

# 東海法学

No.65

## 資料

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令  
..... 永山茂樹

## 論説

近時の下級審裁判例におけるインターネット取引と適合性原則  
..... 小林史治

## 論説

特殊詐欺における実行の着手に関する一考察  
..... 山中純子

2023  
東海大学法学部



# 東海法学 No.65

2023  
東海大学法学部



東海法学 65号 2023 目次

資料

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令  
..... 永山茂樹 1

論説

近時の下級審裁判例におけるインターネット取引と適合性原則  
..... 小林史治 53

論説

特殊詐欺における実行の着手に関する一考察  
..... 山中純子 83



【資料】

# スペインで COVID-19 対処のために発令された 第 1 回警戒事態宣言政令

永山 茂樹

解題

第 1 回警戒事態宣言政令

解題

スペイン政府は 2020 年 3 月 14 日、COVID-19 パンデミック<sup>1</sup>に対処するため、スペイン憲法（以下、憲法）<sup>2</sup>の緊急事態条項（116 条 2 項）および「警戒事態・非常事態・合囲事態に関する組織法」（以下、緊急事態組織法）<sup>3</sup>にもとづき<sup>4</sup>、

---

<sup>1</sup> スペインにおける COVID-19 の「感染第 1 号」は、大西洋に浮かぶカナリア諸島を旅行中のドイツ人だった（2020 年 1 月 31 日。以下、本稿では混乱をきたさない限り、注記で「2020 年」を省略することがある）。翌 2 月になると、感染は本土にひろがった。保健省発表（Actualización nº 44. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19)）によれば、第 1 回警戒事態宣言が発令された 3 月 14 日正午集計の感染者は 5,753 人、うち死者は 136 人にのぼっている。翌 15 日にはそれぞれ 7,753 人、288 人と（nº 45）、状況は急速に悪化していた。

<sup>2</sup> スペイン憲法（la Constitución Española）は、フランコ没後の 1978 年に制定（同年 10 月 31 日、議会在憲法案を可決。12 月 6 日、国民投票で承認）。憲法正文は官報（Boletín Oficial del Estado, BOE núm. 311, de 29/12/1978）による。邦訳としては、黒田清彦「新スペイン憲法試訳（上・下）」南山法学 3 巻 1 号 135 頁・2 号（1979）149 頁以下、百地章「スペイン憲法」畑・小森田編『世界の憲法集 [第五版]』（有信堂、2018）があり、それらを参照する。なお本稿でとりあげる法令は、憲法をふくめ、原則として官報（BOE, web 版）によった。

<sup>3</sup> 緊急事態組織法（Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio）は、憲法 116 条の委任を受けて制定された。組織

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

第 1 回警戒事態宣言政令を発令した。

ちなみに南欧諸国は同時期、COVID-19 のエビデミック・パンデミックにみまわられている。初期の影響は、ベルギーやオランダとならび、イタリア、スペイン、フランスの南欧諸国で大きかった。

そういった危機的な状況に対処するため<sup>5</sup>の事態宣言発令を時系列的に整理すると、

①まず市民保護法典にもとづくイタリアの非常事態宣言 ( Dichiarazione dello Stato di Emergenza, 1 月 31 日) を嚆矢とし<sup>6</sup>,

②つぎに本稿でとりあげる 3 月 14 日のスペインの警戒事態宣言、

③憲法にもとづいたポルトガルの非常事態宣言 ( Declara o Estado de Emergência. 3 月 18 日) <sup>7</sup>,

---

法 (Ley Orgánica; LO) という立法形式の範疇と制定手続は、憲法 81 条が規定する。

<sup>4</sup> サンチェス首相は 3 月 13 日午後、「翌日 (14 日) の閣議決定によって、15 日間の警戒事態宣言を発令する」旨を国民に伝える。政令による警戒事態宣言は 3 月 14 日の閣議を経て、同日夕刻の官報 (BOE Núm. 67, de 14/03/2020) に掲載され、即時発効した。首相は 3 月 18 日の下院本会議で、本政令の内容と趣旨をあらためて説明するとともに、議員に政治的団結を、国民に社会的団結を訴えた。Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente núm. 15, 18 de Marzo de 2020.

<sup>5</sup> 南欧諸国の法的対応の枠組を総覧した, European Parliamentary Research Service, States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis ; Normative Response and Parliamentary Oversight in EU Member States during the First Wave of the Pandemic, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS\_STU(2020)659385\_EN.pdf], Amícar Moreira, Margarita León , Flavia Coda Moscarola & Antonios Roumpakis, In the Eye of the Storm ... Again!; Social policy responses to COVID-19 in Southern Europe (2020) [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/spol.12681] を参照。

<sup>6</sup> イタリアの対応は、高橋利安「新型コロナウイルス対策と憲法—イタリアの場合」修道法学 43 巻 1 号, 同「COVID-19 対策とイタリア憲法」(注 12『世界と日本の COVID-19 対応—立憲主義の視点から考える—』所収), 芦田淳【「イタリア」新型コロナウイルス感染症対策—全国的な緊急事態下における権利制限】外国の立法 284 号, 同「イタリア—行政への権限付与のための緊急事態宣言」大林敬吾編『コロナの憲法学』(弘文堂, 2021) 所収。

<sup>7</sup> ポルトガルの対応は、「新型コロナウイルス感染症拡大で非常事態宣言、一部自治体封鎖で日系企業にも影響」JETRO ビジネス通信 (3 月 26 日) 参照。また Teresa Violante & Rui T. Lanceiro, The response to the COVID-19 Pandemic in Portugal: a Success Story Gone Wrong, VERFASSUNGSBLOG. 同国の事態宣言正文はつぎのサイト [https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-p



④公衆衛生法典にもとづいたフランスの衛生緊急事態 (Etat d' Urgence Sanitaire. 3月24日)<sup>8</sup>とつづいた<sup>9</sup>。

スペインの警戒事態宣言政令は、①スペイン全土(イベリア半島, カナリアとバレアアレスの島嶼部, アフリカ北西部の二つの自治都市をふくむ)を対象に15日間の警戒事態を宣言し、②政府・自治州などが特別の方法と組織で権力を行使し、また③感染対策を目的として、国民の自由と権利を制限する、直接の、また間接の(すなわち、警戒事態宣言下で制定された他の諸法令を通じて)の法的根拠ともなった。

講じられた規制措置は、やがて段階的に緩和されていく。そして感染状況が一定の落ち着きをみせた同年6月21日<sup>10</sup>、第1回警戒事態宣言政令は失効し、第1回警戒事態宣言は解除された<sup>11</sup>。

residente-republica/14-a-2020-130399862]。

<sup>8</sup> フランスの対応を紹介する邦語文献は少ない。ここではとりあえず、村田尚紀「フランスにおけるパンデミック対策」関西大学法学論集70巻6号(2021)、植野妙美子「フランスのコロナ対策と憲法院による統制」(注12所収)、三輪和宏【「フランス」新型コロナウイルス感染症の流行に対処する緊急法の制定】外国の立法284号、河嶋春菜「フランス—新たな法律上の緊急事態の創設」前掲・大林編編『コロナの憲法学』所収、をあげる。

<sup>9</sup> 他方、ギリシャ政府は事態宣言をせず、おもに政令法(大統領が発令する、法律と同等の効力を有する政令。40日以内に議会の承認に付きなければならない。憲法44条)をもちいることで対処した。「新型コロナウイルス感染拡大予防に関する緊急措置を実施(ギリシャ)」JETRO ビジネス通信(3月26日)、George Karavokyris, Constitutionalism and COVID-19 in Greece: The Normality of Emergency, VERFASSUNGSBLOG を参照。

<sup>10</sup> 感染者数や入院患者数など基礎的データの指標や、表示方法が、かならずしも統一できていなかった。そのため地域ごと・時期ごとにばらつきがでることは避けられない(Almudena Martín Fernández, Mercedes Alfaro Latorre, Belén Crespo Sánchez-Eznarriaga y Luz Fidalgo García, Disponibilidad de Datos Abiertos Relacionados con la COVID-19 en los Portales Web de las Comunidades Autónomas y del Ministerio de Sanidad, [Dialnet-DisponibilidadDeDatosAbiertosRelacionadosConLaCOVI-8254679.pdf])。スペインの感染状況やワクチン接種状況などの統計データについて、本田衛子【「調査」スペインにおける新型コロナウイルス感染症関連の情報について】CIS ディスカッション・ペーパー693号。[https://cis.ier.hit-u.ac.jp/Common/pdf/dp/2021/dp693.pdf]

<sup>11</sup> スペインでは、1月31日から、第1回警戒事態宣言を解除する6月21日までを「感染の第一期」(la Primera ola)とよぶ。そのあとおよそ4ヶ月の短い休止をはさんで、10月25日に発令された第2回警戒事態宣言政令(RD 926/2020, de 25 de Octubre, por el que se Declara el Estado de Alarma para Contener la Propagación de Infecciones Causadas por el SARS-CoV-2)にもとづく警

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

すでに筆者は、同国において 2020—22 年に展開した COVID-19 対処緊急法制について、国家権力にたいする立憲的統制の重要性という問題意識をもって概観した<sup>12</sup>。そのなかでも、この宣言政令に触れている。しかし紙幅の制約があつて、政令自体を十分に紹介すること、またそこでとられた措置の具体的内容、さらに実際の運用状況などを記述することができなかった。

そこで第 1 回警戒事態宣言政令の全体を訳出し、あわせて関連する命令などを参照しながら、逐条でコメントを付すことにした。

## 第 1 回警戒事態宣言政令<sup>13</sup>

### 前文

2020 年 3 月 11 日、世界保健機関 WHO は COVID-19 による公衆衛生上の緊急事態 (la Situación de Emergencia de Salud Pública Ocasionada por el COVID-19) を国際的パンデミックに引き上げた<sup>14</sup>。国内および国際的レベルで事態が急速

---

戒事態は、2021 年 5 月 9 日 00 時まで半年以上の長期、継続した。

<sup>12</sup> 永山「スペインにおける COVID-19 対処法制—とくに緊急法制に着目して」石村修・稲正樹・植野妙美子・永山茂樹編『世界と日本の COVID-19 対応—立憲主義の視点から考える—』(敬文堂, 2023) 61 頁以下。

<sup>13</sup> 第 1 回警戒事態宣言政令 (RD 463/2020, de 14 de Marzo, por el que se Declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria Ocasionada por el COVID-19)。邦語による紹介として、①「新型コロナウイルスめぐり警戒事態を宣言、厳格な移動禁止措置を発動 (スペイン)」JETRO ビジネス短信 (3 月 17 日)、②井田敦彦「COVID-19 と緊急事態宣言・行動規制措置—各国の法制を中心に」調査と情報 1100 号 4 頁がある。またスペインにおける対処措置については、在スペイン日本大使館・領事メールによって随時、概要が紹介されてきた[[https://www.es.emb-japan.go.jp/itpr\\_ja/00\\_000933.html](https://www.es.emb-japan.go.jp/itpr_ja/00_000933.html)]。

政令 (Real Decreto; RD) は、閣議にもとづき国王が公布する (憲法 62 条)。これに「政令」の日本語をあてることは、岡部史信「書評・フランシスコ・バルベラン監修『和西・西和法律用語辞典』」創価法学 35 巻 1 号 (2005) とくに 172 頁以下。

以下、本稿本文では RD 463/2020 制定時の原テキストを示し、後の改正により修正・付加・削除されたものについては脚注で示し、それを明瞭にするために下線を付した。

<sup>14</sup> WHO 緊急委員会は「国際的に懸念される公衆衛生上の緊急事態」(Public Health Emergency of International Concern; PHEIC) に相当する旨をのべた (1 月 30 日)。その後、WHO 事務局長のデドロスは、パンデミックを宣言した

に進展しているため、状況に対処する即時かつ効果的な措置を講ずる必要がある。この異常な状況は、非常に多くの市民が影響を受け、市民の権利<sup>15</sup>にたいする異常な危険がある点で、まちがいなく前例のない大規模な健康危機 (una crisis sanitaria) である。

1981年6月1日付警戒事態・非常事態・合囲事態に関する組織法(Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio [以下、緊急事態組織法]) 4条b)は、憲法116条2項<sup>16</sup>により付与された権限を行使して、政府に、正常な状態に重大な変化をもたらす健康危機が発生したばあ

(3月11日)。それを解除するのは2023年5月3日である。

<sup>15</sup> 憲法「政治社会経済の指導原理」の一つとして、43条1項で「健康保護の権利(Derecho a la Protección de la Salud)は保障される」と規定する。同条は、自由および権利を保障する憲法1編2章ではなく、「政治・社会・経済の指導原理」をさだめた1編3章のなかに置かれている。

健康権(Right to Health)の保障は、WHO憲章前文「到達可能な最高水準の健康を享受することは…すべての人々の基本的権利の一つである」や、国際人権規約(A規約)12条1項「到達可能な最高水準の身体および精神の健康を享受する権利」などの例があった。しかし憲法の明文による保障としては、第二次大戦直後に制定されたフランス第四共和制憲法(1946)前文「健康の保護(la protection de la santé)」, 日本国憲法25条1項「健康で文化的な最低限度の生活をおくる権利」, それにスペイン憲法につよい影響を与えたといわれるイタリア共和国憲法(1947)32条「個人の基本的権利および連帯の利益としての健康を保護し、貧困者にたいする無償の医療を保障する。」)をべつにして、資本主義国では早期のものといつてよいだろう。健康権について、棟居徳子「健康権(the right to health)の国際社会における現代的意義」社会環境研究10号(2005)。

なお(「健康権」とはことなつた)「健康保護の権利」が「政治・社会・経済の指導原理」として憲法で規定されることにより、個人にたいして主観的権利としての健康を保障するとともに、客観的な法制度の整備、すなわち国家(立法府)による公衆衛生に必要な措置を講じることが明確に正当化され、また義務付けられる。この責務は、同条2項「予防と給付措置および必要なサービスを通じて、公衆衛生を組織し保護すること(Organizar y Tutelar la Salud Pública)は、公権力の責務である。」でさらに明確にされる。

<sup>16</sup> 憲法116条1項は「組織法は、警戒事態(Estado de Alarma), 非常事態(Estado de Excepción)および合囲事態(Estado de Sitio)と、それに対応する当局の権限および制限を定める」と、事態を3つに類型化したうえで、詳細を組織法に委任する。また同条2項は警戒事態宣言政令の発出および延長手続を規定する。

なお本稿では、3事態を包括する概念(Estado de Emergencia)に「緊急事態」の訳語をあてている。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

いに、国の全域または一部において警戒事態を宣言する権限を付与する<sup>17</sup> <sup>18</sup>。この枠組で本政令の定める措置は、市民の健康と安全を守り、病気の流行を抑制し、公衆衛生システム<sup>19</sup>を強化するための政府の断固たる行動の一部である。

---

<sup>17</sup> 憲法と緊急事態組織法は、国に事態宣言権を付与する一方で、緊急事態組織法 1 条 1 項は「権限を有する機関の通常の権限をもっては正常を維持できないばあい」と、権限行使を限定したことに注意せよ。謙抑の文言を採用した背景には、フランコ政権が事態宣言権を濫用した歴史がある。

たとえば①コルテス設置法 (1942 年) 13 条は、緊急の必要があるとき、政府は、国家元首に、国会の管轄事項を処理する事項を規制する政令の発令を提案することができる (緊急政令権)。

②また国家元首法 (1967 年) 10 条は、対外的な安全、国家の独立性、領土の完全性、王国の制度的なシステムが深刻かつ即座に脅かされているばあいに、国家元首は例外的な措置を採用できることを規定する。

<sup>18</sup> 憲法の、自治州 (Comunidad Autónoma) の権限列記条項 (148 条 1 項) 21 号には、「保健および衛生 (Sanidad e Higiene)」がある。また、国の排他的権限列記条項 (149 条 1 項) 16 号には「検疫。保健の基本および全体的調整。薬品に関する立法」( Sanidad Exterior. Bases y Coordinación General de la Sanidad. Legislación sobre Productos Farmacéuticos) がある。さらに同条 3 項は「憲法が国に明示的に権限を付与しない事項は、各自治州の自治憲章 (Estatuto de Autonomía) により自治州の管轄とする。自治憲章が引き受けない事項の権限は国に帰属する。…すべてのばあい、国家法は自治州法に優先する。」とする。

このように自治国家 (el Estado Autonómico) の枠組のなかで、健康保護の保障に対応した公権力が、国と自治州との間で配分されている。

<sup>19</sup> 公衆衛生に関連する既存の諸法律は、強力で広範な権力行使の根拠となりうる。たとえば

①一般医療法 (Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad) 26 条 1 項は「健康に深刻で重大な危険が存在するか、あるいはおそれがあるばあい、保健当局は、生産物の収用や凍結。活動の一時停止、企業や施設の閉鎖、物的・人的手段による介入、その他衛生上妥当とみなすことを、予防措置として講じることができる」と規定する。

ここでいう「物的・人的手段による介入」概念については、アントニア・エンビド・イルホ (北原仁訳)「行政法」日本スペイン法研究会・サラゴサ大学法学部・Michiza 日本法研究班共編『現代スペイン法入門』(嵯峨野書院, 2010) 165 頁以下を参照

②また一般公衆衛生法 (Ley 33/2011, de 4 de Octubre, General de Salud Pública) 54 条 1 項も「例外的に、特別に重大または緊急な理由により必要とされるばあい、法律の遵守を確保するために必要な措置を講じることができる。」として、同 2 項で、生産物の収用、物的・人的手段による介入、企業や施設の閉鎖、活動の一時的中断などをあげる。

保健当局による強力な対処 (の、すくなくともかなりの部分) は、緊急事態

政府のあらゆるレベルですでに実施されている暫定的な特別な対策<sup>20</sup>は、ウイルスの予防と封じ込め、健康、社会、経済への影響を軽減するために、ただちに遅滞なく強化されなければならない。

この深刻かつ例外的な状況<sup>21</sup>に対処するため、警戒事態を宣言することが不

組織法・警戒事態宣言によらず、これらの通常法律によって実施が可能ではなかっただろうか(Gabriel Doménech Pascual, Fighting Covid-19; Legal Powers and Risks : Spain, VERFASSUNGBLOG)。政府はカミソリで片付く問題にマサカリを持ち出したのではないか、という疑いは払拭できない。また立憲主義に照らして、そもそも事態宣言を発令すること、緊急法制を発動することは正当だったのかという問題もある。

<sup>20</sup> 警戒事態宣言に先行した「すでに実行されている暫定的な特別な対策 (las Medidas Temporales de Carácter Extraordinario que ya se Han Adoptado)」には、たとえば以下のものがあった。

①3月10日付RDL 6/2020(3月25日下院承認)により、(a)住宅ローンの返済が困難な家族を保護するため、ローンの返済ができない者の強制退去措置の猶予期間をさらに延長すること、(b)労働者の感染や隔離を、労働災害とみなすこと、(c)医薬品や食料が供給困難のばあい、行政が集中的に供給管理をおこなうこと。

②3月10日付内閣命令PCM 205/2020により、イタリア・スペイン間の航空便運航を停止すること。

③3月12日付内閣命令PCM 216/2020により、イタリアから出国した客船、スペインの港に向かうあらゆるクルーズ船の入港を禁止すること。なお本命令は、横浜に停泊したダイヤモンド・プリンセス号事件(感染者712人、死者13人)を参照している。

④3月12日付RDL 7/2020(3月25日下院承認)により、(a)国家予算に計上された予備費(Fondo de Contingencia)から支出をすることで、感染拡大にともなう自治州の負担増を補うこと(なお一般財政法(Ley 47/2003, de 26 de Noviembre, General Presupuestaria)50条は、支出総額の2%を国の予備費として計上するべきことを規定している)、(b)学校閉鎖の影響を受ける脆弱な立場の子供に、経済的援助や食事支援をおこなうこと、(c)組織法が定める義務教育の最低授業日数について柔軟に運用すること、(d)大手旅行会社トマス・クックの破産(2019年)もかかわって、観光業者へ特別な支援をすること、(e)小企業や個人を対象に納税期限を6ヶ月延期することなど。

⑤同じとき、自治州政府も外出規制などの措置を講じていた(たとえばカタルーニャ自治州は3月12日から外出規制。マドリード自治州は3月11日から、幼児教育から大学まで学校閉鎖。3月14日に商業施設を閉鎖。ムルシア自治州は3月13日からカルタヘナ市などの封鎖など)。

<sup>21</sup> 緊急事態組織法4条は、警戒事態宣言を发出する条件として「a)地震、洪水、都市火災、森林火災、大規模事故などの災害、b)パンデミックおよび深刻な感染状況などの健康危機、c)憲法28条2項と37条2項[ストライキ、集団争議]が保障せず、本条が規定する他の状況が関わるばあいにおける[c]単独では

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

可欠である<sup>22</sup>。

本政令に盛り込まれた措置は、この状況に対処するために不可欠であり、状況の極端な深刻さに比例したものであり<sup>23</sup>、憲法 55 条が規定する基本権の停

---

警戒事態とならない]地域社会の重要な公共サービスの麻痺、d) 基本的な生活必需品の不足状況」の 4 つをあげる。

a)～d)のうち、複数の条件を援用することも可能である。じっさい緊急事態組織法にもとづく事態宣言発令の唯一の先例、すなわち航空管制官の職場放棄 (2010 年 12 月) にさいして、政府は c)「重要な公共サービスの麻痺」と d)「生活必需品の不足」をあげて、警戒事態宣言を発令した。RD 1673/2010, de 4 de Diciembre, por el que se Declara el Estado de Alarma para la Normalización del Servicio Público Esencial del Transporte Aéreo.

<sup>22</sup> 緊急事態組織法 13 条は、非常事態宣言について「市民の権利と自由の行使、民主的機関の正常な機能、社会に不可欠な公共サービス、またはその他の公の秩序が損なわれ、通常の権限によっては回復が不可能になったばあい」をあげる。COVID-19 健康危機が、警戒/非常事態いずれにあたるかが問題となる。既存の法律をつかった対処の可能性問題 (前掲注 19) も参照せよ。

<sup>23</sup> 比例原則 (el Principio de Proporcionalidad) は、スペインにおける規制行政の一般原則であり、また行政法で明文化される (共通行政手続法 (Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) 100 条「行政による強制は、比例原則をつねに尊重しつつ、…。(以下、略)」, 地方制度基盤法 (L 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) 84 条 2 項「地方自治体の介入活動は、いかなるばあいにおいても、平等な取り扱い、必要性、追求する目的との比例性の原則に従わなければならない。)」など。また 2003 年 1 月 28 日の憲法裁判決でも承認されている (S.T.C. 14/2003, de 28 de Enero)。

比例原則の内容は、①規制内容が目的を達成するうえで適切であること (適切性の要件)、②必要最小限の規制であること (必要性の要件)、③規制によってもたらされる利益は、規制によって失われる利益を超えること (狭義の比例性の要件) と理解されている。Juan Francisco Pérez Gálvez, El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Español, REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL, num 29(2007)p.178. この原則は、パンデミックを口実とした国家権力の濫用にたいする一定の歯止めとして機能する可能性はあるだろう。杉本俊介「パンデミックの倫理」倫理学研究 52 巻 (2022) も。

また比例原則とべつに、緊急事態における人権保障・制限に関する「シラクサ原則 (Siracusa Principles)」の適用について検討する必要があるようにおもわれる。同原則は、松浦陽子訳「市民的及び政治的権利に関する国際規約における制限条項及び違反条項に関するシラクサ原則」東北学院大学法学政治学研究所紀要 30 巻 (2022)、松尾太陽・大北全俊訳「市民的及び政治的権利に関する国際規約の制限及び逸脱条項に関するシラクサ原則・全文訳」[<https://www.pandemic-philosophy.com/>]。シラクサ原則の適用は、Nina Sun, Applying



止をともなうものではない (no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental) <sup>24</sup>。

その結果、第一副首相兼首相府・国会関係・民主的記憶担当大臣、保健大臣、国防大臣、内務大臣、運輸・移動・都市政策担当大臣が提案し、2020年3月14日の閣議 <sup>25</sup>を経て、以下のように定める。

---

Siracusa: A Call for a General Comment on Public Health Emergencies, HEALTH HUMAN RIGHTS Journal (2020) [<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7348455/>].

<sup>24</sup> 憲法55条は「憲法17条[法定手続の保障, 予防拘禁の制約, その他の刑事手続における諸権利], 18条2項[住居の不可侵]および3項[通信の秘密], 19条[居住移転, 出入国の自由], 20条1項a・dおよび5項[表現の自由], 21条[集会・デモ行進の自由], 28条2項ならびに37条2項[労働者のストライキ権, 労働者と企業者の集団争議権]に認められた権利は, 憲法に定められた条件で, 非常事態または合囲事態の宣言が合意されたときは, 停止する (Suspendidos) ことができる。17条3項[拘禁理由の開示請求権, 自白を強要されない権利, 弁護人の立合い保障]は, 非常事態宣言のばあいは本項から除外する。」とする。したがって非常事態・合囲事態において基本権の一部が「停止」されるが, 反対解釈により, 警戒事態宣言下の基本権「停止」は認められないとかがえられる。本政令前文第四段「基本権の停止をともなうものではない」も, その点を確認する。

個別具体的事案において, 例外的な「基本権の停止」と, 一般的な「基本権の制限」とを截然と区別することは容易ではないだろう。だがそれは, 後の憲法判断 (本政令7条についての憲法裁判決) を左右する。

また緊急事態組織法11条は, 警戒事態宣言下で「警戒事態を宣言する政令, またはその有効期間中に発出される政令は, 次の基準で定めることができる。」とし, 「a) 特定の時と場所における人や車両の移動や滞在を制限すること, または一定要件の充足を条件とすること。b) あらゆる種類の財産の暫定的収用をおこない, 個人に義務的役務を課すこと。c) 関係省庁へ通知したうえで, 個人の住居を除き, 工場またはあらゆる性質の施設に一時的に立ち入り占有すること。d) 必要性の高いサービスまたは物品の使用を制限すること。e) 4条d)の影響を受けるサービスや物品の供給を保障するために必要な命令を発すること。」と規定する。ここでも, 基本権を「停止」することは正当化されていないことに注意。

<sup>25</sup> 20年1月に成立した, ペドロ・サンチェス・ペレス=カステホン (Pedro Sánchez Pérez-Castejón, 社会主義労働党 PSOE 党首) を首相とする第2次サンチェス内閣。社会主義労働党とポデモス (PODEMOS) からなる, 中道・左派連立政権である。第一副首相兼首相府・国会関係・民主的記憶担当大臣はカルメン・カルボ・ボジャト, 保健大臣はサルバドル・イジャ・ロカ, 国防大臣はマルガリータ・ロブレス・フェルナンデス, 内務大臣はフェルナンド・グランデ・マルラスカ, 交通・移動・都市政策担当大臣はホセ・ルイス・アパロスがつとめた。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

## 第 1 条 警戒事態の宣言

(Declaración del estado de alarma)

1981 年 6 月 1 日付緊急事態組織法 4 条 b) と d) にもとづき<sup>26</sup>, COVID-19 コロナウイルスによる健康上の緊急事態 (Emergencia Sanitaria Provocada por el Coronavirus COVID-19) に対処するため、警戒事態を宣言する。

## 第 2 条 領域

(Ámbito territorial)

本警戒事態宣言の効果は、国内全域<sup>27</sup>におよぶ。

---

サンチェス内閣は、COVID-19 に対処するために全土ロックダウンを命じるなど、イタリアとならんで、比較的厳格な権利制約を講じた。しかし政権に批判的な論者からは、「危険性を認識していながら、与党議員や閣僚たちが、直前の 3 月 8 日 (国際女性デー) に各地で開かれた集会に参加し、それが感染拡大の一原因となったこと」にたいするエクスキューズなのではないか、という指摘もあった。この問題は、第 1 回警戒事態宣言政令の下、政争のポイントとなった。

<sup>26</sup> 緊急事態組織法 4 条 b) d) は、注 20。

<sup>27</sup> 本政令 2 条が明記するように、本警戒事態宣言はスペイン全土を対象にする。しかし緊急事態組織法は、地域を限定した事態宣言を発令する可能性も否定しない。たとえば警戒事態について、4 条は「国の全部または一部で警戒事態を宣言することができる。」と定める (ただし注 21 でとりあげた航空管制官のストライキに対処する警戒事態宣言のときは、国土全域を対象にしていた)。5 条は、自治州の長に、事態宣言の発令を国に要請する権限を付与する。7 条は、自治州の長が「委任された権限を有する当局」(本政令 4 条 2 項参照) となりうることを規定する。非常事態・合囲事態でも同様に、対象地域を明記すること (すなわち地域に限った宣言を発令すること) ができる。

政府は 10 月 9 日、「人口 10 万人以上の自治体」で、「直近 14 日間に 10 万人あたり 500 人以上の感染者がでていること」、「COVID-19 感染者が集中治療室病床の 35% 以上を占有していること」などの条件を設定したうえで、それに該当する (すなわち感染状況が深刻である) アルコベンダス、アルコロン、フエンラブラダなどマドリッド自治州内にある 9 の市 (Municipios) を封鎖するため、15 暦日間の地域的警戒事態宣言および政令 (RD 900/2020, de 9 de Octubre) を発出した。自宅からの外出は禁じられていないが、市の境界は封鎖され、同 5 条で特に明記した理由 (たとえば保健センターやサービスへの移動、通勤、大学や学校への通学、住居への帰宅、高齢者のケアなど) でなければ、当該市からの／への出入りは禁じられることになった。

この RD 900/2020 は 10 月 24 日をもって失効した。かわって 10 月 25 日には、



### 第 3 条 期間

(Duración)

本政令の宣言する警戒事態の期間<sup>28</sup>は、15 暦日<sup>29</sup>とする<sup>30</sup>。

RD 926/2020 にもとづいて、スペイン全土を対象にした第 2 回警戒事態宣言が発令される。地域的警戒事態宣言がマドリードを対象に発出されるにいたった、その政治的文脈については、前掲・永山・67 頁。

<sup>28</sup> 警戒事態宣言 1 回ごとの期間は最長が決められているが、延長回数や延長 1 回ごとの期間の上限は明記されていない。

すなわち、警戒事態宣言は政府の判断で発出される。しかしそれを延長するには、憲法および緊急事態組織法の規定により、ただちに下院の承認が必要とされる。憲法 116 条 3 項「警戒事態は、閣議で決定した政令により、内閣が最長 15 日の期間を定めて宣言する。ただちに下院を召集して、その旨を通知しなければならない。また下院の承認がなければ、15 日の期間を延長することはできない。政令は、宣言の効果がおよぶ領域の範囲を定めなければならない。」、緊急事態組織法 6 条 1 項「警戒事態の宣言は、閣議で決定した政令で実施される。」、同 2 項「前項の政令は、警戒事態の地域的範囲、期間および影響を定めなければならない。15 日間を超えてはならない。下院の明示的な承認があるばあい限り延長することができ、このばあいには、延長中の地域的範囲および条件を定めることができる。」と規定する。

下院規則 (Reglamento del Congreso) 162 条 3 項は、各会派が、政府提案の警戒事態宣言延長について、討論開始の 2 時間前までに、延長中の地域的範囲および条件について提案することができること、同 4 項は、この討論は、本会議で政府委員会が、延長承認要求の理由を説明することから開始されることを規定する。

非常事態宣言について、下院の事前承認という条件のもとで、30 日を越えない範囲で宣言されること、同じ日数の延長ができるとしたこと（憲法 116 条 3 項）と対照的である（次表）。

警戒事態宣言の延長をめぐる、①事態宣言権が濫用され、行政にたいする立憲主義的統制が形骸化することを危惧する立場からは、延長できる期間に憲法・組織法上の制約があるとする延長期間制約説（たとえば、警戒事態宣言を延長することは可能だが、1 回ごとの延長期間は宣言発出の政令と同様、最大 15 日に限られるとするもの）が主張される。これと反対に、

②立憲主義的統制の制度があるので（たとえば、下院による延長承認手続、両院の解散禁止、憲法裁判所による違憲審査制、さらに事態宣言下における「国家機関の責任の原則」（憲法 116 条 6 項「…事態宣言は、憲法および法律で認められた政府およびその職員の責任原則を変更するものではない。」））、事態宣言権が濫用されるおそれはないという立場からは、1 回ごとの延長期間について憲法はふれていないのだから、その期間に制限はないとする延長期間無制約説が主張される。

第 1 回警戒事態宣は、6 回の延長を重ねたが (注 24 参照)、各回の延長は 15 暦日に抑えられていた。

くわえて、今回のパンデミックについては、通常の法制をもって対処すべきだったのか、あるいは警戒事態宣言や非常事態宣言などの緊急法制で対処すべきだったのか、という状況判断がからんでいる。¿Qué Opciones Legales Hay ante el Fin del Estado de Alarma para Contener la Pandemia? も参照。[<https://theconversation.com/que-opciones-legales-hay-ante-el-fin-del-estado-de-alarma-para-contener-la-pandemia-159835#:~:text=Una%20posible%20soluci%C3%B3n%20pasar%C3%ADa%20por,pandemias%20de%20estado%20de%20alarma.>] ]

		憲法	緊急事態組織法
警戒事態	宣言期間	最長 15 日	最長 15 日 (6 条)
	延長期間	?	?
	延長回数	?	?
非常事態	宣言期間	最長 30 日	最長 30 日 (13 条)
	延長期間	最長 30 日	最長 30 日 (13 条)
	延長回数	?	?

<sup>29</sup> 共通行政手続法により、期間の計算は①法律上の期間が日数で定められるときは、土曜・日曜・祝日を除いた平日 (Días Hábiles) で計算をし、②法律や EU 法で特段の定めがあるときは、暦日 (Días Naturales) で計算をすることになっている (30 条 2 項)。本条規定により、本政令の期間は暦日による計算がおこなわれる。

<sup>30</sup> RD 463/2020 の発令時から、宣言を延長することは織り込み済みであった。そのことは、3 月 18 日の下院本会議における首相説明 (注 4) 「この期間は、必要であれば、下院議員の承認をもって (つまりは、諸君の支持を得て) 延長することができる」という箇所でも示唆されていた。3 条の期間規定の文言じたいには手をつけず、期間延長を規定する RD を別途制定することによって、警戒事態宣言はこのあと 6 回、延長された。

①第 1 回延長 3 月 27 日付 RD 476/2020 「本政令で定められた延長は、2020 年 4 月 12 日午前 00 時 00 分まで延長され、2020 年 3 月 17 日付 RD465/2020 で改正された 2020 年 3 月 14 日付 RD 463/2020 で定められたのと同じ条件にしたがう。」

②第 2 回延長 4 月 10 日付 RD 487/2020 「3 月 14 日付 RD 463/2020 で宣言された警戒事態を延長し、COVID-19 の健康危機の状況に対処するための警戒事態を宣言するため、本政令で定められた延長は、2020 年 4 月 26 日午前 00 時 00 分まで継続し、3 月 14 日付 RD 463/2020 で定められ、3 月 17 日付 RD 465/2020 および 3 月 27 日付 RD 476/2020 で改正されたのと同じ条件にしたがう。」

③第 3 回延長 4 月 24 日付 RD 492/2020 「本政令で定められた延長期間は、2020 年 4 月 26 日午前 00 時 00 分から 2020 年 5 月 10 日午前 00 時 00 分まで継続し、2020 年 3 月 14 日付 RD 463/2020 で定められたのと同じ条件にしたがう。」

**第 4 条 権限を有する当局**

(Autoridad competente)

**1 項** 警戒事態に関して権限を有する当局は、政府である。

④第 4 回延長 5 月 8 日付 RD 514/2020「本政令で定められた延長期間は、2020 年 5 月 10 日午前 00 時 00 分から 2020 年 5 月 24 日午前 00 時 00 分まで継続し、以下の条項によらず、3 月 14 日付 RD 463/2020 およびそれを改正、実施、発展させた規定に定められたのと同じ条件にしたがう。」

⑤第 5 回延長 5 月 22 日付 RD 537/2020「本政令で定められた延長期間は、2020 年 5 月 24 日午前 00 時 00 分から 2020 年 6 月 7 日午前 00 時 00 分まで継続し、以下の条項によらず、3 月 14 日付 RD 463/2020、およびそれを改正、実施、発展させた規定に定められたのと同じ条件にしたがう。」(なお政府は当初、⑤で (15 日間ではなく) 30 日間の延長とすることを検討していたといわれる)、

⑥第 6 回延長(最終延長) 6 月 5 日付 RD 555/2020「本政令で定められた延長期間は、2020 年 6 月 7 日午前 00 時 00 分から 2020 年 6 月 21 日午前 00 時 00 分まで継続し、以下の条項によらず、2020 年 3 月 14 日付 RD 463/2020、およびそれを改正、実施、発展させた規定で定められたのと同じ条件にしたがう。」

この 6 月 21 日をもって本政令は終了し、他の法律などが明文で引き継いだものをのぞき、失効した。

	RD	議決日	賛成票	反対票	棄権票
第 1 回宣言	463/2020				
第 1 回延長	376/2020	0325	321	0	28
第 2 回延長	487/2020	0410	270	54	25
第 3 回延長	492/2020	0422	269	60	16
第 4 回延長	514/2020	0506	178	75	97
第 5 回延長	537/2020	0520	177	162	11
第 6 回延長	555/2020	0603	177	155	18

前掲・永山・67 頁

延長にたいする下院の賛成／反対／棄権票数の推移(上表)が示すように、当初は政府の警戒事態宣言に多くの議員が賛成した。しかし回を重ねるごとに反対票が増えている。とりわけ第 5・6 回延長は、スペイン国民のあいだにいわゆる「事態疲れ」が つよまっていたことや、与野党のあいだで政治的対立が激化したこともあって、保守の人民党(PP)や極右ポピュリズム政党の Vox などが反対にまわり、僅差での承認という結果になった。

「VOX は、ロックダウンをおこなうための当局からの最初の承認要請を例外として、政府が提案したすべての政策に反対し、政府に対する不信任決議案を提案した」(José Rama y José Javier Olivas, ¿Aprovechándose del miedo?: El Populismo de Extrema Derecha y la Crisis de la COVID-19 en Europa)。不信任決議の動議(moción de censura)手続は下院規則 175 条以下。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

**2 項** 本政令の定める権能を行使するために、首相の最高指揮権の下で、以下の者がそれぞれの責任領域において委任された権限を有する当局となる。

- a) 国防大臣<sup>31</sup>
- b) 内務大臣<sup>32</sup>
- c) 運輸・移動・都市問題担当大臣[以下、交通大臣と略記]<sup>33</sup>
- d) 保健大臣<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> 4 条 2 項にもとづく国防大臣の権限行使として

①国防省のなかに管理体制を確立することを指示する、3 月 15 日付国防大臣指令 (Instrucción de 15 de Marzo de 2020)。

②劣悪な環境で暮らす人を対象にした、生活支援 (住居の消毒, 食料提供など) をおこなう「社会権およびアジェンダ 2030 (持続可能な開発目標) 大臣」

(Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030) の活動にたいする支援を指示する、3 月 16 日付国防大臣指令 (Instrucción de 16 de Marzo de 2020)。

<sup>32</sup> 内務大臣の職務は、市民の安全、交通、交通安全に関する政府の政策の提案・実行、基本権を行使する条件の促進し、国家治安部隊の指揮、法によって与えられたその他の権限と権限である (RD 2/2020 「省庁の再編に関する政令」および RD 734/2020 「内務省の基本構造に関する政令」)。

国境管理は、RD 734/2020 の 3 条 g) にもとづき、内務省下の国家警察局がとりおこなう。COVID-19 対処政治のなかでは (本政令 5 条以下の解説でとりあげないものを中心に)

①3 月 17 日から 26 日までの、国境管理の暫定的な再開を規定する 3 月 16 日付内務大臣命令 INT 239/2020。

②欧州理事会決定を受けて、COVID-19 健康危機にさいしての公序良俗および公衆衛生を理由として、第三国から EU およびシェンゲン協定加盟国へむけての、不要不急の渡航を一時的に制限する基準を定めた 3 月 21 日付内務大臣命令 INT 270/2020 があつた。シェンゲン協定による自由通行の一時停止については、European Court of Auditors, Free Movement in the EU during the COVID-19 Pandemic: Limited scrutiny of Internal Border Controls, and Uncoordinated Actions by Member States together with the Replies of the Commission and the European Centre for Disease Prevention and Control (2022) を参照。

<sup>33</sup> 交通大臣の権限行使の例は、本政令 14 条を参照。

<sup>34</sup> 保健大臣の権限行使の例 (5 条以下の解説でとりあげないものを中心に)

①市民登録法 (Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil) は、遺体の埋葬には死後 24 時間の経過が必要であることを定める。しかし死者の増加に対応し、死亡から埋葬許可証交付まで 24 時間経過する必要を免除した 3 月 21 日付命令 SND 272/2020、

②患者が発生した家庭のごみ取扱いと管理、感染者と接触した病院などからの廃棄物の管理を指示する 3 月 19 日付命令 SND 271/2020、

③警戒事態宣言が発出されることに先行して講じられた、自治州の外出規制措置を承認する 3 月 26 日付命令 SND 290/2020、

④必要な医薬品を確保するため、病院薬局で 2 か月超の調剤を禁じること、自

同様に a)b)c) いずれの大臣の権限にも帰属しない責任領域では、保健大臣が委任された権限を有する当局となる<sup>35</sup>。

**3 項** 本政令で委任された権限を有する当局として指定された国務大臣は、その特定の活動範囲において、緊急事態組織法 11 条<sup>36</sup>が規定する措置を講ずる

治州は、病院外での患者に、非対面で医薬品を供給するのに必要な措置を講じることができること、などを規定する、3月25日付命令 SND 293/2020、

⑤既存の建築物について、居住者と区分されない状況で、改修や資材を置くなどの作業を停止させる4月12日付命令 SND 340/2020、

⑥自治州は州内にある診断センターなどを利用する権限を有すること、患者を発見したときは自治州の保健当局に通知しなければならないこと、必要に応じて国に情報を伝達することなどを定めた4月13日付命令 SND 344/2020、

⑦軍の生物化学兵器部隊と緊急部隊 (Unidad Militar de Emergencias: UME) が、保健大臣の指定する殺生物剤を使用することを認める4月16日付命令 SND 351/2020。

<sup>35</sup> 第5回延長の RD 537/2020 の6条1項「この延長の有効期間中、3月14日付 RD 463/2020 で言及される、首相の指揮のもと、自治州との協力の原則にしたがい、委任された権限を有する当局は、保健大臣とする。この期間中、権限を有する行政機関は3月14日付 RD 463/2020 の5条で言及された機能行使する責任を負うものとする。」の規定により、5月24日から6月7日まで、原テキスト4条2項「委任された権限を有する当局」は、保健大臣に限定された。

また第6回延長の RD 555/2020 の6条1項「この延長の有効期間中、3月14日付 RD 463/2020 で言及される、首相の指揮のもと、自治州との協力の原則にもとづき、委任された権限を有する当局は、保健大臣および自治州の長とする。警戒事態解除計画の第三段階に対応する措置の採用、抑制、調整および実行のために委任された権限を有する当局は、解除プロセスのために定められた自治州の領域を超える移動の自由に関する措置を除き、その自治州の長でなければならない」の規定により、6月7日から6月21日まで、原テキスト4条2項「委任された権限を有する当局」は保健大臣および自治州の長に改められる。この改正からうかがえるように、COVID-19 対処の権限は、中央政府から自治州へと徐々にうつっていく。

20世紀後半の汎ヨーロッパ的動向<集権体制から分権体制へ>(たとえば池田和希・永田智成「スペインとイタリアにおける連邦主義的改革に関する一考察」南山大学紀要「アカデミア」社会科学編20号(2021))は、警戒事態宣言の第6回延長を規定する RD 555/2020 の6条2項「5条の目的のため、自治州は、健康および疫学的基準にもとづいて、その自治州の諸県、島嶼または地域で警戒事態解除計画フェーズ3を超えたかどうか、すなわち「新しい日常(Nueva Normalidad)」への移行を決定することができる。」の文言にもみることができる。

<sup>36</sup> 緊急事態組織法 11 条「上記条項にかかわらず、警戒事態を宣言する政令、またはその有効期間中に発出される政令は、次の限度で定めることができる。

a) 特定の時と場所における人や車両の移動や滞在を制限すること、または一定

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

ため、人、財産、場所を保護する、通常のまたは特別な役務の提供を保証することに必要な命令、決定、規定、解釈上の指示を発出する権限を有する<sup>37</sup>。

前段の行為、規定および措置は、職権によって、または自治州もしくはは権限を有する地方当局の合理的な要求によって、それぞれに適用される法律にしたがい、弱者に配慮しつつ、講じられなければならない。このために行政手続は必要とされない。

**4 項** 警戒事態宣言の有効期間中、2015 年 9 月 28 日付国家安全法 (Ley 36/2015, de 28 de Septiembre, de Seguridad Nacional) 附則 1 条<sup>38</sup>にもとづき、事態委員会 (el Comité de Situación) は、権限を有する支援機関として活動する。

## 第 5 条 委任された権限を有する当局との協働

(Colaboración con las autoridades competentes delegadas)

**1 項** 国家治安部隊 (los Integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado)<sup>39</sup>、自治州警察および地方警察の構成員は、内務大臣の直接の命

---

要件の充足を条件とすること。b) あらゆる種類の財産を暫定的に収用し、個人に義務的役務を課すこと、c) 関係省庁へ通知したうえで、個人の住居を除き、工場、作業場、農場、その他あらゆる性質の施設に過渡的に立ち入り占有すること、d) 必要性の高いサービスの使用や物品の消費を制限しまたは配給すること、e) 本組織法 4 条 d) の影響を受ける物品の生産機関にたいして、市場への供給とサービスの運営を確保するために必要な命令を発すること」。

<sup>37</sup> たとえば内務大臣は、①3 月 15 日付命令 INT 227/2020 により、刑事施設の処遇に関する命令 (移動制限にともなう面会制限、半開放処遇者が外から収容施設に戻る際の手続など) や、②3 月 16 日付命令 INT 239/2020 により、シェンゲン協定 (欧州域内の自由通行協定) の保証する国境を越えた自由通行に制限を課す国境管理制度を一時的に再導入する命令を発する。

また保健大臣は 3 月 19 日付命令 SND 265/2020 により、高齢者が居住する老人ホームなどの施設における感染対策 (職員数の抑制、医療体制、被収容者間の隔離、施設の清掃など) を命じた。

<sup>38</sup> 事態委員会 (el Comité de Situación) は、国家安全保障会議 (CSN) を支援することを目的に、CSN が設置した組織 (2018 年 1 月 22 日付 PRA 32/2018) で、首相や関係閣僚などで構成される。CSN の危機管理の支援、CSN の講じた措置の検証、CSN にたいする規制措置の提案などをおこなう。

なお国家安全法 (Ley 36/2015) 附則 1 条によれば、警戒事態および非常事態には、国家安全保障システムの危機管理手段と資源拠出による支援が実施される。

<sup>39</sup> 国家治安部隊 (las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. いわゆるパラ・ミリタリー) は、国家警察 (Cuerpo de la Nacional de Policia) と治安警備隊 (Cuerpo de la Suardia Civil) からなり、軍と自治州・地方警察



令下におかれる<sup>40</sup>。内務大臣はそれらの者に、本政令のために、人、財産および場所の保護に必要な限りにおいて、期間もしくは性質において特別の職務を課することができる<sup>41</sup><sup>42</sup>。

**2 項** 当局の職員 (Agentes de la Autoridad)<sup>43</sup>は、本政令が明示的に除くものの以外で、本政令によって停止された業務および活動を検査し、必要に応じてそれを停止させるために人、物資、車両、施設および事業所にたいする検査を実施することができる。そのために必要な命令や禁止令を発出し、実行中の活動または業務を停止させることができる。

この目的のため、市民は権限を有する職員の職務執行に協力し、それを妨げない義務を負う。

**3 項** 独自の警察組織を持つ自治州は、それぞれの安全保障委員会 (Juntas de Seguridad)<sup>44</sup>において設けられた監視・調整委員会 (las Comisiones de Seguimiento y Coordinación) が、前 2 項の規定を確保するために必要なメカニズムを構築する。

**4 項** 2015 年 7 月 9 日付市民保護の国家システム法 (Ley 17/2015 del Sistema Nacional de Protección Civil) 17 条で規定された市民保護緊急事態 (Emergencias de Protección Civil) における介入と支援の業務は、内務大臣のもとで実施される<sup>45</sup>。

のあいだに位置する法執行組織。憲法 104 条および国家治安部隊組織法 (LO 2/1986, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) のとくに 9 条にもとづく。

<sup>40</sup> 憲法 104 条は、国家治安部隊が内閣に帰属することを規定する。

<sup>41</sup> 3 月 15 日付の内務大臣命令 INT 226/2020 は、国家治安部隊の行動基準 (Criterios de Actuación) を定める。

<sup>42</sup> 本項は、5 月 23 日付 RD 537/2020 の 6 条により「この延長の有効期間中、3 月 14 日付 RD 463/2020 で言及される機能の行使のために委任された権限を有する者は、首相の指揮の下、自治体との協力原則にしたがう保健大臣とする。」と改正された。

<sup>43</sup> 当局の職員 (Agentes de la Autoridad) とは、当局の決定と権限の実行を委託された公務員などをいう。

<sup>44</sup> 地方警察委員会 (Juntas de Seguridad) は、RD 1087/2010 にもとづき、独自の警察組織をもつ地方自治体または自治体の連合 (現在、6 つの自治州にある) が組織する。

<sup>45</sup> 市民保護の国家システム (SNPC) は、第 1 回警戒事態宣言の発出とともに起動した。

同法の「市民保護緊急事態」とは、人や財産が差し迫った危険にさらされ、それに対処し、被害を軽減し、惨事を防ぐために、公的機関による迅速な管理が必要な集団的危機の事態をいう (2 条 5 号)。市民保護緊急事態のうち、緊急事

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

**5 項** 内務大臣は、2014 年 4 月 4 日付民間警備サービス法 (Ley 5/2014 de Seguridad Privada) の適用範囲に含まれるすべての対象者<sup>46</sup>に、必要な命令、決定、措置、指示を発することができる。

**6 項** 本政令の規定する措置を効果的に実施するために、委任された権限を有する当局は、2005 年 11 月 17 日付国防組織法 (LO 5/2005, de 17 de Noviembre, de la Defensa Nacional) 15 条 3 項の規定にしたがい<sup>47</sup>, 軍 (las Fuerzas Armadas) に出動を求めることができる。<sup>48</sup>

---

態組織法の適用を必要とする事態は、「国益にかかわる緊急事態」(Emergencias de Interés Nacional) とされ (28 条), 内務大臣は対処活動の組織化と調整, すべての国家・地域・地方資源の管理をおこなう。

3 月 15 日付内務大臣命令 INT 228/2020 は, 市民保護システムをうごかすため, 自治州・自治市の代表, さらに行政当局で構成され, 内務大臣が議長をつとめる国家調整委員会 (el Comité Estatal de Coordinación; CECO) をたちあげた。

<sup>46</sup> 民間警備サービス法の「適用範囲」とは, 民間警備サービス会社や警備職員 (民間警備サービス法 3 条 1 項), 安全措置を講じる義務を負う事業所, 民間警備サービス会社の利用者・技術者, コンピュータ警備サービス会社, 民間警備職員のトレーニングセンターなど (同条 2 項)。COVID-19 パンデミックの期間, これまでとは違う危機管理・技術・技能を身に着けた警備職員の需要など, 民間警備サービス企業には新しい課題が生じている。

<sup>47</sup> 憲法 8 条は, 軍の任務として「スペインの主権および独立を保障し, かつ領土の一体および憲法秩序を守る」をあげる。

① 8 条は軍の任務の一部を例示したもので, それ以外の任務を負うことも憲法上, 否定されない。そう解する例示説の立場では, 国防組織法 (LO 5/2005) 15 条 3 項「軍は, 国家機関および行政機関と共に, 法の規定にしたがい, 重大な危険, 大災害, 災難又はその他の公共の必要性があるなら, 市民の安全と福祉を保持しなければならない。」などを援用して, COVID-19 対処のために軍を活用することが許容される。

② 反対に, 軍の任務は憲法 8 条に明示されたものに限定されるとみる限定説の立場からすると, 本政令 5 条 6 項によって軍の任務を拡張してしまうことには, 憲法上の問題がある。

この議論については Juristas Plantean Dudas sobre el Decreto del Gobierno, Respaldo por los Constitucionalistas (El País 紙 2020 年 3 月 18 日) [<https://elpais.com/espana/2020-03-17/derecho-de-excepcion-para-el-estado-de-emergencia.html>]

<sup>48</sup> その例として, 遺体の移動と安置に軍を動員する, 3 月 27 日付保健大臣命令 SND 296/2020。

5 月 15 日から 7 月 15 日まで, 陸海空軍の部隊のほか, 国家緊急部隊 (UME) や軍警察などが, 医薬品や機器の輸送, 感染者や在外スペイン人の輸送, 老人ホーム・刑事施設・飛行場などの消毒, 野戦病院の開設, 軍病院における治療や入院患者の受け入れなどにたずさわった。



## 第 6 条 通常の職務

(Gestión ordinaria de los servicios)

各行政機関は、本政令第 4 条および第 5 条の規定によらず、警戒事態のために権限を有する当局の命令の範囲内で必要とみなす措置を講じるため、業務の通常の執行において法律が付与する権限を有する。

## 第 7 条 個人の移動の自由の規制<sup>49</sup>

(Limitación de la libertad de circulación de las personas)

1 項 警戒事態宣言の有効期間中は、以下の活動に限って公道を通行すること<sup>50</sup>ができる<sup>51</sup>。

a) 食料、医薬品、生活必需品の取得<sup>52</sup>

---

この動員は全体として「バルミス作戦」(Operación Balmis)と名付けられた。これは 19 世紀初頭、スペイン海外領土に天然痘ワクチンを輸送した軍医の名にちなんだもの。[<https://emad.defensa.gob.es/prensa/noticias/2020/03/lis-tado/200324-Continuacion-Operacion-Balmis.html>]

<sup>49</sup> 本条原テキスト 1 項・3 項・5 項それぞれは、すべての人にたいして、いつでもどこでも移動を禁じるという点において、移動の自由にたいする「制約」を超えた「停止」に該当するとし、憲法裁判所は (すでに警戒事態宣言が解除された後ではあったが)、違憲と判示した (2021 年 7 月 14 日)。BOE núm. 182 Sábado 31 de Julio de 2021, Sec. TC. Pág. 93561. この判決の詳細は、山岡規雄 「【スペイン】 新型コロナウイルス感染症対策令にたいする 2 つの違憲判決」外国の立法 292-1 号 (2022)。以下、同判決は「憲法裁判決 (2021 年 7 月)」とする。

<sup>50</sup> 憲法 19 条 1 項は「スペイン人は居住地を自由に選択し、国の領域内を移動する権利を有する」と、移動の自由を保障する。同じく 139 条 2 項は「いかなる当局も、直接的または間接的に、スペイン全域における人の移動と居住の自由、および物品の自由な移動を妨げる措置を講じることはできない。」と規定する。また欧州人権条約第 4 議定書 (1963 年) も「合法的にいずれかの国の領域内にいるすべての者は、当該領域内での移動の自由および居住の自由についての権利を有する。」と規定する。

<sup>51</sup> 7 条 1 項柱書は、3 月 18 日改正で「警戒宣言の有効期間中は、障がい者・未成年者・高齢者への同伴、その他正当な理由があるばあいを除き、以下の活動を個人がおこなうばあい限り、公道または公共の場を通行することができる」に改められた。この改正は、次にあげる本項 h) の改正と連動している。

<sup>52</sup> 3 月 18 日改正で、a) は「10 条にもとづく食料、医薬品および生活必需品の調達並びにその他の製品の取得および業務の提供」に改められる。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

- b) 保健センター・サービス・施設での受診<sup>53</sup>
- c) 労働<sup>54</sup>・職業・事業活動を遂行するための勤務地までの移動
- d) 居住地への帰宅
- e) 高齢者、未成年者、被扶養者、障害者、または特に脆弱な立場の者への援助とケア<sup>55</sup>
- f) 金融・保険機関への移動
- g) 不可抗力またはやむをえない状況によるもの
- h) 障がい者に同伴するばあいやその他の正当な理由があるばあいを除き、個人でおこなう類似した性質のその他の活動<sup>56</sup>

## 1 項の 2<sup>57</sup>

**2 項** 同様に、前項で言及された活動またはガソリンスタンドもしくはサービスステーションでの給油のための自家用車の公道走行も許可される<sup>58</sup>。

---

<sup>53</sup> 保健センター (Centro Sanitario) は、健康保護を目的とした保健活動をおこなう統合組織、保健サービス (Servicio Sanitario) は、特定の保健活動を実行するケア単位、保健施設 (Establecimiento Sanitario) は、個人にむけて薬剤の調合や、医療機器の調整などをおこなう統合組織をいう (いずれも、2003 年 10 月 10 日の RD 1277/2003)。

<sup>54</sup> 労働の義務と労働の権利は、憲法 35 条 1 項で保障される。

RDL 8/2020 の 22・23 条は、COVID-19 に起因する経済的・技術的な理由から労働契約の一時的停止や労働時間短縮をおこなうばあい、当該企業にたいして、社会保障負担金の拠出を免除することを規定する。3 月 28 日付 RDL 9/2020 (4 月 9 日下院承認) 2 条が、RDL 8/2020 の 22・23 条は解雇を正当化するものではないと規定したことによって、COVID-19 がもたらす経済的影響を理由とした労働者の解雇は、「事実上」禁止された。なお同国では、COVID-19 パンデミック下での解雇を規制するが、その一方で、労働者のレイオフを実施する企業を財政面で支援する制度 ERTE が拡充されている。

パンデミック下の解雇は、Joaquín García Murcia, Iván Rodríguez Cardo & Diego Álvarez Alonso, COVID-19 and Labour Law Measures in Spain: Emergency Rules to Deal with a Health, Economic and Employment Crisis, ITALIAN LABOUR LAW e-JOURNAL, Vol 13(2020)。また解雇「禁止」の法的効果については、最高裁判所 2022 年 10 月 19 日判決; STS 3834/2022, ECLI:ES:TS:2022:3834 も参照。

<sup>55</sup> 高齢者の生活保障は憲法 50 条、障がい者の保護は憲法 49 条が、それぞれ規定する。

<sup>56</sup> 4 月 25 日改正で、h) は「その他類似の活動」に改められる。これは 7 条 1 項柱書の改正に対応したもの。

<sup>57</sup> 5 月 9 日改正で、1 項の 2 (1 bis.) 「警戒事態宣言の効力は、自治州議会選挙の実施に必要な選挙活動の展開および実施を妨げない。」が付加される。にもかかわらず、先行して、2 つの自治州で議会選挙が延期されたことについては、附則 7 条の解説を参照。

<sup>58</sup> 4 月 9 日付保健大臣命令 SND 337/2020 は、外出規制にともない給油所の需要

**3 項** いかなるばあいも、またどのような移動においても、保健当局が発出する勧告や義務を尊重しなければならない。<sup>59</sup>

**4 項** 内務大臣は、公衆衛生、安全、交通の流れなどの理由から道路または道路の一部を閉鎖すること、あるいは同じ理由から特定の車両の通行を制限することを決定することができる<sup>60</sup>。

この措置が職権で講じられるときは、交通、車両通行および交通安全に関する国の法令の執行に責任を有する地方行政機関に事前に通知しなければならない。

交通、車両通行および交通安全に責任を有する国、自治州および地方の当局は、道路交通に影響を及ぼす可能性のある措置が住民に周知されなければならない。

**5 項**<sup>61</sup>

**6 項**<sup>62</sup>

## 第 8 条 暫定的収用と義務的役務

---

が減ったこと、しかし同時にそれが市民にとって不可欠のサービスであることから、ガソリンスタンドの営業調整 (店舗によっては「強制休業」あるいは「強制営業」)をおこなうことを規定する。なおガソリンスタンドの営業については、本政令 17 条の解説を参照。

<sup>59</sup> 4 月 25 日に、次の改正①②③があった。

① (新) 2 項「2 項 14 歳未満の未成年者は、そのケアに責任を負う成人が前項に定める活動の一つまたは複数をおこなうとき、それに同行することができる。」が付加される。なおこれに先だって、オンブズマンは、行動規制を受けて自宅に閉じこもる子どもたちの心身の健康に関する懸念を保健大臣に伝達している (4 月 17 日) [<https://www.defensordelpueblo.es/noticias/defensor-crisis-covid/>]。

② (新) 2 項が創設されたのにもない (旧) 2 項が (新) 3 項に、(旧) 3 項が (新) 4 項に、(旧) 4 項が (新) 5 項に、それぞれ番号が変わった。

③ 6 項が新設された。「6 項 保健大臣は、健康上の緊急事態 (emergencia sanitaria) の拡大を考慮して、本条 1 項から 4 項までに言及された活動および移動に関して、その範囲と地域を定めた命令および指示を発することができる。」

<sup>60</sup> 内務大臣がおこなう交通規制の例として、3 月 20 日付命令 INT 262/2020 は、公衆衛生、安全または交通の流れの理由から、道路保全サービス・医薬品輸送・廃棄物回収・食料輸送・郵便サービスを除く車両について、道路または道路の一部を通行止めにする<sup>61</sup>ことができること、運転免許証の効力が 60 日間自動延長されることなどを規定した。

<sup>61</sup> 前掲注 59 の②を参照。

<sup>62</sup> 前掲注 59 の③を参照。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

(Requisas temporales y prestaciones personales obligatorias)

**1 項** 緊急事態組織法 11 条 b) の規定にもとづき、委任された権限を有する者は職権、または自治州もしくは地方自治体の要請により、本政令が規定する目的を達するために必要なあらゆる物資、特にセキュリティ業務や重要不可欠な技術者を提供するよう、暫定的要求を決定することができる<sup>63</sup>。職権によって決定するばあいは、対応する自治州または地方行政機関に事前に通知しなければならない。

**2 項** 同様に本政令の目的を達成するために、必要な義務的役務を課すことができる<sup>64</sup>。

## 第 9 条 教育分野<sup>65</sup>での封じ込め対策<sup>66</sup>

<sup>63</sup> 8 条 1 項は、物資の強制収用や義務的役務を規定する。強制収用については、他の法令も規定する (一般公衆衛生法 Ley 33/2011, 土地制度法 Ley 6/1998 など)。しかし警戒事態宣言下では本政令の適用が優先し、収用手続きも、本政令の定めによる (行政手続の停止を定めた本政令附則 3 条を参照)。なお強制収用・義務的役務については本政令 13 条および 15 条も規定。

さらに財産の収用に対応した「補償 (Indemnización) を受ける権利」が問題になる。補償を受ける権利は、憲法 33 条 (「…相当の補償を受けずに、財産や権利を奪われない」)、同 106 条 2 項 (「公務執行の結果、財産および権利に被った損害は、不可抗力のばあいを除き、法律により定められた条件の下に、そのすべての損害につき、補償を受ける権利を有する。」)、緊急事態組織法 3 条 2 項「各事態宣言有効期間に決定された法律または命令が適用された結果、自己の責に帰されない行為により、直接に、または身体、権利または財産上の損害もしくは危害を被った者は、法律の規定にしたがい補償を受ける権利を有する。」その他の法律が規定する。

しかし保健大臣は宿泊施設の営業停止を命じた (SND 257/2020) にもかかわらず、ホテル業者にたいする補償を拒んでいる。ここでは、① COVID-19 パンデミックが不可抗力であるとしたら、国には補償責任はない (のか)、② 負担が特定の人や物を対象にした特別犠牲ではなく、一般に負うべき一般的犠牲であるとしたら、国には補償責任はない (のか)、などといった点が争点となろう。国と複数のホテル業者とのあいだで、問題は係争中である (2023 年 9 月現在)。「国は裁判で、営業を停止された企業から数百万ユーロの要求に直面している」 (El Mundo 紙 2022 年 5 月 15 日) 参照。

<sup>64</sup> 保健大臣は、3 月 26 日付命令 SND 295/2020 により、社会福祉サービスの領域において、人材を確保するための命令を発した。すなわち本政令 18 条 2 項に定める目的のために、不可欠のサービスの事業者について、特別な役務の提供を義務付けることができ (3 条)、不服従または抵抗は、緊急事態組織法 10 条に定める条件により処罰される (6 条)。

<sup>65</sup> 教育を受ける権利は、憲法 27 条 1 項前段「何人も、教育を受ける権利 (el

(Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación)

**1 項** 教育組織法 LO 2/2006 の3条<sup>67</sup>が規定する大学を含む教育機関・教育段階・課程・学年・コース・レベルならびに他の、公または民間の機関で実施されるその他の教育活動において、対面での教育活動は停止される<sup>68</sup> <sup>69</sup>。

**2 項** 対面教育の停止期間中、遠隔と《オンライン》方式の教育活動は可能な限り維持される。<sup>70</sup>

Derecho a la Educación) を有する」で保障される。

<sup>66</sup> 義務教育分野における封じ込め政策は、有江ディアナ「新型コロナウイルス感染症に伴う義務教育課程への対応 (スペイン編)」[<http://educational-policy.hus.osaka-u.ac.jp/covid-19/Spain.pdf>]を参照。なお憲法裁判決(2021年7月)は、緊急事態組織法に根拠をもつ措置であり、比例原理にも反しないとして、違憲とはいえないと判示した。

<sup>67</sup> 教育組織法 (LO 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación) 3条2項が規定する教育システムとは、幼児教育、初等教育(6年)、義務中等教育(4年)、中等教育(2年間のバカロレア。Bachillerato)、専門職業教育、語学教育、芸術教育、スポーツ教育、成人教育、大学教育をさす。

<sup>68</sup> 5月22日付 RD 537/2020 の7条により、規制解除第2フェーズにおいて、教育行政当局は、封じ込め緩和と大学以外の教育訓練分野における対面教育の再開が可能となった。

初等・中等教育における対面式教育の再開は、規制緩和の第2フェーズ(注141)を参照。OECD年次報告書によると、加盟国での学校閉鎖期間は平均14週であるところ、スペインでは16週間だったから、その閉鎖期間はやや長期にわたったといえる。

大学教育のばあい、2019-20年度における教育方法については、自治州によって見解がわかれた(オンライン教育の継続を主張するアンダルシアやバルセロナ、対面教育の早期再開を主張するマドリドやバスク)。結局、中央政府は大学におけるオンライン教育の継続という方針を維持したまま、この学年度は終了した。

<sup>69</sup> 2月17日付内閣命令 PCM 139/2020 は、大学入学に必要なバチリェラート評価試験(EBAU)が6月19日までに終了することを規定した(9条)。しかし本政令による教育分野での封じ込め対策に対応して、4月22日付内閣命令 PCM 362/2020 は、EBAUを6月22日から7月10日までのあいだに実施するよう修正・延期した。

<sup>70</sup> オンブズマン「年次報告書」(Actuaciones ante la Pandemia de COVID-19 (2020年「COVID-19パンデミック下での諸活動」, 以下、「オンブズマン報告」)は、①初等教育(遠隔教育のなかできわだつデジタル格差の問題、仕事と育児の両立の問題、学校給食に依存する困窮家庭の問題など)、②義務中等教育や中等教育(進級や資格認定基準の柔軟化)、③大学教育(入学試験の実施のための安全を確保する工夫、授業料負担の軽減問題など)をあげた(118頁以下)。

OECD, Country Note: School Education during Covid-19, Were Teachers and Students Ready? [<https://www.oecd.org/education/Spain-coronavirus-educ>]

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

## 第 10 条 商業活動、文化施設、娯楽施設および活動、飲食提供・宿泊業、およびその他の追加の分野における封じ込め対策<sup>71</sup>

(Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales) .

**1 項** 食品・飲料・生活必需品の小売店、医薬品・眼鏡・外科治療装具 (productos ortopédicos)、衛生用品、理髪、新聞と文具、自動車燃料、タバコ、通信設備機器、ペットフード、インターネット・電話・郵便をつかった商取引、クリーニング、洗濯店をのぞき、小売店舗・事業所の開店営業は停止される。権限を有する当局が伝染の危険をもたらす可能性があると判断したその他の活動や施設は停止される<sup>72 73 74</sup>。

---

ation-country-note.pdf] も。

なおスペインにおける議会型オンブズマン (Defensor del Pueblo) 制度は、憲法 54 条にもとづき、オンブズマン組織法 (LO 3/1981, de 6 de Abril del Defensor del Pueblo) が詳細を定める。2020 年、オンブズマンは 26,000 件以上の苦情を処理したが、そのほとんどは COVID-19 健康危機にともなうものだった (「オンブズマン報告」p. 5)。黒田清彦「スペインのオンブズマン制度—1981 護民官法試訳」南山法学 7 卷 1 号 (1983)、澤敬子「スペイン護民官聞き取り調査報告—ジェンダー・バイオレンス問題を中心に—」現代社会研究科論集 7 号 (2013) も参照。

<sup>71</sup> 10 条の標題には、内容にかかわらない軽微な誤記 (recreativos) があつたが、RD 465/2020 で修正された (recreativas)。

<sup>72</sup> 人流の管理ができないことを理由に、保健大臣は青空市場や路上営業を許可しなかった。このことについて、オンブズマン報告 (164 頁) は、高リスクの店舗内営業を許容する一方で、低リスクの屋外営業を禁止することは合理的ではないこと、この業種で雇用の多い少数民族ロマへの影響が大きいことなどを指摘している。

<sup>73</sup> 本項は、3 月 18 日の改正で「1 項 食品・飲料・生活必需品の小売店、薬品製造業、医師、獣医師、眼鏡・外科治療装具、衛生用品、新聞と文具、自動車燃料、タバコ、通信設備機器、ペットフード、インターネット・電話・郵便をつかった商取引、クリーニング、洗濯店、訪問理髪業 (el Ejercicio Profesional de la Actividad de Peluquería a Domicilio) をのぞき、小売店舗・事業所の開店営業は停止される。いかなるばあいにおいても、権限を有する当局の見解により、実施されている状況で伝染の危険をもたらす可能性があると考えられた活動や施設は停止される。」にあらためられた (訪問理髪業が解禁)。商店の営業規制と解除については、本政令別表。

<sup>74</sup> 憲法裁判決 (2021 年 7 月) は、10 条 1 項について、規制される活動は明示

**2 項** 営業が許可された商業施設における滞在は、消費者が食品や生活必需品を購入するために厳密に必要な時間に限られ、当該施設内で商品を消費することはできない。

いかなるばあいも感染の危険を避けるため、混雑を避けて、消費者と従業員は少なくとも 1m の安全距離を保たなければならない。

**3 項** 博物館、文書館、図書館、記念施設、および本政令の別表で記される公共ショー、スポーツ、レジャー活動 (ocio)<sup>75</sup>がおこなわれる施設や設備の公開は停止される<sup>76</sup>。

**4 項** 飲食提供・宿泊業 (Hostelería y Restauración<sup>77</sup>) のサービスは、宅配サービスをのぞき停止される<sup>78</sup>。

**5 項** 祭礼やパレード、フェスティバルは中止される。<sup>79</sup>

**6 項**<sup>80</sup>

的でかつ限定されており、権利「停止」とはいえないこと、違憲を訴えた原告は、この規制が比例原則に反するというを論証していないことなどを指摘し、本項が違憲とはいえないと判示した。

<sup>75</sup> スポーツや余暇について、憲法 43 条 3 項が「公権力は、健康教育、体育、スポーツを推進しなければならない。同様に、適切な余暇の利用を促進する。」と規定した。また 44 条 1 項は「文化にアクセスする権利」を保障し、48 条は公権力に、青年の文化的発展に自由に参加する条件を整備することを義務づける。

つまり本政令 10 条 3 項の列挙する活動は、「文化に奉仕する国家」(スペイン第 2 共和制憲法、1931 年)に淵源をもち、「すべてのスペイン人およびスペインの諸民族にたいして、人権、文化、伝統、言語、制度の行使を保障する。」(現行憲法前文)に象徴される社会立憲主義 (Constitucionalismo Social) に立脚するものである。これらの停止については本政令別表も参照。

<sup>76</sup> これら施設などの公開停止は、本政令別表も参照。

<sup>77</sup> “hostelería” は、飲食提供と宿泊をあわせたもの、また “restauración” は飲食提供業を指す。本稿では両者を並記した “hostelería y restauración” には、「飲食提供・宿泊業」の訳を当てる。

<sup>78</sup> 飲食提供・宿泊業の停止は、本政令別表を参照。3 月 19 日付保健大臣命令 SN D 257/2020 によって、すべてのホテル、宿泊施設、キャンプ場の営業は命令から 7 日以内に閉鎖されることになった。なおホテルは、新規宿泊者を受け入れることはできないが、規制以前からの宿泊者の宿泊と食事提供を継続することは認められる。

<sup>79</sup> 祭礼などの中止については、本政令別表を参照。

<sup>80</sup> 3 月 18 日付 RD 465/2020 によって、新たに 6 項が追加される。「6 項 保健大臣は公衆衛生上の正当な理由により、本条各項記載の措置、場所、施設および活動について、修正、拡張または制限する権限を有する。」。

6 項は 4 月 24 日付 RD 492/2020 によって、「保健大臣は公衆衛生上の正当な理由により、本条各項記載の措置、場所、施設および活動について、範囲と地



## 第 11 条 礼拝所や市民的・宗教的儀式の場所に関する封じ込め対策

(Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas)

礼拝所や、葬儀<sup>81</sup>を含む市民的・宗教的儀式<sup>82</sup>への出席は、混雑を避けるため、場所の規模や性質に応じて、出席者同士が最低 1m の距離をおけるように措置を講じなければならない<sup>83</sup> <sup>84</sup>。

---

域を具体的に示したうえで、修正、拡張または制限する権限を有する。」にふたたび改正される。段階をおった規制解除については、注 141 も参照。

<sup>81</sup> 葬儀に関連して、危機に便乗して不当な利潤追求に走った葬儀会社や火葬場の規制問題があった。SND 298/2020 は、葬儀会社が費用を 3 月 14 日より高額に設定することを禁じ、また、すでに高額の料金を支払った消費者へ差額を返金することを義務づけた (6 条)

<sup>82</sup> 市民法典は、裁判官や市長が列席しておこなわれる市民的・世俗的な婚姻 (Matrimonio Civil) と、各宗派がさだめ、国が認めた方法でおこなわれる宗教的な婚姻 (Matrimonio Religioso) の二つの婚姻手続を規定する (49 条以下)。いずれの形式の婚姻においても、市民登録局での手続が必要である。

警戒事態宣言下においても、婚姻の市民登録手続は継続しておこなわれた (本政令附則 3 条の解説を参照)。しかしその登録件数は 166, 530 (2019 年), 90, 670 (2020 年), 147, 823 (2021 年) と推移しており、2020 年の落ち込みは顕著 (数字はスペイン国立統計所による)。

<sup>83</sup> 憲法 16 条 1 項が保障する「宗教および信仰の自由」には (当然のことではあるが) 礼拝の自由が含まれる。他方、信教の自由の行使やその表明が公衆衛生や他者の生命を危険にさらすとき、その自由は制約される。これとの関係で、本政令 11 条にはいくつかの問題があった。

① 7 条の外出規制が適用されるなら (じっさいその適用は、7 条 1 項の明文で除外されていない)、礼拝出席 (を目的とした外出) は不可能ではないか。② 3 月 29 日付保健大臣命令 SND 298/2020 は、あらゆる通夜 (Velorio) を禁止し (3 条)、COVID-19 による死亡のばあい、遺体はいかなる方法でも、宗教的な方法でも扱ってはならないとし (4 条)、また死因によらず「埋葬または火葬のための葬儀への参列は、最大 3 人の家族または親族に制限され、さらに必要であれば、死者に別れを告げるための葬儀催行のための各宗派の礼拝者または同様の人物に制限される。いかなるばあいも参列者間で 1-2m の距離は常に遵守されなければならない」(5 条) と、儀式の方法を制限した。このことは儀式の自由の全面的否定 = 信教の自由の「停止」に該当しないか。ジョルジョ・アガンベン は、イタリアで葬儀が規制されたことにたいして、「死者に対する敬意さえない倫理的混乱」(『私たちはどこにいるのか?』(青土社, 2021)) と評した。スペインもそれと類した事態になっていた。大林敬吾「礼拝規制と信教の自由」大林編・前掲注 6 も。



**第12条 国民保健システム<sup>85</sup>の強化施策**

(Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional)

- 1 項 国の行政機関のすべての市民衛生当局その他の機関に勤務する職員は、人、物および場所の保護のために必要なあいには、期間または性質上の特別な業務を課す保健大臣の直接の命令を受ける。
- 2 項 前項の規定によらず、自治州および地方の行政機関は、その権限の範囲内で、保健医療業務の管理を維持し、適切な機能を常に確保しなければならない。保健大臣は、このサービスの提供における一貫性と公平性を保証するのに必要な権限を行使できる。
- 3 項 とりわけ、公衆衛生に責任を負う市民当局および公衆衛生の分野で働く職員の完全な準備態勢を確保しなければならない<sup>86</sup>。
- 4 項 これらの措置により、健康危機の管理においてあきらかになった必要に応じて、国内全域におけるすべての技術的および人的資源の適切な配分を決定することができる。
- 5 項 委任された権限を有する当局は、軍の衛生要員、衛生施設ならびに設備

---

信教の自由が(軽々に)規制されてしまったことは、Ricardo Garcia Garcia, *Libertad Religiosa en Tiempo de Coronavirus*, Anuario de la Facultad de Derecho, Univ. Autonomia de Madrid (2021)。しかし憲法裁判決(2021年7月)は、①公共の場で安全や健康を確保する規制は、礼拝の自由そのものを規制するものではないこと、②11条が礼拝参加のための移動を認めていることは明らかであることなどから、本条は違憲とはいえないと判示した。

<sup>84</sup> 葬儀や結婚式などの儀式にたいする規制は、注131も参照。

<sup>85</sup> 国民保健システムは、医療、薬局、健康管理、研究、情報システム、公衆衛生などの諸領域において、国家と自治州の協力関係にもとづくよう設計されている(Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud)。

<sup>86</sup> とくにパンデミック初期、スペインでは人工呼吸器・検査キット・マスクなどが払底した。スペイン政府はNATOに、支援を要請した(この要請はのちに撤回される)。

医師らに十分なマスクなどの防護具を提供できなかったことについて、いくつかの裁判例は、自治州政府を非難している。2022年1月11日、バレンシア州アリカンテ社会裁判所は、マスクなど防疫具をつけないまま勤務せざるをえなかった医師に5,000ユーロ、新型コロナウイルスに感染し入院した医師には約50,000ユーロを賠償することを、バレンシア自治州政府に命じた。SJSO 4/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:4

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

が国内全域における国民保健システムの強化に貢献するよう、権限を行使しなければならない。

**6 項** 保健大臣はまた、民営の保健センター・サービス・施設<sup>87</sup>にたいして、この目的のために必要な権限を行使することができる<sup>88</sup>。

### **第 13 条 公衆衛生の保護に必要な物品およびサービスの提供を確保するための対策**

(Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública)

保健大臣は次のことができる<sup>89</sup>。

a) 公衆衛生の保護に必要な製品の不足により影響を受ける生産拠点の、市場への供給および業務機能を確保するため必要な命令を出すこと。

b) 民間の医療センター・サービス・施設、また製薬業をふくむ、あらゆる性質の工場、仕事場、作業場、農場、施設に、一時的に介入し占有すること。

c) この健康危機の状況下で、公衆衛生の適切な保護のために必要なばあい、あらゆる種類の財産を暫定的に収用し義務的役務を課すこと。

---

<sup>87</sup> これらの定義は、本政令 7 条 1 項 b) の解説を参照。

<sup>88</sup> 3 月 15 日付保健大臣命令 SND 232/2020 「COVID-19 による健康危機事態を管理する人と手段に関する措置を講じる命令」は、RD 463/2020 の規定を発展的に適用し、国民保健システムを強化するため、研修中の者や退職者、休職中の者の雇用、公的・私的施設を医療活動に用いること、などを規定する。石山千秋「感染者の 1 割死亡のスペイン—医学生・看護学生・退職者を動員し出口探る」Web 論座 2020 年 4 月 8 日も参照。

なお民間病院を政府の指揮下におくことは、病院の「国営化」ないし「国有化」(Nacionalización) にあたると一般に認識されていたようである。

<sup>89</sup> 3 月 15 日付保健大臣命令 SND 233/2020 「COVID-19 による健康危機の管理に関する報告義務の命令」は、マスク・防護服・抗原検出診断キット・消毒用アルコールなどの医療衛生具の製造・輸入業者にたいし、48 時間以内に、利用可能量や日毎供給量を国に申告することを命じる。

また 3 月 23 日付保健大臣命令 SND 276/2020 「COVID-19 による健康危機的状況における特定の医薬品の情報提供義務の命令」およびそれを拡充した 4 月 17 日付保健大臣命令 SND 353/2020 は、医薬品の製造・販売業者にたいして、別表が定める医薬品に関する必要な情報を、国の医薬品・医療器機庁 (la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) に申告すること、必要量を確保するために措置を講じることなどを命じる。

## 第 14 条 輸送に関する施策

(Medidas en materia de transportes)

**1 項** すべての輸送手段に関して、管轄当局がいずれであるかによらず、以下の規定が適用される。

a) 交通大臣は、その固有の活動範囲において、人、物、場所を保護するために、通常または特別の輸送サービスの条件を確立するのに必要な行為および規定を発する権限を有する<sup>90</sup>。

b) 上記 a) で規定された行為、規定、措置は、それぞれのばあいに適用される法律にしたがって、職権により、または管轄の地域および地方当局の理由のある要請により講じることができる。このために行政手続は必要とされない。

**2 項** また国内輸送に適用される以下の措置も講ずる。

a) 公契約や公共サービスの責務 (Obligaciones de Servicio Público;OSP)<sup>91</sup>の対象とならない陸路、鉄道、航空、海上の公共旅客輸送サービスについては、輸送事業者は運行総数を少なくとも 50%削減しなければならない<sup>92</sup>。交通大臣の決定でこの割合を修正し、これに関する特別の条件を定めることができる。

b) 国の管轄下にある陸路、鉄道、航空、海上の公共旅客輸送サービスで、

<sup>90</sup> 交通大臣の講じた措置として、①3月17日付交通大臣命令 TMA 245/2020 により、鉄道職員の健康管理に関する命令がおこなわれ、業務に従事するのに必要な健康センター発行の健康診断書の有効期間が経過した職員を、他の業務に移転させることとしたこと、②3月19日付同命令 TMA 254/2020 は、職業運転免許証の有効期限を延長すること、レンタカー業者は貸出し業務をせず、返還業務のみをおこなうこと、バスの乗客は後部扉から乗り込むことなどとしたこと、③輸送部門の職員に供給するため、3月20日付同命令 TMA 263/2020 で最大 800 万枚、さらに5月27日付同命令 TMA 292/2020 では最大 500 万枚のマスクを購入し、配布したことなどがある。

<sup>91</sup> 公共サービスの責務 (OSP) とは、商業ベースにのりにくい僻地の航空路線を確保するためにとられる措置をいう。EU 加盟国は、国内の僻地路線を確保するため、路線を選定したうえで、企業に当該路線における独占権を付与し、あるいは補助金を支給する。遠藤伸明「EU における PSO 制度と生活路線への補助」運輸政策研究 7 巻 3 号 (2004) を参照。

<sup>92</sup> 公共交通の運行削減は、じっさいにどの程度おこなわれたのか。

①ENAIRES (スペイン航空管制局) によれば、ENAIRES が管理したフライト数は、2020 年の国際線フライトでは前年比で 60.4%に、国内線では 46.2%にいずれも減少している。[[https://www.enaire.es/es\\_ES/2021\\_01\\_15/ndp\\_estadisticas\\_diciembre\\_2020](https://www.enaire.es/es_ES/2021_01_15/ndp_estadisticas_diciembre_2020)]。

②鉄道分野では、商業鉄道サービスの旅客数は前年度から 60%の減少、PSO では 40%~50%の減少を示している (「スペイン鉄道年鑑」2021 年)。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

公契約または公共サービス義務の対象となるものは、その総輸送量を少なくとも以下の割合で削減しなければならない。

- i 中距離鉄道：50 %。
- ii AVANT[中距離・高速鉄道]：50 %。
- iii バスの定期便：50%。
- iv OSP の対象となる航空輸送：50%。
- v 海上輸送契約にもとづく海上輸送：50%。

都市間通勤鉄道は、サービスの提供を維持する。

交通大臣の決定により、上記サービスの削減率を変更し、特別の条件を定めることができる<sup>93</sup>。この決定には、市民が必要に応じて仕事や基本的業務にアクセスできる必要性を考慮する。

c) 自治州や地方当局の管轄下にある陸路、鉄道、海上の旅客輸送サービスで、公契約や OSP の対象となっているもの、あるいは公営のものは、その輸送の提供を維持する。

交通大臣および交通機関に責任を有する自治州・地方当局は、健康状態から判断して一定割合のサービス削減、ならびにサービス提供に関するその他の特別の条件を定めることができる<sup>94</sup>。

これらの措置を講ずる際は、市民が必要に応じて仕事や基本的業務にアクセスできる必要性を考慮しなければならない。

d) a) b) および c) の規定によらず、スペイン本土と本土以外の領域との間の輸送、ならびに島嶼間輸送について、特別の基準を設ける<sup>95</sup>。

---

<sup>93</sup> 本政令が定めた輸送量削減に対応するため、3月15日、RENFE（スペイン国営鉄道）は、列車内でのカフェテリアやケータリング・サービスの停止、駅ラウンジの閉鎖、列車ごとに提供する座席数の削減などを決定した。

また3月23日付交通大臣命令 TMA 273/2020 により、市民の移動需要の減少および運送業従業員の安全確保のため、①a)の「50%」を「70%」に改正、②b)の「50%」を「70%」に改正、③b)「都市間通勤鉄道は、「ピーク時20%、オフピーク時50%」」に改正された。さらに移動を減らすために、必須サービスを提供しない雇用者のための回復可能な有給休暇を規制する3月29日付 RDL 10/2020(4月13日下院承認)をうけて、3月30日付 TMA 306/2020 は、RDL 10/2020 の有効期間中の旅客輸送サービスの削減に関する指示をおこなう。

<sup>94</sup> 3月15日付交通大臣命令 TMA 230/2020 は、自治州や権限を有する地方当局に、全国的な調整をはかりつつ、公共交通サービスの削減割合を設定する権限を付与する。

<sup>95</sup> 3月16日付交通大臣命令 TMA 242/2020 によって、本土とメリリャ自治市（アフリカ北西部に所在する自治市）とをつなぐ運輸措置が定められ、そのあいだの運輸は人道・医療・公益などの目的をのぞき、原則として禁じられた。本土とセウタ自治市（同じくアフリカ北西部に所在する自治市）とをつなぐ運輸は、

e) すべての輸送手段に関連して、旅客輸送サービス事業者は、保健大臣の勧告にしたがい、輸送車両の日常的な清掃をおこなう義務を負う。

f) オンラインによる乗車券の販売システムにおいては、どうしても延期できない理由があるばあいを除いて旅行を控えるよう求めるメッセージを、乗車券販売の過程で明示しなければならない。交通大臣の命令により、この表示の特徴や内容を定めることができる<sup>96</sup>。

g) 指定座席券や指定客室券のサービスで、運送事業者は、乗客間で可能な限り距離を保つために必要な措置を講じなければならない。

**3 項** 輸送事業者は本条に定める割合を遵守するのに必要な調整を、異なる業務間で可能な限り均一におこなわなければならない。解釈または明確化が必要な点について、交通大臣に回答を求めることができる。

---

3月16日付 TMA 241/2020、本土・バレアス諸島をつなぐ運輸は3月17日付命令 TMA 247/2020、また本土とカナリア諸島自治州をつなぐ運輸は、3月17日付命令 TMA 246/2020 による（本土とカナリア諸島をつなぐ便数は、需要を勘案して決められた。4月10日の民間航空総局決定 Resolución de 10 de Abril de 2020, de la Dirección General de Aviación Civil)。反面、必要な最低限の運輸業務を確保するため、3月24日付 TMA 278/2020 によって、国が本土とカナリア諸島をつなぐ定期空輸業務を発注することも可能とされた。しかし航空便を削減したことで、カナリア諸島の住民が居住地に戻れなくなったなどという問題が生じている。

<sup>96</sup> f) が言及するメッセージの具体的な文面は、3月15日付交通大臣命令 TMA 231/2020 の3条2項で、次のように定められた。チケットを購入しようとする者は、「警告を了解しました」というメッセージの付いたボタンを押すことが求められる。

### 重要な告知

3月14日付政令 RD 463/2020 は、COVID-19 による健康危機を管理するための警戒事態を宣言し、その7条で人の移動の自由の制限について、警戒事態のあいだ、特定の活動のためにのみ公道を移動することができると定めています。

したがって、これらの活動を目的として購入した乗車券でないなら、

**延期できない理由があるばあいを除き、移動はご遠慮ください。**

いずれにしても、保健当局の課す勧告および義務は、いかなる移動でも尊重されなければなりません。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

技術的または運用上の理由により、当初設定目標値を初日から直接適用することが可能なばあい、5 日以内で可能な限り迅速に業務を調整する。

**4 項** 交通大臣の決定により、供給を保証するために、国の全域で、インターネット・電話・郵便で購入された商品の輸送を促進するための必要条件を定める<sup>97</sup>。

**5 項** 委任された権限を有する当局は、公共交通手段の移動を制限するために必要な追加措置で、公衆衛生の保全のために必要かつ均衡のとれたものを講じることができる。

## 15 条 食料確保のための施策

(Medidas para garantizar el abastecimiento alimentario)

**1 項** 委任された権限を有する当局は、以下の事項を保証するために必要な措置を講ずる<sup>98</sup>。

a) 原産地から消費者に販売する消費地までの流通を可能にし、食料品店、物流センター、市場を含めた消費地における食品の供給、および生産現場におけるサービスの運営。特に安全上の理由から必要なばあい、それらの食品を輸送する車両に同乗すること。

b) 必要に応じて農場、卸売市場、飼料工場、と畜場をふくむ食品生産施設において、人、原材料、加工品の搬入搬出を可能にする公衆衛生回廊 (Corredores Sanitarios)<sup>99</sup>を設けること。

---

<sup>97</sup> 3 月 15 日付交通大臣命令 TMA 229/2020 は、本政令 14 条 4 項にもとづき、輸送業者の安全を確保するための措置を規定する。なお本政令 14 条 4 項は、3 月 17 日付 RD 465/2020 の 4 項「交通大臣の決定で、供給を保証するため、またインターネット・電話・郵便を使った商取引の配送を保証するために、国の全域で商品の輸送を容易にするための必要条件を定める。」と改正される。

<sup>98</sup> España Tuvo la Cadena de Suministro más Eficaz de Europa durante la Pandemia. スペインの食料供給システムは、COVID-19 パンデミックによって深刻なダメージを受けることはなかった。ある調査では、82%のスペイン人が不足を感じなかったと答えたが、この数値は欧州平均の数字である 77%を超えているという [[https://www.foodretail.es/retailers/cadena-suministro-alimentos-espana-pandemia-estudio-IBM\\_0\\_1504049591.html](https://www.foodretail.es/retailers/cadena-suministro-alimentos-espana-pandemia-estudio-IBM_0_1504049591.html)]。

他方で、貧困家庭を中心にした、食料の不足問題も指摘されている (注 70 を参照)

<sup>99</sup> 公衆衛生回廊 (Corredores Sanitarios) とは、公衆衛生を確保するため必要な措置が講じられた交通運送経路のこと。COVID-19 に対応したものとして、たとえば航空機での「健康な職員」配置、定期的な消毒、人の密度規制、検疫、マスク着用やワクチン接種の義務付けなどがある。

**2 項** 同様に、権限を有する当局は、本条が規定する適切な機能を確保するために、事業や業務への介入、ならびに国家治安部隊および軍の動員<sup>100</sup>を決定することができる。

## 第 16 条 税関手続

(Tránsito aduanero)

委任された権限を有する当局は、港湾または空港の入国地点または国境検査地点での税関手続を確保するために必要な措置を講じる<sup>101</sup>。この点で、もっとも必要性の高い物品に優先権を与える<sup>102</sup>。

## 第 17 条 電力、石油製品、天然ガスの供給保証

(Garantía de suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural)

委任された権限を有する当局は、電力業法 (Ley 24/2013, del Sector Eléctrico) 7 条<sup>103</sup>および炭化水素業法 (Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos) 49 条・101 条の規定にしたがい、電力、石油製品および天然ガスの供給を保証するため必要な措置を講ずることができる<sup>104</sup>。

---

<sup>100</sup> 軍の動員は、本項 5 条 6 項のコメント (注 47) も参照。

<sup>101</sup> 3 月 16 日、税関・特別税局は、通関手続を暫定的に簡略化する通達 (Nota Informativa 01/2020) を発出した。これにより、輸入業者は保険証券原本の提出に代わり電子登録手続をおこなうこと、貨物の封印に代わり商品説明書を添付することなどが可能となった。

<sup>102</sup> 前掲・通達 01/2020 (注 101) は、生鮮品、医薬品、健康食品、その他の必要不可欠な物品、生産チェーンの維持に必要な物品に優先順位を与えた。

<sup>103</sup> 電力業法は、消費者の電力にアクセスする権利を承認するとともに、電力供給を確保するため、政府が必要な措置を講じることができることを定める。また炭化水素業法は、消費者の石油製品を供給される権利を承認するとともに、その供給を確保するため、政府は交通速度や交通量を制限したり、ガソリンスタンドの営業時間や営業日に制限を設けたりすることを規定する。

<sup>104</sup> 3 月 31 日付 RDL 11/2020 (4 月 9 日下院承認) の 29 条 (電気、石油製品、天然ガス、水の供給保証条項) は、「警戒事態宣言の有効期間に、消費者の居所にむけた電気、石油製品 (製造ガスおよび液化石油ガスを含む)、天然ガスおよび水の供給は、供給、人および設備の安全を保障すること以外の理由で停止することはできない。」と規定。供給保証については、本政令 17 条も参照。



スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

## 第 18 条 不可欠なサービスの事業者

(Operadores críticos de servicios esenciales)

1 項 重要インフラ保護法 (Ley 8/2011, Establecen Medidas para la Protección de Infraestructuras Críticas) に規定される不可欠なサービス (Servicios Esenciales) <sup>105</sup>の重要事業者 (los Operadores Críticos) は、不可欠なサービスの提供を確保するために必要な措置を講じる。

2 項 重要事業者にはあたらなないが、住民への供給や不可欠のサービスを確保するために不可欠な企業やサプライヤーにも、本条の規定は適用される <sup>106</sup>。

## 第 19 条 公営および民営メディア

(Medios de comunicación de titularidad pública y privada)

公営および民営メディアは、委任された権限を有する当局、ならびに自治州および地方行政機関が放送する必要があると判断したメッセージ、告知、発表 <sup>107</sup>を伝える義務を負う <sup>108</sup>。

---

<sup>105</sup> 重要インフラ (Infraestructuras Críticas) は、「戦略的インフラで、その運用が不可欠で、代替手段がなく、その中断や破壊が重要な業務に深刻な影響を与えるもの」(重要インフラ保護法 2 条 e)) である。同法別表が掲げる 12 セクター (行政、宇宙、原子力産業、化学工業、研究機関、水、エネルギー、健康、情報通信技術、運輸、食料、金融および税制) に含まれる。

<sup>106</sup> 3 月 23 日付交通大臣命令 TMA 277/2020 により、生産労働者の移動を確保し、または移動を制限される者に住居を用意するため、一般に閉鎖された観光宿泊施設を本政令 18 条 2 項の「不可欠のサービス」に指定し (1 条)、すでに宿泊している者にたいして飲食を提供することを認めた (4 条)。

<sup>107</sup> スペイン政府が発出した COVID-19 関連の政府メッセージについては、いくつかの問題があった。

①とくにパンデミックの初期において (社会不安を防ぐという意味があったとはいえ) 過度に楽観的なメッセージが多かったこと、  
②情報量が過剰で、国民がそれを消化できなかったこと、  
③メッセージの決定過程に透明性が欠けていたこと、  
④記者発表がおこなわれるときに、政府報道官が一方的な説明をおこない、事前に認められた記者からの質問だけが受け付けられたこと、などが指摘されている。

このうち④については、”Centos de Periodistas Rechazan el Control de las Preguntas en las Ruedas de Prensa en la Moncloa”「政府の記者発表で、数百人のジャーナリストが管理された質疑を拒否」(ABC 電子版 4 月 6 日) [https://www.abc.es/espana/abci-medio-centenar-periodistas-rechazan-control-preguntas-ruedas-prensa-moncloa-202003312101\_noticia.html]

<sup>108</sup> メディアにたいするこのような義務づけには、どのような法的正当性がある



## 第 20 条 罰則

(Régimen sancionador)

警戒事態において権限を有する当局の命令への不遵守や抵抗は、緊急事態組織法 LO 4/1981 の 10 条が定める条件の下で<sup>109</sup>、法律<sup>110 111</sup>にしたがって処罰さ

だろうか。それについて、

①国営ラジオ・テレビ局法 (Ley 17/2006, de 5 de Junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal) の 27 条「公共的利益を有する公式声明または公式発表」条項が、「政府は、公共的利益のある公式声明または公式発表を、政府情報であることを示したうえで、番組をつくり放送させることができる」と規定すること、

②欧州人権条約 10 条 (表現の自由規定) 2 項が、表現の自由を行使するにあたって、健康を保護するため、必要な制限を課すことができることを規定していること、などが参照される。

<sup>109</sup> 緊急事態組織法 10 条および本政令 20 条は、適用される罰則規定を特定していなかった。そこで本条の理解について、議論が生じた。制裁にどの条項が適用されるのかが不明であるということは、罪刑法定主義 (憲法 25 条 1 項「何人も、その行為があった時点における法によって、犯罪、行政法上の過失、もしくは違反行為とされない作為または不作為について、処罰もしくは制裁されることはない。」) にも抵触しかねない問題である。

<sup>110</sup> 根拠法令としては、以下①-④がかんがえられた。

①市民安全保護組織法 (LO 4/2015, de 30 de Marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana) による。治安維持の任務を遂行する国家治安部隊員にたいする敬意を書いた態度 (37 条 4 号)、「セキュリティ境界を区切るために国家治安部隊が配置したフェンス、テープ、またはその他の固定または可動物」(37 条 15 号) を移動させることは、100~600 ユーロの罰金が科される。当局またはその代理人の命令にたいして不服従または抵抗があったばあい、および要求に応じて身元を明かすことを拒否したばあい、または虚偽の情報を提供したばあい、(36 条 6 号)、最高額は 30,000 ユーロになる。

同法は制定当時から、言論の自由 (デモや集会など) を抑圧するためにつくられた Ley Morzada (猿ぐつわ法、箝口令) ではないかと批判されていた。(政権につくまえの) 社会主義労働党も、同法の廃止を公約に掲げていた。このような危険な法律が COVID-19 対処のために用いられることが、(フランコ時代の国家緊急権濫用の記憶とかさなって) 危惧されたのである。

②一般公衆衛生法 (Ley 33/2011, de 4 de Octubre, General de Salud Pública) による。「国民の健康にリスクまたはきわめて重大な被害を与える行為または不作為の実行」や、受け取った指示を繰り返して遵守しないばあい、当局の要件が遵守せず、健康に深刻な損害を与える可能性があるばあい(57 条 a)) などに、罰金 60,001~600,000 ユーロが科される。「国民の健康に危険または重大な被害を与える可能性のある行為または不作為」をおこなった者、「本法の規定にし

たがい、要求される行為に抵抗または妨害すること」(57 条 b) などに 3,001～60,000 ユーロの罰金が科される。本法の規定に反するが、人々の健康にほとんど、あるいはまったく直接的影響をもたない行為 (57 条 c) には、3,000 ユーロ以下の罰金が科される。

③市民保護の国家システム法 (Ley 17/2015, de 9 de Julio, del Sistema Nacional de Protección Civil) による。人または財産の安全にとって特別な危険または重要性のある、市民保護計画にもとづく義務の不履行、市民保護緊急事態 (Emergencia de Protección Civil) の宣言下における当局の命令、禁止、指示にたいする不遵守など (45 条 3 項) には罰金 30,001～600,000 ユーロが科される。人や財産の安全に対する特別な危険または重要性のない、市民保護計画にもとづく義務の不履行 (45 条 4 項) などについては、罰金 1,501～30,000 ユーロが科される。重大またはきわめて重大な違反ではないとき (45 条 5 項。ただし何がいうところの「重大またはきわめて重大な違反ではない」にあたるのかは、かならずしも明確ではないが)、最大で 1,500 ユーロの罰金が科される。

④刑法典 (Código Penal) による。「当局もしくはその代理、国家治安部隊と共同しその指揮下で職をおこなう民間警備職員が職務を失効することにたいしてはげしく抵抗し、またはしたがわなかった者」(556 条) は 3 月から 1 年の懲役、または 6 月から 18 月分の日数罰金が科せられる。

刑法における日数罰金制度 (Dia-Multa) については、江藤隆之「スペイン刑法における刑の軽減処理」桃山法学 31 号 (2019) 26 頁を参照。

根拠法	レベル	規制される行為の例	処罰内容
①市民安全保護組織法	軽度 Sanciones leves	警察が設置したフェンスを撤去する行為など	罰金 100～600 ユーロ
	重大 Sanciones graves	命令への不服従や抵抗など	罰金 601～30,000 ユーロ
	きわめて重大 Sanciones muy graves	(本政令違反は該当しないとかがえられる)	罰金 30,001～600,000 ユーロ
②一般公衆衛	軽度	法に違反するが、住民の健康にほとんど影響しない行為	罰金 ～3,000 ユーロ
	重大	住民の健康に重大な被害をもたらす可能性のある行為	罰金 3,001～60,000 ユーロ

生法	きわめて重大	市民にきわめて重大な健康上の危険をもたらす行為 当局の命令に繰り返し違反し、公衆衛生に重大な損害を与えるばあい	罰金 60,001 ～600,000 ユーロ
③市民保護の国家システム法	軽度		罰金～1,500 ユーロ
	重大	当局による禁止・命令への違反 保護および監視業務に協力する義務違反	罰金 1,501～ 30,000 ユーロ
	きわめて重大	人や財産の安全に損害や特別な重要性をもたらす行為	罰金 30,001 ～600,000 ユーロ
④刑法典	刑事罰	当局または民間警備職員への不服従	罰金 6～18 月分 (日数罰金) または懲役 3 月～1 年

Sanciones por Saltarse el Estado de Alarma を参照し、永山作成 [https://ayudaleyprotecciondatos.es/2020/03/24/sanciones-estado-alarma/]

<sup>111</sup> 罰金の法的根拠は、COVID-19 感染の予防、封じ込め、調整措置を確立するための措置を具体化する RDL 21/2020 (6 月 25 日下院承認) が制定されたことによって明確となった。

すなわち「31 条 (違反と制裁)。1 項 本政令法が定める予防措置および義務 [そのなかには、①一定年齢や場所の条件を付したマスクの着用義務、②職場における安全確保、③医療施設における安全確保、④教育機関における安全確保、⑤社会サービスにおける安全確保、⑥商業施設における安全確保、⑦宿泊施設における安全確保、⑧飲食提供業における安全確保、⑨文化施設・公開ショーなどにおける安全確保、⑩スポーツ施設における安全確保、⑪その他の活動分野における距離の確保等の安全確保などが列記される]を遵守しないことが、公衆衛生上の行政違反 (Infracciones Administrativas) となるばあい、一般公衆衛生法の VI 編 [違反と制裁] に規定された条件で制裁される。(…)。/2 項 6 条で定められたマスクの着用義務を遵守しなかったばあい、一般公衆衛生法 57 条の規定の上、軽度の制裁として、最高で 100 ユーロの罰金が科される。/3 項 17 条 2 項および 18 条 1 項に規定される措置 (輸送サービス業者の、健康対策を講じる義務) を遵守せず、輸送分野の行政違反となるばあい、輸送法の規定にしたがって制裁措置が取られる。/5 項 [労働者にたいする公衆衛生上の措置を怠るなどのばあい] 重大な違反行為 (Infracción Grave) となり、RDL 5/2000 で承認された「社会秩序における違反行為と罰則に関する法律」(Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) の改定文言にもとづき、職業上の危険防止に関する重大な違反行為について定められた条件、機関、手

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

れる<sup>112</sup> <sup>113</sup>。

### 附則 1 条 外交官と認定される外国人

(Personal extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas)  
スペイン国内で外交使節団、領事館、国際機関の構成員として認定される外国人職員は、公務遂行に関連した移動である限り、国内、出身国または認められた第三国への移動において、移動の自由の制限が免除される。

### 附則 2 条 手続期間の停止<sup>114</sup>

(Suspensión de plazos procesales)

**1 項** すべての裁判手続上の期日は停止し (se suspenden términos), 期限は停止および中断する (Se Suspenden e Interrumpen los Plazos)。この期限の計算は、本政令または本政令の延長が失効した時点から再開される。

**2 項** 刑事裁判の停止および中断は、人身保護手続 (Habeas Corpus)、警備裁判所 (Servicio Guardia) に委任された行為<sup>115</sup>、被拘禁者のかかわる訴訟、家

---

続により処罰される。」の規定である。

<sup>112</sup> 罰金が科せられたのは、第 1 回警戒事態宣言下の 3 か月で 1,142,127 件、また第 2 回警戒事態宣言下 (10 月 26 日～2021 年 5 月) では、少なくとも 220,296 件である (El Mundo 紙, 2021 年 10 月 22 日)。

このなかには、単なる規則違反行為 (たとえば、正当な理由のない夜間外出) であっても、当局の命令違反の行為に該当するとみなし、一般公衆衛生法 36 条 6 号を適用して、重大な制裁が科される例があったといわれる。

<sup>113</sup> 憲法裁判決 (2021 年 7 月) が違憲とした規制により課された罰金について、未払い分は無効となり、すでに支払われた罰金は、政府が返金した。ただし同判決は、本政令 7 条の移動規制条項を違憲としたものであるから、それ以外の法規定を根拠とした罰金処分まで自動的に無効となるわけではないともいえる。たとえば RDL 21/2020 の 6 条が規定するマスク着用義務違反にたいして課せられた罰金は、無効とはならない。

<sup>114</sup> 裁判所職員の出勤や、利用者の出廷を抑制することが、感染対策に有益とかがえられたため、裁判手続は停止された。

なお 5 月 22 日付 RD 537/2020 の 8 条「2020 年 6 月 4 日より、手続期限の停止が解除される。」により、裁判手続の停止を規定した附則 2 条は廃止された。

<sup>115</sup> 警備裁判所 (el Servicio de Guardia) は、人身保護手続の決定、緊急予防措置の採択、遺体の収容、立入り検査、緊急かつ延期できない非拘禁者に関する訴訟の処理などについて、24 時間体制で対応する。

庭内暴力に関する保護命令<sup>116</sup>、行刑監視裁判官の緊急行為<sup>117</sup>、および女性または未成年者にたいする暴力の予防措置<sup>118</sup>には適用されない。

同様に予審の段階において、権限を有する裁判官または裁判所は、緊急のために延期できない行為をおこなうことができる。

**3項** 1項の中断は、以下の裁判手続には適用されない。

a) 1998年7月13日付行政裁判法 (Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) 114条以下に規定される基本権保護のための手続<sup>119</sup>、および同法8条6項<sup>120</sup>に規定される司法上の承認または批准手続

b) 2011年10月10日付社会訴訟法 (Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social) に規定される集団的紛争処理手続と、基本権および公的自由の保護手続<sup>121</sup>

c) 2000年1月7日付民事裁判法 (Ley 1/2000, de en Juiciamiento Civil) 763条<sup>122</sup>が規定する、精神障害を理由とした非自発的拘束にたいする裁判所の

<sup>116</sup> 保護命令 (Ordenes de Protección) とは、「家庭内暴力の被害者のための保護命令法」(Ley 27/2003, de 31 de Julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica) にもとづき、家庭内暴力を予防するために裁判所が発出する命令をいう。

<sup>117</sup> 行刑監視裁判官 (el Juez de Vigilancia) は、行刑組織法 (LO 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria) 76条により、被拘禁者の権利を保護し、また刑務所内における虐待や法からの逸脱を是正する役割を負う。

<sup>118</sup> オンブズマン報告 (115頁) も、外出が規制されるなか、ジェンダー暴力の加害者が被害者に暴力を行使する手段が強化されてしまったことを指摘。Pandemic Lockdown, ITALIAN SOCIOLOGICAL REVIEW, vol. 10 (2020).

<sup>119</sup> 行政裁判法 114条は、憲法 53条2項に規定される自由(刑事手続上の権利)および権利の司法的保護のための手続において、行政裁判法 114条をふくむ5編1章「個人の基本的権利保護のための手続」の規定が適用されることを規定する。

<sup>120</sup> 行政裁判法 8条6項は「行政裁判所は、行政行為を強制的に実行するために必要なばあい、所有者の同意が必要な家屋その他の場所への立ち入りの許可についても審理する。」と規定する。

<sup>121</sup> 社会訴訟法および同法を管轄する社会裁判所については、大石玄「スペイン」 「欧州諸国の解雇法制—デンマーク、ギリシャ、イタリア、スペインに関する調査—」(JILPT, 2014年8月)所収が詳しい。

<sup>122</sup> 民事裁判法 763条1項により、この非自発的拘束にあたっては、拘束を受ける地域に所在する裁判所による事前承認が必要とされる。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

承認

d) 市民法典 (Código Civil) 158 条<sup>123</sup>が規定する、未成年者の保護のための措置または方策の採用

**4 項** 前各項の規定にかかわらず、裁判官または裁判所は、訴訟当事者の権利および正当な利益にたいする回復不能な損害を回避するために必要な司法手続をおこなうことができる。

### 附則 3 条 行政期間の停止<sup>124</sup>

(Suspensión de plazos administrativos)

**1 項** 行政機関の手続において、期日は停止し (Se Suspenden Términos), 期間は中断する (Se Interrumpen los Plazos)<sup>125</sup>。期間の計算は、本政令または本政令の延長が失効した時点から再開される。

**2 項** 期間の停止および中断は、2015 年 10 月 1 日付共通行政手続法で定義されるすべての公共団体に適用される。

**3 項** 前項の規定によらず、権限を有する当局は、期間を停止しないことについて当事者が合意したか、あるいは当事者が合意するのであれば、理由を付した決定 (Resolución Motivada) によって、行政手続上の当事者の権利および利益にたいする重大な不利益を避けるために厳密に必要な命令や指示の措置を講じることができる。

---

<sup>123</sup> 市民法典 158 条「裁判官は、職権で、または児童本人、親族もしくは検察庁の要請により、次のことを命ずる。」において、子どもの扶養保、親権者の監護義務、親権者に変更があったばあいの手続、接近禁止措置、裁判所の介入などが規定される。

<sup>124</sup> この規定は、5 月 22 日付 RD 537/2020 の廃止規定 2 によって廃止され、6 月 1 日から停止していた行政手続は再開した。

<sup>125</sup> 本政令が失効し行政機関が活動を再開した時、suspenden であるなら、ゼロからのスタートにはならない。すでに経過した時間は有効で、それに上乘せされる。はんたいに Interrumpen であるなら、時計の針をゼロにもどして再スタートになる。本項「期日は suspenden し、期間は interrumpen する」という表現は、混乱を招きかねない。司法省は本条の見出しが suspenssion であることに留意し、本項は interrumpen ではなく、suspenden として解するべきである (つまりすでに経過した期間は有効であり、ゼロからの再スタートにはならない) という見解を示した。[<https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticias/respuesta-de-la-abogacia-general-del-estado-a-la-consulta-sobre-la-forma-en-la-que-habra-de-procederse-en-el-momento-que-pierda-vigencia-la-suspension-de-los-plazos-previstos-por-el-rd-463-2020.pdf>]

4 項 1 項が言及する手続および決定が、警戒事態を正当化する事実に密接に関連する状況に関するものであるばあいには、本条の規定は影響を与えない<sup>126</sup>。<sup>127</sup>

5 項<sup>128</sup>

6 項<sup>129</sup>

#### 附則 4 条 時効および除斥期間の停止<sup>130</sup>

(Suspensión de plazos de prescripción y caducidad)

すべての訴訟および権利についての、時効および除斥期間 (los Plazos de Prescripción y Caducidad)<sup>131</sup>は、警戒事態の有効期間および必要に応じて講

<sup>126</sup> 附則 3 条 4 項は、3 月 18 日改正で「上記諸規定によらず、本政令の発効後、行政機関は、警戒事態を正当化する事実に密接に関連する、または一般的な利益の保護や業務の基本的な機能のために不可欠な行政手続を、理由を付して継続することができる。」に改められた。

<sup>127</sup> 司法長官は、司法評議会および検察と協議の上、司法行政の領域における必要不可欠なサービスについては、職員のシフト制を敷いて対応した。ここで「必要不可欠なサービス」とは、司法手続が実行されなければ回復不能な損害をもたらすおそれのあるもの、民事訴訟法 763 条にもとづく精神障害を理由として非自発的拘束、市民法典 158 条にもとづく未成年者の保護措置、女性にたいする暴力を扱う裁判所における電話相談サービス、市民登録(埋葬許可証の発行、出生登録、婚姻登録など。本政令 11 条の解説を参照)、遺体の搬出、被拘禁者に関する事件の措置、刑事施設の監督などである。

こういった措置を講じたにもかかわらず、「COVID-19 危機の結果、司法行政は著しい停滞に見舞われた」(4 月 28 日付 RDL 16/2020 前文) ことを政府みずから認めている。

<sup>128</sup> 附則 3 条原テキストに 5 項はなかったが、3 月 18 日改正で「1 項の期間の停止および中断は、社会保障の加入、清算および保険料支払における行政手続には適用されない。」が 5 項として付加された。

<sup>129</sup> 附則 3 条の原テキストに 6 項はなかったが、3 月 18 日改正で 6 項「1 項の期間の停止および中断は、特別な規制をうける納税期限、特に申告税の期限に影響しない。」が付加された。なお第 1 回警戒事態宣言下での税務については、「ヨーロッパ主要国における税務調査の傾向とその対応」INTERNATIONAL TAXATION41 巻 1 号 (2021 年) 65 頁以下。

3 月 13 日 RDL 7/2020 (3 月 25 日下院承認) の 14 条において、2019 年の売上が 6,011,214 ユーロを超えていない企業が、30,000 ユーロ未満の納税を自動的に 6 ヶ月間延期することが規定された。

<sup>130</sup> この規定は、5 月 22 日付 RD 537/2020 の廃止規定 1 で廃止され、6 月 4 日から期間の停止が解除された。

<sup>131</sup> 市民法典 1930 条「土地その他の不動産の所有権は、時効 (Prescripción)



スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

じられる可能性のある延長期間中は停止する。

#### 附則 5 条 軍構成員の権限ある職員としての資格

(Carácter de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas) 国防組織法 15 条 3 項および 16 条 e) <sup>132</sup>に関連して、2007 年 11 月 19 日付軍人法 (Ley 39/2007 de la Carrera Militar) の附則 3 条 <sup>133</sup>にしたがい、本政令に規定された権能を行使する軍構成員は、当局の職員の地位を有する <sup>134</sup>。

#### 附則 6 条 <sup>135</sup> 下院にたいする情報提供 <sup>136</sup>

によって取得される。また請求権は、時効によって消滅する」以下の規定において、取得時効および消滅時効について、統一的に定められている。これにたいして除斥 (Caducidad) は、実定法上の概念ではなく、もっぱら解釈および判例上の概念である。

<sup>132</sup> 国防組織法 15 条 3 項は「軍は、国の機関および行政機関とともに、現行の法律にもとづいて、重大な危険、大災害、災難、その他の公共の必要が生じたばあいに、市民の安全と福祉を守らなければならない。」同 16 条は「軍の任務を遂行し、公共の利益にたいする補完的または補助的な貢献をおこなうために、国内外でさまざまな種類の活動をおこなわなければならない。これらの活動は、紛争の予防または抑止、平和維持、危機的状況における活動、および適切なばあいには侵略への対応を含む。具体的には、以下のことをおこなう。…。(e) 深刻な危険、大災害、災難、その他公共の必要があるばあいに、現行の法律にもとづいて、行政諸機関と協力すること」と規定する。

<sup>133</sup> 軍人法附則 3 条は「陸海空軍で勤務する軍人、または国防組織法 16 条 e) の定める活動に参加する軍人は、規則で定められた状況と条件の下で、その権能を行使するうえで当局の職員としての資格を有する。」と規定する。

<sup>134</sup> 本政令附則 5 条の規定により、軍構成員には、本政令の実施と違反を取り締まる権限が与えられた (5 条 6 項の解説を参照)。ただし、リゾート地でのパーティーや、街角での外出規制違反者の摘発などの治安維持活動について、軍は直接関与しなかった。

<sup>135</sup> 政府から下院にたいする情報提供について。緊急事態組織法 8 条 1 項は「政府は、下院に、警報事態の宣言を通知し、必要な情報を報告しなければならない。」と、また 2 項は「また政府は、下院にたいし、それとともに警戒事態のあいだに発令した政令を報告しなければならない。」と規定している。

さらに RD 476/2020 で「附則 6 条 緊急事態組織法 8 条 1 項の規定にしたがい、政府は COVID-19 ウイルスを封じ込め、保健、経済、社会的影響を緩和するために講じた措置の実施状況と効果の評価について、毎週、まとめられた文書情報 (Información Documental Estructurada de la Ejecución de las Distintas Medidas Adoptadas y Valoración de su Eficacia para Contener el Virus



COVID-19 y Mitigar su Impacto Sanitario, Económico y Social) を下院に提出しなければならない。」が追加された。本政令最終条項第 2 条も参照。

しかし政府は附則 6 条の規定に対応して、文書提出義務を実質的に履行していたのだろうか。問題は提出された文書の質である。

ABC (電子版 4 月 2 日) は「サンチェス首相は、コロナ・ウイルス対策の効果について、国会に報告する義務を怠っている」と題する記事で、「提出された書類は、官報に関連付けられた、政府のこれまで講じた措置の概要にすぎない。これは明らかに、国会議員団がすでに持っており、官報自体がグループ化して提供する公開情報である。／この 12 頁の中には、採択された措置の「実行」に関するいかなる「構造化された文書情報」も含まれていないし、警戒事態宣言政令の追加条項 6 条で義務づけられる「有効性の評価」も含まれていない」と酷評した。[[https://www.abc.es/espana/abci-sanchez-elude-deber-informar-congreso-sobre-efecto-sobre-medidas-202004022126\\_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.abc.es/espana/abci-sanchez-elude-deber-informar-congreso-sobre-efecto-sobre-medidas-202004022126_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F)]

<sup>136</sup> 憲法 116 条および緊急事態組織法は、緊急事態において国会（とりわけ下院）が果たすべき役割を重視している（事態宣言の発令や延長手続などにおける下院の関与、下院にたいする政府の情報提供義務、事態宣言下における下院の解散を禁止する規定（憲法 116 条）、各院が任期満了もしくは解散したとき、次の国会が召集されるまでのあいだ当該議院の職務を遂行するための常任議員団 (Diputaciones Permanentes) の設置 (78 条) など)。であるにもかかわらず、2020 年春、国会がじっさいに十分機能したとはいえないだろう。

① 3 月 12 日、国会は原則として 15 日間の活動停止を決定したこと。ただし 3 月 14 日に本警戒事態宣言が発令されたため、憲法の規定により、下院はただちに召集されることになり、活動停止の決定は無効となった。

② とくにパンデミック初期、感染拡大を防ぐため、下院の出席議員数（選挙法により、下院議員の定数は現在 350 名）を極小に抑制したこと。3 月 14 日の会派間合意により、本会議出席議員は各会派の 10%、議場全体で最大 50 名におさえた。

③ 議院規則などによるテレマティック（遠隔）投票制度の導入されていること。

すなわち 2011 年改正の下院規則 82 条 2 項で、「妊娠、母性[母親による育児]、父性[父親による育児]、疾病、または特別の状態、国会議員としての機能の遂行が妨げられ、特別な事情を考慮すると特別な対応をすることが十分に正当であるとみなされるばあい」、議員はテレマティックの方法で投票に参加することの要求を、書面で議院理事会に提出し、議院理事会はテレマティックの参加ができる票と期間を指定することができる。また同 79 条 3 項は、テレマティックな投票が認められた議員は、投票において出席した者とみなすことを規定する。なお 2020 年 3 月 19 日会派合意により、会派提出書面にもとづき下院議長がテレマティックな参加資格を認定できるよう、制度は柔軟化された。

なおこれに相応する上院でのテレマティック投票手続については、2013 年 11 月 21 日の上院理事会決定「上院本会議におけるテレマティック手続に関する決定」Resolución de la Mesa del Senado, de 21 de Noviembre de 2013, sobre Desarrollo del Procedimiento de Votación Telemática en las Sesiones

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

Plenarias del Senado.がある。上院のテレマティック投票制度は、2022 年 4 月 29 日の上院規則改正で、92 条 3 項に明記された。

しかしかりにテレマティックな手法が感染拡大予防に一定の効果をもったとしても、非対面式の議会手続が議会制民主主義にとってどういう意味をもつかということは、慎重な検討が必要であろう。安田隆子「欧米主要国の議会におけるオンライン審議の動向—イギリス及びアメリカを中心に」レファレンス 866 号 (2023), 衆院憲法審査会「[国会におけるオンライン審議の導入]に関する資料」(2022)。

④院の権限、とくに④の緊急制令法の承認をのぞいた法律案議決権を行使しなかったこと。

⑤第 1 回警戒事態宣言政令の延長承認手続において、政府が提案する宣言の効果すべてそのまま認めたこと、

⑥年間を通じて、政府提案の緊急政令法 (憲法 86 条 1 項前段「特別かつ緊急の必要があるばあい (En Caso de Extraordinaria y Urgente Necesidad), 政府は、緊急政令法 ( Decreto-Ley ) の形式をとる暫定的法律 ( Disposiciones Legislativas Provisionales) を発出することができる。」および同条 2 項前段「緊急政令法は、下院本会議の審議と評決に付さなければならない。」) を、次々と承認した。緊急政令法 Real Decreto-Ley (本稿では、Real Decreto と区別するために、Real Decredo-Ley; RDL に「緊急政令法」の訳語をあてている) へのいちじるしい依存傾向は、各年の緊急政令法の制定数を示す下表を参照。

「理論上は特別かつ例外的なものが、ごく普通の立法生産における慣行になり替わっている。あらゆる政治思想傾向の政府は、前述の憲法規定により彼らに与えられた権限を大に行使し、濫用しており、今日のスペイン王国では、法律よりも多くの政令 (decretos-leyes) が発せられるまでに至っている」という、メネク・パスカル・ガブリエル (鈴木光訳)「スペイン王国の政令」北海学園大学法学研究紀要 56 巻 (2020) の指摘もここで参照) など、いずれにおいても、スペインの国会が一種の「休眠状態」にあったことが指摘される。

各年の緊急政令法の数 (官報にもとづき、永山が集計。この数字は、国会における事後承認の有無を問わない)

	2016 年	2017 年	2018 年	2019 年	2020 年	2021 年	2022 年
RDL 数	7 本	21 本	28 本	19 本	38 本	21 本	23 本

また第 1 回警戒事態宣言下で発令された 15 本の DL 8/2020~RDL 22/2020) にたいする下院の対応は下表の通り (官報にもとづき、永山が集計)。

	発令日	下院の対応	おもな内容
RDL 8/2020	3 月 17 日	3 月 25 日承認	注 54 社会的弱者の支援、自治体への財政的支援、リモートワークの促進、住宅ローンの返済猶予、解雇規制など

(Información al Congreso de los Diputados)

附則7条<sup>137</sup> <sup>138</sup> 選挙手続

RDL 9/2020	3月27日	4月9日承認	注54
RDL 10/2020	3月29日	4月9日承認	注93 保健大臣の指定にもとづく強制的な有給休暇
RDL 11/2020	3月31日	4月9日承認	注104
RDL 12/2020	3月31日	4月29日承認	ジェンダー暴力の被害者保護制度
RDL 13/2020	4月7日	4月22日承認	農業分野の雇用保護
RDL 14/2020	4月14日	4月29日承認	納税期限の延期
RDL 15/2020	4月21日	5月13日承認	付加価値税の一部免除, 事業所賃料の支払い猶予, 非正規雇用者の保護
RDL 16/2020	4月28日	5月13日承認	注127
RDL 17/2020	5月5日	5月20日承認	文化活動への支援
RDL 18/2020	5月12日	5月27日承認	雇用の保護, 企業の社会保障拠出金の一部免除
RDL 19/2020	5月26日	6月10日承認	農業, 科学への支援
RDL 20/2020	5月29日	6月10日承認	最低所得保証制度 (el Ingreso Mínimo Vital)
RDL 21/2020	6月9日	6月25日承認	注111, 113, 146
RDL 22/2020	6月16日	7月15日承認	COVID-19基金を創設し, 自治体を財政面で支援

そのほかパンデミック下の国会について Alejandro Torres Gutiérrez, The Spanish Parliament in the Context of the Coronavirus Pandemic, ROBERT SCHUMAN FOUNDATION[[https://old.robert-schuman.eu//en/doc/ouvrages/FRS\\_Parliament\\_Spain.pdf](https://old.robert-schuman.eu//en/doc/ouvrages/FRS_Parliament_Spain.pdf)].

<sup>137</sup> 5月8日付 RD 514/2020 で「附則7条 政府は、警戒事態の有効期間中、その責任下にある公共郵便業務、公証人およびその他の業務が、自治州議会選挙のより良い発展と実施に寄与するよう、必要な措置を講じなければならない。」が追加された。警戒事態宣言下における自治州議会の選挙の実施と、自由・権利の制約の関係については、本政令7条1項の2の解説を参照。

<sup>138</sup> 第1回警戒事態宣言下に実施することが予定されていた自治州議会選挙としては、以下の二つがあった。いずれの州でも選挙は延期され、警戒事態宣言解除後の7月に実施された。

①ガリシア自治州議会(9月25日任期満了のところ、2月10日、首相が州議会を解散)では、2月10日の州政令 Decreto 12/2020によって、4月5日に州議会選挙が実施される予定であった。しかし警戒事態宣言にともない、3月18日

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

(Procesos electorales)

### 最終条項 1 条 権限を有する行政機関の講じる措置の批准

(Ratificación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas)

**1 項** 新型コロナウイルスの発生に伴い、自治州および地方自治体の権限を有する当局が本政令以前に講じたすべての規定および措置は、本政令に反しない限り認められ、引き続き有効であり、予定された効力を有する。

**2 項** 本政令が言及する認証[附則 2 条 3 項 (a)]は、1998 年 7 月 13 日付行政裁判法 (Ley 29/1998) 8 条 6 項 2 号<sup>139</sup>で規定された裁判所の批准権を損なう

---

付州政令 1 条によって、4 月 5 日の選挙実施は失効した。また 2 条によって、「警戒事態宣言が解除されること」が選挙を実施するための要件とされた。その結果、5 月 18 日付 Decreto 72/2020 により、7 月 12 日に実施された。

②バスク自治州議会 (9 月 25 日任期満了のところ、同年 2 月 10 日、州首相が州議会を解散) でも、まったく同じ経緯をたどり、4 月 5 日に実施される予定だった自治州議会選挙は、7 月 12 日に延期された。

すでにおこなわれた選挙手続の法的効果の問題がある。①すべての手続は無効となり、パンデミック後には、はじめから手続を開始しなければならないのか、②それとも、すでにおこなわれた手続 (の全部または一部) は有効とされるのか、③とりわけ、すでにおこなわれた議会解散は有効で、ただ告示された投票を実施しないということなのか (そのばあい、議場は空白のままになるかもしれない)、という問題がある。これは、本政令附則 3 条にも関連するが、代表民主制に直接かわるという意味で、固有の問題でもある。

また両自治州では、「警戒事態宣言が解除されること」が選挙を実施する要件とした。しかしこのことは「警戒事態宣言下において、選挙の実施を可能にする制度的条件」はなにか、という検討をおろそかにしているという批判を免れるだろうか。むしろ事態と代表民主制を両立させることを追求しなければならないのではないか。このことについて、Alberto López, Sobre, Elecciones en Tiempo de Pandemia: a Proposito de la suspension de las Elecciones en Euskadi y Galicia y de la Anukacion de la Suspension de las Elecciones en Catalunya, REVISTA DEL PARLAMENTO VASCO (2021) も参照。

<sup>139</sup> 2015 年 7 月 29 日改正によって、行政裁判法に 8 条 6 項 (司法の批准権規定) が加えられた。本稿との関係で、そのうちとりわけ第二段「同様に、行政訴訟裁判所は、保健当局が公衆衛生のために緊急かつ必要とみなし、自由その他の基本権の剥奪または制限を伴う措置をとることについて、司法上の承認または批准 (la Autorización o Ratificación Judicial) を担当する。」が重要である。しかし政府が保健施策を講じるにあたって、それを阻止する批准権を行政裁判所に与えることは、権力分立原理に抵触するのではないかという問題が指摘されていた。

ものではない。

### 最終条項 2 条 政令の効力

(Habilitación)

本政令で宣言された警戒事態の有効期間中、政府は本政令でさだめた措置を修正または延長する政令を引き続いて発出することができるが、この政令は緊急事態組織法 8 条 2 項の規定にしたがって、下院に報告されなければならない。

### 最終条項 3 項 発効

(Entrada en vigor)

本政令は、官報に掲載された時点で発効する<sup>140</sup> <sup>141</sup>。

2020 年 3 月 14 日 マドリードにて

国王 フェリペ 6 世

第一副首相 首相府・国会関係・民主的記憶担当大臣  
カルメン・カルボ・ポジャト

### 別表

(NEXO)

10 条<sup>142</sup>にもとづき公開が停止される施設・活動の一覧

---

<sup>140</sup> 本条により、本政令は 3 月 14 日に効力を発し、15 暦日（本政令 3 条参照）を経た 29 日午前 00 時に失効することになる（じっさいの延長については、注 30）。

<sup>141</sup> 事態宣言のもとでとられる措置とその期間は、「正常への復帰を保証するうえで厳密に不可欠のものでなければならない。」（緊急事態組織法 1 条 2 項）。事態宣言が必要以上に長期に及ぶことは、立憲主義および法の支配の原則からいってのぞましいとはいえない。その意味で、警戒事態宣言がどのような条件下で発令されるかという条件と同様に、どのような条件下で解除されなければならないかは、きわめて重要な問題であろう。また手続面でも、できるだけ事前に、公正な方法によって決定しておき、国民にたいして透明にしておくことがのぞましい。

スペイン政府は、4 月 15 日の「新型コロナウイルス封じ込めのための欧州共通ロードマップ」(Hoja de Ruta Común Europea para el Levantamiento de las Medidas de Contención de la COVID-19. 内閣官房日本経済再生総合事務局「(参考資料) 諸外国の新型コロナウイルス感染症対応の動向」, 「新型コロナウイルス対策の出口戦略のロードマップ公表 (EU)」JETRO ビジネス短信 (4 月 16 日) など) を参照しつつ、4 月 28 日、「新しい日常への移行計画」を発表する。邦語による紹介は、在スペイン大使館・領事メール「スペインにおける新型コロナウイルス感染症拡大を受けた対応等について (4 月 29 日)」。

政府は、①公衆衛生 (疫学的調査, 感染源の特定と封じ込め, 保健医療, 国・地域・自治州レベルの集団的防護能力), ②移動性 (Movilidad), ③社会的側面 (高齢者など脆弱な集団にたいする影響), ④経済活動の評価をパラメータとしてあげる。保健大臣はこのパラメータにもとづきながら、どの地域がどのフェーズにあるかを決定する。たとえば第 1 回警戒事態宣言の最終局面だった 6 月 20 日、全国 50 県のうち「新しい日常」にあるのは北西部ガリシア州の 4 県、フェーズ 3 にあるのは全国 41 県、フェーズ 2 にあるのは首都マドリードと近辺あわせて 5 県だった。

各フェーズごとの規制 (解除) 内容は、本政令が付与する権限 (4 条 2 項 b), 7 条 6 項, 10 条各項) を行使して、保健大臣が決定することができる。

フェーズ 0 は 5 月 3 日付健康大臣命令 SND 388/2020, フェーズ 1 は 5 月 9 日付同命令 SND 399/2020, フェーズ 2 は 5 月 16 日付同命令 SND 414/2020, フェーズ 3 は 5 月 30 日付同命令 SND 458/2020 で、それぞれ網羅的に規定されている。フェーズ間の移行 (そこには可逆性がある) には、それぞれ最低で 2 週間を必要とする。フェーズ 3 からさらに状況が改善されたばあい、「新しい日常」へと移行する。

解除計画におけるフェーズごとの規制・解禁される内容 (抄) は、下表を参照。

段階	フェーズ 0	フェーズ 1	フェーズ 2	フェーズ 3
根拠	SND 388/2020	SND 399/2020	SND 414/2020	SND 458/2020
適用	(当初はスペイン全域が対象)	付属書で指定	付属書で指定	付属書で指定
移動	→ RD 463/2020	県, 島, その他の基準領域内における移動は可 (健康や職業など特別の理由があるなら規制外)。集団は 10 名まで。	集団は 15 名まで。	集団は 20 名まで。

商業施設	400 平米以下の店舗なら、従業員 1 名につき客は 1 名、高齢者優先サービスなどの条件で営業可。	400 平米以下の店舗なら、収容率 30%以下、客間距離は 2m 以上確保、高齢者優先サービスなどの条件で営業可。／青空市は面積 25%、収容率 1/3 に制限。	面積によらず、収容率 40%、2m の距離、高齢者優先サービスなどの条件で営業可。青空市場では、出店数は 1/3 に制限。	収容率 50%、2m の距離確保、高齢者優先サービスなどで営業可。ショッピングセンターは共用部分で 40%、店舗で 50%の収容率。
飲食提供業	飲食は不可。配達または事前注文した商品の受取りのみ可。	屋内営業不可。屋外はテーブル数 50%以下、テーブル間距離 2m、1 テーブルにつき 10 名以下で営業可。カード払いを奨励など。	屋内はテーブル使用のみ。40%以下(自治州の判断で 30-50%に変更可)。屋外はフェーズ 1 と同様。	屋内はテーブル使用のみ。50%以下。バルでの飲酒は最低 2m の距離。屋外はテーブル数 75%、1 テーブルにつき 20 名以下。
学校	→ RD 463/2020	消毒、環境調整、および管理機能の遂行のために再開可	→ RD 537/2020 封じ込めの柔軟な実施が可	—
大学	→ RD 463/2020	消毒、環境調整、および管理機能の遂行のために再開可。研究室では 2m の距離を確保。	—	—
文化イベント	→ RD 463/2020	収容率 1/3 以下で／屋内は 30 人以下／屋外は 200 人以下。	収容率 1/3 以下で／屋内は 50 人以下。／屋外は距離を保ち着席し、400 人以下。	収容率 50%以下で／屋内は 80 人以下。／屋外は距離を保ち着席し、800 人以下。
結婚式	→ RD 463/2020	—	収容率 50%、屋外で最大 100 人、屋内で最大 50 人。祝宴は上記・飲食提供業の規定による。	収容率 75%、最大 100 人まで参加可。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

**博物館・美術館** <sup>143</sup>

公文書館

図書館 <sup>144</sup>

記念施設

公共の催し物

余暇と娯楽；(フラメンコなどの) ショー付きカフェ，サーカス，展示場，パーティーールーム，ショー付きのレストラン，その他の類似施設

文化と芸術；講堂，映画館，闘牛場 <sup>145</sup>

その他の施設・会場；会議ホール，コンサート・ホール，会議室，博覧会ホール，多目的ホール，劇場

通夜と葬儀	→ SND 298/2020  通夜は禁止。葬儀は家族・友人は3名まで。	通夜は，屋外 15 名，屋内 10 名まで。／葬儀主催者・家族を含め最大 15 名。	通夜は，屋外 25 名，屋内 15 名まで。／葬儀主催者・家族を含め最大 25 名。	通夜は，屋外 50 名，屋内 25 名まで。／葬儀主催者・家族を含め最大 50 名。
礼拝所	→ RD 463/2020	収容率は 1/3 。	収容率は 50%。	収容率は 75%。
宿泊施設	→ RD 463/2020 SND 257/2020	営業は可能。飲食の提供は，宿泊者にのみ。宿泊に関係ないスパやジムは使用不可。	共用スペースの使用は，収容率 30%以下。飲食提供部門は適切な対応の確保が条件。	共用スペースは収容率 50%を超えない限り使用可。

<sup>142</sup> RD 465/2020 によって，本政令別表の表題は「第 10 条」から「第 10 条 3 項」に改められた。しかし実質的な内容に変更はない。

<sup>143</sup> 2020 年の博物館・美術館の入館者数は，前年にくらべて 80%以上の減少だったといわれる。Estudio del Observatorio de Museos de España , los Museo Espanoles ante la Pandemia de COVID-19(2020)。

<sup>144</sup> 図書館は 3 月 10 日以降に順次閉館となり，それにともなって対面サービスにかわるデジタル・サービスの提供をすすめた。すでに貸し出し中の書籍は，返却期限が延期された。

<sup>145</sup> スペインでは，例年 1,600 回ほどの闘牛祭が開かれている。文化スポーツ省「闘牛統計 2016-2020」(Estadistics de Asuntos Taurinos 2016-2020)によれば，2020 年に開催の闘牛祭はわずか 129 件で，前年比 90.9%減だった。また COVID-19 は闘牛士だけでなく，闘牛場職員や牧場経営にも影響した。



**スポーツ**<sup>146</sup> ; 屋内の閉鎖施設, サッカー場・ラグビー場・野球場および類似施設, バスケットボール・ハンドボール・バレーボールのコートおよび類似施設, クレー射撃・トラップ射撃および類似施設, 射撃場, テニスコートおよび類似施設, スケート・アイスホッケー・ローラースケート場および類似施設, プール, ボクシング・格闘技・柔道場および類似施設, オートバイ・自転車などの周回コース, 競輪場, 競馬場・ドッグレース場および類似施設, ペロータ<sup>147</sup>・スカッシュおよび類似施設, 複合スポーツセンター, ボーリング場および類似施設, ビリヤードおよび類似施設, 体育館, 陸上トラック, スタジアム, その他言及されたものに類似する施設や活動場所,

**屋外の空間・公道** (Espacios Abiertos y Vías Públicas)<sup>148</sup> ; ランニング・コース, 自転車・オートバイ・自動車および類似の走行コース, モトクロス・トライアスロンおよび類似のコース, 船の走行と展示, 航空機のショーと展示, その他言及されたものに類似する施設や活動場所

**レクリエーション活動 ;**

**ダンス** ; ディスコおよびダンスホール, 青少年向けダンスホール

**レクリエーション・スポーツ** (Deportivo-Recreativas)<sup>149</sup> ; 公共の場でのレクリエーション・スポーツのための, 無観客の, あらゆる形態の施設または敷地  
**ゲームと賭け**<sup>150</sup> ; カジノ, 集団でおこなうギャンブルやゲーム施設, 賭博場, アミューズメント施設, くじ引き, 賭けに関する規則にしたがっておこなわれ

<sup>146</sup> 6月9日付RDL21/2020の15条は, サッカーやバスケットボールのプロ・リーグの実施について, 規制監督権限を高等スポーツ評議会(Consejo Superior de Deportes)に授権。2つのプロ・リーグは, 3月から試合を中止していたが, 高等スポーツ評議会・保健大臣・文化スポーツ大臣の承認を経て, 6月11日からサッカー・リーグが(無観客で)再開した。またバスケットボール・リーグも, その時点での上位12チームによる変則的なチャンピオン・トーナメントを6月17日から再開した。

<sup>147</sup> ペロータは, 素手で球を打つスカッシュに似た競技。

<sup>148</sup> 4月30日付健康大臣命令SND 380/2020によって, 公開された空間・公道におけるスポーツは, 一定条件下で認められることになった(たとえば, ①第三者と接触しない, 非職業的な個人スポーツ, ②一人で, 自宅から1kmの範囲内でのウォーキング, ③いずれれにおいても, 午前6時~8時, 午後8時~11時のあいだにおこなうことなど)。

<sup>149</sup> レクリエーション・スポーツは, 競争や勝敗よりも, 楽しみに重点をおいたスポーツのこと。

<sup>150</sup> 賭博法(Ley 13/2011, de 27 de Mayo, de Regulación del Juego)によって, 賭博は合法化されており, 国内には多くの賭博場(Alones de Juego)がある。なお「特定賭博場」(Locale Especifico de Apuesta)とは, 賭博をおこなうことに特化した施設をいう。

スペインで COVID-19 対処のために発令された第 1 回警戒事態宣言政令 (永山)

るゲームや賭け事のレクリエーション活動に類したその他の施設・設備, 特定賭博場,

**文化・レジャー**; 遊園地や祭礼 (Ferias) および類似のもの, 水族館, 縁日の小屋, 動物園, 子供向けレクリエーション公園,

**屋外の敷地・公道** (Recintos Abiertos y Vías Públicas); 屋外のダンスパーティー・パレード・民衆的な祭礼や民俗的行進<sup>151</sup>,

**レジャーと娯楽**;

**特別のバル**; 生演奏をとまなわないカクテル・バル, 生演奏のあるカクテル・バル,

**飲食提供・宿泊業**<sup>152</sup>; 食堂と居酒屋, カフェテリア, バル, カフェバルおよび類似のもの, チョコレート店・アイスクリーム店・ティーサロン・クロワッサン店および類似のもの, レストラン・セルフサービス式のレストランおよび類似のもの, バル・レストラン, ホテルに付属

した宿泊者に食事を提供する以外のバルとレストラン, 宴会場, テラス席

---

<sup>151</sup> 2020 年春に予定されていた祝祭, すなわちバレンシア「火祭」(Fiesta de Fallas, 3 月 15~19 日), カステリオン・デ・ラ・プラナ「マグダレーナのマリア祭」(Fiestas de la Magdalena, 3 月 14 日~22 日), アリカンテ「モーロ人とキリスト教徒の祭り」(Fiestas de Moros y Cristianos, 4 月 21 日~24 日), セビリア「春祭り」(Feria de Abril, 4 月下旬) など世界的に有名な祭礼は軒並み中止になった。バレンシア自治州のばあい, 経済的損失は数億ユーロにのぼったともいわれる。

<sup>152</sup> 注 78 参照。スペインの重要産業である観光業は, COVID-19 の影響をうけて大きく落ち込んだ。2020 年の観光業の収入は, 前年比で 70% の減少である。

【論説】

# 近時の下級審裁判例における インターネット取引と適合性原則

小林 史治

【目次】

1. はじめに
2. インターネット取引における適合性原則の問題点
  - 2.1. 適合性原則について
  - 2.2. 最判平成 17 年について
  - 2.3. 問題の所在
3. 近時の裁判例
  - 3.1. インターネット取引に関する下級審裁判例
  - 3.2. 分析
4. 検討
  - 4.1. 序説
  - 4.2. 狭義の適合性原則というルールについて
  - 4.3. インターネット取引と適合性原則
5. むすびに代えて

## 概要

最高裁として初めて適合性原則について判断を示した最判平成 17 年 7 月 14 日民集 59 卷 6 号 1323 頁は、証券会社の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となることを示した。しかし、インターネットを介する金融商品の取引の場合、金融商品取引業者等からの「勧誘」がなされないで取引が行われるのが一般的なため、このような取引と適合性原則の関係をどのように理解する

のかが問題となる。

そこで、本稿では、平成 17 年の最高裁判決以降、インターネットを介した取引で適合性原則が問題となった下級審裁判例を取り上げ、インターネット取引と適合性原則の関係について検討する。

## 1. はじめに

インターネットの普及により、株式取引や外国為替証拠金取引（FX 取引）などを行う場合、口座開設から取引発注に至るまで、顧客は証券会社など金融商品取扱業者等の担当者と一度も会話することなく行うことが可能である。すなわち、金融商品の取引を望む者は、インターネットを介して、金融商品取引業者等が開設するホームページにアクセスして口座開設を申し込み、その後は、当該ホームページの案内に従い情報を入力して（必要な本人確認書類などは、郵送ないしホームページからアップロードするなどして）口座を開設することができ、口座開設後は、インターネット経由で発注することによって取引を行うことができる。

このようなインターネットを介する取引（以下「インターネット取引」という）は、顧客による能動的な注文行為によって取引が成立し、金融商品取引業者等はその注文を処理するだけであって、業者側から顧客に対する積極的な働きかけが必ずしも必要ではないところに特徴がある。そのため、インターネット取引により生じた顧客の損失は、当該顧客の投資判断に起因するものであり、取引を受託した金融商品取引業者等の責に帰すものではないとする考え方もあり得る。

一方で、金融商品取引法（以下「金商法」という）は、金融商品取引業者等が、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなったり、または欠けることとなるおそれがあることのないように業務を行わなければならないと定めているところ（金商法 40 条 1 号）、これに違反した場合、行政処分の対象となるほか<sup>1</sup>、最判平成 17 年 7 月 14 日民集 59 卷 6 号 1323 頁（以下「最判平成 17 年」という）において、金融商品取引業者等の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した取引の勧誘をしてこれを行わせたとき

---

<sup>1</sup> 神崎克郎ほか『金融商品取引法』（青林書院，2012）763頁。

は、当該行為は不法行為法上も違法となることが示されている<sup>2</sup>。

従前の下級審裁判例とあいまって、この最判平成17年により適合性原則に関する判例法理が形成されたといつてよく<sup>3</sup>、その後、下級審の裁判所は、最判平成17年が示した枠組みによって判断を示すようになった。

ところで、適合性原則を定めるとする金商法40条1号は、文言上、「勧誘」に関する規制であることからすると、非対面取引であるインターネット取引では、必ずしも金融商品取引業者等による「勧誘」が行われることは想定されていないため、「勧誘」がないインターネット取引には金商法40条1号の適用があるのかが問題となる。

そこで、本稿では、適合性原則と最判平成17年を概観して問題の所在を明らかにし、その上で、適合性原則が問題となったインターネット取引の下級審裁判例を分析し、インターネット取引と適合性の関係について検討するものとする。なお、最判平成17年は、後述する狭義の適合性原則に関して判断を示

<sup>2</sup> 神崎ほか・前掲(注1)764頁、山下友信＝神田秀樹編『金融商品取引違法概説〔第2版〕』(有斐閣, 2017)404頁等参照。

<sup>3</sup> 神崎ほか・前掲(注1)764頁、山下＝神田・前掲(注2)404頁、潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』(信山社, 2009)165頁、堀部亮一「証券取引における適合性原則について」判タ1232号34頁, 41頁(2007)、中田裕康「特定預金等契約における銀行の行為規制」全国銀行協会金融法務研究会『銀行取引をめぐる消費者保護の現代的展開』金融法務研究会報告書15号9頁(2008)、伊藤靖史「適合性原則と勧誘」同志社法学61巻2号287頁, 299頁(2009)、木下正俊「金融商品の販売・勧誘ルールとしての説明義務と適合性原則」広島法科大学院論集5号1頁, 25頁(2009)、川地宏行「投資取引における適合性原則と損害賠償責任(1)」法律論叢83巻4・5号31頁, 32頁(2011)、田澤元章「勧誘によらぬ取引と適合性原則・非対面による説明義務の履行—インターネット株式会社信用取引口座の開設」ジュリ1545号95頁, 97頁(2013)、前田重行「金融機関の投資勧誘における適合性原則および説明義務について」全国銀行協会金融法務研究会『金融商品の販売における金融機関の説明義務等』金融法務研究会報告書24号28頁(2014)、倉重八千代「インターネット取引における適合性原則・説明義務と私法上の責任(高齢者の金融商品取引を中心に)」明治学院大学法律科学研究年報30号143頁, 158頁(2014)、王冷然「高齢者の投資取引における適合性原則の意義と役割—最高裁平成17年7月14日判決以降の下級審裁判例の分析を中心に」徳島大学社会科学研究所29号1頁, 2頁(2015)、永田泰士「ネット証券会社に対する狭義の適合性原則の射程—取引開始規制法理としての適合性原則と受託規制法理としての適合性原則—」姫路法学64号39頁, 42頁(2021)等参照。

したものと考えられるため<sup>4</sup>、本稿では狭義の適合性原則に焦点を当てて論じるものとし、以下では、特に断らない限り「適合性原則」は狭義の適合性原則を意味するものとする。

## 2. インターネット取引における適合性原則の問題点

### 2.1. 適合性原則について

適合性原則は、もともと米国法などで発展してきたルールであり、我が国では、大蔵省証券局長通達「投資者本位の営業姿勢の徹底について」（昭和49年12月2日蔵証2211号）という行政指導の形で導入され、平成4年改正の旧証券取引法（以下「旧証取法」という）54条1項1号、平成10年改正の同法43条1号を経て、現在の金商法40条1号に受け継がれている<sup>5</sup>。ただ、平成10年改正前旧証取法54条と、同改正後の同法43条及び現在の金商法40条とでは、その定め方が異なっており、前者が大蔵大臣による保全命令という形で規定されたのに対し、平成10年改正後は証券会社（金融商品取引業者等）の規範として規定されている<sup>6</sup>。

いずれにせよ、我が国における適合性原則は、証券会社などの行為の基準である業者の規範を出発点としており、他の業法等においても金商法の規定が踏襲されている<sup>7</sup>。

適合性原則の位置付けについては、旧証取法を金商法に改正する議論の中で、

---

<sup>4</sup> 堀部・前掲（注3）41頁、田澤・前掲（注3）97頁、倉重・前掲（注3）158頁、永田・前掲（注3）42頁、角田美穂子「オプションの売り取引勧誘と適合性原則違反による不法行為責任」法教306号16頁（2005）、黒沼悦郎「証券会社の適合性原則違反と不法行為」ジュリ1313号119頁、120頁（2006）、萩野昭一「金融商品取引法上の適合性原則の意義」月刊資本市場346号42頁、44頁（2014）。また、伊藤・前掲（注3）300頁参照。

<sup>5</sup> 中田・前掲（注3）8頁～9頁、伊藤・前掲（注3）289頁、木下・前掲（注3）1頁、前田・前掲（注3）28頁、倉重・前掲（注3）150頁、王・前掲（注3）頁、川口恭弘「適合性の原則」金融商品取引法研究会研究記録54号1頁、3頁～4頁（2016）。

<sup>6</sup> なお、平成10年改正後旧証取法43条1号が「顧客の知識、経験及び財産の状況に照らして不相当と認められる勧誘」を適合性原則の問題であるとするのに対し、金商法40条1号は「顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘」を問題とするもので、「金融商品取引契約を締結する目的」が加わっている。

<sup>7</sup> 川口・前掲（注5）1頁。この点、銀行法13条の4、保険業法300条の2等参照。

「業者に対して一定の行為を義務付けるルール」(業者ルール)としてだけでなく、「金融取引の当事者間の私法上の権利義務関係の明確化に関するルール」(取引ルール)となり得るかについて検討されるとともに<sup>8</sup>、適合性原則を「狭義の適合性原則」と「広義の適合性原則」に分ける考え方も示された<sup>9</sup>。

狭義の適合性原則とは、「ある特定の利用者に対してはどんなに説明を尽くしても一定の商品の販売・勧誘を行ってはならない」<sup>10</sup>とするもので、金融商品取引業者等に対する禁止規範であり<sup>11</sup>、金商法40条1号が規定するものと考えられている<sup>12</sup>。他方で、広義の適合性原則とは、「業者が利用者の知識・経験、財産力、投資目的に適合した形で勧誘(あるいは販売)を行わなければならないというルール」<sup>13</sup>であり、説明義務などと関連付けて考えられている<sup>14</sup>。

しかし、適合性原則については、現実の問題を解決するために形成されてきた考え方であり、時代や論者によってその概念が異なるもので、適合性原則の適用場面など、多様な見解が主張されている<sup>15</sup>。そのため、適合性原則に対する考え方は、現在でも必ずしも一致したものとはいえず、次のような考え方がありとされている<sup>16</sup>。

まず、適合性原則については、狭義と広義に分けて理解するのが一般的であるものの、2つに区別するのではなく統一的に理解すべきとする指摘<sup>17</sup>や、説

<sup>8</sup> 金融審議会第一部会「中間整理(第一次)」(平成11年7月6日)2頁～3頁。

<sup>9</sup> なお、金融審議会第一部会・前掲(注8)「中間整理(第一次)」17頁～18頁は、狭義の適合性につき、「取引ルール」としてよりは「業者ルール」としての規制の在り方を検討すべきとした。また、広義の適合性については、同「中間整理(第一次)」18頁が「私法上の効果に直接連動させて考えるのは困難であるとの意見が大宗を占めた」としている。

<sup>10</sup> 金融審議会第一部会・前掲(注8)「中間整理(第一次)」17頁。

<sup>11</sup> 潮見・前掲(注3)168頁参照。

<sup>12</sup> 伊藤・前掲(注3)288頁、前田・前掲(注3)30頁。

<sup>13</sup> 金融審議会第一部会・前掲(注8)「中間整理(第一次)」18頁。

<sup>14</sup> 山下=神田・前掲(注2)404頁、伊藤・前掲(注3)288頁、高橋陽一「適合性原則に関する序論的考察」齊藤真紀ほか編『川濱昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生還暦記念企業と法をめぐる現代的課題』(商事法務, 2021)492頁。また、前田・前掲(注3)30頁、王・前掲(注3)5頁参照。

<sup>15</sup> 中田・前掲(注3)10頁、高橋・前掲(注14)490頁。

<sup>16</sup> 学説の状況については、王・前掲(注3)5頁～6頁参照。また、倉重・前掲(注3)163頁以下参照。

<sup>17</sup> 王冷然「適合性原則に関する基礎的考察」私法75号214頁, 220頁(2013)。

明義務については、広義の適合性として適合性原則に含める必要がないといった見解<sup>18</sup>がある。また、狭義の適合性原則を、国家がパターンナリストティックに介入して、市場での取引耐性（適合性）を欠くものを当該市場から排除するための理論として理解される一方<sup>19</sup>、排除ではなく、顧客の投資取引を「支援する」ルールとすべきとの考え方<sup>20</sup>もある。

このように、適合性原則については、業者ルールとしてだけでなく取引ルールとして当事者間の権利義務関係を規律するものとすべきかという点や、適合性原則を狭義と広義に分けることなどが議論され、また、今日においても適合性原則の趣旨などをどのように理解すべきなのかといった点で相違が認められるところ、適合性原則と不法行為責任の関係については、次に見る最判平成17年が一定の方向性を示した。

## 2.2. 最判平成17年について

最判平成17年は、最高裁として初めて適合性原則について判断を示しており、適合性原則に関する判例法理を形成するもので、同判決に関しては既に多くの論稿が公表されている<sup>21</sup>。そのため、ここではごく簡単に事案を紹介するとともに、判旨のうち4つの点を確認しておくこととしたい。

事案は、オプション取引で損失を被った株式会社であるXが、証券会社Yの担当者の行為につき、オプション取引に係る適合性原則違反のほか、顧客にできる限り損失を被らせないようにすべき義務の違反や説明義務違反等があったと主張し、不法行為による損害賠償を求めたというものである。

原審（東京高判平成15年4月22日判時1828号19頁）は、オプションの売り取引につき、それがコール・オプションであれ、プット・オプションであれ、利益がオプション価格の範囲に限定されているにもかかわらず、無限大またはそれに近い大きな損失を被るリスクを負担するものであるから、そのようなリスクを限定し、または回避するための知識、経験、能力を有しない顧客にこれを勧めて行わせることは、特段の事情のない限り、適合性の原則に違反す

---

<sup>18</sup> 森下哲郎「デリバティブ商品の販売に関する法規制の在り方」金法1951号6頁、8頁（2012）。

<sup>19</sup> 潮見・前掲（注3）162頁、伊藤・前掲（注3）292頁、前田・前掲（注3）29頁等。

<sup>20</sup> 王・前掲（注3）6頁、同・前掲（注17）219頁。また、川地宏行「投資取引における適合性原則と損害賠償責任（2・完）」法律論叢84巻1号1頁、45頁～46頁（2011）参照。

<sup>21</sup> 宮坂昌利「判批」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）』（法曹会、2008）361頁、同「判批」ジュリ1311号186頁（2006）、黒沼悦郎「判批」ジュリ1310号163頁（2006）等のほか、前掲（注3）の各論稿等参照。



る違法な行為になるとした。その上で、原審は、Xにおいて取引を決定していた者ら（以下「X担当者ら」という）には、オプションの売り取引のリスクを限定し、または回避するための知識、経験、能力を有していたとは到底認めることができないことなどを理由として、Xの請求を一部認容した。

これに対し、最判平成17年は、次のとおり判示し、適合性原則に基づく不法行為責任に関する判断を示した。

(1) 適合性原則違反により不法行為責任が生じるかという点については、適合性原則に関する法令等が「直接には、公法上の業務規制、行政指導又は自主規制機関の定める自主規制という位置付けのものではあるが、証券会社の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解するのが相当である」

（以下「最判判旨①」という）とした。この点は、金商法秩序と私法秩序との峻別論を所与とし、適合性原則が、金商法における業者ルールと捉えられるものであり、直ちには私法上の取引ルールになるとは捉えられていないことを含意していると考えられる<sup>22</sup>。

(2) また、同じ判示箇所的一部分となるが、「適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたとき」（以下、この箇所のみを「最判判旨②」という）に不法行為責任が生じるとしているところ、「勧誘をして」取引を行わせたときとしているため、適合性原則が適用されるのは「勧誘」が行われている場合を前提としているようにも読める。

(3) 適合性原則の判断について、「顧客の適合性を判断するに当たっては、単にオプションの売り取引という取引類型における一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかなどの具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである」（以下「最判判旨③」という）とし、その判断方法を示している。この点、学説上も、取引対象となる商品特性と、投資経験、知識、財産の状況及び投資意向等の諸要素とを、相関的に判断するとすることに異論はなく、裁判実務も同じ考えを採っているとされている<sup>23</sup>。

(4) 最判平成17年は、X担当者らの経験、知識のほか、取引の経緯などの事情を総合考慮した結果、「Xが、およそオプションの売り取引を自己責任で行う

---

<sup>22</sup> 潮見・前掲（注3）164頁。

<sup>23</sup> 王・前掲（注3）6頁～7頁。

適性を欠き、取引市場から排除されるべき者であったとはいえない」（以下「最判判旨④」という）とするもので、適合性原則が、取引耐性のない顧客を市場から排除するルールであることをうかがわせるものとなっている。

### 2.3. 問題の所在

以上の最判平成 17 年の判示事項のうち、最判判旨①及び同③は、対面取引・非対面取引（インターネット取引）を問わずに、両者に共通して問題となりうるもので、同①はその後の判例法理の中核となる箇所であり、また、同③については、前述のとおり、学説上争いがないとされている。

一方で、最判判旨②は、「適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたとき」としているが、勧誘がなければ不法行為責任は生じないのかという問題を提起するものといえ、必ずしも勧誘を必要としないインターネット取引において、適合性原則違反に基づく不法行為責任を問うことはできないのかが問題となる。

また、最判判旨④は、同①及び同③と同様、対面・非対面を問わずに検討すべき事項ではあるが、狭義の適合性原則の性質をどのように理解するかによって、勧誘の位置付けに影響が生じるように思われる。すなわち、金融商品の取引を「自己責任で行う適性を欠き、取引市場から排除されるべき者」を排除し保護するのが適合性原則であるとすれば、金融商品取引業者等側の行為である勧誘の有無の重要性は相対的に低くなると考えられ<sup>24</sup>、勧誘の有無と適合性原則を考える前提の 1 つになるものといえる。

そこで、以下では、最判平成 17 年以降のインターネット取引で適合性原則が問題となった下級審裁判例を取り上げ、裁判所が、(1)まず前提として、適合性原則をどのようなルールとして捉えているのか（最判判旨④参照）、そして、(2)勧誘がない場合には適合性原則違反は問題とならないのか（最判判旨②参照）という点をそれぞれ確認することとしたい。

## 3. 近時の裁判例

### 3.1. インターネット取引に関する下級審裁判例

最判平成 17 年以降、インターネット取引により顧客が損害を被ったとして、金融商品取引業者等と紛争になった裁判例はいくつかあるが、そのうち、そもそも適合性原則の問題ではない事例や、裁判所が適合性原則について判断を示

---

<sup>24</sup> 伊藤・前掲（注3）300頁、前田・前掲（注3）29頁、45頁～46頁参照。

していない事例もある<sup>25</sup>。

そこで、最判平成17年以降のインターネット取引に関するもので、裁判所が適合性原則に対して判断を示した下級審裁判例を取り上げるものとし、以下では、問題となった取引と顧客の属性などについて簡単に触れた上で、裁判所の判断を見ていくこととする。なお、裁判所は、5番目に紹介する和歌山地裁のものを除いて、いずれも顧客側の主張を排斥している。

(1) 東京地判平19年6月7日2007WLJPCA06078003(以下「下級審①」という)

問題となった取引は株式の信用取引であり、顧客(被告)の属性は判決文から明らかではない。

「被告は、原告に適合性原則違反及び誠実公正義務違反があったと主張するところ、仮に、義務違反があったとしても、これがただちに原告の本訴請求に対する抗弁になるとは認められない。被告の主張が、これらの義務違反がありながら、原告が本訴請求を行うことが、信義則違反ないし権利濫用にあたる旨の主張であるとしても、本件は、オンライントレードシステムによる信用取引であって、原告への信用取引口座の開設、その後の取引のいずれにおいても、原告から被告に対して勧誘がなされたことはなく、いずれも、被告の判断によって信用取引が開始され、個別の取引がなされたのであって、いわゆる適合性原則違反について論じることはできない。被告は、適合性原則違反のもつ「投資者保護」の趣旨及び顧客に対する誠実公正義務に照らせば、「勧誘」する場合に留まらず、顧客が取引を求めてきたときにも、積極的に調査を行い、過大な注文を求めてきたときにはこれをやめるように助言・警告する義務があり、本件においては、委託証拠金が2000万円を超えた平成17年12月16日の時点で、原告に義務違反が認められる旨主張するが、一般論として、証券会社が

---

<sup>25</sup> インターネット取引が問題となった裁判例のうち、東京地判平成20年7月16日金法1871号51頁は、外国為替証拠金取引(FX取引)のロスカット・ルールが問題とされた事例であり(若林泰伸「ロスカット実行に関する義務」ジュリ214号68頁(2013)参照)、東京地判平成24年8月23日TKC25496394は、口座開設時に顧客が適合性の判断事由に関して積極的に虚偽の事実を申告していた事例で、「損失が出た際に、一転して適合性原則違反を主張することは信義則に照らしても許されない」と判断されているため、ここでは取り上げない。また、適合性原則違反が主張された事例のうち、東京地判平成21年2月5日判時2051号90頁、東京地判平成21年12月24日判タ1320号145頁についても、裁判所が適合性原則について正面から判断を示していないため、同様に取り上げないものとする。

そのような義務を負うとは解されないし、本件の事情に照らしても、原告にそのような義務違反があるとは認められない」（傍点筆者）。

(2) 東京地判平成 21 年 1 月 23 日 2009WLJPCA01238003（以下「下級審②」という）

問題となった取引は株式の信用取引であり、顧客（被告）はフリーのシステムエンジニアであったが、実際の取引は第三者が行っていた。

「一般に、適合性原則とは、業者が、顧客に、取引を勧誘するに当たっては、それが顧客の意向と実情に適合するように努力すべきであり、少なくとも、顧客の意向と実情に適合しない取引を勧めないようにすべきであるとの原則であり、…本件取引は、オンライントレードであって、本件取引口座の開設について、原告から被告側に対して勧誘がなされたことはないから、そもそも適合性原則違反を論じる前提を欠くものである。」（傍点筆者）「被告は、原告においてインターネットを通じて申告のあった顧客情報の真偽を調査するべきである旨主張するが、前記のとおり、証券会社に過度の注意義務を課することは、顧客の利便性を奪うことにもつながるものであるし、顧客が虚偽の申告をした場合にまで、証券会社の義務違反を問うことは、相当とはいえない。」

(3) 東京地判平成 21 年 5 月 14 日判時 2050 号 114 頁（以下「下級審③」という）

問題となった取引は株式の信用取引であり、顧客（被告）の属性は必ずしも明らかではないが、下級審②と同様、実際の取引は第三者が行っていた。

「被告が署名をして原告に提出した総合取引口座申込書には、被告は昭和23年生まれの男性であり、自営でOA機器販売を営んでいること、投資目的は余裕資金の運用であり、これまで株取引、信用取引の投資経験を有し、金融資産は2000万円以上であることが記載されていた。また、原告に対し、被告名義で、年収は600万円以上800万円未満であることが申告されていた（証拠略）。」「…本件信用取引口座には、平成18年8月17日に539万0600円の委託保証金差し入れを皮切りに、同月31日までにのべ11回、8857万1015円の委託保証金が入金され、その後も高額なときには1000万円台の入金があった（証拠略）。」「以上によれば、原告が、被告には取引適合性があると判断したことが不合理とはいえず、原告に取引適合性確認義務違反は認められない。」「…仮に原告が被告の資力を顧客の申告以外に特に調査しなかったとしても、資力の申告内容に特段不自然、不合理であるとして疑うべき点がない限り、取引適合性の確認を怠ったものとはいえないところ、本件においては、申告内容に特段不自然、不合理な点があったとは認められないことに照らせば、原告において、更に面談や電話確認を行って、取引適合性を確認すべき義務があるとも認められない。」

(4) 東京地判平成21年7月29日2009WLJPCA07298006(以下「下級審④」という)

問題となった取引は日経平均先物取引であり、顧客は口座開設時36歳の民間企業従業員で、株式の現物取引や信用取引の経験がある。

「一般に、適合性原則とは、業者が、顧客に、取引を勧誘するに当たっては、それが顧客の意向と実情に適合するように努力すべきであり、少なくとも、顧客の意向と実情に適合しない取引を勧めないようにすべきであるとの原則をいい、原告に本件口座が開設された平成18年4月12日当時、証券取引法54条1項において、「有価証券の買付け若しくは売付け又はその委託について、顧客の知識、経験及び財産の状況に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資家の保護に欠けることとなっており、又は欠けることとなるおそれがある場合」に、行政処分の対象となることが規定されていた(同様の趣旨は、金融商品取引法40条1号にも受け継がれている。)ものである。…被告は、本件取引口座開設当時36歳であり、原告に対し、民間企業の社員として定職を有しているほか、株式や信用取引の経験があり、金融資産を800万円以上1000万円以下の範囲で所有している旨申告している。被告は、自ら本件先物取引を行うための本件取引口座開設のための資料の請求やインターネットホームページ上での申込みをなし、原告説明文書の提供を受け、インターネットホームページ上での審査や、原告担当者の電話での質問による審査を受けた際、自らが本件先物取引の内容を理解しており、株式の信用取引等の経験がある旨の回答をして本件取引口座を開設したものと認められ、その後、同口座において、自ら積極的にインターネットを通じて本件先物取引を行っていたものと推認できる。上記事実に照らせば、被告の知識、経験及び財産の状況に照らして本件先物取引が被告に適しない取引であつたとは認められないし、また、被告は自己の判断で本件先物取引を開始したものであつて、原告が被告の意向に沿わない取引を勧誘したような事情もうかがわれない」(傍点筆者)。

(5) 和歌山地判平成23年2月9日金法1937号133頁(以下「下級審⑤」という)

問題となった取引は株式の信用取引であり、顧客(被告)は72歳無職で、株式現物取引の経験があつた。

「被告は、本件信用取引申込み時、72歳の無職の高齢者で、収入は月四、五万円の国民年金、資産は自宅不動産及び田畑のほか、本件現物取引で運用していた資金(時価1400万円余りの株式)のほかはなく、上記運用資金は今後の生活資金で、信用取引で損失を出した場合に差損金を支払う資力もなかったことが認められ、被告が投資に積極的な意思を有していたとしても、株式信用取引

の適合性はない。」「...原告からの個別の勧誘がない状態で、友人の勧めで株式取引に興味を持った被告が、雑誌を見て原告を選んで取引口座開設を申し込んだものであり、個々の取引も、原告の外務員の助言等を受けることなく被告が能動的に行った [が] ...顧客による申告内容から取引適合性を適切に判断するには、取引適合性に関する顧客の属性等が正確に申告できるような申告のフォームを備えていることが前提となる。その上、適切なフォームを備えていたとしても、証券会社は、取引適合性につき、顧客の申告した内容をただ形式的に判断するのみならず、顧客の申告した年齢、職業、資産の状況等に照らして、申告内容のみからでは適合性の判断が困難な者や、申告内容に矛盾・不自然な点があるなど申告の意味内容や取引のリスクを本当に理解して申告したのか疑念を抱くべき者に対しては、電話、面接等により、申告内容の詳細や申告の意味内容の理解、リスクの理解の確認を行う義務を免れないというべきである。...そうすると、平成17年5月当時の原告の信用取引申込みのフォームは、投資資金の性格につき「借入金」、「使途確定資金（住宅購入費・教育費等）」及び「余裕資金」の選択肢しかなく、「生活資金」などの選択肢はそもそも存在しなかったのであるから、投資資金について被告が正確に申告することは期待できず、顧客による申告内容から当該取引を行う適合性があるかどうかやリスクの理解を確認すれば足りるという原告の主張はその前提を欠くと言わざるを得ない。また、被告の申告内容...によっても、被告の年齢（72歳）、無職であること、本件現物取引のために原告に700万円の資金を預けた状態で金融資産「500万円～1000万円」と申告したこと（つまり、原告に預けた資金以外の金融資産は少ないこと）がわかり、少なくとも、被告につき、信用取引の適合性やそのリスクの理解について慎重な検討を要する属性の者であることは原告においても容易に判断しうるから、原告が、電話等により、適合性に関する事項の確認や信用取引のリスクの理解の確認もせずに本件信用取引を開始したことにつき、適合性原則違反及び説明義務違反の違法があり、被告に対する不法行為となると言わざるを得ない。」（傍点筆者）。

(6) 大阪高判平成23年9月8日金法1937号124頁(以下「下級審⑥」という)

当該判決は、下級審⑤の原告（証券会社）が控訴した控訴審判決である。

「...適合性の原則の要請は、本件信用取引開始当時においては、当時の証券取引法43条1項1号に規定されていたものであるが、直接には公法上の業務規制にすぎず、同要請に反したからといって直ちに不法行為を構成すると解されるものではないが、証券会社の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱

した証券取引の勧誘をしてこれを行わせるときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解される（最高裁平成17年判決参照）。」「…被控訴人は、本件現物取引以前においても株式の現物取引の経験があるだけでなく、本件信用取引開始の1年以上前から本件現物取引を開始し、その態様も、同一銘柄の売り付け、買い付けの往復を1取引として勘定すれば、値上がり益を狙って10銘柄を17取引にわたって頻回に繰り返して、当初700万円であった資産が、その倍の1400万円程度に増加していたこと、前記のとおり自宅不動産及び田畑を有し、自家用野菜の栽培と年金収入とで生活をやりくりし、しかも自らインターネットを利用する本件信用取引の申込みに至ったことからすると、被控訴人が本件信用取引を行うことがそもそも不適当であるとは到底いえない。」「…本件信用取引は、委託保証金の率は30%、代用有価証券の掛け目は80%とされ、制度上高いレバレッジでの取引を行うことはできず、また、本件におけるa社株のように株価が急落することが全くないとはいえないものの、そのような可能性はさほど高いとはいえないことからすると、商品先物取引等の金融商品と比べると、そのリスクが高い取引であるとはいえない。」「…被控訴人は、控訴人からの勧誘を受けることなく、友人の薦めによって自ら本件信用取引を申し込んだものであり…、本件信用取引もすべて円滑に行っていたものである。」「…インターネットを経由した株式売買委託取引には安価な手数料を広告することによって、顧客が誘引されるという側面があったとしても、それは、株式売買手数料の完全自由化と電子社会の進展に応じ、少ない店舗数で営業担当者も置かず、格安の手数料で使い勝手の良い新たな取引システムを投資家に提供するものにほかならず、およそ信用取引を行う意思もなかった者に対して、それを行うようにする勧誘とは次元が全く異なるというべきである。また、適合性の原則は、前記の金融商品取引法の規定からも明らかなどおり、自己責任原則の妥当する自由競争市場での取引耐性のない者を、勧誘によって市場に参加させることのないように、業者に対し、そのような行為を禁ずるものであるから、顧客に対する勧誘の有無は、適合性原則違反による不法行為の成否の判断に当たっては極めて重要な要素というべきものであり、被控訴人の上記主張は、採用することができない。」（傍点筆者）

(7) 神戸地判平成24年12月17日2012WLJPCA12176005(以下「下級審⑦」という)

問題となった取引は日経オプション取引であり、顧客(被告)は株式投資の経験のほか、先物・オプション取引についても経験があるとされている。

「…適合性の原則とは、金融商品取引業者が、金融商品取引行為について、



顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることのないようにしなければならないとするものである（金融商品取引法40条1号）。」「したがって、金融商品取引業者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解するのが相当である。しかし、その判断に当たっては、単にオプション取引という取引類型における一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、知識、投資意向、財産状況等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである。（以上につき、最高裁判平成17年7月14日第一小法廷判決・民集59巻6号1323頁参照）」「...この観点から、本件を見るに、まず、本件取引の対象商品である日経平均株価指数オプション取引（日経225）は、大阪証券取引所の上場商品として広く投資者が取引に参加することを予定するものであって、商品の内容及びリスク等に係る情報も容易に得ることができるものと思われるから、そのことのみから、当然に一般投資家の適合性を否定すべきものであるとはいえないというべきである（前記最高裁判決参照）。」「...そして、原告は、インターネットを利用したオンライン取引による証券業を営む会社であるから、原告から顧客に対して積極的な勧誘行為がされることはなく、オプション取引は、顧客が自発的に取引を申し込むことにより開始されるものである。本件取引においても、証券ないし原告から被告に対し、対面又は電話等による積極的な勧誘が行われたことをうかがわせる証拠はなく、全て被告からの自発的な申し入れによるものである。」（傍点筆者）「...以上の認定事実に前記前提となる事実等を併せて考慮すると、本件取引において、原告が、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘を行ったと評価するのは相当ではないというべきである。したがって、原告に適合性原則違反は認められない。」

なお、当該判決の控訴審（大阪高判平成 25 年 6 月 19 日 2013WLJPCA 06196009。以下「下級審⑦控訴審」という）では、下級審⑦の多くを引用する一方、なお一部が次のとおり改められている。

「以上のとおり、日経平均株価指数オプション取引が広く投資者の参加を予定する証券取引所の上場商品であることや、控訴人の証券取引に関する経験、本件取引が控訴人からの申し入れにより開始されていること等の事情を考慮すると、本件取引の開始にあたり、被控訴人が適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘を行ったとは認められないから、被控訴人に適合性違反はない」



(傍点筆者)。

(8) 東京地判平成 25 年 1 月 29 日 TKC25510407 (以下「下級審⑧」という)

問題となった取引は日経オプション取引であり、顧客(被告)は口座開設時 60 代で先物取引、FX 取引やオプション取引の経験が豊富であったと認定されている。

「被告は、本件取引以前においても、先物取引、FX 取引やオプション取引など一般に高リスクとされる取引の経験が豊富であり、かつ、その各取引において多大な損失を被るなど、そのリスクを身をもって経験しており、特に、オプション取引においてはリスクが無限大となることを理解した上で今回同様売建ての取引を中心に行い、その結果リーマンショックによる株価の急落により巨額の損失を出していることが認められ、また、今回再開したオプション取引においても、売建ては損失が無限大に膨らむリスクがあることを十分に認識した上で、失敗を含む自らの取引経験を下に、証券会社のホームページの閲覧等により情報を得るなどして自ら研究し、売建ての方法を工夫して取引を行ったことが認められるから、被告は、オプション取引のリスクやその仕組みについて一定の理解をしていたというべきである。」「...そうすると、被告については、インターネットによる証券会社での取引について適合性の原則が適用されるか否かの問題以前に、オプション取引についてその仕組みやリスクについて取引を行うに必要な程度の理解はあったものといえるから、適合性に欠けるということとはできない。」(傍点筆者)

(9) 東京地判平成 25 年 2 月 26 日 TKC25510854 (以下「下級審⑨」という)

問題となった取引は信用取引及び日経オプション取引であり、顧客(被告)は株式現物取引などの投資経験があった。

「原告は、インターネットによる証券取引を専業とする業者として、顧客との取引口座開設に当たっては、必要な審査手続をインターネットを經由して行う態勢を構築した上で(証拠略)、被告との関係でも、投資経験、保有金融資産等の所要の事項を確認して、取引口座を開設しているものと推認することができる(証拠略)。また、取引をする上で必要となる情報についても、インターネットを通じてアクセスすることが可能となるようにしていることが認められ、...その一方で、本件全証拠によっても、原告が被告との取引を開始し、各個別取引の委託を受けるに当たって、適合性原則違反に該当する行為や、説明義務違反に該当する行為を行ったものと認めるには足りない。」(傍点筆者)

(10) 東京地判平成 25 年 3 月 29 日 TKC25511935 (以下「下級審⑩」という)

商品は日経オプション取引であり、顧客(被告)は本件取引時 68 歳で株式

の現物取引の経験があった。

「…金融商品取引業者等は、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなるおそれがないようにその業務を行わなければならないと規定し、適合性の原則を定めている（金融商品取引法 40 条 1 号）が、この理は、日経 225 オプション取引を勧誘する同取引の受託業者にも妥当すると解するのが相当であり、受託業者の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性原則から著しく逸脱した取引の勧誘をしてこれを行わせるときは、当該行為は、不法行為法上も違法となると解するのが相当である。」「…これを本件についてみるに、被告は、個人の主催する投資クラブによる先物・オプション取引の説明を聞き、これを契機として、自ら原告に対し総合取引口座の開設、さらに、本件取引口座の開設を申し込んでおり、原告からの具体的勧誘を受けてこれらの申込みをしたのではない。したがって、…受託業者が取引の勧誘をした場合とは異なるから、直ちに…適合性原則違反の有無を論ずることはできない。」（傍点筆者）「また、受託業者である原告が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を受託することが、不法行為法上違法と評価される余地があるとしても、被告が原告の具体的勧誘に基づくことなく自ら本件取引口座の開設を申し込んでいることに加え、被告は、…本件取引口座の開設の申込みの際に、原告に対し、500 万円以上 1000 万円未満の金融資産を有することのほか、株式現物取引等の投資リスクを伴う投資について一定程度の期間の経験があること、安定性とともな収益性を重視する投資方針であることを申告しており、原告の定める手順に従って、口座開設の申込みをしていることを考慮すれば、原告が被告から本件取引の委託を受けたこと自体が、不法行為法上違法となるとはいえず、これを違法とすべき事情についての主張立証はない。」（傍点筆者）

(11) 東京地判平成 27 年 12 月 11 日 TKC25533176 (以下「下級審⑩」という)

問題となった商品は株価指数先物取引であり、顧客（被告）は口座開設時 75 歳であった。

「金融商品取引法 40 条 1 号は、金融商品取引業者等が、業務の運営の状況として、金融商品取引行為について、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなったり、欠けることとなるおそれがあることとはならないように、その業務を行わなければならないとして、適合性の原則について定めている。」「このような公法上の業務規制に違反しても、直ちに不法行為を構成すると解されるものではないものの、証券会社の担当者が、顧客の意向と

実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した金融商品取引の勧誘をしてこれを行かせたときは、当該行為は、不法行為法上も違法になるものと解される。そして、不法行為の成否について顧客の適合性を判断するに当たっては、具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである。(平成 17 年判例)「これを本件についてみると、前記前提となる事実及び認定事実によれば、そもそも被告が本件取引を始めた契機は、ダイワ CFD 取引のサービス終了に伴い、被告が自ら原告に同種サービスの提供がないかなどと問い合わせ、原告から日経 225 先物取引に関するパンフレットの送付を受け、インターネット上で「先物・オプション取引サービス」の口座を開設したというものであり、その後の個別の取引も全て被告が自らインターネット上で注文を出して行われたものであり、原告の担当者が取引の積極的な勧誘を行ったという経緯はない。また、本件取引の対象となった日経 225 先物取引及び日経 225mini は、大阪証券取引所の商品として広く投資家が取引に参加することを予定するものであって、金融商品としての仕組みは、いずれも、当事者があらかじめ約定する日経平均株価の数値と将来の特定の期日における現実の日経平均株価の数値との差に相当する金銭の授受を約する取引であって、当該特定の期日までは、転売又は買戻しにより決済することができる取引であり、差金決済により損益を出すというものであって、取引単位が日経 225 先物取引では 1000 倍、日経 225mini では 100 倍であること及び個別銘柄を取引対象とするのではなく日経平均株価を対象とすることを除いては、株式の現物売買と基本的には変わりはなく、単純なものであるといえる。」(傍点筆者)「他方で、被告は、本件取引が開始された当時、75 歳となる高齢者であるが、本件取引以前においても、平成 15 年 10 月に原告に総合取引口座を開設し、遅くともその頃には原告と取引関係を有するに至っており、平成 23 年には、原告を通じて、本件取引と同じく日経 225 に係る指数取引であるダイワ CFD 取引を行っていたものであるほか、本件取引に当たって、日経平均株価の値上がりが予想されるときには、安い時点で買い建てて、高くなったら売って決済をし、逆に値下がりか予想されるときには、売り建てた上で安くなったら買って決済をすることで益金を得ることができるが、自らの株価予想とは反対方向の結果となった場合には損失が生ずるといって本件取引の基本的な仕組みは理解していたものといえる。また、被告の投資に関する意向についても、原告は、取引開始後の平成 24 年 9 月の時点で確認を行い、被告は、自らの投資に関する意向を値上が

り益重視であることを申告している。そして、…自らの相場観を持った上で、買建て及び売建ての双方の取引を繰り返しながら、150回以上にわたる取引を重ね、その結果、本件買建て取引の時点では、8000万円を超える利益を生じさせていたものである。」「これらの事情を総合すると、被告が本件取引を行ったことが適合性の原則から著しく逸脱したものとまでいうことはできない。」（傍点筆者）

(12) 東京地判平成 28 年 4 月 14 日 2016WLJPCA04148009（以下「下級審⑫」という）

問題となった取引は株式の信用取引であり、顧客（被告）は口座開設時30代半ばの会社員であった。

「被告は、自ら進んで、原告のホームページにアクセスして本件信用取引の取引口座を開設し、本件信用取引を開始したのであって、原告の勧誘行為等は介在していないことに加え、原告は、口座設定契約の締結に際し、金融商品取引法上の説明義務は果たしていることが認められるだけでなく、本件信用取引において、被告は、原告の設定した取引体系の中で、どのようなポジションを維持・選択するか、いつ決済するかなどの投資判断を自ら行っていることから、取引中途段階においても原告が上記意思決定に関与・影響したと認められる事情がないことが認められる。」（傍点筆者）「そうすると、本件信用取引においては、原告が被告に対し、改めて、電話や面談等をして、顧客のリスク理解について改めて確認を要するほどの特段の事情があるとは認められず、被告の適合性原則違反（争点①）ないし説明義務違反（争点②）の違法性に関する主張をいずれも採用することはできない。」

(13) 東京地判平成 28 年 9 月 1 日 2016WLJPCA09018007（以下「下級審⑬」という）

問題となった取引は日経オプション取引であり、顧客（被告）は口座開設時40代の無職で、株式現物、株式信用、先物取引及びオプション取引について、5年以上経験があると申告していたが、実際の取引は第三者が行っていた。

「金融商品取引法40条1項は、金融商品取引行為について、顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとなっており、又は欠けることとなるおそれがあることのないようにしなければならないと規定し、このような要請を適合性の原則というところ、証券会社が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行

為法上も違法となると解される(最高裁平成17年7月14日付判決)。」「これを本件についてみると、被告は、昭和37年生まれで、本件口座開設申込み当時(平成21年当時)、40代の無職女性であり(証拠略)、金融資産は500万円以上1000万円未満(オンライン化前から金融資産の選択肢は複数の区分に分けられており、顧客カード(証拠略)における「金融資産1000万円未満」は、資産の選択肢において「500万円以上1000万円未満」(証拠略)を選択したものと認められる。)であったから、オプション取引で損失を出した場合には、損失金を支払う資力に乏しいといえることができる一方、被告は、投資経験につき、株式現物、株式信用、先物取引及びオプション取引について、5年以上経験があると申告しており(証拠略)、自らインターネットを利用する取引口座の開設に至っていることからすると、被告が本件取引を行うことが不適当であるとまではいえない。」(傍点筆者)「さらに、そもそも適合性の原則が、上記の金融商品取引法の規定からも明らかとおおり、自己責任原則の妥当する自由競争市場での取引耐性のない者を、勧誘によって市場に参加することのないように、業者に対し、そのような行為を禁ずるものであることからすれば、被告が、H証券から勧誘を受けることなく、Bの薦めに従って自ら本件口座の開設を申込み、投資目的として積極運用型を選択した上で(証拠略)、利益を上げる運用をしてもらおうべく、第三者であるBに暗証番号等を開示して、取引規模を拡大するに任せていたという本件においては、H証券に適合性原則違反による不法行為は成立しないというべきである。」(傍点筆者)

(14) 東京地判令和4年5月30日 2022WLJPCA05308014 (以下「下級審⑭」という)

問題となった取引は海外商品先物であり、顧客(被告)は口座開設時33歳の国税局財務事務官であり、オプション取引の経験があった。

「...証券会社の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせるときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解されるところ、顧客の適合性を判断するに当たっては、具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮する必要があるといえるべきである(最高裁平成15年(受)第1284号平成17年7月14日第一小法廷判決・民集59巻6号1323頁参照)。」「...これを本件についてみると、前記認定事実及び弁論の全趣旨によれば、被告は、本件契約の申込当時、国税局の財務事務官として勤務する33歳の男性であり、原告に対して金融資産600万円から800万円、投

資可能額400万円、先物・オプション取引、外国為替証拠金取引等の投資経験があると申告しており、実際にオプション取引の経験を有していたこと、本件取引は原油を対象とする海外商品先物取引であり、通常の商品先物取引と比較して特に取引の仕組み自体に複雑な点はないこと、被告は先物取引の仕組みを理解したうえで、レバレッジがかからない範囲内で建玉を行うこととして、本件取引を行っていたことがそれぞれ認められる。これらの事実によれば、被告が海外商品先物取引を自己責任で行う適格性を欠き、取引市場から排除されるべき者であったということとはできない。」（傍点筆者）「また、被告は原告のウェブサイトを通じて本件契約の申込みを行い、その後の取引も全てインターネットを介して行っているのであって、原告が被告に対して積極的に本件取引を勧誘したという事実は存在しない。」（傍点筆者）

### 3.2. 分析

以上、最判平成17年以降のインターネット取引が問題となった下級審裁判例を見てきたが、前述の問題点に沿って、(1)裁判所が適合性原則をどのようなルールとして捉えているのか、また、(2)勧誘がない場合には適合性原則違反は問題とならないのかについて整理する。

#### (1) 下級審裁判例が捉える適合性原則について

まず、下級審③（顧客が提出した総合取引口座申告書の申告内容や委託保証金の入金状況に触れた上で「原告が、被告には取引適合性があると判断したことが不合理とはいえず、原告に取引適合性確認義務違反は認められない」とした）は、顧客の属性から適合性を判断しているようにも見えるが、単に顧客の属性だけを見るのではなく、具体的な金融商品との関係で判断されるべきものであることは、下級審④（「被告の知識、経験及び財産の状況に照らして本件先物取引が被告に適しない取引であったとは認められない」）や下級審⑧（「オプション取引についてその仕組みやリスクについて取引を行うに必要な程度の理解はあったものといえるから、適合性に欠けるということとはできない」）で分かり、この点は、最判判旨③に符合するものである。なお、結論は違うものの、顧客側の主張を認めた下級審⑤（「被告につき、信用取引の適合性やそのリスクの理解について慎重な検討を要する属性の者であることは原告においても容易に判断しうるから、原告が、電話等により、適合性に関する事項の確認や信用取引のリスクの理解の確認もせずに本件信用取引を開始したことにつき、適合性原則違反及び説明義務違反の違法があり、被告に対する不法行為となると言わざるを得ない」）についても、同様の立場と見てよいと考えられる。



そして、顧客と具体的な金融商品の市場との関係については、下級審⑥(「適合性の原則は、前記の金融商品取引法の規定からも明らかなどおり、自己責任原則の妥当する自由競争市場での取引耐性のない者を、勧誘によって市場に参加させることのないように、業者に対し、そのような行為を禁ずるものである」)、下級審⑬(「そもそも適合性の原則が、上記の金融商品取引法の規定からも明らかなどおり、自己責任原則の妥当する自由競争市場での取引耐性のない者を、勧誘によって市場に参加することのないように、業者に対し、そのような行為を禁ずるものである」)が取引耐性のない者を市場に参加させないようにするものとしており、さらに、下級審⑭は「被告が海外商品先物取引を自己責任で行う適格性を欠き、取引市場から排除されるべき者であったということではできない」としており、具体的な金融商品との関係で、顧客が当該金融商品の市場から「排除」されるべきか否かという観点から適合性原則について判断を示していることが分かる。

これらは、いずれも最判判旨④の「X〔顧客〕が、およそオプションの売り取引を自己責任で行う適性を欠き、取引市場から排除されるべき者であったとはいえない」としたことを敷衍するものといえ、前述した取引耐性のない顧客を市場から排除する考え方に符合するといえる。

## (2) 勧誘と適合性原則

次に、インターネット取引に勧誘が介在しないことと適合性原則の関係について、下級審①が「本件は、オンライントレードシステムによる信用取引であって、原告への信用取引口座の開設、その後の取引のいずれにおいても、原告から被告に対して勧誘がなされたことはなく、いずれも、被告の判断によって信用取引が開始され、個別の取引がなされたのであって、いわゆる適合性原則違反について論じることはできない」としており、下級審②も「本件取引は、オンライントレードであって、本件取引口座の開設について、原告から被告側に対して勧誘がなされたことはないから、そもそも適合性原則違反を論じる前提を欠くものである」として、それぞれのインターネット取引には勧誘がないことから適合性原則違反を論じる前提がないとしている。このような傾向は、下級審④が「被告は自己の判断で本件先物取引を開始したものであって、原告が被告の意向に沿わない取引を勧誘したような事情もうかがわれない」とし、下級審⑦が「本件取引においても、〇証券ないし原告から被告に対し、対面又は電話等による積極的な勧誘が行われたことをうかがわせる証拠はなく、全て被告からの自発的な申し入れによるものである」としているところにもあらわれており、その控訴審判決である下級審⑦控訴審も「本件取引の開始にあたり、被控訴人が適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘を行ったとは認められないから、被控訴人に適合性違反はない」としている。同様に、下級審⑫

が「被告は、自ら進んで、原告のホームページにアクセスして本件信用取引の取引口座を開設し、本件信用取引を開始したのであって、…被告は、原告の設定した取引体系の中で、どのようなポジションを維持・選択するか、いつ決済するかなどの投資判断を自ら行っている」としており、下級審<sup>⑬</sup>も「自らインターネットを利用する取引口座の開設に至っていることからすると、被告が本件取引を行うことが不適當であるとまではいえない」とし、下級審<sup>⑭</sup>も「被告は原告のウェブサイトを通じて本件契約の申込みを行い、その後の取引も全てインターネットを介して行っているのであって、原告が被告に対して積極的に本件取引を勧誘したという事実は存在しない」としていることは、裁判所がインターネット取引につき、勧誘がないことを理由に適合性原則の適用がないことの理由付けとしていることが考えられる。なお、下級審<sup>⑨</sup>は「原告が被告との取引を開始し、各個別取引の委託を受けるに当たって、適合性原則違反に該当する行為や、説明義務違反に該当する行為を行ったものと認めるには足りない」と述べるにとどまるところ、その直前に「インターネットを経由して行う態勢を構築した上で（証拠略）、被告との関係でも、投資経験、保有金融資産等の所要の事項を確認して、取引口座を開設しているものと推認することができる」としていることからすれば、勧誘がないことを理由としているようにも見えるが、やや判然としない判旨となっている<sup>26</sup>。

これに対し、下級審<sup>⑥</sup>は「顧客に対する勧誘の有無は、適合性原則違反による不法行為の成否の判断に当たっては極めて重要な要素というべき」<sup>27</sup>として、勧誘を「きわめて重要な要素」として重きを置く一方で、必ずしも絶対視していないと考える余地がある表現となっている。また、下級審<sup>⑩</sup>は「受託業者が取引の勧誘をした場合とは異なるから、直ちに…適合性原則違反の有無を論ずることはできない」とする一方で、「受託業者である原告が、顧客の意向と実情

---

<sup>26</sup> また、下級審<sup>⑥</sup>は、「被告については、インターネットによる証券会社での取引について適合性の原則が適用されるか否かの問題以前に、オプション取引についてその仕組みやリスクについて取引を行うに必要な程度の理解はあったものといえるから、適合性に欠けるということとはできない」として、インターネット取引に適合性原則が適用されるかの判断を示すことなく、当該顧客の適合性について判断を示している（なお、後掲（注28）参照）。

<sup>27</sup> 下級審<sup>⑥</sup>は、その直前で「勧誘によって市場に参加させることのないように、業者に対し、そのような行為を禁ずるものである」としているので、勧誘を前提としているようにも見えるが、本文のとおりその直後に勧誘を「きわめて重要な要素」としているため、田澤・前掲（注3）97頁は、「勧誘の有無が不法行為の成否の重要な要素と述べた部分は適切ではない」と指摘する。



に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を受託することが、不法行為法上違法と評価される余地がある」とするのは、勧誘の有無にかかわらず不法行為上違法となることを示唆しているといえそうである。下級審⑩は、「原告の担当者が取引の積極的な勧誘を行ったという経緯はない」としつつも、顧客が株価指数先物取引の基本的な仕組みを理解していたことや、自らの相場観で150回以上にわたる取引を行い、一時期は8000万円を超える利益を生じさせていたことなどの事情を総合的に考慮した上で判断を示しており<sup>28</sup>、さらに、顧客の主張を認めた下級審⑤は、「原告からの個別の勧誘がない状態で、友人の勧めで株式取引に興味を持った被告が、雑誌を見て原告を選んで取引口座開設を申し込んだものであり、個々の取引も、原告の外務員の助言等を受けることなく被告が能動的に行った」ことなどをもってしても、適合性原則違反<sup>29</sup>を認めることの妨げにはなっていない。

このように、ここで取り上げた下級審裁判例は、金融商品取引業者等からの勧誘がないことをもって、適合性原則違反がないと判断していると考えられるもの<sup>30</sup>も多い一方で、勧誘がなくとも不法行為責任が生じると解す余地があるものもある。

## 4. 検討

### 4.1. 序説

以上見てきたとおり、最判平成17年以降の下級審裁判例は、(1)最判判旨④を踏まえ、狭義の適合性原則について、取引耐性のない顧客を市場から排除する考え方を基調にしているものと考えられる。また、(2)金融商品取引業者等か

<sup>28</sup> 青木浩子「高齢者の電子金融商品取引利用における業者の民事責任」金法2047号52頁、55頁(2016)は、下級審⑩も念頭に、下級審裁判例において、インターネット取引には勧誘がないとするのではなく、適合性原則違反の有無について総合判断する傾向があるとしており、下級審③や下級審⑧(後者につき前掲(注26)参照)もその一例かもしれない。

<sup>29</sup> ただし、下級審⑤は結論部分において「適合性原則違反及び説明義務違反の違法があり、被告に対する不法行為となる」として、説明義務違反もあわせて認定している。

<sup>30</sup> なお、勧誘以外の金融商品取引業者等の対応につき、適合性原則違反を認めた下級審⑤が「原告が、電話等により、適合性に関する事項の確認や信用取引のリスクの理解の確認もせず、本件信用取引を開始したこと」を問題視しているのに対し、下級審①、同②、同③及び同⑩などが、金融商品取引業者等における顧客に対する確認義務等を否定している。

らの勧誘に関しては、勧誘がなければ適合性原則を論じるまでもないとするものがある一方<sup>31</sup>、勧誘がない取引であっても狭義の適合性原則が適用されることを示唆ないし認める裁判例がある。

そこで、以下では、下級審裁判例などを踏まえ、(1)狭義の適合性原則を金商法上どのようなルールとして理解すべきなのか、そして、(2)勧誘の有無と適合性原則との関係について検討することとし、後者の(2)については、さらに、勧誘の有無と民事上の不法行為責任との関係や、金融商品取引業者等の責任についてもあわせて考えていくものとする。

#### 4.2. 狭義の適合性原則というルールについて

前述のとおり、適合性原則については、投資家を「支援する」ルールとする見解<sup>32</sup>がある一方で、学説の多くは、これまで見てきた下級審裁判例（の一部）や最判判旨<sup>④</sup>から読み取れる考え方などと同様、取引耐性のない顧客を、個別の金融商品を扱う市場から排除するルールであると理解している<sup>33</sup>。

「支援する」ルールとする見解は、適合性原則を狭義と広義に二分することに懐疑的な立場を前提としているものもあり<sup>34</sup>、「顧客の投資決定を支援することこそが適合性原則の意義であり、メリットでもある」<sup>35</sup>とする。この考え方自体の適否は別として、インターネット取引では、顧客による能動的な注文行為によって取引が成立することが多く、金融商品取引業者等から顧客に対する積極的な「支援」を行うことはあまり想定できない。そのため、「支援する」ルールとする見解が、対面・非対面（インターネット取引）を問わずに、共通して妥当する考え方であるかは疑問の余地があるといえよう<sup>36</sup>。

これに対し、多数説の考え方は、投資家に対して金融商品市場への参加を開

---

<sup>31</sup> ただし、下級審<sup>②</sup>、同<sup>③</sup>、同<sup>⑩</sup>は、口座名義人と実際に取引をした者が別であり、適合性原則を考える上であまり重視すべきではないかもしれない。

<sup>32</sup> 王・前掲（注3）6頁，同・前掲（注17）219頁。また、川地・前掲（注20）46頁参照。

<sup>33</sup> 潮見・前掲（注3）162頁，伊藤・前掲（注3）292頁，前田・前掲（注3）29頁～30頁等。また、永田・前掲（注3）70頁参照。

<sup>34</sup> 王・前掲（注17）220頁。

<sup>35</sup> 王・前掲（注17）220頁。

<sup>36</sup> この点、川地・前掲（注20）46頁，49頁は、適合性原則を、①自己責任原則の枠内における顧客保護制度として「顧客自身適合性原則判断についての自己決定基盤を整備するためルール」と、②自己責任原則の枠外であるパターンリスティクな保護制度としての「能動的顧客に適用される適合性原則」とに分けており、勧誘を受ける場合の受動的顧客とインターネット取引のような能動的顧客とで異なるものとしている。

放するという考え方がある一方で、自己責任原則の妥当する自由競争の市場になじまない属性の人をその市場から排除するというものである<sup>37</sup>。この点、投資判断は自己責任であり、見込み違いによって発生した損失を投資家が被ることは当然であるが<sup>38</sup>、金融商品には、上場会社の株式といった比較的商品特性やリスクが分かりやすいものがある一方、最近問題となっているEB債<sup>39</sup>やAT1債などの仕組債といった、仕組みやリスクが難解なものがあり、金融商品によっては不適合な者が投資することがないように配慮する必要があるものもある<sup>40</sup>。そうであれば、金融商品取引業者等の役割として、金融商品に適合する顧客を選別する機能を持たせることにも合理性があるといえ、そのための規定が金商法40条1号であると解することも可能と考えられる。したがって、その属性から特定の金融商品市場における自衛能力を十分に有しない投資家を市場から排除し保護するものとして、狭義の適合性原則を位置付けるのが適当と考えられる<sup>41</sup>。

以下では、狭義の適合性を顧客属性によって特定の市場から排除し保護するためのルールとする考え方を前提に、勧誘とインターネット取引との関係について考えていくこととしたい。

#### 4.3. インターネット取引と適合性原則

インターネット取引と適合性原則との関係を考えるにあたっては、勧誘がない場合に、そもそも適合性原則の適用がないとすべきかが問題<sup>42</sup>になるとも

<sup>37</sup> 潮見・前掲(注3)162頁、前田・前掲(注3)29頁。

<sup>38</sup> 川瀆昇「ワラント勧誘における証券会社の説明義務」民商113巻4・5号633頁、641頁(1996)参照。

<sup>39</sup> 例えば、東京地判令和4年3月31日金法2213号48頁は、EB債につき、適合性原則違反及び説明義務違反があったとして証券会社が顧客から損害賠償を求められた事案であるところ、適合性原則違反については認められなかったものの、説明義務違反が認定されている。

<sup>40</sup> 川瀆・前掲(注38)646頁参照。

<sup>41</sup> 伊藤・前掲(注3)292頁、前田・前掲(注3)29頁参照。なお、高橋・前掲(注14)496頁以下は、投資者保護の観点から、①他者加害の禁止、②ソフトなパターナリズム、③ハードなパターナリズムの3つが観念できるとした上で、完全に任意な自己決定に対しても本人保護を理由に介入する③ハードなパターナリズムについては否定的な見解があり、その範囲は限定的なものとなるであろうとしつつ、公益的理由によって正当化する余地は残されているとする。

<sup>42</sup> 伊藤・前掲(注3)289頁。

に、勧誘の有無と民事上の不法行為責任をどのように関連付けるかということや、金融商品取引業者等の具体的な責任も、検討すべき問題となる。

#### (1) 勧誘の有無と適合性原則

学説上、勧誘がなければ適合性原則違反を問う余地がないとする考え方もあり<sup>43</sup>、その理由として、「不相当と認められる勧誘」を行うなどの状況を禁止する行為規制であることや<sup>44</sup>、勧誘がない場合には最判平成17年の射程は及ぶものではないこと<sup>45</sup>などが挙げられている。

一方で、インターネット取引のように勧誘がない場合であっても、金商法40条1号の適用の余地があるとする立場もある<sup>46</sup>。ただ、どのように狭義の適合性原則が適用されるべきかについては、論者によって異なるところがあり、例えば、金融商品取引業者等に関する内閣府令（以下「業府令」という）117条1項1号が勧誘を要件としていないところ、同号を介して、狭義の適合性原則の趣旨が、金融商品取引業者による勧誘の有無にかかわらずなく、実現されるとする見解<sup>47</sup>などがある<sup>48</sup>。

#### (2) 民事上の不法行為責任

このように、インターネット取引と適合性原則の関係については、勧誘の有

---

<sup>43</sup> 松尾直彦ほか「金融商品取引法の行為規制〔下〕」商事1815号4頁、7頁（注4）（2007）、田澤・前掲（注3）97頁、青木・前掲（注28）53頁。

<sup>44</sup> 松尾ほか・前掲（注43）6頁。

<sup>45</sup> 田澤・前掲（注3）97頁。

<sup>46</sup> 伊藤・前掲（注3）297頁、300頁等。

<sup>47</sup> 伊藤・前掲（注3）297頁、前田・前掲（注3）32頁～33頁。

<sup>48</sup> 本文の見解のほか、永田・前掲（注3）78頁、96頁は、①勧誘規制としての適合性原則のほか、②取引開始の適正化を目的とする取引開始規制としての適合性原則と、③（新規建玉と取引続行の）受託の適正化を目的とする受託規制法理としての適合性原則をそれぞれ観念し、後二者については、勧誘規制が有する「不適当な取引に積極的に引きずり込んだ」という要素に欠けるものの、不法行為法上の違法性を基礎付ける程度の悪質性がある場合もあるとする。また、倉重・前掲（注3）170頁以下は、①「勧誘」行為がない場合、②インターネット取引であっても「勧誘」があったと評価できる場合に分け、前者については広義の適合性原則が問題となり、後者については狭義の適合性原則が問題となり得るとし、さらに、「勧誘」がない場合でも、③業府令117条1項1号が「顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして当該顧客に理解されるために必要な方法及び程度による説明」することを求めており、かかる実質的な説明義務を通して、金商法40条1号の狭義の適合性原則へ導くことができるとする。

無をめぐって意見に相違があるが、勧誘がない場合には金商法40条1号の問題ではないと考える立場においても、以下に見るとおり、金融商品取引業者等の不法行為責任は必ずしも否定されていない。

インターネット取引で金融商品取引業者等からの勧誘がない場合、①それでも金商法40条1号の適用があるとするもの<sup>49</sup>のほか、②同号の適用はないが適合性に欠ける取引の場合には一般不法行為で保護すべきとするもの<sup>50</sup>、③広義の適合性違反ないし説明義務違反の問題とするもの<sup>51</sup>がある<sup>52</sup>。①はストレートに金商法40条1号を適用して適合性原則違反が不法行為上の責任を生じさせるものであるのに対し、②③は金商法40条1号の適用はないものの、結論としては不法行為法上の救済を認めるものとなる。ただし、民法709条の適用において、①は狭義の適合性原則違反、③は広義の適合性違反ないし説明義務違反を理由としているのに対し、②については、その論理構成が必ずしも明らかではない点<sup>53</sup>に留意する必要がある。

### (3) 勧誘の位置付けと民事上の不法行為責任

以上のとおり、学説上は、勧誘がなくとも適合性原則違反を問う余地があるとするものもあり、また、勧誘がないため適合性原則違反にはならないものの、他の理論構成から民事上の不法行為責任を認めるものもある。そのため、勧誘がない場合における適合性原則の適否と、民事上の不法行為責任をどのように考えるべきかが問題となる。

学説上は、金商法40条1号の文言から勧誘がない場合に適用がないとする考え方<sup>54</sup>がある一方で、勧誘がない場合であっても同号が適用される可能性があるとするもの<sup>55</sup>があるところ、最判平成17年については、勧誘があった場合

<sup>49</sup> 伊藤・前掲(注3)301頁。

<sup>50</sup> 永田・前掲(注3)78頁、倉重・前掲(注3)174頁。また、伊藤・前掲(注3)301頁は、たとえ勧誘を金商法40条1号が適用されるための必須の要件であるとしても一般不法行為責任の追及が一切不可能になるわけでもないとする。

<sup>51</sup> 田澤・前掲(注3)97頁。

<sup>52</sup> その他、錯誤や詐欺の適用の可能性を論じるものもある(田澤・前掲(注3)97頁参照)。

<sup>53</sup> 例えば、倉重・前掲(注3)174頁は、「業者には注意義務に著しく違反するものとして、当該販売行為は違法性を帯び、不法行為を構成することもある」とするにとどまる。また、伊藤・前掲(注3)301頁も参照。

<sup>54</sup> 青木・前掲(注28)53頁。

<sup>55</sup> 伊藤・前掲(注3)292頁は、パターナリスティックな介入という観点から、「このことを重視すれば、金融商品取引業者等による勧誘というものを、金商法40条1号が適用されるための絶対的な要件と考えるべきではないだろう」とし、前田・前掲(注3)45

の適合性原則に関する判断を示したものであり、勧誘がない場合には射程が及ばない<sup>56</sup>として、まだ最高裁の立場は明らかでないといえる余地もあるといえそうである。そして、その余地があるからこそ、いくつかの下級審裁判例（下級審⑤、同⑥、同⑩、同⑪）は、その判旨の内容に幅はあるものの、勧誘がない場合であっても適合性原則違反の余地を認めているといえるのではないであろうか。このような下級審裁判例の判断は、属性によって取引耐性のない顧客を特定の市場から排除し保護しようとする狭義の適合性原則の趣旨から、金融商品取引業者等の勧誘の有無を絶対視していないことを示しているものと考えられ、狭義の適合性原則が、勧誘とあわせて販売のルールでもあるとすれば、販売に関して適合性原則違反あった場合、不法行為責任が金融商品取引業者等に生じる余地はあるものと思われる<sup>57</sup>。

最高裁判決が下された平成 17 年の時代と比べ、インターネット取引は格段に増加しており、日本証券業協会の調査によれば、平成 17 年 9 月時点におけるインターネット取引の口座数が 790 万口座余り<sup>58</sup>であったのに対し、令和 5 年 3 月時点においては 4100 万口座余り<sup>59</sup>と 5 倍以上になっており、今後もさらに増加することが予想されることからすれば、勧誘がないことだけをもってインターネット取引に狭義の適合性原則が及ばないとするのは、あまり合理的ではないように思われる。

#### (4) 金融商品取引業者等の責任

以上のことから、勧誘がないインターネット取引であったとしても、金商法 40 条 1 号の適用があると考えられる余地はあると思われるが、このように理解したとしても、金融商品取引業者等にとって、過度に酷な結果となるものではない。

---

頁も、「勧誘の有無については一つの要素であることは確かであるが、決定的な要素であると解するのは、疑問がないわけではない」とする。

<sup>56</sup> 田澤・前掲（注3）97頁は、勧誘がない場合には適合性原則違反による不法行為を論じる余地はないとする立場から、最判平成17年が「適合性原則に違反する業者の勧誘行為が不法行為法上の違法性を帯びることにつき判示するものであり、勧誘行為がない場合にまでその射程が及ぶものではない」とする。

<sup>57</sup> 川地・前掲（注20）48頁は、「能動的顧客の「経済的自殺的行為」について業者による「自殺補助」を容認することは問題であろう」とする。

<sup>58</sup> 日本証券業協会「インターネット取引に関する調査結果（2017年9月末までの過去データ）」、<https://www.jsda.or.jp/shiryoshitsu/toukei/files/interank2303.pdf>.

<sup>59</sup> 日本証券業協会「インターネット取引に関する調査結果（2023年3月末）について」（2023年6月30日公表）、<https://www.jsda.or.jp/shiryoshitsu/toukei/files/netcyouasa2023.3.pdf>.

すなわち、金商法40条1号の適用があるとしても、実際に適合性原則違反があったか否かについては、「具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等の諸要素を総合的に考慮」（最判判旨③）して判断することとなる。そして、適合性原則違反があったとしても、それは「当該行為は不法行為法上も違法となる」（最判判旨①）ことを意味するもので、金融商品取引業者等の不法行為責任は、違法性以外の不法行為の要件（因果関係や損害など）を満たしているかによって決まることになる。そのため、金商法40条1号の適用があるからといって、直ちに金融商品取引業者等の民事上の不法行為責任が認められるわけではなく、他の事項も検討した上でその責任が決まることとなる。

## 5. むすびに代えて

本稿では、最判平成17年以降の下級審裁判例を踏まえたインターネット取引と適合性原則について検討してきた。

インターネット取引につき、勧誘がなかったことだけを理由に適合性原則の適用がないとすることには疑問があり、本稿で取り上げたいいくつかの下級審裁判例からも、狭義の適合性原則違反を理由に金融商品取引業者等の不法行為責任を問うことは可能と考えられる。

ただその場合、最判判旨③に基づき適合性の判断がなされるため、顧客が能動的に行動するインターネット取引では、投資意向<sup>60</sup>などの点で、顧客に適合性があったと判断されやすいことに留意する必要があると思われる。

本稿では、インターネット取引と狭義の適合性原則に焦点を当てて検討してきたが、適合性原則に欠けるところはないとされる場合であっても、金融商品取引業者等のホームページ上における情報の提供方法・内容などによっては、別途、広義の適合性原則や説明義務などが問題とされることもあると思われる。ただ、（広義の）適合性原則の考え方は多様化しているとされ<sup>61</sup>、検討すべき課題もある。この点、後日の研究を期したい。

こばやし ふみはる（本学法学部准教授）

---

<sup>60</sup> 顧客は、自らの意思で取引を開始する場合がほとんどであり、投資意向もその意思に沿ったものと認定されることが多いものと考えられる。

<sup>61</sup> 高橋・前掲（注14）491頁以下参照。





【論説】

## 特殊詐欺における実行の着手に関する一考察

山中 純子

### 概要

1. はじめに
2. 実行の着手時期について
  - 2-1 実行の着手時期をめぐる学説
  - 2-2 判例実務における判断
  - 2-3 近年有力な進捗度説
3. 詐欺罪における実行の着手
  - 3-1 詐欺罪における実行の着手時期
  - 3-2 最高裁平成 30 年 3 月 22 日判決
  - 3-3 平成 30 年判決の検討
  - 3-4 小括
4. 窃盗罪における実行の着手
  - 4-1 窃盗罪における実行の着手時期
  - 4-2 最高裁令和 4 年 2 月 14 日決定
  - 4-3 令和 4 年決定の検討
  - 4-4 小括
5. 特殊詐欺における実行の着手
  - 5-1 罪名による着手時期の差異
  - 5-2 着手時期の判断基準
6. おわりに

### 概要

「特殊詐欺」をめぐる複数の最高裁の判断が出る中で、現金手交型の詐欺罪における実行の着手に関する最判平成 30 年 3 月 22 日及びすり替え型の窃盗罪における実行の着手に関する最決令和 4 年 2 月 14 日が出たことにより、近

年、実行の着手論についての議論が盛んになっている。特殊詐欺においては、受け子が被害者に接触する前に逮捕されることが多く、架け子が虚偽の電話で明確な財物交付要求をする前やすり替え役が被害者と対面する前でも、実行の着手が認められるかが問題になっている。

実行の着手時期については、かつては、主観説、形式的客観説、実質的客観説に分かれ、中でも実質的客観説の実質をどこに見出すかで見解が分かれていた。しかし、近年、実行行為との密接性、結果発生の実質的危険性で判断する「危険性+密接性基準説」に加え、犯行計画の進捗度に照らし、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたか否かを基準とする「進捗度基準説」が有力に主張されている。

そこで、詐欺罪と窃盗罪のそれぞれについて、構成要件の特徴に照らし、各説の立場から、最高裁の出した結論の妥当性について検討する。そして、各説を当てはめて具体的な検討をした上で、法益保護主義や罪刑法定主義等の観点から、特殊詐欺事案において、実行の着手時期をどのような統一した基準で判断すべきかについて論じる。

## 1. はじめに

「特殊詐欺」と呼ばれる犯罪については、受け子が被欺罔者から現金を直接受け取る「現金手交型」による詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が多く実行されてきたが、近年、被害者が欺罔による錯誤に陥りにくくなってきたことを受け、銀行のキャッシュカードを別のカードにすり替えて持ち去る「すり替え型」による窃盗罪（刑法 235 条）が多く見られるようになった。すり替え型においては、被害者がキャッシュカードを相手方に交付する意図がないため、すり替えて奪われた後も被害に気付きにくいという面があり、犯人側にとっては犯行発覚が遅くなるという利点がある。そのため、特殊詐欺の検挙が進む中で、特殊詐欺形態も進化を遂げて、詐欺罪から窃盗罪に移り変わってきたということが出来る。そのような中で、詐欺罪においても窃盗罪においても、最高裁の判断が示され、注目を集めている論点が「実行の着手」である。本稿では、最高裁平成 30 年 3 月 22 日判決及び最高裁令和 4 年 2 月 14 日決定を取り上げ、現在、法律実務上認められる実行の着手時期が相当かどうかを検討する。

ところで、特殊詐欺は、指示役、架け子、受け子・すり替え役などに役割分担され、マニュアル化された手口に従って実行される組織的犯罪である。そして、そのマニュアルで決められた計画通りに犯罪が実行されるのであるが、言葉巧みなストーリーに被害者が騙されるところに特徴があるため、架け子がターゲットに電話をして嘘のストーリーを述べ始めた時点で、「特殊詐欺の実行

は始まっている」と直感的に感じる人もいるだろう。しかし、現実的に逮捕される者は、受け子やすり替え役などの末端関与者ばかりであり、どこの誰が受け子をしており、いつどのような虚偽のストーリーを告げて被害者を騙しているのかについてよく分かっていないのである。ときに、被害者宅を見つけられず、被害者宅周辺をウロウロする中で逮捕されるすり替え役もおり、まだ被害者に接触していない段階の末端関与者も詐欺未遂罪の処罰に値するのかは、共犯関係があるとはいえ、検討の余地がある。特殊詐欺については、裁判で重い刑罰が下される傾向にあり、一般予防や特別予防といった刑罰の目的に適うとはいえ、一方の指示役や架け子はなかなか捕まらないのに、他方では末端関与者であっても実刑判決を受けることが多いという不均衡や不公平感が感じられる。本稿は、近年、様々な場面で厳罰化の傾向が見られる特殊詐欺における実行の着手時期という論点について、理論的に整理し、その判断基準を明確にする試みである。

## 2. 実行の着手時期について

### 2-1 実行の着手時期をめぐる学説

実行の着手とは、本来、実行行為の直接的開始を意味し、予備と未遂を分ける分水嶺である<sup>1</sup>。その実行の着手が認められる時点については、犯罪的意思が外部に表明された時点あるとする主観説と、結果発生（法益侵害）をもたらす一定の客観的な危険性が生じた時点とする客観説がある。客観的については、形式的に構成要件に該当する行為（又はその一部）が行われた時点に限定する形式的客観説と、結果発生の実質的危険の観点から実行の着手時期を決定する実質的客観説に分かれる。前者については、形式的実行行為を想定した上で、それに「密接な行為」が行われれば実行の着手があったとする修正形式的客観説により、実行の着手時期が拡張されている。後者は、既遂結果発生の実質的・客観的危険（具体的危険）の発生をもって実行の着手とする立場であり、実行の着手論と不能犯論を一元的に捉えているところに特徴がある<sup>2</sup>。そして、通説は、形式的基準と実質的基準の両者の観点から「実行の着手」を検討する見解であるとされる<sup>3</sup>。

以上の学説状況のうち、犯罪の本質を犯罪的意思の危険性に求める主観的未

<sup>1</sup> 山中敬一『刑法総論 [第3版]』（2015）759頁参照。

<sup>2</sup> 城下裕二「実行の着手」法学教室514号（2023）15頁。高橋直哉「実行の着手論雑考」研修854号（2019）1頁。

<sup>3</sup> 向井香津子「判解」最判解刑事編平成30年度（以下、「調査官解説」という。）166頁。

遂論に依って立つ主観説は採用することができないが<sup>4</sup>、形式的実行行為に実質的な要素を加える修正形式的客観説も、結果発生の客観的危険を実質的な基準で判断する実質的客観説も、その基準は不明確であり、実行行為に密接な行為があれば実行の着手を認めるなど、結論にはあまり違いがないように思われる。

## 2-2 判例実務における判断

判例においては、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上自動車ごと海中に転落させて殺害しようとしたクロロホルム事件において、クロロホルムを吸引させて昏倒させた第1行為と、被害者を自動車ごと海中に転落させて沈めた第2行為のうち、第1行為の時点で殺人罪の実行の着手が認められた。最高裁は、「第1行為は第2行為を確かかつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為」であると述べている<sup>5</sup>。すなわち、①準備的行為が構成要件該当行為を行うために必要不可欠であったこと、②準備的行為に成功した後、それ以降の犯行計画を遂行する上での特段の障害がないこと、③準備的行為と構成要件該当行為との間の時間的場所的近接性の3つの観点を挙げた。この3つの観点到照らし、実行行為自体の直接的開始がなくても、実行行為に密接な行為であって、被害を生じさせる客観的な危険性が明らかに認められるとして、実行の着手を認めた。

このように、クロロホルム事件では、結果発生の客観的な危険に着目し、実行の着手時期については、実行行為に密接な行為にまで拡張されている。本来的な構成要件該当行為を起点として、それと密接な行為の限度で未遂処罰の前倒しを肯定し、既遂に至る具体的な危険性による実質的限定も加える立場であり<sup>6</sup>、これが多数説を形成していると言えよう<sup>7</sup>。客観的な危険性に密接性基準を加えて判断しており、以下、「危険性+密接性基準説」と呼ぶ。

<sup>4</sup> 二本柳誠「詐欺罪における実行の着手—最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として—」刑事法ジャーナル57号（2018）36頁参照。

<sup>5</sup> 最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁。

<sup>6</sup> 二本柳・前掲注(4)40頁。

<sup>7</sup> 但し、佐藤拓磨「詐欺罪における実行の着手—最高裁平成30年3月22日第一小法廷判決を契機として—」刑事法ジャーナル57号（2018）27頁は、クロロホルム事件では、密接性を問うまでもなく第1行為に実行行為性が認められるはずであると指摘する。

### 2-3 近年有力な進捗度説

近年、実行の着手論と不能犯論を別次元の問題として二元的に捉える考え方が有力に主張されている<sup>89</sup>。不能犯論においても、結果発生の具体的危険があるかどうか問われるが、そこで問題にしているのは、犯罪行為が備えるべき最低限の有害性があるかどうかである<sup>90</sup>。不能犯として不処罰になるのは、犯行計画がおよそ犯行不能なものである場合に限られているのが現実である。それに対し、実行の着手論については、行為者の犯行計画を基礎として、犯行の時系列を把握した上で、犯意が生じてから結果発生までに進行する事象経過の中で、どこまで犯行が進捗すれば未遂処罰に値する段階に至ったかという観点から判断すべきと主張される<sup>91</sup>。不能犯論とは区別して、「犯行計画の進捗度」を基準とするのが、「進捗度基準説」の考えである。現実的・具体的危険性を要求せず、常に犯行計画を基礎とする。実行の着手を認める進捗度の基準については、見解が分かれている。既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたか否か(行為経過の自動性)を基準とする考え<sup>92</sup>、あるいは、犯行計画中の「山場」を越えたかどうかを基準とする考えもある<sup>93</sup>。

この立場から、前記クロロホルム事件を検討すると、「第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかった」点や「時間的場所的接近性」は、構成要件実現に至る自動性・確実性を意味しており、構成要件実現の直前であった、あるいは「山場」を超えたと評価することができる。他方で、特殊詐欺事件においては、詐欺グループ側はいくつもの行為の積み重ねで既遂実現に至るため、どこまで進捗すれば行為経過の自動性を認めるのか、どこで山場を越えたと判断するのかは、具体的事案に則して検討する必要がある。以下では、特殊詐欺の2つの犯罪類型である詐欺罪と窃盗罪のそれぞれについて、実行の着手をどう解すべきかを見ていく。

<sup>8</sup> 佐藤拓磨「日本における実行の着手」刑事法ジャーナル 63号(2020)5頁以下、樋口亮介「実行の着手」東京大学法科大学院ローレビュー13巻(2018)60頁以下。

<sup>9</sup> 一元的理解への批判として、樋口・前掲(8)59頁、樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警察学論集 75巻1号62頁以下。

<sup>10</sup> 佐藤拓磨「実行の着手について」研修 838号(2018)11頁。

<sup>11</sup> 佐藤・前掲注(10)11頁、城下・前掲注(2)15頁以下。

<sup>12</sup> 佐藤・前掲注(10)12頁。

<sup>13</sup> 樋口・前掲注(10)警論 73頁以下、樋口・前掲注(8)61頁以下。樋口亮介「実行行為概念について」山口厚ほか『西田典之先生献呈論文集』(2017)35頁以下では、「刑法が設定する心理的障壁を決定的に乗り越えたか」という観点から進捗度基準を説明する。

### 3. 詐欺罪における実行の着手

#### 3-1 詐欺罪における実行の着手時期

まず、特殊詐欺の典型である詐欺罪における実行の着手時期については、詐欺罪の実行行為である「欺く行為」の開始時に認められると考える。この欺く行為は、詐欺罪が財産犯であることに照らし、財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせるための行為でなければならない。相手方を錯誤に陥らせたとしても、注意を逸らした隙に財物を奪取したのであれば、そこには「財物の交付」に向けられた欺く行為はないため、後述するすり替え型窃盗の特殊詐欺のように、窃盗既遂罪（刑法 235 条）が成立する。

これまでの判例では、保険金を詐取する目的で保険の目的物である家屋に放火した場合には、保険会社に保険金の請求をしてはじめて実行の着手が認められた<sup>14</sup>。また、競輪の八百長レースによる詐欺であれば、実行の着手は、八百長レースを通謀した選手らがスタートラインに立ったときである<sup>15</sup>。これまで詐欺罪で実行の着手の有無が問題になった事案においては、犯行計画の一部が行われていたとしても十分ではなく、少なくとも詐欺罪の構成要件該当行為の一部が開始して初めて実行の着手が認められてきたと言えそうである。では、最近の特殊詐欺事件では、どの時点で実行の着手が認められたのだろうか。

#### 3-2 最高裁平成 30 年 3 月 22 日判決<sup>16</sup>

##### (1) 事案の概要

A は、前日にも詐欺被害に遭っていたところ、犯行当日午前、警察官を名乗る者（架け子）から、1 回目の電話で、「昨日、駅の所で、不審な男を捕まえたんですが、その犯人が被害者の名前を言っています。」「昨日、詐欺の被害に遭っていないですか。」「口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか。」「銀行に今すぐ行って全部下ろした方がいいですよ。」「前日の 100 万円を取り返すので協力してほしい。」、2 回目の電話で、「僕、向かいますから。」「2 時間前には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。」などと嘘を言われた。一方、X（受け子）は、「お婆ちゃんから金を受け取ってこい。」「29 歳、刑事役って設

<sup>14</sup> 大判昭和 7 年 6 月 15 日刑集 11 卷 859 頁。二本柳・前掲注(4)34 頁は、同判決につき、「詐欺の着手を認めるために被害者への交付要求を必要とする立場を明示している」とまでみること、差し控えたいとする。

<sup>15</sup> 最判昭和 29 年 10 月 22 日刑集 8 卷 9 号 1616 頁。二本柳・前掲注(4)34 頁は、「少なくとも払戻金の詐取については、既に投票権購入時点で挙動による欺罔を認めうるとすれば」、同判決が被害者への財物要求を不要とする立場を明示したとみることも差し控える旨述べる。

<sup>16</sup> 刑集 72 卷 1 号 82 頁。以下、「平成 30 年判決」という。



定で金を取りに行ってくれ。」という指示を受けて A 宅に向かったが、被害者宅付近で警察官に逮捕された。第一審判決(長野地判平成28年8月9日刑集72巻1号132頁参照)は、詐欺未遂罪と認めて有罪としたが、控訴審判決(東京高判平成29年2月2日刑集72頁1号134頁参照)は、「被害者に対し警察官を装って預金を現金化するように説得する行為は、財物の交付へ向けた準備行為を促す行為であるものの、被害者に対し下ろした現金の交付まで求めるものではなく、詐欺罪にいう人を欺く行為とはいえず、詐欺被害の現実的、具体的な危険を発生させる行為とは認められない」として、無罪を言い渡した。

## (2) 判旨一原判決破棄、控訴棄却

本件嘘の各文言は、「警察官を装って被害者に対して直接述べられたものであって、預金を下ろして現金化する必要があるとの嘘(1回目の電話)、前日の詐欺の被害金を取り戻すためには被害者が警察に協力する必要があるとの嘘(1回目の電話)、これから間もなく警察官が被害者宅を訪問するとの嘘(2回目の電話)を含むものである。上記認定事実によれば、これらの嘘を述べた行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる。そして、このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる」。

### 3-3 平成30年判決の検討

#### (1) 着手時期の「前倒し」

最高裁は、本件一連の嘘は、①現金交付の判断の前提となる事項に係る重要なものであり、②被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれ

ており、③被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていたXの求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものであるとの理由で、実行の着手を認めた。つまり、現金の交付を求める嘘は述べていないが、身分を偽る嘘や、前日の詐欺被害金を取り返すために協力してほしいなどと嘘をついており、これらの一連の嘘を述べた段階まで、実行の着手時期を「前倒し」したといえる<sup>17</sup>。このような「前倒し」については、詐欺罪の欺罔行為と騙取（受交付）行為のどちらからの前倒しを認めるのか見解が分かれる得るところではある<sup>18</sup>。しかし、本件では、手段を欺罔行為に限定している詐欺罪の実行の着手が問題となっており、構成要件該当行為の一つである欺罔行為を起点に「前倒し」を認めたと言える<sup>19</sup>。

これに対し、着手時期の前倒しを認めたと解するのではなく、①現金交付の判断の前提となる重要事項が述べられている点をとらえ、重要事項を偽る行為があるため、欺罔行為の一部の開始があるとする見解もある<sup>20</sup>。たしかに、「前倒し」は、詐欺未遂罪成立の早期化を招く点に問題があるが、②「直接つながる嘘」という文言からして、構成要件に該当する欺罔行為それ自体に当たるとは読めないのではないだろうか。②の「直接つながる嘘」とは、「密接性」を意味しているものと言えよう<sup>21</sup>。つまり、本件一連の嘘は欺罔行為に当たらないとしつつも、密接行為であるとして実行の着手時期の「前倒し」を認めたものと読むのが素直な解釈に思われる<sup>22</sup>。

---

<sup>17</sup> 調査官解説・前掲注(3)も、本判決は、「必ずしも財物交付要求行為が必要ないことを明らかにしている」とする。なお、詐欺罪における「前倒し」を否定する見解として、二本柳・前掲注(4)41頁。

<sup>18</sup> 高橋・前掲注(2)7頁以下は、詐欺罪の構成要件は「騙取しようとする行為」を禁止しているが、必ずしも、詐欺未遂罪が禁止している行為の始点を明示しているものだとまでは言えないとする。

<sup>19</sup> 塩見淳「判批」刑判例百選I〔第8版〕(2020)129頁は、欺罔行為の直前行為に実行の着手を認める立場を採るが、騙取（受交付）行為との関係への配慮が不可欠であると述べる。富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法律時報91巻11号(2019)76頁も、被害者自身に法益侵害を行わせる詐欺罪の特性に照らし、着手判断においても、被害者が交付行為に至るまでの事象経過を問題とすべきであると述べる。

<sup>20</sup> 富川雅満「詐欺罪における実行の着手」井田良ほか編『刑法総論判例インデックス〔第2版〕』(2019)211頁。

<sup>21</sup> 佐藤・前掲注(7)23頁は、本判決について、「密接性に一切触れなかったのは、欺罔行為に密接する行為にまで着手が認められるという理論構成を採ると、嘘にはあたらぬような行為にも詐欺罪の着手を認める余地が生じるため、無用な一般論を避けたかったからではないか」と指摘する。また、同24頁は、『直接つながる』という表現を用いたのは、(…)欺罔行為に密接する行為にまで着手時期を拡張したと読まれることを避けようとしたからだと思われる」とし、法廷意見は「前倒し」を認めていないとする。

<sup>22</sup> 調査官解説・前掲注(3)は、本判決は、「詐欺罪の実行行為ではなく、その直前・密接行為が認められると判断したのか、本件嘘を一連のものとして述べる行為をもって、詐欺罪の実行行為（人を欺く行為）（欺罔行為）に該当していると判断したのか」を明ら

そして、③では客観的な危険性があることを述べ、実行の着手があったことを結論付けている。ここでの危険性の内容は、「被告人による現金交付要求に応じて被害者が現金を交付する危険性」である<sup>23</sup>。この危険性の判断基準については、被害者が現に錯誤に陥ることなどによる交付の切迫まで要求する見解や、結果発生の確実性・自動性まで求める見解などがあるが、本判決は、危険性判断について犯行計画を基礎に行った<sup>24</sup>。本判決は、クロロホルム事件の判断枠組みに類似した判断をし、実行の着手を認めたものと言えるが<sup>25</sup>、詐欺罪の実行の着手理解に関わる点としては、「交付目的と密接な関連性を有する事項が述べられているか」「財物移転プロセスを相当程度進めることになる事項が述べられているか」という2つの軸から分析する判断枠組を示したことに意味があると評価されている<sup>26</sup>。

## (2) 「危険性+密接性基準説」による検討

そこで、前記2-2の「危険性+密接性基準説」に基づいて、本判決の事案の結論が妥当かどうかを検討する。詐欺罪においては、被害者が錯誤に陥ることがなくても、欺く行為の開始があれば実行の着手が認められるのであり<sup>27</sup>、被害者が実際に錯誤に陥ったことまでは要求されない。しかし、架け子が被害者候補の名簿を見ながら順に電話していく中で、怪しまれて電話を終えることはあり、そういったものを全て詐欺未遂罪で処罰することが現実的でない<sup>28</sup>のと同様に、ある程度、被害者が騙されそうな現実的な危険は考慮する必要がある。

平成30年判決での問題は、計2回の電話では財物交付を要求する嘘は述べられていないこと、つまり構成要件該当行為がそれ自体がまだ行われていないことであり、交付要求のない段階でも詐欺罪の実行の着手を認めることができるかである<sup>29</sup>。まず、本判決は、「密接性」という文言を明示的に使っていない。

かにしていないとする。

<sup>23</sup> 調査官解説・前掲注(3)182頁。

<sup>24</sup> 調査官解説・前掲注(3)181頁は、「本件犯行計画が定められていた各段階の進行状況を踏まえ、時系列的な流れの中で、本件嘘を述べた段階では、危険性が著しく高まっているとの評価をしたもの」と評する。ほかに、東條明徳「判批」論究ジュリスト31号(2019)206頁以下。

<sup>25</sup> 和田俊憲「判批」平成30年度重要判例解説(2019)151頁。

<sup>26</sup> 東條・前掲注(24)207頁以下。

<sup>27</sup> 高橋省吾『大コンメンタール刑法[第2版]第13巻』[大塚仁ほか編](2000)98頁以下、『条解刑法[第4版補訂版]』[前田雅英ほか編](2023)790頁。

<sup>28</sup> 高橋・前掲注(2)10頁は、特殊詐欺事案においては、具体的な交付要求をする以前の段階での被害者側へのアプローチを犯罪とする刑罰法規として、組織犯罪処罰法6条の2の適用可能性はあるが、そのハードルは極めて高い旨指摘する。

<sup>29</sup> なお、山口裕之「判批」研修873号(2021)8頁は、「警察官を騙っている点」が「本件詐欺における『人を欺く』行為の本質的部分である」と述べる。また、中川正浩

しかし、「直接つながる」という表現があるとおり、2回の嘘は、詐欺グループの計画していた一連の嘘のストーリーの一部であり、その前提があつて初めて現金の交付要求に至る。すなわち、前日も詐欺被害に遭っている被害者に対し、警察官を騙り、被害金を取り戻すために協力を求めるものであり、警察官が被害者宅に行くことまで告げており、現金交付を求める欺く行為に密接な行為があると言える。

次に、現金交付という結果発生の客観的危険性についてであるが、詐欺罪においては、被害者を欺いて錯誤に陥らせることができれば、被害者が被害者の意思で財物を交付することにつながる。2回の電話に続いて被害者が警察官と対面すれば、錯誤に陥った被害者がそのまま現金を交付する危険性はあったと言えそうである。しかし、2回の電話で「現金交付」を求めていることに照らせば、この時点で被害者は口座から引き出した現金をどうするか分かっていないのであり、架け子の言うとおりに被害金を取り戻すことに協力するとしても、まだ被害に遭っていない現金を警察官に手渡すように要求されることまで想像できたとは限らない。重要なのは、現金交付に至る「現実的・具体的危険性」があることである。現金交付に至る切迫性ないし自動性・確実性が認められなければならない<sup>30</sup>。たしかに架け子の話を信じていれば、言われたとおりに現金を交付する可能性はあるかもしれないが、これは、被害者の騙されやすさを述べているにすぎない。そうではなく、例えば、「警察官に現金を預けてください。」などと言われて初めて、被害者が現金を交付する現実的な危険が生じるのである。被害者が架け子の2回の虚偽の電話内容を信じた時点では、「もし警察官を名乗る受け子が来て現金を交付するよう求められたら、現金を交付する」という抽象的な可能性があるに過ぎないと思われる。このような場合、被害者が現金の交付要求をきっかけに、詐欺であることに気付いて交付する意思を有するに至らないという障害も考えられる。結果発生に至る切迫性や自動性・確実性はなく、現実的・具体的危険性があるとは言えない<sup>31</sup>。

したがって、「危険性+密接性基準説」によれば、密接性は認められるが、従

---

「特殊詐欺対策としてのいわゆる『だまされた振り作戦』に関する法的問題と捜査手法の正当性について—受け子の犯罪を素材に—」警察学論集 71 卷 12 号 (2018) 79 頁以下は、同判決の事案につき、仮に 2 回目の電話がなく、1 回目の電話だけだったとしても、「1 回目の電話の内容が、既に詐欺被害に遭っていた被害者を前提として、現金を用意させるよう巧妙に組み立てられている」として、実行の着手を肯定できると述べる。

<sup>30</sup> 安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法律時報 92 卷 12 号 11 頁は、自動性・確実性を是とする場合には、「そのまま進めば十分な確率でもって相手方を錯誤に陥らせることができる嘘を述べ始めている以上、着手を否定する根拠はない」旨述べる。

<sup>31</sup> なお、山口・前掲注(29)は、「何時の時点から結果発生の危険があるかなど、どうとも言える」とし、危険性は「法律判断の指標たり得ない」と主張する。

来通り、結果発生に至る現実的・具体的危険性を要求するのであれば、そのような危険性が認められないので、実行の着手は認められないことになる<sup>32</sup>。法益保護主義を徹底する見地からは、実行の着手を早期化しすぎたと言える。

### (3) 「進捗度基準説」による検討

本判決は、被害者が嘘に気付いた点は指摘せず、「求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性」と述べており、「具体的・現実的危険」を要求していない点や、犯行計画を基礎として判断している点に照らせば、「進捗度基準説」<sup>33</sup>に従って判断したものであるとする見解も有力である。同説は、結果発生の実現的・具体的危険を「騙されたふり作戦」が実施されているような特殊詐欺事案で要求すると、詐欺未遂罪の成立範囲が狭くなることを批判する。そこで、現実的・具体的危険を要求せず、犯行計画を基礎として、外部的障害を乗り越える行為や心理的障害を乗り越えるための新たな意思決定などの重要な中間行為の介在が予定されておらず、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたかどうかを基準として、本判決を検討する。

本件では、2回の電話の段階で、現金交付に直接つながる嘘が述べられており、1回目の電話の段階で既に受け子を手配済みであったことにも照らせば、犯行計画どおりに架け子や受け子が動き出している上、被害者も架け子に言われたとおり、口座の現金を引き出しているの、残された行為は、再度の架け子による電話で、受け子に対して現金を預けるように指示すること、又は、受け子と対面して受け子から現金を預かる旨の虚偽を告げられて現金交付に至ることであった。電話で告げられたとおり警察官に扮した受け子が現れれば、被害者が素直に警察官に現金を渡す段階に至っていたとすれば、行為経過の自動性を認めることができる。進捗度基準説によれば、犯行計画であらかじめ決まっている内容であり、特段の障害がなければ行為経過の自動性は認められる。しかし、本件の客観的状況に照らして被害者が素直に現金を交付するかというと、まだ現金交付が必要であると告げられていないのであるから、いざ現金の交付を要求されれば、その占有を手放すことについては心理的障害があると言えよう。特殊詐欺の中でもすり替え型窃盗が増えてきた背景には、現金を交付することに心理的抵抗を感じるために騙されない人が増えてきている中、占有

<sup>32</sup> なお、山口厚裁判官の補足意見は、「密接性」と「客観的な危険性」については、「相互に関連させながらも、それらが重疊的に求められている趣旨を踏まえて検討することが必要である」とし、「特に重要なのは、無限定な未遂罪処罰を避け、処罰範囲を適切かつ明確に画定するという観点から、(…)『密接』性を判断することである」と述べる。

そして、2回目の電話により、危険性が著しく高まったとしている。

<sup>33</sup> 佐藤・前掲注(10)7頁以下、同・前掲注(7)17頁。

移転に気付かせないすり替え型窃盗を行うことで、心理的障害をなくして成功率を上げようとしていることがある。やはり、「交付要求」を伴う嘘があれば、心理的障害を生みやすいのであり、障害があるのだから、既遂実現に自動的に至る段階にまで達していたとは言えないだろう。

### 3-4 小括

平成 30 年判決は、詐欺罪の実行の着手時期の早期化を認めたものであり、被害予防に資する判決である。実行の着手を認める時期が遅過ぎた場合、被害者が初期段階で特殊詐欺のターゲットになっていると気付いたにもかかわらず、警察が介入するタイミングが早すぎたせいで詐欺未遂罪が成立しないおそれがある。そうなれば、警察官が被疑者を逮捕するには、「騙されたふり作戦」を進行させ、被害者が受け子に対面するのを待つなど、必要以上に被害者を危険に晒すことになるだろう。

また、実行の着手について、財物交付要求を含む欺く行為への着手まで要求するとなると、詐欺グループ側は、最後の決め手になる財物交付要求は、最後の交付段階の直前のタイミングまで行わないようになるだろう。実行の着手について、形式的な構成要件該当行為や文言を重視しすぎると、財産交付要求は最後のタイミングで受け子が言うといった犯行計画を生むことになるだけである。そうなれば、特殊詐欺の計画が発覚しても、受け子が詐欺未遂罪で処罰されるのは、受け子が実際に被害者に対面して財物交付要求をした場合に限られよう。これでは、犯罪として処罰される範囲を極端に狭めることになり、詐欺グループを利するだけである。

しかしながら、結果発生の実況的危険を捨象して、犯行計画の進捗度のみで判断するのも、適当とは思えない。犯行計画とは、詐欺グループが頭の中に描いている犯行の流れに過ぎず、自らが決めた主観的なものであるから、犯行計画がどこまで進捗したかは、法益侵害や結果発生の実況という処罰に値する実質とは必ずしも一致しないと思われる。しかも、平成 30 年判決の事案では、指示役や架け子が捕まっていない以上、現実の犯行計画は不明であり、後の電話でどのような虚偽を述べて被害者に現金を交付させようとしていたか、犯行計画のうち、どこまで進捗していたのかは正確には分からない。未遂犯の処罰根拠につき、主観的未遂論ではなく、客観的に起こっている事象に着目する客観的未遂論に立つ見解からは、犯行計画に照らした進捗度ではなく<sup>34</sup>、その行為

---

<sup>34</sup> 二本柳誠「成りすましと詐欺未遂罪の成否」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2022）327 頁は、進捗度基準説について、「もっぱら行為者の計画をベースにする一方で事実的基礎を度外視するものであり、(…)主観的未遂論に接近することが危惧される」と批判する。



の時点でどれだけ結果発生の危険があるかという客観的な危険性で判断すべきであろう。犯行計画が進捗していても、その進捗具合に比例して客観的な危険が増加するわけではないので、法益侵害や結果発生に至る現実的・具体的な危険でもって判断すべきである。以上より、実行の着手時期については、「危険性＋密接性基準説」の立場を採りたい。

その上で、本件は、「騙されたふり作戦」を遂行する上で、受け子を早く捕まえず過ぎてしまったとも言える事案であり、未だ現実的・具体的危険性は認められなかったと考える。たしかに、特殊詐欺事件であるを知っている視点で見れば、犯行計画の進行の自動性があるように思えるが、客観的にみると、2回の電話の虚偽内容だけでは現金交付に至る現実的危険性は高くなかったと思われる。なお、実際の事件では、被害者が、架け子に電話で言われたことを正確に記憶しておらず、供述することができなかったなどの立証上の問題があっただけで、架け子が現金の交付要求まで行っていた可能性もあるだろう。実行の着手時期を安易に早期化するのではなく、立証を尽くし、現実的・具体的な危険性がある場合に限りて実行の着手を認めるべきである<sup>35</sup>。

#### 4. 窃盗罪における実行の着手

##### 4-1 窃盗罪の実行の着手時期

窃盗罪の実行の着手時期は、一般的に、財物に関して他人の占有を侵害する行為が開始されたときである。それは、対象物たる財物を手に取ろうとした時点である。しかし、占有を侵害する行為の開始については、構成要件該当行為自体の開始時点に限定されず、事実上の支配を犯すにつき「密接な行為」をした時点でも認められる。これは、修正された形式的客観説とも呼ばれる<sup>36</sup>。つまり、実際に窃取行為を始めている必要はなく、占有の侵害（既遂）に至る客観的な危険性が発生した時点で着手が認められる。そして、窃盗には様々な手口があるため、その手口により、いつ占有の侵害に至る客観的な危険性が生じたと言えるかは異なる。侵入窃盗であれば、財物を探し始めたときに着手を認める物色説が採られており、例えば、金品物色のためにタンスに近寄った時点で着手が認められるが<sup>37</sup>、窃取すべき財物のみがある土蔵であれば、土蔵の外扉

<sup>35</sup> 立証の困難など捜査実務との関係について、丸橋昌太郎・佐藤拓磨「特集の狙い—すり替え窃盗をめぐる理論と課題—」刑事法ジャーナル 73号(2022) 5頁。

<sup>36</sup> 橋本正博「実行行為の開始と実行の着手—『構成要件の結果発生の危険』の意義—」研修 857号(2019) 5頁。

<sup>37</sup> 大判昭和9年10月19日刑集13巻1473号。



の錠を壊してこれを開けて侵入しようとした時点で着手が認められる<sup>38</sup>。この違いには、窃取する対象となる財物の存在する場所が分かっているか、その財物との物理的距離が近いかなど、それを窃取することに対する障害があるかなどが影響している。要するに、類似した手口の窃盗であっても、占有侵害に至る客観的な危険性の高さの違いによって、実行の着手の時期に違いが生じる。

そこで、次に、キャッシュカードすり替え型窃盗の手口である、被害者を欺いて錯誤に陥らせ、被害者に占有移転に気付かせずにすり替えて窃取するという態様の窃盗の場合について検討する。これは、「トリック窃盗（詐欺盗）」などと呼ばれ、占有弛緩型窃盗に分類される。典型的には、顧客を装って時計を見せさせ、隙をみて時計を持ったまま逃走した場合<sup>39</sup>や、古着を試着したままトイレに行くとき欺いて逃走した場合<sup>40</sup>などがこれに当たる。被害者は、終局的に占有を移転させることに同意していないが、一時的に占有が離れることを許したため、占有が弛緩している。その隙に、財物を窃取するのであるが、その窃取までには、欺く行為、被害者の錯誤、占有の弛緩、占有の取得という複数の過程の積み重ねがある。キャッシュカードすり替え型窃盗であれば、電話で、被害者の銀行口座が狙われているため、口座を止めるためにキャッシュカードを封印して保管しなければならず、その手続きのために金融庁職員が自宅に行くなどの虚偽を述べ（欺く行為）、被害者にその旨信じ込ませ（被害者の錯誤）、偽の金融庁職員の持参した封筒にキャッシュカードを入れさせ、印鑑を探しに行く際にそのキャッシュカード入りの封筒を偽の金融庁職員に預けたままその場を離れさせ（占有の弛緩）、その隙に、金融庁職員を装ったすり替え役がキャッシュカード入りの封筒を別のカード入りの封筒にすり替えて窃取する（占有の取得）。そして、この欺く行為や被害者の錯誤といった過程は、詐欺罪の構成要件行為と同じであるため、一見詐欺罪が行われているかのようにも見えるのである。しかし、窃盗罪の構成要件には、「欺く行為」も「被害者の錯誤」も含まれておらず、窃盗の構成要件開始に至るまでの準備行為段階で実行の着手を認めることはできないのではないだろうか。侵入窃盗であれば、侵入するためには下調べをし、侵入道具を準備した段階で、窃盗の実行の着手を認めるわけにはいかないのと同じである。そこで、構成要件該当行為の開始が認められないすり替え型窃盗における、事実上の支配を犯すにつき「密接な行為」をした時点、つまり、占有の侵害（既遂）に至る客観的な危険性の発生がいつ認められるかが重要になる。以下では、令和4年決定をもとに、占有の侵害に至る客観的な危険性が発生した時点の判断基準について検討する。

<sup>38</sup> 名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁。

<sup>39</sup> 東京高判昭和30年4月2日高裁特2巻7号247頁。

<sup>40</sup> 広島高判昭和30年9月6日高刑集8巻8号1021頁。

#### 4-2 最高裁令和 4 年 2 月 14 日決定<sup>41</sup>

##### (1) 事案の概要

Y は、Z らと共に共謀の上、B からキャッシュカードを窃取しようとした。警察官になりすました Z は、B に電話をかけ、B 名義の口座から預金が引き出される詐欺被害に遭っており、再度の被害防止のため、金融庁職員が B 宅に向かっている旨告げ、「封筒を準備していますので、その封筒の中にキャッシュカードを入れてください。」「その場で確認したら、すぐにキャッシュカードはお返ししますので、3 日間は自宅で保管してください。」などと嘘を言った。

計画では、Y は、B 宅に出向き、B が離れた隙にキャッシュカード入りの封筒とポイントカード入りの偽封筒とをすり替える予定であったが、実際は、徒歩で B 宅まで約 140 メートルの路上まで赴いた時点で、警察官の尾行に気付いて犯行を断念した。第一審、控訴審（東京高判平成 28 年 10 月 14 日刑集 72 卷 6 号 779 頁）とも、窃盗未遂罪の成立を認めた。

##### (2) 判旨一控訴棄却

「本件犯行計画は、キャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードを窃取するには、被害者が、金融庁職員を装って来訪した被告人の虚偽の説明や指示を信じてこれに従い、封筒にキャッシュカードを入れたまま、割り印をするための印鑑を取りに行くことによって、すり替えの隙を生じさせることが必要であり、本件うそはその前提となるものである。そして、本件うそには、金融庁職員のキャッシュカードに関する説明や指示に従う必要性に関係するうそや、間もなくその金融庁職員が被害者宅を訪問することを予告するうそなど、被告人が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながるとともに、被害者に被告人の説明や指示に疑問を抱かせることなく、すり替えの隙を生じさせる状況を作り出すよううそが含まれている。このような本件うそが述べられ、金融庁職員を装いすり替えによってキャッシュカードを窃取する予定の被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、被害者が間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の説明や指示に従うなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらし、その隙に被告人がキャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードの占有を侵害するに至る危険性が明らかに認められる。」「被告人が被害者に対して印鑑を取りに行かせるなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらすための行為をしていないとしても、本件うそが述べられ、被告人が被害者宅付近路上ま

<sup>41</sup> 刑集 76 卷 2 号 101 頁。以下、「令和 4 年決定」という。

で赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる。」

#### 4-3 令和4年決定の検討

##### (1) 「危険性+密接性基準説」による検討

本決定は、架け子による嘘が、すり替えの隙を生じさせる前提となっていること、すり替え役が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながること、占有を侵害するに至る危険性が認められることなどを理由として、実行の着手を認めている。クロロホルム事件と同様に、危険性について判断されているが、「客観的な」という文言はなく、「密接性」についても述べられていない。かわりに、架け子による嘘の内容及び犯行計画における位置付けを分析し、危険性を判定している<sup>42</sup>。本決定は、被害者宅から140メートルの地点まで赴いた時点<sup>43</sup>で、結果発生の危険性は生じていたと認定した。

しかし、前述のとおり、窃盗罪は詐欺罪と異なり、欺く行為が構成要件となっておらず、被害者の意に反した占有移転が構成要件である。そうすると、事実上の占有の取得が必要な窃盗罪においては、対象たる財物との物理的距離が近くなって初めて、結果発生の客観的な危険性が生じたと言えるのではないだろうか。本件では、すり替え役は被害者宅に接近していたものの、そこまでたどり着いていないため、占有取得が可能な領域内に入っていなかったのである。しかも、すり替えによる占有取得の実現のためには、一連の嘘以外にも、財物を目の前に出させることや、財物を封筒の中に入れさせること、封印のために必要な印鑑を用意させること、それによって財物から被害者の目を離させること、被害者が見ていない隙にキャッシュカードをすり替えることなどが必要であり、行為者側に実行行為自体により近接した必要不可欠の行為が存在する。これだけの行為が達成される必要があることに照らせば、占有取得までに障害が存在すると言えるのではないだろうか<sup>44</sup>。もちろん、一連の嘘は重要な前提となっており、それらが被害者を錯誤に陥らせること、つまり隙を作ることにつながることは間違いないが、そこには複数の障害があり、対面以後の占有取

<sup>42</sup> 佐藤・前掲注(10)7頁。

<sup>43</sup> 高橋直哉「判批」法学教室501号(2022)129頁は、「これが、事前の『うそ』の段階では実行の着手を認めることはできないという含みをもつのか、(…)遅くともこの時点では実行の着手を肯定することができるとする趣旨なのかは、必ずしも明確ではない」旨指摘する。

<sup>44</sup> 二本柳誠「窃盗未遂罪の処罰時期—最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定を契機として—」刑事法ジャーナル73号(2022)14頁以下は、すり替え行為の「基礎」を「職員訪問のうそと要服従のうそと割り印が必要であるうその三者」とできるとし、前二者のうそが述べられれば、占有弛緩が開始された状況と評価できるとするが、占有弛緩開始という評価自体は、従来、窃盗未遂罪の成立を直ちに基礎付ける事情として考慮すべき理由はなく、すり替えに至る自動性はないとして、7つの障害を挙げる。

得に至る危険性が高かったかどうかは疑問である。

よって、「危険性+密接性基準説」に厳格に従えば、被害者宅から約140メートルの地点まで近付いただけでは、占有侵害の危険性及び占有侵害行為との密接性が認められず、実行の着手は認められないと考えられる。

## (2) 「進捗度基準説」による検討

そこで、次に、近時有力の「進捗度基準説」に沿って検討する。令和4年決定は、一連の嘘が犯行計画の中でどう位置付けられ、結果発生に対し、どういう役割を果たすのかを詳しく分析しており、犯行計画の進捗度によって実行の着手の有無を判断する進捗度基準説に馴染むように思われる。本決定の事案においては、架け子は既に被害者に対し、金融庁職員が被害者宅に向かっており、封筒を準備しているのでキャッシュカードを入れること、キャッシュカードは3日間自宅で保管することなどを述べ終わっており、占有弛緩の開始はあるだろう<sup>45</sup>。したがって、犯行計画に照らせば、残る事象は、すり替え役が被害者宅を訪問し、被害者にキャッシュカードを封筒に入れさせ、印鑑を取りに行かせる隙にすり替え、すり替えた偽のカード入りの封筒に押印させ、すり替えたキャッシュカードを持ち去ることである。これらの残された事象について、占有移転(既遂)実現に至るまで自動的に進行する段階にまで達していると評価できれば、あるいは、最大の山場は架け子が被害者を錯誤に陥れ、偽の金融庁職員が自宅に来て無防備にキャッシュカードを見せるくらい占有を弛緩させることにあるとすれば、その犯行計画の進捗度に照らし、実行の着手が認められるだろう。しかし、すり替え役が取るべき行動は多く残っており、残された事象が自動的に既遂実現に至るまで進行するとは言えないだろう。「進捗度基準説」の考えによれば、「すり替え役が即座に被害者宅を訪問してすり替えを実施できるような状況を整えていれば、占有侵害プロセスの進捗としては未遂処罰に足りる」<sup>46</sup>。そして、本件では、架け子の嘘は、「事態を一気に進展させてしまうもの」として、進捗度を肯定する<sup>47</sup>。この点、すり替え役は指示されたとおりのことを言うだけかもしれないが、すり替え役が機械的に役割を果たすことの自動性よりも、被害者にキャッシュカードを物理的に窃取可能な領域内に置かせることの自動性がある初めて進捗度として未遂処罰に足りるのではないだろうか。被害者が架け子の電話で心理的に占有の弛緩を生じさせていたとし

<sup>45</sup> 富川雅満「すり替え窃盗の実行の着手時期—進捗度基準説から見た令和4年決定—」  
刑事法ジャーナル73号(2022)28頁は、ここでの架け子の嘘に、「占有弛緩の開始と  
いう意味での占有保護設備への攻撃開始を見いだすことができる」と述べる。

<sup>46</sup> 富川・前掲注(45)28頁。

<sup>47</sup> 富川・前掲注(45)28頁。

ても、対面して封筒に封印するやりとりをする中で違和感を覚えることなどはあるはずであり、そこには障害が多いため、自動化されたプロセスとは言い難い。「山場」基準によっても、物理的に接近すること<sup>48</sup>、あるいは、その場で被害者に印鑑を取りに行かせるなど、被害者の注意を封筒から逸らすことが、最大の山場と言えるはずであり、被害者宅にたどり着いてもない時点で、実行の着手を認めるは困難である<sup>49</sup>。

なお、本決定は、被害者宅への接近時点より前の段階で実行の着手を認めることも否定していない。下級審判決でも、架け子が嘘を述べた時点で既に実行の着手を認めていたものがある<sup>50</sup>。しかし、嘘を述べた時点で、犯行計画上、自動化されたプロセスに乗った、あるいは、最大の山場を越えたとは言えないだろう。

#### 4-4 小括

以上の検討によれば、令和4年決定については、「危険性+密接性基準説」に立っても、「進捗度基準説」に立っても、すり替え役が被害者宅から140メートル離れた地点にいる段階では、実行の着手を認めるのは困難であると思われる。すり替え型窃盗に対しては、本決定以前から、架け子による虚偽の電話により、被害者の警戒心を緩めて占有の弛緩をもたらしているという特徴を捉え、「物理的な保護設備への侵害と同様に、占有侵害への障害を乗り越えている」との評価もあった<sup>51</sup>。すなわち、錯誤に陥った被害者の隙をみてすり替えるのは、物色が必要な侵入窃盗のケースではなく、窃盗目的で、その狙いの物だけが保管されている倉庫に侵入する場合に類似すると考えるのである。この立場からは、被害者宅にたどり着いていなくても、占有侵害への障害を乗り越えたと評価できれば、実行の着手を認めることになるだろう。前記下級審判決<sup>52</sup>のように、架け子による電話での嘘の時点で窃盗罪の実行の着手を認めた事例も

<sup>48</sup> 樋口・前掲注(9)76頁参照。

<sup>49</sup> 樋口・前掲注(9)74頁以下は、電話での嘘を信じさせることで被害者のカードへの事実上の支配が緩まり始めることや、「すり替え事案では電話での嘘さえ信じさせれば後は一気にすり替え行為に至るまで事態を進捗させていくことが計画に組み込まれていること」に鑑み、カードの確認の必要がある等の嘘を電話で述べて信じさせることに「最大の山場」があるとする。

<sup>50</sup> 横浜家川崎支決令和2年1月14日判タ1484号252頁。

<sup>51</sup> 富川雅満「特殊詐欺における実行の着手」法律時報91巻11号79頁。

<sup>52</sup> 横浜家川崎支決・前掲注(50)。杉本一敏「判批」法学教室483号(2020)167頁において、占有弛緩型窃盗の実現には、「(1)被害者に財物を至近距離に置かせた上、(2)その注意を財物から逸らすことが必要であり、そのような状況（偶然ではなく）計画的に作り出すためには、被害者の警戒心をなくし、財物を無防備に放置させるための「虚言」が必要不可欠であるとし、本判決は、架け子の嘘に密接性を認めたものと説明する。

ある。

しかし、占有弛緩型の窃盗に用いられる虚言は、「専ら『財物奪取の現場で、眼前の財物に対する被害者の注意を一時的に逸らす』ためのものであって、財物を携帯した被害者と『対面』する現場に至らなければ、このような虚言には何の効果も伴わない」として、既遂が近いと言えるためには、「虚言」に加えて「現場への接近」(訪問)まで必要だとする見解<sup>53</sup>の方が説得的に思われる。同様に、嘘が述べられたことによって、被害者側の心理的バリアは解除されるかもしれないが、行為者側が占有移転するためには、「犯人側の物理的アクセス可能性」という意味で物理的な接近に重点があるとの見解もある<sup>54</sup>。ほかにも、物理的近接性を重視する説は多い<sup>55</sup>。このような立場からは、電話で嘘を述べた時点で被害者の警戒心が緩んだという観念的な接近をもって財物の占有を支えている領域への接近があったと評価する見解は妥当でなく、支持できない。

やはり、実行の着手時期の判断においては、結果発生の実現的危険と、密接性(障害がないかどうか)を基準とするのが適当であり、その基準を満たすには、窃取対象のキャッシュカードとの物理的近接性が必要不可欠である。物理的に占有移転をしなければ既遂にならない窃盗罪において、いくら心理的に占有を弛緩させたとしても、すり替え役からすれば、被害者が普段どこにキャッシュカードを保管しているかさえ知らないのものであって、現実的な占有侵害には至らないからである。

では、どの程度の物理的近接性が必要であろうか。下級審判決には、すり替え役が被害者宅のインターホンを鳴らした時点で実行の着手を認めたものがある<sup>56</sup>。その時点であれば、被害者が訪問に対応すれば、キャッシュカードの存在を現認することができるのであり、物理的近接性に加え、被害者側が錯誤に陥っている状況を加味して、結果発生の実現的な危険性があると言えるだろう。直接の対面やキャッシュカードの現物を確認したこと固執する必要はなく、すり替え役が被害者の在宅している正しい家を見つけて訪問した時点で、実行の着手を認めて良いだろう。侵入窃盗であれば、狙いの財物を保管してある倉

<sup>53</sup> 杉本一敏「判批」法学教室 494号(2021) 139頁。

<sup>54</sup> 松原芳博「インタビュー『すり替え作戦の実行の着手について』—最高裁令和4年2月14日第三小法廷決定—」早稲田大学大学院法務研究科 LAW AND PRACTICE 第16号(2022)13頁以下。

<sup>55</sup> 松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.177(2022) 3頁は、被害者宅への到着をもって初めて、実行の着手を認める余地を示唆する。

<sup>56</sup> 大阪地判令和元年10月10日 LEX/DB25566238、宇都宮地足利支判令和3年3月17日 LEX/DB25569194。下級審判決も含めたすり替え窃盗事案の詳しい研究として、二本柳誠「カードすり替え窃盗について窃盗罪の実行の着手を認めた裁判例」名城法学 71巻3・4号(2022) 109頁以下、樋口・前掲注(9)59頁以下。



庫の扉を開けた時に実行の着手を認めるのに近く、侵入して物色をしなくても、そこに狙いの財物があることは分かっている状況と類似しているからである。

しかし、すり替え役が被害者宅を見つけたものの、指示役の指示により、一旦被害者宅を離れて待機していた場合は状況が異なる。この場合、被害者との接触の可能性は高まっているが、まだ訪問していないのであるから、被害者宅からあまり離れていなかったとしても、すぐにすり替えの行動に移れる状況になく、物理的接近性を認めることはできないと考える。被害者宅にたどり着いた上で、被害者に接触する行動を取ろうとしていることが、最低限必要である。

## 5. 特殊詐欺における実行の着手

### 5-1 罪名による着手時期の差異

詐欺罪と窃盗罪の2罪は、財物移転の方法が構成要件上異なるため、実行の着手時期も異なる場合がある。しかし、異なる罪名であっても、両者とも「特殊詐欺」としてまとめられるように、「欺く行為」「被害者の錯誤」「財物の占有移転」が起こるといふ事象が同じであり、被害者にとっては、どちらであっても特殊詐欺の被害に遭ったことには違いない。また、詐欺グループ側にとっても、詐取を予定していたが、被害者が怪しんで交付してくれないとき、無理やり奪って逃げるという窃盗に切り替えることもあるように、詐欺罪と窃盗罪が接近しており、その場の状況しだいで詐欺罪の予定が窃盗罪の実行に変わることも想定範囲内である。そうであれば、同じ特殊詐欺であるのに、現金手交型詐欺であれば、架け子の電話時点で実行の着手が認められ、すり替え型窃盗であれば、架け子の電話だけでは不十分であり、すり替え役がキャッシュカードと物理的に近接していることまで必要だとするのは、不均衡であるようにも思われる<sup>57</sup>。特殊詐欺が、現金手交型詐欺から成功しやすいすり替え型窃盗へと発展してきている中で、すり替え型窃盗を行う詐欺グループの方を、現金手交型詐欺を行う詐欺グループよりも利する不公平な結果を生むように感じられる。また、警察が介入し、「騙されたふり作戦」を実施するときにも、詐欺か窃盗かによって、架け子から聞き出すべき文言や、受け子の逮捕のタイミングが変わるといふのは、適当であるとは思えない。

このような点に鑑みれば、詐欺罪と窃盗罪の間で均衡を保つことへの考慮は重要であると考えられるが、それでも、罪刑法定主義の原則を貫けば、罪名の違い

---

<sup>57</sup> 佐藤・前掲注(10)10頁。高橋・前掲注(2)11頁以下は、詐欺罪の方が、構成要件的に手段を限定されているにもかかわらず、その限定によってかえって窃盗罪よりも実行の着手が早まることにもなると指摘する。

を超えて、両者の着手時期を同一にする理由は認められないだろう<sup>58</sup>。構成要件と法定刑が異なる両者は、あくまで別の犯罪である。したがって、実行の着手時期の判断について、「危険性+密接性基準説」を採用するのであれば、現実的・具体的危険の判断基準を明確にし、犯罪の手口が違っても、同程度の結果発生の危険であれば、同時点で実行の着手が認められるという、危険性に基づいた統一的な基準であることを重視すべきである。被害者の心理的な占有弛緩で十分なのか、被害者の占有する領域に物理的に接近することが必要か、といった事情が危険性判断に及ぼす意味を適切に踏まえれば、結果発生の危険性の違いから、実行の着手時期に差異が生じることも許容されるだろう。

## 5-2 着手時期の判断基準

これまでの検討を踏まえ、「危険性+密接性基準説」に立って、現金手交型詐欺とすり替え型窃盗について改めて比較する。まず、「密接性」については、架け子による嘘も、受け子ないすり替え役が被害者と対面して告げる嘘も、財物の占有を取得するための一連の嘘であり、犯行計画で予定されていた行為であれば、密接性は認めやすい。

しかし、「危険性」については、窃盗罪の場合、被害者には交付の意思がないため、財物の占有を取得するには、すり替え役自身によるすり替えるという物理的動作が不可欠である。そのためには、窃取対象の財物にアクセスできる物理的近接性が必要である。すり替え役が被害者に対面するところまではいかなくても、被害者宅まで到着しており、インターホンを鳴らすなど被害者に接触するための物理的動作を行って初めて、現実的危険性を認めるべきである。これに対して、詐欺罪の場合は、被害者に交付の意思を抱かせるに至れば、結果発生の現実的危険は高くなる。したがって、被害者に交付の意思を抱かせるまでの欺罔行為については、警察官等を装うなどして被害者を信用させることに加え、現金を受け子に交付する必要性を何らかの形で伝えていれば、結果発生の現実的危険性も満たされると解すべきである。

## 6. おわりに

本稿では、「特殊詐欺」の中でも、詐欺罪及び窃盗罪という別々の罪名で最高裁の判断が示され、近年特に議論が活発な実行の着手論について、具体的な事案に即して、学説を比較し、判例の結論の妥当性について検討した。令和4年

<sup>58</sup> 二本柳・前掲注(56)134頁、杉本一敏「行為の構造から見た『実行の着手』時期(3)」  
刑法ジャーナル70号(2021)95頁。



## 特殊詐欺における実行の着手に関する一考察（山中）

決定については、当初から、窃盗罪の構成要件に照らし、実行の着手時期を早期化することを否定的に考えていたところであるが、平成 30 年判決については、重要な前提となる嘘は述べられているため、構成要件である「欺く行為」に密接な行為に財物交付要求があることまで厳格に求めなければ、十分、実行の着手を認める余地はあるようにも思われた。しかし、罪刑法定主義や法益保護主義といった基本原理に立ち返れば、今後も新たな手口に発展し得る特殊詐欺における実行の着手時期については、結果発生の現実的危険性を軸に、明確な基準を定めておくべきだろう。特殊詐欺を撲滅する要請が高いことは重々承知しているが、平成 30 年判決の事案では、捜査機関が関与して「騙されたふり作戦」が実施され、少なくとも被害者が二度目の被害に遭うことは防ぐことができたのであり、処罰の必要性から実行の着手時期を安易に早期化することには慎重でなければならない。

やまなか じゅんこ（本学法学部講師）

内山 剛  
内山 安夫  
大江 一平  
押久保 倫夫  
唐津 恵一(法学部長)  
柑本 美和  
小林 史治  
塩原 真理子○  
鈴木 宏昌  
高橋 映  
高橋 奈々  
田中 秀樹  
富高 彩  
内藤 悟  
永山 茂樹  
橋本 篤聡  
服部 篤美  
藤中 敏弘  
鞠山 尚子○  
山合 潤子  
山口 純子  
山中 純子

東海法学 第六十五号

発行日 二〇二三年一〇月三二日

出版・発行 東海大学法学部

神奈川県平塚市北金目四一―一

# ***Tokai Law Review***

*No. 65*

●Contents

[Research Report]

**Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma ante el COVID-19 en España**

..... NAGAYAMA Shigeki

[Article]

**Applicability of the Suitability Doctrine in Recent Lower Court Cases on Internet Transactions**

..... KOBAYASHI Fumiharu

[Article]

**Anmerkung zum Beginn der Tatausführung bei Sonderbetrugsfälle**

..... YAMANAKA Junko

2023

SCHOOL OF LAW, TOKAI UNIVERSITY

4-1-1 Kitakaname Hiratsuka Kanagawa, 259-1292 JAPAN