

山形大学
法政論叢

第 75 号

2022

論 説

情報提供義務違反の効果としての減額

—ドイツにおける「culpa in contrahendoによる減額」の導入可能性—

小笠原 奈 菜 1

講 演

誤判と再審

白 取 祐 司 27

山形大学法学会

執筆者紹介

小笠原奈菜……本学教授

白取 祐司……神奈川大学教授

論 説

情報提供義務違反の効果としての減額

—ドイツにおける「culpa in contrahendoによる減額」の導入可能性—

小笠原 奈菜

第1章 はじめに

第2章 ドイツの状況

第1節 情報提供義務違反の効果としての減額

第1款 肯定

第2款 実質的な減額を認めることの問題点

第2節 実質的な減額における算定基準

第1款 減額規定の類推適用の概要

第2款 減額規定の類推適用の問題点

1 概要

2 問題点の詳細

①信頼損害であるのに履行利益の賠償がなされてしまう／履行利益の額を超える

②客観的価値が賠償対象となるべきであること

③保護目的が異なること

④瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合

3 問題点への反論

①信頼損害であるのに履行利益の賠償がなされてしまう／履行利益の額を超える

②客観的価値が賠償対象となるべきであること

③保護目的が異なること

④瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合

第3節 小括

第3章 日本法における問題点及び解決策

第1章 はじめに

契約交渉過程において、誤った情報提供がなされたために、情報提供の相手方が想定していなかった契約が成立することがある。このような契約交渉過程における情報提供義務違反がなされた場合の効果としては、契約を解消し損害賠償を行なう類型と、契約を維持し損害賠償を行なう類型とがある⁽¹⁾。後者の類型として、実質的な減額が主張されている。松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』では、「契約維持+損害賠償」型は5類型あり、「第1に、たとえば機械の使用方法について誤った説明を受けたため、怪我をした事案では、その損害が賠償される（最判平成17・9・16判時1912号8頁）。第2に、適切な説明を受けていれば、より安い価格で目的物を購入していた場合には、実際に支払った代金との差額が賠償される（実質的には代金減額。小笠原奈菜「情報提供義務による契約当事者の信頼の保護—損害としての「高値取得」—」現消23号（2014）67頁。）。第3に、適切な説明を受けていれば、利益を得ていたであろう場合には、その「得べかりし利益」が賠償される（大津地判平15・10・3LX/DB28090191。東京地判平18・4・24判時1955号43頁も同様であろう）」と述べられ、「このように、情報提供義務違反等にあっても、交渉破棄と同様、要件論の精緻化はもとより、効果論にも課題が残されている。」とする。また、藤田寿夫は、「契約を解消せず、契約を

(1) 松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（2020年、法律文化社）961～963頁 [池田清治執筆]、藤田寿夫『表示責任と債権法改正』（2018年、成文堂）140頁～142頁。

維持した場合」について、「不実告知や説明義務違反により誤認して契約を締結し、契約解消できるのに、契約解消せずに契約を維持した場合には、代金減額もしくは契約維持して残留する信頼損害の賠償も認められるべきであろう。」とし、具体的な算定方法につき、「わが国において新563条の代金減額規定の類推適用という道も考えられよう。」とする。

情報提供義務違反の「契約維持＋損害賠償」型の効果として、実質的な減額が認められるか、実質的な減額の算定基準として民法563条類推適用が可能かが問題となる。

本稿は、上記の問題につき、債務法現代化法施行後のドイツの議論を再確認し、日本の改正民法下での問題点を明らかにすることを目的とする。第2章では、ドイツにおいて、情報提供義務の効果としての減額が学説においてどの程度認められているかを概観し（第1節）、実質的な減額における算定基準として主張されている説について検討する（第2節）。第3章では、ドイツの状況を踏まえた上で、日本法における問題点及び解決策を検討する。

第2章 ドイツの状況

本章では、債務法現代化法施行後のドイツの状況を確認する。第1節では、情報提供義務違反の効果としての減額に関する学説の議論を紹介し、第2節では実質的な減額における算定基準についての学説の議論を紹介する。

第1節 情報提供義務違反の効果としての減額

第1款 肯定

ドイツでは、2002年の債務法現代化法により、契約交渉の開始・契約の勧誘といった法律行為的な社会的接触があった場合には、債権債務関

係に基づく義務（ドイツ民法241条2項⁽²⁾）が、契約締結前であっても生じることが明記された（311条2項⁽³⁾）。同法311条2項、241条2項の義務違反の効果は、280条1項⁽⁴⁾によれば、債務者の義務違反によって生じた損害の賠償義務であり、賠償されるべき損害に関しては249条以下の規範に従うことになる⁽⁵⁾。すなわち、契約締結過程における情報提供義務違反に基づいて賠償されるべき損害に関しては同法249条以下の規範に従うこととなる。

情報提供義務違反により誤認して契約を締結し、契約解消できるのに、契約解消せずに契約を維持して損害賠償を請求するといういわゆる「契約維持+損害賠償」型の効果として、連邦通常裁判所は実質的な減額を

(2) ドイツ民法241条（債務関係と給付義務）

2項 債務関係は、その内容及び性質の顧慮のもとに、各当事者に相手方の権利、および利益を顧慮する義務を負わせる。

なお、本稿に関連するドイツ民法の規定についての条文訳は、法務大臣官房司法法制調査部「ドイツ民法典—総則—」法務資料第445号（1985）、椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』（1988年、日本評論社）、椿寿夫＝右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（1990年、三省堂）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（1995年、三省堂）、岡孝編『契約法における現代化の課題』（2002年、法政大学出版）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（2003年、信山社）による。

(3) ドイツ民法311条（法律行為上の及び法律行為に類似した債務関係）

2項 241条2項に従った義務を伴う債務関係は、以下によって発生する

1 契約交渉の開始、

2 それに際して、あり得る法律行為による関係について一方の当事者が相手方に権利、法益、および利益に対する影響の可能性を与え、又は相手方にそれらを委ねる旨の、契約の勧誘、又は

3 それに類似した取引上の接触

(4) ドイツ民法280条（義務違反による損害賠償）

1項 債務者が債務関係に基づく義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求しうる。債務者が義務違反につき責を負わない場合は、この限りでない。

(5) 半田・前掲（注1）204頁参照。

認めていると学説では理解されている。Lorenzは、連邦通常裁判所は、契約締結上の過失の事例群のうち「いわゆる望ましくない契約または内容的に不利な契約」の事例群、すなわち、情報提供義務違反の事例群において、売買契約法および請負契約法の分野では、高値取得損害を認めているとする。その際に、判例として、連邦通常裁判所1977年5月25日判決BGHZ69,53（企業売買）、連邦通常裁判所1988年12月8日判決NJW 1989, 1793（マンション売買）、連邦通常裁判所1991年3月14日判決BGHZ114, 87（建築請負）、連邦通常裁判所1993年10月12日判決NJW1994, 663（フランチャイズ契約）を挙げる⁽⁶⁾。Mertensは、契約締結上の過失の事例群のうち、有効な契約成立の事例群、すなわち情報提供義務違反の事例群の効果についての論稿の中で、連邦通常裁判所は減額を認めていると述べる⁽⁷⁾。

Noskyは、契約締結上の過失に基づく責任に関する論稿の中で、よく知られているように、連邦通常裁判所は被害者に、契約の解除権と「契約締結上の過失に基づく減額」の選択権を与えているとし、上記連邦通常裁判所1977年5月25日判決を挙げる⁽⁸⁾。Honsellは、情報提供義務一般について検討する論稿において、高値取得損害の請求について、「契約締結上の過失の文脈での減額」と述べ、判例もこれを承認すると述べる⁽⁹⁾。Wojtasは、契約締結上の過失の法的効果に関する論稿において、

(6) Lorenz, Haftungsausfüllung bei der culpa in contrahendo: Ende der „Minderung durch c.i.c.“?, NJW 1999, 1001, 1002.

(7) Mertens, Die Rechtsfolgen einer Haftung aus culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Vertrag nach neuem Recht, ZGS 2004,67,69.

(8) Nosky, Die Bedeutung von Verhaltenskodizes für die Abschlusskontrolle zugleich ein Beitrag zur Materialisierung der Entscheidungsfreiheit im Schuldvertragsrecht, 2005, S.202.

(9) Honsell, Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt, in: FS Medicus, 2009, S.181.

連邦通常裁判所によると、残留信頼損害の賠償は、合意された価格の対応する減額と超過分の返済の形式、つまり売買契約法上の減額のような形をとらなければならないとする⁽¹⁰⁾。

Wächter/Wollnyは、企業売買に関する論稿の中で、契約締結上の過失に基づく請求によって付与される損害賠償は、確立した連邦通常裁判所判決によれば、いわゆる「残留信頼損害」の中に存在するとし、経済的にはこれは売買価格の減額に相当するが、連邦通常裁判所はこの表現を避け「残留信頼損害」と呼んでいるとする⁽¹¹⁾。このように、情報提供義務違反の効果としての減額を判例が認めていると学説では理解されている。

注釈書では、情報提供義務違反の効果としての高値取得損害の賠償は履行利益の賠償となり原則認められないとする見解を採る場合には、効果としての減額には触れられていない⁽¹²⁾。一方で、信頼損害の賠償として高値取得損害の賠償を認める連邦通常裁判所の見解を肯定する注釈書では、実質的な減額を認めるものがある。Kindlは、情報提供義務違反の場合に、対価の縮減が行なわれており、損害の算定について、減額規定を手本とした売買価格の割合的縮減が提案されているとする⁽¹³⁾。Grünebergは、契約締結上の過失の結果、契約が不利な条件で成立した場合、判例によると、被害者は給付を縮減して払いすぎた費用の返還を請求できるとし、これを契約締結上の過失の際の減額と呼ぶ⁽¹⁴⁾。Stürnerは、

(10) Wojtas, Die Haftung für culpa in contrahendo in Polen und in Deutschland, 2017, S.144.

(11) Wächter/Wollny, Schadensersatz post M&A bei c. i. c oder Delikt und Garantieverletzungen, NZG 2019, 801, 804.

(12) Emmerich, in: MünchKomm. BGB, 8. Aufl. (2019), § 311 Rn. 201.

(13) Kindl, in: Erman BGB, 15. Aufl., (2017), § 311 Rn.80.

(14) Grüneberg, in: Grüneberg BGB, 81. Aufl. (2022), § 311 Rn. 57.

契約締結上の過失の事例群のうち、「いわゆる望ましくない契約または内容的に不利な契約」の事例群、すなわち情報提供義務違反の事例群において、連邦通常裁判所は反対給付の減額を認めているとする⁽¹⁵⁾。Beckerは、いわゆる望ましくない契約の事例群において、契約締結上の過失責任が準瑕疵担保法の機能を果たしており、一種の減額権として表れているという⁽¹⁶⁾。ただしBeckerは、債務法現代化法によって瑕疵担保責任の適用範囲が広がったため、契約締結上の過失に基づく減額類似の損害賠償を認める正当性は無くなったとする⁽¹⁷⁾。

連邦通常裁判所が情報提供義務違反の効果としての減額を認めていることに対して、学説では肯定する見解が多数を占める。「契約維持+損害賠償」型の全般について認める見解として、Canarisは、情報提供義務一般の効果として減額を認め、ドイツ民法249条1項による原状回復が期待できない場合に、ドイツ民法251条1項を類推適用し、金銭給付を請求できるとする⁽¹⁸⁾。Hauは、契約適合に関する論稿の中で、契約適合の一類型として、「契約締結上の過失に関する原則に従った過失による減額も含まれる」と述べる⁽¹⁹⁾。

具体的な契約類型を念頭に置いたうえで認める見解として、Pützは、保険契約の検討において、「減額」という用語はドイツ民法441条の意味での減額として理解されるべきものではなく、法的に定義されていない概念とする。また「より有利な契約」という仮定的な契約には、当事者の視点に応じて、給付または対価の「減少」または「増加」が含まれる

(15) Stürmer, in: Prütting, Wegen, Weinreich BGB, 16. Aufl. (2021), § 311 Rn. 66.

(16) Becker, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 4. Aufl. (2021), § 311 Rn. 78.

(17) Becker, a.a.O., (Fn. 16), § 311 Rn. 86.

(18) Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrecht—Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 315.

(19) Hau, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, S. 245.

ため、「契約締結上の過失に基づく減額」という用語は一方しか示しておらず、誤解を招くものと指摘する²⁰⁾。Onyeukwuは、継続的契約の広告についての論稿において、判例や一部の学説によると、広告対象者は、反対給付の縮減（減額）の権利を取得すると述べ、原状回復が債権者の被害にとって十分でない事案の場合に、ドイツ民法251条1項に基づいて賠償義務者が債権者に金銭で補償することになるとする²¹⁾。Kestingは、消費者信用の信用調査に関する論稿の中で、消費者が消費貸借契約を維持し、ドイツ民法251条1項に従った損害賠償として払うべき毎月のローン返済額の減額を請求する可能性があるとする²²⁾。Hahnは、フランチャイズ契約について、情報提供義務違反の効果としてフランチャイズフィーの減額を認める。Hahn自身はフランチャイズ契約における減額には理論としては賛成だが、信頼関係が基礎となっているフランチャイズ契約においては現実問題として反対する²³⁾。

第2款 実質的な減額を認めることの問題点

肯定する見解が多数を占める一方で、実質的な減額を認めることの問題点を指摘する見解もある。Lorenzは、効果としての減額を認めることは、ドイツ民法249条1項が規定する原状回復の原則に矛盾すること、

²⁰⁾ Pütz, Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung und das allgemeine Schuldrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, 2009, S.111f.

²¹⁾ Onyeukwu, Die Auswirkungen irreführender Werbung auf einen schuldrechtlichen Folgevertrag, 2012, S.104.

²²⁾ Kesting, Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen, 2019, S.205.

²³⁾ Hahn, Umfang und Inhalt der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Franchisegebers, 2019, S.177.

ドイツ民法旧463条²⁴⁾に矛盾することになるとする。また、これまで連邦通常裁判所が採った見解は、実際には、連邦通常裁判所がまさに問題視している締結強制という結果となり²⁵⁾、それゆえ、たとえば、司法による法形成としても受け入れられないとする²⁶⁾。Noskyは、因果関係要件を明らかに無視し、契約締結の自由に対する侵害のリスクから、非常に疑わしいようにみえるとする²⁷⁾。Honsellは、瑕疵担保法の潜脱となるという理由から、減額を否定する²⁸⁾。

このように、否定する見解としては、連邦通常裁判所は、情報提供義務者が情報提供権利者に有利な仮定的な契約に同意するかどうかの証明は必要がないとしているため、過失責任であるにもかかわらず因果関係要件を無視しているという見解、不利な契約に拘束されて情報提供義務者の契約締結の自由を侵害するという見解、原則としての原状回復（ドイツ民法249条1項）ではなく金銭賠償（ドイツ民法251条1項）が認められてしまうという見解、瑕疵担保法の潜脱となるという見解がある。

第2節 実質的な減額における算定基準

「契約維持＋損害賠償」型の効果として実質的な減額を認める場合に、算定基準として、日本においては民法563条類推適用が主張されているところである。ドイツにおいて、減額規定の類推適用に関しては議論の

24) ドイツ民法旧463条（不履行に基づく損害賠償）売買の目的物が売買の当時において保証された性質を欠くときは、買主は、解除又は減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が欠点を知りながら告げなかったときも、同様である。

25) 情報提供義務違反の効果として減額を認めた場合、情報提供義務者、たとえば売主は、減額した代金での契約締結を強制される結果となってしまう。

26) Lorenz, a.a.O., (Fn. 6), S.1002.

27) Nosky, a.a.O., (Fn. 8), S.202.

28) Honsell, a.a.O., (Fn. 9), 2009, S.181.

あるところである。本節では減額規定の類推適用を主張したCanarisの見解を紹介し（第1款）、減額規定の類推適用の問題点に関する議論を検討する（第2款）。

第1款 減額規定の類推適用の概要

ドイツ民法441条は、次のように規定する。「1項 買主は、解除に代えて、売主に対する表示により、代金を減額しうる。323条5項2文の排除事由は適用されない。2項 買主または売主が複数当事者であるときは、減額は、その全員からまたはその全員に対して、することができる。3項 減額に際して、代金は、契約締結時に瑕疵のない状態における物の価値が実際の価値との間で有したであろう割合に従って減額される。減額は必要な限りにおいて、評価によって探求されうる。4項 買主が、減額された代金以上の額を支払ったときは、差額が売主から返還されるべきである。346条1項及び347条1項が準用される。」

Canarisは、減額規定を類推適用することにより、当事者が前提とした価値関係が維持されるとする。そして、売買価格と契約目的の真の価値との差額を損害賠償額とすることは適切ではないとする。なぜなら、この方法は当事者間で合意した価格関係を破壊し、形式的契約正義の発現である主観的な均衡原理に反するからである。ドイツ民法441条を類推適用する場合には、売買価格は、当事者間で合意した価格関係を維持したまま減額される⁽²⁹⁾。

注釈書においては、Grünebergは、契約締結上の過失の結果、契約が不利な条件で成立した場合に反対給付の減額を認めることについて、ドイツ民法441条の類推適用を提唱するCanarisの見解を紹介する⁽³⁰⁾。Stürner

(29) Canaris, a.a.O., (Fn. 18), S.315ff.

(30) Grüneberg, a.a.O., (Fn. 14), § 311 Rn. 57.

は、契約締結上の過失の事例群のうち、「いわゆる望ましくない契約または内容的に不利な契約」の事例群、すなわち情報提供義務違反の事例群において、因果関係の欠如を理由として否定する見解があることを紹介したうえで、Canarisはドイツ民法251条1項及び441条3項を用いて減額を肯定すると述べる⁽³¹⁾。

第2款 減額規定の類推適用の問題点

Canarisの見解は、2002年の債務法現代化法施行前に主張されたものであるが、施行後も議論が続いている。減額規定の類推適用の問題点について、債務法現代化法施行後の議論を中心に検討する。

1 概要⁽³²⁾

減額規定の類推適用の問題点は、次の四点にまとめることができる。第一に、信頼損害であるのに履行利益の賠償がなされてしまう、あるいは履行利益の額を超えることである。第二に、客観的価値が賠償対象となるべきであることである。第三に、保護目的が異なることである。第四に、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題である。以下では、各問題点について詳細を述べる。

2 問題点の詳細

①信頼損害であるのに履行利益の賠償がなされてしまう／履行利益の額を超える

第一の問題点は、減額規定の類推適用をすることにより、信頼損害で

(31) Stürmer, a.a.O., (Fn. 15), § 311 Rn. 66.

(32) 拙稿「情報提供義務による契約当事者の信頼の保護—損害としての『高値取得』」私法78号(2016)160頁参照。

あるのに履行利益の賠償がなされてしまう、あるいは履行利益の額を超えることである。債務法現代化法施行前の論稿であるが、その後の学説の基礎となる主張として、TiedtkeとGrigoleitがある。Tiedtkeは、高値取得損害は信頼損害であるので、ドイツ民法249条1項に基づいて回復されるべき「状態」は、契約が締結されなかった場合の状態であるとする。したがって、締結した契約の成立を前提とした減額規定の類推適用を認めると履行利益の賠償がなされることになるという問題があるとする³³⁾。Grigoleitは、契約内容になっていない被害者の期待を考慮に入れると、被害者にとって有利である誤った想定が契約内容になったかのように扱われるとする。契約締結上の過失による責任は、契約に含まれていない期待を補うだけであるので、これらの期待を契約上認める義務はないため、減額規定の類推適用も認められないとする³⁴⁾。

債務法現代化法施行後の論稿として、Feuerriegelは、フランチャイズ契約における誤った立地分析がなされた事案である連邦通常裁判所1993年10月12日判決NJW1994, 633は、実際の売上と誤った立地分析に基づいて予想される売上の差額を損害とすると、履行利益の賠償となってしまうと判断しているとする。したがって、減額の算定の際には、誤った立地分析に基づいて予想される売上を考慮してはならないとする。そうすると、損害賠償の効果としての減額の算定については明確な基準が無く、ドイツの実務では当面の間、適切な減額の算定は裁判所の裁量にゆだねられることになるとする³⁵⁾。Theisenは、契約締結上の過失一般に関する

(33) Tiedtke, Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden beim Vertragsabschluß wegen fehlender Aufklärung, JZ 1989, 569, 571.

(34) Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung-Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, 1997, S.194f.

(35) Feuerriegel, Die vorvertragliche Phase im Franchising eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und spanischen Rechts, 2004, S.245.

論稿において、信頼利益と履行利益の間の原則・例外関係の一般化は問題であり、損害賠償の範囲の規定であるドイツ民法249条以下は、そのような一般化を許さず、改正後も同様であるとする³⁶⁾。

②客観的価値が賠償対象となるべきであること

第二の問題点は、客観的価値が賠償対象となるべきであるにもかかわらず、減額規定の類推適用を認めることにより客観的価値が賠償対象となくなってしまうことである。Mertensは、契約締結上の過失の事例群のうち、有効な契約成立の事例群、すなわち、情報提供義務違反の事例群の効果についての論稿の中で、主観的な契約関係を維持しながらの請求は、契約法上の瑕疵担保責任の枠内でのみ認められるとする。そして、契約締結過程の責任の場合には契約関係の同等性の維持ではなく、契約前の誤った情報の結果として生じた不利益を賠償することが問題となるため、売買目的の客観的な価値の減少、すなわち、誤った情報提供の結果として支払われた売買価格と実際の価格の差額が賠償されるべきだとする³⁷⁾。Kerstinは、情報提供義務違反一般を扱う論稿の中で、情報提供義務違反によって客観的な利益が失われた場合にのみ損害賠償が可能となるのであるから、その場合の損害賠償の額は、売買価格から売買目的の客観的価値を引いたものとなるはずであるとする³⁸⁾。

③保護目的が異なること

第三の問題点は、担保責任と情報提供義務では保護目的が異なること

³⁶⁾ Theisen, Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo, NJW 2006, 3102, 3105.

³⁷⁾ Mertens, a.a.O., (Fn. 7), S.71.

³⁸⁾ Kersting, Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen - Vertragsaufhebungsanspruch oder "Minderung" aus c.i.c.?, JZ 2008, 714, 721.

である。債務法現代化法施行前の論稿であるが、Tiedtkeは、情報提供義務一般についての論稿の中で、担保責任は給付期待が保護目的であるのに対し、情報提供義務は自己決定権が保護目的であるとする。したがって、売買目的の真の価値が支払われた売買価格よりも偶然少なかったとしても、この損害は、自己決定権を保護目的とする情報提供義務との関連性が欠けた損害になるため、情報提供義務違反として賠償されるべき損害ではないとする³⁹⁾。

Janalは、電子商取引における消費者保護についての論稿の中で、ドイツ民法242条に基づく情報提供義務と法定された消費者情報提供義務の双方の保護目的は、契約相手方の意思の円滑な行使であるとし、情報提供義務違反の際の損害は、財産的損害ではなく、契約相手方の自己決定権侵害であるとする⁴⁰⁾。Pützは、保険契約に関する論稿の中で、ドイツ民法241条2項の「利益」には意思決定の自由も含まれるので、契約締結上の過失に関して、契約締結を財産的損害とみなす試みは不要であるとする。したがって、財産的損害があることを明らかに前提としてドイツ民法251条1項の適用をめざすCanarisのアプローチは利用できないとする⁴¹⁾。

④瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合

第四の問題点は、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合である。ドイツの通説・判例は、瑕疵担保責任が成立する場合には、もはや情報

39) Tiedtke, a.a.O., (Fn. 33), S. 571.

40) Janal, Sanktionen und Rechtsbehelfe bei der Verletzung verbraucherschützender Informations- und Dokumentationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S.177.

41) Pütz, a.a.O., (Fn. 20), S.160.

提供義務違反は問題とならず、売主が契約に適合しない目的物を引渡し
たことが問題であり原則として瑕疵担保責任が優先すると考える⁽⁴²⁾。

Feuerriegelは、フランチャイズ契約における減額に関して次のように
述べる。混合契約説によれば、フランチャイズ契約には通常、売買、使
用賃貸借、用益賃貸借、雇用及び事務処理契約の性質が含まれる⁽⁴³⁾。し
たがって、種々の典型契約の担保規定が適用される。フランチャイザー
が売買と性質決定される義務に違反した場合、ドイツ民法441条が適用
される。一方、使用賃貸借、ライセンス契約または用益賃貸借と性質決
定される義務に違反した場合には、ドイツ民法536条が適用される。フ
ランチャイザーが雇用契約と性質決定される義務を履行しなかった場合、
ドイツ民法326条1項1文後段により441条3項に基づく減額が可能であ
る。したがって、情報提供義務は従属的な役割のみを果たすことにな
る⁽⁴⁴⁾。

Theisenは、契約前の情報提供義務違反に基づく損害賠償について、
ドイツ民法251条に基づく損害賠償の範囲は、あるべき状態との比較に
よって決定することができ、したがって、249条以下の領域において、
減額に似た損害賠償の余地はないとする。また、形成権としての減額は、
契約締結前の情報提供義務の場合に適用されないとする⁽⁴⁵⁾。

Beckerは、最近の判例は、「残留信頼損害」という名目で、因果関係

(42) ドイツにおける瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題について
は、古谷貴之「ドイツ新債務法における瑕疵担保法と契約締結上の過失の交錯」
同志社法学60巻5号(2008)79頁以下、藤田・前掲(注1)125-126頁参照。

(43) ドイツにおけるフランチャイズ契約の法的性質について、拙稿「フランチャ
イズ契約における情報提供義務と「契約の性質」」山形大学法政論叢51=52号
(2011)15頁以下参照。

(44) Feuerriegel, a.a.O., (Fn. 35), S.247.

(45) Theisen, a.a.O., (Fn.36), S.3105.

の証明無しで減額類似の損害賠償を認め続けており、その損害は、ドイツ民法441条3項のような方法で算定するのではなく、高値取得損害であるとする。そして、債務法現代化法によって瑕疵担保責任の適用範囲が広がったため、契約締結上の過失に基づく減額類似の損害賠償を認める正当性は無くなったとする⁽⁴⁶⁾。

3 問題点への反論

減額規定の類推適用については上記に述べた問題点があるが、これらに対する反論が主張されている。

①信賴損害であるのに履行利益の賠償がなされてしまう／履行利益の額を超える

信賴損害であるのに履行利益の賠償がなされてしまう、あるいは履行利益の額を超える点について、債務法現代化法施行前の論稿であるが、その後の学説の基礎となる主張として、Stollは、高値取得損害は、本来解消されるべき、不利な契約を情報提供の相手方が維持した上でなお残る損害であり、当該契約の成立を前提として、給付と反対給付の不均衡を賠償として求めるものではないといえるとする。つまり、客観的価値ではなく、情報提供の相手方の期待に合った契約が持っていたであろう仮定的な価値に、実際に売買目的が有している真の価値が劣っているということが前提になっているとする⁽⁴⁷⁾。

債務法現代化法施行後の論考として、Mertensは、情報提供義務一般

(46) Becker, a.a.O., (Fn. 16), § 311 Rn.86.

(47) Stoll, Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluß, in: FS Riesenfeld, 1983, S.275; ders., Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in: FS Werner Flume, Bd.I, 1978, S.741.

についての論稿の中で、減額請求が信頼利益か履行利益かにかかわらず、いずれの場合も、減額の損害賠償の性質と程度については、ドイツ民法249条以下に従うとする⁴⁸⁾。

②客観的価値が賠償対象となるべきであること

減額規定の類推適用を認めることにより客観的価値が賠償対象とならなくなる点について、Gebhardtは、企業売買契約における減額の金銭的補償の算定は、ドイツ民法441条3項に基づいて行われることになり、必要に応じて、ドイツ民事訴訟法287条に従って算定する必要があるとする。なぜなら、これらの損害算定の諸規定および必要ならばドイツ民法242条以下も用いて、両当事者の利益を適切に考慮し解決することができるからである⁴⁹⁾。

Pohlmannは、情報提供義務一般に関する論稿の中で、損害賠償の具体的な範囲はドイツ民法249条1項によって定まるが、例外的に、被害者にとって耐えられない結果が導き出される場合にのみ、ドイツ民法249条1項の適用が回避され、441条が類推適用されるとする。たとえば、真の価値が40の企業の仮定的価値を80と考え、売主が買主から40で企業を購入した場合、ドイツ民法249条1項を適用すると、買主には損害が生じていないことになるが、441条を類推適用すると、20の返還を請求することができる⁵⁰⁾。

Kreutzは、仮定的な契約についての論稿の中で、合意された反対給付は、

(48) Mertens, a.a.O., (Fn. 7), S.70.

(49) Gebhardt, Herabsetzung der Gegenleistung nach culpa in contrahendo, 2001, S.216f.

(50) Pohlmann, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten : ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, 2002, S.119ff.

加害者によって提供された情報が正確であったことを前提として、期待される給付の価値が実際の価値に対する比率で減額されるべきであるとする。なぜなら、この算定方法に基づけば、主観的な契約の等価性が維持でき、また、給付に価値がある場合でも、被害者は賠償することができる。被害者に対する給付の主観的価値を無視すると、瑕疵のない状態での目的物の客観的価値と実際の価値との差額が賠償されることになってしまうとする⁵¹⁾。

Wojtasは、契約締結上の過失に関する論稿の中で、客観的価値を賠償対象とする場合、被害者は、契約目的の客観的価値が売買価格を下回る場合にのみ損害賠償を請求でき、買主が安く目的物を取得した場合、損害賠償は否定されたとする。同様に、契約目的の減少した価値が、後の利益によって補填される場合、損害賠償は否定されたとする。一方、減額の解決を行なった場合、元の価値関係を維持しながら、契約価格の比例的な削減によって損害算定を行なうため、支払われた契約価格は、買主に有利な取引であるという特徴を考慮して、比例的に引き下げられる。つまり、受け取った給付の客観的価値と、正しい情報提供があった場合に当事者が合意したであろう給付の仮定的価値の比率で引き下げられるとする。このタイプの損害算定には、契約上の給付の客観的価値と仮定的価値の両方を決定する必要があるという問題があるとする⁵²⁾。

③保護目的が異なること

担保責任と情報提供義務では保護目的が異なる点について、Kreutzは、仮定的な契約についての論稿の中で、建設プロジェクトの譲渡契約に関

(51) Kreutz, *Hypothetische Verträge im Rahmen des Schadensausgleichs*, 2016, S.215.

(52) Wojtas, a.a.O., (Fn. 10), S.148.

する連邦通常裁判所2006年5月19日判決BGHZ168, 35は、給付期待を考慮しなければならないと言及しているとする⁵³。そして、期待を裏切られた者は、契約相手方による契約上の給付の履行を信頼しても良いはずであるとする⁵⁴。

④瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合

瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合について、Gebhardtは、契約締結上の過失に関する論稿の中で、ドイツ民法441条3項の比例式は、企業売買の際の売買価格を変化した情報の状態に適合するのにふさわしいため、同項を類推適用すべきとする。ただし、契約締結上の過失に基づく責任の場合の信頼損害の算定については問題があるとする。厳密な意味での企業売買の場合、売主自身が売却した企業全体または企業の一部の事業を行なっていたため、売主が提供した誤った情報は、売主の過失あるいは少なくとも補助者の過失に基づくといえる。予防法学の観点からは、担保責任と過失責任との間には明確な違いがあり、契約条項を策定する際に非常に重要視されるが、契約に明示的な条項が無い場合には、両者はほとんど変わらないとする⁵⁵。また、時効の観点からGebhardtは、瑕疵担保請求権の時効は目的物の引渡から2年であり（ドイツ民法438条1項3号、2項）、一方、契約締結上の過失に基づく請求の時効は、買主が請求権を基礎づける事情を知りまたは重大な過失が無

53) 本判決は、「残留信頼損害」概念を初めて示した判決である。詳細は、拙稿「ドイツにおける契約締結の際の情報提供義務違反における「残留信頼損害」の賠償—連邦通常裁判所2006年5月19日判決を手がかりとして—」山形大学法政論叢60=61号(2014)193頁参照。

54) Kreuzt, a.a.O., (Fn. 51), 2016, S.180.

55) Gebhardt, a.a.O., (Fn. 49), S.217 und S.233.

ければそれらを当然知るべかりし年の終了から3年である（ドイツ民法195条、199条1項）。通常、貸借対照表の誤りの場合、隠れた損失が明らかになるまでに長期間かかる可能性がある。この観点から、ドイツ民法438条の認識に依存しない時効に比べて、195条の認識に依存する時効は買主にとって利点があり、買主から奪われるべきではないとする⁵⁶⁾。

Thiessenは、企業売買に関する論稿の中で、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求の場合、瑕疵担保法において解除と減額によって達成されたのと非常に似た結果が得られるとする⁵⁷⁾。そして、Thiessenは、瑕疵担保法の減額規定が適用される場合には、契約締結上の過失による損害算定には利点はないとする。損害賠償法に基づく売買代金の減額は、売主が売買目的物を売却しなかったかもしれないような非常に低い売買代金になるが、売主が搾取されるということは瑕疵担保法上の減額規定に関しても同様であり、その点について立法時に議論されたが、減額規定は維持されているとする⁵⁸⁾。また、時効の観点から Thiessenは、契約締結上の過失と瑕疵担保責任の境界は、紙一重であり、情報提供義務違反が合意された性状に関連している限りにおいて、契約締結上の過失に基づく請求についてドイツ民法438条1項3号を類推適用すれば回避できるとする⁵⁹⁾。また、Thiessenは、ドイツ民法438条1項3号の類推適用を仮に否定した場合であっても、契約締結上の過失と瑕疵担保責任の重畳適用は、双方の責任根拠の違いによって正当化される可能性があるとする。すなわち、契約締結上の過失に基づく請求は、瑕疵担保責任と異なり、売主の過失に基づくため、買主は、売主の過失要件を満たす場合

56) Gebhardt, a.a.O., (Fn. 49), S.217 und S.234.

57) Thiessen, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch, 2010, S.409.

58) Thiessen, a.a.O., (Fn. 57), S.412.

59) Thiessen, a.a.O., (Fn. 57), S.430.

にのみ契約締結上の過失に基づく請求をすることができるとする⁶⁰⁾。

Kreutzは、仮定的な契約に関する論稿の中で、判例も比例式による算定に共感しており、たとえばマンションの売買契約の際に増築時の要件について説明しなかった連邦通常裁判所1988年12月8日判決NJW1989,1793は、契約締結上の過失に基づく損害賠償として、売買価格の10%縮減をし、不動産売買の際に近隣の悪臭に関する情報提供が問題となった連邦通常裁判所1987年7月10日判決NJW-RR1988,10は、担保法に基づく減額の観点からだけでなく、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求の観点からも、契約を維持する買主は、合意された給付の削減と超過額の返済を請求することができるとし、瑕疵担保責任と契約締結上の過失の法的効果を同等にしているとする。ただし、判例が実際に減額規定に基づく算定を採用しているかどうかは明確ではないとする⁶¹⁾。また、Kreutzは、法的救済としての減額と損害算定方法としての減額公式の利用は異なるが、どの根拠に基づいて法的救済が認められるのかに関係なく、算定方法は同じであるとする。ドイツ民法251条1項に従って価値利益の算定が行なわれるため、減額公式の利用は損害賠償の性質に反するとは言えないとする。契約締結上の過失による損害賠償に関して引き継がれるのは、瑕疵担保責任に基づく法的救済ではなく、損害を算定する際への利用であるので、瑕疵担保責任の要件に基づく形成権としての減額権との衝突はなく、法の潜脱もないとする⁶²⁾。

Wächter/Wollnyは、企業売買に関する論稿の中で、残留信頼損害の算定の際に、ドイツ民法441条3項の類推適用（比例式）が用いられるべきであるとし、次のように述べる。たしかに、ドイツ民法441条3項は

⁶⁰⁾ Thiessen, a.a.O., (Fn. 57), S.431.

⁶¹⁾ Kreutz, a.a.O., (Fn. 51), S.215.

⁶²⁾ Kreutz, a.a.O., (Fn. 51), S.218.

売買法に属し、契約締結上の過失の場合に原則として適用される249条以下に優先しないため、441条3項は、解釈を導き出しうるモデルではない。企業売買において、当該企業は、売主にとっては買主にとってよりも価値が低いので、取引において、売主は、当該企業においている価値よりも多くのもので、買主は、少ないものを支払う。したがって、売買価格は通常、買主が考えている企業価値よりも下回る。誤った情報提供が、両当事者に対して同様ではない影響を与える場合には、ドイツ民法441条3項類推適用または比例式によって残留信頼損害を算定することは適切である。比例式は、 $\text{新売買価格} = \text{旧売買価格} \times (\text{誤情報提供に基づく企業価値} / \text{誤情報提供によって隠された企業価値})$ である⁶³。

第3節 小括

判例は、情報提供義務の効果としての減額を認めているということが学説の共通認識である。その上で、判例に同意する見解が学説では多数である。学説では、契約締結上の過失の事例群のうち情報提供義務違反の事例群について、効果としての減額を認めており、企業売買、保険契約、フランチャイズ契約という契約類型において減額が認められることが検討されている。一方、反対する見解も見られる。反対する見解の理由としては、ドイツ民法249条以下の原状回復の原則に反するという点と、因果関係の証明がなされていないという点がある。

減額規定の類推適用については争いがある。信頼損害であるのに情報提供の相手方が期待した仮定的な契約の成立を前提とした減額規定の類推適用を認めると、履行利益の賠償が認められてしまうという問題点に

⁶³ Wächter/Wollny, a.a.O., (Fn. 11), S.805f.

対しては、仮定的な契約の成立を前提として当該契約が持つ客観的価値が賠償対象となるのではない点、信頼利益か履行利益かにかかわらず、いずれにせよ損害賠償の範囲はドイツ民法249条以下に従うという点が反論として主張されている。

客観的価値が賠償対象となるべきにもかかわらず主観的な契約関係を維持しながらの請求がなされてしまうという問題点に対しては、客観的価値を賠償とした場合には、たとえば売買契約で買主が目的物を安く取得した場合には損害が生じないこととなるが、減額規定の類推適用により、契約の主観的な等価性が維持できるとの反論が主張されている。

自己決定権を保護目的とする情報提供義務の損害の算定の際に、給付期待を保護目的とする担保責任の減額規定を用いることはできないという問題点に対しては、情報提供義務違反が問題となった判例においても、給付期待を考慮しなければならないと述べられているとの反論が主張されている。

瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の競合問題については、債務法現代化法により、瑕疵担保責任の適用範囲が広がったため、情報提供義務違反として扱われていた事例については瑕疵担保責任によって救済されるので、情報提供義務違反の損害の算定の際に減額規定を類推適用する必要はないと主張されている。これに対して、瑕疵担保責任と契約締結上の過失責任の境界は紙一重であり、実務においても判例においても、両者はほとんど変わらない扱いがなされているとの反論が主張されている。

第3章 日本法における問題点及び解決策

改正前民法においては、瑕疵担保責任一般の効果として代金減額の規定は存在しなかったが、2020年施行の改正民法によって契約不適合の効

果として代金減額が規定された（民法563条）。したがって、効果としての減額を望む場合には、契約不適合責任を追及すればよく、情報提供義務違反を主張した上で効果としての減額を認める実益は乏しいと考えられるかもしれない。

しかしながら、たとえば不動産売買において、日照・眺望阻害などの環境瑕疵が問題となる場合に、瑕疵担保責任が認められた裁判例があるにもかかわらず、現在の裁判例は、信義則上の調査・告知義務違反の問題として解決する傾向にある⁶⁴。また、フランチャイズ契約における立地分析や売上予測に関して誤った情報が提供された結果、契約を締結した場合には、契約不適合責任を認めることは困難ではあるが、契約を維持した上でフランチャイズフィーの減額を認めることは有効な解決となるであろう。

ドイツにおいて、情報提供義務違反の効果としての減額が判例で認められ、学説においても認める見解が多数であるが、反対する見解の理由としては、原状回復の原則に反するという点と因果関係の証明がなされていないという点がある。日本法においては金銭賠償が原則であり、前者の理由は日本法においては問題とならない。因果関係については、情報提供義務違反と損害との因果関係が日本法においては問題となるところ、生じた損害は「高値取得損害」であり、当該損害の賠償により実質的な減額がなされるということになるので、後者についても問題とはならない。したがって、日本においても、「契約維持＋損害賠償」型について、効果として実質的な減額を認めることができるといえる。

減額規定の類推適用の可能性に関して、情報提供義務違反の損害賠償

(64) 本田純一「日照・眺望阻害などの環境瑕疵とマンション売主の責任（大阪地判昭和61・12・12）」消費者法判例百選〔第2版〕(2020) 33頁参照。

の法的性質については、不法行為であると言われており（最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁）、日本においても、契約法上の減額規定の類推適用を認めると、契約の成立を前提とした履行利益の賠償が認められてしまうという問題は共通するといえる。これについて、改正前民法における瑕疵担保責任に関して主張された対価的制限説の考えが参考になると考える。改正前民法570条は特定物のみを対象とするということが判例の理解である。対価的制限説は、特定物ドグマを前提としつつ、瑕疵担保責任に基づく損害賠償を実質上代金減額と同一の結果として捉える。同様に考えると、契約内容に取り入れられない期待が法的責任として保護され、信頼保護の観点から実質的な代金減額が認められると言える。

第二の客観的価値が賠償されるべきという点については、有価証券報告書の虚偽記載が問題となった最判平成23年9月13日民集65巻6号2511頁は、「本件虚偽記載と相当因果関係のある損害の額は、処分株式についてはその取得価格と処分価格との差額から、保有株式についてはその取得価格と事実審口頭弁論終結時の同株式の評価額の差額から、本件公表前の経済情勢、市場動向、被上告人の業績等本件虚偽記載とは無関係な要因による下落分を控除して、これを算定すべきである」とし、客観的価値の賠償を認める。一方で、同様に有価証券報告書の虚偽記載が問題となった最判平成24年3月13日判時2146号33頁は、損害について、「取得時差額に限定すべきでない」とする。ドイツの議論でもあったように、客観的価値の賠償のみを認めた場合には、情報提供の相手方が安い対価で反対給付を受けた場合には、損害が無い場合、損害賠償請求ができないということになる。情報提供義務者側からみると、50の価値がある給付を50の対価で行なおうと考えた場合、虚偽の情報提供をして70に見せかけても、100に見せかけても、損害賠償義務は生じないということになる。その結果、より大きな価値がある給付に見せかけて対価を得よう

という動機が、情報提供義務者に生じてしまう結果となり、不当であるといえる。

第三の保護目的について、上記最判平成23年4月22日で示されたように、情報提供義務には自己決定基盤整備に向けられたもの、すなわち、「契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報」についての情報提供義務と、契約目的達成に向けられたもの、すなわち、「契約に基づいて生じた義務」とがある⁶⁵⁾。したがって、日本においてもドイツと同様に、自己決定権を保護目的とした情報提供義務だけではなく、給付期待を保護目的とした情報提供義務もあるといえる。

第四の契約不適合責任と情報提供義務の競合問題についても、債務法現代化法施行後のドイツと同様に、日本においては契約不適合責任の適用範囲が広範なため、情報提供義務違反を適用する領域がそもそも少ない点は共通する。ただ、既に述べたように、環境瑕疵のように瑕疵担保責任が認められていた類型が情報提供義務違反とされ、またフランチャイズ契約のように契約不適合責任を認めるのが困難な類型もある。また、日本でも裁判例において、契約不適合責任（瑕疵担保責任）と情報提供義務の境界は紙一重の扱いとなっている。

民法563条の適用において、算定基準時の問題があり、契約締結時か引渡し時を基準とする説が有力である。ドイツ民法441条3項は契約締結時を基準としている。減額規定を類推適用する場合に、算定基準時についても契約不適合責任と同様に考えるべきかについて今後検討する必要がある。

*本研究は、JSPS科研費・基盤研究(C)(JP18K01382)の助成を受けたものである。

(65) 拙稿「契約締結過程における説明義務違反の法的性質（最判平成23・4・22）」現代消費者法15号(2012)86頁。

講 演

誤判と再審*

講師：白 取 祐 司

ただいまご紹介いただきました白取でございます。本日は、是川学部長、高倉先生、それから事務の皆様には大変お世話になりまして、このようなお話しする機会を与えていただきました。本当にありがとうございます。次に、学生の皆さんに前もって申し上げておきたいのですが、今、高倉先生より、過分な紹介をいただいて、いかにも偉そうな講演者に聞こえたかもしれないのですが、そんなことはありませんので、是非皆さんには肩肘張らないで、Zoomでもありますのでリラックスして聞いていただければと思います。私、専門が刑事訴訟法ですが、今日は普段、大学の授業などでは話さない話をします。ただ、話さない話と言っても周知的なマイナーなことなどでは決してなくて、今回選んだテーマは、日本の刑事裁判、刑事訴訟の極めて重要な中心的な問題だと思っています。ただ、中心的な問題なのですが、これからお話しする通り、あまり条文に沿った、教科書に沿ったという話よりは、もっと問題意識を鮮明にした話をしたいと思いますので、皆さん是非考えながら、頭を少し柔らかくしながら聞いていただければと思います。タイトルですが、「誤判と再審」としました。これに一つ付け加えるとすれば、後でも出てきますが、「誤判と冤罪と再審」なんですね。この3つのうち、

* この講演録は2021年10月18日に開催された山形大学人文社会科学部講演会（オンライン）での講演を収録したものである。（法政論叢編集委員会）

再審は、刑事訴訟法の第4編、435条以下にあります。ですから、「再審」は間違いなく法律にある制度です。これに対して、「誤判」や「冤罪」というのは、法律には出てこない言葉です。でも、これからお話し致しますが、刑事裁判にとって、やはり大きな中心的な課題・問題であると言っているものだと思います。その辺を皆さんと問題意識を共有して、できれば私の話が終わってから意見交換などできれば良いと思っています。

はじめに

(1) 誤判・冤罪と私

はじめに、というイントロ部分は、なるべく短めにやりたいと思います。小見出しは、「誤判・冤罪と私」と付けました。実は高倉先生、高倉さんと呼ばせていただきますが、高倉さんと私は、あとでまた触れますが、北海道大学大学院で、能勢弘之という誤判・冤罪の問題では権威といってもいい先生の下で学んだ兄弟弟子に当たります。能勢先生は、2000年に逝去されましたが、私も高倉さんも、誤判の問題について先生からいろいろと学びました。

誤判の問題について大学院時代にお世話になった先生がもうおひとり、渡部保夫先生がいらっしゃいます。渡部先生は、刑事裁判官を長くやられて、その後北大教授になられました。渡部先生は、北大では実務と理論の架け橋になるような研究・教育をされ、高倉さんや私も大いに薫陶を受け、学ばせていただきました。

渡部先生の口癖の一つが、「裁判で大事なのは事実認定である」ということでした。事実認定というのは、刑事訴訟法の317条にあります。これは言ってみれば裁判をやるときの基本なんです。この条文の主語と述語をひっくり返すと、証拠に基づいて事実認定、つまり刑事裁判をや

るんだと、そういう話です。証拠の評価の仕方は、318条にある自由心証主義によります。自由心証主義というのは、証拠の評価は裁判官に任されているというものです。任されているということは、良いときは良いけれども、下手をするとその証拠の評価が自由をはき違えておかしい証拠評価、心証形成をしてしまうと、これからお話しする間違っただ判断、間違っただ裁判になってしまう。これが誤判・冤罪の問題につながっていくわけです。

冤罪に対する私の関心について、レジュメに2つ書かせていただきました。高倉さんの私の紹介の中に私の著書として『フランスの刑事司法』を紹介していただきました、私はそれ以前に、『赤いセーター事件』を扱っただ翻訳本を出版しています⁽¹⁾。この事件、フランスの20世紀最大の、というのは大げさかもわかりませんが、少なくとも3本の指に入るぐらいに重要かつ深刻な冤罪事件です。フランス語の原著は、ジル・ペローという作家が書いた『Le pull-over rouge』、直訳すると文字通り「赤いセーター」です。この「赤いセーター」は、内容は端折りますが、なぜそのようなタイトルになったのかということをお話しします。事件は小さな女の子が殺されて埋められるという痛ましいものですが、その犯行現場付近から犯人が脱ぎ捨てたと思われる赤いセーターが発見されるんです。そして、たまたま近くにいた青年が犯人だと疑われて逮捕され起訴されるのですが、この犯人のものと思われる赤いセーター、小さくて青年には着られないんですね。ところが裁判所は、セーターが現場に放置されている間に雨風にあたって縮んだということにして、裁判所は被告人に死刑を言い渡します。そして死刑が執行されてしまうのです。フランスが死刑を廃止する数年前のことです。これはフランスの冤罪の話ですが、

(1) ジル・ペロー『赤いセーターは知っていた』（日本評論社、1994年）。

どこの国にも、日本にもフランスにもアメリカにも冤罪の問題はあるんだということです。

もうひとつ、私は『冤罪白書』の編集委員をやっています。この本は、年に一度刊行される最新の冤罪問題を扱う雑誌です。すでに『冤罪白書2019』、『冤罪白書2020』が刊行され、近々、『冤罪白書2021』が刊行されます。それから、今、神奈川大学で、2年生から4年生までの間、持ち上がりの2年半のゼミをやっています、そこでのテーマが「冤罪の研究」なんです。学生さんたちと、いろんな誤判・冤罪事件を扱って学習しています。以上が自己紹介です。

(2) 基本概念の説明

それでは、引き続いて、基本概念の説明にいきます。基本概念の中でも、特に誤判と冤罪というところはとても重要なポイントですから、他の箇所は忘れても良いのですが、このところは今日のお話の最後まで、できれば終わった後も覚えていただければと思います。まず、「誤判」というのは、裁判が誤ることです。どういう場合に誤判なのかというと、先ほど事実認定の話をしました。要するに証拠に基づいた適正な裁判が行われなかったという、まさに誤った裁判で誤判です。では、「冤罪」とは何か、誤判と冤罪はほとんど同じ意味で使われますが、今日の話では区別をします。こういうふうにご覧ください。冤罪というのは、無実の人間が間違っただけで有罪にされてしまうときに冤罪といいます。レジメにinnocentとありますが、innocentというのは無実です。皆さんは、アメリカの刑事裁判を見たことがありますか。もちろん本物を見るのは難しいですけども、映画やテレビドラマでアメリカの陪審裁判の場面が出てきますよね。最後に、陪審員12人が熟議を重ね、相談をして結論を出します。有罪か無罪かを結論を出すのですが、これを英語で言うと、実は無罪とは言っていないのです。有罪はguiltyです。聞いたことありま

すよね。ところが、無罪の方は、無罪と言わないで、not guiltyというのです。直訳すれば、「有罪ではない」ということです。無罪でも無実ではないのですね。もちろん、無実かもしれないし、そうでないかもしれない、しかし、検察官が提出した証拠では有罪にはできなかった、ということです。理屈から言うと、無実の人間がnot guiltyになることもあるし、もしかしたら無実でない人がnot guiltyになるかもしれない。しかし、最後にまた言いますが、私としては、結局有罪にできなかった人たちを、「あいつは本当はやっているんだ」という言い方をしてほしくないと思っています。これはとても大事なことです。

次に、誤った無罪について。これも「誤判」といえるのか、という問題です。誤った無罪というのは、もちろん存在すると思われまます。ゼミの学生と時々誤った無罪をほっといて良いのかという議論をします。実は、戦前の日本の再審手続には、不利益再審という制度があつて、誤った無罪をひっくり返して有罪にできたんですね。今はできなくなっています。そのため、再審制度は誤った有罪のためだけの制度になりました。これをほっといて良いのかというのは、もっともな疑問ですが、今日は議論する余裕はありません。どうしても納得がいかない人は、私のお話しのあとで質問いただくか、あるいはそれで足りなければ高倉先生に質問してください。ただ、次のようなことは言えると思います。日本は、最近は大いぶ有名になりましたが、判決の99.9%が有罪なんです。無罪になる人はほとんどいません。だから、山のような実体判決の中に、誤った有罪はもしかしたら一定数ありそうだと、言えそうです。現に再審で誤った有罪が見つかって無罪になっています。しかし、逆に、これだけ高い有罪率の中で、誤った無罪は本当にありうるのかというと、現状では極めて稀だと、私は思います。それでも、誤った無罪を許しがたいということであれば、立法論として不利益再審をつくろうという主張がでてくるかもしれません。しかし、それが憲法39条との関係で可能なのか、

という問題がでてきます。それでも不利益再審は必要なのか。私は必要ないと思いますけれども、皆さんはどう考えるでしょうか。先ほども言ったように、柔らかい頭で一緒に考えてほしいと思います。

1 再審と誤判救済—白鳥事件を素材に

(1) 再審制度概説

本題に入ります。一番目は、再審と誤判救済—白鳥事件を素材に、です。私の名前のシラトリは、鳥取県の「取」で白取ですが、白鳥事件は「鳥」の方です。これは偶然なんですけれど、白鳥事件も札幌で起きたし私も札幌で生まれた、白鳥事件も私の誕生も1952年と同じなんです。私にとっては縁のある事件だと個人的に思っていますが、皆さんはあまり気にしなくて結構です。

それはともかく、再審制度の概説ということで、最小限の再審のことがらを確認しておきます。大学の刑事訴訟法の授業では再審制度までは時間が足りなくてやらないことが多いと思います。それで、再審制度になじんでいない諸君も多いかなと思って、これから今日の話をするのに必要な限度でお話します。再審の条文は、後で見ておいてください。刑訴法435条以下です。

再審制度というのは、刑訴法上、有罪判決確定後の唯一の誤判救済の制度です。有罪判決が確定すると、執行力が生じてしまいます。民事裁判でも執行力が生じますよね。たとえば、金を返せという訴えで原告が勝ってその判決が確定したら、その判決書によって強制執行ができます。民事の強制執行は命までは取らない。しかし、日本では、刑事裁判の執行力の行使として死刑の執行も可能になります。

この執行力が生じたら、これを止めようと思ったら、まず考えられるのは恩赦です。ただ、恩赦制度というのは、国のあり方や天皇制を含め

てデリケートなところがあるためか、最近はあまり恩赦を出さない傾向にあります。そうすると、例えば死刑判決を受けて自分は冤罪だと無実を主張したときに死刑の執行の可能性を止めるのは、再審制度だけです。再審という手続を使って執行力を止めるためには、はじめに再審請求をして裁判所に請求を認めて再審を開始する決定をしてもらう必要があります。この再審開始決定が確定したら、次に再審公判が行われることとなります。再審公判では、普通の刑事裁判に戻って、そこで審理がなされて無罪判決が言い渡され、それが確定して初めて執行が止められるのです。ただし、刑法44条但書きによれば、再審請求中に検察官は裁量で執行を止めることができる、とされています。それから、死刑については、本来死刑確定から6か月以内に死刑を執行しろと法律に書いてありますが、再審請求中の期間はカウントしない、先延ばしにできるということがあります。

この再審制度は、この制度を知っていないと使えない。皆さんは高倉先生に刑事法を習っていて再審制度についても知っているかもしれない。しかし、世の中では知らない人も多いのです。でも、刑務所を出入りするような人達は知っているかもしれませんが、普通の市民がたまたま冤罪に巻き込まれたとしたら、彼または彼女は再審なんか知らないんですね。だから、再審制度との出会いは大事なんです。ここで、再審で死刑囚から無罪を勝ち取った免田栄さんのエピソードを紹介しましょう。免田さんの、『免田栄獄中記』⁽²⁾という本に書かれている話です。彼が死刑囚として拘置所で暮らしているときに、時々、教戒師として牧師さんや仏教のお坊さんがやってきて、講話をしたり死刑囚の話し相手になっていたようなのです。その教誨師の中に、2人のアメリカ人宣教師がいたんです。その宣教師が、免田さんが自分は無実だといっている話を聞

(2) 免田栄『獄中記』（社会思想社、1984年）。

いて、免田さんに、日本には再審制度というのがあるらしいからやってみたらどうだと勧めるんですね。そこで免田さんは、拘置所から六法全書を借りて、一生懸命自分なりに再審請求書を書くのですが書き方がわからず困ってしまいます。その当時、朝鮮戦争が勃発し、日本がアメリカの前線基地になります。それに反対する労働者、学生などの反対闘争が盛り上がり、デモ等の逮捕者が拘置所に入ってくるようになります。そういう人たちはわりとインテリが多くて、免田さんはその中の江口某という人に教わって、何とか再審請求書を書いて裁判所に提出したそうです。ここで大事なポイントは、再審という制度はあっても、肝心の冤罪を主張する人に知られていなければ、再審も絵に描いた餅になる、ということです。ほかの例として、財田川事件という冤罪事件の谷口繁義さんの場合をあげることができます。谷口さんは、逮捕されたとき19歳の少年でした。死刑が確定したあと、谷口さんは何とか助けてくれと、無実を訴える葉書を裁判所に書くんです。それを読んだ矢野伊吉裁判官は、谷口さんに再審請求することを勧めるんです。そこから再審のプロセスが始まり、最終的に谷口さんは無罪になるのです。これをみても、やはり、再審という制度が機能するためには、まずは知らないといけなというの重要なポイントの1つであると思います。

再審制度について、条文の解説はしませんが、制度の基本的な事項について、2つの点を押さえておきたいと思います。1つめは、再審制度が無実の人のための救済制度である、つまり有罪とされた元被告人の利益のための制度であるということです。この点については既に述べましたので、このくらいにしておきます。第2に、再審手続の大枠についてです。再審手続は、大きく2段階からなるということです。第1段階は、裁判所に再審を開始してもらいたいという請求をして、裁判所が再審を開くかどうか決めるまで。そこで再審開始が決まったら、第2段階として確定審まで戻って審理をやり直し、再審公判で有罪または無罪判決が

言い渡されます。ただ、現実には、第1段階のハードルが高すぎてなかなか超えられないという問題があります。このハードルは、刑法435条6号に定められているのですが、無罪を示す明白な新証拠を発見して、それを裁判所にささなければならぬのです。学問的な言い方をすれば、再審請求者は、新規性と明白性のある証拠を提出しないと再審を開いてもらえない。このように厳しくするのは、このハードルがないと、有罪確定判決までの一審、二審、三審と3度裁判を繰り返したあとで、再審という名前の第四審をやることになるからです。そうならないように、新証拠が明白でなければならないという高いハードルを課しているのが、現行の再審制度の建付けなんです。

(2) 白鳥決定への道

このように、ハードルが高く設定されているために、再審は長らく「開かずの門」、といわれてきました。聖書の「狭き門」という言葉にヒントを得た比喩的表現なのですが、それほどに再審の門は閉ざされたままの時代が続きました。なぜそうなったか。その理由については、よく「確定力神話」のせいだと説明されます。それでは、確定力神話とは何か。この言葉は私が作った言葉ではありません。その当時、今もそうですが、重大事件は一審、二審、三審の三回の裁判について、一審で3人、二審で3人、最高裁は小法廷の場合でも5人の裁判官が関与する、そうすると合計11人の裁判官が関わって有罪が確認、確定されたわけです。裁判官の心理としては、これだけの先輩たちが下した判断である確定判決は間違いないだろう、と漠然と信じていたのではないかと。だから確定力は神話なんです。ここでいう神話という意味は、evidenceが十分でないのに思い込んでしまう、だから神話なんです。そういう神話の時代に、例外的に、再審が開かれたことがあります。それが吉田巖窟王事件という事件です。この事件は、大正時代の事件で、いわゆる巻き込まれ型の冤

罪事件です。この事件で吉田元被告人は、一貫して冤罪を言い続けていたんですね。彼が再審請求で主張したのは、先ほど挙げた刑訴法435条6号の新規・明白証拠ではなく、共犯者の供述が偽証であるから再審開始を求めるという主張、刑訴法435条2号なんですね。この2号の要件は、確定審の証拠が偽造だったというものです。さらに、吉田巖窟王が一貫して冤罪を主張しているそれ自体証拠であるという議論もありました。判決の中では、これを行動証拠とっています。こうして再審が開かれ最終的に無罪になるのです⁽³⁾。このような例外的ケースを除けば、再審の「開かずの門」状態は、ずっと続くんです。

この状態を打ち破るきっかけとなったのが、最高裁・白鳥決定⁽⁴⁾です。この白鳥決定の前に、そもそも白鳥事件とはどういう事件かについて触れたいと思うんですが、白鳥事件の話をするだけでも1時間2時間かかりますので、ここでは簡潔に最低限のお話をします。白鳥事件ですが、これは殺人事件です。被害者は、白鳥一雄という札幌市警の警部でした。当時は警察の仕組みが違って、市レベルの自治体に警察組織があったのです。そして札幌市警察の白鳥警部が、1952年2月21日夜の7時40分頃、拳銃で殺害されます。場所は、札幌市南6条西16丁目、札幌市の中心部からみて西の方です。しかし、まだ街はずれっていうほどでもなく、お店もそこそこあって人通りもあるところですよ。その辺りを、白鳥警部が自転車で西から東に進行しているときに、彼の後ろから、やはり自転車で彼を追い抜く人がいました。その人が白鳥警部を追い抜くときに、ブローニングという拳銃で白鳥警部を数発撃った、彼はその拳銃で撃たれて死亡するという事件です。事件当時の1952年っていう時代は、

(3) 吉田巖窟王事件は旧法事件だが、現行法435条2号（証言の偽造）により再審開始（名古屋高判昭和38・2・28）された。

(4) 最一小決昭和50・5・20刑集29巻5号177頁。

日本が連合国の占領から解放されるという非常に政治的にも社会的にも不安な時代でした。連合国といいましたが、実際的にはアメリカ占領軍が仕切っていたのですが、その占領軍、GHQの政策が変わって、共産党に対する弾圧を開始した時代でした。それで、日本中で不可解な事件が起こった。松川事件とか下山事件などがそうです。北海道では、白鳥事件のほかに、芦別事件もありましたが、そういう一連の怪しげな事件は、のちに謀略事件と言われたりするのですが、これらはGHQの陰謀ないし謀略、あるいはアメリカ占領軍が仕組んだものではないかと言われました。三鷹事件も、同様にそのような事件だと言われています。これらの事件は、一番で有罪になったケースもありましたが、最終的にみんな無罪で終わっています。北海道の芦別事件も、松川もそうです。

しかし、白鳥事件だけは、当時の共産党北海道委員長の村上国治が犯人だとして起訴され無期懲役を言い渡され、最高裁まで行きますが有罪が確定してしまいます。量刑の方は、高裁で無期懲役が懲役20年に減輕されますが、懲役囚として網走刑務所に収容されるのです。しかし、村上国治は逮捕から一貫して無実を訴え、当時その村上を支援する運動も大きく盛り上がりました。この事件については、2010年代になって、白鳥事件は冤罪じゃない、共産党が主導して起こした事件だと主張する書籍がいくつか出版されたり、そういう集まり、シンポジウムが行われたりしたようです。しかし、真相はどうだったか断定することは難しいとしても、白鳥事件は冤罪である疑いが濃い事件だ、ということは言えると思います。何よりこの事件、物証がないんです。厳密にいうと、被害者の遺体から発見された2発の弾丸と、犯行に使われた拳銃の試射をしたとされる場所から「発見」された弾丸が同じ拳銃から発射されたものか否かが争われたんです。しかし、凶器とされた拳銃は発見されず、事件から2年後に発見されたとされる弾丸はねつ造された疑いが強いと裁判所も認めました。そうすると、有罪を支えるのは事件関係者の供述し

かない。その供述ですが、共犯を疑われた多くの関係者を長期間、別件逮捕を繰り返して拘束し、自白させるのです。村上国治に至っては、殺人の嫌疑がかかっているのに殺人の逮捕まで1952年10月から3年間別件でたらいまわしにされます。勾留の場所も旭川刑務所、札幌中央署、苫小牧警察署、あちこちに移され世間と隔離され、弁護士とも会えない状態が続きます。この白鳥事件の弁護人は、札幌の杉之原舜一という弁護士でした。杉之原弁護士は、たったひとりて白鳥事件を担当したんですが、全道各地に接見に行く旅費にも困窮して会いに行けない状態で、なかなか十分な弁護ができなかったんです。違法な捜査が行われ、他方で弁護が十分になされなかった。その結果、無期懲役の判決ですから、これは先ほどの区別で言うと、少なくとも誤判の可能性がある事件だったと言えると思います。

ほかにも誤判あるいは冤罪が疑われる事件が相次いで明らかになるのですが、裁判所はなかなか認めない。一例として、青森県弘前市で起きた弘前事件をあげたいと思います。この事件は、弘前大学の教授夫人を殺害したとしてNさんが有罪とされ刑務所に収容されます。ところが、事件の時効が完成した後に、真犯人と名乗る男があらわれるんです。警察が調べてみると、男は真犯人しか知らないことを色々喋った、この男は真犯人で間違いはないということが判明しました。そうすると、Nさんは間違っただけで起訴され、無実の罪で刑務所に居ることになる、彼は冤罪だということが明らかになった。そこでNさんは再審請求するんですが、裁判所は再審を開かない。当時、それほどに確定力神話は強固だったんです。

そこで、刑事弁護士や日弁連は学者と共同して再審の扉を開けようと立ち上がります。20世紀の70年代のことです。再審活性化の機運を盛り上げるため、日弁連は再審と誤判研究の権威として著名なドイツのカール・ペータース教授を日本に招いて、日本各地で講演会を開催し、また

刑法学会での特別講演も行われました。このとき活躍されたのが、先ほど高倉先生や私の恩師としてお名前をだした能勢弘之先生です。能勢先生は若いころ、留学生としてペータース教授のもとで学ばれ、のちにペータース教授の『誤判の研究』を翻訳出版されています。そのようなご縁で能勢先生は、ペータース教授の招聘、来日中の通訳など尽力されたんです。そして、途中を省略して言うと、このような弁護士会や学者等の運動の結果、1975年、のちに白鳥決定と呼ばれる、白鳥事件の再審請求に対する最高裁決定がだされることになります。白鳥決定は、結論として再審請求を認めない決定なのですが、その決定文の中に、次に紹介するような画期的な内容が含まれていたのです。

2 再審の扉が開く——白鳥・財田川決定

(1) 白鳥・財田川決定の意義

それは、再審開始の要件である新証拠の明白性判断のとき、新証拠だけで判断するのではなく、新証拠と確定判決の旧証拠を合わせて総合評価によって判断する、そしてその判断に際して事実認定の鉄則である「疑わしいときは被告人の利益に」の適用がある。白鳥決定は、傍論でこう判示したのです。それまで、新証拠それ自体に確定判決を覆す高度の蓋然性がないと再審を開かないとしていたんですが、白鳥決定はそれを大きく変えたのです。翌年の1976年、最高裁は財田川事件について同様の判示をするのですが⁽⁵⁾、この事件では再審請求を認める決定をしていて、谷口さんは最終的に再審公判で無罪を勝ち得るのです。ここで重要なのは、一般の刑事裁判の事実認定の基本である「疑わしきは」原則が、再審開始の判断に適用されるとした点です。

(5) 最一小決昭和51・10・12刑集30巻9号1673頁。

(2) その後の再審事件の課題

その後の再審請求事件はどうなったか。先ほど紹介した弘前事件は、白鳥決定の示した判断枠組みを使って再審開始決定を経て無罪になりました⁽⁶⁾。ほかにも少なくない再審請求事件で、再審開始・無罪という成果が得られました。何より80年代の4大死刑再審事件、すなわち免田事件、財田川事件、島田事件、松山事件の4事件のすべてで再審が認められ無罪判決で決着しました。ところがその後は、90年代から今日にいたるまで、死刑事件について再審が開かれることはなくなりました。例えば、有名な名張事件では、死刑囚の奥西勝さんの再審請求を、裁判所はことごとく棄却してきました。そして拘置所の奥西さんは、2015年に八王子医療刑務所で亡くなりました。冤罪の疑いがありながら死刑を執行された飯塚事件の久間三千年さんの遺族も、再審請求していますが、裁判所は棄却しています。

3 進行中の再審——袴田事件の現段階

(1) 事件の概要

進行中の再審事件として、残された時間でお話したいのが、袴田事件です。袴田事件というのは、白鳥事件のような政治的な背景のある複雑な事件ではない普通の、普通と言っても、静岡県清水市(当時)で発生した凶悪な強盗殺人放火事件です。被害者は味噌会社の専務とその家族計4人で、全焼した専務宅から4人が他殺焼死体で発見されました。犯人は最初分からなかったのですが、警察が目をつけたのは、味噌会社の住み込みの社員だった元プロボクサーの袴田巖さんでした。警察は袴田さ

(6) 仙台高決昭和51・7・13高刑集29巻3号323頁(再審開始)、仙台高判昭和52・2・15高刑集30巻1号28頁(再審無罪)。

んを、差別的表現のように思われますが、“ボクサー崩れ”という見方をしたようなのです。差別というか偏見から、袴田さんが犯人だという見込みのもとで、十分な証拠もないまま袴田さんを逮捕します。その後、袴田さんは、連日長時間の厳しい取調べを受けて自白させられます。その自白といくつかの状況証拠にもとづいて、袴田さんは起訴されます。起訴後弁護人がついて、袴田さんはやっと自白を撤回します。審理は否認事件として進められるんですが、ここで不思議な出来事が起きるんです。

それは、事件から1年2か月後、起訴から1年弱経って、犯行現場の味噌工場の味噌タンクから「犯行着衣」が発見されるという出来事です。袴田さんの自白によると、袴田さんはパジャマで犯行に及んだことになっている。袴田さんの住んでいた部屋を警察が搜索したところ、パジャマに血のようなものが付いていた、それで犯行着衣はパジャマだということになった。それが味噌タンクから新たに「犯行着衣」が「発見」されて、すべて覆ったのです。「発見」された着衣はシャツ、ズボン、パンツなどの5点なのですが、これに赤い血痕が付着されていたので、犯行時に袴田さんが身に着けていた着衣に違いはない、と。一審の静岡地裁はこう認定して、死刑判決が言い渡されました。検察官が考えたストーリーとは違ったストーリーで死刑が言い渡され、袴田さんからの控訴、上告が退けられて、1980年12月12日、死刑判決は確定します⁽⁷⁾。

(2) 確定判決の証拠構造

一審の審理中に「発見」されたこの5点の衣類なんですが、これを論じる前に自白について一言述べます。この自白、検察官から裁判所に自

(7) 静岡地判昭和43・9・11（公刊物未公開）。

白調書45通が証拠調べ請求されました。この45通のうち、裁判所は44通を証拠排除しました。これはどういうことかという、勉強した皆さんもいると思うんですが、刑事訴訟法319条1項の自白法則によって44通の自白は強制、拷問などによる自白で任意性がないとして証拠能力はないとされたのです。捜査段階で袴田さんが取り調べられた時間は、1日平均12時間、最高16時間にもほり、裁判所も強制された自白と認めて排除したわけです。だったら45通全部排除すればいいんじゃないか、と思うんですが、なぜか1通の自白調書だけ残した。その理由について、この死刑判決を書いた裁判官、熊本典道はずっと後になって、有罪を書くためには自白がないと有罪判決が書けなかったと告白しています。この採用された自白ですが、排除された自白を繰り返すだけの反復自白ですので、法的には他の44通と一緒に排除すべきだったのです。袴田さんの死刑判決を支える証拠のひとつ、1通の自白はこのような問題のある証拠だったんです。

次に「犯行着衣」とされた5点の衣類なんですが、この証拠は自白とともに、死刑判決の証拠構造上、非常に重要な証拠とされました。比喩的にいえば、有罪を支える中心的柱になっています。もし5点の衣類が袴田さんのものであれば、有力な有罪証拠といってもいいでしょう。しかし、確定審のときから、これらの衣類については疑問が提起されました。まず、衣類のサイズが、小さいんです。袴田さんはボクシングやっていましたから、例えば太ももなんかすごく太いのです。確定審の地裁は、袴田さん自身が試しにズボンを穿かせてほしいという要求を認めませんでした。高裁になって穿くことが認められ、ズボンを穿いてみると、やっぱり膝の上でつかえて穿けなかった。先ほどお話しした「赤いセーター」事件と同じです。穿けないズボンで有罪にするのか、ということでは同じです。東京高裁は、ズボンが穿けないのは味噌に浸かっていたから縮んだという理屈で、一審の有罪を維持したんです。

ほかにも5点の着衣に付着した血痕の色の問題があります。当時の捜査報告書などの捜査書類には、血痕のようなものが付着している、色は赤むらさき色の血痕のようなものだなどと色々書かれてある。パジャマと違って血痕の付着面積も量も相当なものなので、この衣類が袴田さんのものなら袴田さんはこれを着て犯行に及んだとみるのが自然です。そうすると、パジャマを着て犯行を行ったという自白と矛盾します。そこで確定審は、袴田さんは最初この5点の衣類を着て犯行に及んだ、そして、犯行後にそれらの衣類を脱いでパジャマに着替えたんだと言うような、かなり無理な事実認定をしました。確定審の死刑判決は、これほどに脆弱なものだったんです。

この死刑判決が確定した時から、闘いは始まりました。袴田さんは元プロボクサーでしたから、ボクシングの先輩たち、ボクシング界の大物である郡司信夫さんなんかは無実を訴える手紙を書いた。手紙を受け取った大物たちの動きは非常に機敏でした。この人たちで、「無実のプロボクサー袴田巖を救う会」という救援組織を、死刑判決が確定した当日に立ち上げるんです。この救援会には、皆さんの世代にはなじみがないと思いますが、詩人の寺山修司さんなどの著名人、それからボクシング関係の現役、OBの大物が参加して、今日まで活動を続けています。袴田さんは、獄中で冤罪と闘う中で、キリスト教に改宗して、カトリック信者になります。その後は、カトリック関係の人たちが独自に救援組織を作って、定期的に袴田さん支援のタブロイド判の新聞、「きらきら星通信」を発行します。私も毎号送ってもらっていますが、とても充実した内容の新聞です。

このような形で支援の輪が広がっている中で、日弁連も袴田事件の全面支援を決めます。

(3) 静岡地裁再審開始決定(2014年)と東京高裁決定(2018年)

袴田さんの2回目の再審請求は、1回目の再審請求が棄却された2008年3月24日の翌月、静岡地裁に提起されました。この第2次再審請求に対して静岡地裁は、2014年3月27日、再審開始と袴田さんの死刑執行及び拘置の執行停止を決定します⁽⁸⁾。今から7年前です。この再審開始決定がすぐに確定していたら、袴田さんは今頃再審無罪を言い渡されて自由の身になっていたはずなんです。しかし、現行法は検察官に再審開始決定に対する不服申立て手段として抗告することを認めています。そのため、再審手続はすぐには前に進めなくて、静岡地裁の再審開始決定はいまだに確定していないのです。ただ、2014年の静岡地裁の再審開始決定は、画期的なものの非常に重要な内容ですので、そこでの論理というか、再審開始を認めた理論構造を見ていきたいと思います。

まず静岡地裁は、確定判決の構造を死刑判決の証拠構造は、5点の衣類を中心に支えられていると理解するんです。自白は補充的だと言いました。この5点の衣類が犯行に用いられたということを打ち破るために弁護側は、(a) 味噌漬実験報告(衣類は長時間の味噌漬けで「黒色又は黒褐色」に変色)と、(b) DNA鑑定 of 2つの新証拠を出しました。味噌漬け実験報告書というのは、5点の衣類を長期間味噌に漬けておくと黒色又は黒褐色に変色する、赤色が残ることはないという実験報告書です。そうすると、確定審で証拠として提出された5点の衣類は警察のねつ造である、と静岡地裁は言ったんです。これ、思い切った表現ですが血痕の変色問題からは、そのような結論にならざるを得ない。もう1つのDNA鑑定についても、静岡地裁は、弁護団の提出した鑑定書が新証拠であると認め、5点の衣類の血痕様のしみから検出されたDNAは袴田さんのDNAとは異なるとしました。これら2つの新証拠によって再

(8) 静岡地決平成26・3・27判時2235号113頁。

審開始決定にいたったのです。

検察官の即時抗告があって4年後、即時抗告審である東京高裁は、この(a)、(b)2つの新証拠を否定して、静岡地裁の再審開始決定を取り消しました⁽⁹⁾。5点の衣類のねつ造にふれた点については、東京高裁は、「特に根拠のない想像的抽象的可能性の域に留まっている」とまで言ったんです。正反対の評価がなされたのです。

ただ、即時抗告審になって、検察官が証拠開示に応じました。現行法上、再審請求手続における証拠開示の規定はないんですが、検察側は数百点の証拠を開示した。その中に、取調べの模様を録音した録音テープがあったんです。そこには、かなり厳しい取調べの様子が生々しく録音されていて、袴田さんがトイレに行きたいと要求しても行かせない、挙句にはトイレに行くんだったらこのバケツに用をたせと言ってバケツにさせるといふ、非常に屈辱的な取り調べをした様子が録音されていました。それから、開示証拠によって、確定審における警察官の証言が正しくなかったことも分かったのです。弁護側は、これが有印虚偽公文書罪にあたるということで、これを再審請求理由に追加したんです。この主張は認められませんでしたけれど、再審というのは事実認定の誤りだけではなく、手続が違法な場合も認められるべきではないかということ強く感じさせる、そういう問題も提起したように思われます。

(4) 最高裁・破棄差戻し決定(2020年)

そして最後は最高裁決定です。2020年12月22日、最高裁第三小法廷は、東京高裁の取消決定に対する特別抗告を受けて原決定を破棄する重要な決定をだします⁽¹⁰⁾。どういう決定か、簡単に言うとうこうです。

(9) 東京高判平成30・6・11裁判所ウェブサイト

(10) 最三小決令和2年12月22日裁判所ウェブサイト。

静岡地裁は、2014年に再審開きますよと言う決定をだしました。これに対して、東京高裁は2018年に「開きますよ」決定を取り消して、再審請求自体を棄却する決定をしました。最高裁は2020年、「開きますよ」決定を取り消した決定を取り消したんです。ちょっとややこしいですが、否定の否定だから結局肯定、要するに静岡地裁の再審開始決定が生き返るんですが、最高裁は高裁決定を破棄して東京高裁に差し戻した。つまり、やり直しということなので、東京高裁は現に今やり直している、しかしその結果どうなるかはまだわからないのです。それを見通すためにも、最高裁はなぜ高裁決定を破棄したかを知る必要があります。

最高裁決定のポイントは、静岡地裁が再審開始を認めた新証拠 (a) と (b) のうち、(b) についてはやっぱり信用できない、しかし (a) の味噌漬け実験報告書は、なかなか説得力があると判断した点です。キーワードになったのが、メイラード反応です。このメイラード反応というのは、あまり聞きなれないかもしれませんが、弁護側が出した鑑定書の中に出てくる言葉で、簡単に言うと、血の付いた衣類を味噌に漬けるとですね、1年と言わず、ごくごく短時間、数日とか1か月とか短時間のうちに赤色は消えてしまう、そういう反応というか原理のことをいうんです。そして5点の衣類は、事件から、つまり味噌タンクに投入してから1年以上経っているのにメイラード反応が生じていなかった。だとすると、「発見」されたとする5点の衣類というのは、何者かによって発見の直前に入れられたとしか考えられない。それで何者かとは誰か、というと警察以外に考えられない。そこで静岡地裁は、ねつ造という言葉を使ったのです。

一般論ですが、裁判所はなかなか警察の証拠のねつ造を認めないので。今日のお話の初めの方で名前が出てきた渡部保夫先生は、元裁判官で最高裁調査官をなさっていたんです。渡部先生は、誤判の研究でも有名な方なんですが、袴田事件については、「あれはやってますよ」と言

うんです。つまり冤罪ではなく、袴田さんは真犯人だと考えておられたようです。袴田事件弁護団の小川秀世弁護士は、渡部先生の袴田冤罪否定論をあげて、裁判官には捜査機関がそこまでのことをするとは想像つかないし、認めたくないということではないかと言っています⁽¹⁾。ところが今回は、最高裁が着目したメイラード反応が確かなものだとということになれば、裁判所が、警察の証拠ねつ造の可能性があったことを認めたこととなります。これって、本当に大変なことなんです。

袴田事件は、最高裁に差し戻され、現在は東京高裁に係属中という非常に大事な段階にあります。そこで今年（2021年）の3月24日に、衆議院の第1議員会館で「袴田さんに真の自由を」と題した集会をやりました。私も講演したのですが、見通しはそんなに暗くないと思います。支援の環もこれまで以上に盛り上がっていて、この集会のときには、ボクシング協会の幹部の人たち演壇に上がって袴田さんの救済を訴えていますし、カトリックの支援団体の人たちも参加していました。名張事件のように再審が開かれなまま再審請求人が獄中で天寿を全うするようなことがないように、なんとか少しでも早く、再審開始と再審無罪への流れになってほしいと思っています。

4 誤判と再審——残された課題

(1) 適正手続違反は再審事由になるか？

残された時間はわずかですので、まとめに入りたいと思います。最後に申し上げたいことは2つです。

(1) 小川秀世「ねつ造のハードルを越えた袴田再審最高裁差し戻し決定」季刊刑事弁護107号（2021年）151頁。

1つ目、適正手続違反は再審事由になるか。これは、なると思いますし、私が思うだけではなくて、だんだんそういう考え方が今、増えてきていると思います。具体例でお話したいと思います。これは札幌の事件ですが、ロシア人拳銃所持事件と呼ばれる再審無罪事件です。北海道警の警部が非常に悪質なおとり捜査を行った事件なのですが、おとりの対象となったのが、まじめなロシア人なんです。警部はそのロシア人に、拳銃を持ってきたら中古車を安く譲ってやると言っておとり捜査をして、そこで逮捕しました。おとり捜査の中でも、許されない違法なおとり捜査をやったんですね。しかし裁判所は、このロシア人を拳銃不法所持罪で有罪にしたんです。そして有罪は確定しました。ロシア人の男性は、この有罪判決に納得がいらず再審請求をしたところ、裁判所はこれを認めました。認められた根拠は、435条の7号なんです。7号の再審開始事由は、原判決の証拠となった書面を作成した司法警察職員が被告事件について職務犯罪を犯したことが証明されたとき、再審を開始するというものです。ここで注目してほしいのは、ロシア人が拳銃を所持していた事実はあったわけで、いわゆる冤罪とは違います。刑法的にいうと、拳銃所持があるので無罪にするのは難しいのです。ただ、手続的にいうと、やってはいけないことを警察がやってしまった。まさに適正手続違反ですね。札幌高裁は、この点を認めて再審開始を決定しました⁽¹²⁾。そうやって得られた有罪をただすのも再審の役割ではないか。袴田事件であれ、白鳥事件であれ、捜査に非常に大きな違反があったらそれは放置すべきではないのではないのか。ここからは、手続における正義の追求の話になります。つまり、事実認定に使う証拠は、正しい証拠、つまり適正な手続で収集された証拠能力のある証拠でなければならない。だとすれば、適正手続違反があれば、冤罪かどうかを問うことなく裁判をや

(12) 札幌高決平成28・10・26。

り直すべきだし、違法収集証拠が元になって有罪にされたのなら無罪にすべきです。そのことを教えてくれたのが、ロシア人拳銃所持事件だったように思われます。

(3) 改めて“誤判”と“冤罪”の距離

本当の最後になりましたが、最後に私が言いたいのは、再審で無罪になった元被告人に対して、「本当はあいつやってる」と言うのはやめましょう、ということです。

木谷明という著名な元裁判官がいるんですが、この裁判官は現職の頃、約30の無罪判決を書いたことで有名で、ご自分の著書などでもそのことを書かれています。この木谷さんが、若い判事補の人とお話したときに、こういう質問を受けたそうです。「たかさんの無罪が言い渡された事件で、木谷さん、本当はこの被告人やっているかもしれないと思った事件はいくつくらいありますか」。木谷さんの答えは、「私はあくまでも合理的な疑いを容れない程度の証拠を検察官が提出したかどうかを判断してきた。だから証拠は薄いけれど、足りないけれど、本当は犯人ではないかという次元の問題で裁判官は悩む必要はないし、そのようなことで裁判官が頭を悩ませてはいけないんだと割り切っていますよ」と。まさに無罪の推定ですね⁽¹³⁾。

最初にお話したように、無実、すなわちInnocentかどうかは、人間にはわからないのです。Not guilty、有罪ではない、という意味での無罪ならなんとかたどりつける。やってないというのは、本人には明らかでしょうから、自分は無実であると主張することを誰も否定することはできない。裁判で最大限審理を遂げて無罪となったのなら、無実と認めるべきです。これが無罪の推定ということです。

(13) 木谷明『刑事裁判の心』（法律文化社、2004年）35頁。

しかし、一部の人たちは、再審手続を経て無罪になった人に対して、「あいつ本当はやっているんだ」と言うんです。私も昔の捜査官がそう言うのを聞いたことがあります。でもそれはやってはいけないし、皆さんにもそう言ってほしくない。なぜならば、再審無罪になった後でなお、「本当はやっているんじゃないの」と言うのは、法律的に正しくないだけでなく、大変卑劣なことだと言わなければならない。皆さん、もしそういわれても反論できないでしょう？ 過去に何があったか、なかったかを証明することは本当に難しい。やっと再審で無罪になりました。でもそこで本当にやったんじゃないの、と言われても、それに対する反論っていうのはまず不可能です。反論が不可能な決めつけや批判をするっていうのは、非常にアンフェアだし、無罪の推定の原則を含む刑事法のルールに反することだ、と申し上げて私のお話を終えたいと思います。

ご清聴ありがとうございました。

質疑応答

【学生】

ありきたりな質問で申し訳ないのですが、今回の講演会の話聞いて、本当に死刑って必要なのかなって自分は考えたんですけど、死刑制度について世界ではあまり認められている国は少ないと思うのですが、白取先生は死刑制度についてどうお考えなのか聞いてみたいです。

【白取】

死刑については、私はゼミの学生などとよく議論します。最近は死刑制度に賛成の学生が増えてきた感じがして、ちょっと心配なところがあるんです。先に私の考えを申し上げると、私は死刑制度には反対です。その理由はいくつもありますが、今日のテーマである誤判の問題で言うと、裁判はもしかしたら間違うかもしれない。誤判は避けられないので

す。そうすると、間違っただけで死刑にされたら、国家が殺人をすることにもなってしまう。それはやっぱり、あらゆる意味で正義の真逆だと思うので、私は反対です。皆さん、飯塚事件という事件について興味をもってほしいのですが、この飯塚事件は被告人の久間三千年さんが公判段階から一貫して冤罪を訴えていたにもかかわらず、死刑が執行されています。再審請求の準備中だったのです。足利事件っていう同様の事件があって、この事件と飯塚事件は西と東で双子のような事件だと言われています。どちらも、小さな女の子が誘拐され痛ましい殺され方をしますが、その証拠がどちらも当時の科学警察研究所が開発したというMCT118型DNA鑑定で、この鑑定などを証拠に飯塚事件では死刑判決が言い渡された。でも、この科警研の鑑定自体、問題が多いということで今はもう使われていないんですね。そうすると、もしかしたら飯塚事件の久間さんは間違っただけで死刑にもとづいて死刑になり執行された可能性がある。死刑が執行されたら冤罪が後に明らかになっても取り返しがつかないんです。

死刑に反対の理由としてもう1つあげておきます。皆さんにも考えてほしいんですが、無期懲役と死刑を比べてください。これ、あまりにも違いすぎませんか。懲役3年と5年、この違いは判りますよね。5年と20年でもまだわかる。でも無期懲役と死刑は違いすぎます。裁判官や裁判員が悩むケースもあるようです。でも刑の均衡・バランスが両者の間でとれていない。死刑があることによってバランスが取れないんです。結果的に公平な科刑が実現されないことにもなる。

死刑自体非常に重要な問題ですが、議論をしていくときりがないので、と言いながらつい長々しゃべってしまいましたが、お答えとしては以上です。

【学生】

再審決定が開かずの扉となっている原因に、若手の裁判官や地裁の裁判官とかに、昔の判決を否定する意味を多少なりとも持つ再審決定をすることにためらいがあるんじゃないのかという話もよくお聞きしますし、上の方にしか目がいかない裁判官をヒラメ裁判官という言葉で揶揄したりしているようです。白取先生の長いご職歴の中で、弁護士としても活躍される中で、そういう最高裁などの上の裁判官、先輩裁判官を気遣うような裁判官は実際にいるものなのでしょうか。

【白取】

はっきりした証拠はあまりないので断定できませんが、これまで私が直接、間接に観察したり考えたところで言うと、そういう傾向はあると思います。裁判所もやっぱり組織なんです。大きな会社に入ったら上司の言うことに逆らえないということがありますよね。それと比べたら、裁判所のいいところは憲法で裁判官の独立が保障されているので、勇気があれば、いわゆる村度とかしないで、上の人を気にしないで、自分の良心に従って再審を開くなら開くという決断をすればいいと思います。ただ、再審がなかなか開かれないというのは、いわゆる先輩たちの有罪を覆したくないという村度だけではなくて、ほかにもいろいろ理由があるんじゃないかなと思ってます。村度だけなら、もっと勇気を持ちなさいと言うだけなんですけど、事実認定というのは、最初に言いましたが、裁判官が証拠を丁寧に見ていく、被告人ないし再審請求人が言っていることの中に真実が含まれてないかどうか謙虚に見ていく、という姿勢というかもの見方が必要なんです。裁判官は良くも悪くも偉い人なので、ともすると独善的になってしまう可能性があります。惰性で、検察官の主張立証の方が正しいと思ひこむ裁判官も多いかもしれません。また、比較的開明的で時に無罪を出すような裁判官でも、「こいつはやつ

てるんじゃないか」と思い込んだらなかなかそれを自分で訂正できないようなところがあるのではないか。再審が開られない理由っていうのは、いくつもあり、その中の一つをご指摘されたと思うんですが、その一つですら乗り越えるのは大変です。他にも山はいくつもあるので、それを超えていかなければ誤判をただすことはできないということではないかと思います。

【学生】

裁判官も人間なので、思い込んだら考え方が固まってしまうというお話がさっきもあったと思うんですが、最近になってAIなどが発達してきたと思うんですけども、もし、裁判官の役割をAIが代わりに果たすようになるのは考えられるのでしょうか。

【白取】

高倉先生と私の共通の師匠である能勢弘之先生は、半世紀も前になりますが、そのころからコンピュータで裁判をやることを考えていたんですね。特にあり得るのは、例えば交通事犯とかね、略式命令ってわかりますか。比較的シンプルで、コンピュータでやるのに適した事件があるかもしれない。では殺人事件はだめなのかと言うと、今、私は詳しくないけど、AIに感情を持たせることもできるらしいんですね。そうすると、いわゆる同情心というのかな、「これはかわいそうな事案だから少し刑を安くしてあげよう」ということまでAIがやれるかもしれない。そうすると残る問題は、被害者及び裁判を受ける人がそれで納得するかという問題が残ると思いますよね。私個人的には、そういうことが行われるのはずいぶん先だと思います。

ただ、どんなに裁判所、裁判官が批判されていても、AIに裁かれることに人は納得するのか。AIをコントロールするのはいちおう人間の

はずで、人の命を機械に任せていいのか。心配なような気がします。お考えがあればお聞かせいただければと思うのですがどうですか。

【学生】

AIがもし裁判官の役割をすることになって、AIに裁かれるという立場になったら、私はどちらかと言うと人間に裁いてほしいなという考えがあるので、私と同じように考える人が多い時代が続けば、AIが登場するというのはまだ先なのかなと私も考えていました。

【白取】

補足すると、全部についてAI裁判は無理だけれど、量刑なら可能性はあるのではないかと思います。量刑というのは、例えば犯罪をやったことは認めます、そのうえで刑罰を懲役3年にするのか2年にするのか、あるいは執行猶予を付すのか、という問題です。この問題については量刑データベースというのが裁判所の中には用意されているんです。ただ、弁護士などと共有はされていないんですが、これを改良して刑の重さについてポイント制にしてAIに判断させる。たぶん、AIよりはレベルの低いコンピュータで十分だと思うんですが、そういう形であれば割と抵抗の少ない導入の仕方かなという気はします。ただ、この場合でも最終的には人間である裁判官のチェックが必要になると思います。

法学会会員（五十音順）
○は運営委員

赤倉 泉
荒井 太郎
池田 弘乃
和泉田保一
小笠原奈菜
川村 一義
○源島 穰
コーエンズ久美子
今野 健一
宍戸 聖
○高倉 新喜
高橋 良彰
中島 宏
○中村 文子
○西岡 正樹
松本 邦彦
丸山 政己

二〇二三年三月三十日 発行
発行者 山形大学法学会
山形市小白川町一丁目四―一二
印刷所 藤庄印刷株式会社
山形県上山市蔵王の森七
TEL 〇二三(677)二一四一
FAX 〇二三(677)二一四四

○本誌は、山形大学人文社会科学部の研究活動推進等経費（研究誌発行助成費）の助成を受けて発行しております。

○山形大学法学会ホームページ

<http://www-h.yamagata-u.ac.jp/hougakukai/>
（法学会の事業内容及び山形大学法政論叢に掲載した論文の目次等を公表しています。）

YAMAGATA UNIVERSITY
**THE JOURNAL OF
LAW AND POLITICS**
No.75, 2022

CONTENTS

ARTICLE:

Minderung als Rechtsfolge der Aufklärungspflichtverletzung - Möglichkeit zur
Einführung von „Minderung durch culpa in contrahendo“ in Japan-

OGASAWARA Nana 1

LECTURE TRANSCRIPT:

L'erreur judiciaire et la révision au Japon

SHIRATORI Yuji 27
