

創価

vol.15

March

2022

ロージャーナル

講演録

「弁護士→裁判官→弁護士」 ●大橋 正春

論説

要件事実論における冒頭規定の意義

—貸借型理論と関連して— ●田村 伸子

詐欺罪における「重要事項性」に関する考察

●佐瀬 恵子

被疑者取調べへの弁護士立会いに対する裁判所の意識の変化

●岡本 梢

報告

「2021年度 創価大学法科大学院教員研究活動報告会」

●花房 博文

研究報告

インターネット上の名誉毀損の要件に関するアメリカ法の変化

—McKee 対 Cosby 事件を中心に—

●土平 英俊

私人間の名誉毀損事案における表現者の主観的態様と表現の拡散範囲を中心とした不法行為成否の判断枠組み

●土平 英俊



創価大学 法科大学院

SOKA LAW SCHOOL

Contents

講演録

「弁護士→裁判官→弁護士」……………大橋正春 (1)

論説

要件事実論における冒頭規定の意義

—貸借型理論と関連して—……………田村伸子 (29)

詐欺罪における「重要事項性」に関する考察

……………佐瀬恵子 (53)

被疑者取調べへの辩护人立会いに対する裁判所の

意識の変化……………岡本梢 (83)

報告

「2021年度 創価大学法科大学院教員研究活動報告会」

……………花房博文 (111)

研究報告

インターネット上の名誉毀損の要件に関するアメリカ法の変化

—McKee対Cosby事件を中心に—……………土平英俊 (115)

私人間の名誉毀損事案における表現者の主観的態様と
表現の拡散範囲を中心とした不法行為成否の判断枠組み
.....土 平 英 俊 (127)

March 2021 Vol. 15

講演録

「弁護士→裁判官→弁護士」

大橋正春*

あいさつ（島田新一郎研究科長）

本日は、2012年から2017年までの5年間、最高裁判事をお務めになられた弁護士の大橋正春先生をお迎えし、法学部・法科大学院合同での講演会を開催することができました。大橋先生、ご多忙の中、遠い八王子の創価大学までお越しいただき、本当にありがとうございます。

大橋先生が最高裁の在任期間中に¹⁾関与された重要判例は様々ございますが、憲法事件では、議員定数不均衡訴訟²⁾、婚外子相続分違憲決定³⁾、それから再婚禁止期間違憲判決⁴⁾などがあります。また、行政事件では、耐震強度偽装事件⁵⁾、一般廃棄物収集運搬業の競業者の原告適格についての事件⁶⁾、民事事件では、預貯金の遺産分割事件⁷⁾、JR東海の認知症事件⁸⁾などがあります。刑事事件ではGPS捜査事件などを挙げることができ、いずれも各分野での本当に重要な判例が目白押しになっております。

* 弁護士（第一東京弁護士会所属）。

- 1) 最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁，最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁，最大判平成26・11・26民集68巻9号1363頁，最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁等。
- 2) 最大決平成25・9・4民集67巻6号1320頁。
- 3) 最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁。
- 4) 最三小判平成25・3・26集民243号101頁。
- 5) 最三小判平成26・1・28民集68巻1号49頁。
- 6) 最大決平成28・12・19民集70巻8号2121頁。
- 7) 最三小判平成28・3・1民集70巻3号681頁。
- 8) 最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁。

また、大橋先生は、弁護士会においても数々の重職を歴任されておりまして、日弁連の法科大学院センターの委員長もお務めになるなど、法曹養成の分野でも中心となって取り組んでこられた方であります。

本日のお話は、法曹を志している皆さんにとっては、一生の財産になるものと思います。どうか楽しく、また、最後まで緊張感をもって聞いていただければと思います。

それでは、大橋先生、よろしくお願い致します。

(はじめに)

只今ご紹介頂きました弁護士の大橋正春です。本日は、法律に関心を持つ若い皆様に対してお話をする機会を頂き、非常に嬉しく思っています。

本日のテーマですが、「弁護士→裁判官→弁護士」と一見すると風変わりなものを掲げました。只今のご紹介からお分かりになったと思いますが、これは私の経歴を示しています。

1972年に弁護士登録をして約40年間弁護士業務を行い、2012年に最高裁判事に就任し5年間執務しました。そして、定年退官した2017年に再び弁護士登録をしたというのが私の経歴です。

(なぜ弁護士になったか)

「なぜ弁護士になったのですか」という質問をよく受けます。私の同僚の弁護士は、「弁護士プレストン」を見て弁護士を志したと言っています。これはNHKで放送された社会派弁護士を主人公とするテレビドラマです。彼は主人公の活躍に感銘を受け、自分もこのような人助けをしたいと言っています。元法務大臣の森雅子参議院議員は、司法研修所での私の教え子の一人ですが、彼女は、12歳の時、全財産を失った父親が弁護士に救われたのをきっかけに、自身も弁護士を志望したと言っています。

私も、これらの人たちのように、確たる信念を持って弁護士を志望したと言えればよいのですが、成り行きでなっただけでしかないのが恥ずかしいと

ころです。

そもそも法学部を選んだこと自体が、他に選ぶ学部がなかったという消極的な理由ですし、司法試験についても周りの友人が皆受けるので受けたという状態です。この頃、東大法学部の教授が盛んに司法試験を受けることを勧めていたことも影響しているのかも知れません。司法研修所に入所したのも、法学部4年生のときに東大紛争があり、卒業が6月になったことから、学士入学してもう1年間学生をやったので、結果的に司法研修所以外の選択肢がなかったということです。さすがに、修習終了後の弁護士選択は積極的に選択しましたが、当時は就職難ということはなく、修習の関係があった事務所で、来ないかと言われて採用して頂いたという感じでした。嫌味に感じる人もあるかも知れませんが、成り行きで弁護士になったというのが正直なところだと思います。ここまでの話を聞いて、何とない加減な奴だと思われた方も少なくないと思いますが、そのとおりなのです。

しかし、法学部に入ったこと、司法研修所に入ったこと、弁護士になったことについては全く後悔しておりませんし、本当に良かったと思っています。それは、どこでも良い先生、良い師匠に巡り会えたこと、良い友人に恵まれたことが大きな理由ですが、法律実務がやりがいのある面白いものであったことが最大の理由です。皆さんから見ると歴史上の人物と思える先生方かも知れませんが、少し私の先生・師匠について話してみたいと思います。

（法学部の先生）

当時の東大法学部は、我妻栄先生は既に定年退官されていましたが、民法の川島武宜先生、来栖三郎先生、刑事法の団藤重光先生、平野龍一先生、民事訴訟法の三ヶ月章先生など錚々たるメンバーが揃っていました。

特に印象的であったのは来栖三郎先生で、毎回講義ノートを改訂しておられるということで、授業開始の直前に教室に入られ、風呂敷を机の上で開き、後ろを向いて鼻をかむというルーチンを行うと、前を向いて、唐突に少

し甲高い声で授業を始めるのでした。その内容は、「我妻先生も川島先生もそのようにおっしゃっているので、私が疑問を持つ必要はないのですが、それでもどうしても疑問を持たざるをえないのです。」と前置きを置いて、深く考え抜いた自説を説明するといったものでした。そして佳境に入ったかと思うと、また唐突に授業を終えるのでした。来栖先生の授業で受けた印象は、学者というものは、なんと深く考えるものだということで、同時に自分には到底できないと思ったことです。

ちなみに、来栖先生には私の結婚式に主賓として出席して頂きました。主賓の挨拶で、「知人から離婚の相談を受け、誰がいいかと思ったら大橋君のことが思い出されたので、大橋君に頼むことにしました。」と離婚の話をされたのには、参加した者は大いに驚きましたが、流石に東大の先生は違うと感心していたのは、来栖先生のお人柄のせいだと思います。

平野龍一先生は、既に法律学全集の刑事訴訟法を出版され高い評価を受けていましたが、私たちは刑法を教わりました。平野先生は、最初は刑法を研究され目的的行為論による体系を考えられていたようですが、その後は刑事訴訟法を主に研究され、この時期に再び刑法をテーマとされたようです。自らの刑法の体系を作り上げようとされていた段階であり教科書などはありませんでした。平野先生は、授業の途中で学生に背を向けて黒板に向かって何かぶつぶつと言いながら一人で考えているということがよくありました。

こんな状態でしたので、授業を聞いただけでは先生が何を言っているのかが全く分からない状態でした。幸いにして、当時平野先生は法学セミナーに刑法の連載を始めておられたので、授業後に友人たちで集まり、法学セミナーの記事を参考に平野先生が何を言っているのか確認することを行いました。

平野先生の授業では、学者が自分の体系を作っていく過程を見ることができたことが面白かったこと、また、分からないなりに学生同士で議論をして理解を深めようとしたことが法律を考えるうえで大変役に立ったと思ってい

ます。法律の勉強というのは、本を読むことも大事ですが、議論をするというのが非常に大事で、それも飛び抜けてできる人、つまり先生が入ってしまうと、最後は先生が言うことが正しいで終わってしまうので、なるべくレベルの同じくらいの人で議論をするということが大事です。

三ヶ月章先生については、法律学全集の民事訴訟法を読んで何と熱の高い法律書だとの印象を受けましたが、ご本人もその通りの人でした。団藤重光先生に関してはバリバールな人と強く感じました。

（司法研修所の教官）

司法研修所ですが、民事弁護の鳥谷六郎先生は、弁護士としての在り方を、身をもって示してくださった方で、私の生涯の指針となった先生です。そういう方に、早い段階でめぐり会えたのは、私にとって非常に幸せだったと思っています。鳥谷先生は、後に最高裁判事に就任されました。

司法研修所での最大の出来事は、民事裁判教官の武藤春光先生の教えを受けることができたことです。武藤先生は、司法研修所における要件事実論の研究を中心となって進められた裁判官で、要件事実の神様のような方です。司法研修所で長く教官を務められて、教え子も多く、法律実務家で武藤春光を知らない者はもぐりだとまで言われた方です。時代の流れは恐ろしいもので、皆様の中では武藤春光先生をご存じの方の方が少ないということになってしまったようです。

武藤先生の最初の授業で要件事実の話聞いたときは衝撃的でした。現在では、要件事実は法科大学院では普通に教えられ、学部段階でも耳にすることが多いと思いますが、私が司法研修所に入所した当時は、要件事実は専ら司法研修所が指導していたもので、大学では全くといっていいほど扱われていませんでした。

今でも覚えています。テーマは民法の表見代理に関するものでした。皆さんもご承知の通り、民法は109条で代理権授与の表示による表見代理を、

110条で権限外の行為の表見代理を、112条で代理権消滅後の表見代理を定めています。私が教わった当時は、3種類の表見代理は一括して扱われるのが普通であり、なぜ、このような並びになっているのか、とくに途中で代理権の消滅を定める111条が規定されているのかについて、特段の説明はなされませんでした。

しかし、この並びは要件事実を考慮してみると、正しくこのようにしかならないのだというのが武藤先生の講義の内容でした。武藤先生は、要件事実論を通して見ることによって民法の景色が変わってくると述べておられますが、研修所の初日で違った景色を見せられたわけで、その衝撃は、真面目に要件事実を学ぼうと決心させるものでした。

簡単に説明しますと、109条では、同条の効果を主張するものは「先立つ授權の表示」を主張立証すればよく、悪意・過失は抗弁となる。110条では、①代理権あると信じたこと、②無過失、③基本代理権の発生原因事実が請求原因とされます。これに対して、112条の適用場面では、甲の有権代理の主張に対して、相手方が代理権の消滅を抗弁として主張した場合に、再抗弁として善意を主張できるというのが要件事実論の理解です。即ち、代理権消滅の主張の効果を阻害し、元の有権代理を復活させるもので、あらたに代理の効果を生じさせるものではないということです。『民事訴訟における要件事実 第一巻』は、109条、110条のみが、実際には当該法律行為についての代理権が発生していないのに、一定の要件の下に代理の効果が生ずるとしたもので、これらの場合のみを表見代理というべきである。これに対して、112条は、当該法律行為についていったんは代理権が発生したのであるが、その代理権の消滅原因があるのに、消滅の効果が生じないことになる場合について定めたものであり、両者は、その性質を異にする、と述べています。

この点については、その後、色々な考え方が示されていますが、今申し上げたように、こういうことを教わったのは研修所が初めてだったわけで、その意味で、勉強しなきゃいけないと思わせるくらいの衝撃だったのです。逆に言うと、多分、皆さんは、早い段階から要件事実論を学ぶことになってい

るために、こうした衝撃を受けることはないでしょう。ある意味では気の毒だなと思います。

（要件事実論について）

ここで少し要件事実論についてお話してみたいと思います。

先に述べたように、要件事実論は、倉田卓次元裁判官などの少数の例外はあるものの、基本的には司法研修所において研究発展してきたものです。私が修習生になった1970年頃は、本格的に要件事実論の研究が始まったころで、確定したものでなく生成過程であり、理論の成立の過程をみるという面白さがありました。例えば、過失、重過失、正当事由、正当理由といった規範的要件について、現在では、成立を根拠づける具体的事実すなわち評価根拠事実、成立を妨げる具体的事実すなわち評価障害事実を要件事実と捉える立場が主流になっていると思われませんが、1972年の段階では、この主要事実説と過失・正当理由などの一般条項そのものを要件事実とする間接事実説が民事裁判教官室内で対立していたようです。武藤先生は主要事実説でしたが、間接事実説をとる他の教官は教室で、「主要事実説などという馬鹿なことを言う奴がいる。」などと教えていたようです。法律の議論は、異説があるから面白いので、私は幸運な時期に研修所で学んだと思っています。どうしても議論が固まってくると、それを当然のものとして受け容れてしまって、異説が排除されてしまう。異説というのは、通説の持っている問題点、通説の抱えている問題点を表示しているわけです。通説は必ずしも万全ではなくて、どこかで問題点を抱えている。その問題点を示すのが異説なわけです。説が固まってしまうと、どうしても、その問題点が出てこなくなります。多くの場合はそれでいいのですが、最高裁に上がってくるような事案には、通説ではどうしてもうまくいかない、だからと言って通説は外せないというようなものもあります。そういう意味で、通説が何かということを感じることも必要ですが、それは確定したものではないという意識が大事だと思います。特に、弁護士は、時には通説によれば駄目だという事案を扱わなけ

ればならないわけです。通説をそのまま適用すれば負けに決まっている問題を何とか勝たせなくてははいけない。無理をしてというのではなく、これは勝たせるべきだと思う。そういうときに、学生だったら反対説を書けば評価されるが、裁判所はそんなことでは採ってくれない。そうすると、通説を前提としながらも、その問題点をどう修正するか、どうすれば勝てるように持って行けるかということを考える必要があります、そういった意味で、通説を絶対だと考えるのでは弁護士としては不十分でしょう。

私法上の権利は法律の定める要件の存否によって定まるものであること、裁判では事実の存否について真偽不明の事態が生じ、その場合の処理の基準が必要であるということを前提にすれば、実務上要件事実論が不可欠なことは理解できるのではないかと思います。

要件事実論の意義は、第一に、裁判所から言えば訴訟運営の、弁護士から言えば訴訟追行の基準を示す実務的なものであるということです。その他にも、要件事実論には、法曹教育論、民法解釈論という側面がありますが、私は、訴訟運営論・訴訟追行論としての役割が最も重要だと考えています。

その意味で、法律実務家にとって要件事実論を学ぶことは不可欠です。そして、それが単なる知識ではなく技として使えるためには、ある時期には要件事実論に熱中することが必要です。昔の修習生は、研修所が始まって1か月くらいは朝から晩まで要件事実、要件事実と言っており、日常の会話でも、やれ抗弁だとか、主張自体失当とか言っていました。

しかし、いつまでも要件事実論に嵌って抜け出せないのは賢いとは言えません。要件事実論は、実務家にとっては訴訟を運営・追行するための道具という性格があり、よく言えば柔軟性、悪く言えばいい加減なところがあるので、あまり突き詰めたところで成果は乏しいだろうというのが私の感想です。だから、「要件事実には嵌りなさい。しかし、適当なところで抜け出しなさい。」というのが、要件事実論に関しての私から皆さんへのアドバイスです。

なお、司法研修所における要件事実論の展開には色々面白いことがあります。

ます。この点に関する先駆的な仕事として、田尾桃二元裁判官による「要件事実論について——回顧と展望小論——」⁹⁾という論文があります。私も田尾先生の後を追って、武藤春光先生の喜寿記念論文集に「要件事実論略史」という論文を寄稿しました。¹⁰⁾興味のある方にとっては面白いと思いますので、機会があれば読んでみてください。

(弁護士業務)

少し弁護士業務のことについて話してみたいと思います。

1972年に弁護士登録して梶谷法律事務所に入りました。梶谷法律事務所は、岸清一先生という民事弁護の大家のお弟子さんの堀江専一郎先生の事務所を、そのまた弟子の梶谷丈夫先生が引き継いだという名門の事務所です。1972年当時は、梶谷丈夫先生が前年に亡くなられて、梶谷玄先生、梶谷剛先生の御兄弟が主宰され、アソシエイトとして22期の村上孝守先生、23期の岡崎洋先生がおられました。梶谷玄先生は、後に最高裁判事になられた方です。当時は弁護士事務所の規模は現在のように大きくなかったので、私が入って5人の事務所は、当時では比較的大きい方の事務所と言えたかも知れません。

既存の事件は参加しなくてよい、新件が来たら参加させると言われたのですが、なかなか新件がなく、2か月位はやることなく事務所にある法律雑誌を読んで過ごし、最後には読むものがなくて官報を読んだりしていました。現在では想像できないのどかさだと言えます。

(新島砲弾漂着事件)

弁護士1年目の事件で最も印象に残っているのは新島砲弾漂着国家賠償請

9) 田尾桃二「要件事実論について——回顧と展望小論——」曹時44巻6号(1992年)1頁。

10) 大橋正春「要件事実論略史」武藤春光喜寿『法曹養成と裁判実務』(新日本法規出版、2006年)413頁。

求事件です。これは判例集にも載っています。¹¹⁾ 終戦後の日本軍の武装解除により海中に投棄された砲弾が、25年後に新島の海岸に漂着し、これを拾った中学生数人が焚火に投げ入れたところ爆発し、別の中学生1人が死亡、1人が失明したという事案です。国及び東京都を相手に損害賠償を請求し、国に対する勝訴判決は控訴審で確定し、都の上告は最高裁で棄却されました。国家賠償事件として訴訟を提起しましたが、一審は民法の不法行為として請求を認容してくれました。

この事件は、弁護士は依頼者のために仕事をするのだということが実感できたもので、弁護士になりたてにこうした事件を担当できたことは良かったと思います。梶谷法律事務所は企業法務を専門とする事務所でしたので、訴訟事件そのものが少なく、訴訟事件も被告となった企業の代理人となるのがほとんどでした。事務所としては異例な事件であったわけですが、その意味では私は幸運であったと思います。

この事件はまた、裁判についても色々なことを考える契機となりました。事件の経過をみると、昭和47年（1972年）に提起された事件で、第一審判決が昭和49年（1974年）12月18日言渡され、この種の事件としては当時では異例の早さだったと思います。これは証人尋問を現地の新島で一挙に行った結果ですが、裁判所の訴訟指揮が良かったためです。裁判長は奥村長生裁判官、主任は平手勇治裁判官でした。当時であれば5年位かかるのが普通と思われた事件が、裁判所の訴訟指揮の結果3年弱で判決が出されたことは、訴訟の促進について裁判所の訴訟指揮が如何に重要かを、身をもって体験することができました。

これに対し、控訴審判決が出たのが6年後の昭和55年（1980年）10月23日、上告審判決はさらに4年後の昭和59年（1984年）3月23日と、いずれも当時の基準から言っても時間がかかっています。

弁護士を含めて法律実務家には時間の感覚が乏しいということがありま

11) 最二小判昭和59・3・23民集38巻5号475頁。

す。訴状において遅延損害金を請求するときに、その起算日を特に検討することなく「訴状送達の日翌日」としてしまうのもその一例かと思えます。これに対し、社会一般、特にビジネスの分野では時間の要素は重要であり、企業からは結果はともかく早く解決してほしいとの要望をうけることも少なくありません。これは法律家としては気をつけるべきことだと考えています。

もっともこの事件について言えば、時間がかかったことが結果的に当方の有利に働いたとも言えます。それは、この事件が最高裁に係属していたころは、国家賠償の適用や国の不法行為責任に関する最高裁の立場が限定的に解すべきという方向に変わる転換期に当たっており、調査官を含めて請求を棄却すべきであるとの意見もかなりあったものと推測されます。判例解説を読むと、担当調査官が判決に不満なような様子が窺えます。しかし、これは全くの推測ですが、一審判決から10年も経ってこれを覆し、請求棄却とするには最高裁判事としても抵抗感があったのだと思います。上告棄却の判決は、少数意見はなく5人の裁判官の全員一致でした。時間がかかったことが有利に働いたと言うのはこうした意味です。

この事件で印象に残っていることはもう一つあります。

一審で国は、「砲弾類の回収等を担当する管理機関が法令上不明であるから、国の機関の回収義務違反はなく、国は責任を負わない。」と主張してきました。国家賠償法は「国の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を与えたとき」と定め、特定の公務員の違法行為の存在を前提にしているので、一見するともっともらしい主張です。しかし、担当を定めてあれば責任があり、何もしなければ責任がないというのはいかにも常識に反した主張だと私は思いました。私は、この主張をみて腹が立ち、「管理機関が不明ならば国会または内閣が管理機関を定めるべきであり、これを放置していたのであればそれ自体が義務違反である。」といった主張をすることを梶谷先生に提案し、準備書面で主張しました。ひどく腹が立っていたので、文献等も調べずに一気に主張を

書き上げました。一審判決をみて驚いたと同時に感激したことは、一審判決がこの主張をほとんどそのまま採用してくれたことです。今になって振り返って考えると、もう少し文献等を調査して主張すべきであったと思いますが、正義に反するものをやろうとすることに対する怒りのようなものを書いた、そのことが少しは裁判官を動かしたのかなと思います。ここで学んだことは、常識的におかしいことは、法律的にもおかしいということでした。

弁護士業務についてももう少し話してみたいと思います。

私は弁護士仲間からは著作権法、倒産法の専門家とみられています。私自身はそれほどの専門家とは思っていないのですが、著作権法・倒産法にずっと興味を持ってきたことは確かです。弁護士の数が増え、弁護士には専門分野を持つことが必要な時代となりました。そこで、今後皆さんが専門分野を開拓するうえで参考になるように、私がこれらの分野の仕事をするようになった経緯についてお話ししたいと思います。

(著作権実務)

最初に著作権法ですが、私が弁護士になった1972年は著作権法の大改正が前年に施行され1年余りたった時期でした。梶谷事務所の顧問先である大会社の法務部から改正著作権法に関する詳細な質問が出され、私が担当することになりました。その会社の法務部は司法試験合格者が何名も在籍するレベルの高い法務部でした。したがって、その質問も予め検討したうえで疑問が残るものを聞いてくるので、通り一遍の調査の結果を報告するだけでは納得して貰えないという状況でした。当時、私には著作権法の知識は全くなく、また現在と異なり著作権法の文献も乏しかったのですが、自分としてはかなり一所懸命に色々な資料を当たって回答書を作成しました。

この経験から、著作権法は面白そうだということで、先輩の岡崎弁護士と著作権法の勉強を始めました。マイナーな分野であったことも、勉強を始めた理由だったと思います。

私が著作権法実務に携わる上での2番目の重要な出来事は、経団連の若手の知財担当者によるプログラム権法の研究会に参加したことです。コンピュータプログラムの法的保護についてはそれ以前にも若干の議論がありましたが、1982年の日立—IBM事件をきっかけとして、ホットなテーマとなりました。当時のコンピュータ業界はIBMが圧倒的な力を持っており、日本は経済産業省、当時の通産省の指導の下に互換機戦略でIBMを追撃しようとしていました。互換機戦略とは、IBMのOS（オペレーション・システム）と互換性のあるOSを搭載した大型コンピュータでIBMと勝負するというもので、OSの法的保護がどのようなものになるかにより、大きな影響を受けることになります。

法的保護の形態としては、特許、著作権、*sui generis*と言われる特別法などがアメリカでも議論されていましたが、日本でも文化庁は著作権法による保護を、通産省は特別立法による保護を主張しました。通産省は1983年2月からプログラム権法の立法作業を始めましたが、経団連による研究会もその一環としてなされたものです。私はその年の6月に独立したばかりで、知り合いから「こういう研究会をやるんだけど参加しないかい。報酬は出ないよ。弁当だけだよ。」と誘われて参加することにしました。私以外の参加者は、それぞれ企業の実務担当者で、法曹資格は持っていませんが、とても優秀な人達の集まりで、実務に関することについては教えて貰うことばかりでした。弁護士の中には、法曹資格を持つか持たないかで区別して考える人もいますが、私にはそういう感覚は全然なくて、資格の問題ではなく、個人の能力の問題だろうと思っています。それは、この研究会で、能力のある実務担当者と仕事をした結果だろうと思っています。

最終的には、このプログラム権法というのは潰れたわけですが、この研究会は私に色々な機会を与えてくれました。京大の北川善太郎教授が主宰される「コンピュータプログラム法制研究会」に参加させて頂けたのもその一つです。北川研究会は、コンピュータプログラムに関する法制度の在り方を法律家と技術者の協働で探っていこうとするもので、大変意欲的なものでし

た。研究会の報告として書いた「インターフェースの法的分析」¹²⁾がジュリストに載った私の最初の論文です。この研究会も弁護士の参加者は私だけで、その他は学者と企業人でした。コンピュータ関係の技術者が討議に参加されたことが研究会の特色でした。インターフェースの議論は、技術者の参加があつてこそ可能であつたと思います。

法律家と技術者の議論は、当初はなかなか噛み合いませんでしたが、議論を重ねることで互いに前提とすることが違っていることを理解することができ、議論が進むようになりました。この点は、専ら文科系の人間として過ごしてきた私には大きな収穫でした。また、技術者との協働の重要性を実感として理解できたのもこの研究会に参加した成果です。

法律家と技術者の前提の違いについては、法科大学院制度導入初期には次のようなエピソードがありました。法科大学院制度の目的の一つに多様な人材の確保があげられ、制度の初期には理工系出身者が多く法科大学院に入学しました。法律の先生はよく、「自分の頭で考えろ」と言います。これを聞いた理工系出身者は、今まで誰も言ったことのない新奇なことを言わなければならないと受け取って大変に苦労したということです。また、法律家は結論を理由づける際に複数の根拠を示すのが普通ですが、理工系の人から見るとこれはエレガントではないということのようです。

これらが一般的なことなのか、たまたま私が聞いた人がそうだったのかは分かりませんが、法律家の考え方というのは大事だけれど、他の人とは違うところがある、違いがどこにあるかということを理解しておくことも、これからの実務では色々な技術について、他の分野の人と仕事をしなくてはいけないわけですから、大事だろうと思います。

北川研究会への参加は、ソフトウェア情報センター（ソフティック）の国際シンポジウムや研究会に参加するきっかけになりました。ソフティックは、当時は、通産省及び文部省所管の財団法人で資金も比較的潤沢にあり、2年

12) 大橋正春「インターフェースの法的分析」ジュリ865号（1986年）92頁。

ごとに国際シンポジウムを開催していました。また、ソフティックでは、若手弁護士と企業の若手知財担当者をメンバーとし、ソフトウェアに関わる法と技術をテーマとする研究会を立ち上げました。ここでも技術者にも参加して貰いました。インターフェース、リバースエンジニアリング、画像処理など当時としてはかなり先端的なテーマを選んでいました。

著作権実務の関係では、最後に、GATTのウルグアイ・ラウンドにおけるTRIPs協定に関わる民間三極協議に参加したことに触れておきたいと思います。1986年から始まったGATTウルグアイ・ラウンドでは、知的財産もそのテーマであり、最終的にはTRIPsと略称される「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」が締結されています。この協定の成立に先立って、先進国間で民間の試案を作成し各国政府に働きかけるとの目的意識のもとに、米国で有力企業数社が結成したIPC（米国知的財産権委員会）の呼びかけに、日本の経団連、ヨーロッパの欧州産業連盟（UNICE）が応じて、「知的所有権に関する日米欧民間三極会議」が発足し、民間としての協定試案を作成することになりました。当時の経団連としては異例なことでしたが、従来からのご縁で経団連の交渉メンバーの一員に加わることになりました。会議はブリュッセル、ニューヨーク、東京と3回開催されましたが、その間には国内で準備のための調査研究や協議があり、ハードでしたが充実した良い経験であったと思います。

今申し上げたことを要約すると、顧問会社からの質問をきっかけに著作権法に興味をもって勉強を始めた⇒興味本位で報酬なしに経団連の研究会に参加した⇒北川研究会に誘われた⇒ソフティックのシンポ・研究会に参加した⇒民間三極会議に参加した、という流れになると思います。いずれも自分で開拓したわけではなく、与えられた流れに乗ったものです。このような、幸運な流れに乗れたのは、著作権法が、従来の芸術中心からプログラム保護を通じて、中山信弘教授の言われる「産業著作権」に変質していく時期に当たったこともあったと思います。

以上の私の経験から若い皆さんに助言できることがあるとすれば、「好きなことを勉強の対象とすること」「若い時に大事なものは仕事をするこゝとあって報酬をもらうことではないと考えること」「人とのつながりを大事にすること」といったことでしょうか。長々と話した割には月並みだと思われるでしょうが。

(会社更生事件)

次は会社更生事件です。倒産事件には、法的手続きに限れば、現在は会社更生、民事再生、特別清算、破産がありますが、かつては、民事再生はなく、和議、会社整理がありました。倒産事件で私が主として扱ったのは会社更生で、管財人として関与したものです。

私は、大学でも破産法はとっていませんし、特に倒産法に興味をもっていた訳ではありませんでした。私が会社更生事件に関与したのは、1980年、旧水戸藩の鉄砲鍛冶の流れをくむ銃器メーカーのSKB工業の保全管理人・管財人に梶谷玄先生が選任され、管財人補佐として手伝ったのが最初です。更生管財人の選任が特定の弁護士に集中するのを是正するために当時の東京地裁第八民事部の部長が梶谷先生を管財人に選んだことで、私も更生事件に関与することができたという経過です。この事件は清算型の更生計画を作成したことが特徴的でした。

次に更生事件に携わったのは、1985年8月の三光汽船の更生事件です。申立ては、日航のジャンボ機が御巢鷹山に墜落した日と同じでした。お盆の15日に、ホームステイで来ていたオーストリアの学生を成田に送って帰宅すると、尾崎行信先生から明日何時までにどこそこに来ようという電話が入っており、これが発端でした。管財人は宮田光秀先生でしたが、実務の中心は尾崎先生でした。尾崎先生は、尾崎罌堂の孫で、梶谷先生の義兄に当たる方です。尾崎先生も、後に最高裁判事になられています。この事件は、債務額が当時最大級であり、船舶運航業という業務の性質から、海外債権者が多く、また主たる資産である船舶が世界各地にあるという特殊性があり、難

しい事件でしたが、いろいろなことを経験させて貰いました。

私が更生事件の管財人となったのは、1996年の日本プスネスという船具を製造する会社の事件です。今でいえばプレパッケージ型に近いもので、スポンサーもほぼ決まっていました。会社の顧問弁護士であった山本晃夫先生とスポンサー会社の顧問弁護士の才口千晴先生の推薦であったと後から聞きました。才口先生は後に最高裁判事に就任されています。

その後、日本国土開発、東京生命や消費者金融のアエルの更生管財人を務めました。更生事件では様々な法律問題が起こると同時に、会社経営についても日々決断することが要求されるので、弁護士にとっては非常に勉強になります。ただ、私が更生事件を担当していた時代と現在では様々な違いがあり、過去の経験が必ずしも通用しないことが多くなっています。昔の更生事件は、債務の支払いを停止する間に資産を増加させ、債務を圧縮させて会社の負担を軽減するというのが基本でしたが、現在は将来の金融債権の担保化など様々な金融手法の発達の結果、倒産時には会社は空っぽの状態ということが生じるというのがその一例です。

更生管財人としては担当する裁判官との協働が重要であり、その過程を通じて裁判官の考え方を知ることができたのはその後の弁護士業務に役立ったと思います。更生管財人のような裁判官の指名で行う仕事は、適切に処理すれば裁判官の信頼を得られる反面、不適切なことを行うと直ちに信頼を失うという危険があります。自分では正確なことは分かりませんが、その後の裁判所の対応などを考えると、少なくとも信頼を失うようなことはなかったであろうと思っています。

更生事件で学んだことは、チームを組んで作業することの重要性です。更生事件では、事件の内容にもよりますが、管財人代理、管財人補佐としてかなりの数の弁護士が必要となります。自分の事務所だけで賄えなければ、他の事務所の弁護士の応援を頼むことが必要です。管財人として代理や補佐を頼む弁護士は、直接の体験や信頼できる弁護士の推薦などから信頼できると確信できる人であることは当然のことです。選ばれる方からみれば、弁護士

は裁判所、先輩、同僚からいつも見られているという意識で、信頼をなくすようなことがないように努める必要があるということです。

(最高裁判事への就任)

私は、2012年に最高裁判事に就任し、約5年間執務しました。最高裁判事の日常については、事前にお配りした「最高裁判所今昔物語¹³⁾」という資料で述べていますので、詳細はそれに譲りたいと思います。

ここでは、最高裁判事の任命について少し述べたいと思います。

憲法79条は、最高裁判事（最高裁の長たる裁判官以外の裁判官）は内閣で任命すると定めており、裁判所法39条は、2項で「最高裁判所判事は、内閣でこれを任命する。」、3項で「最高裁判所判事の任免は、天皇がこれを認証する。」と定めていますが、手続きの詳細については特に定めはありません。

実務は、最高裁判事の定年による空席が生じる1年位前に、最高裁から日弁連に候補者推薦依頼が来ます。日弁連は単位会に推薦依頼を出します。推薦は逆のルートで、単位会から日弁連、日弁連から最高裁になされ、最高裁（裁判官会議ではなく長官・事務総局）が内閣へ推薦するという順序です。発足時の経過から、裁判官5名、弁護士5名、その他5名という枠がなんとなく決まっており、この枠組みの中で長年後任の最高裁判事が任命されていましたが、ある時期から弁護士枠が4名、裁判官枠が6名となりました。この枠はなんとなくそういうものということで、制度的なものではなかったのですが、事実上守られ、弁護士出身裁判官の後任は日弁連の推薦する候補者を任命するという状態が続いていました。しかし、弁護士会の推薦は残しながらも、10年位前から官邸が任命権を積極的に行使する傾向がみられます。

これは、最高裁判事の任命をどう考えるかという重要な問題に関係します。米国の連邦最高裁判事は大統領が指名した者を上院で承認するという手続があって、政治的な任命であることが前提になっています。特に最近では政

13) 平成30年12月21日、福島県公共嘱託登記士地家屋調査士協会主催の公開講座における講演録。

治性が強くなっているようですが、元々政治的な任命であるというのがアメリカのシステムだと思います。また、韓国なども含めて憲法裁判所制度を持つ国では、憲法裁判所の裁判官は政治的な任命であるという扱いが多いようです。これに対し、日本の最高裁判事の任命は政治的なものではない、政治的なものとしては扱わないというのが従来の議論でしたが、もう少し政治的なものではないか、あるいは、どの程度政治が関与するのがよいのかということが、今、問われている問題なのだと思います。この点は、なかなかうまく議論ができていない状態ですが、考えていくべき問題であると思います。

（弁護士の在り方について）

ここで話題を変えて、弁護士の在り方について私の考えるところを少し述べてみたいと思います。

弁護士の仕事、より広く言えば法曹の仕事が他と何が違うかと言えば、正義に関わる仕事だということだと思います。ただし、正義は法曹の独占物ではなく、あらゆる職業はどこかで正義に関わっていると言えます。新型コロナの蔓延初期にマスクの品不足がありました。経済合理性だけを考えれば最も高い値段をつける者に売ればよい訳ですが、多くの業者は価格を抑えるとともに、特定の買主の購入量を限定して、より広い人にマスクがいきわたるようにしたと思います。こうした商人道の実践は、その人の考える正義の実現ということができます。法曹との違いは、法曹では正義の実現がその業務と直接に関わっていることです。

そこで「正義」と言ったときに、一つには個人の持つ良心と言いますか、個人の持つ正義の問題と、法の持つ正義の問題があります。個人の考える正義と法の正義が一致していれば問題はないのですが、時として、それが一致しないことがあります。この場合には、法律家としては最終的には法の正義に従わざるをえないことになります。参考資料として事前に配布した資

14)

料に載っている平成23年2月18日の第二小法廷事件の須藤裁判官の補足意見が、法の正義と個人の考える正義とが異なった場合の裁判官の対応の例を示しています。

15)

これは、実務家として一番難しい問題です。法律の規定があるから、先例があるからということで直ちに諦めるのでは実務家としての役割を果たしているとは言えない。私の同僚の弁護士は、「駄目だと言われてから初めて弁護士の仕事が始まる。」と書いていましたが、弁護士には法律・先例の存在を前提にした上で自分の正義を実現する方法を工夫することが求められ、また、裁判官にも同じことが求められます。

裁判官の場合、法の正義と個人の考える正義の衝突は判断の場面で生じますが、弁護士の場合は、依頼者の存在によってもう少し複雑になります。弁護士が職務を行う場合には、個人の正義、法の正義に加え、依頼者の利益・意思、大きく言えば依頼者の正義ということも可能かもしれませんが、これらが問題になるということです。

社会派・自由人権派の弁護士で、左派・右派を問わず戦前から多くの刑事事件を手掛けた海野普吉先生という非常に有名な弁護士が居られます。海野先生は、極東国際軍事裁判の弁護団団長就任を要請され、即座に断っています。このことに関して、「弁護士は赤十字だ。どんな事件でもえり好みはしない。ただ、この事件だけは嫌だ。」「ファシストたちの弁護ができるか。」と述べたということです。

弁護士は仕事をする上で、やりたい事件でないとやれません。やりたい事件というのは何かと言うと、自分の正義に適う、正義の実現のための事件です。すべての事件がそうだというわけではありませんが、事件を担当する場合には、なぜ自分はこの事件を担当するのかという自らへの問いが問題になります。自らが受任を正当化できない事件を担当する場合には、インセンティブが湧かず、十全な弁護活動ができないのではという危惧があるからで

14) 前掲・注13)「最高裁判所今昔物語」。

15) 最二小判平成23・2・18判時2111号3頁(武富士事件)。

す。クールヘッド、ウオームハートという言葉があります。経済学者のアルフレッド・マーシャルが経済学者の理想として述べた言葉だと言われていますが、弁護士にとっても同じです。クールヘッドと共に、ウオームハート。熱意がないと弁護活動ができないというところが弁護士活動の難しいところだと思います。

最高裁判事も務められた大野正男先生という著名な弁護士がおられました。外務省機密漏洩事件の弁護を担当されましたが、同事件では被告人が機密を取得する際に不適切な手段を講じたことが話題となりました。大野先生は、「私は被告人個人を弁護するのではない。報道の自由、表現の自由を弁護するのだ」と言われたそうです。やはり、熱意を持たなければ弁護活動はできない。その熱意というのはどこに見出せるか。そこが見出せなければ、できないんだろうと思います。

正義なんていう大きな問題を言いましたが、日弁連の会報誌に「自由と正義」というのがあり、その後半の方に弁護士の懲戒事例が載っています。これをみると、正義がどうというようなレベルの事案でないのがほとんどです。他方で、弁護士がいかに怖い仕事、危険な仕事であるかというのがよくわかります。

個人の正義と法の正義の衝突といった大きな話題について述べてきましたが、懲戒事例をみると、弁護士として大事なものは、人に対する配慮、その配慮が欠けているために起こっているものが多いと思います。依頼者であれ、相手方であれ、裁判官であれ、関係者の人格を尊重するということが非常に大事なことです。弁護士は、法律論については相手方と徹底的に争うこともあり、そこのところで容赦する必要はないわけですが、しかし、それ以外のところでは相手方の人格を尊重することが必要です。これは、実務家になられたときには十分に心しておかれるべきことです。

(合議について)

色々と言ってきましたが、これから、毎日の皆さんの勉強に役に立つこと

を少しお話ししたいと思います。

法律実務の問題解決は対話によって行うことが基本です。これは、法曹教育においても同様であり、法科大学院の授業で、双方向・多方向の授業が進められるのも、一人で考えるのではなくて、対話をしながら解決を探っていく法律実務の基本を反映するものです。

先ほど、平野龍一先生の授業が理解できないので、友人同士で議論しながら刑法の勉強をしたことをお話ししましたが、勉強会というのは法律を学ぶ上で非常に有用な方法だと思います。皆さんの中にも、友人同士で勉強グループを作っている方も多いと思いますが、その場合に勉強会を成功させる方法があります。

これは、私が、裁判所の合議や弁護団の合議に関して何度も話したのですが、あらゆる種類の合議や討論に当てはまるもので、勉強会も共同で問題の解答を探るという意味では、一種の合議や討論ということができます。

合議には2つのタイプがあります。

第1のタイプは、ディベート型あるいは対決型とでもいうもので、合議で自分の議論と相手方の議論のどちらが正しいか、それを競う場と考えるものです。

第2のタイプは、探索型・協働型というものです。合議の目的を、意見の違いがあることを確認し、その違いが何に由来するのかを探求することにあると考えるものです。

私は合議の目的について第2のタイプを採るべきだと考えています。法律の議論、とくに実務上の議論は絶対に正しいというものがあるわけではなくて、常にグレーの部分を抱えています。私は司法研修所の教官をしているとき、講義でよく「民弁に正解なし」と言って修習生を困惑させていました。実務を考えると、事実関係は千差万別です。当事者も千差万別。相手方も千差万別。ということは、AとBとの間では正しい解決が、AとCとの間での正しい解決と言えるかどうかはわからないわけです。ですから、その事件ごとに探っていくことが大事であり、事件を知るには、その元になって

いるものが何かを知ることが必要です。様々な事件に柔軟に対応するためには、原則はしっかり踏まえたくて、事実関係でも例外があり、法の解釈や事実の評価についても様々な考えがあることを理解することが必要で、その訓練のためには探求型・協働型の合議が適当であると私は考えるのです。

例えば、諸君と法科大学院の教授が議論した場合には、99%以上の場合、教授の議論の方が正しい、あるいは適切であると思います。それは、教授の方が諸君より経験もあるし、深く考えているからです。皆さんはその時に、「私の考えは間違っている。先生の考えは正しい。正しい考えを覚えられてよかった。」これでは勉強になりません。自分が考えたことには理由があるわけですから、その理由と教授が考えたことはどこが違うのか、違いがどこに由来しているのか、自分のどこが足りなかったのか、どこを考えなかったから結論が違ったのか、そこのところを見極めないと法律を学んだことにはならないと思います。

(法文書作成について)

次に、法文書作成についてお話ししたいと思います。

法文書という言葉は色々な意味で使われますが、私は、法律家が法律問題について結論を出す過程を文書化したものと考えています。法律家は、事実
に法を適用して結論を出すわけですが、その場合に行われている作業というのは、どの事実を選んで、どの法を選んで適用するかというものと、その事実が証拠によって論証されているかどうか、法の解釈が正しいかどうかの論証、その2つがあります。事実と法、選択と論証、そのマトリクスで捉えられると考えています。

判決は法文書の典型ですが、例えば、最高裁の判決では、事実については
原審が適法に確定した事実を選択してその論証は行わず、法についての選択と論証だけを行うのが普通です。これに対し、一審判決は、多くの場合、法についての論証はせず、事実の論証が中心になります。

そのように考えてみると、試験の答案、司法試験の答案もそうですし、学

校の試験の答案もそうですが、ある意味で、これも一種の法文書と言えます。もちろん性格的には違うところがありますが、基本は法文書である。したがって、法文書作成をどう行えばよいかについて知ることは、結果的に良い答案を作成することに役立つと思います。

数年前に、司法修習生の諸君と、「法文書作成のゴールデン・ルール11」というものを考えたことがあります。これからその内容について説明したいと思います。

ルールの第1は、「法文書は読ませるものではない、読んでいただくものである。」です。

これは、法文書を作成するうえで非常に重要なことで、このことを理解すれば、皆さんの法文書は格段に良くなると思います。法文書を読む裁判官や弁護士は仕事として読むわけです。仕事として読むということは、法文書を読むのは必ずしも楽しい作業ではありません。しかし、読まなければいけない。まして、教師や試験官は、同じような答案を何十通、何百通と読まされるわけです。これは、相当辛い作業です。もちろん、中には、はっとするような良い答案があつて、そうした答案を読むときには本当に楽しい。その学生と会って、「君、これについて、もう少し話をしよう。」と言いたくなるような答案もありますが、残念ながらそれは稀なことです。

そういう状況の下で、答案、法文書が読まれると考えると、まず読み手のことを考えて、「読んでいただくもの」なのだと考える。「これを書いたから読め」というのではなくて、「お忙しいところ、辛いでしょうが、どうぞ読んでいただきたい。」という気持ちで書くことが重要だと思います。具体的に言えば、乱雑に手書きで書かれた答案は読むのが苦痛です。字のうまい下手は人それぞれですが、丁寧に書くことなら誰にでもできます。インデントや改行というのも読み易くするための工夫です。

読んでいただくという気持ちで書面を作成すれば、自ずからこうした工夫が生まれてくるものです。

ルールその2は、「自分の書きたいことを書くな、読者の読みたいことを書け」というものです。

答案の場合には、先生が考えていなかったことを書いた非常に良い答案というのもあると思いますが、基本的には、読む人が何を読みたいと思っているか、ということが大事です。

例えば、訴状では要件事実を書き、次いで事情を書くように言われます。要件事実を書くというのは、その事件がどのような法律的な紛争なのかということをも端的に示しているわけです。裁判官が訴状を読んで知りたいのは、本件がどのような法律上の紛争なのかということです。それを知らせるために要件事実を書くわけです。次に、裁判官が知りたいのは、こうした法律上の紛争がどのような背景で生じたのかということです。事情についての記載はこうした要望に対応するものなのです。

上告理由書や上告受理申立理由書について言うと、上告理由や上告受理理由は控訴理由とは異なるのですから、上告理由書などの内容は控訴理由書とは異なるはずですが、ところが控訴理由書と同じようなことを書いてくる人がいる。それでは書きたいことを書いているだけであって、読者が読みたいことを書いていないわけです。

法文書は読者に何かを伝えるために作成するものですが、その「何か」は、まず読者が知りたいと思われる事項と考えなければいけません。これを考えるだけでも文書は良くなるだろうと思います。

ルールその3は、「まず何を書くか、次にどう書くか」です。

法文書の起案の方法は人によって異なり、思いついたことは取り敢えず何でも書き込み、これを後から修正するという方法で起案する人もいます。問題点を抽出する方法としては有効な方法ですが、私は、法文書の起案では、まず何を書くかの大雑把な構成を考えたいので起案に入るのがよいと思っています。

答案の場合には、すぐに書き出すのではなく、何を書くかを決めたくて解答用紙に書き込むことは絶対に必要なことだと考えます。

ルールその4は、「読者を迷子にするな、ゴールは予め伝えておけ」です。法文書や答案は推理小説ではありません。どんでん返しをやって誰も喜びません。何を言おうとしているのが最初にわかる、そして論理の流れに乗っていけば、自然と結論に到達する、というのが良い法文書であるし、良い答案だと思います。

その他のルールとして次のものを考えました。

ルールその5 「人見て法を説け、平易さと正確さのバランスは読者で決まる」

ルールその6 「気持ちは熱く、頭脳は冷静に」

ルールその7 「書式はその意味を理解して使え」

ルールその8 「結論を明確に、不明というのも一つの結論」

ルールその9 「論証には具体的な根拠が必要、君がどう思うかは関係ない」

ルールその10 「起案は1週間寝かせろ、1週間後の自分は他人」

ルールその11 「他人の振り見て我が振り直せ、何からでも学ぶことはできる」

これらの説明は省きますが、資料としてお配りしますので参考にしてください。

(人が大事)

最後になりますが、司法研修所で相教官であった馬場義宣検事は、司法修習生に向かって、「法律が好きなら裁判官になりなさい。お金が好きなら弁護士になりなさい。そして、人が好きなら検察官になりなさい。」と言ったことがあります。検察PRのキャッチフレーズとしては大変優れたもので

す。

しかし、法律やお金は別として、人が好きということは法律実務家にとっては必須の要件だと思います。具体的な法律問題は人と人と間で生じるものであり、これを裁くのも人、相手方もまた人です。人に対する関心を持っていなければ実務は扱えないわけです。実務を扱えないというのは、先ほど、クールヘッド、ウォームハートということを申し上げましたが、冷静な観察者であると同時に、ハートを持って接するものでなければいけない。実務では「人が大事」である、というのが私の感想です。

今日の話の中で、弁護士や研究者など、色んな法律家の名前がたくさん出てきました。これは、こうした先人の築いた基礎の上に現在の私たちがいるのだという認識を持っているからで、皆さんも是非そういう認識を持っていただきたいと思います。事前配布資料として「最高裁判所創成期の三大事件¹⁶⁾」というものをお渡ししましたが、それも、今の我々の状態というものが過去の何によっているのか、何を基礎にしているのかということをご皆さんに知っていただきたいという思いで書いたものです。その中で触れた平野事件¹⁷⁾で、新村義廣裁判官は仮処分決定を取り消す際に、冒頭でわざわざ「連合国最高司令官の指令により」という、この一言を入れた。この裁判官の心意気。これを読んだときには非常に感動しました。こういう感動を持つことは、法律家として、仕事をしていく上での力になるのではないかと思います。

これで私の今日の話は終わりです。ありがとうございました。

(付記)

本稿は、2021年7月8日、元最高裁判所判事である大橋正春先生をお迎えして開催した法学部・法科大学院合同講演会の記録である。

16) 平成30年11月21日、神奈川県弁護士会における講演録。

17) 東京地決昭和23年2月5日行政裁判月報2号89頁。

新型コロナウイルスの感染拡大を受けて、当初はオンラインで実施する予定であったが、大橋先生より、「ワクチン接種も終えたので、可能であれば、法曹を志す学生の皆さんと直接会ってお話したい。」とのご提案をいただき、感染状況が比較的落ち着いていたという幸運も重なって、対面（参加者約50人）とオンライン（参加者約30人）のハイブリッドで実施することができた。混沌とした社会状況の中、ご来学をいただいた大橋先生に、改めて心より感謝の意を表したい。

一貫して、「人」を大切にされて来られたご自身の歩みを振り返りながらのご講演は、大橋先生の温厚で誠実なお人柄と共に参加者の心に染みわたり、深い感銘を与えるものであった。この記録によって、その雰囲気的一端でも伝われば幸いである。

なお、終了後に参加者から寄せられた感想を大橋先生にお伝えしたところ、感謝のお言葉と共に、「初心を忘れずに精進され、それぞれの希望を実現されることを期待しています。」とのご伝言をいただいたことを付記する。

（嘉多山）

要件事実論における冒頭規定の意義 — 貸借型理論と関連して —

田 村 伸 子

1 問題意識

(1) 契約における本質的要素

要件事実論においては、当事者の主張立証責任が不当に過大にならないよう、必要最小限の事実が何であるかが重要である。必要最小限の事実とは、当該法律効果の発生のために必要な本質的な事実であると言い換えて良い。

必要最小限の事実（本質的な事実）に該当しなくとも、その事実が要件事実であると仮定すれば、自己にとって有利な当該法律効果の発生を主張する当事者は、弁論主義第一テーゼによって、その事実を主張しなければ、裁判所はその事実を判決の基礎とすることはできない¹⁾。その上で、裁判所は当事者から主張があれば、争いがあるかを確認するために相手方当事者に対し認否を取らなければならない。そしてその事実について争いがあれば、自己にとって有利な当該法律効果の発生を主張する当事者は、証拠をもってその事実の存在を立証しなければならない。本質的な事実には当たらないにも関わらず、である。かような不当な負担を民事訴訟において負わせることは当事者ひいては裁判所に全く無意味である。したがって、要件事実論において

1) 最判昭和52年5月27日集民120.607。

は、必要最小限の事実が何であるかを精査する必要がある²⁾、重要である。ある事実が当該訴訟における訴訟物たる権利の発生のために必要な本質的な事実にあたらない場合は、その事実は請求原因事実ではない。

当事者が契約による効果の発生を主張するためには、当該契約締結のために必要な最小限の事実、すなわち当該契約が成立したと言えるために必要な本質的な事実が何かを検討される必要がある。

例えば、売買契約に基づく代金支払請求訴訟においては、売買契約が締結された事実が請求原因となるが、売買契約が締結されたといえるためには、どのような合意がなされたことが必要かが問題となる。一般的には、売買契約においては、目的物の権利を移転する旨の合意と、その対価として代金を支払う旨の合意が必要であると解される。そして、さらには、目的物の権利を移転する合意においては、他人物の場合はどうか、権利の移転が原始的に不能な場合はどうかなどが問題となるし、代金支払いの合意においては、代金額の決定方法の合意がされていれば、具体的な金額が決定していなくても良いなどということが問題となる。

(2) 冒頭規定説の問題

契約に基づき発生する権利を訴訟物とする際に、当該契約が成立したと言

2) 伊藤滋夫『要件事実の基礎 裁判官による法的判断の構造(新版)』(有斐閣、2015年)13頁は、要件事実論の本質的必要性として、主張立証が必要かつ十分であるかの基準の提供を挙げる。村田渉・山野日章夫『要件事実論30講(第4版)』(弘文堂・2018年)117頁以下では、「ミニマムの原則」として、要件事実以外の事実を立証対象から除外することにより「的確な争点整理と迅速かつ妥当で効率的な心理と判断が可能になるとされている。」とする。河村浩・中島克己『要件事実・事実認定ハンドブック ダイアグラムで紐解く法的思考のヒント(第2版)』(日本評論社、2017年)79頁は事実の可分・不可分との関連で、必要かつ十分な理論と過剰主張禁止の原則の説明がなされている。大島眞一『完全講義 民事裁判実務の基礎上巻(第3版)』(民事法研究会、2019年)75頁も、要件事実論の重要ポイントとして、必要最小限の事実と本質的要素の抽出を挙げる。その他、坂本慶一『新要件事実論 要件事実論の生成と発展』(悠々社、2011年)130頁など

えるために必要な本質的な事実が何かを検討するに当たり、民法の各典型契約の冒頭規定の重要性は意識しておかなければならないが、平成29年民法（債権関係）改正³⁾において、どのような議論がなされたかは整理しておく必要がある。

平成29年債権法改正においては、債務不履行関係については契約その他の債務の発生原因によって免責事由に当たるかが決せられることとなった（415条1項但書）。ここでは、当事者が契約によってどこまでのリスクを引き受けたかが重視され、当事者の合意が明らかでない場合にはじめて、取引上の社会通念に照らして免責されるかが決まる。当事者の意思が明確であれば、それは取引上の社会通念によって影響を受けない⁴⁾⁵⁾。

善管注意義務の内容においても（400条）、履行不能の判断においても（412条の2第1項）、同様に第1次的に契約その他の債務の発生原因によって判断され、当事者の合意が明らかであればそれに従い、当事者の意思が明確でない場合に取引上の社会通念によって判断される⁶⁾。

また、売買契約における売主の契約不適合責任においても、従来は法的性質について、法定責任説と契約責任説の争いがあったが、改正法は契約責任

3) 平成29年法律第44号

4) 『債権法改正の基本方針』NBLNo.904（商事法務、2009年5月1日）136頁【3.1.1.63】
 〈1〉契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。」とする。法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料68A」6頁「債務が契約によって生じたものである場合には、その債務不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるかどうかは、当該契約の趣旨に照らして、その債務不履行（契約違反）の原因が債務者の責めに帰することができない事由であるかどうかという観点から判断されるべきであるとされている」

5) 法制審議会民法（債権関係）第90回会議事録38頁以下、なお、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、平成29年）54頁は、「注意を要するのは、『契約その他の債権の発生原因』と『取引上の社会通念』とが『及び』で結ばれているものの、『契約その他の債権の発生原因』から契約内容を導くことができたときに、これを『取引上の社会通念』で上書き・修正することを容認する意図ではない」とする。

6) 前掲「部会資料68A」2～3頁

説を前提とした。そして買主に追完請求、代金減額請求等を認めた。そこでの議論においても、何が不適合にあたるかは、当事者が契約において何を想定していたかによるものとし、追完の方法についても、当事者の意思を尊重している。

これら我が国の民法改正においては、CISG（国際物品売買契約に関する国際連合条約、ウィーン売買条約）、ヨーロッパ契約原則、ドイツ改正民法、フランス民法改正の動向をはじめとする大陸法諸国の民法典改正の動き、アメリカ法、イギリス法、などが主に参照され、その影響を大きく受けていると言わざるを得ない。⁷⁾

こうした流れがある一方で、要件事実論において、司法研修所は冒頭規定説の立場に立ち、その理論的帰結として従来の貸借型理論を採用しないことを明確にしている。ここでは、冒頭規定の形式的な解釈に終始し、契約における本質的要素は何か、どのような判断基準で決定すべきかという議論があまり見えてこない。当事者間での合意やそれが不明な場合の取引慣行を重視する債権法改正の方向とは一線を画しているように思われる。要件事実論も民法をはじめとする実体法の解釈にほかならず、実体法の解釈を離れて主張立証責任を独自に論じるべきではないといえる。

そうした問題意識から、冒頭規定説および貸借型理論が、どこからどのようにして提唱され発展してきたのか、司法研修所をはじめとする実務の立場のみならず、学説からの立場や態度等も再検討したい。冒頭規定説および貸借型理論の位置づけを明らかにするとともに、契約の本質的要素をどのような視点で、いかなる基準で考えるべきか、非典型契約の本質的要素、要件事実も念頭において検討したい。

7) 法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料』別冊 NBL No.146（商事法務，2014年）

2 冒頭規定説と貸借型理論をめぐる現在の司法研修所の考え方

(1) 司法研修所編『新問題研究要件事実』の問題点

平成23年に発行された司法研修所編『新問題研究要件事実』(以下『新問題研究』⁸⁾)になって、初めて冒頭規定説に立つことが明確にされた。

同書では、まず、売買契約における代金支払請求の要件事実において、「契約の効力が生ずる根拠が民法典の典型契約の冒頭規定にあるとする考え方に従えば、冒頭規定に定められた要件が一般に契約の成立要件に当たるといふこととなります。」とし、同書がその立場に立つことを明確にしている⁹⁾。

消費貸借に基づく貸金返還請求訴訟における要件事実の説明では、貸借型の契約においては、「その性質上、一定期間その目的物の返還を請求できないという拘束を伴う関係であるということが出来ます。」としつつ、成立要件としては、返還合意があれば足り、契約の終了要件として返還時期の合意および返還時期の到来を主張立証すべきとしている。その根拠としては、冒頭規定である587条、601条を挙げる。貸借型の契約であるとしつつも、「返還の合意」と「返還時期の合意」とを区別し、「返還の合意」は契約の成立要件とするが、「返還時期の合意」は契約の終了要件とするものである¹⁰⁾。

賃貸借契約終了に基づく不動産明渡請求における要件事実の説明について¹¹⁾も、601条の冒頭規定を根拠として、賃貸借契約の締結については、「目的

8) 司法研修所編『新問題研究 要件事実』(法曹会、平成23年9月25日)。なお、追補が追加された司法研修所編『新問題研究 要件事実 付-民法(債権関係)改正に伴う追補-』は令和2年8月20日に発行された。両者は追補部分が追加された点のみが異なり、本体の記述は変更ないものと思われる。

9) 『新問題研究』9～10頁

10) 『新問題研究』38～41頁

11) 『新問題研究』賃貸借については、124～126頁

物を一定期間使用・収益させることと、その対価として賃料を支払うことについての合意であることが分かります。」とする。「期間の定めや、使用目的の合意は賃貸借契約の成立要件ではありません。」とし、終了要件として存続期間の定めが出てくる。消費貸借契約に基づく貸金返還請求における説明とほぼ同様の説明がなされている。

ちなみに旧版である『改訂問題研究要件事実¹²⁾』においては、そのような記載はなく、貸借型については、後述の司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻¹³⁾』(以下『第一巻』という。)を引用して同様の立場に立つ。

(2) 司法研修所編『3訂紛争類型別』の問題点

2021年に新たに刊行された司法研修所編『3訂紛争類型別¹⁴⁾』(以下『3訂紛争類型別』という)においては、冒頭規定については特に言及はないものの、貸借型については、消費貸借契約に基づく貸金返還請求の要件事実の説明において、弁済期の定めのある場合と、弁済期の定めのない場合に分けて、弁済期の定めのある場合には、『新問題研究』の立場と、いわゆる貸借型の考¹⁵⁾え方を併記している。

他方、弁済期の定めのない場合は、591条1項の解釈についての対立、すなわち、弁済期の合意が欠けていることを認め、同条項を弁済期の合意が欠けている場合の補充規定と解釈し、消費貸借契約の終了要件として(成立要件ではなく)、催告と催告後の相当期間の経過を主張立証すべきとする見解(合意欠落肯定説、補充規定説)と、弁済期を貸主が催告したときとする合意が

12) 司法研修所編『改訂問題研究要件事実－言い分方式による設例15題』(法曹会、平成18年)41頁。なお初版は、平成15年に発刊された。

13) 司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実第一巻』(法曹会、昭和61年(1986))276頁

14) 司法研修所編『3訂 紛争類型別の要件事実 民事訴訟における攻撃防御の構造』(法曹会、令和3年3月10日)。なお、初版は平成11年7月、改訂版は平成18年9月30日に発刊された。

15) 『3訂紛争類型別』期限の定めのある場合は28頁、期限の定めのない場合は29頁

あるとする見解（合意欠落否定説、合理的意思解釈説）とを併記して説明している。¹⁶⁾

同書の賃貸借契約終了に基づく建物取去土地明渡請求訴訟の要件事実の説明においては、契約の終了原因が必要となるという説明の後に、「他方、貸

16) 弁済期の定めがない場合の解釈については、『第一巻』275頁以下。司法研修所編『民事訴訟における要件事実第二巻』（法曹会、平成4年）（以下『第二巻』という。）5～6頁。従来から争いが存在するが、いわゆる貸借型理論を前提とし、弁済期の定めは契約の成立要件として必要とした上で、弁済期の定めのない場合については、なお争いがあるものと認識されてきた。冒頭規定説に立ち、弁済期の定めは契約の成立要件ではないとの立場に立った場合、これらの議論との関係がいかなるものかは、『3訂紛争類型別』からは明確ではない。より明確なのは『新問題研究』の説明である。『新問題研究』40頁では、返還時期の合意のない場合は、契約の終了要件として、(ア)アの債務の履行を催告したこと(③)(イ)イ(ア)の催告後相当の期間が経過したこと(④)が挙げられている。これらは、返還期限の合意のある場合の終了要件(ア)返還時期の合意をしたこと(③)(イ)イ(ア)の返還時期の到来(④)に代えてこれらの事実が要件となると説明がなされている。したがって、期限の定めのない場合は、契約の成立要件として、例えば、「XはYに対し、金100万円を、返還時期を定めず、貸し付けた。」と要件事実を記載した場合は、「返還時期を定めず」という部分は過剰主張となり許されないものと理解されていた。単に成立要件としては、「XはYに対し、金100万円を貸し付けた。」との記載となり、終了要件として「XはYに対し、○年○月○日、上記100万円の貸金の弁済を催告した。○年○月○日から相当期間が経過した。」との記載となろう。おそらく多くの読者は、冒頭規定説を前提とする『新問題研究』の立場に立てば、契約の成立要件として返還時期の定めは不要であり、終了要件としては591条1項の要件を主張立証すれば足りるのであるから、必然的に合意欠落肯定説・補充規定説によることとなり、合意欠落否定説・合理的意思解釈説はとらないとの立場に立つものと理解していたのではなからうか。この点、『3訂紛争類型別』では、単に並列で弁済期の定めがある場合と定めがない場合の説明が記載されているのみであることから、混乱が避けられないといえよう。冒頭規定説を前提とする『新問題研究』の立場にたっても、合理的意思解釈説を取ることが可能か、その場合は、契約の終了要件として、貸主が催告したときを弁済期とする合意をしたこと(弁済期の定めなく)、催告および相当期間の経過を主張立証することとなるか、こうした点について適切な説明をお願いしたいと考える。

17) ここにいう「他方」として貸借型理論の説明がなされている点については、貸借型理論を採らない見解においては、契約締結と同時に返還請求権が発生し、期限の合意によってそれまで返還請求権の行使が制限されている（すなわち期限の合意は抗弁となる）とする考え方を前提としているものと思われる。

借型の契約にあつては、返還時期の合意は、単なる法律行為の付款ではなく、その契約に不可欠の要素であると解する見解（いわゆる貸借型理論）がある」として、消費貸借契約の弁済期の定めがある場合の説明の頁数を記載している。そして、「この見解によれば、貸借契約が成立するためには、民法601条が定める合意に加えて、目的物の返還時期（貸借期間）の合意が必要であるから、①については、目的物及び賃料額のほか、目的物の返還時期（貸借期間）が確定していることも必要となる。」としている。ここに言う①というのは、「XがYとの間で、土地貸借契約を締結したこと」を指す。

なお、旧版の『改訂 紛争類型別の要件事実』¹⁸⁾においては、司法研修所『増補 民事訴訟における要件事実第一巻』（以下『第一巻』という）の説明内容と同様の説明がなされている。

（3）現在の司法研修所の考え方に対する批判

この点について、伊藤滋夫「司法研修所『新問題研究 要件事実』について」¹⁹⁾は、『新問題研究』の冒頭規定説に対し下記のように整理し論じられている。従来の司法研修所の見解は合意説と呼ばれるものであった。それを²⁰⁾変更し、冒頭規定を契約の法的効力の根拠とすることについて理由が述べられていない。そして、同見解を取ることは冒頭規定を成立要件と解することとつながるかという点について、適切な説明がなされておらず、冒頭規定の形式的な解釈にとどまる。特に、貸借型の契約において、『新問題研究』

18) 司法研修所編『改訂紛争類型別の要件事実 民事訴訟における攻撃防御の構造』（法曹会、平成18年）27頁

19) 伊藤滋夫「司法研修所編『新問題研究 要件事実』について・上・中・下」（『法律時報』84巻1号・84巻2号・84巻4号、2012年1月・2月・4月）。これらにおいては、冒頭規定説のほか、要件事実の意義、主張立証責任対象事実の決定基準（特に実体法の解釈と立証の困難性との関係）等の要件事実の根幹にかかわる重要な問題についても論じられている。特に冒頭規定説については、伊藤「司法研修所編『新問題研究 要件事実』について・下」（『法律時報』84巻4号、2012年4月）75頁以下を参照されたい。

20) 従来の司法研修所の見解は、合意説と呼ばれるものである。『第一巻』138頁。

は期限の定めのないときに純粋合意欠缺説（補充規定説）の立場をとるようであるが、貸借の合意が成立した場合に、およそ返還時期についての合意が全くないということは、その性質上考えられない。

『新問題研究』は、冒頭規定が契約の成立要件を定めるという点と、当該契約の効力発生の根拠となるかという点を明確に区別せず、貸借型理論についても、冒頭規定が効力根拠規定と考え重視したことに問題あるとするものである。

伊藤『要件事実の基礎（新版）²¹⁾』においても、「冒頭規定説」の意味は曖昧である、としつつ、「①冒頭規定（中略）が当該節において定められている契約（中略）の成立要件を定めているのみでなく、②同契約の法律効果の発生根拠ともなっていると説を意味するという使用方法があることは間違いない。」とする²²⁾。

そこで、これまでの冒頭規定説をめぐる議論、すなわち冒頭規定説とはどのような考え方で何のための議論か、それと対立する考え方はどのような考え方を貸借型理論をめぐる議論も含めて再度検証してみたい。

21) 伊藤滋夫『要件事実の基礎 裁判官による法的判断の構造（新版）』（有斐閣、2015年）367頁以下

22) 伊藤『要件事実の基礎（新版）』367頁、注30では、大村敦志『典型契約と性質決定』40～41頁の「冒頭規定説をとる論者は、契約の拘束力はまさに冒頭規定に求められると考える。」として、注75で同説を採るものとして『第一巻』138頁を引くが、右『第一巻』は、「合意の効果として売主の代金支払請求権及び買主の財産権移転請求権が発生する。」と述べている。大村『典型契約と性質決定』の引用注の内容は誤りであると明確に指摘している。

3 従来の冒頭規定説、貸借型理論をめぐる議論

従来の司法研修所・実務の考え方

①司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻』

契約上の請求権の発生根拠については、売買契約の冒頭規定である555条の解説部分であるが、「この合意の効果として売主の売買代金支払請求権及び買主の財産権移転請求権が発生する。」²³⁾としている。少なくとも冒頭規定の存在によって直接にこれらの権利が発生するとは考えていないようである。財産権移転及びその対価としての金銭支払の合意の効果としてこれらの権利が発生すると解するのが自然である。²⁴⁾いわゆる合意説と呼ばれる考え方である。

貸借型理論については、売買型と貸借型の契約に区別して、貸借型の契約である消費貸借、使用貸借および賃貸借においては、「一定の価値をある期間借主に利用させることに特色があり、契約の目的物を受け取るや否や直ちに返還すべき貸借は、およそ無意味であるから、貸借型の契約にあつては、返還時期の合意は、単なる法律行為の附款ではなく、その契約に不可欠の要素であると解すべきである（いわゆる貸借型理論）。したがって、返還時期の合意についての主張立証責任は、契約の成立を主張する者が負担すべきである。」²⁵⁾とする。

23) 『第一巻』138頁

24) 前掲伊藤「司法研修所編『新問題研究 要件事実』について・下」75頁～76頁、特に76頁注2にこの点の指摘がある。「すなわち、同書は、民法555条は、売買契約の成立要件を定めたものであるとしながら、同時に、売買契約上の各請求権の発生を「合意の効果」と述べ、「同条の規定の効果」とは説明していない。」としている。

25) 『第一巻』275頁以下、特に276頁。

②倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法上巻・下巻』

契約の拘束力の根拠については、法規説と非法規説とがあるとして、見解の対立を紹介している。²⁶⁾ 法規説は、ローゼンベルクの考え方を根拠とするようである。²⁷⁾ 非法規説の中でも見解が分かれるが、²⁸⁾ 意思説、²⁹⁾ 合意説等を紹介している。研究会参加者の中でも意見が分かれるが、法規説が有力のようである。法規説は民法典を裁判規範として捉えることからの帰結であるようであるが、当時の状況を鑑みるにローゼンベルグ、法律要件分類説が影響を与えていると考えられる。

また、契約に法律効果の生じる根拠について、法律行為の効果の根拠は法律の規定であるとする考え方が多数説であるとする。証明責任の分配において、³⁰⁾ ローゼンベルクの規範説が大きく影響しているとする。他方で法律行為そのものによって生じるものであり、555条その他の典型契約の条文によるものではないとの見解も紹介している。非典型契約の法的効力についての議論も紹介されており、法律の規定を根拠とする見解に対し、非典型契約からは何らの法律効果も生じないとの批判が挙げられ、多数説からは、91条が補充的に法律効果を認めているので、同条に基づき法律効果が生じると説明することが可能であるとする。

なお、売買契約における代金支払請求においては、³¹⁾ 合意に基づいて目的物移転義務、代金支払義務が発生するとの記載もある。

26) 倉田卓次監修『要件事実の証明責任契約法上巻』（西神田編集室、1993年）29頁以下〔岡久幸治〕多くの裁判官、裁判官経験者が執筆メンバーであるため、ここで挙げた。

27) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』29頁、ローゼンベルクの「訴えの原因たる請求権を発生せしめるのは、契約ではなく、契約締結にこの効果を付与するところの法律（客観的法）なのである。」を引用する。倉田卓次訳『ローゼンベルク証明責任論』（昭和62年）319頁

28) 伊藤進「法律行為の基礎理論」ジュリスト731号85～90頁

29) 三井哲夫『要件事実の再構成』（昭和51年）43頁以下

30) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』41頁

31) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』415頁〔西野喜一〕「その要件は、当事者

貸借型理論については、主として「我妻説」を引用し、継続的契約関係であることの根拠として、片務契約（要物契約である消費貸借契約においては、目的物を交付すればそれ以上貸主の法的義務はない）であるが、「目的物の交付と同時に返還を求めるのでは契約の目的を達することができないから、貸主は借主が一定期間目的物を使用収益することを容認しなければならないという拘束を受けるとされる。」とする。³²⁾

片務契約であるが継続的契約関係であることの根拠として、貸借型理論をとるといことであろう。ここでは冒頭規定との関係については論じられていない。

なお、民法の定める消費貸借契約が、要物契約であり、諾成的消費貸借契約が認められるかについて、否定説は法規説の残滓であり、非法規説では諾成的消費貸借契約も当然に認められるはずであるという意見が紹介されている。³³⁾

消費貸借契約の当事者間において返還時期の定めがない場合については、議論百出であったことが紹介されている。見解としては①契約成立と同時に発生する借主の返還義務の履行が期限の到来又は催告まで猶予されているとし、借主が期限の未到来又は催告がなかったことにつき、証明責任を負う（大審院判例）、②消費貸借を継続的契約とする見解は、期限の到来又は催告したことについての証明責任は返還請求をする貸主にあるとする説（貸借型に立ちつつ返還時期の定めがない場合は返還時期の合意は不要、合意欠落肯定説）（我妻等）、③消費貸借契約と期限の定めは契約として一体性を有するから、契約の成立を主張する貸主が主張立証責任を負うとし、期限の定めがない場合には、借主は催告と相当の期間経過まで履行を拒絶する抗弁権を行使できるとする見解、④貸借型理論により返還時期の合意は契約の要素であるから、弁

において右の合意が成立したことであり、これを当該の場合に応じて具体的に特定して主張するだけで足りることになる。右合意に基づいて、売主は目的物を相手方に移転する義務を、買主は代金を支払う義務を負担することになるわけである。」

32) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』438頁〔松本博之〕

33) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』441頁注3〔松本博之〕

済期の合意があることについては、貸主が主張立証責任を負う。返還時期の定めがないときは、貸主が催告した時を弁済期とする合意があると³⁴⁾する。

賃貸借契約における契約期間の合意についても、同様の議論が紹介されている。³⁵⁾

冒頭規定説と貸借型理論との関係は不明、触れられていないので、貸借型理論の議論においては冒頭規定説は意識されていなかったのではないかと考えられる。

③ 司法研修所編『民事訴訟における要件事実第二巻』

契約上の請求権の発生根拠については、賃貸借契約の冒頭規定である601条の解説の中で、「この合意によって、賃貸借契約の中心的効果である賃借人の賃料請求権及び賃借人の目的物に対する使用収益請求権が発生する」と³⁶⁾する。『第一巻』と同様、冒頭規定によってこれらの効果が発生するとは考えていないようである。当事者の合意によってこれらの効果が発生すると考えていると理解するのが相当であろう。

貸借型については、返還時期（賃貸期間）の合意をどのように位置づけるかについて、「売買契約における期限の合意と同様、契約の要素ではなく法律行為の附款である」とする説と、貸借型の契約を、売買、交換等の売買型の契約と区別して理解し、「貸借型の契約にあっては返還時期の合意は単なる法律行為の附款ではなく、その契約に不可欠の要素であると考え」説を紹介している。その上で、大審院の複数の判例は、消費貸借契約で「返還時期の定めのない場合に、貸金返還請求権を行使するに当たって、借主から抗弁の提出がないのにあらかじめ相当の期間を定めた催告を主張立証する必要はないと判示しており、前説に立つものと解されるが、学説は後説を採る

34) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』464～467頁〔松本博之〕

35) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』607頁〔西野喜一、高世三郎〕

36) 『第二巻』2頁

ものが有力である」として、我妻説が引用されている。³⁷⁾そして、『第一巻』の「貸借型の契約と返還時期の合意」をもって相当というべきであるとして、貸借型理論を採用することを明らかにしている。³⁸⁾

(2) 従来の学説の状況

①我妻榮

意思表示または法律行為が法律効果を生ずる根拠は、法律か、意思か、という問題について、「法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは、認めることはできない。」「法律行為の効果の根拠は法律の規定である（直接には民法91条がこれを規定する）」³⁹⁾とする。

売買の効力については、売主の義務としての売買の目的たる財産権を買主に完全に移転する義務（法律行為の効果）は、売買契約を組成する効果意思の合理的解釈によって導かれる効果であるとする。⁴⁰⁾買主の代金支払義務については、売買契約の成立要件であって、意思表示の効果として発生する（法律行為の効果）⁴¹⁾としている。当事者が売買契約の成立要件に該当する合意を行ったことにより、当該効果が発生すると考えているものと理解できる。

消費貸借の説明において、要物契約としての消費貸借契約が片務契約であるとした上で、貸主の法的債務があるとする見解を挙げつつ、片務契約と解釈しても、消費貸借が使用貸借・賃貸借と同じく、継続的契約関係であることを導くため、「けだし、消費貸借において貸主が一定の時期まで返還を請求しえないというのは、売買代金に期限がつけられた場合などとは異り、この契約に本質的な拘束を意味するものだからである。」⁴²⁾とする。

また、消費貸借法律的性質の中で、「消費貸借契約は貸借型の契約の一種

37) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』（岩波書店、1957年）353頁、372頁

38) 司法研修所編『第二巻』5頁

39) 我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）

40) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』266頁

41) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』310頁

42) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』353頁

である。」との説明があり、貸借型の契約は、他人の有する財貨を借りて使用した後にこれを返還する点、いいかえれば、物資の使用価値を一時的に相手方に委譲する者である点で共通している、とする。⁴³⁾

また、消費貸借契約の返還時期の約定がない場合の説明として、591条1項を挙げ、「消費貸借は一定の価値を貸主の使用にゆだねることを本質とする継続的契約であるから、貸主は、これを告知してはじめて、その返還を請求することができるようになる。」とし、期限の定めのない消費貸借においては、貸主の返還請求権は契約成立と同時に弁済期にあり借主が単に催告のなかったことをもって抗弁としうる等とした判例（大判大正2年2月19日民87頁等）を正当ではなく、貸主において相当の期間を定めて催告したことを主張・立証すべきとする。⁴⁴⁾

使用貸借においては、借主の義務の一つとして目的物の返還義務を挙げ、使用貸借の要素であるとして593条の冒頭規定を挙げる。⁴⁵⁾

賃貸借においては、貸借型の契約であるとする点は、消費貸借、使用貸借と同様である。⁴⁶⁾それ以外に特筆すべき箇所はない。

②大村敦志『典型契約と性質決定』

今日の支配的学説が典型契約の意義をほとんど認めないとする一方、「要件事実論と典型契約」という標題において、①契約に基づく請求を認めるための要件事実はいかなるものか。②契約の拘束力の根拠をどう考えるか。③条件期限を抗弁とみるか否認とみるか。④契約の成立という要件事実の性質はいかなるものかという問題があるとする。

①の問題について、冒頭規定説、全面合意説、個別合意説（返還約束説）があるとし、②の問題については、①で「冒頭規定説をとる論者は、契約の拘

43) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』356頁

44) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』372頁

45) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』382頁

46) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』423頁

東力はまさに冒頭規定に求められると考える。」として、倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』初出論稿、『第一巻』138頁を挙げられる。この点、『第一巻』については「法規説」の立場を取るとは言えないため、誤解があるようである。また、倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』については、法規説が多数ではあるようだが、一概に実務が法規説に立つとまでは断定できないであろう。

大村は、全体として、典型契約の意義について否定的見解を示し、実務と学説の乖離について指摘している⁴⁷⁾。なお、貸借型理論については、特に意識されていない。

③後藤卷則「要件事実論の民法学への示唆（2）—契約法と要件事実」

主として冒頭規定について検討がなされている。

返還約束説と冒頭規定説、全部合意説（条件・期限についての否認説）と冒頭規定説、それぞれの対比において、司法研修所は冒頭規定説に立つとする。その根拠として、『第一巻』のいわゆる返還約束説を採用しないこと、条件・期限についての抗弁説を挙げる⁴⁸⁾。

典型契約における契約の拘束力の根拠については、法規説と合意説の対立

47) 大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997年）40～41頁、50～51頁（70）、（75）。前掲伊藤も大村教授の指摘については、「上記理解は、同頁（筆者注：『第一巻』138頁）の内容についての誤解というべきではなからうか。」と指摘する。

48) 大村敦志『典型契約と性質決定』44頁

49) 『第一巻』45頁、46～48頁

50) 後藤卷則「要件事実論の民法学への示唆（2）—契約法と要件事実」大塚直・後藤卷則・山野日章夫編著『要件事実論と民法学との対話』（商事法務、2005年）44～48頁。同50～51頁では、典型契約においては、「各類型の契約を成立させるためには、「本質的部分」についての合意があったことの主張立証があれば、原則としてそれに関する契約の成立を認めて、当該契約に基づく請求権の発生を根拠づけることができる」と解すべきであろう。問題は、この本質的部分をどのようにして見出すかであるが、典型契約については、その冒頭規定の定める要素が当該契約の本質的部分を定めていると解される。たとえば、民法555条は売買契約につき、その本質的部分が何であるかを定めた規定である。」

を挙げた上で、冒頭規定説が法規説か合意説かは見方が分かれているとし、司法研修所は冒頭規定説に立った上で、「その法律効果の発生根拠を当該規定ではなく当該規定の内容に合致する当事者の合意であるとするのが司法研修所の見解であると指摘されているが、他方で、冒頭規定説は法規説に立つ見解であるという指摘もある。」とする。

法規説の根拠としてはローゼンベルグのほか、法律効果の発生の根拠が法律の規定に帰するとし、「合意説は、民法とは無関係に請求権が発生するというが、そこには、契約の拘束力の思想的な根拠と、契約により権利が発生・変更・消滅するという法的効果の発生根拠との混同がある、と指摘するものもある。」⁵¹⁾としている。

④吉川慎一「貸借契約関係訴訟の証明責任・要件事実」

主として貸借型理論について検討がなされている。

貸借型理論については、従来の民法学に対応する学説がなかったこと、要件事実に関心のある複数の学者が貸借型理論に異論を唱えていること等から、『新問題研究』では貸借型理論を参考として紹介するに止めているとしている。その上で貸借契約における返還時期の合意については、返還時期の合意がない場合の合意欠落肯定説と否定説との対立を紹介している。⁵²⁾

消費貸借契約については、契約成立と同時に返還を請求できるとする返還契約説（契約成立時説）と一定の返還時期まで返還を請求できないという継続契約説との対立から出発して、591条1項の位置づけ、返還時期の定めのないことの主張立証責任について論じる。

返還時期の定めのない場合の主張立証責任については、合意欠落否定説が、経験則に基づく事実上の推定として、黙示的に弁済期を催告のときと

51) 前掲後藤「要件事実論の民法学への示唆（2）」56頁

52) 吉川慎一「第6章 貸借契約関係訴訟の証明責任・要件事実」新堂幸司監修・高橋宏志・加藤新太郎編『実務民事訴訟講座〔第3期〕第5巻』（日本評論社、2012年）159頁

する合意をしたと推認することを根拠として挙げるとし、これに対しては、「民法の規範分析自体は、事実認定が可能かどうか以前の問題である。事実認定論は、要件事実の確定以後の問題であって、規範分析に事実認定論を持ち込むのは議論としては成功していないと思われる。」⁵³⁾とする。合意欠落否定説では、貸主と借主とが返還時期について合意したこと（返還時期を定めないという合意を含む。）が認定できない場合は、消費貸借契約は成立していないことになる。（どちらかという合意欠落否定説には否定的か）

貸借契約においては、返還時期を定めない場合は解約の申入れをすることができ、617条所定の期間が満了したときに契約が終了する。当事者が返還時期を解約の申入れをしたときとする合意と捉えることは法文と異なり、意思表示を軽視することになって無理があるとしている。

貸借型理論の評価としては、民法学説と無縁ではなく、継続的契約説の一面を徹底した見解であると評価できるとする一方で、終了事由を当事者の合意と一方当事者による告知としているにもかかわらず、貸借型理論は、終了事由を当事者の合意に一本化している点で、継続的契約説に忠実とはいえない、とする。貸借型理論の合意欠落否定説は、実務的には有用な見解であるとしつつも、貸借型理論は、これに直接対応する民法学説を欠いているだけでなく、民法学の通説との関係についての説明を欠いているとの指摘がある。

貸借型理論に対する批判的見解を踏まえて、分析的に要件事実を検討されている。なお、冒頭規定説との関係については、触れられていない。

⑤潮見佳男『プラクティス民法債権総論〔第5版補訂〕』

貸借型理論については以下のように述べている。「かつての司法研修所での教育の場で『貸借型理論』なるものが唱えられたことがあるが、民法学説では全くと言ってよいほど支持を得られず、現在の司法研修所での教育は

53) 同書187頁

『貸借型理論』について中立的立場（学説の展開に委ねる立場）を採ることへと転じている。」とする。⁵⁴⁾

なお同第3版（2007年）73頁以下では、「貸借型理論」の問題点として①「期限の定めが「不可欠の要素」と考える場合には、期限の定めのない貸借（・消費貸借・使用貸借）をどのように理解すればよいのかという問題」（いわゆる補充規定説と合理的意思解釈説の対立）②「契約において何をいかなる観点から「本質的」・「不可欠」なものとするかという、本質的な洞察が欠けている」という点を挙げる。

第3版より第5版補訂版のほうが貸借型理論への批判のトーンとしては弱くなっている。

⑥沖野眞巳「条件および期限について」

貸借型について否定的な見解を述べる。⁵⁵⁾当事者が返還時期を定めなかったときにも591条1項により催告時を履行期とする合意があるとされる点、目的物の返還が問題とならない場面でも返還時期の合意について主張立証しなければならないとする点の2つに問題があるとする。

⑦山本敬三『民法講義Ⅳ 1 契約』（有斐閣，2005年）380頁

貸借型について、否定的な見解を採る。「貸借型の契約について、「返還時期」が不可欠の構成要素であるとしても、そこからただちに、すべての構成要素について当事者の「合意」がなければならないと考える必要はない。合意が不可欠かどうかは、どこまでの事項を契約の成立要件ととらえるか—どのような事項について合意があれば契約の成立を認めてよいか—によって決まることである。」とする。⁵⁶⁾591条1項については、補充規定であるとする。

54) 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）67頁

55) 沖野眞巳「条件および期限について」大塚直・後藤巻則・山野目章夫編著『要件事実論と民法学との対話』（商事法務，2005年）

56) 山本敬三『民法講義Ⅳ 1 契約』（有斐閣，2005年）380頁

合意存在構成は、契約の構成要素に関する理解を成立要件に直結させているところに問題があるとする。

(3) 検 討

i) 冒頭規定説について

まずは、冒頭規定説と呼ばれるものについてはその内容が必ずしも明確ではないことが問題である。冒頭規定はいずれも各典型契約の成立要件を規定するものであり、この要件に該当する事実が当該典型契約に基づく請求権を発生させるものであるとする見解が一般的な理解ではある。典型契約の本質的部分、すなわち冒頭規定が定める要素について合意したことを主張立証すべき、原告に審判の対象の法的性質決定させるということの意味するという趣旨で冒頭規定説を用いる分には首肯しうる⁵⁷⁾。しかし冒頭規定が契約の法律効果の発生根拠となるという点は慎重な検討が必要である。司法研修所がいわゆる返還合意説を採用しないこと、条件・期限について抗弁説に立つことを理由に、実務が冒頭規定説に立つとする見解には、理論的な飛躍があり、疑問が残る点である⁵⁸⁾。

いわゆる返還約束説や条件・期限の抗弁説は、契約の成立要件として、どこまでが不可分であり、どこが可分であるかという観点からの説明である。こうした『第一巻』の記述を理由に司法研修所は冒頭規定説を採用しているとは言えないであろう。可分・不可分の問題は、合意の内容が要件事実とされる場合に、ある事実と別の事実が不可分である場合は、ある事実が請求原因であれば別の事実も請求原因とならざるを得ず(抗弁に回すことができない)、可分であれば、請求原因と抗弁とに分けることができるという観点からの議

57) 村田・山野目『要件事実論30講』104頁は、このように述べて、冒頭規定説が通説であり、実務の支配的見解であるとする。

58) 後藤「要件事実論の民法学への示唆(2)」51頁。典型契約類型に依拠して要件事実を考えることについては、それが①法適用の効率化②公正な解決の確保という意味があるとする。52頁、56頁。

59) 後藤「要件事実論の民法学への示唆(2)」

論といえる。

冒頭規定説と呼ばれるものの意味があいまいである以上、法律効果の発生
の根拠をどこに求めるかという点については、冒頭規定ないし冒頭規定説と
いう用語ではなく、合意説、法規説の対立があるが、その議論のほうがより
本質的である。

法規説と合意説との対立について、法規説は、倉田『契約法上巻』にあつた
ように、我妻説、ローゼンベルグを出発点として、民法を裁判規範として
のみ捉える考え方から生じたものである⁶⁰⁾。また、我妻説が法規説の立場に
立つことを明らかにしていることの影響も大きいと言わざるを得ない。

ローゼンベルグの影響の大きさについては、当時の時代状況からはやむを得
ない側面もあるが、現在において、民法が裁判規範はもちろん、行為規範
としての意義をも有することは疑いない。民法の裁判規範性を理由に法規説
を採用することは時代に逆行していると言わざるを得ない。

我妻説では、非典型契約の法的効果の発生根拠を、民法91条に求めるが、
そのような考え方に異論を唱える見解もあるところである⁶¹⁾。91条の意義に
ついては、改めて検討が必要とされるところである。

また、債権法改正後においては、新521条を根拠に非典型契約により法律
に根拠を有するものとして、法規説と整合しないわけではないとされるが、
新521条が当事者の合意に法律効果の発生根拠を認めたものかは慎重に検討
する必要がある。

ところで、合意説と法規説の具体的な差異については、法律の規定と同一
内容の合意をした場合、その合意の成立を主張立証すべきか、という点にあ
る。合意説に立てば必要なように考えられるが、法規説に立てば不要とな
⁶³⁾

60) 村田・山野目『要件事実論30講』103頁は、我妻説を挙げて、「現在の民事裁判実務では、法規説が採用されている。」とする。

61) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』42頁

62) 村田・山野目『要件事実論30講』103頁

63) 『第一巻』58頁では、法律の規定と同一内容の合意は、「その成立が主張立証されない場合でも、この合意に基づく法律効果と同じ法律効果が法律の規定によって発生

るであろう。従来は、合意説と法規説は対立的な見解とされてきたが、両説の差異について改めて検討を要する問題であるとの指摘もある⁶⁴⁾。

筆者としては、基本的に合意説に立つが、当事者間の裸の合意によって法律効果が発生するのではなく、典型契約においては、冒頭規定とその解釈による当該典型契約に本質的な要素について、合意が行われたことによって、売買代金請求権のような法的効果が発生すると考える。(いわば冒頭規定のフィルターを通した合意説⁶⁵⁾) このように考えることで、特に非典型契約の要件事実、本質的要素を考慮する場合には、有益ではないか。

ii) 貸借型理論

貸借型理論については、これまで司法研修所がリードしてきた議論であり、学説からの批判にさらされることはあまりなかった。ここに来て、批判的学説からの影響を受け、司法研修所は貸借型理論を放棄し、冒頭規定説を根拠として、弁済期の合意は成立要件ではない、終了要件に過ぎないとの立場に立ったが、その理論的根拠は弱いといえる。貸借型理論の是非については、冒頭規定説と切り離して検討すべき問題のように思われる。

貸借型理論の一番の根拠は、おそらく我妻説であると考えられるが、その実は、消費貸借契約が一回的契約ではなく、賃貸借、使用貸借契約と同様に継続的契約であるということをいうための理屈であったと考えられる。賃貸借契約、使用貸借契約については、わざわざ貸借型の契約であるなどと説明をするまでもなく、継続的契約であると理解されていたものと考えられる。

その点を司法研修所が貸借型の契約の本質として返還時期の合意が本質だと捉え、貸主が契約の成立要件として返還時期の合意を主張立証すべきであるとしたのは、やや理論として飛躍があると言えなくもない。

する以上、その成立を主張立証させる意味がない]

64) 前掲後藤「要件事実論の民法学への示唆(2)」57頁

65) 伊藤『『新問題研究 要件事実』について・下』75頁以下、伊藤『要件事実の基礎(新版)』367～368頁

そして、さらに貸借型理論が、冒頭規定説の考え方とは必ずしも結びつかないということも明確と言えよう。

さらには、返還時期の定めのない場合の議論についても、貸借型理論と論理必然の関係にあるのかないのかを明らかにする必要がある。

そもそも、契約において、何をいかなる観点から「本質的」・「不可欠」なものか捉えるか、個々の契約において、それをある契約類型に結び付けるための決定因子との関係で、契約の「本質的要素」をどのように理解すればよいのかという点についての分析が必要ではないか。結局、貸借型理論をめぐる議論については、結局は、伊藤教授の言われるように、普通の人は、貸借型の契約をいかなるものと考えているのか、返還時期の定めが全くない貸借型の合意というものが存在するのかという視点から検討する以外にないのではなかろうか。

iii) おわりに

本稿では、冒頭規定説、貸借型理論をめぐる従前の問題意識を明確にし、その現在における問題点を浮き彫りにするにとどまったが、今後の要件事実論の在り方については、従来の形式的な解釈に固執せず、債権法改正における欧米諸国からの影響を踏まえたうえで、検討していくべきであろう。裁判所をはじめとする裁判実務に携わる実務家、司法研修所等に携わる諸先輩方が叡智を結集して築いてきた世界に誇るべき理論であるだけに、今後の益々の理論的發展を願ってやまない。

論 説

詐欺罪における「重要事項性」に関する考察

佐 瀬 恵 子

目 次

1. はじめに
2. 詐欺罪における「財産的損害」と「重要事項性」
 - (1) 詐欺罪の保護法益
 - (2) 「形式的個別財産説」と「実質的個別財産説」
 - (3) 判例の傾向と「重要事項性」について
3. 最高裁における「暴力団員ゴルフ場施設利用事例」
 - (1) 長野県ゴルフ場事例
 - (2) 宮崎県ゴルフ場事例
 - (3) 両事例の相違点
4. 「重要事項性」の判断基準に関する考察
5. おわりに

1. はじめに

一般に刑法246条の詐欺罪は、①人を欺いて、②相手方を錯誤に陥らせ、③相手方の錯誤に基づいて財物又は財産上の利益を処分させ、④財物又は財産上の利益を行為者側に得させるといった犯罪であるが、詐欺罪が財産罪の一種である以上、これら詐欺罪の客観的構成要件に加えて、書かれざる構成要件として「財産的損害」の発生が必要であるとの主張がなされている。たとえば、ドイツ刑法では、詐欺罪の成立のために被害者側において何らかの財産的損害が発生することが求められており、¹⁾このようなドイツ刑法の理

1) ドイツ刑法は、詐欺罪の成立において必要とされている財産的損害の内容を、「処

解に倣って、わが国における詐欺罪の構成要件においても被害者側に何らかの財産的損害の発生を要求する必要がある、さらに、何らかの財産的損害の発生に向けた欺く行為がなされないのであれば、詐欺罪の実行行為性すらも否定すべきであるといった点が主張されるようになっていく。

しかし、わが国の詐欺罪に関する判例をみると、詐欺罪の成立要件として、被害者の財産的損害の発生はあまり重要視されてこなかったように感じられる。判例が採用する通説的見解によると、詐欺罪の成立に財産的損害が必要であるとしても、その財産的損害は「形式的個別財産説」によって理解されるものであり、そこでいう財産的損害とは、詐欺罪の被害客体である「財物」や「財産上の利益」といった「個別財産」が、被害者から行為者へと移転すること（被害者側からの喪失）であると解されている。さらに、判例は「形式的個別財産説」を採用しつつ、特に価格相当の商品を提供したというような売買契約の事例において、商品に関し虚偽の内容を告知していた場合や、商品に関する何らかの事実を秘匿していたような場合には、被害者において実質的な財産的損害が見られなかったとしても、詐欺罪の成立を肯定する傾向が見られる。そして、そのような事例において裁判所が詐欺罪の成立を肯定するに至った重要な点は、被害者側に財産的損害の発生が認められるかという点よりも、行為者が、財産処分の判断の基礎となる重要な事項を偽っているか（「重要事項性」を有する事実に向けた欺罔行為であるか）といった点が強く影響しているように感じられる。しかしながらどのような内容が「重要事項性」を有する事実となるのか、また、「重要事項性」を有する事実であるか否かは誰によって判断されるのかについては、これまでの判例の集積を参照しても、明確な基準が示されているとは言い難い状況にある。

そこで、本稿においては、近年、「重要事項性」の意義が問題となった重

分行為以前の全体としての資産状態と、処分行為後の全体としての資産状態を比較して、資産状態が悪化している場合」とであると解しており、わが国の刑法理論に従って言えば「全体財産に対する罪」の一種であるとの理解に立っている。以上の点について詳細なものに、林幹人『財産罪の保護法益』23～83頁及び117～156頁（東京大学出版会、1984年）、及び、『刑法各論』第2版138頁（東京大学出版会、2007年）参照。

要な裁判例を分析し、詐欺罪の実行行為性を基礎づける「重要事項性」とは何かについて検討を進めるものとした²⁾。

2. 詐欺罪における「財産的損害」と「重要事項性」

わが国の裁判所において採用されている見解が「形式的個別財産説」であることから、実務上においては、詐欺罪の成立に際し、被害者においてどれほどの財産的損害が生じているかの検討は実質的に不要とされている。しかし、詐欺罪が財産罪である以上、被害者に何らかの財産的損害の発生を認めるべきだと主張する学者の立場からは、「形式的個別財産説」を否定する見解が主張されている。

ここでは、詐欺罪の本質を明らかにするために、詐欺罪の保護法益や詐欺罪の「財産的損害」に関する学説について検討を加えて参りたい。

(1) 詐欺罪の保護法益

詐欺罪が「個人的法益に対する罪」であり、さらに「財産罪」であることから、詐欺罪の保護法益は個人の財産であると解するのが通説の見解である。しかし、これに対して、詐欺罪の性質上、何らかの経済取引が前提とされることがほとんどであるから、詐欺罪の保護法益は「財産の他に取引の安全及び信義誠実の保障を含むべき」とする見解があり³⁾、判例の中にも、詐欺罪の処罰根拠に関し、「被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、このような違法な手段による行為は社会秩序を乱す危険がある」点を指摘する

2) 本稿は、拙稿「詐欺罪における財産的損害—交付の判断の基礎となる重要な事項に関する欺罔行為の事例を通して—」創価大学通信教育部論集第16号106頁以下（創価大学通信教育部学会，2013年）に引き続き、その後の最高裁判所により判示された「重要事項性」をめぐる事例をもとに、詐欺罪における「重要事項性」とは何か、また、誰により判断されるべきものかを再考察していくものである。

3) この見解を紹介するものに渡辺咲子「第246条詐欺」川端博他編『裁判例コンメンタール刑法第3巻』265頁（立花書房，2006年）、及び、山中敬一『刑法各論』第3版343頁（成文堂，2015年）参照。

4) ものが存在する。確かに、詐欺罪は経済的な取引の中で、被害者側の財物や財産上の利益が騙取されることを処罰する規定であり、その経済的取引の中には当事者間の取引にとどまらず、社会的信用性の高い取引が含まれること、また、詐欺罪と牽連関係が認められている各種偽造罪は社会的法益に対する罪であることから、詐欺罪は「個人的法益に対する罪」ととどまらず、「社会的法益に対する罪」の要素が含まれることは否めない。しかし、これに対して、通説の見解は、詐欺罪があくまでも「個人的法益に対する罪」である点や交付罪である点にふれ、「個人の財産を捨象した取引の安全を、本罪の保護法益として捉えることは妥当ではない。」とし、もしも、詐欺罪の本質を信義誠実の原則を侵害する「社会的法益に対する罪」であると解してしまうならば、詐欺罪が財産犯であるといった性質を無視してしまうことになると批判している。

だが、詐欺罪の処罰根拠において「社会秩序を乱す危険性」を指摘した前記裁判例は、詐欺罪が「社会的法益に対する罪」であると正面から肯定したのではない。この判例の趣旨は、「詐欺罪が他人の財産権の侵害を本質とする犯罪であると共に、取引社会の秩序を乱すような欺罔行為に主眼を置いて、詐欺罪の成立を検討すべきこと」を示した点にあると解されている⁶⁾。つまり、詐欺罪の実質的違法性は、個人の財産権の侵害という結果無価値性と、行為者の侵害の態度（取引上の信義誠実違反の態度、行為）という行為無価値性の統合によって処罰根拠と解されるから、社会に対する重大な規範違反の態度は、詐欺罪の行為無価値性において重視されており、この判例はその点を示したものであると見る⁷⁾ことができる。以上のことから、詐欺罪の保

4) 最判昭和25年7月4日刑集4巻7号1168頁及び名古屋高判昭和30年12月13日裁特2巻24号1276頁。なお、これら裁判例を引用して紹介しているものに、林・前掲注1) 224頁。

5) 渡辺・前掲注3) 265頁参照。

6) 香川達夫「いわゆる闇取引と詐欺罪」『刑事判例評釈集12巻』129頁（有斐閣、1968年）参照。

7) 高橋省吾「第246条～第251条前注」大塚仁他編『大コンメンタール第13巻』第3版4～5頁（青林書院、2018年）。

護法益は「個人的法益に対する罪」であるが、社会秩序を乱す危険性のある行為についても処罰を予定している犯罪類型であると解することができるであろう。

さらに、詐欺罪が「個人的法益に対する罪」であることを前提とした上で、同罪の保護法益を「個別財産」とすべきか、「全体財産」とすべきかにつき議論がなされている。詐欺罪の保護法益を「個別財産」と解する見解からは、個々の被害客体の占有が喪失、または、財産上の利益の喪失が法益侵害にあたると解される⁸⁾。これに対して、詐欺罪の保護法益を「全体財産」と解する見解からは、詐欺罪は背任罪と原理的に相違性のない「全体財産」に対する罪であるとし、「被害者の主観（取引目的等）を考慮」しつつ、被害者における財産の喪失及びそれに伴う財産の取得を全体として併せて評価し、被害者の全体的な財産状態が減少している場合に損害があるとされる⁹⁾。また、その他の見解として、基本的には「個別財産に対する罪」である立場を採用しながら、詐欺利得罪等の2項犯罪の一部においては「個別財産に対する罪」だけでなく「全体財産に対する罪」の要素が含まれている犯罪があると指摘するものもある¹⁰⁾。

判例や多くの学者の採用する通説的見解は、詐欺罪を「個別財産に対する罪」であると解しており、詐欺罪を「全体財産に対する罪」であるとした見解に対しては、詐欺罪が背任罪の構成要件のような「財産上の損害」の発

8) 福田平『全訂刑法各論』第3版増補212頁～213頁及び248頁～251頁（有斐閣、2002年）、山口厚『刑法各論』第2版170頁（有斐閣、2010年）、西田典之『刑法各論』第7版150頁及び220頁以下（弘文堂、2018年）、大谷實『刑法講義各論』新版第5版補訂版280～281頁（成文堂、2015年）、前田雅英『刑法各論講義』第6版243頁～245頁（東京大学出版会、2015年）、高橋則夫『刑法各論』第3版308頁（成文堂、2018年）、井田良『講義刑法学・各論』第2版305頁（有斐閣、2020年）参照。

9) 林幹人『判例刑法』285頁（東京大学出版会、2011年）、及び、前掲注1）144～145頁参照。

10) 団藤重光『刑法綱要各論』第3版546頁及び620頁（創文社、1990年）、大塚仁『刑法概説各論』第3版増補167頁～168頁及び266頁（有斐閣、2005年）、川端博『刑法各論講義』第2版364頁（成文堂、2010年）、山中・前掲注3）252～253頁参照。

生を直接的な要件としていない点を根拠に挙げて、批判を行っている。ただし、後述の通り、詐欺罪を「個別財産に対する罪」と解したとしても、詐欺罪の成立において、特に詐欺利得罪の成立においては、何らかの実質的な財産的損害の発生が必要であると主張する見解が多数を占めていることから、結果的に詐欺罪を「全体財産に対する罪」とであると解する見解と相違がない状況が見受けられる。

(2) 「形式的個別財産説」と「実質的個別財産説」

詐欺罪が「個別財産に対する罪」とであると解するならば、形式的には被害客体となる個別の財産（財物や財産上の利益）が被害者から行為者へと移転し、喪失することが個別財産の侵害であると解することとなる。この見解は「形式的個別財産説」と呼ばれるものであり、前述の通り、わが国の判例の採用する見解とされている。「形式的個別財産説」によれば、たとえば、被害者が行為者から何らかの反対給付を得ていたとしても、被害者側から個別財産が喪失さえしていれば法益侵害結果は生じていることになると解される。

これに対して、多くの刑法学者から、詐欺罪が財産罪である以上、「個別財産に対する罪」とであっても、詐欺罪成立の要件として、個別財産の喪失に伴って何らかの実質的な財産的損害の発生が必要とする見解が主張されている。詐欺罪の書かれざる構成要件として、被害者における何らかの実質的な財産的損害の発生を必要とする見解は、総称して「実質的個別財産説」と呼ばれている。「実質的個別財産説」から「形式的個別財産説」に対する批判としては、たとえば、医者¹¹⁾の処方箋を偽造して要処方薬を購入した事例において詐欺罪の成立を否定した判例の存在や、未成年者が、自身が未成年者であることを秘して、未成年者¹²⁾に対しては販売が禁じられている酒やタバコを購入した場合において、未成年者に対し詐欺罪の成立を否定していた従来¹²⁾の見解と相違するとの主張がなされている。

11) 東京地判昭和37年11月29日判タ140号117頁。

12) 山口・前掲注8) 267頁、西田・前掲注8) 221頁。

そして、「実質的個別財産説」の中には、実質的な個別財産の内容につき、①「法益関係的錯誤説」により理解する見解、②被害者側の処分の自由の侵害により理解する見解、③「個別財産」と関連する何らかの経済的損害の発生により理解する見解、④当事者間の取引目的の不達成から理解する見解等、種々の見解が主張されている。ここでは、それぞれの見解の相違を明らかにして参りたい。

①の「法益関係的錯誤説」により理解する見解によれば、詐欺罪における財産的損害とは個別財産の移転それ自体であるが、そもそも、個別財産の移転が「交付行為者の（何らの瑕疵もない）完全な意思に基づいて移転した場合には、物・利益の移転には何らの法益侵害性も認められないから、物・利益を移転する有効な意思の存在が否定されるときに、物・利益の移転について法益侵害性が肯定される」との見解を前提として、「被欺罔者＝交付行為者に『法益関係的錯誤』がある場合に、詐欺罪の成立要件としての錯誤が認められ、それに基づく交付行為による物・利益の移転について法益侵害性が肯定¹³⁾」されると解されている。

次に、②の被害者側の処分の自由の侵害により理解する見解は、詐欺罪の保護法益を「個別財産」と解しつつ、「財産」の内部に、「経済的損失」と被害者の「財産処分の自由」が含まれていると解し、「財産交換・交付関係を取り結ぶ交渉段階以降に当事者間で表示される等して共通の認識にあった、財産処分の意思決定において重要な要素となる対価・給付内容の性質・用途について、虚偽の情報を示すことで被欺罔者を錯誤¹⁴⁾に陥らせた場合に法益侵害性が認められると解されている。この見解は、一見、「被害者が真実を

13) 山口・前掲注8) 267～268頁、橋爪隆「詐欺罪（下）」法学教室294号95頁以下（有斐閣、2005年）、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』104頁以下（岩波書店、2006年）参照。

14) 足立友子『詐欺罪の保護法益論』208頁以下（弘文堂、2018年）参照。また、詐欺罪は「自己の幸福その他の目的追求のための自由な財産処分の条件である『他人から誤った情報を与えられて財産を処分させられない』権利を保護するためのものと解するべきである。」として、財産処分の自由を侵害する罪の一種であると論じているものに、松宮孝明『刑法各論講義』第5版266頁～267頁（成文堂、2018年）参照。

知っていたならば交付をしなかったであろう」との事情から法益侵害性を肯定する「重大な錯誤」説に通ずるもののように見られるが、そうではなく、「個人間の不定型な取引においては被欺罔者の主観的意向も相手方に表示された範囲内で保護される」と、限定的に被害者の財産的処分の自由を保護し、「定型的な取引においては、両当事者間で取り立てて十分に確認されたとの事情がある場合を除いては、基本的に被欺罔者の主観的意向は保護されない」として、取引の種類により被害者の「財産処分の自由」の保護に限定が加えられている¹⁵⁾。

次に、③の「個別財産」と関連する何らかの経済的損害の発生により理解する見解は、詐欺罪の保護法益を「個別財産」の喪失と解しつつ、それに伴って何らかの経済的利益（社会的に見て一定の経済的価値に評価し直せるもの）の損失が必要であると解する見解である¹⁶⁾。この見解は、詐欺罪を「全体財産に対する罪」とする見解と結論的に類似する見解であると言える。③の見解によれば、詐欺罪が財産罪である以上、被害者が何らかの財産的損害を被ること、あるいはその可能性が必要であると言及し、たとえば、被害者側が個別財産を処分してしまったことについて何らかの法的リスクを負うこと自体も実質的な財産的損害の一種であると論じている¹⁷⁾。

最後に、④の当事者間の取引目的の不達成から理解する見解は、③の見解のように詐欺罪の成立には何らかの実質的な経済的利益の損失が必要であるとしつつ、その経済的利益の内容については、行為者と被欺罔者の間でなされた取引関係の意義や目的から、被欺罔者が認識していた財産交換が実現されているか、または、財産の交付により取引目的を達成させようとしていたかといった事情を基礎に、被害者における財産処分と反対給付の関係性を考慮して判断しようとする見解である¹⁸⁾。④の見解によれば、被害者におけ

15) 足立・前掲注14) 209頁参照。

16) 西田・前掲注8) 225頁～226頁、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』166頁（成文堂、2014年）。

17) 西田・前掲注8) 226頁。

18) 伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（2）—その要否と限界—」警察研究63巻5号

る「財産処分」と「給付」の関係性を考慮する際には、当事者間の「取引関係の意義・目的」が重要であるが、その取引関係は直接的な交換関係にあるものでなければならず、さらに、当事者間において「取引目的」に関して明示の意思が示されていない場合、「取引の社会的意義」から目的が検討されることになる¹⁹⁾と論じている。なお、①の「法益関係の錯誤説」により理解する見解の中には、④の見解と親和性のある見解も存在する。そのような見解では、詐欺罪の保護法益が「交換手段・目的達成手段」であると解されており、被害者において「財産交換」や「目的達成」の点において錯誤がある場合には「法益関係の錯誤」が認められるとして実質的な財産的侵害を肯定しており、ここにおいても当事者間の「取引関係の意義」が何であるか、また、「取引目的」が達成されているかが重要な要素となると解されている²⁰⁾。

(3) 判例の傾向と「重要事項性」について

わが国の判例の傾向を見ると、詐欺罪は「形式的個別財産説」が採用されており、財物や財産上の利益の喪失それ自体が財産的損害であるとしている。しかし、その一方で、医者処方箋を偽造して要処方箋を購入した事例において、詐欺罪の成立を否定した判例が存在していることから、判例は、財産的損害の発生のない詐欺事例の全てに、詐欺罪の成立を認めているわけではない。故に、学者においては、詐欺罪成立の広範性に歯止めをかけるためにも、「実質的個別財産説」が通説的見解となっており、詐欺罪の成立には何らかの実質的な財産的損害の発生が必要であるとの主張がなされている。

しかし、そのような学説の立場に対して、近年の最高裁判所の傾向は、財産的損害の発生のない詐欺事例において、詐欺罪を肯定するものが多く登場している。また、その際には、被害者の財産的損害の有無は「重要事項」か

33頁以下参照。

19) 山中・前掲注3) 341頁～343頁及び379頁～380頁、松宮・前掲注14) 267頁参照。

20) 山口・前掲注8) 267～268頁。

否かの間接事実に過ぎず、詐欺罪の成立は「重要事項性」に対する欺罔行為の有無によって決定される傾向が見られる²¹⁾。つまり、判例において詐欺罪の実行行為性が肯定される重要な要素は、実質的な財産的損害の有無よりも、被欺罔者に対して『個別財産の喪失』の判断において重要な事項を偽った²²⁾という点が中心となっている。

21) 判例の傾向を分析したものに、高橋(則)・前掲注8)320頁。また、同様に、近年の判例の傾向を分析し、詐欺罪成立の有無は財産的損害の発生よりも、欺罔行為の有無に重点が置かれていることを指摘するものに、前田・前掲注8)244頁。

22) 佐竹宏明『詐欺罪と財産損害』2頁(成文堂、2020年)参照。また、最高裁判例において詐欺罪の成否につき、「重要事項性」の内容が論点とされた代表的な判例に次のものがある。

①最決平成19年7月17日刑集61巻5号21頁：この事例は、被告人が第三者に譲渡する預金通帳及びキャッシュカードを入手するため、銀行支店の行員らに対し、自己名義の預金口座開設後、同口座に係る自己名義の預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘し、自己名義の普通預金口座の開設並びに同口座開設に伴う自己名義の預金通帳及びキャッシュカードの交付を申し込み、行員らをして、上記預金通帳等を第三者に譲渡することなく利用するものと誤信させ、それぞれ、自己名義の預金口座開設に伴う普通預金通帳1通及びキャッシュカード1枚の交付を受けたという事例である。本決定においては、「銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきである」と論じた上で、被告人らによる各預金口座開設等の申込み当時、銀行が「契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させる等することを禁止していた」こと等、申込者本人が口座の利用者であるかどうかという点が、銀行側において通帳やキャッシュカードを処分する上で重要な事項が偽られたといえることから、被告人に対し1項詐欺罪の成立を認めている。

次に、②最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁：他の者を搭乗させる意図を秘し、航空会社の搭乗業務を担当する係員に外国行きの自己に対する搭乗券の交付を請求してその交付を受けた行為が、詐欺罪に当たるかが問題となった事例である。本決定によれば、外国行きの自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘し、航空会社の搭乗業務を担当する係員に対し乗客として自己の氏名が記載された航空券を呈示して搭乗券の交付を請求し、その交付を受けた行為は、搭乗券の交付を請求する者が航空券記載の乗客本人であることについて厳重な確認が行われていた等の本件事実関係の下では、搭乗券の交付の判断において重要な事項を偽ったものであるから、1項詐欺罪に当たると判示している。

それでは、判例の立場のように、詐欺罪の成立要件に実質的な「財産的損害の発生」は不要であり、むしろ、被害者において「財産処分の判断において重要な事項が偽られている」ことが重要であるとする、詐欺罪の実行行為性を肯定する上で要求される「重要事項性」とは何かを明らかにする必要がある。たとえば、詐欺罪が被害者の意思に反することを必要とする犯罪行為であり、被害者が「真実を知っていたならば財産を交付しなかった」と言えるような、「固有」の被害者に重大な錯誤を生じさせる事実こそが「重要事項性」を有する事実であると理解するならば、前述の例であげた未成年者による酒・タバコの購入のような場合をはじめ、これまで詐欺罪に問われることが考えられなかった事例であっても、被害者が真実を知っていたならば交付しなかったと主張したのであれば、たとえ、その際に、被害者側において実質的な財産的損害は何も生じていなかったとしても、行為者に詐欺罪が成立する余地が生ずることになり、詐欺罪成立の範囲が拡大してしまうことが危惧される。

ゆえに、詐欺罪の成立範囲を広範化させないよう、「実質的個別財産説」を採用する学者から解決を図ろうとする見解が数多く登場しているものであるが、本稿においては、判例が採用する「形式的個別財産説」及び詐欺罪の実行行為性を基礎づける「重要事項性」の検討が重要であるとの立場に立脚し、近似の最高裁判所においては、詐欺罪の成立範囲の広範化を制限するた

最後に、③最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁：約款で暴力団員からの貯金の新規預入申込みを拒絶する旨定めている銀行の担当者に暴力団員であるのに暴力団員でないことを表明、確約して口座開設等を申し込み、通帳等の交付を受けた行為が、詐欺罪に当たるかが問題となった事例である。本決定によれば、当該銀行において、政府指針を踏まえて暴力団員からの貯金の新規預入申込みを拒絶する旨の約款を定め、申込者に対し暴力団員でないことを確認していた等の事実関係によれば、総合口座の開設並びにこれに伴う総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を申し込み者が暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局員らにおいてその「交付の判断の基礎となる重要な事項」であるというべきであるから、暴力団員である者が、自己が暴力団員でないことを表明、確約して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為に当たり、これにより総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為は1項詐欺罪に当たると判示している。

めに、いかなる判断が行われているのか、特に、詐欺罪の成立を左右する「重要事項性」の内容や、誰にとって「重要事項性」であると考えているのかといった点を再考察するものとしたい。

3. 最高裁における「暴力団員ゴルフ場施設利用事例」

裁判所が「形式的個別財産説」を採用しながら、財産処分の判断において「重要事項性」を有する事実を偽っているかという点を、詐欺罪の成立において重視している旨の解説を加えてきたが、裁判所がそのような傾向にある中で、近年、最高裁判所において、詐欺罪の「重要事項性」の内容を分析する上で注目すべき判例が出現した。それが、(1) 長野県ゴルフ場事例（最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁）と、(2) 宮崎県ゴルフ場事例（最決平成26年3月28日刑集68巻3号582頁）である。この2件の事例は、共に暴力団員が暴力団員であることを秘して、ゴルフ場の施設利用や遊戯を申し込んだ行為につき、詐欺利得罪を構成するかが争われた事例であり、一方の事例では詐欺利得罪の成立が肯定されたが、もう一方の事例では否定されている。両事例ともに、被害者に当たるゴルフ場は、暴力団関係者のゴルフ場施設の利用・遊戯を拒絶していたものであるが、両判例の結論に差異が生じたのはなぜだろうか。この点を明らかにするために、以下、(1) 長野県ゴルフ場事例、及び、(2) 宮崎県ゴルフ場事例の事実の概要と判示内容を明らかにして参りたい。²³⁾

23) なお、両ゴルフ場事例を対象として詐欺罪の成否を検討しているものに、松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」『刑事法理論の探究と発見』齊藤豊治古稀祝賀論文集147頁以下（成文堂、2013年）、橋爪隆「刑法各論の悩みどころ：詐欺罪における『人を欺く』行為について」法学教室434号96頁～98頁、松原芳博「暴力団関係者であることを申告せずにゴルフ場の利用を申し込む行為と詐欺罪」論及ジュリスト23号182頁以下（2017年）、林美月子「暴力団関係者であることを申告せずにゴルフ場施設利用を申し込む行為と詐欺罪の成否」平成26年度重要判例解説167頁以下（2015年）、富川雅満「詐欺罪における欺罔行為と被害者の確認措置」日本刑法学会第99回大会第1日報告1頁～5頁（日本刑法学会、2021年）及び「自分の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性—近時の暴力団員による詐欺事例、ドイツにおける雇用詐欺を題材に

(1) 長野県ゴルフ場事例

これは、暴力団員である被告人が、被害者に当たる長野県内のゴルフ倶楽部の会員権を有するAと共謀の上、同ゴルフ倶楽部が、そのゴルフ場利用約款等により暴力団員の入場及び施設利用を禁止しているにもかかわらず、被告人が暴力団員であるのにこれを秘して、同ゴルフ倶楽部の会員権を有するAを介して、被告人による同ゴルフ倶楽部の施設利用を申し込み、もって被告人に同ゴルフ倶楽部の施設を利用させたという行為につき、詐欺利得罪の共謀共同正犯が認められるかが争われた事例である。この事例においては、会員権を有するAが、本件ゴルフ倶楽部での施設利用の申し込みに際し、被告人が暴力団員であることについて発覚するのを恐れ、その事実を申告せず、フロントにおいて、自身については「ご署名名簿（メンバー）」に自ら署名しながら、被告人ら同伴者5名については、事前予約の際に本件ゴルフ倶楽部で用意していた「予約承り書」の「組合せ表」欄に、被告人らの氏名を姓、又は名を交錯させる等して乱雑に書き込んだ上、これを本件ゴルフ倶楽部従業員に渡して「ご署名簿」への代署を依頼するという異例の方法をとり、被告人がフロントに赴き署名をしないで済むようにして、被告人の施設利用を申し込んでいたものである。被告人は、以上の客観的事実関係について概ね認めていたが、共犯者であるAが、本件ゴルフ倶楽部において施設利用を申し込む際に、同伴者の被告人が暴力団員ではないと虚偽の事実を告げたわけではなく、被告人の氏名についても組合せ表を提出する等しているため、詐欺罪の欺罔行為には当たらないということ、被告人は本件ゴルフ倶楽部の施設利用料金を支払って、施設利用をしていることから、被害者で

して一」法学新報121巻5=6号269頁以下（中央大学法学会, 2014年）、瀧本京太郎「刑事判例研究」北大法学論集66巻2号303頁以下（北海道大学大学院法学研究科, 2015年）、蔡芸琦「挙動による欺罔行為について—いわゆる『作為と不作為の区別』論からの検討—」信州大学経法論集第7号2頁～3頁（信州大学経法学部, 2019年）参照。

24) 野原俊郎「判解」最高裁判所判例解説刑事事篇平成26年度157頁～158頁。

25) 野原・前掲注24) 162頁参照。

ある本件ゴルフ倶楽部において財産上の損害がないこと、そして、被告人に詐欺の故意や共謀がないことを理由に詐欺利得罪は不成立である旨主張をしていた。

この事例に対し、最高裁は、「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖する等して安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である」といった点を指摘したうえで、当該ゴルフ倶楽部では、「ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり上記のとおり暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させる等の方策を講じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認する等して暴力団関係者の利用を未然に防いでいた」といった事実を挙げ、利用者が暴力団関係者であるか否かという点につきゴルフ場が厳格な確認作業を行っていた点に言及し、「入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるAが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している上、利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから、同伴者が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込む行為は、その同伴者が暴力団関係者でないことを従業員に誤信させようとするものであり、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによって施設利用契約を成立させ、Aと意を通じた被告人において施設利用をした行為が刑法246条2項の詐欺罪を構成することは明らか」であると判決²⁶⁾して、被告人に対し詐欺利得罪の共謀共同正犯の成立を肯定したものである。

26) 野原・前掲注24) 163頁～164頁参照。

(2) 宮崎県ゴルフ場事例

一方、宮崎県ゴルフ場事例であるが、この事例も(1)の長野県ゴルフ場事例と同様、暴力団員である被告人が、自身が暴力団員であることを秘してゴルフ場の施設利用を申し込んだ事例であるが、この事例の被告人は、宮崎県内の異なる2つのゴルフ場において、前述した行為を行っていたため、最高裁では被告人による2つのゴルフ場の事例が併せて判示されたものである。この事例では、被害者である本件ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶していたにも関わらず、暴力団関係者である被告人と、同じく暴力団関係者であるBが共謀して、両者ともに暴力団関係者であることを秘して、一般の利用客と同様に、氏名等を偽りなく記入した「ビジター受付表」を本件ゴルフ場の従業員に提出して、本件ゴルフ場の施設利用を申し込んだという事実と、さらに、別の機会において、他の宮崎県ゴルフ場の会員権を有しているCが、自身がメンバーであるゴルフ場に仕事関係者を招いてゴルフに興じようとした際に被告人を誘ったため、このゴルフ場において、被告人がフロントにおいて「ビジター控え」に氏名等を偽りなく記入し、これをフロントの従業員に提出してゴルフ場の施設利用を申し込んだという事実につき、それぞれ被告人に対し詐欺利得罪の成立が認められるかが争われたものである。²⁷⁾この(2)宮崎県ゴルフ場事例においては、両事実ともに、被告人が本件ゴルフ場で施設利用を申し込む際、積極的に自らが暴力団員でないと虚偽を告げたわけではなく、本件ゴルフ場従業員から暴力団員でないか確認をされたわけではなかったため、単に暴力団員であることを申告せずに施設利用を申し込む行為が、黙示的に暴力団員でないことまで表しているといえるか(挙動による欺罔行為性)、また、被告人は本名で施設利用を申し込み、自ら施設を通常の方法で使用した後、利用料金等を支払っているため、利用客が暴力団員であるか否かということが、被害者である本件ゴルフ場側において、施設利用の許否を判断する際の重要な事項といえるか、そして、被告人に詐

27) 野原俊郎「判解」最高裁判所判例解説刑事編平成26年度125頁～126頁。

欺の故意が認められるかといった点が争点であるとして、被告人により主張されたものである²⁸⁾。

これに対して、最高裁は、被害者である本件ゴルフ場が、「ゴルフ場利用細則で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定し、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に『暴力団関係者の立入りプレーはお断りします』等と記載された立看板を設置する等して、暴力団関係者による施設利用を拒絶する意向を示していた。」ものの、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかったという点を挙げつつ、本件ゴルフ場が「会員制のゴルフ場ではあるが、会員又はその同伴者、紹介者に限定することなく、ビジター利用客のみによる施設利用を認めていた」ゴルフ場であること、さらに、「本件ゴルフ場と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていた」という事実や、「本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではない」といった事実を挙げながら、「上記の事実関係の下において、暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般のビジター利用客と同様に、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した『ビジター受付表』をフロント係の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該ゴルフ場の施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない。そうすると、本件における被告人及びBによる本件ゴルフ場の各施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらない」と判示し、さらに、会員権を有するCから誘われた、もう一つのゴルフ場の施設利用の行為についても「ビジター利用客である被告人による申込行為自体が実行行為とされており、会員であるCの予約等の存在を前提としているが、この予約等に同伴者が暴

28) 野原・前掲注27) 126頁～127頁。

力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問もあり、また、被告人において、Cに働き掛けて予約等をさせたわけではなく、その他このような予約等がされている状況を積極的に利用したという事情は認められない。これをもって自己が暴力団関係者でないことの意味表示まで包含する挙動があったと評価することは困難である。」と判示して、両事実ともに被告人に対して詐欺利得罪の成立を否定したものである。²⁹⁾

(3) 両事例の相違点

詐欺罪の実行行為性を基礎づける「重要事項性」の内容について、かつての最高裁判例の中には、被害者において「事実を告知するときは相手方が金員（財産）を交付しなかった」と認められる点が重要であり、被害者において「重大な錯誤」に基づき財産の処分がなされた場合は、被告人に対し、詐欺罪の成立が肯定されると判示したものが存在している。³⁰⁾このような見解は「重大な錯誤」説と呼ばれているが、「重大な錯誤」説によれば、あたかも詐欺罪は被害者の意思に反する犯罪の一種であり、被害者固有の真意に反した、瑕疵ある意思に基づいた財産処分であることが認められれば、行為者の行為に詐欺罪の実行行為性が認められ、詐欺罪の成立が肯定されると解されることになる。³¹⁾

さて、ここで、今回の両事例に対して、この「重大な錯誤」説に従って詐

29) 野原・前掲注27) 131頁～133頁。

30) 最決昭和34年9月28日刑集13巻11号2993頁においては、「たとえ相当対価の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能等につき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する。」としている。

31) 木村光江『『欺く行為』における『重要な事項』の判断基準』『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』203頁（成文堂、2017年）によれば、わが国の判例のいう「重要事項性」とは、抽象的には「本当のことを知ったら処分しなかった事情」と言わざるを得ず、「重大な錯誤」説が基礎に置かれて検討されているために、「前提となる法制度を含む社会の変化等によって、何が『重要な事項』であるかが変わってくる」ものであるから、常にわが国が採用する「重要事項性」とは何かについて見直す必要性があることを指摘している。

欺罪の成否を検討するならば、両事例ともに、被害者にあたるゴルフ場は暴力団員のゴルフ場施設の利用を拒絶する立場を明示しているのであるから、暴力団員であることを秘して、ゴルフ場の施設利用を申し込んだ被告人に対しては、財産処分の判断において重要な事項を偽ったといえるため、詐欺利得罪の成立が認められるべきことになる。ところが、②の宮崎県ゴルフ場事例においては詐欺利得罪の成立が否定されている。このことから、現在の最高裁においては、被害者固有の真意に反した「重大な錯誤」説に従って、「重要事項性」の内容を検討しているものではないということが理解される。それでは、現在の判例において、「重要事項性」の内容はどのような基準で判断されているのであろうか。これを分析する上で、両事例の相違は何かという点がキーポイントになりえよう。

ここで、両事例の事実関係を比較して相違点を考察してみると、以下の3つの点が挙げられる。それが、①（共犯者を含めた）行為者側の立場について、②行為者の挙動について、③被害者による確認措置や周辺の状況についてである。ここでは、この3つの相違点に着目し、「重要事項性」のある事実の内容を明らかにするために検討を行うもの³²⁾としたい。

① 行為者側の立場について

まず、両事例においての、共犯者を含めた行為者側の立場を明確にしておきたい。(1)の長野県ゴルフ事例の事実関係において重要な点は、暴力団員が単独でゴルフ場の施設利用を申し込んだのではなく、「当該ゴルフ場の会員（メンバー）であるA」と暴力団員である被告人が共謀して、そのAと共に被告人が暴力団員であることを秘してゴルフ場施設を利用させている点である。長野県ゴルフ事例の事実の概要をみると、そこには、被告人の共犯者であるAがゴルフ場の会員権を取得する際に、暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約をしたり、身分証明をしたりといった厳格な審査があったことが

32) 両事例の相違点を図表にして比較し、分析を加えているものに、富川・前掲注23) 5頁、渡邊雅之「ゴルフ場詐欺事件最高裁判決にみる施設利用・申込時におけるあるべき反社対応」銀行法務21、773号27頁（2014年）。

33) 挙げられている。そもそも、いずれのゴルフ場においても、会員権を取得するためには厳重な入会審査が行われることが通例となっており、その時には、当該ゴルフ場の会員による推薦が必要とされ、入会希望者が暴力団関係者でないことは当然のこと、入会希望者の年齢・性別・国籍・他ゴルフ倶楽部の入会の有無・職業・経済状況等を踏まえて、当該ゴルフ場の理事や支配人による面接を通じた審査がなされることが多い。つまり、(1)の長野県ゴルフ場事例では、厳正な審査を経て当該ゴルフ場の会員となったAが、本件詐欺利得罪においての主導的役割を果たした者であると考えられ、会員であるAが、当該ゴルフ場の会員規約に違反して、暴力団員である被告人の施設利用を許容したという点が重く見られているものと考えられる。

一方で、(2)の宮崎県ゴルフ場事例では、前者の事実においては、暴力団員である被告人及びBは、当該ゴルフ倶楽部の会員であったり、会員である者と共謀していたりというわけではなく、一時的にゴルフ場施設を利用する「ビジター利用客」といった立場であることがわかる。また、宮崎県のゴルフ場においての一時的なビジター利用客の施設利用に関しては、ゴルフ場の会員権を取得する審査と比べれば、氏名・住所・生年月日・電話番号等の記載による身分証明だけで足りるものとされていた点に相違が認められる³⁴⁾。

ただし、(2)の宮崎県ゴルフ場事例の後者の事実では、被告人は会員権を有するCからの誘いに応じて、暴力団員であることを告知せずにゴルフ場の施設利用をしているものであるから、Cへの共謀が肯定されれば、(1)の長野県ゴルフ事例の行為者の立場と相違がなかったものと感じられる。しかし、最高裁の決定によれば、後者の事実における被告人は、単にCの誘いに応じて、「ビジター利用客」として当該ゴルフ場の施設利用を申し込んだに過ぎず、Cに積極的に働き掛けて、Cが会員権を有しているゴルフ場に予約させたものではないとの事実が挙げられており、被告人とCの間における共謀が否定されたものと見られる。以上の点から見ても、(2)の宮崎県ゴル

33) 野原・前掲注24) 161頁～163頁。

34) 野原・前掲注27) 131頁～132頁。

ゴルフ場事例における被告人は、両事実いずれにおいても、自らが会員権を有している者ではなく、かつ、ゴルフ場会員権を有する者と共謀をしていた者ではない、単に一時的にゴルフ場施設を利用する「ビジター利用客」といった立場と考えられていたことが理解される。³⁵⁾

② 行為者側の挙動について

次に、両事例の行為者側の挙動についてである。(1)の長野県ゴルフ事例においての同ゴルフ倶楽部の会員であるA及び被告人の挙動であるが、Aはゴルフ場の受付でゴルフ場利用に関する署名を行う際に、被告人の氏又は名を交錯させる等して乱雑に書き込んだ組み合わせ表を提出し、かつ、同伴者である被告人には、直接、施設利用に関する申込書に署名をさせず、ゴルフ場従業員に被告人の署名を代書させる等の行動をしている。そして、暴力団員である被告人もAのその挙動を十分認識し、ゴルフ場の受付従業員に顔を合わせる事がないようにゴルフ場への入室を果たしている。このような被告人らの行為は、同伴者である被告人が暴力団員であることを秘するための積極的挙動として認めることができる。³⁶⁾

一方で、(2)の宮崎県ゴルフ場事例では、そこで争われた2つの事実いずれにおいても、暴力団員である被告人は、一般の「ビジター利用客」と同様に、受付において自身の氏名・住所・電話番号等といった個人情報を偽りなく記入して、ゴルフ場施設の利用申請をしており、その際に、受付従業員から暴力団関係者であるか否かの確認がとられていなかったのだから、被告人自らが暴力団員であることを積極的に秘匿する挙動は見られなかったといえる。³⁷⁾また、会員権を有しているCから誘われた事実においては、被告人が会員権を有するCに対し、被告人によるゴルフ場の施設利用について、

35) なお、ここにおいて会員権を有していたCについては、同伴者となる被告人が暴力団員であることを認識していたことから、被告人と共に起訴され、第1審で詐欺利得罪が成立し、懲役1年執行猶予3年に処されており、控訴されることなく確定している。野原・前掲注27) 126頁。

36) 野原・前掲注24) 162頁～163頁。

37) 野原・前掲注27) 131頁～132頁。

積極的に働きかけて予約をさせていたものではなかったことから、この事実においても、被告人において自らが暴力団関係者であることを秘する積極的な挙動が見られない事例であるといえよう。³⁸⁾

③ 被害者による確認措置や周辺の状況について

最後に、被害者にあたるゴルフ場側が確認措置を講じていたか、また、周辺の状況がどうであったかについてである。(1)の長野県ゴルフ事例では、ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定が置かれており、県の防犯協議会事務局から提供されていた他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上で、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか照会をしていた。³⁹⁾また、暴力団関係者においても、長野県のゴルフ場施設は暴力団関係者による施設利用が困難であることが周知されている現状にあった。⁴⁰⁾だが、その一方で、被害者となった本件ゴルフ場の受付従業員は、利用客が施設利用の受付時において、利用客に暴力団員であるかについて直接的に確認しているものではなかった。⁴¹⁾ただし、前述したように、一般にゴルフ倶楽部に入会し、会員権を取得しようとする際には、身分証明をはじめとした厳正な審査がなされており、暴力団関係者を同伴、紹介しない旨の誓約がなされていたため、被告人の共犯者であるAにおいては、暴力団関係者でないことや暴力団関係者を同伴、紹介しないことについて十分な確認措置が講じられていた。

一方、(2)の宮崎県ゴルフ場事例において、被害者となったゴルフ場では、ゴルフ場利用細則で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定し、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に「暴力団関係者の立入りプレーはお断りします」等と記載された立看板

38) 野原・前掲注27) 133頁。

39) 野原・前掲注24) 163頁。

40) 長野県ゴルフ場事例において、被告人が、会員権を有するAからゴルフの遊戯を誘われた際に、「長野は組関係に厳しいよ。どっちみち行ってもゴルフできんし。」等と告げていた事実が挙げられている。野原・前掲注24) 182頁。

41) 野原・前掲注24) 162頁。

を設置する等して、暴力団関係者による施設利用を拒絶する意向を示していたが、利用客が施設利用の受付時に暴力団員であるかについて、直接確認をしているものではなく、また、当該ゴルフ場の周辺のゴルフ場では、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではなかったとの事実があった。⁴²⁾このため、一般の「ビジター利用客」として施設利用を申し込んだ被告人に対しては、(2)の宮崎県ゴルフ場事例における両事実で被害者となったいずれのゴルフ場においても、暴力団関係者であるかの確認措置が十分講じられていたとはいえない状況であった。⁴³⁾

4. 「重要事項性」の判断基準に関する考察

以上、3つの相違点から両者の判例を比較してみると、最高裁は、①行為者側の立場・状況や、②行為者による積極的な秘匿挙動、③被害者による確認措置の有無や程度及び周囲のこれまでの状況といった事実を挙げ、暴力団員であることを秘してゴルフ場の施設利用を申し込む行為が、財産処分に関する「重要事項性」を有する事実といえるかにつき検討を行ったものと考えられる。さて、ここで、宮崎県ゴルフ場事例の最高裁が詐欺罪の成立を否定した理由につき注目してみると、そこでは、③の被害者による確認措置が十分に講じられておらず、また、周辺においてもそのような確認措置が重要視されていなかったという点が、詐欺罪を否定する理由として重要であると強調されているように見える。⁴⁴⁾

42) 野原・前掲注27) 132頁～133頁。

43) 宮崎県のゴルフ場においても、ゴルフ場の会員権を取得する際には厳正な審査が行われており、暴力団関係者でないことや、暴力団関係者を同伴、紹介しない旨の確認措置がなされていたことが明らかになっている。このため、宮崎県ゴルフ場事例においては、被告人が会員権を有するCに誘われた事例に対し、小貫芳信裁判官による反対意見が出されている。野原前掲注27) 134～136頁。

44) 被害者による確認措置の重要性について検討しているものに、富川・前掲注23) 2頁～3頁。

しかし、だからと言って③の被害者による確認措置の有無のみで「重要事項性」が偽られたかを判断すべきであると結論づけるべきではない。なぜならば、一般的に詐欺罪の実行行為性を検討するにあたって、たとえば、③の被害者による確認措置の有無や程度のみに従って「重要事項性」の判断を行ってしまうと、行為者の詐欺罪の成否に被害者側の答責性が影響することとなり、本来保護すべきである情報弱者にあたる被害者を十分に保護することができないのではないかとの疑義が生じるからである。このため、被害者による確認措置がなされていないからという理由のみに従って、「重要事項性」が偽られたかを判断してしまうのは早計であろうと思われる。

では、その一方で、③の被害者による確認措置に加え、②の行為者による何らかの秘匿挙動（積極的挙動）があれば、詐欺罪の実行行為性を基礎づける「重要事項性」を肯定するに十分な判断基準となりうるかであるが、そのような考え方も採用し難い。なぜならば、このような考え方に従っても、従来、犯罪不成立と考えられていた、未成年者であることを秘して酒・タバコを購入する行為について、未成年者に詐欺利得罪の成立が肯定されてしまい、詐欺罪成立の範囲が広範化しかねないからである。現在においては、未成年者飲酒禁止法や未成年者喫煙禁止法に従い、酒・タバコの販売時には、購入者が成人以上であるかの確認が営業者によりなされており、購入者がタッチパネル上で成人であることをタッチして表明するといったような、なんらかの誓約を行なって購入するシステムが構築されている。このため、未成年者による酒・タバコの実行行為も、営業者による確認措置に対して、未成年者であることを積極的に秘匿している挙動が認められることから、詐欺罪の実行行為性が肯定されてしまうことになる。それと同様に、現在では、全国の多くのゴルフ場で、施設利用の受付時には、ゴルフ場利用申請書に「暴力団関係者ではない」旨のチェックリストを設けており、施設利用希望者には項目にチェックを記入させる形で暴力団員ではない旨の確認措置が講じられるようになってきているため、今後、暴力団員がゴルフ場施設利用を申し込む際に、ゴルフ場利用申請書に正確な氏名・住所を記入していたとして

も、「暴力団関係者ではない」旨のチェックリストにチェックを入れ、ゴルフ場従業員に提出しているのであれば、被害者側の確認措置に対して、暴力団員であることを積極的に秘匿した挙動が認められることになり、詐欺利得罪の成立は肯定される方向へと向かうであろう。

以上の点を踏まえ、平成26年度の最高裁が「重要事項性」を有する事実であるかの判断基準について、何に重点をおいて検討をしていたについて考察を加えてみることにしたい。平成26年度の最高裁が「重要事項性」の判断基準として最も重視していたのは、①の行為者側の立場・状況だったのではないかと推察される。つまり、詐欺利得罪が肯定された長野県のゴルフ場事例では、被告人がゴルフ場のメンバーであるAと共謀して、本件犯行を意欲的に実行したという点が、詐欺罪の成立を肯定する上で最も影響を与えた事実にはならないといえる。被害者となったゴルフ場の会員権を有するメンバーが共犯者にいたからこそ、会員権を取得する際の厳重な入会審査において、「暴力団関係者であるか」といった事実の確認措置が繰り返されていたものであり、さらに、そのような被害者による確認措置がなされていたことで、ゴルフ場のメンバーや被告人において、暴力団関係者であることを積極的に秘匿する挙動が認定されやすくなったり、詐欺罪の故意が肯定されやすくなったりといった状況が生じたといえる。さらには、暴力団関係者が一時的なゴルフ場施設利用客である「ビジター利用客」としてゴルフ場の施設を利用したという事実と比較すると、ゴルフ場の会員権を有しているメンバーが暴力団員を同伴して施設利用を許容するといったことは、ゴルフ場の伝統や品格に悪影響を与えることになり、ひいてはゴルフ場会員権の価値も下げかねず、当該ゴルフ場の会員権を有している者にも経済的影響を与えかねない状況であることが認められる。以上のことから、最高裁は、詐欺罪成否の判断に関し、当事者間の取引内容が「個別財産に関する問題として完結するもの」であるのか、それとも、被害者による個別財産の処分が、当事者

45) 被害者であるゴルフ場の会員権を有するメンバーが共犯者であった点につき、大きな相違点があると認めているものに野原・前掲注24) 168頁。

間の財産問題を超えて、第三者の財産的損害を生じさせたり、社会的信用を侵害したり、あるいは、他の「重大」犯罪を誘発したりすることへとつながるものであるかといった点を考慮しながら、「重要事項性」の判断を行っているもの⁴⁶⁾と思われる。

以上のような最高裁の「重要事項性」の判断を前提に、詐欺罪の成否において「実質的個別財産説」が主張するような財産的損害の発生が必要か否かを検討してみると、詐欺罪は「個人的法益に対する罪」の「財産罪」の一種であることには違いないものの、そこで行われている財産的取引の内容が当事者間の個別財産に関する問題として完結する内容もあれば、その他の第三者の財産侵害にも影響する内容もありうることを考慮すると、被害者において実質的な財産的損害がなければ、全ての詐欺罪は不成立とすべきであると断ずることは難しいように感じられる。

たしかに、「実質的個別財産説」において提唱されている各見解は、詐欺罪成立の広範性を制限することに向けて、いずれも正鵠を射るものではあるが、「実質的個別財産説」で主張されているそれぞれ内容は、詐欺罪の実行行為性を基礎づける「重要事項性」の判断基準に落とし込んで理解すべき⁴⁷⁾である。詐欺罪の実質的違法性は、個別財産が被害者から喪失したという

46) 平成26年度最高裁の判断の後、暴力団員が暴力団員であることを秘して、ゴルフ場の施設利用を申し込む行為につき、詐欺利得罪が成立するかが争われた下級審判例に、大阪高判平成26年8月19日 LEXDB：25446825及び東京地判平成26年9月4日 LEXDB：25504929がある。前者の大阪高裁の被告人は、ゴルフ場の会員権を有するメンバーと共謀して、被告人が暴力団員であることを秘してゴルフ場の施設利用を申し込んだ事例であるが、この事例においても被告人に対し詐欺利得罪の成立が認められている。それに対し、後者の東京地裁の被告人は、会員の同伴や紹介がない「ビジター利用客」が利用できるパブリックコースのゴルフ場において、自身が暴力団員であることを秘してゴルフ場施設利用を申し込んでいるが、特に当該ゴルフ場のメンバーと共謀している事実がなく、単に一般の「ビジター利用客」として施設利用申込書に氏名等所定事項を偽りなく申告して施設利用の申込みをしているとの理由から、詐欺利得罪の成立が否定されている。

47) 詐欺罪成否の広範性を制限する要素として「実質的個別財産説」を採用するのではなく、行為者による財産処分の判断における「重要事項性」を重視すべきとの主張

「形式的個別財産説」に基づく「結果無価値性」と、行為者の行為が、一般的な経済取引の安定性・信用性を侵害し、他者の財産侵害の危険性を生じさせるような「財産処分の判断において重要な事項を秘した欺く行為」であるという「行為無価値性」により評価されているものであるから、たとえ、被害者側に反対給付がなされており、実質的な財産的損害がなかったとしても、「財産処分の判断において重要事項性のある事実」を積極的に秘匿するといった、規範に違反した（行為無価値性の高い）行為者の行為によって、被害者から個別財産が喪失されたと認められるのであれば、詐欺罪の成立は肯定されるものと解される。

それでは、どのような場合に「重要事項性」のある事実を偽ったと判断されるかであるが、詐欺罪が財産取引を前提としている犯罪であることから、行為者が何らかの事実を秘匿して被害者に財産処分をさせたが、被害者に実質的な財産的損害がないといった場合において、当事者間の財産取引の内容が個別財産に関する問題として完結しうるものであり、たとえば、被害者が過失により財産を処分してしまったことについて、第三者からその処分に伴った経済的損失について法的責任を負うことがないとか、行為者が何らかの事実を秘していたとしても、一般的な経済取引の安定性・信用性を侵害する程度ではないといったことが認められる場合には、行為者が事実を秘匿したことは行為無価値性の高い行為とは言えず、財産処分の判断において重要事項性のある事実を偽ったとは認められないので詐欺罪の成立は否定されると解されることとなる。その一方で、当事者間の財産取引の内容が個別財産の処分に止まるものではなく、さらに第三者の財産的損害の発生の危険性を生じさせるものであるとか、被害者が過失により財産処分をしたことについて何らかの法的責任を負う可能性があるとか、あるいは、被害者が行為者の秘している事実を知り得て、それに同意をして処分した際には、被害者が行為者の目指す犯罪（あるいはその準備行為）の片面的幫助となりかねないというような内容の財産取引の場合においては、行為者によって財産処分に関す

る事実が積極的に秘匿されるといった挙動は、一般的な経済取引の安定性・信用性を侵害するような行為無価値性の高い行為と評価されるため、財産処分判断の基礎となる重要事項性のある事実が偽られたとして、詐欺罪の成立が肯定されるものと解されることとなる。

以上の見解を、平成26年度最高裁の「暴力団員ゴルフ場施設利用事例」に当てはめて検討すると、単に暴力団員であることを秘して、一般的な「ビジター利用客」としてゴルフ場の施設を利用したに過ぎない場合には、その財産取引は暴力団員である行為者とゴルフ場との間で完結するものであり、また、そこに行業者による積極的な秘匿挙動が見られないのであれば、暴力団員であることを告げずにゴルフ場の施設利用を申し込む行為は、詐欺罪の実質的違法性を基礎づける一般的な経済取引の安定性・信用性を侵害するような「行為無価値性」は肯定されないため、財産処分判断において「重要事項性」を偽ったとは認められず、詐欺罪の実行行為性は否定される。その一方で、ゴルフ場の会員権を有するメンバーが、自身が暴力団員であることや同伴者が暴力団員であることを秘して施設利用を申し込む場合は、当該メンバーとゴルフ場との個別財産に関する財産取引で完結する問題に止まらず、ゴルフ場のメンバーが暴力団員のゴルフ場施設利用を許諾して申し込むことによって、ゴルフ場会員権の格式や評価価値を下げ、ひいては被告人以外の者のゴルフ倶楽部会員権の譲渡・販売価格を低下させるおそれを生じさせるものであるといえる。そして、そのような第三者の財産的損害にも影響しうる財産取引であるにも関わらず、メンバーが暴力団員であることを積極的に秘匿する挙動を伴ってゴルフ場の施設利用を申し込む行為は、一般的な経済取引の安定性・信用性を侵害するような「行為無価値性」の高い行為であり、財産処分判断の基礎となる重要な事項を偽ったと評価されるため、詐欺利得罪を肯定することができると解されることになろう。

5. おわりに

近年の判例では、詐欺罪が「個人的法益に対する罪」であるにも関わらず、被害者において実質的な財産的損害の発生が認められない場合であっても詐欺罪の成立が肯定される傾向にあることは、すでに前述したとおりである。このため、判例の傾向に対し、詐欺罪は「個人的法益に対する罪」であるのだから、被害者の「個別財産」に限定して保護されていると考えるべきであり、社会的秩序を安定させる目的で詐欺罪が適用されるべきではなく、その他の特別刑法を法制化する等して棲み分けを図るべきだとの批判も存在している。しかし、裁判所は、被害者に財産的損害の発生がなかったとしても、行為者が「財産処分の判断において重要事項性ある事実を積極的に秘匿した」といったような、詐欺罪の実行行為性を基礎づける行為無価値性の高さが認められる行為に対しては、詐欺罪の適用を肯定し処罰の対象とする姿勢を堅持している。裁判所が詐欺罪成立の範囲を拡大させている最も大きな要因は、詐欺罪が「最も社会の変化に対応する動きを示す犯罪」であること、また、詐欺の手法が社会の変化に合わせて多様化したことにより、詐欺による被害が拡大し続けている現状にあることは否定できないであろう⁴⁸⁾。

社会の変化に対応し、多様化を見せる特殊な詐欺から国民を守る必要性がある現代社会において、どのような行為が詐欺罪に当たり、どのような行為が詐欺罪にあたらぬのかを判別するためには、詐欺罪の類型の中に「個人的法益に対する罪」とどまる領域と、「社会的法益に対する罪」が含まれる領域があることを前提として、その財産取引が当事者間の個別財産の問題で解決するものか、それとも、さらに第三者の財産的損害を発生させる危険性を有するものかに区別して、詐欺罪の成否の検討を行う必要があるように思われる。そして、もしも、その際の財産取引が、当事者間の個別財産の問題の範囲内であり、かつ、被害者において相当対価が得られているのであれ

48) 木村・前掲注31) 206頁。

ば、行為者において何らかの事実が秘匿されていたり、被害者において真意に沿わない錯誤が生じていたとしても、それは単なる通常の財産取引にとどまるものとして、詐欺罪による刑事処罰を必要とするものではない。その一方で、財産取引の内容が当事者間の個別財産の問題に止まらず、さらに第三者の財産的損害を発生させる危険性を有するような財産取引である場合には、財産処分の判断に関する「重要事項性」を有する事実が積極的に秘匿されるといった「行為無価値性」の高さが認められることによって、詐欺罪の成立が肯定されると解すべきように思われる。

さて、詐欺を目的とした財産取引の中には、詐欺の手段として各種偽造罪が用いられることも少なくない。このため、詐欺罪の成否に「財産処分の判断において重要な事項を偽った」とする行為者の「行為無価値性」の高さが検討されるべきであるとの私見が、各種偽造罪の成否にも影響をもたらすかについては今後の検討課題として参りたい。

最後に、本稿の執筆にあたって、本学法科大学院の教員研究報告会において、詐欺罪における「重要事項性」の意義につき発表する機会を得られたこと、及び、報告会にご参加の諸先生より、本研究に関する有益なご意見や新たな問題提起を頂戴できたことにつき、深く感謝の意を申し上げたい。

以上

論 説

被疑者取調べへの弁護人立会いに対する
裁判所の意識の変化

岡 本 梢

1 はじめに

捜査段階における被疑者取調べへの弁護人立会権は、我が国では認められていない。憲法及び刑事訴訟法において明文化されていないのみならず、捜査実務においても、真っ向から否定されている。法務省ホームページ、「我が国の刑事司法について、国内外からの様々なご指摘やご疑問にお答えします。」¹⁾では、Q. 7の「日本では、なぜ被疑者の取調べに弁護人の立会いが認められないのですか。」という問いに対し、日本における憲法38条による自白法則の存在、「取調べの適正を確保するための様々な方策」、すなわち、接見交通権の存在及び取調べの録音録画による取調べ状況の事後的検証可能性を理由に、「弁護人が立ち会うことを認めた場合、被疑者から十分な供述が得られなくなることで、事案の真相が解明されなくなるなど、取調べの機能を大幅に減退させるおそれが大きく、そのような事態は被害者や事案の真相解明を望む国民の理解を得られない」として、立会権を認めない理由を述べている。

隣国韓国では、2007年の刑事訴訟法改正において、弁護人参与権として、

1) 法務省 HP「我が国の刑事司法について、国内外からの様々なご指摘やご疑問にお答えします。」<https://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/20200120QandA.html>

被疑者の訊問時に弁護人が参与できる権利が明文化され²⁾、台湾においても、1982年に弁護人の立会権が刑事訴訟法上明文化された³⁾。現在、両国ともに、取調べに立会った弁護人は、単に監視機能を果たすだけではなく、取調べの場において意見を陳述することができる⁴⁾。東アジアにおいて、取調べへの弁護人立会権を認めていないのは、中国と北朝鮮、そして日本である。

日本は、従来から自白獲得の場である取調べを捜査の中心に据えるとともに、被疑者に真実を述べさせ、改悛の情を発動させる場として、独自の「取調べ文化」を築いてきた。しかし、「否認を続ける者は真に反省していない」という捜査官の正義と情熱は、時として被疑者の人格否定に走り、無実の者を苦しめる結果を生み出してきたといえる。そこには、何の力ももたない被疑者にとって、国家権力を背景にもった捜査官から、「有罪」との確信のもとに「訊問」されることがどれほどの圧力となるのかという想像力が全く欠けていた。先のQ & Aで、法務省が「我が国の刑事司法制度は身柄拘束によって自白を強要するものとはなっておらず、人質司法との批判は当を得たものではない」と述べていることからすると、日本国家は、まだ取調べという「場」の持つ圧力を無視し続けていると言える。

我が国刑法の母法であるアメリカでは、ミランダルール⁵⁾によって弁護人の取調べへの立会権が確立している。1966年、ミランダ判決⁵⁾によって、訴追側は、アメリカ合衆国憲法修正第5条の自己負罪拒否特権を保障するために効果のある手続上の保護手段、すなわち①黙秘権の告知、②いかなる供述も不利益な証拠として用いられうることの告知、③私選または国選の弁護人の立会いを求める権利のあることが告知されたことを立証した場合を除き、身

2) 柳光玉「韓国における参与権—その現状を中心に」季刊刑事弁護104号(2020年)34頁。

3) 林裕順「台湾における弁護人の立会権の理論と実践」法律時報1155号(2020年)84頁。

4) 台湾では、当初、弁護人は取調べを「監視」できるのみで、意見を陳述することはできなかったが、2003年の法改正により、意見を陳述できるようになった。

5) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

柄拘束中の被告人の取調べに由来する供述を用いることができないとされた。捜査官がミランダ警告をした後、被告人が黙秘権を行使すれば、取調べは中止されなければならない、弁護人の立会いを求めた場合には、弁護士が立ち会うまで取調べは中止されなければならない。ミランダ判決は、「身柄拘束中の取調べには、個人の抵抗意思を弱め、個人の供述を強要するところの内在的に強制的な圧力が含まれている」との意識を前提とする。そしてそのような取調べを取り巻く状況は、捜査官によって自己負罪拒否特権を告知されたにとどまる場合に、取調べを受ける者が実効的に権利行使することを許さないため、取調べへの弁護人の立会いが必要不可欠であると説く。⁶⁾

ミランダ警告は、身柄拘束中の被疑者に関するルールであるところ、「個人の抵抗意思を弱め、個人の供述を強要するところの内在的に強制的な圧力」は、国家権力たる捜査機関から、一私人である被疑者が密室の中で「訊問」を受けるという性質上、身柄拘束中であると否とに関わらず生じうるのである。「取調べの場は圧力の場」⁷⁾であることは、身柄拘束中であることがそれをより一層強めるというだけで、在宅被疑者にとっても変わりはないはずである。したがって、身柄拘束の有無にかかわらず、取調べの場にいる被疑者が、黙秘権その他の権利を適切に行使するためには取調べへの弁護人立会いが必要不可欠なのである。

我が国において、身柄拘束中の被疑者については、取調べ受忍義務が肯定されてお⁸⁾り、実務ではそれが定着している。取調べを受忍すべき義務がある以上、身柄拘束中、被疑者が権利として認められていない弁護士の立会権を求めることは、事実上極めて困難である。仮に、身柄拘束中の被疑者には取調べ受忍義務はないとの否定説を採ると、取調べ自体を拒否する権限があ

6) 小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(1995年)78頁。

7) 浜田寿美男『自白の研究(新版)』(2005年)67頁。

8) 最高裁平成11年3月24日大法廷判決(民集53巻3号514頁)は、「身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものではないことは明らかである」として、取調べ受忍義務を否定していない。

るのだから、弁護人の立会いを伴わない取調べを拒否することも当然にできるはずである。⁹⁾

他方で、身柄が拘束されていない、いわゆる在宅事件の被疑者の場合、取調べ受忍義務は条文上否定されている。刑訴法第198条1項但書により、被疑者は「出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」のであって、取調べを受忍すべき義務を負わない。とすれば、被疑者は、弁護人の立会いを伴わない取調べを拒否することができ、そのような態度に対し、捜査機関は弁護人の立会いを認めるか、取調べを断念するしかないということになる。

しかし、実務は、在宅被疑者が捜査機関からの出頭要請を拒否した場合、逃亡のおそれの徴表であるとして、逮捕の必要性及び勾留の理由が肯定されるとの見解に立ってきた。この考えによれば、弁護人の立会いを求めて被疑者が出頭を拒否した場合には、逃亡のおそれがあるとして、身柄拘束されることとなる。そして、逮捕・勾留がなされれば、被疑者は取調べ受忍義務を負うことになるのである。弁護人の取調べへの同席を求めることができるはずの在宅被疑者であっても、実務上その要求は、身柄拘束及びそれに伴う取調べ受忍義務の負荷というリスクを伴うことになる。

最近では、そのようなリスクがあるにもかかわらず、在宅事件での立会い請求実践は、刑事弁護実務においてスタンダードになりつつあるとのことである。¹⁰⁾ 在宅事件において、立会いが実現される事例も見られる。¹¹⁾ そのような弁護人による立会権実現に向けての弁護実践の中で、以下に述べるように、立会権に対する裁判所の意識も変化を遂げてきたように思われる。本稿

9) 最近では、取調べ受忍義務肯定説の定着により、受忍義務を巡る議論が息を潜めているが、昨今の取調べへの弁護人立会権の議論の活発化に伴い、受忍義務について理論的な再構築が必要であると指摘されている。安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』(2019年)401頁等を参照。

10) 三島聡・小坂井久「弁護人立会権の理論と実践の系譜」法律時報92巻10号(2020年)66頁。

11) 津金貴康「立会いの現在とこれから 立会い事例の分析」季刊刑事弁護104号(2020年)65頁。

では、取調べへの弁護人立会権に関する直接の判示はないものの、在宅被疑者が取調べへの弁護人の同席を求めて出頭拒否したために身柄拘束されるに至った事例を中心に、そこから伺える被疑者取調べへの弁護人の立会いに対する裁判所の意識の変化を年代ごとに追ってみたい。

2 平成9年頃の裁判例

(1) 当時の刑事弁護を取り巻く環境

平成以前の我が国の刑事裁判は「絶望的」であったとまで言われる。¹²⁾ 国選弁護制度は被告人のみを対象とし、起訴前弁護という概念さえも一般的ではなかった。刑訴法39条3項に基づく接見指定も、いわゆる「面会切符制」¹³⁾ と呼ばれ、実質的には許可制と言っても過言ではなかった。弁護士側も必ずしも刑事弁護に積極的ではなく、刑事弁護が捜査の支障になるとさえ考える弁護士も少なくなかった。この時点において、被疑者取調べへの弁護人立会権云々よりも前に、被疑者の弁護人依頼権そのものについて、捜査機関、裁判所はおろか、弁護士までもが積極的な思考を持ち合わせていなかったのである。そのような中で、昭和後期の1980年代には、虚偽自白に依拠した死刑事件についてえん罪が相次いで判明した。¹⁴⁾ いずれも原因は、捜査段階における身柄拘束中の自白調書の過信であった。¹⁵⁾ それは、戦前より続く糾問的な取調べ方法に主たる原因があったといえるが、それに対する制御機能が期待される刑事弁護もその機能を全く果たしていなかったという点にも多いに

12) 平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第4巻』（1985年）407頁。

13) 指定権者が接見指定を必要と認める事件について、「一般指定書」を發し、弁護人から接見の申し出があると、具体的な日時等を指定した「具体的指定書」を交付して、これを持参した場合にのみ接見が可能となる制度。

14) 1948年（昭和23年）發生の免田事件、1950年（昭和25年）發生の財田川事件、1955年（昭和30年）發生の松山事件、1954年（昭和29年）發生の島田事件。

15) 大出良知「被疑者公選弁護制度実現への経緯」法政研究78巻3号（2011年）870頁。

問題があった。これらの死刑再審事件において、弁護人による十分な接見さえなされていなかったのである。

この問題を受けて、平成元年（1989年）9月、日弁連は、人権擁護大会において「刑事訴訟法40周年宣言」（いわゆる松江宣言）を発出し、「現在の刑事¹⁶⁾ 手続を抜本的に見直し制度の改正と運用の改善をはかる」ことを宣言した。そして、1990年には日弁連において刑事弁護センターが発足し、その後多くの弁護士会においても設置された。そして同年、大分県弁護士会及び福岡県弁護士会において全国初の当番弁護士制度が発足し、1992年10月には日弁連による全国実施がなされる運びとなった。こうして、刑事弁護に対する機運¹⁷⁾ が徐々に高まり、積極的な刑事弁護を实践する弁護人も登場する。

平成7年（1995年）には、被疑者の黙秘権確保のために、取調べへの弁護士人立会いを求める「ミランダの会」が弁護士有志によって創設された。ミランダの会は、「わが国の被疑者取調べ手続きを文明化し、黙秘権を確立することを目的」とし、その目的達成のために弁護活動や研究、情報交換を行う

16) 日本弁護士連合会ホームページ「刑事訴訟法40周年宣言」(nichibenren.or.jp)

17) 弁護人の弁護活動を妨害することなどを目的としてなされた違法な捜査・訴追である旨弁護士が主張した事例で、東京地裁平成6年12月16日判決は、「記録中の勾留関係を含む手続書類や被告人の公判供述等によると、被告人は、逮捕されるや直ちにいわゆる当番弁護士を弁護人に選任し、その弁護人の強い勧告に従い、捜査官に対しては終始黙秘権を行使し、勾留質問や勾留理由開示法廷で否認供述をしたものであること、右弁護人は、勾留に対する準抗告申立、勾留期間延長に対する準抗告申立、勾留理由開示請求、警察官のワゴン車等の差押処分に対する準抗告申立を順次行い（各準抗告はいずれも理由がないとして棄却されている）、外見的には精力的に弁護活動をしていることが認められる。

しかし、当番弁護士による右のような準抗告の申立は、当時としては全く認容される見通しかなかったものであり、黙秘の勧めを中心とするこのような弁護活動は、当時としては被告人に変な期待を持たせると共に、検察官による公訴提起を招き寄せる効果しか有しなかった、まさしく有害無益なものであったと評せざるを得ない。

被告人は起訴後、藤本、佐々木両弁護士を弁護人に選任したのであるが、捜査段階から、本件のような刑事事件の捜査・公判につき的確な見通しを立てることが出来る両弁護士が一人でも弁護人に選任されていたとすれば、本件はこのような帰趨をたどらず、被告人がこれほどの苦痛を受けることもなかったであろうと惜しまれるところである。」と判示している。

18) 団体である。以下の裁判例は、そのような積極的な弁護活動に対しての捜査機関の対応及び裁判所の評価の現れといえる。そこから、起訴前弁護及び弁護人の立会権に対する当時の裁判所の意識を探ってみたい。

(2) 裁判例

- ① 取調べへの弁護人の立会いを要求したこと等を理由として被疑者が逮捕・勾留、訴追されたことに対し、弁護人がその弁護活動を妨害することなどを目的としてなされた違法な捜査・訴追である旨主張した事例

[第1審] 平成9年8月19日 浦和地方裁判所判決

被告人は、妻に対し暴行を加えたとして暴行罪で起訴され、罰金20万円に処せられた。当該事件の捜査及び起訴に至る経緯の中で、被告人の弁護人は、警察からの取調べの要求があれば、弁護士立会の下で取調べを受けるとの弁護方針を立て、警察官及び検察官に対し、被告人の取調べには自己の立会いを認めるよう要求した。被告人も、これに従い、警察署への出頭を拒み続けた。その後、被告人は転居したが、転居後、傷害の被疑事実で逮捕・勾留された。これに対し、弁護人らは、本件逮捕・勾留は弁護人の立会いを排除することを目的としてなされた違法、違憲の処分であると主張した。

裁判所は、被告人の事件関係者に対する接触状況などを考慮すれば、関係者に働きかけるなど、罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があること、及び被告人の住民票はあったがその居住実体は不明で、転居後も定住性、安定性が必ずしもなかったこと、警察官からの任意出頭に要請に対し、居留守を使ったり、忙しいからだめだなどと言って電話を一方的に切るなどして、出頭に応じなかったことから、逃亡のおそれがあったと認められるから、被告人の逮捕・勾留にはそれぞれ理由と必要性があったことは優に認められると認定した。

その上で、本件捜査・訴追はミランダの会の活動を妨害することを目的と

18) ミランダの会編著『「ミランダの会」と弁護活動』(1997年)71頁。

してなされたものであるとの弁護人の主張に対しては、検察官が所論指摘のような意図を持って控訴を提起したものと認められないとし、それに続き、括弧書きにおいて、「被告人が本件で正式の公判請求されるにいたったについては、…中略…、被告人が弁護人の立会いがなければ取調べに応じないとの態度を明らかにしたことから、捜査官において、特に本件に至る経緯ないし動機に関し被告人側からも事情を聴取し、事件の真相を吟味していくという作業がほとんどできなかったこともその一因となっているというべきである。」として、「右のような事態は、…、被告人に対する取調べに弁護人の立会いを求めることを助言し続けた弁護人の活動のあり方にその原因があったことは否定できない。」とした。

〔控訴審〕平成10年4月8日 東京高等裁判所判決

上記浦和地裁判決に対し、弁護人が控訴し、原判決が、取調べに弁護人の立会いを求めた被告人の姿勢と弁護人の弁護活動が、被告人の身柄拘束とその長期化及び公判請求の原因となったとの判断をしているが、それは弁護人の弁護活動を違法なものとして断じたも同然で、憲法34条、37条3項、38条1項に違反すると主張した。

これに対し、東京高裁は、「弁護人の選択した弁護方針ないし活動が、検察官の活動に影響を与え、一定の制約を加えたことは否定できず、その結果、弁護人が被告人にとって不利益とみなすような事態がもたらされたとして、そのような不利益な結果を招いた一因には、弁護人自身の選択した弁護方針ないし活動があったにもかかわらず、それを看過するかあるいは敢えて無視して、そうした不利益な結果をもたらしていたのは、挙げて検察官の責任であると非難するのは当を得たことではないと言っているのであり、弁護人の選択した弁護方針ないし活動の当否自体を論じているのではなく、その選択した弁護方針ないし活動の正当性の主張にこだわる余り、責任の一端が自己側にあることに目をつぶり、一方的に検察官の責任であると非難するのは間違っている、と指摘しているに過ぎない。したがって、原判決が弁護人

の弁護活動を違法と判断したとの前提で立論する所論は、前提を欠き理由がない。」とした。

- ② 被告人の供述の変遷、その変遷経緯等のほか、弁護人の不相当な弁護活動等を併せ考慮し、被告人の弁解の信用性を否定した事例

〔第1審〕平成9年1月21日 浦和地方裁判所判決

被告人は、覚醒剤使用罪で逮捕・勾留され、起訴されたが、公判において覚醒剤が摂取されたことは認めたものの、夫に強制的に覚醒剤を注射されたものであると供述し、無罪を主張した。当該供述の信用性を巡り、裁判所は、弁護人の弁護活動について言及し、検察官調書、警察官調書について、弁護人の立会いのない限り署名押印をしないよう指示したり、証人に対し、不当といえる誘導尋問をしている事実などを指摘した上で、「被告人の身分関係、その供述の変遷とその変遷の経緯、公判における供述内容に、弁護人の右不当な弁護活動等を合わせ考慮すると、被告人の公判における供述は、その記憶のまま供述されたものとは到底思われず、信用することができない。」と判断した。弁護人の立会い要求については、括弧書きで、「このような弁護活動が一般化すると、否認事件における捜査側の被疑者に対する取調べが全く無意味になるおそれもある。」とした。

〔控訴審〕平成9年9月17日 東京高等裁判所判決

上記浦和地裁判決に対し、弁護人は、原判決は、弁護人の弁護活動を不当な弁護活動であると非難し、これを理由として被告人の公判供述の信用性を否定したが、これは弁護人による効果的な弁護を受ける権利を侵害するものであり、憲法34条及び37条3項等に違反すると主張した。

これに対し、東京高裁は「原判決は前記のように、弁護人の不相当と評価できる弁護活動からして、その活動が被告人の供述に影響を与えていると判断するのであるが、影響を与えた明確な痕跡を挙げその因果関係を指摘し

ているわけではないので、単なる影響を与えている可能性があるとの推測に立った判断に過ぎず、その点ですでに妥当性を欠き、ましてや弁護活動が不相当であるとの評価は、右影響の推測をなすのに不必要であるから、原判決の右説示は不必要かつ不適切というべきである。」と判断した。

(3) 上記裁判例についての検討

①の判例は、弁護人の取調べへの立会いを求めて警察からの出頭要請に拒否し続けたところ、逮捕・勾留されるに至った事例である。弁護人立会権を理由とする出頭拒否には正当な理由が認められないとして、逮捕の理由及び勾留の必要性である「逃亡のおそれ」が認められるとすれば、弁護人立会権を否定する方向へ働き、そのような理由に基づく出頭拒否が正当な理由のある出頭拒否ということになれば、弁護人立会権を権利として認めるかは別として、それを肯定する方向へ働く。

そもそも、警察からの任意の出頭要請を拒否することが、逃亡のおそれを認める事情となるかであるが、法は、軽微事件における逮捕要件として、「被疑者が定まった住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による出頭の求めに応じない場合に限る」としている。これは、身柄拘束の権利侵害性の高さに鑑み、軽微事件については、逮捕要件を制限した趣旨であり、軽微事件以外の罪の逮捕の必要性である逃亡又は罪証隠滅のおそれに加えて、住居不定又は正当な理由のない不出頭の事由を満たしてはじめて逮捕が可能となるものと考えられる。もっとも、逃亡又は罪証隠滅のおそれと住居不定又は正当な理由のない不出頭は、別個の要件というわけではなく、後者は前者を推認させる有力な要素として捉えられている¹⁹⁾。

そして、軽微事件以外であっても、正当な理由のない不出頭が「逃亡のおそれ」を基礎付ける有力な要素のひとつとして位置づけられているといえる。「捜査への協力要求に正当な理由なく応じない態度、出頭要求に応じない態度が、まさに逃亡や罪証隠滅、とりわけ逃亡の虞を示す具体的事情だと

19) 新関雅夫他『増補令状基本問題上』(1996年)111頁。

法は考えている」²⁰⁾のである。したがって、被疑者が捜査機関からの出頭要請に拒否し続けた場合、数回のみで「逃亡のおそれ」を肯定することは適切ではないものの、²¹⁾複数回の拒否によって、「逃亡のおそれ」が肯定されるという事態が生じる。

ここで重要なのは、「正当な理由のない」不出頭か否かである。不出頭に正当な理由があれば、「逃亡のおそれ」の一要素とはならない。そこで、弁護人の取調べへの立会いを求めて出頭を拒むことが「正当な理由」にあたるか、又、そのような出頭拒否によって「逃亡のおそれ」が推定されるか検討する必要がある。

まず、「逃亡のおそれ」の意義を確認したい。「逃亡のおそれ」とは、被告人が刑事訴追や刑の執行を免れる目的で所在不明にある可能性があることをいう。²²⁾逮捕の場合には、逃亡のおそれが逮捕の必要性を基礎付ける事情となり（刑訴法199条2項、刑事訴訟規則143条の3）、勾留の場合には、勾留の理由を基礎付ける事情となる（刑訴法60条1項3号）。逃亡のおそれの程度は、罪証隠滅のおそれと同様に、単に抽象的・類型的な「おそれ」では足りず、²³⁾具体的・現実的なものでなければならない。そしてそれは、²⁴⁾確実性までは要求されないものの、²⁴⁾具体的資料によって裏付けられた高度の可能性であることを要する。

では、弁護人の取調べへの立会いを求めて出頭を拒んだ場合、被疑者・被告人が上記にいう「刑事訴追や刑の執行を免れる目的で所在不明にある可能性がある」といえるか。私選弁護人が付いているケースで、その弁護人が取調べへの立会いを求め、被疑者も同意見である場合、それは弁護人のよる援助を実質的あるいは効果的に受けたい旨の意思表示であって、弁護士の立会

20) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第2版〕』（2009年）59頁。

21) 田中康郎監修『令状実務詳解』（2020年）266頁。

22) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法第4版増補版』（2016年）151頁。

23) 最高裁平成26年11月17日第一小法廷決定。井上正仁他『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（2017年）28頁、判時2245号124頁、判タ1409号123頁。

24) 松尾・前掲注23) 150頁。

いがあれば「出頭する」という積極的な意思の現れであるから、所在不明になる可能性どころか、逃亡のおそれを否定する一要素となるのではなからうか。逃亡のおそれを否定する理由に基づく出頭拒否であるなら、「正当な理由」ある出頭拒否ということになると考えられる。

しかるに、本判決は、本件被告人が逮捕・勾留され、そして公判請求に至った一因として、「被告人が弁護人の立会いがなければ取調べに応じないとの態度を明らかにしたこと」に言及している。立会権を求めて出頭拒否したことをも、その他正当な理由のない出頭拒否と同様に、逃亡のおそれの一事情になることを肯定しているのである。確かに、本件では、被告人が転居をしたことにより定住性、安定性が必ずしもなかったことから、具体的・現実的な逃亡のおそれのある事例といえるが、前述のように、弁護人の立会いを条件とする出頭に応じる旨の意思表示は、逃亡のおそれを否定する一要素となるはずであって、その点を無視し、それをも身柄拘束及び公判請求の一事情とした本判決からは、立会権を権利として肯定しようとの姿勢は欠片も見られない。

裁判例②は、覚醒剤の自己使用事案であるところ、被告人は逮捕後警察官に対し、覚醒剤の使用を頑強に否定していたものの、その後は夫であったAに強制的に注射された旨弁解し、その弁解に関する日時や場所等が二転三転した上、公判では自宅でAに強制的に注射されたと供述するようになった事例である。当該公判廷での供述の信用性を巡り、裁判所は、変遷の経緯の他、本件事件が殺人未遂事件についての執行猶予中の行為であったことなどから、被告人が長期の刑を逃れるために記憶通りには述べていないとしたが、それにとどまらず、弁護人の弁護活動に問題があったことをもってその信用性を否定した。すなわち、検察官調書や警察官調書について、弁護人の立会いのない限り署名押印をしないよう指示した行為や、Aに覚醒剤を打たれたという供述を引き出すための不当な誘導尋問を行ったこと、裁判官の補充尋問に対しても異議を申立てたこと等は、問題のある弁護活動であり、「相当とは言い難く、このような弁護活動によって、被告人ないしは被告人

側証人から真実性のある供述が得られるとは思われない」としたのである。

後者の誘導尋問や異議の点については、その内容によっては、被告人の信用性ある供述を引き出せない場合があることは想定され、それは弁護人の作戦が奏功しなかった側面も否定できないかもしれない。しかし、前者の、弁護人の立会いのない限り署名押印をしないよう助言した行為は、そもそも被疑者には署名押印の義務がない以上、不当とはいえないのみならず、公判廷における供述の信用性とは全く関係のない事柄である。そうであるのに、裁判所がわざわざそのような署名押印許否を問題のある行為と断言し、しかも括弧書きで「このような弁護活動が一般化すると、否認事件における捜査側の被疑者に対する取調べが全く無意味になるおそれもある」としたことは、弁護人立会権への強い拒否反応を示していると思ざるを得ない。むしろ、当該括弧書きが裁判所が最も強調したい点だったかのようにさえ思えてならない。もっとも、控訴審は、このような地裁判決の在り方を不必要かつ不適切としており、このような控訴審の判断は、当然と考えられるが、控訴審も第一審の判断構造を不適切とただけであって、具体的な弁護人の弁護活動について、その当否を論じておらず、立会権に対する見方を示したものではない。

以上見てきたように、弁護人の立会権に対する平成10年以前の裁判所の態度は、極めて否定的であったと言ってよい。石井一正裁判官(当時)も弁護人の立会権について、次のように記している。²⁵⁾石井裁判官(当時)は、問題提起として「被疑者が弁護人の立会を要求したのに、捜査官はこれを許さず被疑者を取り調べて作成した自白調書の証拠能力」を挙げ、弁護人の立会いに関し、「実定法規の解釈論としては、やはりこれを消極に解するのが通説といってよい」としている。その根拠としては、第一に、形式的根拠として、現行法には立会権を認めた規定が存在しないばかりか、他の規定との関係からも立会権を否定する方の趣旨がうかがえるとす。後者のあらわれとして、準起訴手続きにおける被疑者の取調べにおいても弁護人等の立会いは

25) 大阪刑事実務研究会『刑事公判の諸問題』(1989年)405頁。

予想されていないこと、また、捜査機関の行う捜査処分一般に立会権は認められていないことをあげる。さらに、弁護人の接見交通権は、捜査のため必要があるときは接見指定により制限されるところ、「捜査のため必要」とは、現に被疑者を取調べ中であるときが典型例である点を挙げる。弁護人との接見を制限できる場合を認めながら、弁護人の取調べへの立会いを認めなければならぬとするのは矛盾するということである。²⁶⁾

第二に、実質的な根拠として、捜査密行の原則を挙げている。²⁷⁾ 弁護人の立会権は、捜査の効率性確保と衝突するとしている。したがって、上記自白調書の証拠能力の問題については、弁護人の立会いを認めなかったとしても、当・不当の問題が生じうることは別として、違法とまでは評価できず、排除法則は適用されないこととなる。

このように、当時の現役裁判官も、弁護人の立会権には消極的な立場であった。

3 平成20年代前半の裁判例

(1) 刑事弁護制度の発展

平成10年以降、日本の刑事司法制度は改革黎明期を迎える。刑事司法制度は刷新され、下記裁判例が出される頃には、これまでとは異なり、被疑者弁護への期待が相当程度高まっていた。1980年代の「絶望的」な刑事司法脱却のため、まず弁護士会が刑事弁護改革を叫び、まさに「手弁当」²⁸⁾での当番弁護士制度が発足し、被疑者刑事弁護に力が注がれるようになった。

平成11年(1999年)には、司法制度改革審議会が発足し、同計画において

26) 前掲注26) 409頁。

27) 前掲注26) 410頁。

28) 当番弁護士の財政は、各弁護士が負担する弁護士会費からまかなわれている。弁護士白書2020年度版参照。

①国民の期待に応える司法制度の構築，②司法制度を支える態勢の充実強化（司法制度を支える法曹の在り方の改革），③司法制度の国民的基盤の確立（国民の司法制度への関与の拡充）が三本柱とされた。これに基づき，日本司法支援センター（法テラス）の創設，法科大学院と新司法試験の新設，そして国民参加による裁判員裁判制度が導入された。これにより，刑事弁護の受け皿の増大も見込まれたことで，平成16年，被疑者国選弁護制度が刑訴法上立法化された。当番弁護士制度による被疑者弁護実践の積み重ねが結実したといえる。

そのような中で，弁護人の立会いに対する裁判所の意識に変化が見られる。

（2）裁判例

- ① 弁護人の同席を求めて任意出頭を拒んでも，逃亡のおそれを基礎づける事情とはならないとした事例

平成20年10月27日 名古屋地方裁判所決定

被疑者は，交通事故に遭ったことを奇貨として，共犯者2名と共謀の上，虚偽の雇用契約書など，給与支払明細書等を提出するなどして，休業損害金の支払いを請求し，担当者らに真正な休業損害金の請求であると誤信させ，30万7800円を騙し取ったとの被疑事実で逮捕され勾留された。これに対し，被疑者が，本件勾留はその要件を満たさないとして，原裁判を取り消し，検察官の勾留請求を却下する旨の決定を求めた事案である。

本決定は，罪証隠滅のおそれについて，そのおそれがないとはいえないとしながらも，共犯者の調書がすでに作成されていることなどから，共犯者に働きかけたとしてもその実行性は低いとして，被疑者が罪証隠滅すると疑うに足る相当な理由までは認められないとした。そして，逃亡のおそれについては，一般的にそのおそれは否定できなかつつ，「被疑者は，別件の捜査に関してではあるが，弁護人を同席することを条件として，出頭に

じる意向を示しており、本件についても、被疑者が出頭に応じる旨の陳述書や、弁護人もその方針である旨の上申書が当裁判所に提出されているなどの事情からすると、被疑者が任意出頭に応じず、逃亡すると疑うに足りる相当な理由までは認められない」とし、それに続く括弧書きにおいて、「なお、検察官は、別件の捜査に関し、被疑者が弁護人の立会いを求め、弁護人の都合により予定していた取調べができなかったことからして、実質的に出頭拒否の状態であったと主張しているが、任意捜査である以上、弁護人の同席を求めることは不当でないにもかかわらず、警察官が弁護人と日程を調整するなどの努力をした形跡はうかがえないことからすると、このような被疑者の態度を出頭拒否と評価することはできない。」とした。

結論として、本件については勾留の理由は認められないとして、原裁判を取り消した。

② 被疑者取調べ目的の身柄拘束を否定した事例

平成24年4月28日 高知地方裁判所決定

被疑者は、林業を営む会社の経営者であり、安全管理等を統括する立場にあったが、自らが運転する伐木造材機械と作業員とが一緒になって作業する危険な作業手順を用いながら、作業員の安全を確認しないまま、漫然と同機械を操作し、同機械で作業員の頭部を挟みこんで死亡させたとして捜査の対象となった。当該事件は当初不起訴処分となり、検察審査会での不起訴不当の議決を受け、再捜査の対象となった事件である。

再捜査において、被疑者は、平成23年5月以降、捜査機関への連絡や出頭を約束しながら、反故にすることを繰り返し、出頭せず、同年10月25日電話で不出頭の意思を示した意向、電話連絡が取れなくなった。そのような事情を踏まえ、被疑者は、捜査機関によって逮捕され、勾留請求されるに至ったが、勾留請求が却下されたため、検察官が準抗告を申立てた。これに対し、高知地裁は、準抗告を棄却した。

その理由の中で、高知地裁は、本件では、すでに必要とされる関係者らの供述調書が作成されており、勾留後に予定されている捜査は、第一次的には被疑者の取調べである点を指摘し、「結局のところ本件において被疑者の勾留を認めることは、被疑者の不出頭という事態を解消するため、ひいては被疑者の取調べのために身柄を拘束することにほかならない。勿論、勾留された被疑者は出頭を拒み又は退去することができないものの、被疑者を取調べるために勾留するのではない。」とした。

(3) 上記裁判例についての検討

前記平成9年8月19日浦和地方裁判所判決が、弁護人の取調べへの立会いを求めて出頭拒否したことが身柄拘束要件充足の一判断材料となると示したのに対し、①の平成20年決定は、弁護人が同席することを条件として、出頭に依じる意向を示している場合、被疑者が任意出頭に依じなくとも、逃亡すると疑うに足りる相当な理由までは認められないと示した。前記平成9年判決で、取調べへの立会いを求めて出頭を拒否した場合、逃亡のおそれありとして被疑者が身柄拘束される事態に至ることが明らかになった以上、弁護人は、身柄拘束のリスクを考慮すれば、弁護戦術として、立会いを主張して出頭を拒むという方策をとることには少なからず消極的にならざるを得なかった。

これに対し、①の平成20年決定が弁護人の取調べへの立会いを主張して任意出頭を拒んだ被疑者につき、逃亡のおそれを認めなかったのは、前記平成9年判決によって、被疑者及び弁護人に対して、立会いを主張して任意出頭要求を許否することに消極的になっていたものを積極方向へと転換させるものであるといえる。なおも正当な理由を欠く出頭拒否は、逃亡のおそれの徴表となるものの、不出頭の理由が弁護人の同席を求めるものである場合には、本決定が示すように「任意捜査である以上、弁護人の同席を求めることは不当でない」のであり、不出頭には正当な理由があると認められ、逃亡のおそれは肯定されないということであれば、弁護人は、躊躇わずに取調べへ

の同席を要求できる。勿論、これにより、弁護人の取調べ立会権が権利として認められたとは言えないものの、全く否定説へと向いていたベクトルが、権利として認める方向へと向いたと言っただけではないだろうか。

②の決定は、逮捕及び勾留は、被疑者の逃亡防止及び罪証隠滅防止を目的として許容されるものであって、取調べを目的とする身柄拘束は許されないという刑事訴訟法の大前提を確認したものである。当該決定は、弁護人の立会権とは直接関係しないものの、捜査機関からの任意の出頭要請に対し、拒否の意思を表示したからと言って、直ちに逃亡のおそれが認められるものではないとの判断を前提としていると考えられ、当該決定を前提とすれば、①の決定同様、弁護人の立会いを求めて出頭拒否した場合においても、直ちに勾留要件を満たすものではないと判断されると考えられる。身柄を拘束されていない被疑者には、出頭を拒否する権利があることを明確にした点に意義があり、正当な理由のない不出頭が逃亡のおそれを強く推認させると考える検察実務の在り方に一石を投じる決定であると評価できる。

4 平成20年代後半以降の裁判例

(1) 刑事手続改革期

平成11年(1999年)から始まった司法制度改革が実際に運用化され、定着し始めたのが平成20年代後半である。平成16年(2004年)に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」によって裁判員制度が導入され、平成21年(2009年)から実施されるに至り、刑事裁判の形態が大幅に変わり、刑事手続に対する国民の見方もかなり変容した。

国民の関心が刑事司法に向く中、司法制度改革を謳う一方で、平成22年(2010年)、いわゆる厚生省局長無罪事件(障害者郵便制度悪用事件)を巡り、当時の厚生省局長が虚偽公文書作成罪等で大阪地検特捜部によって逮捕・起訴され、後に担当検事による証拠偽造が発覚し無罪となる事件が起こり、国

民の検察、及び刑事司法に対する信頼は地に落ちた。裁判員裁判の導入により、刑事司法が国民に「開かれた」ものとなった一方で、捜査段階の密室性は保たれたままであり、その点に批判の目が向けられた。その点の改善を見なければ、刑事司法が真に開かれたものとはならないのは当然であり、捜査段階における刑事手続の可視化も裁判員裁判制度導入に伴う「必然」であったといえる。²⁹⁾

そこで、取調べの適正化を図るための制度として、平成28年(2016年)、裁判員裁判対象事件及び検察官の独自捜査事件を対象として、取調べの全過程について録音・録画が義務づけられることとなった。当時、弁護人の取調べへの立会権についても、議論の対象とはなったものの制度導入は見送られた。³⁰⁾

同時に、平成28年(2016年)、供述調書への過度の依存を脱却すべく、日本型司法取引制度といわれる「合意制度」が導入される運びとなった。取調べの適正化を図り、供述調書への過度の依存からの脱却を目指すとなると、被疑者の供述以外の証拠収集が重要となってくる。そこで、同年、通信傍受法の改正を図り、通信傍受の対象を拡大するとともに、合意制度によって証拠収集の多様化を図ったのである。³¹⁾

このように、ダイナミックな刑事司法改革が実施されるに至ったのが、平成20年代後半であった。そのような中、取調べへの弁護人立会権に対する裁判所の意識に変化はあったのか、以下見てみたい。

(2) 裁判例

- ① 被告人が弁護人の立会いがない取調べには応じない旨を述べ、捜査機関からの呼出しに応じなかったことをもって逃亡のおそれが高まったということではできないとした事例

29) 小坂井久『取調べ可視化論の現在』(2009年)339頁。

30) 法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」第14回会議(2012年10月30日)。

31) 大嵯康弘「日本型司法取引制度の現状と課題」レファレンス(2019年)3頁。

平成28年4月13日 名古屋地方裁判所決定

被告人は、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反被告事件について起訴されたものであるが、平成28年2月17日、被害児童が少年院に入院中であることから、被害児童への働きかけは想定しがたく、罪証隠滅のおそれが高いとはいえないとして、勾留請求が却下され、それに対する検察官からの準抗告も棄却されていた。

その後、被告人が捜査機関からの呼び出しに対して正当な理由なく応じず、不出頭を繰り返したことから、罪証隠滅及び逃亡のおそれが高まったとして、同年4月12日、被告人は逮捕され、同日起訴された。被告人を勾留した原裁判は、逮捕中求令状に対し、刑訴法60条1項3号の事由を認めた。

名古屋地裁は、先の勾留請求却下の判断後の事情変更について、「検察官は、その後の事情の変化として、被告人が弁護人の立会いがない限り取調べには応じない旨を述べ、捜査機関からの呼出しに対して正当な理由なく応じず、不出頭を繰り返していることを指摘しているが、被告人が公判期日に出頭する意思を明確にしていることなども考慮すると、このような事情をもって、逃亡のおそれ、すなわち被告人について召喚も勾引もできなくなるおそれが高まったということもできない。」として、勾留を認めた原審を取り消した。

- ② 被疑者が取調べへの弁護人の立会いを条件として警察の出頭要請に応じなかったことが、罪証隠滅や逃亡のおそれの徴表であると評価することはできないとした事例

平成30年9月8日 大阪地方裁判所決定

被疑者は、不正競争防止法違反の被疑事実で逮捕、勾留請求されたが、平成30年4月22日に勾留請求が却下され、その準抗告審において、被疑者が実効的な罪証隠滅行為に及ぶ余地がそれほど大きくないこと、及び、被疑者に

前科前歴がないことや被疑者の身上等を考慮すれば、逃亡のおそれの程度も高くはないとして、準抗告が棄却された。

被疑者は、その勾留請求に係る勾留質問の際、捜査機関からの出頭要請には応じる旨約束し、それも含めて勾留の必要性はないと判断されたが、その後、4回にわたり警察官の取り調べに応じたものの、それ以降は、弁護人を通じて今後は任意の取調べには応じない、黙秘意思の確認のため弁護人立会い及び時間限定の上での協議には応じる旨の通知書を送付し、出頭要請に応じなかった。

そのため、検察官は、被疑者が警察の出頭要請に応じないことなどを根拠として、再度の勾留請求をしたが、勾留請求が却下されたため、準抗告したのが本件である。

検察官の準抗告に対し、大阪地裁は、「確かに、被疑者の取調べに弁護人の立会権はないとの見解に立つ捜査機関からすれば、被疑者が捜査機関への出頭要請に応じる旨約束しておきながら、弁護人の立会いを条件として出頭に応じる意向を示したことを、出頭拒否の意思の現れと捉え、罪証隠滅等のおそれを高めるものとするのもやむを得ない面がないではない。しかしながら、平成30年6月に取調べに応じた際に黙秘権を侵害するような取調べがされたとの弁護人の主張に照らせば、被疑者がその後の出頭要請に応じなかったことが、上記の約束に反した不誠実なものとはまではいえず、被疑者なりの理由があることになる。」として、準抗告を棄却した。

③録音録画された捜査段階での取調べにおける被告人の供述に関する記録媒体について、証拠採用されなかった事例

平成28年8月10日 東京高等裁判所判決

被告人は、強盗殺人事件（他、窃盗、覚せい剤取締法違反、傷害でも起訴）で逮捕、勾留されたが、勾留中は黙秘を続け、起訴後、自ら申し出て検察官の任意取調べを受け、一部自白をし、自白調書が作成された。当該取調

べの様子は、録音録画記録媒体に録取された。

公判前整理手続では、検察官は、上記自白調書及び録音録画記録媒体の証拠調べを請求したが、被告人は、否認に転じ、弁護人は、上記いずれの証拠も不同意とし、必要性なしとの意見を述べた。両証拠については、採否留保のまま公判前整理手続きが終了した。

公判において、検察官は、上記録音録画記録媒体について「被告人が供述した内容そのものを実質証拠として、かつ、その供述態度をみてもらうことにより、その供述の信用性を判断してもらうため」として、証拠調べを請求したが、第1審裁判所はこれを却下し、結論として、被告人の公判供述は全面的に信用できないとするようなものではないとして、強盗殺人の成立を否定し、窃盗の範囲で有罪とした。

検察官は、控訴趣意書において、上記録音録画記録媒体の証拠調べ却下決定には証拠の採否に関する裁量を逸脱した法令違反があったとしたが、東京高裁は、第1審の却下決定を合理的であると判断した。その理由の一つとして、次のように示した。

「本件で問題となるのは捜査機関の管理下で行われた取調べにおける被告人の供述であるから、供述態度による信用性の判断は更に困難と考えられる。すなわち、公判廷における被告人質問は、法廷という公開の場で、裁判体の面前において、弁護人も同席する中で、交互質問という手順を踏んで行われるもので、証人尋問の場合と同様に、裁判体は、被告人の供述態度を単に受け身で見るとはならず、必要に応じ、随時、自ら問いを発して答えを得ることもできる。供述証拠について公判期日における供述によるのを原則とするのは、以上のような条件が公判廷における供述には備わっているからであると考えられるし、そのような環境で、裁判体の面前で行われる供述であるからこそ、供述内容に加え、供述態度が信用性の判断指標となっているものといえる。ところが、捜査機関の管理下において、弁護人の同席もない環境で行われる被疑者等の取調べでは、以上のような条件は備わっていないのであり、その際の供述態度を受動的に見ることにより、直観的で主観的な

判断に陥る危険性は、公判供述の場合より大きなものがあると思われる。」

なお、高裁は、事件自体については、第1審には事実誤認があるとして、破棄し、再度裁判員による審理を経ることが相当であるとして原裁判所に差し戻した。

(3) 上記裁判例についての検討

裁判例①、②ともに、取調べへの弁護人の立会いを求めて出頭を拒否することが、逃亡のおそれの徴表とはならないとした点で、前記平成20年と同趣旨であるといえる。

裁判例①の判断からも垣間見られる捜査機関側の意識は、前記平成9年頃の考えと変わらず、取調べへの弁護人の立会いを求めて出頭要請を拒否することは、「正当な理由なく応じず、不出頭を繰り返している」というものである。弁護人の立会い要求は、出頭を拒む正当な理由とはなり得ないということである。これに対し、裁判所は、そのような出頭拒否をもって逃亡のおそれありと見ることはできないと判断しており、取調べへ弁護人の立会いを要求することが、出頭を拒む正当な理由となることを含んでいるといえる。

裁判例②も同様の結論を採っており、弁護人の立会いを求めて出頭を拒否することが逃亡のおそれの徴表とならないことを確認したものと評価できる。もっとも、当該事件の弁護人は、裁判所が「確かに、被疑者の取り調べに弁護人の立会権はないとの見解に立つ捜査機関からすれば、被疑者が捜査機関への出頭要請に応じる旨約束しておきながら、弁護人の立会いを条件として出頭に応じる意向を示したことを、出頭拒否の意思の現れと捉え、罪証隠滅等のおそれを高めるものと考えのもやむを得ない面がないではない。」としたことに対し、「担当裁判官には、弁護人の立会いの意義や執拗な出頭要請と取調べが黙秘権侵害になるという観点は全くもって欠けていると思わざるをえなかった。」³²⁾と述べている。確かに、一方当事者たる検察官に対す

32) 秋田真志・高橋早苗「黙秘・弁護人立会いを求めての不出頭と身体拘束」季刊刑事弁護101号(2020年)112頁。

る配慮をのぞかせる裁判官に対し、そのような反感を覚えることは理解できる。そうであるとしても、前記平成20年名古屋地裁決定、平成28年名古屋地裁決定が示した裁判所の態度を更に強固なものとしており、裁判所の意識が取調べへの弁護人立会いを肯定する方向へと向いていることが明らかになったといえるのではなかろうか。

もっとも、平成28年改正によって、取調べの録音録画制度が導入されたことにより、立会いの機能は、取調べの録音録画によって代替できるのではないとも考えられる。弁護人の立会いの目的は、被疑者の実質的な黙秘権保障と弁護権保障である。捜査機関によって適法な取調べが実施されることを監視し、さらに、取調べの場で被疑者に助言をし、時には捜査官に対して異議や意見を述べることにより、被疑者の黙秘権の実質的保障が図られ、また、最も弁護人による助言と介入が必要な場面において、現実的に弁護権保障の恩恵を受けることが可能となる。黙秘権保障という観点から見ると、被疑者が身柄拘束されている場合、録音録画の対象事件であれば、事後的に供述課程や供述内容の詳細な検討が可能となることで、取調室の密室性は解消され、黙秘権侵害のおそれのある取調べ方法に対し、相当の抑止力を及ぼすことが可能となるため、立会いによって実現しようとするところの監視機能はある程度はカバーができるように思われる。しかし、被疑者側から見れば、録音録画がされているだけで密室であることに変わりはなく、実際に黙秘権を行使すべきか、黙秘権を行使した場合の法的効果や手続きの帰趨等が不明な状況で、真に黙秘権を効果的に放棄したといえるか疑問である。弁護人から、法的知識を伴うアドバイスを受けて、初めて効果的に黙秘権を行使しうるし、放棄しうるといえる。そうすると、やはり黙秘権の実質的保障という観点からしても、取調べの可視化が実現されてもなお、弁護人の立会いの必要性は消えていない。

また、取調べの可視化によって、事後的な監視は可能であるとしても、リアルタイムで助言、介入を受けることは不可能であり、やはり取調べの可視

化によって立会いが不要となったとはいえない。³³⁾そして、そのようなリアルタイムでの助言・介入を受けることで、有効な弁護を受ける権利を享受できるのであり、弁護権の実質的保障という観点からは、録音録画による事後的な検証ではなく、取調べへの立会いが必要なのである。

その点を示唆する裁判例が③の東京高裁判決である。③では、供述証拠について公判期日における供述によるのを原則とするのは、公判廷においてする被告人質問は、裁判体の面前でかつ弁護人が同席する中で内容を吟味できるという条件が備わっているからであり、これとは異なり、捜査機関の管理下における取調べは、「弁護人の同席もない環境で行われる」ものであり、公判廷と同様の条件は満たされておらず、信用性の判断は更に困難であるとしている。これはすなわち、弁護人の立会いのない取調べによる供述の信用性を劣位に見るものであり、裁判所が弁護人の立会いを伴う被疑者の供述録取について否定的ではないことを示唆している。弁護士の同席がない取調べによって採取された供述について、信用性が低下すると判断したことは、立会権を推し進める上で、追い風になることは間違いない。

現役裁判官である半田靖史裁判官も、取調受忍義務論の見直しを含め、弁護人の立会権に対して肯定的な意見を示している。³⁴⁾半田裁判官は、取調べ受忍義務について、公判廷における黙秘権行使について「被告人が明確に黙秘権を行使する意思を表示しているにもかかわらず、延々と質問を続けるなどということはそれ自体被告人の黙秘権の行使を危うくするものであり疑問を感じざるを得ない。」³⁵⁾と述べた裁判例に言及した上で、「黙秘権行使を表明した被告人に対し、公開かつ弁護人同席の公判廷で質問を繰り返すことが黙秘権の行使を危うくするというのに、非公開かつ弁護人不在の取調室で質問を繰り返すことは黙秘権に関わらないのであろうか。」との疑問を呈して

33) 三島・小坂井前掲注10) 61頁。

34) 半田靖史「被疑者及び参考人の取調べ 裁判の立場から」『刑事手続の新展開(上)』(2017年) 341頁以下。

35) 札幌高判平成14年3月19日(判タ1095号287頁)。

いる。また、取調べの可視化が現実のものとなった点を踏まえ、「従来、取調べ受忍義務は黙秘権を侵害しないという見解は観念的な空論であると批判されてきたが、いよいよ裁判官は現実を直視した上での決断を迫られることになる。」と述べている。さらに、検察官側の、黙秘権侵害につながると言われていた従来の被疑者取調べは大きく変容したこと及び接見交通も従来に比べ格段に広範囲で充実した形で実施されていること等を理由とした「弁護人の被疑者取調べ立会権を必要とするような立法事実はあるか」というと、…その必要性も見出し難い。」との主張³⁶⁾に対し、前者の理由に対しては、「検察の在り方検討会議や新時代の刑事司法制度特別部会が設けられた契機となった厚労省局長無罪事件等のごく最近の出来事であり、取調べが改善されたというには時期尚早である」こと、後者の理由については、「接見交通が拡充したとはいえ、現実にはその援助機能は限定的である」こと等を挙げ、「当面は録音・録画の拡充が現実的であるが、録音・録画によって代替できない機能もあり、弁護人立会権の立法事実がないとはいえないと思う。」としている。前記石井元裁判官の意見とは全く趣旨を異にするものである。

このような裁判所、裁判官の意識の変容に呼応してか、法務・検察行政刷新会議³⁷⁾において、法務省側は「検察官による被疑者の取調べに弁護人の立会いを認めるかどうかは、その取調べを行う検察官において、(中略)、個別の事案ごとに適切に判断すべきものと承知しております。」として、立会権³⁸⁾の要求が認められることを前提とする立場に立つことを表明している。同会議では、被疑者取調べへの弁護人立会いを制度として我が国に導入するこ

36) 半田・前掲注35) 301頁。

37) 令和2年7月から同年12月にかけて開催された会議で、「元東京高等検察庁検事長が、報道関係者と賭け麻雀を行っていたことにより処分を受けて辞職したことなどによって損なわれた法務・検察に対する国内外の信頼を回復するとともに、被告人の海外逃亡等を契機として我が国の刑事司法の在り方が国際的に議論の対象となったことなども踏まえ、現下の法務・検察行政の問題点と課題を洗い出した上で、幅広い観点から新たな法務・検察行政の在り方を検討されたいという森まさこ前法務大臣の委嘱を受けて開催(法務・検察行政刷新会議報告書より抜粋)」されたものである。

38) 法務・検察行政刷新会議(第6回)議事録。

とについて、及び検察の運用により弁護人立会いを試行すること等について、積極意見と消極意見が取りまとめられたが、同会議として立会権に関する積極的な提言を行うことは見送られ、詳細な議論は先送りとなった。今後、議論が活発化することが期待される。

5 おわりに

以上見てきたように、裁判所は当初、取調べへの弁護人立会い要求を理由とする出頭拒否を、正当な理由のある拒否と捉えず、「逃亡のおそれ」を認めるかたちで立会権を否定的に理解していたといえるが、刑事司法制度改革を経る中で、弁護人立会い要求を理由として出頭拒否した場合に「逃亡のおそれ」が認められないと判断することで、立会権に対する態度を軟化させてきたといえる。そしてその方向性は、平成30年の大阪地裁決定によってかたまっていたといえる。

そして、平成28年の刑事訴訟法改正によって、取調べの録音録画が明文化されたことによって、弁護人立会いについての議論が下火になることも懸念されたが、上記平成28年東京高裁判決において「捜査機関の管理下において、弁護人の同席もない環境で行われる被疑者等の取調べ」によって得られた供述の信用性判断が困難とされたこと等により再加熱し、³⁹⁾ 弁護士らによる熱い議論がなされている。

同じく平成28年の法改正で盛り込まれた日本版司法取引制度と言われる合意制度の導入も、取調べへの弁護人立会いを積極的に推し進める一つのきっかけとなりうると考えられる。すなわち、合意制度が適用される場合、その協議の場面には弁護人の立会いが必要的となる（刑訴法350条の3、同4）。合意制度は、被疑者が捜査機関に他人事件に関する情報提供等をする見返りに、種々の刑事手続き上の恩恵を受けられるものであり、法的専門家の高度

39) 川崎拓也「取調べへの弁護人立会いの到達点と展望」石田倫哉他『刑事法学と刑事弁護の協働と展望』（2020年）261頁等。

な知識が必要であるとともに、被疑者の刑事上の処分に関わる重要な局面であるから、弁護人の関与が必要的とされるのである。当該協議は、取調べそのものではないが、内容は捜査機関による被疑者への聴取であり、実質的には取調べと共通している。協議において弁護人の関与が必要とされる根拠は、そのまま通常の被疑者取調べ時にも当てはまる。合意制度の弁護人関与は、「取調べへの弁護人立会いと明らかに『通底』している⁴⁰⁾」といえる。

わが国と同様に、取調べへの弁護人立会権を認めていない中国においても、中国版司法取引制度である「認罪認罰従寛制度」の導入により、同制度が適用されない事件においても、取調べへの立会権を認める必要性があるとして、両者を関連付けて研究するものが少なくない。それをきっかけとして、立会権に関する議論が再加熱している⁴¹⁾のである。中国では、1996年、2012年、2018年と刑事訴訟法が改正され、いずれも刑事弁護制度にとって重要な改正が行われた。そのような弁護制度の発展の中で、当然に取調べへの弁護人立会権についても議論がなされ、2002年から2004年にかけては、法学者の主導により、被疑者取調べへの弁護人立会いの試行がされており、捜査機関からは肯定的な意見も出ていた⁴²⁾。その後、2012年の法改正で取調べの録音録画制度が導入されたことにより、一旦、立会権に関する議論は下火になったものの、2018年の法改正により、中国版司法取引制度が導入され、弁護人の関与が重要視されたことをもって、再度取調べ全体への立会権が活発に議論されるに至ったようである。

今後の研究課題としては、中国における立会権に関する議論を見守りながら、日本法にとって参考となる点はないか探っていきたい。

40) 小坂井久・中西祐一「可視化法の法理と『取調べ観』の転換（主に弁護人立会について）（下）」判例時報2397号（2019年）126頁。

41) 張英哲「再谈律师在场权－以我国值班律师为切入点」太原城市职业技术学院学报（2019年）190頁。

42) 顾永忠「关于建立侦查讯问中律师在场制度的尝试与思考」现代法学第27卷第5期（2005年）66頁。

報 告

「2021年度 創価大学法科大学院
教員研究活動報告会」

FD 委員長 花房 博文

本研究会は、教員相互の研究活動の活性化と共有を図る趣旨で開催致します。

報告担当の先生は、現在、取り組んでいらっしゃる研究内容について、

1) 問題点の所在, 2) 実務や学説等の状況, 3) 考察・提言, 4) 進捗状況・発表予定等について、報告時間45分 (+ 質疑応答時間15分) 程度の予定でご報告をお願い致します。

また、当日のレジュメは各報告担当の先生でご準備をお願い申し上げます。

2021年度からは、研究活動の一層の活性化をめざして、報告時間が少ない点を改善し、より多くの教員の研究報告ができるように、四半期に一度、報告者2～3名のペースで「研究活動報告会」を開催していく予定です。

報告者の研究概要の報告を通じて、相互に他の研究者の研究領域に関心を広げ、研究活動面においても一層の連携を深めることができましたら幸いかと存じます。ご多忙中とは存じますが、奮ってご参加、ご議論、ご指導のほど宜しくお願い申し上げます。

第1回

日時・場所

2021年9月6日(月) 午後16:00～19:00

(研究科委員会終了後に ZOOM で研究会を開催)

報告

- 1 「精神障害による自殺について保険会社の自殺免責が認められなかった事例

—東京地判令和2年7月10日(判例集未掲 LEX/DB 25585746)—

(同研究は、「保険事例研究会レポート」公益社団法人生命保険文化センター、2021年9月、344号1頁以下に掲載。)

黒木 松男 教授

- 2 「冒頭規定説・貸借型理論と非典型契約の要件事実」

(同研究は本誌29頁以下を参照。)

田村 伸子 教授

- 3 「インターネット上の名誉毀損に関するアメリカ法の変化—McKee 対 Cosby 事件を中心に—」

(同報告レジュメは本誌115頁以下を参照。)

土平 英俊 准教授

第2回

日時・場所

2022年1月7日(金) 午後18:00～21:00

(研究科委員会終了後に ZOOM で研究会を開催)

報 告

- 1 「同性婚カップルを里親と認めない里子斡旋団体の信教の自由
— Fulton v. City of Philadelphia, 141 S. Ct. 1868 (2021) —」
(同研究は、早稲田大学比較法研究所「比較法学」56巻1号(2022年6月)に掲載予定。)

神尾 将紀 准教授

- 2 「取調べへの弁護人立会い権を巡る裁判所の意識の変化」
(同研究は本誌83頁参照。)

岡本 梢 准教授

第3回

日時・場所

2022年1月21日(金) 午後16:30～18:30

(ZOOMで研究会を開催)

- 1 「詐欺罪における『重要事項性』に関する考察」
(同研究は本誌53頁以下を参照。)

佐瀬 恵子 准教授

- 2 「表現者の主観的態様等と表現の拡散範囲による名誉毀損成否の判断方法」
(同報告レジュメは本誌127頁以下を参照。)

土平 英俊 准教授

研究報告

インターネット上の名誉毀損の要件に関する
アメリカ法の変化
—McKee 対 Cosby 事件を中心に—

土 平 英 俊

I 名誉毀損の要件（インターネット登場前）

1 NY タイムス事件前

(1) 名誉毀損の種類—ライベル (libel) とスランダー (slander)

ライベル 文書による名誉毀損／永続性のある方法での公表による名誉毀損

スランダー 口頭による名誉毀損／一時的な方法での公表による名誉毀損

(2) 名誉毀損の責任を発生させるためには、①被告（名誉毀損の加害者）による第三者への公表（発表）、②それが原告の名誉を毀損すること、③虚偽の事項であること、が必要。④損害について、ライベルについては損害が推定されるが、スランダーについては特別損害の立証が必要。

(3) ③虚偽であることは推定されるので、結局、ライベルにおいては、原告（名誉毀損の被害者）は、被告による名誉毀損的表現の公表（①②）を証明すれば足りる。¹⁾

1) DAN B. DOBBS, HORNBOOK ON TORTS 938 (2d ed. 2016)

被告がある表現を第三者に公表することに過失があり、それが相手の名誉を毀損すると合理的に理解された場合には、責任を負うという趣旨のもの。つまり、発言の虚偽性と名誉毀損性に関して、厳格な責任 (The strict liability)²⁾ または「過失のない責任」を負わせるものであった。

(4) もともと、事実が真実であること (真実性) は抗弁とはならないとされていたが (「真実が大きければ大きいほど名誉毀損も大きい」 The greater the truth, the greater the libel.)、ゼンガー事件 (1735年) を機に、真実性を抗弁として主張することが認められる方向になり、現在では、事実の真実性は名誉毀損の完全な免責事由とされている (正当な理由なく、あるいは最悪の動機で事実を公表したことや、その時点で事実であると信じていなかったことさえも重要ではない。但し、真実の記述に対してはプライバシー侵害訴訟はあり得る)⁴⁾。事実の真実性は、被告 (加害者)⁵⁾ の抗弁である。

(5) 1791年に憲法修正1条 (表現の自由、報道の自由) が追加。もともと、連邦最高裁は、修正1条に基づいてメディアを名誉毀損訴訟から保護することをしなかつた。また、名誉毀損に関する法律は州ごとに異なり、全国で統一されたルールは存在しなかつた。

2 NY タイムズ事件及びそれ以降の連邦最高裁判決

上記 (1)(2)(4) の部分は基本的には同じだが、(3) に関して、真実性・虚偽性についての加害者の認識の要件について、変化が生じる。

(1) 現実の悪意の法理—NY タイムズ事件⁶⁾

公職者 (public officials) の職務行為に関する名誉毀損に関して、憲法修正1条の保護が及ぶので、公職者たる被害者 (原告) において、加害者 (被告) の「現実の悪意」 (actual malice) を立証する必要がある、と判断される (現実の悪

2) Restatement (Second) of Torts § 580B comment b

3) Developments in the Law Defamation, 69 Harv. L. Rev. 932 (1956)

4) The developments in the law defamation 69 Harv. L. Rev. 883 (1956)

5) WILLIAM L. PROSSER, PROSSER & KEETON ON TORTS 840 (5th ed.1984)

6) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

意の法理)。現実の悪意とは、摘示した事実の虚偽性についての悪意・無謀なまでの不注意 (with knowledge of their falsity or with reckless disregard for whether or not they were true) を意味する。

(2) 現実の悪意の法理の拡大

現実の悪意の法理が、他の事件類型に拡大していく。

ア バッツ事件⁷⁾—現実の悪意の法理を「公的人物」(public figure) に拡張したと解されるようになる。

イ タイム社対ヒル事件⁸⁾、ローゼンブルーム事件⁹⁾—現実の悪意の法理を、「公的関心」(public concern) に拡張。

ウ ガーツ事件¹⁰⁾—名誉を毀損されたとされる人物が公務員や公的人物でない場合、ニューヨーク・タイムズ紙の事件で設定された基準はこの事件には適用されない。

公的人物を、all purpose public figures と limited purpose public figures に区分。前者—広範な名声や悪名を得たためにすべての目的や状況に於いて公的人物とされる者。後者—自発的に特定の公的論争に参加したために限定的な争点につき公的人物とされる者。前者は現実の悪意の基準がすべての事件において適用になるが、後者は、限定的な争点に限って、現実の悪意の法理が適用になる。

州が裁量で「適切な責任基準」を定めることができる(但し、少なくとも過失(fault)の立証を必要とするものでなければならない。つまり無過失責任(コモンローの厳格責任(The strict liability))は違憲となる。

エ ダン&ブラッドストリート対グリーンモス・ビルダーズ事件¹¹⁾—問題となった名誉毀損が公的関心事に関わるものでない場合、「現実の悪意」の証明なくして損害の推定と懲罰的損害賠償を認め得ると判示。

7) Curtis publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967)

8) Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U.S. 29 (1971)

9) Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967)

10) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)

11) Dan & Bradstreet, INC. v. Greenmoss Builders, 472 U.S. 749 (1985)

オ ハスラーマガジン対ファーウェル事件¹²⁾—公的人物や公務員への批判は、常に理路整然として節度あるものというわけにはいかず、激烈、辛辣で、時折不愉快かつ激しい攻撃の対象とされることになる。決して立派とはいえない動機に基づく行動も、修正1条によって保護されている、としてNYタイムズ事件を再確認。

(3) 整理（原告に必要とされる立証事項）

- ① 原告が公務員・公的人物の場合や、名誉毀損が公共の関心事に触れている場合¹³⁾
原告（被害者）の立証責任：①表現が虚偽であること、
②被告に現実的悪意があったこと
- ② 原告が私人で、公的関心事に関する表現の場合
現実的損害に対する賠償を受けるには、①表現が虚偽であること、
②被告に過失があったこと
推定的損害に対する賠償や懲罰的賠償を受けるには、
①表現が虚偽であること
②被告の現実的悪意
- ③ 私的事項に関する表現の場合（公務員、公的人物、私人）
事実が虚偽であること、公表内容の名誉毀損性について被告に過失があること（州法による）¹⁴⁾

II インターネット登場後

- これまでの判例法理がインターネットでの名誉毀損にどう妥当するか
- OBSIDIAN FINANCE GROUP, LLC 対 CRYSTAL COX 事件¹⁵⁾ (2014年1

12) Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)

13) DOBBS, HAYDEN, BUBLICK, THE LAW OF TORTS § 533 (2d ed. 2011)

14) Restatement (Second) of Torts § 580B

15) Obsidian Finance Group, LLC v. Crystal Cox, 812 F. Supp.2d 1220 (D.C. 2011)

月17日第9巡回裁判所判決)

被告 (Cox) は、Obsidian (財務的に困難な状況にある企業にアドバイスを提供する企業) が税金詐欺を行い、マネーロンダリングをしたとする文章をインターネット上 (ブログ) に複数投稿した。

原告は、ガーツ事件の基準は、基幹メディアを被告とする事件に限定される、本件では被告の現実的悪意の立証を要することなく損害賠償が受けられるべきだ、と主張。

裁判所は、ガーツ事件は、基幹メディアを被告とする事件に限定されないと判示し、伝統的なニュースメディアと同様にブログが修正1条の保護を受けられることを初めて認めた。

III 最近の議論

1 McKee 対 Cosby 事件¹⁶⁾

(1) 当事者

Katherine Mae McKee は、50年以上にわたりエンターテインメント業界で活躍しているパフォーマーであり女優である。

William H. Cosby, Jr は、「アメリカのお父さん」と呼ばれる国際的に有名なコメディアンであり、エンターテイナーである。

マッキーは、ラスベガスでショーガールをしていた1964年頃に Cosby と出会った。1971年、マッキーは「ビル・Cosby・ショー」に女優として出演し、その後、1971年から1974年にかけて、Cosby 夫妻と何度か交流があった。

(2) 事実関係

2014年、他の20人以上の女性が、Cosby による性的暴行を公に告発し

16) 139 S. Ct. 675 (2019)

た。

2014年12月中旬、マッキーは、「ニューヨーク・デイリーニュース」の記者であるナンシー・ディロンからインタビューを受けた。マッキーによれば、1974年、コスビーはマッキーを、パーティーに出かける前にミシガン州デトロイトのホテルの部屋で会おうと誘い、マッキーが到着してホテルの部屋に入った直後、コスビーは彼女を強引にレイプした、と言う。2014年12月22日、マッキーが語ったレイプの内容を記述した記事を掲載した。

同日、被告は弁護士のマーティン・シンガーを介して、デイリーニュースに記事を取り上げた6ページの手紙（以下「シンガー・レター」または「レター」という）を書き、デイリー・ニュース本社に電子メールで送信した。シンガー・レターは、デイリー・ニュースが、原告の信頼性を損なうとされる「容易に入手できる公開情報」を考慮しなかったとして新聞社を非難し、原告の主張を含む記事を撤回するよう要求する内容のものである。

マッキーによると、被告は（シンガーをして）同日、Hollywood Reporter や他のメディアにも手紙のコピーをリークした、と主張している。また、同日、シンガー・レターのさまざまな記述が、ウェブサイト「Daily Mail」、AP 通信社、スペイン語の定期刊行物「Reforma」など、世界中のニュース記事に掲載された。マッキーは、シンガー・レターに含まれる記述がインターネットで拡散され、急速かつ広範囲に広まったことによって、「数日、数週間、あるいは数ヶ月」で全国的に彼女の名誉が傷つけられたと主張し、「シンガー・レター」に記載された記述について、コスビーに対して名誉毀損を主張して本件訴訟を提起した。

(3) 争点

ア マッキー（原告）が、「限定目的」の公的人物となるか否か。

連邦地裁は、「コスビーがマッキーらに性的暴行を加えたとされることに関する公共の論争」に関してマッキーを限定的な目的を持った公的人物であると認定した。マッキーは、「私人が世間の注目を集めるような問題に関わったからといって、自動的に公的人物になるわけではない」と主張し、裁

判所の判断は誤りである、と主張している。

イ (マッキーが限定目的の公的人物になるとして)、被告に現実の悪意があったことの立証があるか。

(4) 控訴審の判断

控訴審は、NY タイムス事件判決・ガーツ事件判決を引用し、

- ・ 原告が公務員または公的人物である場合、その発言が「現実の悪意」、すなわち、「虚偽であることを知りながら、または虚偽であるか否かを無謀にも無視して」行われたことを証明できなければ、名誉毀損の発言に対する損害賠償を請求することはできない。
- ・ 個人が「特定の公的論争に自発的に参加したり、引き込まれたりすることで、限られた範囲の問題についての公的人物となる」場合には、「限定目的」の公的人物となる。
- ・ 「限定目的の公的人物」としての地位を得るかどうかは、名誉毀損とされる前に「公的な論争」の問題が存在していたかどうか、そして名誉毀損された個人が意図的にその論争の渦中に「自らを押し出した」かどうか、あるいは「その結果に影響を与えようとして公衆の注意を引きつけた」かどうかである。

と判示した。

そして本件については、

- ・ 数十年の沈黙を経て、2014年12月にマッキーがレイプ事件を報道機関に明かすことを決意したのは、「他の20人以上の女性がコスビーに対して性的暴行の告発を大々的に行った後」である。
- ・ マッキーは、記者とのインタビューを通じて、コスビーに対する自らのレイプ告発を意図的に公開することで、この論争の「最前線」に自らを「押し出し、その結果に影響を与えよう」とした。
- ・ マッキーは意図的に名乗り出て、記者とのインタビューでコスビーのレイプを告発し、それによって世間の注目を集め、彼女の主張の信憑性を世間に吟味してもらうことに成功した。つまり、マッキーは、コス

ビーが実際に性犯罪者であるかどうかについて、世間の認識に影響を与えるような協調的な行動をとったのである。

と判示して、マッキーは限定的な目的を持った公的人物であると判断した。

その結果、「マッキーは、シンガー・レターに記載されている記述が虚偽性と名誉毀損のテストを満たしている限り、コスビーが虚偽であることを『知っていて』、またはその真実性もしくは虚偽性を『無謀にも無視して』そのような記述を行ったと、主張する義務がある」ところ、本件では、「そのような意図があったと結論付けられない」として、名誉毀損の成立を否定した。

(5) 最高裁

最高裁も、結論として控訴審の判決を是認したが、マッキーが限定目的の公的人物に分類されるべきではないと問題提起したことについて、トーマス裁判官が、「適切な場合には、裁判所がそもそもこの問題を問うことを要求している判例を再考すべきである」として、以下のような理由を挙げた。

- ・ NYタイムス判決とそれを拡張した裁判所の判決は、憲法学を装った政策的な決定であり、「現実の悪意」ルールが修正1条や修正14条（いかなる州も、合衆国市民の特権あるいは免除権を制限する法を作り、あるいは強制してはならない。また、法の適正手続き無しに個人の生命、自由あるいは財産を奪ってはならない。さらに、その司法権の範囲で個人に対する法の平等保護を否定してはならない。）の本来の理解に由来することを示唆する歴史的証拠はほとんどない。
- ・ 憲法修正1条と14条の本来の意味を検討すべきである。もし憲法が、州法の名誉毀損訴訟において、公的人物に対し現実の悪意基準を満たすことを要求していないのであれば、私たちもそうすべきではない。修正1条または14条のいずれかが、公的人物に対する現実の悪意の基準を包含しているかどうか、疑問視するにつき十分な理由がある。
- ・ NYタイムスとその後の判例で採用した憲法上の名誉毀損のルールは、コモンローのルールから大きく逸脱している。修正1条および14条

が制定された当時の名誉毀損のコモンローは、損害賠償を得る条件として、公的人物に対し何らかの高い責任基準を満たすことを要求していなかった。それどころか、コモンローでは、公的人物に対する名誉毀損は、どちらかといえば、通常の名誉毀損よりも深刻で有害であると考えられていた。これらのコモンローの保護は、個人の『『自分の評判を途切れることなく享受する』』という「中核的な私的権利」を保護するものであり、修正1条と14条が制定された背景となっていた。

- ・ 修正1条が名誉毀損のコモンローを廃止することを意図していたとしても、少なくとも、一般市民が名誉毀損者に対して意味のある救済を受けることができなくなる程度のものではない。

そして、「NYタイムス事件や、州の名誉毀損法を無効にする我々の憲法上の判決は、一部では人気があったと推測されるが、『しかし、これは法廷にとって救いの道ではない』（ガーツ事件反対意見を引用）。我々がこの分野に手を付け始めたのは、修正1条が制定されてから175年近く経った1964年のことであった。合衆国は、健全な公論を奨励することと、評判に対する被害への意味のある救済策を提供することの間で、許容できるバランスを取ることができる。我々は、この分野における私たちの法理を再考すべきである」と結論付けた。

2 McKee 対 Cosby 事件に対するコメント

GLENN HARLAN REYNOLDS, RETHINKING LIBEL FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY (Tennessee Law Review, Vol. 87, No. 465, 2020)

〔判例理論によれば〕誰か、特に有名な人のレイプを告発することで、人は自動的に公的人物となり、公的人物になることで、事実上、名誉毀損からの保護を受けることができなくなるのである。さらに悪いことに、Googleのおかげで、このような名誉毀損はほぼ永久的に続く。かつては、火曜日に書かれた中傷的な見出しは、木曜日までには魚包装用の新聞紙（fish-wrap：永続的な価値のない（魚の包装にしか使えないと考えられている））はかない印刷物特に新聞な

どの低品質な出版物のことを指す。)となっていたが、今では、中傷された人の名前が検索されるたびに思い起こされるように、永遠に残るのである」

「彼の主張は一理あり、近い将来、最高裁が名誉毀損の問題を再検討する可能性は高いと思われる」

(NY タイムス事件判決を覆さないまでも)「一つの可能性としては、『公的人物』 public figure の概念を排除し、サリバン判決の意見の『公務員』 public officials の文言に戻すことである。この方法であれば、原告への損害のほとんどを元に戻すことができ、また、メディアの批判を避けようとする公務員の陰謀に触発された当初の判決の理論的根拠も維持できる」

3 その他

- ・ 妄想や復讐心に駆られたソーシャル・メディア上の発言者が関与する場合には、「現実の悪意」を適用しないこととする見解

Lyrissa Barnett Lidskya, OF REASONABLE READERS AND UNREASONABLE SPEAKERS: LIBEL LAW IN A NETWORKED WORLD (Virginia Journal of Social Policy and the Law Spring, 2016)

- ・ プラットフォームの責任 (CDA 法230条「双方向コンピューター・サービスのプロバイダまたはユーザーは、他の情報コンテンツ・プロバイダにより提供された情報の公表者または発言者として扱われないものとする」の解釈の変容)

cf. プロバイダ責任制限法3条(日本)

「特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者(以下この項において「関係役務提供者」という。)は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、次の各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない(略)。

- 一 当該関係役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通に

よって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき。

- 二 当該関係役務提供者が、当該特定電気通信による情報の流通を知っていた場合であって、当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき。」

4 日本の最近の状況

SNS上の誹謗中傷に対する対応が検討されている。

- ①総務省 2020年8月7日「インターネット上の誹謗中傷への対応の在り方に関する緊急提言」取りまとめ、2020年9月「インターネット上の誹謗中傷への対応に関する政策パッケージ」

ユーザーに対する情報モラル、ICTリテラシー向上のための啓発活動
プラットフォーム事業者の自主的取り組みの支援
違法・有害情報相談センターの相談体制強化

- ②法務省 2020年6月～侮辱罪法定刑引き上げ議論、人権擁護機関における人権侵犯事件の受付→調査・プロバイダへの削除要請→2021年4月商事法務主催の「インターネット上の誹謗中傷をめぐる法的問題に関する有識者検討会」の立ち上げ

- ③プロバイダ責任制限法改正など

研究報告

私人間の名誉毀損事案における表現者の 主観的態様と表現の拡散範囲を中心とした 不法行為成否の判断枠組み

土 平 英 俊

I 問題の所在

- 1 名誉毀損の不法行為の成否に関する判例法理—真実性，真実相当性の法理（最判昭和41年6月23日。①公共に関する事実にかかること，②専ら公益を図る目的でしたこと，③摘示事実が真実であることもしくは真実と信じたことに相当の理由のあること，を立証することによる責任阻却）
 - もともとは表現者が新聞・雑誌等のマスコミである事案のもと生まれた考え方。表現の自由と名誉権との調整法理と捉えられ，基本的に事案類型（表現者が新聞・雑誌等のマスコミか，一般人か）に関わらず適用されているのが現状。
- 2 表現行為の多様化
 - インターネットの普及+情報発信のための場所（SNS等）・そのための装置（スマートフォン，タブレット等）の普及 → 一般人による名誉毀損行為の増加
 - 一般人の表現行為は，マスコミとは異なる特徴を有する（表現行為の多様化）

(1) マスコミの表現行為とは異なる特徴

①匿名性, ②拡散・永続性の多様化(ごく個人的な範囲でのみ公表する場合もあれば, マスコミ以上に拡散力が強い場合もある), ③容易性, ④目的の多様化(さしたる公益目的もなく投稿される場合もあれば, 逆にSNSなどでは揶揄・中傷などの加害目的をもって投稿される場合もある), ⑤表現に至る過程でのチェックの不存在など。

(2) 表現行為の多様化

ア 公共性・公益目的のない名誉毀損

例) 1 夫(原告)の所在地を見つけ出すために, 妻(被告)が「夫が重婚をしている」旨の事実をFacebook上に掲載した(東京地判平成25年10月28日判タ1419号331頁)

2 医師(原告)の診察を受けた患者(被告)が, 「診察中に太もも等を不必要に触られた」との事実をSNSのメッセージ機能を用いて知人医師に伝達した(鹿児島地判令和2年7月10日)

イ 意図的な名誉毀損(誤った正義感や確信犯的意思に基づくと思われるもの)

例) フリージャーナリストX(原告)がテレビ局の記者Aから性的暴行を受けたとして警察へ被害届を出すとともに, Aへの民事訴訟を提起したが, Aが嫌疑不十分で不起訴となった件(民事ではXの請求が認められた)に関連して, 元大学准教授Y(被告)がXについて, Twitterに, Xが「刑事裁判でレイプが認められなかったにもかかわらず, その後の民事裁判の結果をレイプを関連付けている」という投稿をしたり, 「X」という名前の人物が破産に至ったことを示す官報公告の画像を添付して, 「#性行為強要」などのハッシュタグを添えて「Xって偽名じゃねーか!」といった投稿をした(東京地判令和3年7月6日LLI判例番号L07640628。判決は「被告は, 原告の別件名誉毀損訴訟提起に反感を抱いていることを繰り返し表明した上で, 本件ツイートに及ん

だもので、原告に対する攻撃の一環であると認められる」などと判決したが、認容額は33万円にとどまっている（請求額は110万円）。投稿の削除請求は認容。なおYは、110万円の請求が33万円になったのだから自分の勝訴だ、という趣旨の投稿をしている）。

3 現在の判例法理をそのまま適用することの問題点

ア)のような事案における問題点

→ 判例法理によると「公共」性があり「公益」目的でなければ免責されない。

公共性がない場合や、「私益」を図る目的がある場合は免責されないが（不法行為が成立する）、事案としては免責すべき場合も存在する。

公益目的不存在であっても不法行為の成立を否定する判断枠組みが必要。

なお、上記東京地判平成25年は、「原告の社会的評価が低下するおそれがあることは否定できない…が不法行為を構成する程の違法性を有すると認めるのは相当でない」し、また、鹿児島地判令和2年7月10日は「事実摘示の目的が公益目的ではなかったとしても」違法性は阻却されるとした。

いずれも不法行為の成立は否定しているが（結論としては妥当）、「不法行為を構成するほどの違法性」の有無の判定は定型的ではないし、「公的目的でなかった」としても違法性が阻却される根拠もはっきりしない、という問題。

イ)のような事案における問題点…加害目的、拡散性を適切に考慮する要件の不存在

→ 公益目的があるとは言えないので、免責されず不法行為が成立する。したがって不法行為の「成否」というレベルでは判例法理の適用に問題はないようにも思える。

しかし、判例法理は、名誉毀損行為の目的を積極方向で要件化する

もの（つまり、公益目的が「あること」が要件〔抗弁〕）であり、消極方向の目的（つまり公益目的が「ないこと」、言い換えれば「加害目的（名誉を害する目的）がある」ことは要件ではない）を評価する判断枠組みではない。「加害目的」の存在を不法行為成立の「効果」面（損害賠償額の多寡、削除の可否、名誉回復処分の可否、差止めの可否等々）で適切に評価する枠組みにはなっておらず、その評価は専ら裁判官の裁量に拠っている。裁判官が適切に評価してくれば良いが、実際には賠償額は低い。

また、特に相当性の法理は過失行為を念頭に置いた法理であるが、名誉を害する目的でした行為はむしろ故意不法行為と言うべき事案であり、相当性の法理を適用することには理論的な問題もある。

加害目的がある場合にそれを適切に効果面に反映させる判断枠組みが必要。

⇒ア・イについて、アメリカ法を参考に要件・効果を検討。

※ 今回の報告は「ア」を中心に行います。

II アメリカ法における名誉毀損の類型と抗弁 (defense)

1 アメリカ法を検討する理由

- (1) 沿革的には、もともと日本の真実性立証による免責は「英米法の事実証明による免責の原則を採用した」（河原峻一郎「英米法における名誉棄損」法律時報29巻6号〔1957〕）ものと言われている。現行の判例法理（たとえば、意見論評による名誉毀損の違法性・責任阻却事由〔公正な論評の法理〕や、真実性立証の対象に関する重要部分論など）もアメリカ法の影響を受けたもの。
- (2) アメリカ法では名誉毀損行為に2つの類型があるとされており、この区別を応用することで上記ア・イの問題に対処できる可能性があると考え

えられる。この2つの類型は拡散範囲に着目した区別であるが、ドイツ法・フランス法にはこうした区別はない。

- (3) アメリカ法は、名誉毀損の不法行為成否の要件設定において主観的態様による区別をしている。

2 名誉毀損の類型，要件，効果

(1) 類型

- ・ 定義 他人の評判を傷つけ、社会的評価を低下させ、第三者がその人物と付き合ったり取引したりすることを躊躇させるような傾向がある場合、そのコミュニケーションは名誉毀損となる。
- ・ 名誉毀損に libel ライベルと slander スランダーの2種類があると理解されている。

	意義	効果
ライベル	書面による名誉毀損	特別損害（経済的または金銭的価値のあるものの喪失）の立証がなくとも一般的損害や名目的損害の賠償が認められる
スランダー	口頭による名誉毀損	一部の例外（犯罪を犯したとか、不貞行為を行ったなどの内容のスランダー）を除き、特別損害の発生を立証しなければ賠償が受けられない。

- ・ ライベル＝文書，スランダー＝口頭，という区別は歴史的経緯に基づく。
- ・ もともと（ローマ法→イギリス）は，
ライベル＝コミュニティ間の名誉毀損，
スランダー＝コミュニティ内の名誉毀損を意味するものと理解。
次第に，ライベル＝文書，スランダー＝口頭と理解されるようになる。
テレビ，ラジオ等の登場後の現代では，

ライベル＝永続性のある態様による名誉毀損、
スランダー＝一時的な態様による名誉毀損
と理解されている。

(2) 成立要件

- (a) 他人に関する（虚偽かつ）中傷的な記述
- (b) 第三者への（非特権的な）公開
- (c) 表現者に少なくとも過失 negligence に相当する落ち度があること。
- (d) 特別な損害に関わらず提訴可能なこと（ライベル、スランダーパーセの場合）、または表現により引き起こされた特別な損害の存在（スランダーの場合）。

(3) 効果

・ 損害賠償

名目的損害賠償

填補損害賠償

一般的損害賠償

 評判の低下に対する賠償

 精神的苦痛に対する賠償

特別損害賠償

懲罰的損害賠償

・ 取消， 宣言的判決

3 抗弁

次の3種に大別される。

ア) 真実 Truth

イ) 絶対的免責特権 Absolute Privileges

ウ) 条件付き（制限的）免責特権 Conditional Privileges (Qualified Privileges)

ア) は、日本の判例のような要件（公共性・公益目的）は問わない。

イ) は、①被害者の同意、②司法手続における名誉毀損（弁護士、当事者、証人、陪審員等の職務上の表現）、③議場での発言（議員、証人）、④夫婦間でなされた会話などにつき不法行為責任を否定するもの（「絶対的」とは、主観を問わない意味）。

ウ) は、表現が行われた特定の機会から生じる特権。名誉毀損表現が、

- ①公表者の利益の保護のためになされた場合、
- ②受信者または第三者の利益保護のためになされた場合、
- ③共通の利益のためになされた場合、
- ④家族を保護する状況下でなされた場合、
- ⑤公共の利益のために行動する可能性のある者へなされた場合

などに、一定の要件（※）のもと不法行為責任を否定するもの（Dobbs は、Qualified Privileges を、A) 公共的利益（public interest）の特権、B) 自己・第三者・共通利益特権、C) 公正な報告の特権、と分類している）。

※ 当該利益を保護する目的でしたこと、内容が虚偽であることを知っているかあるいは真実性を無謀にも無視してなした行為でないこと（真実であると信じる合理的な根拠を持っていること）、公表の範囲が限られた公衆の一部（a limited segment of the public）であって一般公衆（general public）へのものでないこと等。

①公表者の利益の保護のためになされた場合

例

- ・学生がタウンハウスに入居した後、隣人が学生の騒音について大学と家主に苦情を申し立てた。その後、学生が、隣人は学生の住居からの音を違法に録音して学生の権利を侵害した、と述べたため、隣人が名誉毀損と偽計によるプライバシー侵害で学生を提訴した。隣人の苦情に対応して、大学による懲罰、および隣人による迷惑行為の脅威から守るために発言がなされたとして免責。

要件

- (a) 公表者の十分に重要な利益に影響を与える情報がある場合で、かつ
- (b) 受信者が名誉毀損事項を知っていることが、利益の合法的な保護に役立つ場合。

②受信者または第三者の利益保護のためになされた場合の特権

例

- ・親が娘に対して、娘の交際相手について非難し、同人と結婚しないよう忠告した
- ・74万ドルを宅配便サービス会社から横領しようとしたという原告に関する情報を、原告の雇用主に伝える特権があるとされた例

要件

- (a) 受信者または第三者の十分に重要な利益に影響を与える内容で、かつ
- (b) 受信者が公表者において名誉毀損的な内容を公表する法的義務を負っている者であるか、または、その公表をすることが一般に認められた範囲内である者である場合に、
- (c) 一般的に認められた品位ある行動の基準を満たした公表である場合（自発的に行ったものではなく、要請に応じて行ったものであるとか、当事者の間に家族またはその他の関係が存在するなど）。

③共通の利益（common interest）のためになされた場合の例

例

- ・養父母がカルト教団の信者であるため養親として適切ではないとする、民間の養子縁組サービス会社のディレクターの発言－実母のカウンセラーおよびその子供の将来の保護者としての職務を推進するためになされたものであり特権を受けるとされた事例
- ・共同経営者間で、そのうちの1人が従業員を解雇したことやその解雇理由について述べること
- ・宗教団体、友愛団体、および慈善団体のメンバー間で、役員や会員

の資格や社会の活動への参加に関する中傷的な事柄，会員として継続することが望ましくないとされる他の会員の行為などについて述べること

要件

- (a) 特定の主題に共通の関心を持つ複数の人物の間で、
- (b) 共通の関心を持つ他の人物が知る権利のある情報があると正しくまたは合理的に信じる状況にある場合。

4 整理

- (1) ライベルとスランダー…名誉毀損行為を，拡散範囲の狭い類型と広い類型（あるいは，永続性の有無）とで分類する視点の存在。
- (2) 名誉の対立利益の多様性，多様な利益衡量
 - ・ 名誉の対立利益は，必ずしも典型的な「表現の自由」だけではない。司法手続，夫婦間のコミュニケーション，共通の企業や活動に従事する人々の間で関連する情報の自由な交換を促進する利益，子供の幸福を保護する利益等によっても，名誉毀損が正当化され得る。
 - 対立する利益が変われば，衡量の仕方も変わることを示している。
 - ・ 公共の利益に限定されない
- (3) ①名誉毀損行為の拡散範囲の広狭（ライベルかスランダーか），
②当該行為がなされた状況（制限的特権しか認められない状況下での表現か，絶対的特権が認められる状況下での表現か），
③公表する利益の有無，
④虚偽性の認識の有無，という4つの要素の組み合わせで不法行為の成否・損害を決している。

Ⅲ 日本法への応用

前記アのような事案で行為者を免責するための理論構成として、次のような判断枠組みを採用することはできないか。

当該行為によって人の社会的評価を低下させた場合であっても、①行為者において自己または第三者の利益を図る目的で、②限定的な範囲への公表を意図し、③実際に公表した範囲が限定的であった、という場合には、真实性・相当性の法理によらずとも行為者の不法行為責任を免責する。但し、④行為者が虚偽性について悪意重過失があったことを被害者において立証した場合にはこの限りではない。

1 検討

(1) 真实性・相当性の枠組みに近い

(2) 対立利益の異質性

- ・ 真实性・相当性の法理が守ろうとしていた被告の利益（名誉との対立利益）は典型的な表現の自由（最判昭和41年は衆議院選挙の候補者の適格を問う新聞報道の事案）。これに対し、先のアのような例で直接問題になっている被告の利益はそれとは異質（提訴に必要な前提情報を収集する利益、不法行為による損害の回復を求める利益など）。この場合に真实性・相当性の法理を用いることについて理論的な問題あり。

(3) 日本の裁判例も、表現の自由とは異なる利益と名誉が対立している場面においては、真实性・相当性の法理とは別の判断枠組みを用いてきた。

例) 労働行為における名誉毀損, 訴訟活動における名誉毀損

労働行為…「労働組合の情宣活動の自由は（中略）、時と場合により使用者の不正行為なり不誠実な態度を公然と非難、攻撃することも当然許され」、「ことさらに使用者の信用名誉を害する意図のみに発したり、単なる噂や臆測に基づくか、さらには虚偽の事実を捏造したりするような場合」に不法行為となり得る（大阪地判例昭和47年5月24日判例155号53頁など）。

訴訟活動…「訴訟における主張立証行為は、その中に、相手方やその代理人の名誉を毀損するような行為があったとしても、それが訴訟における正当な弁論活動と認められる限り、違法性を阻却されるものと解すべきであり、且つ、その正当と認められる範囲は、広い」とされ、「当初から相手方当事者の名誉を害する意図で、ことさら虚偽の事実又は当該事件と何ら関連性のない事実を主張する場合や、あるいは、そのような意図がなくとも、相応の根拠もないままに、訴訟遂行上の必要性を超えて、著しく不適切な表現内容、方法、態様で主張し、相手方の名誉を著しく害する場合」など、「それが保障される趣旨、目的、必要性に照らして社会的に許容されるべき範囲、程度を超えるものと認められるとき」に不法行為となり得る、とされる（大阪高判昭和60年2月26日判時1162号73頁など）。

- 名誉毀損行為者側の利益の内容によって適用ルールが異なってよいのでは。真实性相当性の法理はあくまで表現の自由と名誉の調整法理の1つに過ぎないのではないか。

(4) 名誉の周辺的人格的利益侵害の場合における裁判所の不法行為責任の判断方法

- ・ 名誉の周辺概念：プライバシー

裁判所は、プライバシー侵害が不法行為となるかをどのような枠組みで判断しているか？

- ①個別比較衡量基準を採用する場合（最判平成6年2月8日・ノン

フィクション逆転事件〔ノンフィクション作品〕, 最判平成15年3月14日・長良川事件〔週刊誌〕など)

②個別的比較衡量基準に拠らない場合(最判平成15年9月12日・早稲田大学江沢民後援会名簿提出事件)

- 必ずしも一定ではない。①と②とで異なる判断枠組みが採られている理由について、プライバシー概念の違いからの説明もあるが(①→私生活秘匿権, ②→情報コントロール権等), 対立利益の違いに基づくものともいえる(①→表現の自由, ②→警備の必要性)。

(5) 公共性, 公益目的要件の意味

- ・ 真実性・相当性の法理が公共性や公益目的を要件としている理由は?
 - 人の名誉を毀損しても一定の場合に免責されるのはなぜか。
 - その言論が公共のためにメリットがあるから。個人的な好奇心, 興味を満足させるだけの情報発信は名誉毀損を正当化できない。
 - では公共性のみを要件とすればよい(客観的正当化要素)とも思われるのになぜ目的(主観的正当化要素)まで必要なのか。
 - 当該名誉毀損行為が主観的正当化の必要のある程度の違法有責性を有している, ということが公益目的要件を課す前提となっているのではないか(最判昭和41年の事案は, 総選挙の候補者に「殺人の前科」がある旨を一般紙〔読売新聞〕朝刊社会面に掲載したという事案⇒被害者側にとってダメージが大きい事案)。
 - そうすると, 違法有責性の低い行為については「公益」を図る目的まで有していなくとも自己利益・第三者利益目的による免責も十分認めてよい。

(6) この種の事案における利益衡量

- ・ 問題の本質は、名誉とその対立利益をどう適切に調整するかという点にある。
- ・ [ア]のような事案における被告の利益の内容と要保護性

→ これら社会生活上の利益保護についてはそれなりの理由があり、拡散範囲が限定的である限りは不法行為責任からの解放を認めても不合理ではない（[ア]で紹介した裁判例はいずれも名誉毀損の不法行為責任を否定している）。

(7) 他の理論構成による解決の困難性、不確実性

他の理論構成一

- ①社会的評価の低下の判断（そもそも社会的評価が低下していないという判断）,
- ②正当防衛による違法性阻却,
- ③正当行為（刑法35条）による違法性阻却,
- ④「実質的違法性」概念の採用,
- ⑤公益目的不要説等

→ ①について…社会的評価の低下が否定できる事案であれば解決可能であるが、社会的評価の低下は認めざるを得ない場合には困難。

②について…加害行為が名誉毀損である場合（名誉毀損に対して名誉毀損で反撃した、いわゆる言論の応酬）について正当防衛的な判断をした最高裁判例として、最判昭和38年4月16日（日本医師会雑誌事件）あり。しかし、同最判は加害行為自体が名誉毀損の事案であって加害行為が名誉毀損行為でない場合に及ぶ判断かは不明。また同最判の「その他人が行った言動に対比して、その方法、内容において適当と認められる限度をこえない」かどうかの判断は定型的でない。さらに、名誉毀損行為者に向けた加害行為が存在しない場合や、加害行為があっても現在性があると言えるかに疑問がある場合に解決

が困難。

③について…業務としてなされたものでない場合に対応できるかという問題点（なお、現在の判例法理のもとでも、正当業務行為と見得べき行為による名誉毀損〔労働争議行為における名誉毀損、訴訟活動における名誉毀損など〕については、真实性・相当性の法理ではない、別の判断枠組みが用いられている）。

④について…この種の事案について「実質的違法性がない」として不法行為の成立を否定する裁判例が一定程度存在する。しかし判断基準として不明確との指摘がある。

⑤について…定着している判例法理との乖離が大きいのではないか。

2 結論

以上

執筆者紹介（掲載順）

大橋正春	元最高裁判所判事・弁護士
田村伸子	創価大学法科大学院教授・弁護士
佐瀬恵子	創価大学法科大学院准教授
岡本梢	創価大学法科大学院准教授・弁護士
花房博文	創価大学法科大学院教授・弁護士
土平英俊	創価大学法科大学院准教授・弁護士

創価ロージャーナル 第15号

2022年3月25日 発行

発行者 島田新一郎

編集代表 黒木松男

発行所 創価大学法科大学院

〒192-8577 東京都八王子市丹木町1-236

電話 (042) 669-9476

印刷所 株式会社 清水工房

〒192-0056 東京都八王子市追分町10-4-101

電話 (042) 620-2626

<https://www.simizukobo.com/>

vol.15
March
2022

SOKA

LAW JOURNAL

Lecture

My Legal Career as Attorney, Justice and Attorney Again

● Masaharu Ohashi

Articles

The Significance of the First Articles Each Contract in Determining Ultimate Facts

● Nobuko Tamura

Eine Überlegung über "die wichtige Sachen" beim Betrug

● Keiko Sase

Changes of the Court's Consciousness of Defense Counsel Presence in the Interrogation of Suspect

● Kozue Okamoto

Report

Staff's Research activity reporting session 2021

● Hirofumi Hanafusa

Briefing Session

Changes in U.S. Law Regarding the Requirements for the Tort of Defamation on the Internet

Hidetoshi Tsuchihira

A Framework for Judging Torts in Cases of Defamation between Private Individuals:

The Intent of the Publisher and the Scope of Publication

Hidetoshi Tsuchihira



Published by
Soka Law School
Tokyo, Japan