

一橋大学 法科大学院

# 一橋ローレビュー

第五号 2022年3月

第5号の刊行に寄せて	石田 剛 (1)
<b>論説</b>	
ビジネスローの理論と実務	射手矢 好雄 (2)
生殖補助医療における法的母子関係のあり方の再考 —解釈論による分娩説の克服を目指して—	長谷川 知博 (7)
当事者が損害賠償請求訴訟において一時金方式を採択した場合における、 判決確定後の著しい事情変動が生じた場合の権利救済に関する考察 —民事訴訟法 117 条類推適用の可否—	瀬川 駿 (29)
刑事手続における供述弱者に対する「合理的配慮」の在り方	堀田 らな (60)
民法 714 条の検討 —認知症高齢者の家族が負う監督義務の内容の視点から—	保浦 誠也 (87)
判決の不当取得に対する救済について	黒澤 陸人 (112)
追完に代わる損害賠償における追完の催告の要否	高木 隆文 (143)
編集後記	(171)
執筆者・編集委員一覧	(172)

## 第5号刊行によせて

このたび、一橋ローレビュー第5号が刊行される運びとなりました。

本誌は、創刊時の精神に立ち戻り、学生のみなさんの自主性を尊重しつつ、在学中の研究成果を世に問う場を提供することを主な目的として、本年度より不定期刊行の媒体として再出発することになりました。

コンテンツの中心は、修了生及び在学生の研究論文ですが、教員・本学 OBOG のエッセイや編集委員の創意工夫による企画を随時盛り込むことで、一橋大学法科大学院の「いま」の姿を様々な角度から映し出すことができればと考えています。本号では、長年ビジネスロー・コースの教育において多大なご尽力を賜っております射手矢好雄教授のご論考が寄せられています。

学生の直感的な疑問が学術研究の前進に大きく寄与するきっかけになることは、決して少なくありません。一人でも多くの法科大学院生が在学中に、時間をかけて考えるに値する問題を自ら発見し、それを育むことにより、将来法曹として大きく羽ばたくための助走作業にも注力されることを希望します。

本号の刊行においては、但見亮教授、角田美穂子教授、そして修了生の堀田らなさん、保浦誠也さん、在学生の黒澤陸人さん、高木隆文さんがご尽力下さいました。記してお礼申し上げます。

2022年3月

石田剛

(一橋大学法科大学院長)

# ビジネスローの理論と実務

一橋大学法科大学院特任教授 射手矢好雄

## 骨子

1 私は一橋大学法科大学院の特任教授として、ロースクールの1期生から現在までビジネスローを教えてきた。私は、実務で経験したことを理論化して教えたい、理論化したことを実務に応用したいと考え、理論と実務の間をずっと往来してきた。

2 交渉の理論と実務について。理論としての「交渉の7つのカギ」が驚くほど実際の交渉に役立つ。現実の交渉過程を交渉理論にフィードバックすることにより、理論が進化してきた。私はその研究成果を論文にまとめた。

3 中国法の理論と実務について。中国法は整備され、実務の運用も積み重なっている。中国では中国共産党がすべてを指導し、法律は管理の手段である。これがわかると中国法の全体像がわかり、中国ビジネス法を理論化して体系化できる。この理論が個々の実務にも役立つ。個々の実務が理論に反映される。

4 ビジネスローの実務と理論は車の両輪である。2023年度から法科大学院のカリキュラムが変わり、3年次の後期にビジネスロー・コースを集中的に学習できるようになる。ビジネスローの理論と実務はますます進化する。

## 見出し

- 1 ビジネスロー・コースの特任教授
- 2 交渉の理論と実務
- 3 中国ビジネス法の理論と実務
- 4 まとめ

## 本文

### 1 ビジネスロー・コースの特任教授

私の手元に10数枚の色紙がある。一橋大学法科大学院でビジネスロー・コースを履修した毎年の学生からもらったものだ。私の授業や課外活動についての感想が書いてある。授業が楽しく、実践的で新鮮だったというコメントが多い。授業の後に体を動かして頭もすっきりしたという感想もある。色紙には写真が貼りつけられ、名前も書いてあるので、これを一目見ると、その学年の様子を思い出すことができる。私の宝物である。

一橋大学法科大学院の特色として、ビジネスロー・コースがある。最終学年（既習生はロースクール2年目、未修生は3年目）の毎週金曜日にビジネス関係の法律を実務的に学ぶ。選択コースとして、20名から30名程度が履修する。学生は国立（くにたち）ではなく、千代田区一ツ橋（地名）のキャンパスにやって来る。彼らは、このコースをビジローと略称している。

私は法科大学院の1期生からビジローの主任をしてきた。法科大学院は2004年に開校し、ビジローの授業は2005年から開始した。私は、2006年卒の1期生から、今年2022年卒業の17期生まで17年間連続で教えてきた。私の授業は今後も続く予定だ。

私のクラスは、前期の金曜日1限目に「国際法務戦略・交渉論」がある。ここでは交渉を主に教えている。続く2限目に「中国ビジネス法」がある。中国の特色を学ぶことを目的としている。この2科目は私が単独で教えてきた。後期の金曜日3限目は「ワールド・ビジネス・ロー」を他の実務家教員（現在は伊藤亮介、中尾雄史）と分担して教えている。アメリカ、ヨーロッパ、アジアのビジネス法を講義してきた。

私が学生に伝えようとしたことは、司法試験には直接役立たないが、実務家になると絶対に役に立つ極意である。法律家としての実践的な思考方法と行動パターンである。「交渉論」では、ビジネスと人生に役立つ交渉を教えた。「中国ビジネス法」と「ワールド・ビジネス・ロー」では、

法律をグローバルな視点で見えてきた。比較法を通して、日本法の理解も深めるようにした。優秀な学生が多いからであろうが、結果的には司法試験の合格率も高い。

私の本職は弁護士（1983年登録）である。中国業務を中心に国際関係を扱ってきた。私は、**弁護士実務で体験したことを理論化して法科大学院で教えたい、そして法科大学院で理論化したことを法律実務に役立てたい**とずっと考えてきた。**実務と理論は車の両輪**である。以下、個別に検討する。<sup>1</sup>

## 2 交渉の理論と実務

**交渉(Negotiation)は学問だろうか？**ロースクールで教えるべきだろうか？答は、絶対に**イエス**(Absolutely yes)である。

ビジネスでも日々の生活でも、**人は誰でも交渉に直面する**。理論を知って十分に準備してから交渉すれば、良い結果を得られやすい。自分だけでなく交渉相手も満足できる合意が得られる。理論を知らずにやみくもに交渉する場合と大違いである。

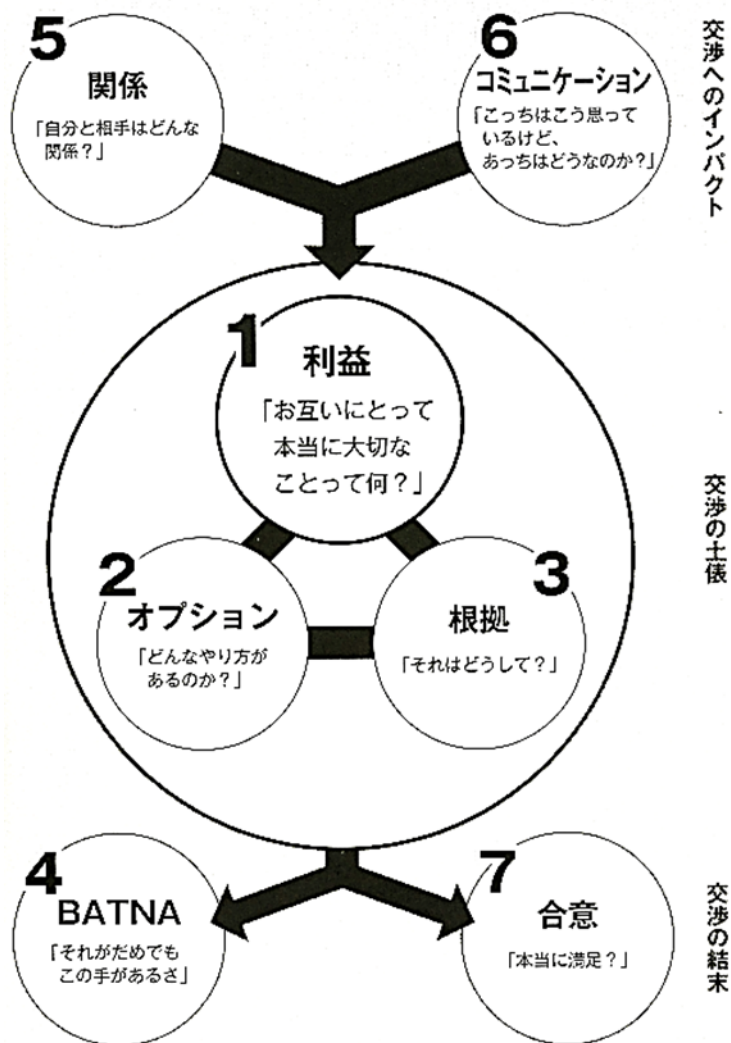
ハーバード・ロースクール(Harvard Law School)では、私が留学した1988年当時から、交渉のクラス(Negotiation Workshop)が人気科目だった。その必要性は年を追うごとに高まり、交渉はもうすぐ必修科目になるらしい。私は何とか日本でもこれを教えたいと考え、**2005年から一橋大学法科大学院に導入**した。<sup>2</sup>

授業のエッセンスは、「**交渉の7つのカギ**」を自由に使えるようになることである。交渉の7つのカギとは、「利益、オプション、根拠、BATNA(Best Alternative to a Negotiated Agreementの略)、コミュニケーション、関係、合意」という7つの要素である。ハーバードでは、Seven Elements of Negotiationと呼んでいる。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> なお、私は身体がよければ頭もよくなると信じており、授業の後、希望者にヨガを教えてきた。これは自由活動であり、成績評価には全く関係しない。ヨガと言っても高度なことはやらず、体を軽く動かす程度である。それでも凝り固まった身体をほぐし、精神を集中させる効果がある。毎年10数名のヨガ参加者があり、不思議なことに司法試験の合格率が高かった（ある年は100%）。私は「合格ヨガ」と名付け、商標登録もした。この課外活動は、本稿の目的ではないので、リクエストがあれば別の機会で述べたい。

<sup>2</sup> 厳密には、一橋大学の社会人向けの大学院（2000年の開設当時は一橋大学大学院国際企業戦略研究科（略称ICS）、2018年からは組織変更により一橋大学大学院法学研究科ビジネスロー専攻）で、2000年から「国際法務戦略」の科目で交渉を教え始めた。これも現在まで続いている。

<sup>3</sup> ここでは詳細を書くスペースがないので、射手矢好雄・齋藤孝『ふしぎとうまくいく交渉力のヒント』（講談社、2009年）、射手矢好雄・齋藤孝『うまくいく人はいつも交渉上手』（講談社+α文庫、2014年）を参照。



授業では、まず学生に今までの人生で交渉した経験を振り返り、その交渉で何が良かったか良くなかったかを言ってもらおう。子供の頃に親から小遣いをもらったとか、ロースクールに入ってアパートの家賃を交渉したとかが話題になる。社会人経験のある学生は、仕事での交渉を紹介する。私はこれらを板書して、交渉に役に立つ要素を何とか体系化できないかと学生と一緒に考える。もちろんすぐには答えがでない。検討する過程で、私が「交渉の7つのカギ」を紹介する。そうすると過去の交渉のすべてが7つの要素のどこかに当てはまることがわかる。

頭でわかったことを実践できるように、その次の週から、**交渉の演習**を行う。繰り返し繰り返し練習する。そして交渉の7つのカギをマスターする。このあたりはスポーツに似ている。題材として、**出演料の交渉、国際離婚、企業買収、中国への技術ライセンス契約**などを扱う。**夕食**のレストラン選びとか、**法律事務所の移籍**交渉を行うこともある。前期の授業が終わる頃には、学生はひとかどの交渉家 (negotiator) になっている。

私のビジローの卒業生が2回ほどゼミ会を開いてくれた。個別に結婚式に呼ばれることもあった。その時に、学生から「先生の交渉の授業が**実務に入って一番役に立った**」といわれることが何度もある。私にとって最高の賛辞である (お世辞かもしれないが)。**弁護士**業務は交渉の連続だから、交渉の理論は確実に役立つ。**裁判官**からは和解期日で役に立ったと言われる。**検察官**からは事件の全体図が見えやすくなったと言われる。それだけでなく、自分の**生活**において相続交渉に使えたとか、結婚相手の選択に役立ったとかの報告もあった。

私は、これからも交渉の理論が、**個人レベル、企業レベル、国家レベルで重要**になってくると信じている。

交渉を理論化し、実務に生かすために、私は「交渉の理論と実務」という**論文**を書いた。小林

秀之先生古希祝賀論文集に収められ、成文堂から 2022 年に発行される予定である。

日本には「**日本交渉学会**」という学会があり、学会のメンバーは交渉を研究している。私は 2022 年 4 月から日本交渉学会の**会長**に就任する。学会を通じて、交渉の理論と実務を多くの人に広めたい。**交渉が一橋だけではなく、日本の多くのロースクールで教えられることを望む**。一橋の学生には、**一橋**にこの科目があることの**優位性**を充分に利用してもらいたい。

### 3 中国ビジネス法の理論と実務

さて、2 限目は、「中国ビジネス法」である。これは私が弁護士として 30 年近く扱ってきた分野である。中国法を実際のビジネスでどう生かすかという、**理論と実務の交錯**が必然的に問われている。しかも中国の発展とともにその内容は**日々変化**を遂げており、理論と実務が現在進行形で進化している。

私は、ロースクールでこれを教えることの意義を常に考えてきた。一つは中国の法律や制度を理解して、法律家として新しい世界に対応できるようにすることである。もう一つは、中国を理解することによって逆に日本の法律や制度を見つめなおすことである。

中国法の極意は中国の仕組みを理解すること

- 一. 中国共産党が全てを指導する
- 二. 法律は管理の手段
- 三. 規制はなくなる
- 四. 中国はどこに行くのか

日本を基準にして中国を考えると、判断を間違える。**中国の国の仕組み**と法律の役割を先ず理解しなければならない。中国では、**中国共産党がすべてを指導**する。**法律は管理の手段**である。このことがわかると中国法の全体像がわかる。中国では法律が整備されており、実務の運用も積み重なっている。対象があまりにも広くつかみどころがないように感じるが、共産党の指導と法律の役割を視点に据えれば、中国ビジネス法を理論化して体系化できる。

この理論が個々の実務にも役立つ。個々の実務が理論に反映される。人権は憲法に規定されているが、国家や社会の利益のために制限を受ける。中国ビジネスに関する規制は緩和されてきているが、規制は絶対になくならない。国家がデータの利用も管理する。中国ビジネスの設立や運営、紛争処理など各論の問題にも対応できる。

中国は日本と似ているが、大いに異なる。私は「**中国はリアルなパラレルワールド**」だと悟った。そこには日本と異なる世界（パラレルワールド）が展開している。しかもそれは空想の世界ではなく、日本の隣に大きな国としてリアルに存在している。ビジネスの結びつきは強固である。国家安全保障の面でも深く関係している。日本はどう対応すればよいのであろうか。

私は授業では、まず総論として、中国という国の仕組みをわかりやすく解説する。学生にとっては、中国では三権分立がないこと、一つの政党がすべてを指導することなどが、新鮮な情報である。次に各論として、中国の基本法を考える。学生は中国の憲法を知ることにより、日本の憲法について認識を新たにする。中国の民法典、独占禁止法、知的財産権法などは、日本よりも進んだ内容があることに気づく。さらに、中国でビジネスを行うために、中国で会社を設立したり買収したりする方法を学ぶ。中国でビジネスを実際に行うために必要な実務上の問題点も検討する。これらにより、中国ビジネス法のエッセンスを理解し、法律は管理の手段であるという要素が強いことに気づく。

私は、中国法を理解するには、法律面の細かい知識だけでなく、政治や経済や文化も必要だと主張し、これを「**ハイブリッド法務**」と呼んできた。授業でもこの点を強調した。

授業の終盤では、学生をグループに分けて、自分達が中国でどんなビジネスをやりたいか、そ

の際の法的な問題は何かを**発表**してもらってきた。ロースクールでは**自分で企画を考えてプレゼンする**という機会が少ないらしい。その意味で新鮮な授業になったようである。

今年度（2021年度）は、中国と米国の対立が進んだ。そのため「**今週の中国**」というコーナーを授業の最初に設けて、**時事問題**を考えた。法律家として日本の中国ビジネスをどう考えるべきか、世界情勢をどう捉えるべきかを検討する機会にした。

冒頭に述べた私への色紙には、中国法が体系的に学べて楽しかった、中国を学んだことで日本の法律の理解が深まったなどのコメントが多かった。

私は、中国法の理論と実務を集大成するために、『中国ビジネス法大全』という大きな本を**執筆**中である。2022年前半に時事通信出版社から出版予定である。2022年以降は、その本を教科書にして授業内容を深めていきたい。

#### 4 まとめ

以上のように私は、**実務と理論は車の両輪**であると捉えてきた。実務で体験したことを理論化して教えたい、理論化したことを実務に役立てたいと思い、17年間実践してきた。

このことは、近い将来さらに重要となる。**2023年度から法科大学院のカリキュラム**が変わる。司法試験受験が在学中の夏ごろになるので、3年次の後期は司法試験を気にせずに自分の進路に即した実践的な学習ができる。ビジネス法に興味を持つ学生も多いはずである。そこで**ビジネスロー・コースの役割がますます重要**になる。学生は、ビジネスの最先端を踏まえた実務的な授業に没頭することができる。**ビジネスローの理論と実務はますます進化する。**

以上

# 生殖補助医療における法的母子関係のあり方の再考

## —解釈論による分娩説の克服を目指して—

一橋大学法科大学院修了（2020年3月）長谷川知博

### 目次

- I はじめに
- II 現行の法的母子関係について
- III 平成19年決定の再考
- IV 法的親子関係を基礎づける要素
- V 試論と課題
- VI さいごに

### I はじめに

私は、法的母子関係につき判例が分娩説を採用していることを、法科大学院未修1年の家族法の授業で知った。その授業で紹介された判例では、日本在住の日本人夫婦が米国ネバダ州で、同州在住の米国女性を代理母とする生殖補助医療を用いてもうけた子につき、出産した代理母との間で法的母子関係を認めた。<sup>1</sup>代理懐胎では、代理母となる第三者の女性はそもそも母になる気はなく、母子関係の成立を望んでいるのは依頼者妻である<sup>2</sup>と考えられるため、代理母との間で法的母子関係を形成することにつき私は違和感を覚えた。また、生殖補助医療の技術が発達することで、ヒトの子宮を使わずに生まれる子が登場する可能性があるため、近い将来において分娩説は限界を迎えるのではないかと私は感じた。

そこで私は、上記の問題点を克服するために、平成19年決定で取られた論理を否定することで、民法の解釈論として、分娩説とは異なる新たな基準を導出できないかを探りたいと考えるに至った。あえて立法論ではなく解釈論とする理由は、生殖補助医療の発達に対して法整備が遅れている現状において、迅速な対応が可能となるからである。

生殖補助医療には、精子提供や卵子提供、代理懐胎など様々な手法がある。<sup>3</sup>本稿は、平成19年決定を題材として検討するため、平成19年決定の事案をまずは対象として、法的母子関係のあり方を探るものである。もっとも、本稿のさいごに、生殖補助医療の中でも、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる代理懐胎の事案について、本稿が定立する基準をより

---

<sup>1</sup> 最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁（以下「平成19年決定」という。）

<sup>2</sup> 前田陽一ほか『家族法VI親族・相続』145頁〔本山敦〕（有斐閣，第5版，2019）

<sup>3</sup> 生殖補助医療の手法について、卵子・精子・子宮の組合わせとして考えられる主要なものを一覧で紹介するものとして、廣瀬美佳「体外受精，代理母の法的問題」野村好弘=小賀野昌一編『人口法学のすすめ』234頁（信山社，1999）の別表がある。



一般的に適用する必要があることを指摘し、本稿の射程を広げる道を模索したいと思う。<sup>4</sup>

本稿の流れは、次のとおりである。まず、現行の法的母子関係につき、現行民法の規定と判例を踏まえて現行の制度を整理する。次に、平成19年決定の論理を概観した上で、現行民法の規定を立法経緯に遡って検討することで、その論理を否定する。そして、新たな基準を定立する前提として、法的母子関係を形成する意義は何かを検討する。最後に、その意義を実現するための新たな基準を、試論として述べる。

## II 現行の法的母子関係について

法的母子関係は、法的親子関係の一つである。現行民法は、法的親子関係につき実親子関係<sup>5</sup>（民法772条～791条）と養親子関係<sup>6</sup>（民法792条～817条の11）の2つを区別して規定している。本稿で検討する法的母子関係は、実親子関係についてである。本章では、実親子関係としての法的母子関係が現行制度でどう形成されるかを、非嫡出子の場合と嫡出子の場合に分けて、現行民法の規定と判例を紹介することで整理する。

### 1 非嫡出子の場合

非嫡出子とは、婚姻していない母から生まれた子<sup>7</sup>のことである。現行民法では、非嫡出子の法的母子関係は、認知によって成立することが規定されている。<sup>8</sup>

判例は、この規定に基づき、当初は母が認知することで初めて法的母子関係は成立としていた（認知必要説）。<sup>9</sup>しかし、このような判例に対しては、批判的な学説が多かった。<sup>10</sup>また、母は出生届はするが認知はしないのが通常である<sup>11</sup>という状況を踏まえて、判例は以下のように変化した。まず、母が出生届を出している場合は、それが認知の効力をもつとした。<sup>12</sup>次に、母が出生届を出していない場合であっても、扶養義務関係においては、分婉

---

<sup>4</sup> 分婉の母と遺伝上の母が異なることになる生殖補助医療の手法としては、卵子提供や代理懐胎がある。AIH（Artificial Insemination by Husband：人工受精）やAID（Artificial Insemination by Donor：非配偶者間人工受精）のような精子提供の手法は、分婉の母と遺伝上の母が異なることにはならないため、本稿の対象外となる。

<sup>5</sup> 実親子関係とは、自然的血縁関係を基礎とする法的親子関係である。しかし、自然的血縁関係と必ずしもイコールではない。（前田・前掲注（2）120-121頁）

<sup>6</sup> 養親子関係とは、自然的血縁関係を基礎としない法的親子関係である。（前田・前掲注（2）120頁）

<sup>7</sup> 前田・前掲注（2）122頁

<sup>8</sup> 「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」（民法779条）

<sup>9</sup> 大判大正10年12月9日民録27輯2100頁

<sup>10</sup> 石井美智子「母の認知」水野紀子=大村敦志編『民法判例百選Ⅲ親族・相続』64頁（有斐閣，第2版，2018）

<sup>11</sup> 田村五郎「母の認知」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅳ親子』38頁（有斐閣，1960）

<sup>12</sup> 大判大正12年3月9日民集2巻4号143頁

という事実で法的親子関係が成立することを認めた。<sup>13</sup>さらにその後、「母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生すると解するのが相当である」と判示し<sup>14</sup>、「分娩者＝母ルール」（分娩説）を確立した。判例が、法的母子関係は原則として分娩の事実によって成立するとしたことで、母の認知を規定している民法 779 条は空文化することとなった。

これより現行制度では、非嫡出子の法的母子関係は、分娩した者との間で形成される。

## 2 嫡出子の場合

嫡出子とは、婚姻している母から生まれた子<sup>15</sup>のことである。現行民法には、嫡出子の法的母子関係について、明文規定は存在しない。しかし実務では、母が誰であるかは原則として自然にはっきりしている<sup>16</sup>として、「分娩者＝母ルール」（分娩説）が採用され、法的母子関係は分娩の事実によって成立するとしている。その理由としては、現行民法の制定当時においては、懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在したため、出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたからである。

そして判例は、自然懐胎によって生まれた子だけでなく、生殖補助医療によって生まれた子についても分娩説を採用することを、平成 19 年決定で明らかにした。

これより現行制度では、嫡出子の法的母子関係は、分娩した者との間で形成される。

## III 平成 19 年決定の再考

本章では、平成 19 年決定を振り返り、生殖補助医療によって生まれた子についても分娩説を採用した判例の論理に妥当性が認められるかを再考する。まず、平成 19 年決定の事案と判旨を紹介し、多数意見が分娩説を採用した論理を整理する。その上で、旧民法の起草過程まで遡って現行民法の立法経緯を辿ることで、その論理に妥当性があるかを検討する。

### 1 事案と判旨

平成 19 年決定の事案は、以下のとおりである。本件では、ネバダ州の裁判で認められた代理母出産で生まれた子と依頼者である夫婦との間の法的親子関係が、日本においても認められて出生届が受理されるかが問題となった。そのため、本件での主たる争点は、外国裁

<sup>13</sup> 大判昭和 3 年 1 月 30 日民集 7 卷 1 号 12 頁

<sup>14</sup> 最判昭和 37 年 4 月 27 日民集 16 卷 7 号 1247 頁（以下「昭和 37 年判決」という。）

<sup>15</sup> 前田・前掲注（2）121-122 頁

<sup>16</sup> 中川善之助『民法大要（下巻）親族法・相続法』86 頁（勁草書房，訂正増補版，1963）

判所の確定判決が日本国内でも有効となるための公序要件（民事訴訟法 118 条 3 号）の解釈であった。しかし、日本における公序を判断する上で、代理母出産の場合の法的母子関係を決める基準が問題となった。そこで、判旨については、この基準に関して最高裁判所が判断した部分を抜粋して紹介する。

## 1. 事案<sup>17</sup>

X1 と X2 は夫婦であり、ともに日本在住の日本人である。X らは、代理母出産を希望したが、日本ではこれが実施できないため、米国ネバダ州に出かけて、2003 年 5 月に同州在住の米国人女性 A を代理母として代理母出産（X1 の精子と X2 の卵子を受精させて作った受精卵を A の子宮に移植し、A に懐胎・出産をしてもらう方法）のための施術を行うとともに、A およびその夫 B との間で有償の代理出産契約を締結した。同年 11 月末に、A はネバダ州において双子 C・D を出産した。同年 12 月、ネバダ州の裁判所は、X らからの申立てを受けて、X らが C・D の父母であること等を内容とする裁判を行った。その後、C・D について、X1 を父、X2 を母と記載したネバダ州出生証明書が発行された。

X らは、2004 年 1 月に C・D を連れて日本に帰国し、Y（東京都品川区長）に対し、C・D について、X1 を父、X2 を母と記載した出生届を提出したところ、X2 による分娩の事実が認められないことを理由として、Y がこれを受理しなかった。

## 2. 判旨

「(1) …実親子関係は、身分関係の中でも最も基本的なものであり、様々な社会生活上の関係における基礎となるものであって、単に私人間の問題にとどまらず、公益に深くかかわる事柄であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼすものであるから、どのような者の間に実親子関係の成立を認めるかは、その国における身分法秩序の根幹をなす基本原則ないし基本理念にかかわるものであり、実親子関係を定める基準は一義的に明確なものでなければならず、かつ、実親子関係の存否はその基準によって一律に決せられるべきものである。したがって、我が国の身分法秩序を定めた民法は、同法に定める場合に限り実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない趣旨であると解すべきである。」

「(2) 我が国の民法上、母とその嫡出子との間の母子関係の成立について直接明記した規定はないが、民法は、懐胎し出産した女性が出生した子の母であり、母子関係は懐胎、出産という客観的な事実により当然に成立することを前提とした規定を設けている（民法 772 条 1 項参照）。また、母とその非嫡出子との間の母子関係についても、同様に、母子関係は出産という客観的な事実により当然に成立すると解されてきた（最高裁昭和 35 年（オ）第 1189 号同 37 年 4 月 27 日第二小法廷判決・民集 16 卷 7 号 1247 頁参照）。

<sup>17</sup> 早川眞一郎「外国における代理出産によって出生した子の出生届」水野紀子=大村敦志編『民法判例百選Ⅲ親族・相続』72 頁（有斐閣、第 2 版、2018）を参考にした。

民法の実親子に関する現行法制は、血縁上の親子関係を基礎に置くものであるが、民法が、出産という事実により当然に法的な母子関係が成立するものとしているのは、その制定当時においては懐胎し出産した女性は遺伝的にも例外なく出生した子とのつながりがあるという事情が存在し、その上で出産という客観的かつ外形上明らかな事実をとらえて母子関係の成立を認めることにしたものであり、かつ、出産と同時に出生した子と子を出産した女性との間に母子関係を早期に一義的に確定させることが子の福祉にかなうということもその理由となっていたものと解される。

民法の母子関係の成立に関する定めや上記判例は、民法の制定時期や判決の言渡しの時期からみると、女性が自らの卵子により懐胎し出産することが当然の前提となっていることが明らかであるが、現在では、生殖補助医療技術を用いた人工生殖は、自然生殖の過程の一部を代替するものにとどまらず、およそ自然生殖では不可能な懐胎も可能にするまでになっており、女性が自己以外の女性の卵子を用いた生殖補助医療により子を懐胎し出産することも可能になっている。そこで、子を懐胎し出産した女性とその子に係る卵子を提供した女性とが異なる場合についても、現行民法の解釈として、出生した子とその子を懐胎し出産した女性との間に出生により当然に母子関係が成立することとなるのかが問題となる。この点について検討すると、民法には、出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定は見当たらず、このような場合における法律関係を定める規定がないことは、同法制定当時そのような事態が想定されなかったことによるものではあるが、前記のとおり実親子関係が公益及び子の福祉に深くかかわるものであり、一義的に明確な基準によって一律に決せられるべきであることにかんがみると、現行民法の解釈としては、出生した子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるを得ず、その子を懐胎、出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない。」

## 2 多数意見の論理

上記判旨（多数意見）の骨子としては、以下の点が挙げられる。

①実親子関係は公益に深くかかわる事項であり、子の福祉にも重大な影響を及ぼす。したがって、実親子関係を定める基準は、一義的に明確で、その基準によって実親子関係の存否が一律に決定できるものでなければならない。

②実親子関係を定める基準は、我が国の身分法秩序を定めた民法の規定による。そして、民法に定める場合に限って実親子関係を認め、それ以外の場合は実親子関係の成立を認めない。

③民法には、法的母子関係が懐胎、出産という客観的な事情により当然に成立することを前提とした規定が設けられている（民法 772 条 1 項）。また、認知の規定（民法 779 条）は空文化しており、非嫡出子の法的母子関係について、出産という客観的な事実により当然に成

立するという判例（昭和 37 年判決）がある。したがって、民法の規定によると、実親子関係としての法的母子関係は、分娩した者との間で形成されるという基準（分娩説）が導ける。④たしかに、民法制定当時の事情を踏まえると、民法の実親子関係に関する現行法制は、血縁上の親子関係を基礎に置くものといえる。しかし、民法には、出生した子を懐胎、出産していない女性をもってその子の母とすべき趣旨をうかがわせる規定がないため、生殖補助医療で生まれた子についても、現行民法の解釈としては分娩説が妥当する。

平成 19 年決定は、生殖補助医療の場合においても分娩説が妥当するとした根拠として、民法 772 条 1 項および昭和 37 年判決の 2 点を挙げている。しかし、この 2 点は根拠にならない、とする否定的な見解が次のとおり存在する。1 点目の民法 772 条 1 項は、現行民法が分娩の母と遺伝上の母が異なる事態を全く想定していなかった時代の法律である。また、この規定は、あくまでも父子関係の推定規定だけを定めている。<sup>18</sup> 2 点目の昭和 37 年判決は、法的母子関係が「原則として、母の認知を俟たず、分娩の事実により当然発生する」と述べており、例外もありうることを認めている。ここで、例外が認められる場合とは、「分娩の事実＝血縁関係」という考え方が通用しない場合である。<sup>19</sup>

このように否定的な見解が存在する中で、平成 19 年決定が分娩説を採用した根拠には妥当性が認められるのか。次節において、嫡出推定の規定（民法 772 条 1 項）および認知の規定（民法 779 条）の立法趣旨を探り、また民法 779 条を修正した昭和 37 年判決の背景を探ることで明らかにする。

### 3 現行法の立法経緯

本節では、現行民法の基となっている旧民法の起草過程にまで遡ることで、現行民法の規定の趣旨を探る。まず、嫡出推定の規定（民法 772 条 1 項）について検討する。そして次に、認知の規定（民法 779 条）およびそれを修正した昭和 37 年判決の背景について検討する。

#### 1. 嫡出推定の規定（民法 772 条 1 項）

旧民法人事編第一草案では、第六章・第一節・第一款「正親子ノ分限ノ証拠」の中の「理由」という項目で、嫡出子について以下のように述べている。

「正出子トハ有夫ノ婦其婚姻中ニ其夫ヨリ懐胎シタル所ノ子ヲ云フモノニシテ正親子ノ分限ハ左ノ条件アルヲ要ス」。「第一婚姻第二婦ノ子ナルコト第三夫ノ子ナルコト第四婚姻中ニ懐胎アリシコト第五人別ノ同人ナルコト是レナリ」。「此ノ条件中第一第二及ヒ第五ハ

<sup>18</sup> 樋口範雄「人工生殖で生まれた子の親子関係」法学教室 322 号（2007）139 頁。なお、二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』534 頁〔野沢紀雅〕（有斐閣，2017）には、「本条の趣旨が父性推定とそれに基づく嫡出性の付与にある」と記載されている。

<sup>19</sup> 樋口・前掲注（18）140 頁

直接ニ証明スルヲ得ルモノトス」。<sup>20</sup>法的母子関係に関する第二の証明については、「母子ノ分限ハ懐胎分娩等ノ外部ニ顕ハルル事実ナレハ之ヲ直接ニ証明スルヲ得ヘシ」<sup>21</sup>とする。

実際に制定された旧民法では、「婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子トス」(91条)と規定された。そして、この規定を踏襲した明治民法では、「妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」(820条)と規定されて、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」(民法772条1項)とする現行の規定に至る。

明治民法第820条の解説には、「尚ホ假令其推定シタル場合ト雖モ亦反證ヲ以テ之ヲ撃破スルコトヲ得ルモノトセリ」とし<sup>22</sup>、「唯此反證ハ第八百二十二條ノ規定ニ依リ原則トシテ夫ノミ之ヲ擧クルコトヲ得ルモノトセリ」と記載されている。<sup>23</sup>なぜ夫のみの反証を原則とするかについては、明治民法第822条の解説において、「母ハ此場合ニ於テ子カ其夫ノ子ニ非サルコトヲ主張スルハ則チ有夫姦ヲ犯シ又ハ婚姻ノ前後ニ於テ私通ヲ爲シタルト主張スルニ同シ」。「故ニ實際之ヲシテ此ノ如キ反證ヲ擧ケシムルコト難キノミナラス其不品行ヲ法廷ニ主張スルノ權利ヲ之ニ與フルハ風教ニ害アル所ナルカ故ニ夫ニノミ其權利ヲ與ヘタルナリ」と記載されている。<sup>24</sup>

以上より、立法者は、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる事態は全く想定せずに、嫡出子の法的母子関係は懐胎・分娩という事実によって明らかだとする。したがって、嫡出推定の規定(民法772条1項)の趣旨は、あくまで法的父子関係を推定することにあると考えられる。よって、この規定は、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる生殖補助医療の場合においても、法的母子関係につき分娩説が妥当するとした根拠にはならない。

## 2. 認知の規定(民法779条)

旧民法人事編第一草案では、第六章・第二節・第二款「庶出子ノ認知」の中の「理由」という項目で、「認知ハ親子ノ分限ノ自認ニシテ此自認ハ子ノ身分ヲ確定スルノ目的ナリトス」。「故ニ性質上本人ノ随意ニ在ルモノトス」と述べている。<sup>25</sup>そして、「此認知ハ父母各躬ラ之ヲ為スコトヲ要ス」(176条)としていた。その理由としては、「父子ノ分限ニ付テハ父ノ外之ヲ自認スルニ充分ノ知識ヲ有セサルハ勿論母子ノ分限ニ付テモ其耻辱ニ関スルコト<sup>26</sup>ナレハ他人之ヲ為スヲ得ス」ということが挙げられていた。<sup>27</sup>しかし、実際に制定された

<sup>20</sup> 明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書第三巻法律編上』126頁(風間書房, 1959)

<sup>21</sup> 明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)126頁

<sup>22</sup> 梅謙次郎『民法要義巻之四』239頁(有斐閣, オンデマンド版, 2001)

<sup>23</sup> 梅・前掲注(22)242頁。明治民法第822条は、「第八百二十條ノ場合ニ於テ夫ハ子ノ嫡出ナルコトヲ否認スルコトヲ得」と規定していた。

<sup>24</sup> 梅・前掲注(22)245頁

<sup>25</sup> 明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)145頁

<sup>26</sup> 「庶出子ノ出生ハ其母ノ耻辱ニ関スルモノ」と、第一草案第173条の「理由」で述べられている。(明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)144頁)

<sup>27</sup> 明治文化資料叢書刊行会・前掲注(20)146頁

旧民法では、母については認知の規定が置かれなかった。<sup>28</sup>

ところがその後、明治民法の立法過程では、法典調査会原案において「私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得」（829条）と記載された。第155回法典調査会における議論では、母の認知を必要とするかで意見が対立した。<sup>29</sup>そこで、原案における「又ハ母」という文言を削除すべきか否かが多数決により採決されたが、賛成少数で否決されることとなった。<sup>30</sup>そのため、制定された明治民法では、「私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得」（827条）と規定されて、「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」（民法779条）とする現行の規定に至る。

明治民法第827条の解説では、次のように述べられている。「私生子ハ法律上正當ニ生マレタル子ニ非サルカ故ニ當然其父タルヘキ者又ハ母タルヘキ者アルニ非ス」。「父又ハ母カ之ヲ認知スルニ因リテ始メテ親子ノ關係ヲ生スルモノナリ」。「唯母ハ現在其胎内ヨリ生マレタル子ナルカ故ニ其事實ヲ證スルコト難カラサルヲ常トス」。「從テ又大多數ノ場合ニ於テハ母ハ出生後直チニ之ヲ認知スヘシ」。<sup>31</sup>しかし、「母ハ分娩ノ事實ニ因リテ其子トノ關係ヲ明カニスルコトヲ得ヘキカ故ニ之ニ付テハ別ニ認知ノ必要ナク苟モ出生届ヲ爲スニ方リテハ必ス母ノ氏名ヲ届出テシムルモノトシテ可ナリ」とすることはできない。<sup>32</sup>非嫡出子との間で法的母子関係を形成するにつき母の認知が必要であるとする理由は、「(第一) 棄兒其他出生ノ届出ヲ爲ササル子ニ付テハ父母共ニ不明ナルヲ常トシ(第二) 若シ出生ノ當時必ス母ノ氏名ヲ届出ツヘキモノトセハ身分アル者ハ之カ爲メニ或ハ届出ヲ爲サシテ無籍者ヲ生セシメ或ハ他人ノ子ト偽リテ之ヲ届ケ其甚シキニ至リテハ爲メニ其子ヲ棄テ若クハ殺ス者ヲ出タスヘシ」という点が挙げられている。<sup>33</sup>さらに、その当時の戸籍法第68条4号が、非嫡出子の出生届において母の氏名を明らかにすることを要求していたことは、法文の不備であると指摘していた。<sup>34</sup>

現行民法は、明治民法第827条をそのまま引き継いだ。したがって、現行民法は当初、非嫡出子の法的母子関係は認知によって初めて生じるという考え方に立っていた。しかし、こ

---

<sup>28</sup> 五島京子「母の認知」中川高男編『民法基本論集第VII巻—家族法』156頁（法学書院，1993）。参考までに、父については以下のように規定された。

第九十五条 庶子ハ父ノ届出ニ基ク出生証書ヲ以テ之ヲ証ス但身分ノ占有ニ關スル規定ヲ適用ス

第九十六条 父ノ知レサル子ハ私生子トス

第九十七条 私生子ハ出生証書ヲ以テ之ヲ証ス但身分ノ占有ニ關スル規定ヲ適用ス

第九十八条 私生子ハ父之ヲ認知スルニ因リテ庶子ト為ル

第九十九条 庶子ノ出生届及ヒ認知ハ父自ラ身分取扱吏ニ之ヲ為スコトヲ要ス未成年者ト雖モ自ラ之ヲ為スコトヲ得

<sup>29</sup> 詳しくは、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6法典調査会民法議事速記録六』534頁-540頁（商事法務研究会，1984）を参照。

<sup>30</sup> 五島・前掲注（28）157頁

<sup>31</sup> 梅・前掲注（22）254頁

<sup>32</sup> 梅・前掲注（22）255頁

<sup>33</sup> 梅・前掲注（22）256頁

<sup>34</sup> 梅・前掲注（22）256頁。なお、現行法でも、届書に母の氏名の記載が要求され（戸籍法49条2項3号）、非嫡出子の母に届出義務が課されている（同52条2項）。

の規定に対しては、以下で述べるように学説から強く批判がなされたため、判例によって修正されることとなった。

### 3. 昭和 37 年判決の背景

明治民法第 827 条において、認知を必要とした理由は次の 2 点に要約できる。1 点目は、母子の血縁関係は通常の場合分娩の事実によって明らかだとはいえ、棄児その他出生届をしていない子（他人の子として虚偽の出生届がなされている子、あるいは全然届出のない無籍の子など）の場合のように真実の母子関係が不明な場合もあるため、一般に認知を要するとする方がよい。2 点目は、出生によって当然に法的母子関係が生ずるものとすれば、母に出生届出義務を命ぜざるをえないことになるが、そうすると、特に姦生子の場合などは母にとっても子にとっても不利益な結果を生ずる。なぜなら、母の素行がそれによって暴露され、また「相當ノ身分ノアル者〔ダト〕…母ノ名前デ届ケルト姦通ニナルカラ之ヲ他人ノ子ニスルカ或ハ殺シテ仕舞ウカ捨テテ仕舞ウ」（梅謙次郎）ようなことにもなるからである。<sup>35</sup>

これに対して多数学説は、民法の形式的解釈を排斥して当然発生主義（認知不要説）をとり、認知主義（認知必要説）に種々の批判を行った。<sup>36</sup>多数学説が、非嫡出子の法的母子関係につき認知を不要とした理由の一部を紹介すると、次の点が挙げられる。<sup>37</sup>①母子の血縁関係は、父子関係と異なり、分娩なる生理的事実によって明瞭であるため、認知（出生届）をまっけて母子関係が発生するとする必要がない。②本来親子関係のごとき身分関係は自然的事実関係であって、認知（出生届）があるかないかによって左右されるべき事柄ではない。父と婚外子との関係が認知によって親子関係となるのは止むを得ない例外であり、この例外を母子関係に及ぼすのは不当である。③妊娠分娩という明白な事実だけでは母子関係が生じないというのは常識に反する。④母子関係の発生に認知を求めると、社会的には疑いの余地がない母子関係が法的には母子関係と認められないという矛盾が生じる。民法の親族制度一般の根本精神からいっても、直接に血によってつながっていることの明白な者の間に親族関係を認めないことは許されない。

学説からの批判を受けて、法改正は加えられなかったものの、昭和 34 年に公表された法制審議会民法部会身分法小委員会の「仮決定及び留保事項」では、「第七百七十九条から第七百八十七条までについては、母子の関係は出生の事実により当然に生ずるものとする」

（第 22）と記載された。<sup>38</sup>その解説では、「男女の生理上の差異に着眼すれば、母子関係は、分娩、出生という事実によって容易に認識できる。そこで今回、母子関係は、出生の事実により、当然に生ずるものと決定されるに至った。法曹会決議も最初は、認知を要するとしな

<sup>35</sup> 田村・前掲注（11）44 頁。なお、梅の発言は、第 155 回法典調査会の議事録にて確認できる。（法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（29）537 頁）

<sup>36</sup> 田村・前掲注（11）45 頁

<sup>37</sup> 田村・前掲注（11）45-46 頁

<sup>38</sup> 法務省民事局「民法親族編の改正について」ジュリスト 185 号（1959）51 頁



がら（大正 9 年 10 月 23 日）、後これを改め、分娩によりて母子関係を認むべきものとして  
いる（大正 11 年 3 月 28 日）。」と述べている。<sup>39</sup>そして遂に、昭和 37 年判決で原則として  
母の認知は不要であると判示され、判例法理によって修正されることとなった。

以上より、昭和 37 年判決が、非嫡出子の法的母子関係について原則として認知を俟たず  
に分娩の事実により当然発生すると判示したことの背景には、分娩した女性と生まれた子  
との間に血のつながりがあることが明白であった当時の状況がある。したがって判例は、血  
縁上の親子関係を基礎として意思主義から事実主義に転換したといえ、「分娩の事実＝血縁  
関係」という考え方が通用しない場合が、昭和 37 年判決における例外にあたりと考えられ  
る。よって、この判例は、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる生殖補助医療の場合におい  
ても、法的母子関係につき分娩説が妥当するとした根拠にはならない。

#### IV 法的親子関係を基礎づける要素

前章において、平成 19 年決定が生殖補助医療の場合においても分娩説が妥当するとした  
2 つの根拠については、いずれも根拠にならないことが判明した。平成 19 年決定の論理が  
破綻している以上、生殖補助医療で生まれた子については、法的母子関係が形成される基  
準を新たに定立する必要がある。そこで、基準を定立するにあたり、生まれた子と誰との間に  
法的母子関係を形成するべきかが問題となる。

本章では、まず現行民法の規定から、法的親子関係が形成された場合に生じる権利義務関  
係を整理する。その上で、家族に求められる機能を検討することで、誰との間で法的母子関  
係を形成するべきかを探る。

##### 1 法的親子関係における権利義務

現行民法は、法的親子関係が形成された場合に生じる権利義務関係を、第 4 編・第 4 章  
「親権」で規定している。親権は、家長権から父権へ、父権から親権へと発展してきたため、  
歴史的には親の子に対する一方的な権利としての側面が強かった。しかし、権利は本来的に  
義務を伴うものであり、近時では、親権の義務性が強調されるようになってきている（児童  
の権利に関する条約 3 条 2 項）<sup>40</sup>。したがって、現在において親権は、子を適切に養育する  
ための親の権利かつ義務であり、同時に、親から適切な養育を受ける子の権利かつ義務であ

<sup>39</sup> 外岡茂十郎ほか「家族法再改正解説—日本における家族法最近の動向—」早稲田大学比較法研究所紀要  
16 号（1961）99 頁〔高野竹三郎〕

<sup>40</sup> 「締約国は、児童の父母、法定保護者又は児童について法的に責任を有する他の者の権利及び義務を考  
慮に入れて、児童の福祉に必要な保護及び養護を確保することを約束し、このため、すべての適当な立法  
上及び行政上の措置をとる。」（児童の権利に関する条約 3 条 2 項）

る、と理解すべきである。<sup>41</sup>これらの権利義務は、親子間の私的な権利義務であるとする考え方（私的義務説）と、国に向けられた権利義務であるとする考え方（公的義務説）の2つがあるが、両方の側面があると解すべきであろう。<sup>42</sup>親権の具体的な内容は、身上監護権（民法 820 条）と財産管理権（民法 824 条）に大別される。

身上監護権とは、「親権を行う者が、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」（民法 820 条）ことをいう。監護とは、子に衣食住等を与え、子を養育することである。また、子が病気になったりした場合には診療させたり、病気予防のために必要な指導を行うなど、子が成長する上で必要な一切の行為を含む。また、教育とは、家庭教育・学校教育を問わず、子の知育・徳育・体育など、子の成長に必要な教育を子に施すことである。<sup>43</sup>そして現行民法には、身上監護権を適切に実現するために必要な行為の一部が、居所指定（民法 821 条）、懲戒（民法 822 条）、職業許可（民法 823 条）として例示列挙されている。<sup>44</sup>

財産管理権とは、「親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。」（民法 824 条）ことをいう。したがって、親権者には、未成年者の財産管理および財産に関する法律行為について包括的かつ広範な権限が付与されている。そして親権者は、財産管理にあたって、自己の財産に対するのと同様の注意義務を負う（民法 827 条）。<sup>45</sup>

## 2 家族に求められる機能

### 1. 歴史的視点より

法的親子関係における権利義務が規定された背景には、家族を一つの法制度として確立してきた歴史がある。現行民法は、個人を個人として尊重する考え方（憲法 13 条）を基に制定されており、西欧の近代以降の思想に影響を受けている。そこで、現行民法に直接的に影響を与えている西欧の近代前後の歴史に遡ることで、家族に求められている機能が何かを検討する。

西欧の前近代社会では、家族を単位として生産活動が行われ、家族を単位として消費生活が営まれていた。そこでは、家族員が労働をし、食事をし、休息をして明日の労働にそなえ、病人や老人が看護され、介護され、子供が生まれ、成長して新たな労働力として参加していた。したがって家族は、生産と再生産（生殖と労働力の維持）の両方の機能を持つ組織であった。また、この社会では農業が主要産業であったため、土地がほとんど唯一の生産手段であった。したがって家族は、農業経営体であり、土地を所有しあるいは利用して、それを祖

---

<sup>41</sup> 前田・前掲注 (2) 167 頁

<sup>42</sup> 前田・前掲注 (2) 167-168 頁

<sup>43</sup> 前田・前掲注 (2) 172 頁

<sup>44</sup> 前田・前掲注 (2) 173 頁

<sup>45</sup> 前田・前掲注 (2) 178-179 頁

先から子孫に伝える組織でもあった。<sup>46</sup>二宮先生によれば、エンゲルスは、文明期以降の一夫一婦を基本とする単婚家族は、生産の蓄積である富を、男性が所有し、父として自己の子に相続させるために発生したと説いている。<sup>47</sup>

こうした生産と再生産を営む家族に、土地の所有や利用を保障し、また規制したのが、封建的村落共同体であり、この共同体という組織を通して、領主権力は農民を収奪した。ところが、封建社会の末期になると、経済力をもつようになった農民が登場してきた。富裕な農民は、その経済力によって中小農民の土地を奪うことでいっそう富裕になり、その豊かさを示すために家族を労働させなくなった。他方、土地を失った農民は、従来のように農業生産を営めなくなり、農村から都会へと移動していった。これにより、どちらの家族も、生産の機能を失うこととなった。<sup>48</sup>

家族の生産機能の喪失を決定的にしたのは、産業革命であった。<sup>49</sup>産業革命によって到来した西欧の近代社会では、工業化が進むことで、生産が家庭から社会に移されるようになり、家族の主要な機能は再生産だけとなった。<sup>50</sup>このとき、家庭に残された再生産労働は、もっぱら女性が負担することとなった。そのため、生産は社会が、再生産は家庭がという分化に伴って、生産と再生産に従事する人間が性によって分けられ、社会に出て働くのは男性、家庭にとどまって家事、育児を担当するのは女性というように、性別役割分業が固定化された。<sup>51</sup>政府にとって、女性が家庭で再生産を担うことは、次の2つの意味で好都合であった。<sup>52</sup>1つ目は、再生産に支出する公費を節減できたことである。2つ目は、社会の秩序を維持しやすかったことである。なぜなら家族は、性と年齢という肉体的差異にもとづいて家族員が位置づけられ、差別され、それを自然の秩序として受け入れる場である。したがって、大人でありながら被扶養者として従属的地位にいる女性が子供の養育にあたることは、差別に無感覚な人間、差別を内面化してしまう人間をつくりだし、様々な差別的関係によって構成されている現実社会を、維持し再生産していくために必要であったからである。<sup>53</sup>

以上より、歴史的に見れば、近代以降の家族は、再生産（扶養）と相続のために制度化されてきたといえる。しかし、今日では、家族には多様な機能があるとも言われる。すなわち、家族の構成員に対しては、性愛の充足、生殖・保育、共同的生活保障、教育、保護・休息・情緒安定が挙げられる。また、社会に対しては、性関係のコントロール、種族の保存、労働力の再生産、文化の伝承・保持、社会の安定化などが挙げられる。<sup>54</sup>もっとも、これらは家

---

<sup>46</sup> 水田珠枝「家族の過去・現在・未来—家庭の崩壊を中心に—」佐々木潤之介編『日本家族史論集1 家族史の方法』223頁（吉川弘文館、2002）

<sup>47</sup> 二宮周平『家族法』2頁（新世社、第5版、2019）

<sup>48</sup> 水田・前掲注（46）224頁

<sup>49</sup> 水田・前掲注（46）224頁

<sup>50</sup> 水田・前掲注（46）225頁

<sup>51</sup> 水田・前掲注（46）225頁

<sup>52</sup> 水田・前掲注（46）226頁

<sup>53</sup> 水田・前掲注（46）227頁

<sup>54</sup> 二宮・前掲注（47）3頁

族の美点として挙げられるものと重なるが<sup>55</sup>、この美点の背後には、家族員の間での支配し支配される関係、差別し差別される関係がへばりついている。<sup>56</sup>したがって、これらの機能は、性別役割分業が固定化された中に見出されてきたものが含まれており、女性の自律的な生き方の実現のために家庭からの解放が推進されている現在においては、必ずしも家族の機能として全てを認めることはできない。

家族の機能のうち生産機能が社会に移っていった歴史を見ると、何を家族の機能として何を社会の機能として分類するかは、その時代の状況によって左右されるため難しい判断が求められる。しかし現行民法は、「親権」(第4編・第4章)として身上監護権(民法820条)と財産管理権(民法824条)を規定しており、家族に再生産(扶養)の機能を認めている。また、「相続」(第5編)を規定しており、家族に相続の機能を認めている。したがって、現在においても、少なくとも再生産(扶養)と相続の2点は、家族の機能として求められていると考えられる。

## 2. 生物学的視点より

相続の機能は、親の財力や死亡時によって、子に対する影響力は異なる。むしろ、生まれた子は自立できるようになるまでは他者の助けが必要となることから、再生産(扶養)の機能は、子に対して一律に大きな影響を与える。そのため、生まれた子と法的母子関係を形成すべき者を考えるにあたっては、再生産(扶養)の機能が特に重要となる。生まれた子に対する扶養は育児行動として現れるが、育児に伴って形成される親子関係は生物進化の過程に由来する。<sup>57</sup>そこで、生物学的な視点から親子関係を考察することで、家族における再生産(扶養)の機能に求められる具体的な要素が何かを探る。以下、生物学的な親子関係を論じる上で、扶養する側を「オヤ」(母親の場合は「ハハ」として、扶養される側を「コ」として表記する。

育児行動は、コが生まれてオヤに対面しなければ生じない。また、オヤがコが存在を認めなければ生じない。したがって、育児という行動が成立するためには、オヤーコの結びつきを生じさせるきっかけが必要となる。<sup>58</sup>さらに、人間は社会的な生き物であるため、単に肉体的に生まれるだけではなく、その後さらに、オヤーコの結びつきを通して社会性を獲得するために、いわばもう一つの誕生を経なければならない。このもう一つの誕生は、対象関係の獲得による。<sup>59</sup>ここで、対象関係の獲得とは、オヤーコの結びつきを確保するだけでなく、オヤと同じ姿の同種の個体を、わが仲間と認める能力を獲得することである。この対象関係

<sup>55</sup> 家族の美点としては、老後の生活保障、子どもの健全な育成、相互扶助、愛情などが挙げられている。(水田・前掲注(46)247頁)

<sup>56</sup> 水田・前掲注(46)247頁

<sup>57</sup> 藤岡喜愛「親子の起源と未来」太田武男編『現代の親子問題』5頁(有斐閣、1975)

<sup>58</sup> 藤岡・前掲注(57)6頁

<sup>59</sup> 藤岡・前掲注(57)13頁

の獲得は、コが生後の初期に適期があり、その時期を逸すると獲得できなくなる。<sup>60</sup>したがって、生まれた子が扶養されて自立できるようになるためには、生まれた直後の時期にオヤーコの結びつきが形成されて、対象関係の獲得がなされる必要がある。

人間がオヤーコの結びつきを形成する上では、レリーサー（触発因）に依存する仕組みが進化的に引き継がれている。レリーサーとは、持って生まれた体内の仕組みを、意志の如何にかかわらず外へ表現させる行動をいう。生後すぐの新生児（1ヶ月以内）は、一見、笑っているかのような顔面の動きを規則正しくあらわす時期がある。また彼らは、不快があれば泣き、乳をあてがわれれば吸う。ハハは、新生児のこうした行動によって、育児関心を引き起こされ、生まれつき体内に仕組まれている育児行動が、外へ表現されるのである。赤ん坊の笑いかけは、生後3ヶ月ともなると、対象に対して微笑するという形にまで、統合された行動へと発育を遂げる。これが、ハハーコの結びつきを一層強固にする。ハハは、自分に向かって微笑するわがコに「かわいさ」を感じ、面倒を見ざるをえなくなる。それが赤ん坊の快適さをさそい、赤ん坊はまた微笑を向ける。<sup>61</sup>このようにして、オヤーコの結びつきのうち、ハハーコの結びつきは形成される。

人間におけるハハーコの結びつきは、生後3ヶ月から8ヶ月までの間に、新生児に対象関係の獲得を完了させる。<sup>62</sup>コは生後8ヶ月になると自己のハハを識別できるようになり、ハハが自己の視野にいないときに他人が近づくと不安がるようになる。<sup>63</sup>またコは、対象関係の獲得の完了によって、社会的関係の中での人間のあり方、情緒の安定性、価値観のつりあい、行動の安定性、全体的成熟などの人となりを誕生させ<sup>64</sup>、仲間との連帯が可能となる。<sup>65</sup>コの対象となったオヤは、コがその後の人となりを形成してゆくための原型の一つを与え、決定的に重要な役割を演じることになる。<sup>66</sup>

以上より、生物学的視点から人間の親子関係を考察すると、次の3点がポイントになる。  
①コは必ずオヤを対象として、対象関係が確立されなければならない。  
②対象となったオヤを奪うことはコの人となり形成を基本的に損なうため、必ずそのコのためにオヤの役割を果たす人物がなければならない。  
③コの人となり形成の初期にあたって、オヤはコの内面に少なくとも一つの原型を用意させる。<sup>67</sup>したがって、家族における再生産（扶養）の機能に求められる具体的な要素としては、特定の人物が生まれた子に対して育児行動や人となりの形成を行うことであるといえる。

---

<sup>60</sup> 藤岡・前掲注（57）9頁

<sup>61</sup> 藤岡・前掲注（57）8-9頁

<sup>62</sup> 藤岡・前掲注（57）9頁

<sup>63</sup> 藤岡・前掲注（57）12頁

<sup>64</sup> 藤岡・前掲注（57）13頁

<sup>65</sup> 藤岡・前掲注（57）8頁

<sup>66</sup> 藤岡・前掲注（57）19頁

<sup>67</sup> 藤岡・前掲注（57）19頁

### 3 小括

歴史的に親子法は、家のための親子法、親のための親子法、そして子のための親子法へと変遷してきたとされる。親権はこれに伴い、より監護権的な性格の強いものになってきた。<sup>68</sup>また、第1節で述べたとおり、親権は義務としての側面が強調されるようになってきた。したがって親権は、現在において、未成熟の子の監護や保護を実現するためのものとして理解することができる。親権者と子との関係では、親権者が子の利益のために、その監護や教育をしなければならない。民法等の一部を改正する法律（平成23年法律第61号）により、民法820条に「子の利益のために」監護・教育の権利・義務を負うことが明記されたことは、このような親権の基本的な性格を示しているといえる。<sup>69</sup>

前節で述べたとおり、家族の再生産（扶養）の機能として求められる具体的な要素は、特定の人物が生まれた子に対して育児行動や人となりの形成を行うことである。また、生まれた子が社会性を獲得するために必要となる対象関係の獲得は、生後の初期の段階でしかできない。現行民法は「子の利益のために」監護などを行う者を親権者とする趣旨であることから、生まれた子に対して生後直後の段階から育児行動などを行ってくれる特定の人物を、親権者とする趣旨であるといえる。親権者は現行民法において、生まれた子と法的母子関係が認められる者となる（民法818条1項、819条3項・4項）。したがって、生まれた子と法的母子関係を形成すべき者は、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる者であるといえる。

## V 試論と課題

前章において、法的母子関係を形成すべき者は、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる者であると結論づけた。本章では、この法的母子関係を形成するための新たな基準を試論で述べる。<sup>70</sup>ただし、本稿の紙面の幅の関係上、全ての問題を解決することができないため、残された課題について最後に触れることとする。

---

<sup>68</sup> 窪田充見『家族法—民法を学ぶ』288頁（有斐閣、第4版、2019）

<sup>69</sup> 窪田・前掲注（68）289頁

<sup>70</sup> 本稿執筆中の2019年11月現在において、法制審議会民法（親子法制）部会が進行しており、民法（親子法制）の見直しにおける検討課題の一つとして、母子関係ルールの整備が挙げられている。法制審議会民法（親子法制）部会第1回会議（2019年7月29日開催）に向けて送付された資料の中では、生殖補助医療によって生まれた子についても、「分娩者＝母ルール」（分娩説）を採用する方向で検討することが提言されている。（民法（親子法制）部会・参考資料1-2、「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」33-35頁、公益社団法人商事法務研究会、<http://www.moj.go.jp/content/001303606.pdf>, (2019. 11. 13)）

## 1 試論

### 1. 学説の対立

平成 19 年決定は、生殖補助医療によって生まれた子についても、法的母子関係を形成する基準として「分娩者＝母ルール」（分娩説）を採用した。学説においても、この考え方を支持する見解が有力に主張されている。しかし、一部の論者からは批判が唱えられ、異なる基準を採用すべきだとする主張がなされている。例えば、子の出生時に、遺伝上の母子関係を基準に法的母子関係の成立を認めるべきだとする見解<sup>71</sup>や、依頼者の意思に基づいて法的母子関係の成立を認めるべきだとする見解<sup>72</sup>などである。このように法的母子関係の基準について見解が対立しているのは、主として、①法的親子関係の基礎づけ、②法的安定性・明確性や子の福祉の考慮、③行為規制との整合性という 3 つの問題点について、意見の一致を見ていないからであるとされる。<sup>73</sup>

1 つ目の問題点においては、(a) 懐胎・分娩や遺伝上の親子関係という事実を重視するか、または (b) 子を養育するという意思を重視するかで考え方が分かれている。2 つ目の問題点においては、(a) 法的安定性や明確性の観点から、一義的かつ明確に親を決定することを重視するか、または (b) 個別具体的な事情を考慮して、より具体的な子の福祉や当事者の利益に配慮することを重視するかで考え方が分かれている。<sup>74</sup> 3 つ目の問題点においては、(a) 行為規制を実効的なものにする観点から、行為規制と法的母子関係の基準との整合性を図ることを重視するか、または (b) 生まれた子の福祉を考慮して、行為規制と法的母子関係の基準は別々に検討するかで考え方が分かれている。<sup>75</sup>

## 2. 私見

### (1) 基本方針

法的母子関係を形成すべき者は、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる者である。生殖補助医療を利用して子をもうけた場合、例えば代理懐胎においては、代理母となる第三者の女性に母になる気はない<sup>76</sup>ため、懐胎・分娩という事実によって親子関係を形成することは妥当でない。また、例えば卵子提供においては、卵子を提供する第三者の女性（ドナー）に母になる気はないため、遺伝上の親子関係という事実によって親子関係を形成することも妥当でない。むしろ、子を養育する意思のある者には、生まれた子に対して育児行動などを行うことが期待できる。したがって、法的親子関係を基礎づけるにあた

<sup>71</sup> 野村豊弘「人工生殖と親子の決定」石川稔ほか編『家族法改正への課題』337 頁（日本加除出版、1993）

<sup>72</sup> 廣瀬・前掲注（3）237 頁

<sup>73</sup> 木村敦子「生殖補助医療における法律上の母子関係—ドイツ法を手がかりとして」平野仁彦ほか編『現代法の変容』372 頁（有斐閣、2013）

<sup>74</sup> 木村・前掲注（73）373 頁

<sup>75</sup> 木村・前掲注（73）374 頁

<sup>76</sup> 前田・前掲注（2）145 頁

っては、意思を重視するべきである。

たしかに、懐胎・分娩や遺伝といった事実に基づいて法的親子関係を形成したほうが、一義的かつ明確に親を必ず決定することができ、子の福祉に適う<sup>77</sup>とも思われる。しかし、生後すぐに親が決定されて親権者が定まったとしても、その者が適切に身上監護権などを行使して育児行動が行われたい限り、例えば、生まれた子は対象関係の獲得ができず社会性を獲得できない不利益を被ることになり、子の福祉に適うとはいえない。そのため、生まれた子に対して育児行動などを行ってくれる者を親権者として決定できるようにすることのほうが、子の福祉に適うといえる。また、生殖補助医療で生まれる子につき、法的母子関係を形成する基準を一つに定めることができれば、一義的かつ明確に親を決定することは可能となるため、法的安定性や明確性を確保できる。したがって、個別具体的な事情を考慮して、より具体的な子の福祉や当事者の利益に配慮することを重視しつつ、基準は一つに定めるべきである。

生殖補助医療のうち代理懐胎は、現在の日本ではこれを規律する法令はないが、産婦人科学会の会告により事実上禁止されている。<sup>78</sup> そのため、行為規制を実効的なものにする観点を考慮して、法的母子関係の基準を考える必要があるとも思える。しかし、このような基準を設定しても、行為規制に反して生まれてくる子が想定される<sup>79</sup>ため、必ずしも規制を実効的なものにすることはできず意味がない。むしろ、現に生まれてきた子をどう処遇するべきかが問題である。したがって、生まれてくる子の福祉を考慮することを優先するべきであり、行為規制の観点は二次的に考慮されるべきである。

## (2) 法的母子関係の基準

私は、法的母子関係を形成する基準は、意思主義を基本としつつ血縁主義で補完するべきだと考える。具体的には、生まれた子と血縁上のつながりのある者が、その子を養育する意思があるものと推認され、まず、法的母子関係を形成する地位が優先的に与えられる。しかし、その者が養育する意思がないことを主張した場合は、次に、それ以外で子を養育する意思のある者が法的母子関係を形成する地位を与えられる。

意思主義を基本とする理由は、子を養育する意思のある者には、生まれた子に対して生後直後の段階から育児行動などを行うことが期待できる。そのため、生まれた子が社会性を獲得するために必要となる対象関係を獲得できるようになり、生まれてきた子の福祉に適うことから、法的親子関係を基礎づけるにあたって意思を重視するべきだと考えるからである。そして、血縁主義で補完する理由は、次のとおりである。

---

<sup>77</sup> 木村・前掲注(73) 373頁

<sup>78</sup> 早川・前掲注(17) 73頁

<sup>79</sup> 平成19年決定の事案においても、日本人夫婦は代理懐胎が容認されている米国ネバダ州に出かけて子をもうけている。



子を養育する意思では、優生思想につながる命の選別を防ぐため、生殖補助医療を利用して子をもうけようとした者にとって必ずしも希望どおりの子が生まれなかったとしても、生まれたその子を養育する意思が求められる。そのため、法的母子関係の形成で求められる意思には、民法上の財産関係で求められる意思よりも、強い拘束力が認められることになる。そこで、この強い拘束力を根拠づけるために、子を養育する意思を、法的母子関係の形成を正当化するその他の要素で適宜補う必要がある。

生殖補助医療を利用して子をもうけることは、医療技術を利用してまで血のつながりのある子をもうけようとする行為であるため、子をもうけようとした遺伝上の親に子を養育する意思があることを強く推認させる。したがって血縁には、子を養育する意思の存在を補強する働きがあるため、法的母子関係の形成を正当化する要素になる。

また、生殖補助医療では、生まれた子について、アイデンティティ形成やルーツを知る機会を保障する必要がある。実際に、AID（Artificial Insemination by Donor：非配偶者間人工授精）で生まれた子どもたちが、遺伝上の親を知りえないことに苦悩する実態が知られるようになってきている。<sup>80</sup>そのため、遺伝上の親に第一次的に法律上の親になる地位を認めて子のアイデンティティ形成などを助けることが、子の安全な成長を実現することにつながる。したがって血縁には、子の福祉に合う働きがあるため、法的母子関係の形成を正当化する要素になる。

さらに、遺伝上の親に第一次的に法律上の親になる地位を認めることは、生殖補助医療に対する一定の歯止めとして機能し、行為規制の実効性を確保することに資する。なぜなら、生まれた子を養育する意思がないことを主張しても、子を養育する意思のある者が他にいない場合には、遺伝上の親が法律上の親になる地位から離脱することを容易に認めない運用をすれば、遺伝上の親が生まれた子の親権者となる。そのため、遺伝上の親は子を養育する義務を負うリスクを背負うことになり、卵子の提供に慎重になると考えられるからである。したがって血縁には、行為規制に資する働きもあるため、法的母子関係の形成を正当化する要素になる。

以上より、血縁は法的母子関係の形成を正当化する要素として機能するため、意思主義を血縁主義で補完するべきである。

### （3）法的構成と法制度上の位置づけ

上述した法的母子関係を形成する基準は、認知（民法 779 条）の規定に基づいて法的に構成することができる。形式的な理由としては、分娩の母と遺伝上の母が異なりうる場合は、認知（民法 779 条）の規定のみが法的母子関係を規律する根拠となることが挙

---

<sup>80</sup> 水野紀子「生殖補助医療と子の権利」法律時報 79 卷 11 号（2007）34 頁。2015 年 5 月 16 日付け朝日新聞 17 面では、AID で生まれた方が、自己の出自を知りたいと願う胸中を語っている。（編集委員・大久保真紀「インタビュー 遺伝上の父を捜して」『朝日新聞』2015 年 5 月 16 日（朝刊）17 頁）

げられる。また、実質的な理由としては、生殖補助医療の中でも代理懐胎によって生まれた子と非嫡出子は状況が酷似していることが挙げられる。なぜなら、非嫡出子において認知を必要とする理由としては、分娩の事実が明らかでない棄児や出生届がされていない子が存在することが挙げられている。代理懐胎によって生まれた嫡出子においても、生殖補助医療の技術の発達によって人工子宮の中で成長し、分娩の事実が明らかでなく（むしろ分娩の事実がなく）生まれてくる子が想定されるからである。非嫡出子において、昭和37年判決が原則として母の認知は不要と判示した背景には、分娩した女性と生まれた子との間に血のつながりがあることが明白であったことがある。しかし、代理懐胎によって生まれた子については、分娩した女性と生まれた子との間に血のつながりがあることは明白でない。したがって、代理懐胎によって生まれた子については、認知が不要であると修正することはできず、そのまま認知の規定によって法的母子関係が形成されることになる。

上述した基準は、生殖補助医療で生まれた子の法律上の母が誰であるかを決定するもので、親権者を定めるための法制度である。この基準に従うと、生まれた子と血縁上のつながりのある者も含めて、誰もその子を養育する意思がない場合には、生まれた子について法律上の母は存在しないことになる。この場合においても、生まれた子に対しては、生後の初期の段階で対象関係の獲得などのために、育児行動を行ってくれる者を確保する必要がある。そこで、この場合は、「未成年者に対して親権を行う者がいないとき」（民法838条1号）にあたるとして、家庭裁判所に未成年後見人を選任させることが考えられる（民法840条1項）。未成年後見人は、身上監護権（民法857条）および財産管理権（民法859条）を行使して、その子に対する育児行動などを行うこととなる。もっとも、児童福祉の分野では、国・社会が子の養護の仕組みを整備すべきであるとして、社会的養護の考え方がとられている。<sup>81</sup>そこで、未成年後見人を選任するのではなく、里親制度などを活用して育児行動を行う者を確保することも考えられる。

生まれた子に対して法律上の母が決定されたときは、その後に親権を適切に行使しない事態が生じた場合には、親権喪失（民法834条）、親権停止（民法834条の2）および管理権喪失（民法835条）の措置が講じられることになる。

## 2 残された課題

以上より、生殖補助医療で生まれた子に対して法的母子関係が形成される基準について、現行民法を拙い思考力で解釈して私見を述べた。しかし、依然として解決しなければならない問題が残っているため、現時点で思いついたものを以下で列挙する。

1つ目は、自然懐胎子についても、同一の基準で法的母子関係を形成できるようにする必

---

<sup>81</sup> 前田・前掲注(2) 166頁

要があることである。なぜなら、生殖補助医療を利用する夫婦は、できれば生殖補助医療によって子が生まれた事実を秘匿したいと考えている<sup>82</sup>からである。したがって、自然懐胎子と生殖補助医療で生まれた子について、法的母子関係を形成する基準を統一することで、このニーズに応えられるようにする必要がある。

2つ目は、戸籍制度の運用の見直しである。なぜなら、任意認知は戸籍法の定めに従ってなされるが（民法 781 条 1 項）、父が認知することしか想定されておらず（戸籍法 60 条 1 号）、実務における認知届の書式を見ても「認知する父」としか印刷されていない。<sup>83</sup>また、認知の届出では、必要事項が記載されているかの形式的な審査のみが行われていると考えられるからである。しかし、本稿で定立した基準では、母による認知がなされることになる。また、血縁上のつながりのある者が子を養育する意思がないと主張した場合、それ以外で子を養育する意思がある者がいるかの判断や、血縁上のつながりのある者を法律上の親となる地位から離脱することを認めることが相当であるかの判断をする必要があり、実質的な審査が求められることになる。さらに、血縁上のつながりのある者以外が法律上の親になる場合には、近親婚の防止や生まれた子のアイデンティティ形成のために、血縁上のつながりのある者を明らかにする必要があり、戸籍上の記載において血縁上のつながりのある者を明記する運用が求められることになる。

3つ目は、養子制度（民法 792 条以下）との関係である。なぜなら、本稿で定立した基準では、実親子関係においても意思に基づいて法律上の親子関係が形成されることになるため、養子制度との線引きが曖昧になるからである。この問題を解決する一つの方法としては、法的父子関係における実親子関係と養親子関係の区別を、法的母子関係についても同じく適用させることが考えられる。

4つ目は、「藁の上からの養子」において実親子関係を認めてこなかった判例<sup>84</sup>との関係である。なぜなら、本稿が定立した基準では、実際に自らが産んでいない子との間で実親子関係を認めることを許容することになるからである。近時、最高裁は、一定の場合に「藁の上からの養子」に対する親子関係不存在確認の訴えが権利濫用にあたり、排斥される場合があるとして、「藁の上からの養子」を保護する立場に転じた。<sup>85</sup>したがって、子の利益を図るために、実際に産んでいない子との間で実親子関係を認める方向性はあるものと考えられる。

## VI さいごに

---

<sup>82</sup> 水野・前掲注（80）34頁

<sup>83</sup> 五島・前掲注（28）165頁

<sup>84</sup> 最判昭和50年4月8日民集29巻4号401頁など

<sup>85</sup> 最判平成18年7月7日民集60巻6号2307頁（前田・前掲注（2）166頁）

前章において述べたとおり、本稿が定立した法的母子関係を形成する基準を採用するにあたっては、まだ多くの法律上また実務上の課題が残されている。さらに、本稿の基準は、行為規制の観点を二次的に考慮するに過ぎないため、生まれた子と血縁上のつながりのある者（代理懐胎の依頼者妻など）と生まれた子との間に、実親子関係としての法的母子関係を認めることを容認するものである。そのため、本稿の考え方は、代理懐胎の依頼者の願いを叶えることになり、倫理上問題の多い代理懐胎<sup>86</sup>を助長しかねない。したがって、本稿に対しては、多くの批判が寄せられることが予想される。

本稿は、はじめに述べたとおり、平成19年決定の代理懐胎の事案をまずは対象としている。平成19年決定の事案は、代理懐胎の依頼者夫婦が米国ネバダ州に出かけて代理出産契約を締結したものであるが、ネバダ州は裁判所の事前承認なしに、一定の要件を満たす代理出産契約を認めている。その要件とは、依頼者夫婦が法律上婚姻した夫婦であることや、代理懐胎が依頼者夫婦の精子と卵子を用いたものであることなどである。また、契約書に明記されている子どもの出産に関連した医療費および生活費以外に、金銭あるいは価値あるものを代理母に支払うことまたは申し出ることなどは違法とされている。<sup>87</sup>平成19年決定は、代理出産契約そのものは有効であることを前提として判示しているため、この事案ではこれらの要件を満たしていたと考えられる。<sup>88</sup>したがって、平成19年決定の事案は、代理懐胎の問題への抵触が比較的軽微であり、第三者に対する人権侵害を生じさせるなど、公序良俗（民法90条）に反するような態様の代理懐胎とは必ずしも言い切れない事案であった。そのため、本稿の基準に従って代理懐胎の依頼者妻と生まれた子との間に法的母子関係を認めたとしても、公序良俗に反するような態様の代理懐胎を容認することにはつながらず、事案の実情を踏まえれば妥当な結論を導くものとして許容しうるように思われる。

最高裁判所の判示は、判例として蓄積され、将来の紛争を解決するための基準として事実上機能している。この機能があるが故に、平成19年決定は、当該事案としての妥当な結論

---

<sup>86</sup> 代理懐胎の問題としては、①第三者の人体そのものを妊娠・出産のための道具として利用すること、②第三者に妊娠・出産による多大なリスクを受容させること、③代理懐胎の依頼者夫婦と代理母との間で生まれた子を巡る争いが生じることなどが挙げられる。（石井美智子ほか「生殖補助医療の規制と親子関係法—とくに代理懐胎について」法律時報79巻11号（2007）9頁〔石井発言〕）

また、派生的な問題としては、代理懐胎の依頼者夫婦が、法律上の夫婦でなければならないのか、事実婚や同性カップルでも良いのかということなどが挙げられる。

<sup>87</sup> 二宮・前掲注（18）698頁〔石井美智子〕

<sup>88</sup> 平成19年決定の原審（東京高決平成18年9月29日高民集59巻3号4頁）では、以下のように判示されている。（最高裁判所編『最高裁判所民事判例集第61巻第2号』204頁（最高裁判所判例調査会，2007））

「本件記録によれば、Aが代理出産を申し出たのは、ボランティア精神に基づくものであり、その動機・目的において不当な要素をうかがうことができず、本件代理出産契約は相手方らがAに手数料を支払う有償契約であるが、その手数料は、Aによって提供された働き及びこれに関する経費に関する最低限の支払（ネバダ州修正法において認められているもの）であり、子の対価ではない。契約の内容についても、妊娠及び出産のいかなる場面においても、Aの生命及び身体の安全を最優先とし、Aが胎児を中絶する権利及び中絶しない権利を有しこれに反する何らの約束も強制力を持たないこととされ、Aの尊厳を侵害する要素を見いだすことはできない。」

ではなく、一般論としての妥当な結論を導く基準を採用せざるを得なかったのかもしれない。<sup>89</sup>もともと、代理懐胎の問題として第三者の体を使用することによる人権侵害などが指摘されているが、生殖補助医療の技術の発達は著しいため、近い将来には、人の体を使わない代理懐胎の手法が編み出される可能性がある。例えば、人工子宮や、ヤギなどの動物の子宮を使った手法が考えられる。<sup>90</sup>このとき、分娩という事実に基づいて法的母子関係を形成する「分娩者＝母ルール」(分娩説)は、その妥当性について再考を迫られることになり、法的母子関係を形成する他の基準が必要とされることになろう。

本稿は、分娩説に対峙する新しい基準を定立するもので、分娩説の妥当性が問われることとなったときに、一つの解決策を示すものとして参考になれば幸いである。その際には、平成19年決定の事案をより一般化して、少なくとも、法律上の夫婦の依頼による代理出産契約で、公序良俗に反するような態様のものではなく、依頼者夫婦と代理母との間で生まれた子を巡る争いが生じていないケースにおいて、本稿の基準に従って法的母子関係を形成することを認めることができるのではなかろうか。この点で、本稿の射程を広げる道があるのではないかと考える。

以上

#### ★謝辞

本稿は、2019年度開講の3年次任意科目「法学研究基礎」にて筆者が執筆したものである。本稿を作成するにあたり、指導教官の小粥太郎教授(現:東京大学大学院総合文化研究科)からは、初めに相談に乗っていただいたときから執筆が終わるまで、多大な助言を賜りました。教授のご指導なくして本稿の完成はあり得ませんでした。心より感謝申し上げます。

また、共に「法学研究基礎」を履修した西垣怜央さんからは、授業中に鋭い指摘をしていただき、考えを深めることができました。本当にありがとうございました。

---

<sup>89</sup> 平成19年決定の今井功補足意見では、「現行法の解釈として相手方らと本件子らとの間の実親子関係を法的に認めることは、現段階においては、医学界においても、その実施の当否について議論があり、否定的な意見も多い代理出産を結果的に追認することになるほか、関係者の間に未解決の法律問題を残すことになり、そのような結果を招来することには、大いに疑問がある。」(最高裁判所・前掲注(88)154頁)と述べられており、一般論としての妥当な結論が重視されたものと思われる。

なお、平成19年決定の津野修・古田佑紀補足意見では、代理懐胎の依頼者夫婦と生まれた子との間で、実親子関係としての法的親子関係ではなく、特別養子縁組(民法817条の2以下)による養親子関係としての法的親子関係を成立させる余地があることが指摘されている。(最高裁判所・前掲注(88)152頁)

しかし、これに対しては、「本当に代理出産を追認する結果を招きたくないのであれば、特別養子縁組も否定すべきである。」との批判がある。(樋口・前掲注(18)134頁)

<sup>90</sup> 人工子宮の発想は、既に小説では登場している。(村田沙耶香『消滅世界』(河出文庫, 2018))

当事者が損害賠償請求訴訟において一時金方式を採択した場合における、判決確定後の著  
しい事情変動が生じた場合の権利救済に関する考察

—民事訴訟法 117 条類推適用の可否—

一橋大学法科大学院修了（2021 年 3 月）瀬川駿

目次

- I はじめに
- II 一時金方式と定期金方式
- III 判例分析
- IV 117 条の法的性質
- V ZPO323 条の規定の再検討
- VI 結論
- VII おわりに

I はじめに

本稿は、一時金賠償請求を提起し、その確定判決が出た場合において、損害額の算定の基礎となった事情が口頭弁論終結後に著しく変更されたことにより損害を受ける被害者の権利救済について、考察を加えるものである<sup>1</sup>。

我が国では、交通事故の発生件数につき、平成 12 年から同 17 年にかけて年間 90 万件を超えており、そこから漸次減少してはいるものの、令和元年の発生件数は年間 43 万 601 件となっている<sup>2</sup>。交通事故の発生に伴い、民事裁判にて損害賠償責任の有無が争われるため、交通事故訴訟の件数は、実際の交通事故の数には至らないにしても、相当数に上ると思われる。そして、民法等の実体法に基づく解釈により、被害者は損害賠償を一時金方式によるか定期金方式によるかを選択できると解されており、実際に両者が用いられている。

ここで、損害賠償額を決定する段階では、将来の損害額の算定において、口頭弁論終結時における算定額を基準とする以上、将来において損害額の算定の基礎とされて訴訟で前提とされた事実が変わることは十分あり得る。しかし、仮に将来においてかかる前提事実に変更があった場合でも、既判力（民訴法（以下法名省略）114 条 1 項）が及ぶ以上、そ

---

<sup>1</sup> 本稿は交通事故の損害賠償事案を一応念頭においているが、主に損害賠償の方式の差異に焦点を当てているので、損害賠償事案一般にも当てはまる。筆者の問題意識の発端が、交通事故訴訟において一時金方式を選択した当事者の保護はいかにして図られるべきかというところに起因したに過ぎない。

<sup>2</sup> 交通局交通企画課『令和元年中の交通事故死者数について』（2020）1 頁。

の損害額の変更を求める主張は遮断される。しかし、それでは当事者間の衡平の観点から不十分とも思われる。このような問題意識により、「民事訴訟法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」とともに、平成 8 年民訴法改正により、当事者間の衡平の実効性確保のため、前訴が定期金賠償請求の事案に限り損害額の算定の基礎となった事情に著しい変更があった場合には、その判決の変更を求める訴訟を提起することができると規定<sup>3</sup>された(117 条)。1 項本文は、「口頭弁論終結前に生じた損害につき定期金賠償を命じた判決について、口頭弁論終結後に、後遺障害の程度、賃金水準その他の損害額の変更を求める訴えを提起することができる。」とされている。この条文を素直に読めば、口頭弁論終結後の著しい事情変動の際に判決の変更を求める訴えを提起することができるのは、定期金賠償を求めた場合に限られ、一時金方式の場合にはできないことになる。

もつとも、定期金による救済を求める場合と一時金による場合において、被害者救済の観点に関する差異はあるのか。この点につき、定期金方式と一時金方式では被害者救済の要請は異ならないため、一時金による場合にも 117 条 1 項を類推適用することによる解決を図るとする学説<sup>4</sup>が存在する。しかし、条文にあえて「定期金」とあり、一時金による場合が明確に除外されているにも関わらず、安易に類推適用を認めて良いかは多少の疑問がある。

そこで本稿の目的は、一時金の場合と定期金による場合とを比較し、主に一時金による請求を求めた当事者につき請求認容判決が出た事例を想定し、その損害額において前提とした事情が著しく変動した場合の被害者救済の途を拓くための解釈方法について検討することである。

## II 一時金方式と定期金方式

### 1 一時金方式と定期金方式の定義・性質

一般に、損害賠償請求の方法としては 2 つの方法がある。まず、ある損害に基づき被害者に発生した損害賠償請求権につき、一回で全損害額の賠償を受けるという方法による方法を、一時金方式という。これに対し、損害総額は未定であるが損害賠償請求権としては確定しており、将来の損害継続が予定される場合に、定期的に履行期の到来する回帰的・反復的な金銭給付による方法を、定期金方式といい<sup>5</sup>、諸外国法規にもその例が散見される

---

<sup>3</sup> 法務省民事局参事官室『一問一答 新民事訴訟法』（1997, 商事法務研究会）1 頁（以下「一問一答」という。）。

<sup>4</sup> 伊藤眞『民事訴訟法 [第 6 版]』（有斐閣, 2018）534 頁。

<sup>5</sup> 高田裕成「定期金賠償判決と変更の訴え」竹下守夫編『講座 新民事訴訟法 I』（弘文堂, 1998）171 頁。

6. なお、定期金方式は、損害額の総額が確定していないものをいうため、既確定の損害額を分割払いする方法である割賦払いとは異なる<sup>7</sup>。また、一時金と定期金の場合について処分権主義に関する問題点が存在<sup>8</sup>するが、本稿では割愛し、主に一時金方式と定期金方式の性質の相違に焦点を当てる。

## 2 一時金方式の利点・欠点<sup>9</sup>

一時金方式による場合に、①紛争の一次的解決に資する、②加害者からの賠償は一回にとどまるので、被害者の被害感情等の継続はない、③一時金による方が、定期金による場合に比して国民感情に合致する<sup>10</sup>、という利点がある。

これに対し、一時金による場合、①被害者は一度に大金を得ることになるため、浪費の可能性があり、損害賠償金の生活保障機能が阻害される、②紛争の一次的解決に資するが、将来損害も含めて事実審口頭弁論終結時の事情のみをもって不確定な将来予測に基づく認定判断をせざるを得ないので、損害額の過不足を招きやすく、当事者に対し損得感情を抱かしめる、という欠点がある。

## 3 定期金方式の利点・欠点

定期金方式により損害賠償を請求する場合、①一回の交付が多額にはならず、ゆえに浪費を防止し被害者の生活保障に資する、②税法上非課税<sup>11</sup>となる、③不確定要素による判

---

<sup>6</sup> 例えば、BGB843 条 1 項は、身体障害等の一部の事案における損害賠償請求の方法として、定期金方式が原則であることが明文化されており、BGB844 条 2 項によって殺人による第三者の損害賠償請求権、そして BGB845 条によって第三者の労務提供に代わる損害賠償請求権について準用されており、これらの場合には定期金方式によることが原則となっている。

<sup>7</sup> 山田卓生「自賠法の諸問題・交通公害の防止と救済」交通第 5 号 39 頁。

<sup>8</sup> 山本克己「定期金賠償と民事訴訟法二四六条—実体法と訴訟法の役割分担の観点からの問題の整理」伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』（有斐閣，2015）653 頁以下等多数。

<sup>9</sup> 池田辰夫「定期金賠償の問題点」『新・実務民事訴訟講座 4』（日本評論社，1982）252 頁以下を主に参照。

<sup>10</sup> この点について池田・前掲注（9）はこのように述べるが、実際に一時金方式によることが国民感情に資するかどうかは客観的証拠に基づくものではなく、疑問である。

<sup>11</sup> 課税対象は「総収入—必要経費＝純所得」であるところ、損害賠償金は損害の補填的意味合いを有するので必要経費に不算入とされることによる。特に人損の場合には事業所得であっても非課税とされている。



断が不要であり、将来の事情変動に対応しやすい（117条）、④中間利息控除がない、という利点がある<sup>12</sup>。

これに対し、定期金方式による場合、①債務者の将来における無資力リスク（倒産による損害賠償請求権の破産債権化（破産法2条5号）<sup>13</sup>、賠償義務者の死亡・行方不明等）を被害者が負担することになる、②損害賠償の継続に伴い、被害者の感情的不快感が継続する、③①のような執行の負担を継続的に被害者に課すことになるため、履行期到来のたびにその都度強制執行をかける必要があり負担が大きい、という欠点がある。

もっとも、①、③は保険会社等の台頭により被害者ではない第三者機関に無資力リスクを転換できるため、保険会社等が多数存在する今日では相対的に欠点の比重は減少するといえる。そうすると、定期金方式による場合の欠点は実質的には②の被害者の継続的不快感のみとなるとも思える。しかし、保険会社は私的企業に過ぎず倒産の虞がないとはいえないこと、また、加害者の無資力リスクの公的担保機関は存在しないことに鑑みると、①及び③の欠点は今日でも看過しがたいものであると考えられる。したがって、今日でも上記①ないし③の欠点は存在するといえる。

#### 4 損害費目別による一時金方式・定期金方式の可否・優劣<sup>14</sup>

一般に損害賠償といっても、主に以下のような損害費目毎の検討がなされることが多い。そこで、各損害費目につき、一時金または定期金のいずれが良いか、また一時金及び定期金によることが可能かどうかにつき検討を加える。

---

<sup>12</sup> この他に、一般に損害賠償金は非課税である（所得税法9条1項21号参照）が、一時金の場合にはインフレヘッジのための投資利得分に所得税がかかるとの指摘（池田・前掲注（9）252頁以下）が存在する。しかし、一時金方式による場合と定期金方式による場合とで損害賠償の補填機能という性質は異ならず、いずれの方式によっても所得税は課されないため、かかる指摘は的を射していない。

<sup>13</sup> 破産法253条1項2号によれば破産者が悪意の損害賠償請求権は免責許可非対象であるため免責許可される虞はない。しかし、加害者破産の場合、損害賠償請求権の基礎となる不法行為が破産手続開始前の原因に基づく場合には、破算債権となる（破産法2条5項）。したがって、加害者が損害賠償債権の基礎となる事実が生じた後に破産手続を開始した場合には、被害者は割合的満足を受けるにとどまり、被害者救済に資さない場合があり得るといえる。もっとも、この不都合性は定期金方式に限られたものではなく、一時金方式による場合も同様である。

<sup>14</sup> 損害費目毎に分類しているものとして、中園浩一郎「定期金賠償」判タ1260号9頁。

## (1) 逸失利益

逸失利益とは、交通事故等の事故及び損害がなければ将来得ることができたであろう利益をいい、消極的財産損害にあたる<sup>15</sup>。得べかりし利益の喪失ともいわれる。そして、実務上、逸失利益は、①後遺障害逸失利益の場合、【基礎収入額（年収）×労働能力喪失率×労働能力喪失期間に対応するライプニッツ係数】により計算<sup>16</sup>され、②死亡逸失利益の場合、【基礎収入額×（1－生活費控除率）×就労可能年数に対応するライプニッツ係数】により計算<sup>17</sup>されるため、客観的に確立した計算方法が存在する。したがって、逸失利益は損害賠償請求権を基礎付ける不法行為の時点で客観的に確定されているといえるから、一時金方式によることが通常であると思われる<sup>18</sup>。

しかし、近時の判例である最判令和2年7月9日裁判所時報1747号1頁は、被害の原状回復と損害の公平な分担の見地から、「相当と認められるとき」に限り、後遺障害逸失利益は定期金賠償の対象になると判断した。本判決の小池補足意見によると、「どのような場合に、あるいは、どのような事情を考慮して定期金による賠償の対象となると解することができるかについては、解釈に委ねられている。」とされており、相当性の判断においては事案毎の解釈に委ねられることを示唆している。そのうえで、小池補足意見は「定期金による賠償に伴う債権管理等の負担、損害賠償額の等価性を保つための擬制的手法である中間利息控除に関する利害を考慮要素として重視することは相当ではないように思われる」と述べているが、本件事案は、被害者が事故当時4歳であり、症状固定時15歳という、被害者が高齢者である場合に比して、債権管理の負担が最も大きく、かつ中間利息控除の利害も非常に大きいといえる事案であるにも関わらず相当性を認めているため、最高

---

<sup>15</sup> 潮見佳男『プラクティス民法 債権総論〔第5版〕』（有斐閣，2019）107頁，北河隆之＝藤村和夫『詳解 後遺障害逸失利益—裁判例の分析と新基準試算—』（ぎょうせい，1996）2頁，

<sup>16</sup> 北河隆之ほか『詳説後遺障害—等級認定と逸失利益算定の実務—』（創耕舎，2014）55頁。

<sup>17</sup> <https://www.ishioroshi.com/personal/kaisetu/shibou/issiturieki/>（2021年10月1日最終閲覧）。なお、中間利息控除はホフマン方式によることも可能であり、ホフマン方式によることを認めたものとして、福岡高判平成17年8月9日判タ1209号211頁，札幌高判平成20年4月18日があるが、どちらの方式によるべきかは一義的には確定しておらず、いずれの方式を採用することも可能だが、その方式を採用することが不合理とは言えないことが必要であると思われる（最三小判平成22年1月26日判タ1321号86頁参照）。

<sup>18</sup> 最判昭和48年4月5日民集27巻3号419頁，最高裁昭和58年9月6日民集37巻7号901頁等参照。特に死亡逸失利益について定期金方式によることの利点がないことについて，大島眞一「重度後遺障害事案における将来の介護費用—一時金賠償から定期金賠償へ—」判タ1169号78頁。

裁が定期金賠償の方法の相当性を否定する場合がいかなる場合かは不明であるといわざるを得ない。

また、PTSD（Post Traumatic Stress Disorder：心的外傷ストレス障害<sup>19</sup>）等の場合には、性質上不法行為時点では損害が顕在化しておらず、将来時点において PTSD に基づく損害がその都度顕在化するということになると思われる。そして、PTSD の症状が無ければ本来できたはずの行為ができない等の事実を逸失利益として認識可能であるとすれば、かかる場合にも定期金方式によることは可能ではないか、と考える<sup>20</sup>。

したがって、逸失利益は判例上定期金方式によることが可能となっているため、定期金方式によるべきである。

## （２） 医療費

医療費とは、交通事故により生じた傷害等を治癒するために要した必要かつ相当な実費全額<sup>21</sup>をいう。医療費の中には施術費のほか、付添看護費、病院等への交通費、日用品の購入費等の入院雑費が含まれる。自動車損害賠償保障法においては、自賠責支払基準では、治療関係費として応急手当費、診察料、入院料、投薬料、手術料、処置料等、通院費、転院費、入院費又は退院費を区別しているが、これらはいずれも「必要かつ相当な実費」とされている<sup>22</sup>ため、被害者が現実に負担した医療費であっても、過剰・濃厚治療又は高額治療等、必要性及び相当性が認められない場合には損害としてカウントされない<sup>23</sup>。そして、医療費の性質上、発生原因たる不法行為自体は既発生であるが、その金額如何については将来において定まり、かつ期間も不明瞭であるといえるため、口頭弁論終結時において将来の事情変動に関する十分な考察を経て損害額を確定するということは困難であるといえる。

---

<sup>19</sup> 強烈なショック体験、強い精神的ストレスが、心のダメージとなって、時間がたってからその経験に対して強い恐怖を感じることをいい、交通事故等により発生し得る。

<sup>20</sup> 横浜地判平成 10 年 6 月 8 日判タ 1002 号 221 頁、函館地判平成 13 年 11 月 21 日判時 1780 号 132 頁、大津地判彦根支部平成 13 年 12 月 28 日判タ 1149 号 201 頁判時 1790 号 141 頁。

<sup>21</sup> 日弁連交通事故相談センター東京支部編集『民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準（基準編）』（2016）1 頁。

<sup>22</sup> 江口保夫ほか『交通事故における医療費・施術費問題（改題改訂版）』（保険毎日新聞社、2006）1 頁。

<sup>23</sup> 江口ほか・前掲注（22）2 頁。

したがって、医療費につき一時金方式によることも可能であるが、かかる将来の事情変動に対応すべく、定期金方式によることも可能であり、かつ後者の方が賠償方式として適当であると思われる<sup>24</sup>。

### (3) 介護費

医療費と異なり、介護費は介護サービスの費用相場に変動が生じやすいので別途検討する。介護費用の算定には後遺障害の内容・程度（常時介護か随時介護かで金額が大きく異なり、この点が問題になったものとして、東京地判平成15年8月28日判時1839号110頁がある）、職業付添人の要否、近親者付添の場合における近親者付添費等が総合的に考慮され、かつ平成12年4月から導入されている介護保険制度の影響により、職業付添人による介護費用が高額化したことを受けて訴訟での大きな争点となることがかなりあるようである<sup>25</sup>。そして、将来の介護費用に関しては、介護費の発生原因たる不法行為自体は既発生であるが、その金額自体は将来において定まる性質があり、一時金方式とすると、適正な介護費用額の認定における切断説<sup>26</sup>との整合性に疑義が生じ得ること、また、余命認定の困難性<sup>27</sup>（特に植物状態において問題となる）が生じ得ることになり、将来の事情変動に対応することが困難になるといえる。

したがって、介護費については、一時金によることも不可能ではないが、定期金方式によることが望ましいと考えられ、学説上ほぼ異論はない<sup>28</sup>。

### (4) 弁護士費用

---

<sup>24</sup> この結論は、後述の介護費用を定期金賠償方式とすべきとの結論とも平仄が合う。

<sup>25</sup> 大島・前掲注(18)73頁。

<sup>26</sup> 切断説とは、被害者が死亡した以後について介護費用は認められないとする説である。

<sup>27</sup> 大島・前掲注(18)77頁、倉田卓次「定期金賠償試論」『民事交通訴訟の課題』（日本評論社、1970）107頁以下。

<sup>28</sup> この点、大島・前掲注(18)78頁は、将来介護費の算定には、被害者の後遺障害の内容・程度、介護状況、介護報酬の単価等の変動要素がかなりあるため、定期金賠償とするのが本来であると述べる。他にも定期金方式によるべきことを説くものとして、河邊義典「交通事故賠償の実務と展望」東京三弁護士会交通事故処理委員会編『新しい交通賠償論の胎動』（ぎょうせい、2002）29頁、窪田充見「判批」セレクト'00・24頁、藤村和夫『交通事故賠償理論の展開』（日本評論社、1998）130頁、山田卓生「判批」リマークス（2001）69頁、波多江久美子「植物状態」塩崎勤＝園部秀穂『新・裁判実務体系5』（2003）175頁、越山和広「定期金賠償と新民事訴訟法117条の変更の訴えについて」近畿大学法学第45巻2号87頁等がある。

損害賠償請求事件は民事訴訟である以上、弁護士を就けずに訴訟追行することは可能であるが、日本では一般に損害賠償請求事件の場合には弁護士が訴訟追行することが通常である<sup>29</sup>。そして、一時金方式及び定期金方式のいずれにおいても、損害賠償請求事件は事実審口頭弁論終結前の損害についてのみ審理判断され、それに対する判決が出るため、弁護士の訴訟追行はそれをもって終了することになる。たしかに、将来部分についてはその都度損害が生じ、強制執行の負担を被害者に課すことになるが、損害賠償請求事件を担当する弁護士は当該事件の訴訟追行においてのみ、依頼人たる被害者と委任関係にあり、事後的な強制執行の差異の手続については委任の対象外であり、仮に事後的な強制執行についてまで委任するのであれば、それは別個の契約によることになる。

したがって、弁護士費用については判決言渡しの段階で総額が確定している費用に当たるので、定期金方式によることはできず、一時金方式のみが認められる。

#### (5) 慰藉料

慰藉料とは、精神的被害を填補するための損害賠償をいう。通常、不法行為に基づく精神的損害は不法行為と共に発生し、その時点で既発生となり、かつ将来において損害額が各々確定するという性質のものではない。よって、定期金方式は観念できず、一時金方式によるべきである。

したがって、慰藉料については一時金方式のみが認められる。

#### (6) 小括

以上損害費目について一時金・定期金の可否及び優劣について概観したが、定期金方式によることが可能なものは、(1) 逸失利益、(2) 治療費、(3) 介護費である。また、一時金方式によるべきであり、仮に支払方法として一時ではないとしても割賦払い方式になるものが、(4) 弁護士費用、(5) 慰藉料である。このように、損害賠償とはいっても損害費目毎に一時金方式に馴染むか定期金方式に馴染むかは異なる。

### 5 関連裁判例

一時金方式及び定期金方式の利点・欠点及び損害費目別による両方法の検討を概観したが、裁判例はどのように判断しているか。裁判例の検討においては、逸失利益に関する事

---

<sup>29</sup> この点、『弁護士白書』日本弁護士連合会(2018)118頁によると、民事第1審通常訴訟事件のうち交通事故損害賠償請求事件の弁護士選任率は、2017年時点で全体の93%が弁護士選任事件である旨を述べる。

案と将来介護費用に関する事案に分類し、その中で定期金方式によることが認められたものと認められなかったものに分けて整理する。

## (1) 逸失利益における定期金方式の適否に関する裁判例

### ア 肯定事例

植物状態にある者の逸失利益につき、原告が一時金方式を求めた場合において、「定期金賠償を命じうる限度において」と述べ、一時金方式の一部認容の形で定期金方式によることを認容したのものとして、①札幌地判昭和48年1月23日判タ289号163頁、交通事故の被害者の申立により将来の逸失利益による損害の賠償について定期金による支払を命じた事例として、②仙台地判昭和58年2月16日判時1116号110頁、交通事故により頸髄損傷等の傷害を負った幼児及びその父母からの損害賠償請求に関し、生存可年数につき15年程度とみて、その後の逸失利益について最低限の認定として死者と同一の利益喪失を認め、将来の医療器具費、療養物品費、付添看護費につき定期金請求を認めた事例として、③大阪地判平成5年2月22日判タ834号161頁、逸失利益損害請求において、一般的な余命認定の脆弱性を考慮した損害賠償請求者の側から定期金方式によることを求めた場合にかかる請求を認めたものとして、④大阪地判平成16年1月21日判タ1174号264頁、被告の申立により定期金方式によることを命じた原判決を是認したのものとして、⑤東京高判平成25年3月14日判タ1392号203頁、がある。後遺障害逸失利益につき定期金方式によることを認めたものとして、⑥前掲最判令和2年7月9日NBL1176号67頁がある。

### イ 否定事例

死亡逸失利益につき定期金方式によることを求めたが、これを認めず一時金方式によることとしたものとして、⑦大阪地判平成17年6月27日判タ1188号282頁、履行確保の不確実性（損害保険会社の経営破綻の可能性）及び賠償が継続することによる被害者と債務者の関係性の長期の固定化の回避等を考慮し、被告の申立により定期金賠償を命じた原判決を取消し、一時金方式によることとしたものとして、⑧福岡高判平成23年12月22日判時2151号31頁がある。

## (2) 将来介護費用における定期金方式の適否に関する裁判例

### ア 肯定事例

将来の介護費用を定期金方式により認めた事例として、⑨大阪地判平成3年1月31日判タ757号217頁、将来の介護費用につき117条の規定を類推適用する<sup>30</sup>として定期金賠償を認めたものとして、⑩東京地判平成8年12月10日判タ925号281頁、将来の介護費用につき定期金方式による支払いを認めた事例として、⑪大阪地判平成10年6月26日判タ1001号196頁、植物状態にある者の将来の介護費用につき、「明らかに不相当であるという事情のない限り、合理的」であるとして定期金方式によることを認めたものとして、⑫東京高判平成15年7月29日判時1838号69頁がある。

#### イ 否定事例

付添看護費用につき、損害賠償請求権者が訴訟上一時金による支払を求めている場合には、「定期金賠償方式を否定する法条こそ有しないものの、他面これを肯認する明文もないこと、「債務者からの担保の供与、変更判決等の諸制度」がないため定期金債権者にとって著しく不利であるため定期金方式を命ずる判決はできないと判示したものとして、⑬名古屋高判昭和49年8月30日判タ322号167頁、ほぼ同様の事例として、⑭最判昭和62年2月6日民集150号75頁がある。

## 6 小括

将来介護費用と逸失利益については、一部否定される裁判例も散見されるが、それは原告が一時金方式を求める場合には定期金方式によることができないとするものが主であり、訴訟当事者が定期金方式によることを求める場合には、将来の事情変動に対し臨機応変に対応する必要性が高いと考えられるためか、裁判例及び最判令和2年7月9日においても、定期金方式によることを認める傾向がある。もっとも、損害賠償をする場合において、一時金によるか定期金によるかについては両者とも一長一短であり、いずれかが優れているというわけではない<sup>31</sup>こと、また、損害の算定基準の変動による影響は将来介護費用・逸失利益以外の損害費目にも存在し得ることに鑑みると、損害費目により定期金又は一時金を画一的に解することの妥当性は疑問である。

また、一時金と定期金は単なる履行方法の差異に過ぎないのかという問題について、倉田説は、定期金賠償積極活用の見解に立つこともあり、事故によって発生した賠償請求権

---

<sup>30</sup> 本判決が出たのは平成8年であり、平成8年民訴法改正では施行日である平成10年1月1日から適用されるとされ、形式的には新民訴117条によることはできないため、「類推適用」という表現を採っている。

<sup>31</sup> 越山・前掲(28)86頁。

が各期末に具体化すると理解すれば、現在給付の請求に対して履行期が将来に到来することを理由にした将来給付の主文を言渡すのと同じことになるとして、質的に同一であるとする<sup>32</sup>。しかし、かかる見解は将来の未確定損害の定期金払いという発想とは相容れない、確定額の賠償債権につき割賦払いを命じる考え方と質的に同一となってしまうことになり、妥当ではない。また、諸外国（ドイツ等）と異なり、賠償額の履行確保のための公的担保措置が確立していないため、当事者の主張なく裁判所が一時金・定期金の区別を裁量によって判断することは、被害者に対し不測の負担を課すことにもなり得る。したがって、被害者が定期金の上記不都合ないし不利益を知り、それを甘受してもなお定期金による賠償を求めた場合にのみ、定期金賠償を認めることができると考えられ、多数意見及び裁判例等もそう解するようである<sup>33</sup>。

### III 判例分析

本章では、損害賠償算定の基準時である口頭弁論終結後の事情変更による損害賠償額の変化に関する判例につき、事情変更により損害額が増額した場合を2件、事情変更により損害額が減少した場合を1件検討する。

#### 1 最判昭和42年7月18日民集21巻6号1559頁

##### (1) 事実の概要

Xは、Yに対し、昭和31年12月3日、Yの行為で火傷及び後遺症を負ったためその治療費20万円、慰籍料30万円、得べかりし利益50万円の損害賠償を請求し、控訴審で昭和35年5月25日終結の口頭弁論に基づき慰籍料30万円のみを認容する判決が確定した（前訴）。しかし、Xの後遺症は徐々に悪化したため、前訴の控訴審の最終口頭弁論終結後である昭和36年6月ころから2回にわたって後遺症に関する治療を受けたが完治には至らなかった。そこで、XはYに対して入院加療に要した治療費約32万円の損害賠償請求をするため、本訴を提起した。第一審以来、①本訴請求が前訴の確定判決によって遮断されるか否か、②損害賠償請求権の消滅時効の起算点は火傷の時か否かが争われ、第一審請求棄却、第二審は原判決を変更してXの請求を認容し、31万円余の支払を命じた。これに対し、Yが上告したのが本件である。

なお、本件では上述のとおり②消滅時効の起算点の問題も含んでいるが、本稿では①の点に絞って検討する。

---

<sup>32</sup> 倉田・前掲注(27)117頁。

<sup>33</sup> 越山・前掲注(28)87頁。



## (2) 判旨

判旨は以下のように述べ、請求を認容した。すなわち、「一個の債権の一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合には、訴訟物は、右債権の一部の存否のみであって全部の存否ではなく、従って、右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求に及ばない」。本件では、「前訴における被上告人の請求は、被上告人主張の本件不法行為により惹起された損害のうち、右前訴の最終口頭弁論期日たる同 35 年 5 月 25 日までに支出された治療費を損害として主張しその賠償を求めるものであるところ、本件訴訟における被上告人の請求は、前記の口頭弁論期日後にその主張のような経緯で再手術を受けることを余儀なくされるに至ったと主張し、右治療に要した費用を損害としてその賠償を請求するものであることが明らかである。右の事実によれば、所論の前訴と本件訴訟とはそれぞれ訴訟物を異にするから、前訴の確定判決の既判力は本件訴訟に及ばないというべきである」。

## (3) 検討

### ア 判旨の理論構成

本判決は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、前訴の口頭弁論終結後の事情の変更（後遺症）に要した治療費等の損害賠償請求の可否について、一部請求論を採用し、明示部分とそうでない部分は訴訟物が異なることから、本件でも訴訟物の相違が認められるので、本訴請求は前訴請求の既判力に反しないとしたものである。交通事故訴訟において、損害額の算定基準時である口頭弁論終結時以降に、当時予期していなかった事情の変更が生じることは稀ではなく<sup>34</sup>、また、かかる事情の変更を一切考慮せず原告の請求は既判力に抵触し却下されると判断することは、一般の法感情に反すると思われる<sup>35</sup>。さらに、民法が人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効につき、一般の債権と異なり長期の消滅時効を規定（民法 167 条、同 724 条各号参照）することで被害者救済の要請が増していると思われる点に鑑み、上記判決の結論としての妥当性は肯定できると解される。

---

<sup>34</sup> 五十部豊久「判批」『交通事故判例百選【第2版】』（ジュリスト、1975）152頁。

<sup>35</sup> 高橋宏志ほか『民事訴訟法判例百選【第5版】』（2015）ジュリスト175頁。

## イ 学説

本判決に関し、学説は、結論としての妥当性、つまり後遺症による追加賠償を許容する点においては一致するものの、結論に至るまでの論理構成において差異がみられる<sup>36</sup>。すなわち、①判旨に賛成し、一部請求理論の援用によることを是とする見解<sup>37</sup>、②前訴口頭弁論終結時において発生しておらず、かつその発生が予見できなかった損害については、基準時後の新たな損害に当たるとして、前訴確定判決の既判力の及ばない別個の請求として認められるとする、既判力の時的限界の理論に基づく見解<sup>38</sup>、③後遺症による追加賠償請求は、前訴請求とは請求根拠主要事実を異にする独立の訴訟物であり、前訴判決の既判力により遮断されないとする見解<sup>39</sup>、④既判力の正当化根拠が当事者の手続充足に伴う自己責任にあるのだから、前訴でおよそ主張することができなかつた事項についてまで既判力をもって主張を遮断することは相当ではないといえるため、当事者が主張に対する期待可能性がないことに伴い、前訴確定判決の既判力による遮断効は後訴の追加賠償には及ばないとする見解<sup>40</sup>、が存在する。④に関連するものとして後遺症の発現が現代医学の限界のために生じたものといえる場合には、かかる医学の限界のリスクを全面的に原告に負わせることは適当でないという点について、既判力の縮減の根拠を求める見解<sup>41</sup>も存在する。

## ウ 検討

①に対しては、損害額減少事案に応用できない、②及び③に対しては、将来の事情変動とはいっても、損害自体は既発生であるため、別個の請求及び訴訟物として構成することは、損害の発生原因事実は1つであることと矛盾する、という批判がそれぞれ考えられる。

---

<sup>36</sup> 学説の整理につき、高地茂世「判批」高橋ほか・前掲注（35）175頁参照。

<sup>37</sup> 楠本安雄「示談と事情変更」判タ 212号 187頁、吉村徳重「損害賠償請求訴訟」小山昇ほか編『演習民事訴訟法（上）』（有斐閣、1973）228頁。

<sup>38</sup> 五十部・前掲（34）153頁。

<sup>39</sup> 小山昇「確定判決後の追加賠償請求について」吉川大二郎博士追悼『手続法の理論と実践（上）』（法律文化社、1980）289頁、飯塚重男「判決の既判力と後遺症」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座（4）』（日本評論社、1982）158頁。

<sup>40</sup> 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019）699頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013）608頁。なお、高橋は期待可能性による調整に関して親和的であるが、期待可能性の中身について、既判力の制度的効力（紛争解決性・法的安定性）から中身を限定的に解すべきであり、ゆえに、遮断効が及ばないといえるためには、単にその事実を知らなかったというだけでは足りず、知らなかったことが無理もないというものである必要がある、と述べる（同 608-609頁）。

<sup>41</sup> 山本和彦「法律問題指摘義務違反による既判力の縮小—最判平成9年3月14日（判タ937号104頁）を手掛かりとして—」判タ968号81頁。

また、④に対しては、具体的手続保障に基づく自己責任を問うという、既判力の制度的効力としての側面を重視し、当事者の主張可能性という主観的な基準により既判力の拘束力を安易に解くべきではないという批判がある<sup>42</sup>。しかし、既判力のかかる側面を考慮して当事者の主張に関する期待可能性を厳格に解し、単に知らなかっただけでは足りず、知らなかったことがやむを得ないような場合に限るべきという上記批判に対応する見解もある<sup>43</sup>。もっとも、期待可能性の有無の判断においては、結局個別具体的事情を検討することになり、これは既判力制度の根本を覆しかねないといえるため、やはり理論的難点は存在すると考えられる。このように、結論自体の妥当性は肯認するが、理論構成には批判的であるものが多いといえる

本判決に関しては、上記のように結論として。上記のように多数の理論構成が唱えられているのがその証跡であるともいえるが、判旨を批判する主な理由は、本判決の採用した一部請求論により、前訴は明示の一部であるとして既判力が及ばないとすることに對し、後遺症による損害が未だその発生さえ予測できない段階で前訴請求を一部請求とし、そのことについて明示があったものとみるのは非現実的であり、かつ、事実審口頭弁論終結時には損害が顕在化していないため現実に損害賠償請求ができないことに鑑み、後遺症による損害賠償請求を残部請求であると観念することも非現実的である、というものである<sup>44</sup>。また、本判旨のように一部請求論を採用するとすると、予見し得ない後遺症の顕現等による損害額の増加についてはかかる理論により一応の説明はつくと思われる（もっとも、先述のとおり非現実的であるとの難点はある）が、例えば、事実審口頭弁論終結時において基礎とした後遺症の程度に比して、基準時後に後遺症が著しく改善され、損害額が減少した場合を考えると、上記理論によっては損害額の減額に関する主張を認めるとする結論は取り得ないことになる。このような請求額減額の場合には、後述の判例（最判昭和 37 年 5 月 24 日民集 16 卷 5 号 1157 頁）は、かかる債権につき強制執行をすることは信義則に反し権利濫用（民法 1 条 3 項）に該当するとして、請求異議事由該当性を肯定することにより解決を図った。しかし、かかる理論構成は些か技巧的に過ぎると思われるため批判も存在する。結局のところ、損害額が減少した場合の解決については本件判旨の採る理論では対応できないことになる。

---

<sup>42</sup> 上田徹一郎「既判力の客観的範囲と一回的解決要求・手続保障要求」吉川大二郎博士追悼『手続法の理論と実践（下）』（法律文化社、1981）318頁。

<sup>43</sup> 高橋・前掲注（40）608頁。

<sup>44</sup> 平井宜雄「判批」法協 85 卷 7 号（有斐閣、1968）1080頁、小山・前掲注（39）283頁、飯塚・前掲注（39）147頁参照。

以上の考察を踏まえると、本件判旨は結論としての妥当性において異論はないといえるため、原告の後遺症に伴う追加の損害賠償請求を認めるという結論が先にあり、それを事後的に説明するために考え出した理論ではないか、と考えられる。本件判旨の考え方は、一部請求論に名を借りた斬新なものであり、十分尊重に値すると思われるが、やはり、一部請求論の場合において残部に既判力が及ばないとする場合には一部であることを明示する必要があるところ、後遺症による損害は未だ発生していないためその明示は不可能であること、また、一部請求をする場合とは、損害既発生の下でその一部を請求するという場合であることに鑑みると、本件では後遺症による損害は未発生であるため、一部請求の際に大前提となる損害の発生という要件を充足していないことに鑑み、理論としての妥当性は疑問であると言わざるを得ない。したがって、前訴口頭弁論終結後の事情変動について、本件判旨のように一部請求論により解決を図ることは妥当ではないと考える。

## 2 最判昭和 61 年 7 月 17 日民集 40 卷 5 号 941 頁について

### (1) 事実の概要

X は Y に対し建物収去土地明渡し及び不法占拠に基づく賃料相当損害金の支払を求めて訴えを提起したところ、昭和 54 年 1 月 30 日、建物収去土地明渡し、明渡しに至るまで月額 4 万 7800 円の限度での支払いが認められた（前訴）。Y はその後もかかる土地を占有し続けていたところ、前訴口頭弁論終結後、土地価格の高騰等により本件土地の賃料相当額は月 13 万 5042 円となっていた。そこで、X は Y に対し、前訴確定判決時の額であるとして月額 7 万 7200 円であるとして追加支払いを求めて訴訟提起したが、請求を棄却された。X は控訴し、控訴審において昭和 55 年 4 月 1 日以降の分の請求額を月額 8 万 7242 円に拡張するとともに、これと同一の請求につき、前訴確定判決後に生じた経済的事情の変更によりその認容額が著しく不相当となり、当事者間の衡平を甚だしく害する事情があるとして、相当賃料額と前訴認容額との差額の支払請求を追加した。原審では、上記請求につき、建物収去土地明渡しまでの賃料相当額が前訴認容額を上回る時は、その差額を請求することができるとして、月額 8 万 7242 円の割合の支払いによる旨の請求任用判決を出した。これに対し、Y が上告したのが本件である。

### (2) 判旨

判旨は以下のように述べ、Y の上告を棄却した。「事実審口頭弁論の終結後に公租公課の増大、土地の価格の昂騰により、又は比隣の土地の地代に比較して、右判決の認容額が不相当となったときは、所有者は不法占拠者に対し、新たに訴えを提起して、前訴認容額と適正賃料額との差額に相当する損害金の支払を求めることができる」。なぜなら、「土

地明渡が近い将来に履行されるであろうことを予定して、それに至るまでの右の割合による損害金の支払を求めるとともに、将来、不法占拠者の妨害等により明渡が長期にわたって実現されず、事実審口頭弁論終了後の前記のような諸事情により認容額が適正賃料額に比較して不相当となるに至った場合に生ずべきその差額に相当する損害金については、主張、立証することが不可能であり、これを請求から除外する趣旨のものであることが明らかであるとみるべきであり、これに対する判決もまたそのような趣旨のもとに右請求について判断をしたものというべきであって、その後前記のような事情によりその認容額が不相当となるに至った場合には、その請求は一部請求であつたことに帰し、右判決の既判力は、右の差額に相当する損害金の請求には及ばず、所有者が不法占拠者に対し新たに訴えを提起してその支払を求めることを妨げるものではない」ためである。

### (3) 検討

#### ア 判決の理論構成

本判決は、将来給付の訴え（135条）として請求された、建物収去土地明渡までの賃料相当損害金につき、公租公課の増大、土地の価格の高騰、又は近隣の土地の地代に比較して、その相当額が前訴口頭弁論終了時以降に増加して不相当となった場合において、前訴認容額と適正賃料額の差額に相当する損害金の支払を求めることができると判断したものであり、その理論構成は、上述の昭和42年判例の理論構成と同様に、一部請求論によるもの一部に限られ、残部には既判力が及ばないと判断した前述の最判昭和37年8月10日民集16巻8号1720頁の論理に則り、前訴基準時における請求を明示の一部と構成し、事後的な公租公課の増大等の前訴では予測不可能であった事情の変更については明示の一部の残部に該当するため、既判力による遮断効は及ばないため原告の請求は認容される、と判断した。この判旨には以下のように賛成の見解及び反対の見解が存在するが、反対の見解の方が多数存在するように思われる。もっとも、賛成説反対説共に結論としての妥当性を否定するものはほぼなく、また、損害賠償請求権の算定の基礎となった事情が変動した場合には、増額した分につき追加の賠償請求を認めるべきであることは、一般の法感情に合致すると思われる。したがって、結論としての妥当性は肯定することができる。

#### イ 学説<sup>45</sup>

上記のように結論としての妥当性に疑義は存在しないため、主たる学説の争点は、追加の賠償請求を肯定するための理論的根拠にある。まず、本件判旨を肯定する見解として、

---

<sup>45</sup> 学説の整理につき、三上威彦「判批」前掲注(35)177頁。

①明示的一部請求論を用いた巧みな構成と評価する見解<sup>46</sup>、②将来の賃料相当損害金には、将来の事項に関する不確定な要素に関する認定を含むという特殊性があることに鑑み、その請求には一定の留保があったものとみることができるとして、追加請求は、前訴において留保され訴訟物から除外されていた請求であって既判力の拘束力を受けないという見解<sup>47</sup>、が存在する。これに対し、一部請求論を採用した本件判旨を否定する見解として、③前訴口頭弁論終結時において将来発生すると予想された不法行為とそれに起因する損害の態様は、基準時後に現実発生したそれと全く符合しており、異なるのはかかる損害に関する算定基準に過ぎないため、残部は存在しないとする見解<sup>48</sup>、④従来判例理論として一部請求論は、1個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴えが提起された場合に残部請求を認容するものであったが、本件では、前訴は全部請求として追行されているので、一部請求とみるのは後訴の存在を正当化するための結果論であり、従来判例の判断と整合性をもたらすための擬制的判断であるとの見解<sup>49</sup>、⑤一部請求論による場合、事情変動による損害賠償請求権の増額の事案には対応できるが、減額の事案には対応できないとする見解<sup>50</sup>、が存在する。

#### ウ 検討

一部請求論の理論的前提として、全損害が口頭弁論終結時において生じていることが必要であるといえることから、前訴と後訴で損害の性質が同一であり、算定基準が変動したに過ぎない本件事案において、本判決のように一部請求論を用いることはその理論的前提を欠くものとして採用できないと考えられる。よって、本件判旨に賛成する①及び②の見解には同調できない。また、たしかに将来の賃料相当額の損害金の請求は不確定要素を内在しているといえるが、訴訟当事者はそれを織り込み済みのものとして訴訟追行しているため、損害の性質自体の異別性は存在しないと解するべきであるから、③の見解も賛同できない。

もっとも、賃料相当損害金の場合、当事者は一部請求として請求していると解することはできず、かつ一部請求と解する場合には損害の全額が発生済みであるという前提が必要

---

<sup>46</sup> 白石哲「判批」判タ 762号(1991) 257頁。

<sup>47</sup> 平田浩「判批」最高裁判例解説民事編昭和61年度・326頁以下。

<sup>48</sup> 山本弘「将来の損害の拡大・縮小または損害額の算定基準の変動と損害賠償請求訴訟」民訴雑誌 42号(日本民事訴訟法学会, 1996) 30頁。

<sup>49</sup> 高橋宏志「確定判決後の追加請求」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣, 1995) 257頁等。

<sup>50</sup> 小林秀之「判批」法セ 395号 106頁。

であるところ、本件ではその前提が欠けている。また、一部請求論による場合には損害額が不当に低額になった場合に損害賠償債務者の救済の観点を取り込むことができず、ゆえに本判決の判断は結論が先行した擬制的判断であると言わざるを得ないと考えられる。したがって、私見としては④ないし⑤の見解に賛同するのが妥当であるとする。

本判決は、前訴口頭弁論終結後において、その賃料相当損害金の算定基準とされた土地価格相当額が変更された場合に、当事者間の衡平をいかにして図るかという問題に対し、一部請求論により解決を図ったものである。ここで、不法行為者がその土地から退去すれば不法行為状態は容易に解消することができるため、その損害賠償請求権が継続するかどうかは専ら不法行為者に委ねられている。ゆえに、退去義務を怠った債務者に対し、損害額の算定基準につき事情変動があり、損害額の算定基準が不相当に低くなった場合には、かかる事情変動を請求額に反映させても債務者にとって酷ではない。もっとも、一部請求論は批判的な学説が多く、その学説等は本判決の理論的妥当性を担保するために、⑥通常損害・特別損害論による解決を図るもの<sup>51</sup>、⑦期待可能性がないことによる遮断効の制限による解決を説くもの<sup>52</sup>、⑧既判力の時的限界論、⑨追加請求の訴訟物の異別性、⑩117条の類推適用、等による解決が唱えられている。

しかし、かかる理論も一定の問題点を抱えているといえる。すなわち、⑥は不法占拠に基づく賃料相当損害金の請求は、1個の請求権であり、通常損害特別損害論のような別個の請求権ではないことは前訴にて織り込み済みであるといえるし、そもそも、民法416条2項の条文上「予見」が要件として要求されているため、土地価格の高騰につき当事者間に予見可能性が無かった本件では、特別損害として請求することはできないはずであると思われる。また、⑦は既判力の制度的効力としての性質を損ない、かつ、反対当事者の予見可能性を阻害し得るため採用できない。さらに、⑧、⑨は、本件では損害額の算定基準の変動があったに過ぎず、口頭弁論終結後に新たな損害が発生したわけではないので、損害賠償請求権としての性質は全く同一であり、ゆえに新たな損害の発生を観念できないといえるので、採用できない。

そして、⑩であるが、本件のように土地の不法占有が継続することに伴う賃料相当損害金の将来にわたる継続的な徴取等、損害が将来において発生する場合には、117条が想定する定期金賠償に関する判決変更の訴えの射程外とされている<sup>53</sup>。したがって、かかる損

---

<sup>51</sup> 大阪高判昭和56年4月30日判時1019号83頁（本件原審）。

<sup>52</sup> 井上治典「確定判決後の残額請求」民事訴訟法の争点〔第1版〕（ジュリ増刊、1979）182頁、新堂幸司「紛争解決後の損害の増大とその賠償請求」ジュリ399号62頁。

<sup>53</sup> 一問一答・前掲注（3）132頁。

害費目について定期金方式によることは通常考えられず、不動産の不法占拠に基づく賃料相当損害金の支払いを命じる判決が考えられる程度となる<sup>54</sup>。もっとも、同条の想定外であるとしても、将来にわたり損害が生じ、かつ将来において地価相当額が判決当時から著しく変動することも十分考えられることを考慮すると、かかる訴訟類型を同条の対象から除外することは必ずしも合理的根拠があるとは言えないとも考えられる<sup>55</sup>。また、本件のように賃料相当損害金の算定基準が口頭弁論終結時において著しく妥当性を欠くことになった場合の被害者救済の必要性はなお存在する。また、算定基準が不当に高くなった場合には当事者間の衡平の観点も考慮する必要があると思われる。そこで、次に将来の事情変動により債務者の請求額が不当に高くなった場合の事例を検討し、本件のような将来損害事案における 117 条の類推適用の可能性については、第 4 で詳述する。

### 3 事情変動により損害額が減少した事例

事情変動により損害額を減少すべきとなった事例として、最判昭和 37 年 5 月 24 日民集 60 号 797 頁を検討する。

#### (1) 事案の概要

本判決は、前提事件として不法行為に基づく損害賠償請求事件が金額 50 万円で確定し、その後給付義務者は死亡し相続人がかかる債務を承継した。その損害額は、被害者が債務者の自動車運転上の過失に因り負傷させられ、その結果家業たる荷馬車挽ができなくなったものとされ、被上告人が荷馬車挽を継続していたとすれば得たであろう利益の喪失に関する額であった。被害者が上記債権の強制執行をしたところ、請求異議の訴え（民執法 35 条 1 項）が提起され、その理由（異議事由）として、被上告人の前示負傷は右判決確定後回復し、電話を架設して荷馬車挽営業を自ら堂々と営んでいるから、右確定判決はもはや事情の変更により執行に適しない状態に至ったものであり、ゆえに、強制執行をなすのは権利の濫用であり、信義誠実の原則にも反する点が主張された。かかる事情変動の請求異議事由該当性が争われたのが本件である。

第 1 審、原審は、かかる事情変動の主張を許すことは前訴確定判決の既判力により遮断され、かつ請求異議事由（現民執法 35 条 1 項）にも当たらないとして請求棄却の判断をした。これに対し、原告上告。

---

<sup>54</sup> 一問一答・前掲注 (3) 132 頁。

<sup>55</sup> 越山・前掲注 (28) 101 頁。



## (2) 判旨

判旨は以下のように述べ、異議事由該当性を肯定した。「確定判決上の権利と雖も信義に従い誠実に行使すべきであって、これを濫用してならない」。前訴の「損害賠償請求権は将来の営業活動不能の前提の下に肯定されたのであるから、もし被上告人の前示負傷が上告人ら主張のように快癒し自らの力を以て営業可能の状態に回復するとともに、電話を引きなどして堂々と営業（その規模内容は論旨が特記している）を営んでいる程に事情が変更しているものとするれば、しかも一方において上告人ら主張のように中原 A（債務者）は右損害賠償債務の負担を苦にして列車に飛込自殺をするなどの事故があったに拘らず前記判決確定後 5 年の後に至って A の父母である上告人らに対し前示確定判決たる債務名義に執行文の付与を受け突如として本件強制執行に及んだものとするれば、それが如何に確定判決に基づく権利の行使であっても、誠実信義の原則に背反し、権利濫用」である。また、下級審の判断に関して、「ただ漫然と判決の既判力理論と民訴 545 条 2 項（現民執法 38 条）の解釈にのみ偏して本件を解決せんとしたのは、到底審理不尽理由不備の誹りを免れない」とも述べており、下級審判断は形式論に終始しているため認められないとしている。

## (3) 検討

### ア 事情変更の主張

本件は、将来の逸失利益の損害に関して損害額が 50 万円（当時）と認定された場合において、逸失利益の算定基準とされた、被害者の労働能力の喪失という事情が「自ら堂々と営んでいる」というように変動し、かつ、債務者が損害賠償債務に苛まれて列車に飛び込み自殺をしているような場合において、かかる事情変動を踏まえてもなお強制執行をすることは権利濫用に当たると解し、かかる事実は請求異議事由に当たると判示したものである。下級審は事情変更の主張を排斥し請求棄却とし、最高裁は上記のように請求異議事由該当性を肯定したが、以下のように理論的難点が存在する。

まず、①逸失利益の認定は将来の事情の考慮なしにはすることができず、事実の確定に関する脆弱性を孕んでいるが、当事者はそれを認識のうえかかる請求をしているのであるから、既判力によりかかる事実の相違の点の主張を制限することも正当化されるとの見解<sup>56</sup>が存在する。また、②請求異議事由は「口頭弁論の終結後に生じたものに限る」（民執法 35 条 2 項）とされているところ、たしかに将来の損害の縮小は口頭弁論終結後の事情ではあるが、前訴における損害の重い結果発生予測により、かかる損害自体は既に発生し

---

<sup>56</sup> 右田堯雄「判批」最判解昭和 37 年度 339 頁は、既判力が制度的効力であることに鑑み請求異議事由としての主張は許されないとの判断は形式的な解決に過ぎない、と述べる。

ているものとして取扱われているため、かかる主張は許されないとの見解<sup>57</sup>も存在する。さらに、③事情変更により損害賠償請求権自体の存否の判断をすることになる点で前訴確定判決の既判力と抵触する外観が存在するにも関わらず、権利濫用に名を借りて既判力を弛緩するものであり許容できないとの見解<sup>58</sup>がある。③に関し、本件は被告の負傷が快癒し自力で家業を営んでいることを事情の変更と捉えるが、かかる事情は前訴判決の「将来的に営業活動が不能である」との事実認定を争うものである。ゆえに、客観的な事実の変更ではないため、既判力によって遮断されるのが通常であるが、かかる場合でも既判力は弛緩されるか、という問題に帰着されることになる<sup>59</sup>。

#### イ 執行の権利濫用の異議事由該当性

本件事案は、損害賠償請求額が不当に増加した場合において損害賠償請求を強制執行の方法によることは権利濫用に該当し、信義則違反に当たるとして請求異議の訴えを認容したものであり、強制執行の権利濫用性を以て異議事由該当性を肯定したものである。請求異議の訴えは強制執行に関する瑕疵があると主張する債務者が提起できるものである（民執法35条1項）が、請求異議の訴えを提起する際には執行停止の申立（同36条1項参照）をすることが通常であるため、異議事由として範囲の不明確な一般原則を持ち出すことは強制執行の迅速性という観点を蔑ろにする虞がある<sup>60</sup>と思われる。また、本件判旨は上記のように一般条項を用いて解決を図る以上、被害者の逸失利益の回復という事実は、前訴における逸失利益の事実認定の誤りを指摘するものであり、口頭弁論終結後の新たな事情ではないと判断しているため、その損害の金銭的評価に関する新たな事実関係が口頭弁論終結時後に発生した場合でも、それは請求異議事由にならないと解するのが自然である<sup>61</sup>、との見解も存在する。

---

<sup>57</sup> 河野正憲「確定判決と事情の変更」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進（上）』（判例タイムズ社、1994）780頁。

<sup>58</sup> 山本弘・前掲注（46）40頁。

<sup>59</sup> 山本弘・前掲注（46）41頁。

<sup>60</sup> 右田・前掲（54）34頁。

<sup>61</sup> 佐賀義史「定期金賠償を命じた確定判決の変更を求める訴えと他の訴えとの関係」判タ985号（1998）37頁。

## ウ 検討

請求異議の訴えは債務名義自体の執行力が排除されるため、執行債権者の履行確保に対する予見可能性が侵害される。そして、権利濫用のような一般条項は、明文がなく創設規程であるが、執行後に生じた事実をおよそ全て主張し得るため、執行債権者の予見可能性を著しく害するといえる。また、権利濫用等の該当性は、裁判所が慎重に判断しなければならない、強制執行の迅速性の要請に反し得るといえる。よって、権利濫用のような一般条項は請求異議事由として用いるべきではないと解する。

そうすると、本件事案は口頭弁論終結後の事情変動により請求額を減額すべきであった場合であるが、この場合は一部請求論によって対応できないため、その理論的解決方法が問題となる。この点、前訴当事者が主張し得なかった事情に関しては期待可能性がないことから既判力が縮減され、前訴判決の既判力はその主張には及ばないという、期待可能性がないことによる既判力の縮減論による解決を図ることも考えられる。しかし、期待可能性の中身が不明瞭であるため、遮断効が及ぶかどうかにつき事件の具体的な中身に対する裁判官の判断が必要であり、既判力の制度的効力としての意義が失われる虞があるため、かかる論は採用することは困難であると思われる。

以上より、判決の結論としての妥当性は肯定できるものの、その理論的根拠に難があるといえることから、かかる判断の理論的難題を克服する必要があると思われる。

そこで、問題解決の方法として、定期金賠償事案に関し、「著しい事情の変更」が生じたときに限り事情変更の主張を許容する 117 条 1 項を用いることにより解決を図ることができないかにつき、以下に同条の法的性質等を述べたうえで、検討を加える。

## IV 117 条の法的性質

### 1 制定経緯

一般に、不法行為に基づく損害賠償請求の場合の損害の支払方法としては、民法上特に規定はないものの、不法行為時に将来の損害を含めた全損害が生じ、被害者はかかる損害に関する 1 個の賠償請求権を取得すると考えられるので、一時金賠償によるのが通常である。しかし、先述のように損害費目や利点難点を考慮して一時金方式ではなく、定期金方式による方が当事者の利益に適うことがある。したがって、そのような場合には、当事者がその旨を申し出ることにより、損害賠償の請求方法として、定期金方式によることを可能とすべきであると考えられ、実際にも原告が申し立てた場合に定期金賠償によることを認めた判決が出されていた<sup>62</sup>。

---

<sup>62</sup> 最二小判昭 62 年 2 月 6 日裁判集民 150 号 75 頁。

もつとも、このように損害額算定の基礎に将来の不確定要素を含むことが不可避なものについて定期金賠償の方法を許容するためには、判決の既判力を無制限に認めるのではなく、被害者救済及び賠償責任公平の見地から、確定判決の内容の事後的修正の途を開く必要がある<sup>63</sup>。また、人身被害の場合の逸失利益、後遺症の治療費等の、請求権の具体化が将来の時間の経過に依存するような性質の損害は、かかる将来の事情変動を損害の基準時である事実審口頭弁論終結時に判断することは不可能である点を考慮すると、かかる損害は一時金ではなくむしろ定期金による方が適切であるとも考えられる<sup>64</sup>。そのような必要性に基づき平成8年民訴法改正によって新設されたのが、117条である<sup>65</sup>。

## 2 訴えの性質

117条は、確定判決中の損害の賠償を命ずる部分につき、損害額の算定の基礎となった事情の変更に基ついて判決の変更を求めるものであり、訴訟法上の形成の訴えの一種であると考えられている<sup>66</sup>。

他方で、かかる訴訟は形成訴訟の形態にとどまるものではなく、原告による増額請求の場合には追加的給付の訴えの性質を有することになるため給付訴訟の側面を有する<sup>67</sup>ことになり、あるいは被告による減額請求の場合には原判決の内容部分に基づく判決効の一部消滅を目的とされる形成訴訟の部分が追加されるとの見解<sup>68</sup>も存在する。その場合には、117条に基づく判決変更の訴えの理論的な流れとしては、口頭弁論終結後に著しい事情の変更が生じると、実体法上定期金額は変動するはずであるが、前訴判決の既判力によりその主張が制限されるため、まずはその既判力を解くために117条の訴えを提起し、それに付加する形で原告又は被告の立場に応じて必要な請求を鼎立するという説明になる<sup>69</sup>。

---

<sup>63</sup> 藤田広美『講義 民事訴訟 第3版』（東京大学出版会，2013）386頁。

<sup>64</sup> 倉田・前掲注（27）99頁以下。

<sup>65</sup> 一問一答・前掲注（3）130頁。

<sup>66</sup> 一問一答・前掲注（3）134頁。

<sup>67</sup> 松本＝上野『民事訴訟法 第8版』（弘文堂，2015）697頁。

<sup>68</sup> 伊藤・前掲注（4）533頁。

<sup>69</sup> 伊藤・前掲注（4）533頁。

### 3 要件

117 条の要件は、①定期金賠償であること、②前訴の口頭弁論終結時に生じた損害についての判決であること、③損害額の算定の基礎となった事情に著しい変更が生じたこと、である<sup>70</sup>。

#### (1) ①について

同条が予定する「定期金賠償」とは、あらゆる定期金賠償をいうものではなく、口頭弁論終結前に損害が発生し、その履行期が定期的に到来する反復的給付<sup>71</sup>の性質の損害（例えば人身損害における逸失利益、後遺症に関する治療費・看護費等）に限定される。したがって、土地の不法占拠という損害は口頭弁論終結後も継続する以上、土地の不法占拠者に対する退去までの間の賃料相当額の損害金は同条の予定する「定期金」ではない<sup>72</sup>。また、一括方式での賠償を命じた判決は本条の適用対象外とされている<sup>73</sup>のが条文の形式的な帰結である。

#### (2) ②について

同条は既に過去に生じた損害に対して損害賠償を命じた判決、即ち「現在給付の判決」を確定判決変更の訴えの対象としている<sup>74</sup>。そして、将来発生する損害に対して定期金賠償判決が言い渡されたとしても本条による訴えはできないことをも明示している。例えば、航空機発着に伴う継続的騒音被害などについて、仮に定期金賠償が命じられた場合<sup>75</sup>や、土地の不法占拠者に対する、立退きまでの賃料相当損害金の請求の場合<sup>76</sup>についても、不法占拠による損害の発生は事実審口頭弁論終結後の被告の不法占拠の事実起因し、「口頭弁論終結前に生じた損害」には当たらないため、本条の適用対象外である。もっとも、上記のような場合でも損害額の算定基準における著しい事情の変動により判決の内容の妥

---

<sup>70</sup> 一問一答・前掲注(3) 1313 - 1312 頁、越山・前掲注(28) 101 頁。

<sup>71</sup> 三木浩一ほか『民事訴訟法 第3版』（有斐閣，2019）418 頁。

<sup>72</sup> これに対し、松本＝上野・前掲注(67) 655 頁は反対の見解を示す。

<sup>73</sup> 笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法 [第2版]』（日本評論社，2013）415 頁。

<sup>74</sup> 笠井＝越山・前掲注(73) 415 頁。

<sup>75</sup> 最判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷 10 号 1369 頁。

<sup>76</sup> 前掲最判昭和 61 年 7 月 17 日民集 40 卷 5 号 941 頁

当性に疑義が生じる場合も想定し得るため、かかる場合の解決方法が問題となるところ、本条の類推適用による解決方法が考えられる<sup>77</sup>。

### (3) ③について

「著しい変更」の意義が問題となるが、この点につき、前訴判決裁判所の合理的予測を超えるような程度である必要は無く、その定期金額を維持することが当事者間の公平から見て不相当と判断される程度のものであればよいとする見解<sup>78</sup>、確定した定期金額の支払を維持し続けることにつき、当事者間の公平を「著しく害する程度」の変更まで要求する見解<sup>79</sup>、前訴確定額と現在の価格を比較し、現在の価格の客観的不相当性があればよく、当事者間の公平の点を考慮しない見解<sup>80</sup>、本条制定に影響を与えたドイツ法の議論を参照すれば、先の判決の認定した給付額を維持することが、衡平と評価することが許されないほど、現実と乖離したことに確定判決の変更の訴えを認める根拠があるという理解に基づくため、この「許されない程度」が「著しい」という概念の解釈の基準になるのであり、ドイツでは10%という形式基準があるが、そのまま用いるのではなく、以後の判例の集積を待つべしとの見解<sup>81</sup>が存在する。このように、学説は117条の趣旨を踏まえて各々主張するが、形式的数量的な基準について、立法時には30%という基準を明文化するという提案もあったようである<sup>82</sup>が、数字だけで割り切れるかには疑問もあり、結局明文化には至っていない点に鑑みると、一般論としてドイツにおける10%基準または立法段階で想定された30%基準を念頭に置くことはできるが、当事者間の公平という損害賠償の趣旨に照らし、事例ごとに判断していくほかないと思われる。

## 4 請求異議の訴え（民執法35条1項）との関係

損害賠償請求の損害算定基準が変動し、現在の損害賠償額が不当に高い場合には、117条の訴えと請求異議の訴えはいかなる関係にあるか。この点、117条の訴えは、訴訟物たる損害賠償請求権の権利根拠要件そのものの消滅や変更を主張して争うものである。これ

---

<sup>77</sup> 伊藤・前掲注(4) 534頁、新堂・前掲注(40) 698頁。

<sup>78</sup> 伊藤・前掲注(4) 533頁、新堂・前掲注(40) 698頁。

<sup>79</sup> 新堂・前掲注(40) 698 - 699頁。

<sup>80</sup> 東京地判平成8年12月10日判タ925号281頁。

<sup>81</sup> 高田・前掲注(5) 190頁。

<sup>82</sup> 柳田幸三ほか『[民事訴訟手続に関する改正要綱試案]に対する各界意見の概要(2)』NBL562号33頁。

に対し、請求異議の訴えは、債務名義の執行力を排除することを目的に、権利滅却抗弁又は権利阻止抗弁を主張して争うものである。

このように、117条の訴えと請求異議の訴えは、性質及び対象が異なるため、並列に扱うことはできない。それにもかかわらず、損害賠償額が増加または減少という偶然の事情によって、増額の場合には117条の訴えにより、減額の場合には請求異議の訴えにより解決を図るということは不自然であり、判断基準及び手段として用いる訴えの方法に統一性を持たせることが必要と思われる。そこで、一時金方式の場合及び将来損害事案の場合にも117条の類推適用ができないかにつき検討する。

## 5 類推適用の可能性に関する考察

### (1) 一時金方式事案

117条は、定期金賠償を命じた判決において、将来の著しい事情変動が生じた場合には判決の変更の訴えを提起することを規定したものである。もっとも、一時金方式による場合でも将来の著しい事情変動により損害額が不合理なものになる可能性はある。そこで、一時金方式を命じた判決において117条を類推適用することができるかにつき検討する。

#### ア 類推適用肯定説

新堂<sup>83</sup>は、一時金方式の場合には定期金方式に比し、当事者において紛争の終結に対する期待が高く、その期待は保護されるべきであるが、定期金方式のときと同様の不公平感が残るため、前訴で主張し得なかった事情について遮断効は否定されるべきであるとする。その法律構成は定かではないが、上述の判例（最判昭和42年7月18日）が存在することから、一時金方式の場合にも117条の趣旨が及ぶことを念頭に置いており、ゆえに類推適用を肯定する見解に立つと見てよいと思われる。そして、伊藤<sup>84</sup>も類推適用に親和的な見解を示す。同書は口頭弁論終結後の将来損害の部分に関して定期金賠償を命じる判決に関する見解であり、一時金として請求された場合における類推適用の可否を論じたものではなく、一時金方式の場合の類推適用を正面から認めてはいないが、一時金の場合の類推適用に親和的であるといえる。

#### イ 類推適用否定説

類推適用否定説を論じるものは筆者が参照した文献では見当たらなかった。しかし、117条は「定期金」と明示しており、一時金方式の場合を明示的に排除していること<sup>85</sup>、

---

<sup>83</sup> 新堂・前掲注(38) 699頁

<sup>84</sup> 伊藤・前掲注(4) 534頁

<sup>85</sup> 笠井=越山・前掲注(73) 415頁。

立案担当者も一時金の場合には除外する意思であること、また、一時金の場合の判例理論は難点を含むと解される点に鑑み、安易に類推適用を認めることは不可能ではないものの妥当とは言い難い。

#### ウ 検討

本条は「定期金」と規定しており、一時金の場合を明示的に排除する。それは一時金方式の場合には判決の変更にかかる訴えに変わる訴えの方法（追加請求、請求異議訴訟）が用意されているためであるとするが、本章 4 で検討したように、それらは訴えの性質が異なる以上、増額減額という偶然的な事情に左右されるべきではない。また、増額減額でかかる方法を区別した場合、増額事例では被害者の方から追加の損害賠償請求の訴えを提起することができるが、減額事例では強制執行の段階にならないと損害賠償債務者がその訴えを提起できない点で不都合であり、しかも請求異議事由としてどの程度のものが要求されるかが曖昧である以上、立証が困難である。よって、損害賠償の趣旨としての当事者間の衡平の見地から見て増額事案よりも債務者に不利であると言い得るため、損害賠償額の増減という偶然的な事情によりかかる手法の相違による解決を図るべきではないと考えられる。そこで、解決方法の統一を図るべきであるが、117 条の訴えの方が、相手方が強制執行をせずとも、損害額の不当性を未然に主張することができる点で、当事者間の衡平により資するといえる。

したがって、一時金方式を命じる判決の場合でも、その後に著しい事情の変動が生じた場合には、117 条の類推適用により解決を図るべきである。

## （２） 将来損害事案

先述の最判昭和 61 年 7 月 17 日民集 40 卷 5 号 941 頁は、損害自体が将来に発生する事案であるが、この場合に 117 条の類推適用により解決を図ることができるか。この問題は、判決確定後の事情変動の対応という点で、一時金方式への 117 条類推適用の可否という命題と問題意識を一にするため、若干の考察を加える。

#### ア 学説

伊藤<sup>86</sup>は、117 条は将来損害事案を対象として予定していないものの、いずれの場合も口頭弁論終結後の事情の変更によって金額が不相当になる点では共通性が認められることを考慮し、117 条の類推適用を認める。また、一時金の場合の見解であり将来損害の場合

---

<sup>86</sup> 伊藤・前掲注（4）534 頁。



に関する見解ではないものの、趣旨の共通性を考慮する以上、将来損害事案についても類推適用を認めることに親和的であると思われる見解<sup>87</sup>もある。

したがって、学説は将来損害事案について 117 条の類推適用を認めることに親和的なものが多いと考えられる。

## イ 検討

117 条は対象を「定期金」に限定し、さらに要件として口頭弁論終結前の損害であることを要求しているため、同条を直接適用できないの形式上明白である。そして、立法担当者がかかる場合を明示的に排除している点<sup>88</sup>を考慮すれば、類推適用は否定されるべきだとも思われる。もっとも、立法担当者が上記の場合を排除するのは、かかる場合には追加請求をすることができるという判例が存在するためであるとする<sup>89</sup>。たしかに、将来損害事案の場合には上述のような判例が存在するが、その解決方法は、損害額の算定基準の変動という事情の同一性があるにも関わらず、損害額の増減という偶然の事情により、増加の場合には一部請求論、減少の場合には請求異議の訴えによるという解決方法の差を設け、後者の場合には強制執行段階にならないとかかる訴えを提起できないとする点で、訴訟提起可能な段階が異なるという不都合が生じることになり、損害賠償の趣旨の一つである当事者間の衡平に反し得る。そうすると、将来の事情変動という事実自体の共通性を重視することにより、解決方法を別異に解すべきではなく、同一の方法によるべきと解される。

したがって、損害が将来において生じる場合であっても、確定判決後の著しい事情変動という事実が共通する以上、117 条の趣旨は妥当するといえるため、その類推適用により解決を図るべきであると解する。

## V ZPO323 条の規定の再検討

### 1 323 条の規定

本条は、1 項で「判決は、将来履行期の到来する回帰的給付の義務を含むときは、各当事者は、その変更を申し立てることができる。訴えは、原告が裁判の基礎となった事実上又は法律上の関係について重要な変更を生じる事実を提出する場合に限り、適法である。」と規定する。

### 2 検討

---

<sup>87</sup> 新堂・前掲注 (40) 699 頁。

<sup>88</sup> 一問一答・前掲注 (3) 132 頁。

<sup>89</sup> 一問一答・前掲注 (3) 132 頁。

## (1) 一時金方式事案

ZPO323 条 1 項の規定を参照して「将来履行期の到来する回帰的給付の義務」のときに限り判決の変更の訴えの提起を認めると規定する。この規定を参照して作られたのが日本民訴法 117 条であることから、同条が「定期金」の場合に限定して判決変更の訴えの提起を認めることは合理的とも思われる。

もつとも、ドイツでは損害賠償請求は一時金方式が原則とされるが、例外的に定期金方式が原則とされている場合も存在する。例えば BGB843 条 1 項は「身体又は健康の侵害により、被害者の生産能力が喪失若しくは減少し又はその需要が増大した場合には、被害者に対し、定期金の支払いにより損害賠償がなされなければならない」<sup>90</sup>とあるように、身体傷害事案等の一定の場合には定期金方式が原則となっており、その金額が不相当となれば原則として変更の訴えが許容される<sup>91</sup>。このような規定となっているのは、損害の継続的な性質が意識され、これが論争の根本原因をなしていることから、逐次的にのみ現在化する損害のために逐次的な補填をするという損害と填補の密着性を通例としたためであるとされる<sup>92</sup>。さらに、ドイツでは履行確保のための措置が厚く講じられている<sup>93</sup>ことに鑑みると、一定の場合に定期金方式を原則とすることも合理性がある。以上より、ZPO がこのような規定をとるのは、身体傷害事案等の一定の場合には、定期金方式を原則とし、この場合には将来の事情変動による確定判決の拘束力が弱まることを念頭に置いているためであると解される。

これに対し、日本法は損害賠償請求の方法について一時金・定期金の原則例外の区別はなく、基本的に訴訟当事者の意向に沿う形で決定されるため、そもそもの前提がドイツ法と異なっている。また、日本法は定期金方式による場合の債務者の無資力リスクの解消のための公的担保制度が存在せず、さらに、定期金賠償義務者の担保提供義務やその増額を請求する方法もないため、履行確保の困難性という問題点は依然として存在する。よって、担保措置が整備されているドイツのように身体傷害事案において定期金方式を原則とする

---

<sup>90</sup> 同条項は、BGB844 条 2 項によって殺人による第三者の損害賠償請求権、また BGB845 条によって第三者の労務提供に代わる損害賠償請求権について準用され、これらの場合にも定期金方式が採用されている。

<sup>91</sup> 高橋・前掲注 (49) 261 頁。

<sup>92</sup> 小山昇「西ドイツ 323 条の訴えについて」小山昇『追加請求の研究—小山昇著作集第 5 巻』（信山社、2004）38 頁参照。

<sup>93</sup> 例えば、BGB843 条 2 項は定期金支払義務者に担保提供を要求し、ZPO324 条は判決で定められた担保提供額の増額請求を容認する。また、ZPO850b 条 1 項 1 号及び 2 号は、定期金方式による場合の定期金は原則として差押禁止財産になると規定する。

ことは妥当でないと思われる。そして、そのような履行確保の困難性を考慮して原告が一時金方式によることを選択した場合であっても、身体傷害事案では後遺症等の将来の事情変動による確定判決の不合理性という問題点はなお存在する点に鑑みると、日本民訴法 117 条が、ZPO と平仄を合わせて「定期金」の場合に限り確定判決の訴えを認めることの合理性には疑義があると思われる。なぜなら、身体傷害事案における将来の事情変動による既判力の脆弱性という問題は共通するにもかかわらず、原告の意向により一時金方式・定期金方式を選択可能である日本において、履行確保の困難性を受忍して定期金方式を選択した場合にのみ確定判決の変更の訴えを認めるというのは、将来の事情変動を考慮する場合には定期金方式によることを実質的に強制することになるからである。

したがって、日本民訴法 117 条は「定期金」と明示的に規定するが、一時金方式の場合であっても将来の事情変動の考慮の必要性という趣旨は妥当するため、117 条を類推適用することにより解決を図るべきであると考えられ、これは同条制定にあたって参考にされた ZPO323 条の趣旨に反するものではないといえることができる。

## (2) 将来損害事案

117 条の立法趣旨として明示的に排除される、口頭弁論終結後の損害における定期金賠償においては、ZPO323 条の述べるところではない。しかし、将来の事情変動への対応の必要性という趣旨は共通する。よって、ZPO323 条の規定は将来損害事案において類推適用を否定するものではなく、趣旨自体の共通性は認められることから、将来損害事案においても類推適用による解決を図ることは可能であると解される。

## VI 結論

以上から、一時金方式による損害賠償請求をした場合において、117 条の類推適用により確定判決の変更を求める訴えの提起を認めることは、定期金方式と一時金方式は将来の事情変動への対応による当事者間の衡平の確保という趣旨が共通すること、その制定基礎となった ZPO323 条の趣旨に反するものではないことに鑑み、可能であると解される。そして、一時金方式のみでなく、立法担当者が排除した将来損害事案の場合であっても、なお将来の事情変動への対応による当事者間の衡平の確保という趣旨が共通するといえるので、この場合にも 117 条の類推適用により、確定判決の変更を求める訴えを許容して良いと思われる。

## VII おわりに

本稿では、第 1 で述べたとおり一時金方式の場合における 117 条の類推適用の可能性を論じた。もっとも、同条の類推適用肯定の論拠としてあまり積極的な理由を挙げることは

できず、定期金方式の場合と趣旨が共通するという理由を全面的に押し出す結果となってしまい、より踏み込んだ議論をすることができなかった。また、一時金方式と定期金方式について論ずる場合、それらと処分権主義（246 条）の問題が付きまとうが、本件ではその点の考察に乏しい。以上 2 点をこれからの研究課題としたい。

### **謝辞**

本稿の執筆にあたり、指導教官の杉山悦子教授からは、コロナウイルスにより対面での指導が実質的に不可能となったにも関わらず、ウェブ会議の方法によりご指導頂くとともに、筆者の拙稿に対する確かつ有益な指摘を頂きました。教授のご指導なくして本論文の完成はありえませんでした。この場をお借りして、心から感謝を申し上げます。

## 刑事手続における供述弱者に対する「合理的配慮」の在り方

2021年3月一橋大学法科大学院修了 堀田らな

### 目次

- I 研究の目的と方法
- II 障害者に対する合理的配慮
- III 取調べにおける問題点
- IV 取調べにおける合理的配慮
- V 研究のまとめと今後の課題

### I 研究の目的と方法

日本において、刑法犯の認知件数は17年連続で減少しており、令和元（2019）年は74万8,559件（前年比8.4%減）と戦後最少を更新した<sup>1</sup>。また、成人犯罪の検挙人員も年々減少傾向にあり、令和元（2019）年は19万2,607人（前年比6.5%減）と戦後初めて20万人を下回った。このように犯罪全体が減少傾向にある中、依然として罪を犯してしまう障害者が多い現状は変わっていない。新受刑者17,464名のうち知的障害の診断を受け、手帳等を所持している者は全体の1%程度であるが、心理測定検査（CAPAS）を受け、IQ69以下と判定された者は3,515名であり、全体の約20%にもものぼる<sup>2</sup>。社会全体での知的障害のある人の割合が2%として、刑務所には実にこの10倍以上の割合で知的障害の疑いのある人が収容されていることになる<sup>3</sup>。

また、刑法犯により検挙された者に占める再犯者の人員比率である再犯者率は上昇し続けており、令和元（2019）年では48.8%と検挙された者の約半数は再犯者であることが報告されている<sup>4</sup>。障害者の再犯率の高さから「刑務所の出口と入口が繋がっている」とも言われており、司法と福祉の狭間で支援を得ることができないまま、刑務所生活を繰り返さざるを得なくなってしまった障害者に対して適切な支援を行うことが急務となっている。

近年、矯正施設におけるこうした現状を踏まえて、罪を犯した障害者に対する取り組みが実務において開始され始め、障害に対する刑事弁護の場での理解不足が一般に意識されるようになってきた。一見して明らかに障害が存する場合であればまだしも、一見して明らかに障害があるとは気づけない場合や療育手帳や障害者手帳を有していない場合には、これ

<sup>1</sup> 法務総合研究所「令和2年版 犯罪白書-薬物犯罪-」（2020年）2頁

<sup>2</sup> 法務省「平成31年・令和元年矯正統計年報」（2020年）

<sup>3</sup> 徳田暁「知的障害のある人に関する刑事弁護活動について」さぽーと59巻6号（2012年）12頁

<sup>4</sup> 法務総合研究所・前掲注(1)213頁

まで、障害の存在そのものを見過ごしたままに刑事弁護が展開されてきた<sup>5</sup>。このことは、障害者の再犯率の高さにも密接に関係するところであるため、罪を犯した障害者に対しての取組みは、障害者の再犯率を下げるという観点から、障害者をいかに福祉に繋ぐかという問題に焦点化されることが多かった。すなわち、刑事手続にのせるのではなく、いかに刑事手続から離脱させて福祉に移行するかという視点で議論されていたのである。

しかしながら、より着目すべき大きな問題は、障害者に対する無理解ゆえに、障害を有する被疑者・被告人が、刑事手続において主体性を失い、捜査から公訴提起、公判を通じて刑事手続の客体としての地位におかれていることだといえよう。すなわち、これまでの刑事手続においては、軽微な障害に関しては障害に気づかれることもなく、何ら対応されずに見過ごされ、重度の障害が認められた場合に限って、刑事手続から除外され福祉や医療へと移されるといった形で対応されてきた。これは、健常者に対する刑事手続における適正手続の確保等には熱心であったとしても、障害や障害者に対してはあまりにも無関心であったということの意味する<sup>6</sup>。近年施行された障害者差別解消法（以下、本稿において「差別解消法」という。）では障害者に対し「合理的配慮」を提供するように求めているが、その対象は行政機関及び事業者であり、警察・検察においても例外ではない。

そこで、障害者権利条約（以下、本稿において「権利条約」という。）及び差別解消法において求められている「合理的配慮」の内容を具体的に明らかにし、特に捜査段階の取調べにおける知的障害者及び発達障害者（以下、本稿において、これらを合わせて「供述弱者」という<sup>7</sup>。）の抱える問題に焦点を当てながら、被疑者・被告人の主体性を回復させるという観点から、刑事手続における供述弱者に対する「合理的配慮」の在り方を検討していく。具体的には、①簡易知能検査の実施、②取調べの全面可視化、③司法面接法等の活用、④取調べへの弁護人の立会いの4つを提案したい。

## II 障害者に対する合理的配慮

### 1 障害者施策の概要

#### (1) 障害の捉え方の転換

かつての国連の障害者政策は、リハビリテーションと予防が中心であり、医学モデルの考えに立脚していた<sup>8</sup>。障害の「医学モデル」とは、心身の機能・構造上の「損傷」(impairment)と社会生活における不利や困難としての「障害」(disability)とを同一視し、損傷が必然的

<sup>5</sup> 大阪弁護士会他編著『障害者刑事弁護マニュアル』（現代人文社、2020年）2頁〔辻川圭乃〕

<sup>6</sup> 同上

<sup>7</sup> 注(49)を参照。

<sup>8</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)15頁以下〔辻川圭乃〕

に障害をもたらすものと捉えて、障害への対処において個人への医学的な働きかけ（治療、訓練等）を優先する考え方である。すなわち、障害とは先天的、あるいは病気、外傷などの後天的要因による心身の故障であり、これが原因で体の機能がうまく働かず、不十分な能力しか発揮できないと考えるのである<sup>9</sup>。また、この考え方は、障害を個人に内在する属性として捉え、同時にその状態の克服のための取組みは、もっぱら個人の適応努力によるものと捉えるものであり、障害の「個人モデル」とも呼ばれる。このような医学モデルの考え方に基づくと、障害者の社会参加への取組みは、もっぱら障害を治癒することを目的として行われる。しかし、この考え方は、障害者からすれば、本人には何ら帰責性のない障害という事情により、治癒するまでの間は社会から隔絶されることを余儀なくされることを意味する。障害を治癒し、健常者と同様の状態となって初めて、同じ土俵に立つことが許され、社会参加ができるようになるからである。

これに対して、障害を個人の問題としてのみ捉えることを否定する社会モデルの考え方が提案されてきた<sup>10</sup>。障害の「社会モデル」とは、損傷と障害とを明確に区別し、障害を、個人の外部に存在する種々の社会的障壁によってもたらされるものとして捉える。これは、障害を損傷と同一視する医学モデルの考え方を転換させるものであり、社会的な障壁の除去・改変によって障害の解消を目指すことが可能であって、障壁の解消に向けての取組みの責任を障害のある人個人にではなく社会の側に見出す考え方である。1970年代以降、「障害問題は人権問題である」との認識が芽生え始め、徐々に障害が「医学モデル」から「社会モデル」によって捉えられるようになっていった。

明確な転換点となったのは、2001年にWHOが出した国際生活機能分類（ICF）である<sup>11</sup>。それ以前に用いられていた国際障害分類（ICIDH）では、疾患・変調から「機能・形態障害」が生じ、「能力障害」から「社会的不利」に至るという直線的方向により障害が捉えられており、これに対して、疾患・変調によって生活の全てが支配されてしまうという運命的な発想である、環境要因が考慮されていないなどの批判があった。そこで、ICFでは、「心身機能・身体構造」「活動」「参加」の3つの分野を広く生活機能として捉え、人が生きることの全体像との関連において障害を理解するという考え方に転換された。

障害の捉え方が転換されるとともに、障害者に対する考え方も変化することになる。すなわち、障害者を保護の客体（対象）から権利の主体へと位置づけるようになったのである。これを受けて、国連総会は、権利条約案を検討するためのアドホック委員会を設置することを決議し、アドホック委員会への障害当事者のNGOの参加を可能とした<sup>12</sup>。権利条約は“Nothing about us without us”（私たちのことを私たち抜きで決めないで）のスローガンの

<sup>9</sup> 内田扶喜子他『罪を犯した知的障がいのある人の弁護と支援—司法と福祉の協働実践—』（現代人文社、2011年）46頁

<sup>10</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)17頁以下〔辻川圭乃〕

<sup>11</sup> 内田扶喜子他・前掲注(9)46頁以下

<sup>12</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)16頁〔辻川圭乃〕

もとに作成され、これまでの障害者施策における障害者の位置づけを保護の客体から権利の主体に 180 度転換することとなった。

## (2) 障害者権利条約の批准と国内法の整備

国連総会は、障害者の人権を促進し、及び、保護すべく、障害者の権利に関する宣言及び国際障害者年行動計画を採択する等の取組みを行ってきた<sup>13</sup>。しかし、これらの取組みにもかかわらず、依然として障害者が人権侵害に直面している状況を改善すべく、法的拘束力を有する新たな文書を作成する必要性が強く認識されるようになった。

そこで、2006 年 12 月、「障害者の権利及び尊厳を保護し促進するための包括的・総合的な国際条約」、いわゆる「障害者権利条約」が、第 61 回国連総会本会議においてコンセンサス採択された<sup>14</sup>。日本は、2007 年 9 月 28 日、同条約に署名した。

日本国内では、条約の締結に先立ち、国内法の整備をはじめとする諸改革を進めるべきとの障害当事者等の意見も踏まえ、政府は平成 21 (2009) 年 12 月、内閣総理大臣を本部長、全閣僚をメンバーとする「障がい者制度改革推進本部」を設置し、集中的に国内制度改革を進めていくこととなった<sup>15</sup>。これを受け、障害者基本法（以下、本稿において「基本法」という。）の改正（2011 年 8 月）、障害者総合支援法の成立（2012 年 6 月）、差別解消法の成立及び障害者雇用促進法の改正（2013 年 6 月）など、様々な法制度整備が行われる。

これらの法整備等により一通りの国内の障害者制度の充実がなされたことから、2013 年 10 月、国会での条約締結に向けた議論が始まり、2013 年 11 月 19 日の衆議院本会議、12 月 4 日の参議院本会議において、全会一致で権利条約の締結が承認された<sup>16</sup>。これを受けて 2014 年 1 月 20 日、日本は権利条約の批准書を国連に寄託し、日本は 141 番目の締約国・機関となった。

## 2 「合理的配慮」について

### (1) 意義・内容

権利条約では、「合理的配慮」という言葉が計 7 回登場するが、この言葉はこれまでに国連で採択された主要人権条約の中には見られず、国際法上極めて新しい概念とされている。また、2 条において、合理的配慮の否定を障害に基づく差別に含めたことは、条約の大きな特徴の一つとされている<sup>17</sup>。合理的配慮の概念は、非差別と密接に関連しているため、この内容を明らかにし、具体的にどのような配慮をすればいいのかを考えることが差別を解消

<sup>13</sup> 外務省「人権外交 作成及び採択の経緯」（最終更新日：2014 年 1 月 30 日）

[https://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr\\_ha/page22\\_000895.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000895.html)

<sup>14</sup> 内閣府「平成 26 年版 障害者白書」（2014 年）13 頁

<sup>15</sup> 同 14 頁

<sup>16</sup> 同上

<sup>17</sup> 外務省「障害者権利条約パンフレット」（2018 年）8 頁

<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000069541.pdf>



する上で重要となる。

「合理的配慮」とは、障害者が他の者との平等を基礎として全ての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないものをいう（権利条約 2 条）。

この典型的な例としては、車椅子を使う障害者が電車やバスなどに乗り降りするときに手助けをすることや、窓口で障害の特性に応じたコミュニケーション手段（筆談や読み上げなど）で対応すること、障害の特性に応じて休憩時間を調整することなどがあげられる<sup>18</sup>。何人も、上記のような、障害者が他の者との平等に扱われるために必要な配慮であり、過度の負担を課さないものについては、これを提供しない場合、差別にあたるとされる。そして、条約締結にあたって基本法が改正され、4 条 2 項において「実施に伴う負担が過重でないとき」という留保つきで合理的な配慮の提供が要請されることとなった。

また、これらにならい、2016 年 4 月から施行された差別解消法においても、7 条 2 項、8 条 2 項にそれぞれ「合理的配慮」の提供についての定めがある。基本法と同様、差別解消法においても、合理的配慮の提供に関しては、「実施に伴う負担が過重でないとき」という留保がついている。この過重な負担の有無については、行政機関及び事業者において、個別の事案ごとに、事務・事業への影響の程度（事務・事業の目的・内容・機能を損なうか否か）、実現可能性の程度（物理的・技術的制約、人的・体制上の制約）、費用・負担の程度、事務・事業規模、財政・財務状況といった要素などを考慮し、具体的場面や状況に応じて総合的・客観的に判断することが必要だとされている<sup>19</sup>。

もっとも、規定を見れば分かるように、行政機関等には率先した取組みを行うべき主体として義務を課す一方で、事業者に関しては努力義務とされている。これは、差別解消法の対象範囲が教育、医療、福祉、公共交通、雇用など、障害者の自立と社会参加に関わるあらゆるものと幅広く、障害者と事業者との関係は具体的な場面などによって様々であり、それによって求められる配慮の内容や程度も多種多様であることを踏まえたものであるとされている<sup>20</sup>。

内閣府は、合理的配慮の提供等を促進するため、差別解消法に基づく合理的配慮の提供や整備に関する事例を関係省庁、地方公共団体、障害者団体などから収集し、障害種別や生活場面別に整理した上で、「合理的配慮の提供等事例集」として取りまとめ、公表している<sup>21</sup>。この事例集の活用を通じて、合理的配慮を始めとする障害者差別の解消に向けた取組みの裾野が更に広がるとともに、差別解消法に対する国民の理解が一層深まることが期待され

<sup>18</sup> 内閣府「令和元年版 障害者白書」（2019 年）20 頁

<sup>19</sup> 同上

<sup>20</sup> 同上

<sup>21</sup> 同 21 頁

ている。

## (2) 司法手続における配慮

差別解消法において、合理的配慮を提供する主体として定められているのは、「行政機関等」（差別解消法 2 条 3 号）及び「事業者」（同法 2 条 7 号）である。「行政機関等」には、「国の行政機関」（同法 2 条 4 号）が含まれており、警察、検察及び刑務所はこれに含まれている。そのため、司法手続のうち、捜査段階及び受刑段階に関しては合理的配慮提供義務が課される。

しかし、「行政機関等」には、もちろん裁判所は含まれていない。上述の、合理的配慮の提供等事例集にも司法分野についての事例は掲載されていない。差別解消法の対象から裁判所が除かれたのは、三権分立の観点から、それぞれの実態に即して自律的に必要な措置を講じることが適当だということが理由とされている<sup>22</sup>。すなわち、司法手続のうち、上記以外の分野については、合理的配慮の提供を差別解消法に根拠を求めることができないのである<sup>23</sup>。

差別解消法制定に向けての内閣府障害者政策委員会においては、差別解消法の対象に裁判所を含めるか否かについて、激しい意見対立が見られた<sup>24</sup>。法務省が、三権分立を理由に司法手続が対象から外れるといった見解を示す一方で、多数の委員が、司法分野には裁判所以外の様々な機関が関わっているにもかかわらず、障害者福祉の範囲外となってしまうのは明らかにおかしいと批判している。差別禁止部会の意見も、司法分野においても不均等待遇や合理的配慮の不提供が障害に基づく差別であることを明確にして、これを禁止することが求められるとしている<sup>25</sup>。しかし、結果としては、これらの意見が結実することはなく、差別解消法において裁判所がその対象とされることはなかった。

では、司法手続においては障害者に対する合理的配慮は要請されていないのか。

権利条約 13 条では、司法手続の利用の保障が謳われ、「手続上の配慮」が明記されている。この規程は、各国の司法手続において、障害者の存在が必ずしも想定されてこなかったことの反省から、日本政府によって国連の障害者権利条約特別委員会に提案され、設けられたものである<sup>26</sup>。憲法や刑訴法が被疑者・被告人に黙秘権を初めとする様々な権利を付与し、その結果として被疑者・被告人は自己を防御する機会を得ているが、このような一般に与えられている手続上の権利等が障害者には実質的に見ると与えられていないのと同様の状態

<sup>22</sup> 内閣府障害者施策担当「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律 Q&A 集」（2013 年）13 頁

<sup>23</sup> 大胡田誠「分野別課題-司法手続」ノーマライゼーション 34 巻 401 号（2014 年）

<sup>24</sup> 内閣府「障害者政策委員会（第 3 回）議事録（2012 年 11 月 5 日）

[https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku\\_iinkai/k\\_3/gijiroku.html](https://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/seisaku_iinkai/k_3/gijiroku.html)

<sup>25</sup> 障害者政策委員会差別禁止部会「「障害を理由とする差別の禁止に関する法制」についての差別禁止部会の意見」（2012 年）72 頁

<sup>26</sup> 柳原由衣「司法手続に関する合理的配慮-アメリカの判例から-」季刊福祉労働 143 号（2014 年）

が世界的に存在していた<sup>27</sup>。権利条約が司法へのアクセスに関して手続上の配慮を求めたのは、これを欠くことになれば、実質的に見ると、一般に与えられている法的保護を障害者には与えないという、他と異なる取扱いをしたのと同様の結果を生じることになるからである。すなわち、手続上の配慮がなされてはじめて、当事者の実質的平等（憲法 14 条）が実現するのである。いくら健常者にとっての適正手続がとられていたとしても、手続上の配慮がなされない限り、実質的には適正手続がされているとはいえない。

このように考えると、「手続上の配慮」とは、合理的配慮が司法分野に特化された概念であると考えられる。しかし、権利条約が司法分野に特化した表現をとったのは、合理的配慮の例外を示す「均衡を失したまたは過度の負担を課さないもの」に該当する場合であっても、適正な手続が求められる司法分野においては、かような抗弁については原則として認めるべきではないという判断があったからだとも考えられている<sup>28</sup>。そうであるならば、司法分野において手続上の配慮を検討する場合に、過度の負担を持ち出すことは、権利の性質上原則として適切であるとはいえない。

さらに、権利条約 13 条 2 項では、司法関係者の障害に対する無知や偏見が引き起こす問題の重要性に鑑みて、司法に係る分野に携わる者に対して適当な研修を促進することを求めている。特に警察官と刑務官が例示されているのは、歴史的に見て、警察官による供述特性への無理解が多く冤罪を生み、刑務官による障害特性への無理解が虐待につながってきたことへの反省による<sup>29</sup>。これを受け、基本法には司法手続における配慮の規定が新設された（29 条）。

以上のように、権利条約を見ると、裁判所が差別解消法の対象となっていないからといって、司法手続において合理的配慮を提供しなくていい理由には全くならないことが分かる。日本政府が自ら提案した司法手続へのアクセス保障を、自国においては積極的に推し進めないことに疑念を生じざるを得ない。裁判所においては、権利条約 13 条の趣旨を踏まえ、合理的配慮よりも厳密に実質的な手続保障が求められる「手続上の配慮」に関して、早急に具体的措置が定められるべきである。もっとも、以下では、刑事手続における配慮を検討する上で、「手続上の配慮」と「合理的配慮」とを特段区別せず、一律「合理的配慮」として論じる。

### (3) 刑事手続における具体的検討

権利条約上、司法分野において、合理的配慮が求められる対象としては、「全ての法的手続（捜査段階その他予備的な段階を含む。）」（権利条約 13 条）となっている。つまり、刑事

<sup>27</sup> 障害者政策委員会差別禁止部会・前掲注(25)72 頁

<sup>28</sup> 同上

<sup>29</sup> 日本弁護士連合会「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律のガイドラインについての意見書」（2015 年）28 頁

手続を始めとした裁判所が関与する司法手続全般に及ぶことになる。そして、刑事手続については、裁判所が関与する前の捜査段階だけでなく、刑を受け終わるまでが対象範囲となる。合理的配慮の提供が求められる相手方の範囲としては、弁護士、警察署、警察官、検察庁、検察官、裁判所、裁判官、刑務所、刑務官、拘置所等が考えられるが、司法手続に関わる職責を有する機関や個人は様々な立場が含まれていることから<sup>30</sup>、場面に応じて具体的検討が必要となる。本条約によって保護される障害者は、上記手続の当事者（例えば、被疑者、被告人、受刑者）のほか、証人である場合も含む。また、傍聴者や裁判員等にも合理的配慮が求められる。

以下、刑事手続において合理的配慮が求められる具体的場面について、『障害を理由とする差別の禁止に関する法則』<sup>31</sup>についての差別禁止部会の意見<sup>31</sup>では、捜査段階、公判段階、判決、受刑又は身柄拘束中の各段階において、障害種に応じ想定される困難を挙げている。ここで列挙されている事項を見ると、求められる合理的配慮は、場面、障害種、障害者の特性などに応じてかなり細かく具体的であり、かつ、幅があることが分かる。重要なのは、その障害者がどのような困難を抱えているか具体的に特定し、その者が健常者と同じように権利が保障されるためには、どのような配慮を必要としているのかという観点から、合理的配慮の在り方を検討することである。

### III 取調べにおける問題点

#### 1 刑事手続における取調べの重要性と危険性

刑事訴訟法学において、取調べとは、捜査機関が捜査目的の達成のために、人の供述を対象者から直接得ようとする行為をいうとされている<sup>32</sup>。

取調べは、日本の犯罪捜査において、極めて重要な位置を占めている。被疑者以外の被害者や目撃者等の取調べも重要であるが、とりわけ当該犯罪の被疑者を取り調べ、その供述を得ることは、事実の解明を目指す捜査機関にとって重大な関心事である。被疑者の取調べにより自白が得られれば、動機から手段や方法、証拠の在処まで、犯罪の直接証拠として、事実の解明や立証にとって非常に大きな価値を有するからである。捜査実務の側からは、取調べの目的は、真実を供述せしめることと、供述したところが真実に符合するかどうかを見分けることの二つにあると指摘されており<sup>33</sup>、被疑者の供述を通じた真実の発見にあるとされている（犯罪捜査規範 166 条参照）。そのため、最終的には自白の採取がその主眼となる。

<sup>30</sup> 障害者政策委員会差別禁止部会・前掲注(25)73 頁

<sup>31</sup> 同 74 頁以下

<sup>32</sup> 宇藤崇他『刑事訴訟法 第 2 版』（有斐閣、2019 年）97 頁以下

<sup>33</sup> 京明『要支援被疑者（vulnerable suspects）の供述の自由』（関西学院大学出版会、2013 年）26 頁

また、取調べにおける被疑者の自白は、訴追裁量（刑訴法 248 条）との関係や再犯防止という観点からも意義があるとされている。すなわち、取調べには、反省や悔悟を促すカウンセリング機能が備わっている<sup>34</sup>とされるのである。訴追裁量を適切に行使するためには、取調べを通じて被疑者に対して反省を促す機会を与える必要があると考えられており<sup>35</sup>、また、その場で被疑者から真摯な自白を獲得することが、「犯罪者の真の反省と更生」のための大きな要素になるとされている。そして、そのような真摯な自白を得るためには、密室において捜査官との人格の触れ合いを通じて信頼関係を築く必要があると考えられてきた。

しかし、このような取調べの意義を過度に偏重するのは、問題がある。取調べの場の厳しさについて、以下の点が挙げられている<sup>36</sup>。①身柄を押さえられて日常生活から遮断されることによって、心理的な安定が失われる。通常の間関係のネットワークからひとり引き抜かれ、孤立無援の状況に追いやられる。②一般に取調べは短時日で終わらず、かつ、取調べを受ける期間、警察の留置場に身柄が置かれる。そこでは、基本的生活のすべてが他者の管理下に置かれ、自由は極端に制限される。③被疑者は取調べの場で、自白を迫る取調べ官によってその罪を非難され、時に非人として罵倒される。無実の人間にとっては不条理な非難であるが、だからといってこれに平然と対応することは難しい。④被疑者は事件に絡んで何らかの負い目を感じていることが少なくない。また、事件に関連のない事柄まで取り沙汰され、罪悪感を募らせられることもある。長期にわたる取調べの場では、問題の事件を越えて、しばしば被疑者の人生そのものが問われる。

こうした状況において被疑者は、次第に弁解の虚しさを感じ、取調べの場において否認を続けることの不利益を感じるようになり、今現在の苦痛からとにかく逃れたいという気持ちが強まっていく。また、取調べは通常、密室において第三者の立会いもなく行われることから、対象者に対して供述の強要や誘導等がなされる危険が高い<sup>37</sup>。その結果、被疑者は取調べという苦痛から早く逃れるため、あるいは、誰も自分の言い分を信じてくれないことに絶望するなどして、虚偽自白に陥ることがあるのである。

自白は、犯罪の直接証拠であり、被疑者本人が述べるものであるために、犯罪事実への推認力が非常に大きいとされ、また、人は真実に反してまで自己に不利益となるような供述はしないものだという経験則があるために、被疑者にとって決定的に不利益な供述である自白は特に信用性が高いとされる<sup>38</sup>。自白にはこのような特徴が認められるからこそ、虚偽自白は容易に冤罪を生みかねない。

そして、後述するように、被疑者が供述弱者である場合、被暗示性・被誘導性といった特

<sup>34</sup> 藤田政博編著『法と心理学』（法律文化社，2013年）50頁〔指宿信〕

<sup>35</sup> 京明・注(33)26頁以下

<sup>36</sup> 菅原郁夫他編『法と心理学のフロンティア II 巻 犯罪・生活編』（北大路書房，2005年）98頁〔大橋靖史〕

<sup>37</sup> 宇藤崇他・前掲注(32)98頁

<sup>38</sup> 同 434頁以下

性を有することから、虚偽自白の危険は格段に高まる。そこで、供述弱者の被疑者・被告人が、取調べにおいて虚偽自白をし、その供述の信用性が問題となった事例を複数検討し、これらから見えてくる課題を探っていく。

## 2 無配慮が生んだ冤罪事件

### (1) 宇都宮事件

#### ア 事件の概要<sup>39</sup>

2004年8月8日、栃木県宇都宮市内の路上で、帰宅途中の女子中学生2名が、自転車に乗っていた男から、頸部に右手の平を当てて押され、頸部を左手でわしづかみにされるといふ暴行事件が発生し、宇都宮東警察署は同市在住のA(当時53歳)を暴行容疑で逮捕した。

他方、2004年4月29日、宇都宮市内では、ケーキ屋に包丁を持った男が押し入り、13万3000円を強取するという強盗事件が発生していた。また、同年5月6日には、宇都宮市内のスーパーに包丁を持った男が押し入り、6000円を強取するという強盗事件も発生していた。

Aは、勾留されている間に、これらの強盗事件の容疑も認めたとして追起訴された。これら強盗事件の物証はなく、自白が唯一の証拠とされていた。Aは、公判においても自白を維持していたが、同年12月24日に開かれた第3回公判の最終陳述において、強盗事件2件については無罪を主張したため、判決日が延期された。2005年1月、別事件で逮捕されていたBが強盗事件2件について自白したために真犯人が判明し、Aの勾留は取り消され、同年3月、宇都宮地裁は強盗事件2件についてAに無罪判決を下した。

Aは、その後、栃木県と国に対して、強盗事件2件の誤認逮捕・起訴をめぐって国賠訴訟を提起した。宇都宮地裁は、警察官による取調べが裁量の範囲を著しく逸脱するものとして違法であるとし、検察官による公訴提起も、合理的な判断過程によりAに有罪と認められる嫌疑があったとはいえないから違法であるとして、栃木県と国に対し、100万円の慰謝料の支払いを命じた<sup>40</sup>。

#### イ Aの特性

Aには、重度の知的障害があり、第1種知的障害者の認定を受け、療育手帳が交付されていた。2001年に受けた知能検査においてIQは36であり、2005年に受けた知能検査においては測定不可能となり、IQ25以下と推測されていた。また、病院(精神科)の閉鎖病棟に13年間入院していたという経歴もあった。

A及び弁護人は、Aの特性について、以下のように主張した<sup>41</sup>。Aは、空間的、地理的把握ができないので、地図などを書くことも不可能であり、東西南北はおろか単純な左右の区

<sup>39</sup> 川上輝昭「知的障害者に対する冤罪の現状と課題」名古屋女子大学紀要58号(2012年)93頁

<sup>40</sup> 川出敏裕「刑事訴訟法判例の動き」ジュリスト1398号(2010年)195頁

<sup>41</sup> 宇都宮地判平成20年2月28日判時2026号104頁以下

別さえすることができない。人名、地名、場所などは、ほとんど記憶することができない。過去の事実については、「忘れた。」「わかんねえ。」ということがほとんどである。知的障害を有する A にとって、自分の意思を伝えることは苦手であり、また、否定的な意見を述べることは困難である。このため、「忘れた。」「わかんねえ。」という答えが、本当にわからないのか、否定したいができないということなのかを見極めなければならないが、A の場合、否定できずに相手に判断を任せてしまうという傾向が強い。抽象的、論理的思考ができないことから、「弁護士」、「裁判所」、「裁判」などの意味内容も全く理解できておらず、「黙秘権」などの権利もどのようなものか全く理解していない。

宇都宮地裁判決は、A の特性について、以下のように認定した。

「本件刑事事件の捜査当時の原告の状態は、時間的感覚がなく、自分の名前以外の漢字、平仮名は書くことができず、計算はできない、また、記憶はあいまいで、過去の出来事については、大きな出来事については記憶しているが、詳しくは覚えておらず、上記のとおり時間的感覚がないことから、過去の出来事を時系列に沿って記憶したり説明したりすることはできない状態であり、更に、抽象的な事柄の理解はできないが、平易な言葉であれば、ある程度の意味疎通を図ることは可能な状態であったと推認できる。そして、是非弁別能力については、他律的であり、その他律的道德律に基づいて行動を制御することは極めて困難であるとの状態であるが、是非弁別能力について、経験から学ぶこともある程度可能であったと推認することができる」。また、「原告は、被影響力が強く、迎合的であり、更に、根気がなく、疲れると質問の意味も考えず、忘れたと述べたり、頷いてしまうこともあることが認められる」。

#### ウ 取調べの様子

宇都宮地裁判決は、強盗事件 2 件の取調べについて、以下のように述べている。

A の能力からすると、「予め用意した包丁で人を脅して金品を強取するなどの犯行は著しく困難であると考えられるうえ、原告には、凶器を持って店舗等に侵入し、店員等を脅迫して金員を強奪した本件犯行と同種の前科・前歴はなく、そのような経験もないと推認されるから、警察官に、「どこで」、「何を」、「何を使って」との質問を向けられただけで、本件強盗事件 1 の被害者の供述や客観的事実に合致する「ケーキ店」で、「お金」を、「包丁を使って」取ってきたなどと答えるとは考えられないし、選択肢を示して誘導したとしても、やはり、原告が本件強盗事件 1 の被害者の供述や客観的事実に合致する選択肢を選択し続けることなどは不自然といわざるを得ない。…（中略）そうすると、…むしろ、警察官調書記載の事実は、警察官が、大半を一定の方向に誘導したと推認することができる」。

また、取調べ担当警察官は、「本件刑事事件以前にも、複数回、原告から事情聴取をしたことがあること、本件強盗事件以前の別事件で原告と面識があり、原告の知能が低いことを知悉していた他の警察官から、原告は、記憶力や理解力に不十分なところがあるから、わかりやすい簡単な言葉を使い、供述を押しつけることのないように、一つ一つ説明しながらじ

つくり聞いた上で事実調書及び身上調書を作成するように指示を受けたこと、…（中略）、更に原告の取調べを通じ、原告の知的能力が相当低いことは十分認識していたと推認できる」。

そのため、「警察官が行った原告の自白調書の作成は、原告の知的能力が相当低いことを認識していたにもかかわらず、そのことについての配慮を欠き、むしろ、迎合的であるという特性を利用して、そのほとんどを誘導して、被害者らの供述に合致するように作成された」ものである。

## (2) 湖東記念病院事件

### ア 事件の概要<sup>42</sup>

2003年5月22日午前4時30分頃、滋賀県の湖東記念病院において、7ヶ月前から植物状態であった入院患者のC（72歳）が、心肺停止状態で発見された。発見したのは、当直のD看護師と看護助手のE（当時23歳）である。すぐに蘇生措置がとられ、一時は心拍が回復したが、同日午前7時31分にCの死亡が確認された。

滋賀県警は、本件直後から、看護師の職務怠慢による業務上過失致死事件であるとの見込み捜査を行い、D看護師とEを厳しく取り調べた。当初、D看護師とEは、人工呼吸器が外れたことを知らせるアラームは鳴っていなかったと一貫して無罪を主張した。

本件から約1年後、新たにF刑事がEの取調べを担当するようになった。厳しい取調べから、Eは、アラームが鳴っていたと供述した。これをきっかけにF刑事は途端に優しくなり、EはF刑事に好意を寄せるようになった。

この供述により、D看護師は、業務上過失致死の責任を問われる立場となってしまい、D看護師に対する取調べが一層厳しくなる。Eは、このことを知り、D看護師を窮地から救うため、また、F刑事の関心を自分に向けたいという思いも相まって、実は自分がCの人工呼吸器のチューブをわざと抜いて死亡させたという虚偽の供述をした。このEの自白により、本件は殺人事件に発展することとなった。

Eの供述は大きな変遷を繰り返したが、第2回公判以降は一貫して無罪を主張した。しかし、捜査段階の自白が決定的となり、2005年11月29日、有罪判決がなされ懲役12年の刑が確定した。

二度の再審請求を経て、2020年3月31日、自白供述以外の証拠によっては、そもそも事件性を認めるに足りず、むしろ、Cが致死性不整脈その他の原因により、死亡した具体的な可能性があることが認められるとして、大津地裁は無罪判決を下した。

### イ Eの特性

<sup>42</sup> 『冤罪白書』編集委員会編『冤罪白書2019』（燦燈出版、2019年）86頁以下〔池田良太〕



大津地裁判決<sup>43</sup>は、Eの特性について、以下のように述べている。

「被告人には、軽度知的障害、発達障害（注意欠如多動症）及び気分循環性障害が併存している。一般に、知的障害者は、権威者に依存する傾向があるほか、回答方法や範囲が限定された質問に対して誘導されやすい特性があるとされるところ、被告人にも同様の特性が認められる。また、被告人には、性格的な特徴として、愛着障害がある。生来の知的・発達障害のために目の前の出来事に捉われ、自分の言動がどのような結果を招来するのかに考えが及びにくい中、長年持ち続けていた劣等感と表裏一体をなす愛着障害に基づく強い承認欲求と相まって、迎合的な供述をする傾向がある」。

また、E本人も、自身の障害について次のように述べている<sup>44</sup>。

「私には2つの障がいがある事を、知ったうえで、私の気持ちを分かって欲しいと思います。1つ目の障がいは、発達障がいで、その中のADHD（注意欠陥多動性障がい）をもっています。特徴は、集中力に欠ける、じっとしている事が苦手、臨機応変が苦手等です。2つ目は、知的障がいをもっています。きちんとした数値は出ていませんが、鑑定をしてくれた先生は、9歳から12歳程度の能力しかないそうです。頭の中では、20までしか数えられません」。

#### ウ 取調べの様子

大津地裁判決は、Eの取調べについて、以下のように述べている。

「本件における防御権侵害や捜査手続の不当・不適切性は、これらを主たる理由として任意性を否定されたこれまでの事案ほどに深刻なものとまではいえないとしても、被告人の特性・恋愛感情やこれに乗じて被告人に対する強い影響力を独占してその供述をコントロールしようとするF刑事の強固な意図と相まって、虚偽供述を誘発するおそれがあるものであったというべきであり、かつ、現に明白な虚偽供述を含む本件自白供述を誘発した疑いが強いというべきである」。「F刑事は、被告人が、弁護人との接見後、否認に転じると、被告人の恋愛感情や迎合的な供述態度を熟知しつつ、これに乗じて被告人の供述をコントロールしようとの意図の下で、不当・不適切な手段を用いて、恋愛感情を増進させつつ、他方で弁護人への不信感を醸成させ、被告人に対する影響力を独占し、その供述を誘導、コントロールしようとしたもの」である。

E本人は、取調べについて、以下のように述べている。

「調べに、入ると急に「アラームは鳴っていたはずだ」と怒鳴ってきて、こわかったです。聞いてもない事を聞いたと言えない」と言いました。そしたら、次は、亡くなられた患者さんの写真を並べて「この写真を見ても、何も思わないのか」とまた怒鳴り、そして私が座っていたイスの足の部分を蹴り、「なめてたらあかんぞ」と怒鳴られ、そのひょうし

<sup>43</sup> 大津地判令和2年3月31日判時2445号3頁

<sup>44</sup> 『冤罪白書』編集委員会編・前掲注(42)172頁〔西山美香〕

に私はイスから落ちて尻もちをついてしまいました。私は、恐怖でいっぱいでした。この恐怖から、逃れたいという気持ちでいっぱいになり、後先考えずにただただこわい思いはしたくないという思いでいっぱい、「アラームは、鳴っていました」と、ウソの自白をしました。そしたら、恐怖を感じていた取り調べ刑事が急に優しくなり、私は、この F 刑事の言うことをきいていたら、恐い思いをしないですむという甘い考えでした」。

「私を取り調べた F 刑事は、「あなたもむしろ賢いところもある」など私を、肯定する言葉ばかりを言ってくれたので、そのころ男性と話をしたこともなく、人間関係を築くのが苦手な私には、良き理解者としてその F 刑事のことを思いました」。

### (3) 取調べにおける配慮の必要性

取調べにおける障害者に対する配慮について、犯罪捜査規範 167 条 5 項には、相手の特性に応じた取調べ方法を用いるべきことが、同 168 条の 2 には、精神又は身体に障害のある者の取調べにおいて一定の配慮を行うべきことが定められている。これらの規定は、供述弱者とされる障害者たちに対し、その特性に配慮した取調べを行うよう要請しているようにも思える。しかし、実際に取調べに問題があったために冤罪となった事例が複数存在することや、刑務所における知的障害者・発達障害者の割合が高く、取調べで適切に事情を聴取できないまま有罪認定されていると考えられることからすると、そのような障害に対する手続上の配慮は、極めて不十分であったと考えられる。供述弱者は、供述弱者であるがゆえに、取調べにおいてどのような聞き取りがなされたのか、自白の強要・誘導があったかを適切に訴えることは困難であり、また、取調室は密室であるため、録音・録画等がされていない限り検証は不可能に近い。時代の変化とともに、取調べそれ自体は酷い拷問や誘導が認められないケースが増えているものの、その実態はいまだブラックボックスなのである。

他方で、障害特性自体から供述の信用性がないと認められるケースはほとんどない。誰の目から見ても供述の信用性が疑わしいと思われるような障害の程度が重い人は、起訴の段階で刑事手続から離脱させられるか、専ら責任能力の有無について争われることが大半であるからである。

これらの観点から上記事例を分析すると、いずれの事案においても、被疑者固有の障害特性と取調べにおける無配慮が影響し合って、誤認逮捕・冤罪という結果に帰着していることが分かる。したがって、供述弱者への取調べの問題を考えるにあたっては、まず、障害特性に起因する取調べにおける困難を明らかにし、これを克服するような合理的配慮の在り方を検討していく必要がある。

### 3 供述弱者の取調べにおける困難

知的障害者や発達障害者は、法と心理学の領域では、「vulnerable people」や「vulnerable

suspects<sup>45</sup>」と呼ばれている。「vulnerable」は「傷つきやすい」や「(精神的な) 支援を要する」などと訳されており、攻撃、非難、誘惑などを受けやすい、それらからの守りに弱く、傷つけられやすいということを意味する<sup>46</sup>。「vulnerable people」には、少年に加えて、知的障害、発達障害、学習障害等を有する人やうつ病などの人達が含まれ、取調べにおいて被暗示性・迎合性という特性を一般的・類型的に持つとされている<sup>47</sup>。

もちろん、上記の人達以外であっても、あらゆる人間が虚偽自白に陥る危険性を有している。虚偽自白の生成プロセスを分析した研究によると、虚偽自白は、①自発型虚偽自白、②強制-追従型虚偽自白、③強制-内面化型虚偽自白という3つに分類されるとされている<sup>48</sup>。自発型虚偽自白は、警察等による外的な圧力がないにも関わらず、個人によって自発的になされる自白であり、故意に警察を誤った方法に導く場合や、自分がその犯罪を犯したと誤って信じ込む場合などがこれに当たる。強制-追従型虚偽自白は、被面接者がある種の利益を得るために、自分が犯行を行っていないことを知りながら自白に同意する際に生じるものであり、取調べ過程の強制的圧力によりもたらされる。強制-内面化型虚偽自白は、被疑者に犯罪を犯したという記憶が実際にはないにも関わらず、取調べ中に、その犯罪を犯したと信じ込むときに生じ、被疑者が疲労・混乱し、不安に陥った場合に暗示的な尋問方法に晒されることによって生じることが多い。このように、たとえ成人の健常者の場合であっても、虚偽自白に陥ることはある。

しかし、「vulnerable people」の抱える問題は、その者の特性が原因で、虚偽自白の可能性が健常者よりも相当程度高まっているという点にある。それが、被暗示性・迎合性という特性を一般的・類型的に持つということの意味である。このことから、「vulnerable people」のことを供述弱者<sup>49</sup>と呼ぶこともあり、取調べにおいて困難を有するであろう人々のことを指している。

供述弱者が、虚偽自白に陥りやすい原因としては、①社会・対人的な問題と、②認知的な問題とが挙げられる<sup>50</sup>。まず、社会・対人的な問題に関して、供述弱者は基本的に保護者や他の大人の庇護、ケアのもとで生活をしていることから、大人はなんでも知っている、大人は情報がないからではなく、確認のために質問をする、何度も同じことを尋ねられるのは、前の答えが違っているからだ、などと考えがちである。次に、認知的な問題に関して、供述弱者は前述した障害特性ゆえにエピソードを保持し情報源を把握する能力が低い。そのため、他者から与えられた情報をあたかも自分が体験したかのように思い込んでしまい、本人

<sup>45</sup> 「suspects」は、ここでは被疑者・容疑者という意味。

<sup>46</sup> 村山満明「「傷つきやすい人たち」の供述-知的障害者等の供述行動の特徴と被暗示性等の測定法について- (弁護活動のための「法と心理学」⑧)」季刊刑事弁護 28号 (2001年) 169頁

<sup>47</sup> 京明・前掲注(33)11頁

<sup>48</sup> 菅原郁夫他編・前掲注(36)94頁以下〔大橋靖史〕

<sup>49</sup> 本稿では、知的障害者と発達障害者に限定はしているが、知的障害者と発達障害者を「供述弱者」と定義した趣旨はここにある。

<sup>50</sup> 藤田政博編著・前掲注(34)81頁〔仲真紀子〕

にそのつもりがなくても、捜査官の思い描いているストーリーに沿った偽りの記憶を作り出してってしまう。また、認知能力の発達が未成熟であるがゆえに、自律的な意思決定能力ないし自己決定能力に欠ける場合が多く、捜査官の意図に迎合しがちであることから、被誘導性があるとも言われる<sup>51</sup>。

そこで、供述弱者の被暗示性・被誘導性を具体的に検討し、取調べにおいて必要な合理的配慮を模索するために、供述弱者の会話分析、供述分析を行った研究をいくつか紹介する。

まず、パールマンらの研究である<sup>52</sup>。パールマンらは、知的障害者 30 名とその対照となる一般人 30 名を被験者として、個別に殺人未遂事件を演じたフィルムを見せ、その後フィルムの内容について質問に答えてもらうという実験を行った。そして、質問形式により正しい答えの割合等がどう異なるかを調べるために、質問の際には「自由回想」「包括的な質問」「短く答える質問」「特定した質問」「陳述形式の質問」の 5 つの質問形式を用いた。

結果は、「フィルムはどんな内容でしたか？」と問うような自由回想や、「アパートに入っていた不審者について教えてください。」といった包括的な質問では正答率が高く、両軍に特に差がないのに対し、「不審者は、女性をどのようにして殺そうとしましたか？」などと問う短く答える質問になると知的障害者群で正答率が下がった。また、短く答える質問に、フィルムには写ってなかった内容に関する誤った誘導が含まれると、知的障害者群は、「そのようなことはなかった」と訂正することができず、答えを作ってしまうやすい傾向にあった。さらに、答えが Yes/No 型の質問において、Yes が正解の場合は両群の正答率に特に差がない一方、No が正解、つまり質問に誤った誘導がある場合には知的障害者群では正答率が低くなり、それが「不審者は、アパートのどこに鍵があるのか知っていた、Yes か No か？」といった陳述形式の質問である場合には、その傾向が顕著であった。

次に紹介するのは、脇中による会話分析である<sup>53</sup>。重度知的障害のある被告人と複数人が面会を行った際の会話記録を、心理学的立場から条件分析的手法にて分析したものである。この研究では、1 時間 18 分の面会中、会話数は 1134 ターンあり、そのうち被告人が発話者となったターン数は 455 回 (40.1%) と、被告人がリラックスして自発的に会話できる状況での自由会話を分析の対象としている。

被告人は「化粧が嫌いで、化粧はしたくない」旨を述べる一方で、「口紅やマニキュアは好き」と述べており、あたかも口紅やマニキュアは化粧とは別のカテゴリーに属するものであるかのように述べた。このことから、被告人は、上位概念（化粧）と下位概念（口紅やマニキュア）といった概念間の関係理解が困難であることがうかがわれる。仮定法ないし条件節を含む質問文理解に関して、被告人の応答が表面的であれ形式を満たしており、内容に齟

---

<sup>51</sup> 京明・前掲注(33)12 頁

<sup>52</sup> 村山満明・前掲注(46)168 頁

<sup>53</sup> 脇中洋「刑事手続きにおけるアドボカシー—知的障害のある成人女性との会話記録から—」哲學論集 56 号 (2010 年) 13 頁以下

齟がないものは21事例中6事例しかなく、この中にも、明らかに内容を理解していないと思われる回答も含まれていた。さらに、21事例の中には、先行質問文の中に含まれる語彙を復唱して応答したものが8事例あった。この形式については、「もし猫飼ってたらどう？ かわいがる？」「かわいがる」などのように、条件節を含む問いかけの直後に、応答を先取りしたような問いを組み入れているために、復唱すれば形式的には応答できていると見られるため、条件節の理解の有無を判断するのが困難である。実際に、被告人は、二律背反の関係にある質問に対し、これを理解せずに質問でただ問われたことを復唱していることが明らかになった。また、被告人の叙述特徴として、1回あたりあまり長い文章で語ることはなく、断片的な単語や2語程度の叙述を重ねる傾向が強かった。そのため、周囲の者の相槌や確認のための復唱や問いかけを織り交ぜて進められたとされている。

これらの研究結果から、供述弱者の供述の正確さは質問の仕方によって大きく影響されることが分かる。すなわち、正確な供述を得るためには、包括的で答えが縛られないオープン・クエスチョンの方が良い。質問者から情報を提供して、それに対して「はい」「いいえ」で応答するクローズド・クエスチョンの場合、供述弱者は質問内容に関わらず「はい」と答えやすく、質問が理解できない場合でも、自分に分かるように質問を解釈し直して答える場合がある<sup>54</sup>ため、本人が真に質問の意味を理解しているのか分かりにくい。そのため、クローズド・クエスチョンを質問の冒頭に用いると、供述弱者の供述の正確さは担保されず、容易に誘導に繋がる可能性が高い。

また、供述弱者と少年との相違点に着目することにより、供述弱者の困難が明らかとなる。少年は、知的機能・認知機能の発達途中であることから、供述弱者と同様に被暗示性・被誘導性を有することが知られており、知的障害者に対しては、子どもを対象として開発された面接法を相当程度援用できるとされている<sup>55</sup>。しかし、成人の供述弱者の場合、障害を持ちつつも周囲の人々と長年にわたり比較的安定した社会的関係を構築、維持してきた経験を持っているケースも多く、その結果として、子どもには見られないより複雑で個性的な対人関係のスキルやパターンを自分のものにしていくことがしばしばある。そのため、経験に基づいた場面への反応方略を持っており、表面上のやりとりの巧みさと論理的思考能力の乏しさとの間で大きなギャップを持っていることになる<sup>56</sup>。これは、例えば、自発的な発言をあまりせず対話の相手や支援者の手助けを求める、質問に答えられないことによって低く評価されることを嫌い関係のないことまで多弁に語る、自分が信頼できると思える特定の者からの質問にのみ応答しそれ以外は沈黙する、などといった形で現れる<sup>57</sup>。したがって、表面上・形式上は適切に応答ができているように見え、障害の発見が遅れたり、本人の真意

<sup>54</sup> 村山満明・前掲注(46)168頁

<sup>55</sup> 法と心理学会・目撃ガイドライン作成委員会編『目撃供述・識別手続に関するガイドライン』（現代人文社、2005年）153頁〔高木光太郎〕

<sup>56</sup> 脇中洋・前掲注(53)33頁

<sup>57</sup> 法と心理学会・目撃ガイドライン作成委員会編・前掲注(55)153頁以下〔高木光太郎〕

を判別することが困難になったりするのである。

仮定法ないし条件節の理解は、黙秘権を理解できるかに関わるため重要であるが、これについても様々な困難が付きまとう。まず、仮定に基づく条件設定を理解するためには、「実際にはそうでないとしても」その状況を理解して想像し、それに基づいて答える必要がある<sup>58</sup>。そのため、実際にも日常身近に起こりうる条件設定と想像しがたい条件設定では、理解に差が出る。また、自我関与の有無も仮定の理解の要因となる。すなわち、自分の利害に深く関わった事柄に関しては、現実と反する仮定が立ちにくく、仮定を理解しようとし、理解できないことがあるのである。さらに、黙秘権が有効に機能するためには、取調べや公判で述べたことが後に事実認定でどのような利益や不利益につながり、その結果自分にどのような未来が待っているのか、見通しを持つことができなければならない。これら将来の見通しを持ってはじめて、「言いたくなければ、言わなくていい」という黙秘権の根底にある「言いたくない」という条件が満たされるからである。したがって、黙秘権という概念を理解するためには、単に仮定表現を理解できるだけでなく、法曹三者の役割を理解し、刑事裁判手続の流れや自分の置かれた立場を理解した上で、「どのように語れば自己に有利になったり不利になったりするのか」という他者の心情への予測が働かなければいけないのである<sup>59</sup>。このように分析すると、黙秘権が供述弱者にとってどれほど理解困難な概念であるかがよく分かる。

さらに、供述弱者は、検察官の追及に対してうまく説明や反論ができなくなった結果、自白に陥ることも報告されている<sup>60</sup>。論理的な追及が、供述弱者にとっては虚偽自白の圧力となり得るのである。上述した脇中らによる面会においても、事実関係が怪しい箇所が出てきても糾問的な問いかけはせず共感的に受け止める周囲の者の態度が、被告人を萎縮させずに自発的に語る気にさせていたと指摘している<sup>61</sup>。取調べは密室で行われ、明らかに普段の生活とはかけ離れた異質な空間で、長時間にわたって質問をされる場である。取調室という特別な場所の空気感だけでも、供述弱者にとって圧力となるものであり、大きな萎縮を生むものと思われる。加えて、供述弱者が答えづらい論理的な質問を矢継ぎ早にすることで、容易に誘導に繋がるのである。

#### IV 取調べにおける合理的配慮

##### 1 実務の現状

---

<sup>58</sup> 脇中洋・前掲注(53)24頁以下

<sup>59</sup> 同 34頁

<sup>60</sup> 村山満明・前掲注(46)166頁

<sup>61</sup> 脇中洋・前掲注(53)32頁以下

## (1) 取調べの録音・録画

2016年5月24日、「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」が成立し、2019年6月1日から、限定的にはあるが、取調べの録音・録画が捜査機関に義務づけられるようになった（刑訴法301条の2第4項）。録音・録画義務の対象となる事件は、①裁判員裁判の対象となる事件（刑訴法301条の2第1項1号・2号）、②検察官独自捜査事件（同条1項3号）に限定されている。取調べの範囲に限定は付されていないため、被疑者取調べの全過程が録音・録画義務の対象となる<sup>62</sup>。

これらの2つの類型に該当する事件を除き、被疑者が障害者であることを理由として録音録画を求める際の根拠としては、従前通り警察庁及び検察庁の通知によることが考えられる<sup>63</sup>。まず、検察庁における録音録画に関する通知としては、平成31年4月19日付次長検事依命通知<sup>64</sup>がある。また、同日付事務連絡<sup>65</sup>において、録音・録画の実施要領が記載されている。次に、警察庁における録音録画に関する通知としては、平成31年4月26日付警察庁刑事局長通知<sup>66</sup>がある。当該通知中にも出てくるように、犯罪捜査規範についても改正がなされ、逮捕または拘留されている被疑者が精神に障害を有する場合の取調べについて、必要に応じて取調べの録音録画をするよう努力義務を課す規定が新設された（犯罪捜査規範182条の3第2項）。

取調べの可視化については、上記のように制度が整えられ、可視化の実施数は増加傾向にある<sup>67</sup>。検察において、可視化開始当初の平成27（2015）年度では59,411件であった実施件数も令和元（2019）年度には倍近い103,380件となっており、義務対象事件の全過程率は、99.2%の域に達している<sup>68</sup>。警察においても、録音録画の実施件数・実施数ともに増加しており、令和元年度における全過程率は94.2%となった<sup>69</sup>。もともと、検察において、上記通知の「知的障害類型」を理由に録音録画を実施した件数は、平成27（2015）年度は1,071件あったが、令和元年度は347件と大幅に減少している。同様に、「責任能力類型」についても、2,610件から1,487件まで減少し、結果として、これらの類型が全実施件数に占める割合は、1.7%ほどとなっている。今までは知的障害類型・責任能力類型に該当すると判断していたが、法定の類型に該当するためそちらで評価された結果減少しているのか、単に事件自体が減少しているのか、原因は定かではないが、通知を根拠として録音録画される件数

<sup>62</sup> 宇藤崇他・前掲注(32)102頁

<sup>63</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)72頁〔川上博之〕

<sup>64</sup> 平成31年4月19日付次長検事依命通知（最高検判第5号）別添1

<sup>65</sup> 平成31年4月19日付最高検察庁刑事部長・最高検察庁公判部長事務連絡（最高検判第6号）別添1頁

<sup>66</sup> 平成31年4月26日付警察庁刑事局長通知（警察庁丙刑企発第113号）

<sup>67</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)74頁〔川上博之〕

<sup>68</sup> 最高検察庁「録音・録画の実施状況」（最終更新日：2020年7月2日）

<http://www.kensatsu.go.jp/kakuchou/supreme/rokuonrokuga.html>

<sup>69</sup> 警察庁「警察における取調べの録音・録画の実施状況について」捜査活動（2020年6月）

<https://www.npa.go.jp/bureau/criminal/sousa/index.html>

が減っていることは明らかである。他方、警察において、上記通知の「精神に障害を有する被疑者」に対する録音録画の実施件数は、平成 27 (2015) 年度では 1,249 件だったが、令和元年度には 7,747 件まで増加している。これは、検察におけるデータと真逆の結果となっており、安易に評価はできないが、警察と検察との間で録音録画の運用に大きな乖離があることがうかがえる。

## (2) 取調べにおける弁護人の立会い

近年、被疑者取調べにおける弁護人立会権の保障は、グローバルスタンダードになりつつあり、アメリカをはじめとする多くの国々で弁護人立会権が保障されている<sup>70</sup>。弁護人立会権の保障内容や立会弁護人の役割・権限等は、各国によって様々であるが、極東諸国で弁護人立会権を保障していない国は中国と北朝鮮と日本のみであり<sup>71</sup>、弁護人立会制度の構想・導入が課題となっていた。

日本においては、現行刑訴法制定時、捜査段階の弁護人選任権が認められるとともに、制定過程において弁護人立会権の議論がなされたのが最初であった<sup>72</sup>。1980 年代になり、憲法上の権利としての弁護人立会権を主張する者が現れ、これに対する否定論が詳細に論じられ、1990 年代初頭にかけて学説上の議論が活発化を見せた。こういった議論に呼応し、弁護士側の実践的動きが生じ、「ミランダの会」が設立されたのが 1990 年代半ばである<sup>73</sup>。しかし、2001 年 6 月、司法制度改革審議会は、その意見書において、弁護人立会いを「将来的な検討課題」とし、検討を先送りにする。この後、2012 年に開催された法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」において、弁護人立会権が議論されたが、「当部会において結論を得ることは困難」と述べ、結論はまたもや先送りとなった<sup>74</sup>。その後の 2018 年 4 月、日本弁護士連合会（以下、「日弁連」という。）は、会長意見書という形で「弁護人を取調べに立ち会わせる権利の明定を求める意見書」を発出した<sup>75</sup>。同年 11 月に開催された第 30 回近畿弁護士会連合会人権擁護大会では、「取調べの適正を確保し、被疑者が弁護人の援助を受けて主体的に防御権を行使することを可能とするために、弁護人による取調べへの立会いを確立することを求める決議」を採択し、大きな議論が展開された。2019 年 10 月には、日弁連においても、第 62 回人権擁護大会シンポジウムで、弁護人立会いを議論する第 1 分

---

<sup>70</sup> 関口和徳「取調べにおける弁護人立会いの必要性-録音・録画だけで取調べの適正化は実現するか-」法学セミナー750号(2017年)37頁

<sup>71</sup> 石田倫識「弁護人立会権の理論的根拠に関する一考察(可視化から弁護人立会いへ 刑事司法改革のネクスト・ステージ1-2)」法律時報92巻11号(2020年)114頁

<sup>72</sup> 小坂井久「弁護人立会権の歴史的経緯と現状(特集1取調べの弁護人立会いを実現しよう!)」季刊刑事弁護104号(2020年)10頁

<sup>73</sup> 同11頁

<sup>74</sup> 同12頁

<sup>75</sup> 川崎拓也「日弁連および関係機関における取組みと制度設計(特集1取調べの弁護人立会いを実現しよう!)」季刊刑事弁護104号(2020年)21頁



科会が行われ、弁護人立会いの理論的根拠、制度構想、生じうる問題点などが議論された<sup>76</sup>。これらを受けて、2020年3月には、日弁連内において「取調べへの立会いに関する検討ワーキンググループ」を発足させるなど、ここ数年で弁護人立会制度化に向けた運動が急加速している。

実務において、弁護人が取調べに立ち会うことができた事例は、決して多くはないが、実際に取調べに立ち会ったり、取調室の前に待機したり、被疑者と定期的に連絡するなど、弁護人が被疑者の取調べに関与した事例は確かに存在することが報告されている<sup>77</sup>。弁護人が関与した事例のほとんどは在宅事件であり、津金により検討されている36事例のうち、立会いが認められた事例が15件、取調室前で待機した事例が17件、電話で被疑者と連絡をとった事例は4件であった。弁護人の立会いが認められた事例の経緯を見ると、在宅事件であれば取調べも任意捜査であることを根拠に、弁護人の立会いを条件に取調べに応じると主張し、粘り強く弁護人立会いを求めた事例<sup>78</sup>をはじめとして、弁護人の立会いを正面から争った事例もあるが、他方で、任意同行についていったら運良く立会いが実現した事例<sup>79</sup>など、弁護人が強気に、立会いは当然の権利とばかりの態度で同行したところ、あっさりと立会いが認められた事例も複数見受けられ、捜査機関によっても対応が大きく異なっていることが分かる。もっとも、実際の立会いについては、最近では困難となっているとの声も上がっており<sup>80</sup>、捜査機関側は、立会いに対する警戒を強めているのではないとも言われている<sup>81</sup>。

いずれにせよ、今後、弁護人と捜査機関との間で、弁護人立会いをめぐる議論はさらなる展開を見せるであろうことが予想される。

## 2 合理的配慮の在り方

### (1) 簡易知能検査の実施

現状、合理的配慮の提供がされるか否かは、全て、現場の捜査官や弁護人が障害を見極められるかに委ねられている。初回接見をした弁護人が、取調べを行う警察官・検察官が、被疑者の障害や精神疾患の存在に気づくことができなければ、障害や疾患の存在が見逃されたまま、その被疑者は、健常者と同じように扱われ、場合によっては不可解かつ悪質な被告人として、健常者以上に重い刑事責任を問われて刑事裁判を終えてしまうことになる<sup>82</sup>。ま

---

<sup>76</sup> 同 22 頁

<sup>77</sup> 津金貴康「立会いの現在とこれから-立会い事例の分析- (特集1 取調べの弁護人立会いを実現しよう!)」季刊刑事弁護 104号 (2020年) 65頁

<sup>78</sup> 神谷慎一「事例報告① 任意捜査を根拠に粘り強く取調べに立ち会った事例 (特集1 取調べの弁護人立会いを実現しよう!)」季刊刑事弁護 104号 (2020年) 55頁以下

<sup>79</sup> 片山和成「明日からできる立会い弁護実践 (特集1 取調べの弁護人立会いを実現しよう!)」季刊刑事弁護 104号 (2020年) 59頁以下

<sup>80</sup> 津金貴康・前掲注(77)65頁

<sup>81</sup> 川崎拓也・前掲注(75)23頁

<sup>82</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)56頁〔西谷裕子〕

た、そもそも障害に気づくことができなければ、後述する制度がいくら整えられたところで、合理的配慮を提供しようということにすらならないものと思われる。障害への無理解が、合理的配慮の提供が一向に進まない原因の一つとなっているのである。

しかし、法曹の障害への無理解は長年にわたり指摘され続けられているところであり、障害に関する研修や勉強会が義務付けられない限り、理解が進むことはない。また、法曹はあくまでも法律の専門家であるため、専門外である障害に気づけという方が酷とも言える。そのため、障害に気づくための一つの客観的指標として、被疑者に簡易知能検査の実施をすることが有用であると考えられる。

## (2) 取調べの全面可視化

刑訴法改正により、取調べの録音録画が広がっていることは上述した通りだが、現在の制度にはまだ問題点がある。すなわち、刑訴法の要件に該当する場合であっても、義務づけの例外としての除外事由（刑訴法 301 条の 2 第 4 項各号）が設けられていることから、これに当たるとして録音録画が行われないことがあるということである。これに対しては、録音録画の例外を設けること自体、密室での不適正な取調べが行われる余地を生むものであると批判がなされている<sup>83</sup>。これら除外事由には、いずれもいかようにも拡大解釈をすることが可能な文言が含まれており、とりわけ、刑訴法 301 条の 2 第 4 項 2 号は、その解釈・運用次第では捜査官の裁量によって録音・録画が回避される事態を招き、録音・録画制度自体が骨抜きとなる危険性をはらんでいると危惧されている。

また、録音録画義務付けの対象となっていない事件については、前述した通知によらなければ録音録画を要請できないことから、実施は消極的になるとと思われる。検察庁における知的障害類型及び責任能力類型の録音録画面数の減少は、法定の録音録画義務がないことから減少しているとも解釈し得るのである。さらに、警察官による取調べにおいては、発達障害・知的障害等をもつ被疑者であっても録音録画は努力義務にとどまっている。そのため、犯行直後の被疑者の状態を事後的に確認・立証する必要性は高い<sup>84</sup>にもかかわらず、捜査の初期段階にあたる警察官による取調べにおいて、録音録画がなされない可能性もあるということである。

比較的軽度の知的障害・発達障害を持つ被疑者は、窃盗事件などの裁判員裁判非対象事件の被疑者である場合の方が数としては圧倒的に多く、これらの者への取調べの録音録画を実施させるためには、弁護士による積極的な可視化の申入れが必須となっている<sup>85</sup>。その際、各通知によると、録音録画義務づけ対象事件以外で、録音録画実施を検討させるためには、基本的には障害があることが前提となっているため、弁護士には、精神障害者福祉手帳や療

<sup>83</sup> 関口和徳・前掲注(70)38頁

<sup>84</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)72頁〔川上博之〕

<sup>85</sup> 同 74頁以下〔川上博之〕

育手帳を有していることや、入通院歴があることなどの客観的に証明可能な事実を提示することが求められる。しかし、このような客観的な証拠の入手が困難である場合も多い。例えば、障害の診断に時間がかかる場合や、診断名が出るか微妙な軽度の障害である場合である。そのような場合であっても、被疑者の特性を音声や映像に残して保存する必要性は高いと考えられるため、既往歴や関係者等の供述などによって、被疑者の特性に配慮する必要があると考えられる場合には、捜査機関によって積極的に可視化がなされるべきである。

そして、上記のような問題点を根本から解決するためには、将来的には、全事件・全過程の録音・録画が法律上義務付けられ、実施されることが求められる。もっとも、全件録音録画義務付けが実現するためには、まだまだ時間がかかると思われるため、検察・警察における通知に記載されている、供述弱者が被疑者である事件について、録音録画義務の制度化をすることが喫緊の課題であると思われる。供述弱者については、録音録画の必要性が他の事件類型に比べて格段に高く、捜査機関側にも供述弱者の逮捕後の状況を証拠として保全するメリットがあるため、もはや法定しない意義が薄れているのではないかと考えられるからである。

### (3) 司法面接法等の活用

第3章で紹介した宇都宮事件判決<sup>86</sup>は、捜査官による取調方法の選択・実施は捜査官の裁量の範囲内と認定した上で、「(捜査官としては、)虚偽の自白の誘発を防ぐため、取調方法として誘導尋問の方法を選択・実施した場合には、被疑者の知的能力などの属性に応じて、被疑者の尋問に対する答えが単に捜査官の意図する方向に偏っていないか、被疑者の受け答えの態度が迎合的でないか等を常に検証し、その方法・態様が誘導として許容される範囲を逸脱しないよう十分な注意を払わなければならない」とし、これを著しく欠いた場合は、裁量の範囲を著しく逸脱したものとして、違法とされるとしている。すなわち、取調べの方法に関して、捜査官に裁量はあるものの、少なくとも被疑者を供述弱者と認識している場合には、それに相応しい取調べ方法がとられなければ、裁量権の逸脱濫用として違法となることを意味する。したがって、捜査機関側も、取調べの空気づくりや発問の仕方等、適切な合理的配慮の在り方を検討しなければならない段階にきているのである。

そこで、供述弱者を取り調べるにあたっては、司法面接 (forensic interview)、捜査面接・調査面接 (investigative interview) 等の面接法が参考にされることが望ましい<sup>87</sup>。これらの面接法は、主として子どもからより正確な情報を、より多く得ることを目指して開発されたものであるが、これは供述弱者に対しても、相当程度援用できる<sup>88</sup>とされている。司法面接は、「導入部」-「自由報告」-「質問」-「クロージング」のように構造化されており、被

<sup>86</sup> 前掲注(41)

<sup>87</sup> 藤田政博編著・前掲注(34)82頁〔仲真紀子〕

<sup>88</sup> 法と心理学会・目撃ガイドライン作成委員会編・前掲注(55)153頁〔高木光太郎〕

暗示性・被誘導性になるべく配慮した形となっている。捜査機関側としても、なるべく供述の信用性に争いのない形で供述弱者から供述を得たいはずである。そのためにも、このような司法面接法を参考にして、取調べ方法が工夫されるべきである。

また、弁護人においても、捜査機関においても、供述弱者から事実の聞き取りを行う際は、以下の点に注意する必要がある<sup>89</sup>。①具体的な事実を問う質問にする。②平易な言葉を用いる。③短い言葉で質問する。④複文は避け、単文で質問する。⑤条件付きの質問にしたり、仮定の質問をしない。⑥指示代名詞を使わない。⑦オープンな質問を心がけ、クローズドな質問を避ける。⑧誘導尋問をしない。⑨時間の順を追って質問する。⑩立て続けに質問しない。⑪重複的な質問をしない。⑫威圧的な質問や話し方をしない。⑬流れを中断せず、説明を遮らない。

このような、刑事手続に関与する者それぞれによる工夫の積み重ねが、合理的配慮として求められているのである。

#### (4) 取調べへの弁護人の立会い

取調べの全面可視化が実現したとしても、残る問題がある。まず、録音録画だけでは、違法・不当な取調べが行われた場合にそれを中止させることは不可能であるという点である<sup>90</sup>。違法・不当な取調べが実際に行われた場合、取調室に供えられた録音・録画装置は、その場面を記録化し、任意性の否定や当該捜査官の処罰・処分等といった形で事後的な救済をすることはできても、現に行われている違法・不当な取調べを中止させることは不可能である。また、違法・不当な取調べとまではいなくても、上述したような供述弱者に配慮した取調べがされていない場合に、録音・録画では、被疑者がその場で即時の援助を求めることができない<sup>91</sup>ため、取調べの雰囲気によって圧倒されて、虚偽自白に至るおそれが残る。次に、録音・録画は、取調室の外での供述の強要の防止には無力であるという点である<sup>92</sup>。第3章でも取り上げた湖東記念病院事件においては、まさに取調室外で、警察官による圧力がかけられていた。初公判の3日前、Eの取調べを担当していたF刑事が拘置所を訪れ、Eに「もしも罪状認否で否認してもそれは本当の私の気持ちではありません。」という検事宛の手紙を書かせていたのである<sup>93</sup>。この結果、Eは、初公判で、罪状認否を留保することとなった。取調室の外におけるこのような脱法的な供述獲得は、実際に行われているのである。

これら問題点を解決する有効的な手段として議論されてきたのが、弁護人の立会いである。弁護人立会いには、以下の4つの機能が認められると言われている<sup>94</sup>。まず、孤立無援

<sup>89</sup> 大阪弁護士会他編著・前掲注(5)57頁以下〔西谷裕子〕

<sup>90</sup> 関口和徳・前掲注(70)38頁

<sup>91</sup> 淵野貴生「供述の自由保障としての黙秘権と立会権（可視化から弁護人立会いへ 刑事司法改革のネクスト・ステージ1-1）」法律時報92巻11号（2020年）111頁

<sup>92</sup> 関口和徳・前掲注(70)38頁

<sup>93</sup> 『冤罪白書』編集委員会編・前掲注(42)87頁〔池田良太〕

<sup>94</sup> 石田倫識「弁護人立会い否定論に対する批判的考察（特集1 取調べの弁護人立会いを実現しよう!）」

の状態に置かれる被疑者の心理的負担を緩和し、取調室における同調圧力を除去することで、①取調官と被疑者との非対等性を是正する機能（主体性回復機能）である。次に、立会弁護人が、直ちに違法・不当な取調べに介入し得ることで、②自己負罪供述の強要から被疑者を保護する機能（保護的機能）が認められる。また、弁護人が立ち会うことで、弁護人の法的助言が取調室の中で無効化されるのを防ぐとともに、供述方針の再考を要する場合には、直ちに的確な法的助言を与えることによって、③被疑者の供述の自由を実効的に保障する機能（助言的機能）が認められる。そして、被疑者が供述することを選択する場合には、被疑者供述が捜査の方針に影響を与え、ひいては被疑者に有利な処分へと繋がり得るよう、④効果的な手続参加・関与を援助・確保し、実効的な防御権行使を可能にする機能（参加的機能）が認められる。これらの機能は、大人の健常者が被疑者である場合に、供述の自由がいかんして保障されるべきかという観点から認められる機能であるが、供述弱者の被疑者の場合、健常者の場合に増してこれら機能が重要な意義を有する。

しかし、立会権が認められるためには、超えなければならないいくつかの課題もある。まず、立会権の法的根拠である<sup>95</sup>。現行刑法には取調べにおける立会いを認める条文がないため、否定論者の有力な根拠となっている。これについては、黙秘権（憲法38条1項）に内在する権利として構成する立場<sup>96</sup>が一般的であり、他に立会権（憲法34条）からも根拠づける立場や、被疑者取調べの「準公判」的機能を重視し、被疑者の防御権から立会権を根拠づけようとする立場<sup>97</sup>も見られる。供述弱者の場合においても、これらの主張は妥当すると思われるが、これまで述べてきたように、捜査機関には供述弱者に対する合理的配慮提供義務が課される。したがって、上記法的根拠に加え、合理的配慮提供義務を立会権の根拠とすることも考えられるべきである。

また、立会権の具体的内容についても、結論は出されていない。海外における立会権制度を概観すると、アメリカ型とそれ以外の型に分けられるとされている<sup>98</sup>。アメリカ型は、ミランダ判決がもととなっており、被疑者が立会いを求めて立会権が行使されると、取調べが直ちに中止されるという取調べ拒絶権のような形態をとっている。大陸法型においては、一定の時間経過後は立会いなしに取調べを開始してよいとし、その上で、立会権の内容は、取調官による不当な尋問に対して異議を出したり、応答に窮する被疑者に助言したりするなど、取調べにかなり積極的に介入するような形態となっている<sup>99</sup>。もっとも、制度の詳細は、各国の刑事手続に沿うようにそれぞれ異なっており、日本においても、諸外国の制度を参考にしつつ、日本の刑事司法に馴染む制度構築が求められる。

---

季刊刑事弁護 104号（2020年）16頁

<sup>95</sup> 渡辺修「被疑者取調べと弁護人の立会権について」神戸学院法学23巻4号（1993年）87頁

<sup>96</sup> 淵野貴生・前掲注(91)110頁以下

<sup>97</sup> 石田倫識・前掲注(71)115頁

<sup>98</sup> 小坂井久・前掲注(72)12頁以下

<sup>99</sup> 淵野貴生・前掲注(91)112頁

このように、弁護人立会権を巡っては、捜査機関と弁護人の立場との間で様々な議論がなされ、白熱しているところではあるが、被疑者が供述弱者である場合を念頭に置いた議論はほとんどされていない。被疑者が供述弱者である場合は、健常者である場合と議論状況も異なってくることを考えられる。すなわち、被暗示性・被誘導性といった特性を持つことから、弁護人立会いの必要性が格段に高くなる他、捜査機関にとっても、調書の任意性の担保という観点から弁護人が立ち会うメリットが生まれる<sup>100</sup>。実際に、被疑者の精神状態が悪化したことから、捜査機関から弁護人に対し、立会いを依頼した事例も報告されている。そのため、今後は、供述弱者に対する合理的配慮としての弁護人立会いを検討することで、健常者における弁護人立会権を認める突破口となることが期待できる。

また、将来的には、弁護人だけでなく、弁護人以外の立会いも認められるべきであると考えられる。イギリスにおいては、少年及び精神障害その他の精神的な支援を要する者が逮捕・留置された場合には、それらの者を心理的・福祉的に援助する第三者が必要的に手続に関与する制度、すなわち「適切な大人 (Appropriate Adult : AA)」制度が設けられている<sup>101</sup>。AAとして立会いが求められているのは、精神障害者等の場合、①親戚、後見人、その他その者のケア若しくは監護に責任を負う者、②精神障害者又は精神的な支援を要する人々の扱いに習熟している者(ただし、警察官又は警察に雇用されている者を除く。)、③そのいずれも欠くときは、警察官又は警察に雇用されている者を除く18歳以上の責任ある大人、である<sup>102</sup>。これらの者に期待されるのは、取調べを受ける者に助言をし、取調べが適切かつ公正に行われているかを観察し、取調べを受けている者とのコミュニケーションを促進することとされている<sup>103</sup>。AA制度は、すなわち、供述弱者の不得手なコミュニケーション能力を補うために、AAを取調べに立ち合わせ、被疑者に対して心理的・精神的な援助をするものであり、供述弱者に対する「合理的配慮」の一つの在り方を示したものであるともいえる。

弁護士はあくまでも法律の専門家であり、警察・検察も障害に関しては素人である。そのため、これらの者が供述弱者とのコミュニケーション方法を工夫したり、取調べの方法に配慮したりしたところで、どうしても限界はある。そこで、AA制度に倣い、最終的には保護者や支援者、ソーシャルワーカー等の立会いが認められるようになることで、供述弱者とのコミュニケーションがより円滑となり、取調べにおける合理的配慮として必要十分となるのではないかと考える。大阪弁護士会では、2011年11月から、障害に詳しい弁護士を派遣する制度が開始している<sup>104</sup>が、このような、法曹内部に障害に詳しい人材を育てることと並行して、福祉や医療の専門家をいかに刑事手続に参入させることができるかという観点か

---

<sup>100</sup> 津金貴康・前掲注(77)72頁

<sup>101</sup> 京明・前掲注(33)132頁

<sup>102</sup> 同147頁

<sup>103</sup> 同150頁以下

<sup>104</sup> 辻川圭乃「大阪弁護士会：障害のある被疑者に障害の知識をもつ弁護士派遣制度がスタート」ノーマライゼーション32巻6号(2012年)43頁

らも支援が模索されることが望ましい。そして、障害に詳しい弁護人の取調べ立会いを手がかりに、福祉職・支援者等の立会いを実現させ、より一層供述弱者のニーズに沿った合理的配慮が提供されることが期待される。

## V 研究のまとめと今後の課題

本稿では、権利条約及び差別解消法の分析を通して、これらにおいて求められている「合理的配慮」の概念を具体的に明らかにし、特に捜査段階の取調べにおける供述弱者の抱える問題に焦点を当てながら、刑事手続における供述弱者に対する「合理的配慮」の在り方を検討してきた。具体的な合理的配慮の在り方として、①簡易知能検査の実施、②取調べの全面可視化、③司法面接法等の活用、④取調べへの弁護人の立会いの4つを提案したが、いずれも、単独で取り入れられるだけでは、あまり効果がない。一つ一つの小さな配慮の積み重ねが合理的配慮を提供する側の姿勢として求められるところではあるが、刑事手続に障害者の存在が念頭に置かれてこなかった反省も踏まえ、抜本的な制度改革がなされるべきである。

しかし、本稿では、「供述弱者」として、知的障害者と発達障害者に焦点化して障害種の限定を行った上、司法手続のうち、取調べにおける合理的配慮の在り方を検討することしかできていない。また、取調べに関しても、外部から調査をすること自体困難であり、取調べにおける合理的配慮の在り方としてあげた4つの具体的方策も、真に障害者の求めている方策であるか、実務の要請に答えられるものであるかは、制度構築の検討とともにさらなる議論が必要であると考えられる。

本稿で検討した分野については、実務からの要請が強いにもかかわらず、研究はほとんど進んでいない分野であると思われる。今後、実務における事例の集積とともに、学者による理論的考察が行われることが求められる。そして、一日も早く、司法分野における障害者理解が深まり、障害者に対して、当たり前のように合理的配慮が提供される未来が訪れることを願う。

### —謝辞—

本研究を進めるにあたり、一橋大学法法学研究科・法学部教授葛野尋之先生には、指導教員として終始熱心なご指導をいただきました。本論文が完成したのはひとえに葛野先生のおかげです。心から感謝いたします。また、葛野研究室の皆さまには、本論文の執筆にあたり多くのご助言、激励をいただきました。本当にありがとうございました。

## 民法 714 条の検討 ―認知症高齢者の家族が負う監督義務の内容の視点から―

一橋大学法科大学院修了（2021 年 3 月）保浦誠也

### 目次

- I 判例（最判平成 28 年 3 月 1 日）の紹介及び問題提起
- II 民法 714 条の趣旨，根拠に関する通説的見解
- III 監督義務の内容の検討① 判例等の検討
- IV 監督義務の内容の検討② 責任の根拠論からの検討
- V 最判平成 28 年 3 月 1 日の評価及びそれを踏まえた監督義務の検討
- VI 救済の可能性（補論）
- VII おわりに

### I 判例の紹介及び問題提起

#### (1) 序

責任無能力者は不法行為責任を負わないとされているため（民法 712 条，713 条），不法行為の被害者は，加害者たる責任無能力者に対して不法行為責任を追及することはできない。一方で，被害者は，民法 714 条に基づき，責任無能力者に対する監督義務を負っている者に対して監督義務者としての責任を追及することが認められている。民法 714 条に基づく責任を追及する被害者としては，不法行為責任が認められるための一般的な要件（民法 709 条の要件）を充足していることを主張するだけでなく，特定の人物が監督義務者に該当することについても主張しなければならない。

平成 28 年 3 月 1 日，特定の人物が監督義務者に該当するか否かの判断をめぐって，民法の世界のみならず世間からも注目を集めた最高裁判所の判決が下されている。それが，平成 28 年 3 月 1 日最高裁第三小法廷判決民集 70 卷 3 号 681 頁（以下「最判平成 28 年 3 月 1 日」という。）である。最判平成 28 年 3 月 1 日では，線路に立ち入り，列車と衝突し鉄道会社に対して損害を与えた認知症高齢者の監督義務者に誰が該当するかが争われた。本稿においては，まず最判平成 28 年 3 月 1 日の事案及び判旨を確認したうえで，認知症高齢者の監督義務者について，最高裁の判断の内容を確認する。次に，監督義務者の責任，根拠，内容を明らかにする。これらの検討を前提としつつ，認知症高齢者を監督する場合における民法 714 条の監督義務の内容を検討したうえで改めて最判平成 28 年 3 月 1 日の判断に戻り，検討を行う。詳しくは後述する（1 (3) 参照）が，検討の全体の方向性として，認知症高齢者が起こした事故のリスクは，介護者側と社会が共同で公平に負担するべきとの視点を重視する。そして，この視点を参考にしつつ，具体的にどのような形で上記公平性を実現できるかについての検討も行いたい。また，当事者の救済に向けた制度の方向性として，保険制度等についても触れる予定である。



(2) 最判平成 28 年 3 月 1 日 (民集 70 卷 3 号 681 頁) の紹介

ア 本判例の事案

最判平成 28 年 3 月 1 日の事案の要旨は以下のとおりである。

本件は、認知症に罹患した A (当時 91 歳) が駅構内の線路に立ち入り原告の運行する列車に衝突して死亡した事故 (以下「本件事故」という。) に関し、原告が A の妻である Y1 (当時 85 歳) 及び A の長男である Y2 に対して、本件事故により生じた列車の遅れ等の損害およそ 720 万円を民法 709 条又は 714 条に基づき請求した事案である。以下、A と Y1 及び Y2 らとの関係や事故当日の状況について、それぞれ認定されている事実を整理して記載する。

#### 【A と Y1, Y2 らの関係】

登場人物は、A、被告たる妻 Y1 及び長男 Y2、Y2 の妻である B、Y2 の妹の C である。

A と Y1 は婚姻関係にあり、愛知県にて同居していた。一方、Y2 及び B は横浜市に居住していた。A は平成 12 年ごろから認知症を発症し、当初は 80 歳を迎えようとしている Y1 がその介護をしていたが、家族で話し合った結果、平成 14 年 3 月ごろからは B が単身で A 宅の近隣に移住して、Y1 による介護の補助をするようになった。一方 Y2 は、月に 1、2 回 A のもとを訪れるほか、頻繁に B から A の状況を聞いていた。C は A の介護について Y らに対して助言を行っていた。なお、Y1 は平成 18 年 1 月ごろには左右下肢の麻痺を理由に要介護 1 の認定を受けている。本件事故当時、A の生活に必要な日常の買い物は専ら Y1 と B が行い、預金等の財産管理は専ら Y1 が行っていた。

#### 【A の認知症の状況】

平成 12 年ごろに発症。14 年以降は介護の実務に精通している C の意見を踏まえ、介護保険制度を利用するため医師の診察を受けた結果、14 年 8 月に要介護 1 の認定を受ける。その後は通院のみならず福祉施設にも通うようになり、事故当時は週 6 回通う状況になっていた。平成 16 年ごろには重度の認知症に至っている旨の診断を受け、平成 17 年 8 月 3 日、平成 18 年 12 月 26 日には徘徊行為をしたとの事実が認められている。そして、平成 19 年 2 月には日常生活に支障をきたす程度にまで至り、要介護 4 の認定を受ける。

#### 【事故当日の状況】

本件事故日である平成 19 年 12 月 7 日の午後 4 時 30 分ごろ、福祉施設からの帰宅後の A は、Y1 と B と一緒に過ごしていた。その後、B が玄関先で A が排尿した段ボール箱の片づけをしていた最中、Y1 がまどろんで目を閉じていた隙に A がひとりで外出した。A は、

自宅と併設されている事務所（この事務所で A はかつて不動産業を営んでいた）の出入り口から外出した。なお、自宅玄関と事務所にはセンサー付きチャイムが設置されていたが、事務所の出入り口のセンサーは電源がつけられていなかったため、A が外出したことに Y1 と B は気づかなかった。A は、列車に乗って本件事故の発生した駅に向かい、到着したのちホーム先端のフェンス扉を開けてホーム下に降り、午後 5 時 47 分ごろ、本件事故が発生した。

#### 【原審（名古屋高判平成 26 年 4 月 24 日判時 2223 号 25 頁）の判断】

原審は、民法 752 条の定める同居協力扶助義務を根拠として、一方の配偶者は精神障害者となった配偶者に対して監督義務を負うべきと述べた。そのうえで、A と同居していた妻の Y1 は、A の法定監督義務者であったと判断した。一方、Y2 については、Y2 が長男として負っていた扶養義務は経済的な扶養を中心とした扶助義務であって、成年後見人や保護者の地位にもなかったことに照らせば、A の生活全般に対して配慮し、その身上を監護すべき法的な義務を負ってはいなかったと判断して、A の法定監督義務者に当たらないと結論付けた。

以上を踏まえて原審は、Y1 に対する請求を一部認容した。これを受けて Y1 側が上告受理申立てを行い、鉄道会社側も Y2 についての判断を不服として、上告受理申立てを行った。

#### イ 最判平成 28 年 3 月 1 日の判断<sup>1</sup>

##### (1) 法定監督義務の有無について

(ア) 「民法 714 条 1 項の規定は、責任無能力者が他人に損害を加えた場合にはその責任無能力者を監督する法定の義務を負う者が損害賠償責任を負うべきものとして」おり、精神障害者について法定の監督義務を負っているものとしては精神保健福祉法上の保護者、そして、平成 11 年改正前の民法 858 条 1 項による療養監護義務を負う成年後見人が挙げられる。しかし、すでに平成 11 年に精神保健福祉法上の保護者の自傷他害防止監督義務（自身を傷つけ、他人に害を及ぼさないように監督する義務）は廃止されており、改正後の民法 858 条では、成年後見人の義務は身上配慮義務に改められている。この身上配慮義務は、「成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上について配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対し事実行為として成年被後見人の現実の介護を行うことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはできない」。

(イ) 民法 752 条の定める同居協力扶助義務は、法定監督義務として認められるか。「民法 752 条は、夫婦の同居、協力及び扶助の義務について規定しているが、これらは夫婦間

<sup>1</sup> 判断の整理に際しては、瀬川「判批」民商法雑誌 153 巻 5 号（2017）698 頁以下を参照した。

において相互に相手方に対して負う義務であって、第三者との関係で夫婦の一方に何らかの作為義務を課するものではない。したがって、「精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法 741 条 1 項にいう『責任無能力者を監督する法定の監督義務を負う者』に当たるとすることはできない。

(ウ) Y1 は以上からすると、A の法定監督義務者に当たるということはできない。

## (2) 準監督義務者について

「もっとも、法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法 714 条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準すべき者として、同条 1 項が類推適用されると解すべきである。「その上で、ある者が、精神障害者に関し、このような法定の監督義務者に準すべき者に当たるか否かは、その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべき」であるとする。そして、Y1 と Y2 について、「A を監督することが現実的に可能な状況にあったということとはできず、その監督義務を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない」として準監督義務者該当性を否定した。

なお、本判決には補足意見、意見が付せられており、その内容については適宜紹介する。

## ウ 最判平成 28 年 3 月 1 日の判断の分析

まず最判平成 28 年 3 月 1 日においては、認知症にり患した者の法定の監督義務を負う者の候補として、精神保健福祉法上の保護者、そして成年後見人が挙げられている。しかしながら、どちらも監督義務の根拠となることが否定されている。また、民法 752 条の規定する、配偶者の同居協力扶助義務についても否定されている。以上から、配偶者である Y1、長男である Y2 について法定監督義務者に該当することを否定している。その次に、最判平成 28 年 3 月 1 日では、準監督義務者が民法 714 条の責任を負う可能性を示している。そして、準監督義務者に該当するか否かを検討するにあたって考慮する要素を列挙し、Y1 については要介護 1 の認定を受けていたこと、Y2 については遠方に居住していたことを理由と

して、Aを監督することが現実的に可能な状況にあったとはいえ、監督義務を引き受けていたとみるべき特段の事情がないことを理由に、Y1及びY2は準監督義務者に該当しないとの判断を下している。

上記判断、特に準監督義務者該当性の判断については、責任主体の拡大をもたらす恐れがあると見て否定的な態度をとる学説が存在する<sup>2</sup>。これらの学説は、判例の示す基準が不明確であり、近親者以外にも責任が拡大されると批判している。また、問題の核心は責任者の拡大ではなく、基準の不明確性自体であるとする学説もある<sup>3</sup>。まとめると、批判の方向性は、次に3つに分かれる。

- ①本判決が、準監督義務者の範囲を医療や介護機関など家族以外の者に拡大するものである点を批判の対象とするもの
- ②714条の責任は、責任無能力者が責任を負わないことによる被害者救済の欠如を補うものである。にもかかわらず監督義務者の範囲を限定することは、被害者救済の後退をもたらすことになる点を対象とするもの（この批判は、そもそも責任無能力者による事故の損害の負担・分担をどのように行うべきかという問題意識をも含むものである）
- ③本判決が示した準監督義務者の判断は、714条責任を709条の責任に近づけてしまうことを意味する点を批判の対象とするもの

### (3) 本稿における分析の視点

本稿においては、上記で紹介したような批判の視点とは異なり、以下に述べるような視点を重視したい。

認知症高齢者の介護には重い負担が伴う。最判平成28年3月1日の事案からもわかるように、被介護者に対して介護者は常に注意を払っている必要があり、それに要する負担は個人が抱えきれないような負担ではない。介護問題といった社会の問題は、社会の構成員全員が向き合うべき問題であり、介護者個人だけの問題ではない。したがって、介護に伴うリスクもそのすべてを個人に負わせるべきではなく、部分的には社会が共同で負うべきであると筆者は考える。認知症高齢者が起こした事故の損害も、介護者側と社会が公平に負担していることが理想的である。そして、ここにおいて公平に負担しているというためには、介護者が負う責任が、妥当な重さ、内容の責任とみることができかが重要である。そして、それを判断するためには、介護者が負っている監督義務の内容を確認することが必要となると考える。

では果たして、最判平成28年3月1日の判示においては、損害についての上記公平性をみてとることが可能だろうか。最判28年3月1日の判示は、以上のような視点からみてど

<sup>2</sup> この見解をとる学説は多数ある。例えば、米村「判批」法学教室429号54頁が挙げられる。

<sup>3</sup> 瀬川・前掲注1) 712頁

のように分析することができるか<sup>4</sup>。

本稿においては、以上のような視点を念頭において検討を進める。そして、民法 714 条の監督義務の内容を解明したうえで、さらに認知症高齢者の監督義務者が負うべき監督義務の内容を明らかにすることを目標として掲げることとする。監督義務の内容を検討するにあたっては、判例等や民法 714 条の根拠、趣旨を参考にすることにした。まずは民法 714 条の趣旨及び根拠を明らかにし、責任無能力者自身ではなくその監督する義務を負う者が責任を負うとされている理由を明らかにすることを目標として検討を行う。

## II 民法 714 条の趣旨，根拠に関する通説的見解

民法 714 条の趣旨，根拠を明らかにするにあたって，まず立法沿革上どのような考え方が採られているかを見る。そして，それを踏まえて学説上どのような考え方が提唱されているかを確認する。

### (1) 起草時の見解

まず，起草時はどのような考え方が採られていたのか。旧民法から現行民法へ移行する際の，修正理由について記載した『民法修正案の理由書』における当時の旧民法 711 条以下の説明によると，特に当時の旧 713 条の箇所において，法定監督義務者は責任無能力者が第三者に対して与えた損害について損害賠償責任を負うが，これは監督義務を怠ったという監督義務者自身の故意過失に基づく責任であることが説明されている。すなわち，不法行為一般の原則である過失責任主義に基づく責任であるとされている<sup>5</sup>。

### (2) 学説上の見解

上記起草者の見解にしたがうと，現行民法 709 条の過失責任と現行民法 714 条の責任は不法行為一般の原則に基づいている点で共通であることがわかる一方で，相違点が見出しづらい。そこで，昭和初期において，現行民法 709 条と現行民法 714 条の責任の違いを意識した学説が登場するようになる。

例えば，我妻博士の見解としては，「714 条責任と 709 条の責任の「相違」として，（中

<sup>4</sup> ちなみに最判平成 28 年 3 月 1 日の大谷意見では，民法 714 条は，損害賠償の面で，精神上の障害による責任無能力者の保護と，責任無能力者の加害行為による被害者との救済を図る規定であると述べたうえで，高齢者の認知症による責任無能力者の場合について対被害者との関係でも，損害賠償債務を負う責任主体はなるべく一義的，客観的に決められてしかるべきとする。そして，一方で責任の範囲については，心身の状況及び生活状況に配慮した注意義務をもってその責任を果たしていれば，免責の範囲を広げて適用されてしかるべきであって，そのことを社会も受け入れることによって調整が図られるものと考える，と述べられている。責任主体についての理解は異なっているが，監督義務の内容を踏まえたうえで監督義務者についての責任主体性を再考するという方向性を採用している点では，検討の方向性を同じくしている。

<sup>5</sup> 廣中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』673 頁以下（有斐閣，1987）

略) 監督義務者の過失は責任無能力者の行為について一般的な監督行為を怠ることを意味し、当該違法行為の為されることについての過失ではないこと、(中略) 監督義務懈怠の不存在についての証明責任が監督義務者に課せられていることの 2 点を挙げ、過失責任は違法行為自体についての過失がなければ責任がないということであるからこの意味では無過失責任であり、監督義務を怠るという範囲の過失を必要とする意味では責任者の意思と無関係な絶対的な責任ではないから、「中間責任」と呼ばれるとした。」と説明されている<sup>6</sup>。そして、714 条の帰責根拠に関して、ゲルマン法における家長の絶対的責任がローマ法の個人主義に影響されたものであると述べている<sup>7</sup>。

監督義務者は、自らの違法行為ではなく他者の違法行為の責任を負っている点で一般的な不法行為と比較して重い責任を負わされているといえる。そして、その重い責任の根拠は、ローマ法由来の個人主義に影響を受ける前の、ゲルマン法由来の家長の責任ということになりそうである。この点については、のちに詳しく検討する。

ここにおいては、まず上述の我妻博士の説明に登場した「中間責任」とはどのような責任であるのか、その意義を明らかにしておきたい<sup>8</sup>。

以下では、すでにした記述内容と重複する部分はあるが、改めて中間責任についての我妻博士の記述をみていきたい。

我妻『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社, 1937) 158 頁以下によれば、監督義務者の不法行為責任と一般的な不法行為責任との違いを 2 点あげている。

①要件たる監督義務者の過失は、責任無能力者の行為についての一般的な監督行為を怠ることを意味する点

②監督を怠らなかつたということは、監督義務者において挙証すべきである点

そして、「監督義務者の責任は無過失責任であろうか。過失責任とは、違法行為自体についての過失なくば責任なしということであるから、この意味では無過失責任である。しかし、監督義務を怠るという範囲の過失を必要とする意味では責任者の意思と無関係な絶対の責任ではないのだから、例えば後述の 717 条の所有者の責任とは異なる。そこで、一般には中間的責任とよんでいる。」<sup>9</sup>と述べる。我妻博士はこのように、714 条にも過失責任主義が

<sup>6</sup> 林誠司『監督者責任の再構成 (1)』北大法学論集 55 巻 6 号 2299 頁

<sup>7</sup> 上記の見解とは異なり、本条の根拠を、判断能力が低く加害行為を行いやすい責任無能力者という人的危険源の管理者の責任という、一種の危険責任に求める考え方も主張されている。例えば、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』670 頁(青林書院, 1981)

<sup>8</sup> 昨今の文献においても、基本的な性質として中間責任を挙げる点には争いが無いようである。例えば、吉村良一『不法行為法 第 4 版』193 頁(有斐閣, 2010)、潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法 第 2 版増補版』103 頁(新星社, 2009)、滝沢武川ほか『新ハイブリッド民法 4 債権各論』280 頁(法律文化社, 2018) など

<sup>9</sup> 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為 (初版)』156 頁(日本評論社, 復刻版, 1988 年)(初出, 1937)

妥当するとしうえで、一般的な過失責任とも異なることを指摘する。そして、その責任が中間的責任か無過失責任なのかという問題を、あくまで呼称上の問題と捉え、「中間」という言葉には、違法行為自体についての過失を要求しない一方で責任者との意思とは無関係というわけではない、という意味を込めていると考えられる。

しかし以下で分かるように、中間責任という用語は、論者によってその意味内容がさまざまである。

まず我妻博士は、上述のように、中間責任を違法行為自体についての過失を要求しない一方で、責任者との意思とは無関係というわけではないとの意味で考えていると思われる。あくまで呼称上の問題にすぎず、そこから立証責任の転換を意味するとの主張を読み取るのは困難である。さらに林先生の上記論文では、我妻博士の上記記述を受けて、次のように説明されている。すなわち、我妻博士が714条の責任について、「ゲルマン法流の団体本位の責任理論とローマ法流の個人本位の責任理論との妥協」と表現している点について、「この『妥協』はつまるところ、714条責任の帰責根拠が純粋な過失責任原則でもなく、家長の絶対的責任でもないということ述べるにとどまり、何故監督義務者は当該違法行為についての過失がないにもかかわらず、責任無能力者の行為についての一般的監督の懈怠について責任を負わされるのかという根本的な点については何ら述べてはいない」との説明がなされている。この説明は714条の責任根拠がいかにも不明確であるかを指摘したものとみることができ、この時点の中間責任という言葉自体からは、714条の法的性質を読み取ることができないということがわかる。

また、我妻博士の上記記述から20年経過した時点の代表的文献である松坂博士の記述<sup>10</sup>によれば、「第714条は、個人主義的過失責任の形態をとっているけれども、その過失は、当該の違法行為自体についての過失ではなく、一般的に監督を怠ることを意味し、さらに遡って、教育を怠った場合にも存在することができる。監督義務者の過失は、損害の遠いかつ間接の原因にすぎない。なお、同条は、被害者のために過失の推定を設け、監督を怠らなかったことを監督義務者において挙証すべきものとする。」とされている。このように、松坂博士も、中間責任という言葉自体から何らかの意味を導き出して714条の責任の説明を行っているわけではない。

しかし、それ以降では、我妻博士の上記説明を参照しつつ、中間責任の意味内容として「立証責任の転換」を含めることを示唆する記述も現れる。例えば、幾代博士によれば、「本条にいう監督者は、その監督義務を怠らなかったことを証明しないかぎり責任無能力者の行為について賠償の責に任じなければならない。すなわち、この責任は、責任無能力者が特定の違法行為をすること自体の予防についての過失ではなくて、責任無能力者の行動に対する一般的監督を怠ったという過失を、その根拠とするものであり、かつ、こうした過失の有

<sup>10</sup> 松坂佐一『責任無能力者を監督する者の責任』我妻選暦『損害賠償法の研究 上』161頁(有斐閣, 1957)

無については立証責任が転換されている。一種の中間的責任である」<sup>11</sup>とされている。ここでは、中間責任の意味するところとして、立証責任の転換が挙げられているように読むことができる。

このように、論者それぞれで少しずつ中間責任という用語についての見解が異なっているように読める。上記で指摘したように、昨今の文献では 714 条の責任の性質が中間責任であることについては基本的には争いがなく、その意味内容も立証責任の転換とされている。中間責任についての現在の捉え方がどの時点から登場したかは不明確ではあるが、少なくとも幾代博士が中間責任を立証責任の転換を意味する責任と考えており、この考え方が現在まで継承されているとみることになるのであろう。幾代博士がなぜこのようなとらえ方をしたのかの解明が必要であろうが、上記記述箇所に掲げられている文献の注釈は、我妻博士の上記記述と松坂博士の上記記述のみであり（もちろんほかにも注釈はなされているが、裁判例や代理監督者や失火責任についてのみである）、なぜ立証責任の転換という捉え方が可能であるかは述べられていない。

上記の検討からわかるのは、中間責任の意味内容として立証責任の転換が含まれることの根拠は明確ではない、ということである。

一方で、我妻博士の上記説明は、以後、あらゆる論者にとっての説明の基礎となっており、我妻博士の言う「ゲルマン法流の団体本位の責任理論とローマ法流の個人本位の責任理論との妥協」は、思想としてどの考え方にも共通していることが確認できる。

ただし、その「妥協」の意味は明らかにしていく必要がある。これはのちに検討する。

では次に、監督義務者が責任を負う根拠及び 714 条の責任が（現在の説明でいう）中間責任とされている根拠は何か。それは伝統的には、家長としての責任（団体主義的責任）とされている。これについて、我妻博士は以下のように述べている。「家族共同生活体は一団として社会共同生活の一員を構成するものであり、無能力者はその団体の責任において社会から利益を享受して生活するのであるから、この責任無能力者が外部に対して加害行為をなしたる場合には、その団体の代表者が絶対の責任を負うことが妥当」としている（下線は筆者による）。すなわち、責任無能力者が生じさせた危険は、責任無能力者を管理する代表者がその責任を絶対的に負うべきである、としているのである。

しかし、上記記述は昭和 12 年時点のもの、すなわち家制度の影響下の時代の記述である。したがって、下線部の部分は家制度を前提としている可能性があり、現代でも妥当するか否かに関しては別途検討する必要がある。すなわち、家制度下では、家長（家制度では戸主）が、家族の構成員に対して、場合によっては家からの追放という形も含めて管理し、同時に扶養もしていた。責任無能力者に関しても、戸主に管理されている構成員の一人であるから、

<sup>11</sup> 幾代通『不法行為』180 頁（筑摩書房、1977 年）



責任無能力者が発生させうる危険についても、危険を発生させないよう配慮すべきとする考え方が成り立つ。

家制度が廃止された現代ではこの考え方は妥当ではないかが問題とはなるが、松坂博士が指摘するように、「行為者と責任負担者との間における…（中略）…家族の関係」（松坂）を前提とする責任にすぎないという形で解釈をすれば、家族の一員が他の家族の一員の福利厚生等を図っているという関係性が一応は認められる現代においても、団体主義的責任の考え方が、714条の根拠であるということがあてはまるといってよいだろう<sup>12</sup>。

以上より、民法714条の責任が中間責任とされている意味を解明しつつ、民法714条の責任の根拠は団体主義的責任の考え方であると結論付けたが、その形は現代に至るまでに個人主義的責任の影響を受けて、監督義務者の自己責任という形で構成されている。のちの記述において、この検討を踏まえて、監督義務の内容についてさらに検討を進めていく。

### Ⅲ 監督義務の内容の検討①（判例等の検討）

1の(3)で述べたように、714条において想定されている監督義務とは、具体的にどのような義務のことを意味しているのかについて明らかにしておくなければならない。

検討の方向性としては、まず、監督義務者に該当すると判断されてきた主体（例えば、子の監督義務者としての親権者）や監督義務者に該当するか否か争われてきた主体（例えば、配偶者）を挙げて、それらの主体が法律上どのような義務を負っているか否かを検討することで、監督義務の内容を明らかにしていく。次に、判例や下級審裁判例において示されている監督義務を複数検討し、裁判所が監督義務の内容についてどのような判断を下しているかについて明らかにする。

#### (1) 監督義務者に該当する者の例<sup>13</sup>についての検討

旧民法起草以来、子との関係において、親権者及び親権を代行する者は法定監督義務者に該当するとされている。根拠は、親権に監護及び教育の義務が含まれていることである（現行民法820条、旧民法879条）。そして、義務内容としては、ある程度特定化された状況の下で損害発生の危険を持つある程度特定された行為を防止する具体的なものと、被監督者の生活全般に対する抽象的で包括的な義務の二つに大別することができるとされている<sup>14</sup>。

<sup>12</sup> 最判平成28年3月1日の木内裁判官補足意見では、昭和22年改正前民法や精神病患者監護法の下では基本的に配偶者が後見人となり、監護義務者には戸主より後見人が優先的に選任されていたことなどの根拠をあげて、「家長の責任」がわが国の法制における監督義務者の損害賠償責任の淵源ということとはできないと述べられている。

<sup>13</sup> 以下の記述は、久保野恵美子「法定監督義務者の意味」論究ジュリスト16号（2016）33頁以下を参照している

<sup>14</sup> 吉村・前掲注8）196頁

では、精神障害による責任無能力者との関係で、法定監督義務者と認められる者はどのような者か。

まず、成年後見人が候補として挙げられる。根拠は民法 858 条（旧民法 922 条）であるが、通説的見解としては、民法 858 条の義務は身上監護にかかわる事項の財産管理を行う際の指針を示すものにすぎず、後見人に対して本人の身上を監護する義務を負わせるものではないとされている。

続いて、精神保健福祉法又はその前身となる精神病者監護法及び精神衛生法にもとづく義務者が候補となる。明治時代以降、精神障害者の身上面の処遇は、財産面での保護を図る民法とは異なる、別の手当てがなされてきた<sup>15</sup>。まず、明治時代では精神病者監護法によって監護義務者の制度が創設された。その制度化では、監護義務者には、四親等内の親族が該当していた。精神障害者を監護することによって社会防衛を図りつつ、そこにおける監護が不法に行われることを防止することに法の趣旨があったことを踏まえれば、ここにおける監護には、精神障害者本人の利益を守ることに加えて、精神障害者による危険行為から第三者の利益を守るという意味での監督も含まれていたと考えられる。その後、昭和 25 年の精神衛生法では、保護義務者の制度が定められた。保護義務者の主体とされるのは、扶養義務者のうちから家庭裁判所が選任した者とされた。そこでは、精神障害者に治療を受けさせるとともに、精神障害者が自身を傷つけ又は他人に害を及ぼさないように監督する義務（自傷他害防止監督義務）が定められた（22 条 1 項）。すなわち、保護義務者が第三者の利益を守る義務を負うことが明確にされ、これにより保護義務者が法定の監督義務者に該当するとの説明がなされるようになった。しかし、時代が平成になると、平成 11 年には保護者の自傷他害防止監督義務が廃止された（ただし、精神障害者に対し、必要な場合に医療を受けさせる義務は残った）。そして後の平成 25 年には、精神保健福祉法の改正により保護者制度は廃止されている。したがって、精神保健福祉法を根拠として、従前には保護者とされていた親族が、法定監督義務者に該当するとの説明は困難となった。

他の候補として、配偶者が挙げられる。最判平成 28 年 3 月 1 日の原審である名古屋高判平成 26 年 4 月 24 日判時 2223 号 25 頁は、平成 25 年改正前の精神保健福祉法が後見人・保佐人がいない場合に配偶者を当然に保護者として、財産上の利益保護や治療等に関する義務を負わせていた点、そして、夫婦の協力扶助義務（752 条）の存在を根拠として、配偶者の法定監督義務者該当性を肯定している。しかしながらこの点については、協力扶助義務から第三者の利益を保護する義務まで導くには飛躍があると批判されている。

また、法定監督義務者や代理監督者に準ずる存在としての「事実上の監督者」を肯定する裁判例もあるが、基準の明確性に欠けるとの批判がある。この考え方については、後述の裁判例の紹介の中でも示されている。

<sup>15</sup> その歴史については、久保野恵美子「精神障害者と家族—保護者制度と成年後見」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』135 頁（有斐閣、2013）参照

これらの説明からわかるように、精神障害者との関係で、法定監督義務者に該当する主体を明確にすることは現状、困難だといえる。また、主体の特定ができない以上、上述の未成年者との関係での親権者の負う義務内容と同じようにそれを捉えてよいかが不明である。そこで次に、最高裁判所の判例や下級審裁判例から、精神障害者の事例において、監督義務者がいかなる義務を負うとされているかを明らかにしていく。

## (2) 最高裁判例、下級審裁判例からの検討

以下では、精神障害者の監督義務者の責任が争われた判例や下級審裁判例を概観し、監督義務の内容についての判断を確認する。ここでは、精神障害者の監督義務者の監督義務の内容を明らかにしていくにあたり、比較の対象として未成年者に対する監督義務の事例の判例及び裁判例も確認することとする。

また、監督義務者の責任が問題となった判例や下級審裁判例を確認するにあたって、適用条文にも注意する必要がある。すなわち、709条の適用が問題となっている裁判例であるか、714条の適用が問題となっているかを明確に区別する必要がある。そしてこの点からの比較も踏まえ、監督義務の内容の特徴を把握していきたい。

### ・709条の適用が問題となったケース

#### ①最判昭和49年3月22日（民集28巻2号347頁）

##### ア 事案の紹介

中学3年生の少年（以下、「X」という。）が新聞配達員であった中学1年生の友人を殺して現金を奪い、その友人の母親がXの両親（以下、「Y1」「Y2」という。）に対して損害賠償請求を行った。この請求に対してY1及びY2は、Xには責任能力があったので、自身らは監督義務者としての責任を負わないとの反論をした事案である。

##### イ 判断の内容

原審である広島高判松江支部昭和47年7月19日（民集28巻2号362頁）では、「民法714条は、未成年者が責任無能力者である場合、これを監督すべき義務のある親権者等においても右監督義務を怠らなかつたことを証明しない限り、右未成年者が第三者に加えた損害を賠償する責任のあることを明らかにしているが、右規定は、未成年者が責任能力者である場合、監督義務者の義務違反と未成年者の行為によって生じた結果との間に相当因果関係の存するときは右未成年者の不法行為責任とともに監督義務者についても一般の不法行為責任の成立することを排除するものではない」と述べて、XがY1及びY2の養育監護を受けている状況にあったにもかかわらず、Y1及びY2が、徐々に深まってきたXの非行性に対して適切な措置をとらず放任し、Xのさほど無理とはいえない物質的欲望をかなえてやれなかつたことによって、Xが本件犯行を行ったという因果関係を認定し、Y1及びY2の不法行為責任が肯定されている。

そして、最判昭和 49 年 3 月 22 日（民集 28 卷 2 号 347 頁）は、「未成年者が責任能力を有する場合であっても監督義務者の義務違反と当該未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうるときは、監督義務者につき民法 709 条に基づく不法行為が成立するものと解するのが相当であって、民法 714 条の規定が右解釈の妨げとなるものではない。」と述べ、原審の判断を肯定した。

#### ウ 検討

この判決における監督義務の内容の理解をめぐっては、二つの理解が対立している<sup>16</sup>。それは、親権者が日常的に未成年の子を教育し、監護すべき義務、すなわち日常の一般的抽象的な義務を監督義務の内容としているとの理解と、結果回避に向けられた具体的かつ特定の損害回避を監督義務の内容としているとの理解である。上記原審の認定を踏まえれば、私見としては、この判例だけでは、裁判所がどちらの理解にしたがっているのかは判別が困難と考える。なお参考として、上記注釈 16 に述べられている解説によれば、「本判決で認められた監督義務者の責任は、具体的な加害行為に対する予見可能性を前提に、当該加害行為を防止できたであろうと認められるような監督を怠ったことに基づく責任として認められる」とされており、後者の理解に基づく見方が妥当と述べられている。これ以降の判例では、後者の理解に則った判断がなされる傾向にあるため、その傾向を確認していく。

### ②最判平成 18 年 2 月 24 日（判時 1927 号 63 頁）

#### ア 事案の紹介

少年院を仮退院して保護観察に付されていた未成年者ら（以下、「A ら」という。）による強盗傷人事件の被害者である X が、未成年者らの親権者である Y らに対して、A らに保護観察の遵守事項を守らせること、守らせることができない場合には、A らを少年院に再入院させるための手続等を執ることを内容とする監督義務があったにもかかわらず、これらを怠って A らを放任したために、強盗傷人事件が発生したものであると主張し、Y らに対し、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

#### イ 判断の内容

最判平成 18 年 2 月 24 日（判時 1927 号 63 頁）は、以下のように判断した。すなわち、本件事件当時、A らは、いずれも、間もなく成人に達する年齢にあり、既に幾つかの職歴を有し、Y らの下を離れて生活したこともあった。そして、少年院を仮退院した後の A らの行動から判断しても、Y らが親権者として A らに対して及ぼし得る影響力は限定的なものとなっていたといわざるを得ないから、Y らが、A らに保護観察の遵守事項を確実に守らせることができる適切な手段を有していたとはいえないと判断した。そのうえで、本件事故に至るまで非行事実がなかったことや本件事故当時 Y らの下を離れて生活していたことを認定

<sup>16</sup> 久保野恵美子「判批」窪田＝森田編『民法判例百選第 7 版』180 頁（2015）

し、Yらにおいて、本件事件当時、Aらが本件事件のような犯罪を行うことを予測し得る事情があったということはできなかつたと認め、Aらの生活状態自体が直ちに再入院手続等を執るべき状態にあったということもできないと結論づけた。

#### ウ 検討

Yらに遵守事項を守らせる義務が認められるか否かが問題とされた。未成年者であるAらの年齢が19歳であったことや親元を離れて暮らしていたという事実を挙げて、Yらが親権者であるといえども未成年者に対する影響力が限定的なものとなっていると認定した。ここでは、本件事故の発生に対する予見可能性が問われていることから、親権者の一般的義務は考慮の対象となっていないとみることができる。すなわち、本判決は、結果回避に向けられた具体的かつ特定の損害回避を監督義務の内容とするとの理解に基づく判断を行っているといえる。

### ③東京高判平成15年10月29日(判時1844号66頁)

#### ア 事案の紹介

責任能力のある精神障害者であるAが隣人Xを殺害した事案において、精神障害者の同居人である扶養義務者Yに対し、民法709条に基づき損害賠償請求を行った。

#### イ 判断の内容

東京高判平成15年10月29日(判時1844号66頁)は、精神保健福祉法上の保護者ではなく、精神障害者と同居してその生活の面倒を見ているにすぎない扶養義務者が監督義務を負うか否かについて、以下のように判断した。すなわち、精神障害者に対して、その身分上又は生活上の影響力を及ぼし得ることからすると、なにがしかの監督義務を負うこともないではなく、その監督義務の違反によって不法行為が行われたとの評価を相当とする場合もあり得るものというべきと述べた。そしてそのような場合には、当該扶養義務者につき民法709条に基づく不法行為が成立すると解するのが相当であるとした。しかし、そのような扶養義務者の負う監督義務は、精神保健福祉法上の保護者の負うそれと同一ではないことには注意するべきであると付言している。

以上の判断を前提に、本件では、同居人でありかつ扶養義務者であるYについて、何らかの危害を加えるのではないかと漠然とした不安を抱いていたとしても、本件事件の発生を事前に具体的に予見することはできなかつたというべきと判断した。

#### ウ 検討

民法709条が適用される事案においては、これまで確認したような未成年者に対する監督義務が問題となった事案だけでなく、精神障害者に対する監督義務が問題となった事案においても、結果回避に向けられた具体的かつ特定の損害回避を監督義務の内容とするとの理解に基づく判断を行っていることを確認することができた。

・714条の適用が問題となったケース

④最判昭和58年2月24日（判時1076号58頁）

ア 事案の紹介

両親と同居しておりかつ心神喪失の状況にあつた精神障害者 X（当時37歳、男性）によって傷害を負わされた被害者 A が、Xの両親である被告 Y ら（老齢でその一方は1級の身体障害者）に対し、損害賠償を請求した事案である。

イ 判断の内容

最判昭和58年2月24日（判時1076号58頁）では、原審の認定した事実の要旨を確認したうえで、民法714条に基づく責任を否定した判断を正当なものとして是認した。ゆえに、以下では本判決が確認した原審の判断を記載する。

原審（大阪高判昭和56年8月28日）では、大きく次の2点が認定された。すなわち、  
1 Xは、事件当時37才で配偶者はなく、両親 Y ら及び弟と同居し、昭和52年末頃まではフオークリフトの運転手をしており、特異の行動をとるようなことはなく、昭和53年2月頃から人の後を追いかけて、殺してやる、火をつけてやると大声でわめいたり常軌を逸した行動をとり、付近住民に不安感を与えるようになったこと、  
2 Xの父である Y 1 は、事件当時76才で視力損失による一級の身体障害者であり、母である Y 2 は、65才で日雇をしているところ、Y らは X が成人した後においては X を監督していたことは未だかつてなかったが、食事のことで X から乱暴されたりして、本件事件発生前に娘らと共に警察や保健所に X の処置について相談に行ったりしたこと、  
の2点である。

そして、「民法714条2項は、もともと法律上ないし契約上で監督義務を負う者を予定しているのであるが、右義務者でなくても社会的にそれと同視しうるような者にも事実上監督する者として右条項を適用するのが相当である。」との基準を述べた。そのうえで、上記事実を踏まえて以下のように述べた。すなわち、Y らは、X の最も身近な扶養義務者であり、現に X の異常な行動に配慮していた者ではあるが、およそ精神障害者の処遇は未成年者の処遇とは異なる困難さが伴うことは明らかであるところ、X の行動にさし迫った危険があった訳ではないが、X の経歴、年齢、Y らの年齢、職業、心身の状況等からみて、X の異常行動の監督が Y らに容易であつたとはいえず、Y らが精神衛生法上の保護義務者になるべくして、これを避けて選任を免れたものともいえないから、Y らを法律上の監督義務者と同視しうる者とはいえないと結論付けた。

ウ 検討

本件における被告たる両親 Y らは、精神衛生法上の保護義務者には選任されていなかった。ゆえに、Y らは法定監督義務者には該当しなかったため、本件では Y らが事実上の監督義務者に該当するかが争われている。その該当性判断においては、Y らが X の扶養義務者であつたという事実だけでなく、監督者及び被監督者の年齢や心身の状況等の事情から、

X の異常行動の監督の容易性が肯定されるか否かという観点から判断を行っていることがわかる。そして、判断の際には、精神障害者の監督には未成年者とは異なる困難性が伴うことも確認されている。すなわち、監督義務者該当性の判断において、監督の困難性が考慮されているといえる。

#### ⑤仙台地判平成 10 年 11 月 30 日（判時 1674 号 106 頁）

##### ア 事案の紹介

統合失調症で被害妄想のある X が被害者 A（かつて自身が働いていた会社の代表取締役）を殺害し、A の遺族らが X の父 Y に対して、民法 714 条に基づき損害賠償請求を行った事案である。

##### イ 判断の内容

以下のように述べ、精神保健法という保護者の負う監督義務の内容の特徴について触れている。まず、被監督者である精神障害者が、多くは通常の意志疎通が困難なため、訓戒や説諭で行動を統制することも難しいこと、精神障害の治療の観点からも精神障害者への働きかけには限界があること、明確な治療法が確立されておらず、場合によっては長期間の監督を要し、しかもその期間についても全く予測ができず、監督義務者にかかる精神的な負担が大きいこと、また、精神障害の存否、程度の判定は多くは困難を伴い、そのため、監督義務者が適切な監督手段を講じようとしても、社会的な圧力により、不可能になることがあり得ることから、その範囲にはそれ自体内在的に制約があると言わざるを得ない。それだけではなく、精神医療ないし精神医療行政の実情、精神障害に対する情報の不足及びこれに起因する精神障害ないし精神障害者への誤った認識や偏見の存在等、精神障害者及びその監督義務者や家族を取り巻く環境には厳しいものがあり、監督義務の範囲については、前記の内在的な制約に加えて、社会的な環境による限界があることをも考慮に入れる必要があることは否定できない。

そして、そのうえで、保護者の負う監督義務の内容について以下のように述べる。すなわち、以上のような制約があるにしても、保護者は、可能な限り、精神障害の具体的内容につき正しい理解をし、精神障害者の治療経過をよく観察し、主治医等の関係機関とよく相談するなどして、精神障害者の治療を援助するとともに、精神障害者の自傷他害の危険を防止するため必要な措置を模索し、できる限りの措置をとるよう努力することは可能であり、保護者は、最低限、右のような努力をする義務を負っているといえる。

そして、具体的な事実関係については、X の異常な言動及び X が治療を要する状況であったことを Y は把握しており、X による自傷他害の具体的な危険を予見して、関係機関に相談に行くべき義務があったとし、にもかかわらず Y は関係機関と相談等を行っていなかったことを認定した。

##### ウ 検討

本判決は、保護者が民法 714 条の監督責任を負うかについて以下のように判断した。すなわち、保護者は、精神障害者にとって強制入院となる医療保護入院の同意権を有し、精神保健法 23 条の診察の申請を行うことで、措置入院を促すこともできるなど、精神障害者の自傷他害行為を防止するための実質的な手段が与えられているとみた。そのうえで、保護者は民法 714 条にいう監督義務者にあたるとした。個別具体的な事案における結果の妥当性は、民法 714 条の免責事由の判断において、保護者と精神障害者の実際の関係や、保護者が実際にどの程度の監督が可能であったか等を考慮することではかることにも言及している。これらから、精神障害者の事例における保護者には、自傷他害の防止を中心とした監督義務があるとしており、精神障害者に対する包括的、一般的な監督が求められていることを示唆しているといえよう。

なお、本判決は、保護者が負う民法 714 条の監督義務について、保護者が民法 714 条の監督義務者に当たるとの従来結論を確認するだけでなく、義務内容の限界に言及している点が重要だとされる<sup>17</sup>。具体的には、精神障害者の監督には、精神障害者との意思疎通が困難なことや保護者にかかる精神的な負担、精神障害の存否・程度の判定の困難、精神障害者及び保護者や家族を取り巻く厳しい環境による限界があることなどを考慮に入れたうえで、その義務内容を決定する必要があるとした。そして、限界の範囲として、保護者は、精神障害者の治療の援助と精神障害者の自傷他害の危険を防止するため必要な措置を模索し、できる限りの措置をとるよう努力する義務を負うとした。そのうえで本件では、危険な状況を認識しながらも、関係機関への相談を行っていないといった事情を挙げて、監督義務を尽くしていなかったと結論付けている。本判決の示した内容は、後述のように、本稿の結論を導くうえでも重要な内容である。

#### ⑥東京地判昭和 61 年 9 月 10 日（判時 1242 号 63 頁）

##### ア 事案の紹介

アパート賃貸人の息子 X が統合失調症で、退職して家事手伝いをしていたが、賃借人 A が自己のことを馬鹿にしたとの妄想を抱き A を文化包丁で殺害。賃借人の両親 B らが賃貸人夫妻 Y らに対して民法 714 条 2 項に基づき損害賠償請求。

##### イ 判断の内容

まず原告 B らは、Y らが X の扶養義務者であって精神衛生法 20 条による保護義務者に該当することから、Y らは民法 714 条 1 項の責任を負う旨主張した。この主張に対し、本判決は以下のように判示した。すなわち、精神衛生法 22 条は、保護義務者に対し、精神障害者に治療を受けさせるとともに、精神障害者が自身を傷つけ又は他人に害を及ぼさないように監督し、且つ、精神障害者の財産上の利益を保護すること等の義務を課しているところ

<sup>17</sup> 判例タイムズ 998 号 211 頁参照



ろ、精神障害の疑いのある者が真に同法三条にいう精神障害者であるかどうかは専門医学的な判断を経てはじめて判明することがらであるから、前記法条による保護義務者としての義務も医師による右判定以前に発生するものではないと解するのが相当である。本件において、Xが本件犯行以前に医師により精神衛生法 3 条にいう精神障害者であると判定されたことの主張、立証はない。よって、原告らの主張は失当であるとした。

そして次に、Yらが精神衛生法 20 条による保護義務者ではないとしても、同居の実父母として精神障害者であるXを事実上保護監督すべき地位にあることにより、社会的にみて右保護義務者に準ずる者として民法 714 条 2 項の責任を負うというべきかが問題となると述べ、この問題について以下のように述べた。すなわち、前記精神衛生法の趣旨からすれば、扶養義務者であることから直ちに右監督義務が認められるのではなく、少なくともYらが、Xが精神分裂病に罹患していることを知りながら、病院に入院させる等の適切な措置をとらず放置したという事情、あるいは右罹患の事実及びXの行動に本件犯行のさし迫った危険があることをきわめて容易に認識しえたという事情が存することが必要であると解するのが相当である、という判断を示した。そのうえで、具体的な事実関係については、包丁の保管状況に異常性がなかったこと、Xの年齢を踏まえれば包丁を探し出すまでの義務がYらにあったとはいえないこと、YらからみてXが精神分裂病に罹患していると認識すべき状況が認められないことから仮に包丁を発見してもさし迫った危険性を認識すべきといえない、と判断した。

そして以上によれば、YらはXが精神分裂病に罹患していることを認識しておらず、また右罹患の事実及び同人の行動にさし迫った危険があることを容易に認識しえたという事情はないから、Yらに事実上の監督者として民法 714 条 2 項の責任を問うことはできないと結論付けた。

#### ウ 検討

本判決は、保護義務者該当性を否定し、事実上監督する者として責任を負うかが問題とされた。責任を負うかの判断においては、まず、精神衛生法 22 条の規定から、保護者が精神障害者に対する包括的、一般的な監督義務を負っていることを指摘している。そして、事実上の監督義務者に該当するかを判断するにあたっては、精神病に罹患していたことについての認識を有したうえでの適切な措置の履行の有無、あるいは犯行に及ぶ危険性の認識が容易であることの有無といった事情を要するとしている。すなわち、事実上の監督義務者に該当する場合を、特定の事情を要求する形で限定しているといえる。

### ⑦福岡地裁小倉支部昭和 56 年 8 月 28 日（判時 1032 号 113 頁）

#### ア 事案の紹介

Xが教室内で画びょう付き紙飛行機を飛ばし、同級生Aが負傷したため、加害者児童の両親Yらに対して損害賠償請求がなされた事案である。同校においては放課後児童が居残っ

て学習のみならず漫画本を読んだり遊戯をしたりすることもあったが、教諭及び学校も一応放課後の速やかな帰宅を建前としながらも必ずしも厳格に実行せず、事実上居残りを黙認する姿勢をみせていた。

#### イ 判断の内容

まず、監督義務の内容として、民法 714 条 1 項にいう児童の行為に対する父母の監督義務とは具体的、現実的な義務に限定されるものではなく、児童の生活全般に関する一般的、基本的な義務をその内容とするものである、と述べた。

そして事実関係については、Yらが平素父母としてXに対し一般的、基本的に違法行為防止の義務を尽していたことは認められず、本件事故はXが教諭の指示を無視して居残ったことから生じた点及びAらの制止を無視して他の児童の危険な遊びに無反省に同調した点に着目すれば、Yらが父母として平素から一般的な監督義務を怠らなかったとは認められないと述べ、責任を肯定した。

#### ウ 検討

父母の児童に対する義務は、具体的、現実的な義務に限定されないことを明示したうえで、一般的、基本的な義務を内容とするものであるとしている。いわゆる一般的な「しつけ」の範疇に入るような義務は当然親権者としての監督義務に含まれると判示したものだと考えられる。

#### 小括

民法 709 条に基づく請求の場合と民法 714 条に基づく請求の場合の比較からわかることは次のとおりである。すなわち、前者は、責任能力のある者が加害行為を行った事例において、ある程度特定化された状況下で、損害発生の危険を持つ、ある程度特定化された行為を被監督者がすることを予見し、且つその危険を防止するように監督すべき義務（具体的加害行為に関連付けられた監督義務）を、①の判例の段階では明確ではなかったものの、②及び③からわかるように、基本的には判断の対象としていることがわかる。そして、その判断は、精神障害者のケースと未成年者のケースにおいても変わらないことも確認することができた。

後者は、責任無能力者が加害行為を行った事例においては、被監督者の自傷他害の防止を中心として生活全般にわたって監督をする義務（一般的監督義務）の有無が判断の対象としており、一定の監督義務の内容を前提として、どの主体が監督義務者に該当するかが争われている。もしくは、⑦のように、監督義務者に該当することは争わず、監督義務を怠らなかったかが判断の対象とされている。

また、精神障害者事例と未成年者事例での差異も存在していることが分かった。すなわち、④の、およそ精神障害者の処遇は未成年者の処遇とは異なる困難さが伴うことは明らかである、という指摘や、⑤の裁判例の指摘する、精神障害者に対する監督の限界の指摘から、

裁判所は、監督の困難性を認めているということがわかる。そのうえで、裁判所は責任の認定において、様々な事情を考慮したうえで、入院等の措置や関係機関への相談の有無や、危険性の認識が「容易」であったかという点を要求することで、事実上、監督義務者としての責任が肯定される場合を限定している姿勢にあるといえそうである。ただし、そうした具体的な事情を要求するということは、精神障害者の加害行為の場合の責任の認定において、民法 709 条に基づく責任を認定する方法と、民法 714 条に基づく責任を認定する場合とで、その方法が接近するということになる。実際に、「この点では、民法 714 条の責任は 709 条の責任に近づくのであるが、なお、具体的な加害行為それ自体について過失がなくても、監督の懈怠を理由に責任の認められる点で 709 条の責任とは異なるのである」<sup>18</sup>との指摘もなされている。

そのような指摘とは別に、明らかになった点もある。それは、精神障害者の事例において監督の困難性は認められているとしても、監督義務の内容を事案に応じて判断するということは行われていないという点である。すなわち、判例は、一定の義務内容を提示したうえでどの主体が監督義務者もしくは事実上の監督義務者に当たるかの判断のみで一貫しているということである。ただし、⑤の裁判例においては、義務内容の限界に言及されており、監督の困難性を認めたとうえで、監督義務の内容の範囲に対して制約を認めようとする姿勢の存在も指摘することができる。この指摘は、後述の検討において重要な意味を有する。

#### IV 監督義務の内容の検討②（責任の根拠論からの検討）

前述したように、714 条の定める責任は、自らの違法行為ではなく他者の違法行為の責任を負っている点で、一般的な不法行為責任と比較して重い責任といえる。そして、その責任の重さの根拠は、ゲルマン法由来の家長としての責任、すなわち団体主義的責任であったと上記で述べた。ここでは、714 条責任が重い責任であることの根拠たる団体主義的責任を理解するとともに、団体主義的責任からはどのような義務の存在が監督義務として導かれるかについて検討する。さらに、このような監督義務の内容の考え方は、すでに見た判例、裁判例とも整合的であるかについても確認したい。

まず、「団体主義的」な責任の意味を明確化する。これについては、我妻博士が言及して以降、明確化されたことはないと思われる。監督義務の内容を検討するうえでその明確化は避けては通れないと考えるため、この時点で明確化しておきたい。松坂博士によれば、ゲルマン法では、人は、その生活圏から生ずるところの他人の損害について、責に任じなければならないという法思想が存在していたとされる<sup>19</sup>。そして、私見では、ここにおける「生活

<sup>18</sup> 判例タイムズ 495 号 79 頁

<sup>19</sup> 松坂佐一『責任無能力者を監督する者の責任』我妻遯『損害賠償法の研究 上』151 頁（有斐閣、1957）

圏」内での日常生活を保障しているのは、個人が所属している団体であると考え。そうであるならば、生活圏から生ずるところの損害について責に任ずることとされている意味を、人が日常的な関わり合いをしている中で発生した損害は、その日常を保障している、家族をはじめとする所属団体が負担すべき、と捉えることができる。団体主義的な責任については、本稿では以上のような責任として考えることとする。

以上を踏まえると、我妻博士のいう、団体主義的責任とローマ法の個人主義的責任の妥協とは、次のように考えられる。まず、団体の構成員が生じさせた損害はその所属団体の代表者が負担すべきとの考え方が団体主義的責任からは導かれる。そのうえで、個人主義的な責任の思想に影響された結果、団体の代表者が団体の負うべきとされる一般的、包括的な監督義務に違反した場合に限って、代表者が個人として責任を負うという形で上記団体主義的な責任が再構成された、という意味で上記妥協の意味を解釈することができる。

そして、ここでの一般的、包括的な監督義務というのは、伝統的な団体主義的責任の考え方を参考にすると、特定の団体における日常的な人や物との関わり合い全般に対して課される監督義務と捉えるべきである。例えば、家族と子供という関係においてであれば、家族という団体に通常想定される日常的な構成員同士のやり取りの中で課される義務（例えば、他人を傷つけないよう監視する義務、子供のしつけをするという義務）が、家族に課された監督義務ということになる。そして、家族に課された監督義務は、家族という団体に代わって家族の代表者が責任を負うこととなる。家族の場合、代表者は伝統的には戸主とされることが考えられるが、ここでの代表者は、単なる家の代表者と捉えるべきではなく、監督義務を負うという観点から見た場合の代表者と捉えるべきである。このように捉えることにより、戸主だけでなく、後見人といった主体が責任を負うことになる。

以上からすると、714条1項において想定されている監督義務者というのは、特定の団体における日常的な関わり合い全般について監督する義務を負っている代表的な主体ということになる。

では、このような監督義務の内容の考え方は、すでに見た判例、裁判例の監督義務の内容と整合的か、すなわち判例、裁判例からも正当化されるかを確認したい。

判例及び裁判例について確認した際の小括において、714条の適用に際して未成年者の事例と精神障害者の事例においては、裁判所の姿勢に差異があることを指摘した。すなわち、精神障害者の事例においては、監督の困難性を認めただうえで、監督義務の内容の範囲に対して制約を認めようとする姿勢がみられるという指摘である。この点は、まさに714条の監督義務を、「特定の団体における日常的な関わり合い全般について監督する義務」としてその義務内容の範囲を捉える私見と整合的である。精神障害者事例の場合、保護者としての義務を完全に履行しようとするならば、精神障害についての専門性を有していないにもかかわらず常にその病状を把握し、関係機関に対する連絡等をいつでもできるような状態に自らを置いておく必要があるが、これは保護者側の日常生活を著しく困難なものとする。裁判

所は、まさにこれを問題視したうえで、加害行為に出る危険性を容易に認識することが可能であったかといった事情を要求し、保護者の日常生活と保護者として果たすべき義務の両立の可能性を模索しようとする姿勢がみられる。これは、日常的な関わり合いの範囲で監督義務の内容を決定する私見と、方向性を同じくしていると評価できる。

以上から、上記で検討した監督義務の内容は、従来の裁判例からみても整合的な考え方であるといえる。

## V 最判平成 28 年 3 月 1 日の評価及びそれを踏まえた監督義務の検討

714 条の枠組みには基本的に変化がみられない一方、社会のありようは大きく変化している。本稿のテーマとの関係では、立法当時の家族像と現代の家族の在り方の違いは無視できない。特に、平均寿命の伸長化と介護保険の登場（1997 年）に代表される形で、家庭において介護を行うことが増加し、高齢化に伴う認知症の発症の危険性が社会における共通認識となり、高齢者・認知症介護の社会問題化が生じている点は重要である。子どもに対する監督の内容として、育児や教育を行うことが時代を超えて一貫して求められており、大きな変化がないのと異なる。すなわち、監督義務の内容を考えるにあたっては、未成年者と認知症高齢者では区別して考える必要が生じている。

### （1）最判平成 28 年 3 月 1 日の評価

では、本稿が提示した監督義務の内容の考え方からすると、最判平成 28 年 3 月 1 日の判例に対してどのような評価を行うことができるか。

最判平成 28 年 3 月 1 日の事例は、認知症高齢者の介護がなされていた事案であった。被介護者を高齢者とする介護においては、家庭に重い負担がのしかかることはめずらしくない。また、介護福祉士や介護支援専門員といった国家資格が設けられていることからしても、介護を十全に行うためには、専門的な知識、能力が必要であることがわかる。ここから、高齢者に対する監督の困難性が基礎づけられ、それは、家庭における日常的な関わり合いについて通常課される義務を越えたレベルの義務が介護においては要求されていることを意味している。さらに、被介護者が認知症である場合、監督者と被監督者間での意思疎通が困難になるといったケースが考えられるため、監督義務の内容の要求レベルは一段と向上し、監督の困難性もより増すこととなる。にもかかわらず、最判平成 28 年 3 月 1 日は、「責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合」と判示しており、責任無能力者が認知症高齢者の場合であっても、第三者に対する他害防止義務を緩和することなく要求している。認知症高齢者の事案において、監督義務の内容として第

三者に対する他害防止義務を認めることには慎重になるべきであり、監督の困難性を考慮せずにそれを要求することは妥当ではない。

## (2) 最判平成 28 年 3 月 1 日の評価を踏まえた、監督義務の在り方の検討

最判平成 28 年 3 月 1 日は、上記引用部分を準監督義務者の判断の基準として、本件では監督の可能性等を認定できる事案ではなかったため上記特段の事情の存在が否定され、結論として責任が否定されている。しかし、第三者に対する他害防止義務を認知症高齢者の事案で要求するべきかについてそもそも慎重になるべきではないかという点が、本稿が提示したい視点である。すなわち、特定の監督義務を担う主体に特定の者が該当するかを判断するという視点だけでなく、身近な者がどのような内容の監督義務を負っているとみるべきなのか、監督義務の具体的な内容を検討するという視点を持つべきである。特に、認知症高齢者のケースでは重要な視点であると考えられる。最低限要求される育児や監護の内容が家族ごとに異なることがない、未成年者が被監督者となる事案とは異なり、認知症高齢者の場合は、被監督者や監督者の特性、家族の状況が大きく異なることから、監督義務の内容を一概に考えることは妥当ではない。これは、従来の裁判例では明確には意識されてこなかった点と考えている。そして、そういった視点を要求することは、精神障害者の事例において監督義務の内容の限界が従来の裁判例において指摘されていたことからして、取り入れることが可能な視点ではないかと思われる。また、このような視点が考慮された形で監督義務の内容の判断がなされることによって、監督義務者に過大な負担の義務が課されることはなくなり、公平な形で責任の分担がなされる形に近づくことになる。

なお、監督の困難性は、精神障害者のケースを参考にすると、監督する者と監督される者の年齢や体調、症状の深刻さの程度や自傷他害防止義務を実践するにあたっての適切な手段の有無や手段の存在についての認識、手段を講じることの困難性といった要素から認定していくことが考えられる。具体的には、自傷他害防止を内容とする監督義務を基本内容としつつ、監督の困難性がどの程度認められるかに応じて、監督義務の要求の程度を緩和していくという考え方がありうる。

認知症高齢者の事案においては、上記の形で認定された監督の困難性を踏まえ、監督義務の内容を決定し、それを引き受けたとみることができる者がいたか否かを問題とするべきである。すなわち、特定の者に「監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合」には、その者が事実上の監督者として責任を負うことになる。

以上が本稿の示したい結論である。本稿の結論が従来の判例に反するものではないことは確認できるが、上記考え方、特に監督義務の内容や困難性の考慮に関する考え方についての理論的な根拠を明確にすることはできなかった。この点は、残された今後の課題である。

## VI 救済の可能性（補論）

以上においては、監督義務者の視点から、責任分担の公平性を検討してきた。一方、被害者側の視点での検討を行う必要もある。具体的には、認知症高齢者の加害行為について、監督義務者の責任が認められたにもかかわらず経済的な理由で賠償がなされない場合は、被害者側の泣き寝入りという問題が生じてしまう。このような問題に関して、精神障害者の事例でありかつ責任が否定されたケースについてであるが、「加害者の近親者に損害賠償義務が認められない場合、被害者はなんらの救済を受けられないという事態が生じうるけれども、その根本的な原因は、精神障害者という疾病が、他の疾病と異なり、人格すなわち、社会的な存在としての人間性の障害であって、事故は人災というよりも人間によるコントロールの不可能な天災に近いものであることによるのである以上、やむをえないものというほかないであろう。」との指摘<sup>20</sup>も見られる。しかし、これには賛成できない。被害者救済の観点も重視されるべきであり、これによって公平性が実現する場合も考えられる。そこで、これらの事態に対してどのような救済の手段があるかについて、手段としての方向性を考えてみたい。

まず考えられるのは、加害者、被害者がそれぞれ保険に加入するという方法であろう。しかし、これはあくまで個人が責任を負担するという性格が強く、公平性の観点からは不十分な可能性もある。

上記を踏まえ、注目されるのが、地方自治体が実施する保険制度である。施策を全国に先駆けて実施している神戸市では、「神戸モデル」と呼ばれる、認知症診断制度と事故救済制度からなる制度を立案した<sup>21</sup>。この制度においては、認知症の診断を促進させるとともに、認知症と診断された場合は、個人賠償保険に加入することが可能となっている。なお、その保険料は自治体負担とされており、加入者個人に保険料は発生しない。認知症と診断された者が事故を起こした場合、最大 2 億円までの保険金が支払われることになっている。このような制度は、社会における損害の分担がはかられた制度といえる点で理想的であるが、「神戸モデル」も令和元年から開始された制度であり、全国的にも普及していない状況にある。多くの自治体で制度が普及していくことが望ましい。

<sup>20</sup> 匿名記事 判例タイムズ 495 号 79 頁

<sup>21</sup> 神戸市 HP 特設サイト参照([kobe-ninchisho.jp](http://kobe-ninchisho.jp))  
(2021 年 1 月 7 日閲覧)

## VII おわりに

このリサーチペーパーを書くに当たっては、認知症高齢者の介護の過酷さが常に念頭にあった。それを受け、家族をはじめとする介護従事者に対して、不公平な形で重い法的責任が課されないような714条の解釈を模索することを目指した。そして、最判平成28年3月1日を土台として考え、その結論を上記で示した。仮に、法的責任が問われる可能性を理由に、世間が介護に対して過度に萎縮的になり、例えば病院や施設が認知症高齢者を受け入れることに対して消極的になってしまうようなことになってしまえば、まさにそれは絶望的な状況であろう。ゆえに、認知症高齢者が引き起こした損害が介護従事者と社会全体で適切に負担できるような制度設計が目指されるべきであるとの判断に基づき、一貫して執筆<sup>22</sup>を行った。具体的な検討が不十分な点もあるが、このリサーチペーパーにおいて新しい視点を提供することができていたら幸いである。

<sup>22</sup> 文献の調査をするにあたり、以下のような主張があった。その主張は、つまるところ「不法行為責任を追及し、金銭賠償を得るといった形で被害者救済を図るという伝統的な手法は本当の意味での救済にはならない。大きく考え方を変えて、被害者救済なしという原則を立てると社会はどう変わるだろうか。認知症患者が危険な行動をしている場合、それはまさに社会の関心事となる。誰が被害者になるかわからず、被害者になっても救済がないとすればそれはみんなの関心事となり、みんなの力で事故を防止しようとする社会的規範を生むかもしれない。おそらく、日本が直面する超高齢化社会や人口減少社会は、このような新たな社会的連帯を必要としている」という主張である。(詳しくは、樋口『「被害者救済と賠償責任追及」という病』(法曹時報68号(2016)2731頁以下)を参照していただきたい。)

伝統的な不法行為の考え方からすれば受け入れづらい主張であろう。同時に、不法行為法の制度そのものについて転換を迫る主張でもある。このような提言に対して応答すること、そして、そのような大きなテーマについて議論することは筆者にはできないが、このような主張に触れたことによって、本稿が扱った判例が、不法行為法の制度の根底にもかかわっていることを実感することができた。今後、不法行為法の制度の在り方についても理解を深め、上記の主張に対しての自分の立場や主張を明らかにすることを目指したい。

また、本稿には比較法視点が欠落してしまっている。最判平成28年3月1日は、714条の制度設計についても問題提起を投げかけた判例と評価されている。判例の登場を受けて、比較法的な視点から制度の分析を行った論文も存在する(例えば、窪田充見「成年後見人等の責任」水野紀子=窪田充見編『財産管理の理論と実務』87頁(日本加除出版、2015)など)。本稿ではそのような分析にまでは及ばなかったが、取り組むべき分析には違いない。本稿において登場したゲルマン法からの視点やローマ法からの視点についても、比較法的な分析を駆使すればより説得力ある記述にすることができたかもしれない(あるいは、本稿の記述の批判となるかもしれない)。



# 判決の不当取得に対する救済について

一橋大学法科大学院 2021 年度修了 黒澤陸人

## I. はじめに

## II. 判例・裁判例の分析

## III. 学説

## IV. 検討

## V. おわりに

### I. はじめに

確定判決を不当な手段により取得された者に対する救済はいかなる方法によるべきか。この問題は、前訴で敗訴した者がその不当を主張して、後訴において不法行為に基づく損害賠償請求(以下、単に「損害賠償請求」ともいう。)をなし得るかを中心に確定判決の騙取の問題として論じられてきた<sup>1</sup>。後訴請求が認められ得るかにつき、判例は厳格な要件のもとではあるが積極的に解している。しかし、判例法理の理論的根拠は明らかではなく、その要件についてもさらなる検討が必要である。

後訴請求の可否は、前訴既判力との関係で問題となる。前訴判決に基づき債権の満足を得た者に対する損害賠償請求を認めるのであれば、それは実質的に前訴判決の否定である。このため、既判力による法的安定性と判決の実体的正当性のいずれを重視するかの問題として議論されてきたのである<sup>2</sup>。現在では既判力の正当化根拠として当事者に対する手続保障が重視されるようになり、判決の手続正当性の観点も加味して議論すべきことが指摘されている<sup>3</sup>。この流れの影響か学説上も積極説が有力化している。しかし、理論構成・要件ともに多種多様な見解が主張されており一致をみない。

<sup>1</sup> この問題について扱う代表的な論考として、小野木常『訴訟法の諸問題』(有信堂、1952)65頁以下[初出:論叢45巻6号(1941)722頁以下]、上田徹一郎「騙取判決の既判力と不当利得」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究3』(有斐閣、1972)265頁以下、紺谷浩司「確定判決の無効と詐取(騙取)」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟法7上訴・再審』(1985、弘文堂)355頁、河野正憲「詐取判決の既判力」同『当事者行為の法的構造』(1988、弘文堂)323頁以下、岡田幸宏「判決の不当取得について(一)～(四)完」名古屋大学法政論集133号(1990)71頁以下・同134号385頁以下・同136号(1991)381頁以下・同137号437頁以下、石川明「不当取得判決とその救済」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新(下)』(有斐閣、1991)1頁以下、加波真一「再審制度と既判力の制約(判決無効)論」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、2002)861頁以下、小林秀之「司法改革の影と横断的考察」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策(上)』(商事法務、2008)387頁以下、本間靖規「判決の不当取得」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座〔第3期〕6上訴・再審・少額訴訟と国際民事訴訟』(2013、日本評論社)219頁以下、上田竹志「誤った判決」についての一考察—再審事由との関連から—高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』(有斐閣、2018)805頁以下がある。

<sup>2</sup> 中野・後掲注(8)117頁は「究極的には、確定判決の既判力による法的安定性と、判決の正当性のいずれに重きをおいて考えるべきか、という点に帰着する」とする。上田・後掲注(8)11頁、石川・前掲注(1)6頁も同様の整理を行う。

<sup>3</sup> 本間・前掲注(1)220頁。

本稿はこの問題につき判例・学説の議論状況につき理論的検討を行い、そのうえで今後の積極説の可能性を要件・運用の面から検討を加えるものである。

## II. 判例・裁判例の分析

### 1. 概観

最判昭和 44 年 7 月 8 日民集 19 卷 1 号 166 頁(以下「昭和 44 年判決」という。)は判決の不当取得に対する救済方法としての後訴損害賠償請求の余地を認め、この問題につき積極説に立つことを明らかにした<sup>45</sup>。昭和 44 年判決は「判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によつて相手方が訴訟手続に参与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ない、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行した場合」に不法行為による損害賠償請求をすることは妨げられないとした。後述のとおり、昭和 44 年判決は作為または不作為によつて相手方が訴訟手続に参与することを妨げる類型(以下「①類型」という。)、虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行なう類型(以下「②類型」という)を示すものである。下級審では特に②類型について「明白に公序良俗違反を認めうる場合」といった限定を付す傾向が見られ<sup>67</sup>、厳格に判断

<sup>4</sup> なお、大審院時代の判例は積極・消極に分かれていた。積極説を採用したものとして大判大正 2 年 3 月 31 日刑録 19 輯 430 頁があり、消極説を採用したものとして大判明治 38 年 2 月 27 日民録 11 輯 216 頁がある。その他の大審院判例については河野・前掲注(1)326 頁以下、本間・前掲注(1)223 頁以下、曾田・後掲注(8)279 頁以下を参照。曾田 280 頁は、肯定判決で不当判決とされたのは行政裁判所の判決でありその先例性を制限すべき特殊の事情があるとしている。なお不当利得返還請求については、大判明治 38 年 2 月 2 日民録 11 輯 102 頁が否定している。

<sup>5</sup> 昭和 44 年判決以前の下級審裁判例としては、旧訴の当事者が別訴により旧訴の確定判決の当否の判定を求め、その確定判決により被った損害が結局旧訴における相手方の虚偽の供述の結果であるとしてその賠償を求める訴を提起しても、その既判力を覆すことができない以上、因果関係がなく認められない、として消極説に立った大阪高判昭和 43 年 8 月 31 日判例時報 547 号 72 頁が挙げられる。神戸地裁伊丹支判昭和 43 年 11 月 30 日判例時報 548 号 74 頁(評釈として齋藤秀夫「判批」判例評論 126 号(1969)29 頁以下)は、後訴損害賠償請求は刑事上有罪判決が確定するなど明白に公序良俗に反する訴訟行為であると認められる場合以外は既判力により認められないとし、例外の余地を認めている。

<sup>6</sup> 東京高判昭和 45 年 10 月 29 日東京高等裁判所判決時報 21 卷 10 号 225 頁は「虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔した場合に不法行為による損害の賠償を請求しうるためには、相手方の裁判所を欺罔する不正行為が刑事上詐欺罪の有罪判決が確定するなど明白に公序良俗に違反する訴訟行為による不法行為の成立が認められる場合に限られると解するのが相当であって、事実審において攻撃防禦を尽くす機会を与えられながら遂に偽証を打ち崩すことができず敗訴し、新訴において単に相手方の偽証を攻撃するに過ぎないようなものは含まれないというべきである。」とする。名古屋地判昭和 46 年 4 月 27 日判例タイムズ 264 号 230 頁、東京地判昭和 46 年 9 月 20 日判例タイムズ 272 号 335 頁も同様である。那覇地判平成元年 12 月 26 日判例タイムズ 733 号 166 頁(評釈として上田徹一郎「判批」私法判例リマークス 3 号(1991)138 頁以下)も方向性は同様であるが、再審の補充性への対応という点で踏み込んだ判断をしているものと評価されている(上田・140 頁)。いずれも要件不充足により後訴請求が棄却されている。その他、下級審裁判例については岡田・前掲注(1)133 号、本間・前掲注(1)232 頁注 15 に詳しい。

<sup>7</sup> 近時の②類型の肯定例として東京高判平成 31 年 4 月 24 日金融商事判例 1577 号 18 頁(評釈として岡田幸宏「判批」私法判例リマークス 61 号(2020)122 頁以下)がある。事案は以下の通りである。X(原告・控訴人・前訴原告)が Y1 会社(被告・被控訴人・前诉被告)と Y2(被告・被控訴人・前诉被告)に対し、X と Y2 の間の Y1 会社株式譲渡は仮装譲渡であり X が Y1 の株主であることの確認を求める前訴を提起した。X は証拠として Y2 作成の仮装譲渡である旨明記された本件念書の写しを提出したが、原本は紛失により提出できなかった。前訴棄却後、X は本件念書の原本を発見し、Y1 が前訴で本件念書の原本は存在せず Y2 がこれを作成したことはない旨の虚偽の主張立証をして裁判所を欺罔し、その旨錯誤に陥らせ、請求棄却判決を騙取しており不法行為にあたるとして本件訴訟を提起した。

本判決は、まず Y が X の権利を害する意図の下に、本件念書の存在等につき虚偽の事実を主張・立証して前訴裁判所を欺罔するという不正行為を実行したとする。さらに本件念書の原本の存在と成立に争いがなければ、格別の反証がないかぎり、本件株式譲渡が仮装譲渡であることが認定され、X の前訴請求が認容されるべきであり、本来あり得べからざる内容の確定判決であったとする。そして「Y1 は、X の権利を害する意図の下に、本件念書の写しは X の合成によるものである旨虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔し、その結果本来あり得べからざる内容の確定判決を取得したものと見える。Y1 の上記行為は、著しく正義に反し、前訴の確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容

されていた。最高裁判例としては、①類型について最判平成 10 年 9 月 10 日集民 189 号 703 頁（以下「平成 10 年判決」という。）、②類型について最判平成 22 年 4 月 13 日集民 234 号 31 頁（以下「平成 22 年判決」という。）が続き、いずれも厳格な判断をした。

以下では、昭和 44 年判決をリーディング・ケースとして取り上げ、平成 10 年判決・平成 22 年判決及び関連論点に関する判例を通して判例法理の検討を行う。

## 2. 最高裁判所昭和 44 年 7 月 8 日第 3 小法廷判決民集 19 卷 1 号 166 頁<sup>8</sup>

### (1) 事案の概要

Y(前訴原告、本訴被告)は、X(前诉被告、本訴原告)に対し、貸金の返還及び売買代金を請求するため訴えを提起した(前訴)。当該前訴係属中に、X が和解金を支払い Y が訴えを取り下げの旨の和解が成立した。しかし、Y は訴えを取り下げないまま口頭弁論期日を迎え、X の擬制自白が認められたことにより請求認容の判決がされ、これが確定した。Y は前訴確定判決を債務名義として強制執行に着手したため、X は Y に対し、債務不存在確認の訴え及び請求異議の訴えを提起したというのが本件である。

第一審は請求を棄却<sup>9</sup>し、Y は停止されていた強制執行の続行を申立てたため、X は競売手続を回避するため Y に対し任意に前訴判決で認容された金額を支払い、Y は強制執行の申立を取り下げた。そして、X は訴えの変更を行い、Y の訴訟上及び強制執行上の不法行為により損害を受けたと主張して、この賠償を請求したのである。

原審は、前訴確定判決が当事者間に有効に確定していることを確認<sup>10</sup>したうえで、確定判決のもつ既判力の作用により、再審により前訴判決が取り消されない限り、Y の請求権は基準時において当事者間に不動のものとして確定しており、これに基づく強制執行をもって違法ということはできず、強制執行の違法を前提とする X の請求は認められないとし

---

認し得ないような特別な事情があるといえる。」として X の請求を認容した。

本件は決定的証拠の発見という類型の問題である。民法上は、有罪の判決または過料の裁判の確定を要するもの「宣誓した当事者……の虚偽の陳述が判決の証拠となった」(338 条 1 項 7 号)として再審事由を構成し得る。したがって再審事由が存する場合の損害賠償請求による救済の可否が問題になっているものである。実際、本判決は「Y2 は、本件念書を自ら作成して自署押印したことを認識していたから、Y らは本件念書写しの原本の存在と成立を認めるべきであった(民法 230 条、209 条、2 条参照)」としており、文書の成立の真正を争った者に対する過料に関する 230 条及び虚偽の陳述に対する過料に関する 209 条に言及している。

本判決は②類型について肯定したものであり、いかなる理論で肯定するのかについて議論の余地が大きい。また、平成 10 年判決が、「著しく正義に反」すること、法的安定の要請を考慮しても「なお容認し得ない」といった基準を付加していることを重視する見解からは、単に「虚偽の事実を主張・立証して前訴裁判所を欺罔」したという認定のみで平成 10 年判決が「著しく正義に反」することを要求したこととの関係への言及を欠くとの批判がある。

<sup>8</sup> 評釈として、上田徹一郎「判批」民事執行法判例百選(1994)10 頁以下、中野貞一郎「判批」民商法雑誌 62 卷 5 号(1970)110 頁以下、加藤修「判批」法学研究 43 卷 11 号(1998)86 頁以下、曾田厚「判批」法学協会雑誌 88 卷 2 号(1971)129 頁以下、伊東乾「判批」続民事訴訟法判例百選(1972)184 頁以下、萩大輔「判批」昭和 44 年重要判例解説(1970)115 頁以下、住吉博「判批」民事訴訟法百選Ⅱ新法対応補正版(1998)338 頁以下、加波眞一「判批」民事訴訟判例百選〔第 5 版〕(2015)182 頁以下、山本和彦「判批」最新重要判例 250(2022)194 頁がある。また調査官解説として千種秀夫「判解」法曹時報 22 卷 5 号(1970)121 頁以下。

<sup>9</sup> 再審手続をもって判決の取り消しを求めることのできることは格別、当事者の一方が加害の意思をもって虚偽の申立をして勝訴の確定判決を得たということだけで直ちに 545 条 2 項〔現行民事執行法 35 条 2 項〕の例外を認めることは「既判力を否定し、ひいては民事訴訟の体系をくずすことになって許されない」と判示した。

<sup>10</sup> 本件和解の後に X に第一回口頭弁論期日の変更決定の通知がされており Y が訴えの取下げを行っていないことが X において明らかであったこと、X が当該期日に出頭することができなかったという事情はないこと、さらに控訴をしなかった点についても Y が取下げを確約した等の認定をするに足る資料はないことを指摘する。

た。これを受けて X は、和解契約成立により訴えを取り下げべき民法上の義務が生じているにもかかわらず、これに違背し、逆に和解契約により実質債権は消滅してしまっている売買代金につき積極的に訴訟を維持しようとする行為は、それ自体違法な訴訟追行行為であることを免れ得ないなどとして上告した。

## (2) 判旨

### 破棄差戻し

「判決が確定した場合には、その既判力によつて右判決の対象となつた請求権の存在することが確定し、その内容に従つた執行力の生ずることはいうをまたないが、その判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によつて相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ない、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行した場合においては、右判決が確定したからといつて、そのような当事者の不正が直ちに問責しえなくなるいわれなく、これによつて損害を被つた相手方は、かりにそれが右確定判決に対する再審事由を構成し、別に再審の訴を提起しうる場合であっても、なお独立の訴によつて、右不法行為による損害の賠償を請求することを妨げられないものと解すべきである<sup>11</sup>。」

## (3) コメント

本判決は判決の不当取得に対する救済方法としての損害賠償請求を認める立場を示し<sup>12</sup>、さらにこの問題を①類型と②類型として捉えることを明らかにした<sup>13</sup>。そのうえで、①類型についての判断として、Y は X が和解の趣旨を信じて訴訟活動をしないのを奇貨として判決を取得したこと、「和解によって消滅した請求権を認容した」内容の判決により強制

---

<sup>11</sup> さらに、本件については「[引用者注：本件において原審の認定した事実によれば] X は、和解によつて、もはや訴訟手続を続行する必要はないと信じたからこそ、その後裁判所の呼出状を受けても右事件の口頭弁論期日に出頭せず、かつ、判決送達後もなお控訴の手続をしなかつたものであり、その後、Y が真に右請求権について判決をうるために訴訟手続を続行する気であることを知つたならば、自らも期日に出頭して和解の抗弁を提出し、もつて自己の敗訴を防止し、かりに敗訴してもこれを控訴によつて争つたものと推認するに難くない。しかも、原審は、右和解を詐欺によつて取り消す旨の Y の主張は採用し難い旨判示しているのであるから、Y において、右和解後 X に対して特に積極的な欺罔行為を行ない、同人の訴訟活動を妨げた事実がないとしても、Y は、他に特段の事情のないかぎり、X が前記和解の趣旨を信じて訴訟活動をしないのを奇貨として、訴訟代理人をして右訴訟手続を続行させ、右確定判決を取得したものと疑われるのである。そして、その判決の内容が、右和解によつて消滅した請求権を認容したものである以上、Y としては、なお、この判決により X に対して前記強制執行に及ぶべきではなかつたものといえるのである。しからば、本件においては、Y としては、右確定判決の取得およびその執行にあたり、前示の如き正義に反する行為をした疑いがあるものというべきである。したがつて、この点について十分な説示をすることなく、単に確定判決の既判力のみから X の本訴請求を排斥した原判決は、この点に関する法令の解釈を誤り、ひいて審理不尽、理由不備の違法を犯したものであると、その違法は原判決の結論に影響することが明らかであるから、論旨はこの点において理由があり、原判決は破棄を免れない。」旨判示した。

<sup>12</sup> 千種・前掲注(8)130頁、加波・前掲注(8)183頁、上田・前掲注(8)11頁、伊東・前掲注(8)185頁。

<sup>13</sup> 本間・前掲注(1)226頁参照。住吉・前掲注(8)339頁は、さらに①類型と②類型とは取扱いを異にするべきであるという考え方もまた示されていると解し得ることを指摘する。千種・前掲注(8)130頁も、違法の典型事例たる「被告の住所等を偽り、本人の不知の間に欠席判決を詐取して、本人の財産に強制執行をする場合」に対し、「事実審を通じて攻撃防御を尽くす機会を与えられながら、遂に偽証を打ち破れずに敗訴したような場合には」「何らかの差異のあることも肯定されうるのではなからうか」と指摘している。

執行に及ぶべきではなかったのにこれに及んだことを指摘し、「確定判決の取得およびその執行にあたり」正義に反する行為をした疑いがあると判示する。Y の一連の行動を対象に、これが正義に反し不法行為を認めるべき可能性があると判断するのである。

本判決については積極説の採用それ自体とは別に、その具体的適用について批判が強い。訴えの取下げをしなかったことのみをもって「相手方が訴訟手続に関与することを妨げ」と評価し得るとしたことに対する批判である。Y の行為として認定されるのは、和解契約後も訴えの取下げをせず擬制自白を得て勝訴し、これに基づき執行に及んだことのみ<sup>14</sup>である。X が訴え取下げの合意を主張・立証しなかったこと<sup>15</sup>は、X 本人に帰責されるべきことが現行民訴法の採用する当事者主義の建前であるとすれば、本判決の認定は緩やかにすぎる<sup>16</sup>こととなろう。

### 3. 最高裁判所第1小法廷判決平成10年9月10日集民189号703頁・743頁<sup>17</sup>

#### (1) 事案の概要

信販会社 Y(前訴原告・本诉被告)は、X に対し X 名義クレジットカードの利用による貸金及び立替金の支払請求のを提起した(前訴)。受訴裁判所の担当書記官は、X 不在により訴状等の送達ができず、Y に対し X の就業場所等につき照会し、Y 担当者は X から勤務先への送付を依頼されていたにもかかわらず就業場所が不明である旨を回答した。これにより担当書記官は、X の住所宛に訴状等の付郵便送達を実施したが、X 不在のため配達できず裁判所に還付された。その後、X 不出頭のまま、Y 勝訴判決がなされ、判決正本は X の住所に送達され、X の妻が受領した。X の妻は X に判決正本を手渡さず、X がこれを受け取れないまま判決は確定した。

その後 Y は、前訴判決を債務名義として執行に着手し、これを受けて X は Y に対し、計 28 万円を任意に弁済した。X は前訴判決に対する再審訴訟を提起したが、再審裁判所は上訴の追完が可能であったため補充性(338 条 1 項但書)が認められない、としてこれを却下し

<sup>14</sup> 原審は、Y が X に対し取下げを確約したり、前訴判決後にこれを不利益に使用しないことを約したりしたという事実については認定していない。また、Y が初めから X の軽率な訴訟活動を見越し、それを利用すべき和解契約を締結したといった認定もされていない(曾田・前掲注(8)282頁)。したがって本判決が前提とする事実は「当事者で訴取下の約定が成立した以上それだけで既に訴訟に出頭する必要はなくなったものと素朴に考え」た(本件上告理由)、というものになる。

<sup>15</sup> 訴え取下げの合意について主張・立証されていれば却下事由となることは最判昭和44年10月17日民集23巻10号1825頁により確認された。

<sup>16</sup> このような指摘として中野・前掲注(8)866頁、曾田・前掲注(8)282頁、伊東・前掲注(8)185頁も同旨。岡田・前掲注(1)133号96頁も疑問があるとする。石川・前掲注(1)15頁注32は、同様の指摘のうえ、被害者が法律的知識を欠くために攻撃防御の機会を利用し得なかったことにより実質的手続保障を欠く場合については②類型の問題であると指摘する。これに対し、加波・前掲注(8)183頁は民訴法338条1項3号の類推により再審事由が認められる事案であるとしている。

<sup>17</sup> 評釈として高木茂樹「判批」九大法学78号(1999)517頁以下、山本和彦「判批」私法判例リマークス20号(2000)124頁以下、小西義博「判批」平成11年度主要民事判例解説・判例タイムズ臨時増刊1036号(2000)130頁以下、村田渉「判批」平成11年度主要民事判例解説・判例タイムズ臨時増刊1036号(2000)254頁以下、渡部美由紀「判批」民事訴訟法判例百選〔第3版〕(2003)100頁以下、田中豊「判批」月報司法書士437号(2008)40頁以下、山本研「判批」民事訴訟法判例百選〔第5版〕(2015)86頁以下がある。また、匿名記事「判批」判例タイムズ990号(1999)138頁以下がある。

た<sup>18</sup>。そこで X は、国に対して裁判所書記官による付郵便送達の要件認定に過失があるとして(国賠法 1 条)、Y に対し前訴受訴裁判所からの照会に対し X の就業場所不明と誤った回答をしたことに故意・過失があるとして(民法 709 条)、それぞれ損害賠償を請求した。国に対する請求との関係で本件における付郵便送達の適法性<sup>19</sup>が、Y に対する請求との関係で手続関与の機会がなかった被告の損害賠償による救済が問題となった。以下、本稿に関係のある後者の問題を中心に取り上げる。

原審は、X の主張する財産的損害(任意履行分)、手続関与を妨げられたことに基づく慰謝料請求、のいずれも「確定した前訴判決の有する既判力と実質的に矛盾するような内容の損害賠償の請求であることが明らか」とする。そのうえで、前訴における X に対する訴状等の付郵便送達が、Y の重大な過失による誤った回答に基づいて実施されたものであり、要件を欠き違法・無効としたうえで、Y による前訴判決の取得の態様は訴訟上の信義則に反するとし、既判力による法的安定性の要請を考慮しても、法秩序全体の見地から X を救済しなければ正義に反するような特別の事情があるとした<sup>20</sup>。

これに対し Y は、昭和 44 年判決の射程は極めて例外的な事態に限るべきであり、「相手方の権利を害する意図」を単なる例示として「確定判決取得またはその執行の態様が著しく公序良俗または信義則に反」することとすり替え、故意すらない行為について適用したことは不当であるとして上告した<sup>21</sup>。

## (2) 判旨

昭和 44 年判決を引用のうえ「X が前訴判決に基づく債務の弁済として Y に対して支払った二八万円につき、Y の不法行為により被った損害であるとして、その賠償を求める X の請求は、確定した前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求であるところ、前記事実関係によれば、前訴において、Y の担当者が、受訴裁判所からの照会に対して回答するに際し、前訴提起前に把握していた X の勤務先会社を通じて X に対する連絡先

<sup>18</sup> この判断は最判平成 4 年 9 月 10 日民集 46 巻 6 号 553 頁の示した補充性に関する立場を前提とすれば誤ったものである。

<sup>19</sup> 最判平成 10・9・10 集民 189 号 703 頁は、受訴裁判所の裁判所書記官が原告からの誤った回答に基づき被告の就業場所が不明であるとして実施した訴状等の不郵便送達の適法性について判断する。

「民事訴訟関係書類の送達事務は、受訴裁判所の裁判所書記官の固有の職務権限に属し、裁判所書記官は、原則として、その担当事件における送達事務を民訴法の規定に従い独立して行う権限を有するものである。受送達者の就業場所の認定に必要な資料の収集については、担当裁判所書記官の裁量にゆだねられているのであって、担当裁判所書記官としては、相当と認められる方法により収集した認定資料に基づいて、就業場所の存否につき判断すれば足りる。担当裁判所書記官が、受送達者の就業場所が不明であると判断して付郵便送達を実施した場合には、受送達者の就業場所の存在が事後に判明したときであっても、その認定資料の収集につき裁量権の範囲を逸脱し、あるいはこれに基づく判断が合理性を欠くなどの事情がない限り、右付郵便送達は適法であると解するのが相当である。」

付郵便送達要件の認定資料の収集程度について担当書記官の裁量に委ねられているとして、裁量権の逸脱と資料に基づく判断の合理性を検討するものである。山本・前掲注(17)126 頁は、送達が裁判を受ける権利の問題になることから、直ちに書記官の手続裁量に委ねるのではなく、一般的な過失論の枠組みの中で書記官に職務上必要とされる注意義務の範囲を探究していくべきとする。

<sup>20</sup> なお、原審は前訴における Y の X に対する請求の当否について審理を尽くすことなく、X に出頭する機会が与えられれば前訴判決の内容が異なるものとなった可能性が高いことから X の請求を認容すべきとしており、昭和 44 年判決の「本来あり得べからざる内容の確定判決」にあたるかにつき判断していない点には批判がある(匿名記事・前掲注(17)140 頁)。

<sup>21</sup> X 側は再審の訴えを提起するなど必要な救済手段を行使していることなども主張されている。

や連絡方法等について更に調査確認をすべきであったのに、これを怠り、安易に X の就業場所を不明と回答したというのであって、原判決の判示するところからみれば、原審は、Y が受訴裁判所からの照会に対して必要な調査を尽くすことなく安易に誤って回答した点において、Y に重大な過失があるとするにとどまり、それが X の権利を害する意図の下にされたものとは認められないとする趣旨であることが明らかである。そうすると、本件においては、前示特別の事情があるということとはできない。」

精神的損害の主張については、「確定した前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求には当たらず」、差戻し判決をした<sup>22</sup>。

### (3) コメント

本判決は、昭和 44 年判決の枠組みを維持しつつ「相手方の権利を害する意図」につき、重過失を含まないとする事で民法 709 条の故意・過失とは区別されることを明らかにした。さらに、昭和 44 年判決に「その行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って」との要件を付加しているとの評価<sup>23</sup>もあり得る。また、本判決は手続の関与不能による慰謝料を認めるという救済方法を認めた点で注目し得る。手続過程に結果とは別個独立した価値を認め、攻撃防御の利益はそれ自体法的保護に値するとの判断を含む<sup>24</sup>ものといえる。そうだとすれば、前訴判決の内容たる判断とは一切関係のない請求ということになり、前訴既判力との抵触は問題にならない。したがって、「前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求には当たらず」と判断したものといえる。

## 4. 最高裁判所第 3 小法廷判決平成 22 年 4 月 13 日集民 234 号 31 頁<sup>25</sup>

### (1) 事案の概要

Y(前訴原告・本訴被告)は、訴外 A から本件土地建物を代金 3200 万円で買い受けた(本件売買)。X(前訴被告・本訴原告)は、不動産仲介等を行う会社(代表者 B)であり、Y と A との本件売買を仲介した。Y は約 17 年後、X に対し本件土地建物は市街化調整区域の指定がされた区域内にあり、都市計画法上の制限を受ける物件であったにもかかわらず、B か

<sup>22</sup> この点について藤井正雄裁判官の反対意見が付されている。「民事訴訟は、私法上の権利の存否を国の設ける裁判機構によって確定する手続であり、対立する両当事者に手続への関与の機会を等しく保障することが基本をなすことはもちろんである。しかし、その手続は、争われている権利の存否とは無関係に手続の実施そのものに独自の価値があるというものではない。ある当事者が民事訴訟の訴訟手続に事実上関与する機会を奪われたとする場合において、これにより自己の正当な権利利益の主張をすることができず、その結果、本来存在しないはずの権利が存在するとされ、あるいは存在するはずの権利が存在しないとされるなど、不当な内容の判決がされ、確定力が生じては争い得ない状態となったときに、その者に償うに値する精神的損害が生じるものと解すべきであり、判決の結論にかかわらず訴訟手続への関与を妨げられたとの一事をもって、当然に不法行為として慰謝料請求権が発生するということができない。」

<sup>23</sup> 本間・前掲注(1)228頁。加波・前掲注(8)183も同旨か。

<sup>24</sup> 山本和・前掲注(17)127頁。反対意見との関係での指摘である。

<sup>25</sup> 評釈として、堤龍弥「判批」判例評論 621号(2010)182頁以下、渡部美由紀「判批」民商法雑誌 143巻 3号(2010)141頁以下、安達栄司「判批」法の支配 160号(2011)59頁以下、石橋英典・川嶋四郎「判批」同志社法学 63巻 2号(2011)451頁以下、越山和広「判批」私法判例リマックス 42号(2011)118頁以下、坂田宏「判批」平成 22年度重要判例解説(2011)163頁以下、岡田幸宏「判批」速報判例解説 9号(2011)133頁以下。

ら事前にその旨の説明を受けなかったため当該売買代金と当時の適正価格との差額相当額の損害を受けたとして、不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した(前訴)。前訴において、Xは、Yが都市計画法に基づく制限の具体的内容についてBから相応の説明を受けており、知人から市街化調整区域における建築制限の実態について聞き、これを知り得たこと、Yには損害がないことなどを主張してYの請求を争った。前訴控訴審は、Xは本件土地建物については都市計画法による建築制限があることを調査し、これをYに説明する義務があったところ、これが果たされたとはいえない等として、Xの不法行為責任を認めた。前訴判決は上告棄却・上告不受理の決定により確定した。Yは、仮執行宣言付きの前訴判決に基づき、Xの預金債権に対する差押命令を得て、これを取り立てた。そこでXがYに対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起したというのが本件である。

原審は、昭和44年判決を引用したうえで判断する。まず、前訴におけるYの説明義務違反に関する虚偽主張等の不正行為の有無について検討を行う。その方法は、Bがいかなる説明をしたか、Yがどのような知識を有していたかについて詳細に認定したうえで、これに反するYの前訴での主張は「信用できないだけでなく、意図的な虚偽供述である」とするものである。そのうえで、Yの行為につき「虚偽の主張立証を巧妙にして、かつ、古い時期のことで明確な証拠がないためにBの反論が制約されることを利用して、前訴裁判所を欺罔し、本来なら請求が排斥されるはず<sup>26</sup>の前訴において勝訴判決を詐取し、その仮執行宣言に基づき」執行及び詐害行為取消訴訟の提起に及んだものと評価を加えXの請求を一部認容した。

既判力との関係については、「最高裁判決にもあるとおり、著しく不公正な手段を利用し、前訴判決を詐取したというような場合には、前訴判決の既判力に触れることなく、前訴敗訴当事者は本来なされるべき判決を基礎にして、損害賠償請求をすることができると解すべきである。もちろん、紛争解決の一回性の原則が遵守されないと何度でも同じ紛争が訴訟対象となって混乱が生じるので、上記の要件のあてはめには十分留意しなければならないが、実質的に再審事由に当たるような場合だけではなく、公序良俗・正義に反するような結果がもたらされる場合にも、その主張が許されると解するのが相当である。」としており、再審事由が存在せずとも後訴損害賠償請求が認められる余地があるとの立場を示している<sup>27</sup>。

## (2) 判旨

「原審の上記判断は、前訴において当事者が攻撃防御を尽くした事実認定上の争点やその周辺事情について、前訴判決と異なる事実を認定し、これを前提に上告人が虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔したなどとして不法行為の成立を認めるものであるが、原判決の挙示する証拠やその説示するところによれば、原審は、前訴判決と基本的には同一の証拠関

<sup>26</sup> 説明義務違反がない、損害がない等として請求棄却とされるべきものという趣旨である。

<sup>27</sup> 坂田・前掲注(25)164頁



係の下における信用性判断その他の証拠の評価が異なった結果、前訴判決と異なる事実を認定するに至ったにすぎない。しかし、前訴における上告人の主張や供述が上記のような原審の認定事実と反するというだけでは、上告人が前訴において虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔したというには足りない。他に、上告人の前訴における行為が著しく正義に反し、前訴の確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情があることはいかかわらず、被上告人が上記損害賠償請求をすることは、前訴判決の既判力による法的安定性を著しく害するものであって、許されないものというべきである。」

### (3) コメント

本件は、前訴と後訴で同一の主張・立証がされたに過ぎないことが強く指摘される<sup>28</sup>。また原審も最高裁も昭和 44 年判決の枠組で判断し、その適用について異なる結論に達した。この結論の相違は、単なる評価の違いではなく判断方法に由来するものであろう<sup>29</sup>。原審は、まず前訴での Y の主張・立証が虚偽であるかの検討を行う。これを認定したうえで、Y の X を害する意思・あり得べからざる判決の取得を認め不法行為性を肯定し、そのうえで Y の行為態様以外の事情も考慮のうえ特別の事情があるとして既判力の制約が及ばないとしている<sup>30</sup>。すなわち、改めて前訴争点について事実認定を行ったうえで既判力との関係を検討しているのである。最高裁が「原審は、前訴判決と基本的には同一の証拠関係の下における信用性判断その他の証拠の評価が異なった結果、前訴判決と異なる事実を認定するに至ったにすぎない」と指摘するのは、この点であろう。原審のような判断構造によった場合、再審と異なり前訴判断のやり直しが先行し、そのうえで損害賠償請求を認めるべき特別の事情の存否が判断されることになる。しかし、これでは後訴裁判所は常に事実認定のやり直しを行うことになり、異なる事実認定に至った場合に特別の事情を肯定しやすいとすれば原審のようになりかなり緩やかに後訴請求を認めることにつながる<sup>31</sup>。

## 5. 関連判例

### (1) 判決の無効確認の訴え

最判昭和 40 年 2 月 26 日民集 19 卷 1 号 166 頁<sup>32</sup>は、判決の無効確認について「現在の権

<sup>28</sup> 坂田・前掲注(25)164頁参照。越山・前掲注(25)120頁は、本件ではそもそも前提となるべき確定判決の不当取得行為があったとは評価できず、本判決はこのことを主たる理由としているものと読むべきと指摘する。

<sup>29</sup> 石橋・川嶋・前掲注(25)463頁も同旨。原審は不法行為の判断と既判力の制約の可否の判断という二段の判断構造をとっていると指摘する。

<sup>30</sup> 石橋・川嶋・前掲注(25)464頁は、「原審の判断方法であれば様々な事情を考慮できるのに対し、最高裁の判断方法ではYの行為のみが考慮要素となり、認定の基準は最高裁の方が原審よりも厳しくなる」と指摘する。

<sup>31</sup> 従来の学説を前提とすれば、どの立場によっても本件で損害賠償を認めることは難しいとして最高裁に賛成するものとして岡田・前掲注(25)136頁。これに対し安達・前掲注(25)66頁は原審を支持し、②類型として考察することが可能となる契機があると指摘する。

<sup>32</sup> 評釈として、石川明「判批」民商法雑誌53巻3号(1965)165頁以下、上村明広「判批」岡山大法経学会雑誌15巻2号(1965)133頁以下、新堂幸司「判批」法学協会雑誌82巻5号(1966)141頁以下、伊東乾「判批」法学研究40巻2号(1967)120頁以下。また調査官解説として、関口文吉「判解」法曹時報17巻4号(1965)129頁以下。

利又は法律関係の存否の確認を求める趣旨のものでない」ため不適法として却下すべき旨を判示した。判決の当然無効があり得るか以前の問題として、無効確認の訴えが許されるかが問題とされ、これを否定するものである<sup>33</sup>。本判決は一般に、過去の法律関係の確認は原則として許されないとする確認の利益に関する判例と整理される<sup>34</sup>。現在では過去の法律関係の確認についても「現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合<sup>35</sup>」には、これを認めるべきとする立場が通説的地位を占める。しかし、判決無効確認が適法となることがあるかには疑問の余地がある。判決の無効それ自体が目的であれば再審制度が用意されており、判決の無効確認は基本的に同じ機能を有することになるからである。訴えの利益の問題として解決されるとしても、その実質は再審制度との役割分担であり、再審という立法による例外を除いては判決の有効無効は訴訟事項にあらず<sup>36</sup>、との理解もありえよう<sup>3738</sup>。

## (2) 請求異議の訴え

最判昭和40年12月21日民集19巻9号2270頁<sup>39</sup>は判決の不当取得に対する救済としての請求異議の訴えを扱った<sup>40</sup>。最高裁は「確定判決に既判力を認めた法律の趣旨は、判決に接着する事実審の口頭弁論終結時を標準時として訴訟当事者間の権利関係を確定し、それ以前に存した事実を理由として右判決の内容を争うことを許さないこととし、よつて前記確定された権利関係につき法的安定をはかるにあるのであつて、現行民法は、右確定判決に重大な瑕疵が存する場合においても、それが同法420条1項〔現行338条1項〕に列举する事項に該当する場合にかぎり、かつ法定の制限のもとに、再審の訴をもつてのみ、

<sup>33</sup> ただし、本件は原告の訴えが牽強付会気味の提起であり先例的価値が低いとの指摘(本間・前掲注(1)223頁)がある。原告は4つの判決の無効を求めたものであるが、その請求の理由は「要領をえない」ものであり「上告理由も、法律論の体をなしていない」(新堂・前掲注(32)141頁)。

<sup>34</sup> 鈴木正裕「訴えの利益」ジュリスト500号(1972)341頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』(弘文堂、2019)274頁など。

<sup>35</sup> 最大判昭和45年7月15日民集24巻7号861頁・大隅健一郎補足意見参照。

<sup>36</sup> 伊東・前掲注(32)121頁。

<sup>37</sup> 関口・前掲注(32)130頁は一般に判決の無効という事態はあり得るとしたうえ、これを前提に現在の権利または法律関係の存否の確認を求める余地があることを示唆するが、ここでの「判決の無効」として想定されるものが明らかではない。本件は離婚成立後の離婚判決のような意味での無効が主張されたものではなく、仮に現在の権利関係についての訴えであっても既判力と抵触する主張が許された事案ではないとするものとの指摘として新堂・前掲注(32)142頁。

<sup>38</sup> 外国判決の無効確認の訴えを許容すべきか、という文脈ではむしろ既判力・再審制度との関係が強調されている。松岡博「判批(東京地判昭和46年12月17日)」昭和46年度重要判例解説214頁は「既判力の効果」とし、岡本善八「判批(宇都宮地判昭和55年2月28日)」昭和55年度重要判例解説310頁は再審制度の存在を指摘する。

<sup>39</sup> 評釈として伊東乾「判批」判例評論91号(1966)21頁以下、斎藤秀夫「判批」民商法雑誌55巻2号(1966)102頁以下、上村明広「判批」岡山大学法経済学会雑誌16巻3号(1966)121頁以下、木村鐘大「判批」法学協会雑誌83巻7=8号(1966)209頁以下、石川明・加藤修「判批」法学研究40巻9号(1967)106頁以下、松浦馨「判批」民事執行・保全判例百選(2005)38頁以下。また、調査官解説として栗山忍「判解」法曹時報18巻3号(1966)129頁以下。

<sup>40</sup> 事案は以下の通りである。Yが訴外Aに所有土地を賃貸し、Aがその土地上に建物を所有していたところ、Aの賃料不払による賃貸借契約の解除を理由としてYはAに対し建物収去土地明渡をを求める前訴を提起し、これを認める前訴判決がAの控訴もなく確定した。A所有の本件建物についてはAの債権者による強制競売の申立及びその後抵当権の実行としての競売の申立がされたが、結局、後者によりXが競落し所有権移転登記を具備した。YはXに対し、Aに対する前訴確定判決に基づきXを承継人とする承継執行文の付与を受けたうえでXに対し強制執行に着手した。これを受けて、XがYに対し請求異議の訴えを提起したのが本件であり、Xは前訴判決はAとYの通謀により専ら第三者の権利を害す目的で虚偽の主張に基づいて取得されたものであり無効となること、仮に前訴判決が有効であるとしてもこれに基づく強制執行は不法行為を構成するから請求異議の訴えをもって執行力の排除を求め得ること、強制執行が経緯に照らして権利濫用となること等を主張した。

右確定判決を取り消すことを許容し、もつて、救済をはかっているにすぎないのである。したがって、判決が確定した以上、その判決の成立過程における当事者の訴訟活動の背後に所論のような意図目的が存し、あるいは、右判決が、専ら第三者の権利を害することのみを目的として、当事者の通謀による架空の事実の主張により、裁判所を欺罔して取得された等、所論の事実が存する場合においても、当事者の右行為が民法 709 条の不法行為を構成するかどうかは別論として、確定判決が既判力・執行力を生じないと解すべきものではない。」「請求異議の訴は、債務名義に表示された請求権と現在の実体的法律状態との不一致を理由に、当該債務名義のもつ執行力の排除を目的とするものであつて、債務名義が確定判決である場合には、請求権の成立は既判力によつて確定されているのであるから、既判力の標準時以前に遡つてこれを争い、所論のような事実が存することを理由に、請求異議の訴により前記執行力の排除を求めることは許されないと解するのが相当である。」と判示した。判決の無効に関する主張に対しては、再審の訴をもつてのみ取り消しを許容しているとして請求異議の訴えの中での主張を認めない。執行が不法行為を構成するとの主張に対しては、判決取得行為が不法行為を構成するかは「別論」とし、「確定判決が既判力・執行力を生じないと解すべきものではない」とする。また執行が権利濫用であるとの主張については、基準時前の主張として排斥している。

本判決は不当取得された判決についても既判力・執行力は認められるとした点、そのうえで、傍論としてではあるが不法行為の成立の余地を肯定した点が注目し、昭和 44 年判決につながったものと考えられる<sup>41</sup>。担当調査官は、請求異議訴訟については、基準時後の事実により債務名義に表示された請求権の存在・内容を争うものであり、したがって判決形成過程の不正に関する主張が主張自体失当となることは明らかであると指摘する<sup>42</sup>。それにもかかわらず本判決が、基準時に関する判示以前に再審制度及び確定判決の有効性について述べたことは、再審以外の手続により判決無効の主張を認めないという最高裁の姿勢を示すものと評価できよう<sup>43</sup>。そのうえで、不法行為の成立の余地を認めている点を考慮すべきである。

なお、不法行為の成立の余地がある一方で請求異議の訴えが認められないことになる点につき原審は「不法行為はこれによって生じた損害を賠償させる原因たるにとどまり、現になされている不法行為を排除し又は将来なされるべき不法行為を予防する権利は不法行為から直接には発生しない」としている<sup>44</sup>。

これに対し、最判昭和 37 年 5 月 24 日民集 16 卷 5 号 1157 頁<sup>45</sup>は、強制執行権の濫用の

<sup>41</sup> 本間・前掲注(1)224 頁。

<sup>42</sup> 栗山・前掲注(39)137 頁

<sup>43</sup> 栗山・前掲注(39)138 頁は、法的安定と具体的正義のいずれを優位に認めるかという問題につき、「現行法の解釈としては、既判力の基づく法的安定の理念をより重視すべきであるとして、請求異議による救済を否定した」としている。

<sup>44</sup> このような理解に対しては「迂遠な救済」との批判が当然にある。松浦・前掲注(39)39 頁参照。これに対し栗山・前掲注(39)はこれらの反対論は結局、現行法の判決の効力・既判力の時的限界を無視する点で立法論としてはともかく、現行法の解釈としては踏み越えることのできない限界を超えているとの批判を免れられないと指摘する。

<sup>45</sup> 評釈として鈴木信次郎「判批」法学セミナー78 号(1962)50 頁、石川明「判批」法学研究 36 卷 9 号(1963)85 頁以下、山木戸克己「判批」民商法雑誌 48 卷 2 号(1963)114 頁以下、斎藤秀夫「判批」判例評論 50 号(1962)12 頁以下、富樫貞

主張を請求異議訴訟において認めた<sup>46</sup>。最高裁は、「確定判決上の権利と雖も信義に従い誠実に行使すべきであつて、これを濫用してならないことは、多言を要しない筋合である」とし、本件事実関係<sup>47</sup>のもとでは「如何に確定判決に基づく権利の行使であつても、誠実信義の原則に背反し、権利濫用の嫌なしとしない。」として、原判決を破棄し高裁に差し戻した。

本判決は、前訴判決の基準時後の事情変動により当該確定判決に基づく強制執行が権利濫用になり得ることを判示したものであり判決の不当取得の問題としては処理されていない<sup>48</sup>。しかし Y の回復という主張は、前訴で確定された損害賠償請求権の存在それ自体を争うことであり、この点で前訴既判力との抵触が問題とならざるを得ない<sup>49</sup>。このように考えるのであれば、本判決は確定判決の既判力を制限的に解するもの<sup>50</sup>といえる。もっとも本判決は、将来の逸失利益という認定が困難な事案において、前訴確定判決の認定と著しく相違する事態が生じたという特殊事情のもとでの判断であることには注意を要する<sup>51</sup>。その後、基準時後に後遺症損害が発覚した場合—本判決とは逆に損害が増加した場合—について最高裁はいわゆる一部請求の理論により後遺症損害の主張を認めた<sup>52</sup>。現在では、民訴法 117 条の立法等を契機として期待可能性による既判力の調整が有力な見解として唱えられるようになっている<sup>53</sup>。

### (3) 第三者に対する債務名義の騙取

最判昭和 43 年 2 月 27 日民集 22 卷 2 号 316 頁<sup>54</sup>は、既判力の点で判決と同一と解されて

---

夫「判批」法学 28 卷 2 号(1964)102 頁以下がある。また調査官解説として右田堯雄「判解」法曹時報 14 卷 11 号(1962)81 頁以下。

<sup>46</sup> 事案は、以下の通りである。自動車事故により Y に傷害を負ったとして Y は訴外 A に対し不法行為に基づく損害賠償請求の前訴を提起し、50 万円の支払いを命ずる前訴判決が確定した。A の相続人である父母 X らの主張によれば、その後 A は損害賠償債務の負担を苦にして自殺し、他方 Y は前訴判決の認定と異なり順調な回復経緯をたどった。このような事情のもと、Y は前訴判決の確定後 5 年の経過後に X らに対する強制執行に着手し承継執行文の付与を受けて X 所有不動産につき強制競売の申立を行った。これに対し、X らが請求異議の訴えを提起した。

<sup>47</sup> 「前記判決において Y が A に対して認められた損害賠償請求権は将来の営業活動不能の前提の下に肯定されたのであるから、もし Y の前訴負傷が X ら主張のように快癒し自らの力を以て営業可能の状態に回復するとともに、電話を引きなどして堂々と営業（その規模内容は論旨が特記している）を営んでいる程に事情が変更しているものとすれば、しかも一方において X ら主張のように A は右損害賠償債務の負担を苦にして列車に飛込自殺をするなどの事故があつたに拘らず前記判決確定後 5 年の後に至つて昭の父母である X らに対し前示確定判決たる債務名義に執行文の付与を受け突如として本件強制執行に及んだもの」とすれば権利濫用の可能性があるとしたものである。

<sup>48</sup> 伊東・前掲注(39)22 頁。

<sup>49</sup> 右田・前掲注(45)85 頁。栗山・前掲注(32)135 頁も実質は前訴における認定を争い、前訴判決において確定された損害賠償請求権の存否を正面から争っているにすぎないことを指摘する。山木戸・前掲注(45)258 頁は、A の自殺や執行が判決確定から 5 年経過後であるといった事情は必ずしも重要な影響を及ぼしたものは考えられず、Y の回復が決定的な理由であるとするれば確定判決の既判力が問題となるとする。これに対し齋藤・前掲注(45)13 頁は一連の事情を権利濫用の法理により「請求異議の訴の拡張解釈として、口頭弁論終結後に生じた異議事由の中に含めるべき」とする。

<sup>50</sup> 山木戸・前掲注(45)259 頁。

<sup>51</sup> 栗山・前掲注(39)136 頁、山木戸・前掲注(45)259 頁、右田・前掲注(45)85 頁。

<sup>52</sup> 最判昭和 42 年 7 月 18 日民集 21 卷 6 号 1559 頁。一部請求の理論により損害の軽減に対応することはできないため、本判決とは直接に関係するものではない。

<sup>53</sup> 高地茂世「判批」民事訴訟法判例百選 [第 5 版] (2015)174 頁以下参照。

<sup>54</sup> 評釈として伊東乾「判批」判例評論 114 号(1968)28 頁以下、中田淳一「判批」民商法雑誌 59 卷 3 号(1968)82 頁以下、赤坂裕彦「判批」法学研究 42 卷 5 号(1969)101 頁以下、村松俊夫「判批」ジュリスト 433 号(1969)103 頁以下、小島武司「判批」民事執行・保全判例百選(2005)24 頁以下、岡田幸広「判批」民事執行・保全判例百選 [第 3 版] (2020)20 頁以下がある。また調査官解説として奈良次郎「判解」法曹時報 20 卷 6 号(1968)141 頁以下。

いた支払命令(旧民法 443 条)につき信義誠実の原則を理由とする相対的無効を認めたものである<sup>55</sup>。最高裁は、「甲が乙と通謀のうえ、第三者丙に対して金銭債権を有すると称して丙に対する債務名義を騙取しようとして、甲は、その主張する債権に関し丙あてにその住所を真実に反し乙丙として、支払命令ないし仮執行宣言付支払命令の申立等の訴訟行為をし、裁判所がこれに応じた訴訟行為等をし、乙があたかも丙本人のように装つて、その支払命令ないし仮執行宣言付支払命令の正本等の訴訟書類を受領して、なんらの不服申立をすることなく、その裁判を確定させた場合においては、たとえ甲が丙あての金銭債権についての債務名義を取得したような形式をとつたとしても、その債務名義の効力は、丙に対しては及ばず、同人に対する関係では無効であると解するのが相当である。けだし、右のような場合には、当事者たる甲および同人と意思を通じている乙は、故意に、債務名義の相手方当事者と表示されている丙に対し、その支払命令ないし仮執行宣言付支払命令等の存在を知らせないように工作することにより、丙をしてこれに対する訴訟行為をし、その防禦をする手段方法等を講ずる機会を奪つているのであるから、訴訟行為における信義誠実の原則に照らし、甲は、丙に対し相手方当事者たる地位にもとづきその裁判の効力を及ぼすべきものではないと解するのが相当だからである。なるほど、このような場合には、乙丙の記載により、一応丙名義の表示がされ、一見丙あての債務名義は成立しているようであるが、前記のように、丙自身は、右の事実を全く知りえない事情にあるのであつて、甲および乙の行為に対し、防禦の訴訟行為をする機会を完全に奪われているのであるから、このような訴訟の実態にかんがみれば、単に丙がたまたまなんらかの事由により事実上訴訟行為等に関与しえなかつたときとは異なるのであつて、丙は対し、到底その裁判の効力が及ぶと解することは許されないのである。」と判示した。

本件は再審で債務名義を取り消すことのみでは X の救済を実現できない事案であつたことが指摘されている。適式な執行正本に基づいて強制競売が実施され、第三者が不動産を買い受ければ、原則として所有権取得は保障される<sup>56</sup>。このことを前提に、本判決は債務名義の無効と無効な債務名義に基づく競落は買受人の所有権取得を基礎付けないこと<sup>57</sup>を判示したものと見える。

A に対する判決効を否定する方法としては氏名冒用訴訟として行動説・規範分類説によ

<sup>55</sup> 事案は以下の通りである。訴外 A 所有の土地を X は買い受けたが所有権移転登記を備えていなかった。訴外 B 及び訴外 C は A に対する債務名義を騙取することを企て、約束手形金請求債権について A を相手方として支払命令及びこれに基づく仮執行宣言付支払命令の各申立立てをした。この際 A の住所を C 方と偽り C が A を装いこれを受領・確定した。その後 B は本件土地について強制競売を申し立て、競売開始決定も C 方に送達された。Y はこの競売により本件土地を競落し、建物を建設のうえ居住していた。X は、Y に対し、土地所有権移転登記の抹消・建物収去土地明渡等を求めて提訴した。本件一審判決後、仮執行宣言付支払命令は再審で取り消されて、B の請求棄却が確定した。

<sup>56</sup> 岡田・前掲注(54)21 頁。宮崎地判昭和 57 年 7 月 16 日判例タイムズ 486 号 133 頁は、「競落当時有効な債務名義が存在したが、競落人が競落物件の所有権を取得した後、例えば債務名義である仮執行宣言付判決が後に上訴審で取消された場合などには競落人が悪意取得者であるなど特段の事情がない限り債務者は競落人に対し、取消による遡及的無効とこれによるその所有権の存在を主張できない」として、債務者が悪意・重過失の買受人に対して所有権を主張しようとしている。これを「債務者・買受人菅野利益調整として相当」と評価するものとして竹下守夫「債務者と買受人との利益の調整」法学教室 38 号(1983)97 頁。

<sup>57</sup> 最高裁昭和 50 年 7 月 25 日判決等確立した判例法理である。

る処理が考えられる<sup>58</sup>。もっとも、本判決は信義誠実の原則による相対的無効との説明をしており行動説・規範分類説による処理を行っていない<sup>59</sup>。本件は、全くの善意の第三者である Y が関与しており、X・A と Y のいずれを保護すべきかが問題となっている点で特殊であり<sup>60</sup>、かかる特殊性に配慮した処理と考えられる<sup>61</sup>。また、本判決は債務名義自体の無効をいわずにその効力が信義則上主張しえないとするものに過ぎない<sup>62</sup>。

#### (4) その他

最判昭和 42 年 2 月 24 日民集 21 卷 1 号 209 頁<sup>63</sup>は、公示送達による送達を受けた者に控訴の追完が認められる要件につき、受送達者の帰責性のみならず申立人側の帰責性を考慮することを肯定し<sup>64</sup>、さらに進んで申立人が受送達者の住所を知っているにもかかわらず公示送達を申し立てたという事実から当然に受送達者が無過失であるとの判断を行ったものである<sup>65</sup>。申立人の悪意といった事情は再審事由として関連するとしても受送達者の過失とは関係ないというのが素直であり、判決の不当取得に対し再審の負担を考慮してより簡易な救済を認めたとの理解<sup>66</sup>もある。しかし、「責めに帰することができない事由」といった規範的要件について相手方当事者たる申立人の事情を考慮することは許されると単純に考えてよいようにも思われる。

再審事由に関する判例としては 338 条 1 項 3 号の類推適用を広く認める傾向が指摘できる。氏名冒用訴訟について大判昭和 10 年 10 月 28 日民集 14 卷 1785 頁、訴状が被告の 7 歳 9 ヶ月の子に補充送達され被告本人に届かなかった事案について最判平成 4 年 9 月 10 日民集 46 卷 6 号 553 頁、事実上の利害の対立がある者に補充送達が行われ被告本人への交付がされなかった事案について送達を有効としつつ判断した最決平成 19 年 3 月 20 日民集 61 卷 2 号 586 頁がある。

また、最判昭和 46 年 6 月 25 日民集 25 卷 4 号 640 頁は訴えの取下げが刑事上罰すべき他人の行為によってなされた場合には、再審事由の規程(338 条 1 項 5 号)の法意に照らして無効であるとした<sup>67</sup>。

<sup>58</sup> 小島・前掲注(54)25頁、岡田・前掲注(54)21頁。

<sup>59</sup> 奈良・前掲注(54)147頁、村松・前掲注(54)104頁、岡田・前掲注(54)21頁

<sup>60</sup> 村松・前掲注(54)105頁、岡田・前掲注(1)133号78頁。

<sup>61</sup> 本判決の理論構成には、裁判所を拘束する既判力について信義則を適用することに対する批判(村松・前掲注(54)104頁、岡田・前掲注(54)21頁)がある。また、CがAに対して債務名義の効力を主張できないとしてもYが所有権取得を主張できないことを直ちに導かない点にも問題があるとされる。

<sup>62</sup> 小島・前掲注(54)25頁。したがって、騙取された判決について判決効を否定することに消極的な最高裁の傾向(岡田・前掲注(54)21頁)は維持されているといえる。

<sup>63</sup> 評釈として伊藤眞「判批」続民事訴訟判例百選(1972)146頁以下、富樫貞夫「判批」民事訴訟法判例百選〔第2版〕(1982)150頁以下、片野三郎「判批」民事訴訟法判例百選〔新法対応補正版〕(1998)176頁以下、河野正憲「判批」民事訴訟法判例百選〔第3版〕(2003)102頁以下、濱崎録「判批」民事訴訟法判例百選〔第5版〕(2015)253頁。

<sup>64</sup> 濱崎・前掲注(63)253頁。

<sup>65</sup> 伊藤・前掲注(63)147頁。

<sup>66</sup> 伊藤・前掲注(63)147頁。

<sup>67</sup> さらに、その無効を主張するために有罪判決等の要件は不要であるとした。

## 6. 判例法理の検討

### (1) 不当取得された判決の効力

昭和 44 年判決は「判決が確定した場合には、その既判力によつて右判決の対象となつた請求権の存在することが確定し、その内容に従つた執行力の生ずることはいうをまたない」ことを前提としおり、上記検討した各判例も不当取得判決の既判力を否定するといった理解は採用していない<sup>68</sup>。判決の効力としての既判力・執行力を否定することなく、事案の特殊性を考慮して救済の可否を判断しているのである。判例法理としては、後訴請求を認める場合についても前訴確定判決につき通常通りの既判力を否定しないものと考えらるべきであろう<sup>69</sup>。

### (2) 既判力の作用

判例は不当取得された判決につき既判力を認める一方、後訴損害賠償請求を認めるのであり、前訴と後訴の関係をどのように捉えているのか明らかではない。前訴の既判力を認める以上、後訴請求は前訴既判力により認容され得ないとの理解からは判例法理には整合性が認められない<sup>70</sup>こととなる。また、不法行為に基づく損害賠償請求に、当該事案限りにおいて前訴判決の効力を争うことを認めているとの理解は判決の効力を認めることを強調する判旨と整合しない。

このように考えると、そもそも判例は前訴既判力が後訴に作用しないとする立場をとっている可能性がみえてくる。後述の作用否定説の論者は作用を肯定する見解<sup>71</sup>は、「同一関係・先決関係・矛盾関係」の外側で既判力の作用を考えるものであり、少なくとも判例とは離れると指摘している<sup>72</sup>。たしかに平成 10 年判決・平成 22 年判決は「確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではな」いとしており、直接に既判力に反するということがいっていないのである<sup>73</sup>。このことは請求異議の訴えを否定する際に再審制度に言及し「既判力の標準時以前に遡つてこれを争」うことは許されないと判示していることと対照的である。また、このような理解は請求異議訴訟・不当利得返還請求を否定する判例の立場を説明可能である。

<sup>68</sup> 昭和 40 年の無効確認訴訟において現在の法律関係に引き直されているのであれば、判決の当然無効があり得るかのような判示がされていたが、判決の不当取得として議論される事情により判決が当然無効とまでの理解を採用したとまではいえない。

<sup>69</sup> 判例の立場については、当事者の誠実な訴訟進行義務や武器対等のバランスを著しく欠いた場合には、既判力を正当化することができず、既判力が縮減されることがあるというものの指摘(本間・前掲注(1)231頁)もあるが、あくまで既判力を肯定したうえで救済手段を検討するというのが判例の立場であろう。その結果、請求異議と損害賠償で結論が分かれることになる(前掲注(44)参照)。

<sup>70</sup> 岡田・前掲注(54)21頁。

<sup>71</sup> 「およそ、前訴判決における訴訟物じたいについての判断が誤りであると認めること—これは当然に既判力に反する—なしに後訴における賠償請求を認容することがどうして可能であろうか」(中野・前掲注(8)116頁)のような説明を念頭においた指摘であろう。

<sup>72</sup> 勅使川原和彦「演習」法学教室 425 号(2016)163 頁。森勇「確定判決の無効と騙取」民事訴訟法の争点(1998)309 頁も、判例の立場を「不当な取得行為は不法行為であり、これは既判力とは次元を異にする問題」とするものと整理する(ただし森は反対)。

<sup>73</sup> このような指摘として坂田・前掲注(25)164 頁。

### (3) 後訴請求の要件

昭和 44 年判決は、a. 相手方の権利を害する意図、b. 相手方が訴訟手続に関与することを妨げ(①類型)、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ったこと(②類型)、c. 本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、d. かつこれを執行し、e. 損害を発生させたことを判決の不当取得について不法行為に基づく損害賠償請求が成立する要件として挙げる<sup>74</sup>。各要件が再審理要件であるのか損害賠償請求認容のための実体的要件なのかは明確ではない<sup>75</sup>。

a. 要件については、平成 10 年判決が相手方の権利を害する意図」につき、重過失を含まないことを明示したことにより単なる故意・過失要件ではなく独自の要件として位置付けられていることが明らかになった<sup>76</sup>。残るは、単なる故意を意味するのか、それを超えて害意を要求するものかという点に限られる<sup>77</sup>。

b. 要件は例示であるが再審理の要件として決定的重要性を持つ<sup>78</sup>。再審事由との対応関係をみると、基本的には①類型は 3 号<sup>79</sup>再審事由に、②類型は 5 号・7 号再審事由に対応する<sup>80</sup>ものと考えられる。もっとも再審事由との対応関係は完全なものではなく、文言のみをみれば特に②類型は再審事由より広い事情を含みそうである。このうち①類型については、当事者の手続保障を奪う点で既判力の正当化根拠を失わせるものと肯定的な評価がみられる<sup>81</sup>。他方、②類型については極めて広範囲であり再審の厳しい制限が潜脱されるといった批判<sup>82</sup>も強いところである<sup>83</sup>。b. 要件を厳格に解するか、緩やかに解するかによって法的安定性が左右されることになるが、近時の判例及び平成 22 年判決原審を除く下級審裁判例は厳格に理解しているようである。

c. 要件の存在により前訴確定判決の再審理が前提となる。これを再審理事由と捉えるのであれば、再審理開始の判断と再審理の結果の判断が混同することとなる<sup>84</sup>。他方で再審理要件ではなく損害賠償請求の認容のための要件とするのであれば既判力の作用を否定す

<sup>74</sup> 加波・前掲注(8)183頁。

<sup>75</sup> 既判力の作用を否定するのであれば、すべて実体法上の要件であるというのが素直であろう。しかし、判例が常に再審理を行うことを肯定しているとの理解も取りがたいところである。少なくとも b. 要件については再審事由が意識されており、再審理要件としての意味を持つと思われる。

<sup>76</sup> 加波・前掲注(8)183頁は、単なる「正義に反する行為」を「その行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別な事情がある場合」という内容に改めたことに対応すると分析する。

<sup>77</sup> 再審事由はあっても害意はないという場合は想定され、判例の立場としては害意を欠く場合には原則通り再審によるべきであり、例外を認めないものと理解するものとして高橋宏志『重点講義民事訴訟法[第2版補訂版](上)』(有斐閣、2013)『同(下)』(有斐閣、2014)・上 726頁注 153。勅使川原・前掲注(72)163頁も参照。

<sup>78</sup> 山本和・前掲注(17)127頁。

<sup>79</sup> 一部 5 号再審事由に対応するものもあり得る。

<sup>80</sup> このことは②類型について下級審裁判例が有罪判決または過料の裁判の確定を要求していることと対応する(前掲注(6)参照)。

<sup>81</sup> 後述の二分説に特に親和的といえる。

<sup>82</sup> 中野・前掲注(8)866頁。

<sup>83</sup> 岡田・前掲注(7)125頁は、判決の不当取得に対する救済をめぐる論争は②類型が中心となっていると分析する。

<sup>84</sup> 上田竹・前掲注(1) 828頁以下は、職権探知主義を妥当させるべきか弁論主義を妥当させるべきかという問題を指摘する他、これを再審理要件とすれば「再審理要件審査の中に実体的再審理の中身が含まれるという構造上の混同が生じる」とする。



ることは困難になり得る。また、前訴と後訴の既判力の作用を否定するのが判例の立場であるとしても判例の要件によれば既判力の否定を伴わざるを得ないが、なぜ既判力に反する認定が可能なのか疑問が残る。その他、e.要件と異なる要件として指摘されていることから、「本来ありうべからざる内容」というのは、単に事実認定が誤りであったと後訴裁判所が判断するのでは足りない<sup>85</sup>とも考えられる。この点を緩やかに判断してしまうのであれば、後訴裁判所の判断も真実の可能性のある「一つの判断」に過ぎないと批判<sup>86</sup>に耐えることは困難であろう。

d.要件、e.要件は「執行し金銭を得ていなければ損害賠償請求が成り立たないから」に過ぎない<sup>87</sup>と考えられる。執行に至らなければ違法性が認められ得ないとの理解は、判決取得過程自体の不法行為性を指摘する判例の採るところではないだろう。

### III. 学説

#### 1. 概要

積極説は、前訴判決の既判力を否定し、あるいはその後訴への拘束力を否定することによって理論的説明を行うしかない<sup>88</sup>。したがって、前訴判決に既判力が認められるのかという点が、ついで既判力を認める場合にこれが後訴に作用するのか及び拘束力の意味が問われることとなる。以下では、まず後訴請求を否定する伝統的通説(消極説)を紹介し、消極説に対する批判を念頭に積極説の理論を説明する。

#### 2. 消極説

伝統的には後訴請求を否定する見解が有力であった。消極説は、前訴判決の既判力及びこれの後訴への作用をいずれも肯定する。既判力については、民訴法が再審制度による救済という制度を用意している以上、他の方法により既判力を否定すべきではないという制度の仕組みからの素直な解釈に基づくものである。

消極説に対しては再審制度のみでは判決の不当取得に対する救済として不十分であるとの批判がある<sup>89</sup>。この批判は再審事由に向けられたものと再審手続に向けられたものに大別される。前者は、現行民訴法の再審事由は極めて限定的であり再審事由が存しない場合にも救済の必要が認められる場合があり得るというものである。後者は既に執行が完了した場合のように手続再開後に旧訴訟と同じ訴訟物と維持しても迂遠であり当事者もこれを望まない場合があることを指摘するものである。これに対しては、再審事由の類推による拡張をはかること<sup>90</sup>、再審の訴えによりつつ原判決が取り消されることを条件として再審

<sup>85</sup> 平成22年判決の指摘はまさにこのようなものであろう。

<sup>86</sup> 加藤・前掲注(8)87頁。

<sup>87</sup> 高橋・前掲注(77)上726頁注(153)。

<sup>88</sup> 中野・前掲注(8)116頁。岡田・前掲注(1)137号472頁以下、特に475頁も同様の指摘をする。

<sup>89</sup> 河野・前掲注(1)341頁、石川・前掲注(1)17頁、越山・前掲注(25)120頁。

<sup>90</sup> 中野・前掲注(8)118頁以下は、再審事由の緩和や期間の伸長は立法論として考慮すべきであるとし、解釈論としても再審事由類推により必要な救済を可及的に確保すべきであるとしている。

の本案に新請求を追加することや反訴提起をすることが可能であり手続的負担は軽微であること<sup>91</sup>により反論がされている。

もっとも消極説も常に厳格な立場を維持するものではない(後述の再審制度補完説を参照)。民訴法が再審制度を設け再審事由と再審期間を厳しく限定して再審の訴えを通してはじめて既判力の失効を認める建前をとっている以上、再審の要件を供えないところで既判力の拘束を排除することを認めるべきでないとする見解<sup>92</sup>においても、一定の例外の余地を認める。確定判決の既判力を維持することが明らかに正義に反するにもかかわらず、再審規定の類推によってもこれを排除し得ない場合は生じうるとし、これを放置することがとうてい耐え難い結果となる事情があるならば、既判力にかかわらず損害賠償請求を容認しなければならない<sup>93</sup>とするのである。

### 3. 既判力を制限する見解

#### (1) 概要

広く判決の無効というとき、判決の不存在、瑕疵ある判決、内容上無効な判決、そして判決の不当取得の問題が挙げられる<sup>94</sup>。ただし、判決の不当取得における判決無効の議論は異質であることが指摘されている<sup>95</sup>。不当取得された判決について既判力を否定するのであれば、後訴請求は前訴既判力に何ら妨げられることなく認められることになる。したがって、再審手続の負担を解消することができる点に利点がある。同時にこれらの見解は、判決の効力を争う手続としての再審制度との関係を説明する必要がある<sup>96</sup>。

既判力の全部・一部を制限するこの見解は、判決の当然無効をいうもの、損害賠償の文脈においてのみ既判力を否定するもの、既判力の縮小と関連付けるものなど多様であり、既判力否定の要件についても様々な見解が主張されている。見解の多様故に要件と再審制度との関係の議論を明確に区別することは困難であるが、以下では要件論と再審制度との関係についての議論を一応区別して整理する。

<sup>91</sup> 中野・前掲注(8)118頁

<sup>92</sup> 中野・前掲注(8)117頁。

<sup>93</sup> 中野・前掲注(8)119頁。なお、中野は再審事由を立法趣旨の妥当しうる同様の諸場合に類推していくことによって、必要な救済を可及的に確保すべきとし、損害賠償請求によるべき場合は「極めて例外的な事態に対する非常救済にとどめるべき」としている。そのうえで、昭和44年判決の「作為または不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等」という要件について、「きわめて広範囲の行為を含むのであって、これでは、再審のきびしい制限はほとんど潜脱され、いちじるしく法的安定性を害するといわなければならない」と指摘する(同120頁)。

<sup>94</sup> 新堂・前掲注(34)680頁以下、兼子一原著『条解民事訴訟法[第2版]』(弘文堂、2011)561頁以下[竹下守夫]、松下祐記「確定判決の無効と騙取」民事訴訟法の争点(2009)268頁、伊藤眞『民事訴訟法[第7版]』(有斐閣、2020)540頁以下。ある判断内容が判決として成立するためには裁判官が判決するという職務遂行の外観をもって対外的に発表したものでなければならず、これを欠く場合には判決は不存在である。これに対し、一応判決として成立した場合には、その判決は訴訟法上有効であり、手続・内容における瑕疵は上訴・再審の対象となるに過ぎない。判決として訴訟手続上は有効に存在するとしても、実在しない人物に対する判決・当事者適格を有しないものに対してされた形成判決、治外法権者に対する判決などは、内容上無効なものとなる。

<sup>95</sup> 越山・前掲注(25)121頁。文字通りの当然無効ではなく、既判力を訴訟物の枠内で縮小させることができるとする議論の一種である指摘する。松下・前掲注(94)268頁も参照。

<sup>96</sup> 鈴木正裕「既判力の遮断効(失権効)について」判例タイムズ674号(1988)4頁以下、特に11頁参照。

## (2) 既判力否定の要件

### イ 手続保障を欠く場合に当然無効を認める見解

既判力の正当化根拠である当事者への裁判への実質的関与の機会保障を重視する議論状況のなかで、昭和 44 年判決の①類型②類型の区分を念頭に手続的関与の機会の程度による区分を試みる見解が有力化している。

この見解は、一方の当事者が、故意に他方の手続関与権を奪って勝訴判決を得たときは、「勝訴者には判決の判断内容に対する保護に値する信頼が欠け」る一方、「敗訴者には手続権の保障がなかった」のであり、そのような判決は既判力を有しないとする<sup>97</sup>。これに対し、違法行為により虚偽の判決資料を作出したような場合には、敗訴当事者も手続に関与しており、「一般的には、みずから正しい認定を得るための資料を提出しえたはずである」ため再審の訴えを経るべきとされる<sup>98</sup>。このような場合には、判決資料が違法に作出されたと主張するだけで事実審理のやり直しを求め得ることになり、正当な勝訴当事者の信頼をも害するため再審事由を要することも指摘されている<sup>99</sup>。

### ロ 公序良俗違反を基準とする見解

この見解は前訴判決の既判力を認めながら、なお損害賠償請求訴訟を許すことには論理矛盾が存在するといわざるを得ず、判決の不当取得を理由として前訴判決の当然無効を認めた上で、直接の損害賠償請求訴訟を許すべきである<sup>100</sup>との立場を前提とする。そのうえで、公序に反する外国判決が判決効を有しないことを参照し、公序に反する内国判決も判決効を有しないのではないかと<sup>101</sup>、という視点から当然無効の要件の類型化を試みる。すなわち「当該判決の不当取得事例につき、「当事者の目的意図の不当性」、「手続的な不当性」、「判決結果の不当性」を審査したうえ、その不当性が公序良俗に反すると解される場合には、判決の当然無効を認めて、直接の損害賠償請求訴訟も許すべきである」とする<sup>102103</sup>。

<sup>97</sup> 兼子・前掲注(94)562頁[竹下]。竹下の見解について、山本和彦「書評」判例タイムズ1350号(2011)83頁は、合理的な見解であり平成22年判決もこの方向への転換の傾向を示唆していると指摘する。同・前掲注(8)194頁は、意図的な相手方の手続関与妨害はともかく虚偽主張による裁判所の欺罔を安易に認めることは「既判力制度と正面から抵触するため、慎重な判断が相当」とし判例の基本的方向性を支持する。

<sup>98</sup> 兼子・前掲注(94)563頁[竹下]。

<sup>99</sup> 河野・前掲注(1)355頁は手続権の侵害の観点から判例の①類型と②類型について救済の取り扱いを異にすることが考えられるとしており二分説に親和的である(前掲注(13)参照)。これに対し後述の通り、石川・前掲注(1)16頁以下は再審事由には無効事由が含まれていることを認めつつも、現行法上は当然無効という説明は困難であるとしている。

<sup>100</sup> 岡田・名法(四)475頁

<sup>101</sup> 岡田幸宏「確定判決の反公序性とその効力について」民事訴訟雑誌45号(1999)202頁。

<sup>102</sup> 岡田・名法(四)475頁

<sup>103</sup> この見解に対し以下のような批判がある(加波・前掲注(1)866頁。上田竹・前掲注(1)828頁も参照。)。公序良俗違反として確定判決が無効となる場合の要件の明確化をはかりながらも、結局、それは実体法上および手続法上の公序良俗違反かどうかで判断するというわけだから、それでは、何のための要件化かわからない。要件存否の審理のためには、かなり慎重に前訴本案や前訴手続の具体的過程につき再審理をしなくてはならなくなる場合が多くなり、実質的に本案再審理が、再審理要件存否の審理の名の下で、行われてしまうという結果になりかねない。

岡田は、確定判決の反公序性と再審制度の関係につき、「反公序性を帯びる可能性のある一部の手続的瑕疵を要件化し、この瑕疵の立証をもって反公序性の立証に代えたものが一部の再審事由である」と整理する(岡田・前掲注(101)206頁)。これについて加波・前掲注(1)867頁は、再審との整合性を模索しつつ、議論を展開するものとして一定の評価をしている。

## ハ 既判力の拘束力を限定する見解

この見解は、民訴法は再審事由を無効事由と区別せず一括に規定し、再審の訴が不当取得判決の既判力を排除するものである以上、再審による不当取得判決の既判力の排除を経ない損害賠償請求の訴が既判力に抵触するとの反論に答えることは困難であることを認める。そのうえで、「確定判決の瑕疵として判決に影響を及ぼすものか否かを問うまでもなく著しく重大であるがゆえに、それが存在する場合には一方で既判力を肯定しつつ不法行為の別訴を認め得る」とする<sup>104</sup>。この見解は、既判力概念を前者一本に統一しなければならないという必然的要請はない<sup>105</sup>として既判力を2種類—①伝統的既判力概念(存在する以上不法行為や不当利得の主張を認めない)と、②既判力を排除しない限り当該判決により確定された権利または法律関係を争うことはできないが、別訴による不法行為や不当利得の主張は認めるという内容の既判力概念—で把握する。このような解釈は最高裁の本能的な正義感情に依るものであり、理論的裏付けが可能である限り評価されなければならないとし、判決の効力が本来の効力範囲を超えて拡張される場合、本来の効力を縮減する場合などを予定している<sup>106</sup>ことを理論的裏付けの可能性として指摘する。

## ニ 再審事由＝再審理事由説

この見解は、その沿革からすれば再審手続は前訴確定判決を取り消す機能を持っているが、再審事由そのものは前訴確定判決を取り消すまでもなく、その再審理を認める機能を有すると指摘する<sup>107</sup>。それゆえ再審事由という瑕疵の存在が認定・確定されれば、そのことから前訴確定判決が再審理されるという手続になっていると指摘する<sup>108</sup>。再審事由に「再審理事由」としての機能を認め、再審事由の再審訴訟外での主張可能性があり、通常訴訟手続に実質的に再審を組み込み内在化することを理論化できるとする<sup>109</sup>。したがって再審事由の主張を損害賠償請求の中で行うことができ、肯定説の論拠となる。この見解は、瑕疵の及ぶ限りに置いて既判力が制約されるというものであり、前訴既判力の否定により後訴請求との抵触を否定する見解と整理する。

## ホ 期待可能性による既判力の縮小

期待可能性による既判力の縮小の議論は、判決の不当取得に関する議論の中で直接に言

<sup>104</sup> 石川・前掲注(1)18頁。

<sup>105</sup> 石川・前掲注(1)19頁。河野・前掲注(1)341頁も「従来通説が依拠してきた支配的な既判力概念が、何ら再検討を要しない完全無欠のものであるのかについての疑念が生じる」としている。

<sup>106</sup> 前者の例として氏名冒用訴訟において、被冒用者は当事者でないとの見解を採用した場合、後者の例として既に協議離婚した夫婦に対する離婚判決を指摘する。民事訴訟法117条の存在もこの見解を支える論拠となる。

<sup>107</sup> 加波・前掲注(1)884頁。同872頁はドイツ民事訴訟法沿革上、原状回復事由と無効事由との区別は互いに相対的・同質的であることを指摘している。

<sup>108</sup> 加波・前掲注(1)887頁。

<sup>109</sup> 加波・前掲注(1)889頁。再審事由という瑕疵の存在が既判力に影響を与えるのは、あくまで、再審手続内とする見解に対し、加波・前掲注(1)891頁は、同じ手続的瑕疵でありながら、通常手続では、既判力に何ら影響を与えないものが、なぜ、再審手続では既判力の停止という効力をもたらすような瑕疵として扱われることになるのであろうかと疑問を呈示する。

及されるものではない。しかし、再審を経ずに既判力を縮小する議論であり関連性があるだろう<sup>110</sup><sup>111</sup>。この見解は前訴で主張することにつき期待可能性がなかった事実については、既判力による遮断を正当化できず、遮断効を否定する<sup>112</sup>。したがって、手続保障を欠く類型については判決の不当取得に関する議論においても援用が可能であろう。これに対しては、前訴で主張することの期待可能性がなかったということを当事者の一方が持ち出せば、裁判所は期待可能性の有無を審理することとなり、法的安定性が害されるという批判がある。また、再審の訴えは既判力が及ぶことを前提としており、刑事罰が課される他人の行為により主張できなかった場合(338条1項5号)にも既判力が認められていることとの関係で妥当でないとの批判<sup>113</sup>が強く、期待可能性による既判力の縮小は通説を形成するには至っていない<sup>114</sup>。

### (3) 再審制度との関係

#### イ 再審制度補完説

この見解は再審制度が存する以上、判決の効力を争う手段は再審の訴であることが原則であるとしつつ、現行再審制度の不備を補完するものとして損害賠償請求を位置付ける。再審制度の不備として指摘される2点に対応して2つの方向でその役割が指摘されている。まず、再審事由が狭いことに対する対応として再審事由が存しない場合の救済手段としてである。これは上述の消極説を基本とする見解を中心に主張されている<sup>115</sup>。他方で、再審制度の機能的な限界に対応し、もはや強制執行が終わっており再審制度による救済では迂遠な場合等の再審による救済が適切とはいえない場合についての補充的救済方法として位置付ける見解も存する<sup>116</sup>。これは多様な手続の用意により救済の幅を広げる見解<sup>117</sup>といえる。

<sup>110</sup> 本間・前掲注(1)237頁以下は、相手方の行為に対する非難可能性による既判力縮減を問題にする判決の不当取得に対する救済と異なり、既判力の縮減を求める者の行為可能性を問題とする点で一応区別して論じるべきであるとする。そのうえで「再審制度が既判力を否定する唯一のものなのか、(大きな)一部を構成するに過ぎないのかの問題」が潜んでおり、看過できない関連性があることを指摘する。

<sup>111</sup> 高橋・前掲注(77)上612頁注27は、基本的に上記再審事由＝再審理由説を援用し、「期待可能性がなかったという主張を裁判所が審理し認定することができれば再審理を許容する」とし、再審理由として期待可能性論を位置付ける。なお、期待可能性が認められなかった主張は標準時後の新事由の主張に準ずるため、部分的な既判力の制約を論じる必要はないことを差異として指摘している。

<sup>112</sup> 高橋・前掲注(77)上608頁以下、新堂・前掲注(34)694頁。

<sup>113</sup> 鈴木・前掲注(96)5頁以下、中野貞一郎『民事訴訟法の論点I』(判例タイムズ社、1994)249頁、伊藤・前掲注(94)554頁注173、三木浩一他『民事訴訟法[第3版]』(有斐閣、2018)[垣内秀介]430頁。

これに対し、高橋(上)610頁注(27)は、以下のように反論する。第一に「期待可能性なし」と評価される場合は「過失なし」より狭い。第二に338条1項5号により、再審の訴えを経るという負担を課せられるのは、刑事上罰すべき他人の行為があり、かつ、攻撃防御方法自体は認識していた場合として把握し、当事者の事実の認識により区別すべきである。第三に、再審事由がある場合でも損害賠償請求の別ルートを認めるのであれば、再審の訴えを要求することと既判力が及ばないとするものの差異は小さい。

<sup>114</sup> もっとも、最判昭和57年3月30日民集36巻3号501頁は傍論で、期待可能性による既判力の縮減に親和的な判示を行なっている。また、相殺権行使について最判昭和40年4月2日民集19巻3号539頁も参照。

<sup>115</sup> 前掲注(93)参照。紺谷・前掲注(1)368頁、上田徹・前掲注(1)281頁も基本的に同旨。山木戸・前掲注(45)259頁も参照。

<sup>116</sup> 河野・前掲注(1)355頁。

<sup>117</sup> このような考え方は裁判所が再審事由を厳格に判断すれば實際上既判力制度を動揺させることにはならない(新堂・682頁)とする再審制度代替説に通ずるものがある。

## ロ 再審制度代替説・併存説

この見解は、再審制度が判決の効力を争う唯一の手段として用意されているという点を重視せず<sup>118</sup>、再審事由の存否を損害賠償請求訴訟をはじめとする別訴において顧慮することにより再審制度の代替的機能を認める<sup>119</sup>。この見解の目的は多様な救済手段を用意することで選択を誤ったことにより救済が否定されることを回避しようとする点にある<sup>120</sup>。当然無効を前提にするとしても<sup>121</sup>、確定判決を争う方法として再審を用意している民訴法にもかかわらず何故再審を経る必要がないのか、という点については明確ではないが具体的正義の追求による司法への信頼確保によることになる<sup>122</sup>。あるいは上述の再審事由＝再審理事由説を援用することによっても説明が可能である。

## 4. 作用否定説

前訴既判力の後訴への作用を否定する見解も主張されている。この見解はドイツ判例の立場とされ<sup>123</sup>、上述の通り日本の判例もこの立場を前提としている可能性がある。

この見解は、後訴請求は前訴の成立過程における詐欺的な行為等を不法行為とするのであり、前訴の訴訟物についての実体判断に矛盾するものではないとする<sup>124</sup><sup>125</sup>。既判力の作

<sup>118</sup> 高橋・前掲注(77)上 726 頁注 152。高橋は、理論的には、再審制度が存在する以上それに敬意を払い「害意がある場合に限定する」はバランスが良い解釈論とし、この考え方は手続保障を欠く場合に当然無効を認める見解と共通すると指摘する。

<sup>119</sup> 新堂・前掲注(34)682 頁、同「演習」法学教室第二期 1 号 180 頁。高橋・前掲注(77)上 722 頁は、理論的な弱さはあるもののこの見解を支持する。山本弘「送達瑕疵と判決の無効・再審」法学教室 377 号(2012)116 頁注 8 も同様の方向性を示唆するものである。

<sup>120</sup> 新堂・前掲注(119)180 頁。

<sup>121</sup> この見解は当然無効を前提としなければ成り立ち得ないとはいえないように思われる。

<sup>122</sup> 新堂・前掲注(120)180 頁。また、河野・前掲注(1)340 頁以下も参照。同 344 頁は再審制度それ自体の合理性が認められて初めて法政策的要求による説明が説得力を持つとし、現行再審制度が「民事訴訟手続きを基礎付ける正義」の実現すべてに資するものではないことを指摘しており、新堂と問題意識は近いものと思われる。

これらの具体的正義の実現といった説明に対し、伊東・前掲注(8)185 頁は、既判力もまた基準時点における法律状態は不動のものとなるのが、より大きな正義の土台を成すのであり、既判力自体も正義感情の結晶であり、鋭ぎすまされた衡量が要求されると注意を喚起する。同・前掲注(39)22 頁は既判力は法的安定のみ奉仕するのではなく、「主目的は寧ろ等しく正義の実現にあるのであって、法的安定の要求と正義感情との相克として捉えること事態が皮相的である」とし、抽象的に不当取得を称することは容易だが、不当か否かは断じ難いことは、「正義感情」に既判力を動揺させることが、必ずしも「正義」でないことを示すと指摘する。

<sup>123</sup> 「善良な風俗に反する方法で、故意に他人に損害を与えた者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」と定めるドイツ民法 826 条(ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)162 頁参照)を根拠とする。ドイツ判例・学説については、小野木・前掲注(1)、岡田・前掲注(1)134 号・136 号、栗山・前掲注(39)136 頁に詳しい。

<sup>124</sup> 勅使川原・前掲注(72)163 頁。同『読解民事訴訟法』(有斐閣、2015)142 頁は矛盾関係を念頭に、不当利得返還請求との対比により論じる。「不当利得返還請求権においては、不当利得の対象が原物で存すればそれを返すのが原則であるから、前訴請求と後訴請求は同一物について「行ったり来たり」の正反対の請求とみられ、「前訴での給付請求権と後訴での不当利得返還請求権は実体法上論理的に「正反対」の請求とみることができる。これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求を求めめる場合は「前訴の請求自体は何でもよく、不法行為に基づく損害賠償請求では金銭賠償の原則で「金銭」に常に転化するので、前訴の訴訟物たる請求と後訴の訴訟物たる請求は、実体法上論理的に「正反対」の関係には立たない。」とするのである。

<sup>125</sup> 小野木・前掲注(1)93 頁以下は、損害賠償義務を「適法行為の違法性を原因とする無過失損害賠償責任」と解することで、賠償請求の認定は何ら既判力に妨げられず、違法性は公序良俗違反により基礎づけられるとする。

民事訴訟及び強制執行は当事者の一方の責任において展開されるのであるから、これを発動することによって他人に損害を及ぼす場合には相手方に対し損害を賠償すべきであるとしたうえで、不当執行の違法性における議論を参照し「適法行為に基づく違法性の理論」により損害賠償の義務を肯定することは可能であるとの説明である。また、違法性を公序良俗違反により基礎付ける点について同 94 頁は、民訴法が外国判決の承認において判決内容が公の秩序又は善良の風俗に反しないことを要求していること(現 118 条 3 号)を参照し、実体法的正義が形式的正義に優先すべきことを

用は、前訴確定判決が確定した実体判断につき、後訴の前提問題としての拘束を後訴裁判所に及ぼすところ、前訴の手続過程全体が不法行為に当たるか否かは前訴では何も判断されていないため何ら前訴判断に矛盾しない<sup>126</sup>という主張である。そのうえで、前訴判決の既判力を実質的には無にする点で不法行為の要件の「かさ上げ」を要するとし<sup>127</sup>、一般的な不法行為の要件を超えた要件—昭和44年判決の要件もこの中で把握される—を要求する。この見解は、既判力の作用は(典型例として把握される)先決関係・矛盾関係にあたる場合に限り認められるという立場を前提とし、そのいずれにも当たらないと主張するものである<sup>128</sup>。

この見解によれば、不法行為に基づく損害賠償請求である限り直接に既判力は問題とならないため、再審事由に囚われることなく、その要件を具体的妥当性と法的安定性の衡量のもとで定めることが可能となる。

## 5. その他

再審事由が狭い点については立法論による解決がかねてから主張されているところである<sup>129</sup>。そのうえで、判決の不当取得に対する救済に関する議論については過渡期の議論としては存在意義があるが、本来的には、再審事由の解釈論や提訴期間の追完の議論へと収斂させることが望まれるとの指摘<sup>130</sup>がある。なお、現行民訴法の制定にあたって再審事由に判決の不当取得を明記するかについて議論があったが、類型化が困難であること等により見送られた<sup>131</sup>。

## IV. 検討

### 1. 判決の効力

既判力は確定判決の判断に与えられる通用性・拘束力であり、この強力な効果が認められるべき根拠は訴訟制度に紛争解決制度としての意味を持たせるために必要であること(制度的効力)、当事者には手続上の諸権能が与えられ当事者はそれらを行行使することができたこと(手続保障と自己責任)によって説明されることが一般的である<sup>132</sup>。このことを前

---

認め得ると指摘する。

このような説明に対し河野・前掲注(1)339頁は、裁判所を利用して不当判決を詐取した前訴当事者に対して向けられた損害賠償請求であり「相手方が故意にかような判決を得たか否かが問題となる」として「無過失」構成を批判する。

<sup>126</sup> 勅使川原・前掲注(124)143頁注17。ここでは先決関係を念頭において論じられている。

<sup>127</sup> 勅使川原・前掲注(72)163頁、同・前掲注(124)142頁。

<sup>128</sup> 勅使川原・前掲注(72)163頁は前訴の実体的判断は後訴請求における損害が何であるかについて「事実上関わりを有するだけである」とする。なお、この見解は不当利得返還請求については、確定判決の認定と正反対の請求として既判力が作用するとして請求を認めない(小野木・前掲注(1)96頁、勅使川原・前掲注(124)142頁)。

<sup>129</sup> 中野・前掲注(8)118頁、鈴木・前掲注(96)11頁、小林・前掲注(1)420以下など。紺谷・前掲注(1)367頁は再審制度に対して加えられている批判に対しては再審制度自体の改善で答えるべきであると指摘する。

<sup>130</sup> 越山・前掲注(25)121頁。

<sup>131</sup> 竹下守夫他「新民事訴訟法をめぐって〈二〉各論—V第四編 再審」ジュリスト1145号(1998)100頁〔柳田幸三発言〕。類型化の困難のほか、338条1項3号との関係をどのように整理するかという問題もあり、今後の判例の集積を待つことになったとされる。

<sup>132</sup> 高橋・前掲注(77)上590頁、新堂・前掲注(34)687頁。既判力は訴訟外の実体法上の権利関係を変更するものではなく、国家裁判権の判断統一という訴訟法上の効果を持つものと捉え、後訴裁判所が確定判決と矛盾する判断をしては

提に、判決無効は当事者に対する手続保障を欠くことを根拠として主張される。しかし終局判決が確定して訴訟手続が終了した以上、その確定判決を尊重しなければ紛争解決は得られない<sup>133</sup>ために、手続保障を欠く場合であっても直ちに無効とはせず、再審制度によってその妥当性を図るとというのが民訴法の建前である。338条1項3号は手続保障を欠く場合を再審制度に取り込み、既判力の正当化根拠それ自体に関わる問題についても再審制度に委ねる<sup>134</sup>。たしかに再審事由は沿革的に判決無効の訴えの事由を含む。しかし、現行法は再審事由を区別なく規定しており、特定の再審事由の存否により直ちに判決の有効性それ自体を問題とすることは困難といわざるを得ない。

また、338条3号再審事由における類推適用の各事例をみても明らかなおり手続関与の程度は様々であり当然無効なる類型を明確に切り出すことは困難であろう。しかし、当該事由が認められれば直ちに既判力をはじめとする判決の効力が否定されるといった意味での当然無効を考えるのであれば、その線引きは明確である必要がある<sup>135</sup>。

以上より、一定の事由の存在により判決の当然無効を認める見解は採用できない。不当取得された判決であっても既判力は認められると考えたい。

## 2. 既判力の作用

既判力の作用を論じるにあたってその意義について明確にしておく必要がある。既判力の作用という表現は、前訴と後訴の訴訟物が同一・矛盾・先決関係にある場合に前訴既判力が後訴に作用する、といった形で用いられることが一般的<sup>136</sup>である。しかし、本来は前訴の訴訟物に既判力が生じているから訴訟物が同一・矛盾・先決の後訴に既判力が作用していくと理解すべきである<sup>137</sup>。そこで、既判力が作用するかという問題は、後訴において前訴既判力が意味を持つかという意味で把握するべきである。前訴既判力の内容を確認したうえで、効力が及ぶ者(115条1項)の後訴において前訴既判力が意味を持つか判断するのである。

前訴確定判決の既判力は前訴請求債権の存在について生じる。そして、後訴訴訟物は不法行為に基づく損害賠償請求権である。ここでは前訴既判力が後訴で意味を持つか、すなわち後訴請求の損害賠償請求権が前訴請求債権の存在とは無関係に存在することになるか、が問われることになる。

昭和44年判決の枠組を前提とすれば、「本来ありうべからざる内容の確定判決」か否かが後訴請求権の存否に関わるので、既判力の作用を肯定することになりそうである<sup>138</sup>。昭

---

ならないものと理解する訴訟法説が通説である(伊藤・前掲注(94)547頁、瀬木比呂志『民事訴訟法』(日本評論社、2019)450頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂、2015)614頁[松本])。

<sup>133</sup> 高橋・前掲注(77)下767頁。

<sup>134</sup> このような説明は前掲注(122)の伊東の議論を参考にしている。

<sup>135</sup> 既判力の限定をいうのであれば、明確性が求められることを強調するものとして富樫・前掲注(45)参照。

<sup>136</sup> 例えば、山本弘他『民事訴訟法〔第3版〕』(有斐閣、2018)340頁[長谷部由紀子]。

<sup>137</sup> 高橋・前掲注(77)上596頁注15。瀬木・前掲注(132)453頁も同一・矛盾・先決のような分類は既判力の積極的作用と消極的作用が働く場面を分類した結果に過ぎないことを指摘する。

<sup>138</sup> 坂田・前掲注(25)164頁参照。



和 44 年判決の妥当性は置いておくとしても、作用否定説からは不法行為自体は前訴判決と無関係に成立するが前訴判決の執行による利益を失わせる点で既判力制度を揺らがせる請求であることに鑑み、既判力の枠外で既判力制度の安定という考慮に基づき要件として加重するもの評価することになる。これに対する反論としては、結局のところ前訴既判力に反する認定を許される理由を説明できていないというもので足りるようにも思われる<sup>139</sup>が、不法行為の成立要件それ自体との関係も検討してみたい。

前訴判決の不当取得行為それ自体の違法性は前訴判決が確定したことによって治癒するものではないはずである。したがって、後訴において Y の不当取得行為を加害行為として違法と認定することは前訴既判力とは無関係に行えるはずである。請求権の存在が確定するため、これに基づく執行が基準時前の事情により違法となることはあり得ないとして、違法性を認定することは既判力により認められないとの見解<sup>140</sup>は、執行行為を加害行為として捉えるものであろう。しかし判決の不当取得は前訴の成立過程から既に問題となるのである。

それでは前訴既判力を前提としつつ、損害を認定できるのか。Y の X に対する請求権が存在することを前提とすれば、この請求権が確定判決として認められたこと、あるいはこれに基づき執行されたことをもって損害と評価することはできないはずである。したがって、前訴既判力が後訴に意味を持つことにならざるを得ない。作用否定説の論者は、後訴請求における損害が何であるかについて「事実上の関わり」を有するだけであるとする<sup>141</sup>。しかし、損害の発生及び額は損害賠償請求が認められるための要件であり、前訴既判力によりこれを認められないのであれば後訴請求は認められ得ないのである。まさに既判力の機能が果たされる場面であり「事実上の関わり」と評価することはできない。前訴既判力は後訴請求の損害との関係で作用することとなる<sup>142</sup>。

### 3. 後訴損害賠償請求の可否

#### (1) 積極説の可能性

既判力及びその作用を認めることを前提として、なお後訴が拘束されない場合はあり得るか。判決の効力を争う制度として再審がある以上、再審の訴え以外によりこれを争うことは許されないと理解は自然であろう。しかし、再審制度が救済として不十分であることは消極説に対する批判として指摘されてきたところであり、これを立法論に過ぎないとしてしまうのでは現に存する課題に対する回答として不適切とも思われる。そこで、再審が特別の制度として用意されている意義はどこにあるのかを検討してみたい。再審規定は、

<sup>139</sup> 森・前掲注(72)309頁は「不法行為だとして執行結果をくつがえすことは、いずれにしても旧請求権の存在を確定する既判力と抵触する」と指摘するが同旨であろう。

<sup>140</sup> 曾田・前掲注(8)88頁

<sup>141</sup> 勅使川原・前掲注(72)163頁。

<sup>142</sup> 同様の見解として加藤・前掲注(8)88頁。中野・前掲注(8)116頁も基本的に同旨。損害賠償請求を主張する場合、前訴において確定された給付義務の不存在の主張が損害賠償請求権の要件事実をなしている(紺谷・前掲注(1)367頁)との説明も「事実上の関わり」とはいえないとするものとして援用できる。

いかなる事由により再審理を認めるかという点といかなる手続により再審理を認めるかという点の 2 点について定めるものであるが、再審制度の意義とは後者について問うものである<sup>143</sup>。単に根拠条文と訴訟物<sup>144</sup>が異なるに過ぎないのであれば、これを特別視する必要はなくなるのではないか。また、再審制度に特別の意義があったとしても、これを損害賠償請求訴訟の中で実現することができないか。以下はこの点に積極説の可能性があるのでないかという問題意識に基づき検討を試みるものである。

## (2) 再審制度の分析

### イ 二段階構造

現行再審制度の最大の特徴は、再審手続が二段階構造を明確にする点<sup>145</sup>にある。再審事由の有無を審理判断する手続と再審事由がある場合について本案について審判をする手続の二段階である。このような二段階構造を採用したのは、再審事由の存否についての審理と本案についての審理が並行して行われ、それぞれに必要な訴訟資料が同時に提出されることになると審理が複雑化する、本案についての審理が無駄になる場合があり得る、という問題に対応するためであった<sup>146</sup>。二段階構造により、審理は完全に分離され独立の上訴も可能となっている。

これに対し、不法行為に基づく損害賠償請求による場合には、再審事由の存否の判断—昭和 44 年判決の要件でいえば a. 及び b. 要件—が先に審理判断され、これが存在する場合に限り本案審理—c. 要件の「ありうべからざる内容」か—を審理判断するという関係が制度として担保されていない。したがって、審理の複雑化を招き得る。

二段階構造が確保されていないことは安易な再審を許容し既判力制度それ自体を揺るがすことになり得るといふ弊害にも繋がり得る。平成 22 年判決の原審は、まさにこの弊害が現れたものであることは既に指摘した通りである。安易に再審理を行った結果、具体的妥当性という正義に突き動かされ再審理要件として厳格な役割を果たすべき b. 要件が緩やかに判断される、という事態が起こりうるのである。制度として分離されていない以上、同時に前訴判決の当否に関する事情にも触れることとなる。その中で、前訴判決が誤りであるとの心証を抱いたとき、再審理要件が緩やかに適用される危険が生じるのである<sup>147</sup>。

<sup>143</sup> 再審事由が狭きに失すとの批判に対しては再審事由の解釈による拡張で対応すべきであろう。判決の不当取得で問題となるもののうち①類型については、その大半が 338 条 1 項 3 号の類推でカバーできる。たしかに 338 条 1 項 3 号は相手方当事者の悪性を考慮しないものであるが、規範的評価へ取り込むことは一定程度可能であろう。②類型については有罪判決の確定等の要件(338 条 2 項)については考慮の余地があるとしても、全体としては再審事由が狭きに失すとの批判が妥当するのかが疑問がある。そもそも、再審事由が認められない場合について、当然無効等の理論により再審以外の方法で救済を図る、というのは重大な瑕疵について規定するはずの再審事由とその手続負担との関係で正当化困難であろう。したがって、再審事由ではなく再審制度との関係を特に問題としたい。

<sup>144</sup> 再審の訴訟物は判決取消しと本案再審理の 2 つと考えられている(吉垣実「再審」加藤新太郎・松下淳一編『新基本法コンメンタール』(日本評論社、2017)343 頁)。

<sup>145</sup> 吉垣・前掲注(144)342 頁、竹下他・前掲注(131)87 頁以下。

<sup>146</sup> 竹下他・前掲注(131)87 頁 [柳田幸三発言]

<sup>147</sup> これに対しては、338 条 1 項 5 号から 10 号の再審事由は判決の結論への影響を問う類型である(高橋・前掲注(77)上 786 頁注 9)ことを前提として、再審理要件が前訴判決の当否との相関で決せられることは法の予定するところではないかとの疑問も生じ得る。これに対しては、まず少なくとも判決の不当取得が主として論じられる手続関与が妨げられたことが問題となる場合には関係がないことを指摘できる。また、345 条 2 項の棄却決定と 348 条 2 項の棄却判決は

また、仮に運用上二段階の審理が徹底されたとしても、前者について独立の上訴ができない以上、後者についての一審の判断が無駄になる場合は常に存することになる。

#### ロ 管轄・審級

再審の訴えは、再審事由があると主張されている終局判決を出した裁判所の管轄に属する(340条1項)。再審の訴えは前訴と深く関連していることに基づき、適切な審理及び濫訴防止が目的とされている<sup>148</sup>。控訴がされていた場合には控訴審裁判所の専属となる。これに対し、損害賠償請求による場合には専属管轄はなく、また第一審から始まることとなる。再審の訴えに対し、損害賠償請求による場合には原告は専属管轄に拘束されず、また審級の利益を得ることとなる<sup>149</sup>。

#### ハ 補充性・提訴期間

再審の訴えには出訴期間の限定がある(342条)。当事者は再審事由を知った日から30日の不変期間内に再審の訴えを提起しなければならない。また当事者は判決確定の日から5年の除斥期間内に再審の訴えを提起しなければならない。これらの規定は338条1項3号前段(代理権欠缺)及び同10号(確定判決の抵触)の場合には適用されない。また、再審制度は補充的にその利用が認められるものである(338条1項但書)。損害賠償請求の場合にはこれらの限定は及ばない。

#### ニ 審理

再審事由の存否の審理は、弁論主義ではなく職権探知主義がとられる。もっとも再審申立の取下げは可能であり、また再審裁判所は当事者から主張された再審事由に拘束される。これに対し、損害賠償請求の場合には弁論主義が妥当することになる。弁論主義の採用は自白を可能にする点で既判力を否定する合意に等しい結果を生みうる<sup>150</sup>、欠席判決の可能性により前訴勝訴当事者が既判力制度により得べき法的安定性を得られないことになり得る<sup>151</sup>という問題を生じさせる。他方で、損害賠償請求において職権探知主義を採用するのであれば後訴原告の本案における主張立証の負担は不当に軽減される<sup>152</sup>という評価を免れ得ない。損害賠償請求による構成が再審理要件と本案に関する判断について明確に分離していないことに由来して生じる難しい問題である。

---

区別して規定されており、口頭弁論の要否も異なるのであるから明確な区別があるといつてよい。したがって、5号以下の再審事由が認められたとしても前訴の認定を維持することへの影響が認められない場合が排除されているに過ぎない。

<sup>148</sup> 吉垣・前掲注(144)346頁。

<sup>149</sup> 岡田・前掲注(1)137号461頁は、出まかせな再審請求等によるむし返しの可能性は専属管轄であろうとなかろうと異ならず、前訴の舞台となった裁判所が事件に精通しているといえるかにも疑問があるとして立法論として再審事件においても移送を認めるべきであるとする。また、解釈論としても再審に関する審理の段階と本案に関する審理の段階のうち前者のみ専属管轄が要求されていると理解することは可能であるとしている。

<sup>150</sup> 高橋・前掲注(77)上726頁注153参照。

<sup>151</sup> 上田竹・前掲注(1)828頁。

<sup>152</sup> 上田竹・前掲注(1)828頁。

### (3) 再審制度(手続的)補完説による損害賠償請求

#### イ 再審制度補完説の可能性

上記検討の通り、再審と損害賠償請求は仕組みに由来する差異が多々指摘できる。そのなかでも、再審制度の二段階構造は現行法が目的をもって採用したものであり、かつ、損害賠償請求においては果たされていない機能である。再審制度には特別の制度としての意義が認められ二段階構造が制度的に保障されていない損害賠償請求により代替することは困難である。したがって、判決の効力を争う手段としては再審の訴えに限定した制度設計に照らし損害賠償請求は許容できないことになる(消極説)。

しかし、再審制度による救済が迂遠であるという批判に対しては、再審による不当取得判決の取消しに損害賠償請求の併合を認める見解を援用することになり、それ自体が一つの負担<sup>153</sup>ともなる。この結論は後訴原告に何ら帰責性がなく前訴手続への関与が妨げられたという類型においては酷との指摘も直ちに排斥できるものではない。このような考慮が理論的曖昧さを残しつつ判例が損害賠償請求を許容するに至った理由であろう<sup>154155</sup>。そして、判例法理が確立している以上は今後も損害賠償請求による救済が問題となる。そこで、積極説による場合の運用につき改めて検討してみたい。

積極説の理論的位置付けについては、既に執行済みである場合のように再審制度による救済が迂遠・不合理といえる状況における救済手段まで再審制度が完全に独占することまでを予定していない、という方向性で理解したい。法が判決の効力を争う手段として再審制度を用意した趣旨を実現できる限りにおいては、再審制度の利用を絶対的要請とすべき理由はない。そこでは本来再審に委ねられていた正義の衡量を損害賠償請求訴訟において行なっても制度趣旨に反するとはいえず、具体的場面で当事者を救済すべきと認められるのであれば例外を許容しても良いことになる。

#### ロ 二段階構造との関係での解決策

再審理由(具体的内容について後述)の存在につき確認の訴えを(追加的に)併合提起することを要求し、この点についての判断を先行させるという対応が考えられる<sup>156</sup>。確認の訴えが認容されることを、前訴既判力の生じた事項につき後訴裁判所が再審理をするための要件<sup>157</sup>と位置付けるのである。したがって、裁判所の訴訟指揮にもかかわらず追加的併

<sup>153</sup> 石川・前掲注(1)17頁。

<sup>154</sup> 河野・前掲注(1)341頁は、「何らかの実質的理由により「救済」が必要であることが裁判所の承認をえたから」許容されたのであり、この必要性を無視することは適切でないとする。石川・前掲注(1)19頁の最高裁の本能的正義を尊重する説明も同様の指摘といえよう。

<sup>155</sup> 債務名義の(相対的)無効を判示した上述昭和43年の最高裁判例もこのような観点から説明可能であろう。再審制度では救済し得ない事案への処理という姿勢の現れとの評価が可能である。

<sup>156</sup> これでは結局、後訴原告の負担は軽減されていない—再審の訴えに損害賠償請求を併合するのと変わらない—とも思われる。この点については、当事者の直接的要求に答える損害賠償請求という形での救済方法を用意すること自体に意義があること(多様な救済を認めるべきと主張する再審制度代替説の議論を援用できる)、管轄等の利点があることをもって一応軽減と認められると考えたい。

<sup>157</sup> 再審理を認めるべき事情について、判決をもって積極的に認定することが、既判力を生じた事項に関する再審理を

合を拒む場合には前訴既判力を理由に請求棄却判決がされることになる<sup>158</sup>。損害賠償請求で勝訴するための前提として位置付けられるのであるから、確認の利益についても肯定できる。さらに、後訴裁判所は再審事由の確認を先行しなければ損害賠償請求について判断することができないことになる。訴訟運営の裁量統制の観点からも再審制度との均衡及び審理の複雑化回避による訴訟経済の確保のため義務付けられるといい得る<sup>159</sup>。

もっとも確認の訴えの併合を求めたとしても独立の上訴を可能とする制度設計は困難かもしれない。独立の上訴を可能にするためには、確認の訴えについて分離して判決を行ったうえで、これが確定するまで損害賠償請求に関する審理を中止することを要する。このような処理が可能かには疑問が残る<sup>160</sup>。また、審理の順番や考慮要素の限定といった制限は裁判所の裁量に属する領域を制約するものであるところ、手続裁量の統制の方向性<sup>161</sup>により十分解決可能かもしれない。再審制度の意義を損なわない損害賠償請求訴訟の審理のあり方は結局のところ裁判所に委ねられている。この点はなお検討の必要が残る<sup>162</sup>。

#### ハ 要件論

再審事由が認められる場合すべてについて損害賠償請求を認めるべきか。これについては消極に解したい。再審制度の二段階構造の意義を完全に確保する手段は存在しない以上再審制度が原則であることは変わらない。また、再審制度との均衡という観点からも、管轄・審級の利益に関する利益を損害賠償提起により得られることを正当化する必要は別途あり、補充性や提訴期間の問題もある。

そこで後訴損害賠償請求の要件としては、手続関与を妨げられた場合に限るべきであろう。この場合は338条1項3号の再審事由が認められるであろうから、補充性・提訴期間の問題は生じず、審級の利益の問題は基本的に生じない。さらに、帰責事由の不存在や相手方の害意を要求すべきか。帰責事由がある場合については当事者主義の観点から安易に

---

正当化するために必要となるのではないか、という趣旨である。このような位置づけは再審制度との均衡を考えても妥当である。

<sup>158</sup> 併合提起を既判力に対する挑戦を認めるための訴訟要件とするのは立法論といわざるを得ないように思われる。

<sup>159</sup> この理解により、結局のところ同時に判決がされることとなり実際上の解決にはならないとの批判に答えることができると考える。また、判決理由として再審理が必要であることを区別して明示する必要が生じるだけでも十分意義は認められよう。

<sup>160</sup> 一方の手続が終結するまでの間、他方の手続を中止する、という処理は重複訴訟の文脈で議論されることがある(三木浩一「重複訴訟論の再構築」同『民事訴訟における手続運営の理論』(有斐閣、2013)317頁参照)。訴訟指揮権によって裁判所が手続を停止する、という処理をすることになるのであろう。

<sup>161</sup> 手続裁量に関する議論としては、加藤新太郎「審理における実質と形式の手続裁量」同『手続裁量論』(弘文堂、1996)63頁以下、同「民事訴訟の運営における手続裁量」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』(有斐閣、2001)193頁以下、山本和彦『民事訴訟審理構造論』(信山社、1995)335頁以下、同「民事訴訟における裁判所の行為統制—「要因規範」による手続裁量の規制に向けて—」前記新堂古希 341頁以下などがある。また、加藤・山本の対談として「民事訴訟法規範の将来」山本和彦編『民事訴訟法の過去・現在・未来—あるべき理論と実務を求めて—』(日本評論社、2005)190頁以下。

<sup>162</sup> 審理の順序や再審事由の明確な認定といった点は結局のところ裁判所の裁量に属する領域をいかにして統制するか、という問題にいきつく。これに対し、独立の上訴の可否を可能にできるか、という点は制度の問題であり裁量統制で解決しきることはない。再審制度の最大の強みであり、損害賠償請求のなかでこれに代替する方策を見出すことができないかという課題が生じるのである。ひとつの案として確認の訴えによることを提示したが、難点もありさらなる検討を要する。

例外的救済を許容すべきではない<sup>163</sup>し、害意なき勝訴当事者の信頼は損害賠償請求訴訟においては十分に確保できない。他方でこれらの要件を採用すれば、明確性に欠き当事者が救済手段を誤ることにつながり得る。この点も積極説の抱える深刻な問題である。救済手段の明確性を重視すれば再審と要件を完全に揃え、したがって救済手段により損得は生じない、とすべきである<sup>164</sup>。しかし、再審制度が原則であることを崩せない以上、例外的救済についてはこれらの要件を課すべきであろう<sup>165</sup>。もっとも、帰責事由は相手方の害意との関係では規範的要件として(さらに明確性が失われるが)ある程度相対化する余地はある。

## ニ その他の手続的課題

管轄については、再審理事由の確認については再審制度の要求する専属管轄に拘束されるべきとも考えられる。しかし、専属管轄規定は当該管轄裁判所が審理に適していることに基づくものであることから、移送判断にかかる裁判所の裁量の方向性を一定程度決する程度の役割にしても十分とも思われる。当該裁判所が一審裁判所である限りは、適切な裁判所であるとの推定が働くものとして他の要素との衡量による裁量判断に委ねても重大な問題は生じないであろう。

審理の問題については、難しい問題である。帰責事由の不存在や相手方の害意といった要件は実体的請求権と密接に関連するため職権探知主義を妥当させるべきではない。またこれらの点について主張立証責任を課されることは損害賠償請求による救済を選ぶ以上やむを得ない。そこで338条1項3号該当性に相当する手続関与を妨げられたという点についてのみ、再審同様に職権探知と考え<sup>166</sup>、その他の損害賠償請求による救済を許容する要件については弁論主義を妥当させるべきであろう。

## V. おわりに

以上の検討は、再審制度の欠点を克服しようとする従来の議論状況に対し、再審制度が確保している利益に着目したものである。現行制度の下では消極説が妥当と考えるが、判例が積極説を採用する以上、再審制度の利点を確保しつつ損害賠償請求の運用していく必要があり、この点についても検討を加えた。ただし、具体的方策につき不十分な点も残るため今後の課題としたい。また、再審制度の意義については、再審制度の不備を立法により解決するとしても意識されることが望まれる。

最後に、損害賠償請求以外の救済手段について検討する。不当利得返還請求については、損害賠償請求と別異に解する理由は基本的にない。害意や帰責性の考慮は不法行為の成否とは無関係に再審理事由として要求されるのであり、既判力の作用を制限した後について

<sup>163</sup> 昭和44年判決に対する批判(前掲注(16))参照。

<sup>164</sup> 上述の再審制度代替説・併存説はこのような理解を前提としているのであろう。

<sup>165</sup> 要件を加重しても棄却判決に再審事由の不存在につき既判力が生じるわけではない(確認の訴えを併合したとしても当該要件の不存在のみである)から救済手段の誤りが回復不能な不利益を生じさせることにはならないと思われる。

<sup>166</sup> しかし平成10年判決を前提に、手続関与を妨げられたことそれ自体を損害としての賠償請求を併合する場合にはこの点はまさに主要事実でありやはり問題が残る。

は不当利得においても何ら異ならないからである。また、所有権移転登記請求権を認める判決の不当取得・執行に対して移転登記抹消請求をすることについて<sup>167</sup>も、手続的により適切な救済を確保すべきとの観点は同様に妥当するものと考えられる。執行がされていない時点においては再審の訴えが迂遠とはいえ、他の救済手段を認める必要はない。ただし、上訴の追完により対応できる場合が多いのではないかと思われる。

#### 謝辞

本稿執筆にあたり杉山悦子先生からは多大なご指導・ご助言を賜りました。学部時代からのご指導に心より感謝申し上げます。また共に学び、議論を重ねた法科大学院の同級生にも感謝の意を表します。

---

<sup>167</sup> 中野・前掲注(8)117頁参照。

# 追完に代わる損害賠償における追完の催告の要否

一橋大学法科大学院修了（2021 年度）  
一橋大学大学院法学研究科博士後期課程  
高木 隆文

## 【目次】

- I はじめに
  - 1. 問題提起
  - 2. 検討の手順
- II 追完に代わる損害賠償請求権についての議論状況の整理
  - 1. 付加的要件不要説（415 条 1 項適用説）
  - 2. 付加的要件必要説
    - （1）415 条 2 項直接適用説
    - （2）415 条 2 項の法意説
    - （3）563 条類推適用説
- III 民法（債権法）改正の構造
  - 1. レメディ・アプローチの導入
    - （1）レメディ・アプローチについての検討の意義
    - （2）レメディ・アプローチの意味内容について
    - （3）改正民法における議論状況
  - 2. 利益調整が問題となる場面—「浮動状態」論
    - （1）問題状況
    - （2）履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との関係性
    - （3）追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の関係性
  - 3. 追完請求権に関する 562 条 1 項ただし書きの解釈論について
    - （1）「不相当な負担」の範囲を限定的に解釈する見解
    - （2）「不相当な負担」の範囲を広く解釈する見解
    - （3）「入れ子」構造に関する検討
- IV 権利の選択性に関する法哲学上の議論の導入
  - 1. 「権利の本性」に関する説の対立
    - （1）権利意思説
    - （2）権利利益説
  - 2. 利益対立を考える際に用いる枠組み
    - （1）ホーフエルド図式
    - （2）サムナーの図式



3. 図式的整理をふまえた意思説と利益説の対立
- V 対立構造をふまえた改正民法の検討
  1. 各救済手段の検討
    - (1) 追完請求権（562条）の検討
    - (2) 代金減額請求権（563条）の検討
    - (3) 解除権（564条, 541条）の検討
  2. 債権法全体の構造の検討
- VI 各救済手段の構造をふまえての「追完に代わる損害賠償請求権」の検討
  1. 追完に代わる損害賠償請求権についての学説対立にみる選択権と免除権の対立構造
  2. 隣接制度との対比に基づく検討
- VII 結論と残された課題について
  1. 本稿の結論
  2. 残された課題
    - (1) 催告不要とする例外的場面についての規律方法について
    - (2) 請負契約の修補に代わる損害賠償請求権について

## I はじめに

### 1. 問題提起

「民法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 44 号)による債権法の改正<sup>1)</sup>において、売買契約の目的物の一部に不完全な履行があった場合における「追完に代わる損害賠償」の要件についての問題は、法制審議会民法(債権関係)部会においても明確な態度決定が行われず、解釈に委ねられることとなった<sup>2)</sup>。これにより、改正民法のいずれの条項を「追完に代わる損害賠償請求権」に適用すべきか、特に同請求権の行使にあたり追完の催告を要するかという問題が、学説上の議論にとどまらず、実務上においても解決されるべき喫緊の課題として出現している。本稿では、法哲学上の議論を前提として、改正民法における契約不適合についての救済手段の規律に現れた買主と売主との対立構造を明らかにし、この視点から各救済手段を検討することにより、追完に代わる損害賠償請求権に追完の催告が必要かにつき検討を加える。

### 2. 検討の手順

本稿では、まず追完に代わる損害賠償請求権についての学説を整理し、どのような点が対立点となっているのかを探る。その後、本問題に関連する分野について改正民法ではどのような規律の変更がなされたのかについても整理する。次に、本稿では契約の一部不適合の場面における救済手段の選択性についての議論を展開するところ、この議論に重要な示唆を与えると考えられる、権利の本質に関する法哲学上の議論を参照する。具体的には、H.L.A. ハートの権利の選択性説に着目し、同議論を参考にして、法哲学上の権利義務に関する図式的整理を用いつつ売主と買主の対立構造を整序する。そしてその対立構造に基づき改正民法における救済手段を分析することによって、各救済手段にみられる共通性を抽出する。これによって、救済手段の一つとしての追完に代わる損害賠償請求権の規律のあり様を明らかにする。

## II 追完に代わる損害賠償請求権についての議論状況の整理

売買契約の目的物が引き渡されたが、契約の内容に適合していない場合、買主は、追完(修補、代替物の引渡し、不足分の引渡し)を請求できるが(562 条)、415 条による損害賠償

---

<sup>1)</sup> 以下の検討においては、「民法の一部を改正する法律」(平成 29 年法律第 44 号)による改正後の民法を「改正民法」といい、同法による改正以前の民法を「改正前民法」という。なお、改正民法の条文を掲げる際には法令名を摘示しない。また、改正前民法の条文を掲げる際には、「改正前～条」と摘示する。

<sup>2)</sup> 法制審議会民法(債権関係)改正部会資料(以下、「部会資料」という)32 PDF 版 19 頁では、追完に代わる損害賠償について明文の規定を設けるとする案と明文の規定を設けないとする案が併置して示されていたが、その後、部会資料 56 PDF 版 28 頁以下では、売買における追完に代わる損害賠償の要件について明文の規定を設けるとする案は示されず、以後この問題についての手当てはみられない。この点については、田中洋「改正民法における「追完に代わる損害賠償」(3)」NBL1176 号(2020 年)30 頁以下に詳細な整理がみられる。

の請求もできる（564条）。ここで、売主が追完を請求せず、追完に代わる損害賠償を請求する場合、付加的要件を要さず単に415条1項の適用によるか、415条2項の適用または類推適用による付加的要件が必要かについて見解の対立がみられる。

#### 1. 付加的要件不要説（415条1項適用説）

追完に代わる損害賠償の請求が認められるためには、債務不履行に基づく損害賠償の一般的要件（415条1項）を満たせば足り、それ以上の付加的要件は不要であるとする見解がみられる。中田裕康は、売買目的物に一部不適合があった場合の規律については415条1項によって規律され、追完請求をしなくても、損害賠償を請求できるとする見解に立つ<sup>3)</sup>。今般の民法改正における立案担当者も見解も、隣接する請負契約の場面における瑕疵修補請求権（改正前634条）についての説明ではあるものの、「追完に代わる損害賠償請求」に415条2項の適用を試みるのではなく、契約不適合自体について、415条とは切り離して、同条1項による損害賠償請求を認めれば足りるとしており<sup>4)</sup>、同様の見解を示唆する。

#### 2. 付加的要件必要説

上記見解に対し、追完に代わる損害賠償の請求について何らの付加的要件も課さないとする、今般の民法改正により「履行に代わる損害賠償」の請求に付加的要件が必要となることが明記されたこと、代金減額請求権の行使に付加的要件が課されていることと権衡を失すとの批判がある。そこで、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の関係は、履行請求権あるいは履行に代わる損害賠償請求権との関係、あるいは追完請求権と代金減額請求権との関係に類似すると指摘して、履行に代わる損害賠償に関する415条2項、代金減額請求権に関する563条の規定を類推するなどして、一定の付加的要件を要するとする見解が提唱されている。

##### （1）415条2項直接適用説

追完に代わる損害賠償が、改正民法415条2項にいう「履行に代わる損害賠償」にあたるものとして、同項を直接適用することで付加的要件を課そうとする見解も当初は主張された。しかし、この見解では、一定の場合（追完可能であり、かつ、軽微な不適合がある場合）に「追完に代わる損害賠償請求権」の発生が一切認められない場合が生じうるため、不当な帰結をもたらす可能性があり、現在では支持されていない<sup>5)</sup>。

##### （2）415条2項の法意説

この見解においては、追完に代わる損害賠償請求権の成立要件を定めた規定の不存在を

---

<sup>3)</sup> 中田裕康『債権総論 [第4版]』（有斐閣、2020年）187頁以下

<sup>4)</sup> 筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）341頁

<sup>5)</sup> 田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』（2）」NBL1175号（2020年）31頁

指摘したうえで、415条2項の法意により追完に代わる損害賠償の要件を導き出そうとする。すなわち、「履行請求権と履行にかわる損害賠償請求権の平行構造と、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の平行構造との同質性」<sup>6)</sup>に照らして、①追完が不能のとき、②債務者が追完をする意思がない旨を(確定的に)明らかにしたとき、③債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約が一部解除され、もしくは債務の不履行による契約の一部解除事由またはそれに相当する事由(追完が可能であるにもかかわらず、催告をしても追完がされなかった場合)に追完に代わる損害賠償の請求が認められるとする。

この見解に対する付加的要件不要説からの批判として、この見解は履行請求権が債務不履行の効果の一つであるにすぎないという理解を前提とするが、その前提についてなお議論があること、また履行請求権と履行にかわる損害賠償請求権の平行構造と、追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権の平行構造とが同質であるという評価についても異論がみられること<sup>7)</sup>、目的物の価格又は契約不適合による損害賠償額に比し、追完に代わる損害賠償額が大きい場合、売主の選択(562条1項但書)又は代金減額請求権の規律(563条)による解決によらず、追完に代わる損害賠償請求を認めることは制度間の不均衡をもたらすこと等の不都合が指摘される<sup>8)</sup>。

### (3) 563条類推適用説

次に、代金減額請求権の要件に関する改正民法563条の規定の類推によって追完に代わる損害賠償の要件を導き出そうとする見解も主張される<sup>9)</sup>。これによれば、追完請求権と追完に代わる損害賠償との関係が、追完請求権と代金減額請求権との関係と同質であるとの理解に基づき、①債権者が、相当の期間を定めて履行の追完の催告をし、その期間内に履行の追完がないとき(563条1項類推)、あるいは②追完不能や債務者の明確な追完拒絶など、債権者が催告をしても履行の追完を受ける見込みがないことが明らかであるとき(同条2項類推)に、追完に代わる損害賠償の請求が認められることとなる<sup>10)</sup>。

瑕疵修補に代わる損害賠償請求について、「代金減額請求とのバランスを考え」て同様の

---

<sup>6)</sup> 潮見佳男『新債権総論I』(信山社出版、2017年)483頁

<sup>7)</sup> 森田修「履行請求権と填補賠償請求権との併存」瀬川信久=吉田克己古稀『社会の変容と民法の課題 [上巻]』(成文堂、2018年)423頁以下

<sup>8)</sup> 中田・前掲注3)187頁以下

<sup>9)</sup> 田中洋「履行・追完に代わる損害賠償」潮見佳男ほか編『詳解 改正民法』(商事法務、2018年)138頁以下

<sup>10)</sup> 同「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(3)」NBL1176号(2020年)34頁

見解をとる平野裕之<sup>11)</sup>もこの見解に立つものと考えられる。なお、上記(2)の415条2項の法意説においても、例外的に追完の催告を不要とする要件について、563条1項をも考慮して、類推適用の例外を提示するが<sup>12)</sup>、付加的要件不要説からは過度に複雑な解釈であるとの指摘がなされている<sup>13)</sup>。

### III 民法（債権法）改正の構造

本稿の議論を進めるにあたり、追完に代わる損害賠償請求権をはじめ、契約不適合に関する各種の救済手段が改正民法の制定過程においてどのような背景のもとに議論されたのかについて、債権法改正に関する法制審議会での議論の経過を辿り、もととなる議論を抽出する必要がある。より具体的には、本稿は、一部不適合の場面における救済手段の行使に催告を要するかという問題について、債権者たる買主のとり得る救済手段の選択性と、債務者たる売主側での追完利益の調整という視点から検討を加えるものであるが、そうした検討の前提として、本稿の扱う救済手段の選択性という問題に関して売主と買主との利益調整を図るという考え方を法が予定しているか否か検討する必要がある。そこで、当事者間の利益調整という視点から契約不適合に関するルール形成を行おうとする考え方として近時の学説上強く提唱される「レメディ・アプローチ」が、改正法において採用されたのか否か、また採用されたとして、それはどの範囲に妥当するものであるのかを検討する。

次に、契約不適合の際の救済手段の選択性を検討するにあたっては、買主側のとり得る救済手段が複数併存し、売主が不安定な立場に立たされる、いわゆる「浮動状態」への対処が主たる課題として問題となる。こうした浮動状態が生じる場面では、買主の救済手段の自由選択性と、売主をその不安定な状態から脱却させる利益との調整を図る必要が強く生じる。本章では、改正法下において契約不適合の救済手段に関する浮動状態が拡大したのか否かを検討し、本稿における検討に際して重要な視点となる権利の選択性に関する利益調整が生じる場面を具体化しつつ、レメディ・アプローチの考え方が権利の選択性に関する議論にどのように現れるのかにつき検討する。

さらに、追完方法に関する選択性については、改正法において追完請求権に関して新設された562条1項のただし書きにおいて、買主が指定した追完方法と異なる方法による追完を売主に認める規定が置かれた。この規定に関する議論を検討することにより、買主と売主との追完方法に関する利益調整の視点が改正法に組み込まれていることを指摘してレメディ・アプローチの考え方が改正法に具体的に現れていることを示し、当事者間の利益調整が図られるべき場面が具体的に生じていることを明らかにする。

---

<sup>11)</sup> 平野裕之『債権総論』（日本評論社、2017年）97頁

<sup>12)</sup> 潮見佳男『プラクティス民法 債権総論 [第5版補訂]』（信山社、2020年）135頁以下

<sup>13)</sup> 中田・前掲注3) 188頁

## 1. レメディ・アプローチの導入

### (1) レメディ・アプローチについての検討の意義

本稿における検討においては、売買契約に一部不適合がある場合における救済手段である追完請求権や追完に代わる損害賠償請求権において、不適合を受けた買主側に救済手段の選択権を与えて保護を図る利益と、売主側に異なる追完方法を認めて不適合責任から解放する利益との調整を図るという視点からの検討を行うものである。

しかし、従来の瑕疵担保責任に関する学説に見られたように、救済手段間に優劣関係があることが法定されている枠組みからすれば、救済手段の選択性について両当事者間の調整を図るという思考方法を採ること自体がそもそも困難である。しかし、今般の民法改正により、契約不適合の救済に関する制度設計が変更され、債権総論に関する一般ルールで解決するとの変更がなされている。本稿では、この改正の過程において、いわゆるレメディ・アプローチの思考様式が採用され、契約の一部不適合が生じた場面における救済手段の選択性に両当事者間での利益衡量の視点が組み込まれていることを指摘し、この範囲内では売主と買主の利益調整が不可欠であることを論じる。その前提として、レメディ・アプローチの意味内容につき、論者間でも見解が分かれるため、本稿における検討でのレメディ・アプローチの意義について明らかにする。また、このレメディ・アプローチが改正民法下で部分的に採用されていることを指摘し、この枠組み内での利益調整の必要性について検討する。

### (2) レメディ・アプローチの意味内容について

レメディ・アプローチ (remedy approach) という表現は、ヨーロッパ契約法原則 (PECL) の制定に向けた議論の過程において、オーレ・ランドー (Ole Lando) の整理の中で現れたものとされる<sup>14)</sup>。ここでは、不履行の態様を基点として不履行に関するルールを体系化するコーズ・アプローチ (cause approach) と、不履行の場合に債権者に与えられる救済手段を基点として不履行に関するルールを体系化する枠組みとしてのレメディ・アプローチ (remedy approach) とが対比され、損害賠償、特定履行、契約解消その他の救済に関して、どのような態様の不履行であれ、多かれ少なかれそれらの救済手段間を支配するルール間に共通性が認められることと、規定数の調節ならびに利用者にとっての説明のし易さに鑑み、後者のアプローチが採用されたとの指摘がされる<sup>15)</sup>。

わが国の議論では、レメディ・アプローチ自体にどのような意味と目的を盛るかにつき定見がなく、かえってレメディ・アプローチという語を使った議論に混乱がみられるとの指摘

---

<sup>14)</sup> 潮見佳男「契約責任論の現状と課題」『債務不履行の救済法理』(2010年、信山社)9頁

<sup>15)</sup> 同『契約責任の体系』(有斐閣、2000年)4頁以下

がなされる<sup>16)</sup>ため、本稿で用いるレメディ・アプローチの語の意義を明確にしておく必要がある。レメディ・アプローチの解釈論のバリエーションとしては、(A) 契約責任の体系化に関する文脈と、(B) 契約不適合の際の救済手段に関する文脈という、二つの異なる文脈における意味内容の相違がある<sup>17)</sup>。

#### (A) 債務不履行責任の体系化に関する文脈

[a] 契約責任・不履行に関するルールを編成するとき、不履行の効果ないし救済手段に着目してルールを系統化していくべきであるという態度を示すために、レメディ・アプローチという表現を用いるもの（ランドーの理解と整合する）。

[b] 契約の締結から履行へと続くプロセスを重視して、これに即して系統化していく手法（プロセス・アプローチ）と対比して、契約関係から生じる障害事由から出発し、障害を解決するために債権者に与えられる救済手段に着目して系統化していくべきとの手法を示すもの。

[c] 不履行の効果ないし救済手段といわれるものは、法の定めた責任規範（不履行規範）の構成要件に該当する場合に、当該ルールが適用された結果として各種の権利が債権者に与えられたものであることを主張するもの。

#### (B) 契約不適合の際の救済手段に関する文脈

[d] 「レメディ・アプローチ」の語を、契約責任・不履行に関するルールを救済手段ごとに捉えることによって、従前のものとは異なった内容を個々の救済手段に付与するとの積極的意図のもとで用いるもの。この文脈でも、レメディ・アプローチの語は、以下の3つの意味内容で用いられたとされる。

[d-1] 契約ないし債権から当然に履行請求権が生じるという従前の理解に対して、それが自明でないことを指摘し、履行請求権も債務不履行を契機として法により債権者に与えられる救済手段の1つ（にすぎない）と見ることによって、履行請求権の成立自体に他律的・契約外在的な制約の余地を企図するもの。

[d-2] 国際的取引ルールでは、英米法体系の諸国の法制を考慮し、特定履行の請求権を債務不履行のレメディとして債権者に与えるという実践的意図があったとするもの。

[d-3] 損害賠償請求権・解除権といった救済手段相互の独自性を強調することによって、転形論や、損害賠償請求権と解除権の一体的処理（特に、帰責事由要件・責任成立要件面でのそれ）を斥けることを企図するもの。

潮見佳男は、上記整理ののち、[a][c][d-3]を念頭に置いてレメディ・アプローチの語を用

<sup>16)</sup> 潮見・前掲注14)9頁

<sup>17)</sup> 潮見佳男「総論－契約責任論の現状と課題」ジュリスト1318号（2006年）85頁

いるとする<sup>18)</sup>。森田修は、履行請求権と填補賠償請求権における棲み分けに着目して、レメディ・アプローチを「履行請求権と填補賠償請求権という救済の併存を原理的に承認し、両者の関係の調整は、信義則判断に委ねるという方向」として位置付ける<sup>19)</sup>。

### (3) 債権法改正における議論状況

債権法改正の議論の中では当初、債務不履行のルールを組み立てにあたって、レメディ・アプローチと、履行不能、遅滞、不完全履行といった障害原因ごとにルールを組み立てていくアプローチである、コース・アプローチ (cause, 障害原因) との対立において問題提起がなされた。ここでの議論では、およそ債務不履行が生じたときに、どのような救済手段が債権者・被害当事者に与えられるべきであるかという観点から問題を立てていった方がわかりやすいのではないかとこの観点から、レメディ・アプローチに注目が集まった (上記[a]の文脈)。

しかし、検討が進むにつれ、レメディ・アプローチは債務不履行という限定的な枠を超えて債権法・契約法全般に通じるアプローチとして適切かという問題へと展開し、その結果、「契約交渉が始まってから、契約締結へと進み、さらにその履行がされ、あるいは不履行が生じて、最後に契約が消滅に至るという一連の生活事実の展開過程で、いつ、どういった問題が法律問題として生じてくるのかを提示していくという目的のもとで民法典のルールを組み立てていく」とするプロセス・アプローチとの対立が生じたものとされる (上記[b]の文脈)。

ここで、レメディ・アプローチは、権利を持っている人がその権利を侵害され、あるいは侵害されるおそれがあるときに、どのように権利保護を求めることができるのか、権利保護を求めるものとしてどういう効果を目指して立論をしていけばいいのかという権利救済の観点から、権利の救済を求める側 (債権者) と相手方 (債務者) との間の権利主張と反論、防御の枠組みの中でルール形成をしていこうとする意図を含んだものとして捉えられ、債権法・契約法全体に通じるものとして主張される (上記[d]の文脈)。しかし、改正前民法のもとで伝統的に採られてきた解釈論では、抽象的に債務の内容を確定する仕組みを採用しており、救済手段ごとに要件を異にする可能性のあるレメディ・アプローチ、契約全体の履行過程から債務の内容を確定するプロセス・アプローチはともに、伝統的な解釈論とは異質なものであると指摘された<sup>20)</sup>。

---

<sup>18)</sup> 潮見・前掲注14)9頁

<sup>19)</sup> 森田修『「債権法改正」の文脈—新旧両規定の架橋のために』(有斐閣、2020年)258頁

<sup>20)</sup> 上記整理につき、窪田充見ほか「特別座談会 債権法の改正に向けて(上)—民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト1307号(2006年)114-119頁



契約目的物に不適合があった場合の処理に関しては、履行請求権と履行に代わる損害賠償権（填補賠償請求権）という2つの救済手段をどのように調整するかという問題がある。ここで従来通説は、履行請求権は履行不能が生じることによって尽き、履行請求権がその限界事由としての履行不能により排除されたときにはじめて填補賠償請求が可能になるといふ、いわゆる債務転形論を採用していた。履行請求権の実態法上の消長（旧法下では、履行不能）を基準として両請求権を関連付けて調整する契約責任の体系化構想を、森田修は「履行請求権アプローチ」として紹介しており、本稿でもこの用語に沿った整理をする。

これに対し、履行請求権の排除の要件を履行不能よりも拡大し、広く「契約の趣旨」に照らして柔軟に解釈すべきとの有力な批判がなされ、履行請求権と填補賠償請求権を履行不能により棲み分ける転形論の構造に対する疑義が唱えられた。ここで、上記[d]の文脈におけるレメディ・アプローチからは、履行請求権と填補賠償請求権は一時点で同一性をもって転形するものではなく、一定の場面には併存することを認めつつ、両救済手段間の調整は権利の救済を求める側（債権者）と相手方（債務者）との間の権利主張と反論、防御の枠組みの中でルール形成をしていこうとする主張がなされることとなる。

本稿において取り扱う、売買契約の目的物に一部不適合があった場合における救済手段間の調整という問題においては、レメディ・アプローチとは、上記[d-3]の見方をおし進め、従来の転形論に見られたような履行請求権アプローチの考え方を否定したうえで、救済手段間の調整を権利の救済を求める債権者と相手方である債務者との間の利益調整の枠組みの中でルール形成するという考え方として整理する。この考え方は、履行請求権と填補賠償請求権という救済の併存を原理的に承認し、両者の関係の調整は信義則判断に委ねるとする森田修による考え方にも連なるものであると考えられる。以下では、この意味におけるレメディ・アプローチの思考様式が、改正民法下で部分的に採用されたことを示す。

## 2. 利益調整が問題となる場面—「浮動状態」論

### (1) 問題状況

売買目的物に契約不適合がある場面において、履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との関係性について考えると、不適合を受けた買主は、催告解除権（541条）の発生後、解除権の行使前には、本来給付を求める履行請求権を行使することができ、履行に代わる損害賠償請求権を行使することもできる。逆に催告期間経過後、買主の解除権行使前に売主が翻意して履行した場合には買主の債権は弁済により治癒されて、買主は履行に代わる損害賠償請求権を行使できなくなる。この場面では買主の履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権の併存がみられ、当事者の行動によって何らかの選択がなされるまで権利義務関係が確定しない状態が発生する。こうした問題は「浮動状態」として指摘され、この状態への対処が問題となる。

目的物に一部不適合があった場面においても、買主は上記と同様の複数の救済手段を選択肢として持つため、浮動状態の発生が問題となる。しかし、一部不適合の場合においては、追完請求権（562条）、追完に代わる損害賠償請求権のほか、代金減額請求権（563条）、損害賠償請求権（564条）と救済手段がより多岐にわたるため、浮動状態の性質に変容が生じることが指摘される。本稿では、履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権が問題となる場面での浮動状態を「大きな浮動状態」、一部不適合の場面における浮動状態を「小さな浮動状態」として区別して検討する。また、前者の場面における履行に代わる損害賠償請求権を「大きな填補賠償」、後者の場面での追完に代わる損害賠償を「小さな填補賠償」と呼び、異なる場面での2つの填補賠償請求権を区別する。

## （2）履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との関係性

売買目的物に契約不適合があった場合における「大きな浮動状態」への対処について、旧法下の伝統的学説は履行不能を履行請求権の限界事由として履行に代わる損害賠償請求への転形を認める債務転形論に立ち、履行請求権が消滅すると同時に履行に代わる損害賠償請求権が発生すると解し、原則として両救済手段が併存するという事態は起こりえないとの前提で立論がなされていた。もっとも、転形論のもとでも、例外的な場面において一定の浮動状態が生じることが指摘されていた。判例<sup>21)</sup>は、定期行為などの特殊な場合でない「普通の場合」の履行遅滞であっても、債権者は一定の期間を定めて催告をすれば債務者が催告期間を徒過した後は解除することなく填補賠償を請求できるとし、この見解を学説も支持した<sup>22)</sup>。また、債権者に履行請求権の行使を認めつつ、その執行不能の場合に備えて予め填補賠償請求権の行使を認めた事例についての判例<sup>23)</sup>は、執行不能という条件付きではあるものの、履行請求権と同時に履行に代わる損害賠償請求権を認めた。この判例について学説は、債権者が執行不能として填補賠償を得てこれについて執行するまでの間に、債務者が本来の給付をすれば執行を免れることを認める<sup>24)</sup>。こうした事例では、債務転形論においても履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との棲み分けが厳密にはなされず、浮動状態が生じる事案であったといえる。

改正民法下においては、415条2項2号および3号の規律において、履行請求権が存続している状態でも一定の場合（確定的な履行拒絶、解除権発生の場合）に債権者が履行に代わる損害賠償請求権を行使することができるとする立場を採用したため、履行請求権と履行に代わる損害賠償請求権との併存を正面から認めている。このため、改正民法では、債権

<sup>21)</sup> 大判昭和8年6月13日民集12巻1437頁

<sup>22)</sup> 我妻栄『新訂債権総論 民法講義IV』（岩波書店、1964年）114頁

<sup>23)</sup> 最判昭和30年1月21日民集9巻1号22頁

<sup>24)</sup> 我妻・前掲注22) 116頁

者が履行に代わる損害賠償を請求した場面であっても、債権者は、履行がなお可能であれば債務の履行を請求することもでき、浮動状態が生じる場面が拡大している。

この浮動状態への手当てについては、債権法改正法制審議会において、履行不能に代えて、填補賠償請求権を行使したことを新たな転形事由として設定する中間試案<sup>25)</sup>が作成されたものの、パブリックコメントでの反対意見の多さを理由に断念され、解釈論に委ねられることとなった<sup>26)</sup>。改正民法のもとでは、新たに転形事由を設ける形での転形論の維持が見送られたことにより、債権者側での救済手段の選択や債務者側での本来的給付の履行という手段の行使の制限については、信義則によって互いの利益を調整しその行動を掣肘せざるを得ない。この限度で、大きな浮動状態への対処について、その規律を信義則による調整に委ねるレメディ・アプローチの比重が高まっている。

### (3) 追完請求権と追完に代わる損害賠償請求権との関係性

売買目的物に一部不適合があった場合における売主の担保責任が問題となる場面では、「小さな浮動状態」が生じる。この場面では、買主が追完に代わる損害賠償請求権を行使するのに催告を要するかという問題が売主の担保責任に固有の問題として発生する。この点については、法制審議会においても、買主の救済すべてに追完の催告を必要とする甲案と、解除および履行に代わる損害賠償の要件としては追完の催告を前置しつつ、追完に代わる損害賠償および代金減額請求権については、追完の催告を不要とする乙案が併記されて検討された<sup>27)</sup>。このうち、乙案は、解除および大きな填補賠償（履行に代わる損害賠償）については履行請求権アプローチを採るが、小さな填補賠償（追完に代わる損害賠償）についてはレメディ・アプローチを採用する二元的なものであるとされる<sup>28)</sup>。その後、上記案は、中間試案第 35 の 5<sup>29)</sup>に具体化され、そこでは代金減額請求権についてのみ追完の催告を必要とする甲案採用が明示されるものの、「小さな填補賠償」の処遇については以後の手当てがみられない<sup>30)</sup>。

小さな填補賠償に催告を必要とすることで売主側の救済手段の選択権に制限を加えるべきかという考慮に加え、売主の側に買主が指定した方法と異なる履行を認めて瑕疵担保責任から免れることを認める「追完権」の発想を考慮するかという問題も生じる。法制審議会

---

<sup>25)</sup> 中間試案第 10「債務不履行による損害賠償」3「債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第 415 条後段関係）」[中間試案補足説明 PDF 版 114 頁]

<sup>26)</sup> 第 90 回議事録 PDF 版 57 頁

<sup>27)</sup> 部会資料 43 PDF 版 23 頁

<sup>28)</sup> 森田修・前掲注 19) 388 頁

<sup>29)</sup> 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明 PDF 版 408 頁

<sup>30)</sup> 森田修・前掲注 19) 388 頁

の議論においては「追完権」の概念は①契約不適合に際して買主に認められる解除権ないし填補賠償請求権を売主が追完を申し出ることによって封じる権利と、②契約不適合に際して買主の追完請求権の内容として主張するところに対し、売主が異なる内容の追完を選択しうる権利という 2 つの意義を持つとの整理がなされている<sup>31)</sup>。しかしこの見解については消極論<sup>32)</sup>が強く、採用に至っていない<sup>33)</sup>。しかし、追完請求権に関して新設された 562 条 1 項ただし書きは「売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる」ことを規定しており、売主側の追完利益に重点を置いているため、ここに買主と売主間の利害調整の視点が現れていないか検討を要する。

#### 4. 追完請求権に関する 562 条ただし書きの解釈論について

改正民法 562 条 1 項ただし書きの規定は、売主は、買主からの追完の請求に対して、買主に「不相当な負担」を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができるとする。この規定は、買主による追完方法の選択の利益を不当に害しないものとするために、限定的な要件を設けたものと解される。この「不相当な負担」の要件をいかなる観点から判断するかが問題となる。

##### (1) 「不相当な負担」の範囲を限定的に解釈する見解<sup>34)</sup>

通説的な見解においては、不完全な履行がなされた場合に、その追完を求めるか、どのような方法による追完を求めるかは、不適合な給付を受けた買主の決定が尊重されるべきであるとする。そうすると、562 条本文の規定において売主の選択する追完手段によって、買主の選択を覆し、または制約する以上、買主の主張が権利濫用と評価されるものでない限り、売主には「不相当な負担」が課されるものと解される。売買目的物に瑕疵があった場合の追完方法の選択は、債権者である買主に原則的な選択権があるとする見解であり、立案担当者の説明においてもこの見解に親和的な説明がなされる<sup>35)</sup>。

##### (2) 「不相当な負担」の範囲を広く解釈する見解<sup>36)</sup>

これに対し、不完全履行が生じた場合に、債務者である売主が追完をすることで契約を維

---

<sup>31)</sup> 第 4 回議事録 PDF 版 49-51 頁 [潮見幹事発言]

<sup>32)</sup> 議事上の反対意見としては、消費者契約の場面において事業者側に追完権という権利が認められるとすると、消費者に過度な要求がなされてしまうことに対する懸念や、規定が抽象的な文言によらざるを得ないことから紛争が多発することの危険性が指摘されている。第 40 回議事録 PDF 版 28 頁岡田委員発言、中井委員発言参照。

<sup>33)</sup> 部会資料 54 第 4 「取り上げなかった論点」 PDF 版 10 頁

<sup>34)</sup> 潮見佳男『新契約各論 I』（信山社、2021 年）135 頁

<sup>35)</sup> 部会資料 56 PDF 版 29 頁

<sup>36)</sup> 潮見・前掲注 34) 136 頁

持するという、いわゆる売主の追完権を強く保障する立場からは、562条本文の売主の選択を重視すべきという見解がとられる。この売主の申し出た追完方法を買主が拒絶するのは、信義に反する行動であると解すると、「不相当な負担」は限定的なものとして解釈され、売主の申し出た追完方法が買主の事業活動その他の行動に対し金銭での事後的な損害賠償では回復しがたい程度の制限をもたらず場合にのみ、その申し出が不合理なものとなされ、買主に「不相当な負担」を課すことを課すことが認められるというべきとされる。

### (3) 「入れ子」構造に関する検討

中間試案は買主の追完態様一般につき買主の選択権を原則として承認していたことからすれば、改正民法 562 条ただし書きの規定は、買主の選択権を例外的に掣肘する場面を例外的に認めた規定であると整理される。同条ただし書きの規定により「追完権」の発想が正面から認められたと解することは上記審議過程からしても困難であると思われるが、追完権の概念が前提とする、売主側の利益を考慮して買主の選択権を制約する発想が現れていると考えることができる。この点で、追完方法の選択権については第一次的には買主に選択権があるとする点で従来の履行請求権的アプローチがなお残存しているものの、買主の選択権を「買主に相当な負担を課するものでないとき」には売主側に異なる追完方法を認めることにより、この限定的な範囲内でレメディ・アプローチの発想が入れ子構造のように現れている<sup>37)</sup>。

そうすると、この入れ子内での限定的な範囲で、「大きな浮動状態」について、救済手段間の調整を両者間の裁量的評価に求め、相対的に債務者側の追完利益に重きを置くレメディ・アプローチの考え方は、「小さな浮動状態」においても改正後 562 条 1 項ただし書きの解釈論内での買主の契約利益と売主の追完利益との調整を通して姿を現す。そのため、小さな浮動状態の場面においてもレメディ・アプローチのとり、契約利益と追完利益の調整という観点が波及するため、追完に代わる損害賠償の要件論を考えるにあたって、買主と売主の利益調整を図る視点を導入する必要がある。

## IV 法哲学的議論の導入

当事者間の利益調整という視点から当事者がとりうる救済手段の選択性を考えるにあたっては、売主と買主それぞれが有する利益がどのような性質を持っているのか、法哲学上の議論を参照しながら分析することが有用である。特に、債権者側の有する「権利」とは何かという点につき、法哲学上「権利の本性」という議論がみられ、権利意思説と権利利益説という二つの大きな考え方が対立する。本稿では権利意思説の一つとしての権利選択説という考え方に着目し、買主側の救済手段の選択性が権利の内容として重要な意義を有するこ

---

<sup>37)</sup> 森田修・前掲注 19) 391 頁参照

とを示す。これに対し、売主側の利益については、利益の対立を考える際に法哲学上用いられる図式概念を用いて、売主が買主の自由選択性から逃れる利益がどのように位置づけられるのか検討する。これにより、買主と売主の利益対立を法哲学上の議論から整序し、その対立構造を整序する。

## 1. 「権利の本性」に関する説の対立

債権とは何かという、権利の本質に関する説の対立として、権利利益説と権利利益説という二つの捉え方があり、法哲学上「権利の本性」と呼ばれる一大論点として論争が続いている。

### (1) 権利意思説

一方の考え方である「権利意思説」は、権利を、自然現象や他人の行為を支配する個人の意思の力であると捉えるものである。この立場からは、債権とは、債権者が債務者に対して一定の行為を請求することができる権利として捉えられる<sup>38)</sup>。この考え方は、近代自然法論<sup>39)</sup>において「自由としての権利」という観念が掲げられたことに由来する。個人が互いに持つ権利としてこの観念が私法学に導入されたドイツでは、19世紀に、ローマ法を現代的に再構成するパンデクテン法学の確立者サヴィニーが、個人の自由の保障を基盤とする立場から、権利意思説を主張した。また、20世紀になると、H.L.A.ハートが、意思説の中でも、他者の義務の強行や免除といった複数の選択肢から権利主体が選び取れることを重視する選択説を唱えている。本稿は債権者である買主の救済手段の選択性に主眼を置いた検討を行うため、権利の選択性を権利の本質的要素とみる H.L.A.ハートの所見を検討しておく必要性が高い。以下具体的に検討する。

H.L.A.ハートは、意思説のなかでも権利の選択性を重視する立場から、権利の本質は選択である、あるいは、権利が権利であるためには、それを行使するかしないかを選択する事由という要素が含まれなければならないとの説を唱え、20世紀アメリカ法哲学に多大な影響を与えた。この考え方は、「われわれに浸透するような法状態を考察するとき、そこにはまず、個々の人[Person]に帰属する力[Macht]が姿を現わす。これは、個々の人の意思が支配する、しかもわれわれの賛同をもって支配する領域である。この力をこの人の権利[ein

---

<sup>38)</sup> 潮見・前掲注6) 153頁以下

<sup>39)</sup> 中世のキリスト教自然法論は、世界が神の被造物であるという絶対的な前提から出発する。この見解は、宗教改革や他の宗教との接触により宗教的信念が相対化されるにしたがって説得力を失っていった。そのような時代に、理論が前提とする内容を削ることにより、より広い範囲の人々が納得できるような主張を展開しようとしたのが近代自然法論である。瀧川裕英ほか『法哲学』(有斐閣、2015年) 229頁参照。

Recht]と呼ぶ」<sup>40)</sup>というサヴィニーの叙述にも含まれている考え方であると指摘される<sup>41)</sup>。しかし、ハートの主張は、権利の対象を権利者は、譲渡や放棄を含めて意のままに使うことができるとの選択性に重きを置く主張であるところに特色がある。

選択説を含む意思説の中心的主張としては、例えば売買契約において代金支払請求権を有する債権者が、支払期日の延期や代金の減額、さらには支払義務の免除が可能である場合や、土地の引渡請求権についても、強行・猶予・免除などが可能である場合に、いずれの手段をも自由に選択できる支配力こそが権利の本質であると捉えられる<sup>42)</sup>。

## (2) 権利利益説

これに対し、権利利益説<sup>43)</sup>は、権利を、法によって保護される利益であると捉える。この立場からは、債権とは、権利関係において債務者から一定の利益(給付結果)を得ることができる債権者の地位のことをいうものと理解される。この立場においては、私人が合意により給付結果を得ることができる地位を自律的に作り出すことを国家が承認し、そのようにして作り出された地位に対して国家による保護が与えられることを意味するものとされる<sup>44)</sup>。

この説の具体的な用いられ方としては、債権の本質は、債務者の給付によって得られるであろう債権者の利益を保持することであり、それが妨げられた場合、債務者に債務の履行を直接認める請求権となる。また債務者がそれに応じなかった場合、それは裁判所に訴える権利に姿を変え、さらに勝訴すれば、債務者の責任財産(債務の引当になる財産)に対する支配権に姿を変えたとの説明がなされる<sup>45)</sup>。

## 2. 利益対立を考える際に用いる枠組み

次に、上記の大きな説の対立が、具体的な利益対立を考えるにあたってどのような違いを生じるか検討するにあたり、分析法理学上注目されるホーフエルドおよびサムナーによる権利義務関係を整序する図式を導入する。権利の選択性を検討するにあたっては、単純な権

---

<sup>40)</sup> サヴィニー著、小橋一郎訳『現代ローマ法体系 第1巻』(成文堂、1993年) 36頁

<sup>41)</sup> 亀本洋『法哲学』(成文堂、2011年) 150頁参照

<sup>42)</sup> 瀧川ほか・前掲注 39) 125頁

<sup>43)</sup> 権利利益説は、イギリスではベンサムによりいち早く唱えられ、ドイツではベンサムの著作にも触れていたルドルフ・フォン・イェーリングが、意思も権利の一要素と認める折衷的な利益説を採用した。今日の英語圏では、ジョゼフ・ラズをはじめとして、多くの法哲学者が利益説を支持している。瀧川ほか・前掲注 39) 127頁。

<sup>44)</sup> 潮見・前掲注 6) 155頁

<sup>45)</sup> 亀本・前掲注 41) 151頁

利一義務関係だけでなく、猶予や免除等の様々な手段からの選択の可能性が考えられ、法律関係を機械論的に把握できる図式の導入により多様な権利関係を整序しつつ、本稿での検討において重要な視座となる、買主と売主との対立構造を明確化できると考えられるためである。

### (1) ホーフエルト図式

まず、アメリカの法学者ホーフエルト (Hohfeld, 1879-1918) による権利の相関についての分析枠組み(「ホーフエルト図式」と呼ばれる)を検討する。この枠組みはホーフエルトによる提唱後にアメリカ法に定着したにとどまらず、現代にいたるまで法哲学者および道徳哲学者ないし政治哲学者にしばしば着目される。当時のアメリカ法学は、「科学としての法学」が推進された時期にあたり、各国の法の特殊性にかかわらない法の一般法理の発見が図られた時期に提唱されたものである。そのため、本稿における現代日本法を検討する際の視点としても有用である。

#### (a) 第1図式

法的対立項	{	権利	特権	権能	免除権
		⇕	⇕	⇕	⇕
		無権利	義務	無能力	責任

ホーフエルト図式の第1図式は、「法的対立項」に関するものである。この第1図式は同一人物が持っている法律関係上の地位を表している。もっとも左の第1列(縦の並びを「列」といい、横の並びを「行」という。以下同じ。)の「権利」と「無権利」の関係についてみると、「XがYに対して、Yがある行為をするように求める権利を持つ」という文と、「XはYに対してYが行為をするように求める権利を持たない(無権利である)」という文は、論理学上の矛盾<sup>46)</sup>関係にある。この関係を指して、権利と無権利とは「法的対立項」にあると整理される。

第2列の関係についてみると、「特権」とは当事者XY間に債権債務がない場合にある者が相手方に対する義務を負わない関係を指す。そのため、「XはYに対して、ある行為をしない特権を持つ」という文と、「XはYに対してある行為をする義務を負う」という文は同時に成り立たず、対立関係にある。

<sup>46)</sup> 「矛盾」とは、論理学上、二つの文がともに真であることも、ともに偽であることもない場合の関係を指す。



また、第3列についてみると、「権能」とは、ある者の行為によって既存の法律関係を変化させることのできる能力のことを指す。そのため、「XはYに対して、Yの法的地位を変化させることのできる権能を持つ」という文と、「XはYに対してそのような権能を持たない（無能力である）」という文は同時に成り立たず、対立関係にある。

第4列について、「責任」とは他人の権能行使による法律関係の変化に服することをいい、「免除権」とはそのような権能行使による法律関係の変化から免れることができることを指す。ここで、「YはXの権能行使に服する」という責任を表す文と、「YはXの権能行使から免除される」という免除権を表す文は同時に成り立たず、両者は対立関係にある。

(b) 第2図式

法的相関項	{	権利	特権	権能	免除権
		義務	無権利	責任	無能力

他方、第2図式は、人が他者に対して持つ権利または義務といった法律上の関係性を表すものであり、ある者とその相手方の地位や関係が強調される。第1列の請求権と義務の関係についてみると、「XがYに対して、Yがある行為をするように求める権利を持つ」という文と、「YはXに対して、Yがその行為をする義務を負う」という文は、論理学にいう同値<sup>47)</sup>の関係にある。このような関係を指して、請求権と義務とは「法的相関項」にあると説明される。

他の列についてみると、第2列に関しては「YはXに対し、ある行為をしない特権を持つ」という文と、「XはYに対し、ある行為をするように求める権利をもたない（無権利である）」という文は同値の関係にある。また、第3列に関しては「XはYに対して、Yの法的地位を変化させることのできる権能を持つ」という文と、「YはXの権能行使に服する」という文は同値である。第4列については、YがXに対して、Xの法律関係を変化させる権能を持っていない「無能力」の場合には、XはYに対して、Yによって自分の法律関係を変化させられないという「免除権」をもっていると整理でき、同値の関係にあるため法的相関項にあると整理される。

---

<sup>47)</sup> 一方の文が真であるとき他方の文も必ず真であり、かつ、一方の文が偽であるとき他方の文も必ず偽であるという関係を指す。

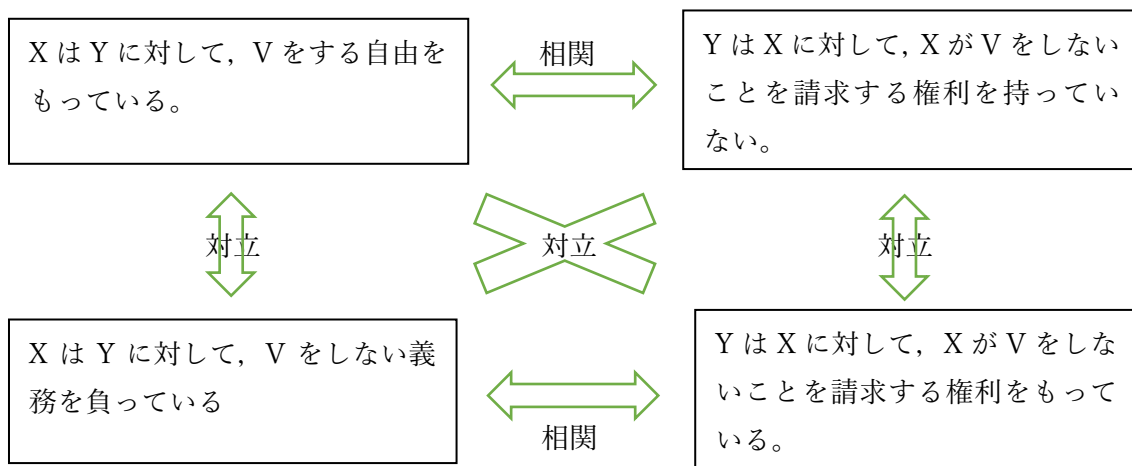
(c) ホーフエルド図式の意義と整理

このホーフエルド図式は、法的地位または法律関係を論理的に整序した点に意義があり、権利、義務等の法的地位を方行的関係性をもったものとして捉えるという基本的発想に立つ点で高く評価される。ホーフエルド図式の第1列である権利義務関係と第2列の特権無権利関係は、後者は前者の否定に過ぎず、また第3列の権能責任関係と第4列の免除権無能力関係も、後者が前者の否定の関係となっている。そのため、第1列と第2列、第3列と第4列とはそれぞれ一つのグループを形成している。本稿で検討対象とする、契約不適合の場面での救済手段の選択性という問題は、債権者が救済手段を自由に変更する「権能」に関する問題であるといえ、ホーフエルド図式の第3列、第4列の整理が参考となる。しかし、ホーフエルドの図式では複数の法的地位の関係が明らかでなく、ホーフエルド図式の法的関係の関係をより精緻化する必要がある。

(2) サムナーの図式

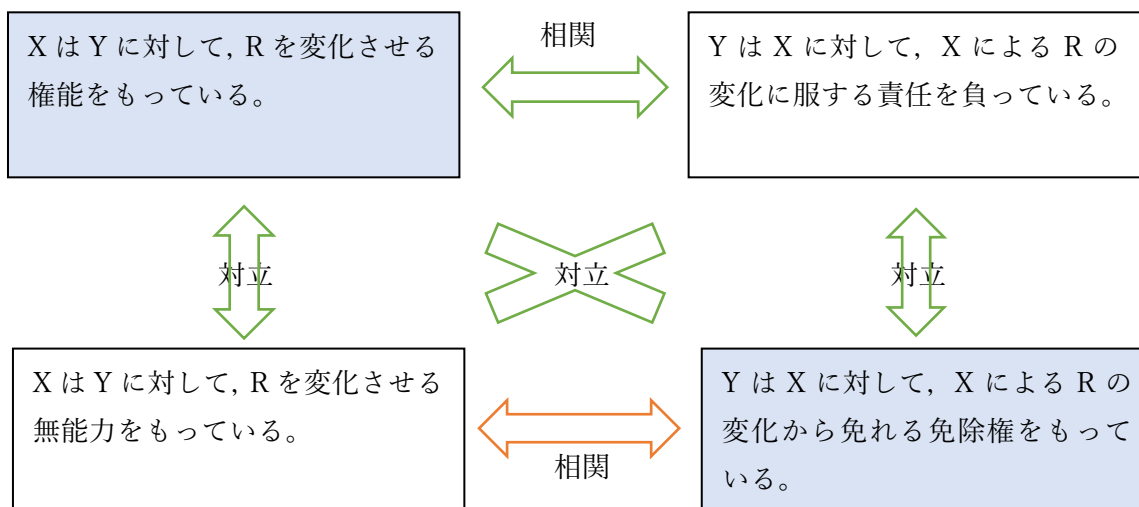
そこで、ホーフエルド図式の再構成を図る道徳哲学者サムナー(Samner)の見解に依拠した検討を考える。この図式は、複数の法的地位の対応関係を整序する点でホーフエルド図式の抱えていた課題を修正、改良したものと評価される。

(a) 第1図式



サムナーはまず、第1図式において、「自由」(ホーフエルド図式での「特権」)、「無請求権」(ホーフエルド図式での「無権利」)、「義務」(ホーフエルド図式での「権利」)の関係を論理的に整序する。同じ行の左右にある二つの文は互いに相関項であり、同一の法律関係を表し、同値の関係にあり、また同じ列にある上下の二つの文は互いに矛盾関係にある。よって、斜めの関係にある二つの文も、互いに矛盾関係にある。

(b) 第2図式



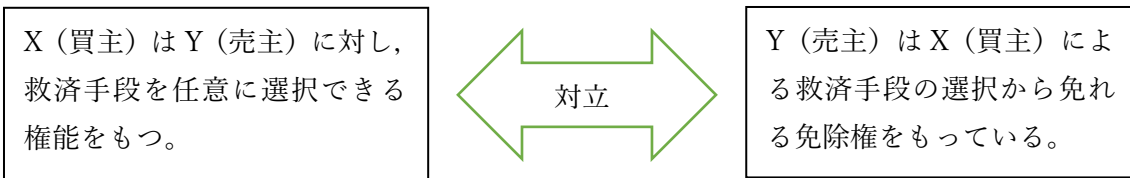
サムナーは第1図式を規範的關係（ホーフエルト図式の左半分ของกลุ่ม）について表すものとした上で、その關係を変化させる法的關係（ホーフエルト図式の右半分ของกลุ่ม）を第2図式により表現した。この図式では法律關係その他の規範的關係を表すものとして、「権能」「責任」「無能力」「免除権」の4つの法的地位の相関關係について規律している。

### 3. 図式的整理をふまえた意思説と利益説の対立

本稿が検討対象とする、売買契約において契約不適合があった場合の救済手段の選択性について、サムナー第2図式をあてはめて検討すると、「権能」と「免除権」の対立構造が参考になると考えられる。すなわち、権利の本性を債権者の持つ意思の力に求め、特に権利の選択性に重きを置くH.L.A.ハートの選択説は、契約不適合の際の救済手段の選択性を債権者たる買主に認める見解につながりやすく、買主が契約不適合に対する救済手段という規範的關係を変化させる「権能」を持つとする立場であると評価できる。

他方、権利の本質に関して債権者の「意思」による支配力の側面を重視せず、国家によりその実現が保護された「利益」の側面を請求権の本質とする見解（上記1（2））からは、権利者の意思力を重視しないゆえに、権利者側の権利の選択性よりもむしろ、債務者（売主）側を浮動状態から解放するという要請が相対的に重みを増すこととなる。そうすると、売主側に追完の機会を与えるなど、買主による救済手段の選択性に対立する手段を認める方向に向かいやすい。そうすると、この立場では、売主は買主による救済手段の変化から免れる「免除権」をもっている、と整理できる。

よって、売買契約の目的物に関する契約不適合の際の救済手段の選択性という場面での権利關係の対立構造は、次のように整理できる。



次章では、サムナーの第2図式による対立図式を参考に、追完請求権や代金減額請求権、さらに本稿が検討対象とする追完に代わる損害賠償請求権の行使場面における、救済手段の選択性に関する買主と売主の利益調整のあり方を、改正法の規律をふまえながら検討する。

## V 対立構造を用いた改正民法の検討

### 1. 各救済手段の検討

前記サムナー図式の検討により、債権者がその債権の行使方法について複数の手段を有する場合において、その手段を自由に選択できる「権能」と、その選択性から免れる「免除権」の対立構造が存在することが明らかとなった。本章では、この対立構造をふまえ、売買目的物に一部不適合があった場合における複数の救済手段について検討する。具体的には、債権者である買主は、追完請求権、代金減額請求権、解除権、そして追完に代わる損害賠償請求権の行使という複数の救済手段を行使することが可能であるが、各救済手段の行使に際しては、特に追完の催告が必要となるなど、その自由選択性に制限を設けるものがある。ここでは、まず民法改正によって明文の規定が設けられた救済手段を検討し、それらの構造を明らかにしたのちに、次章で本稿の最終的な検討対象である追完に代わる損害賠償請求権について同様の検討を行う。よって、追完に代わる損害賠償を除いた救済手段につき、債権者の権利行使の自由選択性を制限する規定の有無や、そうした規定がある場合にはそうした制限が設けられた趣旨について検討する。

#### (1) 追完請求権 (562条) の検討

債務者が不完全な履行をしたとき、債権者としてはまず履行不完全の追完を請求することができる (562条)。具体的な規律の内容としては、売買契約に基づき引き渡された目的物が種類、品質または数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡しまたは不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる (562条1項本文)。また、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる (同条1項ただし書き)。

この規律の内容には、追完請求権を有する買主は、追完方法に関する選択権を有するが、買主が追完請求をしたとき、売主は「買主に不相当な負担を課すものでない」場合には異なった追完方法を選択することができることが定められている。このただし書きの要件の解釈については、既述のように、①ただし書きの成立の範囲を限定的に解釈し、追完方法に関する買主の原則的な選択権に対する例外的な規定であるとする見解<sup>48)</sup>と、②同ただし書きを、「買主が追完請求をしていない場面や、追完の要求をしているものの追完方法を指示していない場面でも妥当するものとみるべき」として、その成立範囲を広く解する見解とが対立する。後者の見解は、その成立範囲の限りで売主の追完方法を定めたものといえるとする<sup>49)</sup>。

この説の対立には、買主側の追完方法の自由選択権という「権能」と、売主がその自由選択性から免れる「免除権」との対立構造が現れている。前者①の見解ではあくまで原則は買主側の自由選択性にあるとして、債権者の「権能」方向に重きを置く見解であるのに対し、後者②の見解は同条ただし書きの文言を介して売主の「追完権」を認める点で、対立構造の「免除権」の側面を非常に重視する主張である。

ここで、この点に関する法制審議会の議論状況<sup>50)</sup>を検討すると、審議において「追完権」の構想は、①契約不適合に際して買主に認められる解除権ないし填補賠償請求権を売主が追完を申し出ることによって封じる権利と、②契約不適合に対して債権者の追完請求権の内容として主張するところに対して、売主が異なる内容の追完を選択しうる権利という二つの意義を持つ概念として提案された<sup>51)</sup>。しかし①の点につき、不履行者である以上債務者である売主にそのような保護を認めるべきでない、また、解除・填補賠償請求をする上で債権者（買主）に課されている催告要件によって債務者（売主）の追完利益の保護はまかなわれていて、重ねて追完権として保護する必要はない<sup>52)</sup>、不履行者のそのような保護は債権者（買主）の救済についての信義則等による制限という構成によれば足り、不履行者の権利として構成すべきではない<sup>53)</sup>、との消極論が強く主張され、追完権の構想は「取り上げなかった論点」<sup>54)</sup>として、採用されていない。しかし②の追完内容の選択性については、買主と売主との利益調整をどのように図るかという問題として議論が続き、中間試案では、追完の諸態様一般について買主の選択権を原則として承認したうえで、この選択権が掣肘される例

---

48) 部会資料 43 PDF 版 23 頁

49) 潮見・前掲注 34) 135 頁

50) この点については、森田修・前掲注 19) 389 頁以下に詳細な検討がなされる。

51) 第 4 回議事録 PDF 版 49 頁以下 [潮見幹事発言]

52) 同上 48 頁 [木村委員発言]

53) 同上 49 頁 [岡正晶委員発言]

54) 部会資料 54 PDF 版 10 頁 第 4 「取り上げなかった論点」

外的な場合として「売主の提供する方法が契約の趣旨に適合し、かつ、買主に不相当な負担を課するものでないとき」<sup>55)</sup>との案が提示された。この案は、修正を加えて現行の法文として採用されている。

上記のような審議過程からは、562条2項ただし書きの解釈に追完権の構想を読み込む解釈論は採用しにくい。他方、追完方法につき原則として買主の自由選択性を認める①の見解でも、同条ただし書きの文言がその選択権を掣肘する例外として設けられたことで、同文言の限定的な範囲で売主と買主との利益調整を図るレメディ・アプローチの構造がみられ<sup>56)</sup>、買主の選択権と売主側の追完利益とを図っているものと考えられる。そうすると、追完請求権の規定は、562条1項ただし書きの限りで、売主の「免除権」の方向に一定の重点を置いたものといえる。

## (2) 代金減額請求権 (563条) の検討

次に、今般の債権法改正により、追完請求権と並んで明文で採用された、代金減額請求権 (563条) の規定について検討する。代金減額請求権は、引き渡された目的物が種類・品質・数量に関して契約の内容に適合しない場合に、所定の要件を満たすことで、「買主は、その不適合の程度に応じて代金の減額を請求することができる」と定める (563条1項)。

代金減額請求権は、物の瑕疵については明治民法典の起草過程において、算定困難を理由に意識的に否定された経緯があり、改正前民法下での学説の議論は低調であったと指摘される<sup>57)</sup>。しかし、債権法改正が議論されるに際し、新しい学説が登場して注目された。従来から、代金減額請求権の法的性質については、売買契約の一部不適合部分の解除をするに等しく、売買契約の一部解除と同じ機能を営むとされていた。しかし、新しい学説では、代金減額請求権は、目的物に瑕疵があることを前提とすれば結んでいたであろう仮定的契約が実現する財産状態を基準とし、当初契約から仮定的契約へと契約改訂するという側面を有する制度であるとの指摘がなされ<sup>58)</sup>、この問題意識をもとに代金減額請求権の法定の議論がなされた。

改正後民法に採用された規定は、代金減額請求権の行使の要件として、買主は売主に対し

---

<sup>55)</sup> 中間試案第35の4(3) [中間試案補足説明 PDF版 403頁]

<sup>56)</sup> 森田修・前掲注19) 391頁は、562条1項ただし書きの構造には「remedyアプローチの構造が顕著であり、その限りで追完請求権は、制度の大枠としては履行請求権アプローチを採った上で、そこにremedyアプローチが入れ子になっていると評しうる」とする。

<sup>57)</sup> 森田修・同上 353頁

<sup>58)</sup> 森田修「契約総則上の制度としての代金減額—債権法改正作業の文脈化のために」東京大学法科大学院ローレビュー3巻 (2008年) 247頁以下

て追完の催告をし、相当期間の経過を待って代金減額請求をしなければならないとして、追完請求権の優位を肯定する（563条1項）。この催告要件につき、森田修は、代金減額権という救済に含まれる契約改訂の要素を強調し、「解除や填補賠償において履行請求権の行使を本質とする催告要件を置くことの根拠と理論的には同一に論じることができ」ず、「代金減額権の催告要件は、履行請求権の第一義性からの理論的帰結ではない。むしろそれは、代金を減額する買主の利益に、売主の追完利益を優先させるという政策的価値判断に基づく」ものと指摘する<sup>59)</sup>。

しかし、買主の催告後の相当期間内に売主が不適合の追完をすれば、売主は代金減額請求権の行使を免れることができ、さらにこの際、前述のように、買主に不相当な負担を課するものでないときは、売主は買主が指定した追完方法と異なる補法による追完をすることができる（562条1項ただし書き）。そうすると、代金減額請求権の機能を契約の実質的改訂に求めたとしても、買主の形成権としての代金減額請求権行使により、債権の価額を変動せうするという債権者の「権能」に対し、催告期間内の追完の機会を売主に与えるとの本条の催告要件は、売主の追完利益を保護するという点で「免除権」を強調する規定であると指摘することができる<sup>60)</sup>。

なお、563条は、同条2項にいう各号のいずれかに該当する場合は、買主は追完の催告なしに代金減額請求をすることができるとする（563条2項）。すなわち、追完不能（1号）、明確な追完拒絶（2号）、定期行為（3号）、目的達成不能（4号）の場合である。このような場合には、追完をすることについて売主の利益を考慮する必要がないものと考えられ、原則通り買主側の「権能」としての形成権行使を認めてよいものと整理できる。

### （3）解除権（564条、541条）の検討

さらに、場合によっては、買主は契約内容の一部不適合があることから、解除権（564条、541条）を行使することが考えられる。すなわち、当該一部不適合が、「その契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるとき」（541条ただし書き）に当たらない場合には、買主は解除権を行使することが可能である。

解除権の行使に際しても、買主が売主に対して追完の催告をし、相当期間の経過を待ったのちに、売買契約を解除することができるものと規定される（541条）。この規定も、代金減額請求権の規定と同様に、債権者の解除権という契約関係を解消することのできる「権能」の行使にあたり、催告を前置して売主に追完の機会を与えることで、売主の追完利益を保障

---

<sup>59)</sup> 森田修・前掲注19) 396-397頁

<sup>60)</sup> 潮見・前掲注6) 144頁 注182参照

し、「免除権」に重点を置いていると整理することができる。

また、解除権の場合にも、542条1項各号に掲げられた事由が認められる場合には、買主の追完利益を保障する必要性が低く、原則通り債権者側での「権能」である解除権を自由に行使することができる。すなわち、追完不能（1号）、明確な追完拒絶（2号）、一部不能または一部履行拒絶の場合での明確な追完拒絶があり、かつ残存する部分での目的達成不能の場合（3号）、定期行為（4号）、催告をしても履行がなされる見込みがない場合（5号）には、無催告解除が認められる。

## 2. 債権法全体の構造の検討

以上のように検討すると、改正後民法は売買における契約不適合に関して、代金減額請求権や解除権が追完の催告を原則として要求することで追完請求権の優位性を肯定し、また債権法全体を見ても、履行に代わる損害賠償請求権も履行の催告を原則として要求することで履行請求権の優位性を認めている。そうすると、改正後の民法では、売買目的物に一部不適合があった場合には、原則として追完の催告を要求することで、売主に追完の機会を与え、売主の追完機会、追完利益を保障するという構造が採られているといえる。さらに、他の救済手段との関係で優位に立つ追完請求権の内部においても、「買主に不相当な負担を課するものでないとき」に、買主の選択した追完方法と異なる方法での追完を売主に認めており、売主の追完利益の保護が一層図られているといえる。このような債権法全体の構造の全体を通して考えると、売買契約の一部不適合の場合における買主の救済手段の自由選択性は、一定の限度で制約される傾向がみられ、買主の追完利益（サムナー図式にいう、「免除権」）に重点が置かれた構造が採用されているといえる。

## VI 各救済手段の構造をふまえての「追完に代わる損害賠償請求権」の検討

### 1. 追完に代わる損害賠償請求権についての学説対立にみる選択権と免除権の対立構造

前章の検討により、売買契約の一部不適合の場面における、追完に代わる損害賠償請求権を除いた救済手段の内部には、程度や性質の違いはあるものの、買主の債権者としての権利行使の自由選択性と、売主の側の追完利益の対立構造があり、改正後民法の構造として、売主の追完利益を保障する「免除権」に一定の重点が置かれていることが示された。本章では、本稿の検討対象である追完に代わる損害賠償という救済手段について、その法的性質や、買主と売主間での利益調整の必要性を検討しつつ、売主の「免除権」にどの程度重点を置くべきなのかについて検討する。

まず、追完に代わる損害賠償請求権につき買主の債権者としての「権能」としての自由選択性と、売主の側の追完利益である「免除権」の対立構造とがどのような形で現れるのかについて整理する。追完に代わる損害賠償請求権に関しては、少なくとも明示的にこれを定め



る規定は見られないところ、その適用条文が問題となる。この点については、本稿第Ⅱ章に検討したように、追完の催告を前置するか否かという点で、大きく2つに説が分かれる。すなわち、履行請求権と履行に代わる損害賠償との関係性とのパラレル性から、追完の優位性を認め、追完の催告を要求し、415条2項や代金減額請求に関する536条の規定を類推すべきとする見解と、追完に代わる損害賠償請求権と履行に代わる損害賠償請求権の異質性を強調し、追完に代わる損害賠償は追完方法の選択肢の一つに過ぎないという論拠から、追完に代わる損害賠償は履行に代わる損害賠償請求権を定める415条2項の射程外であって、これを規律するのは同条1項であるとする考え方に立ち、追完の催告は不要とする見解である。

この両説の対立は、追完の優位性を認め、追完の催告を要するかという点を主な対立軸とするものであると整理できる。この追完の催告について、第Ⅴ章と同様の方法による分析を行うと、追完に代わる損害賠償請求権の行使に際して追完の催告を不要とする見解は、同請求権を有する買主側に追完請求権と、追完に代わる損害賠償請求権という二つの併存する救済手段について自由選択性を認めるものであるといえ、買主の救済という点に重きを置く見解であると整理できる。他方、追完に代わる損害賠償請求権の行使に追完の催告を要するとする見解では、追完の催告を要求することで、売主に追完の機会が与えられ、さらに売主はこの追完の機会に際して562条1項ただし書きの規律により、一定の場合に買主が指定した方法と異なる方法による追完が可能となる。そのため、後者の見解では、売主の追完の機会が保障され、また追完方法についても562条1項ただし書きの限りで買主の自由選択性から免れ得ることが認められるため、売主側の「免除権」にも一定程度の重点を置いた見解であると評価することができる。

## 2. 隣接制度との対比に基づく検討

前章の検討をふまえると、改正後の民法では、売買目的物に一部不適合があった場合の救済手段である代金減額請求権や解除権では、原則として追完の催告を要求することで、売主に追完の機会を与え、売主の追完機会や追完利益を保障するという構造が採られている。さらに、追完請求権の内部においても、「買主に不相当な負担を課するものでないとき」に、買主の選択した追完方法と異なる方法での追完を売主に認めており、売主の追完利益の保護が一層図られているといえる。売買に関する一部不適合の場面での救済手段という限定的な範囲においては、改正民法は売主と買主の利害調整による制度設計を行おうとするレメディ・アプローチの考え方を採用しており、かつ、法定された各救済手段の内部では、一定程度売主の追完利益である「免除権」に重点を置いた制度設計がなされている。

このような改正後民法の構造をふまえて追完に代わる損害賠償請求権の要件について検討する。追完に代わる損害賠償の法的性質としては、売買目的物に関する一部不適合につい

て、これを追完するための現物賠償である追完請求に代替して、当該追完に必要となる費用を賠償させるという金銭賠償の手段をとる救済手段であるといえる。そうすると、追完に代わる損害賠償は、一部不適合部分に関して契約を一部解除することで適正な価格へと契約を更改する性質を有する代金減額請求権や、一部不適合をもって当事者を契約関係から離脱させることにより当事者の保護を図る解除権、そして一部不適合を生じさせた売主に現実の追完を求める追完請求権等の救済手段と同様に、一部不適合の場面において契約内容を実現するために買主がとり得る救済手段の一つであるといえる。

上述の、他の救済手段の検討により、各救済手段間の調整に関しては、改正後民法は、現物賠償である追完請求権の優位性を認め、他の救済手段の行使にあたり追完の催告を要求することで、売主に追完機会を保障し、買主側の救済手段選択に関する自由選択性からの「免除権」に一定の重点を置く規律を採用している。このような改正法の構造を前提として考えると、一部不適合の追完を金銭賠償の形で行う追完に代わる損害賠償の行使においても、現物賠償である追完請求権の優位性を認め、追完の催告を要求することで、売主に追完機会を保障するという構造をとることが制度間の平仄を維持する観点から妥当である。

追完に代わる損害賠償の行使に際して催告を要するとする見解は、例外的に催告を不要とする場合の規律につき、415条2項の規律を類推することで解決を図るが、この点について、目的物の価格又は契約不適合による損害賠償額に比し、追完に代わる損害賠償額が大きい場合に、売主の選択（562条1項ただし書き）又は代金減額請求権の規律（563条）によらず、追完に代わる損害賠償を認めることは、制度間の不均衡をもたらす<sup>61)</sup>との批判がなされる。目的物の色が異なるといった軽微な不適合につき、買主が過度に高価な装飾を施すといったような追完を求め、売主がこの追完を拒絶する旨を明確に表示したとき（415条2項2号参照）に無催告による追完に代わる損害賠償を認めるとすれば、たしかに社会取引上不相当な場面が生じるおそれはある。しかし、催告を全く要しないとすると改正債権法が各制度で認める売主の追完利益の保護を保障できなくなり妥当ではなく、追完に代わる損害賠償の行使にあたっては少なくとも追完の催告は要する应考虑すべきである。この催告を不要とする例外的な場面を規律する制度設計には多様な可能性があり得るところ、上記批判のように過度に高額な装飾を求める催告があったような場面では、信義則による調整を図るしかないように思われる。

## VII 結論と残された課題について

### 1. 本稿の結論

本稿では、改正後民法において契約の一部不適合の場面における救済手段という限定的

---

<sup>61)</sup> 中田・前掲注3) 188頁

な範囲で採用されたレメディ・アプローチの枠組みのもと、その救済手段の選択性について、買主の自由選択権と売主の「免除権」という対立構造が生じることを指摘した。この視点により各救済手段を検討することにより、追完請求権をはじめとして代金減額請求権、解除権といった救済手段の採用する構造との平仄を維持する観点から、追完に代わる損害賠償請求権の行使においても追完の催告を前置すべきとの結論が得られる。したがって、追完に代わる損害賠償請求権の適用条文について改正後民法 415 条 1 項を適用し、かつ追完の催告も不要とする見解は採り得ない。

## 2. 残された課題について

### (1) 催告不要とする例外的場面についての規律について

追完に代わる損害賠償請求権の行使に先立つ追完の催告について、例外的にこれを不要とする場面をどのように規律するかは本稿の検討からは必ずしも明らかとならない。履行に代わる損害賠償に関する 415 条 2 項の規律や、一部不適合の場面における代金減額請求権に関する 563 条 2 項ただし書きの規律を類推適用するか、それらの規定を参考に、売主の「免除権」に配慮する必要がある場面を抽出して法定するほかないように思われる。今後の議論の発展が待たれる。

### (2) 請負契約の修補に代わる損害賠償請求権について

また、隣接する請負契約の領域では、改正前民法 634 条 2 項が「修補に代わる損害賠償請求」を明示的に規定しており、通説はこの規定に依拠して、請負における「修補に代わる損害賠償請求」を請求するためには修補の催告をすることは無用であると解してきたところ、債権法改正により同条項が削除されたことで、請負における追完に代わる損害賠償の問題を改正民法下でどのように処理すればいいのかという深刻な解釈問題が生じている<sup>62)</sup>。この点については、売買契約と請負契約の性質の相違をふまえつつ、本稿の議論を請負契約にまで敷衍できるかが問題となる。請負契約に関しても注文者と請負人との間の利害調整の視点が必要になるため相似した議論が可能と思われるが、物の引渡に関する売買契約と、仕事の完成を契約の本旨とする請負契約では、債務者の「免除権」の内容にも相違が生じるのではないかが問題となる。この点については今後の課題としたい。

## 【謝辞】

本稿は、法科大学院在籍中に履修した「法学研究基礎」における成果物である。1 年間にわたり綿密なご指導をいただきました石田剛先生、小峯庸平先生にあらためて深謝申し上げます。

---

<sup>62)</sup> 潮見・前掲注 12) 133 頁

## 編集後記

新型コロナの突然の襲来により、何もかもが大きく変化する中で、ローレビューも延期を余儀なくされ、第5号の刊行まで2年近い時間を要することとなった。そのような中で、法科大学院担当助手を始め多くの方々のご尽力・ご協力を賜り、遂に刊行に至ったことには、深い感謝と感慨を禁じ得ない。

この長い間隔とその準備が功を奏したというべきか、本号は、在学生・修了生の論文6本、そして1本の寄稿論文という重厚な内容となった。とりわけ、多忙な弁護士業の傍ら、精力的にロースクールでの教育・指導を担われてきた射手矢特任教授から、教育的な見地からビジネスローの理論と実務を論ずるご寄稿を頂いたのは、法学及び法曹実務の発展という本誌の目的からしても僥倖であった。また、学生・修了生には、学術的な論文を書き上げたという貴重な経験をステップとして、今後も各方面で研鑽を続けてほしいと思う。

最後に改めて、執筆下さった方々、ご指導に当たられた先生方、編集に尽力して下さった皆様に感謝を申し上げたい。

2022年3月

但見 亮

## 執筆者・編集委員一覧

### 執筆者

射手矢 好雄	一橋大学法科大学院特任教授 アンダーソン・毛利・友常法律事務所 弁護士
長谷川 知博	司法修習生（一橋大学法科大学院 2019年度修了生）
瀬川 駿	一橋大学大学院法学研究科博士後期課程 （一橋大学法科大学院 2020年度修了生）
堀田 らな	司法修習生（一橋大学法科大学院2020年度修了生）
保浦 誠也	司法修習生（一橋大学法科大学院2020年度修了生）
黒澤 陸人	一橋大学法科大学院科目等履修生 （一橋大学法科大学院2021年度修了生）
高木 隆文	一橋大学大学院法学研究科博士後期課程 （一橋大学法科大学院 2021年度修了生）

### 編集委員

堀田らな、保浦誠也、黒澤陸人、高木隆文

### 顧問

但見 亮	一橋大学大学院法学研究科教授
角田 美穂子	一橋大学大学院法学研究科教授

---

『一橋ローレビュー』 第五号

2022年3月31日発行

発行者 一橋ローレビュー編集委員会

本誌より引用される場合には、『一橋ローレビュー』  
からの引用である旨明記してください。

---