側からする救済請求権の実現のための制度であるならば、二重の危険の効果も、確定前手続である控訴審と同列に論じることとはできない。第2に、不利益再審が否定されて利益再審のみが制度化されているのは、単なる政策論でなく憲法上の要請である。加えて、再審は、そもそも通常の審級制度の中で救済しえなかった事件を取り扱うものであるから、一審中心主義、審級制度の調和を超えた次元での救済手続というべきである。第3に、再審請求の場合、控訴審とは異なり、厳格な証明か自由な証明かという問題は表面化しない（原則として自由な証明で足りる）上、請求人は再審請求に伴う主張や証拠の提出の負担を甘受しているのであるから、この問題は決定的でない。出頭義務に至っては問題ですらない（むしろ、請求人の関与権をいかに位置づけるかのほうが重要となる）。第4に、再審請求審はいかに重要な手続とはいえ、一審・控訴審を問わず公判のようなフォーマルな手続でなく、その予備的手続である。従って、請求審で重い審理をするよりもいかに早く公判に移行させるかの方が重要であり、この点でも控訴審とは事情を異にする。

これらの点で、控訴審における片面的構成の阻害要因とされるものは、再審の場合、存在しないといってよい。むしろ、再審自体がもともと片面的な性格をもっている以上、再審請求に関する即時抗告審については、片面的構成がより一層妥当するように思われるのである。

IV 再審請求に関する即時抗告審のあり方

1 それでは、開始決定・棄却決定のそれぞれの場合に、即時抗告審の審理のあり方はいかに理解されるであろうか。

控訴審における片面的構成論は、被告人に有利な判決に対する控訴審については基本的に事後審とされ、検察官側からの新たな証拠提出にも規制がかけられるのに対し、

不利な判決に対する控訴審の場合は続審的な審理が許容されることとなる。そうすると、再審の場合もほぼ同様に、開始決定の場合には事後審の観点が、棄却決定の場合には続審的観点が、それぞれ基本的な図式として描かれるべきこととなろう。

2 ところで、控訴審における事後審概念、従って控訴審審理の方法についても争いはあるが、最判 2012 年 2 月 13 日刑集 66 巻 4 号 482 頁は、次のようにいう。

「刑訴法は控訴審の性格を原則として事後審としており、控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、当事者の訴訟活動を基礎として形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものである。第一審において、直接主義・口頭主義の原則が採られ、争点に関する承認を直接調べ、その際の証言態度なども踏まえて供述の信用性が判断され、それらを総合して事実認定が行われることが予定されていることに鑑みると、控訴審における事実誤認の審査は、第一審判決が行った証拠の信用性評価や証拠の総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行うべきものであって、刑訴法 382 条の事実誤認とは、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である。したがって、控訴審が第一審判決に事実誤認があるというためには、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである」

本判決は、控訴審が「原則として事後審」であるとした上、その審理は、一審判決につき論理則・経験則等に照らして不合理といえるかどうかという観点から判断すべきであるとし、控訴審が独自に心証を形成して一審のそれと比較するという観点（心証比較説）を取らなかった。この立場からすると、控訴審における事実の取調べもある程度限定されるべきこととなり、原判決にかかる論理則・経験則等の違反の有無を判断する、あるいは論理則・経験則等の違反の存在する原判決の破棄に備えるという限りで許容されることとなろう。

最決 2014 年 11 月 18 日の趣旨をも踏まえれば、開始決定に対する即時抗告審審理も、基本的には本判決の線に沿ったものが期待されることとなろう。2012 年の最判は通常の控訴審に関するもので、一審における直接・口頭主義の観点を重視して事後審性を導いている点で、再審請求審の場合とは事情を異にする。しかし、直接・口頭主義の要請は及ばないとしても、一審中心主義の要請は再審にも妥当し、請求一審段階に主張・証拠を集中した方が好ましいことも事実ではある。そうすると、開始決定に論理則・経験則等の違反が存在するかどうかの検証が即時抗告審の中心的課題となるべき

で、即時抗告審においては、検察官側の新事実の提出もおのずと制限されることとなる⁽³³⁾。

3 検察官側からの新たな証拠提出の制限は、事後審という観点のみならず、再審請求における検察官の地位という観点からも考えられる。

この点、①確定有罪判決によって検察官の訴追活動は終わっている、②再審請求審理段階では請求人の請求の理由の有無が審理の対象をなす、という2つの観点から、請求審審理段階での検察官関与は必然的なものでない。しかし、請求審審理手続の職権主義化を避けるため、請求人が提出した証拠の証明力を争う活動は許容されるし、またその限度にとどまるべきでないかというものである⁽³⁴⁾。

これを敷衍すると、検察官の有する公訴権は確定審の段階で行使し尽くされ、そこから二重の危険が発生する。従って、検察官には、確定判決の擁護の利益は存在するとしても、確定審におけるような、いわば攻撃的な公訴権は、もはや存在しない。他方、被告人（請求人）側には、新規・明白な証拠を用意できれば確定判決の効力の除去を求める権利が存在するのであり、それが再審請求である。それゆえ請求人の地位は能動的なものとなるので、請求人は再審請求の必然的関与者とならねばならない。そして、再審は確定判決の当否の審査手続であるから、第1次的には請求人と裁判所との二面関係となるが、それでは余りにも職権主義的である。また、確定判決の利益もまったく無視するわけにはゆかないので、検察官はいわば「適正な請求手続の進行を図るため」の限度、たとえば意見陳述（刑訴規則286条）や証拠調べへの立会いといった限度において関与が正当化されるということとなる⁽³⁵⁾。

(33) さらに、再審請求審段階で、捜査機関が新たな証拠を収集することがどこまで（あるいは、そもそも）許容できるかという問題もあろう。すなわち、捜査という概念を再審請求審や即時抗告審の段階で観念できるのかという問題である。法的な意味では、捜査とは、将来の公判に備えての被告人・証拠の確保手続を意味する。しかし、再審請求は、公訴提起はもとより確定判決を経た後の手続であり、被告人・証拠の確保は既に完了している。そうすると、捜査機関が新たな証拠を収集するということの法的根拠自体に疑義が生じる。加えて、再審請求審も、対審でないとはいえ裁判手続であるから、裁判所権限による証拠収集が可能なのであり、捜査ないしそれに類する形態をとって捜査機関が独自の活動を行う必要性も薄らいでくるように思われるのである。

(34) 鴨編・前掲注（4）書所収の光藤景皎「再審の基本構造」（57頁）。三井・前掲注（4）論文175頁以下も、ほぼ同様の観点から、検察官関与の限界を説く。ただし、証明力を争うこと自体も禁じる方が論理的に一貫するのではないかと意見もある（小田中『誤判救済と再審』（1982年、日本評論社）209頁）。

(35) 三井・前掲注（4）論文178頁、水谷・前掲注（5）書1068頁以下。

なお、財田川事件再審開始決定に対する即時抗告の棄却決定⁽³⁶⁾は、次のようにいう。

「以上の作業〔注・新旧証拠の総合評価・再評価〕により確定判決の事実認定に合理的な疑いが出てくれば再審開始決定をすることとなるのである。したがって、それは確定判決の立場に身をおいて判断することである。再審開始の許否を決すべき再審請求受理裁判所には、必要とあれば事実の取調をする権能を付与されているが、同裁判所がせねばならない事実の取調は、同裁判所のなすべき右審理の周囲にそったものであるべきである。これに反し、再審請求に対する審判手続において、右のような審理を超えて、新旧証拠を総合評価した結果浮かんできた確定判決の事実認定に対する合理的疑いを現時点において解明するための事実の取調を、せねばならぬというものではない。再審請求受理裁判所のする前記手続は決定手続である。刑法1条の精神よりみて、決定手続によって、右のような合理的疑いが解明されるか否かを審理するのが必ずしも相応しい手続であるとも思われない。〔原文改行〕したがって、検察官の側から、右に記載したような合理的疑いを解明するための事実の取調をすべきであり、これをすれば合理的な疑いは解消されるから再審を開始すべきでない、と主張して具体的な事実取調の申出があっても、このような主張は再審開始の許否を決すべき再審請求受理裁判所においては主張自体採用の限りでない」と考える」

本決定は即時抗告審の問題に直接言及したものでない。だが、再審請求が確定判決との関係では審査審的な性格を有することを踏まえ、総合評価・再評価の観点を逸脱する場合には検察官からの事実取調べ請求が許されないことを指摘するものである。あまり注目されることのない判断部分であるが、無視できないものといえる。

4 このように、再審請求審における検察官の活動自体にも一定の限界がある以上、開始決定に対する即時抗告審の場合、①まがりなりとも確定判決の事実認定の正当性に相当の疑問が投げかけられていること、②その際には検察官側主張にかかる確定判決の利益も考慮されていること、③確定判決に対する続審の審査審としての性格をもつ請求一審に対する上訴という二度目の審査審であること、などの点で、請求一審以上に制約が加わるはずである。他方、再審請求審は、請求一審、即時抗告審のいずれも職権主義的構造をとるが、そうすると、裁判所の職権発動と新事実の取調べの関係も問題となろう。しかし、職権主義的構造であるとしても、ここでは事後審性と矛盾

(36) 高松高決 1981 年 3 月 14 日高刑集 34 卷 1 号 1 頁。

しない限度において職権発動が求められるはずであるから、新事実の取調べはやはり制約されるであろう。

なお、控訴審においても、やむを得ない場合の新事実の取調べ（382条の2）ありうることとの関係で、再審の場合も請求一審で取調べえなかった事実を持ち出す余地があるのでないかとの疑問も残ろう。しかし、控訴審の場合、一審判決が存在している——すなわち、事件の実体がかかなり具体化しているとはいえるが、それでもなお確定前の事件が審理の対象であり、その限りでは事件の浮動性・流動性が存在する。加えて、継続的危険という観点からみれば、確定判決を得るまでは被告人を有罪の危険にさらすことも是認しうる、従って、そのための新事実の提出（及びその資料収集）も一定程度は許容されるであろう。しかし、再審請求では、審理の対象は確定判決の当否であり、当該事件の手続としては完結している。事件の浮動性・流動性は失われている上、有罪方向での事実の主張や資料提出も完結している。そうすると、新事実・新証拠の提出を認める余地はほとんど考え難い上、仮にそれがあるとしても、ごく例外的場合に過ぎないであろう。

5 これに対し、棄却決定に対する即時抗告審の場合、続審の審理が許容されることとなれば、新事実の主張・提出も、ある程度自由なはずである。

この場合でも、検察官はすでに確定判決の利益を享受して公訴権を使いつくしている上、請求一審でも確定判決の維持に成功している。従って、検察官側には新事実・新証拠の主張・提出の必然性は乏しく、せいぜい、請求人側が抗告審段階で提出した証拠の証明力を争う限度での反証が許されるにとどまるであろう。請求一審での検察活動の限界からみても、そう考えるほかはない。

一方、請求人側には、ある程度広い範囲での証拠提出が許容されよう。確かに、新たな事実を抗告審になってから主張することは、争点の複雑化や混乱をもたらす点からみても、一般的には望ましいとはいえない。通常審とは異なるにせよ、再審請求でも、一審中心の審理が望ましいことは事実であろう。しかし、仮に即時抗告審で請求棄却決定が維持されても、第2次以降の再審請求でも、新規性や「同一の理由」要件を満たしうるならば、新証拠の提出と新事実の主張は許される。それ故、即時抗告審であることを理由にこれらを切り捨てることは訴訟経済にも反する。さらに、請求人側からみた場合、再審請求は訴訟上の権利であり、争う機会を十分に保障することは裁判を受ける権利（憲法32条）の要請するところでもある。特に再審は、無辜の救済を基本理念とする以上、構造論を盾に救済の機会を奪うのは背理である。さらに、近時は

再審請求段階でも証拠開示に積極的な動きもあり、中には、請求一審段階では見当らないし不存在とされてきた証拠が即時抗告段階で「発見」されることさえある。これらの中には相当に重要な証拠も少なくないが、これらを埋もれさせることは、上記の理由からやはり正当化できるものでない。請求人側からの証拠提出が制限されるとすれば、たとえば最終の意見陳述後の主張・証拠提出のような明らかに時期に遅れた主張など、検察官との関係でも訴訟上の信義誠実（刑訴規則1条参照）と矛盾を来すような場合のみであろう⁽³⁷⁾。

むすびにかえて

本稿の主張するところは、上訴（控訴審、抗告審）の性格、再審請求の性格といった側面からみて、再審請求棄却決定に対する即時抗告の場合はもちろん、仮に再審開始決定に対する即時抗告が許されるとしても、抗告審審理は片面性の強いものであり、検察官側の活動には大きな規制がかかるが、請求人側の活動は基本的に開かれたものであるべきだということとなる。

再審は関連規定が少ない上、不利益再審の廃止の点を除けば旧法規定をそのまま踏襲した点が多い。即時抗告の問題もこの点に端を発するものといえよう。しかしその一方、再審は、理論的にも実際のにも刑事手続のあり方や現状が凝集される制度でもある。それだけに、その解釈・運用には、公訴権論・訴訟構造論・既判力論をはじめとする刑事手続の基礎理論・基本原則を踏まえることが求められ、（悪い意味での）法規実証主義的な姿勢で問題を解決することはできないのである。

(37) 確定判決の当否審査が再審請求であるとする、確定判決の証拠構造と直接結びつかない事実・証拠を主張・提出することは請求人にも許されないのではなかとの疑問も生じるかもしれない。しかし、総合評価・再評価は「もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、果たしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点」からなされるべきところ（白鳥決定）、確定判決の認定に到達することを妨げうるならば、新事実・新証拠が確定判決の証拠構造と直接結びついている必要はないであろう。また、確定判決を下した裁判所の「審理中」という、いまだ心証形成が浮動な状態での評価であることにも留意する必要がある。従って、たとえば、確定判決が自白を有罪証拠としていないとしても、自白が無実の者の虚偽供述である可能性（いわゆる無知の暴露）を示唆する心理学鑑定は、無罪方向の有力な情況証拠である。かかる情況証拠の存在は、確定判決の事実認定への到達可能性に疑問を投げかけることとなる。この点で、確定判決の証拠構造と新事実・新証拠の間には、直接の関連は必要ないというべきである。

公文書管理法制の現状と課題Ⅱ

～ 歴史公文書等の保存、利用を中心に ～

早川和宏

一	はじめに	112
二	歴史公文書等の保存、利用等	115
1	媒体変換・ファイル形式の変換と原本性	115
2	原本の利用と複製物の利用	118
3	特定歴史公文書等と個人情報保護	122
4	特定歴史公文書等の利用制限事由の定め方	125
(1)	個人情報記録されている特定歴史公文書等	125
(2)	行政機関を除く国の機関からの移管文書	126
(3)	寄贈・寄託文書	128
三	おわりに	130

一 はじめに

筆者は、前稿⁽¹⁾において、公文書管理法制につき、①組織の定め方（国立公文書館等）、②現用文書の定め方（行政文書・法人文書）、③他の法令との関係、④移管・廃棄対象文書の決定（評価・選別）に関する4点の課題を指摘した。

1点目の、「組織の定め方（国立公文書館等）」においては、「歴史資料として重要な公文書その他の文書」（公文書等の管理に関する法律（以下「公文書管理法」という。）2条6項）に該当する法人文書（同条5項）の移管を受け、その不合理な保存期間の延長・散逸を防ぎ、将来の国民に対する説明責務（同法1条）を果たすための「器」ともいえる独立行政法人等公文書館（同法2条3項2号にいう「独立行政法人等の施設であって、……政令で定めるもの」）の設置数が非常に少ないこと、その背景には、「特定歴史公文書等の保存、利用及び廃棄に関するガイドライン」が抱える種々の問題点が潜んでいることを指摘した。前稿執筆から1年以上が経過しているが、独立行政法人等公文書館の設置については、東京大学文書館⁽²⁾、東京工業大学資史料館⁽³⁾が、公文書管理法施行令2条1項3号の定める内閣総理大臣の指定を受けるための手続を進めていることを除き、具体的な動きは寡聞にして知らない。

なお、「平成25年度における公文書等の管理等の状況について」⁽⁴⁾46頁によれば、独立行政法人等において、2013（平成25）年度に保存期間が満了した（当初満了予定であったが保存期間を延長したものを含む。）法人文書ファイル等は、886,982ファイルあり、このうち、国立公文書館等（公文書管理法2条3項）に「移管」することとさ

(1) 拙稿「公文書管理法制の現状と課題」桃山法学23号131頁。

(2) 東京大学文書館ニュース53号（2014年11月）2頁〈<http://www.u-tokyo.ac.jp/history/pdf/vol53.pdf>〉（参照2015（平成27）年2月25日）参照。なお、本稿校正時に確認したところ、2015（平成27）年内閣府告示42号により、「国立大学法人東京大学文書館」として、内閣総理大臣の指定がなされていた。

(3) 東工大ニュース2014（平成26）年6月25日〈<http://www.titech.ac.jp/news/2014/028030.html>〉（参照2015（平成27）年2月25日）では、「公文書管理法で定める『国立公文書館等』（国立公文書館に類する機能を有する施設）として内閣総理大臣の認定を受けるために、大岡山キャンパス本館奥の4階部分（かつての図書館長室）を改修し、公文書室を設置しました。」とされている。なお、本稿校正時に確認したところ、2015（平成27）年内閣府告示42号により、「国立大学法人東京工業大学博物館資史料館部門公文書室」として、内閣総理大臣の指定がなされていた。

(4) 内閣府大臣官房公文書管理課「平成25年度における公文書等の管理等の状況について」（2015（平成27）年1月）。これは、内閣府ウェブサイト〈<http://www.8.cao.go.jp/chosei/koubun/houkoku/houkoku.html>〉（参照2015（平成27）年2月25日）で入手することができる。

れたものは、10,825 ファイル（1.2%）とのことである。同書 47 頁「表 3 保存期間が満了した法人文書ファイル等の移管・廃棄等の状況」によれば、2011（平成 23）年度が 6,252 ファイル（0.7%）、2012（平成 24）年度が 7,046 ファイル（0.8%）であることから、移管とされるファイル数、移管率ともに僅かではあるが増加傾向にあるといえる。この点につき同書 46 頁は、「平成 24 年度と比べると、国立公文書館等へ移管することとされた法人文書ファイル等数及び移管率が増えており、その理由としては、大阪大学アーカイブズが平成 25 年度から国立公文書館等に新規指定されたことによることなどが挙げられる。」と述べており、（当たり前ではあるが）独立行政法人等公文書館の設置が、移管件数、移管率を上げる効果を持つことを示している。また、同書 63 頁以下の「資料 3 移管又は廃棄等の状況」では、独立行政法人等毎に、保存期間が満了した法人文書ファイル等について、移管、廃棄、延長とされたファイル数をまとめているが、独立行政法人等公文書館を設置していない組織については、移管の欄に「0（ゼロ）」が並んでいる⁽⁵⁾。それぞれの組織は、独立行政法人等となる以前から様々な文書を作成・取得しているため、国立公文書館等に移管して永久に保存（公文書管理法 15 条 1 項）すべき特定歴史公文書等が「0」であるとは考えられない。これは、法人文書の移管先を自ら有していない独立行政法人等が、本来は移管すべき法人文書の廃棄を防ぐために、やむをえず保存期間の延長により対応していることを示していると考えられる⁽⁶⁾。この数字からも、独立行政法人等公文書館の数を増やすことが、移管件数、移管率を上げ、法人文書を特定歴史公文書等化し、将来の国民に対する説明責務（同法 1 条）を果たす上で重要であるといえよう。

以上から、前稿において指摘した 1 点目の「組織の定め方（国立公文書館等）」については、現在においても状況に大きな変化はないということになる。

2 点目の「現用文書の定め方（行政文書・法人文書）」においては、公文書管理法に基づく管理の対象から除外される「一般に入手可能な文書」（同法 2 条 4 項 1 号、同条 5 項 1 号）及び歴史資料等保有施設（同条 4 項 3 号、同条 5 項 3 号）について問題点を指摘したところであるが、現時点において状況に変化はない⁽⁷⁾。

(5) 同表には、独立行政法人等公文書館を設置していない組織であっても「移管」の欄に「0」以外の数字が入っているものがある。これは、国立公文書館が移管を受け入れたものであるが、同表の注 2 によれば、そのファイル数は僅か 31 である。

(6) 保存期間延長による対応については、拙稿・前掲（注 1）の 137 頁を参照されたい。

(7) なお、国立公文書館等の指定と歴史資料等保有施設の指定の関係を巡り、現場に誤解が生じていたことを示すものとして、藤井健志「大学における資料保存の意味と意義」東京学芸大学大学史資料室報 1 号 1 頁〈<http://www.u-gakugei.ac.jp/shiryositsu/newsletter/pdf/journal01>〉。

3点目の「他の法令との関係」においては、特定秘密の保護に関する法律（以下「特定秘密保護法」という。）4条6項が定める場合以外であっても、特定秘密が記録された行政文書ファイル等を国立公文書館等へ移管することを法律で義務付けること、あるいは、国立公文書館等へ移管されないものについては、秘密指定の有効期間満了後一定期間は、当該秘密が記録された行政文書ファイル等の保存期間を満了させないことを法律によって義務づけることを提言した。このうち、前者については、第3回情報保全諮問会議（2014（平成26）年9月10日）参考資料「1. 特定秘密の指定及びその解除並びに適性評価の実施に関し統一的な運用を図るための基準（案）（パブリック・コメント前後の見え消し版）」⁽⁸⁾15頁において、「行政機関の長は、指定の有効期間が通じて30年を超える特定秘密に係る情報であって、その指定を解除し、又は指定の有効期間が満了したものを記録する行政文書のうち、保存期間が満了したものは、公文書管理法第8条第1項の規定に関わらず、歴史公文書等として国立公文書館等に移管するものとする。」、「行政機関の長は、指定の有効期間が通じて30年以下の特定秘密に係る情報であって、その指定を解除し、又は指定の有効期間が満了したものを記録する行政文書のうち、保存期間が満了したものは、公文書管理法第8条に基づき、歴史公文書等については国立公文書館等に移管し、又は、歴史公文書等に該当しないもの（例えば、正本・原本以外の写しの文書、断片情報を記録した文書）については内閣総理大臣の同意を得て廃棄する。」との考え方が示されている。これが実施されるのであれば、特定秘密が記録された行政文書ファイル等につき、将来の国民に対する説明義務を果たす範囲が一定程度広がったと評価することができる。もっとも、特定秘密保護法の改正ではなく、運用基準による対応にとどまるものであること、秘密指定の有効期間と行政文書の保存期間の一致が制度的に回避できていないことから、その手法・内容としては不十分であると考ええる。

4点目の「移管・廃棄対象文書の決定（評価・選別）」においては、公文書管理法の制定により、我が国においてもレコード・スケジュール制度が導入されるに至ったが、2008（平成20）年11月4日の公文書管理の在り方等に関する有識者会議最終報告「『時を貫く記録としての公文書管理の在り方』——今、国家事業として取り組む——」⁽⁹⁾（以下「有識者会議最終報告」という。）が移管・廃棄の判断について想定していた、文書

pdf）（参照2015（平成27）年2月25日）がある。

(8) 同資料は、内閣官房ウェブサイト（<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/jyouhouhozen/dai3/sankoul.pdf>）（参照2015（平成27）年2月25日）で入手できる。

(9) 同報告書は、内閣官房ウェブサイト（<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/koubun/hokoku.pdf>）（参照2015（平成27）年2月25日）で入手できる。

管理に関する専門家の適切なサポートの下における各府省での一次的な評価・選別＋公文書管理担当機関のチェック（二次的な評価・選別）という二段階制度を捨象している点を問題点として指摘した。この問題点については、現時点において状況に変化はない。

以上、前稿における問題点の指摘と、現時点における状況を概観したが、本稿では、前稿において積み残しとなってしまう公文書管理法制に内在する諸問題のうち、歴史公文書等の保存、利用に係る問題について検討を加えることにする。

二 歴史公文書等の保存、利用等

1 媒体変換・ファイル形式の変換と原本性

公文書管理法 15 条 2 項は、「国立公文書館等の長は、特定歴史公文書等について、その内容、保存状態、時の経過、利用の状況等に応じ、適切な保存及び利用を確保するために必要な場所において、適切な記録媒体により、識別を容易にするための措置を講じた上で保存しなければならない」と定める（下線は筆者による。以下同じ）。ここにいう特定歴史公文書等には、①行政文書ファイル等（同法 5 条 5 項）のうち、国立公文書館等に移管された歴史公文書等（同法 2 条 7 項 1 号、8 条 1 項）、②法人文書ファイル等（同法 11 条 2 項）のうち、国立公文書館等に移管された歴史公文書等（同法 2 条 7 項 2 号、11 条 4 項）、③行政機関を除く国の機関から内閣総理大臣を経由して独立行政法人国立公文書館の設置する公文書館に移管された歴史公文書等（同法 2 条 7 項 3 号、14 条 4 項）、④法人その他の団体（国及び独立行政法人等を除く。）又は個人から国立公文書館等に寄贈・寄託された歴史公文書等（同法 2 条 7 項 4 号）の 4 種類のものがある。これらの 4 種類のうち、①に該当する文書が電子公文書等⁽¹⁰⁾である場合、当該文書の国立公文書館への移管・保存・利用は、以下のようになされている。

(10) 内閣府大臣官房公文書管理課「電子公文書等の移管・保存・利用の具体的方法に係る方針」（2010（平成 22）年 3 月 26 日）は、「歴史資料として重要な公文書等（電子的方式で作られたものに限る。以下「電子公文書等」という。）」としているため、厳密に言えば、磁気テープ、磁気ディスク（フロッピー・ディスク等）といった磁気的方式を含まないことになる。そのため、ここでいう電子的公文書等と、公文書管理法 2 条 4 項が行政文書の定義において用いている「電磁的記録」（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られた記録をいう）とは、一部重複するものの一致してはいないと理解できよう。同方針は、独立行政法人国立公文書館「公文書移管関係資料集」（2014（平成 26）年 7 月）（http://www.archives.go.jp/about/report/pdf/h26_ikan_siryou.pdf）（参照 2015（平成 27）年 2 月 25 日）で入手できる。

る⁽¹¹⁾。

ア 移管：行政機関（公文書管理法2条1項）から、標準的フォーマット（OASYS、一太郎、Word、Excel等）のものを、可搬媒体（CD-R、DVD-R、HDD等）、政府共通ネットワーク等により、国立公文書館へ移管を行う。

イ 受入れ：国立公文書館は、移管された電子公文書等について媒体変換（受入れシステムでシステムに格納）を行った上でコンピュータウイルスについて検疫等を行う。

ウ 保存：原則として、PDF/A-1等の「長期保存フォーマット」⁽¹²⁾に変換した上で、「電子公文書等の移管・保存・利用システム」で保存する。

エ 利用：政府共通ネットワークを通じた移管元機関による利用、国立公文書館デジタルアーカイブを通じた一般の利用等に供する。

ここで注目されるのは、移管・受入れ段階（ア・イ）ではMicrosoft Word、一太郎といったワープロソフトや、Microsoft Excel等の表計算ソフト等で作成されていた文書であっても、特定歴史公文書等として保存される段階（ウ）では、PDF/A-1等の当初とは異なるファイル形式になっている点である⁽¹³⁾。これは、行政文書段階での原本（ワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式）と、特定歴史公文書等段階での原本（PDF/A-1等）とが異なることを意味している。先ほど引用したように、公文書管理法15条2項は「適切な記録媒体」による保存を国立公文書館等の長に義務づけているが、文理的には媒体変換（イ）のみがこれに含まれ、ファイル形式の変換（ウ）が含まれると解することは困難であるとも考えられる⁽¹⁴⁾。また、行政文書を出自とする特定

(11) 以下の記述については、独立行政法人国立公文書館「公文書の管理と移管」（2014（平成26）年7月）〈http://www.archives.go.jp/about/report/pdf/h26_ikan_pamphlet.pdf〉（参照2015（平成27）年2月25日）21頁、風間吉之「電子公文書等の移管・保存・利用システムについて」アーカイブズ47号33頁及び内閣府大臣官房公文書管理課・前掲（注10）を参照にした。なお、以下の検討では、「国立公文書館等」（公文書管理法2条3項柱書）ではなく、「国立公文書館」（同項1号）を対象とする。

(12) 長期保存フォーマットは、文書作成フォーマットについてはPDF/A-1（ISO19005-1）、表計算フォーマットについてはPDF/A-1（ISO19005-1）、プレゼンテーション・フォーマットについてはPDF/A-1（ISO19005-1）、画像フォーマットについてはJPEG2000（ISO/IEC15444-1）とされている。PDF/A-1についていえば、我が国の電子公文書等の保存は、アドビ社という米国法人に依存していることになる。

(13) もっとも、行政文書がPDF/A-1等の長期保存フォーマットで作成され、移管されるのであれば、ファイル形式の変換は必要でなくなる。しかし、後述するように、利用者の利便性を考えると、長期保存フォーマットによる移管を行政機関に義務づけるべきではないと思われる。

(14) なお、「特定歴史公文書等の保存、利用及び廃棄に関するガイドライン」（2011（平成23）年4月1日・内閣総理大臣決定。以下「特定歴史公文書等ガイドライン」という。）4頁は、「行政

歴史公文書等の定義は、公文書管理法2条7項1号によって「第8条第1項の規定により国立公文書館等に移管されたもの」とされていることからすると、移管後にファイル形式を変換したものは、国立公文書館等が作成したものであるため、そもそも特定歴史公文書等に該当しないと解することもできてしまう。

確かに、電子公文書等について、将来の国民に対する説明責務（同法1条）を果たすためには、長期的に見読性を保証する必要がある。少なくとも現時点においては、特定のワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式による文書は、ソフト提供会社の継続性、過去のバージョンへの対応の必要性といった観点からすれば、長期的な見読性の保証に乏しく、国際標準化されたPDF/A-1等によることの方が望ましいのかもしれない。その意味では、現在行われている電子公文書等の国立公文書館への移管・保存・利用方法は、妥当なものであるともいえる。しかしながら、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「行政機関情報公開法」という。）に基づく開示請求段階（行政文書段階）であれば、ワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式による写しの交付が可能であったことを考えれば（同法14条1項、同法施行令9条3項3号ホ）、特定歴史公文書等としての原本は、あくまでもワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式による文書であるとし、移管の前後を通じて当該ファイル形式による利用可能性を担保する必要があるのではあるまいか。特に、表計算ソフトのファイル形式をそのまま利用することができれば、そこに残されている計算式を利用すること、それを加工し、データ処理をすること等が可能であり、利用者にとっての利便性は格段に高くなるはずである。

このように考えると、現在は特定歴史公文書等の「原本」として扱われているPDF/A-1等は、長期的に見読性を確保するための複製物であると位置づけ、元のファイル形式、PDF/A-1等の長期保存フォーマット、その双方の形式により保存することを国立公文書館に義務づける必要があるように思われる⁽¹⁵⁾。もっとも、行政機関から移管された「原本」であるワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式による文書

機関や独立行政法人等からの受入れ」の「留意事項」として、ウイルスチェック（検疫）及び媒体変換については言及しているが、ファイル形式の変換については言及していない。

(15) 国立公文書館には、ワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式、PDF/A-1等の形式という2種類の電子公文書等の保存を求めることになるため、その作業量が増えるようにも思える。しかしながら、「イ 受入れ」段階のファイルを消去しないことにし、当該ファイルとフォーマット変換後のPDF/A-1等と紐づけするだけで対応できると考えられることから、大きな支障はないと思われる。もちろん、ファイル容量が増えることになるため、保存用の媒体の増設・増量が必要になるが、紙媒体の文書と比べれば、保存スペースの問題は大きくないであろう。

をそのまま利用に供すると、利用段階において改変等がなされる可能性も否定できない。そのため、原本のファイル形式のまま複製した文書により利用に供することを、原則とすべきであろう。

独立行政法人国立公文書館「電子媒体による公文書等の適切な移管・保存・利用に向けて——調査研究報告書——」(2006(平成18)年3月)⁽¹⁶⁾117頁では、「移管された電子公文書等のエッセンスを保存し、その複製を作成してインターネット等により提供することで、従来、国立公文書館まで足を運ばなければ得られなかった情報が、自宅や職場などにいながら閲覧することができる。一方、移管された電子公文書等の原本については、一般利用者がアクセスする複製とは分離して保管しておくことで、安全性を維持する必要がある。」とし、一般利用者がアクセスするのは複製物、保管(保存)は原本という考え方を示している。同報告書は公文書管理法制定前のものであり、ここで示されているのはインターネット等による一般利用についての見解であるが、原本の安全性を確保するために複製物を利用に供するという考え方自体は、現在においても妥当するものと思われる。

この点につき、公文書管理法施行令24条は、電磁的記録の利用方法を、①電磁的記録を専用機器により再生又は映写したものの閲覧、視聴又は聴取、②電磁的記録を用紙に出力したものの閲覧又は交付、③電磁的記録を電磁的記録媒体に複製したものの交付、という3種類の方法のうち、国立公文書館等の長が利用等規則で定める方法によることとしている。ここでいう電磁的記録のうち、これまで検討してきた電子公文書等に該当するものについては、上述のような理由から、原本の利用ではなく、複製物の利用によるべきであると考えられよう。

もっとも、先ほど述べたように、移管後に国立公文書館等が作成した複製物の利用については、特定歴史公文書等の利用には該当しないとの解釈も可能であることから、ここで項を改め、原本の利用と複製物の利用の関係について検討することにしたい。

2 原本の利用と複製物の利用

公文書管理法16条1項柱書によれば、特定歴史公文書等について利用の請求があった場合には、原則としてこれを利用させなければならないとされている。この「利用」の方法は、同法19条本文により、「文書又は図画については閲覧又は写しの交付の方法により、電磁的記録についてはその種別、情報化の進展状況等を勘案して政令で定

(16) 同報告書は、国立公文書館ウェブサイト〈http://www.archives.go.jp/about/report/pdf/hourei3_12.pdf〉(参照2015(平成27)年2月25日)で入手できる。

める方法により行う」とされている。そして、同条但書は、「ただし、閲覧の方法により特定歴史公文書等を利用させる場合にあっては、当該特定歴史公文書等の保存に支障を生ずるおそれがあると認めるときその他正当な理由があるときに限り、その写しを閲覧させる方法により、これを利用させることができる」と定めている。すでに確認したように、行政文書を出自とする「特定歴史公文書等」とは、公文書管理法8条1項の規定により「国立公文書館等に移管されたもの」（同法2条7項1号）をいう。つまり、公文書管理法は、特定歴史公文書等の原本の利用を原則とし、例外的にその写しの閲覧による利用という方法を取ることができるとしているのである。国立公文書館ウェブサイトの「利用に供することにより原本の破損若しくはその汚損を生じるおそれがある特定歴史公文書等の例」（2014（平成26）年8月28日現在）⁽¹⁷⁾によれば、現在、原本利用が制限されている特定歴史公文書等には、御署名原本・日本国憲法、公文録、上書建白書（民撰議院設立建白書）などがある。

公文書管理法19条但書が定める利用方法は、特定歴史公文書等の原本の閲覧利用ではなく、その写し（複製物）の閲覧利用である。これは、文書そのものの利用ではなく、文書に記載されている情報（が写されたもの）の利用であるといえよう。作成・取得から相当年を経過した紙媒体の特定歴史公文書等については、原本を利用させることにより劣化・破損・汚損の可能性が高くなる⁽¹⁸⁾。そのため、その保存及び利便性向上という観点から、その写しの利用が認められているのである⁽¹⁹⁾。なお、当たり前のことであるが、写しの利用の大前提は、原本が保存されていることである。原本が保存されているからこそ、原本の記載内容と写しの記載内容の、同一性確認可能性が担保されるからである⁽²⁰⁾。

では、この理は、電子公文書等についても同じであると考えられるのであろうか。

(17) http://www.archives.go.jp/guide/pdf/kichou_list.pdf（参照2015（平成27）年2月25日）。

(18) 高橋和宏「外交記録の公開に向けた外交史料館の取組」ジュリ1419号66頁は、「様々な形で利用される外交記録は、その反面で日々確実に劣化が進んでいる。しかも利用頻度の高いものほど、多くの人の手に触れることにより劣化の進展も早くなる。」と述べている。

(19) 特定歴史公文書等ガイドライン・前掲（注14）7頁「B-5 複製物」は、「館は、特定歴史公文書等について、その保存及び利便性の向上のために、それぞれの特定歴史公文書等の内容、保存状態、時の経過、利用の状況等を踏まえた複製物作成計画を定めた上で、適切な記録媒体による複製物を作成する。」としている。

(20) 現行の制度を前提とする限り、原本の利用が制限されている文書につき、この同一性確認可能性を現実化させるのは、特定歴史公文書等ガイドライン・前掲（注14）31頁、C-16の「原本の特別利用」によるしかないであろう。もっとも、C-16は、当該ガイドラインのC章第1節「利用の請求」ではなく、第2節「利用の促進」に位置づけられていることから、公文書管理法16条1項が定める請求権に基づく利用ではないとして、広範に制限される可能性もある。

電子公文書等については、それが保存されている媒体の耐用年数の問題はあるものの、利用による劣化は観念し難い⁽²¹⁾。一方、データ改変による破損（汚損）等の可能性は、先に指摘したように存在する。したがって、電子公文書等については、原本利用ではなく、写し（複製物）の利用を原則とすべきであろう。

これを、先に検討した国立公文書館への移管後におけるファイル形式変換の問題と合わせて考えると、以下のようなだろう。

ア 行政機関から移管された「原本」であるワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式による文書が、そのまま利用できる状態にある場合には、当該ファイル形式のままの「写し」（複製物）を作成し、それを利用に供することを原則とする。

イ 利用のためのハードウェア・ソフトウェアが国立公文書館に存在しなくなり、見読性を有しているのがPDF/A-1等にファイル変換した文書のみになった場合、あるいは、予算的・技術的に国立公文書館においてPDF/A-1等にファイル変換した文書しか利用に供することができない場合には、当該文書の「写し」（複製物）を作成し、これを利用に供することを原則とする。

なお、イの場合においても、「原本」であるワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式による文書は、「原本」の記載内容と「写し」（複製物）の記載内容の同一性確認可能性を担保するために、保存し続けるべきであろう⁽²²⁾。なぜならば、仮に国立公文書館が、ワープロソフト・表計算ソフト等のファイル形式で文書を見読するために必要なハードウェア・ソフトウェアを失ったとしても⁽²³⁾——古いワープロ専用機を持っている者のように——当該ファイルについて見読性を有している者が存在することは否定できず、また、将来においてファイルビューアー等が開発され、見読性が甦る可能性もあるからである。このように、特定の時点における見読性の有無にとらわれず、原本と写し（複製物）の同一性確認可能性を残しておくことは、「写し」（複製物）が真正なものであることを将来において説明する手段になると考えられよう。

ここで述べた考え方からすると、「原本」であるワープロソフト・表計算ソフト等の

(21) 保存媒体の耐用年数の問題については、媒体変換により解決していくことになる。媒体変換が、公文書管理法15条2項により認められていることは、既に述べたとおりである。

(22) 前項で取り上げた国立公文書館における電子公文書等の保存は、ファイル変換後の「長期保存フォーマット」によるものであったことを想起されたい。

(23) デジタルデータの保存可能期間と保存媒体、ハードウェア、ソフトウェアの関係については、JEITA（一般社団法人電子情報技術産業協会）テープストレージ専門委員会長期保存分科会による想定が公表されている。同法人ウェブサイト〈http://home.jeita.or.jp/upload_file/20111221165535_MvQbSIymHi.pdf〉（参照2015（平成27）年2月25日）の30頁を参照されたい。

ファイル形式による文書の見読性が失われた段階や、国立公文書館における見読性確保が困難である場合においては、「写し」（複製物）である PDF/A-1 等にファイル変換した文書の「写し」（複製物）の利用が原則になる。少々奇異な感じを受けるかもしれないが、原本を利用させることができない場合には、「写し」（複製物）の利用を原則とするという考え方自体は、公文書館業界では一般的なものである。

例えば、紙媒体の原本の劣化を防ぐためにマイクロフィルムを作成し、当該マイクロフィルムのマイクロフィルム・リーダーによる閲覧や⁽²⁴⁾、当該マイクロフィルムから作成した写しの交付を、原則的な利用方法とすることは、一般に行なわれているところである。この点につき、特定歴史公文書等ガイドライン 25 頁は、「文書又は図画を用紙に複写する場合は、原本から直接複写する方法のほか、原本保護のため、マイクロフィルムや電磁的記録を中間媒体として活用して複写する方法が考えられる」としている。厳密に言えば、公文書管理法 19 条但書は「閲覧の方法により特定歴史公文書等を利用させる場合」に「写しを閲覧させる方法」を認めるのみであり、同条本文の「写しの交付の方法により」利用させる場合について、「写しの写しの交付の方法」（原本から作成した「写し」であるマイクロフィルムから紙媒体の「写し」を作成し、それを交付する方法）を認めているわけではない⁽²⁵⁾。原本保護の重要性にかんがみるならば、特定歴史公文書等ガイドラインが認めている中間媒体からの写しの作成・交付を、特定歴史公文書等の利用形態の一種として、明文の規定で認めるべきであろう⁽²⁶⁾。

思えば、「健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源」たる公文書等を「主権者である国民が主体的に利用」（公文書管理法 1 条）する場合、一般の国民にとって重要なのは「文書そのもの」を利用することではなく、「文書に記載された内容」を知

(24) 国立公文書館ウェブサイト〈<http://www.archives.go.jp/about/activity/transfer.html>〉（参照 2015（平成 27）年 2 月 25 日）によれば、「約 12 万冊（平成 22 年 3 月末現在）の特定歴史公文書等をマイクロフィルム化し、閲覧に供しています」とのことである。

(25) なお、公文書管理法制定附則 2 条は、「この法律の施行の際現に国立公文書館等が保存する歴史公文書等については、特定歴史公文書等とみなす。」と定めている。ここにいう「歴史公文書等」は原本であると複製物であると問わないと解すれば、同法施行の際にマイクロフィルム化されていた文書については、「マイクロフィルムという原本の写しの交付」であると解する余地もある。もっとも、マイクロフィルム化された時期によって「写しの交付」か「写しの写しの交付」かを分けることに意味はないであろう。

(26) 宇賀克也『逐条解説 公文書等の管理に関する法律〔改訂版〕』（第一法規・2011（平成 23）年）156 頁は「原本の破損、汚損を回避しつつ、原本をマイクロフィルム化、デジタル化すること等により、原本の写しを作成し、それを利用請求の対象とすることが望ましい」と述べている。当該記述が、原本の写しを「特定歴史公文書等」として扱い、利用請求の対象とする趣旨を含むものであるならば、本稿と同一の方向を示していると考えられよう。

ることではあるまいか。そうであるならば、原本としての特定歴史公文書等を汚損・破損・劣化させ、その保存性を低める可能性の高い「原本利用」は、「文書そのもの」を利用する必要がある者⁽²⁷⁾や、原本の記載内容と写しの記載内容の同一性確認が必要な場合に制限することは正当化できよう。公文書管理法19条の規定では、原本利用が原則となっている点、写しの利用が閲覧に限定されている点において、見直しが必要であると考えられる⁽²⁸⁾。

3 特定歴史公文書等と個人情報保護

公文書管理法15条3項によれば、「国立公文書館等の長は、特定歴史公文書等に個人情報（生存する個人に関する情報であつて、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）をいう。）が記録されている場合には、当該個人情報の漏えいの防止のために必要な措置を講じなければならない。」とされている。これと同じく、国立公文書館等に移管され、特定歴史公文書等になる前の行政文書、法人文書については、それぞれ、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律（以下「行政機関個人情報保護法」という。）、独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律（以下「独立行政法人等個人情報保護法」という。）に基づき、「保有個人情報の漏えい、滅失又はき損の防止その他の保有個人情報の適切な管理のために必要な措置を講じ」ること（行政機関個人情報保護法6条1項、独立行政法人等個人情報保護法7条1項）が、行政機関の長、独立行政法人等の義務とされている。条文を比較すると、公文書管理法では「漏えい」の防止のみが規定されているのに対し、行政機関個人情報保護法・独立行政法人等個人情報保護法ではそれ以外に「滅失又はき損の防止」が規定されている点に違いがあるが、これは、特定歴史公文書等が「永久に保存」（公文書管理法15条1項）されるものであることから、「滅失又はき損」については、そちらで確保されているからであると理解することができよう⁽²⁹⁾。

これに対し、個人情報の訂正、利用停止請求等については、行政機関個人情報保護

(27) 特定歴史公文書等ガイドライン・前掲（注14）33頁「〈原本の特別利用〉」では、「原本の紙質、色合い、綴じの形式等を確認する場合等、原本を閲覧しなければ請求者の目的を達せられない場合」等に原本の特別利用を認めている。

(28) なお、原本利用を原則とできない場合においては、その「写し」が真正なものであることを国立公文書館が公証する制度も、併せて検討されるべきであろう。

(29) 宇賀・前掲（注26）138頁参照。

法及び独立行政法人等個人情報保護法では規定されているが（行政機関個人情報保護法 27 条以下、36 条以下。独立行政法人等個人情報保護 27 条以下、36 条以下）、公文書管理法には規定がない。この点については、国立公文書館等の主要な任務は、行政文書、法人文書に「記録された事実をありのままに受け入れ、永久に保存するとともに、一般の利用に供することである」から、「国立公文書館等が個人情報を有するとしても、受け入れた特定歴史公文書等にたまたま個人情報が含まれていたに過ぎず、当該個人情報を組織的に利用し、何らかの評価・判断をすることもないことから、個人情報保護の観点から、行政機関個人情報保護法等と同等の本人関与等の仕組みを設けることが必ずしも求められるものではないと考えられる。」と説明されている⁽³⁰⁾。しかしながら、この見解には疑問がある。

そもそも、公文書管理法 2 条 4 項 2 号及び同条 5 項 2 号が、行政文書、法人文書から特定歴史公文書等を除くための規定を置いたのは、この規定を置かなければ、特定歴史公文書等が行政文書、法人文書に入ってしまうからである。つまり、行政機関の一施設である、宮内庁書陵部図書課宮内公文書館・外務省大臣官房総務課外交史料館の職員は、特定歴史公文書等の保存・利用提供のために当該文書を組織的に用いており、独立行政法人等の一施設である国立公文書館の役員又は職員もまた同様であるからこそ、先述のような除外規定が必要になるのである。また、特定歴史公文書等については、公文書管理法 24 条によって移管元機関等による利用の特例（いわゆる行政利用）が認められていることからすると、やはり組織的な利用はなされるといえる。更に、叙勲候補者選考の基礎資料の内容（例えば経歴）の真偽を確認するために特定歴史公文書等を行政利用する場合等を想定できるのであれば、それによって何らかの評価・判断がなされることも否定できない。加えて、行政機関個人情報保護法等は、「特定の個人を識別することができるもの」（行政機関個人情報保護 2 条 2 項、独立行政法人等個人情報保護 2 条 2 項）を個人情報として保護しており、評価・判断の対象となる個人情報のみを保護しているわけでもない。以上からすると、特定歴史公文書等についても、行政機関個人情報保護法等と同等の本人関与等の仕組みを設けることが求められると解されよう。

確かに、特定歴史公文書等については、そこに「記録された事実をありのままに受け入れ、永久に保存する」ことが必要である。しかしながら、「記録された個人情報」が事実と異なっている場合には、正しい事実を将来の国民に対して説明できるように

(30) 『改訂 逐条解説公文書管理法・施行令』（ぎょうせい・2011（平成 23）年）64 頁。

することも必要であろう。そこで、この2つの必要性を満たすために、特定歴史公文書等については、訂正の申出を認め、訂正の申出があった旨及び当該申出に対する判断を「付せん」で付け、当該付せんが付されたままの状態を利用に供する義務を、国立公文書館等に課す必要があろう⁽³¹⁾。

訂正の申出と同様に、利用停止の申出も特定歴史公文書等について認める必要があると思われる。行政機関個人情報保護法、独立行政法人等個人情報保護法は、個人情報法が違法に保有された場合等（行政機関個人情報保護法36条1項各号、独立行政法人等個人情報保護法36条1項各号）について利用停止請求を認め、当該利用停止請求に理由があると認められるときに、行政機関の長・独立行政法人等に利用停止義務を課している（行政機関個人情報保護法38条、独立行政法人等個人情報保護法38条）。特定歴史公文書等については、「行政機関・独立行政法人等が個人情報を違法に保有した事実」等を残す必要があることから、ここにおいても、利用停止の申出があった旨及び当該申出に対する判断を「付せん」で付け、当該付せんが付されたままの状態を利用に供する義務を、国立公文書館等に課す必要があろう⁽³²⁾。

なお、公文書管理法、行政機関個人情報保護法、独立行政法人等個人情報保護法のいずれにおいても、「本人」のみを開示請求等の請求権者としているが、特定歴史公文書等については、当該文書の作成・取得から相当年限が経過しており、本人が既に死亡している可能性が高いことから、当該請求等是有名無実化することが想定される。また、特定歴史公文書等に記録されている個人情報は、将来的には本人以外にも利用されるものであるため、事実とは異なる個人情報が記録・保有されている場合には、一定範囲の遺族について上述の請求権・申出の権利を認める必要性が高いと考えられよう。この点については、親権者であった者が、個人情報保護条例に基づいて、死亡した未成年の子供の個人情報の開示を求めた事例における裁判例⁽³³⁾のように、「社会通念上、この子どもに関する個人情報を請求者自身の個人情報と同視し得るものとする余地もあるものと考えられる」ことを理由の一つとして、明文の規定なくしても遺族による開示請求を認める余地はある。しかしながら、明文の規定がない状況では、「一

(31) 宇賀・前掲（注26）164頁参照。

(32) 本稿では、行政機関個人情報保護法等が定める訂正請求・利用停止請求と区別する意味で「訂正の申出」・「利用停止の申出」という用語を使用した。その内容は、特定歴史公文書等に記載された内容の訂正義務、利用停止義務を国立公文書館等に課するものではなく、「付せん」による処理を義務づけるものであるため、「付せん処理の請求」「情報附記の請求」といった用語の方がふさわしいかもしれない。

(33) 東京高判1999（平成11）年8月23日判時1692号47頁。

定の場合には、遺族は故人の個人情報の開示等を請求できる」ことについて一般国民等が了知することは困難であることから、明文の規定を設ける必要がある。

4 特定歴史公文書等の利用制限事由の定め方

(1) 個人情報が記録されている特定歴史公文書等

公文書管理法 16 条 1 項は、特定歴史公文書等につき利用請求を認めているが、同項各号に掲げる場合には、その利用が制限される。

公文書管理法 16 条 1 項 1 号イ及び 2 号イは、その出自が行政文書・法人文書である特定歴史公文書等に「行政機関情報公開法第 5 条第 1 号に掲げる情報」、「独立行政法人等情報公開法第 5 条第 1 号に掲げる情報」が記録されている場合の利用制限を定めている。これらの条文は、いずれも個人情報について規定しているものである。行政機関情報公開法 5 条 1 号、独立行政法人等情報公開法 5 条 1 号ともに、その本文は、「個人に関する情報（事業を営む個人の当該事業に関する情報を除く。）であって、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と照合することにより、特定の個人を識別することができることとなるものを含む。）又は特定の個人を識別することはできないが、公にすることにより、なお個人の権利利益を害するおそれがあるもの。」という表記になっている。したがって、ここでは、「又は」の前後に、①特定の個人を識別することができる情報、②特定の個人を識別することはできないが個人の権利利益を害するおそれがある情報、という 2 種類の情報が規定されていることになる。

ところで、公文書管理法 16 条 2 項は「国立公文書館等の長は、前項に規定する利用の請求…括弧内略…に係る特定歴史公文書等が同項第 1 号又は第 2 号に該当するか否かについて判断するに当たっては、当該特定歴史公文書等が行政文書又は法人文書として作成又は取得されてからの時の経過を考慮する」と定めている。この時の経過の考慮につき、特定歴史公文書等ガイドライン 13 頁「〈利用制限事由該当性の審査〉」では、「時の経過の判断に当たっては、国際的な慣行である 30 年ルール（1968 年 ICA（国際公文書館会議）マドリッド大会において出された、利用制限は原則として 30 年を超えないものとする考え方）をも踏まえる必要がある。」とされている。つまり、個人情報が記録されている特定歴史公文書等であっても、それが「国民共有の知的資源」であり、「主権者である国民が主体的に利用し得るものであること」（公文書管理法 1 条）から、一定の時期において利用制限をなくすこととしているのである。

特定歴史公文書等ガイドラインに示されている「30 年ルール」の妥当性についての

議論（20年で良いのではないか等）はあり得ようが、将来におけるいつかの時点で、個人情報記録された特定歴史公文書等の利用を（本人、遺族等のみならず）広く一般に認めるべきであること自体は、異論がないところであろう。永久に利用できないのであれば、当該文書を永久に保存する必要はないことになるからである。しかしながら、①の「特定の個人を識別することができる情報」については、その文理上、いくら時の経過を考慮しても、公文書管理法16条1項1号イ及び同項2号イに該当し続けることになってしまう。例えば、国立公文書館では「坂本竜馬履歴」⁽³⁴⁾について利用制限をしていないが、これには特定の個人を識別することができる情報が記録されており、文理的には利用制限の対象に入ってしまう。もっとも、坂本竜馬のような歴史上の人物については、「慣行として公にされ、又は公にすることが予定されている情報」（行政機関情報公開法5条1号イ、独立行政法人等情報公開法5条1号イ）に該当するため、個人識別情報であっても利用制限の対象に入らないとの考え方もあり得る⁽³⁵⁾。しかしながら、特定歴史公文書等には、歴史上の人物とまではいえない一般個人の個人情報も記録されているため、「慣行として公にされ、又は公にすることが予定されている情報」に該当するとは必ずしもいえないものも多数存在すると考えられる。

そのため、特定歴史公文書等について個人情報を理由とする利用制限を定めるに当たっては、公文書管理法16条1項1号イ及び同項2号イのように、個人識別性を理由とした利用制限を認めるべきではなく、「個人の権利利益を害するおそれ」の有無のみを基準とし、利用制限の有無を判断すべきであろう。

この点、国立公文書館においては、「独立行政法人国立公文書館における公文書管理法に基づく利用請求に対する処分に係る審査基準（2011（平成23）年4月1日館長決定）の「（別添参考）30年を経過した特定歴史公文書等に記録されている個人情報について」⁽³⁶⁾において、個人（一定の場合には遺族を含む）の権利利益を害するおそれの有無によって利用制限期間を判断することとしており、妥当である。このような実務上の取扱いに法律上の根拠を与えるため、公文書管理法16条1項1号イ及び同項2号イの規定は改正すべきであると考ええる。

(2) 行政機関を除く国の機関からの移管文書

公文書管理法14条によれば、行政機関以外の国の機関、具体的には、立法機関・司

(34) 請求番号：本館-2A-037-00・雑01204100

(35) 田中駒子「公文書管理法の施行と国立公文書館の取組」ジュリ1419号60頁参照。

(36) 国立公文書館ウェブサイト〈http://www.archives.go.jp/information/pdf/riyoushinsa_2011_00.pdf〉（参照2015（平成27）年2月25日）より入手できる。

法機関が作成・取得した歴史公文書等⁽³⁷⁾については、内閣総理大臣が、立法機関・司法機関との協議による定めに基づき、当該機関との合意により、その移管を受けることができ、移管を受けた内閣総理大臣は、それを国立公文書館（「国立公文書館等」ではない）に移管するものとされている。つまり、行政機関・独立行政法人等から国立公文書館等への移管は、法律上の義務としてなされるが（公文書管理法8条1項、11条4項）、立法機関・司法機関から内閣総理大臣への移管は、「合意」に基づいているのである。このような「合意」に基づく立法機関・司法機関からの移管は、三権分立の観点によるものであるとされている⁽³⁸⁾。

そして、三権分立の観点による上述のような移管制度が採られていることから、公文書管理法16条1項3号は、行政機関を除く国の機関（立法機関・司法機関）から移管された特定歴史公文書等の利用制限について、「当該国の機関との合意において利用の制限を行うこととされている場合」を利用制限事由として定めているとされている⁽³⁹⁾。

ところで、行政機関についても、公文書管理法が施行されるまでの国立公文書館への移管は、「合意」に基づいてなされていた⁽⁴⁰⁾。しかしながら、そのような方式では、行政機関の「各担当課の判断が優先され、内閣府（国立公文書館）の専門的意見が尊重されず、移管が進まない」⁽⁴¹⁾といった問題が生じていたため、現在のような方式が法定されたのである。

立法機関・司法機関も歴史公文書等を保有しており、それは、将来の国民に対して当該機関が説明責務を果たすための、国民共有の知的資源に該当するものであると考えられる。そのため、立法機関・司法機関についても、法律に基づく移管を義務づける規定を置くべきであろう。もっとも、立法機関・司法機関の文書を独立行政法人である国立公文書館が保存し、利用に供することについては、三権分立の観点から疑問が無いわけではない。そこで、本来であれば、それぞれの機関が独自に国立公文書館等に相当する施設を設置し、そこへ移管することが筋であるといえよう。しかしながら、それぞれの機関が国立公文書館等に相当する施設を設置していない現状にみると、内閣総理大臣を経由して国立公文書館に移管させるという公文書管理法14条

(37) 公文書管理法2条6項により、歴史公文書等の定義には、その作成・取得の主体が限定されていないため、立法機関・司法機関が作成・取得した文書も含まれる。

(38) 宇賀・前掲（注26）131頁、逐条解説・前掲（注30）61頁。

(39) 逐条解説・前掲（注30）73頁。

(40) 宇賀・前掲（注26）2頁参照。

(41) 有識者会議最終報告・前掲（注9）9頁。

の規定は、立法機関・司法機関が保有する歴史公文書等の散逸、廃棄等を防ぐための緊急避難的なものとして正当化できよう。

立法機関・司法機関の文書を、内閣総理大臣を経由して国立公文書館に移管すること自体は、緊急避難的なものとして正当化することができるとしても、その利用制限事由の定め方は問題である。公文書管理法 16 条 1 項 3 号によれば、立法機関・司法機関との「合意において利用の制限を行うこととされている場合」は利用制限がなされることになる。この合意は、立法機関・司法機関と内閣総理大臣との合意を指す⁽⁴²⁾。また、当該合意についての見直し規定は置かれていない。更に、公文書管理法 16 条 2 項が定めていた「時の経過」の考慮は、同条 1 項 1 号・2 号該当性を判断するに際して要求されているにとどまり、同項 3 号には及ばない。そうすると、内閣総理大臣を経由して国立公文書館に移管された立法機関・司法機関の文書については、利用制限解除についての新たな合意がなされない限り、国立公文書館において利用に供することができなくなってしまう。これは、利用制限についての合意がなされた文書については、国立公文書館が立法機関・司法機関の閉鎖書庫として機能することを意味する。

確かに、立法機関・司法機関からすれば、内閣総理大臣を経由して国立公文書館に文書を移管した途端、それを一般国民等に利用させるか否かの判断から、自らが全面的に排除されることに躊躇を覚えるであろうことは推測に難くない。これは、移管についての合意を形成する上で大きな障害になるため、合意に基づく利用制限規定を置いたこともうなずけないわけではない。しかしながら、特定歴史公文書等の利用の可否を国立公文書館の長が決定するに当たり、移管時になされた合意に永続的に拘束されると解するべきではあるまい。そのため、当該合意についての定期的な見直し規定（移管後 10 年ごとなど）を置くべきと考える。

(3) 寄贈・寄託文書

公文書管理法によれば、寄贈・寄託により特定歴史公文書等となった文書の利用制限は、寄贈・寄託時に付された条件に依らしめられている。すなわち、「その全部又は一部を一定の期間公にしないことを条件に法人等又は個人から寄贈され、又は寄託された」特定歴史公文書等については、「当該期間が経過していない場合」に、利用制限がなされるのである（同法 16 条 1 項 4 号）。

「独立行政法人国立公文書館寄贈・寄託文書受入要綱」（2011（平成 23）年 4 月 1 日館長決定）⁽⁴³⁾ 2 条は、同館が法人等又は個人から寄贈又は寄託を受け入れる文書につい

(42) 宇賀・前掲（注 26）155 頁、逐条解説・前掲（注 30）73 頁。

(43) 同要綱は、国立公文書館ウェブサイト〈<http://www.archives.go.jp/information/pdf/>〉

ての、受入基準を定めている。そこでは、①国の重要な意思決定にかかわった国務大臣等の理念や行動を跡付けることができる重要な情報が記録されたもの（同条1号）、②国立公文書館が現に保存する特定歴史公文書等に記録された情報を補完することができる重要な情報が記録されたもの（同条2号）、③国の機関の統合、廃止又は民営化等によって歴史公文書等が継承されることがなく、散逸する恐れが極めて高いもの（同条3号）、の3点が基準として定められており、その内容自体は基本的に妥当なものであると考える⁽⁴⁴⁾。これらの基準に該当する文書は、「歴史資料として重要な公文書その他の文書」（公文書管理法2条6項）、すなわち歴史公文書等に該当するものであるため、その寄贈・寄託を国立公文書館等が受け、これを特定歴史公文書等化して永久に保存し、利用に供する必要性が高いからである。

もっとも、当該文書の所有権は法人等又は個人にあるため、寄贈・寄託契約を締結するか否かは、当該法人等又は個人の意思に委ねざるを得ない。寄贈・寄託後に当該文書が国立公文書館等において一般の利用に供されることにより、何らかの不利益が生じることを危惧する法人等又は個人からすれば、「一定の期間公にしない」という条件を付すことができるという点は、寄贈・寄託契約の締結に向けた安心材料の一つになろう。逆に、寄贈・寄託を受ける国立公文書館等からすれば、「一定の期間公にしない」という条件を付してでも、寄贈・寄託を受けておいた方が、当該文書の散逸・廃棄・劣化・破損・汚損等を防ぐことができるため、この「一定の期間公にしない」という条件は、法人等又は個人が所有する歴史公文書等を特定歴史公文書等化する上で、重要な意義を有していると評価することができる。

しかしながら、ここで注意が必要なのは、法人等又は個人から寄贈又は寄託される文書の中には、その出自が行政文書・法人文書であるものが存在することである。例えば、1972（昭和47）年の沖縄返還後に重大な緊急事態が生じ、米国政府が核兵器を沖縄へ再び持ち込むことについて事前協議を提起する場合、日本側はこれを承認するという内容の秘密の合意議事録（いわゆる沖縄密約文書）については、外務省に存在する関係ファイルの調査からは発見されなかったものの、外務省調査チーム「いわゆ

kizoubunsho_2011_00.pdf）（参照2015（平成27）年2月25日）で入手できる。

(44) 独立行政法人国立公文書館「平成25年度 独立行政法人国立公文書館業務実績報告書」（2014（平成26）年6月）の「資料3-54 寄贈・寄託文書一覧」〈<http://www.archives.go.jp/information/pdf/h25/shiryoush3-54.pdf>〉（参照2015（平成27）年2月25日）によれば、公文書管理法が全面施行された2011（平成23）年4月以降の寄贈文書としては、「竹下登旧蔵文書」、「鈴木善幸関係文書」がある。

る『密約』問題に関する調査報告書」(2010(平成22)年3月5日)⁽⁴⁵⁾16頁によれば、「平成21年2月下旬、佐藤総理とニクソン大統領が署名したとされる『合意議事録』が佐藤元総理宅に同総理の遺品として残されていた旨が報じられた。調査チームにおいて、当該文書の写しを入手し、『他策』に記載されている『合意議事録』の内容と比較を行った。その結果、両首脳が署名を行った日付等の若干の相違はあるものの、内容は、ほぼ同一であることが確認された。」とのことである。佐藤元総理宅に残されていた文書の内容からして、これを、佐藤元総理とニクソン元大統領との間で交わされた私的文書であると解することは困難であろう。

「合意議事録」が、公文書管理法上の行政文書として保存されていたのであれば、当該文書は外務省大臣官房総務課外交史料館あるいは国立公文書館に移管され、特定歴史公文書等となっていたはずである。その場合であれば、寄贈・寄託文書とは異なり、「一定の期間公にしないことを条件」とすることはできない。ここにおいて、その出自が行政文書・法人文書であっても、それが一度私文書化し、国立公文書館等に寄贈・寄託された場合には、所有者の意向による利用制限が可能になるという事態が生じているといえよう⁽⁴⁶⁾。

出自が行政文書・法人文書であったとはいえ、それが一度私文書化し、法人等又は個人の所有物となった以上、所有者の意思に反して寄贈・寄託を強制すること、寄贈・寄託に際して条件を付さないようにさせることは、財産権の保障の観点、寄贈・寄託促進の観点から別途考察が必要であろう。この点については、問題点を指摘するとともに、他日の検討を期することにしたい。

三 おわりに

以上、公文書管理法制のうち、歴史公文書等の保存、利用に関わる諸課題を中心に検討を加えた。そこでは、①電子公文書等のファイル形式変換を巡る問題、②特定歴史公文書等の原本利用を原則としていることから生ずる問題、③特定歴史公文書等に記録されている個人情報の保護に関する問題、④特定歴史公文書等の利用制限事由の

(45) 同報告書は、外務省ウェブサイト〈http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/mitsuyaku/pdfs/hokoku_naibu.pdf〉(参照2015(平成27)年2月25日)で入手できる。

(46) 行政文書・法人文書の私文書化は、珍しい事象ではない。例えば、国文学研究資料館・収蔵歴史アーカイブズデータベース〈<http://base5.nijl.ac.jp/~archicol/>〉(参照2015(平成27)年2月25日)には、群馬県庁文書、山梨県韮崎市役所文書など、故紙業者、古書店から同館が購入した、出自が地方公共団体の行政文書であると考えられる文書が多数掲載されている。

定め方に関する問題が明らかとなった。これらの問題のうちいくつかのものは、国立公文書館を始めとする国立公文書館等の現場における保存・利用の実務に、公文書管理法が対応しきれていないことに原因があるように思われる。

勿論、公文書管理法が制定・施行されている現在において、法に基づいた公文書等の管理がなされるべきであることは言うまでもない。しかしながら、公文書管理法、同法施行令、特定歴史公文書等ガイドラインといった公文書管理法制が規定する個々の内容を詳細に検討すると、国立公文書館等の実務を十分に反映したものとなっていないため、本稿で指摘したような「条文と実務の齟齬」が生じているのは確かであると思われる⁽⁴⁷⁾。そして、少なくとも本稿で指摘した事項について、実務に合わせる形で法文を改正することは、公文書管理法1条が定める目的との関係では、より一層当該目的を達成することにつながると考える。

本稿で指摘した事項が、公文書管理法制定附則13条が定める、法施行後5年見直しの一助となれば幸いである。

なお、公文書管理法制については、公文書等の管理に関する専門職員の不在・養成の問題⁽⁴⁸⁾、公文書管理法34条に基づく地方公共団体の取組みを巡る問題等、まだ検討すべき事項があるが、別稿を期することにした。

(47) 京都大学大学文書館では、特定歴史公文書等ガイドラインを順守したが故に、同館が国立公文書館等に指定される前までは可能であった利用者自身による館外複写ができなくなり、利用者にはA4用紙1枚につき20円の負担を求めることになったとのことである。これも、条文（ガイドライン）と実務の齟齬に基づくものであると考えられよう。西山伸「公文書管理法と京都大学大学文書館」記録と史料22号15頁参照。

(48) 行政文書の管理につき専門職員の不在を指摘するものとして、小谷允志「記録管理の現状と課題」ジュリ1373号44頁参照。

法学教育実践報告

憲法の演習問題における答案指導例

福井康佐

はじめに	134
Ⅰ 演習問題 1 防騒音条例と演説の自由	134
1 問題	134
2 出題趣旨	139
3 論点と指導例	140
Ⅱ 演習問題 2 淫行条例と自己決定権	146
1 問題	146
2 出題趣旨	149
3 論点と指導例	150
むすび	154

はじめに

本稿は、法科大学院の憲法または公法系演習の授業において実施した、事例問題形式の演習問題を取り上げて、学生の陥りやすい間違いや論証上の問題点を指摘し、法科大学院における法学教育の方法に対する一つの方向性を提案することを目的とする。

以下では、2つの演習問題を取り上げ、最初に出題趣旨と憲法上の論点を説明する。次に、これらの演習問題は、司法試験の形式に則っていることから、その設問に沿って、学生の解答の問題点とその原因を探る。最後に、むすびとして、法学教育における問題点、とくに未修者が陥りやすい法的思考の不十分さとその原因を指摘し、その対策を提案するものである。

I 演習問題 1 防騒音条例と演説の自由

1 問題

次の文を読んで問1～問3に答えなさい。

京都府は、政治団体等による街頭演説、街宣車による演説の音量が大きく、官庁街、住宅街等で、業務や日常生活に著しい影響を与えているという状況を考慮して、「拡声機による暴騒音の規制に関する条例」（以下「本件条例」という。）を制定している。

政治団体A（以下「A団体」という。）は、若者を中心とした団体であり、韓国に対する日本の歴史認識が不十分であり、日本は韓国国民に対して、十分な謝罪と賠償を行うべきであるという点を主として主張し、全国で演説活動及びビラ等の配布を行い、インターネット上のHPにおいて、自己の主張を掲げている団体である。また、A団体は、国会に議席を有する特定の政党の影響を受けない団体である。A団体の代表Pが、他の構成員と共に京都市のJR京都駅前でマイクを使った街頭演説を30分程、行っていたところ（演説はPのみが行った）、右翼系の政治団体B（以下「B団体」という。）の街宣車数台が同駅前の近接する地点に集結し、Pによる演説に合わせるように、大音量でA団体方向に向かって、演説を開始した。B団体の演説によれば、A団体の主張は、日本をダメにするものであり、左翼に洗脳された若者たちの虚言であるという。そして、B団体はA団体に対して論争を挑み、この場で、市民にどちらが正当な主張をしているのかを判断してもらいたいと、駅前の市民に訴えた。

これに対して、Pは、自己の主張に対して対抗心をむき出しにしたB団体の演説は、迷惑だと思ったが、これ以上、大きな音を立てて反論することは、好ましくないとして、従来の音量のままで演説活動を続けた。なお、これまで、A団体は、他の暴騒音条例（通常85デシベル規制がある）を制定している都道府県で演説活動を行ってきたが、これらの条例に反したとして、警告を受けたり処罰をされたりしたことはなく、拡声器の点検も常に行い、10メートル離れた地点から、85デシベル以下にすることを常に心がけてきた。

しかしながら、PとB団体の演説を合わせると、著しい騒音となり、JR京都駅前、騒然となったことから、通報を受けた警察官は、本件条例に指定された方法で、騒音を測定したところ、85デシベルを超えていたことを確認した。ただし、PとB団体のどちらか一方が85デシベルを超えていたかどうかは確認できなかったことから、警察官は、本件条例6条1項に基づき、PとB団体に対し、拡声機による暴騒音の発生を防止するために必要な措置をとるべきことを勧告した。これに対してPは、これまで自分たちが85デシベルを超えたことがないことを説明したところ、警察官はこの状況ではPの主張を確認できないとして、あくまでも、演説をやめるようにと勧告した。しかしながら、Pは、自分たちに落ち度がないのに、不当な勧告に従うことはできないとして、演説を継続したところ、警察官は、暴騒音を防止するために、本件条例第6条2項に基づいて、演説場所の移動を命じた。Pは、この命令に従わなかったために、本件条例第6条2項に違反するとして、起訴された。

問1 あなたが被告Pの弁護人であるとすれば、本件刑事裁判において、どのような憲法上の主張をしますか。なお、法人としてのA団体の権利に言及する必要はない。

問2 被告Pの主張に対して、検察官は、どのように反論するかを簡潔に述べなさい。

問3 問1と問2で示された憲法上の論点について、自己の見解を述べなさい。

関連条文 【拡声機による暴騒音の規制に関する条例（京都府）】

（目的）

第1条 この条例は、拡声機を使用して生じさせる著しい騒音が、府民の日常生活を脅かすとともに通常の政治活動その他の活動に重大な支障を及ぼしていることにかんがみ、このような騒音を生じる拡声機の使用について必要な規制を行うことにより、地域の平穏を保持し、もって公共の福祉の確保に資することを目的とする。

(適用上の注意)

第2条 この条例の適用に当たっては、集会、結社及び表現の自由並びに勤労者の団結し、及び団体行動をする権利その他の日本国憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない。

(適用除外)

第3条 この条例の規定は、次に掲げる拡声機の使用については、適用しない。

(1) 公職選挙法（昭和25年法律第100号）の定めるところにより選挙運動又は選挙における政治活動のためにする拡声機の使用

(2) 国又は地方公共団体の業務を行うためにする拡声機の使用

以下略

(拡声機による暴騒音の禁止)

第4条 何人も、拡声機を使用して、別表の左欄に掲げる拡声機の使用の区分に応じ、それぞれ同表の右欄に定める測定地点において測定したものとした場合における音量が85デシベルを超えることとなる音（以下「拡声機による暴騒音」という。）を生じさせてはならない。

(停止命令)

第5条 警察官は、前条の規定に違反する行為（以下「違反行為」という。）が行われているときは、当該違反行為をしている者に対し、当該違反行為を停止することを命じることができる。

2 警察署長は、前項の規定による命令を受けた者が更に反復して違反行為をしたときは、その者に対し、24時間を超えない範囲内で時間を定め、かつ、区域を指定して、拡声機の使用を停止することを命じることができる。

(勧告及び移動命令)

第6条 警察官は、2人以上の者が同時に近接した場所でそれぞれ拡声機を使用している場合であって、これらの拡声機により生じている音が拡声機による暴騒音となっており、かつ、それぞれの拡声機の使用が第4条の規定に違反しているかどうか明らかでないときは、これらの者に対し、拡声機による暴騒音の発生を防止するために必要な措置をとる

べきことを勧告することができる。

2 警察官は、前項の規定による勧告を受けた者がその場所にとどまり、かつ、引き続き拡声機による暴騒音を生じさせているときは、これらの者に対し、当該拡声機による暴騒音の発生を防止するために、その場所から移動することを命じることができる。

(立入調査)

第7条 警察官は、前2条の規定の施行に必要な限度において、拡声機が所在する場所に立ち入り、拡声機その他必要な物件を調査し、又は関係者に質問することができる。

2 前項の規定により立入調査を行う警察官は、その身分を示す証明書を携帯し、関係者の請求があったときは、これを提示しなければならない。

3 第1項の規定による立入調査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。

(罰則)

第9条 次の各号のいずれかに該当する者は、6月以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。

(1) 第5条第1項又は第6条第2項の規定による警察官の命令に違反した者

(2) 第5条第2項の規定による警察署長の命令に違反した者

2 第7条第1項の規定による警察官の立入り又は調査を拒み、妨げ、又は忌避した者は、10万円以下の罰金に処する。

別表（第4条関係）【拡声機の使用の区分と測定方法】

1 権原に基づき使用する土地の区域内における拡声機の使用においては、当該拡声機が所在している土地の区域外であり、かつ、当該拡声機から10メートル以上離れた地点から測定する。

2 権原に基づき使用する土地の区域内における拡声機の使用以外の使用においては、当該拡声機から10メートル以上離れた地点から測定する。

備考

1 音量の測定は、計量法（平成4年法律第51号）第71条の条件に合格した騒音計を用いて行うものとする。この場合において、使用する騒音計の周波数補正回路はA特性の

周波数補正回路を、動特性は速い動特性を用いるものとする。

2 音量の大きさは、騒音計の指示値の最大値によるものとする。

参考資料1 【音量の参考例】

120 デシベル	飛行機エンジンの近く
110 デシベル	自動車の警笛(前方2m)、リベット打ち
100 デシベル	電車が通るときのガード下
90 デシベル	大声による独唱、騒々しい工場の中
85 デシベル	大きな声・電話の騒音・大型トラックのモーター音・電車線路まで50m
80 デシベル	地下鉄の車内、電車の中
70 デシベル	電話のベル・騒々しい街頭、騒々しい事務所の中
60 デシベル	静かな乗用車、普通の会話
50 デシベル	静かな事務所

参考資料2 【本件条例改正時における反対意見】

以下は、「京都府拡声機規制条例の改悪に反対する」というタイトルの市民運動（沖縄・辺野古への新基地建設に反対し、普天間基地の撤去を求める京都行動）のブログ⁽¹⁾である。

07年10月、京都府警は、『「拡声機による暴騒音の規制に関する条例の一部を改正する条例（案）」の概要』を発表し、現行の拡声機による暴騒音の規制に関する条例について「1.換算測定方法の導入」、「2.拡声機使用停止命令規定の新設」、「3.複数の者による拡声機の同時使用に対する移動命令規定の新設」、以上3点の改悪を行うことを公表し、パブリックコメント手続きを開始した。

私たち京都行動は、このパブコメ手続きに対し、条例改悪に反対であり撤回されるべきだとの意見を送った。私たちは特に「3.複数の者による拡声機の同時使用に対する移動命令規定の新設」を問題視し、これがなされてしまうと、いわれのない移動命令が私たちになされてしまうことを危惧する旨の意見を提出した。現行の条例では、2人以上の者が同時に近接した場所でそれぞれ拡声機を使用した結果、10m離れた地点から測定し85デシベルを超える音が発生しているときに、警察官が当該使用者に対して音の発生を防止するための必要な措置をとることを勧告できるとしている。改悪案においてはかかる勧告に従わず引き続き複数の拡声機が使用され85デシベルを超える音が発生

(1) <http://kyoto-action.jugem.jp/>

していたら、当該使用者に対して警察官はその場からの移動を命じることができ、従わない場合には6ヵ月以下の懲役又は20万円以下の罰金を科しうるとするものとしている。

府警は、要人の会談など国賓の来洛時において、抗議する団体の街宣車の隊列などを例にあげ、規制強化の必要性を説いている。しかしながら、歩きながら拡声機などを使用して訴えを行ないながら進む一般のデモ行進の隊列や、拡声機を用いて街頭宣伝をおこなう人々に対し、妨害団体の街宣車が大音量で近づいて来て威圧行為を仕掛けてくることは多々あることだ。このような場合でも、とにかくその場で85デシベル以上の音がでていたら私たちに対しても刑事罰を持ってして移動命令が下されてしまう。これを悪用してわざと爆音を発して近づいていき、意に添わない街頭宣伝などを警察に移動命令をださせることによって妨害することも可能になってしまう。私たちは毎週定例で拡声機を使用して街頭宣伝を行なっている。この先もそうしていくつもりであり、私たちに対する移動命令など到底容認できず、国家権力による民衆運動への不当介入であると考ええる。

京都府下では私たちの知りうる限り、民主勢力に向けて警察が測定器を使用したとの事例を耳にしたことはないが、他府県においては自衛隊への抗議行動や労働争議の現場などで警察が測定器を使用していたり、福岡のフリーター労働運動家たちの主催した06年のデモに対して警察が測定器を向けていた等の話は聞いている。国家や資本の意に添わない活動を弾圧するための道具としても使われている現状を見ると、そもそも現行条例の存在にも危惧を抱かざるを得ない。日弁連も1992/9/18付けの会長声明において、当時の東京都拡声機規制条例案の上程にあたり、85デシベルの基準が厳しすぎる点や、一部の常軌を逸した拡声機使用については「刑法の脅迫罪、強要罪、名誉毀損、侮辱罪、軽犯罪法の静寂妨害罪、道路交通法など」の現行法規によってまずは対応が講じられるべきとの点を指摘し批判をしている。

以下略

2 出題趣旨

拡声器による暴騒音の規制は、音の規制であり、表現内容中立規制の時・所・方法の規制の中では「方法の規制」に該当する⁽²⁾。暴騒音条例制定の沿革をみると、当該条例は、右翼団体等の官庁街または日教組の教研集会における騒音に対応したもので

(2) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』（2014年、岩波書店）196頁。

ある。そうであるとすれば、騒音の抑制と同様に、結果的には特定の思想の伝播が抑制されることになり、表現内容規制の側面があるものとして、その規制利益及び規制手段に対しては、厳しい審査を行う必要がある。さらに、本問で取り上げた京都府の条例のように、私人が自己の見解と対立する言論を封殺するために、警察を利用する可能性も生じる⁽³⁾。本問の出題趣旨としては、このように、本件条例は、二つの意味で、表現の自由を侵害するおそれがあることを具体的に論証することを求めることにある。

また、本件条例第2条にも規定されるように、表現の自由を侵害するような法令の適用も想定される。従って本問に挙げられた事実から、本件事例が適用違憲として評価することができるかどうかの論証も求められる。

3 論点と指導例

(1) 論点1 表現の自由の侵害（法令違憲）

本問においては、本件条例が、拡声器を用いて街宣活動を行う者の表現の自由を侵害することから、条例が違憲であるという主張が可能である。

① 規制される人権とその重要性

拡声器は、通常、駅前、繁華街等の人が多く集まる場所が、騒然としていることが多いことから、自己の見解をできる限り多くの者に伝達しようとするために用いるものである。住宅街などの閑静な場所で拡声器を用いた街宣活動も可能であるが、静寂を破る場合は反感を買い、自己の見解の伝達という点では、逆効果になる。ただし、反感を覚悟しながら、大音声で街宣活動を行う場合も想定される。いずれにせよ、本問で規制されるのは、「大きな音を効果的に用いて、自己の見解を伝達する」という、拡声器を用いた表現活動の自由である。これは、直接は表現内容そのものに対する規制ではなく、表現手段に対する規制、表現内容中立規制である。そうすると、ビラ貼り・ビラ配りと同様に、一般に、財力に恵まれない者が用いる表現手段であると同時に、パブリックフォーラムで用いられることが想定されることから、少数意見の反映、政治情報の伝達という意味では重要な人権であり、安易な規制・過剰な規制は抑制されなければならない。

〔指導例〕

学生 の 答 案 を 読 み、採 点 ・ 指 導 す る 際 に 気 が つ く 第 一 の 点 と し て は、事 例 式 の 問 題

(3) 大山弘「福島県拡声機暴騒音規制条例について：刑事法の観点からの一考察」福島大学地域研究3巻3号

であるにもかかわらず、侵害されたと主張する人権が抽象的にしか論じられていない、ということである。本問では、単に「条例によって表現の自由が侵害された」という記述も少なくない。そもそも、拡声器を使って表現活動をするにどのような意味があるのか、という具体的な記述があまりなされない。むしろ、「表現の自由は、自己実現・自己統治・思想の自由市場に資するところ・・・」という常套句を用いた抽象的な論証が、多くの答案に見られる。もし、このような表現の自由の重要性に言及するのであれば、「どのような自己実現（人格形成）に役立つのか。」「民主主義にどのように関係するのか。」「音による情報の伝搬は、情報の流通にどのような影響を与えるのか」という記述が欲しいところである。

この点については、以下のレパタ事件最高裁判決の論証⁽⁴⁾が参考になる。

「憲法 21 条 1 項の規定は、表現の自由を保障している。そうして、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であって、このような情報等に接し、これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである（最高裁昭和 52 年（オ）第 927 号同 58 年 6 月 22 日大法院判決・民集 37 卷 5 号 793 頁参照）。市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「人権規約」という。）19 条 2 項の規定も、同様の趣旨にはかならない。」

「筆記行為は、一般的には人の生活活動の一つであり、生活のさまざまな場面において行われ、極めて広い範囲に及んでいるから、そのすべてが憲法の保障する自由に関係するものということとはできないが、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助するものとしてなされる限り、筆記行為の自由は、憲法 21 条 1 項の規定の精神に照らして尊重されるべきであるといわなければならない。」

このように、21 条 1 項の下で筆記行為の自由がどのように保障されるのか、という点を論証している部分等を参考にして、論述の工夫を求めたいところである。

② 規制利益

規制利益は、条例第 1 条をみると、地域の平穏の維持と他者の円滑な政治活動の保障であることを読み取ることができる。しかし、地域の平穏と言っても、場所によっ

(4) 平成元年 3 月 8 日民集 43 卷 2 号 89 頁。

て異なる。駅前・繁華街では、一定程度の音声で街宣活動することが許容されるから、地域の平穏の要請は高くない。一方、住宅街では、確かに平穏であることは強く求められる。地域によって、住民の受忍限度にも差が生じる。

また、他者の円滑な政治活動の保障が規制利益であるとすれば、自己の政治活動も当然、一定程度保障されるのであるから、これを大きな規制利益と認定することは困難になる。

〔指導例〕

規制利益というと、法律・条例の目的規定から、ストレートに引っ張ってくる例が非常に多い。つまり、規制利益は、立法事実であるという点の認識が不十分なのである。立法過程や規制の実態を見た上で、具体的にどのような規制利益であるのかを論じる必要があるところ、人権の重要性の論述と同様に、抽象的な論述が多く、そのために、「やむにやまれぬ利益」とか「重要な利益」とかを認定するに際しても、説得力がなくなる。また、このような多様なレベルの規制利益に応じた、規制手段が講じられていないことが一つの問題であるのだが、この点を認識している答案は極めて少ない。

③ 規制手段

ア) 単独でなされた演説への規制は、85 デシベルという音の規制・段階的な行政刑罰（警告・移動命令・刑罰）・他の法規での処罰可能性が問題となる。

イ) 複数の者によってなされた演説への規制は、どちらの音が基準を超えているかどうかを認定せずに、85 デシベルを超えると規制することが問題となる。85 デシベルを遵守している方の演説を抑制する可能性がある。また、複数の場合は、85 デシベルでの規制が妥当であるのか、という問題点がある。

〔指導例〕

本問では、人権の重要性と規制利益（地域の平穏）の多様性に照らした時に、本条例が音に対する過剰な規制になっているのではないか、という点を具体的に指摘することを求めている。しかし、解答時間の制約があるとしても、ここでも、事案の分析が不十分な答案が多い。刑法を学習しているのであれば、そもそも実際に被害がないのに、音による規制が許されるのか、つまり、法益自体が不明確ではないのか、という指摘が可能である⁽⁵⁾。資料によれば85 デシベルは大きな声のレベルであるので、過剰な規制ではないかという点も指摘できる。

(5) 大山前掲注 (3) 3 頁。

④ 違憲審査基準と適用

上記、①～③の通り、拡声器を用いた表現活動の自由は、選挙の場面以外でも、自己の意見を伝播させる重要な人権であること、規制利益は場所によって強弱があり一律の規制が不適切であること、具体的な侵害利益が発生しないのに予防的な規制が行われていることを重視すべきであるが、一方で、受忍限度を超えた騒音は、地域の平穏を害し、他の政治活動や住民生活に影響を与える可能性も否定できないことから、違憲審査基準としては、LRA の基準を採用して、次のように論じる。

表現内容中立規制であることから、LRA の基準を適用すると、参考資料にもあるように、「85 デシベルの基準が厳しすぎる点や、一部の常軌を逸した拡声機使用については「刑法の脅迫罪、強要罪、名誉毀損、侮辱罪、軽犯罪法の静寂妨害罪、道路交通法など」の現行法規によってまずは対応が講じられるべき」であるから、より制限的ではない他の手段が存在するので、同条例は違憲である。

〔指導例〕

違憲審査基準を適用するに際して、何の説明もなく、いきなり厳格審査基準、LRA の基準を説明する答案が非常に多い。人権や規制場面ごとに、違憲審査基準があらかじめ決定されているという、発想であろうか。法的三段論法の形として、第一段としてのルール の 定立（違憲審査基準の設定）、第二段としての事実認定、第三段としての当てはめ・法的効果の発生という論証は一応意識されているのであろうが、そもそも、なぜこのようなルールが定立されるのか、という説明が不十分である。

また、被告の主張（行政事件では原告の主張）であれば無条件に厳格審査を適用する答案も多い。その理由を問うと、法令の違憲性を主張する立場である以上、厳格なルールを適用すべきであるという答えが返ってくる。これは大きな誤解である。現行の判例理論または通説から説得力のある主張を行うことの必要性を指導する必要を痛感する。

それと同様に、「本来は厳格審査であるべきところ、規制利益も重要であることから、厳格度を一段落として……」という記述も少なくない。以下の薬局距離制限違憲判決⁶⁾で示されたように、違憲審査基準の総合的考察の必要性を述べる必要がある。

「このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会

(6) 最大判昭和50年4月3日民集第29巻4号572頁。

公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。……それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。」

⑤ 立法事実と司法事実

法令違憲に係る規範設定を行った後は、立法事実を認定して、合憲性の判断を行うことになる。

〔指導例〕

司法事実を認定して、法令違憲を導く答案が非常に多い。被告の行為は司法事実であり、「被告の人権を侵害するから法令違憲」という論理は成立しないはずであるので、この点の注意喚起は極めて重要である。本件被告に対する表現の自由の侵害が、本件条例によって行政当局が行うであろう、人権侵害の典型例であれば、「本件被告のような街宣活動が規制されるから……違憲である」という表現が適切であろう。

⑥ 国側の反論

国側の反論の基本姿勢は、当該立法に係る立法裁量が広いこと、規制理由の正当性、規制手段が相当で比例原則に適用のものであること、確定した判例に則って立法したこと等を示すことにある。本問では、次のように、判例の表現内容中立規制に係る「合理的関連性の基準」を採用して、論証することが想定される⁽⁷⁾。

目的は正当な利益があり、目的と手段との間には合理的関連性があり、得られる利益（地域の平穏の維持）の方が、失われる利益（街頭演説による表現活動）も大きい。また、本件条例は、騒音という表現の方法を規制しているのであって、仮に表現の自由が侵害されたとしても、それは間接的で付随的な規制に過ぎない。

〔指導例〕

違憲を主張する当事者の場合とちょうど逆で、審査基準が緩いという記述に終始している答案が多い。表現の自由の重要性を述べつつも、必要かつ合理的な規制に服すべきであり、本件の規制は、必要性和合理性があるという記述が求められる。

(7) 戸別訪問禁止最高裁判決 最二判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁。

(2) 論点 2 適用違憲

① 適用違憲に係るルール設定

仮に本件条例が合憲であるとしても、条例 2 条が規定するように、表現の自由を侵害するような条例の適用がありうところ、規制によって失われる利益としての被告の表現の自由が重要であり、かつ、その重要性が規制利益を上回る場合は、条例の適用は違憲となる。なお、この適用違憲は、芦部説の分類に従えば、第三の類型（処分違憲型）である⁽⁸⁾。

ここでは、被告の表現の自由（失われる利益）と規制利益の重要性を示す必要があり、そのために、次のような考慮要素を提示する。

得られる利益（規制利益）は、本件は JR 駅前での街宣活動であることから一定の騒音は許容されるので、それほど大きくない。一方の失われる利益は、次の考慮要素（5W1H）で判断する。

- (ア) 主体 who 被告は政治的マイノリティーである。
- (イ) 内容 what 本件街宣活動の内容は、政治情報である。
- (ウ) 時間帯 when 特に問題なし。早朝、深夜ではない。
- (エ) 場所 where パブリックフォーラムであり、聴衆も存在する。
- (オ) 動機 why 被告本人は、暴騒音を出す意思がない。
- (カ) 態様 how これまで条例を遵守し、対抗的言論によって防騒音を発生させた。表現手段の必要性和相当性は高く、代替性は低い。

従って、論証の例としては、次のようになる。被告を起訴し、処罰することによって、得られる利益と失われる利益を衡量する必要があるところ、得られる利益は、駅前の騒音であり、著しく市民生活の平穏を害する程度のものではないこと、失われる利益は、表現の主体（政治的マイノリティー）・表現の場所（駅前）・表現の方法（常に 85 デシベル以下を心がけてきたこと）・表現の内容（政治的表現）・表現の時間帯（深夜・早朝ではない）・経緯（敵対的な言論により全体として大きな音になったこと）を総合的に考察すると、憲法上保護すべき重要な表現活動であることから、得られる利益を明らかに上回り、適用違憲（処分違憲型）である。

〔指導例〕

適用違憲の規範設定として、利益衡量を用いる答案は少なくないが、その場合、それぞれの利益を具体的に論証する答案は非常に少ない。条例も認めるように、表現の

(8) 芦部前掲注 (2) 387～389 頁。

自由を侵害するような運用の可能性があるとするれば、「憲法上保護に値する表現の自由」であるかどうかを、事案を分析して具体的に論証する必要があるところ、抽象的に、本件表現の自由は重要である、という論述が多い。博多駅事件最高裁判決⁽⁹⁾において、失われる利益としての報道の自由と、得られる利益としての公正な裁判の実現を比較衡量するに際の手法が参考になる。

「一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあつての必要性の有無を考慮するとともに、他面において、取材したものを証拠として提出させられることによつて報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによつて受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない。」

② 検察官の反論

法令を適用する側は、適用が違法・違憲という発想がないのであるから、以下の第三次家永教科書訴訟上告審判決⁽¹⁰⁾における、適用違憲を否定する説示のように、法の趣旨に従って、本件に適用し、人権を侵害することもない、という反論が想定される。

「本件検定が憲法の諸規定に違反しないことは既述のとおりであり、本件検定が、制度の目的及び趣旨に従って行われる限り、それによって教科書の執筆等に一定の制約が生じるとしても、適用上違憲になるということはない。教科書の検定が、教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われるようなことがあれば、適用上の違憲の問題も生じ得るが、原審の認定によれば、本件検定処分等を通じてそのような運用がされたとは認められないというのであるから、所論違憲の主張は、前提を欠く。論旨は採用することができない。」

II 演習問題2 淫行条例と自己決定権

1 問題

次の文を読んで、問1～3に答えなさい。

神奈川県に在住するA（男性独身30歳）は、自己の主宰する塾で中学・高校生に

(9) 最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

(10) 最三平成9年8月29日民集51巻7号2921頁。

英語を教えていた。A の英語塾（以下「A 塾」という。）は、A の熱心な指導のため、近隣から優秀な生徒が集まることで知られていた。B（女子 17 歳）は、中学 1 年生から A 塾に入塾し、以来、英語の学力も常に中学校でトップクラスであり、A に対して全幅の信頼を寄せていた。B は、神奈川県立の難関校に合格した後も、引き続き A 塾に在籍し、大学入試と TOEIC のための英語力向上に努めていた。しかしながら、B は、16 歳の高校 1 年生の秋以来、急速に学校の成績が落ち始め、勉強にも身が入らない状態が続いていた。その様子に気がついた A は、受験指導の一環として、B との面談を実施して、成績降下の理由を尋ねた。

面談によれば、B には次のような事情が認められた。B が高校に入学してから、父親の不倫が原因で両親が不仲となり、家庭では夫婦げんか絶えない。父親が、B の行動に対していろいろと制約し、門限を作り、友人関係にまで口出しをするようになった。そのため、友人との関係がうまく行かず、学校生活がおもしろくないと感じている。そして、B はそのような悩みから勉強に身が入らない。

B は、家庭の悩みを相談する相手がいなかったので、尊敬する A が親身になって悩みを聞いてくれたことに感謝し、また、学力の低下を取り戻す方法についてアドバイスを求めた。A は、B の荒れた家庭環境を不憫に思い、塾の休日に個人指導をすることを提案した。以後、A が B に対して、期末テスト対策・英検対策等の個人指導を施した結果、B の成績はかなり回復し、B の様子も明るくなった。そして、このような個人指導において、教師と教え子として極めて親密であったことは、やがて、恋愛関係に発展し、B が高校 2 年生になると、数回の性交渉を持つようになった。

B の父親は、娘の様子が変化したことを敏感に察知し、スマートフォンの着信履歴・メールのやりとり等を B に無断で見たところ、A への発信回数が著しく多く、メールのやりとりも頻繁であることから、B に A との関係を詰問した。当初 B は、答えをはぐらかしていたが、父親が自分のプライバシーを侵害していることや、あまりにしつこいことに逆ギレして、A は人間として立派な人であり、その A とは恋愛関係にあること、Aのおかげで家庭のつらさから逃れることができた、と父親に告げた。

これを聞いた B の父親は、A 塾に乗り込んで、A に対して娘との関係についての事実の確認を行ったところ、A は、「娘さんとはまじめに交際している。大学入試まではしっかりと面倒を見て、難関大学に合格させてあげたい。高校 2 年生は、年齢からいっても大学生に近く、自分の意見をもつ立派な大人でありから、恋愛は個人の自由に委ねたらどうですか。」と返答した。これに対して、B の父親は、「何が『高校 2 年生は、立派な大人』だよ。教師の立場を利用し、未成年の不安な心理状況につけこんで、

性行為に持ち込むというのは、社会的に許されないことだ。」と激怒し、謝罪を求めたが、Aは拒否したので、Bの父親は所轄の警察署に、Aは未成年と性行為を行っていると、通報した。

その後、Aは、神奈川県青少年保護育成条例第31条1項「何人も、青少年に対し、みだらな性行為又はわいせつな行為をしてはならない。」に違反する（なお、同条3項には、定義規定がある）として、起訴された。

問1 あなたが被告Aの弁護人であるとすれば、本件刑事裁判において、どのような憲法上の主張をしますか。

問2 問1の被告の憲法上の主張に対して、検察官はどのように反論すると想定されるか、簡潔に述べなさい。

問3 問1と問2で示された憲法上の論点について、自己の見解を述べなさい。

関連条文 【神奈川県青少年保護育成条例】

（目的）

第1条 この条例は、青少年の健全な育成について、基本理念を定め、並びに県、保護者、県民及び事業者の責務を明らかにするとともに、青少年を取り巻く社会環境の整備を促進し、及び青少年の健全な育成を阻害するおそれのある行為を防止することにより、青少年の健全な育成を図ることを目的とする。

（基本理念）

第2条 すべての県民は、次に掲げる事項を基本理念とし、青少年の健全な育成に取り組むものとする。

- (1) 青少年は、健全に成長し、自立した社会の一員となる存在であること。
- (2) 県民は、青少年への影響を意識して行動すること。
- (3) 社会全体の協力により、青少年を守り、支え及び育てる必要があること

（定義）

第7条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- (1) 青少年 満18歳に達するまでの者（婚姻により成年に達したものとみなされる者を除く。）をいう。

以下略

(条例の解釈適用)

第8条 この条例は、第1条に規定する目的を達成するためにのみ適用するものであつて、いやしくもこれを拡張して解釈するようなことがあつてはならない。

2 この条例による規制及び規制のための調査は、第1条に規定する目的を達成するためにのみ行うべきであつて、いやしくも、これを濫用し、日本国憲法の保障する国民の基本的人権を不当に侵害するようなことがあつてはならない。

(みだらな性行為、わいせつな行為の禁止)

第31条 何人も、青少年に対し、みだらな性行為又はわいせつな行為をしてはならない。

2 何人も、青少年に対し、前項の行為を教え、又は見せてはならない。

3 第1項に規定する「みだらな性行為」とは、健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交をいい、同項に規定する「わいせつな行為」とは、いたずらに性欲を刺激し、又は興奮させ、かつ、健全な常識を有する一般社会人に対し、性的しゅう恥けん悪の情をおこさせる行為をいう。

(罰則)

第54条 第31条第1項の規定に違反した者は、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

2 次の各号のいずれかに該当する者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

(1) 第30条第1項又は第2項の規定に違反した者

以下略

2 出題趣旨

本問では、法令の文面の不明確性・法令の実体の違憲性・適用違憲を区別・整理して、論証することができるかどうかを問う。法令の不明確性は、法令の実体の違憲性、適用の違憲性に影響を与えることを認識させる。また、判例の理解を前提として、法令違憲でも、適用違憲でも、具体的にどのような人権が侵害されたのか、その侵害の程度を論証させる。

3 論点と指導例

(1) 論点1 法令の不明確性（法令違憲）

被告は、次のように、法令の不明確性を主張する。本件条例31条1項・3項の規定は、「みだらな性行為」とは、健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交をいう、と規定するところ、「結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う」という限定では、福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決⁽¹⁾における伊藤正己裁判官反対意見が指摘するように、一般人の行動規範としては機能せず、さらに、結婚を前提としないながらも真摯な交際を行う男女間の性行為を包含することから、漠然不明確かつ過度に広汎な規定である。

これに対して、検察官から次のような反論が想定される。福岡県青少年保護育成条例最高裁判決で説示されたように、「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である。」から、法令は漠然不明確でも過度に広汎でもない。

〔指導例〕

文面上の不明確性が問題となる答案では、「通常の一般人から見て不明確」という判断基準を示すだけで、規定のどの部分がどのように不明確であるかの説明がないことが多い。被告が「通常の一般人なら分からない」と記述し、国側も「通常の一般人なら分かる」という水掛け論的記述も少なくない。さらには、論点2につながる指摘として、条例の目的に照らして、過剰な規制になっている部分を指摘した上で、過度に広汎という指摘をする必要がある。また、本件は、確定した判例がある事案であるから、反対意見を引用して判例の問題点を指摘することも重要である。

(2) 論点2 自己決定権の侵害（法令違憲）

① 人権と規制利益

本件条例第31条は、人格的生存に関わる重要な自己決定であるところの、性行為の自由を制約していることから、その規制の必要性和合理性については、厳格に判断しなければならない。青少年保護という規制利益については、16歳未満の青少年に対しては、「青少年の保護育成」を規制利益としつつも、16歳以上青少年に対しては、成

(11) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。

人への成長過程にある者としての青少年の健全な保護（性に係る自律的決定の促進を含む）を規制利益とすべきであろう。

〔指導例〕

淫行規定は、一般常識からいうと、その存在自体は肯定できそうであるが、仮に規制の必要があったとしても、文面の審査で指摘したように、過剰な規制になっているおそれがあるので、法令違憲の主張は可能である。ただし、規制される人権の重要性を、ある程度論証しないと説得力がなくなる。答案例としては、本件で問題となる人権を、「未成年者と性行為をする自由」と記述するものがあったが、一般論として、保護の対象としての未成年と性行為をする自由があるわけではなく、性にまつわる自己決定の中に、たとえ対象が未成年といえども、憲法上の保護に値する行為が存在するという論理になるべきであろう。

（規制利益について）

また、規制利益を、本件条例第2条から「青少年の健全な育成」としている答案が多い。学生に対する注意点としては、審査対象となる法令の目的規定や理念規定が、必ずしも、そのまま規制利益になるわけではない、ということである。あくまでも、立法事実としての規制利益であるから、条例の文言とは異なる意味の規制利益を認定する可能性もあり、さらには、規制利益（規制目的）の切り取り方によっては、結論が変わる可能性がある⁽¹²⁾。

福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決は、淫行条例の規制趣旨について、「一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定していないため、性行為等によつて精神的な痛手を受け易く、また、その痛手からの回復が困難となりがちである等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる性行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けるべき性質のものを禁止することとしたものであることが明ら」である、としている。これは、一般論として、未成年の心身が未成熟で、傷つきやすく回復しにくいことから、保護が必要であるとしているのであるが、女子の婚姻年齢が16歳であること、本件条例も「結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交」を禁止していることに鑑みると、16歳未満の青少年に対しては、「青少年の保護育成」を規制利益としつつも、16歳以上青少年に対しては、成人への成長過程にある者としての青少年の健全な保護（性に係る自律的決定の促進を含む）を規

(12) 渋谷秀樹『憲法（第2版）』（2013年、有斐閣）412頁。

制利益とすべきであろう。

② 違憲審査基準

違憲審査基準は、上記二種の青少年保護は重要な規制利益であるとしても、性的自己決定権が恋愛の延長上にあるとすれば人格的生存に関わる重要な人権であること、それが過剰な規制によって抑制される可能性を秘めていることから、中間審査基準を採用する。

成人への成長過程にある青少年保護という規制目的に照らすと、「健全な常識を有する一般社会人からみて、結婚を前提としない単に欲望を満たすためにのみ行う性交」という規制の範囲の中には、結婚を前提としなくても真摯な関係、大学生と高校生のような年齢の接近した関係、心身ともに成熟した高校生との関係を包含すること、結婚を前提としないことが、「自己の性欲を満たすためにのみ行う性交」になるという推定規定になる可能性があることから、規制の目的を超えた過剰な規制となり、より制限的ではない、規制範囲があることから必要性を満たさない。また、このような上記の過剰な範囲の規制は、真摯な交際を法的に規制されることによって、逆に、本件のような16歳以上の婚姻可能な年齢を超えた青少年の健全な発達、自律性の維持に対しては、逆効果をもたらすから、合理性（目的合理性）を満たすものでもない。

〔指導例〕

第1問と同様に、何らの説明もなく、違憲性を主張する当事者であるからという理由で、厳格審査基準を採用する答案が多い。人権、規制利益、規制手段、立法裁量の総合的な衡量によって違憲審査基準が決定されるという点の理解が不十分であることが指摘できる。

また、厳格審査基準における場合と同様に、規制利益と規制手段の間の関連性についての論証が不十分なものが多い。薬局距離制限判決のように、因果関係の不在を示さずに、実質的関連性がない、と論じるもの、より制限的ではない手段が存在すると論証している（手段の必要性の論証）のにその具体的な手段を提示しないもの、目的に役立たない（手段の合理性の論証）という部分が欠けている答案が多い。

③ 検察官の反論

婚姻年齢が16歳であるとしても、当該年齢以上の児童生徒が、成年による誘惑、威迫、欺罔等によって性行為に誘引される可能性が否定できない以上、青少年の保護という規制利益を二種類に分ける必要性がない。また、青少年を保護する立法は、立法機関（県議会）に広い裁量が認められているのであり、本件条例は、法裁量の濫用があるともいえない。

〔指導例〕

被告の主張と噛み合わない主張、そもそも提起された論点に反論しない答案が見られる。

(3) 論点 3 適用違憲

① 適用違憲に係るルール設定

本件条例第8条2項が「この条例による規制及び規制のための調査は、第1条に規定する目的を達成するためにのみ行うべきであつて、いやしくも、これを濫用し、日本国憲法の保障する国民の基本的人権を不当に侵害するようなことがあつてはならない。」と規定するように、本件条例の適用が、成年の性に係る自己決定権を侵害する可能性が存在し、それは、成人への成長過程にある者としての青少年の健全な保護という規制利益よりも、上記の性に係る自己決定権が上回る場合は、本件条例を本件に適用する限りにおいて違憲となる。そして、この利益衡量をするに際しては、青少年の保護の必要性和性行為に至るまでの経緯には様々な事情が存することから、次のような要素を考慮すべきである⁽¹³⁾。

青少年の保護の程度を斟酌するにあたっては、ア) 青少年の年齢、イ) 心身の成熟の度合い、ウ) 性行為の態様、エ) 性行為の学業・家庭生活への影響、を考慮し、本件成年の性的自己決定権の要保護性を判断するにあたっては、ハ) 性行為に至るまでの経緯、ニ) 欺罔、威迫、誘惑等の有無、ホ) 地位の利用、ヘ) 婚姻の有無（婚姻している場合は有責性があるが、ない場合は、婚姻の意思は無関係）を、ホ) 年齢差を考慮する。

この基準を本件に当てはめると、まず、本件Bは、17歳の高校生であり、自分の意思で恋愛することが可能な程度の心身の成熟度を備えている。また、本件の性行為は売春とか、勉強の見返りとして行われたものではなく、あくまでも恋愛の延長にあるものである。そして、性行為を含む恋愛は、本人の学業に良好な影響を与え、家庭生活のつらさを緩和または解放するものである。以上より、本件Aを処罰し恋愛を中止させることによって、Bを保護する必要性は低く、むしろ、それはBの心身の成長に対して悪影響を与える。一方、本件Aは、熱心な学習指導をきっかけとして恋愛から、性行為に至ったのであり、教師と教え子の関係であるとしても、欺罔、威迫、誘惑等を行ったものでもなければ、地位を利用して性行為を誘導したものでもない。ま

(13) なお、本稿では論じないが、可能性としては、未成年者の自己決定権の侵害という第三者の権利侵害を論証することもできる。

た、Aに、結婚の意思があったかどうかを確認できないが、本人は未婚であることから、その可能性を否定できないし、さらに、17歳と30歳という年齢差が、社会的非難に値するものでもないから、AのBとの性行為は、性的自己決定権に含まれるものとして、憲法上の保護に値し、本件のAの処罰によって失われる利益と得られる利益を衡量すると、前者が後者を上回ることから、本件例は、Aに適用する限りにおいて違憲無効である。

〔指導例〕

ここでも、なぜ、このような適用違憲に係るルール設定を行うかについての説明のない答案が見られる。また、被告Aの性的自己決定権とBの保護の必要性という、抽象的なレベルでの比較衡量も、よく見られるところである。事案を細かく分析して、人権と規制利益をそれぞれどのように評価するか、という点の訓練が足りない、ということもできる。

② 検察官の主張

判例の基準の、誘惑、威迫、欺罔等を用いて、未成年を性行為に誘導することには、教師としての立場を利用することも含まれると解されることから、Aは塾講師として、学習指導をきっかけとして性行為に誘導していることが認められ、本件条例をAに適用することは、合法かつ合憲である。

〔指導例〕

Aを処罰する際には、本件の事例が、判例の基準に該当することを示すべきところ、その前提として、教師としての立場の利用が、判例が示す「欺罔、威迫、誘惑等」に該当するかどうかを解釈する必要があるにも関わらず、そうした論証を行わないで、いきなり、地位の利用は、誘惑に該当するとしている答案が多い。このように、抽象的な概念を、更に一步進めて、解釈してから適用するという作業を怠る答案が非常に多い。

むすび

以上のように、自作の事例問題を題材として、法科大学院生に答案において、よくある誤った論証、不十分な論証を示してきた。むすびとして、このような答案作成上の問題点をまとめてみたい。

①そもそも、法的三段論法になっていない。

②形式は、法的三段論法になっていても、何の説明もなく規範設定がなされる。

- ③違憲審査基準の設定に説得力がない。原告は厳格審査、被告は緩い審査と初めから決めてしまっている。
- ④問題となる事例において、いかなる人権が侵害されているか、という点についての、具体的な記述が乏しく、抽象的な主張が多いために、侵害される人権の重要性が、採点者に伝わらない。
- ⑤適用違憲の理解が不十分であるために、抽象的なレベルでの利益衡量を行い、人権や規制利益の細かい論証がなされない。
- ⑥抽象的な概念を、解釈したり、考慮要素を立てることなく、そのまま事案に適用する。
- ⑦当事者の主張が噛み合っていない。

このような答案作成上の問題点について、どのように学生を指導すべきか、という点について、私見を述べたい。

- ①判例において、法的三段論法として論証されている部分を摘示し、意識して判例を読み込むように指導する。
- ②古い判例も含めて、判例の事案を読んだときに、どのような憲法上の主張が可能かどうか、また、当該人権は、具体的にどのような意義があるかを論証できるようにする。
- ③下級審から、論点ごとに当事者の主張がどのように展開されているかを、確認させる。
- ④判例の利益衡量において、どのような考慮要素を用いているのかを意識し、他の事案との違いを分析させる。
- ⑤判例の結論のみをまとめた判例集等を使用している学生が多いことから、判例を学習するときに重要なのは、論理の流れであって、結論ではないことを強調する。
- ⑥常識にとらわれずに、当事者の立場に立ってみて、その痛みを共有する感覚で、人権侵害の主張を構成させる。

法科大学院に勤務して、学生の答案指導に携わってから、上記の答案作成上の問題点が認識するようになり、授業中にも何度も指摘してきたところであるが、毎年のように、繰り返し同様の答案が提出される。その真の問題点は、どこにあるのか、という点を本稿を示すことができれば幸いである。今後も、演習問題とその指導例という作業を継続し、教員側の指導上の問題点とその原因を究明していく予定である。

判例研究

DNA 鑑定による血縁関係否定と親子関係不存在確認 ——最(一小)判平成 26 年 7 月 17 日(民集 68 巻 6 号 547 頁)

田中 宏

I	判決要旨	158
II	参照条文	158
III	事案の概要	158
IV	主たる争点	158
V	下級審の判断	159
1	第 1 審 旭川家裁平成 23 年 12 月 12 日判決	159
2	控訴審 札幌高裁平成 24 年 3 月 29 日判決	159
VI	本判決 最高裁平成 26 年 7 月 17 日第一小法廷判決	160
VII	検討	161
1	現行法制	161
2	推定の及ばない子	161
3	推定の及ばない嫡出子の範囲	162
4	本件の問題点——DNA 鑑定の位置づけ	165
5	消極寄りの意見	165
6	積極寄りの意見	167
7	私見	169

I 判決要旨

夫と民法 772 条により嫡出の推定を受ける子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、親子関係不存在確認の訴えをもって父子関係の存否を争うことはできない。

II 参照条文

民法 772 条、民法 775 条、人事訴訟法 2 条 2 号

III 事案の概要

- (1) Y 男と A 女は、平成 11 年、婚姻の届出をした。
- (2) A 女は、平成 20 年頃から B 男と交際を始め、性的関係を持つようになった。しかし、Y 男と A 女は同居を続け、夫婦の実態が失われることはなかった。
- (3) A 女は、平成 21 年、妊娠したことを知ったが、その子が乙との間の子であると思っていたことから、妊娠したことを上告人に言わず、Y 男に黙って病院に行き、同年、X を出産した。
- (4) Y 男は、入院中の甲を探し出し、A 女に対して X が誰の子であるかを尋ねたところ、甲は、「2、3 回しか会ったことのない男の人」などと答えたが、Y 男は、X を Y 男と A 女の長女とする出生届を提出し、その後、X を自らの子として監護養育した。
- (5) Y 男と A 女は、平成 22 年、X の親権者を A 女と定めて協議離婚をした。
A 女と X は、現在、B 男と共に生活している。
- (6) A 女は、平成 23 年 6 月、X の法定代理人として、本件訴えを提起した。
- (7) X 側で私的に行った DNA 検査の結果によれば、B 男が X の生物学上の父である確率は 99.999998% であるとされている。

IV 主たる争点

夫と民法 772 条により嫡出の推定を受ける子との間に生物学上の父子関係が認めら

れないことが科学的証拠により明らかであるなどの事情がある場合における親子関係不存在確認の訴えの許否

V 下級審の判断

1 第1審 旭川家裁平成23年12月12日判決 (LEX/DB 25504637)

「Xは、Y男とA女が婚姻中に懐胎した子であり、しかも、その当時Y男とA女は同居しており、夫婦としての実体が失われていたというような事情はうかがわれない。」という事実を認定しつつ、「もっとも、A女が、Xを懐胎した当時、Y男とA女との間には妊娠に至るような性交渉がなく、XがY男の子である可能性が低いこと、そのため、A女はXがY男の子でないと確信し、Y男もXが自分の子であるか疑っていたこと、他方でA女が交際していたBがXの父である可能性が極めて高いこと(Y男は、上記鑑定について疑義がある旨主張しているが、同鑑定の信用性を否定するような事情はうかがわれない。)などに照らすと、XとY男との間には、生物学的観点からの親子関係は存在しないことは明らかであり、民法772条の嫡出推定は及ばないものと認められる。なお、嫡出推定制度は、家庭の平穏を維持し、子供の養育環境を安定させることを目的としているものと解されるところ、本件においては、Y男とA女は既に離婚しており、現在、X、A女及びBと一緒に生活しているものであるから、民法772条の嫡出推定を排除しても同制度の趣旨に反するとまではいえない。」として、Xの請求を認容した。

2 控訴審 札幌高裁平成24年3月29日判決 (LEX/DB 25504698)

最(一小)判昭44年5月29日第一小法廷判決(民集23巻6号1064頁)の、民法772条の嫡出推定が排除される要件について、「妻が子を懐胎すべき時期に、夫婦が事実上の離婚をして別居状態にあり、夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な場合でない限り、嫡出推定は排除されないものであると解すべきである」とのY男の主張に対し「上記最高裁判例が、嫡出推定の排除される場合を妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な場合にのみ限定する趣旨のものであると解するのは相当ではない。すなわち、民法が婚姻関係にある両親から生まれた子についてその親子関係を争うことについて厳格に制限しようとしたのは、家庭内の秘密や平穏を保護するとともに、平穏な家庭で養育を受けるべき子の利益が不当に害されることを防止することにあると解されるから、このような趣旨が損なわれないような特段の事情

が認められ、かつ、親子関係の不存在が客観的に明らかな事案においては、嫡出推定の排除される場合を妻が夫の子を懐胎する可能性がないことが外観上明白な場合に限定する必要はないと考えるべきである。」と説示した上で、「これを本件についてみると、前示のとおり、DNA 鑑定により B 男が X の父親である確率が 99.999998 パーセントとの鑑定結果が得られており、Y 男と X との間の親子関係の不存在は、科学的証拠により客観的かつ明白に証明できており、また、A 女と B 男は既に離婚して別居しており、X は親権者である A 女の下で監護されているなどの事情が認められるのであるから、本件においては嫡出推定は排除されると解するのが相当であり、本件訴えは適法であるというべきである。」

として原審判断を維持し、Y 男の控訴を棄却した。

Y 男から上告受理の申立て。

VI 本判決 最高裁平成 26 年 7 月 17 日第一小法廷判決 (LEX/DB 25446515)

「民法 772 条により嫡出の推定を受ける子につきその嫡出であることを否認するためには、夫からの嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、同訴えにつき 1 年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から合理性を有するものといえることができる（最高裁昭和 54 年（オ）第 1331 号同 55 年 3 月 27 日第一小法廷判決・裁判集民事 129 号 353 頁、最高裁平成 8 年（オ）第 380 号同 12 年 3 月 14 日第三小法廷判決・裁判集民事 197 号 375 頁参照）。そして、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び 774 条から 778 条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。」

「もっとも、民法 772 条 2 項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるとい

うことができるから、同法 774 条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である（最高裁昭和 43 年（オ）第 1184 号同 44 年 5 月 29 日第一小法廷判決・民集 23 卷 6 号 1064 頁、最高裁平成 7 年（オ）第 2178 号同 10 年 8 月 31 日第二小法廷判決・裁判集民事 189 号 497 頁、前掲最高裁平成 12 年 3 月 14 日第三小法廷判決参照。）

としつつ、「本件においては、甲が被上告人を懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない。」として、DNA 鑑定の結果を考慮しないこととして、原判決を破棄、第 1 審判決を取消し、本件訴えを却下した。

Ⅶ 検討

1 現行法制

民法は、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定し（772 条 1 項）、婚姻成立の日から 200 日経過後又は婚姻解消若しくは取消しの日から 300 日以内に生まれた子は婚姻中に懐胎したものと推定する（同条 2 項）と定めている。これらの規定は、あくまで推定（法律上の事実推定）規定であって、みなし規定ではないので、夫の子ではないという事実によって覆すことができるが、覆すルートは限定されており、①夫だけが（主体限定）、②子の出生を知った時から 1 年以内に（期間限定）③嫡出否認の訴えによってのみ（手段限定）覆すことができる（774 条、775 条、777 条）。このような嫡出推定と否認の制度が設けられている理由としては、法律上の父子関係の早期安定による子の福祉、家庭の平和などがあげられている。

2 推定の及ばない子

もっとも、形式的には 772 条の推定要件を充たしていても、客観的には夫の子ではあり得ない子が存在しうる。例えば、子が懐胎した当時、夫が在監中だった場合等、妻が夫によって懐胎することが不可能な事実のあった場合である。そもそも嫡出子が夫の子と推定されるのは、妻が夫としか肉体関係を結ばないという法律上の義務に基づいた推定があるからであるゆえに、夫と肉体関係を結ぶことが不可能又は著しく困難な事情のある場合には、子が夫の子であると嫡出推定は働かない。このような場合を「推定の及ばない子」とか「推定を受けない嫡出子」という概念で説明する（ここでは「推定の及ばない子」と表現を統一する。）。この場合は、夫からの嫡出否認の訴

えによることなく、親子関係不存在確認の訴えにより、いつでも誰でも父子関係を否定することができる。これは後に検討する判例(最(一)小判昭44.5.29)等に現れている。

3 推定の及ばない嫡出子の範囲

(1) 学説の状況

「推定の及ばない子」を認めるとして、問題は、どのような場合に、推定が及ばないと認めるかである。学説は概ね次のように分類することができる。

① 外観説⁽¹⁾

懐胎期間中に夫との性行為がなかったことが、同棲の欠如(具体的には事実上の離婚、夫の出征、収監など)によって外観上明白である場合に限り、嫡出推定は及ばないとする見解。

② 血縁説⁽²⁾

血液型、遺伝子や生殖能力を調査した上で、科学的・客観的にみて夫の子ではない場合にも嫡出推定は及ばないとする見解。

③ 家庭破綻説⁽³⁾

父母の離婚や別居など、法律上の父母の家庭の平和が崩壊している場合に嫡出推定は及ばないとする見解。

④ 合意説⁽⁴⁾

家庭の平和・父子関係の早期確定という利益を受ける子・妻・夫の三者の合意があれば、血縁上の父子関係の存否の確認を求めることができるとする見解。

(2) 判例

判例は、一貫して外観説を採用している。

① 最(一)小判昭44.5.29(民集23-6-1064 LEX/DB 27000814)

被上诉人らの母西海百合江は、昭和21年訴外伊藤重雄と結婚したが、同24年4月頃伊藤と事実上の離婚をして別居し、爾来同人とは全く交渉を絶ち、26年10月2日正式に離婚したのであるが、それに先だつ同25年9月頃から同39年3月頃までの間上告人と肉体関係を持続し、その間同27年3月28日被上诉人西海光子を、同31年1月31日被上诉人西海正典を各分娩し、同人らを自己の嫡出でない子として出生届をし

(1) 我妻栄・親族法・221頁。

(2) 中川善之助・新訂相続法364頁。

(3) 松倉耕作「嫡出性の推定と避妊」(法律時報45巻14号130頁)。

(4) 福永有利「嫡出推定と父子関係不存在確認」(別冊判タ8号(1980)・240頁)。

たというのである。

右事実関係のもとにおいては、被上告人光子は母百合江と伊藤重雄との婚姻解消の日から 300 日以内に出生した子であるけれども、百合江と重雄間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約 2 年半以前から事実上の離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれていたにとどまるというのであるから、被上告人光子は実質的には民法 772 条の推定を受けない嫡出子というべく、同被上告人は伊藤重雄からの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる。

② 最（一）小判昭 44.9.4（集民 96-485 LEX/DB 27451605）

被上告人の母木山花子は、昭和 33 年 7 月 18 日訴外石田源吉と婚姻し、2 人の子まで設けたが、家庭不和のため昭和 37 年 9 月頃石田と事実上の協議離婚をして同棲を解消し、爾来同人とは全く交渉を絶ち、同年 10 月 18 日には「協議書」なる協議離婚の書面を作成交換したのに、たまたまその届出手続がおくれ、昭和 39 年 7 月 4 日にいたってようやく正式の離婚届をするに至ったのであるが、それに先だつ同 38 年 10 月頃上告人と肉体関係を結ぶようになり、以来右花子が被上告人を分娩する同 39 年 11 月 17 日の 1 ヶ月位前まで肉体関係を継続し、その間に上告人の子である被上告人を懐胎したというのである。

右事実関係のもとにおいては被上告人は母花子と石田源吉との婚姻解消の日から 300 日以内に出生した子であるけれども、花子と源吉間の夫婦関係は、右離婚の届出に先だち約二年以前から事実上の協議離婚をして爾来夫婦の実態は失われ、たんに離婚の届出がおくれていたにとどまるというのであるから、被上告人は実質的には民法 772 条の推定を受けない嫡出子というべく、被上告人は石田源吉からの嫡出否認を待つまでもなく、上告人に対して認知の請求ができる旨の原審の判断は正当として是認できる（当裁判所昭和 43 年（オ）第 1184 号、昭和 44 年 5 月 29 日第一小法廷判決参照）。

③ 最（二）小判平 10.8.31（家裁月報 51-4-75 LEX/DB 28032540）

妊娠週数が 24 週以上 28 週未満の分娩は、現在では早産と扱われているが、上告人出生当時は流産と扱われていた。ちなみに、昭和 53 年及び同 54 年の各人口動態統計によれば、妊娠週数 24 週以上 28 週未満の分娩による出生数の総出生数に対する構成割合は、いずれの年においても 0.1 パーセント程度にすぎない。仮に、B 女が、A 男が帰還した昭和 21 年 5 月 28 日に同人と性的関係を持ち、上告人を懐胎したとすると、B 女は妊娠週数にして最長でも 26 週目に上告人を分娩したことになる。

右の事実によれば、A 男は、応召した昭和 18 年 10 月 13 日から名古屋港に帰還し

た昭和21年5月28日の前日までの間、B女と性的関係を持つ機会がなかったことが明らかである。そして、右の事実のほか、昭和21年当時における我が国の医療水準を考慮すると、当時、妊娠週数26週目に出生した子が生存する可能性は極めて低かったものと判断される。そうすると、B女が上告人を懐胎したのは昭和21年5月28日より前であると推認すべきところ、当時、A男は出征してまだ帰還していなかったのであるから、B女がA男の子を懐胎することが不可能であったことは、明らかといえるべきである。

したがって、上告人は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子であり、A男の養子である被上告人が亡A男と上告人との間の父子関係の存否を争うことが権利の濫用に当たると認められるような特段の事情の存しない本件においては、被上告人は、親子関係不存在確認の訴えをもって、亡A男と上告人との間の父子関係の存否を争うことができるものと解するのが相当である。

④ 最（三）小判平12.3.14（家裁月報52-9-85 LEX/DB 28050541）

民法772条により嫡出の推定を受ける子につき夫がその嫡出であることを否認するためには、専ら嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、右訴えにつき1年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から十分な合理性を有するものといえることができる（最高裁昭和54年（オ）第1331号同55年3月27日第一小法廷判決・裁判集民事129号353頁参照）。そして、夫と妻との婚姻関係が終了してその家庭が崩壊しているとの事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、右の事情が存在することの一事をもって、嫡出否認の訴えを提起し得る期間の経過後に、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と子との間の父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。

もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻が右子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、右子は実質的には民法772条の推定を受けない嫡出子に当たるといえることができるから、同法七七四条以下の規定にかかわらず、夫は右子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である（最高裁昭和43年（オ）第1184号同44年5月29日第一小法廷判決・民集23巻6号1064頁、最高裁平成7年（オ）第2178号同10年8月31日第二小法廷判決・裁判集民事189号497頁参照）。しかしながら、本件においては、右のような事情は認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない。

4 本件の問題点——DNA 鑑定の位置づけ

本件では、極めて精度の高い DNA 鑑定により、生物学上の父子関係がないという鑑定がなされているという事実があるため、外観説の射程外として扱われるのが問題となった。しかし、最高裁は、「民法 772 条 2 項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合」でない限り、「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、夫と妻が既に離婚して別居し、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。」として、外観説の射程の範囲内であることを説示し、血縁上と法律上の父子関係の食い違いについては「同条及び 774 条から 778 条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。」として、例外的に許容できる領域を含めて外観説の立場を維持するものとした。

外観説の枠組みは、現在のような精度の高い DNA 鑑定の技術が開発される前に立てられたものであるから、判断基準は「血縁関係の有無」という、生物学的手法によるものではなく、「事実上の離婚」という社会的実態に依拠せざるをえなかった。

問題は、技術の発達によって、端的に生物学的に（同居の有無に関わらず）血縁関係を極めて高い精度で判断することができる技術が開発された現在においても、なお、従前の「生物学的手法による判断が未だ不可能であった時代の」枠組みが維持されなければならないかであるが、多数意見はこれを是とした。以下、判例に付された -DNA 鑑定の結果考慮に対する -消極寄りの意見（櫻井裁判官、山浦裁判官）と積極寄りの意見（白木裁判官、金築裁判官）を検討することとする。

5 消極寄りの意見

(1) 櫻井裁判官の補足意見

櫻井裁判官は、「近年における DNA 検査技術の進歩はめざましく、安価に、身体に対する侵襲を伴うこともなく、ほぼ 100% の確率で生物学上の親子関係を肯定し、又は否定することができるようになったことは、公知の事実である。」と、DNA 鑑定が

もつ機能は承認しつつも、嫡出推定を覆すルートを制限し、父子関係を早期に確定させる現行の法的枠組みについて「現段階でもその重要性が失われておらず、血縁関係のない父子関係であっても、これを法律上の父子関係として覆さないこととすることに一定の意義がある」と考える。」と説示される。そして、これまで判例が採用してきた外観説からはみ出る場合について、問題なしとはしないとしつつ（特に、子が成長した後、自らの判断で自己の出自を知りたいと願い、あるいは生物学上の父との間での法律上の関係の設定を望んだ場合に、それを実現させる方法がないということを例示される）も、これに応じて生物学上の親子関係を重視していくことは、「民法 772 条の文理からの乖離にとどまらず、嫡出否認の訴え、再婚禁止期間、父を定めることを目的とする訴え等の規定が存在することとの関係をどのように調整するのかという問題に行き当たることになり、解釈論の限界を踏み超えているのではないと思われる。」とされ、立法政策の問題として検討されるべきであるとされる。

(2) 山浦裁判官の補足意見

山浦裁判官は、現行法制の嫡出推定・否認の例外として認められる外観説を前提とする親子関係不存在確認の訴えについて、「外観上の事情が認められる場合に限って例外的に認められるものであって、訴訟の場においては、上記の外観上の事情の存在が認められた場合に初めて血液検査や DNA 検査などによる生物学上の父子関係の存否に関する事実の立証の段階に進むことになる（上記の外観上の事情が認められない場合には、親子関係不存在確認に係る訴えは、その段階で却下されることになるのであり、血液検査や DNA 検査の結果が証拠として提出されていても意味を持たないことになる。）」とされ、生物学的検査の結果等については、あくまで外観上の事情が認められる場合に初めて持ち出されるものであって、外観上の事情がない場合に、先行して DNA 検査等の結果が考慮されることはないとされる。

そのうえで、DNA 検査等の結果生物学上の父子関係の不存在が明らかである場合（「第 1 要素」とする。）には親子関係不存在確認訴訟の提起を認めるという考え方に対しては、櫻井裁判官と同様、「民法 772 条の文理やこれまでの累次の当審判例に整合しない」とされ、また、第 1 要素に加えて、法律上の父との家庭の破綻により子の出生の秘密が露わになっている場合（「第 2 要素」とする。）、さらには、生物学上の父との新しい家庭が形成されていること又は生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にある場合（「第 3 要素」とする。）に、親子関係不存在確認訴訟が認められるとする考え方については、訴訟手続上の問題があると指摘される。すなわち第 2、第 3 要素の有無が判決の基礎となる判断基準時は、親子関係不存在確認訴訟の口頭弁

論終結時となる。すると、訴訟の中で第1要素が呈示されたが、口頭弁論終結時に第2要件、第3要件が認められなかった場合には、親子関係不存在確認請求は認められず、それでいて「血縁上の親子関係はない」という情報だけが宙ぶらりんの形で残ってしまうことになることを批判される（かといって「生物学上確実な事実が判明した以上は仕方がない」という姿勢をとるならば、DNA 検査の結果だけが法廷を支配することになるであろう」とされる）。

また、第2要素、第3要素について、口頭弁論終結時の存否が結論を左右することから、自己に有利（親子関係不存在の方向で）な結論を導くために、ことさらに家庭崩壊を導いて第2要素を作り出そうとしたりすることが懸念されたり、第3要素については、「生物学上の父との新しい家庭の形成や親子関係の確保」という、ある意味移ろいやすい要素が掲げられていることから、DNA 検査の結果に配慮しようとするあまり、子の身分関係を不安定にするなどの問題があるとされる。

また本件の場合、子が生後23歳であることから、「年齢的にみて子の意思を確認することができない段階で、これまで父としての自覚と責任感に基づいて子を育ててきた上告人の意思を無視して、DNA 検査の結果に基づき、子の将来を決めてしまうことには躊躇を覚える。とりわけ、法律上の父と母との間においてまだ離婚ないしは婚姻破綻の経緯にまつわる感情的な対立が続いている状態で、子の意思を確認することもなく、その父子関係を決めるのは適切ではない。」「子が、十分に成長して適切な判断力を備えて自己決定権を行使できるようになった後に、自ら父子関係を訴訟において争う機会を設けるということも考えられるが、これは解釈の枠を超えた立法論というべきであろう。」とされ、DNA 検査そのものについても、その偏重が「子が生まれたら直ちにDNA 検査をしないと生涯にわたって不安定な状態は解消できないことにもなりかねない。このような重要な事項について法解釈で対応できないような新たな規範を作るのであれば、国民の中で十分議論をした上で立法をするほかはない。」とされる。

6 積極寄りの意見

(1) 金築裁判官の反対意見

金築裁判官の反対意見は、「科学的証拠により生物学上の父子関係が否定された場合は、それだけで親子関係不存在確認の訴えを認めてよいとするのではなく、本件のように、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており（山浦裁判官の補足意見における「第2要素」、かつ、生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保でき

る状況にあるという要件を満たす場合（同じく「第3要素」）に、これを認めようとするものである。「形式的には嫡出推定が及ぶ場合について、実質的な観点を導入することにより、嫡出否認制度の例外を認めるという点では、外観説と異なるものではない。」とあるように、無条件で血縁説に立つものでなく、外観説の射程範囲を「第2要素」「第3要素」という形で明確化しようとするものである。

たとえば、「夫婦関係の破綻による子の出生の秘密の暴露」については、子の出生の秘密はあくまで夫婦関係の破綻の結果として暴露された（つまり元の鞘に収まる可能性がない状態で暴露された）ものであることを要するのであろうし、「生物学上の父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にある」とは、DNA鑑定の結果「父子関係は否定したが、父親は誰かは不明」という状況での例外的取扱は認めない、ということであろう。

また、本件の場合、不倫関係に及んでいた母親が子の法定代理人として訴えを提起していることから、事件のスワリという点でどうかという疑問もあるが、この点については子に特別代理人を選任して子の利益を守ることが適当であり、訴え提起定自体を封じ込めてしまうのは妥当ではないとされている。

(2) 白木裁判官の反対意見

白木裁判官の反対意見は、金築裁判官の反対意見に依拠するものであり、外観説の存在自体が「民法の規定する制度がもはや本来の姿のままでは維持できない事態に至っていることを意味するというべきであろう。」と説示した上で、DNA検査については、技術の向上の結果、「父子間の血縁の存否がほとんど誤りなく明らかにできるようになったが、そのようなことは、民法制定当時にはおよそ想定できなかったところであって、父子間の血縁の存否を明らかにし、それを戸籍の上にも反映させたいと願う人情はますます高まりをみせてきているといえよう。」と評価される。そして「民法の規定する嫡出推定の制度ないし仕組みと、真実の父子の血縁関係を戸籍にも反映させたいと願う人情とを適切に調和させる」ことを実現する手段として、立法的な手当に待つことが望ましいことはいうまでもないが、日々生起する新たな事態に対処するためには、さしあたって個々の事案ごとに適切妥当な解決策を見出していくことの必要性も否定できないところであり、本件においては、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密が露わになっており、かつ、血縁関係のある父との間で法律上の親子関係を確保できる状況にあるという点を重視して、子からする親子関係不存在確認の訴えを認めるのが相当であるとされる。

7 私見

現行法制が、血縁関係の有無をほぼ100%の確度で判定できる技術のない時代に作られたものであることは明らかである。そうすると、第一の根源的な問題は「血縁関係を、親子関係判断の主要素とするか」ということになる。仮にこれを是とするのであれば、現行法制は、「本来血縁によって結論を導くべきところ、そのような技術がなかったため、妥協的な枠組みを作った不備のある制度」ということになり、現行法制の不備に「親子関係」という極めて人の根幹に関わる問題を「つきあわせる」という本末転倒な事態となる。そうだとすれば、白木裁判官の反対意見にあるように、立法的手当を漫然と待つのではなく、可能な限り、これを結論に反映させる解釈論（というより、外観説の要件の見直し）が図られるべきであろう。この点に関し、本判決は「法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。」と説示しているが、既に述べたように、現行法制は血縁関係を判定できる手法のない時代に作られたものにすぎず、容認といっても容認「せざるを無かった」ものであって、その法的枠組みは決定的な要因とはならない。

これに対し、親子関係を血縁関係のみで判断するという考え方をそもそもとらないという前提であれば、現行法制の枠組み自体には不備はなく、あとは外観説の要素を技術革新に応じて広げるのか（あるいは広げないのか）という問題となる（なおこの点に関して、養子制度の存在を、親子関係を血縁関係とリンクさせる必要はないことの証左とすることは、そもそも親子の意思によって血縁関係がないことを承知の上で親子関係を創設する養子制度と、そのような意思の働かないところで予期に反して親子とされてしまっている場合とを同列に考えるものであり、説得的ではないと思う）。

むろん、血縁の有無だけでドライに割り切ってしまい、親子関係不存在確認の訴えを無制限に認めることには弊害があることは、本判決の多数意見（補足意見も含む）に傾聴すべきところがあるが、少なくとも現実の生活状況と乖離した法的親子関係を解消することができないのは、子の福祉という観点からも妥当でない場合があるし、男性を父親の地位から解放できない（本件の場合は法律上の父親が真実を知ってもなお父子関係の解消を望まないというやや特殊なケースではあるが）という問題があることは直視しなければならないと考える。いずれにせよ、DNA検査という確度の極めて高い血縁関係の鑑定方法が現に存在する以上、それを受け入れるにせよ、入れないにせよ、その手法の存在を前提とした制度の見直しが急務であることは否定できないだろう。

*本判決の評釈:村重慶一/戸籍時報・716号)、木村敦子/法律のひろば67巻12号62頁、同/民法判例百選Ⅲ・56頁([27]事件)、窪田充見/ジュリスト・1471号66頁、飛澤知行/ジュリスト・1474号112頁、水野紀子/法学教室・411号、本件の上告代理人による評釈として、小林史人/法セミ・721号15頁。また、脱稿後に近藤ルミ子「親子関係不存在確認をめぐる実務上の問題点」(戸籍時報・725号)に接した。

執筆者紹介（掲載順）

柏木俊彦

弁護士、大宮法科大学院大学学長、教授

久保利英明

弁護士、大宮法科大学院大学教授（～2014年度）、桐蔭法科大学院教授

上田正和

弁護士、桐蔭法科大学院教授、大宮法科大学院大学非常勤講師

新屋達之

大宮法科大学院大学教授（～2014年度）

早川和宏

東洋大学法学部法律学科教授、弁護士

福井康佐

桐蔭法科大学院教授

田中 宏

弁護士、大宮法科大学院大学教授

（掲載順）

大宮ローレビュー 第 11 号

2015 年 9 月 初版第一刷発行

発行 大宮法科大学院大学

埼玉県さいたま市大宮区桜木町 4 丁目 333 番地 13 号

Tel 048-658-8101, Fax 048-658-8102

<http://www.omiyalaw.ac.jp>

E-mail: info@omiyalaw.ac.jp

印刷 倉敷印刷株式会社

130-0013 東京都墨田区錦糸 4-16-17

Tel 03-6658-0031, Fax 03-6658-0032