

桃山法学

第 43 号

論 文

北欧型憲法保障の理念と構造

——フィンランド・モデルを中心に—— ……………田 中 祥 貴 (1)

構造から見たデジタル・プラットフォーム提供者の責任

……………田 中 志津子 (65)

欠効未遂と所為動機の消滅：

ドイツ BGH 決定とスペイン最高裁判所判決を手がかりに

……………江 藤 隆 之 (125)

判 例 研 究

フランス企業法判例研究

フランス簡易株式発行会社の指揮者の理由なき解任

——破毀院商事部 2022 年 3 月 9 日判決——

……………小 西 みも恵 (155)

ウェブサイト閲覧者の同意を得ることなくその電子計算機において

マイニングを行わせるプログラムコードを保管した行為における

不正指令電磁的記録保管罪の成立要件

——最高裁令和 4 年 1 月 20 日判決を参考に

……………河 野 敏 也 (169)

2025 年 10 月



桃山学院大学総合研究所

北欧型憲法保障の理念と構造

——フィンランド・モデルを中心に——

田 中 祥 貴

1. はじめに
2. 憲法保障形成の史的経緯
 - (1) スウェーデン統治時代の歴史的経緯
 - (2) ロシア統治時代の大公国
 - (3) 新たな憲法的統制の形成過程
 - (4) 抑圧の時代とフィンランド独立
3. フィンランド憲法委員会
 - (1) 憲法委員会の組織
 - (2) 憲法委員会の審査
 - (3) 専門知の活用
 - (4) 憲法委員会の影響力
 - (5) 憲法裁判所としての憲法委員会
 - (6) 事例考察
 - (i) コロナ対策暫定規制法案
 - (ii) 移民の道具化に対する暫定措置法
4. 合法性の監督者と憲法委員会
 - (1) 法務長官と議会オンブズマン
 - (2) 法務長官による事前審査
 - (3) 法務長官と行政命令
5. フィンランドにおける司法審査
 - (1) 裁判所による事後審査
 - (2) 欧州人権条約と司法審査の端緒
 - (3) EU加盟と法秩序の再構成
 - (4) 憲法改正と司法審査の導入
 - (5) 司法審査の補完的機能
 - (6) 「明白な矛盾」要件と司法消極主義
 - (7) 司法審査の法的効果
6. 憲法委員会審査への評価
 - (1) 司法の政治化
 - (2) フィンランド・モデルの是非
 - (3) 憲法委員会の政治性
7. 結びに代えて

1. はじめに⁽¹⁾

近年、複数の国々において、権威主義の潮流が顕在化し、民主主義の漸進的な劣化と相関しつつ、「法の支配」もまた危機に晒される状況が看取される。⁽²⁾ 一方で、北欧諸国は、「法の支配」を効果的に堅持していると世界的に見做されており、実際、米国の非政府組織 World Justice Project (WJP) によると、「法の支配」ランキングの上位は北欧諸国によって独占⁽³⁾されている。かかる傾向の背景には、憲法保障をめぐる北欧諸国固有の制度構造と法文化が存在している。

通例、いずれの国家においても、憲法を国家の最高法規とする国法秩序を維持するために、違憲な下位法形式や権力行使を統制する制度枠組があらかじめ憲法の中に設けられている。一般的に、それらは憲法保障と呼称され、例えば、その一環として、憲法の最高法規性のほか、憲法尊重擁護義務、権力分立制、硬性憲法の技術などが挙げられるが、就中、重要視されるのは、違憲審査制度といえる。この点、違憲審査制度といえ、多くの人が、アメリカ型の司法裁判所を基軸とする付随的違憲審査か、ドイツ型の憲法裁判所を基軸とする抽象的違憲審査のいずれかを想起するだろう。しかし、世界を見渡したとき、我々は、もう一つの違憲審査の類型が存在することを知る。それが、北欧型の第3の違憲審査制度である。

北欧諸国には、議会の立法過程に特別な手続を設け、法案の違憲審査を

(1) 本稿は、筆者の先行業績「フィンランド憲法委員会と憲法保障への一考察」『もう一つの憲法学』（信山社、2025年）所収及び「フィンランドにおける憲法保障の諸相」『激動する世界と憲法学』（敬文堂、2025年）所収に対し、大幅な加筆・修正を加えるとともに、両者を統合的に再構成し、新たな研究視座を加えて執筆したものであることを、あらかじめ明記しておく。

(2) See V-Dem Institute, *Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot* (https://www.v-dem.net/documents/44/v-dem_dr2024_highres.pdf).

(3) このWJPは、政府権力の抑制、汚職の不在、開かれた政府、基本権の保障、秩序と安全、規制の執行、公正な民事裁判、公正な刑事裁判という8要素と44の副次要素によって、どの程度「法の支配 (rule of law)」が担保されているかを比較し、世界142カ国をランキングしている。<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>

担保する法制度が存する。若干の相違はあるものの、いずれの国も共通して、この種の立法手続を保有している。勿論、現在では北欧諸国においても、政府の関与なしに議会だけで法案を成立させることは困難であり、政府優位の立法過程という特徴は、他の先進国と軌を一にする。但し、政府法案に対する憲法的統制に関して、北欧諸国はなお独特の法制度を保持している。すなわち、議会に設置された常任委員会が、政府法案の憲法適合性を事前に審査するのである。当該審査手続について、フィンランド及びスウェーデンは憲法上で当該委員会を規定し、ノルウェー及びアイスランドは法律上で規定している。まさに、かかる制度枠組は、北欧における伝統的な法文化といえる。⁽⁴⁾

これら北欧諸国の中でも特に異彩を放っているのが、フィンランドである。フィンランドでは、憲法委員会（Constitutional Law Committee, Perustuslakivaliokunta）が中心となって、政府法案に対する包括的な憲法的統制を担保している。その他にも、フィンランドでは、法務長官（Chancellor of Justice, oikeuskansleri）、議会議長、共和国大統領等の公的機関が、立法過程で法案の憲法適合性をチェックする一定の権限を有しているが、憲法委員会の権限と比較すれば、かかる諸機関の権限は明らかに二次的なものに過ぎない。世界には、司法審査中心主義の潮流がある一方で、司法的統制ではなく政治的統制という手法で憲法保障を担保するフィンランド・モデルは、比較法的にも独特で非常に興味深い。このフィンランドにおける憲法委員会は、非常に権威のある機関であり、事実上、その意見書には「法源」としての特殊な地位まで与えられている。⁽⁵⁾ 憲法委員会は、政府法案の憲法適合性審査に専念し、非常に客観的かつ合理的で、政治的な文脈で動くことがなく、党議拘束のもとで政治的に稼働している他の議会委員会とは明確に区別される。

なお、フィンランドでは、近代以降、議会主義の伝統と相俟って、長年

(4) HELLE KRUNKKE, THE NORDIC CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE AND CONTEXTUAL STUDY, 56 (HART 2018).

(5) JAAKKO HUSA, THE CONSTITUTION OF FINLAND - A CONTEXTUAL ANALYSIS, 78-88 (HART 2011).

に亘り、司法審査制度が禁止されてきたが、2000年の憲法改正を契機に、現在では、フィンランドにも司法審査制度は存在する。かかる状況を所与のものとするれば、憲法保障の文脈で司法審査権を有する裁判所と憲法委員会との相克を如何に調整するのが重要な課題となる。大局的には、立憲主義と民主主義の原理的な調整問題へと帰着する。そこで本稿では、フィンランドの憲法委員会について、この特殊な制度枠組が創設された歴史的経緯、その他の憲法保障に関わる諸機関との関係性、そして多層的な憲法保障枠組を展開するフィンランド・モデルの有効性を考察し、そこから我が国の憲法保障のあり方にも一定の示唆を得ることを目的とするものである。

2. 憲法保障形成の史的経緯

現代における如何なる法制度も、経路依存性 (path dependence) という視点を欠くことは許されない。蓋し、およそ法制度は抽象的理念に基づいて設計され、その生成過程における歴史的な文脈、すなわち、当該制度が創設されるまでの歴史的経路の積層が、その制度の実体に色濃く反映されているものだからである。就中、フィンランド憲法委員会も、現行憲法制定に至るまでの史的経緯から多大な影響を受けており、その理解には史的経緯の考察が不可欠である。そこで、まず当該法制度が創設されるに至った過程を辿ることにより、フィンランドが、世界的潮流ともいえる司法審査制度ではなく、議会による政治的統制を憲法保障の枠組に組み込んできた背景を窺い知ることができる。

(1) スウェーデン統治時代の歴史的経路

そもそもフィンランドは、地政学的には、北欧の盟主スウェーデンと大ロシアに挟まれ、翻弄されてきた歴史を有する。まず、1200年頃から1809年に至る長期間、フィンランドはスウェーデン王国の支配下にあり、スウェーデン東部の一地方として統治されていた。その結果、フィンラン

ドの法文化は、スウェーデン法の影響を多分に受けて形成された経緯があり、その痕跡が現在も随所に看取される。例えば、議会オンブズマン制度及び法務長官制度等は、その典型例といえる。

スウェーデン王国自体は、1523年にデンマークから独立し、グスタフ1世（在位 1523-1560年）が世襲君主制により国家統治を開始した。その後、17世紀に入ると、身分制議会が国王に対して立法過程に参画する権能を承認させるに至る。正式には、1634年に統治章典（Form of Government）が初めての憲法的文書として採択されている。これによって、以後、君主権限は立憲的制約を受けることとなる。君主は、絶対的権力によって単独で統治を行える訳ではなく、彼の評議会（council）と協議する必要がある、かつ、課税事項に関しては身分制議会の助言を得る必要もあった。かかる立憲的統治の傾向は18世紀にも継続し、1719年統治章典では、君主権限はさらに制限され、君主は身分制議会の決定を遵守するよう求められた。まさに政治権力は、君主から身分制議会（貴族・聖職者・市民・農民）へと移行したのである。就中、カール12世が北方戦争で戦死する1718年からグスタフ3世が登場する1772年までの期間は、君主権限が大きく制限され、議会制が発展・拡大したことから、「自由の時代（Age of Liberty, frihetstiden）」⁽⁶⁾と呼称される。

しかし、その後、この政治形態は長続きはせず、18世紀後期には、憲法的後退の厳しい風に晒されることとなる。1772年、グスタフ3世のクーデターによって、身分制議会に対する君主権限が復権し、「自由の時代」が終焉を迎える。この時に制定された1772年憲法は啓蒙主義的理念を掲げていたものの、実際上は、強力な君主権限と弱い議会という状況をもたらし、政治的権力構造は大きな転換を遂げた。君主が直接国家統治を担い、増税や新法の制定といった場合にのみ、君主権限によって身分制議会が召集された。明らかに、これは身分制議会優位の「自由の時代」の終焉を意味していた。君主と身分制議会がともに、専制政治への回帰を承認したの

(6) See MICHAEL ROBERTS, *The AGE OF LIBERTY: SWEDEN 1719-1772* (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS 2003).

であった。当該憲法では、君主は、議会の同意なく、法律を制定したり廃止したりすることはできないが、しかし、実際には、君主は法律よりも低次の命令(decree)によって国家統治を遂行することが可能であり、事実上、議会の機能は有名無実化された。

さらに、1789年「統一・安全法(Union and Security Act)」の成立によって、君主は、身分制議会から貴族部門を孤立させ、統治権を一層強化した。すなわち、君主は、宣戦・講和権から立法発議権まで統治の全権を掌握し、君主権限はかつてないほどに強化された。これは言葉通りの専制政治を意味しており、従来の議会政治とは正面から対立する制度枠組といわざるを得なかった。その後、これらを不満とする貴族によって、グスタフ3世は暗殺されるに至る。他方で、1772年法及び1789年法に基づくスウェーデンの専制政治は、当時スウェーデン領であったフィンランドにおいても、当然、正式な支配体制として確立されていた。さらに、1809年以降のロシア統治時代においても、フィンランドでは独立を果たすまで当該統治章典が受容され続けた。そして1772年以降、保守的な立憲君主制を経験した経緯が、経路依存性という文脈で、その後のフィンランドの歴史的展開にも大きな影響を与えることとなる。⁽⁷⁾

(2) ロシア統治時代の大公国

スウェーデンとロシアによるフィンランド戦争(1808-1809年)の結果、フィンランドはロシア領に編入されることとなった。これをもって、ロシア皇帝を大公とする皇帝直轄の立憲君主制国家が誕生した。ところが、ロシア皇帝アレクサンドル1世(在位1801-1825年)は、この地をロシア法の適用範囲から除外し、高度な自治権を有する「フィンランド大公国(Grand Duchy of Finland, Suomen Suuriruhtinaskunta)」の地位を保障した。地域住民の懐柔を図るため、占領軍を常置させることもなかった。また、フィンランド大公国の君主はロシア皇帝であったが、その統治にあたっては皇

(7) Jaakko Husa, *Locking in Constitutionality Control in Finland*, European Constitutional Law Review, vol. 16, no. 2, 253-254 (2020).

帝の代理としてフィンランド総督が任命された。同時に、大公(ロシア皇帝)によって元老院(Senate)が設けられ、経済部(taloussasto)と司法部(oikeusasto)から構成された。経済部は、財務、軍事、教会の各委員会から成る事実上の内閣であり、他方で、司法部は、最高裁判所の役割を果たした。そして、事実上、この元老院がフィンランド大公国の統治を司ることとなる。

およそ600年間に及ぶスウェーデン支配が終焉を迎え、1809年以降、確かにフィンランドでは新たな憲法的再編が必要となった。それにも拘わらず、アレクサンドル1世による融和策の結果、実質上、殆ど制度面の変化が見られなかったことは興味深い。すなわち、アレクサンドル1世は、身分制議会の代表者たちをボルヴォーの地に召集し、自らによる統治の正当性を承認させるとともに、彼らに忠誠を誓わせた。そして、新たな君主は、スウェーデン時代の法制度を継承・維持することを承認したのである。これは君主と身分制議会が支配協定(dominion pact)を交わすという典型的中世スタイルといえる。ボルヴォー協定を通じて、旧スウェーデン領東部は、フィンランド大公国として生まれ変わり、アレクサンドル1世がその大公として即位した。もっとも、實際上、フィンランドはロシア帝国内の自治領に過ぎなかったが、フィンランドはボルヴォー協定に基づき既存の法制度によって統治されることとなった点には留意が必要である。幸いにして、18世紀からの時代遅れの憲法のお陰で、大きな変化を免れることができたのである。なぜなら、仮に、もっと進歩的な憲法であつたなら、ロシア皇帝はそれを絶対に容認しなかったと推察されるからである。⁽⁹⁾

そして、ロシア支配下でも、スウェーデンから継承された憲法的遺産は、フィンランド大公国内において重要視され続けた。特に1772年及び1789年の憲法的文書が重要とされたが、それはロシア皇帝が長期間に亘って身分制議会を開催しなかったことが一因である。事実、アレクサンドル2世

(8) MICHAEL BRANCH *et al.* (eds.), *FINLAND AND POLAND IN THE RUSSIAN EMPIRE: A COMPARATIVE STUDY*, 105 (SCHOOL OF SLAVONIC AND EAST EUROPEAN STUDIES 1995).

(9) J. Husa, *supra* note 7, at 260-261.

(在位 1855-1881 年) が新たな法制定の必要性から 1863 年に議會を召集し始めるまで、フィンランドでは実に 54 年間に亘って議會が開催されなかった。その間にも新たな法規範は生み出されたが、それらはいずれも皇帝の命令形式で実施された。結果として、従来の憲法秩序は変更されず、維持されることとなった。専制的な色彩を帯びたスウェーデン憲法の枠組がそのまま維持され、以後、ロシア皇帝の命令による支配構図が確立されたのである。すなわち、君主と支配国家こそ異なるものの、統治モデルとしては、グスタフ朝時代の支配構造(グスタビアン・モデル)が継続したのであった。この点、議會が召集されなかった事実が、「違憲」との評価を受けることはない。なぜなら、1789 年法においては、君主に身分制議會の召集権があり、かつ、当該身分制議會は君主が諮問した事項以外に審議権を有していなかったからである。漸く、1809 年以後、第 2 回目の議會が 1863 年に召集されるに至った。かかる議會が開催されなかった長い期間は「ステート・ナイト (state night)⁽¹⁰⁾」と呼称されるが、終に、この長きに亘る「ステート・ナイト」が明けて、新たな立法活動が求められる時機が到来した。すなわち、大局的には、フィンランドでも自由主義の時代を迎え、かつての重商主義のもとでは必要とされなかった「契約の自由」や「事業の自由」といった経済システムの改革に不可欠な事項を、新たな立法によって整備することが求められたのである。⁽¹¹⁾

(3) 新たな憲法的統制の形成過程

1863 年以降、議會が召集されるようになったが、当時、議會は深刻な憲法上のジレンマを抱えていた。すなわち、フィンランドの自治を守るため、1772 年及び 1789 年の憲法的遺産を損なわずに、如何にして新たな立法の

(10) Y. Koskinen, a prominent Finnish nationalist leader of late nineteenth-century Finland, famously coined the long inactive period as 'state night' by writing that 'state night, over a half-century long, had come to its end', *Suometar* 17 August 1864.

(11) KIMMO NUOTIO *et al.* (eds.), *INTRODUCTION TO FINNISH LAW AND LEGAL CULTURE*, 76-78 (UNIVERSITY OF HELSINKI 2012).

合憲性を担保するかという問題に、議会は直面していたのである。当時、新たに切望された多くの立法が、憲法規範と矛盾することは避けられない状況にあった。そして、憲法と法律が矛盾する場合、時代の変遷に対応すべく憲法を改正するか、又は、裁判所に司法審査権を付与し是正を図ることで、当該矛盾を解消するという手法が通例である。しかしながら、当時のフィンランドにとって、かかる双方の選択肢が望ましいものではなく、また、重大な逸脱なしに新規立法を憲法的遺産に適合させることも不可能であった。

そもそも、1809年にアレクサンドル1世が支持を表明した憲法を改正することは、自治の法的基盤を掘り崩す危険を冒すこととなり、フィンランドのロシア化に扉を開くおそれがあった。大多数のフィンランド人は、自治の憲法的基盤を堅持したいと切望していたため、憲法改正は現実的な選択肢たり得なかった。同様に、司法審査制度の導入に道を開くことも論外であった。なぜなら、当時、司法権はロシアの手中に収められていたからである。つまり、内閣と最高裁判所に相当する機能は、いずれも元老院という組織のもとに置かれていた。前述の通り、当該組織には、経済部門と司法部門が併設され、その後フィンランド独立の初期まで、それぞれ内閣と最高裁判所の機能を担った。この点、かかる部門の人選はロシア政府によって行われていた事実は看過し得ない。すなわち、司法審査権を元老院の司法部門に委ねることは、フィンランドの自治権を犠牲にして、ロシアの権限拡大に寄与することを意味していたからである。

かかる事情から、憲法改正も、司法審査制度の導入も、實際上、現実的な選択肢としては論外であった。当時のフィンランドにとって、憲法枠組の核心は、まさにロシア皇帝が既存の憲法に従って自治を行うことを保障した点にあった。その根拠は、1772年法、1789年法、及び1809年法の歴史的遺産に組み込まれていた。新規立法に伴う問題への解決策は、憲法の継続性を維持するために、その選択肢が制限されざるを得なかった。勿論、純粋なグスタビアン・モデルがそのまま残存していた訳ではないが、新たな状況でも古い憲法規範の基本構造が維持される必要があったのである。

結局のところ、ロシア施政の影響下において、その解決策は、新旧の概念を折衷的に織り交ぜる形で形成され、やがてフィンランドにおける新たな国家アイデンティティの萌芽となった⁽¹²⁾。

具体的には、それは1878年徴兵制度を導入する兵役法案(Military Service Bill) 審議を通じて道が開かれた。当該法案の条項は、その多くが1789年法と明らかに矛盾していた。それでも、当該法案を成立させる必要があったのである。憲法を改正せず、同時に、それに矛盾する法案を如何に成立させればよいのか。さらに、新法を成立させ、その合憲性審査を元老院の司法部門に委ねることも許されない。その本質的な解決策を身分制議會の内部で見出さなければならなかった。当時、ロシアの影響力は、元老院と異なり、身分制議會内部にまでは及ばなかった。加えて、1869年議會法では、議員は、その職務遂行において憲法以外の如何なる規則にも縛られないと規定されていた⁽¹³⁾。かかる状況下で、当時の議會は、憲法上、すべての要件を満たす解決策を見出す必要があった。それは、リーガリズム(legalism)と政治的リアリズム間の均衡点を模索する綱渡りと表現できる。最終的には、当該法案を合憲と宣言するために、憲法を改正する場合に必要とされる議會の4分の3以上の多数でこれを可決するという手続方法が選択された。これによって、実質的に憲法違反の問題を解消し、憲法を改正することなく、憲法に矛盾する法案を通過させることが可能であるとの解釈が確立された。かかる巧緻な法解釈技術が、憲法改正手続を経ることなく、憲法規範を実質的に修正することを可能にした訳である⁽¹⁴⁾。

このようにして考案された解決策は、「例外法(exceptive law, poikkeuslaki)」と呼ばれ、形式上は憲法規定を修正せず、実質的に憲法規範を変更するという、手続的特殊性を内包していた。この手法は、立法段階において、あらかじめ法案の合憲性審査を織り込むという意味で、ア・プリオリな憲法的統制と見做された。その結果、例外法の導入は、憲法的

(12) J. HUSA, *supra* note 5, at 17-19.

(13) See Section 7 of the Diet Act (1869). 'An Estate Representative, in his work, is not under any other rules than constitutional laws of the country'.

(14) J. HUSA, *supra* note 7, at 265.

統制の理論に依拠しつつ、必要な違憲審査が立法過程に現出する結果をもたらした。それ以降、議会が法案の違憲性に対する予備的統制を担保してきたが、たとえ憲法改正と同等の手續を踏むとはいえ、例外法は、憲法規定に違反しているにも拘わらず、議会の特別多数によって例外的に承認されるもので、明らかに法的立憲主義（legal constitutionalism）の概念に反するものであった。端的に、それは事前の憲法的統制を議会に委ねた結果の副産物ともいえる。かくして、フィンランドにおいては、憲法規定を改正せずに憲法規範を変更可能とする独自の法概念が形成されることとなった。

ここで創設された憲法的統制は、政治的立憲主義（political constitutionalism）に基づく制度的な解決策といえる。それは、一つの議会委員会が予防的に法案の憲法適合性を審査するものであった。フィンランド独立直前のロシア支配末期において、当該議会組織は、ロシア化に対する立憲的防波堤として機能した。そこでの憲法解釈は、フィンランドの法的地位に関する明確なイデオロギーを内包していた。すなわち、フィンランドの自治に親和的であるように厳格に解釈されることが要請されていたのである。当該委員会がこの時期に得た名声の多くは、法的立憲主義に依拠せずに漸次的に形成された網目の如き憲法的統制に向けられていた。かかる解決策の制度的核心は、法案の憲法適合性に関する統制を一つの議会委員会に委ねた点に存する。当初、その責務は、議会の法務委員会（Legal Affairs Committee, Lakivaliokunta）が担当したが、1906年議会法の成立以降は、正式に、憲法委員会が担うこととなった。また、法案に憲法問題が存する場合、憲法の有権解釈を担う専門委員会から法案の所管委員会に意見書を提示する手續は、1882年に農地法のシートファーム義務（Seat Farm obligation）を廃止する際に確立され、それ以後、継続的に運用されている。このように憲法的統制の機能を、ロシアの影響下にある元老院に委ねることなく、フィンランドの内政として保持したことは、フィンランドの極めて重大な憲法的発明と評価できる。なお、かかる議会の委員会が排他的に法案の憲法的統制を担保するという制度枠組は、国際比較の視点

においても非常に稀有なものであった。⁽¹⁵⁾

フィンランドの著名な憲法学者 Paavo Kastari 教授は、かかるフィンランドの解決策を「当時、誰も予想し得なかった程に広範な結果を伴う戦術的トリック」と評価したが、その後、実際に体系的な法制度として発展していき、フィンランド憲法最大の特徴となった。すなわち、かかる新規の憲法的統制は、自律性を保持するために重要な手段であったことから、すぐにフィンランドで定着し、1888 年には、「通常手続 (normal procedure)」と呼称されるようになった。以後、憲法委員会は、自らの過去の声明 (statements) を先例として使用し始め、その解釈に一定の継続性と拘束力を持たせるに至った。勿論、委員会の解釈が常に正当であるとは限らないが、立法過程において示された委員会の声明は、事実上、拘束力ある指針として見做されるようになる。その結果、議会は当該委員会を次第に「憲法の守護者 (guardian of the constitution)」として承認するようになる。⁽¹⁶⁾ 換言すれば、フィンランドの立憲主義は、その起源において政治的立憲主義の枠組に則して形成され、20 世紀を通じてそれが機能主義的に維持・運用されてきたといえる。

(4) 抑圧の時代とフィンランド独立

19 世紀後半から 20 世紀初頭 (1899-1905 年) にかけて、ロシアはフィンランドの特別な地位を厳しく制限し始めた。これに続いて第 2 期 (1908-1917 年) にも、同様の抑圧政策が大いに推進された。フィンランドでは当該両時期を合わせて「抑圧の時代 (Times of Oppression, sortokaudet)」と呼称する。すなわち、ニコライ 2 世 (在位 1894-1917 年) の治世においては、フィンランドの民族主義的動向が危険視され、1899 年 2 月に、ボーブリコフ総督は二月宣言を發布してロシア法に抵触する大公国の立法を禁止し、さらに 1900 年には、言語宣言を發布してロシア語を公用語とする等といった国内の言語・文化・風習の「ロシア化 (Russification)」政策推

(15) *Id.*, at 266-267.

(16) *Id.*, at 267.

進による弾圧が開始され、ロシアとフィンランド間の組織的対立に発展していった。このロシア化に対するフィンランドの反対運動が、1917年の独立へと結実していく。ロシアによる一連の抑圧政策に抵抗することは、既存の憲法的諸文書に鑑みても、正当かつ合憲と評価し得るものであった。このロシア化政策の危機からフィンランドの法的地位を擁護する議論の中核を担ったのが、まさに憲法委員会であり、その重要性は現在に至るまで継続している。

ロシアによる本格的な抑圧政策の開始は、1899年2月にニコライ2世が自治と旧憲法の制限を宣言した時点にまで遡る。当該二月宣言においては、フィンランド憲法を廃止することを目的としていた。すなわち、ニコライ2世は「1772年の統治形態を忘れるときが来た」と述べ、また、マニフェストの前文では、「一般的利益に関する立法上の諸問題は、大公国の機関によって排他的に処理されることを得ず」と記されていた。すなわち、ロシアの抑圧政策は、フィンランド国内での議会権限を抑制し、その自律性を解体することを目指すものであった。ところが、ロシアからの抑圧が強化されると、逆説的に、フィンランド国民の自治及び憲法擁護への意識が高揚し、それに呼応して、国内の抵抗運動も一層活発化していった。

さらに、日露戦争におけるロシアの戦局が悪化し始めると、フィンランドを含むロシア全土で大規模なストライキが展開され、その結果、ニコライ2世は態度を軟化させ、1905年には二月宣言の停止を宣言するに至る。そして、1899年から1905年までのロシアによる抑圧を克服し、1906年にはロシア皇帝に一院制議会と普通選挙制度の導入を要求する法案を承認させ、終に、フィンランド議会（Parliament, Eduskunta）が成立した。⁽¹⁷⁾ 特別な地位を有する大公国としてのフィンランドの位置づけは、1906年に最初のロシア憲法でも確認された。1906年議会法の成立は大きな歴史的価値を有する憲法的画期であり、過去からの重大な断絶を意味していた。古く

(17) See Robert B. McKean, *The Constitutional Monarchy in Russia, 1906-17*, in IAN D. THATCHER (ed.), *REGIME AND SOCIETY IN TWENTIETH-CENTURY RUSSIA* (PALGRAVE MACMILLAN 1999).

時代遅れの身分制議會は現代的・一院制議會に生まれ変わり、さらに、普遍的な男女平等選挙権も導入された。他方で、かかる近代議會の創設を含む大規模で深遠な憲法的変革が実現したにも拘わらず、法案の憲法的統制モデルは変更されずに従前のまま維持された。もっとも、ここで憲法委員会という新規の議会委員会が誕生した点は何よりも特筆に値する。1906年議會法に基づき、憲法委員会は、憲法規範の成立、変更、廃止等に関する諸問題に備える法的義務を正式に負うこととなったのである。

とはいえ、1906年に議會法が制定された以降も、フィンランドの自治は決して安定した訳ではなかった。1908年以降、ニコライ2世は再びフィンランドに対する抑圧的統合政策を強化し、いわゆる「第二次ロシア化政策」が強硬に推進された。この時期には、ロシア帝国の国益に関わる事項はロシア帝国議會で決定されるべきとする方針が打ち出され、フィンランド議會は幾度も解散され、民主的な議會制度が著しく侵食された。また、ロシア人官僚の大量任用やロシア語の使用拡大、新聞や出版物への検閲強化、フィンランド軍の廃止とロシア軍への統合など、多方面にわたる制度的・文化的干渉が試みられた。しかし、フィンランド社会はこうした動きに対し、徴兵拒否やフィンランド人官僚の大量辞職、フィンランド議會の象徴的抵抗（審議拒否・否決）等といった受動的抵抗（passiivinen vastarinta）を続け、議會を中心に法的秩序と民族的自覚を維持し続けた。皮肉なことに、ニコライ2世のかかる強硬姿勢は、その後、第一次世界大戦下での政治的失策と相まって、ロマノフ王朝終焉の伏線となっていく。

すなわち、その後、第一次世界大戦に参加したロシアでは、食糧不足を背景にしたデモが加熱し、政府は武力で弾圧を試みたが、ロシア軍が民衆側を支持した結果、ニコライ2世が退位、ロマノフ王朝は事実上の終焉を迎え、その後、臨時政府を経てソヴィエト政権が誕生する。この機に乗じて、1917年12月6日、フィンランドは正式にロシアからの独立を果たした。そして1919年7月、共和制を採用する新たな統治章典を成立させたのである。当該統治章典は、1906年議會法（1928年全面改正）、1922年閣僚責任法及び弾劾裁判所法と並んで4基本法と見做され、これらを総称し

てフィンランド憲法と呼称した。かかる憲法は、1980年代以降に、より高度な民主主義の実現と基本権の拡充を目指して、部分改正が幾度も行われた。そして1995年には、基本権規定が全面的に改正され、広範な社会権規定の導入とともに、1990年に批准した欧州人権条約との整合性も確保された。さらに1990年代には、4基本法を統合した憲法典制定の必要性が主張され始め、1995年に単一憲法典の制定を公約に掲げたリッポネン政権が誕生し、1999年に現行フィンランド憲法が制定、2000年3月1日から施行され、現在に至っている。

以上の歴史的経緯は、フィンランドの法文化に永続的な影響を与えることとなった。フィンランドの法文化は、詳細に規定された法規範を遵守するだけではなく、「生きた憲法」の一部としての慣習的要素を適宜受容する重要性を学んできたといえる。そして、憲法保障という文脈において、19世紀以降に確立された議会主導による憲法的統制、すなわち、立法過程において「正しい」憲法解釈を担保するために、議会委員会が責任を担うべきだという考え方が、2000年の全面的憲法改正によって若干の修正（限定的な司法審査制度導入）が施されたものの、現在に至るまでフィンランド憲法の最も顕著な特徴として堅持されてきた。その継続性こそが何より重要である。また、制度の選択と維持が歴史的経路に大きく依存するという「経路依存性」の視点からも、19世紀の大公国時代の身分制議会で作案された解決策がフィンランド独立後も現在に至るまで、大きな逸脱もなく継承されている点が非常に興味深い。

憲法的統制の枠組が変更されなかった背景には、かかる経路依存性という要素がある。確かに、独立後のフィンランドにおいて、憲法的統制の制度枠組を司法審査制度を基軸とした制度に変更することは一つの選択肢であった。しかし、1919年の時点でも、フィンランドはその道を選択しなかつた。⁽¹⁸⁾なぜなら、フィンランドでは、ロシア支配の時代に、憲法委員会が主要な「自治の守護者」として信頼と威厳を獲得した一方で、最高裁判所（旧

(18) 1919年議会では、結局、裁判所による違憲審査制案を104対77をもって否認している。See J. Husa, *supra* note 7, at 271.

元老院司法部門)は、憲法的統制を行う担い手としては信頼性も正統性も低いと見做されていたからである。要するに、かかる歴史的経緯が、司法審査制度への移行を阻む重要な要因として作用したことは言を俟たない。まさに憲法委員会は、歴史的経緯に大きく依存した存在といえる。それによって、憲法的統制機能を最高裁判所に移管するという新たな制度枠組が採用されることはなく、相対的に、議会委員会が「憲法の守護者」としての役割を継承することとなった。これまでに、フィンランドでも司法審査制度を導入する議論はしばしばなされてきたが、初めて当該制度が導入されるのは、2000年の憲法改正時点であり、それも極めて限定的なものに過ぎない。あくまでも、憲法保障の基軸が憲法委員会に存することは明白といえる。

3. フィンランド憲法委員会

(1) 憲法委員会の組織

現在、フィンランド国内において、憲法委員会は、「憲法の守護者」としての確固たる地位を確立している。憲法委員会は、フィンランド議会に設置されている17の常任委員会の一つであるが、他の委員会と異なり、憲法に直接の法的根拠を有する憲法上の機関である点が特徴的である。かかる憲法委員会は、17名の委員と9名の補欠委員によって構成され、委員すべてが議会の議員であり、また、議会選挙規則5条に従って秘密投票で選出される。この点、法的要件ではないが、事実上、多くの委員が弁護士資格を有している。加えて、3名の委員会顧問が議会事務局から選任され、事務的に委員会業務を補佐する体制をとっている。なお、憲法委員会の委員長は、通例、野党から選出されている(2011年に与党から選出した例外あり)。

(19) See Section 35 (2) of the Constitution of Finland and Section 8 of the Parliament's Rules of Procedure (2000).

(20) See Section 5 of the Parliamentary Election Rules of the Finnish Parliament.

当該憲法委員会の主要な役割は、憲法 74 条に基づき、法案及びその他の議案の憲法適合性を審査することに存する。すなわち、憲法 74 条では、「審査に付される法案及びその他の議案の憲法適合性及び国際人権諸条約との関係について意見書を提出することは、議会の憲法委員会の責務とする」と規定されている。⁽²¹⁾ 憲法委員会は、法案の憲法及び国際人権条約との適合性を審査し、意見書を提出することを責務とする性質上、その任務は予防的かつ抽象的であるため、直接的に個別の事案に関与することは予定されていない。

憲法委員会は、立法過程における憲法保障を担保する国内最高の有権解釈権及び監督権を有する機関である。具体的には、法案審議の過程で法案と憲法規範の抵触を回避するために、憲法委員会は、(a) 法案審査の意見書 (statements on the bills) 及び (b) その他の議案に関する報告書 (reports on other issues) を提出する。勿論、憲法委員会の最も主要な役割が法案の憲法問題に関する意見書の提出にあることは言を俟たないが、その他の議案に関する報告書も間接的には憲法規律の担保に貢献している。なお、1995 年以降、EU との関係深化に伴い、EU 関連事項の重要性が高まっている。⁽²²⁾ 憲法 96 条に基づき、政府は、EU が締結する協定やその他に採択

(21) これは 1928 年フィンランド議会法 47 条 1 項の規定を継承したものである。

See Section 47 (1) of the Finnish Parliament Act (1928).

(22) 憲法 96 条 (EU 事項の国内準備への議会の関与) ①議会は、法令、協定又はその他の措置であって、EU において決定されるもの又は憲法に基づき議会の権能に属するものに関する提案を審議する。②内閣は、第 1 項に規定する提案について知った後、議会がその意見を決定するため、文書をもって当該提案を議会に遅滞なく送付しなければならない。提案は、大委員会及びこれに対して意見書を提出する通常一つ又は複数のその他の委員会において審査される。但し、外交政策及び安全保障政策に関する提案は、外務委員会において審査される。大委員会又は外務委員会は、必要に応じて提案に関する意見書を内閣に提出することができる。議長評議会は、これらの案件を本会議における討論にも付することを決定することができるが、その際、議会は、当該案件について議決をしない。③内閣は、EU における案件の審議に関する情報を所管の委員会に提供しなければならない。大委員会又は外務委員会に対しては、当該案件における内閣の見解も通知しなければならない。See Section 96 of the Constitution of Finland.

※本文では、一般的「政府」という語を便宜的に用いているが、注で引用するフィンランド憲法の条文では、「内閣」と訳出している。これは、同憲法上、「内閣」と「大

する措置等で議会に関連する事項を、遅滞なく議会に通知しなければならない。これを受けた議会内では、その後、大委員会又は外務委員会での審査を経て、憲法問題を内包する場合には憲法委員会が審査する仕組みとなっており、例えば、1999年から2003年の期間内では、憲法委員会の審査対象の約20%をEU関連事項が占めている。⁽²³⁾

(2) 憲法委員会の審査

フィンランドの立法手続において、憲法委員会による法案の違憲審査は、憲法保障の核心をなす制度として機能しているが、当該委員会の審査に関する手続的制約は多くない。それゆえ、憲法委員会の審査が開始される端緒は、法案の準備段階で、政府が特定の憲法問題を発見し、憲法委員会に審査を付託する場合もあれば、議会の法案審議過程で、議会議長又はその他の議会委員会が法案の憲法問題を指摘し、憲法委員会に付託する場合もあり、概して、憲法委員会による法案審査の敷居は高くない。勿論、憲法委員会は、議会で審議中のすべての法案及びその他の議題を網羅的に審査する訳ではない。あくまでも、起草段階又は議会審議中に法案の憲法適合性に疑義が提起された場合にのみ、憲法委員会の審査が実施される。毎年度、憲法委員会の審査に付されるのは、法案全体の一部に過ぎない。例えば、2022年議会期において、政府法案は328本提出されたが、憲法委員会が法案の憲法適合性等を審査し意見書を提出したのは87本であった。⁽²⁴⁾

憲法委員会は、法案の審査に際して、専門家へのヒアリングによる情報収集から準備を始める。まず憲法問題の性質に応じて、いずれの専門家を招聘するかが決定される。そして、ヒアリングは、省庁の代表者から始まり、その後、他の専門家（学識者）へと進んでいく。通常、ヒアリングでは、

統領」が明確に区別されており、「政府」という語は、両者を曖昧に包含するおそれがあるためである。

(23) Kaarlo Tuori, *Constitutional Review in Finland*, in THE MAX PLANCK HANDBOOKS IN EUROPEAN PUBLIC LAW: CONSTITUTIONAL ADJUDICATION: INSTITUTIONS (3), 195 (OXFORD UNIVERSITY PRESS 2020).

(24) See <https://www.eduskunta.fi/FI/valiokunnat/perustuslakivaliokunta/Sivut/default.aspx>

専門家は口頭で発表するが、委員会は必要に応じて書面での提出を求めることもできる。ヒアリングが終了すると、委員会の事前協議を経て、事務局に所属する委員会顧問が、報告書又は意見書の草案を作成し、これを委員会に提出する。委員会の各委員は、議題から外れず尊厳と礼節を維持する限り、委員会では自由な発言を行う権利を保障されている。委員会では、報告書又は意見書の草案に基づいて一般的な議論を行い、その後、個別の詳細な議論へと進んでいく。委員会での結論は全会一致を原則とし、全会一致に達しない場合、稀に、動議に基づきその問題は投票で決せられる。投票は挙手で行われるが、議長が必要と判断した場合又は委員が要求した場合、点呼投票（roll call）が行われる。可否同数の場合には、くじ引き（drawing lots）によって最終的決定がなされる。また、委員は報告書又は意見書に反対意見を添えることもできる。とはいえ、現実の運用においては、憲法委員会の審査はかなり簡素化されており、殆どの場合、憲法委員会の意見書は「提案された法案は憲法に直接違反するものではない」と結論づけているのが実情である⁽²⁵⁾。

仮に、憲法委員会から憲法的疑義が指摘された場合でも、憲法上、当該委員会の意見書に法的拘束力があるとは明記されていない。しかし、フィンランド議会が、法案審議の過程において、憲法委員会の意見書に準拠することが通例である。憲法委員会の見解は、法的には「勧告的」なものに過ぎないが、事実上、憲法委員会の解釈はフィンランド議会を拘束している。それゆえ、憲法委員会が政府法案に憲法上の疑義を認めた場合、その時点で政府自身が、憲法委員会の見解に沿って政府法案を修正することが通例である。例えば、無線通信活動における情報保護法案に関する 2001 年 6 月 7 日の意見書にて、「当該法案は、憲法委員会が表明した見解に準拠する限り、通常立法手続において審議可能である」との見解が表明され、政府はその意見書の趣旨に沿って法案内容を修正した如くである。

(25) K. NUOTIO *et al.* (eds.), *supra* note 11, at 132.

(26) See Statement No 26/2001 of 7 June 2001 on the draft law in the protection of information in the radio and telecommunications activities.

この点、フィンランド議会は、問題となる法案の採択に際して、複数の法的手続を制度的に使い分けることが可能である。すなわち、憲法委員会が政府法案に何らかの憲法的疑義を認めた場合、通例、通常の立法手続による法案成立が実現できるよう、前述の2001年情報保護法案の如く、憲法委員会は政府法案の修正を促し、政府がその見解に沿って政府法案を修正することで現行憲法規範に適合させる方法がまず検討される。これが最も一般的で穏当な方法である。また他方で、修正によっても憲法適合性が確保できない場合には、やむを得ず例外的措置として、当該法案に即して憲法規範を実質的に修正する、いわゆる「例外法」の手続が検討される。当該制度は、憲法に対する限定的例外を認めるものであり、その性質上、憲法秩序への影響が大きいため、憲法委員会による慎重な審査が不可欠となる。このように、フィンランド議会では、憲法委員会の審査結果を踏まえ、立法過程において柔軟に複数の対応手段を講じられるよう、制度枠組が整備されている。

現行憲法では、憲法改正について、通常手続と緊急手続を用意している。具体的には、まず憲法73条1項で「憲法の制定、改正若しくは廃止、又は、憲法の限定的例外の制定に関する提案は、第二読会において、議会選挙後の最初の会期まで未決とすることを、投票の過半数で可決されなければならない。当該会期において、当該提案は、委員会がその報告書を提出した後、本会議における一読会中に、内容を変更することなく、投票の3分の2以上をもって支持された議決により可決されなければならない」と通常手続⁽²⁷⁾を規定する。すなわち、憲法改正案が政府若しくは国会議員又は国民のいずれかによって議会に提出され、まず、議会の過半数で改正提案を承認した後、議会選挙が実施され、選挙を経た新たな議会の3分の2以上の特⁽²⁸⁾

(27) 憲法70条(立法の発議) 法律の制定は、内閣の提案又は国会議員の法律の発議により議会において開始され、国会議員の法律の発議は、議会の開会中に行うことができる。See Section 70 of the Constitution of Finland.

(28) 憲法53条3項(国民発案) 5万人以上の投票権を有するフィンランド国民は、法律で定めるところにより、議会に法律の制定の発案を行うことができる。See Section 53(3) of the Constitution of Finland.

別多数で承認すれば、憲法改正案は成立する。加えて、憲法 73 条 2 項では「但し、当該提案は、投票の 6 分の 5 以上をもって支持された議決により、緊急である旨を宣言することができる。この場合、提案は未決とされず、投票の 3 分の 2 以上の多数で可決することができる」と緊急手続を規定している。緊急手続の場合は議会選挙を挟む必要はなく、当該議会期で完結することが可能である。すなわち、フィンランドでは、国民が憲法改正を承認する国民投票手続は必要とされず、議会のみで現行憲法規範を改正することが可能なのである。そして、同条の「憲法の限定的例外の制定」に「例外法」は該当するため、当該例外法は、かかる手続に則って制定されることとなる。

(3) 専門知の活用

憲法審査会は準司法的機能を行行使すにも拘わらず、議会内委員会という位置づけに照らせば、当然、その本質には政治性を内包している。そこで憲法委員会は、専門的知見に依拠することによって、自らの憲法解釈に権威と正当性を担保している。すなわち、憲法委員会は、憲法又は基本権に関する外部の専門家を、自らの裁量によって随時招聘することができる。事案の重要性に応じて、招聘される専門家の規模は異なり、2～3 名の場合もあれば、主要な立法プロジェクトでは数十名を招聘する場合もある。かかる外部の専門家を招聘する慣行が確立されたのは、フィンランドが独立した 1919 年以降のことである。⁽²⁹⁾ 外部の専門家に頼る背景には、憲法委員会の業務が増加傾向にあること、また、司法裁判所と比較して専門的人的資源が不足していることが指摘できる。委員会が外部から招聘する人材は、概して①官僚、②利害関係者、③学識経験者に整理できる。ここで官僚とは、主に当該法案・関連法案の作成者やその趣旨説明の担当者であり、政府法案の必要性を説得する立場にある。利害関係者は、当該政策に

(29) 現在では、憲法委員会が定期的に外部の専門家を招聘し専門的知見を求めることは、フィンランド憲法の慣習となっている。勿論、あくまでも憲法法源の基軸は成文憲法典であり、専門家の意見はその補完に過ぎない。See J. Husa, *supra* note 7, at 273.

利害を有する集団の代表であり、立法過程では実務上重要な意義を有しているが、憲法委員会に招聘されることは比較的稀である。最後に、憲法委員会の業務遂行に際して最も重要な人材は、憲法の専門家である。その殆どは、憲法学者である。

この点、憲法委員会が、包括的に憲法問題を精査するには、法案起草者、利害関係者、憲法学者の見解すべてを把握する必要があるが、憲法委員会の審査では、憲法学者の専門知が最も重視されている。議会自律性の観点からは、本来、外部専門家に依存することなく憲法問題を自律的に処理できることが理想であるが、現実的には、憲法学者の専門知を委員会審査に活用せざるを得ない。勿論、憲法学者の見解が、法的に憲法委員会の方針を拘束するものではない。しかし、憲法学者はその高度な学識経験から高い信頼を得ており、従来、憲法委員会は憲法学者の見解を尊重する傾向にある。⁽³⁰⁾

その結果、憲法委員会は、政党政治にはコミットせず、学術的な専門知に基づき、法的な意思決定を行うため、政府法案について憲法違反と判断することも珍しくない。仮に、政府法案の違憲性を指摘した場合、憲法委員会は法案の修正を要請するが、通例、当該委員会の要請は尊重される傾向にある。但し、例外もある。立法過程において、憲法委員会が憲法違反であると判断したにも拘わらず、議会が、法案の修正を行わずに、当該法案を成立させる方法が存する。⁽³¹⁾現在ではかなり特殊例外的であるが、前述した例外法の手法がそれである。すなわち、通常の法案であるにも拘わらず、憲法改正に必要な手続要件を実質的に満たしさえすれば、憲法規範に

(30) PAULINA TALLROTH, WHO SAFEGUARDS OUR RIGHTS?: THE FINNISH INSTITUTIONS AND THE DISCUSSION ABOUT A CONSTITUTIONAL COURT, para. 3.2.3 (UNIGRAFIA 2012).

(31) かつて自治大公国時代に考案された例外法は、独立後の1919年に憲法で明記された(現行憲法でも第73条にて明記)。その後、戦時中及び欧州連合加盟の際に多用され、1995年までに869件の例外法が制定された。かかる例外法多用の結果、憲法の全体像把握が困難になる問題が指摘され、憲法委員会は、「例外法回避の原則(poikkeuslakien välttämisen periaate)」を提示するに至っており、1995年以降、例外法の制定は極めて稀になっている。See K. NUOTIO *et al.* (eds.), *supra* note 11, at 133.

抵触する場合でも、例外法として法案成立を実現することができる。例外法は、実体的には憲法に矛盾しているが、所定の手続を経ることで合憲であるとの評価を受ける特殊性を有する。歴史上、これはフィンランド自治の象徴であった既存の憲法を、ロシア帝国の抑圧から護るために考案された画期的な解決策であり、フィンランドの極めて独特な法文化となっている。⁽³²⁾

(4) 憲法委員会の影響力

憲法委員会は、憲法上の根拠を有する格別な委員会である。この点、憲法委員会の審査は憲法的重要性を有するものの、その見解が直ちに法的拘束力を伴うという訳ではない。しかしながら、フィンランド議会においては、憲法委員会の法案に関する憲法解釈は、事実上、議会の意思決定を方向付ける強い影響力を有しており、現実の立法過程においては、憲法委員会の見解に反して法案が可決されることは想定しがたい。すなわち、憲法委員会の見解は、形式的には勧告的意見にとどまるが、実質的には議회를拘束する力を有しているといえる。したがって、現実の立法過程において、法案成立にとって憲法委員会の承認は不可欠である。まさに憲法委員会こそが、政府法案に対して憲法に適合した適正な立法であるとの評価を与えられるのである。

もっとも、憲法委員会の制度にも一定の限界がある。まず、憲法委員会の見解は議会が審議中の法案のみに適用されるのであるから、その事実上の拘束力も対象は議会に限定される。相対的に、その拘束力は、政府には一切及ばない。かかる事実上、憲法上の権利にも影響し得る。すなわち、原則として、市民の法的権利義務の根拠は法律に規定する必要があるが、実際には、政府は、行政命令の形式で市民の権利義務に影響を及ぼす法規範を制定する傾向がある。その場合、当該規定は、憲法委員会の統制対象から外れてしまう。

確かに、これは憲法委員会の限界と評価できるが、その場合でも間接的

(32) *Id.*, at 132-133.

な統制は可能である。例えば、行政区画の再編と言語的権利の関係性に関して、政府が、法律ではなく政令形式によって地方行政区画の再編を決定できるように提案を行った際に、憲法委員会は、2009年9月25日の意見書 No.21 (Kokkola-case) において、憲法 17 条の言語的・文化的諸権利に鑑み、法律又は政令のいずれか憲法上の諸権利保護により良く寄与し得る手段が選択されねばならず、仮に、政令が選択された場合には、憲法委員会は当該政令と憲法上の諸権利との整合性を担保するために、ガイドラインを制定できるものと言及している。⁽³³⁾ フィンランドには、フィン人の他にも、スウェーデン人、サーミ人、ロマ人といった少数民族が存在し、彼（女）らへの言語的権利に配慮することは重要な政策課題となっている。かかる文脈において、憲法委員会は、法案審査に際して、憲法上の諸権利が行政命令で如何に考慮されるべきか、そのガイドラインを提示することで、間接的にではあるが、行政命令を制定する政府裁量に必要な統制を加えてい⁽³⁴⁾る。1995 年以降、憲法委員会の最大の関心は、明らかに憲法上の基本権保障にあるが、他方で、かかる立法権委任（憲法 80 条）の問題にも高い⁽³⁵⁾関心を払い続けている。

(5) 憲法裁判所としての憲法委員会

憲法委員会は、法案の憲法適合性を審査する事情から「準司法的 (quasi-judicial)」機関と見做され、他国の憲法裁判所としばしば比較される。そもそも、いずれの北欧諸国においても、法案審査権を有する憲法裁判所が存在しない。憲法裁判所を求める声もあったが、かかる制度選択を行わなかった理由は明白である。すなわち、裁判所が本質的に「政治化」することを防止するためである。憲法裁判所は、その性質上、望ましくない程度にまで裁判所を政治化する傾向を有する。加えて、北欧諸国には過去に全体主義の歴史的経験がなく、政治権力に対する司法的統制の必要性は、あくま

(33) PeVL 21/2009 VP (https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Lausunto/Documents/pevl_21+2009.pdf)

(34) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 3.2.4.

(35) K. Tuori, *supra* note 23, at 196.

でも理論上のもので緊急性を欠いていたという経緯も指摘できる。⁽³⁶⁾

他方で、北欧諸国では、政府への監視・統制は、伝統的に議会の役割だと見做されてきた。古来、議会主義の伝統が強い。一般的に、北欧における議会の主要な役割は、①憲法規範の範囲内での立法機能、②国家財政を維持する財政機能、③政府への監視・統制機能と理解されている。⁽³⁷⁾ 議会による政府監視・統制の手段としては、質問権の行使、情報公開請求、常任委員会による監視、調査委員会の設置、議会オンブズマン制度の運用等に加えて、さらに憲法委員会による法案審査が挙げられるが、就中、フィンランド議会の憲法委員会は際立った役割を果たしている。

フィンランドでは、憲法委員会こそが、憲法解釈及び法案の違憲審査を行う制度上の権威であり、憲法上の諸権利に関して、公式に「真実」を語ることが許された主体であると、社会的に承認されてきた。通常、法案に関する公的な憲法解釈は、合理的な再解釈によって変更されるまで効力を持ち続ける。そして、一般的に、その変更は第三者の手によって担われ、多くの国では、それは憲法裁判所（又は司法裁判所）の役割と見做されてきたが、フィンランドでは、その憲法解釈機能が議会内の憲法委員会に委ねられてきた点に制度的特異性が認められる。世界的な潮流とは異なるモデルではあるが、かかる委員会制度が、憲法保障という文脈において、一つの選択肢として十分に機能し得ることは、その実践的経験の積層からも明らかである。

もっとも、憲法委員会の権限は、憲法裁判所と比較すると、限定的な範囲にとどまる。すなわち、憲法委員会は、あくまでも法案の審議過程においてのみ憲法的統制を実施できるに過ぎず、制定後の法律に対して事後的な審査権は一切有していない。また、憲法裁判所は、他の裁判所と同様に判決という形式で法的拘束力を伴う判断を下し、個別事案の最終的解決を図ることが可能であるが、一方で、憲法委員会は、単に法案の憲法適合性に関する勧告的意見を議会に述べるだけで、その判断自体には最終的な決

(36) H. KRUNKE, *supra* note 4, at 61.

(37) *Id.*, at 68.

定権が伴わない。ゆえに、憲法委員会の見解に法的拘束力はなく、その適用範囲も議会審議中の法案に限られ、また、事実上の拘束力が認められようとも、議会の立法過程の範囲を超えて及ぶものではない。

(6) 事例考察

(i) コロナ対策暫定規制法案 (HE39/2021vp)

憲法委員会においては、専門知に基づき非常に専門的かつ非党派的で、常に、客観的かつ合理的な審査が実施されている。その具体事例として、以下では、移動の自由及び密接な接触への暫定的規制に関する法案 (HE39/2021vp) をめぐる審査報告を紹介したい。本法案に関して、憲法委員会が指摘した憲法問題は非常に多岐に亘るが、ここでは、その一部の重要な審査事項のみを抜粋して考察する。

2021年3月当時、フィンランドではCOVID-19の感染拡大に伴い、国家緊急権法3条5項に基づく緊急事態宣言が発出されていた。かかる緊急事態下において、感染者数も重症者数も非常に速いペースで増加していたことから、政府は、COVID-19の蔓延による国民への被害を防止する必要に迫られた。そのため、憲法上保障されている移動の自由を規制し、また、他者との接触を最小限度に抑制することを目的として、居住する住居又はこれに準じる施設から他の場所への移動・滞在する権利を規制する法整備を進めた。原則として、規制期間は21日間とし、必要に応じてさらなる延長も可能とした。例外的措置として、食料品・衣料品の入手、医療的・社会的サービス、業務・研究等のために必要な状況における移動は規制対象から除外された。但し、その場合には、マスク又は人工呼吸器の着用が義務づけられた。

当該法案については、以下の憲法及び条約上の諸規定との整合性が問題となる。まず、移動の自由を規制することは、憲法9条1項⁽³⁸⁾で保障された

(38) 憲法9条1項(移動の自由) フィンランド国民及び合法的に国内に滞在する外国人は、国内の移動及び居住地選択の自由を有する。See Section 9(1) of the Constitution of Finland.

移動及び居住地選択の自由に抵触するおそれがある。⁽³⁹⁾ また、欧州人権条約の第4追加議定書2条及びEU基本権憲章45条では、すべてのEU市民に加盟国内での移動の自由及び居住の自由を保障しており、さらに、国際人権規約（自由権規約）12条でも、合法的なすべての滞在者に当該領域内で移動の自由及び居住の自由を保障している。もっとも、かかる欧州人権条約及び自由権規約においても、国家の安全保障、公衆衛生、他者の権利保護といった事情から、一定の範囲内で当該自由が規制を受ける余地を同時に認めている。

他方で、憲法22条は、公権力に対して基本権及び人権の保護を義務づけており、それには生命に対する権利保護（憲法7条）及び生活・健康に対する権利保護（憲法19条）が包括される。したがって、憲法上、公権力は、すべての人に対して適切な医療を保障し、健康を促進する義務を負っている。COVID-19が蔓延する状況下において、医療提供体制を維持することは、これらの権利保護にとって不可欠な基盤となる。加えて、憲法23条は、非常事態において、基本権及び自由の保障に対して一時的な例外措置を設けることを許容している。

この点、当該法案は2条1項において外出禁止を定め、その適用範囲を重大事案に相当するパンデミック拡大防止のために必要な当該禁止が実施されるべき自治体地域と定義し、同2項では、その地理的・時間的な具体的範囲は政府の命令で規定できるものと定めつつ、さらに同3項では、その一般的基準を規定する。その一方で、法案3条では、当該移動及び滞在規制の例外的事項を定めている。食料品、医薬品、ガソリン等の生活必需品の購入、幼児教育や介護サービスの利用等々とかなり詳細な例外規定を設けていた。かくの如く、本法案は、移動及び滞在に関する制限措置を包

(39) なお、移動の自由規制から派生する論点として、差別なく平等な条件で移動する権利（憲法6条[平等]、自由権規約26条[法の下での平等]、欧州人権条約第12議定書[平等保護]、欧州連合基本権憲章21条[差別禁止]）や、個人の自己決定権（憲法1条2項[人間の尊厳]、憲法7条1項[個人の自由]、憲法10条[私生活の自由]）等も問題となるが、本稿ではかかる派生的な論点への考察は割愛する。

括的に規定する一方で、その具体的運用に関して、広範な裁量権を政府に授権する構成となっており、その包括性ゆえに、憲法上、当該規制が基本権に与える影響は広範かつ重大なものであった。

当該規制に関して、憲法委員会は、まず、必要性及び比例性の原則から違憲審査を行い、本法案に関して憲法上の懸念を示唆している。確かに、当時のフィンランドにおける COVID-19 感染状況を考慮すれば、さらなる感染拡大を防止し、国民の生命・自由・健康を保護することは、憲法上、重大な保護法益といえる。就中、医療提供体制を確保することで、リスクの高いグループの人々を保護することは喫緊の課題であった。その結果として、当該規制目的は、憲法 7 条、19 条、及び 22 条に基づき、全国民の生存権を確保することに存し、かつ、極めて重要なものと評価し得る。しかしながら、たとえ憲法 23 条が非常事態における例外的措置を規定しているとしても、それは基本権及び自由の規制に関する憲法上の一般的原則に準拠する限りで許容されるものに過ぎない。それゆえ、憲法上、非常事態下における規制といえども、重大な規制目的を達成するために、やむを得ない必要な規制であること、かつ、その規制は必要最小限度に止められることが要求されると指摘した。

そうすると、仮に、憲法 23 条に基づき基本権・自由への例外的規制が求められる場合でも、それは一時的なものでなければならず、かつ、通常の軽微な規制では当該目的を達成できない事情が必要である。そして、憲法上、基本権及び自由の保障の観点から、より制限的でない必要最小限度の規制手段の有無が検討されなければならない。この点、本法案の規制は、移動の自由にとどまらず、集会の自由にも及ぶ。そもそも、政府による移動規制は、人々が集まる集会の機会を間接的に制限することを目的としているが、移動は必ずしも誰かと会うためだけでなく、また、感染リスクを伴わない移動方法も存在する。集会規制に関して、政府は、イベント・宗教集会・業務上の会議にとどまらず、プライベートな面会さえ規制している。しかし、これは感染防止の観点から、無害又は極めて軽微な影響しかない行為までを対象としており、憲法 23 条における必要性の要件に鑑

みて問題がある。加えて、法案における外出禁止令は、政府が主張する疫学的正当性を踏まえてもなお、必要性及び比例性の原則に抵触しており、憲法 23 条の要件を満たしているとは言い難い。すべての移動を一律に規制対象にするのではなく、法案の目的に則して感染源に焦点を絞った限定的規制を行うよう修正すべきである。特にプライベートな対象は除外しても政府の目的は達成可能であると推測される。その結果、この基本方針の改定によって、包括的な例外事項リストの作成も不要になると指摘した。

また他方で、法案 6 条では、法案 2 条の移動規制に違反した場合に刑事罰を設けている。この点、憲法 23 条に基づく基本権・自由の例外規定の創設に際しては、規制法の適用範囲が正確かつ慎重に定義される必要があるとの「正確かつ慎重な定義」要件が求められる。当該要件は、憲法 8 条で定める罪刑法定主義によって強く要請される。さらに、欧州人権条約 15 条 2 項に鑑みると、たとえ戦時中又はその他の緊急事態下であっても、当該罪刑法定主義の原則に抵触することは許されておらず、国際人権規約 4 条 2 項でも同様に扱われている。ゆえに、法案は憲法 8 条の要件を遵守する必要がある。この点、罪刑法定主義の原則によれば、如何なる作為又は不作为が刑事罰の対象となるかが予測できるように、犯罪構成要件を十分に明確化する必要がある。かかる予測可能性の確保は、欧州人権裁判所等の判例においても一貫して強調されている。総合すると、移動の自由が憲法上も重要な権利であるにも拘わらず、法案 2 条の文言は、非常に曖昧なため解釈が困難であり、本来の規制対象外にまで拡大解釈を通じて適用されるおそれがある。

そして、結論として、憲法委員会は、当該法案の目的の重要性を強調しつつも、憲法上、必要性・比例性の原則及び罪刑法定主義等の観点から懸念があることを指摘した。その上で、憲法委員会が指摘する法案への憲法的懸念を適切に考慮するならば、当該政府法案は通常の立法手続に則って⁽⁴⁰⁾ 処理することが可能であると結論付けている。かかる憲法委員会の指摘を

(40) Constitutional Law Committee, Statement GrUU 12/2021 vp- HE 39/2021 vp.

慎重に検討した結果、政府は、最終的に当該法案を撤回する判断をしている。当該事例は、憲法委員会による法案審査が如何に高度な専門知に支えられているか、その専門性の高さを示す一つの証左といえる。憲法委員会は、通例、外部専門家の専門知に基づき、非常に客観的で合理的な審査を実施しており、その審査内容からは、フィンランドにおける憲法上の諸権利が如何にして守護されているのか、そのプロセスと審査精度の高さを看取することができる。

(ii) 移民の道具化に対する暫定措置法 (HE53/2024vp)

もう一つ興味深い事例を簡潔に紹介したい。近年では、「例外法」回避の原則が確立されたことにより、「例外法」の成立は稀有となっているが、かかる「例外法」が成立した事例として、移民の道具化に対する暫定措置法をここで挙げておきたい。

フィンランド政府によると、2022年2月のロシアによるウクライナ侵攻以降、ヨーロッパの複数国がロシア等から移民の道具化によるハイブリッド攻撃を継続的に受けており、各国における国境警備の緊張は高まっているという。そして、2023年4月にフィンランドが北大西洋条約機構(NATO)に加盟したことに対する報復として、2023年秋からフィンランドもハイブリッド攻撃の対象とされており、ロシアがシリア、イエメン、ソマリア、イラク等からの亡命希望者をフィンランドへ誘導しているとフィンランド政府は非難している。そして、この増加し続けるロシアからの亡命者への対抗策として、2023年11月にロシアとの1,340kmに及ぶ国境を完全閉鎖した。同時に、フィンランド政府は、2024年6月「移民の道具化(instrumentalization)」に対応するため、特定の国境での庇護申請の受理を制限し、入国阻止も可能とする暫定法案を成立させた。

同法は、「移民の道具化」を「国家その他の主体が、他国を不安定にさせる目的で、当該国への非正規移民の移動を促進する行為」と定義づけた上で、フィンランドの主権及び国家安全保障の観点から、政府が指定した地域内では、国際的保護の申請受理を制限すること(3条)や、個人の入

国を阻止し、すでに入国している者については国外退去させられること（4条）を定めている。但し、送還されると死刑や拷問、その他の非人道的な扱いを受けるおそれがある特段の事情が認められる場合には、例外的に国際的保護の申請を受理できること（5条）も定めている。とはいえ、かかる庇護希望者を出身国又は経由国に強制的に追い返す、いわゆる「プッシュバック（pushbacks）」は、国際法上及び憲法上、重大な問題を孕むものであった。

憲法委員会の意見書（PeVL26/2024vp）は、まず、国際法上、EU 基本権憲章を含む EU 法及び 1951 年難民条約等で「ノン・ルフールマン（Non-refoulement）原則」が確立されており、生命や自由が脅かされている人々の追放及び送還の禁止は、国際法上の強行規定であるが、本法案は明らかにこの原則に違反すると指摘する。加えて、国内法上、フィンランド憲法 21 条によって、法の適正手続（due process）が保障されており、移民や庇護希望者の適正手続を侵害するおそれがあること、また、特定の国からの移民や庇護希望者だけを異なる基準で扱うことは、差別を禁止した憲法 6 条に抵触するおそれがあること、さらに、国家安全保障を理由に移民の権利を制限する場合であっても、基本権を制限する場合には比例原則が適用され、規制は必要最小限度に止める必要があると言及した。その上で、憲法委員会は、少なくとも、国際人権条約との整合性を確保する観点から、行政手続上、庇護希望者への決定に対する不服申立制度の確立やその後の慎重な再調査制度といった庇護希望者救済の法的保護が適正に考慮されるよう、本法案が修正・補強されるべきことを指摘した。

この憲法委員会の指摘に基づき、政府は、これらの庇護希望者に対する適正な行政救済制度を設ける修正を施した。それによって、憲法委員会は、当該法案は通常の立法手続で処理することは不可能であるとしつつも、憲法 73 条に基づく例外法の手続によって処理が可能であるとの見解を表明した（PeVL29/2024vp）。憲法 73 条 2 項によれば、緊急の例外法を制定するには、議会の第二読会において 6 分の 5 以上の多数による緊急宣言がなされ、さらに 3 分の 2 以上の多数で可決する必要がある旨を規定している。

そして政府が、憲法委員会の修正案を受け容れ、法案4条及び5条を修正したことで、議会は、167対31で法案の緊急性を宣言し、同じく167対31の多数をもって、2024年7月、当該法案を例外法として成立させたのであった。

かかる移民の道具化に対する暫定措置法の事例は、国家の安全保障上、迅速な対応を迫られる緊急事態に直面しつつも、憲法委員会の厳格な審査を経て、憲法秩序との整合性が慎重に図られた結果、成立に至ったものといえる。とりわけ、憲法及び国際法に基づく基本権及び人権の保障と、国家安全保障上の要請との間に生じる緊張関係に対して、政府が、憲法保障を確保するため、憲法委員会の見解に最大限の配慮を払った経緯は、フィンランドにおける憲法保障の堅牢性を示すものとして、極めて注目に値する。

4. 合法性の監督者と憲法委員会

(1) 法務長官と議会オンブズマン (ombudsman)

フィンランドには、憲法上、憲法委員会の他に、もう一つ事前の抽象的法案審査を実施する機関が存在する。それは、法務長官 (Chancellor of Justice) である。法務長官制度の起源は、18世紀のスウェーデンに遡る。当時、大北方戦争で混乱した国内行政の秩序再建が急務となる中で、1713年スウェーデン国王は、法の支配を貫徹するため、国王に代わって政府活動全般の合法性を監督する「国王の最高オンブズマン (代理人)」を創設した。かかる行政に対する法的統制を担う機関が、やがて、法務長官へと発展を遂げたのである。フィンランドでもこの法文化を継承した。但し、1809年から1917年までのロシア帝国自治領であった時代には比較的弱い機関であったが、1917年独立を契機に、法務長官は強い地位を回復し、現在では、市民の権利監督並びに内閣及び大統領を監督する権限までを有するに至り、スウェーデン以上の強力な地位を確立している⁽⁴¹⁾。

(41) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 3.1.

まず、政府内ですべての政府法案は、法務長官による審査が実施されている。⁽⁴²⁾その後、議会の立法過程において、憲法委員会が当該法案の憲法適合性を詳細に審査するのである。さらに法律の施行後は、権利侵害を受けた市民が、個別具体的な事案に関して、法務長官若しくは議会オンプズマンに告発する、又は、裁判所による司法審査を求める制度枠組が存在する。ここで、議会オンプズマンについて若干触れておきたい。こちらもまたスウェーデン由来の制度である。1809年スウェーデン憲法の創設時、議会と政府双方が独自の合法性の監督者を設けたことに端を発するのだが、これに倣って、フィンランドがロシアからの独立を果たした際に、1920年議会オンプズマン制度がフィンランドにも誕生した。

現行フィンランド憲法の下では、法務長官は、大統領によって任命され、政府に設置されるのに対して（69条）、議会オンプズマンは、憲法委員会の候補者提案に基づき議会が選任し、議会に設置される（38条）。いずれも優れた法律家でなければならないとされている。かかる合法性の最高責任者の権限は、憲法に明記されており、実質的に同等の権限を有している。すなわち、公的機関及び公務員等がその職務遂行に際して法律を遵守し、かつその職務上の義務を履行しているかを監督する（108、109条）。加えて、法務長官は、政府及び大統領の活動の合法性をも監督する（108条）。両者は、かかる監督事項に関して、必要に応じて訴追する又は訴追を命じることもできる（110条）。

両者の監督機能が重複を回避するためには、一定の職責を分担することが不可欠である。両者の職責分担が最初に実施されたのは1933年のこと

(42) 憲法第112条（合法性の監督）①法務長官は、内閣若しくは大臣又は共和国大統領の決定又は措置の合法性について指摘の必要を認めるときは、理由を付して指摘をしなければならない。当該指摘が考慮されることなく放置された場合には、法務長官は、その意見を内閣の議事録に記録させなければならない、また、必要ときは、その他の措置を講じなければならない。オンプズマンも、また、指摘を行い、及びその他の措置を講ずる同様の権限を有する。②大統領の決定が違法である場合には、内閣は、法務長官から意見を得た上で、決定を実施することができない旨を通知して、大統領に決定の変更又は取消しを提案しなければならない。See Section 112 of the Constitution of Finland.

である。現在ではそれを規定する法律がある。⁽⁴³⁾ 政府の監督は主として法務長官の職責であり、政府の一機関として行政活動全般の合法性を事前的に監督している。他方、議会オンブズマンは、議会に依拠する統制機関として、政府から独立した立場で行政の適法性を監督している。なお、合法性の最高責任者の業務は、その手続を促進すると認められる場合、相互間で移送することが承認されている。例えば、法務長官は、一定のカテゴリーの苦情処理を議会オンブズマンに移送している。具体的には、被拘束者、逮捕者、受刑者、その他の自己の意思に反して公権力により拘束された者からの苦情に基づくものである。また、議会オンブズマンから法務長官への移送も可能であるが、実務上それは稀といえる。

合法性の監督者は、1991年さらに広範な業務を担うこととなった。現在の監督者は、公的機関及び公務員の活動に加えて、公的機関の業務請負業者及び公的機能を遂行する民間主体に対しても監督権限を行使することとなった。近年、従来は伝統的に公権力によって担われてきた多くの業務が民間事業者によって遂行されるようになっており、市民の権利保護の観点から、それらを包括的に監督する必要性が生じた背景がある。そもそも、監督の対象となる「公的業務」の概念は非常に曖昧で、合法性の監督もその線引きが困難であった。現在もその曖昧さは残しているが、合法性の監督権の範疇は、さらに憲法上の権利保護へと推移している。現行憲法上、合法性の監督者は、憲法上の基本権及び人権の実現状況を監督する明確な法的義務を負うものとされ(108条、109条)、また、欧州人権条約の批准以降、人権保障の国際化が飛躍的に進展した結果、合法性監督の対象領域も急速に拡大している。

二人の合法性の監督者の権限は同等であるが、そのプロファイルは異なる。法務長官は、政府活動を審査し、政府や省庁等に助言を提供するが、その機能は、市民の代表というよりは政府の代理人という側面が強いと一

(43) See Section 110(2) of the Constitution of Finland and Act on the Division of Duties between the Chancellor of Justice of the Government and the Parliamentary Ombudsman (276/1933).

般的に理解されている。他方で、議会オンブズマンは、公権力に対峙する市民の権利・自由の守護者としての役割に重点を置いている。また、議会オンブズマンは、市民の苦情又は自らの調査に基づいて、事後的に問題进行处理するのに対して、法務長官は、政府活動の合法性に関する事前の監督に重点を置いている点にも相違が看取される。本稿が対象とする憲法保障という文脈においては、就中、後者の法務長官による事前審査機能がより重要な意義を有することとなる。

(2) 法務長官による事前審査

法務長官は、議会に提出される政府法案が憲法及びその他の法令と整合することを事前に監督する役割を担う。また、議会オンブズマンと並んで、市民からの権利侵害に対する苦情を調査・監督する合法性の最高監督者でもある。⁽⁴⁴⁾ この点、「合法性の監督者」という概念は、時代とともに変遷してきた。伝統的には、文字通り、公的な政策決定の合法性を保障することにあつたが、近年では、憲法上の基本権及び人権概念の発展に伴って、フィンランドの法文化も大きく変容し、単なる法的整合性に関する形式的審査にとどまらず、立法者意図にまで踏み込んで、実体的な政策の合理性・公平性・妥当性に関しても審査することが要請されている。

法務長官は、大統領から任命される非民主的機関である。⁽⁴⁵⁾ しかし、法的な専門知に長けており、政府の構成員ではないが、「政府の法律顧問」として閣議に出席する権利及び義務を有する。したがって、政府の政策決定に関して、制度上、その合法性を最終的に担保する重要な機会が与えられている。加えて、法務長官は、政府及び大統領の意思決定事項に関して、政府、大統領、又は各省庁からの要請に応じて、法的質問に情報及び見解

(44) See Section 108 of the Constitution of Finland.

(45) 憲法第 69 条（内閣の法務長官）①内閣に、法務長官及び副法務長官を設置し、これらの者は、共和国大統領により任命され、優れた法律専門家でなければならない。さらに、大統領は、副法務長官に事故があるときにその職責を遂行する代理人を、5 年以内の任期で任命する。②副法務長官及びその代理人については、法務長官に関する規定を準用する。See Section 69 of the Constitution of Finland.

を口頭又は文書で提供する立場にある。かかる法務長官と政府との対話は、政府が、議会と対立する前段階で、自らの合法性をあらかじめ確認することが可能性となるため、効率的な立法過程の促進という文脈でも、また、憲法上の権利保障という文脈でも重要な意義を有している。すなわち、法務長官は、事前に、政府の法解釈の正当性及び活動の合憲性・合法性を確保する制度枠組において、その中核を成す存在といえる⁽⁴⁶⁾。

1995年の憲法的権利の改革以降、法務長官は、憲法上の基本権及び人権の監督義務も明示的に担っている。かかる文脈における「合法性の監督」は、閣議に付される前の段階で、政府のあらゆる政策決定、すなわち、政府法案・命令・その他の政府決定事項を事前審査することを包含する概念と理解されている。その審査対象事項は約150種存在し、年間に1,500から2,000件の事項を審査している。法務長官の事前審査によって検出される問題は多岐に亘る。確かに、形式上及び実体上で非常に重要な事項も散見されるが、多くは立法過程では見過ごされがちな非常に技術的で細部に関わる事項が多数を占める。まさに法務長官は、政府活動の信頼性を担保するための制度的な品質管理の如き機能を果たしている。なお、こうした事前審査を経て、政府法案は議会に提出され、最終的な審議が議会内部において行われる。

この点、法案に内包する重大な憲法問題が存する場合、法務長官は、憲法委員会の過去の見解にそって法案の合憲性をチェックするが、最終的な判断は、議会の憲法委員会による審査に留保されることとなる。法案の個別条項が憲法上の要件を欠く、又は、憲法上の権利に関わる法案の根拠規定が不十分である場合、法務長官は、所管大臣に対して法案の修正又は補完を求めることができる。但し、法務長官自身には、政府法案を直接修正・補完する権限は与えられていない。また、実務上、法務長官の修正・補完要求があっても、時間的制約やその他の事情により、政府による修正・補完が必ずしも実施されるとは限らない。その場合には、法務長官は、所管大臣に対して、法案提出の際に憲法委員会の見解を求めるよう働きかける

(46) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 3.1.1.

ことが通例である。⁽⁴⁷⁾

(3) 法務長官と行政命令

確かに、政府法案の憲法適合性審査に際して、法務長官の役割は、憲法委員会に比して限定的といえる。しかし一方で、政府及び大統領による行政命令に関しては、法務長官の役割がより重要な意義を有する。なぜなら、行政命令への審査は議会統制の枠外にあるため、その審査・統制は専ら法務長官の権限に委ねられているからである。一般的に、行政命令（政省令等）は、憲法上の諸権利に影響を及ぼす規定を含まず、社会的にも政治的にも重要性を伴わない組織規範や技術規範を対象とする。したがって、従来、行政命令に対する統制は制度的に不十分であるものの、あくまでも憲法上の重要性を伴わない事情から、憲法規範の保障に影響はないと考えられてきた。ところが、法務長官に拠れば、近年、一定の政治状況から法案の審議時間が十分に確保されず、また、法律事項として扱われるべき重要な事項が行政命令に委任される傾向が看取され、その結果、政府立法に対する憲法的統制には重大な脆弱性があるものと指摘されている。⁽⁴⁸⁾

例えば、地方行政改革に関する問題でいえば、地方自治法において、行政区の地域区分については政府の行政命令で定めると規定している。一見すると、これは単なる技術的事項のようにみえるが、実際には、当該行政

(47) なお、現行憲法は、法務長官及び憲法委員会以外に、大統領にも一定の憲法保障の役割を担わせている。すなわち、大統領は、憲法上、議会が可決した法律を認証する権限を有しており、その際、当該法律に関する法的問題を最高裁判所又は最高行政裁判所に諮問することが承認されている（憲法 77 条）。勿論、これは違憲審査に関わる規定ではない。しかしながら、かかる手続に則して、大統領が憲法上の疑念から、最高裁判所の見解に従い、法律を認証しなかった例が、過去に 2 件存在する。すなわち、1923 年に財産権に関する疑念、及び 2002 年にオーランド諸島自治法の解釈に関する疑念に基づく措置である。もっとも、いずれの事例に関しても、憲法委員会とは異なる解釈を最高裁判所が最終的に示したため、政府は、当該法案を撤回し、最高裁判所の見解に沿った新規法案を再提出することで事態は収束した。但し、これらの事例はいずれも特殊例外的な背景を有しており、これらを以て大統領の認証権限に特段の憲法的意義を認めることはできない。K. Tuori, *supra* note 23, at 202.

(48) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 3.1.4.

区に居住する市民の言語的権利に関わっている。なぜなら、行政区分の如何によって、当該地域における公的言語サービスが何種類で提供されるのかが決定されるからである。また、公務員採用における言語能力の要件も同様であり、その採用基準の詳細も行政命令で定められる。かかる資格要件は公務員の採用に関わる技術的事項に見えるが、実際には、公務員の言語能力は、当該市民の言語的権利を満足させるための重要な法的要素となっている。結局、法律制定段階で想定されている以上に、実際には、行政命令の内容が、市民の法的権利義務に対して重大な影響を及ぼしているという現実がある。

この点、法務長官は、行政命令の領域にも憲法的統制を及ぼすことにより、実質的な憲法保障を確保する上で、非常に重要な役割を担っている。すなわち、憲法委員会の統制が及ばない行政命令領域において、必要とされる憲法的統制を代替し得るのは法務長官のみであり、制度上、その職責は極めて重要といえる。法務長官は、法案の審査過程において、憲法委員会の見解が既に示されている場合にはそれを忠実に踏襲している。他方で、憲法委員会の見解がまだ示されていない場合であっても、憲法規範の保障に向けて十分な配慮を行っている。すなわち、法務長官は、既存の憲法委員会の見解に鑑み、憲法的権利の保護という文脈において、如何なる対応が最善かを示すことで、憲法的権利保護の促進に寄与しているのである。かくの如く、近年、行政命令の重要性が拡大する傾向と相関しつつ、法務長官は行政命令への憲法的統制を担保できる唯一の存在として、その重要性が一層高まっている事情は特筆に値しよう。⁽⁴⁹⁾

5. フィンランドにおける司法審査

(1) 裁判所による事後審査

フィンランドにおける法律の事後審査は、概して、裁判所並びに法務長

(49) *Id.*, para. 3.1.5.

官及び議会オンブズマン⁽⁵⁰⁾によって実施されている。本節では、事後的な憲法保障という文脈から、より重要な裁判所による事後審査について考察したい。

フィンランドでは、そもそも議会主義の伝統から、裁判所の役割は限定的であり、司法審査に対する伝統的な「不信」⁽⁵¹⁾も背景にあり、裁判所は、法律が憲法に適合するか否かを審査する権限も、法律を無効にする権限も有してこなかった。⁽⁵²⁾すなわち、旧憲法 92 条 2 項において、裁判所及び行政機関は、憲法及び法律に抵触する如何なる命令も執行し得ないと規定されていた。憲法上、当該規定は司法審査を直接禁止するものではなかったが、解釈上、裁判所が議会に從属する制度枠組を採用したものと一般的には捉えられていた。⁽⁵³⁾それゆえ、フィンランドにおける憲法保障の機能は、主として議会の事前審査にあり、それは現在も同様である。元来、フィンランド人の価値観は同質のかつ国家主義的な傾向があり、また、大陸系の多数決民主主義の概念を受容してきた経緯もあることから、多様な個人の価値観とそれを支える司法審査制という制度枠組を自覚的に妨げてきた傾向が看取される。⁽⁵⁴⁾

(50) 議会オンブズマンも、憲法 109 条に基づき、市民からの苦情又は独自のイニシアティブで特定の法律やその適用状況を調査し、立法や行政に対する憲法保障の一翼を担っているが、最終的な憲法判断は、憲法委員会又は裁判所が行う制度枠組となっている。See Section 109 of the Constitution of Finland.

(51) 司法への「不信」は、1910 年代後半におけるフィンランドの政治的解放のステージで、階級間の緊張と社会的政治的傾向の結果と評価されている。すなわち、当時の政治的・経済的エリートは、議会による審査制度こそが重要な財産権と既得権を民主主義政治から切り離すことができる手段だと気付いており、そのエリートたちにとって司法審査制度の戦略的必要性は認識されなかった背景がある。加えて、当時の北欧諸国では、概して、裁判実務において實際上の憲法的権利は重要性を欠いていた事情があり、フィンランドも例外ではなく、また、ロシア支配時代に司法的救済が一切の功を奏しなかった歴史的記憶も影響しているといえる。Juha Lavapuro *et al.*, *Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, International Journal of Constitutional Law, vol. 9 no. 2, 511 (2011) .

(52) Andreas Follesdal & Marlene Wind, *Introduction - Nordic Reluctance towards Judicial Review under Siege*, 27 Nordic J. Hum. Rts. 131 (2009) .

(53) K. NUOTIO *et al.* (eds.), *supra* note 11, at 129.

(54) J. Lavapuro *et al.*, *supra* note 51, at 507.

そもそも、裁判所に憲法適合性を審査する権限が承認されずにきた背景には、歴史的経緯が存在する。すなわち、現在の最高裁判所の前身に相当する司法省は、ロシア帝国の同化政策に対して中立を保持し、フィンランドの自治を十分に擁護することができなかった。かかる歴史的経緯が、フィンランドで最初の1919年憲法制定時に影響を与えたのである。その際に、法律の憲法適合性を審査する権限及び無効にする権限を裁判所に授権する試みはあったものの、結局、議会内の憲法委員会によって拒否されるに至った。それは、司法府に対する歴史的懐疑と、国民意思を代表する議会の優位を重視する政治文化とが交錯した結果であり、議会中心の憲法保障体制を志向する制度的選択に他ならない。

(2) 欧州人権条約と司法審査の端緒

ところが、1990年代後半に新しい憲法が準備される頃には、状況は大きく変化していた。すなわち、フィンランドは、1989年に欧州人権条約(European Convention on Human Rights)を批准し、1990年には同条約の国内法への編入を完了したが、まさにこれがフィンランドにおける人権保障の画期となった。比較法的には、1998年英国人権法又は1982年カナダ権利・自由憲章の制定と同等の重要性を有するものといえる。もっとも、欧州人権条約における実体的権利は、事実上、それほど大きな影響を与えはしなかった。なぜなら、そこで保障される多くの人権は、すでにフィンランド憲法や国際人権規約等で規定されていたからである。但し、これを契機に、個人が国内での訴訟に敗れても、さらに欧州人権裁判所に当該事案を提訴し得る国際的な司法監視システムが導入されたことは特筆に値する。個々の不服申立てを欧州人権裁判所に繋げる制度枠組は、欧州人権条約の成功に不可欠であった。フィンランドにおいて人権を法的拘束力ある規範として確立せしめたのは、まさに欧州の国際的な司法監視システムであったといえる。

もっとも、フィンランドにおいて、その制度展開は決して容易ではなく、明確な方向性も定まっていなかった。当初、憲法委員会は、欧州人権

条約の批准及び編入に際して、条約の法的位置づけが法律と同等のものであると主張した。それは、編入された条約規定と国内法規定との矛盾が生じた際に、事後法や特別法に関する一般的法原則が適用されることを意味していた。したがって、欧州人権条約と矛盾する状況が生じて、議会は新しい法律を制定することで、その矛盾を解消し得る憲法上の権限を保持していることとなる。また、憲法委員会は、裁判所が人権の効果的な保護を可能とする方法で既存の国内法を解釈すべきであるとの指針も同時に提示しており、いわゆる「憲法上の諸権利に親和的な（constitutional rights-friendly）」法解釈を推奨していた⁽⁵⁵⁾。そして、かかる「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則が、やがて、効果的な人権保障という新たな要請と既存の立法至高性の伝統との妥協点を切り拓く上で、有効な解決策となる。すなわち、フィンランドは、以後、当該解釈原則に則した弱い形式の司法審査制度を形成する道を歩み始めるのである。

(3) EU 加盟と法秩序の再構成

その後、フィンランドは、1995 年に欧州連合（European Union）に加盟したが、その影響は、少なくとも欧州人権条約と同程度の重要性を有している。フィンランドでは、EU 加盟の結果として、国内裁判所はすべての国内法と EU 法との適合性を審査する権限が付与されることとなった。他方で、1995 年時点では、まだ裁判所には法律の憲法適合性を審査する権限は承認されなかった。この点、加盟条約の編入法（Act No. 1540 of 1994）は、フィンランド法秩序における EU 法の国内的効果と位置づけに関して何ら規定していなかったが、法理上、EU 法は、基本条約を基盤にその枠内で自律的に展開され、欧州司法裁判所によって解釈される独自の法的地位を有する。フィンランド裁判所もかかる見解を共有し、EU 法の直接・間接効力及びその優位性を受容することとなる。

しかし、実際にフィンランド裁判所が国内法よりも EU 法を優先した事

(55) This was established in the opinion 2/1990 of the Constitutional Law Committee of Parliament.

例は依然として非常に少ないのが現状である。その代替として、フィンランド国内法解釈の中で EU 法の規範内容を担保するという方法が、国内裁判所において浸透している。かかる EU 法の間接的効力に基づく方法論は、EU 法と国内法との間に一定の緊張関係が存在する場合に、国内裁判所に対して、あからさな矛盾・衝突を回避するために、可能な限り EU 法と調和する国内法解釈を採用することを要請する。蓋し、かかる法解釈こそが、立法府に対する司法府の従属を強調してきた伝統的な憲法教義とも整合するからである。また、憲法委員会も、EU 法の実施によって憲法規範及び人権保障の国内水準を引き下げることがあってはならないとの⁽⁵⁶⁾ 声明を発表している。そして、かかる憲法的前提に基づき、フィンランド議会は、例えば、国内の権利保障水準を確保する観点から、加盟国間での 2002 年欧州逮捕状及び犯罪人引渡手続 (European arrest warrant and the surrender procedures) に関する理事会決定 (2002/584/JHA)、並びに 2002 年テロとの闘いに関する理事会決定 (2002/475/JHA) 及び理事会規則 (Council Regulation No. 1782/2003) の適用を緩和する措置をとった⁽⁵⁷⁾ こともある。

とはいえ、EU 法と国内法との整合性に困難な問題が生じた場合には、フィンランドの国内裁判所に持ち込まれる。これは、フィンランドにおける議会主義の伝統に、決定的な制度的転機をもたらしたといえる。近年、国内裁判所は、EU 法の解釈に際して、欧州司法裁判所の個々の判決について日常的に言及しており、欧州司法裁判所の權威を受容する傾向を示している。ここで強調すべきことは、たとえ EU 法と国内法双方の進展に大きな影響を与えるものであったとしても、フィンランド議会は、ただ欧州司法裁判所と国内裁判所の司法的対話を受動的に見守ることしかできないという点である。すなわち、欧州人権条約や EU 加盟を通じて、フィンランドの人権保障の基軸は、立法至高性に立脚した議会主義の概念から個人の人権保障とそれを支える司法審査を中核とする概念へと不可避的な変遷

(56) PeVL 25/2001vp.

(57) J. Lavapuro *et al.*, *supra* note 51, at 515.

を遂げるに至ったのである。その結果、欧州人権裁判所（ECHR）、欧州司法裁判所（ECJ）、そして EU 法を適用する国内裁判所による司法審査の重要性が高まり、これによってフィンランドの人権保障に抜本的な変化への道が開かれたといえる。⁽⁵⁸⁾

その端的な例として、Grönmark v. Finland 事件判決⁽⁵⁹⁾を挙げることができる。すなわち、1975 年フィンランド父子法の施行法 7 条 2 項は、当該法の施行前に婚外子であった子どもが父子関係の確認訴訟を提起できるのは、法施行後 5 年以内に限定し、さらに、父親が死亡している場合には訴訟を提起することができないと規定していた。そして、1968 年に婚外子として生まれた原告は、父性確認訴訟の提起に際して、1975 年施行法発効後に生まれた婚外子には出訴期間の制限がない不公正さから、生年月日・年齢による不合理な扱いをする施行法 7 条 2 項が差別的だと主張して出訴した。この点、最高裁は、2003 年判決（KKO2003: 107）において、法的安定性の観点から 5 年間の移行期間は合理的であり、また、原告は当時 32 歳で、当事者である両者には親密な家族的関係もなく、主として父親の相続権をめぐる訴訟であったことから、子どもの権利条約及び欧州人権条約との抵触がないこと、さらに、本件への実施法 7 条 2 項の適用が欧州人権裁判所の判例とも矛盾しないと結論付けた。これは、議会至上主義に立脚した司法消極主義的姿勢を想起させる判決といえる。まさに法実証主義、多数派民主主義及び法的安定性優位の概念に立つ権利論である。

しかしながら、当該 2003 年父子訴訟は、その後、欧州人権裁判所に提訴され、2010 年 Grönmark v. Finland 事件判決において、欧州人権裁判所は、フィンランド最高裁が、家族関係の法的安定性を保護する一般的利益が如何にして父性の司法的確認を求める法的権利を上回るのかに関する合理的根拠を示すことができておらず、父性の司法的確認に絶対的期限を設けることが欧州人権条約 8 条に違反すると判断した。それ以降、フィンランド国内裁判所は、当該 Grönmark 事件判決に準拠し、父性確認訴訟にお

(58) *Id.*, at 507.

(59) Grönmark v. Finland (Application no. 17038/04), Judgment of 6 July 2010.

いて、出訴期間の制限が子どもの権利を不当に制限しないよう、訴訟提起の遅れに正当な理由があるか等、個別の事情を考慮するようになっており、子どもの利益に資する場合には、当該制限規定を柔軟に解釈・適用する傾向が看取される。⁽⁶⁰⁾

(4) 憲法改正と司法審査の導入

他方で、同様に重要な変化が、国内の憲法レベルにおいても生起する。欧州人権条約との整合性を担保するために、フィンランドにおける人権規定が全面的に改正され、1995年8月1日に発効したのである。改革の結果、憲法第2章では、伝統的な市民的及び政治的権利に加えて、経済的、社会的及び文化的権利が明文で規定されるに至った。フィンランドでは、国際人権条約上の基準は最低限度のものに過ぎず、国内基準はさらに高い水準を志向していた。それゆえ、フィンランドがEUに加盟することで、国内の人権保障水準が何らかの方法で緩和されるのではないかと懸念があった。そこで、1995年人権改革は、EU加盟によって生じる長期的問題への防護策を講じた。例えば、徹底した情報公開請求権(12条2項)やEU市民に限定されない社会権(19条)の保障、しかも社会権は実体的権利として保障され、直接裁判所による執行が可能とされた。但し、1995年人権改革は、人権保障に対する従来の制度枠組を変更せず、就中、司法審査制の禁止という古典的な教義はそのまま温存されたのである。その結果として、「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則が改めて確認されるにとどまった。

その後、2000年憲法改正によって、これまで維持されてきた司法審査制の禁止は撤廃され、裁判所が一定の場合に憲法規定を優先して適用することを認める規定が新たに創設された。具体的には、憲法106条で、「裁判所の審理に付されている事件において、法律の規定を適用することが明らかに憲法に反する場合には、裁判所は、憲法の規定を優先しなければならない」と明文で規定されるに至った。憲法改正の過程において、当該条項は異論なく承認されたが、問題は、裁判所にどこまでの権限を付与するか

(60) J. Lavapuro *et al.*, *supra* note 51, at 523-524.

であった。すなわち、法律の憲法適合性を一般的に審査し得るのか、又は、具体的事件において憲法規定の優位性を個別に確認するにとどまるのかである。最終的には、後者が選択され、いわゆる付随的違憲審査制を前提に、個別具体的事件において憲法規定の優位性を審査する限りと結論付けられた。まさに、憲法 106 条が想定する裁判所の機能は非常に限定的で、議会の憲法委員会の権限をそのまま裁判所に移行することを意図したものではなかった。法案の主要な憲法適合性審査は、従来通り、議会の憲法委員会による抽象的な事前審査に依拠していた。すなわち、憲法 106 条は、憲法委員会による法案の抽象的事前審査と裁判所による具体的事後審査を意図的に組み合わせ、裁判所の権限を相対化した「弱い司法審査」のモデル類型と評価できる。当該モデルの下では、憲法委員会による抽象的な事前審査が先行しつつ、そこでの審査を漏れた憲法問題の穴を塞ぐことが裁判所には期待されているに過ぎないのである。

さらに、憲法 106 条は、憲法と法律との間の矛盾を合理的な法解釈では解消することができない場合に限って適用される、いわば「最後の手段」として設計されている。実際に、同条は、裁判所がすべての法律をまず憲法に従って解釈することを明確に要請している。すなわち、スウェーデン⁽⁶¹⁾から伝来した「明白な矛盾 (manifest conflict)」要件 (同条) は、裁判所が立法過程における憲法委員会の憲法解釈を最大限尊重するように、敢えて規定されたものなのである。かかる憲法 106 条に基づく司法審査の形式

(61) この解釈原則は、我が国でいう「明白の原則」に近似する。すなわち、我が国でも、一般的に法律は国権の最高機関たる国会が合憲と判断した上で制定したものであるから、合憲性の推定を受けると考えられる (合憲性推定の原則)。かかる原則を所与のものとすれば、結局、立法府の裁量をかなり広く認め、一定の限界を超えた場合、つまり、法律の規制が著しく不合理であることが明白な場合に限って違憲とすべしという「明白の原則」に帰着する。但し、我が国では、学説上、この「明白の原則」は経済的自由規制立法でのみ適用されるべき原則と考えられており、それは判例上でも一定程度受容されている。経済的自由規制の違憲審査で「明白の原則」に言及した判例として、小売市場距離制限事件 (最大判昭和 47・11・22 刑集 26 巻 9 号 586 頁) がある。この点、フィンランドにおける「明白な矛盾」要件は、経済的自由規制立法にとどまらず、広く法律一般に適用される点で我が国の「明白の原則」とは相違している。

は、比較法的視点から見れば、非常に独特で奇異にさえ映るかも知れない。しかし、その最大の意義は、ある規定が具体的争訟に適用できないと宣言する裁判所の権限を制限することで、立法府と司法府の権限バランスを維持し、両者間に不必要な緊張関係を生じさせないよう配慮されている点に存する。⁽⁶²⁾

憲法 106 条は、その解釈に一定の困難を伴うが、憲法上の諸権利の監督について制約がありながらも重要な役割を果たしてきた。かかる機能は一般的に「司法審査」と呼ばれるが、同条はフィンランドにおいて「優位性条項」と呼称されている。憲法を含む法体系と法案との緻密な事前審査が制度化されているにも拘わらず、それでもなお憲法違反の可能性が完全に排除されないという事実によって、フィンランドの司法審査制度は正当化されている。そして、フィンランドでは、オンブズマン等の監督制度はあるが、体系的に事後的違憲審査を担う機関は他に存在しないため、司法審査が法律に対する事後的是正機能を担う唯一の手段となっている。すなわち、かかる司法審査は、個別の具体的事件における憲法と法律との間の矛盾を解消する制度であり、議会における憲法的統制の不足を補完し、憲法保障の実効性確保に資する事後審査制度といえる。但し、形式上、すべての裁判所が優位性条項の適用権限を有しているが、制度の運用上は、主として最高裁判所及び最高行政裁判所によって担われているのが実情である。⁽⁶³⁾

なお、2000 年憲法改正は、司法審査制を導入しただけではなく、フィンランドの人権保障状況を大きく転換させたことにも留意すべきである。第一に、市民社会における人権意識を高めたと同時に、さらに公的機関内においても人権に対する意識がこの 20 年間で明らかに深化したといえる。例えば、近年、フィンランド最高裁判例において、憲法上の諸権利への言及が顕著に増加している事実は、その一端を示している。第二に、憲法で保障された権利の範囲が質的・量的に拡大した事実も看過できない。旧来

(62) J. Lavapuro *et al.*, *supra* note 51, at 517–518.

(63) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 4.1.1.

の憲法と比較すると、2000 年憲法では、市民的及び政治的権利から、経済的、社会的、文化的権利に至るまで非常に幅広い権利が明文で保障されるに至った。加えて、権利概念の拡大に伴い、その権利保障が、環境保護や手続的公正の範疇にまで拡大した事情にも留意する必要がある。事実、憲法 20 条における環境への公的責務や 21 条における適正手続の明文化は、司法や行政の判断枠組に多大な影響を与えており、実務上も人権保障の実質的射程が着実に拡がりをみせているといえる。⁽⁶⁴⁾

(5) 司法審査の補完的機能

もっとも、憲法 106 条「憲法の優位性」条項の創設によって、裁判所に司法審査権が付与されたにも拘わらず、議会は、憲法委員会による憲法適合性審査の機能を一貫して保持してきた。現在においても、憲法適合性に関する審査権は、裁判所による補完を認めつつもなお、その基軸は議会が保持している。そこで、憲法委員会と裁判所との間に競合関係が生じないよう配慮することが重要となる。この点、憲法制定過程においては、憲法適合性審査に関する憲法委員会の主導的役割が繰り返し強調され、同委員会の権威を犠牲にしてまで裁判所の審査権を優先することは承認されなかった。⁽⁶⁵⁾

また、裁判所が憲法と法律との間に矛盾を認めた場合でさえも、「優位性」条項は主要な行動方針とはなり得ない。裁判所による「優位性」条項の適用は、常に、抑制的であるべきと理解されている。すなわち、憲法委員会は、憲法と法律が矛盾する局面では、まず「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則の利用を要請しており、かかる原則は裁判所をも拘束する。そして、裁

(64) J. Lavapuro *et al.*, *supra* note 51, at 520–521.

(65) なお、かかる憲法委員会の役割を強調する姿勢は、裏を返せば、憲法裁判所の創設に対する否定的態度の表れともいえる。実際、フィンランドにおいても、憲法適合性審査の制度設計に際して、憲法裁判所の創設が選択肢として検討されなかった訳ではない。しかし、憲法裁判所の創設は選択されなかった。なぜなら、憲法裁判所という全く未知の制度を一から導入するよりも、既存の司法裁判所が具体的事件処理の過程で憲法問題を処理する「優位性」条項の方が、制度設計上、遙かに合理的だったからである。

判所は、憲法解釈に複数の選択肢が存在する場合、憲法の趣旨に抵触する解釈を排除し、憲法の趣旨に最も適合する解釈方法を採用しなければならない。⁽⁶⁶⁾このように「優位性」条項をあくまで最終の手段として位置付けることで、その使用を最小限度に抑制するのである。実務上、明らかに憲法106条は最後の手段であり、憲法委員会も2002年の報告書において「特殊例外的な事例でのみ優位性条項は用いられるべき」との見解を明示している。

そもそも、「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則は、憲法22条にその根拠を有する。憲法22条では「公権力は、基本権及び人権の実現を保障しなければならない」と規定しているが、これは単なる政治的声明ではなく、実際に、公権力が憲法上の諸権利及び人権を保護する義務を負うものとして一般的に理解されている。勿論、当該規定において「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則自体が直接明記されている訳ではない。しかしながら、解釈上、当該規定に基づく一般的義務から派生した原則と位置付ける見解が広く支持されている。その結果、裁判所を含むすべての公権力は、憲法と矛盾するおそれがある法律の解釈に際して、憲法委員会が推奨する「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則に準拠して、その矛盾を回避することが要請されている。なお、当該原則は、⁽⁶⁷⁾国際人権条約と国内法との間に生じる矛盾を回避する際にも利用されている。

このような制度的原則が確立される背景には、フィンランドにおける独特の歴史的背景がある。すなわち、同国においては、歴史上、立法府の至高性と司法権の従属性が制度的にも文化的にも深く根付いており、実際にかかる伝統的理解の下では、司法積極主義的な発想が介在する余地はな

(66) この「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則は、我が国でいう「合憲（限定）解釈」に相当するといえる。すなわち、これは違憲判断回避の方法であり、違憲性が争われる法令の解釈が複数成り立ち、ある解釈では違憲であるが、別の解釈（字義通りに解釈すれば違憲になり得る広汎な法文の意味を限定し、違憲となる可能性を排除する限定解釈）をとれば合憲であるという場合に、後者の解釈をとることで法令の効力を救済する解釈をいう。我が国では、都教組事件（最大判昭和44・4・2刑集23巻5号305頁）が有名である。

(67) K. NUOTIO *et al.* (eds.), *supra* note 11, at 134-135.

かった。その結果として、裁判所による標準的な法的解釈は、人権規範や立憲主義の実体を構成する一般原則又は判例法主義といった発想には依拠せず、専ら、法実証主義的な解釈モデルに依拠して展開されてきたといえる。敷衍すれば、フィンランド法は、形式上は大陸法に属しつつも、限定的な「弱い司法審査制」の導入等といった独自の制度的進化を遂げており、実質的には、大陸法とも英米法とも異なる独自の法文化を形成してきている。かかる独自性は、たとえ憲法規範に抵触する状況でも、仮に、憲法改正手続と同じ要件を満たして法律が成立した場合には、当該法律には「優位性」条項が適用されない「例外法」の制度にも端的に現れているといえる。⁽⁶⁸⁾

(6) 「明白な矛盾」要件と司法消極主義

憲法 106 条に拠れば、裁判所による司法審査は、個々の具体的事件処理に付随して実施される性質のものであり、具体的事件を離れて法律を抽象的に審査することはない。憲法委員会が抽象的な事前審査を実施するのに対して、裁判所は具体的事件に応じて事後審査を実施するという制度枠組になっている。この点、裁判所の事後審査は、対象が「法律」のみに限定⁽⁶⁹⁾されており、政府が制定する行政命令は対象ではない。また、「優位性」条項は、国際条約又は EU 法にも適用されない。なぜなら、これらは憲法 106 条でいう「法律」に該当しないからであり、また、フィンランドが、実務上、欧州人権条約及び EU 法の優位を承認したからでもある。その結果、裁判所は、原則として、かかる国際法上の諸規範と整合するように国内法を解釈する義務を有している。

フィンランドの司法審査モデルの最大の特徴は、常に、憲法委員会による違憲審査が先行している点に存する。憲法と法律の整合性を確保するに

(68) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 4.1.2.

(69) 但し、憲法 107 条では、如何なる公的機関も、憲法及び法律に違反する行政命令又はその他の下位法を適用してはならないと規定されており、裁判所を含むすべての公的機関に対して違憲又は違法な下位法規範の適用排除 (non-application) を義務づけている。See Section 107 of the Constitution of Finland.

際して、憲法委員会の抽象的事前審査と裁判所の具体的事後審査が結合し運用されているが、制度上、あくまでも前者にプライオリティがあり、それがフィンランド・モデルの民主的正当性を際立たせている。それゆえ、憲法 106 条の「優位性」条項の適用は、その文言に従い、憲法と法律の矛盾が明白な場合に限って承認される。かかる「明白な矛盾」要件は、「優位性」条項の適用を著しく制限することになるが、それもまたフィンランド憲法の明確な意図であると考えられている。すなわち、当該 106 条の「明白な矛盾」要件は、司法審査における憲法解釈に際して、立法過程における憲法委員会の見解を司法過程に組み込むための制度設計として意図的に導入された結果なのである。この点については、当該 106 条の制定過程においても、裁判所は法律の適用可能性を検討する際に、原則として憲法委員会⁽⁷⁰⁾の見解を考慮すべきとの指摘がなされている。

当該「明白な矛盾」の概念は、常に議論の対象であり、しばしば当該要件を削除すべきだと主張されてきた。賛成派は、それによって裁判所による司法審査の敷居が下がり、司法審査が活性化することを目指す⁽⁷¹⁾が、他方で、反対派は、民主主義と権力分立の狭間で、議会主義の伝統を破壊し裁判所に対してより大きな権限を付与する結果を懸念する。また、憲法委員会と裁判所が共に同等の憲法解釈権を与えられたなら、憲法解釈の一貫性が損なわれ、制度的混乱を招く危険性も否定し得ない。かかる事情から、その後、2007 年（法令 596 号・802 号）、2011 年（法令 1112 号）、及び 2018 年（法令 817 号）に実施された憲法改正においても、憲法 106 条の改正は実現しておらず、さらに、同条が適用される事例は極めて限定的で、事実、これまでに最高裁判所及び最高行政裁判所が 106 条を適用した事例は、2000 年憲法施行以降の 10 年間に⁽⁷²⁾おいて、僅か 2 件にとどまる。かかる事情に鑑みると、フィンランドの司法審査における人権保障は、専ら、「憲法上の諸権利に親和的解釈」原則によって担保されているといえる。

(70) K. NUOTIO *et al.* (eds.), *supra* note 11, at 135.

(71) K. Tuori, *supra* note 23, at 204-205. なお、その後、2024 年時点では 11 件の憲法 106 条適用事例を確認することができる。See <https://www.finlex.fi/>

(72) K. NUOTIO *et al.* (eds.), *supra* note 11, at 137.

かかる「明白な矛盾」要件及び事前審査における憲法委員会の特別な権限が相俟って、最高裁判所が憲法委員会の解釈や見解を過度に尊重する司法消極主義を招いたと指摘されている。勿論、かかる状況は、憲法保障の観点から重大な問題を内包している。すなわち、裁判所は「明白な矛盾」に至らない限り、たとえ憲法違反の疑いがある場合でも、それらの法律をそのまま適用する余地があり、憲法 22 条における公権力が負う人権保障の一般的義務を形骸化するおそれがある。また、憲法委員会への恭順によって「明白な矛盾」要件が相対化され、裁判所が憲法 106 条に基づく司法審査を展開する目処が立たず、結果的に司法過程における予測可能性を損ねる危険性も内在する。さらに、憲法委員会が見解を表明するのは、あくまで法案審議の時点であって、その成立後は、当該法律に関連する問題を検討する機会を持たないのであるから、司法審査の俎上に上がった時点で、法案審議時点の状況と同一であるとは限らない。それにも拘わらず、最高裁判所が過去の憲法委員会の見解に譲歩するのは合理的ではないとの見方は否定し得ないだろう。⁽⁷³⁾

また「明白な矛盾」要件が、如何なる場合に充足されたと考えるかも現実的には困難な問題である。憲法学界では、具体的な訴訟において、矛盾がどれだけ明白かつ明確であるべきかが継続的に議論されてきた。しかし、これまでのところ、未だに当該条項を修正する提案がなされた経緯はない。それは、この問題の解決困難性を示唆している。従前からフィンランドでは、事前に憲法委員会が憲法適合性審査を実施している場合、当該法律に「優位性」条項を適用することはできないと解されてきた。それを前提にすれば、当該優位性条項は、憲法委員会が審査していない法律にのみ適用可能という結論になる。憲法委員会の審査を通過してきた法律に関しては、憲法との抵触関係が「明白」とは評価し得ないからである。その結果、憲法 106 条はこれまで殆ど適用されてこなかった。そうすると、憲法委員会の事前審査と裁判所の事後審査のダブルチェックが制度化されていようとも、實際上、同一の法律に対して憲法委員会と裁判所両者のチェックが実

(73) *Id.*, at 135-136.

施されることはなくなる。もっとも、この両者の審査制度は、常に、相互排他的な関係に立つ訳ではない。実際には、法案には何らの形式的瑕疵がなく、かつ、抽象的審査において憲法適合性に問題がなかったとしても、具体的な適用段階で、初めてその憲法問題が顕在化することもあり得る。かかる状況において、裁判所は、憲法 106 条に基づき当該法律の適用を排除する責務を免れないはずである。⁽⁷⁴⁾

(7) 司法審査の法的効果

憲法 106 条に基づき、裁判所が、具体的事件処理に際して、憲法との明白な矛盾を回避すべく、憲法規定を優先した場合に、如何なる効果をもたらされるであろうか。この点、適用が否定された規定が直ちに無効になる訳ではなく、依然として法的効力を有している事実には留意する必要がある。当該規定を有する法律自体も同様である。当該法律が憲法に直接抵触しているのではなく、裁判所が直面している具体的事件に当該規定を適用することが憲法に抵触する限りなのである。すなわち、「優位性」条項は、法改正を経ずにかかる状況からの脱却を図るものであり、法律自体を無効化するものではない。個々の訴訟は常に異なる事情を抱えており、ある事案で適用が否定された規定が他の事案では何ら問題にならないことも十分にあり得る。個別事案における憲法 106 条の適用は、法律又は個別規定の法的有効性に直接影響を与えるものではなく、法律又は個別規定を廃止するには立法手続に基づいた法改正が不可欠である。憲法 106 条は、裁判所に対して憲法に違反する法律自体を無効にする権限を付与したのではなく、その適用を排除する権限を付与したにとどまる。それを是正するのは、あくまでも議会の責務なのである。但し、最高裁判所又は行政最高裁判所によって憲法 106 条が適用された場合、他の裁判所はもはや当該規定の適用を抑えることが予想される。つまり、最高裁判例に法的拘束力がある訳ではないが、法的安定性を維持するために、下級裁判所の判事は、最高裁判所の判例に沿った判断を行うことが当然に予想される。それゆえ、形式上

(74) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 4.1.3.

存在しているが、実際には適用されない法律の規定は、もはや死文化しているといえる。このように、司法審査の効果を厳格に制限することは、個別の事案を超えて、最終的な法的解決を図ることができる国家最高機関としての議会の役割を際立たせることとなる。⁽⁷⁵⁾

6. 憲法委員会審査への評価

(1) 司法の政治化 (Politicization of the judiciary)

以上のフィンランド・モデルの考察に際して、司法の政治化及び政治の司法化 (juridification of politics) という問題は看過し得ない。

本来、法の支配という観点から、憲法適合性審査は、政治的影響を受けず、純粹に客観的かつ合理的に遂行されるべきである。しかしながら、憲法自体が、本質的に法的文書であると同時に政治的文書でもあることから、實際上、憲法適合性審査には、必然的に政治的緊張や闘争が伴うことが容易に想定される。⁽⁷⁶⁾そして、かかる審査過程は、そもそも憲法と政治の整合性を図るための社会的プロセスであるから、その在り方を検討する際には、常に、立憲主義と民主主義のバランスに配慮することが求められよう。一般的には、司法審査の場合、多数派の民意に依拠した政治権力による少数派の基本権・人権の侵害を是正することには大きな利点があるが、他方で、政治的問題が法的問題へと変換され、非民主的な裁判所によって

(75) 我が国でも違憲判決の効力をめぐって、①客観的に無効となる（議会の廃止手続を経ずに無効となる）一般的効力説と、②当該事件に限り適用が排除されるとする個別的効力説があるが、我が国も付随的違憲審査制を採用する以上、当該事件の解決に必要な限りで審査が行われ、違憲判決の効力も当該事件に限り及ぶことが原則であり、仮に、一般的効力を認めると、それは一種の消極的立法作用となり、国会の唯一の立法機関性（憲法 41 条）と矛盾するため、個別的効力説が妥当と考えられている。但し、個別的効力説をとったとしても、他の国家機関は最高裁の違憲判決を最大限尊重することが要求されるため、結論としてはフィンランドと同様といって支障はない。芦部信喜『憲法（第 8 版）』（岩波書店、2023 年）415-416 頁参照。

(76) Maija Dahlberg and Anu Kantola, *Tension in Finland's ex ante constitutional review: The interplay of Politics, law, and media*, International Journal of Constitutional Law, 11 July 2024, at 5-6 (<https://doi.org/10.1093/icon/moae035>).

政治的問題が解決される懸念が同時に存する。いわゆる「反多数主義の困難 (counter-majoritarian difficulty)⁽⁷⁷⁾」の問題である。それゆえ司法審査では、現実的に、安全保障、経済危機、移民政策、テロ対策等といった高度な政治問題に関して、司法裁判所は、政治部門に対して敬讓の精神をもって臨んでいる。すなわち、高度な政治問題を審査する場合、概して、政府に対して広範な裁量権を認める傾向にあるのが実情である。⁽⁷⁸⁾かかる現実的傾向に鑑みると、司法審査では、立憲主義と民主主義の原理をより効果的に整合させることは、そもそも困難なようにも看取される。

では、政治審査の場合はどうであろうか。まず、事前に議会で政府法案の違憲審査を行う場合、当該憲法問題に対する政府の説明責任を強化することが利点として挙げられる。野党が政府法案に対して憲法上の問題を指摘した場合、政府はその憲法問題に関して公開の場で説明責任を果たす必要がある。そして、議会審議や公開討論の機会を通じて、政府自身が憲法問題をより意識すると同時に、国民の憲法問題への意識や関心を高める契機にもなり得る。何より、憲法問題に特化した専門委員会を設けることで、通常の法案審査では見過ごされる憲法問題にも十分なチェックが及ぶ蓋然性がより一層高まるだろう。他方で、法的問題が政治化され、本来、客観的かつ合理的であるべき憲法適合性審査が、政局の渦中へとのみ込まれる懸念がある。一般的に、憲法問題だと指摘すれば、メディアや世論の関心を集めやすいだけに、議会内の野党はしばしば問題視する政府法案を憲法問題として位置づけ、それを政治的ゲーム（日程闘争や議事妨害等）の対象にする傾向がある。⁽⁷⁹⁾それゆえ、事前の政治審査を制度化する場合、この種の問題を如何に解消するかが鍵となる。

(77) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS*, 16-23 (YALE UNIVERSITY PRESS 1962).

(78) Conor Casey, *The Constitution outside the Courts: The Case for Parliamentary Involvement in Constitutional Review*, 61 *Irish Jurist* 36 (2019).

(79) M. Dahlberg & A. Kantola, *supra* note 76, at 2-3.

(2) フィンランド・モデルの是非

フィンランド・モデル最大の利点は、違憲審査の多層構造にある。立法、行政、司法がそれぞれ法律の合憲性を担保する責任を担っており、就中、憲法委員会による抽象的な事前審査と裁判所による具体的な事後審査の調和が、前述した「司法の政治化」及び「政治の司法化」問題を相対化し、フィンランドにおける法の支配を徹底させている。但し、フィンランドでは、事前の政治審査に重点が置かれ、憲法委員会がその主要な役割を担ってきた特徴を有する。すなわち、憲法委員会の判断は議会に対して事実上の拘束力を有し、裁判所もそれを尊重し、委員会報告は「法源」として取り扱われている。確かに、現在、裁判所は法律への違憲審査権を有するが、それは非常に限定的であり、通例、憲法委員会の判断に従う傾向にある。他方で、憲法委員会が違憲判断を示すと、政府もそれを尊重する傾向にあり、結果的に、委員会判断は政治的にも重大な影響をもたらす。そして、かかる憲法委員会の見解に基づき、最終的には議会が法案の憲法適合性を担保する体制を維持することで、政治の司法化という問題を抑制するとともに、立憲主義と民主主義の衝突を緩和し、国内法秩序の民主的正当性を高める利点もフィンランド・モデルには存する。さらに、憲法 106 条に基づく司法審査は、その適用範囲が非常に限定的で、違憲の条項が具体的事件に適用されないと宣言するにとどまり、かつ、実際に法律を無効化する権限が議会に留保されている制度枠組によっても、その民主的正当性は高められている⁽⁸⁰⁾。

他方で、フィンランド・モデル最大の欠点は、同じく憲法委員会に存する。すなわち、憲法委員会は、他の委員会と同様に、議会の会派に基づき構成される政治的機関である。これまでも憲法委員会の政治化に対する懸念や批判はあった。本来、憲法適合性を審査する「準司法的」機関であるべき憲法委員会でさえ、政治的機関である以上は、「司法の政治化」問

(80) See Tuomas Ojanen, *Finnish constitutional exceptionalism: the pluralist system of constitutional review combining ex ante and ex post functions of review*, in CONSTITUTIONALITY OF LAW WITHOUT A CONSTITUTIONAL COURT, at 231 (ROUTLEDGE 2024).

題から免れることは困難である。仮に、会派の力関係から全会一致の意思決定が叶わず、多数決で決定を行った場合にはその批判は強くなる。就中、近年は、フィンランドでも他国と同様に政治的分極化が進んでおり、移民排斥等の排外主義的な政策を唱えるナショナリズムに傾倒した政党が勢力を拡大し、さらに、ネオナチ的思想を有する民族主義団体の動向も懸念されている。今後、かかる政治勢力が、憲法委員会にも影響を及ぼし、従来の民主主義、法の支配、人権保障というフィンランドにおける憲法価値の根幹を危険に晒さないかという懸念である。もっとも、そのような懸念が即座に憲法価値の根幹を揺るがす事態に直結するとは考え難い。蓋し、フィンランドの政治制度は、比例代表制に基づく複数政党制 (multi-party system) を基盤としており、連立政権による協調的な政策形成というスタイルが一般的である。そのため、急進的で極端な政策が先鋭化し、それがフィンランドの政治制度全体の帰趨を決するような事態に至る危険性は相対的に低いといえよう。⁽⁸¹⁾

(3) 憲法委員会の政治性

前述の如く、憲法保障という文脈では、憲法委員会の政治性という問題は看過し得ない。本来、憲法保障の担い手としては、裁判所の如く、客観的かつ合理的な法的機関が想定されるが、この点、議会内委員会としての憲法委員会は、政治家である議員から構成される以上、政治性を完全に払拭することは困難である。とはいえ、政治と法を完全に分離すること自体が、そもそも理論的に不可能だともいえる。政治は一定の価値に基づく営みであるが、それは法もまた同様である。すなわち、憲法上の諸権利でさえ、議会多数派の支持を得て憲法に組み込まれたという文脈においては、まさ

(81) 現在、フィンランドには、主要 8 政党 (国民連合党 (NCP)、フィン人党、フィンランド社会民主党 (SDP)、中央党、緑の党、左翼同盟 (VAS)、スウェーデン人民党、キリスト教民主同盟) が存在している。直近の 2023 年議会選挙では、フィンランド社会民主党・中央党・緑の党、左翼同盟・スウェーデン人民党から成るマリン連立政権が敗れ、代わって国民連合党・フィン人党・スウェーデン人民党・キリスト教民主同盟党から成るオルポ連立政権が誕生した。

に政治的な産物といえる。本質的に法規範の定立という営みは、政治的プロセスの結果であり、社会的価値の反映であるから、法規範そのものが政治的なのである。勿論、それは法律についても同様に語ることができる。例えば、死刑廃止、子どもへの体罰禁止、又は、同性愛や妊娠中絶の合法化といった刑罰法規の改正時にそれは顕著に現れる。したがって、法規範が既存の法体系に組み込まれたという事実のみで、それが政治的に中立になったと考えることは不合理であり、おそらく、その法規範をめぐる政治的な諸価値が、憲法的統制の過程にも影響を及ぼし得ると考えるのが自然である。ましてや、立法過程に身を置いている以上、憲法委員会が政治性から完全に解放されることは至難といえる。

しかし、かかる事情にも拘わらず、フィンランドでは、憲法委員会の違憲審査が党派的だとは考えられていない。その主要な理由として、憲法委員会が外部専門家の「専門知」を最大限に尊重してきた姿勢を指摘できる。殆どの場合、憲法学者が外部専門家として起用されているが、彼（女）らの見解は、非常に客観的で合理的なものである。仮に、構成員たる委員たちの政治的立場と異なる場合でも、憲法委員会が、外部専門家が全員一致で示した見解又は明白な多数派が提示した見解に反対することはない。また、憲法上の権利が対立する局面や、公益と私益の対立する局面の如く、解釈上の矛盾や困難に直面した場合、委員会はその解決のための選択肢を一つに限定せず、複数の選択肢を提示することで、憲法的統制における政治性の低減にも配慮している。例えば、違憲判断を下す場合には、違憲性回避の方法（法案修正等）も併せて提示することが通例である。加えて、憲法委員会では満場一致での決定を原則としており、投票による多数決で結論を決することはない（例外もある）。⁽⁸²⁾ 与野党の方針に沿って投票で決することは、憲法委員会の実体が政治的なものであると見做され、その完全性を損ねることになるため、与野党ともに政党規律の対象から除外することで政治的偏向を捨象し、常に、満場一致による合意形成を原則としている。かかる手法を通じて、憲法委員会は政治性から一線を画す立場を堅

(82) See T. Ojanen, *supra* note 80, at 229 n. 25.

持してきたのである。⁽⁸³⁾かくの如く議会に属しながらも、その法的な合理性及び客観性を備えた憲法委員会をめぐる制度設計と運用のあり方は、立法過程において憲法保障を担保する制度枠組の可能性を示唆するものといえる。

7. 結びに代えて

いずれの立憲国家においても、憲法規律の安定性を制度的に担保する機関が必要となる。我々の「常識」からいえば、一般的に、その役割を担うのは裁判所であろう。ところが、フィンランドでは、ロシア帝国による支配体制に抗う歴史的経緯の中から、司法審査制度に依拠せず、議会制優位の憲法保障制度が生成し、その基軸を議会の憲法委員会が担ってきた。その系譜はスウェーデンのグスタビアン・モデルに由来する。1772年憲法に端を発するグスタビアン・モデルが「生きた憲法」として変容を重ね、その歴史的帰結として憲法委員会が創出されたといえる。かくの如く長い歴史を有する議会制優位の憲法保障モデルが、伝統的に保守的なフィンランド社会に受容されてきた訳である。そして、19世紀の大公国時代に成立した憲法委員会は、長年に亘る歴史的変遷を経て、現在では憲法規定によって裏打ちされた権威ある「憲法の守護者」としての地位を確立している。従前、外部の専門知を活用しつつ、党派に影響されない極めて客観的かつ合理的な審査を実践してきた結果といえる。

元来、フィンランドの伝統的な法文化は、司法審査に基づく憲法保障に対して消極的である。そもそも、議会優位的な立憲主義モデルを伝統としてきたフィンランドでは、多数派民主主義の思想や国民意思の発露としての議会制定法の優位を、自覚的に自らの立憲主義思想へと内在化してきた。さらに、コモン・ローに支えられた英国法の伝統とも異なり、議会優位は明文化された法制度によって強化が図られてきたのである。フィンランドは、他の北欧諸国と同様に、共同体の価値理解に関してかなり均質的で、

(83) P. TALLROTH, *supra* note 30, para. 3.2.5., K. Tuori, *supra* note 23, at 198.

国家主義的な傾向を有する特質から、立法府の権限に対する個人の人権保障が優位する思想に立脚した司法審査を受容するには、困難を伴うことが必然であった。

もっとも、現在では、かかるフィンランドの立憲主義が抱える特徴は、個人の人権保障をベースとした立憲主義モデルから激しい挑戦を受けている。就中、世界標準的な立憲主義の潮流の中で、北欧の立憲主義は、議会優位モデルから人権保障ベースの司法審査モデルへの変遷を余儀なくされている。事実、国際人権条約の批准と EU 加盟を端緒として、裁判所が法律を審査する権限が承認され、そして、フィンランドでも人権保障ベースの立憲主義を徹底する傾向が高まった結果、それは裁判所による違憲審査を認める 2000 年憲法へと結実した。さらに、欧州人権裁判所及び欧州司法裁判所、並びに欧州法を担保する国内裁判所による司法審査の重要性がますます高まっている事情から、立憲主義の基軸を司法審査モデルへと移行することは不可避だとする批判的見解も根強く存在している⁽⁸⁴⁾。

それにも拘わらず、結局、現在までに憲法委員会中心主義に大きな変更はない。蓋し、フィンランドにおいて、伝統的な議会中心の民主主義と近年の司法審査制度が高い緊張関係に立つ中で、憲法 106 条の「明白な矛盾」要件が両者折衷の決定的役割を果たす限り、司法審査は、あくまでも憲法委員会による事前審査での抜け穴を塞ぐことを使命としている。それゆえ、かかる両者の調和的關係性を壊してまで、裁判所による事後審査が憲法委員会による事前審査を凌駕するという事態が生じる可能性は現実的には低いといえる⁽⁸⁵⁾。この点、過去に「明白な矛盾」要件が必要な司法審査を妨げたという事例は一件も報告されておらず、逆に、司法審査がより積極化していれば、民主的な事前審査との間に抜き差しならない緊張が生起していただろう⁽⁸⁶⁾。元来、フィンランドの立憲主義は、大陸型の憲法裁判所モデルにも米国型の司法審査モデルにも依拠せず、これらに代えて、より抑制的

(84) See J. Lavapuro *et al.*, *supra* note 51.

(85) T. Ojanen, *supra* note 80, at 225–226.

(86) K. Tuori, *supra* note 23, at 220.

な形式の司法審査とともに、多元的な審査制度と教義を創出するに至った。すなわち、議会主義と人権保障という二つの価値を効果的に両立させるため、従前より、議会審査及び司法審査の双方に依存した独自の調和モデルを展開し、深化させてきたといえる。

他方で、我が国では、フィンランドの憲法保障とは対照的に、憲法上、裁判所による違憲審査制度が重要な役割を果たしており、その違憲審査制度の担い手である裁判所こそが、「憲法の守護者」と評価されよう。但し、かかる既存の違憲審査制度のみで、我が国の憲法保障が盤石とは言い難い。そもそも、我が国の違憲審査制度は、付随的違憲審査制度であり、裁判所はすべての憲法問題に審査権を有する訳ではない。すなわち、裁判所は、個人の人権侵害を救済する過程でのみ憲法判断を行えるに過ぎず、基本的に、客観的な憲法秩序違反を是正できる訳ではないのである。逆説的には、憲法違反が疑われても、具体的事件が発生し、司法審査の俎上にて実質的な統制が及ぶまで、その法律は効力を持ち続けるのである。かかる文脈において、我が国の憲法保障制度は非常に脆弱といえる。この点、我が国では、法案の抽象的違憲審査を担う主体として、内閣法制局の存在が指摘されるかも知れない。確かに、内閣法制局はこれまでに一定の憲法保障機能を果たしてきたが、当該機関はあくまでも政府(内閣)の補助機関に過ぎず、そもそも政府から独立した機関でない以上、決して十分な政府立法への統制機能を期待することはできないのが実情である。⁽⁸⁷⁾

それでは、かかる憲法保障制度の瑕疵を如何にして補完すべきか。権力分立原理の建前からいえば、憲法上、必然的に国会機能の重要性が高まらざるを得ない。⁽⁸⁸⁾ 政府を実質的に監視・統制するために、国会機能の強化は

(87) 田中祥貴『参議院と憲法保障—二院制改革をめぐる日英比較制度論』(法律文化社、2021年)6頁以下参照。

(88) かかる状況の是正に向けて、憲法裁判所の設置を提唱する有力な見解もある(伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年))。確かに、我が国でも憲法裁判所を設置することができれば、抽象的な法令の違憲審査が可能となり、我が国における憲法保障の強化という目的に資することとなろう。しかし、憲法裁判所の創設は、現行憲法下では不可能だというのが通説的理解であり、憲法改正が不可避となれば、その実現可能性は悲観的なものとならざるを得ない。

不可避である。この点、フィンランド法制度に関する比較研究から、我が国でも、立法過程における抽象的な違憲審査制度の創設という選択肢が検討されても良いであろう。⁽⁸⁹⁾ 翻ってみれば、我が国では、政府法案が憲法規範との抵触が疑われた場合でも、政府自身による融通無碍な憲法解釈の変更を通じて、実質的に如何様にも憲法規範を変更でき、自らの政治的思惑に当該憲法規範を服従させることで、憲法保障の枠組は空洞化されてきた。そして、違憲性が疑われる法律の上に既成事実が蓄積し、やがて後戻りが許されなくなる。残念ながら、我が国の抽象的違憲審査は未だにその状態に置かれている。そもそも、裁判所の違憲審査はかかる統制の範疇外にあり、内閣法制局の違憲審査は政府の影響力を払拭し得ない。仮に、違憲審査の俎上に上っても、裁判所は司法消極主義の姿勢を崩さない。かかる文脈において、政府から独立した議会の専門委員会が違憲審査を行う制度創設の意義は検討に値する。今後は、我が国でも、客観的な憲法秩序の是正を視野に入れつつ、政府立法への憲法的統制を実質化する制度を確立することは喫緊の課題といえる。その際、具体的な司法審査と抽象的な政治審査の調和が織り成すフィンランド・モデルは、今後、新たな未来を開く一つの鍵となり得よう。

さらに、かかるフィンランド・モデルに基づく制度改革は、以下の付随的効果をも併せもたらすことが見込まれる。すなわち、我が国においても、司法審査のみに依存する現行の制度枠組から脱却し、国会内に独立した憲法の専門委員会を設けることで、より実質的な違憲審査が立法過程⁽⁹⁰⁾で展開され、民主的正当性を有する憲法的統制を実現することが可能となる。違

(89) 実は、かかるフィンランド・モデルを参考に、制度改革を行った国がある。それは、英国である。英国では、1999 年上院改革以降、上院は「憲法の守護者」へと変遷しつつ、それを実質化する過程で 2001 年上院に憲法委員会 (Constitution Committee) が創設された。その後、当該憲法委員会は飛躍的な発展を遂げ、英国社会における憲法問題を客観的かつ合理的に精査する憲法保障の専門機関として信頼と尊敬を集めており、英国では、当該憲法委員会の創設は、これまでの上院改革の中で最大の成功を収めた例として称賛されている。田中・前掲注 (87) 87 頁以下参照。

(90) 現実的には、新規の委員会を創設するのではなく、現在の憲法審査会を再編して、法案の違憲審査を担わせるという選択肢が考えられる。詳細は同書 70-71

憲審査が国会の委員会で行われれば、閉鎖的な内閣法制局審査と比べて、審査の透明性が確保されるとともに、市民の憲法への関心を喚起することも期待できる。何より、事前の抽象的審査と事後の具体的審査を国会と裁判所で分担することにより、両者の補完的機能が有機的に連携し、多層的な違憲審査体制が実現される。これによって、我が国の憲法保障は一層強化されよう。加えて、従来、司法審査と民主主義が高い緊張関係に立つことが想定される局面では、かかる事態を回避するために、裁判所は消極主義的姿勢を堅持してきた。しかし、フィンランド・モデルに倣えば、今後、我が国の違憲審査もまた、民主的な統治構造の一環として再構築することが可能であり、とりわけ違憲審査の再編（憲法委員会の創設）により、民主的な違憲審査が実現され、司法審査と民主主義の緊張も克服される可能性が開かれる。具体的には、これまでの司法消極主義や統治行為論により統制の及ばなかった対象領域にも、憲法委員会であれば憲法的統制の射程を伸ばす余地が十分に認められる。

勿論、我が国において、かかる議会主導の違憲審査制度を導入することは、従来の裁判所による憲法的統制を否定するものでは決してない。むしろ、フィンランド・モデルの如く、両者を補完的・協調的關係性の中で捉え、より多層のかつ実効的な憲法保障を担保する制度的選択として位置付けられるべきである。立法と司法という異なる統制主体が、それぞれの立場と機能に即した憲法保障を担うことによって、憲法秩序全体の整合性と安定性が一層確保されることが何より重要である。制度の多層化は、単に審査の網目を細かくするだけでなく、立憲主義の原理を多元的に体现する統治構造の再編へと繋がる。そして、こうした制度構想は、我が国の憲法保障の現状に鑑みれば、もはや理念的な課題ではなく、憲法に基づく統治の実効性と正当性を回復し、空洞化されてきた憲法保障を再構築するための、実践的かつ現実的課題に他ならない。今こそ、議会による事前審査と

頁を参照されたい。

(※脚注に記載の各 URL は、いずれも 2025 年 5 月時点で確認されたものである。)

裁判所による事後審査とが交錯し、対話的に憲法秩序を編み直す新たな憲法保障モデルの構築が求められている。その歩みの先にこそ、真に実質的な権力の自己拘束と市民的自由の保障を実現する成熟した憲法秩序が拓かれるに違いない。かかる認識に立つとき、我が国でも、既成の概念に縛られず、現実の政治状況に鑑みて、もっとも相応しい憲法保障の制度構築に向け、是々非々の姿勢で新たな改革の扉を開く覚悟が求められよう。

※本研究は、JSPS 科研費（JP22K01128）の助成を受けたものである。

構造から見たデジタル・プラットフォーム 提供者の責任

田 中 志 津 子

- I はじめに
- II 現状の問題点と検討事項の設定
 - 1 アンケートに見る現状
 - 2 判例に見る現状
 - 3 検討事項の設定
- III 法制度の比較
 - 1 EU における DPF 規制
 - 2 英国における DPF 規制
 - 3 わが国における DPF 規制
- IV 検討
- V おわりに

I はじめに

本稿は、主にインターネット上で物理的商品の販売を目的とする取引デジタル・プラットフォーム⁽¹⁾（以下、「DPF」又はEU指令における「オンライン・プラットフォーム」の用語に合わせ「OPF」という。）を提供する

(1) 取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律（以下、「取引DPF法」という。）2条1項1号又は特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律（以下、「DPF透明化法」という。）2条1項に基づく。

キーワード：プラットフォーム、オンライン・マーケット・プレイス、
検索順位アルゴリズム、UI/UX、プラットフォーム提供者の責任

事業者⁽²⁾（「DPF 提供者」又は「OPF 提供者」という。）の責任を、DPF の構造から検討するものである⁽³⁾。

これまでのところ、DPF 提供者は、DPF 利用者（販売業者又は商品等提供利用者⁽⁴⁾）に対しては販売業者が DPF 利用者（購入者（消費者⁽⁵⁾））に対して商品販売する「場」を、購入者に対しては、購入者が販売業者から商品を購入する「場」を提供するのみの中立的立場であり、原則として、DPF 利用者である販売業者と購入者との個々の売買契約において問題が生じた場合の責任を負わないと（主に DPF 提供者から）主張されることが多い⁽⁶⁾。

しかし、電子商取引におけるインターネット上のマーケット・プレイス型 DPF の提供というビジネスモデルは、販売業者が販売した商品をより多くの購入者が購入することにより成り立つものである。販売業者にとっては、商品が売れないのであれば、DPF 利用料や販売手数料等を支払って

(2) 取引 DPF 法 2 条 2 項にいう取引デジタルプラットフォーム提供者又は DPF 透明化法 2 条 1 項 1 号にいうデジタルプラットフォーム提供者を指す。

(3) 猶、本稿では、主として BtoC 取引を扱う。

(4) 取引 DPF 法 4 項「販売業者等」又は DPF 透明化法 2 条 3 項「商品等提供利用者」を含む。

(5) 取引 DPF 法 3 項「消費者」である。DPF 透明化法 2 条 4 項では「一般利用者」となるが、本稿の対象は消費者のみとする。

(6) このことは、取引 DPF 法で取引 DPF 提供者の努力義務を定める 3 条 1 項 2 号において、「当該取引デジタルプラットフォームにより提供される場における販売業者等による商品若しくは特定権利の販売条件又は役務の提供条件の表示に関し当該取引デジタルプラットフォームを利用する消費者から苦情の申出を受けた場合において、当該苦情に係る事情の調査その他の当該表示の適正を確保するために必要と認める措置を講ずること。」と定めていることから伺うことができる。その他、経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」89 頁（2025 年 2 月）は、インターネット・ショッピングモールにおいて、例えば、モール出店者（販売業者）からモール利用者（消費者）が商品を購入したところ欠陥があったが、出店者に連絡がとれなくなった場合のモール運営者（DPF 提供者）の責任について、原則として DPF 提供者は個々の取引により生じた損害について責任を負わないとする。それに対し、インターネット・オークション、フリマサービス等の DPF 提供者については、「プラットフォーム事業者が、単に個人間の取引仲介システムを仲介するだけであり、個々の取引に実質的に関与しない場合は、ユーザー間の取引によって生じた損害について、プラットフォーム事業者は原則として責任を負わない」とする（同 102 頁）。

まで当該 DPF に出店する利点はなく、その他の要因がなければ当該 DPF への出店を取りやめるであろう。また、販売業者・商品が少ない DPF では、その他の要因がなければ購入者は当該 DPF で商品を購入することを諦め、他の DPF で購入することを選ぶであろう。

DPF 提供者は、DPF を利用者に提供し、利用者間の取引が多ければ多いほど利益を得るのであり、誤解を恐れずに言うならば、マーケット・プレイス型のマッチング DPF は商品を売るためのプラットフォームであり、仕組みである。つまり、DPF 提供者は、販売業者がより多くの商品を販売できるように DPF を整え、購入者がより多くの商品を購入したくなる仕組みを整えている。DPF は、その仕組み・構造自体が、購入者に商品を購入してもらうことを目的としているのである。

そうであるならば、DPF 提供者は、DPF 利用者である販売業者と購入者の間に中立的な立場として存在し、DPF 利用者が販売・購入できる「場」を提供するのみであるとは言えないであろう⁽⁷⁾。

本稿では、まず、公表されている各種アンケート及び東京地判令和 4 年 4 月 15 日判タ 1510 号 241 頁から、DPF の構造上、DPF 利用者（販売者及び消費者）が直面している問題点を抽出し、DPF 提供者が責任を負うべき場面を想定する。そして、私法上の解釈論による解決の困難性から、各国では立て続けに DPF に関係する立法がなされていることに鑑み、EU、英国、日本の法制度において、消費者が救済され得るかにつき比較検討する。

Ⅱ 現状の問題点と検討事項の設定

1 アンケートに見る現状

(1) データから見る DPF の拡大と DPF 利用者救済の必要性

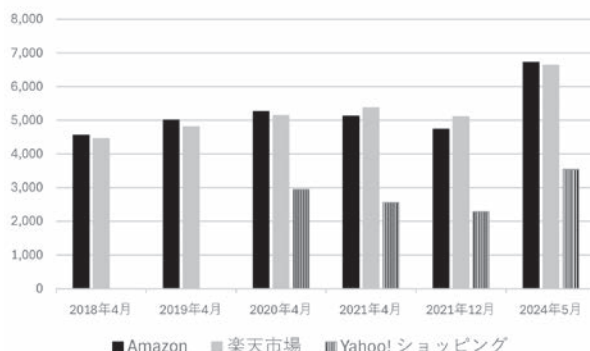
アンケートについては、社会調査に関する能力が至らず実施できなかった

(7) これまで議論が為されなかったが、「PF を経由して提供されるサービスのうち、内在的・実質的に見れば、PF 事業者が自ら提供しているといえるようなビジネス・モデルも存在する」とする（カライスコス・アントニオス「オンライン・プラットフォーム事業者のビジネス・モデルの画定と民事責任」消費者法研究第 10 号 87 頁）。

たため、既存のアンケートの分析に注力した。アンケート調査結果より現状を可能な限り把握した上で、プラットフォームの影響の有無・程度を図りながら、問題点を抽出する。

(2) DPF 利用者の増加

ニールセン デジタル株式会社のデジタルコンテンツ視聴率⁽⁸⁾によると、PC とスマートフォンの重複を除いた 18 歳以上の男女を対象とするオンラインショッピング利用者数のうち、PC とスマートフォンの重複を除いたオンラインショッピングモールの利用者数は、Amazon が 2018 年 4 月に 4,555 万人、2019 年 4 月に 5,004 万人、2020 年 4 月に 5,253 万人、2021 年 4 月に 5,120 万人、2024 年 4 月に 6,724 万人、楽天市場が 2018 年 4 月に 4,451 万人、2019 年 4 月に 4,804 万人、2020 年 4 月に 5,138 万人、2021 年 4 月に 5,370



ニールセン調査に基づくデジタルコンテンツ視聴率の上位オンライン・モール別推移

*対象年齢が調査時により異なることがあるが概ね 18 歳以上（利用とは閲覧のみの利用も含む）

図 デジタルコンテンツ視聴率

(8) 「デジタルコンテンツ視聴率」とは、「デジタル媒体の全てのコンテンツを、PC、モバイル、タブレット、及び CTV などの全てのデバイスを横断して計測し、デジタルコンテンツ全体の視聴者のメディア接触と消費量を包括的に把握することを可能」にするものだという。

(9) 前掲（注 8）「デジタルコンテンツ視聴率」統計の利用者数には、閲覧のみの利用も含まれる。

万人、2024 年 4 月に 6,631 万人、Yahoo! ショッピングが 2020 年 4 月に 2,945 万人、2021 年 4 月に 2,557 万人、2024 年 5 月に 3,541 万人であった。⁽¹⁰⁾

図「デジタルコンテンツ視聴率」にあるように、時期により順位が入れ替わることがあるが、Amazon、楽天市場、Yahoo! ショッピングという 3 つの DPF が上位を占める。

(3) DPF 利用経験とトラブル体験

2023 年（令和 5 年）6 月 13 日発表の消費者庁「令和 4 年度消費者意識基本調査」によると、「商品・サービスの予約や購入」をしていると回答した人（3,311 人）の中で、インターネット上で商品・サービスの予約や購入頻度は、「週に 1 回以上」の割合が 12.3%、「月に 2～3 回程度」が 32.2%、「月に 1 回程度」が 24.0%、「数か月に 1 回程度」が 22.4%、「半年に 1 回程度」が 4.2%、「1 年に 1 回程度」が 2.1%、「1 年に 1 回未満」が 1.7% であった。⁽¹¹⁾

(10) 「『アマゾン』、『メルカリ』、『ラクマ』の利用者数は昨年同月比で 2 桁成長～ニールセン EC サービスの利用状況を発表～」 「図表 2: トータルデジタル使用デバイス別 EC サービス利用者数 2018 年 4 月 vs 2019 年 4 月」より抜粋 (https://www.netratings.co.jp/news_release/2019/06/Newsrelease20190626.html)、「ニールセン、デジタルコンテンツ視聴率の Monthly Total レポートによるオンラインショッピングのサービス利用状況を発表」 「図表 1: 2020 年 4 月 Monthly Total レポート トータルデジタル利用者数 Top3 オンラインショッピングカテゴリ」より抜粋 (https://www.netratings.co.jp/news_release/2020/07/Newsrelease20200707.html)、「ニールセン、デジタルコンテンツ視聴率の Monthly Total レポートによるオンラインショッピングサービス利用状況を発表」 「図表 1: 2021 年 4 月 Monthly Total レポート トータルデジタル視聴者数 Top3 オンラインショッピングカテゴリ」より抜粋 (https://www.netratings.co.jp/news_release/2021/06/Newsrelease20210615.html)、「ニールセン、デジタルコンテンツ視聴率の Monthly Total レポートによるオンラインモールのサービス利用状況を発表」 「図表 1: 2021 年 12 月 Monthly Total レポート トータルデジタル視聴者数 Top5 オンラインモール」より抜粋 (https://www.netratings.co.jp/news_release/2022/02/Newsrelease20220225.html)、「ニールセン、デジタルコンテンツ視聴率の Monthly Total レポートによるオンラインモールジャンルの利用状況を発表」 「図表 1: 2024 年 5 月 Monthly Total レポート トータルデジタル視聴者数オンラインモールジャンル」より抜粋 (https://www.netratings.co.jp/news_release/2024/07/Newsrelease20240725.html)

(11) 消費者庁「令和 4 年度消費者意識基本調査」 「2 調査結果の概要」 23 頁参照。
https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_research/research_report/survey_002/assets/survey_002_210721_0005.pdf

同じく 2024 年（令和 6 年）6 月 14 日発表の「令和 5 年度消費者意識基本調査」によると、インターネットを「利用している」回答者（4,439 人）の中で、デジタルプラットフォーム上での商品・サービスの購入や出品等の利用経験に関する設問では、「利用したことがある」人が 60.7%、「利用したことはない」人が 35.1%⁽¹²⁾であった。

インターネット利用者（4,439 人）の中で、インターネットで購入する際の意識や行動に関する設問（8 つの項目につき「とても当てはまる」と「ある程度当てはまる」を加えた数）では、「簡単に登録ができるのに、解約が複雑で難しいと感じることがある」が 68.8%、「『残りわずか』等、売り切れ間近のような表示を見ると、購入を急がなければいけないと感じる」が 46.3%、「解約方法が電話限りなのに、つながらないことがある」42.6%の順に多い。

一方、「買う予定がなかった商品でも、購入を促すポップアップ広告が何度も出たら、購買意欲が刺激される」が 75.0%、「『〇人が閲覧中』『〇人が購入済み』の表示を見ると、購入したくなる」(64.9%)、「商品購入の際に、取引に直接関係のない情報まで入力を求められたら、仕方なく情報を入力する」(56.8%)との回答も多い。これらは、消費者の購買意欲を誘発したり、商品購入に必要であるため本意ながら不必要な情報入力でも入力してしまう UI/UX⁽¹³⁾である。

そして別の調査によれば、DPF 上での商品・サービスの購入や出品等を「利用したことがある」と回答した人（2,695 人）の中で、利用経験があるものに関する設問では、「オンライン・モール」が 79.6%、「フリマサイト（アプリ）やオークションサイト」が 59.3%、「シェアリングサービス」

(12) 消費者庁「令和 5 年度消費者意識基本調査」「2 調査結果の概要」24 頁参照。
https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_research/research_report/survey_002/assets/consumer_research_cms201_240614_15.pdf

(13) UI とは、「User Interface」の略であり、DPF では、操作画面上で利用者が目にする（接点がある）ものをいう。UX とは、「User Experience」の略であり、DPF では、利用者による商品の見つけやすさ（見つけにくさ）、商品・使い方等の説明のわかりやすさ（わかりにくさ）という経験をいう。

が4.3%、先の3つのサービスの利用経験がない人は4.4%であった。⁽¹⁴⁾

そして、上記オンラインモール・フリマサイト（アプリ）やオークションサイト、シェアリングサービスの利用経験者（2,514人）のうち、（回答時の1年間における）オンラインモールで遭遇したトラブルに関する設問では、「不良品・粗悪品・偽物だったり、注文したものと違うものが届いたりした」19.5%、「商品が送られてこない・遅配された・誤送された」12.6%、「連絡をしたがつながらなかった」15.8%、「販売事業者の対応が不誠実だった」13.4%、「十分な補償が受けられなかった」10.4%、「複数の問い合わせ先に連絡した」10.4%、「オンラインモール運営事業者の対応が不誠実だった」8.4%であった。⁽¹⁵⁾

結果として、上記でトラブル経験者（749人）のうち、「納得のいく解決ができた」人が58.1%、「納得のいく解決ができなかった」人が40.3%であった。⁽¹⁶⁾

それに対して、「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）」⁽¹⁷⁾によると、DPF提供者（運営事業者）とDPF利用者（販売業者、利用事業者）との間においても、およそ立場の違いから生じているであろう「見解の相違」が存在する。

(14) 前掲（注12）26頁参照。

(15) 前掲（注12）36頁参照。猶、挙げられたトラブルに遭ったことはない人は64.1%である。

(16) 前掲（注12）41頁参照。猶、回答者に対し、複数回トラブルに遭遇した場合には、直近のトラブルについて回答するよう要請されている。

(17) 前掲（注12）41頁参照。

(18) 公正取引委員会「（令和元年10月31日）デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）について」における「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）」
https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/oct/191031_2.html（最終閲覧日：2025年6月6日）

運営事業者	項目	利用事業者
・サービス向上・コストに対応した変更必要 ・個別交渉は不可能 (25 頁)	規約変更	同意なしに一方的通知 (25 頁)
利用規約変更は説明 出品・アカウント停止につき、不正防止のため不承認理由の詳細は不開示 (83 頁)	規約変更の説明・ 情報開示	説明不明確 返金等情報開示不十分 (83 頁)
証拠により破損・紛失の可能性を判断 規約に基づき消費者へ補填(42 頁)	商品破損・紛失対応	DPF 提供者倉庫内破損の補填なし 補填が不十分 (41 頁)
異議申立が可能 規約に基づき利用事業者へ補填 (43 頁)	返品・返金対応	不当返品 of 受入れ強制損失補填が不十分 (43 頁)
広告枠購入拒否の取引への影響する旨の示唆事実はない (47 頁)	広告枠の購入要請	広告枠購入拒否の取引への影響する旨の示唆により受入強制(47 頁)

「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）」から抽出した「見解の相違」

2 判例に見る現状

1 件の判例ではあるが、大手 DPF で販売された商品につき、販売業者と消費者、DPF 提供者と消費者の解決に至る過程が垣間見える東京地判令和 4 年 4 月 15 日判タ 1510 号 241 頁の判例を取り上げる。猶、問題点の抽出のために取り上げるため、判決に対する検討は行わない。

(1) 事実の概要

平成 28 年 6 月 14 日、Amazon のウェブサイトにて、原告は充電式モバイルバッテリー（以下、「本件バッテリー」という。）を 7,999 円で購入した。Amazon のウェブサイトの本件バッテリー販売用ページにおいて、販売業者ないし出品者は「AUKEY JAPAN（メーカー直営店）」（以下、「オーキージャパン」という。）と表記されていた。

平成 29 年 11 月 17 日午前 3 時 15 分頃、当時の原告居宅で火災が発生

(19) 東京地判令和 4 年 4 月 15 日（事件番号令和 2（ワ）27469）裁判所ウェブサイト掲載判例 https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=91198

し、原告居宅の一部が焼損、多数の家財に損傷が生じた。この火災の原因は、本件バッテリー内部の電極版の短絡と判定された。平成30年4月以降、原告は、契約していた損害保険会社から火災保険金として合計737万290円の支払を受けた。

本件火災後、原告は本訴に係る訴訟代理人弁護士とは異なる代理人弁護士を通じ、オーキージャパンとの連絡をとろうと架電したが、誰も電話に出なかったため、Amazon ウェブサイトにあったオーキージャパンに連絡を取るためのフォームを利用して、オーキージャパンへの連絡をとっていた。そのやりとりが円滑に進まないと感じた原告は、被告 Amazon へ紛争解決の仲介を依頼したが、被告は、本件バッテリーの出品者との間で直接交渉するよう求めた。

令和元年10月、中華人民共和国法人である傲基科技股份有限公司（以下、「オーキー」という。）及び、傲基国際有限公司（以下、「オーキーインターナショナル」という。また、「オーキー」と合わせて「オーキーら」という。）との間で、原告がオーキーから購入した本件バッテリーによる損害賠償請求につき、和解に係る合意（以下、「本件和解」という。）が成立した。本件和解に基づき、同年10月29日、原告に和解金としてオーキーインターナショナルから184万632円が支払われた。

その後、原告が被告 Amazon に対し、積極的損害1,001万5,527円から、火災保険金617万290円及び本件和解金184万632円を控除した、200万4605円を損害とし、第一次的に、Amazon ウェブサイトの利用を目的とする契約に基づく債務の不履行に基づき、上記損害の一部として30万円及び遅延損害金の支払を、第二次的に、不法行為に基づき、慰謝料30万円及びこれに対する遅延損害金の支払を、第三次的に、被告が商法14条又は会社法9条の類推適用により本件バッテリーの販売業者と連帯して債務不履行責任を負うとして、同責任に基づき、第一次的請求と同内容の支払

(20) 和解金が支払われたならば、原告は本件バッテリーに関しオーキーらにいかなる責任も追及しないこと、解決に至らない問題があれば、中国の裁判所に提訴することができることなどが和解により定められた。

を求め本件訴えを提起した。

(2) 判旨

「本件バッテリーについては、出品者への連絡先として電話番号が記載され、それとは別に、連絡用のフォームも用意されていて、現に、原告は、上記フォームを利用してオーキーらと連絡を取り、本件和解を成立させているのである。この過程で、本件バッテリーに係る本件特商法表示として記載された電話番号に電話を架けたが誰も出なかったとしても、そのことから当然に、本件バッテリーの出品者について本件特商法表示の不備があるということにはならず、まして、被告について、上記本件特商法表示に関する義務違反があると認めることはできない。また、原告は、オーキージャパンないしオーキーらへの連絡方法が限られ迅速な対応が受けられなかったとも指摘するが、そもそもオーキージャパン等といったどのように連絡を取ろうとしたか（電話を何回架けたかを含む。）について、具体的な主張立証をしていない上、中国法人であるオーキーらとの連絡方法として電話及び上記フォーム以外に何を想定しているのかも不明である。いずれにしろ、オーキージャパン等の対応の遅れがあったとして、その責任を被告に負わせるべき根拠は認め難い。」

	原告の主張		裁判所の判断
	被告の帰責事由	内容	
第一次的請求：ウェブサイト利用契約に基づく債務不履行責任	出店・出品審査義務違反	・本件ウェブサイトから被告は利益を得ており、本件ウェブサイトから生じる危険も負担すべき ・消費者が安心・安全に取引できる、信義則上のシステム構築義務（出店・出品審査義務を含む。）を負う ・本件売買契約当時、リチウムイオンバッテリーについて（危険性認識・認識可能）認証等制度が存在したことを主張の根拠とする	・主張の根拠資料（オンラインプラットフォームにおける取引の在り方に関する専門調査会報告書）は本件売買契約から約2年10か月後に作成されたもの ・その内容も「提言」であり、直ちに主張の裏付けとはならない ・本件売買契約当時、リチウムイオンバッテリー搭載製品の製造・販売業者に認証等取得は義務づけられていなかった⁽²¹⁾ ・審査義務なし ・出店・出品審査義務の具体的内容不明 ・出品者と本件和解成立済み ・主張採用不可
	保険・保証制度構築義務違反	・消費者が安心・安全に取引できる、信義則上のシステム構築義務（保険・保証制度構築義務を含む。）を負う	・主張の根拠資料（報告書）は主張の裏付けとならない ・被告採用済の「マーケットプレイス保証制度」は本件報告書提言に沿ったもの ・保険・保証制度構築をDPF提供者に義務づける趣旨のものとは認められない

(21) 届出事業者は、電気用品を製造・輸入する場合に、経済産業省令で定める技術基準に適合するようにななければならない（電気用品安全法8条）。平成20年5月14日公布の「電気用品の技術上の基準を定める省令の一部を改正する省令」において別表第九に「リチウムイオン蓄電池の技術基準」が追加された（財団法人電気安全環境研究所JET Report 39号3頁（2008年））。電気用品の製造・輸入・販売業者が、PSEマーク（同10条1項）を付した電気用品でなければ販売し、又は販売の目的で陳列してはならない（同27条1項）ものとしてリチウムイオン蓄電池が規制対象となったのは2018年2月1日である。

第二次の請求： 不法行為責任	特商法上の表示に係る表示の適切性維持・不適切表示把握体制構築義務	・被告は、特商法 11 条 5 号、同 施行 規 則 8 条 1 号・2 号に基づく表示を、消費者が問い合わせできるよう、適切に維持・把握する体制を構築する義務を負う	・特商法表示記載電話番号に架電し出なかったことが、特商法表示の不備とは言えない ・オーキーらとの連絡に関する具体的主張立証なし ・オーキーらの対応の遅れがあったとしても、その責任を被告に負わせる根拠なし
第三次の請求： 名板貸責任（債務不履行責任）	他人に商号使用を許したことによる連帯責任	・本件売買契約時に、本件バッテリー販売業者を被告と誤認 ・商法 14 条又は会社法 9 条類推適用により連帯して債務不履行責任を負う	・「本件売買契約上の債務不履行責任を第一次的に負うべきオーキーとの間で本件和解を成立させ、和解金の支払いを条件にオーキーの免責を認め、同和解金を受領済みである原告において、被告に上記債務不履行責任を追及することができるか」という問題はおく」 ・本件売買契約時に、本件バッテリー販売業者を被告と誤認していたことを認めるに足る証拠なし ・原告主張は失当

3 検討事項の設定

上記アンケート及び判例より、以下の 7 つの点を比較検討事項とする。

(1) DPF 提供者による消費者と販売業者との連絡手段の確保

DPF で購入した商品にトラブル(商品未着、商品破損等)があった場合に、消費者が販売業者に直接又は間接的に連絡が取れなければ、消費者は泣き寝入りすることになりかねない。

そこで、販売業者が特定困難な状況も伺えることから、DPF 提供者に販売業者情報の開示を義務づけているか、苦情処理体制の構築が義務づけられているかが消費者救済の前提として必要となる。

(2) DPF 提供者による販売業者情報の真正性の担保

前述のような DPF で商品を販売している事業者との連絡不通事例が存在することは、消費者救済の前提を欠く。DPF 提供者が販売業者の真正性を確認しない DPF の存在は、消費者が安心して DPF を利用できないことを意味し、消費者の DPF 利用に対する信頼性を高めるためには、販売業者情報の真正性・正確性の担保が必要である。

(3) 国外（域外）販売業者に対する DPF 提供者の対応

販売業者が国外（域外）にいる場合には、国内（域内）にいる販売業者と比較し、消費者と販売業者との間で連絡が取りにくいだけではなく、国内（域内）法の適用対象とならない可能性がある。このような場合に、国外（域外）販売業者と消費者との取引が、（国内（域内）販売業者）との取引と同様にスムーズに実施できるよう措置を講ずる必要がある。

(4) 販売業者が DPF に出店・出品する際の DPF 提供者による承認事項の透明性

販売業者による出店や出品が DPF 提供者の裁量に委ねられるとすれば、その他の販売業者との取扱につき公正性・公平性を欠くことになる。また、販売業者から当該 DPF を利用しての出店・出品につきどのような取扱をされるかを予測できず、DPF を信頼して取引をすることができない。従って、出店・出品について承認・不承認の理由を開示・説明することが必要である。

(5) 違法な商品が販売・提供された場合の DPF 提供者の対応

違法な商品の出品が販売業者のモラルに委ねるとするならば、市場への違法商品の流通を許すことになる。違法商品が流通することによる被害発生・拡大を防止するためにも、DPF 提供者が違法商品の出品を利用規約で禁ずるだけでなく、所管する公的機関への通報や違法商品を削除する体制が必要である。

(6) 検索アルゴリズム基準に係る DPF 提供者の透明性

DPF を利用する販売業者・消費者双方にとって、DPF 上で表示される検索順位は、売上や購買に繋がる重要な要素である。検索条件につき販売業者・消費者に公開されない要素を含むことは、DPF 提供者による恣意的な検索結果の表示を許すことになる可能性があり、販売業者の商品販売・消費者の商品購入判断を歪ませる原因となり得る。従って、どのような要素を基準として検索順位を表示させているかについての情報開示が必要である。

(7) 不適切な UI/UX 排除に向けた DPF 提供者の対応

UI (User Interface) とは、「ユーザー」と製品・システム・サービス等との間を繋ぐ「接点」であり、「ユーザー」が製品・システム・サービス等を利用する場合に視界に入るもののことである。インターネットにおける利用を例に挙げるならば、特定のウェブサイト上の情報（色・文字フォント・配置等）だけでなく、そのウェブサイトを利用する端末（PC・スマートフォン等）⁽²²⁾ の情報（端末外観・ボタン位置等）も含まれる。

UX (User Experience) とは、「ユーザー」が製品・システム・サービス等の利用を通じユーザーが得る体験や経験をいう。例えば、アプリの使いやすさ・使いにくさ、ウェブサイトの入力フォームに無駄がない（途中で断念することなく最後まで完結できるようになっている）等がこれにあ

(22) 「スマートフォンなどの小型デバイスでは契約内容の認識漏れ、誤認のリスクが高まる」(窪幸治「電子商取引と契約勧誘の問題」現代消費者法 56 号 27 頁 (2022 年 9 月))。また、スマートフォン表示に対して一般消費者は、(i) 関心のあ
る情報だけを拾い読みする傾向、(ii) 大きな文字や画像等の目立つ表示に注意が
引き付けられ、(iii) ウェブページの下スクロールしなければ見られない表示
を見落としやすく、(iv) 情報を拾い読みする際、その時点で見ている画面から
スクロールして、離れた別の画面の表示内容を確認しないときがあり、(v) 関
心のある表示を見つけると、その部分だけを見てハイパーリンクの文字列をタッ
プし、リンク先からリンク元に戻って改めて表示内容を確認しないときがある
といった特徴がみられるという（消費者庁「広告表示に接する消費者の視線に関
する実態調査報告書」131 頁（2018 年（平成 30 年）6 月 7 日）。https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/fair_labeling_180607_0002.pdf（最終閲覧日：2025 年 6 月 6 日）

たる。

ウェブサイト上でユーザーが第一に接触するものは UI だが、そのインターフェイスをウェブサイトの目的に沿ってユーザーが良い体験・経験をできるようにするためには、マーケティング調査、ウェブサイト解析を元にしたテストにより効果測定を行い、更にそのデータを解析し、「より良い体験・経験をできる UI」の設計をする UX が必要となる。

従って、消費者が意図せずに商品を購入するように仕向けたり、売買契約の解除を困難にするなどは、意図して設計・構築されたものであり、消費者自身の自律的意思決定を侵害するものである。かような販売手法は、商品の売り上げに繋がることもあり、DPF 提供者の自主的な取組に委ねるだけでは不十分であり、消費者の自律的意思決定を阻害しない仕組みが必要である。

Ⅲ 法制度の比較

1 EU における DPF 規制

2020 年 12 月 15 日、欧州委員会は、デジタル市場法案 (Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)⁽²³⁾) とデジタルサービス規則案 (Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC⁽²⁴⁾) を提案した。

2022 年 9 月 14 日、デジタル市場法 (Digital Markets Act (以下、「DMA」⁽²⁵⁾という。)) が、2022 年 10 月 19 日にデジタルサービス法 (Digital Services

(23) COM (2020) 842 final, 2020/0374 (COD); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0842> (最終閲覧日: 2025 年 6 月 6 日)

(24) COM (2020) 825 final, 2020/0361 (COD); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0825> (最終閲覧日: 2025 年 6 月 6 日)

(25) Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council

Act (以下、「DSA」という。)⁽²⁶⁾が採択された。両法は、国内法化せずとも発効し、EU加盟国に加え、欧州経済地域 (EEA) 加盟国にも適用される。原則として、DMA は 2023 年 5 月 2 日より、DSA は 2024 年 2 月 17 日より適用が開始されている。

DSA 及び DMA は規則 (Regulation) であるため、国内法化の必要はなく、EU 加盟国へ直接、共通のルールを統一的に適用するものである。本稿では主に EU 域内居住利用者に提供されるオンライン仲介サービスを適用対象とする DSA について検討事項に関係する法状況を確認する。

(1) DSA の目的

DSA は、欧州連合 (EU) の消費者と企業に安全なオンライン環境を作り出すことを目的とし、その実現のために、消費者とその基本的権利をより効果的に保護すること、OPF とソーシャルメディアに対する明確な責任 (clear responsibilities) を定義すること、違法なコンテンツや製品、ヘイトスピーチ、偽情報に対処すること、更なる報告と監視により、透明性を高めること、EU 域内市場におけるイノベーション、成長、競争力を促進することを目指している。⁽²⁷⁾

これに対し、DMA は、大規模 OPF に対し明確な義務及び禁止事項、消費者にとってより良いサービス及びより公正な価格、テクノロジー系起業のためのイノベーションとより公正な OPF 環境の促進、事業ユーザーが消費者に幅広い選択肢を提供できる能力の付与、大規模 OPF における

of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act); OJ L 265, 12.10.2022, p.1, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925/2022-10-12> (最終閲覧日: 2025 年 6 月 6 日)

(26) Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) ; OJ L 277, 27.10.2022, p.1, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj/eng> (最終閲覧日: 2025 年 6 月 6 日)

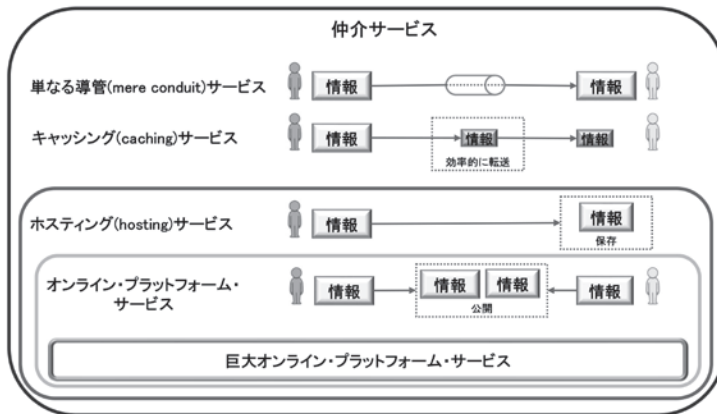
(27) EUR-LEX: Summary of EU Legislation: Digital Services Act; <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/digital-services-act.html> (最終閲覧日: 2025 年 7 月 17 日)

不公正な慣行の禁止を通じて、競争力がありかつ公正なデジタル分野を保証し、革新的なデジタル事業の成長を可能にし、オンライン・ユーザーの安全を確保することを目的とする。⁽²⁸⁾

(2) DSA の対象となる PF サービス

DSA は、大きく仲介サービス (intermediary services) (DSA 2 条 1 項)、オンライン・プラットフォーム (DSA 3 条 (i))、オンライン検索エンジン (DSA 3 条 (j)) を適用対象とする。

仲介サービスは、EU 域内に事業所を有する、又は EU 域内に居住するサービス受領者に提供される仲介サービスに適用され、当該仲介サービス提供者の事業所の所在地は問わない (DSA 2 条 1 項)。その内容は、単なる導管 (mere conduit) サービス (DSA 3 条 (g) (i))、キャッシング・サービス (DSA 3 条 (g) (ii))、ホスティング・サービス (DSA 3 条 (g) (iii)) をいう。



⁽²⁹⁾
* 仲介サービス模式図

(28) EUR-LEX: Summary of EU Legislation: Digital Markets Act; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:4622237> (最終閲覧日: 2025 年 7 月 17 日)

(29) カライスコス アントニオス「デジタルサービス法パッケージの概要」消費者法研究 10 号 111 頁を参考に作成。

本稿で対象とする「オンライン・プラットフォーム」とは、サービス受信者の要求により情報を保存し、公衆に伝達するホスティング・サービスである。ホスティング・サービス提供者が OPF とみなされるのは、情報の公開が主要な機能であり、他のサービスに付随する小規模な機能ではない場合に限られる (DSA 3 条 (f))。

本稿の対象である、消費者が事業者と遠隔契約を締結できるマーケット・プレイスは、OPF に該当する。⁽³⁰⁾

それに対して、DMA は、EU 域内に設立された PF 利用者（事業者）及び EU 域内のエンド・ユーザーに対して、ゲートキーパー⁽³¹⁾（特定市場における支配的な大規模 OPF 提供者）が提供する、PF サービスを対象とする。

具体的に DMA の適用対象となるサービスは、オンライン仲介サービス、オンライン検索エンジン、オンライン・ソーシャル・ネットワーキング・サービス、ビデオ共有 PF サービス、番号非依存型対人通信サービス (number-independent interpersonal communications services)、オペレーティング・システム、ウェブ・ブラウザ、仮想アシスタント、クラウド・コンピューティング・サービス、オンライン広告サービス (DMA 2 条 2 項) である。

(30) DSA 前文 13 参照。

(31) ゲートキーパーと判断されるには、① EU 域内市場に重大な影響力を有する事業者 (DMA 3 条 1 項 (a)) が、過去 3 会計年度のいずれにおいても、EU 域内における年間売上高が 75 億ユーロ以上であるか、又は過去 3 会計年度の平均時価総額若しくはそれに相当する公正市場価値が 750 億ユーロ以上であり、かつ、少なくとも 3 つの加盟国において同一のコア・プラットフォーム・サービスを提供していること (同 3 条 2 項 (a))、② 事業者がエンド・ユーザーにアクセスするための重要なゲートウェイとなる主要プラットフォーム・サービスを提供しており (同 3 条 1 項 (b))、かつ当該事業者が、前会計年度において、EU 域内に設立又は所在する月間アクティブエンド・ユーザーが 4,500 万人以上、かつ EU 域内に設立され年間アクティブビジネスユーザーが 1 万人以上 (別紙に定める方法論及び指標に従って特定及び算出) のコア・プラットフォーム・サービスを提供していること (同 3 条 2 項 (b))、③ 事業活動において確固とした永続的な地位を有しているか、又は近い将来にそのような地位を有することが予見できること (同 3 条 1 項 (c))、過去 3 会計年度において DMA 3 条 2 項 (b) の基準を充足していること (同 3 条 2 項 (c)) が必要である。

(3) 検討事項

〔検討事項 1〕 DPF 提供者による消費者と販売業者等との連絡手段の確保
 消費者が事業者と遠隔契約を締結できるようにする OPF 提供者は、事業者が当該オンライン・プラットフォームを EU 域内に所在する消費者へのメッセージの宣伝、又は商品若しくはサービスの提供にのみ利用できるように、当該サービス利用前に、事業者に関する情報（事業者の氏名、住所、電話番号及び電子メールアドレス、事業者の身分証明書の写し又は電子身分証明書、事業者の支払口座の詳細、（登録されている場合）事業者が登録されている商業登記簿及び登録番号又は同等の識別手段、EU 法に準拠した製品・サービスのみを提供する旨の自己適合宣言（self-certification））を取得しなければならない（DSA 30 条 1 項）。

上記の OPF 提供者は、更に、事業者が適用される EU 法に基づく契約締結前の情報提供義務、製品安全情報に関する情報提供義務を履行できるよう、また、提供される商品・サービスに関する識別情報のほか、事業者を識別する標識等の情報を提供できるよう、オンライン・インターフェースを設計及び構成しなければならない（DSA 31 条 1 項前段、同条 2 項）。

その際、OPF 提供者は、当該オンライン・インターフェイスにおいて、経済事業者の名称、住所、電話番号及び電子メールアドレスに関する情報を提供できるようにしなければならない（DSA 31 条 1 項後段、欧州規則 2019/1020 3 条 3 項⁽³²⁾）。

(32) 製品の市場監視とコンプライアンスに関する欧州規則 2019/1020 (REGULATION (EU) 2019/1020 on market surveillance and compliance of products and amending Directive 2004/42/EC and Regulations (EC) No 765/2008 and (EU) No 305/2011 (Text with EEA relevance) 3 条 13 項には、「『経済事業者 (economic operator)』とは、製造者、認定代理人、輸入業者、販売業者、フルフィルメントサービス提供者、又は、欧州連合平準化法令 (Union harmonisation legislation) に基づき、製品の製造、市場での流通、若しくは供用開始に関して法的義務を負う自然人若しくは法人のいずれかをいう。」と定められている。欧州規則 2019/1020 は、「重要原材料 (critical raw materials: CRM) の安定的かつ持続可能な供給の確保に向けた規制枠組みを設置する欧州規則 2024/1252」(Regulation (EU) 2024/1252 establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials and amending Regulations (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1724 and (EU) 2019/1020) により一部改正されるが、3 条には影響がない。

消費者が事業者と遠隔契約を締結できるようにする OPF 提供者は、事業者プラットフォーム上における商品又はサービス提供を許可する前に、事業者が DSA 31 条 1 項及び 2 項に規定する情報提供しているかを評価するために最善の努力 (best efforts) を尽くさなければならない (DSA 31 条 3 項前段)。

その OPF 提供者は、DSA 30 条 1 項に定める情報の一部 (事業者の氏名、住所、電話番号及び電子メールアドレス、(登録されている場合) 事業者が登録されている商業登記簿及び登録番号又は同等の識別手段、EU 法に準拠した製品・サービスのみの提供を旨の自己適合宣誓 (self-certification) を、サービス受領者 (利用者) に対し、明確かつ容易にアクセスでき、かつ理解できる方法で、自己の OPF 上で (少なくとも商品又はサービスに関する情報が提示される OPF のオンライン・インターフェイス上で) 提供しなければならない (DSA 30 条 7 項)。

また、DSA 12 条 1 項は、全ての仲介サービス提供者に連絡窓口の確保を義務づけている。即ち、仲介サービス提供者は、サービス受領者 (利用者) が電子的手段により、かつユーザーフレンドリーな方法で直接かつ迅速に連絡できるよう、単一の連絡窓口を指定しなければならない (DSA 12 条 1 項前段)。

そして、この連絡先までの通信手段を、サービス受領者 (利用者) が選択できるようにすることだけではなく、例えば、チャットボットを利用する場合にはその旨を明示しなければならないが、その通信手段は自動化ツールのみに依存してはならない。直接的かつ効率的なコミュニケーション手段を選択できるようにすべきであるとされている⁽³⁵⁾。

〔検討事項 2〕DPF 提供者による販売業者情報の真正性の担保

(33) 「サービス受信者 (“recipient of service”)」とは、特に情報検索若しくは情報へのアクセスを目的として仲介サービスを利用する自然人又は法人をいう (DSA 3 条 (b))。

(34) 電話番号、メールアドレス、電子連絡フォーム、チャットボット、インスタントメッセージといった容易にアクセスできる手段が例示されている (DSA 前文 43 参照)。

(35) DSA 12 条 1 項後段、同前文 43 参照。

消費者が事業者と遠隔契約を締結できるようにする OPF 提供者は、DSA 30 条 1 項に定める情報を取得し、かつ、事業者へのサービス利用許可前に、公式オンライン・データベース／オンライン・インターフェースを利用する、又は、事業者に対し信頼できる情報源からの裏付文書の提供を求めることにより、同 30 条 1 項に定める情報が信頼でき、完全であるかどうかを評価するために最善の努力を払うものとし、事業者は提供情報の正確性について責任を負う（DSA 30 条 2 項）。OPF 提供者は、事業者情報の信頼性・完全性について評価する努力義務を負うが、正確性について責任を負うのは、情報を提供する事業者であることに注意が必要である。

その OPF 提供者が、事業者から取得した DSA 30 条 1 項に定める情報が不正確、不完全、又は最新でないと十分な兆候がある又は信じるに足る理由がある場合、OPF 提供者は、当該事業者に対し、遅滞なく又は EU 法及び国内法で定める期間内に、当該状況を是正するよう求めなければならない（DSA 30 条 3 項前段）。事業者が情報の訂正をしなかった又は全ての項目を埋めなかった場合に、OPF 提供者は、当該事業者が不備を補完するまで、当該事業者による EU 域内の消費者に対する商品又はサービス提供を速やかに停止しなければならない（DSA 30 条 3 項後段）。

〔検討事項 3〕 販売業者が域外に存在する場合の DPF 提供者の対応

DSA は、仲介サービス提供者の所在地に関わらず、EU 内に事業所を有する又は EU 域内に所在するサービス受領者（利用者）に提供される仲介サービスに適用される（同 2 条 1 項）。

EU 域内に事業所を有しない事業者に対してのみ課される義務が、EU 域内における法定代理人の選任である。EU 域内に事業所を有しないが、EU 域内でサービスを提供する仲介サービス提供者は、サービスを提供する加盟国のいずれかにおいて、書面により、自らの法定代理人となる法人又は自然人を指定しなければならない（DSA 13 条）。

〔検討事項 4〕 販売業者が DPF に出店・出品する際の DPF 提供者による承認事項の透明性

DSA 30 条 4 項は、消費者が事業者と遠隔契約を締結できるようにする

OPF 提供者が、30 条 1 項に基づき事業者によるサービスの利用を拒否した場合、又は同条 3 項に基づきサービスの提供を停止した場合に、当該事業者は、同 20 条及び 21 条に基づき苦情を申し立てる権利を有すると定める。

前述の通り、DSA 30 条 3 項には、事業者が提供すべき情報の不備を補完するまで OPF 提供者が商品・サービスの提供を停止する旨が定められている。

しかし、DSA 30 条 1 項には、DPF 提供者が事業者によるサービスの利用を「停止」できるとは定めているが、「拒否」することのできる旨の明文はない。しかし、事業者のサービス利用「前」の情報取得が義務づけられていることから、OPF 提供者が情報を取得できなかった（事業者が情報を提供しなかった）場合には、OPF 提供者が事業者による OPF サービスの利用を拒否することができるものと解される。

DSA 20 条 1 項は、OPF 提供者に対し、通報した個人又は団体を含むサービス受領者（利用者）に対し、決定（情報へのアクセス削除・無効化・情報表示制限に関する決定、サービスの全部又は一部の提供の停止又は終了に関する決定、アカウント停止又は終了に関する決定、受領者（利用者）から提供された情報の収益化能力の停止・終了・その他の方法による制限を課すか否かに関する決定）後、少なくとも 6 か月間、効果的な内部苦情処理制度へのアクセスを提供する義務を定める。そして、サービス受領者（利用者）が、OPF 提供者の上記決定について、電子的にかつ無料で苦情を申し立てることができるようにしなければならない。

さらに、DSA 21 条 1 項は、上述 20 条 1 項に基づく決定の対象となったサービス受領者（通報した個人又は団体を含む。）に対し、サービス提供者の当該決定に関する紛争（内部苦情処理制度により解決に至らなかった苦情を含む。）を解決するため、裁判外紛争解決機関⁽³⁶⁾（ADR）を選択する権利を定める。

OPF 提供者は、サービス受領者がこのような裁判外紛争解決を利用で

(36) 裁判外紛争解決機関は、認証されたものでなければならない(DSA 21 条 3 項)。

きる可能性に係る情報を、そのオンライン・インターフェース上において、容易にアクセス可能であり、明確かつユーザーフレンドリーな形で提供することが求められる。なお、サービス受領者（利用者）は、適用法に基づき、当該 OPF による決定に対し訴訟を提起する権利を妨げるものではない。

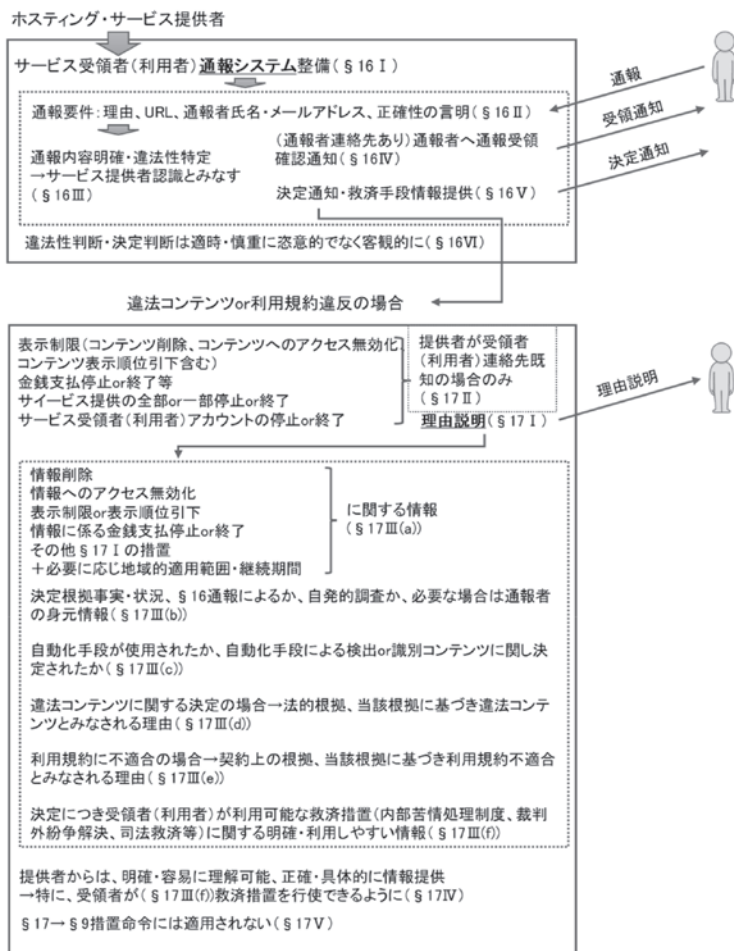
〔検討事項 5〕違法な商品が販売・提供された場合の DPF 提供者の対応
DSA において「違法コンテンツ」とは、それ自体又は製品の販売やサービスの提供を含む活動に関連して、その法律の正確な主題又は性質にかかわらず、EU 法又は EU 法に準拠している加盟国の法律に準拠していない情報を指す（同 3 条（h））。

事業者に対し、その OPF における商品又はサービス提供を許可した後、OPF 提供者は、公式で、自由にアクセス可能かつ機械可読なオンライン・データベース又はオンライン・インターフェースを用いて、当該製品又はサービスが違法と識別されているかを、ランダムに確認するために合理的な努力（reasonable efforts）を払わなければならない（DSA 31 条 3 項後段）。

（OPF を含む）ホスティング・サービス提供者は、個人・法人問わず誰でも、OPF 上に違法コンテンツとみなす特定の情報が存在することを通報できる仕組（簡単にたどり着き、使いやすく、電子的手段のみで通報できるもの）を整備しなければならない（DSA 16 条 1 項）。

その仕組みは、十分に正確かつ適切に裏付けられた通報の提出を容易にするものでなければならないことから、ホスティング・サービス提供者は、当該情報を違法コンテンツであるとの主張理由について十分に裏付けられた説明、当該情報の正確な電子的所在（正確な URL）（必要に応じ、違法コンテンツを特定できる追加情報）、通報者の氏名及びメールアドレス、通報者による、通報の情報及び申立が正確であり完全である旨の宣誓を含

(37) 「違法コンテンツ」は、単なる文章や画像だけでなく、違法な製品、サービス、及び活動に関する情報全般を含む広義概念として理解されるべきとされ、違法コンテンツにおける違法性には、法律により直接禁じられている「情報それ自体が違法な場合」（例：ヘイトスピーチ、テロコンテンツ、差別的発言など）と、行為自体が違法であるため「違法行為と関係することにより違法となる場合」（偽造品販売広告、違法宿泊サービス広告など）があるとされる（DSA 前文 12 参照）。



ホスティング・サービス提供者によるコンテンツ削除・アクセス無効化・金銭支払停止等措施に対する説明義務 (DSA)

む通報を可能にし、かつ、促進するために必要な措置を講じなければならない (DSA 16 条 2 項)。

DSA 16 条の通報により、注意深いホスティング・サービス提供者が詳細な法的調査を行うことなく、関連する活動又は情報の違法性を特定でき

る場合、当該特定の情報項目に関して、後述 DSA 6 条の免責規定の適用上、現に知識又は認識を生じたものとみなされる（同 16 条 3 項）。

サービス受領者（利用者）からの通報に、通報者の電子連絡先情報がある場合に、ホスティング・サービス提供者は、その通報者に対し、遅滞なく通報受領確認通知をしなければならない（DSA 16 条 4 項）。また、ホスティング・サービス提供者は、当該通報に関する情報に係る決定を、通報者に対し遅滞なく通知し、当該決定に係る救済手段についての情報を提供しなければならない（同 16 条 5 項）。ホスティング・サービス提供者が、通報を処理（違法性を判断）し、通報に関する情報に係る決定をするに際しては、適時に、誠実に、恣意性なく、客観的に行わなければならない。その処理又は意思決定に自動化手段を使用する場合は、決定通知に自動化手段使用に関する情報を含めなければならない（同 16 条 6 項）。

ところで、情報社会サービスが、サービス受領者（利用者）から提供された情報の保管を含む場合、提供者は、OPF 提供者が、違法行為若しくは違法コンテンツについて実際に知らず、損害賠償請求につき当該行為若しくはコンテンツの違法性が明らかとなる事実若しくは状況を認識していない場合、又は、現に知り若しくは認識を得た後、速やかに違法コンテンツを削除若しくは違法コンテンツへのアクセスを無効化する場合に、サービス受領者（利用者）の要請により保管された情報について、責任を負わない（DSA 6 条 1 項⁽³⁸⁾）。

ここにいう「情報社会サービス（information society service）」とは、EU 指令 2015/1535⁽³⁹⁾（以下、「技術規則・情報社会サービス指令」という。）

(38) DSA 6 条 1 項の OPF 提供者免責規定は、サービス受領者（利用者）が、OPF サービス提供者の権限又は管理下で行動している場合には適用されず（同 6 条 2 項）、消費者が事業者と隔地者間の契約締結できる OPF において、当該プラットフォームによる情報提供又は取引成立方法の提供では、平均的な消費者が、その情報又は商品・サービスが、当該 OPF 自身により提供されている又は当該 OPF の管理下や権限の下にある第三者によって提供されていると誤信するような方法であった場合には、消費者保護法上の責任免除が認められない（同 6 条 3 項）。

(39) 2015 年 9 月 9 日、技術規制分野及び情報社会サービスに関する規則の分野における情報提供の手順を定める欧州議会及び理事会指令 2015/1535（Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September

1条1項(b)に定義されている「サービス」であり(DSA 3条(a))、通常、報酬を得て、遠隔地において、電子的手段により、サービス受領者の個別の要請に従って提供される全てのサービスをいう(技術規則・情報社会サービス指令1条1項(b))。この情報社会サービスには、商品販売系 OPF も⁽⁴⁰⁾含まれる。

〔検討事項6〕 検索アルゴリズム基準に係る DPF 提供者の透明性

〔検討事項7〕 不適切な UI/UX 排除に向けた DPF 提供者の対応

両者に関する規定が密接に関係しているため、ここでは検討6・7について DSA 以外の規定とともに次の「(4) 他の規定との関係」において確認する。

2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification) (OJ L 241, 17.9.2015, p.1))

(40) C-606/21-Doctipharma SAS v. UDGPO 参照 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62021CJ0606>)。フランス Doctipharma SAS (以下、「Doctipharma」という)が運営していたウェブサイトで、処方箋不要の医薬品販売をしていたところ、Doctipharma について薬剤師資格と薬の販売が「情報社会サービス」に該当するかが問題になり、フランス薬局グループ連合(Union des Groupements de pharmaciens d'officine、以下「UDGPO」という。)が Doctipharma の活動を違法として訴訟を提起した事案において、パリ控訴審裁判所が欧州司法裁判所(Court of Justice of the European Union、以下「CJEU」という。)に対し、先決裁定(preliminary ruling)を求めた。その先決裁定を求めた内容の1つが、Doctipharma の活動が「情報社会サービス」に該当するかどうかであった。CJEU は、技術規則・情報社会サービス指令1条1項(b)と、廃止された指令98/34第1条2項は「情報社会サービス」について同じ定義を有し、報酬要件についてはサブスクリプション契約であること、ウェブサイトを通じたサービスであることから、隔地者要件・電子的手段要件については該当することサービス受領者(利用者)の個別要請性要件については薬剤師及び顧客がそれぞれアカウントを作成しなければならないことにより充足するとして、「指令98/34第1条2項及び指令2015/1535第1条1項(b)は、ウェブサイト上で提供されるサービス、すなわち、そのサービスに加入している薬局のウェブサイトを通じて医師の処方箋の対象外の医薬品を販売するために薬剤師と顧客を結びつけるサービスは、これらの規定の意味における「情報社会サービス」の概念に該当すると解釈されなければならない」とした。

(4) 他の規定との関係

(i) GDPR (一般データ保護規則)⁽⁴¹⁾

EU には、自然人の基本的権利及び自由、特に個人データを保護するため 2018 年 5 月 25 日に施行された、EU 域内の個人データを処理する際に適用される GDPR がある。GDPR では、UI/UX 規制に関する規定もあるため、まず、概要を確認する。

GDPR において、データ管理者は個人データを適法、公正かつ透明な方法で処理しなければならない（適法性・公正性・透明性）、個人データは特定の明確で正当な目的のために収集・処理されなければならない（目的限定）、収集・処理される個人データは必要な範囲に限定される最小限でなければならない（データ最小化）、個人データは正確で、必要に応じて最新に更新されなければならない（正確性）、個人データは処理目的に必要な期間を超えて保持されてはならず（保存期間の制限）、適切な技術的・組織的措置を用いて処理され、不正又は違法な処理、及び偶発的な喪失、破壊又は損傷から保護されなければならない（GDPR 5 条 1 項）。

個人データ管理者は、データ主体（自然人）が特定の目的のためにデータ処理に合意した場合、契約締結前にデータ主体の要請によりデータ処理が必要な場合、管理者法的義務遵守のため処理が必要な場合、データ主体（又は他の自然人）の重要な利益保護のため処理が必要な場合、管理者又は第三者の正当な利益のために処理が必要な場合（データ主体の保護を必要とする利益又は基本権及び自由を上回る場合、公的機関が職務上処理を行う場合を除く）のいずれかの場合にのみ、当該データ処理が適法であり（GDPR 6 条 1 項 (a)）、その合意を得たこと（いつ、誰が、何に合意したか）を立証可能であることが必要である（同 7 条 1 項）。

また、データ取得のための合意条項を、他の契約条項と混同させては

(41) REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation); <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/2016-05-04>

ならず、明確かつ平易な言葉で契約条項と分けて提示しなければならない (GDPR 7 条 2 項)。このデータ取得に係る合意を撤回することができ、(合意画面に撤回できる機能を表示させるなど) 同意と同様に容易に撤回できるようにする必要がある (同 7 条 3 項)。このデータ取得に係る合意は、不必要なデータ処理への合意が契約履行の条件となっている場合には、その合意が自由意思によるものでない (強制されたもの) である場合には、無効となる (同 7 条 4 項、6 条 1 項 (a))。

そして、管理者は、データ保護規則 (データ最小化) を効果的に実装し、同規則の要件を充足しデータ主体の権利を保護するため、処理手段の決定時 (設計段階) 及び処理実行時 (運用段階) の両時点において、最新の技術水準、導入コスト、処理の性質・範囲・文脈・目的、自然人の権利及び自由に対し生じるリスクの可能性と重大性を考慮した上で、技術的及び組織的措置 (例: 仮名化) を講じなければならない (GDPR 25 条 1 項)。

管理者は、収集データ量、処理範囲、保存期間、アクセス権限については、初期設定として、処理目的ごとに必要な個人データのみが処理されるよう適切な技術的及び組織的措置を講じなければならない、特に、これらの措置により、本人の操作・関与なしに、初期設定で不特定多数が当該データにアクセスできない状態にしなければならない (GDPR 25 条 2 項)。

OPF 提供者は、サービス利用者を欺き、若しくは操作する方法で、又はサービス利用者が自由かつ十分な情報を得て意思決定を行う能力を著しく歪め若しくは損なう方法で、オンライン・インターフェースを設計、構成、若しくは運用してはならない (DSA 25 条 1 項)。即ち、サービス利用者の自由な意思決定を歪めるオンライン・インターフェースの設計等が禁じられている。但し、UCPD (不正商取引指令) 及び GDPR と重複する場

(42) Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2005/29/2022-05-28> (最終閲覧日: 2025 年 6 月 6 日)

合には DSA は適用されない (DSA 25 条 2 項)。

(ii) レコメンデーション・システム／ランキング・システム

有償広告である旨を明示しないことは、誤認を招く商取引として UCPD で禁止されている (UCPD 6 条 1 項、5 条 1 項、附則 1-11a 条)。DSA では、OPF 提供者は、有償広告における費用負担者名だけでなく、当該広告の対象者を決定するためのパラメーター (及び変更方法) を明示しなければならない義務を負う (DSA 26 条 1 項)。

また、消費者が使用可能な商品検索結果 (ランキング) が提供されている場合に、そのランキングの表示に係る主要パラメーター及び (主要パラメーターを受けて、どの要因がどの程度重視されているかという) 相対的重要性に関する情報は「重要情報 (material)」であり (UCPD 7 条 4 項 (a))、そのような重要情報を省略することにより、平均的消費者の自己決定に影響を与える場合には誤解を招く取引として禁止されている (UCPD 7 条 1 項、5 条 1 項)。

レコメンデーション・システムを利用する OPF 提供者は、利用規約に当該システムの主要パラメーター及び当該パラメーターを変更する (又は影響を与える) オプションをわかりやすく明示しなければならない (DSA 27 条 1 項)。その主要パラメーターについては、利用者に対し特定情報が提示される理由を説明するため、利用者への提示情報を決定する最重要基準及び当該パラメーターに係る相対的重要性の理由を示さなければならない (DSA 27 条 2 項)。相対的順位表示をするレコメンデーション・システムにおいて複数のオプションが利用可能である場合に、OPF 提供者は、利用者がいつでも自分の選好により変更できるようにしなければならない、優先順位付画面からその選択肢へ直接かつ容易にアクセスできるオンライン・インターフェイスにしなければならない (DSA 27 条 3 項)。

DSA 27 条に加え、大規模 OPF (以下、「VLDP」という。) は、GDPR 4 条 4 項の「プロファイリング」⁽⁴³⁾ に基づかないオプションを 1 つ以上の選

(43) GDPR 4 条 4 項にいう「プロファイリング」とは、個人データを自動的に処理し、

分類	DSA	UCPD
広告の透明性表示	広告であること、広告主名、 広告費用負担者名、広告対象 者特定のパラメーターとその 変更方法の明示 (§ 26 I)	不正商取引禁止 (§ 5 I) > 平均的消費者欺く商取引は 誤解を招く行為 (§ 6 I) > 有償広告である旨の非表示 は誤解を招く商取引 (附則 1 § 11a)
レコメンデーション・ システムの開示	レコメンデーション・システ ムのパラメーターの明示、利 用者によるパラメーターの変 更 or 選択オプションの提供 (§ 27 I)	不正商取引禁止 (§ 5 I) > 重要情報省略により、平均 的な消費者の決定に影響す る情報省略は誤解を招く商 取引 (§ 7 I) > 商品検索ランキングあり→ 主要パラメーター及びその 相対的重要性に関する情報 (= 重要情報) (§ 7 IV a)

択肢を付けなければならない (DSA 38 条)。

ランキングについては、オンライン仲介サービス及びオンライン検索エンジンとそれらを利用する事業者との関係における公正・透明化を目的とする、P2B 規則 (Platform-to-Business Regulation) ⁽⁴⁴⁾ にも定められている。

主要パラメーター及び相対的重要性の理由については、DSA とほぼ同様の明示義務が定められているが (P2B 規則 5 条 1 項・2 項、5 項)、ランキングに影響を与えるウェブサイト・デザインの特性についての説明義務は、検索エンジン提供者に対してのみ課されている (同 5 条 3 項)。

利用規約について、DSA 14 条と P2B 規則 3 条に定められているが、利用規約変更に関する利用者への通知義務の規定に違いがある。DSA 14 条 2 項は、仲介サービス提供者に対し、利用規約における「重要な変更」に

特定の自然人に関する個人的特徴を評価することであり、特に、自然人の職務能力、経済状況、健康状態、個人的嗜好、興味、信頼性、行動、所在地、移動などの側面の分析又は予測を含む。この「プロファイリング」に基づき、特殊データ (GDPR 9 条 1 項の人種、宗教、健康など) を使用した OPF サービス利用者への広告は禁止されている (DSA 26 条 3 項)。

(44) Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services; OJ L 186, 11.7.2019, p.57.

項目	P2B 規則	DSA
主要パラメーターとその相対的重要性の理由の明示義務	・利用規約に、ランキング決定の主要パラメーターとその相対的重要性を明示（仲介 § 5 I、検索 § 5 II） ・事業利用者のランキングの仕組みにおける考慮事項（商品・サービスの特性／当該特性と消費者との関連性／オンライン検索エンジン→ウェブサイトのデザインの特徴）と考慮の程度をわかりやすく説明（§ 5 V）	利用規約に、レコメンダーシステムの主要パラメーターと変更オプションを明示（§ 27 I） 情報提示理由説明のため、その決定の最重要基準とその相対的重要性理由を明示（§ 27 II）
有償性に関する義務	主要パラメーターに報酬によるランキングへの影響力がある場合→報酬による影響の説明（§ 5 III）	広告であること、広告主名、広告費用負担者名、広告対象者決定パラメーターとその変更方法の明示（§ 26 I）

ついて利用者に事前に通知する義務を課す。

これに対し、P2B 規則 3 条 2 項では、利用規約に関するいかなる変更についても、サービス提供者から事業利用者に対する事前通知が義務づけられ、また、原則として（変更までに）15 日以上の猶予期間⁽⁴⁵⁾を設ける必要があり、通知後でなければ変更できない旨が定められている。

(iii) 欺瞞的パターン（ダーク・パターン）

OPF のオンライン・インターフェースにおけるダーク・パターンとは、サービス受領者が自律的かつ情報に基づいた選択や決定を行う能力を、故意に又は実質的に、歪め又は損なう行為をいう（DSA 前文 67 参照）。

DSA では、前述のレコメンデーション・システムその他、OPF 提供者がサービス利用者の自由かつ情報に基づいた意思決定を欺いたり、操作した

(45) 技術的又は商業的調整が必要な場合には、期間の延長も可能である（P2B 規則 3 条 2 項）。そして例外的に、法令により利用規約の変更が義務づけられている場合、予期せぬ緊急のリスクに対応するため利用規約を変更しなければならない場合には、通知期間の定めにかかわらず、サービス提供者は利用規約を変更することができる（同 3 条 4 項）。

り、実質的に歪めたり損なったりする形で、インターフェースを設計、編成、運営してはならない旨を定め（DSA 25 条 1 項）、更に、利用者の意思決定時に、特定の選択肢を目立たせる表示の禁止（同 25 条 3 項（a））、既に選択済の利用者に対する、妨害ポップアップ表示による再選択表示の禁止（同 25 条 3 項（b））、サービス終了手続が加入手続より困難である設計等の禁止（同 25 条 3 項（c））が明文で定められている。

この DSA の規定は、UCPD 及び GDPR に規定がある場合には適用されない（DSA 25 条 2 項）。

UCPD 5 条 5 項では、同附則 1 に列挙される商取引は常に不公正とみなされる旨を定め、その附則 1 の中には、欺瞞的パターン（ダーク・パターン）に該当するものが含まれている。例えば、期間限定との虚偽の主張により消費者に即決を促すこと（UCPD 附則 1-7）、上述の有償ランキング表示である旨の不開示（同附則 1-11a）、偽装レビュー表示（同附則 1-23b、23c）である。

GDPR においては、上述のように、情報処理につき自由かつ明確な合意が必要であり、データ主体の意思に反する強制的合意は無効である（GDPR 4 条 11 項）。また、データ主体に対する特定行動の誘導がデータ主体の不利益となる場合には、自動化処理（特にプロファイリング）に従属しないデータ主体の権利に違反し得る（GDPR 22 条）。

2 英国における DPF 規制

デジタル市場・競争・消費者法 2024（The Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024、以下、「DMCCA」という。）は、デジタル市場における競争の促進とイノベーションの支援、消費者保護の強化と不公正な取引方法への措置、経済成長と投資の促進を目的として、2024 年 5 月 24 日に国王裁可を受けて成立した。⁽⁴⁶⁾ 第 1 編「デジタル市場」及び第 2 編「競争」については、2025 年 1 月 1 日から施行され、他の部分も順次施行される予定である。

(46) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/13/contents/enacted>

このように、デジタル市場、競争政策、消費者保護について横断的に規律する DMCCA を主として検討対象とする。猶、第4編「消費者の権利と紛争」第2章「サブスクリプション契約」(未施行)については、本稿の対象外とする。

(1) 適用対象となる PF

競争・市場庁 (Competition and Markets Authority、以下、「CMA」という。) は、英国市場で持続的かつ戦略的な影響を有する事業者を「戦略的市場地位 (Strategic Market Status、以下、「SMS」⁽⁴⁷⁾ という。)」に指定することができる (DMCCA 2条)。

(2) 適用対象となる PF サービス

DMCCA にいう「デジタル活動」(Digital Activities) には、インターネットを介したサービスの提供 (有償・無償を問わない)、デジタルコンテンツの提供、インターネットを介したサービスやデジタルコンテンツの提供⁽⁴⁸⁾を目的としたその他の活動、インターネットと電子通信サービスの組み合わせによるサービス提供が含まれており、その他、CMA は、同一目的若しくは類似の目的を持つ複数の活動、又は特定の目的を達成するために組み合わせて実施される活動を、単一のデジタル活動と扱うことができる (DMCCA 3条)。

CMA は、指定事業者が、関連するデジタル活動につきどのように行動しなければならないかに係る要件 (「行為要件」(“conduct

(47) SMS に指定されるためには、デジタル活動を行っていること (DMCCA 2条1項、3条参照)、その活動が英国と関連していること (同2条1項 (a)、4条参照)、当該デジタル活動に関し、実質的確固とした市場力 (substantial and entrenched market power) を有していること (同2条1項 (b)、2条2項 (a)、5条参照)、当該デジタル活動に関して戦略的に重要な地位を有していること (同2条2項 (b)、6条参照)、過去12か月若しくはその直近12か月の売上高が世界で250億ポンド又は英国国内で1億ポンドを超えていること (同2条3項)、7条参照) が必要である。

(48) 2003年通信法 (Communications Act 2023) 32条 (2) に基づく定義。

requirements”」)を課することができる(DMCCA 19条1項)が、公正な取引、制限のない選択肢、及び信頼と透明性という3つの目的を達成するため必要な場合に限られる(同19条5項)。

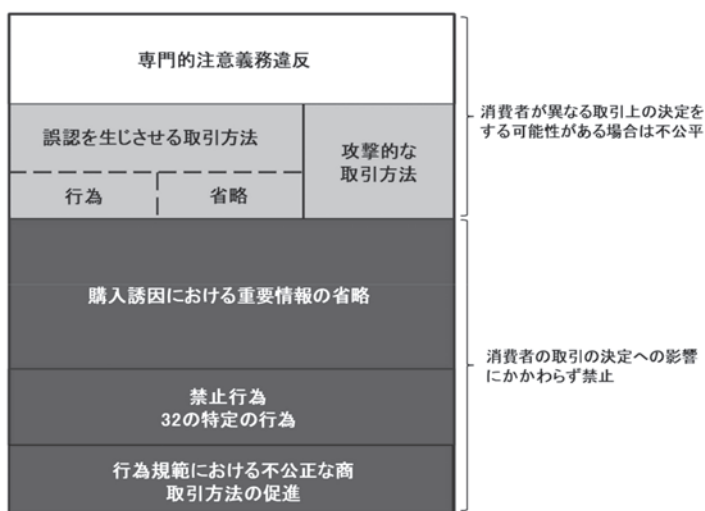
指定業者への義務づけを目的とする行為として、公正かつ合理的な条件での取引、苦情処理のための効果的なプロセス、関連するデジタル活動に関する明確で正確な情報提供、関連するデジタル活動に関する重大な影響を及ぼし得る変更前の説明と通知、効果的な意思決定を可能とするための選択肢・初期設定の提示が定められている(DMCCA 20条1項・2項)。

更に、指定事業者による行為のうち、防止対象となる行為として、利用者(法人・自然人を問わず、あらゆる個人が含まれ、デジタル活動につき、関連サービス又はデジタルコンテンツの利用者(DMCCA 118条1項))差別の防止、自社製品への有利な取扱、指定事業者のデジタル活動の市場支配力・戦略的地位を高め得る方法による、デジタル活動以外の活動実施、他の自社製品の抱き合わせ利用の要求や推奨、他の事業者製品との相互運用性の制限、ユーザーの自由、データの不正使用、他社製品利用能力の制限が定められている(同20条1項・3項)。

DMCCA 第4編「消費者の権利と紛争」第1章「不公正な取引からの保護」では、不公正な取引方法から消費者を保護するために定められており(DMCCA 224条1項)、「不公正な取引方法」に該当する場合を定め、その使用及び促進を禁じる(同224条2項)。同225条は、不公正な取引方法とは何かを規定し、その使用及び促進を禁止する。

取引方法が不公正となるのは、誤認させる行為(DMCCA 226条)、誤認を生じさせる省略(同227条)、強引な行為(同228条)、専門的注意義務違反(同229条)、購入(申込)の誘因からの重要情報の省略(同230条)又は附則20条に定める「全ての場合に不公正とみなされる商慣習」による行為の結果、当該不公正な行為がなければ平均的消費者が行わなかったであろう取引上の決定をくだす可能性が高い場合である(同225条4項)。

「行動規範」とは、それに拘束されることを選択した事業者の行動を定める合意又は一連の規則をいう(DMCCA 249条「行動規範 (“code of



原図1：不正な取引方法（UCP）条項に含まれる禁止事項の概要⁽⁴⁹⁾

conduct”))。

(3) 検討事項

〔検討事項1〕DPF提供者による消費者と販売業者等との連絡手段の確保
CMAがSMSに対し、「公正な取引」の目的のために行う要件を課す場合における「公正取引の目的」とは、関連するデジタル活動の利用者が、公正に扱われること及び直接的又は間接的に、合理的な条件で当該事業者と交流できることである（DMCCA 19条5項（a）、同条6項）。

そして、CMAはSMSに対し、公正かつ合理的な条件で取引を行うこと、並びに、苦情処理のための効果的なプロセス—利用者又は潜在的利

(49) CMA 207「不正商取引方法—DMCCA 2024における不正取引条項に係る保護に関するガイダンス草案（“Unfair commercial practices CMA 207; Draft guidance on the protection from unfair trading provisions in the Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024”）」6頁原図1を引用し加工した（CMA 207, 2024年12月）。*猶、2025年4月4日に最終版が発行されている。
https://assets.publishing.service.gov.uk/media/67eeac72e9c76fa33048c785/CMA207_Unfair_commercial_practices_guidance.pdf

用者からの苦情及び利用者又は潜在的利用者との紛争を処理するための効果的なプロセスを有することを行為要件として義務づけることができる(DMCCA 20条2項(a)、(b))。

〔検討事項2〕DPF提供者による販売業者情報の真正性の担保

DMCCA 第4編第1章では、(SMSではなく)事業者(販売業者)について、虚偽又は誤解を招く情報提供や平均的消費者を誤認させる可能性のある表示、他の事業者の商標・商号等と混同を生じさせる表示等は、「誤認を招く行為(“misleading actions”)」(DMCCA 226条1項)であり、公正な取引方法として禁じられている(同225条1項、3項(i))。

購入(申込)の誘因(invitation to purchase)⁽⁵⁰⁾ 関する取引方法において、重要情報の省略(DMCCA 230条1項)は「誤解を招く省略(“misleading omissions”)」として公正な取引方法となるため禁じられている(225条1項、4項(b))。このDMCCA 230条1項における「重要情報」とは、製品の主な特徴、商品の合計金額、事前に商品価格を算定できない場合の価格算定方法、事業者(販売業者)及び事業者代理人の身元情報、事業所住所並びに事業用メールアドレス、代理行為を行う者に関する事業所住所及びサービス提供先メールアドレス(代理行為を行う者の事業所住所と異なる場合には当該サービス提供先住所)、支払・商品の引渡・履行・苦情処理について、取り決め(arrangements)⁽⁵¹⁾と異なる慣行がある場合には事業者の現在の取引方法、他の法令により事業者(販売業者)から消費者への提供が義務づけられた情報である(同230条2項、3項)。

事業者(販売業者)は、苦情に関する検討結果を消費者に通知する際に、消費者がその結果に満足しない場合に利用できるADRその他の取決めに

(50) この章において、「購入(申込)の誘因」とは、消費者に対し、次の情報を提供することを含む取引方法をいう。商品の特性及び価格を示す情報、並びに、消費者が商品を購入するか、又は商品に関して他の取引上の決定を行うかを決定することを可能にする、又は可能にすると称する情報をいう(DMCCA 230条10項)。

(51) 取り決め(arrangements)とは、法的に執行可能か否かを問わず、あらゆる計画、合意、又は了解、及び、あらゆる種類の条約、慣習、又は慣行をいう。但し、性質・条件等何らかのものがある程度の安定性を有することが必要となる(DMCCA 付則6B-12条参照)。

ついても消費者に通知しなければならない（DMCCA 308 条 3 項）。

但し、前述したように、販売業者に対する義務であり、SMS に対するものではない。

〔検討事項 3〕販売業者が国外に存在する場合の DPF 提供者の対応

DMCCA は、事業者が英国に営業所を有すること、事業者が英国で事業を営んでいること、又は、事業者の商行為が、何らかの方法で（英国で実施されるか否かは問わず）英国の消費者に向けた活動することにより行われていることのいずれかに該当する場合に適用される。⁽⁵²⁾

例えば、消費者の購入した商品に問題があり、事業者の連絡先等は表示されているが、消費者が当該事業者と連絡を取ることができない場合には、当該 SMS は、DMCCA 20 条 2 項（b）の苦情や紛争処理制度を整備していないと評価される可能性がある。⁽⁵³⁾

〔検討事項 4〕販売業者が DPF に出店・出品する際の DPF 提供者による承認事項の透明性

前述の通り、CMA は指定事業者（SMS）に対し、行為要件を課すことができる（DMCCA 19 条 1 項）。CMA が SMS に対し行為要件を課すことができるのは、公正取引の達成、自由な選択肢達成、及び、信頼と透明性の達成という 3 つの目的のうち 1 つ以上を課すことが相当と判断した場合である（同 19 条 5 項）。

ここにいう「公正取引の達成（目的）（“the fair dealing objective”）」とは、関連するデジタル活動の利用者等が、公正に扱われること、及び、直接的又は間接的に、合理的な条件で当該事業者とやり取りできることをいう（DMCCA 19 条 6 項）。「自由な選択肢達成（目的）（“the open choices objective”）」とは、関連するデジタル活動の利用者等が、当該事業者が提供するサービス又はデジタルコンテンツと、他の事業者が提供するサービ

(52) DMCCA 149 条参照。

(53) その後、行為要件違反につき、CMA が調査を行い、違反の可能性があれば暫定違反通知を出し、それに対して事業者から意見提出の機会が与えられる。その後、CMA より最終違反通知により是正措置命令を発する。重大な違反に対しては、制裁金を課すことになる（DMCCA 26 条—35 条）。

ス又はデジタルコンテンツとを比較し、いずれかを自由かつ容易に選択できることである（同 19 条 7 項）。「信頼と透明性の達成（目的）（“trust and transparency objective”）」とは、関連するデジタル活動の利用者等が、デジタル活動を通じて事業者が提供するサービス又はデジタルコンテンツ、並びにそれらが提供される条件を理解する、デジタル活動に関して、当該事業者とどのように関わるか（あるいは関わらないか）について、適切な情報に基づいて決定をするために必要な情報を得ることである（同 19 条 8 項）。

〔検討事項 5〕 違法な商品が販売・提供された場合の DPF 提供者の対応
違法な商品規制をする法律が多岐に渡る。2023 年 10 月 26 日に成立した、2023 年オンライン安全法（Online Safety Act 2023（以下、「OSA」という。））は、「利用者間サービス（“user to user service”）」及び「検索サービス」を規制対象とし（OSA 3 条）、英国内で個人がより安全にそれらのサービスを利用できるようにすることを目的とする（OSA 1 条 1 項）。その目的を達成するため、サービス提供者に対し、違法コンテンツ及び違法な活動、並びに、子どもに有害なコンテンツ及び有害な活動による危害リスクを特定し、軽減し、管理することを義務づけるものである（OSA 1 条 2 項（a））。

「利用者間サービス」とは、インターネット・サービスの利用者がそのサービス上で直接生成したコンテンツ、又はサービス利用者がそのサービスにアップロード若しくは共有したコンテンツを、当該サービスの他利用者が閲覧することができるものをいう（OSA 3 条 1 項）。また、「検索サービス」とは、検索エンジン又は検索エンジンを含むインターネット・サービスをいう（OSA 3 条 4 項）。

OSA では、利用者間サービス提供者及び検索サービス提供者の規模によりその義務を加重している。カテゴリー 1 は、英国の月平均サービス利用者数が 3,400 万人を超え、コンテンツ推奨（自動表示）システムを使用していること、又は、英国の月平均利用者数が 700 万人を超え、コンテンツ推奨（自動表示）システムを使用し、かつ、利用者が、そのサービス

上で利用者が規制対象の生成コンテンツを当該サービスの他の利用者に転送又は共有できる機能を提供していることのいずれかに該当する利用者間サービス提供者が対象となり得る。カテゴリー 2A は、英国の月平均利用者数が 700 万人を超え、指定条件に該当しない検索エンジン提供者又は複(54)合サービス提供者が対象となり得る。カテゴリー 2B は、英国の月間平均利用者数が 300 万人を超え、かつ、利用者が同一サービスの他の利用者にダイレクトメッセージを送信できる機能を提供し、かつその内容が、送信者又は受信者が共有しない限り、他の利用者からは見えない機能を有する、利用者間サービス提供者が対象となり得る。

違法性のある物理的な商品は適用対象とならないものの、「違法コンテンツ (“illegal contents”）」には、関連犯罪となるコンテンツが含まれ (OSA 59 条 2 項)、その関連犯罪には「重点犯罪 (“priority offence”）」が含まれ (同 59 条 4 項)、「重点犯罪」とはテロ関連犯罪、児童の性的搾取及び虐待 (以下、「CSEA」という。) に関連する犯罪、又は、その他の重点犯罪であり (同 59 条 7 項)、1971 年薬物乱用法 (Misuse of Drugs Act 1971) 4 条 3 項に基づく規制薬物の違法な提供、提供の申込 (OSA 附則 7 第 12 条 (a)、1968 年銃器法 (Firearms Act 1968) 1 条 1 項に基づく証明書のない銃器又は弾薬の購入等 (OSA 附則 7 第 15 条 (a)) が含まれる。

本稿で対象となり得るユーザー間サービス提供者には、違法コンテンツに関する安全措置義務 (OSA 10 条)、利用者からの報告機能提供義務 (同 20 条)、苦情処理手続運用義務 (同 21 条) 等が課されており、所管庁であ

(54) 2025 年オンライン安全法規則(カテゴリー 1、カテゴリー 2A、カテゴリー 2B 閾値条件) (The Online Safety Act 2023(Category 1, Category 2A and Category 2B Threshold Conditions) Regulations 2025、以下、「OSA 規則」という。) 3 条 1 項参照。

(55) 利用者が、特定のトピック、テーマ、若しくはジャンルに関連する、限られたウェブサイト又はデータベースの範囲内でのみ検索を行えるもの、かつ規制対象の検索サービス提供者 (若しくは統合サービス提供者) と他の提供者との間の取決めに、API その他の技術手段を通じて検索結果が提示される形式で実現される検索サービス又は複合サービスは、カテゴリー 2A に該当しない。

(56) OSA 規則 4 条 1 項参照。

(57) 「重点違法コンテンツ (“priority illegal content”）」も「重大犯罪」と同様である (OSA 59 条 10 項参照)。

る情報通信庁（Office of Communications（以下、「OFCOM」という。）からサービス提供者へのテロリズム・コンテンツ又はCSEAコンテンツの特定・排除等を求める通知（同121条）が発された場合には、その通知に沿って対応しなければならない。

また、DMCCAでは、CMAがある者が関連する違反を構成する商行為を行った、行っている、又は行うおそれがあると確信する場合に、「オンライン・インターフェース通知」を発することができる（DMCCA 184条1～3項）。但し、侵害の停止又は禁止をもたらすための、それ自体では完全に有効な他の利用可能な手段が存在しない、又は、通知に含まれる指示が、消費者の集団的利益に対する重大な損害のリスクを回避するために必要であることを要する（同184条5項）。当該通知において、CMAが適切と認める場合には、オンライン・インターフェースからコンテンツを削除又は変更、オンライン・インターフェースへのアクセス無効化又は制限、オンライン・インターフェースにアクセスする消費者への警告表示、ドメイン名削除措置等の指示を行うことができる（同184条4項）。

〔検討事項6〕 検索アルゴリズム基準に係る DPF 提供者の透明性

そもそも、DMCCAにおいて「情報」とは、文書形式による情報（草稿であると確定版であると問わない）、その他の形式の情報、データ、コード、アルゴリズム、推計（estimates）、予測（forecasts）、報告書（returns）、及び説明をいう（DMCCA 118条1項）。CMAは、公正取引の達成（同19条5項（c））、すなわち、事業者が関連するデジタル活動を通じて提供するサービス又はデジタルコンテンツ（提供条件を含む）を利用者が理解できるように情報提供するため（同19条8項（a））、SMSに対し、利用者に対する、関連するデジタル活動についての明確、関連性、正確かつアクセス可能な情報提供義務（同20条2項（c））や関連するデジタル活動に関し、利用者に対しオプション又はデフォルト設定を提示する際に、当該利用者が自己の最善の利益のため、情報に基づいた効果的な意思決定を行えるようにする方法による情報提供義務（同20条2項（e））を課することができる。

この CMA の調査の結果、DMCCA 19 条に規定する行為要件に違反が明らかとなった場合には、SMS に対し、罰則を課することができる（同 85 条 3 項⁽⁵⁸⁾）。

〔検討事項 7〕 不適切な UI/UX 排除に向けた DPF 提供者の対応

DMCCA 第 4 編「消費者の権利と紛争」第 1 章「不公正な取引からの保護」では、不公正な取引方法から消費者を保護するために定められており（DMCCA 224 条 1 項）、「不公正な取引方法」に該当する場合を定め、その使用及び促進を禁じる（同 224 条 2 項）。

DMCCA 225 条は、不公正な商慣行とは何かを規定し、その使用及び促進を禁止する。

DMCCA 附則 20 条には、全ての場合において不公正とみなされる取引方法が列挙されている。

特定価格による商品購入を誘因した上で、別の商品を販売するため、消費者に広告対象商品を見せることを拒絶し、受注すること若しくは相当期間内に配送することを拒絶し、又は欠陥のある見本を示す取引方法（同附則 20 条 6 項）、商品が期間限定で販売される、又は特定の条件で一定期間のみ販売されるとの虚偽の表示して、消費者に即断を迫り、十分な情報に基づき選択する機会又は時間を奪う取引方法（同附則 20 条 7 項⁽⁵⁹⁾）、アフターサービスの提供を約しながら、取引時又は取引前に消費者との交流における使用言語とは異なる言語でのみアフターサービスを提供し、かつ、消費者に対し契約締結前にその事実を明示的に開示しない取引方法（同附則 20 条 8 項）、アフターサービスが利用可能と虚偽の主張をし、又は虚偽の印象を与える取引方法（同附則 20 条 9 項⁽⁶⁰⁾）、法令により消費者に認められ

(58) この場合の罰則は定額（DMCCA 86 条 2 項、3 項）であり、当該事業者の売上高の総額の 10% 相当額、又は、当該事業者がグループに属する場合には、当該グループの売上高相当額を課することができる（同 86 条 4 項（a））。

(59) Harry Brignull, “Deceptive Patterns: Exposing the Tricks Tech Companies Use to Control You”, Kindle 版第 15 章では、「偽の緊急性（“Fake urgency”）」とされる（2023 年、Testimonium Ltd.）。

(60) 特定の国や地域においてアフターサービスが提供されている、又はアクセス可能であると虚偽に主張することをも含む（DMCCA 附則 20 条 9 項）。

る権利を、事業者の提供する独自の特徴であるかのように提示する取引方法（同附則 20 条 11 項）、事業者が商品の宣伝のために報酬を支払い、メディアの編集コンテンツを利用する場合において、そのことを当該コンテンツ内又は消費者が明確に識別できる画像や音声等により明示しないこと（同附則 20 条 12 項）、虚偽の消費者レビューの投稿若しくは作成、又は報酬付であることを隠した消費者レビューの投稿又は作成を行うこと又は他人に行わせること／消費者レビュー又はレビュー情報につき誤認を生じさせる方法で公開すること／虚偽のレビュー、報酬付であることを隠したレビュー、又は虚偽若しくは誤認を生じさせるレビュー情報につき、投稿防止に必要な措置を講じない、又は公開後の削除措置を講じないこと／虚偽のレビュー又はレビュー情報作成・公開等の代行、支援を行う取引方法（同附則 20 条 13 項）、商品について「無料」「無償」「料金不要」又はそれと同様の表現を用いながら、消費者が当該取引方法に対応するために不可欠な費用及び商品受領又は配送に不可欠な費用以外の支払を要する取引方法（同附則 20 条 23 項）、消費者が商品を注文していないにもかかわらず、消費者が当該商品をすでに注文したかのような印象を与える請求書又はそれに類する文書を、マーケティング資料に盛り込んで支払を求める取引方法（同附則 20 条 24 項）、広告において、子どもに広告対象商品を購入するよう直接的に訴え、又は広告対象商品を親や他の大人に買ってもらよう直接的に訴えかける取引方法（同附則 20 条 30 項）などが消費者を欺瞞的な方法による誤認から保護するため、DMCCA において不公正な取引方法として定められている。

3 わが国における DPF 規制

(1) DPF を適用対象とする 2 つの法律の目的

特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律（「DPF 透明化法」）は、取引の透明性及び公正性の確保を通じて取引の適

(61) 前掲（注 59）・Harry, 14 章「こっそり（“Sneaking”）」のうち、「隠れた費用（“Hidden Costs”）」に該当する。

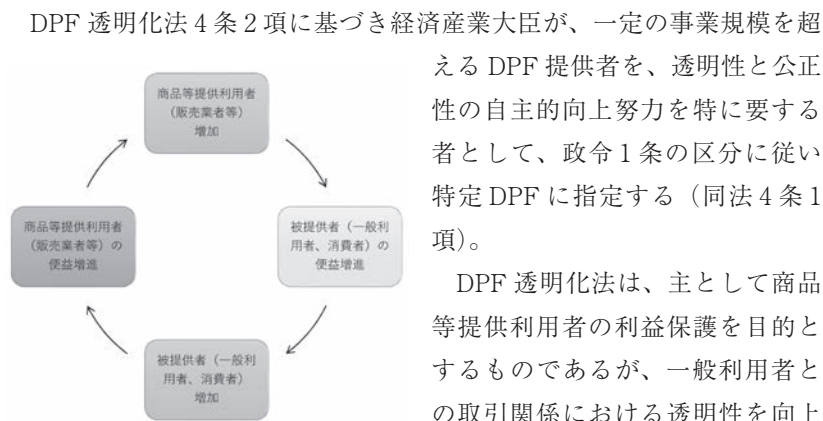
正化を図ることを目的として、2021年2月1日に施行された。また、取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律（「取引 DPF 法」）は、プラットフォームを介した商品等の取引の適正化と消費者の利益の保護を目的として、2024年5月1日に施行された。

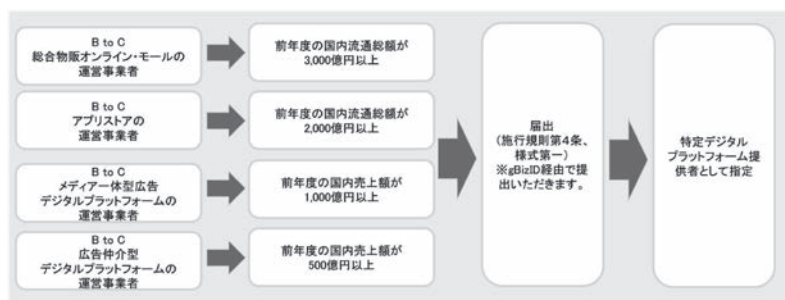
(2) DPF 透明化法・取引 DPF 法の対象となる PF

DPF 透明化法が DPF 提供者（又は特定 DPF 提供者）と DPF 利用者の内、主として販売業者（商品等提供利用者）の関係を適用対象とするのに対し、取引 DPF 法は、DPF 提供者と DPF 利用者の内、主として消費者との関係を適用対象とする。

両法は、わが国において、DPF 提供者に対する直接的な義務等を定める数少ない法律であることから、これらを中心に検討する。

DPF 透明化法において本稿で取り扱う「DPF」とは、電子計算機による情報処理により構築された場において、商品等の情報を常態として表示し、下図のように DPF で商品・権利・役務等を提供する商品等提供利用者（販売業者）と被提供者（一般利用者、本稿では消費者）との間に相互に便益を増進させながら両者が増加していくネットワーク効果を有する構造をもつサービスを、インターネット等を通じて多数の者に提供する役務をいう（DPF 透明化法2条1項1号）。





(参考) 特定デジタルプラットフォーム指定の手続きの流れ⁽⁶²⁾

させることにより、一般利用者の自主的・合理的な選択を促し、その結果として商品等提供利用者との間の取引関係の改善につながり得る事項については、特定 DPF 提供者に一般利用者への提供条件として開示することを義務づけている（DPF 透明化法 5 条 2 項 2 号）⁽⁶³⁾。

それによると特定 DPF 提供者は、特定 DPF 一般利用者に対して特定 DPF を提供するときは、特定 DPF の提供条件を開示しなければならない。⁽⁶⁴⁾

(3) 検討事項

〔検討事項 1〕 DPF 提供者による消費者と販売業者等との連絡手段の確保

取引 DPF 法では、DPF 提供者には、DPF を利用した通信販売に係る取引の適正化及び紛争の解決の促進に資するため、消費者が販売業者等と通信販売につき円滑に連絡できるようにすること、販売業者等による商品等の表示に関して、消費者から苦情を受けた場合に調査等を行い表示の適正さを確保するための措置を講ずること、必要に応じ、販売業者に対して

(62) 経済産業省 HP「デジタルプラットフォームを運営する事業者の方」より抜粋。
https://www.meti.go.jp/policy/mono_info_service/digitalplatform/provider.html
 (最終閲覧日：2025 年 6 月 6 日)

(63) 北島洋平・安平武彦・岡本健太・佐久間弘明「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公平性の向上に関する法律の概要」公正取引 837 号 57 頁。

(64) 特定 DPF における情報の順位付における順位決定の主要事項（DPF 透明化法 5 条 2 項 2 号イ→5 条 2 項 1 号ハ）、特定 DPF 提供者による商品等購入データ取得・使用時のデータの内容、取得・使用条件（同 5 条 2 項 2 号ロ）。

必要に応じてその所在情報等の提供を求めることという努力義務が課されている（取引 DPF 法 3 項 1 項）。これらの措置を講じた DPF 提供者は、DPF を利用する消費者に対し、講じた措置の概要、措置の実施状況、その他講じた措置の概要・実施状況を、電子計算機の映像面（PC・スマホ等）で常に容易に閲覧できるように明確かつ平易な表現で開示しなければならない（取引 DPF 法 3 条 2 項、同施行規則 1 条・2 条）。

DPF を利用する消費者は、通信販売に係る商品・役務につき一定額（1 万円（取引 DPF 法施行規則 4 条））以上の金銭債権を行使するために販売業者等情報⁽⁶⁵⁾の確認を必要とするときには、DPF 提供者に対して、販売業者等情報の開示を請求することができる。ただし、販売業者等の信用棄損等不正な目的のために請求をすることはできない（取引 DPF 法 5 条 1 項）。

DPF 透明化法 5 条 2 項 1 号に基づき、商品等提供利用者が特定 DPF 提供者に対して苦情の申出又は協議の申入れをするための方法を開示しなければならない。

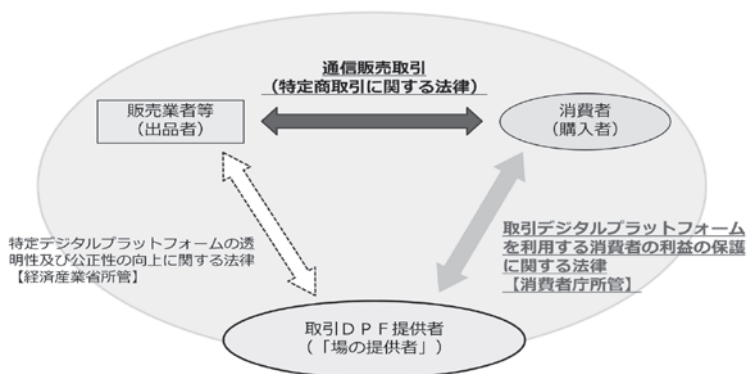
その提供条件を開示するときは、利用者にとって明確かつ平易な表現を用いて記載し、利用者が、特定 DPF 利用開始前及び利用中にいつでも容易に参照できるようにしなければならない（DPF 透明化法施行規則 5 条 1 項）。このとき、外国語により提供条件が作成されている場合には、日本語の翻訳文をつけなければならず、やむを得ずそれができない場合には、期限を明示し、その期限までに翻訳文を追加することになる（同施行規則 5 条 1 項、2 項）。

〔検討事項 2〕 DPF 提供者による販売業者情報の真正性の担保

特定商取引法 11 条 6 項に基づき通信販売において販売業者又は役務提供事業者が、商品若しくは特定権利の販売条件又は役務提供条件につき広告する場合に、同施行規則 23 条 1 項には、販売業者又は役務提供事業者の氏名又は名称、住所及び電話番号、法人の場合は代表者又は業務責任者ものを含む）を有する場合の所在場所及び電話番号等を表示しなければな

(65) 販売業者等情報とは、氏名及び名称、住所、電話番号、ファクシミリ番号、電子メールアドレス、法人の場合は法人番号である（取引 DPF 法施行規則 5 条）。

デジタルプラットフォームにおける取引 (イメージ)



第1回デジタル社会における消費取引研究会 (2024年6月27日)

資料4「事務局説明資料」25頁より抜粋⁽⁶⁶⁾

らない。しかし、これは上記図の販売業者等（出品者）と消費者（購入者）間における通信販売において販売業者又は役務提供事業者に表示を義務づけるものであり、DPF 提供者にそれらを担保させるものではない。取引 DPF 法においては努力義務を課すのみである（取引 DPF 法3条1項）。

「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律第3条第3項に基づき取引デジタルプラットフォーム提供者が行う措置に関して、その適切かつ有効な実施に資するために必要な指針」において、「直販サイトに限らず、取引デジタルプラットフォームを利用して行われる通信販売に係る取引においても、販売業者等が虚偽の氏名又は名称、住所を表示しつつ、消費者被害をもたらす事案が発生している。」「このような被害の発生を防止し、取引デジタルプラットフォーム上の取引の安全を確保するためには、取引デジタルプラットフォームは、消費者が販売業者等との取引に入る前に、取引デジタルプラットフォーム提供者が販

(66) https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_transaction/meeting_materials/assets/consumer_transaction_cms101_240627_05.pdf（最終閲覧日：2025年6月6日）

売業者等の情報をあらかじめ確認しておけるという、直販サイトにはない特色があることから、取引デジタルプラットフォーム提供者が保有している販売業者等を特定する情報の真正性を担保することが重要である。このような状況を踏まえ、本号は、取引デジタルプラットフォーム提供者が、販売業者等に対し、必要に応じて、取引デジタルプラットフォーム提供者に登録されている販売業者等を特定する情報を裏付ける資料等の提供を求めるなど、販売業者等の特定に資する情報の提供を求める措置を求めるものである。」⁽⁶⁷⁾とあるが、努力義務である。

DPF 提供者に対し、客観的に公平に対応を求めるのであれば、努力ではない義務づけが必要であろう。

〔検討事項 3〕販売業者が国外に存在する場合の DPF 提供者の対応

DPF を利用する消費者が、販売業者等の情報開示を求める場合には、その理由、必要とする情報の項目（氏名又は名称、住所、電話番号、メールアドレス等の連絡先、登記情報等）、開示された情報を不正な目的のために使用しない旨の誓約を記し、書面又は電磁的記録で DPF 提供者に対し開示請求をする必要がある（取引 DPF 法 5 条 2 項）。

それを受けた DPF 提供者は、その開示請求が販売業者等情報提供要件に該当し、不正の目的によるものでない場合には、販売業者等と連絡が取れない場合を除き、原則として消費者への開示につき販売業者等への意見聴取をしなければならない（取引 DPF 法 5 条 3 項）。即ち、販売業者等と連絡が取れない場合には、販売業者等への開示に係る意見聴取は不要である。

しかし、前述のように、販売業者等の情報の真正性の担保が DPF 提供者に義務づけられていないため、登録された販売業者等の情報が虚偽であったり最新の情報にアクセスできない場合には、消費者は販売業者等と連絡を取ることはできない。

(67) 消費者庁「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律第 3 条第 3 項に基づき取引デジタルプラットフォーム提供者が行う措置に関して、その適切かつ有効な実施に資するために必要な指針」（令和 4 年 5 月 2 日内閣府告示第 66 号）。

〔検討事項4〕販売業者が、DPFに出店・出品する際のDPF提供者による承認事項の透明性

DPF 透明化法 5 条 2 項 1 号では、特定 DPF 提供者の商品等提供利用者に対する特定 DPF 提供条件の開示事項が定められている。

出店（DPF サービス提供）について、特定 DPF 提供者が商品等提供利用者に対し、特定 DPF の提供を拒絶する可能性がある場合には、サービス提供拒絶の判断基準を開示しなければならない（DPF 透明化法 5 条 2 項 1 号イ）。

また、出品（商品の販売）について、継続的に特定 DPF を利用してきた商品等提供利用者に対し、特定 DPF 提供者が特定 DPF のサービスの提供を一部拒絶する場合には、その拒絶内容及び理由を開示しなければならない（DPF 透明化法 5 条 3 項 2 号）。しかし、特定 DPF サービスを利用する全ての商品等提供利用者に対して DPF サービス提供一部拒絶につき内容及び理由を開示しなければならないのではなく、継続的に当該 DPF サービスを利用する商品等提供利用者のみが対象となることに注意が必要である。

〔検討事項5〕違法な商品が販売・提供された場合の DPF 提供者の対応

取引 DPF サービスにおいて、販売業者等による商品・特定権利の販売条件又は役務提供条件の表示に関し、当該取引 DPF サービスを利用する

DPF 透明化法 5 条 2 項 1 号	特定 DPF 提供者から商品等提供利用者への開示義務のある特定 DPF 提供条件
イ	特定 DPF 提供者が特定 DPF 提供を拒絶する可能性がある場合→その判断基準
ロ	特定 DPF 提供と同時に特定 DPF 提供者の指定商品・権利購入又は指定役務の有償利用を要請する場合→その内容及び理由
ハ	一般利用者向け商品情報の検索順位を決める主要な事項（広告宣伝費等による順位への影響可能性も含む）
ニ	商品販売業者の売上推移等「商品等提供データ」を、特定 DPF 提供者が取得・使用する 場合→その内容及び使用条件
ホ	・特定 DPF 提供者の保有する「商品等提供データ」につき商品等提供利用者の取得可否 ・特定 DPF 提供者が特定 DPF 提供者保有「商品等提供データ」の第三者への提供可否 →上記が可能な場合→「商品等提供データ」の内容、その取得・提供方法及び条件
ヘ	商品等提供利用者から特定 DPF 提供者への苦情申出又は協議申入の方法
ト	その他、特に開示が必要な特定 DPF 提供条件→施行規則 § 6 へ

DPF 透明化法 5 条 3 項	特定 DPF 提供者の特定行為に基づく開示義務	例外
1 号	通常の提供条件によらない取引の実施の要請→内容及び理由	開示により ・一般利用者の利益を害する場合 ・省令で定める場合を除く
2 号	継続的商品等提供利用者への特定 DPF 提供一部拒絶→内容及び理由	
3 号	相手方の利益を損なうおそれがあり、特に内容・理由等の開示が必要な行為→内容及び理由（施行規則 § 10 へ）	
DPF 透明化法 5 条 3 項但書 →同 5 条 3 項 2 号（継続的商品等提供利用者への特定 DPF 提供一部拒絶） →透明法規則 9 条 1 項	特定 DPF 提供者の特定行為に基づく開示義務の例外 ← 例外として理由開示不要となる要件（いずれかに該当する場合） * 内容（（金額→施行規則 10 条）期限を含む）の開示は必要	
1 号	提供条件に違反（反復）＋その行為により特定 DPF 事業運営に支障の恐れがある場合→その内容（期限）	
2 号	商品提供等利用者が以下に該当する者である場合→その内容（期限） ・暴力団員・暴力団員でなくなった日から 5 年を経過しない者 ・法人の役員又は使用者が上記に該当する者 ・暴力団員等が事業活動を支配する者	
3 号	法令等による特定 DPF 一部拒絶＋その理由開示により、特定 DPF 提供者、一般利用者等が正当な利益を害するおそれがある場合（施行規則 § 10 へ）→その内容（期限）	
DPF 透明化法 5 条 3 項 3 号の行為	特定 DPF 提供者の特定行為に基づく開示義務の特則	
〔適用対象事業区分〕 透明化法施行規則 10 条→施行令 1 項表 1 号 /2 号中欄	・オンラインモール →消費者の需要に応じた商品等（食料品・飲料・日用品）提供利用者（法人） ・アプリストア →消費者の需要に応じたソフトウェア（電子メール送受信機能・インターネットによる情報閲覧機能あり）・その権利の提供利用者	
透明化法施行規則 10 条	商品等提供利用者に対する対価の全部又は一部の支払留保→その内容（金額・期限を含む（施行規則 §9I））及び理由	

* DPF 透明化法 5 条 3 項 3 号に係る事項の開示は、開示の相手方にとって明確かつ平易な表現で記載しなければならない（透明化法施行規則 8 条 1 項）。また、表示の相手方からの請求があるときは、遅滞なく翻訳した内容を開示しなければならない（透明化法施行規則 8 条 2 項）。

消費者から苦情の申出を受けた取引 DPF 提供者は、当該苦情に係る事情調査等、当該表示の適性確保のために必要な措置を講じる努力義務を負う（取引 DPF 法 3 条 1 項 2 号）。この規定は、消費者からの表示に係る苦情申立に対する取引 DPF 提供者の措置努力義務である。

前掲「指針」においては、消費者が苦情申立を必要とするまでに至らないようにするための取組として利用規約において販売禁止対象商品・禁止

行為を定めることが挙げられているが、取引 DPF 提供者の自主的な取組⁽⁶⁸⁾を促すものである。

また、取引 DPF 法 4 条では、取引 DPF において提供される商品・特定権利の販売条件又は役務提供条件の表示が一定の要件に該当し、当該サービスを利用する消費者の利益が害されるおそれがある場合には、内閣総理大臣が取引 DPF 提供者に対し、当該 DPF を利用停止その他必要な措置を要請することができる（取引 DPF 法 4 条 1 項）。

取引 DPF 提供者に対する利用停止等の措置要請をするためには、取引 DPF において提供される商品・特定権利の販売条件又は役務提供条件の表示が商品・特定権利・役務内容に関する重要事項（取引 DPF 法施行規則 3 条に定めるもの）⁽⁶⁹⁾について、著しく事実に相違する表示（虚偽表示）又は実際のものより著しく優良であり（優良誤認）若しくは有利であると人を誤認させる表示（有利誤認）があること、かつ、当該表示をした販売業者等が特定できない、所在不明等の事由により、当該表示をした販売業者等による表示是正が期待できないことという 2 つの要件を充足する必要がある（取引 DPF 法 4 条 1 項 1 号、2 号）。

そして、内閣総理大臣による当該措置要請に従った取引 DPF 提供者は、当該措置により販売業者等に生じた損害については免責される（取引 DPF 法 4 条 3 項）。

内閣総理大臣は、取引 DPF 提供者へ当該措置要請をしたときは、その旨を公表することができる（取引 DPF 法 4 条 2 項）。

取引 DPF 法 4 条 1 項は不適切な表示（虚偽表示、優良誤認又は有利誤認）があり、かつ、販売業者等による表示是正が期待できない場合に適用され

(68) 前掲（注 67）「指針」4 頁。

(69) 商品・特定権利・役務内容に関する重要事項とは、商品・役務の安全性判断に資する事項、商品・特定権利・役務、販売業者等又は販売業者等の営む事業への国・地方公共団体・著名な法人・団体・著名な個人の関与、商品原産地・製造地、商標・製造者名、商品・特定権利の販売又は役務提供に係る許可・免許・資格・登録又は経験を証する事項、その他商品性能・特定権利・役務内容に関する事項で取引 DPF を利用し通信販売取引を行うかにつき消費者の判断に通常影響を及ぼすものである（取引 DPF 法 4 条 1 項 1 号、同施行規則 3 条）。

るものであり、DPF 透明化法を含め、例えば不正薬物や銃器等が出品された場合に、販売業者（商品等提供利用者）と連絡を取ることが可能であったとしても、取引 DPF 提供者に当該違法商品の提供を停止又は禁止することを義務づけてはいない。

〔検討事項 6〕 検索アルゴリズム基準に係る DPF 提供者の透明性

特定 DPF 提供者は、検索により求める商品等に係る情報その他の商品等に係る情報に順位をつけて表示する場合には、当該順位を決定するために用いられる主要な事項を開示しなければならない（透明化法 5 条 2 項 1 号ハ）。

ここでは、「順位決定のために用いられる主要な事項」（広告費用等金銭支払が順位に影響する場合にはその旨も含む）の開示のみであり、「主要な事項」を基準とする理由等は開示事項に含まれていない。

〔検討事項 7〕 不適切な UI/UX 排除に向き得た DPF 提供者の対応

消費者庁「広告表示に接する消費者の視線に関する実態調査報告書（平成 30 年 6 月 7 日公表）」参考資料「打消し表示に関する表示方法及び表示内容に関する留意点（実態調査報告書の⁽⁷⁰⁾まとめ）」では、次のように記載されている。

一般消費者に対して、商品・サービスの内容や取引条件について訴求するいわゆる強調表示⁽⁷¹⁾は、それが事実⁽⁷¹⁾に反するものでない限り何ら問題となるものではない。ただし、強調表示は、対象商品・サービスの全てについて、無条件、無制約に当てはまるものと一般消費者に受け止められるため、仮に

(70) 「広告表示に接する消費者の視線に関する実態調査報告書（平成 30 年 6 月 7 日公表）」参考資料「打消し表示に関する表示方法及び表示内容に関する留意点（実態調査報告書のまとめ）」1 頁より抜粋 https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/pdf/fair_labeling_180607_0004.pdf（最終閲覧日：2025 年 6 月 6 日）

(71) 前掲（注 70）・「打ち消し表示にかかる留意点」1 頁原注 1「強調表示」とは「事業者が、自己の販売する商品・サービスを一般消費者に訴求する方法として、断定的表現や目立つ表現などを使って、品質等の内容や価格等の取引条件を強調した表示」をいう。

例外などがあるときは、その旨の表示（いわゆる打消し表示⁽⁷²⁾）を分かりやすく適切に行わなければ、その強調表示は、一般消費者に誤認され、不当表示として不当景品類及び不当表示防止法（以下「景品表示法」という。）上問題となるおそれがある。

強調表示と打消し表示との関係は、強調表示の訴求している内容が商品・サービスの実際を反映していることが原則であり、打消し表示は、強調表示だけでは一般消費者が認識できない例外条件、制約条件等がある場合に例外的に使用されるべきものである。したがって、強調表示と打消し表示とが矛盾するような場合は、一般消費者に誤認され、景品表示法上問題となるおそれがある。

また、例えば、打消し表示の文字が小さい場合や、打消し表示の配置場所が強調表示から離れている場合、打消し表示が表示されている時間が短い場合等、打消し表示の表示方法に問題がある場合、一般消費者は打消し表示に気付くことができないか、打消し表示を読み終えることができない。また、打消し表示の表示内容に問題がある場合、一般消費者は打消し表示を読んでもその内容を理解できない。

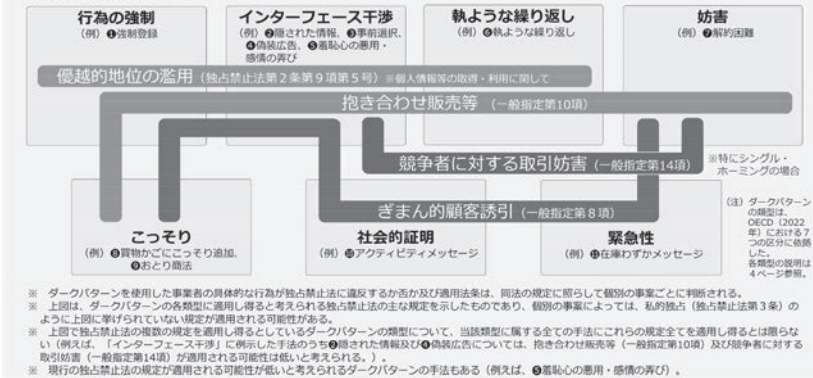
このように、打消し表示の内容を一般消費者が正しく認識できないことにより、商品・サービスの内容や取引条件について実際のもの又は競争事業者に係るもの（以下「実際のもの等」という。）よりも著しく優良又は有利であると一般消費者に誤認される場合、景品表示法上問題となるおそれがある。ここでいう「著しく」とは、当該表示の誇張の程度が、社会一般に許容される程度を超えて、一般消費者による商品・サービスの選択に影響を与える場合を指す。

景品表示法の対象は、「過大な景品類の提供及び虚偽又は誤認されるおそれのある表示によって、一般消費者の自主的かつ合理的な選択を阻害す

(72) 前掲(注70)・「打ち消し表示に係る留意点」1頁原注2「打ち消し表示」とは「強調表示からは一般消費者が通常は予期できない事項であって、一般消費者が商品・サービスを選択するに当たって重要な考慮要素となるものに関する表示」。

ダークパターンに適用し得ると考えられる、独占禁止法で禁止されている行為類型

- ダークパターンの類型と、ダークパターンに適用し得ると考えられる、独占禁止法で禁止されている各行為類型の関係は、おおよね下図のように整理される。



「ダークパターンに適用しうると考えられる、独占禁止法で禁止されている行為類型」(第23回競争政策研究センター国際シンポジウムのパネルディスカッションにおける競争政策研究センター事務局作成資料2頁より)⁽⁷³⁾

ることを防止し、もって一般消費者の利益を保護すること」(景表法1条)を目的とするものであり、UI/UXに係る問題も、景品表示法の規制対象となり得る。

また、独占禁止法においても、UI/UXが問題となり得る場面があり得るというが、「ダークパターンを使用した事業者の具体的な行為が独占禁止法に違反するか否か及び適用法条は、同法の規定に照らして個別の事案ごとに判断される。」⁽⁷⁴⁾という。

そして、取引DPF法においては、上述の商品等の検索結果に順位付けがある場合の主な決定要素の開示(広告が影響するならその旨含む)(透明化法5条2項ハ)以外に、直接的にUI/UX規制に関するものはみられないが、間接的に表示の適正化を目的とするものであろうものとしては、消費者と販売業者等との連絡の円滑化措置(取引DPF法3条1項1号)、表示内容に関する苦情申出を受けた場合の調査・是正措置(同3条1項2号)

(73) https://www.jftc.go.jp/cprc/events/symposium/20250314sympo_materials3.pdf (最終閲覧日: 2025年6月6日)

(74) 前掲図「ダークパターンに適用しうると考えられる、独占禁止法で禁止されている行為類型」1つ目の※参照。

がある。

IV 検討

これまで、7点の検討事項につき検討した結果、EU及び英国においては、それぞれ、(他に相互補完関係にある法令等もあるが) ほぼ又は概ね DSA 及び DMCCA により規律されていることがわかる。

それに対し、〔検討事項1〕DPF 提供者による消費者と販売業者等との連絡手段の確保においては、取引 DPF 法にて努力義務が定められているのみであり(取引 DPF 法3条1項)、〔検討事項2〕DPF 提供者による販売業者情報の真正性の担保においては、DPF 提供者に対し、販売業者情報の真正性を担保するための措置は義務づけられていない。

また、〔検討事項3〕販売業者が国外(域外)に存在する場合の DPF 提供者の対応においては、国外事業者に限らず、販売業者情報の開示請求が可能であるが(取引 DPF 法5条2項)、販売業者と連絡が取れない場合を除き、原則として DPF 提供者が販売業者へ意見聴取する必要がある、消費者が DPF 提供者に対して販売業者情報の開示請求をしたとしても、実際に開示されるまでに時間を要する制度設計である。

そして、繰り返し述べているように、販売業者情報の真正性を担保する措置が義務づけられていないことから、販売業者が DPF 提供者に対し虚偽の情報を巧妙に提供し登録した場合には、DPF 提供者及び消費者は、販売業者へたどり着く術を失う可能性がある。

〔検討事項4〕販売業者が、特定 DPF に出店・出品する際の DPF 提供者による承認事項の透明性については、販売業者(商品等提供利用者)の出店につき、特定 DPF 提供者が拒絶する可能性がある場合には、特定 DPF サービス提供拒絶判断基準を開示しなければならない旨の規定がある(DPF 透明化法5条2項1号イ)。販売業者の出品(商品の販売)については、特定 DPF 提供者が当該 DPF サービスの提供を一部拒絶する場合にはその拒絶内容・理由を開示しなければならないが(同5条3項2号)、

全ての販売業者に当該規定が適用されるのではなく、継続的に特定 DPF サービスを利用する販売者に限定されている。

〔検討事項 5〕 違法な商品が販売・提供された場合の DPF 提供者の対応については、商品等販売条件等の表示に関して、消費者から苦情の申出があった場合には、DPF 提供者は表示の適性確保のために必要な措置を講じる努力義務を負う（取引 DPF 法 3 条 1 項 2 号）。消費者に苦情を受けた場合の DPF 提供者による措置「努力義務」である。内閣総理大臣が、DPF 提供者に対して販売業者の利用停止措置等を要請することもできるが、取引 DPF 法施行規則 3 条に定める重要事項につき、虚偽表示、優良誤認、又は有利誤認があること、かつ、販売業者所在不明等により販売業者自身による表示是正が期待できない場合に限られる（取引 DPF 法 4 条 1 項）。

〔検討事項 6〕 検索アルゴリズム基準に係る DPF 提供者の透明性については、検索結果を表示させるレコメンデーション・システム又はランキング・システムについて、主要パラメーター及び（主要パラメータを受けて、どの要因がどの程度重視されているかという）相対的重要性に関する情報は省略してはならず（UCPD 7 条 4 項（a）、同条 7 条 1 項、同法 5 条 1 項）、また、相対的重要性に関する情報がなぜ重要なのかを説明しなければならない（DSA 27 条 2 項、DMCCA 20 条 2 項（e））。更に、レコメンデーション・システムにおいてオプションがある場合には、DPF 提供者は、消費者の意思で自由な選択（変更）ができるよう、DPF を構築しなければならない（DSA 27 条 3 項）。

それに対し、DPF 透明化法では順位決定のための主要事項の開示のみが義務づけられている（同法 5 条 2 項 1 号ハ）。検索順位表示が「なぜその順位で表示されるのか」について、ブラックボックス化していることを鑑みると、主要事項（主要パラメーターであろうか）のみの開示では、消費者の意思による自由な選択（変更）は実現困難であるのではないか。

〔検討事項 7〕 不適切な UI/UX 排除に向き得た DPF 提供者の対応については、DPF 提供者に直接適用可能な規定は、DPF 透明化法にも取引 DPF 法にも存在しない。

私たち消費者は、合理的な行動をしているつもりではあるが、必ずしも合理的な行動をしているとは限らない。

完全に合理的な消費者なら、システムティックにバイアスのかかった信念を持つことはありえないのに対し、不十分にしか合理的でない消費者はそのような信念をもつのである。両者の間の主要な相違点は、完全合理的消費者と不十分にしか合理的でない消費者との間の、不完全情報に対する対応の違いである。合理的選択としての意思決定によって、不完全情報に実効的に対処する方法がもたらされる。ところが、不十分にしか合理的でない消費者は当然そのような方法を使うことがない。その代わりに、不十分にしか合理的でない消費者は、ヒューリスティクス (heuristics) [簡便法—直感的で当たりをつけて行う当たらずとも遠からずの判断方法] や認知的経験則 [だいたいを目安や経験による検討付け] で判断をする。そのため、予測可能でシステムティックなバイアスと誤解に陥ることになる。⁽⁷⁵⁾

この「不十分にしか合理的でない消費者」が「脆弱な消費者」の一形態⁽⁷⁶⁾として取り上げられているものと思われる。

(75) オレン・バー＝ギル著 (太田勝造監訳) 『消費者契約の方と行動経済学』「法と経済学」叢書 XI 27 頁 (2017 年、木鐸社)。

(76) 「高齢者や認知上の障がいをもつ者、子ども等が知識、経験、判断力の不十分さ等の要因を有する」継続的ぜい弱性と「通常は合理的な判断を行っている者であっても、市場の特徴、商品・サービスの特性、取引の性質、勧誘行為の内容、勧誘者との人間関係等の要因によって一時的に「ぜい弱性」を有する」一時的ぜい弱性があるという。後者の例として、「時間的に切迫した状況や緊張した状態に置かれることにより冷静な判断ができなくなること」、「複雑なサービス内容で理解が困難なため主体的な判断ができなくなること」、「外国人が言語の障壁や商慣行・社会慣行の相違から適切に理解・判断ができなくなること」が挙げられている (消費者委員会消費者法分野におけるルール形成の在り方等検討ワーキング・グループ「消費者法分野におけるルール形成の在り方等検討ワーキング・グループ報告書～公正な市場を実現するためのルール及び担い手のベストミックスを目指して～」(2019 年 6 月 13 日) 11-12 頁 https://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/torihiki_rule/doc/201906_torihiki_rule_houkoku.pdf)。2005 年事業者の消費者に対する不公正な取引方法に関する指令 (Unfair commercial Practices Directive (2005/29/EC) 5 条では、「平均的消費者」「ターゲットとなる平均的

人には、「無意識的・直感的な判断を行う『早い思考』と、「思索的な『遅い思考』」の2つの思考モードがあり、「早い思考」により日常生活で自動的に判断を下し、学習や集中力を要する状況では「遅い思考」を使用しているとされる。⁽⁷⁷⁾「早い思考」では、直感的かつ自動的に判断を下すため、判断を誤りやすい側面（「WYSIATI バイアス」）（What You See is All There is. 見たものが全て⁽⁷⁸⁾）があり、ダーク・パターンの中にはその隙を狙うものがあるという。⁽⁷⁹⁾

「市場環境は、消費者の行動と事業者の行動とが相互に作用して成り立っているところ、これらの『ぜい弱性』も消費者個人の特性・状況と事業者の行動との相互作用により生じるものであり、消費者側にのみ起因するものと捉えるべきではない。消費者、事業者に共通した取引に影響を及ぼす要因と捉えるべきである。」⁽⁸⁰⁾これを前提とするならば、「不十分にしか合理的でない消費者のシステマティックなバイアスと誤解に対応して売り手業者は契約を設計する。」⁽⁸¹⁾ことはあつてはならないはずである。

消費者」「脆弱な消費者」に分類されている（文献は多いが、カライスコス・アントニオス『不公正な取引方法と私法理論—EU法との比較法的考察—』43-57頁（2020年）、川和功子「デジタル社会における消費者の脆弱性—「デジタル脆弱性」に向けて—」現代消費者法 56号 8-9頁（2022年9月、民事法研究会）参照）。
(77) 仲野佑希『ザ・ダークパターン—ユーザーの心や行動をあざむくデザイン—』73頁（2022年、翔泳社）。

(78) 仲野・前掲（注77）75頁。ダニエル・カーマンは、早い思考をシステム1、遅い思考をシステム2とし、前者は欺されやすく信じたがるバイアスを備え、これを「WYSIATI バイアス」と名付けている（ダニエル・カーマン（村井章子訳、友野典男解説）『ファスト&スロー—あなたの意思はどのように決まるか？—』上巻 31、148、157頁（早川書房、2014年））。

(79) 仲野・前掲（注77）75頁。「ダーク・パターン（Dark pattern）」とは、2010年にHarry Brignull氏が発表した、ユーザーを（欺いて）不利な決定に誘導する手法。しかし、現在、同氏は、「誤って人種差別的な連想を招く可能性のある言葉を避ける」べきとのWorld Wide Web FoundationのTech Policy Design Labからのアドバイスに従い「欺瞞的パターン（“Deceptive Patterns”）」を用いている。Harry Brignull, “Deceptive Patterns ; Exposing the Tricks Tech Companies Use to Control You”, (2023年) <https://www.deceptive.design/book/contents/part-1>（最終閲覧日：2025年6月4日）

(80) 前掲（注76）ワーキング・グループ報告書 13頁。

(81) オレン・前掲（注75）40頁。

しかし、情報は提供すれば良いものではない。「不十分にしか合理的でない消費者を対象とする、簡明でしかも有益な情報開示制度を設計するのは困難な仕事である。より多くの情報を提供すると、理解しやすい情報を提供することとの間にある本質的な緊張関係を乗り越えなければならない点に混乱さの核心が存する。売り手業者は多くの重要な情報を持っている。情報開示が、消費者にとって理解できるほど十分に簡明であるためには、必然的に重要な情報の一部を開示対象から外さなければならない。従って、情報開示制度設計の目標は、情報開示によって消費者が実質的に獲得する情報量の最大化である⁽⁸²⁾」。

つまり、十分に合理的（判断ができない）消費者は、情報を目にしても、全てが頭に入らないことが多いため、理解の前提を欠く。そこを、「消費者」個人の責任としてもよいのか。

通信販売における解除妨害のための不実告知の禁止（特定商取引法 13 条の 2）や詐欺的な定期購入商法対策としての特定申込みを受ける際の表示の禁止（同 12 条の 6 第 2 項）等のように、ウェブサイトにおける消費者の行動特性を捉えた UI/UX 設計・運営義務を DPF 提供者に課すべきであろう。

V おわりに

DPF 提供者販売業者間の DPF 利用契約と DPF 提供者・消費者間の DPF 利用契約は、当然のことながらその目的が異なる。

DPF 提供者と販売業者との間の DPF 利用契約は、販売業者が DPF を利用することにより消費者に商品を購入させることを目的とする。DPF 提供者と消費者との間の DPF 利用契約は、商品を購入させること又は購入することをそれぞれの目的とする。

商品が購入されることに利益を得るのは、販売業者だけではなく DPF 提供者も同じである。商品を自身で販売して代金から利益を得るか、商品

(82) オレン・前掲（注 75）63 頁。

を誰かに販売させることにより手数料から利益を得るかの違いである。

DPF 提供者は消費者との DPF 利用契約において利用料を徴収しない場合が多いが、利用料無償という誘因による囲い込みにより間接ネットワーク効果を最大化し、商品購入による充分な手数料を得られるのであれば、消費者に対して利用料を徴収する必要はなく、販売業者による商品販売を通じ、間接的に消費者から手数料を徴収しているとも言い得る。

そもそも、DPF にて販売業者が商品を販売し、消費者がその商品を購入することにより販売業者及び DPF 提供者が利益を得る収益構造であることに鑑みれば、DPF 提供者は「消費者寄り」ではなく、「販売業者寄り」⁽⁸³⁾の立場である。

集積されたデータを元に営利を追求することは理解できる。ただ、そこには、データの収集に関する承諾に係る問題以外にも存在する。むしろ、安易に承諾する（させられる）ことにより、自己の選択を狭め、DPF 提供者の意図する方向へ誘導されている可能性がある。

このことは、DPF の不透明性・不公正性の問題である。

(83) ユーロッパ法協会 (ELI) のオンライン仲介プラットフォームに関するワーキング・グループが作成した (2019 年、https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf)、オンライン・プラットフォームに関するモデル準則 (以下、「モデル準則」という。) 20 条 1 項は、DPF 提供者が販売業者・消費者に対して中立でないことを前提に「プラットフォーム運用者が供給者に対して支配的な影響力を有していると信頼することについて合理的な理由のある顧客は、供給者と顧客との間の契約に基づいて供給者に対して行使し得る権利及び救済手段をプラットフォーム運用者に対しても行使することができる。」と定められている (「モデル準則は、DPF ビジネスを DPF の利用者である顧客・供給者に取引の『場』を技術的・機械的・中立的に提供するビジネスとしてではなく、PF 事業者が PF を介して PF 利用者間の潜在的な需要を積極的に顕在化させるよう設計・運営するビジネスとして理解し、PF 事業者が供給者であるという信頼を顧客に与えたからではなく、ビジネスの構造から PF の運営者である PF 事業者に上記の重い責任を課しているものと解される。」(千葉恵美子「デジタル・プラットフォームビジネスの展開と民法からのアプローチ」法時 93 巻 12 号 104 頁 (2021 年 11 月)、同旨 (カライスコス・アントニオス「オンライン・プラットフォーム事業者のビジネス・モデルの画定と民事責任」消費者法研究 第 10 号 103 頁))。本稿では、川村尚子訳「オンライン・プラットフォームに関する ELI モデル準則—ブラック・レター・ルール—」消費者法研究第 8 号 79 頁 (2020 年 11 月) によった。

しかし、この問題においては、適正な基準の線引きが困難である。認知科学、行動経済学から考えられる DPF の UI/UX は、DPF 提供者のみならず、販売業者、そして消費者にも一定の便益をもたらし得る。

その便益は、DPF に消費者を囲い込むために意図された餌（誘因）であろうし、DPF 提供者が DPF により利益を享受する存在である以上、消費者も含めて収益構造に含まれていることを念頭に、消費者・販売業者の保護を検討しなければならない。

本研究は、JSPS 科研費（基盤研究（C））の助成 JP20K01438 を受けたものです。

欠効未遂と所為動機の消滅： ドイツ BGH 決定とスペイン最高裁判所 判決を手がかりに

江 藤 隆 之

- I 欠効未遂と所為動機消滅の問題
- II ドイツ BGH 決定
- III スペイン最高裁判所判決
- IV 分析と結語

I 欠効未遂と所為動機消滅の問題

未遂行為者は、自己の意思により犯罪を中止することにより、中止未遂として、当該未遂犯に対する刑の減免を必要的に得る（刑法 43 条但書）。日本においては、中止未遂の成立要件として、中止行為の存在とその任意性があげられ、前者については積極的中止行為の要否が、後者については

-
- (1) 未遂が未終了未遂＝着手未遂の段階にとどまっているか終了未遂＝実行未遂の段階に達したかを基準とする見解もかつては有力に主張されていた（野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1986）455 頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』第 3 版（成文堂、1995）312 頁、団藤重光『刑法綱要総論』第 3 版（創文社、1996）364 頁以下、川端博『刑法総論講義』第 3 版（成文堂、2013）500 頁など）が、現在ではそのような機械的基準ではなく、どのような行為を行えば中止行為といえるのかに着目するのが主流である（平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣、1981）148 頁、江藤隆之「実行未遂と着手未遂の概念について」法学研究論集 22 号（2005）81 頁以下、林幹人『刑法総論』第 2 版（東京大学出版会、2008）366 頁、高橋則夫『刑法総論』第 5 版（成文堂、2022）443 頁、安田拓人『基礎から考え

キーワード：中止未遂、欠効未遂、所為動機の消滅、ドイツ BGH、スペイン最高裁判所

任意性をいかに判断するかが主要な論点を形成してきた。⁽²⁾ドイツにおいては、日本の論点に加えて、任意性の存否を検討する以前に、行為者が犯罪行為の遂行が不可能であると認識するに至った場合および行為者にとって行為の継続が無意味になった場合には中止未遂の成立を排除する欠効未遂⁽³⁾ (fehlgeschlagener Versuch)⁽⁴⁾の存在が学説上有力に主張されており、ひと

る刑法総論』(有斐閣、2024) 350 頁、西田典之〔橋爪隆補訂正〕『刑法総論』第4版(弘文堂、2025) 344 頁など)。なお、このような見解を前提としても未終了未遂と終了未遂の区別が重要であるというものに、福田平『全訂刑法総論』第5版(有斐閣、2011) 240 頁。区別を強調したうえで終了未遂には原則として中止未遂の成立を認めない見解として、黒木忍『中止未遂の諸問題』(信山社、1989) 133 頁以下。

- (2) 山中敬一『中止未遂の研究』(成文堂、2001) 75 頁以下、江藤隆之「中止未遂における任意性の概念について」桃山法学 16 号(2010) 1 頁以下など参照。
- (3) ドイツ語の“fehlgeschlagener Versuch”を「欠効未遂」と訳すことについて説明しておく。これを「障害未遂」と訳すものとして山中・前掲注(2) 213 頁があるが、欠効未遂は任意の中止を排除する要件に関する概念であるのに対して障害未遂は任意の中止が排除された結果であり、概念のレベルが異なるので訳として適切ではない。「失敗未遂」と訳すものとして、金澤真理『中止未遂の本質』(成文堂、2006) 170 頁以下、鈴木一永「失敗未遂について」法研論集 140 号(2011) 189 頁以下、台湾においては王皇玉『刑法總則』修訂 10 版(新學林、2024) 418 頁などがあるが、これは語感および行為が失敗した場合(真正欠効未遂)には適切な訳であるといえるものの、なお行為継続の可能性がある場合(不真正欠効未遂)には適切であると思われない。また、“fehlgeschlagener Versuch”とは異なる概念である“misslungener Rücktritt”(失敗中止)の“misslungen”に「失敗」の訳語を当てるため、“fehlgeschlagen”には「失敗」とは異なる訳語を当てておきたい。その他に、失効未遂(斉藤誠二「いわゆる失効未遂をめぐって(上)(下)」警察研究 58 巻 1 号・3 号(1987))や「失敗した未遂」(清水一成「中止未遂における任意性、中止未遂の法的性格」警察研究 54 巻 5 号(1983) 80 頁)、「欠効犯」(町田行男『中止未遂の理論』(現代人文社、2005) 191 頁以下)と訳すものがあるが、訳語として採用する決定的理由がない。そこで、歴史的に欠効犯概念から発生した未遂概念である(ただし欠効犯そのものではない)という理由から、園田寿「『欠効未遂』について」関西大学法学論集 32 巻 3・4・5 合併号(1982) 397 頁以下と同様に、「欠効未遂」と訳出する(Vgl. Karl Heinz Gössel, Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW 87 Bd.1, 1975, S.8ff.)。
- (4) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, München, 2003, S.502; Georg Freund/ Frauke Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin, 2019, S. 355ff; なお、刑法の定義集である Christian Fahl/ Klaus Winkler, Definitionen und Schemata Strafrecht, 9. Aufl., München, 2021, S.26 は、中止未遂に関する用語の第 1 に“Fehlgeschlagener Versuch”を掲げている。

つの争点を形成している。⁽⁵⁾また、スペインおよびその法圏⁽⁶⁾においても同様に欠効未遂（tentativa fracasada）が争点となり論じられている。⁽⁷⁾ところが、日本では欠効未遂の概念を導入しようとする主張は、ごく少数説にとどま⁽⁸⁾っており、議論が活発に行われているとはいえない状況にある。

-
- (5) ただし、欠効未遂をどの文脈で論じるかについては、①中止未遂全体の争点とするもの、②未終了未遂と終了未遂との区別の基準に関する争点とするもの、③不作為態様の中止の可否の問題とするものがある。本稿は、未終了未遂と終了未遂あるいは作為態様の中止と不作為態様の中止を機械的に区別する見解には賛同しないため、②と③の立場を採ることはできず、①の文脈において論じる。本稿と同様に中止未遂全体の争点として①の文脈で把握するものに、許澤天『刑法總則』第5版（新學林、2024）439頁以下がある。同書では未終了未遂（未了未遂）と終了未遂（既了未遂）との区別を欠効未遂（失敗未遂）を説明した後の別項目で443頁以下に論じている。②の文脈でドイツの判例や学説の変遷を丁寧に分析した先行研究として金澤・前掲注（3）120頁以下、目的達成事案については特に149頁以下。②の文脈で個別的観察方法（個別行為説：Einzelaktstheorie）と全体的観察方法（全体観察説：Gesamtbetrachtungslehre）に区別しつつ整理するものとして、Heike Wege, Rücktritt und Normgeltung, Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung, Berlin, 2011, S.125ff; Dennis Dold, Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch, Tübingen, 2017, S.123ff; Dazu vgl. Wolfram Bauer, Die Bedeutung der Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH vom 19. 5. 1993 für die weitere Entwicklung der Lehre vom strafbefreienden Rücktritt, NJW, 1994, S.2590ff.
- (6) 本稿では便宜的に、スペイン語を用い、スペイン刑法学の成果をそのまま使用する国々をスペイン刑法圏に属するものとして扱う。それらの国の多くは、スペイン刑法学の議論をそのまま用い、ドイツ刑法学の議論を間接的に参照している。スペイン本国と法典や最高裁判決は異なっている、議論そのものはまったく同一の土俵で行われていると評価できるところはまとめて参照の対象とする。また、カタルーニャ語圏であるがアンドラ公国もスペイン法圏に含める。
- (7) Pej. Santiago Betancourt Rodríguez, Desistimiento en la tentativa fracasada del delito, Revista de Derecho. Vol.8, 2019, pp.187-223; スペイン語圏では、単純に未遂が失敗した場合を真正欠効未遂（tentativa fracasada propia）、当初の実行行為は失敗したがなお他の方法で既遂到達が可能な場合を不真正欠効未遂（tentativa fracasada impropia）と呼ぶ（v. también Francisco Muñoz Conde/Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General, 10. ed., Valencia, 2019, p.402）。
- (8) 欠効未遂の概念を肯定するものとして、園田・前掲注（3）397頁以下、町田・前掲注（3）201頁、江藤隆之「欠効未遂の概念について」法学研究論集 23号（2005）1頁以下。また、斉藤誠二「中止行為の態様—実行未遂と着手未遂—」『刑法の争点』新版（1987）109頁も参照。欠効未遂等の特別の術語を使用しないものの、牧野英一『刑法総論 下巻』全訂版（有斐閣、1959）631頁の記述も同旨か。

また、未遂行為者が行為中に行為を継続する動機いわゆる所為動機を失った場合に、これをどのように扱うのかについて、すなわち欠効未遂に含めるのかあるいは任意性の問題としつつ任意性を否定するのかについてもドイツやスペインでは議論があるが、日本では議論はほとんどない。⁽⁹⁾

そこで本稿は、中止未遂に関する 2022 年ドイツ連邦通常裁判所 (BGH: Bundesgerichtshof) 決定と 2025 年スペイン最高裁判所 (TS: Tribunal Supremo) 判決とを手掛かりにして、欠効未遂概念を整理してその有用性を明らかにするとともに、所為動機消滅事例における中止の取り扱いに関して一定の方向性を示すことを目的とする。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

(9) 実行継続が不可能になった場合を欠効未遂概念の中心に置き、実行継続が無意味になった場合をその規範的拡張であると理解する説明 (たとえば、Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., Nördlingen, 2022, S.476 の整理や Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München, 2023, S.364. 特に Rn.21 における整理) も、実行継続の無意味性は欠効を基礎づけずに単に不任意を基礎づけるにすぎないとする説明 (たとえば、Roxin, fn.4, S.516) もドイツにはある。ただし、ムルマンの記述における「その意味を失った」(ihren Sinn verliert) とロクシンにおける「無意味さ」(Sinnlosigkeit) の指すものが同一であるかについてなお検討の余地はある。

(10) 外国法における議論を参照する比較法的手法を採用するとき、論稿ごとに「なぜその国の法理論を参照するのか」が明らかにされなくてはならない。私見によれば、外国法の参照は 1 国法のみを対象にすると自国法と当該外国法との距離を測ることが困難となり、その結論はいきおい「受け入れるか否か」に陥りがちである。少なくとももう 1 国法を対象法として追加して自国法との 3 点比較の形にすることによって、対象を相対化して把握することが望ましい。そのとき、その規定ないし論点のルーツである「いわゆる母法」と同一のルーツを有する「いわゆるきょうだい法」を選定すると、「母法における議論はこうである。それをきょうだい法は受け入れている／いない／修正している。その受け入れに関する議論はこうである」などメタな視点を得ることができる。

本稿においては、日本における中止未遂の議論がドイツ法を参照しながら発展していること、欠効未遂の概念がドイツにおいて誕生して学説上展開されていることからドイツを「いわゆる母法」としての参照対象とし、ドイツと異なる条文を持ちながらもドイツ法を参照して中止未遂論が展開され、欠効未遂の概念をドイツから輸入しているスペインを「いわゆるきょうだい法」として参照する。

(11) 欠効未遂概念それ自体については江藤・前掲注 (8) 1 頁以下参照。

Ⅱ ドイツ BGH 決定

i) 事実の概要および決定

BGH, Beschl. v.11.1.2022-6StR 431/21 (LG Stendal)

a) 事実の概要

家庭環境に問題を抱えながら育った被告人は、学校の授業中、自身の前に座っている同級生 F が結果として死亡する可能性があることを認識しながら、当該 F の背中を刃渡り 9 センチのナイフで刺した。

被告人が当該行為を行った目的は、逮捕・拘禁されるためであり、その結果として、家族の前から「消えうせる」ためであった。

F は、予期せぬ攻撃に非常に驚き、上半身を机の上に倒した。その背中の血痕は次第に大きくなっていった。被告人は、これらの状況を把握することで、F が重傷を負ったことを認識した。被告人は、長い間あたためていた犯行計画が実現し、刑務所に収監されるという目標がもうすぐそこまで来ていることを認識して満足した。その後、被告人はその場で無関心な態度で静かに微笑んでいた。被告人は、ナイフを警察に引き渡すという条件で、教師が求めるままに、教師にナイフを手渡した。

F は重い傷害を負ったが一命をとりとめた。

地方裁判所は、被告人に対し、傷害を伴う殺人未遂罪で有罪の判決を下した。

被告人の上告により、BGH は原判決を破棄し、差し戻した。

b) BGH の判断

殺人未遂の有罪判決は、事實的・法的審査において、維持できない。

地方裁判所が、被告人に不処罰の中止未遂を認めなかったことは誤りである。地方裁判所は、同級生に重傷を負わせた被告人が「刑務所に送られるような重大な犯罪を犯した」ことを認識していたとして、未遂が終了したと誤って判断した。

地方裁判所は、未終了の未遂において、行為者がその犯罪外の目的を

既に達成したことをのみを理由としてそれ以上の行為を控えた場合であっても、不処罰の中止が可能であると認めなかった。このような場合にも、未終了未遂と終了未遂の区別、ひいては不処罰となる中止の要件は、行為者が現に行った最後の実行行為の後に犯罪の完成がなお可能であるとするか否かによってのみ決まる。判決には、最終的な実行行為後の被告人の認識に関する認定が含まれていない。Fの背後に立っていた被告人は、刺突後もしばらくナイフを手を持っていたのだから、そのときの被告人の認識を認定する必要があった。

ii) 評価

BGHは、構成要件外の目的を達成した行為者であってもなお中止の可能性は残ると判断し、そのような場合であっても中止が可能か否かの判断は、行為者による所為の実行継続可能性の認識によるとした。その趣旨は、行為者が実行継続不可能性を認識した場合に中止の成立を排除する余地は認めつつ、行為者が行為要件外の目的を達成した場合でもその認定を要するというものである。本件においては、刺突後、教師にナイフを渡すまでの間、行為者は引き続き刺突をすることで被害者を殺害することがなお可能であることを認識していたにもかかわらず、あえてしなかった可能性がある。BGHは、地裁判決がこの点についての認定を欠くとしたのである。

この決定に対して鋭い批判を加えるのがイエーガーである。⁽¹²⁾ イェーガーは、行為者が、確実に収監され、実家から引き離されるために必要なことはすべてやっておきたいと考えていたことに着目する。そこでは、所為の目的とその達成という側面に注目しなければならない。⁽¹³⁾ というのも、目的が達成されると行為を継続する理由が失われるからである。所為動機が失われたことをのみを理由として犯罪の継続を控えることは、不処罰に値しない。もはや行為を継続する主観的な理由を持たず、したがって行為者は中

(12) Christian Jäger, Rücktritt vom Versuch nach außertatbestandlicher Zielerreichung, Praxiskommentar, NSTZ, 6/2022, S.349ff.

(13) Jäger, fn. 12, S.350f.

止する任意の意思を持ちえないからである。⁽¹⁴⁾つまり、所為動機を失った行為者は、中止に向けた意思決定の自由も失っている。行為者は目的達成という状況の変化に流されるだけであって、反対動機を発生させて自己の意思によって行為継続を中止するような、主観的な逆転は起こらないのである。⁽¹⁵⁾

さらに、イエーガーは被害者保護という刑事政策目的との関連でも本決定を批判する。仮に行為者が中止規範の要件と効果を知っていたと仮定しても、行為者の目的が収監されることにあった本件では、被害者にとって不利益になりかねない。もし行為者が、犯行継続を断念する見返りに中止未遂が認められて不処罰となることを知っていたなら、収監される目的を達成するために刺突を続けなければならなかっただろう。したがって、今回のBGHの判断を知った他の犯罪者も、収監されることを望むのであれば、今後、犯罪完成のために全力を尽くさなければならなくなる。被害者法益を保護しようとする刑事政策効果を發揮しようとするならば、「処罰されたい。収監されたい」という行為者に対しては、中止を認めない方が合理的であることとなる。⁽¹⁶⁾

これに対して、BGHの判断を支持する立場もある。この問題に関する類似の先行事例である1993年の「懲らしめ事件」(Denkzettel-Fall)のBGH判決を支持するグロップの立場がそれである。「懲らしめ事件」は、行為者が、被害者を「懲らしめる」ためにナイフで被害者の腹部を未必の故意をもって刺したものの、行為者はその段階で懲らしめは十分であると思ったため、結果発生のためのさらなる行為を行わず、そのため被害者が助かったという事案である。BGHは、行為者が中止しなければならないのは構成要件の意味における所為であり、中止の動機は中止未遂の成否に

(14) Jäger, fn. 12, S.351.

(15) Jäger, fn. 12, S.351.

(16) Jäger, fn. 12, S.352.

(17) 被害者保護の観点は、中止を広く認める方向で使われがちである (z.B. vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Baden-Baden, 2024, S.282.) ことをイエーガーは逆手に取って論述したものと思われる。

(18) BGHSt 39, 221

影響を与えないとして、殺人の中止未遂を認めた。

グロップは、次のように述べてBGHを支持する。すなわち、「刑法的観点から行為を評価するポイントはその構成要件該当性にあり、行為者の決断はそこにも及んでいたのだから、殺人の未終了未遂⁽¹⁹⁾が認められる限りにおいて、BGHの判決は支持されるべきである」と。ここでは、刑法的評価は構成要件に関連する事象を対象にするのであって、構成要件外の目的を考慮すべきではないとの思考が表れている。このような思考方法は、ドイツにおいては未終了未遂と終了未遂⁽²⁰⁾とを区別する標準として構成要件に該当する事情のみを基準とすべきであるという立場であり、行為計画を考慮するいわゆる「行為計画説」を否定したものとして理解される。

Ⅲ スペイン最高裁判所判決

i) 議論の前提としてのスペインの中止未遂概論

日本語でドイツにおける中止未遂論に触れることが可能であるの⁽²¹⁾に対して、スペインの中止未遂論⁽²²⁾を日本語で紹介したもの⁽²³⁾はない。そこで、判

(19) Walter Groppe/ Arndt Sinn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin, 2020, S.392.

(20) Ingeborg Puppe, Die Rechtsprechung des BGH zum Rücktrittshorizont, ZIS 6/2011, S.524ff.

(21) ドイツの中止未遂論に触れているものは書籍だけでも、香川達夫『中止未遂の法的性格』(有斐閣、1963)、山中・前掲注(2)、町田・前掲注(3)、金澤・前掲注(3)、野澤充『中止犯の理論的構造』(成文堂、2012)、吉田敏夫『未遂犯と中止犯』(成文堂、2014)、関哲夫『中止未遂における点と線』(成文堂、2022)などがある。

(22) 中止未遂規定は、カステーリャ＝レオンの賢王アルフォンソ10世の編纂になるシエテ・パルティダス(1265)にも、軽い罪について定められており、実定法的に古い歴史を持つ。曰く、「もし人がそれを行おうと考え、実行し始めたとしても、悪い考えが実現される前に悔い改めるならば、彼らは罰に値しない」と。ドイツの19世紀からの中止未遂の変遷については、Antje Schumann, Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau, Eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert, Berlin, 2006, S.11ff.

(23) スペインの未遂犯に関するテーマを日本語で紹介して論じたものとしては、江藤隆之「スペインにおける不能未遂の可罰性」桃山法学30号(2019)27頁以下、

決の紹介に入る前に、前提知識としてその法的性格や体系的位置づけについての議論を概観しておく。

スペインにおける中止未遂（desistimiento de la tentativa o en la tentativa）の法的性格をめぐる議論は、「中止の根拠（fundamento del desistimiento）」と「中止の法的性格（naturaleza jurídica del desistimiento）」のふたつに区別して議論されており、前者がドイツの議論における「不処罰の根拠」、後者が「中止の体系的位置づけ」に対応する⁽²⁴⁾
⁽²⁵⁾る。

中止の根拠論については、犯罪の客観的ないし主観的要素の欠落にその根拠を求める法律説（teorías jurídicas）が主張されていたこともあったが⁽²⁶⁾、現行刑法下のスペインにおいては刑事政策（política criminal）に求める見解が圧倒的通説である⁽²⁷⁾。このように刑事政策的に考えることのメリットは、不処罰の中止の成否を判断する際に、立法者の設定した目的を考慮することができる⁽²⁸⁾ところにある。立法者の設定した目的とは、法益保護⁽²⁹⁾であり、行為者に恩典を与えることによる一般および特別予防の達成である⁽³⁰⁾。このような考え方は、ドイツにおける「黄金の橋（goldene

同「スペインにおける実行の着手」刑事法ジャーナル63号(2020)27頁以下がある。

(24) Miguel Bustos Rubio, El desistimiento de la tentativa como la forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento, REPCP19-08, 2017, pp.1ss.

(25) スペインの“fundamento del desistimiento”と“naturaleza jurídica del desistimiento”の概念は、ドイツにおいてFrister,fn.9, S.355ff.が用いている“Gründe der Straffreiheit”と“Rechtsnatur und die Rechtsfolgen des Rücktritts”にほぼ対応するといえる。

(26) Cfr. Miguel Polaino Navarrete, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 3. ed., Madrid, 2019, p.254.

(27) Antonio Zárate Conde/ Eleuterio González Campo, Derecho Penal Parte General, Madrid, 2015, p.361.

(28) Fátima Pérez Ferrer, El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español, Madrid, 2008, p.163.

(29) たとえば、クエリョ・コントレラスとマペリ・カファレナとコリナ・ラミレスは、中止の不可罰の根拠は、法益保護にあるという。Joaquín Cuello Contreras/ Borja Mapelli Caffarena/ Edgar Iván Colina Ramírez, Curso de Derecho Penal Parte General, 4. ed., Madrid, 2022, p.154.

(30) V. Zárate/ González, nota 27, p.361.

Brücke)⁽³¹⁾」と同様のニュアンスで「逃げる敵のための銀の橋 (a enemigo que huye, puente de plata)⁽³²⁾」と呼ばれている。ドイツにおいては区別されている刑事政策説と刑罰目的説が、スペインの体系書のレベルではひとまとめにされて理解されているということもできる⁽³³⁾。

刑事政策説に対する批判として、ドイツと同様に、刑罰から逃れるために実行を中止する者は現実にはほとんどいないというものがある⁽³⁴⁾。また、既遂に至ることを防止するための恩典として刑の減軽で足りるかもしれないのだから、不処罰までを保障する必要性が十分に明らかではないという批判もある⁽³⁵⁾。

(31) Franz von Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht, Berlin, 1881, S.143f.

(32) なぜドイツの「黄金の橋」がスペインで「銀の橋」になったかはわからないが、『ドン・キホーテ』に「逃げる敵のために銀の橋をかけよ」とのセリフがあるように、スペインにおいては銀の橋という表現に馴染みがあるのであろう (Miguel de Cervantes, Don Quijote de La Mancha, Madrid, 1605, Cap. LVIII)。なお、もともとこの言葉は1500年代初頭にナポリを征服したゴンサロ・フェルナンデス・デ・コルドバ将軍の言葉であるといわれている (Andrés Seoane Fuente, “A enemigo que huye, puente de plata” Serie: ‘Del Dicho al Hecho Histórico’ (IX), <https://www.uil.es/blog-uil/del-dicho-al-hecho-historico-de-donde-viene-la-expresion-enemigo-que-huye-puente-de-plata> (2025年5月20日閲覧)。その意味は、「敵に撤退という報酬を与えることにより、敵に戦いを放棄させよ」というものである。このことからすると、ドイツの「黄金の橋」がスペインで「銀の橋」になったのではなく、反対に、スペインで「銀の橋」と言われていたものがドイツに入って「黄金の橋」になったのかもしれない。ドイツで刑事政策説に「黄金の橋」という言葉が使われる350年以上前に、スペインで「銀の橋」という言葉が使われていたのである。

(33) ただし、モノグラフになると Pérez, nota 28, pp.162ss. のように、刑事政策説 (teorías politico-criminales) と刑罰目的説 (teorías del fin de la pena) とを区別して論じているものが目立つようになる。これは、体系書は主にスペインの文脈で書かれているのに対して、モノグラフはドイツの文脈で書かれることが多いことに起因する。現にベレスのモノグラフにおける刑罰目的説の項で紹介されている研究者は、ロクシン、ボトケー、シュミットホイザー、ヤコブス、フロイントなどドイツの刑法学者ばかりであり、スペインについてはわずかに1名、ムニョス・コンデが挙げられているにすぎない。

(34) Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin, 1976, S.64ff.

(35) Margarita Martínez Escamilla, El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de sus problemas fundamentales, Madrid, 1994, pp.40ss.

(36) Gianni Egidio Piva Torres, El desistimiento en la Tentativa y el Delito

法的性格論、すなわち体系的位置づけ論は、激しく争われている。というのも、体系的位置づけ論の帰結は、共犯者に中止の効果が及ぶか否かなどの現実的な問題を左右するからである。現在の争いは、中止を人的な不処罰事由であると解する通説と構成要件該当性阻却事由であると解する少数説との間で行われている。この争いは、16条1項の規定ぶりでは、中止が未遂の消極的構成要件要素であり、任意の中止が存在すれば未遂が成立しないかのようにあるのに対し、同2項は未遂の成立を前提としつつ可罰性を阻却しているかのように読めることに起因する。すなわち、刑法16条1項は「行為者が、客観的に結果が発生すべき行為の全部または一部を行い、外形的所為により直接犯罪の実行を開始したにもかかわらず、行為者の意思と独立の原因によって結果が生じなかったときは未遂である。」と、同条2項は「自己の意思により犯罪の完成を回避した者は、すでに着手した実行を断念したものであっても、結果発生を防止したものであっても、犯された実行行為によってすでに構成される他の罪がある場合のその罪責は別として、未遂犯としては罰しない。」と定めている。そのため、1項の解釈としては「行為者の意思と独立の原因によって結果が生じなかったとき」ではないときつまり自己の意思によるときはそもそも未遂犯の概念に当たらないと読むことができるのに対し、2項の解釈としては実行行為そのものが構成要件に該当することは一旦認めたうえでその可罰性を否定しているようにも読めるのである。

人的刑罰阻却事由説を強く主張するのはムニョス・コンデである。ムニョスは、「犯罪実行行為の全部を行ったものであろうと、その一部を行った

imposible, Barcelona, 2019, p.28.

(37) Zárata/ González, nota 27, p.361.

(38) Cfr. Carmen Alastuey Dobón, Los Grados de Realización del Delito, en Carlos María Romeo Casabona/ Esteban Sola Reche/ Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coordinadores), Derecho Penal Parte General, Granada, 2016, p.198.

(39) Cfr. Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal Español Parte General, 10. ed., Madrid, 2017, p.498: 同書の後継書としてモリナ単独名義の Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal, Madrid, 2022 があるが、本稿の関係部分はランデチョによる記述なので、ランデチョ名義が残っている方を示した。

ものであろうと犯罪が既遂に至るのを任意に中止した者が、刑事政策的な理由および明確な予防目的のため（逃げる敵のための銀の橋）に不処罰になるのは、未遂犯において一般的に認められている原則である。この不処罰は、16条2項が明文で要求している要件、すなわち中止の意思と既遂の回避を充足するかぎり、人的刑罰阻却事由（*causa personal de exclusión de la pena*）または無罪事由（*excusa absolutoria*）として構成される⁽⁴⁰⁾という。無罪事由とは、主として行為者関係の事情により、構成要件該当の違法かつ有責な行為が行われたとしても、なお立法者が刑罰を科さないことが適切であると判断したときに可罰性を阻却する事由をいう⁽⁴¹⁾。たとえば、「内乱罪に関与したが、その結果回避可能な時期までにそれを暴露した者は、罰しない」と定めている480条1項が無罪事由であると解されている⁽⁴²⁾。日本でいうところの刑事政策的規定とされる条文がこれに相当するだろう⁽⁴³⁾。このように、ムニョスは、中止犯を構成要件、違法性、責任を充足した後の人的に刑罰を科すか否かの判断カテゴリーに位置づけている。

クエリョとマペリとコリナは、「すでに実行された不法（無価値行為）は取り消すことができないため、中止の法的性格は、事後行為に特有なものである。すなわち、無罪事由である⁽⁴⁴⁾」と簡潔に述べる。この説明は、ドイツにおいて人的刑罰阻却事由説を採用する際に伝統的に用いられてきた説明と軌を一にする⁽⁴⁵⁾。

人的刑罰阻却事由説によれば、刑法16条1項の「行為者の意思と独立の原因によって結果が生じなかったとき」の文言が未遂概念とは無関係に

(40) Muñoz/ García, nota 7, p.402

(41) Muñoz/ García, nota 7, p.380; Zárate/ González, nota 27, pp.302ss. は、これを狭義と広義に区別して詳述している。

(42) Muñoz/ García, nota 7, pp.379s.

(43) たとえば、内乱予備・陰謀の暴動に至る前自首（80条）の趣旨について、「内乱の未然防止という見地から政策的に刑を免除する旨」というものとして山口厚『刑法各論』第3版（有斐閣、2024）548頁。

(44) Cuello/ Mapelli/ Colina, nota 29, pp.155s.

(45) たとえば、リストの「事實は、もはや変えられることも、『後ろに向かって取消す』ことも、取り除くこともできない」という言葉がそれである（Liszt, Fn.31, S.143f.）

理解されていることになる。このような理解が、実定法上可能であるかについてはなお疑問がありうる。そこで、構成要件該当性阻却事由説が少数ながら根強く主張されている。

中止を消極的構成要件要素 (elemento negativo del tipo) として捉え、構成要件該当性阻却事由 (causa de atipicidad) に位置づける見解は、旧刑法下でロドリゲス・モウルーリョらが唱えていた見解であり、かつては通説であった。現行刑法下ではミール・プッチやボライノ・ナバレテが唱えている。

この見解は、16条1項の文言が、中止を未遂の定義から除外するスペイン法圏の法伝統に即したものであるという点から出発する。実際、このような未遂規定は、アルゼンチン刑法⁽⁴⁶⁾ 42条、コロンビア刑法⁽⁴⁷⁾ 27条、ベネズエラ刑法⁽⁴⁸⁾ 80条、メキシコ連邦刑法⁽⁴⁹⁾ 12条等に見られ、これらのラテン

(46) アルゼンチン刑法 42 条「特定の犯罪を実行する目的をもってその実行を開始したが、その意思とは無関係の状況により既遂に達しなかった者は、44 条に定める刑を科す (El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.)」

(47) コロンビア刑法 27 条前段「既遂に向けられた不能でなく明白な行為によって可罰的所為の実行を開始し、既遂をその意思とは無関係な状況により発生させなかった者は、既遂所為について定められた刑罰の最も軽いものの半分より軽くなく、最も重いものの 4 分の 3 よりも重くない刑に処する (El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.)」

(48) ベネズエラ刑法 80 条 2 文「犯罪実行の目的で、適切な方法によりある者がその実行を開始し、その意思から独立した原因により既遂に必要なことのすべての実現には至らなかった場合は未遂である (Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad.)」

(49) メキシコ連邦刑法 12 条 1 文「罪を犯す決意を結果を生じさせるべき行為の一部または全部を実行することにより外部的に表現し、結果を避けるべき行為を行わなかった場合、実行者の意思とは無関係の原因により既遂に至らなかったときは、可罰的未遂が存在する (Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos

アメリカ各国において中止は未遂の消極的構成要件要素であると解されている。⁽⁵⁰⁾ また、アンドラ公国刑法（公用語・条文言語はカタルーニャ語）⁽⁵¹⁾ 17条1項も同様の規定を持っている。さらには、1995年までのスペイン旧刑法3条は、行為者による任意の中止がある場合には未遂犯に入らない旨の概念規定をしていた。つまり、構成要件該当性阻却事由説は、現行刑法の立法者が旧刑法の立場を転換したとは考えない立場である。

ポライノは、現行刑法が旧刑法ほど明確に表現してはいないことを認めつつも、任意の中止がある場合には未遂犯に含まれないことが現行刑法の規定から導出されるという。ポライノはこのことを「中止が存在すれば、未遂は存在しない（si existe desistimiento, no existe tentativa）」⁽⁵²⁾と公式化する。

ミールは、ドイツ刑法のように未遂概念の規定に中止でないことを定めず、単に可罰性の問題としているのであれば別論、スペインにおいては、中止でないことが未遂の概念を構成するのだから、中止は未遂の消極的構

ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.)」

(50) もちろん、ラテン・アメリカにも異なる規定を持つ国もある。たとえば、ペルー刑法16条は未遂概念を規定しているが、ここには行為者の意思に関する文言はない。17条に不能犯の不処罰規定を置いた後の18条に中止規程が置かれている。この中止規程も、「減刑」や「免除」や「不処罰」と書くのではなく、「実行した行為がその中に別の罪を含む場合にのみ処罰される（será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos.）」という規定となっている。エクアドル刑法16条は、1文で未遂を定義し、2文で中止を定めており、その規定ぶりは——私の知る限り——独自のものとなっている。また、パラグアイ刑法26条、27条、28条は、ドイツ刑法22条、23条、24条とそれぞれほぼ同一の表現が用いられており、中止未遂についてはスペイン式ではなくドイツ式の規定となっている。

(51) アンドラ公国刑法17条1項「結果を客観的に生じさせるべき行為の全部または一部を行い、犯罪の実行を直接開始したときは未遂犯である。ただし、犯罪の結果が行為者の意思と独立した原因により生じなかったときは、未遂ではない（Hi ha temptativa quan el subjecte inicia directament l'execució de la infracció amb fets exteriors, realitzant tots o una part dels actes que objectivament haurien de produir el resultat i, tot i això, la infracció no es produeix per causes independents de la voluntat de l'autor.）」

(52) Polaino, nota 26, p.255.

成要件要素であるという。⁽⁵³⁾ミールによれば、16条2項が中止について個別に定めていようとも、16条1項が未遂の定義に中止の不存在を含意している点に変更はない。ミールは、「ドイツ法のように、いくつかの外国の法においては、任意の中止は、未遂を定義づけ自発的な中止によって消滅する要素としてではなく、単にその可罰性を否定する要素として規定されている。スペイン法においては、反対に、未遂の法概念は、その存在のために、任意の中止の不存在を常に要求してきた。それゆえ、スペインの通説的見解は、かつて中止を未遂の消極的構成要件要素として捉えてきたのであって、現在のドイツの見解のように、単に可罰性を阻却するものとして捉えてきたのではない。この状況は、中止（16条2項、3項）と未遂の法的概念の要素の規定において中止の不在を示す規定とは分離されたとはいえ、1995年刑法においても変わらない⁽⁵⁴⁾」という。

以上のように、スペインでは中止未遂が議論されている。日本とは条文や法伝統が異なるため、日本では見られない争いがあるものの、理論的な枠組みとしては日本やドイツと大きく変わるところはないことは確認できた。

以下に、2025年4月10日スペイン最高裁判所判決を紹介して整理する。

ii) 事実の概要および判決

STS 349/2025 (Roj: STS 1648/2025-ECLI:EN:TS:2025:1648)

a) 事実の概要

被告人は、14年間婚姻していた元妻と3年前から別居していたが、被告人は夫婦の破局を受け入れず、復縁を願っていた。被告人の元妻は、3年前から恋人（本件被害者）と同居していたが、そのことを被告人は受け入れていなかった。

被告人は、2023年1月26日、元妻と子らが家を空けることを知り、家

(53) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10. ed., 2016, Barcelona, p.368.

(54) Mir, nota 53, pp.368s.

に一人になる被害者を殺害することを決意した。

同日午後11時頃、被告人は車で元妻と被害者の暮らす隣家から相当離れた家に行き、中庭のオリーブの木の陰から家にいた被害者の行動を見張った。その後、被告人は屋外から家への電気の供給を遮断した。停電したので、被害者は、電気をつけるために懐中電灯を持って家の外に出た。被告人はその隙に家に入り、家の中の部屋で被害者を待ち伏せた。

被害者は、中庭から家に出入りするドアが開いていることに気づいた。また、被告人が隠れている部屋のドアが開いていることにも気づいた。そのため、被害者は警戒を強め、持っていた懐中電灯で部屋の中を照らし、被告人がドアの陰に隠れていることに気づいた。

その瞬間、被告人は被害者を追いかけ、背後から突進し、彼の胸あたりに組みつき、地面に倒した。被告人は、被害者を殺害する意図で、背後から被害者の首に右前腕を巻きつけて強く圧迫し、被害者が呼吸できないようにしようとした(第1行為)。

被害者は、被告人の両手をなんとか振りほどき、中庭に向かって走り出した。被告人は、中庭で再び被害者に追いつき、背後から首に腕を回して強くつかんだ。被害者は、「離せ。痛い。話をしよう」と言ったが、被告人は無視して締め続けた。被害者は、徐々に酸欠状態に陥り、命の危険を感じながら、「お前は俺を殺すのか。俺は死んでしまいそうだ。子供たちのことを考えろ」と被告人に言った。被告人は「そのために来たんだ、この野郎」と、手を緩めることなく答えた。圧迫と酸素不足のため、被害者は数秒間意識を失い、しばらく地面に倒れこんだ(第2行為)。

意識が戻ると、まだ朦朧としたまま、被害者は数秒間よろめきながら出口の方へ向かったが、被告人に捕まった。

被告人は、被害者を殺害する意図をもって、再び背後から右腕で彼の首に手を回し、物干し台の上に被害者を投げ飛ばした。物干し台は壊れて、両者とも顔から地面に倒れた。被告人が上に乗った状態で被害者の首を右腕で締めつけ、同時に、被告人は左拳で被害者の第三頸椎を何度も殴った(第3行為)。

被害者は、なんとか被告人から離れ、中庭のオリーブの木に向かった。そして被害者は被告人に、「行かせてくれ。母親と一緒にバルセロナで暮らしたい。家にも被告人の元妻のところにも帰らないから逃がしてくれ」と懇願し始めた。

その懇願にもかかわらず、被告人は薪の山から丸太を1本取り出して、被害者の左脇腹や腰を殴り始めた。被害者は両手で頭を守っていたが、被告人は被害者を5回殴った（第4行為）。

膝をついた被害者が、「家の中にある車のキーを取らせてくれ。もうこれ以上暴力を振るわないでくれ」と必死に頼んだところ、被告人は殴るのをやめ、丸太を持ったまま「お前の母親がどこに住んでいるのかよく知っている。警察に通報したら、お前を捜して母親を殺してやる」と申し向けた。

そう言うのと、丸太を手にしたままの被告人は、被害者に車のキーを取るために家に入ることを許し、被害者はその場から逃げ出した。

被害者は、家から60キロメートル離れたところでガソリンスタンドに立ち寄り、被告人の元妻に電話をかけて事情を話した。

1審および原審は、被告人を殺人未遂(住居侵入との牽連犯(手段的競合))で有罪にした。

被告人が上告した。その主張は、被告人は被害者を殺害することができたのにもかかわらず殺害しなかったといえるので中止未遂が成立し、殺人未遂で処罰することはできないというものであった。

最高裁判所は上告を棄却した。

b) 最高裁判所の判断

中止未遂とは、いったん犯罪の実行が開始された後に、行為者が、開始された行為の進行を無効化するような反対行為を行うことを意味する。任意の中止は、犯罪が完成する前に行為者が合法性を承認することを意味し、一般予防の観点から処罰の必要を減少させる。行為者の当初の可罰性は、その後の実行行為を打ち消す行為によって部分的に埋め合わされ、これによる刑罰の軽減も正当化される。また、刑事政策上の理由から、行為者がすでに着手した犯罪行為を放棄することによる免責が正当化され、行為者

が結果を回避するよう促される限りにおいて、より重要な法益保護につながる。

本件において証明された事実には、最初の3つの暴行には殺意があったという事実が含まれている。殺意は事実関係の説明の中に記載されており、裁判所は証拠によりこの事実を認定したものであるから問題はない。いずれにせよ、刑法第16条は未遂を、客観的に結果をもたらすはずの行為の全部または一部を実行することと定義していることを忘れてはならない。まさにこの「客観的に」という副詞により、行為者の計画と使用された手段が合理的に結果をもたらすものでなければならぬと解される。この場合選択された機会（夜間の人里離れた場所での待ち伏せ）と採用された手段（被害者の背後から腕で強く圧迫して窒息させる）を考えれば、被告人の行為が客観的に被害者の生命を絶つのに適したものであったことは疑いがない。

このため、原審で支持された第1審判決は、被害者の抵抗によって行為が既遂に至らなかったため殺人未遂が成立するとした。窒息死する可能性のある攻撃が3回試みられたことは事実であり、それぞれの攻撃の際に被害者の強い抵抗があったため、死の結果には至らなかったのである。したがって、3つの行為で被害者の死を防いだのは、行為者の中止ではなく、被害者の抵抗であった。

これらの事実は関連性を有し、ひとつの殺人未遂としての行為の処罰を正当化する。当法廷は、2019年5月28日の判決（STS 268/2019）においても、「処罰されるべき結果への進行を妨げる意図的な行動を伴う自己の意思による中止は、既に実行された犯罪行為の失敗と混同することはできない。行為者は、犯罪のために必要なすべての実行行為を行ったが結果に達しなかったのであれば、それは、行為者による積極的な是正行為や妨害行為の結果ではなく、行為者が客観的に可能な結果の達成に適した行為を行い尽くした後に、犯罪行為以外の事情が重なり、目的の達成を妨げたからである」と述べている。

iii) 評価

本判決は、被害者の強い抵抗という意外の障害にあって行為続行を断念した殺人未遂事例である。その位置づけを整理しておこう。

まず、議論の前提として任意性についてのスペイン最高裁判所の立場を確認する。最高裁は2001年判決において「行為者が開始した犯罪行為の継続不可能性によらない⁽⁵⁵⁾」のに中止した場合にのみ任意性を認める立場を表明した。この考え方は旧刑法時代から一貫して維持されている。すなわち、客観的継続不可能性の事案において最高裁は任意性を排除するものとして認めている。

この任意性判断を前提として、さらに行為者による実行行為の継続不可能性の認識の場面、すなわち主観的継続不可能の事例をどのように取り扱うべきであるのかが欠効未遂の問題である。スペインおよびその法圏における欠効未遂の議論は、行為者が犯罪の完成がもはや不可能になったと認識したが、客観的にはなお犯罪を完成させる手段や機会が残っている場合、行為者に免責の特典を与えるべき中止の余地があるか否かを中心的な争点としてきた。⁽⁵⁶⁾ 通説的な見解によれば、このような場合には中止の余地はないと考えられている。たとえば、ピバは、「行為者が決断の時点において、目的を誤り、行為を続けたとしてもその目的に到達することができないと思ったケース」⁽⁵⁷⁾について、「この状況においては、仮に客観的に可能性が存在していたとしても、行為者が当初の目的を達成できないと信じたその主観的認識を考慮に入れて、任意の中止は否定されなければならない⁽⁵⁸⁾」という。それは、「未遂が中止しうるのは、行為者が行為がまだ失敗してい

(55) Sentencia de Tribunal Supremo de 13 de junio de 2001 (RJ 2001/7356); v. también Antonio Obregón García/ Javier Gómez Lanz, *Derecho Penal Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito*, Madrid, 2016, pp.245s.

(56) Santiago Betancourt Rodríguez, *Desistimiento en la tentativa fracasada del delito*, *Revista de Derecho*. Vol. 8 2019, pp.187ss.

(57) Piva, nota 36, p.52: ピバのこの箇所はムニョス (Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Madrid, 2007) からの引用であり、これに続く部分がピバ自身の論述である。

(58) Piva, nota 36, p.52.

ないと思っている場合に限られる」からである。⁽⁵⁹⁾すなわち、スペイン法圏においては、実行行為の客観的継続不可能の場合も主観的継続不可能の場合も任意性を排除するのが一般的立場である。

本件は一見すると中止の余地がそもそもない単なる失敗した障害未遂であるようにも思われるが、行為者になお被害者殺害の機会があったにもかかわらず行為者が被害者の求めに応じて逃がしたものであるから、中止の余地がそもそもないといえるのかに議論の余地がある。また、事案全体を見ると、行為者の真の目的は元妻との復縁であり、そのための所為目的は元妻と被害者とを別れさせることであって、被害者から「行かせてくれ。母親と一緒にバルセロナで暮らしたい。家にも被告人の元妻のところにも帰らないから逃がしてくれ」との懇願を引き出した時点で目的を達成し、その後にさらに第4行為に及んでいるものの、すでにこの時点でこれ以上の所為動機が失われているともいえる。

本件では、4つの行為が行われている。第1行為は被害者を押し倒した上での右前腕による首絞め行為、第2行為は中庭での背後からの首絞め行為、第3行為は倒れた被害者の上に乗って行った右腕による首絞めと左拳による殴打行為、第4行為は丸太による殴打行為である。これら4つの行為は、最高裁も認めるとおり一連の行為としてひとつの殺人未遂に該当する行為であると評される。この一連の行為の後、被告人は被害者の懇願を受け入れ、警察に通報しないように脅迫を行ったうえで、被害者が逃げることを許している。ここで、最後の被害者が逃げることを許した行為がなぜ中止に当たらないのかが問題となる。

もし仮に、4つの行為をそれぞれ独立した行為として見るのであれば、裁判所の「3つの行為で被害者の死を防いだのは、行為者の中止ではなく、被害者の抵抗であった」という認定のとおり、3つの障害未遂が成立するということは理論的に困難ではなく、⁽⁶⁰⁾第4の行為とその後の行為が中止に

(59) Piva, nota 36, p.52.

(60) 本件一連の行為をそれぞれ独立した4つの行為として個別に評価対象とする前提を維持するには相当困難が伴うが、その前提が成り立つ以上は最初の3つの行為が被害者の抵抗による障害未遂であることは疑いようがない。

当たるか否かの判断において中止を認めるにも格別の困難は生じない。第4の行為のみを切り出してみれば、行為者は被害者を丸太で5回殴打した後に被害者の懇願を受け入れて被害者が逃げるに任せたことになるからである。

それでは、4つの行為をひとつの一連の行為として評価対象とした場合に、どこに中止を排除する要素があるのか。それは、第1ないし第3の行為が被害者の強い抵抗にあって失敗していること、その影響が第4行為後の行為者の判断に及んでいる点にある。そのように評価するならば、第1ないし第3の行為の失敗すなわち欠効の事実が、行為者に所為の欠効の認識をもたらし、さらに被害者から元妻と別れる旨の発言を得たことにより究極の所為動機が消滅し、それゆえにその段階で行為者に任意の中止が成立する余地が排除され、第4行為後の行為が中止ではないと評価できるようになる。すると、これは欠効未遂または所為動機消滅事案であるということもできそうである。

IV 分析と結語

i) 欠効未遂概念の整理

欠効未遂は、「行為者が具体的な所為の枠組みにおいてその目的を達成することができなくなったと認識し、またはそれを少なくとも認容したとき」⁽⁶¹⁾に成立し、その成立が認められた時点で任意の中止未遂の可能性が排除される。ここでは、ロクシンが正当にも指摘するように、任意性をめぐる議論において用いられてきた「私はたとえ望んだとしてもできない」(Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte.)⁽⁶²⁾というフランクの公式が判断基準となる。

さらに、すでに当初の目標を達成し、あるいは別の方法によってより容易に目標達成が可能になることが明らかになるなどして、行為者にとって所為

(61) Roxin, fn.4, S.502.

(62) Roxin, fn.4, S.503; 江藤・前掲注(2)5頁。

の遂行が無意味になったとき、すなわち行為を継続する基盤となる事実が失われたときにも広い意味での欠効未遂となる。

これらの欠効未遂をロクシンは次のように整理している。第1に「構成要件充足が不可能な」場合⁽⁶³⁾である。たとえば、用意していた爆弾が爆発しなかった場合（方法の欠効）⁽⁶⁴⁾、窃盗の目的物が見つからなかった場合（客体の欠効）⁽⁶⁵⁾である。なお、窃盗が未遂の段階において持ち主が「持って行っていい」と言った場合などの法的欠効を認めるか否かには争いがある。第2に「行為客体の同一性が所為計画と齟齬をきたしている」場合⁽⁶⁶⁾である。たとえば、AがBを射殺しようと被害者に背後から近づいたが、すでに未遂の段階に至ってから、自分の目の前にいる被害者が別人のCであることに気づき失望してピストルをしまった場合などである。第3に「行為客体が被害者の期待を下回った場合」⁽⁶⁸⁾である。たとえば、およそ300マルクの資金を必要としていた行為者がレジを開けたところ20ないし30マルクしか入っていなかったので何も取らなかったというBGHの事案がこれである。⁽⁶⁹⁾

これに対して、ロクシンは、所為動機の消滅事案は不任意性（Unfreiwilligkeit）⁽⁷⁰⁾を導きうるものの、欠効ではないと整理する。ロクシンは、「Aが叔父を殺害してその遺産を直ちに相続するために所為を未遂段階まで行ったが、叔父がすでに全財産を消費してしまっていたことを知り中止した場合、被害者を殺害することについての選択肢にはまったく変化はない。つまり、所為はなお継続可能であり欠効となったわけではない。なぜなら、動機はきっかけではあるが、所為の構成部分ではないからであ

(63) Roxin, fn.4, S.505.

(64) Roxin, fn.4, S.505.

(65) Roxin, fn.4, S.506.

(66) Roxin, fn.4, S.506の事案を簡略化。

(67) Roxin, fn.4, S.508.

(68) Roxin, fn.4, S.508.

(69) BGHSt 4, 56; vgl. Roxin, fn.4, S.510.

(70) Roxin, fn.4, S.516.

る⁽⁷¹⁾」という。所為動機の消滅は、中止が不任意であるとはいえるものの欠効であるとはいえないとロクシンはまとめている⁽⁷²⁾。

このようなロクシンの整理があるとはいえ、欠効未遂とほぼ常に不任意⁽⁷³⁾となって中止未遂の成立が否定される事例群との差は相当に小さい。本稿では、構成要件外の目的達成の場合も含めた所為動機消滅事案を狭義の欠効未遂には分類しないが⁽⁷⁴⁾、機能的には同一の結論を導く類似の事案群としてひとまず整理しておく⁽⁷⁵⁾。

ii) BGH 事案とスペイン最高裁判所事案の共通点と相違点そして問題点

前掲BGH事案とスペイン最高裁判所の事案を比較してみると、表層的にはまったく異なる事件に見える。ところが、両事件は内容的には、①構成要件外の真の所為動機（収監される、元妻と恋人を別れさせて復縁を狙う）の主観的な達成があり、②危険な実行行為に着手した事実があり、③なお実行が可能な状態にあったにもかかわらず、④それ以上の遂行を行

(71) Roxin, fn.4, S.516.

(72) Roxin, fn.4, S.516.

(73) Vgl. Freund/ Rostalski, fn.4, S.356; Murmann, fn.9, S.476.

(74) 構成要件内の所為目的達成事案については、中止未遂の成立が排除される結論に異論はないと思われる。たとえば、行為者が被害者を殺害しようと考えて刺突したところ、驚愕により気絶した被害者を見て殺害目的を達成したと誤信し、行為者がその場から立ち去ったとき、私見に賛同しない論者であっても、積極的中止行為が存在しないなどとして障害未遂の成立を認定するだろう。

(75) 江藤隆之「強姦罪における行為基盤の欠如による欠効未遂」桃山法学 25 号 (2016) 107 頁は、行為者の計画にとって重要な目標が別の手段で達成できる場合について、「欠効未遂と同様の効果をもたらす欠効未遂ではないものとして整理することもでき」と認めつつ、「行為基盤が欠如するタイプの欠効未遂に含めて理解したい」としたうえで、「これはただの名称・分類の問題である」と譲歩していた。本稿でも同様の立場を維持する。すなわち、目的達成等によって所為動機が消滅した事案は、欠効未遂であると言っても言わなくてもどちらでもよく、ただ便利であるので欠効未遂の仲間として一括して理解しようというのである。欠効未遂とは異なるのだと言われればそれでもかまわないが、結局のところを任意性を排除するのである。私見からは、所為動機消滅の事例群が任意性の判断にかかったとしても、所為動機が消滅したことの行為者の表象を前提に一般人であっても所為を継続しなかったといえるかが判断され、その結論は行為を継続する動機が消滅しているのであれば一般人であっても所為を継続しないといえるのだから、不任意として判断される。

わなかった（不作為の中止）という点において共通である。ただBGH 事案は行為者に一切の遂行の障害がなかったのに対して、スペインの事案は被害者の抵抗という遂行を困難ならしめる要素が存在していたという点に差異があるのみである。

もし、中止を認めるBGHの判断も中止を認めないスペイン最高裁判所の判断もともに正当であるという立場に立つのであれば、そこでは被害者の抵抗の有無が分水嶺になるだろう。そうなると、抵抗の程度が任意性に影響を与えると結論づけることになろう。しかしまたそうすると、その程度の基準をどのように設定するのかという問題が新たに生じてくる。たとえば、BGH 事案で被害者Fが最初の刺突の後に行為者に掴みかかっていたら、スペイン最高裁事案で第1行為の後にすぐ懇願があり被害者を逃がしていたらどうだろう、と。両事案における最高裁判所の判断をともに肯定する場合は、被害者が抵抗した事案における任意性判断について、その程度を示すという課題に直面することになる⁽⁷⁶⁾。

反対に、イエーガーのようにBGHに否定的立場を採るならば、目的達成事案に当てはまるか否かをどのように認定するのかという課題が生じる。というのも、イエーガーは目的達成の場合には任意の中止が排除されると述べたが、スペイン最高裁の事案がそれに含まれるか否かは一概には判断できない⁽⁷⁷⁾。被害者の抵抗によって行為継続を断念した事案にも、元妻と恋人を別れさせるという目的が達成されたと行為者が認識した事案にも⁽⁷⁸⁾

(76) 欠効未遂の概念を認めないのならば任意性判断となり、それは事案に応じたものになるであろうが、それでも被害者の抵抗の場合を類型化して一定の基準を示しておくのは意義があるだろう。とりわけ、中止未遂における任意性の判断が、日本の実務において基準が不明確であり、学說的にもそれぞれの見解が具体的に何を帰結するのかがさほど分明ではない現状に鑑みればその意義は大きいといえよう。

(77) イエーガー自身は、危殆化の逆転を中止として位置づけており、逆転できる危殆化がなお存在するか否かによって判断する立場を採っている。Vgl. Cristian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, München, 1996, S.63.

(78) 目的を達成したと認識していなければ被害者を解放することはなかっただろう。

見える。そのため、スペインの最高裁事案をどちらの事案として分類するのかを明らかにしなければならないことになる。なお、これに関する私見の立場は後述する。

iii) 欠効未遂カテゴリーの必要性

以上の問題意識を踏まえつつ、日本刑法も欠効未遂の概念を導入すべきであるという私見を以下に展開する。その主たる理由は、欠効未遂概念導入には2つの必要性が認められるからである。

第1に、欠効未遂概念の導入には論理的必要性がある。

日本語で「自己の意思により中止」したとは「自分の意思で止めた」ということを意味しており、その前提となるのは「自分はできると思っていたけれども止めた」という状態の存在である。⁽⁷⁹⁾「自分にはもうできない」と行為者が認識した場合には「自己の意思により中止した」とは言えない。犯行の現場をパトロール中の警察官に見つかって取り押さえられてしまった行為者は、いくら「これ以上行為を行わない」と決意したとしても、中止することができない。それは、取り押さえられたことを行為者が認識した時点で中止の決定権が行為者から剥奪されたことを行為者自身も認識するからであって、「中止したが任意ではなかった」と評価されるからではないだけでなく、「中止行為の可能性があったが中止しなかった」からでもない。「中止することができなかった」からである。

第2に、欠効未遂概念の導入には現実的必要性がある。

現実の事件において、中止未遂の成立を排除するとき、わざわざ欠効未遂の概念を採用せずとも、任意性判断の一要素として処理し、任意性において中止未遂の成立を否定すれば良いという見解もありうる。たとえば、

(79) 私見は危険消滅説に賛同しないため2つの必要性としたが、もし危険消滅説を採るなら「行為者が行為続行による既遂到達が不可能であると認識した時点で所為継続の危険が消滅した」のでこれ以降の危険消滅が不可能になるという理論的必要性も追加されるだろう。

(80) 事象に対して用いられる「中止になった」は別論である。ここでの考察は「中止する」という人による能動的な中止行為を指示する他動詞を対象とする。

パウマンは、「たとえば被害者を取り違えていたり突然他の被害者を傷害することに強い利益が生じたりして、行為者が追求していた目的が行為者にとって無意味または比較的魅力的でないと思われたりした場合には、中止は不任意とされる⁽⁸¹⁾」として、欠効未遂を任意性のレベルで記述する⁽⁸²⁾。だが、「中止できなかった」と「中止できたが中止しなかった」と「中止したが任意ではなかった」とは区別しておかなければならない。なぜならスリが他人の背広の内ポケットに手を入れたが、財布が見つからなかったため所為を継続しなかったとき、行為者は中止したが不任意だったのではなく、財布が見つからないという状態では任意に中止可能な犯罪が存在せず、中止できなかったと評されるべきだからである。

このことは、本稿が欠効未遂と同様に取り扱う計画達成の場合にも当てはまる。たとえば、人ごみの中で無差別に刺突する計画の通り魔事案において、通り魔に着手した行為者がAを1度刺し、Aを追撃できるのにせずに、隣にいたBを1度刺し、またBを追撃できるのにせずに、隣にいたCを1度刺したとする。このときに、AやBに対する中止未遂の成立を認めるのはナンセンスである。ではなぜ中止未遂の成立が認められないのか。それは、行為者は中止したがその中止に任意性がなかったからではない。行為者の計画においては人を無差別に刺突すること自体が目的であり、その目的が達成されている点で中止の余地が消滅してしまっているからである。

計画の遂行はいかなる意味においても中止ではなく、それゆえ計画の達成もまた中止の前提条件を充たさない。当初の計画に反する行為、たとえば通り魔の行為者がAを刺突した後、自発的にAの治療を行いAの生命を救ったような場合にのみ、中止未遂は成立しうるのである。

(81) Jürgen Baumann/ Ulrich Weber/ Wolfgang Mitsch/ Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Bielefeld, 2021, S.591.

(82) パウマンはここに注を打って、「通説によればこれは欠効未遂の事例群である」と書いている。

iv) 中止行為ができない場合を可視化するラベルとしての欠効未遂

金澤真理は、ドイツの議論を分析した後、「中止行為が認められないこと、或いは任意性がないことを理由に中止未遂を否定すれば足り『失敗未遂』(引用者注:本稿でいうところの欠効未遂)を殊更に取り上げる必要はない。とりわけ、そもそも行為を続行することが不可能になった場合には、行為者は事象を支配することができないが故に中止行為の前提を欠く。かかる場合、行為者は、危険が侵害への転化することを阻むこともできないのであり、端的に中止行為ができない場合であると言え⁽⁸³⁾ば足りる」という。

この金澤の見解は、カテゴライズにこだわる必要はなく「中止行為ができない場合」が存在することを端的に認めれば良いという主張であると理解される。そうであるならば、その「中止行為ができない場合」を類型化して名付けるべきであるという私見とでは、実質的にカテゴライズしてネーミングするべきか否か程度の差異しかない。私見は、金澤のいうところの「中止行為ができない場合」を類型化して名付け、議論対象となるまで可視化すべきであるというものにすぎない。実際に、私自身、構成要件外の目的達成の事案は狭い意味では欠効未遂ではなく、単に中止行為ができない場合として理解しても問題はないと考えている。それでも「欠効未遂」のラベルに入れて理解することを提唱するのは、日本においていまだ「中止行為ができない場合」の存在に名前がなく、その要件に関する議論が進まない現状を打破するためである。「中止行為ができない場合」が存在するので、その要件を研究対象とする⁽⁸⁴⁾ときのひとつの便宜的なラベルとして、欠効未遂を理解することもできよう。

v) 私見からの事案解決

ここでBGHおよびスペイン最高裁判所事案への私見を簡潔に述べてお

(83) 金澤・前掲注(3)192頁。

(84) 目的達成事案をイエーガーは必ずしも欠効未遂に含めて理解しないが、それでも本稿が他の欠効未遂を認める議論とまとめて検討の対象とすることができたのは、まさに「中止行為ができない場合」をまとめて可視化しようとするラベリングの成果である。

く。

BGH 事案は、構成要件外の目的達成事案であり、狭義の欠効未遂事案ではない。しかし、先に述べたとおり、欠効未遂と機能的には同一の結論を導くものとして理解する。そのため、行為者は目的達成を認識した時点で中止が不可能になる。私見からの理由づけは次のとおりである。すなわち、未遂の危険性は所為計画によって判断される。それが事後的な中止によって処罰に値しない——日本であれば必要的な減免に値する——と評価されるためには、国家が刑罰を差し控えるべき事情、すなわち少なくともその場での所為計画の意図的な撤回が必要である。所為計画を維持したままの行為者は特別予防の減少が認められることもなく、所為計画を達成した行為者への処罰を差し控えることは一般予防の観点からも正当化されない。被害者法益保護の観点も、イエーガーが指摘するとおり、収監されることが目的である行為者には発揮されない。したがって、目的達成を認識し、所為計画の実行も撤回もすでに無意味となった行為者には、中止行為を行う余地がなく、障害未遂が成立する。

スペイン最高裁事案も、BGH 事案と同様に行為者が目的を達成したと認識した事案であると私見は考える。行為者は、被害者の懇願が真意によるものであると信じ、または少なくとも信じようとしたために被害者を逃がしたものである。たしかに、客観的に見れば第1ないし第3行為の間の被害者の強い抵抗が重要な鍵となっているようにも思われる。しかし、第4行為まで含めた全体を一連の行為と把握するならば、最後に被害者を逃がした行為者の行為は、被害者が「元妻と別れる」と述べた懇願内容に依拠していると評される。この懇願内容は、行為者の真の目的に沿うものであり、また、もし懇願がなければ行為者は被害者を逃がさなかったと考えられるからである。したがって、行為者が被害者の懇願を聞き、それが自らの真の目的と一致することに気づき、その懇願内容が真実であると信じたとき、行為者は自らの目的が達成されたと認識したことになる。その時点で、行為者から自発的な中止の余地が消滅したと評すべきである。

したがって、BGH 事案もスペイン最高裁事案もともに行為者が目的の

達成を認識したため所為動機が消滅した事案として理解され、行為者には中止未遂が成立しないという結論に至る。

vi) 結語

本稿は、一見すると内容が異なって見えるBGH決定およびスペイン最高裁判決をとりあげ、そこにある共通点と差異を指摘することで理論的な課題を示した。また、ドイツにおける欠効未遂の議論、スペイン法圏における中止未遂論の概要と欠効未遂論の概略を紹介しつつ、構成要件外の目的達成事案についても——ドイツでは必ずしもこれを欠効未遂の概念に含めるのは主流ではないが——ひとまず欠効未遂とセットで検討しても良いのではないかという態度を打ち出し、それぞれの事案についての私見を述べた。

それは結局、日本刑法学には「中止行為ができない場合」にラベルがついておらず、それゆえ議論されることもこの種の事案がまとめてカテゴライズされることもないままに放っておかれている現状を指摘し、そのような場合の類型化や要件の議論を活性化させるためのものである。

なお、目的達成による所為動機消滅の事例群には、中止未遂における被害者保護の観点とは何かを考えさせる契機となるものが多く含まれていると思われる。⁽⁸⁵⁾ この点からも、「欠効未遂」という争点を可視的に設定することは重要であることを指摘しておく。

(了)

(85) たとえば、江藤・前掲注(75)97頁以下。被害者は、被害が拡大しないように、不本意ながら行為者に迎合的な態度をとることがある。そのような被害者の防御行動によって行為者の目的が達成された場合は、被害者の抵抗によって所為継続が妨害された場合と同様に考えるべきではないだろうか。被害者が防御行動をとったために行為者が目的達成をして満足し、その帰結として中止未遂が認められて刑が減免されるというのは、事後的な処罰の必要性の減少という中止未遂の本旨からは理解しがたいものである。

<判例研究>

フランス企業法判例研究

フランス簡易株式発行会社の
指揮者の理由なき解任

——破毀院商事部 2022 年 3 月 9 日判決⁽¹⁾——

小 西 みも恵

- 一 事案の概要
- 二 判旨
- 三 争点
- 四 本判決の検討

一 事案の概要

X 氏は、2012 年 5 月、Hubbard holding 簡易株式発行会社 (société par actions simplifiée: SAS) (Y1 社) の執行役員 (directeur général)、Hubbard 簡易株式発行会社 (SAS) (Y2 社) の執行役員および Avicompost 有限会社 (Y3 社) の業務執行者の職務から解任された (Y1 社、Y2 社および Y3 社は、同じグループの会社である)。

(1) Cass. com., 9 mars 2022, n°19-25.795, *JCP E* 2022, 1144, note Bruno Dondero; *JCP G* 2022, 517, note Julia Heinich; *RTD com.* 2022, p.334, obs. Jacques Moury; *BJS* mai 2022, p.21, note Jean-François Barbière; *LPA* mai 2022, p.54, note Mai-Lan Dinh; *D* 2022, p.1195, note Simon Farges; *JCP E* 2022, 1363, obs. Jean-Christophe Pagnucco; *Dr. Sociétés* 2022, n°52, note J.-M. Hamelin.

キーワード：フランス簡易株式発行会社、指揮者の解任、自由な (ad nutum) 解任

X氏は、これらの解任が、正当理由 (juste motif) なく、突然 (brutales) かつ威圧的な (vexatoires) 要件のもとに行われたと主張し、損害賠償の支払いを求めて Y1 社～Y3 社を裁判所に呼び出した。これに対し、反訴により X 氏を提訴した Y1 社～Y3 社、および訴訟に任意に参加した Y1 社～Y3 社の親会社である Groupe Grimaud La Corbière 株式会社 (Y4 社) は、X 氏の責任を追及した。

(1) 破毀院商事部 2018 年 6 月 27 日判決⁽²⁾

手続上の理由により Rennes 控訴院 2015 年 11 月 3 日判決を破毀後、Angers 控訴院に移送した。

[控訴院が] Y1 社および Y2 社における X 氏の執行役員の職務からの解任の要件および手続きは誤って (fautes) おらず、その責任を負わない、したがって、これらの会社における解任は適法であり、突然 (brutales) かつ威圧的な (vexatoires) 要件のもとに行われていないと判示したことを述べるために、控訴院は、X 氏の意見を聞き (recevoir) かつ X 氏の解任について決議するために次回の招集を通知された X 氏が、すでに解任されたと勘違いし、管轄機関への招集を待つ間その職務を継続することを望まなかったとしたこと、また、X 氏が正式な決定の前に解任されたと考え、退任する (partir) ことを表明した以上、一時的な後任の選任は企業の利益において十分に正当化され、したがってこの措置はまったく威圧的 (vexatoires) ではないとしたことにかんがみ；判決の根拠となる証拠書類 (pièces) を簡略的であっても検討することなく、破毀院をその監督 (contrôle) を行使できる状態に置かなかった控訴院は、民事訴訟法典第 455 条の要請を無視した。

(2) Angers 控訴院 2019 年 9 月 17 日判決

Angers 控訴院は、Y3 有限会社の業務執行者としての解任には正当理由

(2) Cass. com., 27 juin 2018, n°16-10.018. Legifrance (<https://www.legifrance.gouv.fr>) に判決文が掲載されている。

がないとして、X 氏に対する損害賠償の支払いを Y3 社に命じた。⁽³⁾ 一方、Y1 簡易株式発行会社 (SAS) と Y2 簡易株式発行会社 (SAS) の執行役員としての解任については、法律も定款も、解任の正当理由の必要性を課していないとして、Y1 社と Y2 社の執行役員の職務からの X 氏の解任に関する X 氏の請求を却下した。

(3) X 氏の破毀申立理由

簡易株式発行会社 (SAS) の指揮者の解任手続きは、原則として、定款をもって自由に定められること；指揮者の解任を行うために会社が理由を立証しなくてもよいとする定款の定めがないときは、解任は正当理由がある場合にのみ行うことができること；本事案において、控訴院は、Y2 社の定款第 18 条が、「指揮者は、社長の提案に基づき、一人社員により、または社員が複数いる場合には通常社員総会により、いつでも (*à tout moment*) 解任することができる」と定めていることを確認したこと；Y2 社における X 氏の解任は理由なく行うことができると考えたことにより、控訴院は、2016 年 2 月 10 日オルドナンス第 2016-131 号による改正前の民法典第 1134 条、および商法典 L. 227-1 条、L. 227-5 条と L. 227-6 条に違反したにもかかわらず、Y1 社および Y2 社における X 氏の執行役員の職務からの解任の要件および手続きは誤って (*fautives*) おらず、その責任を負わない、したがって、これらの解任は適法であり、突然 (*brutales*) かつ威圧的な (*vexatoires*) 要件のもとに行われていないと判示したこと、その結果、Y1 社および Y2 社に対する X 氏の請求をすべて却下したことで、⁽⁴⁾ X 氏は〔控訴院〕判決を非難する。

(3) 上記 (1) の破毀院商事部 2018 年 6 月 27 日判決による破毀前の Rennes 控訴院は、X 氏の Y3 社の業務執行者としての解任には正当理由があるとしていた。すなわち、X 氏の権威主義、十分証明された寛容さの欠如、および、企業トップから適切に繰り返しなされた忠告を考慮することの拒否は、X 氏の経営上の能力について企業トップの信頼の喪失を正当化し、解任の正当な理由となとした。

(4) X 氏は、さらに、Y1 社と Y2 社の執行役員および Y3 社の業務執行者からの解任は、対審の原則 (*principe du contradictoire*) および防衛権を遵守することなく言い渡され、解任が行われた状況にかんがみて威圧的 (*vexatoire*) であつ

二 判旨

X 氏の上告を却下。

[控訴院が] 簡易株式発行会社 (SAS) の指揮者がその職務から解任されうる要件は、法律の規定がないときは定款をもって自由に定められる、それは解任の理由または手続き (modalités) のことであると正確に述べた後、[控訴院] 判決は、Y2 社の定款第 18 条が、社長以外の指揮者は「社長の提案に基づき、一人社員により、または社員が複数いる場合には通常社員総会により、いつでも (à tout moment) 解任することができる」と定めていることを確認し、当該第 18 条に [理由を] 付加する場合を除き、当該第 18 条は指揮者の解任を正当理由の存在に一切条件づけるものではないとした。

以上の陳述、確認された事実および見解の状況から、[控訴院] 判決が、Y2 社の執行役員としての X 氏の解任は、正当理由を立証する必要なく行うことができると判断したことは正当 (à bon droit) である。

したがって、破毀申立理由は根拠がない。

三 争点

- ① 簡易株式発行会社 (SAS) において、指揮者 (dirigeant) の解任の理由および手続きについては、何に定めることができるか。
- ② 簡易株式発行会社 (SAS) において、指揮者の解任理由について定款の定めがないときは、指揮者を解任する際に理由を必要とするか。

たことも理由として、Y1 社～Y3 社に対して損害賠償を請求している。

(5) 四 本判決の検討

1 商事会社における指揮者の解任

(1) 自由な (ad nutum) 解任

指揮者の自由な (ad nutum) 解任とは、解任決議機関が、予告なく (sans préavis)、理由なく (sans motif)、補償なく (sans indemnité) 指揮者を解任できることをいう。

株式会社において、取締役および業務監査役会構成員は通常総会により、取締役会長は取締役会により、いつでも (à tout moment) 解任されうる (商法典 L. 225-18 条第 2 項第 2 文、L. 225-47 条第 3 項、L. 225-75 条第 2 項)。

ただし、指揮者を理由なく解任できる場合であっても、対審の原則 (principe du contradictoire) の不遵守、突然 (brutale) または威圧的な (vexatoire) 状況において解任が行われた場合には、解任された指揮者は損害賠償を請求することができる。⁽⁶⁾

(2) 正当理由による解任

民事会社の業務執行者 (民法典第 1851 条)、合名会社および合資会社の業務執行者 (商法典 L. 221-12 条)、有限会社の業務執行者 (商法典 L. 223-25 条)、株式会社の取締役会長ではない執行役員 (directeur général) および担当執行役員 (directeur général délégué) ⁽⁷⁾ (商法典 L. 225-55 条)、株式会社の業務執行役会構成員および単独業務執行役員 (商法典 L. 225-

(5) 簡易株式発行会社 (SAS) における指揮者の解任についての全体的な研究として、小西みも恵「フランス簡易株式発行会社における指揮者の解任」『桃山法学』第 41 号 (2024 年 10 月) 85-125 頁。

また、フランス会社法における指揮者の解任について、白石智則「執行役会構成員の解任についての正当な理由」『白鷗法学』第 26 卷 2 号 (2019 年 12 月) 275 頁、および当該論文の注 (6) に掲げられている参考文献。

(6) 解任権の濫用については、小西みも恵、前掲 (注 5) 99 頁。

(7) 株式会社の執行役員および担当執行役員について、以前は自由な (ad nutum) 解任が認められていたが、2001 年 NRE 法により、正当理由による解任のみが認められることとなった。

61 条) について、法律は、解任が正当理由なく行われた場合には、解任された者に損害賠償を付与すると規定している。したがって、正当理由がなければ解任されないということではない。

(3) 簡易株式発行会社 (SAS) の場合

指揮者の解任について、法律上規定はない。⁽⁸⁾

2 本判決の意義

(1) 争点①について

破毀院商事部は、簡易株式発行会社 (SAS) において、指揮者の解任の理由および手続きを定めるのは定款であると明示した。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾したがって、定款に定めることにより、指揮者の自由な (ad nutum) 解任すなわち理由なき解任も正当理由⁽¹¹⁾による解任も可能である。

破毀院商事部は、指揮者の解任の理由および手続きは、「法律の規定がないときは」定款をもって自由に定められるとしている。これは、破毀院商事部が、法律に別段の定めがあるとき、および定款に認められる自由は絶対ではないことを想定していると考えられる。後者について、解任が違

(8) 簡易株式発行会社 (SAS) における唯一の法定義務機関である社長 (président) について、定款所定の要件のもとに選任されると規定されているが (商法典 L. 227-6 条第 1 項)、解任については規定がない。

(9) 破毀院がこのように判示したのは本判決が「初めて」であるとする、J. Heinrich, *supra* note n° 1, p.831。

(10) 簡易株式発行会社 (SAS) において、指揮者の解任について定めるのは定款のみであるとする、S. Farges, *supra* note n° 1, p.1198, n° 11。

解任手続きを定めることができるのは定款のみであるかという点について、破毀院商事部 2017 年 1 月 25 日判決 (Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-28.792, *Defrénois* 15 mars 2017, p.311, note Bruno Dondero; *BJS* 2017, p.170, note Michel Germain et Pierre-Louis Périn; *Rev. sociétés* 2017, p.631, note Laurent Godon; *Dr. sociétés* 2017, n° 60, obs. Julia Heinrich; *JCP E* 2017, 1147, note Clément Barrillon)。

(11) 「重大な理由 (motif grave)」とすることも可能である。

法な制裁や差別にあたる場合には、解任することはできない。⁽¹²⁾

(2) 争点②について

破毀院商事部が、簡易株式発行会社（SAS）において、指揮者の解任理由について定款の定めがないときは、理由なく指揮者を解任できると判示した点にとくに本判決の意義がある。⁽¹³⁾

本事案において、どちらも簡易株式発行会社（SAS）である Y1 社と Y2 社の定款の文言には相違がある。すなわち、Y2 社の定款第 18 条は、「社長以外の他の指揮者は、社長の提案に基づき、一人社員により、または社員が複数いる場合には通常社員総会により、いつでも（à tout moment）解任することができる」としていた。一方、Y1 社の定款第 16 条は、「執行役員は、社長の決定により、いつでも（à tout moment）かつ正当理由を要することなく、解任されうる」としており、理由なく解任できることが明示されていた。その結果、理由なき解任の可否が明らかではない Y2 社における X 氏の解任について、解任の是非を争う余地はあったが、破毀院商事部は上記のように判示している。

3 本判決の射程

本判決は、執行役員のみならず、簡易株式発行会社（SAS）のすべての指揮者、すなわち社長、担当執行役員、取締役などにも適用される。⁽¹⁴⁾

(12) B. Dondero, *supra* note n°1, p.27.

(13) 破毀院が明確にこのように判示したとする B. Dondero, *supra* note n°1, p.28; J.-F. Barbieri, *supra* note n°1, p.23, n°5、黙示的に判示したとする J. Heinrich, *supra* note n°1, p.831; S. Farges, *supra* note n°1, p.1196, n°6、明示的にも黙示的にもこのように判示していないとする、J. Moury, *supra* note n°1, p.336, n°5。

(14) M.-L. Dinh, *supra* note n°1, p.56, n°6; S. Farges, *supra* note n°1, p.1197, n°11.

4 学説の状況

(1) 争点①について

簡易株式発行会社（SAS）には、株式会社の指揮と管理および株主総会に関する規定は適用されないため（商法典 L. 227-1 条第3項）、前掲1で挙げた規定は簡易株式発行会社（SAS）には適用されない。学説は、すでに、簡易株式発行会社（SAS）において、指揮者の解任の要件（解任理由など）および手続きについては、定款に自由に定めることができると主張していた。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾ 本判決の評釈の多くは、「定款は、会社が指揮される要件を定める」⁽¹⁷⁾とする商法典 L. 227-5 条をその根拠としている。

(2) 争点②について

i 「理由なき解任」を原則とする学説

学説の多くは、以前から、「委任者は、いつでもその委任を取り消すことができる」とする民法典第2004条を適用または類推適用して、簡易株式発行会社（SAS）において、指揮者の解任理由について定款の定めがないときは、自由に（ad nutum）すなわち理由なく指揮者を解任できると主張していた。⁽¹⁸⁾ したがって、理由なき解任が原則であり、指揮者を解任する際に正当理由を要することを望むときは、そのことを定款に定める必要⁽¹⁹⁾

(15) Pierre-Louis Périn, SAS: *La sociétés par actions simplifiée*, JOLY, 7^e éd., 2023, n°550; Hélène Azarian, *La sociétés par actions simplifiée*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n°266; Laurent Godon, *La sociétés par actions simplifiée*, LGDJ, 2014, n°514.

(16) したがって、株式会社の執行役員と異なり、簡易株式発行会社（SAS）の執行役員は、自由に（ad nutum）解任することができる。

(17) B. Dondero, *supra* note n°1, p.27; J. Heinich, *supra* note n°1, p.831; J. Moury, *supra* note n°1, p.335, n°2; M.-L. Dinh, *supra* note n°1, p.55, n°4; J.-Ch. Pagnucco, *supra* note n°1, p.24.

(18) P.-L. Périn, *supra* note n°15, n°550; H. Azarian, *supra* note n°15, n°267; L. Godon, *supra* note n°15, n°515; Yves Guyon, *Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, p.64.

(19) 簡易株式発行会社（SAS）における指揮者の解任の正当理由として判例上認められたものに、社長の行為による会社経営の行き詰まり、指揮者間の対立、指揮者と社員間の対立がある（詳細は、小西みも恵、前掲（注5）90頁）。

がある。

本判決において、破毀院商事部は判決理由の根拠を述べておらず、本判決の評釈には民法典第 2004 条に根拠を求めるものと、それ以外に根拠を求めるものがある⁽²⁰⁾。

本判決以前に、法律の規定がない、株式会社における業務執行役会長の解任について⁽²¹⁾、民法典第 2004 条を適用した Versailles 控訴院 2005 年 3 月 17 日判決がある⁽²²⁾。Versailles 控訴院は、業務執行役会長の解任について法律の規定がないときは、法の一般原則とくに委任を規制する原則を適用すべきである、業務執行役会長の資格を伴う会社代表者の職務は委任から生じ、民法典第 2004 条が委任者にいつでもその委任を取り消す権限を付与していることから、業務執行役会長の解任はいかなる理由の要件にも服しない、したがって、定款の定めもないときは、業務執行役会長の解任は、その構成員とは異なり、業務監査役会の決議にもとづき、いつでも、理由なく行うことができると判示した⁽²³⁾。

(20) 民法典第 2004 条を根拠として、本判決に賛成する評釈として、B. Dondero, *supra* note n°1, p.28; J. Heinich, *supra* note n°1, p.832; J.-F. Barbiéri, *supra* note n°1, p.22, n°3. M.-L. Dinh, *supra* note n°1, p.56, n°9 は破毀院が黙示的に委任契約を考慮しているとし、また、解任理由について定款の定めがないときに、正当理由を要するとするのは、裁判官が会社契約を変更することに等しいとする。

(21) 被告会社は株式会社から簡易株式発行会社 (SAS) に組織変更しているが、そのことは判決には影響していない。

(22) CA Versailles, 17 mars 2005, *Rev. sociétés* 2005, p.917, obs. Isabelle Urbain-Parléani; *BJS* 2005, p.1264, note Paul Le Cannu; *JCP E* 2005, 134, obs. Jean-Jacques Caussain, Florence Deboissy et Guillaume Wicker.

本事案において、技術ディレクターを務める従業員であった X 氏は、まず業務執行役会構成員に、ついで業務執行役会長に選任されたが、その後業務執行役会長の職務から解任された。

(23) なお、業務執行役会長の解任決議機関についても法律の規定はないが、この点について、判例上、手続きの並行関係 (parallélisme) に基づいて、業務監査役会により解任することができるとされている。すなわち、法律は業務監査役会に業務執行役会長を選任する権限を付与しているため、その者を解任する権限も同一機関に付与すべきであるとしている (Douai 控訴院 1976 年 6 月 17 日判決 (CA Douai, 17 juin 1976, *Rev. sociétés* 1977, p.266, note J.-J. Burst; *D* 1977, p.518, note J.-Cl Bousquet; *RTD com.* 1977, p.548, obs. R. Houin)、Paris 控訴院 1999 年 12 月 10 日判決 (CA Paris, 10 déc. 1999, *Rev. sociétés* 2000, p.384, obs. Yves Guyon; *BJS* 2000, p.313, note Paul Le Cannu; *JCP E* 2000, p.798, obs. Viandier et

もともと、民法上の委任に関する規定（民法典第 1984 ～ 第 2010 条）を商事会社に適用しうるかという点について、破毀院社会部 2011 年 2 月 1 日判決は肯定していたが、近年の裁判例は否定しており、民法典第 2004 条を簡易株式発行会社（SAS）に適用することには不確実性が残る。また、本稿では詳細を割愛するが、フランスにおいて会社（société）は契約（contrat）か制度（institution）かという議論があり、指揮者を会社受任者（mandataire social）と法律上表現しているものの、会社と指揮者の法律関係は委任ではないとする学説も有力である。⁽²⁴⁾

破毀院社会部 2011 年 2 月 1 日判決は、株式会社の執行役員に民法典第 2007 条を適用することを明確に認めた。⁽²⁵⁾ すなわち、「民法典第 2007 条の適用により、一方的な法律行為である会社指揮者の辞任は、辞任が会社に通知されたときからあらゆる効果を生じること、また、予告期間を遵守するという定款上の義務の不遵守は、職務を継続することができないことを立証すべき辞任指揮者を除き、損害賠償を受ける権利を開くことのみが可⁽²⁶⁾

Caussain; *RJDA* 2000/3, p.249, n°26; *LPA* n°152, 1^{er} août 2000, p.27, note Deen Gibrila)).

Versailles 控訴院 2005 年 3 月 17 日判決は、解任決議機関についてとくに論じることなく、業務監査役会が業務執行役会長を解任できるとしている。

(24) フランス法におけるソシエテの概念については、石川真衣『組合・会社・社会』（岩波書店、2024 年）。

(25) Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n°10-20.953, *D* 2011, p.440, obs. Alain Lienhard; *JCP S* 2011, 1164, note Catherine Puigelier; *Dr. sociétés* 2011, n°65, obs. Marie-Laure Coquelet; *BJS* 2011, p.375, note Bruno Dondero; *Rev. sociétés* 2011, p.687, note Adèle Pomade; *RJDA* 2011, p.267, note Deen Gibrila.

本事案において、Y 氏は、2004 年 4 月に A 簡易株式発行会社（SAS）の総務・経理・情報部長として雇用され、2009 年 9 月 23 日の総会により、6 か月前の辞任予告付きで任期を 1 年として B 株式会社（A 社の親会社）の執行役員に選任された。2009 年 12 月 31 日に A 社と B 社は合併し、X 一人簡易株式発行会社（SASU）となっている。その後、2010 年 4 月 5 日に Y 氏は書状により X 社の執行役員の職務からの辞任を X 社に通知し、同年 5 月 25 日にある連盟の組合代表に選任されている。X 社は、Y 氏の辞任は定款所定の 6 か月前の予告をもってのみ効果を生じるなどとして組合代表への選任に異議を唱え、X 社は Y 氏の解雇手続きを開始した。

(26) 民法典第 2007 条：受任者は、委任の放棄を委任者に通知することにより、委任を放棄することができる。

能である」⁽²⁷⁾と判示している。

しかしながら、その後、破毀院商事部 2019 年 9 月 18 日判決が、会社指揮者に民法上の委任の規定を適用できないと明確に判示し、破毀院商事部 2020 年 12 月 9 日判決も簡易株式発行会社（SAS）について委任の規定の適用を否定した。これらの判決の評釈の多くは、破毀院商事部が会社指揮者に委任の規定全般を適用できないことを明らかにしたとし、そのことに賛成している。

破毀院商事部 2019 年 9 月 18 日判決は、⁽²⁸⁾「[控訴院が] 会社指揮者が法律に根拠がある (d'origine légale) 会社代表権を有することを明示した後、[控訴院] 判決は、委任について規制する民法典の特別規定 [第 1984 条以下]⁽²⁹⁾は、会社と指揮者間の関係において適用するのに適さない」と正当に判示したことにかんがみて、「破毀申立」理由は根拠がない」と判示している。

(27) 破毀院商事部 2005 年 2 月 22 日判決 (Cass. com., 22 févr. 2005, n°03-12.902, *Bull. civ.* IV, 2005, n°38; *D* 2005, p.716, obs. Alain Lienhard; *D* 2005, p.2953, obs. Jean-Claude Hallouin et Eddy Lamazerolles; *Dr. sociétés* 2005, n°93, note Jean Monnet; *BJS* 2005, p.862, note Bernard Saintourens; *Rev. sociétés* 2005, p.625, note Jean-Jacques Daigre; *JCP E* 2005, 1046, obs. Jean-Jacques Caussain, Florence Deboissy et Guillaume Wicker; *JCP E* 2005, 683, note Jean-Louis Navarro) も、「一方的な法律行為である会社指揮者の辞任は、辞任が会社に通知されたときからあらゆる効果を生じる」と判示しているが、民法典第 2007 条への言及はない。この点について、破毀院社会部が民法典第 2007 条を直接引用したことにより、少々大胆さを示したとする (B. Dondero, *supra* note n°25, p.377)。

(28) Cass. com., 18 sept. 2019, n°16-26.962, *D* 2019, p.2169, note Clément François; *D* 2019, p.2257, point de vue, note Frédéric Buy; *RTD com.* 2019, p.926, obs. Arnaud Lecourt; *JCP E* 2019, 1552, note Julie Gallois; *Dr. sociétés* 2019, n°199, obs. Renaud Mortier; *RTD civ.* 2020, p.117, obs. Patrice Jourdain; *BJS* 2020, p.11, note Didier Poracchia; *Rev. sociétés* 2020, p.108, note Samuel François; *D* 2020, p.2035, pan. obs. Eddy Lamazerolles.

本事案において、Y 合名会社の業務執行者 X 氏は、A 社に損害を与えて Y 社の会社財産の濫用に加担した罪があり、当該 A 社に損害賠償として一定金額を支払うことを命じられた。そこで、X 氏は、Y 社の名においてかつ計算において A 社との取引を行ったとして、A 社に支払った金額の償還を Y 社に求めて提訴した。

(29) 本事案において、Y 社は合名会社であったところ、破毀院商事部は合名会社に限らず会社一般に民法上の委任の規定を適用できないと判示している。

破毀院商事部 2020 年 12 月 9 日判決は、⁽³⁰⁾「受任者の一般的な責任は委任が無償である者に対しては緩やかに (moins rigoureusement) 適用されるとする民法典第 1992 条第 2 項は、商法典 L. 651-2 条に基づいて法人の資産不足 (insuffisance d'actif) の支払を追及された、裁判上の精算中である当該法人の指揮者の状況には関係せず、当該指揮者の責任は、報酬を受けているか否かにかかわらず同じように当該特別規定 [商法典 L. 651-2 条] に基づいて評価されると控訴院は正当に述べた」と判示した。

ii 「正当理由による解任」を原則とする学説

争点②についての多数説 (前掲 i) に対して、「正当理由による解任は、私たちがそれを認めるように、今日原則 (règle) であり、自由な (ad nutum) 解任は例外でしかない。…したがって、定款の定めがないときは、自由な (ad nutum) 解任可能性は共通法であるから簡易株式発行会社 (SAS) の指揮者を自由に (ad nutum) 解任しようと主張することはもはやできない⁽³¹⁾⁽³²⁾」として、反対する学説も存する。

(30) Cass. com., 9 déc. 2020, n°18-24.730, *BJS* 2021, p.49, note Didier Poracchia; *JCP E* 2021, 1154, note Jean-Baptiste Barbieri; *JCP E* 2021, 1191, obs. Philippe Pétal.

本事案において、A 簡易株式発行会社 (SAS) の精算人 X 氏は、A 社の社長であった Y 氏に対して資産不足による責任 (responsabilité pour insuffisance d'actif) を追及するために提訴した。控訴院が A 社に 50 万ユーロを支払うよう Y 氏に命じたため、Y 氏が上告した。

(31) François Pasqualini, *Le choix de la forme sociale, Mélanges P. Didier, Economica*, 2008, p.379, n°18.

(32) 本判決に反対する評釈として、J. Moury, *supra* note n°1, p.336, n°7; S. Farges, *supra* note n°1, p.1199, n°18. 前者は、社員は、生じうる事柄 (本事案の場合、指揮者が自由に (ad nutum) 解任される可能性があること) を定款に前もって定めておくべきであるとする。両者ともに、簡易株式発行会社 (SAS) における指揮者の解任への民法典第 2004 条の適用について検討しているが、否定的である。

5 争点②についての裁判例

(1) Paris 控訴院 2013 年 3 月 7 日判決⁽³³⁾

簡易株式発行会社（SAS）の定款には、「社長および執行役員は…一人社員または社員の合議体（collectivité）により解任することができる」と定められていたが、解任理由についての規定はなかった。パリ控訴院は、このような場合であっても、執行役員を自由に（ad nutum）解任しうるとした。⁽³⁴⁾

(2) 破毀院商事部 2014 年 4 月 8 日判決⁽³⁵⁾

本判決と異なり、破毀院商事部は、指揮者の解任理由について定款の定めがないときに、指揮者を解任する際に理由を必要としないことを明確に述べていない。⁽³⁶⁾

破毀院商事部は、「[控訴院が] 簡易株式発行会社（SAS）の定款に従って社長は一人社員によりいつでも（à tout moment）解任されうることを指摘した後、控訴院がその正当性を評価すべきではない理由をもって、一人社員が即時的効果による解任を決議することは自由であると控訴院は正確に結論した」と判示した。

2014 年判決において破毀院商事部が判示しているように、定款をもって指揮者を理由なく解任できるときは、裁判所は解任理由の正当性を判断す

(33) CA Paris, 7 mars 2013, n°12/08807, *Dr. sociétés* 2013, n°142, note Drothée Gallois-Cochet.

(34) もっとも、Paris 控訴院は、指揮者間の対立が会社経営に影響を与える場合には解任の正当理由があるとし、指揮者間（社長と解任された執行役員）の対立による解任の正当理由を認めている。

(35) Cass. com., 8 avr. 2014, n°13-11.650, *Dr. Sociétés* 2014, n°104, note Myriam Roussille; *BJS* 2014, p.452, note Pierre-Louis Périn; *Rev. sociétés* 2014, p.725, note Caroline Tabourot-Hyest.

(36) J.-F. Barbieri, *supra* note n°1, p.23, n°4. J. Heinich, *supra* note n°1, p.831 は、本判決において、破毀院が、本件定款は「指揮者の解任を正当理由の存在に一切条件づけるものではない」と判示したことに意義があるとし、2014 年判決は理由なき解任を定款に定める単なる可能性を示したにすぎないとする。

ることはできない。

6 解任そのものについての定款規定の欠如

簡易株式発行会社（SAS）において、指揮者の解任について定款になんら定めがないときに指揮者を解任しうるかという点について、定款所定の選任手続きと同じ手続きにより解任することができるとする見解や、理由なく解任できるとする見解がある。⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾

なお、法律の規定がない、簡易株式発行会社（SAS）における裁判上の解任について、定款の定めもないときに、正当な（*légitime*）理由により指揮者の解任を裁判所に請求することができるかという点については、学説は見解が分かれており、裁判例は否定的である。⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾

(37) J. Heinich, *supra* note n°1, p.832.

(38) P.-L Périn, *supra* note n°15, n°550.

(39) 肯定的な学説として、H. Azarian, *supra* note n°15, n°271; L. Godon, *supra* note n°15, n°516; Michel Germain et Jean-Pierre Legros, *Travaux dirigés de droit des sociétés*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, p.217.

否定的な学説として、P.-L Périn, *supra* note n°15, n°550; Didier Poracchia, *Le rôle de l'intérêt social dans la SAS*, *Rev. sociétés* 2000, p.233.

(40) Versailles 控訴院 2013 年 9 月 17 日判決（CA Versailles, 17 sept. 2013, *Dr. Sociétés* 2014, n°67, note Myriam Roussille）。なお、この点についての破毀院判決は今のところない。

(41) 詳細は、小西みも恵，前掲（注 5）87 頁。

<判例研究>

ウェブサイト閲覧者の同意を得ることなく
その電子計算機においてマイニングを
行わせるプログラムコードを
保管した行為における
不正指令電磁的記録保管罪の成立要件

——最高裁令和4年1月20日判決を参考に

河 野 敏 也

目 次

【事実の概要】

【判 旨】

【検 討】

Ⅰ はじめに

Ⅱ 不正指令電磁的記録に関する罪について

1. 保護法益

2. 反意図性

3. 不正性

4. 個別の閲覧者における同意について

Ⅲ おわりに

キーワード：不正指令電磁的記録に関する罪、不正指令電磁的記録保管罪、反意図性、不正性、社会的法益と同意

最高裁令和4年1月20日判決

不正指令電磁的記録保管被告事件

令和2年(あ)第457号

破棄自判

出典：刑集76巻1号1頁、判タ1499号75頁、判時2534号107頁など

【事実の概要】

1 本件公訴事実(訴因変更後のもの)の要旨は、「被告人は、インターネット上のウェブサイト『X』の運営者であるが、X閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置に同閲覧者の同意を得ることなく仮想通貨モノロの取引履歴の承認作業等の演算を行わせてそれによる報酬を取得しようと考え、正当な理由がないのに、人の電子計算機における実行の用に供する目的で、平成29年10月30日から同年11月8日までの間、X閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置に前記演算を行わせるプログラムコードが蔵置されたサーバコンピュータに同閲覧者の同意を得ることなく同電子計算機をアクセスさせ同プログラムコードを取得させて同電子計算機に前記演算を行わせる不正指令電磁的記録であるプログラムコード(以下「本件プログラムコード」という。)を、サーバコンピュータ上のXを構成するファイル内に蔵置して保管し、もって人が電子計算機を使用するに際してその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録を保管した」というものである。

仮想通貨(暗号資産)の取引履歴の承認作業等の演算は、仮想通貨の信頼性を確保するために行われ、その演算のために電子計算機の機能を提供した者に対して、報酬として仮想通貨が発行される仕組みになっている。承認作業等の演算を行って仮想通貨を得ることを「マイニング」と称するところ、本件当時、ウェブサイトの収入源として、閲覧者の同意を得ることなくその電子計算機を使用してマイニングを行わせるCoinhiveというウェブサービス(以下「コインハイブ」という。)が、CoinhiveTeamとい

う事業者（以下「コインハイブチーム」という。）により提供されていた。

本件は、被告人が、Xの収入源としてコインハイブによるマイニングの仕組みを導入するために本件プログラムコードをサーバコンピュータに保管した行為について、不正指令電磁的記録保管罪に問われた事案であり、主な争点は、本件プログラムコードが、刑法第168条の2第1項（以下「本件規定」という。）にいう「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録」に当たるか否かである（以下、「その意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき」という要件を「反意図性」といい、「不正な」という要件を「不正性」という。）。

2 第1審判決及び原判決の認定並びに記録によると、本件の事実関係は、以下のとおりである。

被告人は、平成29年9月当時、音声合成ソフトウェアを用いて作られた楽曲の情報を共有するウェブサイト「X」を運営していた。

コインハイブは、平成29年9月、コインハイブチームにより提供が開始されたウェブサービスである。その内容は、登録したウェブサイトの運営者（以下「登録者」という。）に対し、ウェブサイト閲覧者が閲覧中に使用する電子計算機の中央処理装置に同閲覧者の同意を得ることなく仮想通貨 Monero（モネロ）の取引台帳へ取引履歴を追記する承認作業等の演算を行わせ、その演算が成功すると、報酬として仮想通貨の取得が可能になるというマイニングを実行するプログラムコード（以下「本体プログラム」という。）を取得するためのプログラムコードを提供し、報酬の7割を登録者に分配し、3割をコインハイブチーム側が取得するというものであり、登録者が、提供された前記プログラムコードをウェブサイト内に設置すると、閲覧者の電子計算機によりマイニングが実行され、登録者が報酬の分配を得ることができるというものであった。

コインハイブによるマイニングの仕組みは、前記プログラムコードが設置されたウェブサイトを開覧すると、同プログラムコードの指令により閲覧者の電子計算機が自動的に本体プログラムが蔵置されたサーバコン

ピュータに接続され、本体プログラムが読み込まれてマイニングを指令され、その指令により閲覧者の電子計算機の中央処理装置が演算を行い、演算結果が同サーバコンピュータに送信されるというものであり、閲覧を終了するとマイニングも終了するというものであった。

被告人は、X 閲覧を通じて利益を得るため、平成 29 年 9 月 21 日、コインハイブに登録し、提供されたプログラムコードに、被告人に割り当てられたサイトキーを記述したもの（本件プログラムコード）を、サーバコンピュータ上の X 内に設置し、本件公訴事実の期間中、X を構成するファイル内に蔵置して保管した。本件当時、一般の利用者に、ウェブサイトの収益方法として閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは認知されていなかったが、被告人は、X に、閲覧中にマイニングが行われることについて同意を得る仕様を設けたり、マイニングに関する説明やマイニングが行われていることの表示をしったりすることなく、本件プログラムコードを保管していた。

被告人は、本件プログラムコードにおいて、閲覧者の電子計算機の中央処理装置使用率を調整する値を 0.5 と設定した。この数値の場合、マイニングを実行すると、閲覧者の電子計算機の消費電力が若干増加したり中央処理装置の処理速度が遅くなったりするが、極端に遅くはならず、これらの影響の程度は、閲覧者が気付くほどではなく、また、一般的なウェブサイトで広く実行されている広告を表示するプログラム（以下「広告表示プログラム」という。）と有意な差異はなかった。

3 第 1 審判決は、本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性について、反意図性が認められるとしながら不正性は認められない、として被告人に無罪を言い渡した。これを受けて、検察官は、本件規定の解釈適用の誤りや事実誤認があるとして控訴した。

4 第 2 審判決は、本件プログラムコードについて、その機能を中心に検討すると、反意図性もあり不正性も認められる、として本件プログラムコードの不正指令電磁的記録該当性を認め、第 1 審判決は本件規定の解釈を誤って事実を誤認したものであるとして、第 1 審判決を破棄し、被告人を

罰金 10 万円に処した。

5 これを受けて被告人側が上告した。

【判 旨】

最高裁は、上告趣意が刑法 405 条の上告理由にあたらなとしながらも、職権により調査し、以下の理由を述べ、原判決を破棄した。すなわち、「1 不正指令電磁的記録に関する罪は、電子計算機において使用者の意図に反して実行される不正プログラムが社会に被害を与え深刻な問題となっていることを受け、電子計算機による情報処理のためのプログラムが、「意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令」を与えるものではないという社会一般の信頼を保護し、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するために、反意図性があり、社会的に許容し得ない不正性のある指令を与えるプログラムの作成、提供、保管等を、一定の要件の下に処罰するものである。

このような本件規定の趣旨及び保護法益に照らせば、プログラムの反意図性及び不正性については、次のとおり解するのが相当である。

すなわち、反意図性は、当該プログラムについて一般の使用者が認識すべき動作と実際の動作が異なる場合に肯定されるものと解するのが相当であり、一般の使用者が認識すべき動作の認定に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、プログラムに付された名称、動作に関する説明の内容、想定される当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある。

また、不正性は、電子計算機による情報処理に対する社会一般の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するという観点から、社会的に許容し得ないプログラムについて肯定されるものと解するのが相当であり、その判断に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響の有無・程度、当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある。

2 本件プログラムコードの動作は、X の閲覧中、閲覧者の電子計算機を

使用してマイニングを行わせるというものである。

一般的なウェブサイトにおいて、運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みとして広告表示プログラムが広く実行されている実情に照らせば、一般の使用者において、ウェブサイト閲覧中に、閲覧者の電子計算機を一定程度使用して運営者が利益を得るプログラムが実行され得ることは、想定内の範囲内であるともいえる。

しかしながら、そのようなプログラムとして、本件プログラムコードの動作を一般の使用者が認識すべきといえるか否かについてみると、Xは、閲覧中にマイニングが行われることについて同意を得る仕様になっておらず、マイニングに関する説明やマイニングが行われていることの表示もなかったこと、ウェブサイトの収益方法として閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは一般の使用者に認知されていなかったことといった事情がある。これらの事情によれば、本件プログラムコードの動作を一般の使用者が認識すべきとはいえず、反意図性が認められる。

3 本件プログラムコードは、Xの運営者である被告人が、X閲覧を通じて利益を得るため、閲覧者の同意を得ることなく、その電子計算機においてマイニングを行わせるために保管したものである。

確かに、原判示のとおり、本件プログラムコードによるマイニングは、閲覧者の同意を得ることなくその電子計算機に一定の負荷を与え、これに関する報酬を閲覧者が取得することができないものであるのに、閲覧者にマイニングの実行を知る機会やこれを拒絶する機会が保障されていないなど、プログラムに対する信頼という観点から、より適切な利用方法等が採り得たものである。

しかしながら、前記1の保護法益に照らして重要な事情である電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響は、X閲覧中に閲覧者の電子計算機の中央処理装置を一定程度使用することにとどまり、その使用の程度も、閲覧者の電子計算機の消費電力が若干増加したり中央処理装置の処理速度が遅くなったりするが、閲覧者がその変化に気付くほどのものではなかったと認められる。

また、ウェブサイトの運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みは、ウェブサイトによる情報の流通にとって重要であるところ、被告人は、本件プログラムコードをそのような収益の仕組みとして利用したものである上、本件プログラムコードは、そのような仕組みとして社会的に受容されている広告表示プログラムと比較しても、閲覧者の電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響において有意な差異は認められず、事前の同意を得ることなく実行され、閲覧中に閲覧者の電子計算機を一定程度使用するという利用方法等も同様であって、これらの点は社会的に許容し得る範囲内といえるものである。

さらに、本件プログラムコードの動作の内容であるマイニング自体は、仮想通貨の信頼性を確保するための仕組みであり、社会的に許容し得ないものとはいえない。

以上のような、本件プログラムコードの動作の内容、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響、その利用方法等を考慮すると、本件プログラムコードは、社会的に許容し得ないものとはいえず、不正性は認められない。

4 以上のとおり、本件プログラムコードは、反意図性は認められるが、不正性は認められないため、不正指令電磁的記録とは認められない。」

【検 討】

I はじめに

(1) 本判決は、平成 23 年 6 月 17 日に成立した「情報処理の高度化等に対処

(1) 本判決の評釈については、例えば、永井善之「判批」新・判例解説 WATCH30 号 (2022 年) 211 頁以下、今井猛嘉「判批」法学教室 500 号 (2022 年) 33 頁以下、品田智史「判批」法セミ 809 号 (2022 年) 130 頁以下、板倉陽一郎「判批」Law & technology 96 号 (2022 年) 22 頁以下、神渡史仁「判批」法律のひろば 75 巻 7 号 (2022 年) 56 頁以下、池田知史「判批」ジュリ 1574 号 (2022 年) 107 頁以下、同「判批」Law & technology 97 号 (2022 年) 84 頁以下、栗田知穂「判批」刑ジャ 73 号 (2022 年) 133 頁以下、坂下陽輔「判批」令和 4 年度重判解 (2023 年) 140 頁以下、四方光「判批」判時 2560 号 (2023 年) 120 頁以下、佐瀬恵子

するための刑法等の一部を改正する法律」(平成23年法律第74号)により新設された不正指令電磁的記録に関する罪につき、基本的解釈を初めて示したものである。また、一審で無罪判決⁽²⁾、二審では一審を破棄し罰金10万円の有罪判決となっていたところ、最高裁が弁護人の上告趣意を排しながらも職権調査をし、原判決を刑法第411条第1号および第3号により破棄自判し、公訴を棄却した。

不正指令電磁的記録に関する罪の立法経緯の概要は次のようなものである。すなわち、平成15年3月24日法制審議会第140回会議において、「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する諮問第63号」が法務大臣より発せられた。そこでは、諮問第63号の調査審議のため、新たに設置された「刑事法(ハイテク犯罪関係)部会」に付託された。この部会での審議を経て⁽⁵⁾、同年9月10日法制審議会第141回会議において、「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱(骨子)」が全員賛成にて採択された⁽⁷⁾。他の法改正も含んだ法律案が作成され、国会に複数回

「判批」創価法学53巻1号(2023年)87頁以下などがあり、下級審の評釈も多数にわたっている(例えば、岡部天俊「不正指令電磁的記録概念と条約適合的解釈——いわゆるコインハイブ事件を契機として——」北大法学論集70巻6号(2020年)155頁以下)。また、弁護人による弁護活動の報告(平野敬「コインハイブ事件における弁護活動」季刊刑事弁護111号(2022年)78頁以下)や、反意図性、不正性理解の基になるマイニングに関する解説(高木浩光「コインハイブ事件で情報技術はどう理解されたか」季刊刑事弁護111号(2022年)70頁以下)、上告審の意見書に基づく論文(永井善之「不正指令電磁的記録概念について」金沢法学63巻1号(2020年)79頁以下)などもある。

- (2) 今井・前掲注(1)・35頁。
- (3) 横浜地判平成31年3月27日刑集76巻1号75頁。
- (4) 東京高判令和2年2月7日刑集76巻1号85頁。
- (5) 法務省HP「法制審議会第140回会議(平成15年3月24日開催)」内議事録参照。そこでは、「近年におけるハイテク犯罪の実情にかんがみ、この種の犯罪に対処するとともに、欧州評議会サイバー犯罪に関する条約(仮称)を締結するため、早急に、刑事の実体法及び手続法を整備する必要があると思われるので、別紙要綱(骨子)について御意見を承りたい。」としている。https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_030324-3.html(最終閲覧日2025年6月17日)
- (6) 法務省HP「法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会第8回会議(平成15年8月7日開催)」内議事録参照。https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_030807-1.html(最終閲覧日2025年6月17日)
- (7) 法務省HP「法制審議会第141回会議(平成15年9月10日開催)」内議事録参照。

提出されたが、衆議院の解散により、審議未了で廃案となった。その後、「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」が、⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾第 177 回国会（通常国会）に提出され、平成 23 年 6 月 17 日に成立した。

不正指令電磁的記録に関する罪については、仙台地判平成 30 年 7 月 2 日 LEX/DB25560905 がある。ただし、これは、被告人が、使用者に気付かれずにマイニングを行うプログラムを自動で実行する機能を有する他用途のプログラム⁽¹⁰⁾を作成し、サーバコンピュータの記録装置に不特定多数の者がダウンロード可能な状態で保存した上で、情を知らない者が、同人が使用するパーソナルコンピュータに前記プログラムが含まれる圧縮ファイルをダウンロードさせて前記プログラムを実行可能な状態にしたというものであった。そのため、本件とは事案を異にしており、また、不正指令電磁的記録該当性も争われていなかった。本判決は、不正指令電磁的記録に関する罪における反意図性および不正性の判断方法に初めて言及したものであり、今後同種事案において参照されることになる⁽¹¹⁾。

本稿では、不正指令電磁的記録に関する罪に関して本決定が判示した各種要件を立法段階の議論との比較を通じて探ることを目的とする。以下、

https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_030910-6.html（最終閲覧日 2025 年 6 月 17 日）

- (8) 杉山徳明＝吉田雅之「『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について（上）」曹時 64 巻 4 号（2012 年）4-10 頁、西田典之ほか『注釈刑法第 2 巻各論（1）§§ 77～198』〔嶋矢貴之〕（有斐閣、2016 年）544-5 頁、北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱（骨子）」ジュリ 1257 号（2003 年）7 頁、山口厚「サイバー犯罪に対する実体法的対応」ジュリ 1257 号（2003 年）15-6 頁。
- (9) 大塚仁ほか『大コンメンタール刑法 第 3 版 第 8 巻〔第 148～第 173 条〕』（吉田雅之）〔青林書院、2014 年〕341 頁によれば、これにより国内担保法が整備されたことで、欧州評議会の「サイバー犯罪に関する条約」について平成 13 年 11 月 23 日に署名していたところ、平成 24 年 7 月 3 日に受諾書を寄託し、同年 11 月 1 日効力が発生した、とされる。
- (10) 池田知史「判解」曹時 75 巻 8 号 184 頁も参照。なお、読売新聞 2018 年 7 月 4 日東京朝刊 25 頁によると、「マイニングを行うプログラムをオンラインゲーム用のプログラムに組み込んで自身のサイトにアップロードし、閲覧に訪れた他人のパソコンにダウンロードさせてマイニングを行わせた」ものとされている。
- (11) 池田・前掲注（10）184 頁。

「Ⅱ 不正指令電磁的記録に関する罪について」では、保護法益(1)、反意図性(2)、不正性(3)そして個別の閲覧者における同意の効果(4)について概観していくこととする。

Ⅱ 不正指令電磁的記録に関する罪について

1. 保護法益

不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益につき、最高裁は、「電子計算機による情報処理のためのプログラムが、『意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令』を与えるものではないという社会一般の信頼を保護し、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するために」とあると判示した。また、二審でも「不正指令電磁的記録に関する罪は、電子計算機において、使用者の意図に反して実行されるコンピュータ・ウイルスなどの不正プログラムが社会に被害を与え深刻な問題となっていることを受け、電子計算機による情報処理のためのプログラムが、『意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令』を与えるものではないという社会一般の者の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するために」とあるとしている。

この点、法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会第1回会議でも、「近時、いわゆるコンピュータ・ウイルス、すなわち人の使用する電子計算機についてその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせる不正な指令を与える電磁的記録が、使用者の意図に反して広範囲の電子計算機で実行されて広く社会に被害を与えており、深刻な問題となって」おり、これが蔓延すると、「人は、電子計算機による情報処理のためにプログラムを実行するに際して、そのプログラムを信頼して情報処理を行うことができなくなり、ひいては社会的基盤」である「電子計算機による情報処理が円滑に機能しなくなる」ことから、「このような不正プログラムによる不正行為につき…、その作成、提供、供用、取得あるいは保管といった各段階の行為を処罰することにより、人のプログラムに対す

る信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護する必要性が極めて大きいと考えた」とその趣旨が述べられている。さらに、「情報処理の高度化等⁽¹²⁾に対処するための刑法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」に基づき法務省が公表した「いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について」においては、「この罪は、電子計算機のプログラムが『人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令』を与えるものではないという、電子計算機のプログラムに対する社会一般の者の信頼を保護法益とする罪であり、文書偽造の罪（刑法第17章）などと同様、社会的法益に対する罪である⁽¹⁴⁾」とされている。

(12) 法務省 HP「法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会第1回会議（平成15年4月14日開催）」内議事録参照（以下、第1回議事録）。また、そこでは、保護法益に関する質問につき、個人的法益ではなく社会的法益と捉えることの文脈ではあるが、「広範囲の電子計算機に拡散するという性格がある上に、コンピュータの使用者は、プログラムがどのように機能するかというのを容易には把握できないので、プログラムが変な動作をしないと信頼して利用できないと、コンピュータの社会的機能が保護できないということになります。また、現実にはコンピュータ・ウイルスが広範囲に社会に害を与えているという実態がございますので、そういうことを考えますと、電子計算機のプログラムに対する信頼という社会的法益を害する罪として構成するのが相当だと考えている」との説明が行われている。https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_030414-1.html（最終閲覧日 2025年6月17日）

(13) 参議院 HP 内「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」参照。なお、本稿と関連する部分については次の通りである。すなわち、「政府は、本法の施行に当たり、次の事項について特段の配慮をすべきである。一 不正指令電磁的記録に関する罪（刑法第十九章の二）における『人の電子計算機における実行の用に供する目的』とは、単に他人の電子計算機において電磁的記録を実行する目的ではなく、人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせない電磁的記録であるなど当該電磁的記録が不正指令電磁的記録であることを認識認容しつつ実行する目的であることなど同罪の構成要件の意義を周知徹底することに努めること。また、その捜査等に当たっては、憲法の保障する表現の自由を踏まえ、ソフトウェアの開発や流通等に対して影響が生じることのないよう、適切な運用に努めること。」とした。https://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/ketsugi/177/f065_061601.pdf（最終閲覧日 2025年6月17日）

(14) 法務省「いわゆるコンピュータ・ウイルスに関する罪について」1頁（以下、法務省文書）。<https://www.moj.go.jp/content/001267498.pdf>（最終閲覧日 2025年6月17日）

このように、本件は、立法当初からの保護法益論を展開している⁽¹⁵⁾。この保護法益の理解がプログラムの反意図性及び不正性の解釈について影響を及ぼすところ、最高裁と高裁で判断が分かれている。そこで、以下、それぞれの要件について確認をしていく。

2. 反意図性

①反意図性の解釈

最高裁は、「反意図性は、当該プログラムについて一般の利用者が認識すべき動作と実際の動作が異なる場合に肯定されるものと解するのが相当であり、一般の利用者が認識すべき動作の認定に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、プログラムに付された名称、動作に関する説明の内容、想定される当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある」と判示した。二審は、「プログラムの反意図性は、当該プログラムの機能について一般的に認識すべきと考えられるところを基準とした上で、一般的なプログラム使用者の意思に反しないものと評価できるかという観点から規範的に判断されるべきである」とし、一審では、「個々のプログラムが使用者の意図に反するものといえるかどうかは、個別具体的な使用者の実際の認識を基準とするのではなく、当該プログラムの機能の内容や機能に関する説明内容、想定される利用方法等を総合的に考慮して、当該プログラムの機能につき一般的に認識すべきと考えられるところを基準として判断するのが相当である」とされている。

反意図性の判断については、法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会の第1回からその規定経緯が質問されており、「『その意図』というのはだれの意図か」について、「人の使用する電子計算機について」との規定は、

(15) 法務省・前掲注(14)法務省文書1頁は、一見すると異なるようにも見えるが、「電子計算機のプログラムが『人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令』を与えるものではない」との部分で電子計算機の社会的機能ということだと思われる。この点につき、今井・前掲注(1)・35頁によれば、電子計算機の社会的機能の保護が「明示的に言及された点が注目される」と解されている。

「だれであれ、人がコンピュータを使うときに、そのコンピュータを使っている人の意図に反する動作という意味で考えている」とされ、その第3回においては、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼を保護法益とする罪で」あるため、「電子計算機を使用する者の意図に反する動作であるか否かは、そのような信頼を害するものであるかどうかという観点から規範的に判断されるべきもので」ある。「すなわち、かかる判断は、電子計算機の利用者におけるプログラムの具体的な機能に対する現実の認識を基準とするのではなくて、利用者として認識すべきと考えられるところを基準とすべきである⁽¹⁶⁾」と述べられていた。また、法務省文章では、「あるプログラムが、使用者の『意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせる』ものであるか否かが問題となる場合におけるその『意図』は、個別具体的な使用者の実際の認識を基準として判断するのではなく、当該プログラムの機能の内容や、機能に関する説明内容、想定される利用方法等を総合的に考慮して、その機能につき一般に認識すべきと考えられるところを基準として判断する⁽¹⁷⁾」とされている。

②反意図性へのあてはめ

一審では、本件プログラムが一般的に「広告表示等に代わる新たな収益化の方法として認知されていたと認めることはできない」こと、本件プログラムに基づくマイニングの実行によって「中央処理装置（CPU）の処理速度が極端に遅くなることがない」ことなどからすると、当該ウェブサイト閲覧者は「通常、自身の電子計算機が本件マイニングに利用されていることに気づくことはない」こと、実際の閲覧者が「本件マイニングに気づいたもののこれを容認したとみることは到底できない」ことから、「閲覧者等の一般的なユーザーが認識すべきと考えられるものということとはでき

(16) 法務省・前掲注(12)第1回議事録。

(17) 法務省 HP「法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会第3回会議（平成15年5月15日開催）」内議事録参照（以下、第3回議事録）。https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_030515-1.html（最終閲覧日2025年6月17日）

(18) 法務省・前掲注(14)法務省文書3-4頁。

ない」として、反意図性を認定した。

二審では、一審が「一般的なプログラム使用者が事前に機能を認識した上で実行することが予定されていないプログラムについては、そのような点だけから反意図性を肯定」した点を批判した。そして、閲覧者に対して当該ウェブサイトを「閲覧することによりマイニングが実行されることについての表示は予定されておらず、閲覧者の電子計算機の機能の提供により報酬が生じた場合にもその報酬を閲覧者が得ることは予定されていない」こと、「本件プログラムコードで実施されるマイニングは、ウェブサイトの閲覧のために必要なものではな」いこと、さらに、閲覧による「機能の提供に関し報酬が発生した場合にも閲覧者には利益がもたらされ」ず、マイニングの実行について通知がなされず、「閲覧者に、マイニングによって電子計算機の機能が提供されていることを知る機会やマイニングの実行を拒絶する機会も保障されていない」ことを挙げた。そこから、「本件プログラムコードは、プログラム使用者に利益をもたらしな」いこと、「プログラム使用者に無断で電子計算機の機能を提供させて利益を得ようとするものである」ことからすると、「このようなプログラムの使用を一般的なプログラム使用者として想定される者が許容しないこと」から反意図性を肯定した。

最高裁は、本件プログラムを広告表示プログラムと比較して「一般の利用者において、ウェブサイト閲覧中に、閲覧者の電子計算機を一定程度使用して運営者が利益を得るプログラムが実行され得ることは、想定範囲内であるともいえる」として、ウェブサイトの閲覧には、ウェブサイト側が運営資金を獲得するための何かしらのプログラムを実行していることが通常想定され得るとした。ただし、「本件プログラムコードの動作を一般の利用者が認識すべきといえるか否かについて」は、「同意を得る仕様になって」いないこと、「マイニングに関する説明やマイニングが行われていることの表示もなかったこと」、「ウェブサイトの収益方法として閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは一般の利用者に認知されていなかったこと」から、「本件プログラムコードの動作を一般の使

用者が認識すべきとはいえない」として反意図性を認めた。

③反意図性判断に関する評釈

この点、二審の規範性判断との差異が特に指摘される。すなわち、最高裁は、事前に機能が認識された上で実行されることが予定されていないプログラムについて「プログラムの機能を踏まえて、当該機能を認識しないまま当該プログラムを使用することが一般的なプログラム使用者の意思に積極的に反するかどうかを検討」しているのに対して、二審は、「反意図性の判断において、当該プログラムコードが社会的に許容されているかどうかという、後に述べる『不正性』の要件を加味した判断をしている」と指摘されている。これに対して、反意図性を規範的に判断するということときには、その「規範的」とは、「個別具体的な使用者の実際の認識ではなく、一般の使用者の認識を基準に判断する」ことを意味するとされる。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

確かに、二審は立法時の議論に基づいて規範が述べられている。なぜなら、法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会第3回会議の時点で、「電子計算機のプログラムに対する社会一般の信頼を保護法益とする罪で」あることから、「電子計算機を使用する者の意図に反する動作であるか否かは、そのような信頼を害するものであるかどうかという観点から規範的に判断されるべきもの」と解されているからである。しかし、その直後に「すなわち、かかる判断は、電子計算機の使用者におけるプログラムの具体的な機能に対する現実の認識を基準とするのではなくて、使用者として認識すべきと考えられるところを基準とすべきであると考えて」いると述べていることから、ここでの規範的判断とは、一般の使用者の意思に積極的に反するかというもので、不正性の先取りをしたものではなく、一般の使用者が認識すべき機能か否かというものであろう。⁽²¹⁾⁽²²⁾

実際に、二審は、ウェブサイトの閲覧者に利益がもたらされないものの、

(19) 神渡・前掲注(1) 62頁。また、栗田・前掲注(1) 136頁。

(20) 池田・前掲注(10) 181頁。

(21) 法務省・前掲注(17) 第3回議事録。また、杉山＝吉田・前掲注(8) 70-1頁。

(22) 法務省・前掲注(17) 第3回議事録。

閲覧者自身の電子計算機の機能が無断で提供されるようなプログラムを、「一般的なプログラム使用者」が「許容」するか否かという判断をしている。これに対して、最高裁は、本件プログラムの機能や実行に関して閲覧者への通知がなく、しかも本件プログラムの動作が一般の使用者に認知されていなかったことから、本件プログラムコードの「動作」を一般の使用者が「認識すべき」とはいえないと判断している。⁽²³⁾

3. 不正性

①不正性の解釈

最高裁は、「不正性は、電子計算機による情報処理に対する社会一般の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するという観点から、社会的に許容し得ないプログラムについて肯定される」とし、「その判断に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響の有無・程度、当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある」と判示した。二審は、「一般的なプログラム使用者の意に反するプログラムであっても、使用者として想定される者における当該プログラムを使用すること自体に関する利害得失や、プログラム使用者に生じ得る不利益に対する注意喚起の有無などを考慮した場合、プログラムに対する信頼保護という観点や、電子計算機による適正な情報処理という観点から見て、当該プログラムが社会的に許容さ

(23) ただし、いわゆるポップアップ広告が、通常、インターネット利用に伴伴することから、一般に認識すべきと考えられることになり、基本的に「意図に反する動作」には当たらないとされていることから(杉山=吉田・前掲注(8)71-2頁)、「その動作」が一般に知れ渡れば、反意図性は除かれ得ることになる。そうすると、例えば、そのプログラムによって電子計算機がどのような動作をするか説明したうえで、一般のアプリケーションに偽装することもなくコンピュータ・ウイルスに相当するプログラムを作成した場合や、そのプログラムソースを動画サイトで公開する場合は反意図性が満たされ得ないことになる。しかし、法務省・前掲注(12)第3回議事録は、「作成という行為は、要綱に書いてある行為の諸類型の中で、害悪の根源を作り出す、世の中に生じさせる行為であり…、当然、一番違法性の高い行為として、処罰すべき行為だと考えているというのが、作成罪も含めている理由」だとしている。

れることがあるので、そのような場合を規制の対象から除外する趣旨で」不正性の要件があったとした。一審は、「あるプログラムによる指令が『不正な』ものであるかどうかは、ウェブサイト運営するような特定のユーザー及びウェブサイト閲覧者等の一般的なユーザーにとっての有益性や必要性の程度、当該プログラムのユーザーへの影響や弊害の度合い、事件当時における当該プログラムに対するユーザー等関係者の評価や動向等の事情を総合的に考慮し、当該プログラムの機能の内容が社会的に許容し得るものであるか否か」で判断するとした。

法務省文章では、「プログラムによる指令が『不正な』ものに当たるか否かは、その機能を踏まえ、社会的に許容し得るものであるか否かという⁽²⁴⁾観点から判断することとなる。」とされている。

②不正性へのあてはめ

二審では、「本件プログラムコードは、…その使用によって、プログラム使用者（閲覧者）に利益を生じさせない一方で、知らないうちに電子計算機の機能を提供させるものであって、一定の不利益を与える類型のプログラムといえる上、その生じる不利益に関する表示等もされていないのであるから、このようなプログラムについて、プログラムに対する信頼保護という観点から社会的に許容すべき点は見当たらず、」また、「また、本件プログラムコードは、…閲覧中に、閲覧者の電子計算機の機能を、閲覧者以外の利益のために無断で提供させるものであり、電子計算機による適正な情報処理の観点からも、社会的に許容されるということはできない」と判示した。また、一審が「〔ウ〕 ウェブサービスの質の維持向上、〔エ〕 電子計算機への影響の程度、広告表示プログラムとの対比、〔オ〕 他人が運営するウェブサイトを改ざんした場合との対比、〔カ〕 同様のプログラムに対する賛否、〔キ〕 捜査当局等による事前の注意喚起がなかったこと、などを挙げて、社会的許容性が否定できないとし」て不正性を否定した点については次の通り批判した。すなわち、〔ウ〕に対しては、「本件プログラムコー

(24) 法務省・前掲注 (14) 法務省文書 4 頁。

ドの実行」による「利益が、意に反するプログラムの実行を、使用者が気づかないような方法で受忍させた上で、実現されるべきものでないこと」、〔オ〕に対しては、「より違法な事例と比較することによって、本件プログラムコードを許容することができないこと」、〔カ〕に対しては、反意図性が認められ、かつ「プログラムを使用するかどうかを使用者に委ねることができない事案であるから、賛否が分かれていることは、本件プログラムコードの社会的許容性を基礎づける事情ではなく、むしろ否定する方向に働く事情といえる」こと、〔キ〕に対しては、「不正性のあるプログラムかどうかは、その機能を中心に考えるべきであり、捜査当局の注意喚起の有無によって、不正性が左右されるものではない」こと、〔エ〕に対しては、「他のプログラムの社会的許容性と対比して本件プログラムコードの社会的許容性を論じること自体が適当でない」こと、「不正指令電磁的記録が、電子計算機の破壊や情報の窃用を伴うプログラムに限定されると解すべき理由はないし、本件は意図に反し電子計算機の機能が使用されるプログラムであることが主な問題であるから、消費電力や処理速度の低下等が、使用者の気づかない程度のものであったとしても、反意図性や不正性を左右するものではない」ことを指摘した。

最高裁は、「保護法益に照らして重要な事情である電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響は、X 閲覧中に閲覧者の電子計算機の中央処理装置を一定程度使用することにとどまり、その使用の程度も、閲覧者の電子計算機の消費電力が若干増加したり中央処理装置の処理速度が遅くなったりするが、閲覧者がその変化に気付くほどのものではなかった」のであり、「本件プログラムコードは、…社会的に受容されている広告表示プログラムと比較しても、閲覧者の電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響において有意な差異は認められず、事前の同意を得ることなく実行され、閲覧中に閲覧者の電子計算機を一定程度使用するという利用方法等も同様であって、これらの点は社会的に許容し得る範囲内といえる」とした。さらに、「本件プログラムコードの動作の内容であるマイニング自体は、仮想通貨の信頼性を確保するための仕組みであ

り、社会的に許容し得ないものとはいいい難い」とし、「本件プログラムコードの動作の内容、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響、その利用方法等を考慮すると、本件プログラムコードは、社会的に許容し得ないものとはいえず、不正性は認められない」と判示した。

③不正性判断に関する評釈

不正性判断につき、立法段階での理解は二審の立場に近いと評価されている。すなわち、反意図性が認められるプログラムのうち、「社会的に許容し得るもの」を処罰対象から例外的に取り除くための要件が不正性だと解するのが立法者の見解だとされているのである。確かに、法制審議会刑事事法（ハイテク犯罪関係）部会第1回会議では、「形式的には『意図に反する動作をさせる指令』に当たることがあっても、そういう社会的に許容されるような動作をするプログラム…は、不正な指令に当たらないということで、構成要件的に該当しない⁽²⁵⁾」と述べられ、法制審議会刑事事法（ハイテク犯罪関係）部会第3回会議でも、「コンピュータの使用者の意図に沿わない動作をさせる、あるいは意図している動作をさせないような指令を与えるプログラムは、その指令内容を問わずに、それ自体、人のプログラムに対する信頼を害するものとして、その作成、供用等の行為には当罰性があると考え⁽²⁶⁾」るものの、「そういうものに形式的には当たるけれども社会的に許容できるようなものが例外的にあり得ると考えられ⁽²⁷⁾」ることから、「これを除外することを明らかにするために、『不正な』という要件を更につけ加えている」と述べられている。これに対して、最高裁は、「社会的に許容し得ないプログラム」に不正性が認められると判示していることから、立法者の理解とは異なり「不正性要件に独自の積極的な意義を認めている⁽²⁸⁾」ものである、あるいは「最高裁が不正性を『例外的』とする解釈を

(25) 品田・前掲注(1) 131頁。

(26) 法務省・前掲注(12) 第1回議事録。

(27) 法務省・前掲注(17) 第3回議事録。

(28) 品田・前掲注(1) 131頁。

採用しなかった」などのように評価されている。反対に、最高裁の判断についても立法趣意と異なるところはないと主張するものもある。⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

この点、「最高裁に至るまでの立案担当者…、あるいは第一審、控訴審も、基本的には反意図性が認められるだけで原則として犯罪性」を有しているところ、不正性において「例外的に許されるというような事情があるかどうか、というような判断の方法であったように見えるのに対して」、最高裁は、不正性について「犯罪性を根拠づける積極的な要素があるか」で判断する違いが指摘されている。特に、一審が、「弊害の度合い」のみならず「一般的なユーザーにとっての有益性や必要性の程度」を総合的に考慮する点が利益衡量判断であることから、確かに、不正性は、例外判断になじむと解され得る。ただし、立法段階では不正性に積極的な意義がなく、最高裁が立法段階の理解とは異なる判断をしたとまではいい得ない。なぜならば、立法段階で反意図性のみで足りるとの意見に対して「不正な」という要件が付加されたことに意義があるとしていたからである。⁽³¹⁾⁽³²⁾

また、最高裁は、不正性判断において「その機能を踏まえ、社会的に許容し得るものであるか否かという観点から判断する」ことについて、「当該プログラムの動作の内容に加え、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響の有無・程度、当該プログラムの利用方法等を考慮する」という実質的な考慮要素を示した。⁽³³⁾それは、許容性を基礎づける事情の判断ではなく、あくまで「不正性」を基礎づける判断であり、

(29) 高木浩光ほか「【座談会】コインハイブ事件最高裁判決を受けて(上)」情報法制研究第12号(2022年)105頁〔高木発言〕。

(30) 池田・前掲注(10)192頁。

(31) 高木ほか・前掲注(29)98頁〔永井発言〕。

(32) さらに、法務省HP「法制審議会刑事法(ハイテク犯罪関係)部会第6回会議(平成15年7月4日開催)」内議事録(以下、第6回議事録)によれば、当該規定を批判する文脈ではあるが、「『不正な』というのは独立した概念だと、人の意図に沿うか沿わないかとは別の概念として『不正な』というのがあるのだというふうに、多分そういうふうにおっしゃっているのだと思うのですが、この書き方でこの『不正な』というのが読めるかと。」と事務局に質問がなされている。
https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_030704-1.html(最終閲覧日2025年6月17日)

(33) 神渡・前掲注(1)・64頁。

利益衡量判断は後退している。⁽³⁴⁾利益衡量が違法性判断になじむものであるところ、立法段階から、不正性が違法性阻却の問題ではなく構成要件該当性の問題であるとしていることと、上記最高裁の判示は整合的である。⁽³⁵⁾ただし、衡量的な要素が完全に排外されるのかには若干の疑問が残る。なぜならば、ある事項が一般に「社会的に許容」されるか否かという判断をするとき、比較衡量が行われるからである。例えば、自動車の利用は、個人の生命身体財産を侵害し得るが、それ以上に輸送力の向上による生活の向上が得られることから「社会的に許容」されているとなるように、メリットとデメリットを比して容認され得る場合に「許容」しているように思われるからである。この点、最高裁は、「電子計算機による情報処理に対する社会一般の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するという観点から」許容され得るか否かを判断するとしている。

4. 個別の閲覧者における同意について

①立法時の議論

本件は、個別の閲覧者が同意を得るようなウェブサイトの構成になっていないことが反意図性を基礎づける一つの要素となっていた。一般に、本罪においてあるプログラムの利用者が、それが「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録」であることに同意していた場合、本罪は成立しない。本罪は、あるプログラムが不正指令電磁的記録である、ということを電子計算機の利用者が認識していないことが必要であることから、これを認識している者は本罪にいう「人」に該当しないと

(34) 高木ほか・前掲注(29)98頁〔永井発言〕。

(35) 山口厚『刑法各論 第3版』(有斐閣、2024年)513頁も参照。そこでは、「不正性の要件は、一般的な違法性を評価するための要件ではなく(これは、違法性阻却事由がないこと、すなわち違法であることを意味する『正当な理由がないのに』という別の要件において考慮されている)、…本罪の保護法益の枠内で、反意図性による消極性評価を修正」するものであるとされている。

解されている。⁽³⁶⁾これは、法務省文章でも同様である。⁽³⁷⁾翻って立法段階では、「『人』は他人という意味で考えており…この罪というのは、プログラムに対する社会の信頼を害する罪で」あることから、「同意をしている人について信頼を害するということはない」とし、「同意を得ている人、分かっている人に対して使うというのは、ここでいう『人の電子計算機の実行の用に供する目的』には当たらない」と解されている。⁽³⁸⁾ここでの議論はさらに続けられ、⁽³⁹⁾「事務当局の正確な」理解を尋ねられたところ、「目的のところで外れるという理解」⁽⁴⁰⁾であることが述べられていた。

②社会的法益に対する同意

総論的に見ると、被害者の同意が「問題となるのは生命、身体、自由、財産などの個人的法益に限られる」⁽⁴¹⁾とされている。なぜならば、被害者の同意は、個人の法益処分の自由や「個人の自己決定権に基づく、法による利益保護の自主的な拒否により法益保護の必要性が減弱・欠如すること」⁽⁴²⁾に犯罪阻却効果の根拠が求められるところ、社会的法益は、各個人によっ

(36) 吉田・前掲注 (9) 344-5 頁、杉山＝吉田・前掲注 (8) 70 頁、山口・前掲注 (35) 514 頁。

(37) 法務省・前掲注 (14) 法務省文書 3 頁。

(38) 法務省・前掲注 (32) 第 6 回議事録。

(39) 法務省・前掲注 (32) 第 6 回議事録。そこでは、「法文解釈として、明確に不可罰になるという趣旨からしますと、やはり『人』は他人であって、同意をしている者は『人』には当たらないと。したがって、この目的の要件は、同意をしている人に対して使うためにこれこれする場合は当たらないと理解しておいた方が、非常に明確であって、疑義を感じる余地がないのではないかと私は思います。」との意見が出された。

(40) 法務省・前掲注 (32) 第 6 回議事録。そこでは、「今の目的の点から申しますと、私どもとしましては、文書偽造罪などの目的規定がございますね、供用目的という。あれと同じような形で理解しておるということでございます、その場合に、それを相手が同意しておるか、情を知っておるという場合には供用に当たらないというところで解釈なさるのか、人行使という、「人」のところを外すのかという、現行法の理解、〇〇委員のような御理解もあるかもしれませんが、いずれにしても目的のところで外れるという理解をしておるということでございます。」と述べられている。

(41) 西田典之＝橋爪隆『刑法総論 第 4 版』(弘文堂、2025 年) 200 頁。

(42) 井田良『刑法講義・総論 第 2 版』(有斐閣、2018 年) 346 頁。

て自由に処分される、ということが通常は観念し得ないからである。

ただし、社会的法益（および国家的法益）の同意の可能性について一切認めないとされる見解はほぼ存しないように思われる。「教科書には、一般に、被害者の同意は、同意の内容が被害者にとって処分可能な個人的法益に関してのみ問題となり、国家的法益や社会的法益については被害者の同意は問題とならない、と書かれている⁽⁴⁴⁾」とされるが、実際の記述には留保がある。例えば、上記の教科書例に一番近い表記としては、「純然たる国家的法益や社会的法益についての承諾は無意味であり、被害者の個人的法益が主であっても、同時に、国家的法益や社会的法益をも含む犯罪については、承諾は違法性を阻却しない⁽⁴⁵⁾」という記述などがある。これらの記述の特徴は、「承諾論の総論的検討でとりわけよく用いられる犯罪論体系上の地位に関する記述⁽⁴⁷⁾」である4分類のうち「違法性阻却事由としての同意⁽⁴⁸⁾」の枠内で議論していることにある。この場合、違法性阻却以外の同意の効果は、否定されていない⁽⁴⁹⁾。実際に、「社会的法益の保護を主とする犯罪であっても、個人的法益を含むものについては、被害者の承諾によってどの犯罪性に影響が与えられると解されることがある⁽⁵⁰⁾」と指摘するもの

(43) 以下、本項目では、国家的法益と社会的法益の違いによる影響がない限り、「社会的法益」で表記していく。

(44) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）200頁。

(45) 川端博『刑法総論講義 第3版』（成文堂、2013年）328頁。

(46) この類型の記述をしているものとしては、例えば、大塚仁ほか『大コンメンタール刑法 第3版 第2巻（第35条～第37条）』（古田佑紀＝渡辺咲子）（青林書院、2016年）434頁、西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）236頁、板倉宏『新訂 刑法総論 補訂版』（勁草書房、1998年）201-2頁、大塚仁『刑法総論 第4版』（有斐閣、2008年）418頁、福田平『全訂 刑法総論 第5版』（有斐閣、2011年）180-1頁など。

(47) 佐藤陽子『被害者の承諾—各論的考察による再構成—』（成文堂、2011年）7頁。

(48) 以下の4類型である。すなわち、①構成要件該当性を阻却させるもの、②同意が構成要件要素であるもの、③同意の有無を問わない犯罪、④違法性を阻却させるもの。なお、古田＝渡辺・前掲注（46）433頁は、②と③をまとめ、3類型とする。

(49) 団藤重光『刑法綱要総論 第3版』（創文社、1990年）222頁が「個人的法益に対する罪については、被害者の承諾が違法性を阻却するのではないか…が問題になる」とされているのもここに位置付けることが可能と思われる。

(50) 大塚・前掲注（46）419頁注（4）。

もある。

そして、それ以外の多くの教科書は、(a) 同意は「原則的に」個人的法益に限るとして社会的法益の同意の余地を残すもの、(b) 個人的法益が重なる部分がある場合に社会的法益の同意があり得るとするもの、(c) この両者 (a) (b) をともに指摘するもの、(d) 社会的法益に関する同意は実際上ありえないとする（理論上はあると言外に述べる）もの、(e) 上記 (d) および (a) の両方を挙げるもの、(f) 前述の (b) と (d) の両方を指摘するもの、(g) 端的に社会的法益における同意も問題となると述べるもの、(h) 前記 (b) に加えて「社会的法益に対する罪において被害者の同意が構成要件上考慮されている場合がある」とするものなどに分かれているものの、いずれも社会的法益に対する同意によって犯罪成立要件に影響を及ぼされ得ることが示唆されている。

これに対して、総論の記載としては社会的法益の同意を認めていないものもある。例えば、「個人的法益に関するものであっても、国家法益または社会法益と競合している場合、または、個人法益の主体が複数存在している場合には、被害者の同意の法理を適用することは許されない」、あるいは「同意が有効であるためには、その対象となる法益が、同意を行う者

(51) 例えば、林幹人『刑法総論 第2版』（東京大学出版、2008年）159頁、前田雅英『刑法総論講義 第8版』（東京大学出版、2024年）84頁。

(52) 例えば、浅田和茂『刑法総論 第3版』（成文堂、2024年）204頁、伊東研佑『刑法総論』（日本評論社、2010年）224頁、今井猛嘉ほか『刑法総論』（橋爪隆）（有斐閣、2009年）159頁、関哲夫『講義 刑法総論』（成文堂、2015年）177頁、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）305頁、松宮孝明『刑法総論講義 第6版』（成文堂、2024年）124頁。

(53) 例えば、伊藤渉『アクチュアル刑法総論』（成瀬幸典）（弘文堂、2005年）163頁、曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）258頁。

(54) 例えば、平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣、1975年）248-9頁、西田＝橋爪・前掲注(41) 200頁、山口厚『刑法総論 第3版』（有斐閣、2016年）165-6頁。

(55) 橋本正博『刑法講義』（新世社、2015年）161頁。

(56) 例えば、内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）589-90頁、佐伯・前掲注(44) 201頁。

(57) 例えば、高橋則夫『刑法講義 第5版』（成文堂、2022年）341頁。

(58) 山中敬一『刑法総論 第3版』（成文堂、2015年）206頁。

(59) 大谷實『刑法講義総論 新版第5版』（成文堂、2025年）256頁。

に放棄・処分の権限のある法益でなければならない。したがって、それは、純然たる個人的な法益に限られる⁽⁶⁰⁾」とする見解がある。社会的法益に関する同意については、現住建造物放火罪において建造物の居住者、あるいは現在者が同意した場合には、非現住建造物放火罪となり、その建造物の所有者である場合には、刑法第109条第2項の適用もあり得ることが指摘されている⁽⁶¹⁾。そこで、放火罪における該当部分の記述を見ると、「放火罪は公共危険犯であるから、被害者の同意は違法性を阻却しない。ただし、他人の所有物について所有者の同意があれば、その物は他人の所有物ではなくなる。また、住居に使用している居住者の同意がある場合および人の現在する建造物についてその者の同意があれば、人の現在しない建造物と同視される⁽⁶²⁾」とされ、また、「放火罪は、副次的に個人の所有権の保護をも考慮している。…放火罪においては、物の所有者の同意が、適用法条を変化させるという効果をもつ⁽⁶³⁾」と指摘されている。構成要件該当性や違法性を阻却する同意は観念し得ないとされている見解においても、各論の記載に鑑みると、同意によって客体の性質を変えることなどは否定されていない⁽⁶⁴⁾。

③個別の閲覧者における同意の効果

これまで見たところによると、社会的法益に対する同意が犯罪性に影響を与えることを完全に否定する見解はほぼないといってよい。社会的法益であっても、個人の同意が犯罪の成立要件に影響を及ぼし得るのである。電子計算機の利用者が、あるプログラムが不正指令電磁的記録であると認

(60) 井田・前掲注(42) 349頁。

(61) 齋野彦弥「社会的法益と同意」現代刑事法 59号(2004年) 47頁。

(62) 大谷實『刑法講義各論 新版第3版』(成文堂、2013年) 386頁。

(63) 井田良『講義刑法学・各論 第3版』(有斐閣、2023年) 434-5頁。

(64) 松原芳博『刑法総論 第3版』(日本評論社、2022年) 131頁によれば、総論では「法益主体の同意」について論じていることから、法益主体になり得ない社会的法益への同意は念頭に置かれていない(あるいはそもそも観念し得ない)と解されているように見える。しかし、同『刑法各論 第3版』(日本評論社、2024年) 455頁によれば、「現在者・居住者全員が放火に同意していた場合は、非現在建造物になる」とされる。

識していない場合に不正指令電磁的記録に関する罪が成立する以上、同意の不存在が前提となる。社会的法益たる「プログラムに対する社会一般の信頼、電子計算機の社会的機能」自体を個人が放棄することはできない以上、本罪にいう「人」に該当しないと解するのが妥当であろう。

Ⅲ おわりに

本稿では、不正指令電磁的記録に関する罪の成立要件につき、立法経緯と最高裁の論理を比較した。結論としては、最高裁は、いずれの要件も立法時の経緯を抑え、それに沿う形で判断しており妥当である。また、社会的法益に対する同意があり得ること、社会的法益に対する罪である本罪が不正指令電磁的記録であるという認識を持っていない者すなわち個人の同意がない者への行為であることから、個人の同意によって本罪にいう「人」に該当しなくなることも確認した。これまで、同意論の研究は個人的法益に集約されている。そこでの論理が社会的法益に対する同意との関係で整合的かは今後検討されなければならない。

(65) 鎮目征樹ほか『情報刑法Ⅰ サイバーセキュリティ関連犯罪』〔鎮目征樹〕(弘文堂、2022年) 172頁。

桃山学院大学法学会会則

(名 称)

第1条 本学会は、桃山学院大学法学会 (St. Andrew's University Law Studies Association) と称する。

(目 的)

第2条 本学会は、桃山学院大学における法学およびその関連領域の研究を行うとともに、国内外の学術交流を図ることを目的とする。

(事務所)

第3条 本学会の事務所は、桃山学院大学内に置く。

(事 業)

第4条 本学会は第2条に定める目的を達成するため、次の事業を行う。

1. 機関誌の編集
2. 研究会の開催
3. 講演会の開催
4. その他、本学会の目的達成に必要な事業

(会 員)

第5条 本学会は、桃山学院大学の専任教員または名誉教授で、本学会の目的に賛同する者をもって会員とする。

- 2 会員は年額 3,000 円を会費として納入する。
- 3 会員は機関誌並びに法学会の出版物の配布を受けることができる。

(機関誌)

第6条 本学会の機関誌の名称は、『桃山法学』(St. Andrew's University Law Review) とする。

- 2 機関誌の編集は、本学会の責任において行い、桃山学院大学総合研究所がこれを発行する。
- 3 機関誌への投稿規程は別に定める。

(役 員)

第7条 本学会に次の役員を置く。

1. 会長 1 名
2. 理事 若干名
3. 監事 1 名
- 2 役員は会員の互選により総会において選出する。
- 3 役員の任期は1年とする。ただし、再任を妨げない。
- 4 会長は本学会を代表し、会務を統括する。
- 5 理事は会長を補佐し、会務を運営する。
- 6 監事は本学会の会計を監査する。
- 7 会長に事故あるときは、会長の委任を受けた理事が職務を代行する。

(総 会)

第8条 本学会は毎年度1回、定期総会を開催する。ただし、会長は、必要があると認められるときに、臨時に総会を招集することができる。

- 2 総会の定足数は、会員の2分の1とする。
- 3 総会の議長は、会長がこれを務める。
- 4 総会は役員を選出、新会員の入会承認、予算案の承認、会計監査の承認、本会

則の改正, 投稿規程の改訂, その他本学会の運営に必要な事項を審議・決定する。

- 5 総会の決定は, 会則の改正を除き, 出席しかつ投票する会員の2分の1によって行われる。ただし, 可否同数の場合は, 議長がこれを決する。

(監 査)

第9条 本学会の会計年度は, 4月1日に始まり翌年の3月31日に終了する。

(会則の改正)

第10条 本会則の改正は, 総会の出席会員の3分の2の同意を要する。

付則 この会則は, 2002年6月19日より施行する。

この会則は, 2011年9月20日より一部改訂施行する。

この会則は, 2011年10月17日より一部改訂施行する。

『桃山法学』投稿規程

1. 『桃山法学』(以下「機関誌」と略す。)は, 定期刊行物であり, 年2回発行する。
2. 編集委員会は, 桃山学院大学法学会(以下「本学会」と略す。)会長および編集担当理事2名によって構成する。編集委員長は会長とする。
3. 編集委員会は, 投稿された原稿を審査するため, 本学会の会員からレフリーを若干名指名することができる。
4. 本誌に投稿できる者は, 本学会の会員とする。ただし, 編集委員会は, 非会員の投稿を認めることができる。
5. 投稿は, 「論文」, 「判例研究」, 「研究ノート」, 「資料」, 「翻訳」, 「書評」, 「その他」に類別する。ただし, 編集委員会は類別を変更することができる。
6. 投稿の分量は, 原則として「論文」が28,000字(欧文の場合は14,000語), それ以外の分類は14,000字(欧文の場合は7,000語)を基準とする。
7. 機関誌への投稿は, 法学およびその関連領域に関するもので, 未発表の原稿とする。
8. 投稿の掲載の可否は, 編集委員会およびレフリーの合議で決定する。
9. 投稿は原則として横書きとし, 完成原稿を提出しなければならない。
10. 英語その他の外国語による原稿は, タイプ打ちまたは活字体で提出しなければならない。
11. 投稿原稿には欧文タイトルを別記する。「論文」には400語以内の欧文抄録を添付することができる。
12. 「論文」, 「判例研究」, 「研究ノート」には, 和文または欧文によるキーワードを5語以内で記す。
13. 投稿者による校正は三校までとし, 定められた期日までに校正原稿を編集責任者へ返却しなければならない。
14. 本誌に掲載された論文等の著作権のうち「複製権」と「公衆送信権」の行使は, 桃山学院大学総合研究所に委託する。
15. 本誌に掲載された論文等については, 桃山学院大学学術機関リポジトリに公開することを原則とする。

付則 この規程は, 2002年6月19日より施行する。

この規程は, 2003年10月22日より一部改訂施行する。

この規程は, 2011年10月1日より一部改訂施行する。

執 筆 者 紹 介 (掲載順)

田 中 祥 貴	法学部教授
田 中 志津子	法学部教授
江 藤 隆 之	法学部教授
小 西 みも恵	法学部准教授
河 野 敏 也	法学部准教授

桃山学院大学法学会会員（所属・50音順）

法 学 部 会 長

理事（編集）

理事（編集）

監 事

理事（庶務）

理事（研究）

理事（研究）

経済学部

経営学部

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

本学名誉教授

江井大軽河楠小小杉鈴田田趙塚永橋早本松矢井瀬瀧寺朴本前松村山

藤口川部野本島西井木中田水本川間村根上谷澤田大間田田山川

隆祐済恵敏敏和み俊康志祥民鉄裕一の昌眞ゆり仁友法徹聰高偉

之貴植子也之貴恵介文子貴秀也子雄み学廣二敏子唱子栄之生子康也

2025年10月10日 発行

桃山法学 第43号

編 集 桃 山 学 院 大 学 法 学 会

発 行 桃 山 学 院 大 学 総 合 研 究 所

〒594-1198 和泉市まなび野1-1

TEL. 0725-92-7129

印刷所 友 野 印 刷 株 式 会 社

〒700-0035 岡山市北区高柳西町1-23

TEL. 086-255-1101 (代)

St. Andrew's University Law Review

Issue No.43

(October 2025)

Articles

The Nordic Principles and Structure of Safeguarding
the Constitution: A Study Centered
on the Finnish ModelTANAKA Yoshitaka (1)

Structural Problems of Online Platforms and the
Liability of Platform ProvidersTANAKA Shizuko (65)

Der fehlgeschlagene Versuch und der Wegfall des
Tatmotivs: Anhand der Rechtsprechung
des BGH und/y mediante la sentencia del
Tribunal Supremo de EspañaETO Takahiro (125)

Case Studies

Révocation *ad nutum* des dirigeants de la
société par actions simplifiéeKONISHI Mimoe (155)

Zur Aufbewahrung eines elektromagnetischen
Datenträgers mit rechtswidrigen Befehlen
und der Einwilligung des Opfers
.....KAWANO Toshiya (169)

Edited by

St. Andrew's University Law Studies Association
St. Andrew's (Momoyama Gakuin) University
1-1 Manabino, Izumi, Osaka 594-1198, Japan